

SSSC/30 סגור

## הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן

אוניברסיטת תל אביב

בחינה בהגבלים עסקיים, מועד ב', סמסטר א' תשס"ט 2.4.09

פרופ' דיוויד גילה

מתרגל: עו"ד שחר אגמון

משך הבחינה: שעתיים וחצי

תומר פתוח

בבחינה שתי שאלות. כדאי לקרוא את הטופס כולו לפני שמתחילים לפתור.

אם חסרת לדעתכם עובדות רלוואנטיות, נתחו על סמך הנחות עובדתיות חלופיות לפי העניין.

מגבלת מקום לבחינה בכללותה: 2.5 עמודים. יש להשאיר שוליים סבירים ולכתוב רק בשורות המסומנות. חריגה תוביל להורדת ציון!

שימו לב כי תינתן תוספת ניקוד על ניתוח חד, ברור ומפורט.

### שאלה 1 (70 נק'):

חברת פדאל-לי, הממוקמת על הגדה הצפונית של נהר הירקון בת"א, עוסקת מזה 40 שנה בהשכרת סירות פדאלים, ושולטת על נתח ניכר משוק זה. בסמוך לחברת פדאל-לי מצויה חברת דווש בכיף ועוד ארבע חברות נוספות להשכרת סירות פדאלים. בגדה הדרומית של הנהר מצויות שתי חברות השכרת סירות: חברת שייט-דרום, וכן חברת מנוע-לי, העוסקת בעיקר בהשכרת סירות מנוע והמחזיקה ב-45% מתחום השכרת הסירות (פדאלים ומנועים) בכללותו.

לחברת פדאל-לי נודע, כי בכונת מנוע-לי להוזיל משמעותית את תעריפי השכרת הסירות אותם היא גובה מתוך מטרה להרחיב את פלח השוק שלה. בעקבות מידע זה, יצאה פדאל-לי במבצע לפיו היא תעניק כל הנחה שתוענק על-ידי מתחריה, בצירוף הנחה נוספת של 10%. בתגובה, פנתה מנוע-לי לחברת דווש בכיף, והציעה לה לפנות יחדיו ליצרן סירות הפדאלים באזור (שחברת בת שלו בעצמה מחזיקה 60% מאחת מחברות השכרת הפדאלים בגדה הצפונית) על מנת שיחדל למשך חצי שנה מלמכור לפדאל-לי ומלתקן עבורה סירות פדאלים, ובתמורה לכך תתחייבנה שתיהן לרכוש ולתקן סירות רק אצלו, וזאת למשך חצי שנה גם כן. במקביל, חברת דווש בכיף פנתה לחברת שייט-דרום בהצעה להקמת עסק להשכרת ציוד דיג בירקון.

מהן ההשלכות של האמור לעיל מבחינת דיני ההגבלים העסקיים ומבחינת התחרות?

### נקודות לפתרון שאלה 1:

1. מהו השוק הרלוונטי בשני היבטים - השוק הגיאוגרפי: האם שייט בגדה הצפונית הינו תחליפי לשייט בגדה הדרומית; שוק המוצר: האם שייט בספינת פדאלים הינו תחליפי לשייט בספינת מנוע?

2. הסדר התאמת הנחות: פדאל לי מבטיחה ללקוחותיה שאם יריב שלה יוריד מחירים, היא תוריד מחירים ותוסיף הנחה נוספת של 10%. לפי גישת הממונה, כיון שמדובר בהסדר העלול לפגוע בתהליך התחרותי, שהרי נפגע לכאורה התמריץ של מתחריה, כגון מנוע לי, להוריד מחירים, היה זה יכול להיות הסדר כובל לפי סעיף 2(א). פוטנציאלית הסדר כזה

יכול להקל על קרטלים, ועל כן, אם השוק מספיק ריכוזי, ובתנאים מתאימים, הוא יכול גם לפגוע בתוצאה התחרותית, כלומר בצרכנים. הפגיעה בתחרות מבחינת רישון מנוע לי לא קיימת אם שתי הגדות של הנחר אינן באותו השוק, או אם סירות מנוע וסירות פדאלים אינן באותו השוק. מאידך, קיימות פחות פירמות בשוק אם הוא כולל רק גדה אחת, או רק סירות פדאלים, ואז קיימות פחות פירמות שיוכלו לרסן את הפגיעה בצרכנים. אלא שכיון שהחסדר הוא עם צרכנים, הוא לא בין בני אדם שמנהלים עסקים, ולכן לא ניתן לתקוף אותו כחסדר כובל.

3. ההסכמה בין מנוע-לי לדווש בכיף לבקש מהיצרן בלעדיות מהווה הן חסדר אופקי (בהנחה שהן פועלות באותו השוק) בינן לבין עצמן, ויכולה להוות גם חסדר אנכי בינן לבין היצרן, אם אכן היצרן הסכים להצעה.

4. ההסדר בין מנוע-לי לדווש בכיף מהווה חסדר אופקי אם סירות מנוע וסירות פדאלים הן באותו השוק ואם שתי הגדות הן באותו השוק. יש כאן שני שיתופי פעולה: הרכישה המשותפת מן היצרן היא מיזם משותף לעניין פטור הסוג למיזמים משותפים. אך אם הן באותו השוק מדובר במיזם משותף בין מתחרים, שלא ייחנה מפטור הסוג למיזמים משותפים, לאור נתח השוק הגדול של מנוע לי. אם הן לא מתחרות, וגם לא מתחרות בכוח, עצם הרכישה המשותפת איננה חסדר כובל. שיתוף הפעולה השני ביניהן הוא בבקשה מהיצרן שלא למכור לפדאל לי. כאן אין מדובר במיזם משותף כי אין מדובר בשיתוף פעולה ברכישה שיווק או ייצור. שיתוף הפעולה הזה עלול לפגוע בתהליך התחרותי (ניתן שכל אחד מהצדדים אלמלא שיתוף הפעולה הזה לא היה מעז לבקש מהיצרן לא למכור לפדאל לי. האפקט של שיתוף הפעולה דומה לאפקט של הסירוב של היצרן לספק, שידון להלן).

5. ההסדר עם היצרן לפי נאור באקסטל נכנס לסעיף 2(ב)(3), משום שמתבצעת של חלוקת השוק לפי סוג האנשים שעומים יעסוק היצרן, וכן לפי סוג האנשים שעומים יעסקו מנוע לי ודווש בכיף. בנוסף, לאור העובדה שחברת בת של היצרן בעצמה מחזיקה 60% מאחת מחברות השכרת הפדאלים בגדה הצפונית, הרי שגם ההסדר בין חברות ההשכרה ליצרן הוא חסדר בין מתחרים. מכאן שגם אחרי אימוץ התיקון לסעיף 2, הוא יידון לפי סעיף 2(ב). על פי סעיף 2(ב) המוצע, יהיה מדובר בחלוקת שוק, או הימנעות מאספקת או רכישת נכס. לפי ניתוח זה, מדובר בהסדר כובל בלי קשר לניתוח הכלכלי. מאותה הסיבה גם לא ייחנה החסדר מפטור הסוג לפגיעות קלות ערך, לאור הרשימה השחורה שבסעיף 4 לפטורי הסוג הוראות כלליות, שחלה על חסדר בין מתחרים. כן גם לא יחולו פטור הסוג לרכישה בלעדית ולהפצה בלעדית, גם בגלל יחסי התחרות בין היצרן לחברות ההשכרה וגם בגלל נתח השוק של מנוע לי, עולה על 30%, וגם משום שמדובר באספקה של תשומה (די לציין את אחד הסייגים הללו כדי להראות שפטור הסוג להפצה בלעדית/רכישה בלעדית לא חל). נראה כי הזיקה בין היצרן לבין חברת השכרת סירות המתחרה בפדאל לי ודווש בכיף גם שוללת את תחולת סעיף 3(6) לחוק, למרות שלכאורה מדובר בבלעדיות הדדית. סיבה נוספת שאין תחולה לסייג זה היא שהיצרן לא נותן להן בלעדיות, אלא רק מסכים לא למכור לפדאל לי. (כאן יש לציין את שתי הסיבות שסעיף 3(6) לא חל.) מבחינת מידת הפגיעה בתחרות, העובדה שהבלעדיות היא רק לחצי שנה מרככת את החשש.

6. האם שיתוף הפעולה בין דווש בכיף לשייט דרום היא הסדר כובל? אם שתי הגדות הן באותו השוק, אזי הן מתחרות. לפי פרשנות הממונה לסעיף 2(א) מדובר בהסדר כובל, משום שנפגע התהליך התחרותי ביניהן לבין עצמן. לפי פרשנות הדורשת פגיעה גם בתוצאה התחרותית, ראשית במסגרת שיתוף הפעולה הן יכולות לתאם גם פרמטרים שהן אמורות להתחרות עליהם בשוק השכרת הסירות. הדבר עלול לפגוע בצרכנים אם אין כושר הייצור הלא מנוצל של המשכירות האחרות בשתי הגדות לא גדול מספיק, כי אז הן לא תוכלנה לרסן מספיק את הפגיעה בצרכנים. כיון שהן גם יסכימו על מחיר השכירות של ציוד הדיג מדובר גם בהסדר אופקי כובל לפי סעיף 2(ב)(1) לחוק, המקים חזקה חלוטה להסדר כובל. מאותה הסיבה גם לא יחול פטור הסוג לפגיעות קלות ערך, כי כבילה אופקית כזו נכנסת לרשימה השחורה. אשר לפטור הסוג למיזמים משותפים, אם דווש-לי ושייט דרום הינן מתחרות בפועל (בהתאם לניתוח השוק דלעיל) או מתחרות בכוח, ותחום הדיג הינו תחום משיק, הרי שמדובר במיזם בין מתחרים בתחום התחרות, שניתן לטעון כי הוא עוסק בשיווק גרידא, ועל כן פטור הסוג למיזמים משותפים לא חל עליו. אם שתי הגדות הן בשני שווקים רלוונטיים שונים, והן גם לא מתחרות בכוח, המיזם הוא לא בין מתחרים, ולכן לא הסדר כובל כלל-נהפוך הוא, שיתוף הפעולה יכול להיות מפתח להוספת עוד חברת השכרת ציוד דיג לשוק.

#### שאלה 2 (30 נק'):

חברת "לעיסה" חולשת מזה כעשור על ייצור שוק המסטיקים בישראל. לאחרונה נודע ל"לעיסה" כי יצרנית המסטיקים הבינלאומית "GUM" שוקלת להרחיב את עסקיה גם לישראל. בשל החשש מאובדן נתח שוק משמעותי בעקבות כניסתה של GUM לשוק הישראלי, מתלבטת "לעיסה" בין שתי דרכי התנהגות אלטרנטיביות: האחת, לתת לרשתות השיווק, המכילות והפיצויות הנחה של 20% על כל רכישותיהן מ-"לעיסה" אם הללו לא יקטינו את רכישותיהם מ-"לעיסה", והשנייה, לתת הנחה של 30% לכל לקוח שלה שירכוש יותר מ-1000 ארגזי מסטיק בשבוע. לבסוף GUM אכן נכנסה לשוק הישראלי ומחירי המסטיק ירדו ב-40%.

מהן ההשלכות של האמור לעיל מבחינת התחרות ומבחינת דיני ההגבלים העסקיים?

#### נקודות לפתרון שאלה 2:

1. ההתלבטות של לעיסה היא בין הנחת מטרה (האופציה הראשונה) להנחת כמות (האופציה השנייה). הנחת מטרה מסוכנת יותר מהבחינה שהיא יכולה לחסום את הכניסה של GUM. כל הקמעונאים ירצו לקבל את ההנחה של 30% ולכן לא ירצו להסית חלק מתצרוכתם של GUM. הנחת הכמות פחות מסוכנת מבחינה זו כי GUM תוכל לשכנע קמעונאים להעביר חלק מהרכישות אליה והם ברובם לא יילחצו שהם יורדים מדרגה בהנחת הכמות (פרט לקמעונאי שבמקרה רוכש קצת יותר מ-1000 ארגזים בשבוע מלעיסה. מאידך הקמעונאים הקטנים יכולים לטעון שהנחת הכמות מפלה אותם ונותנת לקמעונאים הגדולים יתרון תחרותי עליהם, ולתבוע את לעיסה לפי א29(ב)(3).

2. הורדת המחירים לאחר הכניסה של GUM יכולה להעיד על כך שהמחיר לפני הכניסה היה מופרז. השאלה אם אפשר לתקוף את לעיסה על ניצול לרעה, עקב "מחיר מופרז" דרך 29א(ב)(1).