

מעקב פסיקה

ת"צ (מחוזי מרכז) 6179-08-16 רונן גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (פורסם בנבו, 16.01.2019). ערכאה: בית המשפט המחוזי מרכז- לוד, מפי השופט עופר גרוסקופף:

בית המשפט המחוזי מרכז בלוד, מפי השופט עופר גרוסקופף, אישר ניהולה של תובענה ייצוגית שהוגשה על ידי רונן גפניאל נגד החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ. בבקשת האישור נטען כי המשיבה ניצלה כוחה המונופוליסטי לרעה בשוק של משקאות הקולה בכך שגבתה מחיר מפורז ובלתי הוגן עבור בקבוק 1.5 ליטר של משקה קולה. טענת המבקש הינה שהפעולה הנ"ל מנוגדת לס' 29(א)(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988¹, ועולה בקנה אחד עם פרט 4 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006². ביהמ"ש המחוזי מרכז, בעניין צדוק³ קבע את אופן יישומה של עילה זו על ידי בחינה דו שלבית: תחילה, יש לבחון התקיימות תנאי סף לפיו הנתבעת הינה מונופול כהגדרתו בחוק התחרות הכלכלית. לאחר מכן, יש לבחון האם המונופול ניצל לרעה את מעמדו בשוק על דרך של קביעת מחיר מופרז. הבחינה השנייה תעשה תוך התייחסות לשני פרמטרים המקיימים ביניהם יחס של מקבילית כוחות – כוח השוק של המונופול והפער שבין התמחור בפועל לתמחור מבוסס עלויות. לבחינת הפרמטר השני שלושה מבחני עזר: מבחן עלויות הייצור – בוחן את הפער בין מחיר המוצר שגבה בעל המונופול לבין עלות הייצור על ידו; מבחן השוואה – השוואה בין מחיר המוצר או השירות שגבה בעל המונופול לבין מחירים שונים: מחיר מוצרים או שירותים מתחרים; מחיר הנגבה מלקוחות שונים; מחיר שנגבה לפני או אחרי התקופה הנבחנת; מחיר מוצר או שירות דומה בשוק גיאוגרפי אחר; ומבחן ניתוח רווחיות – רווחיות בעל המונופולין ממכירת המוצר ביחס לרווחיות המקובלת בענף הרלוונטי. לצורך יישום מבחן זה נדרשים לשני מדדים שמתייחסים לאותה נקודת זמן: מדד ייחוס ומדד המייצג את רווחיות החברה בפועל. כאשר מדד הרווחיות גבוה באופן עקבי ומשמעותי ממדד הייחוס הדבר מהווה אינדיקציה לקיומו של מחיר מופרז. אלו אינם מבחנים מצטברים, מספיק קיומו של אחד המבחנים בכדי להצביע על הפער הנ"ל.

בית המשפט קבע כי יישומם של המבחנים מעלה כי דינה של בקשת האישור להתקבל. ראשית, אין חולק שתנאי הסף מתקיים (החברה הוכרזה כמונופול ע"י הממונה על התחרות ב-8.4.1998). שנית, המבקש הצליח להעמיד תשתית ראייתית ראשונית לכך שהחברה מחזיקה בכוח שוק משמעותי בענף משקאות הקולה. כמו כן, המבקש העמיד תשתית ראייתית לכאורה לטענה כי החברה גבתה מחיר מופרז על בקבוקי קולה 1.5 ליטר. הקביעה נעשתה ביחס לשני פרמטרים: האחד, כוח השוק – קיימות ראיות לכך שהחברה מחזיקה בכוח שוק משמעותי בענף לאור כך ששומרת על נתח שוק יציב של כ-90%. נתח השוק נשמר למרות שינויים במחירי המשקאות של המתחרים ותוך שמירה על פער עקבי במחיר הקולה למול המתחרים בשיעור ממוצע של 47%. השני, לעניין תמחור מבוסס עלויות, נוכח פער המחירים האמור מול חברות מתחרות המייצרות מוצרים דומים ומבלי שסופק הסבר משכנע כי התמחור מבוסס על עלויות.

בפסק דינו התייחס בית המשפט גם לנטל ההוכחה הנדרש בשלב בקשת האישור נוכח פערי המידע הקיימים בין הצדדים בשלב זה של ההליך. נקבע כי נטל ההוכחה המוטל על המבקש נגזר מהיקף נתוני האמת שסיפקה

¹ חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988

² חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006

³ ת"צ (מחוזי מרכז) 6179-08-16 רונן גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (פורסם בנבו, 16.01.2019)

המשיבה בשלב בקשת האישור. בענייננו, לאור כך שבקשת האישור התבססה על נתונים גלויים בלבד ושהנתבעת לא חשפה נתונים, נטל ההוכחה לתשתית ראייתית ראשונית המוטל על המבקש אינו גבוה. ביהמ"ש הסתמך על מאמרו של פרופ' אלון קלמנט והשופטת רות רונן "בחנית סיכויי התביעה בשלב אישור התובענה הייצוגית" וקבע כי הגישה הקושרת בין נטל ההוכחה המוטל על המבקש לבין היקף הגילוי של המשיבה מאזנת בין האינטרסים המתנגשים של שני הצדדים בשלב זה של ההליך. במקרה דנן, האינטרסים המתנגשים באים לידי ביטוי בכך שהמבקש טוען שלא נתוני אמת המצויים בשליטתה של החברה המרכזית, אין אפשרות לדעת מהי מדיניות התמחור בה נוקטת החברה המרכזית ובוודאי לא ניתן להוכיח כי התמחור שלה אינו מבוסס עלויות. מנגד המשיבה צודקת בטענתה כי ככל שהאינדיקציות שהציג המבקש לטענת המחיר המופרז אינן מספיקות, אין מקום לחייב אותה לחשוף את מכלול נתוני המסחריים. בכך נוצר מעגל שוטה בו על מנת להטיל חובת גילוי נדרש גילוי ראשוני. המעגל השוטה נפתר על ידי כך שהמשיבה רשאית לקבוע את רף ההוכחה הנדרש לאישור התובענה – אם תגלה מסמכים הרף יעלה ואם תבחר שלא, הרף יהיה בהתאם.

עוד בפסק הדין, ביהמ"ש נדרש לשאלה האם לצרכן העקיף עילת תביעה נגד חברת הייצור. ביהמ"ש קבע כלל אצבע לפיו כאשר נשמרת צורתו המקורית של המוצר, כפי שנמכר על ידי חברת הייצור, אין מניעה כי הצרכן העקיף יגיש את התביעה.

סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית אוסר על "קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין".

השאלה האם העילה כוללת גם תמחור מופרז נדונה בפסקי דין רבים, נכתבה בעניינה חוות דעת של הממונה על ההגבלים העסקיים והיא אף עוררה הדים רבים בציבור. פסק דין מרכזי בעניין זה הינו עניין ישראלכרט⁴. בעניין ישראלכרט, השופטת נאור סמכה דעתה על הרצאתה של פרופ' מ' גל, בה נשאלה השאלה האם מחירים גבוהים הם בהכרח מחיר בלתי הוגן ואסור בהתאם לדיני ההגבלים העסקיים ומהו קו הגבול העובר בין מחיר "הוגן" לבין מחיר "בלתי הוגן". גל מציגה שתי אפשרויות: האחת, מחיר בלתי הוגן הוא רק מחיר טורפני, והשנייה, מחיר מופרז נחשב גם כבלתי הוגן. גל מחזיקה בדעה כי האפשרות השנייה היא הנכונה ומונה מספר טעמים לכך וביניהם העובדה כי סעיף 29 הועתק מאמנת רומא שפורשה בעבר כאוסרת גם על מחיר גבוה. טענתה של גל, בין השאר, היא שעל המחוקק להסדיר בחקיקת משנה אינדיקציה למהו מחיר הוגן.

בעניין נאור⁵ הוצגו שתי עמדות באשר לעילת תביעה בגין מחיר גבוה כבלתי הוגן: האחת היא העמדה האמריקנית, הגורסת כי אין להתערב במחיר גבוה בנימוק כי ככל שמאן דהוא מסכים לשלם מחיר גבוה, ניכר כי זה המחיר הנכון שנקבע בתנאים הקיימים. טענה זו מוצדקת גם היות שכל שבעל מונופולין הגיע למעמד המאפשר לו לקבוע מחיר גבוה, אין לפגוע לו בזכות זו כיוון שהגבלה כזו תפגע בשוק התחרותי. הצדקה לגישה זו היא שיש לאפשר לבעל המונופולין ליהנות מפרי עבודתו, על מנת לתמרץ פעילות עסקית ענפה. השנייה היא העמדה האירופאית, הגורסת כי גם מחיר גבוה נחשב לבלתי הוגן. פסק הדין מציג דעות

⁴ רע"א 2616/03 ישראלכרט בע"מ נ' הווארד רייס ואח', נט(5) 701 (2005) (להלן: "עניין ישראלכרט"). פסק דין זה דן בתובענה ייצוגית נגד חברות המנפיקות כרטיסי אשראי בגין ניצול מעמד של מונופול לרעה. המשיבות חייבו בתי עסק לשלם עמלת סליקה בשיעור העולה על 20% ממחיר העסקה. התובענה הוגשה לאחר שנכנס לשוק חברות האשראי מתחרה חדש שגבה מחירים נמוכים יותר.

⁵ ת"צ (מחוזי מרכז) 46010-07-11 אופיר נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 05.04.2016) (להלן: "עניין נאור"). בפסק דין זה הוגשה תובענה ייצוגית על רקע "מחאת הקוטג' בגין קביעת מחיר מופרז ע"י תנובה שמלמד על פגיעה בציבור תוך ניצול לרעה של מעמד המונופולין.

מלומדים בישראל שגם הן חלוקות לעניין זה, חלקן תומכות בגישה האמריקנית וחלקן בגישה האירופאית. יצוין כי בפסק דין זה מוצג מאמר של פרופ' גל וד"ר נבו המסתייג מהחלת דין בארץ המאפשר להשתמש בעילת התמחור הבלתי הוגן לאור מחיר מופרז. הטענה היא כי הדין בארץ, לעומת אמנת רומא, מטיל אחריות פלילית על אלו שינקטו במחירים מופרזים ותהא הרתעת יתר. בנוסף, מוצגת דעתו של פרופ' גילה שסבור כי במדינת ישראל קיימת בעיה חמורה של יוקר מחיה שקוראת לאסדרה. הוא טוען כי קושי להוכיח את עילת המחיר הגבוה לא צריך להביא לביטולה והוא סבור כי קריאה נכונה בפסקי הדין ובהחלטות של מדינות האיחוד האירופי מביאה לפישוט המבחנים להוכחת מחיר גבוה (המבחנים שהשופט גרוסקופף השתמש בהם).

מהחלטותיו של בית המשפט מחוזי מרכז-לוד בעניינו ובעניין צדוק עולה כי הוא קיבל את הטענה כי עילת התמחור ההוגן מכילה בתוכה גם איסור על תמחור מופרז, כלומר מחיר גבוה ממחיר השוק, ולא רק על תמחור טורפני, כלומר מחיר נמוך ממחיר השוק.

השופט נאור, דעת הרוב בפסק הדין בעניין ישראלכרט, קובעת כי מחיר מופרז נחשב גם הוא כבלתי הוגן ולכן מקים עילת תביעה לפי ס' 29(א)(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית.⁶

בעניין נאור, השופטת אסתר שטמר ניסתה להתגבר על היעדרותה של הלכה בשאלה האם מחיר "בלתי הוגן" כולל בתוכו מחיר מופרז. **השופטת שטמר קובעת כי לשון החוק ומטרותיו מתיישבות עם הגישה המאפשרת עילת תמחור בלתי הוגן גם על מחיר גבוה.** היא מצדיקה את השימוש בעילה זו בכך שהשוק בישראל נוטה להתנהג באופן שונה משווקים דומים לו והדוגמא הבולטת לכך היא ריבוי התובענות הייצוגיות מאז חקיקת חוק תובענות ייצוגיות. בפסק דין זה מוזכר הממונה על ההגבלים העסקיים, פרופ' דויד גילה, שהוציא ביום 9.4.2014 את גילוי דעת 1/14, בו נקבע כי האיסור על תמחור בלתי הוגן חל גם על קביעת מחיר מופרז ע"י בעל מונופולין. גילוי הדעת של הממונה אמנם לא מחייב מתן פרשנות זהה ע"י בית המשפט אולם כעמדה רשמית של המאסדר הרלוונטי יש לו משקל אך לא מכריע.

בעניין ויינשטיין⁷ צוין כי גילוי 1/14 לא מקובל על כל העוסקים בתחום והיו שיצאו נגדו. במרוצת הזמן השתרשה בהכרה המשפטית התפיסה שבעוד שניתן לחלוק על דרכי היישום והאכיפה שפורטו בגילוי דעת זה, הרי שאין לחלוק על נכונות קביעת הממונה על ההגבלים כי העילה של תמחור מופרז היא חלק מהמשפט השלט בישראל. כיום, הוויכוח איננו על עצם קיומה של עילת תביעה זו אלא על ההיקף הראוי שיש לתת לנורמה משפטית זו.

יש לציין כי הממונה הנוכחית על רשות ההגבלים העסקיים, עו"ד מיכל הלפרין, החליטה לקיים שימוע שתכליתו בחינה מחודשת של גילוי דעת 1/14. במסגרת טיוטת גילוי הדעת הובאה חוות דעת של Prof. Frederic Jenny, מומחה בינלאומי להגבלים עסקיים ותחרות שקבעה כי גביית מחיר בלתי הוגן גבוה עשויה, בנסיבות המתאימות, להיות עילה לניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי. ניכר שטיטוט גילוי הדעת החדשה מחילה שינויים לעומת גילוי דעת 1/14 וזו תביא לשינויים משמעותיים במדיניות האכיפה של רשות ההגבלים העסקיים בנושא של תמחור מופרז.

⁶ עניין ישראלכרט, פסקה 16 לפסק הדין.

⁷ ת"צ (מחוזי מרכז) 41838-09-14 משה ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח ניצלה לרעה את כוחה המונופוליסטי, על דרך של גביית מחיר מופרז ולא הוגן לאשלוך. כמו כן, המשיבה הייתה צד להסדר כובל שלא אושר כדן. התיק נסגר בהסדר פשרה המתייחס לטענת מחיר מופרז בלבד.



התכנית לחינוך משפטי קליני ע"ש אלגה צגלה
The Elga Cegla Clinical Law Program
برنامج التعليم القانوني الإكلينيكي على اسم ألغا تسغلا
ניתן לראות כי הפסיקה בנושא ענפה וכך גם הספרות בנושא. בפסקי הדין לעיל הוזכרו מגוון מלומדים הדנים בנושא.

הקליניקה לתובענות ייצוגיות
The Class Action Clinic
عيادة الدعاوى الجماعية
ניתן לראות כי הפסיקה בנושא ענפה וכך גם הספרות בנושא. בפסקי הדין לעיל הוזכרו מגוון מלומדים הדנים בנושא.