



בבית המשפט העליון

רע"א 1248/19

לפני:	כבוד המשנה לנשיאה (בדימוס) נ' הנדל כבוד השופטת ע' ברון כבוד השופט י' אלרון
המבקשת:	החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ
נגד	
המשיב:	רון גפניאל
ובעניין:	היועץ המשפטי לממשלה
	בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז- לוד (השופט ע' גרוסקופף) מיום 16.1.2019 ב-תצ 6179- 08-16
תאריך הישיבה:	כ"ב בחשוון התש"פ (12.11.2019)
תאריך הישיבה:	ט' בטבת התשפ"א (24.12.2020)
בשם המבקשת:	עו"ד מוטי ארד; עו"ד אמיר ונג; עו"ד בועז סיטי; עו"ד מעין ברונשטיין
בשם המשיב:	עו"ד רנן גרשט; עו"ד אופיר נאור; עו"ד שנהב יעקב; עו"ד שחר בן מאיר; עו"ד יצחק אבירם
בשם היועץ המשפטי לממשלה:	עו"ד לימוד פלד

פסק-דין

השופטת ע' ברון:

1. האם חוק התחרות הישראלי מטיל איסור על בעל מונופולין לקבוע מחיר מופרז למוצר או לשירות? ומהם התנאים להחלתו של איסור זה? אלה הן הסוגיות שבמוקד ההליך שלפנינו.

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (השופט ע' גרוסקופף) אישר ניהולה של תובענה ייצוגית נגד החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ, העוסקת בייצור, שיווק והפצת מותגים של חברת קוקה-קולה העולמית (להלן: החברה המרכזית) (ת"צ 6179-16-08, החלטה מיום 16.1.2019). הטענה שבליבת ההליך הייצוגי היא כי החברה המרכזית מנצלת לרעה את מעמדה כבעלת מונופולין בשוק משקאות הקולה בישראל (המכונה גם "שוק המשקאות המוגזים השחורים"), על מנת לגבות מחיר מופרז עבור משקה קוקה-קולה בבקבוק 1.5 ליטר.

2. יבואר כי עוד ביום 8.4.1998 הכריז הממונה על התחרות (הממונה על הגבלים עסקיים דאז) על החברה המרכזית כבעלת מונופולין בשוק משקאות הקולה בישראל (הן משקאות רגילים הן משקאות ללא סוכר). על פי סעיף 26(א) לחוק התחרות, בעל מונופולין הוא מי שמחזיק ביותר ממחצית מכלל האספקה או הרכישה של נכסים או שירותים בשוק מסוים, או לחלופין בעל כוח שוק משמעותי ביחס לאספקה או רכישה כאמור. סעיף 29(א) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (לעיל ולהלן: חוק התחרות) אוסר על מונופולין לנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן שעלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור; וסעיף 29(ב)(1) לחוק קובע חזקה שלפיה קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין מהווה ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי בשוק (למען הנוחות אתיחס למחירי קניה או מכירה יחדיו כאל מחיר; ולנכס או שירות יחדיו כאל נכס). ישנה הסכמה רחבה לכך שגביית מחיר נמוך במטרה לדחוק מתחרים מן השוק (מחיר טורפני) מהווה קביעה של מחיר בלתי הוגן וניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי. במקרה שלפתחנו אנו נדרשים לקבוע, באופן תקדימי, אם החזקה שבסעיף 29(ב)(1) חלה אף על קביעת מחיר גבוה במיוחד, ובאלו תנאים.

בקשת רשות הערעור שלפנינו נסבה אפוא על יישומה בדין הישראלי של עילת התמחור המופרז על ידי מונופול. אגב הדיון בסוגיה זו יש להידרש אף לנטל ההוכחה המוטל על המבקש בבקשה לאישור תובענה כייצוגית המוגשת מכוח עילת תביעה זו.

הרקע הדרוש לעניין

3. החברה המרכזית היא חברה פרטית המשמשת כזכיינית של חברת קוקה-קולה העולמית לייצור ולשיווק משקאות קוקה-קולה בשוק הישראלי; ולצד זאת מחזיקה החברה המרכזית במותגים נוספים כדוגמת "טרה", "פריגת", "נביעות" ועוד. כפי שכבר

צוין, זה שנים רבות שהחברה המרכזית היא בעלת מונופולין בשוק משקאות הקולה בישראל; ובמהלך השנים 2005 עד 2015 החזיקה באופן עקבי בכ-90% מנתח שוק זה.

המשיב בבקשת רשות הערעור, רונן גפניאל, הוא המבקש בבקשה לאישור התובענה כייצוגית (להלן: בקשת האישור ו-גפניאל, בהתאמה). על פי הנטען בבקשת האישור, החברה המרכזית ניצלה לרעה את כוחה המונופוליסטי בשוק משקאות הקולה בכך שגבתה מחיר מופרז ובלתי הוגן עבור בקבוק 1.5 ליטר של משקה קוקה-קולה רגיל (לא דיאט) (להלן: המוצר). הקבוצה הרלוונטית הוגדרה על ידי גפניאל ככוללת את כל לקוחות החברה המרכזית שרכשו את המוצר החל מחודש אוגוסט 2009 ועד אפריל 2016 (להלן: הקבוצה ו-העת הרלוונטית, בהתאמה).

4. יבואר כי החברה המרכזית אינה מוכרת את המוצר ישירות לצרכנים, אלא באמצעות קמעונאים כדוגמת רשתות שיווק, מרכולים ועוד – ולכן המחיר שמשלם הצרכן עבור המוצר כולל אף מרווח קמעונאי (להלן: המחיר לצרכן ו-המרווח הקמעונאי, בהתאמה). נוסף על כך, המשמעות היא שחברי הקבוצה אינם צרכנים ישירים של החברה המרכזית; ובתשובה לבקשת האישור נטען כי זו אחת הסיבות לכך שלא עומדת לקבוצה עילת תביעה נגדה.

עד לשנת 1990 היה המוצר נתון לפיקוח מחירים מכוח חוק יציבות מחירים במצרכים ושירותים, התשמ"ו-1985. בהתייחס לעת הרלוונטית, אין חולק כי מחיר המוצר לצרכן גבוה ממחירי מוצרים דומים המיוצרים ומשווקים על ידי המתחרות של החברה המרכזית – חברת טמפו משקאות בע"מ המייצרת את המשקה "פפסי" (להלן: טמפו ו-פפסי, בהתאמה), וחברת יפאורה-תבורי בע"מ המייצרת את המשקאות "RC קולה" ו-"קריסטל" (להלן: יפאורה ו-RC, בהתאמה). בנקודה זו יוער כי אין חולק שהמשקה קריסטל נחשב "נחות" וזול באופן משמעותי ביחס לפפסי ו-RC קולה, ועל כן אין מקום להידרש להשוואה למחירו של מוצר זה; וכך קבע גם בית המשפט המחוזי בהחלטתו.

ההליך בבית המשפט המחוזי

5. בתמיכה לבקשת האישור הוגשה מטעם גפניאל חוות דעתו של הכלכלן מר סלע קולקר מחודש יולי 2016 וחוות דעת משלימה מחודש מרץ 2017, שמהן עולה כי החברה המרכזית עושה שימוש לרעה במעמדה המונופוליסטי בשוק הישראלי לגביית מחיר מופרז ובלתי הוגן עבור המוצר (להלן: קולקר ו-חו"ד קולקר, בהתאמה). למסקנה זו הגיע המומחה על יסוד מספר אינדיקציות, ובין היתר: העובדה שמאז שהוסר הפיקוח על

מחירו של המוצר בשנת 1990, עלה מחירו לצרכן בכ- 350% העובדה שהחברה המרכזית גובה עבור המוצר מחיר הגבוה בכ-60% מממוצע המחירים שגובות המתחרות (עבור פפסי ו-RC), וזאת על פני זמן ממושך (משנת 2007 ועד 2016); העובדה כי מחיר פחית קוקה-קולה בישראל גבוה מן המחיר במרבית מדינות העולם שנבדקו; והעובדה כי החברה המרכזית מייצרת את רמת ההכנסות הגבוהה ביותר פר עובד בהשוואה לזכייניות אחרות של קוקה-קולה העולמית ברחבי העולם, ולדברי קולקר הדבר מעיד על חוסר פרופורציה בין רמת ההכנסות ובין רמת העלויות של החברה המרכזית.

נוסף על כך, בחוות דעתו ביקש קולקר אף לאמוד את הרווח הגולמי ואת הרווח התפעולי של החברה המרכזית מכל יחידה של המוצר, ובהתאם לאמוד את המחיר ההוגן עבור המוצר ולהשוותו למחיר לצרכן בפועל בעת הרלוונטית. בהיעדר נתוני אמת מטעם החברה המרכזית, קולקר עשה שימוש ב"מודל עלות תיאורטי" שלפיו העריך את עלויות הייצור של המוצר על יסוד תוצאות הפעילות העסקית של שתי המתחרות המרכזיות של החברה המרכזית, טמפו ויפאורה. בעוד החברה המרכזית היא חברה פרטית שאינה חייבת בפרסום נתונים הנוגעים להיקף הפעילות העסקית שלה, טמפו היא חברה ציבורית ויפאורה היא חברה-בת של חברה ציבורית כך שהדוחות הכספיים שלהן מפורסמים וגלויים לציבור.

המודל התיאורטי של קולקר מבוסס על המחיר הממוצע לצרכן של מוצרי המתחרות, שעמד בשנת 2015 על 4.57 ש"ח; וכן על דוחות רווח והפסד של טמפו ויפאורה לשנת 2015, שמהם עולה לדברי המומחה כי סך כל עלויות הייצור של המתחרות מהווה 57% מהיקף המכירות הכולל שלהן. בתמצית, מהמחיר לצרכן של המתחרות הפחית קולקר מרווח קמעונאי משוער (15% וגזר את עלות הייצור המשוערת (57% מהמחיר), והגיע למסקנה כי עלות הייצור של בקבוק קולה 1.5 ליטר עבור המתחרות היא 1.89 ש"ח ליחידה. על מנת לאמוד את עלויות הייצור המשוערות של החברה המרכזית, קולקר הוסיף לעלות של המתחרות תוספת משוערת המשקפת את עלות "הזיכיון היוקרתי" של חברת קוקה-קולה העולמית – והגיע לעלות של 2.18 ש"ח ליחידה. על מנת להעריך את הרווח של החברה המרכזית ליחידת מוצר, קולקר הפחית מהמחיר לצרכן (6.77 ש"ח בממוצע בשנת 2015) מרווח קמעונאי משוער (בין 10% ל-12%) והגיע למחיר קמעונאי (לפני מע"מ) של 5.15 ש"ח. בהתאם לתחשיב האמור, קולקר אמד את הרווח הגולמי של החברה המרכזית מן המוצר ב-3.01 ש"ח, המהווה רווח של כ-58.5% מההכנסות; זאת לעומת רווח גולמי של 37% בלבד אצל המתחרות.

קולקרו הוסיף והעריך גם את הוצאות השיווק, המכירות והניהול שבהן נושאת החברה המרכזית – באמצעות מתודולוגיה דומה להערכת עלויות הייצור, המבוססת על נתונים שפורסמו על ידי המתחרות. על פי מודל זה נמצא כי החברה המרכזית נושאת בעלויות שיווק, מכירות וניהול בסך 1.02 ש"ח ליחידת מוצר, ועל כן הרווח התפעולי שלה עומד על 2 ש"ח ליחידה ומהווה 39% ממחיר המכירה לקמעונאים; זאת לעומת רווח תפעולי של 12% בלבד אצל המתחרות.

זאת ועוד. בהתאם לחו"ד קולקרו, עלות המוצר עבור החברה המרכזית עמדה בעת הרלוונטית על 3.2 ש"ח (2.18 ש"ח בגין עלות ייצור הכוללת פרמיית זיכיון ו-1.02 ש"ח בגין עלויות שיווק, מכירות וניהול). לגישתו של המומחה, לצורך קביעת המחיר ההוגן של המוצר יש להוסיף לעלות הכוללת מרווח יצרן בשיעור של 20%, וכן מרווח קמעונאי סביר למוצרי יסוד בסיסיים בשיעור של 15% עד 16%. על יסוד מודל זה, נמצא כי המחיר המרבי הראוי לצרכן הסופי כולל מע"מ הוא 5.35 ש"ח בלבד ליחידת מוצר; ומאחר שבפועל מחיר המוצר לצרכן עמד בשנת 2015 על 6.77 ש"ח – לגישת קולקרו מדובר במחיר מופרז בשיעור של 21% לכל הפחות.

6. החברה המרכזית צירפה לתשובתה לבקשת האישור שתי חוות דעת כלכליות מטעמה, שמטרתן הייתה לקעקע את ממצאיו של קולקרו: חוות דעת מאת פרופ' יוסי שפיגל מחודש ינואר 2016 (להלן: שפיגל ו-חו"ד שפיגל, בהתאמה), וחוות דעת כלכלית מאת פרופ' חיים פרשטמן מחודש ינואר 2017 (להלן: פרשטמן ו-חו"ד פרשטמן, בהתאמה).

שפיגל סבור כי חו"ד קולקרו רצופה באי-דיוקים, נסמכת על נתונים שבחלקם כלל אינם רלוונטיים, ואף מבוססת על הנחות כלכליות שגויות. בפרט, לגישת שפיגל מבחני ההשוואה שערך קולקרו הם חסרי בסיס. בתוך כך, לדברי שפיגל אין כל משמעות לכך שהמחיר המפוקח של המוצר היה נמוך בכ-350% מהמחיר שבו המוצר נמכר כיום לצרכן, שכן מדד המחירים לצרכן עלה בשנים הרבות שחלפו מאז בכ-562% – כך שמבחינה ריאלית המחיר כיום זול בכ-26% ביחס למחיר המפוקח. לעמדת שפיגל אף אין יסוד להשוואה בין המחיר לצרכן של המוצר ובין המחיר של מוצרי המתחרות, משום שהשוואה זו מתעלמת מן הבידול האנכי הקיים בין המותגים. לדברי המומחה, קוקה-קולה הוא אחד המותגים המובילים לא רק בישראל אלא בעולם הרחב, והחברה המרכזית משקיעה הון רב בפרסומו. לעומת זאת, פפסי ו-RC אינם מותגים מובילים כלל, וההשקעה של המתחרות בפרסומם היא זניחה אם בכלל. עוד נטען כי ניתן להסביר את הפער במחיר על רקע העדפה מובהקת של הצרכנים למותג קוקה-קולה, שבגינה נאלצות

המתחרות להוזיל את מחיריהן בהשוואה למחיר של החברה המרכזית כדי לתמרץ רכישה על ידי לקוחות שהעדפות הקנייה שלהם מושפעות בעיקר מהמחיר. שפיגל מוסיף כי השוואה למחירי מוצרים שונים של קוקה-קולה בחו"ל (למשל פחיות ומארזי פחיות) כלל אינה רלוונטית; וכי בכל הנוגע למחירים בחו"ל של בקבוקי קולה 1.5 ליטר, קולקר נסמך על מדגם מקרי של חשבונות מארה"ב ומישראל שנשלחו למערכת העיתון "גלובס" בשנת 2014. על פי הנטען מדובר במדגם בלתי מייצג שהסתמכות עליו אינה במקומה; ובדיקה מקצועית שנעשתה על ידי חברה בינלאומית מלמדת כי מחיר המוצר בישראל דווקא נמוך מהמחיר הממוצע במדינות אחרות.

שפיגל יוצא גם נגד המודל התיאורטי ששימש את קולקר לאומדן עלויות הייצור, השיווק, המכירה והניהול של המוצר, ולדבריו מודל זה מושתת על הנחות יסוד מופרכות. נוסף על כך, המודל של קולקר מתבסס על דוחות כספיים של טמפו ויפאורה לשנה מסוימת (2015), שאינה בהכרח מייצגת, כאשר הנתונים בדוחות מתייחסים כמקשה אחת למגוון מוצרים של החברות המשווקים בשלל ארצות. שפיגל מבהיר כי לא ניתן להסיק מנתונים אלה על עלויות הייצור של מוצר מסוים, באריזה מסוימת, לא כל שכן להסיק מתוכם בנוגע לעלויות הייצור של המוצר על ידי חברה אחרת. על יסוד הדברים הללו סבור שפיגל כי בקשת האישור היא דוגמה לניצול לרעה של האיסור הקבוע בחוק התחרות בנוגע לגביית מחיר מופרז, לצורך הגשת הליך סרק ייצוגי.

7. חו"ד פרשטמן מצביעה אף היא על ליקויים שונים שנפלו לפי הנטען בחו"ד קולקר, כאשר גם לגישתו של פרשטמן לא היה יסוד לקבוע שהחברה המרכזית מנצלת את מעמדה לרעה לקביעת מחיר מופרז עבור המוצר. פרשטמן סבר שיש לייחס משקל משמעותי לעובדה שמאז הסרת הפיקוח על מחיר המוצר בשנת 1990 לא חלה כל התייקרות ריאלית במחירו. בעניין זה הובהר, כי אם החברה המרכזית אמנם הייתה עושה שימוש לרעה בכוחה המונופוליסטי על מנת לגבות מחיר מופרז עבור המוצר, הציפייה היא שהדבר יבוא לידי ביטוי בעלייה במחיר הריאלי במהלך השנים – ולא היא. כשפיגל, גם פרשטמן הדגיש את הבידול הקיים בין המוצר של החברה המרכזית לבין מוצרי המתחרות; ובהקשר זה הוסיף וציין כי אחת המטרות של דיני התחרות היא לעודד פירמות לשפר את המוצרים שלהן ולבדל אותם ממוצרים אחרים. אולם לדבריו מדיניות שמתערבת בדיעבד במחירי השוק פוגעת בתמריצים של הפירמות להשקיע במוצר ולהתחרות לכתחילה – שאז אנו עלולים להשיג תוצאה הפוכה מזו הרצויה: פגיעה בתחרות בשוק חלף הגנה על המחיר התחרותי. עוד נטען בחו"ד פרשטמן כי אין יסוד להשוואת המחירים שערך קולקר ביחס למדינות אחרות – שכן השוואה זו מתעלמת מכך שמדובר במדינות בעלות כוח קנייה שונה באופן מהותי מישראל, וכן מהבדלי המיסוי

והפיקדון. עוד באותו עניין, פרשטמן סבור כי רמת הכנסות גבוהה לעובד כלל אינה יכולה לשמש כאינדיקציה לגביית מחיר מופרז, אלא מעידה על פיריון ויעילות גבוהים. נוסף על כך, השוואה של פרמטר זה אל מול המתחרות של החברה המרכזית בארץ, מגלה כי ההכנסה לעובד של החברה המרכזית נמוכה מזו של טמפו ויפאורה.

פרשטמן סבור עוד כי בחישובים שערך קולקר לקביעת עלויות הייצור, השיווק, המכירה והניהול של המוצר נפלו שגיאות מהותיות שהופכות את המודל שלו לחסר יסוד. כך, למשל, חו"ד קולקר הניחה רווחיות של 18% בייצור משקה קולה של פפסי, כאשר קביעה זו מבוססת על נתונים מהדוחות הכספיים של טמפו בנוגע לרווחיות ממוצעת בייצור משקאות. אלא שמתוך הדוחות הכספיים ששימשו את קולקר עולה גם כי הרווחיות של טמפו בייצור משקאות לא אלקוהוליים עמדה בעת הרלוונטית על 7.7% בלבד. לפי הנתען, טעות זו כשלעצמה משנה לחלוטין את מסקנותיו של קולקר בנוגע לשיעור הרווח של החברה המרכזית מן המוצר. טעות נוספת במודל של קולקר שעליה הצביע פרשטמן, היא שקולקר לא הביא בחשבון שהחברה המרכזית נושאת בעלויות פרסום גבוהות הרבה יותר משל טמפו.

8. לאחר שהוגשו כתבי הטענות בבקשת האישור, הגיש גפניאל בקשה לגילוי מסמכים ומענה על שאלון. בתמצית, גפניאל ביקש גילוי מלא של המידע הנוגע לעלויות הייצור של המוצר (עקיפות וישרות) והיקף הייצור, ההכנסות ממכירתו, היקף המכירות, מחירי המכירה לקמעונאים ושיעור הרווח בעת הרלוונטית (להלן: בקשת הגילוי). החברה המרכזית מצידה התנגדה לקמעונאים ושיעור הרווח בעת הרלוונטית (להלן: בקשת הגילוי). החברה לא הניח תשתית ראייתית ראשונית לעילת התביעה הנוגעת – וזאת בניגוד לנדרש בתקנה 4(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010 (להלן: תקנות תובענות ייצוגיות). עוד נטען כי המידע המבוקש הוא אחד הנכסים הרגישים ביותר של החברה המרכזית, וכי הוא נשמר על ידה לאורך עשרות שנים בסודיות מוחלטת; וכן כי היקף הגילוי המבוקש הוא מכביד באופן חריג, ומחייב השקעה של חודשי עבודה רבים בעלויות של מאות אלפי שקלים.

בהחלטה מיום 20.7.2017 דחה בית המשפט המחוזי את בקשת הגילוי, וזאת על רקע טענתה של החברה המרכזית כי לא הונחה בבקשת האישור תשתית ראייתית ולו לכאורית להתקיימותה של עילת התביעה הנוגעת. בית המשפט סבר כי "זכותה של המשיבה (החברה המרכזית-ע"ב) לעמוד על טענתה כי המצע הראייתי הראשוני שהונח על ידי המבקש אינו מספק, ובמקרה כזה אין להטיל עליה חובות גילוי משמעותיות, ואולם הסטנדרט לבחינת בקשת האישור יהיה דיות הראיות שהוצגו על ידי המבקש בבקשת האישור,

בשים לב למידע שניתן להשיג ממקורות גלויים". לשון אחר: בית המשפט המחוזי הותיר בידי החברה המרכזית את הבחירה אם להיענות לבקשת הגילוי אם לאו, תוך שהבהיר כי סירוב לגילוי המידע המבוקש יביא להנמכת רף ההוכחה הנדרש בבקשת האישור.

9. במסגרת הדיון בבקשת האישור נערכו שני דיוני הוכחות שבהם נחקרו המומחים והמצהירים מטעם הצדדים. לאחר מכן הוגשו סיכומי טיעונים בכתב, וביום 16.1.2019 ניתנה החלטה בבקשת האישור – היא העומדת במוקד ההליך שבו אנו עוסקים (להלן: החלטת האישור).

ההחלטה בבקשה לאישור התובענה כייצוגית

10. נקודת המוצא להחלטת בית המשפט המחוזי, היא שבדין הישראלי קיימת עילת תביעה מכוח סעיף 29א לחוק התחרות בגין תמחור "בלתי הוגן" גבוה של נכס או שירות על ידי מונופולין (להלן: עילת המחיר המופרז), וכי המבחן להתקיימות עילת תביעה זו הוא דו-שלבי. ההכרה בעילת המחיר המופרז והתנאים לגיבושה נדונו והוכרעו על ידי בית המשפט המחוזי בשני פסקי דין שניתנו על ידי אותו מותב בתיקים ייצוגיים אחרים, ומשכך הוא לא נדרש לסוגיות אלה בגדרה של החלטת האישור ונסמך על האמור שם.

ב-ת"צ (מחוזי מרכז) 41838-09-14 ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח בע"מ (29.1.2017) נדונה השאלה אם האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן חל גם על גביית מחיר מופרז (להלן: עניין מפעלי ים המלח). בפסק הדין שניתן שם נקבע כי העמדה המקובלת כיום היא שבדין הישראלי קיימת עילת תביעה בגין גביית מחיר מונופוליסטי מופרז, וכי זירת המחלוקת מתמצה בשאלה כיצד יש לפרש ולאכוף איסור זה. ב-ת"צ (מחוזי מרכז) 36098-05-16 צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ (16.1.2019) נדרש בית המשפט המחוזי בהרחבה לאופן יישומה של עילת המחיר המופרז והמבחנים להתקיימותה (להלן: עניין שטראוס). יצוין כי פסק הדין בעניין שטראוס ניתן בו כיום שניתנה ההחלטה בעניין החברה המרכזית, אך לפנייה.

על פי עניין שטראוס, במסגרת הדיון בעילת המחיר המופרז יש בשלב הראשון לוודא כי התביעה מופנית נגד בעל מונופולין, וזאת בהתאם להגדרה שבחוק התחרות. בשלב השני יש לבחון אם בעל המונופולין ניצל לרעה את מעמדו בשוק, בדרך של קביעת מחיר בלתי הוגן. במסגרת השלב השני יש לתת את הדעת לשני פרמטרים המקיימים ביניהם יחס של מקבילית כוחות: כוח השוק של המונופולין, המאפשר לו לנצל את מעמדו לרעה; והפעל שבין תמחור הנכס בפועל לבין תמחור "מבוסס עלויות". זאת ועוד. בעניין שטראוס עמד בית המשפט המחוזי על שלושת המבחנים המקובלים לזיהוי מחיר בלתי

הוגן: מבחן עלויות הייצור, הבוחן את הפער בין מחיר המוצר בפועל ובין עלות הייצור שלו; מבחן השוואתי, המתמקד בהשוואת מחיר המוצר למחירי מוצרים מתחרים באותו שוק, או למחיר בתקופה קודמת או באזור גיאוגרפי אחר, וכיוצא באלה; ומבחן ניתוח הרווחיות, המתייחס לפער שבין רווחיות המונופול לבין מדד ייחוס שנבחר, לאורך זמן. לעמדתו של בית המשפט המחוזי, כל אחד מהמבחנים הללו מהווה אינדיקציה רלוונטית לקיומו של מחיר בלתי הוגן – ועל כן החלטה בעניין זה יכולה להישען על אחד או יותר מהם.

יצוין כי איש מהצדדים לעניין מפעלי ים המלח ולעניין שטראוס לא הגיש ערעור על פסקי הדין, ועל כן הקביעות העקרוניות שנקבעו שם לא הגיעו לפתחו של בית המשפט העליון עד עתה. משכך, אגב החלטה זו נעסוק גם בקביעות שנקבעו באותם הליכים בנוגע לעצם קיומה של עילת תמחור מופרז ואופן יישומה.

11. בהחלטתו נדרש בית המשפט המחוזי לנטל ההוכחה בשלב הדיון בבקשת האישור. בעניין זה נקבע כי יש לקשור בין מידת ההוכחה הנדרשת מן המבקש בבקשת האישור, לבין היקף גילוי המידע והנתונים שהמשיבה בוחרת לבצע במסגרת תשובתה לבקשת האישור. לפי גישה זו, ככל שהמשיבה סבורה כי לא הונחה בבקשת האישור תשתית ראייתית ולו ראשונית לנטען נגדה, היא רשאית להתנגד לגילוי מסמכים – שאז יש לכבד את בחירתה ואין להטיל עליה חובות גילוי. ואולם במקרה כזה, רף ההוכחה בבקשת האישור יהיה נמוך ביחס למקרה הרגיל ויוצב בשים לב למידע שניתן היה לאסוף בעניינה של המשיבה ממקורות גלויים בלבד.

בית המשפט המחוזי הבהיר בהחלטתו כי גישתו בנוגע למידת ההוכחה בשלב האישור מאפשרת מוצא מן המעגל השוטה המאפיין את שלב האישור לא פעם, וכך גם בבקשת האישור שבה מדובר. מצד אחד, ללא נתונים מאת החברה המרכזית לא ניתן להוכיח כי היא מנצלת לרעה את כוחה המונופוליסטי לגביית מחיר בלתי הוגן; מצד שני, בהעדר אינדיקציות מספיקות לגביית מחיר בלתי הוגן, אין מקום לחייב את החברה המרכזית לחשוף את מכלול נתונה המסחריים. וכך בלשונו של בית המשפט:

”במקום שנדרש לבחון פעם נוספת במסגרת הליך הגילוי את סיכויי התביעה, באופן שיביא הלכה למעשה לפיצול התובענה הייצוגית לשלושה שלבים (הליך הגילוי; בקשת האישור; התובענה הייצוגית גופה), מועבר למשיבה הכוח להחליט מהו היקף הבירור העובדתי שברצונה לקיים בשלב המקדמי: אם היא מעוניינת להגן על סודיות נתוני האמת המתייחסים לפעילותה העסקית, ולהימנע מחשיפתם בפני מבקש שלא עמד לשיטתה בנטל הראשוני

של הבאת ראיות לתמחור מופרז, זכותה שלא לחשוף את נתוני האמת בשלב הדיון המקדמי, ואולם זאת במחיר דיון חלקי וחסר בשלב בקשת האישור, המתמקד בבחינת קיומן של אינדיקציות לתמחור מופרז על פי נתונים גלויים בלבד; אם, לעומת זאת, היא מעוניינת לקיים כבר בשלב בקשת האישור בירור מקיף ושלם של הטענה שהתמחור הוא מופרז, באפשרותה לבחור באפשרות זו, ואולם ה'מחיר' הוא שתידרש לחשוף את נתוני האמת על מנת לאפשר בירור זה" (שם, פסקה 20).

בענייננו, בית המשפט המחוזי דחה כאמור את בקשת הגילוי שהגיש גפניאל, וזאת לנוכח טענת החברה המרכזית כי לא הונחה תשתית ראייתית ראשונית לביסוס בקשת האישור. משכך, בהחלטת האישור הובהר כי עילת התביעה תיבחן על רקע הנתונים הגלויים בלבד; ורק אם יהיה מקום לקבלת בקשת האישור, במסגרת הדיון בתובענה הייצוגית לגופה תיבחן עילת התביעה על יסוד נתוני האמת שתידרש החברה המרכזית להציג במסגרת גילוי מסמכים.

12. על רקע הדברים הללו נפְּנָה בית המשפט המחוזי לבחון אם יש לקבל את בקשת האישור, זאת בהינתן נטל ההוכחה המקל שהוא תולדה של בחירת החברה המרכזית שלא לחשוף מידע שברשותה.

ראשית הובהר, כי אין חולק שהחברה המרכזית היא בעלת מונופולין בשוק משקאות הקולה בישראל ובתוך כך גם בשוק המוצר שבו עסקינן, ומשכך בקשת האישור עומדת בתנאי הסף להוכחת עילת המחיר המופרז. עוד נקבע, כי לחברה המרכזית כוח שוק משמעותי שיש בו כדי להשפיע על מחיר המוצר. הובהר כי לפי נתונים שהוצגו מאת החברה המרכזית עצמה, היא שומרת על פער עקבי במחיר המוצר ביחס למתחרות שלה, בשיעור ממוצע של כ-47% לאורך השנים בעת הרלוונטית; ולצד זאת שומרת החברה המרכזית גם על נתח שוק משמעותי במהלך התקופה, של קרוב ל-90%. אף ירידות מחירים מצד המתחרות, כמו גם עליות מחירים מצד החברה המרכזית, לא גרמו לה לאבד מנתח השוק שלה לטובת המתחרות. על רקע האמור, נקבע כי עולה חשש ממשי שכוחות השוק אינם מבטיחים די הצורך כי החברה המרכזית תגבה עבור המוצר מחיר מבוסס עלויות.

בשלב הבא בחן בית המשפט המחוזי אם מחיר המוצר היה בעת הרלוונטית מחויר בלתי הוגן, תוך התייחסות לחוות דעת המומחים שהוגשו מטעם הצדדים. בהתייחס לחוו"ד קולקר, בית המשפט סבר כי זו "אינה בנויה לתלפיות" וכי הביקורת שהשמיעו מומחי החברה המרכזית ביחס אליה היא במידה רבה מוצדקת. עם זאת, בית המשפט

המחוזי קבע כי הפער הבלתי שנוי במחלוקת בין מחיר המוצר לבין מחיריהם של פפסי ו-RC, שהם המוצרים המתחרים בשוק, מהווה אינדיקציה מספקת בשלב זה של הדיון לכך שמחיר המוצר היה בלתי הוגן. בעניין זה הובהר כי לא ניתן לקבל את טענותיה של החברה המרכזית בנוגע לבידול אנכי ביחס למוצריהן של המתחרות, כהסבר המצדיק את פער המחירים המשמעותי בין המוצרים השונים. על פי החלטת האישור, בידול בין מותגים בעיני הצרכן לא בהכרח מלמד על בידול בעלויות הייצור של המוצר, והעובדה שמותג מסוים נהנה ממוניטין משובח (כמותג קוקה-קולה) אינה מהווה הגנה מפני עילת המחיר המופרז. בהקשר זה נקבע כי הנטל מוטל על החברה המרכזית לסתור את התוצאה המתקבלת ממבחן ההשוואה למחירי מוצרי המתחרות, למשל על ידי הצגת ראיות המעידות כי עלויות הייצור שלה גבוהות משמעותית ביחס למתחרות, ואולם היא לא עמדה בנטל זה. בהיעדר נתוני אמת מאת החברה המרכזית, ומאחר שהמוצר דומה מבחינת התכונות האובייקטיביות שלו לפפסי ו-RC, נקבע כי אין סיבה להניח שעלויות הייצור שבהן נושאת החברה המרכזית שונות באופן משמעותי מעלויותיהן של המתחרות.

13. בית המשפט המחוזי הוסיף ונתן דעתו לכך שחברי הקבוצה אינם צרכנים ישירים של החברה המרכזית, אלא רכשו את המוצר מקמעונאים שונים. לגישתו, יש להכיר בזכות תביעה של הצרכן העקיף מכוח דיני התחרות גם בהיעדר יריבות חוזית ישירה עם הספק (בענייננו החברה המרכזית); זאת בהיעדר תמריץ לצרכנים הישירים (בענייננו הקמעונאים) להגשת תביעה מעין זו, לנוכח טיב היחסים בינם ובין הספק. עוד צוין, כי אין הצדקה כלכלית או מוסרית שהפיצוי בגין גביית מחיר מופרז יינתן דווקא לקמעונאים – שהרי הם ממילא גלגלו את נזקיהם ללקוחותיהם. יובהר כי החברה המרכזית לא הלינה בבקשת רשות הערעור על קביעה זו של בית המשפט המחוזי, ועל כן לא אדרש לדוקטרינת הצרכן העקיף במסגרת זו.

14. סופו של דבר, נקבע כי גפניאל העמיד תשתית ראייתית לכאורית המבססת אפשרות סבירה לכך שייקבע כי מחיר המוצר בעת הרלוונטית היה בלתי הוגן. תוצאה זו מבוססת על שלושה נדבכים מצטברים: העובדה שהחברה המרכזית נמנעה מהבאת נתוני אמת ולכן נטל ההוכחה בשלב האישור הוא נמוך; העובדה שלחברה המרכזית נתח שוק משמעותי בשוק משקאות הקולה, וקיומה של מקבילית כוחות בין כוח השוק ובין תמחור בלתי הוגן; והעובדה שקיים פער משמעותי בין מחיר המוצר לבין מחירי מוצריהן של המתחרות. בית המשפט המחוזי המשיך וקבע כי גם כל יתר התנאים לאישור התובענה כייצוגית מתקיימים, ומשכך הורה על קבלת בקשת האישור. מכאן בקשת רשות הערעור שלפנינו.

15. לנוכח חשיבותן של הסוגיות המתעוררות בהליך, ביקשנו מהיועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועמ"ש) כי ישקול התייצבות בהליך והשמעת עמדתו. לאחר ששקל את הדברים, היועמ"ש אמנם הודיע על התייצבותו והגיש עמדה מפורטת מטעמו בסוגיות הנדונות. ההתייחסות להלן לטענות הצדדים היא כפי שטענות אלה קיבלו ביטוי הן בכתבי הטענות בבקשת רשות הערעור (בבקשה, בתשובה ובתגובה לתשובה); הן בהתייחסות הצדדים בכתב לעמדת היועמ"ש; הן בדיון שנערך לפנינו בעל-פה.

טענות החברה המרכזית

16. לדברי החברה המרכזית המסד הנורמטיבי שהניח בית המשפט המחוזי לדיון בעילת המחיר המופרז הוא חלקי וחסר, ובולטת בהיעדרה התייחסות ממשית לשלושה מקורות משפטיים חשובים: הלכת רייט, שנקבעה בבית המשפט העליון ודנה באופן קונקרטי בתנאים לאישור תובענה כייצוגית בעילה זו (רע"א 2616/03 ישראלכרט בע"מ נ' רייט, פ"ד נט(5) 701 (2005); לעיל ולהלן: הלכת רייט או עניין רייט); הפסיקה הענפה של בית הדין האירופי לתחרות, כאשר דיני התחרות האירופיים הם המקור לקליטתו בדיון הישראלי של האיסור על קביעת מחיר בלתי הוגן; ושני גילויי דעת שפורסמו במהלך השנים על ידי הממונים על התחרות בנושא עילת המחיר המופרז. בהקשר זה מבהירה החברה המרכזית כי בהיעדר התייחסות הולמת למקורות משפטיים אלה, החלטת האישור אינה עולה בקנה אחד עם הגישה הנוהגת בפסיקה ובספרות המשפטית בארץ ובחולל בנוגע לעילת המחיר המופרז. כך, בהלכת רייט נקבע כי אין לאשר ניהולה של תובענה ייצוגית בעילת מחיר מופרז אם לא הוכח ולו לכאורה שיעורו של המחיר ההוגן של המוצר, כנקודת ייחוס למחיר שנגבה בפועל; ואף על פי כן בית המשפט המחוזי נעתר לבקשת האישור מבלי שהתייחס כלל לעניין זה. כן טוענת החברה המרכזית כי בית המשפט המחוזי שגה בקובעו שמחיר מופרז הוא "מחיר שאינו מבוסס על עלויות" – ומדובר בסטייה ניכרת מן המקובל בפסיקה ובספרות המשפטית והכלכלית בארץ ובאירופה, שלפיה משמעות האיסור על קביעת מחיר בלתי הוגן היא איסור על קביעת מחיר הגבוה באופן משמעותי מהמחיר שהיה נקבע בתנאים תחרותיים.

לעמדת החברה המרכזית, בית המשפט המחוזי סטה מן הפסיקה האירופית רבת השנים גם בכך שקבע כי ניתן לבחון את התקיימות עילת המחיר המופרז לפי מבחן עזר אחד בלבד, המתמקד בהשוואה למחירי משקאות קולה מתחרים. לשיטתה, מדובר בבדיקה בלתי ממצה; משום שעל פי העמדה המקובלת בפסיקה ובספרות האירופית, אף אם מבחן עזר אחד מלמד לכאורה על גביית מחיר מופרז, כאשר מבחני עזר אחרים מובילים לתוצאה שונה המשמעות היא שאין זה סביר שהפירמה נוקטת בתמחור מופרז.

זאת ועוד. החברה המרכזית טוענת כי לא רק שבית המשפט המחוזי הסתפק במבחן יחיד לקביעת מחיר בלתי הוגן, הוא אף נתן את הבכורה למבחן הכי פחות יעיל באיתורו של תמחור מופרז. כך, מאחר שעצם קיומו של פער משמעותי במחירי המוצרים לא בהכרח מלמד על תמחור מופרז של אחד מהם; וסביר יותר להניח כי הוא נובע מקיומם של הבדלים רלוונטיים בין המוצרים מבחינת שימוש או איכות – שכן אחרת הצרכנים לא היו בוחרים לרכוש דווקא את המוצר היקר יותר. ובמילים אחרות, פער המחירים מלמד שהמוצרים ככל הנראה אינם תחליפיים ועל כן אין בסיס להשוואת מחירים ביניהם. עוד טוענת החברה המרכזית כי ההשוואה בין המחיר לצרכן של המוצר לבין המחירים לצרכן של משקאות קולה המיוצרים על ידי טמפו ויפאורה היא השוואה מגמתית ובלתי הוגנת. שתי מתחרות אלה מוכרות משקאות מוגזים אחרים במחירים גבוהים משמעותית מהמחיר לצרכן של פפסי ו-RC, והשוואה הוגנת לא יכולה להתעלם מכך.

17. החברה המרכזית טוענת עוד כי אפילו היה ממש בקביעה שלפיה מבחן ההשוואה למחירי המתחרות מלמד לכאורה על גביית מחיר מופרז עבור המוצר, מבחנים אחרים מובילים לתוצאה שונה. ראשית, מבחן יציבות מחיר המוצר – על פי הנטען מבחן זה מלמד שמבחינה ריאלית מחיר המוצר בישראל לא עלה זה שנים ארוכות. ושנית, מבחן ההשוואה הבינלאומית – החברה המרכזית סבורה כי בחו"ד קולקו נערכה השוואה בינלאומית דלה ואף שגויה, שהתבססה על מסד עובדתי רעוע כדוגמת כתבה בעיתון. לעומת זאת, נטען כי המומחים מטעם החברה המרכזית הסתמכו על נתונים מאת חברות המחקר המוכרות בעולם, שמהם עולה כי מחיר המוצר בישראל זול מאשר במדינות רבות אחרות ואף עומד מתחת למחיר הממוצע במדינות מפותחות. לגישת החברה המרכזית, שגה בית המשפט המחוזי משלא נתן למבחני העזר הנוספים משקל מתאים בהחלטתו, ולא דחה בשל כך את בקשת האישור.

החברה המרכזית סבורה עוד כי החלטת האישור מבוססת על שתי הנחות כלכליות תיאורטיות חסרות יסוד, שנסתרו בחוות הדעת מאת המומחים מטעמה. לגישתה, לא היה מקום להניח שהמחיר לצרכן של מוצרי המתחרות מהווה אינדיקציה כלשהי לעלויות הייצור של חברות אלה (טמפו ויפאורה); ובהמשך לכך גם לא היה מקום להניח כי עלויות הייצור של המתחרות דומות לעלויות הייצור של החברה המרכזית. על יסוד שתי הנחות אלה הגיע בית המשפט המחוזי למסקנה כי קיים פער של 47% בין עלויות הייצור של המוצר ובין המחיר לצרכן שלו, וכי פער משמעותי זה מעיד על כך שהמחיר לצרכן הוא מופרז. אלא שלגישת החברה המרכזית מדובר בקביעה שרירותית המבוססת על הנחות יסוד שאין להן כאמור כל תימוכין בהלכה הנוהגת, בספרות

המקצועית או בחוות דעת המומחים. יתר על כן, לא ברור מהחלטת האישור היכן עובר קו הגבול בין פער המעיד על מחיר הוגן לפער המעיד על מחיר בלתי הוגן.

לדברי החברה המרכזית, בית המשפט המחוזי שגה גם בכך שקבע כי היא מחזיקה בכוח שוק משמעותי. על פי הנטען מדובר בסוגיה כלכלית מובהקת, וחרף זאת בית המשפט בחר להכריע בה למרות שהיא כלל לא נדונה לפניו וגם לא בחוות הדעת של המומחים מטעם הצדדים.

18. בכל הנוגע לתנאים לאישור תובענה כייצוגית, החברה המרכזית סבורה כי בית המשפט המחוזי לא עמד בחובה המוטלת עליו להיכנס לעובי הקורה ולבחון כבר בשלב האישור אם קיימת אפשרות סבירה שההליך יוכרע לטובת הקבוצה. ועוד נטען, כי חובה זו מקבלת חשיבות יתרה בהליכים ייצוגיים המבוססים על עילת מחיר מופרז – הן משום שמדובר בהליכים מורכבים שניהולם מחייב השקעה אדירה של משאבים; הן לנוכח קיומו של מאסדר ייעודי, הוא הממונה על התחרות, המתמחה בדיני תחרות ובאכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין; הן בשים לב לקיומו של גוף רגולטורי האמון על פיקוח מחירים במשק הישראלי, והכוונה לוועדת הפיקוח על מחירים הפועלת לפי חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפיקוח). לדברי החברה המרכזית, בית המשפט המחוזי העניק לגפניאל "הקלות" כפולות ומכופלות בהוכחת עילת התביעה, וזאת ללא בסיס שבדין, ואישר את התובענה כייצוגית על יסוד הנחות חסרות ממש שנערמו זו על גבי זו. החברה המרכזית מפנה לכך שכיום תלויים ועומדים לא פחות מ-25 הליכים ייצוגיים בעילת מחיר מופרז, נתון שממחיש את החשיבות בקביעת רף ממשי, שאינו קל כנוצה, לאישור תובענה ייצוגית בעילה זו.

בתוך כך, החברה המרכזית טוענת כי בית המשפט המחוזי הנמיך את רף ההוכחה הלכאורי בבקשת האישור בניגוד להלכה הפסוקה, וזאת בשל התנגדותה לבקשת הגילוי. לעמדת החברה המרכזית, הקשר שקשר בית המשפט בין נטל ההוכחה המוטל על המבקש בשלב האישור ובין היקף הגילוי שהמשיבה בוחרת לבצע בשלב זה, עומד בניגוד מוחלט לדין הקיים. זאת ועוד, נטען כי מדובר בהתפרקות של בית המשפט מחובתו להכריע בסוגיה של גילוי מסמכים המובאת לפתחו. ואם לא די בכך, התוצאה של הימנעות בית המשפט מלהכריע בשאלת גילוי המסמכים למעשה הביאה להעברת נטל הראיה מגפניאל לחברה המרכזית, וגם זאת בניגוד מוחלט לדין הנוהג.

19. לעמדתו של גפניאל, השוק הישראלי שונה מהשוק האירופי בכך שהוא מאופיין בריכוזיות גבוהה, ריבוי מונופולים ושחקנים חוזרים, וכן במכסי ייבוא גבוהים וריחוק גיאוגרפי משווקים רבים – ומשכך קיימת הצדקה ברורה להכרה בעילת תמחור מופרז בדין הישראלי וכן לשימוש נרחב בה. עוד נטען כי מטעמים אלה אף ניתן להסתפק במבחן עזר אחד לצורך בחינת התקיימות עילת המחיר המופרז, ובכל מקרה מדובר במבחנים חלופיים. הדברים מקבלים משנה תוקף בנסיבות המקרה, מאחר ששוק משקאות הקולה בישראל אינו תחרותי כלל וסובל מחסמי כניסה והתרחבות – שאת חלקם יצרה החברה המרכזית עצמה בדרכים פסולות. גפניאל מבהיר כי בשלב אישור התובענה כייצוגית בית המשפט אינו נדרש לקבוע את שיעורו של המחיר ההוגן או שיעור הרווחיות ההוגן, ועליו להותיר את ההכרעה בנדון לשלב הדיון בתובענה לגופה. מכל מקום, גפניאל סבור כי בענייננו שורה של מבחני עזר מובילים לתוצאה אחת והיא שהחברה המרכזית גבתה מחיר מופרז עבור המוצר, והדברים פורטו ולובנו בחו"ד קוקלר. יתר על כן, לדברי גפניאל החברה המרכזית והמומחים מטעמה למעשה מרוקנים מתוכן את עילת המחיר המופרז – שכן לגישתם תהא אשר תהא מידת הרווחיות מהמוצר היא לא תיחשב למופרזת, ויהא אשר יהא מחירו של המוצר הוא לא ייחשב לבלתי הוגן.

גפניאל טוען עוד כי למבקש בבקשה לאישור תובענה כייצוגית בעילה של מחיר מופרז נתונה זכות רחבה לגילוי מסמכים – זאת לנוכח פערי המידע הניכרים בין הצדדים בכל הנוגע להוכחת יסודות העילה. בהקשר זה נטען כי חרף זכותו של גפניאל לקבלת המידע הדרוש לו מאת החברה המרכזית, האחרונה נמנעה בכל תוקף ובמכוון מלחשוף את נתוניה במסגרת בקשת האישור – והימנעות זו פועלת לחובתה ומאששת את גרסתו של גפניאל בהליך. בהתייחס לנטל ההוכחה המוטל על המבקש בשלב אישור התובענה כייצוגית, גפניאל סומך את ידיו על החלטת בית המשפט המחוזי שלפיה ניתן בידי החברה המרכזית כוח ההחלטה בנוגע להיקף הבירור העובדתי שברצונה לקיים בשלב האישור. לעמדתו של גפניאל, משהחליטה החברה המרכזית שלא לחשוף נתונים ולא לגלות מסמכים – המשמעות היא הנמכה של רף ההוכחה, וככל שפערי המידע בין הצדדים גדולים יותר, בהתאם יונמך רף ההוכחה. גפניאל מדגיש כי מדובר בגישה צודקת המאזנת כראוי בין האינטרסים השונים של הצדדים בבקשה לאישור תובענה כייצוגית. פרט לפערי המידע בין הצדדים, נטען כי הפחתת הנטל הראייתי במקרה זה מוצדקת אף בשל התועלת שביצירת הרתעה אל מול החברה המרכזית ומונופולים אחרים כמותה כך שיקפידו לגבות מחיר הוגן. זאת במיוחד לנוכח כישלון הרגולציה הכלכלית שמפעילה המדינה, כאשר האכיפה הפרטית מסתמנת כפתרון היחיד ליצירת הרתעה ולהגברת הציות

לחוק. עוד נטען כי בשלב האישור בכל מקרה לא נדרש מהמבקש להוכיח מהו המחיר ההוגן המדויק של המוצר, וניתן להסתפק בשלב זה בחוות דעת כלכלית היפותטית כפי שעשה גפניאל.

20. לדברי גפניאל, בהחלטת האישור התייחס בית המשפט המחוזי לכל אחד מטיעוני הצדדים ונתן דעתו לממצאים שהציגו המומחים בחוות הדעת שהוגשו. לאחר דיון מפורט ומנומק הגיע בית המשפט למסקנה כי קיימת אפשרות סבירה שהחברה המרכזית גבתה מחיר מופרז עבור המוצר – ומדובר בקביעה עובדתית שאין מקום להתערבות בה מצד ערכאת הערעור. גפניאל מוסיף כי כל טענותיה של החברה המרכזית נדחו בהחלטת האישור לגופן – ובתוך כך נקבע כי לא הונח בסיס ראיתי לטענה שהמתחרות מוכרות את משקאות הקולה במחירי הפסד; כי הטענה שלפיה הוצאות הפרסום והשיווק ועלויות יצירת המוניטין של החברה המרכזית גבוהות משל המתחרות, לא נתמכה בראיות כלשהן; וכי יש לדחות את הטענה שלפיה נתח השוק של החברה המרכזית מעיד על הוגנות מחירו של המוצר, שכן עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם תכלית עילת המחיר המופרז והתועלת החברתית הגלומה בה. זאת ועוד. בית המשפט המחוזי קיבל למעשה את עמדת גפניאל שלפיה שוק משקאות הקולה נעדר תחרות וסובל מחסמי כניסה והתרחבות, וכי החברה המרכזית מנצלת מצב דברים זה לרעה; וכן את עמדתו של גפניאל כי לא ניתן להצדיק את פערי המחירים בין המוצר של החברה המרכזית ובין מוצרי המתחרות בטענה לבידול אנכי של המוצרים, שכן מדובר במוצרים דומים מבחינה אובייקטיבית.

עמדתו של גפניאל בהליך הייצוגי נתמכת לדבריו גם במכתב שימוע מיום 22.3.2017 שנשלח לחברה המרכזית מאת הממונה על התחרות, שממנו עולה כי הייתה כוונה להטיל על החברה המרכזית קנס בהיקף כספי חסר תקדים של 62 מיליון ש"ח – וזאת בשל ניצול לרעה של מעמדה המונופוליסטי בשוק משקאות הקולה (להלן: מכתב השימוע). בתוך כך, נטען כי מכתב השימוע מפרט שורה של פרקטיקות פסולות שבהן נקטה החברה המרכזית על מנת להשיג שליטה מלאה ב"שוק הקר" של משקאות הקולה (השוק שבו נמכר המוצר כשהוא מקורר), כדוגמת מתן הנחות לקמעונאים בתמורה לכך שיפסיקו לרכוש מוצרים מתחרים; מתן הטבות בשווה כסף תמורת בלעדיות ודחיקת מתחרים; איום על קמעונאים בהפחתת הנחות; חסימת ייבוא מקביל של משקאות חברת קוקה-קולה העולמית; ועוד. גפניאל סבור כי מכתב השימוע תומך בטענתו שלפיה החברה המרכזית נהנית מכוח שוק משמעותי ויציב, שאותו היא משמרת באמצעות פעולות אנטי תחרותיות פסולות לדחיקת המתחרים; וכן מכתב זה מרוקן מתוכן את עמדת המומחים מטעם החברה המרכזית, שלפיה שוק משקאות הקולה הוא שוק תחרותי וכי

היא אינה נוקטת בשיטות אנטי תחרותיות. יצוין כי בתגובה מטעם החברה המרכזית לתשובת גפניאל לבקשת רשות הערעור, נטען כי הסתמכותו של גפניאל על מכתב השימוע היא חסרת תום לב. כך משום שעוד ביום 16.4.2019, למעלה מחודש לפני הגשת התשובה על ידי גפניאל, הודיעה הממונה על התחרות לחברה המרכזית כי מכתב השימוע מבוטל – זאת לאחר שהממונה קיבלה חלק ניכר מטענות החברה המרכזית בנוגע לטענות שהופנו כלפיה. משכך, הליך השימוע התחיל מחדש לפי מכתב שימוע מתוקן ומצומצם.

לבסוף נטען, כי בחוות הדעת מטעם החברה המרכזית נפלו שורה של ליקויים ופגמים ועל כן אין להסתמך עליהן. ביחס לחו"ד פרטשמן נטען כי היא אינה אובייקטיבית, וממילא אין בה כל התייחסות לשאלת מופרזות מחירו של המוצר והיא אף מתעלמת ממבחני העזר המקובלים בעניין זה. גם ביחס לחו"ד שפיגל נטען כי איננה אובייקטיבית, ובדומה לפרטשמן גם שפיגל לא ביקש נתונים ומידע מהחברה המרכזית בנוגע לעלויות הייצור של המוצר – זאת חרף סימני השאלה הברורים שמתעוררים בנוגע להוגנות המחיר. לעמדת גפניאל, כמומחים היה על פרטשמן ושפיגל לבדוק את הסוגיה ולא לאטום את אוזניהם ולעצום את עיניהם לנוכח העובדות החמורות שהוצגו בחו"ד קולקר.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

21. עמדת היועמ"ש היא כי יש להכיר בעילת המחיר המופרז בדין הישראלי – ואולם יש לעשות בה שימוש בצימצום ובריסון, ורק על יסוד אינדיקציות ברורות לכך שהמחיר הגבוה הוא גם בלתי הוגן. כך, משום שיישום שגוי של עילת המחיר המופרז עלול להביא בטווח הבינוני והארוך לפגיעה בתחרות בשוק וברווחת הצרכנים, כתוצאה מהתערבות מלאכותית ובדיעבד בקביעת המחיר בשוק. היועמ"ש מדגיש כי שימוש בעילת המחיר המופרז מהווה הלכה למעשה פיקוח על מחירים בדיעבד, וזאת בשונה מפיקוח מחירים על ידי המאסדר – שנעשה במבט צופה פני עתיד, תוך שמירה על ודאות ומתן אפשרות לשחקנים בשוק להיערך בהתאם.

בכל הנוגע למבחן המשפטי הראוי לבחינת עילת המחיר המופרז, היועמ"ש סבור כי בדומה לדין האירופי יש להחיל מבחן דו-שלבי; ואולם הוא מבהיר כי מדובר במבחן שונה מזה שקבע בית המשפט המחוזי. היועמ"ש סבור כי יש לבחון תחילה אם מחיר המוצר גבוה באופן משמעותי מהמחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות, על יסוד מספר מבחני עזר ובהם הפער בין מחיר המוצר לעלות הייצור, ניתוח הרווחיות של הפירמה ומבחני השוואה. רק ככל שהתשובה היא חיובית, יש להמשיך ולבחון אם המחיר הגבוה הוא גם

בלתי הוגן. עם זאת מבהיר היועמ"ש בעמדתו, כי גם המבחן הדו-שלבי אינו חף מקשיים וטומן בחובו סיכון משמעותי לטעות – ועל כן יש לעשות בו שימוש זהיר.

22. בהתייחס לשלב הראשון של המבחן הדו-שלבי, נטען כי מטרת מבחני העזר היא לשמש כאינדיקציות למחיר התחרותי ההיפותטי, ולבחינת קיומו של פער משמעותי בין מחיר המוצר בפועל לבין המחיר שהיה צפוי להיקבע בתנאים תחרותיים. ואולם קביעת המחיר התחרותי מחייבת הנחת שורה של הנחות לגבי מבנה השוק, אופי היחסים בין המתחרים, פערי מידע בין הפירמה לצרכן ומידת הביקוש למוצר – כך שבפועל יש קושי ממשי לאמוד את המחיר התחרותי. משכך, היועמ"ש סבור כי ראוי לנקוט בגישה של הערכת יתר של המחיר התחרותי – על מנת למנוע אכיפת יתר של עילת התביעה.

היועמ"ש סבור כי בשלב הראשון יש לעשות שימוש במבחני העזר המקובלים, כפי שנעשה גם בהחלטת האישור. עם זאת, היועמ"ש סוקר בעמדתו את הקשיים היישומיים העיקריים המתעוררים ביחס לכל אחד ממבחנים אלה. בנוגע למבחן העלויות, נאמר כי מבחן זה מחייב ניתוח של עלויות הפירמה בדרך של בחינה חשבונאית וכלכלית מורכבת. בתוך כך, בגדר מבחן זה נדרשת הכרעה בשאלה אלו עלויות יש לכלול בעלות הייצור המוכרת; וכן יש לקבוע אלו עלויות מתוך כלל עלויות הייצור של הפירמה יש לייחס למוצר המסוים שעלותו נבחנת. בנוגע למבחן הרווחיות, היועמ"ש מצביע על כך שמבחן זה מעלה קשיים יישומיים דומים לאלה המתעוררים ביחס למבחן העלויות. בפרט, מבחן זה מבוסס על מדדים שהשימוש הנהוג בהם נוגע לכלל פעילות הפירמה – ויש קושי ממשי ליישם ביחס למוצר מסוים שלה. הקושי ביחס למבחן ההשוואה הוא באפשרות לוודא כי קיים בסיס רלוונטי להשוואה. כך, למשל, השוואה בין מחיר המוצר בשוק אחד לבין מחירו בשוק אחר עלולה להיות בעייתית לנוכח הבדלים בתנאים השוררים בהם – כדוגמת תנאי מיסוי, רגולציה, עלות תשומות ועוד. שוני בין מחירים של מוצרים דומים יכול לנבוע אף מהבדלי איכות ובידול ביניהם. לנוכח מרווח הטעות הגדול ביישום מבחני העזר, היועמ"ש בדעה כי לצורך בחינת התקיימותה של עילת המחיר המפורז בשלב הראשון יש לעשות שימוש במספר מבחנים (ככל הניתן ובהתאם לנסיבות המקרה), ולפעול במקרים המובהקים שבהם המסקנה שעולה בבירור היא כי בעל המונופולין גובה מחיר גבוה באופן משמעותי ועקבי מהמחיר התחרותי. רק לאחר קביעה שכזו, יש לעבור לשלב הבא ולבחון האם המחיר המפורז שנגבה הוא גם בלתי הוגן" (שם, בפסקה 76).

בהתייחס לשלב השני במבחן הדו-שלבי, לדברי היועמ"ש מטרתו של שלב זה היא "לבחון האם מקורו של המחיר הגבוה שנמצא הוא בניצול לרעה של הכוח המונופוליסטי,

או שמא הוא נובע מסיבה לגיטימית אחרת" (שם, בפסקה 77). לעמדתו, מדובר בהכרעה ערכית במהותה בדבר הוגנות המחיר שנגבה מהצרכנים. היועמ"ש מוסיף ומפרט בעמדתו שורה של שיקולים שמן הראוי לשקול בשלב זה, תוך שהוא נסמך על גילוי דעת של הממונה על התחרות עו"ד מיכל הלפרין מיום 28.2.2017 (גילוי דעת 1/17 של הממונה על הגבלים העסקיים "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה" (28.2.2017) רשות התחרות 501194 (להלן: גילוי דעת 1/17)). בתוך כך צוין כי בשלב השני של המבחן הדו-שלבי יש מקום לתת את הדעת למספר שיקולים רלוונטיים – ובין היתר, ליחסי הכוחות בין בעל המונופולין ובין הצרכן; לנזק הישיר שנגרם לצרכנים על ידי המחיר המופרז (למשל אם מדובר במוצר חיוני בעיני הצרכנים); לנסיבותיו הפרטניות של השוק (למשל אם קיימים חסמי כניסה משמעותיים או סביבה רגולטורית המכבידה על התפתחות תחרות יעילה); ועוד. היועמ"ש מדגיש כי שיקולים מסוג זה שזורים במבחן ההוגנות המופעל בפסיקה האירופית, ואינם מהווים החמרה של יישום עילת המחיר המופרז ביחס למקובל שם.

23. לאחר שהתווה את המבחן הראוי לעמדתו ליישום עילת המחיר המופרז, התייחס היועמ"ש לאופן שבו בית המשפט המחוזי יישם עילה זו. בתמצית, היועמ"ש סבור כי המבחן שנקבע בהחלטת האישור אינו מעניק משקל מספק לתכליות העומדות ביסוד דיני התחרות וביסוד האיסור על קביעת מחיר בלתי הוגן, וכן כי המבחן שנקבע עלול להוביל לשגיאות משמעותיות בעת יישום העילה.

בהתייחס למקבילית הכוחות שנקבעה בין כוח השוק של המונופול ובין מידת הסטייה מהמחיר התחרותי, צוין כי קביעה זו נעדרת תכלית כלכלית ועלולה לפגוע בתמריצים של הפירמות באופן שבסופו של דבר יגרום יותר נזק מתועלת לצרכן. בהקשר זה מדגיש היועמ"ש כי איסור על גביית כל מחיר מעל המחיר התחרותי עלול לגרום לפירמות להימנע מלהיכנס לשוק לכתחילה, או להימנע מלפעול לשיפור איכותו של המוצר, ובכך תיפגע התחרות בשוק. עוד צוין כי המבחן שנקבע בהחלטת האישור לא כולל התייחסות של ממש לנסיבות השוק, למערך התמריצים בו ולשיקולים חשובים נוספים שיש לשקול לצורך הערכת הוגנות המחיר. לעומת זאת, מקבילית הכוחות שנקבעה מעניקה כפל משקל לשאלת קיומו של מונופולין – ראשית במסגרת תנאי הסף של העילה, ולאחר מכן גם במסגרת בחינת כוח השוק בגדרי מקבילית הכוחות.

היועמ"ש סבור עוד כי לא היה מקום להנמיך את רף ההוכחה הנדרש בשלב אישור התובענה כייצוגית, וכי מורכבותה של עילת המחיר המופרז והזהירות הנדרשת ביישומה מחייבות דווקא רף הוכחה גבוה. עוד הובהר, כי על מנת שניתן יהיה לקבוע

במסגרת הדיון בתובענה הייצוגית את קו הגבול שממנו המחיר התחרותי הופך לבלתי הוגן, נדרש לבסס כבר בשלב האישור כי קו זה נחצה – גם אם מדובר בהערכה גסה. בהמשך לכך, לעמדת היועמ"ש במקרה הנדון לא נערכה בחינה מקיפה ומלאה די הצורך בנוגע למחיר התחרותי של המוצר ושל השוק ומאפייניו, ולא היה מקום לסמוך את אישור התובענה כייצוגית אך ורק על רמת המחירים הגבוהה של המוצר.

דיון והכרעה

24. אין חולק כי בקשת רשות הערעור המונחת לפתחנו מעוררת סוגיות עקרוניות ובעלות השלכות רוחב, הן בדיני התחרות הן בדיני תובענות ייצוגיות. משכך, יש ליתן לחברה המרכזית רשות ערעור ולדון בערעור לפי הרשות שניתנה.

מהלך הדיון יהיה כדלקמן: ראשית אניח את המסגרת הנורמטיבית לבחינת החלטה ואופן יישומה של עילת המחיר המופרז בדיני התחרות בישראל; וכן אבחן את ההתייחסות המקובלת במדינות העולם לעילת תביעה זו, בפרט במשפט האיחוד האירופי שם נולדה וצמחה עילת המחיר המופרז. בהמשך לכך אדון בעצם תחולתה ובאופן יישומה הראוי של עילת המחיר המופרז בדין הישראלי, וכן בנטל ההוכחה המונח בהקשר זה לפתחו של המבקש בבקשת אישור תובענה כייצוגית המבוססת על עילת תביעה זו. לבסוף, איישם את העקרונות ואמות המידה שהותוו על נסיבות המקרה שלפנינו.

המסגרת הנורמטיבית

25. במוקד חוק התחרות ניצבת השאיפה לקדם את רווחת הצרכנים באמצעות הגנה על התחרות במשק הישראלי. תפיסת היסוד בהקשר זה היא שתחרות חופשית מיטיבה עם הצרכנים ומביאה להגדלת הרווחה הכלכלית – בין היתר בדרך של הפחתת מחירים, הגדלת המגוון והאיכות של המוצרים והשירותים, ויצירת תמריצים להתייעלות ולחדשנות (ע"פ 1656/16 דוידוביץ נ' מדינת ישראל, פסקה 69 (20.3.2017); ע"פ 2560/08 מדינת ישראל נ' וול, פסקאות פ-פא (6.7.2009); ע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל ומזורים ובקרה בע"מ, פ"ד ס(2) 120, 136-137 (2005)). הנשיא א' ברק התייחס אל דיני התחרות כאל "המגנה כרטה" של זכויות הצרכן והתחרות החופשית (ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, 230 (1998)). באותו עניין אף הובהר כי בחברה דמוקרטית, להגנה על התחרות נודעת חשיבות החורגת מההיבט הכלכלי:

"התחרות החופשית היא אבן יסוד בכל שיטת משטר דמוקרטי, בהיותה סממן בולט של חירות הפרט להגשמת

האוטונומיה שלו. בהגשמת התחרות החופשית ובשמירה עליה יש משום ביזור מוקדי הכרעה החברתיים ומניעת ריכוז-יתר של כוח בידי השלטון או בידי גופים מונופוליים פרטיים. היו שראו בשמירה על התחרות החופשית כמנגנון הכרעה דמוקרטי בקבלת החלטות חברתיות בתחום הכלכלי, כאשר שמירת כוחו של הצרכן להכריע בין אלטרנטיבות כלכליות מקנה לו, למעשה, כוח להשפיע ולהכריע גם בהכרעות כלכליות כלליות של החברה" (שם, בעמ' 229).

בתוך כך, חוק התחרות נותן בידי הממונה על התחרות כלים אפקטיביים להגנה על התחרות – כדוגמת סמכות להתנגד למיזוג בין חברות (סעיף 21(א) לחוק); הטלת עיצומים כספיים (סעיף 50ד לחוק); קביעת קביעות שיכולות לשמש כראיה לכאורה בכל הליך משפטי (סעיף 43(ג) לחוק); סמכויות חיפוש ותפיסה של ראיות (סעיף 45 לחוק); ועוד. נוסף על זאת, הפרה של הוראות מסוימות מהוראות החוק עלולה לגרור סנקציה פלילית. סעיף 50 לחוק התחרות מאפשר אף אכיפה פרטית של דיני התחרות, שכן הוא מורה כי דין מעשה או מחדל בניגוד לחוק מהווה עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]; ולצד האמור, בהתאם לפרט 4 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות), תובענה בעילה לפי חוק התחרות היא תביעה שניתן להגיש בה בקשה לאישור תובענה כייצוגית.

26. אחד החששות שעימם מתמודד חוק התחרות הוא פגיעה בתחרות ובצרכנים מצד גופים בעלי מעמד מונופוליסטי בשוק. לפי סעיף 26 לחוק, מי שמחזיק בלמעלה ממחצית מכלל אספקת הנכסים או השירותים בשוק מסוים, או מכלל רכישתם, הוא "בעל מונופולין"; ובשנת 2019 תוקן חוק התחרות כך שגם מי שמחזיק בידו כוח שוק משמעותי ביחס לאספקה או רכישה של מוצרים או שירותים הוא בעל מונופולין. יבואר כי בהתאם לעמדת רשות התחרות, כוח שוק משמעותי הוא היכולת להרע את תנאי האספקה של מוצר או שירות (מחיר, כמות, איכות, מגוון וכו') מבלי לאבד לקוחות רבים מדי לטובת מתחרים (גילוי דעת של הממונה על התחרות 2/19 "אופן בחינת כוח שוק משמעותי", 3 (21.7.2019) (רשות התחרות 501671)). יש להדגיש כי דיני התחרות אינם אוסרים על עצם קיומו של מונופולין; והשאיפה להגדיל את נתח השוק או להשיג כוח שוק משמעותי אף נתפסת ככזו שמניעה את גלגלי התחרות ומתמרצת מתחרים לבדל את עצמם באמצעות מוצרים ושירותים איכותיים יותר:

"המחיר המונופוליסטי משמש אפוא סוכרייה בקצה המקל של המשחק התחרותי, תמריץ להשקעות, לנטילת סיכונים ולהתייעלות – בין בדרך של ייעול הליכי ייצור קיימים בין בדרך של פיתוח הליכי ייצור ומוצרים חדשים

וטובים יותר, שמהם ייהנו גם הצרכנים. המחיר הגבוה גם משמש איתות לחברות אחרות שרווחי להיכנס לשוק שבו פועל בעל המונופולין ולהתחרות בו על נתח מהרווחים הגבוהים. לפיכך המונופול נחזה כחלק חשוב ואינטגרלי מ'מחזור החיים' בשוק" (מיכל (שיצר) גל והילה נבו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" משפטים מה 277, 285 (התשע"ו); להלן: גל ונבו – מחיר בלתי הוגן).

אם כן, היכולת לגבות מחיר גבוה יותר מתמרצת השקעה במחקר ופיתוח, בצבירת מוניטין, בהתייעלות ובייצור. עם זאת, כוח שוק עלול להיות מנוצל לרעה לפגיעה בתחרות. החששות העיקריים בהקשר זה הם מפני דחיקת מתחרים מהשוק או מניעת כניסתם לשוק של מתחרים חדשים ("הדחה"); ומפני גריפת רווחים על חשבון הצרכן או על חשבון חוליות אחרות בשרשרת הייצור ("ניצול"). משכך, חוק התחרות מחיל על בעלי מונופולין נורמות התנהגות המתחייבות ממעמד הייחודי בשוק, כאשר מטרתן של נורמות אלה היא להפיג את החשש מפני ניצול לרעה של כוח השוק לצורך הפחתת התחרות או פגיעה בציבור. נורמות אלה מוסדרות בין היתר בסעיף 29א לחוק התחרות, כפי שיפורט להלן.

האיסור על ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה

27. סעיף 29א(א) לחוק התחרות קובע הוראה כללית האוסרת על בעל מונופולין לנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן שעלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור. בסעיף 29א(ב) מפורטת רשימה של חלופות המקימות חזקה שלפיה מדובר בהתנהגות המהווה ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי. וזוהי לשון סעיף 29א:

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

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

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

(2) צמצום או הגדלה של כמות הנכסים או היקף השירותים המוצעים על-ידי בעל מונופולין, שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת;

(3) קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסויימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם;

(4) התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות.

הוראות סעיף קטן זה באות להוסיף על הוראות סעיף קטן (א).

יצוין כי החזקות שבסעיף 29א(ב) הוכרו בפסיקת בית הדין להגבלים עסקיים כחזקות חלוטות: משהוכחו היסודות העובדתיים שביסוד כל חזקה, הפגיעה בתחרות או בציבור מוסקת מאליה (ראו: ה"ע (הגבלים עסקיים) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות, פ"מ התשנ"ט(2) 561, 529 (1999); גל ונבו – מחיר בלתי הוגן, עמ' 287-286; דיויד גילה "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" משפטים מה 761, 766 (התשע"ו); להלן: גילה – מחיר מופרז).

28. ענייננו נסב על החזקה החלוטה הקבועה בסעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות, ולפיה קביעת מחיר קניה או מכירה בלתי הוגן לנכס או לשירות מהווה ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי. ישנה תמימות דעים בקרב מומחים בתחום כי מחיר נמוך וטורפני הוא מחיר בלתי הוגן. חוסר ההוגנות בהקשר זה מתבטא בכך שבעל מונופולין שקובע מחיר הפסד מוכן לספוג את הפגיעה ברווחיו מתוך מטרה לסלק מן השוק את מתחריו שלא יוכלו לעמוד כמוהו ברמת המחירים הנמוכה; ולאחר שהביא לקריסת המתחרים, יכול בעל המונופולין לקחת שליטה על השוק ולהעלות את המחירים (עניין רייט, עמ' 712-711; גל ונבו – מחיר בלתי הוגן, עמ' 289-290). משכך, קביעת מחיר נמוך וטורפני מקימה חזקה שמדובר בניצול לרעה של המעמד בשוק (להלן: עילת מחיר טורפני).

שונים הם פני הדברים מקום שבו בעל המונופולין קובע מחיר גבוה ומופרז עבור נכס או שירות. בעוד בקביעת מחיר נמוך החשש העיקרי הוא כאמור מפני הדרת מתחרים מן השוק, בקביעת מחיר גבוה החשש הוא מפני ניצול כוח השוק לגריפת רווחים גבוהים באופן ניכר מהמחיר התחרותי. המשמעות היא שהתערבות שיפוטית במחיר גבוה אינה פועלת במישרין להגנה על התחרות בשוק – אלא מצמצמת בדיעבד את הפגיעה בצרכן שנגרמה בהיעדר תחרות. קרי: בשונה מעילת המחיר הטורפני, עילת המחיר המופרז אינה מטפלת בפגיעה בתחרות עצמה אלא רק בסימפטום שלה. ככזו, יש הרואים בעילת המחיר המופרז כ"בן חורג" לסעיף 29א(ב) לחוק התחרות (ראו: גל ונבו – מחיר בלתי הוגן, עמ' 296). עוד בשונה מעילת מחיר טורפני, יישומה של עילת המחיר המופרז כרוך בקשיים פרקטיים ועיוניים בלתי מבוטלים. בפרט, יש קושי ממשי בסימון קו הגבול שהחל ממנו מחיר גבוה הופך להיות בלתי הוגן, ובקביעת אמות מידה לזיהוי מחיר בלתי הוגן המיתרגמות למבחן משפטי שיוצר ודאות.

על רקע הדברים הללו, העילה של תמחור מופרז שנויה במחלוקת בקרב המומחים בתחום, בארץ ובעולם (ראו סקירת ארגון ה-OECD בעקבות שולחן עגול שנערך בשנת 2011 בסוגיה של מחיר מופרז: Organization for Economic Co-Operation and Development [OECD], *Policy Roundtable: Excessive Prices* (7.2.2011) DAF/COMP(2011)18 (להלן: מסמך ה-OECD)). עוד טרם שנפנה לפרק ההשוואתי, יצוין בתמצית כי שיטות המשפט בארצות הברית ובקנדה אינן מכירות בעילת תביעה נגד בעלי מונופולין בשל קביעת מחירים גבוהים; בעוד בקהילה האירופית עילה זו די נפוצה, הגם שבפועל נעשה בה שימוש בריסון רב ובמקרים נדירים בלבד (להרחבה בנושא דעות המלומדים באירופה: גל ונבו – מחיר בלתי הוגן, עמ' 319-321). בהיבט של ההיסטוריה החקיקתית, סעיף 29 לחוק התחרות מבוסס במידה רבה על הוראה באמנה המסדירה את פעילות האיחוד האירופי (European Union Treaty on the Functioning of the), הידועה גם בשמה הקודם אמנת רומא, תחילה בסעיף 82 לאמנה, אחר כך בסעיף 86 וכיום בסעיף 102. יש לציין כי בעת שנוסח סעיף 29 לחוק התחרות, כבר התבססה בדין האירופי ההלכה שלפיה מחיר מופרז הוא מחיר שיש בו משום ניצול לרעה של כוח שוק דומיננטי.

29. השאלה אם סעיף 29 לחוק התחרות מקים עילת תביעה בגין קביעת מחיר מופרז התעוררה בשנת 2005 בפסיקתו של בית משפט זה בעניין רייס – אלא שבאותו מקרה בחר בית המשפט שלא להכריע בסוגיה, והניח לשם הדיון כי עילת המחיר המופרז אמנם חלה ודחה אותה לגופה. השאלה חזרה ועלתה ונדונה בהרחבה בשנת 2016 בפסיקתו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (השופטת א' שטמיר), במסגרת החלטה בבקשה לאישור תובענה כייצוגית שהוגשה נגד חברת תנובה בגין מחיר גבינת הקוטג'. באותו ענין קבע בית המשפט המחוזי כי הדין הישראלי הלך בעקבות הדין האירופי באופן המקים עילת תביעה בגין קביעת מחיר מופרז, וכן נתן דעתו לאופן יישומה של עילה זו (ת"צ (מחוזי מרכז) 46010-07-11 נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (5.4.2016)). בהמשך לכך, התובענה הייצוגית התקבלה ותנובה חויבה בהשבת הרווח הבלתי הוגן שצמח לה ממכירת קוטג' בשנים 2009 עד 2011 (על פסק דין זה מיום 22.6.2020 תלוי ועומד ערעור בבית המשפט העליון, ע"א 5036/20).

בשנים האחרונות נדונו בבתי המשפט המחוזיים שורה ארוכה של הליכים ייצוגיים בעילת מחיר מופרז, כשכלל נקודת המוצא לדיון הייתה תחולתה של העילה בדין הישראלי (ראו, למשל, ת"צ (מחוזי י-ם) 57534-02-14 זליכה נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (19.12.2021); ת"צ (מחוזי מרכז) 35507-06-14

ניזרי נ' נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד (8.6.2021); ת"צ (מחוזי ת"א) 35356-08-15 מנירב
 נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (18.1.2021); ת"צ (מחוזי ת"א) 18298-11-14
 המועצה הישראלית לצרכנות נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ
 (16.6.2019); ועוד). בהתאם, בשלב זה תלויים ועומדים בבית המשפט העליון מספר
 ערעורים שעניינם בתחולת עילת המחיר המופרז ואופן יישומה בדין הישראלי.

30. במשך שנים רבות גם רשות התחרות נמנעה מלהביע עמדה ביחס לתחולתה של
 עילת המחיר המופרז, והאכיפה שהיא מבצעת נגד בעלי מונופולין התמקדה בפעולות של
 הדרת מתחרים מהשוק. השינוי חל עם פרסומו של גילוי דעת מאת הממונה על התחרות
 דאז פרופ' דיויד גילה, העוסק באופן יישומו ואכיפתו של האיסור המוטל על בעל
 מונופולין לקבוע מחיר בלתי הוגן לנכס או לשירות (גילוי דעת 1/14 של הממונה על
 הגבלים עסקיים "האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין" (9.4.2014) ושות
 התחרות 500603 (להלן: גילוי דעת 1/14)). נקודת המוצא לגילוי דעת 1/14 הייתה
 שהאיסור על ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי חל גם על קביעת מחיר מופרז. בעניין
 זה הובהר כי בעל מונופולין אינו זכאי לרווח בלתי סביר על חשבון רווחת הצרכנים, גם
 אם הגיע אל מעמדו המונופוליסטי כדין; וכן כי בכלכלה הישראלית, המתאפיינת
 בשווקים קטנים וריכוזיים ובמקרים רבים גם בחסמי כניסה גבוהים, קיימת הצדקה
 מיוחדת ליתן בידי רשות התחרות והאזרחים כלי אכיפה אפקטיבי להתמודדות עם ניצול
 צרכנים. גילוי הדעת שם דגש על השימוש בעילת המחיר המופרז אף לצורך מלחמה
 בבעיית יוקר המחיה בישראל.

עוד בגילוי דעת 1/14, הובהר כי מחיר מופרז הוא מחיר העולה על המחיר שהיה
 נגבה בתנאי תחרות, ופורטו מבחני העזר שבהן עתידה רשות התחרות לעשות שימוש על
 מנת לבחון אם במקרה מסוים גבה בעל המונופולין מחיר מופרז (מבחן העלויות, מבחן
 הרווחיות ומבחנים השוואתיים). לבסוף, על מנת ליצור ודאות ולאפשר לבעלי מונופולין
 לכלכל את צעדיהם, גילוי דעת 1/14 קובע הגנת "נמל מבטחים". בהתאם להגנה זו, רשות
 התחרות לא תנקוט בצעדי אכיפה נגד מונופולין במקרים שבהם הפער בין מחיר המוצר
 לעלות הייצור שלו אינו עולה על 20%; עם זאת הובהר כי אי התקיימות תנאיה של ההגנה
 אינו מעיד בהכרח על הפרת האיסור על גביית מחיר מופרז – אלא שיש להוסיף ולבחון
 את התקיימותה של עילת התביעה בהתאם למבחני העזר שהותוו.

31. גילוי דעת 1/14 עורר דיון ציבורי רחב בנוגע לעצם תחולתה של עילת מחיר
 מופרז בדין הישראלי וכן בנוגע למבחנים שנקבעו ליישומה. בהמשך לכך, ובעקבות
 חילופי גברי בתפקיד הממונה על התחרות, ביום 18.4.2016 פרסמה הממונה על התחרות

עו"ד מיכל הלפרין מסמך רקע לעיון מחדש בגילוי דעת 1/14. לאחר קבלת הערות מן הציבור, ביום 28.2.2017 פורסם גילוי דעת 1/17 כהגדרתו לעיל, שהחליף את גילוי דעת 1/14 והציג מדיניות מעודכנת של רשות התחרות בנוגע לעילת המחיר המופרז.

נקודת המוצא לגילוי דעת 1/17 דומה לנקודת המוצא לגילוי דעת 1/14, ולפיה גביית מחיר מופרז עשויה להיחשב כניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי. עם זאת, נקבע כי יש ליישם את עילת המחיר המופרז בזהירות ובמתירות, תוך הכרה בקשיים ובסכנות הכרוכים בכך ותוך התמקדות במקרים מובהקים שבהם התועלת שבאכיפת האיסור גוברת על הנזק שבצידה. הובהר כי אכיפה תתבצע רק במקרים שבהם יתברר כי בעל המונופולין הוא דומיננטי במיוחד בשוק וכן כי לא ניתן לפעול במישרין לקידום התחרות בשוק, למשל על ידי הסרת חסמי כניסה.

עוד בגילוי דעת 1/17, שטחה הממונה על התחרות את השיקולים שלאורם תבחן רשות התחרות אם יש מקום לנקוט בצעדי אכיפה נגד בעל מונופולין. השיקול הראשון הוא היעדרם של סעדים תחרותיים חליפיים: כאשר ניתן לקדם את התחרות בשוק ולהתמודד בדרך זו גם עם היכולת של בעל המונופולין להעלות מחירים, תעדיף הרשות פתרון זה על פני התערבות ישירה במחיר. שיקול נוסף הוא הפער בין המחיר בפועל למחיר שהיה צפוי להיקבע בתנאים תחרותיים: בהקשר זה הובהר כי יש לעשות שימוש במבחני העזר המקובלים (מבחן העלויות, מבחן הרווחיות ומבחנים השוואתיים); ועם זאת הודגש כי אף אחד ממבחני העזר אינו חף מקשיים, ועל כן יש לגבש מסקנה בנדון על יסוד מכלול רחב ככל האפשר של אינדיקציות. עוד הובהר כי הרשות תפעל לאכיפת האיסור במקרים שבהם גובה המחיר ומידת מופרזותו "דוקרים את העין וברורים לכל"; ואולם לא קיים שיעור מסוים מעל עלות הייצור שמעליו מחיר ייחשב באופן אוטומטי כבלתי הוגן, וכל מקרה ייבחן לגופו. השיקול השלישי הוא הוגנות המחיר: ובעניין זה יילקחו בחשבון יחסי הכוחות בין בעל המונופולין ובין הצרכן, ובכלל זה קיומה של אלטרנטיבה אמיתית לרכישת המוצר; מידת השליטה של הפירמה בשוק; וטיב הנזק הישיר שנגרם לצרכנים (למשל אם מדובר במוצר חיוני בעיני צרכנים שרוכשים אותו). כן יש מקום לשקול את החשש מפני פגיעה בתחרות ובתמריצי הפירמה לחדשנות והשקעה; את שאלת קיומו של רגולטור ענפי ואם הוא עושה שימוש בכלים הנתונים בידו לצורך פיקוח בפועל על המחיר; וכן שיקולים הנוגעים להקצאה יעילה של משאבי הרשות.

לבסוף, בגילוי הדעת ביטלה רשות התחרות את הגנת "נמל המבטחים" שנקבעה

בגילוי דעת 1/14.

32. טרם שאדרש לשאלת מעמדה של עילת המחיר המופרוז בדין הישראלי, אעמוד בקצרה על ההתייחסות לעילה זו בשיטות משפט אחרות בעולם.

משפט משווה

33. כפי שכבר צוין, שיטות המשפט בארצות הברית וקנדה לא מכירות בעילת תביעה בגין קביעת מחיר מופרוז במסגרת דיני התחרות, וזה המצב גם במקסיקו, ניו זילנד ואוסטרליה (מסמך ה-OECD; אריאל אזרחי ודיויד גילה דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים 309, ה"ש 132 (2019)). החקיקה בארצות הברית אוסרת על מונופול לנקוט בפעולות שמטרתן להשתלט על השוק או להדיר ממנו מתחרים שלא בדרך של תחרות הוגנת; ואין בה איסור על ניצול המעמד המונופוליסטי לגריפת רווחים מהצרכנים (The Sherman Anti-Trust Act, 15 U.S.C. (2011); יצחק (צחי) יגור דיני הגבלים עסקיים כרך ראשון 107 (מהדורה רביעית מעודכנת ומורחבת 2018), להלן: יגור). בית המשפט העליון בארצות הברית הבהיר בפסיקתו כי דיני ההגבלים העסקיים שם אינם אוסרים על תמחור מופרוז כשלעצמו, ואף ציין כי קביעת מחירים מונופוליסטיים, לפחות לתקופה קצרה, היא נדבך חשוב בהתנהלותו של שוק חופשי (Verizon Communs. Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. (2004) 398, 407). בתמצית, גישה זו מבוססת על תפיסה כלכלית שלפיה היכולת לגבות מחירים גבוהים היא זו שמתמרצת פירמות להשקיע במחקר ופיתוח, בחדשנות וכו'; וכן כי בטווח הארוך כוחות השוק פועלים לתיקון מחיר גבוה, על ידי משיכת מתחרים פוטנציאליים להיכנס לשוק. טעם נוסף לגישה האמריקאית נעוץ בקושי לקבוע שמחיר גבוה הוא בלתי הוגן ובעלויות הכבדות הכרוכות בכך (ראו: גילוי דעת 1/14, עמ' 4-5 וההפניות שם).

34. עילת המחיר המופרוז צמחה אפוא בדיני התחרות של האיחוד האירופי. בסעיף 82 לאמנת רומא משנת 1957 נקבע איסור על בעל כוח שוק דומיננטי לנצל את מעמדו לגביית מחיר "בלתי הוגן"; לימים תוקנה אמנת רומא והפכה ל"אמנה על תפקודו של האיחוד האירופי", וכיום האיסור מעוגן בסעיף 102(a) לאמנה זו (Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, Oct. 26, 2012 O.J. (C326) 47, art. 102(a) 2012). (להלן: אמנת האיחוד האירופי). האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן פורש זה מכבר על ידי בתי הדין האירופיים ככולל איסור הן על קביעת מחיר טורפני הן על קביעת מחיר מופרוז; ופסק הדין המרכזי הראשון שבו הוכרה עילת תביעה בגין מחיר מופרוז ניתן בשנת 1975 בבית הדין האירופי בעניין General Motors (Case 26/75, General Motors Continental NV v. Comm'n, 1975 E.C.R.).

1367). בפסק דין זה צוין כי ניצול לרעה של כוח השוק יכול לבוא לידי ביטוי בין היתר בקביעת מחיר מופרז ביחס לערך הכלכלי של המוצר (שם, פסקה 12: "Such an abuse might lie, inter alia, in the imposition of a price which is excessive in relation to the economic value of the service provided[...]"). בהמשך לכך, קווי היסוד של עילת המחיר המופרז הותוו לראשונה על ידי בית הדין האירופי בפסק הדין בעניין United Brands שניתן בשנת 1978 (United Brands Co. and Case 27/76, United Brands v. Comm'n, 1978 E.C.R. 207; להלן: עניין United Brands).

פסק הדין המכונן בעניין United Brands קבע מבחן משפטי דו-שלבי להחלת עילת המחיר המופרז. לפי פסק הדין יש לבחון תחילה אם המחיר שנקבע הוא מופרז, וזאת על יסוד הפער שבין עלויות הייצור ובין מחירו של המוצר. ככל שהמענה לשאלה זו הוא בחיוב, נקבע כי יש להוסיף ולבחון אם המחיר הוא בלתי-הוגן – כשלעצמו או בהשוואה למוצרים מתחרים. וכך נאמר:

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

(שם, פסקה 252).

לצד זאת הבהיר בית הדין האירופי כי עשויות להיות דרכים נוספות ומבחנים משפטיים שונים לבחינת התקיימות העילה, בשים לב לנסיבות המקרה (שם, פסקה 253).

35. המבחן הדו-שלבי שנקבע בעניין United Brands מנחה עד היום את פסיקת בית הדין האירופי ואת פסיקת בתי המשפט המדינתיים באירופה. עם זאת, במהלך השנים שחלפו מאז, המבחן הדו-שלבי זכה לפרשנויות שונות ויושם באופנים שונים – בין היתר במקרים של נסיבות ייחודיות, למשל של מבנה השוק. בתוך כך, נקבע כי בשלב הראשון של המבחן הדו-שלבי ניתן לעשות שימוש גם במבחן השוואתי – המתמקד למשל בהשוואת מחירו של המוצר למחירו של מוצר זהה או דומה בשוק תחרותי יותר; או בהשוואת מחיר המוצר למחיר בקרב המתחרים באותו שוק (Case 110/88 Lucazeau v. SACEM, 1989 E.C.R. 2811; v. SACEM, 1989 E.C.R. 2811; Case 395/87 Ministère public v. Tournier, 1989 E.C.R. 2521). בפסיקה זוהו גם מבחני השוואה המתמקדים במחיר שנגבה עבור

אותו מוצר בתקופות קודמות; במחירים שגובה הפירמה עבור מוצרים אחרים בשוק הרלוונטי; ועוד (Liyang Hou *Excessive Prices within EU Competition Law* 7) (European Competition Journal, 47, 63 (2011)). בספרות ובפסיקה נבחנו אף מבחנים המבוססים על הערכת רווחיותה של הפירמה כמדד לזיהוי מחיר מופרז (מסמך OECD-ה, עמ' 63-66).

לעומת זאת, בכל הנוגע לשלב השני במבחן הדו-שלבי, החלטות בית הדין האירופי במהלך השנים התקשו לשרטט קו גבול ברור בין מחיר הוגן למחיר בלתי הוגן. באחד המקרים, רשות התחרות האירופית הבהירה כי בקביעת מחיר הוגן יש מקום להתחשב גם במידת הביקוש למוצר – באשר היצע וביקוש הם נדבך אינטגרלי בערך הכלכלי של המוצר (Sundbusserne v. Port of Helsingborg (2006)) (COMP/A.36.570/D3; Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg, 150 COMP/A.36.568/D3 (2006)). באותו מקרה מדובר היה במחיר שירותי נמל שניתנו באחד משני הנמלים הגדולים בשוודיה, ונקבע כי בעת קביעת המחיר ההוגן יש לתת את הדעת למיקום המיוחד של הנמל ותנאיו הטבעיים שהשיאו את ערכו מבחינת הלקוחות (להרחבה ראו: גל ונבו – מחיר בלתי הוגן, עמ' 310-311; גילה – מחיר מופרז, עמ' 779-776).

בחודש ספטמבר 2020 דן בית המשפט לערעורים באנגליה בעילת המחיר המופרז ביחס למחירן של תרופות לחולי אפילפסיה, והתייחס בפסק דין מפורט ומקיף למספר סוגיות עקרוניות שמתעוררות בנושא (CMA v. Flynn Pharma Ltd [2020]) (EWCA (Civ) 339). בית המשפט קבע, בין היתר, כי לרשות התחרות יש שיקול דעת בבחירת מבחן מתאים לצורך קביעה אם המחיר הוא בלתי-הוגן בהתאם לנסיבות; וכי אין חובה להשתמש ביותר ממבחן אחד לצורך כך, ובכלל זה מבחן מבוסס עלויות ייצור (שם, סעיף 97 לחוות דעתו של השופט Lord Justice Green).

36. לצד הפסיקה, מלומדים עמדו על העמימות הקיימת ביישום עילת המחיר המופרז בדין האירופי. בתוך כך הוצעו בספרות מבחני-סף שנועדו לצמצם את תחולתה של העילה – ובין היתר הוצע כי העילה תחול רק אם קיימים חסמי כניסה גבוהים וקבועים לשוק; או במצב של היעדר רגולציה תקינה בשוק (ראו: Zeynep Ayata, *A Comparative Analysis of the Control of Excessive Pricing by Competition Authorities in Europe* 35 Tulane European and Civil Law Forum, 101, 108-110 (2020); מסמך OECD-ה, עמ' 48-53).

נציבות התחרות האירופית מצידה נקטה במרוצת השנים גישה מרוסנת באכיפת האיסור על קביעת מחיר מופרז. במסגרת השולחן העגול שערך ארגון ה-OECD, עמדת הנציבות הייתה שיש לפעול לאכיפת האיסור רק כמוצא אחרון – במקרים שבהם המחירים הם גבוהים לאורך זמן, וקיימים חסמי כניסה והתרחבות משמעותיים בשוק, ואין כל סעד אחר שעשוי להיטיב את התחרות בו (מסמך ה-OECD, עמ' 310-312, 317).

37. ניתן לסכם ולומר, כי הדין האירופי אוסר על מונופולין לגבות מחיר מופרז – ואולם אכיפת האיסור מתבצעת לעיתים רחוקות ובריסון, תוך העדפה ברורה לנקיטת צעדים להגברת התחרות בשוק על פני צעדים לטיפול במחיר המופרז עצמו, שהוא כאמור סימפטום של אי-תחרות. יש להבהיר כי הדיון בעילת המחיר המופרז בדין האירופי מתמקד באכיפתה של העילה באמצעות רשויות התחרות השונות באירופה – להבדיל מהמקרה דנן, שבו מתבקשת אכיפה פרטית של העילה בדרך של תובענה ייצוגית.

עילת המחיר המופרז בדין הישראלי

38. בגדרו של הליך זה אנו נדרשים להכריע לראשונה בסוגיה העקרונית של תחולת עילת המחיר המופרז ואופן יישומה בדין הישראלי. בכל הנוגע לעצם תחולתה של העילה, נראה כי קליטתה במשפט הישראלי היא אך מתבקשת. כפי שכבר צוין לעיל, סעיף 29א לחוק התחרות מבוסס על סעיף 102 לאמנת האיחוד האירופי (ראו: דברי הסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1995, ה"ח 2446, 229); ובעת חקיקתו של האיסור על קביעת מחיר בלתי הוגן בחוק התחרות, כבר נקבע בדין האירופי כי איסור זה כולל בחובו איסור על קביעת מחיר מופרז. המסקנה המתבקשת אפוא היא שהמחוקק הישראלי בחר במודע לאמץ את עילת המחיר המופרז בחוק התחרות.

הכרה בעילת המחיר המופרז מתיישבת אף עם תכליתו של חוק התחרות: מדובר בכלי נוסף בארגז הכלים שנועדו להתמודדות עם כשלים תחרותיים בשוק מונופוליסטי. תמחור מופרז פוגע ברווחת הצרכנים ותורם ליוקר המחיה בישראל. גם אם יש באכיפת האיסור על קביעת מחיר מופרז משום התערבות חיצונית במחיר השוק – בשונה מפיקוח על מחירים, מדובר בהתערבות המונחית על ידי שיקולים תחרותיים גרידא. לא בכדי עמדתה העקבית של רשות התחרות, כפי שבאה לידי ביטוי הן בגילוי דעת 1/14 הן בגילוי דעת 1/17, היא שהאיסור על קביעת מחיר מופרז נכלל בגדר ההגבלות המנויות בחוק התחרות על התנהגותו של בעל מונופולין – וזאת מכוח החזקה שבסעיף 29א(ב)(1) לחוק. זוהי אף עמדתו של היועמ"ש בתיק זה; וכמפורט לעיל, ההכרה בעילת תביעה זו נראה שקנתה שבייתה גם בפסיקתם של בתי המשפט המחוזיים.

39. בשונה משאלת עצם תחולתה של עילת המחיר המופרז, שאלת אופן יישומה של עילה זו היא שאלה נכבדה ושנויה במחלוקת.

נקודת המוצא היא שגביית מחיר מופרז פוגעת במישרין ברווחת הצרכנים. תמחור מופרז מאלץ צרכנים שהיו קונים את המוצר במחיר תחרותי אך לא במחיר מופרז, לשנות את סל הצריכה שלהם ולהסתפק במוצרים שהם פחות מעוניינים בהם; למשל, "לקנות לחם במקום עוגות, ויש שיטענו – עוגות במקום לחם" (גל ונבו – מחיר בלתי הוגן, עמ' 300). זהו כשל חברתי ממשי. נוסף על כך, צרכנים שבכל זאת רוכשים את המוצר למרות המחיר המופרז נדרשים לשלם עליו מחיר גבוה מהמחיר התחרותי – כך שבעל המונופולין נמצא מתעשר על חשבונם של הצרכנים (גילה – מחיר מופרז, עמ' 767-766). תמחור מופרז אף עלול לגרום לעיוות בהקצאת הייצור והמקורות במשק, ובכך להביא לאובדן רווחה כולל ולניצול בלתי יעיל של משאבים. אין זאת אלא שבמקרים שבהם התחרות בשוק לא הצליחה לרסן את בעל המונופולין ולמנוע את הפגיעה בצרכנים – נדרשת אכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז.

אולם בבואנו ליצוק תוכן לאיסור על גביית מחיר מופרז, יש לתת את הדעת אף לסכנות הפוטנציאליות הכרוכות באכיפתו כמו גם לקשיים הטמונים באכיפה המוסדית והפרטית. החששות מפני יישום שגוי של העילה מתמקדים בהשלכות השליליות של התערבות במנגנון השוק החופשי ושל קביעה בדיעבד של רמת המחירים בשוק. בתוך כך, הסכנה הנלווית להתערבות במחיר היא שזו תגרום בטווח הבינוני והארוך דווקא לפגיעה בתחרות בשוק. על פי תפיסה זו, הצבת רף גבוה למחיר המוצר מאותתת למתחרים שיש כדאיות בכניסה לשוק על מנת ליהנות מהרווחים הגבוהים. היכולת לגבות מחירים גבוהים אף מתמרצת פירמות להשקיע במחקר ופיתוח, בחדשנות, בצבירת מוניטין, בהתייעלות וכיוצא בזה. הקטנת התמריצים הללו עלולה לפגוע ביעילותו הדינמית של השוק החופשי, והכוונה היא לפגיעה בתמריצים לא רק של בעל המונופולין אלא של כל אותם שחקנים בשוק ששוקלים להשקיע בצמיחה ובהתייעלות (גל ונבו – מחיר בלתי הוגן, עמ' 301-302).

זאת ועוד. שימוש בעילת המחיר המופרז נתפס כפיקוח בדיעבד על מחיר השוק של המוצר או השירות; והטענה היא שגם אם פיקוח מחירים כאמור נותן מענה בטווח הקצר לפגיעה בציבור, אין בו כדי לייצר פתרון ארוך טווח לבעיה התחרותית שממנה סובל השוק. יש אף מי שמטילים ספק אם רשות התחרות, ולחלופין בתי המשפט, הם הגורם המתאים לפיקוח על מחירים. כך בהשוואה למשל לוועדת הפיקוח על מחירים הפועלת לפי חוק הפיקוח, ולמאסדרים שונים בעלי סמכות פיקוח על מחירים.

קושי נוסף שמתעורר בקשר עם יישום העילה הוא הקושי לקבוע היכן בדיוק עובר קו הגבול בין מחיר גבוה למחיר גבוה שהוא בלתי הוגן, כמו גם העובדה שניסיון לעשות כן כרוך בעלויות כבדות. התוצאה היא היעדרו של מבחן משפטי ודאי ליישום העילה, וחוסר הוודאות עלול אף הוא לפגוע בתמריצים להשקעות ובקיומה של תחרות יעילה בשוק. יתרה מכך, בהיעדר ודאות משפטית יש חשש מפני אכיפת יתר של עילת התביעה – שאז ההכרעה המשפטית אמנם תפחית את מחיר המוצר עבור הצרכן, אך תפגע בהליך התחרותי כולו באופן שבסופו של דבר יסב נזק לצרכנים. בהקשר זה, היועמ"ש מצביע על כך שהסיכוי לטעות ביישום העילה ולאכיפת יתר שלה הוא משמעותי, בשים לב לקושי ולמורכבות שבניסיון לקבוע מהו מחיר גבוה בלתי הוגן. מבחינה פרקטית, אכיפת האיסור על מחיר מופרז על ידי רשות התחרות גם מצריכה השקעת משאבים כבירים מצידה; ואכיפה פרטית אף היא מחייבת השקעה ניכרת, בוודאי ביחס להליכים ייצוגיים בעילות אחרות.

40. מן האמור עולה כי להתערבות בדיעבד ברמת המחירים בשוק מסוים נלוות השלכות על מערכת התמריצים של הפירמות הפועלות באותו שוק, ואף על אלה השוקלות לפעול בו; וכי הסדרה של המחיר, לצד האפשרות שתצמיח תועלת, עלולה לגרור תוצאה בלתי רצויה של פגיעה בתחרות או ברווחת הצרכנים. שומה עלינו ליתן ביטוי להשלכות אלה בבואנו לעצב את עילת התביעה בגין מחיר מופרז ולהסדיר את אופן יישומה.

כפי שכבר נזכר, ההלכה הנוהגת במשפט האיחוד האירופי עוצבה אף היא על רקע החשש מפני פגיעה בתחרות כתוצאה מהרחבת יתר או יישום שגוי של עילת המחיר המופרז. המבחן שנקבע שם הוא מבחן דו-שלבי, המתמקד לא רק בגובה המחיר אלא גם בשאלה אם המחיר הגבוה נקבע בדרכים לגיטימיות או שמא בדרך אנטי-תחרותית. הנציבות האירופית מצידה הצהירה כי היא נותנת את הבכורה לקידום התחרות בשוק ומניעת פעולות אנטי-תחרותיות על פני השימוש בעילת המחיר המופרז; וכי השימוש בעילה זו ייעשה כמוצא אחרון, בריסון ובאיפוק, ורק במקרים מובהקים של קביעת מחיר בלתי הוגן. מכיוון שמקום הולדתה של עילת המחיר המופרז הוא באמנת האיחוד האירופי, מן הראוי ליתן משקל אף לאופן יישומה בדין האירופי בבואנו להתוות שימוש ראוי בעילה זו; כך, הגם שכידוע הדין הזר איננו מחייב אותנו בפרשנות החוק הישראלי.

בלא לגרוע מהאמור, יש לציין כי המשק הישראלי הוא משק ייחודי ובעל מאפיינים שונים מהמשק האירופי, העלולים להעצים את חסמי הכניסה לשווקים השונים ואת המגמות האנטי-תחרותיות בהם. מדובר במשק קטן בכל קנה מידה שהוא (מבחינת

מספר התושבים במדינה, שטח המדינה, סך התוצר הלאומי הגולמי וכו'), המתאפיין בכלכלה ריכוזית וכן בהיסטוריה של התערבות ממשלתית מאסיבית במשק, הן מבחינה רגולטורית הן מבחינת אחזקות של המדינה בתאגידים ובמונופולים המובילים. נוסף על כך, משום מצבה הגיאוגרפית של המדינה מקובל לראות בכלכלה הישראלית כ"כלכלת אי" – שהייבוא והייצוא אליה וממנה מתבצעים ככלל דרך האוויר והים ולא דרך מדינות שכנות. זאת ועוד. חוסר היציבות הביטחוני באזור מעיב על חדירת מתחרים ומשקיעים חדשים מחו"ל, ובכך נותן אף הוא את אותותיו על הכלכלה הישראלית (ראו: יגור, עמ' 114-118).

השאלה כיצד מאפיינים אלה צריכים להשפיע על הטמעתה של עילת המחיר המופרוז בדין הישראלי אינה שאלה פשוטה, ומלומדים שונים הגיעו למסקנות סותרות בנושא. בעוד פרופ' גילה רואה במאפייני המשק הישראלי כמצדיקים מדיניות תקיפה יותר ביחס לדין האירופי באכיפת העילה (גילה – מחיר מופרוז, עמ' 765-766), פרופ' גל וד"ר נבו סבורות שמאפיינים אלה מצדיקים דווקא להימנע מהחלת העילה בישראל, בשל החשש מפגיעה נוספת בתמריצים העומדים לנגד עיני יבואנים או שחקנים מקומיים השוקלים כניסה לשוק (גל ונבו – מחיר בלתי הוגן, עמ' 305-306). נראה כי יותר מכל, מחלוקת זאת מלמדת על המורכבות הכרוכה ביישום העילה ועל הצורך לעשות כן בזהירות ותוך תשומת לב להשלכות הרוחב הנלוות לכך.

עוד ייאמר כי הדין האירופי מתמקד באכיפתה של עילת המחיר המופרוז באמצעות רשויות התחרות השונות באירופה, ואין למעשה דוגמאות מהדין האירופי לאכיפה פרטית של עילה זו בדרך של תובענה ייצוגית. יש הסוברים כי אכיפה פרטית מעוררת אתגרים משמעותיים עוד יותר מאכיפה על ידי רשות התחרות – בין היתר משום מחסור במידע רלוונטי, ובפרט בשל היעדר ראייה כוללת ביחס להשלכות ההליך על התחרות בשוק הרלוונטי ובמשק כולו.

41. עמדתי באריכות על כך שרשות התחרות אימצה בגילוי דעת 1/17 את המבחן הדו-שלבי הנוהג במשפט האיחוד האירופי ואת הקו הזהיר שהנחה את הפסיקה שם בכל הנוגע לעילת המחיר המופרוז. עמדתה העדכנית של רשות התחרות, כפי שבאה לידי ביטוי בגילוי דעת 1/17 ובעמדת היועמ"ש בתיק זה, היא שיש לפרש את עילת המחיר המופרוז בצמצום ובהירות יתרה, ולהחילה רק במקרים מובהקים של ניצול צרכני "הדוקרים את העין וברורים לכל". לעמדת הרשות, השלב הראשון של המבחן הדו-שלבי צריך שיתמקד בבדיקת גובהו של מחיר המוצר ביחס למחיר שהיה נקבע בתנאי תחרות, על יסוד מבחני העזר המקובלים; וככל שהפער הוא משמעותי, בשלב השני נבחנת השאלה אם המחיר

הגבוה שנקבע הוא גם בלתי הוגן. אין חולק שלממונה על התחרות מומחיות מוסדית מיוחדת בתחום דיני התחרות (בג"ץ 8358/21 תן ביט.קו.איל בע"מ נ' רשות התחרות, פסקה 9 (11.1.2022)), ולעמדתה המקצועית בסוגיה שעל הפרק נודע משקל נכבד. הדברים מקבלים משנה תוקף שעה שעמדת רשות התחרות בנוגע לעילת המחיר המופרז והמבחן הדו-שלבי גובשה לאחר דיון ציבורי ושמיעת עמדות מומחים בתחום ועבודת מטה שהובילה לגיבושו של גילוי דעת 1/17.

יש להוסיף ולציין כי החשש מהרחבת יתר של עילת המחיר המופרז מתעצם לנוכח הסנקציות הנלוות לקליטתה של עילה זו בדין הישראלי – הן סנקציה מינהלית (עיצום כספי למשל), הן סנקציה פלילית (בנסיבות מסוימות), הן אכיפה פרטית (ובכלל זה בדרך של ניהול תובענה ייצוגית). מדובר בסנקציות שלשילובן יחד אין למעשה אחריות באף שיטת משפט אחרת בעולם (גל ונבו – מחיר בלתי הוגן, עמ' 324). עם זאת יצוין, כי הן בגילוי דעת 1/14 הן בגילוי דעת 1/17 הצהירו הממונים על התחרות כי לא יופעלו סמכויות אכיפה פלילית נגד בעלי מונופולין בגין גביית מחיר מופרז.

42. על רקע כל המפורט לעיל אציע לחבריי כי נאמץ מבחן דו-שלבי ליישום עילת המחיר המופרז, המבוסס על הניסיון המצטבר לאורך עשרות שנים בבתי הדין האירופיים, שם צמחה עילה זו, והעולה בקנה אחד עם מטרות דיני התחרות ועם עמדתה המקצועית של רשות התחרות ועמדת היועמ"ש. תנאי סף להחלת עילת המחיר המופרז יהיה היותה של הפירמה בעלת מונופולין בשוק הרלוונטי, בהתאם למבחנים הקבועים בחוק התחרות; והמבחן להתקיימות העילה יהיה מבחן דו-שלבי, הכולל בשלב הראשון את מידת מופרזותו של המחיר, ובשלב השני נותן מקום לנסיבות שהביאו לקביעתו של מחיר זה בשוק. בשינוי מסוים מעמדת רשות התחרות והיועמ"ש, הנטל בשלב השני יעבור אל בעל המונופולין – להראות כי חרף היותו של המחיר מופרז, ישנם טעמים כלכליים המובילים למסקנה כי מחיר זה בכל זאת הוגן. כשעילת המחיר המופרז נטענת במסגרת הליך ייצוגי, את המבחן הדו-שלבי יש ליישם במלואו כבר בשלב אישור התובענה כייצוגית, בשים לב לרף ההוכחה הנדרש בשלב זה כפי שיפורט בהמשך.

יבואר בנקודה זו, כי בעוד נהוג לכנות את עילת התביעה בשם "עילת המחיר המופרז", וזו גם הטרמינולוגיה שבה נוקט פסק דין זה – על פי המבחן הדו-שלבי לא די בכך שהוכח כי המחיר שנקבע על ידי בעל המונופולין הוא מחיר מופרז, אלא שבית המשפט נדרש להשתכנע כי המחיר המופרז הוא אף בלתי הוגן בנסיבות המקרה. ואולם מופרזות המחיר מהווה אינדיקציה חזקה לכך שמדובר במחיר בלתי הוגן, ועל כן הנטל

בשלב השני של המבחן הדו-שלבי עובר לפתחו של בעל המונופולין להראות כי המחיר שנקבע על ידו בכל זאת הוגן.

43. טרם שארחיב בנוגע לאופן יישומה של עילת המחיר המופרז, יש להקדים התייחסות קצרה לעצם הצורך במבחן דו-שלבי והעדפתו על פני מבחן חד-שלבי. נקודת המוצא היא שמחיר מופרז הוא מחיר העולה באופן ניכר על המחיר שהיה נקבע בתנאי תחרות בשוק (גילה – מחיר מופרז, עמ' 769). ואולם חוק התחרות אינו אוסר על בעל מונופולין לקבוע מחיר גבוה או אף מופרז כשלעצמו – אלא שהאיסור מוחל על קביעת מחיר בלתי הוגן, שיש בו משום ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי. השלב השני של המבחן הדו-שלבי נחוץ אפוא על מנת למנוע תוצאה שרירותית בנוגע להוגנות המחיר, שעלולה להתקבל כתוצאה מיישום פשטני של מבחני העזר בשלב הראשון של המבחן. בהקשר זה נדרש בית המשפט לוודא כי התועלת הכלכלית בהתערבות במחיר עולה על הנזק והסכנות שעלולות להיות כרוכות בהתערבות כזו. כפי שציין היועמ"ש בעמדתו, הסתמכות בלעדית על מבחני העזר עלולה אף להוביל לתוצאה אבסורדית. כך, למשל, בחינה צרה של מחיריהם של מוצרים המתויגים כמוצרי יוקרה באמצעות מבחני העזר עלולה להוביל במרבית המקרים לתוצאה שלפיה המחיר שנגבה הוא מחיר מופרז. קביעה "אוטומטית" כי מחירים אלה הם בלתי הוגנים עלולה לפגוע במותגי היוקרה ואגב כך בצרכנים המעוניינים לרכוש מותגים כאלה ואף בתחרות עצמה; ולא לכך מיועדת עילת המחיר המופרז.

פרופ' גילה ופרופ' קלמנט מתנגדים לכינונו של מבחן דו-שלבי לבחינתה של עילת המחיר המופרז – זאת מתוך תפיסה שלפיה מחיר מופרז הוא כשלעצמו מחיר בלתי הוגן, ועל כן די בבדיקת מופרזות המחיר באמצעות מבחני העזר המקובלים. אלא שגם לשיטתם, בחינת התקיימותה של עילת המחיר המופרז נעשית בשני רבדים: רובד כלכלי, שבו מיושמים מבחני העזר לצורך אומדן הפער בין מחיר המוצר לבין המחיר התחרותי ההיפותטי שלו; ורובד משפטי, שבו נדרש בית המשפט לקבוע קביעה נורמטיבית-ערכית בשאלה אם מדובר בפער מופרז אם לאו (ראו: דיויד גילה ואלון קלמנט "פרוצדורה ומהות בתובענה הייצוגית בעילת מחיר מופרז: כלים שלובים להרתעה אופטימלית" עיוני משפט מה 117 (2022); להלן: גילה וקלמנט). הנה כי כן, המרחק בין עמדת התומכים במבחן הדו-שלבי ובין עמדת המתנגדים לו אינו רב כפי שנחזה להיות. יתר על כן, נראה כי אף המתנגדים ערים לכך שהסתמכות בלעדית על מבחני העזר עלולה להוביל להחלה שרירותית של עילת המחיר המופרז, ועל כן יש צורך בבחינה ערכית של התוצאה המתקבלת לאחר יישום מבחנים אלה.

מכל מקום, אין דעתי כדעתם של פרופ' גילה ופרופ' קלמנט שלפיה קביעת מבחן דו-שלבי, הבוחן את הוגנות המחיר בנפרד ממידת מופרזותו, צפויה להפוך את עילת המחיר המופרז לאות מתה. מבחן זה הוחל על ידי בית הדין האירופי כבר בשנת 1978 בעניין United Brands, וזו ההלכה הנוהגת שם עד היום, ובוודאי שאין לומר כי עילת המחיר המופרז הפכה לאות מתה בדין האירופי בשל יישומו של מבחן זה. אכן כפי שצוין בעניין רייס, "מי שמבקש להגיש תובענה ייצוגית המבוססת על מחיר לא הוגן נוטל על עצמו, לעתים, משימה שאינה פשוטה כלל ועיקר" (שם, עמ' 716); ואולם המבחן הדו-שלבי דרוש על מנת שהעילה תישם במקרים המתאימים לכך, ורק בהם. יוסף בעניין זה, כי עצם החשש להיתבע בדיעבד בעילת מחיר מופרז, צפוי לרסן (לפחות במידה מסוימת) את בעל המונופולין מקביעת מחיר כזה.

44. ועתה למבחן הדו-שלבי לגופו.

השלב הראשון של המבחן הדו-שלבי פוסע בקרקע חרושה יחסית, ומבוסס על מבחני העזר המקובלים: מבחן העלויות, מבחני ההשוואה ומבחן הרווחיות. הנחת המוצא בדיני התחרות היא שבתחרות משוכללת מחיר המוצר שווה לעלות האספקה שלו, בתוספת מרווח סביר המתמרץ את הפירמה לפעול בשוק. משכך, עלות אספקת המוצר משמשת אמת מידה טבעית לאומדן המחיר התחרותי שלו, והעמדה המקובלת היא שמבחן העלויות הוא המבחן המרכזי לבחינת מופרזות המחיר. כמפורט בגילויי דעת 1/14 ו-1/17, מבחן זה מתמקד בפער שבין מחיר המוצר לעלות הייצור שלו; ועל מנת ליישמו יש לאמוד תחילה את עלויות הייצור, הן עלויות קבועות הן עלויות משתנות, ובהמשך לכך לקבוע אם הפער בין העלות למחיר הוא כזה שמלמד על קביעת מחיר מופרז (ראו גם: גילה וקלמנט, 145).

מבחן עזר נוסף הוא מבחן ההשוואה – שלפיו יש להשוות בין המחיר שגובה המונופולין למחיר שגובות המתחרות בשוק; למחיר הנגבה מלקוחות שונים; למחיר מוצר דומה בשוק גיאוגרפי אחר; או למחיר המוצר בתקופה אחרת. ההנחה היא שחריגה בלתי סבירה של מחיר המוצר מרמת המחירים המקובלת יכולה להעיד על מופרזות המחיר שגובה המונופולין; ואולם על מנת שניתן יהיה להסתמך על מסקנה זו יש לוודא כי קיים בסיס רלוונטי להשוואה. בעניין זה מורים דיני התחרות כי תחרות מתרחשת ב"שוק רלוונטי" – הוא הזירה שבה נמכרים מוצרים שבעיני הצרכנים הם תחליפיים דיים זה לזה (גילה – מחיר מופרז, עמ' 777).

מבחן העלויות ומבחני ההשוואה הוכרו כמבחנים המרכזיים לביסוס קביעה בדבר מחיר מופרז גם בעניין רייט (שם, עמ' 712-713). מבחן עזר שלישי הוא מבחן הרווחיות – המבוסס על ניתוח רווחיותו של בעל המונופולין. לשם יישום המבחן נדרשים שני מדדים: הראשון משמש כמדד ייחוס, המייצג את תפיסת השוק לגבי רמת הסיכון בפעילות הפירמה ומודד למעשה את התשואה הנדרשת על ידי המשקיעים עבור השקעה בפירמה (למשל עלות ההון המשוקללת של הפירמה); המדד השני מייצג את רווחיות הפירמה בפועל. ככל שרווחיות הפירמה גבוהה באופן עקבי ומשמעותי ביחס למדד הייחוס, הדבר עשוי להוות אינדיקציה לגביית מחיר מופרז. ואולם יצוין כי נראה שיש תמימות דעים כי בעוד מדובר במבחן מקובל לבחינת רווחיות של פירמות, הוא אינו בהכרח מתאים כאשר נדרשת התמקדות במוצר מסוים (גילוי דעת 1/17, עמ' 21-22; גילה וקלמנט 144).

בגילוי דעת 1/17 צוין ביחס למבחן העלויות, כי יש לקחת בחשבון שבמציאות, בשונה ממודלים כלכליים פשטניים, נדירים המקרים שבהם המחיר מתקרב לעלות הייצור השולית, אפילו בתנאים תחרותיים. משכך, רשות התחרות הבהירה כי היא תימנע ככלל מלבסס את מסקנותיה בנוגע לגובה המחיר על יסוד מבחן העלויות בלבד; מה גם ששימוש במבחן זה עלול להשפיע בצורה שלילית על תמריצי הפירמה להתייעלות ולחיסכון בעלויות ייצור. על רקע דברים אלה, נראה כי יש עדיפות לשימוש במספר רב ככל שניתן של מבחני עזר, וכי הקביעה שמחיר הוא מופרז תהא נסמכת על מספר אינדיקציות רב ככל הניתן. עם זאת, אין לשלול כי בנסיבות מסוימות התוצאה המתקבלת ממבחן עזר אחד תשמש ראיה מובהקת די הצורך כדי לבסס מסקנה בדבר מופרזות המחיר.

45. לאחר שבשלב הראשון ירים התובע את הנטל להראות כי מחיר המוצר הוא מופרז – הנטל יעבור אל בעל המונופולין, להראות כי אף על פי כן מדובר במחיר הוגן. אכן, נקודת המוצא של דיני התחרות היא שדי במחיר התחרותי של המוצר כדי לעודד השקעות ראויות מצד הפירמות הפועלות בשוק או שוקלות לפעול בשוק; ולפי תפיסת יסוד זו אין לכאורה כל תועלת בהיבט התחרותי בהגנה על מחיר מופרז. ואולם לא פעם מערכת התמריצים הפועלת על השחקנים בשוק מסוים או ביחס למוצר מסוים היא מורכבת יותר; ויש מקרים שבהם בכל זאת נדרשת הבטחה לרווח העולה על הרווח התחרותי, לצורך עידוד השקעות המועילות לצרכנים. כך, למשל, במקרים שבהם אספקת המוצר או השירות כרוכה ביתר סיכון, או בהשקעה בהיקף ניכר במיוחד. לכל הפחות, יש לאפשר לבעל המונופולין להוכיח את טענתו כי זה המקרה בעניינו. נראה כי גם פרופ' גילה ופרופ' קלמנט, המתנגדים כאמור למבחן הדו-שלבי, סבורים כי יש מקום לאפשר

לבעל המונופולין להביא ראיות בדבר הצורך בנסיבות המקרה ברווחים מעל אלה התחרותיים (גילה וקלמנט, עמ' 174-175).

זאת ועוד. הגנה על רווחת הצרכן היא אחת המטרות המרכזיות של דיני התחרות, ואולם בכל הנוגע לרווחת הצרכן מחיר המוצר אינו חזות הכל. התמקדות במחיר עלולה להשפיע על המגוון ועל איכות המוצרים בשוק – באופן שלפחות לגבי חלק מהצרכנים התערבות במנגנון השוק דווקא תפגע ברווחתם (מיכל גל ויוסי שפיגל עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן: קשיים אינהרנטיים, טעויות בסיסיות, ותנאים להחלטה (טרם פורסם)). משכך, במסגרת השלב השני של המבחן הדו-שלבני יש לתת את הדעת לשאלה כיצד הגבלות על מחירו של המוצר ישפיעו על המגוון, האיכות, הזמינות ומחיר המוצרים שיוצעו לצרכנים בעתיד.

במסגרת השלב השני של המבחן הדו-שלבני יש מקום לבחון אף אם המחיר המופרז הוא תוצאה של ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, או שמא הוא נובע מסיבה לגיטימית אחרת. גילוי דעת 1/17 מפרט שורה של שיקולים שעשויים להיות רלוונטיים לצורך כך – למשל, יש לתת את הדעת לפערי הכוחות בין בעל המונופולין לצרכן, לחסמי הכניסה לשוק, למידת הביקוש למוצר, לבידול שלו ולקיומם של תחליפים לו, ועוד (שם, עמ' 13-14). לא מדובר ברשימה סגורה, ומטבע הדברים לא כל אחד מהשיקולים יהיה רלוונטי בכל מקרה ומקרה.

46. קו הגבול שבו מחיר גבוה ואף מופרז הופך להיות מחיר בלתי הוגן משתנה אפוא בהתאם לנסיבות העניין. סימון קו הגבול טומן בחובו הכרעה בנוגע למידת ההתערבות הרצויה בהתנהלותם של בעלי מונופולין מצד אחד ובפגיעה הצרכנית הנגרמת בשל קביעת מחיר מופרז מצד שני. למשל, בידול של מוצר מסוים יכול להביא לכך שהמחיר התחרותי שלו בשוק יעלה על עלויות האספקה של המוצר (בתוספת רווח סביר), ובמקרים מסוימים עשוי להצדיק קביעת מחיר גבוה. עם זאת, לא בהכרח יש מקום לאפשר לבעל המונופולין לגבות מהצרכנים כל מחיר שהם מוכנים לשלם עבור המוצר (ראו: גילה – מחיר מופרז, עמ' 776-777). מדובר אפוא בשאלה של מדיניות הדורשת הפעלת שיקול דעת.

וזאת יש להבהיר: הגם שההכרעה המשפטית בשלב זה (השלב השני) היא ערכית, נדרש שתהיה מבוססת על שיקולים כלכליים-תחרותיים – זאת על מנת שלא לרוקן את האיסור על גביית מחיר מופרז מתוכן, מצד אחד; ושלא לפגום בתמריצי השחקנים והשחקנים הפוטנציאליים בשוק לפעול להתייעלות ולחדשנות וכיוצא באלה, מצד שני.

47. בהתייחס להחלטת האישור – נראה כי המבחן שיושם בהחלטת האישור לבחינת עילת המחיר המופרז חורג במידה רבה מאמות המידה שהותוו לעיל. הגם שהמבחן שיושם שם כונה אף הוא "מבחן דו-שלבי", למעשה מדובר במבחן חד-שלבי – שכן השלב הראשון במבחן שנקבע מתמצה בכדיקת התקיימות תנאי הסף להחלת העילה, הוא היותה של הפירמה בעלת מונופולין בהתאם להגדרות שבחוק. נוסף על כך, מבחן זה מבוסס על מקבילית כוחות בין כוח השוק של בעל המונופולין ובין גובה המחיר שנקבע על ידו. המשמעות היא שככל שמשקלו של אחד הגורמים רב יותר – כך ניתן להסתפק במשקל נמוך יותר של הגורם השני. אלא כפי שהובהר לעיל מופרזות המחיר היא תנאי בלעדיו אין להתקיימות עילת המחיר המופרז, ואין מקום להקל בדרישה זו גם לא בנסיבות שבהן בעל המונופולין מחזיק בכוח שוק משמעותי. יתר על כן, נראה כי המבחן שיושם בהחלטת האישור חסר את השלב החשוב של בחינת הוגנות המחיר – שבגדרו יש לתת את הדעת לנסיבות המוצר והשוק שעל הפרק, למערך התמריצים בשוק זה, ולשיקולים נוספים שפורטו לעיל. כפי שהוברר, יש נסיבות שבעטיין יכול שמחיר יהיה מופרז אך בכל זאת הוגן.

באחריתו של פרק זה, יצוין כי במבט ראשון השימוש בעילת המחיר המופרז לטיפול בבעית יוקר המחיה בישראל הוא שובה לב. כך בפרט מקום שבו "האזרח הקטן" יכול להיכנס בנעליה של רשות התחרות ולנהל בעצמו הליך ייצוגי המבוסס על עילה זו. ואולם ניתוח מעמיק של עילת המחיר המופרז, ובפרט של אופן השפעתה על מערך התמריצים בשוק, מחייב אותנו לאמץ גישה זהירה ומרוסנת בהחלטה. זוהי אף גישתו של בית הדין האירופי, הנסמכת על עשרות שנים של ניסיון מצטבר בהחלת העילה. בשלב זה תלויים ועומדים בבתי המשפט המחוזיים עשרות הליכים ייצוגיים המבוססים על עילת המחיר המופרז, ויש להישמר מפני מצב שבו בית המשפט הופך למאסדר העל של המחירים בכלכלה הישראלית. כך במיוחד, שעה שרשות התחרות עצמה – הגורם בעל המומחיות, המשאבים והניסיון הדרושים לשם כך – לאחר בחינה מקיפה של הנושא, טרם מצאה הצדקה לעשיית שימוש בסנקציות המינהליות הנתונות לה בהקשר זה. כפי שכבר הובהר, מדיניותה המוצהרת של רשות התחרות היא שיש להפנות את משאבי האכיפה בהקשר של מונופולים לטיפול בפרקטיקות אנטי-תחרותיות ובהסרת חסמים בשוק, ואכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז שמורה למקרים חריגים וקיצוניים "הדוקרים את העין". זוהי גם עמדתן של כל רשויות התחרות במדינות שבהן מוכרת עילת המחיר המופרז.

48. לאחר ששרטטנו קווים לדמותה של עילת המחיר המופרז, יש לתת את הדעת לנטל ההוכחה הנדרש בהקשר זה בשלב אישור תובענה כייצוגית.

נטל ההוכחה בבקשת אישור תובענה כייצוגית

49. סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות מונה שורה של תנאים לאישור תובענה כייצוגית – ובראשם הדרישה כי התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה, וקיימת אפשרות סבירה ששאלות אלה יוכרעו לטובת הקבוצה (ראו, למשל, רע"א 9617/16 בנק דיסקונט לישראל נ' לפינר, פסקה 16 והאסמכתאות שם (28.10.2018)). על פי ההלכה הנוהגת, "על מנת להשתכנע כי לכאורה, קיימת אפשרות סבירה ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה, נדרש בית המשפט להיכנס לעובי הקורה ולבחון את התובענה לגופה, אם היא מגלה עילה טובה ואם יש סיכוי סביר להכרעה לטובת התובעים" (ע"א 6343/95 אבנר נפט וגז בע"מ נ' אבן, פ"ד נג(1) 115, 118 (1999)). הלכה זו השתרשה בפסיקה עוד קודם לחקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות, והיא עומדת איתן על שתי רגליה גם כיום – בחלוף כ-16 שנים מעת חקיקתו של החוק (בג"ץ 5148/18 שחם נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 26 (11.7.2022) (להלן: עניין שחם)); ע"א 5378/11 פרנק נ' אולטייל, פסקה 3 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (22.9.2014) (להלן: עניין אולטייל); עע"מ 980/08 מנירב נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (6.9.2011)).

הדרישה לקיים דיון מעמיק ולהוכיח באופן לכאורי את עילות התביעה כבר בשלב אישור התובענה כייצוגית לא נקבעה בעלמא, אלא נועדה להביא לשימוש מושכל בכלי הייצוגי (רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, פסקה 41 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז (11.4.2013), להלן: עניין מגדל). בהקשר זה, מצד אחד יש להישמר מפני הצבת מחסום גבוה מדי לאישור תובענה כייצוגית, על מנת שלא לצנן את התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות ראויות (דברי השופטת ט' שטרסברג-כהן ב-ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 330-329 (1997)); מצד שני שלב האישור נועד "לסנן" את אותן תובענות שאינן מתאימות להתברר כייצוגיות וכן למנוע שימוש לרעה במנגנון הייצוגי. יפים בהקשר זה דברי השופט י' דנציגר שנאמרו בעניין מגדל:

"ודוק, מן הראוי לטעמי למנוע מצבים שבהם כל מאן דהוא החפץ לנהל תובענה ייצוגית יוכל לעשות כן גם מבלי שצלח את חובתו לבסס בראיות לכאורה את עילת התביעה. הקלה מעבר לנדרש באשר לרף הראייתי בו צריך לעמוד התובע הייצוגי עלולה לגרור תוצאות שלהן השלכות מערכתיות בלתי רצויות, הן על מערכת המשפט

והן על המשק וחיי המסחר והכלכלה. משכך, שומה על בתי המשפט להקפיד על כך שרק תביעה שהונחה תשתית ראייתית לכאורית לביסוס עילתה, יתאפשר ניהולה כתובענה ייצוגית במסגרת ההליך העיקרי”.

ויודגש: התנאים לאישור תובענה כייצוגית הקבועים בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, ובכלל זה הדרישה להוכיח לכאורה את עילת התביעה הנטענת, חלים באופן אחיד על כל בקשה לאישור תובענה כייצוגית – ללא תלות בטיבה של עילת התביעה שעליה מבוסס ההליך הייצוגי, או במידת מורכבותן או חדשנותן של הסוגיות המתעוררות בהליך (השוו: עניין שחם, פסקה 29). בתוך כך, על פי עניין רייס הדרישה להוכחה לכאורה של עילת התביעה הנטענת חלה באופן מפורש גם ביחס לעילת המחיר המופרז, חרף מורכבותה של עילה זו (שם, עמ' 710 ו-716). הדברים קיבלו ביטוי גם ב- רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ (26.4.2010), שנסב אף הוא על עילת תביעה מכוח סעיף 29 לחוק התחרות:

”בחינה מעמיקה של סיכויי הצלחת התובענה היא מלאכה רבת-חשיבות. יש לזכור, כי הכלי של תובענה ייצוגית הוא רב-עוצמה. בצד היתרונות של כלי זה, לא ניתן להתעלם מכך שעצם אישורה של בקשה להגיש תובענה ייצוגית עשוי ליצור לחץ כבד על הנתבע. על כן, קיים צידוק רב שכבר בשלב הדיון בבקשת האישור יידרש בית המשפט לבחון את הסוגיה של זכות לכאורה וסיכויי ההצלחה” (שם, פסקה 10).

50. בלא לגרוע מהאמור, יבואר כי בבוא הערכאה הדיונית לבחון את סיכויי ההליך הייצוגי עשויה להיות נפקות לפערי מידע משמעותיים בין המבקש למשיבה בבקשה לאישור התובענה כייצוגית. ייתכנו אף מקרים שבהם פערי המידע יצדיקו הגמשה מסוימת של הנטל הראשוני המוטל על המבקש בבקשת האישור. עם זאת, כבר הובהר כי “ אין מדובר בנוסחת קסם אשר תוצאתה קבלת בקשת האישור בלא כל בירור של סיכויי התביעה להתקבל בסופו של יום לטובת הקבוצה” (ראו: עניין אולטייל, פסקה 5 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות).

המחוקק, שהיה ער לפערי המידע האינהרנטיים להליך הייצוגי, נתן בידי המבקש בבקשה לאישור תובענה כייצוגית מספר כלים דיוניים שנועדו לגשר על הפערים הללו. הכלי המרכזי בהקשר זה הוא הזכות לבקש גילוי ועיון במסמכים כבר בשלב האישור, הגם שזכות זו מצומצמת ביחס להליכים אזרחיים “רגילים” (ראו: עניין מגדל, פסקה 44 (השופטת ד' ברק-ארז); עניין אולטייל, פסקה 5 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות; רע"א 10052/02 יפעת נ' דלק מוטורס, פ"ד נז(4) 513, 518-519 (2003)). נוסף

על כך, בין היתר, באפשרותו של המבקש בבקשת האישור לבקש לחקור את המצהירים מטעם המשיבה, וכן לבקש תיקון כתבי הטענות אף לאחר שהוגשה התשובה לבקשה (בר"מ 4303/12 אינסלר נ' המועצה האיזורית עמק חפר, פסקה 6 (22.11.2012)). עוד יצוין, כי במקרים שבהם ניהול ההליך הייצוגי כרוך בהשקעה ניכרת של משאבים, ניתן לפנות לקבלת מימון מאת הקרן למימון תובענות ייצוגיות שהוקמה מכוח סעיף 27 לחוק תובענות ייצוגיות.

בהתייחס להליכים ייצוגיים המבוססים על עילות תביעה מתחום דיני התחרות – הליכים אלה הם דוגמה מובהקת לאופן שבו פערי המידע בין הצדדים עלולים להציב מכשול של ממש בהרמת נטל ההוכחה הלכאורי כנדרש בשלב האישור. מטבע הדברים, אין בידי המבקש גישה למרבית הנתונים הדרושים לו לצורך הוכחת טענותיו – והכוונה היא למידע בדבר עלויות הייצור של בעל המונופולין, רווחיו, הסיכונים שבהם הוא נושא, וכיוצא באלה. בהתייחס להליכים ייצוגיים מסוג זה כבר הבהירה השופטת (כתוארה אז) א' חיות, כי אף על פי שהזכות לקבלת מידע ומסמכים בשלב האישור מצומצמת ביחס להיקף הזכות לגילוי ועיון במסמכים בהליך אזרחי "רגיל" – "יתכנו מצבים בהם יורה בית המשפט קמא על גילוי מידע ומסמכים בהיקף משמעותי גם במסגרת הליך לאישור תובענה ייצוגית, בפרט כאשר מדובר בהליכים מורכבים אשר ההכרעה בהם דורשת הסתמכות על מסד נתונים רחב" (רע"א 8224/15 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' זליכה, פסקה 18 (29.3.2016) (להלן: עניין תנובה); כן ראו: רע"א 7839/20 Nippon Yusen Kabushiki Kaisha נ' בד"ה, פסקה 16 (6.1.2022)).

51. הנה כי כן, בשלב אישור התובענה כייצוגית קיים פער מידע מובנה בין הצדדים, שלא פעם מקשה על הוכחתה של עילת התביעה. עילת המחיר המופרז היא מהקשות להוכחה – הן משום השאלות הנכבדות המתעוררות בהקשר זה בבקשת האישור, הן משום שלצורך הכרעה בהן נדרש מסד נתונים שלמבקש בדרך כלל אין גישה אליו. אף על פי כן, על המבקש להניח כבר בבקשת האישור תשתית ראייתית ומשפטית מספקת להוכחת עילת המחיר המופרז, ולהראות כי הסיכויים שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה הם טובים. הערכאה הדיונית מצידה נדרשת להיכנס לעובי הקורה ולבחון אם עילת המחיר המופרז הוכחה לכאורה, בהתאם למבחן הדו-שלבי שהתווה לעיל. על מנת להתגבר על פערי המידע בין המבקש לבעל המונופולין, לרשות המבקש עומדים מספר כלים דיוניים – שהמרכזי והאפקטיבי מביניהם הוא הליכי גילוי ועיון במסמכים. כבר ציטטתי לעיל את דברי השופטת (כתוארה אז) מ' נאור שלפיהם "מי שמבקש להגיש תובענה ייצוגית המבוססת על מחיר לא הוגן נוטל על עצמו, לעיתים, משימה שאינה פשוטה כלל ועיקר" (עניין רייס, עמ' 716); והדברים יפים גם בהקשר של פערי המידע בין

הצדדים. מכל מקום, כפי שצוין שם, ברי כי הדרך להתגבר על פערי המידע בשלב האישור אינה "לגלגל" את השאלות הטעונות הכרעה אל שלב הדיון בתובענה הייצוגית לגופה – שאז תוחטא מטרתו של שלב האישור.

מן הכלל אל הפרט

52. כפי שפורט לעיל, בית המשפט המחוזי הגיע לכלל מסקנה כי גפניאל עמד בנטל המוטל עליו להוכיח כי קיימת אפשרות סבירה שהתובענה הייצוגית תוכרע לטובת הקבוצה. מסקנה זו נסמכה על שלושה נתונים מצטברים. נתון ראשון, הוא שהחברה המרכזית נמנעה מלגלות מידע הדרוש לבירור עילת המחיר המופרז, ועל כן נטל ההוכחה המונח לפתחו של גפניאל בשלב האישור היה נמוך. נתון שני, הוא שלחברה המרכזית יש נתח שוק משמעותי בשוק משקאות הקולה, ועל כן בית המשפט המחוזי היה נכון להסתפק באינדיקציה פחות חזקה לתמחור בלתי הוגן מצידה (ביסוד קביעה זו גלומה הנחה שקיימת מקבילית כוחות בין נתח השוק של המונופולין ובין תמחור בלתי הוגן). נתון שלישי, הוא שקיים פער משמעותי בין מחיר המוצר לבין מחירי מוצריהן של המתחרות. על פי החלטת האישור, בשים לב לרף ההוכחה הנמוך הנדרש בנסיבות המקרה ביחס לתמחור בלתי הוגן וביחס לסיכויי בקשת האישור בכללותה, די בפער המחירים הקיים בין המוצר למוצרי המתחרות כדי להצדיק את אישור התובענה כייצוגית.

אקדים ואומר, כי לעמדתנו לא היה מקום לקשור בין נכונות החברה המרכזית לגלות מידע ובין רף ההוכחה הנדרש בשלב האישור. כפי שיפורט להלן, קשירת הדברים זה בזה הובילה בנסיבות המקרה לתוצאה מוקשית שמחייבת את התערבותנו. בנסיבות אלה, נראה שאין מנוס מהחזרת הדיון בבקשת האישור לבית המשפט המחוזי – על מנת שיכריע בבקשת הגילוי (כהגדרתה לעיל) לגופה, ובהמשך לכך ידון בבקשת האישור ויכריע בה על יסוד העקרונות להחלת המבחן הדו-שלבי שפורטו לעיל. כך בתמצית, ועתה בהרחבה.

53. כבר עמדתי על כך שבית המשפט המחוזי סבר כי בנסיבות המקרה יש להנמיך באופן משמעותי את רף הוכחה הנדרש בשלב אישור התובענה כייצוגית – וזאת מן הטעם שהחברה המרכזית בחרה שלא לגלות לגפניאל מידע ונתונים רלוונטיים לבירור עילת המחיר המופרז. למעשה, בית המשפט מסר לחברה המרכזית את הסמכות להכריע לגבי היקפם של הליכי הגילוי בשלב האישור, תוך שהבהיר כי החלטתה בנדון תשפיע על מידת ההוכחה שתידרש מגפניאל. ובמילים אחרות: אין מדובר במצב דברים שבו בית המשפט הורה על גילוי מסמכים והחברה המרכזית לא מילאה אחר צו בית משפט; אלא שבית

המשפט העביר את "הכדור" למגרשה של החברה המרכזית, כדי שהיא זו שתחליט בנוגע להיקף גילוי המידע ובהתאם ייקבע רף ההוכחה הנדרש בשלב האישור.

מהחלטת האישור עולה כי מסירת ההכרעה בבקשת הגילוי לחברה המרכזית מבוססת בעיקרה על שיקולי יעילות: לעמדת בית המשפט המחוזי, הליכי גילוי מסמכים מוסיפים למעשה שלב שלישי להליך הייצוגי הדו-שלבי (שלב הגילוי, שלב האישור ושלב הדיון בתובענה הייצוגית), כאשר בכל אחד מהשלבים הללו נדרש בית המשפט לחזור ולהכריע בנוגע לסיכויי ההליך. עוד על פי החלטת האישור, מסירת ההכרעה בבקשה לגילוי מסמכים לפתחה של החברה המרכזית מאפשרת מוצא מן "המעגל השוטה" האינהרנטי להליכי גילוי מסמכים: ללא מידע רלוונטי יש קושי להעריך את סיכויי התובענה, ואולם מבלי להעריך את סיכויי התובענה לא ניתן להורות על גילוי המידע, וחוזר חלילה (פסקאות 19-20 להחלטת האישור). יצוין כי גישה דומה, הקושרת בין היקף גילוי המסמכים לנטל ההוכחה בשלב האישור, הובעה גם על ידי פרופ' קלמנט והשופטת ר' רונן (אלון קלמנט ורות רונן "בחינת עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית" עיוני משפט מב 5 (2019)).

דעתי שונה. דומני כי קונסטרוקציה זו, הקושרת בין היקף גילוי המסמכים ורף ההוכחה בשלב האישור, אינה עולה בקנה אחד עם ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות ואף לא עם תכליתו של החוק. ואבאר.

54. אחד המאפיינים הייחודיים של ההליך הייצוגי, לעומת הליך אזרחי "רגיל", הוא שבהליך הייצוגי חברי הקבוצה המיוצגת הם נוכחים-נפקדים. התובע המייצג ובא-הכוח המייצג נוטלים על עצמם את האחריות לייצג קבוצה של אנשים, מבלי שאלה הסכימו לכך באופן מפורש. מטבע הדברים, יש חשש שמי שנטלו על עצמם אחריות זו, יעדיפו את האינטרסים שלהם על פני אלה של הקבוצה המיוצגת ("בעיית הנציג"). על רקע זה, לערכאה הדיונית מסור תפקיד פיקוח משמעותי בכל הנוגע לאופן ניהולו ובירורו של ההליך הייצוגי, שמטרתו בראש ובראשונה לשמור על האינטרסים של חברי הקבוצה ועל תכליות ההליך הייצוגי (ע"א 7122/19 היועץ המשפטי לממשלה נ' ממן, פסקה 12 (11.4.2022)). ההליך הייצוגי אף מתאפיין בכך שהוא מעורר שאלות עובדתיות רחבות היקף ובפערי מידע משמעותיים בין הצדדים, וגם בשל כך נתון לבית המשפט תפקיד ניהולי משמעותי (רע"א 1966/21 פלאפון תקשורת בע"מ נ' קרני, פסקה 8 (4.5.2021); רע"א 10018/17 המועצה הישראלית לצרכנות נ' קלאב אין אילת החזקות בע"מ, פסקה 7 (1.5.2019)).

חוק תובענות ייצוגיות נותן בידי הערכאה הדיונית שורה ארוכה של כלים דיוניים המשמשים אותו לצורך פיקוח אפקטיבי על תקינותו של ההליך הייצוגי, "ואליו נושאים חברי הקבוצה עיניהם בציפייה שיגן על עניינם" (אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 247 (2017)). בהקשר זה, כבר נפסק כי לערכאה הדיונית תפקיד משמעותי בפיקוח על הסדרי פשרה (רע"א 5678/20 חברת פרטנר תקשורת בע"מ נ' רשף, פסקה 5 (5.1.2021)); בהבטחת הולמות הייצוג של חברי הקבוצה (רע"א 3036/19 רותם אמפרט נגב בע"מ נ' טל, פסקה 11 (25.2.2020)); ובוודאי שגם בהכרעה בסוגיות דיוניות (רע"א 6958/20 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' שליידר, פסקה 6 (23.12.2020)).

55. בכל הנוגע להליך של גילוי מסמכים – הליך זה נועד כאמור להתגבר על פערי הכוחות המשמעותיים ועל פערי המידע המובנים הקיימים בין הצדדים בבקשה לאישור תובענה כייצוגית. אינטרס הקבוצה ואינטרס הציבור מהווים שיקול רלוונטי בבחינת בקשה לגילוי מסמכים בהליך הייצוגי, בפרט כשביסוד ההליך עומדות מטרות חברתיות וציבוריות שנודעת חשיבות לקידומן. עם זאת, קיים חשש שהליכי הגילוי יהפכו ל"מסע דיג" להשלמת תשתית עובדתית שחסרה בבקשה לאישור תובענה כייצוגית ויאפשרו שימוש לרעה בכלי הייצוגי (להרחבה ראו: רע"א 8649/17 חברת פרטנר תקשורת בע"מ נ' תגר, פסקה 16 (16.4.2018)). על רקע שיקולים אלה, המושכים לכיוונים מנוגדים, נדרשת הערכאה הדיונית לעשות שימוש מושכל בסמכות הנתונה לה בתקנה 4(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות ולקבוע את היקף הגילוי הנדרש (אם בכלל) בנסיבות המקרה כך שיגשים באופן המיטבי את מטרותיו של שלב האישור. וזו לשונה של התקנה:

לבית המשפט בדונו בבקשה (בקשה לאישור תובענה כייצוגית, ע'ב') תהיה הסמכות למתן צו לגילוי ועיון במסמכים, ובלבד שנתקיימו תנאים אלה:

(1) המסמכים שגילויים נדרש נוגעים לשאלות הרלוונטיות לאישור התובענה כתובענה ייצוגית;

(2) המבקש העמיד תשתית ראייתית ראשונית לגבי קיומם של התנאים הקבועים בסעיף 8(א) לחוק.

מן האמור נובע כי הערכאה הדיונית אינה יכולה להתפרק מסמכותה להכריע בסוגיה של הליכי הגילוי, ולמסור את כוח ההכרעה בעניין זה לידי המשיבה בבקשת האישור. מהלך כזה אינו עולה בקנה אחד עם חשיבותו וכובד משקלו של התפקיד הניהולי הנדרש מבית המשפט בהליך ייצוגי; אף לא עם לשונה המפורשת של תקנה 4(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות, ועם פסיקתו הענפה של בית משפט זה בהקשר של גילוי מסמכים – הן בהליכים אזרחיים "רגילים" הן בהליכים ייצוגיים.

יש לבאר, כי כאשר ההכרעה בנוגע להיקף גילוי המידע בבקשת האישור נמסרת לידי המשיבה, אחד הסיכונים הוא שמידע רלוונטי לא יגולה ובקשת האישור תידחה חרף ההקלה ברף ההוכחה הנדרש. במקרה כזה, מי שייפגע הם חברי הקבוצה, וייתכן שאף הציבור בכללותו. במילים אחרות, לא רק המשיבה היא שנושאת בסיכון הנובע מהאופן שבו תוכרע בקשת הגילוי – ובין כך ובין כך אין מקום למסור לידיה את סמכות ההכרעה הבלעדית בנדון.

56. זאת ועוד. ברי כי בית המשפט המחוזי ביקש ליעל את הדיון בבקשת האישור, ובתוך כך להימנע מלהידרש לסיכויי ההליך גם במסגרת בקשת הגילוי (נוסף על הדיון שייערך בשלב האישור ובתובענה הייצוגית לגופה ככל שתאושר). אלא מאי? משכך נעשה, ההליך הייצוגי הפך למעשה מהליך דו-שלבי להליך חד-שלבי, וזאת בניגוד למודל הדו-שלבי שעל פיו עוצב חוק תובענות ייצוגיות. היעדרם של הליכי גילוי מסמכים, וההנמכה המשמעותית של רף ההוכחה, רוקנו למעשה את שלב האישור מתוכן. כל אותן שאלות עובדתיות ומשפטיות בנוגע למופרזותו והוגנותו של מחיר המוצר, שנדרש היה לברר כבר בשלב האישור כמפורט לעיל, למעשה גולגלו בהחלטת האישור לשלב הדיון בתובענה לגופה. במבחן התוצאה, בית המשפט נמנע מלקבוע שבבקשת האישור הונחה תשתית ראייתית מספקת לצורך הליכי גילוי מסמכים, ואולם בסופו של יום הגיע למסקנה שתשתית זו מספקת לאישור התובענה כייצוגית – וזאת אף על פי שרף ההוכחה הנדרש לצורך גילוי מסמכים נמוך באופן משמעותי מהרף הנדרש בשלב האישור.

ויובהר: היעדרם של הליכי גילוי מסמכים וההנמכה המשמעותית של רף ההוכחה הביאו לכך שהתובענה אושרה כייצוגית בעילת מחיר מופרז על יסוד תשתית ראייתית דלה ובלתי מספקת. חו"ד קולקר שצורפה לבקשת האישור היא חוות דעת תיאורטית גרידא, המבוססת על שורה ארוכה של הנחות יסוד חסרות תימוכין שנבנו זו על גבי זו. הנעלמים במודל העלויות שבנה קולקר הם כה רבים, עד כי נראה שבאמצעות "משחק במספרים" אפשר להגיע על פי מודל זה גם לתוצאה הפוכה לחלוטין. ואמנם, בית המשפט המחוזי קיבל את עיקר הביקורת שהשמיעו המומחים מטעם החברה המרכזית ביחס לחוות דעת זו. למעשה, התובענה אושרה כייצוגית אך ורק על יסוד עצם קיומו של פער מחירים משמעותי בין מחירו של בקבוק קוקה-קולה ובין מחיריהם של בקבוקי פפסי ו-RC. אלא שפער המחירים כשלעצמו אינו מהווה ראיה לכאורה להוכחת עילת המחיר המופרז. נדרש לשם כך ניתוח כלכלי ראוי של המחיר כמפורט באריכות לעיל; וכך במיוחד, בנסיבות שבהן מתעוררת שאלה אם פפסי ו-RC הם בכלל מוצרים תחליפיים לקוקה-קולה, וגם סוגיה זו צריכה להתברר במסגרת הניתוח הכלכלי. הדברים

מקבלים משנה תוקף משהוברר כי יש לעשות שימוש זהיר בעילת המחיר המופרז – על מנת שלא נימצא משיגים תוצאה הפוכה למטרתו של סעיף 29א לחוק התחרות, והכוונה היא לפגיעה בתחרות בשוק וברוחת הצרכנים בטווח הבינוני והארוך חלף הגנה על אלה.

57. אסכם ואומר, כי עילת המחיר המופרז אינה קלה להוכחה, בלשון המעטה; ועם זאת שומה על המבקש בבקשה לאישור תובענה כייצוגית הנסמכת על עילת תביעה זו להניח תשתית ראייתית ומשפטית מספקת להוכחתה, כנדרש בשלב זה. הערכאה הדיונית מצידה נדרשת להיכנס לעובי הקורה ולבחון אם עילת המחיר המופרז הוכחה לכאורה, בהתאם למבחן הדו-שלבי שהותווה לעיל. על מנת להתגבר על פערי המידע המובנים בהליך, דרך המלך היא הגשת בקשה לגילוי המידע הדרוש לבירור הטענות. אין משמעות הדברים ששומה על הערכאה הדיונית לקבל כל בקשה לגילוי מסמכים ככתבה וכלשונה – אלא שיש לבחון אותה לגופה בהתאם לתנאים שנקבעו בתקנה 4(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות ובפסיקתו הענפה של בית משפט זה, ובכלל זה הדרישה כי המידע המבוקש יהיה רלוונטי ודרוש לשאלות העומדות להכרעה (ראו: עניין תנובה, פסקה 11).

במקרה שלפנינו, בית המשפט המחוזי בחן במסגרת החלטת האישור את עילת המחיר המופרז לגופה ביסודיות ובפירוט רב, תוך שנכנס לנבכי חוות הדעת הכלכליות שהגישו הצדדים. ואולם בנסיבות שבהן נמצא שיש להחיל מבחן שונה מזה שהוחל בהחלטת האישור ליישומה של עילת המחיר המופרז, וכן משנקבע כי לא ניתן היה להנמיך את רף ההוכחה בשלב האישור כפי שנעשה, אין מנוס מהחזרת הדיון לבית המשפט המחוזי על מנת שידון ויכריע בבקשת הגילוי ובבקשת האישור בהתאם לאמות המידה שנקבעו. ויובהר: החזרת הדיון לבית המשפט המחוזי נדרשת משום שלא הונח בסיס ראייתי לקביעה שעילת המחיר המופרז הוכחה לכאורה; ואינני נוקטת כמובן עמדה מה תהיה תוצאתה של בקשת האישור לאחר שייעשה הבירור הנדרש.

107 דבר

58. העולה מן המקובץ הוא שבשלב האישור לא התבררו שאלות עובדתיות ומשפטיות מהותיות, הדרושות להוכחה לכאורה של עילת המחיר המופרז. גם בקשת הגילוי שהוגשה על ידי גפניאל לא נתבררה לגופה. בנסיבות אלה אציע לחבריי כי נקבל את הערעור, ונורה על ביטולה של החלטת האישור ועל החזרת הדיון בבקשת האישור לבית המשפט המחוזי – על מנת שידון תחילה בבקשת הגילוי, ובהמשך לכך יוסיף וינהל את בקשת האישור כחוכמתו, ולבסוף יכריע בה בהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסק

דיננו. מאחר שעיקר הסוגיות שנדונו הן סוגיות עקרוניות שטרם לובנו בפסיקתו של בית משפט זה, אציע עוד לחבריי כי נימנע מפסיקת הוצאות בערכאתנו.

ש ו פ ט ת

השופט י' אלרון:

אני מסכים לחוות דעתה המפורטת והמנומקת של חברתי השופטת ע' ברון.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל:

1. תיק זה מצוי בצומת שבין תובענות ייצוגיות לבין דיני תחרות. מתעוררות בו שאלות מורכבות מאוד של עובדה ומשפט. ניצבות סוגיות מהותיות שבדין ובסדרי הדין. נדרש לנתח ולפרש את המונח "מחיר בלתי הוגן" לגבי מחיר גבוה, להידרש למבחנים ליישומו, להתייחס להליך גילוי המסמכים בתובענה ייצוגית, ולעמוד על היבטים ראייתיים – חלוקת הנטלים בין הצדדים בהליך זה.

קראתי את חוות דעתה המקיפה והמעמיקה של חברתי השופטת ע' ברון. חשיבותו של תיק זה היא בעיגון ההכרה בעילת תביעה בגין מחיר בלתי-הוגן גבוה לפי סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988 (להלן: עילת המחיר המופרז). הכרה זו – הנלמדת הן מלשון החוק הן מתכליתו – היא נקודת המוצא של חברתי ואליה אני מצטרף. כן אני מסכים עם עיקרי חוות דעתה של חברתי ועם התוצאה שאליה הגיעה באשר לתיק שלפנינו; כחברתי, גם אני סבור כי בית המשפט המחוזי שגה בדרך הילוכו בדיון בבקשת האישור ובבקשה לגילוי מסמכים, וכי יש להחזיר את התיק אליו לדיון מחודש בהן. ברם, אבקש להביע את הסתייגותי מכמה נקודות המועלות בחוות הדעת של חברתי, שהמרכזיות בהן נוגעות לדרך יישום המבחן הדו-שלבי בעילת המחיר המופרז. בפרט, אציג את עמדתי לעניין ההבחנה בין מחיר גבוה, מופרז, ובלתי הוגן; ולעניין העברת נטל ההוכחה למשיב לבקשה לאישור תובענה ייצוגית בעילת המחיר המופרז.

2. חברתי השופטת ברון מציעה לאמץ מבחן דו-שלבי ליישום עילת המחיר המופרז (מעבר לתנאי הסף של היות החברה הנתבעת בעלת מונופולין). בשלב הראשון, לגישה, יש ליישם את מבחני העזר המקובלים להערכת המחיר על מנת לאמוד את הפער בינו לבין מחיר תחרותי – מבחן העלויות, מבחן ההשוואה, ומבחן הרווחיות (ראו פס' 44 לחוות דעתה). שלב זה, לדידי חברתי, בוחן "את מידת מופרזותו של המחיר" (שם, פס' 43). בשלב השני, "לאחר שבשלב הראשון ירים התובע את הנטל להראות כי מחיר המוצר הוא מופרז – הנטל יעבור אל בעל המונופולין, להראות כי אף על פי כן מדובר במחיר הוגן" (שם, פס' 45). אם כך: בשלב הראשון – מופרז; ובשלב השני – בלתי-הוגן. המעבר מהשלב הראשון לשלב השני – שבו גם עובר נטל ההוכחה – נעשה רק מקום שבו המשפט מגיע למסקנה כי המחיר הוא מופרז.

3. סבורני כי יותר נכון לקבוע מבחן דו-שלבי כדלקמן: השלב הראשון יהא עובדתי ויבחן אם המחיר גבוה. דהיינו, האם יש פער כלפי מעלה בין המחיר שגובה בעל המונופולין לבין המחיר התחרותי. השלב השני יהא נורמטיבי, ויבחן האם המחיר מופרז, תחת ההנחה כי מחיר מונופוליסטי מופרז הוא בלתי-הוגן. תנאי סף מקדמי למבחן זה הוא כי החברה הנתבעת היא בעלת מונופולין בשוק המוצרים הרלוונטי (בהתאם להגדרה בסעיף 26 לחוק התחרות הכלכלית).

מספר נימוקים מעשיים ועקרוניים מראים את היתרונות במבחן דו-שלבי זה. טרם הצגתם נסתייע בלשון סעיף החוק הרלוונטי לסוגיה המונחת לפנינו – סעיף 29א לחוק התחרות הכלכלית:

(א) בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור.
 (ב) יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה:
 (1) קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין;
 (...)

אמת המידה היא שלבעל המונופולין אסור לנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. החוק קובע מצבים המהווים ניצול לרעה כאמור, ובראשם "קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין". יושם אל לב כי החוק אינו מבחין בין רמת מחירים גבוהה או נמוכה. יצוין כי המחלוקת במדינות שונות היא ביחס למחיר גבוה ולא ביחס למחיר נמוך. במבט ראשון ניתן דווקא לסבור כי מילוי התנאי של ניצול לרעה יתקיים בצורה ברורה יותר במחיר גבוה ולא במחיר נמוך. הדברים מובאים לא כדי לחלוק על כך

שניתן כי בעל מונופולין ינצל לרעה את מעמדו גם בקביעת מחיר נמוך אלא כדי להראות כי עסקינן בשאלות כלכליות שהאינטואיציה הפשוטה לא תואמת את התשובה המורכבת עליהן. זהו אחד מהמאפיינים החשובים בדיני התחרות – בית המשפט מכריע בסוגיות משפטיות, אך התשתית היא כלכלית. זהו שדה הדורש מומחיות והבנה לעומק של הליכים שוקיים.

נשוב לנימוקים התומכים בגישתי ליישום עילת המחיר המופרז. הנימוק הראשון הוא סדר ופשטות – עריכת מבחן נורמטיבי אחד. על-פי המוצע, השלב הראשון הוא עובדתי-כלכלי – המחיר התחרותי והפער בינו לבין המחיר שנגבה בפועל, והשלב השני הוא נורמטיבי – האם המחיר הוא מופרז, לנוכח גובה הפער ושיקולים נוספים, כפי שיפורט בהמשך. לעומת זאת, המבחן המוצע על-ידי חברתי כולל שני שלבים נורמטיביים, נוסף על שלב עובדתי-כלכלי. למעשה, השלב הראשון על-פי חוות דעתה כולל גם מבחן עובדתי וגם מבחן נורמטיבי – האם המחיר הגבוה הוא מחיר מופרז, והשלב השני עניינו בקביעה נורמטיבית נוספת – האם המחיר המופרז הוא מחיר בלתי-הוגן. סבורני כי דווקא בשל מורכבות המבחנים עצמם עדיף לחלק אותם בצורה ברורה וקלה יותר ליישום.

הנימוק השני אינו עניין של סדר אלא של מהות. בעוד ששאלת גובה המחיר היא שאלה עובדתית-מספרית, שאלת מופרזות המחיר טומנת בחובה שיפוט נורמטיבי. כך במיוחד כאשר מדובר במחיר מונופוליסטי מופרז. בעיניי קשה לומר כי מחיר מונופוליסטי מופרז הוא הוגן. לדעתי, מבחינה אנליטית, לצורך עילת המחיר המופרז, המופרזות של המחיר המונופוליסטי ואי-ההוגנות שלו חד-הן. מאחר שהתיוג של מחיר כ"מופרז", להבדיל מ"גבוה", הוא נורמטיבי ואינו תיאור עובדתי גרידא – סבורני כי הקביעה כי המחיר הנגבה על-ידי בעל מונופולין הוא מופרז, במובן של העילה הנדונה, כרוכה מניה וביה בקביעה כי הוא בלתי-הוגן. ודוקו היטב: לא כל מחיר גבוה הוא בלתי-הוגן, אך קביעה כי מחיר הוא מופרז שקולה לכך שהוא גבוה באופן בלתי-הוגן. כך למשל, בדוגמא שנתנה חברתי שעניינה במותגי יוקרה (ראו פס' 43 לחוות דעתה), לא נכון לדידי לומר כי מחירם של מוצרי יוקרה מסוימים הוא מופרז אך לא בלתי-הוגן. אלא, הוא יכול להיות גבוה (בהשוואה למחירי מוצרים אחרים, או לעלויות הייצור) אך לא בלתי-הוגן – ובמצב זה הוא לא ייחשב מופרז. עוד יש לזכור כי דוגמא זו תהא רלוונטית רק במידה שיצרן מותגי היוקרה מהווה בעל מונופולין כהגדרתו בחוק התחרות הכלכלית, שהרי זהו תנאי לתחולת הסעיף.

הנימוק השלישי נסוב סביב נטלי ההוכחה. להשקפתי, הנטל להוכיח את תנאי העילה מוטל על התובע (או המבקש, בבקשה לאישור תובענה ייצוגית). כך בשני שלבי המבחן. לעומת זאת, חברתי סוברת כי אם התובע או המבקש מוכיח כי המחיר מופרז, "הנטל בשלב השני יעבור אל בעל המונופולין – להראות כי חרף היותו של המחיר מופרז, ישנם טעמים כלכליים המובילים למסקנה כי מחיר זה בכל זאת הוגן" (פס' 42 לחוות דעתה). להבנתי, נקודה זו מצביעה על כך שההבדל בין גישתי וגישתה הוא מהותי ואינו הבדל סמנטי מובהק. הרי על-פי המבחן המוצע על-ידי חברתי יש משמעות לכך שהמחיר מופרז, והיא כי משהעניין הוכח על-ידי המבקש, הנטל עובר לבעל המונופולין, והוא נדרש להצדיק את מופרזות המחיר על-ידי הוכחה כי הוא הוגן. לגישתה של חברתי, ייתכן מצב שבשלב הראשון המחיר יהיה מופרז ואילו בשלב השני ההסבר או התשובה של בעל המונופולין הופכים אותו להוגן. לדעתי זה יכול לגרום לבלבול מסוים, שכן תוצאה זו תלמד כי המחיר אינו מופרז אלא רק גבוה. במצב זה יוצא כי המבקש למעשה לא הוכיח שהמחיר מופרז ולכן למעשה לא היה מוצדק להעביר את הנטל ממנו אל בעל המונופולין.

הנימוק הרביעי לגישתי כי ישנה הלימה בין מופרזות ואי-הוגנות הוא סימטריה בפרשנות הסעיף. כפי שמבארת חברתי, "מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים" יכולים להיות גם על הצד הנמוך וגם על הצד הגבוה. באפשרות האחרונה עוסק פסק דין זה, והאפשרות הראשונה היא עילת המחיר הטורפני, שבה, כדברי חברתי, "חוסר ההוגנות... מתבטא בכך שבעל המונופולין שקובע מחיר הפסד מוכן לספוג את הפגיעה ברווחיו מתוך מטרה לסלק מן השוק את מתחריו שלא יוכלו לעמוד כמוהו ברמת המחירים הנמוכה; ולאחר שהביא לקריסת המתחרים, יכול בעל המונופולין לקחת שליטה על השוק ולהעלות את המחירים" (פס' 28 לחוות דעתה). נכון לדעתי לפרש סעיף זה באופן סימטרי – כשם שמחיר טורפני מונופוליסטי מלמד בהכרח על חוסר הוגנות, כך מחיר מופרז מונופוליסטי מלמד בהכרח על חוסר הוגנות. חוסר ההוגנות אינו אפוא דרישה נפרדת ונוספת הנלווית לדרישת המופרזות. כפועל יוצא מכך, כשם שיש מבחן נורמטיבי אחד בקביעה כי מחיר הוא טורפני, ללא העברת נטל ההוכחה לנתבע, כך צריך להיות המצב גם בעילת המחיר המופרז. ארבעת הנימוקים קשורים זה לזה, תומכים זה בזה ומחזקים זה את זה.

4. וכעת יוצג ביתר פירוט המבחן הדו-שלבי שאציע ליישם בעילת התמחור המופרז. ראשית יוזכר כי תנאי מקדמי לתחולת הסעיף הוא כי החברה הנתבעת היא בעלת מונופולין בשוק המוצרים הרלוונטי (בהתאם לסעיף 26 לחוק התחרות הכלכלית).

בשלב הראשון והעובדתי של המבחן יש לבחון האם קיים פער בין המחיר שגובה בעל המונופולין לבין המחיר התחרותי, על-פי שלושת מבחני העזר שמציעה חברתי, וביחס ביניהם המוצע על-ידיה (ראו פס' 44 לחוות דעתה). כפי שחברתי מציינת, כל אחד ממבחנים אלו מציב אתגרים שונים, ולא בכל תיק יהיה נכון להעניק אותו משקל לכל אחד מהם. המלאכה של קביעת המחיר התחרותי של המוצר והפער בינו לבין המחיר שנגבה על-ידי בעל המונופולין בפועל היא מלאכה קשה ורב-ממדית. השיקולים הכלכליים מצויים בלב המסקנה. אף אוסיף כי לנוכח התוצאה שאליה הגענו של החזרת התיק לבית המשפט המחוזי, אינני רוצה להידרש לתוצאת יישומם של מבחנים אלו במקרה דנן, שהרי יהיה בכך מעין pre-ruling. עוד יובהר כי לצורך הכרעה בבקשה זו אין צורך לקבוע מסמרות לגבי ההגדרה של כל אחד ממבחנים אלו. המבחנים אינם טכניים והשאיפה היא לבדוק את המצב בשוק כפי שהוא באמת, על-פי הראיות שהוגשו. להבנת, אחד מהיתרונות של הגישה שלפיה הקביעה בשלב הראשון היא עובדתית ואמפירית, וכי שלב זה עומד לבדו, הוא לחייב את הצדדים ואת בית המשפט להבין את המחלוקת העובדתית-כלכלית לעומקה ולהתרכז בהכרעה בה.

בשלב השני והנורמטיבי של המבחן יש לבחון האם הפער בין המחיר התחרותי והמחיר שגובה בעל המונופולין עולה כדי מחיר מופרז בלתי-הוגן. כיצד נבחן האם מחיר גבוה מסוים הוא גם מופרז, במובן האמור של "בלתי-הוגן"? נקודת המוצא שלנו בבחינה זו היא גובה הפער המספרי בין המחיר בפועל לבין המחיר התחרותי. אולם זוהי לא בהכרח נקודת הסיום. פער רב ומשמעותי בין אלו יכול להוות אינדיקציה לכך שהמחיר הוא מופרז. לעתים, וככל שהוא גדול יותר, הוא אף יכול להוות אינדיקציה חזקה או אף מספקת בסופו של דבר. אולם ככלל יהיה מקום לשקול שיקולים נוספים. שיקולים אלו יכולים להיות סוג המוצר המדובר, אופי השוק הרלוונטי ורמת הסיכון שהוא כרוך בו, רמת התחרותיות בו וחסמי הכניסה אליו, סוג החברה ומבנה, כוח השוק שלה, עלויות הפיתוח, החדשנות, השיווק והפרסום שהשקיעה ומשקיעה החברה במוצר, וכל נתון נוסף שיכול לשפוך אור על פער זה לחיוב או לשלילה – המצדיק אותו או מצביע על הבעייתיות שבו (ראו פס' 45-46 לחוות דעתה של חברתי). אין מדובר ברשימה סגורה. יש להדגיש כי עסקינן במבחן משפטי ולא במבחן כלכלי, וכי יישומו צריך להיות גמיש ולאפשר התאמה למקרה הקונקרטי הנדון. מאחר שפיתוח עילה זו במשפט הישראלי נמצא בראשיתו, ברי כי מבחן זה, על שיקוליו השונים ודרך יישומו, ימשיך להתעצב בחלוף הזמן.

בהקשר זה אבקש להדגיש כי גם כאשר עסקינן במוצרים שאינם חיוניים מבחינת סוגם, אין בנתון זה כדי לסגור את הדלת בפני קבלת תביעות בעילת המחיר המופרז.

האיסור על גביית מחיר מופרז נועד להתמודד עם מצב שבו צרכנים שהיו קונים את המוצר במחיר תחרותי אך לא במחיר מופרז, נאלצים להימנע מצריכתו, ולמנוע התעשרות של בעל המונופולין על חשבון הצרכנים אשר בכל זאת רוכשים את המוצר למרות המחיר המופרז שהם נדרשים לשלם עליו (ראו פס' 39 לחוות דעתה של חברתי). מכאן שעילת המחיר המופרז אינה מוגבלת רק למוצרים חיוניים, לא על-פי לשונה ולא על-פי תכליתה.

עוד אדגיש כי נטל ההוכחה בשני השלבים יהא על התובע (או המבקש, בבקשה לאישור תובענה ייצוגית). ברי כי בשלב השני והנורמטיבי של המבחן, שבו נבחנת השאלה האם המחיר הוא מופרז (במובן של בלתי-הוגן), יש מקום לשקול את הראיות שמביא בעל המונופולין להצדקת המחיר שהוא גובה, וכי אי-הבאת ראיות כגון אלו יכולה לפעול לרעתו; אך הנטל להוכיח את מופרזות המחיר – היא אי-הוגנותו – מוטל על כתפי התובע.

5. עד כה פירטתי את הסתייגותי מהמבחן הדו-שלבי המוצע על-ידי חברתי ליישום עילת המחיר המופרז, והסברתי את שלבי המבחן שנכון לדידי ליישם. כעת אפנה לדיון רחב יותר בשיקולי המדיניות המשפטית הנוגעים לאכיפת עילת המחיר המופרז. כחברתי וכעמדת היועץ המשפטי לממשלה, גם אני סבור כי יש לאמץ גישה זהירה ומרוסנת ליישום עילה זו. לשימוש נרחב ומקל יתר על המידה בעילה יכולות להיות השלכות שליליות שיחטאו לתכליתו של חוק התחרות הכלכלית, היא להשיא את רווחת הצרכנים.

להשקפתי, ראוי כי הדין הישראלי ינהג בזהירות רבה בקבלת תביעה בעילת המחיר המופרז. הטעם לכך הוא כי בית המשפט אינו שש להתערב בהתפתחויות השוק. יש לזכור כי השוק הוא חופשי ואף בלתי נודע, ולא בהכרח צפויות ההשלכות של התערבות בו, לצד זה או אחר. במצב הדברים הרגיל בית המשפט אינו מתערב בשוק. כך במישור הכללי וכך באופן ספציפי בנוגע לעילת המחיר המופרז. עילה זו מעלה קשיים יישומיים ניכרים, הפעלתה כרוכה בהתערבות משמעותית ולניהול הליכים משפטיים בה נלוות עלויות גבוהות. כמבואר, יישום עילת המחיר המופרז מחייב לאמוד את המחיר התחרותי של המוצר הרלוונטי ואת הפער בינו לבין המחיר שנגבה על-ידי בעל המונופולין. זוהי מלאכה קשה ומורכבת שיש בה סיכוי לא מבוטל לטעות. יש לזכור כי בעילת המחיר המופרז עסקינן בהכרח בשוק שאינו תחרותי, כך שקביעת המחיר התחרותי מבוססת בהכרח על הערכה היפותטית ואף ספקולטיבית. קביעת הפער בין המחיר

התחרותי לבין המחיר בפועל אף אינה סוף פסוק בבחינה האם המחיר הוא מופרז; המלאכה המשפטית היא מאתגרת, הן בשלב העובדתי-כלכלי והן בשלב הנורמטיבי.

לא זו אף זו. קבלת תביעה (או תובענה ייצוגית) בעילה של מחיר מופרז כמוה כפיקוח מחירים בדיעבד. המדובר בהתערבות ממשית בשוק שאף יוצרת בו חוסר ודאות באשר למחירים שניתן לגבות (וזאת, להבדיל מפיקוח מחירים לכתחילה, באמצעות הוועדה הפועלת לפי חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, תשנ"ו-1996). חוסר ודאות זה כשלעצמו, ובוודאי כאשר הוא נלווה לעלויות הגבוהות – הן הישירות (עלויות הייצוג) והן העקיפות (חשיפת המסמכים) – הכרוכות בהתגוננות מפני תביעה בעילה של מחיר מופרז, עלול ליצור אפקט מצנן כלפי חברות הפועלות בשוק או מבקשות להיכנס אליו. בד בבד, יש לזכור כי אכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז במקרים המתאימים יכולה להוביל להרתעה רצויה ואופטימלית – לתמרץ בעלי מונופולין להימנע מגביית מחירים מופרזים.

הקשיים בשימוש בעילת המחיר המופרז מתעצמים כאשר עסקינן באכיפה פרטית, באמצעות תביעות אזרחיות המוגשות לבתי המשפט, להבדיל מאכיפה מנהלית על-ידי רשות התחרות. על-אף שהאכיפה הפרטית אפשרית על-פי דין (ראו פס' 25 לחוות דעתה של חברתי), היא לא נעשית על-ידי גורם בעל מומחיות, מידע וראייה רוחבית של השלכות האכיפה במקרה מסוים על השוק הרלוונטי ועל השוק בכלל. אינני סבור אפוא כי יש לראות את האכיפה הפרטית כמסלול מקביל ומשלים לאכיפה המנהלית-ציבורית. טיעון כזה נסמך על ההנחה כי רשות התחרות נמנעת מאכיפה בשל מוגבלות משאביה (ראו: דיויד גילה ואלון קלמנט "פרוצדורה ומהות בתובענה הייצוגית בעילת מחיר מופרז: כלים שלובים להרתעה אופטימלית" עיוני משפט מה 117, 194-196 (2022)). אך לגישה הזוהירה באכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז ישנם טעמים מהותיים שאינם נוגעים לתקציב רשות התחרות. טעמים מהותיים אלו צריכים להנחות גם את בית המשפט. לסיכום נקודה זו, אין לי אלא להצטרף לדבריה הנכוחים של חברתי, כי "יש להישמר מפני מצב שבו בית המשפט הופך למאסדר העל של המחירים בכלכלה הישראלית" (פס' 47 לחוות דעתה).

6. זהו צד אחד של המטבע. הצד השני, שאינו פחות חשוב, הוא כי הדין מחייב התערבות בדמות אכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז, בהתקיים התנאים של סעיף 29א לחוק התחרות הכלכלית. לאמור: החוק הולך בגשר הצר בין אי-התערבות להתערבות במקרים החריגים והבולטים. מצוות המחוקק היא להתערב במקרים המתאימים.

לנוכח האמור, משעה שעילת המחיר המופרז קיימת בחוק, דעתי היא כי בית המשפט לא אמור להכריע בין תפיסות כלכליות שונות ומבוססות נגד או בעד קיומה. בפרט יש להיזהר ממתן משקל יתר לגישה האמריקאית בעיצוב המשפט הישראלי. מובן כי ניתן להסתמך על מאמרים הדוגלים בגישה האמריקאית וללמוד מן הפסיקה האמריקאית. אך יש לזכור כי השוק האמריקאי שונה מהשוק הישראלי, ויתרה מזו – כי המשפט האמריקאי אינו מכיר בעילת המחיר המופרז. התפיסה האמריקאית היא כי בקביעת מחירים כלפי מעלה "השמיים הם הגבול" וכי צריך לתת לשוק "לעשות את שלו" לתיקון מחירים. לפי תפיסה זו אין כל פסול בגביית מחיר מופרז על-ידי בעל מונופולין. זוהי אינה המסגרת הנורמטיבית בישראל. אף יש לזכור כי השוק הישראלי שונה גם מהשוק האירופאי ויש לפתח מדיניות התואמת את כוונת המחוקק כפי שגובשה בראי המאפיינים של השוק הישראלי. מכל מקום, ברמה הכללית, לטעמי יש להיזהר מקביעת עמדה כלכלית מובהקת כאשר מדובר בעניינים שמצויים במחלוקת בין מומחים בתחום.

7. וכעת להחלטתו של בית המשפט המחוזי שעליה נסובה בקשת רשות הערעור דנן (ת"צ 6179-08-16, כב' השופט ע' גרוסקופף). אני מסכים עם חברתי השופטת ברוך כי דרך הילוכו של בית המשפט המחוזי הייתה שגויה, הן מבחינה מהותית והן מבחינה דיונית. באשר לראשונה, בית המשפט המחוזי שגה בכך שיישם מבחן שמתמקד בפער שבין המחיר שנגבה על-ידי בעל המונופולין ובין המחיר התחרותי, ואינו מביא בחשבון את קשת השיקולים הנורמטיביים שנדונו לעיל, הרלוונטיים להכרעה בשאלה האם המחיר אינו רק גבוה אלא מופרז. כמו כן, בית המשפט המחוזי שגה במשקל שנתן לכוח השוק של בעל המונופולין במסגרת מבחן מקבילית הכוחות. עריכת מקבילית כוחות בין כוח השוק למופרזות המחיר, משמעה הגמשה של דרישת "מופרזות המחיר", וריכוכה מקום שמדובר בבעל מונופולין המחזיק כוח שוק משמעותי. כפי שציינה חברתי, "מופרזות המחיר היא תנאי בלעדיו אין להתקיימות עילת המחיר המופרז, ואין מקום להקל בדרישה זו גם לא בנסיבות שבהן בעל המונופולין מחזיק בכוח שוק משמעותי" (פס' 47 לחוות דעתה). לבסוף, כפי שהסבירה חברתי, בית משפט קמא אישר את התובענה כייצוגית על יסוד תשתית ראייתית דלה ובלתי מספקת, כאשר הנתון היחיד שעליו התבסס הוא פער המחירים בין קוקה-קולה לבין פפסי ו-RC, אך בנתון זה אין די כדי להוכיח את יסודות עילת המחיר המופרז (ראו פס' 56 לחוות דעתה). יש להדגיש כי אין בדבריי כדי להביע עמדה לגבי התוצאה הנכונה של יישום מבחני עילה זו כפי שהוגדרו בפסק דין זה.

8. השגה הדיונית של בית המשפט המחוזי – שהשפיעה במישרין על תוצאת החלטתו בבקשת האישור – נגעה להחלטתו בבקשה לגילוי מסמכים ומענה על שאלון שהגיש המשיב. בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה האמורה "בשלב זה" תוך שציין

כי לדעתו, "זכותה של המשיבה [המבקשת בהליך זה] לעמוד על טענתה כי המצע הראייתי הראשוני שהונח על ידי המבקשת [המשיב בהליך זה] אינו מספק, ובמקרה כזה אין להטיל עליה חובות גילוי משמעותיות, ואולם הסטנדרט לבחינת בקשת האישור יהיה דיות הראיות שהוצגו על ידי המבקשת בבקשת האישור, בשים לב למידע שניתן להשיג ממקורות גלויים" (ת"צ 6179-08-16, החלטה מיום 20.7.2017 (כב' השופט ע' גרוסקופף)). גם אני סבור, כחברתי, כי לא היה מקום לקשור בין נכונות המבקשת לגלות מידע למשיב לבין רף ההוכחה הנדרש בשלב אישור התובענה הייצוגית, וכך לאשרה בהיעדר תשתית מספקת, תוך דילוג על שלב ההכרעה של בית המשפט בבקשה לגילוי מסמכים.

ודוקו: הליך גילוי המסמכים הוא חלק מקובל ואינטגרלי מהדיון האזרחי בכלל, ומהדיון בבקשה לאישור תובענה ייצוגית בפרט. הוא מהווה כלי חשוב להתגבר על פערי הכוחות ופערי המידע המובנים המשמעותיים בין הצדדים לבקשת האישור. כיום הליך זה ותנאיו מוסדרים מפורשות תקנה 4(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010, אשר קובעת כי בדיון בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, "לבית המשפט... תהיה הסמכות למתן צו לגילוי ועיון במסמכים, ובלבד שנתקיימו תנאים אלה: (1) המסמכים שגילויים נדרש נוגעים לשאלות הרלוונטיות לאישור התובענה כתובענה ייצוגית; (2) המבקש העמיד תשתית ראייתית ראשונית לגבי קיומם של התנאים הקבועים בסעיף 8(א) לחוק" (ההדגשות הוספו). הנה כי כן, בבואו להכריע בבקשה לגילוי מסמכים, שומה על בית המשפט לבחון האם מתקיימים התנאים המהותיים האמורים, ובמידה שהתשובה לשאלה זו חיובית, להיעתר לבקשה לגילוי מסמכים בהיקף ובאופן שיקבע (להרחבה על הליכי גילוי ועיון בתובענות ייצוגיות ראו: יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי 139-146 (2021)). בנוגע להיקף הגילוי בבקשה לאישור תובענה ייצוגית בעילת המחיר המופרז נקבע על-ידי השופטת (כתוארה אז) א' חיות כי:

"[עילה זו] היא מהקשות להוכחה ומעוררת סוגיות מורכבות אשר לא ניתן להכריע בהן באופן מושכל ללא מסד נתונים מתאים. נראה על כן כי בהליך דנן יש, לכאורה, הצדקה לגילוי מידע ומסמכים בהיקף נרחב כבר בשלב זה והכל בכפוף לעיון ולבדיקה שעל בית המשפט קמא לקיים כאמור לעיל, על מנת למקד את צו הגילוי אך ורק במידע ובמסמכים החסויים הדרושים לבירור ההליך." (רע"א 8224/15 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' זליכה, פס' 18 (29.3.2016))

אמנם, הליך גילוי מסמכים אכן מעמיס על הדיון בבקשה לאישור תובענה ייצוגית ומאט אותו. לכאורה, היה בהחלטת בית משפט קמא כדי לקדם יעילות דיונית.

ברם, הדין בבקשה לגילוי מסמכים חיוני. זאת במיוחד כאשר מדובר בצדדים שפערי המידע ביניהם משמעותיים. מקרה זה מעיד כי לעיתים הדרך הקצרה עלולה להפוך שלא במכוון לדרך ארוכה. אם הצדדים מגיעים להסכם ביניהם בעניין גילוי המסמכים הדבר יכול להיות חיובי, אך אם לאו – על בית המשפט להכריע בבקשה לגילוי מסמכים. טוב כי בית המשפט ישאף לדרכים יצירתיות לקצר בהליך אך בכגון דא בהיעדר הסכמה בין הצדדים אין להציע חלופות חדשות המחברות בין הסכמת הנתבע לחשיפת מסמכים ובין רף ההוכחה של עילת התובענה הייצוגית. ויוזכר כי המחוקק קבע רף ראייתי שונה לאישור ניהול תובענה ייצוגית ולגילוי מסמכים.

סבורני אפוא כי לא היה מקום להימנע מלהכריע בבקשה לגילוי מסמכים, תוך גלגול השאלות העובדתיות והמשפטיות המורכבות בעניין מופרזות המחיר לשלב ניהול התובענה הייצוגית עצמה. דעתי היא כי דווקא משום הקושי המשמעותי בהכרעה בעילת המחיר המופרז, יש לפעול בהתאם למסגרת הנורמטיבית המחייבת, ולא לשנות את סדרי הדין (השוו לדבריי בדנ"א 1892/11 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פס' 1 לחוות דעתי (22.5.2011)). בענייננו, הדין מקנה פתרון לבעיית פערי המידע בין הצדדים, בדמות הליך גילוי מסמכים; לא היה מקום להימנע מלהשתמש בו בשלב המקדמי של הדין בבקשה לאישור התובענה הייצוגית.

9. סיכומם של דברים: אני מסכים עם חברתי השופטת ברון כי סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות קובע עילת תביעה בגין תמחור גבוה בלתי-הוגן – הוא תמחור מופרז. אני מצטרף למסקנתה של חברתי כי יש להורות על ביטולה של החלטת האישור ועל החזרת הדין בבקשת האישור לבית המשפט המחוזי, על מנת שידון בבקשת הגילוי ובבקשת האישור.

לו תישמע דעתי, אמות המידה להכרעה בהתקיימות תנאי עילת המחיר המופרז יהיו כפי שהצעתי לעיל (בפס' 4 לחוות דעתי): בשלב הראשון, מבחן עובדתי-מספרי – בחינת קיומו של פער בין המחיר שגובה בעל המונופולין לבין המחיר התחרותי, על-פי שלושת מבחני העזר שמציעה חברתי השופטת ברון, וביחס ביניהם המוצע על-ידיה (ראו פס' 44 לחוות דעתה); ובשלב השני, מבחן נורמטיבי – בחינת מופרזותו של המחיר, בהתחשב בפער האמור ובשיקולים נוספים, כגון סוג המוצר, אופי השוק הרלוונטי ורמת הסיכון שהוא כרוך בו, רמת התחרותיות בשוק, עלויות הפיתוח, החדשנות, השיווק והפרסום שהשקיעה ומשקיעה החברה במוצר (ראו גם את השיקולים בפס' 45-46 לחוות דעתה של חברתי). הנטל להוכיח את מופרזות המחיר יוטל על כתפי התובע או המבקש הייצוגי.

בנסיבות, לרבות השלב שבו מצוי ההליך, הייתי נמנע מעשיית צו להוצאות.

המשנה לנשיאה (בדימ')

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ברון.

ניתן היום, כ"ז בתמוז התשפ"ב (26.7.2022).

שופט

שופטת

המשנה לנשיאה (בדימ')