

Antitrust & Competition

בית המשפט העליון מציב רף גבוה מאוד לאכיפה של עילת של התמחור המונופוליסטי המופרז

— י. י. י. י. י. י. י. י. י. —

ביום 20.3.2023, פורסם פסק-דין של בית המשפט העליון בערעור שהוגש ע"י תנובה על החלטת בית המשפט המחוזי (מחוז מרכז-לוד) במסגרתה נקבע כי תנובה גבתה מחיר מופרז ובלתי הוגן עבור מוצרי גבינת הקוטג' מתוצרתה, לגביהם היא מהווה בעלת מונופולין. בית המשפט העליון קיבל את ערעורה של תנובה (על כל חלקיה), הפך את החלטת בית המשפט המחוזי, וקבע כי לא הוכח שתנובה גבתה מחיר מופרז ובלתי הוגן עבור מוצרי הקוטג' שלה.

לצד זאת, בית המשפט העליון קבע עקרונות יסוד וקווים מנחים בנוגע לאכיפת עילת התמחור המונופוליסטי המופרז, אשר מציבים רף גבוה מאוד להחלטה, ובמיוחד בהליכים של תובענות ייצוגיות. בית המשפט העליון הדגיש, כי את עילה זו יש להחיל כמוצא אחרון, במקרים קיצוניים ומובהקים אשר "דוקרים את העין וברורים לכל", ואף התריע, 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".

במסגרת עדכון זה, נבקש לעמוד על קביעותיו החשובות של בית המשפט העליון, כפי שאלה משתקפות בפסק-דין בעניין תנובה.

הרקע להליך בעניינה של תנובה

ראשיתו של ההליך בעניין תנובה, במחאה החברתית שזכתה לכינוי – "מחאת הקוטג'", אשר פרצה והתחוללה במהלך קיץ 2011, ואשר הובילה בסופו של יום להורדת מחירי מוצרי הקוטג' של תנובה. על רקע מחאה זו, הוגשה נגד תנובה תובענה ייצוגית, בטענה כי היא ניצלה את מעמדה המונופוליסטי לרעה, בין השנים 2008-2011, בדרך של גביית מחיר מופרז עבור מוצרי הקוטג' מתוצרתה.

תובענה זו התקבלה ע"י בית המשפט המחוזי, אשר ביסס את הטענה שתנובה גבתה מחיר מופרז על שני אדנים: האחד - שיעור הרווח התפעולי של תנובה ממוצרי הקוטג', שבשיאה של התקופה הרלוונטית עמד על 22%, והיה גבוה בשיעור של עד 3.5% ממדד הייחוס התחרותי שאומץ ע"י בית המשפט המחוזי – 18.5% (מדד אשר התבסס על שיעור הרווח התפעולי הממוצע של חברת המזון הזרה – קראפט, ממכירה של מגוון מוצרים); והשני - השוואה בין המחיר הממוצע של מחירי הקוטג' של כלל היצרנים בישראל בין השנים 2008-2011 למחיר שהם גבו לאחר תקופת המחאה.

השוואה זו הובילה את בית המשפט המחוזי למסקנה כי מחירי הקוטג' של תנובה היו מופרזים בכל שנות התביעה. מכוח החלטת בית המשפט המחוזי הנ"ל - תנובה חויבה לשלם (כפיצוי) לציבור הצרכנים אשר רכש את המוצרים, סכום של כ-16 מיליון ₪.

המבחנים לבדיקת מופרזות המחיר - חזרה על הלכת גפניאל

בית המשפט העליון חזר על קביעתו בעניין גפניאל (מיום 26.7.2022), אשר עסק בהוגנות מחירי משקאות הקולה המשווקים ע"י החברה המרכזית, וקבע כי המבחן לבדיקת מופרזותו של מוצר או שירות שבמונופוליו, הוא מבחן דו-שלבי.

כך, לאחר הוכחת קיומו של בעל מונופוליו בשוק הרלוונטי, יש להראות בשלב הראשון של הבדיקה כי המחיר שגבה בעל-המונופוליו הנו גבוה באופן **משמעותי** מהמחיר אשר היה נגבה בתנאי תחרות. בתובענות ייצוגיות, הנטל להוכיח זאת מוטל על כתפי התובע הייצוגי. בשלב השני של הבדיקה, ובתנאי שהתובע צלח את המבחן הראשון, יש לבחון אם מחיר המוצר הוא גם בלתי-הוגן מכיוון שלא כל מחיר גבוה הוא בהכרח גם בלתי-הוגן. הנטל להראות שהמחיר שנגבה אינו בלתי-הוגן, מוטל על כתפי הנתבע.

בית המשפט העליון יישם שני מבחנים אלה במקרה של תנובה, והגיע למסקנה שתנובה לא גבתה מחיר מופרז ובלתי הוגן. במסגרת יישום זה, בית המשפט העליון קבע מספר קביעות חשובות ומשמעותיות, אשר מציבות רף משפטי וכלכלי גבוה מאוד על המבקש לאכוף את האיסור על תמחור מונופוליסטי מופרז ובלתי הוגן, הן על ידי רשות התחרות והן במסגרת תובענות פרטיות וייצוגיות.

השלב הראשון – בחינת מופרזות המחיר

כאמור, בית המשפט העליון הבהיר, כי בשלב הראשון של הבדיקה יש להראות שהמחיר שנגבה ע"י בעל-המונופוליו הנו גבוה **משמעותית** מהמחיר אשר היה נגבה בתנאי תחרות. כלומר, לא די להראות שהמחיר הנו גבוה ביחס למדד תחרותי כלשהו, אלא יש להראות שהוא **מופרז** ביחס למדד זה. בעניין תנובה, בית המשפט העליון קבע שביחס למדד שנקבע ע"י בית המשפט המחוזי כתחרותי – קרי, שיעור רווח תפעולי של 18.5% – שיעור הרווח התפעולי של תנובה עלה על מדד תחרותי זה בשיעור נמוך ביותר שמגיע עד 3.5% בלבד. לדברי בית המשפט העליון, אין מדובר בהפרזה של תנובה ביחס למדד התחרותי שנקבע (בניגוד לקביעת בית המשפט המחוזי, שכל מחיר העולה על מדד ייחוס זה ייחשב אוטומטית כמופרז), ולא ניתן לטעון, בנסיבות אלה, כי מדובר בגבייה של מחיר אשר הנו גבוה משמעותית מזה שהיה נגבה בתנאי תחרות, או במילים אחרות – אין המדובר במקרה זה במחיר "הדוקר את העין".

רווח תפעולי אינו מדד למופרזות המחיר

חשוב לציין, כי בית המשפט העליון מצא לנכון להבהיר, כעניין שבעקרון, כי קיים קושי מובנה בהסתמכות על שיעור רווח תפעולי כמדד לבחינת הוגנות המחיר שגבה בעל-המונופוליו. כך, לדבריו, שיעור הרווח התפעולי יכול לעלות באופן משמעותי גם כאשר המחיר של המוצר שבמונופוליו נשאר על כנו, וזאת בשל התייעלות של הפירמה המונופוליסטית. כלומר, ייתכן יחס שלילי בין שיעור הרווח התפעולי לבין המחיר שנגבה בפועל, ועלייה ברווח התפעולי אינה שווה בהכרח לעלייה במחיר המוצר שבמונופוליו. לפיכך, ובהתאם לדברי בית המשפט העליון, הסתמכות על שיעור רווח תפעולי יכולה להוביל לכשל מהותי בהחלת העילה, ולמנוע התייעלות של פירמות. זאת, מהטעם שמקום בו העילה מוחלת כאשר המחיר לא עלה כלל, והעלייה ברווח התפעולי נבעה מהתייעלות, אזי מדובר ב"הענשה" של הפירמה המונופוליסטית בגין התייעלות, ולא לכך מכוון האיסור על גביית מחיר מונופוליסטי מופרז ובלתי הוגן.

השלב השני – בחינה של הוגנות המחיר

הגם שבית המשפט העליון קבע שהתובע כשל מלהראות שהמחיר של מוצרי הקוטג' של תנובה מופרז, ויכול היה בכך לסיים את מלאכת כתיבת פסק-דינו, מצא הוא לנכון להראות, "בבחינת למעלה מן הנדרש", כי גם השלב השני של בחינת מופרזות המחיר אינו מתקיים בנסיבות העניין של תנובה. קרי, בית המשפט העליון קבע כי לא הוכח שהמחיר שתנובה גבתה הוא בלתי הוגן.

מבחן השליטה בשוק

לצורך בחינה של הוגנות המחיר, קבע בית המשפט העליון שיש לבחון תחילה האם המקרה הנדון אכן מתאים לאכיפת האיסור, ובכלל זה, קבע כי ראוי להחיל את העילה רק מקום בו בעל-המונופולין אוחד בנתח שוק אשר הנו קרוב ל"שליטה מוחלטת" בשוק, ובאופן עקבי ומתמשך. כלומר, כאשר קיימות אלטרנטיבות לצרכן, ואין המדובר במונופול השולט באופן קרוב למוחלט בשוק הרלוונטי ובאופן מתמשך, אזי הנטייה תהיה שלא לאכוף את העילה נגד בעל-המונופולין. במקרה כזה, בו אכן קיימות אלטרנטיבות בפני הצרכן, ממילא לא ניתן לטעון שהמחיר הנו בלתי הוגן (גם אם הוא גבוה באופן משמעותי ממדד הייחוס התחרותי). לעומת זאת, מקום בו מדובר במונופול השולט כמעט בכל השוק הרלוונטי, ובעיקר במונופול השולט בתשתית חיונית (כגון: מים, גז, חשמל, שירותי דואר), גביית מחיר מופרז על-ידו יכולה להצדיק את אכיפת האיסור נגדו. בית המשפט ציין, כי לא בכדי, אכיפת העילה באיחוד האירופי מתמקדת בשירותים ובמוצרים חיוניים כאמור, כמו גם במקרים של מונופול מוחלט, המחזיק 100% מהשוק.

מבחן העדפת הצרכנים

בית המשפט העליון קבע, כי גם כאשר עסקינן במוצר שבמונופולין, ואף במוצר חיוני, יש לבחון מדוע הצרכנים מעדיפים לרכוש את המוצר שבמונופולין דווקא, והאם הרכישה נעשית מחוסר ברירה. בעניין תנובה, בית המשפט העליון העלה את האפשרות שבחירת הצרכנים לרכוש דווקא קוטג' של תנובה מלמדת על העדפותיהם, הנובעות מטעמים אישי, ועל הצלחת תנובה לבדל את הקוטג' שלה מזה של המתחרות. בהתאם נקבע, כי ככל שהמוצר חיוני פחות, והעדפת הצרכנים לרכוש אותו דווקא מבעל המונופולין נובעת, בעיקרו של דבר, מטעמים אישי, הנטייה תהיה שלא לראות במחיר כבלתי הוגן.

מבחן קיומו של מאסדר ייעודי

כמו כן, בית המשפט העליון הוסיף וקבע כי יש לבחון האם קיים מאסדר ייעודי המפקח על הענף הרלוונטי. ככל שכן, העדיפות היא שהמאסדר הייעודי יקבע מחיר מפוקח מראש, שכן הוא נהנה מיתרון מובנה בפיקוח על מחירים לעומת רשות התחרות ובתי המשפט, ולכן אין זה ראוי שבתי המשפט ישימו עצמם במקומו ויחליפו את שיקול דעתו בשיקול הדעת שלהם. בעניין תנובה - משנת 2006, מוצרי הקוטג' של תנובה היו תחת פיקוח מחירים מכוח חוק הפיקוח על מוצרים ושירותים, וגם מטעם זה לא היה מקום לקבוע כי מדובר במחיר בלתי הוגן.

קריאת בית המשפט העליון להחיל את העילה באיפוק, בריסון וכמוצא אחרון בלבד

בסוף פסק-דינו, מייחד בית המשפט העליון פרק נפרד בו הוא שב וחוזר על קריאתו (אזהרתו) להחיל את עילת התמחור המופרז בהירות, בריסון, ובאיפוק רב, ואך ורק במקרים קיצוניים ומובהקים ביותר של ניצול צרכני, קרי - מקרים "הדוקרים את העין וברורים לכל".

בית המשפט העליון הדגיש, כי מחירים גבוהים יכולים לעודד כניסה של מתחרים חדשים לשוק של בעל-המונופולין, ובכך להגביר תחרות. בית המשפט העליון הוסיף והדגיש, כי גביית מחיר גבוה מאפשרת לפירמות "לקטוף את פירות השקעתן", כאשר התערבות במחירי השוק בדיעבד (בפרט ע"י בתי משפט אשר נעדרים מומחיות בעניין) ע"י החלת העילה האמורה, עלולה רק לפגוע במערך התמריצים של הפירמות (לרבות בתמריצים להתייעל), באופן אשר יוביל בסופו של דבר לפגיעה בתחרות וביציבור. לכן, בית המשפט העליון שם דגש רב על החשיבות שבאכיפה מרוסנת של העילה, על מנת שלא ייצא שכרו של הציבור בהפסדו.

בהקשר זה, בית המשפט העליון חידד כי לנוכח הסיכוי המשמעותי של בתי המשפט לטעות בעת יישום העילה, ולנוכח היעדר מבחן משפטי המייצר ודאות, לרשות התחרות, אשר הנה רשות מקצועית המתמחה בדיני תחרות, יש יתרון מובהק באכיפת העילה ביחס לבתי המשפט האזרחיים הדנים בתובענות ייצוגיות, אשר נעדרים לרוב כלים מתאימים לצורך בחינת הוגנות המחיר שנגבה ע"י המונופול. בית המשפט העליון הדגיש בעניין זה, כי באירופה עילת התמחור המונופוליסטי המופרז נאכפת ע"י נציבות התחרות האירופית, ולא במסגרת תובענות פרטיות (כדוגמת תובענות ייצוגיות).

בסוף פסק-דינו, בית המשפט חתם כי מן הראוי שאזהרת רשות התחרות (כפי שזו משתקפת בגילוי דעת 1/17 של רשות התחרות בעניין מחיר מופרז) לפיה "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", תעמוד לנגד עיניהם של בתי המשפט אשר דנים בעילת התמחור המונופוליסטי המופרז. וזאת, כאמור, על מנת שבתי המשפט לא יהפכו למעין "מאסדרי על" של המחירים בכלכלה הישראלית, כאשר לא לשם כך נועדה העילה של תמחור מונופוליסטי מופרז.

מסקנות

הלכה למעשה, פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין תנובה מהווה מעין "כרטיס אדום" לתובעים ייצוגיים המבקשים להגיש תובענה ייצוגית המבוססת על עילת התמחור המופרז, והוא ישליך מן הסתם גם על עשרות התביעות הייצוגיות שכבר הוגשו ואשר מתבררות בימים אלו בבתי המשפט המחוזיים.

אמנם, פסיקתו של בית המשפט העליון רלוונטית בעיקר לשאלת החלת העילה במסגרת תובענות ייצוגיות, אך אנו סבורים כי מדובר אף בקריאה לרשות התחרות לאכוף את האיסור במקרים קיצוניים ומובהקים אשר "דוקרים את העין וברורים לכל", וכמוצא אחרון בלבד.

נשמח לעמוד לרשותכם בכל שאלה בנושא,



אבנר פינקלשטיין, שותף
ראש תחום דיני תחרות והגבלים עסקיים
avnerf@gornitzky.com

גורניצקי

Gornitzky | Vitania Tel-Aviv Tower, 20 Haharash St. TLV Israel | www.gornitzky.com | +972-3-7109191

עדכון זה נועד לספק מידע כללי ותמציתי בלבד. הוא אינו מהווה ניתוח מלא או שלם של הסוגיות הנידונות, אינו מהווה חוות דעת משפטית או ייעוץ משפטי ואין להסתמך עליו.