

נייר עמדה

**תובענות ייצוגיות בעילת מחיר מופרז : תגובה לעמדת היועץ המשפטי
לממשלה ברע"א 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים נ'
גפניאל**

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

יולי 2020

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

תוכן עניינים

4	1. מבוא
7	2. העילה של מחיר מופרז אינה חריגה בהשוואה לעילות אחרות בחוק התחרות
8	2.1. אנלוגיה א': קרטל
9	2.2. אנלוגיה ב': מיזוג
10	2.3. אנלוגיה ג': מיזם משותף
10	2.4. אנלוגיה ד': הסדר בלעדיות
11	2.5. אנלוגיה ה': התנהגות מדירה של בעל מונופולין
12	3. גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין: יסודות עילת התביעה
12	3.1. הרובד הכלכלי בבדיקת העילה: מציאת המחיר התחרותי
13	א. המחיר התחרותי האולטימטיבי הוא מחיר מבוסס עלויות
15	ב. מבחן העלות ומבחן ההשוואה
16	1. מבחן העלות
18	2. מבחן ההשוואה
21	3. השוואה למחירי מתחרים
24	4. די במדד אחד ראוי – במסגרת מבחן השוואה או מבחן עלות -- לביסוס העילה
28	3.2. הרובד המשפטי בבחינת העילה: האם הפער בין המחיר שנגבה למחיר התחרותי הוא מופרז?
29	א. קביעת אחוז סף לצורך ההכרעה שהמחיר מופרז
32	ב. אין צורך בשני מושגי שסתום שונים של "מופרזות" ו"הגינות" המופעלים באופן מצטבר
	4. קביעת האיזונים בדין הדיוני – חלוקת הנטלים ורף ההוכחה בשלב אישור התובענה הייצוגית ולאחריו, ושימוש
32	בפרמטרים מסייעים
33	4.1. קביעת נטלי ההוכחה ורף ההוכחה בשלבים השונים של הדיון
38	4.2. פרמטרים ראויים לקביעת מובהקות הראיות למחיר מופרז
38	א. נתח שוק
39	ב. הפער מהמחיר התחרותי
39	ג. משך ההפרה
40	4.3. הגישה לפיה יהיו קטגוריות של מקרים שלא ניתן יהיה לתבוע בתובענה ייצוגית בגינן היא מוטעית
41	א. מוצרים שאינם חיוניים

42	ב. שווקים עתירי סיכון
43	ג. חסמי כניסה והתרחבות נמוכים
43	5. היחס בין עמדת רשות התחרות לבין הדין החל
44	6. טענות נגד עילת מחיר מופרז
45	6.1. הטענה שמחיר מופרז מתקן את עצמו
46	6.2. הטענה שמחיר גבוה משמעותית מהמחיר התחרותי חיוני לעידוד השקעה, חדשנות ותחרות
48	6.3. הטענה כי האיסור על מחיר מופרז יפגע בתהליך התחרותי
48	6.4. הטענה כי קיימים מנגנוני פיקוח על מחירים
49	6.5. הטענה כי העילה תצריך פיקוח שוטף מצד בתי המשפט
49	7. סיכום

1. מבוא

1. נייר עמדה זה עוסק בדין המהותי והדיוני שצריכים לחול בתובענה ייצוגית המוגשת בעילת מחיר מופרז. נייר העמדה נכתב על רקע בקשת רשות הערעור שהגישה החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ ברע"א 1248/19 **החברה המרכזית לייצור משקאות קלים נ' גפניאל**, בעניין החלטתו של כבוד השופט גרוסקופף בבית המשפט המחוזי מרכז,¹ לאשר ניהול תובענה ייצוגית נגד המבקשת, שעילתה גביית מחיר בלתי הוגן עבור בקבוק 1.5 ליטר קוקה קולה בניגוד להוראות סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988 (להלן: "החוק" ו/או "חוק התחרות").
2. סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות אוסר על בעל מונופולין לגבות מחיר בלתי הוגן של המוצר או השירות שבמונופולין. מחיר בלתי הוגן יכול להיות נמוך מדי - "מחיר טורפני", או גבוה מדי - "מחיר מופרז". העילה שבה עסקינן היא גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין כניצול לרעה אסור של כוחו.
3. השאלה שבה נדרש בית המשפט העליון להכריע נוגעת להיקף התחולה של עילת המחיר המופרז ולתנאים ליישומה בתובענות ייצוגיות. להכרעה זו משמעות רחבות, והיא עתידה להשפיע על התנהלותם של מונופולים ועל המחירים שיגבו מצרכנים.
4. כמי שהיה הממונה על ההגבלים העסקיים בין אפריל 2011 לספטמבר 2015, פרסם את גילוי הדעת הראשון של רשות התחרות בהקשר של האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין, הוא גילוי דעת 1/14, ופרסם במהלך השנים שמונה פרסומים אקדמיים הדנים בעילת המחיר המופרז של בעל מונופולין, וכמי שמרכז את הקליניקה לתובענות ייצוגיות באוניברסיטת תל אביב, וחוקר את תחום התובענות הייצוגיות משנת 2000, אנו מוצאים לנכון להציג בנייר זה את עמדתנו המנומקת בשאלה העומדת להכרעת בית המשפט העליון.
5. לבית המשפט העליון הוגשה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, (להלן-"עמדת היועץ"), הנסמכת על עמדתה הנוכחית של רשות התחרות, כפי שפורטה בגילוי דעת 1/17.² על אף שהיועץ מכיר בכך שסעיף 29א(ב)(1) אוסר על גביית מחיר מופרז, פרשנותו לאיסור זה מצמצמת מאוד את האפשרות לאכיפתו בכלל ובתובענות ייצוגיות בפרט.
6. לגישתנו, פרשנותו של היועץ חוטאת לחוק ולמטרותיו. אם בית המשפט העליון יאמץ את עמדת היועץ, עילת המחיר המופרז תוכל להיאכף אך ורק במקרים נדירים ותהפוך במידה רבה לאות מתה. הדבר צפוי לגרום למונופולים הרבים הקיימים בישראל להעלות מחירים באופן משמעותי, באופן שעלול להחריף את בעיית יוקר המחיה בישראל ולפגוע במטרותיו של חוק התחרות.
7. מטרתו המרכזית של חוק התחרות היא להשיא את רווחת הצרכנים באמצעות קידום התחרות בשווקים ומניעה של ניצול לרעה על ידי מונופולים. אחד הפרמטרים המרכזיים המגדירים את רווחת הצרכנים הוא המחיר שבו הם קונים את המוצר או השירות. ככל שהמחיר גבוה מעלויות הפירמה המספקת את המוצר או השירות, כך גדלים שני הכשלים המרכזיים שחוק התחרות נועד למנוע: בעיית **הנטל העודף**, הנגרם כאשר אותם הצרכנים שהיה ראוי מבחינה חברתית שיקנו את המוצר או השירות אינם קונים אותו בגלל המחיר הגבוה מדי, ובעיית **העברת הערך**, הנובעת מאותם הצרכנים שכן קונים את המוצר במחיר הגבוה, והפירמה מתעשרת על חשבונם ומקטינה את רווחתם. זהו הרציונל המרכזי מאחורי כלל איסורי החוק, לרבות האיסור על קרטלים, והפיקוח על מיזמים משותפים, מיזוגים, ופעילות מדירת מתחרים של מונופול.

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

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

8. עמדת היועץ מציגה תמונה מטעה לפיה האיסור על מחיר מופרז של בעל מונופולין שונה מאיסורים אחרים המצויים בחוק התחרות. לעמדתנו, האיסור על מחיר מופרז של בעל מונופולין דומה מאוד במהותו ובדרך הניתוח שלו לאיסורים אחרים בחוק התחרות.

9. אנו מדגימים תובנה זו באמצעות שורה של דוגמאות היפותטיות, הדומות למקרה שנדון בהליך שלפנינו, ומסייעות להבין את הסוגיה. בדוגמאות אלה, במקום חברה אחת המספקת את המותג המוביל "קוקה קולה", קיימות שתי חברות כאלה. אנו מראים כיצד חוק התחרות היה בבירור עוצר קרטל בין שתי חברות אלה שמעלה את המחיר ב-47% מעל המחיר התחרותי, מיזם משותף או מיזוג ביניהן המעלה את המחיר באופן דומה, הסדר בלעדיות הגורם לסילוק אחת מהן מהשוק או הדרה של אחת מחברות הקוקה קולה על ידי השנייה באופן המעלה את המחיר באופן דומה. ההבדל היחיד בין הדוגמאות הללו, של קרטל, מיזם משותף, מיזוג, הסדר בלעדיות והדרת מתחרה, לבין דוגמת המונופול שנתבע על מחיר מופרז היא שבכל אחת מהדוגמאות הללו נוצרה פגיעה בתהליך התחרותי, ואילו במקרה של מחיר מופרז התהליך התחרותי לא עבד מלכתחילה. אולם, בכל הדוגמאות התוצאה שאותה רצה המחוקק למנוע היא החמרה של בעיות הנטל העודף והעברת הערך. יתרה מזו, דרך הניתוח של תביעות בכל הדוגמאות הללו דומה מאוד לדרך הניתוח במקרה שבו המחיר המופרז נגבה על ידי מונופול. לפיכך, אנו מקשים כיצד יתכן שדווקא כאשר בשוק קיימת רק חברת קוקה קולה אחת, המעלה את המחיר לכאורה ב-47% מעל המחיר התחרותי, יש לשקול שיקולים אחרים לגמרי מאשר בדוגמאות האחרות של הפרת החוק.

10. עמדת היועץ מבוססת על מספר הנחות שגויות, שאותן אנו מנתחים בנייר עמדה זה :

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

10.2. שנית, עמדת היועץ מתבססת על ההנחה המוטעית, שבאופן רגיל נטענת על ידי מתנגדי העילה, ולפיה מחירים גבוהים משמעותית מהמחיר התחרותי הם חיוניים על מנת לעודד השקעה של הפירמות. הנחה זו מנוגדת לנקודת המוצא של חוק התחרות, לפיה במצב האידיאלי, על כל השווקים להיות תחרותיים. אם אידיאל זה של חוק התחרות יוגשם, לעולם הרווח שצופות לו הפירמות יהיה רווח תחרותי ולא רווח מונופוליסטי. לכן, טענת היועץ כאילו מחירים גבוהים משמעותית מהמחיר התחרותי הם "השמן שמניע את גלגלי התחרות", או שהם חיוניים על מנת לעודד השקעה, מנוגדת חזיתית לנקודת המוצא של חוק התחרות. קבלת ההנחה שעליה נסמך היועץ היתה מחייבת גישה שונה לגמרי מזו שמוחלת כיום גם על הסדרים כובלים, מיזוגים והדרת מתחרים. בכך אין לומר שעידוד השקעה איננו צריך להישקל במסגרת טענה קונקרטית להפרה. נהפוך הוא, דרך הניתוח המוצעת על ידינו מאפשרת במפורש למונופול הנתבע להראות כי המחיר הלכאורה מופרז היה חיוני לביצוע השקעות שהשקיע. אלא שעמדת היועץ מבקשת מבית המשפט העליון לקבוע באופן גורף כי מחירים גבוהים משמעותית מהמחיר התחרותי הם מועילים, משום שהם מעודדים השקעות מועילות. עמדת היועץ משתמשת בתובנה שגויה זו כעוגן על מנת להפוך את האיסור על מחיר מופרז של בעל מונופולין לכמעט בלתי אכיף, כך שיושם במקרים קיצוניים בלבד. זוהי תפיסה זרה לדיני ההגבלים העסקיים, תפיסה הלקוחה מדיני הקניין הרוחני. דיני הקניין הרוחני אכן מסייגים את התחרות בצורה מפורשת

על מנת לעודד השקעה. חוק התחרות הוא בעל גישה הפוכה: הוא מניח שרווחים תחרותיים הם מספיקים על מנת לעודד את כלל ההשקעות המועילות.

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

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

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

13. בניגוד לעמדת היועץ, אנו סבורים שאין הצדקה כלשהי או בסיס בחוק לפיצול בחינת המחיר למבחן דו-שלבי שבו יש לבחון, ראשית, האם המחיר הוא מופרז, ושנית, האם הוא אינו הוגן. בנוסף, אין מקום לקביעה א-פריורית שנדרש יותר ממדד אחד לקביעת המחיר התחרותי, של עלות או של השוואה. עם זאת, אנו

מציעים כי צירוף של מספר מדדים שכל אחד מהם בפני עצמו אינו מספיק מובהק יכול לבסס מובהקות של המחיר התחרותי. כמו כן, בניגוד לעמדת היועץ, אנו סבורים שאין הצדקה, וגם לא קיים עוגן חוקי, להוצאתן של קטגוריות שלמות של מקרים מגדר תחולתו של האיסור על גביית מחיר מופרז.

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

15. ההדגשות בציטוטים אינן במקור, אלא אם נאמר במפורש אחרת.

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

16. המטרה המרכזית של חוק התחרות היא בעיקרה מניעת פגיעה בצרכן שנובעת מכוח שוק מופרז.³ האיסור על בעל מונופולין לגבות מחיר מופרז, הקבוע בסעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות, נועד גם הוא להגשים את אותה התכלית עצמה.

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

18. על מנת להמחיש זאת, ננתח סיטואציה דומה לזו שבתיק שלפנינו, אך שלא בהקשר של גביית מחיר מופרז דווקא, אלא בהקשרים אחרים של חוק התחרות, ובפרט של קרטלים, מיזוגים, מיזמים משותפים, הסדרי

³ ראו, בעניין זה, בין היתר, את דנ"א 4465/98 טבעול בע"מ נ' שף-הים בע"מ, פ"ד נו(1) 56, פס' 21 לפסק דינו של השופט חשין (2001) ("כן הוא בחיי הכלכלה, שצבירת כוחות-יתר בידיו של גוף אחד תרע ליחידה החברה ולו משום שתבוא בהכרח על חשבון חופשו וזכויותיו של היחיד").

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

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

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

בלעדיות והדרת מתחרים. בכל אחת מהדוגמאות הללו, צרכן שיצביע על כך שהמחיר שנגבה ממנו גבוה ב-47% מהמחיר התחרותי, יוכל להגיש תובענה ייצוגית.

2.1. אנלוגיה א': קרטל

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

20. עתה נניח כי החברות קוקה קולה א' וקוקה קולה ב' מתאמות ביניהן את המחיר, וכתוצאה מכך הן גובות מחיר הגבוה ב-47% מהמחיר של פפסי ואר סי. אין חולק כי מדובר בהסדר כובל בוטה ואסור, המנוגד לסעיף 2(ב)(1) לחוק התחרות, האוסר על הסדרים כובלים בין מתחרים הכוללים כבילת מחיר. אין ספק כי בין היתר, ניתן יהיה לתבוע את החברות בתובענה ייצוגית, ולבקש השבה של הפרש המחירים שנגבה מהצרכנים.

21. ההצדקה לתוצאה משפטית זו היא שמטרת חוק התחרות היא, כאמור, מניעת הפעלת כוח שוק מופרז הפוגע בצרכנים. ההסדר הנ"ל בין שתי חברות הקולה נותן להן כוח שוק מופרז הפוגע בצרכנים, משום שהוא מעלה את המחיר שהצרכנים נאלצים לשלם על המשקה המועדף עליהם ב-47% לעומת המחיר של פפסי ואר סי. סביר להניח שאלמלא הקרטל בין שתי חברות הקולה, גם הן היו נאלצות, עקב התחרות בינן לבין עצמן על אספקת המותג המוביל, לגבות מחיר הדומה לזה של פפסי ואר סי.

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

23. הסיבה הראשונה היא בעיית הנטל העודף. אם המחיר שנגבה מהצרכנים עולה על מחיר מבוסס עלויות, יהיו צרכנים שעקב כך לא ירכשו את המוצר, למרות שמבחינת טובת הציבור ראוי שירכשו אותו.⁴ בדוגמא זו, ההסדר הכובל בין שתי חברות הקוקה קולה מחריף את בעיית הנטל העודף: צרכנים שלפני ההסדר הצליחו לרכוש את המשקה שהם העדיפו רכשו את משקה הקוקה קולה במחיר הנמוך, שקדם להסדר הכובל. כתוצאה מההסדר הכובל, הצרכנים צריכים לשלם ב-47% יותר תמורת המשקה המועדף עליהם. כיון שכבר קודם לכן סביר להניח שהמחיר הנמוך יותר של הקוקה קולה היה מעל לעלויות הייצור (שהרי אחרת חברות הקוקה קולה, אר סי, ופפסי לא היו ממשיכות לפעול), הרי שברור כי המחיר הגבוה יותר ב-47% ביחס למחיר התחרותי הוא מעל ומעבר לעלויות הייצור. מחיר כזה גורר בעיית נטל עודף משמעותית: היא נגרמת בגלל אותם צרכנים שלפני ההסדר הכובל רכשו את המשקה המועדף עליהם, קוקה קולה, ולאחר ההסדר הכובל יצטרכו להסתפק בתחליפים שהם נחותים מבחינתם: פפסי או אר סי.

24. דוגמא זו גם ממחישה כיצד חוק התחרות מגן על רווחת הצרכן באשר היא, בלי קשר לשאלה אם המוצר חיוני אם לאו. בדוגמא הנ"ל, הצרכנים לא היו חייבים, מסיבות בריאותיות או אחרות, לרכוש את המשקה המועדף עליהם, קוקה קולה. אלא שהחוק מבקש להגן על רווחתם, ובפרט על הקצאה יעילה של המוצר:

⁴ היטיב לתאר זאת כב' השופט גרוסקופף בפסק הדין שניתן במקביל לפסק דינו נשוא בקשת רשות הערעור בעניין **גפניאל**: "תמחור מבוסס הוצאות מביא להקצאה יעילה של המשאבים בשוק והשאת הרווחה החברתית. כאשר התמחור אינו מבוסס הוצאות, צרכנים שמבחינה כלכלית ראוי שירכשו את המוצר (כלומר שתועלתם עולה על עלות הייצור בעבורו) אינם עושים זאת בשל מחירו. אותם צרכנים נאלצים לפנות למוצרים שאינם תואמים את צרכיהם או להימנע מרכישתם כליל. הנזק בכך הוא היווצרותו של "נטל עודף" (deadweight loss), היינו הפסד הנובע משלילת הנכס או השירות מצרכנים שמפיקים ממנו תועלת שעולה על העלות לעוסק, אך נמוכה מהמחיר בו הוא מתומחר על ידי העוסק". ת"צ (מרכז) 36098-05-16 **צדוק נ' שטראוס בע"מ**, פס' 27 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 16.1.2019) (להלן: "עניין צדוק").

למזער כמה שאפשר את בעיית הנטל העודף, הנובעת מכל אותם הצרכנים שבמחיר הגבוה אינם רוכשים את המוצר.

25. הסיבה השנייה שהמחוקק חפץ למנוע תוצאה של עליית המחיר ב-47% עקב ההסדר הכובל האמור היא בעיית העברת הערך מהצרכן אל הפירמות. מטרת חוק התחרות להשיא את רווחת הצרכן, להבדיל מרווחת הפירמות. על כן, החוק חותר למנוע מצב שבו הפירמות מעבירות ערך מהצרכן אליהן. דוגמא אחרת למשקל הייחודי ששם החוק על רווחת הצרכן, להבדיל מרווחת הפירמות, היא בדרישה כי יעילויות הקיימות בעסקה כזו או אחרת (מיזוג או הסדר כובל למשל), כגון חסכון בעלויות הודות לעסקה, יתורגמו לטובת הצרכן על מנת שיינתן להן משקל כלשהו.⁵ בהתאם, בדוגמא שבה שתי חברות הקוקה קולה מתאמות את המחיר שיגבו ומעלות את המחיר ב-47% מעל המחיר של פפסי ואר סי, החוק חפץ למנוע גם את הפגיעה בצרכנים שמוכנים לרכוש את הקוקה קולה, אותה הם מעדיפים, במחיר הגבוה, ולא רק את הפגיעה באותם הצרכנים שעקב המחיר הגבוה לא קונים את המוצר המועדף עליהם.⁶

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

2.2. אנלוגיה ב' :מיזוג

27. נניח עתה ששתי חברות הקוקה קולה בדוגמא הנ"ל לא עשו הסדר כובל זו עם זו, אלא התמזגו זו עם זו ועברו לשליטה משותפת. כתוצאה מהמיזוג, עלה מחיר משקה הקוקה קולה ב-47% מעל המחיר של אר סי ופפסי. נניח כי המיזוג מחייב הודעה לממונה על התחרות לפי סעיף 17 לחוק התחרות, אך חברות הקוקה קולה לא הודיעו לממונה על המיזוג.⁷ גם כאן ניתן יהיה להגיש תובענה ייצוגית בגין הנזק שנגרם לצרכנים מהעלאת מחיר זו.

28. הליך התובענה הייצוגית יתנהל באופן דומה. על התובע יהיה להראות מה היה המחיר התחרותי אלמלא המיזוג, ומה הפער בין המחיר הגבוה שנגרם מהמיזוג לבין המחיר התחרותי. חוות הדעת הכלכלית שיגיש תראה כי המיזוג גרם להעלאת מחיר של 47% של משקה הקוקה קולה יחסית למחיר של אר סי ופפסי. חברות הקוקה קולה יוכלו לטעון כי הנזק שנגרם לצרכנים קטן יותר. למשל, הן יוכלו להוכיח, באמצעות

⁵ ראו למשל פסי' ר' לגילוי דעת 1/11 של ראש הרשות להגבלים עסקיים "הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים" (23.1.2011) (להלן: "גילוי דעת 1/11") ("רק סוגי יעילות אשר יכולתה ותמריציה של החברה המתמזגת להתחרות באופן ישיר את הציבור ויתבטא בסופו של דבר במחירים נמוכים יותר, איכות משופרת, מגוון או טכנולוגיה חדשה יילקחו בחשבון כמשקל נגד להשפעה אנטי-תחרותית").

⁶ בעיית הנטל העודף והעברת הערך מצרכנים, כשתי הבעיות המרכזיות שהחוק נועד למנוע, מופיעות גם בגילוי הדעת של הממונה על התחרות מ-2017. לגילוי דעת 1/17 של הממונה על ההגבלים העסקיים "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה" 6 (28.2.2017):

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

⁷ אילו היו מודיעות לממונה על המיזוג, אין ספק כי היתה מתנגדת לו, באשר מיזוג המעלה את המחיר ב-47% מעל המחיר התחרותי ראוי להתנגדות, אלא אם הצדדים הציגו יעילויות פרו-צרכניות במיזוג, כגון עידוד השקעות מועילות, המאיינות את הפגיעה בצרכנים. ס' 21(א) לחוק התחרות קובע כי הממונה יתנגד למיזוג, או יתנה אותו בתנאים, אם "לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע יפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או יפגע הציבור באחת מאלה ... רמת המחירים של נכס או של שירות ..."

נתונייהן הפנימיים, כי המחיר התחרותי גבוה יותר, לאור עלויותיהן המוגדלות. הן גם יוכלו לטעון כי אלמלא המיזוג, לא היו משקיעות השקעות המועילות לצרכנים, באופן המאיין את הפגיעה האמורה בצרכנים מבחינת המחיר.

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

2.3. אנלוגיה ג': מיזם משותף

30. נניח עתה ששתי חברות הקוקה קולה האמורות, המתחרות ביניהן באספקת המוצר המועדף, רוצות לעשות מיזם משותף. נניח כי במיזם המשותף הן רוצות לאחד את כל פעילות הייצור שלהן ולשווק ביחד את המוצר. על פי כללי ההגבלים העסקיים הרלוונטיים, מיזם משותף כזה יהיה אסור רק אם הוא מעלה חשש לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק.⁸

31. תובע מייצג יכול לתקוף את המיזם. נניח כי הציג חוות דעת כלכלית המראה כי המיזם העלה את המחיר של משקה הקוקה קולה ב-47% יחסית למחיר של פפסי ושל אר סי. אם בית המשפט ישתכנע בטענה הזו הוא יצטרך להעריך אם העלאת מחיר של 47% מעל המחיר התחרותי מהווה פגיעה משמעותית בתחרות בשוק.

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

2.4. אנלוגיה ד': הסדר בלעדיות

33. נניח עתה כי חברת קוקה קולה א' וחברת קוקה קולה ב' שתיהן רוכשות תשומה חיונית כלשהי הדרושה להן כדי לייצר את המוצר קוקה קולה מספק מסוים. בשלב מסוים, אותו ספק מתחייב כלפי חברת קוקה קולה א' כי יספק את התשומה החיונית רק לה, ולא לחברת קוקה קולה ב'. נניח כי ההסדר מדיר מהשוק את חברת קוקה קולה ב', ומותיר באספקת המותג המוביל רק את חברת קוקה קולה א', לצד פפסי ואר סי. כתוצאה מכך, חברת קוקה קולה א' מסוגלת להעלות את המחיר ב-47% ביחס למחיר שגובות אר סי ופפסי.

34. את הסדר הבלעדיות אפשר לתקוף כהסדר כובל, ועל מנת להראות שהוא מהווה הפרה יש להוכיח כי ההסדר מעלה חשש לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק.⁹ כמו במקרה של המיזם המשותף שנדון בפסקה הקודמת,

⁸ ס' 9א(ב) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים) (הוראת שעה), התשס"ו-2006 (להלן: "כללי פטור הסוג").
⁹ ראו ס' 2 לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות) (הוראת שעה), התשע"ג-2013.

צרכן יוכל להגיש תובענה ייצוגית נגד קוקה קולה א' והספק בגין ההסדר הכובל, ולדרוש את תשלום הנזק שנגרם לציבור הצרכנים מהעלאת המחיר הזו של 47% מעל המחיר התחרותי. לדיון יהיו אותם שני רבדים: הרובד הכלכלי, הבודק את מידת העלאת המחיר מעל המחיר התחרותי – מידת הפגיעה בצרכנים, והרובד המשפטי, המעריך אם פגיעה זו, של העלאת המחיר ב-47% מעל המחיר התחרותי, היא "משמעותית", כנדרש. גם כאן, במסגרת הרובד הכלכלי, חברת קוקה קולה א' והספק יוכלו לטעון כי המחיר התחרותי גבוה יותר, על ידי הצגת העלויות הגבוהות יותר של אספקת המותג המוביל. הן גם יוכלו לטעון כי הבלעדיות היתה חיונית לעידוד השקעות כאלה ואחרות, כגון עידוד קוקה קולה א' להשקיע ביחסייה עם הספק.

2.5. אנלוגיה ה': התנהגות מדיירה של בעל מונופולין

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

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

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

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

39. התובע יוכל להגיש את התביעה לפי סעיף 29א(א) לחוק, האוסר על בעל מונופולין לנצל לרעה את מעמדו באופן העלול לפגוע בתחרות או בציבור. אפשרות נוספת של התובע היא לתקוף את ההתנהגות של המונופול על פי החזקה החלוטה של סעיף 29א(ב)(1), שהוא גם הסעיף הנדון בעניין שלפנינו, ולטעון כי המחיר שחברת קוקה קולה א' גבתה מחברת קוקה קולה ב' בגין התשומה החיונית הוא בלתי הוגן. או אז קמה חזקה חלוטה כי ההתנהגות מהווה ניצול לרעה העלול לפגוע בתחרות או בציבור.¹⁰

40. כבדוגמאות הקודמות, הניתוח של בית המשפט אליו מוגשת התביעה יחולק לשני רבדים: כלכלי ומשפטי. ברובד הכלכלי, יבחן מה הפגיעה המסתברת בתחרות או בציבור הנובעת מההתנהגות של בעל המונופולין. נניח כי חוות דעת כלכלית של התובע תראה כי ההתנהגות (הדרת חברת קוקה קולה ב' מהשוק) מעלה את

¹⁰ ה"ע (י-ם) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד תשנט(2) 529, פס' 56 לפסק דינו של השופט עדיאל (2000) (קובע כי הפרקטיקות המנויות בס' 29א(ב) לחוק הינן חזקות חלוטות). ראו גם עניין צדוק, לעיל ה"ש 4, פס' 30 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

המחיר של משקה הקוקה קולה ב-47% מעל המחיר של פפסי ואר סי. במסגרת רובד זה, בעל המונופולין יוכל להראות, למשל, באמצעות נתוני אמת, כי המחיר שהוא גובה ממתחרהו בגין התשומה החיונית משקף את העלויות הרלוונטיות שלו. הוא יוכל לטעון כי השקיע בתשומה הזו השקעה שהוא לא היה משקיע אלמלא גבה ממתחרהו מחיר זה בעבור התשומה. הוא גם יוכל לנסות לבסס כי המחיר התחרותי גבוה מהמחיר של אר סי ופפסי, לאור עלויותיו הגבוהות. אם בוסס, במסגרת הרובד הכלכלי, כי הדרת המתחרה על ידי המונופול גרמה להעלאת המחיר ב-47% ביחס למחיר התחרותי, אזי ברובד המשפטי, על בית המשפט לבצע הערכת מדיניות אם זוהי פגיעה מספקת על מנת לבסס הפרה. במקרה זה, שבו בעל מונופולין מדיר מתחרה שלו, על פי סעיף 29א(א) לחוק, די שהתנהגות "עלולה לפגוע בתחרות או בציבור". במידה שהתביעה היא על פי סעיף 29א(ב)(1) לחוק, הבדיקה תהיה האם המחיר שגובה בעל המונופולין ממתחרהו ובגין התשומה הוא "בלתי הוגן". אין חולק כי במסגרת דיני התחרות הישראלים והאירופאיים, לתובע בדוגמא זו עילת תביעה מוצקה כנגד בעל המונופולין.

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

41. הדוגמאות שהוצגו בפרק הקודם הראו כי דיני ההגבלים העסקיים הם עקביים בקידום מטרת העל שלהם: מניעת נטל עודף והעברת ערך, והם עושים זאת בדרך דומה בכל ההפרות שנסקרו לעיל: קרטל, מיזוג, מיזם משותף, הסדר בלעדיות, והדרת מתחרה על ידי מונופול. מכאן ברורה גם הדרך שבה על בית המשפט לפעול בתביעה המוגשת בעילת מחיר מופרז. בתביעה זו, במקום לגרום להעלאת המחיר ב-47% ביחס למחיר של פפסי ושל אר סי על דרך של קרטל, מיזם משותף, מיזוג, הסדר בלעדיות או הדרת מתחרה, הנתבעת גבתה אותו מחיר גבוה בצורה ישירה, על ידי ניצול כוחה המונופוליסטי.
42. גם בתביעה כזו, המוגשת כנגד בעל המונופולין בגין ניצול לרעה בניגוד לחוקה החלוטה שבסעיף 29א(ב)(1) לחוק, קיימים אותם רבדים שקיימים בדוגמאות האחרות – הרובד הכלכלי והרובד המשפטי.

3.1. הרובד הכלכלי בבדיקת העילה: מציאת המחיר התחרותי

43. ברובד הכלכלי של הניתוח, כיון שמחיר מופרז הוא מחיר שנקבע מעל המחיר התחרותי, מבוצע ניתוח כלכלי המוצא מהו המחיר התחרותי. בכל הדוגמאות הקודמות, של קרטל, מיזוג, מיזם משותף, הסדר בלעדיות והדרת מתחרה, מצב הדברים לפני ההתנהגות היה יותר תחרותי: לפני ההתנהגות המפרה, היו שתי חברות קוקה קולה, שהתחרו זו בזו על מכירת אותו מוצר המועדף על ידי הצרכנים, ועל כן סביר להניח, בהיעדר ראייה לסתור, כי מחיר משקה הקוקה קולה היה יורד עקב תחרות זו לאותה הרמה של מחיר הפפסי והאר סי, הנחותים יותר. בכל הדוגמאות הללו, ההנחה הסבירה, בהיעדר ראיה לסתור, היא שההפרה הנטענת העלתה את המחיר של משקה קוקה קולה ב-47% יחסית למצב מוצא זה. לעומת זאת, בתביעה בגין מחיר מופרז מצב המוצא איננו תחרותי, משום שבשוק מצוי בעל מונופולין שהתחרות מלכתחילה לא הצליחה לרסן אותו. המחוקק צפה תופעה זו, ועל כן הוא ציווה להתערב כנגד בעל המונופולין המנצל את כוחו מול הצרכנים ישירות, בלי צורך לפגוע בתהליך התחרותי.
44. בהתאם, מטרת הרובד הכלכלי של הניתוח היא להתחקות אחר אותו מצב מוצא תחרותי היפותטי שהיה שורר אילו המונופול היה חשוף לתחרות ועל כן היה מרוסן לגבות את המחיר התחרותי, ולא היה מסוגל לגבות מעליו.
45. התחקות אחר מצב תחרותי היפותטי יכולה להיות גם מנת חלקה של תביעה כנגד ההפרות מהסוגים הקודמים: למשל, הקרטל, המיזם המשותף בין שתי חברות הקוקה קולה, או המיזוג ביניהן, הסדר הבלעדיות שגרם לסילוקה של אחת מהן, או ההדרה של אחת מהן על ידי השנייה, היו יכולים להתרחש עם תחילת פעילותה של לפחות אחת מחברות הקוקה קולה, עוד לפני שאפשר היה לראות בפועל מה היא

התוצאה של התחרות בין חברות הקולה לבין עצמן. למשל, נניח כי חברת קוקה קולה א' היתה בשוק קודם, לצד פפסי ואר סי, ואז נכנסה לשוק חברת קוקה קולה ב'. אלא שעם כניסתה, היא עשתה את הקרטל או המיזם המשותף האמורים עם חברת קוקה קולה א', או התמזגה עימה, או שחברת קוקה קולה א' החתימה את הספק של התשומה החיונית על בלעדיות עימה, או שחברת קוקה קולה א' הדירה את חברת קוקה קולה ב' מהשוק. בכל המקרים הללו, על בית המשפט יהיה להתחקות אחר המצב התחרותי ההיפותטי שהיה קורה אלמלא ההתנהגות המפרה, ממש כמו במקרה של האיסור על מחיר מופרז של בעל מונופולין.

46. בהתאם, הבירור של תביעה בגין מחיר מופרז של בעל מונופולין אינו מורכב יותר מהבירור של תביעות בגין הפרות אחרות בדיני ההגבלים העסקיים. כך, בדוגמאות הקרטל או המיזוג בין שתי חברות הקוקה קולה, אם תוגש תובענה ייצוגית בגין הנזק שנגרם לציבור הצרכנים, על בית המשפט יהיה לבצע ניתוח דומה לזה שהוא מבצע במקרה של תביעה בגין מחיר מופרז של בעל מונופולין. בפרט, בית המשפט יצטרך להעריך מהו המחיר התחרותי שהיה שורר אלמלא הקרטל או המיזוג. שתי חברות הקולה יוכלו לטעון כי אלמלא הקרטל או המיזוג, המחיר לא היה יורד דווקא למחיר של פפסי ואר סי, אלא למחיר גבוה יותר, לאור עלויותיהן הגבוהות יותר של חברות הקוקה קולה. לשם כך, על בית המשפט יהיה להעריך את עלויותיהן האמיתיות של חברות הקוקה קולה, כדי להעריך איזה מחיר היה שורר בשוק אלמלא הקרטל או המיזוג. כך גם בתובענה ייצוגית נגד המיזם המשותף או הסדר הבלעדיות בדוגמאות לעיל. בדוגמאות אלה הניתוח המורכב דרוש הן לבירור ההפרה והן לבירור הנזק. זאת משום שבמקרה של מיזם משותף והסדר בלעדיות, לא כל מחיר מעל המחיר התחרותי מניב עילה, אלא נדרש שהמחיר יהיה משמעותית מעל המחיר התחרותי בדוגמת ההדרה על ידי חברת קוקה קולה א' של חברת קוקה קולה ב', אם חברת קוקה קולה ב' תתבע פיצוי על הנזק שנגרם לה, יהיה צורך לחשב את הרווח שהיתה מפיקה אלמלא ההפרה, אילו היתה נשארת בשוק הקולה. זאת, על סמך כלל העלויות הרלוונטיות המשוערות שלה באספקת המוצר, ועל סמך המחיר שהיה רווח בתנאי תחרות אלמלא ההפרה. אם התביעה תוגש על ידי ציבור הצרכנים, כתובענה ייצוגית, בית המשפט יצטרך להעריך מה היה המחיר התחרותי אלמלא ההדרה, ולהעריך את הנזק, בדמות ההפרש בין המחיר התחרותי למחיר שרווח לאחר ההדרה של חברת קוקה קולה ב'.

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

א. המחיר התחרותי האולטימטיבי הוא מחיר מבוסס עלויות

48. המחיר התחרותי האולטימטיבי – זה המוגדר בצורה הברורה ביותר ומגשים את מטרות דיני ההגבלים העסקיים בצורה הטובה ביותר – הוא מחיר מבוסס עלויות. ב-"מחיר מבוסס עלויות", הכוונה למחיר השווה לכלל העלויות הרלוונטיות של המונופול הנדרשות לו לצורך אספקת המוצר, לרבות עלויות רלוונטיות שאינן תלויות בהיקף הפעילות (עלויות קבועות), כגון ציוד, מקרקעין, מחקר ופיתוח, פרסום, וכיוצא באלה. מדובר באותו המחיר שאם המונופול נאלץ לגבות מתחתיו, הוא לא יתחיל מלכתחילה לספק את אותו המוצר.¹¹

49. קיימת סיבה מהותית חשובה לכך שמחיר מבוסס עלויות הוא המחיר התחרותי האולטימטיבי, ובפרט בהקשר של האיסור על מחיר מופרז של בעל מונופולין: קנה מידה זה הוא שמגשים בצורה הקרובה ביותר את שתי מטרות העל האמורות של חוק התחרות: מניעת נטל עודף ומניעת העברת ערך מהצרכנים אל הפירמות. אם המחיר יהיה מתחת למחיר מבוסס עלויות, המחזיר למונופול את כלל עלויותיו הרלוונטיות,

¹¹ היועץ, בעמדה שהגיש לבית המשפט העליון, שגה כאשר הניח שהמחיר התחרותי האולטימטיבי הוא מחיר ששווה דווקא לעלות השולית, קרי העלות של אספקת היחידה האחרונה של המוצר. עמדת היועץ, לעיל ה"ש 2, פסי' 64-67. העלות השולית, שהיועץ משתמש בה בטיעונו, היא עלות שאינה כוללת עלויות קבועות רלוונטיות, כגון עלויות תשתית, ציוד, שכירות, פרסום וכיוצא באלו. אלא שלא זו הכוונה במחיר מבוסס עלויות המהווה את המחיר התחרותי האולטימטיבי לעניינו. מחיר מבוסס עלויות כולל גם עלויות קבועות רלוונטיות.

קיים חשש שהוא מלכתחילה לא יפעל בשוק, או לא ישקיע את כל ההשקעות שהשקיע על מנת להיות בשוק. מאידך, ככל שהמחיר הוא יותר גבוה ממה שבעל המונופולין חייב כדי להיות בשוק במתכונתו הנוכחית, נגרם יותר נטל עודף ונגרמת יותר העברת ערך, שלא לצורך: יותר ויותר צרכנים שהיה ראוי שירכשו את המוצר לא רוכשים אותו, והצרכנים שכן רוכשים את המוצר מעבירים יותר ערך מעצמם אל בעל המונופולין. אלה שני הכשלים שהמחוקק התכוון למנוע, ועל כן המטרה היא, במידת האפשר, למזער אותם.

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

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

52. כאשר משתמשים במבחן ההשוואה, שישקר להלן, סביר להניח שקנה המידה להשוואה יהיה בעצמו מעל מחיר מבוסס עלויות. זהו אכן 'מחיר תחרותי' אוליגופוליסטי, של תחרות לא מושלמת. הסיבה שקנה מידה מעין זה יכול להיות שימושי היא שאם המחיר שגבה המונופול הוא מופרז מעל 'מחיר תחרותי' אוליגופוליסטי זה, קל וחומר שהוא מופרז מעל המחיר התחרותי האולטימטיבי-הוא מבחן מבוסס עלויות.

53. גישתו של היועץ, המתחקה כעניין עקרוני (להבדיל מדרך מבחן השוואה מקל וחומר) אחר מחיר אוליגופוליסטי אמורפי, דומה במידה רבה לקביעה של ה-CATn, Competition Appeals Tribunal, באנגליה בפרשת פיזר,¹² עליה נרחיב גם בהמשך, שביני לבני נהפכה על ידי בית המשפט האנגלי לערעורים. ה-CATn פסל את הסתמכותה של רשות התחרות האנגלית על מבחן עלות בלבד, כאשר קבעה כי חברות התרופות פיזר ופלין גבו מחיר מופרז על תרופה נגד אפילפסיה. זאת משום שה-CATn סבר כי אמת המידה שיש להשוות אליה איננה "תחרות אידיאלית", כי אם "תחרות אפקטיבית ונורמלית".

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

¹² Flynn v. CMA [2018] CAT 11 (להלן: "עניין פיזר ב-CAT").

“...[The CAT] misinterpreted United Brands to introduce an additional requirement of “benchmarking” the hypothetical price that would have been charged under sufficiently effective (but not idealised) competitive conditions”¹³

55. בית המשפט האנגלי לערעורים הפך את קביעת ה-CAT לעניין זה וקבע, כי ניתן להראות הפרה של העילה גם באמצעות מבחן עלות בלבד.¹⁴ נקבע כי אין צורך להתחקות אחר “מחיר תחרותי” היפותטי השונה מאותו המחיר התחרותי שנבע ממבחן העלות או מבחן ההשוואה. בכך קיבל בית המשפט לערעורים באנגליה את עמדת הנציבות האירופאית ורשות התחרות הבריטית.¹⁵ בית המשפט לערעורים קבע כי דרישה מהתובע שבנוסף על מבחן העלות או מבחן ההשוואה גם יראה מה הבנצ'מארק ההיפותטי, תקשה שלא לצורך על האכיפה, וכי כך גם קבע בית המשפט לצדק של האיחוד האירופאי בפרשת ארגון זכויות היוצרים הלטבי, בניגוד לעמדת היועץ המשפטי של בית המשפט, ה-Advocate General.¹⁶

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

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

ב. מבחן העלות ומבחן ההשוואה

57. את הרובד הכלכלי בתביעה על מחיר מופרז, המתחקה אחר המחיר התחרותי, אפשר ליישם בשתי דרכים: על פי מבחן העלות ועל פי מבחן ההשוואה. כדבריה של השופטת (כתוארה אז) נאור ברע”א 2616/03 **ישראל כרטיס בע”מ נ’ רייס**: “במבחנים הנהוגים בפסיקה האירופאית יש מבחן הבודק את ההפרש בין עלויות הייצור של המוכר למחיר המכירה. אם ההפרש (המהווה את הרווח של המונופולין) הוא מוגזם – המחיר הוא בלתי הוגן ... מבחן נוסף הוא מבחן ההשוואה בין מחירים שגובה חברה אחרת עבור מוצר זהה או דומה בשוק”.¹⁷ גילוי דעת 1/17 של רשות התחרות מזכיר גם את מבחן ניתוח הרווחיות, שבו רווחיות המונופול

¹³ [41] 617 EWCA Civ. [2020] CMA v. Flynn (להלן: “עניין פייזר בבית המשפט לערעורים”).

¹⁴ שם, פס’ 97.

¹⁵ שם, פס’ 119.

¹⁶ שם, פס’ 121.

¹⁷ רע”א 2616/03 **ישראל כרטיס בע”מ נ’ רייס**, פ”ד נט(5) 701, פס’ 17 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (2005) (להלן: “עניין רייס”).

מושווית למדד ייחוס יותר תחרותי.¹⁸ אלא שאנו מסכימים עם הרשות בגילוי הדעת, ועם היועץ, כי "לשיטה זו חסרון מובנה בהקשר של בחינת תמחור בלתי הוגן גבוה ביחס למוצר או שירות ספציפי. ככל שהפירמה מייצרת מגוון מוצרים, שהמוצר הנבחן הוא רק אחד מהם, הרי שעלות ההון, המחושבת ברמת הפירמה או הסקטור כולו (לשם השוואה), אינה מתייחסת למוצר הבודד. השוואתה לתשואה על הנכסים הקשורים למוצר או שירות מסויים בלבד כרוך בבעייתיות מתודולוגית ויישומית."¹⁹ אכן, כפי שמציין היועץ בעמדתו "מבחן הרווחיות מעלה ... קשיים יישומיים ... מבחן זה דורש חישוב של מדד רווחיות מתוך הנתונים הפיננסיים של הפירמה לצד מדד ייחוס מנתוני הפירמה או מנתוני פירמות אחרות (כמו WACC, ROCE ו-TIRR). 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 לגביו בדרך זו".²⁰ נפרט כאן אם כך את שני המבחנים העיקריים המשמשים בפסיקה, אשר הוכרו גם על ידי בית המשפט העליון בעניין **רייס**, הם מבחן העלות ומבחן ההשוואה.

1. מבחן העלות

58. על פי מבחן העלות יש לחשב, באמצעות נתוני המונופול, את העלות הממוצעת המצטברת לטווח הארוך (Long Run Average Incremental Cost; LRAIC) (להלן – "העלות הממוצעת") המהווה את סך העלויות הנדרשות לשם כניסה לשוק ואספקת המוצר הנדון, מחולקות בסך התפוקה שסופקה. זוהי "עלות החדירה לשוק של החברה עד לאספקת המוצר או השירות הנבחן. בחישוב זה יש להעניק משקל הן לעלויות קבועות [כגון ציוד, מקרקעין, פרסום, וכו'-ד"ג, א'ק'] והן לעלויות משתנות [כגון חומרי גלם, חשמל וכו'-ד"ג, א'ק'] של בעל המונופולין ובשני המקרים מדובר בעלויות הרלוונטיות למוצר או שירות מסוים."²¹ יש להקפיד שהעלויות יהיו רלוונטיות וישקפו את מה שהמונופול נשא בו לצורך אספקת המוצר, תוך התעלמות ממניפולציות חשבונאיות.

59. קיימים הקשרים רבים אחרים בידי ההגבלים העסקיים שבהם יש צורך לנתח את עלויות הפירמה על מנת לבסס את ההפרה. כזהו למשל המקרה, שנדון בדוגמת ההתנהגות המדירה של מונופול שהבאנו בפרק 2.5 לעיל, שבה המונופול גובה מחיר מופרז ממתחרה שלו בגין גישה לתשומה חיונית, ובמקביל גובה מחיר לצרכן נמוך יחסית, כך שהמתחרה איננו מסוגל להתחרות. בדוגמא מעין זו, המונופול מנצל לרעה את מעמדו, על ידי הדרת המתחרה. כדי לבסס את העילה, יש לבדוק את עלויות המונופול, כדי לברר אם אילו הוא היה צריך לרכוש את התשומה במחיר התשומה האמור, הוא היה מסוגל למכור את המוצר הסופי לצרכן במחיר לצרכן האמור, ועדיין להרוויח.²²

60. כך גם לגבי מונופול הנוקט בפרקטיקה של הנחות נאמנות, המדרבנות את הלקוחות להיות נאמנים למונופול ולא לרכוש ממתחרה. הדרך שבה הנציבות האירופאית בוחנת מקרים כאלה היא לבדוק אם, לאור עלויותיו הרלוונטיות של המונופול, היחידות של המוצר שהלקוח היה יכול לרכוש או מהמונופול או מהמתחרים נמכרות על ידי המונופול במחיר מתחת לעלות.²³ גם האיסור על מחיר בלתי הוגן נמוך מדי, מחיר טורפני,

¹⁸ גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 6, בעמ' 21-22.

¹⁹ שם, בעמ' 22.

²⁰ עמדת היועץ, לעיל ה"ש 2, פס' 72. ראו גם את פסק דינה של השופטת שטמיר בת"צ (מרכז) 46010-07-11 **נאור נ' תנובה מרכז שיתופי בע"מ**, פס' 75 (פורסם בנבו, 22.6.2020) (להלן: "עניין נאור") (מצביעה על נחיתות מבחן ניתוח הרווחיות ביחס למבחן ההשוואה, תוך ציטוט גילוי דעת 1/17).

²¹ גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 6, בעמ' 19-20.

²² אריאל אזרחי ודיויד גילה **דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים** 309-305 (2019) (להלן: "אזרחי וגילה דיני התחרות האירופאיים").

²³ שם, בעמ' 288-305.

דורש לבדוק אם המחיר הוא מתחת לעלויות הרלוונטיות של המונופול, ולשם כך יש לבחון כמובן את עלויותיו הרלוונטיות.²⁴

61. מצב נוסף שבו לעיתים קרובות יש צורך להעריך עלויות הוא בהגדרת השוק או בבדיקה אם קיים כוח שוק משמעותי. שני המושגים האלה, על פי הנחיות רשויות תחרות בעולם, נבדקים אידיאלית באמצעות השאלה אם הפירמה הנידונה מסוגלת להעלות מחירים באופן רווחי, לתקופה שאינה בת חלוף.²⁵ על מנת לראות אם פירמה יכולה להרוויח מהעלאת מחירים, לעיתים קרובות יש לבחון, כמובן, את רווחיותה, ובכלל זה את עלויותיה הרלוונטיות.

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

63. החשש שהובע על ידי היועץ, כי יישום של מבחן עלות יגרום לבעל מונופולין לא לרצות להתייעל, איננו מבוסס.²⁶ אם המונופול מאפשר לעלויותיו לעלות, הוא חושף את עצמו למצב שפירמה חדשה, יעילה ממנו, תכנס לשוק ותחטוף לו נתחי שוק. שלא כמו מחיר, שהמונופול יכול לשנות בהינף יד, יהיה לו קשה להקטין מחדש את עלויותיו מקום שהוא אפשר להן לעלות, או נמנע מלהקטין, וכך הוא עלול לא להיות מסוגל להגיב במהירות מספקת לכניסה של מתחרה יעיל ממנו. בהקשר זה ראוי להדגיש כי כל השקעה של המונופול בהתייעלות באספקת המוצר הנדון תיחשב כחלק מעלויותיו הרלוונטיות. לבסוף, יש לשוב ולהזכיר כי מטרת חוק התחרות היא השאת רווחת הצרכנים. מטרה זו אינה מושגת אם ההתייעלות של המונופול אינה מגולגלת לצרכן, והוא גובה מהם מחיר מופרז.

64. למרות שהשקעותיו של המונופול יילקחו בחשבון העלויות לצורך מבחן העלות, נטל הבאת הראיות ביחס להשקעות אלה, כמו גם ביחס לכלל עלויותיו הרלוונטיות, יהיה מוטל על המונופול הנתבע ולא על התובע. הסיבה לכך נעוצה בפערי המידע בין הצדדים, עליהם אנו עומדים להלן.²⁷ בדרך כלל המידע לגבי עלויותיו הרלוונטיות של המונופול יהיו בחזקתו, ולתובע לא תהיה דרך להגיע למידע זה ולהציגו בפני בית המשפט. לפיכך, הנטל הראשוני המוטל על התובע הוא להביא ראיות לכך שהמחיר שגבה המונופול גבוה באופן מופרז מהמחיר התחרותי. התובע יוכל, למשל, לעשות זאת באמצעות הצגת חוות דעת מומחה המראה את המחיר התחרותי על פי מבחן השוואה, עליו נפרט להלן. לחלופין, התובע יוכל לנסות להשתמש במידע הנמצא ברשותו על מנת להציג חוות דעת מומחה המראה את המחיר התחרותי על סמך מבחן עלות. משהרים התובע את הנטל הזה, עובר נטל הבאת הראיות ביחס לעלויות המונופול, לרבות השקעותיו הרלוונטיות למוצר הנדון, אל הנתבע.

65. קיים דמיון בין נטל הבאת ראיות על ידי המונופול לגבי עלויותיו והשקעותיו הרלוונטיות על מנת להצדיק את המחיר שגבה לבין הנטל המוטל על הנתבע בעילות אחרות בדיני ההגבלים העסקיים, כגון הסדר כובל,

²⁴ שם, בעמ' 269-279.

²⁵ גילוי דעת 1/11, לעיל ה"ש 5, בעמ' 13-4; U.S. Dep't of Justice & Fed. Trade Comm'n, Horizontal Merger Guidelines, par. 4.1.1 (2010) (להלן: "הנחיות המיזוגים האופקיים של רשויות ההגבלים העסקיים האמריקאיות"); Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law, 1997 O.J. (C 372) 5 (להלן: "ההנחיות האירופאיות להגדרת שווקים").

²⁶ ראו יוסי שפיגל "הערות לגבי מסמך הרקע לעיון מחדש בגילוי דעת 1/14" (5.5.2016),

²⁷ ראו להלן פרק 4. www.gov.il/he/departments/publications/reports/excessivepricescomments

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

2. מבחן ההשוואה

66. כאמור לעיל, ניתן להתחקות אחר "המחיר התחרותי" ברובד הניתוח הכלכלי גם בלי מבחן עלות. זאת, על ידי מציאת מחיר בר השוואה שהוא נמוך מהמחיר שגבה המונופול. זהו מבחן ההשוואה. נקודת המוצא היא, בהיעדר ראיה לסתור, כי אם אכן המחיר הנמוך יותר שנמצא הוא בר השוואה, הרי שהמחיר הנמוך יותר הוא בוודאי מעל המחיר התחרותי האולטימטיבי, הוא המחיר מבוסס העלויות כנזכר לעיל. למרות שמחיר בר השוואה זה הוא בדרך כלל מעל המחיר התחרותי האולטימטיבי, ניתן לראות בו כמחיר יותר תחרותי מהמחיר שגבה המונופול. על כן, בדרך כלל, אם המחיר שגבה המונופול הוא מופרז מעל המחיר בר השוואה הנמוך יותר, קל וחומר שהוא מופרז מעל המחיר התחרותי האולטימטיבי. ככל שהמחיר הוא יותר בר השוואה, כך מדובר באינדיקציה טובה יותר למחיר התחרותי, או לפחות למחיר יותר תחרותי. ההשוואה יכולה להיות, למשל, למחיר שגובה המונופול עצמו בשווקים אחרים, בהם הוא גובה מחיר נמוך יותר, או מול לקוחות מסוגים אחרים, מהם הוא גובה מחיר נמוך יותר. היא יכולה להיות למחיר נמוך יותר שהמונופול גבה באותו השוק עצמו לפני התקופה הנידונה או אחריה. השוואות אלו, למחירים נמוכים יותר שהמונופול עצמו גבה מעידות, בהיעדר ראיה לסתור, כי המונופול מסוגל להרוויח, עם עלויות דומות, אף במחירים נמוכים אלה. ההשוואה יכולה להיות גם למחיר שגובות פירמות אחרות בנות השוואה, לרבות מתחרות של המונופול, שמוכרות מוצר שסביר להניח כי העלויות הרלוונטיות במכירתו דומות לאלה של המונופול. סוג ראוי נוסף של השוואה הוא למחיר מפוקח של אותו המוצר או מוצרים דומים, הנמוך מהמחיר שנגבה, ובלבד שמועד הפיקוח הוא קרוב מספיק למועד גביית המחיר שנתקפה. נקודת המוצא היא שהמחיר המפוקח יותר התחקה במידה כזו או אחרת אחר המחיר התחרותי, או לפחות מהווה גבול עליון למחיר התחרותי.

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

שהרווחיות היא ההפרש בין המחיר לעלויות, והיא מנטרלת את הבדלי העלויות הנטענים בין המונופול לבין הפירמה האחרת.

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

69. קיימים הרבה הקשרים שבהם לחברות, בישראל ובעולם, יש כוח לגבות מחירים מופרזים. כך, בשוק המשקאות הישראלי בכללותו יתכן בהחלט שקיימים משקאות שנגבה עליהם מחיר מופרז ביחס למחיר התחרותי. מדובר בתחום ריכוזי, ממועט שחקנים, ויתכן בהחלט שחברות בשוק זה מנצלות את כוח השוק שיש להן. בפרט, בתחום זה פועלות שלוש חברות עיקריות, והן נפגשות זו עם זו במגוון תחומים: משקאות קולה, משקאות אחרים, בירה, וכו'. ידוע כי שוק ריכוזי, שבו הפירמות "נפגשות" במספר שווקים, הוא מועד למחירים גבוהים שייגבו בכל השווקים הללו, ככל שהמותג מאפשר.²⁸ אכן, כפי שמעידים דברי ההסבר לתיקון מספר 11 לחוק ההגבלים העסקיים " ... מדע הכלכלה לא מציע כלים לכימות של רמת התחרות."²⁹ לא ניתן ללבן, במסגרת הליך שיפוטי הבוחן שוק מסוים, אם שוק אחר הוא תחרותי אם לאו (אלא אם כן נבצע הליך שיפוטי שלם אודות אותו שוק אחר). הכלי שמספק מבחן ההשוואה עוקף בעיה זו, כאשר הוא מעיד על מופרזותו של המחיר שנגבה באמצעות הפער המופרז בינו לבין מחיר בר השוואה נמוך יותר. בהתאם, המבחן ממקד את ההתדיינות בין הצדדים לשאלה אם המחיר הנמוך יותר הוא בר השוואה.

70. עקרון זה, לפיו לא ניתן להצדיק את המחיר שנגבה באמצעות איתורו של מחיר גבוה אחר, חל כמובן גם על מצבים שבהם המונופול טוען שהמחיר הגבוה האחר נגבה על אותו מוצר עצמו הנמכר על ידו, או נגבה על ידו בהקשרים אחרים. גם במקרה כזה אנו נתקלים באותו הכשל, שלפיו אותו מחיר גבוה עלול גם הוא להיות מופרז. בפרט, גם ההקשרים האחרים הללו, שבהם נגבה המחיר הגבוה, עלולים להיות בשווקים ריכוזיים, או שווקים בהם לפירמות כוח שוק משמעותי, או יכולת לגבות מחירים גבוהים.

71. אכן, קיימת החלטה חריגה אחת, שכבר נזכרה לעיל בהקשר אחר, של הטריבונל לערעורים בענייני תחרות באנגליה, ה CAT ("Competition Appeals Tribunal"), בעניין פיזר, שלכאורה סותרת גישתנו זו.³⁰ אולם, זוהי החלטה שגויה, חריגה ובעייתית, שזכתה לביקורת, ואיננה משקפת לא את הדין האירופאי ולא את המדיניות הנכונה.³¹

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

²⁸ ראו למשל B. Douglas Bernheim & Michael D. Whinston, *Multimarket Contact and Collusive Behavior*, 21 RAND J. ECON. 1 (1990).

²⁹ הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 11), התשע"א-2010, ה"ח הממשלה 543, 266.

³⁰ עניין פיזר בCAT, לעיל ה"ש 12.

³¹ אזרחי וגילה דיני התחרות האירופאיים, לעיל ה"ש 22, בעמ' 318-320. ראו גם את דברי השופטת שטמר בעניין נאור, לעיל ה"ש 20, בפס' 42 (באזכרה את המלומד Abbott המצטרף לביקורת על הCAT).

73. בהתאם, העלו פייזר והמשווק שלה, Flynn, את מחיר הקפסולה של פייזר פי 23 עד פי 26 ביחס למחיר המפוקח. רשות התחרות האנגלית תקפה את ההתנהגות כגביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין, והשתמשה בכמה מבחני השוואה ובמבחן עלות, שהצביעו על מופרזות המחיר. בערעור לCAT, הטריבונל החזיר את הדיון לרשות התחרות, מתוך קביעה כי זו כביכול לא ביצעה בדיקה מספיק מקפת. בין היתר, קובע ה-CAT כי היה על רשות התחרות לשקול את טענת הנתבעות לפיה המחיר שגבתה חברת טבע בגין טבלייה של התרופה עם אותו חומר פעיל היה דומה, ואף גבוה יותר, מאשר המחיר שגבו פייזר וFlynn על הקפסולות של פייזר.³²

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

75. מעניין לציין בהקשר זה כי גם הנציבות האירופאית, האחראית על אכיפת דיני התחרות האירופאיים, הצטרפה לערעור של רשות התחרות האנגלית על החלטת הCAT, וטענה כי קביעתו אינה משקפת את הדין האירופאי ומגבילה את חופש הפעולה של הרשות בצורה לא ראויה.³³ כדברי ערכאת הערעור:

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

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

76. בית המשפט האנגלי לערעורים, שבינתיים הכריע בערעור, בחר שלא להתערב בקביעה ספציפית זו של הCAT, משום שדובר בקביעה עובדתית שלא ניתן היה לערער עליה. הודגש על ידו, עם זאת, כי הוא רואה הנחיה זו של הCAT כהנחיה לרשות מנהלית, שיש לה חובה לשקול, בדרגת העומק שהיא רואה לנכון, טענות הגנה המובאות על ידי הגורם המפוקח.³⁴

77. החלטת בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי בפרשת זכויות היוצרים הלטבית, שהיא ההחלטה העדכנית ביותר של בית המשפט לצדק לגבי עילת המחיר המופרז, גם היא עקבית עם המסקנה כי אין הצדקה להשוות את המחיר למחירים גבוהים יותר. בפרשה זו, הסתמכה רשות התחרות הלטבית, בין היתר, על השוואה בין המחיר שגבה ארגון זכויות היוצרים הלטבי למחיר שגבו הארגונים המקבילים בשתי מדינות שכנות בלבד: ליטא ואסטוניה. המונופול טען כנגד הרשות שהיה צריך להשוות למדינות כגון בולגריה, רומניה, פולין

³² עניין פייזר בCAT, לעיל ה"ש 12, פסי' 391-393.

³³ עניין פייזר בבית המשפט לערעורים, לעיל ה"ש 13, פסי' 41. ראו גם את הדיון בפרק 4.3.1 להלן.

³⁴ שם, פסי' 97, 112-116.

והונגריה,³⁵ בהן לשיטתו גבו הארגונים מחירים דומים, או אף גבוהים יותר. טענה זו לא התקבלה על ידי בית המשפט לצדק, והוא קבע כי השוואה לשתי מדינות שכנות, בהן המחיר היה משמעותית נמוך יותר, היא ראויה.³⁶

78. למעשה, לא נגזים אם נאמר כי כמעט תמיד יוכל בעל מונופולין הגובה מחיר מופרז למצוא איזשהו מחיר, בישראל או בעולם, שהוא גבוה באותה המידה, או אף גבוה יותר. בהתאם, מתן אפשרות להפעלת מבחן ההשוואה על מחירים גבוהים באותה המידה, או גבוהים יותר, למעשה מרוקנת את העילה מתוכן.

3. השוואה למחירי מתחרים

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

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

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

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

83. לעיתים קרובות המתחרים של המונופול מספקים את המוצרים שמבחינת עלויות הייצור הם הקרובים ביותר לאלה של המונופול. ככל שמתרחקים לשווקים אחרים מאלה שבהם פועל המונופול, ייתכנו הבדלים נוספים בעלויות בין המונופול לבין המוצרים נשוא ההשוואה. כמובן, יתכן גם שהעלויות של המתחרים

³⁵ Case C-177/16, Autortiesību un komunikāciju konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība v. Konkurences padome, 2017 EUR-Lex CELEX LEXIS 689, ¶ 12 (Sept. 14, 2017) (להלן: "עניין ארגון זכויות היוצרים הלטבי").

³⁶ שם, פסי' 40-41.

בפועל שונות מהעלויות של המונופול. אך במקרים רבים יהיה סביר להניח שהעלויות הן דומות, כאשר המתחרים מייצרים ומספקים מוצר דומה, ללקוחות דומים, עם ערוצי הפצה דומים, דרכי הובלה ושינוע דומות, שוק עבודה דומה, ומערכת מיסוי דומה. גם כאן, כמו במבחן העלות, המונופול יכול להפריך את הראיות שהוצגו על ידי התובע ביחס למחירי המתחרים ולהציג נתוני אמת לגבי עלויותיו. משעמד התובע בנטל הראיה ביחס להשוואת המחירים, עובר הנטל לנתבע להביא ראיות לכך שעל פי מבחן העלות המחיר שגבה אינו מופרז.

84. אם העלויות הממוצעות של המתחרים שאל המחיר שלהם בוצעה ההשוואה הן דווקא גבוהות מאלה של המונופול הנתבע, ההשוואה אל המתחרים נכונה מקל וחומר. כיון שנתח השוק של המונופול הוא בדרך כלל גדול, ושל מתחריו בדרך כלל קטן, העלות הממוצעת של המתחרים אכן צפויה להיות גבוהה יחסית. זאת, משום שאת העלויות הקבועות הקשורות באספקת המוצר שלהם המתחרים צריכים לחלק בין מספר קטן יחסית של יחידות, בעוד שאת העלויות הקבועות הרלוונטיות לייצור המוצר של המונופול הוא יכול לחלק בין מספר גדול של יחידות, לאור נתח השוק הגדול שלו.

85. קיימות דוגמאות לא מעטות בפסיקה להשוואה למחירי מתחרים, או פירמות אחרות המספקות מוצר או שירות דומה. ראשית, גם החלטת בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי בעניין United Brands, הנזכר גם בעמדת היועץ, מציינת במפורש כי על מנת להראות את המופרזות ניתן להשוות למחירי מוצרים מתחרים.³⁷ בפרט, פסק הדין מדבר באופן מפורש על:

“whether a price has been imposed which is either unfair in itself or when compared to competing products.”³⁸

86. בית המשפט לצדק גם יישם מבחן השוואה זה על המקרה שלפניו, ובדק את ההשוואה שערכה הרשות שם בין המחיר שגבה בעל המונופולין הנתבע לבין מחירי מתחריו. אלא שהפרש המחירים היה רק של 7%-8%, ועל כן לגופו של עניין לא הסכים בית המשפט לצדק לבסס את מופרזות המחיר על מבחן זה.³⁹

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

“It is notable that in the hospital segment Napp is unable to sustain a premium price since, in effect, MST has lost its brand value. It is only in the community segment

³⁷ United Brands Co. v. Commission of the European Communities [1978] E.C.R. 209, ¶ 252 (להלן: “עניין United Brands”).

³⁸ שם.

³⁹ שם, פס' 266.

⁴⁰ Napp Pharmaceutical Holdings Ltd., Decision No. CA98/2/2001, ¶¶ 207-212 (Director General of Fair Trading Mar. 30, 2001),

https://assets.publishing.service.gov.uk/media/555de4bf40f0b669c4000169/napp.pdf (להלן: “עניין Napp”).

where buyers are less price sensitive and where there is an absence of effective price competition ... that Napp can sustain a premium of 40% over competitors. The Director accepts that even with effective price competition Napp may be able to achieve a premium over competitors' prices, but he **does not accept that the premium would be as high as 40%**. More importantly, **Napp has sustained this price premium while maintaining a 96% share of the relevant market**. While firms originating a new pharmaceutical product may retain high prices following patent expiry, **it is not a feature of normal competition for the premium priced pioneer product to retain such a large share of sales volume.**"

88. גם בפרשת CD-Pharma רשות התחרות הדנית, באישור ערכאת הערעור, הסתמכה, בקובעה כי המונופול שם גבה מחיר מופרז על תרופה, על השוואה למחיר שגבתה חברה מתחרה שעשתה יבוא מקביל של אותה התרופה.⁴¹

89. גם ההחלטה העדכנית ביותר של בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי, בעניין מונופול זכויות היוצרים הלטיבי,⁴² מאשרת שימוש במבחן השוואה למחירים של ארגוני זכויות יוצרים במדינות שכנות.

90. כך גם רשות התחרות הגרמנית, בהחלטתה כי מונופול המים של ברלין גבה מחיר מופרז, השתמש במבחן השוואה למחירים של תאגידי מים בערים אחרות בגרמניה.⁴³

91. אף מהחלטת בית המשפט העליון בעניין **רייס** עולה כי מבחן השוואה למוצרים דומים הוא מבחן ראוי, וזאת תוך איזכור פסיקה אירופאית העושה שימוש אך ורק במבחן זה.⁴⁴ נזכיר כי בפרשת **רייס** מבחן ההשוואה בו השתמש התובע הוא השוואה למחירי מתחרה: העמלות שגבתה חברת אלפא קארד, שנכנסה לשוק על מנת להתחרות עם חברות כרטיסי האשראי הותיקות. בית המשפט ציין במפורש כי אלמלא אלפא קארד קרסה, מבחן השוואה זה כנראה היה מתקבל על ידו. כפי שמציינת השופטת נאור בעניין **רייס**:⁴⁵

"למעשה, התביעה ... שביקש רייס להגיש הייתה מבוססת על "שיטת ההשוואה": אם אלפא קארד יכולה "לעמוד" בעמלה של 2% כל עמלה גבוהה יותר היא, לפי הטענה, בלתי הוגנת. ואולם, הניסיון להתבסס על העמלה שגבתה אלפא קארד קרס עם קריסתה של חברה זו ... ייתכן שאילולא קריסתה של אלפא קארד, ואילו התמידה אלפא קארד לאורך זמן בעמלה שגבתה, היה הניסיון להתבסס על אלפא קארד בגדר ראיה לכאורה מספקת לשלב אישור התובענה הייצוגית."

⁴¹ ראו Konkurrencerådets [The Competition Council's], CD Pharmas prissætning af Synctocinon [CD Pharma Pricing of Oxytocin], Decision of Jan. 31, 2018, <https://www.kfst.dk/media/49886/20180131-cd-pharma-afgoerelse.pdf> (Den.).

⁴² עניין ארגון זכויות היוצרים הלטיבי, לעיל ה"ש 35.

⁴³ Bundeskartellamt Orders Berliner Wasserbetriebe to Cut Drinking Water Prices by a Total of 254 Million Euros for the Period 2012-2015, BUNDESKARTELLAMT [Federal Cartel Office] (June 5, 2012) http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2012/05_06_2012_Wasser-Berlin.html?nn=3591568 (להלן: "Berliner").

⁴⁴ עניין **רייס**, לעיל ה"ש 17, פסי' 17.

⁴⁵ שם, פסי' 20-27.

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

”כך, ניתן יהיה להשתמש לעתים במבחן ההשוואה ולהשוות בין המחיר שגבה בעל המונופולין למחירים שנגבו בעבר עבור אותו מוצר או שירות, או למחירים החשופים ליותר תחרות, כגון המחיר של מוצרים קרובים המיוצרים על ידי בעל המונופולין, מחירי מוצרים מתחרים או המחיר הנגבה בשווקים אחרים בגין מוצר דומה”.⁴⁶

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

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

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

95. מהפסיקה בארץ ובחו"ל עולה כי אין פגם בהסתמכות על מדד ראוי אחד, של עלות או השוואה, על מנת לבסס את העילה. הדברים נאמרו אף כאשר רשות תחרות היא שביססה את העילה. מקל וחומר, כאשר מדובר בתובע מייצג, המסתמך בדרך כלל אך ורק על מידע פומבי, ולכן לעיתים קרובות יהיו לו נתונים מספיקים רק ביחס למדד אחד, אין מקום לדרישה כי יבסס את המחיר התחרותי על יותר ממדד אחד ראוי.

96. כך, בפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין **רייס**,⁴⁷ לא נקבע כי יידרש מהתובע המייצג להשתמש ביותר ממדד ראוי אחד. נהפוך הוא, מפסק הדין עולה כי די במדד ראוי אחד – או על פי מבחן השוואה או על פי מבחן עלות. כפי שהסברנו לעיל, אלמלא קרסה חברת אלפא קארד, בית המשפט היה כנראה מקבל את מבחן ההשוואה הבודד שביצע התובע שם, אל המחירים שגבתה אלפא קארד, המתחרה.

97. כך גם עולה מפסק הדין של בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי בעניין **United Brands** הנזכר. בפרשה זו, בית המשפט האירופאי הציע, כאחת הדרכים, להחיל מבחן עלות, ולהתרשם באמצעותו כי המחיר הוא “בלתי הוגן כשלעצמו”, או להראות שהוא “בלתי הוגן תוך השוואה למוצרים מתחרים”.⁴⁸

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

⁴⁶ גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 6, בעמ' 12.

⁴⁷ עניין רייס, לעיל ה"ש 17.

⁴⁸ עניין **United Brands**, לעיל ה"ש 37, פס' 252.

98. אין הצדקה לפרש את החלטתו של בית המשפט האירופאי בעניין זה כאילו הוא דורש הן מבחן השוואה והן מבחן עלות. גם הוא, כמו בית המשפט בעניין רייס, מציע לבחור בין השניים.⁴⁹ מכל מקום בית המשפט בעניין United Brands מציין כי קיימות דרכים רבות אחרות לבסס כי מחיר הוא בלתי הוגן. הוא מציין כי "This excess could, *inter alia*, be determined ..."⁵⁰ וגם מדגיש כי:⁵¹

"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."

99. מתוך שלל הדרכים האמורות שפתוחות לתובע, בית המשפט בפרשת United Brands דן במבחן עלות, משום שהוא היה מעוניין, בנסיבות המיוחדות של פרשה ספציפית זו, שרשות התחרות תבצע מבחן עלות. בפרט, בפרשה זו, רשות התחרות הסתמכה רק על מבחן השוואה בין המחיר המאוד נמוך יחסית שגבה המונופול באירלנד לבין המחיר שהוא גבה במדינות אחרות. זאת על מנת לקבוע כי המחיר שגבה במדינות האחרות מופרז. תוך כדי השימוע מול רשות התחרות, המונופול צייד את הרשות באסמכתאות חשבונאיות חסויות עם נתונים פנימיים של המונופול, המצביעות על כך שהמחירים שגבה באירלנד היו הפסדיים.⁵² בית המשפט התרשם, בהתאם, שרשות התחרות היתה צריכה להשתמש בסמכויותיה לבקש את מכלול נתוני העלויות של המונופול ולבדוק את טענותיו כי המחירים באירלנד אינם קנה מידה טוב להשוואה, בגלל שהם הפסדיים.

100. לרשות תחרות יש, באופן טיפוסי, וכך גם בישראל, הסמכות לדרוש מכל אדם כל מידע או נתון הדרוש לה כדי להקל על ביצוע החוק. לעומת זאת, במצב הרגיל בתובענה ייצוגית לתובע אין גישה לנתוני העלות של המונופול. המונופול הוא שצריך לחשוף את עלויותיו האמיתיות אם הוא חפץ שהן ילקחו בחשבון על מנת להפריך את מבחן ההשוואה שערך התובע המייצג.

101. בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי חזר על גישה זו, לפיה יש מגוון דרכים חלופיות להראות על מופרזות, ובפרט על ידי שימוש במבחן השוואה יחיד, בעניין מונופול זכויות היוצרים הלטבי.⁵³ כאן היה מדובר בהחלטה של רשות התחרות הלטבית כי מונופול זכויות היוצרים להשמעה פומבית של שירים גובה מחיר מופרז. זאת על סמך מבחן השוואה בלבד, שנשען בעיקר על השוואה למחירים שגובים מונופולים מקבילים בשתי מדינות שכנות, אסטוניה וליטא.⁵⁴

102. בית המשפט האירופאי לצדק לא אימץ את המלצת היועץ המשפטי שם, Wahl, ופסל את טענת המונופול הנתבע שם כי היה צריך להשתמש ביותר מדדים. הוא קובע כי ההשוואה לשתי מדינות שכנות הוא ראוי כשלעצמו, וכי מדד השוואה הוא ראוי כל אימת שהוא משווה מחירים שהם ברי השוואה, ומראה על פער

⁴⁹ ראו David Gilo, *A Coherent Approach to the Antitrust Prohibition of Excessive Pricing by Dominant Firms*, in EXCESSIVE PRICING AND COMPETITION LAW ENFORCEMENT 99, 107-112 (Yannis Katsoulacos & Frédéric Jenny eds., 2018) ("Coherent Approach").

⁵⁰ עניין United Brands, לעיל ה"ש 37, פסי' 251.

⁵¹ שם, פסי' 253.

⁵² שם, פסי' 261-267.

⁵³ עניין ארגון זכויות היוצרים הלטבי, לעיל ה"ש 35, פסי' 37.

⁵⁴ שם, פסי' 12.

משמעותי ועקבי לאורך זמן.⁵⁵ גם המלומדים Kianzad and Minssen מצטרפים לבקורת זו על Wahl ומציינים שאין היא משקפת את ההלכה באירופה:⁵⁶

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

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

104. קיימות החלטות רבות נוספות שמאשרות הסתמכות על מדד אחד לבדיקת מופרזות המחיר. לצורך ההמחשה, בפרשת *British Leyland Public Ltd. Co. v. Commission*⁵⁷ [1986] התבסס בית הדין האירופאי על מבחן השוואה בודד (המחיר שגבה המונופול על רישוי למכוניות שההגה שלהן בצד שמאל אל מול המחיר על מכוניות שההגה שלהן בצד ימין); בפרשת *Bodson v. Pompes Funèbres*⁵⁸ [1988] אישר בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי שניתן להשתמש במדד השוואה בודד המשווה בין המחיר שגובה בעל המונופולין בשוק גיאוגרפי אחד למחיר שהוא גובה בשוק גיאוגרפי אחר, בו הוא חשוף ליותר תחרות; בעניין *Deutsche Post AG*⁵⁹ [2001] הגיעה הנציבות האירופאית למסקנה כי מונופול הדואר הגרמני גבה מחיר מופרז על בסיס מבחן עלות בלבד; גם בפרשת *Tariffe aeroportuali*⁶⁰ - *SEA-Tariffe* (2008), הקביעה של רשות התחרות האיטלקית כי המחיר מופרז התבססה רק על מבחן עלות; בפרשת *Canarias de Explosivos S.A.*⁶² (12.2.2008) קבעה רשות התחרות הספרדית כי מונופול באספקת חומרי נפץ גבה מחיר מופרז בהתבסס על מבחן השוואה יחיד, למחירים שגבו פירמות אחרות בשווקים שיותר חשופים לתחרות; בהחלטת רשות התחרות הגרמנית בעניין מונופול אספקת מים בברלין *Berliner Wasserbetriebe (BWB)* (24.2.2014) נקבע שהמחיר הוא מופרז אך ורק על סמך השוואה למחיר שגבו תאגידי מים בערים אחרות בגרמניה.

105. גם בית המשפט האנגלי לערעורים שפסק לאחרונה בעניין פיזור קבע כי די במבחן אחד על מנת לבסס את ההפרה.⁶⁴ מבחינה זו הפך בית המשפט האנגלי לערעורים את החלטת *Competition Appeals Tribunal*, *CAT* בעניין זה. בפרט, בית המשפט האנגלי לערעורים קובע כי ניתן להסתפק במבחן עלות בלבד. בית

⁵⁵ בפרשה זו הרשות בצעה גם השוואה לממוצע המותאם של ארגונים בקבוצה גדולה יותר של מדינות, אך עולה מהחלטת בית המשפט שדי היה גם בהשוואה לשתי המדינות השכנות.

⁵⁶ ראו Behrang Kianzad & Timo Minssen, *How Much is Too Much? Defining the Metes and Bounds of Excessive Pricing in the Pharmaceutical Sector*, 2 EUR. PHARMACEUTICAL L. REV. 15, 27 (2018) (להלן: Kianzad & Minssen).

⁵⁷ Case 226/84, *British Leyland Public Limited Company v. Comm'n*, 1986 E.C.R. 3263.

⁵⁸ Case 30/87, *Bodson v. Pompes Funèbres*, 1988 E.C.R. 2479.

⁵⁹ Commission Decision of 20 March 2001 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/35.141 — *Deutsche Post AG*), 2001 O.J. (L 125) 27 (להלן: “עניין Deutsche Post”).

⁶⁰ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato [AGCM] [Italian Competition Authority] Oct. 23, 2009, Case A376, *Provvedimento n° 19020, Aeroporti di Roma-Tariffe Aeroportuali (It.)* (להלן: “עניין ADR”).

⁶¹ AGCM Nov. 26, 2008, Case A377, *Provvedimento n° 19189, SEA/Tariffe aeroportuali*.

⁶² Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [CNMC] [The National Commission of Markets and Competition], Case 626/07, *Canarias de Explosivos, S.A.* (Feb. 12, 2008).

⁶³ עניין Berliner, לעיל ה"ש 43.

⁶⁴ עניין פיזור בבית המשפט לערעורים, לעיל ה"ש 13, פס' 97.

המשפט לערעורים גם קובע כי יש לאפשר לתובע (במקרה שם, הרשות), לבחור את המתודה שלפיה הוא יראה את ההפרה:⁶⁵

“[I]t is economically rational that competition authorities should have a margin of appreciation as to the choice of method and evidence that they seek to rely upon... the choice of benchmark is for the competition authority to choose and can be based upon the costs of the undertaking being investigated **or** it can be based upon comparables such as the prices charged by the same or different undertakings in the same or different geographical markets **or** indeed any other benchmark or combinations thereof capable of providing a “*sufficient*” indication that the prices charged are excessive and unfair.”⁶⁶

106. בכך קיבל בית המשפט האנגלי לערעורים גם את עמדת הנציבות האירופאית, שהצטרפה בפרשה זו לערעור של רשות התחרות האנגלית. אכן, הנציבות טענה כי ה-CAT אינו מפרש נכון את פסיקת בית המשפט האירופאי בעניין United Brands או את החלטתו המאוחרת יותר בעניין ארגון זכויות היוצרים הלטבי. הנציבות מציינת כי ה-CAT מבלבל בין דבריו של היועץ המשפטי של בית המשפט האירופאי, מר Wahl, לבין ההלכה הפסוקה. על פי ההלכה האירופאית הפסוקה, די במבחן אחד על מנת להראות הפרה. ניתן להראות כי המחיר הוא בלתי הוגן כשלעצמו, וזאת בהתבסס על מבחן בודד, לרבות מבחן עלות בודד. ניתן גם להראות כי המחיר הוא בלתי הוגן על פי מבחן השוואה בודד, ואין כל צורך לשלב בין מבחנים שונים. בית המשפט האנגלי לערעורים מסכם את עמדת הנציבות האירופאית כך:⁶⁷

“The Commission submitted: ... Advocate General Wahl’s Opinion in Latvian Copyright was treated as a general restatement of the law, relevant to the application of the United Brands test, whereas: (a) it was not, (b) insofar as used to interpret United Brands, was not followed in all respects by the Court. In particular, on a proper understanding of Latvian Copyright, the judgment does not endorse the suggestion made in the Opinion that it would be necessary to combine several different tests of analysis that are mutually corroborated to reach a conclusion on whether a particular price is unfair and therefore abusive. ... In relation to the analysis of the test of unfairness ... Although the CAT ostensibly accepted that United Brands allows unfairness to be established in one of two ways, the effect of the judgment is to require Alternative 2 (unfair compared to competing products) to be applied, even if Alternative 1 (unfair in itself) is satisfied. This is unsupported by United Brands, and if followed would impose an unjustifiable burden on a competition authority or other party with the burden of establishing an infringement of Article 102(a) TFEU”.

107. ראש הנציבות האירופאית התבטא בצורה דומה, בבקרו את החלטת ה-CAT בפיזור, באומרו כי :

“Looking at the very restrictive criteria applied by the CAT and the high barriers to finding an infringement they entail, further discussion will be needed as to whether competition authorities would actually be able to continue ensuring the effective enforcement of competition law in this area if they were to base themselves on a test

⁶⁵ שם, פס' 107.

⁶⁶ שם, פס' 125.

⁶⁷ שם, פס' 41-42.

that appears to go beyond the requirements of current case-law ... “... we need to have adequate regard to the systemic balance of interests if the legal mandate is to remain effective; under-enforcement is as damaging as over-enforcement.”⁶⁸

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

“Courts should avoid articulating rules which made this inherently difficult task unworkable or excessively difficult”.⁶⁹

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

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

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

111. ניקח, למשל, את המיזם המשותף בדוגמא ההיפותטטית האמורה. כזכור, בדוגמא זו, היו קיימות שתי חברות המספקות את המותג המוביל קוקה קולה. הן עשו מיזם משותף שבו איחדו את הייצור והשיווק של המוצר. התובע המייצג הביא חוות דעת כלכלית, המראה כי כתוצאה מהמיזם, המחיר של מותג הקוקה קולה עלה ב-47% לעומת המחיר של המתחרים אר סי ופפסי. חברות הקוקה קולה הנתבעות יוכלו להראות כי המחיר התחרותי גבוה יותר, לאור נתוני אמת אודות עלויותיהן. הן יוכלו גם לטעון כי המיזם חיוני לעידוד השקעות מועילות. כאן הסתיים הניתוח ברובד הכלכלי. עתה, במסגרת הניתוח ברובד המשפטי, על בית המשפט הדן בתובענה הייצוגית להעריך הערכת מדיניות משפטית אם פער מחירים של 47% ביחס למחיר התחרותי מהווה פגיעה משמעותית. זאת משום שעל פי הדין החל על המיזם המשותף, הוא יהא אסור רק אם הוא מעלה חשש לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק, ולא די בכל פגיעה שהיא. בית המשפט יכריע אם הפגיעה

⁶⁸ Johannes Laitenberger, Competition Assessments and Abuse of Dominance: Remarks on the Two Themes of the EUI Competition Workshop’ at the Florence EUI Competition Workshop (June 22, 2018), http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2018_11_en.pdf

(שגודלה הוכח ברובד הכלכלי של הניתוח) היא משמעותית או לא על פי שיקולי מדיניות לגבי המידה שבה הוא מוכן לאפשר פגיעה כזו כדי למנוע השפעות שליליות של תביעות שאינן מוצדקות ואושרו בטעות.

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

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

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

א. קביעת אחוז סף לצורך ההכרעה שהמחיר מופרז

115. על מנת להגביר את הוודאות של הכלל, במסגרת האיזונים הנדרשים בין הרתעת חסר להתעת יתר, אותם אנו מסבירים בהמשך, יש לדעתנו לקבוע פער מינימלי מעל המחיר התחרותי אשר ייחשב לכאורה מופרז.⁷⁰ השאלה מה יהא גובהו של פער מינימלי ואחיד זה נגזרת מנקודת האיזון שבית המשפט מבקש לקבוע. ככל שהפער המינימלי הנדרש הוא גבוה יותר, כך פוחת החשש מהרתעת יתר של מונופולים שלא גבו מחיר מופרז, וגדל החשש מהרתעת חסר של מונופולים שגבו מחיר כזה. אנו מסבירים על האיזון הרצוי בין הרתעת יתר להתעת חסר בפרק הבא. בכל אופן, קביעת פער מינימלי אחיד מאפשר למונופולים יותר כלים לכלכל את התנהגות המחירים שלהם מראש, משום שהם ידעו, לפחות ברמה הלכאורית, מה מצופה מהם, ואילו התובעים יקבלו כלים על מנת שיוכלו לשקול אילו תביעות ראוי להגיש.

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

⁷⁰ ראו Coherent approach, לעיל ה"ש 49, בעמ' 99, 118-120.

143. בהתאם, ראוי, לדעתנו, כי בית המשפט העליון יקבע פער מינימאלי מעל המחיר התחרותי, המהווה אינדיקציה לכאורית למופרזות המחיר.⁷¹ כיון שמדובר בפער מינימאלי, אסור שיהא גבוה, על מנת למזער את החשש שתביעות ראויות יסוכלו ועל מנת שלא ייפגע הכוח ההרתעתי של האיסור. גובה הפער המינימאלי שאנו ממליצים לאמץ הוא של 20% מהמחיר התחרותי.⁷² הסיבה לפער מינימאלי מומלץ של 20% מהמחיר התחרותי כפער המעיד לכאורה על מופרזות המחיר נובעת מניסיונו של גילה כממונה. היא מתיישבת גם עם פרשת Sasol הדרום אפריקאית, בה נקבע כי אין הצדקה להתערב כאשר הפער הוא פחות מ-20% מעל העלויות.⁷³ פער זה נזכר גם בספרות האקדמית בהקשרים דומים. כך, המלומד Edlin מציע כי המחיר של מונופול יוקפא אם נכנס לשוק שלו מתחרה שחתך את המחיר ביותר מ-20%. נורמה זו נועדה לדרבן את המונופול להוריד את המחיר שהוא גובה מלכתחילה.⁷⁴

144. דיני ההגבלים העסקיים בישראל ובעולם משתמשים לעתים קרובות בספים אחידים החלים על כל השווקים. כך, למשל, כאשר מגדירים בתחום ההגבלים העסקיים את השוק הרלוונטי – הזירה בה הפירמות מתחרות על הצרכנים – הנחיות רשות התחרות בארץ ובעולם נוהגות לשאול האם מונופול היפותטי, ששולט על קבוצת המוצרים הנידונה, מסוגל להעלות מחירים, בצורה רווחית, ב-5% עד 10%.⁷⁵ הווה אומר, רשויות תחרות בישראל ובעולם מגלות מידת סובלנות נמוכה יחסית לכוח שוק, מהבחינה שאם לפירמה הכוח להעלות את מחיר המוצר שלה ב-5% עד 10% ביחס למוצרים אחרים, מוצרים אחרים אלה אינם נחשבים מתחרים. מידת הסובלנות שאנו מציעים לגבי מופרזות לכאורה של המחיר היא גדולה פי 2 עד 4 מאותם 5% עד 10%, ומגיעה ל-20%. גם בפטורי הסוג שהוציאו הממונים על התחרות לאורך השנים קיימים סטנדרטים אחידים היפים לכלל השווקים. כך, בפטורי הסוג להסדרי בלעדיות, נתח שוק של מתחת ל-30% יכול להקנות נמל מבטחים.⁷⁶ מיזוג, בחוק התחרות, מוגדר, בסעיף 1 לחוק, בין היתר, על ידי רכישת מעל 25% מהרווחים של חברה, גם אם הרכישה לא מערבת כל אמצעי שליטה בחברה.

145. לפיכך, במסגרת הרובד המשפטי, ראוי לקבוע כי מחיר שההפרש בינו לבין המחיר התחרותי (על פי מבחן עלות), או המחיר היותר תחרותי (על פי מבחן השוואה) שנמצא ברובד הכלכלי גדול מ-20% מהמחיר התחרותי הוא מופרז לכאורה. כאשר המבחן שבוצע הוא מבחן השוואה, והשוואה הייתה של הרווחיות

⁷¹ בהקשר זה ברצוננו לציין כי אנו מתנגדים לטענה העולה מגילוי דעת 1/17 של הממונה על התחרות לפיה ראוי לתקוף רק מקרים בהם פער המחירים "דוקר את העין". עמדת היועץ, לעיל ה"ש 2, פס' 15; גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 6, ס' 2. גישה מצרה זו אינה משקפת את הפרשנות הנכונה של החוק. נהפוך הוא. סטנדרט ההתערבות כנגד מונופול שמנצל לרעה את מעמדו הוא מחמיר יותר (ובודאי שאינו מקל יותר) מאשר סטנדרט ההתערבות כנגד הפרות אחרות של החוק. בפרט, סעיף 29א(א) לחוק, הדין בניצול לרעה של מונופול, דורש כי ההתנהגות תהא "עלולה לפגוע בציבור". מנגד, בהקשר של מיזוגים מיזמים משותפים והסדרי ספק-לקוח נדרש כי הפגיעה בתחרות תהא משמעותית, או כי החשש לפגיעה יהא סביר. מיזוג צריך להעלות חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות בענף, או לפגיעה בציבור הצרכנים מן הבחינות הרשומות בסעיף 21 לחוק. מיזם משותף בין מתחרים שאינו קשור לשיווק, או שהצדדים איחדו בו את פעילות הייצור והשיווק שלהם, או הסדר ספק-לקוח שאינו מכתב מחיר מינימום, יהיה אסור רק אם קיים חשש לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק. אם כן, השוואה זו דווקא מובילים למסקנה הפוכה מזו של הממונה בגילוי הדעת האמור.

⁷² בגילוי דעת 1/14, שפורסם בתקופת כהונתו של גילה כממונה על ההגבלים העסקיים, נקבע נמל מבטחים של 20% מעל העלויות הכוללת הרלוונטית, שאם בעל המונופול גבה מתחתיו הרשות לא תנקוט נגדו בצעדי אכיפה. נמל המבטחים קבע, כי אם הפער בין המחיר שגבה המונופול לבין המחיר התחרותי הוא יותר קטן מ-20% מהמחיר התחרותי, ההגנה חלה. גילוי דעת 1/14 של הממונה על ההגבלים העסקיים "האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין" 16-17 (09.04.2014); רשות ההגבלים העסקיים דו"ח רשות ההגבלים העסקיים לשנת 2014, 31 (2014) www.gov.il/BlobFolder/reports/freedominformationact2014/he/hoveret_rashut%20hegbelim_2014_web.pdf ("הגנה זו תעמוד למונופול, כאשר הפער בין מחיר המוצר לעלות ייצורו, שמחושבת על-פי ההנחיות בגילוי הדעת, אינו עולה על 20% מעלות הייצור").

⁷³ *Sasol Chemical Industries Limited v. Competition Commission* 2015 (5) SA 471 (CAC) at para. 175 (S. Afr.). מעניין לציין כי פסק הדין לעניין זה את המשפט העברי, הקובע כי פער של יותר משישית (כ-16%) ייחשב לכאורה כמופרז.

⁷⁴ ראו 970 (2002) 111 YALE L.J. 941, *Stopping Above-Cost Predatory Pricing*, Aaron S. Edlin. ⁷⁵ ראו גילוי דעת 1/11, לעיל ה"ש 5, פס' 1; ההנחיות האירופאיות להגדרת שווקים, לעיל ה"ש 25, פס' 17; הנחיות המיזוגים האופקיים של רשויות ההגבלים העסקיים האמריקאיות, לעיל ה"ש 25, פס' 4.1.2.

⁷⁶ ראו ס' 3(5) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית) (הוראת שעה), התשס"א-2001; ס' 3(2) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית) (הוראת שעה), התשס"א-2001.

של המונופול לעומת רווחיות בת השוואה, ניתן להפעיל סטנדרט דומה, של 20% מהרווחיות הנמוכה יותר, בשינויים המחויבים.

146. בפרשת דויטשה פוסט,⁷⁷ נקבע על ידי הנציבות האירופאית, כי בעל מונופולין שגבה 25% מעל העלויות המדווחות על ידו הוא מופרז. בהחלטת רשות התחרות הגרמנית בעניין מונופול אספקת מים בברלין, Berliner Wasserbetriebe (BWB),⁷⁸ נקבע כי פער של 25% ביחס למחיר שגבו תאגידי מים בערים אחרות בגרמניה הוא מופרז. בפרשת Napp האנגלית, כאמור לעיל, אחד ממבחני השוואה היה למחירי המתחרים, והפער היה של 40%. למרות שהיו שם גם מדדים אחרים, שהראו על מופרזות עוד יותר קיצונית, עולה מההחלטה כי היא רואה גם בפער זה כפער מופרז.⁷⁹ בתביעה של רשות התחרות הדרום אפריקאית כנגד ספק של מסיכות בדרום אפריקה נקבע על ידי הטריבונל לענייני תחרות כי העלאת מחירים של 47% עד 261% במשך חודש אחד הוא מופרז.⁸⁰ בפרשת שדות התעופה באיטליה, קבעה רשות התחרות האיטלקית כי פער של כ-50% מעל העלויות הוא מופרז.⁸¹

147. בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי בפרשת תאגיד זכויות היוצרים הלטבי, שנזכרה לעיל,⁸² אישר כי פערים של בין 50% ל-100%, במבחן השוואה שבוצע לתאגידים מקבילים בשתי מדינות שכנות, מהווים לכאורה פערים מופרזים. זאת כפוף להעברת הנטל אל בעל המונופולין להצדיק את הפער. בית המשפט קבע שם כי לשיטתו לא קיים סטנדרט מובנה העונה על השאלה מהו פער מופרז.⁸³

148. יש לציין כי מהחלטת בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי בעניין United Brands לא ניתן לחלץ מהו הפער שבית המשפט היה מחשיב כמופרז ובלתי הוגן. בפרשה זו הנציבות האירופאית ניסתה לבסס טענה כי המחיר של המונופול הוא מופרז לאור מבחן השוואה בין המחיר שגבה באירלנד לבין המחיר שגבה במדינות אחרות. הפער על פי מבחן זה היה של 100%. אלא שבפרשה זו הצליח המונופול לקעקע את מבחן ההשוואה האמור באמצעות נתוני אמת שחשף, לפיהם לכאורה המחיר שגבה באירלנד היה הפסדי. בעקבות זאת, סבר בית המשפט כי היה על רשות התחרות, שהיא בעלת סמכות בלתי מוגבלת לדרוש את כל הנתונים הפנימיים של המונופול הנחוצים לה, לבדוק לעומק את עלויות המונופול, והרשות לא עשתה זאת.⁸⁴ בכך אין כדי להצביע על כך שנדרש פער של יותר מ-100%, אלא רק על העובדה שמבחן ההשוואה שהנציבות ניסתה להתבסס עליו קועקע בנסיבות העניין על ידי הנתבעת.

149. יודגש כי על מופרזות המחיר במסגרת הרובד המשפטי להיות מוערכת בשנים שבהן המחיר הוא אכן לכאורה מופרז. מונופול לא יוכל לטעון כי היו שנים שבהן המחיר היה נמוך יותר, ועל כן בממוצע על פני כל השנים המחיר אינו עובר את הרף המינימלי הנדרש ולכן אינו מופרז. המחוקק חפץ למנוע את הפגיעה בצרכן בכל עת. כשם שאדם שהעלים מס במשך תקופה מסוימת אינו יכול לטעון להגנתו שהיו שנים רבות שבהן לא העלים מס, כך גם המונופול לא יוכל לטעון להגנתו שבחלק מהזמן גבה מחיר שאינו מופרז. על כן, בעוד

⁷⁷ עניין Deutsche Post, לעיל ה"ש 59.

⁷⁸ עניין Berliner, לעיל ה"ש 43.

⁷⁹ עניין Napp, לעיל ה"ש 40.

⁸⁰ ראו Tribunal Fines Dis-Chem R1.2 Million for Excessive Pricing of Face Masks During Covid-19 Pandemic, COMPETITION TRIBUNAL S. AFR. (July 7, 2020), <https://www.comptrib.co.za/info-library/case-press-releases/tribunal-fines-dis-chem-r12-million-for-excessive-pricing-of-face-masks-during-covid-19-pandemic>

⁸¹ עניין ADR, לעיל ה"ש 60.

⁸² עניין ארגון זכויות היוצרים הלטבי, לעיל ה"ש 35.

⁸³ שם, פסי' 55.

⁸⁴ עניין United Brands, לעיל ה"ש 37, פסי' 261-267.

שמשך ההפרה הוא פרמטר שניתן יהיה לקחת בחשבון במסגרת הנטל הראייתי הנדרש (כמפורט בפרק הבא), התקופה שתיבחן תהיה התקופה שבה המחיר היה מופרז, גם אם זו אינה רציפה.

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

150. היועץ הציע בעמדתו כי בנוסף להפעלת שיקול דעת לבדיקה אם המחיר הוא "מופרז", יש גם להפעיל שיקול דעת נפרד לגבי השאלה אם הוא גם "הוגן". כאמור, אנו סבורים שהקביעה האם המחיר הוא מופרז מתבצעת ברובד המשפטי ועל בית המשפט לשיקול שיקולי מדיניות משפטית ולהגיע לאיזון המבוקש בין הרתעת חסר והרתעת יתר. לצורך זה אין שום תועלת בהלבשת שני מושגי ססתום, של "מופרזות" ושל "אי הגינות", זה על גבי זה. הדבר גורע מהוודאות ומוסיף עמימות בלתי רצויה לכלל.⁸⁵

151. אלה הטוענים כי המחיר צריך להיות גם "מופרז" וגם "בלתי הוגן" נאחזים בדרך כלל בשתי פסקאות מפרשת United Brands האירופאית הנזכרת, המנוסחות בצורה מעט לא ברורה.⁸⁶ אלא ש-"מופרז" ו-"בלתי הוגן" הם כאמור שני מושגי ססתום שישומם דורש יישום מדיניות משפטית. אין טעם, או הצדקה, להלבשת שני מושגי ססתום אלה אחד על גבי השני והכנסת עוד גורם של אי וודאות ליישום העילה.

152. גם בית המשפט לצדק של האיחוד האירופי בפרשת ארגון זכויות היוצרים הלטבי הלך באותה הדרך שאנו דוגלים בה: מציאת המחיר התחרותי (שם, על פי השוואה למחיר שגבו ארגונים דומים במדינות שכנות) והערכה אם הפער בין המחיר התחרותי לבין המחיר שגבה המונופול הוא לכאורה מופרז. לא בוצעה הלבשה, כפי שממליץ היועץ, של מושג ססתום אחד, של הוגנות, על גבי מושג ססתום אחר של מופרזות. משנמצא כי הפער בין המחיר שנגבה לבין המחיר נשוא מבחן ההשוואה היה לכאורה מופרז, הנטל עבר אל המונופול להראות שעלויותיו מצדיקות את הפער בין המחיר שגבה לבין המחיר נשוא מבחן ההשוואה. על פער המחירים נשוא מבחן ההשוואה שבוצע אמר בית המשפט כי:⁸⁷

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

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

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

154. משעמדנו על יסודות עילת התביעה בגין מחיר מופרז, על שני הרבדים שלה – הכלכלי והמשפטי – עלינו לעבור לאופן שבו יש ליישמה בהליך המשפטי. בפרט, השאלה היא כיצד לקבוע את נטלי ההוכחה והבאת הראיות ואת מידת ההוכחה הנדרשת, הן בשלב אישור התובענה הייצוגית, והן בדיון בתובענה לגופה. לאחר

⁸⁵ ראו עניין נאור, לעיל ה"ש 20, פס' 36 (השופטת שטמר):

"לפחות במקרה שהוא בר השוואה לא ברור מה תועלתו של המבחן הדו שלבי, כאשר ניתן לבחון את השאלה לגופה: מחירו של אותו מוצר או שירות בשוק אחר; השוואת מחירו של מוצר או שירות אל מול מוצר או שירות אחר, דומה בתכונותיו, באותו שוק; מחירם של מוצרים דומים אצל אותו יצרן; וכדומה, מבחינים שתשובה עליהם תביא ישירות למענה על השאלה המרכזית: אם בעל המונופולין גבה מחיר גבוה ממחירו של המוצר בתנאי תחרות."

⁸⁶ עניין United Brands, לעיל ה"ש 37, פס' 251-252.

⁸⁷ עניין ארגון זכויות היוצרים הלטבי, לעיל ה"ש 35, פס' 61.

מכן, אנו בוחנים שימוש בפרמטרים אשר יכולים לסייע לבית המשפט לבחון את מובהקות הטענות למחיר מופרז. לבסוף, אנו מסבירים מדוע הוצאת קטגוריות שלמות של מקרים מגדר העילה, כפי שמציע היועץ, אינה רצויה.

4.1. קביעת נטלי ההוכחה ורף ההוכחה בשלבים השונים של הדיון

155. סעיף 8(א)(1) סיפא לחוק תובענות ייצוגיות דורש כתנאי לאישור התובענה הייצוגית כי בית המשפט ימצא שיש אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה. מטרתה של דרישה זו היא להגן על נתבעים שאינם חייבים מפני הליך משפטי מלא, על העלויות הכרוכות בו ועל השפעותיו הלא רצויות על התנהלותם מראש, טרם הגשת התביעה.⁸⁸

156. בהקשר של עילת מחיר מופרז, התוצאה מניהולה של תביעה כנגד מונופול שהמחיר שגבה היה המחיר התחרותי הוא הטלת עלויות וסיכון בלתי רצויים. העלויות והסיכון הללו עלולים גם להרתיע את המונופול מפני השקעות יעילות בפיתוח המוצר או בשיווקו. הסיבה לכך היא שאם ההשקעות הללו מחייבות את המונופול להעלות את מחיר המוצר, ואם העלאת המחיר עלולה לגרום להגשת תובענה ייצוגית כנגדו ולהביא לחיובו המוטעה בפיצוי, התמריץ שלו לבצע את ההשקעה קטן. בנוסף, העלויות שבהן צריך המונופול לשאת לצורך ניהול התביעה (וכמוהן גם עלויות מערכת המשפט ועלויות התובע) הן עלויות מיותרות כאשר המונופול לא גבה מחיר מעל המחיר התחרותי. עלויות אלה מהוות הפסד כלכלי שעדיף להקטינו. נכנה את הבעיה הנובעת מצינון תמריצי ההשקעה ומעלויות ההליך המשפטי כאשר המונופול גבה את המחיר התחרותי בשם **הרתעת יתר**.

157. ראוי להדגיש ולהבהיר נקודה זו. עילת המחיר המופרז נסמכת על נקודת מוצא לפיה המחיר התחרותי הוא המחיר המביא להשקעה אופטימלית בפיתוח המוצר ובשיווקו. לפיכך, עמדתו של היועץ לפיה "עצם האפשרות לגבות מחיר גבוה מהמחיר התחרותי הוא השמן המניע את גלגלי התחרות, ומעודד חדשנות ופיתוח של השוק",⁸⁹ עומדת בניגוד מפורש לרציונל העומד ביסוד העילה וביסוד דיני התחרות. אנו מרחיבים על כך להלן בפרק 6.2. אילו העילה היתה נאכפת ללא טעויות, לא היתה שום פגיעה בתמריצי המונופול להשקיע באופן יעיל.

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

159. אל מול החשש מהרתעת יתר, עומד החשש מאכיפה חסרה של העילה, באופן שיביא לכך שמונופולים לא יירתעו מגביית מחיר מופרז מעל המחיר התחרותי, משום שידעו שלא יידרשו לפצות את לקוחותיהם בגין הפרשי המחיר שגבו. נכנה את הבעיה הזו בשם **הרתעת חסר**.

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

⁸⁸ לניתוח האופן שבו משפיעה פרשנותו של ס' 8(א)(1) סיפא לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, על התנהגותם של נתבעים ראו אלון קלמנט ורות רונן "בחינת עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית" **עיוני משפט** מב 5, 19-22 (2019) (להלן: "קלמנט ורונן").

⁸⁹ ראו עמדת היועץ, לעיל ה"ש 2, ס' 24.

161. **גודלן האבסולוטי** של העלויות הנובעות משני סוגי הטעויות (זו של הרתעת יתר וזו של הרתעת חסר), קשה להערכה באופן אמפירי. נראה כי ההנמקה לכך שהיועץ מניח שהעלות של הרתעת יתר היא גדולה יותר מהעלות של הרתעת חסר היא שמחירים מופרזים מתקנים את עצמם.⁹⁰ כפי שאנו מראים בפרק 6.1, הנמקה זו של היועץ היא שגויה. אכן, מי שמאמין כי מחירים מופרזים תמיד מתקנים את עצמם משום שהם מושכים פירמות חדשות להיכנס לשוק, אינו שם כל משקל על העלות החברתית של הרתעת חסר. אליבא דמי שמאמין בטענה זו, אם בית המשפט נמנע בטעות מלאכוף נגד מחיר מופרז, לא נגרם נזק, כי ממילא השוק יתקן את עצמו.

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

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

164. כדי לקבל אינדיקציה ביחס לעלויות הרתעת היתר כתוצאה מתביעות בעילת מחיר מופרז, בחנו את הבקשות לאישור תובענה ייצוגית שהוגשו בעילה זו בין השנים 2014-2019. בחיפוש במערכת נבו עלה שהוגשו 44 בקשות אישור בעילת מחיר מופרז בתקופה זו, דהיינו כשבע בקשות בממוצע כל שנה.⁹¹ לשם השוואה, בתקופה שבין 2014 ואפריל 2018,⁹² מספרן הכולל של הבקשות לאישור תובענה ייצוגית עמד על בין 1200 ל-1500.⁹³ לפיכך, ברור שלא היתה 'הצפה' בתביעות בגין מחיר מופרז לאחר פרסומו של גילוי דעת 1/14.

165. גם בחינה של תוצאותיהן של הבקשות שהוגשו אינה מעידה על בעייתיות מיוחדת בתביעות אלה. מבין הבקשות שהסתיימו – שתי בקשות אושרו, שתי בקשות נדחו, שלוש הסתיימו בהסדר פשרה, שבע הסתיימו בהסתלקות ושתיים נמחקו על הסף. לשם השוואה, בדיקה שערכה מחלקת המחקר של הרשות השופטת

⁹⁰ כך בדיוק מסבירים זאת Evans and Padilla, שני בכירי חברת הייעוץ הבינלאומית הגדולה Compass Lexecon, העוסקת בדרך כלל בייצוג נתבעים ופירמות גדולות בתיקי הגבלים עסקיים, שהיועץ מצטט באריכות נייר עבודה שהם כתבו: David S. Evans & Jorge Padilla, *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules* 25 (CEMFI Working Paper No. 0416, 2004).

⁹¹ התפלגות הבקשות לאורך השנים היא: 2014 – 6, 2015 – 6, 2016 – 9, 2017 – 5, 2018 – 10, 2019 – 8.
⁹² הסיבה להצגת הנתונים עד לאפריל 2018 היא שב-8.5 נכנסו לתוקף תקנות בתי המשפט (אגרות) (תיקון), התשע"ח-2018 אשר הטילו אגרה על חלק מהבקשות לאישור תובענה ייצוגית והשפיעו על מספר הבקשות שהוגשו ועל הרכבן. מספרן הכולל של בקשות האישור שהוגשו עד לסוף אפריל 2018 צנח בכ-75%. יחד עם זאת, בתחילת 2020 הסתמנה עלייה משמעותית במספר הבקשות שהוגשו. ניתוח המגמות הללו חורג ממסגרתו של נייר עמדה זה.

⁹³ גלי אביב ואסף שטיין, "נתונים כמותיים על אודות אגרות בתובענות ייצוגיות", מחלקת המחקר של הרשות השופטת, מאי 2019, תרשים 1 ע' 4 (ניתן לצפייה ב-01052019/reports/research_01052019).
(https://www.gov.il/he/departments/publications/reports/research_01052019).

ביחס לבקשות לאישור תובענה ייצוגית שהוגשו ונסגרו עד אפריל 2018 מראה כי כ-72% מהן הסתיימו בהסתלקות, 6.5% הסתיימו בפשרה, כ-4% הסתיימו בפסק דין מנומק, והיתר, כ-17% הסתיימו בעילות אחרות הכוללות גם סילוק ודחייה.⁹⁴

166. לפיכך, ככל שבחינה של הבקשות לאישור תובענה ייצוגיות שהוגשו בעילת מחיר מופרז מעידה על עלויותיהן של תביעות אלה, אין תימוכין לטענה העולה מעמדת היועץ לפיה העלויות הנובעות מהרתעת יתר הן גבוהות. אמנם הממצא הסטטיסטי הזה כשלעצמו אינו מעיד על האופן שבו התביעות משפיעות על התנהלותם של מונופולים מראש ובפרט החלטות ההשקעה שלהם והמחיר שהם גובים. אולם, כפי שהסברנו לעיל, בניגוד לעולה מעמדת היועץ, אין דרך להעריך את העלויות האבסולוטיות של הרתעת החסר והרתעת היתר, והנחתו כי העלויות של הרתעת יתר גדולות יותר אין לה על מה שתסמוך.

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

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

169. אם המחיר התחרותי מוכח באמצעות מבחן העלות קיימת הטיה לטובת המונופול עקב פערי המידע בינו לבין התובע. המונופול הנתבע מחזיק בנתונים מלאים ביחס לעלויות הייצור שלו והשקעותיו וראיות אלה אינן נגישות לתובע. מצב זה, של פערי מידע לטובת המונופול הנתבע, מביא לכך שהתפלגות הטעויות של בית המשפט תהיה מוטיית לטובתו. מאפיין בסיסי זה של המידע בתביעות בעילת מחיר מופרז כלל אינו נזכר בעמדת היועץ.

170. פערי המידע בין הנתבע לתובע משפיעים על נטלי הבאת הראיות ועל רף ההוכחה בשלב אישור התובענה הייצוגית בכמה אופנים.⁹⁵ ראשית, **נטל הבאת הראיות** המוטל על התובע המייצג כנטל ראשוני אינו יכול לדרוש ראיות שאינן מצויות בידי התובע. כדי להרים נטל זה, יש לדרוש שיביא ראיות מספיקות לפערי מחירים בין המחיר שהמונופול גבה לבין המחיר התחרותי, אותו יבסס התובע, בדרך כלל, על מבחן ההשוואה. ככל שהנתבע מבקש לסמוך את המחיר שגבה על עלויותיו, ובפרט, על השקעות שהשקיע, הנטל להביא ראיות ביחס לעלויות והשקעות אלה מוטל עליו. שנית, **רף ההוכחה** הנדרש מהתובע המייצג לצורך גילוי מסמכיו של הנתבע, ומאוחר יותר, לצורך אישור התובענה הייצוגית, חייב להתחשב במידע שהוצג על ידי הנתבע. ככל שהנתבע מסרב לחשוף מידע וראיות שברור לבית המשפט שהם מצויים בידו, כך צריך רף ההוכחה שבו נדרש התובע לעמוד להיות נמוך יותר. מאחר שפערי המידע מגדילים את הסיכוי לטעות לטובת הנתבע ומקטינים את הסיכוי לטעות לטובת התובע, יש לאזנם באמצעות התאמת רף ההוכחה.

⁹⁴ שם, בע' 10.

⁹⁵ יש להדגיש את ההבחנה בין נטל הבאת הראיות לבין נטל השכנוע. נטל השכנוע מטיל על בעל הדין את החובה להוכיח את טענותיו, ואילו נטל הבאת הראיות מטיל על בעל הדין את החובה להביא ראיות בהתאם לסטנדרט הראייתי הנדרש. ראו אליהו הרנון **דיני הראיות** חלק ראשון 189-193 (1970); יעקב קדמי **על הראיות** חלק שלישי 1505 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2003). רף ההוכחה שאנו דנים בו נקרא לעתים מידת ההוכחה, אולם הכוונה בשניהם היא לרמת המובהקות שבה נדרש התובע להוכיח את טענותיו כדי שיזכה בתביעה או בשלב הרלוונטי בהליך.

171. היועץ בעמדתו מתייחס לגישתו של כב' השופט גרוסקופף הקושרת בין היקף הגילוי שהמונופול בוחר לבצע בתשובתו לבקשת האישור, לבין רף ההוכחה המוטל על התובע (המבקש) בשלב זה.⁹⁶ לעמדת היועץ, גישה זו, המסתמכת על מאמרו של קלמנט ורון, משקפת את הדין הרצוי בלבד. בכך לא דייק.

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

173. בפרשנותו לסעיף 8(א)(1) בית המשפט העליון חתר להשגת המטרה העיקרית בהליך האישור – הגנה על נתבעים לא חייבים מפני הליך מלא שיטיל עליהם סיכונים ועלויות מיותרים. בית המשפט העליון קבע במספר רב של פסקי דין שרף ההוכחה הנדרש מכוח סעיף זה נמוך ממאזן ההסתברויות. בשאלה מהו גובהו של רף ההוכחה הוצעו שתי גישות – האחת מטילה רף הוכחה גבוה בשלב האישור,⁹⁷ והשנייה מצדדת בבירור מעמיק פחות תוך קביעה של רף הוכחה נמוך יותר בשלב האישור.⁹⁸ העמדה שהוצגה במאמרו של קלמנט ורון מציעה, לענין זה, לאמץ רף הוכחה לא אחיד, אשר ייגזר מהחשש מהרתעת חסר והרתעת יתר, ומהמידה שבה העילה מאופיינת בפערי מידע בין הנתבע לתובע.⁹⁹

174. בית המשפט העליון היה ער לבעיית פערי המידע בין הנתבע לבין התובע המייצג. כדי להתמודד עם בעייה זו ניתנו עד כה שני פתרונות. הפתרון האחד הוא גילוי מסמכיו של הנתבע בשלב האישור. בית המשפט העליון הכיר בזכות התובע לגילוי בפסק דין **יפעת נ' דלק מוטורס**,¹⁰⁰ וקבע שעל מנת לגבש זכות זו על התובע להעמיד 'שתשית ראייתית ראשונית' לקיומם של התנאים לאישור הקבועים בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות. מבחן זה אומץ בתקנה 4(א)(2) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010. בית המשפט העליון קבע שתשית זו מצויה ברף הנמוך – גבוהה מהדרישה להוכיח כי אין מדובר בתביעת סרק, אולם נמוכה מזו הנדרשת לצורך אישור התובענה הייצוגית.¹⁰¹ התקנה יושמה בעילת מחיר מופרז ברע"א 8224/15 **תנובה נ' זליכה**, שם קבעה כב' השופטת (כתוארה אז) חיות כי "לא מצאתי ממש בטענתה של תנובה כי בהליכים לאישור תובענה ייצוגית שעניינה גביית מחיר מונופוליסטי מופרז, נדרש בעל הדין המבקש גילוי מידע לעמוד ברף ראייתי גבוה מהמקובל. זאת נוכח פערי המידע המובנים הקיימים בין המעלה טענה מעין זו ובין בעל המונופולין שכלפיו היא מופנית ונוכח המשימה הלא פשוטה המוטלת כתוצאה מכך על מי שמבקש להגיש תובענה ייצוגית בעילה של מחיר לא הוגן".¹⁰²

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

⁹⁶ עניין **גפניאל**, לעיל ה"ש 1, פס' 9.

⁹⁷ ראו רע"א 3489/09 **מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ**, פס' 41 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 11.4.2013).

⁹⁸ רע"א 2128/09 **הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי** (פורסם בנבו, 5.7.2012).

⁹⁹ ראו קלמנט ורון, לעיל ה"ש 88, בעמ' 31.

¹⁰⁰ רע"א 10052/02 **יפעת נ' דלק מוטורס**, פ"ד נז(4) 513 (2003).

¹⁰¹ קלמנט ורון, לעיל ה"ש 88, ה"ש 110.

¹⁰² רע"א 8224/15 **תנובה נ' זליכה** (פורסם בנבו, 29.3.2016) פס' 14.

נטל הבאת הראיות לנתבע.¹⁰³ שימוש דומה בהעברת נטל הראיה ניתן לעשות גם בעילת מחיר מופרז. בהנחה שהתובע מציג ראיות לכאורה לפיהן המונופול הנתבע גבה מחיר העולה על המחיר של המתחרים באחוז גבוה מספיק, יכול בית המשפט להעביר את נטל הראיה למונופול להציג ראיות לסתירה, המתייחסות לעלויותיו. אם הנתבע יסרב להציג ראיות אלה, התוצאה תהיה קבלת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית.

176. הפתרון של התאמת רף ההוכחה למידת הגילוי שלה הסכים הנתבע הינו פתרון שלישי אפשרי לבעיית פערי המידע. פתרון זה הולך לקראתו של הנתבע, שכן הוא מאפשר לו לבחור ברמת הגילוי המועדפת עליו, ולהימנע מהעלויות הישירות הכרוכות בגילוי, ומהעלויות העקיפות הנובעות מחשיפת סודותיו המסחריים ופרטים אחרים שאותם אינו מעוניין לגלות. זאת, בניגוד להטלת חובת הגילוי על הנתבע או העברת נטל הראיה אליו. אולם, כדי שהנתבע לא ינצל את האפשרות הזו לרעה, עליו לשאת ב'מחיר' של בחירתו, הנובע מהתאמת רף ההוכחה שמוטל על התובע למידת הגילוי שבה בחר הנתבע. רף זה צריך להיות גבוה יותר ככל שהנתבע הסכים לגילוי רחב יותר. אכן, הצעה זו טרם נבחנה על ידי בית המשפט העליון, אולם היא אינה חורגת מהפירוט שכבר ניתנו על ידו, וכאמור היא מקלה עם הנתבע. לפיכך, אנו מצדדים בעמדתו של כב' השופט גרוסקופף, לפיה ככל שהנתבע יספק מידע רב יותר ביחס לעלויותיו, כך ניתן יהיה להעלות את רף ההוכחה הנדרש מהנתבע.¹⁰⁴

177. היועץ בעמדתו אינו קובע עמדה ביחס לקשר הרצוי בין היקף הגילוי לבין רף ההוכחה הנדרש לצורך אישור התובענה הייצוגית, אולם לגישתו נדרש רף הוכחה גבוה באופן יחסי על מנת לאשר תובענה ייצוגית בעילת מחיר מופרז.¹⁰⁵ בכך, היועץ מקבל את העיקרון המוצע במאמרם של קלמנט ורון, לפיו רף ההוכחה הנדרש אינו צריך להיות אחיד, ועליו להיגזר ממאפייני התביעה. דא עקא, מסקנתו של היועץ שהרף צריך להיות גבוה דווקא נובעת מההנחות המוטעות שהוא מניח ביחס לערך האבסולוטי של עלויות הרתעת חסר והרתעת יתר, ולאופן שבו מתפלגות הטעויות בעילה זו. לעמדתנו, רף ההוכחה שבו נדרש התובע לעמוד בעילת מחיר מופרז צריך להיות דווקא נמוך. ראשית, אין סיבה להניח שהערך האבסולוטי של עלויות הרתעת היתר גבוהות מהערך האבסולוטי של עלויות הרתעת יתר; שנית, התביעה בעילת מחיר מופרז מאופיינת בפערי מידע בין התובע לנתבע וכתוצאה מכך טעויותיו של בית המשפט מתפלגות באופן לא אחיד, לטובת הנתבע.

178. לבסוף, לא למותר להדגיש שרף ההוכחה נקבע באופן שונה לכל שלב של הליך התובענה הייצוגית. רף ההוכחה בתביעה, לאחר שאושרה כייצוגית, קבוע באופן דומה לכל תביעה אחרת על פי מאזן ההסתברויות. אולם, בשלב אישור התובענה הייצוגית, ולפני כן, בשלב הדיון בבקשה לגילוי מסמכים, רף ההוכחה נמוך יותר. הסיבה לכך שרף ההוכחה יורד ככל שנמצאים בשלב מוקדם יותר בהליך היא שהעלויות המוטלות כתוצאה ממעבר מוטעה לשלב הבא הן קטנות יותר. כך, טעות בהכרעה הסופית לרעת המונופול מטילה עליו את מלוא הפיצוי לחברי הקבוצה המיוצגת; טעות באישור התובענה הייצוגית מטילה עליו את עלויות הדיון בתביעה לגופה; וטעות במתן צו גילוי מטילות עליו רק את עלויות הגילוי. השלכותיהן של טעויות אלה על הרתעת היתר וציון תמריצי השקעה גם הן נמוכות יותר ככל שהשלב בהליך מוקדם יותר. על בית המשפט להתחשב בכל אלה כאשר הוא מכריע בכל אחד מהשלבים.

¹⁰³ ע"א 7187/12 צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל, פס' פ' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 17.8.2014). ראו גם התייחסותו של בית המשפט להעברת נטל הראיה ביחס לסיכויי התובענה בע"א 2112/17 גרסט נ' נטוויז', פס' 29 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 2.9.2018).

¹⁰⁴ עניין גפניאל, לעיל ה"ש 1, פס' 21-19.

¹⁰⁵ עמדת היועץ, לעיל ה"ש 2, פס' 104.

4.2. פרמטרים ראויים לקביעת מובהקות הראיות למחיר מופרז

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

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

א. נתח שוק

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

182. ראוי להבחין בין שימוש בנתח השוק לצורך קביעת מובהקות הראיות של התובע, לבין גישתו של השופט גרוסקופף, אותה פירט בפסק דינו בעניין **צדוק**,¹⁰⁶ לפיה יש "**מקבילית כוחות**" בין כוח השוק של המונופול לבין פער המחירים שגבה. לפי גישתו של השופט גרוסקופף, ככל שכוח השוק של המונופול (הכוח להעלות מחירים) קטן יותר, כך יש להיות יותר חשדן כלפי התובע ולדרוש ממנו ראיות חזקות יותר לעניין הפער בין המחיר שגבה בעל המונופולין לבין מחיר מבוסס עלויות. בפרשת **צדוק**, למשל, התרשם השופט גרוסקופף כי הנתבעת שם, שטראוס, נטתה לאבד נתחי שוק כל אימת שהעלתה מחירים (או כל אימת שלא הורידה מחירים בעקבות ירידה במחיר חומר הגלם). מסיבה זו, הסיק השופט גרוסקופף כי כוח השוק של שטראוס לא משמעותי, ועל כן יש הצדקה להיות יותר חשדן כלפי התובע, ולדרוש ממנו ראיות יותר מוצקות לגבי הפער בין המחיר לבין מחיר מבוסס עלויות.

183. עמדתנו ביחס לשימוש במקבילית הכוחות שונה, בכל הכבוד, מזו של כב' השופט גרוסקופף, כפי שיישם אותה בעניין **צדוק**.¹⁰⁷ זאת, משום שבעל מונופולין עם כוח שוק משמעותי עשוי לאבד נתחי שוק כאשר הוא מעלה מחירים. למעשה, זו מהותו האמיתית של כוח שוק מונופוליסטי: הכוח להעלות מחירים בצורה רווחית למרות שהדבר גורם לחלק מהצרכנים להפסיק לרכוש את המוצר. כך נוהג מונופול. בהנחה שהוא גובה מחיר אחיד מכל הצרכנים, הוא מעלה את המחיר לרמה כזו המשיאה את רווחיו, למרות שהדבר גורם לחלק מהצרכנים להפסיק לרכוש את המוצר, ולעבור לרכוש מוצרים אחרים. כל עוד העלאת מחיר מעין זו היא רווחית עבור בעל המונופולין, לא תיסתר הטענה כי יש לו כוח שוק משמעותי. על כן, לעניות דעתנו, גם כאשר בעל מונופולין מאבד נתח שוק כאשר הוא מעלה מחירים, ובכל זאת הסתבר שהוא העלה מחירים

¹⁰⁶ עניין **צדוק**, לעיל ה"ש 4.

¹⁰⁷ לגישתנו, בפרשת גפניאל מקבילית הכוחות לא נדרשה לצורך הכרעה. זאת משום שפער של 47% מהמחיר התחרותי הוא בכל מקרה מופרז לכאורה.

וגבה מחיר מופרז, אין שום סיבה להקל עימו. בעיית הנטל העודף נגרמת בדיוק עקב אותם הצרכנים רוכשים את המוצר של בעל המונופולין מפאת מחירו הגבוה.

184. יש להעיר שהיועץ, בבקרו את פסק דינו של כב' השופט גרוסקופף, שגה, כאשר ציין שכוח שוק משמעותי הוא הכוח להעלות מחירים בלי לאבד נתח שוק.¹⁰⁸ זו אינה ההגדרה הנכונה של כוח שוק. כוח שוק הוא הכוח להעלות מחירים מעל הרמה התחרותית מבלי לאבד רווחיות.¹⁰⁹ נתח שוק, המונופול דווקא עשוי לאבד, כי זה טבעו של מונופול: הוא מעלה את המחיר למרות ההפחתה בכמות המסופקת על ידו.

185. כמובן, אם במקרה נתון המונופול העלה מחירים ואפילו לא איבד לקוחות ונתח שוק, נכון מקל וחומר שיש לו כוח שוק משמעותי. זהו מצב מדאיג במיוחד: למרות שהמונופול גובה מחיר מופרז, הוא שומר באופן עקבי על אותו נתח שוק. זהו מצב חריג בחומרתו, שרק מצדיק ביתר שאת את ההתערבות כנגד המונופול. אפשרות נוספת היא שהמונופול השכיל לגבות את המחיר המופרז מתחילת פעילותו. במצב דברים זה, כמובן, אין למונופול שום סיבה להעלות את המחיר עוד יותר, משום שמלכתחילה המחיר השיא את רווחיו.

186. מכל מקום, היכולת לגבות מחיר מופרז היא למעשה טאוטולוגית לכוח שוק משמעותי. אם מונופול גבה מחיר מופרז -- מחיר שהוא מופרז מעל המחיר התחרותי -- זוהי אחת ההגדרות הקלאסיות של כוח שוק משמעותי. על כן, אין שום צורך כי תובע המראה כי המחיר שנגבה על ידי בעל המונופולין הוא מופרז, יראה בנפרד כי גם יש לאותו בעל המונופולין כוח שוק משמעותי. תיתכן חברה עם כוח שוק משמעותי (הכוח לגבות מחיר גבוה משמעותי מהמחיר התחרותי), שלא הוציאה כוח זה אל הפועל. אך בתביעה על מחיר מופרז ממילא על התובע להראות, ברמת ההוכחה הנדרשת על פי ההליך המתנהל, כי בעל המונופולין גבה מחיר מופרז. אם כך, בהגדרה, התובע הראה באותה אבחה כי למונופול יש כוח שוק משמעותי. עוד יוער, בהקשר זה, שמונופול לא יכול לטעון להגנתו כי כוח השוק שלו מוצה רק חלקית וכי המחיר המופרז היה יכול להיות עוד יותר מופרז. המחיר יכול להיות מופרז גם אם בעל המונופולין לא ניצל את כוח השוק שלו עד תומו.

ב. הפער מהמחיר התחרותי

187. כפי שהצענו בפרק 3.2.א, על מנת להגביר את הוודאות של הכלל, ראוי כי יהיה פער מינימלי אחיד המעיד כי המחיר שגבה המונופול הוא לכאורה מופרז. עם זאת, ככל שהפער בין המחיר שגבה המונופול לבין המחיר התחרותי גדול עוד יותר, כך גדלה מובהקות הראיות של התובע ביחס למחיר המופרז. השאלה האם התובע עמד ברף ההוכחה הנדרש יכולה להיגזר גם מפער המחירים שהציג. כך, למשל, מובהקות הראיות לגבי המחיר התחרותי תיגזר, במסגרת מבחן ההשוואה, מהשאלה עד כמה המחיר נשוא ההשוואה הוא בר השוואה למחיר המונופול. מאחר שהמחיר המופרז נגזר מהפער בין המחיר שנגבה למחיר התחרותי, פער גדול יותר מאותו רף מינימלי של 20% יכול לפצות על חששות של בית המשפט לגבי מובהקות הראיות למחיר התחרותי. רף ההוכחה דורש לקחת בחשבון, לטובת התובע, את פערי המידע בינו לבין המונופול, ואת ההטיה המובנית בטעויות לטובת המונופול.

ג. משך ההפרה

188. כלי נוסף שיכול לשמש על מנת להקל או להקשות את הנטל שעל התובע הוא שילוב בין משך ההפרה לבין גודל הפער ביחס למחיר התחרותי. אם רמת המופרזות היא צנועה יחסית, למשל, המונופול גבה מחיר בפער של 21% מהמחיר התחרותי הנמוך ביותר שביסס התובע ברמת הוודאות הנדרשת, נראה כי ראוי לדרוש בדרך כלל כי משך ההפרה יהיה ארוך משנה (לאו דווקא ברצף) על מנת להתערב. לעומת זאת, ככל שהפער

¹⁰⁸ עמדת היועץ, לעיל ה"ש 2, פס' 96.

¹⁰⁹ הנחיות המיזוגים האופקיים של רשויות ההגבלים העסקיים האמריקאיות, לעיל ה"ש 25, פס' 4.1.1; Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, 2009 O.J. (C 45) 7, par. 11.

בין המחיר שנגבה לבין המחיר התחרותי גדול יותר מה-20% האמורים, לעיתים גם משך הפרה של פחות משנה יספיק. משך ההפרה מצביע גם על כך שחסימי הכניסה לשוק הם גבוהים ושהמחיר המופרז לא תוקן.

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

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

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

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

192. גישתו זו של היועץ, לפיה יש להוציא קטגוריות שלמות של מוצרים מגדר האיסור, אינה מוצאת אחיזה גם בפסיקה האירופאית. כך, למשל, בפרשת ארגון זכויות היוצרים הלטיבי,¹¹⁰ דובר בארגון שמטרתו הגנה על זכויות קניין רוחני. אלה זכויות המוגנות בחוק, בדיוק על מנת לעודד השקעה ביצירות. יתרה מזו, אין דרך אחרת לאכוף את זכויות היוצרים זולת באמצעות ארגון זכויות יוצרים. אילו בית המשפט האירופאי לצדק היה מסכים עם גישתו של היועץ בענייננו, הוא היה מייבא אל תוך פסיקתו שיקולים כבדי משקל של עידוד השקעה, זהירות קיצונית באכיפה, הטלת נטלים ומכשולים על התובע, וכו', כפי שמציע היועץ. במקום זאת, בית המשפט האירופאי לצדק החיל את העילה באופן פשוט וחד משמעי: הראה התובע כי המחיר הוא לכאורה מופרז ביחס למחיר התחרותי, עובר הנטל אל המונופול להצדיק מחיר זה על פי עלויותיו והשקעותיו במקרה הקונקרטי שלו.

193. הקטגוריות שמציע היועץ להוציא מגדר החוק הן: מוצרים שאינם חיוניים, תעשיות עתירות סיכון ושווקים שבהם חסימי הכניסה וההתרחבות נמוכים. מתן פטור גורף מתובענה ייצוגית בכל אחת מהקטגוריות הללו משמעותה העדר הרתעה בקטגוריות אלה מפני גביית מחיר מופרז. העלות החברתית שתיגרם כתוצאה

מהנטל העודף והעברת הערך מהצרכנים בקטגוריות הללו, והפגיעה החמורה ברווחת הצרכנים, יוותרו ללא הרתעה מראש וללא תיקון בדיעבד. קביעה גורפת כזו אינה יעילה ואינה תואמת את לשון ותכלית החוק.

א. מוצרים שאינם חיוניים

194. אחת מהקטגוריות של מוצרים שהיועץ מבקש מבית המשפט העליון להוציא מגדר החוק היא מוצרים שאינם חיוניים. אולם, הבאת שיקול זה של היות המוצר חיוני בחשבון יסודו בטעות בסיסית בהבנת העילה.

195. הרציונאל שמאחורי האיסור על מחיר מופרז של מונופול הוא מניעת הכשלים של נטל עודף והעברת ערך מהצרכנים אל המונופול. בעיית הנטל העודף נגרמת, כזכור, משום שהמחיר המופרז גורם לחלק מהצרכנים לא לרכוש את המוצר. העברת הערך נגרמת בגלל שאותם צרכנים שקונים את המוצר במחיר המופרז מאבדים את כספם ומעבירים אותו למונופול. שני אדנים אלה של העילה מעידים בצורה ברורה שהיא לא אמורה לחול רק על מוצרים חיוניים. זאת משום שכאשר המוצר הוא חיוני, לא נגרם כמעט נטל עודף: רוב הצרכנים ממילא קונים את המוצר, דווקא משום שהוא חיוני. נהפוך הוא, דווקא כאשר המוצר אינו חיוני, בעיית הנטל העודף היא בשיאה. דווקא משום שהוא אינו חיוני, הרבה צרכנים אינם רוכשים אותו עקב מחירו הגבוה, ונגרם בזבוז חברתי ופגיעה בהקצאת המשאבים היעילה במשק.¹¹¹

196. מניעת בעיית הנטל העודף היא כאמור אחת משתי המטרות של חוק התחרות. הוא אינו עוסק בבריאות הציבור, בטיחות הציבור, או בטחון המדינה. הוא עוסק בהשאת רווחת הצרכן והבטחה כי צרכנים שראוי חברתית שירכשו כל מוצר או שירות אכן ירכשו אותו. במילים אחרות, הוא עוסק בדאגה לכך כי המוצרים והשירותים בכל השווקים יוקצו בצורה יעילה. בהתאם, ייחוד העילה רק למוצרים חיוניים מהווה שינוי של החוק וחותר תחת מטרותיו. יתרה מזו, אם רק המחיר הגבוה של מוצרים חיוניים הוא המטריד אותנו, יש גם לייחד את הוראות החוק האחרות אך ורק למוצרים חיוניים. כך, למשל, בדוגמאות שהבאנו, שבהן יש שתי חברות המספקות את המותג המוביל קוקה קולה, יש להתעלם מהעלאת המחיר הנגרמת מקרטל בין שתי חברות אלה, מיזוג ביניהן, מיזם משותף ביניהן, הסדר בלעדיות המדיר אחת מהן מהשוק, או מצב שבו אחת מהן מדירה את השנייה. זאת משום שהמוצר קוקה קולה אינו חיוני.

197. באותה העת, חשוב גם לאכוף את האיסור כנגד מונופולים של מוצר חיוני. אלא שאז לא בעיית הנטל העודף היא החמורה אלא בעיית העברת הערך, שגם היא מהווה את אחד האדנים עליהם נשענים האיסור והחוק כולו: כאשר המוצר הוא חיוני, הרבה צרכנים ירכשו אותו גם כשמחירו מופרז, ומכאן הפגיעה בהם. אם כך, בין אם המוצר חיוני ובין אם לאו, אם מחירו מופרז קיימת הצדקה לאכיפת האיסור בחוק.

198. היועץ מנסה להביא את סוגיית המוצרים הלא חיוניים לאבסורד כאשר הוא נותן כדוגמא מותגי יוקרה, כגון גוצ'י או דולצ'ה גבאנה. לטענת היועץ, אם ניישם את העילה על ספקי מותגי יוקרה אלה, נגיע למסקנה כי מחירים מופרזים, וזה יביא לתוצאה אבסורדית. אלא שהדרך להימנע מהפעלת העילה במקרים מסוג זה אינה על ידי אמירה גורפת שהיא חלה רק על מוצרים חיוניים.

199. אם בית המשפט מסתייג מהפעלת העילה על מותגי יוקרה במקרה נתון, הדרך הטובה ביותר לפתור זאת היא באמצעות הגדרת השוק.¹¹² בית המשפט יכול לאמץ הגדרת שוק פונקציונאלית: שוק של מותגי יוקרה בתחום מסוים, כגון משקפיים, תיקים, וכו', ולבחון את נתח השוק של הנתבע בתוך כלל שוק מותגי היוקרה הרלוונטי. אם נתח השוק אינו משמעותי, בית המשפט יוכל להכריע כי לא מדובר כלל בבעל מונופולין (שהרי נתח שוק קטן יכול להעיד על כוח שוק קטן ולא משמעותי) וממילא לא חל עליו האיסור.

David Gilo, *Excessive Pricing by Dominant Firms, Private Litigation, and the Existence of Alternative Products*, in FRÉDÉRIC JENNY LIBER AMICORUM, (Concurrences, 2018).

¹¹² אזרחי וגילה, לעיל ה"ש 22, פס' 10.6.35.

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

ב. שווקים עתירי סיכון

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

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

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

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

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

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

5. היחס בין עמדת רשות התחרות לבין הדין החל

207. השוואה בין עמדת היועץ לבין גילוי דעת 1/17 של הממונה על התחרות חושפת דמיון רב ביניהן. למעשה, בעמדת היועץ נכתב מפורשות כי היא מתבססת על עמדת רשות התחרות.¹¹³

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

209. ראשית, בעוד שבית המשפט העליון פסק לאחרונה בענין **זליגמן** כי "מקום בו קיימת עמימות פרשנית, ולשון דבר החקיקה מאפשר פרשנויות שונות, עשויה הפרשנות של הרשות המינהלית – ככל שהיא אינה סותרת את לשון ההוראה – להכריע את הכף",¹¹⁴ הדברים נאמרו ביחס להנחיותיה של הרשות ואינם תקפים ביחס לפרשנות חקיקה ראשית. בית המשפט העליון הדגיש זאת במספר פסקי דין שניתנו לאחר פסק הדין בענין **זליגמן**. כך, ברע"א 7600/19 **בירון-ביטון נ' גוטקס**, קבעה השופטת ברון כי "אין ולא יכול להיות חולק על כך שבית המשפט הוא האמון על פרשנותם של דברי חקיקה והסדרים נורמטיביים אחרים, וברי כי לא בהכרח יקבל את עמדתו הפרשנית של המאסדר בבחינת "כזה ראה וקדש". נוסף על כך, לא פעם נדרש בית המשפט במסגרת ההליך הייצוגי לנקוט עמדה ביקורתית כלפי פעולת האסדרה בשוק מסוים, שאז "תפקידו הביקורתי של בית המשפט כלפי המאסדר מצדיק עמדה מסויגת יותר ופיקוחית ביחס לאימוץ עמדתו הפרשנית".¹¹⁵ גם ברע"א 9294/16 **שמעון נ' איי די איי** קבעה השופטת ברק-ארז כי "פרשנותה של חקיקה ראשית מסורה, בתחילתם של דברים ואף בסופם, לבית המשפט עצמו. עמדתה הפרשנית של הרשות המינהלית בהקשר זה היא אמנם נתון רלוונטי שבית המשפט משווה נגד עיניו, אולם אין לה משקל מכריע".¹¹⁶

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

¹¹³ עמדת היועץ, לעיל ה"ש 2 פס' 6.

¹¹⁴ רע"א 9778/16 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח**, פס' 34 לפסק דינה של השופטת וילנר (פורסם בנבו 31.5.2018). פסק הדין עומד לדיון נוסף, ראו דנ"א 4960/18 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח** (פורסם בנבו 2.7.2019) (החלטה על קבלת הבקשה לדיון נוסף).

¹¹⁵ רע"א 7600/19 **בירון-ביטון נ' גוטקס מותגים**, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 30.12.2019).

¹¹⁶ ע"א 9294/16 **שמעון נ' איי די איי חברה לביטוח בע"מ**, פס' 49 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 4.2.2020).

211. חוק התחרות, כמו חוקים אחרים, נאכף בשני ערוצים מקבילים – אכיפה ציבורית – מנהלית ופלילית, עליה אמונה הממונה על התחרות, ואכיפה אזרחית, שחלק משמעותי בה נסמך על התובענה הייצוגית. השיקולים במישור האכיפה הציבורית נוגעים לתועלות ולעלויות של ערוצי האכיפה השונים הנתונים למאסדר אל מול מסגרת תקציבית מוגבלת שעליה צריכה הרשות להתמודד. לפיכך, ברור שהרשות צריכה לתעדף את פעולות האכיפה שלה בהתאם לשיקולים אלה. במסגרת התיעדוף הזה, יכולה הרשות להחליט שהאכיפה בעילות מסוימות ובקטגוריות מסוימות של מקרים, חשובה פחות מבעילות ובקטגוריות אחרות. השיקולים הללו אינם רלוונטיים לפרשנות החוק במסגרת הליך התובענה הייצוגית.

212. יתרה מכך, משהממונה על התחרות קבעה מדיניות אכיפה התואמת את תפיסת עולמה ואת הבנתה את השיקולים הרלוונטיים לאכיפה ציבורית, מקומה של האכיפה הפרטית הוא דווקא באותן עילות ובאותם עניינים שבהם האכיפה הציבורית אינה פועלת. כך משלימה האכיפה הפרטית את האכיפה הציבורית. גישה לפיה בכל מקום שבו המאסדר אינו פועל אין זה ראוי שיוגשו תובענות ייצוגיות חותרות תחת מטרה מרכזית של מתן זכות התביעה בידי התובע המייצג ועורך הדין המייצג – אשר צריכים לשמש כ- Private Attorney General. ככאלה, עליהם להשלים את האכיפה הציבורית בנקודות שבהן אינה מופעלת באופן אפקטיבי. לאור גילוי דעת 1/17, הסיכוי לאכיפה אפקטיבית, המרתיעה את מגוון ההפרות של האיסור על מחיר מופרז שהמחוקק כיוון אליהן, הוא נמוך. משום כך יש חשיבות יתרה דווקא בקידום האכיפה הפרטית של האיסור.

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

214. בין המועד שבו פורסם גילוי דעת 1/14, אשר אפשר לרשות להתחיל לאכוף את העילה לאחר שהוצהר על ידי ממונים קודמים כי הרשות לא תאכוף אותה, לבין עזיבת פרופסור גילה את תפקיד הממונה על התחרות, הרשות לא צברה ניסיון של ממש באכיפת העילה. עם מינויה של הממונה הנוכחית, היא הודיעה על הפסקה של אכיפת העילה. בית המשפט העליון אמנם הורה לרשות התחרות להמשיך ולאכוף את העילה עד לפרסומו של גילוי דעת חדש.¹¹⁷ אולם, גילוי דעת 1/17 הנוכחי חוקק כחצי שנה בלבד לאחר צו הביניים בבג"צ האמור, ועל כן איננו יכול לעניות דעתנו להיות מבוסס על ניסיון של ממש של הרשות באכיפת העילה.

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

6. טענות נגד עילת מחיר מופרז

216. בעמדת היועץ שזורות טענות שקבלתן שומטת את היסודות מתחת עילת המחיר המופרז. אלו טענות המתייחסות למאפיינים של העילה ולתוצאותיה, גם בהנחה שהעילה נאכפת באופן אופטימלי וללא טעויות. לפיכך, הן אינן קשורות לחשש מפני הרתעת יתר – חשש אשר כפי שהסברנו לעיל קשור לסיכוי לטעות בהליך האישור ובתביעה לאחריו. אלו טענות המועלות תדיר על ידי מתנגדי העילה, וקבלתן מחייבת תיקון החוק.

¹¹⁷ בג"ץ 4214/16 נאור נ' הרשות להגבלים עסקיים, (פורסם בנבו, 9.6.2016).

217. בתמצית, הטענות הן שהמחיר המופרז מתקן את עצמו; שמחיר גבוה מהמחיר התחרותי נחוץ לעידוד השקעה, חדשנות ותחרות; שהאיסור על מחיר מופרז יפגע בהליך התחרותי; שאין צורך בעילה משום שקיימים מנגנונים אלטרנטיביים לפיקוח על המחיר, ושהעילה כביכול דורשת פיקוח שוטף מצד בתי המשפט. להלן נתייחס לכל אחת מהטענות הללו, אולם ראוי להדגיש שקיימת סתירה מובנית בעמדת היועץ, בין קבלת העילה של מחיר מופרז, לבין תמיכתו בטענות אלה. הטענות הללו הן טענות המועלות על ידי מתנגדי העילה. משהכיר היועץ בכך שהעילה קיימת בחוק התחרות, אין הוא יכול לסמוך את עמדתו על טענות החותרות תחת יסודותיה.

6.1. הטענה שמחיר מופרז מתקן את עצמו

218. רבות מהטענות של מתנגדי העילה מבוססות על התפיסה השגויה שמחיר מופרז מתקן את עצמו. על פי תפיסה זו, אם המחיר הוא אכן מופרז, הוא ימשוך כניסה של פירמות חדשות, וכניסה זו תגרום להורדת המחיר. כפי שהראה גילה במאמרו, מחיר מופרז אינו יכול לתקן את עצמו, משום שאם פירמה ששוקלת להכנס לשוק צופה כי בעקבות כניסתה המונופול יוריד מחירים, לא יכול להיות שהמחיר המופרז שהמונופול גבה לפני הכניסה הוא שגרם לכניסה. אם, מאידך גיסא, הפירמה נכנסת לשוק משום שהיא צופה כי המחיר יישאר מופרז לאורך זמן (תופעה של מעין קרטל משתמע בין המונופול לבין הנכנס החדש), הרי שבהגדרה המחיר המופרז לא תיקן את עצמו, הוא נשאר גבוה לאורך זמן.¹¹⁸

219. אכן, אם פירמה נכנסה לשוק משום שהסתמכה על כך שהמחיר יישאר גבוה לאורך זמן, אין סיבה לחשוב שהוא לא יישאר כך לתקופה בלתי מוגבלת. "קרטל משתמע" בין הפירמה החדשה לבין המונופול הוא או יציב או בלתי יציב. אם הוא יציב אפילו כאשר הפירמה החדשה היא בתחילת דרכה, קטנה ורעבה לנתח שוק, בדרך כלל קל וחומר שהוא יהיה יציב כאשר הפירמה החדשה צומחת ומגיעה לממדים משמעותיים. במצב זה, הפירמה החדשה עוד יותר "שבעה" מאשר בתחילת דרכה, כך שאם לא רצתה לסטות מהקרטל המשתמע ולגרום לו לקרוס בתחילת דרכה, קל וחומר שלא תרצה לעשות זאת כאשר נתח השוק שלה גדל.¹¹⁹

220. גם אם נאמץ את הטענה השגויה שמחיר מופרז מתקן את עצמו, בכל מקרה הוא לא יוכל לתקן את עצמו אם קיימים חסמי כניסה משמעותיים לשוק. אם קיימים חסמי כניסה משמעותיים לשוק, גם אם פירמה רוצה להכנס לשוק, לכאורה, בגלל המחיר הגבוה, היא לא יכולה לעשות זאת, משום שהכניסה חסומה. למעשה, כאשר מונופול אכן גבה מחיר מופרז במשך תקופה משמעותית, הדבר מדבר בעד עצמו: השוק לא תיקן את עצמו, ולכן המונופול הצליח לגבות את המחיר המופרז.

¹¹⁸ להרחבה ופירוט על תובנות אלה ראו דיויד גילה "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" **משפטים** מה 761, 784-788 (2015); Ariel Ezrachi & David Gilo, *Are Excessive Prices Really Self-Correcting?*, 5 J. COMPETITION L. & ECON. 249 (2008); Ariel Ezrachi & David Gilo, *Excessive Pricing, Entry, Assessment, and Investment: Lessons from the Mittal Litigation*, 76 ANTITRUST L.J. 873 (2010).

ראו גם את דבריו של Jean Tirole בספרו הכלכלי המנחה:

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

ראו גם Frederic Jenny, *Abuse of Dominance by Firms Charging Excessive or Unfair Prices: An Assessment*, in EXCESSIVE PRICING AND COMPETITION LAW ENFORCEMENT 5 (Yannis Katsoulacos & Frédéric Jenny eds., 2018).

¹¹⁹ דיויד גילה "פרק טז: דיני הגבלים עסקיים" **הגישה הכלכלית למשפט** 853, 868 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012). אזרחי וגילה, לעיל ה"ש 22, פס' 6.12.

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

221. טענה נוספת שנוהגים מתנגדי העילה להעלות ושהיועץ מאמץ היא שמחיר גבוה משמעותית מהמחיר התחרותי הוא לעיתים חיוני לעידוד השקעה, חדשנות, ולקידום התחרות עצמה. זוהי למעשה תובנה כלכלית מיושנת, המבוססת על גישתו של הכלכלן האוסטרי Joseph Schumpeter, שנפטר ב-1950, גישה שלפיה רווח מונופוליסטי הוא חיוני לעידוד חדשנות והשקעה. מאז הספרות הכלכלית התפתחה מאוד והגיעה לתוצאות שונות משל Schumpeter. כך, למשל, הוכח אמפירית כי דווקא שוק תחרותי יותר יכול לדרבן השקעה בשיפור המוצר ובמחקר ופיתוח יותר מאשר שוק מונופוליסטי.¹²⁰ קומץ דוגמאות מהספרות כולל את Dutz and Hlayri, מהבנק העולמי, המראים בניתוח אמפירי הכולל נתונים מיותר מ-100 מדינות על פני עשור כי יותר תחרות בשווקי המדינה, ופחות ריכוזיות בשווקים אלה, גורמת ליותר צמיחה באותה המדינה.¹²¹ גם המלומד Nickel ביצע מחקר אמפירי של כ-670 חברות בריטיות ומצא כי ככל שמספר הפירמות בשוק גדול יותר, והרווחיות שלהן נמוכה יותר, הפרודוקטיביות של התעשייה (total factor productivity growth) גדולה יותר.¹²² גם המלומד Syverson הראה, באמצעות נתונים משווקי בטון בארה"ב, שכשהשוק יותר תחרותי, מהבחינה שיש יותר תחליפיות בין המוצרים המתחרים, יש יותר פרודוקטיביות.¹²³

222. הטענה כאילו מחיר גבוה משמעותית מעל המחיר התחרותי הוא חיוני להשקעה ולתחרות מתמקדת בזווית ראיה צרה וחרیגה, המנבאת רק "תחרות על השוק" ולא "תחרות בתוך השוק".¹²⁴ "תחרות על השוק" היא תחרות שבה מי שידו על העליונה בתחרות זוכה במונופול בכל השוק. "תחרות בתוך השוק" היא תחרות שבה הציפייה היא שאף פירמה לא זוכה במונופול. הרצון של פירמה להתחרות לא נובע ממחשבה נאיבית שהיא היחידה שתנצח את התחרות, אלא מהמחשבה שאם היא לא תתחרה, הפירמות האחרות יתחרו, ואז היא תאבד נתח שוק או אף תודח מהשוק. רוב רובם של השווקים שבהם המחקר חפץ בתחרות מאופיינים בתחרות בתוך השוק ולא בתחרות על השוק.

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

224. למעשה עמדת היועץ מבקשת מבית המשפט לאמץ אל תוך הפרשנות של חוק התחרות את דרך המחשבה שמאחורי דיני הקניין הרוחני, כגון דיני פטנטים ודיני זכויות היוצרים. דינים אלה לוקחים בחשבון כי רק אם פירמה תגבה מחירים מעל ומעבר למחיר התחרותי יהיו לה מספיק תמריצים להשקיע בפיתוח. אלא שדיני הקניין הרוחני, ודיני הפטנטים בפרט, עושים זאת מכוח חוק: הם מאפשרים במפורש לבעל הפטנט להדיר מהשוק מתחרים הרוצים להשתמש בפטנט שלו, על מנת לדרבן אותו להשקיע במחקר ופיתוח. נקודת המוצא שמאחורי חוק התחרות היא הפוכה: היא מניחה שרווח תחרותי, והמתח התחרותי בין הפירמות, הוא מספיק כדי לעודד אותן להשקיע את ההשקעות שהצרכן חפץ בהן.

225. ככלות הכל, אם המטרה של חוק התחרות תושג במלואה, כל השווקים ייהנו ממחיר תחרותי, ואף פירמה לעולם לא תוכל לגבות מחיר מעליו. זו המטרה האולטימטיבית של חוק התחרות בפקחו על הסדרים

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

¹²¹ Mark A. Dutz & Aydin Hlayri, *Does More Intense Competition Lead to Higher Growth?* (The World Bank Development Research Group Working Paper No. 2320, 2000).

¹²² Stephen J. Nickell, *Competition and Corporate Performance*, 104 J. POL. ECON. 724 (1996).

¹²³ Chad Syverson, *Market Structure and Productivity: A Concrete Example*, 112 J. POL. ECON. 1181 (2004).

¹²⁴ Coherent Approach, לעיל ה"ש 49, פרק' 4.

כובלים, מיזוגים, ומונופולין. לפיכך, לעמדת היועץ מצב זה, שהוא אידיאלי מבחינת השגת מטרות חוק התחרות, הוא מזיק, משום שאז פירמות לא ישקיעו השקעות מועילות לצרכן. מדובר בסתירה פנימית.

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

227. זאת ועוד, אילו נקודת המוצא היתה שמחיר גבוה משמעותית מהמחיר התחרותי הוא "השמן שמניע את התחרות ואת ההשקעות", היה צריך לעודד גם הדרת מתחרים על ידי מונופול הטוען כי נוכחותם של מתחרים אלה מפריעה לו להעלות את המחיר לרמות גבוהות, והדבר מדכא תמריצי השקעה שלו. יתרה מכך, רוב רובן של ההתנגדויות של רשות התחרות למיזוגים, ולהסדרים כובלים, נעוצים בחשש לעליית מחירים מעל הרמה התחרותית. אם נאמץ את גישת היועץ באופן עקבי, סיבה זו להתנגדות איננה מוצדקת. המחיר הגבוה יעודד השקעות מועילות, ועל כן אין הצדקה להתנגד למיזוג או להסדר כובל אך ורק משום שהוא יעלה מחירים.

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

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

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

6.3. הטענה כי האיסור על מחיר מופרז יפגע בתהליך התחרותי

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

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

233. גירסה נוספת של טענה זו היא שאם נמנע מהפירמה הדומיננטית לגבות מחיר מופרז, הדבר יפגע בתמריצים של מתחרים שלה להתחרות, או בתמריצים של מתחרים פוטנציאליים להיכנס לשוק. אלא שהאמת הכלכלית היא הפוכה: נניח שלמונופול יש מתחרים. אם מאפשרים לו לגבות מחיר מופרז, תגובה סבירה של המתחרים שלו יכולה להיות לגבות מחיר מופרז גם הם, בידעם כי לא יאבדו נתחי שוק נוספים לטובת המונופול. כך יונצחו מבנה השוק ונתחי השוק, והצרכנים בכל השוק ישלמו משמעותית יותר ממה שהיו משלמים בשוק תחרותי. מאידך, אם אוסרים על המונופול לגבות מחיר מופרז, גם המתחרים יאלצו להוריד מחירים, מחשש שיאבדו עוד יותר נתחי שוק לטובת המונופול. על כן, האיסור על מחיר מופרז רק מלבה את התהליך התחרותי, ואינו פוגע בו, כפי שהיועץ טוען.

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

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

236. למעשה, אכיפת האיסור על מחיר מופרז עשויה דווקא לעודד כניסה של פירמות חדשות לשוק.¹²⁵ זאת כאשר התובע משתמש במבחן השוואה של המחיר שגבה המונופול לפני כניסה לעומת המחיר שגבה לאחר כניסה לשוק.

6.4. הטענה כי קיימים מנגנוני פיקוח על מחירים

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

238. אלא שטענה זו איננה נכונה. ראשית, פיקוח מחירים מעין זה לא קיים בכל השווקים הרבים בהם פועלים מונופולים בישראל. זאת ועוד, האיסור על מחיר מופרז בחוק התחרות שונה מפיקוח מחירים ויש לו יתרונות

¹²⁵ David Gilo & Yossi Spiegel, *The Antitrust Prohibition of Excessive Pricing*, 61 INT'L J. INDUS. ORG. 503 (2018).

יחסית לפיקוח מחירים. במסגרת האיסור על מחיר מופרז בחוק התחרות, המונופול מרסן את עצמו, מחשש שייתבע בדיעבד בגין המחיר המופרז שגבה. אין צורך לשאת בעלויות שוטפות של פיקוח. יתרה מזו, מודל פיקוח המחירים בישראל סובל במידה רבה מחוסר אפקטיביות. פיקוח הוא לרוב תוצאה של דין ודברים בין הפירמה למאסדר ייעודי, בדרך כלל כזה שכפוף לגורם פוליטי, בהסמכת שר, הנתון מצדו ללחץ מצד הגופים המפוקחים.¹²⁶ כדי לסבר את האוזן, במשך עשרות שנים המחיר של לחם הוא מפוקח מכוח חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996. בשוק זה כוחות השוק גרמו למחיר שנאלצו לגבות המאפיות להיות נמוך משמעותית מהמחיר המפוקח, ועל כן הן עשו קרטל שבו הסכימו כי יגבו את המחיר המפוקח.¹²⁷ זוהי ראייה אחת מיני רבות כי פיקוח המחירים לא היה מוצלח, ולא הביא למחיר התחרותי, אלא למחיר משמעותית גבוה ממנו.

6.5 הטענה כי העילה תצריך פיקוח שוטף מצד בתי המשפט

239. טענה נוספת של התנגדות לעילה שהיועץ מאמץ היא כי אכיפת האיסור על מחיר מופרז תדרוש כביכול פיקוח שוטף מצד בית המשפט. בפרט, היועץ טוען כי "חשוב לציין שהקושי לא מסתיים עם סיום ההליך אלא צפוי להימשך בצורה כזו או אחרת גם אחריו. קביעה כי מחיר מסוים למוצר בשוק הוא המחיר ההוגן ואכיפתו, עשויים לגרור מעין "פיקוח מחירים" מתמשך והקצאת משאבים (של רשות התחרות ושל בית המשפט) לבחינה שוטפת של שינויים בעלויות הייצור, הטכנולוגיה, הביקוש למוצר ועוד, שיכולים להשפיע על שינויים בתמחור המוצר לאורך זמן."¹²⁸ טענה זו פשוט אינה נכונה. בתובענה ייצוגית בגין מחיר מופרז של מונופול, בית המשפט בוחן רק את התנהגות המונופול בעבר, עד למועד הגשת התביעה, והסעד שהוא מתבקש לתת הוא פיצוי בגין התנהגות זו. בית המשפט אינו עוסק כלל בפיקוח שוטף על פעילותו של המונופול בעתיד. לפיכך, לא ברור מהו הקושי שאליו מתייחס היועץ.

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

7. סיכום

241. נייר עמדה זה הראה כי עילת המחיר המופרז אינה חריגה בהשוואה לעילות אחרות בחוק התחרות. כולן נועדו להשיג מטרה אחת: השאת רווחת הצרכן על ידי הקטנת בעיות הנטל העודף והעברת הערך. אם קרטל, מיזוג, מיזם משותף, הסדר בלעדיות או הדרת מתחרה גורמים להעלאת המחיר ב-47% מעל המחיר התחרותי, קיימת עילה חזקה כנגדם, כשם שקיימת עילה חזקה באותה המידה כנגד מונופול שהעלה את המחיר ב-47% מעל המחיר התחרותי. גם דרך ההתדיינות בתובענה ייצוגית בגין הפרות אחרות דומה לדרך

¹²⁶ Coherent Approach, לעיל ה"ש 49, פרק 6; מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, לעיל ה"ש 118, פרק ה'.

¹²⁷ ת"פ (מחוזי י-ם) 28192-08-12 מדינת ישראל נ' אנגל (פורסם בנבו, 25.02.2018).
¹²⁸ עמדת היועץ, לעיל ה"ש 2, בהערה 22. היועץ מפנה למסמך של הנציבות האירופאית שהוגש לשולחן העגול של ה-OECD ב-2011 (ראו שם). אלא שמסמך זה דן אך ורק ברשות התחרות, כשהטענה שם היא שאם בצעה מבחן עלות, הרשות צריכה להקשיב לטענות של המונופול המפוקח על ידה כי חל שינוי בעלויות. המסמך לא דן, כמובן, בבית המשפט בתביעה אזרחית.

ההתדיינות הראויה במקרה של מחיר מופרז של מונופול: בכל המקרים הללו קיים רובד הניתוח הכלכלי, בו נבדק תחילה מהו המחיר התחרותי, ובאמצעותו מסיקים עד כמה ההתנהגות העלתה את המחיר מעל המחיר התחרותי. לצד רובד הניתוח הכלכלי קיים רובד הניתוח המשפטי, המעריך אם פער זה הוא מספיק משמעותי על מנת להפר את האיסור הנדון.

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

243. ישראל היא שוק מבודד יחסית, עם חסמי יבוא, שווקים ריכוזיים מאוד, וריבוי מונופולים. אין ספק כי הפוטנציאל התחרותי בשווקים בישראל קטן יותר מאשר באירופה או ארה"ב. משום כך, בישראל חשוב במיוחד לשמר אכיפה אפקטיבית ומרתיעה של האיסור על מחיר מופרז של מונופול, וליישם את האיסור באופן מחמיר עם הנתבע ונחוש יותר מאשר באירופה. בשווקים רבים, התחרות לא תצליח לרסן את המונופולים. מתן יד כמעט חופשית למונופולים לגבות כל מחיר שהצרכן מוכן לשלם, כפי שהלכה למעשה מציע היועץ, יעשה לפלסתר את רצון המחוקק ויפגע משמעותית בציבור.