

**פרוצדורה ומהות בתובענה הייצוגית בעילת מחיר מופרז: כלים שלובים
להרתעה אופטימלית**

פרופ' דיויד גילה ופרופ' אלון קלמנט*
הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב

פברואר 2021

* ברצוננו להודות לעוזרי המחקר שירה בר-זיו, עומר יוסיבש, שי נועם, ליאור פרנק, ניר קרמרמן, מתן רצם, והדר שקד איצקוביץ על סיועם המעולה ולעורכות הדין שושי נרי והדס הולצשטיין-תמיר על עזרתן והערותיהן.

תוכן עניינים

4	1. מבוא
8	2. עילת המחיר המופרז – הגישות השונות בספרות וההתפתחות בפסיקת בתי המשפט
12	3. העילה של מחיר מופרז אינה חריגה בהשוואה לעילות אחרות בחוק התחרות
12	3.1. אנלוגיה א': קרטל
14	3.2. אנלוגיה ב': מיזוג
14	3.3. אנלוגיה ג': מיזם משותף
15	3.4. אנלוגיה ד': הסדר בלעדיות
15	3.5. אנלוגיה ה': התנהגות מדירה של בעל מונופולין
17	4. גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין: יסודות עילת התביעה
17	4.1. הרובד הכלכלי בבדיקת העילה: מציאת המחיר התחרותי
18	א. המחיר התחרותי האולטימטיבי הוא מחיר מבוסס עלויות
21	ב. מבחן העלות ומבחן ההשוואה
21	1. מבחן העלות
23	2. מבחן ההשוואה
28	3. השוואה למחירי מתחרים
31	4. די במדד אחד ראוי – במסגרת מבחן השוואה או מבחן עלות -- לביסוס העילה
35	4.2. הרובד המשפטי בבחינת העילה: האם הפער בין המחיר שנגבה למחיר התחרותי הוא מופרז?
36	א. קביעת אחוז סף לצורך ההכרעה שהמחיר מופרז
39	ב. אין צורך בשני מושגי שסתום שונים של "מופרזות" ו"הגינות" המופעלים באופן מצטבר
41	מוכנות הצרכן לשלם על המוצר איננה רלוונטית
	5. קביעת האיזונים בדין הדיוני – חלוקת הנטלים ורף ההוכחה בשלב אישור התובענה הייצוגית ולאחריו, ושימוש
42	בפרמטרים מסייעים
42	5.1. קביעת נטלי ההוכחה ורף ההוכחה בשלבים השונים של הדיון
48	5.2. פרמטרים ראויים לקביעת מובהקות הראיות למחיר מופרז
48	א. נתח שוק
49	ב. הפער מהמחיר התחרותי
50	ג. משך ההפרה

50	5.3. הגישה לפיה יהיו קטגוריות של מקרים שלא ניתן יהיה לתבוע בתובענה ייצוגית בגינן היא מוטעית
51	א. מוצרים שבהם בעיית הנטל העודף גדולה ובעיית העברת הערך קטנה
52	ב. שווקים עתירי סיכון
53	ג. חסמי כניסה והתרחבות נמוכים
53	6. היחס בין עמדת רשות התחרות לבין הדין החל
56	7. טענות נגד עילת מחיר מופרז
56	7.1. הטענה שמחיר מופרז מתקן את עצמו
57	7.2. הטענה שמחיר גבוה משמעותית מהמחיר התחרותי חיוני לעידוד השקעה, חדשנות ותחרות
59	7.3. הטענה כי האיסור על מחיר מופרז יפגע בתהליך התחרותי
60	7.4. הטענה כי קיימים מנגנוני פיקוח על מחירים
61	7.5. הטענה כי העילה תצריך פיקוח שוטף מצד בתי המשפט
61	8. סיכום

1. מבוא

מאמר זה עוסק בדין המהותי והדיוני שצריכים לחול בתובענה ייצוגית המוגשת בעילת מחיר מופרז. הוא נכתב על רקע בקשת רשות הערעור שהגישה החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ ברע"א 1248/19 **החברה המרכזית לייצור משקאות קלים נ' גפניאל**, בעניין החלטתו של השופט גרוסקופף בבית המשפט המחוזי מרכז,¹ לאשר ניהול תובענה ייצוגית נגד המבקשת, שעילתה גביית מחיר בלתי הוגן עבור בקבוק 1.5 ליטר קוקה קולה בניגוד להוראות סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988 (להלן: "החוק" ו/או "חוק התחרות"). סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות אוסר על בעל מונופולין לגבות מחיר בלתי הוגן של המוצר או השירות שבמונופולין. מחיר בלתי הוגן יכול להיות נמוך מדי - "מחיר טורפני", או גבוה מדי - "מחיר מופרז". העילה שבה עוסק המאמר היא גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין כניצול לרעה אסור של כוחו. השאלה שבה נדרש בית המשפט העליון להכריע נוגעת להיקף התחולה של עילת המחיר המופרז ולתנאים ליישומה בתובענות ייצוגיות. להכרעה זו משמעות רחבות, והיא עתידה להשפיע על התנהלותם של מונופולים ועל המחירים שיגבו מצרכנים. לבית המשפט העליון הוגשה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, (להלן: "עמדת היועץ"), הנסמכת על עמדתה הנוכחית של רשות התחרות, כפי שפורטה בגילוי דעת 1/17.² על אף שהיועץ הכיר בכך שסעיף 29א(ב)(1) אוסר על גביית מחיר מופרז, פרשנותו לאיסור זה מצמצמת מאוד את האפשרות לאכיפתו בכלל ובתובענות ייצוגיות בפרט.

לגישתנו, פרשנותו של היועץ חוטאת לחוק ולמטרותיו. אם בית המשפט העליון יאמץ את עמדת היועץ, עילת המחיר המופרז תוכל להיאכף אך ורק במקרים נדירים ותהפוך במידה רבה לאות מתה. הדבר צפוי לגרום למונופולים הרבים הקיימים בישראל להעלות מחירים באופן משמעותי, באופן שעלול להחריף את בעיית יוקר המחיה בישראל ולפגוע במטרותיו של חוק התחרות. מאמר זה מציע גישה שונה, המאפשרת יישום אופטימלי של עילת המחיר המופרז בתובענות ייצוגיות, באופן שישגי את מטרות ההרתעה והפיצוי העומדות ביסוד העילה, וימזער את העלויות הנובעות משימוש לא ראוי בכלי התובענה הייצוגית.

מטרתו המרכזית של חוק התחרות היא להשיא את רווחת הצרכנים באמצעות קידום התחרות בשווקים ומניעה של ניצול לרעה על ידי מונופולים. אחד הפרמטרים המרכזיים המגדירים את רווחת הצרכנים הוא המחיר שבו הם קונים את המוצר או השירות. ככל שהמחיר גבוה מעלויות הפירמה המספקת את המוצר או השירות, כך גדלים שני הכשלים המרכזיים שחוק התחרות נועד למנוע: בעיית ה**נטל העודף**, הנגרם כאשר אותם הצרכנים שהיה ראוי מבחינה חברתית שיקנו את המוצר או השירות אינם קונים אותו בגלל המחיר הגבוה מדי, ובעיית ה**עברת הערך**, הנובעת מאותם הצרכנים שכן קונים את המוצר במחיר הגבוה, והפירמה מתעשרת על חשבונם ומקטינה את רווחתם. זהו הרציונל המרכזי מאחורי כלל איסורי החוק, לרבות האיסור על קרטלים והסדרים כובלים אחרים, הפיקוח על מיזמים משותפים, מיזוגים, ופעילות מדירת מתחרים של מונופול.

שתיים ממטרותיו העיקריות של מכשיר התובענה הייצוגית הן "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו" ו-"מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין".³ לפיכך, מדובר בכלי משפטי בעל חשיבות רבה, אשר יכול לסייע הן בהרתעת מונופולים מפני הפרת הוראות חוק התחרות, ובכלל זה מפני הפרת האיסור על גביית מחיר מופרז,⁴ והן באספקת סעד הולם לצרכנים בגין הנזקים שנגרמו להם בגין תמחור מונופוליסטי מופרז.

¹ ת"צ (מרכז) 6179-08-16 **גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ** (פורסם בנבו, 16.1.2019). (להלן: "עניין **גפניאל**").

² עמדת היועץ המשפטי לממשלה ברע"א 1248/19 **גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ** (להלן: "עמדת היועץ").

³ ר' תת-סעיפים 1(2)-3 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות").

⁴ על החשיבות הרבה הגלומה באכיפה פרטית של דיני התחרות, לרבות במסגרת תובענה ייצוגית, ראו למשל: Joshua P. Davis and Robert H. Lande, *Toward an Empirical and Theoretical Assessment of Private Antitrust Enforcement*, 36 SEATTLE U.L. REV. 1269 (2013).

עמדת היועץ, המצויה במרכזו של מאמר זה, מציגה תמונה מטעה לפיה האיסור על מחיר מופרז של בעל מונופולין שונה מאיסורים אחרים המצויים בחוק התחרות. לגישתנו, האיסור על מחיר מופרז של בעל מונופולין דומה מאוד במהותו ובדרך הניתוח שלו לאיסורים אחרים בחוק התחרות. אנו מדגימים תובנה זו באמצעות שורה של דוגמאות היפותטיות, הדומות למקרה שנדון בהליך נשוא מאמר זה, ומסייעות להבין את הסוגיה. בדוגמאות אלה, במקום חברה אחת המספקת את המותג המוביל "קוקה קולה", קיימות שתי חברות כאלה. אנו מראים כיצד חוק התחרות היה בבירור עוצר קרטל בין שתי חברות אלה שמעלה את המחיר ב-47% מעל המחיר התחרותי, מיזם משותף או מיזוג ביניהן המעלה את המחיר באופן דומה, הסדר בלעדיות הגורם לסילוק אחת מהן מהשוק או הדרה של אחת מחברות הקוקה קולה על ידי השנייה באופן המעלה את המחיר באופן דומה. ההבדל היחיד בין הדוגמאות הללו, של קרטל, מיזם משותף, מיזוג, הסדר בלעדיות והדרת מתחרה, לבין דוגמת המונופול שנתבע בגין תמחור מופרז היא שבכל אחת מהדוגמאות הללו נוצרה פגיעה בתהליך התחרותי, ואילו במקרה של מחיר מופרז התהליך התחרותי לא עבד מלכתחילה, והמונופול מנצל את העובדה שהשוק בו הוא פועל אינו תחרותי דיו, לשם גביית מחיר מופרז מהצרכנים. אולם, בכל הדוגמאות התוצאה שאותה רצה המחוקק למנוע היא החמרה של בעיות הנטל העודף והעברת הערך. יתרה מזו, דרך הניתוח של תביעות בכל הדוגמאות הללו דומה מאוד לדרך הניתוח במקרה שבו המחיר המופרז נגבה על ידי מונופול. לפיכך, אנו מקשים כיצד יתכן שדווקא כאשר בשוק קיימת רק חברת קוקה קולה אחת, המעלה את המחיר לכאורה ב-47% מעל המחיר התחרותי, יש לשקול שיקולים אחרים לגמרי מאשר בדוגמאות האחרות של הפרת החוק.

בנוסף לגישה המוטעית המבחינה בין עילת המחיר המופרז לבין עילות אחרות בחוק התחרות, עמדת היועץ מבוססת גם על מספר הנחות שגויות, שאותן אנו מנתחים במאמר זה:

ראשית, הנחת המוצא בעמדת היועץ היא שהמחיר המופרז הוא, כלשונו של היועץ, רק "סימפטום" למחלה, ואילו המחלה היא היעדר התחרות. לעמדתנו, המנוגדת להנחת המוצא הזו, התהליך התחרותי אינו אלא כלי שמטרתו להקטין את הנטל העודף והעברת הערך שנגרמים, בין היתר, מהמחיר המופרז. לפיכך, כאשר התחרות לא הצליחה לרסן את המונופול והוא ניצל את ציבור הצרכנים בדרך של גביית מחיר מופרז, מחיר זה הוא המחלה עצמה ולא רק סימפטום שלה. יתרה מכך, הנחת המוצא של היועץ אינה מובילה לשום המלצה לדרך פעולה מועילה: מאחר שמונופול שגובה מחיר מופרז לא רושן על ידי תחרות, כעניין שבהגדרה, עמדת היועץ מציעה הלכה למעשה לבית המשפט להשאיר את המחלה ללא שום טיפול.

שנית, עמדת היועץ מתבססת על ההנחה המוטעית, שבאופן רגיל נטענת על ידי מתנגדי העילה, ולפיה מחירים גבוהים משמעותית מהמחיר התחרותי הם חיוניים על מנת לעודד השקעה של הפירמות. הנחה זו מנוגדת לנקודת המוצא של חוק התחרות, לפיה במצב האידיאלי, על כל השווקים להיות תחרותיים. אם אידיאל זה של חוק התחרות יוגשם, לעולם הרווח שצפופות לו הפירמות יהיה רווח תחרותי ולא רווח מונופוליסטי. לכן, טענת היועץ כאילו מחירים גבוהים משמעותית מהמחיר התחרותי הם "השמן שמניע את גלגלי התחרות", או שהם חיוניים על מנת לעודד השקעה, מנוגדת חזיתית לנקודת המוצא של חוק התחרות. קבלת ההנחה שעליה נסמך היועץ היתה מחייבת גישה שונה לגמרי מזו שמוחלת כיום גם על הסדרים כובלים, מיזוגים והדרת מתחרים.

מכך לא משתמע שעידוד השקעה איננו צריך להישקל במסגרת טענה קונקרטיית להפרה. נהפוך הוא. דרך הניתוח המוצעת על ידינו במאמר זה מאפשרת למונופול הנתבע להראות כי המחיר הלכאורה מופרז היה חיוני לביצוע השקעות שהשקיע. הבעייתיות בעמדת היועץ נעוצה בכך שהיא מבקשת מבית המשפט העליון לקבוע באופן גורף

כי מחירים גבוהים משמעותית מהמחיר התחרותי הם מועילים, משום שהם מעודדים השקעות מועילות.⁵ עמדת היועץ משתמשת בתובנה שגויה זו כעוגן על מנת להפוך את האיסור על מחיר מופרז של בעל מונופולין לכמעט בלתי אכיף, כך שיושם במקרים קיצוניים בלבד. זוהי תפיסה זרה לדיני ההגבלים העסקיים, תפיסה הלקוחה מדיני הקניין הרוחני. דיני הקניין הרוחני אכן מסייגים את התחרות בצורה מפורשת על מנת לעודד השקעה. חוק התחרות הוא בעל גישה הפוכה: הוא מניח שרווחים תחרותיים הם מספיקים על מנת לעודד את כלל ההשקעות המועילות.

שלישית, עמדת היועץ אינה מבחינה כראוי בין טיעונים הנוגעים לעילת המחיר המופרז, בהנחה שעילה זו תיאכף באופן מלא וללא טעויות על ידי בתי המשפט, לבין טיעונים הנובעים מהסיכוי שבתי המשפט יטעו ביישומה. הבחנה זו היא חיונית לצורך הכרעה בשאלות העומדות לדיון. ככל שאכיפתה של העילה על ידי בתי המשפט הינה ללא טעויות, אין לעמדתו של היועץ על מה לסמוך, והיא מנוגדת לשון החוק ולמטרותיו. מנגד, ככל שהמשוכות שהיועץ מבקש להציב בפני התובע מיועדות להתמודד עם חשש לטעויות של בתי המשפט במסגרת תביעות בגין מחיר מופרז של מונופולים, משוכות אלה נובעות מהבנה מוטעית של אופי הטעויות האפשריות, של האיזונים הנדרשים בשלב אישור התובענה הייצוגית ושל הכלים הדייוניים והראייתיים הקיימים לצורך עריכתם של איזונים אלה. כך, עמדת היועץ מניחה שהעלות החברתית של אכיפת יתר של העילה גדולה מהעלות החברתית של אכיפת חסר שלה. להנחה זו אין שום בסיס אמפירי בספרות. יתרה מכך, עמדת היועץ אינה מתייחסת באופן נכון לכך שהנוזקים הצפויים מטעויות המביאות לאכיפת יתר ואכיפת חסר תלויים בהסתברות לטעויות אלה, ולכן על בית המשפט למצוא את נקודת האיזון הראויה ביישום העילה, תוך התחשבות בהשפעה שתהיה לנקודה שתיבחר על הסיכוי לכל אחת מהטעויות. בבחינת ההסתברות לכל אחת מהטעויות יש להתחשב בכך שעילת המחיר המופרז מאופיינת בפערי מידע בין הנתבע, המכיר את עלויותיו ואת מאפייני השווקים שבהם הוא פועל, לבין התובע. כתוצאה מפערי המידע הללו, יש סיכוי רב יותר שהמחיר התחרותי יוערך על ידי בית המשפט ביתר גבוה מכפי שהוא באמת, מאשר שמחיר זה יוערך בחסר – נמוך מכפי שהוא באמת. לפיכך, התפלגות ההערכות של בית המשפט למחיר התחרותי פועלת כנגד התובע ולטובת המונופול הנתבע. על בית המשפט העליון להתחשב בחוסר הסימטריה הזו כאשר הוא קובע את אופן היישום של העילה בתובענות ייצוגיות ואת נטלי הראיה ומידת ההוכחה הנדרשים לשם אישורה של תובענה ייצוגית בעילה כזו.

המאמר מסביר כיצד צריך בית המשפט להשתמש בכלים שבידיו כדי לקבוע את נקודת האיזון הראויה בין הרתעת חסר להרתעת יתר בתלות בשלב בהליך המשפטי. בפרט, אנו מציעים שנתונים הנוגעים להשקעות הקשורות במוצר הנדון שהשקיע בפועל המונופול, לנתח השוק של המונופול, למשך הזמן שבו נגבה המחיר הלכאורה מופרז, ולמובהקות הראיות שמוצגות לתמיכה בפער המחירים שגבה, ישמשו כולם בהכרעה האם לאשר תובענה ייצוגית בעילת מחיר מופרז. בנוסף, אנו מציעים לקבוע פער מינימלי, באחוזים בין המחיר התחרותי למחיר שגבה המונופול, שישמש כאינדיקציה לקיומה של עילת המחיר המופרז. אנו ממליצים כי פער מינימלי זה יהיה אחיד, על מנת להגביר את וודאות האיסור. עם זאת, במסגרת הליך קונקרטי, פער גדול מאותו פער מינימלי ישמש לאיזון בין הטעויות האפשריות, הן בשלב אישור התובענה הייצוגית והן בהכרעה בתובענה לגופה, והוא אינו חייב להיות זהה בכל אחד מהשלבים, ועשוי להיות מושפע ממאפיינים קונקרטיים של התביעה.

⁵ לבקורת דומה על גישה מתירנית, שמתבססת על אותה תובנה שגויה, כלפי מונופול שמדיר מתחרים שלו מהשוק, ראו: Andrew I. Gavil, *Exclusionary Distribution Strategies By Dominant Firms: Striking a Better Balance* 72 ANTITRUST L. J. 3(2004).

המאמר מתריע כי המאמצים של מונופולים ומלומדים שונים להצדיק התנהגותם בטענה לתמרוך השקעות מועילות הוא: "... at best, troubling from the point of view of protecting competition as a process and consumer welfare, and is primarily based on non-empirical assumptions about the benefits of dominant firm behavior. ... will, therefore, very likely lead to "false negatives" and under-deterrence, with uncertain, but very likely substantial adverse consequences ..."

אנו מסבירים עוד כי בניגוד לעמדת היועץ, קביעתו של השופט גרוסקופף, לפיה רף ההוכחה שבו צריך התובע המייצג לעמוד כדי שהתובענה שהגיש תאושר כייצוגית תיגזר מנכונותו של המונופול להציג מידע המצוי בידו ורלוונטי לקביעת פער המחירים, היא נכונה ומתיישבת היטב עם הדין הקיים. ככל שהמידע שמוצג על ידי המונופול רב יותר, כך צריך רף ההוכחה שבו עומד התובע להיות גבוה יותר. אנו דנים גם בשאלה מהו נטל הבאת הראיות הנדרש מהתובע בכל שלב של ההליך.

בניגוד לעמדת היועץ, אנו סבורים שאין הצדקה כלשהי או בסיס בחוק לפיצול בחינת המחיר למבחן דו-שלבי שבו יש לבחון, ראשית, האם המחיר הוא מופרז, ושנית, האם הוא אינו הוגן. בנוסף, אין מקום לקביעה א-פריורית שנדרש יותר ממדד אחד לקביעת המחיר התחרותי, של עלות או של השוואה. עם זאת, אנו מציעים כי צירוף של מספר מדדים שכל אחד מהם בפני עצמו אינו מספיק מובהק יכול לבסס מובהקות של המחיר התחרותי. כמו כן, בניגוד לעמדת היועץ, אנו סבורים שאין הצדקה, וגם לא קיים עוגן חוקי, להוצאתן של קטגוריות שלמות של מקרים מגדר תחולתו של האיסור על גביית מחיר מופרז.

קיים קומץ קטן מאוד של מאמרים הן באופן קונקרטי באכיפה פרטית של דיני ההגבלים העסקיים, בפרט בתובענות ייצוגיות, ובפרט בעילת התמחור המופרז על ידי בעל מונופולין.⁶ מאמר זה מוסיף על הספרות הקיימת מספר תרומות משמעותיות: ראשית, הוא מגיב באופן קונקרטי ומקיף לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בהליך תקדימי וחשוב מאין כמוהו אשר עתיד לעצב לעתיד לבוא את דרך יישום עילת המחיר המופרז בישראל. בעוד מאמרים קודמים של אחד מאיתנו התייחסו לעילת המחיר המופרז בעיקר בהקשרים כלליים, ובמנותק מהליכי אכיפה אזרחית בכלל ותובענות ייצוגיות בפרט, מאמר זה מבקש להתייחס לשאלות הקונקרטיות אשר עתידות להיות מוכרעות על ידי בית המשפט העליון ואשר יצקו תוכן לעילה וליישומה בתביעות אלה. יתרה מכך, כיון שאנחנו מראים כי עילת המחיר המופרז דומה מאוד ביישומה לעילות אחרות בהגבלים עסקיים, התובנות שבמאמר יכולות לשמש, בשינויים המחויבים, בתובענות ייצוגיות בהגבלים עסקיים בכלל, ולא רק בעילת המחיר המופרז.

שנית, למיטב ידיעתנו זהו המאמר הראשון הן לעומק בסוגיות דיוניות מרכזיות בניהול תובענות ייצוגיות בדיני ההגבלים העסקיים בכלל, ובעילת המחיר המופרז בפרט. המאמר מחדד לראשונה את ההבדלים בין המישור הדיוני, העוסק בין היתר בהפחתת החשש מטעויות של בית המשפט, למישור המהותי, המניח הכרעות ללא

⁶ אלה כוללים את: אמיר ישראלי "כוחו של השוק, התובענה הייצוגית מכוח חוק ההגבלים העסקיים" משפטים 131 (2006) (המתייחס לדין בישראל שקדם לחוק תובענות ייצוגיות); Michael A. Eizenga, Dany H. Assaf, & Emrys Davis, *Antitrust Class Actions: A Tale of Two Countries*, 25 ANTITRUST 83 (2010) (המציג את התנאים לאישור תובענה ייצוגית בקנדה, לרבות בהקשר של תובענות ייצוגיות בתחום ההגבלים העסקיים); Michal S. Gal & Rivi Dahan, *Legal Obstacles to Private Enforcement of Competition Law*, 3(2) MARKET & COMPETITION L. REV. 133 (2019) (הדן בעיקר בקשרי הגומלין בין אכיפה ציבורית לאכיפה פרטית, לרבות השאלה אם הכלים הדיוניים בתביעות פרטיות צריכים להיות דומים לכלים הדיוניים בתביעות מצד רשות התחרות, תניות פטור בחוזה עם הצרכן הפוטנציאלית את הפירמה מאכיפה פרטית, החשש מפרגמנטציה של אותה פרשיה במספר תובענות פרטיות המתנהלות במקביל במדינות באירופה, וקשיים בכימות הנזק בתביעות הגבלים עסקיים (לאו דווקא בתביעות של מחיר מופרז)); Michal S. Gal, *The Case for Limiting Private Litigation of Excessive Pricing*, 15 J. COMPETITION L. & ECON. 298 (2019) (שמתמקד במצב התביעות הפרטיות בהגבלים עסקיים באיחוד האירופי וכולל טיעונים הדומים לאלה של היועץ אותם אנחנו מבקרים במאמר זה בהקשר לחששות מעילת המחיר המופרז ויישומה); Zygimantas Juška, *The Effectiveness of Antitrust Collective Litigation in the European Union: A Study of the Principle of Full Compensation*, 49 IIC-INT'L REV. INTEL. PROP. & COMPETITION L. 63 (2018) Polverino, *A Class Action Model for Antitrust Damages Litigation in the European Union*, 30 WORLD COMPETITION 479 (2007). (המתארים את דיני התובענות הייצוגיות בתיקי הגבלים עסקיים בארה"ב ואירופה); Weber Waller & Olivia Popal, *The Fall and Rise of the Antitrust Class Action*, 39 WORLD COMPETITION 29 (2016) (המדגיש את החשיבות של מנגנון opt out בתובענות ייצוגיות, אך מבקר את הגישה המחמירה של המשפט האמריקאי כלפי תובעים ייצוגיים); David Gilo, *Excessive Pricing by Dominant Firms, Private Litigation, and the Existence of Alternative Products*, in FRÉDÉRIC JENNY LIBER AMICORUM, *STANDING UP FOR CONVERGENCE AND RELEVANCE IN ANTITRUST, CONCURRENCES* (להלן: "Litigation, and the Existence of Alternative Products") (הדן ביישום מבחן השוואה והעלות במסגרת אכיפה פרטית ועל החשיבות של אכיפת האיסור גם כשלמונופול יש מתחרים המספקים אלטרנטיבות לצרכן).

טעויות. הספרות בתחום עילת המחיר המופרז עד היום לא הבחינה בין שני המישורים הללו. כך, למשל, הובע בספרות חשש מטעויות שיפוטיות, אך לא חודד על ידה כי חשש זה אמור להיפתר באמצעות כלים דינוניים קונקרטיים להליך. במקום זאת, החשש מטעויות הוביל מלומדים מסוימים להכריע כי יש להימנע כליל מאכיפת העילה.⁷ זאת, בין היתר, לאור תפיסות שגויות לגבי עלויות הטעויות, הסיכוי להתממשותן, והאופן שבו כלים דינוניים עשויים להתמודד עם טעויות אלה.

לגבי עלויות הטעויות, כיון שחלק מהמלומדים הניחו בטעות, כמו היועץ, כי מחירים מופרזים מתקנים את עצמם, באמצעות כוחות השוק, הם הסיקו כי אין ליחס כל משקל לטעות מהסוג של אכיפת חסר של העילה. לגבי הסיכוי להתממשות הטעות, הספרות התעלמה מההטייה הנגרמת עקב פערי המידע בין המונופול הנתבע לבין התובע המייצג, ועקב השימוש במבחן ההשוואה, שהוא אחד מהמבחנים המשמשים למציאת המחיר התחרותי. מאפיינים אלה מביאים לכך שהתפלגות הטעויות של בית המשפט לגבי גובהו של המחיר התחרותי תהא מוטה כלפי מעלה, לטובת המונופול הנתבע. באשר לכלים לטיפול בחשש לטעויות שיפוטיות, ניתוחים קודמים לא הבחינו בין כלים דינוניים וראייתיים המשמשים לפתרון בעיות אלה, לבין עקרונות מהותיים, העומדים ביסוד העילה כאשר היא נאכפת ללא טעויות.

המאמר בנוי כדלקמן: פרק 2 מציג את ההשתלשלות פסיקת בתי המשפט העוסקת בהחלטה של עילה זו ואת השתלשלות הספרות העיקרית אודות העילה; פרק 3 מציג מספר דוגמאות אנלוגיות מדיני ההגבלים העסקיים, של קרטלים, מיזוגים, מיזמים משותפים, הסדרי בלעדיות והדרת מתחרים, שבהם צרכן שיצביע על כך שהמחיר שנגבה ממנו גבוה ב-47% מהמחיר התחרותי, יוכל להגיש תובענה ייצוגית. דוגמאות אלה מבהירות שעילת מחיר מופרז כלל אינה חריגה בדיני ההגבלים העסקיים; פרק 4 מציג את יסודות עילת התביעה בעילת המחיר המופרז ואת שני המישורים שבהם היא נבחנת – המישור הכלכלי והמישור המשפטי; פרק 5 מציג את הכלים שנותן הדין הדיוני לאיזון בין שתי הבעיות הנובעות מטעויות של בתי המשפט – הרתעת יתר והרתעת חסר. הדין הדיוני קובע את האיזון הנדרש ביניהם באמצעות חלוקת נטלי הבאת הראיות וקביעת רף ההוכחה בשלב אישור התובענה הייצוגית. אנו מוסיפים על כך גם מספר פרמטרים שבית המשפט יכול לקחת בחשבון בשוקלו את מובהקות הראיות שהביא התובע לתמיכה בעמדתו; פרק 6 מסביר מדוע בית המשפט העליון אינו צריך לסמוך את עמדתו על קביעת הממונה על התחרות בגילוי דעת 1/17, אשר שימש יסוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה; פרק 7 מציג את תשובותינו לטענותיהם של המתנגדים לעילת מחיר מופרז, טענות אשר משום מה מצאו דרכן לעמדת היועץ המשפטי לממשלה אשר דווקא תומך בעילת התביעה. פרק 8 מסכם.

2. עילת המחיר המופרז – הגישות השונות בספרות וההתפתחות בפסיקת בתי המשפט

מקורה העיקרי של עילת המחיר המופרז הוא בדיני ההגבלים העסקיים של האיחוד האירופאי. סעיף 102(a) לאמנה האירופית אוסר על בעל מונופולין לגבות מחירים בלתי הוגנים ("unfair purchase or selling prices") עבור מוצריו או שירותיו.⁸ בפרשת General Motors,⁹ יושמה לראשונה הוראה זו על מחיר מופרז של מונופול, וההלכה האירופאית התפתחה בפסקי דין נוספים של בית הדין לצדק של האיחוד האירופי. אחד מפסקי הדין המצוטטים ביותר הוא United Brands,¹⁰ שם נקבע כי:

⁷ ראו למשל בהקשר זה: מיכל (שיצר) גל והילה נבו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" **משפטים** 227 (2015) (להלן: גל ונבו); David S. Evans & A. Jorge Padilla, *Excessive*, 97 (2005) L. & Econ. 97 (2005) J. Competition L. & Econ. 1(1) *prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules* (להלן: Evans & Padilla)

⁸ ראו: The Treaty on the Functioning of the European Union (Oct. 26, 2012)

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>

⁹ Case 26/75, General Motors Continental NV v. Comm'n, 1975 E.C.R. 1367, 1379 ¶ 12

¹⁰ Case 27/76, United Brands Co. BV v. Comm'n, 1978 E.C.R. 207, 301 ¶ 249–251

“It is advisable therefore to ascertain whether the dominant undertaking has made use of the opportunities arising out of its dominant position in such a way as to reap trading benefits which it would not have reaped if there had been normal and sufficiently effective competition. [...] This excess could, inter alia, be determined objectively if it were possible for it to be calculated by making a comparison between the selling price of the product in question and its cost of production [...]”.

החלטתו האחרונה של בית הדין לצדק של האיחוד האירופי בהקשר לעילה היא בפרשת מונופול זכויות היוצרים הלטבי, שם נקבע כי ניתן לקבוע כי המחיר של המונופול בלתי הוגן, תוך הפרת האיסור, אם נמצא שהוא בפער מופרז יחסית למחיר שנקבע על ידי ארגוני זכויות יוצרים במדינות שכנות, אלא אם המונופול יראה כי הפער מוצדק לאור עלויותיו.¹¹ ההלכה התפתחה במקביל גם במדינות החברות באיחוד, ובמדינות שדיני ההגבלים העסקיים שלהם הושפעו מדיני התחרות של האיחוד האירופאי, כגון אנגליה. כך, בית המשפט לערעורים האנגלי בפרשת פיזור קבע לאחרונה כי ניתן לקבוע כי המחיר הוא בלתי הוגן אם הוא בפער מופרז ביחס לעלויות הייצור הרלוונטיות.¹²

בישראל אומץ, כמעט כלשונו, סעיף 102(a) לאמנה האירופאית אל תוך סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות, הקובע חזקה חלוטה כי יראו כניצול לרעה אסור על ידי בעל מונופולין “קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין”.¹³ עילה זו הופעלה במספר תובענות ייצוגיות מוקדמות. בעניין **רייס**,¹⁴ אישר בית המשפט המחוזי תובענה ייצוגית נגד חברות כרטיסי האשראי בגין עמלת סליקה מופרזת שהן גבו מבתי העסק. בית המשפט הסתמך בעיקר על השוואה בין המחיר שגבו חברות כרטיסי האשראי מבתי העסק לפני כניסת חברה חדשה, אלפאקארד, לשוק, לבין המחיר המשמעותית נמוך יותר שגבתה אלפאקארד עם כניסתה לשוק. חברות כרטיסי האשראי ערערו לבית המשפט העליון, אשר קיבל את ערעורו, על בסיס העובדה שהחברת אלפאקארד, שעל השוואה למחיריה הסתמכה התביעה, קרסה זמן קצר לאחר כניסתה לשוק.¹⁵

בעניין **קו מחשבה**,¹⁶ בית המשפט המחוזי אישר תובענה ייצוגית נגד בזק בגין גביית מחיר מופרז עבור שיחות בינלאומיות טרם פתיחת שוק השיחות הבינלאומיות לתחרות. גם במקרה זה, בית המשפט העליון ביטל את החלטת בית המשפט המחוזי, מהטעם שהמחיר שגבתה בזק על שיחות בינלאומיות הוכתב על ידי משרד התקשורת.¹⁷

בגילוי דעת 1/14 של רשות התחרות,¹⁸ שפורסם באפריל 2014, נקבע לראשונה על ידי הממונה על התחרות דאז, פרופ' דיויד גילה, באופן חד וברור, שסעיף 29א(ב)(1) מטיל איסור גם על גביית מחיר מופרז ואינו חל רק על תמחור טורפני (דהיינו, נמוך מדי, המוביל להדרת מתחרים). במסגרת גילוי דעת 1/14, רשות התחרות הבהירה כי היא לא תהסס לנקוט בצעדי אכיפה נגד מונופולים אשר גובים מחיר מופרז, והסבירה כיצד היא תבחן את המחיר הוא מופרז ולכן בלתי הוגן. על מנת להגביר את הוודאות, הרשות קבעה הגנת “נמל מבטחים” לפיו היא

Case C-177/16, *Autortiesību un komunikāciju konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība v.* ¹¹ Konkurences padome, 2017 EUR-Lex CELEX LEXIS 689, ¶ 12 (Sep. 14, 2017) (להלן: “עניין ארגון זכויות היוצרים הלטבי”).

CMA v. Flynn [2020] EWCA Civ. 617 (להלן: “עניין פיזור בבית המשפט לערעורים”).¹²
¹³ היע (י-ם) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ’ **ידיעות אחרונות בע”מ**, פ”ד תשנ”ט (2) 529, פסי 56 לפסק דינו של השופט עדיאל (2000) (להלן: עניין **ידיעות אחרונות**), הקובע כי ההתנהגויות הנקובות בסעיף 29א(ב) קובעות חזקה חלוטה לניצול לרעה.

בש”א (ת”א) 106462/98 **רייס נ’ כרטיסי אשראי לישראל בע”מ**, תק-מח 2003 (1).¹⁴

רע”א 2616/03 **ישראל כרטיס בע”מ נ’ רייס**, פ”ד נט(5) 701 (14.3.2005) (להלן: עניין **רייס**).¹⁵

ת”א (ת”א) 2298/01 **קו מחשבה בע”מ נ’ בזק בינלאומי בע”מ** (פורסם בנבו, 25.12.2003).¹⁶

רע”א 729/04 **מדינת ישראל נ’ קו מחשבה בע”מ** (פורסם בנבו, 26.4.2010).¹⁷

גילוי דעת 1/14 בדבר “האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין” (9.4.2014) (להלן: גילוי דעת 1/14).¹⁸

לא תפתח בהליכים נגד מונופולים אשר המחיר שהם גבו אינו עולה על 20% מעל לעלויות הרלוונטיות שלהם. גילוי הדעת דחה את טענות מתנגדי העילה, ובראשם פסיקת בתי המשפט האמריקאיים, שאינם מכירים בעילה. דחיית טענות מתנגדי העילה בוססה גם בשלושה מאמרים שפרסמו אזרחי וגילה.¹⁹ טענתם העיקרית של מתנגדי העילה התבססה על שלושה אדנים. הראשון הוא שאין סיבה לדאוג ממחירים מופרזים של מונופולים משום שהם מתקנים את עצמם, השני הוא שמחירים מופרזים הם חיוניים לעידוד השקעה, והשלישי הוא שקשה לקבוע מתי מחיר הוא מופרז. המאמרים הדוחים טענות אלה מראים כי מחירים מופרזים אינם יכולים לתקן את עצמם, וכי המורכבות באכיפת העילה אינה שונה ממורכבות עילות רבות אחרות בדיני ההגבלים העסקיים. לגבי עידוד השקעה, הם מצביעים על כך שנקודת המוצא של דיני ההגבלים העסקיים היא כי רווחים תחרותיים הם מספיקים לעידוד השקעות מועילות, ובמקרים החריגים שבהם מחיר גבוה משמעותית מהמחיר התחרותי הוא חיוני לעידוד השקעה, יש לקחת זאת בחשבון בכל מקרה לגופו.

למרות שרשות התחרות עצמה לא הספיקה לקדם באופן ממשי את אכיפת האיסור מאז פורסם גילוי דעת 1/14 ועד חילוף הממונים על התחרות שגרר שינוי מידי של מדיניות הרשות וביטול גילוי הדעת, גילוי דעת 1/14 גרר הגברה של האכיפה הפרטית של האיסור. בפרט, מספר תובענות ייצוגיות הוגשו כנגד מונופולים לאחר פרסומו של גילוי דעת 1/14. בחודש אפריל 2016, בית המשפט המחוזי מרכז בעניין **נאור**,²⁰ אישר תובענה ייצוגית (שהוגשה עוד לפני פרסום גילוי דעת 1/14 האמור) נגד תנובה, בגין גביית מחיר מופרז עבור גבינות הקוטג' שלה בין השנים 2008-2011. בית המשפט פסק כי סעיף 29א(ב)(1) כולל גם איסור על מונופולים לגבות מחירים מופרזים ואישר את התובענה הייצוגית. בחודש יוני 2020, ניתן על ידי בית המשפט המחוזי פסק דין בתובענה ייצוגית זו, שקבע כי תנובה אכן גבתה מחיר מופרז על גבינת הקוטג', ופסק פיצוי לטובת הקבוצה על בסיס השוואה בין רווחי תנובה לרווחי מחלבות זרות.²¹

בשנת 2017, רשות התחרות, בראשותה של הממונה הנוכחית על התחרות, עו"ד מיכל הלפרין, החליפה את גילוי דעת 1/14 בגילוי דעת חדש – 1/17.²² גילוי הדעת החדש, למרות שהודה בקיומה של העילה, אימץ במידה רבה

Ariel Ezrachi & David Gilo, *Are excessive prices really self-correcting?*, 5(2) J. Competition L. & Econ. 249 ¹⁹ (2009) (להלן: *Are Excessive Prices Really Self-Correcting*); Ariel Ezrachi & David Gilo, *Excessive Pricing*, 76 ANTITRUST L.J. 873 (2010) (להלן: *Entry, Assessment, and Investment: Lessons from the Mittal Litigation*); Ariel Ezrachi and David Gilo, *The Darker Side of the Moon: Assessment of Excessive Pricing and Proposal for a Post-Entry Price-Cut Benchmark*, STUDIES OF THE OXFORD INSTITUTE OF EUROPEAN AND COMPARATIVE LAW (Hart Lior Frank, publishing), 225 (2010). למאמרים נוספים שמבקרים טענות כאלה ואחרות של מתנגדי העילה ראו: Harry First, *Excessive drug pricing as an antitrust violation*, 82 ANTITRUST L.J. 701 (2019); Frederick M. Abbott, *Excessive Pharmaceutical Prices and Competition Law: Doctrinal Development to Protect Public Health*, 6 UC Irvine L. Rev. 281 (2016); Behrang Kianzad & Timo Minssen, *How Much is Too Much? Defining the Metes and Bounds of Excessive Pricing in the Pharmaceutical Sector*, 2 EUR. PHARM.L. REV. 15 (2018). (להלן: Kianzad & Minssen).

²⁰ ת"צ (מרכז) 46010-07-11 נאור נ' תנובה מרכז שיתופי בע"מ (פורסם בנבו, 5.4.2016).

²¹ ת"צ (מרכז) 46010-07-11 נאור נ' תנובה מרכז שיתופי בע"מ (פורסם בנבו, 22.6.2020) (להלן: עניין נאור השני).

²² גילוי דעת 1/17: שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה (28.2.2017). <https://www.gov.il/he/departments/legalInfo/opinion117> (להלן: גילוי דעת 1/17).

את גישת מתנגדי העילה.²³ זוהי גישה שמתבססת על הפסיקה האמריקאית, המתנגדת לקיומה של העילה, על בסיס שלושה נימוקים, שאת שלושתם אנו מפריכים. האחד הוא שמחיר מופרז מתקן את עצמו, ועל כן אין צורך להתערב בו, השני הוא שמחיר מופרז חיוני לעידוד השקעה, והשלישי הוא שקשה מדי ליישם את העילה.²⁴ בגילוי דעת 1/17 צוין כי רשות התחרות תאכוף את העילה במקרים חריגים בלבד, בהם אין בנמצא כל פתרון אחר אשר יכול ליצור תחרות מכאן ולהבא, ורק כאשר המופרזות של המחיר דוקרת את העין. גילוי הדעת החדש מהווה תפנית חדה מהמדיניות הקודמת של הרשות, שהובעה בגילוי דעת 1/14.²⁵ אם נמנה חלק מההבדלים העיקריים בין שני גילויי הדעת, גילוי דעת 1/17 קובע, כאמור, שהפער בין המחיר שנגבה למחיר התחרותי צריך "לדקור את העין" כדי שהרשות תתערב, בעוד גילוי דעת 1/14 פותח את הדלת להתערבות הרשות כנגד כל מחיר שהוא גבוה מהמחיר התחרותי ביותר מ-20%; גילוי דעת 1/17 דורש באופן מובלט זהירות וריסון באכיפת האיסור, ואילו גילוי דעת 1/14 אינו דורש זאת, ומדגיש דווקא כי "בכלכלה הישראלית, המתאפיינת בשווקים קטנים וריכוזיים ובמקרים רבים בחסמי כניסה גבוהים, קיימת הצדקה מיוחדת ליתן רשות ההגבלים העסקיים והאזרח כלי אכיפה אפקטיבי כנגד תופעה זו."; גילוי דעת 1/17 דורש מהתובע להראות, כביכול, הן מופרזות של המחיר והן "אי הגינות", בבחינת שני מושגי שסתום מצטברים, בעוד גילוי דעת 1/14 מיישם מבחן חד שלבי הדן רק במופרזות המחיר; גילוי דעת 1/17 מסייג את האכיפה של הרשות אם צפויה להשתפר התחרות בעתיד, לצרכנים יש אלטרנטיבות לרכישת המוצר, גם אם נחותות מבחינתם, או כאשר לא מדובר בפירמה הקרובה לשליטה מוחלטת בשוק. בגילוי דעת 1/14 לא קיימים סייגים אלה לאכיפה מצד הרשות.

גילוי דעת 1/17 הביא לכך שהסיכוי לאכיפה של ממש של העילה על ידי רשות התחרות הוא קטן מאוד, וייוחד, אם בכלל, למקרים קיצוניים ביותר. אולם, גם לאחר פרסום גילוי דעת זה, המשיכה המגמה של הגשת תובענות ייצוגיות הבאות לאכוף את העילה במסגרת האכיפה הפרטית. דוגמה מובהקת לכך היא החלטת בית המשפט המחוזי מרכז (השופט עופר גרוסקופף) בעניין **החברה המרכזית למשקאות**.²⁶ בעניין זה אושרה תובענה ייצוגית נגד החברה המרכזית בגין ניצול לרעה של מעמדה המונופוליסטי בשוק משקאות הקולה, בו היא מחזיקה כ-90%, בכך שגבתה מחיר מופרז עבור משקאות ליטר וחצי של קוקה קולה.

על אישור התובענה הייצוגית נגדה הגישה החברה המרכזית בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון ביקש את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בעניין. בהתאם לכך, היועץ הגיש את עמדתו – עמדה אותה מבקר המאמר הנוכחי. עמדת היועץ נסמכת על גילוי דעת 1/17 של רשות התחרות, וקוראת להפעלה מצומצמת ביותר של עילת המחיר המופרז. עמדת היועץ, כמו עמדת הממונה על התחרות בגילוי דעת 1/17, נסמכת על גישת מתנגדי העילה.

²³ ר' גל ונבו, לעיל ה"ש 7. לעוד ביטויים בספרות של מתנגדי העילה ראו, למשל, Robert O'Donoghue and Jorge Padilla. THE LAW AND ECONOMICS OF ARTICLE 82 EC. (Oxford: Hart, 2006). Evans & Padilla, ואת מאמרם של Evans & Padilla, לעיל ה"ש 7. ראו גם Frederic Jenny, *Abuse of Dominance by Firms Charging Excessive or Unfair Prices: An Assessment*, in EXCESSIVE PRICING AND COMPETITION LAW ENFORCEMENT (Frédéric Jenny and Yannis Katsoulacos, eds. Springer, 2018) (להלן: *Abuse of Dominance by Firms Charging Excessive or Unfair Prices: An Assessment*). וכן מיכל גל ויוסי שפיגל "עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן: קשיים אינהרנטיים, טעויות בסיסיות, ותנאים החלתיים", נייר עבודה, (1.2.2021). לבקורת על גישת מתנגדי העילה ועל המאמר של גל ונבו, ראו דיויד גילה "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" **משפטים** 761 (2016) (להלן: "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי"). גישת מתנגדי העילה הובעה על ידי גל גם במאמר *The Case for Limiting Private Litigation of Excessive Pricing*, לעיל ה"ש 6 ועל ידי Robert O'Donoghue and Jorge Padilla. THE LAW AND ECONOMICS OF ARTICLE 82 EC. (Oxford: Hart, 2006).

²⁴ ראו, למשל *Law Offices of Curtis Inc. v. Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis Inc.*, 540 U.S. 398. *Trinko, LLP*, (2004).

²⁵ ראו להלן פרק 6 לגבי ההשלכות של שינוי קיצוני זה בעמדת הרשות.
²⁶ עניין **גפניאל**, לעיל ה"ש 1.

3. העילה של מחיר מופרז אינה חריגה בהשוואה לעילות אחרות בחוק התחרות

המטרה המרכזית של חוק התחרות היא בעיקרה מניעת פגיעה בצרכן שנובעת מכוח שוק מופרז.²⁷ האיסור על בעל מונופולין לגבות מחיר מופרז, הקבוע בסעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות, נועד גם הוא להגשים את אותה התכלית עצמה.

אין לקבל את התפיסה, העולה מעמדת היועץ, כאילו האיסור על מחיר מופרז הנגבה על ידי בעל מונופולין הוא איסור חריג בנוף דיני ההגבלים העסקיים ואכיפת חוק התחרות. כפי שנראה להלן, האיסור על גביית מחיר מופרז אינו שונה עקרונית מאיסורים רבים אחרים בדיני ההגבלים העסקיים. בכל האיסורים הללו מוטל על בית המשפט לאתר את המחיר התחרותי, לבחון את הפער בין המחיר שנגרם מההתנהגות האסורה לבין המחיר התחרותי, ולהכריע אם פער זה מצדיק את פיצויים של הצרכנים. אלה בדיוק השאלות שעליהן צריך בית המשפט להשיב גם בעילת מחיר מופרז.

על מנת להמחיש זאת, ננתח סיטואציה דומה לזו שבתיק שלפנינו, אך שלא בהקשר של גביית מחיר מופרז דווקא, אלא בהקשרים אחרים של חוק התחרות, ובפרט של קרטלים, מיזוגים, מיזמים משותפים, הסדרי בלעדיות והדרת מתחרים. בכל אחת מהדוגמאות הללו, צרכן שיצביע על כך שהמחיר שנגבה ממנו גבוה ב-47% מהמחיר התחרותי, יוכל להגיש תובענה ייצוגית בגין כך.

3.1. אנלוגיה א': קרטל

נניח מצב היפותטי, שבו בשוק משקאות הקולה החברה המרכזית איננה החברה היחידה המספקת את המוצר המוביל "קוקה קולה", אלא קיימות שתי חברות כאלה: "קוקה קולה א'" ו"קוקה קולה ב'". שתי חברות אלה מספקות את המוצר המוביל, שאותו רוב הצרכנים מעדיפים. נניח כי באותו השוק נמכרים, על ידי שני מתחרים אחרים, המוצרים "פפסי" ו"אר סי", וכי רוב הצרכנים רואים את "פפסי" ו-"אר סי" כנחותים יחסית למוצר "קוקה קולה".

עתה נניח כי החברות קוקה קולה א' וקוקה קולה ב' מתאמות ביניהן את המחיר, וכתוצאה מכך הן גובות מחיר הגבוה ב-47% מהמחיר של פפסי ואר סי. אין חולק כי מדובר בהסדר כובל בוטה ואסור, המנוגד לסעיף 2(ב)(1) לחוק התחרות, האוסר על הסדרים כובלים בין מתחרים הכוללים כבילת מחיר. אין ספק כי בין היתר, ניתן יהיה לתבוע את החברות בתובענה ייצוגית, ולבקש השבה של הפרש המחירים שנגבה מהצרכנים. ההצדקה לתוצאה משפטית זו היא שמטרת חוק התחרות היא, כאמור, מניעת הפעלת כוח שוק מופרז הפוגע בצרכנים. ההסדר הנ"ל בין שתי חברות הקולה נותן להן כוח שוק מופרז הפוגע בצרכנים, משום שהוא מעלה את המחיר שהצרכנים נאלצים לשלם על המשקה המועדף עליהם ב-47% לעומת המחיר של פפסי ואר סי. סביר להניח שאלמלא הקרטל בין שתי חברות הקולה, גם הן היו נאלצות, עקב התחרות בינן לבין עצמן על אספקת המותג המוביל, לגבות מחיר הדומה לזה של פפסי ואר סי.

²⁷ ראו, בעניין זה, בין היתר, את דנ"א 4465/98 טבעול בע"מ נ' שף-הים בע"מ, פ"ד נו(1) 56, פס' 21 לפסק דינו של השופט חשין (2001) ("כן הוא בחיי הכלכלה, שצבירת כוחות-יתר בידיו של גוף אחד תרע ליחידה החברה ולו משום שתבוא בהכרח על חשבון חופשו וזכויותיו של היחיד").

ראו גם בעניין ע"א 3398/06 הרשות להגבלים עסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בע"מ, פ"ד סא(3) 757, פס' 30 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2006):

"מטרתו העיקרית של הסדר הפיקוח על מיזוגי חברות בחוק היא למנוע היווצרות תופעה של היעדר תחרות בשווקים היוצרת כוח שוק (Market Power). כוח זה נבחן ביכולתה של פירמה לגבות עבור מוצר או שירות מחיר גבוה מזה שהיה נגבה בתנאי תחרות. הוא נבחן ביכולת להעלות מחירים בלא לאבד לקוחות בהיקף כזה שיהפוך את ההעלאה במחיר לבלתי משתלמת ..."

וראו גם בעניין ע"א 6343/11 הולנדיה המרכז להנדסת השינה בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פס' 72 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור (פורסם בנבו, 24.12.2013) ("... פגיעה בתחרות משמעה: 'רכישת כוח שוק שהוא היכולת להשפיע על רמת המחירים בשוק או על היקף הסחר לאורך זמן ובאופן רווחי").

בפרט, קיימות שתי סיבות מובהקות לרצון המחוקק למנוע את ההסדר הכובל הנ"ל המעלה את המחיר של קוקה קולה ב-47% - בעיית הנטל העודף ובעיית העברת הערך מהצרכנים אל הפירמות.

הסיבה הראשונה היא בעיית הנטל העודף. אם המחיר שנגבה מהצרכנים עולה על מחיר מבוסס עלויות, יהיו צרכנים שעקב כך לא ירכשו את המוצר, למרות שמבחינת טובת הציבור ראוי שירכשו אותו.²⁸ בדוגמא זו, ההסדר הכובל בין שתי חברות הקוקה קולה מחריף את בעיית הנטל העודף: צרכנים שלפני ההסדר הצליחו לרכוש את המשקה שהם העדיפו, רכשו את משקה הקוקה קולה במחיר הנמוך, שקדם להסדר הכובל. כתוצאה מההסדר הכובל, הצרכנים צריכים לשלם ב-47% יותר תמורת המשקה המועדף עליהם וחלקם בעקבות זאת כבר לא ירכשו את המשקה המועדף עליהם. כיון שכבר קודם לכן סביר להניח שהמחיר הנמוך יותר של הקוקה קולה היה מעל לעלויות הייצור (שהרי אחרת חברות הקוקה קולה, אר סי, ופסי לא היו ממשיכות לפעול), הרי שברור כי המחיר הגבוה יותר ב-47% ביחס למחיר התחרותי הוא מעל ומעבר לעלויות הייצור. מחיר כזה גורר בעיית נטל עודף משמעותית: היא נגרמת בגלל אותם צרכנים שלפני ההסדר הכובל רכשו את המשקה המועדף עליהם, קוקה קולה, ולאחר ההסדר הכובל יצטרכו להסתפק בתחליפים שהם נחותים מבחינתם: פפסי או אר סי.

דוגמא זו גם ממחישה כיצד חוק התחרות מגן על רווחת הצרכן באשר היא, בלי קשר לשאלה עד כמה המוצר חיוני. בדוגמא הנ"ל, הצרכנים לא היו חייבים, מסיבות בריאותיות או אחרות, לרכוש את המשקה המועדף עליהם, קוקה קולה. אלא שהחוק מבקש להגן על רווחתם, ובפרט על הקצאה יעילה של המוצר: למזער כמה שאפשר את בעיית הנטל העודף, הנובעת מכל אותם הצרכנים שבמחיר הגבוה אינם רוכשים את המוצר.

הסיבה השנייה שהמחוקק חפץ למנוע תוצאה של עליית המחיר ב-47% עקב ההסדר הכובל האמור היא בעיית העברת הערך מהצרכן אל הפירמות. מטרת חוק התחרות להשיא את רווחת הצרכן, להבדיל מרווחת הפירמות. על כן, החוק חותר למנוע מצב שבו הפירמות מעבירות ערך מהצרכן אליהן. דוגמא אחרת למשקל הייחודי ששם החוק על רווחת הצרכן, להבדיל מרווחת הפירמות, היא בדרישה כי יעלויות הקיימות בעסקה כזו או אחרת (מיזוג או הסדר כובל למשל), כגון חסכון בעלויות הודות לעסקה, יתורגמו לטובת הצרכן על מנת שיינתן להן משקל כלשהו.²⁹ בהתאם, בדוגמא שבה שתי חברות הקוקה קולה מתאמות את המחיר שיגבו ומעלות את המחיר ב-47% מעל המחיר של פפסי ואר סי, החוק חפץ למנוע גם את הפגיעה בצרכנים שמוכנים לרכוש את הקוקה קולה, אותה הם מעדיפים, במחיר הגבוה, ולא רק את הפגיעה באותם הצרכנים שעקב המחיר הגבוה לא קונים את המוצר המועדף עליהם.³⁰

²⁸ היטיב לתאר זאת השופט גרוסקופף בפסק הדין שניתן במקביל לפסק דינו נשוא בקשת רשות הערעור בעניין **גפניאל**: "תמחור מבוסס הוצאות מביא להקצאה יעילה של המשאבים בשוק והשאת הרווחה החברתית. כאשר התמחור אינו מבוסס הוצאות, צרכנים שמבחינה כלכלית ראוי שירכשו את המוצר (כלומר שתועלתם עולה על עלות הייצור בעבורו) אינם עושים זאת בשל מחירו. אותם צרכנים נאלצים לפנות למוצרים שאינם תואמים את צרכיהם או להימנע מרכישתם כליל. הנזק בכך הוא היווצרותו של "נטל עודף" (deadweight loss), היינו הפסד הנובע משלילת הנכס או השירות מצרכנים שמפיקים ממנו תועלת שעולה על העלות לעוסק, אך נמוכה מהמחיר בו הוא מתנומחר על ידי העוסק". ת"צ (מרכז) 36098-05-16 **צדוק נ' שטראוס בע"מ**, פס' 27 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 16.1.2019) (להלן: "עניין צדוק").

²⁹ ראו למשל פס' ו' לגילוי דעת 1/11 של ראש הרשות להגבלים עסקיים "הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים" (23.1.2011) (להלן: "גילוי דעת 1/11"): "רק סוגי יעילות אשר משפרים את יכולתה ותמריציה של החברה המתמוגזת להתחרות באופן ישיר את הציבור ויתבטא בסופו של דבר במחירים נמוכים יותר, איכות משופרת, מגוון או טכנולוגיה חדשה יילקחו בחשבון כמשקל נגד להשפעה אנטי-תחרותית. ... נדרש השיקף היעילות המועבר ללקוח הסופי לא יפחת מהיקפה של הפגיעה שנגרמה לו מהגבלת התחרות".

³⁰ בעיות הנטל העודף והעברת הערך מצרכנים, כשתי הבעיות המרכזיות שהחוק נועד למנוע, מופיעות גם בגילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 22, בעמ' 6:

"גביית מחיר בלתי הוגן גבוה עלולה לעוות את ההקצאה היעילה של מוצרים ושירותים במשק ולפגוע ברווחת הצרכן הניצבת במוקד מטרתם של דיני ההגבלים העסקיים. זאת, מאחר שצרכנים מסוימים, שלולא היה נגבה מחיר זה היו רוכשים את המוצר או השירות, נמנעים כעת מרכישתו ואילו יתר הצרכנים נאלצים לרכוש את המוצר במחיר גבוה יותר באופן שמסיט חלק מהרווחה מהצרכנים אל בעל המונופולין".

בהליך התובענה הייצוגית כנגד הקרטל בין שתי חברות הקוקה קולה יהיה צורך בניתוח כלכלי על מנת לברר את גובה הנזק שנגרם לצרכנים. בפרט, התובע המייצג יצטרך להגיש חוות דעת כלכלית המראה מהו המחיר התחרותי, קרי המחיר שהיה שורר אלמלא הקרטל.³¹ חוות הדעת תראה, בדוגמא זו, כי הקרטל בין שתי חברות הקוקה קולה גרם להעלאת המחיר ב-47% מעל המחיר התחרותי. זאת משום שאלמלא תאמו חברות הקוקה קולה את המחיר, סביר להניח שהמחיר של הקוקה קולה היה יורד לרמת המחירים של פפסי ואר סי. שתי חברות הקוקה קולה, מצדן, יוכלו לטעון כי המחיר התחרותי דווקא גבוה יותר, לאור עלויותיהן והשקעותיהן המוגדלות. על מנת לבסס טיעון זה, יהא עליהן להוכיח זאת.

3.2. אנלוגיה ב': מיזוג

נניח עתה ששתי חברות הקוקה קולה בדוגמא הנ"ל לא עשו הסדר כובל זו עם זו, אלא התמזגו זו עם זו ועברו לשליטה משותפת. כתוצאה מהמיזוג, עלה מחיר משקה הקוקה קולה ב-47% מעל המחיר של אר סי ופפסי. נניח כי המיזוג מחייב הודעה לממונה על התחרות לפי סעיף 17 לחוק התחרות, אך חברות הקוקה קולה לא הודיעו לממונה על המיזוג.³² גם כאן ניתן יהיה להגיש תובענה ייצוגית בגין הנזק שנגרם לצרכנים מהעלאת מחיר זו.

הליך התובענה הייצוגית יתנהל באופן דומה. על התובע יהיה להראות מה היה המחיר התחרותי אלמלא המיזוג, ומה הפער בין המחיר הגבוה שנגרם מהמיזוג לבין המחיר התחרותי. חוות הדעת הכלכלית שיגיש תראה כי המיזוג גרם להעלאת מחיר של 47% של משקה הקוקה קולה יחסית למחיר של אר סי ופפסי. חברות הקוקה קולה יוכלו לטעון כי הנזק שנגרם לצרכנים קטן יותר. למשל, הן יוכלו להוכיח, באמצעות נתונין הפנימיים, כי המחיר התחרותי גבוה יותר, לאור עלויותיהן והשקעותיהן המוגדלות. הן גם יוכלו לטעון כי אלמלא המיזוג, לא היו משקיעות השקעות המועילות לצרכנים, באופן המאייץ את הפגיעה האמורה בצרכנים מבחינת המחיר.

הרציונל העובר כחוט השני לאורכו ולרוחבו של חוק התחרות מתקיים גם כאן: מניעת בעיית נטל עודף, הנובע מכל הצרכנים המעדיפים קוקה קולה אך בגלל המחיר הגבוה יותר של קוקה קולה נאלצים להסתפק בתחליפים נחותים: אר סי ופפסי. בנוסף, מניעת העברת ערך מכל אותם הצרכנים שגם במחיר המוגדל ב-47% ממשיכים ורוכשים את הקוקה קולה.

3.3. אנלוגיה ג': מיזם משותף

נניח עתה ששתי חברות הקוקה קולה האמורות, המתחרות ביניהן באספקת המוצר המועדף, רוצות לעשות מיזם משותף. נניח כי במיזם המשותף הן רוצות לאחד את כל פעילות הייצור שלהן ולשווק ביחד את המוצר. על פי כללי ההגבלים העסקיים הרלוונטיים, מיזם משותף כזה יהיה אסור רק אם הוא מעלה חשש לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק.³³

תובע מייצג יכול לתקוף את המיזם. נניח כי הציג חוות דעת כלכלית המראה כי המיזם העלה את המחיר של משקה הקוקה קולה ב-47% יחסית למחיר של פפסי ושל אר סי. אם בית המשפט ישתכנע בטענה הזו

³¹ ראו למשל בהקשר זה: Brendan Sweeney, *The role of damages in regulating horizontal price-fixing: comparing the situation in the United States, Europe and Australia*, 30 MELB. U. L. REV. 837 (2006).

³² אילו היו מודיעות לממונה על המיזוג, אין ספק כי היתה מתנגדת לו, באשר מיזוג המעלה את המחיר ב-47% מעל המחיר התחרותי ראוי להתנגדות, אלא אם הצדדים הציגו יעילויות פרו-צרכניות במיזוג, כגון עידוד השקעות מועילות, המאיינות את הפגיעה בצרכנים. סי' 21(א) לחוק התחרות קובע כי הממונה יתנגד למיזוג, או יתנה אותו בתנאים, אם "לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור באחת מאלה ... רמת המחירים של נכס או של שירות ..."

³³ סי' 9(אב) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים) (הוראת שעה), התשס"ו-2006 (להלן: "כללי פטור הסוג").

הוא יצטרך להעריך אם העלאת מחיר של 47% מעל המחיר התחרותי מהווה פגיעה משמעותית בתחרות בשוק.

הווה אומר, הניתוח שבית המשפט יצטרך לעשות מחולק לשני רבדים: רובד כלכלי ורובד משפטי. ברובד הכלכלי, בית המשפט יבדוק מה היה המחיר התחרותי אלמלא המיזם, ובכמה המיזם העלה את המחיר מעל המחיר התחרותי. חוות הדעת הכלכלית של התובע תטען כי המחיר התחרותי הוא המחיר שגובות פפסי ואר סי, וכי המיזם מעלה את המחיר ב-47% מעל מחיר זה. יתכן ששתי חברות הקוקה קולה ינסו להוכיח, באמצעות נתונין, כי המחיר התחרותי דווקא גבוה מהמחיר שגובות אר סי ופפסי, משום שעלויותיהן והשקעותיהן של חברות הקוקה קולה גבוהות משל פפסי ואר סי. יתכן גם ששתי חברות הקוקה קולה ינסו לטעון כי המיזם חיוני לביצוע השקעות שלהן, שמועילות לצרכן, ועל כן הנזק קטן משטוען התובע משום שהמחיר התחרותי גבוה יותר. ברובד המשפטי, על בית המשפט יהיה לבצע הערכת מדיניות משפטית האם הפגיעה שנמצאה במסגרת הרובד הכלכלי – העלאת המחיר ב-47% ביחס למחיר התחרותי -- היא "משמעותית". אם הפגיעה הזו (תוך לקיחה בחשבון של הצורך האמור לעודד השקעות מועילות) אינה "משמעותית", המיזם מותר. אין חולק כי בהיעדר ראייה סותרת, פגיעה זו בתחרות, של עליית מחירים בגובה 47% ביחס למחיר התחרותי, היא פגיעה משמעותית המחייבת קבלת התביעה.

3.4. אנלוגיה ד': הסדר בלעדיות

נניח עתה כי חברת קוקה קולה א' וחברת קוקה קולה ב' שתיהן רוכשות מספק מסוים תשומה חיונית כלשהי הדרושה להן כדי לייצר את המוצר קוקה קולה. בשלב מסוים, אותו ספק מתחייב כלפי חברת קוקה קולה א' כי יספק את התשומה החיונית רק לה, ולא לחברת קוקה קולה ב'. נניח כי ההסדר מדיר מהשוק את חברת קוקה קולה ב', ומותיר באספקת המותג המוביל רק את חברת קוקה קולה א', לצד פפסי ואר סי. כתוצאה מכך, חברת קוקה קולה א' מסוגלת להעלות את המחיר ב-47% ביחס למחיר שגובות אר סי ופפסי. את הסדר הבלעדיות אפשר לתקוף כהסדר כובל, ועל מנת להראות שהוא מהווה הפרה יש להוכיח כי ההסדר מעלה חשש לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק.³⁴ כמו במקרה של המיזם המשותף שנדון בפסקה הקודמת, צרכן יוכל להגיש תובענה ייצוגית נגד קוקה קולה א' והספק בגין ההסדר הכובל, ולדרוש את תשלום הנזק שנגרם לציבור הצרכנים מהעלאת המחיר הזו של 47% מעל המחיר התחרותי. לדיון יהיו אותם שני רבדים: הרובד הכלכלי, הבודק את מידת העלאת המחיר מעל המחיר התחרותי – מידת הפגיעה בצרכנים, והרובד המשפטי, המעריך אם פגיעה זו, של העלאת המחיר ב-47% מעל המחיר התחרותי, היא "משמעותית", כנדרש. גם כאן, במסגרת הרובד הכלכלי, חברת קוקה קולה א' והספק יוכלו לטעון כי המחיר התחרותי גבוה יותר, על ידי הצגת העלויות וההשקעות הגבוהות יותר של אספקת המותג המוביל. הן גם יוכלו לטעון כי הבלעדיות היתה חיונית לעידוד השקעות כאלה ואחרות, כגון עידוד קוקה קולה א' להשקיע ביחסיה עם הספק.

3.5. אנלוגיה ה': התנהגות מדירה של בעל מונופולין

הדוגמאות שסקרנו עד עתה כללו הסדרים או מיזוגים המערבים שתי פירמות. אלא שחוק התחרות מתערב בצורה מחמירה עוד יותר בהתנהגויות של בעל מונופולין העלולות לפגוע בתחרות או בציבור הצרכנים. בפרט, כאשר מדובר בבעל מונופולין, נקודת המוצא היא כי מבנה השוק ממילא מועד לפורענות, וקיים חשש אינהרנטי לניצול לרעה של כוחו של בעל המונופולין. על כן אסר המחוקק על בעל מונופולין לא רק לעשות

³⁴ ראו ס' 2 לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופייניים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות) (הוראת שעה), התשע"ג-2013.

הסדרים כובלים פוגעניים ומיזוגים פוגעניים, אלא גם אקטים עצמאיים, חד צדדיים, שאינם הסדר כובל ואינם מיזוג.

כך, למשל, נניח שוב כי בשוק הרלוונטי נמכרים פפסי, אר סי, וקוקה קולה, ומשקה הקוקה קולה נמכר על ידי שתי חברות קוקה קולה מתחרות, חברת קוקה קולה א' וחברת קוקה קולה ב'. נניח שחברת קוקה קולה ב' זקוקה, לצורך אספקת הקוקה קולה, לתשומה חיונית מחברת קוקה קולה א', ולחברת קוקה קולה א' 90% מהשוק הרלוונטי.

נניח שחברת קוקה קולה א', שהיא בעל מונופולין בשוק, נוקטת בפרקטיקה הבאה: את התשומה החיונית שחברת קוקה קולה ב' זקוקה לה, חברת קוקה קולה א' מוכרת במחיר גבוה. כתוצאה מכך, חברת קוקה קולה ב' איננה מסוגלת להתחרות בחברת קוקה קולה א' על הלקוחות, משום שהמחיר הגבוה שהיא משלמת לחברת קוקה קולה א' עבור התשומה החיונית מגדילה את עלויותיה של חברת קוקה קולה ב', ולכן היא נאלצת למכור את הקוקה קולה שלה לצרכן במחיר גבוה מזה של חברת קוקה קולה א'. כך חברת קוקה קולה ב' לא יכולה לשרוד והיא נאלצת לצאת מהשוק.

בשלב זה נניח כי מוגשת תביעה נגד חברת קוקה קולה א' בגין הנזק שנגרם מניצול לרעה של מעמדה המונופוליסטי. התביעה יכולה להיות מוגשת על ידי חברת קוקה קולה ב', שהודרה מהשוק. התביעה גם יכולה להיות מוגשת כתובענה ייצוגית על ידי תובע המייצג את ציבור הצרכנים שנפגעו מההתנהגות.

התובע יוכל להגיש את התביעה לפי סעיף 29א(א) לחוק, האוסר על בעל מונופולין לנצל לרעה את מעמדו באופן העלול לפגוע בתחרות או בציבור. אפשרות נוספת של התובע היא לתקוף את ההתנהגות של המונופול על פי החזקה החלוטה של סעיף 29א(ב)(1), שהוא גם הסעיף הנדון בעניין שלפנינו, ולטעון כי המחיר שחברת קוקה קולה א' גבתה מחברת קוקה קולה ב' בגין התשומה החיונית הוא בלתי הוגן. או אז קמה חזקה חלוטה כי ההתנהגות מהווה ניצול לרעה העלול לפגוע בתחרות או בציבור.³⁵

כבדוגמאות הקודמות, הניתוח של בית המשפט אליו מוגשת התביעה יחולק לשני רבדים: כלכלי ומשפטי. ברובד הכלכלי, יבחן מה הפגיעה המסתברת בתחרות או בציבור הנובעת מההתנהגות של בעל המונופולין. נניח כי חוות דעת כלכלית של התובע תראה כי ההתנהגות (הדרת חברת קוקה קולה ב' מהשוק) מעלה את המחיר של משקה הקוקה קולה ב-47% מעל המחיר של פפסי ואר סי. במסגרת רובד זה, בעל המונופולין יוכל להראות, למשל, באמצעות נתוני אמות, כי המחיר שהוא גובה ממתחרהו בגין התשומה החיונית משקף את העלויות וההשקעות הרלוונטיות שלו. הוא יוכל לטעון כי השקיע בתשומה הזו השקעה שהוא לא היה משקיע אלמלא גבה ממתחרהו מחיר זה בעבור התשומה. הוא גם יוכל לנסות לבסס כי המחיר התחרותי גבוה מהמחיר של אר סי ופפסי, לאור עלויותיו הגבוהות. אם בוסס, במסגרת הרובד הכלכלי, כי הדרת המתחרה על ידי המונופול גרמה להעלאת המחיר ב-47% ביחס למחיר התחרותי, אזי ברובד המשפטי, על בית המשפט לבצע הערכת מדיניות אם זוהי פגיעה מספקת על מנת לבסס הפרה. במקרה זה, שבו בעל מונופולין מדיר מתחרה שלו, על פי סעיף 29א(א) לחוק, די שהתנהגות "עלולה לפגוע בתחרות או בציבור". במידה שהתביעה היא על פי סעיף 29א(ב)(1) לחוק, הבדיקה תהיה האם המחיר שגובה בעל המונופולין ממתחרה ובגין התשומה הוא "בלתי הוגן". אין חולק כי במסגרת דיני התחרות הישראליים והאירופאיים, לתובע בדוגמא זו עילת תביעה מוצקה כנגד בעל המונופולין.

³⁵ ראו עניין **ידיעות אחרונות**, לעיל ה"ש 13, פס' 56 לפסק דינו של השופט עדיאל (2000), ראו גם עניין **צדוק**, לעיל ה"ש 28, פס' 30 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

4. גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין: יסודות עילת התביעה

הדוגמאות שהוצגו בפרק הקודם הראו כי דיני ההגבלים העסקיים הם עקביים בקידום מטרת העל שלהם: מניעת נטל עודף והעברת ערך, והם עושים זאת בדרך דומה בכל ההפרות שנסקרו לעיל של קרטל, מיזוג, מיזם משותף, הסדר בלעדיות, והדרת מתחרה על ידי מונופול. מכאן ברורה גם הדרך שבה על בית המשפט לפעול בתביעה המוגשת בעילת מחיר מופרז. בתביעה זו, במקום לגרום להעלאת המחיר ב-47% ביחס למחיר של פפסי ושל אר סי על דרך של קרטל, מיזם משותף, מיזוג, הסדר בלעדיות או הדרת מתחרה, הנתבעת גבתה אותו מחיר גבוה בצורה ישירה, על ידי ניצול כוחה המונופוליסטי.

גם בתביעה כזו, המוגשת כנגד בעל המונופולין בגין ניצול לרעה בניגוד לחזקה החלוטה שבסעיף 29א(ב)(1) לחוק, קיימים אותם רבדים שקיימים בדוגמאות האחרות – הרובד הכלכלי והרובד המשפטי.

4.1. הרובד הכלכלי בבדיקת העילה: מציאת המחיר התחרותי

ברובד הכלכלי של הניתוח, כיון שמחיר מופרז הוא מחיר שנקבע מעל המחיר התחרותי, מבוצע ניתוח כלכלי המוצא מהו המחיר התחרותי. בכל הדוגמאות הקודמות, של קרטל, מיזוג, מיזם משותף, הסדר בלעדיות והדרת מתחרה, מצב הדברים לפני ההתנהגות היה, לפחות פוטנציאלית, יותר תחרותי: לפני ההתנהגות המפרה, היו שתי חברות קוקה קולה, שהתחרו זו בזו על מכירת אותו מוצר המועדף על ידי הצרכנים, ועל כן סביר להניח, בהיעדר ראייה לסתור, כי מחיר משקה הקוקה קולה היה יורד עקב תחרות זו לאותה הרמה של מחיר הפפסי והאר סי, הנחותים יותר. בכל הדוגמאות הללו, ההנחה הסבירה, בהיעדר ראייה לסתור, היא שההפרה הנטענת העלתה את המחיר של משקה קוקה קולה ב-47% יחסית למצב מוצא זה. לעומת זאת, בתביעה בגין מחיר מופרז מצב המוצא איננו תחרותי, משום שבשוק מצוי בעל מונופולין שהתחרות מלכתחילה לא הצליחה לרסן אותו. המחוקק צפה תופעה זו, ועל כן הוא ציווה להתערב כנגד בעל המונופולין המנצל את כוחו מול הצרכנים ישירות, בלי צורך לפגוע בתהליך התחרותי.

בהתאם, מטרת הרובד הכלכלי של הניתוח היא להתחקות אחר אותו מצב מוצא תחרותי היפותטי שהיה שורר אילו המונופול היה חשוף לתחרות ועל כן היה מרוסן לגבות את המחיר התחרותי, ולא היה מסוגל לגבות מעליו.

התחקות אחר מצב תחרותי היפותטי יכולה להיות גם מנת חלקה של תביעה כנגד ההפרות מהסוגים הקודמים. הקרטל, המיזם המשותף בין שתי חברות הקוקה קולה, או המיזוג ביניהן, הסדר הבלעדיות שגרם לסילוקה של אחת מהן, או ההדרה של אחת מהן על ידי השנייה, היו יכולים להתרחש עם תחילת פעילותה של לפחות אחת מחברות הקוקה קולה, עוד לפני שאפשר היה לראות בפועל מה היא התוצאה של התחרות בין חברות הקולה לבין עצמן. למשל, נניח כי חברת קוקה קולה א' היתה בשוק קודם, לצד פפסי ואר סי, ואז נכנסה לשוק חברת קוקה קולה ב'. אלא שעם כניסתה, היא עשתה את הקרטל או המיזם המשותף האמורים עם חברת קוקה קולה א', או התמזגה עימה, או שחברת קוקה קולה א' החתימה את הספק של התשומה החיונית על בלעדיות עימה, או שחברת קוקה קולה א' הדירה את חברת קוקה קולה ב' מהשוק. בכל המקרים הללו, על בית המשפט יהיה להתחקות אחר המצב התחרותי ההיפותטי שהיה קורה אלמלא ההתנהגות המפרה, ממש כמו במקרה של האיסור על מחיר מופרז של בעל מונופולין.

בהתאם, הברור של תביעה בגין מחיר מופרז של בעל מונופולין אינו מורכב יותר מהברור של תביעות בגין הפרות אחרות בדיני ההגבלים העסקיים. כך, בדוגמאות הקרטל או המיזוג בין שתי חברות הקוקה קולה, אם תוגש תובענה ייצוגית בגין הנזק שנגרם לציבור הצרכנים, על בית המשפט יהיה לבצע ניתוח דומה לזה שהוא מבצע במקרה של תביעה בגין מחיר מופרז של בעל מונופולין. בפרט, בית המשפט יצטרך להעריך מהו המחיר התחרותי שהיה שורר אלמלא הקרטל או המיזוג. שתי חברות הקולה יוכלו לטעון כי אלמלא הקרטל

או המיזוג, המחיר לא היה יורד דווקא למחיר של פפסי ואר סי, אלא למחיר גבוה יותר, לאור עלויותיהן הגבוהות יותר של חברות הקוקה קולה. לשם כך, על בית המשפט יהיה להעריך את עלויותיהן האמיתיות של חברות הקוקה קולה, כדי להעריך איזה מחיר היה שורר בשוק אלמלא הקרטל או המיזוג. כך גם בתובענה ייצוגית נגד המיזם המשותף או הסדר הבלעדיות בדוגמאות לעיל. במקרה של המיזם המשותף או הסדר הבלעדיות, הניתוח המורכב דרוש הן לביורר ההפרה והן לביורר הנזק. זאת משום שבמקרה של המיזם המשותף והסדר הבלעדיות, לא כל מחיר מעל המחיר התחרותי מניב עילה, אלא נדרש שהמחיר יהיה משמעותי מעל המחיר התחרותי. בהתאם, בית המשפט יצטרך להעריך אם לדעתו העלאת המחיר הנ"ל מהווה פגיעה "משמעותית", במסגרת הרובד המשפטי של הבדיקה. בדוגמת ההדרה על ידי חברת קוקה קולה א' של חברת קוקה קולה ב', אם חברת קוקה קולה ב' תתבע פיצוי על הנזק שנגרם לה, יהיה צורך לחשב את הרווח שהיתה מפיקה אלמלא ההפרה, אילו היתה נשארת בשוק הקולה. זאת, על סמך כלל העלויות הרלוונטיות המשוערות שלה באספקת המוצר, ועל סמך המחיר שהיה רווח בתנאי תחרות אלמלא ההפרה. אם התביעה תוגש על ידי ציבור הצרכנים, כתובענה ייצוגית, בית המשפט יצטרך להעריך מה היה המחיר התחרותי אלמלא ההדרה, ולהעריך את הנזק, בדמות ההפרש בין המחיר התחרותי למחיר שרווח לאחר ההדרה של חברת קוקה קולה ב'. במסגרת הרובד המשפטי של הבדיקה, בית המשפט יצטרך גם להעריך אם המחיר שגבתה חברת קוקה קולה א' מחברת קוקה קולה ב' הוא "הוגן", כאמור בסעיף 29א(ב)(1).

המלומדים Geradin and Katsifis במאמרם,³⁶ מציינים גם הם כי: "it is also argued that there are practical difficulties at identifying excessive prices. That may be true, but other forms of pricing abuses, such as margin squeeze and predatory pricing also raise considerable challenges without, however, deterring competition authorities from running such cases. There are certainly areas where determining whether prices are excessive may be particularly complex, such as in the case of royalties paid for patent licenses. But even in such cases, benchmarks may be available, and in the case of standard-essential patents courts are regularly invited to determine whether these royalties are fair, reasonable and non-discriminatory." בטוענם כי חברת Apple גבתה לכאורה מחיר מופרז ממפתחי אפליקציות כאשר קבעה עמלה של 30% מהעסקה תמורת השימוש בפלטפורמת המכירות של Apple, App store.³⁷

כפי שנראה להלן, בדיקות אלה דומות מאוד במבנה שלהן ובמורכבותן לבדיקה שיש לעשות על מנת לברר אם מחיר שגבה בעל מונופולין הוא מופרז.

א. המחיר התחרותי האולטימטיבי הוא מחיר מבוסס עלויות

המחיר התחרותי האולטימטיבי – זה המוגדר בצורה הברורה ביותר ומגשים את מטרות דיני ההגבלים העסקיים בצורה הטובה ביותר – הוא מחיר מבוסס עלויות. ב-"מחיר מבוסס עלויות", הכוונה למחיר השווה לכלל העלויות הרלוונטיות של המונופול הנדרשות לו לצורך אספקת המוצר, לרבות עלויות רלוונטיות שאינן

³⁶ Damien Geradin & Dimitrios Katsifis, *The Antitrust Case Against the Apple App Store* 40 (2020) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3583029

³⁷ המחברים מפנים במאמרם הנ"ל להחלטתו של בית המשפט העליון בארה"ב בעניין *Apple Inc. v. Pepper*, 139 S. Ct. 1514 (2019), אשר נאמר בה בין היתר כי: "A claim that a monopolistic retailer ... has used its monopoly to overcharge consumers is a classic antitrust claim"

תלויות בהיקף הפעילות (עלויות קבועות), כגון ציוד, מקרקעין, מחקר ופיתוח, פרסום, וכיוצא באלה. מדובר באותו המחיר שאם המונופול נאלץ לגבות מתחתיו, הוא לא יתחיל מלכתחילה לספק את אותו המוצר.³⁸

קיימת סיבה מהותית חשובה לכך שמחיר מבוסס עלויות הוא המחיר התחרותי האולטימטיבי, ובפרט בהקשר של האיסור על מחיר מופרז של בעל מונופולין: קנה מידה זה הוא שמגשים בצורה הקרובה ביותר את שתי מטרות העל האמורות של חוק התחרות: מניעת נטל עודף ומניעת העברת ערך מהצרכנים אל הפירמות. אם המחיר יהיה מתחת למחיר מבוסס עלויות, המחזיר למונופול את כלל עלויותיו הרלוונטיות, קיים חשש שהוא מלכתחילה לא יפעל בשוק, או לא ישקיע את כל ההשקעות שהשקיע על מנת להיות בשוק. מאידך, ככל שהמחיר הוא יותר גבוה ממה שבעל המונופולין חייב כדי להיות בשוק במתכונתו הנוכחית, נגרם יותר נטל עודף ונגרמת יותר העברת ערך, שלא לצורך: יותר ויותר צרכנים שהיה ראוי שירכשו את המוצר לא רוכשים אותו, והצרכנים שכן רוכשים את המוצר מעבירים יותר ערך מעצמם אל בעל המונופולין. אלה שני הכשלים שהמחוקק התכוון למנוע, ועל כן המטרה היא, במידת האפשר, למזער אותם.

בכך אין לומר שהמבחן בפועל לבדיקת המחיר התחרותי הוא בהכרח מבחן עלות. כפי שנראה להלן, ניתן להתחקות אחר המחיר התחרותי (או, יותר נכון, גבול עליון למחיר התחרותי) באמצעות מבחן ההשוואה. אין בכך גם כדי לומר שהאיסור הוא על גביית כל מחיר מעל מחיר מבוסס עלויות. כפי שנראה בהמשך, האיסור הוא על גביית מחיר שהפער בינו לבין המחיר התחרותי הוא מופרז. עם זאת, חשוב לדעתנו לחדד כי קיים רק מחיר תחרותי אולטימטיבי אחד, והוא מחיר מבוסס עלויות.

עמדת היועץ לפיה 'המחיר התחרותי', המהווה את קנה המידה האולטימטיבי שאליו משווים, מכוון למחיר של תחרות לא מושלמת-אוליגופוליסטית-של תחרות בין מעטים, שיכולה להניב מחיר שאינו מבוסס עלויות, היא שגויה. תחרות לא מושלמת מסוג זה מובילה לספקטרום של אינסוף 'מחירים תחרותיים'. כך, למשל, בתחרות בין מעטים, המחיר מושפע ממידת הבידול בין הפירמות (הבדלים כאלה ואחרים שהצרכנים מוצאים בין מוצרי הפירמות), מהבדלי עלויות שביניהן, ממיקומן הגיאוגרפי, ממגבלות כושר הייצור שלהן, וכו'. קביעת קנה המידה לבדיקת פער המחירים באופן זה אינה חד משמעית והיא גוררת חוסר וודאות מיותר. אין שום יכולת להתחקות אחר 'המחיר התחרותי' האוליגופוליסטי של השוק בו פועל המונופול, משום שהוא אינו גובה את המחיר התחרותי הזה, ויתכנו מקרים בהם אף פירמה בשוק לא גובה אותו. גם ניתוח שוק לא יאפשר להתחקות אחר מחיר זה, משום שכאמור 'המחיר התחרותי' האוליגופוליסטי ישתנה בהכרח על פי מספר המתחרים ההיפותטיים שנניח באופן תיאורטי שקיימים במקום מבנה השוק הקיים, מידת הבידול ביניהם, מגבלות כושר הייצור שלהם, וכיוצא באלו.

כאשר משתמשים במבחן ההשוואה, שייסקר להלן, סביר להניח שקנה המידה להשוואה יהיה בעצמו מעל מחיר מבוסס עלויות. זהו אכן 'מחיר תחרותי' אוליגופוליסטי, של תחרות לא מושלמת. הסיבה שקנה מידה מעין זה יכול להיות שימושי היא שאם המחיר שגבה המונופול הוא מופרז מעל 'מחיר תחרותי' אוליגופוליסטי זה, קל וחומר שהוא מופרז מעל המחיר התחרותי האולטימטיבי-הוא מבחן מבוסס עלויות. גישתו של היועץ, המתחקה כעניין עקרוני (להבדיל מדרך מבחן השוואה מקל וחומר) אחר מחיר אוליגופוליסטי אמורפי, דומה במידה רבה לקביעה של ה-Competition Appeals Tribunal, ה-CAT, באנגליה בפרשת פייזר,³⁹ עליה נרחיב גם בהמשך, שביני לבניינהפכה על ידי בית המשפט האנגלי לערעורים.

³⁸ היועץ, בעמדה שהגיש לבית המשפט העליון, שגה כאשר הניח שהמחיר התחרותי האולטימטיבי הוא מחיר ששווה דווקא לעלות השולית, קרי העלות של אספקת היחידה האחרונה של המוצר. עמדת היועץ, לעיל ה"ש 2, בפס' 64-67. העלות השולית, שהיועץ משתמש בה בטיעונו, היא עלות שאינה כוללת עלויות קבועות רלוונטיות, כגון עלויות תשתית, ציוד, שכירות, פרסום וכיוצא באלו. אלא שלא זו הכוונה במחיר מבוסס עלויות המהווה את המחיר התחרותי האולטימטיבי לענייננו. מחיר מבוסס עלויות כולל גם עלויות קבועות רלוונטיות.

³⁹ Flynn v. CMA [2018] CAT 11 (להלן: "עניין פייזר ב-CAT").

ה-CAT פסל את הסתמכותה של רשות התחרות האנגלית על מבחן עלות בלבד, כאשר קבעה כי חברות התרופות פייזר ופלין גבו מחיר מופרז על תרופה נגד אפילפסיה. זאת משום שה-CAT סבר כי אמת המידה שיש להשוות אליה איננה "תחרות אידיאלית", כי אם "תחרות אפקטיבית ונורמלית".

רשות התחרות האנגלית, שהצטרפה אליה גם הנציבות האירופאית, האחראית על אכיפת דיני התחרות האירופאיים בכללם, ערערו על החלטת ה-CAT בפני בית המשפט האנגלי לערעורים, והוא קיבל בהקשר זה את ערעורם. הנציבות האירופאית טענה כי קביעת ה-CAT סותרת את ההלכה האירופאית העולה מפרשת United Brands. בית המשפט לערעורים מתאר את עמדת הנציבות כך :

"...[The CAT] misinterpreted United Brands to introduce an additional requirement of "benchmarking" the hypothetical price that would have been charged under sufficiently effective (but not idealised) competitive conditions"⁴⁰

בית המשפט האנגלי לערעורים הפך את קביעת ה-CAT לעניין זה וקבע, כי ניתן להראות הפרה של העילה גם באמצעות מבחן עלות בלבד.⁴¹ נקבע כי אין צורך להתחקות אחר "מחיר תחרותי" היפותטי השונה מאותו המחיר התחרותי שנבע ממבחן העלות או מבחן השוואה. בכך קיבל בית המשפט לערעורים באנגליה את עמדת הנציבות האירופאית ורשות התחרות הבריטית.⁴² בית המשפט לערעורים קבע כי דרישה מהתובע שבנוסף על מבחן העלות או מבחן השוואה גם יראה מה הבנצימארק ההיפותטי, תקשה שלא לצורך על האכיפה, וכי כך גם קבע בית המשפט לצדק של האיחוד האירופאי בפרשת ארגון זכויות היוצרים הלטבי, בניגוד לעמדת היועץ המשפטי של בית המשפט, ה-Advocate General:⁴³

"... nothing suggests that in every case there is a need for the creation of a hypothetical benchmark, in the sense of an artificial construct. Indeed, the thrust of the OECD Paper and the literature it cites suggests that **the counterfactuals of greatest practical value are often those drawn from real life**, as opposed to some hypothetical model. The case law supports this conclusion. ... Any suggestion by the Advocate General in *Latvian Copyright* that the use of hypothetical price benchmarking was mandatory is not a proposition that was endorsed by the Court which, as already observed, emphasized the flexibility of the margin of manoeuvre of competition authorities".

סוגיה זו קשורה גם לתובנה הידועה, כי בדיני התחרות לא קיים מושג של "יותר מדי תחרות". נקודת המוצא היא שתחרות, עזה ככל שתהא, מועילה לרווחה הכללית. כך, למשל, לעולם לא תישמע טענה של צדדים להסדר כובל כי הם עשו את ההסדר הכובל משום שהתחרות לפניו היתה "אידיאלית" וההסדר הכובל הביא אותם לתחרות "שפויה" או "נורמלית".⁴⁴ באופן דומה, נניח שבשוק מסוים התחרות היא "אידיאלית", ומגיעה עד למחיר מבוסס עלויות. נניח כי מתחרים בשוק זה רוצים להתמזג זה עם זה, והם טוענים לצורך אישור המיזוג שהם רוצים להביא את התחרות מתחרות אידיאלית, לתחרות "נורמלית" או "שפויה", שהיא משמעותית פחות עזה מהתחרות שקדמה למיזוג. לא יהא חולק שמיזוג זה ייעצר, משום שהוא מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות בענף. החוק מצווה להנציח במקרה זה את התחרות האידיאלית, ולאסור על הפירמות להפוך אותה לתחרות "נורמלית" כזו או אחרת.

⁴⁰ [41] 617 EWCA Civ. [2020] CMA v. Flynn (להלן: "עניין פייזר בבית המשפט לערעורים").

⁴¹ שם, בפס' 97.

⁴² שם, בפס' 119.

⁴³ שם, בפס' 121.

⁴⁴ טענה מעין זו שהועלתה על-ידי צדדים להסדר כובל אסור, נדחתה על-ידי בית המשפט העליון בארה"ב בעניין: *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940)

את הרובד הכלכלי בתביעה על מחיר מופרז, המתחקה אחר המחיר התחרותי, אפשר ליישם בשתי דרכים: על פי מבחן העלות ועל פי מבחן ההשוואה. כדבריה של השופטת (כתוארה אז) נאור ברע"א 2616/03 **ישראלכרט בע"מ נ' רייס**: "במבחנים הנהוגים בפסיקה האירופאית יש מבחן הבודק את ההפרש בין עלויות הייצור של המוכר למחיר המכירה. אם ההפרש (המהווה את הרווח של המונופולין) הוא מוגזם – המחיר הוא בלתי הוגן ... מבחן נוסף הוא מבחן ההשוואה בין מחירים שגובה חברה אחרת עבור מוצר זהה או דומה בשוק".⁴⁵ גילוי דעת 1/17 של רשות התחרות מזכיר גם את מבחן ניתוח הרווחיות, שבו רווחיות המונופול מושווית למדד ייחוס יותר תחרותי.⁴⁶ אנו מסכימים עם הרשות בגילוי הדעת, ועם היועץ, כי, לפחות במתכונתה כפי שהיא מופיעה בגילוי דעת 1/17, "לשיטה זו חסרון מובנה בהקשר של בחינת תמחור בלתי הוגן גבוה ביחס למוצר או שירות ספציפי. ככל שהפירמה מייצרת מגוון מוצרים, שהמוצר הנבחן הוא רק אחד מהם, הרי שעלות ההון, המחושבת ברמת הפירמה או הסקטור כולו (לשם השוואה), אינה מתייחסת למוצר הבודד. השוואתה לתשואה על הנכסים הקשורים למוצר או שירות מסויים בלבד כרוך בבעייתיות מתודולוגית ויישומית."⁴⁷ אכן, כפי שמציין היועץ בעמדתו "מבחן הרווחיות מעלה ... קשיים יישומיים ... מבחן זה דורש חישוב של מדד רווחיות מתוך הנתונים הפיננסיים של הפירמה לצד מדד ייחוס מנתוני הפירמה או מנתוני פירמות אחרות (כמו WACC ו-TIRR). מדובר במבחנים שהשימוש הנהוג בהם הוא ביחס לכלל פעילות החברה. לפיכך, מתעורר קושי משמעותי ליישם מדדים אלה ביחס למוצר ספציפי של הפירמה, ולהערכת הרווחיות העודפת המופרזת לגבי בדרך זו".⁴⁸ נפרט כאן אם כך את שני המבחנים העיקריים המשמשים בפסיקה, אשר הוכרו גם על ידי בית המשפט העליון בעניין **רייס**, הם מבחן העלות ומבחן ההשוואה.

1. מבחן העלות

על פי מבחן העלות יש לחשב, באמצעות נתוני המונופול, את העלות הממוצעת המצטברת לטווח הארוך (Long Run Average Incremental Cost; LRAIC) (להלן-"העלות הממוצעת") המהווה את סך העלויות הנדרשות לשם כניסה לשוק ואספקת המוצר הנדון, מחולקות בסך התפוקה שסופקה. זוהי "עלות החדירה לשוק של החברה עד לאספקת המוצר או השירות הנבחן. בחישוב זה יש להעניק משקל הן לעלויות קבועות [כגון ציוד, מקרקעין, פרסום, וכו'-דיגי, איק'] והן לעלויות משתנות [כגון חומרי גלם, חשמל וכו'-דיגי, איק'] של בעל המונופולין ובשני המקרים מדובר בעלויות הרלוונטיות למוצר או שירות מסוים."⁴⁹ יש להקפיד שהעלויות יהיו רלוונטיות למוצר הנדון וישקפו רק את מה שהמונופול נשא בו לצורך אספקת המוצר, תוך התעלמות ממניפולציות חשבונאיות.⁵⁰

קיימים הקשרים רבים אחרים בדיני ההגבלים העסקיים שבהם יש צורך לנתח את עלויות הפירמה על מנת לבסס את ההפרה. כזהו למשל המקרה, שנדון בדוגמת ההתנהגות המדירה של מונופול שהבאנו בפרק 2.5

⁴⁵ עניין **רייס**, לעיל ה"ש 15, בפס' 17.

⁴⁶ גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 22, בעמ' 21-22.

⁴⁷ שם, בעמ' 22.

⁴⁸ עמדת היועץ, לעיל ה"ש 2, בפס' 72. ראו גם את פסק דינה של השופטת שטמר בעניין **נאור** השני, לעיל ה"ש 21, פס' 75, שם היא מצביעה על נחיתות מבחן ניתוח הרווחיות ביחס למבחן ההשוואה, תוך ציטוט גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 22. באמירות אלה לגבי התאמה של מבחן ניתוח הרווחיות במתכונתו הנוכחית אין כדי לומר, כי לא ניתן להשתמש בכלים הנזכרים בו כדי להתחקות אחר השאלה מהן העלויות האמיתיות של המונופול על מנת להיות בשוק במתכונתו הנוכחית. כך, למשל, נשאלת השאלה אם לכלול במסגרת עלויותיו של המונופול את העלות שהיה נושא בה, בשוק תחרותי, על מנת לממן את אפשרות פעילותו. כלי אפשרי על מנת לברר שאלה זו מבוסס על עלות ההון הנורמטיבית, קרי, איזו תשואה על ההשקעה בעלי מניות או מלווים היו דורשים תמורת הסכמתם לממן את פעילות החברה אילו השוק היה תחרותי.

⁴⁹ גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 22, בעמ' 19-20.

⁵⁰ מבחן העלות הוכר כמבחן ראוי לבירור מופרזות המחיר על ידי בית המשפט העליון, הן בעניין **רייס**, לעיל ה"ש 15, פס' 17; ולאחרונה באופן מפורש בפסקה 12 לפסק דינה של השופטת (בתארה דאז) חיות בעניין רע"א 8224/15 **תנובה נ' זליכה** (פורסם בנבו, 29.3.2016) (להלן: "עניין **זליכה**"), שם נקבע כי "חשיבותו של מבחן הפער אינה שנויה במחלוקת".

לעיל, שבה המונופול גובה מחיר מופרז ממתחרה שלו בגין גישה לתשומה חיונית, ובמקביל גובה מחיר לצרכן נמוך יחסית, כך שהמתחרה איננו מסוגל להתחרות. בדוגמא מעין זו, המונופול מנצל לרעה את מעמדו, על ידי הדרת המתחרה. כדי לבסס את העילה, יש לבדוק את עלויות המונופול, כדי לברר אם אילו הוא היה צריך לרכוש את התשומה במחיר התשומה האמור, הוא היה מסוגל למכור את המוצר הסופי לצרכן במחיר לצרכן האמור, ועדיין להרוויח.⁵¹

כך גם לגבי מונופול הנוקט בפרקטיקה של הנחות נאמנות, המדרבנות את הלקוחות להיות נאמנים למונופול ולא לרכוש ממתחרה. הדרך שבה הנציבות האירופאית בוחנת מקרים כאלה היא לבדוק אם, לאור עלויותיו הרלוונטיות של המונופול, היחידות של המוצר שהלקוח היה יכול לרכוש או מהמונופול או מהמתחרים נמכרות על ידי המונופול במחיר מתחת לעלות.⁵² גם האיסור על מחיר בלתי הוגן נמוך מדי, מחיר טורפני, דורש לבדוק אם המחיר הוא מתחת לעלויות הרלוונטיות של המונופול, ולשם כך יש לבחון כמובן את עלויותיו הרלוונטיות.⁵³

מצב נוסף שבו לעיתים קרובות יש צורך להעריך עלויות הוא בהגדרת השוק או בבדיקה אם קיים כוח שוק משמעותי. שני המושגים האלה, על פי הנחיות רשויות תחרות בעולם, נבדקים אידיאלית באמצעות השאלה אם הפירמה הנידונה מסוגלת להעלות מחירים באופן רווחי, לתקופה שאינה בת חלוף.⁵⁴ על מנת לראות אם פירמה יכולה להרוויח מהעלאת מחירים, לעיתים קרובות יש לבחון, כמובן, את רווחיותה, ובכלל זה את עלויותיה הרלוונטיות.

מבחן עלות נדרש לעיתים קרובות גם כאשר בית המשפט צריך לחשב את הנזק שנגרם ממחיר גבוה שנגרם מקרטל, מיזוג, מיזם משותף, הסדר בלעדיות או הדרת מתחרה. הנזק שווה להפרש בין המחיר שנגבה למחיר התחרותי. למשל, בדוגמאות שפורטו בפרק 2 לעיל, התובע ביסס את המחיר התחרותי באמצעות חוות דעת כלכלית שטענה למבחן השוואה למחירים של אר סי ופפסי. החברות הנתבעות יוכלו לסתור את מבחן ההשוואה של התובע באמצעות הבאת נתונים לביסוס מבחן עלות, שבו יראו כי המחיר התחרותי גבוה יותר, לאור עלויותיהן הגבוהות יותר. כל מורכבות אשר קיימת בחישוב העלות לצורך מבחן העלות בעילת מחיר מופרז, קיימת גם בהתדיינות בעילות אחרות של דיני ההגבלים העסקיים.

החשש שהובע על ידי היועץ, כי יישום של מבחן עלות יגרום לבעל מונופולין לא לרצות להתייעל, איננו מבוסס.⁵⁵ אם המונופול מאפשר לעלויותיו לעלות, הוא חושף את עצמו למצב שפירמה חדשה, יעילה ממנו, תכנס לשוק ותחטוף לו נתחי שוק. שלא כמו מחיר, שהמונופול יכול לשנות בהינף יד, יהיה לו קשה להקטין מחדש את עלויותיו מקום שהוא אפשר להן לעלות, או נמנע מלהקטין, וכך הוא עלול לא להיות מסוגל להגיב במהירות מספקת לכניסה של מתחרה יעיל ממנו. בהקשר זה ראוי להדגיש כי כל השקעה של המונופול בהתייעלות באספקת המוצר הנדון תיחשב כחלק מעלויותיו הרלוונטיות. לבסוף, יש לשוב ולהזכיר כי מטרת חוק התחרות היא השאת רווחת הצרכנים. מטרה זו אינה מושגת אם ההתייעלות של המונופול אינה מגולגלת לצרכן, והוא גובה מהם מחיר מופרז.

⁵¹ אריאל אזרחי ודיויד גילה **דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים** 305-309 (2019) (להלן: "אזרחי וגילה **דיני התחרות האירופאים**").

⁵² שם, בעמ' 288-305.

⁵³ שם, בעמ' 269-279.

⁵⁴ גילוי דעת 1/11, לעיל ה"ש 29, בעמ' 13-4; U.S. Dep't of Justice & Fed. Trade Comm'n, Horizontal Merger Guidelines, par. 4.1.1 (2010) (להלן: "הנחיות המיזוגים האופקיים של רשויות ההגבלים העסקיים האמריקאיות"); Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law, 1997 O.J. (C 372) 5 (להלן: "ההנחיות האירופאיות להגדרת שווקים").

⁵⁵ ראו יוסי שפיגל "הערות לגבי מסמך הרקע לעיון מחדש בגילוי דעת 1/14" (5.5.2016) www.gov.il/he/departments/publications/reports/excessivepricescomments.

למרות שהשקעותיו של המונופול יילקחו בחשבון העלויות לצורך מבחן העלות, נטל הבאת הראיות ביחס להשקעות אלה, כמו גם ביחס לכלל עלויותיו הרלוונטיות, יהיה מוטל על המונופול הנתבע ולא על התובע. הסיבה לכך נעוצה בפערי המידע בין הצדדים, עליהם אנו עומדים להלן.⁵⁶ בדרך כלל המידע לגבי עלויותיו הרלוונטיות של המונופול יהיו בחזקתו, ולתובע לא תהיה דרך להגיע למידע זה ולהציגו בפני בית המשפט. לפיכך, הנטל הראשוני המוטל על התובע הוא להביא ראיות לכך שהמחיר שגבה המונופול גבוה באופן מופרז מהמחיר התחרותי. התובע יוכל, למשל, לעשות זאת באמצעות הצגת חוות דעת מומחה המראה את המחיר התחרותי על פי מבחן השוואה, עליו נפרט להלן. לחלופין, התובע יוכל לנסות להשתמש במידע הנמצא ברשותו על מנת להציג חוות דעת מומחה המראה את המחיר התחרותי על סמך מבחן עלות. משהריס התובע את הנטל הזה, עובר נטל הבאת הראיות ביחס לעלויות המונופול, לרבות השקעותיו הרלוונטיות למוצר הנדון, אל הנתבע.

קיים דמיון בין נטל הבאת ראיות על ידי המונופול לגבי עלויותיו והשקעותיו הרלוונטיות על מנת להצדיק את המחיר שגבה לבין הנטל המוטל על הנתבע בעילות אחרות בדיני ההגבלים העסקיים, כגון הסדר כובל, מיזוג, או הדרת מתחרה על ידי מונופול, להביא ראיות המצדיקות את התנהגותו. בדוגמאות שהובאו לעיל היו שתי חברות שמייצרות את המותג המוביל קוקה קולה, לצד אר סי ופפסי. בדוגמת המיזם המשותף שתי חברות הקוקה קולה עשו מיזם משותף שבו איחדו את הייצור והשיווק של קוקה קולה. בדוגמת המיזוג שתי חברות אלה התמזגו זו עם זו, בדוגמת הסדר הבלעדיות ספק של תשומה חיונית התחייב למכור אותה רק לחברת קוקה קולה א' ובדוגמת הדרת המתחרה, חברת קוקה קולה א' הדירה מהשוק, תוך ניצול לרעה של כוחה המונופוליסטי, את חברת קוקה קולה ב'. בכל הדוגמאות הללו, על התובע המייצג להגיש חוות דעת כלכלית המראה כי המיזם המשותף, המיזוג, הבלעדיות, או הדרת המתחרה, יגרמו למחיר של קוקה קולה לעלות ל-47% מעל המחיר של פפסי ואר סי. בכך מרים התובע המייצג את נטל הבאת הראיות המוטל עליו על סמך המידע שנגיש לו. משהתובע עמד בנטל זה, עובר הנטל אל החברה הנתבעת, או החברות הנתבעות. הן יכולות להשתמש בנתונים הפנימיים שלהן על עלויותיהן על מנת להראות כי המחיר התחרותי גבוה מהמחיר שגובות אר סי ופפסי. עוד יוכלו להראות כי המיזם המשותף, המיזוג, הסדר הבלעדיות או הדרת המתחרה חיוניים לאפשר השקעה מועילה, שגרמה לכך שבסופו של דבר הצרכנים לא יצאו נפסדים. בהתאם, המתודולוגיה שאנו מציעים כאן בהקשר של מחיר מופרז של מונופול אף מקלה מאוד עם המונופול ביחס לעילות האחרות הללו: ככלל כל השקעה שלו לצורך אספקת המוצר הנדון צריכה להיות מוחזרת לו מהמחיר שגבה, ולא רק השקעות שהמונופול הוכיח שתועלתן לצרכן גדולה מהנזק לצרכן מהמחיר הגבוה.

2. מבחן השוואה

כאמור לעיל, ניתן להתחקות אחר "המחיר התחרותי" ברובד הניתוח הכלכלי גם בלי מבחן עלות. זאת, על ידי מציאת מחיר בר השוואה שהוא נמוך מהמחיר שגבה המונופול. זהו מבחן השוואה. נקודת המוצא היא, בהיעדר ראיה לסתור, כי אם אכן המחיר הנמוך יותר שנמצא הוא בר השוואה, הרי שהמחיר הנמוך יותר הוא בוודאי מעל המחיר התחרותי האולטימטיבי, הוא המחיר מבוסס העלויות כנזכר לעיל. למרות שמחיר בר השוואה זה הוא בדרך כלל מעל המחיר התחרותי האולטימטיבי, ניתן לראות בו כמחיר יותר תחרותי מהמחיר שגבה המונופול. על כן, בדרך כלל, אם המחיר שגבה המונופול הוא מופרז מעל המחיר בר השוואה הנמוך יותר, קל וחומר שהוא מופרז מעל המחיר התחרותי האולטימטיבי. ככל שהמחיר הוא יותר בר השוואה, כך מדובר באינדיקציה טובה יותר למחיר התחרותי, או לפחות למחיר יותר תחרותי. ההשוואה יכולה להיות, למשל, למחיר שגובה המונופול עצמו בשוקים אחרים, בהם הוא גובה מחיר נמוך יותר, או מול לקוחות מסוגים אחרים, מהם הוא גובה מחיר נמוך יותר. היא יכולה להיות למחיר נמוך יותר

⁵⁶ ראו להלן פרק 5.

שהמונופול גבה באותו השוק עצמו לפני התקופה הנידונה או אחריה. השוואות אלו, למחירים נמוכים יותר שהמונופול עצמו גבה מעידות, בהיעדר ראייה לסתור, כי המונופול מסוגל להרוויח, עם עלויות דומות, אף במחירים נמוכים אלה. ההשוואה יכולה להיות גם למחיר שגובות פירמות אחרות בנות השוואה, לרבות מתחרות של המונופול, שמוכרות מוצר שסביר להניח כי העלויות הרלוונטיות במכירתו דומות לאלה של המונופול. סוג ראוי נוסף של השוואה הוא למחיר מפוקח של אותו המוצר או מוצרים דומים, הנמוך מהמחיר שנגבה, ובלבד שמועד הפיקוח הוא קרוב מספיק למועד גביית המחיר שנתקפה. נקודת המוצא היא שהמחיר המפוקח הנמוך יותר התחקה במידה כזו או אחרת אחר המחיר התחרותי, או לפחות מהווה גבול עליון למחיר התחרותי.

לעיתים הראיות להשוואה שיהיו לתובע הן השוואה בין הרווחיות של המונופול, במידה שיש עליה נתונים בפני בית המשפט, לרווחיות של פירמה אחרת, או המונופול עצמו, בהקשר בר השוואה. גם אם המונופול טוען כי העלויות שלו בשוק הנבחן גבוהות מהעלויות של אספקת המוצר נשוא ההשוואה, הבדל זה מנוטרל על ידי השוואת רווחיות. כך, למשל, ניח שמשווים את הרווחיות של המונופול לרווחיות של פירמה אחרת בת השוואה למונופול. גם אם המונופול טוען שהעלויות שלו הן גבוהות מהעלויות של הפירמה אחרת, אין בכך כדי להצדיק את הפער המופרז בין הרווחיות של המונופול לרווחיות הפירמה האחרת. זאת משום שהרווחיות היא ההפרש בין המחיר לעלויות, והיא מנטרלת את הבדלי העלויות הנטענים בין המונופול לבין הפירמה האחרת.

כאשר נמצא מחיר בר השוואה נמוך בפער מופרז מהמחיר שגבה המונופולין, לא ניתן להצדיק את גובהו של המחיר שגבה על ידי השוואה למחירים אחרים, משווקים אחרים או בהקשרים אחרים, שהם גבוהים יותר. הסיבה לכך היא פשוטה - המחיר נשוא ההשוואה עלול גם הוא להיות מופרז.

קיימים הרבה הקשרים שבהם לחברות, בישראל ובעולם, יש כוח לגבות מחירים מופרזים. כך, בשוק המשקאות הישראלי בכללותו יתכן בהחלט שקיימים משקאות שנגבה עליהם מחיר מופרז ביחס למחיר התחרותי. מדובר בתחום ריכוזי, ממועט שחקנים, ויתכן בהחלט שחברות בשוק זה מנצלות את כוח השוק שיש להן. בפרט, בתחום זה פועלות שלוש חברות עיקריות, והן נפגשות זו עם זו במגוון תחומים: משקאות קולה, משקאות אחרים, בירה, וכו'. ידוע כי שוק ריכוזי, שבו הפירמות "נפגשות" במספר שווקים, הוא מועד למחירים גבוהים שייגבו בכל השווקים הללו, ככל שהמותג מאפשר.⁵⁷ אכן, כפי שמעידים דברי ההסבר לתיקון מספר 11 לחוק ההגבלים העסקיים " ... מדע הכלכלה לא מציע כלים לכימות של רמת התחרות."⁵⁸ לא ניתן ללבן, במסגרת הליך שיפוטי הבוחן שוק מסוים, אם שוק אחר הוא תחרותי אם לאו (אלא אם כן נבצע הליך שיפוטי שלם אודות אותו שוק אחר). לעיתים קרובות המונופול יוכל לספק יותר מדוגמא אחת לפירמה שגבתה מחיר גבוה ממנו בשוק אחר כלשהו, בארץ או בעולם. או אז, ביתר שאת, לא ניתן ללבן, במסגרת הליך שיפוטי אחד, אם אותם שווקים אחרים הם תחרותיים אם לאו, ללא ביצוע הליך שיפוטי שלם גם בשווקים אחרים אלה. הכלי שמספק מבחן ההשוואה עוקף בעיה זו, כאשר הוא מעיד על מופרזותו של המחיר שנגבה באמצעות הפער המופרז בינו לבין מחיר בר השוואה נמוך יותר. בהתאם, המבחן ממקד את ההתדיינות בין הצדדים לשאלה אם המחיר הנמוך יותר הוא בר השוואה. השאלה אם המחיר הנמוך יותר הוא בר השוואה אם לאו ניתנת לליבון באופן סביר במסגרת ההליך השיפוטי.

עקרון זה, לפיו לא ניתן להצדיק את המחיר שנגבה באמצעות איתורו של מחיר גבוה אחר, חל כמובן גם על מצבים שבהם המונופול טוען שהמחיר הגבוה האחר נגבה על אותו מוצר עצמו הנמכר על ידו, או נגבה על

⁵⁷ ראו למשל B. Douglas Bernheim & Michael D. Whinston, *Multimarket Contact and Collusive Behavior*, 21 *RAND J. ECON.* 1 (1990).
⁵⁸ הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 11), התשע"א-2010, ה"ח הממשלה 264, 266.

ידו בהקשרים אחרים. גם במקרה כזה אנו נתקלים באותו הכשל, שלפיו אותו מחיר גבוה עלול גם הוא להיות מופרז. בפרט, גם ההקשרים האחרים הללו, שבהם נגבה המחיר הגבוה, עלולים להיות בשווקים ריכוזיים, או שווקים בהם לפירמות כוח שוק משמעותי, או יכולת לגבות מחירים גבוהים.

מתן אפשרות למונופול להשוות את המחיר שגבה למחירים גבוהים יותר, או גבוהים באותה המידה, לא רק שאינו מועיל, אלא שהוא גם עלול להזיק. אם תתקבלנה השוואות מעין אלה, מונופולים שאולי לא היו מעזים לגבות מחיר מופרז, מחשש לתביעות, ירגישו חופשיים לגבות את המחיר המופרז, בידעם כי לאחר מכן יוכלו לטעון כי המחיר הוגן משום שאיזושהי חברה אחרת, בישראל או בחו"ל, גובה גם היא את המחיר הזה או מחיר גבוה ממנו.

אכן, קיימת החלטה חריגה אחת, שכבר נזכרה לעיל בהקשר אחר, של הטריבונל לערעורים בענייני תחרות באנגליה, ה-CAT ("Competition Appeals Tribunal"), בעניין פיזר, שלכאורה סותרת גישתנו זו.⁵⁹ אולם, זוהי החלטה שגויה, חריגה ובעייתית, שזכתה לביקורת, ואיננה משקפת לא את הדין האירופאי ולא את המדיניות הנכונה.⁶⁰

בפרשה זו היה מדובר בחברת תרופות, פיזר, שהיתה מונופול מוחלט במכירת קפסולות נגד אפילפסיה. הסיבה למעמד המונופוליסטי המוחלט היתה רפואית: חולה אפילפסיה שמצבו יוצב באמצעות אותה הקפסולה של פיזר לא יכול היה באופן סביר להחליף לתרופה של אף ספק אחר. הפטנט לתרופה של פיזר פג זמן רב לפני כן. בשלב מסוים החליטה פיזר, יחד עם משווק בשם Flynn, לכוונת את התרופה בשם חדש. עד אז, המחיר של התרופה היה נתון לפיקוח – פיקוח שהיה תוצאה של משא ומתן ממושך בין תעשיית התרופות באנגליה לבין גורמי המדינה הרלוונטיים. הכינוי המחודש לתרופה, שרקחו הצדדים, איפשר לנצל פרצה בפיקוח, כך שהתרופה כבר לא הייתה כפופה יותר לפיקוח מחירים.

בהתאם, העלו פיזר והמשווק שלה, Flynn, את מחיר הקפסולה של פיזר פי 23 עד פי 26 ביחס למחיר המפוקח. רשות התחרות האנגלית תקפה את ההתנהגות כגביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין, והשתמשה בכמה מבחני השוואה ובמבחן עלות, שהצביעו על מופרזות המחיר. בערעור ל-CAT, הטריבונל החזיר את הדיון לרשות התחרות, מתוך קביעה כי זו כביכול לא ביצעה בדיקה מספיק מקפת. בין היתר, קובע ה-CAT כי היה על רשות התחרות לשקול את טענת הנתבעות לפיה המחיר שגבתה חברת טבע בגין טבלייה של התרופה עם אותו חומר פעיל היה דומה, ואף גבוה יותר, מאשר המחיר שגבו פיזר וFlynn על הקפסולות של פיזר.⁶¹

אלא שנימוק זה בהחלטת ה-CAT הינו שגוי. הסיבה שגם טבע היתה מסוגלת לגבות מחיר מופרז על הטבלייה שלה יכולה להיות, למשל, שגם לגבי טבלייה זו הרופאים ציוו כי חולה שמצבו כבר יוצב באמצעות הטבלייה של טבע, לא רצוי כי ישתמש בתרופה אחרת זולת הטבליית של טבע. לחלופין, יתכן שטבע לא היתה חשופה למספיק תחרות. תהא הסיבה למחיר הגבוה שגבתה טבע אשר תהא, כאמור לעיל, קונספטואלית, מחיר גבוה יותר איננו מועיל על מנת להצדיק את המחיר שנגבה, כאשר הוצג מחיר תחרותי, נמוך יותר.

מעניין לציין בהקשר זה כי גם הנציבות האירופאית, האחראית על אכיפת דיני התחרות האירופאיים, הצטרפה לערעור של רשות התחרות האנגלית על החלטת ה-CAT, וטענה כי קביעתו אינה משקפת את הדין האירופאי ומגבילה את חופש הפעולה של הרשות בצורה לא ראויה.⁶² כדברי ערכאת הערעור:

⁵⁹ עניין פיזר ב-CAT, לעיל ה"ש 39.

⁶⁰ אזרחי וגילה דיני התחרות האירופאיים, לעיל ה"ש 51, בעמ' 318-320. ראו גם את דברי השופט שטמר בעניין נאור השני, לעיל ה"ש 21, בפס' 10 (באזכרה את המלומד Abbott המצטרף לביקורת על ה-CAT).

⁶¹ עניין פיזר ב-CAT, לעיל ה"ש 39, בפס' 391-393.

⁶² עניין פיזר בבית המשפט לערעורים, לעיל ה"ש 40, בפס' 41. ראו גם את הדיון בפרק 4.1.4 להלן.

“The CMA is supported in this appeal by the Commission. Both express the overarching concern that the test mandated by the Tribunal (assuming that it is read as they suggest) interferes with the margin of manoeuvre or discretion that a competition authority should have (a) in choosing the methods or tests to apply and (b) as to the evidence it wishes to evaluate, in that it compels or requires that authorities perform certain tests in all cases.”

כאשר האמור בסעיף (b) הנזכר בטענות ה-CMA והנציבות האירופאית נוגעים לקביעת ה-CAT שהיה על ה-CMA לבדוק לעומק את טענת הנתבעות שם כי המחיר שלהם אינו מופרז משום שהמחיר של טבליית טבע גם הוא גבוה. גישתן זו של הנציבות האירופאית ושל ה-CMA, שסירבה, למרות טענות המונופול בעניין, להשוות את המחיר שגבה המונופול למחיר של טבליית טבע, עקבית עם גישתנו.

במסמך שכתבה הנציבות האירופאית במסגרת הערעור על החלטת ה-CAT, היא ציינה שדרישות ה-CAT מרשות התחרות הבריטית יגרמו ליישום האיסור על ידי חברות, בתי משפט ורשויות תחרות להיות בלתי אפשרי:

“[T]he CAT introduced additional requirements and overstated the import of subsequent Commission and CJEU practice, resulting in the CAT formulating a methodology that departs from the established law and which **would, if followed, render the application of Article 102 TFEU to unfair pricing impracticable – for companies, for courts and for competition authorities alike.**”⁶³

בהקשר של קביעת ה-CAT כי לאחר שרשות התחרות האנגלית מצאה כי המחיר הוא מופרז על פי מבחן העלות, הרשות היתה צריכה לבדוק את טענתן כי המחיר הוא דווקא לא מופרז לאור המחיר הגבוה של טבליית טבע, הנציבות האירופאית מציינת כי דרישה זו סותרת את המבחן שנקבע בפרשת *United Brands* לפיו הרשות יכולה למצוא שמחיר הוא בלתי הוגן או כשלעצמו (“אלטרנטיבה 1 במבחן של *United Brands*”) או בהשוואה למוצרים אחרים (“אלטרנטיבה 2 במבחן של *United Brands*”):

“In criticising the CMA for relying “only on Alternative 1”, the Judgment follows this up by criticising the CMA for not having properly assessed “the possible impact of meaningful comparators (in particular, phenytoin tablets) for the purpose of assessing whether the prices charged were unfair” (§362), a criticism which paraphrases Alternative 2 of *United Brands* (“unfair... when compared to competing products”). ... *per* the Tribunal, a competition authority does not have an unfettered discretion to select Alternative 1 or 2, such that “a finding under one Alternative that the pricing is unfair, when a *prima facie* argument has been raised that under the other Alternative, the pricing is fair” ... cannot allow the competition authority to conclude that the pricing is unfair. ... In effect, this amounts to a requirement to

European Commission amicus curiae observations in Case No. C3/2018/1847 and C3/2018/1874 Flynn Pharm / Pfizer (14.6.2019) (להלן: “מסמך הטענות של הנציבות האירופאית בעניין פייזר”), בפס' 3.

satisfy the unfairness tests under both Alternatives. ... [I]t was open to the CMA to rely on Alternative 1 in any event.”⁶⁴

בהמשך מדגישה הנציבות האירופאית, כי האנומליה הנובעת מדרישת ה-CAT לבדוק לעומק גם את מחירי הטבליות של טבע חלה אף ביתר שאת במקרה של תביעה פרטית, שבה לא ניתן לצפות ברצינות מתובע פרטי שיתחקה אחר הנסיבות שגרמו לחברה כמו טבע לגבות מחיר גבוה.⁶⁵ בית המשפט האנגלי לערעורים, שבינתיים הכריע בערעור, בחר שלא להתערב בקביעה ספציפית זו של ה-CAT, משום שדובר בקביעה עובדתית שלא ניתן היה לערער עליה. הודגש על ידו, עם זאת, כי הוא רואה הנחיה זו של ה-CAT כהנחיה לרשות מנהלית, שיש לה חובה לשקול, בדרגת העומק שהיא רואה לנכון, טענות הגנה המובאות על ידי הגורם המפוקח.⁶⁶

החלטת בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי בפרשת זכויות היוצרים הלטבית, שהיא ההחלטה העדכנית ביותר של בית המשפט לצדק לגבי עילת המחיר המופרז, גם היא עקבית עם המסקנה כי אין הצדקה להשוות את המחיר למחירים גבוהים יותר. בפרשה זו, הסתמכה רשות התחרות הלטבית, בין היתר, על השוואה בין המחיר שגבה ארגון זכויות היוצרים הלטבי למחיר שגבו הארגונים המקבילים בשתי מדינות שכנות בלבד: ליטא ואסטוניה. המונופול טען כנגד הרשות שהיה צריך להשוות למדינות כגון בולגריה, רומניה, פולין והונגריה,⁶⁷ בהן לשיטתו גבו הארגונים מחירים דומים, או אף גבוהים יותר. טענה זו לא התקבלה על ידי בית המשפט לצדק, והוא קבע כי השוואה לשתי מדינות שכנות, בהן המחיר היה משמעותית נמוך יותר, היא ראויה.⁶⁸

כך גם עולה מהחלטת הטריבונאל לענייני תחרות בדרום אפריקה בפרשת **Dis-Chem**,⁶⁹ בפסקה 158. בפרשה זו היה מדובר בקביעה כי קמעונאי שמכר מסיכות במחיר מופרז במהלך מגיפת הקורונה הפר את האיסור על מחיר מופרז של בעל מונופולין. הנתבעת טענה להגנתה כי המחיר של המתחרה שלה, Click's, גבוה יותר מהמחיר שהיא גבתה. הטריבונאל פסל טענה זו על הסף, מבלי לבדוק את הסיבה שהמחיר של Click's היה גם הוא גבוה. בפרט, נקבע כי:

“... we have no insight into Clicks' pricing conduct at the time. ... Clicks could, like Dis-Chem, have enjoyed market power vis-à-vis consumers in the market for surgical masks. The fact that it was already more expensive, on a per mask basis than Dis-Chem, tends to suggest that this was indeed the case.”

ראוי להדגיש שבפרשה זו צעדי האכיפה בוצעו על ידי רשות תחרות, שלה סמכויות חקירה ודרישת נתונים והיא יכולה לבדוק את נתוני הקמעונאי האחר ולבחון אם המחיר שגבה מופרז גם הוא. למרות זאת, הטריבונאל לא דרש מהרשות לבצע בדיקה זו. ההשוואה למחיר הגבוה יותר אינה מועילה, עקב החשש שהמחיר הגבוה יותר גם הוא מופרז, וממילא ברור שאין מקום להשוואה כזו גם כאשר מדובר בתובע מייצג בהליך אזרחי.

למעשה, לא נגזים אם נאמר כי כמעט תמיד יוכל בעל מונופולין הגובה מחיר מופרז למצוא איזושהו מחיר, או כמה מחירים, בישראל או בעולם, שהם גבוהים באותה המידה, או אף גבוהים יותר. בהתאם, מתן

⁶⁴ שם, בפס' 29-30.

⁶⁵ שם, בפס' 31. הנציבות טענה, לחלופין, כי לכל היותר רשות התחרות יכולה להימנע מלבדוק את טענת המונופול למחיר אחר יותר גבוה על בסיס טענה, כי על פני הדברים מחיר זה אינו קנה מידה ראוי להשוואה (שם בפס' 32).

⁶⁶ פיזור בבית המשפט לערעורים, לעיל ה"ש 40, בפס' 97, 116-112.

⁶⁷ עניין ארגון זכויות היוצרים הלטבי, לעיל ה"ש 11.

⁶⁸ שם, בפס' 40-41.

⁶⁹ ראו Competition Tribunal of South Africa Case No CR008Apr20, Competition Commission and Dis-Chem Pharmacies Limited. South African Competition Act No 89 s.8(1)(a) (7.7.2020). (להלן: "ההחלטה הדרום אפריקאית

בניין Dis-Chem").

אפשרות להפעלת מבחן ההשוואה על מחירים גבוהים באותה המידה, או גבוהים יותר, למעשה מרוקנת את העילה מתוכן.

3. השוואה למחירי מתחרים

כאמור לעיל, אחת מהדרכים ליישום מבחן השוואה היא השוואה למחירי מתחרים הפועלים באותו השוק. היועץ מצביע בעמדתו על קושי בהשוואה למוצרים מתחרים, אך כפי שנראה להלן, קושי זה איננו פוגם ביעילות של השוואה למוצרי מתחרים. קושי זה בנוי הן מקושי קונספטואלי והן מחשש להערכת חסר של המופרזות. הקושי הקונספטואלי הוא שאם מוצר שחשבנו שהוא מתחרה למוצר של בעל המונופולין גובה מחיר משמעותית נמוך מהמחיר שגבה בעל המונופולין, יש בכך כדי לסתור את ההנחה שלנו כי מדובר במתחרה. בדיני ההגבלים העסקיים, ההגדרה המקובלת של "מתחרה" היא שמדובר בפיירמה המספקת מוצר שהתחליפיות שלו למוצר הנדון בעיני הצרכנים היא מספיק גבוהה. אם קיים פער משמעותי בין המחיר שגובה אותו "מתחרה" למחיר שגבה המונופול, הלה לא ייחשב כ"מתחרה". אלא שבבעיה קונספטואלית זו לא גלום קושי בשימוש במחיר של המוצר השני לצורך מבחן ההשוואה. מטרת מבחן ההשוואה להתחקות אחר המחיר התחרותי, והמחיר התחרותי האולטימטיבי, כאמור לעיל, הוא מחיר מבוסס עלויות. על כן די בכך שהמוצר נשוא ההשוואה יהיה דומה, בהיעדר ראייה לסתור, מבחינת עלויות הייצור שלו לעלויותיו של המונופול. זאת גם אם מסיבה כלשהי הצרכנים אינם רואים בו כתחליף סביר למוצר של המונופול.

כך, למשל, במקרה דנן, לאור הפער המופרז בין המחיר של הנתבעת לבין המחיר של אר סי ופפסי, יתכן שמעמדה של הנתבעת בשוק הרלוונטי אף מובהק יותר מ-90%, והוא מגיע ל-100%, משום שהשוק הרלוונטי כולל רק אותה ואין לה מתחרים. אלא שבכך אין כדי להחליש את חוזקו של מבחן ההשוואה למחירי פפסי ואר סי. השוואה זו יעילה באותה המידה בין אם פפסי ואר סי הם מתחרים ובין אם לאו, כל עוד סביר להניח, בהיעדר ראייה לסתור, כי עלויותיהן דומות לאלה של הנתבעת. אם נתח השוק של הנתבעת הוא 100% ולא 90%, יש בכך דווקא כדי לחזק את החשש שהיא מפעילה כוח שוק משמעותי.

אשר לקושי היישומי בהשוואה למוצרי מתחרים, הוא נובע מהחשש כי המוצרים המתחרים מתומחרים דווקא גבוה מדי, וזאת בדיוק משום שבעל המונופולין גובה מחיר גבוה: המתחרים מרשים לעצמם לגבות מחיר גבוה משום שהם יודעים שלא יאבדו נתח שוק משמעותי לטובת בעל המונופולין, הגובה מחיר גבוה עוד יותר. לאור קושי יישומי זה, קשה לעתים קרובות למצוא קנה מידה טוב להשוואה אצל המוצרים המתחרים. לפיכך, קנה המידה להשוואה, בדמות מחירי המתחרים, עשוי להיות מוטה כלפי מעלה. אולם אם המחיר שגובה המונופול הוא בפער מופרז אף מעל מחיר גבוה זה, קל וחומר שהוא מופרז מעל עלויות המתחרים.

לעיתים קרובות המתחרים של המונופול מספקים את המוצרים שמבחינת עלויות הייצור הם הקרובים ביותר לאלה של המונופול. ככל שמתרחקים לשווקים אחרים מאלה שבהם פועל המונופול, ייתכנו הבדלים נוספים בעלויות בין המונופול לבין המוצרים נשוא ההשוואה. כמובן, יתכן גם שהעלויות של המתחרים בפועל שונות מהעלויות של המונופול. אך במקרים רבים יהיה סביר להניח שהעלויות הן דומות, כאשר המתחרים מייצרים ומספקים מוצר דומה, ללקוחות דומים, עם ערוצי הפצה דומים, דרכי הובלה ושינוע דומות, שוק עבודה דומה, ומערכת מיסוי דומה. גם כאן, כמו במבחן העלות, המונופול יכול להפריך את הראיות שהוצגו על ידי התובע ביחס למחירי המתחרים ולהציג נתוני אמת לגבי עלויותיו. משעמד התובע בנטל הראייה ביחס להשוואת המחירים, עובר הנטל לנתבע להביא ראיות לכך שעל פי מבחן העלות המחיר שגבה אינו מופרז.

אם העלויות הממוצעות של המתחרים שאל המחיר שלהם בוצעה ההשוואה הן דווקא גבוהות מאלה של המונופול הנתבע, ההשוואה אל המתחרים נכונה מקל וחומר. כיון שנתח השוק של המונופול הוא בדרך כלל

גדול, ושל מתחריו בדרך כלל קטן, העלות הממוצעת של המתחרים אכן צפויה להיות גבוהה יחסית. זאת, משום שאת העלויות הקבועות הקשורות באספקת המוצר שלהם המתחרים צריכים לחלק בין מספר קטן יחסית של יחידות, בעוד שאת העלויות הקבועות הרלוונטיות לייצור המוצר של המונופול הוא יכול לחלק בין מספר גדול של יחידות, לאור נתח השוק הגדול שלו.

קיימות דוגמאות לא מעטות בפסיקה להשוואה למחירי מתחרים, או פירמות אחרות המספקות מוצר או שירות דומה. ראשית, גם החלטת בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי בעניין United Brands, הנזכר גם בעמדת היועץ, מציינת במפורש כי על מנת להראות את המופרזות ניתן להשוות למחירי מוצרים מתחרים.⁷⁰ בפרט, פסק הדין מדבר באופן מפורש על:

“whether a price has been imposed which is either unfair in itself or when compared to competing products.”⁷¹

בית המשפט לצדק גם יישם מבחן השוואה זה על המקרה שלפניו, ובדק את ההשוואה שערכה הרשות שם בין המחיר שגבה בעל המונופולין הנתבע לבין מחירי מתחריו. אולם, הפרש המחירים היה רק של 7%-8%, ועל כן לגופו של עניין לא הסכים בית המשפט לצדק לבסס את מופרזות המחיר על מבחן זה.⁷²

גם רשות התחרות האנגלית בעניין Napp,⁷³ באישור הטריבוטל לערעורים בענייני תחרות, התבססה, בין היתר, על השוואה למחירי מתחרים. בפרשה זו רשות התחרות השתמשה במבחנים נוספים על מנת להראות את מופרזות המחיר, אך היא נתנה משקל עצמאי גם להשוואה למחירי המתחרים. בפרט היא קבעה כי פער מחירים של 40% מעל המחיר שגבו המתחרים הוא אינדיקציה למחיר מופרז ולא תחרותי, קביעה שאומצה על ידי הטריבוטל לערעורים בענייני תחרות. כפי שהרשות האנגלית מציינת, בפסקאות 209-210 החלטתה, במכירות לבתי החולים, שבהן Napp כפופה לתחרות של ממש מצד המתחרים, תחרות שבה עליונות המותג שלה, MST, פחות חשובה, Napp לא מצליחה לשמר פער כלשהו מהמתחרים. מאידך, במכירה לבתי מרקחת פרטיים, שם רוכשים צרכנים, שחשוב להם המותג, Napp הצליחה לשמר פער של כ-40% מהמתחרים, ופער זה העיד בפני עצמו על מחיר בלתי הוגן:

“It is notable that in the hospital segment Napp is unable to sustain a premium price since, in effect, MST has lost its brand value. It is only in the community segment where buyers are less price sensitive and where there is an absence of effective price competition ... that Napp can sustain a premium of 40% over competitors. The Director accepts that even with effective price competition Napp may be able to achieve a premium over competitors’ prices, but he **does not accept that the premium would be as high as 40%. More importantly, **Napp has sustained this price premium while maintaining a 96% share of the relevant market.** While firms originating a new pharmaceutical product may retain high prices following**

United Brands Co. v. Commission of the European Communities [1978] E.C.R. 209, ¶ 252⁷⁰ (להלן: “עניין United Brands”).

⁷¹ שם.

⁷² שם, בפס' 266.

⁷³ נאפו פארמאסויטל הולדינגס לטד., Decision No. CA98/2/2001, ¶¶ 207-212 (Director General of Fair Trading Mar. 30, 2001), <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/555de4bf40f0b669c4000169/napp.pdf> (להלן: “עניין Napp”).

patent expiry, it is not a feature of normal competition for the premium priced pioneer product to retain such a large share of sales volume.”

גם בפרשת CD-Pharma רשות התחרות הדנית, באישור ערכאת הערעור, הסתמכה, בקובעה כי המונופול שם גבה מחיר מופרז על תרופה, על השוואה למחיר שגבתה חברה מתחרה שעשתה יבוא מקביל של אותה התרופה.⁷⁴

בנוסף, ההחלטה העדכנית ביותר של בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי, בעניין מונופול זכויות היוצרים הלטבי,⁷⁵ מאשרת שימוש במבחן השוואה למחירים של ארגוני זכויות יוצרים במדינות שכנות. כאן אמנם לא מדובר במתחרים באותו השוק, אך מיושמת התובנה שניתן להסתמך על המחיר של פירמות אחרות שהן מספיק בנות השוואה מבחינת העלויות.

באופן דומה, רשות התחרות הגרמנית, בהחלטתה כי מונופול המים של ברלין גבה מחיר מופרז, השתמשה במבחן השוואה למחירים של תאגידי מים בערים אחרות בגרמניה.⁷⁶

אף מהחלטת בית המשפט העליון בעניין רייס עולה כי מבחן השוואה למוצרים דומים הוא מבחן ראוי, וזאת תוך איזכור פסיקה אירופאית העושה שימוש אך ורק במבחן זה.⁷⁷ נזכיר כי בפרשת רייס מבחן ההשוואה בו השתמש התובע הוא השוואה למחירי מתחרה: העמלות שגבתה חברת אלפא קארד, שנכנסה לשוק על מנת להתחרות עם חברות כרטיסי האשראי הותיקות. בית המשפט ציין במפורש כי אלמלא אלפא קארד קרסה, מבחן השוואה זה כנראה היה מתקבל על ידו. כפי שמציינת השופטת נאור בעניין רייס:⁷⁸

”למעשה, התביעה ... שביקש רייס להגיש הייתה מבוססת על ”שיטת ההשוואה”: אם אלפא קארד יכולה ”לעמוד” בעמלה של 2% כל עמלה גבוהה יותר היא, לפי הטענה, בלתי הוגנת. ואולם, הניסיון להתבסס על העמלה שגבתה אלפא קארד קרס עם קריסתה של חברה זו ... ייתכן שאילו לא 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.”

לבסוף, גם גילוי דעת 1/17 מציין במפורש כי מבחן ההשוואה, שיש לו ערך עצמאי כמבחן, יכול להתבצע לגבי המחיר של פירמות אחרות, פירמות מתחרות, או פירמות המספקות מוצרים דומים. בפרט, בסעיף 6ב. לגילוי הדעת, נאמר כי:

”כך, ניתן יהיה להשתמש לעתים במבחן ההשוואה ולהשוות בין המחיר שגבה בעל המונופולין למחירים שנגבו בעבר עבור אותו מוצר או שירות, או למחירים החשופים ליותר תחרות, כגון המחיר של מוצרים קרובים המיוצרים על ידי בעל המונופולין, מחירי מוצרים מתחרים או המחיר הנגבה בשווקים אחרים בגין מוצר דומה.”⁷⁹

⁷⁴ Konkurrencerådets [The Competition Council's], CD Pharmas prissætning af Syntocinon [CD Pharma ראו Pricing of Oxytocin](Jan. 31, 2018), <https://www.kfst.dk/media/49886/20180131-cd-pharma-afgoerelse.pdf> (Den.).

⁷⁵ עניין ארגון זכויות היוצרים הלטבי, לעיל ה"ש 11.

⁷⁶ Bundeskartellamt Orders Berliner Wasserbetriebe to Cut Drinking Water Prices by a Total of 254 Million Euros for the Period 2012-2015, BUNDESKARTELLAMT [Federal Cartel Office] (June 5, 2012) https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2012/05_06_2012_Wasser-Berlin.html (להלן: "עניין Berliner").

⁷⁷ עניין רייס, לעיל ה"ש 15, בפס' 17.

⁷⁸ שם, בפס' 20-27.

⁷⁹ גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 22, בעמ' 12.

4. די במדד אחד ראוי – במסגרת מבחן השוואה או מבחן עלות -- לביסוס העילה

מאחר שהרובד הכלכלי בבחינת העילה מיועד לזהות את המחיר התחרותי, אין הצדקה לדרישה אפריורית שזיהוי זה יעשה באמצעות יותר ממדד אחד, בין אם מדובר במדד בודד במסגרת מבחן השוואה ובין אם מדובר בביצוע מבחן עלות בלבד. ככל שהמדד הבודד שהוצג מציע ראיות מובהקות מספיק למחיר התחרותי וכתוצאה מכך להפרש בינו לבין המחיר שהמונופול גבה, די בכך כדי לקבוע את הפרש המחירים הזה.

אמנם, יתכנו מקרים שבהם הראיות להפרש המחירים תחת מדד אחד אינן מובהקות דין, ורק שילוב של יותר ממדד אחד יעלה את רמת המובהקות של הראיות באופן שיעמוד במידת ההוכחה לצורך קביעה של הפרש המחירים. במצב כזה, השימוש ביותר ממדד אחד נעשה לא משום שהדבר נדרש כתנאי הכרחי להוכחת העילה, אלא כאמצעי ראיתי לשכנוע במובהקות הראיות שהוצגו. ההבדל בין גישה הזורשת אפריורית שימוש ביותר ממדד אחד לבין גישה המאפשרת זאת לצורך שכנוע בית המשפט בראיות כאשר מדד בודד אינו מהווה בנסיבות הקונקרטיות ראייה מספיק מובהקת הוא הבדל עקרוני. הגישה הראשונה מטילה על התובע נטל להביא ראיות הנוגעות ליותר ממדד אחד, בעוד הגישה השנייה מאפשרת לו להביא ראיות רק ביחס למדד אחד, בין אם הוא במסגרת מבחן השוואה בודד, ובין במסגרת מבחן עלות בודד. זאת, בלבד שיש במדד זה כדי לשכנע את בית המשפט בטענה להפרש המחירים, בהתאם לרף ההוכחה הנדרש באותו שלב של ההליך.

מהפסיקה בארץ ובחו"ל עולה כי אין פגם בהסתמכות על מדד ראוי אחד, של עלות או השוואה, על מנת לבסס את העילה. הדברים נאמרו אף כאשר רשות תחרות היא שביססה את העילה. מקל וחומר, כאשר מדובר בתובע מייצג, המסתמך בדרך כלל אך ורק על מידע פומבי, ולכן לעיתים קרובות יהיו לו נתונים מספיקים רק ביחס למדד אחד, אין מקום לדרישה כי יבסס את המחיר התחרותי על יותר ממדד אחד ראוי. כך, בפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין **רייס**,⁸⁰ לא נקבע כי יידרש מהתובע המייצג להשתמש ביותר ממדד ראוי אחד. נהפוך הוא, מפסק הדין עולה כי די במדד ראוי אחד – או על פי מבחן השוואה או על פי מבחן עלות. כפי שהסברנו לעיל, אלמלא קרסה חברת אלפא קארד, בית המשפט היה כנראה מקבל את מבחן השוואה הבודד שביצע התובע שם, אל המחירים שגבתה אלפא קארד, המתחרה.

כך גם עולה מפסק הדין של בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי בעניין **United Brands** הנזכר. בפרשה זו, בית המשפט האירופאי הציע, כאחת הדרכים, להחיל מבחן עלות, ולהתרשם באמצעותו כי המחיר הוא "בלתי הוגן כשלעצמו", או להראות שהוא "בלתי הוגן תוך השוואה למוצרים מתחרים".⁸¹

“... **either unfair in itself or when compared to competing products**”.

אין הצדקה לפרש את החלטתו של בית המשפט האירופאי בעניין זה כאילו הוא דורש הן מבחן השוואה והן מבחן עלות. גם הוא, כמו בית המשפט בעניין **רייס**, מציע לבחור בין השניים.⁸² מכל מקום בית המשפט בעניין **United Brands** מציין כי קיימות דרכים רבות אחרות לבסס כי מחיר הוא בלתי הוגן. הוא מציין כי⁸³ “... **This excess could, inter alia, be determined**...”⁸⁴. וגם מדגיש כי:⁸⁴

⁸⁰ עניין **רייס**, לעיל ה"ש 15.

⁸¹ עניין **United Brands**, לעיל ה"ש 70, בפס' 252.

⁸² ראו **David Gilo, A Coherent Approach to the Antitrust Prohibition of Excessive Pricing by Dominant Firms, in EXCESSIVE PRICING AND COMPETITION LAW ENFORCEMENT 99, 107-112 (Yannis Katsoulacos & Frédéric Jenny eds. Springer, 2018)** (להלן: "Coherent Approach").

⁸³ עניין **United Brands**, לעיל ה"ש 70, בפס' 251.

⁸⁴ שם, בפס' 253.

“Other ways may be devised — and economic theorists have not failed to think up several — of selecting the rules for determining whether the price of a product is unfair.”

מתוך שלל הדרכים האמורות שפתוחות לתובע, בית המשפט בפרשת United Brands דן במבחן עלות, משום שהוא היה מעוניין, בנסיבות המיוחדות של פרשה ספציפית זו, שרשות התחרות תבצע מבחן עלות. בפרט, בפרשה זו, רשות התחרות הסתמכה רק על מבחן השוואה בין המחיר המאוד נמוך יחסית שגבה המונופול באירלנד לבין המחיר שהוא גבה במדינות אחרות. זאת על מנת לקבוע כי המחיר שגבה במדינות האחרות מופרז. תוך כדי השימוע מול רשות התחרות, המונופול צייד את הרשות באסמכתאות חשבונאיות חסויות עם נתונים פנימיים של המונופול, המצביעות על כך שהמחירים שגבה באירלנד היו הפסדיים.⁸⁵ בית המשפט התרשם, בהתאם, שרשות התחרות היתה צריכה להשתמש בסמכויותיה לבקש את מכלול נתוני העלויות של המונופול ולבדוק את טענותיו כי המחירים באירלנד אינם קנה מידה טוב להשוואה, בגלל שהם הפסדיים.

לרשות תחרות יש, באופן טיפוסי, וכך גם בישראל, הסמכות לדרוש מכל אדם כל מידע או נתון הדרוש לה כדי להקל על ביצוע החוק. לעומת זאת, במצב הרגיל בתובענה ייצוגית לתובע אין גישה לנתוני העלות של המונופול. אם התובע המייצג ביסס מבחן השוואה המצביע בדרגת מובהקות מספקת, בהינתן השלב בו מצויים בהליך, על מופרזות המחיר, המונופול הוא שצריך לחשוף את עלויותיו האמיתיות אם הוא חפץ שהן יילקחו בחשבון על מנת להפריך את מבחן ההשוואה שערך התובע המייצג.

בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי חזר על גישה זו, לפיה יש מגוון דרכים חלופיות להראות את מופרזות המחיר, ובפרט על ידי שימוש במבחן השוואה יחיד, בעניין מונופול זכויות היוצרים הלטבי.⁸⁶ כאן היה מדובר בהחלטה של רשות התחרות הלטבית כי מונופול זכויות היוצרים להשמעה פומבית של שירים גובה מחיר מופרז. זאת על סמך מבחן השוואה בלבד, שנשען בעיקר על השוואה למחירים שגובים מונופולים מקבילים בשתי מדינות שכנות, אסטוניה וליטא.⁸⁷

בית המשפט האירופאי לצדק לא אימץ את המלצת היועץ המשפטי שם, Wahl, ופסל את טענת המונופול הנתבע שם כי היה צריך להשתמש ביותר מדדים. הוא קובע כי ההשוואה לשתי מדינות שכנות הוא ראוי כשלעצמו, וכי מדד השוואה הוא ראוי כל אימת שהוא משווה מחירים שהם ברי השוואה, ומראה על פער משמעותי ועקבי לאורך זמן.⁸⁸ גם המלומדים Kianzad and Minssen מצטרפים לבקורת זו על Wahl ומציינים שאין היא משקפת את ההלכה באירופה.⁸⁹

“Nils Wahl does not fully consider that the unfairness can be construed either ‘in itself’ or ‘in comparison with other competing products’. **To make the case that these should be a cumulative test is a step away from settled case law by CJEU.**”

הנציבות האירופאית הצטרפה לביקורת זו במסמך הטענות של הנציבות בעניין פיזר, באמרה כי בית המשפט לצדק של האיחוד האירופאי, ה-CJEU, בפרשת ארגון זכויות היוצרים הלטבי לא אימץ את ההצעה

⁸⁵ שם, בפס' 261-267.

⁸⁶ עניין ארגון זכויות היוצרים הלטבי, לעיל ה"ש 11, בפס' 37.

⁸⁷ שם, בפס' 12.

⁸⁸ בפרשה זו הרשות בצעה גם השוואה לממוצע המותאם של ארגונים בקבוצה גדולה יותר של מדינות, אך עולה מהחלטת בית המשפט שדי היה גם בהשוואה לשתי המדינות השכנות. ראו גם מסמך הטענות של הנציבות האירופאית בעניין פיזר, לעיל ה"ש 63, בפס' 21.

⁸⁹ ראו Kianzad & Minssen, לעיל ה"ש 19, בעמ' 27.

של היועץ שם לפיה על הרשות להשתמש במספר מדדים, וכי גם החלטה קודמת של בית המשפט לצדק, בעניין Tournier, לא דרשה זאת, ואף פסיקה אחרת לא דרשה זאת:

“[T]he CJEU did not endorse Advocate General Wahl’s suggestion that the referring court should check if alternative methods could theoretically have been used in combination with the method actually used *Tournier* also supports the conclusion that combining different methods is not a legal obligation. ... Pfizer’s contrary suggestion of a “consistent practice” of competition authorities and courts to rely on a broad range of available methods does not reflect the EU case law, and Pfizer does not refer to any such case”.⁹⁰

ההיגיון מאחורי השוואת מחירי ארגון זכויות היוצרים הלטבי בראש ובראשונה לשתי מדינות שכנות היתה מבוססת על שני אדנים. ראשית, שתי המדינות השכנות הן קנה המידה הקרוב ביותר להשוואה, מבחינות רבות שהיו רלוונטיות לשוק הנדון, גיאוגרפיות, תרבותיות, וכו'. שנית, שתי המדינות השכנות גבו מחירים משמעותית נמוכים יותר, באופן שיכול היה לשפוך אור על מופרזות המחיר בלטביה.

קיימות החלטות רבות נוספות שמאשרות הסתמכות על מדד אחד לבדיקת מופרזות המחיר. לצורך ההמחשה, בפרשת *British Leyland Public Ltd. Co. v. Commission* [1986]⁹¹ התבסס בית הדין האירופאי על מבחן השוואה בודד (המחיר שגבה המונופול על רישוי למכוניות שההגה שלהן בצד שמאל אל מול המחיר על מכוניות שההגה שלהן בצד ימין); בפרשת *Bodson v. Pompes Funèbres* [1988]⁹² אישר בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי שניתן להשתמש במדד השוואה בודד המשווה בין המחיר שגובה בעל המונופולין בשוק גיאוגרפי אחד למחיר שהוא גובה בשוק גיאוגרפי אחר, בו הוא חשוף ליותר תחרות; בעניין *Deutsche Post AG* [2001]⁹³ הגיעה הנציבות האירופאית למסקנה כי מונופול הדואר הגרמני גבה מחיר מופרז על בסיס מבחן עלות בלבד; גם בפרשות *Tariffe aeroportuali-ADR* - [2009]⁹⁴ ו- *SEA* [2008]⁹⁵, הקביעה של רשות התחרות האיטלקית כי המחיר מופרז התבססה רק על מבחן עלות; בפרשת *Canarias de Explosivos S.A.* (12.2.2008)⁹⁶ קבעה רשות התחרות הספרדית כי מונופול באספקת חומרי נפץ גבה מחיר מופרז בהתבסס על מבחן השוואה יחיד, למחירים שגבו פירמות אחרות בשווקים שיותר חשופים לתחרות, במשולב עם מבחן עלות;⁹⁷ בהחלטת רשות התחרות הגרמנית בעניין מונופול אספקת מים בברלין (*Berliner Wasserbetriebe (BWB)*) (24.2.2014)⁹⁸ נקבע שהמחיר הוא מופרז אך ורק על סמך השוואה למחיר שגבו תאגידי מים בערים אחרות בגרמניה. בשתי פרשות בדרום

⁹⁰ מסמך הטענות של הנציבות האירופאית בעניין פיזר, לעיל ה"ש 63, בפס' 21, 23.

⁹¹ *Case 226/84, British Leyland Public Limited Company v. Comm'n*, 1986 E.C.R. 3263.

⁹² *Case 30/87, Bodson v. Pompes Funèbres*, 1988 E.C.R. 2479.

⁹³ Commission Decision of 20 March 2001 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/35.141 — *Deutsche Post AG*), 2001 O.J. (L 125) 27 (“עניין *Deutsche Post AG*”).

⁹⁴ *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato [AGCM] [Italian Competition Authority]* Oct. 23, 2009, *Case A376, Provvedimento n° 19020, Aeroporti di Roma-Tariffe Aeroportuali (It.)* (“עניין *ADR*”).

⁹⁵ *AGCM Nov. 26, 2008, Case A377, Provvedimento n° 19189, SEA/Tariffe aeroportuali* (“עניין *SEA*”).

⁹⁶ *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [CNMC] [The National Commission of Markets and*

⁹⁷ *Competition]*, *Case 626/07, Canarias de Explosivos, S.A.* (Feb. 12, 2008) יודגש כי כל דוגמה של מבחן השוואה בודד המשולב עם מבחן עלות מבסס גם הוא את טענתנו. זאת משום שבתובענה ייצוגית, העלות של המונופול היא בדרך כלל רק בידיעתו, והוא שצריך לחשוף את עלויותיו על מנת שיוכל להתבצע מבחן עלות. בהתאם, תובע מייצג יכול לבסס את טענתו, ברמת ההוכחה המספקת, באמצעות מבחן השוואה בודד, והמונופול מצידו, יכול לחשוף את עלויותיו באופן המאפשר לבצע גם מבחן עלות.

⁹⁸ עניין *Berliner*, לעיל ה"ש 76.

אפריקה של גביית מחיר מופרז בגין מסיכות פנים התביעה התבססה אך ורק על מדד השוואה אחד של שינוי במחיר על פני זמן.⁹⁹

גם בית המשפט האנגלי לערעורים שפסק לאחרונה בעניין פיזר קבע כי די במבחן אחד על מנת לבסס את ההפרה.¹⁰⁰ מבחינה זו הפך בית המשפט האנגלי לערעורים את החלטת Competition Appeals Tribunal, CAT בעניין זה. בפרט, בית המשפט האנגלי לערעורים קובע כי ניתן להסתפק במבחן עלות בלבד. בית המשפט לערעורים גם קובע כי יש לאפשר לתובע (במקרה שם, הרשות), לבחור את המתודה שלפיה הוא יראה את ההפרה:¹⁰¹

“[I]t is economically rational that competition authorities should have a margin of appreciation as to the choice of method and evidence that they seek to rely upon.... the choice of benchmark is for the competition authority to choose and can be based upon the costs of the undertaking being investigated or it can be based upon comparables such as the prices charged by the same or different undertakings in the same or different geographical markets or indeed any other benchmark or combinations thereof capable of providing a “*sufficient*” indication that the prices charged are excessive and unfair.”¹⁰²

בכך קיבל בית המשפט האנגלי לערעורים גם את עמדת הנציבות האירופאית, שהצטרפה בפרשה זו לערעור של רשות התחרות האנגלית. אכן, הנציבות טענה כי ה-CAT אינו מפרש נכון את פסיקת בית המשפט האירופאי בעניין United Brands או את החלטתו המאוחרת יותר בעניין ארגון זכויות היוצרים הלטבי. הנציבות מציינת כי ה-CAT מבלבל בין דבריו של היועץ המשפטי של בית המשפט האירופאי, Mr. Wahl, לבין ההלכה הפסוקה. על פי ההלכה האירופאית הפסוקה, די במבחן אחד על מנת להראות הפרה. ניתן להראות כי המחיר הוא בלתי הוגן כשלעצמו, וזאת בהתבסס על מבחן בודד, לרבות מבחן עלות בודד. ניתן גם להראות כי המחיר הוא בלתי הוגן על פי מבחן השוואה בודד, ואין כל צורך לשלב בין מבחנים שונים. בית המשפט האנגלי לערעורים מסכם את עמדת הנציבות האירופאית כך:¹⁰³

“The Commission submitted: ... Advocate General Wahl’s Opinion in Latvian Copyright was treated as a general restatement of the law, relevant to the application of the United Brands test, whereas: (a) it was not, (b) insofar as used to interpret United Brands, was not followed in all respects by the Court. In particular, on a proper understanding of Latvian Copyright, the judgment does not endorse the suggestion made in the Opinion that it would be necessary to combine several different tests of analysis that are mutually corroborated to reach a conclusion on whether a particular price is unfair and therefore abusive. ... In relation to the analysis of the test of unfairness ... Although the CAT ostensibly accepted that United Brands allows unfairness to be established in one of two ways, the effect of the judgment is to require Alternative 2 (unfair compared to competing products) to be applied, even if Alternative 1 (unfair in itself) is satisfied. This is unsupported by United Brands, and if followed

⁹⁹ ראו Competition Tribunal of South Africa Case No CR003Apr20, Competition Commission and Babelgi Workwear (להלן: Competition Commission and Babelgi Workwear), והחלטה הדרום אפריקאית בעניין Dis-Chem לעיל הי"ש 69.

¹⁰⁰ עניין פיזר בבית המשפט לערעורים, לעיל הי"ש 40, בפס' 97.

¹⁰¹ שם, בפס' 107.

¹⁰² שם, בפס' 125.

¹⁰³ שם, בפס' 41-42.

would impose an unjustifiable burden on a competition authority or other party with the burden of establishing an infringement of Article 102(a) TFEU”.

ראש הנציבות האירופאית התבטא בצורה דומה, והוא ביקר את החלטת ה-CAT בפיזור באומרו כי :

“Looking at the very restrictive criteria applied by the CAT and the high barriers to finding an infringement they entail, further discussion will be needed as to whether competition authorities would actually be able to continue ensuring the effective enforcement of competition law in this area if they were to base themselves on a test that appears to go beyond the requirements of current case-law ... we need to have adequate regard to the systemic balance of interests if the legal mandate is to remain effective; under-enforcement is as damaging as over-enforcement.”¹⁰⁴

רשות התחרות האנגלית, בערעור שלה על החלטת ה-CAT בעניין פיזור, הדגישה בהקשר זה שעל בתי המשפט להנמק מקביעת כללים ההופכים את המשימה הקשה ממילא של תקיפת מחירים מופרזים של מונופולים למשימה בלתי אפשרית, ואת האיסור הקבוע בחוק לאות מתה :

“Courts should avoid articulating rules which made this inherently difficult task unworkable or excessively difficult”.¹⁰⁵

4.2. הרובד המשפטי בבחינת העילה : האם הפער בין המחיר שנגבה למחיר התחרותי הוא מופרז?

בהנחה שהוכח הפער בין המחיר שגבה המונופול לבין המחיר התחרותי, על בית המשפט למצוא שפער זה הוא מופרז. בניגוד לקביעת גודל הפער בין המחירים, המבוסס על ניתוח כלכלי, הקביעה שהפער הזה הוא מופרז הינה קביעה משפטית המבוססת על ניתוח נורמטיבי. היסוד הקבוע בסעיף 29א(ב)(1) לחוק – מחיר בלתי הוגן -- מיועד להגביל את עילת התביעה למצבים שבהם פער המחירים גבוה מספיק, וזאת עקב החשש מהעלויות הנובעות מתביעות שיוגשו, ולעתים אף יוכרעו בטעות לטובת התובע, למרות שהמונופול גבה מחיר שאינו גבוה מהמחיר התחרותי. לפיכך, השאלה מהו פער מופרז צריכה להיות מוכרעת על יסוד מציאת איזון ראוי בין התועלת מאכיפת האיסור על מחיר מופרז, ובין העלויות הנובעות מאכיפה מוטעת של איסור זה. איזון זה יסודו במדיניות משפטית, והוא מצטרף לאיזונים הקיימים בדין הדיוני, עליהם נרחיב להלן.

נדגיש גם כאן – הרובד המשפטי בעילת המחיר המופרז מקביל לרובד המשפטי של העילות בדוגמאות שנסקרו לעיל, של מיזם משותף, הסדר בלעדיות, והדרת מתחרה. לפיכך, זהו רובד שאינו זר לדיוני ההגבלים העסקיים. בחינת הרובד הזה של העילה אינה דורשת ניתוח כלכלי או הבאת ראיות נוספות. כשם שבדוגמת המיזם המשותף והסדר הבלעדיות לעיל היה צריך להעריך, במסגרת הרובד המשפטי, אם הפגיעה בתחרות שנמצאה ברובד הכלכלי היא “משמעותית” (לאחר לקיחה בחשבון של גודל הפגיעה, הצורך לעודד השקעות שמועילות לצרכן, וכו’), כך יש לבדוק, במקרה של תביעה בעילת מחיר מופרז של בעל מונופולין, אם הפער בין המחיר שנגבה והמחיר התחרותי שנמצא ברובד הכלכלי, הוא מופרז.

ניקח, למשל, את המיזם המשותף בדוגמא ההיפותטית האמורה. כזכור, בדוגמא זו, היו קיימות שתי חברות המספקות את המותג המוביל קוקה קולה. הן עשו מיזם משותף שבו איחדו את הייצור והשיווק של המוצר. התובע המייצג הביא חוות דעת כלכלית, המראה כי כתוצאה מהמיזם, המחיר של מותג הקוקה קולה עלה

¹⁰⁴ Johannes Laitenberger, *Competition Assessments and Abuse of Dominance: Remarks on the Two Themes of the EUI Competition Workshop* at the Florence EUI Competition Workshop (June 22, 2018), https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2018_11_en.pdf
¹⁰⁵ עניין פיזור בבית המשפט לערעורים, לעיל ה”ש 40, בפס” 104.

ב-47% לעומת המחיר של המתחרים אר סי ופפסי. חברות הקוקה קולה הנתבעות יוכלו להראות כי המחיר התחרותי גבוה יותר, לאור נתוני אמת אודות עלויותיהן. הן יוכלו גם לטעון כי המיזם חיוני לעידוד השקעות מועילות. כאן הסתיים הניתוח ברובד הכלכלי. עתה, במסגרת הניתוח ברובד המשפטי, על בית המשפט הדין בתובענה הייצוגית להעריך הערכת מדיניות משפטית אם פער מחירים של 47% ביחס למחיר התחרותי מהווה פגיעה משמעותית. זאת משום שעל פי הדין החל על המיזם המשותף, הוא יהא אסור רק אם הוא מעלה חשש לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק, ולא די בכל פגיעה שהיא. בית המשפט יכריע אם הפגיעה (שגודלה הוכח ברובד הכלכלי של הניתוח) היא משמעותית או לא על פי שיקולי מדיניות לגבי המידה שבה הוא מוכן לאפשר פגיעה כזו כדי למנוע השפעות שליליות של תביעות שאינן מוצדקות ואושרו בטעות.

גם במשפט המשווה, במקרים כגון המיזם המשותף או הסדר הבלעדיות שנידונו בדוגמא, הפגיעה המסתברת בתחרות לצורך ביסוס ההפרה צריכה להיות משמעותית ("substantial"). גם במקרה זה קיים שלב בניתוח ההפרה שבו על בית המשפט להפעיל שיקול דעת ולהעריך, כשיקול מדיניות, האם הפגיעה שהוכחה בפניו היא "משמעותית". ה-"משמעותיות" של הפגיעה (במיזמים משותפים או הסדרי בלעדיות למשל), כמו גם ה-"מופרזות" של המחיר (במקרה של האיסור על מחיר מופרז של בעל מונופולין) הם שאלה משפטיות טהורה, כאמור, של מידת הסובלנות של הגורם המחליט לפגיעות שחוק התחרות נועד למנוע אל מול הרצון להקטין את העלויות הנובעות מהכרעות מוטעות כנגד הנתבע.

באופן דומה, ברובד המשפטי של הניתוח של עילת המחיר המופרז, בית המשפט יישם שיקולי מדיניות משפטית. את גובהו של ה-"מחיר התחרותי" ביסס התובע באמצעות ניתוח כלכלי, והתובע גם הצביע על גובהו של המחיר שגבה המונופול הנתבע. במסגרת הניתוח המשפטי, בית המשפט יקבע אם לפי דעתו הפער בין המחיר שגבה המונופול לבין המחיר התחרותי שנמצא ברובד הכלכלי הוא מופרז. שאלה זו תלויה בהערכתו של בית המשפט ביחס לכשלי הנטל העודף והעברת הערך שעלולים להיגרם לצרכנים, אל מול החשש מתביעות שבהן המחיר שנגבה על ידי המונופול היה המחיר התחרותי ובכל זאת הוגשה תביעה.¹⁰⁶

באמור בפסקאות אלה יש גם תשובה לטענת היועץ לפיה הכרעות משפטיות בשאלה מהו מחיר מופרז יובילו לשרירותיות. אין זה כך. מדובר, כאמור, בהכרעה ערכית לגבי מידת הסובלנות של בית המשפט לפגיעה בצרכן, אל מול הרצון להקטין את העלויות הנובעות מהכרעות מוטעות כנגד המונופול. אם נאמר כי הכרעה לגבי המופרזות, על סמך מדיניות משפטית, גוררת שרירותיות, כשיטת היועץ, הרי כך הדבר גם בכל ההפרות האחרות של חוק התחרות הדורשות כי פגיעה תהא "משמעותית".

א. קביעת אחוז סף לצורך ההכרעה שהמחיר מופרז

על מנת להגביר את הוודאות של הכלל, במסגרת האיזונים הנדרשים בין הרתעת חסר להרתעת יתר, אותם אנו מסבירים בהמשך, יש לדעתנו לקבוע פער מינימלי מעל המחיר התחרותי אשר ייחשב לכאורה מופרז.¹⁰⁷ השאלה מה יהא גובהו של פער מינימלי ואחיד זה נגזרת מנקודת האיזון שבית המשפט מבקש לקבוע. ככל שהפער המינימלי הנדרש הוא גבוה יותר, כך פוחת החשש מהרתעת יתר של מונופולים שלא גבו מחיר מופרז, וגדל החשש מהרתעת חסר של מונופולים שגבו מחיר כזה. אנו מסבירים על האיזון הרצוי בין הרתעת יתר להרתעת חסר בפרק הבא. בכל אופן, קביעת פער מינימלי אחיד מאפשר למונופולים יותר כלים לכלכל את התנהגות המחירים שלהם מראש, משום שהם ידעו, לפחות ברמה הלכאורית, מה מצופה מהם, ואילו התובעים יקבלו כלים על מנת שיוכלו לשקול אילו תביעות ראוי להגיש.

¹⁰⁶ האמור בטקסט מהווה תשובה למאמר - *The Case for Limiting Private Litigation of Excessive Pricing*, לעיל ה"ש 6, החושש (בעמ' 301) מפני הקושי של בית משפט בתביעה פרטית לקבוע את הגבול בין מחיר שהוא מופרז למחיר שהוא לא מופרז. אותו קושי עצמו קיים בכל הפרה בהגבלים עסקיים הנשענת על פגיעה משמעותית בתחרות: גם בעילות אחרות אלה בית המשפט בתביעה פרטית צריך למצוא את הגבול בין פגיעה משמעותית בתחרות לפגיעה שאינה משמעותית.
¹⁰⁷ ראו *Coherent approach*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 99, 118-120.

הנסיבות המיוחדות של שוק ספציפי ומונופול ספציפי, ישפיעו בצורה משמעותית על הניתוח במסגרת הרובד הכלכלי. המחיר התחרותי, מטבע הדברים, יהיה שונה מענף לענף, על פי נסיבותיו, ויהיה שונה ממונופול למונופול, על פי נסיבותיו ועלויותיו הוא. זאת ועוד, במסגרת הניתוח הכלכלי ברובד זה יידונו סוגיות הספציפיות לענף הקונקרטי ולמונופול הקונקרטי. בפרט, המונופול יוכל להראות כי קיימות השקעות במוצר הנדון שאלמלא המחיר שגבה המונופול לא היו מושקעות, לאור נסיבותיו הספציפיות של אותו השוק ואותו המונופול. מכאן, שנסיבות אלה אינן צריכות להישקל מחדש בקביעת הפער המינימלי. זאת ועוד, כפי שנראה בפרק 4.2, הפער יכול לשחק תפקיד, במקרה נתון, על מנת לחזק את מובהקות הראיות כאשר המידע שמציג התובע ביחס למחיר התחרותי הוא מובהק פחות.

בהתאם, ראוי, לדעתנו, כי בית המשפט העליון יקבע פער מינימאלי מעל המחיר התחרותי, המהווה אינדיקציה לכאורית למופרזות המחיר.¹⁰⁸ כיון שמדובר בפער מינימאלי, אסור שיהא גבוה, על מנת למזער את החשש שתביעות ראיות יסוכלו ועל מנת שלא יפגע הכוח ההרתעתי של האיסור. גובה הפער המינימאלי שאנו ממליצים לאמץ הוא של 20% מהמחיר התחרותי.¹⁰⁹ הסיבה לפער מינימאלי מומלץ של 20% מהמחיר התחרותי כפער המעיד לכאורה על מופרזות המחיר נובעת מניסיונו של גילה כממונה. היא מתיישבת גם עם פרשת Sasol הדרום אפריקאית, בה נקבע כי אין הצדקה להתערב כאשר הפער הוא פחות מ-20% מעל העלויות.¹¹⁰ פער זה נזכר גם בספרות האקדמית בהקשרים דומים. כך, המלומד Edlin מציע כי המחיר של מונופול יוקפא אם נכנס לשוק שלו מתחרה שחזק את המחיר ביותר מ-20%. נורמה זו נועדה לדרבן את המונופול להוריד את המחיר שהוא גובה מלכתחילה.¹¹¹

דיני ההגבלים העסקיים בישראל ובעולם משתמשים לעתים קרובות בספים אחידים החלים על כל השווקים. כך, למשל, כאשר מגדירים בתחום ההגבלים העסקיים את השוק הרלוונטי – הזירה בה הפירמות מתחרות על הצרכנים – הנחיות רשות התחרות בארץ ובעולם נוהגות לשאול האם מונופול היפותטי, ששולט על קבוצת המוצרים הנידונה, מסוגל להעלות מחירים, בצורה רווחית, ב-5% עד 10%.¹¹² הווה אומר, רשויות תחרות בישראל ובעולם מגלות מידת סובלנות נמוכה יחסית לכוח שוק, מהבחינה שאם לפירמה הכוח

¹⁰⁸ בהקשר זה ברצוננו לציין כי אנו מתנגדים לטענה העולה מגילוי דעת 1/17 לפיה ראוי לתקוף רק מקרים בהם פער המחירים "דוקר את העין". עמדת היועץ, לעיל ה"ש 2, בפס' 15; גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 22, סי' 2. גישה מצרה זו אינה משקפת את הפרשנות הנכונה של החוק. נהפוך הוא. סטנדרט ההתערבות כנגד מונופול שמנצל לרעה את מעמדו הוא מחמיר יותר (ובודאי שאינו מקל יותר) מאשר סטנדרט ההתערבות כנגד הפרות אחרות של החוק. בפרט, סעיף 29א(א) לחוק, הן בניצול לרעה של מונופול, דורש כי ההתנהגות תהא "עלולה לפגוע בציבור". מנגד, בהקשר של מיזוגים, מיזמים משותפים ורוב הסדרי ספק-לקוח נדרש כי הפגיעה בתחרות תהא משמעותית, או כי החשש לפגיעה יהא סביר. מיזוג צריך להעלות חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות בענף, או לפגיעה בציבור הצרכנים מן הבחינות הרשומות בסעיף 21 לחוק. מיזם משותף בין מתחרים שאינו קשור לשיווק, או שהצדדים איחדו בו את פעילות הייצור והשיווק שלהם, או הסדר ספק-לקוח שאינו מכתוב מחיר מינימום, יהיה אסור רק אם קיים חשש לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק. אם כן, השוואה זו דווקא מובילים למסקנה הפוכה מזו של הממונה בגילוי הדעת האמור.

¹⁰⁹ בגילוי דעת 1/14, שפורסם בתקופת כהונתו של גילה כממונה על ההגבלים העסקיים, נקבע נמל מבטחים של 20% מעל העלות הכוללת הרלוונטית, שאם בעל המונופולין גבה מתחתיו הרשות לא תנקוט נגדו בצעדי אכיפה. נמל המבטחים קבע, כי אם הפער בין המחיר שגבה המונופול לבין המחיר התחרותי הוא יותר קטן מ-20% מהמחיר התחרותי, ההגנה חלה. גילוי דעת 1/14, להלן ה"ש 18, בעמ' 16-17; רשות ההגבלים העסקיים דו"ח רשות ההגבלים העסקיים לשנת 2014 31 (2014) www.gov.il/BlobFolder/reports/freedominformationact2014/he/hoveret_rashut%20hegbelim_2014_web.pdf ("הגנה זו תעמוד למונופול, כאשר הפער בין מחיר המוצר לעלות ייצורו, שמחושבת על-פי הנחיות בגילוי הדעת, אינו עולה על 20% מעלות הייצור").

¹¹⁰ *Sasol Chemical Industries Limited v. Competition Commission* 2015 (5) SA 471 (CAC) at para. 175 (S. Afr.).
¹¹¹ מעניין לציין כי פסק הדין מאזכר לעניין זה את המשפט העברי, הקובע כי פער של יותר משישית (כ-16%) ייחשב לכאורה כמופרז.
¹¹² ראו Edlin ואחרים הראו כי הצעתו, שלמעשה אנלוגית לפיקוח בדיעבד על מחיר מופרז, אכן גורמת, כאשר הפירמות המעורבות הן מנוסות בשוק, להורדת מחירים ושיפור משמעותי של רווחת הצרכן. ראו: Aaron S. Edlin, Catherine Roux, Armin Schmutzler, & Christian Thöni *Hunting Unicorns? Experimental Evidence on Predatory Pricing Policies*, (Univ. Zurich, Dep't Econ., Working Paper No. 258, July 2017).

¹¹² ראו גילוי דעת 1/11, לעיל ה"ש 29, בפס' 1; ההנחיות האירופאיות להגדרת שווקים, לעיל ה"ש 54, בפס' 17; הנחיות המיזוגים האופקיים של רשויות ההגבלים העסקיים האמריקאיות, לעיל ה"ש 54, בפס' 4.1.2.

להעלות את מחיר המוצר שלה ב-5% עד 10% ביחס למוצרים אחרים, מוצרים אחרים אלה אינם נחשבים מתחרים. מידת הסובלנות שאנו מציעים לגבי מופרזות לכאורה של המחיר היא גדולה פי 2 עד 4 מאותם 5% עד 10%, ומגיעה ל-20%. גם בפטורי הסוג שהוציאו הממונים על התחרות לאורך השנים, קיימים סטנדרטים אחידים היפים לכלל השווקים. כך, בפטורי הסוג להסדרי בלעדיות, נתח שוק של מתחת ל-30% יכול להקנות נמל מבטחים.¹¹³ מיזוג, בחוק התחרות, מוגדר, בסעיף 1 לחוק, בין היתר, כרכישת מעל 25% מהרווחים של חברה, גם אם הרכישה לא מערבת כל אמצעי שליטה בחברה.

גם בסוגייה הקשורה של העלאת מחיר על ידי פירמות שקיבלו כוח שוק הודות לאסון טבע או משבר, מדינות רבות בארה"ב נוקטות בכלל לפיו הפירמה תיראה לכאורה כמפרה את החוק האוסר על העלאת מחיר למחירים מופרזים בהקשר זה (price gouging), כאשר הפירמה העלתה את המחיר ב-10% מעל המחיר התחרותי.¹¹⁴

לפיכך, במסגרת הרובד המשפטי, ראוי לקבוע כי מחיר שהפרש בינו לבין המחיר התחרותי (על פי מבחן עלות), או המחיר היותר תחרותי (על פי מבחן השוואה) שנמצא ברובד הכלכלי גדול מ-20% מהמחיר התחרותי הוא מופרז לכאורה. כאשר המבחן שבוצע הוא מבחן השוואה, והשוואה הייתה של הרווחיות של המונופול לעומת רווחיות בת השוואה, ניתן להפעיל סטנדרט דומה, של 20% מהרווחיות הנמוכה יותר, בשינויים המחויבים.

בפרשת דויטשה פוסט,¹¹⁵ נקבע על ידי הנציבות האירופאית, כי בעל מונופולין שגבה 25% מעל העלויות המדווחות על ידו הוא מופרז. בהחלטת רשות התחרות הגרמנית בעניין מונופול אספקת מים בברלין, Berliner Wasserbetriebe (BWB),¹¹⁶ נקבע כי פער של 25% ביחס למחיר שגבו תאגידי מים בערים אחרות בגרמניה הוא מופרז. בפרשת Napp האנגלית, כאמור לעיל, אחד ממבחני השוואה היה למחירי המתחרים, והפער היה של 40%. למרות שהיו שם גם מדדים אחרים, שהראו על מופרזות עוד יותר קיצונית, עולה מהחלטה כי היא רואה גם בפער זה כפער מופרז.¹¹⁷ בתביעה של רשות התחרות הדרום אפריקאית כנגד ספק של מסיכות בדרום אפריקה נקבע על ידי הטריבונל לענייני תחרות כי העלאת מחירים של 47% עד 261% במשך חודש אחד הוא מופרז.¹¹⁸ בתביעה אחרת בדרום אפריקה כנגד ספק של מסיכות, עבור חלק מסוגי המסיכות העלאת המחירים היתה בשיעור של 43% ו-25% בלבד.¹¹⁹ בפרשת שדות התעופה באיטליה, קבעה רשות התחרות האיטלקית כי פער של כ-50% מעל העלויות הוא מופרז.¹²⁰

בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי בפרשת תאגיד זכויות היוצרים הלטבי, שנזכרה לעיל,¹²¹ אישר כי פערים של בין 50% ל-100%, במבחן השוואה שבוצע לתאגידי מקבילים בשתי מדינות שכנות, מהווים לכאורה פערים מופרזים. זאת כפוף להעברת הנטל אל בעל המונופולין להצדיק את הפער. בית המשפט קבע שם כי לשיטתו לא קיים סטנדרט מובנה העונה על השאלה מהו פער מופרז.¹²²

¹¹³ ראו ס' 53) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית) (הוראת שעה), התשס"א-2001; ס' 23) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית) (הוראת שעה), התשס"א-2001.

¹¹⁴ ראו *Price Gouging Laws by State*, FINDLAW (updated Mar. 24, 2020), <https://consumer.findlaw.com/consumer-transactions/price-gouging-laws-by-state.html>

¹¹⁵ עניין Deutsche Post, לעיל ה"ש 93.

¹¹⁶ עניין Berliner Wasserbetriebe, לעיל ה"ש 76.

¹¹⁷ עניין Napp, לעיל ה"ש 73.

¹¹⁸ Competition Commission and Bablegi Workwear, לעיל ה"ש 99.

¹¹⁹ ההחלטה הדרום אפריקאית בעניין Dis-Chem, לעיל ה"ש 69.

¹²⁰ עניין ADR, לעיל ה"ש 94.

¹²¹ עניין ארגון זכויות היוצרים הלטבי, לעיל ה"ש 11.

¹²² שם, בפס' 55.

יש לציין כי מהחלטת בית המשפט לצדק של האיחוד האירופאי בעניין United Brands לא ניתן לחלץ מהו הפער שבית המשפט היה מחשיב כמופרז ובלתי הוגן. בפרשה זו הנציבות האירופאית ניסתה לבסס טענה כי המחיר של המונופול הוא מופרז לאור מבחן השוואה בין המחיר שגבה באירלנד לבין המחיר שגבה במדינות אחרות. הפער על פי מבחן זה היה של 100%. אלא שבפרשה זו הצליח המונופול לקעקע את מבחן השוואה האמור באמצעות נתוני אמת שחשף, לפיהם לכאורה המחיר שגבה באירלנד היה הפסדי. בעקבות זאת, סבר בית המשפט כי היה על רשות התחרות, שהיא בעלת סמכות בלתי מוגבלת לדרוש את כל הנתונים הפנימיים של המונופול הנחוצים לה, לבדוק לעומק את עלויות המונופול, והרשות לא עשתה זאת.¹²³ בכך אין כדי להצביע על כך שנדרש פער של יותר מ-100%, אלא רק על העובדה שמבחן השוואה שהנציבות ניסתה להתבסס עליו קועקע בנסיבות העניין על ידי הנתבעת.

יודגש כי על מופרזות המחיר במסגרת הרובד המשפטי להיות מוערכת בשנים שבהן המחיר הוא אכן לכאורה מופרז. מונופול לא יוכל לטעון כי היו שנים שבהן המחיר היה נמוך יותר, ועל כן בממוצע על פני כל השנים המחיר אינו עובר את הרף המינימלי הנדרש ולכן אינו מופרז. המחוקק חפץ למנוע את הפגיעה בצרכן בכל עת. כשם שאדם שהעלים מס במשך תקופה מסוימת אינו יכול לטעון להגנתו שהיו שנים רבות שבהן לא העלים מס, כך גם המונופול לא יוכל לטעון להגנתו שבחלק מהזמן גבה מחיר שאינו מופרז. על כן, בעוד שמשך ההפרה הוא פרמטר שניתן יהיה לקחת בחשבון במסגרת הנטל הראייתי הנדרש (כמפורט בפרק הבא), התקופה שתיבחן תהיה התקופה שבה המחיר היה מופרז, גם אם זו אינה רציפה.

ב. אין צורך בשני מושגי שסתום שונים של "מופרזות" ו"הגינות" המופעלים באופן מצטבר

היועץ הציע בעמדתו כי בנוסף להפעלת שיקול דעת לבדיקה אם המחיר הוא "מופרז", יש להפעיל שיקול דעת נפרד לגבי השאלה אם הוא גם "הוגן". כאמור, אנו סבורים שהקביעה האם המחיר הוא מופרז מתבצעת ברובד המשפטי, ועל בית המשפט לשיקול שיקולי מדיניות משפטית ולהגיע לאיזון המבוקש בין הרתעת חסר והרתעת יתר. לצורך זה אין שום תועלת בהלבשת שני מושגי שסתום, של "מופרזות" ושל "אי הגינות", זה על גבי זה. הדבר גורע מהוודאות ומוסיף עמימות בלתי רצויה לכלל.¹²⁴

אלה הטוענים כי המחיר צריך להיות גם "מופרז" וגם "בלתי הוגן" נאחזים בדרך כלל בשתי פסקאות מפרשת United Brands האירופאית הנזכרת, המנוסחות בצורה מעט לא ברורה, שאין הצדקה לפרשן דווקא בצורה שמפרש אותן היועץ.¹²⁵ אלא שתהא פרשנות פסק דין זו זה אשר תהא, "מופרז" ו-"בלתי הוגן" הם כאמור שני מושגי שסתום שישומום דורש יישום מדיניות משפטית. אין טעם, או הצדקה, להלבשת שני מושגי שסתום אלה אחד על גבי השני והכנסת עוד גורם של אי וודאות ליישום העילה.

גם בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי בפרשת ארגון זכויות היוצרים הלטבי הלך באותה הדרך שאנו דוגלים בה: מציאת המחיר התחרותי (שם, על פי השוואה למחיר שגבו ארגונים דומים במדינות שכנות) והערכה אם הפער בין המחיר התחרותי לבין המחיר שגבה המונופול הוא לכאורה מופרז. לא בוצעה הלבשה, כפי שממליץ היועץ, של מושג שסתום אחד, של הוגנות, על גבי מושג שסתום אחר של מופרזות. משנמצא כי הפער בין המחיר שנגבה לבין המחיר נשוא מבחן השוואה היה לכאורה מופרז, הנטל עבר אל המונופול

¹²³ עניין United Brands, לעיל ה"ש 70, בפסי' 261-267.

¹²⁴ ראו עניין נאור השני, לעיל ה"ש 21, בפסי' 36 לפסק דינה של השופטת שטמר: "לפחות במקרה שהוא בר השוואה לא ברור מה תועלתו של המבחן הדו שלבי, כאשר ניתן לבחון את השאלה לגופה: מחירו של אותו מוצר או שירות בשוק אחר; השוואת מחירו של מוצר או שירות אל מול מוצר או שירות אחר, דומה בתכונותיו, באותו שוק; מחירים של מוצרים דומים אצל אותו יצרן; וכדומה, מבחינים שתשובה עליהם תביא ישירות למענה על השאלה המרכזית: אם בעל המונופול גבה מחיר גבוה ממחירו של המוצר בתנאי תחרות."

¹²⁵ עניין United Brands, לעיל ה"ש 70, בפסי' 251-252.

להראות שעלויותיו מצדיקות את הפער בין המחיר שגבה לבין המחיר נשוא מבחן ההשוואה. על פער המחירים נשוא מבחן ההשוואה שבוצע אמר בית המשפט כי:¹²⁶

“... Such a difference is indicative of abuse of a dominant position and it is for the copyright management organisation holding a dominant position to show that its prices are fair by reference to objective factors that have an impact on management expenses or the remuneration of rightholders”

עוגן נוסף שהיועץ עשוי לכאורה להשתמש בו על מנת לנמק מדוע הוא מנסה להלביש שני מושגי סתום זה על גבי זה הוא כביכול לשון סעיף 29א(ב)(1), המדברת על “מחיר בלתי הוגן” להבדיל מ-“מחיר מופרז”. אולם, הסיבה שהמחוקק נקט בלשון “בלתי הוגן” במקום “מופרז” היא שהוא כיוון הן למחיר נמוך מדי (מחיר טורפני) והן למחיר גבוה מדי (מחיר מופרז). אין הצדקה תכליתית לייבא את תוך המושג “הוגן” תכנים נוספים למעט מופרזות המחיר ביחס למחיר התחרותי – מופרזות שהחוק כולו, כפי שהראינו בפרק 2, מבקש למנוע בשלל דרכים. כך, למשל, איש מעולם לא חשב לייבא אל תוך המושג של מחיר טורפני – שגם הוא “בלתי הוגן” משום שהוא נמוך מדי, דבר זולת רמתו של המחיר (למשל האם המחיר נמוך מעלויותיו של המונופול עצמו).

יש לזכור גם כי ה-“הגינות” הנזכרת בסעיף 29א(ב)(1) היא הגינות כלפי הצרכנים, לא הגינות כלפי המונופול. כפי שהדגשנו לעיל,¹²⁷ חוק התחרות כולו חותר להעברת ערך מקסימלי לצרכן, ואינו שם משקל על רווחת הפירמות, שהן מושא ההוראות בחוק. אידיאלית, מבחינת החוק, כל הערך הנובע ממוצר מסוים צריך לעבור לצרכנים. זאת כל עוד יש לספקים די תמריצים לספק את המוצר ולבצע את כלל השקעותיהם בו. כיון שהמופרזות נבדקת ביחס למחיר התחרותי, והמחיר התחרותי כולל את כל הדרוש למונופול על מנת לכסות את כלל עלויותיו והשקעותיו, בהגדרה הכלל ערוך כדי לשמר את כל התמריצים האמורים של המונופול. כך גם באנלוגיות שבצענו בפרק 2 לעיל לקרטל, מיזוג, מיזם משותף, הסדר בלעדיות, והדרת מתחרה. לדוגמא, מיזם משותף בין חברת קוקה קולה א' לחברת קוקה קולה ב', שמעלה את המחיר של קוקה קולה ב-47% מעל המחיר של אר סי ופפסי, לא יוכל לטעון להגנתו שזהו המחיר ההוגן, משום שגם לחברות הקוקה קולה “מגיעה” חלק מהתועלת העודפת של מותג הקוקה קולה על פני המותגים הנחותים יותר. על פי החוק, הצרכן ראוי לתחרות, עזה ככל שתתרחש, בין חברת קוקה קולה א' לחברת קוקה קולה ב', שתכרסם ברווחיהן. כפי שהבהרנו לעיל,¹²⁸ דיני ההגבלים העסקיים אינם שמים גבול למידת התחרות, וחותרים לכמה שיותר תחרות, כפוף לצורך לשמר יעילויות פרו-צרכניות מובהקות.

מעמדת היועץ עולה שהאופן שבו הוא מציע ליישם את הדרישה הנוספת הבודקת את ה-“הגינות” בנוסף לבדיקת ה-“מופרזות” היא באמצעות רשימה של סוגי מוצרים או סוגי שווקים שבהם היועץ מבקש שלא ליישם את העילה של האיסור על מחיר מופרז. אולם, כפי שאנו מראים בפרק 4.3 להלן, הצעת היועץ לפטור תעשיות שלמות מהאיסור איננה מעוגנת בחוק וגם אינה הדרך הראויה להתמודד עם החשש מטעויות שיפוטיות.

¹²⁶ עניין ארגון זכויות היוצרים הלטבי, לעיל הי"ש 11, בפס' 61.

¹²⁷ הי"ש 29 והטקסט הנלווה אליה.

¹²⁸ הי"ש 44 והטקסט הנלווה אליה.

יש להדגיש כי אפילו היועץ, שלעמדתו כאמור אנו מתנגדים, איננו טוען כי אחד הפרמטרים שיש לבחון בעת שבוחנים אם המחיר הוא לשיטתו "הוגן" הוא מוכנות הצרכן לשלם. לקיחה בחשבון של מוכנות הצרכן לשלם עלולה לרוקן מתוכן את האיסור על מחיר מופרז, שהרי כמעט אף מונופול לא ירצה לגבות יותר ממה שהצרכן מוכן לשלם.¹²⁹ התועלת שמפיק הלקוח מהמוצר אינה רלוונטית לגבי השאלה אם המחיר מופרז. האיסור על מחיר מופרז נגזר לא מהמוכנות של הצרכן לשלם, אלא מהפער מהמחיר התחרותי, אשר נקבע על ידי צד ההיצע ולא על ידי צד הביקוש. כאמור בפרק 3.1. א לעיל, המחיר התחרותי האולטימטיבי הוא העלות, וניתן ללמוד עליו גם מקל וחומר, באמצעות מבחן ההשוואה.

גם הנציבות האירופאית, האחראית כאמור על אכיפת דיני ההגבלים העסקיים באיחוד האירופאי, הדגישה סוגיה זו במסגרת ההצטרפות שלה לערעור על החלטת ה-CAT בעניין **פיזר**. היא ביקרה את החלטת ה-CAT בפרשת פיזר על כך שלקחה בחשבון את מוכנות הצרכן לשלם כחלק מהשאלה אם המחיר מופרז.

בפרט, הנציבות האירופאית ציינה כי המסמך היחיד שלה שעולה ממנו הסתמכות כלשהי על מוכנות הצרכן לשלם הוא המסמך שהוציאה בעניין **Scandlines**¹³⁰ וכי לא מדובר כלל בהחלטה סופית של הנציבות כי אם בדחייה של מכתב תלונה גרידא. הנציבות הדגישה כי גישה מעין זו, של לקיחה בחשבון של מוכנות הצרכן לשלם, לא אומצה על ידי הפסיקה של האיחוד האירופאי. על מסמך זה בעניין **Scandlines** כתבה הנציבות:

"The Decision is not a final decision ... it is only a rejection of a complaint and makes no definitive findings. Furthermore, it is the only example of demand side factors having been considered in the Commission's practice and no judgment of the GCEU or CJEU has endorsed doing this.¹³¹

הנציבות חזרה על עמדתה, לפיה לקיחה בחשבון של מוכנות הצרכן לשלם מביאה לאבסורד, שבו אף מחיר לעולם לא ייחשב כמופרז, גם במסמך שמסרה לשולחן העגול של ארגון ה-OECD ב-2011:

"This is the explanation given of that decision in a Commission paper to the OECD in 2011, which emphasised that a definition of economic value based on what customers are willing to pay would thereby preclude any finding of abuse by excessive pricing."¹³²

בית המשפט האנגלי לערעורים בעניין **פיזר** קיבל טענה זו של הנציבות האירופאית והכריע כי יש להשוות את המחיר שגבה המונופול אך ורק למחיר התחרותי, ולא למחיר שהצרכן מוכן לשלם.¹³³

"In broad terms the economic value of a good or service is what a consumer is willing to pay for it. But this cannot serve as an adequate definition in an abuse case since otherwise true value would be defined as anything that an exploitative and abusive dominant undertaking could get away with. It would equate proper value with an unfair price. This is a well-known conundrum in international competition law."

¹²⁹ מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, לעיל ה"ש 23; ועניין Coherent Approach לעיל ה"ש 82. המראים כי כך עולה מרובה ככולה של הפסיקה האירופאית.

¹³⁰ Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg (2006) COMP/A.36.568/D3.

¹³¹ מסמך הטענות של הנציבות האירופאית בעניין פיזר, לעיל ה"ש 63 בפס' 39.1.

¹³² שם, בהמשך פס' 39.

¹³³ עניין פיזר בבית המשפט לערעורים, לעיל ה"ש 40, בפס' 154.

בהתאם, גם הגישה המקובלת באיחוד האירופאי ובבריטניה היא שמוכנות הצרכן לשלם על המוצר אינה רלוונטית בבחינת מופרזות המחיר. שיקולים הקשורים בביקוש למוצר, לא רק מוסיפים מורכבות מיותרת לעילה, אלא אף אינם מתיישבים עם תכלית החוק ואינם נכונים לגופם.

5. קביעת האיזונים בדין הדיוני – חלוקת הנטלים ורף ההוכחה בשלב אישור התובענה הייצוגית ולאחריו, ושימוש בפרמטרים מסייעים

משעמדנו על יסודות עילת התביעה בגין מחיר מופרז, על שני הרבדים שלה – הכלכלי והמשפטי – עלינו לעבור לאופן שבו יש ליישמה בהליך המשפטי. בפרט, השאלה היא כיצד לקבוע את נטלי ההוכחה והבאת הראיות ואת מידת ההוכחה הנדרשת, הן בשלב אישור התובענה הייצוגית, והן בדין בתובענה לגופה. לאחר מכן, אנו בוחנים שימוש בפרמטרים אשר יכולים לסייע לבית המשפט לבחון את מובהקות הטענות למחיר מופרז. לבסוף, אנו מסבירים מדוע הוצאת קטגוריות שלמות של מקרים מגדר העילה, כפי שמציע היועץ, אינה רצויה.

5.1 קביעת נטלי ההוכחה ורף ההוכחה בשלבים השונים של הדין

סעיף 8(א1) סיפא לחוק תובענות ייצוגיות דורש כתנאי לאישור התובענה הייצוגית כי בית המשפט ימצא שיש אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה. מטרתה של דרישה זו היא להגן על נתבעים שאינם חייבים מפני הליך משפטי מלא, על העלויות הכרוכות בו ועל השפעותיו הלא רצויות על התנהלותם מראש, טרם הגשת התביעה.¹³⁴

בה בעת, מאחר שמדובר בשלב מקדמי בהליך, יש להימנע מהצבת רף גבוה מדי לעמידה בדרישת הסעיף. הסיבה לכך היא כפולה: ראשית, עריכת בירור נרחב ומלא של עילת התביעה בשלב האישור מביא לכך שכל הנתבעים חשופים לעלויות אלה, לרבות אותם נתבעים שהתביעה כנגדם לא תאושר כיייצוגית. התוצאה מכך היא שהתועלת בהליך האישור – הגנה מפני הליך משפטי מלא על עלויותיו – פוחתת. שנית, הצבת רף גבוה מדי תביא לכך שתביעות ראויות לא יאושרו כיייצוגיות, וכתוצאה מכך ייפגעו מטרות חוק תובענות ייצוגיות ובפרט אכיפת הדין, הרתעה מפני הפרתו ומתן סעד לנפגעים מהפרת הדין.¹³⁵

כדי לקבוע את נקודת האיזון הנכונה, בתי המשפט צריכים להשתמש בחלוקת נטלי ההוכחה וקביעת רף ההוכחה הנדרש לצורך אישור התובענה הייצוגית. בקביעה זו עליהם להתחשב בהשפעה המצננת שיש לתביעות על פעילות רצויה של נתבעים ועל ההשפעה ההרתעתית שלהן על התנהגות לא ראויה. בנוסף, עליהם להתחשב בפערי המידע בין הנתבע לתובע – ככל שהפערים הללו גדולים יותר כך צריך רף ההוכחה להיות נמוך יותר או שאפשרויות הבירור הראייתיות וגילוי המידע העומדות לתובע צריכות להיות רחבות יותר. שיקולים אלה רלוונטיים בכל תחום שבו מוגשות תובענות ייצוגיות, אולם יישומם שונה בהתאם למאפייני המיוחדים של כל עילה.¹³⁶

בהקשר של עילת מחיר מופרז, התוצאה מניחולה של תביעה כנגד מונופול שהמחיר שגבה היה המחיר התחרותי הוא הטלת עלויות וסיכון בלתי רצויים. העלויות והסיכון הללו עלולים גם להרתיע את המונופול מפני השקעות יעילות בפיתוח המוצר או בשיווקו. הסיבה לכך היא שאם ההשקעות הללו מחייבות את המונופול להעלות את מחיר המוצר, ואם העלאת המחיר עלולה לגרום להגשת תובענה ייצוגית כנגדו ולהביא

¹³⁴ לניתוח האופן שבו משפיעה פרשנותו של ס' 8(א1) סיפא לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, על התנהגותם של נתבעים ראו אלון קלמנט ורות רונן "בחינת עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית" עיוני משפט מב 5, 19-22 (2019) (להלן: "קלמנט ורונן").

¹³⁵ ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות.

¹³⁶ קלמנט ורונן, לעיל ה"ש 134, בעמ' 31-36.

לחיובו המוטעה בפיצוי, התמריץ שלו לבצע את ההשקעה קטן. בנוסף, העלויות שבהן צריך המונופול לשאת לצורך ניהול התביעה (וכמוהן גם עלויות מערכת המשפט ועלויות התובע) הן עלויות מיותרות כאשר המונופול לא גבה מחיר מעל המחיר התחרותי. עלויות אלה מהוות הפסד כלכלי שעדיף להקטינו. נכנה את הבעיה הנובעת מצינון תמריצי ההשקעה ומעלויות ההליך המשפטי כאשר המונופול גבה את המחיר התחרותי בשם **הרתעת יתר**.

ראוי להדגיש ולהבהיר נקודה זו. עילת המחיר המופרז נסמכת על נקודת מוצא לפיה המחיר התחרותי הוא המחיר המביא להשקעה אופטימלית בפיתוח המוצר ובשיווקו. לפיכך, עמדתו של היועץ לפיה "עצם האפשרות לגבות מחיר גבוה מהמחיר התחרותי הוא השמן המניע את גלגלי התחרות, ומעודד חדשנות ופיתוח של השוק",¹³⁷ עומדת בניגוד מפורש לרצינון העומד ביסוד העילה וביסוד דיני התחרות. אנו מרחיבים על כך להלן בפרק 6.2. אילו העילה היתה נאכפת ללא טעויות, לא היתה שום פגיעה בתמריצי המונופול להשקיע באופן יעיל.

לעומת זאת, כאשר עלולות להיות טעויות, ומונופול שפעל כדין עלול להימצא חייב, יתכנו לטעויות הללו השפעות לא יעילות על תמריצי ההשקעה של המונופול. תמריצי ההשקעה שלו יצוננו, משום החשש שהשקעותיו לא יישקלו כראוי בבחינת המחיר התחרותי, באופן מוטעה. זו תוצאה של טעויות בהליך המשפטי ולא של העילה עצמה.

אל מול החשש מהרתעת יתר, עומד החשש מאכיפה חסרה של העילה, באופן שיביא לכך שמונופולים לא יירתעו מגביית מחיר מופרז מעל המחיר התחרותי, משום שידעו שלא יידרשו לפצות את לקוחותיהם בגין הפרשי המחיר שגבו. נכנה את הבעיה הזו בשם **הרתעת חסר**. יש לציין שאף אם מונופולים יתבעו בכל מקרה שבו הם גובים מחיר גבוה מהמחיר התחרותי, הפיצוי שישלמו מוגבל ללקוחות שרכשו את המוצר במחיר המופרז. מאחר שהקבוצה המיוצגת בתובענה הייצוגית אינה כוללת את כל אותם לקוחות שלא רכשו את המוצר עקב המחיר המופרז, המונופול אינו נדרש לפצותם. התוצאה היא שבאופן מובנה בתובענה הייצוגית, יש פיצוי חסר המוגבל לנזק שנגרם עקב העברת הערך, אולם אינו כולל את הנטל העודף שנגרם עקב המחיר המופרז.¹³⁸ לפיכך, הרתעת החסר מובנית בתובענה הייצוגית בעילת מחיר מופרז, והיא הופכת חמורה יותר כאשר העילה אינה נאכפת באופן מלא.

בניגוד לעולה מעמדת היועץ, אין דרך לקבוע מהי העלות החברתית הגדולה יותר – זו שנובעת מהרתעת יתר או זו שנובעת מהרתעת חסר. העלות החברתית של טעות היא תולדה של **גודלה האבסולוטי** של העלות **והסיכוי לקרות הטעות**.¹³⁹

גודלן האבסולוטי של העלויות הנובעות משני סוגי הטעויות (זו של הרתעת יתר וזו של הרתעת חסר), קשה להערכה באופן אמפירי. נראה כי ההנמקה לכך שהיועץ מניח שהעלות של הרתעת יתר היא גדולה יותר מהעלות של הרתעת חסר היא שמחירים מופרזים מתקנים את עצמם.¹⁴⁰ כפי שאנו מראים בפרק 6.1, הנמקה

¹³⁷ ראו עמדת היועץ, לעיל ה"ש 2, בסי' 24.

¹³⁸ ראו למשל בהקשר זה: Erik Hovenkamp and Steven C. Salop, *Asymmetric Stakes in Antitrust* (2020) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3563843, *Litigation*, בעמ' 24: [A]ntitrust standing rules limit potential recovery to those consumers who actually bought the relevant product at a supra-competitive price; consumers who were deterred from buying the product (whose injuries are thus reflected in deadweight loss) are not eligible to join the class."

¹³⁹ ישנה ספרות נרחבת הדנה באופן שבו יש לקבוע את רף ההוכחה בהליך האזרחי כדי למזער את עלויותיהן של טעויות, ובפרט את העלויות הנובעות מהרתעת יתר והרתעת חסר. ר' למשל Richard Craswell & John E. Calfee, *Deterrence and Uncertain Legal Standards*, 2 J. L. ECON. & ORG. 279 (1986); Louis Kaplow, *Burden of Proof*, 121 YALE L. J. 738 (2012).

¹⁴⁰ כך בדיוק מסבירים זאת Evans & Padilla, שני בכירי חברת הייעוץ הבינלאומית הגדולה Compass Lexecon, העוסקת בדרך כלל בייצוג נתבעים ופירמות גדולות בתיקי הגבלים עסקיים, שהיועץ מצטט באריכות נייר עבודה שהם כתבו: David S. Evans & Jorge Padilla, *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules* 25 (CEMFI Working Paper No. 0416, 2004).

זו של היועץ היא שגויה. אכן, מי שמאמין כי מחירים מופרזים תמיד מתקנים את עצמם משום שהם מושכים פירמות חדשות להיכנס לשוק, אינו שם כל משקל על העלות החברתית של הרתעת חסר. אליבא דמי שמאמין בטענה זו, אם בית המשפט נמנע בטעות מלאכוף נגד מחיר מופרז, לא נגרם נזק, כי ממילא השוק יתקן את עצמו.

אלא שכפי שנראה להלן בפרק 6.1, מחיר מופרז אינו יכול לתקן את עצמו. יתרה מזו, גם מי שחושב בטעות כי מחיר מופרז מתקן את עצמו לעולם אינו חושב כך ביחס למקרים שבהם קיימים חסמי כניסה משמעותיים לשוק. אם השוק מאופיין בחסמי כניסה, מובן מאליו שהוא לא יתקן את עצמו על ידי כניסת פירמות חדשות. למעשה, אם בית המשפט מצא כי מונופול גבה מחיר מופרז למשך תקופה ארוכה, הדבר מדבר בעד עצמו: השוק לא יתקן את עצמו. לבסוף, ההנחה שהשוק מתקן את עצמו מנוגדת חזיתית לעילת התביעה בגין מחיר מופרז. אם השוק מתקן את עצמו, אין צורך בעילה זו כלל. זו, כמובן, אינה גישתו של המחוקק.

יתרה מכך, טעות לטובת המונופול – הגוררת הרתעת חסר – היא הכרעה כי אין מדובר במחיר מופרז, למרות שהיה מקום לקבוע שהמחיר הוא אכן מופרז. הנזק החברתי מטעות כזו יכול להיות גבוה, משום שהוא מאפשר למונופול לגבות מחיר מופרז לזמן בלתי מוגבל. אין שום סיבה להניח כי הנזק שנגרם לציבור מטעות זו הוא קטן מהנזק שנגרם מטעות לרעת המונופול – הגוררת הרתעת יתר. נהפוך הוא, במקרה של טעות לרעת המונופול, לפחות אחת מהתוצאות של טעות זו היא מחירים נמוכים יותר שמהם נהנה ציבור הצרכנים. במקרה של טעות לטובת המונופול, לא קיימת שום תועלת לציבור, והנזק מהטעות הוא מוחלט. בהקשר זה תמוהה טענתו של היועץ כאילו הנזק החברתי מטעות לטובת המונופול (של השארת המחיר המופרז על כנו) היא רק "לטווח הקצר". אם בטעות מאפשרים למונופול לגבות מחיר מופרז, הוא יכול לעשות זאת, כאמור, לזמן בלתי מוגבל, והנזק לצרכנים הוא ארוך טווח.

ככל שהחשש מהרתעת יתר מתבסס על מספר הבקשות לאישור תובענה ייצוגית שהוגשו בעילת מחיר מופרז, אין לחשש זה על מה לסמוך. בחינה שערכנו במערכת נבו, של הבקשות לאישור תובענה ייצוגית שהוגשו בעילה זו בין השנים 2014-2019, העלתה שהוגשו 44 בקשות אישור בעילת מחיר מופרז בתקופה זו, דהיינו כשבע בקשות בממוצע כל שנה.¹⁴¹ לשם השוואה, בתקופה שבין 2014 ואפריל 2018,¹⁴² מספרן הכולל של הבקשות לאישור תובענה ייצוגית עמד על בין 1200 ל-1500.¹⁴³ לפיכך, ברור שלא היתה 'הצפה' בתביעות בגין מחיר מופרז לאחר פרסומו של גילוי דעת 1/14.

גם בחינה של תוצאותיהן של הבקשות שהוגשו אינה מעידה על בעייתיות מיוחדת בתביעות אלה. מבין הבקשות שהסתיימו – שתי בקשות אושרו, שתי בקשות נדחו, שלוש הסתיימו בהסדר פשרה, שבע הסתיימו בהסתלקות ושתיים נמחקו על הסף. לשם השוואה, בדיקה שערכה מחלקת המחקר של הרשות השופטת ביחס לבקשות לאישור תובענה ייצוגית שהוגשו ונסגרו עד אפריל 2018 מראה כי כ-72% מהן הסתיימו בהסתלקות, 6.5% הסתיימו בפשרה, כ-4% הסתיימו בפסק דין מנומק, והיתר, כ-17% הסתיימו בעילות אחרות הכוללות גם סילוק ודחייה.¹⁴⁴

¹⁴¹ התפלגות הבקשות לאורך השנים היא: 2014 – 6, 2015 – 6, 2016 – 9, 2017 – 5, 2018 – 10, 2019 – 8.

¹⁴² הסיבה להצגת הנתונים עד לאפריל 2018 היא שב-8.5.18 נכנסו לתוקף תקנות בתי המשפט (אגרות) (תיקון), התשע"ח-2018 אשר הטילו אגרה על חלק מהבקשות לאישור תובענה ייצוגית והשפיעו על מספר הבקשות שהוגשו ועל הרכבן. מספרן הכולל של בקשות האישור שהוגשו עד לסוף אפריל 2018 צנח בכ-75%. יחד עם זאת, בתחילת 2020 הסתמנה עלייה משמעותית במספר הבקשות שהוגשו. ניתוח המגמות הללו חורג ממסגרתו של מאמר זה.

¹⁴³ גלי אביב ואסף שטיין "נתונים כמותיים על אודות אגרות בתובענות ייצוגיות" 4, תרשים 1 (מאי 2019), (ניתן לצפייה ב-https://www.gov.il/he/departments/publications/reports/research_01052019).

¹⁴⁴ שם, בעמ' 10.

לפיכך הממצאים ביחס להגשתן של בקשות לאישור תובענות ייצוגיות עד כה אינם תומכים בטענה שהעלויות של הרתעת יתר שנובעת מהן לכאורה, גדולות יותר מאשר תועלתן בהרתעה מפני גביית מחיר מופרז.¹⁴⁵

לעניין הסיכוי לטעות, סיכוי זה נגזר מרף ההוכחה המוטל על התובע, כפי שמוסבר להלן. יחד עם זאת, בעילת המחיר המופרז יש הטיה מובנית של הסיכוי הזה לטובת המונופול, הן כאשר משתמשים במבחן ההשוואה והן כאשר משתמשים במבחן העלות.

אם המחיר התחרותי מוכח באמצעות מבחן ההשוואה, בדרך כלל המחיר נשוא ההשוואה יהיה לקוח משוק שהתחרות בו איננה מושלמת, משום שזהו טיבם של רוב רובם של השווקים. בהתאם, אם המחיר נשוא ההשוואה הוא אכן בר השוואה, הוא יהיה מוטל כלפי מעלה ביחס למחיר התחרותי, בהיעדר ראיה לסתור לאור עלויותיו של המונופול.

אם המחיר התחרותי מוכח באמצעות מבחן העלות קיימת הטיה לטובת המונופול עקב פערי המידע בינו לבין התובע. המונופול הנתבע מחזיק בנתונים מלאים ביחס לעלויות הייצור שלו והשקעותיו וראיות אלה אינן נגישות לתובע. מצב זה, של פערי מידע לטובת המונופול הנתבע, מביא לכך שהתפלגות הטעויות של בית המשפט תהיה מוטית לטובתו. אף אם כל יתר התנאים היו שווים בין התובע המייצג והנתבע, יהיו יותר מקרים שבהם בית המשפט יפסוק כנגד התובע, משום שזה לא הציג ראיות מספיקות שכן אלה לא היו בידו, מאשר מקרים שבהם יפסוק כנגד הנתבע, המחזיק בכל הראיות ויכול להציג באופן המשרת את עניינו. מאפיין בסיסי זה של המידע בתביעות בעילת מחיר מופרז כלל אינו נזכר בעמדת היועץ.

פערי המידע בין הנתבע לתובע משפיעים על נטלי הבאת הראיות ועל רף ההוכחה בשלב אישור התובענה הייצוגית בכמה אופנים.¹⁴⁶ ראשית, **נטל הבאת הראיות** המוטל על התובע המייצג כנטל ראשוני אינו יכול לדרוש ראיות שאינן מצויות בידי התובע. כדי להרים נטל זה, יש לדרוש שיביא ראיות מספיקות לפערי מחירים בין המחיר שהמונופול גבה לבין המחיר התחרותי, אותו יבסס התובע, בדרך כלל, על מבחן ההשוואה. ככל שהנתבע מבקש לסמוך את המחיר שגבה על עלויותיו, ובפרט, על השקעות שהשקיע, הנטל להביא ראיות ביחס לעלויות והשקעות אלה מוטל עליו. שנית, **רף ההוכחה** הנדרש מהתובע המייצג לצורך גילוי מסמכיו של הנתבע, ומאוחר יותר, לצורך אישור התובענה הייצוגית, חייב להתחשב במידע שהוצג על ידי הנתבע. ככל שהנתבע מסרב לחשוף מידע וראיות שברור לבית המשפט שהם מצויים בידו, כך צריך רף

¹⁴⁵ לעמדה דומה שהובעה לאחרונה בהקשר הכללי של דיני התחרות ר': Andrew I. Gavil & Steven C. Salop, *Probability, Presumptions and Evidentiary Burdens in Antitrust Analysis: Revitalizing the Rule of Reason for Exclusionary Conduct*, forthcoming U. PENN. L. REV (2020) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3523361

נראה שההנחה המוטעית לפיה טעויות בהליך המשפטי עלולות להביא רק להרתעת יתר משמשת יסוד גם למאמרו של גל ונבו, לעיל ה"ש 7. ההנחה במאמרו היא שהתוצאה מטעויות ביישום העילה היא חוסר ודאות של המונופול, אשר מביאה לצינון התמריץ להשקעה, וכתוצאה מכך להרתעת יתר (שם, בעמ' 308, 315). על יסוד הנחה זו הן מגיעות למסקנה לפיה "החלת תורת ההחלטות על עילת הניצול לרעה של כוח מונופוליסטי בדרך של גביית מחיר בלתי הוגן מחייבת אפוא פרשנות החזקה כדי שלא תחול על מחיר גבוה" (שם, בעמ' 318). אולם, מאמרו מתעלם מהעלות של הרתעת חסר, מהצורך לבדוק את סיכויי הטעות מכל סוג, מהתפלגויותיהן של הטעויות כתוצאה ממאפיינים המיוחדים לתביעות בגין מחיר מופרז, ומהאפשרויות שנותן הדין הדיוני לאיזון בין הטעויות הללו. המקום היחיד שבו הן מתייחסות לעלות של הרתעת חסר הוא כאשר הן מסבירות כי לגישתן הסדרה מראש של מחירי המונופול תיתן מענה עדיף לבעיית הרתעת החסר (שם, בעמ' 317). עמדה זו, כך נראה, מנותקת מהמציאות שבה הסדרה כזו כמעט שאינה נעשית. יתרה מכך, עלויותיה של הסדרה כזו, כמו כל רגולציה מחירים מראש, עולה עשרות מונים על מתן אפשרות לתביעה בדיעבד, אשר מתמרצת את המונופול לגבות את המחיר התחרותי ברוב המקרים ומייתרת התערבות רגולטורית או של בית המשפט. ראו להלן דיונונו בפרק 7.5.

¹⁴⁶ יש להדגיש את ההבחנה בין נטל הבאת הראיות לבין נטל השכנוע. נטל השכנוע מטיל על בעל הדין את החובה להוכיח את טענותיו, ואילו נטל הבאת הראיות מטיל על בעל הדין את החובה להביא ראיות בהתאם לסטנדרט הראייתי הנדרש. ראו אליהו הרנון **דיני הראיות** חלק ראשון 189-193 (1970); יעקב קדמי **על הראיות** חלק שלישי 1505 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2003). רף ההוכחה שאנו דנים בו נקרא לעתים מידת ההוכחה, אולם הכוונה בשניהם היא לרמת המובהקות שבה נדרש התובע להוכיח את טענותיו כדי שיזכה בתביעה או בשלב הרלוונטי בהליך.

ההוכחה שבו נדרש התובע לעמוד להיות נמוך יותר. מאחר שפערי המידע מגדילים את הסיכוי לטעות לטובת הנתבע ומקטינים את הסיכוי לטעות לטובת התובע, יש לאזנם באמצעות התאמת רף ההוכחה.

היועץ בעמדתו מתייחס לגישתו של השופט גרוסקופף הקושרת בין היקף הגילוי שהמונופול בוחר לבצע בתשובתו לבקשת האישור, לבין רף ההוכחה המוטל על התובע (המבקש) בשלב זה.¹⁴⁷ לעמדת היועץ, גישה זו, המסתמכת על מאמרים של קלמנט ורונו, משקפת את הדין הרצוי בלבד. בכך לא דייק.

חוק תובענות ייצוגיות קובע את רף ההוכחה הנדרש מהתובע בהליך האישור. סעיף 8(א)(1) סיפא לחוק תובענות ייצוגיות דורש כי לצורך אישור התביעה, תתקיים 'אפשרות סבירה' לכך שהשאלות המשותפות יוכרעו לטובת חברי הקבוצה. לשון החוק אינה מחייבת שרף ההוכחה יהיה אחיד בכל תובענה ייצוגית שתוגש, ללא קשר לעילתה ולמאפייניה.

בפרשנותו לסעיף 8(א)(1) בית המשפט העליון חתר להשגת המטרה העיקרית בהליך האישור – הגנה על נתבעים לא חייבים מפני הליך מלא שיטיל עליהם סיכונים ועלויות מיותרים. בית המשפט העליון קבע במספר רב של פסקי דין שרף ההוכחה הנדרש מכוח סעיף זה נמוך ממאזן ההסתברויות. בשאלה מהו גובהו של רף ההוכחה הוצעו שתי גישות – האחת מטילה רף הוכחה גבוה בשלב האישור,¹⁴⁸ והשנייה מצדדת בבירור מעמיק פחות תוך קביעה של רף הוכחה נמוך יותר בשלב האישור.¹⁴⁹ העמדה שהוצגה במאמרים של קלמנט ורונו מציעה, לענין זה, לאמץ רף הוכחה לא אחיד, אשר ייגזר מהחשש מהרתעת חסר והרתעת יתר, ומהמידה שבה העילה מאופיינת בפערי מידע בין הנתבע לתובע.¹⁵⁰

בית המשפט העליון היה ער לבעיית פערי המידע בין הנתבע לבין התובע המייצג. כדי להתמודד עם בעייה זו ניתנו עד כה שני פתרונות. הפתרון האחד הוא גילוי מסמכי של הנתבע בשלב האישור. בית המשפט העליון הכיר בזכות התובע לגילוי בפסק דין יפעת נ' דלק מוטורס,¹⁵¹ וקבע שעל מנת לגבש זכות זו על התובע להעמיד 'תשתית ראייתית ראשונית' לקיומם של התנאים לאישור הקבועים בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות. מבחן זה אומץ בתקנה 4(א)(2) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010. בית המשפט העליון קבע שתשתית זו מצויה ברף הנמוך – גבוהה מהדרישה להוכיח כי אין מדובר בתביעת סרק, אולם נמוכה מזו הנדרשת לצורך אישור התובענה הייצוגית.¹⁵² התקנה יושמה בעילת מחיר מופרז ברע"א 8224/15 תנובה נ' זליכה, שם קבעה השופטת (כתוארה אז) חיות כי "לא מצאתי ממש בטענתה של תנובה כי בהליכים לאישור תובענה ייצוגית שעניינה גביית מחיר מונופוליסטי מופרז, נדרש בעל הדין המבקש גילוי מידע לעמוד ברף ראיית גבוה מהמקובל. זאת נוכח פערי המידע המובנים הקיימים בין המעלה טענה מעין זו ובין בעל המונופולין שכלפיו היא מופנית ונוכח המשימה הלא פשוטה המוטלת כתוצאה מכך על מי שמבקש להגיש תובענה ייצוגית בעילה של מחיר לא הוגן".¹⁵³

הפתרון השני שנתן בית המשפט העליון לבעיית פערי המידע הוא באמצעות העברת נטל הראייה אל הנתבע. בית המשפט העליון השתמש בפתרון זה, למשל, בתביעות שבהן התובע טען להפרה חוזרת של הנתבע את חובותיו החוקיות ואילו הנתבע טען שאין מדובר בהפרה חוזרת כי אם בטעות נקודתית שלו שאינה חלק מכשל רוחבי. במקרים אלה מצא בית המשפט העליון כי לצורך הוכחת התנאי לפיו יש אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות המשותפות לחברי הקבוצה יוכרעו בתביעה לטובתם, יכול בית המשפט להעביר את

¹⁴⁷ עניין גפניאל, לעיל הי"ש 1, פס" 9.

¹⁴⁸ רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, פס" 41 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 11.4.2013).

¹⁴⁹ רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי (פורסם בנבו, 5.7.2012).

¹⁵⁰ ראו קלמנט ורונו, לעיל הי"ש 134, בעמ' 31.

¹⁵¹ רע"א 10052/02 יפעת נ' דלק מוטורס, פ"ד נו" 4(4) 513 (2003).

¹⁵² קלמנט ורונו, לעיל הי"ש 134.

¹⁵³ עניין זליכה, לעיל הי"ש 50, בפס" 14.

נטל הבאת הראיות לנתבע.¹⁵⁴ שימוש דומה בהעברת נטל הראיה ניתן לעשות גם בעילת מחיר מופרז. בהנחה שהתובע מציג ראיות לכאורה לפיהן המונופול הנתבע גבה מחיר העולה על המחיר של המתחרים באחוז גבוה מספיק, יכול בית המשפט להעביר את נטל הראיה למונופול להציג ראיות לסתירה, המתייחסות לעלויותיו. אם הנתבע יסרב להציג ראיות אלה, התוצאה תהיה קבלת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית.

הפתרון של התאמת רף ההוכחה למידת הגילוי שלה הסכים הנתבע הינו פתרון שלישי אפשרי לבעיית פערי המידע. פתרון זה אומץ על ידי בית המשפט העליון בעניין רע"א 1619/20 **רבקה טכנולוגיות בע"מ נ' חברת כימקלים לישראל בע"מ**,¹⁵⁵ שם ציין השופט גרוסקופף כי "נטל ההוכחה המוטל על המבקשת הוא נגזרת של היקף המידע שהיה נגיש מבחינתה. ויובהר, בשלב בקשת האישור נדרש לבחון האם קיימת אפשרות סבירה שהתביעה תתקבל. רמת הבדיקה של תנאי זה תלויה, בין השאר, במידע שהניח המשיב... לפתחו של בית המשפט בשלב בקשת האישור. דהיינו, רף ההוכחה המוטל על המבקש יהיה נמוך יותר או גבוה יותר כתלות במידע שיספק המשיב". פתרון זה הולך לקראתו של הנתבע, שכן הוא מאפשר לו לבחור ברמת הגילוי המועדפת עליו, ולהימנע מהעלויות הישירות הכרוכות בגילוי, ומהעלויות העקיפות הנובעות מחשיפת סודותיו המסחריים ופרטים אחרים שאותם אינו מעוניין לגלות. זאת, בניגוד להטלת חובת הגילוי על הנתבע או העברת נטל הראיה אליו. אולם, כדי שהנתבע לא ינצל את האפשרות הזו לרעה, עליו לשאת במחירי של בחירתו, הנובע מהתאמת רף ההוכחה שמוטל על התובע למידת הגילוי שבה בחר הנתבע. רף זה צריך להיות גבוה יותר ככל שהנתבע הסכים לגילוי רחב יותר. אכן, הצעה זו טרם נבחנה על ידי בית המשפט העליון, אולם היא אינה חורגת מהפתרונות שכבר ניתנו על ידו, וכאמור היא מקלה עם הנתבע. לפיכך, אנו מצדדים בעמדתו של כב' השופט גרוסקופף, לפיה ככל שהנתבע יספק מידע רב יותר ביחס לעלויותיו, כך ניתן יהיה להעלות את רף ההוכחה הנדרש מהתובע.¹⁵⁶

היועץ בעמדתו אינו קובע עמדה ביחס לקשר הרצוי בין היקף הגילוי לבין רף ההוכחה הנדרש לצורך אישור התובענה הייצוגית, אולם לגישתו נדרש רף הוכחה גבוה באופן יחסי על מנת לאשר תובענה ייצוגית בעילת מחיר מופרז.¹⁵⁷ בכך, היועץ מקבל את העיקרון המוצע במאמרם של קלמנט ורונו, לפיו רף ההוכחה הנדרש אינו צריך להיות אחיד, ועליו להיגזר ממאפייני התביעה. דא עקא, מסקנתו של היועץ שהרף צריך להיות גבוה דווקא נובעת מההנחות המוטעות שהוא מניח ביחס לערך האבסולוטי של עלויות הרתעת חסר והרתעת יתר, ולאופן שבו מתפלגות הטעויות בעילה זו. לגישתנו, רף ההוכחה שבו נדרש התובע לעמוד בעילת מחיר מופרז צריך להיות דווקא נמוך. ראשית, אין סיבה להניח שהערך האבסולוטי של עלויות הרתעת היתר גבוהות מהערך האבסולוטי של עלויות הרתעת חסר; שנית, התביעה בעילת מחיר מופרז מאופיינת בפערי מידע בין התובע לנתבע וכתוצאה מכך טעויותיו של בית המשפט מתפלגות באופן לא אחיד, לטובת הנתבע. לבסוף, לא למותר להדגיש שרף ההוכחה נקבע באופן שונה לכל שלב של הליך התובענה הייצוגית. רף ההוכחה בתביעה, לאחר שאושרה כייצוגית, קבוע באופן דומה לכל תביעה אחרת על פי מאזן ההסתברויות. אולם, בשלב אישור התובענה הייצוגית, ולפני כן, בשלב הדיון בבקשה לגילוי מסמכים, רף ההוכחה נמוך יותר.¹⁵⁸ הסיבה לכך שרף ההוכחה יורד ככל שנמצאים בשלב מוקדם יותר בהליך היא שהעלויות המוטלות

¹⁵⁴ ע"א 7187/12 **צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל**, פס"י פ' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 17.8.2014). ראו גם התייחסותו של בית המשפט להעברת נטל הראיה ביחס לסיכויי התובענה בע"א 2112/17 **גרסט נ' נטוויז'ן**, פס"י 29 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 2.9.2018). ר' גם אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו 2006" **הפרקליט** מט 131, 144-145 (2006).

¹⁵⁵ רע"א 1619/20 **רבקה טכנולוגיות בע"מ נ' חברת כימקלים לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 3.5.2020) (להלן: "עניין כיל"), בפסקה 15.

¹⁵⁶ עניין **גפניאל**, לעיל ה"ש 1, בפס"י 19-21, וכן עניין **כיל** לעיל, שם.

¹⁵⁷ עמדת היועץ, לעיל ה"ש 2, בפס"י 104.

¹⁵⁸ על הרף הנמוך הנדרש בשלב הדיון בבקשה לגילוי ועיון במסמכים, ראו למשל: רע"א 4841/18 **חברת פרטנר תקשורת בע"מ נ' כרמי** (פורסם בנבו, 12.8.2019).

כתוצאה ממעבר מוטעה לשלב הבא הן קטנות יותר. כך, טעות בהכרעה הסופית לרעת המונופול מטילה עליו את מלוא הפיצוי לחברי הקבוצה המיוצגת; טעות באישור התובענה הייצוגית מטילה עליו את עלויות הדיון בתביעה לגופה; וטעות במתן צו גילוי מטילות עליו רק את עלויות הגילוי. השלכותיהן של טעויות אלה על הרתעת היתר וצינון תמריצי השקעה גם הן נמוכות יותר ככל שהשלב בהליך מוקדם יותר. על בית המשפט להתחשב בכל אלה כאשר הוא מכריע בכל אחד מהשלבים.¹⁵⁹

5.2. פרמטרים ראויים לקביעת מובהקות הראיות למחיר מופרז

על יסוד ההבנה של עלויותיהן של הרתעת חסר והרתעת יתר הנגזרות מטעויות בתביעה בגין מחיר מופרז, האופן שבו הסיכוי לכל אחת מהטעויות מושפע מפערי המידע בין הצדדים, והמסקנות הנגזרות מכך ביחס לחלוקת נטל הבאת הראיות בין התובע לנתבע, ולרף ההוכחה הנדרש, ניתן לקבוע פרמטרים שיסייעו לבית המשפט בקביעה האם התובע עמד ברף הוכחה זה. הפרמטרים הללו צריכים לסייע לבית המשפט לזהות מובהקות גדולה יותר של הראיות המוצגות למחיר מופרז, באופן שיעבור את רף ההוכחה הנדרש.

הפרמטרים המוצעים הם: נתח השוק של המונופול הנתבע, הפער בין המחיר שגבה לבין המחיר התחרותי, ומשך הזמן שבו גבה את המחיר הלכאורה מופרז. ככל שנתח השוק של המונופול גדול יותר, הפער בין המחיר שגבה לבין המחיר התחרותי גבוה יותר, ומשך הזמן שבו גבה את המחיר הלכאורה מופרז ארוך יותר, כך גדלה מובהקות הראיות שהציג התובע ברובד הכלכלי. בית המשפט יכול להיות בטוח יותר שאינו טועה לרעת הנתבע ומכריע נגדו (בכל שלב של ההליך) על אף שלא גבה מחיר גבוה מהמחיר התחרותי.

א. נתח שוק

הגישה המקובלת היא כי נתח שוק גבוה מעיד על כוח שוק, קרי על כוח להעלות מחירים מעל הרמה התחרותית. אמנם נתח השוק אינו חזות הכל. התנהגות מונופוליסטית מתאפיינת על ידי העלאת המחיר מעל הרמה התחרותית תוך אבדן נתח שוק. לכן, אין בעצם אבדן נתח השוק, או בנתח השוק הקטן ממחצית השוק למשל, כדי להפריך טענה כי מדובר בעל מונופולין, בעל כוח שוק משמעותי, וכי המחיר הוא מופרז. עם זאת, ככל שנתח השוק גבוה יותר, גדל החשש כי לפירמה כוח שוק משמעותי, המאפשר לה לגבות מחיר גבוה מעל המחיר התחרותי. בהתאם, במידה שנתח השוק של הנתבע הוא אחת העובדות שבוססו לכאורה במהלך הדיון, ככל שנתח השוק הזה גדול יותר, כך גדלה מובהקות הראיות של התובע ביחס למחיר המופרז.

ראוי להבחין בין שימוש בנתח השוק לצורך קביעת מובהקות הראיות של התובע, לבין גישתו של השופט גרוסקופף, אותה פירט בפסק דינו בענין צדוק,¹⁶⁰ לפיה יש 'מקבילית כוחות' בין כוח השוק של המונופול לבין פער המחירים שגבה. לפי גישתו של השופט גרוסקופף, ככל שכוח השוק של המונופול (הכוח להעלות מחירים) קטן יותר, כך יש להיות יותר חשדן כלפי התובע ולדרוש ממנו ראיות חזקות יותר לעניין הפער בין המחיר שגבה בעל המונופולין לבין מחיר מבוסס עלויות. בפרשת צדוק, למשל, התרשם השופט גרוסקופף כי הנתבעת שם, שטראוס, נטתה לאבד נתחי שוק כל אימת שהעלתה מחירים (או כל אימת שלא הורידה מחירים בעקבות ירידה במחיר חומר הגלם). מסיבה זו, הסיק השופט גרוסקופף כי כוח השוק של שטראוס לא משמעותי, ועל כן יש הצדקה להיות יותר חשדן כלפי התובע, ולדרוש ממנו ראיות יותר מוצקות לגבי הפער בין המחיר לבין מחיר מבוסס עלויות.

¹⁵⁹ ראו קלמנט ורונו, לעיל ה"ש 134, עמ' 22-10.
¹⁶⁰ עניין צדוק, לעיל ה"ש 28.

גישתנו ביחס לשימוש במקבילית הכוחות שונה, בכל הכבוד, מזו של השופט גרוסקופף, כפי שיישם אותה בעניין **צדוק**.¹⁶¹ זאת, משום שבעל מונופולין עם כוח שוק משמעותי עשוי לאבד נתחי שוק כאשר הוא מעלה מחירים. למעשה, זו מהותו האמיתית של כוח שוק מונופוליסטי: הכוח להעלות מחירים בצורה רווחית למרות שהדבר גורם לחלק מהצרכנים להפסיק לרכוש את המוצר. כך נוהג מונופול. בהנחה שהוא גובה מחיר אחיד מכל הצרכנים, הוא מעלה את המחיר לרמה כזו המשיאה את רווחיו, למרות שהדבר גורם לחלק מהצרכנים להפסיק לרכוש את המוצר, ולעבור לרכוש מוצרים אחרים. כל עוד העלאת מחיר מעין זו היא רווחית עבור בעל המונופולין, לא תיסתר הטענה כי יש לו כוח שוק משמעותי. על כן, לעניות דעתנו, גם כאשר בעל מונופולין מאבד נתח שוק כאשר הוא מעלה מחירים, ובכל זאת הסתבר שהוא העלה מחירים וגבה מחיר מופרז, אין שום סיבה להקל עימו. בעיית הנטל העודף נגרמת בדיוק עקב אותם הצרכנים שאינם רוכשים את המוצר של בעל המונופולין מפאת מחירו הגבוה.

יש להעיר שהיועץ, בבקרו את פסק דינו של השופט גרוסקופף, שגה, כאשר ציין שכוח שוק משמעותי הוא הכוח להעלות מחירים בלי לאבד נתח שוק.¹⁶² זו אינה ההגדרה הנכונה של כוח שוק. כוח שוק הוא הכוח להעלות מחירים מעל הרמה התחרותית מבלי לאבד רווחיות.¹⁶³ נתח שוק, המונופול דווקא עשוי לאבד, כי זה טבעו של מונופול: הוא מעלה את המחיר למרות ההפחתה בכמות המסופקת על ידו.

כמובן, אם במקרה נתון המונופול העלה מחירים ואפילו לא איבד לקוחות ונתח שוק, נכון מקל וחומר שיש לו כוח שוק משמעותי. זהו מצב מדאיג במיוחד: למרות שהמונופול גובה מחיר מופרז, הוא שומר באופן עקבי על אותו נתח שוק. זהו מצב חריג בחומרתו, שרק מצדיק ביתר שאת את ההתערבות כנגד המונופול. אפשרות נוספת היא שהמונופול השכיל לגבות את המחיר המופרז מתחילת פעילותו. במצב דברים זה, כמובן, אין למונופול שום סיבה להעלות את המחיר עוד יותר, משום שמלכתחילה המחיר השיא את רווחיו. מכל מקום, היכולת לגבות מחיר מופרז היא למעשה טאוטולוגית לכוח שוק משמעותי. אם מונופול גבה מחיר מופרז -- מחיר שהוא מופרז מעל המחיר התחרותי -- זוהי אחת ההגדרות הקלאסיות של כוח שוק משמעותי. על כן, אין שום צורך כי תובע המראה כי המחיר שנגבה על ידי בעל מונופולין הוא מופרז, יראה בנפרד כי גם יש לאותו בעל מונופולין כוח שוק משמעותי. תיתכן חברה עם כוח שוק משמעותי (הכוח לגבות מחיר גבוה משמעותי מהמחיר התחרותי), שלא הוציאה כוח זה אל הפועל. אך בתביעה על מחיר מופרז ממילא על התובע להראות, ברמת ההוכחה הנדרשת על פי ההליך המתנהל, כי בעל המונופולין גבה מחיר מופרז. אם כך, בהגדרה, התובע הראה באותה אבחה כי למונופול יש כוח שוק משמעותי. עוד יוער, בהקשר זה, שמונופול לא יכול לטעון להגנתו כי כוח השוק שלו מוצה רק חלקית וכי המחיר המופרז היה יכול להיות עוד יותר מופרז. המחיר יכול להיות מופרז גם אם בעל המונופולין לא ניצל את כוח השוק שלו עד תומו.

ב. הפער מהמחיר התחרותי

כפי שהצענו בפרק 3.2.א, על מנת להגביר את הוודאות של הכלל, ראוי כי יהיה פער מינימלי אחיד המעיד כי המחיר שגבה המונופול הוא לכאורה מופרז. עם זאת, ככל שהפער בין המחיר שגבה המונופול לבין המחיר התחרותי גדול עוד יותר, כך גדלה מובהקות הראיות של התובע ביחס למחיר המופרז. השאלה האם התובע עמד ברף ההוכחה הנדרש יכולה להיגזר גם מפער המחירים שהציג. כך, למשל, מובהקות הראיות לגבי המחיר התחרותי תיגזר, במסגרת מבחן ההשוואה, מהשאלה עד כמה המחיר נשוא ההשוואה הוא בר

¹⁶¹ לגישתנו, בעניין **גפניאל** מקבילית הכוחות לא נדרשה לצורך הכרעה. זאת משום שפער של 47% מהמחיר התחרותי הוא בכל מקרה מופרז לכאורה.

¹⁶² עמדת היועץ, לעיל ה"ש 2, בפס' 96.

¹⁶³ הנחיות המיזוגיים האופקיים של רשויות ההגבלים העסקיים האמריקאיות, לעיל ה"ש 54, בפס' 4.1.1; *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, 2009 O.J. (C 45) 7, par. 11.

השוואה למחיר המונופול. מאחר שהמחיר המופרז נגזר מהפער בין המחיר שנגבה למחיר התחרותי, פער גדול יותר מאותו רף מינימלי של 20% יכול לפצות על חששות של בית המשפט לגבי מובהקות הראיות למחיר התחרותי.

ג. משך ההפרה

כלי נוסף שיכול לשמש על מנת להקל או להקשות את הנטל שעל התובע הוא שילוב בין משך ההפרה לבין גודל הפער ביחס למחיר התחרותי. אם רמת המופרזות היא צנועה יחסית, למשל, המונופול גבה מחיר בפער של 21% מהמחיר התחרותי הנמוך ביותר שביסס התובע ברמת הוודאות הנדרשת, נראה כי ראוי לדרוש בדרך כלל כי משך ההפרה יהיה ארוך משנה (לאו דווקא ברצף) על מנת להתערב. לעומת זאת, ככל שהפער בין המחיר שנגבה לבין המחיר התחרותי גדול יותר מה-20% האמורים, לעיתים גם משך הפרה של פחות משנה יספיק. משך ההפרה מצביע גם על כך שחשמי הכניסה לשוק הם גבוהים ושהמחיר המופרז לא תוקן.

5.3. הגישה לפיה יהיו קטגוריות של מקרים שלא ניתן יהיה לתבוע בתובענה ייצוגית בגין היא מוטעית

בניגוד לגישה שהצגנו לעיל, המאפשרת להשתמש בפרמטרים שקל יחסית לאמתם לצורך קביעת מובהקות ראיותיו של התובע, הגישה שמציע היועץ בעמדתו היא להוציא קטגוריות של מקרים מהאפשרות לתובענה ייצוגית. יש לדחות גישה זו, משום שהיא מתבססת על תפיסה מוטעית של העלויות והתועלות של התובענה הייצוגית בעילת מחיר מופרז בכל אחת מהקטגוריות הללו, ומשום שהיא אינה מאפשרת גמישות במציאת האיזון בין הרתעת חסר והרתעת יתר, בכפוף לראיות שהובאו על ידי הצדדים.

לעניין זה יש להבחין בין האופן שבו אמורה רשות התחרות לפעול כאשר היא מיישמת את עילת המחיר המופרז, לבין האופן שבו צריך בית המשפט ליישם את הוראות החוק בתביעה שהוגשה. רשות התחרות רשאית לנהל את משאביה בהתאם לסדרי העדיפויות שלה. לפיכך, ככל שהיא מעדיפה שלא להשקיע משאביה בעילות מסוימות, ומעבר לכך, בקטגוריות מסוימות בכל עילה, הדבר בסמכותה. אולם, החלטתה של הרשות להימנע מאכיפה בקטגוריות מסוימות אינה משליכה על פרשנות החוק, שכן שיקולי תיעודף המשאבים של הרשות אינם רלוונטיים בהקשר זה. פרשנות החוק צריכה להיגזר מלשונו ומתכליתו. מערכת האיזונים הנכונה צריכה להתייחס לבעיות הרתעת היתר והרתעת החסר ולסיכויים לטעויות שגורמים לבעיות אלה. כפי שנסביר להלן, הוצאת קטגוריות שלמות של תעשיות מגדר האיסור בהתאם להמלצת היועץ אינה עומדת בתנאים אלה. יתרה מזו, לא קיים עוגן חוקי להוצאת קטגוריות מוצרים שלמות מגדר האיסור, באשר המחוקק לא הבחין בין קטגוריות של מוצרים בהטילו איסור זה.

עמדת היועץ בעניין זה לא רק שאינה מתיישבת עם החוק, אלא שהיא גם לא ראויה מבחינת תכליתו של החוק. היועץ מנמק את המלצתו להוצאת קטגוריות שווקים שלמות מתוך החוק בתפיסה המוטעית והגורפת שלו שמחיר מופרז הוא נחוץ כדי לעודד השקעות. בפרק 6.2 נראה כי זוהי תפיסה המנוגדת כשלעצמה לנקודת המוצא של החוק. נקודת המוצא של חוק התחרות היא כי רווחים תחרותיים הם מספיקים לעידוד השקעות מועילות.

גישתו זו של היועץ, לפיה יש להוציא קטגוריות שלמות של מוצרים מגדר האיסור, אינה מוצאת אחיזה גם בפסיקה האירופאית. כך, למשל, בפרשת ארגון זכויות היוצרים הלטבי,¹⁶⁴ דובר בארגון שמטרתו הגנה על זכויות קניין רוחני. אלה זכויות המוגנות בחוק, בדיוק על מנת לעודד השקעה ביצירות. יתרה מזו, אין דרך אחרת לאכוף את זכויות היוצרים זולת באמצעות ארגון זכויות יוצרים. אילו בית המשפט האירופאי לצדק היה מסכים עם גישתו של היועץ בענייננו, הוא היה מייבא אל תוך פסיקתו שיקולים כבדי משקל של עידוד

¹⁶⁴ לעיל ה"ש 11.

השקעה, זהירות קיצונית באכיפה, הטלת נטלים ומכשולים על התובע, וכו', כפי שמציע היועץ. במקום זאת, בית המשפט האירופאי לצדק החיל את העילה באופן פשוט וחד משמעי: הראה התובע כי המחיר הוא לכאורה מופרז ביחס למחיר התחרותי, עובר הנטל אל המונופול להצדיק מחיר זה על פי עלויותיו והשקעותיו במקרה הקונקרטי שלו.

הקטגוריות שמציע היועץ להוציא מגדר החוק הן: מוצרים שבהם בעיית הנטל העודף גדולה ובעיית העברת הערך קטנה, תעשיות עתירות סיכון ושווקים שבהם חסמי הכניסה וההתרחבות נמוכים. מתן פטור גורף מתובענה ייצוגית בכל אחת מהקטגוריות הללו משמעותה העדר הרתעה בקטגוריות אלה מפני גביית מחיר מופרז. העלות החברתית שתיגרם כתוצאה מהנטל העודף והעברת הערך מהצרכנים בקטגוריות הללו, והפגיעה החמורה ברווחת הצרכנים, יוותרו ללא הרתעה מראש וללא תיקון בדיעבד. קביעה גורפת כזו אינה יעילה ואינה תואמת את לשון ותכלית החוק.

א. מוצרים שבהם בעיית הנטל העודף גדולה ובעיית העברת הערך קטנה

בפסקאות 81-82 לעמדתו, טוען היועץ כי ככל שיש לצרכנים יותר אלטרנטיבות, וככל שהם פחות חייבים לרכוש את המוצר, כך מתבקשת יותר המסקנה כי המחיר הוגן. אולם, הבאת שיקול זה מעין זה בחשבון יסודה בטעות בסיסית בהבנת העילה.

הרציונאל שמאחורי האיסור על מחיר מופרז של מונופול הוא מניעת הכשלים של נטל עודף מחד והעברת ערך מהצרכנים אל המונופול מאידך. בעיית הנטל העודף נגרמת, כזכור, משום שהמחיר המופרז גורם לחלק מהצרכנים לא לרכוש את המוצר. העברת הערך נגרמת בגלל שאותם צרכנים שקונים את המוצר במחיר המופרז מאבדים את כספם ומעבירים אותו למונופול. שני אדנים אלה של העילה מעידים בצורה ברורה שהיא לא אמורה להיות תלויה בשאלה אם לצרכנים יש או אין אלטרנטיבות לרכישת המוצר או אם הם חייבים לרכוש את המוצר. ניקח, לדוגמא, את המקרה הקיצוני של מוצר שהצרכן חייב לרכוש אותו, ואין לו שום אלטרנטיבה. במקרה כזה לא נגרם כמעט נטל עודף: רוב הצרכנים ממילא קונים את המוצר, דווקא משום שהוא חיוני. נהפוך הוא, דווקא כאשר המוצר הוא פחות חיוני ויש לצרכן אלטרנטיבות (אם כי נחותות מבחינתו), בעיית הנטל העודף **חמורה** יותר מאשר כשהמוצר חיוני. לעומת זאת, כאשר המוצר אינו חיוני, צרכנים רבים אינם רוכשים אותו עקב מחירו הגבוה, והם נאלצים להסתפק באלטרנטיבות נחותות, או להימנע כליל מרכישת המוצר. במקרה כזה נגרם בזבוז חברתי והקצאת המשאבים היעילה במשק נפגעת – תוצאות שהחוק התכוון למנוע.¹⁶⁵

מניעת בעיית הנטל העודף היא כאמור אחת משתי המטרות של חוק התחרות. הוא אינו עוסק בבריאות הציבור, בטיחות הציבור, או בטחון המדינה. הוא עוסק בהשאת רווחת הצרכן והבטחה כי צרכנים שראוי חברתית שירכשו כל מוצר או שירות אכן ירכשו אותו. במילים אחרות, הוא עוסק בדאגה לכך שהמוצרים והשירותים בכל השווקים יוקצו בצורה יעילה. לפיכך, הגבלת העילה במקרים שבהם המוצר פחות חיוני לצרכן עלולה לפגוע במימוש מטרותיו של החוק. יתרה מזו, אם המחיר הגבוה של מוצרים הוא בעייתי יותר ככל שהמוצרים חיוניים יותר, היה ראוי לייחד גם את הוראות החוק האחרות אך ורק למוצרים מעין אלה. כך, למשל, בדוגמאות שהבאנו, שבהן יש שתי חברות המספקות את המותג המוביל קוקה קולה, היה ראוי להתעלם מהעלאת המחיר הנגרמת מקרטל בין שתי חברות אלה, מיזוג ביניהן, מיזם משותף ביניהן, הסדר בלעדיות המדיר אחת מהן מהשוק, או מצב שבו אחת מהן מדירה את השנייה. זאת משום שלמוצר קוקה קולה יש אלטרנטיבות (הגם שהן נחותות בעיני הצרכן), והוא אינו מוצר חיוני.

¹⁶⁵ *Excessive Pricing by Dominant Firms, Private Litigation, and the Existence of Alternative Products*, להן ה"ש 6. כאשר הצרכן רוכש אלטרנטיבה נחותה מבחינתו, הוא אמנם מקטין במידה מסוימת את הנטל העודף שנגרם, אך בהגדרה הוא לא מעלים אותו. ככל שהאלטרנטיבה נחותה יותר, הנטל העודף גדול יותר.

מובן שחשוב לאכוף את האיסור גם כנגד מונופולים המספקים מוצרים חיוניים. אלא שאז לא בעיית הנטל העודף היא החמורה אלא בעיית העברת הערך. מאחר שבעיה זו מהווה את אחד האדנים עליהם נשענים האיסור והחוק כולו, יש לאפשר תביעה בעילת מחיר מופרז גם כאשר בעיה זו היא שנגרמת על ידי המחיר הגבוה. ככל שהמוצר חיוני יותר, יותר צרכנים ירכשו את המוצר גם כשמחירו מופרז, ומכאן הפגיעה בהם. אם כך, בלי קשר לשאלה עד כמה המוצר חיוני, אם מחירו מופרז קיימת הצדקה לאכיפת האיסור בחוק.

היועץ מנסה להביא את סוגיית המוצרים הלא חיוניים לאבסורד כאשר הוא נותן כדוגמה מותגי יוקרה, כגון גוצי או דולצ'יה גבאנה. לטענת היועץ, אם ניישם את העילה על ספקי מותגי יוקרה אלה, נגיע למסקנה כי מחירים מופרז, וזה יביא לתוצאה אבסורדית. אלא שהדרך להימנע מהפעלת העילה במקרים מסוג זה אינה על ידי אמירה גורפת שהיא תלויה במידת החיוניות של המוצר לצרכן או באלטרנטיבות שיש לו..

אם בית המשפט מסתייג מהפעלת העילה על מותגי יוקרה במקרה נתון, הדרך הטובה ביותר לפתור זאת היא באמצעות הגדרת השוק.¹⁶⁶ בית המשפט יכול לאמץ הגדרת שוק פונקציונאלית: שוק של מותגי יוקרה בתחום מסוים, כגון משקפיים, תיקים, וכו', ולבחון את נתח השוק של הנתבע בתוך כלל שוק מותגי היוקרה הרלוונטי. אם נתח השוק אינו משמעותי, בית המשפט יוכל להכריע כי לא מדובר כלל בבעל מונופולין (שהרי נתח שוק קטן יכול להעיד על כוח שוק קטן ולא משמעותי) וממילא לא חל עליו האיסור.

למעשה, ניתן לראות כי התובעים שהגישו בקשות לאישור תובענה ייצוגית בעילת מחיר מופרז בישראל השכילו עד כה לא להגיש תביעות בגין מותגי יוקרה. תביעות הוגשו לגבי מוצרים בסיסיים, המשליכים על הציבור בכללותו, לרבות השכבות החלשות. אף לא בקשת אישור אחת הוגשה ביחס למותג יוקרה. על כן החשש של היועץ, גם בהקשר זה, אינו נתמך במציאות עד כה.

ב. שווקים עתירי סיכון

עוד קטגוריה שלמה של מקרים שעמדת היועץ מציעה לסייג באופן גורף מן העילה היא תעשייה עתירת סיכונים. אין חולק כי במקרה נתון, המונופול יוכל לטעון, במסגרת הרובד הכלכלי, כי המחיר הלכאורה מופרז שגבה היה חיוני לאור סיכונים מיוחדים, או השקעות מיוחדות, וכי לאור אותם סיכונים והשקעות, אלמלא גביית מחיר זה, לא היו מושקעות אותן השקעות.

השקעותיו של המונופול בתעשיות עתירות סיכון עשויות להיות כאלה שהחוזר בגינן אינו וודאי. במקרים אלה, ההחזר שצריך המונופול לקבל כאשר ההשקעה נושאת פרי ומצליחה צריך לפצות אותו בגין הסיכון שנטל, באופן כזה שהמונופול לא יימנע מלהשקיע את ההשקעה, מחשש סביר כי היא לא תכוסה. כל עוד המונופול מפוצה, במסגרת המחיר שהוא גובה, על כלל עלויותיו הרלוונטיות, לרבות עלויות של כישלונות שקשורים למוצר הנדון ומרכיב הסיכון האמור, לא קיים חשש כי אכיפת האיסור כנגדו תפגע בצורה כלשהי בהשקעותיו.

הראיות הקונקרטיות המצביעות על סיכונים מיוחדים מעין אלה, המסכנים החזר השקעות קונקרטיות של המונופול, נמצאות בחזקתו. בהתאם לכך, נטל הבאת הראיות הללו הוא על המונופול. משהראה המונופול תשתית ראייתית מספקת כי השקעות קונקרטיות שלו היו בסיכון אובייקטיבי וסביר שלא יוחזרו לו, צץ חשש לטעות לרעת המונופול באמידת היקף הפער הנדרש על מנת להחזיר את ההשקעה המסוכנת. הדרך לתיקון חשש זה היא להפחית במידה מסוימת את הדרישה למובהקות הראיות שנדרשות מהמונופול כאשר הוא מבסס כיצד עלויותיו האמיתיות גבוהות יותר לאור הסיכון האמור. עם זאת, על ראיות אלה להיות מספיק מובהקות וקונקרטיות, ומבוססות על מתודולוגיות מקובלות. זאת ועוד, יש לוודא שלא היה די בתקופה מסוימת של תמחור גבוה, לאחר ביצוע ההשקעה המדוברת, על מנת להחזיר את ההשקעה.

¹⁶⁶ אזרחי וגילה דיני התחרות האירופאיים, לעיל ה"ש 51, בפס' 10.6.35.

עמדתו של היועץ היא שונה. הוא מציע לבית המשפט להחריג מראש, ללא בדיקה פרטנית, את הקטגוריה של תעשיות עתירות סיכון. להחרגה כזו אין מקום. גם בתעשייה עתירת סיכונים והשקעות, המחיר עלול להיות מופרז ובלתי הוגן. עמדת היועץ מותירה יד חופשית למונופולים בתעשיות מעין אלה לגבות כל מחיר שיחפצו, בצורה הפוגעת בציבור הצרכנים. יתרה מזו, כל מונופול יוכל לטעון, בעלמא, כי הוא שייך לתעשייה עתירת סיכונים. הגישה הנכונה אינה קבלה של טיעון מסוג זה, המתייחס לתעשייה שבה פועל המונופול, אלא התייחסות להשקעותיו הקונקרטיות של המונופול, כפי שהסברנו לעיל.

יש להדגיש, במאמר מוסגר, שלא כל שוק עתיר השקעות הוא גם שוק עתיר סיכון. יתכן שהשקעה של הוצאות קבועות (שאינן מושפעות מהיקף הפעילות) היא גדולה בשוק מסוים, אך הסיכון הוא קטן. כך, למשל, אם למונופול יש מותג מוביל וותיק, ולא קיים שום סיכון שהמונופול לא יוכל להרוויח בגין המוצר, עצם העובדה שהוא משקיע סכומים גדולים בפרסום ובשיווק, על מנת לבצר ולחזק את המותג שלו עוד יותר, לא הופכת את השוק שלו לעתיר סיכון. למעשה, מונופול המשקיע בחיזוק המותג שלו, החזק ממילא, רק מלבה ומבצר את כוח השוק שלו, ואת יכולתו לגבות מחירים גבוהים. השאלה אם להשקעות מעין אלה בכלל ערך חברתי חיובי שנויה במחלוקת. בכל אופן, מקומם של שיקולי השקעה מעין אלה הוא בבחינת ראיותיו של המונופול ביחס לעלויותיו הרלוונטיות, ברובד הניתוח הכלכלי.

ג. חסמי כניסה והתרחבות נמוכים

היועץ מציע גם להכניס לגדר השיקולים המסייגים בצורה גורפת את העילה מצב שבו חסמי הכניסה וההתרחבות בשוק נמוכים. אלא שבהצעה זו גלומה סתירה פנימית. אם הוכחה גבייתו של מחיר מופרז לאורך זמן, עולה מכך שהחסמים בשוק איפשרו זאת. מדובר במצב המדבר בעד עצמו: בתקופת התביעה, אם בוססה, איש לא נכנס לשוק באופן שתיקן את המחיר המופרז. נראה שקיים שוב בלבול בעמדת היועץ בין שיקולים של רשות התחרות כרשות מנהלית, שרשאית להחליט כי היא לא משקיעה את משאביה כאשר היא מאמינה כי בעתיד הקרוב ייכנסו פירמות חדשות לשוק, לבין הפרשנות של הוראות החוק. למותר לציין, כי גישה הנותנת פטור למונופול שגבה מחיר מופרז רק משום שבעתיד המצב עשוי להשתנות לטובה, חותרת תחת המטרה להרתיע את המונופול מלגבות מחיר מופרז כל עוד הוא יכול לעשות זאת.¹⁶⁷

6. היחס בין עמדת רשות התחרות לבין הדין החל

השוואה בין עמדת היועץ לבין גילוי דעת 1/17 של הממונה על התחרות חושפת דמיון רב ביניהן. למעשה, בעמדת היועץ נכתב מפורשות כי היא מתבססת על עמדת רשות התחרות.¹⁶⁸

ליועץ נתון שיקול הדעת לאמץ את עמדת רשות התחרות אם הוא סבור שעמדה זו מייצגת נכונה את הפרשנות הראויה להוראות החוק. בכך לא שונה עמדת הרשות מכל עמדה או פרסום אחר שעליו יכול היועץ לתמוך את טיעוניו. אולם, תמיכתה של רשות התחרות אינה צריכה להוות, כשלעצמה, בסיס לקבלת העמדה על ידי

¹⁶⁷ יוער עוד כי כאשר האיסור נאכף באמצעות מבחן השוואה למחיר שהמונופול גובה אחרי כניסה לשוק, האיסור מועיל יותר ככל שחסמי הכניסה נמוכים יותר. ראו David Gilo & Yossi Spiegel, *The Antitrust Prohibition of Excessive Pricing*, 61 INT'L J. INDUS. ORG. 503 (2018) (להלן: "The Antitrust Prohibition of Excessive Pricing"), בעמ' 507.

¹⁶⁸ עמדת היועץ, לעיל ה"ש 2, בפס' 6.

היועץ,¹⁶⁹ ובוודאי שאינה צריכה לקבל משקל מכריע בהחלטת בית המשפט, וזאת משלושה נימוקים עיקריים שאותם נפרט להלן.

ראשית, בעוד שבית המשפט העליון פסק לאחרונה בענין **זליגמן** כי "מקום בו קיימת עמימות פרשנית, ולשון דבר החקיקה מאפשר פרשנויות שונות, עשויה הפרשנות של הרשות המינהלית – ככל שהיא אינה סותרת את לשון ההוראה – להכריע את הכף",¹⁷⁰ הדברים נאמרו ביחס להנחיותיה של הרשות ואינם תקפים ביחס לפרשנות חקיקה ראשית.¹⁷¹ בית המשפט העליון הדגיש זאת במספר פסקי דין שניתנו לאחר פסק הדין בענין **זליגמן**. כך, ברע"א 7600/19 **בירון-ביטון נ' גוטקס**, קבעה השופטת ברון כי "אין ולא יכול להיות חולק על כך שבית המשפט הוא האמון על פרשנותם של דברי חקיקה והסדרים נורמטיביים אחרים, וברי כי לא בהכרח יקבל את עמדתו הפרשנית של המאסדר בבחינת "כזה ראה וקדש". נוסף על כך, לא פעם נדרש בית המשפט במסגרת ההליך הייצוגי לנקוט עמדה ביקורתית כלפי פעולת האסדרה בשוק מסוים, שאז "תפקידו הביקורתי של בית המשפט כלפי המאסדר מצדיק עמדה מסויגת יותר ופיקוחית ביחס לאימוץ עמדתו הפרשנית"¹⁷² בע"א 6455/19 **סרגיי ירוחימוביץ נ' כונס הנכסים הרשמי**, קבעה הנשיאה חיות כי "מלאכת הפרשנות של דבר חקיקה ראשית מוטלת כידוע על בית המשפט והוא אינו מחויב לאמץ בהכרח את הפרשנות המוצעת על ידי הרשות המינהלית אם מצא כי אין לקבלה".¹⁷³ גם בע"א 9294/16 **שמעון נ' איי די איי** קבעה השופטת ברק-ארז כי "פרשנותה של חקיקה ראשית מסורה, בתחילתם של דברים ואף בסופם, לבית המשפט עצמו. עמדתה הפרשנית של הרשות המינהלית בהקשר זה היא אמנם נתון רלוונטי שבית המשפט משווה נגד עיניו, אולם אין לה משקל מכריע".¹⁷⁴ לפיכך, למרות שבית המשפט יכול "להטות אוזן" לעמדת הרשות,¹⁷⁵ משקלה אינו מכריע, ועל בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו העצמאי בפרשנות החוק.

שנית, יש טעות מובנית בזהות בין גילוי דעת 1/17, אשר מציג את האופן שבו פועלת הרשות, כרגולטור אשר צריך להתוות סדרי עדיפויות במסגרת משאביו המוגבלים, לבין פרשנות החוק בתביעה אזרחית בבית המשפט, אשר אינה כפופה לסדרי עדיפויות אלה. פרשנות החוק נגזרת מלשון החוק ותכליתו, וממאפייניו של ההליך המשפטי. אין לה קשר עם מגבלות התקציב של הרשות או עם סדרי העדיפויות שלה.¹⁷⁶

חוק התחרות, כמו חוקים אחרים, נאכף בשני ערוצים מקבילים – אכיפה ציבורית – מנהלית ופלילית, עליה אמונה הממונה על התחרות, ואכיפה פרטית, שחלק משמעותי בה נסמך על התובענה הייצוגית. השיקולים במישור האכיפה הציבורית נוגעים לתועלות ולעלויות של ערוצי האכיפה השונים הנתונים למאסדר אל מול מסגרת תקציבית מוגבלת שעומדת צריכה הרשות להתמודד. לפיכך, ברור שהרשות צריכה לתעדף את פעולות

¹⁶⁹ היועץ המשפטי לממשלה, שעמדתו הפרשנית מחייבת את רשויות המדינה, היה צריך לבחון את הפרשנות הראויה לסעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות באופן עצמאי, ולא היה חייב לאמץ במלואה את עמדת רשות התחרות בגילוי דעת 1/17. ראו יואב דותן "שרון [Chevron] בישראל? הרהורים ראשוניים על פרשת זליגמן" **פורום עיוני משפט** מד 20-17 (2020).

¹⁷⁰ רע"א 9778/16 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח**, פסי' 34 לפסק דינה של השופטת וילנר (פורסם בנבו 31.5.2018) (להלן: **עניין זליגמן**). פסק הדין עומד לדיון נוסף, ראו דנ"א 4960/18 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח** (פורסם בנבו 2.7.2019) (החלטה על קבלת הבקשה לדיון נוסף).

¹⁷¹ לחשש מכך שפסק הדין בעניין **זליגמן** ייושם גם ביחס לחקיקה ראשית ראו רונן אברהם, "זליגמן בארבעה מימדים – מתי יש ליתן מתחם של כבוד לרשות המנהלית?" **פורום עיוני משפט** מד 11-7 (2020) (להלן: אברהם), המסביר מדוע הדבר אינו רצוי; ראה יואב דותן, לעיל ה"ש 169, בעמ' 14-17, המסביר מדוע הדבר אינו תואם את התפיסה במשפט הישראלי לפיה סמכות בית המשפט בפרשנות חוקים היא סמכות 'טבועה' הנתונה לרשות השופטת כיסוד חוקתי.

¹⁷² רע"א 7600/19 **בירון-ביטון נ' גוטקס מותגים**, פסי' 6 לפסק דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 30.12.2019).

¹⁷³ ע"א 6455/19 **ירוחימוביץ נ' כונס הנכסים הרשמי** (פורסם בנבו, 28.1.2020), בפסקה 13.

¹⁷⁴ ע"א 9294/16 **שמעון נ' איי די איי חברה לביטוח בע"מ**, פסי' 49 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 4.2.2020).

¹⁷⁵ ראו אברהם, לעיל ה"ש 171, בעמ' 13.

¹⁷⁶ חשוב להדגיש כי טיעונו אינו נסמך על היותה של הממונה על התחרות "רגולטור שבויו". למרות שבשי רגולטורי מהווה את אחת ההצדקות לאכיפה פרטית. ראו רועי שפירא "מתי יש ליתן מעמד בכורה לעמדת המאסדר? תובנות מהספרות על 'שבי רגולטורי' **עיוני משפט** מד (צפוי להתפרסם ב-2021). אין בסיס להניח שבעיה כזו קיימת ביחס לממונה על התחרות. טענתו מניחה שהממונה מבקשת להשיא את הרווחה החברתית על פי תפיסתה. אנו חולקים על תפיסה זו ביחס לעילת המחיר המופרז, ומעבר לכך, סבורים ששיקולי הממונה בהקצאת משאביה באכיפה אינם צריכים להנחות את בית המשפט בפרשנותו לחוק, בפרט כשזו משליכה באופן מכריע על האכיפה הפרטית של החוק.

האכיפה שלה בהתאם לשיקולים אלה. במסגרת התייעדוף הזה, הרשות יכולה להחליט שהאכיפה בעילות מסויימות ובקטגוריות מסויימות של מקרים, חשובה פחות מבעילות ובקטגוריות אחרות.

בית המשפט הוא שצריך לקבוע את פרשנותו הראויה של החוק, ובמסגרת פרשנות זו עליו לשקול את השיקולים הציבוריים העומדים בבסיס העילה – התועלת מאכיפתה ועלויות האכיפה שלה. אף אם תפיסתה של הרשות ביחס לסדרי העדיפויות שלה בניהול משאביה מקובלת על בית המשפט, וכאמור לעיל אין הכרח שכך יהיה, הקצאת משאבי האכיפה של הרשות היא חסרת רלוונטיות כאשר בוחנים מהי האכיפה החברתית האופטימלית בעילה מסויימת, ציבורית או פרטית. גם אם הרשות בוחרת להקצות אחוז נמוך ממשאביה לאכיפת העילה של מחיר מופרז, עדיין יתכן שהוספת אכיפה פרטית, הנשענת על משאבים שאינם משאבי הרשות, היא רצויה. לשם הדוגמה, יתכן שבשנה מסויימת יש עשר הפרות שראוי היה לתבוע בגינן, אולם תקציבה של הרשות, בהתחשב ביתר העילות העומדות לפיקוחה, מאפשר תביעה אחת בלבד. ברור שבמקרה כזה רצוי שתשע ההפרות שנותרו יבחנו במסגרת תביעות ייצוגיות פרטיות שיוגשו.

לפיכך, משהממונה על התחרות קבעה מדיניות אכיפה התואמת את תפיסת עולמה ואת הבנתה את השיקולים הרלוונטיים לאכיפה ציבורית, ואשר מתחשבת במגבלות התקציב שלה, מקומה של האכיפה הפרטית הוא דווקא באותן עילות ובאותם עניינים שבהם האכיפה הציבורית אינה פועלת, ושבהם מוצא בית המשפט כי הגברת האכיפה רצויה. כך משלימה האכיפה הפרטית את האכיפה הציבורית. גישה לפיה בכל מקום שבו המאסדר אינו פועל אין זה ראוי שיוגשו תובענות ייצוגיות חותרות תחת מטרה מרכזית של מתן זכות התביעה בידי התובע המייצג ועורך הדין המייצג – אשר צריכים לשמש כ- Private Attorney General.¹⁷⁷ ככאלה, עליהם להשלים את האכיפה הציבורית בנקודות שבהן היא אינה מופעלת באופן אפקטיבי.

יש להעיר שאין זה ראוי לפסול את האכיפה הפרטית של העילה, או לצמצמה, על בסיס החשש שהתמריץ הפרטי להגיש תובענות ייצוגיות אינו נגזר ישירות מהתועלת הציבורית מהתביעה. חשש זה אינו ייחודי לתובענות ייצוגיות בגין מחיר מופרז, והוא חל לגבי כלל התובענות הייצוגיות.¹⁷⁸ נקודת המוצא של חוק תובענות ייצוגיות היא שהתועלות של תובענות ייצוגיות, ביצירת הרתעה ובהשבת הנזק לניזוקים, עולות על חסרונותיהן. זו צריכה להיות נקודת המוצא גם לגבי עילת המחיר המופרז. בכל מקרה לגופו, בית המשפט יוכל למצוא את נקודת האיזון הראויה לאותו מקרה, תוך שימוש בפרשנות המתאימה לדין המהותי ולכללים הדיוניים, כפי שפירטנו לעיל. אלה המביעים את החשש האמור ממעיטים בערכם של בתי המשפט כגורמים שערוכים לסנן את התובענות הייצוגיות הלא ראויות, ומתעלמים מהעובדה שבתי המשפט מכריעים בסוגיות מורכבות לא פחות, הן בעילות אחרות בדיני ההגבלים העסקיים עצמם (כפי שהראינו בפרק 2 לעיל), והן בתחומים אחרים. יתרה מזו, התממשות החשש האמור יכולה להיות הגשת תביעות שאינן רצויות משיקולים ציבוריים, אך גם להיפך, הימנעות מהגשתן של תביעות רצויות.

כפי שהסברנו, לאור גילוי דעת 1/17, הסיכוי לאכיפה אפקטיבית על ידי הרשות, אשר תרתיע את מגוון ההפרות של האיסור על מחיר מופרז שהמחוקק כיוון אליהו, הוא נמוך. משום כך יש חשיבות יתרה דווקא בקידום האכיפה הפרטית של האיסור.

¹⁷⁷ לניתוח היחס בין אכיפה על ידי המאסדר לאכיפה פרטית ר' David Freeman Engstrom, *Agencies as Litigation Gatekeepers*, 123 YALE L. J. 616 (2013)
¹⁷⁸ על חשש זה ראו אלון קלמנט "פרק יט" - סדר הדין האזרחי" *הגישה הכלכלית למשפט* 997, 1002-1005 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012).

שלישית, בנסיבות דנן, נושא עילת מחיר מופרז עמד במחלוקת בין שני ממונים על התחרות, אשר הראשון בהם, פרופ' גילה, הוציא את גילוי דעת 1/14, ואילו מחליפתו, עו"ד הלפרין, הוציאה את גילוי דעת 1/17. גילויי הדעת שונים מהקצה אל הקצה בגישתם לעילת המחיר המופרז.¹⁷⁹

בין המועד שבו פורסם גילוי דעת 1/14, אשר אפשר לרשות להתחיל לאכוף את העילה לאחר שהוצהר על ידי ממונים קודמים כי הרשות לא תאכוף אותה, לבין עזיבת פרופסור גילה את תפקיד הממונה על התחרות, הרשות לא צברה ניסיון של ממש באכיפת העילה. עם מינויה של הממונה הנוכחית, היא הודיעה על הפסקה של אכיפת העילה. בית המשפט העליון אמנם הורה לרשות התחרות להמשיך ולאכוף את העילה עד לפרסומו של גילוי דעת חדש.¹⁸⁰ אולם, גילוי דעת 1/17 הנוכחי חוקק כחצי שנה בלבד לאחר צו הביניים בבג"צ האמור, ועל כן איננו יכול לעניות דעתנו להיות מבוסס על ניסיון של ממש של הרשות באכיפת העילה.

לפיכך, עמדת הממונה הנוכחית אינה חלק מתהליך שבו הוסקו מסקנות על בסיס ניסיון של ממש באכיפת העילה. ההבדל בין עמדות שני הממונים נובע מזהותם הפרסונלית ומתפיסת עולמם. יתכן כי הממונה הבא אחרי הממונה הנוכחית ישנה את התפיסה שוב מקצה לקצה. מאחר שמדובר בסוגיה הכפופה לגישה האידיאולוגית ולתפיסת העולם של המאסדר, ראוי לשים פחות משקל על גישתו, וראוי כי בית המשפט העליון יכריע על פי גישתו הוא לפרשנותו הנכונה של החוק.

7. טענות נגד עילת מחיר מופרז

בעמדת היועץ שזורות טענות שקבלתן שומטת את היסודות מתחת עילת המחיר המופרז. אלו טענות המתייחסות למאפיינים של העילה ולתוצאותיה, גם בהנחה שהעילה נאכפת באופן אופטימלי וללא טעויות. לפיכך, הן אינן קשורות לחשש מפני הרתעת יתר – חשש אשר כפי שהסברנו לעיל קשור לסיכוי לטעות בהליך האישור ובתביעה לאחרי. אלו טענות המועלות תדיר על ידי מתנגדי העילה, וקבלתן מחייבת תיקון החוק. בתמצית, הטענות הן שהמחיר המופרז מתקן את עצמו; שמחיר גבוה מהמחיר התחרותי נחוץ לעידוד השקעה, חדשנות ותחרות; שהאיסור על מחיר מופרז יפגע בהליך התחרותי; שאין צורך בעילה משום שקיימים מנגנונים אלטרנטיביים לפיקוח על המחיר, ושהעילה כביכול דורשת פיקוח שוטף מצד בתי המשפט. להלן נתייחס לכל אחת מהטענות הללו, אולם ראוי להדגיש שקיימת סתירה מובנית בעמדת היועץ, בין קבלת העילה של מחיר מופרז, לבין תמיכתו בטענות אלה. כאמור הטענות הללו הן טענות המועלות על ידי מתנגדי העילה. משהכיר היועץ בכך שהעילה קיימת בחוק התחרות, אין הוא יכול לסמוך את עמדתו על טענות החותרות תחת יסודותיה.

7.1. הטענה שמחיר מופרז מתקן את עצמו

רבות מהטענות של מתנגדי העילה מבוססות על התפיסה השגויה שמחיר מופרז מתקן את עצמו. על פי תפיסה זו, אם המחיר הוא אכן מופרז, הוא ימשוך כניסה של פירמות חדשות, וכניסה זו תגרום להורדת המחיר. כפי שהראה גילה במאמריו, מחיר מופרז אינו יכול לתקן את עצמו, משום שאם פירמה ששוקלת להכנס לשוק צופה כי בעקבות כניסתה המונופול יוריד מחירים, לא יכול להיות שהמחיר המופרז שהמונופול גבה לפני הכניסה הוא שגרם לכניסה. אם, מאידך גיסא, הפירמה נכנסת לשוק משום שהיא צופה כי המחיר

¹⁷⁹ ראו לעיל הי"ש 25 והטקסט הנלווה אליה.

¹⁸⁰ בג"ץ 4214/16 נאור נ' הרשות להגבלים עסקיים (פורסם בנבו, 9.6.2016).

יישאר מופרז לאורך זמן (תופעה של מעין קרטל משתמע בין המונופול לבין הנכנס החדש), הרי שבהגדרה המחיר המופרז לא תיקן את עצמו, הוא נשאר גבוה לאורך זמן.¹⁸¹

אכן, אם פירמה נכנסה לשוק משום שהסתמכה על כך שהמחיר יישאר גבוה לאורך זמן, אין סיבה לחשוב שהוא לא יישאר כך לתקופה בלתי מוגבלת. "קרטל משתמע" בין הפירמה החדשה לבין המונופול הוא או יציב או בלתי יציב. אם הוא יציב אפילו כאשר הפירמה החדשה היא בתחילת דרכה, קטנה ורעבה לנתח שוק, בדרך כלל קל וחומר שהוא יהיה יציב כאשר הפירמה החדשה צומחת ומגיעה לממדים משמעותיים. במצב זה, הפירמה החדשה עוד יותר "שבעה" מאשר בתחילת דרכה, כך שאם לא רצתה לסטות מהקרטל המשתמע ולגרום לו לקרוס בתחילת דרכה, קל וחומר שלא תרצה לעשות זאת כאשר נתח השוק שלה גדל.¹⁸² גם אם נאמץ את הטענה השגויה שמחיר מופרז מתקן את עצמו, בכל מקרה הוא לא יוכל לתקן את עצמו אם קיימים חסמי כניסה משמעותיים לשוק. אם קיימים חסמי כניסה משמעותיים לשוק, גם אם פירמה רוצה להכנס לשוק, לכאורה, בגלל המחיר הגבוה, היא לא יכולה לעשות זאת, משום שהכניסה חסומה. למעשה, כאשר מונופול אכן גבה מחיר מופרז במשך תקופה משמעותית, הדבר מדבר בעד עצמו: השוק לא תיקן את עצמו, ולכן המונופול הצליח לגבות את המחיר המופרז.

7.2. הטענה שמחיר גבוה משמעותית מהמחיר התחרותי חיוני לעידוד השקעה, חדשנות ותחרות

טענה נוספת שנוהגים מתנגדי העילה להעלות ושהיועץ מאמץ היא שמחיר גבוה משמעותית מהמחיר התחרותי הוא לעיתים חיוני לעידוד השקעה, חדשנות, ולקידום התחרות עצמה. זוהי למעשה תובנה כלכלית מיושנת, המבוססת על גישתו של הכלכלן האוסטרי Joseph Schumpeter, שנפטר ב-1950, גישה שלפיה רווח מונופוליסטי הוא חיוני לעידוד חדשנות והשקעה. מאז הספרות הכלכלית התפתחה מאוד והגיעה לתוצאות שונות משל Schumpeter. כך, למשל, הוכח אמפירית כי דווקא שוק תחרותי יותר יכול לדרבן השקעה בשיפור המוצר ובמחקר ופיתוח יותר מאשר שוק מונופוליסטי.¹⁸³ קומץ דוגמאות מהספרות כולל את Dutz and Hlayri, מהבנק העולמי, המראים בניתוח אמפירי הכולל נתונים מיותר מ-100 מדינות על פני עשור כי יותר תחרות בשוקי המדינה, ופחות ריכוזיות בשווקים אלה, גורמת ליותר צמיחה באותה המדינה.¹⁸⁴ גם המלומד Nickel ביצע מחקר אמפירי של כ-670 חברות בריטיות ומצא כי ככל שמספר הפירמות בשוק גדול יותר, והרווחיות שלהן נמוכה יותר, הפרודוקטיביות של התעשייה (total factor productivity growth) גדולה יותר.¹⁸⁵ גם המלומד Syverson הראה, באמצעות נתונים משווקי בטון

¹⁸¹ להרחבה ופירוט על תובנות אלה ראו מחיר מופרז כניצול לרעה של מחיר מונופוליסטי, לעיל ה"ש 23; Coherent Approach, לעיל ה"ש 82, בעמ' 123; "Are Excessive Prices Really Self-Correcting?", לעיל ה"ש 19, Excessive Pricing, Entry, Assessment, and Investment: Lessons from the Mittal Litigation, לעיל ה"ש 19. ראו גם את דבריו של Jean Tirole בספרו הכלכלי המנחה:

"One possibility is that the price of the established firm has commitment value. That is, the entrants expect the pre-entry price to prevail after entry. However, such a theory is not very convincing. Entry into many markets is a decision that covers a period of many months or years, whereas a price can often be changed within a few days or weeks." JEAN TIROLE, THE THEORY OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 368 (1988).

ראו גם Abuse of Dominance by Firms Charging Excessive or Unfair Prices: An Assessment, in לעיל ה"ש 23. ¹⁸² דיויד גילה "פרק טז: דיני הגבלים עסקיים" הגישה הכלכלית למשפט 853, 868 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012). אזרחי וגילה דיני התחרות האירופאיים, לעיל ה"ש 51, בפס' 6.12.

¹⁸³ ראו Philippe Aghion et al., Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship, 120 Q.J. ECON. 701 (2005).

¹⁸⁴ Mark A. Dutz & Aydin Hlayri, Does More Intense Competition Lead to Higher Growth? (The World Bank Development Research Group Working Paper No. 2320, 2000).

¹⁸⁵ Stephen J. Nickell, Competition and Corporate Performance, 104 J. POL. ECON. 724 (1996).

בארה"ב, שכשהשוק יותר תחרותי, מהבחינה שיש יותר תחליפיות בין המוצרים המתחרים, יש יותר פרודוקטיביות.¹⁸⁶

הטענה כאילו מחיר גבוה משמעותית מעל המחיר התחרותי הוא חיוני להשקעה ולתחרות מתמקדת בזווית ראייה צרה וחריגה, המנבאת רק "תחרות על השוק" ולא "תחרות בתוך השוק".¹⁸⁷ "תחרות על השוק" היא תחרות שבה מי שידו על העליונה בתחרות זוכה במונופול בכל השוק. "תחרות בתוך השוק" היא תחרות שבה הציפייה היא שאף פירמה לא זוכה במונופול. הרצון של פירמה להתחרות לא נובע ממחשבה נאיבית שהיא היחידה שתנצח את התחרות, אלא מהמחשבה שאם היא לא תתחרה, הפירמות האחרות יתחרו, ואז היא תאבד נתח שוק או אף תודח מהשוק. רוב רובם של השווקים שבהם המחוקק חפץ בתחרות, וכל השווקים שבהם הוגשו בישראל תובענות ייצוגיות במסגרת העילה עד כה מאופיינים בתחרות בתוך השוק (או לפחות תקווה לא ממומשת לתחרות כזו) ולא בתחרות על השוק.

היועץ בעמדתו דבק בתפיסת העולם השגויה של תחרות "על השוק", ומצטט כאסמכתא לגישתו את פסק הדין של בית המשפט העליון האמריקאי בעניין Verizon. אלא שפסק דין זה הוא דוגמא קיצונית לגישה האמריקאית, שכידוע אינה תומכת כלל בעילה. המחוקק הישראלי נוקט בגישה הפוכה.

למעשה עמדת היועץ מבקשת מבית המשפט לאמץ אל תוך הפרשנות של חוק התחרות את דרך המחשבה שמאחורי דיני הקניין הרוחני, כגון דיני פטנטים ודיני זכויות היוצרים. דינים אלה לוקחים בחשבון כי רק אם פירמה תגבה מחירים מעל ומעבר למחיר התחרותי יהיו לה מספיק תמריצים להשקיע בפיתוח. אלא שדיני הקניין הרוחני, ודיני הפטנטים בפרט, עושים זאת מכוח חוק: הם מאפשרים במפורש לבעל הפטנט להדיר מהשוק מתחרים הרוצים להשתמש בפטנט שלו, על מנת לדרבן אותו להשקיע במחקר ופיתוח. נקודת המוצא שמאחורי חוק התחרות היא הפוכה: היא מניחה שרווח תחרותי, והמתח התחרותי בין הפירמות, הוא מספיק כדי לעודד אותן להשקיע את ההשקעות שהצרכן חפץ בהן. יתרה מזו, גם באותם מקרים חריגים שהתחרות היא "על השוק", חוק התחרות אינו שבע רצון מהעובדה שכתוצאה מתחרות זו נוצר מונופול, והוא מעודד היווצרות תחרות בתוך השוק, המורידה את הרווח לרווח תחרותי, גם במקרים אלה.

ככלות הכל, אם המטרה של חוק התחרות תושג במלואה, כל השווקים ייהנו ממחיר תחרותי, ואף פירמה לעולם לא תוכל לגבות מחיר מעליו. זו המטרה האולטימטיבית של חוק התחרות בפקחו על הסדרים כובלים, מיזוגים, ומונופולין. לפיכך, לעמדת היועץ מצב זה, שהוא אידיאלי מבחינת השגת מטרות חוק התחרות, הוא מזיק, משום שאז פירמות לא ישקיעו השקעות מועילות לצרכן. מדובר בסתירה פנימית.

אילו היתה מתקבלת טענת היועץ, היה ראוי ללכת צעד נוסף לטובת מונופולים, ולהגן עליהם מפני תחרות בחקיקה: אחרת, אם התחרות היתה פועלת בצורה אפקטיבית לגמרי כפי שחוק התחרות חפץ, מונופולים לא היו משקיעים השקעות כביכול מועילות. הווה אומר, על פי עמדת היועץ, ראוי היה לבטל את מרבית תחולתו של חוק התחרות ובמקום זאת לחוקק חוקים שמגינים על מונופולים מפני תחרות, שהרי התחרות, אם הושגה, כופה על מונופולים אלה מחיר תחרותי, וההשקעות המועילות ביותר מושגות דווקא, לטענת היועץ, במחיר מעל ומעבר למחיר התחרותי. על פי גישה זו של היועץ, התחרות היחידה שראוי לקדם היא זו שמדרבנת את הפירמה להשקיע, קרי "תחרות על השוק", ואז, אידיאלית מבחינת היועץ, מי שמנצח בתחרות זו ראוי שיגרוף רווחים מעל ומעבר לאלה התחרותיים. ברור כי זו אינה גישתו של המחוקק.

זאת ועוד, אילו נקודת המוצא היתה שמחיר גבוה משמעותית מהמחיר התחרותי הוא "השמן שמניע את התחרות ואת ההשקעות", כפי שמניח היועץ, היה צריך לעודד גם הדרת מתחרים על ידי מונופול הטוען כי

¹⁸⁶ Chad Syverson, *Market Structure and Productivity: A Concrete Example*, 112 J. POL. ECON. 1181 (2004)

¹⁸⁷ Coherent Approach, לעיל ה"ש 82, פרק 4.

נוכחותם של מתחרים אלה מפריעה לו להעלות את המחיר לרמות גבוהות, והדבר מדכא תמריצי השקעה שלו. יתרה מכך, רוב רובן של ההתנגדויות של רשות התחרות למיזוגים ולהסדרים כובלים נעוצים בחשש לעליית מחירים מעל הרמה התחרותית. אם נאמץ את גישת היועץ באופן עקבי, סיבה זו להתנגדות איננה מוצדקת. המחיר הגבוה יעודד השקעות מועילות, ועל כן אין הצדקה להתנגד למיזוג או להסדר כובל אך ורק משום שהוא יעלה מחירים.

בכך אין לומר כי בעל מונופולין לא זכאי להראות כי במקרה הספציפי שלו המחיר הלכאורה מופרז שגבה הוא למעשה לא מופרז, לאור השקעות שביצע, או סיכונים שלקח. שיקולים אלה ניתנים להטמעה ישירה, לגופו של מקרה, על ידי יישום המתודולוגיה המוצעת על ידנו. אולם עמדת היועץ משתמשת באקסיומה שלפיה מחיר משמעותית גבוה מהמחיר התחרותי לעיתים קרובות חיוני להשקעות על מנת לשכנע את בית המשפט העליון כי ההתערבות צריכה להתרחש רק במקרים קיצוניים ביותר וחריגים. גישה מעין זו אי אפשר לדעתנו לקבל, והיא תחטא לרצון המחוקק ולתכלית חוק התחרות.

יש להתייחס גם לטענת היועץ כאילו מבחן השוואה למחירי המתחרים פוגע בתמריצי המונופול לשפר את המוצר שלו. טענה זו מבוססת על ההנחה שפירמות המשקיעות השקעות מצפות להיהפך למונופולים על ידי הפיכת עצמן לטובות ממתחריהם, על מנת שיוכלו להעלות את המחיר למחיר שהוא משמעותית מעל המחיר של מתחריהן. אך שוב זו איננה תפיסת המחוקק לגבי תחרות בשוק: האידיאל של המחוקק הוא שכלל הפירמות יצליחו בהשקעותיהן כך שאף אחת מהן לא תוכל לגבות מחיר משמעותית יותר גבוה מהשנייה וכתוצאה מכך רווחיהן יהיו תחרותיים. תפיסת המחוקק היא שדי ברווחים תחרותיים אלה כדי לעודד השקעות מועילות.

הסוגיה הנידונה בפסקאות אלה קשורה גם לחששו של היועץ כי מונופול שאוסרים עליו לגבות מחיר מופרז יגיב על כך בהורדת איכות המוצר. אלא שחשש זה מבוסס על הבנה כלכלית שגויה. פירמה עם כוח שוק משמעותי תעשה כל שביכולתה, במסגרת החוק, להשיא את רווחיה, הן במישור האיכות והן במישור המחיר. בזמן שהמונופול גובה מחיר מופרז, חזקה עליו כי גם קבע איכות שהשיאה את רווחיו. ניתן להניח כי הוא לא בחר להיות פילנתרופ כלפי הצרכנים דווקא במישור האיכות, ועתה משאסרנו עליו לגבות מחיר מופרז, הוא ייזכר להוריד את רמת האיכות. אמנם כאשר המונופול מרוסן מבחינת רמת המחיר, השאת הרווחים שלו לעניין האיכות גם היא תהיה שונה, אך לא בהכרח גרועה יותר לצרכן. יתכן בהחלט כי רמת האיכות שאופטימלית למונופול כאשר מחיריו מרוסנים טובה יותר למרבית הצרכנים מאשר רמת האיכות שקבע כאשר מחיריו היו מופרזים.

7.3. הטענה כי האיסור על מחיר מופרז יפגע בתהליך התחרותי

טענה שגורה של מתנגדי העילה היא שגביית מחיר מופרז מסייעת לתהליך התחרותי, ואילו אכיפת האיסור על מחיר מופרז פוגעת בתהליך זה. גם היועץ מאמץ טענה זו.

גרסה אחת של טענה זו היא ההנחה הנאיבית שהמונופול מצפה לזכות בכל, או רוב, השוק, ולכן הוא מתחרה מלכתחילה. זוהי הנחת המוצא החריגה שנסקרה לעיל, לפיה התחרות היא כביכול "על השוק" ולא "בתוך השוק", ואליה התייחסנו בהרחבה בפרק 6.2 לעיל.

גרסה נוספת של טענה זו היא שאם נמנע מהפירמה הדומיננטית לגבות מחיר מופרז, הדבר יפגע בתמריצים של מתחרים שלה להתחרות, או בתמריצים של מתחרים פוטנציאליים להיכנס לשוק. אולם, האמת הכלכלית היא הפוכה: נניח שלמונופול יש מתחרים. אם מאפשרים לו לגבות מחיר מופרז, תגובה סבירה של המתחרים שלו יכולה להיות לגבות מחיר מופרז גם הם, ביודעם כי לא יאבדו נתחי שוק נוספים לטובת המונופול. כך יונצחו מבנה השוק ונתחי השוק, והצרכנים בכל השוק ישלמו משמעותית יותר ממה שהיו

משלמים בשוק תחרותי. מאידך, אם אוסרים על המונופול לגבות מחיר מופרז, גם המתחרים ייאלצו להוריד מחירים, מחשש שיאבדו עוד יותר נתחי שוק לטובת המונופול. על כן, האיסור על מחיר מופרז רק מלבה את התהליך התחרותי, ואינו פוגע בו, כפי שהיועץ טוען.

כך גם בכל הקשור לתהליך של כניסה ויציאת פירמות מהשוק. האיסור כופה על המונופול לגבות את המחיר התחרותי שהוא הרובד הכלכלי של הניתוח שהצענו, בתוספת מרווח שאינו מופרז. גם אם מתחריו של המונופול, כולל מתחרים פוטנציאליים, הם משמעותית פחות יעילים ממנו, הם יוכלו לתפקד ברווחיות בשוק עם מחיר לא מופרז זה שגובה המונופול.

טענת היועץ כאילו אכיפה רצינית של האיסור על מחיר מופרז תרתיע כניסה היא נגזרת של הנחתו השגויה כי ללא אכיפת האיסור על מחיר מופרז, המחיר המופרז יתקן את עצמו. אך נזכיר כי בעולם שבו בתי המשפט אינם מתערבים במחיר המופרז המחיר המופרז, כפי שהראינו בפרק 6.1, לא מתקן את עצמו. בפרט, המחיר המופרז לא ימשוך את כניסתן של פירמות שחוששות שהמונופול יוריד מחירים אחרי כניסה. הוא יכול רק למשוך את כניסתן של פירמות הבונות על כך שהמחיר יישאר מופרז לאורך זמן, קרי, פירמות שיוכלו לעשות קרטל משתמע עם המונופול. בהתאם, הנכנסים הפוטנציאליים היחידים שהימנעות מאכיפה של האיסור מושכת את כניסתם לשוק הם פירמות שהן גם משמעותית פחות יעילות מהמונופול וגם בונות על כך שהמחיר יישאר מופרז לאחר שנכנסו. אלה פירמות שלא עוזרות על מנת לתקן את הנזק שנגרם לצרכנים מהמחיר המופרז.

למעשה, אכיפת האיסור על מחיר מופרז עשויה דווקא לעודד כניסה של פירמות חדשות לשוק.¹⁸⁸ זאת כאשר התובע משתמש במבחן השוואה של המחיר שגבה המונופול לפני כניסה לעומת המחיר שגבה לאחר כניסה לשוק.

7.4. הטענה כי קיימים מנגנוני פיקוח על מחירים

טענה נוספת שלעיתים קרובות נטענת על ידי מתנגדי העילה היא שקיימים מנגנונים חקיקתיים של פיקוח מחירים מראש. גם היועץ טוען זאת בעמדתו. גם זו טענה לפיה אין צורך בעילה, והיא לא נוגעת לפרשנותה או אופן יישומה.

אך טענה זו איננה נכונה. ראשית, פיקוח מחירים מעין זה לא קיים בכל השווקים הרבים בהם פועלים מונופולים בישראל. זאת ועוד, האיסור על מחיר מופרז בחוק התחרות שונה מפיקוח מחירים ויש לו יתרונות יחסית לפיקוח מחירים. במסגרת האיסור על מחיר מופרז בחוק התחרות, המונופול מרסן את עצמו, מחשש שייתבע בדיעבד בגין המחיר המופרז שגבה. אין צורך לשאת בעלויות שוטפות של פיקוח. יתרה מזו, מודל פיקוח המחירים בישראל סובל במידה רבה מחוסר אפקטיביות. פיקוח הוא לרוב תוצאה של דין ודברים בין הפירמה למאסדר ייעודי, בדרך כלל כזה שכפוף לגורם פוליטי, בהסמכת שר, הנתון מצדו ללחץ מצד הגופים המפוקחים.¹⁸⁹ כדי לסבר את האוזן, במשך עשרות שנים המחיר של לחם הוא מפוקח מכוח חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996. בשוק זה כוחות השוק גרמו למחיר שנאלצו לגבות המאפיות להיות נמוך משמעותית מהמחיר המפוקח, ועל כן הן עשו קרטל שבו הסכימו כי יגבו את המחיר המפוקח.¹⁹⁰ זוהי ראייה אחת מיני רבות כי פיקוח המחירים לא היה מוצלח, ולא הביא למחיר התחרותי, אלא למחיר משמעותית גבוה ממנו.

¹⁸⁸ The Antitrust Prohibition of Excessive Pricing, לעיל ה"ש 167.

¹⁸⁹ Coherent Approach, לעיל ה"ש 82, פרק 6; מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, לעיל ה"ש 23, פרק ה'.

¹⁹⁰ ת"פ (מחוזי י-ם) 28192-08-12 מדינת ישראל נ' אנגל (פורסם בנבו, 25.02.2018).

7.5 הטענה כי העילה תצריך פיקוח שוטף מצד בתי המשפט

טענה נוספת של התנגדות לעילה שהיועץ מאמץ היא כי אכיפת האיסור על מחיר מופרז תדרוש כביכול פיקוח שוטף מצד בית המשפט. בפרט, היועץ טוען כי "חשוב לציין שהקושי לא מסתיים עם סיום ההליך אלא צפוי להימשך בצורה כזו או אחרת גם אחריו. קביעה כי מחיר מסוים למוצר בשוק הוא המחיר ההוגן ואכיפתו, עשויים לגרור מעין "פיקוח מחירים" מתמשך והקצאת משאבים (של רשות התחרות ושל בית המשפט) לבחינה שוטפת של שינויים בעלויות הייצור, הטכנולוגיה, הביקוש למוצר ועוד, שיכולים להשפיע על שינויים בתמחור המוצר לאורך זמן.¹⁹¹ טענה זו פשוט אינה נכונה. בתובענה ייצוגית בגין מחיר מופרז של מונופול, בית המשפט בוחן רק את התנהגות המונופול בעבר, עד למועד הגשת התביעה, והסעד שהוא מתבקש לתת הוא פיצוי בגין התנהגות זו. בית המשפט אינו עוסק כלל בפיקוח שוטף על פעילותו של המונופול בעתיד. לפיכך, לא ברור מהו הקושי שאליו מתייחס היועץ.

יתרה מכך, נקודת המוצא של העילה היא שהמונופול מרסן את עצמו כל העת, מראש, מחשש שייתקף בדיעבד אם יפר את האיסור. איש מלבדו אינו בודק באופן שוטף את התנהגותו. מבחינה זו איסור זה דומה לדוגמאות האחרות שהצגנו ולאיסורים רבים אחרים בחוק התחרות. כך, למשל, מונופול אמור לרסן עצמו שלא לגבות מחירים טורפניים (קרי-נמוכים מדי המדירים מתחרים), בפרט בהינתן השינויים התכופים שעשויים להיות במבנה העלויות שלו ובנסיבות השוק. באופן דומה, ספק ולקוח הקשורים בהסדר בלעדיות כל העת צריכים לבדוק בעצמם אם, בנסיבות השוק המשתנות, שינוי במבנה העלויות, או שינוי אחר בנסיבות הרלוונטיות, הסדר הבלעדיות שלהם מעלה את החששות הקבועים בחוק. בית המשפט יתערב במקרים אלה, כמו גם באיסור על מחיר מופרז, רק אם יעלה חשש להפרה, ואז יידרש להתנהלותו של הנתבע בעבר, ולא לאופן שבו יתנהג בעתיד.

8. סיכום

מאמר זה הראה כי עילת המחיר המופרז אינה חריגה בהשוואה לעילות אחרות בחוק התחרות. כולן נועדו להשיג מטרה אחת: השאת רווחת הצרכן על ידי הקטנת בעיות הנטל העודף והעברת הערך. אם קרטל, מיזוג, מיזם משותף, הסדר בלעדיות או הדרת מתחרה גורמים להעלאת המחיר ב-47% מעל המחיר התחרותי, קיימת עילה חזקה כנגדם, כשם שקיימת עילה חזקה באותה המידה כנגד מונופול שהעלה את המחיר ב-47% מעל המחיר התחרותי. גם דרך ההתדיינות בתובענה ייצוגית בגין הפרות אחרות דומה לדרך ההתדיינות הראויה במקרה של מחיר מופרז של מונופול: בכל המקרים הללו קיים רובד הניתוח הכלכלי, בו נבדק תחילה מהו המחיר התחרותי, ובאמצעותו מסיקים עד כמה ההתנהגות העלתה את המחיר מעל המחיר התחרותי. לצד רובד הניתוח הכלכלי קיים רובד הניתוח המשפטי, המעריך אם פער זה הוא מספיק משמעותי על מנת להפר את האיסור הנדון.

גישתנו מבחינה בין הכלל המהותי הנכון, שהיה ראוי ליישמו בעולם ללא טעויות, לבין כללים דיוניים שנועדו למזער את העלות של טעויות הקשורות באכיפת יתר או אכיפת חסר של העילה. טעותו המרכזית של היועץ היא שלמרות שהוא מכיר בקיומה של עילת תביעה בגין מחיר מופרז, הוא מאמץ בחום את טענותיהם של מתנגדי העילה. כתוצאה מכך היועץ מציע לבית המשפט העליון להציב מכשולים כמעט בלתי עבירים בפני תובעים בעילה זו באופן שיהפוך אותה במידה רבה לאות מתה, בניגוד לרצון המחוקק. זאת, בהתבסס על הנחתו הלא מבוססת, לפיה העלות החברתית של אכיפת יתר של העילה גדולה מהעלות החברתית של אכיפת חסר שלה.

ישראל היא שוק מבודד יחסית, עם חסמי יבוא, שווקים ריכוזיים מאוד, וריבוי מונופולים. אין ספק כי הפוטנציאל התחרותי בשווקים בישראל קטן יותר מאשר באירופה או ארה"ב. משום כך, בישראל חשוב במיוחד

¹⁹¹ עמדת היועץ, לעיל ה"ש 2, בהערה 22. היועץ מפנה למסמך של הנציבות האירופאית שהוגש לשולחן העגול של ה-OECD ב-2011 (ראו שם). אלא שמסמך זה דן אך ורק ברשות התחרות, כשהטענה שם היא שאם בצעה מבחן עלות, הרשות צריכה להקשיב לטענות של המונופול המפוקח על ידה כי חל שינוי בעלויות. המסמך לא דן, כמובן, בבית המשפט בתביעה אזרחית.

לשמר אכיפה אפקטיבית ומרתיעה של האיסור על מחיר מופרז של מונופול, וליישם את האיסור באופן מחמיר עם הנתבע ונחוש יותר מאשר באירופה. בשווקים רבים, התחרות לא תצליח לרסן את המונופולים. מתן יד כמעט חופשית למונופולים לגבות כל מחיר שהצרכן מוכן לשלם, כפי שהלכה למעשה מציע היועץ, יעשה לפלסתר את רצון המחוקק ויפגע משמעותית בציבור.