

בית המשפט העליון: מתן הנחות על ידי בעל מונופולין עשוי להיחשב כניצול מעמד מונופוליסטי לרעה עדכון לקוחות – ינואר 2024

לקוחות יקרים,

ביום 8 בינואר 2024, פרסם בהמ"ש העליון פסק דין תקדימי בע"א 8387/20 **חברת נמל אשדוד בע"מ נ' הממונה על התחרות**, במסגרתו בחן את פרקטיקה של מתן הנחות על ידי בעל מונופולין בראי חוק התחרות. ביהמ"ש דחה את הערעור, והותיר על כנו את קביעת הממונה על התחרות (להלן: הממונה) בדבר ניצול הכוח לרעה של נמל אשדוד, ואת הקנסות שהטיל.

ביהמ"ש ניתח את סוגי ההנחות שיכול בעל מונופולין ליתן, והבהיר, בין השאר, כי הנחות מטרה נחזות להיות הנחות לא לגיטימיות, בעוד שהנחות כמות, שאינן רטרואקטיביות, נחזות, על פניו, להיות הנחות לגיטימיות.

בלב הפרשה 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 שירותים אלו. למעשה, שלושה קווי ספנות ליבוא רכבים מאירופה וארה"ב פקדו את ישראל: שניים מהם הגיעו באופן בלעדי אל נמל אשדוד, בעוד שהקו השלישי (האדריאטי) פקד את נמלי אשדוד וחיפה לסירוגין.

במסגרת ההסכמים שבלב הפרשה, נמל אשדוד קבע עבור מרבית היבואנים יעדים שנתיים פרטניים של כמות הרכבים הכוללת שעל כל אחד מהם לפרוק בנמל (ללא הבחנה בין שלושת קווי הספנות המגיעים לנמל אשדוד לצורך פריקת הרכבים המיובאים). בתמורה, קיבל כל אחד מהיבואנים הנחה בעבור דמי הפריקה ודמי האחסנה בהיקף המשתנה בין יבואן אחד למשנהו. ההנחה ניתנה מהרכב הראשון שנפרק בנמל, ובאופן שוטף, אך הזכאות למתן ההנחה התגבשה באופן רטרואקטיבי, לאחר עמידה ביעד השנתי. 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.

על רקע האמור, ביום 21 בדצמבר 2015, הכריז הממונה על נמל אשדוד כבעל מונופולין בשוק פריקת הרכבים המיובאים לישראל מאירופה ומארה"ב בכל אחד משלושת קווי הספנות. עוד קבע הממונה כי נמל אשדוד ניצל את מעמדו המונופוליסטי לרעה בשווקים האמורים על ידי מתן הנחות פסולות,

ובכך הפר את האיסור הקבוע בחוק בדבר ניצול מעמד לרעה. בעקבות זאת, הפעיל הממונה את סמכותו והשית עיצומים כספיים בסך של 9 מיליון ש"ח על נמל אשדוד ו-20,000 ש"ח על שני נושאי משרה. בית הדין לתחרות דן בעררים, וביום 23 ביוני 2020 דחה אותם, למעט לעניין גובה העיצום הכספי שהושת.

בבואו לדון בנושא, ביהמ"ש העליון חזר על כך שקיומו של מונופול אינו אסור בחוק. יחד עם זאת, הזכיר כי המחוקק הישראלי הטיל על בעל מונופולין כללי התנהגות שיבטיחו כי לא ישתמש בכוחו ובמעמדו בשוק באופן שיפגע בתחרות ובציבור, וביניהן האיסור על בעל מונופולין לנצל את מעמדו לרעה, כאמור בסעיף 29א לחוק התחרות.

תחילה, השופטים ניגשו לשאלה האם נמל אשדוד בעל מונופולין. על כך השיבו בחיוב, וקבעו כי נמל אשדוד בעל מונופולין בשוק פריקת הרכבים המיובאים מאירופה ומארה"ב לישראל בכל אחד משלושת קווי הספנות.

לאחר מכן, ביהמ"ש ניגש לשאלה האם שיטת ההנחות בה נקט נמל אשדוד עלתה לכדי ניצול מעמדו לרעה. על פי ביהמ"ש, מתן הנחות על ידי עוסק, כשלעצמו, איננו פרקטיקה פסולה, ולעתים אף פרו-תחרותי. עם זאת, מתן הנחות יכול במקרים מסוימים להוות אמצעי בידי עוסק למנוע תחרות.

ביהמ"ש הבחין בין הנחות כמות לבין הנחות נאמנות או מטרה. השופטים הסבירו כי הנחות כמות, שניתנות על בסיס אמות מידה אובייקטיביות ואחידות, נחזות ככלל כפרקטיקה לגיטימית. ככזו, התערבות שיפוטית במדיניות כזו מעוררת קושי ניכר, ומחייבת הבאת ראיות לכך שההנחה אינה מייצגת חיסכון בעלויות, אלא נובעת מטעמים אחרים.

לעומת זאת, הנחות נאמנות או מטרה, הניתנות על בסיס שיעור ההזמנות שהלקוח מפנה לבעל המונופולין, נחזות כפרקטיקה בלתי לגיטימית. בהתאם, הנטל לשכנע שהפרקטיקה לגיטימית (למשל, שמדיניות ההנחות נגזרת מדרישות לקוחות), צריך להיות מוטל על בעל המונופולין.

ביהמ"ש הוסיף כי החלוקה בין הנחת כמות לבין הנחות נאמנות או מטרה אינה חזות הכל. לעניין זה, השופטים קבעו כי היבט המחמיר את הפגיעה בהליך התחרותי, אפילו אם ניתן במסגרת הנחת כמות,

הוא כאשר ההנחות כוללות מנגנון רטרואקטיבי. כך למשל, אם ההנחות ניתנות מהמוצר הראשון ובסוף התקופה עורכים התחשבנות, או אם ההנחות מוענקות רק לאחר שהלקוח הגיע ליעד הכמותי. ביהמ"ש הסביר כי מנגנון כזה מציב את המתחרים של המונופול בפני מכשול, משום שהלקוחות יירתעו מלרכוש מוצרים אצלם בטרם יידעו כי עמדו ביעד שהציב בעל המונופולין. בכך, המונופול למעשה כורך את כל העסקאות מולו ומונע תחרות על כל עסקה בנפרד. בהתאם, מצטמצמת התחרות לה חשוף בעל המונופולין.

לעניין זה, ביהמ"ש הבהיר כי ככל שמתארכת התקופה בה נכרכות העסקאות לכדי תחשיב הנחות אחד, וככל שגדל שיעור ההנחה התלוי בביצועים לאורך כל התקופה, כך גם מתחזק החשש כי הטעם למדיניות ההנחות הוא אנטי-תחרותי. לפיכך, בעוד שהענקת הנחות על בסיס חודשי או רבעוני לכאורה אינה פסולה, כריכת ההנחות בהיקף עסקאות שנתי ומעלה מעורר חשש. 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.

על רקע הניתוח המשפטי לעיל, ובהיעדר הסבר כלכלי המצדיק את השימוש בפרקטיקה זו, ביהמ"ש קבע כי מדיניות ההנחות בה נהג נמל אשדוד היוותה ניצול מעמד לרעה.

ביהמ"ש הבהיר כי למרות שנעשה שימוש בפרקטיקה פסולה, עדיין יש להוכיח כי הפרקטיקה עלולה להפחית את התחרות או לפגוע בציבור (להלן: מבחן העלילות) כדי שהפרקטיקה תפר את חוק התחרות. ביהמ"ש אף חידד שלא די בפגיעה פוטנציאלית קלת ערך, אלא נדרשת פגיעה פוטנציאלית משמעותית בתחרות בעסקים או בציבור.

על פי השופט גרוסקופף, מאפייניו של השוק הישראלי מובילים לכך שהוכחת מבחן העלילות בענייננו אינה מצריכה תשתית ראייתית מורכבת או ניתוחים כלכליים מעמיקים. עם זאת, השופטים עמית וברון הזהירו מפני מצב שבו יוקל הנטל הרובץ על הממונה, והסבירו כי העובדה שהשוק הישראלי הוא שוק קטן ומבודד עדיין מחייב הוכחת קיומה של פגיעה פוטנציאלית משמעותית בתחרות או בצרכנים.

לבסוף, שופטים הסכימו פה אחד כי בנסיבות המקרה, עלה חשש מהותי לפגיעה משמעותית בתחרות בשל השפעתם המסתברת על תמריצי היבואנים לפרוק בנמל אשדוד בלבד.

משהוחלט שנמל אשדוד הפר את האיסור לנצל מעמד לרעה, נותר לקבוע את הסנקציה שיוטל עליו. נכיר, חוק התחרות מאפשר להטיל מספר סנקציות, וביניהן פלילית (ככל שבעל המונופולין פעל בכוונה) ואזרחית (לרבות על דרך תובענה אזרחית). עם זאת, נראה שהסנקציה העיקרית היא עיצום כספי על ידי הממונה, שמוטל גם ללא הוכחת כוונה. גובה העיצום הכספי המירבי קבוע בחוק. על פיו, ניתן להשית על תאגיד עיצום כספי בשיעור של עד 8% ממחזור המכירות בשנה שקדמה לשנת הכספים שבה בוצעה ההפרה, ובלבד שסכום העיצום לא יעלה על 111,331,200 ש"ח. כמו כן, ניתן להטיל עיצומים כספיים גם על אדם, בסכום של עד 1,113,310 ש"ח (נכון לינואר 2024).

בענייננו, הממונה הורה על השתת עיצום כספי הן על נמל אשדוד והן על נושאי המשרה בגין הפרת האיסור על ניצול מעמד לרעה. בניגוד לערכאה הקודמת, ביהמ"ש לא ראה הצדקה להתערב בהחלטת הממונה בעניין, והטיל עיצומים כפי שהטיל הממונה.

מזכר לקוחות זה אינו ממצה את כלל ההוראות המפורטות בחקיקה. הוא אינו מהווה ייעוץ משפטי ומוגש כשירות ללקוחותינו.



עו"ד אלירן דוידסון
elirand@agmon-law.co.il



עו"ד מירב יונג, שותפה
meiravy@agmon-law.co.il



עו"ד מתן מרידור
ראש מחלקת דיני תחרות
meridor@agmon-law.co.il