

בעניין:

החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד מוטי ארד ו/או אמיר ונג ו/או בועז סיטי
ממשרד רון גזית, רוטנברג ושות', עורכי דין
משד' רוטשילד 46, תל אביב, 6688312
טל': 03-7111711; פקס': 03-7111700

המבקשת

- נ ג ד -

מר רונן גפניאל

ע"י ב"כ עוה"ד רנן גרשט ו/או אופיר נאור ו/או שנהב יעקב ואח'
ממשרד נאור גרשט, עורכי דין
רח' ויסוצקי 6, תל אביב 62338
טל': 03-5447404, פקס': 03-5447405

המשיב

מתייצב להליך:

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה
מרח' קריית המדע 5, בנין B3, קומה 5, הר חוצבים
ירושלים, 9777605
טל': 02-6362027; פקס': 02-6362050

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהמשך להודעתו בדבר התייצבותו להליך, מתכבד בזאת היועץ המשפטי לממשלה להגיש לבית המשפט הנכבד את עמדתו בבקשת רשות הערעור דנן, כדלקמן:

א. כללי:

1. בקשת רשות הערעור דנן מעלה סוגיות מורכבות בדיני התחרות, ביחס לפרשנות סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן **חוק התחרות הכלכלית** או **החוק**). במרכזן, שאלת תחולתה של עילת גביית מחיר בלתי הוגן גבוה על-ידי בעל מונופולין (להלן גם **העילה** או **עילת מחיר בלתי הוגן גבוה**) ואופן יישומה בדין הישראלי.
2. בהחלטתו, אישר בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כבוד הש' ע' גרוסקופף), את אישור ניהולה של התובענה נגד המבקשת כייצוגית, אשר הוכרזה זה מכבר כבעלת מונופולין בענף משקאות הקולה,¹ תוך שקבע כי הונחה תשתית ראייתית לכאורית לטענה שזו ניצלה לרעה את כוחה המונופוליסטי על-ידי גביית מחיר בלתי הוגן גבוה מלקוחותיה עבור בקבוק 1.5 ליטר של משקה קוקה-קולה (להלן **החלטת בית המשפט קמא**).
3. במסגרת החלטה זו ובמסגרת פסק דין נוסף שניתן באותו היום,² קבע בית משפט קמא מבחן תקדימי לבחינת התקיימות העילה. נקבע, כי ככל שמתקיים תנאי הסף בדבר קיומו של בעל מונופולין בשוק, הבחינה אם המונופול ניצל לרעה את מעמדו לגביית מחיר בלתי הוגן גבוה מהצרכן, תיעשה על-ידי שני

¹ הכרזה בדבר קיום מונופולין: החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (8.4.1998) רשות התחרות 3001292.

² ת"צ (מחוזי מר') 36098-05-16 צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ (פורסם בנבו, 16.1.2019) (להלן **עניין צדוק**).

פרמטרים המקיימים ביניהם יחס של "מקבילית כוחות": האחד – מידת כוח השוק שבידי המונופול; השני – הפער שבין התמחור בפועל לתמחור מבוסס עלויות. בהתבסס על מבחן זה נקבע כי המשיב הצליח להעמיד תשתית ראייתית לכאורית לטענותיו כי המבקשת מחזיקה בכח שוק משמעותי ועקבי ביחס למוצר וכי מתקיים פער משמעותי בין תמחור המוצר בפועל לתמחור מבוסס עלויות.

4. בבקשת רשות הערעור טוענת המבקשת, בין היתר, כי המבחן שנקבע על-ידי בית המשפט האמור ואופן יישומו, אינם עולים בקנה אחד עם המבחנים שנקבעו בפסיקת בית משפט נכבד זה ברע"א 2616/03 **ישראלכרט בע"מ נ' רייס פ"ד נט(5) 701, 712 (2005)** (להלן **עניין רייס**); עם עמדתה של רשות התחרות (להלן גם **הרשות**); ועם פסיקה אירופית רבת שנים.

5. עמדת היועץ המשפטי לממשלה בתמצית, כפי שתפורט בהרחבה בהמשך, היא כי נכון להכיר בקיומה של עילת מחיר בלתי הוגן גבוה במסגרת דיני התחרות בדן הישראלי, אך לצד זאת ראוי להחיל אותה בזהירות ובריסון. זאת, רק כאשר קיימות אינדיקציות ברורות לכך שהמחיר הנגבה הוא גם גבוה וגם בלתי הוגן. זהירות וריסון אלה נדרשים לנוכח העלויות החברתיות והכלכליות שנובעות מהחשש לפגיעה בטווח הבינוני והארוך בתחרות במשק וברווחת הצרכן בגין יישומה של עילה זו, אשר אך מתעצמות בהינתן הסיכון הממשי לטעות בעת בחינתה של עילה זו.

6. במסגרת עמדה זו, יציג היועץ המשפטי לממשלה את השיקולים השונים התומכים בעמדתו וכן יפרט את האופן שבו ראוי ליישם עילה זו בדן הישראלי. זאת, בהתבסס על עמדת רשות התחרות הנסמכת, בין היתר, על היישום המעשי של עילה זו בדן האירופי ועל הכתיבה האקדמית בתחום.

7. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, לנוכח מספר רב של הליכים המתנהלים בעילה זו בעת הנוכחית ובהתחשב במורכבותה ובהשלכותיה, כמו גם לנוכח פסקי דין שיישמו את העילה בדרכים שונות,³ יש חשיבות רבה לקביעת מבחן אנליטי וסדור לבחינת העילה. על המבחן שיאומץ להבטיח, כי יבחנו וילקחו בחשבון כל השיקולים הדרושים לעניין, כפי שיפורט להלן.

ב. המסגרת הנורמטיבית – עילת מחיר בלתי הוגן גבוה

8. במרכזו של הדיון בעניינו נמצא סעיף 29א לחוק התחרות הכלכלית, הקובע כדלקמן:

29א. (א) בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור.

(ב) יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה:

(1) קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין;

אם כן, סעיף 29א(א) לחוק קובע איסור על בעל מונופולין לנצל את מעמדו לרעה באופן שעלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור, ואילו סעיף 29א(ב)(1) לחוק קובע חזקה, לפיה קביעת רמת מחיר בלתי הוגנת מהווה ניצול כאמור.

³ כך למשל, ת"צ (מחוזי ת"א) 18298-11-14 המועצה הישראלית לצרכנות נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (16.6.2019) (להלן **עניין תנובה**).

9. דומה כי לא קיימת מחלוקת פרשנית שהסעיף האמור אוסר על בעל מונופולין לגבות מחירים "טורפניים" – מחירים נמוכים עד כדי הפסד שעלולים לדחוק מתחרים מן השוק. לצד זאת, השאלה המורכבת יותר היא האם הסעיף חל גם על גביית מחירים גבוהים על-ידי בעל מונופולין. עד כה, כאשר הגיעה סוגיה זו לפתחו של בית המשפט הנכבד הוא נמנע מלהכריע בה,⁴ ובפסיקה מאוחרת יותר העיר בית משפט נכבד זה כי "השאלה העקרונית שטרם הוכרעה בפסיקתו של בית משפט זה – האם גם מחיר גבוה שמונופול גובה הוא 'מחיר בלתי הוגן' כמשמעות הדבר בסעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים (רע"א 2616/03 **ישראלכרט בע"מ נ' רייס**, פ"ד נט(5) 701, 712 (2005)), או שמא רק מחיר נמוך ('טורפני')".⁵

10. סעיף 29א לחוק התחרות הכלכלית מבוסס, בשינויים קלים, על סעיף 102 לאמנה האירופית (TEFU – Treaty on the Functioning of the European Union; להלן **האמנה האירופית**) (בעבר, סעיף 86 לאמנה, ולפני כן סעיף 82). בדברי ההסבר לסעיף 29א לחוק, ציין זאת המחוקק במפורש, תוך שעמד על תכלית הסעיף:⁶

"הנסיון שנצבר בהפעלת החוק מלמד כי תהום פעורה בין הצורך לוודא שבעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו לבין היכולת המעשית לוודא שהדבר אכן לא יקרה. הכלים הקיימים היום בחוק אינם יעילים דיים כדי להתמודד עם אתגרי המשק, הן איכותיות והן כמותיות ... לכן מומלץ לאמץ את שיטות הפיקוח על הגבלים עסקיים המקובלות במדינות אחרות (ובמיוחד בשינויים המחוייבים, את תכנית הפיקוח הקבועה בדיני הקהילה האירופית המשותפת, בסעיף 86 של אמנת רומא מ-1957), להגדיר באופן ברור וכללי את כפיפות בעל המונופולין להתנהגות מותרת".

11. בהקשר זה יצוין, כי סעיף 102 לאמנה האירופית פורש על-ידי בית הדין האירופי לצדק, כפי שיפורט בהמשך, כאוסר על פירמה דומיננטית לגבות מחיר בלתי הוגן גבוה,⁷ וזאת, עובר לאימוץ הסעיף האמור לדין הישראלי.

12. במסגרת גילוי דעת 1/14: האיסור על גביית מחיר מופרז על-ידי בעל מונופולין (9.4.2014) **רשות התחרות** 500603 (להלן **גילוי דעת 1/14**), הביעה רשות התחרות לראשונה עמדה, לפיה גביית מחיר בלתי הוגן גבוה על-ידי בעל מונופולין נכללת בגדר ההגבלות על התנהגותו של בעל מונופולין מכח החזקה הקבועה בסעיף 29א(ב)(1) לחוק. עוד ציינה הרשות, בין היתר, כי כוונתה לנקוט בצעדי אכיפה נגד מחירים גבוהים ובלתי הוגנים שייגבו על-ידי בעל מונופולין. במסגרת כך נקבע, כי ניתן לעשות שימוש בשלושה מבחנים לשם קביעה האם מדובר במחיר מופרז ביחס למחיר בשוק תחרותי היפותטי – מבחני עלויות, רווחיות והשוואה (שיפורטו בהרחבה להלן), תוך שהובהר כי הרשות תשתדל ליישם כל אחד מהם ככל הניתן בנסיבות המקרה. כמו כן, הוצגו שיקולים נוספים שינחו את רשות התחרות באכיפתה של עילת מחיר בלתי הוגן גבוה. גילוי הדעת אף הוסיף וקבע אמת מידה בשם "נמל מבטחים", לפיה, ככל שהפער בין מחיר המוצר לעלויות הייצור אינו עולה על 20%, יהיה מוגן המונופול מפני החלת העילה, וזאת על-מנת לייצר ודאות בשוק.

⁴ רע"א 2616/03 **ישראלכרט בע"מ נ' רייס**, פ"ד נט(5) 701, 712 (2005).

⁵ רע"א 9771/16 **נובל אנרג'י מדיטריניאן לימיטד נ' נזרי**, בפסקה 22 לפסק דינה של כבוד השי' (כתוארה אז) א' חיות (פורסם בנבו, 28.9.2017) (להלן **עניין נובל אנרג'י**); וראו בהקשר זה גם: בג"ץ 4374/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל**, בפסקה פב לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (27.3.2016); רע"א 8224/15 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' פרופ' זליכה**, בפסקה 15 (פורסם בנבו, 29.03.2016); בג"ץ 4214/16 **נאור נ' הרשות להגבלים עסקיים** (פורסם בנבו, 9.6.2016); רע"א 1361/18 **אסם השקעות בע"מ נ' סורוקר**, בפסקה 8 (פורסם בנבו, 26.6.2018) (להלן **עניין אסם**).

⁶ דברי הסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1995, ה"ח 228, 229.

⁷ כפי שנקבע, בין היתר, בפסק הדין של בית הדין האירופי לצדק: *Case 26/75, General Motors Continental NV v. Commission*, 1975 E.C.R. 1379 (להלן **עניין General Motors**).

13. בהמשך, בעקבות דיון ציבורי רחב שהתעורר ביחס לגילוי דעת 1/14, פתחה הרשות בעיון מחדש בגילוי דעת 1/14. במסגרת הליך העיון, ערכה רשות התחרות שימוע ציבורי נרחב – לרשות הוגשו מגוון עמדות;⁸ הרשות הזמינה חוות-דעת מפרופ' Frederic Jenny, מומחה בין-לאומי לדיני תחרות, המכהן כיושב ראש ועדת התחרות של ה-OECD וכיהן בעבר כשופט בית המשפט העליון של צרפת; נעשה הליך הפקת לקחים פנימי מהניסיון שצברה הרשות בהפעלת גילוי דעת 1/14 מאז שפורסם; ונערך יום עיון שהוקדש לסוגיה בהשתתפות מומחים בתחום.

14. בסופה של הבחינה המחודשת, פורסם גילוי דעת 1/17: שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה (28.2.2017) **רשות התחרות** 501194 (להלן **גילוי דעת 1/17**), אשר החליף את גילוי דעת 1/14.

15. נקודת המוצא בגילוי דעת 1/17, בדומה לגילוי דעת 1/14, היא כי גביית מחיר בלתי הוגן גבוה על-ידי בעל מונופולין עשוי, בנסיבות המתאימות, להוות הפרה של סעיף 29א לחוק. לצד זאת הובהר, כי התערבות של הרשות במחירים באמצעות אכיפת העילה ראוי שתיעשה במקרים ה"דוקרים את העין וברורים לכל".⁹ גילוי הדעת הוסיף וקבע רשימת שיקולים בהתקיימם תיטה הממונה לאכוף את האיסור האמור, תוך אימוץ המדיניות הזהירה המאפיינת את האיחוד האירופי ביחס אליו. נקבע, כי תחילה תבחן הרשות קיומם של סעדים תחרותיים חלופיים שביכולתם לרפא את הפגיעה בתחרות; ככל שלא נמצא סעד תחרותי כאמור, תבחן הרשות האם המחיר שנגבה הוא גבוה באופן משמעותי מהמחיר שהיה צפוי להיקבע בתנאים תחרותיים, וזאת באמצעות שלושת המבחנים שצוינו לעיל; ככל שהתשובה לכך חיובית, בשלב הבא תבחן הרשות האם המחיר הגבוה שנגבה הוא גם בלתי הוגן, באמצעות שקילת שיקולים מנחים שונים הרלוונטיים לשוק ולמוצר הפרטני. לבסוף, ביטל גילוי דעת 1/17 את הגנת "נמל מבטחים" שנקבעה בגילוי הדעת הקודם.

16. ביני לבני, קבעו בתי המשפט המחוזיים כי האיסור שבסעיף 29א(ב)(1) לחוק כולל איסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה,¹⁰ תוך הסתמכות בעיקר על העובדה שהסעיף שאוב מן הדין האירופי.

ג. הרציונאליים והשיקולים בנוגע להחלת העילה

בבסיס דיני התחרות עומדת ההגנה על התחרות החופשית וזאת, כדי לקדם את היעילות ולהשיא את רווחת הצרכן.¹¹ לשם הגשמת תכלית זו, מעמיד חוק התחרות הכלכלית בידי הממונה על התחרות (להלן גם **הממונה**), כלים להגנה מפני פגיעה בתחרות ובציבור. בנוסף, סעיף 50 לחוק התחרות קובע כי הפרת הוראה בחוק התחרות תיחשב לעוולה נזיקית.

⁸ כלל העמדות שהוגשו לרשות בסוגיה, מצויות באתר הרשות לעיון הציבור: <https://www.gov.il/he/departments/publications/reports/excessivepricescomments>.

⁹ גילוי דעת 1/17, בעמוד 12.

¹⁰ ת"צ (מחוזי מר') 46010-07-11 נאור נ' **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ**, בפסקה 10 (פורסם בנבו, 5.4.2016) (להלן **עניין נאור**); ת"צ (מחוזי מר') 41838-09-14 ויינשטיין נ' **מפעלי ים המלח בע"מ** (פורסם בנבו, 29.1.2017). ראו גם פסקי דין והחלטות קודמים שדנו בעילה: ת"א (מחוזי ת"א) 1574/99 אברהמי נ' **מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ** (פורסם בנבו, 13.02.2006); ת"א (מחוזי ת"א) 1493/02 רוזנבוים נ' **פז שרותי תעופה בע"מ** (פורסם בנבו, 25.06.2007); ת"א (מחוזי ת"א) 21953/02 **מגורים יזום ובניה בע"מ נ' פלאפון תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 15.12.2008); ת"א (מחוזי מרכז) 1817-08-07 **יוחנן נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 19.1.2011). יצוין, כי מלבד החלטת בית המשפט קמא ופסק הדין בעניין **צדוק**, ניתנו לאחרונה פסקי דין נוספים שהכירו בתחולתה של העילה, ראו: עניין **תנובה**.
¹¹ ראו למשל: ע"פ 5823/14 **שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל**, בפסקאות כז-כח לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' **רובינשטיין** (פורסם בנבו, 22.10.2015), והאסמכתאות הנזכרות שם; ע"א 2247/95 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ פ"ד נב(5) (213)**, בפסקה 17 לפסק דינו של הנשיא א' **ברק** (1998), והאסמכתאות הנזכרות שם.

17. אחת התופעות עמה מבקשים דיני התחרות בכלל והחוק בפרט להתמודד, היא הפגיעה בתחרות ובציבור הצרכנים מצד גורמים בעלי מעמד מונופוליסטי בשוק.¹² ודוק, דיני התחרות אינם אוסרים על עצם קיומו של מונופולין. למעשה, השאיפה של מתחרה להשיג כוח שוק משמעותי או להגדיל את חלקו בשוק על חשבון מתחריו נתפסת ככזו שמניעה את גלגלי התחרות ומתמרצת את המתחרים להתייעלות ולחדשנות. עם זאת, כפי שיפורט בהמשך, החוק מחיל על בעל מונופולין נורמות התנהגות מסוימות, הנובעות ממעמדו הייחודי בשוק ושתכליתן למנוע ממנו לנקוט בדרכי פעולה העלולות לפגוע בתחרות ובציבור.

18. החששות הנובעים מהתנהגות בעל מונופולין מחולקים לרוב לשתי קטגוריות: הדרה (exclusion) וניצול (exploitation).¹³ ככלל, פעולה מדירה היא פעולה שנקיטתה על-ידי בעל המונופולין עלולה לדחוק מתחרים מהשוק או למנוע את כניסתם של מתחרים חדשים או פוטנציאלים לשוק, ובכך מביאה לחיזוק או לשימור של מעמדו המונופוליסטי ולפגיעה בתחרות החופשית. **אכיפה נגד פעולות מזירות שנוקט בעל מונופולין נועדה, אפוא, להבטיח קיום תנאים להתפתחות תחרות אפקטיבית בשוק ולמנוע מכשלות מלאכותיות להתפתחותה.** מנגד, ניצול הוא שימוש של בעל המונופולין במעמדו הדומיננטי בשוק לצורך הפקת רווחים על חשבון הצרכן או על חשבון חוליות אחרות בשרשרת הייצור בשוק. אם כן, **אכיפה נגד פעולות ניצול שנוקט בעל מונופולין נועדה להתמודד עם ההשלכות של היעדר תחרות בשוק, ולא נועדה להבטיח קיומה של תחרות או את התפתחותה.**

19. עילת מחיר בלתי הוגן גבוה הנגבה על-ידי בעל מונופולין, העומדת בלב ההליך דן, מתייחסת למצב בו בעל מונופולין מנצל את מעמדו לשם קביעת רמת מחירים גבוהה ובלתי הוגנת במטרה להגדיל רווחיו על חשבון הציבור. העילה מסווגת, מטבע הדברים, לפעילות בעלת אופי נצלני, ואינה עוסקת בהדרה, העלולה לפגוע בתחרות על-ידי דחיקת מתחרים מהשוק או מניעת כניסתם של מתחרים פוטנציאלים.¹⁴ משמע, על-פי רוב, אין מדובר בכלי לפתרון כשלי השוק הרלוונטי על-מנת להבטיח תנאים לתחרות, כי אם בכלי שנועד להתמודד עם מצב קיים של היעדר תחרות בשוק והשלכותיו. בכך, עילה זו ייחודית בדיני התחרות באופן כללי, ובחוק התחרות הכלכלית בפרט.¹⁵

20. כפי שיפורט להלן, בעוד שקיימת הסכמה רחבה כי על דיני התחרות להתמודד עם החשש מהדרה של מתחרים וכך להתמודד עם הבעיה עצמה של פגיעה בתחרות, השאלה אם במסגרת דיני התחרות נכון לטפל בגביית מחיר בלתי הוגן גבוה, המהווה סימפטום בלבד של הבעיה האמורה, שנויה במחלוקת בעולם.¹⁶ בפתח הסקירה של ארגון ה-OECD בעקבות שולחן עגול שנערך בשנת 2011 בסוגיית עילת מחיר בלתי הוגן גבוה, צוין בהקשר זה כדלקמן:¹⁷

"One of the most controversial theories of harm in competition law in general and within the category of exploitative abuses in particular is excessive prices".

רבות נכתב בספרות ובפסיקה העולמית בסוגיה. קצרה היריעה מלעמוד במסגרת עמדה זו על כלל השיקולים השונים שיש לקחת בחשבון בעת בחינת החלת העילה ובדבר אופן אכיפתה, ועל כלל הדעות

¹² להגדרת המונח בעל מונופולין ראו סעיף 26 לחוק התחרות הכלכלית.

¹³ ראו למשל: בזק בינלאומי בע"מ – ניצול לרעה של מעמד בשוק **רשות התחרות** 3010364, בעמודים 10-13 (9.11.1997).
¹⁴ זאת, בשונה מגביית מחיר טורפני על-ידי בעל מונופולין – גביית מחירי הפסד במטרה לדחוק מתחרים מן השוק ולפגוע בתחרות בו. איסור על גביית מחיר טורפני מסווג כאיסור הדרה ולא כאיסור ניצול, והוא קשור קשר הדוק עם התכלית המרכזית של דיני התחרות. יצוין, כי יתכנו מקרים בהם תכלית הנהגת המחיר הגבוה תהיה דחיקת ית. כך למשל, במקרים מסוימים עשוי בעל מונופולין להנהיג אסטרטגיה של קביעת מחיר גבוה ובלתי הוגן לתשומה שבידיו על-מנת למנוע תחרות בחוליה אחרת.
¹⁵ מיכל (שיצר) גל והילה נבו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" **משפטים** מה 277, 295-296 (2015) (להלן **גל ונבו, תורת ההחלטות**).

¹⁶ מיכל (שיצר) גל והילה נבו "מחיר גבוה כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי: סוס טרויאני" **משפטים** מה 801, 804 (2016) (להלן **גל ונבו, סוס טרויאני**); עניין נאור, בפסקה 10.

¹⁷ OECD, Competition Committee, Policy Roundtables: Excessive Pricing (2011) (להלן **מסמך ה-OECD**).

בנושא. במסגרת העמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה יובהרו בתמצית השיקולים העיקריים הנוגעים לעצם החלת העילה ולאופן יישומה, ומבט השוואתי לגישות שונות בעולם ביחס לסוגיה. בהתבסס על כך, יציג היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו ביחס לקיומה של העילה בדין הישראלי, ואת אופן היישום הראוי שלה.

21. אחת ההשלכות של היעדר תחרות בשוק, היא יכולתו של בעל כח שוק משמעותי לגבות מחיר העולה על המחיר אשר היה נגבה בתנאי תחרות. **גביית מחיר בלתי הוגן גבוה עלולה לעוות את ההקצאה היעילה של משאבים במשק ולפגוע ברווחת הצרכן באופן ישיר ומיידי.** זאת, בין היתר, מאחר שצרכנים מסוימים, שלולא היה נגבה מחיר זה, היו רוכשים את המוצר או השירות, נמנעים כעת מרכישתו; ואילו יתר הצרכנים נאלצים לרכוש את המוצר במחיר גבוה יותר באופן שמסיט חלק מהרווחה מהצרכנים אל בעל המונופולין.¹⁸

22. אם כך, מדוע רווחת בעולם התפשה כי יש לנקוט משנה זהירות ולהפעיל במשורה את הכלים המשפטיים ביחס למחיר בלתי הוגן גבוה שגובה בעל מונופולין? התשובה לשאלה זו מערבת מספר שיקולים, כפי שיפורט להלן.¹⁹

23. **ראשית, אכיפתה של עילה זו עשויה להוביל לשיפור ברווחת הצרכנים וביעילות ההקצאה במשק אך זאת, לרוב, לטווח המיידי והקצר בלבד.** בטווח הבינוני והארוך עשויות להיות לשימוש בעילה זו השלכות שליליות בכללן פגיעה בתחרות, ביעילות ההקצאה במשק וברווחת הצרכנים, הנובעות משינוי במערך התמריצים של חברות בשוק או של חברות ששוקלות אם להיכנס אליו. זאת כתוצאה מההתערבות במנגנון השוק החופשי ומקביעה מלאכותית וביעבד של המחירים בשוק.

24. למעשה, **עצם האפשרות לגבות מחיר גבוה מהמחיר התחרותי הוא השמן המניע את גלגלי התחרות, ומעודד חדשנות ופיתוח של השוק.** כך, אפשרות זו מתמרצת כניסה לשווקים חדשים; מתמרצת כניסה לשוק קיים מצד מתחרים פוטנציאליים, שתכלול השקעת משאבים רבים במטרה להגדיל את נתח השוק ולערער את המעמד של הפירמה הדומיננטית בשוק; ומתמרצת פירמות דומיננטיות קיימות ופירמות נוספות להתחדש ולהתפתח גם הן. כל זאת, באופן שמביא לתחרות עזה יותר ולמוצרים איכותיים יותר, לנוכח השקעה בפיתוח מוצרים ייחודיים וחדשניים או בשיווק ופרסום אפקטיביים. היכולת לגבות מחירים גבוהים, אפוא, מתמרצת פירמות להשקיע במחקר ופיתוח, בחדשנות, בצבירת מוניטין, בהתייעלות ובייצור. לפיכך, פיקוח בדיעבד על גביית מחירים גבוהים צפוי ליצור תמריץ שלילי לשחקנים השונים להשקיע בשיפור איכות המוצר. דברים ברוח זו נקבעו גם על-ידי בית המשפט העליון האמריקני:²⁰

"The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices — at least for a short period — is what attracts "business acumen" in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly

¹⁸ יגל ונבו, תורת ההחלטות, בעמוד 300; דיויד גילה "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" משפטים 761, 767-766 (2016) (להלן **דיויד גילה**); אריאל אזרחי ודיויד גילה **דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים** 312 (2019) (להלן **אזרחי וגילה**).

¹⁹ יראו בהרחבה: Massimo; PHILLIP E. AREEDA & HERBERT H. HOVENKAMP ANTITRUST LAW, 720 (3rd ed. 2008); Motta & Alexandre de Stree, *Excessive Pricing in Competition Law: Never Say Never?*, in SWEDISH COMPETITION AUTHORITY, THE PROS AND CONS OF HIGH PRICES 14, 18-20 (2007) (להלן **Motta & de Stree**); Frederic Jenny, *Abuse of dominance by firms charging excessive or unfair prices: an assessment*, 21-27 (2016) (להלן **חוות-דעת Jenny**). זמין באתר רשות התחרות: https://www.gov.il/BlobFolder/legalinfo/unfairprices/en/englishsite_opinions_Excessive%20prices%20Final%20%20Signed%20Sept%2015%202016.pdf.

²⁰ Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 407 (2004); ראו גם עמדת ארצות הברית במסמך OECD-ה, בעמוד 299.

power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct”.

25. **שנית, כוחות השוק עשויים לתקן סיטואציה של מחיר בלתי הוגן גבוה, שכן העובדה ששורר מחיר שכזה בשוק עשויה דווקא לעודד כניסה אליו מצד מתחרים פוטנציאליים.** מחיר הוא איתות מרכזי עבור חברות לכדאיות הכניסה לתחום מסוים והשקעת משאבים בחדירה אליו, ככל שהן צופות שגם לאחר כניסתן ניתן יהיה לשמור על מרווח גבוה ביחס לאלטרנטיבות שעומדות בפניהן. הפחתת המחיר עלולה, אפוא, לצנן את תמריץ הכניסה לשוק ולפגוע בתחרות שהייתה עשויה להיווצר בו בטווח ארוך, באופן שהיה מפתח את השוק ומטיב עם ציבור הצרכנים.²¹

26. יתרה מכך, פיקוח בדיעבד על מחירי הפירמה המונופוליסטית עשוי למנוע פגיעה בציבור בטווח הזמן הקצר, אולם אין בו כדי להעניק פתרון ארוך טווח לבעיה התחרותית השורשית ממנה סובל השוק. במובן זה הוא משול להתמודדות עם הסימפטומים חלף טיפול במחלה עצמה. לאחר אכיפת העילה, בעל המונופולין עדיין מחזיק בידיו כוח שוק משמעותי, המאפשר לו להעלות מחירים בתאונות שונות או לדרדר את איכות השירות והמוצרים. בעל מונופולין יכול לפצות על הפחתת מחיר באמצעות פגיעה באיכות, שכן האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה עוסק בסוגיית המחיר בלבד.

27. **שלישית, ישנו קושי משמעותי לקבוע מהו בדיוק מחיר בלתי הוגן גבוה ולאמוד אותו, ונדרשות עלויות כבדות הכרוכות בניסיון לעשות כן.**²² כפי שיפורט בהמשך, קיימת עמימות רבה באשר לאופן ניתוח העילה לנוכח היעדר תשתית מושגית לבחינת העילה במונחים כלכליים, ובשל כך שהמבחנים השונים הקיימים לזיהוי המחיר הבלתי הוגן לוקים בחסרונות ובקשיים רבים לביצוע. סוגיה זו מובילה, בין היתר, **לחוסר ודאות ממשי בשוק ביחס לתחולת העילה, באופן שעלול לפגוע בתמריצים להשקעות ולקיומה של תחרות אגרסיבית מבחינת הפירמות השונות.**

28. מעבר לכך, גם ההחלטה מה הם המבחנים שיסייעו לקביעה האם מדובר במחיר בלתי הוגן גבוה, עלולה להשפיע על התמריצים השונים של השחקנים בשוק. כך למשל, אחת הדרכים המקובלות לנתח את העילה היא דרך בדיקת עלויות הייצור של החברה הדומיננטית והשוואתן למחיר שהיא גובה בעבור המוצר (ראו בהרחבה בהמשך). התבססות על ניתוח עלויות, עשויה לתמרץ את בעל המונופולין לתמחר את מוצריו באופן מבוסס עלויות (Cost-Plus), מתוך הבנה כי מחיר המקסימום שבאפשרותו לגבות ייבחן בסופו של יום על סמך עלויות הייצור של המוצר. הבנה מעין זו, עשויה להשפיע באופן שלילי על התמריצים להתיעלות ולחיסכון בעלויות הייצור של הפירמה הדומיננטית – תמריצים שצפויים להביא לירידת מחירים. בנוסף, תמחור המוצר בדרך זו עשוי אף לפגוע בתמריצים לחדשנות ובמוטיבציה לקחת סיכונים בהשקת מוצרים חדשים.²³

29. אם כן, להתערבות מלאכותית בדיעבד במחירים גבוהים הנגבים על-ידי פירמה דומיננטית יש עלויות חברתיות וכלכליות לא מבוטלות, בדמות פגיעה בתמריצים של הפירמות, באיכות המוצרים ובדינמיקה

²¹ מבקרים לטעון זה סבורים כי במקרים רבים השוק אינו מסוגל לתקן עצמו, בין היתר, בהתחשב בכך שמתחרה פוטנציאלי השוקל להיכנס לשוק יתחשב במחיר שישורר בשוק לאחר כניסתו ובפרט לאחר תגובת המונופול לכניסה כאמור. ראו למשל: Ariel Ezrachi & David Gilo, Are Excessive Prices Really Self-Correcting?, 5 J. ; 788-784, בעמודים Compet. L. & Econ. 249 (2009). לטעונו נגד כלפי הביקורת האמורה: גל ונבו, סוס טרואני, בעמודים 806-804; גל ונבו, תורת ההחלטות, בעמודים 302-300.

²² 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 לגרום מעין "פיקוח מחירים" מתמשך והקצאת משאבים (של רשות התחרות או של בית המשפט) לבחינה שוטפת של שינויים בעלויות הייצור, הטכנולוגיה, הביקוש למוצר ועוד, שיכולים להשפיע על שינויים בתמחור המוצר לאורך זמן. ראו בהקשר זה: עמדת האיחוד האירופי במסמך ה-OECD, בעמוד 312.

²³ בדומה, גם שימוש במבחן ההשוואה למחיריהם של פירמות אחרות בשוק (כפי שנעשה בהחלטת בית המשפט קמא) עלול לפגוע בתמריצים של בעל מונופולין לבדל את מוצריו ולהשקיע באיכותם, לנוכח ההבנה כי המחיר שיהיה באפשרותו לגבות בעבור המוצר חייב להיות דומה לזה של מתחריו.

התחרותית של השוק, שיובילו לבסוף באופן טבעי גם לפגיעה ברווחת הצרכן. לכן, במקרים לא מבוטלים, התועלת של ההתערבות האמורה עשויה להיות נמוכה מהעלויות האמורות.

30. בהקשר זה, יש לייחס משקל גם להשלכות של שגיאה ביישום העילה בהחלטות בתי המשפט על המצב התחרותי במשק. מעבר לכך שהתערבות בשוק על-ידי קביעת מחירים באופן מלאכותי ובדיעבד, כשלעצמה, עלולה לפגוע בטווח הארוך במרקם התחרותי בשוק וברווחת הצרכנים, הסיכוי הממשי לטעות בעת החלת עילה זו אך מעצים את החששות האמורים.

31. באופן כללי, מקובל להתייחס לשני סוגי טעות שעלולים להתרחש באכיפת דיני התחרות. סוג ראשון מתייחס למצב בו מתבצעת אכיפה במקרים בהם היא לא נדרשה, ובהקשר הנוכחי, אכיפה נגד המחיר הנגבה כאשר בפועל לא היה מדובר במחיר בלתי הוגן גבוה. סוג הטעות השני, מתייחס למצב בו לא מתבצעת אכיפה נגד מחיר בלתי הוגן גבוה ומחיר כזה נותר בעינו. טעות מהסוג השני גוררת עלות חברתית בטווח הקצר של הקצאה לא יעילה שמתבטאת במחיר ומרווח גבוהים. עם זאת, טעות מסוג זה לא מייצרת עלויות של פגיעה בהליך התחרותי, ולא פוגעת בתמריצים של הפירמה הדומיננטית ומתחריה (קיימים ופוטנציאליים). לעומת זאת, טעות מהסוג הראשון אמנם תפחית את מחיר המוצר עבור הצרכן אבל תפגע בתמריצי הפירמות במשק, כפי שתואר לעיל, וכתוצאה מכך תפגע בתהליך התחרותי כולו באופן שעלול להסב נזקים לצרכנים לאורך זמן. כלומר, העלות החברתית של טעות מהסוג הראשון (אכיפת יתר) גבוהה יותר מהעלות של טעות מהסוג השני (אכיפת חסר).²⁴

32. ודוק: החשיבות של התייחסות לפגיעה ברווחת הצרכנים ובתחרות החופשית בשוק בעקבות אכיפת יתר של העילה מתעצמת בהתחשב בהסתברות הגבוהה להתרחשותה. כאמור וכפי שיובהר בהרחבה להלן, הסיכוי לטעות הוא משמעותי בהתחשב בקשיים הרבים הטמונים בניסיון לקבוע מהו קו הגבול שממנו ניתן לקבוע כי המחיר שנגבה על-ידי בעל מונופולין הוא בלתי הוגן גבוה.

33. עינינו הרואות, כי לצד התועלת שיש בהחלת העילה בטווח הקצר, שהיא בעיקרה הפחתת המחיר לצרכן והבטחת יעילות הקצאת המשאבים במשק, ישנם שיקולים כבדי משקל נגד החלתה בהינתן החסרונות הגלומים בכך והסיכון לפגיעה בתמריצי הפירמות במשק, שאך מתעצם לנוכח הסיכוי לטעות בניתוח העילה. טיעונים אלה חייבים לעצב את היקפה של העילה, את הפרשנות שיש ליתן לה ואת המקרים המתאימים לשימוש בה.

ד. מבט השוואתי – כללי

34. לנוכח השיקולים השונים שהוצגו לעיל, קיים בעולם מנעד של גישות באשר לעצם ההכרה בעילת מחיר בלתי הוגן גבוה, ובאשר להיקפה ולאופן אכיפתה.

35. כך, יש השוללים לחלוטין אכיפה נגד מחירים גבוהים במסגרת דיני התחרות, ואף עשויים לראות במדיניות אכיפה שכזו כמדיניות מזיקה הפוגעת בסופו של יום בתחרות וברווחת הצרכן. בגישה זו דוגלות, בין היתר, שיטות המשפט בארצות הברית, קנדה, אוסטרליה ומקסיקו.²⁵ בדיון האמריקני, המייצג העיקרי של גישה זו, החקיקה אוסרת על נקיטת פעולות מדירות שמטרתן להשתלט על השוק או לדחוק מתחרים

²⁴ראו בהרחבה: David S. Evans and A. Jorge Padilla: *Excessive prices: using economics to define administrable legal rules*, CEMFI Working Paper No. 0416 September 2004, בעמוד 21-22 (להלן Evans & Padilla), והאסמכתאות הנזכרות שם; חוות-דעת Jenny, בעמודים 27-28.

²⁵נבו וגל, תורת ההחלטות, בעמוד 296; חוות-דעת Jenny, בעמוד 3; עמדת מקסיקו במסמך ה-OECD, בעמוד 271.

ממנו שלא במסגרת תחרות לגופו של עניין.²⁶ לעומת זאת, לא קיים בו איסור על ניצול מעמד מונופוליסטי בשוק בדרך של גביית מחיר בלתי הוגן גבוה. גישה זו, נובעת בעיקרה מהשיקולים שהוזכרו לעיל.²⁷

36. מנגד, גישות אחרות, אשר המייצגת הבולטת שלהן היא שיטת המשפט בדין האירופי, גורסות כי יש לכלול במסגרת דיני התחרות איסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה על-ידי פירמה דומיננטית, בשל החשש לעיוות ההקצאה היעילה במשק והפגיעה ברווחת הצרכן, כפי שהוצג לעיל. לפיכך, פורש סעיף 102 לאמנה האירופית ככזה האוסר גם על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה.²⁸ בצד זאת, אכיפת האיסור בדין האירופי מתבצעת לעיתים רחוקות בלבד ואף זאת בריסון רב, לנוכח הכרה בעדיפות ברורה של אכיפה מכוונת קידום תחרות ומניעת פגיעה בשוק החופשי, כמו גם בקשיים הטמונים באכיפה של איסור על מחיר בלתי הוגן גבוה.²⁹

37. כמו כן, ככלל, האכיפה בדין האירופי מתבצעת בשווקים בהם חוסר ההוגנות הינו מובהק. כך למשל, האכיפה באירופה נגעה לרוב למוצרים שהביקוש אליהם קשיח כמו תרופות גנריות, גז, איגוד זכויות יוצרים, מים, שירותי דואר וכיו"ב.³⁰ כל זאת, מתוך הבנה שזהירות ושיקול דעת באכיפת האיסור ונקיטתו במקרים מובהקים וברורים בלבד עשויים למנוע, או למצער להפחית, את החשש מפגיעה בתחרות וברווחת הצרכן בטווח הארוך – חשש העומד בבסיס טיעוניהם של השוללים את אכיפת העילה.³¹

38. הגישה המרוסנת באכיפת האיסור באירופה באה לידי ביטוי כבר בדו"ח השנתי של נציבות התחרות האירופית לשנת 1994, בו הובהר כי התערבות ישירה במחירים אינה דרך המלך בכל הנוגע לפעילות רשויות תחרות והוסבר שהנציבות תתמקד לרוב בפעולות הפירמה הדומיננטית המונעות כניסה והתרחבות של מתחרים.³² גם במסמך ההנחיות שהוציאה הנציבות בשנת 2008 בנוגע לניצול מעמד לרעה היא התמקדה במתן הנחיות הנוגעות לפעולות הפוגעות במבנה התחרות בשוק עם פירמה דומיננטית ולא באכיפה ישירה של המחיר הנגבה בשוק. הנציבות נימקה עמדה זו, בין היתר, בחשש מהצורך לעסוק באכיפה מתמשכת של מחירים הוגנים ובטעם שעדיף למנוע את הבעיה התחרותית מאשר לנסות לרפא אותה בדיעבד.³³

39. בשולחן העגול שערך ארגון ה-OECD בשנת 2011, אשר עסק בסוגיית המחיר הבלתי הוגן הגבוה, הביעה נציבות התחרות האירופית עמדה, לפיה יש לפעול לאכיפה נגד מחיר בלתי הוגן גבוה רק במקרים

²⁶ Sherman Act, 15 U.S.C. (2011).

²⁷ ראו בהרחבה: עמדת ארצות הברית במסמך ה-OECD.

²⁸ כפי שנקבע, בין היתר, בעניין **General Motors**.

²⁹ ראו למשל: נבו וגל, סוס טרויאני, בעמודים 813-815; Opinion of Advocate General Wahl, Case C-177/16 Biedrība; 'Autortiesību un komunikācijai konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība' v Konkurences padome ROBERT O'DONOGHUE & JORGE PADILLA, THE LAW AND ECONOMICS OF (Wahl חוות דעת); (6.4.2017) ARTICLE 102 TFEU, 735 (Forthcoming 3rd ed.) (להלן **O'Donoghue & Padilla**). בספר זה עומדים המלומדים על כך שמדובר בעילה שנאכפת לעיתים נדירות על-ידי הנציבות האירופית.

³⁰ דוגמאות של מקרים שעסקו בתרופות גנריות ראו הערת שוליים 36 להלן. דוגמא למקרה שעסק בגז ראו: CASE

AT.39816 – UPSTREAM GAS SUPPLIES IN CENTRAL AND EASTERN EUROPE, DECISION OF THE EUROPEAN

COMMISSION OF 24 MAY 2018; דוגמאות למקרים שעסקו בזכויות יוצרים ראו, בין היתר: C-177/16 – BIEDRĪBA

"AUTORTIESĪBU UN KOMUNIKĀCIJAI KONSULTĀCIJU AĢENTŪRA – LATVIJAS AUTORU APVIENĪBA"

Joined Cases 110/88, 241/88 and 242/88; (להלן **עניין AKKA**); ECLI:EU:C:2017:689

"Düsseldorf Higher Regional Court; דוגמא למקרה שעסק במים ראו: **Lucazeau v SACEM**, [1989] ECR 2811

confirms decision on reduction of Berlin water prices" Available at:

http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Meldungen%20News%20Karussell/24_02_2014_Wasser.html; דוגמא למקרה שעסק בשירותי דואר ראו: COMP C-1/36.915 Deutsche Post – Interception of cross-border

mail, [2001] OJ L 331/40 (להלן **עניין Deutsche Post**).

³¹ Motta & de Streel, בעמוד 20; מסמך ה-OECD, בעמוד 27.

³² European Commission XXIVth report on Competition Policy, 207 (1994).

³³ Commission Press Release MEMO/08/761, "Antitrust: Guidance on Commission enforcement priorities in

applying Article 82 to exclusionary conduct by dominant firms—frequently asked questions" (3.12.2008).

מתאימים, שבהם, בין היתר, אין סעד אחר שיכול להטיב את מצב התחרות בשוק. על-פי העמדה שהובעה שם, ומשתקפת גם בפסיקה האירופית, אכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה באיחוד האירופי נעשית כמוצא אחרון, במצבים בהם שוררים מחירים גבוהים באופן משמעותי לאורך זמן וקיימים חסמי כניסה והתרחבות ממשיים בענף. זאת, לנוכח ההבנה של הפגיעה שעלולה להיות בתמריצי השוק בעקבות אכיפה נרחבת של העילה, כמו גם החשש המשמעותי מטעות בשל הכלים המוגבלים לניתוחה.³⁴ ואכן, ניתן לראות כי נציבות התחרות האירופית פועלת הלכה למעשה באופן מרוסן ביותר כלפי אכיפה של עילת מחיר בלתי הוגן גבוה ומרבית החלטותיה הנוגעות לניצול מעמד לרעה של פירמות דומיננטיות עוסקות בפעולות מדירות ולא בפעולות ניצול.³⁵ יצוין, כי בשנים האחרונות ניתן לזהות אכיפה של העילה על-ידי רשויות תחרות אירופיות בעיקר בתחום הפרמצבטיקה הגנרית, ואף זאת במקרים של עלייה חדה של מאות ואף אלפי אחוזים במחירים של תרופות גנריות.³⁶

40. יצוין, כי על פניו מגמת הריסון והזהירות שבאכיפת העילה עולה בקנה אחד גם עם הגישה המרכזית של

הספרות האקדמית בתחום באירופה, כפי שפרטו לאחרונה O'Donoghue & Padilla:³⁷

"There is clear consensus on the need to identify administrable limiting principles to ensure that Article 102(a) is enforced only when strictly necessary, i.e., minimising the likelihood of costly false convictions. The emerging consensus is that intervention should be restricted to industries: protected by high barriers to entry; where one firm enjoys considerable market power; and where investment and innovation play a relatively minor role".

ה. עמדת היועץ המשפטי לממשלה באשר להחלת העילה בדין הישראלי

41. כאמור לעיל, סוגיית החלתה של העילה בדין הישראלי היא שאלה עקרונית שטרם הוכרעה. כך לפי פסיקת בית משפט נכבד זה בעניין **נובל אנרג'י**. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי הגיעה העת להכריע בשאלה זו ולקבוע כי סעיף 29 לחוק התחרות הכלכלית כולל גם איסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה על ידי בעל מונופולין. זאת, בהתחשב בפירוש הלשוני שביסוד סעיף זה ותכליתו, בפרשנות הדין האירופי (מכורתו של סעיף 29 לחוק) ובעמדת רשות התחרות.

42. לצד זאת לנוכח האמור לעיל, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי, ההכרה בקיומו של איסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה איננה סוף הדיון כי אם ראשיתו בלבד. כפי שצוין בהרחבה לעיל, איסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה משמעו התערבות במנגנון השוק החופשי והוא טומן בחובו קשיים עיוניים וישומיים משמעותיים. לצד התועלת שנובעת מיישומה של העילה – שיפור רווחת הצרכן בטווח הקצר, הרחבת גבולותיה כרוכה בעלויות חברתיות ניכרות ועלולה להביא לפגיעה בבסיס התהליך התחרותי בשוק ובתמריצי הפירמות השונות. יש לייחס משקל רב לשיקולים אלה כאשר בוחנים את הפרשנות הראויה של עילת מחיר בלתי הוגן גבוה ואת המקרים בהם תיושם. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, **לנוכח תכליתו**

³⁴ ראו עמדת האיחוד האירופי במסמך ה-OECD, בעמודים 316 ו-321.

³⁵ חוות-דעת Jenny, בעמודים 4-5; Nils Wahl, *Exploitative High Prices in European Competition Law - A Personal Reflection*, in SWEDISH COMPETITION AUTHORITY, THE PROS AND CONS OF HIGH PRICES 47, 62 (2007). בהקשר זה יובהר, כי אכיפת העילה באירופה, מתנהלת רובה ככולה על-ידי הנציבות האירופית ורשויות התחרות בכל מדינה.

³⁶ O'Donoghue & Padilla, בעמודים 736-737, והמקרים הנוכחים שם. ראו גם הודעה לעיתונות של רשות התחרות האירופית מיום 15.10.2019 בדבר פתיחת חקירה, בין היתר, נגד חברת Leadiant Biosciences Ltd. בגין פעולות אנטי תחרותיות שבמכירת התרופה הגנרית שמכילה את החומר הפעיל CDCA, ובכלל זאת בעילה של גביית מחיר בלתי הוגן גבוה: <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2019/10/Avviata-istruttoria-sul-farmaco-di-Leadiant-per-la-Excessive-Prices-in-the-cura-della-xantomatosi>. יצוין כי, במהלך שנת 2018 פרסם ה-OECD מסמך רקע בנושא "Pharmaceutical Markets" (להלן **מסמך ה-OECD – תרופות**), אשר מציע מתודולוגיה לבחינת המקרים המתאימים לקביעה כי נגבו מחירים בלתי הוגנים בענף התרופות, ולצד זאת מטיל ספק האם שימוש בעילה הוא הדרך הנכונה להתמודד עם מחירים מופרזים בשוק התרופות. בהקשר זה אף ייאמר, כי בימים אלו בוחנת גם רשות התחרות בישראל אכיפה פוטנציאלית של העילה בהקשר של מחיר הנגבה על-ידי בעל מונופולין בעבור תרופה גנרית.

³⁷ O'Donoghue & Padilla, בעמוד 798. עובר למסקנתם זו מביאים הכותבים 5 גישות שונות, רובן של מלומדים מובילים בתחום, ביחס לאופן יישום העילה בו יש לנקוט על-מנת להבטיח אכיפתה במקרים המתאימים בלבד.

של חוק התחרות, ובעקבות הקשיים הרבים שמעוררת העילה והעלויות החברתיות הכרוכות בה כמו גם סיכויים גבוהים לטעות שתעצים את העלויות האמורות, יש לפרשה באופן מצומצם, לנקוט במשנה זהירות ביחס לאכיפתה, ולעשות בה שימוש אך ורק באותם מקרים מובהקים וברורים בהם התועלת עולה על העלויות והנזקים הכרוכים בה.

43. בהמשך לכך, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי לאור מקומה של עילה זו, בחוק התחרות, ראוי כי תוכנה של עילת מחיר בלתי הוגן גבוה והיקף תחולתה יתפרשו על-פי התכליות המנחות את דיני התחרות ובהתאם להיגיון הכלכלי המוביל אותן. מטבע הדברים, פרשנות שהשלכותיה הכלכליות עלולות להיות פגיעה בתחרות או פגיעה בהתפתחות השוק, לא תתיישב עם תכליתו של חוק התחרות.

44. בהקשר זה יצוין, כי התבנית "מחיר בלתי הוגן גבוה" נעדרת משמעות בהקשר הכלכלי.³⁸ מדע הכלכלה, עליו מבוססים דיני התחרות, אינו מבחין בין מחירים הוגנים ולא הוגנים. זהו קושי מהותי קונספטואלי העומד במרכז האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה. יש להיזהר מהניסיון להתמודד עם קושי זה בכלים משפטיים בלבד. העולם המשפטי עשוי לאפשר, לכאורה, לקבוע רף מסוים כ"רף ההוגנות". אולם פרשנות משפטית של העילה המנותקת מהשלכות הכלכליות של יישומה עלולה למוטט את הבסיס העיוני שעליו ניצבים דיני התחרות, כך שאכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה תידרדר לשרירותיות.

45. יודגש, שימוש בעילה מהווה, הלכה למעשה, פיקוח על מחירים בדיעבד (ex-post). גם מן הטעם הזה ראוי שהשימוש בו ייעשה במשנה זהירות. כאשר המדינה מוצאת לנכון להתערב במחירים, יש בידיה כלים אחרים לעשות זאת. כלים אלה מופעלים מלכתחילה ולא בדיעבד, וכך מאפשרים לשוק היערכות וודאות ומעוצבים לרוב על ידי המחוקק או מחוקק המשנה.

46. כך למשל בדרך של פיקוח מחירים מראש (ex-ante), לפי חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996. השימוש בכלי זה נעשה כאשר יש הצדקות להתערבות במחיר. זאת בין היתר בגין קיומו של כשל שוק, בגין טעמים שנועדו להבטיח מחיר מקסימום למוצרי יסוד חיוניים משיקולים של טובת הציבור, משיקולי מחסור, משיקולים של השגת מדיניות כלכלית או כאשר מזוהה כשל במחיר הנגבה על ידי בעל מונופולין ולא צפוי שתתפתח תחרות שתוביל ל"תיקון" של השוק בישראל. החוק האמור מסמך לתת צווים המחילים אותו על מוצר מסוים, כך כאשר קיים ריכוז של האספקה או הרכישה בידי מספר שחקנים מועט, כאשר קיימת תחרות מועטה או כאשר קיים מונופולין מוכרז (ראו סעיף 6 לחוק האמור). פיקוח מחירים מראש מבטיח ודאות של בעל המונופולין והשוק בכללותו, ולרוב גם פיקוח רציף על-ידי רשות מוסמכת ובעלת מומחיות ומניעת התדיינויות בבתי המשפט.³⁹

47. כלי נוסף שעומד לרשות המדינה במצבים שמצדיקים התערבות של המדינה במחירים הוא הכלי של קביעת תעריף בדין. כלי זה משמש בעיקר כאשר יש מקום להבטיח מחיר מפקח ואחיד של מוצר יסוד, כגון מים וחשמל. כלים נוספים להתערבות עקיפה של המדינה במטרה להשפיע על המחירים ועל מבנה השוק הם הטלת מכסים, קביעת מכסות או קביעת היטלי היצף. גם השימוש בכלים אלה נעשה כמובן על יסוד המסקנה כי קיים כשל שוק שמצדיק התערבות.

48. אכן, קיומם של כלים אלה אינו מייתר את עילת המחיר הבלתי הוגן גבוה ואולם קיומם מוביל אף הוא למסקנה כי בהיתן כלים טובים כאמור שנקטים מראש ולא בדיעבד יש לעשות שימוש מצומצם ומרוסן בעילת מחיר בלתי הוגן גבוה.

³⁸ O'Donoghue & Padilla, בעמוד 734; חוות-דעת Jenny בעמודים 28-29.
³⁹ גל ונבו, תורת ההחלטות, בעמוד 317.

49. עתה, משהציג היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו באשר להחלת העילה בדין הישראלי, יוצג אופן יישום העילה בדין האירופי, ולאחריו המבחן המוצע על ידי היועץ המשפטי לממשלה ליישומה בדין הישראלי.

ה. המבחן הדו-שלבי לבחינת העילה בדין האירופי

50. בטרם יציג את המבחן המשפטי לבחינת העילה בדין האירופי ואופן יישומו, יבקש היועץ המשפטי לממשלה להבהיר, כי הדיון בסוגיה בדין האירופי עוסק רובו ככולו, באכיפתה של העילה באמצעות רשויות תחרות.⁴⁰ מכל מקום, לא נמצאו דוגמאות לאכיפה פרטית של העילה בדרך של תובענה ייצוגית באירופה. לכן יישום העילה בדין האירופי מחייב היקש והתאמה למקרה שלפנינו. בהקשר זה יוער כי יש הסוברים שאכיפה פרטית של העילה מעוררת אתגרים משמעותיים עוד יותר מאכיפה שמתבצעת על ידי רשויות תחרות, בין היתר, בהתחשב במידע המצומצם שבידי גורם פרטי; במורכבותה של העילה; והעיקר – היעדר ראייה כוללת ביחס להשלכות אכיפת העילה על התפתחות התחרות בענף הרלוונטי ועל המשק בכללותו, כמו גם ביחס לאיזון הראוי של השימוש בעילה.⁴¹

51. כאמור, בית הדין האירופי לצדק הכיר בקיומה של העילה וקבע זה מכבר כי מחיר בלתי הוגן גבוה הוא מחיר שאינו מצוי בהלימה רציונאלית לערכו הכלכלי של המוצר,⁴² כאשר הפירמה הדומיננטית מנצלת את מעמדה על-מנת לזכות בהטבות שלא היה באפשרותה להשיג בהתקיים תחרות נורמאלית ואפקטיבית דיה.⁴³ לצד זאת, דומה כי קיימת תמימות דעים בפסיקה האירופית ובספרות המשפטית בתחום ביחס לכך שהמונח "הערך הכלכלי של המוצר" הוא עמום וקשה לצקת לו תוכן.⁴⁴ בפסק הדין שניתן בעניין United Brands נקבע לראשונה בדין האירופי מבחן משפטי לבחינת עילת מחיר בלתי הוגן גבוה, כדלקמן:⁴⁵

"252. The questions therefore to be determined are whether the difference between the costs actually incurred and the price actually charged is excessive, and, if the answer to this question is in the affirmative, whether a price has been imposed which is either unfair in itself or when compared to competing products".

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

52. בית הדין האירופי החיל, אפוא, מבחן משפטי דו-שלבי – בשלב הראשון יש לבדוק האם המחיר שנגבה הוא מופרז, באמצעות בחינת הפער בין מחיר המוצר לבין עלויות הייצור שלו. ככל שהתשובה לכך חיובית, בשלב השני יש לבחון אם המחיר המופרז שנגבה הוא בלתי הוגן כשלעצמו או בהשוואה למוצרים מתחרים אחרים. השלבים האמורים הם מצטברים ואין מדובר בשני מבחנים חלופיים.⁴⁶ לצד זאת הובהר, כי המבחן המשפטי האמור אינו סוף פסוק, וייתכנו מבחנים משפטיים נוספים לבחינת העילה.

⁴⁰ ראו בהקשר זה כתיבה אקדמית שפורסמה בסוגית אכיפה פרטית של העילה: Michal S. Gal, *The Case For Limiting Private Litigation of Excessive Pricing*, forthcoming JOURNAL OF COMPETITION LAW AND ECONOMICS (2020); Michal S. Gal & Rivi Dahan, Legal Obstacles to Private Enforcement of Competition Law, 3 MARKET AND COMPETITION L. REV. 133, 140-144 (2019) (להלן Gal & Dahan).

⁴¹ Gal & Dahan, בעמוד 143-140.

⁴² "A price which is excessive because it has no reasonable relation to the economic value of the product", Case General Motors, בפסקה 12, 207 E.C.R. 1978 *United Brands Co. v. Commission*, בפסקה 250 (להלן עניין United Brands); עניין General Motors, בפסקה 12.

⁴³ עניין United Brands, בפסקה 249. ⁴⁴ ראו בהרחבה: O'Donoghue & Padilla, בעמודים 755-760; חוות-דעת Jenny, בעמודים 30-32; Case No: C3/2018Q1847, *Competition And Markets Authority v Flynn Pharma Ltd & Anor* [2020] EWCA Civ 339 (9 March 2020), בפסקה 65 (להלן עניין Flynn).

⁴⁵ עניין United Brands, בפסקאות 252-253. ⁴⁶ *Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg* (2004) COMP/A.36.568/D, בפסקאות 147, 149 (להלן עניין Scandlines).

53. המבחן הדו-שלבי שנקבע בעניין United Brands הוא המבחן המשפטי המקובל בדין האירופי לבחינת העילה. במהלך העשורים שלאחר מתן פסק הדין התפתח המבחן האמור ויושם לעיתים באופנים שונים, בין בשל חוסר ההתאמה של המבחן האמור לנסיבות מקרה ספציפי, ובין בשל סיבות אחרות.⁴⁷

54. כך למשל, במקרה האחרון בו דן בית הדין האירופי בעילה זו, נבחנו מחירים שנגבו על-ידי ארגון זכויות יוצרים בלטיה. בנסיבות העניין, מן הסתם, קשה עד בלתי אפשרי לבצע ניתוח עלויות/ניתוח רווחיות של יצירות; כמו כן, לא ניתן לבצע השוואה למחיר של מוצרים מתחרים, מכיוון שמדובר במונופול מוחלט (פירמה בודדת בשוק). משמע, שני השלבים של המבחן המשפטי שנקבע בעניין United Brands לניתוח העילה, לכאורה לא היו ניתנים ליישום באותו מקרה. לפיכך, פנה בית המשפט העליון של לטיה לבית הדין האירופי לצדק בבקשה לקבל הכרעה מקדמית במספר סוגיות ביחס למבחן הדו-שלבי.

55. במסגרת חוות הדעת בבקשה להכרעה מקדמית סיכם Advocate General Wahl (כתוארו אז) את המבחן

הדו-שלבי, תוך שהתבסס על הפסיקה והספרות בתחום מאז ניתן פסק הדין בעניין United Brands:⁴⁸

"16. In United Brands, as well as in several subsequent decisions, the Court regarded as contrary to what is now Article 102 TFEU the application of a price which was excessive because it had no reasonable relation to the economic value of the product supplied. Accordingly, only 'disproportionate' or 'exorbitant' prices could be in breach of that provision. The Court laid down a two-step analysis for that purpose.

17. The first step in the analysis is to determine whether there is an excess — that is a significant difference — between the price actually charged by the dominant undertaking in the relevant market and the price which that undertaking would hypothetically have charged had there been effective competition in the market ('the benchmark price').

18. The Court has acknowledged that there may be different methods of determining whether the price is excessive. For example, when possible and appropriate, a comparison can be made between the sale price and the cost of production. This method appears based on the idea that there is a threshold price which guarantees a satisfactory margin with respect to costs and that, beyond that threshold, the price charged by a dominant undertaking is excessive. The focus of the analysis is thus on the margins (or on the profitability) made by the dominant undertaking in the sale of the products or services in question.

19. In other cases, the Court has made a comparison between, on the one hand, the price charged for the product in question by the dominant undertaking and, on the other hand, the prices charged in the same market by non-dominant undertakings (comparison across competitors) or by the same dominant undertaking at different points in time (comparison across time), or the prices charged in other geographic markets by the same dominant undertaking or by other undertakings (geographic comparison). The underlying idea is that if the selected products or geographic markets are sufficiently homogenous, a comparison of the prices can be meaningful. Likewise, the pricing patterns of an undertaking over time may also provide useful clues.

20. Once it has been ascertained, by virtue of one or more of those methods, that a significant difference exists between the price actually charged by the dominant undertaking and the benchmark price, one must determine the extent to which that actual price is unfair, either in itself or when compared to competing products.

21. That second step in the analysis is to investigate whether the difference in price is merely the result of an abusive use of market power by the dominant undertaking, or the consequence of other legitimate reasons".

⁴⁷ ראו למשל: עמדת האיחוד האירופי במסמך ה-OECD, בעמודים 317-321, שם נסקר המבחן הדו-שלבי ויישומו במקרים שונים בדין האירופי. לכך יש להוסיף, כי במקרים מסוימים אף הובהר שיש להיזהר ממתן פרשנות דווקנית ומיילולית למבחן הדו-שלבי שנקבע בעניין United Brands, ראו למשל: *Attheraces Limited v BHB*, EWCA Civ 38 (2007), בפסקאות 118-115 (יצוין), כי מדובר באחד המקרים הבודדים בהם נידונה העילה באחת ממדינות האיחוד האירופי במסגרת הליך של אכיפה פרטית; ראו גם: גל ונבו, תורת ההחלטות, בעמודים 309-311.

⁴⁸ חוות-דעת Wahl, בפסקאות 21-16.

56. המבחן הדו-שלבי לפי חוות דעתו של Wahl, שמתבססת על התפתחות המבחן הדו-שלבי שנקבע בעניין United Brands כפי שהתבטאה בפסיקה אירופית מאוחרת, כולל שלב ראשון שבו יש להעריך אם המחר שנגבה הוא מופרז וזאת בשים לב לפער המשמעותי בין מחירו של המוצר בשוק תחרותי למחיר שנגבה בפועל. אינדיקציות שיכולות לשמש לקביעת מחירו של המוצר בשוק תחרותי היפותטי הן מבחן עלויות הייצור, מבחן הרווחיות ומבחן ההשוואה. ככל שנמצא כי המחר שנגבה הוא מופרז ניתן לעבור לשלב השני, אשר בוחן את הוגנות המחר הגבוה שנגבה. במסגרת שלב זה נבחן האם המחר המופרז הוא תוצאה בלעדית של ניצול כח מונופוליסטי או שיש לו סיבות לגיטימיות.

התייחסותו של בית הדין האירופי לחוות דעתו של Wahl, שניתנה במסגרת הכרעה מקדמית ומתארת את התפתחותו של המבחן הדו שלבי, הייתה מעטה באופן יחסי. בהקשר הנוכחי, בית הדין ציין כי המבחן הדו-שלבי שנקבע בעניין United Brands בעינו עומד, על אף שבהחלט ישנה אפשרות לבחינת העילה בשיטות נוספות, כפי שציין Wahl בחוות דעתו.⁴⁹ מכל מקום הובהר, כי לכל רשות תחרות נתון מרחב תמרון ביחס לאופן יישום העילה.⁵⁰

57. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, לנוכח העובדה כי מכורתו של סעיף 29 לחוק התחרות הכלכלית בדין האירופי, ראוי כי פרשנותו גם תיבחן בראי הניתוח המשפטי והכלכלי שהתפתח בשיטת משפט זו לבחינת עילת מחיר בלתי הוגן גבוה. לצד זאת, לנוכח האמור עד כה ובהתחשב במורכבותה של העילה והשלכותיה הפוטנציאליות, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי בשונה מהמצב המשפטי הנוכחי בדין האירופי, יש לקבוע מבחן מובנה ואחיד לבחינת העילה ויישומה, אשר יבטיח, במידת האפשר, החלטה במקרים המתאימים בלבד.

1. המבחן המשפטי ואופן יישום העילה הראוי בדין הישראלי

58. עתה יפרט היועץ המשפטי לממשלה את המבחן המשפטי הראוי לעמדתו לבחינת העילה, אשר מסתמך על עמדת רשות התחרות⁵¹ והמבחנים⁵² כמו גם השיקולים שנקבעו על ידה בגילוי דעת 1/17, על הנסיון שנצבר בדין האירופי, על הספרות המשפטית בתחום (בשינויים המחוייבים הנדרשים לאכיפה פרטית).⁵³

59. בתמצית ייאמר, והדברים יובאו להלן בהרחבה, כי ניתן לחלק מבחן זה לשני שלבים מצטברים, בדומה לדין האירופי: בשלב הראשון יש לבחון האם המחר הנגבה גבוה באופן משמעותי מהמחר שהיה נגבה בתנאי תחרות, זאת על-ידי מספר מבחני עזר ואינדיקציות שיפורטו להלן – מבחני עלות, רווחיות והשוואה; אם התשובה חיובית עוברים לשלב השני במסגרתו יש לבחון האם המחר הגבוה שנגבה הוא גם בלתי הוגן.⁵⁴ יודגש, כי מטבע הדברים ובהתאם לחוק, תנאי סף על-מנת לבוא בשערי העילה הוא

⁴⁹ Latvijas Autoru apvienība – Biedrība "Autortiesību un komunikācijas konsultāciju aģentūra – C-177/16
Konkurences padome ECLI: EU: C: 2017: 689 (להלן עניין AKKA), בפסקאות 36-37.

⁵⁰ שם, בפסקה 49.

⁵¹ ככלל גילוי דעת 1/17 נוגע למדיניות האכיפה של רשות התחרות, ומשכך מונה שיקולים נוספים שינחו את הרשות באכיפת העילה לניהול מיטבי של משאביה, ואינם נוגעים למבחן המשפטי שיישמו הערכאות השיפוטיות במסגרת אכיפה פרטית של העילה.

⁵² בעניין אסם, בפסקה 8, הסתמך גם בית משפט נכבד זה על פרשנות רשות התחרות והפנה לאופן בחינת העילה שנקבע בגילוי דעת 1/17, לצורך החלטה בבקשת רשות ערעור בנוגע לצו גילוי מסמכים בתובענה ייצוגית שהוגשה בעילת מחיר בלתי הוגן גבוה.
⁵³ ראו בעמוד 18 לגילוי דעת 1/17. להרחבה ראו גם בעמודים 12-14. יצוין, כי הרשות הניחה שלב מקדים לשני השלבים שתוארו, ולפיו יש לבחון האם קיימים סעדים תחרותיים אחרים שביכולתם לרפא את הפגיעה בתחרות שתסמיניה באים לידי ביטוי בגביית מחיר גבוה מהצרכן. ככל שלא נמצא סעד תחרותי כאמור והרשות אינה מזהה שמתפתחת בשוק הרלוונטי תחרות, תעבור הרשות לבחון את התקיימות השלב הבא. שיקול של היעדר סעדים חליפיים הוא שיקול שרלוונטי בעיקר לבחינה של רשות התחרות ביחס לכלי האפקטיבי ביותר העומד לרשותה לצורך התמודדות עם כשל בשוק. לעומת זאת, בחינת השאלה האם

שעסקין בבעל מונופולין בשוק הרלוונטי בהתאם להגדרת סעיף 26 לחוק התחרות הכלכלית.⁵⁴ ללא התקיימותו, ממילא אין טעם לבחון האם נגבה מחיר בלתי הוגן גבוה, שכן לא מדובר בניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. רק לאחר צליחת תנאי סף זה, יש להפעיל את המבחן המשפטי הדו שלבי האמור לניתוח העילה.

60. לצד זאת, יובהר כבר עתה (כפי שיפורט להלן בהרחבה), כי ככל המבחנים שהוצעו במרוצת השנים לבחינת העילה, גם המבחן הדו-שלבי אינו חף מקשיים וטומן בחובו סיכוי משמעותי לטעות. ואולם, העובדה שמתעורר קושי ממשי ביישום העילה ובהגדרת המושג "מחיר בלתי הוגן גבוה" גם בעת יישומו של מבחן זה אינה משמיעה כי אין לעשות שימוש זהיר בעילה זו במקרים המתאימים.

61. עתה נדון בהרחבה באופן היישום של כל שלב במבחן, כמו גם בקשיים הטמונים בו.

1.1. שלב ראשון במבחן הדו-שלבי המוצע – קביעה כי המחיר גבוה משמעותית מהמחיר בתנאי תחרות

62. כאמור לעיל, שלב הכרחי וראשון באכיפת נורמה האוסרת על בעל מונופולין לגבות מחיר בלתי הוגן גבוה, הוא קביעה כי המחיר שגבה בעל המונופולין הוא מחיר גבוה באופן משמעותי מזה שהיה נקבע בתנאי תחרות. לבחינה זו קיימים מספר מבחני עזר מקובלים שמטרתם להוות אינדיקציות ל"מחיר שוק היפותטי" ולסייע בגיבוש מסקנה בדבר קיומו של מחיר בלתי הוגן גבוה:

א. הפער בין מחיר המוצר לעלות הייצור:⁵⁵ במסגרת בחינה זו נערכת השוואה בין מחיר המוצר שגבה בעל המונופולין לעלות ייצורו. בחינה זו הוכרה על-ידי בתי משפט ורשויות תחרות בעולם כאחת האינדיקציות המקובלות לזיהוי מחיר בלתי הוגן גבוה.

ב. ניתוח רווחיות:⁵⁶ מבחן העזר השני מבוסס על ניתוח רווחיותה של החברה, כפי שמשקף מהנתונים הפיננסיים שלה. לשם ביצוע ניתוח שכזה נדרשים למעשה שני מדדים: הראשון, ישמש כמדד ייחוס לרווחיות רגילה והשני, ייצג את רווחיות החברה בפועל, כאשר שני המדדים מתייחסים לאותה נקודת זמן. לדוגמא, השוואה בין עלות ההון של החברה בתור מדד ייחוס, לבין התשואה על ההון המושקע של החברה כמדד מייצג לרווחיות החברה בפועל.⁵⁷ ממצא המראה כי המדד המייצג את רווחיות החברה בפועל גבוה לעין שיעור ואף באופן עקבי ומשמעותי ממדד הייחוס, עשוי להוות אינדיקציה לקיומו של מחיר גבוה באופן משמעותי מהמחיר התחרותי.

ג. מבחן ההשוואה:⁵⁸ השוואת המחיר שגובה בעל המונופולין למחירי מוצרים מתחרים; או למחיר הנגבה מאת לקוחות שונים; או למחיר מוצר דומה בשוק גאוגרפי אחר הוכרה כאינדיקציה נוספת המסייעת בזיהוי מחיר גבוה באופן משמעותי מהמחיר התחרותי. כמו כן, ניתן להשוות בין המחיר הנגבה בתקופה הנבחנת למחיר שנגבה לפני או אחרי התקופה הנבחנת. הנתון העומד בבסיס ההשוואה אינו בהכרח המחיר שגובה בעל המונופולין, אלא יכול להיות גם רווחיותו של בעל

המחיר גבוה באופן משמעותי מהמחיר שהיה צפוי בתנאים תחרותיים וכן שאלת הוגנות המחיר, הם שיקולים שנוגעים לבחינה מהותית של העילה.

⁵⁴ סעיף 26 לחוק התחרות הכלכלית קובע כי בעל מונופולין יכול להיות אחת משתי חלופות: אדם שחלקו בכלל האספקה של נכסים או בכלל רכישתם, בכלל מתן שירותים או בכלל רכישתם, עולה על מחצית; אדם המחזיק כוח שוק משמעותי ביחס לאספקת נכסים או רכישתם, או ביחס למתן שירותים או רכישתם. לצורך בחינת החלופה השנייה ראו: גילוי דעת 2/19 בעניין אופן בחינת כוח שוק משמעותי (21.7.2019) רשות התחרות 501671 (להלן גילוי דעת 2/19). יצוין, כי בסעיף 102 לאמנה האירופית מוגדר תנאי סף זה באופן הבא: "substantial part of it" undertakings of a dominant position within the internal market or in a

⁵⁵ ראו בהרחבה: נספח לגילוי דעת 1/17, בעמודים 19-20. ראו גם: חוות-דעת Wahl, בפסקה 18; Motta & de Streel, בעמוד 31; עניין United Brands, בפסקה 251; עניין Deutsche Post.

⁵⁶ ראו בהרחבה: נספח לגילוי דעת 1/17, בעמודים 21-22. ראו גם: מסמך ה-OECD, בעמודים 63-64, והאסמכתאות הנזכרות שם.

⁵⁷ חוות-דעת Jenny, בעמוד 33.

⁵⁸ ראו בהרחבה: נספח לגילוי דעת 1/17, בעמודים 22-23. ראו גם: מסמך ה-OECD, בעמודים 70-71, והאסמכתאות הנזכרות שם; O'Donoghue & Padilla, בעמודים 767-773.

המונופולין. כך, ניתן להשוות את רווחיותו של המונופול לזו של פירמות אחרות או של בעל המונופולין עצמו בשווקים או בזמנים אחרים.

63. אם כן, המבחנים שהוצגו נועדו לשמש כאינדיקציות לקביעת המחיר התחרותי ההיפותטי, ולבחינת קיומו של פער משמעותי בין המחיר שנגבה לבין המחיר שהיה צפוי להיקבע בתנאים תחרותיים. כפי שיפורט להלן, מבחנים ואינדיקציות אלה יש ליישם בזהירות מירבית, לנוכח הקשיים הקונספטואליים והיישומיים שהם מעוררים, עליהם נעמוד להלן.⁵⁹

64. תחילה, "המחיר התחרותי" של המוצר הוא בעצמו מושג חמקמק וקשה לזיהוי. התיאוריה הכלכלית נוהגת להתייחס למחיר שיתקבל בשיווי משקל בתנאי תחרות משוכללת כמחיר השווה לעלות השולית. הקושי העיקרי הוא בהנחות המוצא לקיומה של תחרות משוכללת: ההנחה הראשונה היא שכל הפירמות הפועלות בשוק קטנות דיין כך שאין לאף אחת מהן, לבדה, השפעה על המחיר המתקבל בשיווי משקל. באופן דומה, גם הצרכנים בשוק משוכלל קטנים מספיק, כך שלביקושים המוזרמים לשוק, אין השפעה על המחיר המתקבל בשיווי משקל. ההנחה השנייה היא שהמוצרים המיוצרים על-ידי הפירמות השונות הומוגניים באופן מלא. ההנחה השלישית היא שלצרכנים ולפירמות יש מידע מלא על השוק. בפרט, הצרכנים מכירים באופן מדויק את תכונות המוצרים המיוצרים על-ידי הפירמות ואת מחיריהם. הפירמות, בתורן, יודעות מהם המחירים המבוקשים על-ידי כל אחת מהפירמות הפועלות בשוק. ההנחה הרביעית היא העדר חסמי כניסה ויציאה מהשוק.

65. ברי, כי במציאות הכלכלית בפועל, הנחות אלו לרוב אינן מתקיימות, חלקן או כולן. לפיכך, גם נדיר למצוא שווקים שבהם המחיר של מוצרים שווה לעלות השולית שלהם. רוב המוצרים הקיימים בשוק החופשי נמכרים במחירים גבוהים מהעלות השולית שלהם וזאת בין אם קיימת בשווקים אלה תחרות רבה ובין אם לאו.

66. כך לדוגמה, בשווקים רבים, תחרות איננה רק על המחיר, אלא גם על האיכות ומידת החדשנות של המוצרים והשירותים שמציעות החברות השונות. איפיון זה של התחרות מייצר בידול בין המוצרים השונים וצפוי להביא למחיר שווי משקל גבוה מהמחיר שהיה מתקבל במקרה של מוצרים הומוגניים (כאשר כל שאר מאפייני השוק זהים). ודוק: כאשר קיים בידול, המוצרים אינם תחליפים מושלמים בעיני הלקוחות, מה שמקנה כוח שוק מסוים לחברה המוכרת מוצר מבודד. במקרה כזה, המחיר התחרותי יהיה גבוה מהעלות השולית. דוגמה נוספת היא שווקים דינאמיים, המאופיינים בעלויות קבועות גבוהות ועלויות שוליות נמוכות, בהם המחיר התחרותי כלל אינו יכול להיבחן ביחס לעלויות השוליות.⁶⁰ בשוק חופשי, איפוא, אין שאיפה שהמוצרים במשק יתומחרו דווקא בתמחור מבוסס עלויות, בשל הרצון לעודד את השחקנים השונים להשקיע, להתחרות על שירות ואיכות ולבדל את מוצריהם לצרכן.⁶¹ לפיכך, נקבע בגילוי דעת 1/17, ומוסכם בספרות המשפטית בתחום כמו גם בפסיקת הדין האירופי כאמור לעיל, **כי מדד הייחוס (Benchmark) הרלוונטי לבחינת המחיר שגובה בעל המונופולין הוא "המחיר התחרותי", ולא מחיר מבוסס עלויות.**

67. ואולם, למעט במקרה בו מתקיימת תחרות משוכללת, לא ניתן להגדיר את המחיר התחרותי מבלי להניח הנחות לגבי מבנה השוק, אופי האינטראקציה בין המתחרים, פערי המידע בין הספק לצרכן וגמישות עקומת הביקוש. כתלות בהנחות אלה, רמות שונות של מחירים עשויות להיחשב כתחרותיות בעבור שוק

⁵⁹ ראו בהרחבה: חוות-דעת Jenny, בעמודים 28-38, והאסמכתאות הנזכרות שם; O'Donoghue & Padilla, בעמודים 763-773.
⁶⁰ ראו בהרחבה: O'Donoghue & Padilla, בעמודים 742-745; Evans & Padilla, בעמוד 6. יצוין, כפי שזכר לעיל, כי גם בעניין United Brands נקבע יש לבחון את המחיר שגובה בעל המונופולין ביחס למחיר שהיה נקבע בתנאי תחרות אפקטיבית דייה, בפסקה 249 לפסק הדין; ראו גם: עניין Flynn, בפסקה 97(i).
⁶¹ זאת בשונה מקביעתו של בית המשפט המחוזי בעניין צדוק, בפסקה 27.

מסוים. בפועל, אפוא, קשה לאמוד מחיר תחרותי, ובמרבית המקרים כלל אין אפשרות לאמוד את המחיר ה"מושלם" ההיפותטי שהיה מתקבל בתנאי תחרות משוכללת.

68. בהערת אגב יצוין, כי כאשר עסקינן באכיפה פרטית, קושי זה אך מתעצם. כאשר עסקינן באכיפה פרטית מתעורר צורך להוכיח באופן "מדויק" ככל הניתן מהו המחיר התחרותי, על-מנת לאמוד את הנזק הנגרם.⁶² ואולם, קביעה מדויקת שכזו היא מסובכת מאוד, ועלולה להוביל לתוצאות שרירותיות ומוטעות. לפיכך, כאשר בית המשפט נדרש לקביעת המחיר התחרותי (או טווח צר שלו) כמדד ייחוס למחיר המוצר בעת בחינת העילה, ראוי לנקוט בגישה של הערכת יתר לגביו, על-מנת להבטיח ככל הניתן הימנעות מאכיפת יתר של העילה, על השלכותיה המשמעותיות.⁶³

69. זאת ועוד, גם בכל אחד מהמבחנים שנדונו בפסיקה ובספרות קיימים קשיים יישומיים לא מבוטלים, אשר מובילים להסתברות ממשית לטעות בבחינה האם מדובר במחיר גבוה באופן משמעותי.⁶⁴ נעמוד על הקשיים היישומיים העיקריים שעולים ביישום מבחנים אלה.

70. מבחן הפער בין מחיר המוצר לעלות הייצור, מחייב ביצוע ניתוח עלויות שבבסיסו בחינה חשבונאית וכלכלית מורכבת. במסגרת האמור, נדרשת הכרעה ביחס לעלויות שתכללנה בעלות הייצור המוכרת, וכן ייחוס עלויות למוצר שעלותו נבחנת, מתוך כלל העלויות של מוצרי הפירמה (במצב השכיח של פירמות המייצרות מגוון רחב של מוצרים). טלו לדוגמא מפעל המייצר מוצרים בשווקים שונים, אשר ביחס לחלקם הוא מהווה בעל מונופולין ובחלקם לא. על-מנת לנתח את עלות הייצור של מוצר שמצוי במונופול, יש לבחון כיצד להקצות את עלויות הייצור של התאגיד – כמה מהעובדים בפס הייצור משקיעים את מרצם בייצור המוצר הספציפי שבמונופול; אילו עלויות חשמל יש לייחס לייצור המוצר הספציפי וכו'. קושי זה וקשיים נוספים הובאו במסמך ה-OECD שנערך בעקבות השולחן העגול שהתקיים בעניין עילת מחיר בלתי הוגן גבוה:⁶⁵

"While these cost concepts are well defined in theory, the application of price-cost margins may be very difficult in practice. Complications are unavoidable when considering pricing strategies designed to maximize the sales of a group of related goods and services rather than a single product or when the product is manufactured by multiple company divisions, possibly across multiple countries, over several years and possibly also relying on IPR based on considerable past R&D efforts related to a different product. The reason for the difficulty lies in the fact that the profit maximizing pricing decisions of such firms involve setting prices such that the overall cost of production including all common or joint costs are covered. This implies different price-cost margins for products facing demands of different elasticities. As a result, it has been suggested that the pricing policy of a multiproduct firm should be analyzed in its entirety".

71. כפי שעולה מהציטוט לעיל חלק מהמוצרים מחייבים עלויות פיתוח גבוהות לאורך השנים או מעורבות של מספר מחלקות בחברה לאורך שנים רבות ובמדינות שונות, דבר שעשוי להקשות על קביעת העלויות של ייצור המוצר. כמו כן, חלק ניכר מתוצאותיו של מבחן זה תלוי בהחלטה חשבונאית, בעלת מרכיב משמעותי של שיקול דעת, בין היתר, בדבר אופן ההקצאה של עלויות הנהלה, עלויות הפצה ועלויות כלליות על פני המוצרים השונים (כגון, על-פי הכנסות, על-פי כמויות מיוצרות בפועל וכו').⁶⁶ כך, גם נדרש

⁶² Gal & Dahan, בעמוד 141.

⁶³ עניין רייס, בפסקה 26.

⁶⁴ מסמך רקע לעיון מחדש בגילוי דעת 1/14 – האיסור על גביית מחיר מופרז על-ידי בעל מונופולין (18.4.2016) רשות התחרות 500966.

⁶⁵ מסמך ה-OECD, בעמוד 68.

⁶⁶ מסמך ה-OECD, בעמוד 69; חוות-דעת Wahl, בפסקה 38; חוות-דעת Jenny, בעמודים 32-33.

להכריע כיצד ליתן משקל במסגרת המבחן האמור לעלויות שקועות⁶⁷ ורמת הסיכון הקיימת בשוק. הכרעה שיש לה משמעות ממשית ככל שמדובר בשווקים דינאמיים ועתירי סיכון.⁶⁸

72. מבחן הרווחיות מעלה גם הוא קשיים יישומיים דומים. כך, מבחן זה דורש חישוב של מדד רווחיות מתוך הנתונים הפיננסיים של הפירמה לצד מדד ייחוס מנתוני הפירמה או מנתוני פירמות אחרות (כמו למשל: ROCE, WACC, TIRR).⁶⁹ מדובר במבחנים שהשימוש 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.⁷⁰ בנוסף, גם תוצאותיו של מבחן זה תלויות באופן החישוב החשבונאי, וככלל ספק אם ניתן להסתמך עליהן לצורך בחינת העילה. בהקשר זה ציינו Evans & Padilla כדלקמן:⁷¹

"Further complications arise when the manufacturing of the product under analysis is undertaken in parts by multiple company divisions, across multiple countries, over multiple years, and perhaps relying on intellectual property resulting from considerable past R&D expenditures on an unrelated technology. Even if one could devise meaningful accounting rules for approximating the return on capital and the weighted average cost of capital, deciding among the various available options would always be arbitrary... Accounting procedures do not provide for capitalization of R&D and advertising, do not address inflation, and do not properly adjust rates of return for risk. Thus accounting profits do not reflect economic profits except under the most unrealistic assumptions. The relationship between accounting and economic rates of return hinges on the time shape of net revenues, something that varies across industries, across firms within an industry, and even across time for a given firm. Nor can the divergence between the two rates be assumed away as small. As Fisher and McGowan illustrate with their calculations, "there is no way in which one can look at accounting rates of return and infer anything about relative economic profitability or, a fortiori, about the presence or absence of monopoly profits." These problems become particularly severe in industries where firms invest and innovate regularly. In those industries a few companies succeed but the winners typically obtain enormous profits. Those profits would appear excessive ex post, when the innovations are commercialized. However, from an ex-ante perspective and once the cost of capital is adequately adjusted for risk, competitors may earn normal profits: the huge profits earned by the winner(s) may compensate for the huge losses made by all those who fail. Our point is not that firms do not earn monopoly profits. Some surely do. It is that it is very hard to say when this is the case and to quantify how much of the profits—and therefore how much of the prices—are the result of monopoly rather than competitive tactics".

73. מבחן ההשוואה מעלה קשיים יישומיים אף הוא, שכן לשם עריכת מבחן זה יש לוודא כי קיים בסיס רלוונטי להשוואה. ככלל, מעטים הם המקרים בהם יימצא בסיס רלוונטי שכזה, כך שידרשו התאמות מסוימות אשר עלולות להביא לעיוות של הנתונים.⁷² השוואת מחיר המוצר הנבחן מול מחיר מוצר דומה בשווקים גיאוגרפיים אחרים עלולה להיות בעייתית לנוכח ההבדלים בתנאים השוררים בהם, ובכלל זה תנאי מיסוי, רגולציה, עלות תשומות ועוד.⁷³ אשר לעריכת השוואה למוצרים מתחרים באותו שוק גאוגרפי

⁶⁷ עלויות שקועות הן עלויות שהושקעו לצורך הקמת יכולות הייצור, בשלב פיתוח המוצר או בפיתוח מוצרים שלא הגיעו לכדי גמר. עלויות אלו אינן באות לידי ביטוי בעלות השולית של המוצר ויש לשקול כיצד יש להתחשב בהן כאשר באים להשוות את מחיר המוצר לעלות ייצור.

⁶⁸ להרחבה על הקשיים שנמנו וקשיים נוספים שביישום המבחן ראו: O'Donoghue & Padilla, בעמודים 762-767. ⁶⁹ WACC – Weighted Average Capital Cost – מקובל להשתמש במדד זה הברוח את עלות ההון המשוקללת של החברה כמדד ייחוס בניתוח רווחיותה. למדד זה מקובל להשוות מדדים הנסמכים על ביצועי החברה כפי שהם משתקפים בדוחותיה הכספיים וביניהם: TIRR – Total Internal Rate of Return – המחשב את סך תזרימי המזומנים הצפויים לחברה מהוונים לנקודת הזמן הנבחרת, לאפס: ROCE – Return On Capital Employed; המייצג את שיעור התשואה שמייצרים נכסי החברה ומחושב על-פי חלוקת רווחי החברה ללא הוצאות מימון בסך ההון הפעיל בנקודת זמן מסוימת. ראו בהרחבה על המדדים השונים: נספח לגילוי דעת 1/17, בעמודים 21-22 והאסמכתאות הנזכרות שם.

⁷⁰ מסמך ה-OECD, בעמוד 64, וראו הקשיים הנוספים המצויינים שם; Robert Lind & Mike Walker, *The (Mis)use of profitability analysis in competition law cases*, 25(7) EUROPEAN COMPETITION L. REV. 439-446 (2004).

⁷¹ Evans & Padilla, בעמודים 8-7, והאסמכתאות הנזכרות שם.

⁷² חוות-דעת Wahl, בפסקאות 39-40.

⁷³ להרחבה על הקשיים הנוספים שבהשוואה בין שווקים גיאוגרפיים שונים בראי הפסיקה האירופית, ראו: O'Donoghue & Padilla, בעמודים 769-772; עניין AKKA.

– יש לקחת בחשבון שלחברות שונות עשוי להיות מבנה עלויות שונה; מגוון הפעילויות בו הן עוסקות שונה; השקעותיהן במיתוג ובפרסום שונות וכו'. כמו כן, ייתכן כי השוני במחיר בין מוצרי החברות נובע מהבדלי איכות ובידול. כך, יישום מבחן ההשוואה ביחס למוצרי פירמה דומיננטית ומתחרה באותו ענף עשוי אף להעלות סתירה פנימית: אם המתחרים משווקים מוצרים תחליפיים למוצר אשר נטען כי הוא מתומחר באופן בלתי הוגן, לא ברור מדוע הצרכנים אינם קונים מהמתחרה הזול יותר. מנגד, אם המוצרים המתחרים אינם תחליפיים, כנראה שההשוואה ממילא אינה אינפורמטיבית.⁷⁴

74. אשר להשוואת מחיר המוצר של בעל המונופולין לאורך פרקי זמן שונים – במקרה מעין זה, יש לקחת בחשבון ולנסות לנטרל גורמים נוספים שעשויים להשפיע על מחיר המוצר לאורך זמן. גורמים מעין אלה עשויים להיות גורמים חיצוניים שיביאו לעלייה בעלות התשומות, או אפילו החלטות עסקיות לגיטימיות על-פני תקופות שונות וכיו"ב.⁷⁵

75. הקשיים היישומיים שהוצגו, לצד הקושי הקונספטואלי הכללי שבניסיון להתחקות אחר המחיר התחרותי ולקבוע האם המחיר הנבחן הוא "גבוה" במונחים כלכליים, מביאים למסקנה שמרווח הטעות הוא גדול. בשל כך, ובשל העובדה שמחיר טעות מסוג אכיפת יתר גדול ממחיר הטעות מסוג אכיפת חסר – יש חשיבות לנקוט משנה זהירות באכיפתה של העילה הנדונה.

76. הזהירות האמורה מחייבת אם כן שהשימוש בעילה נשוא הדיון תיעשה רק במקרים בהם קיים מכלול רחב ככל האפשר של אינדיקציות המצביע באופן ברור על גביית מחיר מופרז. ככלל, יש לעשות שימוש במספר מבחנים (ככל הניתן ובהתאם לנסיבות המקרה),⁷⁶ ולפעול במקרים המובהקים שבהם המסקנה שעולה בבירור היא כי בעל המונופולין גובה מחיר גבוה באופן משמעותי ועקבי מהמחיר התחרותי.⁷⁷ רק לאחר קביעה שכזו, יש לעבור לשלב הבא ולבחון האם המחיר המופרז שנגבה הוא גם בלתי הוגן. בהקשר זה ייאמר, כי אמנם ישנה עמדה הגורסת שניתן להסתפק באחד מהמבחנים בלבד לצורך קביעה כי עסקינן במחיר גבוה באופן משמעותי מהמחיר התחרותי,⁷⁸ אך מדובר בעמדה שעל פניה, אינה רווחת בפסיקה ובספרות המשפטית המרכזית בתחום.

2.1. השלב השני במבחן הדו שלבי – המחיר הגבוה שנגבה הוא בלתי הוגן

77. כאמור, כדי לבסס את העילה לפיה מחיר שנקבע על-ידי בעל המונופולין מהווה הפרה של חוק התחרות הכלכלית, לא די בכך שהמחיר הוא גבוה באופן משמעותי מהמחיר התחרותי, אלא עליו להיות גם "בלתי הוגן" כלשון סעיף 29 לחוק. ככלל, מטרת ניתוח "הוגנות" המחיר היא לבחון האם מקורו של המחיר

⁷⁴ Mark Williams., *Excessive Pricing*, in SWEDISH COMPETITION AUTHORITY, THE PROS AND CONS OF HIGH PRICES 128, 149 (2007). להרחבה על קושי זה והקשיים הנוספים שבהשוואה בין מוצרי חברות מתחרות בראי הפסיקה האירופית, ראו O'Donoghue & Padilla, בעמודים 767-769.

⁷⁵ חוות-דעת Wahl, בפסקה 41. להרחבה על קושי זה והקשיים הנוספים שבהשוואה של מחיר המוצר של בעל המונופולין על פני זמן בראי הפסיקה האירופית, ראו O'Donoghue & Padilla, בעמודים 772-773.

⁷⁶ בהקשר זה יצוין, כי בעניין Flynn, בפסקה 97, נקבע כי לרשות התחרות הבריטית נתון מרחב תמרון כיצד לבחון את העילה; היא אינה מחויבת להפעיל את כלל המבחנים האפשריים לבחינת העילה ובאפשרותה להסתפק במבחן אחד בלבד. בצד זאת, ככל שבעל המונופולין מתייחס למתודולוגיות בחינה וראיות אחרות בטיעוני ההגנה שלו, חלה על הרשות חובה להתייחס לטיעוניו ולשקללם בהחלטתה.

⁷⁷ ראו בהקשר זה החלטת בית הדין האירופי בעניין AKKA בה נקבע בפסקה 55 כדלקמן: "... a difference between rates ... may be qualified as 'appreciable' if it is both significant and persistent on the facts, with respect, in particular, to the market in question, this being a matter for the referring court to verify." והאסמכתאות הנוכחות שם; ראו גם: Motta & de Streel, בעמודים 37-38, חוות-דעת Wahl, בפסקה 43-45, O'Donoghue & Padilla, בעמוד 797-799; גילוי דעת 1/17, בעמוד 12.

⁷⁸ ראו: אזרחי וגילה, בעמוד 314.

הגבוה שנמצא הוא בניצול לרעה של הכוח המונופוליסטי, או שמא הוא נובע מסיבה לגיטימית אחרת. בעמדת האיחוד האירופי במסגרת השולחן העגול של ה-OECD שנערך ביחס לעילה, נקבע כי גם אם נמצא לפי מבחן העלויות כי ישנו פער בין מחיר המוצר לעלות הייצור, עדיין יש לבחון האם מדובר במחיר בלתי הוגן. במסגרת כך, הוגדרה מטרת שלב בחינת "ההוגנות" כדלקמן:⁷⁹

"The second limb of the test implies that it cannot be determined from a comparison of prices and costs alone whether prices are abusive. A high profit margin may result both from the exercise of market power by setting high prices and from superior efficiency of the dominant firm leading to low costs or a superior product. It is therefore necessary to find out whether a high profit margin originates from the exercise of market power due to a lack of effective competition or from superior efficiency in terms of costs or innovation, in other words whether it originates from high prices or from low costs/a superior product".

78. באופן דומה קבע Advocate General Wahl בחוות-דעתו כי:⁸⁰

"The second step in the analysis is to investigate whether the difference in price is merely the result of an abusive use of market power by the dominant undertaking, or the consequence of other legitimate reasons".

79. היועץ המשפטי לממשלה ישוב וידגיש, ההחלטה מתי מחיר גבוה משמעותית מהמחיר שהיה נקבע בתנאי תחרות הופך להיות גם בלתי הוגן טומנת בחובה הכרעה ערכית במהותה בדבר הוגנות המחיר שנגבה מהצרכנים.⁸¹ בשונה מהמקרה של מחיר "טורפני", בו משמשת תכליתו המרכזית של חוק התחרות הכלכלית – ההגנה על התחרות – ככלי עזר משמעותי בקביעה האם המחיר אינו הוגן; במקרה של מחירים גבוהים התכלית המרכזית של האיסור – מניעת פגיעה בציבור – עמומה יותר, ובהתאם ההכרעה בעניין זה מורכבת יותר ועליה לקחת בחשבון את השלכותיה על המשק הנבחנות בכלים כלכליים. כמו כן, הכרעה זאת משלבת בתוכה איזון בין שיקולים של הטווח הקצר לבין שיקולים של הטווח הארוך.⁸²

80. גילוי דעת 1/17, המתבסס על הספרות הכלכלית והמשפטית בתחום וכן על הדין האירופי, מונה מאפיינים שונים של בעל המונופולין, השוק הנבחן ונסיבות העניין, המסייעים לצקת תוכן לניתוח "ההוגנות" המחיר הגבוה. יצוין, כי מאפיינים אלה מתווים פרשנות של מונח ההוגנות כמו גם את מדיניות האכיפה של הרשות בעת ובעונה אחת. עוד יצוין, כי עיקר שיקולים אלו הובאו גם בגילוי דעת 1/14 כמנחים את מדיניות האכיפה של הרשות ביחס לעילה.⁸³

81. כך למשל, יש לבחון את יחסי הכוחות בין בעל המונופולין לבין הצרכן. ככל שפערי הכוחות בין הצדדים גדולים יותר ומדובר בשוק שבו יש למוצר או לשירות ביקוש קשיח, כמו למשל במקרה של מוצרים חיוניים ובכלל זה בשוק התרופות הגנריות, כך גבייתם של מחירים גבוהים עשויה להיחשב לבלתי הוגנת. במקרים אלה רכישת המוצר היא חיונית ולצרכנים אין אפשרות אמיתית להמנע מרכישת המוצר.⁸⁴ מנגד, ככל שמדובר במוצרים שהביקוש עבורם אינו קשיח ואף יש אלטרנטיבות נוספות בשוק למוצר זה רכישת המוצר תהיה תוצאה של הצלחתו לבדל את מוצריו ומכאן כי המחיר הגבוה שנגבה אינו בלתי הוגן. בהקשר זה, יש לייחס משקל גם למעמדו בשוק של בעל המונופולין. ככלל, כאשר בעל המונופולין, באופן עקבי

⁷⁹ עמדת האיחוד האירופי במסמך ה-OECD, בעמוד 318.

⁸⁰ חוות-דעת Wahl, בפסקה 21.

⁸¹ חוות-דעת Jenny, פרק 3.

⁸² ראו: Motta & de Streel, בעמוד 19; גל ונבו, תורת ההחלטות, 298-299.

⁸³ גילוי דעת 1/14, בעמודים 17-18.

⁸⁴ כגון מקרים בהם הביקוש למוצר או לשירות מסוימים קשיח.

ולאורך זמן, קרוב לשליטה מוחלטת בשוק, זו עשויה להיות אינדיקציה לכך שהמחיר הגבוה שנגבה הוא בלתי הוגן.⁸⁵

82. שיקולים מרכזיים נוספים לעניין זה נוגעים לנזק הישיר שנגרם לצרכנים. כאשר המחיר הגבוה נגבה על-ידי בעל המונופולין לאורך זמן, וככל שמדובר במוצר המשתייך לקבוצת מוצרים חיוניים בעיני הצרכנים הרוכשים את המוצר,⁸⁶ או כאשר מדובר בתשומה חיונית לכמות גדולה של מצרכים ושירותים אחרים במשק, ילקחו פרמטרים אלה כשיקול לקביעה כי מדובר במחיר שאינו רק גבוה אלא גם בלתי הוגן.

83. לכך ניתן להוסיף שיקולים הנוגעים לנסיבותיו הפרטניות של כל שוק ואשר מלמדים על היעדר תחרות אפקטיבית שמאפשרת ניצול מעמד לרעה, למשל – חסמי כניסה משמעותיים לשוק עשויים ללמד כי המחיר הגבוה שנגבה הוא כתוצאה מהיעדר תחרות בשוק (וכי לא צפוי תיקון המחיר באמצעות כוחות השוק), ולכן בלתי הוגן. זאת ועוד, כאשר בעל המונופולין הגיע למעמדו הודות לנסיבות היסטוריות הנוגעות לאופן תכנון השוק על-ידי המדינה; או כתוצאה מסביבה רגולטורית אשר הכבידה על התפתחותה של תחרות או פעילות של בעל המונופולין עצמו שנועדה לדחוק מתחרים ולבצר את מעמדו, תהא אף זו אינדיקציה למחיר שאינו הוגן. מנגד, בתחומים עתירי סיכון הדורשים השקעה, חדשנות ופיתוח, בהם אך סביר שמחיר המוצר ישקף רווחיות גבוהה באופן יחסי.

84. כמו כן, כאשר עולה חשש שהמחירים הגבוהים הנגבים על-ידי הפירמה מונעים היווצרות מוצרים ושירותים חדשים בשווקים משיקים או גורמים לדחיקת מתחרים משווקים משיקים,⁸⁷ יהיה בכך שיקול לקביעה כי המחיר הוא בלתי הוגן.

85. בהקשרים אלה, יש לייחס משקל לרציונאל הכלכלי בבסיס גביית המחיר הגבוה על-ידי בעל המונופולין. ברי, ששונה המקרה בו בעל מונופולין גובה מחיר גבוה לאחר השקעות נכבדות בשיווק המוצר, בביסוס תדמית יוקרה או במחקר ופיתוח, לבין מקרה בו בעל מונופולין גובה מחיר גבוה במיוחד עבור תשומה שתוצאתה דחיקת או החלשת שחקנים המתחרים בו בשוק אחר. על רצף המקרים שבין דוגמאות קיצוניות אלו ניתן לזהות תמריצים כלכליים של בעלי מונופולין המתמצים בניצול כוח שוק משמעותי לעומת מקרים אחרים שבהם מדובר באינטרסים לגיטימיים.

86. השיקולים האמורים שנועדו לבחון את הוגנות המחיר אינם נכללים תמיד במפורש במבחן הדו-שלבי שנקבע בדין האירופי, ולפיכך, עשויים להיתפס כהחמרה של התנאים לשימוש בעילה. ואולם, מבט מעמיק אל תוך הפסיקה האירופית והחלטות נציבות התחרות האירופית כמו גם החלטות רשויות תחרות מדינתיות מלמדנו, כי שיקולים אלה נלקחים בחשבון בעת קבלת החלטה הנוגעת לשימוש בעילה (ואף נראה כי לעיתים ניתן להם משקל בכורה).⁸⁸

⁸⁵ ראו למשל Motta & de Streel, בעמודים 22-23 ו-42, וכן במסמך ה-OECD, בעמוד 50, והאסמכתאות הנזכרות שם.
⁸⁶ לעניין זה, "מוצר חיוני" ייחשב מוצר שעקומת הביקוש של צרכניו קשיחה וכמות המוצרים שמהווים תחליפים סבירים בעיני הצרכן נמוכה במיוחד.

⁸⁷ להגדרת שוקי מוצר משיקים ראו סעיף 1 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות) (הוראת שעה), התשס"ו-2006.
⁸⁸ ראו למשל, עניין Scandlines, בפסקה 232, שם נקבע כדלקמן: "In the present case, the economic value of the product/service cannot simply be determined by adding to the approximate costs incurred in the provision of this product/service as assessed by the Commission, a profit margin which would be a pre-determined percentage of the production costs. The economic value must be determined with regards to the particular circumstances of the case and take into account also non-cost related factors". עמוד 317: "The case law described above shows that the Commission and European Courts addressed the question of excessive prices only in markets with an entrenched dominant position where entry and expansion of competitors could not be expected to ensure effective competition in the foreseeable future". יצוין, כי דומה שגם המבחנים המוצעים בספרות המשפטית בתחום, כוללים שיקולים אלה באופן מוצהר – ראו בהקשר זה האסמכתאות בפסקה 40 לעמדה זו. לבסוף יובהר, כי חלק מן השיקולים שהובאו אף נכללים במבחן האירופי לעילה כבר בעת הבחינה האם עסקין בפירמה דומיננטית.

87. כך למשל נראה, כי שיקולים כגון-דא, עומדים בבסיס השימוש הגובר בעילה בשנים האחרונות בכל הנוגע להתמודדות עם מחירים מופרזים של תרופות גנריות. כפי שעולה ממסמך ה-OECD בסוגית החלת העילה ביחס למחירי תרופות גנריות, המקרים שבהם נאכפה העילה הם בעלי מאפיינים דומים, שבהם נראה כי התועלת עלתה על העלות של החלת העילה. בין היתר, מדובר במקרים שעסקו בתרופות שהפוטנציאל שלהן פג מזה זמן, כך שההשפעה השלילית על חדשנות היא מוגבלת; בשינוי משמעותי ופתאומי של המחיר; בתרופות חיוניות למטופלים, אשר הביקוש אליהן היה קשיח מצד המטופלים או המוסדות הרפואיים אשר רוכשים אותן עבורם; במקרים בהם לא הייתה קיימת אלטרנטיבה תחרותית לתרופות האמורות או כניסה צפויה של מתחרים לשוק; ולא נראה היה כי יש בנמצא התערבות רגולטורית אחרת שעשויה לרפא, בטווח הזמן הקרוב, את הפגיעה מקיומו של המחיר הגבוה.⁸⁹ שיקולים אלה אף עומדים בעת נוכחית בבסיס בחינת רשות התחרות בישראל את האפשרות לנקוט בצעדי אכיפה בגין גביית מחיר מופרז בתחום התרופות הגנריות.

88. יתרה מזאת, אי-שקילת השיקולים האמורים במסגרת בחינת הוגנות המחיר הנגבה, עלול להביא לתוצאות אבסורדיות של שימוש בעילה. כך למשל, בחינה צרה של המחיר שנגבה בעבור מוצרים המתויגים כמוצרי יוקרה בתחומים שונים בראי מבחני העלויות, הרווחיות וההשוואה בלבד, תוביל במרבית המקרים, מטבע הדברים, למסקנה כי המחיר שנגבה הוא מחיר בלתי הוגן גבוה. ספק רב אם אלה המקרים אותם ביקש המחוקק הישראלי למנוע, וממילא במקרים אלה הצרכן מודע לפער אל מול מוצרים דומים ואף מעוניין לעתים ברכישת מוצר דווקא משום שמחירו גבוה.

89. לסיכום חלק זה, הדרך לעמוד על העובדה שהמחיר שנגבה אינו רק גבוה אלא גם בלתי הוגן עוברת דרך **בחינת אינדיקציות שונות ונסיבותיו הספציפיות של הענף המדובר – בחינת נסיבות העניין.** בהתאם לנהוג בכל שיטות המשפט שבהן קיים איסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה, גם בישראל שימוש בעילה צריך להיעשות בזהירות המתבקשת ותוך מודעות להשלכות הכלכליות על התחרות הדינמית בענף הנבחן, כמו גם להשלכות כלל משקיות של שימוש כאמור. ככלל, ובמסגרת המבחן הדו-שלבי, יש לקבוע הן שמדובר במחיר גבוה באופן משמעותי והן שמדובר במחיר בלתי הוגן. לצורך השלב הראשון במבחן זה ולשם הזהירות האמורה נדרש כי יתקיימו מספר אינדיקציות (רב ככל הניתן) לכך שבעל המונופולין גובה באופן עקבי ומתמשך מחיר גבוה באופן משמעותי מהמחיר התחרותי. לצורך השלב השני במבחן זה נדרש לבחון, בין היתר, קיומם של פערי כוחות משמעותיים בין בעל המונופולין לצרכן; חסמי כניסה משמעותיים; ביקושים קשיחים והיעדר אלטרנטיבות סבירות לצרכנים, קיום טעמים טובים למחירים הגבוהים הנגבים על ידי החברה הדומיננטית כגון: חדשנות ובידול מוצרים, נטילת סיכונים וכיו"ב – כל זאת, באופן שיש בו כדי ללמד שהמחיר הגבוה שנגבה נובע מניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי ותו לא. בחינה של מחיר בלתי הוגן גבוה אך ורק על-פי קיומו של מחיר גבוה מהמחיר התחרותי חוטאת אם כן ללשון החוק ולתכלית העילה.

ז. מן הכלל אל הפרט

90. לאחר שהוצג אופן היישום הראוי של העילה, יבחן עתה היועץ המשפטי לממשלה את יישום העילה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בהחלטה מושא בקשת רשות הערעור דנא.

⁸⁹ מסמך ה-OECD – תרופות, עמוד 19. ראו גם: Margarita Colangelo & Claudia Desogus "Antitrust Scrutiny of Excessive Prices in the Pharmaceutical Sector: A Comparative Study of the Italian and UK Experience" World Competition: L. & Economics Rev., Vol. 41, No. 2 (2018).

91. בענייננו, הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד המבקשת בטענה שזו ניצלה לרעה את כוחה המונופוליסטי על-ידי גביית מחיר בלתי הוגן גבוה מלקוחותיה עבור בקבוק 1.5 ליטר של משקה קוקה-קולה. בהחלטתו קבע בית המשפט המחוזי מבחן תקדימי לאופן היישום של בחינת עילת מחיר בלתי הוגן גבוה, השונה מהמבחן הדו-שלבי שהוצג לעיל, כדלקמן:⁹⁰

"מבנה העילה של מחיר מופרז הוא דו-שלבי: תחילה יש לבחון את התקיימות תנאי הסף – קיומו של בעל מונופולין על-פי ההגדרה בחוק התחרות הכלכלית (פסקה 32 לפסק הדין **צדוק**); לאחר מכן, יש לבחון האם בעל המונופולין ניצל לרעה את מעמדו בשוק באמצעות קביעת מחיר בלתי הוגן, וזאת תוך התייחסות לשני פרמטרים המקיימים ביניהם יחס של מקבילית כוחות: (א) כוח שוק של המונופול המאפשר לו לנצל את מעמדו לרעה (ראו פסקאות 34-38 לפסק הדין **צדוק**); (ב) הפער שבין התמחור בפועל לתמחור מבוסס עלויות, הנבחן באמצעות שלושה מבחני עזר: מבחן עלויות הייצור, מבחן השוואה ומבחן ניתוח הרווחיות (ראו בפסקה 39 לפסק הדין **צדוק**). כפי שציינתי בעניין **צדוק**, לגישתי, כל אחד מהמבחנים הללו הוא אינדיקציה רלוונטית לקיומו של מחיר בלתי הוגן. לפיכך יש לאפשר שימוש מצטבר במכלול המבחנים הללו, תוך שההחלטה בעניין זה יכולה להישען על אחד או יותר מהם" [ההדגשות במקור].

92. המבחן הדו-שלבי המוצע שפורט לעיל והזהירות המתחייבת ביישומו כעולה לעיל הוא המבחן הראוי לגישת היועץ המשפטי לממשלה, אותו מתבקש בית משפט נכבד זה לאמץ וזאת, מן הטעמים שהובאו לעיל. המבחן התקדימי אותו החיל בית המשפט קמא הנכבד אינו דומה למבחן האמור והוא עשוי, בכל הכבוד, להוביל לשגיאות גדולות יותר ביישומה של העילה. בנוסף אין במבחן שאימץ בית המשפט קמא הנכבד כדי להעניק משקל מספק לתכליות העיקריות שבבסיס דיני תחרות בכלל וביסוד סעיף 29א לחוק התחרות בפרט. עיקר הבעיות שמעורר המבחן שנקבע בפסק דינו של בית משפט קמא הנכבד הינם כדלקמן:

93. **ראשית**, קיימים קשיים בקביעתו של בית המשפט קמא הנכבד כי בבסיסו של המבחן ליישום העילה מתקיימת מקבילית כוחות לפיה "ככל שכוח השוק משמעותי יותר, תהיה מוצדקת התערבות שיפוטית, גם כאשר הסטייה מהתמחור התחרותי תהיה מתונה יחסית".⁹¹

94. קביעה זו נעדרת, בכל הכבוד, הצדקה כלכלית, ואף עלולה לפגוע בתמריצים הכלכליים במשק באופן שיגרום יותר נזק מתועלת לרווחת הצרכן. כך, קביעה לפיה מי שהשיג כוח שוק משמעותי לא יכול לגבות מחיר שעולה על המחיר התחרותי באופן מתון, עלולה לאיין את התמריצים לעידוד תחרות וחדשנות, כאמור לעיל. הבנה כי לא ניתן לגבות מחיר שהוא מעל המחיר התחרותי, ולו באופן מתון, תימנע את התמריצים להיכנס לשוק מלכתחילה או לייצר בידול בין המוצרים ולשפר את איכותם, ובכך תפגע בדינמיקה התחרותית של השוק. זאת ועוד; קביעה זו מתמרצת פירמה שכבר מחזיקה בכוח שוק משמעותי ביותר לגבות מחיר מופרז, מתוך הבנה שבין אם תגבה מחיר מתון מעל המחיר התחרותי ובין אם תגבה מחיר מופרז היא חשופה לטענה על הפרת החוק בשל קביעת מחיר בלתי הוגן גבוה. התמריץ של הפירמה להותיר את המחיר שנגבה ב"מתחם ההוגנות" ולעשות שימוש מוגבל בכוחה, פוחת. מצבים בהם פירמה בעלת כוח שוק משמעותי גדול במיוחד גובה מחירים שגבוהים רק במעט מעל מחיר תחרותי הם מצבים המלמדים דווקא על ריסון ואי ניצול של מלוא כח השוק הטמון בידי בעל המונופולין.

95. בנוסף, לנוכח העלויות בהפעלת העילה תוך התערבות במנגנון השוק החופשי והסכנה הטמונה בה לפגיעה בדינמיקה התחרותית של השוק ועל אחת כמה וכמה במקרים של אכיפת יתר (כפי שהוצג לעיל), ובהינתן הסיכוי המשמעותי לטעות ביישום העילה, יש לאכוף ממילא את העילה רק כאשר נמצא כי עסקינן במחיר

⁹⁰ החלטת בית המשפט קמא, בפסקה 14.

⁹¹ עניין **צדוק**, בפסקה 44. יוזכר, כי פסק הדין בעניין **צדוק** וההחלטה מושא בקשת רשות הערעור דגא ניתנו באותו היום וכי בית המשפט המחוזי מפנה לעניין **צדוק** לצורך הבהרת קביעותיו, לרבות קביעותיו בעניין מקבילית הכוחות.

גבוה באופן משמעותי מהמחיר התחרותי. אכיפת העילה במקרים בהם מדובר בפער מתון צפויה להוביל לשימוש בעילה במקרים לא מתאימים, באופן שיפגע בסופו של דבר בתחרות בשוק.

96. זאת ועוד, חלקה השני של מקבילית הכוחות הינו "כאשר כוח השוק אינו רב, תידרש הוכחה של חריגה משמעותית מאוד מהתמחור התחרותי על-מנת להצדיק התערבות שיפוטית באמצעות העילה של תמחור מופרז".⁹² בפועל, דומה כי מדובר בקבוצת מקרים ריקה. כוח שוק מוגדר באמצעות היכולת של בעל כוח השוק להעלות מחירים מעל למחיר התחרותי בשוק מבלי לאבד נתח שוק.⁹³ לכן, אם נקבע שפירמה מסוימת גבתה מחיר שהוא בפער משמעותי מהמחיר התחרותי של אותו המוצר (מבלי לאבד נתח שוק משמעותי), משמעות הדבר שיש לה כוח שוק משמעותי ביותר ולא כוח שוק מוגבל בלבד.⁹⁴ לפיכך, יש קושי לקבוע כי העילה תחול במקרים מעין אלו. יודגש, גם אם סיטואציות אלו אינן קיימות במציאות, קביעה כי העילה חלה עליהן עלולה רק להגדיל את המרווח לטעות ולהנחות את בתי המשפט בצורה שגויה.

97. עניינו הרואות, כי אין כל מקום או תועלת בקביעת מבחן מקבילית הכוחות הקובע יחסי גומלין של בין מידת כוח השוק לרמת גובה המחיר. כאשר שני גורמים מקיימים ביניהם יחס גומלין שמכונה "מקבילית כוחות" המשמעות היא, שככל שמשקלו של גורם אחד גדול יותר, כך ניתן יהיה להסתפק בגורם שני בעל משקל פחות יותר.⁹⁵ ואולם בענייננו, נדרש כי הפירמה הנבחנת גם תחזיק בכוח שוק משמעותי, וגם תגבה מחיר בלתי הוגן גבוה.

98. הדרישה להתקיימות שני היסודות כאחד (כח שוק משמעותי רב ומחיר בלתי הוגן גבוה) הולמת גם את הניתוח הכלכלי המקובל, אשר צופה את יכולתן של פירמות לגבות מחיר גבוה במיוחד דווקא במצבים בהם כח השוק שלהן הוא בעל עוצמה רבה במיוחד. משמע, ההצדקה להחלת העילה מתקיימת כאשר נגבה מחיר גבוה באופן משמעותי ולאורך זמן מעל המחיר התחרותי ומחיר זה נגבה בעקבות ניצול לרעה של הכוח המונופוליסטי – ובמקרים אלה בלבד.

99. שנית, המבחן אותו אימצה רשות התחרות בישראל, ולפי עמדת היועץ המשפטי לממשלה ראוי לאמץ, הוא מבחן דו-שלבי. בשונה מכך, מסקנת בית המשפט הנכבד קמא נגזרת מאימוץ מבחן שהוא למעשה חד-שלבי, הכולל רק את שלב בחינת גובה המחיר, ללא בחינת ההוגנות שלו – על כל השיקולים שהוא כולל, כפי שהובא לעיל. אמנם נכתב בפסק הדין כי מדובר במבחן דו שלבי אך ניתן לראות כי השלב הראשון במבחן שיושם בפסק דינו של בית המשפט קמא הוא תנאי הסף של קיום מונופולין שאיננו בגדר שלב במבחן הדו שלבי שתואר לעיל. בכלל זה, המבחן שאימץ בית המשפט קמא לא כולל התייחסות של ממש לנסיבות השוק הפרטני שנבחן, מערך התמריצים בו ויתר השיקולים החשובים שפורטו לעיל במסגרת בחינת ההוגנות של המחיר. על חשבון השיקולים האמורים, מבחן מקבילית הכוחות מעניק, הלכה למעשה, משקל כפול לשאלת קיומו של בעל מונופולין – פעם ראשונה בתנאי הסף שאכן עסקין בבעל מונופולין; ופעם שנייה במסגרת מקבילית הכוחות בעת בחינת כוח השוק. אמנם יש משמעות למידת כוח השוק של בעל המונופולין לעניין בחינת "הוגנות" המחיר, שם יהא זה שיקול נוסף בכלל השיקולים שישקלו. אך מכיוון שכוח שוק לא מעיד בהכרח על היותו של מחיר בלתי הוגן גבוה, הוא לא יכול להיות מרכז הכובד של הבחינה כולה בהקשר זה. יש פרמטרים ושיקולים נוספים שחשוב לבחון כדי לבסס מסקנה ביחס לאי-הוגנות מחיר מסוים.

100. שלישית, קיים קושי בקביעת בית המשפט קמא כי יש לשאוף לתמחור מבוסס עלויות, ולקבוע את עלות ייצור המוצר כמדד הייחוס למחיר שנגבה על-ידי בעל המונופולין.⁹⁶ כאמור, מבחן העלויות מהווה

⁹² עניין צדוק, בפסקה 44.

⁹³ ראו גילוי דעת 2/19, בעמוד 2.

⁹⁴ לביקורת דומה ראו: אזרחי וגילה, בעמוד 324.

⁹⁵ ראו למשל: ע"פ 8589/13 רמילאת נ' מדינת ישראל, בפסקה 26 לפסק דינו של כב' הש' י' דנציגר (פורסם בנבו, 27.1.2015).

⁹⁶ ראו בהקשר זה גם עניין צדוק, בפסקה 27.

אינדיקציה מסוימת למופרזות המחיר שנגבה, אך הוא אינו חזות הכל. על-מנת לבצע שימוש בעילה, יש לבחון האם המחיר שנגבה גבוה באופן משמעותי מהמחיר שהיה צפוי להיקבע בתנאים של תחרות מספקת כאשר מבחן העלויות משמש כאינדיקציה אחת לעניין זה, כמפורט לעיל בהרחבה.

101. **רביעית**, כפי שפורט לעיל בהרחבה, בנסיבות העניין דומה כי לא היה מקום להסתמך על אינדיקציה אחת בלבד על-מנת להגיע למסקנה כי המחיר שנגבה הוא מחיר בלתי הוגן גבוה, ובפרט בהתחשב בכך שעל פניו, בהתייחס למוצר ולשוק המדובר, שימוש במבחנים אחרים היה אפשרי וזמין.⁹⁷

102. על כך יוסיף היועץ המשפטי לממשלה, כי המבחן המוצע במסגרת עמדה זו אומץ בגילוי דעת 1/17 שפרסמה רשות התחרות, אשר אמונה על תחום זה, לאחר דיון ציבורי ופנימי מקיף ודומה כי בית המשפט קמא לא העניק לכך כל משקל. הלכה עקבית ומושרשת בדיון הישראלי היא שבית המשפט מעניק לגורם המאסדר משקל רב בעת שנבחנת פרשנותו להוראות הדין המסדיר את השוק בפיקוחו.⁹⁸ כך בפרט ביחס לרשות התחרות, שבית המשפט הנכבד כבר הכיר בידע ובמומחיות שלה כ"בעלי משקל מיוחד",⁹⁹ וכאשר על הפרק סוגיות כלכליות מורכבות ומסובכות בעלות השלכות משמעותיות על התחרות החופשית במשק.

103. לבסוף, יש להתייחס גם לקביעות בית המשפט קמא הנכבד ביחס לנטל ההוכחה הנדרש על-מנת לאשר תובענה ייצוגית בעילת מחיר בלתי הוגן גבוה. בענייננו, בית המשפט יישם גישה משפטית תקדימית הקושרת בין נטל ההוכחה המוטל על המבקש בשלב בקשת האישור לבין היקף הגילוי הוולונטרי שביצעה המשיבה בתשובתה. במסגרת כך, בית המשפט נמנע מלהכריע האם המבקש הניח תשתית ראיתית ראשונית באופן המצדיק קבלת בקשתו למתן צו לגילוי מסמכים, אך הבהיר כי ככל שהמבקש תבחר שלא לחשוף את המידע באופן וולונטרי, הרף הראייתי שיידרש מהמבקש יותאם ויהיה נמוך באופן יחסי.¹⁰⁰ כל זאת, בהתבסס על גישה שהוצעה במאמרם של פרופ' אלון קלמנט וכב' השופטת רות רונן.¹⁰¹

104. מבלי לטעת מסמרות ביחס לאפשרות לאמץ בדיון הישראלי גישה הקושרת בצורה זו או אחרת בין היקף הגילוי לבין רף ההוכחה הנדרש מהמבקש על-מנת שתאושר הגשת תובענה ייצוגית; או ביחס לאופן יישום הגישה האמורה על-ידי בית קמא, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי לא היה מקום בנסיבות העניין להוריד את רף ההוכחה הנדרש מהמבקש בשלב אישור הבקשה עת עסקינן בתובענה ייצוגית המבוססת על העילה הנדונה. מורכבותה של העילה והזהירות הרבה הנדרשת ביישומה דווקא מחייבת, לגישת היועץ המשפטי לממשלה, רף הוכחה גבוה באופן יחסי על-מנת לאשר תובענה ייצוגית בעילת מחיר בלתי הוגן גבוה ולא להיפך.¹⁰² לעניין זה יפים דברי כב' השופטת (כתוארה אז) **נאור בעניין רייס**, בפסקאות 26-27, המדגישים כי על התובע להתייחס למכלול רחב של היבטים בבואו לבסס לכאורה כי נגבה מחיר מופרז בלתי הוגן, וכי

⁹⁷ ראה החלטת בין המשפט קמא, בפסקה 35: "לאחר שבחנתי את שלוש חוות הדעת, הגעתי למסקנה כי הפער הבלתי שנוי במחלוקת בין מחירי קוקה קולה לבין מחירי מתחריה העיקריים בשוק משקאות הקולה, פפסי ו-RC קולה, מהווה אינדיקציה מספקת, בשלב הדיוני בו אנו מצויים, ובשים לב לנטל ההוכחה המוטל על המבקש בתיק שלפניי, על מנת להצדיק את אישור התובענה כייצוגית".

⁹⁸ ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח, (פורסם בנבו, 31.5.2018), והאסמכתאות הרבות הנוכחות שם בנוגע למשקל שיש ליתן לעמדת הגורם המאסדר כאשר הוא מפרש את הוראות החקיקה. יצוין, כי מתקיים דיון נוסף ביחס לפסק הדין האמור ביחס לשאלת מעמד פרשנות הגורם המאסדר ביחס להנחיות שהוצאו על ידו במסגרת דנ"א 4960/18. בהקשר זה ראו את עמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה במסגרת הדיון הנוסף.

⁹⁹ ע"א 3389/06 הרשות להגבלים עסקיים נ' דור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ, בפסקה 26 לפסק דינה של כב' השי' א' פרוקצ'יה (6.12.2006).

¹⁰⁰ סעיפים 15-22 להחלטת בית המשפט קמא. ראו גם החלטת בית המשפט קמא בבקשה למתן צו לגילוי מסמכים מיום 20.7.2017.

¹⁰¹ אלון קלמנט ורות רונן "בחנית עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית" עיוני משפט מב 5, 40-51 (2019). יצוין כי הכותבים מבהירים במאמרם שגישתם המוצעת אינה תואמת את הדין הנוהג בישראל.

¹⁰² דומה כי גם קלמנט ורון מסכימים במאמרם שיישום גישתם משתנה ביחס לאופי העילה הנבחנת: "השילוב המיטבי של רף ההוכחה ושל כמות המידע שבית המשפט נחשף אליה ומידת ההעמקה שלו בהליך האישור אינו אחיד בכל סוגי התביעות. הוא נגזר מהנסיבות הספציפיות של כל מקרה: מהחשש מפני צינון התנהגות ראויה לנוכח סוג הפעילות, מהצורך ביצירת הרתעה הולמת, מהאפקטיביות האפשרית של ההרתעה לנוכח סוג ההפרה, ומהמידה שבה התביעה מתאפיינת בפערי מידע בין הנתבע לתובע" (ההדגשה אינה במקור). שם, בעמוד 31.

אין בפערי המידע שבין התובע לנתבע בכדי להצדיק את הנמכת רף ההוכחה בשלב אישור התובענה הייצוגית:

"לא אכחד כי מי שמבקש להגיש תובענה ייצוגית המבוססת על מחיר לא הוגן נוטל על עצמו, לעתים, משימה שאינה פשוטה כלל ועיקר. הניסיון האירופאי, כפי שסוקרת גל במאמרה, יוכיח. עם זאת תובע ייצוגי המבקש ליטול על עצמו משימה בלתי פשוטה שכזאת יכול למשל להגיש חוות דעת כלכלית היפותטית בשאלות כמו מה העלויות של הקמת חברת כרטיסי אשראי, מה הסיכונים ומה הרווחים וכל כיוצא באלה, וכפועל יוצא מכך מדוע המחיר המונופוליסטי איננו לכאורה מחיר הוגן. אם כך יראה אפשר גם שיצליח "לאלץ" את המשיבים שייתבעו להביא ראיות לסתור.....הדרך להתגבר על בעיית פער המידע איננה גלגולן של השאלות הטעונות הכרעה לשלב השני שלאחר אישור הגשת תובענה ייצוגית ופתיחת חזית חדשה".

105. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין בפירוט האמור כדי לקבוע מסמרות בדבר קיומו או אי קיומו של מחיר בלתי הוגן גבוה שנגבה על ידי המבקשת. אמנם, תנאי הסף שמחייב קיומו של מונופול מתקיים בענייננו, אך לצורך גיבוש עמדה זו לא התקיימה בחינה מקיפה ומלאה של המחיר שנגבה ביחס למחיר התחרותי ושל השוק ומאפייניו על מנת לגבש מסקנה ברורה בעניין. עם זאת, חשוב להדגיש כי ניתוח העילה על פי המבחן הדו-שלבי ובהתבסס על מאפייני השוק ויתר נסיבות העניין נדרש גם בשלב אישור הבקשה לנוכח טיבה של העילה והזהירות והריסון הנדרשים ביישומה. אך לא רק בשל כך. על מנת לקיים בהמשך בירור התובענה הייצוגית בחינה מדוקדקת יותר של קו הגבול שממנו רמת המחירים היא מופרזת ובלתי הוגנת נדרש לקבוע כבר בשלב האישור, למצער, בהערכה גסה כי הוא נחצה, כאשר בשלב השני של בירור התובענה יקבע קו הגבול המדויק. קביעה כי די לקבוע באופן לכאורי רמת מחירים גבוהה ואף זאת מבלי לבסס את כל יסודותיה ובכלל זה את יסוד ההוגנות, תפתח פתח רחב מידי לתביעות דומות נוספות ובכך תפגע בוודאות השווקים ובתמריצים להמשך פיתוחם.

סיכום

106. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי יש להכיר בקיומה של העילה בדין הישראלי, אך בצד זאת לנקוט בגישה זהירה באשר לעילת גביית מחיר בלתי הוגן גבוה על-ידי בעל מונופולין, וזאת לאור השיקולים שהוצגו לעיל. ראשית, השימוש בעילה אינו מטפל בהיעדר התחרות, אלא רק בסימפטום של התופעה ולכן יכול לסייע רק בטווח הקצר; שנית, שימוש תכוף בעילה עשוי לפגוע בתמריצים לחדשנות והתייעלות של פירמות וכן בתמריצים לכניסה של שחקנים חדשים לשוק; שלישית, בדיקת העילה היא מורכבת, באופן שעלול להוביל לחוסר ודאות ממשי ולפגוע בתמריצים ליצירת תחרות מספקת בשוק. שיקולים אלה רק מתעצמים בהינתן היתכנות גבוהה לטעות שתוביל לאכיפת יתר, שעלותה החברתית גבוהה מאחר שהיא עלולה לפגוע בתחרות ולפיקח לגרום נזק ארוך טווח לשוק ולצרכנים.

107. לאור שיקולים אלה, מוצע מבחן משפטי דו-שלבי ליישום עילת מחיר בלתי הוגן גבוה בדין הישראלי. לפי המבחן, ראשית יש לעמוד בתנאי הסף כי לחברה הנתבעת מונופול בשוק הרלוונטי. ככל שמדובר במונופול, יש לבחון בשלב הראשון האם המוצר נמכר במחיר מופרז ביחס למחיר בשוק תחרותי היפותטי. בשלב זה יש להיעזר בשלושה מבחנים, הם מבחן הפער בין עלויות הייצור לעלות המוצר; מבחן הרווחיות; ומבחן ההשוואה. בשל הקשיים הנובעים משימוש בכל אחד מהמבחנים בנפרד, נדרשות אינדיקציות רבות ככל האפשר בשלב זה על מנת להגיע לקביעה שאכן מדובר במחיר מופרז ביחס למחיר בשוק תחרותי היפותטי, וכן לנקוט משנה זהירות ביישום כל אחד מהמבחנים שלעיל. ככל שנקבע שאכן מדובר במחיר גבוה משמעותית מהמחיר התחרותי, יש לבחון בשלב השני האם המחיר גם בלתי הוגן, וזאת על-ידי בחינה של מספר שיקולים כמפורט לעיל ובמטרה לקבוע האם מקורו של המחיר הגבוה שנגבה הוא בניצול לרעה של הכח המונופוליסטי גרידא או שיש בבסיסו סיבות לגיטימיות.

היועץ המשפטי לממשלה סבור כי בהכרה בעילת מחיר בלתי הוגן גבוה ובנקיטת יישום זהיר שלה תוך אימוץ המבחן הדו שלבי האמור, יש איזון ראוי בין הערכים הציבוריים החשובים המעורבים בסוגיה – הגנה על הצרכנים וריסון יכולתם של גופים מונופוליסטיים לנצל את כוחם לרעה מחד גיסא, ושימור התמריצים המשקיים לחדשנות והתייעלות והגנה על הוודאות המשקית מאידך גיסא.

108. לבסוף, מבלי לקבוע מסמרות ולהביע דעה לגוף הנסיבות הספציפיות בבקשת רשות הערעור דן חשוב להוסיף ולהדגיש כי ניתוח העילה על פי המבחן הדו שלבי, בהתבסס על מאפייני השוק ויתר נסיבות העניין, נדרש גם בשלב אישור הבקשה. כמו כן, זהירות וריסון ביישומה מחייבים העמדת רף הוכחה גבוה גם בשלב זה.

לימור פלד

לימור פלד, עו"ד

סגנית מנהל המחלקה האזרחית

פרקליטות המדינה

היום, ט"ז סיון, תש"ף, 8 יוני 2020