

## האיסור על מחיר מופרז של בעל מונופולין: נאור נ' תנובה בראי גפניאל נ' החברה המרכזית

מאת :

דיויד גילה\*

רשימה קצרה זו מנתחת את פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין קוטג' תנובה<sup>1</sup> בראי פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין גפניאל<sup>2</sup>.

פסק הדין בעניין גפניאל הניח תשתית סדורה לניהול תובענות ייצוגיות בעילת המחיר המופרז. לענייננו, חשובות קביעותיו הבאות:

- שני הרציונליים המרכזיים מאחורי דיני התחרות בכלל והאיסור על מחיר מופרז בפרט הם מניעת נטל עודף ומניעת העברת ערך. בעיית הנטל העודף נובעת מהצרכנים שבגלל המחיר המופרז אינם רוכשים את המוצר המועדף עליהם. בעיית העברת הערך נובעת מהצרכנים המוכנים לשלם את המחיר המופרז וכך מתעשר בעל המונופולין על חשבונם.<sup>3</sup>
- בשלב הראשון, על התובע הייצוגי להראות כי המחיר הוא בפער מופרז ביחס למחיר התחרותי.
- התחקות אחר המחיר התחרותי כרוכה בבדיקה כלכלית, שיכולה להיות מבוססת על אחד משלושת מבחני העזר למציאת המחיר התחרותי: מבחן העלויות, מבחני השוואה, ומבחן הרווחיות.
- מבחן העלויות הוא המבחן המרכזי. כפי שקובעת השופטת ברון בעניין גפניאל: "הנחת המוצא בדיני התחרות היא שבתחרות משוכללת מחיר המוצר שווה לעלות האספקה שלו, בתוספת מרווח סביר המתמרץ את הפירמה לפעול בשוק. משכך, עלות אספקת המוצר משמשת אמת מידה טבעית לאומדן המחיר התחרותי שלו, והעמדה המקובלת היא שמבחן העלויות הוא המבחן המרכזי לבחינת מופרזות המחיר.... ועל מנת ליישמו יש לאמוד תחילה את עלויות הייצור, הן עלויות קבועות הן עלויות משתנות ... (ראו גם: גילה וקלמנט, 145)."<sup>4</sup>
- כפי שנקבע: "אין לשלול כי בנסיבות מסוימות התוצאה המתקבלת ממבחן עזר אחד תשמש ראיה מובהקת די הצורך כדי לבסס מסקנה בדבר מופרזות המחיר."<sup>5</sup>

\* הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב. המחבר כתב את גילוי דעת 1/14, שתמך בעילת המחיר המופרז, בהיותו הממונה על התחרות, וכתב חוות דעת מומחה שתמכה בתובענה ייצוגית נגד תן בייס וסיבוס על מחיר מופרז.  
\* אזכור מוצע: דיויד גילה "האיסור על מחיר מופרז של בעל מונופולין: נאור נ' תנובה בראי גפניאל נ' החברה המרכזית" פורום עיוני משפט (תגובות משפט) מז' (30.4.2023) [https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/post/\\_/gilo](https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/post/_/gilo)

<sup>1</sup> ע"א 4120/20 נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל (נבו) 20.3.2023 (להלן: עניין קוטג' תנובה).

<sup>2</sup> רע"א 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' גפניאל (נבו) 26.7.2022 (להלן: עניין גפניאל).

<sup>3</sup> שם, פסי' 39. זולת אם נאמר אחרת, כל ההפניות הן לפסק דינה של השופטת ברון.

<sup>4</sup> שם, פסי' 44.

<sup>5</sup> שם.

6. מופרזות המחיר מהווה אינדיקציה חזקה להיותו בלתי הוגן. משום כך, משהראה התובע הייצוגי כי המחיר נקבע בפער מופרז ביחס למחיר התחרותי, עובר הנטל אל בעל המונופולין להראות כי המחיר בכל זאת הוגן.<sup>6</sup>

7. משנמצא כי המחיר הוא בלתי הוגן, קמה חזקה חלוטה של הפרת סעיף 29א לחוק התחרות. אין צורך להראות, בנוסף, ניצול לרעה, או פגיעה מסתברת בתחרות או בציבור.<sup>7</sup>

### עניין קוטג' תנובה

פסק הדין בעניין קוטג' תנובה, מפי השופטת וילנר, כולל חלק ראשון אופרטיבי וחלק שני עם אמרות אגב.

במסגרת החלק האופרטיבי, בקבלה את ערעורה של תנובה, קובעת השופטת וילנר, בהסכמת השופטים רונן ושטיין, כי התובע הייצוגי לא עמד בנטל המוטל עליו להראות כי המחיר שתנובה גבתה הוא מופרז. משום כך, כפי שקובעת השופטת, אין צורך לנתח את השלב השני, שבו היתה ניתנת הזדמנות לתנובה להוכיח כי המחיר שקבעה הוא בכל זאת הוגן בנסיבות הקונקרטיות. בנוסף, אין צורך לנתח נדבכים נוספים בשלב הראשון, של ניתוח המופרזות, שהיו מעבר לצורך בפסילתו. הכרעה זו של בית המשפט העליון מסתמכת על מספר קשיים שמצא בפסק דינו של בית המשפט המחוזי.

ראשית, בית המשפט המחוזי ביצע מבחן עלויות, ומצא כי הרווח התפעולי של תנובה על גבינת הקוטג' שלה בתקופה הרלוונטית הגיע עד כ-28% מעל העלות הרלוונטית. השופטת וילנר פוסלת ממצא זה, משום שהיא מתנגדת לשימוש אך ורק במבחן עלויות על מנת להראות את מופרזותו של המחיר. כאן סותרת השופטת וילנר חזיתית את עקרון מספר 4 הנ"ל שנקבע בפרשת גפניאל, לפיו מבחן העלויות הוא המבחן המרכזי. נראה כי קביעתה זו של השופטת וילנר גם סותרת את עקרון מספר 5 הנ"ל שנקבע בפרשת גפניאל, לפיו אם מבחן עזר בודד מניב תוצאה מובהקת מספיק, די בו.

נימוקה של השופטת וילנר לפסילתה את מבחן העלויות הוא שהסתמכות על מבחן עלויות בלבד מרתיעה כביכול את בעל המונופולין מלצמצם את עלויותיו. אולם, עם כל הכבוד, נימוק זה שגוי, משום שבעילת המחיר המופרז בעל המונופולין נתבע בדיעבד. במצב זה, כפי שכתב המלומד יוסי שפיגל, בעל המונופולין אינו יודע בוודאות כי יוכרע לגביו כי הוא גבה מחיר מופרז. מצב דברים זה משמר את התמריצים של בעל המונופולין להתייעל ולצמצם את עלויותיו. בהתאם, מסכם שפיגל כי "לטענה שלאכיפה של מחיר מופרז עלולה להיות השפעה שלילית על התמריצים להתייעלות ולחיסכון בעלויות ייצור אין כל בסיס."<sup>8</sup> השופטת וילנר מחילה תובנה שנוגעת לפיקוח מחירים מראש, שבו הפירמה המפוקחת יודעת בוודאות כי היא תידרש לגבות מחיר המצוי בפער קבוע מעל עלויותיה. תובנה זו אינה חלה כאשר בעל המונופולין חשוף לתביעות בדיעבד במסגרת דיני התחרות על גביית מחיר מופרז, שבהן באופן אינהרנטי קיימת אצלו חוסר וודאות לגבי השאלה אם ייתבע בהצלחה, והאופן המדויק בו תיחשף ההפרה,<sup>9</sup> אם בכלל. יתרה מזו, כפי שגילה וקלמנט מציינים, אם המונופול לא יתייעל, הוא חושף את עצמו לכך שמתחרים שלו יהפכו ליעילים ממנו, ויחטפו לו נתחי שוק משמעותיים.<sup>10</sup> אם ההתייעלות של בעל המונופולין היא רוחבית, והיא חוסכת לו גם עלויות

<sup>6</sup> שם, פס' 42.

<sup>7</sup> שם, פס' 27-28.

<sup>8</sup> ראו יוסי שפיגל "הערות לגבי מסמך הרקע לעיון מחדש בגילוי דעת 1/14" רשות התחרות (5.5.2016).

<sup>9</sup> למרות שמבחן העלויות נקבע בפרשת גפניאל כמבחן המרכזי, נקבע שם גם כי מבחן השוואה מוצלח די בו. בהתאם, לא רק

המונופול אינו יודע אם ייתבע בהצלחה, אין זה וודאי כי יופעל נגדו דווקא מבחן העלויות.

<sup>10</sup> דיויד גילה ואלון קלמנט "פרוצדורה ומהות בתובענה הייצוגית בעילת מחיר מופרז: כלים שלובים להרתעה אופטימלית" עיוני משפט מה 117, 146 (2022) (להלן: גילה וקלמנט).

לאספקת מוצרים אחרים, המוצר נשוא המונופולין, וההסתברות שיוחל עליו בהצלחה מבחן עלויות בדיעבד, הופכים לזניחים עוד יותר במסגרת שיקולי ההתייעלות הללו.

עקרון היסוד שנקבע בעניין גפניאל, לפיו מבחן העלויות הוא המבחן המרכזי, נשענת על יסודות כלכליים מוצקים. עקרון יסוד זה מבוסס על שני הרציונאלים המרכזיים של דיני התחרות בכלל ושל האיסור על מחיר מופרז בפרט: בעיית הנטל העודף ובעיית העברת הערך (עקרון מספר 1 לעיל שנקבע בעניין גפניאל). מזעור הנטל העודף והעברת הערך מצווה עלינו לחתור למחיר תחרותי הקרוב ככל האפשר לעלויות, ובלבד שיישמרו תמריצו של המונופול להשקיע במוצר.

יתרה מזו, המקרה של קוטג' תנובה תומך באמת המידה המינימלית למופרזות שגילה וקלמנט ממליצים עליה,<sup>11</sup> של 20% מעל המחיר התחרותי. תנובה גבתה עד 28% מעל העלויות, וברור כי מדובר בהפעלת כוח שוק לשמה, ללא כל הצדקה, וזאת לאור הנסיבות האופפות את התנהלותה: רכישת החברה מהקיבוצים והמושבים על ידי קרן זרה, אסטרטגיית העלאת המחירים שלה לאחר הרכישה,<sup>12</sup> וכשלונה להראות בבית המשפט המחוזי כל הצדקה.

קיים יתרון חשוב נוסף לעקרון שנקבע בעניין גפניאל לפיו מבחן העלויות הוא המבחן המרכזי. מבחן זה הוא היחיד המספק אמת מידה ברורה ויחידה למחיר התחרותי האולטימטיבי. כאמור לעיל, המבחן השני הוא מבחן ההשוואה. אך כפי שגילה וקלמנט מראים,<sup>13</sup> מבחן ההשוואה אינו אלא כלי ללמידה מקל וחומר: ברוב המקרים, המחיר נשוא ההשוואה גבוה מהמחיר התחרותי האולטימטיבי, הוא העלות. על כן, אם המחיר מופרז ביחס למחיר נשוא ההשוואה, קל וחומר שהוא מופרז מעל המחיר התחרותי האולטימטיבי. מבחינה זו שגויה קביעתה של השופטת וילנר לפיה בית המשפט המחוזי בעניין קוטג' תנובה לא אפיין מהו המחיר התחרותי. בית המשפט המחוזי עשה זאת כאשר יישם את מבחן העלויות, המתחקה, כאמור, אחר המחיר התחרותי האולטימטיבי. נראה שמה שהשופטת וילנר מכוונת אליו הוא ניסיון להתחקות אחר איזושהו מחיר תחרותי אוליגופוליסטי היפותטי. אלא שבאוליגופול היפותטי יש רצף של אינסוף מחירים כאלה, ועל כן התחקות אחר מחיר תחרותי אוליגופוליסטי היפותטי כזה היא בלתי אפשרית ליישום.<sup>14</sup> התחקות זו אחר מחיר תחרותי היפותטי מנוגדת לעקרונות שנקבעו על ידי בית המשפט בעניין גפניאל. גם בית המשפט האנגלי לערעורים בעניין פייזר קובע כי לגישה מעין זו אין מקום.<sup>15</sup>

טעות זו חוזרת על עצמה גם בהתייחסותה של השופטת וילנר למבחן ההשוואה שביצע בית המשפט המחוזי של מחירי הקוטג' לפני ואחרי המחאה החברתית. לפני המחאה החברתית, מחיר הקוטג' הגיע ל-6.9 ש"ח, בעוד שלאחר המחאה, ועד היום, המחיר הוא מתחת ל-6 ש"ח. השופטת מציינת כי קיים קושי עם מבחן ההשוואה זה משום שהוא אינו מוכיח כי המחיר התחרותי הוא המחיר שגובה החברה על הקוטג' משנת 2011 עד היום. אולם, קביעה זו מתעלמת ממעמדו של מבחן ההשוואה כמבחן שנועד ללמד על המחיר התחרותי האולטימטיבי מקל וחומר. כאשר חברה גובה מחיר מסוים במשך יותר מעשור, ברור שהמחיר הזה הוא חסם עליון למחיר התחרותי האולטימטיבי, משום שאחרת החברה לא היתה מסוגלת באופן רווחי לגבות מחיר זה. את מבחן ההשוואה הנ"ל בו השווה בית המשפט המחוזי בין מחיר הקוטג' לפני ואחרי חרם הצרכנים

<sup>11</sup> שם, בעמ' 163-167.

<sup>12</sup> באישור התובענה הייצוגית נגד תנובה בעניין הגבינה הצהובה (ראו ת"צ 14-11-18298-11 המועצה הישראלית לצרכנות נ' תנובה - מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ, פסי' 11 ואילך (נבו 16.6.2019) (להלן: מחוזי גבינה צהובה)) נסקר באריכות דוח של חברת הייעוץ מקינזי שהבהירה לתנובה, בבעלותה החדשה, כי היא בעלת הכוח להעלות באופן משמעותי את מחיר הגבינה הצהובה. לפרסומים לפיהם תנובה נעזרה במקינזי גם לצורך העלאת המחיר של מוצרים נוספים ראו גם ענת רואה ותומר גנון, "תנובה טענה שאין דו"ח מקינזי, המבקר חשף אותו" **כלכליסט** 30.10.2017, וכן

[7%94https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%AA%D7%A0%D7%95%D7%91%D7%A9%D7%A1%D7%A2%D7%A3%D7%A4%D7%A5%D7%A6%D7%A7%D7%A8%D7%A9%D7%AA%D7%AB%D7%AC%D7%AD%D7%AE%D7%AF%D7%B0%D7%B1%D7%B2%D7%B3%D7%B4%D7%B5%D7%B6%D7%B7%D7%B8%D7%B9%D7%BA%D7%BB%D7%BC%D7%BD%D7%BE%D7%BF%D7%C0%D7%C1%D7%C2%D7%C3%D7%C4%D7%C5%D7%C6%D7%C7%D7%C8%D7%C9%D7%CA%D7%CB%D7%CC%D7%CD%D7%CE%D7%CF%D7%D0%D7%D1%D7%D2%D7%D3%D7%D4%D7%D5%D7%D6%D7%D7%D7%D8%D7%D9%D7%DA%D7%DB%D7%DC%D7%DD%D7%DE%D7%DF%D7%E0%D7%E1%D7%E2%D7%E3%D7%E4%D7%E5%D7%E6%D7%E7%D7%E8%D7%E9%D7%EA%D7%EB%D7%EC%D7%ED%D7%EE%D7%EF%D7%F0%D7%F1%D7%F2%D7%F3%D7%F4%D7%F5%D7%F6%D7%F7%D7%F8%D7%F9%D7%FA%D7%FB%D7%FC%D7%FD%D7%FE%D7%FF](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%AA%D7%A0%D7%95%D7%91%D7%A9%D7%A1%D7%A2%D7%A3%D7%A4%D7%A5%D7%A6%D7%A7%D7%A8%D7%A9%D7%AA%D7%AB%D7%AC%D7%AD%D7%AE%D7%AF%D7%B0%D7%B1%D7%B2%D7%B3%D7%B4%D7%B5%D7%B6%D7%B7%D7%B8%D7%B9%D7%BA%D7%BB%D7%BC%D7%BD%D7%BE%D7%BF%D7%C0%D7%C1%D7%C2%D7%C3%D7%C4%D7%C5%D7%C6%D7%C7%D7%C8%D7%C9%D7%CA%D7%CB%D7%CC%D7%CD%D7%CE%D7%CF%D7%D0%D7%D1%D7%D2%D7%D3%D7%D4%D7%D5%D7%D6%D7%D7%D7%D8%D7%D9%D7%DA%D7%DB%D7%DC%D7%DD%D7%DE%D7%DF%D7%E0%D7%E1%D7%E2%D7%E3%D7%E4%D7%E5%D7%E6%D7%E7%D7%E8%D7%E9%D7%EA%D7%EB%D7%EC%D7%ED%D7%EE%D7%EF%D7%F0%D7%F1%D7%F2%D7%F3%D7%F4%D7%F5%D7%F6%D7%F7%D7%F8%D7%F9%D7%FA%D7%FB%D7%FC%D7%FD%D7%FE%D7%FF)

<sup>13</sup> גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 10.

<sup>14</sup> שם, בעמ' 43.

<sup>15</sup> שם.

פסלה השופטת וילנר גם משום שהוא כלל את מחיר הקוטג' הממוצע בכל השוק בישראל, ולא את המחיר של קוטג' תנובה. אך פסילה זו של המבחן מתעלמת מכך שבית המשפט המחוזי קבע עובדתית כי נתוני כל המחלבות בעניין זה היו דומים.<sup>16</sup>

גם את שאר מבחני ההשוואה שביצע בית המשפט המחוזי פסל בית המשפט העליון, ובפרט ההשוואה לרווחיות התפעולית של המחלבה הזרה Kraft, וההשוואה לרווחיות התפעולית של תנובה עצמה על מוצרי חלב אחרים. השופטת וילנר פסלה מבחנים אלה משום שהם לא השוו לקוטג' אלא לכלל מוצרי החלב. אינני מוצא פסול בהשוואה זו, משום שבית המשפט המחוזי קבע עובדתית כי עלויות תנובה באספקת מוצרי חלב אחרים דומות לעלויותיה באספקת קוטג'.<sup>17</sup> יתרה מזו, מוצרי החלב האחרים כוללים גם כאלה בהם תנובה כפי הנראה גבתה מחיר שגם הוא מופרז, כגון גבינה צהובה.<sup>18</sup> אם למרות החשבת מוצרים אלה במסגרת מדד ההשוואה תנובה הרוויחה משמעותית יותר על הקוטג', קל וחומר שהרווחיות מופרזת ביחס למחיר התחרותי. כיון שהמחיר התחרותי האולטימטיבי הוא העלות, את המחיר התחרותי ניתן ללמוד לא רק מאותו מוצר עצמו, אלא ממוצרים אחרים שעלותם דומה.

בית המשפט המחוזי חישב את הנזק על סמך ההפרש בין הרווח של תנובה לרווח של המחלבה הזרה Kraft, שהיווה את אמת המידה המיטיבה ביותר עם תנובה.<sup>19</sup> לאור עקרון מספר 2 שנקבע בעניין גפניאל, לפיו מבחן העלויות הוא המרכזי, כאשר מבוצעים הן מבחן עלויות והן מבחני השוואה, בחישוב הנזק יש להסתמך על מבחן העלויות. נראה כי בית המשפט המחוזי השתמש ברווחיות של Kraft לא כרווחיות התחרותית אלא כרווחיות שמעליה הרווחיות מופרזת. אך בית המשפט אינו זקוק לראיות כגון רווחיות Kraft על מנת להעריך מופרזות. המופרזות (כמו השאלה אם פגיעה בתחרות היא "משמעותית", הדרושה לצורך עילות אחרות) היא שאלה של מדיניות משפטית, המצויה בשיקול דעתו של בית המשפט. השאלות הכלכליות הן, ראשית, מהו המחיר התחרותי, ושנית, במסגרת השלב השני, האם המונופול הצליח להראות הצדקה פרו-צרכנית (עלויות, סיכונים, השקעות, וכו') למחיר המופרז.

מעבר לחלק האופרטיבי של פסק הדין בעניין קוטג' תנובה, שנסקר לעיל, קיים בפסק דינה של השופטת וילנר גם חלק הכולל אמרות אגב. כך, השופטת מציינת כי המופרזות של המחיר צריכה "לדקור את העין" ולהיות קיצונית וברורה לכל, וכי המקרים שבהם תוכר העילה צריכים להיות חריגים.<sup>20</sup> גישה זו לקוחה מגילוי דעת 1/17 של הממונה על התחרות, שפורסם בתקופתה של עו"ד מיכל הלפרין כממונה.<sup>21</sup> מנגד, בעניין גפניאל, בית המשפט העליון קבע כי יש להחזיר את העניין שנדון שם לבית המשפט המחוזי על מנת שהלה יקבע אם המחיר הוא מופרז ובלתי הוגן. הפער שמצא בית המשפט המחוזי בעניין גפניאל היה של 47% מעל המחיר התחרותי. אם כך, בית המשפט העליון בעניין גפניאל לא פסל כי פער של 47% מעל המחיר התחרותי הוא מופרז ובלתי הוגן. מכל מקום, בית המשפט העליון בעניין גפניאל לא קבע כי המחיר צריך "לדקור את העין" על מנת שיחשב כמופרז ובלתי הוגן. השופטת וילנר אמנם מפנה לעניין גפניאל, אך הפסקה שאליה השופטת מפנה (פסקה 47) דנה בעמדת הממונה על התחרות ולא דווקא בעמדת בית המשפט.

<sup>16</sup> ראו ת"צ 46010-07-11 נאור נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פס' 62 (נבו 22.6.2020) (להלן: מחוזי תנובה).

<sup>17</sup> ראו מחוזי תנובה, לעיל ה"ש 16, פס' 69.

<sup>18</sup> ראו מחוזי גבינה צהובה, לעיל ה"ש 12.

<sup>19</sup> שם, פס' 93. מבחינה זו השתמש בית המשפט המחוזי ברווחיות Kraft לא כמדד לרווח התחרותי אלא כמדד למהי מופרזות מעל הרווח התחרותי.

<sup>20</sup> עניין קוטג' תנובה, לעיל ה"ש 1, פס' 55.

<sup>21</sup> ראו גילוי דעת 1/17 של הממונה על ההגבלים העסקיים "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה" (28.2.2017) רשות התחרות 501194.

פסק דינה של השופטת וילנר כולל אמרות אגב נוספות, לגבי השיקולים המשפיעים על הגינות המחיר במסגרת השלב השני של ההתדיינות. אלא שהשופטת מרחיבה את רשימת השיקולים המצילים את המונופול מתביעה מעבר לרשימת השיקולים שנקבעו בעניין גפניאל. בולטת במיוחד הדגשתה של השופטת וילנר כי הקוטג' של תנובה לא היה חיוני לצרכנים וכי היו להם אלטרנטיבות, ובפרט קוטג' של יצרנים אחרים. שיקול זה סותר חזיתית את הכרעתו של בית המשפט בעניין גפניאל לפיה אין לדחות על הסף את התובענה הייצוגית כנגד קוקה קולה, כאשר מובן מאליו כי משקה קוקה קולה אינו מוצר חיוני והוא לצרכנים אלטרנטיבות. כך גם בפסק דינו של השופט הנדל בעניין גפניאל, שהצטרף לדעת הרוב בעניין זה וקבע: "... אבקש להדגיש כי גם כאשר עסקינן במוצרים שאינם חיוניים מבחינת סוגם, אין בנתון זה כדי לסגור את הדלת בפני קבלת תביעות בעילת המחיר המופרז. האיסור על גביית מחיר מופרז נועד להתמודד עם מצב שבו צרכנים שהיו קונים את המוצר במחיר תחרותי אך לא במחיר מופרז, נאלצים להימנע מצרכיתו ... (ראו פס' 39 לחוות דעתה של חברתי). מכאן שעילת המחיר המופרז אינה מוגבלת רק למוצרים חיוניים, לא על-פי לשונה ולא על-פי תכליתה."<sup>22</sup>

הצורך לאכוף את העילה גם כשמדובר במוצרים שאינם חיוניים נובע מבעיית הנטל העודף, כאחד משני הרציונלים לדיני ההגבלים העסקיים המצוי בעקרון מספר 1 לעיל שנקבע בעניין גפניאל. אם בגלל המחיר המופרז של קוטג' תנובה צרכנים נאלצו להסתפק בתחליפים שנחותים מבחינתם, נגרם הנטל העודף שדיני התחרות והאיסור על מחיר בלתי הוגן נועדו למנוע.<sup>23</sup> כך, למשל, אילו היו שתי חברות מתחרות שמספקות את קוטג' תנובה, המועדף על ידי הצרכנים, והן היו עושות קרטל, או מתמזגות זו עם זו, או שאחת היתה מדירה את השנייה מהשוק, באופן המעלה את המחיר משמעותית מעל מותגים מתחרים, דיני ההגבלים העסקיים היו מתערבים, למרות קיומן של אלטרנטיבות מנקודת הראות של הצרכן.<sup>24</sup> במאמר מוסגר יש להעיר כי על פי ממצאי בית המשפט המחוזי בעניין קוטג' תנובה, כל ספקי הקוטג' גבו מחירים דומים.<sup>25</sup> אמנם בית המשפט בעניין גפניאל מזכיר בידול כשיקול במסגרת הצורך לעודד השקעות פרו-צרכניות, אך מייד לאחר מכן מבהיר כי לא ניתן לאפשר למונופול לגבות כל מחיר שהבידול מאפשר.<sup>26</sup>

עניין גפניאל מחדד כי למרות שנקודת המוצא של דיני התחרות היא כי די במחיר תחרותי כדי לעודד השקעות פרו-צרכניות, לעיתים דרוש מחיר מעל התחרותי על מנת לעודד זאת.<sup>27</sup> אמרת האגב בעניין קוטג' תנובה מניחה, במקום זאת, שעצם המוכנות של צרכנים לשלם את המחיר המופרז מצדיקה אותו.<sup>28</sup> זוהי סתירה חזיתית לעקרון מספר 1 הנ"ל של עניין גפניאל, לפיה המטרה המרכזית היא למנוע נטל עודף והעברת ערך.<sup>29</sup> אין חולק כי לצרכן חשוב לא רק המחיר אלא גם האיכות והמגוון. אך המחיר הוא פרמטר מרכזי, ורוב החלטות רשות התחרות המונעות פגיעה בתחרות נועדו למנוע העלאת מחירים.<sup>30</sup> זאת למרות שפרקטיקה המעלה מחירים על ידי פגיעה בתחרות עשויה, בדיוק כמו מחיר מופרז, להיות נדרשת על מנת לעודד השקעה פרו-צרכנית. שיקול פרו-צרכני זה נשקל במקרים אלה, כמו בתיקי מחיר מופרז, בכל מקרה לגופו, והנטל בעניין זה על הפירמות. תנובה בעניין הקוטג' לא הרימה נטל זה ולא הראתה שהקוטג' טעים, למשל, בזכות העובדה שכשאייפקס רכשה את תנובה מהקיבוצים, היא העלתה את מחירו בעשרות אחוזים. אכן, רבים ממתנגדי העילה יוצרים "טעות אופטית" בכך שבמקום להתחקות, כמצוות האיסור, אחר המחיר התחרותי

<sup>22</sup> עניין גפניאל, לעיל הי"ש 2, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל.

<sup>23</sup> גילה וקלמנט, לעיל הי"ש 10, בעמ' 189.

<sup>24</sup> שם, בעמ' 129-137.

<sup>25</sup> ראו מחוזי תנובה, לעיל הי"ש 16, פס' 62.

<sup>26</sup> עניין גפניאל, לעיל הי"ש 2, פס' 46.

<sup>27</sup> שם, פס' 45.

<sup>28</sup> עניין קוטג' תנובה, לעיל הי"ש 1, פס' 60.

<sup>29</sup> גילה וקלמנט, לעיל הי"ש 10, בעמ' 169-171 מראים כיצד הסתמכות על מוכנות הצרכן לשלם מונגדת לרציונאל שמאחורי העילה ונשללה במפורש אף על ידי הנציבות האירופאית ובית המשפט האנגלי לערעורים בעניין פיזור.

<sup>30</sup> שם, בעמ' 173-175.

של מוצר מוצלח (בגלל איכותו, התועלת שהוא מניב לצרכן, האפקטיביות שלו, וכו') הם מציגים מוצלחות זו כהצדקה להעלאה מופרזת של המחיר מעל המחיר התחרותי. אלא שמוכנות הצרכן לשלם על המוצר אינה פרמטר לגיטימי בקביעת הגינות המחיר, וזוהי גם גישתה הנחרצת של הנציבות האירופאית באוכפה את העילה.<sup>31</sup> שונים הם פני הדברים כאשר המונופול מרים את הנטל ומראה כי הוא נדרש לגבות את המחיר הלכאורה מופרז על מנת שיוכל להשקיע בשיפור המוצר באופן שבסופו של דבר הצרכן יצא נשכר.

בהמשך לסוגיה זו, השופטת וילנר בעניין קוטג' תנובה, כמו גם מלומדים המתנגדים לעילה, מתמקדים רק בחשש לטעויות נגד המונופול, בעוד שכפי שגילה וקלמנט מראים, החשש לטעויות נגד הצרכנים (קרי, אי התערבות במחיר למרות שהוא מופרז ובלתי הוגן) הוא לא פחות סביר, ואין שום ראיה שעלותו נמוכה מעלות טעות נגד המונופול.<sup>32</sup> מכל מקום, בפרשת קוטג' תנובה, לאור כשלונה של תנובה במחוזי להראות הצדקה פרו-צרכנית כלשהי, לא ברור כיצד אימוץ הכרעתו של בית המשפט המחוזי היה פוגע בצרכנים, בטווח הקצר או הארוך.

שיקול נוסף שהשופטת וילנר מאמצת מגילוי דעת 1/17 נוגע לצפי כי הכשל תוקן בשלב כזה או אחר. בפרט, השופטת וילנר קובעת כי כיון שלאור חרם הצרכנים של קיץ 2011 מחיר הקוטג' ירד, כבר אין צורך לאכוף את האיסור על מחיר מופרז.<sup>33</sup> אולם שיקול זה, שגם הוא אינו נמנה עם השיקולים הרלוונטיים על פי עניין גפניאל, מתעלם מכך שחשוב להרתיע את המונופול מלגבות מחירים מופרזים ובלתי הוגנים כל עוד הוא יכול לעשות זאת.

שיקול נוסף שהשופטת וילנר מאמצת מהממונה על התחרות ואינו מופיע בעניין גפניאל הוא הצורך בשליטה כמעט מוחלטת בשוק על ידי בעל המונופולין.<sup>34</sup> בית המשפט העליון בעניין גפניאל לא מציין שליטה כמעט מוחלטת בשוק כדרישת סף כלשהי. כמובן, ככל שנתח השוק של המונופול גדול יותר, כך ניתן להניח כי כוח השוק שלו גדול יותר, אך אם הראיות נגד המונופול מובהקות מספיק, מזעור נטל עודף והעברת ערך, כמצוות בעניין גפניאל, מחייבים התערבות גם כאשר לא מדובר בשליטה כמעט מוחלטת בשוק.

שגיאה נוספת בפסק דינה של השופטת וילנר הוא הנחתה כי מחיר מעל המחיר התחרותי ממילא מתקן את עצמו משום שהוא מאותת למתחרים כי כדאי להם להכנס לשוק.<sup>35</sup> כפי שגילה וקלמנט מראים, טענה זו אינה נכונה, משום שמתחרים פוטנציאליים נכנסים לשוק לא על סמך המחיר שרווח לפני כניסה, אלא על סמך זה שצפוי לאחר הכניסה, ומשום שאם הנכנס הפוטנציאלי נכנס משום שהוא מאמין שהמחיר יישאר גבוה גם לאחר הכניסה, המחיר המופרז ממילא לא תיקן את עצמו.<sup>36</sup>

השופטת וילנר מסתמכת על הזהירות והריסון שנוקטות רשויות התחרות באירופה לגבי העילה. הסתמכות זו מתעלמת מן העובדה, שמודגשת בעניין גפניאל, כי השווקים בישראל ריכוזיים וחסומים מתחרות משמעותית יותר מאשר באירופה, באופן היכול להצדיק החמרה בישראל.<sup>37</sup>

עוד מתעלמת גישת השופטת וילנר מהעובדה שבאירופה האיסור נאכף, רובו ככולו, על ידי רשויות תחרות בלבד, שיש להן שיקול דעת לגבי אופן השימוש במשאביהן המוגבלים, ומוסד התובענה הייצוגית לא התפתח עדיין באירופה. מאותה הסיבה, מטעה להשוות בין מספר תיקי המחיר המופרז באירופה, למשל, למספר

<sup>31</sup> שם, בעמ' 53-53.

<sup>32</sup> שם, בעמ' 178-182.

<sup>33</sup> עניין קוטג' תנובה, לעיל ה"ש 1, פס' 63.

<sup>34</sup> שם, פס' 59.

<sup>35</sup> שם, פס' 43, 66.

<sup>36</sup> גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 10, בעמ' 171.

<sup>37</sup> עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, פס' 40.

התובענות הייצוגיות שהוגשו בעילה זו בישראל,<sup>38</sup> משום שבאירופה מוסד התובענה הייצוגית בעילות מעין אלה הלכה למעשה אינו קיים. רשויות תחרות רבות מורגלות, מסיבות אידיאולוגיות, להתמקד יותר בקידום התחרות, והן אינן מורגלות בחישוב נזקים שנגרמו. בדיקה אם מחיר הוא מופרז ביחס למחיר התחרותי דומה מאוד לחישוב נזק מהגבל עסקי כלשהו, כגון קרטל או הדרת מתחרה.<sup>39</sup> מנגד, בתי משפט מחשבים נזק, לרבות בתיקי הגבלים עסקיים הנוגעים לעילות אחרות, כעניין שבשגרה,<sup>40</sup> והם אינם רשאים לשלול תביעות של ניזוקים על בסיס אידיאולוגי.

אכן, הסייגים לתחולת העילה שמציינת השופטת וילנר, הלקוחים מעמדתה המעודכנת מהשנים האחרונות של רשות התחרות, אינם מעוגנים לא בחוק ולא בפסיקת בתי המשפט האירופאיים.<sup>41</sup> רשות תחרות יכולה לבחור שלא להשקיע משאבים בעילה מסוימת. מנגד, בית המשפט בתובענה ייצוגית מחויב לאכוף את החוק כפי שהוא. מבחינה זו, פסק דינה של השופטת וילנר לוקה בחקיקה שיפוטית ומבלבלת בין יכולתה של רשות התחרות לבחור שלא להשקיע משאבים באכיפת איסור מסוים לבין אי יכולתו של בית המשפט להצר את תחולתו של איסור הקבוע בחוק. גישת רשות התחרות, מפיה של מי שניסחה את גילוי דעת 1/17 עו"ד מיכל הלפרין, למעשה מגלמת אידיאולוגיה של מתנגדי עילת המחיר המופרז.<sup>42</sup>

לסיכום, ביישמו את העילה, הקיימת בחוק, אל לו לבית המשפט לאמץ את גישת מתנגדי העילה, משום שמדובר בסתירה פנימית. אלא שכך, לצערי, עשה בית המשפט העליון בעניין קוטג' תנובה. למרבה המזל, אימוץ זה של גישת מתנגדי העילה נעשה, רובו ככולו, באמרות אגב. כפי שהדגיש השופט הנדל בעניין גפניאל (ולעניין זה לא היתה מחלוקת בין שופטי גפניאל):

"משעה שעילת המחיר המופרז קיימת בחוק, דעתי היא כי בית המשפט לא אמור להכריע בין תפיסות כלכליות שונות ומבוססות נגד או בעד קיומה. ... התפיסה האמריקאית היא כי בקביעת מחירים כלפי מעלה "השמיים הם הגבול" וכי צריך לתת לשוק "לעשות את שלו" לתיקון מחירים. לפי תפיסה זו אין כל פסול בגביית מחיר מופרז על-ידי בעל מונופולין. זוהי אינה המסגרת הנורמטיבית בישראל. אף יש לזכור כי השוק הישראלי שונה גם מהשוק האירופאי ויש לפתח מדיניות התואמת את כוונת המחוקק כפי שגובשה בראי המאפיינים של השוק הישראלי. מכל מקום, ברמה הכללית, לטעמי יש להיזהר מקביעת עמדה כלכלית מובהקת כאשר מדובר בעניינים שמצויים במחלוקת בין מומחים בתחום."<sup>43</sup>

<sup>38</sup> כך עושים, למשל, מיכל גל ויוסי שפיגל "עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן לאחר גפניאל: תנאים להחלתה" עיוני משפט מז (צפוי להתפרסם ב-2023).

<sup>39</sup> גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 10, בעמ' 129-138.

<sup>40</sup> שם, בעמ' 129-137. כך, חישוב נזק מהסדר בלעדיות שהדיר מתחרה מצריך אמידת ההפרש בין המחיר הגבוה שנגרם למחיר התחרותי, בניכוי יתרונות פרו צרכניים (ראו שם).

<sup>41</sup> שם, בעמ' 188.

<sup>42</sup> שם, בעמ' 170-172.

<sup>43</sup> עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.