

מעקב פסיקה

[ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום](#); ת"צ 15868-08-12 [אבידור נ' נטוויץ וסמייל](#); ת"צ 43187-10-12 [איזיק נ' בזק בינלאומי](#); ת"צ 53288-11-13 [פרידמן נ' פלאפון](#); ת"צ 7263-12-13 [יסאן ואח' נ' הוט](#); ת"צ 6121-09-14 [דור נ' נטוויץ](#); ת"צ 5172-05-15 [בלוך נ' פלאפון](#); ת"צ 5208-05-15 [דה לנגה נ' פרטנר](#); ת"צ 62371-06-15 [מזרחי נ' YES](#); ת"צ 48167-07-15 [דה-לנגה נ' YES](#) (פורסם בנוב 09.12.19).

בית המשפט המחוזי בתל אביב, מפי השופטת ד"ר מיכל אגמון גונן, דחה עשר בקשות לאישור תובענות ייצוגיות כנגד חברות סלולר, אינטרנט, כבלים ולווין, אשר הוגשו לבית המשפט המחוזי בתל אביב ולבית המשפט המחוזי מרכז ואוחדו לבקשת תובענה ייצוגית אחת.

המבקשים טענו כי אותן חברות מעניקות תעריף מוזל ללקוחות חדשים וללקוחות מתמקחים, אשר מאיימים להתנתק משירותי החברה, ואילו ללקוחות קיימים לא ניתנות הטבות ותנאים אלה. לטענתם, מדובר בהפליית מחירים פסולה, על פי תנאי הרישיון שמכוחו הן פועלות, אשר ניתן להן על פי חוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982.¹ לטענת המבקשים, חוק התקשורת מחייב את אותן חברות לתת שירותים אלה ללא הפליה ובתנאים שוויוניים, וכן בתעריף אחיד לפי "סוג המנויים" שאליו שייך הלקוח, כאשר לטענתם הלקוחות החדשים/המתמקחים נכללים ב"סוג מנויי" זהה אליהם ולכן אין ביניהם שוני רלוונטי. בנוסף, לטענת המבקשים זוהי חובתן של החברות לנהוג בשוויון בתנאים שהן מציעות, שכן הן גוף שנמסר לידיו משאב ציבורי, ולכן נושאות בחובות שוויון מוגברות.

מנגד, טוענות המשיבות כי פרשנות המבקשים להוראות הרישיון איננה סבירה, שכן תוביל לפגיעה קשה בתחרות ולפגיעה ברווחת הצרכן. נוסף על טענות הצדדים, הוגשו עמדותיהם המנוגדות של המאסדרים (הרגולטורים), משרד התקשורת והמועצה לשידורי כבלים ושידורי לוויין, בנוגע לפרשנות הוראות הרישיונות. עמדת משרד התקשורת הייתה כי קביעת מחירים שונים ללקוחות חדשים/מתמקחים אל מול לקוחות קיימים משמעותה אכן הפרת הרישיון, וכי מדובר בהפליית מחירים אסורה. מנגד, עמדת המועצה לשידורי כבלים ושידורי לוויין, אשר התבססה על עמדת רשות התחרות שניתנה קודם לכן ועל עמדת ארגוני צרכנים, הייתה כי לא מדובר בהפרת הרישיון, שכן מתן הטבות ללקוחות מתמקחים וללקוחות חדשים מועילה לתחרות בשוק ומביאה לרווחת הצרכנים בסופו של דבר שכן גורמת להוזלת השירותים לכלל הצרכנים.

השאלה בה דן ביהמ"ש היא שאלת פרשנות הוראות הרישיון - האם לקוחות חדשים או מתמקחים יכולים להיות מוגדרים כ"סוג מנויי" נפרד מלקוחות קיימים ולפיכך ישנה הצדקה לשוני במחיר ביניהם, או שמא מדובר בהפליה במחיר, אשר נכנסת בגדר האיסור שבהוראות הרישיון.

כאמור, בית המשפט דחה את התובענות הייצוגיות, וקבע כי התנאים לאישור התובענות כייצוגיות אינם מתקיימים. כך, השופטת אגמון גונן קבעה כי לא קיימת אפשרות סבירה שהשאלות הנדונות יוכרעו בתובענה

¹ ס' 4 לחוק התקשורת (בזק ושידורים) תשמ"ב-1982.

לטובת הקבוצה וכי תובענה ייצוגית איננה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.² השופטת אגמון גונן בחרה שלא לאמץ את עמדת משרד התקשורת בשל מספר פגמים שנפלו בהתנהלות המשרד, בעיקרם חוסר התבססות על תשתית עובדתית הולמת ואי היוועצות ברשות לתחרות על אף עמדתה הנוגדת של מועצת הכבלים. לפיכך, החליטה לאמץ את עמדת מועצת הכבלים והלווין, לפיה אין מדובר בהפליית מחירים, וקבעה כי הסיכוי שבתובענה השאלות יוכרעו לטובת הקבוצה נמוך. נימוק נוסף להחלטתה התבסס על פסיקות קודמות בעניין הפליית מחירים, שקבעו כי הבחנה במחירים תורמת לתחרות. יתרה מכך, חוות דעת מומחים, מטעמים של ד"ר אסף כהן והכלכלן מר פרלמן, תמכו בעמדה זו של המשיבות. עוד קבע בית המשפט כי התובענה הייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, לאור מורכבות השאלות הנוגעות לתחרות. שאלות מורכבות מעין אלו, שיש להן גם השלכות חברתיות, ראוי כי יתקבלו בידי המאסדר, הדין בתחום כולו. לפיכך, נדחו הבקשות לאישור התובענות הייצוגיות.³

פסק הדין מעלה שאלה מהותית ביחסו להפליית מחירים והקריטריונים שיכולים להשפיע על הלגיטימיות של הפליית מחירים. אתמקד בשלושה תחומים שעשויים להוביל להבחנה בקביעה אם מדובר בהפליית מחירים או שמא בהבחנה מותרת: (1) השפעת הפליית מחירים על התחרות בשוק המונופוליסטי; (2) השפעת הפליית מחירים על התחרות בשוק התחרותי; (3) השפעת הפליית המחירים בהתאם לסוג הצרכנים שהופלו.

קביעת מחירים שונים לצרכנים שונים עשויה להתבצע כאשר ישנה התנהגות שונה של צרכנים בכל פלח שוק, שמאפשרת ליצרנים לזהותה ולמקסם את רווחיהם בקביעת מחיר שונה ביניהם.⁴ כך, יכולת היצרנים להפלות מחירים בין פלחי שוק שונים נגזרת מהבנתם את התנהגות הצרכנים וגמישות הביקוש שלהם.⁵

בשוק המונופוליסטי בישראל, הפליית מחירים בין לקוחות או בין ספקים מסויימים נקבעה כהתנהלות אסורה המנצלת לרעה את כוחו של המונופולין לפי חוק התחרות הכלכלית.⁶ אולם, הסעיף חל בתנאי שה"עסקאות דומות", ואין לו תחולה כאשר התנאים השונים שנקבעו לעסקאות נובעים מכך שהעסקאות הן בעלות אופי שונה.⁷ מטרת האיסור היא מניעת יתרון תחרותי "בלתי הוגן" לבעל מונופולין, ושמירה על כללי הגינות כלפי פירמות הנפגעות מפירמה דומיננטית.⁸ כלומר, המטרה היא שמירה מפני פגיעת גוף מונופוליסטי בתחרות

² סעיף 8א(1) וסעיף 8א(2) לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006.

³ כנגד החלטה זו הוגש ערעור אשר כרגע תלוי ועומד בביהמ"ש העליון: ע"א 585/20 רני בלוך נ' פלאפון תקשורת בע"מ, ע"א גל אבידור נ' סלקום ישראל בע"מ, ע"א 568/20 אפרת מזרחי נ' די.בי.אס שרותי לוויין (1998) בע"מ, ע"א 528/20 עו"ד שלומי כהן נ' סלקום ישראל בע"מ.

⁴ ויקטור פתאל "אפליית מחירים על בסיס מגדרי-סקירת ספרות ובחינה בישראל" מרכז המחקר והמידע של הכנסת, בעמ' 1 (2018).

⁵ אבי הראל ויאיר זימון, "תורת המחירים: תורת הצרכן-חלק ראשון", בעמ' 63 (תש"מ-1980)

⁶ סעיף 29א(ב)(3) לחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988: יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, במקרה בו "קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקאות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסויימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם"

⁷ דיוויד גילה "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים, ומונופולין" חוזים ג 635, בעמ' 698 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003)

⁸ שם, בעמ' 699.

באמצעות איסור הפליית מחירים. בכך, הרגולטורים בישראל מגבילים את מעורבותם רק לאותם מקרים שבהם ברור כי ההפליה כאמור עלולה לגרום לפגיעה בתחרות.

כך למשל, **בעניין הפדרציה**,⁹ נדונה בפני בית הדין להגבלים עסקיים מדיניות התמחור של תאגידי זכויות יוצרים ליצירות מוזיקליות, כאשר אלו נהגו לתמחר את רשיונות השמעת יצירותיהם בהתאם להשפעת היצירות על הכנסות הלקוח. כלומר, מקומות שלמוזיקה השפעה ישירה על הכנסת המקום (אולמות אירועים, אולמות ריקודים, אולמות החלקה על קרח, דיסקוטק ובתי מלון) ישלמו יותר מאשר מקומות שלמוזיקה השפעה עקיפה על הכנסות העסק (בתי קפה, מסעדות, פאבים וכו'); תתי-קבוצות נוספות שהובחנו היו כאשר מדובר במוזיקת רקע במקומות בילוי (אצטדיון, מרכזי ספורט, מועדוני כושר, מתני"סים, פארקים וירידים); מקומות שהמוזיקה היא רקע לעיסוק אחר (חנויות, קניונים, מספרות, מרפאות ואוטובוסים); ושימוש ציבורי מעורב (עיריות ומועצות מקומיות).¹⁰

בעניין הפדרציה נטען כי מאפיין זה של המחירון, התלוי בחשיבות המוזיקה לעסקו של המשתמש, מביא בסופו של דבר להגדלת כמות הרישיונות המסופקים לציבור ולהקצאה יעילה יותר של רישיונות ההשמעה. העובדה כי המחיר עומד בפרופורציה לערך השמעת המוזיקה עבור העסק, מאפשרת גם לעסקים אשר ערך ההשמעה עבורם פחות לקבל רישיון השמעה ולבצע השמעות פומביות במחיר נמוך המשקף את ערך ההשמעה עבורם.¹¹ בית הדין הכיר בתמחור המפלה כלגיטימי וממניעים שאינם פסולים, שכן הפדרציה לא ביצעה הפליית מחירים בין משתמשים מאותו מגזר (בין בתי הקפה עצמם למשל). לפיכך, לא נוצר יתרון תחרותי בין הלקוחות של בעל המונופולין, ועל כן לא נקבע שהפליית המחירים היא ניצול לרעה של בעל המונופולין לפי ס'29א(ב)(3) לחוק התחרות הכלכלית. **בעניין הפדרציה** הודגש הרעיון כי הפליית מחירים על-ידי בעל מונופולין אינה, בהכרח פרקטיקה פסולה, ובמצבים מסוימים בעל מונופולין המפלה במחיר עשוי להגדיל את הכמות המסופקת בהשוואה למונופולין הנוקט באחידות מחירים. במצבים כאלה הפליית מחירים עשויה להביא לכדי הקצאה יעילה יותר של משאבים בהשוואה לאחידות תעריפים.¹²

⁹ הע (י-ם) 3574/00 **הפדרציה למוזיקה ישראלית וים תיכונית בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, פס' 87-94 (פורסם בבנו 29/04/04), (להלן: "**בעניין הפדרציה**").

¹⁰ שם, פסקה 87.

¹¹ שם, פסקה 88.

¹² שם, פסקה 91.

הבחנה דומה נידונה גם בספרם של Scherer ו-Ross, אשר טענו כי השאלה שיש לבחון בקביעה אם מדובר בהפליית מחירים, היא האם מוקצים משאבים בצורה יעילה יותר תחת מונופול מפלה או תחת מונופול פשוט (מחיר אחיד), וראו, F.M. SCHERER & D. ROSS,

INDUSTRIAL MARKET STRUCTURE AND ECONOMIC PERFORMANCE (Boston. 3rd ed., 1990, p. 494).

"Price discrimination is sometimes condemned because it is symptomatic of monopoly, and the exploitation of monopoly power implies a misallocation of resources. This is an inappropriate criticism if monopoly power would be present whether or not discrimination were practiced. The correct question is, are resources allocated more or less efficiently under discriminating monopoly than under simple (uniform price) monopoly? The answer depends in part upon the type of discrimination exercised."

ניתן להגיע למסקנה, כי הקביעה אם מדובר בהפליית מחירים אסורה בכל הנוגע לשוק מונופוליסטי, נבחנת לפי תנאים מסוימים כמו פגיעה בתחרות, חוסר יעילות בהקצאת המשאבים, כוח השוק וכו', ולא בכל מצב ייקבע שבאם שוק מונופוליסטי קבע מחירים שונים, אזי נעשתה הפלייה אסורה במחיר.

במקרה של מחירים שונים בשוק תחרותי, הקביעה האם מדובר בהפליית מחירים או בהבחנה מותרת, תיקבע גם היא לפי השפעתה על התחרות בשוק. כך, באם הפליית מחירים תפגע בתחרות ותפחית את רווחת הצרכן, היא תיקבע כהפליה אסורה. אולם, באם תיקבע כמגבירה את התחרות, כך שתגרום להוזלת מחירים לכלל הלקוחות ובסופו של דבר תשיא את רווחת הצרכנים, ייתכן שתיקבע כמותרת. כך **בעניין הדר**,¹³ נקבע כי לא חל על העניין איסור להציע מחירים שונים ללקוחות שונים ונדחתה טענת ההפליה, כאשר אחד הנימוקים המרכזיים לכך היה כי המחירים השונים הינם לצורך הגברת התחרות בשוק הביטוח. בדומה לעניין הדר, ניתנה ההחלטה המפורטת לעיל בעניין חברות הסלולר, אינטרנט, כבלים ולווין. שתי ההחלטות עסקו בפרשנות הוראות רשיון לשם קביעה אם מדובר בהפלייה פסולה. נראה כי הדרישה לאי-הפלייה במחירים בשוק תחרותי במקרים אלו, מגיעה מכוח רשיונות המאפשרים פעולותיהם, המורים על איסור הפלייה.¹⁴

אמנם בישראל, בין אם בשוק תחרותי ובין אם במונופוליסטי, הדגש הוא על שמירת התחרות בשוק, אך ניכר כי קיימת תחילה הבחנה במסגרת הנורמטיבית החלה בין שוק תחרותי לבין שוק מונופוליסטי. ניתן להבחין כי בעוד בשוק מונופוליסטי איסור ההפליה הינו גורף על כלל השווקים המונופוליסטיים מכוח חוק התחרות, בשוק התחרותי הדגש על איסור ההפליה ובחינת קיום ההפליה, יהיה בשווקים בהם קיימים רשיונות המאפשרים את פעילות הגופים ובגוף הרשיון מצויין איסור הפליה. יתרה מכך, ניתן להבחין שבשוק מונופוליסטי יהיו זהירים

¹³ בג"ץ 2030/12 אורי הדר ע"ד נ' הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון משרד האוצר, פסקה 14-11 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו 26/02/13), (להלן: "עניין הדר"): העתירה הושתתה על סעיף 3 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים. העותר הניח כי ההוראה האוסרת על הפלייה בזכויות הניתנות לעמיתים הקופות חלה גם על גבייתם של דמי הניהול. אולם, נקבע שהאיסור על הפלייה שקובע הסעיף נועד למנוע הענקת זכויות בנכסיה של קופת הגמל לעמיתים מסוימים על חשבונם של עמיתים אחרים. אולם, דמי הניהול אינם נוגעים לזכויות העמיתים בנכסי הקופה, אלא להתחשבות בין החברה המנהלת אותה לבין כל אחד ואחת מן העמיתים.¹⁴ סעיף 3 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005 (עניין הדר): "(א) חברה מנהלת תשמש נאמן על נכסי קופות הגמל שבניהולה, לטובת העמיתים. (ב) בניהול נכסי קופות הגמל, במתן שירות לעמיתיהן ובמילוי שאר תפקידיה לפי הוראות חוק זה, תפעל החברה המנהלת באמונה ובשקיפה לטובת כל אחד מהעמיתים, לא תפלה בין הזכויות המוקנות לאותם עמיתים ולא תעדיף כל עניין וכל שיקול על פני טובתם".

פסקה 13.1 לעניין חברות הסלולר, אינטרנט, כבלים ולווין: רשיונות חברות האינטרנט, טלפון חו"ל והסלולר: ברישיון נטוויזן ובזוק בינלאומי נקבע כי: "בעל הרישיון יספק את שירותיו לכל מקבל שירות, כולל מנויים של בעלי רישיון מפ"א או בעלי רישיון רט"ן אחרים, ללא אפליה ובתנאים שוויוניים, לרבות בתנאי השירות ובתשלומים, לפי סוגי המנויים..."; ברישיון סמייל: "בעל הרישיון יציע, ללא אפליה, כל שירות וכל סל שירותים בתנאים שווים ובתעריף אחיד, לפי סוגי מנויים"; ברישיון סלקום: "מבלי לגרוע מהאמור בסעיף 75.3, בעל הרישיון יספק שירות רט"ן וסל שירותים, כהגדרתו בסעיף 73א, לכל מבקש בתנאים שווים ובלתי מפלים ובתעריף בלתי מפלה" וכן: "בעל הרישיון יציע כל סל שירותים בתנאים שווים ובתעריף אחיד לכל סוגי המנויים..." (הוראות זהות מופיעות גם ברישיון של פלאפון ושל פרטנר).

המינוחים ברישיונות חברות הכבלים זהים: ברישיון הוט: "בעל הרישיון יציע לכל אחד משרותיו, ללא אפליה לכל אדם..." וכן: "בעל הרישיון יספק את שידוריו ואת שירותי השידור בתנאים שווים ובלתי מפלים ובתעריף שאינו מפלה... אולם ניתן להציע תעריפים ותנאים שונים לפי סוגי המנויים..." וברישיון יס: "יספק בעל הרישיון את שידוריו... בתנאים שווים ובלתי מפלים ובתעריף שאינו מפלה, אולם, ניתן להציע תעריפים ותנאים שונים לפי סוגי המנויים..."

יותר בהתרת הפליית מחירים מאשר בשוק תחרותי. כך למשל, נקבע **בעניין אל רוב**, כי בשוק תחרותי, פרקטיקה של הפליית מחירים, כשלעצמה, היא פרקטיקה עסקית העשויה להיות לגיטימית. אלא שפרקטיקה זו הופכת להיות בעייתית במקרה הנידון **בעניין אל רוב**, שכן במידה ויעשה מיזוג, תאווין התחרות וייווצר בידי אלרוב כוח מונופוליסטי.¹⁵

בנוסף, גם להבחנה באשר לסוג הצרכנים שהופלו קיימת השפעה על הקביעה אם מדובר בהפליית מחירים אסורה או מותרת. כך למשל, ניתן לבדוק הבחנה בין לקוחות על בסיס מגדרי: בישראל, לא קיים איסור ספציפי בחוק על הפליית מחיר מגדרית,¹⁶ אך ישנו חוק איסור הפלייה כללי,¹⁷ שמקיף תחומים רבים במגזר הפרטי. החוק אוסר הפליה בהספקת מוצר או שירות ציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, וכולל בתוכו, בין היתר, איסור הפליה על בסיס מין.¹⁸

כך, באמצעות פסיקה, ניתן להישען על חוק איסור הפליה ולאסור הפליית מחירים על בסיס מגדרי. כך נעשה **בעניין מירב**¹⁹, בפסיקת השופט גרוסקופף כי ההבחנה בין נשים לגברים במתן שירותי החלפת גלגל, בכך ששירותי החלפת הגלגל הניתנים מכוח הפוליסה יינתנו בחינם למבוטחים נשים, וכנגד תשלום למבוטחים גברים, מהווה הפליה מחמת מין אשר מפרה את הוראות ס' 3 לחוק איסור הפליה.²⁰ השופט גרוסקופף פירט כי תכלית חוק איסור הפליה מלמדת על רצון המחוקק לפרש את החוק באופן נרחב על מופעים של הפליה, כך עולה הן מהפסיקה²¹ והן מדברי ההסבר של החוק.²² בנוסף, הקטגוריות שהוגדרו בסעיף 3 לחוק איסור הפליה, נועדו להגדיר את איסור ההפליה כנגד קבוצות, שלגביהן קיימת היסטוריה של קיפוח והפליה בעבר. סוג זה של הפליה מהווה פגיעה בכבודו של האדם, ומחייבת את התערבותו של המחוקק.²³ הפליה שכזו תמשיך את הדיכוי ותגרום להשפלה של קבוצות אלה. יתרה מכך, באם תתאפשר הפליה זו כהבחנה רלוונטית ולכן מותרת, היא תגרום לחיזוקה של תפיסה חברתית מפלה, ותבסס ואף תחזק סטראוטיפים פסולים.²⁴ לכן, הבחנה שכזו תותר רק

¹⁵ [הע \(י-ם\) 14-03-14 אל רוב אזור מסחרי ממילא \(1993\) בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים \(פורסם בנבו 04.12.14\), פסקה 63, \(להלן: "עניין אל רוב"\)](#);

בית הדין להגבלים עסקיים דחה את ערר העוררת על החלטת הממונה על הגבלים עסקיים שהתנגד למיזוג שמתייחס לשני חניונים בסמוך לעיר העתיקה בירושלים. נפסק, כי מתן אישור למיזוג למונופולין מושלם יקנה לעוררת כוח שוק ויכולת לגבות מחיר מונופוליסטי על תחרותי מכל מי שאינו מבאי המתחם המסחרי.

¹⁶ זאת להבדיל למשל מחוק איסור הפליה במחיר על בסיס מגדרי שנקבע בקליפורניה, וראו ["Gender Tax Repeal Act of 1995"](#), [51.6\(b\) \(1995\)](#)

¹⁷ [חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000](#), (להלן: "חוק איסור הפליה") סעיף 3 לחוק איסור הפליה.

¹⁹ [תצ \(מרכז\) 14-05-14 רונן מירב נ' אי.די.איי חברה לביטוח בע"מ \(פורסם בנבו 23/08/18\)](#) (להלן: "עניין מירב")-במקרה זה, נעשתה הבחנה בין נשים לגברים במתן שירותי החלפת גלגל, בכך ששירותי החלפת הגלגל הניתנים מכוח הפוליסה יינתנו בחינם למבוטחות נשים, וכנגד תשלום למבוטחים גברים. נקבע שמדובר בהפלייה ושהבחנה איננה מותרת.

²⁰ שם, פסקה 38. זאת, מכיוון שהחוק חל על תחום הביטוח ועל שירות החלפת גלגל בהיותו "שירות ציבורי" שניתן על ידי עוסק, ובפרט הוא חל על חברת הביטוח המעניקה שירותים אלו במסגרת פוליסת הביטוח.

²¹ רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות, (פורסם בנבו 09.12.2015), פסקה 49.

²² [דברי ההסבר להצעת חוק איסור הפליה, ה"ח 2871, בעמ' 370 \(2000\)](#) - תכליתו שיחול גם על עסקים פרטיים העוסקים ב"שירות ציבורי".

²³ שם, עמ' 371.

²⁴ רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (פורסם בנבו 16.11.2011), פסקה 34 לפסק דינו של השופט דנציגר.

כאשר הדבר מתחייב מאופיו או מהותו של המוצר.²⁵ גם הניסיון לטעון כי קיימים הבדלים פיזיולוגיים רלוונטים המצדיקים התייחסות שונה כך שהאבחנה מותרת לא צלח, ונקבע כי האבחנה נעשתה מטעמים שיווקיים גרידא, ולכן השיקולים אינם קשורים לאופיו או למהותו של השירות הביטוחי, כך שההגנה שעשויה לעמוד מכוח ס'3(ד1) לחוק איסור הפליה אינה חלה.²⁶

דוגמא נגדית למקרה שגם בו בוצעה הבחנה במחיר בין לקוחות, גם כן בשוק הביטוחי בדומה לעניין מירב, הוא עניין הדר.²⁷ בעניין זה הפליית המחירים נעשתה בין לקוחות, אך לא על בסיס מגדרי (או על בסיס אחר שאסור בסעיף 3 לחוק איסור הפליה), כך שלא היה צורך להגן על אותן קבוצות מוחלשות או מופלות היסטורית, ולכן ההגנה להפליית מחיר זו הינה פחותה. במקרה זה, הטיעון להפליה במחיר היה בהישענות על חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל),²⁸ והשוני במחיר היה בגביית מחירים שונים בין עמיתי קופות גמל. נפסק כי האיסור על הפליה שקבוע בסעיף 3 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים, נוגע לזכויות העמיתים בנכסי הקופות ולא לדמי הניהול שהקופות גובות,²⁹ כך שבמקרה זה נקבע כי לא מדובר בהפליית מחירים.³⁰

לסיכום, ישנה חשיבות לאבחנה בין שוק מונופוליסטי לבין שוק תחרותי, כמו גם לשאלה האם הפליית מחירים תורמת לתחרות או פוגעת בתחרות. זאת ועוד, ישנה חשיבות לסיווג הצרכנים כלפיהם מתבצעת הפליית מחירים - ככל שההפליה מתבצעת כלפי צרכנים שאסור להפלות על פי חוק איסור הפליה, והדבר לא מוצדק בשל מהותו של המוצר או השירות הניתן, מדובר בהפליית מחירים אסורה. אולם, כאשר הסיווג אינו נופל בגדר החוק, תיתכן הגנה פחותה בנושא, וייתכן שייקבע כי הפליית המחירים הינה מותרת.

²⁵ חוק איסור הפליה, לעיל ה"ש 14, סעיף 3(ד1).

²⁶ עניין מירב, לעיל ה"ש 16, פסקה 46.

²⁷ עניין הדר, לעיל ה"ש 11.

²⁸ ס'3(ב) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), תשס"ה-2005 - "בניהול נכסי קופות הגמל, במתן שירות לעמיתיהן ובמילוי שאר תפקידיה לפי הוראות חוק זה, תפעל החברה המנהלת באמונה ובשקידה לטובת כל אחד מהעמיתים, לא תפלה בין הזכויות המוקנות לאותם עמיתים ולא תעדיף כל ענין וכל שיקול על פני טובתם."

²⁹ עניין הדר, לעיל ה"ש 11, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

³⁰ שם, פסקה 18 לפסק דינה של השופטת ברק ארז: הטעמים לקביעה כי לא מדובר בהפלייה: לא נמצא יסוד לפרשנות שהניח העותר לסעיף 3 לחוק. האיסור על הפלייה שקבוע בסעיף 3 לחוק נועד למנוע הענקת זכויות בנכסיה של קופת הגמל לעמיתים מסוימים על חשבונם של עמיתים אחרים. פרשנות זו עולה מתכלית החוק ומן הרקע לחקיקתו. אולם, דמי הניהול אינם נוגעים לזכויות העמיתים בנכסי הקופה, אלא להתחשבות בין החברה המנהלת אותה לבין כל אחד ואחת מן העמיתים ומכאן שהחוק איננו אוסר על גביית דמי ניהול משתנים.