

האיסור על תמחור מופרז: לקחים מהניסיון שנצבר בישראל*



יוסי שפיגל

פרופ' יוסי שפיגל הוא חבר סגל בפקולטה לניהול על שם קולר באוניברסיטת תל אביב מאז 2001. פרופ' שפיגל קיבל את הדוקטורט בשנת 1991 במחלקה לכלכלה באוניברסיטת נורת'וסטון, והיה Member of technical staff במעבדות המחקר של Bellcore (חברות הטלפון בארצות הברית) בשנים 1994-1991, וחבר בביה"ס לכלכלה באוניברסיטת תל אביב בשנים 1994-2001. הוא מכהן כחבר בוועדה המייעצת של הכלכלן הראשי לענייני תחרות של הנציבות האירופאית.

תקציר

עד לאחרונה לא נאכף בישראל איסור על גביית מחיר מופרז. מצב זה השתנה לאחרונה, וכיום תלויות ועומדות בבתי משפט בישראל למעלה מ-20 תובענות ייצוגיות נגד בעלי מונופולין בטענה שהמחירים שגבו היו מופרזים. עד כה אושרה רק תובענה ייצוגית אחת, וייתכן שיחלפו שנים עד שיינתנו פסקי דין סופיים בתובענות אלה. כיוון שבתי המשפט טרם קבעו מתי מחירים גבוהים נחשבים למופרזים על פי חוק ההגבלים העסקיים, בעלי מונופולין בישראל מוצאים את עצמם במצב של חוסר ודאות משפטית. במאמר זה אני סוקר את ההתפתחויות האלה ודן בלקחים שניתן להפיק מהניסיון שנצבר עד כה.

* אני מודה לאיתי אטר, מיכל גל, דיוויד גילה, נדב מיארה, יאניס קצולאקוס ואמיר ונג על הערות מועילות. גילוי נאות: כתבתי חוות דעת בשתי תובענות ייצוגיות העוסקות בתמחור מופרז. חוות דעת אחת הונשה מטעם התובעת, המועצה הישראלית לצרכנות, בטענה כי תנובה גבתה מחיר מופרז עבור גבינה צהובה בארזיה. חוות הדעת השנייה הונשה מטעם הנתבעת, החברה המרכזית לייצור משקאות קלים, ובה אני קובע כי אין בסיס לטענת התובעים ולפיה המחיר של בקבוקי קוקה-קולה באריות 1.5 ליטר הוא מופרז.

הצרכנים.² פרשנות זו עוודדה תובעים פרטיים להגיש מספר נדל והולך של בקשות לאישור תובענות ייצוגיות נגד בעלי מונופולין בטענה כי המחירים שגבו היו מופחים. במאמר זה אני סוקר התפתחויות אלה ודן בלקחים שניתן להפיק מהניסיון שנצבר בישראל בשנים האחרונות.

תובענות ייצוגיות עיקריות בנוגע לתמחור מופח

הפרשנות של המושג "מחירים בלתי הוגנים" והשאלה האם מחירים גבוהים יכולים להיחשב ל"בלתי הוגנים" נידונו

2 ראו, http://www.antitrust.gov.il/files/33113/%D7%92%D7%99%D7%9C%D7%95%D7%99%20%D7%93%D7%A2%D7%AA%201_14%20%D7%9E%D7%97%D7%99%D7%A8_%D7%9E%D7%95%D7%A4%D7%A8%D7%96.pdf (נילוי דעת 1/14), וכן http://www.antitrust.gov.il/files/34515/%D7%92%D7%99%D7%9C%D7%95%D7%99%20%D7%93%D7%A2%D7%AA%201_17%20%D7%9E%D7%97%D7%99%D7%A8%20%D7%91%D7%9C%D7%AA%D7%99%20%D7%94%D7%95%D7%92%D7%9F.pdf (נילוי דעת 1/17). (שני נילויי הדעת אוחדו ב-16 ביולי 2018).

עד שנת 1996 קבע חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, איסור יחיד על בעל מונופולין, ולפיו "לא יסרב בעל מונופולין סירוב בלתי סביר לספק או לרכוש את הנכס או השירות שבמונופולין" (סעיף 29 לחוק). ב-1996 התווסף לחוק במסגרת תיקון מס' 2 סעיף 29א,¹ אשר קובע בסעיף 29א (א) כי "בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור" ובסעיף 29א (ב) הוא קובע כי בעל מונופולין ייראה כמי שמנצל לרעה את מעמדו בשוק כאמור בסעיף 29א (א) במקרה של "קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין".

השאלה היא כמובן מהם מחירים "בלתי הוגנים". עד לאחרונה פירשו בתי משפט מושג זה כמתייחס למחירים טורפניים, היינו מחירים נמוכים שנועדו לאלץ מתחרים לצאת מהשוק. לאחרונה חל שינוי בגישה זו כאשר בתי המשפט, כמו גם נילויי דעת 1/14 ו-1/17 של רשות ההגבלים העסקיים, קובעים כי מחירים בלתי הוגנים יכולים להיות גם מחירים גבוהים שמטרתם להגדיל את רווחי המונופול על חשבון ציבור

1 חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2) 1996-5756, ספר החוקים 149,1573.



המשפט העליון השאיר בצריך עיון את השאלה האם סעיף 29א(ב1) חל גם במקרה של מחיר מופרז.

פרשת בזק בינלאומי

תובענה ייצוגית חשובה נוספת הוגשה בשנת 1997 נגד בזק בינלאומי.⁶ עד יולי 1997 פעלה בזק כמונופול ממשלתית בתחום שיחות הטלפון הבין-לאומיות. בעקבות רפורמה שנערכה ביולי 1997, נפתח שוק השיחות הבין-לאומיות לתחרות, ושתי חברות חדשות החלו לפעול בשוק לצידה של בזק בינלאומי. בעקבות פתיחת השוק לתחרות צנחו תעריפי השיחות ב-80% כמעט בן-לילה. התובעת הייצוגית שהייתה לקוחה של בזק בינלאומי טענה כי תעריפי בזק לפני הרפורמה היו מופרזים. בית המשפט המחוזי בתל אביב אישר את התובענה כייצוגית, אך בעקבות ערעור החליט בית המשפט העליון לדחות את התובענה הייצוגית בנימוק שלפני הרפורמה נקבעו תעריפי בזק בתקנות שהתקינה שרת התקשורת, ולפיכך בזק לא ניצלה לרעה את מעמדה המונופוליסטי.⁷ שתי הערכאות השיפוטיות – בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון – לא דנו במישרין בשאלה האם מחירים גבוהים יכולים להיחשב ל"בלתי הוגנים" לפי סעיף 29א(ב1) לחוק ההגבלים העסקיים.

פרשת הקוטג'

ההתפתחות החשובה הבאה הייתה בקיץ 2011, כאשר זמן קצר לאחר פרוץ מחאת הקוטג' הוגשה לבית המשפט המחוזי מרכז בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד תנובה בטענה שהיא גבתה מחיר מופרז עבור גבינת קוטג' בין מרץ 2008 ליולי 2011. התביעה התבססה על השוואה של מחיר הקוטג' בתקופה המדוברת עם שלושה אמות מידה: המחיר ששרר לאחר מחאת הקוטג', המחיר ששרר לפני יולי 2006, כאשר מחיר הקוטג' היה נתון לפיקוח מחירים, והשוואת המחיר עם אומדן של עלויות הייצור.

לאחרונה במספר בקשות לאישור תובענות ייצוגיות שהוגשו נגד בעלי מונופולין. לפני שאסקור פרשות אלה, חשוב לציין כי תובענה ייצוגית בישראל מתנהלת בשני שלבים: בשלב הראשון מוגשת בקשה לאישור התובענה כייצוגית. אם בית המשפט מאשר את הבקשה, התיק ממשיך בשלב השני למשפט. הניסיון מלמד שבתי המשפט בישראל ממעטים לאשר תביעות ייצוגיות, ועד כה אושרה בישראל רק תובענה ייצוגית אחת בנוגע למחיר מופרז: זו העוסקת במחיר שתנובה גבתה עבור גבינת קוטג'.³

פרשת הווארד רייס

התובענה הייצוגית החשובה הראשונה בנוגע למחירים מופרזים הוגשה בשנת 1998 על ידי הווארד רייס, בעל בית מרקחת מתל אביב, נגד חברת כרטיסי אשראי לישראל (כאל), שעד אמצע שנת 1998 הייתה המנפיקה והסולקת היחידה של כרטיסי אשראי ויזה בישראל.⁴ ביולי 1998 החלה לפעול בתחום כרטיסי הוויזה חברת כרטיסי אשראי חדשה, "ויזה אלפא", ובעקבות חדירתה לשוק חלה הוולדה ניכרת בעמלות הסליקה שנגבו מבתי עסק. הווארד רייס הניש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד כאל בטענה כי עמלות הסליקה שגבתה לפני כניסת ויזה אלפא לשוק היו מופרזות. בית המשפט המחוזי בתל אביב אישר את התובענה כייצוגית, אם כי לא ציין מפורשות אם סעיף 29א(ב1) חל במקרה של מחיר מופרז.

כאל ערערה לבית המשפט העליון, וזה החליט לדחות את התובענה הייצוגית בטענה שהיא הוגשה רק חודש לאחר כניסת ויזה אלפא לשוק, ולכן לא ברור אם עמלות הסליקה בתקופה זו מייצגות מחירי שיווי משקל או שהן מייצגות מחירי חדירה זמניים. זאת בפרט לאור העובדה שוויזה אלפא קרסה זמן קצר לאחר כניסתה לשוק.⁵ חשוב לציין שבית

3 בחנו את כל הבקשות לאישור תובענות ייצוגיות שהוגשו בישראל מאפריל 2006 עד אוגוסט 2012 ומצאו שמתוך 2,056 בקשות שהוגשו, בית המשפט אישר רק 49. 122 בקשות נדחו, ואילו יתר הבקשות נמשכו על ידי התובעים (800 בקשות), וישבו לפני שהבקשה אושרה (206 בקשות) או נסגרו מסיבות אחרות.

4 ראו, בש"א (תל אביב יפו) 106462/98, הווארד רייס נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ, תק-מח 2003(1).

5 ראו, רע"א 2616/03, ישראל כרטיס בע"מ נ' הווארד רייס, פ"ד נ"ט (5) [14.3.2005]701.

6 ראו, ת"א (מחוזי תל אביב) 2298/01 קו מחשבה נ' בזק בינלאומי בע"מ. (פורסם בנבו, 25/10/2003).

7 ראו, רע"א 729/04, מדינת ישראל ואחרים נ' קו מחשבה ואחרים (פורסם בנבו, 26/4/2010).

בית המשפט אישר את התובענה הייצוגית ב-5 באפריל 2016.⁸ חשוב לציין כי בית המשפט קבע שסעיף 29א "חובק את כל העילות של ניצול לרעה של מעמדו של מונופולין בשוק באופן שעלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור, לרבות עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן..." תנובה לא ערערה לבית המשפט העליון על החלטת בית המשפט המחוזי כפי שעשו לפנייה המשיבים בפרשות הווארד רייס ובזק בינלאומי. דיוני הראיות בתביעה הייצוגית שאושרה נקבעו לקיץ 2018, 7 שנים לאחר הנשת בקשת האישור לבית המשפט. קשה אמנם לדעת מה יפסוק בית המשפט בסופו של דבר, אך כבר עתה ניתן לקבוע שהתביעה בעניין הקוטנ' היא תקדימית משום שזו הפעם הראשונה שבה אושרה תביעה בעניין מחיר מופרז כייצוגית, וזו גם הפעם הראשונה שבה בית משפט בישראל קבע מפורשות כי מחירים מופרזים מהווים ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי לפי סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים.

פרשת האשלג

בינואר 2017 התקבלה החלטה חשובה נוספת, כאשר בית המשפט המחוזי מרכז אישר הסדר פשרה בתובענה ייצוגית שהוגשה נגד מפעלי ים המלח בשנת 2014.⁹ לפי התובענה, חברת מפעלי ים המלח, שהוכרזה כבעלת מונופולין באספקת אשלג ב-1989, קבעה מחיר מופרז לאשלג בישראל. הטענה התבססה על העובדה שמפעלי ים המלח מכרה אשלג בישראל במחירים גבוהים מאלה שבהם מכרה אשלג בחו"ל, על כך שמחיר האשלג עלה מכ-200\$ לטון ב-2007 לקרוב ל-1,000\$ לטון בשנים 2008-2009 ולאחר מכן ירד למחירים שבין 200\$ ל-400\$ לטון בשנים 2010-2013, וכן על פסק בוררות בהליך שהתנהל בין חיפה כימיקלים לבין מפעלי ים המלח ואושר על ידי בית המשפט המחוזי תל אביב ב-2014, ובו נקבע כי "מחיר האשלג בשוקי העולם אינו תחרותי. מחיר זה מאפשר לחברות האשלג להרוויח רווח מונופוליסטי על חשבון צרכני האשלג."

באישור הסדר הפשרה בתובענה הייצוגית נגד מפעלי ים המלח קבע בית המשפט כי "אין לחלוק ... כי העילה של

תמחור מופרז על ידי בעל מונופול היא חלק מהמשפט הישראלי הנוהג" וכן קבע כי "הוויכוח כיום איננו על עצם קיומה של עילת התביעה בגין גביית מחיר מופרז על ידי מונופול, אלא על ההיקף הראוי שיש לתת לנורמה משפטית זו." בית המשפט קבע כי בעניין זה "קיימים חילוקי דעות לגיטימיים, המאפיינים את השלב ההיולי בו מצוי הדיון השיפוטי והרגולטורי בעילה זו." בית המשפט הניע למסקנתו על סמך ארבעה שיקולים עיקריים.

ראשית, בית המשפט קבע "אין זה מתקבל על הדעת כי בלשון "בלתי הוגנים" התכוון המחוקק רק למצב בו המחיר שנקבע הוא "טוב מדי" מבחינת הלקוח (קרי, מכירה במחיר נמוך מהעלות השולית או קניה במחיר גבוה מהתועלת השולית). ודוק, אילו לכך התכוון המחוקק, יש להניח כי היה משתמש במינוח המקובל בתחום לתמחור הפוגע בתחרות- "תמחור טורפני" (predatory pricing), ולמצער כי היה מוסיף תנאי המבהיר כי הכוונה למקרים בהם התמחור חוסם כניסת מתחרים. המסקנה המתבקשת מלשון החוק היא, אם כך, שהמחוקק רצה להגביל הן תמחור מדי מתחרים והן תמחור המנצל לקוחות."

שנית, בית המשפט קבע שמקור ההשראה העיקרי לסעיף 29א הוא הוראת דיני התחרות האירופאים, וכי "אין חולק כי האמנה האירופית פורשה על ידי בית הדין האירופאי לצדק (European Court of Justice) כמתייחסת גם לגביית מחיר מופרז על ידי פירמה דומיננטית."

שלישית, בית המשפט קבע כי תכליתו הרחבה של חוק ההגבלים העסקיים היא "להגן על ציבור מפני פרקטיקות עסקיות הפוגעות ברווחה החברתית", וכי במקרים שבהם מבנה השוק מונע היווצרות של שוק תחרותי, המחוקק הקנה לרשות ההגבלים העסקיים ולבתי המשפט כלים משלימים המאפשרים להתמודד עם פרקטיקות כאלה. האיסור על ניצול מעמד לרעה על ידי בעל מונופולין הוא דוגמה מובהקת לכך.

רביעית, בית המשפט קבע כי "האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי מונופול הינו ביטוי קונקרטי, בתחום ההגבלים העסקיים, של האיסור הכללי המוטל במשפט הישראלי על ניצול לרעה של עמדת כוח על מנת להשיג תנאי התקשרות החורגים מהמקובל וההוגן, או במילה אחת, עושק", וכי האיסור על גביית מחיר מופרז מבטא "מדיניות המתייחסת

8 לפרטים ראו גילה (b2016).

9 תובענה ייצוגית (בית המשפט המחוזי מרכז) 41838-09-14 משה וינשטיין נ' מפעלי ים המלח בע"מ (פורסם בבב, 29/1/2017).

לא רק לשיקולי יעילות (מניעת deadweight loss) כי אם גם לשיקולי צדק חלוקתי (חלוקה הוגנת של רווחי העסקה בין המונופול ללקוחותיו)."

פרשת הגז הטבעי

בספטמבר 2017 דחה בית המשפט העליון ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז לדחות בקשה לסלק על הסף בקשה לאישור תובענה ייצוגית אשר הוגשה נגד ספקי הגז הטבעי. בבקשת האישור נטען כי המחיר שבו ספקי הגז הטבעי, אשר הוכרו בנובמבר 2012 כבעלי מונופולין באספקת גז טבעי בישראל, מוכרים גז טבעי לחברת החשמל בישראל הוא מופרז.¹⁰ למרבה הצער, בית המשפט העליון השאיר פעם נוספת בצריך עיון את השאלה האם תמחור מופרז מהווה ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי כמשמעו בסעיף 29א(ב) (1) לחוק ההגבלים העסקיים. בית המשפט תמך בהחלטת בית המשפט המחוזי כי העובדה שספקי הגז הטבעי נדרשים מאז אפריל 2013 לדווח לממשלה על מחיריהם ועל הרווחיות שלהם איננה פוטרת אותם מסעיף 29א. מאידך ניסא, בית המשפט קבע כי מן הראוי שבית המשפט המחוזי, שאליו הוא החזיר את הדיון בבקשת אישור התובענה הייצוגית, יבחן בין השאר את השאלה האם העובדה שרשות החשמל, רשות ההגבלים העסקיים והממשלה אישרו את ההסכם עם חברת החשמל, יכולה לעמוד לספקי הגז כטענת הגנה.

ומעדני חלב, דרך משקאות קלים וכלה בלוחות למכירת מכוניות משומשות ושירותי קבורה. יתר על כן, נגד מספר חברות, לרבות תנובה, שטראוס, החברה המרכזית לייצור משקאות קלים ובזק, הוגשה יותר מתובענה ייצוגית אחת. כל התובענות הוגשו על ידי תובעים פרטיים, למעט התובענה בעניין גבינה צהובה באריזה אשר הוגשה על ידי המועצה הישראלית לצרכנות, שהיא חברה ממשלתית ללא כוונת רווח הפועלת במטרה להגן על הצרכנים ולשמור על זכויותיהם. קשה לדעת כיצד תסתיימה תביעות אלו, אך כבר כעת ברור כי מונופולים בישראל עומדים כיום בפני סיכון ממשי למצוא את עצמם נתבעים בטענה שהמחירים שגבו היו מופרזים. מצב זה יוצר אי-ודאות משפטית ניכרת, בפרט משום שבתי המשפט בישראל טרם קבעו קריטריונים ברורים לגבי מחירים מופרזים, ולכן בעלי מונופולין אינם יכולים לדעת אילו מחירים הם רשאים לקבוע אם ברצונם להימנע מתובענות ייצוגיות. גרוע מכך, אי-ודאות זו לא תיעלם במהרה, לאור הקצב האיטי שבו בתי המשפט דנים בתובענות ייצוגיות: התביעה בעניין גבינת קוטני, אשר נמצאת בשלב הדיוני המתקדם ביותר מכל התביעות, הוגשה כבר ב-2011 ועדיין לא ברור מתי יינתן פסק דין סופי בעניינה. יתר על כן, קשה לדעת אם בתי המשפט יקבעו בסופו של דבר הלכה ברורה בשאלה מתי מחירים גבוהים מהווים ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. בינתיים בעלי מונופולין צריכים לפעול בתנאי חוסר ודאות בנוגע למדיניות המחירים שלהם.

עמדת הרשות להגבלים עסקיים

עד שנת 2011 עסקה רשות ההגבלים העסקיים רק לעיתים רחוקות בפרקטיקות של ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי כלפי צרכנים (Exploitative practices) כפי שהן מפורטות בסעיף 29א(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, והתמקדה בפרקטיקות של דחיקת מתחרים מהשוק (Exclusionary practices). בפרט, הרשות לא פרסמה עמדה רשמית בשאלה האם תמחור מופרז עולה כדי ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי, ולא נקטה פעולות אכיפה נגד מחירים גבוהים.

מצב דברים זה השתנה כאשר פרופסור דיוויד גילה התמנה לממונה על הגבלים עסקיים בשנת 2011. לפני כניסתו לתפקיד, פרסם דיוויד גילה, יחד עם אריאל אזרחי, מספר מאמרים אקדמיים בנושא מחירים מופרזים (Ezrachi and

בקשות בהמתנה לאישור תובענה ייצוגית

בעקבות פרסום גילוי דעת 1/14 על ידי הממונה על הגבלים עסקיים ב-9 באפריל 2014, ובפרט לאחר אישור התובענה הייצוגית בעניין הקוטני באפריל 2016, הוגשו לבתי המשפט בקשות רבות לאישור תובענות ייצוגיות בעילת מחירים מופרזים. הטבלה הבאה מפרטת את התובענות הייצוגיות הנוגעות למחירים מופרזים אשר למיטב ידיעתי תלויות ועומדות, נכון לתחילת 2018, בבתי המשפט.

כפי שעולה מטבלה 1, התובענות הייצוגיות נוגעות למגוון רחב של מוצרים ושירותים, החל מגבינות לבנות וצהובות

10 רע"א 9771/16 נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד ואחרים נ' נורי משה ואחרים (פורסם בנבו, 28/9/2017).

טבלה 1: תביעות ייצוגיות התלויות ועומדות, נכון לתחילת 2018, בבתי משפט בישראל

המוצר/ השירות	המונופול	מתי הוגשה התביעה הייצוגית?
1. גבינת קוטג'	תנובה	יולי 2011
2. גבינה לבנה ושמנת מתוקה	תנובה	פברואר 2014
3. גז טבעי	נובל אנרג'י	יוני 2014
4. גבינה צהובה באריזה	תנובה	נובמבר 2014
5. מילקי	שטראוס	אפריל 2015 ומאי 2016
6. מערכות איתור רכבים	איתוראן	מאי 2015
7. תשתית בזק להתקשרות למערכת שע"מ (שרות עבור נתונים ממוכנים) שמפעילה רשות המיסים	בזק	אוגוסט 2015
8. כל התחומים שבהם בזק בעלת מונופולין (טלפון נייד ותחומי תקשורת נוספים)	בזק	נובמבר 2015
9. סיגריות	פיליפ מוריס	מרץ 2016
10. אבקת קקאו	שטראוס	מאי 2016
11. תה ירוק	תה ויסוצקי	מאי 2016
12. חשמל	חברת החשמל לישראל	מאי 2016
13. מרגרינה בלו-בנד	יוניליוור	יוני 2016
14. בקבוק קוקה קולה 1.5 ליטר	החברה המרכזית לייצור משקאות קלים	אוגוסט 2016
15. פתיתים אפויים	אוסם (נסטלה)	אוקטובר 2016
16. לוחות מכירות רכבי יד שניה בישראל	יד 2	אוקטובר 2016
17. הימורי ספורט	המועצה להסדר ההימורים בספורט	נובמבר 2016
18. סכיני גילוח	גילט	מאי 2017
19. שרות גשרי עלייה למטוסים	רשות התעופה האזרחית בישראל	יולי 2017
20. תרכובות מזון לתינוקות	מטרנה (נסטלה)	ספטמבר 2017
21. קוקה קולה זירו וקוקה קולה דיאט	החברה המרכזית לייצור משקאות קלים	נובמבר 2017
22. שירותי קבורה	חברה קדישא	אוקטובר 2017 ונובמבר 2017

המחיר התחרותי, נוצרת העברת עושר מידי ציבור הצרכנים לבעל המונופולין. גביית מחיר מופרז מלבה באופן חד ביותר את בעיית יוקר המחיה וטמונה בה פגיעה ישירה ומיידית בציבור הצרכנים.

גילוי הדעת קובע כי סעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים אוסר על בעל מונופולין לגבות מחירים מופרזים, ומפרט את אופן אכיפת האיסור. בפרט, גילוי הדעת דן בשלוש מתודולוגיות לזיהוי מחירים מופרזים: בחינת הפער בין מחיר המוצר או השירות לעלות ייצורו (לפי גילוי הדעת מתודולוגיה זו היא המתודולוגיה העיקרית), ניתוח הרווחיות ממכירת המוצר או השירות ביחס לרווחיות המקובלת בתעשייה הרלוונטית, והשוואת מחיר המוצר או השירות למחירו בשווקים אחרים, למחירו בתקופות זמן אחרות, או למחירי מוצרים או שירותים מתחרים. למרבה הצער, גילוי הדעת איננו קובע את הסף

(Gilo, 2008, 2009, 2010). מאמרים אלו מטילים ספק בטענה שלפיה מחירים מופרזים הם מחוץ לתחום של הגבלים עסקיים, וטוענים שבמקרים רבים עשוי האיסור על מחירים מופרזים לשפר את הרווחה החברתית.

ב-9 באפריל 2014 פרסם דיוויד גילה בתוקף תפקידו כממונה על הגבלים עסקיים את גילוי דעת 1/14. גילוי הדעת מבוסס על הטענה כי

גביית מחיר מופרז גורמת להקצאה בלתי יעילה שכן היא מונעת מצרכנים אשר התועלת שיפיקו מן המוצר גבוהה מן המחיר התחרותי אך נמוכה מהמחיר המופרז, מלרכוש את המוצר, ומאלצת אותם לפנות למוצרים שאינם תואמים את צרכיהם באותה המידה או להימנע כליל מרכישה... בנוסף, כתוצאה מן העובדה שהצרכנים משלמים מחיר גבוה מן

הקריטי לפי כל מתודולוגיה שמעליו רשות ההגבלים העסקיים תקבע כי מחיר גבוה הוא מופר.

גילוי הדעת קובע כי הרשות טיטה במיוחד לאכוף את האיסור על תמחור מופר כאשר בעל המונופולין הגיע למעמדו שלא כתוצאה מניצול יתרונות תחרותיים, כאשר התעשייה הרלוונטית מתאפיינת בחסמי כניסה המונעים כניסת מתחרים חדשים, כאשר בעל המונופולין גובה את המחיר המופר לאורך זמן והנזק המסתבר לציבור הצרכנים גדול, כאשר חשיבותו של המוצר או השירות הרלוונטיים בחיי היומיום של הצרכן הפרטי היא גבוהה, וכאשר נתח השוק של המונופול קרוב לשליטה מוחלטת בשוק באופן עקבי ולאורך זמן. לעומת זאת, הרשות טיטה פחות לאכוף את האיסור על תמחור מופר כאשר בעל המונופולין השיג את מעמדו הדומיננטי באמצעות יתרון תחרותי, כאשר יש רשות פיקוח רלוונטית שיכולה להסדיר את הפעילות בענף, וכאשר המוצר או השירות הרלוונטיים דורשים השקעות גבוהות במחקר ופיתוח או שהן כרוכות ברמת סיכון גבוהה.

גילוי דעת 1/14 מכיר בכך שהאיסור על תמחור מופר עלול ליצור אי-ודאות משפטית ניכרת, ולפיכך הוא מציע הגנת "נמל מבטחים", ולפיה מחיר לא ייחשב למופר כל עוד הפער בינו לבין העלות החשבונאית של ייצור המוצר או השירות איננו עולה על 20%. כאשר הפער עולה על 20% מהעלות החשבונאית, המחיר עשוי להיחשב למופר אם הוא "גבוה" ביחס לעלות הייצור או ביחס למחירו בשווקים אחרים, בתקופות זמן אחרות, או ביחס למחירי מוצרים או שירותים מתחרים. עם זאת, כפי שכבר ציינתי לעיל, גילוי הדעת איננו קובע בכמה צריך המחיר להיות גבוה מהעלות או מהמחיר בשוק אחר, בתקופות זמן אחרות, או מהמחיר של מוצרים ושירותים אחרים, על מנת להיחשב למופר. יתר על כן, גילוי הדעת איננו מסביר מדוע נבחר רף של 20% כנמל מבטחים. על פניו לא ברור איזה אחוז מהמחירים עומדים בקריטריון של נמל המבטחים, אפילו בשווקים שאינם ריכוזיים או בשווקים שהם ריכוזיים במידה מתונה.

בעקבות פרסום גילוי דעת 1/14 פתחה רשות ההגבלים העסקיים במספר חקירות בעניין מחירים מופרזים, אך יוזמות אלה לא הבשילו לכדי פעולות אכיפה עד סיום כהונתו של דיוויד גילה כממונה על הגבלים עסקיים בספטמבר

2015.¹¹ כאשר מיכל הלפרין החלה לכהן כממונה על הגבלים עסקיים במרץ 2016 היא החליטה לשקול מחדש את עמדת הרשות בעניין מחירים מופרזים. לאחר דיון ציבורי נרחב ולאחר שהרשות קיבלה חוות דעת מפרופסור פרדריק ג'ני (Jenny 2018), פרסמה מיכל הלפרין ב-28 בפברואר 2017 את גילוי דעת 1/17 אשר מחליף את גילוי דעת 1/14.

נקודת המוצא של גילוי דעת 1/17 היא כי לאור אישור התובענה הייצוגית בעניין הקוטג' ואישור הסדר הפשרה בעניין האשלג, "נביית מחיר בלתי הוגן גבוה עשויה, בנסיבות המתאימות, להיחשב כניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי" (גילוי דעת 17/1 מתייחס למחיר מופרז כאל "מחיר בלתי הוגן גבוה"). עם זאת, גילוי דעת 1/17 נוקט נישא שמרנית יותר מגילוי דעת 1/14 וקובע שהרשות, בדומה לנציבות התחרות האירופית, תאכוף את האיסור על מחיר בלתי הוגן גבוה "בזירות ובמתינות", ותתמקד ב"מקרים המובהקים" שבהם "הגוף המונופוליסטי דומיננטי במיוחד", וכאשר "אין בלחצים תחרותיים טבעיים או בהסרת חסמים כדי לעורר תחרות או לתת מענה להיעדרה של תחרות בשוק הרלוונטי", או כאשר "המרווח מעל העלויות גבוה במיוחד וכאשר קיימים פערי כוחות ניכרים בין בעל המונופולין לצרכני המוצר או השירות". מנגד, גילוי הדעת קובע כי הרשות טיטה להימנע מלהתערב במקרים שבהם "ההסתברות לפגיעה בתמריצים חיוביים כתוצאה מאכיפת האיסור גדולה". הרושם הכללי העולה מגילוי הדעת הוא כי הרשות רואה באיסור על תמחור מופר מוצא אחרון ותאכוף אותו כאשר פתרונות אחרים אינם זמינים או אינם יעילים.

חשוב לציין כי גילוי דעת 1/17 מבטל את הגנת נמל המבטחים שנקבעה בגילוי דעת 1/14. הביטול מתבסס על מספר נימוקים, ביניהם העובדה שרף אחיד בגובה 20% הוא "שרירותי ואינו מבוסס על בחינה אמפירית או כלכלית", וכן העובדה שהרף "מתייחס באופן זהה לשווקים שונים ומגוונים מבלי לתת משקל להבדלים הקיימים בין שווקים

11 על פי המשפט המנהלי, רשות ההגבלים העסקיים ראשית לנקוט פעולות אכיפה נגד מחירים מופרזים רק כל עוד אלה נגבו לאחר פרסום גילוי דעת 1/14 באפריל 2014. יתר על כן, כדי לבדוק אם הגנת נמל המבטחים חלה או לא, הרשות נדרשת לאסוף נתונים חשבונאיים מפורטים. פעולה זו אורכת זמן רב, ומשום כך הרשות לא הספיקה לסיים את החקירות שבהן החלה עד לסיום כהונתו של דיוויד גילה כממונה בספטמבר 2015.

שונים ובין מוצרים שונים. בנוסף, נילוי הדעת מביע את החשש כי "הגנת נמל המבטחים תהפוך (ואולי אף הפכה כבר) לרף הנורמטיבי המחייב בנוגע לחוקיות התמחור של בעל מונופולין". הניסיון מלמד כי מספר תובעים ייצוגיים אכן טענו שמחירים העולים על העלות ביותר מ-20% הם מופרזים.

הדיון האקדמי בישראל בנושא תמחור מופרז

הדיון בנושא האיסור על תמחור מופרז התנהל לא רק בבת משפט אלא גם באקדמיה. לדיון האקדמי הייתה השפעה גדולה לא רק על הדיון הציבורי בנושא, אלא גם על טיעונים שעלו בבתי משפט. התרומה האקדמית הראשונה לנושא הייתה ככל הנראה הרצאה שנשא פרופסור מיכל גל ב-2004 באוניברסיטת חיפה. הרצאה זו צוטטה בהרחבה על ידי בית המשפט העליון בפרשת הווארד רייס. מיכל גל טענה בהרצאתה כי כיוון שסעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים הועתק מהחוק האירופאי "במלאו וכלשונו", וכיוון ששורה ארוכה של פסקי דין אירופאים שניתנו עוד בטרם אומץ סעיף 29 בישראל קבעו שמחירים מונופוליסטיים עשויים להיחשב לבלתי הוגנים, הרי ניתן לטעון שאיסור כזה חל גם בישראל. היא מוסיפה ומציינת כי "הדיונים בכנסת בטרם תיקונו של חוק ההגבלים העסקיים מעידים על כך שחברי הכנסת התכוונו כי הסעיף יאסור גם נבייה של מחירים גבוהים על ידי המונופוליסט." עם זאת, מיכל גל מציינת כי הנציבות האירופאית הקדישה לאיסור משאבים מינימליים והגישה תביעות בנושא רק במקרים בודדים שבהם היו הפרשים ניכרים בין עלות המוצר לבין מחירו בשוק. נוסף על כך היא טוענת שיש לבטל את האיסור הפלילי על תמחור מופרז משום שפיקוח על מחירים הוא פעולה הסדרתית בעיקרה, וכי על המחוקק הישראלי להתקין חקיקת משנה אשר תיתן אינדיקציה לגובה המחיר ההוגן. היא סיכמה את הרצאתה בדברים: "לטעמי, ראוי להכיר בעילה של מחירים מונופוליסטיים כמחירים בלתי הוגנים, אולם בה בעת יש לקבוע פרמטרים אשר יקטינו את אי הודאות בנוגע לשאלה מהו מחיר הוגן."

גל ונבו (2015) נוקטות עמדה חזקה יותר וטוענות שחוק ההגבלים העסקיים בכלל וחוק ההגבלים בישראל על סעיפיו

הייחודיים בפרט אינם הדרך הנכונה להתמודד עם תמחור מופרז. יתר על כן, הן טוענות כי הפרת האיסור עלולה להביא לגיבושה של עבירה פלילית אם הוכחה כוונתו של בעל המונופולין להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, דבר שעלול להביא להרתעת יתר. הרתעה כזו עלולה לדעתן להקטין את התמריץ של חברות בין-לאומיות להיכנס לשוק בישראל; להוריד את התמריץ של חברות להשקיע במחקר ופיתוח או בייעול הייצור; לתמרץ חברות לייקר את מחיריהן כדי להפחית את נתח השוק שלהן מתחת ל-50% (לפי חוק ההגבלים העסקיים, חברה איננה נחשבת לבעלת מונופולין אם נתח השוק שלה נופל מ-50% ואז האיסור על תמחור מופרז איננו חל עליה).

אלא שטיעונים אלה של גל ונבו אינם משכנעים: ראשית, האיסור על תמחור מופרז חל לא רק בישראל, אלא גם בכל מדינות ה-OECD, למעט ארצות הברית, קנדה, אוסטרליה, ניו-זילנד ומקסיקו. לפיכך לא ברור מדוע הן סבורות שהחלת האיסור בישראל תשפיע על תמריצים של חברות בין-לאומיות להשקיע בישראל.¹² שנית, השקעה במחקר ופיתוח איננה רלוונטית במרבית התעשיות שבהן הוגשו תובענות ייצוגיות בעילת מחיר מופרז, שכן אלה תעשיות מסורתיות (למשל נבינות, מעדני חלב, מרגרינה, פתיתים אפויים וכדומה). שלישית, קשה להאמין שבעלי מונופולין ינסו להוריד את נתח השוק מתחת לרף של 50% כדי לחמוק מהאיסור על תמחור מופרז, בפרט כאשר במקרים רבים נתח השוק שלהן גבוה משמעותית מ-50% (כמו למשל תנובה בתחום הקוטג', שטראוס בתחום מעדני חלב או החברה המרכזית בתחום משקאות קולה), מה גם שחברה איננה יכולה לשלוט בנתח השוק המדויק שלה בזמן אמת, כיוון שנתח השוק תלוי גם בכמויות שמוכרות פירמות מתחרות.

גל ונבו טוענות עוד כי כיום, בתי המשפט נאלצים להחליט אם מחירים הם מופרזים הגם שאין הגדרה ברורה למושג "מחיר מופרז" והגם שהם נאלצים להעריך את המחיר שהיה שורר בשוק אלמלא התמחור היה מופרז. הן טוענות שמישימה זו מורכבת וזורשת מומחיות ומשאבים שאין לבתי המשפט. יתר על כן, הן טוענות כי לא ברור כיצד בעל המונופולין אמור לעדכן את מחיריו לאחר מתן פסק דין. הן מגיעות למסקנה שהדרך הראויה למנוע תמחור מופרז היא

12 ראו, <http://www.oecd.org/competition/>, ו-<http://www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf> (אוחזר ב-14 במרץ 2018).

לפקח על המחירים של בעלי מונופולין מראש באמצעות רשות פיקוח מקצועית, ובכך למנוע את אי-הוודאות המשפטית אשר שוררת כאשר המחירים נבחרים בדיעבד.

טענה נוספת של גל ונבו היא כי מונופולים אשר פועלים במספר שווקים עשויים להעלות את מחיריהם בשווקים שבהם הביקוש גמיש כדי למנוע טענה שהמחיר שהם גובים בשווקים בעלי ביקוש קשיח הוא מופרז. אפשרות זו נבחנה על ידי גילה ושפיגל (Gilo and Spiegel, 2018) במסגרת מודל תיאורטי. בפרט, הם בוחנים שני קני מידה לצורך הקביעה אם המחיר של בעל המונופולין מופרז: האחד - המחיר שבעל המונופולין גובה באותו זמן בשוק אחר (זהו המבחן שגל ונבו מציינות), והשני - המחיר שבעל המונופולין גבה באותו שוק בעבר (אמת מידה זו שימשה בפרשות הווארד רייס ובזק בינלאומי, שבהן הוולות מחיר בעקבות כניסת מתחרים לשוק הצביעו על כך שהמחיר ערב הכניסה לשוק היה מופרז).¹³ גילה ושפיגל מראים ששימוש בשתי אמות המידה מתמרץ את המונופול לצמצם את הפער בין המחירים שלו בשווקים שונים ולאורך זמן, וכי התוצאה מיטיבה עם צרכנים בשווקים שבהם לולא האיסור המחיר היה גבוה יותר, אך פוגעת בצרכנים בשווקים שבהם לולא האיסור המחיר היה נמוך יותר. בקשת רחבה של מקרים, התועלת לצרכנים מהסוג הראשון עולה על הנזק שנגרם לצרכנים מהסוג השני.

זאת ועוד, גילה ושפיגל מראים כי כאשר הוולות מחיר בעקבות כניסת מתחרה לשוק משמשת אינדיקציה לכך שהמחיר ערב הכניסה היה מופרז, יש לבעל המונופול תמריץ להימנע מהוולות חדה של מחירים בעקבות כניסת מתחרה לשוק, מה שמקל על חדירת המתחרה לשוק. זאת בניגוד לטענתן של גל ונבו שהאיסור על תמחור מופרז פוגע בתמריץ של פירמות לחדור לשוק. יתר על כן, לבעל המונופולין יש אינטרס לרסן את מחיריו במיוחד כאשר ההסתברות לכניסת מתחרים לשוק גבוהה, משום שמחירים גבוהים לפני כניסת המתחרים יקשו עליו להווייל מחירים בתגובה לכניסת המתחרים (שהרי הוולות מחירים עלולה להעיד שהמחיר ערב הכניסה היה מופרז). תוצאה זו עומדת בסתירה לטענה הרווחת שאין צורך לאכוף את האיסור על תמחור מופרז כאשר יש הסתברות גבוהה

לכניסת מתחרים לשוק, משום שאם זה יקרה "השוק יתקן את עצמו" (ראו למשל (2011) OECD, O'Donoghue and Padilla (2006), ו-Motta and de Streel (2006)). למרות נכונות הטענה שכניסת מתחרים מביאה לירידת מחירים ללא צורך בהתערבות בשוק, הטענה מתעלמת מכך שהמחירים בשוק נבוהים לפני כניסת המתחרים, וכי האיסור על תמחור מופרז מרסן מחירים אלה, במיוחד כאשר הסיכוי לכניסת מתחרים הוא גבוה.

גילה (2016) מגיב למאמרו של גל ונבו (2015) ומעלה שלושה טיעונים עיקריים שברצוני לציין כאן. ראשית, הוא טוען כי האיסור על תמחור מופרז מעודד מונופולים לרסן את עצמם מחשש לאכיפה בדיעבד, ובכך הוא מקטין את עלויות האכיפה. שנית, הוא טוען כי אי-וודאות משפטית איננה נמנעת כשמדובר בדיני הגבלים העסקיים וכי היא קיימת גם בתחומים אחרים של הגבלים עסקיים, לרבות בסוגיות של הסדרי בלעדיות או של מחירים טורפניים. עוד טוען גילה כי הגנת נמל המבטחים שנקבעה בגילוי דעת 1/14 אמורה להפחית את חוסר הוודאות המשפטית שכן מונופול השווה בתחומי נמל המבטחים חסין מפני תביעות. שלישי, הוא טוען שלמרות המורכבות הכרוכה במלאכת הבדיקה אם מחיר מסוים הוא מופרז, קושי זה קיים גם במשימות אחרות הנוגעות לאכיפה של חוק הגבלים העסקיים, כמו למשל בהגדרת שוק רלוונטי הנדרשת לצורך אישור מיוזמים או בהערכת הנזק מפעילות קרטל.

גל ונבו (2016) משיבות לגילה (2016) וטוענות כי אף על פי שאין חולק על כך שמחירים מופרזים עלולים לפגוע בצרכנים, האיסור על תמחור מופרז אינו הפתרון המתאים לבעיה, ולמעשה הוא עלול להיות "סוס טרויאני", אשר יפגע ברווחה בגלל הקטנת התמריץ להשקיע במחקר ופיתוח ובשיפור יעילות הייצור, בגלל התמריץ השלילי לכניסת חברות בין-לאומיות לשוק בישראל ובגלל אי-הוודאות הרבה שהוא יוצר.

מה אפשר ללמוד מהניסיון בישראל?

לאור ההחלטות של בתי משפט בתובענות הייצוגיות בעניין הקוטנ'ג והאשלג ונלווי הדעת 1/14 ו-1/17, נראה כי הדיון בשאלה האם קיים בדין הישראלי איסור על תמחור מופרז

¹³ אמת מידה דומה שימשה גם את התובע הייצוגי של תנובה בפרשת הקוטנ'ג, שם נטען, בין השאר, כי הוולות מחיר הקוטנ'ג בעקבות חרם הקוטנ'ג מצביעה על כך שמחיר הקוטנ'ג לפני החרם היה מופרז.

למשימה זו. לעניין זה יפה עמדתו של השופט האמריקאי פרנק איסטברוק אשר כתב כי "חוקי ההגבלים העסקיים אינם מסמיכים שופטים מחוזיים לתפקד כוועדת פיקוח של איש אחד."¹⁴ נכון אמנם שבניגוד לישראל, דיני ההגבלים העסקיים בארצות הברית אינם אוסרים על תמחור מופרז, אך עם זאת בישראל, כמו בארצות הברית, אין לבתי משפט יכולת אמיתית לתפקד כרשות פיקוח על מחירים, בפרט לאור העובדה שפיקוח מה מחייב מגע מתמיד בין החברה המפוקחת לבין רשות הפיקוח.

בפועל המצב חמור אף יותר מכך, מכיוון שהתובענות הייצוגיות התלויות ועומדות בבתי משפט בישראל ואשר מפורטות בטבלה 1 לעיל נידונות בבתי משפט מחוזיים שונים, בפני שופטים שונים אשר אינם מתמחים בהכרח בסוג מה של תביעות, ואשר במרבית המקרים נעדרים מומחיות כלכלית הנחוצה לצורך בירור שאלות של תמחור. מאמר שפורסם לאחרונה ואשר בחן את המצב בבתי משפט בארצות הברית מראה בבירור כי תיקים של הגבלים עסקיים העוסקים בסוגיות כלכליות מורכבות עלולים להיות מסובכים מדי עבור שופטים שאינם מומחים בכלכלה (Baye and Wright, 2011). בפרט, המאמר מראה כי ככל שרמת המורכבות הכלכלית של התיק גבוהה יותר, כן גוברת ההסתברות לערעור על פסק הדין, בעוד שהכשרה מתאימה של השופטים מקטינה את ההסתברות לערעור.

האם תובענות ייצוגיות הן הכלי המתאים לאכוף את האיסור על תמחור מופרז?

פרט להיעדר המומחיות של שופטים רבים בנושאים כלכליים בכלל ובענייני תמחור מופרז בפרט, עולה גם השאלה: האם טוב שהאיסור על תמחור מופרז נאכף על ידי תובעים פרטיים בהליכים של תובענות ייצוגיות? כדי לענות על שאלה זו, כדאי לדעתנו לדון בשלוש סוגיות.

ראשית, בדרך כלל אין בידי תובעים פרטיים נתונים טובים על אודות השוק הרלוונטי. לפיכך בקשות לאישור תובענות ייצוגיות בעילת מחיר מופרז מבוססות לעיתים קרובות על

כבר הוכרע, והשאלה המרכזית העומדת על הפרק היא מתי וכיצד יש לאכוף איסור זה. אמנם ייתכן שבית המשפט העליון, שעד כה טרם קבע עמדה בנושא, יפסוק אחרת, אך נראה שפסיקה כזו תהיה בגדר הפתעה. כיוון שנראה כי רשות ההגבלים העסקיים מעדיפה להימנע מאכיפת האיסור על תמחור מופרז, וכיוון שהמועצה להגנת הצרכן איננה פעילה בתחום זה, הרי בפועל, אכיפת האיסור מתבצעת כיום על ידי תובעים פרטיים באמצעות תובענות ייצוגיות. השאלה היא האם התפתחות זו היא מבורכת או שהיא צריכה דווקא להדאג.

הרושם שלי הוא שבשלב זה קשה עדיין לתת לשאלה זו תשובה משכנעת. בפרק זה של המאמר אני רוצה לדון במספר נקודות שכדאי להביא בחשבון כאשר בוחנים את המצב הקיים בישראל. לפני שאגש לעצם הדין, אני מבקש להדגיש כי אני משוכנע שהדרך הטובה ביותר לטפל בניצול לרעה של כוח מונופוליסטי היא למנוע את היווצרותו מלכתחילה באמצעות פתיחת שווקים לתחרות, הסרת חסמי כניסה לשוק והקלה על האפשרות של צרכנים להחליף ספקים. פעולות כאלו תיטבנה עם הצרכנים ותאפשרנה להם לבחור את הספק המועדף עליהם. ניסיון השנים האחרונות מראה שרפורמות מבניות שנערכו בשווקים שונים, לרבות בטלפוניה סלולארית, בשירותי טלוויזיה רב-ערוצית ובמדיניות השמים הפתוחים בתעופה אזרחית, הביאו תועלת רבה לצרכנים. השאלה אם כן היא מה לעשות במקרים שבהם התחרות כושלת ולא ניתן למנוע כוח מונופוליסטי באמצעות רפורמות מבניות.

האם לבתי המשפט יש כלים הדרושים לקבל החלטות בנושא תמחור מופרז?

המשימה הניצבת בפני בתי משפט בתובענות ייצוגיות הנוגעות למחירים מופחים היא ללא ספק קשה. בתי המשפט צריכים לקבוע לא רק אם המחיר שהמונופול קבע הוא "בלתי הוגן", אלא עליהם לקבוע גם מה היה המחיר לולא ניצל המונופול לרעה את כוחו, וזאת על מנת להעריך את הנזק שנגרם לצרכנים. מומחים רבים, לרבות Evans and Padilla (2005), and Motta and de Streel (2007), וגל ונבו (2015, 2016), טוענים כי משימה כזו מחייבת את בתי המשפט לפעול הלכה למעשה כרשויות פיקוח, למרות היעדר הכלים, המשאבים, או המומחיות הנדרשים

14 ראו, Chicago Professional Sports Ltd. Partnership v. NBA, 95 F.3d 593, 597 (7th Cir. 1996) (US)

ראיות קלושות. עדות מוחשית לכך היא התובענה הייצוגית שהוגשה נגד החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בטענה כי מחירים של בקבוקי קולה 1.5 ליטר הוא מופרז.¹⁵ תובענה זו עדיין תלויה ועומדת בבית המשפט המחוזי מרכז וטרם ניתנה בה החלטה. מכל מקום, המומחה הכלכלי מטעם המבקשים ביסס את חוות דעתו על מספר ראיות, לרבות מחירן של פחיות קולה במדינות שונות, על מאמר שהתפרסם בנלוס ואשר סוקר את מחירים של בקבוקי קולה קולה משפחתיים בארצות הברית לפי קבלות שנשלחו לעיתון על ידי כמה מקוראים, ועל הדוחות הכספיים של יצרני משקאות קלים בישראל ובח"ל.

מחיר פחיות קוקה קולה אינו רלוונטי בעליל לתובענה, משום שזו נוגעת למחירים של בקבוקי קוקה קולה 1.5 ליטר. המומחה מטעם המבקשים השתמש בנתון זה רק משום שהנתון היה זמין באינטרנט. הכתבה בנלוס על מחירים של בקבוקי קוקה קולה משפחתיים בארצות הברית אף היא איננה ראייה מניחה את הדעת משום שמספר קבלות שנשלחו לכתב העיתון אינן מהוות מדגם מייצג של המחירים, בפרט כאשר לא ידוע בכמה קבלות מדובר, היכן נרכשו הבקבוקים, והאם נמכרו במחירי מבצע או במחיר רגיל. כשהמומחה הכלכלי מטעם המבקשים נחקר על כך בבית המשפט, הוא השיב כי לא היה מוכן להוציא כסף על רכישת נתונים אמיתיים, "אפילו לא 500 ש.ר" ברור שאי-אפשר ברצינות להשוות מחירים בישראל לאלה שבמדינות אחרות רק על סמך כתבה בעיתון, ללא נתונים מהימנים.

הדוחות הכספיים של יצרני משקאות קלים בארץ ובעולם גם הם אינם מועילים, משום שהנתונים המופיעים בהם מתייחסים למגוון רחב של מוצרים, שחלקם אפילו אינם משקאות קלים (למשל בירות, יין, או משקאות חריפים), והם נמכרים במגוון רחב של ארזות (פחיות, בקבוקים אישיים, בקבוקים משפחתיים). למותר לציין שלא ניתן ללמוד דבר מנתונים ברמה כל כך מצרפית על העלות של מוצר בודד, כגון בקבוק קוקה קולה 1.5 ליטר, בפרט כאשר היצרן מייצר מספר רב של מוצרים שונים במגוון רחב של אמצעי אריזה, וכאשר ליצרן יש עלויות משותפות רבות שההקצאה שלהן למוצרים מסוימים היא בהכרח שרירותית. יתר על כן, אין כל סיבה לחשוב שנתונים על העלויות של פירמה אחת יכולים

לשמש אינדיקציה לעלויות של פירמה אחרת. מחקרים כלכליים מראים בבירור שבין פירמות הפועלות באותו ענף יכולים להיות הפרשי עלויות גבוהים, לעיתים 100% ואף יותר מכך (Syverson, 2010).

סוגיה שנייה שאני רוצה לדון בה היא הסכנה שחלק מהתובענות הייצוגיות הן תביעות סרק. כדי להבהיר למה אני מתכוון, ניתן לבחון שוב את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית בעניין מחיר בקבוקי קוקה קולה של 1.5 ליטר. המבקשים טוענים שבשנת 1989, כאשר בקבוק קוקה קולה 1.5 ליטר היה נתון לפיקוח מחירים, עמד מחירו על 1.47 ש, ואילו בשנת 2015 המחיר היה 6.77 ש - עלייה של 350% במחיר. הם טוענים כי "נסיקה דרמטית זו במחיר המוצר הנדון, כשלעצמה, מוכיחה כי הרווח אותו הפיקה החברה המרכזית, ממכירת המוצר מיום שהוסר הפיקוח מעליו, הינו מעל הרווח ההוגן והבלתי מופרז שהתיר מנגנון הפיקוח; וכי החברה המרכזית גובה מחיר מופרז שאינו הוגן למוצר כהנדרתו בדיון. אין וקשה לחשוב על הוכחה ברורה מזו!" אלא שהמבקשים שכחו לציין שמשנת 1989 ועד 2015 עלה מדד מחירים לצרכן ב-462%, כך שאחרי הצמדה למדד, מחיר של 1.47 ש ב-1989 מגיע כיום ליותר מ-8 ש, ולפיכך במונחים ריאליים, מחירו של בקבוק קולה 1.5 ליטר נמוך כיום משמעותית ממחירו המפוקח ב-1989.

המבקשים בתובענה זו גם לא ציינו כי נתוני סטורנקסט מראים שהמחיר הממוצע של בקבוק קוקה קולה 1.5 ליטר כמעט לא השתנה במונחים ריאליים (היינו בנטרול עליית המדד) בין השנים 2005, שהיא השנה הראשונה שעבורה יש נתוני סטורנקסט, ל-2016, השנה שבה הוגשה התביעה. לשם השוואה, בין שנת 2005 לשנת 2011 (השנה שבה פרצה המחאה החברתית) עלו מחירי המזון בישראל בשיעור ממוצע של 5% (ראו דוח ועדת קדמי, 2012, עמ' 8). עובדה זו, יחד עם העובדה שמחירו הריאלי של בקבוק קוקה קולה 1.5 ליטר נמוך כיום בהרבה ממחירו המפוקח בשנת 1989, איננה מתיישבת עם הטענה שהמחיר מופרז.

זאת ועוד: נתוני נילסן, אשר הוגשו לבית המשפט על ידי החברה המרכזית לייצור משקאות קלים, מראים שמחיר בקבוק קוקה קולה 1.5 ליטר אמנם גבוה יותר בישראל מאשר בארצות הברית, ספרד, גרמניה ואיטליה, אך נופל מזה שבבלגיה, צרפת, בריטניה, הולנד ודנמרק, והוא נמוך

15 כפי שכבר ציינתי לעיל, הגשתי חוות דעת כלכלית בתיק זה מטעם החברה המרכזית לייצור משקאות קלים.

מהמחיר הממוצע במדינות שנילסן סוקרת. נתונים אלו, שכאמור, המומחה הכלכלי מטעם המבקשים סירב לרכוש, מראים בבירור שהמחיר בישראל איננו מופרז יותר מאשר בבלגיה, צרפת, בריטניה, הולנד, ודנמרק.

בית המשפט טרם קיבל החלטה בעניין, וקשה לדעת מה יפסוק בסופו של דבר, אך לדעתי העובדות שמניתי מצביעות על כך שמדובר בתביעת סרק. תובענות ייצוגיות רבות אחרות מבוססות גם הן על ראיות קלושות וטיעונים מפוקפקים, ולכן עדיף היה שרשות ההגבלים העסקיים, או המועצה הישראלית לצרכנות, יאכפו את האיסור על תמחור מופרז, ולא תובעים פרטיים אשר מונעים על ידי רצון להפיק רווח אישי מהגשת תביעות. דא עקא, כפי שכבר ציינתי לעיל, נראה שרשות ההגבלים העסקיים אינה מעוניינת להגיש תביעות בעניין מחירים מופרזים, ואילו המועצה הישראלית לצרכנות איננה פעילה בתחום זה. לפיכך נראה כי לפחות בעתיד הנראה לעין, אכיפת האיסור על תמחור מופרז תמשיך להיעשות על ידי תובעים פרטיים באמצעות תובענות ייצוגיות.

סוגיה שלישית שכדאי לציין היא שגם אם כל התובענות הייצוגיות היו מוגשות בתום לב והיו נסמכות על ראיות מבוססות, אין כל ביטחון שדיונים משפטיים הם הדרך המיטבית לברר מתי מחירים גבוהים נחשבים למופריזים, ומה היו המחירים לולא ניצל בעל המונופולין את כוחו לרעה. שאלות מסוג זה מתאימות הרבה יותר להליך של פיקוח מחירים, המאפשר דיאלוג חופשי ורציף בין החברות לבין רשות הפיקוח.

אלטרנטיבות לאיסור על תמחור מופרז: פיקוח מחירים

מומחים רבים, ביניהם (Evans and Padilla (2005), (Motta and de Streel (2007), וגל ונבו (2015, 2016), טוענים שכדי למנוע ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי יש להטיל פיקוח מחירים. פיקוח כזה היה מקובל מאוד בישראל מאז היווסדה. החל מ-1996, מאפשר חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים תשנ"ו – 1996 לוועדת המחירים המשותפת למשרד האוצר ולמשרד המשלתי הממונה על תחום הפיקוח להסדיר מחירי מצרכים ושירותים אם הספק הוא מונופול מוכרז לפי סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים;

אם אספקתם ריכוזית; אם בין ספקיו של המוצר או הרכשו אין תחרות או קיימת ביניהם תחרות מועטה בלבד; ואם המוצר חיוני או קיים בו מחסור עקב נסיבות יוצאות דופן. כיום נתונים לפיקוח מחירים של מוצרי הצריכה הבאים: לחם אחיד וחלה, מלח מטבח ומלח שולחן, חלב טרי, אשל, ניל ושמנת חמוצה ומתוקה, חמאה רגילה, גבינות עמק וגלובע במשקל, גבינה לבנה 5% וביצי מאכל.¹⁶

דא עקא, הפיקוח על המחירים בישראל איננו יעיל. לדוגמה, צביה דורי, שכינה במשך שנים רבות כמפקחת על המחירים במשרד הכלכלה והתעשייה, אמרה בעדות שנתנה לאחרונה בבית המשפט כי "אחרי 15 שנה בפיקוח אני לא מאמינה שפיקוח הוא דבר יעיל. אני מאמינה שיצירת תנאי שוק תחרותיים יעילה הרבה יותר מפיקוח."¹⁷ היא הוסיפה כי הפיקוח על המחירים מייקר למעשה את המחירים, וכי הסרת הפיקוח תביא להגברת התחרות¹⁸ ואכן, כפי שכבר ציינתי לעיל, מחירי שיחות הטלפון הבין-לאומיות ירדו ב-80% ביום שבו הוסר הפיקוח על מחיריהן והשוק נפתח לתחרות. ישראל איננה יוצאת דופן בעניין זה. Genakos, Koutroumpis, and Pagliero (2018) הראו כי ביטול הפיקוח על המחיר המרבי בשוק הפירות והירקות ביוון ביוני 2011 הביא לירידה של 6% במחיר הממוצע לצרכן. יתר על כן, Katsoulacos, Genakos, and Houppis (2017) טוענים שפיקוח מוגם ולא יעיל הוא אחד המכשולים העיקריים לתחרות ולצמיחה ביוון. מובן שמדברים אלה לא ניתן להסיק שפיקוח מחירים מביא תמיד לעלויות מחירים, אך לרוע המזל, גם ההיפך איננו נכון כפי שאולי ניתן היה לקוות.

כדי לעמוד טוב יותר על פיקוח המחירים בישראל אפשר לבחון את הפיקוח על מחיר הלחם האחיד והחלה.¹⁹ בשנת 2013 ביקשו המאפיות מהממשלה לעדכן את המחיר

16 ראו, <http://economy.gov.il/Trade/PriceControl/Pages/Prices.aspx> (אוחזר ב-12 ביולי 2018).

17 ראו, <https://www.themarket.com/news/1.2461501> (אוחזר ב-12 ביולי 2018).

18 מעניין לציין כי עדותה של צביה דורי ניתנה במסגרת משפט שבו הורשעו מאפיות הלחם הגדולות בישראל בשותפות לקרטל. לפחות בהודמנות אחת נפגשו בעלי המאפיות באחד ממשרדי עורכי הדין הגדולים בישראל כדי לדון בסוגיות משותפות הנוגעות להליך הפיקוח על מחירי הלחם האחיד והחלה.

19 גילוי נאות: הנשתי חוות דעת מומחה לוועדת הפיקוח על המחירים מטעם אחת המאפיות הגדולות בישראל, וכן השתתפתי בשימוע בעניין מחיר הלחם האחיד והחלה.

של תנובה בכנס השנתי של איגוד השייך הישראלי כי "משבר הקוטג' לימד אותי שיעור בענווה."²¹ בדומה, ביולי 2013 אמר מנכ"ל תנובה כי "מחאת הקוטג' גרמה לתנובה לשים דגש על דעת הצרכן וצרכיו. כחלק ממדיניות זו הכנסנו את הקוטג' לפיקוח עצמי."²² ואכן, למרות החלטת הממשלה בתחילת שנת 2014 להחזיר לפיקוח את המחיר של גבינה לבנה 5% ושל שמנת מתוקה בגלל "רווחיות יוצאת דופן", היא לא ראתה צורך להחזיר לפיקוח את המחיר של גבינת קוטג'. היום, יותר מ-7 שנים לאחר פרוץ מחאת הקוטג', מחירה של גבינת קוטג' עדיין נע סביב 5.5 ש"ח, בדומה למחיר ששרר לאחר תחילת המחאה.

אירוע נוסף שכדאי להזכיר בהקשר זה הוא "מחאת המילקי" שהתחילה ב-5 באוקטובר 2014, כאשר ישראלי החי בברלין העלה לפייסבוק תמונה של קבלה מהסופרמרקט המראה כי מחירו של מוצר דמוי-מילקי עולה בברלין רק 0.19 יורו (כ-0.9 ש"ח באותה תקופה), בהשוואה למחיר המילקי בארץ שעמד אז על כ-2.60 ש"ח.²³ מחאת המילקי זכתה אף היא לכיסוי תקשורת נרחב. מספר רשתות סופרמרקט הגיבו למחאה במחיר מבצע מיוחד של מילקי בשקל.²⁴ בעקבות המחאה ירד המחיר הממוצע של מילקי ל-2.30 ש"ח בתחילת 2015, אך עלה שוב לכ-2.50 ש"ח ב-2016.

מחאת הקוטג' ומחאת המילקי מראות שצרכנים בישראל יכולים להפעיל לחץ אפקטיבי על יצרנים וקמעונאים כדי להביא להוזלות מחירים. אלא שאירועים אלה הם היוצאים מהכלל המעידים על הכלל. יום לאחר פרוץ מחאת הקוטג' אמר דיוויד גילה שכיחן אז כממונה על הגבלים עסקיים בריאיון לגלובס:

21 ראו, <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4332649,00.html> (אוחזר ב-12 ביולי 2018).
22 ראו, <https://www.makorrishon.co.il/nrg/online/1/ART2/486/100.html> (אוחזר ב-12 ביולי 2018).
23 לפרטים נוספים ראו, <https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A7%D7%99%D7%A7%D7%A7%D7%99%D7%99%D7%9C%D7%99%D7%A7%D7%99-150516-14-%D7%A7%D7%95%D7%99%D7%A7%D7%95%D7%99> (אוחזר ב-14 במרץ 2018).
24 ראו, <https://www.globes.co.il/news/article. asp?did=1000977809> (אוחזר ב-14 במרץ 2018).

המפוקח של הלחם האחיד והחלה. ועדת המחירים דחתה את הבקשה בשנת 2014 והודיעה על כוונת הממשלה לעדכן את המתודולוגיה אשר משמשת לפיקוח על המחירים (המתודולוגיה החדשה אומצה לבסוף בתחילת 2017). ב-2016 החליטה ועדת המחירים לעדכן את מחיר הלחם לאחר הליך ארוך שכלל גם דוחות של שני משרדי רואי חשבון שבדקו את מבנה העלויות של המאפיות ואת המרווח הקמעונאי של רשתות השייך. אלא שהנתונים שבהם השתמשו משרדי רואי החשבון היו מ-2013. בעקבות ערעור של המאפיות על ההחלטה, החליטה ועדת המחירים להשתמש בנתונים חשבונאיים מ-2015, אך היא לא הצליחה לענות על השאלה אם המחירים המרביים לצרכן ולקמעונאי נקבעו בהתאם למתודולוגיה החדשה או הישנה. המאפיות ערערו שוב על ההחלטה, אך נכון לאמצע 2018 עדיין לא התקבלה החלטה סופית בעניין. כך תהליך שהחל ב-2013 ומלל דיונים וערעורים רבים נמצא עדיין תלוי ועומד, והוא מתבסס על נתונים חשבונאיים לא עדכניים.

אלטרנטיבות לאיסור על תמחור מופר: אקטיביזם צרכני

מנגנון נוסף שעשוי לרסן תמחור מופר הוא אקטיביזם צרכני. דוגמה לכך היא מחאת הקוטג' שהתרחשה בקיץ 2011.²⁵ בעקבות הסרת הפיקוח על מחיר הקוטג' בשנת 2006, עלה מחירו בשיעור של 43%, ממחיר של כ-4.5 ש"ח ערב הסרת הפיקוח ליותר מ-7 ש"ח בתחילת יוני 2011. לשם השוואה, המחיר הממוצע של מוצרי חלב בפיקוח עלה באותה תקופה רק ב-10%.

ב-14 ביוני 2011 החלה לפעול בפייסבוק קבוצת מחאה שקראה לחרם על גבינת קוטג' עד שמחירה ירד ל-5 ש"ח. המחאה סוקרה בהרחבה ברדיו, בטלוויזיה ובעיתונים, והצטרפו אליה עשרות אלפי גולשים. השפעת המחאה הייתה מיידית: המחיר הממוצע של גבינת קוטג' צנח כמעט בין לילה ב-24% ל-5.5 ש"ח. בתגובה למחאה מינתה הממשלה את ועדת קדמי אשר המליצה על רפורמות מבניות בשוק החלב (ראה דוח ועדת קדמי), ורשות הגבלים העסקיים פתחה בחקירה נגד תנובה. למחאת הקוטג' הייתה השפעה משמעותית ומתמשכת. בינואר 2013 אמר סמנכ"ל השייך

20 החומר כאן מתבסס על (Hendel, Lach, and Spiegel (2017)).

יש סוג של אדישות אצל הצרכן הישראלי. ההתרשמות הכללית היא שהצרכן הישראלי לא עושה חקר שווקים, לא מוכן להשקיע מאמץ קטן ולהשוות בין הצעות מתחרות ולעשות אקסטרה ק"מ כדי ללכת למתחרה הזול... צרכנים צריכים להצביע ברגליים ולקנות איפה שזול ושיבדקו בעצמם איפה יותר זול. זה ירסן את הקמעונאים והספקים מלהעלות מחירים.²⁵

בדומה, פרופסור עודד שריג, שהיה הממונה על שוק ההון, אמר בדיון בוועדת הכלכלה ב-2011, זמן קצר אחרי מחאת הקוטג', כי הצרכן הישראלי מגלה אדישות ביחס לדמי הניהול שהוא משלם עבור חיסכון פנסיוני, ואמר בין השאר כך:

הדבר הכי חשוב לי הוא שמה שקרה בקוטג' יקרה גם בדמי הניהול - על הלקוח להתמקח על דמי הניהול... אנחנו מאפשרים לציבור לעבור מחברה לחברה, ובפועל זה לא קורה... אני יכול להביא את הסוס לשוקת, אבל אני לא יכול להכריח אותו לשתות.²⁶

ואמנם, סקר אינטרנטי שערכה המועצה הישראלית לצרכנות בספטמבר 2015 מראה כי הצרכן הישראלי פסיבי, וכי הוא בעל מודעות נמוכה לזכויותיו.²⁷

מתי מחירים נחשבים למופרזים?

כדי לקבוע אם מחיר של מוצר או שירות הוא מופרז יש להשוותו לאמת מידה כלשהי. ככלל, ניתן להשתמש בשתי גישות: האחת היא להשוות את המחיר לעלות המוצר או השירות. בדיקת הרווחיות של ספק המוצר או השירות היא שקולה משום שהרווחיות היא ההפרש בין המחיר לעלות. ואולם קשה לצפות שתובעים פרטיים יוכלו להשיג נתונים על העלויות של מונופולים, ולכן גישה זו איננה מעשית כשמדובר בתובענות ייצוגיות. יתרה מזו, כאשר המונופול מייצר מספר רב של מוצרים וחלק גדול מהעלויות שלו הן עלויות משותפות, קשה מאוד, ולעיתים גם בלתי אפשרי,

לקבוע בצורה משכנעת מהי העלות של מוצר או שירות בודד, כיוון שההקצאה של עלויות משותפות היא, מעצם הגדרתה, שרירותית.

לפי הגישה השנייה משווים את המחיר שהמונופול גובה למחיר אחר אשר נחשב לתחרותי יותר. יש בהקשר זה לפחות ארבע אפשרויות. ראשית, ניתן להשוות את המחיר עם המחיר שהמונופול גבה בעבר, למשל לפני שמתחרה חדר אל השוק. אמת מידה זו שימשה את התובעים בפרשת הווארד רייס ובפרשת בוק בינלאומי כדי לטעון שהמחיר שנקבע ערב חדירת מתחרים לשוק היה מופרז.

אפשרות שנייה היא להשתמש בעליית מחיר שהתרחשה בעקבות הסרת פיקוח כדי לטעון שהמחיר הלא מפוקח הוא מופרז. באפשרות זו נעשה שימוש בתובענות הייצוגיות בעניין גבינת הקוטג', המילקי והגבינה הצהובה באריזה.

אפשרות שלישית היא להשוות את המחיר עם זה שהמונופול גובה עבור אותו מוצר בשוק אחר, תחרותי יותר. למשל, בפרשת האשלג טענו המבקשים, בין השאר, כי מחיר האשלג בישראל מופרז על סמך העובדה שמפעלי ים המלח מוכרים אשלג בחו"ל במחירים נמוכים יותר מאשר בישראל.²⁸ בדומה, בית הדין האירופאי קבע כי המחיר ש"בריטיש לילנד" גבתה עבור רישיונות למכונות עם הגה בצד שמאל הוא מופרז, בהסתמך על המחיר שהיא גבתה עבור אותם רישיונות למכונות עם הגה בצד ימין.²⁹ דוגמה אחרת היא קביעת הרשות לסחר הוגן בבריטניה (ה-OFT) כי NAPP גבתה מחיר מופרז מבתי מרקחת קהילתיים עבור מורפיום בשחרור מושהה לאחר שהשוותה אותו למחיר ש-NAPP גבתה מבתי החולים עבור אותן זריקות.³⁰

אפשרות רביעית היא להשוות את המחיר שהמונופול גובה עם מחירים שפירמות מתחרות גובות באותו שוק, או עם מחירים שפירמות אחרות גובות עבור מוצרים דומים בשווקים אחרים. השוואה כזו היא מעצם טבעה בעייתית, כיוון שקשה

28 אפשר לטעון שבית המשפט השתמש למעשה בגישה מבוססת עלות, כיוון שהוא ראה את מחיר האשלג בחו"ל כעלות אלטרנטיבית למכירת אשלג בישראל, בהסתמך על ההנחה שמפעלי ים המלח הייתה יכולה למכור בחו"ל את האשלג שהיא לא מכרה בישראל.

29 ראו, Case 226/ 84 British Leyland Public Limited Company, [v. Commission] 1986.

30 ראו, "Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries (Napp)," Decision of the Director General of Fair Trading, No. Ca98/2/2001, 30 March 2001.

25 ראו, <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000654462> (אוחזר ב-12 ביולי 2018).

26 ראו, <http://www.themarker.com/markets/1.1566675> (אוחזר ב-12 ביולי 2018).

27 ראו, http://www.consumers.org.il/item/madad_1015 (אוחזר ב-14 במרץ 2018).

התחרות האיטלקית שנתה כאשר קבעה כי חברת Aspen
נבתה מחירים מופרזים עבור ארבע תרופות נגד סרטן לאחר
שהעלתה את מחירן בשיעורים שבין 300%-ל-1,500%.³³

מסקנות

הניסיון שנצבר בישראל מעניין, שכן בניגוד למדינות אחרות,
אכיפת האיסור על תמחור מופרז מתבצעת בישראל כמעט
אך ורק באמצעות תובעים פרטיים במסגרת תובענות ייצוגיות.
למיטב ידיעתי, נכון לתחילת 2018, למעלה מ-20 תובענות
יייצוגיות בעילת מחיר מופרז היו תלויות ועומדות בבתי משפט
בישראל. מצב זה יוצר חוסר ודאות משפטית ניכר, בפרט
לאור העובדה שבתי המשפט טרם קבעו כללים ברורים בנוגע
למחירים מופרזים, ולאור העובדה שלפחות חלק מהתובענות
התלויות ועומדות נתמכות בראיות קלושות המקשות על בתי
המשפט לקבל החלטות מושכלות. יתר על כן, התובענות
היייצוגיות מאלצות את בתי המשפט להכריע בשאלות כלכליות
מורכבות שהם אינם ערוכים ככלל להכריע בהן.

עם זאת, חשוב לזכור שאין בישראל כלים טובים אחרים לריסון
כוח שוק של בעלי מונופולין. פיקוח מחירים בישראל איננו
יעיל, הוא נמשך שנים ארוכות, ולעיתים קרובות מתבסס
על נתונים מיושנים. אקטיביזם צרכני יכול להיות כלי יעיל
כפי שיעידו מחאות הקוטג' והמילקי, אלא שברוב המקרים,
צרכנים בישראל אינם אקטיביים ואינם מתארגנים לשם
עמידה על האינטרסים שלהם.

אם כך, מהו הפתרון? הדרך הטובה ביותר לריסון כוח השוק
היא כמובן לעודד את התחרות באמצעות פתיחת שווקים
לתחרות, צמצום חסמי כניסה לשווקים והסרת חסמי מעבר
של צרכנים בין ספקים מתחרים. עם זאת, חשוב לזכור כי סעיף
29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים עוסק במצבים שבהם
התחרות כושלת ואין לצרכנים חופש בחירה, או לפחות, לא
במידה מספקת. במקרה זה עומדות לרשותנו שלוש חלופות
שאף אחת מהן איננה מושלמת: פיקוח מחירים, אקטיביזם
צרכני, או אכיפת האיסור על מחיר מופרז. החלופה העדיפה
בכל מקרה צריכה להיות זו שבנסיבות המקרה היא הפחות

33 ראו, <https://www.natlawreview.com/article/italy-s-agcm-market-competition-authority-fines-aspen-eur-5-million-excessive> (אוחזר ב-14 במרץ 2018).

להבטיח שאנו משווים תפוזים לתפוזים. לדוגמה, העובדה
שנתח השוק של המונופול גדול בהרבה מזה של המתחרים
יכולה להצביע על כך שהצרכנים מעדיפים את המוצר של
המונופול על פני המוצרים של המתחרים, ולכן אין מדובר
מבחנתם בתחליפים קרובים. ההשוואה היא בעייתית אף
יותר כאשר אמת המידה היא המחיר שפירמות אחרות גובות
בשווקים אחרים, כיוון שאז סביר עוד פחות שאנו משווים
תפוזים לתפוזים.

בכל מקרה, שלא כמו בעניין נתוני עלות, תובעים פרטיים
בתובענות ייצוגיות יכולים להשיג נתוני מחירים לצורכי
השוואה מחברות מחקר שווקים כמו נילסן או סטורנקסט.
השאלה בהקשר זה היא איזה הפרש מחיר ייחשב לגדול
מספיק כדי להעיד על כך שהמונופול גבה מחיר מופרז?
כאמור, בתי המשפט בישראל טרם הכריעו בסוגיה זו. כדאי
לציין שבמובן מסוים, שאלה זו איננה שאלה כלכלית גרידא
אלא היא כרוכה גם בשיפוט ערכי.

לדעתי, יהיה קשה ואולי אף מיותר לנסות למצוא הגדרה
ברורה למחיר מופרז אשר תתאים לכל המקרים. הנטייה
האישית שלי היא לאכופ את האיסור על תמחור מופרז רק
במקרים מובהקים, בדומה לגישה של שופט בית המשפט
העליון האמריקאי פוטר סטיוארט, אשר כתב ביחס
לפורנוגרפיה:³¹

לא אטרח עוד להגדיר את סוגי החומר הנחשבים
לפורנוגרפיה, וייתכן שלעולם לא אצליח לעשות זאת בצורה
ברורה, אבל אני מזהה את זה כאשר אני רואה את זה...

למשל, קשה לטעון שרשות התחרות והשווקים הבריטית
(British CMA) שנתה כאשר קבעה בשנת 2016 שחברת
התרופות Pfizer והמשווק שלה Flynn נבו מחיר מופרז
עבור קפסולות של נתן פניטואין, המיועדות לטיפול
באפילפסיה, לאחר שהעלו את מחירן בשיעורים של
2,300%-2,600%.³² באותה מידה קשה לטעון כי רשות

31 ראו, (Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184 (1964)).
32 ראו, <https://www.gov.uk/government/news/cma-fines-pfizer-and-flynn-90-million-for-drug-price-hike-to-nhs> (אוחזר ב-14 במרץ 2018). מעניין לציין עם זאת שהטריבונל לערעורים בענייני תחרות בבריטניה קבע בתחילת יוני 2018 כי רשות התחרות והשווקים הבריטית לא יישמה בצורה נכונה את המבחנים לזיהוי מחיר מופרז והחזיר את התיק לרשות התחרות והשווקים לצורך בחינה מחדש.

לטפל בהן, אני סבור שמוטב בשלב זה להתקדם בזהירות ובמתינות, ולאכנף את האיסור על תמחור מופרז רק במקרים בודדים שבהם אין כמעט ספק שהמונופול ניצל לרעה את כוחו ושהפגיעה בצרכנים ברורה ומשמעותית.

פרופ' יוסי שפיגל | spiegel@tauex.tau.ac.il

גרועה מבין השלוש. כמובן, יש מקרים שבהם אי-התערבות עדיפה על שלוש החלופות גם יחד.

מכל מקום, כיוון שהאיסור על תמחור מופרז יוצר אי-ודאות משפטית ניכרת ומצריך את בתי המשפט לעסוק בשאלות כלכליות מורכבות שבתי משפט אינם ערוכים ככלל

- Baye M. and J. Wright (2011), "Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity and Judicial Training on Appeals," *Journal of Law and Economics*, 54, 1-24.
- Evans D., and J. Padilla, (2005), "Excessive Prices: Using Economics to Define Administrative Legal Rules," *Journal of Competition Law and Economics*, 1(1), 97-122.
- Ezrachi A. and D. Gilo, (2008), "Are Excessive Prices Really Self Correcting?" *Journal of Competition Law and Economics*, 249-268.
- Ezrachi, A. and D. Gilo (2009), "The Darker Side of the Moon: Assessment of Excessive Pricing and Proposal for a Post-entry Price-cut Benchmark," in Ezrachi, A. (ed.), *Reflections on Its Recent Evolution*, Article 82 EC, 225-248, Oxford, UK: Hart Publishing; Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1353056>.
- Ezrachi A. and D. Gilo, (2010), "Excessive Pricing, Entry, Assessment, and Investment: Lessons from the Mittal Litigation," *Antitrust Law Journal*, 76(3), 873-897.
- Gal M. (2004), "Monopoly Pricing as an Antitrust Attorney in the US. and the E.C.: Two Systems of Belief about Monopoly?" *Antitrust Bulletin*, 49, 343-384.
- Genakos, C., P. Koutroumpis, and M. Pagliero (2018) "The impact of maximum markup regulation on prices," forthcoming in *Journal of Industrial Economics*.
- Gilo D. (2016b), "Excessive Pricing: Can Experience be drawn from Tnuva (Israel)?" *Journal of European Competition Law and Practice*, 7(9), 620-621.
- Gilo D. and Y. Spiegel (2018), "The Antitrust Prohibition of Excessive Pricing," Mimeo.
- Hendel I., S. Lach, and Y. Spiegel (2017), "Consumers' Activism: the Cottage Cheese Boycott," *Rand Journal of Economics*, 48(4), 972-1003.
- Jenny F. (2018), "Abuse of Dominance by Firms Charging Excessive or Unfair Prices: An Assessment," in *Excessive Pricing and Competition Law Enforcement*, Jenny F. and Katsoulacos Y. eds., Springer.
- Katsoulacos Y., C. Genakos, and G. Houpis (2017), "Product Market Regulation and Competitiveness: Towards a National Competition and Competitiveness for Greece," in Meghir C., C. Pissarides, D. Vayanos, and N. Vettas (eds.), *Beyond Austerity: Reforming the Greek Economy*, Boston MA: MIT Press.
- Klement A. and K. Weinshall-Margel (2016), "Class Actions in Israel: An Empirical Perspective," *Mishpatim*, 45, 707-760.
- The "Kedmi Committee" Report (The Competitiveness in the Food and Consumer Goods Market Committee), 2012. Available at <http://economy.gov.il/publications/publications/documents/kedmireport2012.pdf> (accessed on March 14, 2018).

Motta M. and A. de Streeck (2006), "Excessive Pricing and Price Squeeze under EU Law," in Claus-Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu (eds.), *What is an Abuse of a Dominant Position?* Oxford: Hart Publishing.

Motta M. and A. de Streeck (2007), "Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?" in Swedish Competition Authority (eds.), *The Pros and Cons of High Prices*.

O'Donoghue R. and J.A. Padilla (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford: Hart Publishing.

OECD(2011), "Excessive Prices, Background Paper by the Secretariat," OECD Policy Roundtables, DAF/COMP(2011)18, available at <http://www.oecd.org/competitionabuse/49604207.pdf> (accessed on March 14, 2018).

Syveson C. (2011), "What Determines Productivity," *Journal of Economic Literature*, 49(2), 326-365.

גל (שיצר) מ. וה. נבו (2015), "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי," משפטים מ"ה תשע"ו 277-331.

גל (שיצר) מ. וה. נבו (2016) "מחיר גבוה כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי: סוס טרויאני," משפטים מ"ו תשע"ז.

גילה ד. (2016), "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי," משפטים מ"ה, 761-799.

דוח ועדת קדמי (הצוות לבדיקת התחרותיות והמחירים בשוק מוצרי המזון והצריכה - הדו"ח הסופי), 2012. <http://economy.gov.il/publications/publications/documents/ked mireport2012.pdf> (אוחזר ב-14 במרץ 2018).