

גישות שונות לסוגיית התמחור הטורפני

א. מבוא

זה כשלעצמו, אין משמעו שיש מקום לראות בקביעת מחיר גבוה עברה על החוק או שיש לראות בחיוב כל הפחתת מחיר.

החוק אינו מבהיר מהו מחיר בלתי הוגן, ומותיר לקביעת הממונה או בית הדין את ההכרעה בשאלה מהו מחיר בלתי הוגן ומתי ייחשב מחיר "גבוה מדי" או "נמוך מדי". הפסיקה הישראלית בשאלות אלה דלה ביותר. פסק הדין היחיד של בית המשפט העליון שעסק בשאלה זו ניתן בערעור שהגישו בשנת 2003 חברות כרטיסי האשראי והבנקים בעליהן, על החלטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב להחיל לרוקח הווארד רייס להגיש תובענה ייצוגית נגדם בגין ניצול לרעה של מעמדם המונופולי וגביית עמלות סליקה מופרזות מבתי העסק. הערעור התקבל ובקשתו של רייס נדחתה, בעיקר בשל אי-יכולתו לבסס בנתונים את טענתו בדבר אי-הוגנות העמלה שגבו חברות כרטיסי האשראי. נדון במפורט בנימוקי בית המשפט בהמשך דברינו.³

דיון אחר בנושא אי-הוגנות מחיר התקיים בבית המשפט המחוזי בתל-אביב, במסגרת תובענה ייצוגית שהוגשה נגד חברת "בזק בינלאומי בע"מ" בשנת 1997. התובעת, "קו מחשבה בע"מ", טענה כי מחירי שיחות בינלאומיות שגבתה החברה בתקופות קודמות היו גבוהים מדי, ולפיכך בלתי הוגנים. זאת ביקשה התובעת ללמוד מכך שעם פתיחת שוק התקשורת הבינלאומית לתחרות הפחיתה "בזק בינלאומי" את מחירי השיחות ב-70%. בהחלטתו בהליך המקדמי לאישור התובענה הייצוגית קבע בית המשפט כי לתובעת סיכוי להוכיח, על סמך עובדה זו, ש"בזק בינלאומי" ניצלה את כוחה המונופולי לקביעת מחיר בלתי הוגן בתקופה שקדמה לפתיחת השוק לתחרות. התובענה הייצוגית עצמה לא התבררה, כיוון שהצדדים הגיעו להסכמה ביניהם מאוחר יותר. כך, לא עלתה לדיון השאלה אם הפחתת המחיר ב-70% הייתה בגדר "תמחור טורפני" שנועד להרתיע את מתחריה של "בזק בינלאומי" בשוק השיחות הבינלאומיות.⁴ ניסיון סרק להשתמש במושג "תמחור טורפני" נעשה בפרשת התביעה הפלילית, שהוגשה נגד "גיבור סבריה מפעלי טקסטיל" בשנת 1993. "גיבור סבריה" נתבעה על כך שניצלה לרעה את מעמדה המונופולי בסרבה למכור סחורה לבעל חנות שמכר ללקוחותיו במחיר נמוך ממחיר המחירון שקבעה החברה. להגנתה טענה "גיבור סבריה" כי הפחתת המחירים על ידי בעל החנות הייתה בגדר תמחור טורפני. טענה זו נדחתה, כיוון שבעל אותה חנות לא היה בעל מונופולין, ולא היה כל יסוד לחשש כי הפחתת המחיר על ידו נועדה לעשותו בעל מונופולין.⁵

דיון מקיף יותר בעניין תמחור בלתי הוגן על ידי בעל מונופולין נערך בהחלטת הממונה על ההגבלים העסקיים במסגרת המלצתו להכריז על

תמחור טורפני הוא אחת מן הדרכים שעשוי לנקוט גוף, בעל כוח שוק, לשם סילוקו של מתחרה או לשם מניעת כניסתו של מתחרה חדש לשוק שהוא פועל בו.¹ המושג "תמחור טורפני" מוכר בכמה שיטות משפט, אך ההתייחסות אליו אינה אחידה. אנו נציג כמה גישות לתופעה זו ונבחן לאורן את גישת חוק ההגבלים העסקיים תשמ"ח-1988 (להלן: "החוק הישראלי"). ההזדקקות לשיטות משפט אחרות, מקורה בעובדה שכמעט אין פסיקה ישראלית המפרשת את סעיפי החוק הרלוונטיים, אשר בהם עצמם אין כדי להנחות את התנהגותם של אנשי עסקים.

המושג "תמחור טורפני" נוגע לאסטרטגיית תמחור מוצרים או שירותים שמטרתה לפגוע במתחרים קיימים בשוק ולסלקם או למנוע כניסתם של מתחרים חדשים על ידי הפחתה חדה במחירים. כאשר המתחרה הנוקט אמצעי זה מצליח במשימתו, הוא עשוי להזיז לעצמו את שהפסיד בשל ההפחתה במחירים (הפחתה שנועדה לגרום הפסד למתחרה ולא לצו להסתלק מן השוק), באמצעות העלאת המחירים לרמה חדשה.² הדיון בסוגיית התמחור הטורפני במשפט האמריקני ובדיני הקהילייה האירופית עוסק בשאלה מתי יכול תמחור כזה להיחשב ניצול לרעה של כוח שוק המהווה עברה על דיני ההגבלים העסקיים.

ב. גישות משפטניות שונות לסוגיית התמחור הטורפני – משפט השוואתי

1. המשפט הישראלי

החוק הישראלי אינו משתמש במונח "תמחור טורפני". סעיף 29א.2(ב) לחוק קובע:

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

(1) קביעת רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין";

מן השימוש בביטוי "מחירים בלתי הוגנים" אפשר להבין כי קביעת מחיר שתיחשב פגיעה בציבור יכולה להיות קביעת מחיר גבוה מדי ולא דווקא קביעת מחיר נמוך מדי. יותר מכך – די ברור כי קביעת מחיר גבוה מדי פוגעת בציבור, ואילו מחיר נמוך מדי בדרך כלל אינו פוגע בציבור. דבר

* פרופסור למשפטים. עד 2006 מרצה בדיני הגבלים עסקיים בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל.



איורים: ג'ורג' סג"ל

ניסוח העברה במונחים כה כלליים הטיל על בתי המשפט את המטלה של הגדרת המעשים שאפשר לראותם כמכוונים להשגת מונופולין או להגנה על עמדת מונופולין שהושגה בדרכים שאינן בגדר עברה.

מונופולין כשלעצמו אינו פסול בעיני החוק האמריקני, בתנאי שהוא מושג באמצעות שיטות ייצור יעילות מאלה שנוקטים מתחריו של היצרן המגיע לעמדת מונופולין. עברת מונופוליציה עשויה להתגבש אם המונופולין מושג באמצעים פסולים הפוגעים במתחריו של בעל המונופולין, או שההגנה על עמדת מונופולין, שהושגה בדרך חוקית, נעשית בדרכים

חברת "מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ" כבעלת מונופולין בענף ברזל מצולע לבניין. נחזור לדון בהחלטה זו בפרק העוסק בגישת החוק הישראלי לתמחור טורפני.⁶

טענת הסרק בדבר תמחור טורפני, שתכליתו להפוך את מי שעושה זאת לבעל מונופולין, משמשת נקודת מוצא מתאימה להבחנה בין ההתייחסות לתופעת התמחור הטורפני בחוק הישראלי ובחקיקה האמריקנית והאירופית. בחוק הישראלי מחיר בלתי הוגן ותמחור טורפני בכלל זה הוא בגדר ניצול לרעה של מעמד מונופולי קיים. מי שאינו בעל מונופולין, כהגדרת החוק, אינו עושה מעשה אסור, אפילו אם מטרתו להשיג עמדת מונופולין בדרך זו, כל עוד לא הגיע למעמד האמור. האיסור בחקיקה האירופית דומה – סעיף 29א בחוק הישראלי נחקק על פי דגם סעיף 82 לאמנת רומא, ולפיו:

“Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market [...] shall be prohibited as incompatible with the common market so far as it affects 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”⁷.

החקיקה האירופית אוסרת ניצול לרעה של מעמד דומיננטי, שאינו מוגדר במונחים כמותיים, כפי שמוגדר מונופולין בחוק הישראלי.⁸ גם כאן נוגע האיסור למחירים בלתי הוגנים, ואינו מאזכר את המושג "תמחור טורפני". על שלטונות האכיפה ובתי הדין להחליט בדבר קיומה של עמדה דומיננטית ובדבר הוגנות המחירים שקובע מי שהוגדר כבעל עמדה דומיננטית.

2. המשפט האמריקני 2.1 כללי

גישת החוק האמריקני שונה. סעיף 2 ל-Sherman Antitrust Act⁹ מגדיר עדה של מונופוליציה כמעשים המכוונים להשגת מונופולין או להגנה על מונופולין קיים, גם כזה שהושג בדרך חוקית:

“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”.

1 תמחור טורפני הוא אחד מכמה אמצעים שעשויים לשמש לאותה מטרה, וידועים בכינוי Exclusionary Practices. ביניהם, למשל, סירוב לעשות עסקים או הפליה. MAHER M. DABBAH, EC AND UK COMPETITION LAW: COMMENTARY, CASES AND MATERIALS ch. 9 (2004).

2 פסי' 96 ל: DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to the Treaty to Exclusionary Abuses (2005) available at <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (להלן: "נייר עמדת הנציבות האירופית"); ראו גם את הגדרתו של Dabbah לשאלה מהו Predation, בעמ' 398: "Predation is strategic behaviour whereby an undertaking deliberately incurs losses in order to eliminate a competitor so as to be able to charge excessive price in the future".

3 רע"א 2616/03 ישראלכרט בע"מ נ' רייס, פ"ד נט(5) 701 (2005).

4 ת"א (מחוזי ת"א) 2298/01 קו מחשבה בע"מ נגד בזק בינלאומי בע"מ, פדאר 82(03) (2003).

5 ת"פ (שלום ת"א) 5322/90 מדינת ישראל נ' חברת גיבור סבירינה מפעלי טקסטיל בע"מ, פ"מ תשינ"ג(4) 397 (1993).

6 המלצת הממונה על ההגבלים העסקיים "הכרזת מונופולין על-פי סעיף 26(ג) לחוק ההגבלים העסקיים: מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ (מפ"מ)" (8.4.1993) (ההגבלים העסקיים – החלטות הממונה על ההגבלים העסקיים, המלצות הממונה על ההגבלים העסקיים, פסקי דין – בית הדין להגבלים עסקיים א' 275). מעניין לציין כי אותה מפ"מ הוכרזה שלוש שנים מאוחר יותר כמונופולין בענף רכישת גרוטאות בישראל. נטען כי מפ"מ, בהיותה מונפסון, מנצלת את מעמדה על ידי הפחתת מחירי הרכישה של גרוטאות באופן העלול לגרום לסילוקם מן הענף של מוכרי הגרוטאות, אולם הממונה לא דן בסוגיית התמחור הטורפני. בעניין: מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ – הכרזה בדבר קיום מונופולין (28.8.1996) (ההגבלים העסקיים – החלטות הממונה על ההגבלים העסקיים, פסקי דין – בית הדין להגבלים עסקיים, פסקי דין – בית המשפט בעניין הגבלים עסקיים ג' 124).

7 The Treaty establishing the European Economic Community, Mar. 25, 298 U.N.T.S. 11 (להלן: "אמנת רומא").

8 בדרך כלל חלק שוק של 50% לפחות. גם הפסיקה האירופית העדיפה עמדה דומיננטית במונחי חלק שוק הקרוב ל-50%. ראו Dabbah, לעיל הי"ש בעמ' 330: "The main factor used to establish dominance is the market share of the undertaking concerned [...] Indeed, a brief look at the decisional practice of the Commission and its statements shows that the possibility of finding dominance in the case of firms possessing significantly lower market shares than 50 percent suggests it is a rarity".

9 The Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C (1890) (להלן: "חוק שרמן").

2.3 Bork – אין צורך בקביעת כלל

לדעת המלומד Bork, אין כלל צורך בקביעת כלל שיבחין בין הפחתת מחירים רצויה לבין תמחור טורפני המהווה עברה. בורק מגדיר התנהגות טורפנית כנקיטת שיטות עסקיות, שניתן להסביר את כדאיותן רק בכך שהנוקט אותן מצפה לאחד מהשניים:

1. המתחרים לא יוכלו להמשיך לפעול ברמת המחירים שנקבעה על ידי המתמחר הטורפני, יעזבו את השוק ויאפשרו לו לקבוע מחיר שיצמיח לו רווחי יתר;

2. בעקבות הפגנת יכולתו של המתמחר הטורפני לקבוע רמת מחירים שגורמת הפסדים ליריביו, הם ייזוהרו מפני תחרות מחירים כאשר ייקבעו על ידו מחירים גבוהים משיווי המשקל התחרותי.¹⁴

Bork סבור שמצב כזה הוא נדיר ביותר מכמה טעמים. הראשון הוא שהשימוש בתמחור טורפני לשם השגת עמדת מונופולין הוא יקר, והסיכוי לכסות את הפסדי תקופת הטורפנות בגביית מחיר מונופוליסטי מאוחר יותר, הוא בעייתי למדי. נכון יותר להשיג עמדת מונופולין באמצעות מיזוגים, מאשר בדרך של חיסול מתחרים על ידי תמחור טורפני. כראיה הוא מביא את מונופולין הנפט של "סטנדרד אויל". שנים רבות הייתה מקובלת הדעה שעמדת המונופולין של החברה הושגה על ידי חיסול מתחרים שלא עמדו בפני התמחור הטורפני של התאגיד המתעצם. מחקר שפורסם בשנת 1958 על ידי המלומד McGee הגיע למסקנה שדרכו של רוקפלר אל מונופולין בענף הנפט הייתה מיזוגים ולא תמחור טורפני.¹⁵ Bork מכיר בכך שדרך המיזוגים וההסכמים הקרטליים, שהייתה פתוחה בפני רוקפלר בתקופה שקדמה לחוק שרמן, אינה קיימת מאז שנחקקו חוקי ההגבלים העסקיים. אולם גם בזמנו הוא סבור שמדיניות של תמחור טורפני היא בעייתית ביותר, ולכן גם נדירה מאוד.

שלושה גורמים מצטברים תורמים לנדירות השימוש בתמחור טורפני, גם כיום:

1. היוזם הפחתת מחירים לשם דחיקת רגליהם של מתחריו יספוג הפסדים גדולים מאלה של מתחריו הקטנים יותר, משום שהוא גדול מהם וכן משום שיהיה עליו להרחיב את התפוקה עם הפחתת המחיר.

2. הפיקוח הקיים על מיזוגים מקטין את הסיכוי שמלחמת המחירים תסתיים ברכישת המתחרה שהתמחור הטורפני מכונן לסלק.

3. אם סילוקו של מתחרה מן השוק הוא קל יחסית, משום שההשקעות הקבועות הנדרשות באותו ענף אינן גדולות, גם הכניסה לאותו ענף תהיה קלה יחסית. מכאן שתקופת החזר ההשקעה בתמחור הטורפני באמצעות רווחי יתר מונופוליסטיים עלולה שלא להספיק להחזר מלא. מסקנתו של Bork מן הניתוח דלעיל היא:

"It seems unwise, therefore, to construct rules about a phenomenon that probably does not exist or which, should it exist in very rare cases, the courts would have grave difficulty distinguishing from competitive price behavior. It is almost certain that attempts to apply such rules would do much more harm than good"¹⁶.

שאינן כשרות¹⁰. קביעת מחיר מופרז שמקורו בכוחו של המונופולין אינה נחשבת עברה על פי הפסיקה האמריקנית. זו נחשבת כתמריץ המדברן ליעילות ומהווה תגמול להשגת מעמד מונופוליסטי, ללא נקיטת אמצעים פסוליים.¹¹

2.2 הקושי בהגדרת Exclusionary Practices לעניין סעיף 2 לחוק שרמן

כשם שסעיף 29א לחוק הישראלי אינו מגדיר מהו "מחיר בלתי הוגן", כך גם סעיף 2 לחוק שרמן אינו מאזכר את המעשים שיבואו בגדר עברת מונופוליזציה או ניסיון להשיג עמדת מונופולין. אין להתפלא על כך, שכן חוק שרמן כולו מנוסח במונחים כלליים ביותר. עם זאת, מפתיע שגם לאחר עשרות רבות של שנות פסיקה ומספר רב מאוד של מאמרים מלומדים, אין הגדרה מוסכמת של האמצעים שאפשר לראותם כמיועדים להרחיק מתחרים (Exclusionary Practices). כתב על כך המלומד Hovenkamp:

"Notwithstanding a century of litigation, the scope and meaning of exclusionary conduct under the Sherman Act remain poorly defined. No generalized formulation of unilateral or multilateral exclusionary conduct enjoys anything approaching universal acceptance"¹².

שנים רבות לפני Hovenkamp, כתב המלומד Easterbrook להתייחסות לתמחור טורפני, המהווה אחת מהשיטות להרחקת מתחרים, את הדברים הבאים:

"There is a highly competitive market for predatory pricing theories. Scholars have produced a blizzard of rules defining unlawful predatory practices. Some of the rules depend on the relationship between price and cost, some on the relationship between price and time, some on the relationship between quantity sold and time. One approach eschews rules altogether and suggests that courts examine the totality of the circumstances. The proponents of cost-based tests do not agree among themselves. Should the rule depend on marginal, average variable, or average total cost? What is the role of intent, and intent to do what?"¹³.

מה הקושי בהגדרת תמחור טורפני שקביעתו מהווה עברה על פי סעיף 2 לחוק שרמן? הפחתת מחירים נחשבת פעולה התורמת לרווחת הצרכן, תהא סיבתה אשר תהא. אולם הניסיון לימד כי הפחתת מחירים יכולה להיות גם אסטרטגיה המכוונת להרחיק מתחרים או לחסום את כניסתם של מתחרים חדשים. אם אסטרטגיה זו עולה יפה, היא עשויה לאפשר למפחית המחירים לחזור ולהעלותם לאחר שחיסל את התחרות. רשויות האכיפה של חוקי ההגבלים העסקיים מתקשות להבחין בין הפחתת מחיר, שהיא תוצאה של הגברת יעילות הקשורה ביתרונות לגודל או בחדשנות טכנולוגית, לבין תמחור טורפני המכוון להשגת מונופולין או להגנה על מונופולין קיים שהושג בדרכים חוקיות.

4.2 הכלל שהציעו Areeda ו-Turner

עמדתו של Bork היא שרצוי להימנע מקביעת כלל שיגדיר מהו תמחור טורפני שייחשב כפעילות מרחיקה (Exclusionary) האסורה על פי סעיף 2 לחוק שרמן. עמדה זו לא התקבלה על ידי אלה שביקשו להבהיר מהי התנהגות שיש לראות בה מונופוליציה, מהטעם שמונופוליציה היא פעילות שרצוי למנוע אותה. היא נקטת על ידי פירמה בעלת כוח שוק ומיועדת לפגוע במתחרים. הצלחתה של פעילות זו תיצור או תבצר מעמד מונופולי בשוק ולא תביא תועלת לצרכנים (או שהתועלת שתביא אינה שקולה כנגד הנזק שהיא גורמת).¹⁷

לדעת המלומד Posner, עברת מונופוליציה מחייבת הוכחה שלנאשם יש כוח שוק מונופוליסטי, ושהתנהגות שיש בה לכאורה עברה על החוק הייתה עלולה לגרום לסילוקו מן השוק של מתחרה יעיל לא פחות מן העבריין. מבחן זה בא להבחין בין מקרה שבו מתחרה פחות יעיל נפגע מהפחתת המחיר וסילוקו יתרום לרווחת הצרכנים, לבין מקרה שבו פוגע המתחרה הטורפני ביצרן יעיל לא פחות ממנו, אשר סילוקו יפגע בתחרות וברוחת הציבור.¹⁸

מבחן מושגי נוסף לאיתורה של התנהגות טורפנית, לרבות תמחור טורפני, שהוצע על ידי מלומד אחר – Werden – הוא היעדר הסבר כלכלי אחר להתנהגותו של מתחרה בשוק, מלבד רצונו לסלק מתחרה או לחסום את כניסתו של מתחרה (The “no economic sense” Test).¹⁹ יהיה המבחן המושגי לתמחור טורפני אשר יהיה, היישום בפועל של האיסור לנקוט מדיניות של תמחור טורפני היה בעייתי, כיוון שכפי שאמר Bork, יש קושי רב להבחין בין הורדת מחיר תחרותית לבין הפחתת מחיר המכוונת לפגוע במתחרים. על כוונתו של מוריד המחירים ניתן לעמוד רק על פי התנהגותו בפועל.

נדרש אפוא מבחן פשוט ויעיל לתמחור טורפני. במאמר משנת 1975 הציעו המלומדים Areeda ו-Turner לקבוע כי טורפנות תוגדר כמכירה במחיר שאינו מכסה את עלויות הייצור. Areeda ו-Turner סברו כי מדד העלויות המתאים ביותר להגדרת טורפנות הוא הוצאות הייצור השוליות²⁰, הקובעות את מחירו של מוצר בטווח הקצר בשוק תחרותי. לפיכך יש לראות מחיר כטורפני אם הוא אינו מכסה את ההוצאה השולית של הטווח הקצר. בשל הקושי לאמוד את ההוצאה השולית על בסיס הנתונים החשבונאיים של חברה, הציעו Areeda ו-Turner להשתמש בנתונים באשר להוצאות המשתנות הממוצעות כתחליף לנתונים באשר להוצאות השוליות²¹.

הצעתם זו זכתה לביקורת מצד כמה וכמה כלכלנים²², אך אומצה על ידי בתי המשפט בכמה מקרים, ככל הנראה בזכות פשטותה היחסית. אנו נבחן בהמשך הדברים כמה מקרים שבהם נעשה שימוש בנוסחת Areeda ו-Turner ונעמוד על דברי ביקורת שנשמעו על תוצאות התדיינות אלה. בין היתר נטען שקשה לקבוע כלל אחיד להבחנה בין התנהגות אסורה למותרת, שיתאים לנסיבותיהם של מקרים שונים. אחד המבחנים החשובים להתאמתו של כלל הבחון התנהגות אסורה הוא שלא יהא מקל יתר על המידה (יאפשר לאלה שהתנהגותם פסולה להתחמק מהרשעה בדיון), אך גם לא יחמיר יתר על המידה (יפסול התנהגות תחרותית סבירה כהתנהגות טורפנית).²³

2.5 המבחנים שאומצו בפסיקה

2.5.1 פרשת הטלוויזיות היפניות

בשנות השבעים הראשונות, הגישו שתי יצרניות טלוויזיה אמריקניות תביעות נגד שבע חברות יפניות המייצרות מכשירי טלוויזיה. טענת Zenith ו-National ElectricUnion Corp (בעבר Emerson) הייתה שהחברות היפניות (Matsushita, Toshiba, Hitachi, Sharp, Sanyo, Sony and Mitsubishi) קשרו קשר לנקוט תמחור טורפני בשוק הטלוויזיות האמריקני כדי להשתלט עליו, תוך שהן יפצו עצמן באמצעות הסכם קרטלי לגביית מחירים גבוהים מן הרמה התחרותית (Supracompetitive) בשוק היפני. לאחר התדיינות ארוכה שהגיעה בסופה להכרעת בית המשפט העליון, נדחתה התביעה, ונקבע כי לא היו ראיות מספיקות המעידות

- 10 הקביעה ש"Monopoly in the concrete" אינה עברה לפי סי 2 לחוק שרמן, אלא אם כן הוא מושג, או נשמר באמצעים פסולים, נקבעה לראשונה בפסק הדין הידוע The Standard Oil Company of New Jersey v The United States, 221 U.S. 1 (1911).
- 11 ראו קביעתו של השופט Learned Hand בפסק דין United States v Aluminum Company of America, 148 F.2d 416 (2nd Cir. 1945): "In such cases a strong argument can be made that, although, the result may expose the public to the evils of monopoly, the Act does not mean to condemn the resultant of those very forces which it is its prime object to foster: finis opus coronat. The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins"
- 12 Herbert Hovenkamp, *Exclusion and the Sherman Act*, 72 U. Chi. L. Rev. 147 (2005).
- 13 Frank H. Easterbrook, *Predatory Strategies and Counterstrategies*, 48 U. Chi. L. Rev. 13.263 (1981).
- 14 ROBERT H. BORK, THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF 144–152 (1993).
- 15 John S. McGee, *Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case*, 1 J.L. & Econ. 137, 168 (1958), דעה החולקת על ניתוחו של McGee, הציגו הכלכלנים Granitz ו-Klein, הסבורים שרוקפלו השתלט על תעשיית הנפט לא על ידי מיזוגים אלא באמצעות קרטל שיום ובו השתתפו שלוש חברות הרכבת שהובילו את הנפט לבתי היוקוק. השליטה באמצעי ההובלה אפשרה לו השתלטות על מרכיבים אחרים של תעשיית הנפט: Elizabeth Granitz & Benjamin Klein, *Monopolization by "Raising Rivals Costs": The standard Oil Case*, 39 J.L. & Econ. 1 (1996).
- 16 Bork, לעיל הי"ש 14, בעמ' 154.
- 17 Richard A. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective* p.184–186 (1976).
- 18 "Pricing at a level calculated to exclude from the market an equally or more efficient competitor" שם בעמ' 188.
- 19 Gregory J. Werden, The "No Economic Sense" Test for Exclusionary Conduct, 31 J. Corp. L. 293 (2006).
- 20 ההוצאה השולית היא ההוצאה הנוספת לייצור עוד יחידת מוצר. ברור כי בנסיבות רגילות לא יגדיל היצרן את היקף הייצור אם מחיר המכירה לא יכסה את עלות הייצור.
- 21 Phillip Areeda & Donald F. Turner, *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, 88 Harv. L. Rev. 697 (1975).
- 22 Richard O. Zerbe & Donald S. Cooper, *An Empirical and Theoretical Comparison of Alternative Predation Rules*, 61 Tex. L. Rev. 655 (1982); William J. Baumol, *Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test*, 39 J.L. & Econ. 49, 52–53 (1996).
- 23 Mariana L. Lao, *Defining Exclusionary Conduct Under Section 2: The Case for Non-Universal Standards*, in *International Antitrust Law & Policy* 433 (Barry Hawk ed., 2007).

Liggett & Myers, החברה האם של חברת הסיגריות Liggett & Myers (להלן: "התובעת"), תביעה לפיצויים מחברת הסיגריות Brown & Williamson (להלן: B&W), באשמת התנהגות טורפנית. במשפט, שהתנהל בין השנים 1989–1990, סברו המושבעים שהחברה הנתבעת חטאה בתמחור טורפני ופסקו לתובעת פיצויים בסך הקרוב ל-150 מיליוני דולר. השופט ביטל את החלטת המושבעים ופסק לטובת הנתבעת. פסק הדין נותר על כנו הן בבית המשפט לערעורים והן בבית המשפט העליון.²⁷

התובעת הייתה הקטנה מבין שש יצרניות הסיגריות שפעלו בשוק האמריקני בשנות ה-80 של המאה שעברה. חלק השוק שלה בשנת 1980 היה 2.3%, ואילו שתי החברות הגדולות ביותר החזיקו יחד למעלה מ-60% מן השוק. B&W הייתה השלישית בגודלה ובעלת חלק שוק של 13.7% באותה שנה. הקף הייצור של התובעת, שחלק השוק שלה לא עלה על 3–5 אחוזים לא אפשר לתובעת ליהנות מיתרונות לגדל בייצור סיגריות. על מנת להגדיל את חלקה בשוק ולנצל את כושר הייצור העודף שלה החלה התובעת לייצר סיגריות שלא נשאו את שמה אלא את שמות המשווקים. אלה ידועות בכינוי "Generic", להבדיל מאלה בעלות המותג של החברה הנקראות "Branded". המבנה האולטימטי של תעשיית הסיגריות האמריקנית גרם לכך שלא הייתה תחרות מחירים בשוק סיגריות המותג, והחברות נהנו מרווחי יתר. כאמור, התובעת הייתה קטנה מכדי לקיים פעילות רווחית בשוק זה, ולכן נקטה דרך של הפחתת מחירים על סיגריות לא ממותגות. מטרתה הייתה להתרחב על חשבון חברות המותג, וההפסד שספגה במכירת המותג שלה עצמה היה זעיר בשל חלקה הנמוך בשוק. הביקוש לסיגריות הגנריות היה ניכר, והוא קיבל חיזוק רב כאשר הוכפל בראשית 1983 מס הבלו על סיגריות. החברות הגדולות בעלות המותג הטילו את מלוא המס על קוני הסיגריות, ואילו התובעת ספגה את רובו והעלתה רק במעט את מחירי הסיגריות הגנריות. עקב כך גדל פער המחירים בין סיגריות המותג לאלה הגנריות מ-1.34\$ לאריזה, באמצע 1982, ל-2.38\$, בסוף 1983. חלק השוק של התובעת עלה ב-1984 ל-5.7%, ואילו זה של B&W ירד ל-11.3%.

B&W החליטה לפעול לצמצום הפער בין מחירי הסיגריות משני הסוגים כדי לבלום את ירידת חלקה בשוק. לשם כך החלה למכור סיגריות גנריות במחיר מחירון דומה לזה של התובעת, עליו הוסיפה הנחות כמות למפיצים. אלה חייבו את התובעת לנקוט צעד דומה, דבר שפגע ברווחיותה פגיעה קשה. שנה לאחר תחילת מלחמת המחירים נאלצה התובעת להעלות את מחיר המחירון של הסיגריות הגנריות, ופער המחירים החל להצטמצם. בתביעתה טענה התובעת כי ההוצאה המשתנה הממוצעת של B&W בתקופה שבין יולי 1984 לדצמבר 1985 הייתה \$1.721 לאריזה של סיגריות גנריות, והכנסותיה נטו לאריזה, לאחר הנחות, הגיעו ל-\$1.422. לטענת התובעת, B&W יכלה להחזיר לעצמה את הפסדי תקופת הטורפנות, לאחר שאילצה אותה להעלות מחירים, מאחר שמחירי הסיגריות המותג אפשרו רווחי יתר בשל המבנה האולטימטי של השוק שבו נמנעו החברות מתחרות מחירים.²⁸ B&W טענה בתשובה כי השוק הרלוונטי הוא שוק הסיגריות כולו, ולכן טועה התובעת כשהיא משווה את ההוצאות המשתנות הממוצעות למחיר

שהתנהגות החברות היפניות הייתה טורפנית ומבוססת על הסכם קרטלי להעלאת מחירים ביפן.²⁴

החברות האמריקניות טענו כי מבנה שוק הטלוויזיות ביפן הוא אולטימטי, והחברות הפועלות בו מקיימות מפגשים קבועים לחילופי מידע על מחירים ועניינים אחרים, וכי באמצעות מפגשים אלה מתאפשרת קביעת מחירים גבוהים מאלה שהיו נקבעים בשוק תחרותי, המניבים בתורם רווחי יתר. נטען כי כושר הייצור של החברות היפניות גדול מן הביקוש בשוק היפני, וכי אלה החליטו לחדור לשוק האמריקני באמצעות תמחור אגרסיבי. כמו כן נטען כי בניצוח משרד התעשייה והסחר הבינלאומי של יפן (MITI) הסכימו החברות היפניות על מחירי מינימום לסחורות הייצוא ועל שיווק מוצריה של כל חברה באמצעות חמישה מפיצים בלבד. אף על פי כן, בפועל, מכרו החברות היפניות במחירים נמוכים מן המוסכמים באמצעות מתן הנחות והטבות שונות למפיצים.

בפני בית המשפט לא הוצגו נתונים מהימנים בדבר היחס שבין העלויות של היצרניות היפניות למחירים שבהם מכרו בארצות-הברית. השיקול המרכזי שדחיית תביעת החברות האמריקניות התבססה עליו היה היעדר הסיכוי של החברות היפניות, לקבל פיצוי על תקופת "התמחור הטורפני", באמצעות העלאת מחירים לאחר חיסול יריבים או החלשתם. החברות האמריקניות טענו כי בשוק הטלוויזיות הצבעוניות נמשכה תקופת "התמחור הטורפני" עשר שנים, וכי במהלכן עלה חלק השוק של החברות היפניות מ-5% ל-42%. בשוק מכשירי הטלוויזיה בשחור-לבן נהנו היפנים ב-13 שנות הטורפנות, מעלייה קטנה אף יותר: מ-5% ל-17% מן השוק. בפסק הדין של בית המשפט העליון נאמר:

"A predatory pricing conspiracy is by nature speculative. Any agreement to price below the competitive level requires the conspirators to forgo profits that free competition would offer them. The forgone profits may be considered an investment in the future. For the investment to be rational, the conspirators must have a reasonable expectation of recovering, in the form of later monopoly profits, more than the losses suffered"²⁵.

במקרה הנידון סבר בית המשפט קמא, ובית הדין העליון סבר כמותו, שלא היה ליפנים כל סיכוי להחזיר לעצמם הפסדי טורפנות שספגו עשור או יותר. ראשית, אף אחת מן החברות היפניות לא הייתה בעלת כוח שוק מונופולי, ובארצות-הברית לא יכלו לפעול כקרטל. שנית, אי-הוודאות בדבר המחירים העתידיים בתקופה של עשרות שנים, לה היו נדרשות החברות היפניות גם אם התחרות האמריקנית הייתה מתחלפת, מוציאה מגדר אפשרות שהתנהגות החברות היפניות הייתה בגדר תמחור טורפני, כפי שהוגדר על ידי בתי המשפט, בעקבות המלומדים אותם הזכרנו.²⁶

2.5.2 פרשת הסיגריות הזולות

דוגמה נוספת לקושי בהוכחת תמחור טורפני, המהווה עברה על סעיף 2 לחוק שרמן, אפשר למצוא בפרשה מאוחרת יותר, הידועה כפרשת Brooke Group. גם בפרשה זו לא הצליחו התובעים לזכות בתביעתם, אף שמסכת העובדות הייתה נוחה יותר לגרסתם. בשנת 1984, הגישה חברת



7033 98 78900 000 00

בסילוק מתחריו מן השוק ואם בחסימתו בפני כניסת מתמחרים חדשים. כפי שנראה בהמשך, עמדה זו מקובלת גם על הפסיקה בשוק האירופי.

2.5.3 פרשת חברת התעופה הדורסנית

דוגמה בולטת למקרה שבו צריך היה, לדעתי, להפעיל שיקול דעת הסוטה מן ההלכה שנקבעה בפרשת הסיגריות הזולות הייתה פרשת חברת התעופה הגדולה AMR. לחברה זו נמל תעופה מרכזי (Hub) בעיר דאלאס בטקסס, שממנו יוצאות טיסות אזוריות למדינות הסמוכות. מחירה של טיסה לקנזס סיטי, לכיוון אחד, היה \$108, עד ראשית 1995, מועד שבו נכנסה למתן השירות בקו זה חברת תעופה קטנה בשם ווגרד. החברה הציעה מספר טיסות רב יותר מזה של AMR, במחיר של \$80. מיד לאחר מכן הפחיתה AMR את מחיר הטיסה ל-\$80 וכמעט הכפילה את מספר הטיסות שלה בקו. בסוף 1995 החליטה ווגרד, שספגה הפסדים, שלא להמשיך לפעול

הסיגריות בשוק הגנרי. טענה נוספת הייתה ש-B&W לא הייתה בעלת כוח שוק מונופולי, ולכן לא יכלה להניח שתוכל להחזיר לעצמה את הפסדי תקופת הטורפנות.

שופט הערכאה הראשונה, שביטל את החלטת המושבעים שניתנה לטובת התובעת, לא שלל את האפשרות שגם חברה בעלת חלק של 12% בשוק אוליגופולי ריכוזי תוכל להחזיר לעצמה את הפסדי תקופת הטורפנות. עם זאת, הוא לא קיבל את חישובי התובעת בדבר המחיר העל-תחרותי של סיגריות המותג. בית המשפט לערעורים דחה את ערעור התובעת וקבע כי חברה יחידה שאין לה מעמד מונופולי לא תסתכן בתמחור טורפני שיכול לגרום תגובות נגד של מתחרותיה.

גם בית המשפט העליון דחה את הערעור, אף שמצא שתעשיית הסיגריות הייתה רווחית ביותר, ולא היה ספק שכניסת B&W לשוק הגנרי נועדה לפגוע בתובעת. בנוסף לכך, הסכים בית המשפט לחישוב שלפיו B&W הורידה את המחיר אל מתחת להוצאותיה המשתנות הממוצעות במגזר הגנרי. אף על פי כן סבר בית המשפט כי לא היה יסוד לציפיה רציונלית של B&W שתוכל להחזיר לעצמה את הפסדיה בגין התמחור הטורפני. בית המשפט חיווה דעתו שהתנהגותה של B&W לא הסבה נזק לצרכנים מאחר שנפח מכירות הסיגריות הגנריות המשיך לצמוח גם לאחר סיום תחרות המחירים בין התובעת ל-B&W. קביעה זו התעלמה מן העובדה שבין מועד סיום מלחמת המחירים, תחילת שנת 1986, ועד מועד הדיון בבית המשפט העליון, סוף שנת 1992, עלה מחיר סיגריות המותג יותר מכפליים.²⁹

הקריטריונים המחמירים שיישם בית המשפט העליון בפרשה זו חסמו כמעט לחלוטין את סיכויי הצלחתן של תביעות בגין תמחור טורפני. 36 מתוך 39 תביעות שנידונו בבתי המשפט, בין שנת 1993 לשנת 2000, נדחו על יסוד החומר שהוגש לבית המשפט, ללא שמיעת עדויות (Judgment Summary)³⁰. הקושי העיקרי של מי שתבעו פיצויים על נזק שנגרם להם עקב תמחור טורפני, היה להוכיח את סיכוייו של המתמחר הטורפני להחזיר לעצמו את "השקעתו" בתמחור הטורפני בתקופה שלאחר ש"הכניע" את מתחריו. לעניין זה יפים הדברים הבאים:

"Before this matter, the courts had been raising the standards of proof required to establish predatory pricing; the Liggett case raised the standards yet higher. Documentary evidence of an intention to engage in predatory behavior, even coupled with clear evidence of below-cost pricing, will not sustain a predation claim. A plaintiff must offer a simple explanation regarding how an alleged predator might expect to benefit from his behavior"³¹.

יש הסבורים כי כאשר מוכח מרכיב המחיר, שאינו מכסה את ההוצאות המשתנות הממוצעות, אין צורך בהוכחת יכולת להחזיר את ההפסד, אם ברור שהמתמחר הטורפני הצליח להרתיע מתחרים מלהיכנס לשוק שבו הוא פועל.³² עמדה זו נראית לי. לדעתי, המבחן לקיומה של עברת תמחור טורפני אינו צריך להיות סיכוייו של המתמחר הטורפני להחזיר לעצמו את "השקעתו" בתמחור טורפני, אלא תוצאותיה המוכחות של התנהגותו, אם

Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co. Ltd., 723 F.2d 238 24
(1983); Matsushita Electric Industrial Co. Ltd. v. Zenith Radio Corp., 475
U.S. 574 (1986)
שם, בעמ' 588-589. 25
Kenneth G. Elzinga, *Collusive Predation: Matsushita v. Zenith (1986)*, in 26
The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy 220 (John
"The Antitrust" (הלן: E. Kwoka & Lawrence J. White eds., 3rd ed., 1999)
Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corporation, 509 U.S. 27
209 (1993)
ההתנהגות המתואמת של החברות הגדולות נחשפה בתביעה שהוגשה נגדן בשנת 1946 בגין 28
עדות על שני סעיפי חוק שרמן. במשפט זה התגלה שתיאום המחירים התקיים ברציפות
מאז שנות העשרים של המאה הקודמת. הן נקטו צעדים לבלית מתחרים שביקשו להציע
סיגריות מזולות, בין היתר על ידי רכישת כל מלאי הטבק הול הממשש לייצור סיגריות
אלה ועל ידי קיצוץ זמני במחירים, שהועלו שוב לאחר שחלפה הסכנה. הרווחיות הגבוהה
של החברות הייתה הבסיס להערכה שגם חברה בעלת חלק שוק נמוך יחסית עשויה להחזיר
לעצמה את הפסדי תקופת הטורפנות: American Tobacco Co. v. United States, 328
U.S. 781 (1946). ראו גם: William H. Nicholls, *The Tobacco Case of 1946*, 39
Am. Econ. Rev. 296 (1949)
William B. Burnett "Predation by a Nondominant Firm: The Liggett Case 29
in The Antitrust Revolution" (1993), לעיל הי"ש 26, בעמ' 239.
Patrick Bolton, Joseph F. Brodley & Michael H. Riordan, *Predatory Pricing: 30
Strategic Theory and Legal Policy*, 88 Georgetown L.J., 2239, 2258-2260
(2000).
Burnett, לעיל הי"ש 29, בעמ' 261. 31
Aaron S. Edlin, *Stopping Above-Cost Predatory Pricing*, 111 Yale L.J. 32
Edward M. Recoupment על דרישת Recoupment ראו גם: 941, 942-944 (2002)
Iacobucci, *Predatory Pricing, the Theory of the Firm, and the Recoupment
Test: An Examination of Recent Developments in Canadian Predatory
Pricing Law*, 51 Antitrust Bull. 281 (2006)

בית המשפט העליון. יש הסבורים כי שיטה זו של מתן הנחות היא נוהג מסחרי מקובל, ואין לראות בה התנהגות טורפנית אם לא הוכח שהיא נופלת לגדר התנאים שהוגדרו בפרשת *Brooke Group*.³⁶

2.5.5 פרשת *Ross-Simmons*

בפסק דין שניתן בחודש פברואר 2007 החיל בית המשפט העליון בארצות-הברית את הכללים לעניין תמחור טורפני גם על רכישת תשומות טורפנית (*Predatory Bidding*). במקרה זה מעלה חברה בעלת כח שוק את מחירי התשומות שהיא רוכשת לרמה שאין מתחריה יכולים לעמוד בה, ואלה נאלצים להסתלק מן השוק. חברת *Ross-Simmons*, מנסרת עצים, תבעה את חברת *Weyerhaeuser* הענק על הפרת סעיף 2 לחוק שרמן בטענה שזו גרמה להעלאת מחירי בולי העץ הגולמיים לרמה שפגעה ברווחיותה ואילצה אותה להפסיק לפעול. חבר המושבעים פסק לטובת *Ross-Simmons* ובית המשפט לערעורים אישר את הפסיקה. בית המשפט העליון קיבל את טענתה של *Weyerhaeuser* שיש להחיל על העלאת מחירי תשומות את הכללים שנקבעו בפרשת *Brooke Group* בנוגע להורדת מחיר טורפנית. דהיינו יש להוכיח כי היה למעלה המחיר הטורפני סיכוי סביר להחזיר לעצמו את הפסדי תקופת התמחור הטורפני. הדבר לא נעשה על ידי הערכאות הנמוכות, והדיון הוחזר אליהן על מנת שהסיכוי להחזר כאמור (*Recoupment*) ייבחן.³⁷

2.5.6 סיכום – גישת הפסיקה

הסקירה של התפתחות הפסיקה, שעסקה בסוגיה של תמחור טורפני כעברה על סעיף 2 לחוק שרמן, מעלה כי בתי המשפט מיישמים למעשה, גם אם לא להלכה, את עמדתו של המלומד *Bork*, שלפיה אין צורך בכלל המגדיר את העברה, מאחר שזו נדירה ביותר. יש החולקים על עמדה זו, הסבורים שקיימים מקרים שאינם עונים על המבחנים שקבע בית המשפט העליון בפרשת *Brooke Group*, אך עם זאת, התנהגותו של המתמחר הטורפני מבהירה ללא ספק שכוונתו הייתה לחסל את יריביו או להרתיע מתחרים מכניסה לשוק שבו הוא פועל. דעתם של המסתייגים מן המבחנים הקיימים לתמחור טורפני נראית לי, ואינני סבור שרצוי לשאול מן המשפט האמריקני, בשלמותם, את המבחנים להגדרת "מחיר בלתי הוגן" בחוק הישראלי.³⁸ בסיום סקירתי ברצוני לציין כי חוקי האנטיטרסט הפדרליים ופרשנות בתי המשפט שמים דגש על הגנת התחרות בשוק ולא על מניעת פגיעה במתחרים. בחלק ממדינות ארצות-הברית קיימים חוקים להגנת המתחרים מפני פגיעה אפשרית של תחרות מחירים פרועה. כך, למשל, בכמה מדינות נחקקו חוקים האוסרים מכירה במחיר שאינו מכסה את העלות (*Sales Below Cost Laws*). חוקים כלליים בעניין זה היו קיימים ב-17 מדינות, וחוקים מיוחדים למחירי הדלק בתחנות תדלוק היו קיימים ב-9. הגדרת מחיר טורפני בחלק מן החוקים שונה מזו שאומצה בפסיקה הפדרלית. על מחיר המכירה לכסות לא רק את העלויות המשתנות הממוצעות, אלא גם חלק מן ההוצאות הקבועות – שכר דירה וריבית, למשל – כדי שלא יוגדר כטורפני. המטרה המוצהרת של חקיקה זו היא הגנה על עסקים קטנים מפני מתחריהם הגדולים. השפעתם הכלכלית של חוקים אלה הייתה

בקו דאלאס-קנוס סיטי. לאחר פרישת וונגרד, העלתה *AMR* את מחיר הטיסה ל-\$147 וחזרה והפחיתה את מספר הטיסות בקו זה.

בהתנהגות זו יש, לכאורה, סימנים ברורים של התנהגות טורפנית, ואכן – שלטונות האנטיטרסט הגישו נגד *AMR* תביעה בגין הפרת סעיף 2 של חוק שרמן. שופט הערכאה הראשונה דחה את התביעה לאחר ש-*AMR* הוכיחה שמחיריה לא נפלו מהוצאותיה המשתנות הממוצעות. לדעת חלק מן הפרשנים, פסיקה זו הייתה לקויה בשני עניינים:

1. חישוב עלויותיה של *AMR* לא הביא בחשבון את ההוצאות (והפסד הרווח) שהיו תוצאת העברת מטוסים שפעלו בקווים אחרים לקו דאלס-קנוס סיטי, העברה שמטרתה הייתה הכפלת מספר הטיסות בקו. מכאן שההוצאות המשתנות היו למעשה גבוהות יותר;
2. המדד של כיוסי הוצאות משתנות ממוצעות אינו מתאים לבחינת התנהגותן של חברות בעלות הוצאות קבועות גבוהות, דוגמת חברות תעופה.

פרשנים אלה הצביעו על כך שבמקרה זה לא היה כל הסבר כלכלי הגיוני להתנהגותה של *AMR*, להוציא כוונתה לסלק את המתחרה, שאותה לא הסתירה. להתנהגות מסוג זה עלולה להיות השפעה מרתיעה גם על חברות תעופה שתכננו להתחרות ב-*AMR* בקווים אחרים.³³

עניין נוסף הראוי לציין הוא שמדד ההוצאות המשתנות הממוצעות אינו מתאים, כאמור, לחברות שיחס הוצאותיהן הקבועות גבוה, מצב שבו נמצאות רבות מחברות הכלכלה החדשה (חברות אלקטרוניקה, תכנה ותרופות למשל). בחברות אלה מהווה ההשקעה במחקר ובפיתוח חלק נכבד מהוצאותיהן הקבועות, ואילו ההוצאות לייצור המוצר שפותח נמוכות יחסית. מאחר שיש בשווקים אלה חברות רבות בעלות כוח שוק, לא יקשה עליהן לפעול לסילוק מתחרים על ידי תמחור טורפני, ללא חשש שפעולתן תיכנס לגדר עברה, כפי שהיא מוגדרת בפסיקה הקיימת.³⁴

יש גם מי שכופר במדד של הוצאות משתנות ממוצעות כמבחן שאין בלתו לתמחור טורפני. הכלכלן *Edlin* סבור שגם מחיר העולה על מדד זה יכול להיות טורפני אם הוא נמוך מעלות הייצור של המתחרים, מאחר שהוא עלול להרתיע מתחרים מכניסה אל השוק. המבחן להצלחת האסטרטגיה הטורפנית אינו בהכרח חיסול מתחרים. גם להרתעת מתחרים מכניסה לשוק, מחשש שיפגעו על ידי המתמחר הטורפני, השפעה שלילית על התחרות, כפי שהיה ככל הנראה בפרשת *AMR*.³⁵

2.5.4 פרשת *Le Page's v. 3M*

עניין אחר שמסבך את יישום הכללים בדבר תמחור טורפני הוא הפחתת מחירים שנעשית בדרך של מתן הנחות על מחירי המחירון. כאשר ההנחות ניתנות על מוצר אחד, בדומה למה שעשתה *B&W* בפרשת הסיגריות הזולות, אין קושי בחישוב שיעור הפחתת המחיר. המצב שונה כאשר ההנחה ניתנת על קבוצה של מוצרים לזה שרוכש את כולם. זה היה המצב בפרשת *Le Page's v. 3M*. במקרה זה הציעה *3M* הנחות לקוני קבוצת מוצרים, דבר שפגע בחברת *Le Page's* שמכרה רק מוצר אחד מהם ולכן לא יכלה להתחרות ב-*3M*. בית המשפט לערעורים פסק שהתנהגותה של *3M* הייתה טורפנית. פסיקה זו שנויה במחלוקת ולא הגיעה עדיין להכרעת

מזערית, אך יש בהם כדי ללמד על קיומה של מחלוקת בשאלת מטרתה של חקיקת האנטיטרסט – הגנה על התחרות או שמא גם מניעת פגיעה במתחרים קטנים³⁹?

3. משפט הקהילייה האירופית

3.1 כללי

סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים מבוסס, כאמור, על סעיף 82 לאמנת רומא שעניינו ניצול לרעה של עמדה דומיננטית. אחת מן הדרכים לניצול לרעה היא קביעת מחיר שהוא "Unfair".

כיצד פורש סעיף זה על ידי בית הדין האירופי? להבדיל מן הגישה האמריקנית, אימץ המשפט האירופי את הגישה כי מחיר שאינו הוגן הוא גם מחיר מופקע וגם מחיר טורפני⁴⁰. עם זאת, הגדרת מחיר שנחשב טורפני מבוססת גם בפסיקה האירופית על נוסחת Turner-Areeda, אם כי יישומו של המבחן שונה. על פי פסקי הדין שיוזכרו בהמשך, מחיר הנופל מן ההוצאות הממוצעות המשתנות ייחשב טורפני, מבלי שעל הטוען לתמחור טורפני יהיה להוכיח קיומו של סיכוי ברור להחזר ההפסדים בתום תקופת הטורפנות (Recoupment), כנדרש על פי הפסיקה האמריקנית. ההנחה היא כי אפשר להסיק כוונה לפגוע ביריב או לחסלו מהפחתת מחיר כה חדה, אלא אם כן מוכחת סיבה כלכלית סבירה (Economic Sense) לנקיטת מדיניות זו (כגון: קידום מכירות לטווח קצר או הרחבת בסיס הקונים כדי לאפשר ניצול יתרונות לגודל). יתר על כן, גם מחיר העולה על ההוצאות הממוצעות המשתנות אך הנופל מן ההוצאות הממוצעות הכוללות (ATC), יכול להיחשב טורפני אם נראה שקביעת מחיר כזה מכוונת לפגוע במתחרים⁴¹.

בסוף שנת 2005 פרסמה נציבות השוק נייר עמדה לצורך דיון ובו הצעה ליישום סעיף 82 לאמנת רומא על ניצול לרעה של עמדה דומיננטית בדרך של צעדים חוסמים (Exclusionary Practices), ובכללם תמחור טורפני. בנייר העמדה אין הצעה לשינויים במדיניות שיישמו בתי הדין, אך יש בו הצגה מסודרת של שיקולי רשויות השוק המשותף. מדיניות הנציבות מדגישה את חשיבותה של הוכחת הכוונה להרחיק מתחרים, לאיים עליהם או לחסום את השוק למתחרים חדשים, כבסיס לממצא של תמחור טורפני, במקרים שבהם מחיר המכירה אינו מכסה את עלויות היצרן. העלות הרלוונטית להשוואה היא בדרך כלל העלות המשתנה הממוצעת, אולם גם מחיר המכסה יותר מאשר את העלות המשתנה הממוצעת יכול להיחשב תמחור טורפני אם מוכחת כוונה לפגוע במתחרים⁴². עתה נבחן את גישת המשפט האירופי באמצעות כמה פרשיות.

3.2 פרשת יצרן הכימיקלים המאיים

חברת AKZO ההולנדית היא אחת מיצרניות הכימיקלים הגדולות בעולם. אחד מענפי הייצור שלה היה חומרי הלבנה המשמשים בתעשיות שונות. חברת בת של AKZO באנגליה איימה על חברה אנגלית קטנה בהרבה ששמה ECS, שתחסל את עסקיה בשוק המלבינים לקמח, באמצעות הפחתת מחירים דרסטית, אם ECS לא תסתלק מייצור מלבינים לשוק הפלסטיקה.

ל-AKZO הייתה עמדה דומיננטית בשוק בתקופה הרלוונטית. חלקה בשוק היה כ-50%, ולא היו לה מתחרים בעלי משקל. מגוון מוצריה היה הגדול ביותר, והיא הצליחה להגן על חלק השוק שלה ועל רווחיות מוצריה גם בתקופות של רפיון במשק. AKZO הוכיחה בעבר שבכוחה "להיפטר" ממתחרים שהפריעו לה או להחלישם. AKZO הכחישה אמנם שאימה על ECS, אולם פרוטוקולים מפגישות בין הצדדים מלמדות כי הראשונה הודיעה על כוונתה להפחית מחירים של המלבינים לשוק הקמח אם ECS תמשיך למכור מלבינים לשוק הפלסטיק, ואף הצהירה כי היא מוכנה למכור במחיר שלא יכסה את הוצאותיה. ECS התלוננה על התנהגותה של AKZO בפני נציבות השוק שקבעה כי התנהגות זו מהווה הפרה של סעיף 82 לאמנה. ערעורה של AKZO על החלטת הנציבות הגיע לבית הדין האירופי לצדק שאימץ את החלטת הנציבות.

את עמדתו בשאלת התמחור הטורפני סיכם בית הדין האירופי לצדק במילים אלה:

"Prices below average variable costs (that is to say, those which vary depending on the quantities produced) by means of which a dominant undertaking seeks to eliminate a competitor must be regarded as abusive. A dominant undertaking has no

³³ United States v. AMR Corp., 335 F.3d. 1109 (10th Cir. 2003)

Aaron S. Edlin & Joseph Farrell, *The American Airlines Case: A Chance to Clarify Predation Policy* (2001), in *The Antitrust Revolution: Economics, Competition & Policy* 502, 510-517 (John E. Kwoka & Lawrence J. White eds., 4th ed., 2004), Lao גם eds., 4th ed., 2004), לעיל הי"ש 23 בעמ' 459-460.

³⁴ David A. Balto & Robert Pitofsky, *Antitrust and High-tech Industries: The New Challenge*, 43 *Antitrust Bull.* 583 (1998)

³⁵ Edlin, לעיל הי"ש 32, בעמ' 941.

³⁶ Le Page's Inc. v. 3M Co., 324 F.3d. 141 (3rd Cir. 2003); Daniel A. Crane, *Multi Product Discounting: A Myth of NonPrice Predation*, 72 *U. Chi. L. Rev.* 27 (2005); DANIEL L. RUBINFEID, *3M's Bundled Rebates: An Economic Perspective*, 72 *U. Chi. L. Rev.* 243 (2005)

³⁷ Weyerhaeuser Co. v Ross-Simmons Hardwood Lumber Co. Inc., 75 U.S.L.W. 4091, ראו גם: Granitz & Klein, לעיל הי"ש 15, בעמ' 1.

³⁸ Bolton, Brodley & Riordan, לעיל הי"ש 30, בעמ' 2261-2262.

³⁹ Rod W. Anderson & Ronald N. Johnson, *Antitrust and Sales-Below-Cost Laws: The Case of Retail Gasoline*, 14 *Rev. of Indust. Organization*, 189 (1999); William H. Jordan, *Predatory Pricing After Brooke Group: The Problem of State "Sales below Cost" Statutes*, 44 *Emory L.J.* 267 (1995)

⁴⁰ על ההבדלים בין הגישה האמריקנית לזו של הקהילייה האירופית ראו: Michael S. Gal, *Monopoly Pricing as an antitrust Offense in the U.S. and the E.C.: Two Systems of Belief About Monopoly?* 49 *Antitrust Bull.* 343 (2004)

⁴¹ על הגישה האירופית לתמחור טורפני ראו: Dabbah, לעיל הי"ש 1, בעמ' 400-410, ודוק, הגישה האמריקנית רואה בחומרה פגיעה בתחרות, לא דווקא פגיעה במתחרים. עם זאת, לא תמיד אפשר להבחין בין השתיים. לעתים אין פגיעה במתחרים מסוימים פוגעת בתחרות בשוק שבו ממשיכים לפעול מתחרים נוספים. במקרים אחרים הפגיעה במתחרים פוגעת בתחרות בשוק.

⁴² נייר עמדת הנציבות האירופית, לעיל הי"ש 2. ראוי לציין כי נייר העמדה משתמש במושג "הוצאות ניתנות למנוע" (Avoidable Costs) שמשמעו הוצאות שהיו נמנעות אילו לא ייצר היצרן יחידה נוספת. בדרך כלל הן זהות להוצאות המשתנות הממוצעות, אליהן התייחסנו לעיל. הן עלולות להיות גבוהות יותר אם היה על היצרן להמיל גם את הוצאות הקבועות כדי לייצר עוד.

זו, להבדיל מהנחות כמות הניתנות ללא הפליה, מהווה ניצול לרעה של עמדה דומיננטית, משום שהן "קושרות" את הלקוח לספק מסוים ופוגעות ביכולתם של מתחרים לחדור לשוק. מה שקובע לעניין אפיונה של ההנחה כניצול לרעה אינו שיעורה, אלא השפעתה על יכולתם של מתחרים קטנים יותר למכור ללקוחותיו של בעל העמדה הדומיננטית⁴⁵.

סוג נוסף של הנחות מחיר שבית הדין האירופי ראה כניצול לרעה של עמדה דומיננטית הוא הנחה המותנית בכך שהלקוח יקנה מן היצרן קבוצה של מוצרים⁴⁶. חברת התרופות השווייצרית Hoffman-La Roche הייתה בעלת עמדה דומיננטית בתחום הויטמינים בשוק האירופי. חלק השוק שלה היה גדול ונשאר כזה לאורך זמן. כמו כן, היה לה יתרון טכנולוגי בזכות הפטנטים שבהם החזיקה בעבר, ומגוון הויטמינים שהציעה היה גדול משל כל מתחריה שהיו קטנים ממנה בהרבה. החברה העניקה ללקוחות שקנו ממנה את כל צרכיהם, או רובם, "הנחת נאמנות" (Loyalty Rebate), שאינה כרוכה בגודל הכמות שקנו. בית הדין האירופי סבר כי התנאת ההנחה בדרך זו כמוה כהתנאת עסקה בעסקה (Tying), שהיא אחת מדרכי הניצול לרעה של עמדה דומיננטית, האסורות על פי סעיף 82. כמו כן, סבר בית הדין כי יש בה גם הפליית מחירים האסורה על פי אותו סעיף.

"The fidelity rebate, unlike quantity rebates exclusively linked with the volume of purchases from the producer concerned, is designed through the grant of a financial advantage to prevent customers from obtaining their supplies from competing producers. Furthermore the effect of fidelity rebates is to apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties"⁴⁷.

3.5 דומיננטיות קבוצתית והנחות סלקטיביות

ה-Compagnie Maritime Belge היא "קונפרנס" חברות ספנות שפעלו בקווים למרכז מערב אפריקה. לחברות הקונפרנס היה חלק שוק של 90% ורק מתחרה עצמאי אחד שעמד מולן. על מנת לפגוע במתחרה הנהיגו חברות הקונפרנס מערך הנחות סלקטיבי שניתנו ללקוחות המתחרה על מנת לפגוע בו. בית המשפט האירופי לצדק קבע, בין היתר, שתי קביעות רלוונטיות לנושא הנידון:

1. לעניין סעיף 82 לאמנת רומא אפשר שהעמדה הדומיננטית תהיה של קבוצת גופים הפועלים במתואם⁴⁸.
2. ההנחות הסלקטיביות, אם הן מכוונות לפגוע במתחרה, יכולות להיחשב כמחיר שאינו הוגן, גם אם הוא מכסה את כל ההוצאות (כלומר ההנחה היא על חשבון הרווח).

וכך נאמר על ידי בית המשפט:

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

interest in applying such prices except that of eliminating competitors so as to enable it subsequently to raise its prices by taking advantage of its monopolistic position"⁴³.

אפשר לומר כי פסיקה זו תואמת את גישת ה-"no economic sense" שהזכרנו לעיל.

נושא החזר הפסדי תקופת התמחור הטורפני נזכר בפסק הדין, אך בית הדין לא דרש הוכחה בדבר סיכויי המתמחר הטורפני להחזיר לעצמו את הפסדיו.

3.3 פרשת אריזות הקרטון השוודית

לחברת Tetra Pak (להלן: "TP") השוודית מונופולין בשוק אריזות הקרטון הסטריליות למשקאות וחלק שוק של כ-50% באריזות קרטון אחרות. החברה הואשמה בהצמדת מכירת האריזות על ידי לרכישת מכוונות למילוי האריזות על ידי הקונה. כמו כן, הואשמה החברה בתמחור טורפני. עניינו הוא רק בהאשמה השנייה. TP טענה שעל מנת לבסס את העבדה של תמחור טורפני על הטוען לה להוכיח שהיה בכוחה להחזיר לעצמה את הפסדי תקופת הטורפנות באמצעות העלאת מחירים בתקופה שלאחריה. בהמשך לכך טענה TP כי מאחר שהאשמה בתמחור טורפני רק בשוק האריזות, שבו לא היה לה לטענתה מונופולין, אין זה מובן מאליו שהיה ביכולתה לפצות עצמה במחירים מונופוליסטיים.

בית המשפט האירופי לצדק קבע, בדומה לפסיקה בפרשת AKZO, שאם המחיר הטורפני נופל מההוצאות המשתנות הממוצעות, די בכך כדי להסיק ניצול לרעה של העמדה הדומיננטית. כאשר מחירי המכירה הם בין רמת ההוצאות המשתנות לרמת סך ההוצאות הממוצעות יראו את המחיר כטורפני אם מוכחת כוונה לפגוע במתחרים, דבר שהוכח במקרה הנידון. בכך יש ראייה לכאורה שהעמדה הדומיננטית נוצלה לרעה, אלא אם כן למתמחר הטורפני הסבר כלכלי סביר לקביעת המחיר. ואלו דבריו של בית המשפט:

"[I]t would not be appropriate in the circumstances of this case, to require in addition proof that Tetra Pak had a realistic chance of recouping its losses. It must be possible to penalize predatory pricing whenever there is a risk that competitors will be eliminated. The Court of First Instance found ... that there was such risk in this case"⁴⁴.

דברים אלה מבטאים את הגישה האירופית, הרגישה לחיסול מתחרים, לעומת הגישה האמריקנית, שעניינה שמירה על המנגנון התחרותי גם אם בעקבותיו יתחסלו מתחרים יעילים פחות⁴⁴.

3.4 הנחות מחיר בשוקי הצמיגים והתרופות

Michelin NV, חברת הבת ההולנדית של יצרנית הצמיגים העולמית, הייתה בעלת עמדה דומיננטית (57–65 אחוזים) בשוק הצמיגים להחלפה (Replacement) למשאיות ולרכב מסחרי אחר. החברה נהגה לתת ללקוחותיה הנחות מחיר אם הגיעו לכמויות יעד של רכישות שנקבעו להם. הנחות מחיר מסוג זה אינן בגדר תמחור טורפני, אך השפעתן על התחרות עלולה להיות דומה. בית המשפט האירופי לצדק קבע כי שיטה

בהמשך הדברים, נראה כי הפסיקה האירופית הייתה לעיני הממונה ובית המשפט העליון בישראל בהתייחסותם לסוגיית המחיר שאינו הוגן, בין שמדובר בהפקעת מחירים ובין שמדובר בתמחור טורפני.

ג. "מחירי מכירה או קנייה בלתי הוגנים"

1. כללי

כפי שראינו בפתח הדברים, סעיף 29 לחוק הישראלי רואה ניצול לרעה של עמדת מונופולין בקביעת מחירי קנייה או מכירה בלתי הוגנים למוצר או שירות. החוק אינו מגדיר מהו מחיר בלתי הוגן ואין בו הדרכה באשר למבחנים שעל פיהם ניתן לקבוע אם מחיר הוא אכן בלתי הוגן. לא כל מחיר הסוטה מן המחיר שהיה נקבע בשיווי משקל תחרותי הוא בהכרח בלתי הוגן. כאשר עסקינן בחוק האמור להגן על התחרות במשק ולקדם את רווחת הצרכן, יש מקום לענות על שאלת ההוגנות בהתחשב בפוטנציאל הפגיעה בצרכנים, מחד גיסא, ובתהליך התחרותי, מאידך גיסא.

מחיר גבוה מדי הוא בלתי הוגן בהיותו פוגע ברווחת הצרכנים. לעומת זאת, אין בו בהכרח פגיעה בתחרות. כפי שראינו, בארצות-הברית אין התערבות רגולטורית במחיר מונופוליסטי – יש הרואים בו דווקא תמריץ לחדשנות ולדרבון התחרות. יפים לעניין זה הדברים הבאים:

"The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful, it is an important element of the free market system. The opportunity to charge monopoly prices — at least for a short period — is what attracts "business acumen" in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct"⁵².

Case C-62/86 *AKZO Chemie BV v. Commission*, 1991 E.C.R. I-3359. 43 (ECJ), para. 71.

Case C-333/94 P *Tetra Pak v. Commission*, 1996 E.C.R. I-5951 (ECJ), para. 34-44. 44

Case 322/81 *Nederlandsche Banden Industrie Michelin NV v. Commission*, 1983 E.C.R. 3461 (ECJ). 45

דיומה למקרה שנידון בפרשת *Le Page's v. 3M*, לעיל הי"ש 36. 46

Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission*, 1979 E.C.R. 461 (ECJ). 47

"The authorization granted for an unlimited period to liner conferences to cooperate in fixing rates for maritime transport is exceptional in light of the relevant regulations and competition policy", Joined Cases C-395 & 396/96P, *Compagnie Maritime Belge Transports SA et al v. Commission* 2000 E.C.R. I-1356 (ECJ) para. 29-45, 115. תקנה 4056/86 קבעה נטור קולקטיבי מהוראות סעיף 1181 להסדרי תיאום מסוימים של קונפרנסים ימיים. 48

עניין *Compagnie Maritime v. Commission*, לעיל הי"ש 48, פסי 117. 49

Case 27/76, *United Brands Comp. and United Brands Continental BV v. Commission*, 1978 E.C.R. 207 (ECJ), para. 252. 50

Case 395/87, *Ministere Public v. Tournier*, 1989 E.C.R. 2524 (ECJ). 51

Verizon Communications Inc. v. Law offices of Curtis V. Tringo LLP, 540 U.S. 398, 407 (2004). 52

threatened by competition...The appellants have, moreover never seriously disputed, and indeed admitted in the hearing, that the purpose of the conduct complained of was to eliminate G&C from the market"⁴⁹.

השיקולים המרכזיים ששימשו את בית הדין להגדרת התנהגות הקונפרנס כניצול לרעה של עמדה דומיננטית הם הכוונה לפגוע במתחרה והפליית המחירים כתוצאה של סלקטיביות ההנחות ולא רמת המחירים שגבו חבריו.

3.6 מחיר לא הוגן – מחיר מופקע

הדין האמריקני אינו רואה הפקעת מחירים על ידי מונופוליסט כעברה. לעומת זאת, על פי הפירוש שנתנו בתי המשפט למונח "מחיר בלתי הוגן" שבסעיף 82 לאמנת רומא, ועל פי סעיף 29 לחוק הישראלי, גם מחיר מופקע, לא רק מחיר שאינו מכסה את עלויות הייצור, נחשב ניצול לרעה של עמדת מונופולין. ענייננו הוא אמנם בתמחור טורפני ולא בהפקעת מחירים, אך מפסיקות בית הדין האירופי לצדק בפרשיות של הפקעת מחירים אפשר ללמוד על הראיות שיש להביא בהתדיינויות שעניינן מחיר שאינו הוגן.

United Brands (להלן: "UB") הייתה חברה אמריקנית בעלת מטעי פרות באמריקה המרכזית והדרומית, שייבאה פרות לאירופה, ושחלקה בשוק הגיע ל-45 עד 50 אחוזים. לאחר שקבעה כי החברה הייתה בעלת עמדה דומיננטית בשוק הרלוונטי, החליטה הנציבות שמחירי הבננות בגרמניה הופקעו על ידי UB, מאחר שהמחיר שבו מכרה אותן באירלנד היה נמוך בהרבה. בית הדין האירופי ביטל את החלטת הנציבות ופסק שלא די היה בהשוואת המחירים:

"The questions therefore to be determined are whether the difference between the costs actually incurred and the price actually charged is excessive, and, if the answer to this question is in the affirmative, whether a price has been imposed which is either unfair in itself or when compared to competing prices"⁵⁰.

הנחיה זו של בית המשפט רחוקה מלהיות ברורה באשר לדרך הישוב והוגנות המחיר, ובית המשפט הודה שחישוב עלויות הייצור של מוצר עלול להיות מסובך במקרים רבים. אף על פי כן הוא קבע כי:

"The production costs of the banana do not seem to present any insuperable problem".

ככל הנראה לא היו מקרים רבים של תלונות על הפקעת מחירים בלתי הוגנת, בין היתר מפני שהנציבות נרתעה מן העיסוק בבדיקת מחירים. בית הדין האירופי העדיף להנחות את הרשויות במדינות החברות בדבר העקרונות לפרשנות סעיף 1182 ולהימנע מלבחון את המחירים נשוא התלונות בעצמו. בפרשת *Ministere Public v. Tournier* קבע בית הדין כי:

"[A] national copyright-management society would abuse its dominant position by imposing unfair trading conditions if it charged royalties appreciably higher than those charged in other Member States without being able to justify the difference by reference to objective and relevant criteria"⁵¹.

הביא נתונים לביסוס מסקנתו שתמחור הברזל המצולע ורשתות הפלדה היה טורפני, וכי יש בכך כדי להעיד על כוונת מפ"מ לפגוע במתחריה. מפ"מ מכרה ברזל מצולע לחברה הקשורה אליה ב-913.60 ₪ לטון, ואילו למעבדים הגדולים מכרה אותה סחורה ב-1200 ₪ לטון. עלות העיבוד מוערכת ב-150 ₪ לטון. החברה הקשורה מכרה את המוצר המעובד ללקוחות ב-1150 ₪ לטון, ואילו המעבדים ספגו הפסדים במכירת המוצר הסופי בפחות מ-1350 ₪ לטון. יתרה מכך, על מחיר נמוך זה הוסיפה החברה הקשורה גם אשראי נדיב והנחות כמות⁵⁵.

3. פישת הרוקח וחברות כרטיסי האשראי

אולי אפשר לומר כי במקרה של חברת מפ"מ היו בהתנהגות האחרונה סממנים ברורים של תמחור טורפני, כך שלא היה צורך לבחון אם מחירי המכירה באמצעות החברות הקשורות כיסו את כל עלויות הייצור או את העלויות המשתנות הממוצעות בלבד. עם זאת, אין בהחלטה זו הנחיה למי שטוען לתמחור טורפני על ידי מתחרה, באשר לנטל ההוכחה המוטל עליו. על כך שטיעון כזה צריך להיות נתמך בנתונים אפשר ללמוד מפסיקת בית המשפט העליון בפרשת התובענה הייצוגית של הרוקח הווארד רייס נגד חברות כרטיסי האשראי. במקרה זה לא דובר אמנם בתמחור טורפני אלא בהפקעת מחירים, אולם יש בפסיקת בית המשפט קביעות רלוונטיות גם לעניין תמחור טורפני⁵⁶.

רייס הגיש תביעה נגד ארבע חברות כרטיסי אשראי להחזר עמלות מוגזמות שגבו החברות מבתי עסק, תוך ניצול לרעה של כוחו המונופוליסטי, וביקש לאשרה כתובענה ייצוגית. השלב הראשון בביסוס התביעה חייב את התובע להוכיח כי בעל מונופולין ניצל מעמדו לרעה בכך שקבע לשירותיו מחיר שאינו הוגן. תביעתו של רייס הוגשה זמן קצר לאחר כניסתה לשוק בשנת 1998 של חברת "אלפא קרד", שהפחיתה את עמלת הסליקה שגבתה מבתי עסק לשיעור של 2%, שיעור שהיה נמוך מזה שנגבה על ידי החברות הנתבעות. רייס טען כי הורדת העמלות על ידי "אלפא קרד" מוכיחה כי המחיר שגבו החברות הנתבעות קודם לכן לא היה הוגן.

שופט הערכאה הראשונה סבר כי עובדה זו, וכן העובדה כי העמלות הנגבות מחוץ לישראל נמוכות מאלה שגבו החברות הנתבעות, הן הוכחה לכאורה שמחירי העבר לא היו הוגנים, וכי הוכחה זו מספיקה בשלב הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית.

בית המשפט העליון לא קיבל את הטענה כי העובדה שהעמלות שגבו החברות הנתבעות היו גבוהות מאלה שהחלה לגבות "אלפא קארד", די בה כדי להעיד שלכאורה היו אלה מחירים לא הוגנים. אומר על כך בית המשפט (מפי השופט נאור):

"בחקירתו הנגדית הגדיר רייס עמלה שמעל 2% כעמלת יעושי [...]. רייס אישר בחקירתו כי ההוכחה ליקיסי שלו היא מה שנגבה בעקבות כניסתה של אלפא קארד לשוק [...]; עוד אישר בחקירתו כי אין לו ניתוח כלכלי של רווחיות, עלויות, סיכונים וכל כיוצא באלה בתחום כרטיסי האשראי, אך הטיח כי הנתונים בעניינים אלה נמצאים בידי המשיבים. רייס אישר שהגיע לכלל מסקנה כי עמלה שמעל 2% היא עמלת עושי אחרים שאלפא קארד נכנסה לשוק"⁵⁷.

בשוק האירופי, לעומת זאת, פירשו את הביטוי "Unfair Prices" כנוגע הן למחירים מופקעים והן למחירים טורפניים. מאחר שסעיף 29א בחוק הישראלי דומה בעיקרו לסעיף 82 באמנת רומא, אפשר להניח כי המחוקק השתמש בביטוי "מחירים בלתי הוגנים" במשמעות דומה, וכך גם פירשו אותו בתי המשפט⁵³.

לכאורה, מחיר נמוך הוא טוב לצרכנים. אולם כפי שראינו, הורדת מחיר על ידי בעל מונופולין עלולה להיות, למעשה, ניסיון לסילוק מתחרים או להרתעת מתחרים חדשים. אפשרות זו מחייבת להבחין בין הפחתת מחירים "טובה" המבוססת על יעול הייצור או על צמצום רווחי יתר של היצרן, ובין הורדת מחירים טורפנית שמטרתה פגיעה בתחרות, ושלאחריה יעלה המונופולין את המחירים לאחר ששילק או הרתיע את מתחריו. מכל מקום, גם על פי הגיונם של דברים וגם בשים לב למקובל בשיטות המשפט שסקרו, נוכל לקבוע ללא היסוס שיש לייחס את הביטוי "מחיר שאינו הוגן" גם למחיר נמוך יתר על המידה.

2. מונופולין הברזל המצולע

התייחסות לכך שהורדת מחירים יכולה להיות בגדר ניצול לרעה של עמדת מונופולין, אפשר למצוא בהמלצת הממונה על ההגבלים העסקיים משנת 1993, להכריז על חברת מפעלי פלדה מאוחדים (להלן: "מפ"מ") כמונופולין לגבי המוצר ברזל מצולע לבנין.

חלק השוק של מפ"מ לא הגיע ל-50%, אך הממונה סבר כי יש מקום שהשר ישתמש בסמכותו על פי סעיף 26(ג) לחוק, ויקבע כי מפ"מ היא מונופולין בשל השפעתה המכרעת על השוק⁵⁴. למסקנה זו הגיע הממונה על בסיס התנהגותה של מפ"מ בתחום המחירים:

א. בעקבות התמוטטות חברת "רס", המתחרה העיקרית של מפ"מ בשוק הברזל המצולע, נעשתה האחרונה לספק עיקרי ודומיננטי בשוק זה. היא העלתה את המחיר לרמה המרבית שאושרה על ידי המפקח על המחירים, לאחר שקודם לכן היו המחירים נמוכים יותר. יתר על כן, מפ"מ ביטלה הנחות שניתנו בעבר עבור תשלום במזומן ובגין רכישת כמויות גדולות, וצמצמה מאוד את האשראי שניתן ללקוחות. שינויים אלה כמוהם כהעלאת מחיר נוספת.

ב. באמצעות חברות קשורות שווקו במישרין לקבלני בניין ולצרכנים סופיים נוספים ברזל מצולע ורשתות פלדה מרותכות במחירים שנפלו כדי רבע ממחיר המחירון של מפ"מ לברזל מצולע, וכדי רבע ממחיר השוק של רשתות הפלדה. בשני המקרים היו אלה לדעת הממונה "מחירי הפסד בלתי סבירים". הורדות מחירים אלה נועדו, על פי קביעת הממונה, לחיזוק שליטתה של מפ"מ בענף על ידי דחיקת רגליהם של המעבדים והסוחרים הגדולים.

הפקעת המחירים שביצעה חברת מפ"מ, כמתואר לעיל בסעיף א', חורגת ממסגרת הדיון, אולם אין ספק כי הפחתת המחירים כדי לפגוע במתחרים באה בגדר תמחור טורפני המהווה ניצול לרעה של עמדת מונופולין.

הממונה הסתפק בקביעה שהמחירים שבהם נמכרו הברזל המצולע ורשתות הפלדה "נחזו כמחירים נמוכים ממחירי העלות, דהיינו, מחירי הפסד", ולא הגדיר פרמטרים שעליהם ביסס קביעה כזו. עם זאת, הוא

ההסתמכות על העמלה שגבתה אלפא קארד כאינדיקציה למחיר הוגן, שמחיר העולה עליו "אינו הוגן", נעשתה בעייתית לאחר ש"אלפא קארד" קרסה והפסיקה לפעול. אומר על כך בית המשפט:

"קביעת קו הגבול בין מחיר הוגן ומחיר שאינו הוגן קשה היא. אני מוכנה לקבל שלא צריך להציג קו גבול 'מדויק', אך יש לבסס לכאורה, כבר בשלב הראשון את אי הוגנות המחיר. רייס מיהר להגיש את בקשתו לאחר כניסתה של אלפא קארד לשוק. יתכן שאילולא קריסתה של אלפא קארד, ואילו התמידה אלפא קארד לאורך זמן בעמלה שגבתה, היה הניסיון להתבסס על אלפא קארד בגדר ראייה לכאורה מספקת לשלב אישור התובענה הייצוגית. לא אכחד כי מי שמבקש להגיש תובענה ייצוגית המבוססת על מחיר לא הוגן נוטל על עצמו, לעתים, משימה שאינה פשוטה כלל ועיקר [...] עם זאת, תובע ייצוגי המבקש ליטול על עצמו משימה מאד בלתי פשוטה שכזאת יכול למשל להגיש חוות דעת כלכלית היפוטטית בשאלות כמו מה העלויות של הקמת חברת כרטיסי אשראי, מה הסיכונים ומה הרווחים וכל כיוצא באלה וכפועל יוצא מכך מדוע המחיר המונופוליסטי איננו, לכאורה, מחיר הוגן"⁵⁸.

פסיקת בית המשפט נוגעת אמנם לדרכי הוכחת אי-הוגנות מחיר מופקע, אך היא יפה גם למקרה של תמחור טורפני. הטוען כי מחיר אינו הוגן בהיותו נמוך מדי, חייב לבסס את טענתו על נתונים. הפחתת מחיר חדה, כפי שהייתה בפרשת **בזק בינלאומי**, שהזכרנו לעיל, יכולה להיות הוכחה לכאורה בתביעת פיצויים אם נמשכה זמן רב. אולם טענה שהפחתת מחיר של 70% מעידה בודאות כי המחיר שקדם לה אינו הוגן טעונה הוכחה. כך גם הטענה שהפחתה חדה היא בגדר תמחור טורפני.

ראינו מהם המבחנים שנקבעו במשפט האמריקני להגדרת מחיר טורפני, והשאלה היא אם יש מקום לאימוץ כלל דומה גם אצלנו? אני סבור כי דרוש כלל שיבהיר לגורם המפחית מחירים מהו הגבול שמעברו תיחשב התנהגותו כניצול לרעה של עמדה דומיננטית. מי שקובל על מחיר טורפני פוגע צריך לדעת מה יהיה עליו להוכיח כדי לזכות בפיצוי על נזק שנגרם לו על ידי המתמחר הטורפני.

משפט הקהילייה האירופית אימץ את הקריטריון האמריקני לבחינת מחיר שנטען כי הוא טורפני וכי יש בו ניצול לרעה של עמדה דומיננטית. נראה לי כי יש טעם לאימוץ אותו קריטריון עצמו גם אצלנו, באותן הסתייגויות שבהן אומץ על ידי הפסיקה האירופית, דהיינו:

א. מחיר שאינו מכסה את ההוצאות המשתנות הממוצעות ייחשב טורפני, או בלשון החוק "בלתי הוגן". לא יהיה צורך להוכיח כי היה למתמחר הטורפני בסיס מוצק להנחה שיוכל להחזיר לעצמו את הפסדי תקופת הטורפנות במחירים שיוכל לגבות לאחר שישלך את מתחריו, או לאחר שיצליח בחסימת השוק שבו יש לו עמדת מונופולין. בדרך כלל לא ינקוט איש עסקים רציונלי דרך זו אלא למטרת פגיעה במתחריו. חובת ההוכחה שלא זו היתה הכוונה, תהיה מוטלת על מי שיצביע על סיבה עסקית סבירה להתנהגותו.

ב. גם מחיר המכסה את ההוצאות המשתנות הממוצעות, אך אינו מכסה את סך ההוצאות הממוצעות, ייחשב לבלתי הוגן אם ניתן להוכיח את כוונת המונופוליסט למכור במחירי הפסד כדי לסלק או לרסן את

מתחריו, כפי שהיה בפרשת **AKZO** שזכרה לעיל. את כוונת המתמחר הטורפני ניתן להסיק במקרים רבים מתוצאות התנהגותו – חיסול מתחרים או הרתעת מתחרים פוטנציאליים מתחרות.

ג. בדרך כלל יהיה על התובע להביא ראיות כמותיות לטענתו שמחיר שגבה המונופוליסט לא היה הוגן. אולם אם יוכל התובע להראות שהמחיר שגבה המונופוליסט היה נמוך במידה רבה ממחיר בר השוואה (למשל, מחיר אותו מוצר או שירות בשוק אחר או בתקופה קודמת) תעבר חובת ההוכחה אל המונופוליסט, ובמסגרתה יהיה עליו להוכיח שהייתה סיבה כלכלית מוצדקת להפחתת המחיר.

7. סיכום

הניסיון מלמד כי מספר התביעות המוגשות בגין תמחור טורפני אינו גדול, אך ברור גם כי ישנם מקרים שבהם בעלי עמדת מונופולין משתמשים באמצעי זה כדי להיפטר ממתחרים קשים, לרסן מתחרים אגרסיביים או לחסום כניסת מתחרים חדשים. נכון הוא כי על כוונת המונופוליסט המפחית מחירים אפשר ללמוד בדרך כלל ממעשיו, ואלה נבחנים באמות מידה כלכליות. עם זאת, חובת ההוכחה הנדרשת בארצות-הברית על פי הלכת *Brooke Group* נראית לי מחסום שכמעט בלתי אפשרי לצלוח. כאשר כוונת בעל המונופולין לנשל מתחרה מוכחת על ידי ראיות ברורות (דוגמת הפרוטוקולים בפרשת **AKZO**) או משתקפת בהתנהגותו לאחר סילוק המתחרה (כמו בפרשת **AMR**) אפשר להוריד את רף הראיות הכמותיות הנדרשות להוכחה שהמחיר לא היה הוגן.

כאמור, התדיינויות בדבר אי-הוגנות מחירים אינן שכיחות. במשק הישראלי עשויה שאלת הוגנות המחירים להתעורר כיוון שבענפים לא מעטים פועלים מונופולים, או שהתחרות בהם מעטה בשל המבנה האולגופולי שלהם. לכן רצוי לעגן בפסיקה כללים ברורים בדבר נטל ההוכחה המוטל על תובעים בגין מחירים שאינם הוגנים, בין שמדובר בהפקעת מחירים ובין שנושא התביעה הוא תמחור טורפני⁵⁹.

53 מיכל (שיצר) גל "גביית מחירים מונופוליסטיים – ניצול מעמד לרעה?" (8 בינואר 2004) law.haifa.ac.il/faculty/eng/gal.htm

54 המלצה להכרזת מונופולין, לעיל הי"ש 6.

55 במקרה הנידון הייתה התנהגות טורפנית, אפילו אם לא היו מחיריה או המחירים שקבעה החברה הבת מחירי הפסד. ההתנהגות הטורפנית מתבטאת בכך שהחברה הבת מכרה את המוצר המעובד ללקוחות הסופיים במחיר נמוך מזה שבו מכרה מפ"מ את **חומר הגלם** למעבדים מתחריה.

56 עניין **ישראלכרט**, לעיל הי"ש 3.

57 שם, בע' 487 פסי' 19.

58 שם, בעמ' 489, פסי' 26.

59 לאחרונה הוגשה תביעה נגד שלושת הבנקים הגדולים – הפועלים, לאומי ודיסקונט – לפיצויים בשל גביית ריבית מופרזת מלקוחות משקי בית, שהתובעים מבקשים לאשרה כתובענה ייצוגית. על מנת לבסס את טענתם שהריבית שגובהם הבנקים ממשקי בית היא "בלתי הוגנת" לעניין סעיף 29 לחוק, מציגים התובעים ניתוח כלכלי שמטרתו להראות כי אין הצדקה כלכלית לגביית ריבית ממשקי בית, ששיעורה עולה על הריבית שגובהם הבנקים מעסקים. לטענת התובעים, הסיבה לפער בלתי מוצדק זה היא שמגור האשראי לעסקים הוא תחרותי, ואילו במגור משקי הבית פועלים שלושת הבנקים כ"קבוצת ריכוז", ומנצלים את כוחם המונופוליסטי להשית מחיר שאינו הוגן על מגור משקי הבית.