



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8387/20

ע"א 2490/21

לפני:

כבוד השופט יי עמית
כבוד השופטת (בדימי) ע' ברון
כבוד השופט ע' גרוסקופף

1. חברת נמל אשדוד בע"מ
2. שוקי סגיס
3. אלי בר-יוסף

המערערים בע"א 8387/20
והמשיבים בע"א 2490/21:

נגד

הממונה על התחרות

המשיב בע"א 8387/20
והמערער בע"א 2490/21:

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית הדין לתחרות
בירושלים מיום 23.6.2020 בת"כ 16-01-40796 שניתן על
ידי כבי השופטת תמר בזק-רפפורט, פרופ' אורית פישמן-
אפורי ועו"ד יחיאל שמיר

אי באייר התשפ"ב (2.5.2022)

תאריך הישיבה:

עו"ד רונית אמיר-יניב; עו"ד שני רפפורט;
עו"ד חן לניר

בשם המערערת 1 בע"א
8387/20 והמשיבה 1 בע"א
: 2490/21

עו"ד טליה סולומון; עו"ד איריס אכמון

בשם המערערים 2-3 בע"א
8387/20 והמשיבים 2-3 בע"א
: 2490/21

עו"ד יעל שיינין; עו"ד טל ארנון

בשם המשיב בע"א 8387/20
והמערער בע"א 2490/21:

פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

תוכן עניינים

3	פתיח דבר.....
3	רקע והשתלשלות העניינים.....
6	קביעות הממונה על התחרות.....
10	פסק הדין של בית הדין לתחרות.....
14	ערעור נמל אשדוד ונושאי המשרה על פסק הדין (ע"א 8387/20).....
14	טענות נמל אשדוד ונושאי המשרה.....
16	טענות הממונה על התחרות.....
18	ערעור הממונה על פסק הדין (ע"א 2490/21).....
19	דיון והכרעה.....
19	היקף ההתערבות בהחלטות הממונה על התחרות.....
27	תכלית חוק התחרות הכלכלית וההוראות החלות על בעל מונופולין.....
29	האיסור על ניצול מעמד לרעה על ידי בעל מונופולין.....
30	(1) בעל מונופולין.....
32	(2) ניצול מעמד לרעה ומתן הנחות.....
37	(3) יסוד העלילות – פוטנציאל פגיעה בתחרות או בציבור.....
39	מתן הנחות על ידי בעל מונופולין במשפט המשווה.....
39	(1) דין האיחוד האירופי.....
52	(2) הדין האמריקאי.....
69	(3) סיכום הדין המשווה.....
70	מתן הנחות על ידי בעל מונופולין בדין הישראלי.....
72	(1) תובנה ראשונה – אפיון המצבים בהם מתן הנחות עלול להוות "ניצול מעמד לרעה".....
74	(2) תובנה שנייה – הנחות כמות והנחות שיעור (הנחות כלליות והנחות פרטניות).....
77	(3) תובנה שלישית – הנחות שוטפות והנחות שנתיות (הנחות לעסקה והנחות לתקופה).....
80	(4) תובנה רביעית – השלכות מאפייניו הייחודיים של השוק הישראלי.....
82	(5) תובנה חמישית – מקומו של מבחן המתחרה היעיל בדין הישראלי.....
86	האם הופר האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה במקרה דנן?.....
86	(1) קיום בעל מונופולין.....
86	(2) ניצול מעמד לרעה.....
89	(א) מאפיין הקשירה בין שווקים.....
90	(ב) מאפיין ההנחה מבוססת שיעור.....
91	(ג) מאפיין התחשיב השנתי.....
92	(ד) טענות המערערים בעניין פסלות הפרקטיקה.....
96	(3) יסוד העלילות.....
100	הטלת עיצומים כספיים.....
113	עוללות: פגמים בהליך המנהלי.....
115	עוללות: חיסיון מידע.....
115	סוף דבר.....

לפנינו ערעורים על פסק דינו של בית הדין לתחרות ירושלים (כב' השופטת תמר בזק-רפפורט, פרופ' אורית פישמן-אפורי ועו"ד יחיאל שמיר) מיום 23.6.2020 בת"כ 40796-01-16 (להלן: פסק הדין). במסגרת פסק הדין נדונו עררים שהגישו חברת נמל אשדוד בע"מ ושני נושאי משרה בה בגין עיצומים כספיים שהוטלו עליהם על ידי הממונה על התחרות (להלן: הממונה). עיצומים אלה הוטלו בעקבות הכרזת הממונה על חברת נמל אשדוד בע"מ כבעלת מונופולין בשלושה קווי ספנות, אשר כל אחד מהם מהווה שוק נפרד בתחום פריקת הרכבים המיובאים לישראל מאירופה ומארה"ב; וקביעת הממונה כי היא ניצלה לרעה את מעמדה בשלושת השווקים הללו בכך שאימצה מדיניות הנחות העלולה להפחית את התחרות.

המקרה שלפנינו הוא מורכב ובעל אופי ראשוני ותקדימי משני היבטים מרכזיים: בהיבט הראשון, המדובר בפעם הראשונה בה עומדת לבחינה, תחת האיסור על ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה הקבוע בסעיף 29א לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק התחרות או החוק), פרקטיקה של מתן הנחות על ידי בעל מונופולין. בהיבט השני, עסקינן במקרה הראשון שבו הפעיל הממונה על התחרות את הסמכות שהקנה לו המחוקק להטלת עיצום כספי, הן על תאגיד והן על יחידים, מאז שזו נוספה לחוק התחרות. נוכח שני היבטים אלה, הערעורים שלפנינו מעלים מספר סוגיות עקרוניות אליהן נידרש בהרחבה בהמשך הדברים.

לא קלה דרכנו, אף לא קצרה. מוטב שנצמד בה במתינות, שלב אחר שלב – ובסופו של מסע ארוך נדע הן את הדרך בה יש ללכת מעתה ואילך, הן את היעד אליו היא מוליכה במקרה זה.

רקע והשתלשלות העניינים

1. במדינת ישראל פועלים שלושה נמלי ים מסחריים: נמל חיפה (המופעל על ידי חברת נמל חיפה בע"מ. להלן: נמל חיפה), נמל אשדוד (המתופעל על ידי חברת נמל אשדוד בע"מ, היא המערערת 1 בע"א 8387/20 והמשיבה 1 בע"א 2490/21. להלן: נמל אשדוד) ונמל אילת (הפועל תחת חברת נמל אילת בע"מ. להלן: נמל אילת). שלושת נמלים אלו מהווים את שערי המסחר העיקריים למרבית הסחורות המיובאות לישראל והמיוצאות ממנה, בהיות נתיב ההובלה הימית נתיב הסחר המרכזי בישראל.

2. לאורך עשרות שנים נוהלו נמלי הים של ישראל על ידי רשות הנמלים שהוקמה לפי חוק רשות הנמלים, התשכ"א-1961. בתחילת המאה הנוכחית ביקש המחוקק לשנות מצב זה, שהוגדר על ידו כ"בלתי תחרותי לחלוטין" (דברי ההסבר להצעת חוק רשות הספנות והנמלים, התשס"ד-2003, ה"ח הממשלה 18, 18), ובשנת 2005 נכנס לתוקפו חוק רשות הספנות והנמלים, התשס"ד-2004, בעקבותיו הופרדו נמלי ישראל מניהול רשות הנמלים, ותחת זאת הוקמו שלוש חברות נמל עצמאיות האחראיות על תפעול הנמלים, במטרה שיתחרו זו בזו. כן הוקמו חברת נמלי ישראל – פיתוח ונכסים בע"מ, המופקדת על ניהול ופיתוח נכסי הנמלים, ורשות הספנות והנמלים, אשר מהווה גוף רגולטורי בתחום הספנות והנמלים.

3. ענייננו מתרכז בשוק הרכבים המיובאים לישראל דרך הים, ובו נמקד מבטנו. מאז שנות ה-60 של המאה הקודמת, אין בישראל פעילות ייצור תעשייתית של רכבים פרטיים, וממילא הרכבים החדשים הנמכרים בישראל מיובאים מחו"ל, ובפרט מאירופה, ארה"ב והמזרח הרחוק. ככלל, ייבוא הרכבים נעשה דרך הים ומתבצע באמצעות אוניות משא מסוג גלנוע (ובאנגלית: Roll on/Roll off Ships), אשר נועדו לשאת מטענים על גלגלים (כגון מכוניות, משאיות ואופנועים), וזאת על ידי שינועם לתוך האונייה על גלגליהם ובכוח מנועיהם (וזאת, להבדיל מאוניות משא אחרות בהן הטעינה והפריקה מתבצעות על ידי מנופים או מסועים).

4. בתקופה הרלוונטית, אוניות הגלנוע פרקו את הרכבים המיובאים לישראל בהתאם לחלוקה הבאה: רכבים המיובאים מהמזרח הרחוק נפרקו בנמל אילת בלבד (זאת, עד ליום 31.1.2016, בהתאם לצו היבוא והיצוא (יבוא כלי רכב דרך נמל אילת) (הוראת שעה), התשע"ג-2013 אשר העניק לנמל אילת בלעדיות בעניין); רכבים המיובאים מאירופה ומארה"ב נפרקו בנמל חיפה או בנמל אשדוד, כאשר רובם המוחלט של רכבים אלו הובלו באמצעות אחד משלושה קווי ספנות – קו EUROMED הפוקד את נמל אשדוד בלבד; קו NEPTUNE אשר בתקופה הרלוונטית פקד את נמל אשדוד בלבד; והקו האדריאטי הפוקד את נמלי אשדוד וחיפה לסירוגין, בהתאם לביקוש (להלן: קו אירומד, קו נפטון ו-הקו האדריאטי, בהתאמה; וביחד: שלושת קווי הספנות). בהקשר זה יוער כי הגם שבתקופה הרלוונטית קו אירומד וקו נפטון פקדו אך את נמל אשדוד, הייתה קיימת אפשרות ברמה העקרונית להסיט את המסלול לעבר נמל חיפה, בין אם באופן קבוע ובין אם בהפלגה בודדת, אם מרבית היבואנים הרלוונטיים מעוניינים בכך. עם זאת, הסטה כזו הייתה נדירה ביותר, ובפועל נהנה נמל אשדוד בתקופה הרלוונטית מבלעדיות כמעט

מוחלטת ביחס לקו אירומד ולקו נפטון, כך ששררה תחרות בינו לבין נמל חיפה ביחס לקו האדריאטי בלבד.

5. בעת עגינת האוניות בישראל, הנמלים מעניקים ליבואני הרכב שירותי פריקה של הרכבים מתוך האונייה, בגינם נגבים דמי פריקה (או בשמם האחר – דמי ניטול), וזאת בכפוף להגבלות המחירים שנקבעו בצו פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים (שירותי נמל), התש"ע-2010 (להלן: צו הפיקוח). בנוסף לכך, מספקים הנמלים שירותי אחסנה, כאשר בעבור שירותי אחסנה זמנית (שנעה בין 4 ל-6 ימים, כתלות בגודל הרכב) לא נגבה תשלום ואילו בעבור שירותי אחסנה לטווח ארוך נגבים דמי אחסנה בכפוף לאמור בסעיף 49 לצו הפיקוח ובסעיפים 240-243 לתקנות הנמלים, התשל"א-1971. שירותים נוספים אותם מספקים הנמלים הם שירותי טיפול במהלך שהיית כלי הרכב בשטחי הנמל (הכוללים טיפולים לוגיסטיים, הוצאה משטח האחסנה, הכנה למסירה וכיו"ב), בגינם נגבים דמי טיפול.

6. בלב הפרשה שלפנינו עומדים הסכמים אשר נכרתו בין נמל אשדוד לבין יבואני רכבים המיובאים מאירופה ומארה"ב בקשר למתן שירותי פריקה, אחסנה וטיפול בשטח הנמל, ובכלל זה התמורה בעבור השירותים הללו. במסגרת הסכמים אלו קבע נמל אשדוד עבור מרבית היבואנים עימם היו לו הסכמים מסחריים (והגדולים שבהם ביחס לקו האדריאטי), יעדים שנתיים פרטניים של כמות הרכבים הכוללת שעל כל אחד מהם לפרוק בנמל (ללא הבחנה בין שלושת קווי הספנות), ובתמורה לכך קיבל כל אחד מהיבואנים הללו הנחה בעבור דמי הפריקה ודמי האחסנה בהיקף המשתנה בין יבואן אחד למשנהו. ההנחה ניתנה מהרכב הראשון שנפרק בנמל אשדוד, ובאופן שוטף, ואולם הזכאות לה התגבשה באופן רטרואקטיבי, לאחר עמידה ביעד השנתי, כאשר יבואן שלא עמד ביעד שנקבע לו (אשר הותאם למאפייניו הפרטניים), היה צפוי בדיעבד לאבד את ההנחה כליל, גם על הרכבים שנפרקו על ידו בנמל אשדוד (להלן: ההסכמים או הסכמי מתן ההנחות). משמעות הדבר היא שיבואן אשר בחר לפרוק גם בנמל חיפה רכבים שהובלו בקו האדריאטי (הקו היחיד שביחס אליו התקיימה תחרות של ממש בתקופה הרלוונטית), בכמות שמנעה ממנו להגיע ליעד הכולל שנקבע לו על ידי נמל אשדוד, היה עלול לאבד את כל ההנחה לה היה זכאי בגין פריקות בשלושת קווי הספנות. עוד יצוין כי ההסכמים חודשו מדי שנה לערך, החל משנת 2010 ועד למחצית שנת 2014, לכל הפחות.

7. הסכמי מתן ההנחות התגלו לאחר בדיקה שערכה רשות התחרות (להלן: הרשות או רשות התחרות) בעקבות תלונה שהגיש ספק של נמל אשדוד אשר העניק בשעתו

שירותים הנוגעים לרכבים מיובאים שנפרקו בנמל. לאור תלונה זו, ביום 29.1.2013 העביר הממונה על התחרות לנמל אשדוד דרישת נתונים לפי סעיף 46(ב) לחוק התחרות. ביום 26.2.2013 ניתן מענה מטעם נמל אשדוד, ובימים 14.3.2013 ו-24.3.2013 נשלחו דרישות נתונים נוספות. דרישות אלו נענו ביום 8.4.2013, ובהמשך שלח הממונה עוד דרישת נתונים ביום 14.1.2014, עליה השיב נמל אשדוד ביום 30.1.2014. לאחר בחינת הנתונים, ביום 18.2.2014 שיגר הממונה לנמל אשדוד מכתב שימוע ראשון, בו הודיע על כוונתו לקבוע כי נמל אשדוד הפר את חוק התחרות, וכן להטיל עיצומים כספיים על נמל אשדוד בסך 12 מיליון ש"ח, ועל שניים מנושאי המשרה בו, מנכ"ל נמל אשדוד בתקופה הרלוונטית וסמנכ"ל לקוחות בנמל אשדוד (הם המערערים 2 ו-3 בע"א 8387/20 והמשיבים 2 ו-3 בע"א 2490/21). להלן: מנכ"ל נמל אשדוד ו-סמנכ"ל הלקוחות, בהתאמה; וביחד יכוננו, להלן: נושאי המשרה), בסכום של 200,000 ש"ח בו יישא כל אחד מהם. לאחר שמיעת טענות נמל אשדוד ונושאי המשרה (להלן, יחדיו: המערערים) ובעקבות בדיקות נוספות שנערכו, לרבות דרישות נתונים נוספות שנשלחו לנמל אשדוד, ביום 2.8.2015 שוגר מכתב שימוע נוסף. ביום 24.11.2015 השלים נמל אשדוד את הגשת מלוא טענותיו וביום 30.11.2015 השלימו גם נושאי המשרה את הגשת טענותיהם. בהמשך לכך, ביום 16.12.2015, ובהתאם לסעיף 50(א)(1) לחוק התחרות, נועץ הממונה בוועדה לפטורים ומיזוגים אשר סברה פה אחד כי נמל אשדוד ונושאי המשרה הפרו את הוראות חוק התחרות, וכי יש להשית עליהם עיצומים כספיים עקב כך. עם זאת, הוועדה גרסה כי יש להפחית מגובה העיצומים שהתכוון הממונה להשית בהתאם להחלטתו הראשונית, ונחלקה באשר לגובה העיצום שיש להטיל על נושאי המשרה. מספר ימים לאחר מכן, ביום 21.12.2015 פרסם הממונה את קביעתו בעניין כפי שזו תובא להלן.

8. כן יצוין כי ביני לביני, במהלך חודש מאי 2014, וככל הנראה בעקבות הבדיקה שניהלה רשות התחרות, פנה נמל אשדוד לכלל יבואני הרכב והבהיר כי כמויות הרכבים הנקובות בהסכמים עמם אינן בגדר יעד מחייב למתן ההנחות (להלן: הודעת נמל אשדוד).

קביעות הממונה על התחרות

9. על רקע האמור, ביום 21.12.2015 הכריז הממונה (באותה עת היה זה עו"ד אורי שוורץ, אשר שימש כממונה על ההגבלים העסקיים (בפועל)), על נמל אשדוד כבעל מונופולין בשוק פריקת הרכבים המיובאים לישראל מאירופה ומארה"ב בכל אחד משלושת קווי הספנות, וזאת בהתאם לסעיף 26(א) לחוק התחרות. עוד קבע הממונה כי נמל אשדוד ניצל את מעמדו המונופוליסטי לרעה בשווקים האמורים על ידי מתן הנחות פסולות, ובכך הפר את האיסור הקבוע בסעיף 29(א) לחוק. בעקבות זאת, הפעיל

הממונה את סמכותו על פי סעיף 50ד(א)(3) לחוק התחרות והשית עיצומים כספיים בסך של 9 מיליון ש"ח על נמל אשדוד ו-40,000 ש"ח על נושאי המשרה (כאשר כל אחד מנושאי המשרה יישא במחצית מהסכום).

10. בדיקת הרשות העלתה כי בשוק פריקת הרכבים המיובאים מאירופה ומארה"ב באמצעות אוניות גלנוע – הוא תחום הפעילות הרלוונטי לענייננו – כל אחד משלושת קווי הספנות המייבא רכבים לישראל מהווה שוק רלוונטי מובחן, כאשר שני השחקנים הפוטנציאליים הרלוונטיים בשווקים אלה הם נמל אשדוד ונמל חיפה. מסקנה זו התבססה על מספר ממצאים שעלו מבחינת שוק המוצר והשוק הגיאוגרפי: ראשית, האפשרות לייבא רכבים לישראל דרך האוויר או היבשה היא מוגבלת מאד מבחינה לוגיסטית (ואף בחלק מהמקרים אינה מעשית) וכרוכה בעלויות גבוהות בהשוואה להובלה דרך הים, כך שאף אחת מהאפשרויות הללו אינה מהווה חלופה קרובה מספיק. שנית, ייבוא רכבים באמצעות אוניות גלנוע נחשב לבעל יתרונות רבים, ובכללם האפשרות לשנע את הרכבים במהירות וביעילות. לעומת זאת, ייבוא רכבים באמצעות מכולות מתבצע על ידי שינוע הרכבים במנופים או במסועים – הליך שאורך זמן רב יותר וכרוך בסיכון גדול יותר לגרימת נזק לרכבים – ועל כן, מדובר בתחליף רחוק לייבוא באמצעות אוניות גלנוע. שלישית, לכל אחד משלושת קווי הספנות מסלול שייט שונה, וכפועל יוצא נמלי עגינה שונים, כמו גם מאפיינים אחרים, המקשים על מעבר בין קו ספנות אחד למשנהו. בנוסף, לחלק בלתי מבוטל מיבואני הרכב כלל אין אפשרות בחירה בין שלושת קווי הספנות, היות שבחירה זו נעשית על ידי יצרן הרכב, ובדומה אף אין באפשרות יבואני הרכב להסיט את הייצור מאירופה ומארה"ב למזרח הרחוק. מכאן ששלושת קווי הספנות אינם מהווים תחליפים קרובים זה לזה, ועל כן כל אחד מהם מהווה שוק נפרד העומד בפני עצמו. רביעית, האפשרות לפרוק רכבים המיובאים מאירופה ומארה"ב בנמל אילת אינה מהווה חלופה קרובה, הן בשל משך זמן ההפלגה והעלויות הגבוהות הכרוכות בהובלה לנמל זה, והן משום שבתקופה הרלוונטית כלל לא היה בנמצא קו ספנות שהוביל רכבים מאירופה ומארה"ב לנמל אילת. לעומת זאת, נמל חיפה ונמל אשדוד מהווים תחליפים קרובים זה לזה.

בהתאם לכך, ובהינתן הנתונים שבידי הרשות לפיהם בשנים 2010-2014 למעלה ממחצית מהרכבים המיובאים לישראל מאירופה ומארה"ב בכל אחד משלושת קווי הספנות נפרקו בנמל אשדוד, קבע הממונה כי יש לראות בנמל אשדוד כבעל מונופולין בכל אחד משלושת קווי הספנות.

11. לאחר דברים אלה, נדרש הממונה לבחינת הסכמי מתן ההנחות ומצא כי על פי הנתונים המצויים בידי הרשות, יבואן רכב אשר ביקש לזכות בהנחות שהעניק נמל אשדוד (אשר עמדו בממוצע על כ-30% מדמי הפריקה וכ-40% מדמי האחסנה) נדרש היה לפרוק את כלל הרכבים המיובאים על ידו מאירופה ומארה"ב בנמל אשדוד, ולמצער את רובם המכריע. בחלק מההסכמים אף נקבעו תנאים נוספים אשר הכתיבו בלעדיות דה-פקטו לפריקת כלל הרכבים בנמל אשדוד. משמעות הדברים, לשיטת הממונה, היא כי לנמל חיפה נותר נתח שוק קטן מאד להתחרות עליו אשר נקבע למעשה על ידי נמל אשדוד. יתר על כן, היות שיבואן אינו יודע בתחילת השנה, ואף עד לחודשים האחרונים באותה שנה, האם הוא צפוי לעמוד ביעד השנתי, אין זה סביר כי יבחר לפרוק רכבים בנמל חיפה בטרם יתברר לו כי הוא עתיד לעמוד ביעד השנתי שנקבע לו על ידי נמל אשדוד, ומכאן שבפועל נתח השוק שנותר לתחרות מול נמל חיפה הוא מצומצם עוד יותר. מן העבר השני, ככל שביקש נמל חיפה להתחרות בנמל אשדוד על כמות גדולה יותר מזו שנותרה לו בעקבות ההסכמים, נדרש הראשון לפצות כל יבואן רכב בגין הפסד ההנחה מהאחרון, על מנת לשכנעו לפרוק רכבים בשטחו. לא זו אף זו, בהינתן שהסטת קווי אירומד ונפטון אל עבר נמל חיפה כרוכה ברצון מרבית היבואנים באותו קו או בהפלגה מסוימת, ובשים לב להיעדר הזהות באינטרסים בין היבואנים (בין היתר, בשל היעדים השנתיים השונים שנקבעו לכל אחד מהם), הרי שההיתכנות להסטת קווים אלה באופן שישתלם לכלל היבואנים גם יחד היא נמוכה מאד. הקושי האמור אף מתעצם, נוכח מגבלת הקיבולת של נמל חיפה, אשר ממילא אינה מאפשרת פריקה ואחסון של יותר ממחצית מהרכבים המיובאים מאירופה ומארה"ב.

בהתחשב בכל אלה, קבע הממונה כי בקביעת היעדים השנתיים האינדיבידואלים ומתן ההנחות למפרע נוצר חסם התרחבות בפני נמל חיפה, והלה הוגבל ביכולתו להתחרות בנמל אשדוד. לפיכך, כך נקבע, יש לראות בנמל אשדוד כמי שניצל לרעה את מעמדו המונופוליסטי באופן שיש בו כדי להפחית את התחרות בכל אחד משלושת קווי הספנות, וזאת בניגוד להוראת סעיף 29א(א) לחוק התחרות.

12. על יסוד האמור, החליט הממונה להטיל על נמל אשדוד ועל נושאי המשרה שהיו מעורבים בביצוע ההפרה המתוארת עיצומים כספיים, וזאת בהתאם לסמכותו מכוח סעיף 50ד(א)(3) לחוק התחרות. הממונה עמד על כך כי אומנם ניתן להטיל עיצומים כספיים בגין ההפרה האמורה ביחס לכלל שוק בנפרד, אך בנסיבות המקרה דנן, בהינתן שמדובר במסכת עובדתית אחת, מצא כי יש להתייחס לכלל הפרות כמקשה אחת לצורך קביעת גובה העיצום. בדונו בגובה העיצום שיש להטיל על נמל אשדוד, גרס הממונה כי יש להתחשב בחומרת ההפרה ובפוטנציאל הגבוה לפגיעה בתחרות הטמון בהסכמי מתן

ההנחות; בכך שמדובר בהפרה שנמשכה פרק זמן ארוך ומשמעותי (משנת 2010 ועד לשנת 2014); בעובדה כי חרף הידיעה על אודות בדיקת הרשות מראשית שנת 2013 נמל אשדוד המשיך לנקוט בפרקטיקה הפסולה עד למחצית שנת 2014 (עד להודעת נמל אשדוד); וכן בגובה המחזור השנתי של נמל אשדוד (שעמד בשעתו על כ-1.1 מיליארד ש"ח). עוד הוטעם כי יש לתת משקל לכך שהחלטה ניתנת בראשית האכיפה בדרך של הטלת עיצום כספי. מאידך גיסא, בבחינת השיקולים שיש בהם כדי להפחית מגובה העיצום, סבר הממונה כי יש להביא בחשבון שהטלת עיצום כספי בגין ההפרה הנדונה התאפשרה רק במהלך שנת 2012 (אז הוקנתה הסמכות להטלת עיצום כספי); כי בסופו של דבר נמל אשדוד הבהיר בהודעתו כי הכמויות שנקבעו בהסכמים אינן מחייבות לצורך מתן ההנחות; כי לא נמצא שנמל אשדוד הפר את חוק התחרות בעבר; וכי בדיקות הרשות בטרם התקבלה החלטה נערכו על פני תקופה ממושכת באופן שיצר חוסר ודאות. בשקלול האמור, קבע הממונה כי נמל אשדוד יישא בעיצום כספי בסכום של 9 מיליון ש"ח כאמור.

בכל הנוגע לנושאי המשרה, צוין כי הן סמנכ"ל הלקוחות והן מנכ"ל נמל אשדוד (אשר היה הממונה על הראשון) היו מעורבים באופן ישיר בביצוע ההפרה, בין באמצעות קביעת מדיניות התמחור ובין באמצעות הקשר הישיר שקיימו מול יבואני הרכב, ועל כן קמה הצדקה להטיל עליהם עיצום כספי באופן אישי. בקביעת שיעור העיצום הכספי שיוטל עליהם, נשקלו מרבית השיקולים שנבחנו ביחס לנמל אשדוד, וכן שיקולים נוספים, ובכללם העובדה כי מדובר בפעם הראשונה בה הוטל עיצום כספי על יחידים וכן הנסיבות האישיות שהעלו נושאי המשרה בטענותיהם. כן ציין הממונה כי לא מצא לנכון להבחין בין נושאי המשרה, הואיל ואחד הנחה ואילו השני היה מעודכן בפעולות האחר. נוכח כל אלה, השית הממונה על כל אחד מנושאי המשרה עיצום כספי בסכום של 20,000 ש"ח. עוד קבע הממונה כי יש לפרסם את שמות נושאי המשרה בשל הצורך בהרתעת הרבים, ונוכח העובדה כי מדובר בפעם הראשונה בה מוטלים עיצומים כספיים על יחידים.

13. על קביעות אלו הגישו נמל אשדוד ונושאי המשרה עררים לבית הדין לתחרות לפי סעיפים 43(ג) ו-50(א) לחוק התחרות, אשר הופנו הן נגד ההכרזה על נמל אשדוד כבעל מונופולין, הן נגד הקביעה כי נמל אשדוד הפר את האיסור על ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה, והן נגד עצם הטלת העיצומים הכספיים ושיעורם.

14. בפסק דין מקיף ומעמיק שניתן ביום 23.6.2020 הורה בית הדין לתחרות על דחיית העררים בעיקרם, למעט לעניין גובה העיצום הכספי שהושת על נמל אשדוד (יצוין כי נתונים רבים הכלולים בפסק הדין חסויים בהיותם סודות מסחר של נמל אשדוד וצדדים שלישיים. משום כך נערכו שני נוסחים של פסק הדין: האחד מלא וחסוי, והשני מצונזר וגלוי).

15. בראשית הדברים ציין בית הדין לתחרות כי היקף ההתערבות של בית הדין בקביעות הממונה על התחרות הוא רחב, לנוכח סמכותו לבחון את החלטת הממונה מחדש, ובהתאם לכך לאשרה, לבטלה או לשנותה. כפועל יוצא, כך נפסק, יש לראות את ההליך שמתקיים בפני בית הדין לתחרות כהליך שמיעה מחדש, ועל כן אין בהפרת זכות הטיעון בהליך שהתנהל לפני הממונה, ככל שהייתה הפרה כזו, כדי להביא לבטלות הקביעה הנגועה או לביטולה.

16. לגופו של עניין, בית הדין לתחרות מצא כי אין מקום להתערב במסקנת הממונה לפיה נמל אשדוד הוא בעל מונופולין בשוק פריקת הרכבים המיובאים לישראל מאירופה ומארה"ב בכל אחד משלושת קווי הספנות (וממילא בשלושת קווי הספנות גם יחד, ככל שיש לראותם כשוק אחד), וכי בהתקשרות בהסכמי מתן ההנחות ניצל נמל אשדוד את מעמדו לרעה בשווקים האמורים תוך הפרה של סעיף 29א(א) לחוק התחרות.

17. לצורך הגדרת השוק הרלוונטי, ניתח בית הדין לתחרות את החלופות שיש בהן כדי לרסן את יכולתו של נמל היעד (בענייננו – נמל אשדוד או נמל חיפה) להעלות את דמי הפריקה הנגבים בגין פריקת רכבים המיובאים מאירופה ומארה"ב, ומצא, בדומה לקביעת הממונה, כי שלושת קווי הספנות אינם משמשים תחליפים קרובים זה לזה, ועל כן יש לראותם כשווקים נפרדים. נפסק, כי הגם שמבחינה תיאורטית-פונקציונאלית שלושת קווי הספנות עשויים להוות אלטרנטיבה זה לזה, הרי שהלכה למעשה אין בהם כדי לשמש רסן תחרותי ממשי זה לזה בכל הנוגע לבחירת הנמל בו תבצע פריקת הרכבים. זאת, בשל השוני בין מסלולי הקווים (והוער, כי הגם שקיימת חפיפה מסוימת בין המסלולים של שלושת קווי הספנות, המדובר בחפיפה חלקית ביותר המתייחסת לכ- 1/3 מהרכבים הנפרקים בנמל אשדוד, לכל היותר); מידת השליטה המוגבלת עד מאד של יבואני הרכב בבחירת נמל המוצא והקו שבאמצעותו יובלו הרכבים (בשונה מיכולתם לבחור את נמל היעד); העלות הכרוכה בהחלפת קו ספנות, לרבות באמצעות שְׁטָעוֹן (קרי,

העברת המטען מאונייה אחת לאחרת) בנמל בדרך המהווה נקודת הצטלבות, מקום בו הדבר אפשרי; ומשקלה הנמוך של עלות הפריקה ביחס ליתר העלויות הכרוכות בייבוא (ובפרט עלויות ההובלה). בהקשר אחרון זה צוין כי לצורך הגדרת השוק, אין מקום להתמקד בחלופות שעניינן שינויים בעלויות ההובלה או בעלויות אחרות שנגבו בגין יתר שירותי הנמל, שכן ההנחות מושא ההסכמים הותנו בעמידה ביעדי פריקה, ומכאן שיש להתרכז במוצרים תחליפיים לשירותי הפריקה ועלותם, ובהם בלבד. בצד זאת, דחה בית הדין לתחרות את טענת נמל אשדוד ונושאי המשרה לפיה קיימים קווי ספנות נוספים הפוקדים את נמל אשדוד ונמל חיפה שלא נלקחו בחשבון בעת הגדרת השוק, חרף היותם תחליפיים לשלושת קווי הספנות, וקבע כי לא הונחה תשתית ראייתית שתתמוך בטענה זו, זולת קו ספנות אחד (קו אגרקסקו) אשר נעשה בו שימוש נקודתי ושולי שאין בו כדי להשפיע על התחרות בשוק.

18. עוד קבע בית הדין לתחרות כי בשנים 2010-2014 עלה נתח השוק של נמל אשדוד בכל אחד משלושת קווי הספנות בצורה ניכרת על מחצית השוק (קרי, מחצית מהרכבים המיובאים לישראל מאירופה ומארה"ב בכל אחד משלושת קווי הספנות בנפרד), ואף הגיע בקווים אירומד ונפטון לכדי בלעדיות כמעט מלאה. על כן, נפסק כי הכרזתו של הממונה על נמל אשדוד כבעל מונופולין בכל אחד משלושת קווי הספנות בדין יסודה. יתר על כן, ובבחינת למעלה מן הצורך, ציין בית הדין לתחרות כי אפילו אם היה מקום לראות בשלושת קווי הספנות כשוק אחד, הרי שהנתונים מלמדים כי בתקופה הרלוונטית נמל אשדוד החזיק בנתח שוק העולה בהרבה על מחצית מכלל הרכבים שיובאו בשלושת הקווים. בית הדין לתחרות אף הוסיף וקבע כי בתקופה הרלוונטית החזיק נמל אשדוד בכוח שוק מוגבר אל מול חלק ניכר מיבואני הרכב (אלה העושים שימוש בקווים אירומד ונפטון), וזאת לאור הצורך החיוני של יבואנים אלה לפרוק בנמל אשדוד דווקא, בהינתן ההיתכנות המעשית הנמוכה לפרוק את הרכבים, כולם או מקצתם, בנמל חיפה.

19. לאחר מכן, פנה בית הדין לתחרות לדון בהסכמי מתן ההנחות. נקבע, כי בחינת ההסכמים, על פי לשונם והתנהגות הצדדים, כמו גם בחינתם של מסמכים נוספים, מעלה כי מתן ההנחות בתעריפי דמי הפריקה ודמי האחסנה אכן הותנה בעמידה ביעדי פריקה שנתיים, ויעדים אלה נאכפו על ידי נמל אשדוד (להוציא מקרים בהם הסיבה לאי עמידה ביעד לא הייתה כתוצאה מהסטת רכבים לפריקה בנמל חיפה). בתוך כך, בית הדין לתחרות לא קיבל את הטענה כי היעדים לא היו מחייבים, וכי גם יבואנים שלא עמדו בהם זכו להנחה. כן נדחתה עדותם של שני יבואנים אשר העידו מטעמם של נמל אשדוד

ונושאי המשרה, והצהירו כי לא ראו ביעדים שנקבעו בהסכמים כיעדים מחייבים לצורך קבלת ההנחות.

20. על מנת לבחון אם יש בהסכמי מתן ההנחות כדי להפר את האיסור על ניצול לרעה של כוח מונופולין, סבר בית הדין לתחרות כי המבחן המתאים לבחינת יסוד העלילות לפגיעה בתחרות או בציבור, כדרישת סעיף 29א(א) לחוק התחרות, הוא הסתברותה של פגיעה ממשית בתחרות או בציבור, ואין צורך להצביע על פגיעה בפועל. באופן ממוקד יותר, נקבע כי כאשר עסקינן בהנחות המבוססות על יעד כמותי אשר בעל המונופולין מעניק באופן רטרואקטיבי, יש לבחון האם, בהיעדר תועלת כלכלית משמעותית אחרת, מאפייני שיטת ההנחות חורגים מתחרות לגופו של עניין ומכבידים על יכולתו של מתחרה בשוק הרלוונטי להתחרות באופן ענייני. כמו כן, הדגיש בית הדין לתחרות כי אין מקום לקבוע מבחן כלכלי בלעדי ויחיד באמצעותו תיבחן פגיעה כאמור, וכי יש להותיר שיקול דעת רחב בבחירת המבחנים הכלכליים בהם ייעשה שימוש, הכל בהתאם לנסיבות כל מקרה ומקרה. בצד זאת, ציין בית הדין לתחרות כי למרות שאין צורך להראות פגיעה בפועל, אין לשלול בחינה של העובדות שאינן מתיישבות עם ההערכה כי ההסדר עלול לפגוע בתחרות, על מנת לוודא כי ההערכה איננה שגויה לחלוטין.

21. יישום האמור על המקרה דנן, הביא את בית הדין לתחרות למסקנה כי שיטת ההנחות שהנהיג נמל אשדוד מהווה ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי באופן שעלול לפגוע בתחרות באופן ממש. בתוך כך, נדרש בית הדין לתחרות למאפייני שיטת ההנחות של נמל אשדוד והצביע על שלושת אלה: מאפייני האינדיבידואליות – יעדי הפריקה, כמו גם שיעור ההנחות, נקבעו באופן אישי לכל יבואן, בזיקה להיקף הייבוא הצפוי בשנה נתונה ובהסתמך על היקף הייבוא בשנים קודמות, וכן בהתאם למידת התלות של היבואן בנמל אשדוד, ליכולתו של היבואן (בשים לב לגודלו) להסיט את קו נפטון או את קו אירומד לנמל חיפה ולאיום התחרותי הקונקרטי מצד נמל חיפה. כך, התאפשר לנמל אשדוד לכוון את היעד השנתי של כל יבואן בהתאם למאפייניו הקונקרטיים, כאשר במרבית המקרים היעד שנקבע היה קרוב למלוא הכמות אשר הייתה צפויה להיות מיובאת לישראל על ידי אותו יבואן, קרי שיקף שאיפה לפריקה בלעדית בנמל אשדוד; מאפייני הרטרואקטיביות – ההנחות אומנם ניתנו באופן שוטף, אך הותנו בעמידה ביעד הפריקה בדיעבד, כך שהזכאות לקבלת ההנחות התגבשה באופן רטרואקטיבי. משמעות הדבר היא כי על היבואנים הוטל מעין איום בקנס אם לא יעמדו ביעד שנקבע להם בשנה מסוימת, באופן שהחליש את המוטיבציה שלהם ליזום הסטה לנמל חיפה בטרם יעמדו, או ידעו שהם עתידים לעמוד, ביעדי הפריקה. הדברים אמורים גם אם בפועל החליט נמל אשדוד

שלא לשלול את ההנחות בשל אי עמידה ביעד, שכן היבואן לא יכול היה להסתמך על כך מבעוד מועד; מאפיין הסודיות – ההסכמים כללו סעיפי סודיות האוסרים על היבואנים להציג את תוכנם לצדדים שלישיים, ובכלל זה לנמל חיפה, באופן שהקשה על נמל חיפה לנסות ולהתמודד עם המכשול התחרותי שהוצב בפניו.

נוכח מאפיינים אלה, בשילוב עם מאפייניהם של שלושת קווי הספנות (ובפרט הקושי הניכר להסיט את קווי אירומד ונפטון אל עבר נמל חיפה), גרס בית הדין לתחרות כי יבואן רכבים עלול להירתע מפריקת רכביו בנמל חיפה בשל החשש שיפסיד את ההנחה שהובטחה לו מנמל אשדוד, אלא אם מדובר בהיקף פריקה מוגבל שאינו מסכל את מתן ההנחה, או אם התעריף שייקבע על ידי נמל חיפה יהיה נמוך דיו באופן שיפצה את היבואן בגין הפסד ההנחה מנמל אשדוד (אילו עמד ביעד שנקבע לו). על כן, נקבע, כי שיטת ההנחות שהנהיג נמל אשדוד יצרה אפשרות סבירה לפגיעה ממשית בתחרות.

22. יתר על כן, ועל אף שלסברתו די היה בבחינת מאפייני שיטת ההנחות והשוק על מנת לקבוע כי עלולה להיגרם פגיעה בתחרות, הוסיף בית הדין לתחרות כי אף הניתוח הכלכלי שערך הממונה, אשר מכמת את ההשפעה הצפויה של הסכמי מתן ההנחות על פעילות נמל חיפה, תומך במסקנה כי הוכחה אפשרות סבירה לפגיעה ממשית בתחרות. בהתאם לניתוח זה, נמל חיפה ניצב בפני שתי אפשרויות: תחרות על כמות הרכבים שנותרה מעבר ליעד הפריקה שהציב נמל אשדוד; או תחרות על נתח שוק גדול יותר, אך בכפוף לסדר גודל מסוים, וזאת על מנת שיוכל לפצות את היבואנים על אובדן ההנחות ועדיין להיות רווחי. בחינת הממונה מצאה כי במצב הראשון נותר לנמל חיפה נתח שוק קטן מאד, ואילו במצב השני, סדר הגודל בו מדובר הוא משמעותי (כאשר לעניין זה חושבה כמות הרכבים הנדרשת מתוך כלל הרכבים שיובאו בקו האדריאטי בלבד, וזאת בשל המגבלות הקשורות בהסטת קווי נפטון ואירומד לנמל חיפה נתח שוק בשתי האפשרויות מצוי נמל חיפה בפני נטל פסול שאינו נובע מתחרות לגופו של עניין. כן ציין בית הדין לתחרות כי אף אם לגבי יבואנים מסוימים לא התקיים מצב הדברים האמור, הרי שאין בכך כדי לגרוע מהמסקנה האמורה.

23. עוד קבע בית הדין לתחרות כי נמל אשדוד לא הוכיח כי בבסיס שיטת ההנחות מונחת תכלית כלכלית עניינית וראויה אשר יש בה כדי לשמש לו הגנה. בית הדין לתחרות שלל את ההצדקות להן טען נמל אשדוד – ובכלל זה, כי היעדים שנקבעו נועדו לצרכים תפעוליים או לצורך שימור לקוחות – וקבע, כי מהחומר שהונח בפניו עולה כוונה ברורה מצדו של נמל אשדוד להקשות על נמל חיפה להתחרות מולו.

24. אשר לעצם הטלת העיצומים, בית הדין לתחרות דחה את הטענה כי לאור התקדימיות שבהחלטת הממונה אין מקום להפעיל את סמכות העיצום הכספי בנסיבות העניין, וקבע כי הטלת העיצומים בדין יסודה. בכל הנוגע לגובה העיצום הכספי, בית הדין לתחרות דן בפירוט בשיקולים השונים לקביעת סכום העיצום הכספי ומצא כי חומרת ההפרה ופוטנציאל הפגיעה בתחרות הוערכו ביתר; וכי הנוסחה שעל פיה חושבה התוספת לסכום העיצום הכספי בשים לב למחזור המכירות של נמל אשדוד מעוררת קושי מבחינה יישומית (שכן, ככל שהיקף המכירות גדול יותר, אחוז התוספת עולה בצורה תלולה יותר), ועל כן סבר כי גם המשקל שניתן לשיקול זה הוא גבוה יתר על מידה. לפיכך, נפסק כי יש להעמיד את גובה העיצום הכספי בו יישא נמל אשדוד על 3.46 מיליון ש"ח (חלף 9 מיליון ש"ח, כקביעת הממונה). אשר לגובה העיצום הכספי שהוטל על נושאי המשרה, קבע בית הדין לתחרות כי בשים לב לשיקולים ששקל הממונה, ובהתחשב בכך שמדובר בסכום נמוך במיוחד, אין מקום להתערב בו. כן נדחו הטענות כי בשל תום ליבם של נושאי המשרה ולנוכח העוול שנגרם להם עקב פרסום שמותיהם עוד בטרם ניתנה החלטת הממונה, הטלת העיצום הכספי עליהם איננה ראויה.

25. לבסוף, דחה בית הדין לתחרות את יתר טענות נמל אשדוד ונושאי המשרה הנוגעות לכשלים שנפלו לכאורה בהליך המנהלי מול הרשות והממונה ואשר מצדיקים לשיטתם את ביטול קביעות הממונה. בתוך כך, נדחו הטענות כי קביעות הממונה נשענות על תשתית עובדתית לקויה; כי בקבלת ההחלטה על ידי הממונה דבק שיהוי בלתי סביר; כי נפלו פגמים בהליך השימוע שנערך לנמל אשדוד ולנושאי המשרה אשר פגעו בזכות הטיעון שלהם; וכי הופרה חובת ההיוועצות עם הוועדה לפטורים ומיזוגים. כן נדחתה טענת נושאי המשרה נגד ההחלטה לפרסם את שמם.

ערעור נמל אשדוד ונושאי המשרה על פסק הדין (ע"א 8387/20)

טענות נמל אשדוד ונושאי המשרה

26. טענותיהם של נמל אשדוד ונושאי המשרה הן אלה: ראשית, כי בהתאם לסטנדרט ההתערבות על החלטות הממונה, שהוא רחב יותר מהמקובל במשפט המנהלי, היה על בית הדין לתחרות לבחון את קביעות הממונה לגופן, ולא להסתפק בבחינת סבירותן בלבד. כך, במיוחד לאור סמכותו הרחבה והחריגה של הממונה בהטלת עיצום כספי, הבאה לידי ביטוי הן בגובה העיצום המרבי שניתן להשית, הן במורכבות ההפרות

החשופות להטלת עיצומים, הן בהיעדר הבניית שיקול הדעת בקביעת סכום העיצום, והן בשיקול הדעת הבלעדי הנתון לממונה בהטלת העיצום הכספי.

27. שנית, נטען כי לא הוכח יסוד העלילות, ובפרט שלא הונחה תשתית ראייתית מוצקה ומשכנעת לפיה קיימת "אפשרות סבירה לפגיעה ממשית בתחרות", כדרישת הפסיקה. בתוך כך, טענו נמל אשדוד ונושאי המשרה כי על אף שבית הדין לתחרות מצא כי פוטנציאל הפגיעה בתחרות הטמון בשיטת ההנחות הוערך ביתר על ידי הממונה, הוא בכל זאת אישר את החלטת הממונה ופסל את שיטת ההנחות, כך שהלכה למעשה יישם רף ראייתי מקל יותר מהנדרש. זאת ועוד, בחינתו של בית הדין לתחרות התמקדה אך במאפייני ההנחות ובמעמדו של נמל אשדוד בשוק, תוך שהיא מתעלמת ממכלול הנסיבות הרלוונטי לעניין. בין השאר, בית הדין לתחרות לא נתן דעתו למאפייניו של הנמל המתחרה (הוא נמל חיפה), ובפרט לעובדה כי מדובר בנמל עוצמתי ומבוסס; לעובדה שבתקופה הרלוונטית חלקו של נמל חיפה בפריקת רכבים גדל באופן עקבי ומהיר; למאפייניהם של יבואני הרכב וכוח המיקוח שלהם; ולכך שלמרות שיחותיו של הממונה עם יבואנים טרם מתן ההחלטה, לא הוצגו ראיות כלשהן לכך שההנחות שניתנו השפיעו בצורה כלשהי על תמריציהם בהחלטתם היכן לפרוק את הרכבים, והללו אף לא נשאלו על כך (בעוד הקביעות נשענות אך על השערות והנחות לגבי תמריציהם). בעניין אחרון זה, הדגישו נמל אשדוד ונושאי המשרה כי מדובר בסוגיה שהיה צורך קריטי בבירורה, במיוחד לאור טענתם לפיה ההנחות לא הותנו בפועל ביעד מחייב והוענקו בין אם היבואן עמד ביעד ובין אם לאו. כן צוין כי מהשיחות עם היבואנים אף עולה כי בחירתם בנמל הפריקה הושפעה דווקא מגורמים אחרים שאינם קשורים למתן ההנחות, וכי חלק ניכר מהיבואנים פרקו בנמל חיפה בהיקפים גדולים.

בנוסף, נטען כי שגה בית הדין לתחרות כאשר פסל כליל את השימוש במבחן הכלכלי שהציעו נמל אשדוד ונושאי המשרה ואשר מקובל ומוכר בעולם, הוא מבחן "Efficient Competitor" (או בתרגומו: "מבחן המתחרה היעיל באותה מידה". להלן: מבחן המתחרה היעיל), הבוחן אם מתחרה יעיל כמו בעל המונופולין יכול להציע ללקוח הצעת מחיר דומה לזו של בעל המונופולין מבלי שהדבר יהיה כרוך בהפסד. לטענתם, לו בית הדין לתחרות היה מיישם מבחן זה, כפי שראוי ומוצדק היה לעשות במקרה דנן, ומתבסס על חוות דעת המומחה שהגישו, היה מתגלה כי ההנחות שניתנו על ידי נמל אשדוד לא יכלו לחסום מתחרה יעיל באותה מידה, כדוגמת נמל חיפה, משום שהלה יכול היה להציע הצעת מחיר תחרותית שעודנה רווחית עבורו. מן העבר השני נטען כי המבחן הכלכלי בו עשה הממונה שימוש הוא פסול, הן משום שאין לו תמיכה בפסיקה או בהחלטות עבר של הממונה, והן לאור הפגמים שנפלו ביישומו.

28. שלישיית, טוענים נמל אשדוד ונושאי המשרה כי לאור הכשלים שנפלו בהחלטת הממונה ובהליך שקדם לה, היה על בית הדין לתחרות לבטל את קביעות הממונה ולא להסתפק בהפחתת העיצום הכספי שהושת על נמל אשדוד. הכשלים שמונים נמל אשדוד ונושאי המשרה הם היעדר התייחסות נאותה מצדו של הממונה לטענותיהם במהלך הליך השימוע, ואי הצגת מלוא המידע הרלוונטי עליו מבוססים החלטת הממונה והניתוחים הכלכליים המוצגים במסגרתה. עוד טענו נמל אשדוד ונושאי המשרה כי בעת קביעת הממונה לא פורסמו הנחיות מפורטות לעניין אופן קביעת סכום העיצום הכספי, בעוד הלה הסתמך על גילוי דעת שאינו מתווה אמות מידה ברורות, ועל כן, לשיטתם, החלטת הממונה לוקה בשרירותיות ואף נעדרת סמכות, כך שיש לבטלה. כן נטען כי אין בהליך הביקורת השיפוטית שקיים בית הדין לתחרות כדי לרפא פגמים שדבקו בהליך שהתקיים לפני הממונה.

29. לבסוף, ובכל הנוגע לעיצום הכספי שהוטל על נושאי המשרה, נטען כי היה על בית הדין לתחרות לבטל את העיצומים הכספיים שהוטלו על נושאי המשרה, ולמצער להפחיתם. זאת, לאור הקביעה כי הפגיעה בתחרות הוערכה ביתר על ידי הממונה ועקב כך הופחת העיצום הכספי שהוטל על נמל אשדוד; לנוכח היות נושאי המשרה עובדים שכירים שפעלו ממניעים פרו-תחרותיים ובתום לב, מבלי שחשבו כי הם מפרים את הדין (במיוחד בהינתן התקדימיות שבהחלטת הממונה); ובשל האפקט המצנן הטמון בהטלת עיצום כספי על יחידים בנסיבות העניין.

טענות הממונה על התחרות

30. הממונה מצדו סבור כי יש לדחות את ערעור נמל אשדוד ונושאי המשרה. בפתח דבריו הדגיש הממונה כי בית הדין לתחרות ערך בחינה יסודית ומקיפה של החלטת הממונה תוך שהוא נדרש לכלל טענותיהם של נמל אשדוד ונושאי המשרה ודחה אותן אחת לאחת. לפיכך, ובניגוד לנטען על ידי נמל אשדוד ונושאי המשרה, בית הדין לתחרות לא הסתפק אך בבחינת סבירות החלטתו של הממונה. ממילא, חלק ניכר מטענות נמל אשדוד ונושאי המשרה מופנה כלפי ממצאים עובדתיים של בית הדין לתחרות, אשר אין זו מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בהם, על אחת כמה וכמה לנוכח הריסון שיש לנהוג בהתערבות בהחלטותיו של בית הדין לתחרות, בהיותו ערכאה מקצועית ובעלת מומחיות ייחודית.

31. לגופם של דברים, נטען כי מסקנתו של בית הדין לתחרות לפיה נמל אשדוד ניצל את מעמדו לרעה באופן שעלול לפגוע בתחרות, ובכך הפר את האיסור הקבוע בסעיף 29א(א) לחוק – היא מוצדקת ומבוססת כדבעי, ואין כל הצדקה להתערב בה. בתוך כך, עמד הממונה על קביעותיו של בית הדין לתחרות אשר הובילו אותו למסקנתו האמורה וכן על מקצת הראיות עליהן התבססו קביעות אלה. באופן דומה, טען הממונה כי כלל הטענות שהעלו המערערים בקשר לאופן בחינת פוטנציאל הפגיעה בתחרות (יסוד העלילות) – הן לעניין העלייה בכמות הרכבים שנפרקו בנמל חיפה, הן לעניין מאפייניהם של יבואני הרכב כלקוחות 'חזקים', הן לעניין השאלה האם היעדים שנקבעו בהסכמים היו מחייבים אם לאו, והן לעניין השפעת ההנחות על תמריציהם של יבואני הרכב – נדונו על ידי בית הדין לתחרות ונדחו, ובצדק נדחו. עוד טען הממונה כי מבחן המתחרה היעיל לו טענו המערערים הוא מבחן מחמיר מדי שאינו נותן ביטוי למציאות התחרותית המורכבת ולנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, וטומן קשיים מהותיים ביישומו. ממילא, חובותיו של בעל מונופולין צריכות לחול גם כלפי מתחרים שאינם יעילים באותה מידה כמוהו. לפיכך, בצדק לא נשען בית הדין לתחרות על מבחן זה, אלא העדיף בחינה פרטנית של שיטת ההנחות על רקע מאפייניו של השוק ויתר הנסיבות הרלוונטיות לעניין, והדבר עולה בקנה אחד גם עם גישתם של בתי המשפט באירופה. יתר על כן, בית הדין לתחרות אף בחן את חוות דעת המומחה שהגישו המערערים לצורך יישומו של מבחן המתחרה היעיל, ומצא לדחות את הניתוח המוצע בה לאור הקשיים העולים ממנו, ומכאן שלא היה במבחן זה, כפי שהוצג על ידי המערערים, כדי לסייע להם.

32. הממונה הוסיף וטען כי ההליך המנהלי שהתקיים בטרם התקבלה החלטתו התנהל כראוי וכי לא נפל כל פגם מהותי בהחלטתו המצדיק את ביטולה: טענות המערערים נשמעו, ובעקבותיהן הוחלט על עריכת בדיקות נוספות ואף הופחתו סכומי העיצומים הכספיים שהתכוון הממונה להשית במקור; עיקר המידע עליו התבססו החלטת הממונה והניתוחים הכלכליים שערך הובאו בפני המערערים, ומכל מקום אף אם נפל פגם בעניין זה הוא נרפא במסגרת ההליך בבית הדין לתחרות, עת הועבר המידע למערערים וניתנה להם ההזדמנות לטעון את טענותיהם בעניין; וכי אין כל שרירותיות או פגם אחר בהתבססות הממונה על גילוי הדעת שעמד בתוקף בעת קביעתו את סכום העיצומים הכספיים, ולראיה, מכוח גילוי דעת זה הוטלו עיצומים כספיים בגין שש הפרות אחרות של הוראות חוק התחרות שלא בוטלו או שוננו על ידי בית הדין לתחרות.

33. כמו כן, הממונה סבור כי גובה העיצום הכספי שהוטל על נושאי המשרה, המהווה לשיטתו סכום סמלי בלבד, הוא סביר ומוצדק בנסיבות העניין. לגישתו, סכום

זה מאזן בצורה ראויה בין מעורבותם של נושאי המשרה בהפרה והצורך ביצירת הרתעה יעילה של מקבלי החלטות בחברה המפרה, מחד גיסא, לבין הימשכות הבירור שערך הממונה וחוסר הוודאות שהיה כרוך בכך, העובדה שמדובר בפעם הראשונה שבה הוטל עיצום כספי על יחידים ונסיבותיהם האישיות של נושאי המשרה, מאידך גיסא.

ערעור הממונה על פסק הדין (ע"א 2490/21)

34. ערעורו של הממונה על התחרות מתמקד אך ברכיב פסק הדין המורה על הפחתת גובה העיצום הכספי שהושת על נמל אשדוד. לסברת הממונה, החלטת בית הדין לתחרות להפחית את העיצום הכספי היא שגויה מחמת שלושת אלה: ראשית, בשונה מביקורת שיפוטית על החלטת הממונה בדבר קיומה של הפרת חוק התחרות, שהיא רחבה יחסית, היקף הביקורת השיפוטית שיש להפעיל ביחס להחלטת הממונה בדבר הטלת עיצום כספי הוא מצומצם יותר, ותחום לגדרי הבחינה שיש להפעיל על המעשה המנהלי. בהתאם, נטען כי בנסיבות העניין התערבות בית הדין לתחרות בשיקול דעת הממונה בקביעת גובה העיצום נעשתה מבלי שקיימת כל עילה לכך, ותוך הסתמכות על נימוקים שלא נטענו או הוכחו על ידי נמל אשדוד ונושאי המשרה; שנית, ההפחתה בגובה העיצום פוגעת ביכולת ההרתעה של כלי העיצום הכספי, במיוחד בשים לב למחזור המכירות השנתי של נמל אשדוד ולהיקף הרווחים מפעילות ייבוא הרכבים בתקופה הרלוונטית; שלישית, במסגרת החלטתו להפחית את גובה העיצום, שקל בית הדין לתחרות שיקולים שגויים, הן בעת הערכתו את הנזק הפוטנציאלי והן בהפחתת המשקל שניתן למחזור המכירות הגבוה של נמל אשדוד.

35. נמל אשדוד ונושאי המשרה, מנגד, גורסים כי דין ערעורו של הממונה להידחות. לטענתם, החלטה להשית סנקציה עונשית בדמות עיצום כספי כרוכה בפגיעה קשה, ועל כן, בביקורת שיפוטית על החלטה זו, אין זה ראוי ליישם סטנדרט מקל מזה שחל על החלטות אחרות של הממונה. הדברים אמורים ביתר שאת, לאור עמדת הממונה כפי שהוצגה בפני המחוקק טרם הוקנתה הסמכות להטיל עיצום כספי, אשר הצדיקה את מתן שיקול הדעת הרחב בקביעת העיצום והסמכות להטיל עיצום בסכום גבוה במיוחד בכך שעל החלטות הממונה מופעלת ביקורת שיפוטית מחמירה מזו שחלה על רשויות אחרות. עוד סבורים נמל אשדוד ונושאי המשרה כי ניסיון הממונה לערער על השיקולים ששקל בית הדין לתחרות בקשר לגובה העיצום הכספי מהווה תקיפה של קביעות עובדתיות שאין מקום להתערב בהן, ומכל מקום מדובר בקביעות מוצדקות ומתבקשות. לבסוף, נמל אשדוד ונושאי המשרה טוענים כי דווקא החלטת הממונה, אשר נגועה לשיטתם

בשרירותיות ובחוסר סבירות ואשר נשענת על תשתית עובדתית וכלכלית רעועה, היא זו שיוצרת הרתעה לא ראויה מפני שימוש בפרקטיקה נפוצה ורצויה של מתן הנחות.

36. לשלמות התמונה יצוין כי ביום 2.5.2022 נערך דיון בערעורים במסגרתו חזרו הצדדים על עיקרי טענותיהם. בסופו של הדיון הוצעה לצדדים הצעת פשרה, אך ביום 9.5.2022 הודיעו נמל אשדוד ונושאי המשרה כי אין הם מקבלים את ההצעה ועומדים הם על ערעורם. למחרת, ביום 10.5.2022, הודיע גם הממונה כי הוא עומד על ערעורו.

דיון והכרעה

37. עמדנו בפתיח על כך שעסקינן במקרה מורכב ובעל אופי ראשוני ותקדימי. מטעם זה חשוב לנתחו בצורה מסודרת, עקב בצד אגודל, כיאה לחקר ארץ לא נודעת (Terra Incognita), וללא קיצורי דרך המאפיינים פסיקה בשטח שדרכיו סלולות ומוכרות.

38. סדר הדיון יהיה כדלקמן: בשלב הראשון, יידון היקף ההתערבות בהחלטות הממונה על התחרות. בשלב השני, תוצג בקצרה תכלית חוק התחרות הכלכלית, תוך התמקדות בהוראות החלות על בעל מונופולין. בהמשך לכך, ימוקד המבט באיסור על ניצול מעמד לרעה על ידי בעל מונופולין, ותיפרס התשתית הנורמטיבית לבחינת האיסור בכלל, וליישומו בהקשר של מתן הנחות בפרט. בתוך כך, תוצג ההתייחסות לפרקטיקה של מתן הנחות על ידי בעל מונופולין בדין האירופי ובדין האמריקאי, ויידון האופן בו יש לבחון פרקטיקה זו על פי הדין הישראלי. לאחר מכן, ייושם הדין ביחס לעניין שלפנינו בהתאם לעקרונות שהותוו. בשלב השלישי, תיבחן סמכותו של הממונה על התחרות להשית עיצומים כספיים על תאגידים ויחידים, ויובהר יישומה במקרה הפרטני שהובא לפתחנו. לבסוף, כעוללות, ידונו מספר טענות נוספות שהעלו הצדדים.

היקף ההתערבות בהחלטות הממונה על התחרות

39. בית הדין לתחרות הוא בית דין מנהלי אשר הוקם מכוח סעיף 32 לחוק התחרות הכלכלית (ובשמו הקודם – חוק ההגבלים העסקיים; ובהתאם, כונה בעבר בית הדין לתחרות כבית הדין להגבלים עסקיים). אב בית הדין לתחרות ומשנהו הם שופטים של בית המשפט המחוזי (סעיף 32(ג) לחוק), ויתר חברי בית הדין הם גורמים בעלי מומחיות בתחום בו עוסק חוק התחרות, כאשר לפחות שלושה חברים הם נציגים של ארגוני צרכנים ושלושה חברים נוספים הם נציגים של ארגונים כלכליים (סעיף 32(ד) לחוק). מלבד המומחיות בה מאופיינים חברי בית הדין לתחרות, בידי כלים רבים המסייעים לו למלא

את תפקידו. לבית הדין לתחרות הוקנו כלל הסמכויות שיש לבית משפט מחוזי בעניין אזרחי בכל הנוגע להזמנת עדים וגביית ראיות (סעיף 37(ב) לחוק). עוד רשאי בית הדין לתחרות לצרף בעל דין להליך המתקיים לפניו, וכן למנות מומחה מטעמו (סעיפים 27 ו-25 לתקנות התחרות הכלכלית (סדרי דין בבית הדין ובערעור), התשמ"ט-1988 (להלן: תקנות התחרות הכלכלית)). בנוסף, בית הדין רשאי להוציא צווי ביניים (סעיף 36 לחוק) וכן כל "צו הנראה לו דרוש כדי להבטיח שהחלטתו תקויים" (סעיף 35 לחוק). יתר על כן, בית הדין לתחרות אינו כבול בדיני הראיות, זולת הדינים בדבר חסינות עדים וראיות חסויות (סעיף 37(א) לחוק), וכן בכל עניין של סדרי דין שאין לגביו הוראה בחוק או בתקנות הרלוונטיות, נקבע כי בית הדין ידון "בדרך הנראית לו מועילה ביותר להכרעה צודקת ומהירה" (סעיף 35 לתקנות התחרות הכלכלית). מכאן שלבית הדין לתחרות מוקנים שיקול דעת רחב וגמישות דיונית בניהול ההליך שלפניו.

40. סמכויותיו של בית הדין לתחרות הוגדרו במספר הוראות הפזורות בחוק התחרות. ניתן לחלק סמכויות אלה לשלושה סוגים עיקריים: מתן הוראות לגורמים הפועלים בשוק (סעיפים 25, 30א, 31, 31ג(ב), 31ג(ב1), 50א לחוק); אישור פעולות בין גורמים הפועלים בשוק (סעיפים 7 ו-9 לחוק); והכרעה בערר על החלטות הממונה (סעיפים 15, 22, 30(ו), 43(ג) ו-50ג לחוק). ענייננו מתמקד בסמכות מהסוג השלישי – הפעלת ביקורת שיפוטית על החלטותיו של הממונה באמצעות הליך ערר עליהן. ויובהר, אין מדובר בהפעלת ביקורת כללית על פעולות הממונה, אלא בסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית בעקבות השגה המוגשת נגד החלטה מסוימת של הממונה באותם עניינים אשר הוגדרו בחוק התחרות (ראו: בש"א (הגבלים עסקיים) 111/06 אוטו ליין בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פסקה 19 (22.2.2007) (כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור). כן ראו והשוו: ה"ע (הגבלים עסקיים) 8005/03 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' דובק בע"מ, פסקאות 17-18 (9.7.2003) (כב' השופט יהונתן עדיאל); ה"ע (הגבלים עסקיים) 607/05 כנפיים – אחזקות ארקיע בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פסקה 10 (29.3.2005) (כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור)). כך, סמכותו של בית הדין לתחרות לדון בעררים המוגשים על החלטות הממונה מתפרשת על החלטות שעניינן מתן פטור על ידי הממונה מקבלת אישור הסדר כובל על ידי בית הדין; התנגדות למיזוג או אישורו בתנאים; מתן הוראות לבעל מונופולין; קביעה כי הסדר בין צדדים הוא כובל; קביעה כי קו פעולה של איגוד עסקי הוא הסדר כובל; קביעה כי מיזוג חברות הוא מושא להודעה לממונה; קביעה כי בעל מונופולין ניצל לרעה את מעמדו בשוק; קביעה כי קבוצה מצומצמת של בני אדם עולה לכדי קבוצת ריכוז; והטלת עיצום כספי בגין הפרת הוראה מהוראות החוק.

41. השאלה שלפנינו, אם כן, היא מהו אופי והיקף הביקורת השיפוטית שמפעיל בית הדין לתחרות בדונו בערר שהוגש לו על החלטת הממונה על התחרות. במרבית ההוראות המקנות לבית הדין לתחרות את הסמכות לבחון החלטות של הממונה, הוסמך בית הדין לתחרות לאשר את החלטת הממונה, לבטלה או לשנותה (ראו סעיפים 22(ג), סיפא 30(ו)), 43(ד) (לחוק). חריג לכך ניתן למצוא בערר המוגש על החלטת הממונה להעניק לצדדים להסדר כובל פטור מקבלת אישורו של בית הדין להסדר. באשר להחלטה זו, מלשון סעיף 15(ב) לחוק עולה כי סמכותו של בית הדין לתחרות מתפרשת הן על אישור ההחלטה (על ידי דחיית הערר) והן על ביטולה (באמצעות קבלת הערר), אך אינה מתייחסת לאפשרות לשנות מההחלטה. בעקבות זאת, מתעוררת השאלה האם אף בעניין זה מוסמך בית הדין לתחרות לפעול גם בדרך זו (ראו, למשל, ה"ע (הגבלים עסקיים) 16-12-6576 בניון נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (17.3.2017) (כב' השופטת נאווה בן אור)). חריג נוסף לכך מצוי בסעיף 50 יג לחוק התחרות, שעניינו בהגשת ערר על החלטת הממונה להשית עיצום כספי, ואשר נעדר כל התייחסות בדבר היקף סמכותו של בית הדין. אף על פי כן, בדברי ההסבר הובהר כי "ההוראה כי בית הדין רשאי לאשר החלטה, לבטלה או לשנותה" חלה גם בערר שהוגש על פי סעיף 50 יג לחוק (דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 14) (עיצום כספי), התשע"ב-2011, ה"ח הממשלה 240, 244 (להלן: דברי ההסבר לתיקון מס' 13)).

מן האמור עולה, כי בשונה מביקורת שיפוטית 'רגילה' לפי כללי המשפט המנהלי, ובכלל זה ביקורת שיפוטית שמפעיל בית משפט זה על החלטות הממונה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (ראו, למשל, בג"ץ 4501/14 עו"ד פרסקי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פסקה י"ז (23.7.2015); בג"ץ 2376/22 עו"ד הר שמש נ' הממונה על התחרות ברשות התחרות, פסקה 6 (20.6.2022)). והשוו גם לבג"ץ 6023/22 אמ.בי.איי פארמה בע"מ נ' הממונה על התחרות (4.12.2022)), הוראות חוק התחרות, בשילוב עם הכלים המסורים בידי בית הדין לתחרות, משמיעים לנו כי אופן בחינת החלטותיו של הממונה על ידי בית הדין לתחרות הוא רחב יותר: תפקידו הוא להפעיל שיקול דעת עצמאי ולבחון לעומק את הסוגיה מושא החלטת הממונה; בסמכותו לא רק לאשר או לבטל את ההחלטה, אלא גם לתת החלטה אחרת תחתיה (ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, 228 (1998) (להלן: עניין תנובה); ע"א 3389/06 הרשות להגבלים העסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ, פ"ד סא(3) 757, 788 (2006) (להלן: עניין דור-אלון); ע"א 6426/13 קבוצת עזריאלי בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פסקה 12 (25.8.2014); אריאל אזרחי ודויד גילה דיני התחרות האירופים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים 436 (2019) (להלן: אזרחי וגילה)).

42. מסקנה זו מתיישבת גם עם ההסדר הכללי החל על בתי דין מנהליים. בית הדין לתחרות הוא בית דין מנהלי הנמנה עם בתי הדין המפורטים בתוספת לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992 (להלן: חוק בתי דין מנהליים), ועל כן הוראות חוק זה חלות עליו (ראו סעיף 4 לחוק בתי דין מנהליים ופרט 15 לתוספת). בתוך כך, הוראת סעיף 37 לחוק בתי דין מנהליים קובעת כי סמכותו של בית הדין בערר היא זו: "בית הדין מוסמך לאשר את ההחלטה שעליה עוררים, לשנותה, לבטלה ולקבל החלטה אחרת במקומה, או להחזיר את הענין עם הוראות לרשות שהחליטה". הוראה זו, אשר לשונה דומה להוראות חוק התחרות עליהן עמדנו לעיל, פורשה כמקנה לבית הדין המנהלי סמכות רחבה לבחון את ההחלטה מושא הערר (רע"א 2425/99 עיריית רעננה נ' י.ח. יזום והשקעות בע"מ, פ"ד נד(4) 481, 495 (2000); יצחק זמיר השפיטה בעניינים מינהליים 8-5 (1987); יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך ד 2479 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010) (להלן: זמיר); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד 197 (2017)).

43. תמיכה למסקנה האמורה ניתן למצוא גם בהשוואה להסדרי חוק נוספים המתייחסים לבתי דין מנהליים בעלי מאפיינים דומים לבית הדין לתחרות. כך, למשל, בוועדת ערר שהוקמה לפי סעיף 89(א) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963 (להלן: חוק מיסוי מקרקעין), יושבים שלושה חברים שמתוכם שופט, העומד בראש הוועדה, ולפחות נציג ציבור אחד. בסמכות ועדת הערר, כך מורה סעיף 89(ב) לחוק מיסוי מקרקעין, "לאשר את השומה, להפחיתה, להגדילה, לבטלה או להחליט בדרך אחרת כפי שתראה לנכון, ולצורך זה רשאית הועדה לדון לפי שיקול דעתה בכל דבר שהמנהל רשאי להחליט בו לפי חוק זה, לפי שיקול דעתו", כאשר בפסיקתו של בית משפט זה פורשה סמכות זו בהרחבה (ע"א 664/80 מנהל מס שבח מקרקעין, אזור המרכז נ' ברכת חביב בע"מ (בפירוק מרצון), פ"ד לז(3) 449, 452 (1983); ע"א 153/85 נגל נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פסקה 5 (31.12.1985); ע"א 3178/12 שלמי נ' מנהל מיסוי מקרקעין נתניה, פסקה 22 (17.11.2014); ע"א 6107/20 מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב נ' מעין, פסקה 14 (19.7.2022); זמיר, בעמ' 2477). דוגמה אחרת היא בית הדין לענייני מים אשר הוקם מכוח סעיף 140 לחוק המים, התשי"ט-1959 (להלן: חוק המים). בית דין זה הוא טריבונל מקצועי, בו מכהנים שופט היושב כאב בית הדין ושני נציגי ציבור, ותפקידו לדון בעררים על פי חוק המים. סעיף 145 לחוק המים קובע כי "בית דין הדן בערר, רשאי לאשר את ההחלטה או הפעולה שעליהן עוררים, בשינויים או בלי שינויים, או לבטלה, וכן לתת צווי ביניים", ובהתאם לכך פירשה הפסיקה כי אופן בחינתו את ההחלטות המובאות בפניו הוא רחב מזה החל במשפט המנהלי, וכולל הוא דיון לגופו של עניין (ע"א 9535/06 אבו מסאעד נ' נציב המים, פסקה 16 (5.6.2011); ע"א 5481/16 הרשות הממשלתית למים וביוב

נ' חברת חלקת חן בע"מ (בפירוק מרצון), פסקאות 19-20 (20.8.2019). כן ראו והשוו: ע"א 8234/08 מנהל הרשות הממשלתית למים וביוב נ' תדיר-גן (מתכת), פסקה 19 (2.12.2010).

דוגמאות נוספות בהקשרים קרובים, כוללות את אלה: ועדת עררים לפי סעיף 17 לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957 (ראו: בג"ץ 300/66 ורדי נ' יושב-ראש ועדת עררים, פ"ד כ(4) 514, 520 (1966)); ועדת עררים לפי סעיף 7 לחוק החשמל, התשי"ד-1954 (ראו: בר"מ 4129/17 ארואס נ' מנהל ענייני החשמל לפי חוק החשמל, התשי"ד-1954, פסקה 7 (15.11.2017)); ועדת ערר לפי סעיף 14 לחוק פיקוח על בתי ספר, התשכ"ט-1969 (ראו: בר"מ 5725/14 עמותת זכרון שלמה נ' מדינת ישראל משרד החינוך, פסקה 11 (21.12.2014)).

44. יחד עם זאת, היקפה של הביקורת השיפוטית אותה מפעיל בית דין מנהלי לעולם נגזר מהקשר הדברים הנדון, ובכלל זה מהות הנושא בו עסקינן, הרכב בית הדין וכשירות החברים בו, וכן הכלים העומדים לרשותו (עניין תנובה, בעמ' 228; עניין דור-אלון, בעמ' 788. כן ראו ליונל אריה קסטנבאום "פיקוח על מיזוגים - הלכה ומעשה" הפרקליט מ(3) 395, 412 (1992)). לפיכך, הגם שלבית הדין לתחרות ישנם הכלים והמומחיות לערוך בחינה לגופו של עניין, אין מדובר בהליך של שמיעה מחדש (de-novo), ולהחלטת הממונה העומדת בבסיס הערר שהונח לפתחו, ולנתונים המובאים במסגרתה, ניתן משקל נכבד, בהינתן הידע, הכלים, המומחיות והניסיון המצטבר המצויים ברשותו (עניין דור-אלון, בעמ' 788-789; אזרחי וגילה, בעמ' 436-437. ראו גם זמיר, בעמ' 2480-2484). עמדה על כך ביתר פירוט השופטת אילה פרוקצ'יה בעניין דור-אלון:

[...] החלטת הגורם המוסמך העומדת לביקורת ערר בפני בית הדין ראוי שתיבחן מתוך הנחה כי היא נערכה על-פי מיטב שיקול הדעת המקצועי, וכי חלה עליה חזקת התקינות. במיוחד כך הדבר כאשר מדובר בממונה על [התחרות], המהווה גורם מקצועי מובהק, המתמנה לתפקידו בידי הממשלה, ולרשותו צוות נרחב של עובדים מקצועיים ברמה גבוהה ביותר בתחומים רלבנטיים שונים, ובכלל זה בתחומי הכלכלה והמשפט. לרשות מוסמכת זו עומדים הן ידע תיאורטי נרחב ומעמיק בתחומי ההגבלים העסקיים על גווניהם השונים, וכן ניסיון מצטבר רב שנים הנצמח מפעילות פיקוח ענפה בשטח. סמכויותיו של הממונה הן נרחבות ביותר, והידע והמומחיות העומדים לו בתחום פעולתו הם בעלי משקל מיוחד.

על רקע דברים אלה, הדעת נותנת, כי בחינת החלטתו של הממונה במסגרת ערר בפני בית הדין תיחס לעמדתו

המקצועית משקל רב הן במישור התיאורטי והן במישור המעשי. יש ערך רב לנתונים העובדתיים הכלולים בהחלטת הממונה, כמו גם להערכותיו הכלכליות ביחס להשפעת המיזוג המבוקש על התחרות בענף. בהינתן נקודת מוצא זו, בכוחו של בית הדין לסטות מהחלטת הממונה אם מצא כי היא לוקה בטעות, ולקבל החלטה אחרת על-פי מיטב שיקול דעתו הענייני, אולם לעולם אין מדובר בפתיחת דף חדש בהליך השיפוטי, כאילו אין בנמצא החלטה העומדת לערר, וכאילו לא ארע דבר קודם לדיון השיפוטי (שם, בעמ' 788-789).

דברים אלה אף עולים בקנה אחד עם הוראת סעיף 43(ה) לחוק התחרות לפיה "קביעת הממונה תהא ראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי". ודוק, קביעות הממונה מתקבלות לאחר בדיקה שעורכת רשות התחרות ומתבססות על המידע והנתונים שנאספו במסגרתה. בהתאם, עוסק המבקש להראות אחרת, באמצעות ערר שהוגש על ידו, נטל הראיה עובר לכתפו.

45. כללו של דבר: בית הדין לתחרות הוא גורם בעל ידע מקצועי מיוחד ובידיו כלים רבים לצורך עריכה של ביקורת שיפוטית מנהלית הדוקה יותר מזו הנוהגת בדרך כלל, ובכלל זה רשאי הוא אף לסטות מהחלטת הממונה, ולקבל החלטה אחרת אם מצא כי יש לעשות כן. ברם, בחינתו הייתה ונותרה מנהלית באופייה. בית הדין אינו נדרש לערוך בחינה מחדש של הסוגיה המובאת לפתחו, כאילו לא נעשה דבר עובר לערר שהוגש להכרעתו, ואין הוא מחליף את שיקול דעת הממונה בשיקול דעתו; בחינתו לעולם תיעשה בשים לב להחלטת הממונה והניתוחים שהובאו במסגרתה, תוך מתן משקל רב להם, כאשר בירורו יתמקד בשאלה האם נפלו טעות או פגם מהותי אחר בהחלטת הממונה על התחרות המצדיקים התערבות.

46. עד כאן ברמה הכללית. ברמה הפרטנית, המחלוקת בין הצדדים ביחס לביקורת השיפוטית שהפעיל בית הדין לתחרות על החלטת הממונה מתמקדת בשניים: באופן הפעלת הביקורת השיפוטית במקרה שלפנינו ובשאלה האם היקף הביקורת השיפוטית של בית הדין לתחרות מוגבל ומצומצם יותר כאשר עסקינן בערר על החלטת הממונה להשית עיצום כספי. אשר לסוגיה הראשונה, אין בידי לקבל את טענת נמל אשדוד ונושאי המשרה כי הלכה למעשה בית הדין לתחרות הפעיל סמכות ביקורתית מצומצמת וצרה מהנדרש ממנו. פסק דינו של בית הדין לתחרות, המתפרס על פני כ-100 עמודים, הוא פסק דין מפורט ומנומק היטב, אשר ניתן לאחר שהוגשו ראיות רבות ונחקרו מספר עדים, לרבות המומחה מטעם נמל אשדוד ונושאי המשרה, במשך 5 ימי הוכחות. ויובהר, לאור האמור לעיל, לא רק שאין למצוא פסול באמירה הכללית בה פתח בית הדין את פרק הדיון

– “איננו סבורים כי נפל פגם מנהלי שיש בו כדי להצדיק את קבלת העררים” (פסקה 101 לפסק הדין) – אלא שלמקרא פסק הדין המקיף והמְדַקְדָּק שיצא תחת ידו, מתברר כי המדובר בקביעה שנעשתה לאחר בחינת קביעות הממונה לפניי ולפנים, כיאה וכנאות. אף לגופן של הקביעות העובדתיות הרבות המצויות בפסק הדין, ברובן ככולן לא מצאנו מקום להתערב.

47. בכל הנוגע לסוגיה השנייה, כפי שצוין לעיל, חרף שתיקתו של סעיף 50 לחוק התחרות, כוונת המחוקק, כפי שהיא עולה באופן מפורש מדברי ההסבר לתיקון מס' 13, היא כי היקף סמכותו של בית הדין לתחרות, כאשר מובא לפניו ערר על החלטת הממונה להשית עיצום כספי, הוא דומה לזה המופעל בעררים אחרים המובאים בפניו, ולפיו בית הדין רשאי לאשר את החלטת הממונה, לבטלה או לאשרה. זאת ועוד, עיון בדיונים שהתקיימו בכנסת בקשר להצעת החוק שהוסיפה את מנגנון העיצום הכספי מעלה כי משתתפים רבים (המייצגים גופים שונים בשוק) הביעו את החשש כי מנגנון העיצום הכספי שנקבע הוא חריג בהשוואה לחוקים אחרים מכוּחם מוטלים עיצומים כספיים, דבר שבא לידי ביטוי, בין השאר, בהיקף שיקול הדעת הרחב המסור לממונה ובסכומי העיצום שבאפשרותו להשית. במענה לכך, ובניסיון לרכך חשש זה, ציין היועץ המשפטי של הרשות דאז, עו"ד אורי שוורץ, כי “אני לא מכיר גוף מנהלי בישראל שכפוף לביקורת שיפוטית חמורה כל כך, כפי שכפופה לה הרשות להגבלים עסקיים. הביקורת השיפוטית של בית הדין להגבלים עסקיים היא ביקורת לגוף ההחלטה. היא בוודאי לא ביקורת בג"צית, היא גם לא ביקורת של ערעור. בית הדין להגבלים עסקיים שומע ראיות, שומע עדים, יש שלבי הוכחות – זה הליך של בית משפט לכל דבר ועניין שבו החלטת הממונה מפורקת לגורמים” (פרוטוקול ישיבה 728 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18, 10 (24.1.2012) (להלן: פרוטוקול ישיבה מיום 24.1.2012). וראו גם עמ' 22 לפרוטוקול זה). הממונה דאז, פרופ' דיויד גילה, הִתְרַה הִתְרַזַּק אחרי הדברים הללו: “כפי שאמר היועץ המשפטי קודם – אין אחריות לביקורת השיפוטית על ידי טריבונאל מומחה שיש על הממונה על הגבלים עסקיים בדמות בית הדין להגבלים עסקיים שהוא בודק אותנו, עד גיליון ה'אקסל' על כל פרט, עם הזמנת עדים, עם הזמנת מומחים. [...] כלומר, אם החשש המהותי הוא מאיזה שהוא ליקוי מאורות או טעות, או אי סבירות בהחלטה, הבעיה הזו נפתרת מבחינה מהותית” (שם, בעמ' 14). העולה מן האמור הוא כי גם אצל הממונה והיועץ המשפטי של הרשות הייתה קיימת הבנה כי אין מקום להבחין בין היקף הביקורת השיפוטית של בית הדין לתחרות החלה בעררים על החלטותיו של הממונה, לבין היקף הביקורת השיפוטית החלה על החלטת הממונה להשית עיצום כספי.

לפיכך, לא מצאתי כי יש מקום לפרש את היקף הביקורת השיפוטית של בית הדין לתחרות, כאשר עסקינן בערר על החלטת הממונה להשית עיצום כספי, כצד ומוגבל יותר, כפי שטען הממונה בהליך דנן. נהפוך הוא, לשיטתי, בכל הנוגע לערר על החלטת הממונה להשית עיצום כספי, הגם שסטנדרט ההתערבות הוא דומה, הפעלת הביקורת השיפוטית על ידי בית הדין לתחרות נדרשת להיות דקדקנית יותר, על דרך של בחינה יסודית של דיות הראיות שעמדו לפני הממונה והקפדה על קיומה של חובת הנמקה, וזאת בשל האופי המעין-עונשי וההשלכות הכרוכות בהחלטה מעין זו (וראו והשוו: בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46, 57-58 (1997); בג"ץ 7542/05 פורטמן נ' שטרית, פסקה 17 (11.2.2007)). בעניין זה ארחיב בחלק שיוקדש לעיצום הכספי (פסקאות 167-186 להלן).

48. לסיום חלק זה יוער כי היקף הביקורת השיפוטית שמפעיל בית משפט זה על החלטת בית הדין לתחרות הוא שונה מזה שמפעיל בית הדין ביחס להחלטות הממונה על התחרות. בית משפט זה אינו יושב כערכאה מנהלית המפעילה את הביקורת השיפוטית החלה על פי כללי המשפט המנהלי, אלא סמכותו היא כשל ערכאת ערעור רגילה, הבוחנת אם נפלו טעויות בהכרעתה של הערכאה קמא (ע"א 586/84 מקלף נ' זילברברג, פ"ד מג(1) 137, 141 (1989); ע"א 3886/12 זאב שרון קבלנות בנין ועפר בע"מ נ' מנהל מע"מ, פסקה 18 (26.8.2014); ע"א 2051/16 איטח נ' ש.פ. חברה לנאמנות ניהול ואחזקות בע"מ, פסקה 17 (20.6.2018); חמי בן-נון וטל חבקין הערעור האזרחי 469-473 (מהדורה שלישית, 2012)). עם זאת, ועל אף שהוראת סעיף 39 לחוק התחרות אינה מגבילה את התערבותו של בית משפט זה אך לשאלה משפטית (כפי שנקבע בחוקים אחרים, כדוגמת סעיף 9א לחוק נכי רדיפות הנאצים, התשי"ז-1957; סעיף 34(א) לחוק הנכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט-1959 [נוסח משולב]; סעיף 90 לחוק מיסוי מקרקעין; סעיף 123 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995), גדר ההתערבות הוא כשל ערכאת ערעור, ובכלל זה כפוף בית משפט זה לכלל אי ההתערבות בממצאי עובדה ומהימנות (ע"א 2893/10 טרפלקס קומפאונדס (1994) בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פסקה 9 (19.4.2012); ע"א 6343/11 הולנדיה המרכז להנדסת השינה בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פסקה 28 (24.12.2013). להרחבה אודות כלל זה בהקשר הרחב ראו: ע"א 4880/19 הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ נ' גזונטהייט, פסקה 90 (18.7.2022)), החל ביתר שאת כאשר עסקינן בסוגיות בתחום המומחיות של בית הדין המנהלי שהחלטתו היא מושא הערעור (עניין דור-אלון, חוות דעתה של השופטת עדנה ארבל; ע"א 3105/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' B.G. Financing Ltd., פ"ד נג(3) 14, 21 (1998)).

תכלית חוק התחרות הכלכלית וההוראות החלות על בעל מונופולין

49. חוק התחרות הכלכלית הוא חוק צרכני במהותו. תכליתו היא להגן על הציבור מפני פרקטיקות עסקיות הפוגעות ביעד של השאת הרווחה החברתית. הכלי העיקרי להגשמת תכלית זו הוא שימור וקידום התחרות החופשית במשק, וזאת על בסיס התפיסה כי תחרות משוכללת היא זו שתביא להשאת הרווחה החברתית. ההבנה היא כי תחרות חופשית מקדמת יעילות בהקצאה, בניצול ובפיתוח משאבים, וכן יוצרת תמריצים להתייעלות, פיתוח וחדשנות, אשר מפחיתים את עלויות הייצור. כפועל יוצא, התועלת החברתית המצרפית גדלה ומצבם של הצרכנים טוב יותר – בין היתר, באמצעות הפחתת מחירים, לצד הגדלת מגוון המוצרים ושיפור איכות המוצר או השירות המסופק לצרכנים. עמד על כך השופט דב לוין ז"ל לפני קרוב לארבעה עשורים:

תחרות בריאה וחופשית בין יצרנים מבטיחה לצרכנים את המוצר בעל האיכות הטובה ביותר במחיר הסביר ביותר, המשקף בצורה המדויקת ביותר את הביקוש שלו. כמו כן, תחרות מהווה תמריץ ליעול, לפיתוח ולחדשנות, דבר שיביא לירידה בהוצאות הייצור ולעלייה באיכות המוצר (בג"ץ 588/84 ק.ש.ר. סחר אזבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד מ(1) 29, 37-38 (1986)).

ראו גם: רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 328-327 (1990); דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 79 (2001) (להלן: עניין טבעול); ע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל ומזורים ובקרה בע"מ, פ"ד ס(2) 120, 136-137 (2005); עניין דור-אלון, בעמ' 793-794; ע"פ 2560/08 מדינת ישראל – רשות ההגבלים העסקיים נ' וול, פסקה פ"א (6.7.2009) (להלן: עניין וול); רע"א 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' גפניאל, פסקה 25 (26.7.2022) (להלן: עניין גפניאל)).

ודוק, הגם שהוראות החוק שמות דגש נרחב על המונח "תחרות" (המאוזכר עשרות פעמים בחוק, והחל משנת 2019 החוק אף נזכר בכותרתו), שימור וקידום התחרות החופשית אינם מהווים מטרה בפני עצמה, אלא הם רק כלי להשגת היעד של השאת הרווחה החברתית המצרפית (על מטרות נלוות המושגות באמצעות קיומה של תחרות חופשית, ראו, למשל: בג"ץ 47/83 תור אויר (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד לט(1) 169, 178 (1985); עניין תנובה, בעמ' 229-230; עניין טבעול, בעמ' 79-80). משכך, דיני התחרות הכלכלית אינם מוגבלים להתמודדות עם

פרקטיקות עסקיות הפוגעות בתחרות החופשית גרידא, אלא כוללים הם התייחסות גם לפרקטיקות עסקיות הגורמות נזק לרווחת הציבור שלא על דרך של פגיעה בתחרות (לסקירה מרחיבה של מטרות החוק, ראו: ברק אורבך "מטרות דיני ההגבלים העסקיים: הלכה למעשה" ניתוח משפט וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 63 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים 2008)).

50. חוק התחרות הכלכלית מקנה לרשות התחרות ולבתי המשפט כלים המאפשרים להתמודד עם פרקטיקות עסקיות הפוגעות ברווחת החברתית. על דרך הכלל, מדובר בכלים שנועדו להגן מפני פרקטיקות שיוצרות מכשולים לקיומה של תחרות חופשית, ובראשן הסדרים שיש בהם כדי להביא לריכוזיות יתר בשוק מסוים (בג"ץ 231/61 ארגון ארצי לשיווק צמיגים בע"מ נ' שר-המסחר-והתעשייה ואח', פ"ד יז 319, 326 (1963); עניין תנובה, בעמ' 229). כך הם, למשל, האיסורים וההגבלות בחוק על מיזוגים בין חברות (פרק ג' לחוק), על בעל מונופולין (פרק ד' לחוק) ועל קבוצות ריכוז (פרק ד' לחוק).

51. ענייננו מתמקד באיסורים ובהגבלות המוטלים על פעילותו של בעל מונופולין אותם מסדיר פרק ד' לחוק התחרות. ויודגש, קיומו של מונופול הוא לעיתים מציאות מתמשכת, שכוחות השוק אינם מצליחים לשנותה, ולעיתים הוא בגדר כורח המציאות, הנגזר מתנאי השוק (חסמי כניסה גבוהים במיוחד) או מהסדרים משפטיים (לדוגמה, פטנט או זיכיון). בין כך ובין כך, קיומו של מונופול אינו אסור בחוק, והצלחת בעל המונופולין לשמור על מעמדו לאורך זמן אינה מהווה התנהלות פסולה כשלעצמה. כפי שהיטיב לתאר השופט האמריקאי Learned Hand במחצית המאה הקודמת: "The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins" (U.S. v. Aluminum Co. of America (ALCOA) 148 F.2d 416, מתוך (430 (2nd Cir. 1945)). יחד עם זאת, בשל החשש כי ריכוז משמעותי של נתח שוק או כוח שוק בידי גוף אחד טומן בחובו פגיעה אפשרית בתחרות או בציבור, קבע המחוקק הישראלי כללי התנהגות אשר יחולו על בעל מונופולין, במטרה לפקח על פעילותו ולהבטיח כי הוא לא ישתמש בכוחו ובמעמדו בשוק באופן שיפגע יתר על המידה ברווחת החברתית (ע"א 568/89 מ. דיאמנט (1988) בע"מ נ' נשר מפעלי מלט ישראליים בע"מ, פסקה 4 (31.12.1989)). חלק מההוראות החלות על בעל מונופולין בעלות תחולה כללית, קרי חלות על בעל מונופולין באשר הוא וללא צורך בהוראה קונקרטית בעניינו (סעיפים 29 ו-29 לחוק). חלק מההוראות מותנות בהפעלת סמכות מצד הממונה כלפי בעל מונופולין מסוים (סעיף 30 לחוק), וחלקן מותנות בהחלטה שיפוטית של בית הדין לתחרות, אשר מופנית גם היא לבעל מונופולין ספציפי (סעיפים 30(ו) ו-30א לחוק).

האיסור על ניצול מעמד לרעה על ידי בעל מונופולין

52. אחת מההוראות המרכזיות בפרק ד' לחוק התחרות החלות על בעל מונופולין מצויה בסעיף 29א לחוק אשר נוסף בשנת 1996, בעקבות תיקון מס' 2 לחוק, במטרה להרחיב ולייעל את סל הכלים העומדים לצורך פיקוח על התנהגותו של בעל מונופולין מפני ניצול כוחו ומעמדו בשוק (דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1995, ה"ח 228, 229 (להלן: דברי ההסבר לתיקון מס' 2)). עניינה של ההוראה שבסעיף 29א לחוק הוא בפרקטיקות של ניצול מעמד לרעה באופן שעלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. פרקטיקות אלה ניתן לחלק לשני סוגים של התנהגויות: הסוג הראשון, עניינו בהתנהגות מדירה (exclusionary) העושה שימוש במעמד המונופוליסטי על מנת להפריע למתחרה, קיים או פוטנציאלי, להתחרות בשוק לגופו של עניין (on the merits), ולהביא לדחיקתו מהשוק (כולו או חלקו) או למנוע את כניסתו אליו; הסוג השני, עניינו בהתנהגות נצלנית (exploitative) העושה שימוש במעמד המונופוליסטי על מנת להשיג תנאי התקשרות החורגים מהמקובל וההוגן ובאמצעות כך לגרוף רווח (בין אם כספי ובין שאינו כספי) על חשבון הצרכנים. בעוד סוג ההתנהגויות הראשון מעלה את החשש לפגיעה בתחרות בעסקים (ובעקיפין בציבור), סוג ההתנהגויות השני מעלה את החשש מפני פגיעה ישירה בציבור.

53. האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה קבוע בסעיף 29א(א) לחוק, שזו לשונו: "בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור" (להלן: האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה). לאמור, שלושה הם היסודות לתחולתו של האיסור: (1) קיומו של בעל מונופולין; (2) ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה; (3) פוטנציאל פגיעה בתחרות בעסקים או בציבור.

54. בצדו של האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה, מוסיף וקובע סעיף 29א(ב) לחוק שורה של פרקטיקות ספציפיות המקימות חזקה כי בעל מונופולין ניצל מעמדו לרעה באופן המעלה חשש לפגיעה בתחרות או בציבור, דהיינו הוכחת הפרקטיקה הספציפית היא תחליף ליסוד השני (דהיינו לניצול המעמד המונופוליסטי לרעה), ומעת שזו הוכחה, אין צורך להוכיח חשש לפגיעה במקרה הקונקרטי, אלא קיימת חזקה כי מתקיים היסוד השלישי בעילה. המדובר בארבע פרקטיקות שרואים בכל אחת מהן כמבססת ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה: "קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין" (סעיף 29א(ב)(1)); "צמצום או הגדלה של כמות הנכסים או היקף השירותים המוצעים על-ידי בעל מונופולין, שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת" (סעיף

29א(ב)(2); "קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסויימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם" (סעיף 29א(ב)(3)); ו-"התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות" (סעיף 29א(ב)(4)).

הערה: בית הדין לתחרות הכיר בחזקות אלו כחזקות חלוטות (ה"ע (י-ם) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"מ תשנ"ט(2) 529, 560-561 (2000) (להלן: עניין ידיעות אחרונות – פסק הדין המשלים). ראו גם התייחסות אגבית לכך בפסיקותיו של בית משפט זה בעניין גפניאל, פסקאות 27-28; ע"א 4120/20 נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל, פסקה 39 (20.3.2023); דנ"א SANOFI S.A 5679/21 נ' אוניפארם בע"מ, פסקה 96 לחוות דעתו של השופט נעם סולברג ופסקה 7 לחוות דעתו של השופט יצחק עמית (26.12.2023) (להלן: דיון נוסף סאנופי)). ואולם, היו מי שיצאו נגד קביעה זו, וטענו כי מדובר בחזקות הניתנות לסתירה (ראו אייל שגיא ואמיר ונג "ניצול מעמד לרעה על-ידי בעל מונופולין – האומנם סעיף 29א(ב) לחוק התחרות הכלכלית קובע חזקות חלוטות?" עיוני משפט כט(3) 547 (2006)). מכל מקום, התייחסות למחלוקת זו איננה נדרשת בענייננו, מאחר שעסקינן בפרקטיקה אשר אין לגביה הוראה קונקרטית, אלא יש לבחון אותה בהתאם למבחני האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה.

55. ענייננו מתמקד בשאלה האם שיטת ההנחות בה נקט נמל אשדוד עולה לכדי הפרה של האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה הקבוע בסעיף 29א(א) לחוק התחרות. לפיכך, עלינו להידרש לבחינה תלת-שלבית: ראשית, והדבר בבחינת תנאי סף, יש להוכיח קיומו של בעל מונופולין, בהתאם להגדרה שבסעיף 26 לחוק התחרות. שנית, יש להוכיח כי בעל המונופולין נקט בפרקטיקה שיש בה משום ניצול מעמדו לרעה; שלישית, יש להראות כי הפרקטיקה בה נקט בעל המונופולין עלולה להפחית את התחרות או לפגוע בציבור (יסוד זה כונה לעיל ולהלן "יסוד העלילות", וזאת בהתאם לכינוי שניתן לדרישה דומה, גם אם לא זהה, המופיעה בסעיף 2 לחוק התחרות ביחס להסדר כובל). להלן אפרט ואבהיר ביחס לכל אחד מהשלבים הללו בכלל, ובהקשר של מתן הנחות בפרט.

(1) בעל מונופולין

56. סעיף 26(א) לחוק התחרות מגדיר מיהו "בעל מונופולין", עליו יחולו הוראות פרק ד' לחוק. ודוק, עוסקים שאינם עונים להגדרה שבחוק, אינם כפופים להגבלות ולאיסורים שמטיל פרק ד' לחוק, ובכלל זה לאיסור על ניצול מעמד לרעה. בעבר, ובכלל

זה במועד הרלוונטי לתיק דנן, נקט המחוקק בגישה טכנית-כמותית באופייה והגדיר כבעל מונופולין מי שמחזיק בשוק מסוים בנתח העולה על מחצית מכלל האספקה או הרכישה של נכסים או שירותים. לפני שנים אחדות, שונתה ההגדרה במסגרת תיקון מס' 21, כך 21 לחוק התחרות הכלכלית (שנכנס לתוקף ביום 10.1.2019. להלן: תיקון מס' 21), כך שכיום היא כוללת גם הגדרה מהותית, ולפיה בעל מונופולין הוא גם מי שמחזיק בכוח שוק משמעותי ביחס לאספקה או רכישה של נכסים או שירותים בשוק מסוים (להרחבה על הגדרתו של "כוח שוק משמעותי", ראו גילוי דעת 2/19 של הממונה על התחרות "אופן בחינת כוח שוק משמעותי" (21.7.2019) (להלן: גילוי דעת 2/19). על הצורך בתיקון, ראו דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 20) (חיזוק האכיפה והקלת נטל האסדרה), התשע"ח-2018, ה"ח הממשלה 890, 894-895).

57. אם כן, על פי נוסח סעיף 26(א) לחוק דהיום, בעל מונופולין הוא מי שמתקיים לגביו אחד מאלה:

- (1) אדם שחלקו בכלל האספקה של נכסים או בכלל רכישתם, בכלל מתן שירותים או בכלל רכישתם, עולה על מחצית;
- (2) אדם המחזיק כוח שוק משמעותי ביחס לאספקת נכסים או רכישתם, או ביחס למתן שירותים או רכישתם.

58. כל אחת מההגדרות הללו כוללת בחינה שונה (שאינן זה המקום להרחיב עליה), אך בשתייהן, כמו גם בהגדרה שנהגה קודם לתיקון מס' 21, נדרש להגדיר תחילה מהו השוק הרלוונטי בו פועל העוסק אותו מבקשים להגדיר כבעל מונופולין. חוק התחרות אינו כולל הגדרה של המונח "שוק", אך בכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"א-2001 ניתן למצוא הגדרה של "שוק מוצר" ולפיה מדובר ב"קבוצת הטובין התחליפיים", אשר בתורה מוגדרת כך: "הקבוצה המצומצמת של טובין שהם תחליפים ישירים ומשמעותיים בעיני הצרכן, לרבות בהיבט הגאוגרפי" (סעיף 1 לכללים הנזכרים). הגדרת השוק, איפוא, נועדה לאתר את קבוצת המוצרים באזור גיאוגרפי נתון אשר ביחס אליה תגובת הצרכנים מאפשרת הפעלה של כוח שוק. עם השנים, התגבשה בספרות ובפסיקה התפיסה כי הגדרת השוק הרלוונטי תיעשה באמצעות בחינתם של שלושה פרמטרים: (1) שוק המוצר, שמטרתו לאתר תחליפים זהים או קרובים לטובין שמספק העוסק שלגביו נטען כי הוא בעל מונופולין; (2) השוק הגיאוגרפי, אשר ייעודו לתחום את הגבולות הגיאוגרפיים של השוק; ו-(3) קיומם של חסמי כניסה או התרחבות בשוק הרלוונטי (יצחק יגור דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 131-135 (מהדורה רביעית, 2018) (להלן: יגור); מנחם פרלמן "הגדרת שווקים" ניתוח משפטי וכלכלי של

דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 167 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים 2008); עניין וול, פסקה קט"ז).

59. בערעורים שלפנינו, נמל אשדוד ונושאי המשרה אינם מערערים עוד על הקביעה כי נמל אשדוד הוא בעל מונופולין בשוק פריקת הרכבים המיובאים מאירופה ומארה"ב לישראל בכל אחד משלושת קווי הספנות, וממילא הם אינם מערערים על האופן בו הוגדר ה"שוק" הרלוונטי (וליתר דיוק, שלושת השווקים הרלוונטיים). לפיכך, לא ארחיב בעניין בזה ואסתפק בלציין כי בית הדין לתחרות מצא כי שלושת קווי הספנות אינם משמשים כתחליפים קרובים זה לזה, בשל השוני בין מסלולי הקווים, כוח הבחירה המוגבל עד מאד של יבואני הרכב בבחירת נמל המוצא וקו הספנות שבאמצעותו ייובאו הרכבים, העלות הגבוהה שבהחלפת נמל מוצא או קו ספנות ומשקלה הנמוך של עלות דמי הפריקה ביחס ליתר עלויות הייבוא. כן אימץ בית הדין לתחרות את קביעת הממונה לפיה השחקנים הרלוונטיים בכל אחד מהקווים הללו הם נמל אשדוד ונמל חיפה בלבד. עוד יצוין, וגם על כך אין חולק בשלב זה, כי בקווים אירומד ונפטון החזיק נמל אשדוד בנתח שוק הקרוב ל-100%, נוכח ההיתכנות המעשית הנמוכה לפרוק רכבים המיובאים בקווים אלו בנמל חיפה, ואילו בקו האדריאטי, אשר נהג בתקופה הרלוונטית לפקוד את נמל אשדוד ונמל חיפה לסירוגין, החזיק נמל אשדוד בממוצע בנתח שוק העולה בצורה משמעותית על מחצית השוק.

קיצורו של דבר, אין עוד חולק כי בתקופה הרלוונטית היה כל אחד משלושת קווי הספנות "שוק" שירותים נפרד לעניין דיני התחרות, ונמל אשדוד היווה בעל מונופולין לעניין חוק התחרות, כנוסחו עובר לתיקון מס' 21, ביחס לכל אחד משלושת השווקים הללו.

(2) ניצול מעמד לרעה ומתן הנחות

60. חוק התחרות הכלכלית אינו מגדיר את המונח "ניצול מעמד לרעה", אך התפיסה שהתגבשה היא כי יראו בהתנהגות של בעל מונופולין משום ניצול מעמד לרעה, כאשר התנהלותו אינה משקפת תחרות לגופו של עניין (competition on the merits), אלא ניצול של כוח עודף או פסול, בין אם על מנת להדיר מתחרים (התנהגות מדירה) ובין אם לשם עשיית רווחים על חשבון הצרכנים (התנהגות נצלנית). בתוך כך, האיסור על ניצול מעמד לרעה מתפרש הן על פעולות ומעשים המתאפשרים בשל מעמדו הייחודי של בעל המונופולין והן על פעולות ומעשים שיכול היה לנקוט גם מתחרה שאינו בעל מונופולין

(דיון נוסף טאנופי, פסקאות 97-100 ו-102 לחוות דעתו של השופט נעם סולברג, פסקה 18 לחוות דעתה של השופטת (בדימ') ענת ברון, פסקאות 10-11 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') אסתר חיות, פסקה 6 לחוות דעתו של השופט יצחק עמית ופסקה 4 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא עוזי פוגלמן). ודוק, המחוקק לא הגדיר מראש רשימה סגורה של פרקטיקות אותן יראו כניצול מעמד לרעה, אלא הותיר את הסוגיה 'פתוחה' לבחינת כל פרקטיקה לגופה. כזכור, חלק מהפרקטיקות קיבלו ביטוי במסגרת החזקות שבסעיף 29א(ב) לחוק, המוחזקות כניצול מעמד לרעה, כדוגמת תמחור בלתי הוגן (סעיף 29א(ב)(1)) או תמחור מפלה (סעיף 29א(ב)(3)). פרקטיקות אחרות, שאינן נכנסות בגדר חזקות אלו, נבחנות לאורו של סעיף 29א(א) לחוק, אשר מהווה סעיף סל המאפשר לכלול תחת כנפיו קשת רחבה של פרקטיקות עסקיות שיש בהן משום ניצול מעמד לרעה. כך היא, בצד אחרות, הפרקטיקה של מתן הנחות על ידי בעל מונופולין.

61. מתן הנחה משמעה כי העוסק דורש מחיר נמוך מהמחיר הרגיל שהוא גובה, לרוב בכפוף לעמידת מקבל ההנחה בתנאים מוגדרים. כך, על מנת לקבל מחיר מסוים, על הלקוח למלא אחר תנאי המחייב אותו לבצע כמות רכישות מסוימת או לעמוד בדרישה אחרת בה יש לעוסק עניין. הנחה יכולה להינתן ללקוח מסוים (הנחה פרטנית), לקבוצת לקוחות (הנחה קבוצתית) או אף לציבור בכללותו (הצעה לציבור). ויודגש, ככל שהעוסק מפחית, הלכה למעשה, את המחיר לכלל הציבור, הרי שמדובר בהורדת המחיר הרגיל ולא בהנחה (השוו ע"א 6930/19 הר פז נ' נגב קרמיקה שיווק (1982) בע"מ (6.2.2023)).

62. מתן הנחות על ידי עוסק הוא חלק מחיי המסחר התקינים, ואף יש במתן הנחות כדי לתרום להליך התחרותי, משום שהוא מוביל להפחתת מחירים והקצאה יעילה יותר של משאבים, וכן מעודד התייעלות. יחד עם זאת, לעיתים השימוש במתן הנחות על ידי עוסק המחזיק במעמד דומיננטי בשוק משמש כאמצעי לכבול אליו צרכנים, ועל ידי כך לבצר את כוחו, ובד בבד לפגוע ביכולתם של המתחרים האחרים בשוק להתחרות בו. לפיכך, הגם שמתן הנחות הוא התנהלות שגרתית ורצויה בשוק תחרותי, כאשר פרקטיקה זו מבוצעת על ידי בעל מונופולין היא עשויה, בנסיבות מסוימות, לעורר חשדנות, שמא יש בה כדי להוות פרקטיקה מדירה, הפוגעת בתחרות החופשית.

הערה: קושי אחר העשוי להתעורר בקשר למתן הנחות על ידי בעל מונופולין נוגע להפליה בין ספקים או לקוחות, באופן העלול להביא לפגיעה בתחרות בשוק בו פועלים הספקים או הלקוחות (וראו סעיף 29א(ב)(3) לחוק התחרות). בעניין שלפנינו לא

נטען כי הפרקטיקה הייתה פסולה מהיבט זה, ועל כן הוא נזכר בהמשך הדברים רק בשולי הדיון, בהיותו משיק לקושי של הדרת מתחרים בו מתמקד דיוננו.

63. נוכח האמור, נשאלת השאלה כיצד ניתן להבחין בין הנחות המעודדות את התחרות לבין הנחות אשר השימוש בהן מביא לפגיעה בתחרות. כאמור, בדרך כלל, מתן הנחות מורכב משילובם של שניים: מחיר ותנאי המקנה את הזכאות למחיר. בעולם המעשה, נהוג להבחין בין שני סוגים נפוצים של הנחות: הנחת כמות (quantity rebate), הניתנת בזיקה לכמות מסוימת אותה רוכש הלקוח, והיא קבועה ואחידה במובן הזה שהיא חלה לגבי כלל הלקוחות (או תת-קבוצה מוגדרת שלהם), ללא הבחנה ביניהם. למשל, עוסק קובע כי כל לקוח שירכוש 100 יחידות מהמוצר שהוא משווק יזכה להנחה של 10% במחיר המוצר; הנחת מטרה (target discounts), שהיא הנחה דיפרנציאלית, המוענקת ללקוח מסוים בזיקה לרכישה של כמות מסוימת (המוגדרת כ"יעד רכישה") אשר מותאמת לו אישית ולצרכיו הפרטניים. לדוגמה, עוסק קובע כי לקוח א' יקבל הנחה של 10% במחיר המוצר אם ירכוש למעלה מ-100 יחידות, ואילו לקוח ב' יקבל את אותה הנחה, אך זאת בכפוף לרכישה של 200 יחידות או יותר. לעיתים יעד הרכישה שנקבע מתבסס על נתח ביקוש זהה. למשל, בדוגמה האמורה, 100 יחידות ללקוח א' ו-200 יחידות ללקוח ב' משקפות עבור כל אחד מהם 70% מדרישותיהם. ואולם, יעד הרכישה יכול לשקף נתח ביקוש שונה, למשל 100 יחידות ללקוח א' יהוו 80% מדרישותיו, ו-200 יחידות ללקוח ב' יהוו 70% מדרישותיו.

בשני סוגי הנחות ההורדה במחיר יכולה להינתן מהמוצר הראשון שנרכש (בכפוף לעמידה בכמות הרכישה הכוללת שנקבעה), או על המוצרים הנרכשים מעבר לרף שנקבע. ואולם, השוני העיקרי בין שני סוגי הנחות הוא שבעוד הנחת כמות נשענת על אמות מידה אובייקטיביות ואחידות (למצער, ביחס לתת הקבוצה הזכאית), הנחת מטרה מבוססת על אמות מידה סובייקטיביות הנתפרות בהתאם למידותיו של כל לקוח ולקוח.

הערה: סוג נוסף של הנחות מכונה הנחת נאמנות (loyalty (fidelity) rebate), המוענקת ללקוח בעבור נאמנותו לעוסק, בין השאר, באמצעות רכישת כל המוצרים הדרושים לו אצל העוסק או חלק ניכר מהם. למשל, כאשר העוסק מבטיח ללקוח הנחה במחיר בתנאי שירכוש 80% מהכמות הדרושה לו מהעוסק, ולא ממתחריו. לאור הדמיון בין הנחה זו לבין הנחת מטרה, הנעוץ בכך ששתייהן מבוססות על אמות מידה פרטניות, נהוג לסווג אותן יחדיו, וכך גם אני אתייחס אליהן ואבחין ביניהן ככל שהדבר ידרש.

64. הנחת כמות הניתנת על ידי בעל מונופולין נתפסת על פי רוב כרצויה, באשר היא מאפשרת לבעל מונופולין, הנהנה מיתרון לגודל (economies of scale), לחלוק עם הלקוח את החיסכון בעלויות שנוצר עקב אספקה או רכישה של כמות גדולה יותר. לשון אחרת, ככל שהעוסק מגדיל את היקף מכירותיו, כך פוחתות עלויות הייצור או האספקה שלו, ועל כן הוא יכול להציע ללקוחות את המוצר בעלות נמוכה יותר. יחד עם זאת, הנחת כמות אינה חפה מקשיים, באשר היא טומנת בחובה הפליה בין צרכנים על בסיס גודל. טלו לדוגמה מצב שבו חברה המייצרת מוצרי חלב מציעה ללקוחותיה הנחה של 15% במחיר החלב בהזמנה של 500 יחידות חלב. על פניו, הן רשת קמעונאית גדולה והן מרכול שכונתי אשר ירכשו בכמות האמורה יהיו זכאים להנחה. ואולם, בהינתן שהיקף רכישותיהם הוא שונה, סביר להניח כי בעוד שהרשת הקמעונאית תזכה להנחה ובכך תשלם מחיר מוזל יותר, המרכול השכונתי לא יוכל לממש את זכאותו, לנוכח מגבלת הקיבולת שלו, ועל כן ישלם מחיר גבוה יותר מהרשת הקמעונאית. החשש העיקרי הטמון בכך הוא כי בעל מונופולין מעוניין להפלות באופן פסול בין לקוחות במסווה של הנחת כמות, וזאת באותם מקרים בהם לבעל המונופולין יש אינטרס מיוחד בהעדפת הלקוח הגדול (ראו למשל, ת"א (מחוזי ב"ש) 3249-04 שיאי אופיר השקעות בע"מ נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (פסק דין המאשר הסדר פשרה ניתן ביום 15.10.2012)). למקרה נוסף בו ניתנו לבעל מונופולין הוראות עקב הנהגת הנחות כמות שהביאה לתוצאה מפלה שיש בה משום פגיעה מסתברת בתחרות, ראו למשל "החלטה בדבר מתן הוראות לבעל מונופולין: נשר מפעלי מלט ישראליים בע"מ" (30.10.2014) רשות התחרות 4100054).

65. הנחה מטרה המוענקה על ידי בעל מונופולין מעוררת את החשש כי בעל המונופולין ימנף את כוחו בשוק, ובפרט את העובדה שהלקוח ממילא רוכש חלק בלתי מבוטל ממוצריו, על מנת לדרבן את הלקוח להגדיל את היקף המוצרים שהוא רוכש ממנו (ולמצער לקבץ את היקף רכישותיו), על חשבון מתחריו של בעל המונופולין, ובכך לחסום כניסתם של מתחרים לשוק או להקשות על התרחבותם של מתחרים קיימים. זאת, משום שבאמצעות התאמת מבנה ההנחות לכל לקוח בנפרד, יכול בעל המונופולין לכוון לכך שהיעד הכמותי שייקבע יספק את מלוא דרישותיו של הלקוח הספציפי, באופן שיוצר בלעדיות דה-פקטו, או חלק משמעותי מהן, בצורה שמצמצמת את נתח השוק שעליו יוכלו מתחריו להתחרות. המקרה הפרדיגמטי הוא כאשר היעד הכמותי מותאם למחזור העסקאות של הלקוח בעבר, ושיעור ההנחה עולה ככל שהלקוח רוכש כמות גדולה יותר מזו שרכש בעבר. זאת ועוד, ובהמשך לאמור, ישנו חשש כי מכיוון שלבעל המונופולין מתאפשר למכור ללקוחות במחיר נמוך יותר, בהינתן שחלק ניכר מהרכישות בשוק הרלוונטי ממילא מתבצע ממנו, ובאפשרותו למנף זאת ולכוון לנתח שוק גדול יותר

באמצעות מתן הנחות דיפרנציאליות, המחיר הסופי יהיה כזה שהמתחרים יתקשו להתחרות בו. זאת, במנותק ממידת יעילותם, וכנגזרת של נתח השוק המוגבל הפתוח בפניהם. לשון אחרת, החשש הוא מפני דחיקת מתחרים קיימים והרתעת מתחרים פוטנציאליים, וזאת באמצעות יצירת תנאי שוק בהם גורמים המבקשים להתחרות בבעל המונופולין ידרשו להציע הצעות שאינן כלכליות בעבורם על מנת לגבור על הנחות המטרה שמעניק בעל המונופולין בזכות כוח השוק העומד לרשותו (להבדיל מיעילותו). קושי זה משתקף בחשש כי לקוחות יירתעו מלרכוש אצל מתחריו של בעל המונופולין, שמא יפסידו את ההנחה המוענקת להם מבעל המונופולין (הנחה שהם מעוניינים בה, לכל הפחות ביחס לחלק שהם בכל מקרה רוכשים מבעל המונופולין), אלא אם יפוצו על מכלול ההפסד האמור על ידי המתחרה (דהיינו, הן על הפסד ההנחה ביחס לחלק שהיה פתוח לתחרות, והן, וזהו עיקר הקושי, ביחס לחלק שאינו נתון לתחרות). בנוסף, היבט המחמיר את הפגיעה בהליך התחרותי הוא כאשר ההנחות כוללות מנגנון רטרואקטיבי – בין אם ההנחות ניתנות מהמוצר הראשון ובסוף התקופה עורכים התחשבנות, אשר יכולה להביא לשלילת ההנחה למפרע אם הלקוח לא עמד ביעד שנקבע לו; ובין אם ההנחות מוענקות רק לאחר שהלקוח הגיע אל היעד הכמותי. לאור קיומו של מנגנון מעין זה, המתחרים ניצבים בפני מכשול נוסף, משום שהלקוחות יירתעו מלרכוש מוצרים אצל המתחרים בטרם יידעו כי עמדו ביעד, שאחרת ההנחה תישלל מהם על כלל המוצרים שרכשו. לבסוף, מעצם טיבה, הנחת מטרה מהווה משום הפליה, כאשר היא מפלה במחיר בין לקוחות שלא על בסיס נתונים אחידים.

[להרחבה בסוגיה של מתן הנחות על ידי בעל מונופולין, ראו: דיויד גילה "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים, ומונופולין" חוזים כרך ג 635, 699-700 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים 2003); חגית בולמש הגבלים עסקיים – מערכות היחסים בערוצי השיווק וההפצה 189-204 (2013); אזרחי וגילה, בעמ' 288-290].

66. הסוגיה של מתן הנחות על ידי בעל מונופולין, הגם שזכתה להתייחסות הממונה על התחרות בעבר (ראו, למשל, "עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין: הסדרי סחר בין ספקים ורשות קמעונאיות" 24-27 (5.1.2005) רשות התחרות 5000007. למקרים בהם הגביל הממונה מתן הנחות מטרה במסגרת מתן הוראות לבעל מונופולין, ראו, למשל: "הוראות לבעל מונופולין: יפאורה – תבורי בע"מ" (30.3.1998) רשות התחרות 3006302; "הוראות לבעל מונופולין: שטראוס החזקות בע"מ" (20.4.1998) רשות התחרות 4100003; "הוראות לבעל מונופולין: החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ" (10.5.1998) רשות התחרות 3001292; "הוראות לבעל מונופולין: טמפו תעשיות בירה בע"מ" (10.5.1998) רשות התחרות 4100072), טרם נדונה באופן ממצה

בפסיקה הישראלית (המקרה המרכזי בו הסוגיה עלתה בפסיקה הוא עניין ידיעות אחרונות – פסק הדין המשלים. וראו גם: ב"ש 18/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ (12.9.1996) (להלן: עניין ידיעות אחרונות – בקשות שונות). למקרה בו נדונה הסוגיה למעלה מן הצורך, ראו: ת"א (מרכז) 13427-02-10 אוטו ליינ בע"מ נ' יוניברסל מוטורס ישראל בע"מ, פסקאות 97-106 (19.6.2012)), ולמעשה המדובר במקרה תקדימי המובא לראשונה לפתחו של בית משפט זה. יחד עם זאת, אין חולק כי מתן הנחות, בין אם הנחת כמות ובין אם הנחת מטרה, אינו אסור באופן קטגורי (per se), בוודאי בהינתן שאין מדובר באחת הפרקטיקות המנויות בסעיף 29א(ב) לחוק התחרות (וכאמור, השאלה אם פרקטיקות אלה אסורות באופן מוחלט שנויה במחלוקת. ראו הערה בפסקה 54 לעיל). מנגד, כאמור, אין הן חסינות מפני האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה, לאור הסכנות הגלומות בהן כאשר בעל מונופולין עושה בהן שימוש, כפי שעמדנו לעיל.

(3) יסוד העלילות – פוטנציאל פגיעה בתחרות או בציבור

67. כאמור, סעיף 29א(א) לחוק התחרות אוסר על ניצול מעמד לרעה "באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור". כיצד, אם כן, יש לבחון את קיומו של היסוד השלישי? לשונו של הסעיף, ובפרט השימוש במילה "עלול", מלמדת, על פי פשוטו של מקרא, כי על מנת שיתקיים יסוד העלילות, די בכך שיוכח כי התנהגות בעל המונופולין היא בעלת פוטנציאל לפגיעה בתחרות או בציבור ואין צורך בהוכחת פגיעה בפועל (ראו גם אזרחי וגילה, בעמ' 254-255). מסקנה זו מתיישבת גם עם תכליתו של האיסור, שעניינה כאמור ביצירת הסדר פיקוח מקיף יותר במטרה למנוע את הפגיעה שעלולה להיגרם ממעמדו של בעל המונופולין בשוק (דברי ההסבר לתיקון מס' 2, בעמ' 229). במילים אחרות, יסוד העלילות אינו כולל רכיב של תוצאה, ואף לא הוכחת קיומו של נזק, אלא מסתפק הוא בפגיעה בכוח (והשוו לפרשנות בית הדין לתחרות את סעיף 30 לחוק: מוני' (הגבלים עסקיים) 1/93 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' חברת דובק בע"מ, פסקה 9 (17.1.1995) (להלן: עניין דובק); ה"ע (הגבלים עסקיים) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פסקאות 35-37 (4.11.1999) (להלן: עניין ידיעות אחרונות – פסק הדין החלקי), וכן דברי ההסבר לתיקון מס' 4 לחוק אשר הביא לתיקון בנוסח סעיף 30 לחוק (דברי ההסבר להצעת חוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה), התשנ"ח-1997, ה"ח הממשלה 20, 24-26). עוד השוו ליסוד העלילות שבאיסור על הסדר כובל המצוי בסעיף 2א(א) לחוק התחרות: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' ד"ר בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 868-

867 (2005); עניין וול, פסקאות ק-ק"א; ע"פ 1408/18 מדינת ישראל נ' בן דוד, פסקה 25 (21.8.2018).

68. שאלה נפרדת היא מהי חומרת הפגיעה הפוטנציאלית הנדרשת לצורך הפעלתו של האיסור בדבר ניצול מעמד לרעה. בעוד שבהוראות אחרות בחוק התחרות בחר המחוקק להגדיר את מידת הפגיעה הנדרשת (ראו, למשל, סעיפים 15א(א)(1), 30(ב), 30א(א), 31ב(א)(2), 31ג, 31ד, 47א לחוק הדורשים רף של "פגיעה משמעותית"; וסעיף 14(א)(1) לחוק הדורש "פגיעה של ממש"), הלשון בה נקט בסעיף 29א(א) לחוק היא עמומה, ואינה מעידה על חומרת הפגיעה בה עסקינן. יחד עם זאת, מוכן אני להניח כי לנוכח ההשלכות הטמונות בקביעה שבעל מונופולין ניצל את מעמדו לרעה (ובכלל זה חשיפת בעל המונופולין לסנקציות פליליות ומנהליות, וכן לאחריות נזיקית, כפי שיפורט בהמשך הדברים, כמו גם העובדה שכאשר מדובר בקביעה של הממונה, כבענייננו, משמשת הקביעה כראיה לכאורה בכל הליך משפטי; ראו סעיף 43(ה) לחוק), ובהינתן שדי בקיומו של פוטנציאל לפגיעה ואין צורך בהוכחת פגיעה בפועל, הרי שלא די בפגיעה פוטנציאלית קלת ערך, אלא נדרשת פגיעה פוטנציאלית משמעותית בתחרות בעסקים או בציבור.

69. שאלה נוספת אליה עלינו להידרש, בהינתן שעסקינן בפוטנציאל לפגיעה, היא מהי דרגת ההסתברות לפגיעה הנחוצה לשם התקיימות יסוד העלילות. בית הדין לתחרות סבר כי ניתן להסתפק ב"אפשרות סבירה" (ראו פסקה 165 לפסק הדין), וזאת בהסתמך על קביעת בית הדין לתחרות בעניין ידיעות אחרונות – פסק הדין החלקי (ראו שם, פסקה 51). פרשנות זו של בית הדין מקובלת עליי, ואף אוסיף כי אין לשלול מכלל אפשרות שבמקרים מסוימים דרגת ההסתברות הדרושה תשתנה בהתאם לטיבם של הערכים והאינטרסים המתנגשים שעל הפרק (ראו והשוו: עניין דובק, פסקה 9; עניין ידיעות אחרונות – בקשות שונות, פסקה 5; עניין ידיעות אחרונות – פסק הדין החלקי, פסקאות 51-38).

70. עוד יוזכר, והדבר נכון כמובן גם ביחס לשני היסודות הקודמים, כי הממונה על התחרות (כמו גם רשות התחרות), בהיותו גוף מנהלי, כפוף לחובות המוטלות על גופים מנהליים, ובכלל זה החובה לבסס כדבעי את קביעותיו העובדתיות על תשתית ראייתית הולמת ומבוססת, הן במישור איסוף הראיות והן במישור ביסוס הקביעות על ראיות מספיקות ועל הליך הסקת מסקנות מושכל (ראו מיני רבים: בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 423-426 (1994) (להלן: עניין יורונט);

ע"א 1711/02 עיריית חולון נ' ארגון הקבלנים והבונים חולון, פ"ד נח(5) 933, 943-944 (2004)), כאשר "כגודל הזכות כך גם גודלה ועוצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות" (ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 250 (1985)). להרחבה בסוגיה זו ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 456-439 (2010)). הדברים אמורים ביתר שאת לנוכח הסמכויות שהוקנו לממונה, ובכללן סמכויות חיפוש ותפיסה של ראיות (סעיף 45 לחוק), מינוי חוקר (סעיף 45 לחוק) וביצוע חקירות ודרישת נתונים (סעיף 46 לחוק). לפיכך, בהקשר בו עסקינן, הגם שלא נדרש להוכיח פגיעה בפועל, ואף לא כוונה לפגוע, קביעות הממונה באשר לקיומו של יסוד העלילות נדרשות להתבסס על תשתית ראייתית נאותה, המאפשרת לקבוע ממצאים עובדתיים מבוססים.

71. משעמדנו על הדרישות הכלליות של יסוד העלילות על פי סעיף 29א(א) לחוק התחרות, יש להידרש לשאלה מהו המבחן המשפטי שעל פיו יש לבחון האם פרקטיקה נתונה, בענייננו פרקטיקה של מתן הנחות על ידי בעל מונופולין, עומדת בתנאי האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה. ואולם, בטרם אדרש לבחינה אותה יש להחיל ביחס למתן הנחות, אעמוד על ההתייחסות מעבר לים לסוגיה בה עסקינן: האופן בו יש להתייחס לפרקטיקה של מתן הנחות בראי המגבלות המוטלות מכוח דיני התחרות על בעל מונופולין.

מתן הנחות על ידי בעל מונופולין במשפט המשווה

72. בעוד שבפסיקתנו סוגיית מתן ההנחות על ידי בעל מונופולין זכתה כאמור להתייחסות מצומצמת בלבד, באירופה ובארה"ב זכתה היא לדיון משפטי נרחב יחסית, הגם שבמגמות שונות במידה לא מבוטלת זו מזו, כפי שיפורט להלן.

(1) דין האיחוד האירופי

73. בדין האיחוד האירופי, הפרקטיקה של מתן הנחות על ידי בעל מונופולין נבחנת תחת סעיף 102 לאמנת ליסבון (בעבר סעיף 82 לאמנת רומא, ולפני כן סעיף 86 לאמנת רומא) הקובע את האיסור על ניצול מעמד דומיננטי לרעה (Abuse of Dominant Position). וזוהי לשון הסעיף:

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

- (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;
- (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;
- (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (d) 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.

חלקו הראשון של סעיף 102 לאמנת ליסבון כולל את האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה על ידי חברה בעלת מעמד דומיננטי, ואילו חלקו השני מוסיף ומפרט ארבעה סוגים של פרקטיקות שיראו אותם משום ניצול לרעה. כמו כן, כפי שניתן לראות, הלשון בה עושה שימוש חלקו הראשון של הסעיף היא רחבה – "any abuse", וכוללת מגוון רחב של פרקטיקות פוגעניות (וראו גם Case C-95/04 British Airways PLC v. Commission, 2007 E.C.R. I 2331, para. 57 (להלן: עניין **British Airways** האירופי)), כאשר המבחן להפעלת הסעיף, מקום בו לא מתקיימות אחת מהחזקות שבהמשך הסעיף, הוא כי הפרקטיקה הנדונה עלולה להשפיע ("may affect") על המסחר בין המדינות החברות.

הערה: דיני התחרות האירופים מתייחסים בדרך כלל למונח "מעמד דומיננטי" (Dominant Position), כאשר הגדרת מונח זה היא על פי מבחן מהותי, הדומה לזה שניתן למצוא גם בסעיף 26(א)(2) לחוק התחרות הישראלי לעניין הגדרת "בעל מונופולין", והמקבילה גם להגדרה הנהוגה בדין האמריקאי (ראו עניין ידיעות אחרונות – פסק הדין המחליט, פסקה 27; אזורחי וגילה, בעמ' 247-248; גילוי דעת 2/19).

74. נקל להיווכח כי מבנה ההסדר האירופי בעניין ניצול מעמד לרעה על ידי חברה בעלת מעמד דומיננטי זהה בפרטיו לזה של החוק הישראלי בעניין ניצול מעמד לרעה על ידי בעל מונופולין. בכך אין רבותא, שכן סעיף 29א לחוק התחרות מבוסס באופן מוצהר על הוראות סעיף 86 לאמנת רומא, שהוא, כאמור, קודמו של סעיף 102 לאמנת ליסבון

(ראו דברי ההסבר לתיקון מס' 2, בעמ' 229). ממילא החשיבות של אופן פירוש ויישום הסדר זה כמקור השראה לפרשנות הדין הישראלי, הגם שאינה מוחלטת, היא רבה. נסקור לפיכך בהרחבת מה את הפסיקה האירופית שעסקה בהסדר זה בהקשר בו עסקינן.

75. פסק הדין המכונן בו דן בית הדין האירופי לצדק (European Court of Justice (ECJ)) לראשונה בפרקטיקה של מתן הנחות על ידי חברה בעלת מעמד דומיננטי הוא Case C-85/76 Hoffmann-La Roche & Co. v. Commission, 1979 E.C.R. 461 (להלן: עניין Hoffmann-La Roche), אשר ניתן ביום 13.2.1979. במסגרת פסק דין זה נבחנו הסכמים של חברת ויטמינים עם לקוחותיה, אשר כללו תניות בלעדיות והנחות נאמנות שנועדו לתמרץ את הלקוחות לרכוש את מלוא או את רוב רכישותיהם מהחברה, כאשר במרבית המקרים ההנחות שולמו מדי שנה או חצי שנה על בסיס כלל הרכישות שבוצעו על ידי הלקוח באותה תקופה. בנוסף, למעט מספר לקוחות, ההסכמים כללו תנייה שכונתה English Clause, ולפיה לקוחות נדרשו לעדכן את החברה אם מתחרה מציע מחיר נמוך יותר, כאשר במקרה בו החברה לא הייתה משווה בין המחירים, הלקוחות היו רשאים לרכוש את המוצר מהמתחרה מבלי לאבד את ההנחות על המוצרים שנרכשו או יירכשו מהחברה.

בפסק הדין בית הדין האירופי לצדק עמד על משמעותו של ניצול מעמד לרעה, בציינו כדלהלן:

The concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.

(שם, בפסקה 91).

באשר להסכמים שנדונו, נפסק, כי חברה המחזיקה במעמד דומיננטי בשוק אשר קושרת את לקוחותיה, באמצעות הטלת חיוב או הבטחה מצדם כי ירכשו ממנה את מלוא רכישותיהם או מרביתם, מנצלת את מעמדה לרעה כמשמעות סעיף 102 לאמנת ליסבון

(אשר בשעתו היה סעיף 86 לאמנת רומא), וזאת גם אם הדבר נעשה לבקשת הלקוחות, ואף אם החיוב האמור אינו כולל כל תנאי נוסף או מתן הנחה כנגד אותה התחייבות. בהתאם, נקבע כי גם מקום בו לא קיימים חיוב או הבטחה פורמאליים מצדו של הלקוח, אך החברה הדומיננטית מנהיגה, בין אם בהסכם בין הצדדים ובין אם באופן חד צדדי, הנחות נאמנות המותנות ברכישת כל או מרבית המוצרים מהחברה, תהא הכמות אשר תהא, יראו בכך משום ניצול מעמד לרעה (שם, בפסקה 89). בתוך כך, הדגיש בית הדין האירופי לצדק כי הנחות נאמנות, בשונה מהנחות כמות הניתנות בזיקה לכמות שנרכשת ולה בלבד, נועדו להגביל את חופש הבחירה של הלקוח ולהניא אותו מלרכוש את המוצר מהמתחרים באמצעות מתן תמריץ כספי אשר מקנה לחברה הדומיננטית בלעדיות (שם, בפסקה 90). תמריץ זה, כך הוטעם, נעשה חזק יותר מקום בו ההנחה ניתנת על כלל המוצרים שנרכשו ולא רק על אלה שנרכשו מעל היעד שנקבע, שאז לקוח המעוניין לרכוש מהמתחרה מסתכן באובדן כלכלי גדול יותר (שם, בפסקה 110). בנוסף על כך, הנהגת הנחות נאמנות על ידי חברה דומיננטית משמעותה החלת תנאים שונים על עסקאות דומות, שכן שני לקוחות עשויים לשלם מחיר שונה בעבור אותה כמות נרכשת, והכול כתלות בשאלה האם הם רוכשים את מלוא צרכיהם או חלק משמעותי מהם מהחברה הדומיננטית (שם, בפסקה 90).

לפיכך, נפסק כי הן חוזי החברה אשר כוללים התחייבות (מפורשת או משתמעת) לרכוש מהחברה את מלוא רכישותיהם או חלק עיקרי מהן, והן חוזים הכוללים מתן הנחות נאמנות שיוצרות תמריץ למתן בלעדיות לחברה או לרכישת נתח משמעותי מצרכי הלקוחות – מהווים ניצול מעמד של חברה דומיננטית לרעה. עוד נפסק כי בתניית English Clause אין כדי ליטול את העוקץ מחוזים אלה, מאחר שהתנאים להפעלתה מקנים לחברה את השליטה אם להתחרות בהצעה המתחרה או לוותר על נתח מסוים מהמכירות.

הערה: יצוין כי באותה שנה דן בית הדין האירופי לצדק במקרה נוסף שכלל הנהגת הנחת נאמנות על ידי חברה דומיננטית, אך פסק הדין כלל התייחסות מצומצמת יותר לסוגיה. ראו: Joined Cases C-40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73 *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA & others v. Commission*, 1979 .E.C.R. 1663, paras 510-528.

76. שנים אחדות לאחר מכן, נדרש בית הדין האירופי לצדק לסוגיה פעם נוספת, במסגרת פסק הדין בעניין *Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission*, 1983 E.C.R. 3461 (להלן: עניין **Michelin** הראשון), אשר

ניתן ביום 9.11.1983. באותו מקרה נדונו הנחות מטרה שהוענקו על בסיס שנתי, ובהתבסס על עמידה ביעדים שנקבעו באופן אינדיבידואלי לכל לקוח על פי מחזורי רכישות קודמים. בית הדין האירופי לצדק עמד על כך כי האיסור בדבר ניצול מעמד לרעה הקבוע בסעיף 102 לאמנת ליסבון (ובשעתו סעיף 86 לאמנת רומא) כולל בתוכו כל פרקטיקה הננקטת על ידי חברה בעלת מעמד דומיננטי אשר עלולה להשפיע על מבנה השוק, שבו התחרות ממילא כבר נחלשה עקב נוכחות החברה הדומיננטית, באמצעות שיטות שאינן כחלק מתחרות רגילה על בסיס ביצועים ואשר יש בהן כדי להפריע לשמירה או לפיתוח של רמת התחרות הקיימת בשוק (שם, בפסקה 70). בדונו בשיטת ההנחות שנקטה חברת Michelin, ציין בית הדין האירופי לצדק כי מחד גיסא אין מדובר בהנחות כמות שניתנו אך בזיקה לכמות שנרכשה, ומאידך גיסא החברה לא העלתה כל דרישה כלפי לקוחותיה להתקשר עימה בהסכמי בלעדיות או לרכוש ממנה חלק משמעותי מצרכיהם, כך שלא מדובר בהנחות נאמנות כגון אלו שנדונו בעניין Hoffmann-La Roche. לפיכך, נפסק כי על מנת לקבוע האם החברה ניצלה את מעמדה לרעה בהנהיגה את שיטת ההנחות הנדונה, יש לשקול את מכלול הנסיבות הרלוונטיות לעניין, ובכלל זה את הקריטריונים והכללים למתן ההנחות, ולבחון האם מתן הנחות שאינן מבוססות על הצדקה כלכלית כלשהי ("providing an advantage not based on any economic service") עלול לשלול או להגביל את חופש הבחירה של הלקוחות, למנוע ממתחרים גישה לשוק, להחיל תנאים שונים על עסקאות דומות או לחזק את מעמדה של החברה הדומיננטית (שם, בפסקה 73). בהתבסס על האמור, בית הדין האירופי לצדק סבר כי פרק הזמן הארוך שעל בסיסו חושבה ההנחה (שנה שלמה); הפערים המשמעותיים בין נתח השוק בו מחזיקה החברה הדומיננטית לאלו שמחזיקים מתחריה באופן המקשה עליהם להתחרות בהנחות המתחלקות על כמות מוצרים קטנה יותר; וחוסר השקיפות מול הלקוחות באשר לאופן מתן ההנחות ושיעורן – כל אלה יחד יוצרים לחץ משמעותי על הלקוחות לעמוד ביעדים שנקבעו להם, שאחרת הם מסתכנים באיבוד ההנחות, שספק אם מתחריה של החברה הדומיננטית היו יכולים לקזז בהצעה נגדית (שם, בפסקאות 81-84). משכך, נקבע כי הנחות המטרה שניתנו על ידי החברה היו ניצול מעמד לרעה.

77. שני פסקי הדין האמורים הניחו את הבסיס להתייחסות משפט האיחוד האירופי למתן הנחות על ידי חברה בעלת מעמד דומיננטי בשוק. בעשורים שלאחר מכן, דנו בית הדין האירופי לצדק ובית המשפט האירופי הכללי (European General Court (EGC)) במספר הזדמנויות שונות בפרקטיקה של מתן הנחות על ידי חברה בעלת מעמד דומיננטי בשוק, תוך שהם מרחיבים את גדר תחולתו של האיסור למגוון רחב של שיטות למתן הנחות.

במקרה אחד הדגיש בית המשפט האירופי הכללי כי סעיף 102 לאמנת ליסבון (ובשעתו סעיף 82 לאמנת רומא) חל בין אם מטרתה של הפרקטיקה הנדונה הייתה לפגוע בתחרות ובין אם תוצאתה המסתברת היא פגיעה בתחרות (גם אם לא הוכחה מטרה כאמור), וכי מכל מקום לא נדרש להוכיח פגיעה בפועל, אלא די שיוכח כי הפרקטיקה הנדונה בעלת פוטנציאל להביא לפגיעה כאמור (Case T-288/97 Irish Sugar PLC v. Commission, 1999 E.C.R. II-2969, paras 170 & 201. להלן: עניין Irish Sugar).

מכאן שאף אם מתן ההנחות לא הוביל בסופו של דבר לתוצאה המיוחלת לה ציפתה החברה הדומיננטית, אין בכך כדי לשלול את תחולתו של האיסור על ניצול מעמד לרעה (שם, בפסקה 193). באותו מקרה, דובר היה בחברה שהייתה המעבדת הבלעדית של סלק סוכר (ממנו מפיקים סוכר לבן) באירלנד והספק העיקרי של סוכר באותה מדינה, ועל כן החזיקה במעמד דומיננטי הן בשוק הסוכר התעשייתי והן בשוק הסוכר הקמעונאי. החברה נקטה במספר פרקטיקות מחירים, וביניהן מתן הנחות נאמנות והנחות מטרה, והנהגת מדיניות תמחור סלקטיבית (בין אם באמצעות מתן הנחות ובין אם באמצעות קביעת מחיר נמוך יותר), הן ביחס ללקוחותיה שלא התחרו מולה בשוק הקמעונאי של אורזי הסוכר (sugar packers), והן ביחס ללקוחותיה שהיו חשופים לתחרות מול מתחריה.

בית המשפט האירופי הכללי קבע כי הנחות נאמנות והנחות מטרה שהעניקה החברה הדומיננטית ללקוחותיה בשוק הסוכר הקמעונאי היו ניצול מעמד לרעה, משום שנמצא כי הן נועדו לקשור את הלקוחות לחברה הדומיננטית, באמצעות הגדלת היקף הרכישות שלהם, ולהקשות על מתחריה להתחרות עימה (שם, בפסקאות 197-201, 214-213). עוד נקבע, כי מתן הנחות באופן סלקטיבי, מהווה גם הוא ניצול מעמד לרעה. כך, ביחס להנחות שהעניקה החברה ללקוחותיה בשוק הסוכר התעשייתי כתלות בשאלה האם ללקוחות אלה מתחרים איתה בשוק הסוכר הקמעונאי (של אורזי הסוכר), נפסק כי פרקטיקה שבה נוקטת חברה בעלת מעמד דומיננטי בשוק מסוים אשר משפיעה על פעילותה בשוק נגזר או משלים באופן שיש בו כדי להשפיע על התחרות, ללא צורך אובייקטיבי, עלולה לעלות לכדי ניצול מעמד לרעה. הדברים אמורים ביתר שאת מקום בו קיים, כפי שהתקיים באותו מקרה, קשר בלתי מעורער בין השוק הראשי (שוק הסוכר התעשייתי) לבין השוק הנגזר (שוק הסוכר הקמעונאי), וכאשר החברה מחזיקה במעמד דומיננטי גם בשוק הנגזר (שם, בפסקאות 166-167). אשר להנחות שהעניקה החברה אך ללקוחותיה שהיו חשופים לתחרות בשל מיקומם הגיאוגרפי (בענייננו, חשופים לתחרות הנובעת מייבוא זול ממדינה גובלת), נקבע כי הללו מהוות משום ניצול מעמד לרעה, בהיעדר הצדקה כלכלית אובייקטיבית להענקתן. בתוך כך, נדחתה טענתה של החברה כי היעדר משאבים כספיים מנעו ממנה להעניק את ההנחה באופן נרחב יותר, בנימוק כי

היעדר משאבים מספיקים, כשלעצמו, אינו יכול להצדיק מתן הנחות באופן סלקטיבי. כך במיוחד, מקום בו לפי הודאת החברה עצמה, יכולתה הכלכלית להציע את ההנחות האמורות התאפשרה בזכות מעמדה בשוק ומכירותיה ללקוחותיה האחרים (שם, בפסקאות 185-189).

78. במקרה אחר, הבהיר בית הדין האירופי לצדק כי חברה בעלת מעמד דומיננטי בשוק רשאית לנקוט במדיניות של מתן הנחות כמות הניתנות אך בזיקה לכמות הרכישות ממנה, ולכן לא יראו במדיניות כאמור משום הפרה של האיסור על ניצול מעמד לרעה, הגם שמשמעותה, מטבע הדברים, היא כי לקוחות שירכשו כמויות גדולות יותר יזכו להנחה גבוהה יותר. יחד עם זאת, בית הדין הוסיף והבהיר כי ייתכנו מצבים שבהם גם הנחות כמות יעלו לכדי ניצול מעמד לרעה, וזאת כאשר מוחלים תנאים שונים על עסקאות דומות, כגון כאשר הרף (או המדרגות) שנקבע לקבלת ההנחה ושיעור ההנחות מובילים למצב שבו רק לקוחות בודדים ומסוימים נהנים מההנחות גבוהות באופן שאינו משקף את היקף עסקיהם או את היתרון לגודל ביחס למתחריהם. לשון אחרת, בהיעדר כל הצדקה כלכלית אובייקטיבית, קביעת רף גבוה מדי כתנאי לזכאות להנחה או היעדר יחס ליניארי בין שיעורי ההנחה הניתנים בכל מדרגה, עשויים לעלות לכדי מדיניות מפלה ואסורה (Case C-163/99 Portugal v. Commission 2001 E.C.R. I-2613, paras 50-53) (להלן: עניין Portugal).

79. הלכה זו יושמה והורחבה כשנתיים לאחר מכן, בעניין בו נתבעה שוב חברת Michelin, הפעם ביחס לתוכניות הנחות והטבות אחרות שהנהיגה בשוק הצרפתי. בית המשפט האירופי הכללי חזר באותו עניין על ההלכה שנקבעה בעניין Portugal, לפיה, ככלל, הנחות כמות הניתנות על ידי חברה דומיננטית מותרות, בהינתן שהן מבוססות על חיסכון בעלויות המועבר ללקוחות החברה. עם זאת, הובהר כי ייתכנו מקרים בהם תיפסל מדיניות כאמור אם יימצא כי אין היא מבוססת על יתרון נגדי (countervailing advantage) המוצדק מבחינה כלכלית, אלא היא טומנת בחובה משום פגיעה בתחרות, בדומה להנחת נאמנות והנחת מטרה. משמעות הדבר היא ששאלת חוקיות מדיניות ההנחות תיבחן לא על פי סיווג ההנחות (אם כהנחת כמות, מטרה או נאמנות) אלא על פי השפעתה על השוק בהתחשב במכלול הנסיבות הרלוונטיות לעניין. כך, למשל, מדיניות הנחות שיש בה כדי ליצור השפעה המעודדת נאמנות מצד הלקוחות ("loyalty-inducing effects") – כגון כאשר קיימת שונות משמעותית בשיעור ההנחות בין המדרגות שנקבעו להענקתן או כאשר ההנחות מחושבות על בסיס מחזור עסקאות כולל המתפרש על פני תקופה משמעותית ולא ביחס לכל עסקה בנפרד – יראו בה כאסורה (Case T-203/01

Manufacture française des pneumatiques Michelin v. Commission, 2003 E.C.R.
 II 4071, paras 59-62, 65, 95 (להלן: עניין **Michelin** השני)).

עוד נקבע בעניין **Michelin** השני כי גם מקום בו מתן ההנחות מותנה בהערכה סובייקטיבית על ידי החברה הדומיננטית, באופן המותר לה מרחב של שיקול דעת להחליט אם במקרה נתון הלקוח זכאי להנחה, תיחשב המדיניות משום ניצול מעמד לרעה, בשל חוסר הוודאות שנוצר בקרב הלקוחות אשר אינם יכולים לצפות אם יקבלו ההנחה, אם לאו (שם, בפסקאות 140-141).

בצד האמור, הודגש שוב כי לצורך ביסוס טענה להפרת האיסור על ניצול מעמד לרעה די שיוכח כי הפרקטיקה הנדונה עלולה להגביל את התחרות (ואין צורך בהוכחת פגיעה בפועל), וכי לעניין זה מטרה ותוצאה מסתברת חד הן – אם יוכח כי המטרה שבבסיס הפרקטיקה הנדונה היא להגביל את התחרות, מאליו יונח כי תוצאתה המסתברת של הפרקטיקה האמורה היא הגבלת התחרות, אף אם בפועל לא תושג תוצאה זו. באותו מקרה, בית המשפט האירופי הכללי סבר כי מאחר שהנציבות הוכיחה כי תכליתה של מדיניות מתן ההנחות הייתה לקשור את הלקוחות לחברה באופן שעלול לפגוע בתחרות, לא היה על הנציבות לערוך ניתוח מפורט של השפעות מדיניות ההנחות בפועל, כפי שגרסה החברה (שם, בפסקאות 235-245).

80. פרשה נוספת, שהוכרעה בשנת 2007, היא עניין **British Airways** האירופי. באותו מקרה נבחנה שיטת ההנחות אשר הנהיגה חברת התעופה **British Airways**, שבשעתו החזיקה בשוק הרלוונטי במעמד דומיננטי. שיטה זו כללה מתן הנחות לסוכני נסיעות הפועלים בבריטניה בהתאם ליעד שנתפר לכל אחד מהם באופן אישי המבוסס על הגדלת היקפי המכירות שלהם מ-**British Airways** בהשוואה לשנה קודמת. כמו כן, ההנחות ניתנו באופן רטרואקטיבי מהרכישה הראשונה, ככל שסוכן הנסיעות עמד ביעד שנקבע לו. בית הדין האירופי לצדק חזר על המבחן שנקבע בעניין **Michelin** הראשון, והבהיר כי על מנת לקבוע האם מתן הנחות שאינן הנחות כמות או הנחות נאמנות הוא בעל השפעה מדירה, יש לבחון תחילה האם יש בשיטת ההנחות כדי להפוך את הכניסה לשוק לקשה מאד או בלתי אפשרית, ושנית האם יש בה כדי להקשות על הבחירה של הלקוחות בין מקורות האספקה העומדים לרשותם. לאחר מכן, יש לבחון אם ישנה הצדקה כלכלית אובייקטיבית לשיטת ההנחות המאיינת את השפעותיה המדירות או עולה עליהן (עניין **British Airways** האירופי, בפסקאות 67-69, 86). ביישומו את האמור, בית הדין האירופי לצדק מצא כי אין מקום לשנות ממסקנתו של בית המשפט האירופי הכללי לפיה מדיניות ההנחות שהנהיגה החברה עלתה לכדי ניצול מעמד לרעה, וזאת בהתבסס על

שלושה מאפיינים עיקריים של מדיניות ההנחות אשר יש בהם כדי ליצור אפקט המעודד נאמנות ("loyalty-inducing effects"): האחד, קביעת יעד הנתפר לכל לקוח בנפרד ובהתבסס על הגדלת היקף המכירות; השני, מתן ההנחה מהמוצר הראשון באופן שיוצר השפעה גדולה על השוליים, כתלות בשאלה אם הלקוח עמד ביעד, אם לאו; השלישי, נתח השוק המשמעותי שהחזיקה החברה בהשוואה למתחריה הקשה על האחרונים להציע הנחה מתחרה דומה או טובה יותר (שם, בפסקאות 71-77).

עוד יצוין כי באותו מקרה הלינה חברת British Airways על כך שמשקנות נציבות התחרות האירופית נשענו על מבנה שיטת ההנחות מבלי לבחון את השפעתה הממשית או המסתברת על התחרות, בעוד הובאו ראיות שהצביעו בכירור על היעדר השפעה כאמור (ובפרט העובדה שנתח השוק של המתחרים עלה בתקופה הרלוונטית). בית המשפט האירופי הכללי קבע כי לצורך ביסוס הפרה של ניצול מעמד לרעה אין צורך להוכיח כי לפרקטיקה הנדונה הייתה השפעה אנטי-תחרותית קונקרטי על השוק הרלוונטי, אלא די שיוכח כי הפרקטיקה הנדונה עלולה להיות בעלת השפעה שכזו. יתר על כן, נמצא כי באותו מקרה הצליחה הנציבות להראות קיומה של השפעה כאמור באופן קונקרטי, וממילא, אפילו לא היה מוכח כאמור, מקום שבו חברה דומיננטית נוקטת בפרקטיקה שיש בה כדי ליצור השפעה אנטי-תחרותית, העובדה שהתוצאה המיוחלת לא הושגה אינה משמיעה את המסקנה כי לא הופר האיסור על ניצול מעמד לרעה. כן הוטעם כי אין די בעובדה שנתח השוק של המתחרים גדל, משום שייתכן שאלמלא שיטת ההנחות שהנהיגה החברה, נתח השוק היה גדל עוד יותר (Case T-219/99 British Airways) (PLC v. Commission, 2003 E.C.R. II 5917, paras 293-298). בית הדין האירופי לצדק לא מצא לנכון להתערב בקביעות אלה, ואף הוסיף כי די בהידרשות בית המשפט האירופי הכללי למנגנון שיטת ההנחות על מנת להוכיח השפעה מסתברת על התחרות (עניין **British Airways** האירופי, בפסקאות 96-98).

81. בשנת 2009 פירסמה נציבות התחרות האירופית הנחיות לאכיפת האיסור על ניצול מעמד לרעה (Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings; להלן: ההנחיות או הנחיות הנציבות). בהנחיות הוצגו סדר העדיפויות לאכיפת האיסור על ידי הנציבות, כמו גם הכללים שינחו את הנציבות באכיפתו, וזאת, בין היתר, במטרה ליצור ודאות לשחקנים הפועלים בשוק. בתוך כך, צוין בהנחיות כי הנציבות תתמקד באכיפתה בפרקטיקות הפוגעניות ביותר ברווחת הציבור (סעיף 5 להנחיות); כי עיקר האכיפה ישאף להבטיח שההליך התחרותי נשמר וכי

גופים בעלי מעמד דומיננטי אינם דוחקים את מתחריהם באמצעות פרקטיקות שאינן כחלק מתחרות לגופו של עניין (סעיף 6 להנחיות); כי באכיפת הכללים כל מקרה ייבחן לגופו, על פי נסיבותיו (סעיף 8 להנחיות); וכן כי אכיפת הנציבות את האיסור תיעשה מקום בו סביר להניח ("is likely"), על בסיס תשתית ראייתית ברורה ומשכנעת ("cogent and convincing evidence"), כי הפרקטיקה הנדונה תביא לפגיעה בתחרות, וזאת תוך התחשבות במספר גורמים, כגון מעמדו של בעל המעמד הדומיננטי, התנאים בשוק הרלוונטי, מעמדם של המתחרים האחרים, מאפייניהם של הצרכנים, קיומה של פגיעה בפועל בתחרות וקיומן של ראיות ישירות המעידות על אסטרטגיה מדירה (סעיף 20 להנחיות).

בצד זאת, ההנחיות כוללות דיון נרחב על אודות האופן בו הנציבות מתכוונת לבחון את השפעת הפרקטיקה הנדונה על התחרות. בהקשר של התנהגות מדירה באמצעות תמחור אימצה הנציבות את מבחן המתחרה היעיל, לפיו על מנת להעריך האם יש בהנחות המוצעות על ידי חברה דומיננטית כדי לפגוע בתחרות, באמצעות פגיעה ביכולת המתחרים להתחרות, יש לבחון האם מתחרה יעיל באותה מידה כמו החברה הדומיננטית מסוגל להתחרות במחיר שמציעה החברה הדומיננטית (סעיפים 23-27 להנחיות). בהתאם למבחן זה, כאשר עסקינן בפרקטיקה של מתן הנחות המותנות בהשגת יעד מסוים ("rebates granted to customers to reward them for a particular form of purchasing behavior"), הנציבות תבחן תחילה מהו נתח השוק החשוף לתחרות ("contestable share"), ושנית מהו המחיר שעל מתחרה יעיל באותה מידה כמו החברה הדומיננטית להציע על מנת להתחרות על נתח השוק החשוף לתחרות, תוך שהמחיר האמור משקלל פיצוי ללקוחות על הפסד ההנחות של החברה הדומיננטית כתוצאה ממעבר למתחרה. את המחיר שיתקבל פר יחידה תשווה הנציבות למבנה העלויות של החברה הדומיננטית, כך שאם המחיר נמוך מהעלות של החברה הדומיננטית, יראו בשיטת ההנחות כבעלת יכולת לפגוע בתחרות (סעיפים 41-45 להנחיות). יצוין כי הנציבות מתייחסת לשני סוגים של עלויות: long-run average incremental cost (LRAIC) ו-average avoidable cost (AAC). כאשר המחיר מעל LRAIC ההנחה היא שהמתחרה יוכל להתחרות בחברה הדומיננטית, ואילו כאשר המחיר מתחת AAC ההנחה היא שמדובר בפרקטיקה הפוגעת בתחרות. כאשר המחיר בטווח שבין שתי העלויות הללו, הנציבות תערוך בחינה קונקרטיית יותר כדי לקבוע האם במקרה מסוים יש חשש לפגיעה בתחרות). בצד האמור, הותירה הנציבות פתח לכך שבנסיבות מסוימות תיתכן סטייה ממבחן המתחרה היעיל, וזאת באותם מקרים בהם אין מתחרה יעיל כמו החברה הדומיננטית, אך המתחרה הקיים עשוי לשמש כרסן תחרותי אותו יש לקחת בחשבון בעת בחינת ההשפעה על התחרות (סעיף 24 להנחיות).

82. כ-3 שנים לאחר פרסום ההנחיות, בפסק דין מיום 19.4.2012, נדרש בית הדין האירופי לצדק פעם נוספת לסוגיה של מתן הנחות, במסגרת Case C-549/10 Tomra Systems ASA & Others v. Commission, 2012 4 C.M.L.R. 27. בפסק דין זה בית הדין האירופי לצדק לא מצא לשנות ממסקנת הנציבות ובית המשפט האירופי הכללי לפיה החברה ניצלה את מעמדה לרעה, ודחה את טענות החברה כי כתנאי לאכיפת האיסור יש לבחון את ההשפעות הכלכליות המעשיות של הפרקטיקה הנדונה, כגון האם המחיר שגבתה החברה הדומיננטית הוא מעל או מתחת לעלות. זאת, לנוכח העובדה שיתר הראיות עליהן התבססה הנציבות, ובפרט מאפייניה של שיטת ההנחות שהנהיגה החברה, מצביעות על כך שהפרקטיקה הנדונה עלולה לפגוע בתחרות, וכן בשים לב לכלל לפיו די בכך שיוכח כי הפרקטיקה הנדונה היא בעלת פוטנציאל לפגיעה בתחרות (שם, בפסקאות 73-80). בצד האמור, בית הדין האירופי לצדק הדגיש כי אין אמת מידה אחידה בדבר נתח השוק שצריך להיחסם לתחרות על מנת שיראו בכך משום ניצול מעמד לרעה, אלא כל מקרה נבחן על פי מכלול נסיבותיו (שם, בפסקאות 42-44 ו-46). עוד הודגש כי אומנם בעת שבוחנת הנציבות את ההתנהגות של החברה הדומיננטית עליה לקחת בחשבון גם את התכנית האסטרטגית שעומדת מאחורי הפרקטיקה הנדונה, ובכלל זה המניעים והמטרות שבבסיסה. יחד עם זאת, קיומו של מניע בדבר ניצול מעמד לרעה או היעדרו אינו יסוד נדרש לצורך ביסוסה של הפרה, ודי לעניין זה שיוכח כי התנהגות החברה היא אנטי-תחרותית, בין אם קיים מניע אנטי-תחרותי ובין אם לאו (שם, בפסקאות 19-22).

83. על עמדה דומה בקשר לשאלה האם נדרשת בחינה דקדקנית יותר של השפעת הפרקטיקה של מתן הנחות על התחרות חזר בית הדין האירופי לצדק במסגרת הליך של הכרעה מקדמית (preliminary ruling) שהתקיים לבקשת בית המשפט בדנמרק (Case C-23/14 Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet, 2015 5 C.M.L.R. 25 (להלן: **Post Danmark**)), ואשר החלטה בו ניתנה ביום 6.10.2015. במסגרת ההליך, התבקש בית הדין האירופי לצדק להתייחס לשלוש שאלות: ראשית, מהם הקווים המנחים לקביעה כי הנחה המוענקה על ידי חברה דומיננטית בשיעורים שווים, אך על כמויות המותאמות לכל לקוח באופן אישי, מהווה ניצול מעמד לרעה. בתוך כך, התבקש בית הדין להבהיר את מידת הרלוונטיות של הגורמים הבאים: העובדה ששיטת ההנחות חלה על מרבית הלקוחות בשוק; המחירים והעלויות של החברה הדומיננטית, ובפרט הצורך להשתמש במבחן המתחרה היעיל המופיע בהנחיות הנציבות; ומאפייני השוק, לרבות כדרך חלופית להוכחת האפקט התחרותי שלא באמצעות מבחן המתחרה היעיל. שנית, מהי ההסתברות והחומרה הנדרשים לצורך החלת האיסור על ניצול מעמד לרעה. שלישית,

אילו נסיבות ספציפיות יש לקחת בחשבון בבחינתה של תכנית הטבות מסוימת, ובפרט האם נדרש שהאפקט האנטי-תחרותי יהיה מוחשי ("appreciable").

במענה לשאלה הראשונה, נפסק כי על מנת לקבוע אם ההנחות הנדונות מפרות את האיסור בדבר ניצול מעמד לרעה, יש לבחון את נסיבותיו של כל מקרה לגופו, ובכלל זה את הקריטריונים והכללים למתן ההנחות, מידת הדומיננטיות של החברה הנדונה ומאפייני התחרות בשוק הרלוונטי. כן הודגש כי העובדה ששיטת ההנחות חלה על מרבית הלקוחות בשוק יכולה לשמש כאינדיקציה למידת ההשפעה של הפרקטיקה הנדונה על השוק, וכפועל יוצא על מידת ההסתברות של הפגיעה בתחרות. ברם, פרקטיקת הנחות מסוימת עשויה להימצא כאסורה גם כאשר היא חלה על היקף לקוחות מצומצם יותר (שם, בפסקאות 29-50). אשר ליישומו של מבחן המתחרה היעיל, ראשית הודגש כי הנחיות הנציבות משקפות את מדיניות הנציבות וסדרי העדיפויות שלה באכיפת האיסור, אך אין בהן כדי לחייב את בתי המשפט. שנית, ולגופו של עניין, בית הדין האירופי לצדק סבר כי מבחן המתחרה היעיל הוא אך כלי אחד מתוך סל הכלים בו ניתן לעשות שימוש לצורך הקביעה האם שיטת הנחות מסוימת עולה לכדי ניצול מעמד לרעה, וכי אין מדובר בתנאי בלעדיו אין לצורך החלת האיסור. כן הוטעם, כי במקרה הקונקרטי אין כלל רלוונטיות למבחן זה, שכן לאור מאפייני השוק הנדון (ובכלל זה חסמי הכניסה הגבוהים) ונתח השוק המשמעותי בו מחזיקה החברה מכוח מונופול סטטוטורי, קיימת חשיבות מבחינת דיני התחרות להגן גם על פעילותו של מתחרה שאינו יעיל באותה מידה (שם, בפסקאות 52-62). במענה לשאלות השנייה והשלישית, הבהיר בית הדין האירופי לצדק כי לצורך יישומו של האיסור בהקשר של מתן הנחות, נדרש שקיומו של האפקט האנטי-תחרותי יהיה אפשרי ("probable"), להבדיל מהיפותטי ("hypothetical"), אך אין הוא נדרש להיות חמור ("serious") או מוחשי ("appreciable") (שם, בפסקאות 63-74).

84. שנתיים לאחר מתן חוות הדעת בעניין **Post Danmark**, הגיע לפתחו של בית הדין האירופי לצדק עניינה של חברת Intel, אשר העלה שוב לדיון את רלוונטיות מבחן המתחרה היעיל המופיע בהנחיות הנציבות. הפעם, פסק דינו של בית הדין הציג גישה שונה במידת מה, המייחסת למבחן זה משקל גבוה יותר מזה שניתן לו בעבר. בבוחנו את הנחות הנאמנות שהעניקה החברה לחלק מלקוחותיה, עמד בית הדין על כך שכאשר החברה שפעילותה נבחנת טוענת בהליך המנהלי מול הנציבות, על בסיס ראיות תומכות, כי הנחות הנאמנות שהעניקה אינן בעלות השפעה פוגענית על התחרות בשוק, על הנציבות לבחון לא רק את היקף מעמדה הדומיננטי של החברה בשוק הרלוונטי ואת נתח השוק המושפע מהפרקטיקה הנדונה, כמו גם התנאים והכללים למתן ההנחות (לרבות משך התקופה וגודל ההנחות), אלא עליה להידרש גם לקיומה של אסטרטגיה שמטרתה

להדיר מתחרים יעילים לפחות כמוה מהשוק (Case C-413/14 P Intel Corp. v. Commission, 2017 5 C.M.L.R. 18, paras 138-139) (להלן: עניין Intel). עוד נקבע כי כאשר הנציבות מיישמת מבחן מסוים, ובכלל זה את מבחן המתחרה היעיל, לצורך קביעתה כי חברה בעלת מעמד דומיננטי ניצלה את מעמדה לרעה, על בית המשפט, הדן בקביעה זו, לבחון את כלל טענות החברה הנדונה הנוגעות ליישומו של המבחן האמור ולמסקנות העולות ממנו (שם, בפסקאות 141-144). לפיכך, הואיל ובית המשפט האירופי הכללי לא נדרש לטענות Intel בעניין מבחן המתחרה היעיל, אותו יישמה הנציבות בעניינה, הורה בית הדין האירופי לצדק על השבת הדיון לבית המשפט האירופי הכללי לצורך בחינת טענות החברה. בעקבות זאת, בית המשפט האירופי הכללי דן בטענות Intel וקבע כי יש לבטל את החלטת הנציבות לנוכח טעויות שנפלו ביישומו של מבחן המתחרה היעיל שערכה הנציבות, ובהיעדר ראיות מספיקות אחרות שיתמכו במסקנתה בדבר הפגיעה האפשרית בתחרות. טעם נוסף לביטול החלטת הנציבות, על פי פסק הדין, הוא אי בחינתם של כלל השיקולים הרלוונטיים שעליהם עמד בית הדין האירופי לצדק (Case T-286/09 RENV. Intel Corporation Inc. v. Commission, 2022).

85. לבסוף, מקרה נוסף מהתקופה האחרונה אליו נדרש בית המשפט האירופי הכללי מאז הכרעת בית הדין האירופי לצדק בעניין Intel, הוא Case T-235/18 Qualcomm, Inc. v. Commission, 2022 (להלן: עניין Qualcomm), שם חזר על הקביעות בעניין Intel, הן לעניין הצורך בעריכת ניתוח מקיף של השפעת הפגיעה בתחרות על ידי הנציבות, ככל שהחברה הנדונה מעלה טענות בדבר היעדר קיומה של השפעה כאמור, והן לעניין הצורך כי בית המשפט הדן בהחלטת הנציבות ייבחן את מלוא טענות החברה הנוגעות לאופן יישומו של המבחן הכלכלי בו עשתה הנציבות שימוש. על בסיס האמור, מצא בית המשפט האירופי הכללי כי יש לבטל את החלטת הנציבות במקרה הקונקרטי, הואיל והתשתית הראייתית עליה התבססה האחרונה הייתה חסרה ולקויה, ובפרט כי היא לא שקלה את מלוא השיקולים הרלוונטיים בקביעתה כי הפרקטיקה בה נקטה החברה הנדונה הייתה בעלת השפעה אנטי-תחרותית על השוק, ועל כן לא היה בתשתית זו כדי לבסס את מסקנתה של הנציבות (ויובהר, באותו עניין הנציבות לא השתמשה במבחן המתחרה היעיל, אך הדבר לא היווה את הטעם לביטול החלטתה).

86. סיכומו של דבר, הסקירה שלעיל מלמדת כי גישת דין האיחוד האירופי כלפי מתן הנחות על ידי חברה בעלת מעמד דומיננטי מבחינה בין הנחת כמות לבין הנחת מטרה והנחת נאמנות. על דרך הכלל, הנחת כמות נתפסת כמותרת כל אימת שהיא קשורה אך ורק לכמות הנרכשת וניתנת על בסיס שוויוני (עניין Michelin הראשון), זולת אם היא

יוצרת תוצאה מפלה בפועל (עניין Portugal) או שיש במכלול מאפייניה כדי ליצור השפעה המעודדת נאמנות (עניין Michelin השני). לעומת זאת, הנחות מטרה והנחות נאמנות נחשבות כבעייתיות יותר, לאור החשש מדחיקת מתחרים וכבילת חופש הבחירה של הלקוחות. לאורך מספר עשורים גישת הדין באיחוד האירופי כלפי הנחות מטרה והנחות נאמנות הייתה חשדנית מאד, והתבססה על בחינת מבנה שיטת ההנחות ומאפייניה, מהם הסיקו הנציבות ובתי המשפט כי הנחות בעלות מאפיינים המעודדים נאמנות הן בעלות נטייה לפגוע בתחרות, וזאת מבלי לבחון קיומה של פגיעה מסתברת בתחרות (תוך הותרת האפשרות לחברה הדומיננטית להוכיח כי הייתה הצדקה כלכלית אובייקטיבית בבסיס מדיניותה – הגנה שבפועל לא הועילה באף אחד מהמקרים לעיל). עם הזמן, החלו החברות שעניינן נדון לדרוש ניתוח מפורט יותר של פוטנציאל הפגיעה בתחרות במקרה נתון. תחילה ניסיונות אלה נדחו, אך בשנים האחרונות, ובעיקר בעקבות פרסום הנחיות הנציבות בשנת 2009, החלה מסתמנת גישה כלכלית יותר המבוססת על בחינת ההשפעות על התחרות באופן מעמיק יותר תוך היפרדות מההנחות הנוקשות שננקטו כלפי הנחות מטרה והנחות נאמנות. יחד עם זאת, האופן בו תיושם גישה זו טרם הובהר דיו. אכן, המבחן המרכזי אותו הציגה הנציבות בהנחיותיה לצורך בחינת ההשפעה על התחרות הוא מבחן המרכוזי אותו הציגה הנציבות בהנחיותיה לצורך בחינת ההשפעה על התחרות הוא מבחן המתחרה היעיל. ואולם, גישת בתי המשפט אינה משמיעה לנו כי יש חובה ליישם מבחן זה לצורך החלת האיסור על ניצול מעמד לרעה. מפסיקותיהם האחרונות של בתי המשפט עולה כי הנציבות אינה מחויבת לביצוע מבחן כלכלי מסוים, אך ככל שהיא מיישמת מבחן מסוים, עליה להידרש לכלל הטענות שמעלה החברה הנדונה בקשר לביצוע אותו מבחן.

(2) הדין האמריקאי

87. הגם שדיני התחרות הישראליים, ובכלל זה הוראת סעיף 29א לחוק התחרות, מושפעים בעיקרם מדין האיחוד האירופי, אציג במידה לא מבוטלת של הרחבה גם את הדין האמריקאי ביחס לסוגיה של מתן הנחות על ידי חברה בעלת מעמד דומיננטי.

88. למיטב בדיקתי, נכון לכתיבת שורות אלה בית המשפט העליון בארה"ב טרם נדרש לסוגיה, וכפי שעולה מפסיקת הערכאות הפדראליות הנמוכות, המסגרת הנורמטיבית לבחינת מתן הנחות בדין האמריקאי שונה מזו האירופית או הישראלית. בדין האמריקאי, אין מסגרת חקיקתית ספציפית לבחינתן של מתן הנחות על ידי חברה בעלת מעמד דומיננטי, ואף לא קיימת הוראה דומה לסעיף 29א לחוק התחרות ולסעיף 102 לאמנת ליסבון בדבר ניצול מעמד לרעה. על כן, בתי המשפט הפדראליים בארה"ב,

אשר נדרשו לבחינת הפרקטיקה של מתן הנחות בראי דיני ההגבלים העסקיים האמריקאים, ניתחו את הסוגיה באמצעות אנלוגיות להסדרים קרובים, כאשר בעניין זה ניתן לזהות מספר גישות מרכזיות: הגישה האחת, מתמקדת בניתוח הסוגיה בפריזמה של האיסור על הסדרי בלעדיות (exclusionary practices); הגישה השנייה, בוחנת את מתן ההנחות תחת האיסור על תמחור טורפני (predatory pricing); הגישה השלישית, מתייחסת למצבים בהם ההנחות נוגעות למספר שווקים שונים, ומתמקדת בסוגיה של קשירה ביניהם (tying); הגישה הרביעית, בוחנת תחת המגבלות על הפליית מחירים (price discrimination) את השפעת ההנחות על התחרות בין לקוחות החברה הדומיננטית. נרחיב קמעה ביחס לכל אחד מההסדרים הללו, ואחר כך נסקור פסקי דין מרכזיים שבחנו טענות לפיהן מתן הנחות על ידי חברה בעלת מעמד דומיננטי מהווה פרקטיקה פסולה.

89. (i) הסדרי בלעדיות (exclusionary practices) – הטלת אחריות בגין מתן הנחות מכוח האיסור על הסדרי בלעדיות מבוססת על התפיסה כי ההנחות הן בעלות פוטנציאל פגיעה בתחרות הדומה לזה של הסדרי בלעדיות: כבילת הלקוח לעוסק, וכפועל יוצא דחיקת מתחרים מהשוק. ויובהר כבר עתה, סוגי ההנחות אשר נבחנים תחת האיסור על הסדרי בלעדיות הם הנחות מטרה והנחות נאמנות. לעומת זאת, הנחות כמות הניתנות אך בזיקה לכמות הנרכשת ובאופן שוויוני, אינן נכנסות, על דרך הכלל, לתחומיו של האיסור, משאין הן כוללות כל התחייבות מצדו של הלקוח להימנע מלהתקשר עם מתחרים של החברה הדומיננטית (Western Parcel Express v. United Parcel Services of America, 190 F.3d 974 (9th Cir. 1999)).

על המבקש לאכוף את האיסור האמור על פרקטיקה של מתן הנחות לעמוד בכללים שנקבעו בדין האמריקאי לעניין הסדרי בלעדיות. האיסור הכללי על הסדרים הפוגעים בתחרות מצוי ברישא של סעיף 1 ל-Sherman Act הקובע כי "Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal" (Sherman Act, 15 U.S.C. §1 (2020); להלן: Sherman Act). סעיף זה יש לקרוא ביחד עם סעיף 2 ל-Sherman Act האוסר על קיומה של פרקטיקה שמטרתה ליצור או לשמר כוח מונופוליסטי בשוק (Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, 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...). ויובהר, גם הדין האמריקאי אינו אוסר על עצם קיומו של מונופול, אלא תחולת סעיף 2 ל-

Sherman Act מתייחסת לאותם מקרים בהם עוסק מבקש להשיג או לשמר כוח מונופוליסטי באמצעים פסולים, שאינם כחלק מתחרות לגופו של עניין (competition) (United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570-71 (1996)).

בצד ההוראות האמורות, סעיף 3 ל-Clayton Act, שעניינו בהסדרי בלעדיות, מוסיף וקובע כי עוסק אינו רשאי להתנות את ההתקשרות בעסקה עימו, או חלק מתנאיה (לרבות באמצעות מתן הנחות), בהסכמת הלקוח שלא להתקשר עם עוסק מתחרה, אם יש באותו הסכם כדי להפחית באופן משמעותי את התחרות ("substantially lessen competition") או ליצור מונופול (Clayton Act, 15 U.S.C. §14 (2020); להלן: **Clayton Act**). בתוך כך, בפסק הדין המנחה בנושא של הסדרי בלעדיות, Tampa Elec. Co. v. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320 (1961), הדגיש בית המשפט העליון האמריקאי כי לאור היתרונות הגלומים בהסדרי בלעדיות, הסדרים אלה אינם אסורים כשלעצמם (per-se), אלא הסכם קונקרטי ייאסר רק אם ימצא כי השפעתו המסתברת היא הפחתה של התחרות בנתח משמעותי מהשוק הרלוונטי ("[T]he court believes it probable that performance of the contract will foreclose competition in a substantial share of the line of commerce affected"). לפיכך, בבואו לבחון אם פרקטיקה מסוימת נכנסת תחת האיסור על הסדרי בלעדיות, בית המשפט יפעיל את מבחן ה-*rule of reason*, דהיינו, האם ממכלול הנסיבות עולה כי יהא בהסדר כדי לפגוע בתחרות בצורה משמעותית ולכן יש לאסרו (להלן: מבחן מכלול הנסיבות או מבחן ה-*rule of reason*). במסגרת הערכה זו, ישקול בית המשפט את כוחם היחסי של הצדדים להסדר, היקף המסחר אליו מתייחס ההסדר ביחס להיקף המסחר הכולל בשוק הרלוונטי וההשפעות המיידיות והעתידיות על התחרות שיש לחסימת נתח השוק בו מדובר (שם, בעמ' 325-329). כן הודגש בפסיקה אחרת של בית המשפט העליון כי האיסור על הסדרי בלעדיות חל בין אם הדרישה לבלעדיות כלולה בהסכם במפורש ובין אם מכלול תנאיו של ההסכם מוביל לבלעדיות דה-פקטו (United Shoe Machinery Corp. v. United States, 258 U.S. 451, 457-458 (1922)).

90. (ii) תמחור טורפני (**predatory pricing**) – האיסור על תמחור טורפני נכלל תחת סעיף 2 ל-Sherman Act, אשר עניינו כאמור בהגבלת פרקטיקות מדירות שמטרתן ליצור או לשמר כוח מונופוליסטי בשוק. השימוש במסגרת חקיקתית זו לצורך בחינתן של מתן ההנחות נובע מהתפיסה כי ההנחות הן סוג של תחרות מחירים שיש להגן עליה, זולת אם יש בהן כדי להביא למחיר נמוך מדי שיוביל לדחיקת מתחרים מהשוק. המבחן לבחינתו של האיסור על תמחור טורפני אשר נקבע בפסיקת בית המשפט העליון האמריקאי הוא מחמיר מאד, והוא נובע מהספקנות שגילה בית המשפט העליון ביחס לצורך לחשוש מפני

שימוש בפרקטיקה זו (לביטוי של גישה ספקנית זו, ראו למשל, Matsushita Electrical Industrial Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 589-90 (1986)). אותו מבחן קובע כי על מנת למצוא כי המחיר שגובה החברה הדומיננטית הוא טורפני, יש להוכיח שני תנאים מצטברים: המחיר נמוך ממדד הולם של עלויות החברה (חלק זה של המבחן כונה גם כ-price-cost test. להלן: מבחן מחיר-עלות); וכי קיים סיכוי שהחברה הגובה את אותו מחיר נמוך תוכל להחזיר את הפסדיה לאחר מכן, כגון באמצעות גביית מחיר גבוה יותר לאחר דחיקת המתחרה מהשוק (חלק זה של המבחן מכונה ה-recoupment element; להלן: זרישת ה-recoupment, והוא הוצב בפסק הדין בעניין Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 222–27 (1993); להלן: עניין Brooke Group). כפי שציין השופט Anthony Kennedy, אשר התווה את המבחן האמור, "These prerequisites to recovery are not easy to establish... (שם, בעמ' 226))."

91. (iii) קשירה בין שווקים (tying) (המכונה בארץ "התניית שירות בשירות") – האיסור על קשירת מוצר או שירות ביחס אליו יש לעוסק כוח מונופוליסטי ברכישת מוצר או שירות נוספים שלבעל המונופולין יש אינטרס במכירתם נבחן בדין האמריקאי, על דרך הכלל, תחת סעיף 1 ל-Sherman Act וסעיף 3 ל-Clayton Act (ולעיתים, אף תחת סעיף 2 ל-Sherman Act). תכליתו של האיסור היא למנוע מבעל מונופולין לעשות שימוש בכוח שיש לו ביחס למוצר או שירות מסוים על מנת לצבור כוח שוק ביחס למוצר או שירות אחר, באמצעות אילוץ המתחרה להתחרות עימו על שני המוצרים או השירותים גם יחד (ולא על כל אחד מהם בנפרד). בהקשר של מתן הנחות על ידי בעל מונופולין, בחינת הפרקטיקה בראי האיסור על קשירה בין שווקים עלתה בפסיקה הן כאשר מדובר בהנחות הניתנות על יותר ממוצר אחד שמשווק בעל המונופולין, תוך כריכתן יחד (bundled rebates), והן כאשר מדובר בהנחות הניתנות בעבור מוצר אחד שמשווק בעל המונופולין באמצעות כריכת החלק מהרכישות של המוצר שחייב להתבצע מבעל המונופולין (חלק הרכישות החסום לתחרות) עם חלק הרכישות עליו מתחרה בעל המונופולין עם מתחריו (החלק הפתוח לתחרות).

על פי פסיקתו של בית המשפט העליון האמריקאי, על מנת שפרקטיקה מסוימת תיחשב כהפרה של האיסור על קשירה בין שווקים, נדרש לבחון את קיומם של ארבעת אלה: (1) האם מדובר ביצירת קשירה בין שני מוצרים נפרדים (כאשר לעניין זה המבחן המרכזי בפסיקה הוא האם קיים לשני המוצרים הנדונים ביקוש נפרד מנקודת המבט של הצרכנים); (2) האם העוסק הנדון מחזיק בכוח שוק ביחס למוצר הקושר (tying)

(product tying); (3) האם העוסק ניצל את כוח השוק שלו לגבי המוצר הקושר (product tied), על מנת לאלץ (coerce) את לקוחותיו לרכוש את המוצר הקשור (product) יחד עימו, ואלמלא קשירה זו הלקוחות לא היו רוכשים את המוצר הקשור, בין אם משום שאין הם מעוניינים במוצר זה ובין משום שהם היו מעדיפים לרכוש אותו מעוסק אחר; (4) והאם יש בהסדר הנדון כדי להשפיע על התחרות בנתח משמעותי מהשוק הקשור (Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 12- (1984); Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., et al., 504 (1984); (U.S. 451, 461-462 (1992)).

כפי שילמד הדיון להלן, הפסיקה האמריקאית נמנעה אומנם מלהחיל את דוקטרינת האיסור על קשירה בין שווקים במישרין על מדיניות הנחות, וזאת מהטעם שלא מתקיים בה התנאי השלישי, דהיינו יסוד ה"אילוץ" (coercion). יחד עם זאת, היא ייחסה לכך שמדיניות הנחות יוצרת זיקה בין מוצרים שונים, שלגבי האחד מהם יש לעוסק כוח שוק וביחס לאחר לא, משמעות רבה בכואה לבחון החלה של דוקטרינות אחרות בתחום ההגבלים העסקיים (ראו פסקי הדין הנזכרים בפסקאות 94 ו-98 להלן). בכך ניתן ביטוי עקיף למגבלה על קשירה בין שווקים בהקשר בו עסקינן.

92. (iv) הפליית מחירים (price discrimination) – מסגרת נוספת על פיה נבחנת הפרקטיקה של מתן הנחות בדין האמריקאי היא האיסור על הפליית מחירים העלולה לפגוע בתחרות, הקבוע ב-Robinson-Patman Act, וכולל בתוכו גם איסור על הפלייה במתן הנחות (ראו: (Robinson-Patman Act, 15 U.S.C. §13 & §13a (2020)). זאת, באותם מקרים שבהם ההנחות ניתנות ללקוחות המונופול שלא על בסיס שוויוני. על פי מסגרת בחינה זו, הנחות פרטניות עלולות להביא למצב בו ביחס לאותה כמות מוצר, משלמים לקוחות שונים מחירים שונים, ועובדה זו עלולה לפגוע בתחרות בשוק הלקוחות. כך, למשל, כאשר לקוחות גדולים נהנים מהנחות משמעותיות ביחס לאלו שמקבלים לקוחות קטנים, באופן המקשה על עסקים קטנים להתחרות בחברות ענק. יחד עם זאת, השימוש בגישה זו אינו רלוונטי למקרה דנן (ראו הערה בפסקה 62 לעיל), ועל כן לא ארחיב על כך (ראו, למשל, Smith Wholesale Co. v. R. J. Reynolds Tobacco Co., 477 F.3d 854 (6th Cir. 2007)).

93. כאמור, בית המשפט העליון האמריקאי טרם נדרש לסוגיה של מתן הנחות על ידי חברה בעלת מעמד דומיננטי, ועל כן אסקור בתמצית מספר פסקי דין מרכזיים שניתנו

על ידי ערכאות הערעור הפדראליות, אשר יש בהם כדי ללמד על האופן בו בוחן הדין האמריקאי סוגיה זו.

94. אחד מהמקרים הראשונים שהתייחסו לנושא בפסיקה הוא עניין Smithkline Corporation v. Eli Lilly and Company, Appellant, 575 F.2d 1056 (3rd Cir. 1978) (להלן: עניין Smithkline), שם נדונה הסוגיה של מתן הנחות בעבור יותר ממוצר אחד, בדרך של מתן הנחות בעבור רכישת מספר מוצרים כחבילה אחת (bundled rebates). מדובר היה בתכנית ההטבות שהנהיגה חברת Eli Lilly, חברה לייצור תרופות, בקשר לתרופות אנטיביוטיקה מסוג צפלוספורין שייצרה. בשנת 1964 חברת Eli Lilly הייתה החברה הראשונה בארה"ב שמכרה אנטיביוטיקה מסוג צפלוספורין, תחת המוצר Keflin (cephalothin), ובשנים שלאחר מכן פיתחה שלוש תרופות נוספות של אנטיביוטיקה מאותו סוג, שהפופולרית בהן נקראה Keflex (cephalexin) (להלן יכונה Keflin ו-Keflex, יחדיו: התרופות המובילות). על כל אחת מהתרופות הללו נרשם פטנט, ובעקבות זאת החזיקה חברת Eli Lilly במונופול על כל תרופות האנטיביוטיקה מסוג צפלוספורין. בשנת 1973 החלו מתחרים לשווק אף הם תרופות אנטיביוטיקה ממשפחת הצפלוספורין, אשר הראשונה בהן הייתה Ancef (cefazolin) של חברת Smithkline. בעקבות זאת, הציגה חברת Eli Lilly את Kefzol (cefazolin), אשר הייתה במבנה חומרים זהה של cefazolin. שתי התרופות הללו יוצרו בהתאם לרישיון (שאינו מקנה בלעדיות) שניתן לחברות על ידי המפתח היפני של הפורמולה. לפני שהחלה התחרות בין החברות, אימצה Eli Lilly תכנית הנחות שלפיה בתי חולים שירכשו ממנה כמות מסוימת של תרופות אנטיביוטיקה ממשפחת הצפלוספורין יקבלו הנחה בדמות אספקת סחורה נוספת ללא עלות. בשנת 1975, עת התחרות בשוק גברה, גובשה תכנית הנחות מתוקנת, במסגרתה ניתנה, בין השאר, הנחה נוספת בשיעור של 3% בהתבסס על רכישה של כמות מינימום מוגדרת של שלוש מתוך חמש התרופות ששיווקה (לפי בחירת בית החולים). בפועל, חברת Eli Lilly הוסיפה לשלוט בשוק תרופות אנטיביוטיקה ממשפחת הצפלוספורין עם מכירותיהן של התרופות המובילות, אשר היוו יחד כ-75% מכלל הרכישות של תרופות אנטיביוטיקה מסוג צפלוספורין, בעוד שבין תרופתה Kefzol לבין Ancef של חברת Smithkline התקיימה תחרות ישירה עם היקף מכירות דומה, אך קטן יותר בהשוואה לתרופות המובילות.

על רקע האמור, תבעה Smithkline את Eli Lilly, בטענה כי תכנית ההנחות של האחרונה נועדה לפגוע בתחרות בין Kefzol לבין Ancef. הערכאה הראשונה אומנם קבעה כי בתי החולים היו חופשיים לרכוש Ancef של חברת Smithkline לצד התרופות

המובילות של חברת Eli Lilly, ועל כן אין מדובר בקשירה אסורה בין מוצרים במובן הדוקטרינרי, בהינתן שלא הוכח כל אילוץ מצידה של Eli Lilly. ואולם, נמצא כי בכריכת ההנחות שניתנו ביחס למוצריה המובילים שאינם חשופים לתחרות ישירה מכוח פטנט, למוצר שלישי שאינו מוגן בפטנט, ועל כן חשוף לתחרות ישירה, חברת Eli Lilly ניצלה את מעמדה המונופוליסטי במטרה למנוע תחרות בשוק תרופות האנטיביוטיקה מסוג צפלוספורין ולשמר את מעמדה, וזאת בניגוד לסעיף 2 ל-Sherman Act. לפיכך, נאסר על Eli Lilly להציע הנחות שלא על בסיס מוצר אחד בלבד. בית המשפט הפדראלי לערעורים אישר קביעה זו, והוסיף כי תכנית ההנחות פגעה בתחרות הישירה שהייתה קיימת בין Kefzol לבין Ancef, והכריחה את Smithkline להציע הנחות בעבור מוצר אחד (Ancef) אשר שוות ערך להנחות שהוענקו על ידי Eli Lilly בעבור שלושה מוצרים (כאשר ביחס לשניים מהם (התרופות המובילות) היא נהנתה כאמור מבלעדיות מכוח פטנט). משמעות הדבר, היא שעל מנת להתחרות עם תכנית ההטבות האמורה, נדרשת Smithkline להציע הנחות הנעות בין 16% ל-35% בעבור Ancef על מנת לפצות לא רק על אובדן ההנחה במוצר המתחרה (Kefzol), אלא גם על אובדן ההנחה בעבור המוצרים לגביהם הייתה Eli Lilly בעלת בלעדיות מכוח פטנט (התרופות המובילות). בכך למעשה, ניצלה Eli Lilly את הבלעדיות החוקית שהצמיחה לה מעמד מונופוליסטי ביחס לתרופות המובילות לצורך פעילות לא חוקית שהשפיעה ישירות על המחיר, ההיצע והביקוש של Kefzol מזה, ושל המוצר המתחרה (Ancef) מזה, שאלמלא תכנית ההנחות, התחרות ביניהם הייתה מוכרעת על פי כוחות השוק.

95. מספר שנים לאחר מכן, ניתן פסק הדין בעניין *Barry Wright Corp. v. ITT* (1st Cir. 1983), *Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, אשר דן בסוגיה של מתן הנחות על ידי בעל מונופולין במקרה הפרדיגמטי, של הנחה בעבור מוצר יחיד. באותו מקרה, דובר בחברה שמכרה אמצעי בטיחות בהם נעשה שימוש בתחנות כוח גרעיניות, ואשר החזיקה בשנים 1976-1979 נתח שוק הנע בין 47% ל-94% מהשוק הרלוונטי. החברה האמורה התקשרה בהסכם עם לקוח מרכזי בשוק (אשר היה הרוכש של כמחצית מהרכישות של המוצר בשוק באותן שנים), במסגרתו העניקה לו הנחות בתמורה לרכישת כמויות גדולות של המוצר, אשר היוו הלכה למעשה את רוב, אם לא כל, הביקוש של אותו לקוח במשך אותה תקופה. עוד נכללה באותו הסכם תנייה שכונתה "non-cancellation clause", אשר הקשתה על הלקוח לבטל את ההסכם, בכך שקבעה כי ביטול החוזה יביא לתשלום פיצויים בגובה מלוא הסחורה שהתחייב הלקוח להזמין במסגרת החוזה. בעקבות זאת, מתחרה פוטנציאלית שהתעדתה להיכנס לשוק ולשמש כמקור אספקה חלופי של המוצר, באמצעות משא ומתן שניהלה עם אותו לקוח מרכזי, ויתרה על שאיפה זו והגישה את

התביעה. השופט Stephen Breyer (אשר שימש אותה עת שופט בית המשפט הפדראלי לערעורים של ה-First Circuit), בחן את מתן הנחות הן תחת האיסור על תמחור טורפני והן תחת האיסור על הסדרי בלעדיות. אשר לאיסור על תמחור טורפני, נקבע כי ההנחה שהעניקה החברה לא הייתה טורפנית, משום שהמחיר הסופי לא היה נמוך מעלויותיה בהתאם לכל מדד הולם והוא הפיק הכנסות שהספיקו לשם יצירתו של רווח לחברה. כן נדחתה הטענה כי יש להחיל את האיסור על תמחור טורפני גם במקרים חריגים בהם התמחור אומנם גבוה ממחיר העלות, אך עדיין יש בו כדי להביא לדחיקת מתחרים מהשוק. זאת, משום שהבחנה כאמור היא קשה מבחינה מעשית וכי החלת האיסור במצבים אלה עשויה להביא לאפקט מצנן מפני נקיטה בתחרות מחירים, שהיא רצויה מבחינה כלכלית. באופן דומה, נדחתה גם העילה לקיומו של הסדר בלעדיות, משלא הוכח כי יש בהסכם למתן ההנחות, בשים לב למאפייניו ולמכלול הנסיבות (ובכלל זה מבנה השוק, משכו הקצר יחסית של ההסכם, מאפייני הצדדים להסכם וההצדקות העסקיות שבבסיסו), כדי להדיר מתחרים מהשוק. עוד נדחתה הטענה כי תניית "non-cancellation clause" היא בעלת השפעה מדירה, וזאת מן הטעם שלא הוכח בנסיבות המקרה שהיה בתנייה זו כדי להרתיע את הלקוח, בשים לב למאפייניו ולמעמדו, מלבטל את החוזה אם היה מעוניין בכך.

96. במקרה אחר שדן בסוגיה של מתן הנחות, *Concord Boat Corp. v Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000), מספר בוני סירות הגישו תביעה בגין שיטת ההנחות שהנהיגה חברה המייצרת מנועי סירות ואשר החזיקה באותה עת בנתח משמעותי משוק זה (כ-75% מנתח השוק). על פי שיטת ההנחות, הוענקו הן הנחות כמות והן הנחות מטרה לבוני סירות אשר עמדו ביעד מכירות שנקבע בזיקה לצרכיהם האישיים, כאשר מעת שעמדו ברף שנקבע, ההנחות ניתנו על כלל המנועים שנרכשו. חבר המושבעים קיבל את התביעה והערכאה הראשונה לא ראתה עילה להתערב בכך. ערכאת הערעור, לעומת זאת, הפכה הכרעה זו. משלא הועלתה טענה כי המחיר לאחר ההנחה היה נמוך מעלות החברה, בחינתה של ערכאת הערעור את שיטת ההנחות הנדונה נעשתה תחת האיסור על הסדרי בלעדיות. ערכאת הערעור הגיעה למסקנה כי התובעים (בוני הסירות) לא הניחו תשתית ראייתית מספיקה כדי לקבוע ששיטת ההנחות שהנהיגה החברה פוגעת בתחרות. בתוך כך, ערכאת הערעור הדגישה כי לא הוכח ששיטת ההנחות עלתה לכדי הסדר בלעדיות, הן מכיוון שלא מדובר היה בהסדרים בעלי אלמנטים כופים, הן היות שבוני הסירות לא חויבו לרכוש מהחברה 100% מצרכיהם, ואף לא נמנע מהם לרכוש מנועים מיצרנים אחרים, והן משום שהלכה למעשה עדיין נותר נתח שוק משמעותי הפתוח לתחרות (עד כ-40% מנתח השוק) במובן הזה שלא הוכחה בלעדיות דה-פקטו. אף נמצא

כי במקרים מסוימים בוני סירות בחרו לרכוש כמות גדולה יותר מזו שנדרשה לצורך קבלת הזכאות להנחות. זאת ועוד, בית המשפט מצא כי מבנה ההנחות היה כזה שאיפשר לבוני הסירות לבחור בכל שלב שלא לרכוש מהחברה אלא ממתחריה, וכי לנוכח העובדה שהמחיר הסופי (לאחר ההנחה) היה גבוה בהרבה מהעלות, ובהינתן שלא הוכחו חסמי כניסה משמעותיים, מתחריה של החברה יכלו להתחרות עימה, וחלקם אף עשו זאת, באמצעות מתן הנחות טובות יותר. ואכן, התברר שבוני סירות עברו לרכוש מנועים ממתחריה של החברה כאשר אלו הציעו הנחות אטרקטיביות יותר. ערכאת הערעור ראתה, איפוא, בפרקטיקה הנדונה של מתן הנחות כחלק ממהלך העסקים הרגיל במטרה למשוך לקוחות, וכפי שהדבר כונה על ידה – "the very essence of competition".

97. מקרה נוסף הראוי לאזכור הוא *Virgin Atlantic Airways Ltd v. British Airways PLC*, 257 F.3d 256 (2nd Cir. 2001), שם נדונה שיטת ההנחות שהנהיגה חברת *British Airways*, שיטה אשר הובאה גם בפני בית הדין האירופי לצדק (הגם שביחס לשוק אחר) בעניין *British Airways* האירופי (ראו פסקה 80 לעיל). בעוד בית הדין האירופי לצדק מצא כי בהנהיגה את שיטת ההנחות הפרה חברת *British Airways* את האיסור על ניצול מעמד לרעה, הערכאה הדיונית ובית המשפט הפדראלי לערעורים הגיעו למסקנה הפוכה. בית המשפט הפדראלי לערעורים בחן את שיטת ההנחות תחת האיסור הכללי שבסעיף 1 ל-Sherman Act וקבע כי התובעת (חברת *Virgin Atlantic Airways*) לא הצליחה לבסס קיומה של הפרה, הן משום שמדובר בהתנהגות חד-צדדית מצדה של *British Airways* (בעוד דרישת הסעיף מתייחסת לפעולה של שני גופים או יותר), והן משום שהתובעת לא עמדה בנטל לשכנע בדבר קיומה של פגיעה בתחרות על פי מבחן ה-*rule of reason* החל בנסיבות העניין. בהקשר זה ציין בית המשפט כי הנחות מסוג זה מאפשרות לחברות לתגמל את לקוחותיהן הנאמנים ביותר, דבר שבתורו מקדם תחרות לגופו של עניין (ובלשון בית המשפט, "These kinds of agreements allow firms to reward their most loyal customers. Rewarding customer loyalty promotes competition on the merits"). בית המשפט הוסיף ובחן את שיטת ההנחות גם תחת האיסור על תמחור טורפני. נפסק, כי התובעת לא הוכיחה כי המחיר הסופי שנגבה היה טורפני בהתאם למבחן שנקבע בעניין *Brooke Group* (על שני רכיביו), תוך שבית המשפט מדגיש ומציין כי "As long as low prices remain above predatory levels, they neither threaten competition nor give rise to an antitrust injury". בנוסף, וביחס לטענה כי *British Airways* העניקה הנחות באמצעות קשירה בין כרטיסי טיסה שונים, ציין בית המשפט כי יש להבחין בין קשירה – המחייבת את רכישת המוצר הקושר עם רכישת המוצר הקשור – לבין חבילת הנחות – המעניקה הנחות בעבור רכישה

של מספר מוצרים שונים אך אינה כוללת כל חיוב לרכישת כל המוצרים יחד. ממילא, כך נקבע, לא הוכח כי ההנחות שהעניקה British Airways היו כופות.

[למקרה נוסף בו נבחנה שיטת ההנחות תחת האיסור הכללי שבסעיף 1 ל-Sherman Act, ולא במסגרת סעיף 3 ל-Clayton Act, ועל ההבדלים הדוקטרינרים בין השניים, ראו: Allied Orthopedic Appliances Inc. v. Tyco Health Care Group LP, 592 F.3d 991 (9th Cir. 2010).]

98. בשנת 2003 נדון מקרה משמעותי נוסף בסוגיה של מתן הנחות בעבור חבילת מוצרים על ידי בית המשפט הפדראלי לערעורים של ה-Third Circuit, במסגרת LePage's Inc. v. 3M, 324 F.3d 141 (3rd Cir. 2003). חברת 3M, המייצרת את מותג הדבק Scotch Tape, שלטה בשוק הדבק השקוף עד לתחילת שנות ה-90, עם נתח שוק של מעל ל-90%. בשנת 1980 החליטה חברת LePage's, אשר מוכרת מגוון מוצרים משרדיים, למכור דבק שקוף תחת מותג פרטי, קרי תחת שם הקמעונאי ולא שם היצרן, וזאת במחיר נמוך יותר מדבק שנמכר תחת המותג המסורתי (הממותג). בשנת 1992 החזיקה חברת LePage's ב-88% ממכירות הדבק תחת מותג פרטי בארה"ב, הגם שהם ייצגו רק חלק קטן משוק הדבק השקוף. בתגובה לצמיחתו של פלח שוק זה, החלה 3M למכור במקביל דבק שקוף שלא תחת המותג המסורתי שלה, אלא כמותג פרטי נפרד. בנוסף, נקטה 3M במספר פעולות שעל פי הנטען מטרתן הייתה להגביל את היכולת של LePage's (וחברות נוספות שפעלו בשוק) מלהגדיל את היקף המכירות שלהן של דבק שקוף הנמכר תחת מותג פרטי, לרבות באמצעות תכנית ההנחות. במסגרת תכנית ההנחות, הציעה 3M לרבים מלקוחותיה הגדולים של LePage's הנחות בשיעורים משמעותיים (שהגיעו לעיתים לסכום כולל של מיליון דולר או יותר עבור הלקוח) שהותנו ברכישות משישה קווי מוצרים שונים ולא קשורים שמשווקת 3M (מוצרי בריאות, מוצרי טיפוח לבית, מוצרים לשיפוץ הבית, מוצרי כתיבה (לרבות דבק שקוף), מוצרים לרכב ומוצרי פנאי), כאשר לכל קו מוצרים נקבע יעד רכישה ספציפי שהותאם לכל לקוח. גודל ההנחה נקבע בהתאם למספר קווי המוצרים שבהם הלקוח עמד ביעד, וההנחה ניתנה על כל המוצרים שרכש. כלומר, לקוח שלא עמד ביעד שנקבע לו ביחס לקו מוצרים מסוים, איבד את ההנחה שעשוי היה לקבל בגינו ביחס לכלל המוצרים שרכש. בעקבות זאת, תבעה LePage's את 3M בטענה שזו השתמשה במונופול שלה על מותג הדבק Scotch Tape על מנת להשיג יתרון תחרותי בפלח השוק של הדבקים הנמכרים תחת מותג פרטי.

חבר המושבעים קיבל את התביעה תחת סעיף 2 ל-Sherman Act אך הערכאה הראשונה מצאה לנכון להתערב בקביעה כי 3M ניסתה לשמר את כוחה המונופוליסטי. בעקבות כך, LePage's ערערה לבית המשפט הפדראלי לערעורים, והדעות היו חלוקות. בעקבות זאת התקיים דיון חוזר בהרכב מלא של בית המשפט הפדראלי לערעורים, בו אושרה התוצאה של חבר המושבעים ברוב של 7 מול 3. גם בעניין זה נמנע בית המשפט מלדון בשיטת ההנחות תחת האיסור על קשירה בין שווקים, על אף ההשפעה האנטי-תחרותית הדומה. בהינתן שהצדדים הסכימו על הגדרת השוק (שוק הדבק השקוף בארה"ב) והיותה של 3M בעלת מונופולין בשוק זה (אשר החזיקה ב-90% מנתח השוק), התמקד הדיון בבית המשפט בשאלה האם 3M נקטה בצעדים שמטרתם הייתה לשמר את כוחה המונופוליסטי, וזאת בניגוד לסעיף 2 ל-Sherman Act. בעוד LePage's טענה כי 3M שימרה את כוחה המונופוליסטי באמצעות חבילת הנחות והסכמים שדרשו בלעדיות (בין אם במפורש ובין אם דה-פקטו), 3M גרסה כי התנהלותה היא חוקית כל אימת שהדבק השקוף שנמכר על ידי תומחר מעל מחיר העלות. דעת הרוב דחתה את הטענות של 3M והדגישה כי לצורך הוכחת הפרתו של סעיף 2 ל-Sherman Act נדרש להוכיח כי בעל מונופולין התקשר בהתנהגות מדירה או דורסנית ללא הצדקה עסקית לגיטימית. בבחינה את תכנית ההנחות של 3M, מצאה דעת הרוב כי חבילת ההנחות יצרה בקרב הלקוחות תמריץ משמעותי לעמוד ביעדים בכל ששת קווי המוצרים על מנת למקסם את ההנחות, כאשר אי עמידה ביעדים הביאה לאובדן של מאות אלפי דולרים. ההשפעה האנטי-תחרותית של תכנית זו המוצעת על ידי בעל מונופולין, כך הוטעם, היא חסימת המתחרה שאין באפשרותו להציע קבוצת מוצרים מגוונת באותה מידה ביחס לחלק השוק שבו יש לו מוצר מתחרה. דעת הרוב ציינה כי מקרה זה דומה מאד למקרה שנדון בעניין *Smithkline*, ואף סברה כי תכנית ההנחות שהעניקה 3M הייתה בעלת השפעה גדולה יותר, מאחר שקשרה בין מספר רב יותר של מוצרים. לפיכך, נקבע כי כשם שההתנהגות שנדונה בעניין *Smithkline* הייתה פסולה, כך גם יש לקבוע לגבי ההתנהלות של 3M. ואכן, בעקבות תכנית ההנחות LePage's חוותה ירידה במכירות. עוד נקבע כי בהינתן שבעבור חלק מהלקוחות ההנחות הוענקו באופן שנועד ליצור בלעדיות, הרי שהן גם הפרו את האיסור על הסדר בלעדיות. לבסוף, דחתה דעת הרוב את ההצדקות שהציעה 3M למדיניות ההנחות שלה, בקובעה כי הראיות מלמדות ש-3M התכוונה לדחוק את LePage's מהשוק, ובאמצעות כך להביא לחיסולו של שוק מכירות הדבק השקוף תחת מותג פרטי אשר השפיע על מכירתו של מוצר הדגל של 3M. מנגד, דעת המיעוט סברה כי היה על LePage's להוכיח שהתמחור שנקטה 3M היה נמוך מהעלות, ומשלא הוכח כאמור, הרי ש-3M לא הפרה את החוק. עוד צוין כי הראיות הצביעו על כך ש-LePage's ספגה הפסדים מסיבות שאינן קשורות לתכנית ההנחות של 3M. כן סברה דעת המיעוט כי 3M הציגה הצדקה עסקית לגיטימית בבסיסה של תכנית ההנחות (לפסיקה מאוחרת

המאמצת את גישת המיעוט ראו Cascade Health Solutions v. PeaceHealth, 515 (F.3d 883 (9th Cir. 2007)).

99. מקרה אחר, אשר נגע אף הוא לשיטת הנחות שהנהיגה חברת 3M, הפעם ביחס להנחות שניתנו בעבור מוצר בודד, נדון בתביעה שהגישה נגדה חברת NicSand. בשנים 1987-2001 היו שתי החברות הללו (3M ו-NicSand) הספקיות היחידות בשוק המוצר הנדון (נייר לְטָש "עשה זאת בעצמך" לרכב), ועיקר התחרות ביניהן התמקדה בשישה קמעונאים מרכזיים אשר החזיקו יחד בנתח שוק של 80%. נוכח ערכו הנמוך יחסית של שוק המוצר הנדון, והרצון לפשט את תהליך הרכישה, חמישה מתוך שישה מהקמעונאים המרכזיים בחרו לרכוש את המוצר רק מחברה אחת כל פעם בהתבסס על הסכמים שנתיים, כך שבפועל המוצר שנבחר על ידם קיבל בלעדיות למשך שנה שלמה. בין השנים 2001-1997 החלה 3M להציע לקמעונאים הגדולים הנחות משמעותיות בדמות תשלומים מראש בכפוף לחתימה על הסכמי בלעדיות ארוכים יותר (מעל לשנה). בעקבות זאת, NicSand, שבעבר החזיקה בכ-67% מהשוק (ונחשבה כמי שפיתחה את שוק המוצר בו עסקינן), תבעה את 3M בטענה כי ההנחות ניתנו במטרה לדחוק אותה מהשוק, מה שלשיטתה אכן התרחש בסופו של דבר עת פתחה בהליך חדלות פירעון. הערכאה הראשונה דחתה את התביעה. בדיון הראשון בבית המשפט הפדראלי לערעורים נקבע כי יש לקבל את הערעור, בנימוק כי אותן הנחות לא שירתו כל מטרה עסקית לגיטימית אלא נועדו אך להדיר את NicSand מהשוק. בדיון חוזר בהרכב מורחב של בית המשפט הפדראלי לערעורים נהפכה התוצאה ברוב של 10 מול 4. דעת הרוב סברה כי מכיוון שלא נטען כי ההנחות שניתנו הביאו למחיר טורפני (דהיינו מחיר מתחת לעלות), ואף מהנתונים שהוצגו לא עולה כאמור, ובהינתן שהשוק הנדון התאפיין בהתקשרות בהסכמי בלעדיות שנתיים עם הקמעונאים המרכזיים, לא קמה עילה על פי דיני ההגבלים העסקיים. כן ציינה דעת הרוב כי אין בעובדה שההסכמים נחתמו ליותר משנה אחת כפי שהיה נהוג קודם לכן, כדי לשנות ממסקנה זו. על פי דעת הרוב, "3M did nothing more than compete on terms that the market already required. [...] If the buyers in a market demand one thing, the antitrust laws do not prohibit an entrant from offering that same thing on slightly different terms." דעת המיעוט, לעומת זאת, סברה כי ההסכמים שנחתמו בין 3M לקמעונאים הגדולים שינו בצורה דרסטית את השוק, ולא היוו תחרות לגופו של עניין. בתוך כך, דעת המיעוט ציינה כי לא ניתן לשלול בשלב זה של ההליך (עוד בטרם נערכו הליכי גילוי) כי ההנחות אכן הובילו לתמחור טורפני, ואף לא ניתן להתעלם מן העובדה כי לאחר ההתקשרות בהסכמים הללו יצאה NicSand מהשוק, ומחיר המוצר לצרכנים הסופיים עלה בכ-70% (NicSand, Inc. v. 3M Co., 457 F.3d)

עניין: (להלן: 534 (6th Cir. 2006), rev'd en banc, 507 F.3d 442 (6th Cir. 2007) (NicSand).

100. שני מקרים מעניינים נוספים מהעשור האחרון נדונו בבית המשפט הפדראלי לערעורים של ה-Third Circuit. המקרה האחד, ZF Meritor, LLC v. Eaton Corp., 696 F.3d 254 (3rd Cir. 2012) (להלן: עניין ZF Meritor), ממחיש את הקושי הנוצר בשל היעדרה של מסגרת חקיקתית אחידה לבחינתן של מתן הנחות. באותו מקרה דובר בהנחות מטרה שהעניקה חברת Eaton, שהיא בעלת מונופולין בשוק תיבות הילוכים ליצרני משאיות כבדות. אותן הנחות הוענקו במסגרת הסכמים ארוכי טווח (לתקופה בת 5 שנים), על בסיס יעדים שנתפרו במיוחד לכל יצרן משאיות ואשר נעו בין 70% ועד 97.5% מצרכיהם. על פי ההסכמים, יצרני המשאיות אומנם לא חויבו במפורש לרכוש דווקא מ-Eaton, אך האחרונה הייתה רשאית לחייב את יצרני המשאיות בהחזר ההנחות ששולמו מראש אם לא עמדו ביעד, ואף בחלק מההסכמים לסיים את ההתקשרות בין הצדדים. עוד קבעו ההסכמים כי יצרני המשאיות יקדמו את המוצר של החברה במכירותיהם, הן בדרכי ההפצה והשיווק ללקוחותיהם והן במתן מחיר מועדף ביחס לזה של המתחרים. בנוסף, ההסכמים כללו תנייה שכונתה "Competitiveness Clause" הדומה לתניית ה-English Clause שנדונה בעניין Hoffmann-La Roche (ראו פסקה 75 לעיל). לאור אימוץ שיטת ההנחות האמורה, טענה המתחרה העיקרית של החברה, ZF Meritor – אשר הייתה מיזם משותף בין שתי חברות וביניהן Meritor, כי נתח השוק שנותר פתוח לתחרות עומד על לא יותר מ-8%, ומאחר שלא ניתן להתחרות על נתח זה ולהיות רווחית, היא החליטה לפרק את המיזם. מספר שנים לאחר מכן, יצאה מהשוק גם חברת Meritor (שהמשיכה בשיווק המוצר שלה גם לאחר פירוק המיזם המשותף), לאחר שנתח השוק בו החזיקה צנח ל-4%. בעקבות זאת, תבעו ZF Meritor ו-Meritor את Eaton.

חבר המושבעים קיבל את התביעה והערכאה הראשונה לא מצאה מקום להתערב בכך. ערעור שהוגש לבית המשפט הפדראלי לערעורים נדחה בדעת רוב. בערעור, דן בית המשפט הפדראלי לערעורים בשאלה האם כאשר עסקינן בפרקטיקה של מתן הנחות המובאת לבחינה תחת האיסור על הסדרי בלעדיות (מכוח סעיפים 1 ו-2 ל-Sherman Act וסעיף 3 ל-Clayton Act), יש להחיל את מבחן מחיר-עלות בו נעשה שימוש תחת עילת תמחור טורפני או את מבחן מכלול הנסיבות הנדון במסגרת האיסור על הסדר בלעדיות. הנתבעת (חברת Eaton) טענה כי הואיל וטענת התובעות (חברות ZF Meritor ו-Meritor) מופנית בעיקרה כלפי התמחור בו נקטה יש להחיל את מבחן מחיר-עלות,

וכפועל יוצא יש לדחות את התביעה משום שלא נטען, וממילא לא הוכח, כי המחיר לאחר ההנחה היה מתחת לעלות. דעת הרוב בבית המשפט דחתה טענה זו, וקבעה כי המסגרת החקיקתית לבחינת הפרקטיקה של מתן הנחות במקרה נתון אינה נקבעת על ידי האופן בו זו סווגה על ידי התובע – אם כהפרה של האיסור על הסדר בלעדיות או כתמחור טורפני, אלא על פי רכיביה של הפרקטיקה הנדונה והתפקיד שממלא כל אחד מהרכיבים הללו. בהתאם, כאשר המחיר מהווה רכיב דומיננטי ביצירתה של ההשפעה המדירה, ההנחה היא כי מתחרה יעיל במידה שווה יהיה מסוגל להתחרות בהנחות שהעניקה החברה הדומיננטית. לפיכך, במצבים אלה, יש ליישם את מבחן מחיר-עלות כהפעלה קונקרטי של מבחן מכלול הנסיבות, ובהתאם, כל אימת שהמחיר גבוה מהעלות, אין מקום לאסור על מתן ההנחות לאור התפיסה שהתועלות הצומחות מהפחתת המחיר עולות על כל השפעה אנטי-תחרותית העלולה לצמוח מפרקטיקה זו. ברם, במקרים אחרים, ובהם המקרה הנדון, בחינת מתן ההנחות תחת מבחן מחיר-עלות אינה מתאימה, משום שהמחיר לא היה הגורם המניע המובהק מאחורי נכונות יצרני המשאיות לעמוד ביעדים שנקבעו להם, אלא היו אלה תנאים אחרים בהסכמים בין הצדדים שהובילו ליצירת הפגיעה בתחרות, ובפרט להשפעה המדירה. בתוך כך, בית המשפט הבהיר כי ישנם מקרים בהם למרות שאין במחיר שאינו נמוך מהעלות כדי להדיר מתחרים יעילים באותה מידה, יש בתנאי ההסכם בין הצדדים כדי להביא להדרתם, ובכך לפגוע בתחרות, במנותק מהשאלה האם המחיר מתחת לעלות. לפיכך, בית המשפט גרס כי יש לבחון את שיטת ההנחות הנדונה תחת מבחן ה-*rule of reason*.

עוד נקבע כי תחת האיסור על הסדרי בלעדיות שבחוק יכולים להיכנס גם הסדרים היוצרים בלעדיות דה-פקטו (מבלי שתיכלל דרישה מפורשת לבלעדיות) וגם אם אין מדובר בבלעדיות מלאה (של 100%) אלא פחות מכך. בית המשפט הוסיף וקבע כי על מנת לבחון את חוקיותו של הסדר מסוים, יש לשקול את הגורמים הבאים: קיומו של כוח שוק משמעותי בידי החברה הנתבעת, הגבלה משמעותית על התחרות (כאשר בהקשר זה אין אמת מידה קבועה אשר בהתקיימה הופכת ההגבלה ל"משמעותית"), הסכמים לאורך תקופה ממושכת דיה באופן שמונע תחרות משמעותית מצד המתחרים, וניתוח של ההשפעות האנטי-תחרותיות, המסתברות והממשיות, אל מול היתרונות שעשויים לצמוח מהפרקטיקה הנדונה. כן יש לקחת בחשבון עדות להתנהגות כופה מצד החברה בעלת המעמד הדומיננטי, קיומה של אפשרות בידי לקוחות להביא לסיום ההסכם בין הצדדים ושימוש באסטרטגיה דומה על ידי מתחרים בשוק. נוכח האמור, ולאחר בחינת הראיות שהוצגו, הגיע בית המשפט למסקנה כי לאור מאפייני השוק הרלוונטי, כוחה המונופוליסטי של Eaton ומאפייניהם של ההסכמים בין הצדדים שיש בהם כדי ליצור השפעה אנטי-תחרותית (ובכלל זה, נתח השוק המשמעותי עליו חלשו ההסכמים,

והעובדה שדובר בהסכמים ארוכי טווח והתניות שדרשו את קידום המוצר במכירותיהם, בין אם בדרכי ההפצה והשיווק ובין אם במחיר) – יש לראות בתכנית ההנחות כהסדר בלעדיות בלתי חוקי. לעומת זאת, דעת המיעוט סברה אחרת, הן לעניין השימוש במבחן מחיר-עלות והן לעניין התוצאה הסופית.

יצוין כי בית המשפט העליון החליט שלא לתת רשות ערעור ביחס לפסק דין זה (Eaton Corp. v. ZF Meritor, LLC, cert. denied, 133 S.Ct. 2025 (2013)).

101. המקרה השני שנדון ב-Third Circuit הוא Eisai v. Sanofi-Aventis US, 821 F.3d 394 (3rd Cir. 2016). באותו מקרה נבחנו הנחות שהעניקה חברת Sanofi בקשר לתרופה נוגדת קרישה ששיווקה (Lovenox), אשר חלשה בשנים 2005-2010 על בין 81.5% ל-92.3% מנתח השוק הרלוונטי. על פי הנטען, בשיווקה את התרופה לבתי חולים העניקה Sanofi הנחות כמות והנחות מטרה, ולצידן נקבעה תנייה אשר מורה לבתי החולים שלא ליתן עדיפות לתרופות נוגדות קרישה של המתחרים. על פי מתווה ההנחות, בית חולים שרכש למעלה מ-75% מהצרכים שלו מ-Sanofi זכה להנחה שנעה בין 9% ל-30%, ואילו כל רכישה מתחת ליעד זה, זיכתה את בית החולים בשיעור הנחה מופחת של 1% בלבד; גם מקום שבו נמצא כי בית החולים נתן עדיפות לתרופה של המתחרים, הוביל הדבר לירידת ההנחה לשיעור של 1% בלבד, במנותק מעמידה ביעד הרכישה שנקבע. חברת Eisai, אשר שיווקה גם היא תרופה נוגדת קרישה, והחזיקה בנתח שוק שביין 4.3% ל-8.2%, עתרה נגד פרקטיקה זו (וכן נגד פרקטיקת המכירה שנקטה Sanofi לשיווק התרופה). בערעור אישר בית המשפט הפדראלי לערעורים את פסק דינה של הערכאה הראשונה אשר דחתה את התביעה. בדומה לעניין ZF Meritor, בית המשפט דחה את הטענה כי מבחן מחיר-עלות הוא המבחן המתאים לבחינת שיטת ההנחות הנדונה, וקבע כי יש לבחון את שיטת ההנחות בהתאם למבחן ה-rule of reason. יחד עם זאת, ובשונה מעניין ZF Meritor, בית המשפט הגיע לתוצאה הפוכה וקבע כי לא הוכחה פגיעה משמעותית בתחרות, ובפרט לא הוכח כי מתחרה יעיל באותה מידה לא היה מסוגל להתחרות ב-Sanofi. הוטעם כי להבדיל מעניין ZF Meritor, הלקוחות היו חופשיים לבחור במוצרים של המתחרים מבלי ליטול את הסיכון כי ההסכם עם Sanofi יבוטל או כי יאלצו להשיב את ההנחות שכבר קיבלו בהתאם לזכאותם, וכי עצם החשש מאיבוד ההנחה הגבוהה לא הוכח על ידי Eisai כגורם שיש בו כדי לפגוע בתחרות. עוד נדחתה הטענה של Eisai כי יש לראות ב-Sanofi כמי שקשרה בין הביקוש הקיים של הלקוחות לבין נתח השוק הפתוח לתחרות, וכפועל יוצא לראות בפרקטיקה זו כקשירה אסורה בין שווקים. בית המשפט דחה טענה זו בהקשר הנוכחי, על בסיס קביעתו כי האיסור על

קשירה בין שווקים חל כאשר מדובר בקשירה בין מוצרים שונים ולא ביחס לסוגים שונים של ביקוש עבור אותו מוצר.

102. עוד מעניין לאזכר מקרה נוסף שנדון בפני בית המשפט האירופי הכללי, והובא גם בפני בית משפט אמריקאי – עניין Qualcomm (לפסק דינו של בית המשפט האירופי הכללי בעניין זה ראו פסקה 85 לעיל). במקרה זה דן בית המשפט של המחוז הצפוני של קליפורניה בתביעה שהגישה נציבות הסחר הפדראלית (Federal Trade Commission) נגד מגוון שיטות עסקיות בהן נקטה חברת Qualcomm, החברה המובילה בשוק השבבים לטלפונים ניידים. אחת מאותן שיטות כללה הסכמים בין חברת Qualcomm לחברת Apple במסגרתם קיבלה האחרונה הנחות (בדמות תשלומים; "incentive payments") בתמורה לרכישת שבבים באופן בלעדי מהראשונה ולהתחייבות כי תרכוש כמות מסוימת של שבבים בכל שנה. חברת Qualcomm טענה כי מדובר בהסכמים למתן הנחות כמות, ואולם בית המשפט סבר כי עסקינן בהסדרי בלעדיות דה-פקטו אשר כפו על Apple לרכוש חלק משמעותי מצרכיה מ-Qualcomm ובאמצעות כך הביאו להפחתה של התחרות בנתח משמעותי מהשוק, באופן אשר מהווה הפרה של סעיפים 1 ו-2 ל-Sherman Act. בערעור, בית המשפט הפדראלי לערעורים אומנם מצא טעם בקביעת הערכאה הראשונה לפיה מדובר בהסדרי בלעדיות (ולא הסכמים למתן הנחות כמות), אך לא קיבל את הקביעה כי לאותם הסכמים הייתה השפעה משמעותית על התחרות. בית המשפט הפדראלי לערעורים ציין כי בהתאם לראיות שהוצגו, המתחרה הרצינית היחידה של חברת Qualcomm באותה תקופה הייתה חברת Intel, עימה התקשרה Apple בשנת 2014 (חלף Qualcomm). ואולם, לא הוכח כי עובר לשנת 2014 הייתה Intel מתחרה בת-קיימא, או כי ההסכמים עם Qualcomm עיכבו את המעבר של Apple ל-Intel. נוכח האמור, קבע בית המשפט, כי להסכמי ההנחות לא הייתה, הלכה למעשה, השפעה מהותית על התחרות (FTC v. Qualcomm Inc. 969 F.3d 974 (9th Cir. 2020)).

103. לבסוף, במקרה שנדון לאחרונה בבית המשפט הפדראלי לערעורים של ה-Tenth Circuit (Sanofi-Aventis U.S. v. Mylan, et al., No. 21-3005 (10th Cir. 2022)), נבחנה מדיניות הנחות שהנהיגה חברת Mylan, בקשר למזרקים אוטומטים של אדרנלין (אפינפריין) אותם היא מייצרת, במסגרת הסכמיה עם מנהלי תוכניות לתרופות במרשם (Pharmacy Benefit Managers) הפועלים עבור חברות ביטוח בריאות (תחת Health Plans). על פי אותה מדיניות, Mylan העניקה הנחות בשיעורים משמעותיים לצד דרישה כי המזרקים שלה יקבלו בלעדיות או עדיפות ברשימת התרופות בכיסוי למבוטחים על פני המזרקים של החברה המתחרה – Sanofi. תביעה שהגישה האחרונה נדחתה וכך גם

הערעור שהוגש. בית המשפט הפדראלי לערעורים דחה את טענת Sanofi כי ההסכמים למתן ההנחות עלו לכדי הסדר בלעדיות בלתי חוקי תחת מבחן ה-rule of reason. ביישמו את הקווים המנחים שהותוו בעניין **ZF Meritor**, בית המשפט עמד על כך שנתח השוק המירבי שנחסם לכאורה לתחרות מכוח ההסכמים האמורים (העומד על כ-31%) אינו משמעותי מספיק; כי ההסכמים היו לטווח קצר (של שנתיים וחצי או פחות מכך) וניתנים לסיום בנקל על ידי מי מהצדדים (ואף הראיות מצביעות כי אכן נעשה באפשרות זו שימוש כדי לדון מחדש בתנאי ההסכמים); כי הסכמי בלעדיות תמורת הנחה במחיר מהסוג הנדון היו כלי תחרותי שגרתי בשוק הרלוונטי, בהם עשתה שימוש גם Sanofi; וכי לא קיימת אינדיקציה לקיומה של כפייה מצד Mylan כלפי מי מהלקוחות. נוכח כל אלה, גרס בית המשפט כי לא הוכחה פגיעה בתחרות, ובפרט כי לא היה בהסכמים הללו כדי לחסום את Sanofi מלהתחרות. לשיטת בית המשפט, כל שהיה על Sanofi לעשות, הוא להציע מוצר או מחיר טוב יותר, וכאשר עשתה כן, היא הצליחה לגבור על Mylan. כן נדחתה טענה נוספת של Sanofi, ולפיה באמצעות מתן ההנחות בתמורה לבלעדיות, Mylan מינפה את כוח השוק שהיה לה ביחס לנתח השוק שאינו פתוח לתחרות (non-contestable share) על מנת להתחרות בנתח השוק הפתוח לתחרות (contestable share), וזאת מן הטעם ש-Sanofi לא הניחה כל תשתית משפטית מתאימה לבחינת טענה זו.

104. תמציתו של דבר, היעדרה של מסגרת חקיקתית נפרדת לבחינתה של פרקטיקה למתן הנחות על ידי חברה בעלת מעמד דומיננטי, כמו גם העובדה שבית המשפט העליון האמריקאי טרם נדרש לסוגיה, הובילו לחוסר בהירות בפסיקת בתי המשפט בערכאות השונות, אשר נאלצים לנסות לגבש כללים בנושא על בסיס דוקטרינות קיימות, ובפרט על בסיס הדוקטרינות המופעלות ביחס לאיסור על תמחור טורפני וביחס לאיסור על הסדרי בלעדיות. הסקירה שלעיל מלמדת כי תקיפתה של מדיניות הנחות על בסיס האיסור על תמחור טורפני היא קשה עד מאד מבחינה מעשית, נוכח הקושי לעמוד במבחן המחמיר שנקבע לעניין זה (לרוב התביעות המבוססות על עילה זו נדחות כבר על בסיס מבחן המחיר-עלות, ועוד בטרם הגעה לדרישת ה-recoupment). כאשר בתי המשפט דנים בפרקטיקה של מתן הנחות תחת האיסור על הסדרי בלעדיות, אומנם מבחן מכלול הנסיבות (rule of reason) החל הוא מחמיר פחות, אך הוא עודנו מבחן מקל יחסית מבחינת החברה הנתבעת, ואכן יישומו בפועל הביא רק לעיתים נדירות לקבלת התביעה. אף באותם מקרים שבהם בית המשפט מצא לפסול את הפרקטיקה של מתן הנחות נדמה כי הדבר היה נעוץ במכלול תנאי ההסכם ולא במאפייני ההנחות עצמן או שיעורן. בנוסף, אומנם הועלתה בפסיקה האמריקאית האפשרות לבחון מתן הנחות על ידי בעל מונופולין דרך הפריזמה של קשירה בין שווקים, אך בפועל נדמה כי השימוש בעילה זו במישורין הוא מצומצם, לאור סירובם של בתי המשפט להכיר בהנחות המוענקות בעבור חבילה

של מוצרים הנרכשים יחד כבעלות אלמנט כופה, והאפשרות הפתוחה בפני הלקוח לרכוש את המוצרים בנפרד, הגם שבמחיר גבוה יותר. תחת זאת, נבחנת שיטת הנחות הקושרת בין מוצרים תחת האיסור על שימור או יצירת כוח מונופוליסטי המצוי בסעיף 2 ל-Sherman Act תוך בחינת האפקט האנטי-תחרותי הנוצר כתוצאה משיטה זו, הדומה במהותו לאפקט הנוצר בקשירה בין שווקים. תביעות מסוג זה זכו לעיתים להצלחה, וזאת כאשר היה מדובר בשני שווקים שונים, אך לא כאשר מדובר היה בכריכה בין חלק הרכישות החסום לתחרות (הרכישות שחייבות להתבצע מבעל המונופולין) לבין חלק הרכישות הפתוח לתחרות (ביחס אליו מתחרה בעל המונופולין) בנוגע לאותו מוצר. קיצורו של דבר, בתי המשפט בארה"ב אינם ממהרים להתערב במתן הנחות, אפילו אם ניתנו על ידי עוסק בעל מעמד דומיננטי, וזאת מתוך תפיסה כי הוזלת מחירים באמצעות מתן הנחות היא רצויה ובעלת יתרונות תחרותיים.

(3) סיכום הדין המשווה

105. כפי שנוכחנו לראות, הן דיני התחרות של האיחוד האירופי והן דיני ההגבלים העסקיים בארה"ב מאפשרים להטיל אחריות על בעל מונופולין הנוקט בפרקטיקה של מתן הנחות. ואולם, הדוקטרינות באמצעותן מתאפשרת הטלת אחריות זו, כמו גם הגישות בהן נוקטות שתי שיטות המשפט הללו ביישום הכללים, הן שונות. על כך יעידו המקרים שנדונו הן באירופה והן בארה"ב, כמו עניין **British Airways** ועניין **Qualcomm**. ביחס לפרקטיקה האירופית, אשר נקטה לאורך השנים בגישה חשדנית כלפי הפרקטיקה של מתן הנחות על ידי בעל מונופולין, עולה השאלה כיצד יבחנו בתי המשפט את פוטנציאל הפגיעה בתחרות, ובפרט מה המשקל שיינתן בהערכה זו לגישה הכלכלית והמבחנים המוצעים במסגרתה – מבחנים אשר זכו לביטוי בהנחיות הנציבות ובפסיקות האחרונות של בתי המשפט של האיחוד האירופי, וזאת בהשוואה לגישה המסורתית שהתבססה על סיווג ההנחות ומאפייניהן. בארה"ב, לעומת זאת, מתגלה גישה ספקנית ביחס לפסול שבפרקטיקה של מתן הנחות, הרואה בכך כתחרות מחירים לגיטימית ואף רצויה. השאלה המרכזית המתעוררת בדין האמריקאי, אשר טרם הוכרעה בבית המשפט העליון, היא מה המשקל שיינתן לדוקטרינות השונות והמבחנים המיושמים במסגרתן, ובכלל זה האם תאומץ הגישה של ה-**Third Circuit** בעניין **ZF Meritor**, המעמידה תכנית הנחות נדונה למבחן ה-*rule of reason*, גם בהיעדר טענה לתמחור מתחת למחירי עלות, ובהתאם עשויה להוביל להטלת אחריות במקרים רבים יותר.

מתן הנחות על ידי בעל מונופולין בדין הישראלי

106. ומהדין הזר לדין הישראלי. מהו, איפוא, המבחן המתאים לפי המשפט הישראלי לבחינת השפעתה של פרקטיקה למתן הנחות המתבצעת על ידי בעל מונופולין? מהדיון שקיימנו עד כה עולות שבע המסקנות הבאות:

ראשית, המסגרת המשפטית לבחינת הפרקטיקה של מתן הנחות על ידי בעל מונופולין היא סעיף 29א(א) לחוק התחרות, הקובע בזו הלשון את האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה: "בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור". ומכלל ההן נלמד גם הלאו, דהיינו הפרקטיקה בה עסקינן (בהיעדר טענה לתמחור מפלה לפי סעיף 29א(ב)(3) לחוק) איננה אחת מהפרקטיקות הספציפיות המקימות חזקה של ניצול מעמד לרעה הקבועות בסעיף 29א(ב) לחוק התחרות.

שנית, תכליתו של האיסור על ניצול מעמד לרעה היא לשלול מבעל מונופולין את האפשרות לנקוט בפרקטיקה שיש בה כדי למנוע תחרות לגופו של עניין (on the merits), קרי – עלינו לבחון אם הפרקטיקה בה נוקט בעל המונופולין יוצרת מכשול משמעותי לקיומה של תחרות לגופו של עניין, בין אם משום שהיא יוצרת פוטנציאל להדרת מתחרה מהשוק (ולמצער צמצום פעילותו) ובין אם משום שהיא בעלת אלמנט נצלני כלפי הצרכנים – כאשר בענייננו, רלוונטית בעיקר ההשפעה מהסוג הראשון.

שלישית, ההסדר הישראלי בעניין ניצול מעמד לרעה, ובכלל זה האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה, מבוסס על ההסדר שנקבע בדין האיחוד האירופי (כיום סעיף 102 לאמנת ליסבון). בהשוואה לגישה החשדנית שנקטה לאורך השנים, הנטייה המסתמנת בשנים האחרונות בפסיקת בתי המשפט של האיחוד האירופי היא לפרש ביתר צמצום הסדר זה, כשמדובר בפרקטיקה של מתן הנחות. עם זאת, הגישה האירופאית למתן הנחות עדיין מרחיבה בהשוואה לגישה בתי המשפט בארה"ב, שם אין הסדר כללי המותאם לבחינת פרקטיקה זו, והדיון בה נעשה באמצעות יישום הסדרים שנקבעו למצבים קרובים, אך שונים. ממילא, כעניין השוואתי, הדין באיחוד האירופי מהווה, בהקשר בו עסקינן, מורה דרך קרוב ומתאים יותר לשיטתנו מאשר הדין האמריקאי.

רביעית, מבחינה דוקטרינרית, האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה מחייב לבחון את התקיימותם של שלושה יסודות מצטברים: (1) קיומו של בעל מונופולין, דהיינו, על פי הגדרת סעיף 26א(א) לחוק התחרות, החזקה ביותר ממחצית השוק או בכוח

שוק משמעותי; (2) ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה, כלומר שימוש בפרקטיקה שתכליתה למנוע תחרות לגופו של עניין בין המונופול למתחריו הקיימים או הפוטנציאליים; (3) פוטנציאל פגיעה בתחרות בעסקים או בציבור, כלומר עלילות של פגיעה משמעותית מהסוג של הדרת מתחרים או ניצול צרכנים.

חמישית, מתן הנחות על ידי עוסק, כשלעצמה, איננה פרקטיקה פסולה. כך כשמדובר בעוסק שאינו בעל כוח שוק, וכך גם כשמדובר בעוסק הנכנס להגדרת בעל מונופולין. נהפוך הוא, מתן הנחה כשלעצמה, היא פרקטיקה מסחרית שראוי, ככלל, לעודדה: הן מבחינת הלקוח, הנדרש לשלם מחיר מופחת בעבור המוצר או השירות; הן מבחינת התחרות, בהיותה אמצעי דרכו עוסק יעיל יכול להביא לידי ביטוי את יתרונותיו על פני מתחריו, ובכך להוביל להתייעלות השוק. עם זאת, מתן הנחות יכול במקרים מסוימים להוות אמצעי בידי עוסק למנוע תחרות לגופו של עניין בשוק בו הוא פועל, או בשווקים קשורים. כך, למשל, כשמדיניות ההנחות מבוססת על תמחור מתחת למחירי עלות (תמחור טורפני) המיועד להדיר מתחרים, או על קשירה אסורה בין שווקים באופן המקשה על המתחרים בתחום הפתוח לתחרות או כשהיא מביאה להפליה בין לקוחות או ספקים במטרה להסיט את כוח השוק לשווקים קשורים. לפיכך, במקרים בהם מדיניות ההנחות משמשת בעל מונופולין לקידום תכליות אנטי-תחרותיות או אנטי-צרכניות אלה, הרי שהיא בגדר ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה.

שישית, בפסיקה ובספרות נעשה שימוש בהבחנה בין הנחות כמות, מצד אחד, לבין הנחות נאמנות או מטרה, מהצד האחר. הנחות כמות, דהיינו הנחות הניתנות על בסיס אמות מידה אובייקטיביות ואחידות, בהתאם לנפח ההזמנות של כל לקוח אצל בעל המונופולין (כך, שלקוח המזמין יותר מוצרים או שירותים מבעל המונופולין זוכה להנחה משמעותית יותר), נחזות ככלל כפרקטיקה לגיטימית. לעומת זאת, הנחות נאמנות או מטרה, הניתנות על בסיס שיעור ההזמנות שהלקוח מפנה לבעל המונופולין (כך שלקוח המרכז את רכישותיו אצל בעל המונופולין זוכה להנחה גבוהה יותר מלקוח המבזר אותן בין ספקים שונים), נחזות כפרקטיקה בלתי לגיטימית. עם זאת, המדובר בהבחנה שאינה חזות הכל, שכן לעיתים הנחות כמות משקפות פרקטיקה פסולה (כגון, כשהן יוצרות הפליה בשוק הלקוחות או כשהן מדמות הנחות מטרה), ולעיתים הנחות נאמנות או מטרה הן פרקטיקה לגיטימית (כגון כשהן משקפות יתרון תפעולי מלקוחות חוזרים).

שביעית, שימוש בפרקטיקה של מתן הנחות לתכלית פסולה עשוי שלא להוות הפרה של האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה, אם מוכח שאין בו כדי לפגוע משמעותית בתחרות או בצרכנים. מצב דברים זה ייווצר באותן נסיבות בהן למרות התכלית הפסולה,

מתברר שאין בכוחה של הפרקטיקה להצליח באופן משמעותי להביא לשיבוש כוחות השוק. ודוק, האיסור על ניצול מעמד לרעה אינו מתמקד במניע העומד מאחורי הפרקטיקה הנדונה (הגם שיש לו משקל במכלול הבחינה), אלא עיקרו בהשפעה הפוטנציאלית שיש לפרקטיקה האמורה על התחרות בשוק הרלוונטי.

107. על המסקנות הללו, אבקש להוסיף חמש תובנות, אשר ישמשו אותנו בבואנו לנתח את המקרה בו עסקינן.

(1) תובנה ראשונה – אפיון המצבים בהם מתן הנחות עלול להוות "ניצול מעמד לרעה"

108. התכלית הנפוצה להצעת הנחות על ידי עוסק, בין אם הוא מחוסר כוח שוק ובין אם הוא בעל מונופולין, היא לשכנע את הלקוח לרכוש ממנו את המוצר או השירות בגינו ניתנת ההנחה, ובכך לגבור על מתחריו העסקיים בתחרות על ליבו של הצרכן ביחס למוצר או השירות מושא התחרות. סיבה זו, לא רק שהיא לגיטימית, אלא שהיא מהווה את ליבת התחרות. זאת, בשל ההנחה הכלכלית שגובה ההנחה שעוסק יכול להציע קשור ליעילות התנהלותו – ככל שהעוסק יעיל יותר כך גם גדלה ההנחה שביכולתו להציע מבלי לספוג הפסדים. מכאן שעוסק הזוכה בעסקה בשל יכולתו לתת הנחה הנובעת מיעילותו זוכה בתחרות לגופו של עניין, וזאת בין אם הוא נהנה מכוח שוק ובין אם לאו. ממילא, השאיפה לקדם תכלית זו, כשלעצמה, אינה יכולה להביא לסיווג פרקטיקה של מתן הנחות כפסולה.

109. אפס, תכלית זו של מתן הנחות, אותה ניתן לכנות "תחרות ביחס למוצר (או השירות) מושא ההנחה", אינה התכלית היחידה שיכולה לעמוד לנגד עיני העוסק. במקרים מסוימים הצעת הנחה ביחס למוצר מסוים (מוצר X) עשויה לשמש כאמצעי לקידום תכליות שניתן לכנותן כ"חורגות", דהיינו כאלה החורגות מגדר התחרות ביחס למוצר (או השירות) מושא ההנחה. במצבים אלה, כלומר כאשר ההנחה ניתנת על ידי בעל המונופולין לקידום מטרה חורגת, מתעוררת השאלה האם השימוש בהנחה על מוצר X על מנת לקדם מטרה זו הוא לגיטימי, או שמא עולה לכדי פרקטיקה פסולה של "ניצול מעמד לרעה".

110. קבוצה אחת של מצבים בהם מדובר בקידום תכלית חורגת, דהיינו תכלית שאינה בגדר תחרות ביחס למוצר (או השירות) מושא ההנחה (מוצר X), היא כאשר ההנחה על

מוצר (או שירות) זה הניתנת כיום נועדה להפחית או למנוע תחרות ביחס לאותו מוצר (או שירות) בעתיד. כך, למשל, כאשר בעל המונופולין מציע הנחה על המוצר או השירות שבמונופול, במטרה לשמר בעתיד את כוח השוק ביחס למוצר או שירות זה (דהיינו, דחיקת המתחרה מהשוק בהווה על מנת להבטיח נתח שוק גדול יותר בעתיד, או מניעת כניסתו של מתחרה חדש לשוק במטרה לשמור על נתח השוק הקיים. ראו גם סעיף 29א(ב)(1) לחוק, אשר כורך תחת המונח "דמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים" גם את המצב של "תמחור טורפני", הרלוונטי לענייננו, וזאת בצד המצב של "תמחור מופרז", שאינו נוגע לנושא דיוננו).

111. קבוצה שנייה של מצבים היא כאשר ההנחה על מוצר X ניתנת במטרה להפחית תחרות בהווה או בעתיד ביחס למוצר או שירות אחר שאינו במונופול (מוצר Y) (דהיינו, הנחה היוצרת קשירה בין שווקים (tying)). ראו גם סעיף 29א(ב)(4) לחוק התחרות, העשוי להקים חזקת ניצול מעמד לרעה בנסיבות אלה). ניסיון בעל המונופולין לעשות שימוש בכוח השוק העומד לו בנקודת הזמן הנוכחית ביחס למוצר X על מנת לזכות בתחרות עתידית על מוצר זה (מוצר X), או כדי לזכות בתחרות הנוכחית או העתידית על מוצר או שירות אחר (מוצר Y), מהווה לכאורה פרקטיקה פסולה של "ניצול מעמד לרעה" (בין אם לפי חזקות ניצול המעמד לרעה שבסעיף 29א(ב) לחוק ובין אם מכוח האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה שבסעיף 29א(א) לחוק), כאשר הדבר עלול למנוע תחרות לגופו של עניין ביחס למוצר X בעתיד, או ביחס למוצר Y בהווה או בעתיד.

112. ודוק, נקיטה במדיניות תמחור המיועדת לקדם תכליות חורגות, כשלעצמה, אין די בה כדי ללמד כי בעל המונופולין הפר את האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה. כך, משני טעמים: ראשית, ייתכן שבעל המונופולין יצליח להוכיח קיומם של טעמים כלכליים לגיטימיים למדיניות ההנחות, כגון כאשר ישכנע כי זו ננקטה מטעמים שיש להם הצדקה כלכלית עניינית, המשקפת תחרות לגופו של עניין (כגון החיסכון שהדבר תורם להפחתת עלויות בעל המונופולין). במצבים אלה לא מתקיים היסוד השני, דהיינו למרות שלכאורה מדובר בשימוש למטרה חורגת, הרי שבעל המונופולין רשאי לנהוג כך, והדבר אינו נחשב לו לניצול מעמד לרעה. שנית, גם באותם מצבים בהם אין הצדקה כלכלית לגיטימית לשימוש במדיניות התמחור למטרה חורגת, עדיין יכול בעל המונופולין לשכנע כי לא מתקיים היסוד השלישי, דהיינו אין חשש לפגיעה משמעותית בתחרות או בצרכנים. כך, למשל, כאשר מוכח כי מתן ההנחה בהווה על מנת למנוע כניסת מתחרה בעתיד, אינו בעל פוטנציאל ליצור למונופול יתרון תחרותי של ממש בטווח הארוך, שתועלתו עולה

על ההפסד שספג בטווח הקצר (סייג המשתקף בדרישת ה-recoupment הקיימת ביחס ל"תמחור טורפני").

113. מצב דברים אחר, שאף בו ניתן לטעון לפרקטיקה פסולה של מתן הנחות, הוא כאשר מדובר אומנם בתחרות ביחס למוצר (או השירות) מושא ההנחה, ואולם למדיניות ההנחות של בעל המונופולין השפעה אנטי-תחרותית פסולה בשווקים נוספים, אשר בעטיה נוצר חשש כי מדובר בניצול מעמד לרעה (והשוו סעיף 29א(ב)(3) לחוק התחרות). דוגמה לכך היא כאשר בעל המונופולין מבחין בין לקוחותיו בשוק בו הוא מחזיק במונופול, באופן היוצר פגיעה בתחרות בשוק אחר בו פועלים הלקוחות (למשל, כשבעל מונופולין על קמח מוכר אותו במחיר זול יותר לאחת המאפיות, ומקנה לה יתרון תחרותי על פני המאפיות המתחרות. השוו עניין **Irish Sugar** הנסקר בפסקה 77 לעיל). ודוק, במקרה זה ניצול המעמד לרעה אינו נובע בהכרח מכך שההנחה ניתנת למטרה חורגת, אלא מעצם העובדה שמדיניות התמחור של בעל המונופולין בשוק בו הוא פועל עלולה להביא לפגיעה בתחרות בשוק אחר, שעד כה התנהל בצורה תחרותית, וכתוצאה מכך לפגיעה בציבור – עניין שבעל המונופולין אינו רשאי להתעלם ממנו.

114. שלושת המצבים שתוארו לעיל אינם ממצים בהכרח את קשת המקרים בהם מתן הנחות על ידי בעל מונופולין עשוי להוות פרקטיקה פסולה במסגרת האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה (דהיינו, לקיים את היסוד השני). עם זאת, די בהם על מנת להמחיש הן את הכלל, לפיו מתן הנחה על ידי בעל מונופולין, כשלעצמו, לא רק מותר אלא אף רצוי; והן את החריגים, בהם מדיניות הנחות מהווה פרקטיקה פסולה, בין אם בשל השלכותיה האנטי-תחרותיות בשוק המוצר (או השירות) מושא ההנחה או בשווקים של מוצרים (או שירותים) אחרים, ובין אם בשל השלכותיה על ציבור הצרכנים.

(2) תובנה שנייה – הנחות כמות והנחות שיעור (הנחות כלליות והנחות פרטניות)

115. כאשר עוסק, ומונופול בכלל זה, נותן ללקוח הנחה בהתאם לכמות האבסולוטית של המוצרים או השירותים שהוא מזמין ממנו בתקופה נתונה (קרי, הנחת כמות), הרי שעל פני הדברים, עשויה להיות לכך הצדקה כלכלית, המבוססת על עלויות העסקה הקונקרטיות מבחינת העוסק. מכירת כמות גדולה יותר ללקוח בודד עשויה להצדיק גביית מחיר נמוך יותר, מהטעם שהעלות השולית לעוסק עשויה להיות נמוכה יותר, בשל שיקולים שונים, כגון עלויות שיווק ואספקה פוחתות ביחס לכל מוצר נוסף הנמכר לאותו לקוח. מכאן, שמתן הנחת כמות עשוי להתיישב עם השאיפה לגרום למונופול לעשות

שימוש בתמחור המבוסס על עלויות הייצור שלו (תמחור מבוסס עלויות), ולא בתמחור המבוסס על נכונות הלקוחות לשלם (תמחור מבוסס ביקושים). הצדקה שכזו לא רק שהיא מעודדת תחרות ביחס למוצר (או השירות) מושא ההנחה, אלא שהיא משקפת את מדיניות התמחור שראוי לעודד מונופולים לנקוט בה (ראו פסק דיני בת"צ (מרכז) 36098-05-16 צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ, פסקאות 25-28 (16.1.2019) (להלן: עניין צדוק)). ככזו, התערבות שיפוטית במדיניות של מתן הנחות כמות מעוררת קושי ניכר, ומחייבת הבאת ראיות לכך שההנחה אינה מייצגת חיסכון בעלויות, אלא נובעת מטעמים אחרים (כגון, ניסיון להסוות הנחות נאמנות, כפי שנקבע בעניין Michelin השני, המתואר בפסקה 79 לעיל; או העדפה לעסקים גדולים, בשל כוח השוק שלהם או בשל סיבות אחרות. ראו פסקה 64 לעיל, וההפניות שם, וכן עניין Portugal הנסקר בפסקה 78 לעיל). לפיכך, הנטל לשכנע כי הנחה המבוססת על כמות הזמנות היא פרקטיקה פסולה, צריך שיהיה מוטל על הטוען לכך (בענייננו, הממונה על התחרות).

116. לעומת זאת, כאשר מדובר בהנחה הנתפרת לממדיו של הלקוח, ומבוססת על שיעור ההזמנות שהוא מפנה לעוסק מכלל רכישותיו בתקופת זמן נתונה (וזהו המצב כשמדובר בהנחות מטרה או בהנחות נאמנות), קשה לראות מהי ההצדקה, מבחינת מבנה העלויות של העוסק, למתן ההנחה. כאשר עוסק נדרש לספק לשני לקוחות שונים את אותה כמות (נניח 1000 יחידות), אין זה מתבקש, כשבוחנים את עלות העסקה מבחינת העוסק, כי יהיה שוני בין לקוח שאלה כל היחידות שהוא מזמין באותה שנה, לבין לקוח שזהו רק אחוז אחד מההזמנות שלו באותה שנה. אם בכל זאת מונופול מבקש להתייחס בצורה שונה לשני הלקוחות הללו, הרי שיש לבחון מהי הסיבה לכך, והאם סיבה זו מצדיקה את הפרקטיקה האמורה. כך, למשל, סיבות אפשריות למדיניות שכזו הן רצון לדחוק את המתחרים מהשוק (ובאמצעות כך לחזק או לשמר את נתח השוק של המונופול בעתיד) או ליצור הפליית מחירים בין לקוחות גדולים ללקוחות קטנים (שכן ללקוח הגדול, במקרה הרגיל, חלופות טובות יותר, ועל כן נכונות נמוכה יותר לשלם). מבחינת המונופול אלה כמובן תמריצים טובים לנקוט בפרקטיקה של הנחה המבוססת על שיעור הרכישות. עם זאת, מבחינת דיני התחרות, המדובר בהסברים בעייתיים, בשל כך שאין הם בגדר תחרות ביחס למוצר (או השירות) מושא ההנחה, אלא הם מבוססים על שיקולים הנוגעים לצד הביקוש למוצרי המונופול (שימור כוח שוק לעתיד או נכונות שונה של הלקוחות לשלם בהווה), העלולים ללמד, בראי האיסור החל על מונופול לנצל את מעמדו לרעה, כי המדובר בפרקטיקה פסולה. לאור זאת, הנטל לשכנע שפרקטיקה של מתן הנחות המבוססות על שיעור ההזמנות היחסי מכלל הרכישות של הלקוח (הנחות שיעור), ולא על הכמות האבסולוטית של ההזמנות (הנחות כמות), היא לגיטימית (כגון, שמדיניות

הנחות מסוימת היא נגזרת של דרישות הלקוחות, כפי שהיה בעניין NicSand, הנסקר בפסקה 99 לעיל) צריך להיות מוטל על בעל המונופולין.

117. ברמה הכללית יותר, התובנה בה עסקינן היא ביטוי להבחנה בין הנחות אחידות, הניתנות בהתאם לכללים המתייחסים לעסקה או לעסקאות עם בעל המונופול, ושהם זהים לכל ציבור הלקוחות; לבין הנחות פרטניות, הניתנות לכל לקוח בהתאם לשיקולים החורגים מגדר העסקה או העסקאות שהוא קושר עם בעל המונופולין, ונוגעים למאפייניו הייחודיים. הנחת כמות היא הנחה אחידה, כמובן זה שאינה תלויה בזהות הלקוח, אלא רק בהיקף העסקה או העסקאות בהן הוא מתקשר עם בעל המונופולין (כמות הסחורה אותה הוא מזמין בעסקה המסוימת או במהלך תקופה); הנחת שיעור, לעומת זאת, היא הנחה פרטנית, הואיל ופרט לשיקולים הנוגעים לעסקה, היא מתייחסת גם למאפייניו של הלקוח (היקף פעילותו הכולל). בצד הנחת כמות והנחת שיעור ניתן לחשוב על סוגים אחרים של הנחות אחידות והנחות פרטניות. כך, למשל, הנחת מזומן היא הנחה אחידה, בעוד שמתן הנחה ללקוח חדש היא הנחה פרטנית.

118. מבחינה כלכלית, ניתן, בנסיבות המתאימות, להציג הצדקה מספקת הן להנחות אחידות והן להנחות פרטניות. ואולם, החשש לשימוש לרעה במנגנון ההנחה, כלומר לשימוש בו שלא לשם קידום התחרות לגופו של עניין, הוא נמוך יחסית כשמדובר בהנחה אחידה, וגבוה הרבה יותר כאשר מדובר בהנחה פרטנית. הטעם לכך הוא כפול: ראשית, השאיפה הכלכלית היא להביא את בעל המונופולין לפעול על פי שיקולי עלות הנוגעים לפונקציית הייצור שלו (כפי שפועלת חברה בתנאי תחרות משוכללת), ולא על פי שיקולים הנוגעים לצד הביקוש (כפי שמבקש בעל המונופולין לפעול על מנת למקסם את רווחיו). לאמור, לאמץ תמחור מבוסס עלויות ולא תמחור מבוסס ביקושים. התניית מתן הנחה בנתונים הנוגעים ללקוח, ולא לעסקה, מגבירה את החשש לכך שהדבר נעשה משיקולים הנוגעים לצד הביקוש, ושאינן להם רלוונטיות לעלויות הייצור של בעל המונופולין. לפיכך, תנאים פרטניים, הנוגעים למאפייני הלקוח, חשודים, ומחייבים יתר זהירות, בהשוואה לתנאים כלליים ואחידים, הנוגעים לעסקה ולא ללקוח; שנית, השאיפה המשפטית היא שבעל מונופולין יספק את מוצריו או שירותיו על בסיס שוויוני לכלל לקוחותיו, ולא יפלה ביניהם על בסיס שרירותי (והשוו סעיפים 29א(ב)(3) ו-29א(ב)(4) לחוק התחרות). הנחות אחידות עשויות להסוות הפליה דה-פקטו, ואולם על פני הדברים הן מציבות תנאים שוויוניים. לעומת זאת, הנחות פרטניות הן בלתי אחידות בהגדרה, ולפיכך החשש להפליה בין לקוחות אינהרנטי להן. משני הטעמים הללו, החשדנות בה נדרש להתייחס להנחות פרטניות (ובכללן הנחות שיעור) הניתנות על ידי בעל מונופולין גבוהה מזו שיש לנקוט ביחס להנחות כלליות (ובכללן הנחת כמות) המוצעות על ידו.

(3) תובנה שלישית – הנחות שוטפות והנחות תקופתיות (הנחות לעסקה והנחות לתקופה)

119. מבחינה עיונית, דומה שההבחנה בין הנחות כמות להנחות שיעור (מטרה או נאמנות) ברורה. ואולם, בעולם המעשה, עלול להיווצר קושי לאפיין מדיניות הנחות נתונה. כך, מהטעם שגם הנחה המבוססת על שיעור הרכישות של הלקוח מהמונופול מכלל הזמנותיו תיקבע, לעיתים קרובות, באמצעות הגדרת כמות (הגלויה הן לבעל המונופול והן ללקוח), המשקפת את הערכות המונופול בדבר היקף ההזמנות הכולל של אותו לקוח, ולא על דרך של הגדרת שיעור הרכישות המבוקש במישרין (נתון הגלוי רק ללקוח). קושי זה יש לפתור על בסיס ניתוח התנהלות המונופול במתן ההנחות. כשמדובר בהנחות הנקבעות על בסיס קריטריונים אחידים וכלליים, וניתנות באופן שוטף ביחס לכל הזמנה בנפרד, הרי שיש להניח, בהיעדר אינדיקציות חזקות לסתור, כי אכן מדובר בהנחה המבוססת על כמות. לעומת זאת, כאשר ההנחות ניתנות על בסיס הסדר פרטני, ואשר הזכאות להן נבחנת מכלול בתום תקופה מסוימת (דהיינו, באופן רטרואקטיבי), הרי שמתעורר חשש כבד כי מדובר בהנחות המבוססות על שיעור הרכישות. מכאן, שכעניין ראייתי, מדיניות הנחות אחידה ושוטפת מקימה חזקה כי מדובר בהנחה המבוססת על כמות, בעוד שמדיניות הנחות הבוחנת מכלול עסקאות באופן רטרואקטיבי מקימה חזקה שמדובר בהנחה המבוססת על שיעור. ודוק, המדובר בחזקה הניתנת לסתירה (אם על ידי הממונה על התחרות, כאשר מדובר במדיניות הנחות אחידה ושוטפת, ואם על ידי המונופול, כאשר עסקינן במדיניות הבוחנת מכלול עסקאות באופן רטרואקטיבי).

120. זאת ועוד, לעובדה כי ההנחות ניתנות מכלול, באופן רטרואקטיבי, קיימת גם השלכה אנטי-תחרותית נוספת, המכונה "אפקט יניקה" (suction effect). ככל שלקוח כבר הזמין מהמונופול מוצרים או שירותים במהלך התקופה הרלוונטית, הרי שגורם המבקש להתחרות במונופול על המוצרים שבגינם ניתנת ההנחה יידרש להציע הנחה המפצה את הלקוח לא רק על אובדן ההנחה שהמונופול מעניק ביחס למוצר עליו מתחרים (קרי, ההנחה שהמונופול נותן על ההזמנה הנוכחית), אלא גם על הסיכון של אובדן הנחות המונופול ביחס למוצרים שהוא כבר סיפק (קרי, ההנחה שהמונופול נותן על הזמנות העבר). כתוצאה מכך, מי שמבקש להתחרות במונופול יתקשה לעשות כן לאחר שהמונופול כבר סיפק חלק מהמוצרים, וזאת גם אם הוא יצרן יעיל באותה מידה. לקושי זה משמעות מיוחדת (שאינה תלויה בעיתוי כניסת המתחרה לשוק) אם מלכתחילה אין ללקוח ברירה אלא לרכוש חלק מהסחורה מהמונופול. במצב דברים זה, על מנת

להתחרות במונופול, נדרש המתחרה להעניק לא רק את ההנחות שהמונופול מוכן לתת על הסחורה לגביה קיימת תחרות, אלא גם על מה שהמונופול מגדיר כהנחה ביחס לסחורה לגביה לא קיימת תחרות (וראו אזרחי וגילה, בעמ' 293).

121. הלכה למעשה, משמעות הדברים היא שבמקום שהמונופול יידרש להתחרות על כל מוצר בנפרד, באפשרותו ליצור כבילה בין ההנחות שהוא מציע לציבור הלקוחות, באופן שמי שמבקש להתחרות בו ביחס למוצר אחד, יידרש לעשות כן ביחס לכל המוצרים בגינם ניתנת ההנחה ולאורך כל התקופה שהגדיר המונופול.

נדגים את הקושי באמצעות הדוגמה הבאה: נניח כי בשוק מסוים לקוח מעוניין לרכוש במהלך שנה 12 יחידות מוצר, אחת בכל חודש, והסכום המקסימאלי שהוא מוכן לשלם בגין כל אחת מהן הוא 100 ש"ח. בשוק פועלים שני יצרנים – מונופול היכול לספק את כל היחידות, ומתחרה היכול לפעול רק במחצית השנייה של השנה. עלות הייצור של שני היצרנים זהה, ועומדת על 60 ש"ח ליחידה. במצב דברים זה, ביחס למחצית הראשונה של השנה בוודאות אין תחרות, ויש להניח שמחירן של היחידות ייקבע על ידי המונופול על פי נכונות הלקוח לשלם (נניח 90 ש"ח), בעוד שביחס למחצית השנייה של השנה עשויה להתקיים תחרות שתביא לירידת מחירים לכיוון העלות השולית (נניח 70 ש"ח). ביודעו זאת, המונופול יכול לקבוע את מדיניות התמחור הבאה ביחס ללקוח: כל יחידה תימכר לו ב-125 ש"ח לאורך כל השנה, ואולם אם הלקוח יקנה ממנו 12 יחידות הוא יקבל רטרואקטיבית הנחה של 35 ש"ח ביחס לכל יחידה (כלומר, הנחה בסכום כולל של 420 ש"ח), כך שהמחיר האפקטיבי יהיה 90 ש"ח ליחידה. במצב דברים זה, המתחרה ייכנס לשוק רק לאחר שהלקוח כבר ירכוש 6 יחידות (במחיר לפני הנחה של 125 ש"ח, ולאחר הנחה של 90 ש"ח), ואולם בשביל לשכנע את הלקוח לרכוש ממנו את יתרת היחידות הוא יצטרך לא רק להציע מחיר נמוך מ-90 ש"ח (המחיר לאחר הנחה שדורש המונופול בעבור כל יחידה שתסופק בעתיד), אלא גם מחיר הכולל פיצוי בסכום ממוצע של 35 ש"ח ליחידה בגין אובדן ההנחה על עסקאות העבר (210 ש"ח המתחלקים על 6 עסקאות שנתרו). ואולם, מחיר זה (55 ש"ח ומטה) נמוך מעלות הייצור למתחרה (60 ש"ח), ועל כן אינו כדאי לו (וזאת למרות שהמתחרה יעיל בתקופת פעולתו כמו המונופול). משמעות הדבר היא שבזכות מדיניות ההנחות, יספק המונופול את כל המוצרים ללקוח (12 במספר), ובמחיר קרוב למחיר המונופוליסטי (90 ש"ח). זאת ועוד, ככל שלמתחרה עלויות כניסה לשוק, הוא לא ייכנס כלל לתחרות.

הערה: מבחינה תיאורטית, עומדת ללקוח בדוגמה לעיל אפשרות להימנע מתוצאה זו, אם יוותר מלכתחילה על רכישת המוצר בששת החודשים הראשונים. כך, משום שבדרך זו אומנם יפסיד 10 ש"ח לחודש במחצית הראשונה של השנה, הוא ההפרש בין שווי המוצר מבחינתו למחירו לאחר הנחה באותה עת (90-100, וסה"כ 60 ש"ח), אך יחסוך מעצמו הוצאה של 20 ש"ח לחודש במחצית השנייה של השנה, כתוצאה מכך שלא יהיה כבול בתקופה זו למונופול (70-90, וסה"כ 120 ש"ח). מצב דברים זה עדיף מבחינת הלקוח, משום שהוא מניב לו הכנסה של 180 (6*(100-70)) חלף הכנסה של 120 (-100) (90*12). עם זאת, ככל שמניחים שיש לקוחות רבים כמותו, ועל כן החלטתו של כל אחד מהם לבדה לא תשפיע על כדאיות כניסת המתחרה לשוק, הרי שקיימת במקרה זה בעיה של פעולה משותפת (שכן, אם המתחרה מעריך שהלקוחות, רובם ככולם, ירכשו מהמונופול במחצית הראשונה של השנה, הוא עלול שלא להיכנס כלל לשוק במחצית השנייה). התוצאה היא שנדרש תיאום בין הלקוחות (שספק אם הוא אפשרי) על מנת להתגבר על דילמת האסיר שיוצר המונופול במדיניות ההנחות שלו.

122. המסקנה העולה מן האמור היא כי כאשר הנחה ניתנת כמכלול באופן רטרואקטיבי, דהיינו ביחס למכלול עסקאות כמקשה אחת, הרי שבמנותק מהשאלה אם מדובר בהנחה מבוססת כמות או בהנחה מבוססת שיעור, קיים חשש להשפעה אנטי-תחרותית בשל כך שהיא, כשלעצמה, עלולה למנוע תחרות לגופו של עניין ביחס לעסקה הבודדת, ולחייב תחרות הכורכת יחדיו את מכלול העסקאות.

123. ברמה הכללית יותר, ההבחנה בה עסקינן נוגעת לשאלה אם ההנחה ניתנת בגין העסקה הבודדת או בגין קבוצה של עסקאות המתבצעות במסגרת זמן נתונה – לאמור, האם זו הנחה לעסקה או הנחה לתקופה. כאשר ההנחה ניתנת לעסקה הבודדת, הרי שהיא אינה יוצרת זיקה בין עסקאות שונות, ומאפשרת תחרות נפרדת ביחס לעסקה הבודדת. במילים אחרות, מתחריו של בעל המונופולין נדרשים להיות אטרקטיביים ביחס לעסקה מסוימת, ולא דווקא ביחס לעסקאות קודמות או עתידיות. במצב דברים זה, התחרות מתקיימת ביחס לכל עסקה ועסקה, באופן אופטימלי מבחינת הרווחה הכללית. לעומת זאת, כאשר ההנחה ניתנת כמכלול לקבוצת העסקאות המתבצעות במסגרת תקופת זמן נתונה, הרי שנוצרת זיקה בין העסקאות הללו, באופן שמתחריו של המונופול עלולים להידרש להתחרות עימו לא על בסיס העסקה הבודדת, אלא על בסיס מכלול העסקאות המבוצעות בתקופה הרלוונטית. תחרות מסוג זה, הכורכת קבוצה של עסקאות (ואפילו הן ביחס לאותו מוצר או שירות), מצמצמת את התחרות לה חשוף המונופול, ואינה רצויה. מכאן שהנחות לעסקה רצויות יותר מבחינה חברתית מהנחות לתקופה.

124. ודוק, לעיתים יימצא הסבר כלכלי המצדיק מבחינת בעל המונופולין שימוש בהנחות לתקופה. כך, למשל, מבחינת עלויות ההתנהלות מול הלקוחות, עשוי להיות יתרון תפעולי להענקת הנחות הכורכות בין כלל העסקאות הניתנות בתקופה מסוימת. הדרישה להתחשבנות תקופתית עשויה להיות גם רצויה מבחינה תפעולית לציבור הלקוחות. טוב ויפה. ואולם, ככל שמתארכת התקופה בה נכרכות העסקאות לכדי תחשיב הנחות אחד, וככל שגדל שיעור ההנחה התלוי בביצועים לאורך כל התקופה (להבדיל מהעסקה הבודדת), כך גם מתחזק החשש כי הטעם למדיניות ההנחות של בעל המונופולין הוא אנטי-תחרותי, ולא שיקולי התייעלות. לפיכך, בעוד שהענקת הנחות על בסיס חודשי או אפילו רבעוני אינה נראית פסולה על פניה, כריכת ההנחות בהיקף עסקאות שנתי ולמעלה מכך, היא עניין המעורר תהיות. בדומה, מדיניות הנחות המבוססת על יעדים לפי שיטת "הכל או לא כלום" מעוררת קושי גדול יותר מאשר שיטת תמחור הבנויה על הנחות בשיעור המשתנה באופן מדורג בהתאם להיקף הרכישות במהלך התקופה.

(4) תובנה רביעית – השלכות מאפייניו הייחודיים של השוק הישראלי

125. כמובהר, מקור ההשראה לעילה בה עסקינן, האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה, במשפט האיחוד האירופי, ומכאן שפסקת בתי המשפט של הקהילה האירופאית היא מקור השוואתי חשוב לפרשנותה (וראו פסקאות 73-74 לעיל). יחד עם זאת, כשם שנטילת עקרון תום הלב מהדין הגרמני אינה משמיעה לנו את המסקנה כי עלינו לפרש עקרון זה בהתאם לפרשנות שניתנה לו במשפט הגרמני (ראו: אהרן ברק "עצמאותה של הקודיפיקציה הישראלית החדשה: סיכונים וסיכויים" משפטים ז 15, 24-25 (1976); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 608-609 (מהדורה שנייה 2018)), כך גם בענייננו – אין עלינו חובה להיצמד לפרשנות שניתנה לעילה בה עסקינן במשפט האיחוד האירופי. זאת, לא רק מסיבות משפטיות ידועות (ובהקשר הזה, יש להדגיש את עצמאותה של שיטת המשפט הישראלית, אשר מקורותיה הרבים והמגוונים הם תולדה של התפתחות היסטורית ומאפיינים תרבותיים ייחודיים. ראו: אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" מבחר כתבים כרך א 41, 57-58, 68 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים 2000); ורד דשא מערכת המשפט בישראל 83-87 (2019)), אלא גם מסיבות מבניות וכלכליות הייחודיות להקשר בו עסקינן – דיני התחרות. אבהיר.

126. כללי התחרות של האיחוד האירופי נועדו מעת היווצרותם, ומיושמים בעולם המעשה, על מנת להגן על התחרות ועל הצרכנים במדינות האיחוד האירופי – וזאת

בראיית מבנהו הייחודי של האיחוד האירופי והמציאות הכלכלית המאפיינת את המתרחש בתחומיו. פשיטא כי מבנה זה אינו רלוונטי למדינת ישראל, וכך גם המציאות הכלכלית האמורה (ראו בהקשר זה, למשל, את הביקורת על אימוצם של "פטורי הסוג" ממשפט האיחוד האירופי לדיני התחרות הישראליים: מאהר דבאח "בדרך לרפורמה - סוגיות בדיני ההגבלים העסקיים מה אפשר ללמוד מן הרפורמה בדיני התחרות באיחוד האירופי?" המשפט יג 95, 101 (2008); MAHER M. DABBAH, COMPETITION LAW AND POLICY IN THE MIDDLE EAST, 73-74 (2007)). היבט אחד של הבחנה זו, אשר הרלוונטיות שלו בהקשר הנוכחי היא פחותה, הוא המשקל הרב שניתן במסגרת דיני האיחוד האירופי למעבר החופשי של סחורות ושירותים בין המדינות החברות, עניין שאין לו מקבילה בדין הישראלי (השוו נילי כהן "תחרות מסחרית וחופש עיסוק" עיוני משפט יט 353, 365-367 (1995); עופר גרוסקופף הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשויית עושר ולא במשפט 275 ה"ש 210 (2002)). היבט אחר, אשר הינו רב חשיבות בתחום בו עסקינן, הוא ששוק האיחוד האירופי הוא שוק ענק, הכולל 27 מדינות המשתרעות על כ-4.2 מיליון קמ"ר ואשר בהן חיים כ-450 מיליון בני אדם, בעוד שמדינת ישראל היא שוק קטן, המורכב ממדינה מבודדת אחת המשתרעת על כ-22,000 קמ"ר (כ-0.5% משטח האיחוד האירופי) ואשר מצויים בה כיום כ-10 מיליון תושבים (כ-2.2% מאוכלוסיית האיחוד האירופי). לפיכך, החשש מכוח השוק המרוכז בידי מונופולים, הן בשל היכולת המוגברת לעשות בו שימוש לצורך פגיעה בתחרות, והן בשל החשש לפגיעה בלתי הוגנת בציבור הצרכנים, הוא מוחשי ומובהק הרבה יותר בשוק הישראלי מאשר בשוק האיחוד האירופי (עניין גפניאל, פסקה 40; יגור, בעמ' 114-118. כן ראו גם עניין צדוק, פסקה 21). ודוק, ככל שפרקטיקה מסוימת איננה פסולה כלל, דהיינו, בהקשר בו עסקינן, אינה מהווה ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה (קרי, לא מתקיים לגביה היסוד השני), פשיטא כי אין לראות בה הפרה של דיני התחרות, וזאת בין אם השוק בו היא מופעלת הוא קטן ובין אם הוא שוק גדול. לעומת זאת, לצורך הערכת פוטנציאל הפגיעה בתחרות או בצרכנים של פרקטיקה פסולה נדונה (דהיינו, לעניין היסוד השלישי) גודלו של השוק בו מדובר הוא קריטי. כך, למשל, היכולת להפיק בטווח הארוך רווח מדחיקת מתחרה עשויה להיות מוגבלת בשוק ענק, בו יש להניח כי רמת רווחיות גבוהה תמשוך מתחרים חדשים. לעומת זאת, בשוק קטן ומבודד, המאופיין בחסמי כניסה גבוהים ובהיקף פעילות מצומצם, יכולת זו עשויה להיות משמעותית הרבה יותר (לדיון נרחב בהחלת דיני ההגבלים העסקיים בשווקים קטנים ראו MICHAL S. GAL, COMPETITION POLICY FOR SMALL MARKET ECONOMIES (2003). להלן: GAL).

127. לאור האמור, בהינתן מאפייניו של השוק הישראלי, הפוטנציאל כי הפעלת פרקטיקה פסולה על ידי בעל מונופולין תביא לפגיעה בתחרות או בציבור הלקוחות הוא גבוה, ועל כן הוכחה לכאורית של יסוד העלילות אינה מצריכה, לרוב, תשתית ראייתית מורכבת או ניתוחים כלכליים מעמיקים. כך, מהטעם שבשוק לא גדול ומבודד כשוק הישראלי יש הסתברות גבוהה כי שימוש בפרקטיקה פסולה על ידי בעל מונופולין אכן תקנה לו יתרון אנטי-תחרותי או אנטי-צרכני (וראו, GAL, בעמ' 74-75, 93-94 ו-254). חשש זה מתחזק, באותם מצבים בהם מוכח כי לא רק שנעשה שימוש בפרקטיקה פסולה, אלא שנעשה בה שימוש מודע מתוך מטרה להביא לפגיעה בתחרות או בציבור (והשוו עניין **Michelin** השני, הנזכר בפסקה 78 לעיל). במקרה זה, בו חוברים מאפייניו הייחודיים של השוק הישראלי, עם הערכותיו המושכלות של בעל המונופולין, האפשרות לטעון כי בכל זאת, מלכתחילה, לא היה פוטנציאל ממשי של פגיעה משמעותית בתחרות או בציבור היא מצומצמת, ומחייבת הבאת ראיות מבוססות ומשכנעות מטעם בעל המונופולין.

(5) תובנה חמישית – מקומו של מבחן המתחרה היעיל בדין הישראלי

128. מבחן המתחרה היעיל (as-efficient-competitor test) מציב את השאלה האם מתחרה יעיל באותה מידה כמו בעל המונופולין יכול היה להתחרות במדיניות ההנחות בה עושה בעל המונופולין שימוש ועדיין להיוותר רווחי. לשון אחרת, המבחן בודק האם מדיניות ההנחות מבטיחה את ניצחון בעל המונופולין על מתחריו לא בגין יעילותו, אלא מטעמים אחרים – כגון, יכולתו לספוג הפסדים בטווח הקצר או יתרון לא תפעולי אחר שמדיניות ההנחות מביאה לידי ביטוי (כגון, תלות הצרכן במונופול בשווקים אחרים).

129. מבחן המתחרה היעיל שימש בתחילה כמבחן עזר עבור נציבות התחרות באיחוד האירופי באכיפתה את העילה של ניצול מעמד לרעה על ידי בעל מונופולין, וזאת במטרה לאתר את אותם מצבים בהם הצורך בהפעלת העילה הוא מובהק (וראו הנחיות הנציבות, הנזכרות בפסקה 81 לעיל). במהלך הזמן, וכחלק מבחינת החלטתה של הנציבות והשיקולים העומדים בבסיסה, ניכרת מגמה של הרחבת השימוש במבחן זה בפסיקה העדכנית של בית הדין האירופי לצדק (במיוחד בעניין **Intel**. ראו פסקה 84 לעיל), תוך הפיכתו לכלי עזר חשוב גם בידי בית המשפט בבואו לסנן בין מצבים המצדיקים את הפעלת העילה לבין מצבים בהם ראוי לדרוחה.

130. הצבת מבחן המתחרה היעיל כמבחן עזר שיפוטי (להבדיל מרגולטורי) לצורך הפעלת העילה של ניצול מעמד לרעה בכלל, ולצורך הפעלת העילה הכללית שבסעיף 29א(א) לחוק בפרט, מעוררת את השאלה במסגרת איזה יסוד בעילת התביעה יש להיעזר בו – על מנת לקבוע האם נעשה שימוש בפרקטיקה פסולה (כלומר כחלק מהיסוד השני) או על מנת לבחון האם לפרקטיקה השפעה משמעותית על התחרות או על טובת הציבור (כלומר חלק מהיסוד השלישי). ספק אם יש לכך תשובה חדה, ועל כן אתייחס לשתי החלופות.

131. ככל שמבחן המתחרה היעיל משמש על מנת לענות על השאלה האם נעשה שימוש בפרקטיקה פסולה על ידי בעל המונופולין, הרי שמדובר במבחן לחומרה, המבקש ללמד על מצבים בהם לא יכול להיות ספק שמדיניות ההנחות בה עושה בעל המונופולין שימוש אינה תחרות לגופו של עניין. וזו דרכו של המבחן לפי פרשנות זו: ממה נפשך – אם גם מתחרה יעיל באותה מידה לא היה יכול להתחרות בתנאים אלה, פשיטא כי מדיניות ההנחות בה נוקט בעל המונופולין מקנה לו יתרון בלתי הוגן, שאינו נובע מייעילותו, אלא משיקולים אחרים. ואולם, מכלל ההן (דהיינו, אי עמידה במבחן המתחרה היעיל מלמדת על כך שבעל המונופולין משתמש בפרקטיקה פסולה) לא מתחייב הלאו (קרי, שעמידה במבחן המתחרה היעיל מלמדת שהפרקטיקה בה פועל בעל המונופולין אינה פסולה). אבהיר ואדגים.

132. נניח כי מונופול עושה שימוש בפרקטיקה שמתחרה יעיל באותה מידה מסוגל להתחרות נגדה, ואולם הוא עושה זאת כנגד מתחרה פחות יעיל, וכתוצאה מכך מצליח להוציא אותו מהשוק. האם העובדה שמתחרה יעיל לא היה מסולק מהשוק מלמדת שהפרקטיקה בה נקט המונופול היא תחרות לגופו של עניין? אינני סבור כך. טלו, למשל, את מצב הדברים בו קיימת מגבלה על יכולת הייצור של המתחרה, כגון ביחס לכמות המרבית שבאפשרותו לייצר או התקופה בה הוא יכול לפעול (והשוו לדוגמה בפסקה 121 לעיל). האם עובדה זו מצדיקה לאפשר למונופול לנקוט במדיניות הנחות הקושרת בין תחום הייצור שבתחרות לתחום הייצור שאינו בתחרות? הניחו עתה שלמתחרה, בחלק מתחום הייצור, עלויות תפעוליות גבוהות מאלה של המונופול. האם משמעות הדבר שבשוק בו יש עלויות כניסה משמעותיות, מותר למונופול להעניק בטווח הקצר הנחות המיועדות להוציא את המתחרה כליל מהשוק, מתוך מטרה ליהנות מהיעדר תחרות בטווח הארוך? הניחו למשל מצב בו המונופול נהנה מיתרון תפעולי מול המתחרה בכל הקשור למכירה באזור המרכז, אך אין לו כל יתרון תפעולי במכירה לאזורי הצפון והדרום. יצירת מדיניות הנחות המשקפת את היתרון האמור ביחס למחיר הנגבה מלקוחות באזור המרכז

היא בוודאי לגיטימית. לעומת זאת, יצירת מדיניות הנחות גורפת בכל הארץ, המנצלת את היתרון התפעולי על מנת להדיר את המתחרה כליל, דהיינו לא רק מאזור המרכז, אלא גם מאזורי הדרום והצפון אינה לגיטימית. כך, למרות שלא מדובר במתחרה יעיל באותה מידה.

133. וזאת יש לזכור, תכלית דיני התחרות אינה הגנה על המתחרה – בין אם הוא יעיל באותה מידה ובין אם לאו; תכלית דיני התחרות היא להגן על התחרות ועל הצרכנים (ראו פסקה 49 לעיל). על כן, ככל שמדיניות ההנחות מדירה מהשוק מתחרה שיכול היה לשמש רסן אפקטיבי לבעל המונופולין, ואף אם אין הוא מתחרה יעיל באותה מידה כמו בעל המונופולין, היא עלולה להיות בעייתית בראיית דיני התחרות.

134. עוד יודגש כי העובדה שהמונופול יכול היה לאמץ מדיניות הנחות לגיטימית, המשקפת יתרון תפעולי כזה או אחר מול מתחריו, אין משמעה כי די בקיומו של יתרון תפעולי על מנת להצדיק כל מדיניות הנחות שיאמץ המונופול. במילים אחרות, גם אם נניח כי למונופול הייתה דרך לגיטימית לגבור על מתחריו, באופן כללי או חלקי, הרי שאין בכך כדי להצדיק העלמת עין מהתנהלות פסולה, המשיגה תוצאה דומה. כשם שמתן שוחד על ידי המשחד אינו מפסיק להיות עבירה רק בשל האפשרות שיתכן כי המשוחד היה פועל כמבוקש גם אלמלא השוחד; כך גם ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה אינו פוסק להוות פרקטיקה פסולה, רק משום שהמונופול יכול היה לנצח בתחרות גם לו התחרה בדרכים לגיטימיות (השוו: סעיפים 293(7) ו-294(ד)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977; ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, 505 (1997); ע"פ 1877/99 מדינת ישראל נ' בן עטר, פ"ד נג(4) 695, 703-710 (1999); ע"פ 5669/14 לופוליאנסקי נ' מדינת ישראל, פסקה 98 לפסק דינו של השופט עוזי פוגלמן (29.12.2015)).

135. חלופה אחרת היא שמבחן המתחרה היעיל משמש על מנת לאתר מצבים בהם גם אם הפרקטיקה בה נקט המונופול היא פסולה, אין בה פוטנציאל לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור בנסיבות המקרה הקונקרטי (דהיינו, לא מתקיים היסוד השלישי – יסוד העלילות). על פי חלופה זו, כאשר מבחן המתחרה היעיל מתקיים, הרי שמשמעות הדבר היא שקיימת אפשרות סבירה כי המונופול היה נהנה מאותו מעמד בשוק גם ללא הפרקטיקה בה עשה שימוש, וממילא אף אם נמצא פסול בפרקטיקה עצמה, ונראה בה משום ניצול מעמד לרעה, לא היה בשימוש בה בנסיבות המקרה כדי להביא לתוצאה אותה החוק מנסה למנוע, דהיינו לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור. הניחו, למשל, מצב בו מונופול קובע הנחת נאמנות לתקופה משמעותית במטרה למנוע כניסה לשוק של

מתחרה בלתי יעיל. על פי הטענה במשמעות אותה אנו בוחנים, התנהלות זו לא גרמה לפגיעה בתחרות או בציבור, שהרי מתחרה זה ממילא היה כושל, בשל נחיתתו התפעולית, ולפיכך הדרתו מהשוק לא פגעה לא בתחרות ולא בציבור.

136. אפס, טיעון זה אינו יכול להתקבל, בוודאי שלא בשוק הישראלי. הוא מתעלם בראש ובראשונה מהמבחן המשפטי, לפיו הדרישה אינה להוכחת פגיעה בפועל בתחרות או בציבור, אלא רק לקיומה של אפשרות ממשית לפגיעה שכזו (מבחן העלילות). ההנחה כי מתחרה שאינו יעיל באותה מידה לא היה יכול להשפיע, הלכה למעשה, על תנאי התחרות בשוק, או להועיל לציבור הצרכנים, היא בגדר הנחת המבוקש. ברם, מתחרה שכזה עשוי לגדור את היכולת של המונופול להעלות מחירים, ולתרום, גם אם באופן חלקי, להורדת רמת המחירים בשוק (והשוו לעמדת בית המשפט האירופי לצדק בעניין **Post Danmark**, הנזכר בפסקה 83 לעיל). לפיכך, ככל שהדרתו מהשוק בוצעה בעקבות פרקטיקה פסולה, אין לומר כי הדבר היה תוצאה יחידה ובלתי נמנעת של פערי היעילות בין המונופול לבין המתחרה הבלתי יעיל באותה מידה. זאת ועוד, בשוק הישראלי, בהינתן מאפייניו הייחודיים כפי שפורטו לעיל, יש מקום להניח, כפי שצוין לעיל, כי פרקטיקה מדירה שתכליתה פגיעה בתחרות עשויה להשיג את מטרתה (ראו פסקה 127 לעיל). בהינתן הנחת מוצא זו, אינני סבור כי ניתן לקבוע כלל לפיו עצם העובדה שהמתחרה אינו יעיל באותה מידה כמו המונופול, מחייבת את המסקנה כי השימוש בפרקטיקה הפסולה היה מיותר וחסר תוחלת, שכן כוחות השוק היו בוודאות עושים את חלקם. כך, מקל וחומר, באותם מצבים בהם המונופול עושה בפרקטיקה הפסולה שימוש בכוונת מכוון על מנת להדיר מתחרים.

137. המסקנה מהאמור היא שאומנם אין לשלול את השימוש במבחן המתחרה היעיל כמבחן עזר, אשר עיקר תועלתו היא לשכנע כי במקרים בהם הוא אינו מתקיים נעשה שימוש מובהק בפרקטיקה פסולה המהווה ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה. יחד עם זאת, מבחן זה בוודאי אינו חזות הכל, ואין מניעה להשתכנע כי פרקטיקה היא פסולה גם אם לא הייתה חוסמת מתחרה יעיל באותה מידה. זאת ועוד, במיוחד בשוק הישראלי, לא ניתן להסיק מכך שמתחרה יעיל באותה מידה יכול היה להתמודד עם מדיניות ההנחות שהנהיג המונופול, כי הוצאת מתחרה שאינו יכול להתמודד עימה מהשוק אינה עלולה לפגוע בתחרות.

138. על רקע המסקנות והתובנות האמורות, נעבור לבחון האם במקרה שלפנינו יש לראות במדיניות ההנחות שאימץ נמל אשדוד משום הפרה של האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה הקבוע בסעיף 29א(א) לחוק התחרות.

האם הופר האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה במקרה דנן?

139. כאמור, שלושה הם התנאים להחלת האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה: (א) קיום בעל מונופולין; (ב) עשיית שימוש על ידו בפרקטיקה המהווה ניצול מעמד לרעה; (3) לפרקטיקה הפסולה יש פוטנציאל לפגוע בצורה משמעותית בתחרות או בצרכנים. נבחן את התקיימות התנאים הללו בענייננו כסדרם.

(1) קיום בעל מונופולין

140. במקרה דנן אין עוד מחלוקת כי נמל אשדוד הוא בעל מונופולין בשוק פריקת הרכבים המיובאים מאירופה ומארה"ב לישראל בכל אחד משלושת קווי הספנות, דהיינו בקו אירומד, בקו נפטון ובקו האדריאטי, כאשר כל אחד מהקווים הללו נחשב לשוק נפרד לצורך הניתוח התחרותי (ראו פסקה 17 לעיל). לפיכך, המחלוקת אותה עלינו לברר מתמקדת בשני היסודות האחרים: האם הפרקטיקה של מתן ההנחות בה עשה נמל אשדוד שימוש בשנים 2010-2014 מהווה ניצול מעמד לרעה על ידי בעל מונופולין; והאם השימוש בפרקטיקה זו עלול היה להביא לפגיעה משמעותית בתחרות או בצרכנים.

(2) ניצול מעמד לרעה

141. בית הדין לתחרות קבע מספר קביעות עובדתיות ביחס למדיניות ההנחות של נמל אשדוד. לא ראיתי מקום להתערב בקביעות אלה הנטועות היטב בראיות שהוצגו לפני בית הדין לתחרות, והן ישמשו בסיס לבחינת השאלה האם הפרקטיקה בה נהג נמל אשדוד מהווה ניצול מעמד לרעה. נחזור על המרכזיות שבקביעות אלה:

- היעדים הכמותיים שנקבעו לכל יבואן היוו תנאי מחייב לצורך קבלת ההנחות ונמל אשדוד פעל לאכיפתם, למעט במקרים שבהם הירידה בהיקף הפריקה לא נבעה מהסטת הרכבים לנמל חיפה (פסקאות 143-162 לפסק הדין).

- היעדים לקביעת הזכאות להנחות נתפרו לכל יבואן באופן פרטני, בהתאם לשיעור היבוא הצפוי, ובשים לב להיקף היבוא בשנים קודמות, ובמרבית המקרים ענו על מלוא דרישותיהם של היבואנים (פסקאות 196, 209-213, 216-217 לפסק הדין).
- ביחס ליבואנים שבאפשרותם להביא להסטת קווי הספנות לעבר נמל חיפה, נקבעו יעדים משמעותיים (פסקאות 216-217 לפסק הדין; וראו גם את המקרה ההפוך בפסקה 218 לפסק הדין).
- משך התקופה שביחס אליה נקבעה הזכאות עמד על פרק זמן של שנה וביחס לשלושת הקווים גם יחד (פסקאות 144 ו-211 לפסק הדין).
- מעת עמידתו של היבואן ביעד שנקבע לו, ההנחה ניתנה לו מהרכב הראשון (פסקה 226 לפסק הדין); ומכלל ההן נלמד הלאו – יבואן שלא עמד ביעד לא היה זכאי כלל להנחות. במילים אחרות, המדובר בשיטת "הכל או לא כלום".
- בעוד ההנחות ניתנו באופן שוטף, הזכאות התגבשה באופן רטרואקטיבי, כך שבמשך כל אותה תקופה עד לעמידה ביעד, ריחף החשש כי היבואנים יאלצו להשיב את כל ההנחות אם לא יצליחו לעמוד ביעד שנקבע להם (פסקאות 196, 226-232 לפסק הדין).
- מסמכים פנימיים של נמל אשדוד מעידים כי תכליתה של שיטת ההנחות הייתה למנוע הסטת רכבים לנמל חיפה (פסקאות 203-207 לפסק הדין).
- לשיטת ההנחות של נמל אשדוד הייתה השפעה משמעותית על שהתרחש בקו האדריאטי, שהוא השוק היחידי שהיה בפועל פתוח לתחרות. כך, מפני שהיא חייבה את נמל חיפה לבחור בין שתי אפשרויות לא אטרקטיביות מבחינתו: הראשונה, להתחרות מלכתחילה רק על הנתח הקטן של השוק האדריאטי שנותר משוחרר לתחרות; השנייה, להעניק הנחות שיפצו את היבואנים על אובדן ההנחות שהבטיח נמל אשדוד ביחס לשלושת הקווים, ועניין זה היה הפסדי אם נתח הפעילות של נמל חיפה בקו האדריאטי לא

עלה בממוצע על 39% מהיקף הפעילות בקו זה (פסקאות 239-248, 255-251 לפסק הדין).

- נמל אשדוד הציב דרישה לשמירה על סודיות היעדים וההסכמים בינו לבין היבואנים באופן שהקשה על נמל חיפה להתחרות (פסקאות 238-239 לפסק הדין).

142. כעולה מקביעות אלה, ההנחות אותן נתן נמל אשדוד ביחס לשירותי הפריקה והאחסנה נקבעו על פי יעדים שנתיים ליבואן, אשר התייחסו לכלל הרכבים אותם פרק בנמל אשדוד בשלושת הקווים במהלך השנה, ואשר בהתאם להם נקבעה הזכאות להנחות בתום השנה (קרי, בדיעבד). משמע, התנהלות זו כוללת שלושה מאפיינים שונים, אשר הצטברותם במקרה דנן מחייבת את המסקנה כי המדובר במדיניות מתן הנחות פסולה, שאינה בגדר תחרות לגופו של עניין. ואלה שלושת המאפיינים האמורים:

ראשית, ההנחות יצרו קשירה (tying) בין שלושה שווקים שונים שבכל אחד מהם נמל אשדוד נהנה ממעמד של בעל מונופולין, באופן שהכביד בצורה בלתי הוגנת על האפשרות להתחרות בו באחד הקווים שהיה פתוח לכאורה לתחרות (הקו האדריאטי). להלן יכונה מאפיין זה של מדיניות ההנחות – מאפיין הקשירה בין שווקים.

שנית, מדיניות ההנחות בה מדובר היא כזו המבוססת על שיעור ולא על כמות, דהיינו על אחוז הפעילות שהיבואן הפנה לנמל אשדוד, ולא על הכמות האבסולוטית של הרכבים שפרק בנמל אשדוד. להלן יכונה מאפיין זה של מדיניות ההנחות – מאפיין ההנחה מבוססת השיעור.

שלישית, ההנחות שניתנו על ידי נמל אשדוד נקבעו על בסיס שנתי, כאשר ההנחות ניתנו אומנם באופן שוטף, ואולם הזכאות להן קמה באופן רטרואקטיבי בתום השנה, בשיטת "הכל או לא כלום". שיטת הנחות זו לא רק מקימה חזקה שמדובר בהנחה מבוססת שיעור, אלא גם יוצרת בפני עצמה חשש לדחיקת מתחרים בשל "אפקט היניקה". להלן יכונה מאפיין זה של מדיניות ההנחות – מאפיין התחשיב השנתי.

ארחיב עתה בהתייחסות לכל אחד מהמאפיינים האמורים.

143. מדיניות ההנחות שהנהיג נמל אשדוד הייתה מבוססת על עמידה ביעד שנתי כולל שהוגדר לכל יבואן. לצורך עמידה ביעד זה, נבחן המספר הכולל של הרכבים שנפרקו בעבור היבואן בנמל אשדוד, וזאת ללא הפרדה בין שלושת קווי הספנות השונים. בדרך זו, יצר נמל אשדוד קשירה בין שלושה שווקים שונים, ואשר ביחס לכל אחד מהם הוא נהנה ממעמד של מונופול, באופן שמתן הנחות על ידו בשוק אחד, היה מותנה בהיקף הפעילות שהופנה אליו בשני השווקים האחרים; וכך רתם נמל אשדוד לטובתו את המונופול ממנו נהנה בכל אחד מהשווקים לצורך ביסוס ושימור מעמדו המונופוליסטי בשווקים האחרים. המשמעות הכלכלית של מדיניות הנחות מסוג זה היא שגורם שהיה מעוניין להתחרות בנמל אשדוד (בענייננו, נמל חיפה) לא יכול היה להתחרות בו באופן אפקטיבי רק על בסיס מדיניות ההנחות באחד השווקים, אלא היה צריך להתחרות עמו בכל השווקים יחדיו, ולחלופין להציע ליבואנים הנחות המפצות אותם בגין הסיכון לאובדן הנחות גם בשווקים האחרים (וזאת למעט אותם יבואנים שבשל מאפייני פעילותם, ממילא פעלו רק בקו בו ביקש נמל חיפה להתחרות בנמל אשדוד). בלשון פשוטה, נמל אשדוד יצר מציאות בה התחרות על פעילותו של יבואן העושה שימוש בשניים או יותר מקווי הספנות, הפכה מתחרות ביחס לפעילות היבואן באחד הקווים, לתחרות ביחס לכלל פעילותו של היבואן. פשיטא כי בכך יש הכבדה ניכרת על פעילות המתחרים, וזאת תוך קשירת ההיקף והיעילות של השירותים שהם יכולים להציע ביחס לקו האחד, להיקף והיעילות של השירותים שהם יכולים להציע ביחס לקווים האחרים.

144. את האפקט המדיר של מאפיין הקשירה בין השווקים נקל לראות אם מביאים בחשבון את הנתון, לפיו נמל חיפה יכול היה בתקופה הרלוונטית להתחרות ביחס לרכבים המיובאים בקו האדריאטי בלבד. נניח, לצורך המחשה, כי יבואן פלוני מייבא בכל אחד משלושת קווי הספנות 1,000 רכבים בשנה, וכי נמל אשדוד מציע לו עסקה לפיה אם ייבא 3,000 רכבים לנמל אשדוד יזכה בהנחה של 30% על כל הרכבים, אך אם לא יעמוד ביעד זה ישלם מחיר מלא. במקרה זה, נדרש נמל חיפה, על מנת להתחרות בקו האדריאטי, להציע ליבואן הנחה שתביא בחשבון את הפסד ההנחות בשלושת קווי הספנות, דהיינו עליו להציע ביחס ל-1,000 הרכבים ביחס אליהם יש תחרות הנחה של 90% (!). גם אם נניח כי מבחינת יעילות, שני הנמלים יכולים להציע את אותו שיעור הנחות (נניח 50%), ברור וגלוי כי נמל חיפה לא יוכל להתחרות בתנאים אלה על פעילותו של יבואן פלוני.

145. יצירת קשירה בין שווקים מהווה, אם כך, בהיעדר הסבר כלכלי להצדקתה, אמצעי לקידום תכלית החורגת לתחרות ביחס למוצר (או השירות) מושא ההנחה (ראו פסקה 111 לעיל). על פי ממצאי הממונה ובית הדין לתחרות, לא הייתה לנמל אשדוד כל סיבה לגיטימית לקשור בין ההנחות שניתנו ליבואן ביחס לקו אירומד ולקו נפטון (בהם הוא לא היה חשוף לתחרות ממשית מנמל חיפה בתקופה הרלוונטית), לבין היקף הפעילות המוזרמת אליו מאותו יבואן ביחס לקו האדריאטי (בו היה חשוף לתחרות). דומה איפוא כי הטעם המסתבר למדיניות כזו הוא הרצון למנף את הבלעדיות בקווים הללו לטובת הגדלת נתח השוק בקו החשוף לתחרות (וכך כאמור עלה ממסמכים פנימיים של נמל אשדוד). על כן, ובהיעדר הסבר אחר לעניין זה, ייתכן מאד כי ניתן היה להסתפק במאפיין זה לבדו על מנת ללמוד על כך שמדיניות ההנחות של נמל אשדוד עומדת ביסוד השני שבסעיף 29א(א) לחוק, דהיינו שהיא מהווה ניצול מעמד לרעה.

(ב) מאפיין ההנחה מבוססת שיעור

146. לעיל, עמדתי על כך כי הנחות המבוססות על שיעור הפעילות המופנה על ידי הלקוח לבעל המונופולין, ולא על הכמות האבסולוטית של מוצרים או שירותים הנרכשים על ידו, היא מדיניות החשודה כניצול מעמד לרעה, מאחר שעל פני הדברים אין לה הצדקה מבחינת מבנה העלויות של המונופול (ראו פסקה 116 לעיל). במקרה דנן, במנותק ממאפיין הקשירה בין השווקים (דהיינו, גם אם נניח כי היעדים היו נקבעים ונבחנים באופן נפרד לקו האדריאטי, או שעסקינן ביבואן שפעל מלכתחילה רק בקו זה), הרי שההנחות נקבעו לפי יעדים שהוגדרו לכל יבואן בנפרד, בכדי למקסם את שיעור הפעילות שהוא מפנה לנמל אשדוד, ולא על בסיס היקף הפעילות האבסולוטי שלו. עובדה זו, דהיינו שמדובר בהנחות שיעור ולא בהנחות כמות, נלמדת ממספר אינדיקציות משכנעות: ראשית, הודאת אנשי נמל אשדוד כי קבעו את היעדים במטרה להביא להפניית פעילות היבואן, כולה או רובה, אליהם (ראו פסקאות 203-207 לפסק הדין); שנית, ההנחות נקבעו באופן פרטני ורטוראקטיבי, באופן היוצר חזקה כי מדובר בהנחות מבוססות שיעור (ראו פסקה 118 לעיל), ואילו נמל אשדוד לא הציג כל ראיות הסותרות חזקה זו. שלישית, עיון בנתונים מלמד כי היעדים, לפחות ביחס לחלק מהיבואנים, נקבעו באופן התואם את היקף פעילותם בשנה הקודמת והצפי שמסרו להיקף פעילותם בשנה הקרובה (ראו הנלמד מהטבלה המובאת בסעיף 1.4 לחוות הדעת המתוקנת של פרופ' עדי אייל מיום 10.5.2018 שהובאה מטעמם של נמל אשדוד ונושאי המשרה (להלן: פרופ' אייל ו-ניתוח אייל, בהתאמה). כך, למשל, בנוגע ליבואן שפרק את מספר הרכבים הגדול ביותר בנמל אשדוד, ניתן לראות כי יעד הפריקה משנת 2011, אשר עמד על 15,000 רכבים, עודכן בשנה העוקבת ל-28,000, וזאת לאחר שאותו יבואן פרק בפועל 28,832

רכבים בשנת 2011 – מספר הגבוה בכ-13,000 מיעד הפריקה של אותה השנה. הדבר נכון גם ביחס ליבואנים קטנים יותר, כאשר עבור אחד היבואנים יעד הפריקה משנת 2012, אשר עמד על 4,000 רכבים, עודכן בשנה העוקבת ל-9,000, וזאת לאחר שאותו יבואן פרק בפועל 8,116 רכבים בשנת 2012 – מספר הגבוה בכ-4,000 מיעד הפריקה של אותה השנה. עוד ראו פסקאות 209-212 לפסק הדין, ובפרט ההפניות לחקירתו של סמנכ"ל הלקוחות). רביעית, הנכונות לוותר על העמידה ביעד, ככל שיתברר כי היא אינה נובעת מהסטת פעילות לנמל חיפה, אף היא מלמדת כי לא הכמות האבסולוטית עמדה לנגד עיני נמל אשדוד, אלא שיעור הפעילות שנפל בחלקו.

147. בחירתו של בעל מונופולין להעניק הנחות שיעור מעבירה אליו את הנטל להסביר מדוע, בנסיבות עניינו, הייתה הצדקה לגיטימית לכך, דהיינו לשכנע כי בנסיבות המקרה אין מדובר בפרקטיקה העולה לכדי ניצול מעמד לרעה. נמל אשדוד לא עמד בנטל זה. זאת, שכן לא הוצג לפנינו כל הסבר מניח את הדעת המלמד כי הייתה לנמל אשדוד סיבה כלכלית להעניק לשני יבואנים שייבאו את אותו מספר רכבים הנחות בהיקפים שונים, רק מהטעם שהאחד הפנה את כל פעילותו לנמל אשדוד, והאחר לא עשה כן. במצב דברים זה, גם מאפיין ההנחה מבוססת השיעור תומך בסיווג מדיניות ההנחות כניצול מעמד לרעה.

(ג) מאפיין התחשיב השנתי

148. על פי ממצאי הממונה ובית הדין לתחרות, ההנחות שנתן נמל אשדוד בשנים 2010-2014 נקבעו באופן פרטני לכל יבואן, והזכאות להן נקבעה באופן רטרואקטיבי בתום השנה, החל מהרכב הראשון שיובא לנמל אשדוד באותה שנה (וזאת, כאמור, ללא הבחנה בין שלושת קווי הספנות). כפי שכבר צוין, ממצאים אלה הם בעלי משמעות לצורך הקביעה כי המדובר בהנחות שיעור (ולא בהנחות כמות). בנוסף לכך, כפי שהובהר בפסקאות 120-121 לעיל, השימוש במדיניות הנחות על בסיס תחשיב תקופתי יוצר חשש ל"אפקט יניקה" במהלך התקופה אליה מתייחס היעד (שנה במקרה דנן), דהיינו לכך שיבואן שהחל לעבוד עם נמל אשדוד בשנה נתונה יהיה קשור לנמל אשדוד במשך כל השנה (ולמצער בחלק לא מבוטל ממנה), בשל מבנה ההנחות, באופן שגם אם נמל חיפה יבקש להתחרות עם נמל אשדוד ביחס להזמנות חדשות, הוא יימצא בעמדת נחיתות, ולא משיקולים הנוגעים ליעילות היחסית שלו. במילים אחרות, מבנה הנחות זה יוצר קשירה (tying) בין עסקאות יבוא שונות לאורך השנה, באופן המונע תחרות לגופה של כל עסקה

– דהיינו, במקום להתחרות על השולי – כל הפלגה בנפרד, מחייב מבנה ההנחות תחרות על המכלול – כלל ההפלגות בשנה נתונה.

149. יצירת הקישור בין כלל ההפלגות במהלך השנה, לא כל שכן כל ההפלגות בשלושת קווי הספנות יחד, יוצרת אפקט אנטי-תחרותי מובהק. כפי שציין הממונה (ראו פסקה 11 לעיל, וכן בעמ' 13-14 להכרזתו מיום 21.12.2015), אפקט זה מוגבר כשמדובר בהנחות אשר הזכאות להן נקבעת כמכלול באופן רטרואקטיבי בסוף התקופה, בשל אי הוודאות הקיימת בתחילת השנה ובמהלכה בדבר היקף הרכבים שייבא היבואן עד לתום השנה, כך שיבואן יעדיף לרכז את ההזמנות בתקופה זו אצל נמל אשדוד, על מנת להגביר את הסיכוי לעמידה ביעד השנתי. כתוצאה מכך, היכולת של נמל חיפה להתחרות בנמל אשדוד מוגבלת לקבוצה מסוימת של מצבים – יבואנים אשר במהלך השנה מתברר להם שיעמדו ביעד שנקבע להם, ויכולים משלב זה ואילך לבחור בין המתחרים על פי ההנחה הפרטנית המוצעת לכל משלוח רכבים, מבלי ש"אפקט היניקה" משפיע על החלטתם.

150. מאפיין התחשיב השנתי של ההנחות שנתן נמל אשדוד ליבואנים יוצר, אם כך, אפקט אנטי-תחרותי נוסף, הנובע מהקשירה של עסקאות שונות המשתרעות על פני תקופה ארוכה יחסית (שנה), והכפפתן לאיום של "הכל או לא כלום", באופן המחזק את ההשפעות האנטי-תחרותיות הנובעות משני המאפיינים הקודמים שנבחנו: הקשירה בין שלושת קווי הספנות והיות ההנחות מבוססות שיעור (ולא כמות). המערערים לא סיפקו כל הצדקה לגיטימית למבנה הנחות זה – כגון טיעון כלכלי לפיו מבנה הנחות שנתי איפשר התייעלות בהתנהלות נמל אשדוד. במצב דברים זה, אין לנו אלא לקבוע שגם מאפיין זה תומך בקביעה שמדיניות ההנחות של נמל אשדוד בתקופה הרלוונטית היוותה ניצול מעמד לרעה.

(ד) טענות המערערים בעניין פסלות הפרקטיקה

151. המערערים העלו מספר טיעונים, שניתן לראות בהם ככפירה בכך שמדיניות ההנחות בה נקטו היוותה פרקטיקה העולה לכדי ניצול מעמד לרעה. אדרש בשלב זה לבחינתן של טענות אלה.

152. טענה מרכזית שהעלו המערערים היא שמדיניות ההנחות שהנהיג נמל אשדוד לא הייתה יכולה להרתיע מתחרה יעיל באותה מידה, וכי ככל שהעניקה לו יתרון ביחס לנמל חיפה, היה זה בזכות עדיפות תפעולית ממנה נהנה נמל אשדוד, ולפיכך אין מדובר

בתחרות שלא לגופו של עניין. כפי שהובהר, הגם שלמבחן המתחרה היעיל יש משקל מסוים בבחינת השאלה האם התנהלות בעל מונופולין עולה לכדי ניצול מעמד לרעה, אין הוא חזות הכל. בהקשר של היסוד השני, עיקר כוחו ללמד מתי התנהלות של בעל מונופולין היא במובהק תחרות שלא לגופם של דברים, ובענייננו די בהצטברות שלושת המאפיינים שנבחנו לעיל על מנת להביא למסקנה זו (ראו פסקאות 131-134 ו-146-150 לעיל). מכאן שגם אם היו המערערים משכנעים כי מדיניות ההנחות של נמל אשדוד עומדת במבחן המתחרה היעיל, ספק אם ניתן היה לראות בה, בהינתן הצטברות שלושת המאפיינים שהוצגו לעיל, משום פרקטיקה לגיטימית.

מכל מקום, מדיניות ההנחות של נמל אשדוד אינה עומדת במבחן המתחרה היעיל, על פי פרשנותו הנכונה. כך, מהטעם, שמבחן זה יש להפעיל ביחס לשוק הרלוונטי, כפי שהוגדר לצורך דיני התחרות, ובענייננו ביחס לקו האדריאטי לברו. לפיכך, על מנת לעמוד בתנאיו היה על המערערים לשכנע כי מתחרה יעיל באותה מידה בשוק זה היה יכול להתחרות במדיניות ההנחות של נמל אשדוד. ואולם, כפי שהראינו לעיל, הלכה למעשה, על מנת שמתחרה יוכל לתת מענה למדיניות ההנחות האמורה, עליו להיות מתחרה יעיל ביחס לכל שלושת קווי הספנות, ולא רק ביחס לקו האדריאטי. כך, משום שמדיניות ההנחות שהנהיג נמל אשדוד קשרה בין שלושת הקווים הללו, ועל כן מתחרה יעיל באחד מהם בלבד לא היה יכול להתמודד עימה (וראו הדיון באפקט הקשירה בין השווקים בפסקאות 143-145 לעיל). במילים אחרות, למדיניות ההנחות הייתה השפעה אנטי-תחרותית על נמל חיפה, גם אם נניח כי מדובר במתחרה יעיל באותה מידה לנמל אשדוד ביחס לקו האדריאטי, וזאת בשל הנחיתות של נמל חיפה בתחרות ביחס לקו אירומד וקו נפטון – נחיתות ממנה יש להתעלם לצורך הפעלת מבחן המתחרה היעיל, מאחר שאינה מתייחסת לשוק הרלוונטי בו התקיימה תחרות.

153. המערערים הגישו מספר חוות דעת כלכליות, במסגרתן נעשה מאמץ לשכנע כי מבחן המתחרה היעיל תומך בעמדתם. חלק מחוות הדעת הללו הוגשו במסגרת ההליך שקוים לפני הממונה על התחרות (חוות דעת פרופ' חיים פרשטמן ומר רועי רוזנברג ממאי 2014 וחוות הדעת המשלימה של מר רועי רוזנברג מיום 29.10.2015), וחלקן במסגרת ההליך לפני בית הדין לתחרות (חוות דעת פרופ' עדי אייל מיום 7.9.2016 וחוות דעת מתוקנת מיום 10.5.2018). חלק לא מבוטל מחוות הדעת הללו עוסק בהגדרת השוק הרלוונטי, ומנסה לשכנע כי יש לראות בשלושת קווי הספנות שוק אחד. עמדה זו נדחתה הן על ידי הממונה והן על ידי בית הדין לתחרות, אשר מצאו כי אין תחלופה משמעותית בין שלושת הקווים, ועל כן יש לראות בכל אחד מהם שוק נפרד. כמובהר, בשלב זה אין המערערים משיגים עוד על קביעה זו (המקובלת לגופה גם עלינו, לאור הניתוח המפורט

בפסקאות 104-129 לפסק הדין). משכך, ניתוחים כלכליים שנערכו בחוות הדעת השונות בהתבסס על הנחה זו – והמדובר ברובם המוחלט של הניתוחים הכלולים בחוות הדעת השונות שהגישו המערערים – אינם יכולים לעמוד.

154. הניתוח המרכזי שהוצג מטעם המערערים, המתייחס לשאלה מה היו תוצאות מבחן המתחרה היעיל תחת הקביעה שיש לראות בקו האדריאטי שוק נפרד, מצוי בפסקה 4.5 לניתוח אייל. ניתוח זה מבקש ללמד כי ברמת הרווחיות של נמל אשדוד ביחס לפריקת רכבים מהקו האדריאטי, אם נמל חיפה היה יעיל באותה מידה (או אפילו פחות יעיל במידה מסוימת בגין עלות ההובלה למרכז הארץ), עדיין היה נותר לו מרווח מסוים (הן מעלות משתנה והן מעלות כוללת) ביחס לרובם המוחלט של היבואנים בשנים 2013-2011, וזאת גם אם היה צריך לפצות את היבואנים בגין אובדן ההנחות בשלושת קווי הספנות.

אינני סבור כי ניתוח אייל יש בו כדי ללמד כי הפרקטיקה בה נהג נמל אשדוד איננה פרקטיקה פסולה. תכלית חוות הדעת בחלק בו כלול ניתוח אייל היא להתייחס ליסוד השלישי של המבחן, דהיינו לעלילות הפגיעה בתחרות בהינתן מאפייני השוק, ולא ליסוד השני, דהיינו האם מדובר בפרקטיקה פסולה (וראו הכותרת שבע' 4 לחוות הדעת, המגדירה את תכלית חלק זה של חוות הדעת: "האם תוכנית ההנחות הייתה עלולה לפגוע בתחרות?"). לוז טענתו של פרופ' אייל הוא שברמת הרווחיות הגבוהה של נמל אשדוד מפריקת רכבים, גם אם נמל חיפה היה נדרש לפצות יבואנים על אובדן כל ההנחות שניתנו להם על ידי נמל אשדוד בכל שלושת קווי הספנות בגין התחרות בקו האדריאטי, עדיין היה נותר בידיו מרווח מסוים, ועל כן לשיטתו לא היה במדיניות ההנחות כדי להדיר את נמל חיפה מהתחרות. ואולם, אין בניתוח זה כדי ללמד כי לשיטתו של פרופ' אייל הפרקטיקה בה מדובר, הקושרת הנחות בשלושה שווקים נפרדים, שבשניים מהן נמל אשדוד נהנה מבלעדיות דה-פקטו, מהווה פרקטיקה לגיטימית (למצער, אין בחלק זה של חוות הדעת כל הסבר מדוע קשירה בין ההנחות בשלושת קווי הספנות, בהנחה שמדובר בשווקים נפרדים, היא קשירה לגיטימית במבחני דיני התחרות). משכך, אתיחס לממצאי ניתוח אייל בחלק הדין ביישום יסוד העלילות (ראו פסקה 164 להלן).

155. המסקנה המתבקשת היא שלא רק שמבחן המתחרה היעיל אינו תומך בטיעוני המערערים, אלא שהוא מלמד כי לפחות אחד המאפיינים שנדונו לעיל — מאפיין הקשירה בין השווקים, מחייב סיווג הפרקטיקה כניצול מעמד לרעה גם על פי מבחן מחמיר זה.

156. טענה אחרת שהעלו המערערים היא שנמל חיפה הוא גוף כלכלי חזק ואיתן, ויש להניח שהיה באפשרותו להתחרות בנמל אשדוד, אילו היה בוחר לעשות כן. המדובר בטענה חסרת בסיס כלכלי. העובדה שגוף מסוים הוא בעל איתנות כלכלית, אין משמעה כי יהיה מוכן להיכנס לתחרות בתנאי הפסד. נמל חיפה פעל בתנאים תחרותיים באחד הקווים בלבד, בעוד שבשני הקווים האחרים סבל בתקופה הרלוונטיות מנחיתות מבנית (הסטת שני הקווים הללו אליו דרשה הסכמה של מרבית היבואנים – דרישה אשר באופן פרקטי חסמה אפשרות של תחרות. ראו פסקה 4 לעיל). במצב דברים זה, איתנותו של נמל חיפה לא הייתה יכולה להועיל לו, כאשר נמל אשדוד כפה עליו תחרות הקושרת בין שלושת קווי הספנות, ועל ידי כך העמידו בעמדת נחיתות מובהקת. לשון אחרת, הנחת המוצא היא שגם גוף איתן מבחינה כלכלית מכלכל את צעדיו על בסיס שיקולי כדאיות. לפיכך, ככל שהתנהלות בעל המונופולין מונעת תחרות לגופו של עניין בשוק הרלוונטי, היא צפויה להרתיע לא רק גורם שהתנהלות זו תביא אותו לכדי חדלות פירעון, אלא גם גוף אמיד, שאינו מעוניין לצבור הפסדים מתחרות בתנאים בהם אין הוא יכול לנצח.

157. טענה קרובה שנטענה על ידי המערערים היא שהיבואנים מולם הם מנהלים את המשא ומתן, גם הם גופים חזקים מבחינה כלכלית, וכי אין להניח שהיו מסכימים לפרקטיקה הפוגעת בתחרות בין הנמלים, והעלולה לפגוע בהם בטווח הארוך. ואולם, מעבר לעובדה שהיבואנים פועלים בשוק תחרותי, וממילא הכוח העומד בידי כל אחד מהם להתנגד לדרישות בעל המונופולין כנמל אשדוד הוא מוגבל, ומעבר למגבלות על יכולת היבואנים לשתף פעולה ביניהם מבלי להפר את דיני התחרות, הרי שקשה לראות כיצד טיעון זה יכול לעמוד מול מה שהתרחש במציאות. כל אחד מהיבואנים נתן הסכמתו לקביעת יעדים בהסכמים שנכרתו עם נמל אשדוד. על פי הניתוח שהוצג לעיל, קביעת יעדים אלה סייעה לנמל אשדוד לשמר את מעמדו הדומיננטי ביחס לקו האדריאטי, הקו היחיד שהיה נתון בתחרות ביחס להובלת רכבים באוניות מסוג גלנוע, ולהמשיך להדיר גם ממנו את נמל חיפה. אף אם נניח כי ליבואן זה או אחר או לכלל היבואנים יחדיו (בהנחה שהיו יכולים להתאגד או לפעול באמצעות גורם ביניים, כדוגמת סוכני האוניות) היה הכוח למנוע זאת, העובדה הפשוטה היא שלא עשו כן, אלא כל אחד מהם שיתף פעולה עם נמל אשדוד. במצב דברים זה, קשה לראות כיצד ההיפותזה, שאני רחוק מלקבלה כמוכחת, לפיה היה ליבואנים כוח פוטנציאלי להתנגד ליישום הפרקטיקה הפוגענית, יכולה לשנות את מצב הדברים, משהוכח כי פרקטיקה שכזו יושמה הלכה למעשה על ידי נמל אשדוד.

158. לבסוף, המערערים טוענים כי למדיניות ההנחות שנקט נמל אשדוד היו עשויות להיות הצדקות כלכליות לגיטימיות. על העובדה שהנחות שיעור עשויות, בנסיבות מתאימות, להיות מותרות, אין חולק. ואולם, קיומה של הצדקה תיאורטית אין בה די כדי להתגבר על הנטל המוטל על המערערים במקרה דנן. על מנת להראות שפרקטיקה שהיא לכאורה פסולה (בענייננו, מתן הנחות שיעור) הינה לגיטימית במקרה נתון, יש להוכיח תועלות ממשיכות שעמדו ביסודה במקרה הקונקרטי. לא רק שנמל אשדוד לא הצביע על תועלות שכאלה (מעבר לאמירות בעלמא), אלא, כפי שציין בית הדין לתחרות (פסקאות 259-263 לפסק הדין), משהוברר כי יעדי היבואנים נקבעו על מנת להדיר את המתחרה, ולא משיקולים תפעוליים או מרצון לשמר לקוחות, כפי שטענו המערערים, פשיטא כי טיעונים אלה הם בגדר תירוצים שהומצאו כדיעבד, ולא הצדקות שהניעו את המדיניות מלכתחילה. ככאלה אין לתת להם כל משקל.

159. סיכומו של חלק זה: מדיניות ההנחות בה נהג נמל אשדוד בשנים 2010-2014 היוותה ניצול מעמד לרעה, וזאת בשל הצטברות שלושת המאפיינים הללו: קשירה בין שלושת קווי הספנות; מתן הנחה על בסיס פרטני, בהתאם לשיעור הפעילות של היבואן (ולא על בסיס היקף הכמות האבסולוטית); קביעת ההנחות על בסיס שנתי והתגבשות הזכאות להן רטרואקטיבית, בתום השנה, ביחס לכל הרכבים שיובאו באותה שנה. מכלול מאפיינים זה, בהיעדר כל הסבר כלכלי המצדיק את השימוש ולו באחד מהם במקרה דנן, מחייב את המסקנה כי צדק הממונה, וצדק בית הדין לתחרות, כשקבעו כי מדובר בפרקטיקה פסולה לעניין האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה שבסעיף 29א(א) לחוק התחרות.

(3) יסוד העלילות

160. היסוד השלישי אותו יש לבחון, הוא האם הפרקטיקה הפסולה בה נהג בעל המונופולין עלולה להביא לפגיעה משמעותית בתחרות. כפי שהובהר לעיל, בהינתן מאפייניו של המשק הישראלי, הנטל המוטל על הממונה בהקשר זה אינו גבוה, ואינו מחייב תמיכה בחוות דעת כלכליות ובניתוחי שוק מעמיקים או מורכבים יתר על המידה (ראו פסקה 127 לעיל). כך במיוחד, באותם מצבים, כמו בענייננו, בהם מוכח כי הסיבה בעטיה ננקטה הפרקטיקה הפסולה הייתה להדיר מתחרים מהשוק (ראו פסקאות 203-207 לפסק הדין). בנסיבות בהן עסקינן, סבורני כי נטל זה הורם כבר משילובם של שלושת המאפיינים האנטי-תחרותיים החריגים שאפיינו את שיטת ההנחות: הקשירה בין השווקים, שבשניים מהם נהנה נמל אשדוד מבלעדיות כמעט מוחלטת; קביעתן של

הנחות שיעור; והענקתן על בסיס תחשיב שנתי בשיטת "הכל או לא כלום". מאפיינים חריגים אלה, בוודאי בהצטברותם, מייצרים חשש אינהרנטי לפגיעה משמעותית בתחרות, בשל השפעתם המסתברת על תמריצי היבואנים לפרוק בנמל אשדוד ולא בנמל חיפה, כפי שעמדתי עליה לעיל.

161. המערערים העלו שלוש טענות מרכזיות על מנת לשכנע שיסוד העלילות אינו מתקיים בענייננו. ראשית, נתח השוק של נמל חיפה בקו האדריאטי עלה בהתמדה בשנים 2010-2014, ועובדה זו מלמדת לשיטת המערערים על כך שמדיניות ההנחות לא הועילה ליצירת אפקט של הדרה כלפי נמל חיפה. שנית, המערערים מלינים על כך שבשאלות שהפנה הממונה ליבואנים במהלך בדיקתו לא נכללה התייחסות להשפעה שהייתה למדיניות ההנחות של נמל אשדוד על מערך שיקוליהם, לא לעניין השאלה האם נדרשו לעמוד ביעדים לשם קבלת ההנחות ולא לעניין השאלה האם ההנחות השפיעו על החלטתם היכן לפרוק את הרכבים. לטענת המערערים, שאלות אלה היו מלמדות כי למדיניות ההנחות לא הייתה כל השפעה שלילית על התחרות, וכי היא לא הרתיעה את היבואנים מלהעדיף את נמל חיפה, כאשר הציע תנאי התקשרות טובים יותר. שלישיית, ניתוח אייל מלמד כי הלכה למעשה יכול היה נמל חיפה להתחרות בנמל אשדוד גם תחת מדיניות ההנחות. להלן אבחן את שלוש הטענות הללו, ואבהיר מדוע אין בהן כדי לשכנע שמדיניות ההנחות לא הייתה עלולה להשפיע באופן משמעותי על התחרות.

162. בחינת נתח השוק של נמל חיפה בקו האדריאטי מלמדת אומנם על עלייה, אך בצידה על שליטה כמעט מוחלטת של נמל אשדוד גם בקו זה, כל עוד נמשכה מדיניות ההנחות. ואלו הנתונים ביחס לקו האדריאטי: בשנים 2010-2012 החזיק נמל אשדוד בנתח שוק הנע בין 94% לבין 98% מקו זה; בשנת 2013 בנתח שוק של כ-85%; ובשנת 2014 בנתח שוק של כ-59% (פסקה 132 של פסק הדין).

עינינו הרואות כי רק בשנת 2013 מתחילה ירידה מסוימת בשליטה המוחלטת של נמל אשדוד בקו האדריאטי, וכי שינוי של ממש מתרחש רק בשנת 2014. וזאת יש לזכור: חקירת רשות התחרות החלה בשנת 2013, ומן הסתם יצרה פגיעה מסוימת באפקטיביות של האיום לשלול הנחות בגין אי עמידה ביעדים. כמו כן, בשנה זו היו מספר שביחות בנמל אשדוד, אשר מן הסתם הביאו אף הן להסטה של חלק מההפלגות לנמל חיפה (וראו פסקאות 232-235 ו-257 לפסק הדין). חשוב מכך, במאי 2014 הודיע נמל אשדוד ליבואנים כי מתן ההנחות אינו מותנה עוד בעמידה ביעדים. הודעה זו הפסיקה, הלכה למעשה, את הפרקטיקה הפסולה. אם מביאים בחשבון נתונים אלה, הרי

שהתנהלות השוק לא רק שאינה תומכת בטענת המערערים כי הפרקטיקה הפסולה בה נקט נמל אשדוד לא השפיעה על התחרות, אלא שיש בה כדי ללמד על היפוכם של הדברים – דהיינו, על האפקטיביות של פרקטיקה זו בהנצחת מעמד הבלעדיות של נמל אשדוד כל עוד נעשה בה שימוש.

163. גם הטענה כי יסוד העלילות אינו מתקיים מאחר שרשות התחרות נמנעה מלחקור את היבואנים ביחס לאופן בו השפיעו היעדים שקבע נמל אשדוד על התנהלותם היא טענה שלא ניתן לקבל, וזאת ממספר טעמים: ראשית, קיימות דרכים שונות לבחון האם השימוש בפרקטיקה אנטי-תחרותית על ידי מונופול עלול להשפיע באופן משמעותי על התנהלות השוק. חקירת לקוחות המונופול עשויה להיות אחת מהדרכים הללו, אבל היא בוודאי לא דרך יחידה או הכרחית. מכאן שבצד ההחלטה המקצועית של רשות התחרות להימנע ממנה, אין כדי ללמד שיסוד העלילות לא מתקיים; שנית, יסוד העלילות אינו דורש השפעה בפועל על השוק, אלא רק אפשרות סבירה להשפעה משמעותית על השוק. הטענה כי יעדים שהוגדרו בהסכמים, בכוונת מכוון מצד נמל אשדוד כי ישפיעו על התנהלות היבואנים, לא היו יכולים להשפיע על התנהלות היבואנים היא טענה שקשה לקבל. כך, ללא קשר לשאלה כיצד היו היבואנים עונים על השאלה האם בפועל הושפעו מהיעדים שנקבעו להם; שלישית, מדיניות ההנחות של נמל אשדוד עשויה להשפיע לא רק על התנהלות היבואנים, אלא גם על התנהלות המתחרה – נמל חיפה. כך, למשל, היא עשויה להביא את המתחרה למסקנה שאין טעם להשקיע מאמץ משמעותי בשוק בו אין באפשרותו להתחרות לגופו של עניין. במצב דברים זה, לפני היבואנים לא יעמדו כלל הצעות אטרקטיביות מהמתחרה, ומטבע הדברים הם לא יחששו כי לא יעמדו ביעדים שנקבעו להם (יעדים שממילא נאכפו רק כשהיה חשש להסתת פעילות לנמל חיפה, ולא כאשר אי העמידה בהם נבעה מירידה בהיקף הפעילות של היבואן); רביעית, בהינתן קביעותיי בעניין עמידת הממונה בנטל ההוכחה המוטל עליו, על המערערים להציג נתונים המלמדים שהפרקטיקה הפסולה בה נקטו לא עלולה הייתה להשפיע על התחרות באופן משמעותי. העובדה שרשות התחרות לא הציגה ראיות מסוג מסוים, אינה מלמדת כי המערערים הציגו ראיות נגדיות המאפשרות קביעה אחרת. ודוק, הלכה למעשה, נמל אשדוד הביא לעדות שני נציגי יבואנים, במטרה לשכנע כי היבואנים לא ראו את היעדים שנקבעו כמחייבים. בית הדין לתחרות בחן עדויות אלה, בצד ראיות נוספות שהוצגו בעניין המשמעות שיש לייחס להתניית ההנחות בעמידה ביעדים, וקבע כי נמל אשדוד אכן התנה את מתן ההנחות בעמידה ביעדים, וכי כך הובן העניין בפועל בזמן אמת על ידי היבואנים (ראו פסקאות 156-162 לפסק הדין). בממצא עובדתי זה אין כל מקום להתערבותנו.

ויובהר, איום אפקטיבי באופן מלא הוא איום שאין כלל צורך לממשו. לפיכך, השאלה העומדת לפנינו איננה האם נשללו הנחות בדיעבד מיבואנים שלא עמדו ביעדים, ואף לא האם היבואנים סבורים כיום כי ההנחות היו נשללות מהם אם לא היו עומדים ביעדים. השאלה היחידה היא האם היבואנים, כולם או חלקם, ייחסו משמעות בזמן אמת ליעדים שנקבעו, דהיינו האם היעדים סיפקו להם תמריצים לנתב פעילות לנמל אשדוד. בחינת שאלה זו באמצעות שאלונים או חקירות הנערכים בדיעבד אינה מספקת בהכרח תשובות אמינות; ההתנהגות הגלויה של היבואנים, שעד להודעת נמל אשדוד במאי 2014 לפיה היעדים אינם מחייבים הוסיפו לפרוק גם את הרכבים שהובלו בקו האדריאטי, רובם ככולם, בנמל אשדוד, ורק לאחר מכן שינו את התנהלותם, והחלו לפרוק בהיקפים משמעותיים גם בנמל חיפה – מעידה על האפקטיביות של היעדים כאלף שאלונים.

164. לבסוף, גם הטענה לפיה הניתוח המופיע בסעיף 4.5 לניתוח אייל, די בו כדי ללמד כי מדיניות ההנחות לא הייתה עלולה להשפיע על התחרות בשוק – אינה יכולה להתקבל, וזאת ממספר טעמים. ראשית, המדובר בניתוח הבוחן בדיעבד את נתוני השוק, ובכך מתעלם מאי הוודאות ששוררת במהלך השנה, העלולה להביא לכך שיעדים שבדיעבד התבררו כבלתי רלוונטיים, השפיעו בפועל על התחרות בשוק בזמן אמת. אדגים פגם זה בניתוח אייל. עיון בניתוח המתייחס לשנת 2012, מלמד כי הנחתו היא שהיעדים השפיעו רק על ארבעה יבואנים, שבדיעבד התברר שהסטת כל הפעילות שלהם בקו האדריאטי הייתה מביאה לאי עמידה ביעד שנקבע להם (יצוין כי ביחס לאחד מארבעת היבואנים הללו, גם ניתוח אייל מלמד שלא הייתה כדאיות לנמל חיפה להתחרות בעקבות מדיניות ההנחות). ואולם, בהינתן אי הוודאות שקיימת במהלך השנה, קביעת היעדים הייתה עשויה להשפיע גם על יבואנים שבדיעבד התברר כי עמדו ביעד שנקבע להם גם בזכות שני הקווים האחרים בלבד. מכאן שניתוח אייל מתעלם מהשפעה אפשרית של מדיניות ההנחות של נמל אשדוד על התחרות (יצוין כי ביחס לשנים 2011 ו-2013 מוצגות 'שורות תחתונות' בלבד, ולא ניתן כלל לראות מהן ביחס לאילו יבואנים הונח בניתוח אייל שהיעד שנקבע היה אפקטיבי). שנית, ובהמשך לאמור, ניתוח אייל כלל אינו בוחן את השפעת "אפקט היניקה" שיוצרים היעדים על היבואנים, דהיינו את האפשרות כי מדיניות ההנחות של נמל אשדוד תביא יבואן להבטיח תחילה עמידה ביעד השנתי שנקבע לו, והתחרות תיפתח רק לאחר שיעשה כן. עניין זה רלוונטי במיוחד לאחד היבואנים, שפעילותו מהווה בשנת 2012 מעל למחצית מהיקף הפעילות בקו האדריאטי, וההנחות שהובטחו לו היו משמעותיות מאד. ביחס ליבואן זה בהחלט ייתכן כי הצורך לעמוד במכסה שנקבעה לו (שהייתה זהה כמעט בדיוק להיקף הפעילות שלו בשנת 2011) השפיעה על התנהלותו במהלך שנת 2012, וכתוצאה מכך השפיעה באופן משמעותי על התחרות בין נמל אשדוד לבין נמל חיפה ביחס לפעילותו (ויובהר כי גם פרופ' אייל אינו

סבור כי נמל חיפה יכול היה בשנת 2012 להתחרות על כלל פעילותו של יבואן זה בקו האדריאטי. ראו עמ' 42 לניתוח אייל). שלישיית, כפי שצוין בפסקה 136 לעיל, הטענה כי הפעלת מבחן המתחרה היעיל בנתוני השוק הישראלי די בה על מנת ללמד כי פרקטיקה פסולה אינה עלולה להשפיע באופן משמעותי על התחרות בשוק הרלוונטי היא טענה שקשה לקבלה. כך, במיוחד כשעולה מהראיות כי תכלית השימוש בפרקטיקה היא למנוע הסטת רכבים לנמל חיפה. במכלול הראיות שהוצגו, לא השתכנעתי כי ניתוח אייל, המובא בשולי חוות דעתו כהשלמה לניתוח המרכזי שהתבסס על הנחה שהתבררה כשגויה (התייחסות לשלושת קווי הספנות כשוק אחד), די בו על מנת לעמוד בנטל כבד זה.

165. המסקנה המתבקשת היא שיסוד העלילות הוכח במקרה שלפנינו, בשל מאפייניהם החריגים של מדיניות ההנחות שנקט נמל אשדוד, כשהם נבחנים על רקע תכליתה האנטי-תחרותית ומאפייני השוק הישראלי, וכי אין בטיעוני המערערים כדי לשכנע אחרת. לפיכך, יש לקבוע כי הפרקטיקה הפסולה בה נקט נמל אשדוד, שתכליתה הדרת מתחרים, היא פרקטיקה שעלולה הייתה לפגוע באופן משמעותי בתחרות.

166. סיכומו של דבר: מהטעמים שפורטו לעיל, סבורני כי יש לאשר את קביעת הממונה על התחרות, ובית הדין לתחרות, לפיה מדיניות ההנחות שהנהיג נמל אשדוד בתקופה שבין 2010 למאי 2014 – היוותה הפרה של האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה הקבוע בסעיף 29א(א) לחוק.

הטלת עיצומים כספיים

167. הפרת האיסור על ניצול מעמד לרעה על ידי בעל מונופולין חושפת את האחרון לאפשרות שיוטלו עליו מספר סנקציות הקבועות בחוק התחרות. הסנקציה האחת היא פלילית, ולפיה אם הוכח כי בעת פועלו התכוון בעל המונופולין להפחית את התחרות או לפגוע בציבור ניתן להטיל עליו עונש מאסר או קנס מוגדל (סעיף 47(א4) ו-1(ב) לחוק התחרות). הסנקציה האחרת היא מנהלית, בדמות הטלת עיצום כספי, וזאת אף ללא צורך בהוכחת כוונה כאמור (סעיף 50ד(א)(3) לחוק). בנוסף, סעיף 50(א) לחוק התחרות מורה כי דין מעשה או מחדל בניגוד להוראות החוק מהווה עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש], ומכוחו מתאפשרת אכיפה פרטית של הוראות החוק והטלת סנקציה אזרחית, לרבות באמצעות הליך של תובענה ייצוגית לפי פרט 4 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. בצד זאת, הממונה יכול לבקש מבית הדין ליתן צו לא תעשה לצורך מניעתה של הפרת הוראות החוק (סעיף 50א לחוק). כן יכול הממונה לקבוע, מכוח

סעיף 43(א)(5) לחוק, כי בעל מונופולין ניצל את מעמדו בשוק לרעה, וקביעה זו יכולה לשמש כראיה לכאורה בכל הליך משפטי (סעיף 43(ה) לחוק).

168. ענייננו מתמקד במישור האכיפה המנהלית והסנקציה המוטלת במסגרתו. בשנת 2012 תוקן חוק התחרות, במסגרתו נוסף פרק ז' 1 לחוק (שכותרתו "עיצום כספי") אשר מסמיך את הממונה להטיל עיצומים כספיים בגין הפרות שונות של הוראות החוק וקובע את המנגנון לשם כך (ראו: חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 13), התשע"ב-2012). הצורך במנגנון זה ותכליתו פורשו בדברי ההסבר לתיקון מס' 13 כדלהלן:

מנגנוני האכיפה האזרחית-מינהלית הקבועים כיום בחוק אינם מספקים ואינם נותנים מענה שלם למגוון הרחב של הפרות החוק האפשריות. אימוצו של מנגנון להטלת עיצום כספי בחוק יהווה כלי משלים למנגנוני האכיפה האמורים, שיאפשר מתן מענה אפקטיבי, מהיר ויעיל למגוון ההפרות כאמור.

אכיפה באמצעות עיצומים כספיים הפכה בעשור האחרון לרווחת בחקיקה הישראלית, ובמיוחד בחוקים העוסקים בתחומים כלכליים. העיצום הכספי הוא אמצעי אכיפה רגולטורי יעיל ומהיר, המוטל על ידי הרשות המינהלית ומטרתו להביא להגברת הציות של ציבור המפוקחים. לנוכח העובדה שמדובר בהליך מינהלי, עשויה יעילותו ומהירותו לשמש גורם מרתיע ולהביא להקטנת השכיחות של הפרת החובות שבגינן ניתן להטילו (דברי ההסבר לתיקון מס' 13, בעמ' 240).

במאמר מוסגר יוער כי עובר לתיקון מס' 13, ניתן היה להטיל סנקציות כספיות, אך זאת רק במסגרת הליך פלילי בדמות קנס כספי (סעיף 47 לחוק) או במסגרת צווים מוסכמים אשר דרשו את הסכמת החברה עליה הושתה הסנקציה (סעיף 50 לחוק).

169. תכליתו המרכזית של העיצום הכספי היא שונה איפוא מתכליותיהן העיקריות של הסנקציה הפלילית או הסנקציה האזרחית. אין היא מבוססת על עקרון הגמול, העומד ביסוד הסנקציה הפלילית, ואף לא על עקרון השבת המצב לקדמותו, עליו מושתתת הסנקציה האזרחית-הנזיקית. תכליתו המרכזית של העיצום הכספי היא הרתעתית-מניעתית, והדרך להגשמת תכלית זו היא באמצעות נטרול התמריץ הכלכלי להפרת החוק, במיוחד באותם מקרים בהם ההפרה מובילה לחיסכון בעלויות או להשגת רווח כלכלי למפר (משרד המשפטים – ייעוץ וחקיקה (המחלקה למשפט פלילי) "עיגון אכיפה חלופית בחקיקה – עקרונות מנחים" 11 (2018) (להלן: מסמך העקרונות המנחים)).

170. השימוש בעיצומים כספיים במסגרת אכיפה מנהלית לא היה זר למחוקק הישראלי, ובפרט לא בחקיקה הכלכלית-צרכנית. כך, בשנת 2007 נוסף מנגנון של עיצום כספי לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (חוק ניירות ערך (תיקון מס' 33), התשס"ז-2007), שבהמשך הוחלף בהסדר עדכני יותר (חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011 (להלן: חוק ייעול האכיפה ברשות ני"ע)). בדומה, חוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994 כולל אף הוא מנגנון של עיצום כספי שגם על הפעלתו אמונה רשות ניירות ערך (כאשר תחילה כונה מנגנון זה "קנס אזרחי", ובהמשך שונה ל"עיצום כספי", עת הוחלף ההסדר בחוק בהסדר עדכני יותר במסגרת חוק ייעול האכיפה ברשות ני"ע). מנגנונים דומים ניתן למצוא בחוקים כלכליים-צרכניים נוספים, כדוגמת חוק החברות, התשנ"ט-1999 (פרק רביעי, סימן ב' לחוק), חוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000 (פרק ה'), חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981 (פרק ט' 1 לחוק אשר נוסף בשנת 2005 ועודכן בשנת 2011 במסגרת חוק הגברת האכיפה בשוק ההון (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011 (להלן: חוק הגברת האכיפה בשוק ההון)), חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005 (פרק ה' לחוק אשר הוחלף גם הוא במסגרת חוק הגברת האכיפה בשוק ההון), חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ייעוץ, שיווק ומערכת סליקה פנסיוניים), התשס"ה-2005 (פרק ו' לחוק אשר תוקן במסגרת חוק הגברת האכיפה בשוק ההון), חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (פרק ה' 1, סימן א' לחוק אשר נוסף בשנת 2014 בעקבות חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 39), התשע"ד-2014) וחוק נתוני אשראי, התשע"ו-2016 (פרק י"ד לחוק). בנוסף לכך, בעשורים האחרונים נוספו מנגנונים של עיצום כספי גם בחוקים סביבתיים כגון חוק אוויר נקי, התשס"ח-2008 (פרק ח', סימן ג' לחוק), חוק מניעת זיהום הים ממקורות יבשתיים, התשמ"ח-1988 (סעיפים 5א עד 5ג לחוק), פקודת המכרות (פרק ד' לפקודה), חוק המים (פרק חמישי א' לחוק), חוק החמרים המסוכנים, התשנ"ג-1993 (סעיפים 14ב עד 14ד לחוק), חוק לסילוק ולמיחזור צמיגים, התשס"ז-2007 (סעיפים 12-14 לחוק), חוק להסדרת הטיפול באריזות, התשע"א-2011 (פרק ח' לחוק), חוק לצמצום השימוש בשקיות נשיאה חד-פעמיות, התשע"ו-2016 (פרק ג' לחוק) וחוק הסדרת העיסוק בהדברה תברואית, התשע"ו-2016 (פרק ו' לחוק). עולה, איפוא, כי במטרה לייעל את האכיפה ולהגביר את הציות לחוק, בעשורים האחרונים המחוקק הישראלי אימץ מנגנון של הטלת עיצום כספי בשורה של חוקים רגולטוריים, כאשר בשנת 2012 צורף חוק התחרות למגמה זו.

171. בהתאם למנגנון שנקבע בחוק התחרות, הממונה רשאי להטיל עיצום כספי על מי שהפר הוראה מהוראות החוק, עד לסכום הנקוב בחוק, המתעדכן משנה לשנה בהתאם

לעלייה במדד המחירים לצרכן; וכאשר מדובר בתאגיד – ניתן להשית עיצום כספי בשיעור של עד 8% ממחזור המכירות בשנה שקדמה לשנת הכספים שבה בוצעה ההפרה, בכפוף לכך שמחזור המכירות עולה על 10 מיליון ש"ח, ובלבד שסכום העיצום לא יעלה על הסכום המרבי הנקוב בחוק המתעדכן אף הוא בכל שנה כאמור (סעיפים 50ד(א) ו-50ט לחוק). במאמר מוסגר יוער, כי בראשית שנת 2019 שונתה התקרה שנקבעה ביחס לתאגיד שמחזור מכירותיו מעל ל-10 מיליון ש"ח, כך שזו הוגדלה באופן משמעותי, מסכום של כ-24 מיליון ש"ח לסכום של 100 מיליון ש"ח (סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 21)), התשע"ט-2019 (להלן: תיקון מס' 21)). עוד מוגדר בחוק בגין אילו הפרות חוק ניתן להשית עיצום כספי כאמור, ובין אלה ניתן למנות: היות המפר צד להסדר כובל בלא אישור, היתר או פטור (סעיף 40ד(א)(1) לחוק); עשיית מעשה שיש בו משום מיזוג אסור (סעיף 40ד(א)(2) לחוק); סירוב בלתי סביר של בעל מונופולין (סעיף 40ד(א)(3) לחוק); ניצול לרעה על ידי בעל מונופולין (סעיף 40ד(א)(3) לחוק); ועוד. כן מאפשר החוק להטיל עיצום כספי, הגם שבשיעור נמוך יותר, בגין הפרה הקשורה לדרישת הממונה למסירת נתונים (סעיף 50ד(ב) לחוק). בנוסף, החוק מסדיר את הפרוצדורה להטלת עיצום כספי (סעיפים 50, 50ח, 50יד לחוק), כמו גם את זכויותיו של המפר בקשר להליך זה, ובכלל זה זכות הטיעון לפני הממונה (סעיף 50ז לחוק) וזכות להגשת ערר לבית הדין לתחרות על החלטת הממונה (סעיף 50יג לחוק).

172. הסכומים הקבועים בחוק הם הסכומים המקסימאליים שניתן להשית, כך שבפועל שיעור העיצום הכספי מותאם לנסיבות כל מקרה לגופו, לפי שיקול דעת הממונה (דברי ההסבר לתיקון מס' 13, בעמ' 241). בהתאם, סעיף 50ה לחוק מוסיף ומפרט רשימה בלתי ממצה של שיקולים שעל הממונה לשקול בעת קביעת סכום העיצום הכספי, ובכללם: משך ההפרה; מידת הפגיעה בתחרות או בציבור שההפרה עלולה לגרום; חלקו של המפר בהפרה ומידת השפעתו על ביצועה; קיומן של הפרות קודמות ומועד ביצוען; ופעולות שנקט המפר למניעת הישנות ההפרה, להפסקתה או לתיקון תוצאותיה. כאשר מדובר במפר יחיד, הממונה ישקול גם את יכולתו הכלכלית, לרבות הכנסתו שהופקה מהתאגיד הקשור בהפרה, וכן נסיבות אישיות בעטיין בוצעה ההפרה או נסיבות אישיות קשות אחרות המצדיקות שלא למצות את הדין עימו. לגבי מפר שהוא תאגיד, ייבחן גם קיומו של חשש משמעותי כי יש בהטלת העיצום הכספי כדי לפגוע ביכולתו של התאגיד לפרוע את חובותיו ועקב כך להביא להפסקת פעילותו.

173. ביום 24.7.2012, בסמוך לכניסתו של תיקון מס' 13 לתוקף, פורסם גילוי דעת 2/12 "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים בקביעת גובה עיצום כספי", במסגרתו פירש הממונה כל אחד מהשיקולים הנזכרים בסעיף 50ה לחוק, והתייחס לאופן בו יש ליישם

(להלן: גילוי דעת 2/12). שנים אחדות לאחר מכן, ביום 26.10.2016, פורסם גילוי דעת 1/16 "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים בקביעת גובה עיצום כספי", אשר החליף את גילוי דעת 2/12 (להלן: גילוי דעת 1/16), ובהמשך אף תוקן ביום 24.11.2019 לאור הצורך להתאימו לתיקון מס' 21 ולניסיון שנצטבר בנושא (להלן: גילוי דעת 1/16 המתוקן). מטרתו של גילוי דעת 1/16 היא "להתוות את שיקול דעתה של הממונה בעת קביעת סכום העיצום הכספי, ולהקנות מידה מספקת של ודאות למגזר העסקי, תוך שמירה על יכולתה של הממונה לקבוע עיצום התואם את נסיבותיו הייחודיות של כל מקרה ומקרה" (פרק ההקדמה לגילוי דעת 1/16). בתוך כך, שיקול דעת 1/16 מבנה את האופן בו ייקבע שיעור העיצום הכספי, בהתאם לארבעה שלבים: בשלב הראשון, ייקבע סכום העיצום המרבי שניתן להשית על המפר בהתאם לסעיף 50ד(א) לחוק; בשלב השני, ייבחנו נסיבות ההפרה ומידת חומרתה, על בסיסן ייקבע עיצום הבסיס הקונקרטי המהווה שיעור באחוזים מתוך סכום העיצום המרבי (בטווח שבין 5% ל-90% מהעיצום המרבי שנקבע על פי השלב הראשון); בשלב השלישי, יישקלו נסיבות הנוגעות לחלקו של המפר ביחס להפרה הנדונה, אשר יהיה בהן כדי להוסיף לעיצום הבסיס (בשיעור של עד 20% מעיצום הבסיס) או כדי לגרוע ממנו (בשיעור של עד 50% מעיצום הבסיס); בשלב הרביעי, ייבחנו נסיבות החיצוניות להפרה, כגון קיומן של הפרות קודמות, האם מדובר בעיצום כספי שהוטל בראשית האכיפה באמצעות כלי זה, יכולותיו הכלכליות של המפר, השפעת העיצום הכספי על יכולת המפר לפרוע את חובותיו במקרה של תאגיד ונסיבותיו האישיות של מפר שהוא יחיד. בהתאם, יופחת או יוגדל סכום העיצום עבור המפר הנדון. בצד האמור, מוסיף גילוי הדעת ומציין שיקולים נוספים מעבר לאלו שפורטו בחוק, אשר יש בהם כדי להוסיף או לגרוע מגובה העיצום במקרה ספציפי. עוד הודגש בגילוי דעת 1/16 כי השתת עיצום כספי על מפר שהוא נושא משרה בתאגיד מפר תיעשה רק מקום בו ההפרה הקימה פוטנציאל ל"פגיעה של ממש בתחרות" (פרק ה' לגילוי דעת 1/16. דרישה זו נשמרה גם במסגרת גילוי דעת 1/16 המתוקן).

הערה: במסגרת גילוי דעת 1/16 המתוקן, פירט הממונה שבעה שלבים, חלף ארבעה כאמור, תוך חלוקה שונה במידת מה של השיקולים שיש לשקול בכל אחד מהשלבים. עם זאת, בהינתן שבית הדין לתחרות התבסס בפסק דינו על גילוי דעת 1/16, ובהתחשב בכך שאין בערעורים שלפנינו כל טענה בגין כך, דיוננו יתמקד בגילוי דעת 1/16 עובר לתיקונו.

174. בענייננו, הממונה הורה על השתת עיצום כספי הן על נמל אשדוד והן על נושאי המשרה בגין הפרת האיסור על ניצול מעמד לרעה. העיצום הכספי הוטל ביחס להתנהלות נמל אשדוד במשך חלק מהתקופה בלבד, כשנה וחצי, שתחילתה ביום 24.10.2012 וסופה

במאי 2014, המועד בו הודיע נמל אשדוד ליבואנים כי היעדים אינם מחייבים. וזהו הטעם להגבלת התקופה בגינה הוטל העיצום: כפי שקובע סעיף 50ד(א)(3) לחוק, הטלת עיצום כספי על מעשה המהווה ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה כפופה לכך שהמעשה הוא מסוג המעשים שקבע לעניין זה הממונה ברשומות. הודעה כאמור פורסמה ברשומות ביום 24.10.2012, ולפיה "הטבות בתנאי אספקה או רכישה של הטובין שבמונופוליון, לרבות הנחות כמות, הנחות מטרה, הנחות נאמנות, עמלות, בונוסים ותמריצים אחרים" הן בגדר מעשה בר עיצום כספי (סעיף 4 להודעה בדבר סוג המעשים והמחדלים לעניין עיצום כספי לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988). על כן, לא הוטל עיצום כספי בגין התנהלות המערערים בתקופה שקדמה ליום 24.10.2012.

175. כנסקר לעיל, תחילה, בעת מסירת מכתב השימוע הראשון, גרס הממונה כי יש להטיל על נמל אשדוד עיצום כספי בסכום של 12 מיליון ש"ח ועל נושאי המשרה יש להשית עיצום כספי בסך של 200,000 ש"ח על כל אחד. לאחר בדיקות נוספות, ובעקבות התייעצות הממונה בוועדה לפטורים ומיזוגים, הגיע הממונה למסקנה כי יש להפחית מסכום העיצומים הכספיים, כך שנמל אשדוד יישא בסכום של 9 מיליון ש"ח ונושאי המשרה יישאו בסכום של 20,000 ש"ח כל אחד. בית הדין לתחרות קיבל את ערר נמל אשדוד ונושאי המשרה באופן חלקי, כך שהפחית את העיצום הכספי שהוטל על נמל אשדוד לסכום של 3.46 מיליון ש"ח אך הותיר בעינו את גובה העיצום הכספי שהושת על נושאי המשרה. הן בערעור שהגישו נמל אשדוד ונושאי המשרה והן בערעור שהגיש הממונה מבקשים מאיתנו כי נתערב בקביעה זו – נמל אשדוד ונושאי המשרה סבורים כי יש לבטל את העיצומים הכספיים ולמצער להפחיתם, ואילו הממונה גורס כי יש להשיב את החלטתו על כנה. סבורני כי יש לדחות את ערעור נמל אשדוד ונושאי המשרה ולעומת זאת יש מקום לקבל את ערעור הממונה, הכול כפי שיפורט להלן.

176. כפי שעמדתי לעיל (פסקה 47), אמות המידה להתערבות שיפוטית ("סטנדרט ההתערבות") בהחלטת הממונה להטיל עיצום כספי, אינן שונות מאלו המיושמות בביקורת שיפוטית של בית הדין לתחרות בדונו בעררים אחרים על החלטותיו של הממונה, אולם נראה כי הפעלתה של הביקורת השיפוטית נדרשת להיות דקדקנית יותר, על דרך של בחינה יסודית של דיות הראיות שעמדו לפני הממונה והקפדה על קיומה של חובת הנמקה. משמעות הדברים היא כי עיקר בחינתו של בית הדין לתחרות מתמקד בשאלה האם החלטת הממונה להטיל עיצום כספי עומדת בכללי המשפט המנהלי, ובכלל זאת האם ההחלטה התקבלה על בסיס תשתית עובדתית וראייתית הולמת והאם מדובר בהחלטה סבירה. בקשר לרכיב הראשון, קיומה של תשתית עובדתית וראייתית הולמת,

על בית הדין לתחרות לבחון האם נאספו מספיק ראיות ונתונים רלוונטיים לצורך קבלת ההחלטה, והאם די בהם כדי לתמוך בצורה מספקת בהחלטה (בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 37, 49 (1983) (להלן: עניין ברגר); בג"ץ 2013/91 עיריית רמלה נ' שר הפנים, פ"ד מו(1) 271, 279 (1991); עניין יורונט, בעמ' 423-426). באשר לרכיב השני, סבירותה של ההחלטה, על בית הדין לתחרות לברר האם ההחלטה מתחשבת במכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין ומאזנת ביניהם כראוי (בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 437-439 (1980); עע"מ 8284/08 תעשיות אבן וסיד בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 30 (13.9.2010) (להלן: עניין תעשיות אבן וסיד); עע"מ 9387/17 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית, פסקה 18 (14.10.2018)). ויובהר, בית הדין לתחרות אינו נדרש להיכנס בנעלי הממונה שאת החלטתו הוא מבקר, ולקבוע האם בהתבסס על התשתית העובדתית והראייתית שהונחה היה מגיע לקביעה אחרת או האם הממונה יכול היה לקבל החלטה טובה יותר. אלא, עליו לבחון האם ההחלטה נופלת בגדר מתחם ההחלטות שניתן היה לקבל בהינתן מכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין (עניין ברגר, בעמ' 37; עניין תעשיות אבן וסיד, פסקה 30). נוכח כללים אלו, אני סבור כי החלטת הממונה להשית עיצומים כספיים על נמל אשדוד ונושאי המשרה לא גילתה עילה להתערבות בית הדין לתחרות.

177. תחילה יצוין כי החלטת הממונה ניתנה ביום 21.12.2015 עת שעמד גילוי דעת 2/12 בתוקף, ועובר לפרסומו של גילוי דעת 1/16. חרף זאת, בעת שהתנהלו העררים בבית הדין לתחרות התייחסו הצדדים בטענותיהם גם לגילוי דעת 1/16, ובעקבותיהם פסע בית הדין לתחרות, כאשר יישם את גילוי דעת 1/16 בכוחו את החלטת הממונה. להשקפתי, ספק אם היה מקום לבחון את החלטת הממונה על פי קריטריונים שונים מאלו שעמדו בתוקף בעת קבלת ההחלטה (כפי שלא היינו בוחנים היום את החלטת הממונה לאור התקרה החדשה שלאחר תיקון מס' 21). אך מכל מקום, אף אם נניח כי צדק בית הדין לתחרות כאשר ביסס את הכרעתו על גילוי דעת 1/16 – לא התרשמתי כי השיקולים שמנה בית הדין לתחרות מוליכים למסקנה כי החלטת הממונה לוקה בטעות או פגם המצדיקים התערבות שיפוטית.

178. ביישמו את ארבעת השלבים שהותוו בגילוי דעת 1/16, סבר בית הדין לתחרות כי בנסיבות העניין היה מקום להפחית מסכום העיצום הכספי שהושת על נמל אשדוד, וזאת מחמת שני אלה: ראשית, כי פוטנציאל הפגיעה בתחרות הוערך על ידי הממונה ביתר, בין השאר, משום שהשוק הרלוונטי להערכת פוטנציאל הפגיעה בתחרות הוא מצומצם יותר מזה שהתייחס אליו הממונה, ומתמקד בעיקרו בשוק הרכבים המיובאים בקו האדריאטי בלבד, ביחס אליו התקיימה תחרות בין נמל אשדוד לנמל חיפה שעלולה

הייתה להיות מושפעת ממתן ההנחות. לעומת זאת, קווים אירומד ונפטון ממילא פקדו את נמל חיפה לעיתים רחוקות בלבד, לאור הקושי הכרוך בהסטת מסלול השיט, ועל כן בית הדין לתחרות הניח כי הם לא הושפעו ממתן ההנחות באופן שיש להתחשב בו במסגרת הערכת פוטנציאל הפגיעה בתחרות. טעם נוסף שהציג בית הדין לתחרות אשר לסברתו תומך בכך שפוטנציאל הפגיעה איננו חמור כפי שהוערך, הוא העובדה שעלויות דמי הפריקה והאחסנה הן נמוכות ביחס לעלות הרכב. שנית, בית הדין לתחרות גרס כי הגם שניתן לשקול כשיקול לחומרה קיומו של מחזור מכירות שנתי גבוה במיוחד, על אף שהדבר אינו נזכר בהוראת סעיף 50 לחוק המונה את השיקולים לקביעת גובה העיצום, הנוסחה שנקבעה בגילוי דעת 1/16 היא בעייתית היות שהיא יוצרת מדרג תלול מדי, באופן שמעניק לשיקול זה משקל גבוה מעבר לנדרש ככל שהיקף מחזור המכירות עולה.

179. בכל הנוגע להערכת חומרת הפגיעה בתחרות, איני סבור כי היה מקום לקיים הערכה זו בהסתכלות על הקו האדריאטי בלבד. בהתייחס לשיקול זה, גילוי דעת 2/12 מפרט כי "הממונה יעריך הערכה כללית את פוטנציאל הפגיעה בתחרות ובציבור הטמון בהפרה, וזאת בשים לב לטיב ההפרה ולנסיבות העניין" כאשר "הכוונה אינה לחישוב של נזקי ההפרה, אלא, כאמור, להערכה כללית בדבר פוטנציאל הפגיעה שההפרה עלולה לגרום לתחרות או לציבור" (ההדגשה במקור; סעיף ב(2) לגילוי הדעת). גילוי דעת 1/16 מוסיף על האמור ומפרט כי "בגין הפרות אשר פגיעתן בתחרות עלולה להיות קשה וחמורה – ייקבע עיצום הבסיס כשיעור גבוה. לעומת זאת, בגין הפרות אשר אינן מקימות חששות תחרותיים משמעותיים, עיצום הבסיס יעמוד בחלקו הנמוך של התחום, או אף על הרף התחתון שלו", וכן כי "הממונה תבחן את מעמדם של הצדדים להפרה בשווקים שלהפרה יש זיקה אליהם, מידת התחרות בשוק, מידת הפגיעה הפוטנציאלית בשחקנים אחרים בשוק ויתר נסיבות השוק, ככל שאלו רלוונטיות להערכת הפגיעה הפוטנציאלית הטמונה בהפרה" (סעיף ד.2.א. לגילוי הדעת). במסגרת הדיונים בכנסת בקשר לחקיקתו של תיקון מס' 13, אף ציינו הממונה והיועץ המשפטי של הרשות דאז כי בהערכת פוטנציאל הפגיעה בתחרות יילקח בחשבון תחום הפעילות שלגביו בוצעה ההפרה (פרוטוקול ישיבה 758 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18, 10-11 (22.2.2012) (להלן: פרוטוקול ישיבה מיום 22.2.2012)). מכאן שנשאלת השאלה האם היה מקום להתמקד בקו האדריאטי בלבד, בהינתן שהוא נהג לפקוד את נמל אשדוד ונמל חיפה לסירוגין, ועל כן בשוק זה התקיימה עיקר התחרות בין שני הנמלים, או שמא היה מקום להתייחס לשלושת קווי הספנות, בהינתן שמדיניות ההנחות הפסולה כרכה ביניהם. אמת הדבר, אף בהיעדר מתן ההנחות, ההיתכנות המעשית להסטת קווי אירומד ונפטון אל עבר נמל חיפה הייתה נמוכה, לנוכח הצורך בקיומה של הסכמת מרבית היבואנים באותו קו או בהפלגה מסוימת לכך. אפס, כאשר מדובר ביצירת קשירה בין שווקים, כמו בענייננו, הרי שגם אם הפגיעה הישירה בתחרות מתרחשת רק בשוק הפתוח

לתחרות, הרי שהפסול בהתנהלות מכתים את כלל המוצרים או השירותים אשר יכולת הציבור להפריד ביניהם נפגעת. במילים אחרות, פוטנציאל הפגיעה בתחרות עשוי להיות מוגבל לשוק שהיה תחרותי (ואף זו, רק תחת הנחה מחמירה כי המונופול בשוק האחר מוחלט, והיה נותר כזה גם ללא הקשירה), ואולם פוטנציאל הפגיעה בציבור רחב יותר, ומתבטא בחוסר יכולתו לרכוש בנפרד שני מוצרים או שני שירותים שלא הייתה אמורה להתקיים זיקה ביניהם (והשוו לפסיקה הקובעת כי חילוט רווחי עבירה אינו מוגבל לרווח שהופק, אלא מתייחס למכלול התמורה שהתקבלה בעקבות פעילות הבלתי חוקית: ע"פ 6339/18 בלווא נ' מדינת ישראל, פסקאות 31 ו-37 לפסק דינו של השופט עוזי פוגלמן [בחלק "הערעורים על גזר הדין"] (15.1.2020); דנ"פ 2168/20 בלווא נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (17.6.2020)). נוכח האמור, לא היה מקום, לשיטתי, להתעלם מקווים אירומד ונפטון בהערכת חומרת הפגיעה בתחרות, וזאת גם אם אניח שמדיניות ההנחות לא נועדה, ולא הביאה, לפגיעה ישירה בתחרות בשווקים אלה, מאחר שממילא נמל אשדוד נהנה בהם משליטה מוחלטת.

עוד אני סבור כי במסגרת הערכת חומרת הפגיעה בתחרות לא היה מקום להתייחס לעלויות דמי הפריקה והאחסנה ביחס לעלות הרכב. כאמור, בחינת פוטנציאל הפגיעה בתחרות נעשית בקשר לשוק שבו בוצעה ההפרה. בענייננו, המדובר בשוק פריקת הרכבים המיובאים לישראל מארה"ב ומאירופה, ועל כן עריכת השוואה לשווקים אחרים, ובכלל זה לשוק מכירת הרכבים, איננה רלוונטית. ודוק, בחינת חלקו היחסי של המוצר שביחס אליו בוצעה ההפרה בהשוואה למכלול העלויות של הלוקח בקשר לאותו מוצר לא רק שאינה עולה בקנה אחד עם הוראות החוק וגילויי הדעת השונים, המתמקדים בבחינת השוק שבו בוצעה ההפרה, אלא גם מביאה לבחינה מעוותת של פוטנציאל הנזק, שהרי, אין בעובדה שחלקן היחסי של עלויות דמי הפריקה והאחסנה ממכלול עלות הרכב ללקוח הוא נמוך, כדי ללמד על היקף פוטנציאל הפגיעה בתחרות בשוק פריקת הרכבים, אשר עלול להסתכם בפגיעה כלכלית משמעותית במונחים אבסולוטיים (ולראיה היקף ההכנסות ומתח הרווחים האדיר של נמל אשדוד מפעילות פריקת הרכבים).

180. אשר למשקל שיש לתת להיקף מחזור המכירות השנתי של נמל אשדוד, דומה כי קביעת בית הדין לתחרות לפיה הממונה ייחס משקל מופרז לשיקול זה מעוררת קושי. בדברי ההסבר לתיקון מס' 13 עמד המחוקק על הצורך בקביעת עיצום דיפרנציאלי, בשים לב לגודלו של התאגיד המפר, בציינו את הדברים הבאים: "העיצום הדיפרנציאלי המוטל על תאגידים מבטא את עיקרון המידתיות. רשות ההגבלים העסקיים מפקחת על קיומן של הוראות החוק בידי כלל הגופים במשק, גדולים כקטנים. כדי לייצר הרתעה אפקטיבית, ובה בעת להימנע מחיוב המפר בסכומים שבהם לא יוכל לעמוד, יש צורך בהתאמת גובה העיצום

הכספי לזהותו של המפר. מכאן, יוצר החוק זיקה בין מחזור המכירות של התאגיד, המהווה אינדיקציה חזקה להיקף פעילותו, ובין העיצום המרבי שניתן להטיל עליו" (שם, בעמ' 241). בהתאם לכך, ועל מנת לתת ביטוי להבדלים בין הגופים המפרים השונים, קבע הממונה בגילוי דעת 2/12 כי כאשר 8% ממחזור המכירות השנתי של התאגיד המפר עולה על סכום העיצום המרבי שנקבע בחוק, ניתן יהיה להתחשב בשיקול של היקף מכירות שנתי גבוה כשיקול לחומרה על מנת לייצר הרתעה הולמת (ראו הדוגמה השנייה בסעיף ב(8) לגילוי דעת). גילוי דעת 1/16 ממשיך בגישה זו ומציע נוסחה לחישוב המשקל שיש ליתן לשיקול זה בקביעת גובה העיצום הכספי (ראו סעיף ד.א.ב. לגילוי דעת).

כפי שהובהר לעיל, תכליתו של העיצום הכספי מבוססת על עקרון ההרתעה. אכן, על דרך הכלל, הרתעה מושגת באמצעות שלילת התמריץ להפרת החוק, במנותק מחוסנו הכלכלי של המפר (מהטעם עליו עמדנו, בהקשר אחר, לפיו גם גורם בעל איתנות כלכלית מושפע מתמריצים כלכליים. ראו פסקה 156 לעיל). ואולם, העובדה שגובה העיצום הכספי המקסימאלי הוגבל מלכתחילה בתקרה (אשר עמדה בעת הרלוונטית על כ-24 מיליון ש"ח, והועלתה משמעותית בשנת 2019 ל-100 מיליון ש"ח), מביאה לכך שכאשר מדובר בהפרה על ידי גוף בעל היקף פעילות החורג מזה שלפיו חושבה התקרה (בשעתו, כ-300 מיליון ש"ח (להלן: רף חישוב התקרה), כאשר התקרה היא 8% מסכום זה), קיים חשש כי הסנקציה שתיקבע לא תהיה מרתיעה דייה. ויובהר, לפי גילוי דעת 1/16 כבר בשלב הראשון, בו נקבע העיצום המרבי האפשרי, נכנסת מגבלה זו לפעולה, כאשר בשלב השני, מתבצעת הפחתה ממנו בשים לב לנסיבות הנוגעות להפרה עצמה. הדרך בה מצא הממונה בגילוי דעת 1/16 לאזן את השלכות המגבלה ביחס לתאגידיים שהיקף פעילותם משמעותי (ובהתאם גדל גם פוטנציאל הרווח שלהם מהפרה) הוא במסגרת השלב הרביעי, באמצעות קביעת תוספת לעיצום, באופן מדורג, לפי היקף הפעילות החורג מהרף לחישוב התקרה, וזאת בהתאם לנוסחה הבאה:

$$\text{שיעור ההחמרה} = 10\% \times \log_2 \frac{\text{מחזור המכירות}}{300,000,000}$$

משמעות הדבר היא שכאשר מדובר בתאגיד שהיקף פעילותו הוא 600 מיליון ש"ח (פי 2 מרף חישוב התקרה) יתווסף לעיצום בשלב הרביעי 10% בגין שיקול זה, וכאשר מדובר בתאגיד שהיקף פעילותו 1.2 מיליארד ש"ח (פי 4 מרף חישוב התקרה) יתווסף לעיצום בשלב הרביעי 20% בגין שיקול זה. ביחס לנמל אשדוד, לו יוחס מחזור מכירות של 1.09 מיליארד ש"ח בתקופה הרלוונטית, נוסחה זו גזרה תוספת של 18.6%. ענינו הרואות מדובר בתוספת מדודה, הנותנת ביטוי לשיקול רלוונטי (חריגת המחזור מרף חישוב התקרה), באופן הדרגתי היורד לאורך זמן.

למרות האמור, בית הדין מצא לנכון להתערב בתוצאת הנוסחה שקבע הממונה בגילוי דעת 1/16, ולהעמיד את ההגדלה על 10% במקום 18.6%. התערבות זו לא הוצדקה בנוסחה חלופית לזו שהציב הממונה, וההסבר היחידי שניתן לה הוא "שהנוסחה שבגילוי הדעת מעוררת קושי, שכן יישומה מבטא מדרג תלול מדי לדעתנו עם העלייה בהיקף מחזור המכירות" (פסקה 305 לפסק הדין). מדוע שיפוע הנגזר מ-log על בסיס 2 הוא תלול מדי לא פירש בית הדין (תחשיב בית הדין מניח שהשיפוע צריך להיגזר מ-log על בסיס 3.633, אך זאת מבלי שניתן כל הסבר לכך). התערבות שכזו, בהינתן שמדובר בהנחיות המבוססות על שיקולים מקצועיים מובהקים המצויים בליבת מומחיותו של הממונה, צריכה להישמר למקרים חריגים, המגלים טעות או פגם מהותיים היורדים לשורשו של עניין. אינני סבור שהנמקתו של בית הדין עומדת בדרישה זו.

ויובהר, הגישה לפיה יש להתחשב בגודל המחזור של המפר, ולהגדיל את העיצום כשמדובר בהיקפי פעילות משמעותיים במיוחד, אומצה על ידי המחוקק בהוספתו את מנגנון העיצום הכספי לחוק התחרות, וזאת בדומה לנעשה בחוקים אחרים בהם קיים מנגנון של עיצום כספי, ובפרט בחוקים כלכליים (ראו, למשל, סעיף 52טו(ב) לחוק ניירות ערך והתוספת השישית לחוק; סעיף 92א לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח) והתוספת הרביעית לחוק; סעיף 43 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) והתוספת השנייה לחוק. במאמר מוסגר יוער כי חוק התחרות מתאים את הסנקציה ליכולתו הכלכלית של המפר גם במקרה ההפוך – כאשר מתעורר חשש משמעותי לפגיעה ביכולת התפקוד של המפר כתוצאה מהטלת העיצום (ראו סעיפים 50(6)-(7) לחוק)). הצדדים אינם חלוקים על אימוץ העקרון של קביעת עיצום דיפרנציאלי, בהתאם לאיתנות הכלכלית של המפר, וכך גם בית הדין לתחרות. התערבות בית הדין בתחשיב הממונה בעניין זה נבעה אך ורק משום שסבר כי נוסחת ההחמרה שהוגדרה על ידי הממונה בגילוי דעת 1/16 יצרה "מדרג תלול מדי". לשיטתי, התערבות זו בשיקול הדעת המקצועי של הממונה לא הייתה במקומה.

181. אם מבטלים את התערבות בית הדין לתחרות, הרי שגובה העיצום הכספי לפי גילוי דעת 1/16 צריך לעמוד על כ-8.7 מיליון ש"ח, לפי התחשיב הבא:

שלב I: בהינתן ש-8% ממחזור המכירות של נמל אשדוד עולה על הסכום המרבי בחוק, העיצום המקסימאלי עומד על התקרה שנקבעה בחוק בשעתו – 24,564,360 ש"ח;

שלב II: עיצום הבסיס הוא 70% מהעיצום המקסימאלי, בשים לב לחומרת ההפרה כפי שקבע הממונה – 17,195,052 ש"ח;

שלב III: בגין נסיבות הנוגעות להתנהגות המפר וההפרה מצאו הן הממונה והן בית הדין לתחרות כי יש להפחית 5% מעיצום הבסיס – כך שסכום העיצום עומד על 16,335,299 ש"ח;

שלב IV: בגין נסיבות חיצוניות להפרה יש להפחית מהסכום, לפי קביעות הממונה ובית הדין לתחרות, 5% (בגין היעדר הפרות קודמות); 50% (בגין ראשית אכיפה) ו-5% (בשל הימשכות הליכי הבדיקה), ולהוסיף, לפי קביעת הממונה, 18.6% (משעסקינן בתאגיד עם מחזור מכירות גבוה במיוחד). הדבר מביא אותנו ל-8,742,366 ש"ח.

בהתחשב בכך שהעיצום הכספי חושב לפי גילוי דעת 2/12, ושהפער בין חישוב זה לחישוב לפי גילוי דעת 1/16 הוא זעום, המסקנה היא שלא היה מקום להתערב בגובה העיצום שקבע הממונה.

182. סיכומו של דבר, החלטת הממונה להשית על נמל אשדוד עיצום כספי בסכום של 9 מיליון ש"ח מצויה במתחם הסבירות, ואינה מגלה הצדקה להתערבות שיפוטית. במסגרת הערכת חומרת הפגיעה בתחרות לא היה מקום להתמקד אך בקו האדריאטי, כי אם בשלושת קווי הספנות גם יחד אשר הושפעו, הגם שכל אחד בצורה אחרת, משיטת ההנחות שהנהיג נמל אשדוד. אף לא הייתה הצדקה להפחית מחומרת הפגיעה נוכח חלקן היחסי הנמוך של עלויות דמי הפריקה והאחסנה בהשוואה למכלול עלויות הרכב. בדומה, לא מצאתי כי לפנינו מקרה חריג המצדיק התערבות בנוסחה שקובע גילוי דעת 1/16 לצורך קביעת המשקל שיש לתת להיקף מחזור המכירות השנתי.

183. מן העבר השני, לא שוכנעתי כי יש לקבל את טענות נמל אשדוד ונושאי המשרה. כזכור, נמל אשדוד ונושאי המשרה טענו כי ההחלטה להשית עליהם עיצומים כספיים בהיעדר פרסומן של הנחיות מפורטות לעניין אופן קביעת שיעורם נעשתה ללא סמכות ודינה בטלות. בתוך כך, נטען כי גילוי דעת 2/12 אינו מתווה כראוי את שיקול דעת הממונה ועל כן החלטתו הנשענת על גילוי דעת זה היא שרירותית. אין בידי לקבל טענה זו. כפי שקבע בית הדין לתחרות, פרסום הנחיות בדבר האופן שבו יש לקבוע את סכום העיצום הכספי כתנאי להפעלת סמכות הממונה להשית עיצום כספי אינו עולה מהוראות

חוק התחרות, ואף לא מהסדרים דומים להטלת עיצומים כספיים המצויים בחוקים אחרים (והשוו לדברי חקיקה אחרים אשר התנו במפורש את כניסתה לתוקף של החקיקה בכללים שיפרסם השר או הרגולטור הרלוונטי: סעיף 377 לחוק החברות, התשנ"ט-1999; סעיף 35(ד) לחוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000; סעיפים 28 ו-40(ז) לחוק המים (תיקון מס' 27), התשע"ז-2017; סעיף 21 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (תיקון מס' 44), התשע"ח-2018). בהקשר זה יצוין כי במסגרת הדיונים בכנסת בנוגע לתיקון מס' 13, העירה באת-כוחם של איגוד הבנקים, עו"ד טל אייל-בוגר (ואליה הצטרפו משתתפים נוספים), כי הצעת החוק כפי שהוגשה במקור איננה כוללת קריטריונים ברורים להבניית שיקול דעת הממונה בקביעת גובה העיצום הכספי. תחילה הממונה והיועץ המשפטי של הרשות דאז סברו כי אין מקום לעגן קריטריונים אלו בחוק, אלא שניתן להסתפק בפרסומם במסגרת גילוי דעת תוך התחייבות "שהתיקון הזה לחוק לא ייעשה לפני שיפורסם נייר מדיניות פומבי שישקף בצורה מאד רחבה ומפורטת את שיקולי הממונה בקביעת גובה העיצום". ואולם, בסופו של דבר הוחלט על הכנסת הקריטריונים לתוך חוק התחרות, ובעקבות זאת נוסף סעיף 50 לחוק, וזאת לצד האפשרות כי הממונה יפרסם נייר מדיניות מטעמו אשר יעשה קונקרטיזציה של אותם קריטריונים, לרבות תוך שימוש בדוגמאות (ראו פרוטוקול ישיבה מיום 24.1.2012, בעמ' 5, 13, 26-29 (הציטוט לעיל לקוח מעמ' 26); פרוטוקול ישיבה מיום 22.2.2012, בעמ' 2).

184. ניכר, איפוא, כי מעת שהוחלט על הכנסת הקריטריונים בחקיקה ראשית, כוונת המחוקק בוודאי שלא הייתה להתנות את הטלת העיצום הכספי בפרסום גילוי דעת מטעם הממונה. ויובהר, אין חולק כי בקביעת הממונה, אשר נשענה על גילוי דעת 2/12, אין פירוט באחוזים של המשקל שיש לתת לכל שיקול שהביא הממונה בחשבון, כפי שמתווה גילוי דעת 1/16, אך בכך אין כדי להביא לפסילת העיצום שקבע הממונה. הפירוט הנרחב שכולל גילוי דעת 1/16, לעומת גילוי דעת 2/12, הוא תוצר של רצון רשות התחרות לשפר את אופן קבלת החלטותיה בעניין, לאור הניסיון שנצטבר לאחר יישומו של מנגנון העיצום הכספי בשנותיו הראשונות. ברי כי הוא משקף גרסה משוכללת יותר להבניית שיקול הדעת של הממונה מזו שהוצגה בגילוי דעת 2/12. ואולם, בעובדה זו, כשלעצמה, אין כדי ללמד על שרירותיות החלטת הממונה כפי שניתנה בשעתה.

185. אף דינן של הטענות המופנות כלפי העיצום הכספי שהוטל על נושאי המשרה להידחות. האפשרות להתחשב בתום ליבו של המפר הועלתה במסגרת דיוני החקיקה, ונדחתה בשל הרצון להימנע מבחינת מצבו הנפשי של המפר (פרוטוקול ישיבה מיום 22.2.2012, בעמ' 34). הטעם לכך נעוץ בעובדה שלהבדיל מאכיפה פלילית, ההפרות שבגינן יוטל עיצום כספי אינן דורשות קיומו של יסוד נפשי (בג"ץ 3803/11 איגוד

הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (5.2.2012); ע"מ 430/20 המשרד להגנת הסביבה נ' קווים תחבורה ציבורית בע"מ, פסקה 12 (16.3.2021); מסמך העקרונות המנחים, בעמ' 4). ממילא, אפילו אם בעת קביעת גובה העיצום הכספי שהושת על נושאי המשרה היה מקום להתחשב בתום ליבם ובעובדה כי מדובר בהחלטה תקדימית, הן לעניין הטלת עיצום כספי בגין מתן הנחות והן לעניין הטלת עיצום כספי על יחידים שהם נושאי משרה – אינני סבור כי קביעת הממונה מגלה טעם מבורר המצדיק התערבות. מבלי להקל ראש בכתם הדבק בנושאי המשרה בעקבות הטלת העיצום הכספי, העיצום הכספי שהוטל על נושאי המשרה – 20,000 ש"ח, נקבע על הצד הנמוך מאד, ולמעשה הוא מהווה סכום סימבולי בלבד. בנסיבות אלה, ובשים לב לחומרת הפגיעה כפי שעמדתי עליה לעיל ולמעורבותם הישירה של נושאי המשרה במדיניות מתן ההנחות (הן בהתוויית המדיניות והן בהוצאתה לפועל), אין בעיניי צידוק להפחתה נוספת בגובה העיצום הכספי, לא כל שכן לביטולו כליל.

186. סיכומו של דבר: אם תישמע דעתי, נקבל את ערעור הממונה, ונדחה את ערעור נמל אשדוד ונושאי המשרה המופנה כנגד הטלת העיצומים הכספיים, כך שקביעות הממונה לעניין גובה העיצומים הכספיים יותרו על כנן. בהתאם, נמל אשדוד יישא בעיצום כספי בסכום של 9 מיליון ש"ח, ואילו נושאי המשרה יישאו, כל אחד, בעיצום כספי בסך של 20,000 ש"ח. סכומים אלה יישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום קביעת הממונה (21.12.2015) ועד למועד תשלומם בפועל.

עוללות: פגמים בהליך המנהלי

187. לבסוף, נידרש לטענת נמל אשדוד ונושאי המשרה כי נפלו פגמים בהליך המנהלי שהתנהל מול הממונה. לעניין הטענה כי הממונה לא עמד בחובת השימוע המוטלת עליו, משלא התייחס לטענות בדבר יישום מבחן המתחרה היעיל ולהשפעת ההנחות על החלטת היבואנים היכן לפרוק את הרכבים, אין בידי לקבלה.

188. נמל אשדוד ונושאי המשרה אינם טוענים כי לא ניתנה להם האפשרות להשמיע את טענותיהם האמורות בפני הממונה. אדרבא, הליך השימוע שנערך להם כלל הגשת טיעונים בכתב והשמעת טיעון בעל-פה, בעקבותיהם ערך הממונה בדיקות נוספות, במהלכן נאספו חומרים נוספים לצורך בחינת הטענות. בהמשך לכך, פנה הממונה לנמל אשדוד ולנושאי המשרה בקשר להיבטים שונים שעלו מהבדיקות הנוספות, והללו הוסיפו והגישו טיעונים בכתב והשמיעו את טענותיהם בעל-פה. בעקבות זאת, אף הוחלט

להפחית מגובה העיצום הכספי שהושת עליהם (בשיעור של 25% ביחס לנמל אשדוד ו-90% ביחס לנושאי המשרה). טענתם של נמל אשדוד ונושאי המשרה מופנית, אם כך, כלפי היעדר התייחסותו של הממונה, בצורה מספקת לשיטתם, לשתיים מהטענות שהעלו במהלך הליך השימוע שנערך לפניו. אלא, שחובת השימוע המוטלת על הממונה איננה מחייבת אותו להתייחס באופן פרטני, מקיף וממצה לכל טענה וטענה שעולה בפניו ולהסביר מהי מסקנתו לגבי כל אחת מהן; די בכך שעמדתו תוצג בצורה עניינית וממוקדת באופן שמאפשר לנוגעים בדבר להבין מדוע הוא לא קיבל את טענותיהם. בנתון האמור, לא השתכנעתי כי החלטת הממונה מגלה פגם מהותי, ודאי לא כזה המצדיק את ביטולה.

189. אשר לטענתם השנייה של נמל אשדוד ונושאי המשרה, ולפיה לא הוצג להם מלוא המידע הרלוונטי עליו מבוססת החלטת הממונה, ובפרט הניתוחים הכלכליים עליהם הסתמך הממונה בהחלטתו, הרי שגם דינה של טענה זו להידחות.

190. הלכה למעשה, עיקר טענתם של נמל אשדוד ונושאי המשרה נשען על חוסר הבהירות באשר למבחן הכלכלי בו השתמש הממונה לביסוס קביעתו בדבר פוטנציאל הפגיעה בתחרות כתוצאה ממתן ההנחות, וכפועל יוצא נמנעה מהם ההזדמנות להתמודד כיאות עם קביעת הממונה. נקודת המוצא לענייננו היא כי הממונה אשר עורך הליך של שימוע איננו מחויב להעמיד לרשות מי שעלול להיפגע מהחלטתו את מלוא החומר המצוי בתיק הרשות, אלא די להסתפק בעיקרי הדברים (בג"ץ 883/05 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (2.3.2005); בג"ץ 8247/05 ד.כ. הוצאות משפטיים בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (6.10.2005)). כפי שעמד על כך בית הדין לתחרות, עיון הן בתכתובות שהוחלפו בין הצדדים והן בפרוטוקולים של הדיונים שנערכו במעמד הצדדים, מעלה כי הממונה הציג את עיקרי טענותיו והעביר נתונים והבהרות בעניין הניתוח הכלכלי עליו התבסס, וכי עקרונות הניתוח הכלכלי היו ברורים לנמל אשדוד ונושאי המשרה. אף אם אקבל את הטענה כי הניתוח הכלכלי עליו התבסס הממונה עבר התפתחות מסוימת לאורך הליך השימוע, השאלה שעלינו לשאול היא האם מדובר בהתפתחות שעניינה חידוד או הבהרה של הניתוח או שעניינה בשינוי קיצוני שלו. בעוד מצב הדברים הראשון הוא אך טבעי בהליכים מסוג זה לאור שמיעת טענות הנוגעים בדבר, מצב הדברים השני עלול לעורר קושי. לא שוכנעתי כי ענייננו נמנה בגדר מצב הדברים השני. אכן, טוב היה אם עמדת הממונה הייתה מוצגת מלכתחילה בצורה בהירה ככל הניתן. יחד עם זאת, דומני כי ההתפתחויות שחלו בעמדת הממונה אינן אלא חידוד או הבהרה של הדברים אשר נדרשו, הן לנוכח המחלוקת בין הצדדים בדבר הניתוח הכלכלי אותו יש ליישם בסוגיה בה עסקינן בהינתן תקדימיותה; והן לאור טענות נמל

אשדוד ונושאי המשרה, לרבות חוות דעת המומחה שצורפה על ידם, אשר דרשו בדיקות נוספות ומענה מתאים. משכך, נחה דעתי כי אין לפנינו פגם היורד לשורשו של עניין ואשר מצדיק את פסילת החלטתו של הממונה.

עוללות: חיסיון מידע

191. במסגרת ההליכים השונים שנוהלו בעניין זה, נמסרו נתונים מסחריים רבים של גורמים שונים, ובכללם גורמים שאינם מעורבים במישרין בהליך. לאור זאת, ראה בית הדין לתחרות לחסות נתונים מסוימים הכלולים בפסק דינו, ואף בערכאתנו ניתן צו חיסיון (ראו החלטת השופט רון גולדשטיין, בתפקידו כרשם בית משפט זה, מיום 19.7.2021). מטעם זה, ועל מנת לאפשר את פרסום פסק הדין במלואו, מיעטתי בהתייחסות לנתונים פרטניים במסגרת החלטה זו, וכללתי בה רק מספר נתונים המתייחסים לקו האדריאטי בכללותו ולפעילות נמל אשדוד בכללותה. ביחס לנתונים אלה, סברתי כי כלליותם, מצד אחד, וחלוף הזמן, מהצד האחר, מאפשרים את חשיפתם. צו החיסיון שניתן יעמוד איפה בעינינו, בכפוף לכך שפסק דין זה ניתן לפרסום באופן מלא.

סוף דבר

192. דרך ארוכה, ואני מקווה שגם יפה, פסענו יחדיו, והיא הובילה אותנו לחזור לנקודת המוצא – קביעת הממונה על התחרות מיום 21.12.2015, אשר את מסקנותיה יש לאשר במלואן לפי הניתוח שהוצג לעיל. על כן, אם תישמע דעתי, אציע לחברי וחברתי כי נדחה במלואו את ערעור נמל אשדוד ונושאי המשרה, ונקבל את ערעור הממונה, כך שהעיצום הכספי המושג על נמל אשדוד יועמד על 9 מיליון ש"ח, כפי שקבע, ועליו יתווספו הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום 21.12.2015 ועד למועד התשלום.

193. עוד אציע כי נמל אשדוד יישא בהוצאות הממונה בסכום של 190,000 ש"ח וכי נושאי המשרה יישאו יחד בהוצאות הממונה בסכום של 10,000 ש"ח (סה"כ 200,000 ש"ח).

ש ו פ ט

אני מסכים לתוצאת פסק דינו ועיקרי דרך הילוכו של חברי, השופט ע' גרוסקופף, שהצעיד אותנו בשבילי דיני התחרות, כמפורט בחוות דעתו המקיפה, הסדורה ומאירת העיניים. אסתפק בארבע הערות כלליות: האחת בנוגע להיקף הביקורת של בית הדין לתחרות על החלטת הממונה; השניה בנוגע לאיסור בדבר ניצול לרעה על ידי בעל מונופולין; השלישית בנוגע לנטל ההוכחה; והאחרונה לגבי העיצום הכספי.

1. סעיף 43(ד) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק התחרות או החוק) מסדיר את סמכותו של בית הדין לתחרות לדון בערר על קביעת הממונה. סעיף זה קובע כי "בית הדין, לאחר ששמע את הצדדים, רשאי לאשר את קביעת הממונה, לבטלה או לשנותה". כפי שציין חברי, סמכות זו דומה להוראת סעיף 37 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992, שמסדירה את סמכותם הכללית של בתי דין מינהליים לדון בעררים (ובכללם בית הדין לתחרות). לפי הוראה זו, "בית הדין מוסמך לאשר את ההחלטה שעליה עוררים, לשנותה, לבטלה ולקבל החלטה אחרת במקומה, או להחזיר את הענין עם הוראות לרשות שהחליטה". על כך אוסיף כי הוראה אחרונה זו זהה במהותה להוראה המעוגנת בתקנה 146 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, המסדירה את סמכותה של ערכאת הערעור לדון בערעור אזרחי.

הביקורת השיפוטית של בית הדין לתחרות על החלטות הממונה מהסוג שלפנינו היא חריגה בהיקפה, כמובן זה שבבית הדין מתקיים גם הליך של הוכחות ושמיעת עדים, לרבות עדים מומחים (ראו דברי הממונה על התחרות והיועץ המשפטי של רשות התחרות בישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 24.1.2012, שאליהם הפנה חברי בפסקה 47 לחוות דעתו, ועוד אשוב ואתיחס לדבריהם להלן). מכאן, שאף שהחלטת הממונה נהנית מחזקת התקינות המינהלית, הביקורת השיפוטית שמפעיל בית הדין אינה ביקורת מינהלית קלאסית שבוחנת אם החלטת הממונה עומדת בכללי המשפט המינהלי גרידא. היא אף אינה ביקורת ערעורית קלאסית שככלל אינה קובעת ממצאי עובדה ונשמרת מפני התערבות בהם. מדובר בביקורת שיפוטית שהיא מעין שעטנז בין סוגי הבחינה והביקורת השונים, שבגדרה בית הדין אמנם מעניק משקל נכבד למומחיותו של הממונה, אך בד בבד בית הדין אינו כבול לשיקול דעתו של הממונה, שומע ראיות, ורשאי לשנות מהחלטתו אם סבר אחרת (ראו ע"א 3398/06 הרשות להגבלים העיסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ, פ"ד סא(3) 757, פסקה 26 (6.12.2006)). הביקורת הערעורית הקלאסית, המצומצמת יותר, שמורה לשלב הערעור על החלטת בית הדין, שעליה נתונה לבעלי הדין אפשרות להגיש ערעור בזכות לבית המשפט העליון (סעיף 39

לחוק התחרות) המסווג כערעור אזרחי, שבגדרו אנו מצויים כעת. יש בדברים אלו חשיבות לענייננו, הן לצורך בחינת היקף התערבותו של בית הדין בהחלטת הממונה, הן באשר להיקף התערבותנו בפסק דינו של בית הדין ביושבנו כערכאת ערעור על בית הדין.

2. כאשר לאיסור בדבר ניצול לרעה המעוגן בסעיף 29א לחוק התחרות, חברי ציין כי בית הדין הכיר בחזקות המנויות בסעיף 29א(ב) כחזקות חלוטות, אך הוסיף כי היו מי שיצאו נגד קביעה זו, ובהינתן שמחלוקת זו אינה טעונה הכרעה במקרה שלפנינו, חברי נמנע מלהכריע בה. לעניין זה אציין כי מפסקי דין של בית משפט זה שניתנו בעת האחרונה עולה הכרה בכך שאכן מדובר בחזקות חלוטות (ראו ע"א 4120/20 נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל, פסקה 39 (20.3.2023); רע"א 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' גפניאל, פסקאות 27-28 (26.7.2022); וראו גם הערתי בדנ"א 5679/21 Sanofi S.A. נ' אנופיארם בע"מ, פסקה 8 (26.12.2023) (להלן: דנ"א סאנופי)). עם זאת, בפסקי דין אלו לא נערך דיון ממצה בשאלה זו, ולפיכך אמנע גם אני מלקבוע בה מסמרות.

עוד כאשר לאיסור בדבר ניצול לרעה ויסודותיו, חברי מציין כי יש לבחון בגדרו "אם הפרקטיקה בה נוקט בעל המונופולין יוצרת מכשול משמעותי לקיומה של תחרות לגופו של עניין [...] ", ואם בעל המונופולין עושה שימוש "בפרקטיקה שתכליתה למנוע תחרות לגופו של עניין בין המונופול למתחריו הקיימים או הפוטנציאליים" (פסקה 106 לחוות דעתו). על פני הדברים, עמדתו של חברי עולה בקנה אחד עם עמדתי בדנ"א סאנופי, שם סברתי כי אין לצמצם את האיסור הכללי המעוגן בסעיף 29א לחוק התחרות ולהגבילו למצבים שבהם פעולתו של בעל המונופולין נעשית באמצעים שהם ייחודיים לבעל מונופולין. כפי שציינתי, "השאלה אינה אם הפעולה הפסולה יכולה להיות מבוצעת על ידי כל אחד, אלא אם ביצוע הפעולה הפסולה על ידי בעל מונופולין נעשתה במטרה לשמר את מעמדו המונופוליסטי ולהפחית את התחרות. כאשר זהו מצב הדברים, אין הצדקה להוציא פעולה מסוג זה מגדר תחולתו הרחבה של סעיף 29א(א) לחוק התחרות" (שם, פסקה 8 לחוות דעתי).

3. כאשר לנטל ההוכחה המוטל על כתפי הממונה, חברי מציין כי לנוכח מאפייני המשק בישראל, הנטל המוטל על כתפי הממונה להוכחת פוטנציאל לפגיעה בתחרות או בציבור הלקוחות אינו כבד (פסקאות 127, 160 לחוות דעתו). לעניין זה אני מסכים עם חברי כי מקום שבו הוכח כי כוונתו של בעל המונופולין היתה לשמר את מעמדו ולהצר את התחרות, אזי יש בכך כדי להקל על הנטל להוכחת קיומו של פוטנציאל לפגיעה כאמור. קביעה זו מתיישבת עם הגיונם של דברים, והיא הוכרה הפסיקה בהקשרים

נוספים. כך, לדוגמה, לגבי העוולה של גניבת עין נקבע כי "הוכחת כוונה להטעות עשויה להקל על התובע הוכחת סכנה של הטעיה גם מבחינה אובייקטיבית" (ע"א 261/64 פד-פרו ביסקויט כפר-סבא בע"מ ופרוביסק בע"מ נ' חברת ל' פרומין ובניו בע"מ, פ"ד יח(3) 275, 279 (1964) (ההדגשה הוספה – י"ע)). עם זאת, ראוי לציין כי הגם שהוכחת כוונה להטעות יש בה כדי להקל את הנטל הרובץ על התובע, לא די בה לבדה כדי להוכיח הטעיה, ואין בה כדי לפטור את התובע מלהוכיח את כלל יסודות העוולה (ע"א 5066/10 שלמה א. אנג'ל בע"מ נ' י. את א. ברמן בע"מ, פסקה 30 (30.5.2013)).

לטעמי הדברים רלוונטיים גם בהקשר שלפנינו. הוכחת כוונה לפגוע בתחרות אמנם תיזקף לחובת בעל המונופולין ותקל את הנטל הרובץ על הממונה להוכיח קיומה של פגיעה פוטנציאלית, אך אין בה כדי לפטור את הממונה מלהוכיח זאת. ראוי להזכיר כי ניצול לרעה לפי סעיף 29א לחוק התחרות שנעשה בכוונה להפחית את התחרות או לפגוע בציבור מהווה גם עבירה פלילית (סעיף 47(א)(6) לחוק). יש בכך כדי לחדד את הצורך להקפיד על הוכחת כל יסודות העילה, וזאת גם כאשר ההליך שנקט הממונה אינו פלילי (השוו לטענת תרמית בדין האזרחי, שלגביה נאמר כי "כמות הראיות ורף הראיות הנדרש לגבי טענה מעין-פלילית [...] הוא גבוה יותר. קיימת זיקה בין חומרת הטענה לעוצמת ההוכחה הנדרשת להוכחת הטענה..."); וכאשר מועלית טענה מסוג זה "על בית המשפט לבחון את הראיות בזהירות ובקפדנות" (ע"א 3546/10 מישאלי נ' קליין, פסקה 14 והאסמכתאות שם (18.4.2012)). על רקע האמור, אין לשלול היתכנות של מצבים שבהם הוכחת פגיעה פוטנציאלית בתחרות תהיה טענה "חוות דעת כלכלית או ניתוחי שוק מעמיקים", כלשון חברי. תרגום נטל ההוכחה לדרישה ראייתית קונקרטית הוא מלאכה שנעשית בכל מקרה לגופו, וככלל יש להישמר מפני מצב שבו הקלת הנטל הרובץ על הממונה תהפוך להעברת הנטל אל כתפי בעל הדין שכנגד.

בהקשר זה ובהתייחס למקרה שלפנינו, אוסיף כי לטעמי טוב היתה נהגת הממונה אלמלא נמנעה מלחקור את היבואנים ביחס לאופן שבו השפיעה מדיניות ההנחות של נמל אשדוד על התנהלותם. הגם שהנימוקים שמנה חברי בהקשר זה יש בהם טעם (פסקה 163 לחוות דעתו), דומני כי חקירת היבואנים מצד רשות התחרות היתה צעד רצוי, שמא מתבקש. צעד שכזה עשוי היה לספק לממונה ראיות בעלות משקל להוכחת עמדתה, ולחלופין, ייתכן שתשובות היבואנים היו מלמדות כי התזה של הממונה אינה מבוססת כפי שאולי סברה כבתחילה. חשוב אפוא להבהיר כי העובדה שהחוק מסתפק בפגיעה פוטנציאלית בתחרות, לא נועדה לפטור את הרשות מלערוך בדיקה יסודית של הדברים. מכל מקום, לנוכח התשתית העובדתית והראייתית והצטברות הפרמטרים שקיימים במקרה דנן, כפי שפירט חברי בהרחבה, ובפרט: הקשירה בין שלושת השווקים;

היות ההנחה "מבוססת שיעור" (קרי על בסיס אחוז פעילות שהפנה היבואן לנמל להבדיל מכמות רכבים אבסולוטית שנפרקה בו); מנגנון הנחה של זכאות רטרואקטיבית; וקיומן של ראיות לגבי כוונתו של נמל אשדוד למנוע הסטת רכבים לנמל חיפה באמצעות שיטת ההנחות – אזי אין בדברים כדי לשנות מן המסקנה בדבר התקיימות היסודות של ניצול לרעה במקרה שלפנינו.

4. אסיים בהתייחסות לעיצום הכספי.

עמדנו על כך שהגם שהחלטת הממונה נהנית מחזקת התקינות, הביקורת השיפוטית של בית הדין על החלטת הממונה אינה ביקורת מינהלית קלאסית אלא ביקורת "משודרגת" ומקיפה יותר. דברים אלה עומדים בתוקפם גם בנוגע להחלטת הממונה להטיל עיצום כספי, ואני מסכים עם חברי כי בכל הנוגע להחלטה מסוג זה, הביקורת השיפוטית של בית הדין נדרשת להיות דקדקנית אף יותר (פסקה 176 לחוות דעתו). עם זאת, בשונה מחברי, אני סבור כי בבוא בית הדין להעביר תחת שבט ביקורתו את העיצום הכספי שהשית הממונה, ידיו נכבלות וסמכותו לפתע מצטמצמת לבחינת סבירותה של החלטת הממונה בלבד.

הסמכות להטיל עיצום כספי אינה סמכות של מה בכך. נכון להיום, שיעורו המקסימלי עומד על למעלה מ-111 מיליון שקלים לתאגיד ולמעלה מ-1.11 מיליון שקלים ליחיד (סעיף 50ד(א) לחוק). לעניין זה ראוי לשוב ולהביא מדבריהם של הממונה על התחרות והיועץ המשפטי של רשות התחרות דאז בישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת, שבה נדון התיקון המוצע לחוק התחרות שבמסגרתו התווסף מנגנון העיצום הכספי. כך, בניסיון להרגיע את החשש מפני שיקול דעתו הרחב של הממונה בקשר להטלת עיצום כספי וקביעת שיעורו, ראו השניים להדגיש את סמכות הביקורת הרחבה והמעמיקה של בית הדין כלפי רשות התחרות, שמועברת "לגוף ההחלטה", "בוודאי לא ביקורת בג"צית", אף "לא ביקורת של ערעור", אלא הליך שבו בית הדין "שומע ראיות, שומע עדים, יש שלבי הוכחות", "הליך של בית משפט לכל דבר ועניין שבו החלטת הממונה מפורקת לגורמים" (דברי היועץ המשפטי של הרשות, עו"ד אורי שוורץ, עמ' 10 לפרוטוקול). כאמור, אף הממונה עצמו, פרופ' דייוויד גילה, חיזק את הדברים והעצים בתיאורו את היקף הביקורת השיפוטית של בית הדין, שבודק את רשות התחרות "עד גיליון ה'אקסל' על כל פרט, עם הזמנת עדים, עם הזמנת מומחים", ביקורת "שאינן [לה] אח ורע", שמבחינה מהותית פותרת את החשש מפני טעות בהחלטה (שם, עמ' 14). לטעמי, הדברים מדברים בעד עצמם, וספק אם ניתן ליישבם עם העמדה המושמעת כעת

שגורסת כי הביקורת של בית הדין לגבי העיצום הכספי היא ביקורת מינהלית גרידא שמוגבלת לבדיקת סבירותו.

אם כן, בדומה להיקף הביקורת של בית הדין לגבי החלטת הממונה בכל הנוגע להפרת הוראות חוק התחרות, בית הדין מוסמך לבחון אם לנוכח התשתית העובדתית והראייתית שהונחה לפניו הוא סבור אחרת מכפי שסבר הממונה בנוגע להטלת העיצום הכספי ושיעורו.

5. כפי שצינתי לעיל, בשונה מהיקף הביקורת השיפוטית שמפעיל בית הדין על החלטות הממונה, הביקורת השיפוטית של בית משפט זה על פסק דינו של בית הדין לתחרות היא ביקורת ערעורית קלאסית, מצומצמת יותר, על המשמעויות הנלוות לכך. באספקלריה זו, ניתן לומר, בהיקש זהיר, כי כשם שאין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בחומרת העונש אלא במקרים חריגים שבהם נפלה טעות מהותית בפסק הדין או כאשר ישנה סטיה ברורה ממדיניות הענישה הנוהגת, גם היקף התערבותו של בית משפט זה בגובה העיצום הכספי שקבע בית הדין היא מוגבלת (על ההלכה לגבי היקף התערבותה של ערכאת הערעור בגזרי דין ראוי, מבין רבים, ע"פ 8320/21 מדינת ישראל נ' בסילה, פסקה 8 והאסמכתאות שם (28.12.2021)). אמת נכון הדבר, לא בענישה פלילית עסקינן במקרה שלפנינו, כי אם בסנקציה מינהלית. ואף על פי כן, דומני כי ניתן, ולו כמקור השראה, להסתייע לעניין זה בהלכות המושרשות הנוהגות לגבי התערבותה של ערכאת הערעור במישור הענישה.

6. מכל מקום, והחשוב לענייננו, שגם באספקלריה זו של ביקורת ערעורית על פסק דינו של בית הדין, קמה הצדקה להתערב בשיעורו של העיצום הכספי שקבע בית הדין, ונימוקיו של חברי בעניין זה מקובלים עלי. לפיכך, אני מצרף את עמדתי לעמדתו כי דין ערעורם של נמל אשדוד ונושאי המשרה להידחות, וכי דין ערעור הממונה להתקבל, כמפורט בפסקאות 192-193 לפסק דינו של חברי.

ש ו פ ט

השופטת (בדימ') ע' ברון:

1. הערעורים שלפנינו מעלים לדיון מספר סוגיות חדשניות בדיני התחרות, הצומחות מסעיף 29א(א) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק התחרות).

מדובר ב"סעיף-סל", המטיל איסור רחב וגורף על ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי בשוק באופן שעלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור; ואיסור כללי זה מתווסף לאיסורים ספציפיים החלים על בעל מונופולין ומנויים בסעיף 29א(ב) לחוק – ובהם קביעת מחירים בלתי-הוגנים, טורפניים או מופרזים; הפליית מחירים פסולה; צמצום או הגדלה של הנכסים או השירותים הניתנים על-ידי בעל מונופולין, באופן שאינו תחרותי; וכיוצא באלה. כפי שהובהר אך לאחרונה בפסיקתו של בית משפט זה, סעיף 29א(א) לחוק התחרות מקיף כל פעולה פסולה שביצע בעל מונופולין תוך ניצול מעמד לרעה, אף אם אותה פעולה נעשתה ללא שימוש בכוח המונופוליסטי (באותו מקרה מדובר היה בהטעיה של רשם הפטנטים, פעולה שאינה ייחודית לבעל מונופולין, ראו: דנ"א 5679/21 SANOFI S.A נ' אוניפארם בע"מ, סעיפים 95-105 לחוות דעתו של השופט נעם סולברג, וסעיף 18 לחוות דעתי (26.12.2023)).

כידוע, במוקד חוק התחרות ניצבת השאיפה לקדם את רווחת הצרכנים באמצעות הגנה על התחרות במשק הישראלי. דיני התחרות הוכרו זה מכבר כ"מגנה כרטה" של זכויות הצרכן והתחרות החופשית (הנשיא א' ברק ב-ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, 230 (1998)). ויובהר: דיני התחרות אינם אוסרים על עצם קיומו של מונופולין. למעשה, "השאיפה להגדיל את נתח השוק או להשיג כוח שוק משמעותי אף נתפסת ככזו שמניעה את גלגלי התחרות ומתמרצת מתחרים לבדל את עצמם באמצעות מוצרים ושירותים איכותיים יותר" (רעא 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' גפניאל, פסקה 26 לחוות דעתי (26.7.2022)). עם זאת, כוח שוק עלול להיות מנוצל לרעה לצורך פגיעה בתחרות – וחוק התחרות מתמקד במניעה של פרקטיקות מסוג זה.

2. בענייננו עומדת על הפרק פרקטיקה של מתן הנחות שבה נקט נמל אשדוד – שהוא בעל מונופולין בשוק השירותים הניתנים ליבואני רכב המיובאים לישראל מאירופה ומארצות הברית באוניות מסוג "גלנוע". הגם שמבחינה אינטואיטיבית מתן הנחות נחזית כפעולה שמיטיבה דווקא עם הצרכן, בפועל ניתן לעשות שימוש במנגנוני הנחות על מנת לכבול צרכנים לבעל המונופולין ובכך לפגוע במתחרים ובתחרות החופשית. חברי השופט עופר גרוסקופף הניח תשתית עובדתית ומשפטית מקיפה לדיון בשאלה אם בהסכמי ההנחות מהסוג שבו התקשר נמל אשדוד עם יבואני הרכב יש משום ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, ולא הותיר אבן שלא נהפכה בנושא. חוות דעתו של חברי היא מלאכת מחשבת בדיני התחרות, ואני מצטרפת בהסכמה לתוצאה שאליה הגיעה ולדרך הילוכו. אוסיף רק מספר הערות קצרות.

3. סעיף 29א(א) לחוק התחרות מושתת על שלושה יסודות מצטברים: הראשון, קיומו של מונופול בהתאם להגדרה שבסעיף 26 לחוק; השני, ביצוע פעולה המהווה ניצול מעמד לרעה; והשלישי הוא יסוד בעל פוטנציאל תוצאתי, במובן זה שהפעולה שבוצעה עלולה להפחית את התחרות או לפגוע בציבור (פגיעה בכוח ולא בפועל) (להלן: יסוד העלילות). במקרה שלפנינו אין עוד חולק כי נמל אשדוד הוא בעל מונופולין בשוק הרלוונטי, ועיקר המחלוקת בין הצדדים נסבה אפוא על היסוד השני והיסוד השלישי.

בהתייחס ליסוד השני שעניינו בניצול מעמד לרעה – ביסוד חוות דעתו של השופט גרוסקופף עומדת הבחנה בין "הנחת כמות" ובין "הנחת מטרה". בעוד הנחת כמות ניתנת באופן שוויוני לכלל הצרכנים ונקבעת ביחס לכמות אבסולוטית של מוצרים או שירותים שנרכשו על ידם – הנחת מטרה היא הנחה אישית, שנתפרת למידותיו של כל צרכן במטרה לתמרץ אותו להגדיל את היקף רכישותיו עד לכדי בלעדיות מסחרית, ובכך לחסום את פעילותם של המתחרים (של העוסק) בשוק. הנחת כמות משקפת אפוא חסכון בעלויות הנובע מהגדלת הביקוש ועל כן מקדמת מדיניות תחרותית של העוסק; ואילו להנחת מטרה אין על פני הדברים הצדקה כלשהי מבחינת העלויות של העוסק, ועל כן היא "חשודה" כפרקטיקה שתכליתה לדחוק מתחרים שלו מהשוק. בהינתן האמור, אני מסכימה עם חברי כי הנטל לשכנע כי מתן הנחת כמות מהווה ניצול לרעה של מעמד בשוק מוטל על הטוען לכך; ואולם כאשר מדובר בהנחת מטרה יש להעביר את הנטל לשכמו של בעל המונופולין – להראות כי מדובר בפרקטיקה לגיטימית.

4. בהתייחס ליסוד השלישי, הוא יסוד העלילות – השופט גרוסקופף קובע כי "בהינתן מאפייניו של השוק הישראלי, הפוטנציאל כי הפעלת פרקטיקה פסולה על ידי בעל מונופולין תביא לפגיעה בתחרות או בציבור הוא גבוה, ועל כן הוכחה לכאורית של יסוד העלילות אינה מצריכה, לרוב, תשתית ראייתית מורכבת או ניתוחים כלכליים מעמיקים" (בפסקה 127). לגישתו, מאחר שהשוק הישראלי הוא קטן ומבודד, ומתאפיין בחסמי כניסה גבוהים, קיימת הסתברות גבוהה כי השימוש בפרקטיקה פסולה על ידי בעל מונופולין יוליד תוצאה אנטי-תחרותית או אנטי-צרכנית. ועוד לדבריו, "חשש זה מתחזק, באותם מצבים בהם מוכח כי לא רק שנעשה שימוש בפרקטיקה פסולה, אלא שנעשה בה שימוש מודע מתוך מטרה להביא לפגיעה בתחרות או בציבור" (שם).

על כך העיר חברי השופט יצחק עמית, כי "יש להישמר מפני מצב שבו הקלת הנטל הרובץ על הממונה תהפוך להעברת הנטל אל כתפי בעל הדין שכנגד", ואני מצטרפת לאזהרתו בנדון. אוסיף לזאת, כי הקלת נטל ההוכחה באופן המוצע על ידי השופט גרוסקופף עלולה לרוקן מתוכן את היסוד השלישי הקבוע בסעיף 29א(א) לחוק

התחרות – שבמסגרתו נדרש כאמור להוכיח עלילות לפגיעה בתחרות או בציבור. הכלל הוא שהוכחת יסוד זה כרוכה בניתוח כלכלי של השוק הרלוונטי, ומטבע הדברים יש צורך בהגשת חוות דעת כלכלית בנדון. העובדה שהשוק הישראלי הוא שוק קטן ומבודד היא בהחלט נתון רלוונטי ואף בעל משקל במסגרת ניתוח זה – אך לא ניתן למצות בכך את הוכחת יסוד העלילות. על הטוען לכך להוכיח קיומה של פגיעה פוטנציאלית משמעותית בתחרות או בצרכנים, ולא כעניין הסתברותי (ראו גם בסעיף 68 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף). שאם לא כן, לא ימצא כל הבדל בין סעיף 29א(א) לחוק שהוא כאמור סעיף סל, ובין סעיף 29א(ב) שבו קבועים איסורים ספציפיים החלים על בעל מונופולין ומקימים חזקה לפגיעה בתחרות באופן שהיסוד התוצאתי אינו דרוש הוכחה.

5. אשר למקרה שלפנינו, דעתי כדעתו של השופט גרוסקופף כי הוכח על ידי הממונה על התחרות, במידה הנדרשת, כי נמל אשדוד נקט במדיניות פסולה של מתן הנחות מטרה ליבואני הרכב, באופן שעלול לפגוע באופן ממשי בתחרות בשוק הרלוונטי. כפי שפורט ולובן על ידי חברי, נמל אשדוד נתן ליבואני הרכב הנחות שנקבעו באופן פרטני, תוך שהן מבוססות על היקף פעילותם של היבואנים בשנה החולפת והצפי שלהם להיקף פעילות בשנה הקרובה, כך שההנחה נועדה לגרום לכך שנמל אשדוד והוא בלבד יענה על צרכיו של כל יבואן במלואם. הזכאות להנחה נמדדה לאורך שנה שלמה, וניתנה באופן רטרואקטיבי בתום השנה למן הרכב הראשון – זאת במידה שהיבואן הגיע ליעד שהוצב לו על ידי נמל אשדוד. ברור כי בנסיבות אלה, יבואן שהחל לרכוש שירותים מנמל אשדוד בחר להמשיך לרכוש אותם ממנו במהלך כל השנה על מנת ליהנות מההנחות. מדיניות זו יצרה "קשירה" (tying) בין העסקאות השונות שערך היבואן במהלך השנה, באופן שמונע תחרות על כל עסקה; ויתר על כן, מדיניות זו יצרה "קשירה" בין שלושת קווי הספנות לייבוא רכב לישראל (קו אירומד, קו נפטון והקו האדריאטי), תוך שנמל אשדוד רותם לטובתו את המונופול שממנו נהנה בכל אחד מהקווים לצורך שימור מעמדו בקו היחיד שבו נמל חיפה יכול היה להתחרות עימו (הקו האדריאטי).

במצב הדברים שתואר, ברי כי לנמל חיפה לא היה כל סיכוי להתחרות עם נמל אשדוד על פריקת הרכבים מאירופה ומארה"ב. על מנת לעשות כן, לא רק שהיה על נמל חיפה להשוות את ההנחה שניתנה על ידי נמל אשדוד בקו האדריאטי שבו השניים מתחרים – אלא שנמל חיפה אף נדרש "לפצות" את היבואנים על אובדן ההנחות בקו אירומד ובקו נפטון שבהם הוא כלל לא פועל. זאת, כמובן, עסקה הפסדית עבור נמל חיפה. ואמנם, בחינת נתח השוק של שני הנמלים בתקופה הרלוונטית מלמדת על שליטה מלאה כמעט של נמל אשדוד בקו האדריאטי, שנמשכה עד להפסקת מדיניות ההנחות שננקטה על ידו. לכך מצטרפת העובדה שנקבע על ידי בית הדין לתחרות, כממצא

עובדת, כי תכליתה של שיטת ההנחות היתה למנוע מהיבואנים לפרוק רכבים בנמל חיפה.

6. ומכאן לעיצומים הכספיים שהושתו על הנמל ועל נושאי המשרה. תחילה ייאמר, כי אני מסכימה עם שני חבריי שבית הדין לתחרות נדרש להפעיל ביקורת שיפוטית דקדקנית במיוחד בכל הנוגע להחלטה של הממונה על התחרות בדבר הטלת עיצום כספי; וכן אני שותפה לעמדתו של השופט עמית, כי ביקורת זו אינה מוגבלת לבחינת סבירותה של ההחלטה. אף לגישתי בית הדין נדרש לבחון אם לנוכח התשתית העובדתית והראייתית שהונחה לפניו מתחייבת החלטה אחרת בנוגע להטלת העיצום או שיעורו.

בנסיבות המקרה, דעתי כדעת חבריי שלא היה מקום להתערבותו של בית הדין לתחרות בהחלטת הממונה בנוגע לשיעורו של העיצום הכספי שהוטל על נמל אשדוד. כפי שביאר השופט גרוסקופף, תכליתו העיקרית של העיצום הכספי היא הרתעתיות-מניעתיות, והוא נועד לשלול את התמריץ הכלכלי להפרת החוק תוך נטילת הרווח שצמח למפר. על הרקע הזה, אינני סבורה כי נפל פגם במנגנון ששימש את הממונה לקביעת עיצום דיפרנציאלי המבוסס על היקף המכירות של הנמל. ועוד ייאמר, כי העיצום שנקבע הולם על פניו את החומרה היתרה הגלומה בהתנהלותו של הנמל בעת הרלוונטית וכן את חומרת הפגיעה בתחרות שנגרמה על ידו – כך גם אם נמקד מבטנו בפגיעה בקו האדריאטי בלבד, מבלי להביא בחשבון את הפגיעה המשנית שנגרמה כתוצאה מ"הקשירה" שיצר נמל אשדוד בין קו זה ובין קו אירומד וקו נפטון.

7. סופו של דבר, אני מצטרפת לתוצאה שלפיה דין הערעור שהוגש על ידי נמל אשדוד ונושאי המשרה להידחות, ודין הערעור שהוגש על ידי הממונה על התחרות להתקבל.

ש ו פ ט ת (בדימ')

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף.

ניתן היום, כ"ז בטבת התשפ"ד (8.1.2024).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת (בדימ')

ש ו פ ט