



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4120/20

ע"א 5036/20

לפני :
כבוד השופטת י' וילנר
כבוד השופט א' שטיין
כבוד השופטת ר' רונן

המערער בע"א 4120/20
והמשיב בע"א 5036/20 :
אופיר נאור עו"ד

נ ג ד

המשיבות בע"א 4120/20
והמערערות בע"א 5036/20 :
1. תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית
בישראל
2. תעשיות מזון תנובה אגודה שיתופית חקלאית
בישראל

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
מרכז-לוד (השופטת א' שטמר) מיום 12.03.2020 בתיק תצ
046010-07-11

תאריך הישיבה : ד' בכסלו התשפ"ג (28.11.2022)

בשם המערער בע"א 4120/20
והמשיב בע"א 5036/20 :
עו"ד שחר בן-מאיר

בשם המשיבות בע"א 4120/20
והמערערות בע"א 5036/20 : :
עו"ד טל אייל-בוגר ; עו"ד צבי אגמון

פסק-דין

השופטת י' וילנר:

1. לפנינו ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (השופטת א' שטמר) בת"צ 46010-07-11 מיום 12.3.2020 (ופסק דין משלים מיום 17.6.2020), שבגדרו התקבלה תובענה ייצוגית שהגיש המערער בע"א 4120/20 והמשיב בע"א 5036/20 (להלן: נאור) נגד המערערות בע"א 5036/20 והמשיבות בע"א 4120/20 (להלן

ביחד: תנובה). בית המשפט המחוזי פסק, כי תנובה קבעה מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן לגבינת קוטג', ובכך הפרה את הוראות סעיף 29א לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק התחרות או החוק). תנובה טוענת בערעורה כי לא הפרה את הוראות החוק כאמור, בעוד שערעורו של נאור מתמקד בגובה הפיצוי שנפסק.

2. אקדים ואומר כי דין הערעור של תנובה להתקבל, ושל נאור – להידחות, משלא הוכח בענייננו כי תנובה קבעה לגבינת קוטג' מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן. עוד יודגש כבר בראשית הדברים, כי על בתי המשפט לנקוט גישה זהירה ומרוסנת במיוחד, בבואם להכריע בתובענה ייצוגית שעניינה בטענה לקביעת מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן. זאת, בעיקרו של דבר, בשל קשיים משמעותיים הכרוכים בבחינת טענה כאמור, ובשל האפשרות כי דווקא קבלת התובענה הייצוגית בהקשר זה תפגע, בסופו של דבר, בתחרות ובציבור.

רקע

3. ביום 26.7.2011 הגיש נאור בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד תנובה (להלן: בקשת האישור), בטענה כי החל מחודש מרץ 2008 ועד חודש יולי 2011, תנובה קבעה מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן לגבינת קוטג', בניגוד לאיסור המוטל עליה בחוק התחרות, בהיותה בעלת מונופולין בשוק הרלוונטי. בבקשה נטען, כי מחיר העולה על 6 ש"ח ליחידת קוטג' הוא גבוה במיוחד ובלתי הוגן, וכי לפיכך, על תנובה לפצות את חברי הקבוצה בסך של כ-125 מיליון ש"ח, בהתאם למחירי הקוטג' בתקופה הרלוונטית.

4. מנגד, בתשובתה לבקשת האישור טענה תנובה, כי הדין לא מטיל איסור על בעל מונופולין לקבוע מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן; וכי מכל מקום, המחירים שקבעה לקוטג' בתקופה הרלוונטית היו הוגנים. עוד נטען, בין היתר, כי לחברי הקבוצה לא קמה עילת תביעה נגד תנובה, מאחר שהנזקים הנטענים נגרמו להם כצרכנים, בעוד שתנובה לא מוכרת קוטג' ישירות לצרכנים ולא קובעת את מחיר הקוטג' לצרכן.

5. בהחלטתו מיום 5.4.2016 קיבל בית המשפט המחוזי את בקשת האישור (להלן: החלטת האישור). בהחלטה צוין כי תנובה היא בעלת מונופולין בתחום מוצרי החלב, וכי בהתאם, יש להכריע אם תנובה קבעה מחיר בלתי הוגן לקוטג', בניגוד להוראת סעיף 29א לחוק. בית המשפט עמד על כך, שבשעה שאין חולק כי מחיר נמוך במיוחד, שקובע בעל מונופולין כדי לדחוק מתחרים מהשוק, עשוי להגיע כדי "מחיר בלתי הוגן", כמשמעותו בסעיף החוק הנ"ל; הרי שטרם נפסקה הלכה שלפיה מחיר גבוה במיוחד עשוי להיחשב

כ"מחיר בלתי הוגן" כאמור. בית המשפט המחוזי קיים דיון פרשני, הכריע כי "מחיר בלתי הוגן" כולל גם מחיר גבוה במיוחד, והוסיף כי אין מניעה שצרכן, אשר ניזוק בעקיפין מהפרת דין על ידי בעל מונופולין, יתבע אותו ישירות.

בית המשפט המחוזי בחן את הראיות שהציג נאור להוכחת חוסר ההוגנות שבמחירי קוטג' תנובה, וקבע כי "העובדות אינן ברורות והמבקש אינו אוחז במידע המלא שיאפשר לו לנתח את האירועים ולהסיק מסקנות ראויות". עם זאת, נקבע כי בשלב החלטת האישור אין צורך לבחון לעומק את חוות הדעת הכלכליות שהוגשו מטעם הצדדים ולהכריע ביניהן. בית המשפט הוסיף וציין, כי חוות הדעת הכלכלית מטעם נאור "ראויה וסדורה", וכי מסקנותיה עשויות לעמוד גם לאחר בירור עובדתי. בהתאם, נקבע כי נאור הוכיח, לכאורה, כי המחיר שקבעה תנובה לקוטג', בין חודש מרץ 2008 לחודש יולי 2011, היה בלתי הוגן, משום שעלה על 6 ש"ח. בית המשפט הוסיף וקבע, כי מתקיימים כל התנאים לאישור ניהול התובענה כייצוגית, והגדיר את הקבוצה בתור "כל מי שרכש את המוצר קוטג' מחודש מרץ 2008 ועד לחודש יוני 2011".

עיקרי פסק דינו של בית המשפט המחוזי

6. בפסק דינו מיום 12.3.2020 קיבל בית המשפט המחוזי את התובענה הייצוגית, וקבע כי תנובה קבעה מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן לקוטג'. בית המשפט ציין, כי לאחר החלטת האישור פרסמה רשות התחרות (לשעבר "רשות ההגבלים העסקיים", ולהלן גם: הרשות) את מסמך "גילוי דעת 1/17: שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה" (חוות דעת של רשות התחרות 28.2.2017) (להלן: גילוי דעת 1/17), שבו הכירה הרשות בכך שגם מחיר גבוה במיוחד עשוי לעלות כדי "מחיר בלתי הוגן", כמשמעותו בסעיף 29א לחוק, אך ציינה כי תאכוף את האיסור על קביעת מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן באופן זהיר ומתון, לנוכח קשיים ממשיים הכרוכים בכך. בית המשפט הדגיש, כי יש ליתן משקל משמעותי לעמדת הרשות בהקשר זה.

7. לגוף הדברים, צוין כי בתקופה הרלוונטית לתובענה שלטה תנובה בכ-70% משוק הקוטג' בישראל, וכי מדובר במוצר "שהביקוש לו כמעט קשיח". בית המשפט עמד על כך, שאין בתובענה דנן השוואה בין מחירי קוטג' תנובה לבין מחירי קוטג' של מתחרותיה, שטראוס וטרה (להלן גם: המתחרות). עוד נקבע, כי לא הוכחה טענת נאור, שלפיה תנובה קבעה את מחיר קוטג' בשוק כולו. עם זאת, נקבע כי בשים לב לנתח בו

מחזיקה תנובה בשוק הקוטג' כאמור, לצד "הביקוש הקשיח" למוצר שלה, אזי אם תנובה קבעה לקוטג' מחיר גבוה במיוחד, הרי שמדובר ב"מחיר בלתי הוגן", כמשמעותו בחוק.

8. בית המשפט המחוזי הוסיף וציין, כי קיימים שלושה מבחנים מקובלים להכרעה בשאלה אם מדובר במחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן – מבחן עלויות הייצור, מבחן ההשוואה ומבחן ניתוח הרווחיות – וישם מבחנים אלו על הנתונים שהוצגו לפניו בענייננו.

9. אשר למבחן עלויות הייצור, צוין כי בגדרו נבחן הפער בין מחיר המוצר לבין עלויות ייצורו, פער שמסקף את הרווח התפעולי. בית המשפט פירט, כי אם מחשבים את היחס בין הרווח התפעולי לבין המחיר (חישוב המכונה "חישוב מלמעלה"), כפי שנעשה בחוות הדעת הכלכלית מטעם תנובה, הרי שבשנת 2008 עמד שיעור הרווח התפעולי של תנובה ממכירת קוטג' על 13.7% בשנת 2009, על 19.8% בשנת 2010, על 22% ובמחצית הראשונה של שנת 2011, על 20.9%. צוין כי לעומת זאת, אם מחשבים את היחס בין הרווח התפעולי לעלויות הייצור ("חישוב מלמטה"), כפי שנעשה בחוות הדעת הכלכלית מטעם נאור, מדובר ברווחים תפעוליים בשיעור של 15.9%, 24.7%, 28.2% ו-26.4% בהתאמה.

בית המשפט הדגיש, כי המענה לשאלה אם רווח תפעולי בשיעור מסוים הוא הוגן אם לאו תלוי במושאי ההשוואה; וכי בענייננו, אין נתונים על אודות מחירי הקוטג' של המתחרות, או נתונים על מוצרים דומים, כך שקשה לעמוד בדרישה לבחון את שיעור הרווח בנסיבות הקונקרטיות של השוק הרלוונטי. בית המשפט הוסיף וקבע כי יש לדחות את טענותיו של נאור, לעניין שיעור הרווח התפעולי, שסטייה ממנו כלפי מעלה תעיד על קביעת מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן. לצד זאת, נקבע כי "שיעור הרווח התפעולי של תנובה מייצור הקוטג' בשנים שלאחר 2008 האמיר בשיעורים ניכרים".

10. אשר למבחן ניתוח הרווחיות, נקבע כי לא ניתן להכריע על-פיו בשאלת הוגנות המחיר שקבעה תנובה לקוטג'.

11. בית המשפט הוסיף וערך שלושה מבחני השוואה.

ראשית, נערכה השוואה בין שיעור הרווח התפעולי של תנובה ממכירת קוטג' בתקופה הרלוונטית, לבין שיעור הרווחים התפעוליים של שש חברות זרות שעוסקות, בין היתר, בייצור מוצרי חלב (להלן: החברות הזרות). בית המשפט ציין כי השוואה זו

נערכה במקור בחוות הדעת הכלכלית מטעם תנובה, וקבע כי מדובר בהשוואה מוקשית, משום שלא הוסבר מדוע נבחרו דווקא חברות אלו; מפני שלא הוצגו נתונים על אודות פעילות החברות הזרות ועל השווקים שבהם הן פועלות; וכי הנתונים על הרווח התפעולי של החברות הזרות מתייחסים לכלל פעילותן, כך שלא ניתן להבחין בין הרווחים ממוצרי חלב לבין הרווחים ממוצרים אחרים, או בין הרווח ממוצר חלב מסוים לבין הרווחים ממוצרי החלב האחרים. עם זאת, נקבע כי בהיעדר התנגדות מצד נאור, ניתן להסתמך על ההשוואה האמורה, לצורך הוכחת המחיר הגבוה במיוחד והבלתי הוגן שקבעה תנובה לקוטג'.

בית המשפט ציין, כי ממוצע שיעור הרווחים התפעוליים של החברות הזרות עומד על 12.1%, וכי לא הוצגו נתונים הנוגעים לשיעור הרווחיות המקובל בשוק המזון או החלב. עם זאת, נקבע כי מהשוואת הרווחים התפעוליים של החברות הזרות לרווחים התפעוליים של תנובה ממכירת קוטג' (לפי "חישוב מלמעלה"), עולה כי הרווח של תנובה מקוטג' בשנים הרלוונטיות "גבוה בהרבה" מהרווח הממוצע של החברות הזרות כאמור. בית המשפט הדגיש, כי תנובה לא סיפקה הסבר לפער זה.

12. שנית, בית המשפט השווה בין הרווחים התפעוליים של תנובה מקוטג' לבין רווחי "תשלובת החלב" של תנובה, שאחראית על כלל מוצרי החלב שלה (להלן: תשלובת החלב), וקבע כי רווחי תנובה מקוטג' "גבוהים בהרבה" מרווחי תשלובת החלב. צוין כי לפי "חישוב מלמעלה", בשנת 2008 עמד שיעור הרווח התפעולי מקוטג' על 15.9%, בעוד ששיעור הרווח של תשלובת החלב עמד על 10.5% בשנת 2009, 24.6% לעומת 13.64%, בהתאמה; בשנת 2010, 28.2% לעומת 16.01% ובמחצית הראשונה של שנת 2011, 26.4% לעומת 11.73% (בהמשך הוצגה השוואה גם לפי "חישוב מלמעלה"). בית המשפט עמד על כך, שרווחי תשלובת החלב משקפים רווח ממוצע ממגוון מוצרי חלב, והדגיש כי בשל טבעו של ממוצע, לא כל חריגה כלפי מעלה מממוצע הרווחיות מעידה על "סטייה מן הרווחיות הסבירה". עוד צוין, כי רווחי תשלובת החלב נובעים גם ממכירת חלב ניגר, ששיעור הרווחיות ממנו נמוך. עם זאת, נקבע כי הפערים בין רווחי תנובה ממכירת קוטג' לבין רווחי תשלובת החלב הם "גדולים ומשמעותיים", וכי אף לפערים אלו תנובה לא סיפקה הסבר כלכלי.

13. שלישית, נערכה השוואה בין מחירי הקוטג' בתקופה הרלוונטית לתובענה, שסופה כאמור בקיץ 2011, לבין מחירי הקוטג' בשנים שלאחר מכן. בית המשפט עמד על כך, שאומנם לא הוצגו נתונים על אודות המחירים שקבעה תנובה לקוטג', שכן מחירי הקוטג' שהוצגו בתובענה הם מחירים ממוצעים של קוטג', אשר מבוססים הן על מחירי

קוטג' תנובה הן על מחירי הקוטג' של המתחרות, שפרסמה הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. למרות זאת, נקבע כי אין מניעה להשתמש בנתונים אלו, משום ש"כבר נאמר לא אחת כי הנתונים של החברות השונות ושל כלל שוק הקוטג' דומים".

לגוף הדברים, צוין כי בתקופה הרלוונטית לתובענה נע ממוצע מחירי הקוטג' לצרכן בין 6.2 ש"ח ל-6.97 ש"ח; וכי החל מקיץ 2011 ועד למועד מתן פסק הדין, בחודש מרץ 2020, מחיר הקוטג' לצרכן נותר, ככלל, מתחת ל-6 ש"ח. נקבע כי "באופן פשטני", בהינתן שלאחר קיץ 2011 נותר מחיר הקוטג' נמוך מ-6 ש"ח למשך שנים, הרי ש"מחיר גבוה יותר היה גבוה מדי". אשר לטענת תנובה, שלפיה הפחתת מחיר הקוטג' בקיץ 2011 הייתה קשורה למחאה החברתית שאירעה אז, אשר הסבה לה נזקים כלכליים ותדמיתיים, נקבע כי חברה רשאית לשקול שיקולי תדמית ולקבל על-בסיסם החלטות כלכליות. עם זאת, נקבע כי אין בנתונים שהובאו "הצדקה כלכלית" להבדל המשמעותי בין מחירי הקוטג' בתקופת התביעה לבין מחירו בשנים שלאחר מכן; וכי תנובה לא הציגה נימוקים כלכליים, שבעטיים אין לראות במחיר הקוטג' לאחר קיץ 2011 כ"מחיר האמיתי" של קוטג'.

14. לנוכח כל האמור, נקבע כי "גם לפי מבחן ההשוואה", מחירו של קוטג' תנובה היה גבוה במיוחד בתקופת התביעה; וכי בהינתן שתנובה היא בעלת מונופולין, אשר מחזיקה "בכח שוק גדול, שמועצם עוד יותר ע"י הביקוש הקשיח למדי למוצר", הרי שהמחיר שקבעה תנובה לקוטג' בתקופת הרלוונטית אינו מחיר הוגן.

15. אשר לשאלת הנזק שנגרם כתוצאה מהאמור, צוין כי אמנם בהחלטת האישור הוגדרה תקופת התביעה בין חודש מרץ 2008 לחודש יולי 2011, אך נקבע כי הנזק יחושב רק לתקופה שתחילתה בחודש ינואר 2009, משום שזו התקופה שאליה התייחס נאור בסיכומיו בכל הנוגע לחישוב הנזק. לגוף הדברים, צוין כי עיקר הקושי בהקשר הנדון נעוץ בצורך לקבוע רף, שמעליו יחשב המחיר כגבוה במיוחד ובלתי הוגן, שהרי הנזק הוא ההפרש בין המחיר שנקבע בפועל לבין אותו רף. בית המשפט הדגיש, כי הצדדים "לא הפנו לפתרון כלשהו" בהקשר זה; וקבע, כי יש להעמיד את הרף האמור על מחיר שהיה נקבע בתנאי תחרות, והיה מאפשר לפירמה לכסות עלויות ולהרוויח "רווח סביר". בית המשפט ציין, כי בענייננו קיים קושי להציב את אותו רף, כבר במהלך הבחינה אם תנובה קבעה לקוטג' מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן, בין היתר משום שלא הוצגו לפני בית המשפט "נתונים מלאים"; אך נקבע כי "בשעה זו לא ניתן להיבטל מן המלאכה", וכי בהתאם למצוות המחוקק, יש להכריע בסוגיה.

בית המשפט המחוזי שב והזכיר כי דחה את "קווי הגבול השרירותיים" שהציע נאור, לעניין שיעור הרווח התפעולי שחצייתו תעיד על מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן. צוין כי בהמשך הציע נאור קווי גבול נוספים – ממוצע רווחי החברות הזרות, או הרווח הממוצע של תשלובת החלב – אך נקבע כי בשל הצורך לאפשר התנהלות חופשית של השוק ולא לפגוע בתמריצי היצרנים, לא ראוי לקבוע את קו הגבול כאמור על ערך ממוצע.

16. בשורה התחתונה, נפסק כי יש לקבוע את קו הגבול למחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן על-בסיס שיעור הרווח התפעולי הגבוה ביותר שנמצא בנתונים על החברות הזרות, שהוא שיעור הרווח הממוצע לשנת 2009 של חברת Kraft Foods, שעומד, לפי "חישוב מלמעלה", על 18.5% (להלן בהתאמה: קראפט והרווח של קראפט). בהמשך לכך נקבע כי יש לחשב את הנזק בענייננו לפי ההפרש בין שיעור הרווח התפעולי של תנובה מקוטג' בשנים הרלוונטיות, לבין שיעור הרווח של קראפט, כדלקמן: בשנת 2009, נזק בשיעור 1% מהרווח התפעולי של תנובה (19.5 פחות 18.5); בשנת 2010, נזק בשיעור 3.5% (22 פחות 18.5); ובמחצית הראשונה של שנת 2011, נזק בשיעור 2.5% [צ"ל 3% – י"ו] (21.5 פחות 18.5).

17. לנוכח האמור, נפסק כי תנובה תפצה את הקבוצה בגין "הרווח הבלתי הוגן" שהפיקה ממכירת קוטג' בתקופה הרלוונטית, בסך של כ-15.77 מיליון ש"ח. בפסק הדין המשלים, נקבע כי סכום זה יועבר לקרן שהוקמה לפי סעיף 27א לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, וכי הקרן תייעד את הסכום "לנושאים שמקדמים את התחרות הכלכלית". עוד נפסקו גמול ושכר-טרחה בשיעור מדורג, כמפורט בפסק הדין.

מכאן הערעורים שלפנינו.

תחילה אציג את טענות הצדדים הנוגעות לערעור שהגישה תנובה, ולאחר מכן את טענותיהם ביחס לערעור שהגיש נאור.

תמצית טענות הצדדים – ערעור תנובה

18. תנובה טוענת כי המחיר שקבעה לקוטג' בתקופת התביעה לא היה גבוה במיוחד, לא כל שכן בלתי הוגן. לטענתה, קו הגבול שהציב בית המשפט המחוזי למחיר כאמור נקבע באופן שרירותי; ללא ביסוס כלכלי, וללא עיגון כלשהו בחוות הדעת הכלכליות

מטעם הצדדים; ותוך התעלמות מכך שנאור לא עמד בנטל המוטל עליו להוכיח מהו קו הגבול כאמור, כפי שקבע בית המשפט המחוזי עצמו.

תנובה מוסיפה כי מכל מקום, קו הגבול שנקבע בהקשר הנדון שגוי לגופו. ראשית, נטען שמדובר בקו גבול לרווח, בעוד שהדין אוסר על קביעת מחיר בלתי הוגן. תנובה מדגישה, כי איסור על השאת רווחים מעל שיעור מסוים, יוביל למצב שאינו מתקבל על הדעת, שבמסגרתו היצרן מתמרץ, באופן מובנה, להימנע מהתייעלות. תנובה טוענת כי בכל אופן, חברת קראפט פועלת בתנאי תחרות, כך שקו הגבול שנקבע משקף רווחיות תחרותית; ומוסיפה, כי קו הגבול שנקבע עניינו הרווח הממוצע של קראפט ממכירת מגוון מוצרים, כך שבהכרח קיימים מוצרים שהרווח ממכירתם – בתנאי תחרות, כאמור – גבוה מהרווח הממוצע של קראפט, שנקבע כקו גבול להוגנות בשוק מונופוליסטי, באופן שמוביל לתוצאה לא הגיונית. נטען כי לנוכח האמור, לא ניתן לקבוע שרווחים בשיעור גבוה מהרווח של קראפט, לא כל שכן בשיעורים מזעריים, כבענייננו, הם רווחים בלתי הוגנים.

19. תנובה מוסיפה, כי יישום מבחן העלויות בעניינה אינו מוביל למסקנה שלפיה קבעה לקוטג' מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן. בהקשר זה צוין, בין היתר, כי שיעור הרווח התפעולי המקסימלי של תנובה בתקופה הרלוונטית לתביעה עמד על 22% ונטען, כי לא מדובר ברווח משמעותי שמעיד על מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן. עוד נטען, כי גם מבחני ההשוואה שנערכו אינם מובילים למסקנה בדבר מחיר גבוה במיוחד כאמור.

תנובה מדגישה, כי מחירי הקוטג' ששימשו להשוואה בין המחיר בתקופת התביעה לבין המחיר שלאחר מכן, כלל לא היו מחירים של קוטג' תנובה, אלא מחירים ממוצעים המבוססים על כלל היצרניות בשוק; וכי אף לא מדובר במחירים שקבעו היצרניות, אלא במחיר קמעונאי לצרכן. נטען כי מכל מקום, הפער במחיר הקוטג' בין התקופות האמורות אינו משמעותי. תנובה מוסיפה, כי העובדה שהיא בחרה להוריד את מחירי הקוטג' בעקבות המחאה החברתית בקיץ 2011, לא מובילה למסקנה כי טרם הורדת המחירים, המחיר היה גבוה במיוחד ובלתי הוגן; וכי שיקולי המוניטין שהנחו אותה בהקשר זה הם הצדקה כלכלית רלוונטית לפער הנדון.

אשר להשוואות הנוגעות לרווחי החברות הזרות ולרווחי תשלובת החלב, תנובה טוענת כי גם כאשר שיעור רווח ממוצר מסוים עולה באופן משמעותי על שיעור הרווח הממוצע ממגוון מוצרים, הרי שבשל טבעו של ממוצע, לא נובע מכך שהרווח מהמוצר המסוים הוא בלתי הוגן. תנובה מוסיפה כי לא בכדי, השוואות אלו כלל לא נתמכו על-

ידי המומחה הכלכלי מטעם נאור, אלא נערכו לראשונה בסיכומיו; וכי שגה בית המשפט המחוזי כשדחה את טענות תנובה להרחבת חזית בהקשר זה.

20. תנובה מוסיפה, כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי עוסק רק בשאלת גובה המחיר, או הרווח, ומתעלם כליל משאלת ההוגנות, בעוד שקיימים שיקולים חשובים שתומכים במסקנה בדבר הוגנות המחיר בענייננו. בהקשר זה נטען, בין היתר, כי תנובה אינה ספק יחיד בשוק הקוטג', שכן בתקופה הרלוונטית החזיקו המתחרות בכ-30% מהשוק, כך שהצרכנים היו יכולים לבחור בחלופות לקוטג' תנובה; וכי בנסיבות אלו, בחירת הצרכן לרכוש דווקא קוטג' תנובה מעידה על העדפותיו, ולא על ניצול של תנובה את הצרכנים.

עוד נטען, כי בתקופת התביעה היה הקוטג' נתון לפיקוח מסוג "דיווח על רווחיות ומחירים", לפי פרק ז' לחוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפיקוח); כי בהתאם, למערך הפיקוח על מחירים הייתה גישה מלאה לנתונים בדבר מחירי קוטג' תנובה, רווחיותו ועלויות ייצורו; וכי העובדה שמערך הפיקוח בחר שלא להתערב במחיר הקוטג', מלמדת כי אין מדובר במחיר בלתי הוגן. עוד נטען, כי בית המשפט המחוזי התעלם מכך שבשנים שקדמו לתקופת התביעה, מחיר הקוטג' לא נקבע על-ידי תנובה, בהיותו מפוקח לפי פרק ה' לחוק הפיקוח, באופן שהוביל למכירתו בשנים אלו במחירי הפסד.

21. מנגד, נאור טוען כי בדין נקבע כי המחיר שקבעה תנובה לקוטג' בתקופה הרלוונטית לתובענה היה גבוה במיוחד ובלתי הוגן. נאור מדגיש כי נכונות הצרכנים לשלם מחיר גבוה ובלתי הוגן, אינה גורעת מכך שמדובר במחיר בלתי הוגן; וכי האיסור לקבוע מחיר כאמור חל על כל בעל מונופולין, ולא רק על ספק יחיד בשוק. עוד נטען, בין היתר, כי בצדק נקבע שלפי מבחן העלויות מחירי קוטג' תנובה היו גבוהים במיוחד ובלתי הוגנים בתקופת התביעה; כי קיים פער משמעותי בין רווחי תנובה ממכירת קוטג' לבין רווחי החברות הזרות; כי הפער בין רווחי תנובה מקוטג' לבין רווחי תשלובת החלב, "זועק לשמיים"; וכי אין מניעה להשוות את מחיר המוצר בתקופה הרלוונטית לתביעה למחירו בתקופה אחרת.

תמצית טענות הצדדים – ערעור נאור

22. ערעורו של נאור נוגע לשתי קביעות של בית המשפט המחוזי: האחת, בעניין זהות מוצרי הקוטג' מושא התובענה; והשנייה, בעניין אופן חישוב הרווח שהפיקה

תנובה כתוצאה מקביעת מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן לקוטג'. אשר למוצרים מושא התובענה, נטען כי אלו כוללים את כל מוצרי הקוטג' שמכרה תנובה לכלל לקוחותיה בתקופת התביעה, בכל משקל, עם או בלי תוספות, ובכל אחוזי השומן; וכי בהתאם, שגה בית המשפט המחוזי, כשקבע כי מוצרי התביעה כוללים רק קוטג' באריזת 250 גרם ללא תוספות, באחוזי שומן של 5% ו-9%. אשר לגובה הנזק נטען, בעיקרו של דבר, כי היה מקום לחשבו באמצעות הפער בין רווחי תנובה מקוטג' לבין רווחיה הממוצעים של תשלובת החלב; ולעשות כן במונחי רווח "מלמטה", ולא "מלמעלה".

23. מנגד, תנובה טוענת כי בית המשפט המחוזי הגדיר במפורש את מוצרי הקוטג' מושא התובענה, וכי לא נפלה טעות בהגדרה זו. תנובה מוסיפה, כי רווחיה הממוצעים של תשלובת החלב אינם יכולים לשמש כאמת מידה לגובה הראוי של מחיר הקוטג', בשל טבעו של ממוצע, כמפורט בערעורה.

ההליך בבית משפט זה

24. ביום 4.10.2021 קיימנו – השופטים ד' ברק-ארז, י' וילנר וא' שטיין – דיון באשר לסדר הדיון בערעורים, ובסיומו הורינו, בהסכמת הצדדים, על דחיית הדיון עד למתן פסק דין ברע"א 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' גפניאל, מאחר שעמדו שם להכרעה סוגיות עקרוניות הנוגעות גם לערעורים שלפנינו. ביום 26.7.2022 ניתן פסק הדין בעניין גפניאל, ובהחלטתנו מיום 6.9.2022 התרנו לצדדים להגיש השלמת טיעון קצרה בכתב על רקע פסק הדין בעניין גפניאל. בהמשך לכך, ביום 28.11.2022 קיימנו דיון בטענות הצדדים לגוף הערעורים.

25. בשלה אפוא העת להכריע בערעורים שלפנינו. כרקע נדרש, אציג תחילה את עיקרי פסק הדין בעניין גפניאל.

עיקרי פסק הדין בעניין גפניאל

26. בעניין גפניאל דן בית משפט זה בערעור על החלטת בית המשפט המחוזי, שאישר לנהל תובענה ייצוגית נגד המערערת שם, בעילה של קביעת מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן, ביחס למשקה "קוקה-קולה" בבקבוק של 1.5 ליטר. בית משפט זה בעניין גפניאל נדרש לראשונה להכרעה עקרונית בשאלה, אם האיסור לקבוע "מחיר בלתי הוגן", המוטל על בעל מונופולין בסעיף 29א לחוק, חל גם על מחירים גבוהים במיוחד; ומהם התנאים לאכיפת איסור זה.

27. במסגרת ההליך בעניין גפניאל הגיש היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו בשאלות שעל הפרק (להלן: עמדת היועמ"ש), ועל-פיה, בתמצית, האיסור המוטל על בעל מונופולין לקבוע "מחיר בלתי הוגן" נוגע גם למחירים גבוהים במיוחד, אך יש לאכוף איסור זה באופן זהיר ומרוסן, רק בהינתן "אינדיקציות ברורות" לכך שהמחיר שנקבע הוא גם גבוה במיוחד וגם בלתי הוגן. היועמ"ש ציין כי עמדתו מבוססת על עמדת רשות התחרות בסוגיה; והדגיש כי גישה מרוסנת באכיפת האיסור הנדון נחוצה בשל חשש, שדווקא אכיפתו היא שתפגע, בטווח הבינוני ובטווח הארוך, בתחרות במשק וברווחת הצרכן; וכי חשש זה מתעצם, בשל "סיכון ממשי לטעות" בהכרעה אם עסקינן במחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן אם לאו.

28. בעניין גפניאל אימץ בית משפט זה, בעיקרו של דבר, את עמדת היועמ"ש. בפסק הדין, שחוות הדעת העיקרית בו נכתבה על-ידי השופטת ע' ברון, נקבע כי יש להכיר באיסור על קביעת מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן (להלן גם: עילת המחיר המופרז או העילה); אך הודגש כי יש להפעיל עילה זו בזהירות ובריסון. צוין כי אומנם העילה האמורה שנויה במחלוקת בין מומחים בארץ ובעולם, וקיימות שיטות משפט שאינן מכירות בה, כמו ארה"ב וקנדה, אך עם זאת, העילה מוכרת בקהילה האירופית; כי ההוראות הרלוונטיות בחוק התחרות מבוססות, במידה רבה, על ההוראות הנוגעות בדבר בדין האירופי; וכי מכאן נובע שהמחוקק בחר, במודע, לקלוט בדין הישראלי את עילת המחיר המופרז. עוד נקבע, כי העילה מסייעת להתמודד עם כשלים תחרותיים בשווקים מונופוליסטיים, ובכך עולה בקנה אחד עם תכליות חוק התחרות; כי לגישת רשות התחרות והיועמ"ש, עילת המחיר המופרז קיימת בדין הישראלי; וכי הכרה בעילה מתיישבת גם עם פסיקת בתי המשפט המחוזיים שנדרשו לסוגיה. לנוכח האמור, נקבע כי קליטת עילת המחיר המופרז בדין הישראלי "אך מתבקשת".

29. לצד זאת, נקבע כי יש להפעיל את העילה באופן זהיר ומרוסן. בית המשפט עמד על כך, שעילת המחיר המופרז אינה מתמודדת עם הפגיעה בתחרות עצמה, אלא רק עם תסמין של כשלים תחרותיים. הודגש כי לנוכח האמור, בדין האירופי נאכפת העילה במקרים נדירים ובגישה מרוסנת, תוך העדפה ניכרת לשימוש בכלים שנועדו להגביר את התחרות. בית המשפט פירט, כי לפי עמדת נציבות התחרות האירופית, יש לאכוף את העילה רק "כמוצא אחרון", בהינתן מחירים גבוהים לאורך זמן, בשוק עם חסמי כניסה והתרחבות משמעותיים, ובהיעדר סעד אחר שבכוחו לשפר את התחרות. עוד הודגש, כי ככלל, באירופה נאכפת העילה על-ידי רשויות התחרות השונות, ולא באכיפה פרטית במסגרת תובענות ייצוגיות. בית המשפט הדגיש, כי בגילוי דעת 1/17 אימצה רשות

התחרות בישראל את המבחנים המקובלים באיחוד האירופי ליישום העילה ואת הגישה הזוהירה הנוהגת שם; וכי עמדת הרשות, שאומצה בעמדת היועמ"ש, היא שיש לפרש את העילה באופן מצומצם וזהיר ביותר, ולהפעילה רק במקרים של ניצול צרכני מובהק, "הדוקרים את העין וברורים לכל". בית המשפט הדגיש, כי יש ליתן בסוגיה הנדונה משקל נכבד לעמדתה המקצועית של רשות התחרות, שנהנית ממומחיות מוסדית מיוחדת בתחום זה.

30. בית המשפט הבהיר, כי לצד התועלת הפוטנציאלית הגלומה בעילת המחיר המופרז, שעיקרה שיפור רווחת הצרכן בטווח הקצר, הרי שהחלת העילה כרוכה בסכנות ובקשיים, שעיקרם חשש כי הסדרת מחירים בדיעבד עלולה, בטווח הבינוני ובטווח הארוך, לפגוע בתחרות וברווחת הצרכן.

בית המשפט הדגיש, כי קיים סיכון משמעותי לטעות ביישום העילה ולאכיפת יתר. זאת, בשל הקושי לקבוע היכן עובר קו הגבול בין מחיר גבוה, לבין מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן; ובשל היעדר מבחן משפטי שמייצר ודאות בהקשר זה. עוד הודגש, כי היכולת לקבוע מחיר גבוה מתמרצת פירמות להשקיע במחקר ובפיתוח, בחדשנות, בהתייעלות ועוד; וכי החלת העילה עלולה לפגוע בתמריצי ההשקעה של הפירמות ובתחרות הדינמית בשוק, באופן שיסב נזק לצרכנים בטווח הבינוני ובטווח הארוך. בית המשפט הוסיף וציין, כי שימוש בעילה נתפס כפיקוח מחירים בדיעבד, שאינו מספק פתרון ארוך טווח לבעיה התחרותית בשוק; כי יש הסבורים שרשות התחרות, או בית המשפט, אינם הגורם המתאים לפקח על מחירים; וכי לנוכח המורכבות שביישום העילה כאמור, אכיפתה – הן על-ידי רשות התחרות, הן במסגרת תובענות ייצוגיות – כרוכה בעלויות כבדות.

31. על רקע האמור, נקבע כי יש לאמץ מבחן דו-שלבי להחלת העילה, בהתבסס על הניסיון שנצבר בבתי הדין לתחרות באירופה, ובאופן העולה בקנה אחד עם עמדות היועמ"ש והרשות, כדלקמן: בשלב הראשון, יש לבחון אם מדובר במחיר גבוה במיוחד, שהוא מחיר העולה באופן ניכר על המחיר שהיה נקבע בתנאי תחרות בשוק. בחינה זו תיערך, בעיקרו של דבר, בהסתמך על מבחני העזר המקובלים בהקשר זה: מבחן העלויות, מבחני השוואה ומבחן ניתוח הרווחיות. בהינתן מענה חיובי לשאלה בשלב הראשון, בשלב השני יש לבחון אם מדובר גם במחיר בלתי הוגן, שנובע מניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, אם לאו. נקבע כי בשונה מעמדת היועמ"ש, בשלב השני יעבור הנטל אל בעל המונופולין, להוכיח כי למרות היות המחיר גבוה במיוחד כאמור, טעמים כלכליים רלוונטיים מובילים למסקנה כי הוא הוגן. הודגש, כי השלב השני של המבחן נחוץ

למניעת תוצאות שרירותיות ואבסורדיות, שעלולות להתקבל מיישום פשטני של מבחני העזר בשלב הראשון; וכי בשלב השני נדרש בית המשפט לוודא כי במישור הכלכלי, התועלת הטמונה בהתערבות במחיר עולה על הנזק שעלול להיגרם כתוצאה מכך.

32. בית המשפט הוסיף והדגיש, כי לנוכח הקשיים הטמונים ביישום מבחני העזר הנ"ל, קביעה בשלב הראשון שלפיה מחיר הוא גבוה במיוחד כאמור צריכה להסתמך על אינדיקציות רבות ככל הניתן; וכי בשלב השני, על ההכרעה בשאלת ההוגנות להתבסס על מכלול השיקולים הרלוונטיים, לרבות אלו שנמנו בגילוי דעת 1/17, ובכללם – מידת הבידול של המוצר; קיומם של מוצרים תחליפיים; היקף חסמי הכניסה לשוק; אופן ההשפעה של אכיפת העילה על האיכות, המגוון, הזמינות והמחיר של המוצרים שיוצעו בעתיד לצרכנים; ועוד. הודגש, כי אמנם ההכרעה בשאלת הוגנות המחיר היא ערכית, אך עליה להתבסס על שיקולים כלכליים-תחרותיים, על מנת שלא לפגוע בתמריצי המתחרים בשוק – בפועל ובכוח – להשקיע בהתייעלות, בחדשנות וכו'.

33. השופט י' אלרון הסכים לחוות דעתה האמורה של השופטת ברון. המשנה לנשיאה נ' הנדל סבר, בדעת מיעוט, כי יש לאמץ מבחן שונה, במידה מסוימת, לבחינת העילה, כדלקמן: בשלב הראשון, יש לבחון אם המחיר שקבע בעל המונופולין גבוה מהמחיר שהיה נקבע בתנאי תחרות; ובשלב השני, יש לבחון אם מדובר במחיר "מופרז", כלומר מחיר בלתי הוגן. לגישת המשנה לנשיאה, הנטל להוכיח את שני שלבי המבחן מוטל על התובע (או על המבקש, בשלב הבקשה לאישור התובענה כייצוגית). המשנה לנשיאה הדגיש כי אף הוא סבור, שיש לנהוג זהירות רבה, בכל הנוגע להחלת העילה במסגרת תובענות ייצוגיות, בין היתר לנוכח נטייתו של בית המשפט שלא להתערב בהתפתחויות הנוגעות לשוק; ובשים לב לקשיים היישומיים המשמעותיים הכרוכים בהחלת העילה.

34. בסופו של דבר, הוחלט להחזיר את הדיון בעניין גפניאל לבית המשפט המחוזי כדי שזה יבחן את קיומן של ראיות לכאורה לביסוס העילה של "מחיר מופרז" על פי אמות המידה שנקבעו.

35. על רקע האמור, אדון ואכריע בערעורים שלפנינו, כשהשאלה העיקרית הטעונה הכרעה היא אם מתקיימים בענייננו התנאים להחלת עילת המחיר המופרז.

36. תכליתו העיקרית של חוק התחרות היא לקדם את התחרות במשק ובכך להיטיב עם הציבור. בבסיס החוק גלומה הנחה, שלפיה תחרות חופשית מייצרת תמריצים לחדשנות ולהתייעלות ומובילה להפחתת מחירים, לשיפור איכות המוצרים והשירותים המוצעים במשק ולגיוונם (ראו, למשל: ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' כז-כח והאסמכתאות שם (22.10.2015); עניין גפניאל, פס' 25 והאסמכתאות שם; דיויד גילה "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" משפטים מה 761, 762 (התשע"ו)). לשם הגשמת התכלית האמורה העניק המחוקק לרשות התחרות כלים שונים לאכיפת הוראות החוק (ראו בהקשר זה, למשל, סעיפים 21(א), 43(א), 45 ו-150 לחוק), ואף קבע כי הוראותיו ניתנות לאכיפה במסגרת תובענות ייצוגיות (ראו סעיף 50 לחוק, וכן פרט 4 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות).

37. החוק מבקש אפוא למנוע פגיעות מלאכותיות בהליך התחרותי, ואחת התופעות העיקריות שעמן נועד החוק להתמודד היא ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי, שגורם לפגיעה בתחרות ובציבור (ראו פרק ד' לחוק). בהקשר זה יצוין, כי סעיף 26 לחוק מגדיר "בעל מונופולין" כמי שמספק למעלה ממחצית מכלל האספקה של נכס או של שירות בשוק מסוים, או רוכש למעלה ממחצית האספקה כאמור; ולחלופין, כמי שמחזיק ב"כוח שוק משמעותי" ביחס לאספקת נכס או שירות בשוק מסוים, או ביחס לרכישתם. עוד יצוין כי לפי רשות התחרות, כוח שוק משמעותי הוא, בעיקרו של דבר, היכולת לקבוע, באופן שאינו ארעי, תנאים לאספקה של מוצר או שירות – כמו מחיר, איכות וכו' – שהם נחותים משמעותית מהתנאים שהיו נקבעים בשוק תחרותי ("גילוי דעת 2/19 בעניין אופן בחינת כוח שוק משמעותי" (חוות דעת של רשות התחרות 21.7.2019)).

38. ויודגש: דיני התחרות אינם אוסרים על פירמות להיות בעלות מונופולין, אלא רק על ניצול לרעה של מעמד זה. הבחנה זו נעוצה בהבנה, כי שאיפת השחקנים במשק לרכוש מעמד כאמור, מיטיבה, בעיקרו של דבר, עם התחרות ועם הציבור. כך, רצונן של פירמות להגדיל את נתח השוק או את כוח השוק שלהן, מתמרץ אותן להתייעל ולשפר את איכות מוצריהן דרך השקעה במחקר ובפיתוח. כמו כן, פירמה שהצליחה לבדל את עצמה ממתחרותיה והגדילה את כוח השוק שלה, תגבה עבור מוצריה מחיר גבוה יותר, שיאותת למתחרים פוטנציאליים כי מדובר בשוק רווחי שכדאי להתחרות בו, באופן שבסופו של דבר צפוי להגביר את התחרות בשוק (ראו: מיכל (שיצר) גל והילה נבו "השפעת תורת החלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" משפטים מה 277, 285 (התשע"ו); עניין גפניאל, פס' 26).

39. חוק התחרות אוסר, אפוא, על בעל מונופולין לנצל לרעה את מעמדו ובכך לפגוע בתחרות או בציבור. איסור זה נקבע בסעיף 29א לחוק, אשר ניצב במוקד דיוננו:

ניצול מעמד לרעה
 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).

אם כן, סעיף 29א(ב) לחוק מונה ארבעה סוגי פעולות שבעל מונופולין עלול לנקוט, אשר מקימות חזקה חלוטה לניצול לרעה של מעמדו בשוק (ראו: ה"ע 2/96 המחמנה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות, פס' 56 (7.6.2000); גל ונבו, בעמ' 286; גילה, בעמ' 766). ככלל, עניינן של פעולות אלו בניסיונות להדיר מתחרים מהשוק, באמצעות הקמת מכשולים מלאכותיים לתחרות בו. למשל, האיסור על קביעת "מחיר בלתי הוגן", כאמור בס"ק (1), מתייחס גם לפרקטיקה שבמסגרתה קובע בעל המונופולין מחיר נמוך במיוחד (המכונה גם "מחיר טורפני"), על מנת לדחוק מהשוק מתחרים שלא יוכלו להוריד מחירים באופן דומה, רק כדי להעלות בחזרה את המחירים לאחר יציאת המתחרים מהשוק (גל ונבו, עמ' 289-290).

40. לעומת זאת, האיסור מושא דיוננו, על קביעת מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן, אינו מתייחס לפעולה מדירה שנוקט בעל מונופולין, כי אם לפעולה העולה כדי ניצול צרכני. בכך, האיסור בענייננו שונה מיתר האיסורים המוטלים על בעל מונופולין בהקשר הנדון (גל ונבו, עמ' 295-296; עניין גפניאל, פס' 28). שוני זה ניצב, בעיקרו של דבר, בבסיס הקשיים הנוגעים ליסודות עילת המחיר המופרז וליישומה בפועל, כפי שעוד יצוין להלן. קשיים אלו, בתורם, עומדים בלב המחלוקת, הניטשת בין מומחים בארץ ובעולם ובין שיטות משפט שונות, בשאלה אם יש להכיר בעילה זו.

41. כאמור, בעניין גפניאל הוכרע כי עילת המחיר המופרז מוכרת בדין הישראלי, אך הקשיים הכרוכים בה מונחים בבסיס הגישה הזהירה והמרוסנת שנקבעה שם לאופן יישומה של העילה. כמובהר לעיל, גישה זו עולה בקנה אחד עם עמדות היועמ"ש ורשות התחרות, ואף עם דפוסי החלת העילה במסגרת דיני התחרות באירופה. מבחינה מעשית, נפסק שם, כאמור, כי הכרעה שלפיה הופר האיסור על קביעת מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן מותנית בשתי קביעות מצטברות: האחת, שבעל המונופולין קבע מחיר גבוה משמעותית מזה שהיה נקבע בשוק תחרותי; והשנייה, כי מדובר במחיר שאינו הוגן.

42. אם כן, משסקרנו את המצב המשפטי בסוגיה שעל הפרק, עלינו להכריע בשאלה אם בנסיבות המקרה דנן התמלאו התנאים המצטברים לתחולתה של עילת המחיר המופרז.

אקדים ואומר, כי אני סבורה שיש להשיב על שאלה זו בשלילה. כפי שיפורט להלן, בפסק דינו של בית המשפט המחוזי לא נקבעו נתונים ברורים על המחירים שקבעה תנובה לקוטג', ולא צוין המחיר שהיה נקבע בתנאי תחרות. ממילא, הקביעה בפסק הדין, שלפיה תנובה קבעה לקוטג' מחיר גבוה משמעותית מהמחיר שהיה נקבע בשוק תחרותי, מוקשית. קביעה זו התקבלה אפוא על בסיס תשתית עובדתית חסרה, ותוך התבססות, מוקשית אף היא, על שיעור הרווחים התפעוליים שהפיקה תנובה ממכירת קוטג'. למעלה מכך, אף על פי שסוגיית הוגנות המחיר ניצבת בלב העילה דנן, דומה כי הדיון בה לא מוצה, והשיקולים הרלוונטיים בהקשר זה לא נלקחו בחשבון. כפי שאבהיר להלן, ענייננו ממחיש את הצורך לנקוט גישה מרוסנת וזהירה במיוחד, בכל הנוגע להחלת עילת המחיר המופרז במסגרת תובענות ייצוגיות.

זה העיקר, וכעת אפרט.

השלב הראשון – מחיר גבוה משמעותית מהמחיר התחרותי

43. ראשית יודגש, כי עמידה בשלב הראשון של המבחן כאמור מותנית בכך שהמחיר שקבע בעל המונופולין גבוה באופן משמעותי מזה שהיה נקבע בתנאי תחרות. כלומר, אין די בקביעה כי מדובר במחיר גבוה מזה שהיה נקבע בשוק תחרותי. לנוכח האמור, קיים קושי בקביעת בית המשפט המחוזי, שלפיה "ברי שמטרת האיסור היא למנוע גביית מחיר גבוה מעבר למחירו של המוצר בתנאי תחרות" (פס' 10 לפסק הדין). קביעה זו אף אינה עולה בקנה אחד עם תכליות דיני התחרות, אשר כמובהר לעיל, מכירים ביתרונות

הגלומים בשאיפות השחקנים בשוק לרכוש מעמד מונופוליסטי, כמו גם בכוח האיתות של מחיר גבוה אשר שורר בשוק והפוטנציאל הטמון בו להשפעה חיובית על התחרות.

44. בענייננו, התשתית העובדתית שהמציא נאור אינה מובילה למסקנה, כי תנובה קבעה לקוטג' מחיר גבוה משמעותית מזה שהיה נקבע בשוק תחרותי.

כמפורט לעיל, בית המשפט המחוזי הגיע למסקנה האמורה, על בסיס יישום של מבחן העלויות ושל שלושה מבחני השוואה. להלן אתיחס למבחן העלויות ולשני מבחני השוואה שערך בית המשפט המחוזי, שביסודם ניצבו נתונים על אודות שיעור הרווח התפעולי של תנובה ממכירת קוטג' בתקופה הרלוונטית. לאחר מכן, אתיחס להשוואה בין מחירי הקוטג' בתקופה הרלוונטית למחיריו בשנים שלאחר מכן.

45. ראשית אזכיר אפוא את שיעורי הרווח התפעולי של תנובה ממכירת קוטג' בשנים הרלוונטיות, כעולה מפסק דינו של בית המשפט המחוזי. לפי "חישוב מלמעלה" – בשנת 2009, 19.8%; בשנת 2010, 22%; ובמחצית הראשונה של שנת 2011, 20.9%. לפי "חישוב מלמטה", מדובר בשיעורים של 24.7%, 28.2% ו-26.4%, בהתאמה.

46. בכל הנוגע למבחן העלויות, בית המשפט המחוזי קבע כי הנתונים הנ"ל מעידים על "פער משמעותי" בין המחיר של קוטג' תנובה לבין עלויות ייצורו, באופן שמוביל למסקנה כי תנובה קבעה מחיר בלתי הוגן לקוטג' בתקופת התביעה (פס' 49 ו-85 לפסק הדין).

ואולם, כפי שציין בית המשפט המחוזי, קביעה מסוג זה צריכה להתבסס על "הנסיבות בשוק הספציפי" (פס' 45 לפסק הדין), שהרי לצורך אומדן המחיר שהיה נקבע בשוק בתנאי תחרות, יש להניח הנחות שונות לגבי השוק הקונקרטי, הנוגעות בין היתר למבנה השוק, לאינטראקציה בין המתחרים בו, לגמישות הביקוש למוצר הרלוונטי, ועוד. ואולם, מעבר לכך שאין בפסק הדין קביעה בדבר המחיר שהיה נקבע בשוק הקוטג' בתנאי תחרות, הרי שבית המשפט המחוזי הדגיש, כי "הדרישה [...] לבחון את שיעור הרווח בנסיבות השוק הספציפי קשה למילוי בענייננו, מקום שאין פרטים אודות מוצרים דומים או אודות יצרנים אחרים של קוטג'" (פס' 52 לפסק הדין), ואף קבע כי "לא הובאו ראיות למידת הרווחיות המקובלת בשוק המזון או בשוק החלב" (פס' 59 לפסק הדין).

לא נמצא אפוא בסיס לקביעה, שלפיה מבחן העלויות מלמד על "פער משמעותי" בין מחיר קוטג' תנובה לעלויות ייצורו.

47. אשר להשוואה בין שיעור רווחי תנובה מקוטג', כמפורט, לבין השיעור הממוצע של רווחי החברות הזרות, שעמד על 12.1% כאמור, נקבע כי רווחי תנובה מקוטג' "גבוהים בהרבה" משיעור הרווח הממוצע של החברות הזרות, באופן שמלמד כי תנובה קבעה מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן לקוטג'. ברם, דומה כי השוואה זו מעוררת קשיים, וכך גם המסקנות שהוסקו ממנה.

ראשית, הקביעה שלפיה רווחי תנובה מקוטג' "גבוהים בהרבה" מרווחי החברות הזרות, לא נומקה. שנית, ההשוואה דנן כרוכה בקשיים, בין היתר משום שכפי שציין בית המשפט המחוזי, לא הוצגו נתונים על פעילות החברות הזרות או על השווקים שבהם הן פועלות. בהיעדר נתונים כאמור, לא ברור כי מושא ההשוואה רלוונטי לענייננו. בתוך כך יודגש, כי הצדדים אינם חולקים על כך שהחברות הזרות פועלות בתנאי תחרות (ראו: עמ' 652 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי; פס' 58 לסיכומי נאור בבית המשפט המחוזי).

שלישית ועיקר; הנתונים שהוצגו על אודות רווחי החברות הזרות מתייחסים לממוצע רווחיהן ממכירת מגוון המוצרים המוצעים על-ידן. ממילא, קיימים מוצרים ששיעור רווחי החברות הזרות ממכירתם גבוה משיעור אותו ממוצע, ואפשר שאף "גבוה בהרבה". אם כן, הנתונים על אודות רווחי החברות הזרות אינם שוללים את האפשרות, כי חברות אלו מוכרות קוטג' – בשוק תחרותי – בשיעור רווחים דומה לשיעור רווחי תנובה מקוטג', ואף בשיעור גבוה מכך.

בנסיבות אלו, ההשוואה בין רווחי החברות הזרות לרווחי תנובה ממכירת קוטג', אינה מלמדת כי תנובה קבעה לקוטג' מחיר גבוה משמעותית מהמחיר שהיה נקבע בתנאי תחרות.

48. מטעמים דומים, קשה להסיק מסקנות רלוונטיות מההשוואה בין רווחי תנובה ממכירת קוטג' לבין רווחי תשלובת החלב. רווחי תשלובת החלב משקפים את הרווח הממוצע ממכירת מגוון מוצרי חלב, כך שבהכרח קיימים מוצרי חלב ששיעור הרווח ממכירתם גבוה מאותו ממוצע (אלא אם כל המוצרים היו נמכרים בשיעור רווח זהה לחלוטין). ברי, אפוא, כי אין בעצם הפער בין שיעור הרווח ממכירת קוטג' לבין השיעור הממוצע של רווחי תשלובת החלב כדי להוביל למסקנה, בדבר קביעת מחיר גבוה משמעותית מהמחיר שהיה נקבע בתנאי תחרות. למעלה מכך, מסקנה מסוג זה צריכה להתבסס, כאמור, על נסיבות השוק הקונקרטי, שהרי לשווקים שונים יש מאפיינים שונים,

אשר משפיעים, בין היתר, על רמת הרווחיות בהם. בהקשר זה יוזכר, כי בית המשפט המחוזי קיבל את טענת תנובה, שלפיה תשלובת החלב כוללת גם חלב ניגר, ששיעור הרווחיות ממכירתו נמוך באופן יחסי (פס' 71 לפסק הדין). לנוכח האמור, אף ההשוואה הנדונה אינה מובילה למסקנה, שלפיה תנובה קבעה לקוטג' מחיר גבוה משמעותית מזה שהיה נקבע בתנאי תחרות.

49. אם כן, יישום מבחני העזר המבוססים על נתונים בדבר שיעור הרווח התפעולי של תנובה ממכירת קוטג', אינו מוביל למסקנה, שלפיה תנובה קבעה לקוטג' מחיר גבוה משמעותית מזה שהיה נקבע בתנאי תחרות.

50. במאמר מוסגר, ולמעלה מן הצורך, יוער כי הסתמכות משמעותית על נתונים בדבר שיעור הרווח התפעולי, לצורך הוכחת עילת המחיר המופרז, מעוררת, באופן מובנה, קשיים לא מבוטלים (ראו: גילוי דעת 1/17, בעמ' 13). כך, כאשר חברה מתייעלת ומקטינה את עלויות הייצור של המוצר, בלי לשנות את מחירו, הרווח התפעולי ממכירתו גדל; תוצאה זו מתקבלת, גם אם החברה מקטינה את עלויות הייצור בשיעור מסוים, ובמקביל מפחיתה את המחיר בשיעור נמוך יותר. מכאן נובע שבהיעדר נתונים ברורים על אודות מחירי המוצר הרלוונטי ועלויות ייצורו, הסתמכות משמעותית בהקשר הנדון על שיעור הרווח התפעולי, עלולה להוביל למצב שבו ייקבע כי בעל מונופולין קבע מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן למוצר, רק מאחר שייעל את הליך הייצור – מעשה מבורך מבחינה חברתית וכלכלית כאחד. ברי כי מצב כזה אינו מתקבל על הדעת, שכן הוא מייצר תמריצים להימנע מהתייעלות, בניגוד מובהק לתכליות דיני התחרות.

51. כאמור, הנתונים על אודות שיעור הרווח התפעולי של תנובה ממכירת קוטג' לא היו הנתונים היחידים שעמדו לפני בית המשפט המחוזי. לצד נתונים אלו, הוצגו בתובענה נתונים על אודות מחירי הקוטג' בתקופת התביעה ומחיריו בשנים שלאחר מכן, שזוהי תמציתם: בשנת 2008 עמד מחיר הקוטג' על 6.2 ש"ח; בשנת 2009, על 6.31 ש"ח; בשנת 2010, על 6.6 ש"ח; ובמחצית הראשונה של שנת 2011, עמד מחיר הקוטג' על 6.97 ש"ח. לעומת זאת, בשנים שלאחר מכן ועד שנת 2017, מחיר הקוטג' היה נמוך, ככלל, מ-6 ש"ח.

52. בית המשפט השווה כאמור בין מחירי הקוטג' בתקופה הרלוונטית לתביעה לבין מחירי הקוטג' בשנים שלאחר מכן, והסיק מהשוואה זו כי המחיר שקבעה תנובה לקוטג' בתקופה הרלוונטית היה גבוה משמעותית מזה שהיה נקבע בתנאי תחרות. ברם, דומה כי אף מסקנה זו מעוררת קשיים.

ראשית, אין חולק כי מחירי הקוטג' הנדונים אינם מחירים של קוטג' תנובה; אלא מחירי קוטג' ממוצעים של כלל היצרניות בשוק, שתנובה החזיקה כאמור בכ-70% ממנו. ויודגש: בית המשפט המחוזי קבע, כי לא הוכחה הטענה שלפיה תנובה קבעה את מחירי הקוטג' בשוק כולו (פס' 35 לפסק הדין). אין אפוא מנוס מן המסקנה, כי הקביעה שלפיה תנובה קבעה מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן לקוטג', התקבלה ללא נתונים על אודות מחירים שקבעה תנובה לקוטג' (וללא נתונים על מחירי הקוטג' שקבעו המתחרות).

אף אם לצורך הדיון אצא מנקודת הנחה, שלפיה אין בקושי האמור כדי לסתום את הגולל על האפשרות להסיק מסקנה רלוונטית מהנתונים על מחירי הקוטג' של תנובה כאמור; הרי שבית המשפט המחוזי לא נימק את קביעתו, שלפיה הפער בין מחירי הקוטג' בתקופות השונות מלמד כי בתקופה הרלוונטית, תנובה קבעה לקוטג' מחיר גבוה משמעותית מזה שהיה נקבע בתנאי תחרות. בהקשר זה, נקבע כי "תנובה נמנעה מלהבהיר תוך ביסוס בנתונים כלכליים, מדוע אין לראות במחיר הנמוך לאורך שנים ארוכות משום מחיר אמיתי" (פס' 67 לפסק הדין), אך נטל ההוכחה בהקשר זה אינו מוטל על תנובה, כי אם על התובע. עוד נקבע, כי לא נמצאה "הצדקה כלכלית" להבדלי המחירים בין התקופות השונות, אולם בית המשפט עמד על טענת תנובה, שלפיה בקיץ 2011 הורידה את מחירי הקוטג' בשל "נזקים כלכליים ותדמיתיים" שהסבה לה המחאה החברתית; ואף קבע בהקשר זה כי "פירמה רשאית לשקול שיקולים של תדמית ומוניטין ולהסיק מהם מסקנות כלכליות" (פס' 64 לפסק הדין).

אם כן, אין בהשוואת ממוצע מחירי הקוטג' של כלל היצרניות בשוק בתקופות השונות כאמור כדי לבסס מסקנה, שלפיה בתקופת התביעה קבעה תנובה לקוטג' מחיר גבוה משמעותית מזה שהיה נקבע בתנאי תחרות.

53. לנוכח כל האמור, אין ביישום מבחני העזר הנ"ל בענייננו, כדי לבסס מסקנה כי תנובה קבעה לקוטג' מחיר גבוה משמעותית מזה שהיה נקבע בשוק תחרותי. כמוכנה לעיל, מסקנה כאמור היא תנאי הכרחי לקביעה כי הופר האיסור על קביעת מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן.

לפיכך, די באמור לעיל כדי להוביל לקבלת הערעור של תנובה ולדחיית הערעור של נאור.

54. למעלה מן הצורך, אציין כי אף האופן שבו חושב הנזק בענייננו, תומך במסקנה שלפיה לא הוכח כי תנובה קבעה מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן לקוטג'. כפי שציין בית המשפט המחוזי, הנזק בעילה דנן מחושב, ככלל, באמצעות הפער בין המחיר שקבע בעל המונופולין לבין הרף שנקבע, בנסיבות העניין, למחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן. כלומר, כל מחיר מעל אותו רף נחשב גבוה משמעותית מהמחיר שהיה נקבע בתנאי תחרות; ומחיר שמצוי בפער קטן כלפי מטה מאותו רף, הוא אמנם מחיר גבוה מזה שהיה נקבע בתנאי תחרות, אך לא באופן משמעותי.

בענייננו, כמפורט לעיל, הרף הנדון נקבע במונחי שיעור רווח תפעולי, והוצב על שיעור הרווח התפעולי הממוצע של חברת קראפט בשנת 2009 – 18.5%. כמובהר לעיל, קיים קושי לבסס קביעה בדבר מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן בהסתמך על שיעור רווח תפעולי בלבד.

אף בהתעלם מהקושי האמור, קביעת בית המשפט בהקשר הנדון מוקשית. לנוכח האמור לעיל על אודות משמעות הרף בהקשר הנדון, ובהתאם לרף שנקבע בענייננו, כל שיעור רווח מעל 18.5% נחשב רווח גבוה משמעותית מזה שיכול היה להתקבל בתנאי תחרות; ורווח שמצוי בפער קטן כלפי מטה מרף זה, הוא רווח גבוה מזה שהיה מתקבל בתנאי תחרות, אך לא באופן משמעותי. ואולם, אין חולק כאמור כי חברת קראפט פועלת בתנאי תחרות. לפיכך, נראה כי ברמה המושגית, שיעור הרווח של קראפט אינו יכול לשמש רף לחישוב הנזק בענייננו (ראו גם: Michal S. Gal & Rivi Dahan, *Legal Obstacles to Private Enforcement of Competition Law* 3 MARKET & COMPETITION L. REV. 133, 142 (2019) (להלן: גל ודהן)), שם מציינות המחברות כי בתי המשפט עלולים להיקלע בהקשר הנדון ל"מלכודת עלויות" (cost trap), ולהניח כי המחיר התחרותי, או מחיר קרוב לו, יכול לשמש כרף כאמור למחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן). הקושי הנדון אף מתעצם בענייננו, מאחר ששיעורי הרווח של תנובה ממכירת קוטג' בשנים הרלוונטיות גבוה מהרף שנקבע כאמור בשיעורים נמוכים, של 1% עד 3.5% בלבד, כמפורט לעיל.

55. סיכום ביניים: לא הוכח כי המחיר שקבעה תנובה לקוטג' גבוה משמעותית מזה שהיה נקבע בתנאי תחרות; לא כל שכן, אין מקום למסקנה, שלפיה ענייננו נמנה עם המקרים החריגים והקיצוניים, "הדוקרים את העין וברורים לכל", שבהם יש לאכוף את העילה (ראו עניין גפניאל, פס' 47).

56. כאמור, ניתן היה לעצור את הילוכנו בנקודה זו, לקבל את ערעורה של תנובה ולדחות את ערעורו של נאור. עם זאת, לנוכח חשיבות הדברים, ראיתי לדון גם בשלב השני של המבחן שנקבע בעניין גפניאל, שעניינו כאמור שאלת הוגנות המחיר. אקדים ואומר, כי אין בענייננו בסיס לקביעה, שלפיה המחיר שקבעה תנובה לקוטג' אינו הוגן.

השלב השני – מחיר בלתי הוגן

57. כמובהר לעיל, לצורך הכרעה כי בעל מונופולין קבע מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן, אין די בכך שהמחיר שנקבע גבוה משמעותית מזה שהיה נקבע בשוק תחרותי; אלא יש להוסיף ולקבוע, כי מדובר במחיר בלתי הוגן.

בחינת שאלת ההוגנות צריכה להתבסס על מכלול השיקולים הרלוונטיים, לרבות אלו שפורטו בעניין גפניאל ובגילוי דעת 1/17. אמנם, התשובה לשאלת הוגנות המחיר איננה כלכלית. ואולם, לשם הכרעה בסוגיה יש להביא בחשבון שיקולים כלכליים ותחרותיים, לרבות ההשלכות הכלכליות, לטווח הקצר ולטווח הארוך, הכרוכות בהחלת עילת המחיר המופרז בנסיבות המקרה הנדון, וליתן להן משקל נכבד (ראו גם: גילוי דעת 1/17, בעמ' 13).

ודוק: חוק התחרות אוסר על בעל מונופולין לקבוע "מחיר בלתי הוגן". שאלת הוגנות המחיר ניצבת אפוא בלב לבה של עילת המחיר המופרז, ובהתאם, הדיון בסוגיה זו צריך להיות מקיף, מעמיק וממצה; הדברים מקבלים משנה תוקף, לנוכח הגישה הזוהרה והמרוסנת במיוחד שיש לנקוט באכיפת העילה במסגרת תובענה ייצוגית, כאמור לעיל וכפי שעוד יפורט להלן.

58. דומה כי בענייננו, המסקנה, שלפיה תנובה קבעה מחיר בלתי הוגן לקוטג', הוסקה מהקביעה, שלפיה תנובה קבעה לקוטג' מחיר גבוה, ואולם, כאמור, בכך אין די על מנת לקבוע חוסר הוגנות של המחיר שנקבע.

אמנם, בית המשפט המחוזי תמך את קביעתו בסוגיית הוגנות המחיר, בכך שלתנובה יש "כוח שוק גדול" (ראו פס' 85 לפסק הדין). ואולם, מעצם הקביעה שלתנובה יש כוח שוק משמעותי, לא נובעת מאליה המסקנה כי המחיר שקבעה תנובה הוא מחיר בלתי הוגן. כמפורט לעיל, חוק התחרות מגדיר "בעל מונופולין" בתור, בין היתר, מי שמחזיק ב"כוח שוק משמעותי". לפיכך, אם ייקבע כי קיומו של כוח שוק משמעותי ביחס למוצר מסוים מנביע, מניה וביה, כי מחיר המוצר בלתי הוגן, הרי שלמעשה, במרבית

המקרים שבהם תיושם עילת המחיר המופרז תתייחר בחינת סוגיית ההוגנות, באופן המנוגד ללשון החוק, ולתכליתה של העילה, כמפורט לעיל.

59. להלן אעמוד אפוא בתמצית על שיקולים מרכזיים בסוגיית הוגנות המחיר, תוך הדגשה כי אין מדובר ברשימה סגורה או ממצה (וראו גם דיון בנושא בעניין גפניאל, פס' 46-45). ראשית, יש לבחון אם בעל המונופולין "באופן עקבי ולאורך זמן, קרוב לשליטה מוחלטת בשוק" (גילוי דעת 1/17, בעמ' 14); אם קיימת לצרכנים אלטרנטיבה אמיתית לרכישת המוצר שעל הפרק; ומהן הסיבות שבגינן הם מעדיפים לרכוש את המוצר דווקא מבעל המונופולין. כמו כן, יש לשקול את מידת החיוניות של המוצר מבחינת הצרכנים, וכן את אורך התקופה שבמהלכה נקבע המחיר הגבוה. יתר על כן, יש לבחון, בנסיבות המקרה הנדון והשוק הרלוונטי, את עצמת החשש, שלפיו דווקא החלת העילה דנן תפגע בתחרות ובציבור, בטווח הבינוני ובטווח הארוך, בין היתר לנוכח פגיעה במערך התמריצים של השחקנים הרלוונטיים. עוד יש לבחון, בין השאר, אם קיים רגולטור ייעודי, אשר מחזיק בכלים לפיקוח על מחיר המוצר הנדון, בהינתן שרגולטור כאמור נהנה מיתרון מובנה בפיקוח על מחירים, לעומת רשות התחרות או בית המשפט (ראו גילוי דעת 1/17, עמ' 13-14; עניין גפניאל, פס' 45).

60. בענייננו, דומה כי צרכנים שבחרו לרכוש קוטג' תנובה בתקופת התביעה, היו יכולים לרכוש קוטג' של המתחרות, שסיפקו כאמור כ-30% מהקוטג' בשוק. לשיקול זה חשיבות רבה, שהרי בנסיבות דנן, נראה כי בחירת הצרכנים לרכוש דווקא קוטג' תנובה מלמדת על העדפותיהם, הנובעות מטעמם האישי, ועל הצלחת תנובה לבדל את הקוטג' שלה מזה של המתחרות. בתוך כך, לא נבחנה בענייננו מידת החיוניות של הקוטג' מבחינת הצרכן, ואף לא הסיבה שבגינה מעדיפים הצרכנים לרכוש אותו דווקא מתנובה. ככלל, ככל שהמוצר חיוני פחות, והעדפת הצרכנים לרכוש אותו דווקא מבעל המונופולין נובעת, בעיקרו של דבר, מטעמם האישי, הנטייה תהיה שלא לראות במחיר כבלתי הוגן, באופן העולה כדי ניצול צרכני. יצוין כי לא בכדי, אכיפת העילה באיחוד האירופי מתמקדת בשירותים ובמוצרים חיוניים, כגון תרופות, גז, מים, דואר, תשתיות וכו', כמו גם במקרים של מונופול מוחלט, המחזיק 100% מהשוק (ראו: מיכל גל ויוסי שפיגל "עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן לאחר גפניאל: תנאים להחלתה" עיוני משפט (עתיד להתפרסם, תשפ"ד); עמדת היועמ"ש, פס' 37, 39 ו-54).

ודוק: אף אם במוצר חיוני עסקינן, יש ליתן כאמור את הדעת לסיבה שבעטיה מעדיפים הצרכנים לרכוש אותו דווקא מבעל המונופולין. כך, למשל, אם צרכנים מעדיפים לרכוש תרופה מסוימת מחברה א' ולא מחברה ב', רק מאחר שהתרופה של

חברה א' טעימה להם יותר, והעדפה זו מאפשרת לחברה א' לקבוע מחיר גבוה יותר מהמחיר שקובעת חברה ב', נחלשת ההצדקה לראות במחיר הגבוה כבלתי הוגן. זאת, לדוגמא, לעומת מצב שבו העדפת הצרכנים את התרופה של חברה א' נובעת מרגישות בריאותית לחומר הפעיל שבתרופה של חברה ב'.

61. יתר על כן, לא נבחנו בענייננו ההשלכות הכלכליות, בטווח הבינוני ובטווח הארוך, הטמונות בקבלת התובענה דנן, בראי הפגיעה האפשרית במערך התמריצים של השחקנים הרלוונטיים וההשלכות הנגזרות מכך על התחרות ועל הציבור. כאמור, השלכות אלו צריכות להיבחן באופן מקיף ומעמיק ולקבל משקל נכבד בהקשר הנדון.

אשוב ואדגיש: יכולתו של בעל מונופולין לקבוע מחיר גבוה מתמרצת את השחקנים הרלוונטיים לצבור מוניטין, להתייעל ולבדל את מוצריהם דרך השקעה במחקר ובפיתוח לשם שיפור איכותם; מחירים גבוהים אף משמשים כאיתות למתחרים פוטנציאליים שכדאי להיכנס לשוק ולהתחרות בו. לא בכדי, אפוא, התפיסה היא ש"דווקא המחירים הגבוהים שבעל מונופולין יכול לגבות ומעמדו בשוק משחקים תפקיד קטליזטורי חשוב בהנעת גלגלי השוק" (השפעת תורת ההחלטות, עמ' 285). מטבע הדברים, שלילת יכולתן של הפירמות לקטוף את פירות השקעתן, באמצעות התערבות בדיעבד ברמת המחירים בשוק, משנה את מערך תמריציהן, באופן שעלול לפגוע בסופו של דבר בתחרות ובציבור. מכאן, החשיבות הטמונה בבחינת עצמתו של החשש הנדון בנסיבות המקרה הקונקרטי.

62. עוד יצוין, כי מאז שנת 2006, מוצרי קוטג' תנובה היו נתונים לפיקוח מחירים לפי פרק ז' לחוק הפיקוח, שעל-פיו מחויבת תנובה למסור למפקח על המחירים דיווחים על רווחיות המוצר ועל מחיריו (ראו סעיף 18 לחוק הפיקוח). כאמור, קיומו של רגולטור ייעודי, שיש בידיו כלים אפקטיביים לפיקוח על מחירי המוצר הנדון, הוא שיקול רלוונטי להכרעה אם להחיל את העילה דנן.

63. לבסוף יודגש, כי בשל הקשיים הכרוכים כאמור ביישום העילה, באיחוד האירופי היא נאכפת כ"מוצא אחרון". לנוכח האמור, ראוי היה לדון אם בנסיבות המקרה דנן החלת העילה נחוצה, מאחר שכפי שצוין בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, תנובה הורידה מיוזמתה את מחירי הקוטג' בשל המחאה החברתית בקיץ 2011, ומחירי הקוטג' נותרו נמוכים עד מועד מתן פסק הדין (בחודש מרץ 2020).

64. לסיכום חלק זה, השיקולים העיקריים הנוגעים לשאלת הוגנות המחיר לא הובאו בחשבון במקרה דנן, וממילא אין בענייננו בסיס לקביעה כי עסקינן במחיר בלתי הוגן. בהקשר זה חשוב לשוב ולהדגיש את הזהירות והאיפוק הנדרשים בהחלת עילת המחיר המופרז. כפי שאבהיר להלן, אני סבורה כי הצורך לנקוט גישה זהירה ומרוסנת בהחלת העילה מקבל משנה תוקף, בכל הנוגע לאכיפתה במסגרת תובענות ייצוגיות.

על הזהירות והריסון הנדרשים בהחלת העילה במסגרת תובענות ייצוגיות

65. כפי שהודגש לעיל, גישה מרוסנת וזהירה בהחלת העילה נחוצה, ככלל, בשל החשש שדווקא החלת העילה תפגע בסופו של דבר בתחרות ובציבור; חשש זה נושא משקל משמעותי, בין היתר לנוכח הסיכוי המשמעותי לטעות בעת יישום העילה, והיעדר מבחן משפטי המייצר ודאות בהקשר זה. לא בכדי נקבע אפוא בעניין גפניאל, תוך אימוץ עמדות היועמ"ש ורשות התחרות, כי אין להחיל את העילה אלא במקרים מובהקים של ניצול צרכני, ולאחר שהוכח – על בסיס מכלול הנתונים והשיקולים הצריכים לעניין – כי התועלת שבהחלת העילה עולה בבירור על הנזקים שעלולים להיגרם כתוצאה מכך במישור הכלכלי והתחרותי.

66. בהמשך לכך, אני סבורה שהקשיים הטמונים ביישום עילת המחיר המופרז מקבלים משנה תוקף, בכל הנוגע לאכיפה פרטית שלה במסגרת תובענה ייצוגית, להבדיל מאכיפתה באמצעות הכלים המוקנים לרשות התחרות (ראו גם: גל ודהן, עמ' 140-143; Michal S. Gal, *The Case for Limiting Private Excessive Pricing Litigation*, 15 JOURNAL OF COMPETITION LAW & ECONOMICS 298 (2020); עניין גפניאל, פס' 40 לחוות דעתה של השופטת ע' ברון; פס' 5 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל).

ראשית, הרשות היא הגורם המוסדי בעל המומחיות בנושאי תחרות, על היבטיה הכלכליים המורכבים. בהמשך לכך, לרשות יתרון מובהק ביחס לבית המשפט, באשר ליכולת לגבש תמונה מפורטת די הצורך של ההשלכות הכרוכות בהחלת העילה במקרה מסוים, על התחרות בשוק הרלוונטי ועל המשק בכללותו. ודוק: יתרון זה נובע, בין היתר, ממומחיות הרשות כאמור, אך לא רק מכך; החוק מקנה לרשות מגוון סמכויות רלוונטיות, דוגמת הסמכות לערוך בדיקות ביחס לרמת התחרות בענפים שונים, ואף סמכות לערוך חיפושים ותפיסות, אם הדבר דרוש לצורך ביצוע הוראות החוק (ראו: סעיפים 44 ו-45 לחוק). זאת, בעוד שלפני בית המשפט אין אלא את הנתונים שהביאו לפניו הצדדים (ראו והשוו: דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פס' 30-33 לחוות דעתי (4.7.2021)). עוד ראוי לציין, כי בעוד שרשות התחרות נדרשת, ככלל, לקבוע אם הופר

האיסור על קביעת מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן, הרי שבית המשפט, הדן בתובענה ייצוגית, צריך להוסיף ולקבוע את קו הגבול שממנו הופך המחיר לכזה, על מנת לחשב את גובה הנזק שנגרם (ראו: גל ודחן, עמ' 141). לא בכדי, אפוא, כאירופה נאכף האיסור על קביעת מחיר מופרז, ככלל, על-ידי רשויות התחרות הרלוונטיות, להבדיל מאכיפה פרטית במסגרת תובענה ייצוגית (ראו עניין גפניאל, פס' 40).

לנוכח האמור, אני סבורה כי הגישה הזהירה והמרוסנת שיש לנקוט בכל הנוגע להחלת העילה צריכה לחול ביתר שאת, בכל הנוגע להחלתה בתובענה ייצוגית.

67. לבסוף ראיתי להדגיש, כי הגישה הזהירה והמרוסנת במיוחד שיש לנקוט כאמור בעת יישום העילה במסגרת תובענות ייצוגיות, חלה גם בשלב הדיון בבקשה לאישור ניהול התובענה כייצוגית.

כידוע, שלב האישור נועד להבטיח כי רק תובענות ייצוגיות מתאימות וראויות תתבררנה לגופן באופן ממצה (ראו, מני רבים: ע"א 6930/19 הר פז נ' נגב קרמיקה שיווק (1982) בע"מ, פס' 39 (6.2.2023)). לשם כך, בית המשפט נדרש כבר בשלב זה "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)).

מכאן שבנוגע לעילת המחיר המופרז, בית המשפט לא יאשר את ניהול התובענה כייצוגית, אלא אם קיים סיכוי סביר שייקבע, הן כי בעל המונופולין קבע מחיר גבוה משמעותית מזה שהיה נקבע בשוק תחרותי, הן כי מדובר במחיר בלתי הוגן. במסגרת זו, על בית המשפט לבחון את מכלול הנתונים והשיקולים הרלוונטיים, תוך ירידה לעומק חוות הדעת הכלכליות שהגישו הצדדים (ראו גם: עניין גפניאל, פס' 57). יוזכר, כי הכרעה בשאלת הוגנות המחיר היא תנאי בלעדיו-אין להחלת העילה. לפיכך, אם בשלב האישור משתכנע בית המשפט כי לנוכח מכלול השיקולים הנוגעים לשאלת ההוגנות כאמור – דוגמת טיב המוצר, מאפייני השוק הרלוונטי, האלטרנטיבות הקיימות למוצר שבמונופולין וכו' – לא קיימת אפשרות סבירה כי ייקבע שהמחיר בלתי הוגן, אין לקבל את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. יודגש, כי הדיון בעילת המחיר המופרז מאופיין בהשקעת משאבים משמעותית במיוחד, בשים לב לקשיים הכרוכים ביישומה, כמפורט לעיל (ראו גם: גילוי דעת 1/17, בעמ' 15), באופן שעשוי לתמוך בהצבת רף מחמיר לצורך אישור ניהול תובענה כייצוגית בעילה זו.

68. ולסיכום, השימוש בעילת המחיר המופרז צריך שייעשה באיפוק ובריסון, במיוחד במסגרת תובענות ייצוגיות. כמובהר לעיל, הניסיון לקבוע מהו מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן כרוך בקשיים משמעותיים, שאינם ניתנים לפתרון בכלים משפטיים בלבד. מוטב אפוא שתעמוד לנגד עינינו אזהרת רשות התחרות, שלפיה "פרשנות משפטית המנותקת מההשלכות הכלכליות עלולה למוטט את הבסיס העיוני שעליו ניצבים דיני ההגבלים העסקיים, כך שאכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה תידרדר לשרירותיות" (גילוי דעת 1/17, בעמ' 9). על בתי המשפט ליישם את העילה דנן בזהירות ובאיפוק רב, בהתאם לאמות המידה שצוינו לעיל, ולהחילה רק במקרים קיצוניים ומובהקים של ניצול צרכני, אשר "דוקרים את העין וברורים לכל" – הן מבחינת גובה המחיר, הן מבחינת חוסר הגינותו – בשים לב, בין היתר, להשלכות הכלכליות הטמונות בהחלטה במקרה הנדון.

בשורה התחתונה, גישה מרוסנת וזהירה כאמור נחוצה, פן ייקלע בית המשפט, שלא בטובתו, לעמדת "מאסדר העל של המחירים בכלכלה הישראלית" (עניין גפניאל, פס' 47); הדבר אינו מתפקידו ומיכולותיו, ולא לשם כך נועדו דיני התחרות בכלל, ועילת המחיר המופרז בפרט.

סוף דבר

69. לנוכח כל האמור לעיל, אציע לחבריי לקבל את הערעור של תנובה, לדחות את הערעור של נאור, ולבטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי.

נאור יישא בהוצאות תנובה בסך 30,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

השופט א' שטיין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת ר' רונן:

אני מסכימה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת י' וילנר.

ניתן היום, כ"ז באדר התשפ"ג (20.3.2023).

שופטת

שופט

שופטת