

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

מאת

דיויד גילה ואלון קלמנט\*

### תקציר

המאמר מראה כיצד יש להפעיל כלים פרוצדורליים ומהותיים על מנת ליישם, במסגרת תובענה ייצוגית, את האיסור על בעל מונופולין לגבות מחיר מופרז. הוא מבקר את עמדת היועץ המשפטי לממשלה (להלן: "היועץ") שהוגשה במסגרת בקשת רשות הערעור של החברה המרכזית למשקאות קלים בפרשת גפניאל בבית המשפט העליון. בפרט, המאמר מראה כי עילת המחיר המופרז אינה חריגה בהשוואה לעילות אחרות בחוק התחרות, לא מבחינת מטרתה ולא מבחינת הדרך הראויה ליישומה, מורכבות היישום שלה, והשלכותיה. אופן היישום הראוי של העילה הוא באמצעות רובד כלכלי, המשווה בין המחיר שגבה המונופול לבין המחיר התחרותי, ורובד משפטי, שבו על בית המשפט להכריע אם הפער בין המחיר שנגבה למחיר התחרותי הוא מופרז. המאמר מראה כי אין זה ראוי להלכיש מושג שסתום נוסף, "הגינות", על גבי מושג השסתום של מופרזות המחיר. עוד הוא מראה כי אחת הטעויות של היועץ היא שמחד גיסא הוא מציע לאמץ את האיסור, אך מאידך גיסא הוא מאמץ את כל טענות מתנגדי האיסור, שאותן המאמר מפריך. טעות נוספת של היועץ היא שהוא מניח, ללא ביסוס, כי העלות החברתית של טעות של בית המשפט לרעת המונופול גדולה מהעלות החברתית של טעות של בית המשפט לרעת הצרכנים. במקום זאת, המאמר מציע כי בית המשפט יאזן, במקרה נתון, בין החששות משני סוגי הטעויות באמצעות חלוקת הנטלים ורף ההוכחה בשלבים השונים של ההליך, באמצעות נתח השוק, הפער מהמחיר התחרותי ומשך ההפרה. המאמר מפריך את גישת היועץ שלפיה יש להוציא קטגוריות שלמות של מקרים מגדר האיסור, ומראה שאין לגישה זו אחיזה בחוק או בפסיקה האירופית. המאמר מצביע על היחס הראוי בין עמדת רשות התחרות לבין הדין החל על אכיפה פרטית של האיסור.

\* פרופסורים מן המניין, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב. ברצוננו להודות לעוזרי המחקר שירה בר-זיו, עומר יוסיבש, גלעד לאור, שי נועם, ליאור פרנק, ניר קרמרמן, מתן רצם והדר שקד איצקוביץ על סיועם המעולה, ולעורכות הדין שושי נרי והרס הולצשטיין-תמיר על עזרתן והערותיהן.

- 119 מבוא
- 125 א. עילת המחיר המופרז והתפתחותה במשפט הישראלי
- 129 ב. העילה של מחיר מופרז אינה חריגה בהשוואה לעילות אחרות בחוק התחרות
- 134 1. אנלוגיה א: קרטל
- 135 2. אנלוגיה ב: מיזוג
- 136 3. אנלוגיה ג: מיזם משותף
- 137 4. אנלוגיה ד: הסדר בלעדיות
- 137 5. אנלוגיה ה: התנהגות מדירה של בעל מונופולין
- 138 ג. גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין: יסודות עילת התביעה
- 139 1. הרובד הכלכלי בבדיקת העילה: מציאת המחיר התחרותי
- 141 (א) המחיר התחרותי האולטימטיבי הוא מחיר מבוסס עלויות
- 144 (ב) מבחן העלות ומבחן ההשוואה
- 145 (1) מבחן העלות
- 147 (2) מבחן ההשוואה
- 152 (ג) השוואה למחירי מתחרים
- (ד) די במדד אחד ראוי – במסגרת מבחן השוואה או מבחן עלות – לביסוס
- 156 העילה
2. הרובד המשפטי בבחינת העילה: האם הפער בין המחיר שנגבה למחיר
- 161 התחרותי הוא מופרז?
- 163 (א) קביעת אחוז סף לצורך ההכרעה שהמחיר מופרז
- (ב) אין צורך בשני מושגי שסתום שונים של "מופרזות" ו"הגינות" המופעלים
- 167 באופן מצטבר
- 169 (ג) מוכנות הצרכן לשלם על המוצר איננה רלוונטית
- 170 ד. טענות נגד עילת מחיר מופרז
- 171 1. הטענה שמחיר מופרז מתקן את עצמו
2. הטענה שמחיר גבוה משמעותית מהמחיר התחרותי חיוני לעידוד השקעה,
- 172 חדשנות ותחרות
- 175 3. הטענה כי האיסור על מחיר מופרז יפגע בתהליך התחרותי
- 176 4. הטענה כי קיימים מנגנוני פיקוח על מחירים
- 177 5. הטענה כי העילה תצריך פיקוח שוטף מצד בתי המשפט
- ה. קביעת האיזונים בדין הדיוני – חלוקת הנטלים ורף ההוכחה בשלב אישור
- 178 התובענה הייצוגית ולאחריו, ושימוש בפרמטרים מסייעים
- 178 1. קביעת נטלי ההוכחה ורף ההוכחה בשלבים השונים של הדיון
- 185 2. פרמטרים ראויים לקביעת מובהקות הראיות למחיר מופרז
- 186 (א) נתח שוק
- 187 (ב) הפער מהמחיר התחרותי

- 188 (ג) משך ההפרה  
 3. הגישה שלפיה יהיו קטגוריות של מקרים שלא ניתן יהיה לתבוע בתובענה ייצוגית בגינם היא מוטעית  
 188  
 189 (א) מוצרים שבהם בעיית הנטל העודף גדולה ובעיית העברת הערך קטנה  
 191 (ב) שווקים עתירי סיכון  
 192 (ג) חסמי כניסה והתרחבות נמוכים  
 192 1. היחס בין עמדת רשות התחרות לבין הדין החל  
 197 סיכום

## 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<sup>1</sup> 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".<sup>2</sup> העילה שהמאמר עוסק בה היא גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין כניצול לרעה אסור של כוחו. השאלה שבית המשפט העליון נדרש להכריע בה 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 1.1/17. אף על

1 ת"צ (מחוזי מר') 6179-08-16 גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (נבו) 16.1.2019. (להלן: עניין גפניאל).

2 גישה שונה מוצגת במאמרו של גל ונבו שלפיה סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק" או "חוק התחרות") חל רק על תמחור טורפני של בעל מונופולין, ולא על תמחור מופרז. ראו מיכל (שיצר) גל והילה נבו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" משפטים מה 277 (2015) (להלן: גל ונבו). לביקורת על גישה זו, על סמך לשון החוק, הקשר הסעיפים ותכלית החוק ראו דיויד גילה "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" משפטים מה 761 (2016) (להלן: מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי).

3 עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה ברע"א 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' גפניאל (8.6.2020).

פי שהיועץ הכיר בכך שסעיף 29א(ב)(1) אוסר על גביית מחיר מופרז, פרשנותו לאיסור זה ממצמצמת 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 בשוקים 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 הנטל העודף, הנגרם כאשר הצרכנים שהיה ראוי מבחינה חברתית שיקנו את המוצר או השירות אינם קונים אותו בגלל המחיר הגבוה מדי, ובעיית העברת הערך, הנובעת מהצרכנים 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.

התובענה הייצוגית משמשת כלי מרכזי בהשגת מטרותיו של חוק התחרות. שתיים ממטרותיו העיקריות של מכשיר התובענה הייצוגית הן "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו" ו"מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין".<sup>4</sup> לפיכך, התובענה הייצוגית מסייעת הן בהרתעת מונופולים מפני הפרת הוראות חוק התחרות, ובכלל זה מפני הפרת האיסור על גביית מחיר מופרז,<sup>5</sup> והן במתן סעד הולם לצרכנים בגין הנזקים שנגרמו להם כתוצאה מתמחור מונופוליסטי מופרז.

עמדת היועץ, המצויה במרכזו של מאמר זה, מצגינה תמונה מטעה שלפיה 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. בעניין קוקה קולה מצא בית המשפט המחוזי כי הפער בין המחיר שגבה המונופול לבין המחיר שגבו המתחרים עמד על 47% בממוצע.<sup>6</sup> בדוגמאות שאנו מציינים, במקום חברה אחת המספקת את המותג המוביל "קוקה קולה" קיימות שתי חברות כאלה. אנו מראים כיצד חוק התחרות

4 ראו ס' 1(2)–(3) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות).

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

6 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 1, בפס' 28.

היה בכירור עוצר קרטל בין שתי חברות אלה שמעלה את המחיר ב-47% מעל המחיר התחרותי, מיזם משותף או מיווג ביניהן המעלה את המחיר באופן דומה, הסדר בלעדיות הגורם לסילוק אחת מהן מהשוק או הדרה של אחת מחברות הקוקה קולה על ידי זולתה באופן המעלה את המחיר באופן דומה. ההבדל היחיד בין הדוגמאות הללו, של קרטל, מיזם משותף, מיווג, הסדר בלעדיות והדרת מתחרה, לבין דוגמת המונופול שנתבע בגין תמחור מופרז, הוא שבכל אחת מהדוגמאות הללו נוצרה פגיעה בתהליך התחרותי, ואילו במקרה של מחיר מופרז התהליך התחרותי לא עבד מלכתחילה, והמונופול מנצל את העובדה שהשוק שהוא פועל בו אינו תחרותי דיו, לשם גביית מחיר מופרז מהצרכנים. אולם, בכל הדוגמאות התוצאה שרצה 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, כיצד ייתכן 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 כמה 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 רוסן 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, שמחירים גבוהים משמעותית מהמחיר התחרותי הם חיוניים על מנת לעודד השקעה של הפירמות. הנחה זו מנוגדת לנקודת המוצא של חוק התחרות שלפיה במצב האידיאלי על כל השווקים להיות תחרותיים. אם אידיאל זה של חוק התחרות יוגשם, הרווח שצופות לו הפירמות יהיה לעולם 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 הייתה מחייבת גישה שונה לגמרי מזו שמוחלת כיום גם על הסדרים כובלים, מיוזגים והדרת מתחרים.

מכך לא משתמע שעידוד השקעה אינו צריך להישקל במסגרת טענה קונקרטית להפרה. נהפוך הוא. דרך הניתוח המוצעת על ידינו במאמר זה מאפשרת למונופול הנתבע להראות כי המחיר הלאאורה 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 מעוררים השקעות מועילות.<sup>7</sup> עמדת היועץ משתמשת בתובנה שגויה זו כעוגן על מנת להפוך את האיסור על מחיר מופרז של בעל מונופולין לכמעט בלתי אכיף, כך שיישם 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. שלישיית, 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 ללשון 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 הדיוניים 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 שהנזקים 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 בית המשפט צריך להשתמש בכלים שבידיו כדי לקבוע את נקודת האיזון הראויה בין הרתעת חסר להרתעת יתר בתלות בשלב בהליך המשפטי. בפרט, אנו

7 לביקורת 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 את התנהגותם בטענה לתמרוץ השקעות מועילות הם: "... 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...".

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 הכרחית לקיומה של עילת המחיר המופרז. אנו ממליצים כי פער מינימלי זה יהיה אחר, על מנת להגביר את ודאות 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. הוא אינו חייב להיות זהה בכל אחד מהשלבים, והוא עשוי להיות מושפע ממאפיינים קונקרטיים של התביעה. אנו מסבירים עוד כי בניגוד לעמדת היועץ, קביעתו של השופט גרוסקופף כי רף ההוכחה שהתובע המייצג צריך לעמוד בו כדי שהתובענה שהגיש תאושר כיייצוגית 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 שהתובע עומד בו 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 מדדים מספר שכל אחד מהם בפני עצמו אינו מובהק מספיק 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 הדין באופן קונקרטי באכיפה פרטית של דיני ההגבלים העסקיים, בפרט בתובענות ייצוגיות, ובפרט בעילת התמחור המופרז על ידי בעל מונופולין.<sup>8</sup>

8 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 (2011) (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 MKT. & COMPETITION L. REV. 133 (2019) (הדן בעיקר בקשרי הגומלין בין אכיפה ציבורית לאכיפה פרטית, לרבות השאלה אם הכלים הריוניים בתביעות פרטיות צריכים להיות דומים לכלים הריוניים בתביעות מצד רשות התחרות, תניות פטור בחוזה עם הצרכן הפוטרת את הפירמה מאכיפה פרטית, החשש מפרגמנטציה של אותה פרשייה בכמה תובענות פרטיות המתנהלות במקביל במדינות באירופה, וקשים בכימות הנזק בתביעות הגבלים עסקיים ולא דווקא בתביעות של מחיר מופרז); Michal S. Gal, *The Case for Limiting Private Excessive Pricing* (להלן: *The Case for Limiting Private Excessive Pricing Litigation*), 15 J. COMPETITION L. & ECON. 298 (2020) (שמתמקד במצב התביעות הפרטיות בהגבלים עסקיים באיחוד האירופי וכולל טיעונים הרומים לאלה של היועץ שאותם אנחנו מבקרים במאמר זה

מאמר זה מוסיף על הספרות הקיימת כמה תרומות משמעותיות: ראשית, הוא מגיב באופן קונקרטי ומקיף לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בהליך תקדימי וחשוב מאין כמוהו אשר עתיד לעצב לעתיד לבוא את דרך היישום של עילת המחיר המופרז בישראל. בעוד שמאמרים קודמים של אחד מאיתנו התייחסו לעילת המחיר המופרז בעיקר בהקשרים כלליים,<sup>9</sup> 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, כיוון 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 הדין לעומק בסוגיות דינויות מרכזיות בניהול תובענות ייצוגיות בדיני ההגבלים העסקיים בכלל, ובעילת המחיר המופרז בפרט. המאמר מחדד לראשונה את ההבדלים בין המישור הדינוי, העוסק בין היתר בהפחתת החשש מטעויות של בית המשפט, למישור המהותי, המניח הכרעות ללא טעויות. הספרות בתחום עילת המחיר המופרז לא הבחינה עד היום בין שני המישורים הללו. כך, למשל, הובע בספרות חשש מטעויות שיפוטיות, אך לא חודד על ידה כי חשש זה אמור להיפתר באמצעות כלים דינויים קונקרטיים להליך. במקום זאת, החשש מטעויות הוביל מלומדים מסוימים להכריע כי יש להימנע כליל מאכיפת העילה.<sup>10</sup> זאת, בין היתר, לאור תפיסות שגויות לגבי עלויות הטעויות, הסיכוי להתממשותן, והאופן שבו כלים דינויים עשויים להתמודד עם טעויות אלה. לגבי עלויות הטעויות, כיוון שחלק מהמלומדים הניחו בטעות, כמו היועץ, כי מחירים מופרזים מתקנים את עצמם באמצעות כוחות השוק, הם הסיקו כי אין לייחס כל משקל לטעות

בהקשר של חששות מעילת המחיר המופרז ויישומה); Žygmantas Juška, *The Effectiveness of Antitrust Collective Litigation in the European Union: A Study of the Principle of Full Compensation*, 49 IIC: INT'L REV. INTELL. PROP. & COMPETITION L. 63 (2018); Fabio 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); Spencer 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: *STANDING UP FOR CONVERGENCE AND RELEVANCE IN ANTITRUST* 189 (Sonia Ahmad & Nicolas Charbit ed., 2018) (להלן: *Excessive Pricing by Dominant Firms, Private Litigation, and the Existence of Alternative Products*) (הדין ביישום מבחן השוואה והעלות במסגרת אכיפה פרטית ועל החשיבות של אכיפת האיסור גם כשלמונופול יש מתחרים המספקים אלטרנטיבות לצרכן).

9 ראו לעיל ה"ש 2, ולהלן ה"ש 22.

10 ראו למשל בהקשר זה: גל ונבו, לעיל ה"ש 2; David S. Evans & A. Jorge Padilla, *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules*, 1 J. COMPETITION L. & ECON. 97 (2005) (להלן: Evans & Padilla).



מהסוג של אכיפת חסר של העילה. לגבי הסיכוי להתממשות הטעות, הספרות התעלמה מההטיה 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 דיוניים וראייתיים המשמשים לפתרון בעיות אלה לבין עקרונות מהותיים העומדים ביסוד העילה כאשר היא נאכפת ללא טעויות. המאמר בנוי כדלקמן: פרק א מציג את השתלשלות פסיקת בתי המשפט העוסקת בהחלטה של עילה זו ואת השתלשלות הספרות העיקרית על אודות העילה; פרק ב מציג דוגמאות אנלוגיות אחדות 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 אינה חריגה כלל בדיני ההגבלים העסקיים; פרק ג מציג את יסודות עילת התביעה בעילת המחיר המופרז ואת שני המישורים שבהם היא נבחנת – המישור הכלכלי והמישור המשפטי; פרק ד 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 ה מציג את הכלים שהדין הדיוני נותן 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 פרמטרים מספר שבית המשפט יכול לקחת בחשבון בשוקלו את מובהקות הראיות שהביא התובע לתמיכה בעמדתו; פרק ו מסביר מדוע אין בית המשפט העליון צריך לסמוך את עמדתו על קביעת הממונה על התחרות בגילוי דעת 1/17, אשר שימש יסוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה.

## א. עילת המחיר המופרז והתפתחותה במשפט הישראלי

מקורה העיקרי של עילת המחיר המופרז הוא בדיני ההגבלים העסקיים של האיחוד האירופי. סעיף 102(a) לאמנה האירופית אוסר על בעל מונופולין לגבות מחירים בלתי הוגנים ("unfair purchase or selling prices") עבור מוצריו או שירותיו.<sup>11</sup> בפרשת General Motors<sup>12</sup> יושמה לראשונה הוראה זו על מחיר מופרז של מונופול, וההלכה האירופית התפתחה עוד באחד מפסקי הדין המצוטטים ביותר, הוא פסק הדין בעניין United Brands, שם נקבע כי יש לבדוק אם הפירמה הדומיננטית ניצלה את כוחה באופן שאפשר לה לקצור רווחים שהיא לא הייתה משיגה אילו הייתה תחרות, וכי הפער בין המחיר שנגבה למחיר התחרותי יכול להיות מחושב, בין היתר, על ידי השוואתו לעלות הייצור שלו.<sup>13</sup>

11 Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, Oct. 1967, art. 102(a) 2012 O.J. (C326) 47 (להלן: האמנה האירופית).

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

13 Case 27/76, United Brands Co. BV v. Comm'n, 1978 E.C.R. 207, ¶ 249–251: "It is advisable therefore to ascertain whether the dominant undertaking has made use of

החלטתו האחרונה של בית הדין לצדק של האיחוד האירופי בהקשר לעילה היא בפרשת מונופול זכויות היוצרים הלטיבי, 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.<sup>14</sup> ההלכה התפתחה במקביל גם במדינות החברות באיחוד, ובמדינות שדיני ההגבלים העסקיים שלהן הושפעו מדיני התחרות של האיחוד האירופי, 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.<sup>15</sup>

בישראל אומץ, כמעט כלשונו, סעיף 102(a) לאמנה האירופית 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".<sup>16</sup> עילה זו הופעלה בכמה תובענות ייצוגיות מוקדמות. בעניין רייס,<sup>17</sup> בית המשפט המחוזי אישר 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 הנמוך יותר באופן משמעותי שגבתה אלפאקארד עם כניסתה לשוק. חברות כרטיסי האשראי ערערו לבית המשפט העליון, וזה קיבל את ערעורן על בסיס העובדה שהחברה אלפאקארד, שעל השוואה למחירה הסתמכה התביעה, קרסה זמן קצר לאחר כניסתה לשוק.<sup>18</sup>

בעניין קו מחשבה,<sup>19</sup> בית המשפט המחוזי אישר תובענה ייצוגית נגד בזק בגין גביית מחיר מופרז עבור שיחות בינלאומיות טרם פתיחת שוק השיחות הבינלאומיות לתחרות. גם

---

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..."

Case C-177/16, Autortiesību un komunikāciju konsultāciju aģentūra / Latvijas Autoru apvienība v. Konkurences padome, ECLI:EU:C:2017:689, ¶ 12 (Sep. 14, 2017)

עניין ארגון זכויות היוצרים הלטיבי).

Flynn Pharma Ltd v. CMA [2020] EWCA (Civ) 339 (להלן: עניין פיזור בבית המשפט לערעורים).

ה"ע (הגבלים עסקיים) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד תשנט(2) 529, פס' 56 לפסק הדין של השופט עדיאל (2000) (להלן: עניין ידיעות אחרונות), הקובע כי ההתנהגויות הנקובות בסעיף 29א(ב) לחוק התחרות קובעות חזקה חלוטה לניצול לרעה.

בש"א (ת"א) 106462/98 רייס נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ (נבו 29.1.2003).

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

ת"א (מחוזי ת"א) 2298/01 קו מחשבה בע"מ נ' בזק בינלאומי בע"מ (נבו 25.12.2003).

במקרה זה ביטל בית המשפט העליון את החלטת בית המשפט המחוזי, מהטעם שהמחיר שגבתה בזק על שיחות בינלאומיות הוכתב על ידי משרד התקשורת.<sup>20</sup> בגילוי דעת 1/14 של רשות התחרות,<sup>21</sup> שפורסם באפריל 2014, נקבע לראשונה על ידי הממונה על התחרות דאז, פרופ' דיויד גילה, שסעיף 29א(ב)(1) לחוק מטיל איסור גם על גביית מחיר מופרז ואינו חל רק על תמחור טורפני (דהיינו, נמוך מדי, המוביל להדרת מתחרים). במסגרת גילוי דעת 1/14 הבהירה רשות התחרות כי היא לא תהסס לנקוט צעדי אכיפה נגד מונופולים אשר גובים מחיר מופרז, והסבירה כיצד היא תבחן מתי המחיר הוא מופרז ולכן בלתי הוגן. על מנת להגביר את הוודאות קבעה הרשות הגנת "נמל מבטחים" שלפיה היא לא תפתח בהליכים נגד מונופולים אשר המחיר שהם גבו אינו עולה על 20% מעל לעלויות הרלוונטיות שלהם.

גילוי הדעת דחה את טענות מתנגדי העילה, שמקורן העיקרי בפסיקת בתי המשפט האמריקאים, שאינם מכירים בעילה. טענות מתנגדי העילה התבססו על שלושה אדנים: הראשון הוא שאין סיבה לחשוש 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. שלושה מאמרים שפרסמו אזרחי וגילה<sup>22</sup> הראו כי מחירים מופרזים אינם יכולים לתקן את עצמם, וכי המורכבות באכיפת העילה אינה שונה ממורכבות עילות רבות אחרות בדיני ההגבלים העסקיים. לגבי עידוד השקעה, המאמרים הצביעו על כך שנקודת המוצא של דיני ההגבלים העסקיים היא כי רווחים תחרותיים הם מספקים לעידוד

- 
- 20 רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ (נבו 26.4.2010).
- 21 גילוי דעת 1/14 של הממונה על ההגבלים העסקיים "האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין" (9.4.2014) רשות התחרות 500603 (להלן: גילוי דעת 1/14).
- 22 Ariel Ezrachi & David Gilo, *Are Excessive Prices Really Self-Correcting?*, 5 J. COMPETITION L. & ECON. 249 (2009) (להלן: *Are Excessive Prices Really Self-Correcting?*); Ariel Ezrachi & David Gilo, *Excessive Pricing, Entry, Assessment, and Investment: Lessons from Excessive Pricing, Entry, the Mittal Litigation*, 76 ANTITRUST L.J. 873 (2010) (להלן: *the Mittal Litigation*); Ariel Ezrachi & David Gilo, *The Darker Side of the Moon: Assessment of Excessive Pricing and Proposal for a Post-Entry Price-Cut Benchmark*, in ARTICLE 82 EC: REFLECTIONS ON ITS RECENT EVOLUTION 169 (Ariel Ezrachi ed., 2009). למאמרים נוספים שמבקרים טענות כאלה ואחרות של מתנגדי העילה ראו: Lior Frank, *Prohibiting Monopolistic Excessive Pricing During the Time of COVID-19*, 41 EUR. COMPETITION L. REV. 317 (2020); 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).

השקעות מועילות, ובמקרים החריגים שבהם מחיר גבוה משמעותית מהמחיר התחרותי הוא חינוי לעידוד השקעה יש לקחת זאת בחשבון בכל מקרה לגופו.<sup>23</sup>

בשנת 2017 החליפה רשות התחרות, בראשותה של הממונה על התחרות דאז, עו"ד מיכל הלפרין, את גילוי דעת 1/14 בגילוי דעת חדש – 1/17.<sup>24</sup> גילוי הדעת החדש אימץ במידה רבה את גישת מתנגדי העילה, אף שהודה בקיומה של העילה.<sup>25</sup> זו גישה שמתבססת על הפסיקה האמריקאית, המתנגדת לקיומה של העילה על בסיס שלושת הנימוקים שפורטו לעיל, שיקולים שאותם אנו מפריכים.<sup>26</sup> בגילוי דעת 1/17 צוין כי רשות התחרות תאכוף את העילה במקרים חריגים בלבד שבהם אין בנמצא כל פתרון אחר אשר יוכל ליצור תחרות מכאן ולהבא, ורק כאשר המפרזות של המחיר "דוקרת את העין". גילוי הדעת החדש היווה תפנית חדה מהמדיניות הקודמת של הרשות, שהובעה בגילוי דעת 1/14. בין ההבדלים בין שני גילויי הדעת: גילוי דעת 1/17 קובע, כאמור, שהפער בין המחיר שנגבה למחיר התחרותי צריך "לדקור את העין" כדי שהרשות תתערב, בעוד שגילוי 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 בידי 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", בכחירת שני מושגי סתום מצטברים, בעוד שגילוי דעת 1/14 מיישם מבחן חד-שלבי הדן רק במופרזות המחיר; גילוי דעת 1/17 מסייג את האכיפה של הרשות אם התחרות צפויה להשתפר בעתיד, אם לצרכנים יש אלטרנטיבות

23 ראו למשל Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263, 274 n.12 (2d Cir. 1979); Blue Cross & Blue Shield United v. Marshfield Clinic, 65 F.3d, 1406, 1413 (7th Cir. 1995); Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004) (להלן: עניין Verizon).

24 גילוי דעת 1/17 של הממונה על ההגבלים העסקיים "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה" (28.2.2017) "רשות התחרות 501194 (להלן: גילוי דעת 1/17).

25 ראו גל ונבו, לעיל ה"ש 2. לעוד ביטויים בספרות של מתנגדי העילה ראו, למשל, ROBERT O'DONOGHUE & JORGE PADILLA, THE LAW AND ECONOMICS OF ARTICLE 82 EC (2006) מאמרם של Evans & Padilla, לעיל ה"ש 10. ראו גם Frederic Jenny, *Abuse of Dominance by Firms Charging Excessive or Unfair Prices: An Assessment*, in EXCESSIVE PRICING AND COMPETITION LAW ENFORCEMENT 5 (Yannis Katsoulacos & Frédéric Jenny eds., 2018) (להלן: *Assessment*), וכן מיכל גל ויוסי שפיגל "עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן: קשיים אינהרנטיים, טעויות בסיסיות, ותנאים להחלטה" (טרם פורסם). לביקורת על גישת מתנגדי העילה ועל המאמר של גל ונבו, ראו מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, לעיל ה"ש 2. גישת מתנגדי העילה הובעה על ידי גל גם במאמרה *The Case for Limiting Private Litigation of Excessive Pricing*, לעיל ה"ש 8.

26 ראו למשל עניין Verizon, לעיל ה"ש 23.

לרכישת המוצר, גם אם נחותות מבחינתם, או כאשר אין מדובר בפירמה הקרובה לשליטה מוחלטת בשוק. בגילוי דעת 1/14 לא קיימים סייגים אלה לאכיפה מצד הרשות.

אף על פי שרשות התחרות עצמה לא הספיקה לקדם באופן ממשי את אכיפת האיסור מאז שפורסם גילוי דעת 1/14 ועד חילוף הממונים על התחרות, שגרר שינוי מיידי של מדיניות הרשות וביטול גילוי הדעת, גילוי דעת 1/14 גרר הגברה של האכיפה הפרטית של האיסור. בפרט, בקשות מספר לאישור תובענה ייצוגית הוגשו כנגד מונופולים לאחר פרסומו של גילוי דעת 1/14. בחודש אפריל 2016 אישר בית המשפט המחוזי מרכז בעניין נאור<sup>27</sup> 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) לחוק 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.<sup>28</sup>

גילוי דעת 1/17 הביא לכך שהסיכוי לאכיפה של עילת המחיר המופרז על ידי רשות התחרות הוא קטן מאוד, והוא מיוחד, אם בכלל, למקרים קיצוניים ביותר. אולם, גם לאחר פרסום גילוי דעת זה המשיכה המגמה של הגשת בקשות לאישור תובענה ייצוגית בעילה זו. אחת מהן היא הבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה נגד החברה המרכזית למשקאות בגין ניצול לרעה של מעמדה המונופוליסטי בשוק משקאות הקולה, שבו היא מחזיקה כ-90%, בטענה שגבתה מחיר מופרז עבור משקאות ליטר וחצי של קוקה קולה. בית המשפט המחוזי מרכז (השופט עופר גרוסקופף) קיבל את הבקשה ואישר את התובענה כיייצוגית.<sup>29</sup>

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 שאותה 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.

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

בפרק זה נראה כי עילת המחיר המופרז אינה חריגה בהשוואה לעילות אחרות בחוק התחרות, לא מבחינת המטרות שהיא מגשימה ולא מבחינת הדרך שבה עליה להיאכף.

27 ת"צ (מחוזי מר') 11-07-46010 נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (נבו 5.4.2016) (להלן: עניין נאור הראשון).

28 ת"צ (מחוזי מר') 11-07-46010 נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (נבו 22.6.2020) (להלן: עניין נאור השני).

29 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 1.

לעניין המטרות שהעילה מגשימה, המטרה המרכזית של חוק התחרות על כלל איסוריו היא מניעת פגיעה בצרכן שנובעת מכוח שוק מופרז.<sup>30</sup> האיסור על בעל מונופולין לגבות מחיר מופרז, הקבוע בסעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות, נועד גם הוא להגשים את אותה תכלית. התהליך התחרותי, המקודם בעילות אחרות בחוק התחרות, אינו אלא כלי שבאמצעותו המחוקק חותר להשגת מטרה זו. בתחרות, כל אחת מהפירמות מנסה לשכנע את הצרכנים לרכוש ממנה, על ידי מתן הטבה לצרכן ביחס לפירמות המתחרות בה. הטבה זו לצרכן יכולה להתבטא בכל אחת מהתכונות של המוצר או השירות החשובות עבורו: המחיר, האיכות או המגוון. בפרט, התהליך התחרותי גורם למחיר לרדת מתחת למחיר המונופוליסטי שהיה רווח אלמלא התחרות, למחיר שמתקרב לעלות אספקת המוצר.

השופט (כתוארו אז) רובינשטיין הדגיש זאת בעניין וול,<sup>31</sup> באומרו כי:

**התחרות אינה מטרה בפני עצמה, כי אם כלי להשגת מטרות חברתיות. תחרות חופשית עשויה להביא להגדלת הרווחה הכלכלית בדרך של הורדת המחירים והגדלת הכמויות הנמכרות בשוק, ניצול יעיל של המשאבים הטבעיים ויצירת תמריצים להתייעלות ולחדשנות. התחרות מוערכת גם בשל סיבות שאינן**

30 ראו בעניין זה, בין היתר, את דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, פס' 21 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) חשין (2002) ("...כן הוא בחיי הכלכלה, שצבירת כוחות ייתר בדיו של גוף אחד תרע ליחיד 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 בישראל (1988) בע"מ, פ"ד סא(3) 757, פס' 30 (2006): "מטרתו העיקרית של הסדר הפיקוח על מיווגי 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...". ראו גם עניין ע"א 6343/11 הולנדיה המרכז להנדסת השינה בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פס' 72 לפסק הדין של המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור (נבו) 24.12.2013, תוך ציטוט בהסכמה של ברק אורבך "מטרות דיני ההגבלים העסקיים: הלכה למעשה" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך א 63, 94 (מיכל ושיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, (2008) ("...פגיעה בתחרות משמעה: רכישת כוח שוק שהוא היכולת להשפיע על רמת המחירים בשוק או על היקף הסחר לאורך זמן ובאופן רווחי"). ראו גם רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. א. י. אליהו בע"מ, מד(2) 309, 327-ד (1990) ("תחרות חופשית עשויה להביא להורדת מחירים, לשיפור איכותו של המוצר ולשיפור השירות אשר ניתן אגב מכירתו... ביטוי להיותה של התחרות החופשית ערך בשיטתנו ניתן למצוא בחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959"). ראו גם דיויד גילה "פרק טז: דיני הגבלים עסקיים" הגישה הכלכלית למשפט 853, 856 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, (2012) (להלן: גילה הגישה הכלכלית למשפט).

31 ע"פ 2560/08 רשות ההגבלים העסקיים נ' וול, פס' פ לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (נבו) 6.7.2009 (להלן: עניין וול), תוך ציטוט בהסכמה של מיכל ושיצר) גל ומנחם פרלמן "חשיבות הניתוח המשפטי והכלכלי של חוק ההגבלים העסקיים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך א 193, 272 (מיכל ושיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, (2008).

כלכליות גרידא, דוגמת מתן אפשרות שווה לכל אזרח להתחרות בשוק, קידומו של חופש העיסוק וכן חיזוק הרמוקרטיה.<sup>32</sup>

כאשר הכלי של התהליך התחרותי איננו מצליח להוריד את המחיר לרמות תחרותיות, משום שפועל בשוק מונופול שאיננו מרוסן מספיק על ידי מתחריו, הוסיף המחוקק וקבע כי יש לאסור על אותו מונופול לגרום ישירות לתוצאה שאותה המחוקק מבקש למנוע: פגיעה ברווחת הצרכן כתוצאה מכוח השוק העודף.

מכאן שגישתו של היועץ, שלפיה מחיר גבוה משמעותית מהמחיר התחרותי הוא דווקא רצוי במקרים רבים, ועל כן יש לאכוף את עילת המחיר המופרז רק במקרים קיצוניים וחריגים, מתנגשת חזיתית עם מטרת החוק.<sup>33</sup> זאת משום שכאמור לעיל מטרת העל של המחוקק היא מניעת כוח שוק עודף הפוגע בצרכן, בפרט משום שהוא מביא למחירים גבוהים מהמחיר התחרותי. מטרה זו מוגשמת על ידי כלל הוראות החוק, הן אלה שמקדמות את התהליך התחרותי והן זו שמונעת ניצול ישיר של הכוח המונופוליסטי על ידי קביעת מחירים מופרזים. הסיבה שהורדת המחיר לרמות תחרותיות מועילה חברתית נעוצה בשני רציונלים: מניעת נטל עודף ומניעת העברת ערך מן הצרכנים אל הפירמות.

השופט גרוסקופף היטיב לתאר זאת בעניין צדוק:<sup>34</sup>

כחברה אנו מעוניינים בתמחור מבוסס הוצאות משתי סיבות עיקריות: הסיבה הראשונה היא שתמחור 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 מתומחר על ידי העוסק. הסיבה השנייה היא שתמחור שאינו מבוסס הוצאות מעביר חלק גדול יותר מהרווח שנוצר מהעסקה בין הצרכנים לעוסק לידי העוסק, והדבר עלול להביא לחלוקה בלתי ראויה של הרווחים מההתקשרות. התפיסה העקרונית היא שיש להגן לא רק על אותם צרכנים שאינם רוכשים את המוצר בשל מחירו הגבוה, אלא גם על הצרכנים שלמרות המחיר הגבוה רוכשים את המוצר ומעבירים רווח עודף מופרז לכיסו של העוסק.

על בעיית הנטל העודף הנגרם מהפחתת התחרות עמד גם חתן פרס נובל לכלכלה, Jean Tirole, שהדגיש בספרו, שהוא האורים והתומים של התורה הכלכלית העומדת מאחורי דיני ההגבלים העסקיים, כי בעיית הנטל העודף היא הכשל העיקרי של היעדר תחרות לגבי המחיר. בפרט, Tirole מציין כי העיוות הבולט ביותר הנובע ממונופול בהקשר של המחיר,

32 שם. ההדגשה אינה במקור.

33 ראו בהרחבה גם בפרק 2 להלן.

34 ת"צ (מחוזי מר') 16-05-36098 צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ, פס' 27 (נבו 16.1.2019) (להלן: עניין צדוק), וראו גם ת"צ (מחוזי מר') 14-09-41838 ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח בע"מ, פס' 10 (נבו 29.1.2017).

בהשוואה להתנהגות של פירמה תחרותית, הוא שפירמה המנצלת כוח מונופוליסטי יכולה להעלות את המחיר שלה מעל העלות השולית מבלי לאבד את כל לקוחותיה, התנהגות שמוכיחה למחיר שהוא גבוה מדי ולנטל עודף המהווה אובדן רווחה לציבור.<sup>35</sup> סוגיית הנטל העודף זכתה להתייחסות גם בפסיקת בית המשפט העליון ובית הדין לתחרות, אשר הדגישו את חתירתו של החוק להקצאה אופטימלית של משאבים. כאשר נגרם נטל עודף המשאבים בשוק אינם מוקצים באופן יעיל, משום שצרכנים שראוי שירכשו את המוצר אינם רוכשים אותו בגלל מחירו הגבוה.<sup>36</sup> גם הרצינול של מניעת העברת הערך מן הצרכנים אל הפירמות מושרש היטב בפסיקה ובנורמות המיישמות את דיני ההגבלים העסקיים.<sup>37</sup> כפי שפסיקת בית המשפט העליון ובית הדין לתחרות המובאת לעיל מעידות, החוק מבקש למקסם את רווחת הצרכן, ואינו נותן משקל לרווחת הפירמות. זו הסיבה לכך שכדי להצדיק פגיעה בתחרות על הפירמות להראות

- 35 ראו (1988) 9, 65 (Tirole: להלן: JEAN TIROLE, THE THEORY OF INDUSTRIAL ORGANIZATION).
- 36 ראו, למשל, ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הביטחון מינהל ההרכשה והייצור, פ"ד נב(3) 145, פס' 2 לפסק הדין של השופט גולדברג (1998) ("מניעת היווצרותם של מוקדי כוח כלכליים במשק העלולים לגרום לעיוות בהקצאת המשאבים"); ע"פ 5823/14 שפרסל בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' כ"ו לפסק הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין (נבו 10.8.2015) ("החוק מושתת על התפיסה לפיה תחרות חופשית היא שתביא לתמחור מיטבי של המוצרים, בהתאם לכוחות השוק, לשיפור איכות המוצר, להגדלת הכמות המוצעת ממנו... בכך תגדל האפשרות לחדשנות ולהקצאה יעילה של משאבים, והכל למען הגדלת הרווחה החברתית"); ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנוכה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, נב(5) 213, 229-230 (הנשיא ברק) (1998) ("מטרת החוק הינה ההגנה על הציבור הרחב מפני עיוותים כלכליים שמקורם בריכוזיות יתר בשווקים מסוימים. ביסוד החוק מונחת התחרות, אשר נועדה להבטיח הקצאה יעילה של משאבים והגברת היעילות"); ע"א 3398/06 הרשות להגבלים עסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בישראל 1998 בע"מ, פס' 28 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (אר"ש 6.12.2006) ("חופש התחרות הוא אינטרס ציבורי מובהק; הוא מבטיח הקצאה יעילה של משאבים, חופש בחירה של הצרכן, והגברת התמריצים לייעול, לפיתוח, וחדשנות כלכלית וחברתית"); ע"א 2082/09 יורוקום די.בי.אס בע"מ נ' בזק חברת התקשורת הישראלית בע"מ, פ"ד סג(2) 788, פס' 17 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) חיות (2009) ("פיקוח זה [על מיוזגים] נועד להגשים את המטרה המונחת ביסוד [ה]חוק... זאת בדרך של שמירה על התחרות וקידומה על מנת שתהווה תמריץ לפיתוח וחדשנות וכן על מנת להגביר את יעילות השימוש וניצול המשאבים ותבטיח לצרכן הסופי מוצר באיכות הטובה ביותר ובמחיר הסביר ביותר"); ה"ע (הגבלים עסקיים – ביה"ד ירושלים) 14-03-46791 אל רוב אזור מסחרי ממילא (1993) בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פס' 12 (נבו 04.12.2014) ("הנחת המוצא עליה מושתתים דיני ההגבלים העסקיים, היינו שתחרות מביאה להקצאה אופטימלית של משאבים").
- 37 ראו, למשל, ע"פ 1656/16 דוידוביץ נ' מדינת ישראל, פס' 25 לפסק הדין של השופט דנציגר (נבו 20.3.2017).



כי פגיעה זו חיונית להשגת השקעה או יעילות שמועילה בסופו של דבר לצרכן. אין די בכך שהן יראו כי השקעה או יעילות אלה מועילות לפירמות.<sup>38</sup>

משום כך, החוק חותר למנוע פרקטיקה אף אם אינה גורמת לנטל עודף, אלא רק מעבירה ערך מהצרכנים אל הפירמות. לדוגמה, על פי סעיף 21(א) לחוק התחרות: "הממונה יתנגד למיזוג חברות 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: (1) רמת המחירים של נכס או של שירות; (2) איכות נמוכה של נכס או של שירות; (3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה". הווה אומר, די בפגיעה בציבור הצרכנים, ואין דרישה כי ייווצר בהכרח נטל עודף על מנת לחייב את הממונה להתנגד למיזוג או להתנותו בתנאים. הוא הדין בהסדר כובל. על פי סעיפים 14 ו-15 לחוק, הדנים בפטורים כאלה ואחרים המבוססים על מידת הפגיעה של ההסדר בתחרות, ההסדר לעולם לא יהא פטור על פי סעיפים אלה אם הוא מעלה חשש לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק, זאת גם אם לא נגרם נטל עודף. הוא הדין בניצול לרעה על ידי בעל מונופולין, לפי סעיף 29(א) לחוק. די בפגיעה מסתברת בתחרות או בציבור. אם כך, הקריטריון הנורמטיבי של חוק התחרות אינו הרווחה המצרפית, של הצרכנים והפירמות גם יחד, אלא אך ורק רווחת הצרכן.<sup>39</sup>

בהתאם לאמור לעיל, 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.<sup>40</sup> הפסקאות הקודמות הראו כי מטרתו של האיסור על מחיר מופרז זהה למטרתם של האיסורים האחרים בחוק. כפי שנראה להלן, האיסור על גביית מחיר מופרז גם

38 ראו פרק 1 לגילוי דעת 1/11 של הממונה על ההגבלים העסקיים "הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים" (23.1.2011) **רשות התחרות** (להלן: גילוי דעת 1/11) ("רק סוגי יעילות אשר משפרים את יכולתה ותמריצה של החברה המתמזגת להתחרות באופן שישירת את הציבור ויתבטא בסופו של דבר במחירים נמוכים יותר, איכות משופרת, מגוון או טכנולוגיה חדשה יילקחו בחשבון כמשקל נגד להשפעה אנטי-תחרותית... נדרש שהיקף היעילות המועבר ללקוח הסופי לא יפחת מהיקפה של הפגיעה שנגרמה לו מהגבלת התחרות"). בהקשר זה ראוי להפנות גם, בדיני האיחוד האירופי, לפסק דינו של בית הדין לצדק של האיחוד בעניין, Case C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, ECLI:EU:C:2006:734, ¶ 72 (Nov. 23, 2006).

39 בעיות הנטל העודף והעברת הערך מצרכנים, כשתי הבעיות המרכזיות שהחוק נועד למנוע, מופיעות גם בגילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 24, בעמ' 6: "גביית מחיר בלתי הוגן גבוה עלולה לעוות את ההקצאה היעילה של מוצרים ושירותים במשק ולפגוע ברווחת הצרכן הניצבת במקור מטרתם של דיני ההגבלים העסקיים. זאת, מאחר שצרכנים מסוימים, שולוא 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".

40 כפי שעולה למשל מעמדת היועץ, לעיל ה"ש 3, בפס' 50-57. שם הוא מתייחס לאיסור על גביית מחיר מופרז כאל איסור חריג אשר קיימים, לדעתו, כלים טובים יותר (כדוגמת פיקוח על מחירים מראש) לשם התמודדות עימה מאשר באמצעות דיני ההגבלים העסקיים.

אינו שונה עקרונית מאיסורים רבים אחרים בדיני ההגבלים העסקיים מבחינת דרך האכיפה שלו. ככל 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 שבפרשת גפניאל, אך שלא בהקשר של גביית מחיר מופרז ודוקא אלא בהקשרים אחרים של חוק התחרות, ובפרט של קרטלים, מיוזגים, מיזמים משותפים, הסדרי בלעדיות והדרת מתחרים. בכל אחת מהדוגמאות הללו, צרכן שייצביע על כך שהמחיר שנגבה ממנו גבוה ב-47% מהמחיר התחרותי יוכל להגיש תובענה ייצוגית.<sup>41</sup>

## 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 ואר סי כנחותים יחסית למוצר "קוקה קולה". עתה נניח כי החברות "קוקה קולה א" ו"קוקה 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.

ברדוגמה זו, ההסדר הכובל בין שתי חברות הקוקה קולה מחריף את בעיית הנטל העודף שנזכרה לעיל: 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 47% יותר תמורת המשקה המועדף עליהם, וחלקם בעקבות זאת כבר לא ירכשו את המשקה המועדף עליהם. כיוון שכבר קודם לכן סביר להניח שהמחיר הנמוך יותר של הקוקה קולה היה מעל לעלויות הייצור (שהרי אחרת לא היו חברות הקוקה קולה, אר סי ופפסי ממשיכות לפעול), הרי שברור כי המחיר הגבוה יותר ב-47% מהמחיר התחרותי הוא מעל ומעבר לעלויות הייצור. מחיר כזה גורר בעיית נטל עודף משמעותית: היא נגרמת

41 כזכור, בעניין גפניאל, לעיל ה"ש 1, הפער שמצא בית המשפט המחוזי כמצדיק את אישור התובענה הייצוגית היה של 47% מהמחיר התחרותי.

בגלל הצרכנים שלפני ההסדר הכובל רכשו את המשקה המועדף עליהם, קוקה קולה, ולאחר ההסדר הכובל יצטרכו להסתפק בתחליפים שהם נחותים מבחינתם: פפסי או אר סי. דוגמה זו גם ממחישה כיצד חוק התחרות מגן על רווחת הצרכן באשר היא, בלי קשר לשאלה עד כמה המוצר חיוני. בדוגמה 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 הצרכנים שבמחיר הגבוה אינם רוכשים את המוצר. דוגמה זו גם ממחישה את בעיית העברת הערך מהצרכנים אל הפירמות שחוק התחרות ביקש למנוע: כיוון ששתי חברות הקוקה קולה תיאמו את המחיר שגבו והעלו את המחיר ב-47% מעל המחיר של פפסי ואר סי, החוק חפץ למנוע גם את הפגיעה בצרכנים שמוכנים לרכוש את הקוקה קולה, שאותה הם מעדיפים, במחיר הגבוה, ולא רק את הפגיעה בצרכנים שעקב המחיר הגבוה אינם קונים את המוצר המועדף עליהם. 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.<sup>42</sup> חוות הדעת תראה, בדוגמה זו, כי הקרטל בין שתי חברות הקוקה קולה גרם להעלאת המחיר ב-47% מעל המחיר התחרותי. זאת משום שאלמלא תיאמו חברות הקוקה קולה את המחיר, סביר להניח שהמחיר של הקוקה קולה היה יורד לרמת המחירים של פפסי ואר סי. שתי חברות הקוקה קולה, מצידן, תוכלנה לטעון כי המחיר התחרותי דווקא גבוה יותר, לאור עלויותיהן והשקעותיהן המוגדלות. על מנת לבסס טיעון זה, יהא עליהן להוכיח זאת.

## 2. אנלוגיה ב: מיזוג

נניח עתה ששתי חברות הקוקה קולה בדוגמה 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.<sup>43</sup> 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.

42 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).

43 אילו היו מודיעות לממונה על המיזוג אין ספק כי הייתה 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. ס' 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...".

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 נתונייהן 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 הצרכנים שגם במחיר המוגדל ב-47% ממשיכים לרכוש את הקוקה קולה.

### 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.<sup>44</sup>

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 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 יברוק מה היה המחיר התחרותי אלמלא המיזם, ובכמה המיזם העלה את המחיר מעל המחיר התחרותי. חוות הדעת הכלכלית של התובע טוען כי המחיר התחרותי הוא המחיר שגובות פפסי ואר סי, וכי המיזם מעלה את המחיר ב-47% מעל מחיר זה. ייתכן ששתי חברות הקוקה קולה ינסו להוכיח, באמצעות נתונייהן, כי המחיר התחרותי דווקא גבוה מהמחיר שגובות אר סי ופפסי, משום שעלויותיהן והשקעותיהן של חברות הקוקה קולה גבוהות משל פפסי ואר סי. ייתכן 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.

44 ס' 9א(ב) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים) (הוראת שעה), התשס"ו-2006 (להלן: כללי פטור הסוג).

#### 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 מדייר 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.<sup>45</sup> 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, הבורדק 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 הייתה חיונית לעידוד השקעות כאלה ואחרות, כגון עידוד קוקה קולה א להשקיע ביחסיה עם הספק.

#### 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 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 בעלת מונופולין בשוק, נוקטת את הפרקטיקה הבאה: את התשומה החיונית שחברת קוקה קולה ב זקוקה לה, חברת קוקה קולה א מוכרת לה 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

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

קולה שלה לצרכן במחיר גבוה מזה של חברת קוקה קולה א. כך חברת קוקה קולה ב אינה 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) לחוק, 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.<sup>46</sup>

כבדוגמאות הקודמות, הניתוח של בית המשפט שהתביעה מוגשת אליו יחולק לשני רבדים: כלכלי ומשפטי. ברובד הכלכלי הוא 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 אמת, 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 זו 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 שבעל המונופולין גובה ממתחרה ובגין התשומה הוא "בלתי הוגן". אין חולק כי במסגרת דיני התחרות הישראליים והאירופאים לתובע בדוגמה זו עילת תביעה מוצקה כנגד בעל המונופולין.

### ג. 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

46 ראו עניין ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 16, בפס' 56 לפסק הדין של השופט עדיאל. ראו גם עניין צדוק, לעיל ה"ש 34, בפס' 30.

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. בהתאם, ההבדל היחיד בין הדוגמאות שנסקרו בפרק הקודם לבין גביית מחיר מופרז על ידי חברת קוקה קולה יחידה השולטת במותג קוקה קולה הוא שבדוגמאות הקודמות המחיר המופרז נגבה משום שהחברות פגעו בתהליך התחרותי, בעוד שבדוגמת המונופול השולט במותג קוקה קולה המחיר המופרז נגבה על ידי הפעלת הכוח המונופוליסטי שלו ישירות. הנזק שהחוק התכוון למנוע הוא אותו נזק: הנטל העודף והעברת הערך שנגרמו מהמחיר המופרז. ההבדל היחיד הוא באמצעי שהפירמות משתמשות בו כדי לגרום נזק זה. חוק התחרות התכוון למנוע נזק זה, בין אם האמצעי ששימש לגרימת הנזק הוא פגיעה בתהליך התחרותי ובין אם הוא ניצול ישיר של כוח מונופוליסטי. במילים אחרות, תחרות איננה אלא כלי שהמחוקק חפץ לקדם על מנת להשיג את מטרת העל שלו: מניעת נטל עודף והעברת ערך. כאשר כלי זה אינו אפשרי, משום שהתהליך התחרותי לא הצליח לרסן מונופול שגבה מחיר מופרז, בא האיסור בחוק על מחיר מופרז ואוסר על גבייתו ישירות. כפי שהראינו, לא קיים הבדל בין הדוגמאות הקודמות לבין דוגמת המונופול הגובה ישירות מחיר מופרז לא בנזק שהחוק התכוון למנוע, לא בצורך לעודד השקעות שמועילות לצרכן, ולא בדרכים להוכחת הנזק בבית המשפט. בפרט, גם בתביעה כזו, המוגשת כנגד בעל המונופולין בגין ניצול לרעה בניגוד לחזקה החלוטה שבסעיף 29א(ב)(1) לחוק, קיימים אותם רכדים שקיימים בדוגמאות האחרות – הרובד הכלכלי והרובד המשפטי.

### 1. הרובד הכלכלי בבדיקת העילה: מציאת המחיר התחרותי

ברובד הכלכלי של הניתוח, כיוון 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, תחרותי יותר: 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 רמה של מחיר הפפסי והאר סי, הנחותים יותר. בכל הדוגמאות הללו, ההפרה 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 היה המונופול 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 האחרת 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 הייתה בשוק קודם, לצד פפסי ואר סי, ואז נכנסה לשוק חברת קוקה קולה ב. אלא שעם כניסתה היא עשתה את הקרטל או את 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 אלמלא ההתנהגות המפרה, ממש כמו במקרה של האיסור על מחיר מופרז של בעל מונופולין.

בהתאם, הבירור של תביעה בגין מחיר מופרז של בעל מונופולין אינו מורכב יותר מהבירור 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 לא היה המחיר 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 לבירור ההפרה והן לבירור הנזק. זאת משום שבמקרה של המיזם המשותף והסדר הבלעדיות, לא כל מחיר מעל המחיר התחרותי מניב עילה, אלא נדרש שהמחיר יהיה במידה משמעותית 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 שהייתה מפיקה אלמלא ההפרה אילו הייתה 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 הפרש 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) לחוק.

המלומדים Geradin ו-Katsifis מציינים כי הקושי לאתר מחירים מופרזים קיים גם לגבי סוגים אחרים של איסורים לגבי תמחור, כגון "הצרת מרווחים" (השאת מרווח קטן מדי למתחרה שזקוק לתשומה מהמונופול), כמו בדוגמה בפרק ב לעיל, ותמחור טורפני, שמעוררים גם הם אתגרים משמעותיים.<sup>47</sup> זאת, כפי שהמלומדים מציינים, מבלי להרתיע

Damien Geradin & Dimitrios Katsifis, *The Antitrust Case Against the Apple App Store* 47  
40 (Tilburg L. & Econ. Ctr., Discussion Paper No. DP2020-035, 2020), <http://papers>.



רשויות תחרות מלאכוף איסורים אלה. Geradin ו-Katsifis מציינים בהקשר זה גם כי קבלת החלטות שיפטיות הנוגעות לשאלה אם תמלוגים עבור פטנטים הם הוגנים, סבירים ולא מפלים, על פי הדוקטרינות הקיימות, היא מלאכה שיפטית מאתגרת לא פחות מזו של בדיקה אם מחיר של מונופול הוא מופרז. המלומדים מציינים תובנות אלה בטוענם כי חברת Apple גבתה לכאורה מחיר מופרז ממפתחי אפליקציות כאשר קבעה עמלה של 30% מהעסקה תמורת השימוש בפלטפורמת המכירות של Apple, ה־App-store.<sup>48</sup> 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 מטרת 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 תלויות בהיקף הפעילות (עלויות קבועות), כגון ציוד, מקרקעין, מחקר ופיתוח, פרסום וכיוצא באלה. מדובר במחיר שאם המונופול נאלץ לגבות מתחתיו הוא לא יתחיל מלכתחילה לספק מוצר זה.<sup>49</sup> 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 מטרת-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 גיסא, ככל שהמחיר הוא גבוה יותר 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 אינם 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, נכון יותר, גבול עליון למחיר

.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\_id=3744192

48 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"

49 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. ראו עמדת היועץ, לעיל ה"ש 3, 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 שהוא המחיר התחרותי האולטימטיבי לענייננו. מחיר מבוסס עלויות כולל גם עלויות קבועות רלוונטיות.

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 לחדד כי קיים רק מחיר תחרותי אולטימטיבי אחד, והוא מחיר מבוסס עלויות.

עמדת היועץ שלפיה "המחיר התחרותי", שהוא קנה המידה האולטימטיבי שאליו משווים, מכוון למחיר של תחרות לא מושלמת אוליגופוליסטית של תחרות בין מעטים שיכולה להניב מחיר שאינו מבוסס עלויות, היא שגויה.<sup>50</sup> 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, ממקומן הגאוגרפי, ממגבלות כושר הייצור שלהן וכו'. קביעת קנה המידה לבדיקת פער המחירים באופן זה אינה חד־משמעית והיא גוררת חוסר ודאות מיותר. אין שום יכולת להתחקות אחר "המחיר התחרותי" האוליגופוליסטי של השוק שהמונופול פועל בו, משום שהוא אינו גובה את המחיר התחרותי הזה, וייתכנו מקרים שבהם אף פירמה בשוק אינה גובה אותו. גם ניתוח שוק לא יאפשר להתחקות אחר מחיר זה, משום שכאמור "המחיר התחרותי" האוליגופוליסטי ישתנה בהכרח על פי מספר המתחרים הטיפותטיים שנניח באופן תאורטי 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 מחיר מבוסס עלויות.

גישתו של היועץ, המתחקה כעניין עקרוני (להבדיל מדרך מבחן השוואה מקל וחומר) אחר מחיר אוליגופוליסטי אמורפי, דומה במידה רבה לקביעה של הטריבונל לערעורים בענייני תחרות באנגליה, ה־Competition Appeals Tribunal (CAT), בפרשת פיזור,<sup>51</sup> שעליה נרחיב גם בהמשך, שביני לבניינהפכה על ידי בית המשפט האנגלי לערעורים.<sup>52</sup> ה־CAT פסל את הסתמכותה של רשות התחרות האנגלית על מבחן עלות בלבד כאשר קבעה כי חברות התרופות פיזור 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 האירופית, האחראית על אכיפת דיני התחרות האירופיים בכללם, ערערו על החלטת ה־CAT בפני בית המשפט האנגלי לערעורים, והוא קיבל בהקשר זה את ערעורם. הנציבות האירופית טענה כי קביעת ה־CAT

50 ראו עמדת היועץ, לעיל ה"ש 3, בפס' 66-67, 100.

51 Flynn Pharma Ltd. v. Competition & Markets Auth. [2018] CAT 11, [2018] Comp AR 324 (להלן: עניין פיזור ב־CAT).

52 עניין פיזור בבית המשפט לערעורים, לעיל ה"ש 15.

סותרת את ההלכה האירופית 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.<sup>53</sup>

בית המשפט האנגלי לערעורים הפך את קביעת ה-CAT לעניין זה וקבע כי ניתן להראות הפרה של העילה גם באמצעות מבחן עלות בלבד.<sup>54</sup> נקבע כי אין צורך להתחקות אחר "מחיר תחרותי" היפותטי השונה מאותו מחיר תחרותי שנבע ממבחן העלות או מבחן ההשוואה. בכך קיבל בית המשפט לערעורים באנגליה את עמדת הנציבות האירופית ורשות התחרות הבריטית.<sup>55</sup> בית המשפט לערעורים קבע כי דרישה מהתובע שבנוסף על מבחן העלות או מבחן ההשוואה גם יראה מה הנצ'מארק היפותטי תקשה שלא לצורך על האכיפה, וכי כך גם קבע בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי בפרשת ארגון זכויות היוצרים הלטבי, בניגוד לעמדת היועץ המשפטי של בית המשפט, ה-Advocate General; בפרט, בית המשפט האנגלי לערעורים קובע כי אין שום דרישה ליצור נצ'מארק היפותטי. הוא מוסיף כי מהספרות, מדו"ח ה-OECD ומהפסיקה עולה כי אמת המידה שהוכיחה את עצמה כבעלת הערך הפרקטי הגדול ביותר היא זו שלקוחה מהמציאות, להבדיל מאיזשהו מודל היפותטי. בית המשפט האנגלי לערעורים מדגיש כי כל הצעה של היועץ המשפטי של בית הדין לצדק של האיחוד האירופי בפרשת זכויות היוצרים הלטבית לא אומצה על ידי בית הדין.<sup>56</sup> 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 הייתה "אידיאלית" וההסדר הכובל הביא אותם לתחרות "שפויה" או "נורמלית".<sup>57</sup> באופן דומה, נניח שבשוק מסוים התחרות היא "אידיאלית", ומגיעה עד למחיר מבוסס עליוות. נניח כי מתחרים בשוק זה רוצים להתמזג זה עם זה, והם טוענים לצורך אישור המיזוג שהם רוצים להסב את התחרות מאידיאלית ל"נורמלית" או "שפויה", שהיא במידה

53 שם, בפס' 41.

54 שם, בפס' 97.

55 שם, בפס' 119.

56 שם, בפס' 121.

Case C-209/07, Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd., 57 ECLI:EU:C:2008:643, 57–58 (Nov. 20, 2008), שם פסל בית הדין לצדק של האיחוד האירופי טענה כי ניתן להצדיק הסדר בין משחטות בקר באירלנד שלפיו מספר משחטות יעזבו את השוק תמורת תשלום מהמשחטות שיישארן בשוק, בנימוק שכורש הייצור בענף ומספר המשחטות היה גדול מדי כך שהמשחטות בשוק לא היו יעילות כפי שיכלו להיות, ולא ניצלו יתרונות לגודל בייצור. בית המשפט מציין כי ככל שעודף כורש הייצור בשוק גדול יותר כך התחרות עזה יותר, ומטרות החוק מוגשמות באופן טוב יותר. אין הצדקה "לווסת" את מידת התחרות, כפי שרצו המשחטות לעשות בפרשה זו, לאור העובדה שהיא הייתה כביכול עזה מדי.

ניכרת 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.

### (ב) מבחן העלות ומבחן ההשוואה

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 **ישראל כרטיס 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".<sup>58</sup> גילוי דעת 1/17 של רשות התחרות מזכיר גם את מבחן ניתוח הרווחיות, שבו רווחיות המונופול משווית למדד ייחוס תחרותי יותר.<sup>59</sup> 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".<sup>60</sup> אכן, כפי שהיועץ מציין 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, ROCE 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".<sup>61</sup> ייתכן שיהיו מקרים שבהם הפעלת מבחן זה קלה וישימה יותר, ובמקרה כזה יוכלו תובעים להיעזר בו, אם יבחרו בכך.<sup>62</sup> במאמר זה נתייחס אל שני המבחנים

58 עניין רייס, לעיל ה"ש 18, בפס' 17.

59 גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 24, בעמ' 21-22.

60 שם, בעמ' 22.

61 עמדת היועץ, לעיל ה"ש 3, בפס' 72. ראו גם את פסק הדין של השופטת שטמר בעניין נאור השני, לעיל ה"ש 29, בפס' 75, שם היא מצביעה על נחיתות מבחן ניתוח הרווחיות ביחס למבחן ההשוואה, תוך ציטוט גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 24. 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 האם לכלול במסגרת עלויותיו של המונופול את העלות שהיה נושא בה, בשוק תחרותי, על מנת לממן את יצירת האפשרות לפעילותו. כלי אפשרי על מנת לברר שאלה זו מבוסס על עלות ההון הנורמטיבית, קרי, איזו תשואה על ההשקעה היו בעלי מניות או מלווים דורשים תמורת הסכמתם לממן את פעילות החברה אילו היה השוק תחרותי.

62 להרחבה בעניין זה ראו פרק 11(ב)4 להלן (מראה כי די במבחן אחד שהוא מובהק מספיק).

העיקריים המשמשים בפסיקה, ואשר 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' – ד"ג, א"ק) והן לעלויות משתנות (כגון חומרי גלם, חשמל וכו' – ד"ג, א"ק) של בעל המונופולין, ובשני המקרים מדובר בעלויות הרלוונטיות למוצר או שירות מסוים".<sup>63</sup> יש להקפיד שהעלויות יהיו רלוונטיות למוצר הנדון וישקפו רק את מה שהמונופול נשא בו לצורך אספקת המוצר, תוך התעלמות ממניפולציות חשבונאיות.<sup>64</sup>

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 5 לעיל, שבה המונופול גובה מחיר מופרז ממתחרה שלו בגין גישה לתשומה חיונית, ובמקביל גובה מחיר לצרכן נמוך יחסית, כך שהמתחרה איננו מסוגל להתחרות. בדוגמה מעין זו המונופול מנצל לרעה את מעמדו על ידי הדרת המתחרה. כדי לבסס את העילה יש לבדוק את עלויות המונופול, כדי לברר האם במקרה שהיה צריך לרכוש את התשומה במחיר התשומה האמור הוא היה מסוגל למכור את המוצר הסופי לצרכן במחיר לצרכן האמור, ועדיין להרוויח.<sup>65</sup>

כך גם לגבי מונופול הנוקט פרקטיקה של הנחות נאמנות, המדרבנות את הלקוחות להיות נאמנים למונופול ולא לרכוש ממתחרה. הדרך שבה הנציבות האירופית בוחנת מקרים כאלה היא לבדוק האם, לאור עלויותיו הרלוונטיות של המונופול, היחידות של המוצר שהלקוח היה יכול לרכוש מהמונופול או מהמתחרים נמכרות על ידי המונופול במחיר מתחת לעלות.<sup>66</sup> 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.<sup>67</sup> מצב נוסף שבו לעיתים קרובות יש צורך להעריך עלויות הוא בהגדרת השוק, או בבדיקה האם קיים כוח שוק משמעותי. שני המושגים האלה, על פי הנחיות רשויות תחרות בעולם, נבדקים אידיאלית באמצעות השאלה האם הפירמה הנידונה מסוגלת להעלות מחירים באופן

63 גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 24, בעמ' 19-20.

64 מבחן העלות הוכר כמבחן ראוי לבירור מופרזות המחיר על ידי בית המשפט העליון, הן בעניין רייס, לעיל ה"ש 18, בפס' 17; ולאחרונה באופן מפורש ברע"א 8224/15 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' זליכה, פס' 12 (נבו 2016.3.29) (להלן: עניין זליכה), שם נקבע כי "חשיבותו של מבחן הפער אינה שנויה במחלוקת".

65 אריאל אזרחי ורייד גילה דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים 309-305 (2019) (להלן: אזרחי וגילה דיני התחרות האירופאים).

66 שם, בעמ' 288-305.

67 שם, בעמ' 269-279.

רווחי לתקופה שאינה בת חלוף.<sup>68</sup> 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 ב לעיל, התובע ביסס את המחיר התחרותי באמצעות חוות דעת כלכלית שטענה למבחן השוואה למחירים של אר סי ופפסי. החברות הנתבעות יוכלו לסתור את מבחן השוואה 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 בהתדיינויות בעילות אחרות של דיני ההגבלים העסקיים. כך, למשל, בכל אחד מהמקרים שנסקרו בפרק ב לעיל, קרטל בין שתי חברות הקוקה קולה, מיזוג ביניהן, מיזם משותף ביניהן, הסדר הבלעדיות והדרת האחת על ידי האחרת, בית המשפט יצטרך לחשב את המחיר התחרותי על מנת לחשב את הנזק שנגרם כתוצאה מהפרת החוק והעלאת המחיר שנגרמה מהפגיעה בתהליך התחרותי. במידה שהמחיר התחרותי יתבסס על מבחן העלות, כל קושי הקיים במבחן זה במסגרת עילת המחיר המופרז יהיה קיים באותה מידה במקרים אלה. הוא איננו ייחודי לעילת המחיר המופרז. כך, למשל, אם חברות הקוקה קולה בדוגמה מספקות מגוון מוצרים, ולא רק קוקה קולה, אזי עשויות להיות להן עלויות המשותפות למגוון מוצרים. השאלה הלא פשוטה איך להקצות עלויות משותפות אלה בין המוצרים השונים, כדי לברר מה העלות הרלוונטית לקוקה קולה דווקא, קיימת בכל המקרים הנ"ל, ממש כשם שהיא עשויה להתעורר בהחלת מבחן העלות במסגרת עילת המחיר המופרז. בכל המקרים האנלוגיים שנסקרו בפרק ב, כמו גם במסגרת עילת המחיר המופרז, רוב המידע הרלוונטי ליישום מבחן העלות בדרך כלל יהיה בחזקתו של המונופול, ועל כן הנטל להביא ראיות אלה יהיה עליו, כפי שיודגש להלן.

החשש שהובע על ידי היועץ כי יישום של מבחן עלות יגרום לבעל מונופולין לא לרצות להתיעל,<sup>69</sup> איננו מבוסס.<sup>70</sup> אם המונופול מאפשר לעלויותיו לעלות, הוא חושף את עצמו למצב שפירמה חדשה, יעילה ממנו, תיכנס לשוק ו"תחטוף" לו נתחי שוק. שלא כמו מחיר שהמונופול יכול לשנות בהינף יד, יהיה לו קשה להקטין מחדש את עלויותיו כאשר הוא 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 הנדרש תיחשב כחלק מעלויותיו הרלוונטיות. לבסוף, יש לשוב

68 גילוי דעת 1/11, לעיל ה"ש 38, בעמ' 4-13; U.S. Dep't of Just. & Fed. Trade Comm'n, Horizontal Merger Guidelines §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: הנחיות האירופיות להגדרת שווקים).

69 עמדת היועץ, לעיל ה"ש 3, בפס' 28.

70 ראו יוסי שפיגל "הערות לגבי מסמך הרקע לעיון מחדש בגילוי דעת 1/14" רשות התחרות <https://tinyurl.com/nvnn9ak3> (5.5.2016).

ולחזכיר כי מטרת חוק התחרות היא השאת רווחת הצרכנים. מטרה זו אינה מושגת אם ההתייעלות של המונופול אינה מגולגלת לצרכן, והוא גובה מהם מחיר מופרז. אף 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, שעליהם אנו עומדים להלן.<sup>71</sup> 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, שעליו נפרט להלן. לחלופין, התובע יוכל לנסות להשתמש במידע הנמצא ברשותו על מנת להציג חוות דעת מומחה המראה את המחיר התחרותי על סמך מבחן עלות. משהרים התובע את הנטל הזה, נטל הבאת הראיות ביחס לעלויות המונופול, לרבות השקעותיו הרלוונטיות למוצר הנדון, עובר 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 התמזגו שתי חברות אלה זו עם זו; בדוגמת הסדר הבלעדיות התחייב ספק של תשומה חיונית למכור אותה רק לחברת קוקה קולה א, ובדוגמת הדרת המתחרה הדירה חברת קוקה קולה א 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 התובע המייצג מרים את נטל הבאת הראיות המוטל עליו על סמך המידע שנגיש לו. משעמד התובע בנטל זה הנטל עובר 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 היו חיוניים ליצירת אפשרות להשקעה מועילה שגרמה לכך שבסופו של דבר הצרכנים לא יצאו נפסדים. בהתאם, המתודולוגיה שאנו מציעים כאן בהקשר של מחיר מופרז של מונופול אף מקילה 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.

71 ראו להלן פרק ד.

זהו מבחן ההשוואה. נקודת המוצא היא, בהיעדר ראייה 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. אף על פי שמחיר בר השוואה זה הוא בדרך כלל מעל המחיר התחרותי האולטימטיבי, ניתן לראות בו מחיר תחרותי יותר 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 בר השוואה יותר, כך מדובר באינדיקציה טובה יותר למחיר התחרותי, או לפחות למחיר תחרותי יותר. ההשוואה יכולה להיות, למשל, למחיר שהמונופול עצמו גובה בשוקים אחרים שבהם הוא גובה מחיר נמוך יותר, או מול לקוחות מסוגים אחרים שמהם הוא גובה מחיר נמוך יותר; היא יכולה גם להיות למחיר נמוך יותר שהמונופול גבה באותו שוק 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 שפירמות אחרות, בנות השוואה, גובות, 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 מוצר או של מוצרים דומים, הנמוך מהמחיר שנגבה, ובלבד שמועד הפיקוח קרוב מספיק למועד גביית המחיר נשוא הטענה להפרה. 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 של המונופול עצמו, בהקשר בר השוואה. גם אם המונופול טוען כי העלויות שלו בשוק הנבחן גבוהות מהעלויות של אספקת המוצר נשוא ההשוואה, הברל זה מנוטרל על ידי השוואת רווחיות. כך, למשל, נניח 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 הברדלי 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 הקשרים רבים שבהם לחברות, בישראל ובעולם, יש כוח לגבות מחירים מופרזים. כך, בשוק המשקאות הישראלי בכללותו ייתכן בהחלט שקיימים משקאות שנגבה עליהם מחיר מופרז ביחס למחיר התחרותי. מדובר בתחום ריכוזי, ממועט שחקנים, וייתכן 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" בשווקים מספר, הוא מועד למחירים גבוהים



שייגבו בכל השווקים הללו, ככל שהמותג מאפשר.<sup>72</sup> אכן, כפי שמעידים דברי ההסבר לתיקון מספר 11 לחוק ההגבלים העסקיים, "...מדע הכלכלה לא מציע כלים לכימות של רמת התחרות."<sup>73</sup> לא ניתן ללכד, במסגרת הליך שיפוטי הבוחן שוק מסוים, אם שוק אחר הוא תחרותי אם לאו (אלא אם כן נבצע הליך שיפוטי שלם על אודות אותו שוק אחר). לעיתים קרובות המונופול יוכל לספק יותר מדוגמה אחת לפירמה שגבתה מחיר גבוה ממנו בשוק אחר כלשהו, בארץ או בעולם. או אז, ביתר שאת, לא ניתן לבחון, 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 לליכון באופן סביר במסגרת ההליך השיפוטי.

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

מתן אפשרות למונופול להשוות את המחיר שגבה למחירים גבוהים יותר, או גבוהים באותה מידה, לא רק שאינו מועיל, אלא שהוא גם עלול להזיק. אם תתקבלנה השוואות מעין אלה, מונופולים שאולי לא היו מעיזים לגבות מחיר מופרז, מחשש לתביעות, ירגישו חופשיים לגבות את המחיר המופרז, ביודעם כי לאחר מכן יוכלו לטעון כי המחיר הוגן משום שחברה אחרת כלשהי, 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 פיזור, שלכאורה סותרת את גישתנו זו.<sup>74</sup> אולם זו החלטה שגויה, חריגה ובעייתית, שזכתה לביקורת, ואין היא משקפת לא את הדין האירופי ולא את המדיניות הנכונה.<sup>75</sup>

בפרשה זו היה מדובר בחברת תרופות, פיזור, שהייתה מונופול מוחלט במכירת כמוסת (קפסולות) נגד אפילפסיה. הסיבה למעמד המונופוליסטי המוחלט הייתה רפואית: חולה אפילפסיה שמצבו יוצב באמצעות כמוסה זו של פיזור לא יכול היה באופן סביר להחליף לתרופה של אף ספק אחר. הפטנט לתרופה של פיזור פג זמן רב לפני כן. בשלב מסוים החליטה פיזור, יחד עם משווק בשם Flynn, לכנות את התרופה בשם חדש. עד אז היה המחיר של

72 ראו למשל B. Douglas Bernheim & Michael D. Whinston, *Multimarket Contact and Collusive Behavior*, 21 RAND J. ECON. 1 (1990).

73 הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 11), התשע"א-2010, ה"ח הממשלה 264, 266.

74 עניין פיזור ב-CAT, לעיל ה"ש 51.

75 אזרחי וגילה דיני התחרות האירופאים, לעיל ה"ש 65, בעמ' 318-320. ראו גם את דברי השופטת שטמר בעניין נאור השני, לעיל ה"ש 29, בפס' 42 (באזכרה את המלומד Abbott, המצטרף לביקורת על ה-CAT).

התרופה נתון לפיקוח – פיקוח שהיה תוצאה של משא ומתן ממושך בין תעשיית התרופות באנגליה לבין גורמי המדינה הרלוונטיים. הכינוי המחודש לתרופה, שרקחו הצדדים, אפשר לנצל פרצה בפיקוח כך שהתרופה כבר לא הייתה כפופה לפיקוח מחירים.

בהתאם העלו פיזור והמשווק שלה, Flynn, את מחיר הכמוסה של פיזור 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 החזיר הטריבוטל את הדיון לרשות התחרות, מתוך קביעה כי זו לא ביצעה כביכול בדיקה מספיק מקפת. בין היתר, ה-CAT קובע כי היה על רשות התחרות לשקול את טענת הנתבעות שהמחיר שגבתה חברת טבע בגין כמוסה של התרופה עם אותו חומר פעיל היה דומה, ואף גבוה יותר, מהמחיר שגבו פיזור ו-Flynn על הכמוסות של פיזור.<sup>76</sup>

אלא שנימוק זה בהחלטת ה-CAT הינו שגוי. הסיבה שגם טבע הייתה מסוגלת לגבות מחיר מופרז על הכמוסה שלה יכולה להיות, למשל, שגם לגבי כמוסה זו ציוו הרופאים כי חולה שמצבו כבר יוצב באמצעות הכמוסה של טבע לא רצוי כי ישתמש בתרופה אחרת זולת הכמוסות של טבע. לחלופין, ייתכן שטבע לא הייתה חשופה לתחרות מספקת. 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 האירופית, האחראית על אכיפת דיני התחרות האירופיים, הצטרפה לערעור של רשות התחרות האנגלית על החלטת ה-CAT, וטענה כי קביעתו אינה משקפת את הדין האירופי ומגבילה את חופש הפעולה של הרשות בצורה לא ראויה.<sup>77</sup> כדברי ערכאת הערעור, הנציבות האירופית תמכה בערעורה בטענות רשות התחרות הבריטית, ושתייהן הביעו חשש כבד כי המבחן שדרש ה-CMA פוגם בחופש התמרון ושיקול הדעת שראוי שיהיו לרשות התחרות לגבי בחירת המבחן שבאמצעותו נבדק אם המחיר הוא מופרז ולגבי הראיות שהרשות רוצה להסתמך עליהן. זאת משום שה-CMA דרש שרשות התחרות תבצע מבחנים מסוימים בכל המקרים.

בפרט, רשות התחרות האנגלית (ה-CMA) והנציבות האירופית יצאו כנגד קביעת ה-CAT שהיה על רשות התחרות האנגלית לבדוק לעומק את טענת הנתבעות שם כי המחיר שלהם אינו מופרז משום שהמחיר של כמוסת טבע גם הוא גבוה. גישתן זו של הנציבות האירופית ושל ה-CMA שסירבה, למרות טענות המונופול בעניין, להשוות את המחיר שגבה המונופול למחיר של כמוסת טבע, עקבית עם גישתנו.

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

[T]he CAT introduced additional requirements and overstated the import of subsequent Commission and CJEU practice, resulting in the

76 עניין פיזור ב-CAT, לעיל ה"ש 51, בפס' 391-393.

77 עניין פיזור בבית המשפט לערעורים, לעיל ה"ש 15, בפס' 41. ראו גם את הדיון בפרק 11(ב) (4) להלן.

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.**<sup>78</sup>

בהקשר של קביעת ה-CAT כי לאחר שרשות התחרות האנגלית מצאה כי המחיר הוא מופרז על פי מבחן העלות הייתה הרשות צריכה לברוק את טענתן כי המחיר הוא דווקא לא מופרז לאור המחיר הגבוה של כמוסות טבע, הנציבות האירופית מציינת כי דרישה זו סותרת את המבחן שנקבע בפרשת United Brands שלפיו 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 satisfy the unfairness tests under both Alternatives... [I]t was open to the CMA to rely on Alternative 1 in any event.<sup>79</sup>

בהמשך הנציבות האירופאית מדגישה כי האנומליה הנובעת מדרישת ה-CAT לברוק 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.<sup>80</sup> 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

Brief for European Commission as Intervener at para 3, *Flynn Pharma Ltd & Anr v. CMA* [2020] EWCA (Civ) 339, [https://ec.europa.eu/competition/court/2019\\_flynn\\_pharma\\_limited\\_pfizer\\_amicus\\_curiae\\_observations\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/court/2019_flynn_pharma_limited_pfizer_amicus_curiae_observations_en.pdf). (להלן: מסמך הטענות של הנציבות האירופית בעניין פיזר). ההדגשה אינה במקור.

79 שם, בפס' 29-30.

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

מנהלית, שיש לה חובה לשקול, בדרגת העומק שהיא רואה לנכון, טענות הגנה המובאות על ידי הגורם המפוקח.<sup>81</sup>

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,<sup>82</sup> שבהן 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 שבהן המחיר היה משמעותית נמוך יותר, היא ראויה.<sup>83</sup>

כך גם עולה מהחלטת הטריבוניל לענייני תחרות בדרום אפריקה בפרשת **Dis-Chem**.<sup>84</sup> בפרשה זו היה מדובר בקביעה כי קמעונאי שמכר מסכות במחיר מופרז במהלך מגפת 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. הטריבוניל פסל טענה זו על הסף, מבלי לבדוק את הסיבה שהמחיר של Click's היה גם הוא גבוה. הוא מציין כי ייתכן כי Click's, כמו Dis-Chem, הייתה יכולה ליהנות גם היא מכוח שוק מול הצרכנים, וכי העובדה שהמחיר שגבתה היה אף גבוה משל Dis-Chem אכן מצביע על כך. ראוי להדגיש שבפרשה זו בוצעו צעדי האכיפה 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, הטריבוניל 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 מחיר כלשהו, או כמה מחירים, בישראל או בעולם, שהם גבוהים באותה מידה, או אף גבוהים יותר. בהתאם, מתן אפשרות להפעלת מבחן ההשוואה על מחירים גבוהים באותה מידה, או גבוהים יותר, למעשה מרוקנת את העילה מתוכן.

### (ג) השוואה למחירי מתחרים

כאמור לעיל, אחת מהדרכים ליישום מבחן השוואה היא השוואה למחירי מתחרים הפועלים באותו שוק.

81 עניין פיזור בבית המשפט לערעורים, לעיל ה"ש 15, בפס' 97, 112-116.

82 עניין ארגון זכויות היוצרים הלטבי, לעיל ה"ש 14.

83 שם, בפס' 40-41.

84 ראו Case CR/008/Apr20, Competition Commission of South Africa v. Dis-Chem Pharmacies Ltd. at para. 158 (S. Afr. Competition Trib. July 7, 2020) (להלן: ההחלטה הדרום אפריקאית בעניין Dis-Chem).

היועץ מצביע בעמדתו על קושי בהשוואה למוצרים מתחרים,<sup>85</sup> אך כפי שנראה להלן, קושי זה איננו פוגם ביעילות של השוואה כזו. קושי זה בנוי הן מקושי קונספטואלי והן מחשש להערכת חסר של המופרזות. הקושי הקונספטואלי הוא שאם מוצר שחשבונו 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 בפירמה המספקת מוצר שהתחליפיות שלו למוצר הנדון בעיני הצרכנים היא מספיק גבוהה.<sup>86</sup> אם קיים פער משמעותי בין המחיר שאותו "מתחרה" גובה 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 תחליף סביר למוצר של המונופול.

כך, למשל, במקרה דנן, לאור הפער המופרז בין המחיר של הנתבעת לבין המחיר של אר סי ופפסי, ייתכן 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 מידה בין אם פפסי ואר סי הן מתחרות 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 לעיתים קרובות למצוא קנה מידה טוב להשוואה אצל המוצרים המתחרים. לפיכך, קנה המידה להשוואה, בדמות מחירי המתחרים, עשוי להיות מוטה כלפי מעלה. אולם אם המחיר שהמונופול גובה הוא כפער 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 המונופול פועל, ייתכנו הבדלים נוספים בעלויות בין המונופול לבין המוצרים נשואי ההשוואה. כמובן, ייתכן גם שהעלויות של המתחרים בפועל שונות מהעלויות של המונופול. אך במקרים רבים יהיה סביר להניח שהעלויות הן דומות, כאשר המתחרים מייצרים ומספקים

85 עמדת היועץ, לעיל ה"ש 3, בפס' 73.

86 ראו למשל הגדרת "מתחרה" בס' 1 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות) (הוראת שעה), התשס"ו-2006: "...יראו כמתחרה מי שייצר, שיווק או מכר טובין תחליפיים...". התחליפיות (ובהקשר זה נדרשת תחליפיות קרובה) נבדקת מנקודת מבטו של הצרכן. ראו למשל הכרזה לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988: אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ – בעלת מונופולים בהובלת נוסעים רגישי זמן ורגישי מחיר בשווקי תעופה ליעדים יוהנסבורג, הונג קונג, בנגקוק ובומביי רשות התחרות (27.10.2005) 5000135.

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 הראיה ביחס להשוואת המחירים, הנטל עובר 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. כיוון 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 המופרות ניתן להשוות למחירי מוצרים מתחרים.<sup>87</sup> 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.<sup>88</sup>

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 מופרותות המחיר על מבחן זה.<sup>89</sup>

גם רשות התחרות האנגלית בעניין Napp,<sup>90</sup> באישור הטריבונל לערעורים בענייני תחרות, התבססה, בין היתר, על השוואה למחירי מתחרים. בפרשה זו השתמשה רשות התחרות במבחנים נוספים על מנת להראות את מופרותות 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 הטריבונל לערעורים בענייני תחרות. כפי שהרשות האנגלית מציינת, בפסקאות 209-210 להחלטתה, במכירות לבתי החולים, שבהן Napp כפופה לתחרות של ממש מצד המתחרים, תחרות שבה עליונות המותג שלה, MST, פחות חשובה, Napp אינה מצליחה לשמר פער כלשהו מהמתחרים. מאידך גיסא, במכירה לבתי מרקחת פרטיים, שם רוכשים צרכנים

87 עניין United Brands, לעיל ה"ש 13, בפס' 252.

88 שם. ההדגשה אינה במקור.

89 שם, בפס' 266.

90 ראו Case CA98/2/2001 – Napp Pharm. Holdings Ltd., Decision of the Director General of Fair Trading (UK), 207-212 (Mar. 30, 2001), available at <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/555de4bf40f0b669c4000169/napp.pdf> (להלן: עניין Napp).

שחשוב להם המותג, הצליחה Napp לשמר פער של כ-40% מהמתחרים, ופער זה העיד בפני עצמו על מחיר בלתי הוגן. כפי שמציינת רשות התחרות האנגלית, היא אינה מקבלת כפרמיה לגיטימית לעומת המתחרים, שהמותג שלהם נחשב נחות יותר, פער של 40%. הרשות גם מדגישה כי פער זה נשמר למרות נתח שוק של 96% שהיה ל-Napp, ועובדה זו איננה מאפיינת תחרות נורמלית.

גם בפרשת CD-Pharma הסתמכה רשות התחרות הדנית, באישור ערכאת הערעור, בקובעה כי המונופול שם גבה מחיר מופרז על תרופה, על השוואה למחיר שגבתה חברה מתחרה שייבאה במקביל אותה תרופה.<sup>91</sup>

בנוסף, ההחלטה העדכנית ביותר של בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי, בעניין מונופול זכויות היוצרים הלטבי,<sup>92</sup> מאשרת שימוש במבחן השוואה למחירים של ארגוני זכויות יוצרים במדינות שכנות. כאן אומנם לא מדובר במתחרים באותו שוק, אך מיושמת התובנה שניתן להסתמך על המחיר של פירמות אחרות שהן מספיק בנות השוואה מבחינת העלויות. באופן דומה השתמשה רשות התחרות הגרמנית, בהחלטתה כי מונופול המים של ברלין

גבה מחיר מופרז, במבחן השוואה למחירים של תאגירי מים בערים אחרות בגרמניה.<sup>93</sup> אף מהחלטת בית המשפט העליון בעניין רייס עולה כי מבחן השוואה למוצרים דומים הוא מבחן ראוי, וזאת תוך אזכור פסיקה אירופית העושה שימוש אך ורק במבחן זה.<sup>94</sup> נזכיר כי בפרשת רייס מבחן השוואה שבו השתמש התובע הוא השוואה למחירי מתחרה: העמלות שגבתה חברת אלפא קארד, שנכנסה לשוק על מנת להתחרות עם חברות כרטיסי האשראי הוותיקות. בית המשפט ציין במפורש כי אלמלא קרסה אלפא קארד היה כנראה מבחן השוואה זה מתקבל על ידו, כפי שמציינת השופטת נאור בעניין רייס:<sup>95</sup>

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 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 6. לבגילוי הדעת, נאמר כי:

91 K Konkurrencerådets, CD Pharmas Prissætning af Synctocinon (Jan. 31, 2018), ראו

<https://www.kfst.dk/media/49886/20180131-cd-pharma-afgoerelse.pdf>

92 עניין ארגון זכויות היוצרים הלטבי, לעיל ה"ש 14.

93 Bundeskartellamt, Bundeskartellamt Orders Berliner Wasserbetriebe to Cut Drinking

Water Prices by a Total of 254 Million Euros for the Period 2012-2015 (June 5, 2012),

<http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilung>

en/2012/05\_06\_2012\_Wasser-Berlin.html (להלן: עניין Berliner).

94 עניין רייס, לעיל ה"ש 18, בפס' 17.

95 שם, בפס' 20-27.

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 בשוקים אחרים כגין מוצר דומה.<sup>96</sup>

#### (ד) די במדד אחד ראוי – במסגרת מבחן השוואה או מבחן עלות – לביסוס העילה

מאחר שהרובר הכלכלי בבחינת העילה מיועד לזהות את המחיר התחרותי, אין הצדקה לדרישה אפריורית שזיהוי זה ייעשה באמצעות יותר ממדד אחד, בין אם מדובר במדד בודד במסגרת מבחן ההשוואה ובין אם מדובר בכיצוע מבחן עלות בלבד.<sup>97</sup> 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.

אומנם, ייתכנו מקרים שבהם הראיות להפרש המחירים תחת מדד אחד אינן מובהקות דיין, 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 ראייתי לשכנוע במובהקות הראיות שהוצגו. ההבדל בין גישה הדורשת אפריורית שימוש ביותר ממדד אחד לבין גישה המאפשרת זאת לצורך שכנוע בית המשפט בראיות כאשר מדד בודד אינו מהווה בנסיבות הקונקרטיות ראיה מספיק מובהקת הוא הבדל עקרוני. הגישה הראשונה מטילה על התובע נטל להביא ראיות הנוגעות ליותר ממדד אחד, ואילו הגישה השנייה מאפשרת לו להביא ראיות רק ביחס למדד אחד, בין אם הוא במסגרת מבחן השוואה בודד ובין אם במסגרת מבחן עלות בודד. זאת בתנאי 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,<sup>98</sup> 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 היה כנראה בית המשפט מקבל את מבחן ההשוואה הבודד שערך התובע שם, אל המחירים שגבתה אלפא קארד, המתחרה.

96 גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 24, בעמ' 12.

97 דרישה מעין זו, שהיא שגויה לדעתנו, כפי שנפרט להלן, עולה מעמדת היועץ, לעיל ה"ש 3, בפס' 76.

98 עניין רייס, לעיל ה"ש 18.



כך גם עולה מפסק הדין של בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי בעניין United Brands הנזכר. בפרשה זו הציע בית המשפט האירופי, כאחת הדרכים, להחיל מבחן עלות ולהתרשם באמצעותו כי המחיר הוא "בלתי הוגן כשלעצמו", או להראות שהוא "בלתי הוגן תוך השוואה למוצרים מתחרים"<sup>99</sup>:

... either unfair in itself or when compared to competing products.

אין הצדקה לפרש את החלטתו של בית המשפט האירופי בעניין זה כאילו הוא דורש הן מבחן השוואה והן מבחן עלות. גם הוא, כמו בית המשפט בעניין רייס, מציע לבחור בין השניים.<sup>100</sup> מכל מקום, בית המשפט בעניין United Brands מצייין כי קיימות דרכים רבות אחרות לבסס כי מחיר הוא בלתי הוגן. הוא מצייין כי "This excess could, inter alia, be determined..."<sup>101</sup> וגם מדגיש כי:<sup>102</sup>

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 בפני התובע, 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, וזאת על מנת לקבוע כי המחיר שגבה במדינות האחרות מופרז. תוך כדי השימוע מול רשות התחרות צייד המונופול את הרשות באסמכתאות חשבונאיות חסויות עם נתונים פנימיים של המונופול המצביעות על כך שהמחירים שגבה באירלנד היו הפסדיים.<sup>103</sup> בית המשפט התרשם, בהתאם, שרשות התחרות הייתה צריכה להשתמש בסמכויותיה לבקש את מכלול נתוני העלויות של המונופול ולברוק את טענותיו כי המחירים באירלנד אינם קנה מידה טוב להשוואה, משום 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.<sup>104</sup> לעומת זאת, במצב הרגיל בתובענה ייצוגית אין לתובע גישה לנתוני העלות של המונופול. אם התובע המייצג ביסס מבחן השוואה המצביע בדרגת מובהקות מספקת, בהינתן השלב שבו 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.

99 עניין United Brands, לעיל ה"ש 13, בפס' 252.

100 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., 2018) (להלן: Coherent Approach).

101 עניין United Brands, לעיל ה"ש 13, בפס' 251.

102 שם, בפס' 253.

103 שם, בפס' 261–267.

104 ס' 46 לחוק התחרות.

בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי חזר על גישה זו שלפיה יש מגוון דרכים חלופיות להראות את מופרזות המחיר, ובפרט על ידי שימוש במבחן השוואה יחיד, בעניין מונופול זכויות היוצרים הלטבי.<sup>105</sup> כזכור, 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.<sup>106</sup>

בית המשפט האירופי 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 בני השוואה, ומראה על פער משמעותי ועקבי לאורך זמן.<sup>107</sup> גם המלומדים Kianzad ו-Minssen מצטרפים לביקורת זו על Wahl, ומציינים שאין היא משקפת את ההלכה באירופה. הם מדגישים כי היועץ המשפטי של בית הדין לצדק של האיחוד האירופי, Nils Wahl, בחוות דעתו בעניין מונופול זכויות היוצרים הלטבי, אינו לוקח בחשבון כי חוסר ההגינות של המחיר יכול להיות או כשלעצמו או בהשוואה למוצרים מתחרים. הם מציינים כי הטענה כי החלופות האלה צריכות להוות מבחן מצטבר, שבו יש להראות שהמחיר גם בלתי הוגן כשלעצמו וגם בלתי הוגן בהשוואה למוצרים מתחרים, רחוק מאוד מהפסיקה של בית הדין לצדק של האיחוד.<sup>108</sup>

הנציבות האירופית הצטרפה לביקורת זו במסמך הטענות של הנציבות בעניין פיזור, באומרה כי בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי, ה-CJEU, לא אימץ בפרשת ארגון זכויות היוצרים הלטבי את ההצעה של היועץ שם שעל הרשות להשתמש במדדים מספר, 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.<sup>109</sup>

ההיגיון שמאחורי השוואת מחירי ארגון זכויות היוצרים הלטבי בראש ובראשונה לשתי מדינות שכנות היה מבוססת על שני אדנים. ראשית, שתי המדינות השכנות הן קנה המידה

105 עניין ארגון זכויות היוצרים הלטבי, לעיל ה"ש 14, בפס' 37.

106 שם, בפס' 12.

107 בפרשה זו הרשות ערכה גם השוואה למוצע 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 האירופית בעניין פיזור, לעיל ה"ש 78, בפס' 21.

108 ראו Kianzad & Minssen, לעיל ה"ש 22, בעמ' 27.

109 מסמך הטענות של הנציבות האירופית בעניין פיזור, לעיל ה"ש 78, בפס' 21, 23.

הקרוב ביותר להשוואה, מבחינות רבות שהיו רלוונטיות לשוק הנדון – גאוגרפיות, תרבותיות וכו'. שנית, שתי המדינות השכנות גבו מחירים משמעותית נמוכים יותר, באופן שיכול היה לשפוך אור על מופרזות המחיר בלטיביה.

קיימות החלטות רבות נוספות שמאשרות הסתמכות על מדד אחד לבדיקת מופרזות המחיר. לצורך ההמחשה, בפרשת *British Leyland Public Ltd. Co. v. Commission* (המחיר שגבה המונופול על רישוי לתכונות שההגה שלהן בצד שמאל אל מול המחיר שגבה על רישוי מכונות שההגה שלהן בצד ימין);<sup>110</sup> בפרשת *Bodson v. Pompes Funèbres* אישר בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי שניתן להשתמש במדד השוואה בדרך המשווה בין המחיר שגובה בעל המונופולין בשוק גאוגרפי אחד למחיר שהוא גובה בשוק גאוגרפי אחר שבו הוא חשוף ליותר תחרות;<sup>111</sup> בעניין *Deutsche Post AG* הגיעה הנציבות האירופית למסקנה כי מונופול הדואר הגרמני גבה מחיר מופרז על בסיס מבחן עלות בלבד;<sup>112</sup> גם בפרשות *Tariffe aeroportuali-ADR*<sup>113</sup> ו-*Tariffe aeroportuali-SEA*<sup>114</sup> התבססה הקביעה של רשות התחרות האיטלקית כי המחיר מופרז רק על מבחן עלות; בפרשת *Canarias de Explosivos S.A* קבעה רשות התחרות הספרדית כי מונופול באספקת חומרי נפץ גבה מחיר מופרז בהתבסס על מבחן השוואה יחיד,<sup>115</sup> למחירים שגבו פירמות אחרות בשווקים שחשופים יותר לתחרות, במשולב עם מבחן עלות;<sup>116</sup> בהחלטת רשות התחרות הגרמנית בעניין מונופול אספקת מים כברלין, *Berliner Wasserbetriebe (BWB)*,<sup>117</sup> נקבע שהמחיר הוא מופרז אך ורק על סמך השוואה למחיר שגבו תאגידי מים בערים אחרות בגרמניה. בשתי פרשות בדרום אפריקה של גביית

.Case 226/84, *British Leyland Public Limited Company v. Comm'n*, 1986 E.C.R. 3263 110

Case 30/87, *Corinne Bodson v. SA Pompes Funèbres des régions libérées*, 1988 E.C.R. 2479 111

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 (להלן: **עניין Deutsche Post**) 112

AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, A376 - ROME AIRPORTS-AIRPORT RATES (Oct. 23, 2008), <http://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2008/11/alias-3733> (להלן: **עניין ADR**) 113

AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, A377 - SEA-AIRPORT RATES (Nov. 26, 2008), <http://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2008/12/alias-3797> 114

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Resolución (Expte. 626/07, *Canarias de Explosivos*) (Feb. 12, 2008), <http://www.cnmc.es/expedientes/62607> 115

יודגש כי כל דוגמה של מבחן השוואה בדרך 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. 116

עניין *Berliner*, לעיל ה"ש 93. 117

מחיר מופרז בגין מסכות פנים התבססה התביעה אך ורק על מדרד השוואה אחד, של שינוי במחיר על פני זמן.<sup>118</sup>

גם בית המשפט האנגלי לערעורים, שפסק לאחרונה בעניין פיזור, קבע כי די במבחן אחד על מנת לבסס את ההפרה.<sup>119</sup> מבחינה זו הפך בית המשפט האנגלי לערעורים את החלטת ה־Competition Appeals Tribunal, ה־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.<sup>120</sup> בית המשפט מדגיש כי לרשויות תחרות צריך להיות מרחב תמרון באשר לבחירת המתודה והראיות שעליהן הן רוצות להסתמך. רשות התחרות היא שבוחרת את אמת המידה, ואמת מידה זו יכולה להיות מבחן העלות או מבחן ההשוואה, או אמת מידה אחרת, או שילוב שלהם, ובלבד שאמת המידה שנבחרה מספקת אינדיקציה מספקת כי המחיר שנגבה הוא מופרז ובלתי הוגן.<sup>121</sup>

כך קיבל בית המשפט האנגלי לערעורים גם את עמדת הנציבות האירופית, שהצטרפה בפרשה זו לערעור של רשות התחרות האנגלית. אכן, הנציבות טענה כי ה־CAT אינו מפרש נכון את פסיקת בית המשפט האירופי בעניין United Brands או את החלטתו המאוחרת יותר בעניין ארגון זכויות היוצרים הלטבי. הנציבות מציינת כי ה־CAT מכלכל בין דבריו של היועץ המשפטי של בית המשפט האירופי, מר Wahl, לבין ההלכה הפסוקה. על פי ההלכה האירופית 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 האירופית שלפיה עמדת היועץ המשפטי של בית הדין לצדק של האיחוד, Wahl, בפרשת מונופול זכויות היוצרים הלטבי, קיבל מה־CAT האנגלי התייחסות כאילו היא משקפת את הדין הרלוונטי ליישום הלכת United Brands. זאת בעוד שראשית, עמדת היועץ אינה משקפת כלל את הדין, ושנית, ככל שעמדה זו שימשה לפירוש הלכת United Brands, כלל לא אומצה על ידי בית הדין לצדק של האיחוד בפרשת מונופול זכויות היוצרים הלטבי, שקבע כי אין צורך לשלב כמה מבחנים שונים על מנת להגיע למסקנה אם מחיר מסוים הוא בלתי הוגן. הנציבות ביקרה את ה־CAT בעניין פיזור על כך שהלכה למעשה דרש כי חלופה 2 של הלכת United Brands, של מציאת אי הגינות של מחיר על דרך השוואה למוצרים מתחרים, נדרשת גם אחרי שכבר הוכח שהמחיר בלתי הוגן כשלעצמו, על פי החלופה הראשונה של הלכת United Brands. הנציבות ממשיכה וטוענת בפני בית המשפט האנגלי לערעורים כי דרך זו של ה־CAT איננה מתיישבת עם הלכת United Brands, ושאם מאמצים אותה היא

118 ראו Case CR/003/Apr20, The Competition Commission v. Babelgi Workwear and Industrial Supplies CC (S. Afr. Competition Trib. June 1, 2020) (להלן: Babelgi Workwear), וההחלטה הדרום אפריקאית בעניין Dis-Chem, לעיל ה"ש 84.

119 עניין פיזור בבית המשפט לערעורים, לעיל ה"ש 15, בפס' 97.

120 שם, בפס' 107.

121 שם, בפס' 125.

תיצור נטל בלתי מוצדק על רשות תחרות או על כל תובע אחר שרוצה לבסס עילה כנגד מחיר בלתי הוגן של מונופול.<sup>122</sup>

ראש הנציבות האירופית התבטא בצורה דומה, והוא ביקר את החלטת ה-CAT בפייזר באומרו כי לאור החסמים הכל כך גבוהים שה-CAT בהחלטתו מציב בפני מי שמנסה להראות כי מחיר הוא מופרז, הוא מטיל ספק אם רשויות תחרות יוכלו להמשיך ולאכוף באופן אפקטיבי את העילה. הוא מדגיש כי אכיפת חסר היא מזיקה חברתית באותה מידה כמו אכיפת יתר.<sup>123</sup>

רשות התחרות האנגלית, בערעור שלה על החלטת ה-CAT בעניין פייזר, הדגישה בהקשר זה שעל בתי המשפט להימנע מקביעת כללים ההופכים את המשימה הקשה ממילא של תקיפת מחירים מופרזים של מונופולים למשימה בלתי אפשרית, ואת האיסור הקבוע בחוק לאות מתה.<sup>124</sup>

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

בנחה 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, ולעיתים אף יוכרעו בטעות לטובת התובע, אף על פי 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 מוטעית של איסור זה. איזון זה יסודו במדיניות משפטית, והוא מצטרף לאיזונים הקיימים בדין הדיוני, שעליהם 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 לדיני 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.

122 שם, בפס' 41-42.

Johannes Laitenberger, EUI Competition Workshop, Remarks on the Two Themes of the EUI Competition Workshop: Competition Assessments and Abuse of Dominance (June 22, 2018), [https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2018\\_11\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2018_11_en.pdf)

124 עניין פייזר בבית המשפט לערעורים, לעיל ה"ש 15, בפס' 104.

ניקח, למשל, את המיזם המשותף בדוגמה ההיפותטית האמורה. כזכור, בדוגמה 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 עלה המחיר של מותג הקוקה קולה ב-47% לעומת המחיר של המתחרים אר סי ופפסי. חברות הקוקה קולה הנתבעות יוכלו להראות כי המחיר התחרותי גבוה יותר, לאור נתוני אמת על 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.<sup>125</sup> 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 בדוגמה, הפגיעה המסתברת בתחרות לצורך ביסוס ההפרה צריכה להיות משמעותית ("substantial").<sup>126</sup> 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 בהסדרי בלעדיות למשל), כמו גם ה"מופרזות" של המחיר (במקרה של האיסור על מחיר מופרז של בעל מונופולין), הן שאלה משפטיות טהורות, 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 העורף והעברת הערך שעלולים להיגרם לצרכנים, אל מול החשש מתביעות שבהן המחיר שנגבה על ידי המונופול היה המחיר התחרותי וככל זאת הוגשה תביעה.<sup>127</sup>

125 ס' 9א לכללי פטור הסוג.

126 ראו האמנה האירופית, לעיל ה"ש 11, בס' 101.1(b), החל על כל סוגי שיתופי הפעולה, ואשר קובע שפגיעתו של ההסדר בתחרות צריכה להיות משמעותית ("substantial").

127 האמור בטקסט מהווה תשובה למאמר *The Case for Limiting Private Litigation of Excessive Pricing*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 301, המביע חשש מפני הקושי של בית משפט בתביעה פרטית לקבוע את הגבול בין מחיר שהוא מופרז למחיר שאינו 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.

באמור בפסקאות אלה יש גם תשובה לטענת היועץ שהכרעות משפטיות בשאלה מהו מחיר מופרז יובילו לשרירותיות.<sup>128</sup> 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 הרורשות 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, שאותם אנו מסבירים בהמשך, יש לדעתנו לקבוע פער מינימלי מעל המחיר התחרותי אשר רק הפרש גבוה ממנו ייחשב מופרז.<sup>129</sup> השאלה מה יהא גובהו של פער מינימלי ואחיד זה נגזרת מנקודת האיוון שבית המשפט מבקש לקבוע. ככל שהפער המינימלי הנדרש גבוה יותר, כך פוחת החשש מהרתעת יתר של מונופולים שלא גבו מחיר מופרז, וגדל החשש מהרתעת חסר של מונופולים שגבו מחיר כזה. כיצד מתבצע האיוון הרצוי בין הרתעת יתר להרתעת חסר אנו מסבירים בפרק ה.

קביעת פער מינימלי אחיד מאפשר למונופולים לכלכל את התנהגות המחירים שלהם מראש, משום שהם ידעו, לפחות ברמה הלכאורית, מה החבות שצפויה להם. אם יימצאו חורגים בהפרש מחירים נמוך יותר מאותו פער מינימלי, הם יובטחו מפני תביעה. מנגד, אם הפרש המחירים שגבו יהיה גבוה יותר, הם יציבו את עצמם בסיכון לכאורי של חבות כלפי הצרכנים. בנוסף, קביעת פער מינימלי אחיד מאפשרת גם לתובעים לשקול באופן מדויק יותר אילו תביעות ראוי להגיש.

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 הנדרן שאלמלא המחיר שגבה המונופול לא היו מושקעות, לאור נסיבותיו הספציפיות של אותו שוק ואותו מונופול, מכאן שנסיונות אלה אינן צריכות להישקל מחדש בקביעת הפער המינימלי. זאת ועוד, כפי שנראה בפרק 2, הפער יכול למלא תפקיד, במקרה נתון, על מנת לחזק את מובהקות הראיות כאשר המידע שהתובע מציג ביחס למחיר התחרותי הוא מובהק פחות.

לפיכך ראוי, לדעתנו, כי בית המשפט העליון יקבע פער מינימלי מעל המחיר התחרותי המהווה אינדיקציה לכאורית למופרזות המחיר.<sup>130</sup> כיוון שמדובר בפער מינימלי אסור שיהא

128 עמדת היועץ, לעיל ה"ש 3, בפס' 68.

129 ראו Coherent Approach, לעיל ה"ש 100, בעמ' 99, 118-120.

130 בהקשר זה ברצוננו לציין כי אנו מתנגדים לטענה העולה מגילוי דעת 1/17 שלפיה ראוי לתקוף רק מקרים שבהם פער המחירים "דוקר את העין". ראו עמדת היועץ, לעיל ה"ש 3, בפס' 15; גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 24, בס' 2. גישה מצרה זו אינה משקפת את הפרשנות הנכונה של החוק. נהפוך הוא. סטנדרט ההתערבות כנגד מונופול שמנצל לרעה את מעמדו הוא מחמיר

גבוה, על מנת למזער את החשש שתביעות ראויות יסוכלו ועל מנת שלא ייפגע הכוח ההרתעתי של האיסור. גובה הפער המינימלי שאנו ממליצים לאמץ הוא של 20% מהמחיר התחרותי.<sup>131</sup> לדעתנו, פער זה הוא משמעותי מספיק על מנת לכסות מקרים שבהם ראוי להחיל אחריות, מחד גיסא, והוא קטן מספיק על מנת להקטין את החשש מאכיפת חסר, מאידך גיסא. הפער מתיישב עם הפער המינימלי שהומלץ על ידי פסק הדין היחיד במשפט המשווה שהתייחס לשאלת הפער המינימלי, בפרשת Sasol הדרום אפריקאית, שבו נקבע כי אין הצדקה להתערב כאשר הפער הוא פחות מ-20% מעל העלויות.<sup>132</sup> פער זה נמוך אך במקצת מהפערים הנמוכים ביותר המוכרים לנו בפסיקה. בפרט, בפסיקת הנציבות האירופית בעניין דויטשה פוסט,<sup>133</sup> נקבע על ידי הנציבות האירופית כי בעל מונופולין שגובה 25% מעל העלויות המרווחות על ידו הוא מופרז. גם בהחלטת רשות התחרות הגרמנית בעניין מונופול אספקת מים בברלין, Berliner Wasserbetriebe (BWB),<sup>134</sup> נקבע כי פער של 25% ביחס למחיר שגבו תאגידי מים בערים אחרות בגרמניה הוא מופרז. באחת התביעות בגין מחיר מופרז של מונופול שסיפק מסכות פנים בדרום אפריקה, עבור חלק מסוגי המסכות, העלאת המחירים שנקבעה כהפרת האיסור על מחיר מופרז הייתה בשיעור של 25% בלבד.<sup>135</sup> פער של 20% נזכר גם בספרות האקדמית בהקשרים דומים. כך, המלומד Edlin מציע פער של 20% להפעלת הכלל המוצע על ידו. לפי כלל זה המחיר של מונופול יוקפא אם נכנס לשוק שלו מתחרה שחתך את המחיר ביותר מ-20% מתחת למחיר שגבה המונופול.

יותר (ובוודאי שאינו מקל יותר) מאשר סטנדרט ההתערבות כנגד הפרות אחרות של החוק. בפרט, סעיף 29א(א) לחוק, הדין בניצול לרעה של מונופול, דורש כי ההתנהגות תהא "עלולה לפגוע בציבור". מנגד, בהקשר של מיוזגים, מיזמים משותפים ורוח הסדרי ספק-לקוח נדרש כי הפגיעה בתחרות תהא משמעותית, או כי החשש לפגיעה יהא סביר. מיוזג 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 מובילה למסקנה הפוכה מזו של הממונה בגילוי הדעת האמור.

131 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 לא תנקוט נגדו הרשות צעדי אכיפה. נמל המבטחים קבע כי אם הפער בין המחיר שגבה המונופול לבין המחיר התחרותי קטן ביותר מ-20% מהמחיר התחרותי, ההגנה חלה. גילוי דעת 1/14, להלן ה"ש" 21, בעמ' 16-17; רשות ההגבלים העסקיים דו"ח רשות ההגבלים העסקיים לשנת 2014 32 (2014) ("הגנה זו תעמוד למונופול, כאשר הפער בין מחיר המוצר לעלות ייצורו, שמחושבת על-פי ההנחיות בגילוי הדעת, אינו עולה על 20% מעלות הייצור").

132 *Sasol Chemical Industries Limited v. Competition Commission* 2015 (5) SA 471 (CAC) at para. 175 (S. Afr.). מעניין לציין כי פסק הדין מאזכר לעניין זה את המשפט העברי, הקובע כי פער של יותר משישית (כ-16%) ייחשב לכאורה כמופרז.

133 עניין *Deutsche Post*, לעיל ה"ש 112.

134 עניין *Berliner*, לעיל ה"ש 93.

135 ההחלטה הדרום אפריקאית בעניין *Dis-Chem*, לעיל ה"ש 84.



נורמה זו נועדה לדרבן את המונופול להוריד את המחיר שהוא גובה מלכתחילה.<sup>136</sup> כפי שמראה Edlin, בהינתן הכלל המוצע על ידו, המונופול ירסן עצמו מראש ויגבה מחיר קרוב יותר למחיר התחרותי, על מנת להימנע ממצב שמתחרה יוכל לחתוך את המחיר שגבה במעל 20% ולגרום להקפאת המחיר שגבה המונופול באופן שהמונופול לא יוכל להגיב לכניסת המתחרה. הווה אומר, אף על פי שמאמרו של Edlin דן בעילה כנגד המונופול על כך שהלה חתך את המחיר שגבה בעקבות כניסה של מתחרה שגבה משמעותית פחות ממנו, מטרת הכלל המוצע על ידו דומה למטרת האיסור על מחיר מופרז: מתן תמריצים למונופול שירסן את עצמו מראש ויגבה מחיר תחרותי ולא מופרז. אכן סף מעין זה, הקיים בפסיקה ובספרות, מתיישב גם עם ניסיונו של דייוויד גילה כממונה על התחרות כרף תחתון ראוי, וזהו אכן הרף שגילה השתמש בו במסגרת גילוי דעת 1/14 שפרסם בזמן תפקידו כממונה על התחרות. דיני ההגבלים העסקיים בישראל ובעולם משתמשים לעיתים קרובות בסיפים אחידים החלים על כל השווקים. כך, למשל, כאשר מגדירים בתחום ההגבלים העסקיים את השוק הרלוונטי – הזירה שבה 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%.<sup>137</sup> הווה אומר, רשויות תחרות בישראל ובעולם מגלות מידת סובלנות נמוכה יחסית לכוח שוק, מהבחינה שאם לפירמה הכוח להעלות את מחיר המוצר שלה ב-5% עד 10% ביחס למחיר התחרותי, מוצרים אחרים אינם נחשבים מתחרים, ואז חלים על הפירמה שהוכתרה כמונופול כללים מחמירים יותר, המותאמים למונופול, לרבות האיסור על גביית מחיר מופרז. מידת הסובלנות שאנו מציעים לגבי מופרזות לכאורה של המחיר היא גדולה פי 2 עד 4 מאותם 5% עד 10% המניעים את עצם ראייתו כבעל מונופולין, ומגיעה ל-20%.

בסוגיה הקשורה לעילת המחיר המופרז, של העלאת מחיר על ידי פירמות שקיבלו כוח שוק הודות לאסון טבע או משבר, מדינות רבות בארה"ב נוקטות את הכלל שהפירמה תיראה לכאורה כמפרה את החוק האוסר על העלאת מחיר למחירים מופרזים בהקשר זה (price gouging) כאשר העלתה את המחיר ב-10% מעל המחיר התחרותי.<sup>138</sup>

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

136 ראו Aaron S. Edlin, *Stopping Above-Cost Predatory Pricing*, 111 YALE L.J. 941, 970 (2002).

במאמר ניסויי, Edlin ואחרים הראו כי הצעתו, שלמעשה אנלוגית לפיקוח בריעבד על מחיר מופרז, אכן גורמת, כאשר הפירמות המעורבות הן מנוסות בשוק, להורדת מחירים ושיפור משמעותי של רווחת הצרכן. ראו: Aaron S. Edlin et al., *Hunting Unicorns? Experimental Evidence on Predatory Pricing Policies* (Univ. Zurich, Dep't Econ., Working Paper No. 258, 2017), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2997073](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2997073).

137 ראו גילוי דעת 1/11, לעיל ה"ש 38, בפס' ב.1; ההנחיות האירופיות להגדרת שווקים, לעיל ה"ש 68, בפס' 17; הנחיות המיזוגים האופקיים של רשויות ההגבלים העסקיים האמריקאיות, לעיל ה"ש 68, בפס' 4.1.2.

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

להקנות נמל מבטחים.<sup>139</sup> מיזוג מוגדר בחוק התחרות בין היתר, בסעיף 1 לחוק, כרכישה של מעל 25% מהרווחים של חברה, גם אם הרכישה אינה מערכת כל אמצעי שליטה בחברה. שאלה נוספת שראוי לשאול היא אם אותו סף מינימלי צריך להיות זהה בין אם מופעל מבחן עלות ובין אם מופעל מבחן השוואה. כפי שהראינו לעיל, בעוד שמבחן עלות מניב את המחיר התחרותי המדויק, האולטימטיבי, מבחן השוואה יניב בדרך כלל מחיר שהוא באופן משמעותי מעל המחיר התחרותי הנ"ל. בהתאם לכך, ייתכן שהיה ראוי לקבוע סף מינימלי נמוך יותר כאשר מופעל מבחן השוואה. אולם, אם הרף המינימלי ישתנה כפונקציה של המבחן שיושם בדיעבד, הדבר עלול לפגום בוודאות שרף מינימלי מקנה מראש למונופול. היא עניין זה אשר יהא, אם אפילו מבחן השוואה הניב פער מהמחיר התחרותי של מעל 20%, הרי שבהיעדר ראיה לסתור, קל וחומר כי פער זה עומד ברף המינימלי הראוי. כמובן, העובדה שקיימות פסיקות במשפט המשווה שבהן נקבע כי המחיר אינו מופרז, אף על פי שהפער בינו לבין המחיר התחרותי היה לכאורה גבוה, אינה יכולה להועיל על מנת לקבוע כלל גורף לגבי הפער המינימלי הראוי. ראשית, פסיקה זרה מעין זו יכולה להיות מוסכרת על ידי ריסון יתר על ידי רשויות תחרות או בתי משפט, שאיננו ראוי ושוגה באכיפת חסר. שנית, הנסיבות הספציפיות של עניין מסוים, כגון היעדר מובהקות מספקת של הראיות המובאות כנגד המונופול, יכולות להסביר פסיקה מעין זו במקרה נתון. מכל מקום, קיימות לא מעט פסיקות זרות שלא התייחסו לגובהו של רף מינימלי כזה או אחר ומצביעות פוזיטיבית על פערים של עשרות בודדות של אחוזים כמופרזים. כך, בפרשת Napp האנגלית, כאמור לעיל, אחד ממבחני השוואה היה למחירי המתחרים, והפער היה של 40%. אף על פי שהיו שם גם מדדים אחרים, שהראו על מופרזות עוד יותר קיצונית, עולה מההחלטה כי היא רואה גם בפער זה פער מופרז.<sup>140</sup> בתביעה של רשות התחרות הדרום אפריקאית כנגד ספק של מסכות בדרום אפריקה נקבע על ידי הטריבונל לענייני תחרות כי העלאת מחירים שהחלו בפערים של 47% בלבד, במשך חודש אחד, הוא מופרז.<sup>141</sup> בפרשת שדות התעופה באיטליה קבעה רשות התחרות האיטלקית כי פער של כ-50% מעל העלויות הוא מופרז.<sup>142</sup> בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי בפרשת תאגיד זכויות היוצרים הלטבי, שנזכרה לעיל,<sup>143</sup> אישר כי פערים שהחלו כ-50%, במבחן השוואה שבוצע לתאגידים מקבילים בשתי מדינות שכנות, מהווים לכאורה פערים מופרזים. זאת בכפוף להעברת הנטל אל בעל המונופולין להצדיק את הפער.<sup>144</sup>

139 ראו ס' 3(5) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית) (הוראת שעה), התשס"א-2001; ס' 3(2) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית) (הוראת שעה), התשס"א-2001.

140 עניין Napp, לעיל ה"ש 90.

141 Bablegi Workwear, לעיל ה"ש 118. לגבי חלק מהמוצרים הפערים היו גבוהים יותר, והגיעו ל-261%.

142 עניין ADR, לעיל ה"ש 113.

143 עניין ארגון זכויות היוצרים הלטבי, לעיל ה"ש 14.

144 שם, בפס' 55. יצוין כי הפער מהמדינות השכנות הגיע, בחלק מההקשרים, גם ל-100%.

יש לציין כי מהחלטת בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי בעניין United Brands לא ניתן לחלץ מהו הפער שבית המשפט היה מחשיב כמופרז ובלתי הוגן. בפרשה זו ניסתה הנציבות האירופית 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 ההשוואה האמור באמצעות נתוני אמת שחשף, ולפיהם 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.<sup>145</sup> בכך אין כדי להצביע על כך שנדרש פער של יותר מ-100%, אלא רק על העובדה שמבחן ההשוואה 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 הצייע בעמדתו כי בנוסף להפעלת שיקול דעת לכדיקה אם המחיר הוא "מופרז", יש להפעיל שיקול דעת נפרד לגבי השאלה אם הוא גם "הוגן".<sup>146</sup> כאמור, אנו סבורים שהקביעה האם המחיר הוא מופרז מתבצעת ברובד המשפטי, ועל בית המשפט לשקול 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.<sup>147</sup>

145 עניין United Brands, לעיל ה"ש 13, בפס' 261-267.

146 עמדת היועץ, לעיל ה"ש 3, בפס' 77-89.

147 ראו עניין נאור הראשון, לעיל ה"ש 2829, בפס' 36: "לפחות במקרה שהוא בר השוואה לא ברור מה תועלתו של המבחן הדרו 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 המונופולין גבה מחיר גבוה ממחירו של המוצר בתנאי תחרות".

אלה הטוענים כי המחיר צריך להיות גם "מופרז" וגם "בלתי הוגן" נאחזים בדרך כלל בשתי פסקאות מפרשת United Brands האירופית הנזכרת, המנוסחות בצורה מעט לא ברורה, שאין הצדקה לפרשן דווקא בצורה שמפרש אותן היועץ.<sup>148</sup> אלא שתהא פרשנות פסק דין זר זה אשר תהא, "מופרז" ו"בלתי הוגן" הם כאמור שני מושגי שסתום שיישומם דורש יישום מדיניות משפטית. אין טעם, או הצדקה, להלבשת שני מושגי שסתום אלה זה על גבי זה והכנסת עוד גורם של אי־ודאות ליישום העילה.

גם בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי בפרשת ארגון זכויות היוצרים הלטבי הלך באותה דרך 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 ההשוואה היה לכאורה מופרז, עבר הנטל אל המונופול. להראות שעלויותיו מצדיקות את הפער בין המחיר שגבה לבין המחיר נשוא מבחן ההשוואה. על פער המחירים נשוא מבחן ההשוואה שבוצע אמר בית המשפט כי:<sup>149</sup>

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 שסתום זה על גבי זה הוא כביכול לשון סעיף 29א(ב)(1), המדברת על "מחיר בלתי הוגן" להבדיל מ"מחיר מופרז". אולם הסיבה שהמחוקק נקט לשון "בלתי הוגן" במקום "מופרז" היא שהוא כיוון הן למחיר נמוך מדי (מחיר טורפני) והן למחיר גבוה מדי (מחיר מופרז).<sup>150</sup> אין הצדקה תכליתית לייבא אל תוך המושג "הוגן" תכנים נוספים למעט מופרזות המחיר ביחס למחיר התחרותי – מופרזות שהחוק כולו, כפי שהראינו בפרק ב, 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,<sup>151</sup> 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. כיוון שהמופרזות נבדקת ביחס למחיר התחרותי, והמחיר התחרותי כולל את כל הדרוש למונופול על מנת לכסות

148 עניין United Brands, לעיל ה"ש 13, בפס' 251–252.

149 עניין ארגון זכויות היוצרים הלטבי, לעיל ה"ש 14, בפס' 61.

150 להסבר כי זוהי תכלית החקיקה ראו מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, לעיל ה"ש 2.

151 ראו ה"ש 38 לעיל והטקסט הנלווה אליה.

את כלל עלויותיו והשקעותיו, בהגדרה הכלל ערוך כדי לשמר את כל התמריצים האמורים של המונופול. כך גם באנלוגיות שביצענו בפרק ב לעיל לקרטל, מיזוג, מיזם משותף, הסדר בלעדיות והדרת מתחרה. לדוגמה, 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 שזוהו המחיר ההוגן, משום שגם לחברות הקוקה קולה "מגיע" 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,<sup>152</sup> דיני ההגבלים העסקיים אינם קובעים 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 3 ד להלן, הצעת היועץ לפטור תעשיות שלמות מהאיסור איננה מעוגנת בחוק, וגם אינה הדרך הראויה להתמודד עם החשש מטעויות שיפוטיות.

### ג) מוכנות הצרכן לשלם על המוצר איננה רלוונטית

יש להדגיש כי אפילו היועץ, שלעמדתו כאמור אנו מתנגדים, אינו 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.<sup>153</sup> התועלת שהלקוח מפיק 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 11א לעיל, המחיר התחרותי האולטימטיבי הוא העלות, וניתן ללמוד עליו גם מקל וחומר, באמצעות מבחן ההשוואה.

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

בפרט, הנציבות האירופית ציינה כי המסמך היחיד שלה שעולה ממנו הסתמכות כלשהי על מוכנות הצרכן לשלם הוא המסמך שהוציאה בעניין Scandlines,<sup>154</sup> וכי לא מדובר כלל בהחלטה סופית של הנציבות כי אם בדחייה של מכתב תלונה גרידא. הנציבות הדגישה כי

152 ראו ה"ש 57 לעיל והכתוב לידה.

153 מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, לעיל ה"ש 2, ו"Coherent Approach, לעיל ה"ש 100, המראים כי כך עולה מרובה ככולה של הפסיקה האירופית.

154 Case COMP/A.36.568/D3 – Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg, Comm'n 154 (Decision (July 23, 2004).

גישה מעין זו, של לקיחה בחשבון של מוכנות הצרכן לשלם, לא אומצה על ידי הפסיקה של האיחוד האירופי.<sup>155</sup> הנציבות חזרה על עמדתה, כי 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.<sup>156</sup>

בית המשפט האנגלי לערעורים בעניין פיזור קיבל טענה זו של הנציבות האירופית והכריע כי יש להשוות את המחיר שגבה המונופול אך ורק למחיר התחרותי, ולא למחיר שהצרכן מוכן לשלם:<sup>157</sup>

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.

בהתאם, גם הגישה המקובלת באיחוד האירופי 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. מסקנה זו נובעת ישירות מהניתוח בפסקאות הקודמות שלפיו האידיאל של חוק התחרות הוא שכל הערך הנובע מהעסקה יעבור לצרכנים. אפשר של תמחור גבוה עקב מוכנות הצרכן לשלם אותו חותרת ישירות תחת אידיאל זה, ושם משקל על רווחת הפירמות במקום על רווחת הצרכן, בניגוד לנקודת המוצא של החוק.

#### ד. 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 שנסביר להלן קשור לסיכוי לטעות בהליך האישור ובתביעה לאחריו. 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;

155 מסמך הטענות של הנציבות האירופית בעניין פיזור, לעיל ה"ש 78, בפס' 39.1.

156 שם, בפס' 339.

157 עניין פיזור בבית המשפט לערעורים, לעיל ה"ש 15, בפס' 154.

שאינן 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.

## 1. הטענה שמחיר מופרז מתקן את עצמו

רבות מהטענות של מתנגדי העילה מבוססות על התפיסה השגויה שמחיר מופרז מתקן את עצמו.<sup>158</sup> על פי תפיסה זו, אם המחיר הוא אכן מופרז הוא ימשוך כניסה של פירמות חדשות, וכניסה זו תגרום להורדת המחיר. כפי שהראו אזרחי וגילה במאמריהם, מחיר מופרז אינו יכול לתקן את עצמו, משום שאם פירמה ששוקלת להיכנס 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 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.<sup>159</sup> 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

158 ראו למשל Massimo Motta & Alexandre De Stree, *Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law*, in *EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL 2003: WHAT IS AN ABUSE OF A DOMINANT POSITION?*, 91, 108 (Claus-Dieter Ehlermann & Isabela Atanasiu eds., 2006): "exploitative practices are self-correcting because excessive prices will attract new entrants".

159 להרחבה ופירוט על תובנות אלה ראו מחיר מופרז כניצול לרעה של מחיר מונופוליסטי, לעיל ה"ש 2; Coherent Approach, לעיל ה"ש 100, בעמ' 123; Are Excessive Prices Really Self-Correcting?, לעיל ה"ש 22; *Lessons from the Mittal Litigation*, לעיל ה"ש 22. ראו גם את Tirole, לעיל ה"ש 36, בעמ' 368, הכותב 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". ראו גם *Abuse of Dominance by Firms Charging Excessive or Unfair Prices: An Assessment*, לעיל ה"ש 25.

יותר "שבעה" מאשר בתחילת דרכה, כך שאם לא רצתה לסטות מהקרטל המשתמע ולגרור לו לקרוס בתחילת דרכה קל וחומר שלא תרצה לעשות זאת כאשר נתח השוק שלה גדל.<sup>160</sup> 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 להיכנס לשוק, לכאורה, בגלל המחיר הגבוה, אין היא 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.

## 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 התפתחה מאוד הספרות הכלכלית 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.<sup>161</sup> קומץ דוגמאות מהספרות כולל את Dutz and Hayri, מהבנק העולמי, המראים בנייתו אמפירי הכולל נתונים מיותר מ-100 מדינות על פני עשור כי יותר תחרות בשוקי המדינה, ופחות ריכוזיות בשווקים אלה, גורמת ליותר צמיחה באותה מדינה.<sup>162</sup> גם המלומד Nickel ערך 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.<sup>163</sup> גם המלומד Syverson הראה, באמצעות נתונים משוקי בטון בארה"ב, שכשהשוק תחרותי יותר, מהבחינה שיש יותר תחליפיות בין המוצרים המתחרים, יש פרודוקטיביות רבה יותר.<sup>164</sup>

160 גילה הגישה הכלכלית למשפט, לעיל ה"ש 31, בעמ' 868; אורחי וגילה דיני התחרות האירופאים, לעיל ה"ש 65, בעמ' 170-172.

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

162 Mark A. Dutz & Aydin Hayri, *Does More Intense Competition Lead to Higher Growth?* (The World Bank Development Research Group, Working Paper No. 2320, 2000), <http://documents1.worldbank.org/curated/en/419001468739337795/pdf/multi-page.pdf>.

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

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



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".<sup>165</sup> "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 אינה זוכה במונופול. הרצון של פירמה להתחרות אינו נובע ממחשבה נאיבית שהיא היחידה שתנצח בתחרות, אלא מהמחשבה שאם היא לא תתחרה יתחרו הפירמות האחרות, ואז היא תאבד נתח שוק או אף תודח מהשוק. רובם הגדול של השווקים, 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",<sup>166</sup> ומצטט כאסמכתא לגישתו את פסק הדין של בית המשפט העליון האמריקאי בעניין Verizon.<sup>167</sup> אלא שפסק דין זה הוא דוגמה קיצונית לגישה האמריקאית, שכידוע אינה תומכת בעילה כלל ועיקר. המחוקק הישראלי נוקט גישה 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 תמריצים מספיקים 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 במקרים החריגים שבהם התחרות 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 הכול, אם המטרה של חוק התחרות תושג במלואה, כל השווקים ייהנו ממחיר תחרותי, ואף פירמה לא תוכל לעולם לגבות מחיר מעליו. זו המטרה האולטימטיבית של חוק התחרות בפקחו על הסדרים כובלים, מיזוגים ומונופולין. לפיכך, לעמדת היועץ מצב זה, שהוא אידיאלי מבחינת השגת מטרת חוק התחרות, הוא מזיק, משום שאז פירמות לא ישקיעו השקעות מועילות לצרכן. מדובר בסתירה פנימית.

אילו התקבלה טענת היועץ היה ראוי ללכת צעד נוסף לטובת מונופולים, ולהגן עליהם מפני תחרות בחקיקה; אחרת, אילו הייתה התחרות פועלת בצורה אפקטיבית לגמרי, כפי שחוק התחרות חפץ, לא היו מונופולים משקיעים השקעות מועילות כביכול. 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

165 Coherent Approach, לעיל ה"ש 100, בפרק 4.

166 עמדת היועץ, לעיל ה"ש 3, בפס' 24.

167 עניין Verizon, לעיל ה"ש 23.

ומעבר למחיר התחרותי. על פי גישה זו של היועץ, התחרות היחידה שראוי לקדם היא זו שמדרכנת 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 הייתה נקודת המוצא שמחיר גבוה משמעותית מהמחיר התחרותי הוא "השמן שמניע את התחרות ואת ההשקעות", כפי שהיועץ מניח, היה צריך לעודד גם הרת מתחרים על ידי מונופול הטוען כי נוכחותם של מתחרים אלה מפריעה לו להעלות את המחיר לרמות גבוהות, והדבר מרכא תמריצי השקעה שלו. יתרה מכך, רובן המוחלט של ההתנגדויות של רשות התחרות למיזוגים ולהסדרים כובלים נעוץ בחשש לעליית מחירים מעל הרמה התחרותית.<sup>168</sup> 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.

במילים אחרות, כל פרקי החוק, לרבות אלה העוסקים בהסדרים כובלים, מיזוגים ומונופולין, מבוססים על נקודת מוצא של הגנה על התחרות. תחרות מקטינה את רווחיות הפירמות לרמה תחרותית. על כן, ברי כי נקודת המוצא של החוק היא כי ברווחים כאלה די על מנת לעודד השקעות ראויות. הפירמות יכולות לטעון כנגד נקודת מוצא זו במקרה נתון, על ידי הבאת ראיות לכך שיש צורך ברווחים מעל אלה התחרותיים, לצורך עידוד השקעה שבסופו של דבר תועיל לצרכנים. אמירה כי רווח שהוא באופן משמעותי גבוה יותר מהרווח התחרותי הוא השמן שמניע, כביכול, את גלגלי התחרות, הופכת לחלוטין את נקודת המוצא, והייתה מחייבת גישה שונה של החוק שאינה חותרת כנקודת מוצא להבטחת תחרות בכל שוק ושוק.<sup>169</sup>

168 כך, למשל, בבדיקה שערכנו, כל ההתנגדויות המנומקות למיזוגים או התנאתם בתנאים בישראל בין השנים 2000 ל-2020 נשענו על החששות להשפעת המיזוגים הללו על המחיר.

169 לפסקי דין של בית המשפט העליון המדגישים תובנה זו, שלפיה נקודת המוצא של חוק התחרות היא שתחרות דווקא חיונית לעידוד השקעה ושיפור המוצר, ראו: ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' כז לפסק הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין (נבו 10.8.2015) ("במרכזו של חוק ההגבלים העסקיים ניצב האינטרס רם-המעלה של תחרות חופשית. החוק מושתת על התפיסה לפיה תחרות חופשית היא שתביא לתמחור מיטבי של המוצרים, בהתאם לכוחות השוק, לשיפור איכות המוצר, להגדלת הכמות המוצעת ממנו ולשיפור השירות שניתן לקהל הלקוחות... בכך תגדל האפשרות לחדשנות ולהקצאה יעילה של משאבים, והכל למען הגדלת הרווחה החברתית"); בג"ץ 588/84 ק.ש.ר. סחר אוכסס בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד (מ) 29, פס' 10 (1986) ("תחרות בריאה וחופשית בין יצרנים מבטיחה לצרכנים את המוצר בעל האיכות הטובה ביותר במחיר הסביר ביותר, המשקף בצורה המדויקת ביותר את הביקוש שלו. כמו כן, תחרות מהווה תמריץ לייעול, לפיתוח ולחדשנות, דבר שיביא לירידה בהוצאות הייצור ולעלייה באיכות המוצר"); ע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ, פ"ד ס(2) 120, פס' 13 לפסק דינו של השופט הלוי (2005) ("התחרות החופשית אף מעניקה ליצרן תמריץ לפתח ולחדש את מלאי המוצרים, ולא לקפוא על שמריו, שאם יעשה כן, יוכל לנסות לזכות ביתרון יחסי על פני מתחריו, יתרון שרווח בצדו. ברי כי מהתפתחות זו יוצא גם הצרכן נשכר...").

בכך אין לומר כי בעל מונופולין אינו זכאי להראות כי במקרה הספציפי שלו המחיר הלכאורה מופרז שגבה למעשה אינו 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 שהוא באופן משמעותי 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 ממתחריהן, על מנת שיוכלו להעלות את המחיר למחיר שהוא באופן משמעותי 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 שהוא באופן משמעותי גבוה יותר מזה של זולתה, וכתוצאה מכך יהיו רווחיהן תחרותיים. תפיסת המחוקק היא שדי ברווחים תחרותיים אלה כדי לעודד השקעות מועילות.

הסוגיה הנדונה 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. אומנם כאשר המונופול מרוסן מבחינת רמת המחיר, השאת הרווחים שלו לעניין האיכות גם היא תהיה שונה, אך לא בהכרח גרועה יותר לצרכן. ייתכן בהחלט כי רמת האיכות שאופטימלית למונופול כאשר מחיריו מרוסנים טובה יותר למרבית הצרכנים מאשר רמת האיכות שקבע כאשר מחיריו היו מופרזים.

### 3. הטענה כי האיסור על מחיר מופרז יפגע בתהליך התחרות

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 ברוב, השוק, ולכן הוא מתחרה מלכתחילה. זוהי הנחת המוצא החריגה שנסקרה לעיל שלפיה התחרות היא כביכול "על השוק" ולא "בתוך השוק", ואלה התייחסו בהרחבה בפרק 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 גביית מחיר מופרז גם על ידם, 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 גיסא, אם אוסרים על המונופול לגבות מחיר מופרז ייאלצו גם המתחרים להוריד מחירים, מחשש שיאבדו עוד יותר נתחי שוק לטובת המונופול. על כן, האיסור על מחיר מופרז רק מלכה את התהליך התחרותי, ואינו פוגע בו, כפי שהיועץ טוען. כך גם בכל הקשור לתהליך של כניסה ויציאה של פירמות מהשוק. האיסור כופה על המונופול לגבות את המחיר התחרותי נשוא הרובד הכלכלי של הניתוח שהצענו, בתוספת מרווח שאינו מופרז. גם אם מתחריו של המונופול, כולל מתחרים פוטנציאליים, הם במידה משמעותית פחות יעילים ממנו, הם יוכלו לתפקד ברווחיות בשוק עם מחיר לא מופרז זה שהמונופול גובה.

טענת היועץ כאילו אכיפה רצינית של האיסור על מחיר מופרז תרתיע כניסה היא נגזרת של הנחתו השגויה כי ללא אכיפת האיסור על מחיר מופרז יתקן המחיר המופרז את עצמו. אך נזכיר כי בעולם שבו בתי המשפט אינם מתערבים במחיר המופרז, המחיר המופרז, כפי שהראינו בפרק 1ד, אינו 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 במידה משמעותית יעילות פחות מהמונופול וגם בונות על כך שהמחיר יישאר מופרז לאחר שנכנסו. אלה פירמות שאינן עוזרות לתקן את הנזק שנגרם לצרכנים מהמחיר המופרז.

למעשה, אכיפת האיסור על מחיר מופרז עשויה דווקא לעודד כניסה של פירמות חדשות לשוק.<sup>170</sup> זאת כאשר התובע משתמש במבחן השוואה של המחיר שגבה המונופול לפני כניסה לעומת המחיר שגבה לאחר כניסה לשוק.

#### 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 שלפיה אין צורך בעילה, והיא אינה נוגעת לפרשנותה או לאופן יישומה.

אך טענה זו איננה נכונה. ראשית, פיקוח מחירים מעין זה אינו קיים בכל השווקים הרבים שבהם 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 מצידו ללחץ מצד הגופים המפוקחים.<sup>171</sup> כדי לסבר את האוזן, במשך עשרות שנים המחיר של לחם הוא

David Gilo & Yossi Spiegel, *The Antitrust Prohibition of Excessive Pricing*, 61 INT'L 170 (The Antitrust Prohibition of Excessive Pricing: (להלן: J. INDUS. ORG. 503, 507 (2018).

171 Coherent Approach, לעיל ה"ש 100, בפרק 6; מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 780-782.

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.<sup>172</sup> זוהי ראייה אחת מיני רבות כי פיקוח המחירים לא היה מוצלח, ולא הביא למחיר התחרותי, אלא למחיר משמעותית גבוה ממנו.

## 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".<sup>173</sup> 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 בפיקוח שוטף על פעילותו של המונופול בעתיד כלל ועיקר. לפיכך, לא ברור מהו הקושי שהיועץ מתייחס אליו.

יתרה מכך, נקודת המוצא של העילה היא שהמונופול מרסן את עצמו כל העת, מראש, מחשש שייתקף בדיעבד אם יפר את האיסור. איש מלכדו אינו בודק באופן שוטף את התנהגותו. מבחינה זו איסור זה דומה לדוגמאות האחרות שהצגנו ולאיסורים רבים אחרים בחוק התחרות. כך, למשל, מונופול אמור לרסן את 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 לברוק 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.

172 ת"פ (מחוזי י-ם) 28192-08-12 מדינת ישראל נ' אנגל (נבו 9.7.2015).

173 עמדת היועץ, לעיל ה"ש 3, בעמ' 7, ה"ש 22. היועץ מפנה למסמך של הנציבות האירופית שהוגש לשולחן העגול של ה-OECD ב-2011 (ראו שם). אלא שמסמך זה דן אך ורק ברשות התחרות, כשהטענה שם היא שאם ביצעה מבחן עלות, הרשות צריכה להקשיב לטענות של המונופול המפוקח על ידה כי חל שינוי בעלויות. המסמך אינו דן, כמובן, בבית המשפט בתביעה אזרחית.

## ה. 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 בדיון 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 שהיועץ מציע, אינה רצויה.

### 1. קביעת נטלי ההוכחה ורף ההוכחה בשלבים השונים של הדיון

סעיף 8(א)(1) 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 תוכרענה 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.<sup>174</sup>

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 נתבעים שהתביעה נגדם 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 ראיות לא יאושרו כיייצוגיות, וכתוצאה מכך ייפגעו מטרות חוק תובענות ייצוגיות ובפרט אכיפת הדין, הרתעה מפני הפרתו ומתן סעד לנפגעים מהפרת הדין.<sup>175</sup>

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 הראייתי וגילוי המידע העומדות לתובע צריכות להיות רחבות יותר. שיקולים אלה רלוונטיים בכל תחום שבו מוגשות תובענות ייצוגיות, אולם יישומם שונה בהתאם למאפייניה המיוחדים של כל עילה.<sup>176</sup>

בהקשר של עילת מחיר מופרז, התוצאה מניהולה של תביעה כנגד מונופול שהמחיר שגבה היה המחיר התחרותי היא הטלת עלויות וסיכון בלתי רצויים. העלויות והסיכון הללו

174 לניתוח האופן שפרשנותו של ס' 8(א)(1) סיפא לחוק תובענות ייצוגיות משפיעה בו על התנהגותם של נתבעים ראו אלון קלמנט ורות רונן "בחנינת עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית" עיוני משפט מב 5, 19-22 (2019) (להלן: קלמנט ורונן).

175 ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות.

176 קלמנט ורונן, לעיל ה"ש 173, בעמ' 31-36.

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 העלות המחיר עלולה לגרום להגשת תובענה ייצוגית כנגדו ולהביא לחיובו המוטעה בפיצוי, התמריץ שלו לבצע את ההשקעה קטן. בנוסף, העלויות שבהן המונופול צריך 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 שלפיה המחיר התחרותי הוא המחיר המביא להשקעה אופטימלית בפיתוח המוצר ובשיווקו. לפיכך, עמדתו של היועץ שלפיה "עצם האפשרות לגבות מחיר גבוה מהמחיר התחרותי הוא השמן המניע את גלגלי התחרות, ומעורר חדשנות ופיתוח של השוק"<sup>177</sup>, עומדת בניגוד מפורש לרצינונל העומד ביסוד העילה וביסוד דיני התחרות. אנו הרחבנו על כך לעיל בפרק 2ד. אילו הייתה העילה נאכפת ללא טעויות לא הייתה 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. 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 ייתבעו 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 הלקוחות 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 ושאינו כולל את הנטל העודף שנגרם עקב המחיר המופרז.<sup>178</sup> לפיכך, הרתעת החסר מובנית בתובענה הייצוגית בעילת מחיר מופרז, והיא הופכת חמורה יותר כאשר העילה אינה נאכפת באופן מלא.

177 ראו עמדת היועץ, לעיל ה"ש 3, בס' 24.

178 ראו למשל בהקשר זה: Erik Hovenkamp & Steven C. Salop, *Asymmetric Stakes in Antitrust*

*Litigation* 25 (USC CLASS Research Papers Series No. CLASS20-12, 2020):

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3563843&download=yes](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3563843&download=yes)

"[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"

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 המוחלט של העלות והסיכוי לקרות הטעות.<sup>179</sup> גודלן המוחלט 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.<sup>180</sup> כפי שאנו מראים בפרק 1, הנמקה 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 שראינו לעיל בפרק 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, אף על פי 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, טענתו של היועץ כאילו הנזק החברתי מטעות לטובת המונופול (של השארת המחיר המופרז על כנו) היא רק "לטווח הקצר" היא תמוהה: 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

179 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. ראו למשל Richard Craswell & John E. Calfee, *Deterrence and Uncertain Legal Standards*, 2 J.L. & ECON. 279 (1986); Louis Kaplow, *Burden of Proof*, 121 YALE L.J. 738 (2012).

180 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. ראו עמדת היועץ, לעיל ה"ש 3, בה"ש 24 (מאזכר את David S. Evans & Jorge Padilla, *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules* 25 (CEMFI, Working Paper No. 0416, 2004)).



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.<sup>181</sup> לשם השוואה, בתקופה שבין 2014 ואפריל 2018,<sup>182</sup> מספרן הכולל של הבקשות לאישור תובענה ייצוגית עמד על בין 1,200 ל-1,500.<sup>183</sup> לפיכך, ברור שלא הייתה "הצפה" של תביעות 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.<sup>184</sup>

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.<sup>185</sup>

181 התפלגות הבקשות לאורך השנים היא: 2014 – 6, 2015 – 6, 2016 – 9, 0172 – 5, 2018 – 10, 2019 – 8.

182 הסיבה להצגת הנתונים עד לאפריל 2018 היא שב-8.5.2018 נכנסו לתוקף תקנות בתי המשפט (אגרות) (תיקון), התשע"ח-2018, ק"ת 1748, 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 ניכרת במספר הבקשות שהוגשו. ניתוח המגמות הללו חורג ממסגרתו של מאמר זה.

183 גלי אביב ואסף שטיין נתונים כמותיים על אודות אגרות בתובענות ייצוגיות 4, תרשים 1 (הרשות השופטת, מחלקת המחקר 2019)  
[https://www.gov.il/he/departments/publications/reports/research\\_01052019](https://www.gov.il/he/departments/publications/reports/research_01052019)

184 שם, בעמ' 10.

185 לעמדה דומה שהובעה לאחרונה בהקשר הכללי של דיני התחרות ראו: Andrew I. Gavil & Steven C. Salop, *Probability, Presumptions and Evidentiary Burdens in Antitrust Analysis: Revitalizing the Rule of Reason for Exclusionary Conduct*, 168 U. PA. L. REV (2020) 2107. נראה שההנחה המוטעית שטעויות בהליך המשפטי עלולות להביא רק להרתעת יתר משמשת יסוד גם למאמרו של גל ונבו, לעיל ה"ש 2. ההנחה במאמרו היא שהתוצאה מטעויות ביישום העילה היא חוסר ודאות של המונופול אשר מביאה לצינון התמריץ להשקעה, וכתוצאה מכך להרתעת יתר. ראו גל ונבו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 308, 315. על יסוד הנחה זו הן מגיעות למסקנה ש"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". ראו גל ונבו, לעיל ה"ש 2, 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 שהדין הדיוני נותן 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. ראו גל ונבו, לעיל ה"ש

**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 רובם הגדול של השווקים. בהתאם, אם המחיר נשוא ההשוואה הוא אכן בר השוואה, הוא יהיה מוטה 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 יהיו 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 להציגן באופן המשרת את עניינו. מאפיין בסיסי זה של המידע בתיבועות בעילת מחיר מופרז אינו נזכר כלל בעמדת היועץ.

פערי המידע בין הנתבע לתובע משפיעים על נטלי הבאת הראיות ועל רף ההוכחה בשלב אישור התובענה הייצוגית בכמה אופנים.<sup>186</sup> ראשית, **נטל הבאת הראיות המוטל על התובע המייצג כנטל ראשוני** אינו יכול לדרוש ראיות שאינן מצויות בידי התובע. כדי להרים נטל זה, יש לדרוש שייבא ראיות מספיקות לפערי מחירים בין המחיר שהמונופול גבה לבין המחיר התחרותי, ואותו 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 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.

2, בעמ' 317. עמדה זו, כך נראה, מנותקת מהמציאות שבה הסדרה כזו כמעט אינה נעשית. יתרה מכך, עלויותיה של הסדרה כזו, כמו כל רגולציית מחירים מראש, עולה עשרות מונים על מתן אפשרות לתביעה בדיעבד אשר ברוב המקרים מתמרצת את המונופול לגבות את המחיר התחרותי ומייתרת התערבות רגולטורית או של בית המשפט. ראו לעיל דיונונו בפרק 5.6.

186 יש להרגיש 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 לעיתים מידת ההוכחה, אולם הכוונה בשניהם היא לרמת המובהקות שבה התובע נדרש להוכיח את טענותיו כדי שיוכה בתיבועה או בשלב הרלוונטי בהליך.

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.<sup>187</sup> לעמדת היועץ גישה זו, המסתמכת על מאמרם 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) חתר בית המשפט העליון 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,<sup>188</sup> והאחרת מצדדת בכירור מעמיק פחות תוך קביעה של רף הוכחה נמוך יותר בשלב האישור.<sup>189</sup> העמדה שהוצגה במאמרם של קלמנט ורונו מציעה, לעניין זה, לאמץ רף הוכחה לא אחיד אשר ייגזר מהחשש מהרתעת חסר והרתעת יתר, ומהמידה שבה העילה מאופיינת בפערי מידע בין הנתבע לתובע.<sup>190</sup>

בית המשפט העליון היה ער לבעיית פערי המידע בין הנתבע לבין התובע המייצג. כדי להתמודד עם בעיה זו ניתנו עד כה שני פתרונות. הפתרון האחד הוא גילוי מסמכיו של הנתבע בשלב האישור. בית המשפט העליון הכיר בזכות התובע לגילוי בפסק דין יפעת נ' דלק מוטורס,<sup>191</sup> וקבע שעל מנת לגבש זכות זו על התובע להעמיד "שתתית ראייתית ראשונית" לקיומם של התנאים לאישור הקבועים בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות. מבחן זה אומץ בתקנה 4(ב)(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.<sup>192</sup> 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 ראייתי 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".<sup>193</sup>

187 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 1, פס' 9.

188 רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, פ"ד ס(1) 633, פס' 41 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (2013).

189 רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי (נבו 5.7.2012).

190 ראו קלמנט ורונו, לעיל ה"ש 173, בעמ' 31.

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

192 קלמנט ורונו, לעיל ה"ש 173, בעמ' 46.

193 עניין זליכה, לעיל ה"ש 64, בפס' 14.

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 שלפיו יש אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות המשותפות לחברי הקבוצה יוכרעו כתביעה לטובתם, בית המשפט יכול להעביר את נטל הבאת הראיות לנתבע.<sup>194</sup> שימוש דומה בהעברת נטל הראייה ניתן לעשות גם בעילת מחיר מופרז. בהנחה שהתובע מציג ראיות לכאורה שלפיהן המונופול הנתבע גבה מחיר העולה על המחיר של המתחרים באחוז גבוה מספיק, בית המשפט יכול להעביר את נטל הראייה 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 אשר לה הסכים הנתבע הינו פתרון שלישי אפשרי לבעיית פערי המידע. פתרון זה הוזכר על ידי בית המשפט העליון בעניין רע"א 1619/20 רבקה טכנולוגיות בע"מ נ' חברת כימקלים לישראל בע"מ,<sup>195</sup> 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 שישפך 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 הראייה אליו. אולם, כדי שהנתבע לא ינצל את האפשרות הזו לרעה, עליו לשאת ב"מחיר" 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. גישה זו אינה חורגת מהמסגרת הקיימת בשני הפתרונות האחרים שיושמו על ידי בית המשפט העליון, וכאמור היא מקלה עם הנתבע. לפיכך, אנו מצדדים בעמדתו של כב' השופט גרוסקופף שלפיה ככל שהנתבע יספק מידע רב יותר ביחס לעלויותיו כך ניתן יהיה להעלות את רף ההוכחה הנדרש מהתובע.<sup>196</sup>

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

194 ע"א 7187/12 צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל, פס' פ (נבו) 17.8.2014. ראו גם התייחסותו של בית המשפט להעברת נטל הראייה ביחס לסיכויי התובענה בע"א 2112/17 גרסט נ' נטוויז'ן בע"מ, פס' 39 (נבו) 2.9.2018. ראו גם אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט' 131, 144-145 (2006).

195 רע"א 1619/20 רבקה טכנולוגיות בע"מ נ' חברת כימקלים לישראל בע"מ, פס' 15 (נבו) 3.5.2020. (להלן: עניין כיל).

196 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 1, בפס' 19-21; וכן שם.

על מנת לאשר תובענה ייצוגית בעילת מחיר מופרז.<sup>197</sup> בכך, היועץ מקבל את העיקרון המוצע במאמרם של קלמנט ורונן שלפיו רף ההוכחה הנדרש אינו צריך להיות אחיד, ועליו להיגזר ממאפייני התביעה. דא עקא, מסקנתו של היועץ שהרף צריך להיות גבוה נובעת מההנחות המוטעות שהוא מניח ביחס לערך המוחלט של עלויות הרתעת חסר והרתעת יתר, ולאופן שבו הטעויות בעילה זו מתפלגות. לגישתנו, רף ההוכחה שהתובע נדרש לעמוד בו בעילת מחיר מופרז צריך להיות דווקא נמוך. ראשית, אין סיבה להניח שהערך המוחלט של עלויות הרתעת היתר גבוהות מהערך המוחלט של עלויות 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 כיייצוגית, 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.<sup>198</sup> הסיבה לכך שרף ההוכחה יורד ככל שנמצאים בשלב מוקדם יותר בהליך היא שהעלויות המוטלות 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 ככל אחד מהשלבים.<sup>199</sup>

## 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) אף על פי שלא גבה מחיר גבוה מהמחיר התחרותי.

197 עמדת היועץ, לעיל ה"ש 3, בפס' 104.

198 על הרף הנמוך הנדרש בשלב הדיון בבקשה לגילוי ועיון במסמכים ראו למשל רע"א 4841/18

חברת פרטנר תקשורת בע"מ נ' כרמי (נבו 12.8.2019).

199 ראו קלמנט ורונן, לעיל ה"ש 173, עמ' 10-22.

## (א) נתח שוק

הגישה המקובלת היא כי נתח שוק גבוה מעיד על כוח שוק, קרי על כוח ההעלות מחירים מעל הרמה התחרותית. אומנם נתח השוק אינו חזות הכול. התנהגות מונופוליסטית מתאפיינת על ידי העלאת המחיר מעל הרמה התחרותית תוך אובדן נתח שוק. לכן, אין בעצם אובדן נתח השוק, או בנתח השוק הקטן ממחצית השוק למשל, כדי להפריך טענה כי מדובר בבעל 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, שאותה פירט בפסק דינו בעניין צדוק,<sup>200</sup> ולפיה 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 חשדן יותר כלפי התובע ולדרוש ממנו ראיות חזקות יותר לעניין הפער בין המחיר שגבה בעל המונופול 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 אינו משמעותי, ועל כן יש הצדקה להיות חשדן יותר כלפי התובע ולדרוש ממנו ראיות מוצקות יותר לגבי הפער בין המחיר לבין מחיר מבוסס עלויות.

גישתנו ביחס לשימוש במקבילית הכוחות שונה, בכל הכבוד, מזו של השופט גרוסקופף, כפי שיישם אותה בעניין צדוק.<sup>201</sup> 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 אף על פי 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, אף על פי 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 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.<sup>202</sup> זו אינה ההגדרה הנכונה

200 ראו עניין צדוק, לעיל ה"ש 34.

201 לגישתנו, בעניין גפניאל, לעיל ה"ש 1, מקבילית הכוחות לא נדרשה לצורך הכרעה. זאת משום שפער של 47% מהמחיר התחרותי הוא בכל מקרה מופרז לכאורה.

202 עמדת היועץ, לעיל ה"ש 3, בפס' 96.

של כוח שוק. כוח שוק הוא הכוח להעלות מחירים מעל הרמה התחרותית מבלי לאבד רווחיות.<sup>203</sup> נתח שוק המונופול דווקא עלול 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: אף על פי 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 שקולה 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 אכחה כי למונופול יש כוח שוק משמעותי. עוד יוער, בהקשר זה, שמונופול אינו 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 ג2א, 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 השוואה, מהשאלה עד כמה המחיר נשוא ההשוואה הוא בר 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.

203 הנחיות המיזוגים האופקיים של רשויות ההגבלים העסקיים האמריקאיות, לעיל ה"ש 68, בפס' Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 ;4.1.1 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings art. 11, 2009 O.J. (C 45) 7.

**(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 מעשרים האחוזים האמורים, לעיתים גם משך הפרה של פחות משנה יספיק. משך ההפרה מצביע גם על כך שחסמי הכניסה לשוק הם גבוהים, ושהמחיר המופרז לא תוקן.

### 3. הגישה שלפיה יהיו קטגוריות של מקרים שלא ניתן יהיה לתבוע בתובענה ייצוגית בגינם היא מוטעית

בניגוד לגישה שהצגנו לעיל, המאפשרת להשתמש בפרמטרים שקל יחסית לאמתם לצורך קביעת מובהקות ראיותיו של התובע, הגישה שהיועץ מציע בעמדתו היא הלכה למעשה להוציא קטגוריות שלמות של מקרים מהאפשרות לתובענה ייצוגית. זאת, כזכור, משום שהיועץ מציע להחיל שני מושגי שסתום, הן של מופרזות המחיר והן של חוסר הגינות, ומציע לצקת תוכן למושג חוסר ההגינות על ידי הוצאת קטגוריות שלמות מגדר האיסור. 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 רשות התחרות אמורה לפעול כאשר היא מיישמת את עילת המחיר המופרז לבין האופן שבו בית המשפט צריך ליישם את הוראות החוק בתביעה שהוגשה. רשות התחרות רשאית לנהל את משאביה בהתאם לסדרי העדיפויות שלה. לפיכך, ככל שהיא מעדיפה שלא להשקיע את משאביה בעילות מסוימות, ומעבר לכך בקטגוריות מסוימות בכל עילה, הרבר 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, הוצאה, הלכה למעשה, של 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 אינה ראויה מבחינת תכליתו של החוק. היועץ מנמק את המלצתו להוצאה, הלכה למעשה, של קטגוריות שווקים שלמות מתוך החוק, בתפיסה המוטעית והגורפת שלו שמחיר מופרז הוא נחוק כדי לעודד השקעות. בפרק 2ד ראינו כי זו 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, שתוצאתה היא הוצאת קטגוריות שלמות של מוצרים מגדר האיסור, אינה מוצאת אחיזה גם בפסיקה האירופית. כך, למשל, בפרשת ארגון זכויות היוצרים הלטיבי,<sup>204</sup> 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 היה בית המשפט האירופי לצדק מסכים עם גישתו של היועץ בענייננו, הוא היה מייבא אל תוך פסיקתו שיקולים כבדי משקל של עידוד השקעה, זהירות קיצונית באכיפה, הטלת נטלים ומכשולים על התובע וכו', כפי שהיועץ מציע. במקום זאת, בית המשפט האירופי לצדק החיל את העילה באופן פשוט וחד-משמעי: הראה התובע כי המחיר הוא לכאורה מופרז ביחס למחיר התחרותי – הנטל עובר אל המונפול להצדיק מחיר זה על פי עלויותיו והשקעותיו במקרה הקונקרטי שלו.

הקטגוריות שהיועץ מציע להוציא מגדר החוק, בעקבות גישתו הנ"ל, 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, ייוותרו 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

היועץ טוען כי ככל שיש לצרכנים יותר אלטרנטיבות, וככל שהם פחות חייבים לרכוש את המוצר, כך מתבקשת יותר המסקנה כי המחיר הוגן.<sup>205</sup> אולם, הבאת שיקול מעין זה בחשבון יסודה בטעות בסיסית בהבנת העילה.

הרציונל שמאחורי האיסור על מחיר מופרז של מונפול הוא מניעת הכשלים של נטל עודף מחד גיסא, והעברת ערך מהצרכנים אל המונפול מאידך גיסא. בעיית הנטל העודף נגרמת, כזכור, משום שהמחיר המופרז גורם לחלק מהצרכנים לא לרכוש את המוצר. העברת הערך נגרמת משום שהצרכנים שקונים את המוצר במחיר המופרז מאבדים את כספם ומעבירים אותו למונפול. שני ארנים אלה של העילה מעידים בצורה ברורה שהיא אינה אמורה להיות תלויה בשאלה אם לצרכנים יש או אין אלטרנטיבות לרכישת המוצר, או אם הם חייבים לרכוש את המוצר. ניקח, לדוגמה, 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 מכפי שהיא כאשר המוצר חיוני. לעומת זאת, כאשר המוצר אינו חיוני, צרכנים רבים אינם רוכשים אותו עקב מחירו הגבוה, והם נאלצים להסתפק באלטרנטיבות נחותות, או

204 עניין ארגון זכויות היוצרים הלטיבי, לעיל ה"ש 14.

205 עמדת היועץ, לעיל ה"ש 3, בפס' 81-82.

להימנע כליל מרכישת המוצר. במקרה כזה נגרם בזכויו חברתי והקצאת המשאבים היעילה במשק נפגעת – תוצאות שהחוק התכוון למנוע.<sup>206</sup>

מניעת בעיית הנטל העודף היא כאמור אחת משתי המטרות של חוק התחרות. הוא אינו עוסק בבריאות הציבור, בטיחות הציבור או ביטחון המדינה. הוא עוסק בהשאת רווחת הצרכן ובהבטחה 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, מיוזג ביניהן, מיזם משותף ביניהן, הסדר בלעדיות המדיר אחת מהן מהשוק, או מצב שבו אחת מהן מדירה את זולתה. זאת משום שלמוצר קוקה קולה יש אלטרנטיבות (הגם שהן נחותות בעיני הצרכן), והוא אינו מוצר חיוני.

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 שהאיסור והחוק כולו נשענים עליהם, 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 גוצ'י או דולצ'ה גבאנה. לטענת היועץ, אם ניישם את העילה על ספקי מותגי יוקרה אלה, נגיע למסקנה כי מחירם 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.<sup>207</sup> בית המשפט יכול לאמץ הגדרת שוק פונקציונלית: 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 אין מדובר כלל בבעל מונופולין (שהרי נתח שוק קטן יכול להעיד על כוח שוק קטן ולא משמעותי), וממילא האיסור אינו חל עליו.

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

*Excessive Pricing by Dominant Firms, Private Litigation, and the Existence of Alternative Products*, לעיל ה"ש 8. כאשר הצרכן רוכש אלטרנטיבה נחותה מבחינתו, הוא אומנם מקטין במידה מסוימת את הנטל העודף שנגרם, אך בהגדרה הוא אינו מעלים אותו. ככל שהאלטרנטיבה נחותה יותר, הנטל העודף גדול יותר.

207 אזרחי וגילה דיני התחרות האירופאים, לעיל ה"ש 65, בעמ' 324-325.

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 סיכונים והשקעות אלו, אלמלא גביית מחיר זה לא היו ההשקעות האלו מושקעות.

השקעותיו של המונופול בתעשיות עתירות סיכון עשויות להיות כאלה שהחזר בגינן אינו ודאי. במקרים אלה, החזר שהמונופול צריך 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 יחזרו 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 מובהקות וקונקרטיות די הצורך, 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.

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 מותרת 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 המונופול פועל, אלא התייחסות להשקעותיו הקונקרטיות של המונופול, כפי שהסברנו לעיל.

יש להדגיש, במאמר מוסגר, שלא כל שוק עתיר השקעות הוא גם שוק עתיר סיכון. ייתכן 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 אינה הופכת את השוק שלו

לעתיר סיכון. למעשה, מונופול המשקיע בחיזוק המותג שלו, החזק ממילא, רק מלכה 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 את העילה בצורה גורפת 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 אפשרו 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 אינה 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.<sup>208</sup>

## 1. 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.<sup>209</sup> ליועץ נתון שיקול הדעת לאמץ את עמדת רשות התחרות אם הוא סבור שעמדה זו מייצגת נכונה את הפרשנות הראויה להוראות החוק. בכך אין עמדת הרשות שונה מכל עמדה או פרסום אחר שעליהם יכול היועץ לתמוך את טיעונו. אולם תמיכתה של רשות התחרות אינה צריכה להוות, כשלעצמה, בסיס לקבלת העמדה על ידי היועץ. היועץ, 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 וכלשונו את עמדת רשות התחרות בגילוי דעת 1/17, ללא כל הסתייגות, וכמעט ללא דיון כלשהו בשיקולים הנוגדים את עמדת הרשות.<sup>210</sup> מסקנה זו נסמכת על שלושה נימוקים עיקריים שאותם נפרט להלן. ראשית, בית המשפט העליון פסק לאחרונה ברוב דעות בדיון הנוסף בעניין זליגמן כי "עמדתו הפרשנית של המאסדר לא צריכה לקבל מעמד בכורה... אלא שיש להטות את האוזן

208 יוער עוד כי כאשר האיסור נאכף באמצעות מבחן השוואה למחיר שהמונופול גובה אחרי כניסה לשוק, האיסור מועיל יותר ככל שחסמי הכניסה נמוכים יותר. ראו *The Antitrust Prohibition of Excessive Pricing*, לעיל ה"ש 169.

209 עמדת היועץ, לעיל ה"ש 3, בפס' 6.

210 ראו דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פס' 95 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר (נבו) (4.7.2021) (להלן: "הדיון הנוסף בעניין זליגמן"). ראו גם יואב דותן *Chevron* בישראל? סמכות פרשנית ודילמות אסטרטגיות בעקבות ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ" פורום עיוני משפט מד 1, 17-20 (2020) (להלן: דותן).

ולשמוע את עמדתו... תוך בחינת כל מקרה לגופו... ורק אז להכריע בדבר המשקל שיש ליתן לעמדתו הפרשנית של המאסדר.<sup>211</sup> עוד נקבע כי "...אין מקום לאמץ את עמדתו הפרשנית של המאסדר ביחס להנחיות שיצאו תחת ידו כברירת מחדל..." (ההדגשות במקור).<sup>212</sup> כן נקבע כי "אין מקום לכלל המעניק [לפרשנות של המאסדר] קדימות על פני כל פרשנות אחרת, אף לא במתכונת של כלל שיש לו חריגים."<sup>213</sup> נקבע בעמדת הרוב גם כי "...אין לפעול במתכונת של מעין "ברירת מחדל", "כלל וחריג", "מתחם סבירות פרשני" של המאסדר, חזקה שניתנת לסתירה, או כל כלל אחר שמעניק משקל מיוחד לעמדת המאסדר ככזו ובמנותק מתוכנה... עדיף לא להגביל את שיקול דעתו של בית המשפט, גם לא באופן חלקי ותוך יצירת חריגים...", וכי חשוב להימנע מ"...להסיט את בית המשפט מהתמודדות ישירה עם השאלה הפרשנית שעומדת להכרעה."<sup>214</sup> עוד קבעה דעת הרוב כי "במלאכת הפרשנות עליה הוא אמון, יוכל בית המשפט לבחון האם העמדה הפרשנית שמציגה הרשות תואמת את הכללים המקובלים ואת האינטרס הציבורי. אין מקום... לכרסם בעקרון זה, בדרך של העדפה אפריורית של עמדת הרשות באמצעות קביעת ברירת מחדל. זאת, גם אם אין מדובר בכלל נטול חריגים."<sup>215</sup> הדיון הנוסף הפך את הכרעת בית המשפט העליון בערעור האזרחי שקבע 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."<sup>216</sup> דעת הרוב בדיון הנוסף דוחה את דעת המיעוט, מפי השופטת וילנר, שעיימה הסכימו השופטים סולברג ומיניץ, שלפיה בנסיבות מסוימות "ראוי לו לבית המשפט להישען לאחור, ולכבד את פרשנות המאסדר."<sup>217</sup> כיוון שפרשת זליגמן האמורה נגעה לפרשנות על ידי הרשות של הנחיותיה היא, ניתן ללמוד מכך מקל וחומר על היחס של בית המשפט לפרשנות על ידי הרשות לחקיקה ראשית. מכל מקום, שופטי הרוב בדיון הנוסף כיוונו את החלטתם גם לפרשנות מעין זו. לגופו של המקרה שלפניו, קבע בית המשפט העליון בדיון הנוסף כי הפרשנות של המאסדר (רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון) לא עלתה בקנה אחד עם "תכלית העל", אשר צריכה להנחות את פעולות המפקח על הביטוח, היא הגנה על ציבור המבוטחים."<sup>218</sup> עוד לפני הדיון הנוסף הדגיש בית המשפט העליון בכמה פסקי דין שניתנו לאחר הערעור האזרחי בעניין זליגמן כי אין לתת מעמד בכורה לפרשנות על ידי הרשות לחקיקה ראשית. כך, ברע"א 7600/19 בירון-ביטון נ' גוטקס קבעה השופטת ברוך כי "אין ולא יכול להיות חולק על כך שביית 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,

211 הדיון הנוסף בעניין זליגמן, שם, בפס' 67 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.

212 שם, בפס' 101 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.

213 שם, בפס' 23 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו.

214 שם, בפס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל.

215 שם, בפסק דינו של השופט פוגלמן.

216 רע"א 9778/16 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פס' 34 (נבו 31.5.2018) (להלן: עניין זליגמן).

217 הדיון הנוסף בעניין זליגמן, לעיל ה"ש 210, בפס' 54 לפסק דינה של השופטת וילנר.

218 הדיון הנוסף בעניין זליגמן, לעיל ה"ש 210, בפס' 107 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.

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 ופיקוחהית ביחס לאימוץ עמדתו הפרשנית'." <sup>219</sup> בע"א 6455/19 ירוחמוביץ 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". <sup>220</sup> 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...". <sup>221</sup> לפיכך, אף על פי שבית המשפט יכול "להטות אוזן" לעמדת הרשות, <sup>222</sup> משקלה אינו מכריע, ועל בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו העצמאי בפרשנות החוק.

יתרה מכך, בדיון הנוסף בעניין זליגמן נקבע כי אף עמדת היועץ, המסתמכת כאמור לחלוטין על עמדת הרשות, אינה צריכה לקבל "תוספת משקל" ביחס למשקלה של כל עמדה אחרת, ואין לה מעמד מיוחד ושונה ביחס לשאלה הפרשנית העומדת להכרעת בית המשפט. <sup>223</sup> שנית, יש טעות מובנית בזהות בין גילוי דעת 1/17, אשר מציג את האופן שבו הרשות פועלת 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. <sup>224</sup>

חוק התחרות, כמו חוקים אחרים, נאכף בשני ערוצים מקבילים – אכיפה ציבורית – מנהלית ופלילית, שעליה 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 שעומה

219 רע"א 7600/19 בירון-ביטון נ' גוטקס מותגים, פס' 6 (נבו 30.12.2019).

220 ע"א 6455/19 ירוחמוביץ נ' כונס הנכסים הרשמי, פס' 13 (נבו 28.1.2020).

221 ע"א 9294/16 שמעון נ' איי די איי חברה לביטוח בע"מ, פס' 49 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (נבו 4.2.2020).

222 ראו רונן אברהם "זליגמן בארבעה ממדים – מתי יש ליתן מתחם של כבוד לרשות המנהלית?" פורום עיוני משפט מד 1, 13 (2020).

223 הדיון הנוסף בעניין זליגמן, לעיל ה"ש 210, בפס' 12 לפסק דינו של השופט הנדל.

224 חשוב להדגיש כי טיעוננו אינו נסמך על היותה של הממונה על התחרות "רגולטור שבוי", אף על פי ששבי רגולטורי מהווה את אחת ההצדקות לאכיפה פרטית. ראו הדיון הנוסף בעניין זליגמן, שם, בפס' 52-57 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר; רועי שפירא "מתי יש ליתן מעמד בכורה לעמדת המאסדר? תובנות מהספרות על 'שבי רגולטורי'" פורום עיוני משפט מד 1 (2020). אין בסיס להנחה שבעיה כזו קיימת ביחס לממונה על התחרות. טענתנו 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.

הרשות צריכה להתמודד. לפיכך, ברור שהרשות צריכה לתעדף את פעולות האכיפה שלה בהתאם לשיקולים אלה. במסגרת התיעודף הזה, הרשות יכולה להחליט שהאכיפה בעילות מסוימות ובקטגוריות מסוימות של מקרים חשובה לה 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 מסוימת, ציבורית או פרטית. גם אם הרשות בוחרת להקצות אחוז נמוך ממשאביה לאכיפת העילה של מחיר מופרז, עדיין ייתכן שהוספת אכיפה פרטית, הנשענת על משאבים שאינם משאבי הרשות, היא רצויה. לשם דוגמה, ייתכן שבשנה מסוימת 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 שנתרו ייבחנו במסגרת תביעות ייצוגיות פרטיות שיוגשו.

לפיכך, משקבעה הממונה על התחרות מדיניות אכיפה התואמת את תפיסת עולמה ואת הבנתה את השיקולים הרלוונטיים לאכיפה ציבורית, ואשר מתחשבת במגבלות התקציב שלה, מקומה של האכיפה הפרטית הוא דווקא בעילות ובעניינים שבהם האכיפה הציבורית אינה פועלת, ושבהם בית המשפט מוצא כי הגברת האכיפה רצויה. כך האכיפה הפרטית משלימה את האכיפה הציבורית. גישה שלפיה בכל מקום שבו המאסדר אינו פועל אין זה ראוי שתוגשנה תובענות ייצוגיות חותרות תחת מטרה מרכזית של מתן זכות התביעה בידי התובע המייצג ועורך הדין המייצג – אשר צריכים לשמש כ־Private Attorney General.<sup>225</sup> ככאלה, עליהם להשלים את האכיפה הציבורית בנקודות שבהן אין היא מופעלת באופן אפקטיבי. ראוי להזכיר, בהקשר זה, את דברי השופטת ברק־ארוז, משופטי דעת הרוב בדיון הנוסף בעניין זליגמן, אשר נימקה את עמדת הרוב שלפיה אין לתת לפרשנות המאסדר מעמד בכורה, בין היתר מהטעם ש"דווקא בשל ריכוז הסמכויות הרב בידי הרשות המאסדרת אני סבורה שאין להוסיף עליהן".<sup>226</sup> בהקשר שלפנינו, אימוץ עמדת רשות התחרות כפי שהתבטאה בגילוי דעת 1/17 נותנת לרשות את הכוח, הלכה למעשה, למנוע כמעט כליל את אכיפת עילת המחיר המופרז, הן הציבורית והן הפרטית.

יש להעיר שאין זה ראוי לפסול את האכיפה הפרטית של העילה, או לצמצמה, על בסיס החשש שהתמריץ הפרטי להגשת תובענות ייצוגיות אינו נגזר ישירות מהתועלת הציבורית מהתביעה. חשש זה אינו ייחודי לתובענות ייצוגיות בגין מחיר מופרז, והוא חל לגבי כלל התובענות הייצוגיות.<sup>227</sup> נקודת המוצא של חוק תובענות ייצוגיות היא שהתועלות של תובענות ייצוגיות, ביצירת הרתעה ובהשבת הנזק לניזוקים, עולות על חסרונותיהן. זו צריכה להיות

225 לניתוח היחס בין אכיפה על ידי המאסדר לאכיפה פרטית ראו, David Freeman Engstrom, *Agencies as Litigation Gatekeepers*, 123 YALE L.J. 616 (2013).

226 הדיון הנוסף בעניין זליגמן, לעיל ה"ש 210, בפס' 8 לפסק דינה של השופטת ברק־ארוז.

227 על חשש זה ראו אלון קלמנט "פרק יט: סדר הדין האזרחי" הגישה הכלכלית למשפט 997, 1002-1005 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012).

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 ממעייטים 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 ב לעיל), והן בתחומים אחרים. יתרה מזו, התממשות החשש האמור יכולה להיות הגשת תביעות שאינן רצויות משיקולים ציבוריים, אך גם להפך, 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 אליהן, הוא נמוך. משום כך יש חשיבות יתרה דווקא בקידום האכיפה הפרטית של האיסור.

**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.<sup>228</sup>

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 אומנם הורה לרשות התחרות להמשיך לאכוף את העילה עד לפרסומו של גילוי דעת חדש,<sup>229</sup> אולם גילוי דעת 1/17 הנוכחי פורסם 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. ההברל בין עמדות שני הממונים נובע מזהותם הפרסונלית ומתפסת עולמם, להבדיל מעניינים שנשענים על מומחיות מקצועית בלבד. ייתכן כי הממונה הבאה אחרי הממונה הנוכחית תשנה את התפיסה שוב מקצה לקצה. מאחר שמדובר בסוגיה הכפופה לגישה האידאולוגית ולתפישת העולם של המאסדר, ראוי לשים פחות משקל על גישתו, וראוי כי בית המשפט העליון יכריע על פי גישתו הוא לפרשנותו הנכונה של החוק. גישתנו זו מתיישבת עם גישת שופטי הרוב בדיון הנוסף בעניין זליגמן, מפי המשנה לנשיאה (בדימוס) מלצר, שלפיה "מאסדרים מתחלפים עם הזמן, ואין זה הגיוני שפרשנות הנחיה מינהלית מסוימת תהיה תלויה בזהות המאסדר הנוכחי שמביע את עמדתו לגביה, שכן הדבר עלול לגרור חוסר ודאות משפטית. ייתכן, למשל שעמדתו של המאסדר הנוכחי בתחום מסוים תהיה אפילו מנוגדת לזו של המאסדר שניסח את ההנחיה".<sup>230</sup>

228 ראו הכתוב ליד ה"ש 27 לעיל.

229 בג"ץ 4214/16 נאור נ' הרשות להגבלים עסקיים (נבו 9.6.2016).

230 הדיון הנוסף בעניין זליגמן, לעיל ה"ש 210, בפס' 81 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימוס) מלצר.



## 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 מידה 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, שבו 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 משמעותי מספיק על מנת להפר את האיסור הנדון.

גישתנו מבחינה בין הכלל המהותי הנכון, שהיה ראוי ליישמו בעולם ללא טעויות, לבין כללים דינמיים שנועדו למזער את העלות של טעויות הקשורות באכיפת יתר או אכיפת חסר של העילה. טעותו המרכזית של היועץ היא שאף על פי 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 כי 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 מזה שבאירופה או בארה"ב. משום כך, בישראל חשוב במיוחד 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 שהיועץ מציע הלכה למעשה, יעשה לפלסטר את רצון המחוקק ויפגע פגיעה משמעותית בציבור.

