

המותר והאסור במתן הנחות על ידי בעלי מונופולין

עדכוני לקוחות

בשני פסקי דין מרכזיים שפורסמו לאחרונה על ידי בית המשפט העליון בעניין נמל אשדוד, ועל ידי בית המשפט המחוזי מרכז בעניין חברת נשר, נקבעו כללים תקדימיים המבהירים את המותר והאסור בראי דיני התחרות בעת מתן הנחות על ידי בעלי מונופולין ללקוחותיהם השונים. מטבע הדברים, הכללים שקבעו בתי המשפט עשויים לשנות כמה מהאמיתות הרווחות בסוגיה זו, ואולי אף את כללי המשחק התחרותי שנהגו בישראל, ומכאן החשיבות הרבה להכירם.

להלן נסקור את פסקי הדין ונציג את עיקרי הדברים אשר נקבעו בהם ביחס להנחות הניתנות על ידי בעל מונופולין.

נמל אשדוד

במרכזו של עניין נמל אשדוד, עומדים הסכמים של חברת נמל אשדוד עם יבואני רכב שונים, למתן הנחות לפריקת רכבים בנמל. חברת נמל אשדוד קבעה עבור כל יבואן יעד של כמות רכבים שעליו לפרוק בנמל אשדוד כתנאי לקבלת הנחה. היעד שנקבע בהסכמים האמורים, הותאם למידותיו המדויקות של כל יבואן ושיקף את עיקר היקף הייבוא השנתי הצפוי של אותו יבואן. כמו כן, ההנחות ניתנו "רטרואקטיבית" ועל בסיס שנתי. כלומר, הזכאות להנחות חלה רק לאחר עמידה ביעד שנקבע ע"י חברת נמל אשדוד עבור היבואן, והיא נבחנה בסוף השנה באופן רטרואקטיבי. יבואן אשר לא עמד ביעד שנקבע לו על-ידי חברת נמל אשדוד (למשל, בגלל שהחליט לפרוק רכבים גם בנמל חיפה), היה צפוי לאבד את כלל ההנחות, לרבות בגין רכבים שכבר פרק בנמל אשדוד.

הממונה על התחרות, במסגרת ההליך המנהלי שהתקיים בפניה, קבעה כי מדובר בניצול מעמד מונופוליסטי לרעה של חברת נמל אשדוד (במסגרת ההליך, חברת נמל אשדוד אף הוכרזה כבעלת-מונופולין), ובהתאם לכך - הוטל עליה עיצום כספי בסכום של 9 מיליון ₪, ועל נושאי משרה בה הוטל (כ"א בנפרד) עיצום כספי בסך 20,000 ₪.

על קביעה זו של הממונה על התחרות הוגש ערר מטעם חברת נמל אשדוד לבית הדין לתחרות. בית הדין דחה את הערר על עצם הקביעה עצמה, והותיר אותה על כנה, אך מצא לנכון להפחית את העיצום הכספי שהוטל על הנמל ע"י הרשות באופן משמעותי.

נמל אשדוד ערער לבית המשפט העליון שדחה את הערעור ואף החזיר את העיצום הכספי לגובהו המקורי. בהחלטה ארוכה ומנומקת אפיין בית המשפט העליון את המצבים בהם מתן הנחות ע"י בעל מונופולין עלול להוות "ניצול מעמד לרעה" כאמור בסעיף 29א של חוק התחרות.

ככלל, בית המשפט העליון קבע כי לא ניתן לסווג פרקטיקה של מתן הנחות על ידי בעל מונופולין כפסולה לכשעצמה, וכי מדובר בפרקטיקה לגיטימית אשר יש בה כדי לעודד תחרות על ליבו של הצרכן. עם זאת, לשיטת בית המשפט העליון, מתן הנחות ע"י גורם בעל מעמד מונופוליסטי, עלול, במקרים מסוימים, להביא להפחתת התחרות בעסקים, ולעלות לכדי ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה שהנו אסור לפי חוק התחרות. בפרט, בית המשפט העליון עמד על ההבחנה בין הנחות

כמות (אשר נתפסות לרוב כלגיטימיות) לבין הנחות שיעור/מטרה (אשר לרוב נתפסות ככאלה אשר תכליתן להפחית תחרות), כמפורט להלן, ודן בשאלת הלגיטימיות של סוגי הנחות אלה.

ההבחנה בין הנחות כמות לבין הנחות שיעור/מטרה

"**הנחות כמות**" – הנחות שמשותפות בהתאם לכמות שרוכש הלקוח. בית המשפט העליון הדגיש כי מכירת כמות גדולה יותר ללקוח פלוני עשויה להצדיק גביית מחיר נמוך יותר, מהטעם שהעלות השולית של בעל-המונופולין עשויה להיות נמוכה יותר, בשל שיקולים שונים, כגון עלויות שיווק ואספקה פוחתות ביחס לכל מוצר נוסף הנמכר לאותו לקוח. בהתאם, התנאי שהציב בית המשפט העליון ללגיטימיות של הנחות הכמות הוא שההנחות יתבססו על החיסכון בעלויות של המונופול ולא על הביקוש ועל נכונות הלקוח לשלם. ובלשון בית המשפט העליון: "מתן 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)".

בד בבד, בית המשפט העליון הדגיש כי יש לבחון את ההנחות לפי **מהותן** שכן גם הנחות המכונות בשם "הנחות כמות" עלולות להוות ניסיון להסוות הנחות שיעור/מטרה.

"**הנחות שיעור/מטרה**" – מדובר בהנחה הנתפרת למידותיו של הלקוח, ומבוססת על שיעור ההזמנות שהלקוח מפנה לבעל-המונופולין מכלל רכישותיו בתקופת זמן נתונה או על יעד של הזמנות שנתפר ללקוח למשך התקופה. בית המשפט העליון עמד על השוני שבין הנחות כמות להנחות מטרה ומצא כי השוני המרכזי נוגע לכך שהנחות כמות הן **אחידות** במהותן וזהות (וגם גלויות) לכלל הלקוחות של המונופול; בעוד שהנחות שיעור הן **פרטניות**, וניתנות לכל לקוח בהתאם לשיקולים החורגים מגדר העסקה או העסקאות שהוא קושר עם בעל המונופולין, ונוגעים למאפייניו הייחודיים של הלקוח ופעילותו. בנוסף, הנחות כמות מאופיינות בכך שהן ניתנות עבור כל עסקה בנפרד, ואילו הנחות שיעור/מטרה ניתנות באופן רטרואקטיבי עבור מכלול של עסקאות על פני תקופת זמן ממושכת.

בית המשפט העליון קבע, כי הנחות פרטניות (הנחות שיעור או מטרה) מעלות חשש להפליה מהטעם שהן בלתי אחידות, ולפיכך יש להתייחס אליהן בחשדנות גבוהה יותר מאשר הנחות אחידות (הנחות כמות). בית המשפט העליון נימק את החשש בכך שקשה לראות מהי ההצדקה מבחינת מבנה העלויות של בעל המונופולין לשם מתן פרטנית (שכן, כאשר מונופול מספק לשני לקוחות שונים כמות זהה של יחידות המוצר, אין לכאורה סיבה שיהיה שוני בעלות העסקה בין לקוח שאלה כל היחידות שהוא מזמין באותה שנה, לבין לקוח שזהו רק אחוז אחד מההזמנות שלו באותה שנה) ולכן על בעל המונופולין מוטל הנטל לשכנע מדוע ההנחה לגיטימית.

עוד הדגיש בית המשפט, כי הנחות שנועדו לדחוק את מתחריו של בעל המונופולין מהשוק או ליצור הפליית מחירים בין לקוחות גדולים ללקוחות קטנים, **לא** יוכרו כסיבות לגיטימיות למתן הנחות כאמור. בהקשר זה, בית המשפט העליון קבע כי כאשר ההנחות ניתנות כמכלול, ובאופן רטרואקטיבי, קיימת השלכה אנטי-תחרותית המכונה "אפקט יניקה" (suction effect). קרי, 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.

במקרה של חברת נמל אשדוד, ההנחות ניתנו על-ידיה "רטרואקטיבית" - כלומר, הזכאות להנחות חלה רק לאחר עמידה ביעד, כאשר יבואן שלא עמד ביעד השנתי, בגלל שהחליט לפרוק רכבים גם בנמל חיפה, היה צפוי לאבד את כל ההנחות, לרבות על הרכבים שכבר פרק בנמל אשדוד. מבנה הנחות זה גרם לכך שבכדי להצליח להתחרות ולשכנע יבואנים לפרוק רכבים בנמל חיפה, נדרש נמל חיפה לפצות כל יבואן על הפסד ההנחה, לרבות על הפסד הנחות בגין רכבים שהיבואנים כבר פרקו בנמל אשדוד.

בהקשר זה, בית המשפט הדגיש כי כאשר ההנחה ניתנת לעסקה הבודדת, הרי שהיא אינה יוצרת זיקה בין עסקאות שונות, ומאפשרת תחרות נפרדת ביחס לעסקה הבודדת. כלומר, מתחריו של בעל-המונופולין נדרשים להיות אטרקטיביים ביחס לעסקה מסוימת, ולא דווקא ביחס לעסקאות קודמות או עתידיות. 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 עמו 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. על כן, בית המשפט קבע כי הנחות לעסקה בודדת רצויות יותר מבחינה חברתית מהנחות לתקופה עבור מכלול עסקאות.

לבסוף, בית המשפט העליון קבע כי 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. אולם, 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, מעוררת 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.**

עוד ראוי לציין בהקשר להלכת נמל אשדוד, כי בית המשפט העליון עמד על סוג נוסף של הנחות אשר עלולות לפגוע בתחרות והוא – **"הנחות הפוגעות בתחרות בשווקים אחרים"**. המדובר בסוג של הנחות אשר אינן פוגעות בשוק של בעל המונופולין עצמו, אלא בשוק שהנו "במורד הזרם" (downstream market). בית המשפט העליון ממחיש מקרה זה באמצעות הדוגמה הבאה: בעל מונופולין המייצר קמח, מעניק הנחה למאפייה אחת, באופן כזה אשר מקנה לאחרונה יתרון על-פני מאפיות המתחרות בה. כלומר, ההנחה אינה פוגעת בשוק של בעל המונופולין עצמו (שוק ייצור הקמח), אלא בשוק שהוא "במורד הזרם", קרי – שוק המאפיות. בית המשפט העליון בעניין נמל אשדוד קבע כי מתן הנחות כאמור, עלול להוות הפרה של סעיף 29א(ב)(3) לחוק התחרות.

עניין נשר

בעניין נשר, חברת נשר העניקה הנחות כמות, עבור רכישת מלט, ללקוחותיה הגדולים – רדימיקס והנסון, הפועלות בענף ייצור הבטון (כאשר המלט המיוצר ע"י נשר מהווה תשומה עיקרית ומהותית בענף ייצור הבטון) – בשיעור של פי 4 מההנחות שקיבלו יתר לקוחותיה של נשר (עבור רכישת מלט), אשר גם מתחרים ברדימיקס והנסון בענף ייצור הבטון. זאת ועוד; ההנחות אשר ניתנו לאותם לקוחות גדולים, ע"י נשר, היו "סודיות", כלומר לא היו שקופות בפני לקוחות אחרים של נשר, ופרטיהן של ההנחות הללו היו גלויים אך בפני לקוחותיה הגדולים של נשר.

אביעד בטון, אשר הגישה תביעה פרטנית-אישית נגד נשר, טענה כי היא לא זכתה בהנחות דוגמת אלה שזכו להן רדימיקס והנסון, ובכך נפגעה יכולתה להתחרות ברדימיקס והנסון בענף ייצור הבטון, שכן היא משלמת עבור המלט, שהוא רכיב מהותי ועיקרי בבטון המיוצר על ידה, הרבה יותר מאשר משלמות עבורו רדימיקס והנסון. לפיכך, אביעד בטון טענה כי ההנחות אשר נשר העניקה לרדימיקס והנסון, מפלות אותה לרעה, ופוגעות באפשרותה להתחרות ברדימיקס והנסון (אשר נהנות מיתרון תחרותי לאור ההנחות שהן מקבלות מנשר) בענף ייצור הבטון.

בית המשפט המחוזי פסק כי ההנחות האמורות אכן מפלות לרעה את יתר לקוחותיה של נשר ביחס ללקוחות הגדולים (רדימיקס והנסון), ומעניקות לאותם לקוחות גדולים יתרון תחרותי בלתי-הוגן על-פני לקוחות אחרים אשר לא זכו להנחות בשיעור דומה. אולם מעל לכל, בית המשפט המחוזי יישם את הלכת נמל אשדוד, וקבע כי נשר **כשלה מלהראות כי ההנחות שהוענקו על-ידיה ללקוחות הגדולים, הן הנחות כמות לגיטימיות המבוססות על עלויותיה של נשר.**

בית המשפט קבע, כי ההנחות שהעניקה נשר להנסון ורדימיקס נועדו כדי להניאם מלייבא מלט ממקורות אחרים (שאינם נשר), וע"י כך ביקשה נשר לשמר את רווחיה ומעמדה הדומיננטי בשוק המלט. נקבע, כי אין המדובר בהצדקה לגיטימית למתן הנחות המפלות את לקוחותיה של נשר אשר אינם לקוחות גדולים, ופוגעות בתחרות בין הלקוחות בענף ייצור הבטון.

ראוי לציין, כי בענייננו מדובר **במקרה ייחודי**, בו המונופול (נשר) ביצע פרקטיקה (מתן הנחות) אשר נועדה להפחית תחרות בשוק בו הוא עצמו פועל (שוק המלט), ובפועל פרקטיקה זו גם פגעה בשוק שבמורד הזרם (שוק ייצור הבטון), ובכך מדובר בהנחה אשר גם פגעה בתחרות בשוק אחר (ונמנית על סוג ה"הנחות הפוגעות בתחרות בשווקים אחרים" אשר פורט כאמור בהלכת נמל אשדוד).

בית המשפט המחוזי אף עמד על כך שהעובדה שההנחות שניתנו ללקוחות הגדולים היו "סודיות", מטה את הכף לעבר המסקנה כי הן נועדו לפגוע, בפועל, בתחרות ולא לשרת תכלית לגיטימית כלשהי, שכן הנחת כמות אמיתית ולגיטימית ניתנת על בסיס קריטריונים אובייקטיביים (למשל, קביעת מדרגות שונות לקבלת הנחות, בשים לב לכמות הנרכשת מהמונופול), ולא באופן "סודי" (כלומר, כל לקוח של המונופול יכול לדעת בדיוק מהם הקריטריונים לקבלת הנחות כמות, ויכול לבחור האם לרכוש כמות כזו אשר תזכה אותו בהנחה). "סודיות" ההנחות מלמדת דווקא על כך שמדובר בהנחות ש"נתפרו" במיוחד עבור הלקוחות הגדולים בלבד, ובכך הן מפלות לקוחות אחרים שלא זכו לקבל הנחות דומות, ביחס ללקוחות הגדולים שכן זכו לקבל הנחות כאמור.

בית המשפט עוד הוסיף לעניין חוסר ההוגנות של ההנחות שניתנו ע"י נשר, כי הן התבססו על נכונות הלקוחות הגדולים

(רדימיקס והנסון) לשלם מחיר נמוך יותר לנשר חלף ייבוא של מלט ממקור אחר, וגם טעם זה מחזק את המסקנה לפיה אין המדובר בהנחות המבוססות על עלויותיה של נשר, כי אם הנחות המבוססות על נכונות הלקוח לשלם (כאמור בהלכת נמל אשדוד).

סיכום

הלכת נמל אשדוד ועניין נשר, ממחישים היטב כי מעתה ואילך, מונופול אשר יבקש להעניק הנחות ללקוחותיו, יידרש לבחון תחילה אם קיימת הצדקה לגיטימית למתן הנחות כאמור, ובפרט יהיה צורך לבחון האם מדובר בהנחות המבוססות על עלויותיו של המונופול, שאם לא כן, המונופול עלול להיות חשוף לאכיפה מצד רשות התחרות ולתובענות (לרבות תובענות ייצוגיות) מצד מתחרים ומצד גורמים הפועלים בשווקים שהם במורד הזרם (בדומה לעניין נשר), בו המונופול לא בהכרח פועל, בטענה כי מדובר בהנחות מפלות הפוגעות בתחרות.

נשמח לעמוד לרשותכם בכל שאלה בנושא.

אנשי קשר



ליאור פרנק
עורך דין בכיר



אבנר פינקלשטיין
שותף