

# Antitrust & Competition

## בית המשפט העליון קובע לראשונה שלמונופול אסור לגבות מחירים גבוהים בלתי הוגנים אך מזהיר מפני התערבות יתר שתפגע בתחרות החופשית

— יו קי ין ין ין —

אתמול פורסם פסק-דין של בית המשפט העליון בערעור שהגישה החברה המרכזית לייצור משקאות קלים על החלטת בית המשפט המחוזי לאשר בקשה לתביעה ייצוגית שהוגשה נגדה, בטענה שגבתה מחירים מופרזים על בקבוקי ליטר וחצי של קוקה קולה. המדובר בפסק-דין תקדימי, בו נקבע לראשונה מאז שחוקק חוק ההגבלים העסקיים (בשנת 1988), שהסעיף בחוק האוסר על בעל-מונופולין לגבות מחיר "בלתי-הוגן" עבור מוצר או שירות שבמונופולין, חל גם כאשר בעל-המונופולין גובה מחיר גבוה שהוא בלתי הוגן ("מחיר מופרז") ולא רק מקום בו בעל-המונופולין גובה מחיר נמוך שהוא בלתי הוגן אשר עלול לדחוק את מתחריו של המונופולין מהשוק (תמחור המכונה – "טורפני").

המדובר בסוגיה שהעסיקה את בתי המשפט ואת רשות התחרות משך שנים רבות, ואשר הפולמוס בעניינה גבר לאחר שבשנת 2014 הממונה לשעבר, פרופ' דיויד גילה, פרסם גילוי דעת אשר במסגרתו הביע את עמדתו הפרשנית לפיה החוק אוסר על גבייה של מחיר מופרז ואף התריע על כך שרשות התחרות תאכוף איסור זה כלפי בעלי מונופולין. נציין שגילוי הדעת פורסם לאחר המחאה החברתית ושלאחר פרסומו רשות התחרות בחנה אם מחיר הקוטג' מתוצרת תנובה היה מופרז. במקביל, החל שטף של תביעות ייצוגיות שהוגשו לבתי המשפט בעילה של גביית מחיר מופרז עד שכיום עשרות תביעות ייצוגיות ממתינות להכרעה בעניינן.

בשנת 2017 פרסמה הממונה לשעבר, עו"ד מיכל הלפרין, גילוי דעת נוסף בנושא אשר בא להחליף את גילוי הדעת שפרסם פרופ' גילה. הפעם, הממונה על התחרות נקטה בגישה זהירה ומתונה ביחס לקודמה והדגישה שרשות התחרות תתערב במקרים החריגים בלבד כאשר המחיר שגבה בעל המונופולין הוא מחיר "הדוקר את העין", כלשונה. גילוי דעת זה היה לצנינים בעיני תובעים ייצוגיים שראו בו את הסמן המתון והסלחני ביחסו לבעלי מונופולין.

התביעה הייצוגית בעניין קוקה קולה הייתה מהראשונות שאושרו על ידי בתי המשפט המחוזיים והראשונה שהגיעה לפתחו של בית המשפט העליון. וכאמור, בית המשפט העליון אימץ אתמול את קביעת בית המשפט המחוזי שחוק התחרות אוסר על בעלי מונופולין לגבות מחירים מופרזים, אך הכריע בעד הגישה הזהירה והמתונה ביחס לאכיפת האיסור. בפסק דינו, הדגיש בית המשפט העליון שוב ושוב כי יש לעשות שימוש זהיר מאוד בעילת התמחור המופרז, שמא הדבר יפגע בתחרות החופשית ובכך יצא שכרו של ציבור הצרכנים בהפסדו. לשיטתו, גבייה של מחיר גבוה על ידי בעל מונופולין עשויה להיות מוצדקת במקרים המתאימים ואף יש לה יתרונות תחרותיים שכן היא עשויה לתמרץ כניסה של מתחרים חדשים לשוק, לגרום למתחרים קיימים להשקיע בפיתוח של מוצרים חדשים, לשפר מוצרים קיימים ולהתייעל. בית המשפט העליון אף הדגיש שמלאכת הקביעה מהו מחיר מופרז, ואימתי מחירו של מוצר או שירות הוא בלתי הוגן, הנה מלאכה מורכבת ביותר, וגם בשל כך העלה חשש לקבלת החלטה שגויה אשר תפגע בתחרות עצמה.

משום כך בדיוק, בית המשפט העליון אימץ את הדין הנוהג באירופה וקבע כי המבחן להתקיימות עילת המחיר המופרז הוא מבחן דו-שלבי: **בשלב הראשון**, על הטוען להתקיימות העילה להראות, באמצעות ניתוח כלכלי מעמיק, כי המחיר אשר בעל-המונופולין גבה בעד מוצר או שירות שבמונופולין, הוא מופרז. לשם כך, קבע בית המשפט העליון שיש לעשות שימוש בשני המבחנים העיקריים המקובלים באירופה: **מבחן העלות** (אשר בוחן את הפער בין עלות הייצור של המוצר לבין מחירו) ו**מבחן ההשוואה** (אשר במסגרת זו, ניתן למשל להשוות את המחיר שגובה בעל-המונופולין למחירים אשר גובים מתחריו, או למחירים שגבה בעל המונופולין בתקופות שונות וכן למחירים שנגבים בעולם עבור מוצר דומה). מבחן נוסף שבית המשפט העליון התייחס אליו הוא **מבחן הרווחיות** המשווה את רווחיות בעל-המונופולין ממכירת המוצר שבמונופולין למדד ייחוס, המייצג מדד רווחיות בשוק תחרותי, אולם ביחס אליו הדגיש שזהו מבחן מורכב שתוצאתו מוטלת בספק.

**בשלב השני**, ורק לאחר שהטוען להתקיימות העילה הוכיח ברמה הלכאורית הנדרשת קיומו של מחיר מופרז, יועבר הנטל אל כתפי בעל המונופולין להראות כי המחיר שגבה הוא מחיר הוגן, הגם שהוא מופרז. בית המשפט העליון הדגיש שזהו מבחן ערכי ולא מבחן כלכלי-אמפירי. לצורך שאלת ההוגנות של המחיר, בית המשפט העליון קבע שיש להביא בחשבון את יחסי הכוחות בין בעל-המונופולין לבין הצרכן, ובכלל זה קיומה של אלטרנטיבה אמיתית לרכישת המוצר; את מידת השליטה של המונופולין בשוק ואת טיב הנזק הישיר שנגרם לצרכנים (למשל אם מדובר במוצר חיוני בעיני צרכנים שרוכשים אותו). בנוסף, בית המשפט העליון קבע שיש 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 המחירים; וכן לשקול שיקולים הנוגעים להקצאה יעילה של משאבי רשות התחרות.

באשר לתובענות ייצוגיות, בית המשפט העליון מכיר בכך שניתן לנהל תובענה ייצוגית בעילה של תמחור מופרז אולם מעביר מסר ברור לפיו המקום הראוי לבחינת סבירותם של מחירים הוא לא בין כתלי בתי המשפט. מכל מקום, בית המשפט העליון קובע שבתובענות ייצוגיות יש לבחון האם המבחן הדו-שלבי הנ"ל מתקיים כבר בשלב בקשת האישור של התביעה. משמע, כבר בשלב הראשוני של בקשת האישור, על בית המשפט להיכנס לעובי הקורה ולבחון לעומק, באמצעות המבחנים הכלכליים הרלוונטיים, האם התובע הייצוגי הניח תשתית ראייתית מספקת המראה כי בעל-המונופולין אכן גבה מחיר מופרז, ולא להשאיר בחינה זו לשלב הדין בתביעה עצמה.

בית המשפט העליון אף מכיר בכך שבמסגרת תובענה ייצוגית קיימים פערי מידע מהותיים בין התובע הייצוגי לבין המונופול, אשר מקשים על התובע להוכיח את תביעתו. עם זאת, בית המשפט העליון קובע כי על התובע הייצוגי מוטל הנטל להניח תשתית ראייתית מתאימה אשר תטה את הכף לעבר מתן צו לגילוי מסמכים לטובתו, והגם שהרף הנדרש לצורך קבלת צו לגילוי מסמכים נמוך מן הרף הנדרש בשלב הראשוני של הוכחת בקשת האישור של התביעה, עדיין אין לאפשר לתובע הייצוגי לערוך "מסע דיג" להשלמת תשתית עובדתית שחסרה בבקשה לאישור תובענה כייצוגית.

בית המשפט העליון מציין כי בפני בתי משפט מחוזיים מונחות כיום שלל בקשות לאישור תובענה כייצוגית בעילה של מחיר מונופוליסטי מופרז, ולאור כך מדגיש כי יש להישמר מפני מצב שבו בתי המשפט יהפכו למאסדרי-על של מחירים בכלכלה הישראלית. משמע, בדבריו אלה, בית המשפט העליון רומז ברמז עבה כי יש לעשות שימוש בעילה זו במשורה ורק במקרים מתאימים, בהם אין חלופה אחרת, וכי לא בקלות תתקבל תובענה בעילה זו. והכל מתוך הכרה שאכיפת העילה האמורה אינה פותרת את הכשלים המאפיינים שווקים מונופוליסטים.

אשר לעניין קוקה קולה, מאחר ובמקרה זה לא הוכרעה בקשת התובע לגילוי ועיון במסמכים וגם לא נערכה בו בחינה בהתאם למבחן הדו-שלבי שהתווה בית המשפט העליון בפסק-דינו, הערעור שהגישה החברה המרכזית למשקאות קלים התקבל ובית המשפט העליון הורה להשיב את הדיון לערכאה שלמטה על מנת שיבחן ויכריע בסוגיות אלו בהתאם לכללים שנקבעו בערעור.

אנו סבורים כי לפסק דינו השקול והמאוזן של בית המשפט העליון צפויה להיות השפעה של ממש על ההליכים המתקיימים בפני בתי המשפט המחוזיים ועל מידת ואופן האכיפה של עילת המחיר המופרז על ידי רשות התחרות.

**נשמח, כמובן, לעמוד לרשותכם בכל שאלה או הבהרה.**



**אבנר פינקלשטיין**  
שותף

[avnerf@gornitzky.com](mailto:avnerf@gornitzky.com)

**גורניצקי**