

עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן לאחר גפניאל ונאור: תנאים להחלתה*

מאת

מיכל גל** ויוסי שפיגל***

תקציר

המאמר סוקר שתי החלטות של בית המשפט העליון שניתנו לאחרונה בנושא מחיר גבוה בלתי הוגן. בעניין גפניאל מיולי 2021 הכיר בית המשפט לראשונה בעילה וקבע תנאים להחלתה. בהחלטתו בעניין נאור ממרץ 2023, קבע בית המשפט תנאים נוספים להחלת העילה. שתי ההחלטות מאמצות גישה זהירה ומרוסנת, וקוראות להחלת העילה רק במקרים "החריגים והקיצוניים, הדוקרים את העין וברורים לכל." המאמר פותח עם דיון בשש מושכלות יסוד הרלוונטיים לתחולת האיסור: (1) רווחת הצרכן תלויה לא רק במחיר אלא גם בתמורה המתקבלת; (2) מחיר תחרותי קיים רק כאשר מתקיימים תנאים לתחרות משוכללת; (3) התמריצים של פירמות להשקיע ולחדש חיוניים לרווחת הצרכנים; (4) לוודאות רגולטורית יש חשיבות מכרעת ליעילות של שווקים; (5) מגבלות מוסדיות מקרינות על היקף תחולת העילה; ו-(6) האיסור חל ללא קשר להתנהגות מדירה. לאחר מכן המאמר מחיל מושכלות יסוד אלו על פרשנות האיסור; מנתח את תפיסות ההוגנות של צרכנים בנוגע למחירים גבוהים ואת הלקחים מהניסיון שנצבר בתחום של פיקוח על מחירים; ודן בקשיים האינהרנטיים לקבוע מהו מחיר גבוה בלתי הוגן בהתאם למבחנים המקובלים. כחלק מהניתוח, אנו מנתחים את מרבית ההחלטות שהתקבלו באיחוד האירופאי ובבריטניה בעניין העילה עד לאחרונה. לבסוף, המאמר

* אנו מודים לתמר שמואלי על עבודת מחקר מועילה, ולעדי אייל, יאיר אילת, נדב לוי וחיים פרשטמן על הערות מועילות. נספחים למאמר זה ניתן למצוא לצד המאמר באתר המקוון של עיוני משפט (<https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/mz1>).

** פרופסור וראש המרכז למשפט ולטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, פרופסור אורח ב-NYU ונשיאת הארגון העולמי לחוקרים בתחום דיני התחרות (ASCOLA) (2016-2023). גילוי נאות: מיכל גל כתבה חוות דעת משפטית בנושא קיום העילה בשני תיקים, לאחר שרעתה הובעה בכתיבה אקדמית.

*** פרופסור, הפקולטה לניהול על שם קולר, אוניברסיטת תל אביב, CEPR ו-ZEW, נשיא האגודה הישראלית לכלכלה, חבר הוועד המנהל של האגודה לכלכלני תחרות, וחבר הוועדה המייעצת לכלכלן הראשי לענייני תחרות של נציבות האיחוד האירופי. גילוי נאות: יוסי שפיגל כתב חוות דעת כלכלית בחמש תובענות ייצוגיות העוסקות בתמחור מופרז, לרבות בעניין גפניאל ובעניין המועצה הישראלית לצרכנות.

**מציע כיצד יש להחיל את העילה לאור פסקי דין גפניאל ונאור, באופן אשר
יבטיח שהחלת העילה אכן תתרום לרווחת הצרכנים בטווח הארוך.**

- 297 מבוא
- 301 א. מושכלות יסוד בהחלת העילה
1. מושכל יסוד כלכלי ראשון: רווחת הצרכן תלויה לא רק במחיר אלא גם
- 303 בתמורה המתקבלת
- 304 2. מושכל יסוד כלכלי שני: התנאים לקיום מחיר תחרותי ומה הוא מכסה
3. מושכל יסוד כלכלי שלישי: חשיבות התמריצים הדינמיים לפעולת השווקים
- 308 ולרווחת הצרכנים
- 309 (א) הקשר בין מחיר גבוה להשקעות
- 312 (ב) דוגמאות לפגיעה בתמריצי ההשקעה על ידי הגבלת שולי הרווח
- 312 (1) פגיעה אפשרית בתמריץ לשפר את איכות המוצר שהפירמה מציעה
- 313 (2) פגיעה אפשרית בתמריץ להתייעל ולהפחית עלות
- 313 (3) פגיעה אפשרית במגוון ובזמינות המוצרים שהפירמה מציעה
- 314 (ג) שיקולים דינמיים לעומת יעילות סטטית
- 316 (ד) הניסיון שנצבר בתחום הפיקוח על מחירים
- 317 4. מושכל יסוד כלכלי רביעי: חשיבות הוודאות עבור השקעות בשוק
- 320 5. תובנה כלכלית חמישית: מגבלות מוסדיות מקרינות על היקף תחולת העילה
- 326 6. מושכל יסוד משפטי: האיסור חל ללא קשר להתנהגות מדירה
- 326 7. שש מסקנות מהניתוח
- 327 ב. תפיסות הוגנות מחירים של צרכנים
- 330 ג. הקשיים האינהרנטיים בקביעת מחיר גבוה בלתי הוגן
- 331 1. המבחן האירופי המקובל במרבית העולם
- 333 2. הניסיון שנצבר במדינות אחרות
- 338 3. המבחנים להחלת העילה שקבע בית המשפט העליון בגפניאל ובנאור
- 340 ד. מבחנים לזיהוי מחיר גבוה באופן מופרז
- 340 1. מבחנים לזיהוי מחיר גבוה
- 340 (א) מבחן העלות
- 342 (ב) מבחן השוואה
- 346 (1) מכירת מוצרים משלימים
- 347 (2) שווקים דו־צידדיים
- 348 (3) פירמות מרובות מוצרים
- 348 2. מתי מחיר גבוה הוא גם מופרז?
- 351 ה. מבחנים לקביעת הוגנות המחיר
- 353 1. המבחן המקובל במרבית העולם לקביעת הוגנות המחיר

2. המבחן שאומץ בנאור במחוזי: מחיר בלתי הוגן הוא מחיר העולה על המחיר בתחרות 355
3. המבחן שאומץ במחוזי בגפניאל ובצדוק: מחיר העולה במידה ניכרת על המחיר בתחרות 357
4. התחשבות בעלויות השקעה בעת קביעת גובה העלות 359
1. מתי ראוי להכיר בעילה בישראל ובאילו תנאים? 360
- סיכום 364

מבוא

ביולי 2022 קבע בית המשפט העליון בפסק דין תקדימי בעניין גפניאל כי יש לפרש את הוראת סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית,¹ האוסר על בעל מונופולין לנצל לרעה את מעמדו בשוק על ידי קביעת מחיר בלתי הוגן, ככוללת בחובה איסור לקבוע מחיר גבוה בלתי הוגן, וכי ניתן לאכוף איסור זה בדרך של ניהול תובענה ייצוגית.² חלק מבתי המשפט המחוזיים אומנם הכירו בעילה (להלן: "העילה" או "עילת המחיר המופרז" כפי שנהוג לעיתים לכנותה) עוד קודם לכן,³ אך עד לפסק הדין בעניין גפניאל נמנע בית המשפט העליון מלקבל הכרעה עקרונית בשאלת קיומה בדין הישראלי.⁴ בנוסף, בית המשפט העליון קבע מושכלות יסוד חשובים להחלת העילה הפותרים חלק מחילוקי הדעות שנתגלעו בין בתי המשפט המחוזיים.⁵ במרץ 2023 נתן בית המשפט העליון את החלטתו בעניין נאור,⁶ אשר

- 1 חוק התחרות הכלכלית התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק" או "חוק התחרות"). ס' 29א(א) לחוק אוסר על בעל מונופולין "לנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור". ס' 29א(ב) כולל כמה חזקות לניצול לרעה כאמור, לרבות בס' (1) קביעה "של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין". בעל מונופולין מוגדר בס' 26 לחוק כמי "שחלקו בכלל האספקה של נכסים או בכלל רכישתם... עולה על מחצית", וכן מי ש"מחזיק כוח שוק משמעותי ביחס לאספקת נכסים או רכישתם...".
- 2 רע"א 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' גפניאל (נבו) 26.7.2022 (להלן: עניין גפניאל).
- 3 ראו למשל ת"צ (מחוזי מר") 11-07-46010 נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (נבו) 5.4.2016 (החלטה לאישור התובענה הייצוגית); החלטה סופית (17.6.2020) (להלן: עניין נאור מחוזי); ת"צ (מחוזי מר") 14-09-41838 ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח בע"מ (נבו) 29.1.2017.
- 4 ברע"א 2616/03 ישרכארט בע"מ נ' רייס ואח', פ"ד נט(5) 701 (2005), הניח בית המשפט לשם הדיון כי עילת המחיר המופרז אומנם חלה, אך דחה את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית משום שהמבקשים לא ביססו את המחיר ההוגן הרלוונטי. ברע"א 729/04, מדינת ישראל נ' קן מחשבה בע"מ (נבו) 26.4.2010. דחה בית המשפט בקשה דומה משום שהמחיר הרלוונטי לא נקבע על ידי בעל המונופולין אלא בהליך של פיקוח מחירים.
- 5 ראו דיון להלן.
- 6 ע"א 4120/20 נאור ואח' נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל ואח' (נבו) 20.3.2023 (להלן: עניין נאור).

אימצה את ההלכה בעניין גפניאל והוסיפה כמה קווים מנחים. לפסקי הדין בגפניאל ובנאור עשויות להיות השלכות רחוקות-טווח ורחבות-היקף על פעילותן של חברות הפועלות בשוק הישראלי, בייחוד לאור העובדה שבכתי משפט מחוזיים בישראל תלויים ועומדים כיום עשרות הליכים ייצוגיים המבוססים על עילת המחיר המופרז, והיד עוד נטויה.

חשוב מכול, גפניאל ונאור מאמצים גישה זהירה בהחלת העילה. בגפניאל נקבע כי "ניתוח מעמיק של עילת המחיר המופרז, ובפרט של אופן השפעתה על מערך התמריצים בשוק, מחייב אותנו לאמץ גישה זהירה ומרוסנת בהחלטה... ויש להישמר מפני מצב שבו בית המשפט הופך למאסדר העל של המחירים בכלכלה הישראלית".⁷ בעניין זה קיימת הסכמה רחבה בין השופטים. גם השופט הנדל, המאמץ עמדה זהירה יותר, קובע כי "ראוי כי הדין הישראלי ינהג בזהירות רבה בקבלת תביעה בעילת המחיר המופרז" ויש מקום להתערבות רק "במקרים החריגים והבולטים".⁸ החלטת בית המשפט העליון בנאור מעלה עוד יותר את הרף, בקובעה שיש להחיל את העילה רק ב"מקרים החריגים והקיצוניים, הדוקרים את העין וברורים לכל".⁹ בכך עשה בית המשפט צעד חשוב, אשר דוחה מפורשות את הגישה המרחיבה להחלת העילה שהוצעה בגילוי דעת 1/14,¹⁰ נדונה במאמרים אקדמיים,¹¹ ואומצה על ידי כמה בתי משפט מחוזיים.¹² גישה מרחיבה זו, אשר ביקשה להחיל את האיסור ללא מתן משקל רב לבעיות המוכרות בהחלטה ואשר עלולות לפגוע ברווחת הצרכן,¹³ חרגה באופן משמעותי מהגישה שאומצה ברחבי העולם,¹⁴ כמו גם מהעמדה הזהירה שאימצו רשות התחרות,¹⁵ היועץ המשפטי לממשלה (היוע"מ"ש)¹⁶ וחלק מבתי המשפט המחוזיים.¹⁷ גישתנו הזהירה והמרוסנת של העליון מבוססת על תובנות ידועות ומקובלות ברחבי העולם,

- 7 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 47. ראו גם עניין נאור, שם, בפס' 68.
- 8 שם, בפס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל (להלן: הנדל, גפניאל) (השופט מסכים עם עיקרי חוות הדעת של השופטת ברון, בפס' 1).
- 9 עניין נאור, לעיל ה"ש 6, בפס' 55 ו-68.
- 10 גילוי דעת 1/14 של הממונה על ההגבלים העסקיים "האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין" (9.4.2014) רשות התחרות 500603 (להלן: גילוי דעת 1/14).
- 11 למאמרים המציעים אימוץ גישה מרחיבה ראו למשל דיויד גילה ואלון קלמנט "פרוצדורה ומהות בתובענות ייצוגיות בעילת מחיר מופרז: כלים שלובים להרתעה אופטימלית" עיוני משפט מה 117 (2021); ואריאל אורחי ודיויד גילה דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים 320-325 (2019).
- 12 ראו דיון בפרקים ג ו-ד להלן.
- 13 ראו דיון בפרקים ה-1.ה-3. להלן.
- 14 Organization for Economic Co-Operation and Development [OECD], *Policy Roundtable: OECD Excessive Prices*, Doc. DAF/COMP (2011)18 (Feb. 2, 2011) (להלן: OECD Excessive Prices).
- 15 גילוי דעת 1/17 של הממונה על ההגבלים העסקיים "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת איסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה" (28.2.2017) רשות התחרות 501194 (להלן: גילוי דעת 1/17).
- 16 עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה בעניין גפניאל (להלן: "עמדת היועץ").
- 17 ראו למשל ת"צ 57534-02-14 (מחוזי י-ם) זליכה נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, (נבו 19.12.2021).

המבוססות על ניתוח כלכלי ועל הניסיון ארוך הטווח בהחלת העילה, ובראשן הקשיים הפרקטיים והקונצפטואליים בהחלטה, בעיקר כאשר היא מוחלת בדעיכו על ידי בתי משפט ללא מומחיות באסדרת שווקים. קשיים אלו יוצרים חוסר ודאות אינהרנטי אשר, בתורו, מעלה חשש ממשי לפגיעה בתמריצים של חברות להשקיע ולפעול בשווקים, תוך פגיעה ברווחת הצרכן בטווח הארוך ובמטרת החוק.¹⁸

כן כוללים שני פסקי הדין קווים מנחים להחלת העילה. בית המשפט קובע שהעילה מורכבת ממבחן דו-שלבי: מחיר גבוה באופן מופרז, שהינו גם בלתי הוגן. דהיינו, אין די במחיר לברו, גבוה ככל שיהיה, כדי לעמוד בדרישות העילה.¹⁹ עם זאת, פסקי הדין מותירים שאלות רבות פתוחות לגבי אופן החלטה של הגישה הזוהירה והמרוסנת, הלכה למעשה. כך, למשל, בעוד בית המשפט מדגיש שכדי שמחיר ייחשב כמופרז הוא צריך להיות גבוה באופן ניכר מהמחיר התחרותי,²⁰ אין הוא מפרט כמה ניכר צריך להיות הפרש המחיר האמור כדי לקבוע שהמחיר אכן מופרז. ובעוד הוא קובע קריטריונים חשובים לקביעת הוגנות המחיר, לרבות התחשבות בתמריצים לחדשנות ולהתייעלות והשפעת חוסר הוודאות עליהם,²¹ הוא אינו מפרט כיצד, הלכה למעשה, ישורטט התוואי בין מחיר הוגן למחיר בלתי הוגן.²² החשש הוא שבהעדר קווים מנחים ברורים, חלק מבתי המשפט עלולים לאמץ, הלכה למעשה, גישה מרחיבה, תוך פגיעה במטרת החוק וחריגה מהקו הזהיר והמרוסן שעליו הורה בית המשפט העליון. אכן, פסק דין בנתאי, שניתן על ידי בית המשפט המחוזי לוד אך כמה ימים לאחר גפניאל, חוזר על אחת מהטעויות שפסק דין גפניאל ביקש לתקן כאשר למטרת החוק.²³ מאמר זה מנתח את ההחלטות בעניין גפניאל ונאור ומציע כיצד יש להחיל את העילה בהתאם לתוואי שנקבע בהם. במסגרת זו, הוא מפרט את הסכנות והקשיים האינהרנטיים בהחלת העילה העולים מניסיונות החלטה בארץ ובעולם וכן מהספרות הכלכלית והמשפטית הרלוונטית, העומדים בבסיס הגישה הזוהירה והמרוסנת להחלת העילה. הכרה בסכנות וקשיים אלו חיונית על מנת להבין כיצד יש להחיל את העילה בפועל. בכתבתנו בעבר אומנם כבר דנו בחלק מנושאים אלה,²⁴ אך במאמר זה אנו מרחיבים את הדיון ומבססים אותו, בין היתר,

18 ראו דיון בפרק א להלן.

19 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 44.

20 שם, בפס' 28.

21 שם, בפס' 45.

22 שם, בפס' 46.

23 ת"צ (מחוזי מר') 10282-06-16 בנתאי נ' יונילור ישראל מזון בע"מ, פס' 53 (נבו 10.8.2022) (שם דגש על יעילות סטטית – הקטנת הנטל העודף – כמטרה העיקרית של האיסור). ראו דיון להלן.

24 Yossi Spiegel, *Antitrust Enforcement of the Prohibition of Excessive Pricing – the Israeli Experience*, in EXCESSIVE PRICES AND COMPETITION LAW ENFORCEMENT 127 (Yannis Katsoulacos & Frédéric Jenny eds., 2018); מיכל גל והילה נבו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" משפטים מה(2) 277 (2016) (להלן: גל ונבו "תורת ההחלטות"); מיכל גל והילה נבו "מחיר גבוה כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי: סוס טרויאני" משפטים מה(3) 801 (2017) (להלן: גל ונבו "סוס טרויאני"). מאמרים אלו הצביעו על החשש מהצפת בתי המשפט בתביעות על בסיס העילה,

על מחקרים כלכליים ומשפטיים המאירים את הקושי שבהחלת העילה מזוויות חדשות אשר טרם נדונו בעבר, ניתוח פסקי הדין וכן החלטה של הממונה על התחרות שהתקבלו לאחרונה בעניין העילה, וניתוח ניסיון של מדינות נוספות שהכירו בעילה. הניתוח גם כולל, לראשונה, דוגמאות כלכליות מפורטות המדגימות את הטיעונים, על מנת למזער טעויות בהחלת העילה. המאמר גם כולל פירוט מלא – המופיע בטבלה המהווה נספח למאמר – של כל ההחלטות בעניין העילה במוסדות האיחוד האירופי ובבריטניה. הטבלה מאפשרת לראות את התמונה בשלמותה, ולא להתמקד רק במקרים ספציפיים שעלולים לצייר תמונה מוטת לגבי החלת העילה. הבחירה באיחוד האירופי מבוססת על כך שהוא מקור העילה, הניסיון שנצבר בו הוא הארוך מכולם, מבחניו מהווים בסיס למרבית יתר העולם בהחלת העילה, ובית המשפט העליון הדגיש את הרלוונטיות שלו לדין הישראלי.²⁵ הבחירה בבריטניה נובעת מכך שהיא מובילה בניסיונותיה ליצור מבחן מושכל להחלת העילה במסגרת המבחן הדו-שלבי.

בנוסף, המאמר מדגיש את האתגרים הכרוכים בהחלת העילה אשר בישראל יש להם חשיבות מיוחדת, המקרינים אף הם על הגישה הזהירה והמרוסנת שיש לנקוט בעת החלטה. כך, למשל, בניגוד למרבית מדינות העולם, בישראל כל התביעות שהוגשו עד היום על בסיס העילה, למעט אחת, הינן תביעות פרטיות ולא אכיפה של רשות התחרות.²⁶ כפי שיפורט להלן, בית המשפט העליון הכיר בכך שלשוני זה חשיבות רבה, הן בשל מערך שיקוליו של מי שבוחר להגיש את התביעה והן בשל מומחיותו של הגורם האוכף. זאת ועוד: בישראל ניתן להגיש תובענה ייצוגית בעילה נזיקית המבוססת על דיני תחרות, בעוד שמדינות רבות המכירות בעילה אינן מאפשרות תובענה ייצוגית כאמור.²⁷ מצב דברים זה הוביל להצפת בתי המשפט בישראל בתובענות ייצוגיות בטענה של גביית מחיר מופרז; בשנים האחרונות הוגשו בישראל כחמישים (!) תביעות ייצוגיות, בשווקים רבים ושונים, דוגמת מרגרינה,

תוך פגיעה בוודאות פעולת השווקים, כפי שאכן קרה בפועל, וקראו לאי החלטה כל עוד אין כלים ראויים ובוררים להחלטה. כפי שפורט שם, צמצום העילה למקרים נדירים ומוכחנים שלא יפגעו בתמריצי הכניסה לשווקים, בעילות ובחדשנות, תגשים אותה מטרה. חלקים ממאמרים אלו צוטטו בהסכמה בעניין גפניאל, לעיל ה"ש 2.

25 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 40.

26 יוצאת דופן לעניין זה היא ההחלטה בעניין MBI, הממונה על התחרות הכלכלית "קביעה בדבר ניצול מעמד לרעה בניגוד להוראות ס' 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 ודרישת תשלום לפי הוראות ס' 50 לחוק – אמ.בי.איי פארמה בע"מ ונושאי משרה בה" (12.12.2022) **רשות התחרות** (להלן: עניין MBI).

27 Michal S. Gal, *The Case for Limiting Private Litigation of Excessive Pricing*, 15 J. COMPETITION L. & ECON. 298 (2020) (להלן: Gal, *Limiting Litigation*). יוצאת דופן לעניין זה היא בריטניה, שם הותרו תביעות ייצוגיות בעילת ניצול לרעה של מעמד דומיננטי החל מאוקטובר 2015. ראו <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=59afa34a-e0d8-4d28-aa13-e08a3fd0f386>. תביעה ראשונה בעניין מחיר מופרז אושרה לא מכבר בבריטניה: Justin le Patourel v. BT Group PLC [2021] CAT 30 1381/7/7/21, (Comp. App. Trib.) לאחרונה הורחבה האפשרות להגיש תובעות ייצוגיות בעילות של דיני תחרות גם במדינות אירופאיות נוספות, אך לרוב הגישה זהירה ומרוסנת, בין היתר בשל החשש לאכיפת-יתר על ידי בתי המשפט. Gal, *Limiting Litigation*, שם.

פתיתים אפויים, תה ירוק, קקאו, קוקה קולה, סכיני גילוח, פופקורן בקולנועים, מלח מופחת נתרן ומלח גס, והיד עוד נטויה.²⁸ לשם השוואה, הטבלה המובאת בנספח מראה כי במוסדות האיחוד האירופי נדונו במשך יותר מחמישים שנות קיום העילה עשרים וארבע החלטות בלבד (כאשר חלקן הינן ערר, שנדחה, על החלטת הנציבות שלא להגיש תביעה), ובבריטניה נדונו מאז אימוץ העילה עד היום רק שבע החלטות כאלה.²⁹ הווה אומר, בישראל מוגשות בשנים האחרונות מדי שנה פי למעלה מ־17 יותר תביעות יותר מאשר באיחוד האירופי, ופי יותר מ־50 מאשר בבריטניה.³⁰ במצב דברים זה, קיים חשש ממשי שסטייה מגישה זהירה ומרוסנת תממש את החשש שעליו הצביע בית המשפט העליון שבתי המשפט הפכו למאסדרי מחירים בדיעבד.

מפת הדרכים של המאמר היא כדלקמן: ראשית, אנו בוחנים את מושכלות היסוד הכלכליים והמשפטיים הרלוונטיים (פרק א), את תפיסות ההוגנות של צרכנים לגבי מחירים כפי שהן עולות ממחקרים שבחנו את הסוגיה (פרק ב), ואת הניסיון להחלת העילה ברחבי העולם ובישראל (פרק ג). שנית, אנו סוקרים את המבחנים לזיהוי מחיר גבוה (פרק ד) ואת המבחנים לזיהוי מחיר בלתי הוגן שהוחלו בארץ ובעולם (פרק ה). לאחר מכן אנו דנים בתנאים להחלת העילה בישראל (פרק ו). במסגרת זו אנו מנתחים גם את ההחלטה הראשונה מאז ומעולם בעניין קיומו של מחיר גבוה בלתי הוגן שהתקבלה על ידי הממונה על התחרות, בעניין MBI שהתקבלה בדצמבר 2022.³¹ לבסוף אנו מסכמים את עיקרי מסקנותינו.

א. מושכלות יסוד בהחלת העילה

ככלל, קיימות בעולם שתי גישות מנוגדות להכללת איסור על מחירים גבוהים במסגרת עילת הניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי בדיני התחרות.³² בארה"ב, קנדה וסינגפור, למשל, מחיר גבוה, כשלעצמו, אינו אסור לפי דיני התחרות.³³ לפי גישה זו, כאשר הדבר נדרש, פיקוח מחירים מתבצע מראש ובמישרין על ידי רשות פיקוח מתמחה. גישה זו מבוססת, בין היתר, על המגבלות האינהרנטיות של בית המשפט לשמש כמאסדר מחירים בדיעבד. לעומתם, באיחוד האירופי ובמדינות אחרות אשר הלכו בעקבותיו מכירים עקרונית בעילה. אולם

28 לסקירה של אכיפת האיסור בישראל ראו Spiegel, לעיל ה"ש 24.

29 בריטניה הצטרפה לאיחוד האירופי בשנת 1973. לפני כן לא הוחל בה איסור דומה.

30 ורוק: באיחוד האירופי ובבריטניה רשויות התחרות מוסמכות להחיל את העילה. עסקינן ברשויות מומחיות המונחות על ידי טובת הכלל, ולכן יש לצפות שתקבענה שהאיסור הופר במקרים המתאימים.

31 עניין MBI, לעיל ה"ש 26.

32 Michal S. Gal, *Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the EC: Two Systems of Belief about Monopoly?*, 49 ANTITRUST BULL. 343 (2004) (להלן: Gal, Two Systems).

33 OECD Excessive Prices, לעיל ה"ש 14. קיימים כלים רגולטוריים אחרים המאפשרים פיקוח מחירים. למשל, חוקים האוסרים על price gouging.

גם מדינות אלו לרוב מכירות בצורך להחיל אותה בצורה זהירה ומרוסנת.³⁴ בפרט, קיימת הסכמה רחבה של רשויות התחרות, משפטנים וכלכלנים מרחבי העולם שלמרות המשיכה האינטואיטיבית של העילה – שהרי מי אינו רוצה מחירים נמוכים? – ניתוח מעמיק שלה מעלה שיש להחילה באיפוק, תוך צמצום תחולתה למקרים חריגים בלבד.³⁵

הסכמה רחבה זו לצמצום העילה נסמכת על מגבלותיה האניהרנטיות, כמו גם על ניתוח כלכלי של התמריצים שהיא יוצרת לפעולת פירמות בשוק. כך למשל ג'ני, שהוא מומחה בינלאומי לדיני תחרות, קובע בהסתמך על ניתוח הניסיונות ברחבי העולם להחלת העילה כי חוקי התחרות אינם הכלי המתאים להילחם במחירים מופרזים מסיבות אנליטיות ופרקטיות.³⁶ דו"ח של ה-OECD שניתח את תחולת העילה במדינות המפותחות הגיע למסקנה דומה.³⁷ אף שאין רבותא בכך שהטלת מגבלות על מחירים של בעל מונופולין עשויה להיות נחוצה בתנאי שוק מסוימים, הכלי הנכון לכך הוא פיקוח מחירים המוחל מראש על ידי רשות מומחית. עם זאת, בהיעדר פיקוח כאמור יכול להיות לעילה תפקיד חשוב כאשר בעל מונופולין נוהג באופן פוגעני בעליל ואין דרך אחרת לפתור את הבעיה – למשל כאשר חברת תרופות מעלה מחיר של תרופה מצילת חיים במאות אלפי אחוזים בן לילה, תוך ניצול מצוקת החולים.

בגפניאל ובנאור בחר בית המשפט העליון לאמץ את הגישה האירופית, על שני רבדיה: הכרה בעילה תוך צמצום משמעותי של תחולתה. ההחלטה להכיר בעילה מבוססת על שני טעמים. ראשית, סעיף 29 לחוק התחרות הכלכלית הועתק מהאיחוד האירופי, ובעת אימוצו בארץ הוא כלל בחובו איסור על גביית מחיר מופרז.³⁸ שנית, אימוצו מתיישב עם תכלית החוק – "התמודדות עם כשלים תחרותיים בשוק מונופוליסטי".³⁹ באותה נשימה, בית המשפט קובע כי בעת יציקת תוכן לעילה "יש לתת את הדעת אף לסכנות הפוטנציאליות הכרוכות באכיפתו כמו גם לקשיים הטמונים באכיפה המוסדית והפרטית".⁴⁰ סכנות וקשיים

34 ראו פירוט בפרק ג.2. להלן; וכן OECD Excessive Prices, שם: "[T]he enforcement practice indicates that generally only cases concerning large deviations from competitive levels are pursued. In view of the complexity of excessive pricing cases this is arguably a wise use of enforcement resources"

35 ראו דיון בפרק ג להלן.

36 Frédéric Jenny, Address at the CRESSE 12th International Conference on Competition and Regulation Heraklion: Abusively High prices, Competition Law and Economic Analysis (July 1, 2017). ראו גם Frédéric Jenny, *Abuse of Dominance by Firms Charging Excessive or Unfair Prices: An Assessment*, in EXCESSIVE PRICES AND COMPETITION LAW ENFORCEMENT 5 (Yannis Katsoulacos & Frédéric Jenny eds., 2018): "[c]ompetition law is clearly an inadequate instrument to fight excessive prices for analytical and practical reasons"

37 OECD Excessive Prices, לעיל ה"ש 14, בעמ' 4: "Interventions by competition authorities to deal with [excessive prices] directly are considered controversial at best"

38 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 38.

39 שם.

40 שם, בפס' 39, 40.

אלו הם העומדים בבסיס סימני האזהרה הרבים והמפורטים שכולל פסק הדין לגבי החלה של העילה בצורה שאינה זהירה ומרוסנת, וראוי שינחו גם את בתי המשפט המחוזיים. על מנת לעשות כן, אנו מפרטים חמישה מושכלות יסוד כלכליים העומדים בבסיס התאוריה הכלכלית שעליה מבוססים דיני התחרות. מושכלות אלה חשובים לענייננו כיוון שהבנה שגויה שלהם עלולה להוביל להחלת העילה באופן מרחיב, הפוגע ברווחת הצרכן ומנוגד לתוואי שקבע בית המשפט העליון. חשיבותם עולה בין השאר מהקביעה המפורשת בגפניאל כי "בשונה מפיקוח על מחירים, מדובר בהתערבות המונחית על ידי שיקולים תחרותיים גרידא"⁴¹. כלומר, בית המשפט העליון משרטט תוואי, ההולך גם בדרכן של מדינות אחרות, שלפיו הגם שההכרעה המשפטית בשלב קביעת הוגנות המחיר היא ערכית, "נדרש שתהיה מבוססת על שיקולים כלכליים-תחרותיים – זאת על מנת שלא לרוקן את האיסור על גביית מחיר מופרז מתוכן"⁴². למרות חשיבותן, חלק ממושכלות היסוד לא פורטו בעבר בכתיבה העוסקת בעילה, וגם כאשר נדונו, הדיון לא היה מלא. הדיון שלהלן משלים את החסר. פרט לחמשת מושכלות היסוד הכלכליים, אנו דנים בנוסף גם במושכל יסוד משפטי שלפיו העילה אינה מותנית בהתנהגות מדירה של בעל המונופולין. כפי שנראה, בית המשפט העליון אימץ מושכלות יסוד אלו.

1. מושכל יסוד כלכלי ראשון: רווחת הצרכן תלויה לא רק במחיר אלא גם בתמורה המתקבלת

עניינו של מושכל היסוד הראשון הוא בתובנה כי רווחת הצרכן, שהיא הערך העיקרי שעליו חוקי התחרות מגינים, תלויה לא רק במחיר שהצרכן משלם אלא גם בתמורה שהוא מקבל. כל עוד זו לא נלקחה בחשבון, לא ניתן לטעון שמחירו של מוצר פוגע ברווחת הצרכן רק משום שמוצר אחר זול יותר (במאמר זה יכלול "מוצר" גם שירות). נדגים. נניח ששתי תרופות מטפלות באותה מחלה ועלויות הייצור שלהן זהות. תרופה א' עולה פי שניים מתרופה ב'. ברור שלא ניתן לטעון שהמחיר של תרופה א' מופרז בהשוואה לתרופה ב' אם האריזה של תרופה א' מכילה כמות כפולה של כדורים (המחיר לכדור זהה בשני המקרים), או שהמינון של תרופה א' כפול מזה של תרופה ב' (המחיר למ"ג של חומר פעיל זהה בשני המקרים), או שתרופה א' יעילה יותר, ולכן זמן הטיפול בה הוא חצי מזמן הטיפול בתרופה ב' (המחיר ליום טיפול זהה בשני המקרים). למעשה, גם אם שתי התרופות נמכרות באריזות המכילות כמות זהה של חומר פעיל, וזמן הטיפול בהן זהה, קשה לטעון שהמחיר של תרופה א' מופרז בהשוואה לתרופה ב', אם הטיפול בתרופה ב' גורם להשפעות לוואי משמעותיות שאינן נגרמות משימוש בתרופה א'.

למעשה, בהתאם לטענת ה"העדפה נגלית", כאשר צרכנים יכולים לקנות שני מוצרים (או יותר) והם בוחרים במוצר א' ולא במוצר ב', אזי התמורה יחסית למחיר שהם מקבלים ממוצר א' חייבת להיות גבוהה מזו שהם מקבלים ממוצר ב', גם אם מוצר ב' זול יותר.⁴³

41 שם, בפס' 38, 46.

42 שם, בפס' 46.

43 "העדפה נגלית" היא מושג בסיסי בכלכלה. ראו, למשל, Paul A. Samuelson, *A Note on the 'Pure Theory of Consumers' Behavior*, 5 *ECONOMICA* 61 (1938); Paul A. Samuelson,

למשל, אם צרכנים מעדיפים לרכוש את מוצר א' אף על פי שמחירו כפול מזה של מוצר ב', אזי התמורה שהם מקבלים ממוצר א' חייבת להיות יותר מכפליים התמורה ממוצר ב'. לפיכך, קשה לטעון שמחירו של מוצר א' אינו הוגן רק משום שמוצר ב' נמכר בזול יותר. ההשוואה הרלוונטית צריכה להיות בין התמורה יחסית למחיר של כל מוצר, ולא בין המחירים גרידא. אכן, לאחרונה קבע בית המשפט המחוזי בעניין מנירב כי המחיר למייצגי נישומים עבור שירותי גישה לשירות עיבודים ממוחשבים המופעל על ידי רשות המיסים לא ייחשב למופרז בהשוואה למחיר עבור שירותי גלישה באינטרנט, משום שלמייצגי נישומים מובטח רוחב פס גבוה יותר אשר מעלה את מהירות הגלישה שלהם.⁴⁴ כלומר, כאשר מתמקדים רק במחיר, ומתעלמים מהשלכותיו על התמורה המתקבלת עבור המחיר, רווחת הצרכן עשויה להיפגע. בית המשפט העליון הכיר בכך בקובעו כי "בכל הנוגע לרווחת הצרכן מחיר המוצר אינו חזות הכל",⁴⁵ וכי בעת החלת העילה יש לבחון "כיצד הגבלות על מחירו של המוצר ישפיעו על המגוון, האיכות, הזמינות ומחיר המוצרים שיוצעו לצרכנים בעתיד".⁴⁶

2. מושכל יסוד כלכלי שני: התנאים לקיום מחיר תחרותי ומה הוא מכסה

גפניאל קובע כי כדי שמחיר ייחשב כמופרז, עליו להיות גבוה "באופן ניכר מהמחיר התחרותי".⁴⁷ על כן, חשוב להבהיר מהו מחיר תחרותי ומתי הוא שורר בשוק. הבהרה זו חשובה גם כדי למנוע כניסה, בדלת האחורית, של פרשנות מרחיבה של העילה, המנסה לשחזר את התוצאה שהייתה מתקבלת בתנאי תחרות.⁴⁸ בהתאם להגדרה הכלכלית, המחיר התחרותי שווה למחיר שהיה מתקבל בתחרות משוכללת, שאת התנאים לקיומה נפרט להלן. מחיר זה שווה לעלות השולית של הפירמה, קרי ההפרש בין העלות כאשר היחידה האחרונה מיוצרת וכאשר היא איננה מיוצרת. דא עקא, אם מחשבים מחיר זה רק בהתחשב בהוצאות המשתנות,⁴⁹ הוא אינו מכסה בהכרח את עלות ההשקעות והעלויות הקבועות הכרוכות בייצור, לרבות רכישת ציוד קבוע, עלות המחקר והפיתוח (מו"פ) שהובילו לשיפור המוצר או הליכי הייצור שלו, עלות הסיכון בהשקעה והעלות האלטרנטיבית של ההשקעה, קרי התשואה שהייתה מתקבלת מהשקעת הכסף באפיק אלטרנטיבי.⁵⁰ בנספח א' אנו מביאים דוגמה הממחישה שמחיר השווה לעלות השולית עלול להביא לקריסת הספק ולפגיעה בצרכנים.

Consumption Theory in Terms of Revealed Preference, 15 *ECONOMICA* 243 (1948)

44 ת"צ (מחוזי ת"א) 15-08-35356 מנירב ואח' נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (נבו) 18.01.2021.

45 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 45.

46 שם.

47 שם, בפס' 28. ראו גם עניין נאור, לעיל ה"ש 6, בפס' 55 ו-68.

48 ראו למשל גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 11 ("אם המטרה של חוק התחרות תושג במלואה, כל השווקים ייהנו ממחיר תחרותי, ואף פירמה לעולם לא תוכל לגבות מחיר מעליו").

49 עדי אייל "הבסיס הכלכלי לדיני ההגבלים העסקיים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 111, 114 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים 2008).

50 הסיכון שפירמות נוטלות על עצמן איננו מבוטל. סקירת ספרות אמפירית העלתה כי במוצע רק כ-60% מכלל המוצרים החדשים שיוצאים לשוק מצליחים. George Castellion & Stephen

ואכן, בעניין אברהמי קבע בית המשפט כי "הוצאות תשתית וציוד קבוע אינן שונות מכל הוצאה אחרת, ואף אותן צריך המשקיע להחזיר". חוות הדעת שהמבקש הגיש נדחתה משום שזו התעלמה מהסיכון שמת"ב לקחה על עצמה כאשר התמודדה במכרז לאספקת שירותי טלוויזיה ככבלים בישראל.⁵¹ המסקנה היא שכדי להבטיח את קיומם של יצרנים לאורך זמן, נדרש מחיר אשר מכסה לא רק את העלויות השוליות, אלא גם את החלק היחסי של העלויות הקבועות של הפירמה, כמו גם את עלות הסיכון שלה והעלות האלטרנטיבית.⁵² מחיר כזה משקף את המחיר התחרותי בטווח הארוך. זאת כיוון שגם חברה שהייתה פועלת בשוק תחרותי לא הייתה מצליחה לשרוד אם היא לא הייתה מצליחה לכסות עלויות אלו. אכן, בגפניאל נקבע שיש לקחת בחשבון את כל עלויות הייצור – הן הקבועות והן המשתנות. בית המשפט הגדיר מחיר זה כמחיר התחרותי.⁵³

חשוב לציין שהפסיקה אינה משתמשת בהגדרה אחידה ל"מחיר תחרותי". חלק מבתי המשפט מתייחסים למחיר תחרותי בטווח הקצר, וחלק אחר, לרבות בית המשפט העליון בעניין גפניאל, מתייחס למחיר התחרותי בטווח הארוך.⁵⁴ בשני המקרים המחיר שווה לעלות השולית, קרי העלות לייצור היחידה האחרונה. אולם בעוד שבטווח הקצר העלות השולית כוללת רק את ההוצאות המשתנות, הרי שבטווח הארוך העלות השולית שווה גם לעלות הממוצעת, שהיא סך העלות (משתנה וקבועה) חלקי מספר היחידות המיוצרות.⁵⁵ בפסיקה

K. Markham, *Perspective: New Product Failure Rates: Influence of Argumentum ad Populum and Self-Interest*, 30 J. PROD. INNOVATION MGMT. 976 (2013). כאשר מתעלמים מסיכונים אלה ובוחרים רק הצלחות, מתקבלת תמונה מוטוה של הסיכוי להרוויח מהשקעות. לסוגיית החשיבות של רמת הסיכון לצורך חישוב הוגנות המחיר ראו גם עניין רייס, לעיל ה"ש 4, בפס' 26; Case COMP/A.36.570/D3, Sundbusserne v. Port of Helsingborg, 2006, בפס' 199 ("Fair price... should take into account... the uncertainties involved in determining production costs, and the cost of capital") (להלן: עניין Sundbusserene).

51 כש"א (מחוזי ת"א) 36128/99 אברהמי נ' מת"ב מערכות תקשורת ככבלים בע"מ, פ"מ תשס"ד(2) 27 (2006).

52 אכן, גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 15, קובע כי העלות הרלוונטית היא העלות התוספתית הממוצעת לטווח הארוך אשר מביאה בחשבון הן את העלויות המשתנות והן את העלויות הקבועות של הפירמה.

53 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 44.

54 שם.

55 ככלל, העלות השולית תלויה בהיקף הייצור והיא יכולה לעלות או לרדת כאשר היקף הייצור משתנה. בטווח הארוך נכנסות לענף הרלוונטי פירמות נוספות אם הן סבורות שניתן להפיק בו רווחים, ופירמות אחרות יוצאות מהענף אם הן ציבורות הפסדים. לכן מספר הפירמות בענף בטווח הארוך גדול או קטן מזה שבטווח הקצר, ומשכך, היקף הייצור של כל פירמה, ובהתאם גובה העלות השולית שלה, שונה בטווח הקצר ובטווח הארוך. כיוון שבטווח הארוך רווחי הפירמות זהים למחיר ההון שלהן (אחרת הייתה כניסה נוספת אם הרווחים היו עולים על מחיר ההון או שהייתה יציאה אם הרווחים היו נמוכים ממחיר ההון), המחיר בטווח הארוך שווה לא רק לעלות השולית של כל פירמה, אלא גם לעלות הממוצעת שלה (לרבות מחיר ההון). הווה אומר, היקף הייצור של כל פירמה בטווח הארוך הוא כזה שגובה העלות השולית בהינתן היקף הייצור זהה לגובה העלות הממוצעת.

גם אין אחידות באשר למדידת העלויות הקבועות של החברה. עובדה זו איננה מפתיעה, שכן קיים קושי מובנה לקבוע מה היו העלויות של מוצר בודד, בייחוד במקרים שבהם הפירמה מייצרת מספר רב של מוצרים. בפרק ו' אנו עומדים על כמה רכיבים שראוי לכלול בחישוב עלויות הייצור.

בנוסף, חשוב להדגיש כי מחיר תחרותי – בין אם בטווח הקצר ובין אם בטווח הארוך – יכול לשרור רק בשווקים שבהם מתקיימת תחרות משוכללת, כלומר שווקים שבהם כל פירמה לוקחת את המחיר כנתון, ולכן כל העסקאות מתבצעות במחיר זהה (מצב זה קרוי "כלל המחיר האחיד"). אלא שתחרות משוכללת אפשרית רק בתנאים מיוחדים. כאשר תנאים אלה אינם מתקיימים לא תיתכן תחרות משוכללת, וממילא גם לא קיים מחיר תחרותי. להלן נפרט חלק מהתנאים שבהם תיתכן תחרות משוכללת.

מוצרים הומוגניים: מוצרים הומוגניים הם מוצרים הנתפסים על ידי הצרכנים כתחליפים מושלמים זה לזה,⁵⁶ כגון סחורות דוגמת מתכות, מינרלים וכימיקלים, ומוצרי אנרגיה. כאשר המוצרים הומוגניים, הצרכנים רוכשים מהספק הזול ביותר, ולכן מתקיים כלל המחיר האחיד: ספק שינסה להעלות את המחיר לא יצליח למכור. אולם אם המוצרים אינם הומוגניים, אין סיבה שמחיריהם יהיו זהים. יתר על כן, כיוון שכל מוצר הוא ייחודי (לפחות במידת מה), לכל אחת מהפירמות יש כוח שוק, היינו יכולת לקבוע מחיר מעל העלות השולית. לכן המחיר ייקבע מעבר לעלות השולית, גם כאשר מספר הפירמות בשוק גדול.⁵⁷

פונקציית העלות של הפירמות: שיווי משקל תחרותי אפשרי רק כאשר העלות השולית עולה עם היקף הייצור. במצב כזה, מחיר השווה לעלות השולית – זו של היחידה האחרונה – גבוה מהעלות של היחידות שקדמו לה, ולכן הוא מותיר לפירמה רווח לכיסוי העלויות הקבועות. כאשר העלות השולית פוחתת עם היקף הייצור (כלומר יש יתרונות לגודל בייצור), לא קיים שיווי משקל תחרותי משום שלכל יצרן (אשר לוקח את המחיר כנתון) כדאי להגדיל את היקף הייצור, ולכן ההיצע תמיד עולה על הביקוש, בסתירה להנחה שקיים שיווי משקל.⁵⁸ במקרה שלא קיים שיווי משקל תחרותי, ממילא גם לא ניתן לחשב את המחיר התחרותי.

בעיה של סיכון מוסרי (moral hazard): בעיה זו נוצרת כאשר צרכנים אינם יכולים לוודא מראש את האיכות שהיצרנים בחרו לספק, ולכן קיים חשש שיצרנים יספקו איכות נמוכה במטרה לחסוך בעלויות. בשווקים עם סיכון מוסרי נדרשת "פרמיית איכות" כדי להבטיח אספקת איכות גבוהה. זאת משום שאם היצרן מספק איכות נמוכה, הצרכנים יפסיקו לרכוש ממנו, וכך הוא יאבד את פרמיית האיכות. פרמיית האיכות היא אם כן "גור" הניתן ליצרנים כאשר הם מספקים איכות גבוהה, וה"מקל" הוא אובדן הפרמיה בעקבות נטישת צרכנים שלא

56 תחליפים מושלמים בעיני הצרכן הם מוצרים או שירותים אשר לצרכן אין העדפה ביניהם.
57 ראו למשל גילוי דעת של הממונה על התחרות 2/19 "אופן בחינת כוח שוק משמעותי", 3 (21.7.2019) רשות התחרות 501671, המצוטט גם בפס' 26 לפסק דינה של השופטת ברון בעניין גפניאל, לעיל ה"ש 2.

58 ראו, למשל: MARK ARMSTRONG, SIMON COWAN & JOHN VICKERS, REGULATORY REFORM: ECONOMIC ANALYSIS AND BRITISH EXPERIENCE (Cambridge, Mass.: MIT Press 1994). שיווי משקל תחרותי גם איננו קיים כאשר העלות השולית קבועה, משום שאז מחיר השווה לעלות השולית איננו מכסה את העלויות הקבועות.

קיבלו איכות גבוהה.⁵⁹ גם כאן, הגבלת המחיר עלולה להזיק משום שללא פרמיית איכות, לא יהיה לפירמה תמריץ לספק איכות גבוהה. יתרה מכך, כיוון שפרמיית האיכות הנדרשת שונה ממוצר למוצר, לא ניתן לקבוע פרמיה אוניברסלית שתבטיח אספקת איכות גבוהה בכל מצב (בנספח א' אנו ממחישים מצב זה באמצעות דוגמה מספרית).

אינפורמציה חלקית של צרכנים לגבי מחירים: תחרות משוכללת גם לא תיתכן בשווקים שבהם הצרכנים אינם יודעים מראש מהו המחיר שכל יצרן מבקש, או מהי האיכות של כל מוצר. שווקים כאלה קרויים "שווקים עם חיפוש" (Search markets), משום שהצרכנים נאלצים להשקיע זמן או כסף כדי לחפש את ההצעה הטובה ביותר עבורם. למשל, כאשר צרכנים נדרשים לבחור בין חבילות נופש בעלות מאפיינים שונים. בשווקים כאלה, שיווי המשקל הטיפוסי מתאפיין בפזוז מחירים: יצרנים גובים לעיתים מחירים גבוהים ולעיתים נמוכים,⁶⁰ ויצרנים שונים מציעים מחירים שונים.⁶¹ לפיכך, גם בשווקים כאלה לא מתקיים כלל המחיר האחיד, ולא שוררת בהם תחרות משוכללת. יתר על כן, ניסיון להתערב בשווקים כאלה עלול להביא לתוצאה הפוכה ממה שהתכוונו לה. למשל, פרשטמן ופישמן הראו שכאשר קובעים מחיר תקרה בשוק עם חיפוש, המחיר הממוצע עלול דווקא לעלות,⁶² ורוזנטל הראה שבשווקים עם חיפוש, עלייה במספר המתחרים בשוק מעלה את המחיר הממוצע.⁶³

כיוון שבמרבית השווקים לא מתקיימים התנאים הנחוצים לתחרות משוכללת, הרי שלא ניתן לטעון שזה המצב שהיה שורר אילולא ניצל בעל המונופולין את כוחו לרעה,⁶⁴ וממילא

59 ראו למשל, JEAN TIROLE, THE THEORY OF INDUSTRIAL ORGANIZATION ch. 2.6 (Cambridge, Mass.: MIT Press 1988) וכן Carl Shapiro, *Premiums for High Quality Products as Returns to Reputations*, 98 Q.J. ECON. 659 (1983).

60 למשל, הנדל ונבו מראים שבארה"ב המחיר הטיפוסי של בקבוק משפחתי של קוקה קולה משתנה לעיתים מזומנות (כמעט מדי שבוע) והוא נע בטווח שבין \$1 ל-\$1.5. Igal Hendel & Aviv Nevo, *Intertemporal Price discrimination in Storable Goods Markets*, 103 AM. ECON. REV. 2722 (2013).

61 ראו למשל Joseph E. Stiglitz, *Imperfect Information in the Product Market*, in 1 HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION ch. 13 (Richard Schmalensee & Robert D. Willig eds., 1989); Michael R. Baye, John Morgan & Patrick Scholten, *Information, Search, and Price Dispersion*, in HANDBOOK ON ECONOMICS AND INFORMATION SYSTEMS (Elsevier T. Hendershott ed. 2006).

62 Chaim Fershtman & Arthur Fishman, *The 'Perverse' Effects of Wage and Price Controls* in *Search Markets*, 38 EUR. ECON. REV. 1099 (1994). אינטואיטיבית, מחיר התקרה מקטין את התמריץ של צרכנים לחפש, שכן הוא מקטין את טווח המחירים האפשרי, ולכן גם מקטין את התועלת מחיפוש. כיוון שכך, ליצרנים יש תמריץ גדול יותר לייקר מחירים.

63 Robert W. Rosenthal, *A Model in Which an Increase in the Number of Sellers Leads to a Higher Price*, 48 ECONOMETRICA (1980). בשווקים עם חיפוש, פירמות מתחרות על ליבם של צרכנים שמחפשים מחירים זולים אך משרתות בנוסף גם לקוחות נאמנים. כאשר מספר המתחרים גדל, הסיכוי להיות הפירמה הזולה ביותר קטן, ולכן הפירמות שמות דגש רב יותר על לקוחות נאמנים, המוכנים לשלם מחיר גבוה יותר.

64 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 44, המסתמך על גילוי דעת 1/17. דוגמה להתערבות מחירים באופן שפגע בצרכנים הוא המחסור שנוצר באספקת חמאה בישראל בסוף 2018, ככל הנראה

גם לא ניתן להשתמש במחיר התחרותי, שאיננו יכול להתקיים, כאמת המידה לקביעת הוגנות המחיר של בעל מונופולין. ודוק: מהעובדה שהאיסור אינו חל על שווקים רבים אחרים שאינם שווקים משוכללים, עולה שמטרת העילה אינה להוריד את המחיר לזה שהיה נקבע בשוק משוכלל. בנוסף, כפי שיפורט במושכל הבא, וכפי שקבע גם בית המשפט העליון, כפיית המחיר התחרותי עלולה להביא לשיבושים בפעולת השוק: הפירמות לא תספקנה איכות גבוהה, או שלא תספקנה את המוצר כלל, וציבור הצרכנים ייפגע.

3. מושכל יסוד כלכלי שלישי: חשיבות התמריצים הדינמיים לפעולת השווקים ולרווחת הצרכנים

אין רבותא בכך שמחיר גבוה פוגע בצרכנים בטווח הקצר. כאשר המחיר עולה על עלות הייצור השולית של המוצר, לפחות חלק מהצרכנים מפסיק לרכוש את המוצר. אובדן הרווחה הכלכלית מכך קרוי "נטל עודף" (Deadweight loss). בנוסף, מחיר גבוה מגדיל את חלקו של המוכר בעודף הכלכלי שהעסקה יוצרת (surplus), קרי הפער בין התועלת שהעסקה יוצרת לקונה לבין העלויות של המוכר; הגדלה זו שבאה על חשבון הקונים מכונה לעיתים "העברת ערך".⁶⁵ למשל, נניח מוצר שעלותו השולית היא 2 ש"ח, ויש לו שני סוגי צרכנים: הראשון מוכן לשלם עבור כל יחידה עד 4 ש"ח, והשני עד 10 ש"ח. התייקרות המחיר מ-3 ש"ח ל-7 ש"ח תגרום לצרכנים מהסוג הראשון להפסיק לרכוש, וכך ייווצר נטל עודף של 2 ש"ח בגין כל צרכן מהסוג הראשון (הפער בין הנכונות לשלם והעלות השולית). צרכנים מהסוג השני ימשיכו לרכוש את המוצר, אך ערך של 4 ש"ח יעבור מהם אל הפירמה, וכך תיווצר העברת ערך. כאשר עסקינן במוצר שהשפעתו על המשק רבה, "תמחור מופרז אף עלול לגרום לעיוות בהקצאת הייצור והמקורות במשק".⁶⁶ עיוות כזה מביא לכך שניתן לייצר פחות באמצעות אותם משאבים, ולכן רווחת הצרכנים נפגעת.

אלא שהשאפיפה למנוע נטל עודף והעברת ערך מתמקדות במחיר בטווח הקצר, תוך התעלמות מכמה מושכלות יסוד כלכליים לגבי פעולת השווקים. התמקדות בשיקולים אלה כמוה כהפניית הזרקור לנקודה מסוימת בשביל ארוך, בלי לשאול כיצד הגיע השוק למצבו הנוכחי, וכיצד הגבלות על שולי הרווח של פירמות תשפעה על איכות, מגוון, זמינות ומחיר המוצרים שיוצעו בעתיד. כיוון שככלל, פירמות מחליטות מה לספק וכמה, בין היתר בהתחשב במחיר שתוכלנה לקבל, הרי שהתמקדות רק במחיר, תוך התעלמות מהתמריצים של פירמות, עלולה בסופו של דבר להביא לתוצאה גרועה יותר מנקודת ראותו של הצרכן מזו המתקבלת ללא התערבות בשוק. במילים אחרות, חריגה של המחיר מהעלות השולית

משום שהמחיר המפוקח של חמאה לא כיסה את עלויות הייצור שלה, ולכן היצרניות הקטינו במידה ניכרת את היקף ייצורה.

65 "העברת ערך" אין פירושה שכל הערך שנוצר בעסקה עובר לידי בעל המונופולין: צרכנים מקבלים לידיהם חלק מהעודף הכלכלי מעסקאות גם כאשר הם משלמים מחיר גבוה, אם כי חלקם היחסי בעודף הכלכלי נמוך ממה שהיה לו המחיר היה נמוך יותר. לפגיעות אלה ראו גם שם, בפס' 39.

אשר יוצרת נטל עודף בטווח הקצר עשויה להיות הכרחית כדי לספק לפירמות תמריצים שימנעו נטל עודף גדול עוד יותר בטווח הארוך.⁶⁷

בגפניאל ובנאור בית המשפט העליון מכיר בחשיבות התמריצים לפעולות השווקים. כלשונו, הסכנה הנלווית להתערבות במחיר היא "שזו תגרום בטווח הבינוני והארוך דווקא לפגיעה בתחרות בשוק... הקטנת התמריצים [להשקיע במחקר ופיתוח, בחדשנות... בהתייעלות] עלולה לפגוע ביעילותו הדינמית של השוק החופשי, הכוונה היא לפגיעה בתמריצים לא רק של בעל המונופולין אלא גם של כל אותם שחקנים בשוק ששוקלים להשקיע בצמיחה ובהתייעלות".⁶⁸ מכאן גם עולה בבירור שהקטנת הנטל העודף ומניעת העברת ערך אינן המטרות המרכזיות של האיסור.⁶⁹

חשוב להגיש שמתן תמריצים לפירמות אינו מצדיק בהכרח מחירים מונופוליסטיים. כפי שנקבע בגפניאל, מדיניות אופטימלית חייבת לאזן בין שיקולי טווח קצר לבין מתן תמריצים לפירמות לפעול בדרך שמגדילה את רווחיהן, אך גם מיטיבה עם הצרכנים.⁷⁰ כדי למלא תוואי זה בתוכן, אנו סוקרים את המחקר הכלכלי שבחן את הקשר בין שולי רווח להשקעות (סעיף א.3.3.א), מדגימים כיצד תמריצי השקעה של פירמות עלולים להיפגע (סעיף א.3.3.ב), דנים בחשיבות ההשקעות והיעילות הדינמית לרווחת הצרכן (סעיף א.3.3.ג), ומצביעים על תובנות רלוונטיות מהניסיון שנצבר בפיקוח על מחירים (סעיף א.3.3.ד).

(א) הקשר בין מחיר גבוה להשקעות

בגפניאל נקבע כי "היכולת לגבות מחיר גבוה יותר מתמרצת השקעה במחקר ופיתוח, בצבירת מוניטין, בהתייעלות ובייצור", והשאפה לגבות מחיר כאמור מניעה את גלגלי השוק.⁷¹ כך, גם **בנאור** בית המשפט העליון קובע כי "שאיפת השחקנים במשק לרכוש מעמד מונופוליסטי, מיטיב, בעיקרו של דבר, עם התחרות ועם הציבור. כך, רצונן של פירמות להגדיל את... כוח השוק שלהן, מתמרץ אותן להתייעל ולשפר את איכות מוצריהן דרך השקעה במחקר ופיתוח".⁷² להלן נבסס תוכנה זו בניתוח הכלכלי. נקודת המוצא היא התוכנה שלפיה התמריץ של פירמות להשקיע תלוי בפקר בין הרווח עם השקעה לרווח ללא השקעה. ככל שהפקר גדול יותר, כך חזק יותר התמריץ להשקיע. כך, למשל, הטענה הידועה של חתן פרס נובל בכלכלה, ארו, שלפירמה הפועלת בשוק תחרותי יש תמריץ גדול יותר להשקיע מאשר לפירמה מונופוליסטית, מתבססת על העובדה שרווחיה של הראשונה נמוכים, ולכן יש לה תמריץ חזק להשקיע במטרה "לחמוק מתחרות" ולהפוך למונופול.⁷³

67 גל ונבו 'סוס טרויאני', לעיל ה"ש 24, בעמ' 806-812.

68 עניין **גפניאל**, לעיל ה"ש 2, בפס' 39; עניין **נאור**, לעיל ה"ש 6, בפס' 30 ו-61.

69 לטענה סותרת, הנסמכת רק על הפסקה הראשונה של סעיף 39 לעניין **גפניאל** ומתעלמת מזו שבאה מייד אחריה, ראו דיויד גילה, "האיסור על מחיר מופרז של בעל מונופולין: נאור נ' תנובה בראי **גפניאל** נ' החברה המרכזית", פורום עיוני משפט (תגובות משפט) מז' 1,1 (2023.4.30).

70 עניין **גפניאל**, לעיל ה"ש 2, בפס' 46.

71 שם, בפס' 26.

72 עניין **נאור**, לעיל ה"ש 6, בפס' 38. ראו גם פס' 61.

73 Kenneth J. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in READINGS IN INDUSTRIAL ECONOMICS 21 (Rowley ed., 1972).

פירמה מונופוליסטית, לעומת זאת, מרוויחה הרבה כבר במצב המוצא, ולכן יש לה תמריץ חלש יותר להשקיע. אפקט זה ידוע בספרות בשם "Arrow's replacement effect": עבור פירמה הפועלת בשוק תחרותי, חדשנות מביאה להחלפת רווח נמוך ברווח גבוה, בשעה שעבור פירמה מונופוליסטית, חדשנות מחליפה רווח גבוה ברווח גבוה.

ודוק: הטענה של ארו נסמכת על העובדה שפירמה משקיעה רק מתוך ציפייה לקבל רווחים גבוהים אם תצליח. לפיכך, בין אם מצב המוצא הוא תחרותי ובין אם לאו, הגבלת הרווח לאחר שההשקעה צלחה פוגעת בתמריצי ההשקעה מראש. לא בכדי קבע בית המשפט העליון האמריקני בעניין Trinko כי מחיר גבוה שגובה בעל מונופולין אשר הגיע למעמדו בזכות, לא רק שאינו בלתי חוקי, אלא שהוא גם המנוע המניע את הכלכלה.⁷⁴

גילה וקלמנט טוענים שחשיבות המחיר הגבוה ליצירת תמריצים לחדשנות והשקעה הינה "תובנה כלכלית מיושנת, המבוססת על גישתו של הכלכלן האוסטרי Joseph Schumpeter, שנפטר ב־1950".⁷⁵ אלא שטענה זו בטעות יסודה. תרומתו המרכזית של שומפטר הייתה בכך שהוא הדגיש את הממד הדינמי בתחרות, ואת העובדה שהסיכוי להפיק רווחים עתידיים מתמרץ פירמות להשקיע בחדשנות, וכך צרכנים נהנים ממוצרים חדשים וטובים יותר. שומפטר כינה תהליך זה בשם "הרס יצירתי" (Creative destruction).⁷⁶ רעיון זה מקובל בתאוריה הכלכלית, וחשיבותו רק גברה בשנים האחרונות בעקבות פיתוח מודלים דינמיים, המאפשרים לבחון את תובנותיו במסגרת מודלים פורמליים.⁷⁷ רק לאחרונה עמד גילברט,

Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 407 (2004) ("Charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices — at least for a short period — is what attracts 'business acumen' in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth") ראו גם זליכה, לעיל ה"ש 17. 74

גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 11, בעמ' 62. עוד הם טוענים ש"יתכן בהחלט כי רמת האיכות שאופטימלית למונופול כאשר מחיריו מרוסנים טובה יותר למרבית הצרכנים מאשר האיכות שקבע כאשר מחיריו היו מופרזים". הם אינם מפנים לכתובה כלכלית התומכת בטענה זו, ואינם תומכים את טענתם בניחות הכוחות הכלכליים שיגרמו לפירמות לספק איכות גבוהה יותר בתגובה לריסון מחירים. בנוסף, הם מצטטים מהמאמר Chad Syverson, *Market Structure and Productivity: A Concrete Example*, 112 J. Pol. Econ. (2004) כדי לתמוך בטענה כי "כשהשוק יותר תחרותי... יש יותר פרודוקטיביות". אלא שכפי ש-Syverson מסביר, הממצא שלו נובע מתהליך של סלקציה: מפעלים פחות יעילים אינם שורדים כאשר יש תחרות עזה יותר, ולכן המפעלים הנותרים הם בממוצע יעילים יותר. ממצא זה אינו תומך בטענה כי רק תחרות מגבירה השקעות במחקר ופיתוח, משום שהעלייה בפרודוקטיביות נובעת מדחיקתן של פירמות לא יעילות אל מחוץ לשוק, ולא מעלייה בהשקעות של פירמות ששורדות בשוק. 75

ראו למשל Herbert Hovenkamp, *Schumpeterian Competition and Antitrust*, COMP. POL'Y INT'L. 273 (2008). 76

ואכן, רק ביוני 2021 התקיים כנס בהשתתפות מיטב הכלכלנים בעולם, שעסק ב"Economics of Creative Destruction". ראו, <https://www.creativedestruction2021.org/program.pdf>, שומפטר גם הדגיש את חשיבותה של "תחרות על השוק" שבמסגרתה הפירמות מתחרות על ידי השקעות בחדשנות במטרה לנסות להשיג מעמד דומיננטי בשוק. מחקרים עכשוויים רבים מכירים בכך שתחרות כזו ממלאת תפקיד מרכזי בתעשיות שבהן השוק יכול לתמוך במספר קטן 77

מחשובי החוקרים בתחום כלכלת חדשנות ומחקר ופיתוח, ושימש גם ככלכלן הראשי של רשות התחרות האמריקנית, על חשיבות התוכנה של שומפטר כי תחרות משוכללת אינה בהכרח המנוע האידיאלי ליצירת תמריצים לחדשנות.⁷⁸ אכן, סקירה עדכנית של הספרות האמפירית בנושא הקשר בין תנאי תחרות בשוק להשקעות במו"פ מגלה שהקשר ביניהם מורכב: יש מחקרים שמצאו קשר יורד בין עוצמת התחרות להשקעה במו"פ, יש שמצאו קשר עולה בין השניים, ויש שמצאו שהקשר דומה לאות U הפוכה (עולה ואז יורד).⁷⁹ גילברט מסכם את הממצאים האמפיריים כך:⁸⁰

“Empirical economic research has yet to reach a consensus about the interaction between market competition and innovation incentives.”

לפיכך, קיים חשש ממשי שהתערבות שנועדה לכפות את המחיר התחרותי עלולה לפגוע בתמריצי ההשקעות של פירמות, ולפיכך ברווחת הצרכן בטווח הארוך. הרעיון שכוח שוק נדרש כדי לתמרץ פירמות להשקיע מוכר גם בדיני הקניין הרוחני, אשר מעניקים לבעל הקניין הרוחני בלעדיות במשך תקופה ארוכה.⁸¹ אף שניתן היה אחרי פיתוח הקניין הרוחני לשפר את מצב הצרכנים על ידי פתיחת השוק לתחרות, הרי ששיפור כזה בדיעבד היה שומט את התמריץ להשקיע במו"פ מלכתחילה, ולפיכך צרכנים לא היו יכולים ליהנות ממוצרים חדשים, מאיכות גבוהה יותר, או מהוזלות מחירים בעקבות התייעלות הפירמה. גילה וקלמנט טוענים כי אף שדיני הקניין הרוחני “לוקחים בחשבון כי רק אם פירמה תגבה מחירים מעל ומעבר למחיר התחרותי יהיו לה תמריצים מספקים להשקיע בפיתוח”, הרי ש“נקודת המוצא שמאחורי חוק התחרות היא הפוכה: היא מניחה שרווח תחרותי, והמתח התחרותי בין הפירמות, הוא מספיק כדי לעודד אותן להשקיע את ההשקעות שהצרכן חפץ בהן”.⁸² דא עקא, התמריצים של פירמות להשקיע במו"פ שיעניק

של מתחרים. ראו, למשל, Michael L. Katz, *Big Tech Mergers: Innovation, Competition for the Market, and the Acquisition of emerging Competitors*, 54 INFO. ECON. & POL'Y 1 (2020).

RICHARD J. GILBERT, *INNOVATION MATTERS: COMPETITION POLICY FOR THE HIGH-TECHNOLOGY ECONOMY* (Cambridge: MIT Press 2020) 78.

79 שם.

80 שם. בניגוד לכך, גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 11, טוענים שדווקא שוק תחרותי יותר יכול לדרבן השקעה בשיפור המוצר ובמו"פ יותר מאשר שוק מונופוליסטי. אחד המאמרים שהם מצטטים (בה"ש 183) כדי לתמוך בטענתם כי “הוכח אמפירית כי דווקא שוק תחרותי יותר יכול לדרבן השקעה בשיפור המוצר ובמחקר ופיתוח יותר מאשר שוק מונופוליסטי” הוא המאמר של אגיון ואחרים. טענה זו מטעה, משום שאגיון ואחרים מצאו קשר דומה לאות U הפוכה בין עוצמת התחרות להשקעה במו"פ. כלומר אם מתחילים עם תחרות משוכללת, ירידה ברמת התחרותיות (הנמדדת במונחי הרווח השולי של הפירמות) מגדילה את ההשקעות במו"פ (הנמדדת במונחי מספר הפטנטים) רק עד לנקודה מסוימת, שממנה ואילך ההשקעה מתחילה לרדת. לכן ניתן לומר בה במידה כי “הוכח אמפירית כי דווקא שוק מונופוליסטי יותר יכול לדרבן השקעה בשיפור המוצר ובמחקר ופיתוח יותר מאשר שוק תחרותי”.

81 חוק הפטנטים, התשכ"ז-1967.

82 גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 11, בפרק ד.2.

להן יתרון תחרותי על מתחרים – בין אם עסקינן בקניין בלתי מוחשי הנזקק להגנת דיני הקניין הרוחני ובין אם עסקינן בקניין מוחשי אשר די לו בהגנת דיני הקניין הרגילים – אינם משתנים בהתאם לחוק שבמסגרתו הם מוחלים. אם תמריצי השקעה במו"פ מספיקים "רק אם פירמה תגבה מחירים מעל ומעבר למחיר התחרותי" במסגרת הגנה על קניין רוחני, אזי לא ייתכן בו בזמן כי "רווח תחרותי והמתח התחרותי בין הפירמות" מספיקים תמיד לצורך זה לפי חוק התחרות.

בהתאם לכך, מהמחקר האמפירי עולה כי הסיכוי לגבות מחיר גבוה יותר, אם השקעה תיצלח, מתמרץ השקעה במחקר ופיתוח.

(ב) דוגמאות לפגיעה בתמריצי ההשקעה על ידי הגבלת שולי הרווח

דוגמה בולטת לצורך לחרוג מעלות שולית כדי להבטיח תוצאה שתטיב בסופו של דבר עם הצרכנים היא שווקים המתאפיינים בהשקעות ארוכות טווח במו"פ. נהוג לסווג השקעות אלו לשני סוגים. השקעות המיועדות לייעול תהליכי הייצור והפחתת עלויות (process innovation) מיטיבות עם הצרכנים משום שלפחות חלק מההפחתה בעלויות מתגלגל לצרכנים. השקעות המיועדות לשיפור איכותם של מוצרים קיימים או פיתוח מוצרים חדשים כגון טלפונים סלולריים, מכונות חשמליות או תרופות (product innovation) מגדילות בדרך כלל את "עודף הצרכן", קרי את הפער שבין תועלת הצרכנים מצריכה והמחיר שהם משלמים עבור המוצרים. הטלת מגבלות על שולי הרווח של פירמות מקטינה את תמריציהן להשקיע בהפחתת עלויות ובפיתוח מוצרים חדשים. למשל, נניח שלא היו מאפשרים לפייזר להרוויח מחיסון נגד קורונה מעבר לעלות הייצור של החיסון. האם היה לה תמריץ לפתח את החיסון במהירות? האם המחיר הזול לחיסון שהיה מפותח תוך שנים מספר (אם בכלל) היה משפר את הרווחה בהשוואה למצב שבו החיסונים אומנם יקרים אך הם מוצעים תוך פחות משנה? התשובה לשאלות אלו טריוויאלית.

להלן אנו מנתחים שלוש דרכים שבהן הגבלת שולי הרווח של פירמות עלולה לפגוע בתמריצי ההשקעה שלהן, ובעקבות זאת גם ברווחת הצרכנים (ניתוח מפורט יותר מופיע בנספח א'). דיון זה חשוב משום שאף על פי שהטענה איננה חדשה⁸³ הספרות המשפטית לא סיפקה עד היום ניתוח מסודר, המעוגן בתאוריה כלכלית, של השפעת העילה על תמריצי השקעות, ולא פירטה את המנגנונים הקונקרטיים שבהם פגיעה בתמריצי ההשקעות עלולה לפגוע בצרכנים.

(1) פגיעה אפשרית בתמריץ לשפר את איכות המוצר שהפירמה מציעה

נניח שכדי לשפר את איכות המוצר נדרשת השקעה במו"פ, שבחלק מהמקרים נכשלת.⁸⁴ אם ההשקעה מצליחה, איכות המוצרים גדלה, והפירמות יכולות להעלות את המחיר. אלא שתחת הנחות סבירות, העלייה באיכות מועילה לצרכנים יותר ממה שהעלייה במחיר פוגעת בהם. בפרט, הדוגמה בנספח א' מראה כי כאשר ההשקעה במו"פ מצליחה, מחיר המוצר

83 גל ונבו "תורת ההחלטות", לעיל ה"ש 24.

84 כאמור Castellion & Markham, לעיל ה"ש 50, מראים כי רק 60% מהמוצרים החדשים שיוצאים לשוק מצליחים.

אומנם גדל ב־50%, אך רווחת הצרכנים גדלה ב־400%. החלת העילה באופן מרחיב עלולה לגרום לפירמות להימנע מהשקעות מסוכנות, שבלעדיהן מחיר המוצר אומנם לא יתייקר, אך הצרכנים גם לא ייהנו משיפור ברווחתם. הבעיה מחריפה ככל שמצטמצמים שולי הרווח שמותר לפירמה לגבות. החלת העילה פועלת אם כן במצבים אלו כבומרנג.

(2) פגיעה אפשרית בתמריץ להתייעל ולהפחית עלות
נניח שפירמה פועלת כמונופול והעלות שלה היא 6 ש"ח. אם מתירים לפירמה שולי רווח של 20%, המחיר לצרכן יהיה 7.20 ש"ח. האם כדאי לפירמה במצב כזה להתייעל ולהפחית את העלות שלה מ־6 ש"ח ליחידה ל־2 ש"ח ליחידה? אם הפירמה עושה זאת, היא תוכל לגבות מחיר של 2.40 ש"ח (20% מעבר לעלות), ושולי הרווח שלה על כל יחידה יפחתו מ־1.20 ש"ח (הפרש בין מחיר של 7.20 ש"ח לעלות של 6 ש"ח ליחידה) לפני התייעלות, ל־0.40 ש"ח אחריה. אומנם הוזלת המחיר מגדילה את המכירות, אבל כפי שאנו מראים בנספח א', הרווח הכולל של הפירמה פוחת. בהתאם, לא זו בלבד שהפירמה לא תרצה להתייעל, אלא שאם במצב המוצא העלות שלה היא 2 ש"ח, ישתלם לה לנפח את העלות ל־6 ש"ח.⁸⁵ ללא התייעלות, הצרכן גם איננו נהנה מירידה במחיר המוצר (מ־7.20 ש"ח ל־2.40 ש"ח) ומעלייה ברווחתו. בנספח א' אנו מראים שהמצב משתנה כאשר מתירים לפירמה לגבות שולי רווח של 50%. הדוגמה ממחישה שהגבלת שולי הרווח של הפירמה מ־50% ל־20% כדי להגן על הצרכנים עלולה להשיג את ההפך. חשוב להדגיש: מגבלה על שולי רווח איננה תמיד מזיקה לצרכנים, אלא שחשיבה פשטנית שהגבלת שולי רווח של בעלי מונופולין תמיד מסייעת לצרכנים, מבלי לקחת בחשבון את ההשפעות של הצעד על התמריצים של בעל המונופולין, עלולה לפגוע בצרכנים.

(3) פגיעה אפשרית במגוון ובזמינות המוצרים שהפירמה מציעה
נניח שפירמה מייצרת שני מוצרים, והיא בעלת מונופולין בייצור מוצר 1, אך לא במוצר 2. החלת העילה על מוצר 1 תאלץ את הפירמה להוזיל את מחירו כדי להימנע מתביעות. אם שני המוצרים תחליפיים במידת מה, ההוזלה במחיר של מוצר 1 מסיטה חלק מהצרכנים ממוצר 2, שהמרווח עליו איננו מוגבל, למוצר 1, שהמרווח עליו מוגבל עקב העילה. בתגובה, הפירמה עלולה להגביל את המכירות של המוצר 1, או אף להפסיק אותן כליל (העילה אוסרת אומנם על הפירמה לגבות מחיר גבוה על מוצר 1, אך היא איננה מחייבת אותה להציע אותו), כדי למנוע שחיקה ברווחיה. כפי שאנו מראים בנספח א', הגבלת המכירות של מוצר 1 עלולה לפגוע ברווחת הצרכנים. המסקנה היא שהחלת העילה עלולה לתמרץ את הפירמה להקטין את מגוון וזמינות המוצרים, תוך פגיעה ברווחת הצרכנים. גם כאן,

85 הבעיה כאן דומה לכשל מוכר הידוע בשם אפקט אוורץ' וג'ונסון, שעלול להיווצר תחת פיקוח מחירים המבוסס על שיעור התשואה של בעל המונופולין (Rate of Return Regulation), כפי שהיה מקובל למשל בפיקוח על חברות תשתית בארה"ב. תעריפי השירותים נקבעו במטרה להבטיח לבעל המונופולין תשואה קבועה (באחוזים) על הון הנכסים המושקע שלו. שיטת פיקוח כזו מתמרצת את בעל המונופולין לנפח את ההון המושקע שלו, כדי לנפח את רווחיו. Harvey Averch & Leland L. Johnson, *Behavior of the Firm under Regulatory Constraint*, 52 Am. Econ. Rev. 1052 (1962).

ההתמקדות במחיר, תוך התעלמות משיקולים אחרים (כאן מגוון המוצרים שהפירמה תציע) עלולה להביא לתוצאה הפוכה מזו שהתכוונו אליה. הדוגמאות לעיל גם מראות שהגנה על התמריצים של פירמות הכרחית, במקרים רבים, כדי לקבל תוצאה טובה יותר עבור הצרכנים, גם אם היא כרוכה בוותור על הזולה במחיר בטווח הקצר. תוכנה כלכלית זו משתקפת גם בפסיקה. למשל, בעניין אברהמי עלתה השאלה האם מת"ב, שהייתה בעלת הזכות הבלעדית להעניק שירותי טלוויזיה רב-ערוצית בכבלים באזורים שונים בארץ, גבתה מחירים בלתי הוגנים עבור שירותיה.⁸⁶ בית המשפט קבע כי המחיר הגבוה שגבתה היה הכרחי לתמרוץ החברה לפרוס את הרשת שלה ולספק את השירות: "יש להניח כי... לולא קביעת המחיר בתקנות, שיתחשב בסיכון העצום שנוטלות הזכייניות, לא היה בנמצא אדם שיקח על עצמו להקים ולתפעל את אספקת המוצר של טלוויזיה בכבלים. האם לא היה האינטרס הציבורי נפגע כתוצאה מכך? ומעתה צא ואמור, שצמצום תכלית החוק לתחרות בלבד – וממילא גם גזירת המסקנה כי מחיר הוגן הוא מחיר השוק – יש בה ראייה צרה וחלקית של המצב לאשורו".⁸⁷

(ג) שיקולים דינמיים לעומת יעילות סטטית

מהי חשיבות יצירת תמריצים כאמור? צמיחה כלכלית ורווחה חברתית מונעים, בטווח הארוך, ממוצרים חדשים ושיטות ייצור חדשניות ויעילות, שמקורם בתחרות דינמית, שבה מרבית השחקנים בשוק מפסידים ואולי גם נפלטים מהשוק, ואילו הפירמות השורדות מרוויחות לעיתים סכומים גבוהים.⁸⁸ תהליך התחרות הדינמית מונע מהתקווה של פירמות כי הן תהיינה אלה שישרדו בשוק וירוויחו. לכן, כדי ליהנות מיתרונות התהליך התחרותי, יש להכיר בכך שתחרות גם יוצרת, לעיתים, באופן בלתי נמנע, פירמות עם כוח שוק המבוסס על יתרונותיהן היחסיים שהושגו בזכות. ההכרה בחשיבותם של תמריצים דינמיים להשקעות המשפרות את רווחת הצרכן בטווח הארוך, ובכך שתמריצים כאלה מאפילים על יעילות סטטית (אשר שמה דגש על מניעת נטל עודף בטווח הקצר), מושרשת בדיני התחרות. למשל, כך אומר סגן התובע הכללי לשעבר של ארה"ב לענייני תחרות:⁸⁹

86 עניין אברהמי, לעיל ה"ש 51.

87 שם, בעמ' 41.

88 David S. Evans, Vanessa Y. Zhang & Xinzhu Zhang, *Assessing Unfair Pricing under China's Anti-Monopoly Law for Innovation-Intensive Industries*, COMPETITION POL'Y INT'L (2014). בענפים חדשים מקובל תהליך של shakeout שבמסגרתו חודר לענף מספר רב של פירמות כאשר הענף צעיר, אבל אז מתרחש תהליך של ברירה טבעית כאשר פירמות שאינן מצליחות נפלטות מהענף או נרכשות על ידי פירמות אחרות, ובסופו של דבר מתבסס בענף מספר קטן יחסית של פירמות גדולות. Mitsuru Igami & Kosuke Uetake, *Mergers, Innovation, and Entry-Exit Dynamics: Consolidation of the Hard Disk Drive Industry, 1996–2016*, 87 REV. ECON. STUD. 2672 (2020).

89 Thomas O. Barnett, Presentation to the George Mason University Law Review 11th Annual Symposium on Antitrust: Maximizing Welfare through Technological Innovation (Oct. 31, 2007), available at www.justice.gov/atr/public/speeches/227291.htm, וראו גם דברי הנציב לשעבר על התחרות באיחוד האירופי Philip Lowe, Consumer Welfare and

“[A]ntitrust enforcers must be careful not to pursue immediate, static efficiency gains at the expense of long-term, dynamic efficiency improvements, since the latter are likely to create more consumer welfare than the former.”

המלומד הידוע איסטרברוק טוען כי “מדיניות תחרות המורידה את המחיר כיום ב-5% על חשבון פגיעה בהורדה של 1% של עלות ייצור המוצר בשל יעילות דינמית, תהיה אסון. בטווח הארוך השינוי המצטבר גדול בהרבה מהפגיעה הסטטית.”⁹⁰ ואכן, דיני התחרות אינם מסתפקים בניתוח סטטי של נטל עודף בנקודת זמן מסוימת, אלא מביאים בחשבון גם שיקולים של תמריצים לכניסה לשוק, והשקעות בפיתוח מוצרים, שירותים וטכנולוגיות חדשות, אשר חשובים לרווחת הצרכן בטווח הארוך.⁹¹ החוק מעודד מפורשות התייעלות וחדשנות של היצרן, אשר עשויה להוריד את עלויות המוצר או לשפרו, ולחסוך משאבי ייצור למשק.⁹² כך למשל, חוק התחרות קובע כי במסגרת מיזם משותף ניתן להצדיק פגיעה בתחרות כאשר זו נדרשת לשם “ייעול הייצור והשיווק של נכסים או שירותים” וכן “הבטחת איכותם”, וזאת ללא התניית ההגשמה של מטרה זו באי עליית מחירים.⁹³ בדומה, ההנחיות לניתוח מיזוגים אופקיים קובעות כי “סוגי יעילות אשר משפרים את יכולתה ותמריציה של החברה המתמזגת להתחרות באופן שישירת את הציבור ויתבטא בסופו של דבר במחירים נמוכים יותר, איכות משופרת, מגוון או טכנולוגיה חדשה, יילקחו בחשבון.”⁹⁴ אלו הן רק שתי דוגמאות המדגימות מדוע הטענה כי “נקודת המוצא של דיני ההגבלים העסקיים היא כי רווחים תחרותיים הם מספיקים לעידוד השקעות מועילות”⁹⁵ שגויה. אכן, בגפניאל בית המשפט מדגיש שמטרתה של תחרות חופשית איננה רק להוזיל מחירים, אלא גם להביא ל“הגדלת המגוון והאיכות שלהמוצרים והשירותים” וכן ל“יצירת תמריצים להתייעלות ולחדשנות”, אשר יחד מביאים להגדלת הרווחה הכלכלית.⁹⁶

Efficiency — New Guiding Principles of Competition Policy?, Address at the 13th International Conference on Competition 7–8 (Mar. 27, 2007) http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2007_02_en.pdf

90 תרגום שלנו מאנגלית מתוך Frank H. Easterbrook, *Ignorance and Antitrust, in* ANTITRUST, INNOVATION AND COMPETITIVENESS 119 (Thomas M. Jorde & David J. Teece eds., 1992).

91 ראו למשל Douglas H. Ginsburg & Joshua D. Wright, *Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions*, 78 ANTITRUST L. J. 1 (2012); ע"פ 2560/08 מדינת ישראל – רשות

ההגבלים העסקיים נ' וול ואח' (נבו 6.7.2009).

92 בג"ץ 588/84 ק.ש.ר סחר אסבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד (1) 029 (1986).

93 ס' 10 לחוק התחרות הכלכלית.

94 גילוי דעת 1/11 של הממונה על ההגבלים העסקיים “הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים” (23.1.2011) *רשות התחרות*, בעמ' 22–23 (להלן: גילוי דעת 1/11).

95 גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 11, בעמ' 12.

96 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 25 והמקורות המנויים שם.

(ד) הניסיון שנצבר בתחום הפיקוח על מחירים

חשיבות השיקולים הדינמיים עולה גם מהניסיון שנצבר בתחום הפיקוח על המחירים. לאחרונה קבע בית המשפט המחוזי בעניין צדוק כי "עילת תמחור מופרז היא סוג של פיקוח מחירים... [שעניינה] פיקוח בדיעבד (ex post)".⁹⁷ כיוון שהעילה היא סוג של פיקוח מחירים, חשוב ללמוד מהניסיון רב השנים שנצבר בתחום זה כאשר באים לבחון מתי ובאילו תנאים יש להחיל את העילה.

אחד השיקולים המרכזיים בתחום פיקוח המחירים הוא שימור התמריצים של הפירמות בפיקוח להשקיע בתשתיות ובאיכות השירות. פרס נובל בכלכלה הוענק בשנת 2014 לטירול, בין היתר בגין מחקריו המדגישים שיקול זה.⁹⁸ גם קאהן, מחשובי המומחים לפיקוח מחירים, מדגיש שכדי שהפיקוח יקדם את רווחת הצרכנים על המחיר להיות גבוה מספיק על מנת ליצור תמריצים להשקעה, ועליו לכסות לא רק עלות השקעות שצלחו אלא גם את זו של השקעות שכשלו, אחרת הפירמות הנתונות לפיקוח תימנענה מהשקעות מסוכנות אשר עלולות להיכשל.⁹⁹

תוכנות אלו קיבלו ביטוי לא רק בספרות המחקרית, אלא גם בפסיקה של בתי משפט ובהחלטות של רשויות פיקוח ברחבי העולם.¹⁰⁰ כך, למשל, בעניין Smyth קבע בית המשפט העליון של ארה"ב כי פירמה הנתונה לפיקוח מחירים זכאית לתשואה הוגנת על השקעותיה.¹⁰¹ רשויות פיקוח בארה"ב פועלות לפי עיקרון זה מאז ועד היום. בהחלטה מאוחרת יותר, בעניין Hope Natural Gas קבע בית המשפט כי המשפט כי המשקיעים זכאים לשיעור תשואה שלא רק יבטיח שהפירמה לא תיקלע לקשיים פיננסיים, אלא גם יבטיח למשקיעים תשואה דומה לזו שיכלו לצפות לה לו השקיעו את כספם בהשקעות אחרות בעלות סיכון דומה.¹⁰² בעניין Duquesne Light הכיר בית המשפט בכך שחלק גדול מהסיכון המוטל על חברות הפועלות תחת פיקוח מחירים מקורו בחוסר הוודאות הנובע מפעולותיה של רשות הפיקוח עצמה.¹⁰³ העיקרון שלפיו תעריפים בפיקוח צריכים לשמר את תמריצי ההשקעות של פירמות בפיקוח

97 ת"צ (מחוזי מר') 36098-05-16 צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ, פס' 22-23 (נבו 16.1.2019); עניין זליכה, לעיל ה"ש 17, בפס' 89.

98 *Scientific Background on the Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2014 Jean Tirole: Market Power And Regulation*, THE ROYAL SWEDISH ACADEMY OF SCIENCES (2014) (להלן: *Scientific Background*). [HTTPS://WWW.NOBELPRIZE.ORG/UPLOADS/2018/06/ADVANCED-ECONOMICSCIENCES2014.PDF](https://www.nobelprize.org/uploads/2018/06/advanced-economicsciences2014.pdf)

99 ראו למשל, Alferd Kahn, *Who Should pay for Power-Plant Duds?*, WALL ST. J., Aug. 15, 1985, at 26.

100 לארצות הברית ראו דיון להלן. לאנגליה ראו MARK ARMSTRONG, SIMON COWAN & JOHN VICKERS, *REGULATORY REFORM: ECONOMIC ANALYSIS AND BRITISH EXPERIENCE*, ch. 6 (1994).

101 *Smyth v. Ames*, 169 U. S. 466 (1898).

102 *FPC v. Hope Nat. Gas Co.*, 320 U.S. 591 (1944).

103 *Duquesne Light Co. v. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989).

אומץ בין השאר גם באיחוד האירופי¹⁰⁴ ובבריטניה.¹⁰⁵ גם בישראל קבעה ועדת המחירים כי "בעת ביצוע הפיקוח על המחירים יש לשמור על איזון בין הבטחת האינטרסים של המשקיע והצרכן".¹⁰⁶

הניסיון הרב שנצבר בתחום פיקוח המחירים מעלה מסקנות חשובות לענייננו. ראשית, שיקולים דינמיים ממלאים תפקיד מרכזי בפיקוח מחירים, גם כאשר המונופול מוענק ומוגן על ידי המדינה ואיננו חשוף לסיכונים שבתחרות. בפרט, תעריפים בפיקוח של מונופולים בתחומי התשתיות בארה"ב, באירופה ובישראל מתחשבים לא רק בעלויות הייצור, אלא גם בשיקולים כמו הסיכונים העסקיים והתמריצים הכרוכים בהשקעות, וזאת כדי להבטיח שהפירמות המפוקחות תפעלנה בצורה שמיטיבה עם הצרכנים בטווח הארוך. שנית, למרות יותר ממאה שנים של דיונים בשאלה מהי תשואה הוגנת לפירמות שבפיקוח, פיקוח המחירים עדיין רצוף קשיים וחוסר ודאות. כדי להקטין אותם, הפיקוח מתבצע מראש על ידי רשות בעלת מומחיות לשוק הספציפי שהמונופול פועל בו, תוך התדיינות שוטפת עם הפירמה עצמה, ועל בסיס נתונים מפורטים.¹⁰⁷

לסיכום מושכל יסוד זה, למחיר על-תחרותי תפקיד חשוב ביצירת תמריצים להשקעות, אשר בטווח הארוך מגדילים את רווחת הצרכן.

4. מושכל יסוד כלכלי רביעי: חשיבות הוודאות עבור השקעות בשוק

מושכל היסוד הכלכלי הרביעי עוסק בחשיבות רמת הוודאות שיש לשחקנים בשוק לגבי שולי הרווח שיותר להם לגבות במסגרת החוק. בהיעדר ודאות, קשה להעריך נכונה כמה רווח תניב ההשקעה והאם היא כדאית. סיכון זה מקטין את התמריץ להשקיע, ולכן פוגע בצרכנים. אכן, חוסר הוודאות שהעילה יוצרת, והמחיר שבצידו, היוו שיקול מרכזי באימוץ גישה זהירה ומרוסנת להחלת העילה ברחבי העולם, כמו גם בגפניאל.¹⁰⁸

על הפגיעה ברווחה החברתית כתוצאה מחוסר ודאות בנוגע למחיר המפוקח שייקבע בדיעבד ניתן ללמוד באנלוגיה מ"בעיית האופורטוניזם", המזוהה עם כתיבתו של ווליאמסון אשר עליה, בין השאר, הוא זכה בפרס נובל בכלכלה.¹⁰⁹ בהקשר של פיקוח מחירים, בעיית האופורטוניזם נובעת מכך שכל עוד הפירמה המפוקחת טרם השקיעה, יש למאסדר אינטרס

104 למשל, Directive 2012/34/EU of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 on Establishing a Single European Railway Area, O.J. (L 343) 32, art. 12(1)(c) ("reasonable profit" means a rate of return on own capital that takes account of the risk, including that to revenue, or the absence of such risk, incurred by the operator of the service facility...")

105 למשל, OFWAT, FINANCIAL PERFORMANCE AND EXPENDITURE OF THE WATER COMPANIES IN ENGLAND AND WALES 2009-10 (2010); OFWAT, FINANCEABILITY AND FINANCING THE ASSET BASE — A DISCUSSION PAPER (2011)

106 מדינת ישראל משרד האוצר – אגף התקציבים "מתודולוגיה חדשה לפיקוח על המחירים", משרד האוצר (23.1.2017) <https://www.gov.il/he/Departments/General/methodology>

107 OECD Excessive Prices, לעיל ה"ש 14.

108 ראו דיון בפרק זה להלן.

109 OLIVER E. WILLIAMSON, THE ECONOMIC INSTITUTIONS OF CAPITALISM (1987)

להבטיח לה מחירים גבוהים כדי לתמרץ אותה להשקיע. ברם, מרגע שההשקעה כבר בוצעה, יש למאסדר אינטרס לסטות מהבטחתו ולהפחית את המחיר כדי להיטיב עם הצרכנים. הפירמה המפוקחת יכולה להעריך מראש שכך יקרה, ולכך היא עלולה להקטין את השקעותיה מראש, או אף להימנע מהן כליל.¹¹⁰ ספילר טוען שתמריץ-חסר להשקעות הוא הנורמה במקרים כאלה.¹¹¹ וויליאמסון מתייחס אומנם בכתיבתו לפיקוח מחירים על חברות תשתית באמצעות רשות פיקוח, אך בעיית האופורטוניזם תקפה במידה שווה גם לפיקוח בדיעבד במסגרת העילה.

הפתרון הוא בקביעת כללי משחק ברורים, ידועים ויעילים, ועמידה בכללים אלה.¹¹² ואכן, ה־OECD קבע שכלל משפטי המבקש לאסור על מחיר מופרז נדרש ליצור ודאות ברמה סבירה בעת שפירמה בוחנת את תחולתו האפשרית בעניינה בטרם השקעתה.¹¹³ בישראל, מדיניות הממשלה להפחתת הנטל הרגולטורי המוטל על עסקים קודאת בביורור ליצירת כללים "ברורים וודאיים" ויצירת "בהירות, ודאות ועקביות למפוקחים".¹¹⁴ דא עקא, בפועל לא ניתן ליצור כללים כאלה משום ששולי הרווח הנדרשים לתמרץ השקעות שונים מענף לענף ומפירמה לפירמה, לעיתים במידה ניכרת. לכן פיקוח מחירים מתבצע לרוב בהליך רגולטורי על ידי רשות פיקוח מתמחה ומקצועית המחילה את הפיקוח מראש, ומתחשבת במאפיינים של הענף הספציפי שבו מדובר, ובפרמטרים השונים שעשויים להשפיע על רווחת הצרכן, ולא באמצעות תביעות המתבררות בבתי משפט שאינם מתמחים.¹¹⁵ בנוסף, כמפורט להלן, חוסר הודאות גובר בשל היעדר תאוריה כלכלית סדורה למבחן מתי מחיר מתחיל להיות בלתי הוגן, וזאת אף על פי שלצורך חישוב הנזק יש לשרטט בדייקנות קו כזה. יש הטוענים שאי הודאות הנובעת מהגדרת הוגנות המחיר אינה שונה מאי ודאות לגבי מושגי שסתום רבים אחרים בחוק התחרות.¹¹⁶ אלא שטענה זו מתעלמת מכך שהקשיים

Oliver E. Williamson, *Franchise Bidding for Natural Monopolies — in General* 110
and with Respect to CATV, 7 BELL J. ECON. 73 (1976)
DANIEL F. ראו פיקוח, YOSSEF SPIEGEL, *The Capital Structure* וכן SPULBER, REGULATION AND MARKETS (1989)
and Investment of Regulated Firms under Alternative Regulatory Regimes, 6 J. REG.
ECON. 297 (1994)

Pablo T. Spiller, *A Tribute to Oliver Williamson Regulation: A Transaction Cost* 111
Perspective, 52 CAL. MGMT. REV. 147 (2010)

שם. 112

OECD Excessive Prices, לעיל ה"ש 14, בעמ' 22. 113

החלטה 2118 של הממשלה ה־33 הפחתת הנטל הרגולטורי" (14.9.2014). 114

כמפורט להלן, גם בשווקים שבהם אין רשות ספציפית כאמור, יש לממונה על התחרות 115
הכלכלית, אשר לו מומחיות לניתוח שווקים, סמכות להסדיר קביעת מחיר בלתי הוגן (ס' 30
לחוק התחרות הכלכלית). אפשרות זו, הגם שהיא לוקה בקשיים שמאמר זה עומד עליהם,
עדיפה במידה רבה על תביעות פרטיות הנשמעות על ידי בתי משפט לא מומחים. ראו גם גל
ונבו "תורת ההחלטות", לעיל ה"ש 24.

גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 11. 116

בהחלת עילה זו אינם רק פרוצדורליים, אלא מהותיים-קונצפטואליים.¹¹⁷ בעילות אחרות קיימת תאוריה כלכלית מנחה וברורה שהכלל המשפטי מוציא לפועל. זאת ועוד: קביעת מחירים (לרבות מבצעי מכירות) היא הפעולה בסיסית ביותר של עסקים, ונעשית בתדירות גבוהה ובהיקפים גדולים. לכן, בשעה שפירמה יכולה לשאת בעלויות הבדיקה של פעולות מדירות,¹¹⁸ ולהימנע מהן כאשר יש ספק אם הן מותרות, הרי שבהעדר מתודולוגיה ברורה, קביעת מחיר שלא ייחשב בדיעבד כבלתי הוגן עשויה להיות לא רק יקרה ושרירותית, אלא אף בלתי אפשרית באופן מעשי.

בגפניאל קיימת הסכמה בין כל שופטי העליון לגבי הקושי ביצירת ודאות משפטית ובמחיר שהיא גובה. דעת הרוב עומדת על "היעדרו של מבחן משפטי ודאי ליישום העילה",¹¹⁹ זאת כיוון ש"יישומה של עילת המחיר המופרז כרוך בקשיים פרקטיים ועיוניים בלתי מבוטלים. בפרט, יש קושי ממשי בסימון קו הגבול שהחל ממנו מחיר גבוה הופך להיות בלתי הוגן, ובקביעת אמות מידה לזיהוי מחיר בלתי הוגן המיתרגמות למבחן משפטי שיוצר ודאות".¹²⁰ כן היא מכירה בכך שניסיון לעשות זאת כרוך בסכנות הכוללות, למשל, "פגיעה בתמריצים להשקעות ובקיומה של תחרות יעילה בשוק", וכן אכיפת-יתר ש"תפגע בהליך התחרותי כולו באופן שבסופו של דבר יסב נזק לצרכנים".¹²¹ החשש מהרחבת יתר כאמור "מתעצם לנוכח הסנקציות הנלוות לקליטתה של עילה זו בדין הישראלי, שלשילובן יחד אין למעשה אח ורע באף שיטת משפט אחרת בעולם".¹²² אכן, קיום יסודות החזקה עלול להוות בסיס לתביעה נזיקית על הנזק שנגרם (לרבות תביעה ייצוגית),¹²³ לתביעה חוזית לבטלות חוזה בשל אי-יחוקיותו,¹²⁴ או לעיצום כספי גבוה.¹²⁵ בנוסף, הפרת החזקה עלולה להביא לגיבושה של עבירה פלילית משהוכחה כוונתו של בעל המונופולין להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור.¹²⁶ גם דעת המיעוט הדגישה את הקשיים הכרוכים בהחלת המבחן, אשר יוצרים חוסר ודאות באשר למחירים שניתן לגבות. בית המשפט קובע ש"חוסר ודאות זה כשלעצמו, ובוודאי כאשר הוא נלווה לעלויות הגבוהות – הן הישירות (עלויות הייצוג) והן העקיפות (חשיפת המסמכים) – הכרוכות בהתגוננות מפני תביעה בעילה של מחיר מופרז,

117 עמדת היועץ, לעיל ה"ש 16, בס' 44.

118 פעולות של בעל המונופולין המקימות מכשלות מלאכותיות לתחרות המונעות ממתחרים יעילים יותר להיכנס לשוק או להתרחב בו ולפגוע במעמדו של בעל המונופולין. למשל, דרישת בלעדיות ממשווקים, כך שלמתחרה חדש יהיה קשה להגיע לצרכנים. גל ונבו "תורת ההחלטות", לעיל ה"ש 24, בעמ' 19.

119 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 39.

120 שם, בפס' 28.

121 שם, בפס' 39.

122 שם, בפס' 41.

123 ס' 50 לחוק התחרות הכלכלית.

124 ס' 47 לחוק התחרות הכלכלית; ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

125 ס' 150 לחוק התחרות הכלכלית.

126 ס' 47(א)(4) לחוק התחרות הכלכלית. ראו דיון בגל ונבו "תורת ההחלטות", לעיל ה"ש 24,

בעמ' 11.

עלול ליצור אפקט מצנן כלפי חברות הפועלות בשוק או מבקשות להכנס אליו".¹²⁷ כדי להימנע מתוצאה זו, יש להחיל את העילה רק במקרים מובהקים שבהם ברור, על פניהם, שהמחיר מופרז ובלתי הוגן.

5. תובנה כלכלית חמישית: מגבלות מוסדיות מקרינות על היקף תחולת העילה

אכיפתו של חוק, והתמריצים שהיא יוצרת, מושפעים גם מתכונות המוסד האוכף – מומחיותו, הכלים שבידו, ערכאת הערר עליו, והעת שבה האיסור מוחל.¹²⁸ אכן, בגפניאל קבע בית המשפט העליון שגם שיקולים מוסדיים מחייבים אימוץ גישה זהירה ומרוסנת להחלת העילה. דעת הרוב ציינה כי יש המטילים ספק האם "בתי המשפט הם הגורם המתאים לפיקוח על מחירים".¹²⁹ בנאור הובילו מגבלות אלו את בית המשפט העליון לצמצם במידה ניכרת את האפשרות להגיש תביעה ייצוגית על בסיס העילה.¹³⁰ זהירות זו מבוססת על כמה מגבלות מוסדיות מצטברות.

הרובד הראשון נוגע לכלי האכיפה המצויים בידי בתי המשפט והתאמתם לדיון בסוגיה של מחיר גבוה בלתי הוגן. כפי שמציין גם בית המשפט העליון, בית המשפט נדרש להכריע בסוגיה בהליך אדוורסרי, בדיעבד, על בסיס הנתונים המונחים בפניו, שהם לרוב נתונים חלקיים וחסרים, ומבלי שיש לו סמכות לדרוש נתונים מגופים שאינם חלק מהתביעה.¹³¹ לא זו אף זו: בהליך פרטי אין בפני בית המשפט החלטה של רשות מומחית אשר בדקה את גובהו והגינותו של המחיר.

הרובד השני עניינו מומחיות בית המשפט. כפי שהשופט הנדל מדגיש, "ה[קשיים] |הכרוכים בהחלת המבחן, אשר יוצרים חוסר ודאות| מתעצמים באכיפה פרטית, כיון שהאכיפה לא נעשית על ידי גורם בעל מומחיות, מידע וראייה רוחבית של השלכות האכיפה במקרה מסוים על השוק הרלוונטי ועל השוק בכלל".¹³² אכן, "עסקינן בשאלות כלכליות שהאינטואיציה הפשוטה לא תואמת את התשובה המורכבת עליהן... זהו שדה הדרוש מומחיות והבנה לעומק של הליכים שוקיים".¹³³

בהקשר זה חשוב להדגיש שכמפורט לעיל, רווחת הצרכן מבוססת לא רק על מחיר, אלא גם על פרמטרים אחרים דוגמת איכות, מגוון וזמינות, שירות, תנאי תשלום ועוד. התמקדות בגובה המחיר גרידא, ועוד בדיעבד, עלולה לפגוע בצרכנים בניגוד למטרות חוק התחרות. אכן, התאוריה הכלכלית של second best מראה שבקשת רחבה של מקרים, כאשר לא ניתן לשלוט

127 הנדל בגפניאל, לעיל ה"ש 8, בפס' 5.

128 ראו דיון ב"Gal, Limiting Litigation", לעיל ה"ש 27.

129 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 39.

130 עניין נאור, לעיל ה"ש 6, בפס' 66.

131 דוגמה טובה לכך היא עניין נאור מחוזי, לעיל ה"ש 3, שבו נעזר לבסוף בית המשפט בנתוני רוחחיות של חברות זרות שהונחו בפניו למרות הספקות שהשמיע בנוגע לרלוונטיות של נתונים אלה לבירור גובהו של מחיר הקוטג'.

132 הנדל, גפניאל, לעיל ה"ש 8, בפס' 5.

133 שם, בפס' 3.

בכל המשתנים, הניסיון לבחור משתנה אחד אשר ניתן לשלוט בו בצורה אופטימלית עלול להביא לתוצאה גרועה יותר מאשר אי התערבות.¹³⁴ מרקוביץ' טוען כי ההנחה הסטנדרטית במשפט וכלכלה שלפיה הסרה של עיוות כלשהו מועילה (למשל הפחתת המחיר), מתעלמת מהעובדה שכל עוד ישנם עיוותים אחרים שלא טופלו (למשל השקעות לא אופטימליות), הסרת העיוות יכולה להחריף את העיוותים האחרים, ולכן להזיק.¹³⁵ ואכן, גילה ושפיגל מראים במסגרת של מודל תאורטי כי החלת העילה עלולה בתנאים מסוימים להוביל דווקא לפגיעה ברווחת הצרכנים, ובכך להשיג תוצאות המנוגדות לתכלית החוק.¹³⁶ על כן פיקוח יעיל נדרש לבחון ולאסדר לאורך זמן גם שינויים בפרמטרים נוספים מלבד המחיר. זו משימה מורכבת, הדורשת מומחיות ופיקוח מתמשך, שאין בתי המשפט מוסמכים לעשותה. לכך יש להוסיף שפיקוח מחירים מחייב בחינה שוטפת של עלויות הייצור ותנאי השוק, ועדכון המחיר המפוקח בהתאם.¹³⁷ התערבות חד-פעמית לרוב איננה מספיקה, ואף יכולה להזיק. גם היעזרות בעדים מומחים אינה פותרת את הבעיה. ראשית, בירור גובהו של מחיר ראוי הוא שאלה כלכלית מורכבת. כפי שלא היינו רוצים שמהנדסים יחליטו איך לבנות בניין בדרך של חוות דעת, חקירות צולבות ופסיקה של שופט, גם ההליך האדוורסרי אינו מתאים להנדסה של שווקים בדרך שתשרת את הצרכן בטווח הארוך. שנית, ללא כלל ברור לשרטוט קו הגבול שמעבר לו מחיר הופך להיות בלתי הוגן, לא ברור כיצד יוכל בית המשפט להכריע בין מומחים אשר חלוקים בשאלה האם המחיר חצה את קו הגבול שמעבר לו הוא בלתי הוגן. שלישית, אין במומחה כדי להחליף רשות פיקוח מומחית אשר למדה לעומק, לאורך שנים, את מאפייניו הייחודיים של השוק ושל הפירמה המפוקחת.

הבעיה מחריפה עוד יותר לאור העובדה שניתוח בעיות בדיני התחרות מצריך ידע כלכלי נרחב שאין למרבית השופטים.¹³⁸ כך, למשל, המלומד הידוע פוזנר טוען כי ניתוח אקונומטרי של נתונים (שימוש בשיטות סטטיסטיות לניתוח נתונים כלכליים), אשר הופך ליותר ויותר נפוץ בתיקים הגבילים, הוא נושא מורכב עד כי אין זה ריאליסטי לצפות ששופט ממוצע יוכל לעקוב אחרי פרטי הניתוח, לא משנה כמה מוכשר העד המומחה שמציג את פרטי הניתוח.¹³⁹ דעה דומה לגבי הקושי של שופטים לא מתמחים ליישם קריטריונים כלכליים

Richard G. Lipsey & Kelvin Lancaster, *The General Theory of the Second Best*, 24 *REV. ECON. STUD.* 11 (1965)

Richard S. Markovits, *Second-Best Theory and Law & Economics: An Introduction*, 73 *CHI.-KENT L. REV.* 3 (1998)

David Gilo & Yossi Spiegel, *The Antitrust Prohibition of Excessive Pricing*, 61 *INT'L J. INDUS. ORG.* 503 (2018)

עמדת האיחוד האירופי במסמך ה־OECD Excessive Prices, OECD ה"ש 14, בעמ' 312.

למשל, ביי ורייט בחנו תיקי תחרות בארה"ב והסיקו כי "some antitrust cases are too complicated for generalist judges". Michael R. Baye & Joshua D. Wright, *Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity and Judicial Training on Appeals*, 54 *J. L. & ECON.* 1 (2011)

Richard A. Posner, *The Law and Economics of the Economic Expert Witness*, 13 *J. ECON. PERSP.* 91 (1999)

מורכבים בתיקים הגבליים מביעים שופט בית המשפט העליון האמריקני בדימוס השופט ברייר,¹⁴⁰ כמו גם ראש רשות הסחר הפדראלית, האוכפת חוקי תחרות בארה"ב.¹⁴¹ שיקול מוסדי נוסף מקורו בעובדה שפיקוח בדיעבד על המחיר "אין בו כדי ליצור פתרון ארוך טווח לבעיה התחרותית שממנה סובל השוק".¹⁴² מכך גם עולה שעם שינוי תנאי השוק, בית המשפט עלול להידרש לעדכון קביעתו ולקביעת מחיר הוגן חדש, תוך הפיכה למאסדר מחירים קבוע.

שיקול נוסף שעניינו מומחיות יחסית נוגע לעובדה שערר על החלטת הממונה מגיע להתדיינות בפני בית משפט שמומחיותו בענייני שווקים ותחרות גדולה יותר מבית משפט רגיל: בית הדין לתחרות כלכלית, אשר בו מכהנים נציגי ציבור שמומחיותם בתחרות לצד שופט מחוזי השומע דרך קבע תיקים בדיני התחרות.

הרובד השני נוגע לכלי האכיפה המצויים בידי בתי המשפט והתאמתם לדיון בסוגיה של מחיר גבוה בלתי הוגן. כפי שמציין גם בית המשפט העליון, בית המשפט נדרש להכריע בסוגיה בהליך אדוורסרי, בדיעבד, על בסיס הנתונים המונחים בפניו שהם, לרוב, נתונים חלקיים וחסרים, ומבלי שיש לו סמכות לדרוש נתונים מגופים שאינם חלק מהתביעה.¹⁴³ לא זו אף זו: בהליך פרטי – להבדיל מהליך שעניינו ערר על החלטת הממונה – אין בפני בית המשפט החלטה של רשות מומחית אשר בדקה את גובהו והגינותו של המחיר.

אכן, מגבלות מוסדיות הביאו לצמצום ניכר של העילה גם ברחבי העולם. בארצות הברית, למשל, חוסר התאמתו של בית המשפט לשמש כמאסדר מחירים היווה גורם מרכזי באי ההכרה בעילה.¹⁴⁴ גם באיחוד האירופי, שם האכיפה נעשית על ידי רשות התחרות, נקבע שהרשות חסרה את המומחיות לפעול כמאסדרת מחירים.¹⁴⁵ קביעה דומה מופיעה בגפניאל ובנאור.¹⁴⁶ כנאור קבע בית המשפט העליון מפורשות ש"הקשיים הטמונים ביישום עילת המחיר המופרז מקבלים משנה תוקף בכל הנוגע לאכיפה פרטית שלה במסגרת תובענה ייצוגית, להבדיל מאכיפתה באמצעות הכלים המוקנים לרשות התחרות".¹⁴⁷ גישה זו יש להחיל כבר בשלב הדיון בבקשה לאישור ניהול התובענה כייצוגית.¹⁴⁸

Leegin Creative Leather Prod., Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 917 (2007); FTC v. 140
Actavis, Inc., 570 U.S. 136, 173 (2013)

Rohit Chopra & Lina M. Kahn, *The Case for "Unfair Methods of Competition"* 141
Rulemaking, 87 U. CHI. L. REV. 357 (2020)

142 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 39.

143 דוגמה טובה לכך היא עניין נאור מחוזי, לעיל ה"ש 3, שבו נעזר לבסוף בית המשפט בנתוני רווחיות של חברות זרות שהונחו בפניו למרות הספקות שהשמיע ביחס לרלוונטיות של נתונים אלה לבירור גובהו של מחיר הקוטג'.
144 Gal, *Two Systems*, לעיל ה"ש 32.

Margrethe Vestager, *Protecting Consumer from Exploitation*, address at Chillin' 145
Competition Conference, Brussels (Nov. 21, 2016) ("The last thing we should be
.doing is to set ourselves up as a regulator, deciding on the right price")

146 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 47; עניין נאור, לעיל ה"ש 6, בפס' 68.

147 עניין נאור, שם, בפס' 66.

148 שם, בפס' 67.

הרובד השלישי הוא שבישראל – בניגוד למשל לאירופה – מצויים בידי הרגולטור כלים חלופיים, יעילים יותר, אשר יקטינו את החשש מפגיעה ברווחה החברתית שהעילה יוצרת. גם במקום שאין מאסדר ספציפי המומחה לשוק מסוים, הן חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו–1996 והן פיקוח על ידי רשות התחרות במסגרת סעיפים 29א או 30 לחוק התחרות מאפשרים למנוע ניצול לרעה של כוח שוק מונופוליסטי, מראש, תוך צמצום הפגיעה בתמריצי הפירמות.¹⁴⁹ אכן, החלת האיסור על ידי רשות מומחית, לרבות רשות התחרות, מתגברת על חלק מהכשלים המוסדיים שעליהם עמדנו.¹⁵⁰ ראשית, עסקינן בהחלת הוראות מעתה ולהבא ולא בתקופה הקודמת להסדרה. קיימת הסכמה רחבה כי הסדרה מראש, כאשר היא אפשרית, היא כלי עדיף, כיוון שהיא יוצרת ודאות אצל בעל המונופולין, ועל כן פגיעתה בתמריציו להתחרות ולהשקיע השקעות במחקר ופיתוח פחותים.¹⁵¹ כפי שפורט לעיל, גם במקרה של הסדרה מכאן ולהבא קיים חשש שהרשות לא תיצור תמריצים מתאימים להשקעה בשווקים. אך חשש זה קטן יחסית להסדרה בדיעבד. שנית, הסדרה כזו מתבצעת בידי רשות מקצועית ולא בידי בתי המשפט, אשר חסרים את המומחיות הנדרשת להתמודדות עם סוגיה מורכבת זו.¹⁵² שלישית, אם ההסדרה נעשית על ידי רשות התחרות, ערר על החלטתה מגיע לבית משפט בעל מומחיות גדולה יותר בניתוח שווקים, דהיינו בית הדין לתחרות עסקית.¹⁵³ רביעית, בידי הרשות נתונים כלי מחקר וניתוח המאפשרים לה, בין היתר, לבצע חיקור עובדות הרלוונטיות להחלטה גם לפני קבלתה וגם לאחריה, על מנת לעדכנה. לעומת זאת, בפני בית המשפט אין אלא הנתונים שהביאו לפניו הצדדים.¹⁵⁴ חמישית, התרופה היא החלת הוראות בנוגע להתנהגותו העתידית של בעל המונופולין, דהיינו הסדרה מנהלית של חלק מהפרמטרים של התנהגותו של בעל המונופולין, ולא עבירה פלילית היוצרת סטיגמה או עיצומים כספיים.¹⁵⁵ נקודה זו חשובה לאור העובדה שהאיסור המשפטי יכול לחול גם על מי שהגיע למעמדו ושמר עליו בזכות. ההחלטה בעניין MBI,¹⁵⁶ שתנתח להלן, מדגימה את השימוש בסמכות זו של הרשות. לאחר חקירה מעמיקה הגיעה

-
- 149 גל ונבו "תורת ההחלטות", לעיל ה"ש 24; עניין זליכה, לעיל ה"ש 17, בפס' 85-86. לאחרונה הפעיל הממונה את סמכותו כאמור בעניין MBI, לעיל ה"ש 26.
- 150 לדין מורחב ראו גל ונבו "תורת ההחלטות", לעיל ה"ש 24. ראו גם עניין נאור, לעיל ה"ש 6, בפס' 66.
- 151 גל ונבו "סוס טרויאני", לעיל ה"ש 24, בעמ' 598.
- 152 שם.
- 153 ס' 43(ג) לחוק התחרות.
- 154 כאשר עסקינן ברשות התחרות ראו ס' 44-46 לחוק התחרות. ראו גם עניין נאור, לעיל ה"ש 6, בפס' 66.
- 155 ס' 30 לחוק התחרות הוא הסדרתי באופיו. בעניין דובק, ה"ע (הגבלים עסקיים) 1/93 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' חברת דובק בע"מ (נבו, 17.1.1995), בעמ' 7, קבע בית הדין שהליך מתן ההוראות אין עניינו בהענשת בעל המונופולין על התנהגות העבר אלא באיון האינטרסים השונים העומדים על הפרק, לרבות אינטרס הציבור בקידום התחרות והאינטרסים של בעל המונופולין. למרות הסמכות הרחבה הקבועה בס' 30 לחוק ההגבלים, לא נעשה בו שימוש רב.
- 156 עניין MBI, לעיל ה"ש 26.

הרשות למסקנה כי החברה ניצלה לרעה את כוחה המונופוליסטי בדרך של קביעת מחיר גבוה בלתי הוגן. על החברה ועל נושאי משרה בה הרשת עיצום כספי.

שישית, ניתן לרוב להניח שהרשות רואה את טובת הציבור הרחבה לנגד עיניה בעת החלטה אם ראוי להחיל את העילה. זאת בשעה שלתובע פרטי יש תמריץ להגיש תביעה כל עוד הוא מאמין שיש סיכוי גדול מספיק שתתקבל, או למצער תיצור לחץ על בעל המונופולין להתפשר, גם אם התביעה איננה מוצדקת.¹⁵⁷ הספרות מדגישה כי אכיפה פרטית של דיני התחרות יכולה להביא לתועלת חברתית רק אם לתובע הפרטי יש אינפורמציה ייחודית שאין לרשות אכיפה ציבורית, או שיש לו יתרון בהשגת אינפורמציה כזו.¹⁵⁸ אלא שהניסיון מלמד כי במקרים רבים אין לתובעים פרטיים אינפורמציה כזו, ובפועל מוגשות תובענות ייצוגיות רבות שאינן מגובות בנתונים מספיקים, או בניתוח כלכלי מעמיק. הצדקה נוספת לאכיפה פרטית חלה כאשר הרשות הרלוונטית איננה יכולה או אינה מוסמכת לפעול, או שהיא מתרשלת בתפקידה. התובע הפרטי יכול במקרה כזה להחליף את הרשות הציבורית באכיפת החוק. אכן, בעניין נובל אנרג'י נקבע כי ניתן להגישאם הרשויות המתאימות בחנו את הסוגיה בכללותה, אך לא בחנו את גובהו של המחיר הנבחן.¹⁵⁹ בכל יתר המקרים, יש לצמצם ביותר את האכיפה הפרטית. אכן, מגבלות אלו הביאו את רשות התחרות הבריטית להמליץ לא לאפשר להחילה בתביעות פרטיות, נזיקיות.¹⁶⁰ ברוח זו קבע השופט הנדל בדעת מיעוט בגפניאל כי "על-אף שהאכיפה הפרטית אפשרית על-פי דין... אינני סבור... כי יש לראות [אותה] כמסלול מקביל ומשלים לאכיפה המנהלית-ציבורית".¹⁶¹ בנאור הלכו שלושת שופטי בית המשפט העליון צעד נוסף, בקובעם כי "על בתי המשפט לנקוט גישה זהירה ומרוסנת במיוחד, בבואם להכריע בתובענה ייצוגית שעניינה בטענה לקביעת מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן. זאת... בשל קשיים משמעותיים הכרוכים בבחינת טענה כאמור, ובשל האפשרות כי דווקא קבלת התובענה הייצוגית בהקשר זה תפגע, בסופו של דבר, בתחרות ובציבור".¹⁶²

אין חולק שגם הסדרה על ידי רשות מומחית, מראש, אינה אופטימלית וחלק מהקשיים בקביעת מחיר הוגן המפורטים במאמר זה מאפיינים גם אותה. אולם העובדה שיש לה כלים טובים יותר להתמודד עימם מקרינה על היקפה הראוי של העילה בבתי המשפט הרגילים.

Ilya Segal & Michael Whinston, *Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey*, 28 EUR. COMPET. L. REV. 323 (2007); R. Preston McAfee, Hugo M. Mialon & Sue H. Mialon, *Private v. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis*, 92 J. PUB. ECON. 1863 (2008).

Segal & Whinston, שם, 158

רע"א 9771/16 נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטר נ' נורי (נבו) 28.9.2017. בית המשפט העליון דחה את הערעור של ספקיות הגז על דחיית הבקשה שלהן לסלק על הסף את בקשת האישור לתובענה ייצוגית נגדן, וקבע כי בג"ץ, אשר דן במתווה הגז, לא בחן את מחירי הגז הטבעי, וכי הממשלה, אשר פטרה את ספקיות הגז מהוראות מסוימות בחוק התחרות מכוון ס' 52 לחוק, לא פטרה אותן מהאיסור על גביית מחיר מופרז.

OECD Excessive Prices, לעיל ה"ש 14, בעמ' 290-291, 296.

הנדל, גפניאל, לעיל ה"ש 8, בפס' 5.

עניין נאור, לעיל ה"ש 6, בפס' 2.

אומנם קיים חשש שהמאסדר עלול להישבות בשבי רגולטורי, כלומר להיות מושפע באופן מודע או לא מודע מהאינטרסים של הגוף המוסדר שאינן עולים בקנה אחד עם טובת הציבור.¹⁶³ עם זאת, החשש קטן יותר כאשר מדובר ברשות המאסדרת שווקים רבים ומגוונים, דוגמת רשות התחרות.¹⁶⁴ מצירוף שתי תוכנות אלו גם עולה שאלא אם כן יש מקום לחשד מבוסס שרשות התחרות נשבתה בשבי רגולטורי של שחקן זה או אחר בשוק הרלוונטי, יש להניח שהחלטתה אם להתערב במחיר או לאו מבוססת על טובת הציבור.¹⁶⁵ אכן, הקשיים האינהרנטיים הכרוכים בהחלת העילה הובילו את הרשות לאמץ גישה זהירה ומרוסנת, העולה בקנה אחד עם מושכלות היסוד שעליהם עמדנו לעיל ועם הגישה המקובלת ברחבי העולם. על הקושי במציאת מקרה מתאים המצדיק התערבות ניתן ללמוד מהעובדה שאף על פי שלפני כעשור, בתקופת הממונה גילה, השקיעה הרשות משאבים לא מבוטלים בניסיון לאתר מקרה מתאים להחלת העילה, לא נמצא כזה.¹⁶⁶ לאחרונה סברה הרשות שנמצא מקרה מתאים להחלת העילה, בעניין MBI המפורט להלן, ובוצעה אסדרת מחיר.¹⁶⁷ מקרה זה מדגים את החלת העילה במקרים "הדוקרים את העין", שבהם בעיות ההוכחה והחשש לפגיעה ביעילות הדינמית של השוק מתגמדים לעומת הפגיעה בצרכנים. בעינינו, זו הדרך הנכונה לילך בה. מצרף גורמים אלו מוביל למסקנה שדרך המלך לטפל במחירים מופרזים היא באמצעות רשות פיקוח בעלת מומחיות לשוק הספציפי שבעל המונופולין פועל בו, תוך התדיינות שוטפת עימו ועל בסיס נתונים מפורטים, תוך התחשבות במכלול הפרמטרים שעשויים להשפיע על רווחת הצרכן. אכן, בעניין קו מחשבה נקבע כי לא ניתן להגיש תובענה ייצוגית על בסיס העילה אם המחיר נקבע על ידי רשויות פיקוח מתאימות.¹⁶⁸ במקרים שבהם רשות

163 ראו בהקשר זה George J. Stigler, *The theory of economic regulation*, 2 BELL J. ECON. & MGMT. 3 (1971). "שבי רגולטורי" הוגדר בדנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פס" 52 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר (נבו 4.7.2021), כך: "מדובר במקרים בהם קיים חשש שמא המאסדר 'שבו' בידי הגורם עליו הוא מפקח, ומזדהה עמו ועם מטרותיו. מכאן עולה החשש כי המאסדר יבקש לסייע לגורם זה, למעלה מן הדרוש, מתוך רצון לרצות אותו". כך, למשל, המאסדר יכול לראות בקבוצות העסקים מקור עבודה פוטנציאלי עתידי לאחר פרישתו, המציע תנאי עבודה מטיבים במיוחד. ראו למשל בהקשר זה David J. Salant, *Behind the Revolving Door: A New View of Public Utility Regulation*, 26 RAND. J. ECON. 362 (1995).

164 ראו למשל ADVOCACY WORKING GROUP OF INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, ADVOCACY AND COMPETITION POLICY 34 (2002).

165 ראו גם עניין נובל אנרג'י, לעיל ה"ש 158, בפס" 6 ("חזקה על רשות ההגבלים העסקיים, נוכח חשיבות העניין והמשמעות שתהא בכך לציבור בכללותו, כי אם תגיע למסקנה כי עולה חשש שמא בעלי המונופולין ניצלו לרעה את מעמדם המונופוליסטי באופן האמור, תבחן שימוש בסמכויות המוקנות לה בחוק").

166 ריאיון שערכה מיכל גל עם ד"ר אסף אילת, הכלכלן הראשי של רשות התחרות באותה תקופה.

167 עניין MBI, לעיל ה"ש 26.

168 עניין קו מחשבה, לעיל ה"ש 4. בית המשפט העליון דחה את התביעה נגד בזק בינלאומי משום שתעריפיה הוסדרו בתקנות שהתקינה שרת התקשורת. חריג זה ראוי שלא יחול במקום שבו רשות האכיפה אינה מבצעת את תפקידה כראוי בשל שבי רגולטורי.

ספציפית כזו איננה קיימת, מן הראוי להחיל את העילה על ידי רשות התחרות במסגרת סעיף 30 לחוק, כך שהאכיפה תיעשה על ידי רשות סטטוטורית, אשר תבקש לאכוף את העילה רק במקרים שבהם אכיפה כזו מוצדקת. למסקנה זו הגיע גם שופט בית הדין האירופי,¹⁶⁹ ובדומה, מוטה (שהיה הכלכלן הראשי לענייני תחרות של הנציבות האירופית) ודה סטריל קובעים כי לדעתם העדרה של רשות פיקוח ייעודית אשר יכולה לפתור את הבעיה הוא תנאי ההכרחי לאכיפת העילה.¹⁷⁰ גם בדרום אפריקה קבע בית הדין לתחרות כי אכיפת העילה מיועדת לאותם מקרים נדירים שבהם לא ניתן לפתור את הבעיה באמצעות רשות פיקוח או באמצעות תחרות.¹⁷¹ בהתאם לכך, המגבלות המוסדיות של בית משפט מהוות שיקול חשוב בהחלה זהירה ומרוסנת של האיסור, תוך התמקדות במקרים המובהקים שבהם ברור לכל בר בי רב שהתועלת שבאכיפת האיסור תגבר על הנזק.

6. מושכל יסוד משפטי: האיסור חל ללא קשר להתנהגות מדירה

מושכל יסוד משפטי שכדאי להדגישו הוא שהאיסור על מחיר בלתי הוגן גבוה איננו מותנה בכך שבעל המונופולין הגיע למעמדו או שמר עליו על ידי התנהגות מדירה, אשר יצרה מכשלות מלאכותיות לכניסת מתחרים (למשל, על ידי דרישת בלעדיות). האיסור גם אינו מוגבל לפירמות שזכו למעמד דומיננטי בלא שהתקיימה תחרות כלל (למשל, הפירמה קיבלה זיכיון בלעדי מהממשלה, או שבבעלותה משאב טבע ייחודי). למעשה, האיסור חל גם על בעל מונופולין אשר הגיע למעמדו בזכות, תוך יצירת מוצר טוב יותר מאלה של מתחריו, או אפילו זול יותר, אשר הצרכנים העדיפו על פני המוצרים המתחרים. במקרים מעין אלו ההליך התחרותי התקיים והצליח.¹⁷²

7. שש מסקנות מהניתוח

הניתוח לעיל מוביל לחמש מסקנות, העולות גם מפסק דינו של בית המשפט העליון. ראשית, פיקוח על מחירים נדרש לאזן בין הרצון למנוע מחירים גבוהים לבין הצורך לשמר את התמריצים של פירמות להשקיע באופן המועיל לצרכנים.¹⁷³ שנית, ונגזר מכך, לא ניתן להצדיק איסור גורף על גביית מחיר גבוה המבוסס אך ורק על ההפרש בין המחיר לבין עלויות הייצור השוליות של המוצר, גם אם הפרש זה גבוה. כפי

Opinion of Advocate General Wahl in Case C-177/16, Biedrība 'Autortiesību un 169
Komunicēšanās Konsultāciju Aģentūra — Latvijas Autoru apvienība' v. Konkurences
padome, ECLI:EU: C:2017:286, ¶ 105 (Apr. 6, 2017) (להלן: עניין AKKA).

Massimo Motta & Alexandre de Streel, *Excessive Pricing in Competition Law: Never 170*
Say Never?, in THE PROS AND CONS OF HIGH PRICES 14, 22–26 (2007)

.127 בפס' 171, Harmony Gold Mining Co. Ltd. V. Mittal Steel South Africa Ltd., (2007)

נקודה זו סותרת את הטענה כי "במקרה של מחיר מופרז התהליך התחרותי לא עבד מלכתחילה". 172
גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 11, בעמ' 5.

עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 46 ("סימון קו הגבול [שבו מחיר גבוה ואף מופרז הופך להיות 173
מחיר בלתי הוגן] טומן בחובו הכרעה בנוגע למידת ההתערבות הרצויה בהתנהלותם של בעלי
מונופולין מצד אחד ובפגיעה הצרכנית הנגרמת בשל קביעת מחיר מופרז מצד שני").

שנקבע בגפניאל, פרשנות כאמור מתנגשת עם מטרת החוק, שהיא קידום רווחת הצרכנים, בין היתר בדרך של "יצירת תמריצים להתייעלות ולחדשנות".¹⁷⁴ שלישית, תחרות משוכללת מתקיימת לעיתים נדירות. לכן, המחיר בתנאי תחרות משוכללת אינו יכול לשמש כאמת מידה לקביעת המחיר ההוגן. רביעית, מטרת החוק אינה להקטין את בעיית הנטל העודף והעברת הערך בטווח הקצר, אלא להגדיל את רווחת הצרכן בטווח הארוך.¹⁷⁵ החוק מבוסס על ניתוח דינמי ולא סטטי. לשם כך יש לבחון לא רק מחיר אלא גם גורמים אחרים היוצרים יחד את התועלת לצרכנים, בראשם האיכות; ויש להתחשב בתמריצי ההשקעה המביאים ליצירת תועלות אלו. חמישית, מחיר הטעות ביצירת איזון לא נכון בדמות פגיעה בתמריצי השקעה עלול לעלות על התועלת מהניסיון למנוע מחירים גבוהים, כיוון שהיא תיצור "אפקט מצנן כלפי חברות הפועלות בשוק או מבקשות להכנס אליו",¹⁷⁶ תוך פגיעה ברווחת הצרכנים בטווח הארוך". כפי שפורט בגפניאל, מחיר טעות זה נגזר מחוסר הוודאות האינהרנטי בהחלת העילה, מהקשיים הפרקטיים בהחלה, ומהגבלות המוסדיות של בית המשפט, בעיקר במסגרת תביעות פרטיות.¹⁷⁷ גם בנאור שב בית המשפט והדגיש כי קיים חשש משמעותי מהחלה לא נכונה של העילה "בין היתר לנוכח הסיכוי המשמעותי לטעות בעת יישום העילה, והיעדר מבחן משפטי המייצר וודאות בהקשר זה".¹⁷⁸

צירוף מסקנות אלו מוביל למסקנה שישית: נקיטת גישה מרוסנת וזהירה בעת החלת העילה מתחייבת כדי לוודא שהיא מגשימה את מטרת החוק ומגדילה את רווחת הצרכנים. ודוק, אין פירוש הדבר שאכיפת העילה תמיד מזיקה – קיימים מקרים כמו אלה שאנו מפרטים להלן שבהם ברור על פניהם כי מחירו של מוצר גבוה באופן חריג, ואי ההוגנות זועקת מהעובדות, וכי לא השוק ולא פיקוח מחירים אחר ירסנו אותו.

ב. תפיסות הוגנות מחירים של צרכנים

עד כה התמקד הדיון בתמריצים של חברות. בפרק זה נבחן את הספרות המחקרית בכלכלה התנהגותית ובשיווק אשר התפתחה בשלושים השנים האחרונות, ואשר עוסקת בשאלה מתי צרכנים תופסים מחירים כבלתי הוגנים. מחקרים אלה רלוונטיים לדיון בעילה, משום שהם משקפים את ציפיותיו של "הצרכן הסביר". ציפיות אלה מלמדות על תגובתם של צרכנים למחירים גבוהים המקרינה, בין היתר, על השפעתה של תפיסת ההוגנות על התנהגות צרכנים בשוק – לרבות פעולתם ככוח מרסן נגד עליית מחירים.

במחקר חלוצי ערכו חתני פרס נובל בכלכלה כהנמן ות'יילר, בשיתוף עם קנטש, סקר של משקי בית שהעלה ממצאים החשובים לענייננו.¹⁷⁹ מחקרם העלה כי רוב גדול של

174 שם, בפס' 25.

175 ראו למשל הנדל, גפניאל, לעיל ה"ש 8, בפס' 5.

176 שם.

177 ראו דיון בפרק זה לעיל.

178 עניין נאור, לעיל ה"ש 6, בפס' 65.

179 Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch & Richard Thaler, *Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market*, 76 AM. ECON. REV. 728 (1986). המחקר בדק

המשתתפים בסקר סברו כי עליית מחירים היא הוגנת אם היא באה לכסות על עלייה בהוצאות.¹⁸⁰ ממצאים נוספים הראו כי רוב גדול תפסו מחירים כהוגנים אם הם מביאים לחלוקת העודף הכלכלי מהעסקה בין הקונה למוכר, וכי בערך מחצית מהמשתתפים סברו כי יצרן אינו צריך להוזיל את המחיר לצרכן אם עלויותיו פחתו, בייחוד אם מדובר ביצרן שעובר לכדור ולא בפירמה.¹⁸¹ משמעות הממצאים לענייננו היא שקביעת המחיר ההוגן על בסיס המחיר התחרותי, אשר מעבירה את כל או את מרבית הערך מהעסקה לצרכנים, אינה נתפסת כהוגנת בעיני מרבית הצרכנים.

הממצאים של כהנמן, קנטש ות'יילר עולים בקנה אחד עם תאוריות של צדק קומוטיבי, שלפיהן מחיר הוגן מביא לשוויון בין הערכים שהקונה והמוכר מקבלים מהעסקה.¹⁸² לדוגמה, אם צרכן מפיק תועלת של \$100 מצריכת מוצר שעלותו למוכר היא \$20, אזי מחיר של \$60 מביא לחלוקת העודף מהעסקה בצורה שווה בין הצרכן לפירמה, ולכן מתיישב עם עקרונות של צדק קומוטיבי.¹⁸³ ואכן, בספר שפורסם לאחרונה, ניילבך בוחן יחסים בין קונים ומוכרים מהיבטים שונים, ומגיע למסקנה כי חלוקה שווה של העודף בין הקונה והמוכר היא התוצאה היחידה שהיא גם הוגנת וגם פרקטית.¹⁸⁴ מסקנה זו נתמכת גם בניסוי שערך לאחרונה רובינשטיין, מחשובי החוקרים בתאוריה כלכלית ותורת המשחקים בעולם. במסגרת הניסוי התבקשו סטודנטים לענות על השאלה הבאה:¹⁸⁵

אלברט קיבל מסבא וסכתא שלו מתנה שהוא אינו צריך ואינו אוהב. בוב רוצה את הפריט וידוע שהוא מוכן לשלם עבורו עד \$100. אלברט ובוב יודעים שצ'רלי מציע לאלברט \$20 עבור הפריט. אף אחד אחר אינו מתעניין בפריט. מה לדעתך המחיר ההוגן לעסקה בין אלברט לבוב?

180 כיצד צרכנים מתייחסים ל"חברה", כאשר היא, שמעלה מחירים, ללא הבחנה בין מבני שוק שונים. כך, למשל, 79% סברו כי העלאת מחיר של חסה היא הוגנת אם בעל החנות שילם עליה מחיר גבוה מהרגיל. בדומה, משתתפים בניסוי היו מוכנים בממוצע לשלם יותר מ-75% יותר עבור אותו בקבוק בירה אם הוא נמכר במלון מהודר ולא בחנות מכולת מוזנחת. ממצא זה עקבי עם ההשערה שהמשתתפים מניחים שלמלון מהודר יש עלויות גבוהות יותר. שם.

181 למשל, 79% מהמשתתפים בסקר סברו כי אם ההוצאות של יצרן שולחנות קטנו כ-\$40, הוגן שהיצרן יוזיל את מחיר השולחנות כ-\$20 (ולא כ-\$40). משמע, מרביתם סברו שחלוקה שווה של החיסכון בעלויות בין היצרן לקונים היא הוגנת. שם.

182 William Boyd, *Just Price, Public Utility, and the Long History of Economic Regulation in America*, 35 *YALE J. ON REG.* 721 (2018)

183 עורך הצרכן הוא 40 (תועלת של 100 פחות מחיר של 60) והרווח של הפירמה הוא 40 (מחיר 60 פחות עלות 20).

184 ראו (BARRY NALEBUFF, *SPLIT THE PIE, A RADICAL NEW WAY TO NEGOTIATE* (2022)).

185 הניסוי, שתוצאותיו טרם התפרסמו, נערך באתר <https://arielrubinstein.org/gt> והשתתפו בו 621 סטודנטים בקורס בתורת המשחקים בישראל ובמדינות אחרות. אנו מודים לאריאל רובינשטיין על שחלק איתנו את תוצאות הניסוי.

כדאי לשים לב כי כמו בדוגמה לעיל, התועלת של הקונה (בוב) מהפריט היא \$100, ואילו העלות של המוכר (אלברט) היא \$20.¹⁸⁶ מצדדי פרשנות מרחיבה של העילה יטענו כי מחירו ההוגן של הפריט הוא \$20, וסטייה ממנו איננה הוגנת. אלא שבממוצע, המשתתפים בניסוי סברו שהמחיר ההוגן הוא \$55.1, כלומר קרוב ל-\$60.

ממצא נוסף של כהנמן, קנטש ות'יילר מראה כי צרכנים תופסים העלאות מחירים כבלתי הוגנות אם הן מנצלות חולשה שלהם.¹⁸⁷ למשל, 91% מהמשתתפים בסקר סברו כי אין זה הוגן שבעלים של דירה יעלה את שכר הדירה רק משום שהשוכר החל לעבוד במקום הסמוך לדירה, ולכן יישאר בה גם אם שכר הדירה יעלה. בדומה, פריי ופומרן מצאו כי 78% מהמשתתפים בסקר שערכו סברו שאין זה הוגן להעלות מחיר של בקבוק מים ביום חם, גם אם הביקוש לבקבוקי מים הוא כפול מהיצע בקבוקי המים.¹⁸⁸ לענייננו, הממצא מראה כי צרכנים תופסים העלאות של מחירי מוצרים חיוניים – תוך ניצול חולשתם – כבלתי הוגנות. כן הראה מחקרם של כהנמן, קנטש ות'יילר כי צרכנים תופסים מחירים כבלתי הוגנים אם הם חורגים מנקודת ייחוס רלוונטית (reference point), אשר יכולה להיות מחירו של המוצר בעבר, או מחירו בשוק גאוגרפי אחר הנחשב לתחרותי יותר.¹⁸⁹ מסקנה זו התחדדה בניסויים נוספים. שיה, מונרו וקוקס טוענים על סמך סקירת ספרות כי צרכנים מחליטים מתי מחירו של מוצר איננו הוגן על בסיס השוואה למחיר שהם שילמו בעבר, או למחיר שצרכנים אחרים משלמים בהווה.¹⁹⁰ אנדרסון וסימסטר מצאו שצרכנים מתייחסים להוזלות מחירים משמעותיות כאינדיקציה לכך שהמחיר בעבר היה בלתי הוגן.¹⁹¹ ממצאים אלה מראים שצרכנים תופסים פערים במחיר של אותו מוצר על פני זמן, או על פני שווקים שונים, כבלתי הוגנים.

בולטון, וורלופ ואלבה בחנו שאלה קשורה: האם צרכנים תופסים פערים במחירים של שני מוצרים שונים כבלתי הוגנים.¹⁹² הם מצאו שפערי מחירים בין שתי חנויות הדומות זו לזו בהכנסותיהן וברווחיהן נתפסים על ידי הצרכנים כהוגנים אם לחנות היקרה יותר יש עלויות גבוהות יותר, או סיכון גדול יותר להישאר עם מלאי שלא יימכר, או מחזור מכירות נמוך יותר, ובייחוד אם החנות היקרה יותר מספקת מוצרים איכותיים יותר. בנוסף הם מצאו שפערי מחירים בין שתי חנויות נתפסים כהוגנים אם לחנות הזולה יותר יש אסטרטגיה של מחירים מוזלים. המסקנה מהמחקר היא שמחירים גבוהים יותר של ספק אחד בהשוואה

186 ככלל, עלות מוגדרת ככלכלה ככוללת גם רווח אלטרנטיבי, כלומר רווח שניתן היה להפיק ממכירת המוצר לקונה אחר.

187 Kahneman et al., לעיל ה"ש 178.

188 Bruno S. Frey & Werner W. Pommerehne, *On the Fairness of Pricing – An Empirical Survey Among the General Population*, 20 J. ECON. BEHAV. & ORG. 295 (1993).

189 Kahneman et al., לעיל ה"ש 178.

190 Lan Xia, Kent B. Monroe & Jennifer L. Cox, *The Price is Unfair! A Conceptual Framework of Price Fairness Perceptions*, 68 J. MARKETING 1 (2004).

191 Eric T. Anderson & Duncan I. Simester, *Price Stickiness and Customer Antagonism*, 125 Q. J. ECON. 729 (2009).

192 Lisa E. Bolton, Luk Warlop & Joseph W. Alba, *Consumer Perception of Price (Un) Fairness*, 29 J. CONSUMER RES. 474 (2003).

לספק אחר אינם נתפסים כבלתי הוגנים אם פערי המחיר נובעים מפערי עלות, פערים בסיכון ופערים באסטרטגיה, ובפרט אם הם נובעים מפערים באיכות המוצרים. ממצא זה גם מדגיש שוב שצרכנים שמים דגש לא רק על המחיר שהם משלמים, אלא גם על התמורה שהם מקבלים עבור המחיר.

הניסוי המחשבתי הבא מדגים את שאלת ההגינות: נניח שיצרן מציע לצרכן עסקה שבה הוא משקיע על חשבוננו כסף בפיתוח מוצר. אם ההשקעה תצליח, היצרן יוכל לייצר בעלות של 100 ש"ח מוצר שיהיה שווה לצרכן 200 ש"ח, והוא מתחייב להציע אותו לצרכן במחיר של 150 ש"ח. אם ההשקעה תיכשל – יישא היצרן במלוא ההפסד. קשה לראות מה בלתי הוגן בהצעה כזו שבה המוכר נושא בלעדית בסיכון, אך מתחלק בפירות ההצלחה שווה בשווה עם הקונה, וקשה לדמיין שצרכנים ידחו את ההצעה. עם זאת, מצדדי גישה מרחיבה של העילה יטענו שהמחיר הוא בלתי הוגן משום שהוא עולה על עלות הייצור ב-50%, כיוון שהמחיר אינו זהה למחיר תחרותי או גבוה ממנו באופן מוגבל.

הדיון לעיל מראה כי תפיסת ההוגנות של צרכנים לגבי מחירים היא תלוית קונטקסט. עובדה זו הביאה את כהנמן, קנטש ות'יילר להדגיש כי יש להיזהר מקביעות אינטואיטיביות בשאלה מה נחשב בעיני צרכנים להוגן, משום שאינטואיציות כאלה אינן עולות תמיד בקנה אחד עם ממצאים של מחקרים אקדמיים שבדקו את הנושא.¹⁹³ יתרה מכך, פינקל מראה שאף שקיים קושי מובנה להגדיר מה נחשב להוגן, וכי קביעה זו מעוררת מחלוקת, הרי שמחקר אחרי מחקר מגלה שלמעט במקרי קיצון, יש הסכמה רחבה בין פרטים לגבי מה איננו הוגן.¹⁹⁴ לפיכך הוא טוען כי מבחינה מעשית יש להתמקד בשאלה מה נחשב לבלתי הוגן, ולא בשאלה מה נחשב להוגן, ומדגיש כי הגינות וחוסר הגינות אינם שני צדדים של אותו מטבע.¹⁹⁵ המסקנה העולה גם מכאן היא שכאשר מחילים את העילה, יש להתמקד במקרים המובהקים שלגביהם יש הסכמה רחבה לגבי אי הוגנות המחיר, ולא במקרים שלגביהם אין, וכנראה גם לא תיתכן, הסכמה כזו.

ג. הקשיים האינהרנטיים בקביעת מחיר גבוה בלתי הוגן

לאחר שהצגנו מושכלות יסוד כלכליים העומדים בבסיס הגישה הזוהירה והמרוסנת להחלת העילה, וסקרנו ספרות שבחנה תפיסות הוגנות מחירים של צרכנים, נבחן כעת את המבחנים השונים שהוחלו לזיהוי מחיר מופרז באיחוד האירופי, במקומות אחרים בעולם וכישראל, ונעמוד על הקשיים שאלו מציפים, המקרינים אף הם על היקף העילה.

193 Kahneman et al., לעיל ה"ש 178.

194 NORMAN FINKEL, NOT FAIR! THE TYPOLOGY OF COMMON-SENSE UNFAIRNESS 1, 304, 317 (2001).

195 שם, פרק 1, בעמ' 5; Norman J. Finkel, Rom Harré & José-Luis R. Lopez. *Commonsense*; 3 DISCOURSE *Morality across Cultures: Notions of Fairness, Justice, Honor And Equity*, 3 (2001) .STUD. 5

1. המבחן האירופי המקובל במרבית העולם

המבחן המנחה במרבית המדינות שהעילה מוכרת בהן הוא זה שנקבע באיחוד האירופי. לאור העובדה שהאיסור על ניצול כוח מונופוליסטי לרעה הועתק מילה במילה מהסעיף האירופי,¹⁹⁶ וכי הניסיון הנצבר שם בהחלת העילה הוא הארוך ביותר בעולם, קובע בית המשפט העליון כי בעת התוויית השימוש בעילה, "מן הראוי ליתן משקל [...] לאופן יישומה בדין האירופי".¹⁹⁷

בעניין ג'נרל מוטורס קבע בית הדין האירופי שמחיר יהווה ניצול לרעה כאשר הוא מופרז יחסית לערך הכלכלי של המוצר או השירות שבמונופולין.¹⁹⁸ בכך קבע בית הדין עקרון-יסוד לקביעת ההוגנות של המחיר: המחיר צריך לשקף את הערך הכלכלי של המוצר לצרכן, ולא רק את עלויות ייצורו. בעוד שעקרון-יסוד זה משקף את חשיבות התמורה לצרכן מהשקעתו של היצרן, כפי שיפורט להלן, הניסיון להגדיר ערך כלכלי בנסיבות ספציפיות יוצר קשיים רבים.

ההחלטה האירופית המכוננת שדנה בעילה, וחלה באיחוד האירופי גם כיום (ראו נספח ב'), הינה בעניין יונייטד ברנרס.¹⁹⁹ שם קבעה יבואנית בננות מחיר שונה לבננות מתוצרתה במדינות שונות. במסגרת עקרון היסוד כי יש לבחון את הוגנות המחיר בהתאם לערך הכלכלי של המוצר, החיל בית הדין מבחן דו-שלבי:²⁰⁰

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

כלומר, בשלב הראשון יש לבחון אם המחיר הוא מופרז (*excessive*), ורק בשלב השני יש לשאול אם המחיר הוא בלתי הוגן (*unfair*). אמת המידה לבחינת גובה המחיר הייתה עלות הייצור של בעל המונופולין (להלן: "מבחן העלות"), או המחיר שאותה פירמה גבתה עבור אותו מוצר או שירות בתקופת זמן אחרת, או בשוק אחר, או המחיר שפירמה אחרת גובה באותו שוק (להלן: "מבחן ההשוואה"). במילים אחרות, בשלב הראשון בודקים האם יש אינדקציות לכך שבעל המונופולין ניצל את כוחו בכך שקבע מחיר מופרז. רק אם התשובה לכך חיובית, בודקים האם המחיר הגבוה מהווה ניצול לרעה של כוח שוק, והוא בלתי הוגן.²⁰¹

196 Michal S. Gal, *The Cut and Paste of Article 82 of the EC Treaty in Israel: Conditions for a Successful Transplant*, 9 EUR. J.L. REFORM 467 (2007)

197 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 40.

198 .Case 26/75, General Motors Continental NV v. Comm'n, 1975 E.C.R. 1367

199 Case 27/76, United Brands Co. v. Comm'n, 1978 E.C.R. 207 (להלן: עניין United Brands)

200 שם, בפס' 252.

201 ראו את טבלת ההחלטות של האיחוד האירופי בנושא, נספח א'.

היתרון במבחן דו־שלבי האמור, שאומץ גם בגפניאל²⁰² ובנאור²⁰³, הוא בכך שהוא מייתר את הצורך להתמודד עם הקושי המוכנה בקביעה האם המחיר בלתי הוגן, אם מתברר בשלב הראשון כי המחיר אינו "מופרז". לפיכך המבחן הדו־שלבי עשוי ליעיל את התהליך המשפטי ולחסוך משאבים רבים.²⁰⁴ דברים כרוח זו קבעה הנציבות האירופית בעניין Gazprom.²⁰⁵ היגיון דומה חל גם בתחומים נוספים של דיני תחרות. למשל, בעת בחינת מיזם משותף יש לבחון קודם כול את עוצמת הפגיעה בתחרות, ורק אם היא משמעותית בוחנים האם למיזם יתרונות מאזנים לטובת הציבור.²⁰⁶ גם במיזוגים נהוג קודם לבדוק אם יש פגיעה בתחרות, לפני ששוקלים אם יש יתרונות יעילות.²⁰⁷

חשוב לציין כי למרות משיכתה התאורטית של העילה, האיחוד האירופי נתקל בקשיים מרובים בעת החלתה. אכן, כפי שניתן להיווכח מהטבלה נספח ב', באיחוד האירופי ובבריטניה ממעטים להחיל את העילה. במשך למעלה מחמישים שנה התקבלו באיחוד האירופי 24 החלטות בעניין העילה, והן נלוות, לרוב, לאיסור על פעולות מדיריות.²⁰⁸ מתוך ההחלטות שהתקבלו, 10 עסקו בקניין רוחני (פטנטים, זכויות יוצרים, סימן רשום וסימן מסחרי), 8 במונופול יציר מדינה (או בעל זיכיון בלעדי מהמדינה או רשות מקומית) ו-3 במונופול בתחום התשתיות. רק במקרים בודדים העלתה הנציבות האירופית טענות בדבר תמחור מופרז, וגם אז היה מדובר בעיקר במקרים של מונופול יציר המדינה (לרבות על בסיס פטנט) או מונופול מוסדר. מקרים בודדים אלו הם החריג המעיד על הכלל.²⁰⁹ הנציבות האירופית, כמו גם רשויות תחרות במדינות אחרות, מחילות את העילה רק במקרים חריגים, דוגמת אספן, פיזור, אדוונט או לידיאנט העוסקות בעליות של מאות ואלפי אחוזים במחירן של תרופות חיוניות, שיפורטו להלן. בנוסף, בהחלטה היחידה אי־פעם שבה נתן בית המשפט האירופי החלטה בעניין מחיר מופרז שלא היה תוצאה של פעולה מדירה או של מונופול

202 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 42.

203 עניין נאור, לעיל ה"ש 6, בפס' 31.

204 ראו גם Pinar Akman & Luke Garrod, *When Are Excessive Prices Unfair?*, 7 J. COMPETITION & ECON 403 (2011).

205 Commission Decision on Case AT.39816 — Upstream Gas Supplies in Central and Eastern Europe, at art. 65, 3106 final (May, 24, 2018): "The first limb of the test can be interpreted as a screening exercise to assess whether the price charged is suspiciously high... [T]he second limb... establish[es] whether the price actually bears no reasonable relation to the economic value of the product"

206 למעשה, בעת בחינת מיזם משותף, חלה הבחנה מבנית בין מי שרשאי לדון בשאלות אלו. הממונה על התחרות רשאי לשקול שיקולי פגיעה בתחרות בלבד, ובית הדין רשאי לבדוק האם פגיעה זו מוצדקת לאור טובת הציבור. ס' 9 ו-14 לחוק התחרות הכלכלית.

207 ראו למשל גילוי דעת 1/11, לעיל ה"ש 93, בעמ' 22.

208 אף הרשות הישראלית עמדה על כך: "נציבות התחרות האירופית פועלת להכח למעשה באופן מרוסן ביותר... ומרבית החלטותיה הנוגעות לניצול מעמד לרעה של פירמות דומיננטיות עוסקות בפעולות מדירות ולא בפעולות ניצול (exploitation)". גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 15, בעמ' 7. ראו טבלה בנספח ב' להלן.

209 עמדת האירופים שהובעה בדו"ח ה־OECD Excessive Prices, OECD, לעיל ה"ש 14, בעמ' 321.

יציר המדינה או המוסדר על ידה – ההחלטה בעניין יונייטד ברנדס²¹⁰ – לא נמצא שהמחיר היה בלתי הוגן.²¹¹ בגפניאל הכיר בכך העליון, בקובעו ש"כפועל נעשה [בעילה] שימוש בריסון רב ובמקרים נדירים בלבד",²¹² וכי קיימת "העדפה ברורה לנקיטת צעדים להגברת התחרות בשוק על פני צעדים לטיפול במחיר המופרז עצמו".²¹³

חשוב להדגיש כי האיחוד האירופי הכיר בכך שלמעט במקרים חריגים, עילת המחיר המופרז אינה הדרך הנכונה למנוע עליית מחירים, מהטעם הפשוט שלמעט במצבי קיצון, אין כלים טובים דיים לקבוע האם מחיר הוא מופרז, ומתי הוא הופך לבלתי הוגן. כפי שנקבע בגפניאל, "החלטות בית הדין האירופי במהלך השנים התקשו לשרטט קו גבול ברור בין מחיר הוגן למחיר בלתי הוגן".²¹⁴ וורדן, שהיה כלכלן בכיר ברשות התחרות האמריקנית, טוען כי לאחר ניסיון של ארבעים שנה עם החלת העילה באירופה, "אין לעילה זו מבחן מוגדר, ולעולם גם לא יהיה מבחן כזה", זאת משום שאין בנמצא כללים או סטנדרטים בהירים שמגדירים מחיר בלתי הוגן.²¹⁵ עובדה זו, לטענתו, גורמת לכך שעילה זו היא "אירונית ואולי גם טראגית",²¹⁶ שכן בעוד שהיא מתבססת על טענת חוסר הוגנות מצד בעל המונופולין, הענישה עצמה נגועה בחוסר הוגנות משום שהרשויות קונסות פירמות בדיעבד, בלא שברור מראש מהו מחיר בלתי הוגן.²¹⁷ התעלמות מקשיים אלה עלולה להוביל לפגיעה ניכרת ברווחת הצרכן, שהיא הערך העיקרי שחוקי התחרות מגינים עליו, גם אם הכוונה היא הפוכה.

2. הניסיון שנצבר במדינות אחרות

על הקושי האינהרנטי ביישום המבחנים השונים לאכיפת העילה ניתן ללמוד גם מהניסיון שנצבר בשלוש מדינות נוספות שעשו ניסיונות משמעותיים לאכוף את העילה: בריטניה, ברזיל ודרום אפריקה.

בריטניה היא דוגמה מעניינת, משום שהיא הדגישה את חשיבות ההכרה בעילה. בה בעת, כפי שהטבלה בנספח ב' מראה, מעטים המקרים שבהם ראתה רשות התחרות הבריטית לנכון להחיל את האיסור. את הניסיון סיכם לאחרונה בית הדין לתחרות בעניין פייזר כדלקמן:²¹⁸

"Cases of pure unfair pricing are rare in competition law. Authorities find them difficult to bring and are, rightly, wary of casting themselves in the role of price regulators."

210 עניין **United Brands**, לעיל ה"ש 198.

211 ראו גם Evans et al., לעיל ה"ש 87, בעמ' 7.

212 עניין **גפניאל**, לעיל ה"ש 2, בפס' 28, 37.

213 שם, בפס' 37.

214 שם, בפס' 35.

215 Gregory J. Werden, *Exploitative Abuse of a Dominant Position: A Bad Idea That Now Should Be Abandoned*, EUR. COMPETITION J. 682 (2021).

216 שם.

217 שם.

218 Flynn Pharma Ltd and Flynn Pharma (Holdings) Ltd. v. Competition and Markets Authority and Pfizer Inc. [2018] CAT 9; Pfizer Ltd. v. Competition and Markets Authority [2018]

CAT 11 (להלן: "פייזר בית הדין לתחרות").

עד היום הגישה רשות התחרות הבריטית רק שלוש תביעות שעסקו בעילה והסתיימו בהצלחה. הראשונה בעניין NAPP.²¹⁹ התביעה עסקה באפליית מחירים בין בתי חולים ובתי מרקחת בקהילה עבור גולות וקפסולות של מורפין לשחרור מושהה. המחיר הנמוך יותר שניתן לבתי החולים שימש כאמת מידה הן לאפליית המחירים והן למחיר ההוגן, ואפשר להתגבר על חלק מהבעיות הכרוכות בהחלת העילה.²²⁰

לאחרונה נדונה העילה בעניין פיזור, אשר עסק בהעלאת מחיר חריגה ביותר (בשיעורים שבין 2,300%-2,600%) של קפסולות נתרן פניטואין, שהיא תרופה גנרית לטיפול באפילפסיה ששווקה לראשונה ב-1938, אך הייתה חיונית משום שהומלץ לחולים שטופלו בתרופה של יצרן מסוים לא לעבור לתרופה של יצרן אחר.²²¹ מקרה זה ממחיש את הקשיים באכיפת העילה גם במקרים קיצוניים ה"דוקרים את העין": העלאת מחירים חריגה לתרופה חיונית אשר אינה מוגנת על ידי פטנט. בפרט, אף על פי שהמקרה נראה על פניו בלתי הוגן, התעורר קושי בהחלת המבחנים. בית הדין לתחרות ביטל את החלטת רשות התחרות בטענה שהחילה מבחנים לא נכונים להוכחת המחיר הבלתי הוגן.²²² חלקים מההחלטה נהפכו בערר.²²³ בייחוד נהפכה הדרישה שכדי להוכיח את השלב השני (הוגנות המחיר) יש צורך להוכיח גם שהמחיר היה בלתי הוגן בפני עצמו וגם שהוא בלתי הוגן בהשוואה למוצרים מתחרים. החלטה זו עולה בקנה אחד עם המבחן הדו-שלבי האירופי שפורט לעיל. כן קבע בית המשפט שגם אם התביעה בוחרת להסתמך על אחת החלופות להוכחת אי הוגנות המחיר, אין היא רשאית להתעלם מעדויות המבוססות על החלופה האחרת, אם הן רלוונטיות על פניהן.²²⁴ רשות התחרות הבריטית שבחנה את המקרה מחדש לאחר שזה חזר אליה בעקבות הערעור מצאה ביולי 2022 שמחיר התרופה היה מופרז, והטילה קנס של למעלה מ-70 מיליון ל"ש על פיזור והמפיצה שלה, פליין.²²⁵

Napp Pharmaceutical Holdings Ltd. and Subsidiaries, Decision of the Director General of Fair Trading, No Ca98/2/2001 (Mar.3.2001); on appeal: Napp Pharmaceutical Holdings Ltd. v. Director General of Fair Trading, [2002] CAT 1, [2002] Comp. AR (Eng.) עניין Napp). לביקורת על ההחלטה ראו David S. Evans & A. Jorge Padilla, *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules*, 1 J. COMPETITION L. & ECON. 97 (2005).

220 עניין Napp, שם.

221 פיזור בית הדין לתחרות, לעיל ה"ש 217, בפס' 21.

222 שם. במקרים של אפליה אסורה, החלת עילת המחיר ההוגן עולה כמעט באופן מתבקש. זאת כיוון שלפי עילת האפליה בעל המונופולין נדרש לגבות מכל צרכניו (הלא סופיים) מחיר אחיד, בתנאי שאפליית מחיר כאמור פוגעת בתחרות בין צרכנים אלו. ס' 29א(ב)(3) לחוק התחרות הכלכלית. מכאן עולה שכל מחיר העולה על המחיר הנמוך ביותר שהוא דורש נופל לגדר האיסור. בהקשר זה יש להדגיש כי גם המחיר הנמוך יותר הנגבה מחלק מצרכניו כאמור אינו, בהכרח, המחיר התחרותי.

223 Competition and Markets Authority v. Flynn [2020] EWCA Civ. 617 (להלן: פיזור ערר).

224 שם, בס' 75.

225 £70 million in fines for pharma firms that overcharged NHS, GOV.UK (May 5, 2016), <https://www.gov.uk/government/news/70-million-in-fines-for-pharma-firms-that>

המקרה השלישי עניינו החלטת רשות התחרות הבריטית מיולי 2021 להטיל קנס של 100 מיליון ליש"ט על אדוונז פארמה בעקבות העלאת מחיר של תרופה שפותחה בשנות ה-50 לטיפול בתת-פעילות של בלוטת התריס בשיעור מצטבר של 6,021% (!) בין השנים 2009 ו-2017.²²⁶ הניסיון עם החלת העילה הביא את רשות התחרות הבריטית להדגיש את החשש מפגיעה בפעולת השווקים ("price regulation is highly distortive").²²⁷ דוגמה מעניינת נוספת היא ברזיל. חוק התחרות הברזילאי מונה שורה של התנהגויות אשר תיחשבנה לניצול לרעה של מעמד דומיננטי, לרבות "to impose abusive prices or increase prices without just cause".²²⁸ בעקבות איסור זה הוכנסו תיקונים לכמה חוקים אחרים שאסרו על גביית מחיר בלתי הוגן, לרבות חוק הגנת הצרכן, שאליו התווספה ההוראה האוסרת על "unjustified product price increases", והחוק נגד פשעים כנגד מערכות כלכליות שבו נקבע איסור על "unreasonably increase the price".²²⁹ על בסיס חוקים אלה הגיש התובע הכללי עד 2012 למעלה מ-60 תביעות בגין העילה, אולם בשל קשיים באכיפת האיסור, אף לא אחת מתביעות אלה הסתיימה בהרשעה. בעקבות כישלון זה, ואחרי דיון ציבורי נוקב, נמחקה ב-2012 העילה מחוק התחרות. במאמר הסוקר את הניסיון הברזילאי כותבים ריברו ומטוס כי הניסיון הברזילאי הראה שהעלות לאכיפת העילה בשל כמות המידע הרבה הנדרשת, השרירותיות בקביעת רמת מחיר הוגן והסיכון הגבוה לטעויות עולים על התועלת ממנה.²³⁰

דוגמה נוספת היא דרום אפריקה, שאף היא אחת המובילות בעולם בניסיונות לאכיפת העילה. העילה הוחלה שם ארבע פעמים, כולן על ידי רשות התחרות. שני המקרים הראשונים מלמדים על הקשיים באכיפתה.²³¹ בהחלטה הראשונה מ-2009 קבע בית הדין לתחרות של דרום אפריקה כי ענקית הפלדה מיטל קבעה את מחיר מוצרי הפלדה השטוחים שלה בהתאם לעלות הייבוא שלהם על ידי מתחרותיה, וכי מחיר זה הוא בלתי הוגן משום שאיננו משקף את עלויותיה של מיטל או את המחיר התחרותי.²³² בית הדין לערעורים על ענייני תחרות קיבל ערעור של מיטל והחזיר את התיק לבית הדין לתחרות בטענה כי בית הדין לתחרות

.overcharged-nhs (last visited May 6, 2023)

Competition and Markets Authority, Excessive and Unfair Pricing with Respect to the Supply of Liothyronine Tablets in the UK, Case 50395 (29.7.2021) (להלן: עניין אדוונז). 226

OECD Excessive Prices, לעיל ה"ש 14, בעמ' 290-291, 296. 227

Law 8.884/1994, ס' 20, תת ס' XXIV. 228

Law 8.078/1990, ס' 39, ו-Law 8.137/1990, ס' 4, תת-ס' VII. 229

Eduardo P. Ribeiro & Cesar. Mattos, *The Brazilian Experience with Excessive Pricing Cases: Hello, Goodbye*, in EXCESSIVE PRICES AND COMPETITION LAW ENFORCEMENT 173 (Yannis Katsoulacos & Frédéric Jenny eds., 2018). 230

Liberty Mncube & Mfundo Ngobese, *Working Out the Standards for Excessive Pricing in South Africa*, in EXCESSIVE PRICES AND COMPETITION LAW ENFORCEMENT 159 (Yannis Katsoulacos & Frédéric Jenny eds., 2018). 231

Case 13/CR/Feb04, *Harmony Gold Mining Co. v. Mittal Steel S. Afr. Ltd.* (S. Afr. Competition Trib. Mar. 27, 2007), available at <http://www.comptrib.co.za/comptrib/comtribdocs/97/13CRFeb04reasons.pdf> 232

לא קבע את "הערך הכלכלי" ("economic value") של מוצריה של מיטל ולא השווה אותם למחיר שמייטל גבתה.²³³ כן נקבע שכדי לבסס תביעות של מחיר בלתי הוגן, יש להוכיח ארבעה גורמים מצטברים: מחיר המוצר, ערכו הכלכלי, האם ההפרש בין המחיר לערך הכלכלי "סביר", והאם המחיר פגע בצרכנים. יתר על כן, כדי לקבוע את "ערכו הכלכלי" של המוצר יש להביא בחשבון את עלויות הייצור, הרווחיות ממכירת המוצר בהשוואה לעלות ההון הרלוונטית עבורו, המחיר של מוצרים בני-השוואה בשווקים תחרותיים, פיצוי עבור סיכון או חדשנות, ומאפיינים שטבעיים בשוק הרלוונטי. במילים אחרות, בית הדין לערעורים דחה את הגישה הפשטנית שלפיה מחיר הוגן הוא מחיר המכסה את עלויות הייצור של בעל המונופולין, או המחיר בתנאי תחרות, כיוון שהתמורה שהצרכנים מקבלים מהווה שיקול מכריע בניחות הוגנות המחיר. בעקבות הערעור הגיעו מיטל ורשות התחרות לפשרה. ההחלטה השנייה היא מ-2015, שם קבע בית הדין לתחרות כי ססול, שהייתה היצרנית המשמעותית היחידה של פרופילין גולמי, גבתה עבורו ועבור פוליפרופילין (אשר מיוצר מפרופילין) מחיר מופרז מלקוחות מקומיים.²³⁴ כיוון שפרופילין הוא תוצר לוואי של זיקוק דלק, קיים קושי לחשב את עלויות ייצורו. בית הדין לתחרות קבע שהעלות הרלוונטית של פרופילין גולמי היא מחיר הדלק הגולמי אחרי התאמות מסוימות, ולא עלות הייצור שלו. בית הדין מצא שהמחירים של ססול בלתי הוגנים משום שאין יחס סביר בינם לבין ערכם הכלכלי, שאותו קבע בהתבסס על עלות הייצור של פרופילין ומחירו של פוליפרופילין במערב אירופה, ומחיר הייצוא של ססול. בית הדין לערעורים על ענייני תחרות קיבל את הערעור של ססול, ופסק שיש לקבוע את ערכם הכלכלי של פרופילין ופוליפרופילין בהתבסס על עלויות הייצור. בית הדין הסיק שהמחיר של פוליפרופילין היה נמוך מערכו הכלכלי, ולכן איננו בלתי הוגן. באשר למחיר הפרופילין, נקבע שהוא איננו בלתי הוגן משום שהפער בינו לבין הערך הכלכלי היה נמוך משמעותית מ-20%. בית הדין הסתמך בקביעה זו על מסכת כבא בתרא בתלמוד הבבלי, אשר לטענתו קבעה רף של 16.67% שרק מעליו מחיר ייחשב למופרז.²³⁵ ואולם, עיון בדברי הרמב"ם, אשר פירש את המסכת בתלמוד, מעלה שהאיסור על רווח העולה על 16.67% שנקבע בתלמוד חל רק על "דברים שיש בהם חיי נפש", ולכן איננו רלוונטי כלל לבחינת רמת הרווחיות של בעל מונופולין בכל יתר המוצרים.²³⁶ מעניין לציין שגילה וקלמנט מסתמכים על הקביעה השגויה בססול כאשר הם מבקשים לקבוע רף של 20% מעל לעלות כנמל מבטחים.²³⁷ כך גם נקבע בגילוי דעת 1/14 של רשות התחרות,²³⁸

Case 70/CAC/Apr07, Mittal Steel S. Afr. Ltd. v. Harmony Gold Mining Co. (S. Afr. 233 Competition App. Ct. May 29, 2009) [hereinafter Appeal Court Decision], available at <http://www.comptrib.co.za/comptrib/comptribdocs/1049/70CACApr07.pdf>

Sasol Chemical Industries Limited v. Competition Commission 2015 (CAC) (S. Afr.) 234 (להלן: עניין Sasol).

235 שם, בפס' 75.

236 עניין זליכה, לעיל ה"ש 17, בפס' 142-144. בפרט, לדעת הרמב"ם, בדברים שאין בהם "חיי נפש" ("כגון ינות שמנין וסלתות") אין איסור להשתכר כמה שרוצים. משנה תורה, הלכות מכירה, פרק יד, הלכה ב.

237 גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 11.

238 גילוי דעת 1/14, לעיל ה"ש 10.

שהוחלף לאחר שימוע ציבורי.²³⁹ עם זאת, בעקבות גילוי דעת 1/14, בחלק מבית המשפט השתרשה התפיסה שמחיר הגבוה מ־20% אינו ראוי,²⁴⁰ תוצאה שגם גילוי הדעת לא התכוון אליה, ואינה מתיישבת עם פסק דין גפניאל.

החלטות אלו מדגימות את הקושי המשפטי הכרוך בקביעה האם מחיר הוא בלתי הוגן. בעקבות שתי ההחלטות, התפתח בדרום אפריקה דיון ציבורי בשאלת אכיפת העילה.²⁴¹ ב־2018 שונה החוק ונקבע, בין היתר, שיש לקבוע את ההפרש בין המחיר למחיר התחרותי, ויש להוכיח שהפרש זה הוא לא סביר.²⁴² כדי ליצור בסיס ראשוני לתביעה, על התובע להוכיח שהפרש המחיר היה מופרז בצורה קיצונית (utterly exhorbitant).²⁴³

לאחרונה הוחל האיסור בדרום אפריקה בשני מקרים שעניינם ניצול כוח מונופוליסטי במכירת מסכות רפואיות ערב משבר הקורונה. בעניין *Dis Chem* קבע בית המשפט שבמקום שבו המסכות הן עניין של חיים ומוות עבור נותני שירות רפואי או אנשים פגיעים, כל העלאת מחירים כתוצאה מניצול מצוקת הצרכנים אינה סבירה וראויה לגינוי.²⁴⁴ גם בעניין *Babalegi*²⁴⁵ הדגיש בית המשפט שבמקום שבו הפעילות הרגילה של השוק הופרה על ידי זעזוע סיסמי בצורת מגפה עולמית, חלים על העלאת מחירים כללים מחמירים. כיוון ששתי ההחלטות עוסקות במקרים חריגים וקיצוניים שבהם כל העלאת מחיר שאינה מבוססת על שינוי עלויות היא בלתי סבירה, הרי שאין בהן כדי לשפוך אור על החלת העילה בתנאי שוק נורמליים.²⁴⁶ הניסיון שנצבר בבריטניה, ברזיל ודרום אפריקה מדגים את הבעייתיות האינהרנטית באכיפת העילה ומדגיש את הצורך להגביל אותה, למצער, למקרים חריגים ומובחנים שבהם ברור כי מדובר בניצול לרעה של כוח שוק. ה־OECD סיכם את המצב ביתר המדינות המכירות בעילה בקובעו שהעילה מוחלת רק בנסיבות חריגות.²⁴⁷

-
- 239 גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 15.
- 240 אסף אילת (לשעבר הכלכלן הראשי של רשות התחרות) הרצאה בכנס השנתי של דיני תחרות, אוניברסיטת חיפה (14 במאי 2015). דוגמה אחרת היא הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון – הכרזה על קיום מונופולין ואיסור על מחיר מופרז וטורפני), התשע"ח–2017 (הצעת חוק פ/4730/20), שבה הוצע להוסיף הגדרה ל"מחיר מופרז" – מחיר הגבוה בשיעור של 20 אחוזים או יותר מעלות הייצור של המוצר או עלות אספקתו של השירות".
- 241 Mncube & Ngobese, לעיל ה"ש 230.
- 242 South African Competition Act 1998, § 8.
- 243 *Competition Commission of South Africa v. Dis Chem Pharmacies Limited*, 2020 (CAC) at 72 (S. Afr.).
- 244 שם, בפס' 219–222.
- 245 *Competition Commission v Babelegi Workwear and Industrial Supplies CC*, unreported judgement of the Competition Tribunal, CR003Apr20 (1 June 2020).
- 246 באירופה בחרו מרבית המדינות להגביל מחירים של מוצרים חיוניים דרך חוקים ספציפיים, פיקוח מחירים, או דיני הגנת הצרכן. Behrang Kianzad, *Excessive pricing during the COVID-19 crisis in the EU: An empirical inquiry*, CONCURRENCES 1–2021, <https://ssrn.com/abstract=3715392>.
- 247 Svetlana Avdasheva & Dina Korneeva, *Enforcement Against Excessive Pricing in the Russian* OECD Excessive Prices, לעיל ה"ש 14. רוסיה חריגה בגישתה לאכיפת העילה: Svetlana Avdasheva & Dina Korneeva, *Enforcement Against Excessive Pricing in the Russian*

3. המבחנים להחלת העילה שקבע בית המשפט העליון בגפניאל ובנאור

גפניאל אימץ את המבחן הדו־שלבי המקובל באירופה ליישום העילה, שבמסגרתו תיבחן בשלב הראשון מידת מופרזותו של המחיר, וככל שהמענה לשאלה זו הוא חיובי, בשלב השני יש לבחון אם המחיר בלתי הוגן, לאור "ה[ה]נסיבות שהביאו לקביעתו של מחיר זה בשוק".²⁴⁸ לפי פסק הדין, המבחן מתבסס "על הניסיון המצטבר לאורך עשרות שנים בבתי הדין האירופיים... והעולה בקנה אחד עם מטרות דיני התחרות ועם עמדתה המקצועית של רשות התחרות ועמדת היועמה"ש".²⁴⁹ בכך אימץ בית המשפט את הגישה כי לא כל מחיר מופרז הוא בהכרח בלתי הוגן, ודחה את הטענה שדי בהוכחת מחיר גבוה, ככל שיהיה.²⁵⁰ בית המשפט קובע כי "השלב הראשון של המבחן הדו־שלבי פוסע בקרקע חרושה יחסית, ומבוסס על מבחני העזר המקובלים: מבחן העלויות, מבחני ההשוואה ומבחן הרווחיות".²⁵¹ עם זאת, מלבד ההנחיה שיש להחל את העילה בזהירות, בריסון, ובמקרים מובהקים ונדירים, הוא אינו משרטט את קו הגבול שממנו ואילך המחיר ייחשב למופרז. גם במסגרת השלב השני של המבחן, שבו נבחנת הוגנות המחיר, פסק הדין איננו משרטט קו גבול ברור שממנו ואילך מחיר מופרז ייחשב לבלתי הוגן. עם זאת, כמפורט בפרק ד ובפרק ה להלן, הוא כולל כמה קווים מנחים לקביעת קווי גבול כאמור. חשוב מכול, בית המשפט מדגיש שיש לוודא שהחלת האיסור אינה פוגעת ברווחת הצרכנים בטווח הארוך, תוך בחינה רחבה של השפעת האיסור על הדינמיקה בשווקים.²⁵²

עם זאת, המבחן הדו־שלבי שאומץ שונה בהיבט מהותי אחד מזה המקובל באירופה: נטל ההוכחה. דעת הרוב קבעה שלאחר שבית המשפט הגיע למסקנה שהמבקש עמד בנטל להוכיח שהמחיר הוא מופרז, בשלב השני עובר הנטל אל בעל המונופולין – "להראות כי חרף היותו של המחיר מופרז, ישנם טעמים כלכליים המובילים למסקנה כי מחיר זה בכל זאת הוגן",²⁵³ זאת כיוון ש"מופרזות המחיר מהווה אינדיקציה חזקה לכך שמדובר במחיר בלתי הוגן".²⁵⁴ יתרה מזאת, נקבע כי במסגרת הליך ייצוגי יש ליישם את המבחן הדו־שלבי במלואו כבר בשלב אישור התובענה כייצוגית.²⁵⁵ כלומר, על המבקש מוטל לבסס את הטענה

Federation Competition Law Enforcement, in EXCESSIVE PRICES AND COMPETITION LAW

.ENFORCEMENT 189 (Yannis Katsoulacos & Frédéric Jenny eds., 2018)

248 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 34. בשנים האחרונות קיימת מגמה של החלת העילה בעיקר במקרים של תרופות חיוניות שבהן המחיר עולה במאות, ולעיתים באלפי, אחוזים יחסית למחיר שהיה נגבה עבורם בשוק תחרותי. ראו Organization for Economic Co-Operation and Development [OECD], Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee DAF/COMP(2018)12 (להלן: OECD Competition Committee) (Oct. 3, 2018).

249 שם, בפס' 42.

250 גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 11.

251 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 44.

252 שם, בפס' 46.

253 שם, בפס' 42 וכן בפס' 2 לפסק דינו של השופט הנדל.

254 שם, בפס' 42.

255 שם.

שהמחיר מופרז, ואם יעמוד בדרישה זו, בעל המונופולין ידרש להראות כי מחיר זה הוא "בכל זאת הוגן".

קביעה זו בעייתית משלוש סיבות, הגם שבית המשפט קובע מפורשות שנטל ההוכחה המוטל על המבקש הוא כבד. ראשית, במקום שהמבקש יראה שהמחיר אינו הוגן, בעל המונופולין נדרש להראות שהמחיר שנקבע על ידו הוא הוגן. אלא שכפי שהספרות מראה קשה מאוד, ואולי גם בלתי אפשרי, להגיע להסקמות לגבי מה נחשב להוגן. כלומר, הנטל שבעל המונופולין אמור להרים הוא בדיוק הפוך מזה שעליו המליץ פינקל בהסתמך על קשת רחבה של מחקרים.²⁵⁶

שנית, בעל המונופולין נדרש להראות שהמחיר שנקבע הוא הוגן עוד בטרם התקבלה החלטה סופית בעניין מופרזות המחיר. כלומר, היתרון המרכזי של המבחן הדו־שלבי, קרי מניעת הצורך לדון בשאלת הוגנות המחיר אם מתברר בשלב הראשון שהמחיר איננו מופרז, מצטמצם. בפרט, ייתכן שבית המשפט יקבע בדיעבד, בפסק דין סופי, כי המחיר איננו מופרז, דבר שיגרום לכך שהמאמצים של בעל המונופולין להוכחת הוגנות המחיר יתבררו בדיעבד כמיותרים. אולם, כפי שציין השופט הנדל, הצורך להשקיע מאמצים אלו, כשלעצמו, יוצר אפקט מצנן של השקעות מלכתחילה.²⁵⁷ למשל, רק לאחרונה נדחתה בקשה לאישור תביעה ייצוגית בנוגע למחיר מרגרינה בלובנד, לאחר הליך גילוי מסמכים ארוך.²⁵⁸ על כן ראוי למזערם רק למקרים הנחוצים.

שלישית, בית המשפט קבע שבתובענות ייצוגיות המבוססות על עילות מתחום דיני התחרות, פערי המידע בין הצדדים "עלולים להציב מכשול של ממש בהרמת נטל ההוכחה הלכאורי כנדרש בשלב האישור",²⁵⁹ והדגיש כי "עילת המחיר המופרז היא מהקשות להוכחה – הן משום השאלות הנכבדות המתעוררות בהקשר זה בבקשת האישור, הן משום שלצורך הכרעה בהן נדרש מסד נתונים שלמבקש בדרך כלל אין גישה אליו".²⁶⁰ הדרך שנבחרה להתגבר על פערי המידע היא הגשת בקשה לגילוי המידע הדרוש לכירור הטענות, כאשר הבקשה תיבחן לפי התקנות והפסיקה, לרבות "הדרישה כי המידע המבוקש יהיה רלוונטי ודרוש לשאלות העומדות להכרעה".²⁶¹ החשש העולה כאן הוא שחלק מהשופטים יורו על דרישה רחבה לגילוי נתונים גם אם המבקש לא הניח תשתית ראייתית ומשפטית ראשונית מספקת להוכחת מופרזות המחיר.

בחלק מהמקרים ניתן להקטין בעייתיות זו, אם נאמץ כלל שלפיו נדרוש מהמבקש הוכחה של התנאי המקדמי של העילה – שעסקינן בבעל מונופולין – עוד בטרם יוחל המבחן הדו־שלבי.

בנאור אימץ בית המשפט העליון את המבחנים שנקבעו בגפניאל, לרבות המבחן הדו־שלבי והעברת נטל ההוכחה למבקש בשלב השני, לאחר שהוכח קיומו של מחיר גבוה באופן

256 Finkel, לעיל ה"ש 193.

257 הנדל, גפניאל, לעיל ה"ש 8, בפס' 5.

258 עניין בנתאי, לעיל ה"ש 23, בפס' 3.

259 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 50.

260 שם, בפס' 51.

261 שם, בפס' 57.

מופרז.²⁶² כמפורט להלן, בעומדו על השיקולים השונים שיש לשקול במסגרת החלת המבחן הדו-שלבי, העלה בית המשפט את הרף להחלת העילה, בעיקר במסגרת תביעות ייצוגיות.

ד. מבחנים לזיהוי מחיר גבוה באופן מופרז

בפרק זה אנו מנתחים את המבחנים לבחינת השלב הראשון לתחולת העילה: המחיר גבוה באופן מופרז ("excessive"). כדי לקבוע שמחיר הוא מופרז, נדרשים שני שלבי ביניים. ראשית, כדי לבסס את הטענה שהמחיר גבוה, יש להשוות את המחיר לאמת מידה כלשהי אשר אמורה לשקף את המחיר שבעל המונופולין היה גובה לולא היה מנצל לרעה את כוח השוק שבידו (מחיר כזה נקרא לעיתים the counterfactual price).²⁶³ לשם כך, בתי המשפט מחילים שלושה מבחנים עיקריים: מבחן העלות, מבחן ההשוואה ומבחן הרווח. בגפניאל נקבע שיש עדיפות לכך שקביעת המופרזות "תהא נסמכת על מספר אינדיקציות רב ככל הניתן", אך "אינן לשלול כי בנסיבות מסוימות התוצאה המתקבלת ממבחן עזר אחד תשמר ראייה מובהקת די הצורך כדי לבסס מסקנה בדבר מופרזות המחיר".²⁶⁴ להלן נדון במבחנים אלה, נבחן כיצד הם הוחלו בישראל ובעולם, נעמוד על הקשיים האינהרנטיים בהחלתם, ונציע כיצד יש להחילם (תת-פרק ד.1). גם אם נקבע שמחיר הוא גבוה, על בית המשפט גם לקבוע כי המחיר הגבוה הינו מופרז. להלן ננתח גם מבחן זה (תת-פרק ד.2). כפי שנראה, הגישה הזהירה והמרוסנת מקרינה על הפרשנות הראויה.

1. מבחנים לזיהוי מחיר גבוה

(א) מבחן העלות

המבחן הראשון מבוסס על ההפרש בין מחיר המוצר לעלות ייצורו. כפי שנקבע בגפניאל, זהו המבחן המרכזי לבחינת מופרזות המחיר.²⁶⁵ כן נקבע ש"על מנת ליישמו יש לאמוד תחילה את עלויות הייצור, הן עלויות קבועות הן משתנות, ובהמשך לכך לקבוע אם הפער בין העלות למחיר הוא כזה שמלמד על קביעת מחיר מופרז".²⁶⁶ לשם אומדן זה, הנוגע למחיר התחרותי בטווח הארוך, קבע בית המשפט העליון בעניין נאור כי "יש להניח הנחות שונות לגבי השוק הקונקרטי, הנוגעות בין היתר למבנה השוק, לאינטראקציה בין המתחרים בו, לגמישות הביקוש למוצר הרלוונטי, ועוד".²⁶⁷

בישראל מוחל לעיתים גם מבחן הרווח, הבוחן האם הרווח של בעל המונופולין על המוצר שבמונופולין גבוה באופן מופרז מהרווח של חברות אחרות הפועלות באותו ענף.²⁶⁸ חשוב להדגיש כי מבחן הרווחיות אינו מבחן עצמאי, משום שההבדל היחיד בינו לבין מבחן

262 עניין נאור, לעיל ה"ש 6, בפס' 31-33.

263 ראו למשל פיזור ערר, לעיל ה"ש 222, בפס' 122.

264 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 44.

265 שם.

266 שם.

267 עניין נאור, לעיל ה"ש 6, בפס' 46.

268 שם; עניין נאור מחוזי, לעיל ה"ש 3; עניין צדוק, לעיל ה"ש 96.

העלות הוא שבמבחן הרווח מחשבים את הפער בין העלות למחיר באחוזים מהמחיר (חישוב כזה נקרא "אחוז מלמעלה") או באחוזים מהעלות (חישוב כזה נקרא "אחוז מלמטה"), ואילו במבחן העלות מבטאים את הפער בין המחיר לעלות בשקלים. בגפניאל הודגש כי מבחן זה אינו בהכרח מתאים לקביעת עלויות הייצור של מוצר מסוים.²⁶⁹

מבחן העלות (לרבות נגזרתו, מבחן הרווח) מעורר כמה בעיות פרקטיות, שעליהן עמדה בין השאר הממונה, שלדבריה עסקינן ב"אתגר לא פשוט... [ה]דורש ניתוח כלכלי, ולעתים גם חשבונאי, מורכב".²⁷⁰ ראשית, המונח "עלות" איננו מוגדר היטב כאשר המוצר הרלוונטי מיוצר במשותף עם מוצרים אחרים, משום שאז נדרשת הקצאה של עלויות משותפות. הקצאה כזו בעייתית משום שעלות משותפת נצברת גם אם מפסיקים לייצר את המוצר הרלוונטי, ולכן לא ניתן לשייכה למוצר ספציפי. למשל כאשר משאית מובילה לחנויות ארבעה מוצרים שונים, עלות המשאית, תחזוקתה ושכר הנהג נצברים ממילא גם אם אחד המוצרים איננו מועמס על המשאית. לפיכך, לא במפתיע, קיימות דרכים רבות ושונות להקצות עלויות משותפות, שכולן נכונות או אינן נכונות מבחינה כלכלית באותה מידה. הבעיה מחריפה כאשר העלות המשותפת מורכבת מפריטים רבים (עלות המשאית, הניהול וכדומה), משום שניתן להקצות כל אחד מהם בדרך אחרת, והיא חריפה במיוחד כאשר עסקינן במוצרים שהם תוצרי לוואי של תהליך ייצור של מוצר אחר, דוגמת פרופילן, שהוא תוצר לוואי של זיקוק דלק.²⁷¹

שנית, רמת הסיכון שבה עמד בעל המונופולין (לרבות הוויתור על השקעה אלטרנטיבית), כמו גם השקעות שלו במו"פ (לרבות אלה שלא צלחו), אף הן חלק מהעלויות.²⁷² דא עקא, חישוב עלויות אלה היא מלאכה מורכבת ושנויה במחלוקת, משום שיש דרכים רבות להעריך את הסיכון ולהקצות את עלותו למוצרים השונים.²⁷³ שלישית, ככלל העלות השולית יכולה לעלות או לרדת עם היקף הייצור. בהתאם, כאשר טוענים שמחיר צריך להיות שווה לעלות השולית, יש לקבוע באיזו נקודה בודקים את גובה העלות השולית, ומדוע נקודה זו מתאימה לבדיקה. נניח למשל שהעלות השולית היא 100 כשמייצרים 100 יחידות, אבל היא 200 כשמייצרים 200 יחידות. האם המחיר התחרותי צריך להיות 100 או 200?

מלבד הקשיים הפרקטיים במדידת העלות של בעל המונופולין, והקושי לקבוע אם הפער בינה לבין המחיר מלמד על מחיר מופרז, אכיפת העילה באמצעות מבחן העלות עלולה ליצור עיוותים בשוק. זאת משום שבעל מונופולין עלול לנסות לצמצם את הסיכוי שתופעל עליו סנקציה, ואת גודל הקנס שיוטל עליו עקב כך, בדרכים שעלולות לפגוע בצרכנים. נניח לשם דוגמה שעל בעל מונופולין מוטלת סנקציה אם הפער בין המחיר לעלות עולה

269 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2.

270 גילוי דעת 1/14, לעיל ה"ש 10, בעמ' 4.

271 ראו את הדיון בעניין Sasol, לעיל ה"ש 233.

272 ראו גם עמדת היועץ, לעיל ה"ש 16, בס' 71; OECD Excessive Prices, לעיל ה"ש 14, בעמ' 69.

273 על הבעייתיות בהקצאת עלויות מו"פ משותפות ניתן ללמוד למשל מעניין קאוולקום, European Commission Decision on Case AT.39711 — Qualcomm (predation) 5361 final (July 18, 2019).

על אחוז מסוים, למשל 40%. כפי שהראינו לעיל, לבעל המונופולין יש במקרה זה אינטרס לנפח את עלויותיו, משום ששולי הרווח שלו שווים לעלות כפול²⁷⁴. כפי שאנו מראים בנספח א', ניפוח עלויות לא רק מביא לעלייה במחיר לצרכן, אלא הוא גם כרוך בבזבוז של משאבים ופוגע ביעילות הייצור של המשק. ברוח זו, בנאור עמד בית המשפט העליון על כך שהסתמכות משמעותית על הרווח התפעולי עלולה להביא למצב שייעול הייצור על ידי בעל המונופולין – בדרך שמגדילה את רווחיו – תוביל לקביעה שהוא גובה מחיר מופרז, וזאת אף על פי שהשקעה כאמור הינה "מעשה מבורך מבחינה חברתית וכלכלית כאחד"²⁷⁵.

(ב) מבחן ההשוואה

המבחן הנוסף לזיהוי מחיר גבוה מבוסס על השוואות מחירים. בהתאם, אמת המידה יכולה להיות (1) המחיר שבעל המונופולין גובה עבור אותו מוצר בתקופת זמן אחרת שבה השוק היה יותר תחרותי, (2) המחיר הנגבה על ידי בעל המונופולין מלקוחות שונים או בשוק אחר שהוא יותר תחרותי, או (3) המחיר שפירמה אחרת גובה עבור אותו מוצר.²⁷⁶ גם כאן, נדרש לקבוע איזה פער בין המחיר לבין אמת המידה מלמד על הפרזה במחיר.

מבחן ההשוואה מייצר אומנם את הצורך לבחון את עלויות בעל המונופולין, אך יוצר קשיים מסוג אחר, בשל הצורך לוודא שאמת המידה שנבחרה מהווה אינדיקציה למחיר שבעל המונופולין היה גובה בתנאים תחרותיים. לשם כך יש לוודא כי התנאים בשוק הרלוונטי והתנאים בשוק המהווה אמת מידה זהים פרט לעוצמת התחרות (כלומר אנו משווים תפוזים לתפוזים).²⁷⁷ אכן, הקושי הפרקטי למצוא אמת מידה ראויה להשוואה הוביל, למשל, את בית המשפט בנובל אנרג'י לא להסתמך על המבחן.²⁷⁸

שימוש במחיר של אותו מוצר למחירו בתקופת זמן אחרת שבה השוק היה יותר תחרותי כאמת מידה מחייב לוודא שמלבד שינויים בעוצמת התחרות בשוק לא היו בשוק שינויים אחרים אשר גרמו להבדלי המחירים לאורך זמן.²⁷⁹ שימוש באמת מידה כזו לזיהוי מחיר מופרז נעשה למשל בעניין רייס, שבו טענו התובעים כי עמלות הסליקה בעסקאות בכרטיסי אשראי ויזה לפני כניסת ויזה אלפא לשוק היו מופרזות, או בעניין קו מחשבה, שם טענו התובעים כי המחיר

274 הבעיה כאן דומה לאפקט של אוורץ' וג'ונסון אשר מתמרץ פירמות שהמחירים שלהן מפוקחים בשיטת שיעור תשואה לנפח את ההון המושקע שלהן. Averch & Johnson, לעיל ה"ש 85.

275 עניין נאור, לעיל ה"ש 6, בפס' 50.

276 Case 395/87 Ministère public v. Tournier, 1989 E.C.R. 2521; Case 110/88 Lucazeau v. SACEM, 1989 E.C.R. 2811.

277 עניין נובל אנרג'י, לעיל ה"ש 158, בפס' 65; עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 44.

278 עניין נובל אנרג'י, שם.

279 המתודולוגיה המקובלת בכלכלה לשם כך קרויה "הפרשי הפרשים" (Difference-in-difference). לפיה, משווים מחירים בין תקופה שבה עוצמת התחרות הייתה נמוכה ותקופה שבה עוצמת התחרות הייתה גבוהה יותר, וזאת בהשוואה לשוק אחר שדומה בכל מאפייניו, פרט לכך שבשוק האחר (המהווה קבוצת ביקורת) לא היו שינויים בעוצמת התחרות. קבוצת הביקורת נדרשת כדי לשלול את האפשרות ששינויי המחירים נגרמו מסיבות שאינן קשורות בעוצמת התחרות.

של שיחות הטלפון הבינלאומיות לפני פתיחת השוק לתחרות היה מופרז.²⁸⁰ בשני המקרים, המחיר ששרר בשוק לאחר שמתחרים נכנסו אליו שימש בסיס לטענת התובעים שהמחיר לפני הכניסה היה מופרז. ב־ MBI המחיר של תרופה עם חומר פעיל זהה שימש כבסיס לחישוב ההפרזה במחיר של תרופת לידיאנט לאחר ש־ MBI החלה לשווק את התרופה באופן בלעדי.²⁸¹ אמת מידה אפשרית אחרת לגובה המחיר היא המחיר שנקבע בהליך פיקוח מחירים. מחיר זה יכול לתמוך בטענה שהמחיר ששרר אחרי הסרת הפיקוח או לפניו היה גבוה, זאת משום שמחיר מפוקח אמור לכסות על העלויות של הפירמה ולתת לה תשואה הוגנת על ההשקעה שלה, תוך התחשבות בסיכונים שנטלה על עצמה, ובתמריצים השונים שלה שעליהם עמדנו בהרחבה לעיל. למשל, בעניין נאור נטען, בין היתר, כי מחיר הקוטג' של תנובה מופרז בהשוואה למחיר ששרר בתקופה שבה היה המחיר תחת פיקוח מחירים.²⁸² כך גם ההחלטה לאשר את התובענה הייצוגית בעניין המועצה הישראלית לצרכנות הסתמכה על השוואת מחיר הגבינה הצהובה באריזה של תנובה למחיר ששרר כאשר הגבינה הייתה תחת פיקוח מחירים, והמחיר שהיה נקבע לו היה פיקוח המחירים נמשך, וכן מחיר גבינה צהובה במשקל שנותרה תחת פיקוח מחירים.²⁸³ חשוב לציין בהקשר זה כי כאשר משתמשים באמת מידה זו יש לוודא כי תקופת הפיקוח והתקופה שלגביה נטען כי המחיר מופרז סמוכות זו לזו (בחלוף הזמן התנאים בשוק משתנים, ולכן מחיר הפיקוח חדל להיות אמת מידה רלוונטית); מחיר הפיקוח מתייחס ספציפית למוצר שלגביו הוגשה תביעה בגין העילה (לעיתים עדכונים במחיר הפיקוח מתייחסים לקבוצה שלמה של מוצרים ואינם נעשים לכל מוצר בנפרד); מחיר הפיקוח שיקף את העלויות האמיתיות של בעל המונופולין ולא נקבע משיקולים אחרים;²⁸⁴ ויש לוודא כי המחיר המפוקח אכן כיסה על העלויות של בעל המונופולין, לרבות השקעות במחקר ופיתוח ולא גרם לו להפסדים.²⁸⁵

ברומה, כאשר משווים את המחיר בשוק אחד למחיר שבעל המונופולין גובה באותה נקודת זמן בשוק אחר הנחשב לתחרותי יותר, יש לוודא שמלבד עוצמת התחרות שני השווקים זהים

280 עניין רייס, לעיל ה"ש 4, ועניין קו מחשבה, לעיל ה"ש 4. בית המשפט העליון דחה את הבקשות לאישור תובענה ייצוגית בפרשות אלה. בעניין רייס נקבע שהמבקשים לא ביססו את הטענה שעמלות הסליקה בחודש שאחרי כניסת ויזה אלפא לשוק היוו אינדיקציה למחיר שיווי משקל; בעניין קו מחשבה, המחיר לפני פתיחת השוק לתחרות נקבע בהליך של פיקוח מחירים.

281 עניין MBI, לעיל ה"ש 26.

282 עניין נאור מחוזי, לעיל ה"ש 3, בפס' 22. תנובה טענה כי המחיר בתקופת הפיקוח הסב לתנובה הפסד תפעולי, ובית המשפט דחה את הטענה.

283 ת"צ (מחוזי ת"א) 14-11-61369 המועצה הישראלית לצרכנות נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (נבו 16.6.2019).

284 לדוגמה, ב־2002 הוחלט לאחר משא ומתן בין המאפיות ובין שרת המסחר והתעשייה דאז, הגב' דליה איציק, להשאיר את מחיר הלחם האחיד ללא שינוי, ובמקביל להעלות בשיעור ניכר את מחיר הלחם האחיד הפרוס, כאשר ההחלטה "לא הייתה מבוססת על פערי עלויות בין המוצרים, אלא משיקולים שנגעו לרגישות המוגברת של מקבלי ההחלטות לנושא מחירי הלחם... ומתוך רצון להשאיר לחם אחיד במחיר זול מאד". ת"פ (מחוזי י-ם) 12-08-28192 מדינת ישראל נ' אנגל ואח', הכרעת דין, פס' 430 (נבו 13.1.2016).

285 לדוגמה, עניין נאור מחוזי, לעיל ה"ש 3, בפס' 83.

בכל מאפייניהם, אחרת הפרש המחירים בין שני השווקים עלול לשקף הבדלים אחרים מלבד פערים בעוצמת התחרות. שימוש באמת מידה כזו נעשה למשל בעניין ויינשטיין, שבו חושבו הפיצויים לחקלאים שרכשו אשלג בישראל על בסיס ההפרש בין המחיר שבו נמכר האשלג בישראל לבין המחיר שבו מכרה מפעלי ים המלח אשלג מחוץ לישראל ברבעון שקדם למכירה בישראל.²⁸⁶ בדומה, בית הדין האירופי קבע בעניין **British Leyland** כי המחיר שיצרנית מכוניות גבתה עבור רישיונות למכונית עם הגה בצד שמאל הוא מופרז בהסתמך על המחיר שהיא גבתה עבור אותם רישיונות למכוניות עם הגה בצד ימין,²⁸⁷ ואילו רשות התחרות בבריטניה קבעה כי **NAPP** גבתה מחיר מופרז מבתי מרקחת קהילתיים לאחר שהשוותה אותו למחיר שזו גבתה עבור אותן זריקות מבתי החולים.²⁸⁸

מבחן השוואה שלישי משתמש במחיר של מוצרים של מתחרים באותו שוק, או במחיר של מוצרים דומים של פירמות אחרות בשווקים אחרים כאמת מידה לזיהוי מחיר מופרז. למשל, בעניין **SACEM** קבע בית המשפט האירופי שבמקום השוואת מחירים מוכיחה בו שמחירים בשוק אחד גבוהים בהרבה מאלה שבשוק אחר ואין טעמים אובייקטיביים להפרשי העלות, ההבדלים יכולים לשמש אינדיקציה לכך שנגבו מחירים מופרזים.²⁸⁹ אלא ששימוש באמת מידה זו הוא בעייתי מטבע הדברים, משום שקשה להבטיח שמוצרים של מתחרים דומים דיים למוצרים של בעל המונופולין הן מבחינת המאפיינים שלהם (בסופו של דבר יש סיבה שבגללה מרבית הצרכנים בוחרים לרכוש את המוצר של בעל המונופולין ולא מוצרים מתחרים), והן מבחינת עלותם.²⁹⁰ ודוק: גם אם הצרכנים רואים את המוצרים כחלופיים, ייתכן שעלויות הייצור שלהם שונות עקב טכנולוגיות ייצור אחרות.²⁹¹

ואכן, בעניין **גפניאל** אישר בית המשפט המחוזי את התובענה כייצוגית "על יסוד עצם קיומו של פער מחירים משמעותי בין מחירו של בקבוק קוקה-קולה ובין מחיריהם של בקבוקי

286 עניין ויינשטיין, לעיל ה"ש 3. אפשר לטעון שאמת המידה למופרזות המחיר הייתה העלות (האלטרנטיבית) של האשלג.

287 *Case 226/84 British Leyland Public Limited Company v. Comm'n*, 1986 E.C.R. 3263.

288 עניין **Napp**, לעיל ה"ש 218.

289 ראו *Lucazeau v. SACEM*, לעיל ה"ש 275 וגם *Ministère public v. Tournier*, לעיל ה"ש 275. שם היה קושי מיוחד לחישוב העלויות כיוון שמדובר היה ברישיונות השמעה משותפים של שירים של יוצרים רבים.

290 למשל, אם בעל המונופולין השקיע במו"פ, בשעה שהפירמות בקבוצת ההשוואה לא עשו כן, אזי הרווח של בעל המונופולין על ההשקעות שהצליחו עשוי להיות גבוה, אף על פי שאם לוקחים בחשבון גם את ההשקעות שכשלו, הרווח הכולל שלו עשוי להיות הרבה יותר נמוך. לכן השוואה רק של הרווח מההשקעות שצלחו יטה את התמונה. לבעייתיות בהחלת מבחן ההשוואה, ראו גם *ROBERT O'DONOGHUE & JORGE PADILLA, THE LAW AND ECONOMICS OF* וגם *ARTICLE 102 TFEU 1, 769–772 (2020)*; עניין **AKKA**, לעיל ה"ש 168; עמדת היועץ, לעיל ה"ש 16, בס' 73.

291 כך, למשל, סקירה של ממצאים אמפיריים בנושא פריון ייצור, אשר קובע במידה רבה את עלויות הייצור, הראתה כי יש פערים גדולים בפריון, ולפיכך גם בהוצאות, בין פירמות שונות גם כאשר הן פועלות באותה תעשייה בדיוק. *Chad Syverson, Product Substitutability and Productivity Dispersion*, 86 *REV. ECON. & STAT.* 534 (2004).

פפסי ו-RC²⁹². ואולם, בית המשפט העליון קבע בערעור כי "...פעד המחירים כשלעצמו אינו מהווה ראייה לכאורה להוכחת עילת המחיר המופרז", וכי יש לבסס את ההשוואה בנייתוח כלכלי, ובין השאר לבחון את מידת התחליפיות בין המוצרים.²⁹³ בדומה, בעניין מנירב נקבע שלא ניתן לקבוע כי המחיר הנגבה עבור שירותי גלישה ברשת האינטרנט שבהם מובטח ללקוח רוחב פס הוא מופרז רק משום שהמחיר עבור שירותי גלישה ללא רוחב פס מובטח הוא נמוך יותר,²⁹⁴ וכי לא ניתן להשוות את המחירים ללקוחות שונים עבור שירותי גישה כאמור, "שכן מדובר בשירותים ברמה ובאיכות שונה ולא ניתן להשוות ביניהם". גם בעניין נאור דחה בית המשפט העליון את הקביעה של מחיר מופרז שהתבססה על השוואה של רווחיותן של חברות זרות, זאת בין היתר כיוון שלא הוצגו נתונים על פעילות החברות הזרות או על השווקים שבהם הן פועלות, המחויבים על מנת לקבוע אם מושא ההשוואה רלוונטי, וכי הנתונים התייחסו לרווח ממוצע של מספר מוצרים, בלא יכולת להפריד בין רווחיות המוצרים השונים.²⁹⁵

ההשלכות של שימוש במבחן ההשוואה על רווחת הצרכנים נבחנו על ידי גילה ושפיגל במסגרת מודל תאורטי.²⁹⁶ הם בוחנים שתי אמות מידה: המחיר שבעל המונופולין גבה באותו שוק בעבר (כפי שנעשה בעניין רייס ובעניין קו מחשבה), והמחיר שבעל המונופולין גובה בשוק גאוגרפי אחר (כפי שנעשה בעניין ויינשטיין). המודל מראה שאכיפת העילה יכולה להרתיע בעל המונופולין מגביית מחיר גבוה בשווקים שבהם הוא נהנה ממעמד מונופוליסטי, אבל בה בעת היא עלולה לתמרץ אותו לייקר מחירים כאשר הוא חשוף לתחרות כדי לצמצם את הפער בין המחיר בתנאי מונופול למחיר בתנאי תחרות, ובכך להקטין את הסיכוי שהמחיר בתנאי מונופול ייחשב למופרז, ולהקטין את הקנס שיטל אם ייקבע שהמחיר מופרז (הקנס תלוי בפער המחירים).

המסקנה היא שאכיפת העילה בהתבסס על מבחן ההשוואה יכולה להועיל לחלק מהצרכנים (אלה שישלמו מחיר נמוך יותר עקב אכיפת העילה) אך לפגוע באחרים (אלה שישלמו מחיר גבוה יותר). שקלול של שתי הקבוצות עשוי להניב תועלת או נזק חברתי, תלוי באופי התחרות בשוק, בביקוש למוצרים, בעלויות של הפירמות, בסיכוי להרשיע את בעל המונופולין, ובגובה הקנס שיושת עליו אם יורשע.²⁹⁷ קשה עד בלתי אפשרי לבסס עובדות אלה במקרה ספציפי, ובלתי אפשרי לקבוע כלל אחיד שיתאים לכל המקרים האפשריים ויבטיח שאכיפת

292 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 56.

293 שם.

294 עניין מנירב, לעיל ה"ש 44.

295 עניין נאור, לעיל ה"ש 6, בפס' 47.

296 Gilo and Spiegel, לעיל ה"ש 135.

297 למשל, כאשר אמת המידה היא המחיר לפני כניסת מתחרה לשוק, והתחרות אחרי הכניסה היא באמצעות בחירת כמויות, התועלת לצרכנים שהמחיר שלהם הוול עולה על הנזק לצרכנים שהמחיר שלהם עלה. כאשר התחרות בשוק היא באמצעות בחירת מחירים, ההפך נכון. כאשר אמת המידה היא המחיר של בעל המונופולין בשוק גאוגרפי אחר, התועלת לצרכנים שהמחיר שלהם הוול עולה על הנזק לצרכנים שהמחיר שלהם התייקר אם תוחלת הקנס שמוטל על בעל המונופולין (מכפלת הסיכוי להרשעה בגודל הקנס בהינתן הרשעה) היא גבוהה, ולהפך אם תוחלת הקנס נמוכה יחסית.

העילה תהיה רצויה מבחינה חברתית. חשוב לציין שהמאמר לא בחן את השפעת העילה על תמריצי הפירמה מלבד קביעת הכמות המיוצרת או המחיר. כפי שכבר הראינו, כאשר תמריצים אלה נלקחים בחשבון, הקושי לקבוע כלל אחיד שיבטיח תוצאה רצויה רק מתגבר. סכנה נוספת הכרוכה בהחלת מבחן ההשוואה באופן פשטני נובעת מכך ששווקים רבים הם מורכבים, והתעלמות ממורכבות זו יכולה לפגוע ברווחת הצרכנים. אנו מדגימים זאת באמצעות שלוש דוגמאות.

(1) מכירת מוצרים משלימים

אסטרטגיה מקובלת במכירת מוצרים משלימים היא למכור את אחד המוצרים בזול ואת המוצר המשלים ביוקר. למשל מקובל למכור מכשירי גילוח, מדפסות או מכונות קפה במחירים נמוכים, לעיתים מתחת לעלותם, ולמכור את המוצרים המשלימים – סכיני הגילוח, מחסניות דיו או קפסולות קפה – במחירים גבוהים.²⁹⁸ היתרון בתמחור כזה היא שהתשלום של כל לקוח משקף בצורה טובה יותר את מידת השימוש שלו במוצר. במקרים כאלה בדיקת המחיר של אחד המוצרים בלבד עשויה להוביל למסקנה שמחירו גבוה, אף שלו היו נלקחים בחשבון כלל המוצרים הנרכשים ביחד המסקנה הייתה שונה בתכלית. ואכן, בעניין מנירב קבע בית המשפט המחוזי כי המחיר עבור שירותי גישה לשע"מ (על ידי הוט) אמורים לכלול לא רק את השירות עצמו, אלא גם את התשלום עבור הנתב וגם את עלות ההתקנה.²⁹⁹ זאת ועוד: התערבות במחירים בשוק במקרה כזה עלולה להזיק. נניח שפירמה מוכרת מכונת קפה ב־1,000 ש"ח, וקפסולות קפה ב־2 ש"ח לקפסולה. בהתאם, המחיר לכוס קפה הוא 2 ש"ח (מחיר הקפסולה) ועוד 1,000 ש"ח חלקי סך כוסות הקפה שמכניס במכונה. אם צרכנים מכינים בממוצע 2,000 כוסות קפה (כוס אחת ליום במשך כחמש וחצי שנים), המחיר האפקטיבי לכוס קפה הוא בממוצע 2.50 ש"ח. מחיר כזה יכול להיות זול אם מכונת הקפה נמכרת בזול, אף על פי שמחיר של 2 ש"ח לקפסולת קפה עשוי להיראות גבוה. נניח כעת שלמכונת הקפה יש קפסולות ייחודיות, ויש מי שטוען שהפירמה היא בעלת מונופולין במכירת קפסולות למכונת הקפה שלה, ולכן חלה עליה העילה. נניח שעקב כך הפירמה תוכל לגבות לכל היותר 1.50 ש"ח לכל קפסולה. האם מצב הצרכנים משתפר? ובכן, הפירמה תוכל לייקר את מחיר מכונת הקפה ל־2,000 ש"ח, כך שהמחיר האפקטיבי לכוס קפה יישאר 2.50 ש"ח.³⁰⁰ לכאורה המחיר לכוס קפה לא השתנה כך שהתערבות לא הועילה, אלא שצרכנים שאינם יכולים לשלם מראש עבור מכונת קפה 2,000 ש"ח ייפגעו.

298 דוגמה אחרת היא תמחור של בתי קולנוע. גיל והרטמן משתמשים בנתונים של רשת בתי קולנוע בספרד ומוצאים תמיכה אמפירית לטענה כי הרשת מתמחרת את כרטיסי הכניסה לקולנוע בזול וגובה מחירים גבוהים יחסית על מזון ומשקאות הנמכרים בזמן. Richard Gil & Wesley R. Hartmann, *Empirical Analysis of Metering Price Discrimination: Evidence from Concession Sales at Movie Theaters*, 28 *MARKETING SCI.* 1046 (2009).

299 עניין מנירב, לעיל ה"ש 44.

300 מחיר הקפסולה ועוד מחיר המכונה חלקי 2,000 כוסות קפה. שבליה וסקוט מורטון מראות כי שינוי רגולטורי שהתיר לצרכנים לרכוש ארון קבורה במקום לרכוש אותו מבית ההלוויות ססיפק את שירותי ההלוויה הביא לירידה במחיר של ארונות קבורה, אך במקביל עלו המחירים של שירותי ההלוויה, כך שהמחיר הכולל של שירותי ההלוויה נותר ללא שינוי. Judith A. Chevalier

ההתערבות גם מזיקה לצרכנים ששותים פחות כוסות קפה מהמוצע, משום שעקב ההתייקרות במחיר של מכונת הקפה המחיר האפקטיבי של כוס קפה עבורם יתייקר.³⁰¹

(2) שווקים דו-צידיים

בשווקים דו-צידיים הפירמה מוכרת את המוצר לשני סוגים מובחנים של צרכנים שיש ביניהם קשרי גומלין. למשל, אמצעי מדיה משרתים גם קוראים/צופים וגם מפרסמים, כאשר אמצעי המדיה הופך אטרקטיבי יותר למפרסמים אם הוא מושך מספר גדול של קוראים. בדומה, פלטפורמות מסחר אלקטרוני משרתות גם קונים וגם מוכרים, והן אטרקטיביות יותר למוכרים אם יש יותר קונים, ואטרקטיביות יותר לקונים אם יש יותר מוכרים. בשווקים דו-צידיים המחיר עשוי להיות נמוך או אף חינמי בצד אחד של השוק (עיתון יכול להיות חינמי, וצרכנים שמשתמשים בכרטיסי אשראי פטורים בדרך כלל מתשלום עמלה למנפיק הכרטיס), אך הוא יכול להיות גבוה בצד השני של השוק (מחיר הפרסומות בעיתון עשוי להיות גבוה, כמו גם העמלות שבעל המלון משלם לאתר ההזמנות).

במקרים כאלה, בדיקת מחירים רק בצד אחד של השוק, והשוואה שלהם לעלות, עלולות להוביל למסקנות מוטעות, משום שמחירים גבוהים בצד אחד של השוק מסבסדים את עלויות השירות בצד השני של השוק, שבו הצרכנים משלמים מחירים נמוכים או אף מקבלים שירות בחינם.³⁰² התערבות במחירים בצד השוק שבו המחירים גבוהים עלולה להזיק, משום שהיא עלולה למנוע סבסוד של הצד השני של השוק, וכתוצאה מכך רווחת הצרכנים עלולה להיות נמוכה יותר מאשר ללא התערבות.³⁰³

(3) פירמות מרובות מוצרים

לפירמה המוכרת כמה מוצרים יש מטבע הדברים מוצרים רווחיים יותר ומוצרים רווחיים פחות. לעיתים הרווח ממכירת חלק מהמוצרים איננו מכסה את ההשקעה בפיתוחם, או את עלויות הייצור הקבועות, המשותפות. במקרים כאלה הפירמה יכולה לפצות על כך באמצעות הרווח ממכירת מוצרים מבוקשים יותר. כך, למשל, נניח שפירמה מייצרת עשרה מוצרים. הרווח מכל אחד מתשעת המוצרים הראשונים הוא 100 ש"ח, ואילו הרווח מהמוצר העשירי שהוא פופולרי הוא 1,100 ש"ח. לכאורה הרווח מהמוצר הפופולרי נראה גבוה בהשוואה לרווח מתשעת המוצרים האחרים, אך אם סך העלויות של הפירמה הן 2,000 ש"ח, הגבלת

& Fiona M. Scott Morton, *State Casket Sales Restrictions: A Pointless Undertaking?*

.51 J.L. & Econ. 1 (2008)

301 למשל צרכן שמשמש במכונה להכנת 1,000 כוסות בלבד, שילם לפני ההתערבות בשוק 3 ש"ח (2 ש"ח עבור קפסולה ועוד 1 ש"ח עבור החלק היחסי של כוס קפה במחיר המכונה). לאחר ההתערבות אותו צרכן ישלם 3.50 ש"ח בממוצע לכוס קפה (1.50 ש"ח עבור קפסולה, ועוד 2 ש"ח עבור החלק היחסי של מחיר המכונה).

302 ראו *Scientific Background*, לעיל ה"ש 97.

303 ג'וליאן וונד-סנטמן סוקרים את הספרות הרלוונטית בשווקים דו-צידיים ומסיקים כי "competition need to be analyzed/interpreted differently in a two-sided market compared to a standard market". Bruno Jullien & Wilfried Zand-Santman, *The Economics of Platforms: A Theory Guide for Competition Policy*, 54 INFORMATION ECONOMICS AND POLICY (2021)

הרווחיות מהמוצר הפופולרי תביא לכך שהפירמה לא תוכל לכסות על העלויות שלה. במילים אחרות, הרווח מהמוצר הפופולרי מאפשר לצרכנים ליהנות מתשעת המוצרים האחרים. בהתאם, התמקדות במחירו של המוצר הפופולרי תוך התעלמות מהרווח הכולל של הפירמה תפגע ברווחת הצרכן. ודוק: ההשקעה בעשרת המוצרים נעשתה בטרם ידעה המוכרת אילו ממוצריה יצליחו בשוק ואילו לא יצליחו.

2. מתי מחיר גבוה הוא גם מופרז?

מעבר לקושי לקבוע שמחיר הוא גבוה ביחס לעלות או בהשוואה למחירים אחרים, קיים קושי נוסף והוא קביעת הרף שמעליו המחיר ייחשב לגבוה באופן מופרז. בגפניאל נקבע שנדרש פער ניכר מהמחיר התחרותי.³⁰⁴ גם בנאור נקבע שיש צורך להוכיח שהמחיר גבוה באופן משמעותי מזה שהיה נקבע בתנאי תחרות.³⁰⁵ מהו פער "ניכר"? בעוד שבית המשפט העליון אינו משרטט קו גבול ברור, הוא קובע כי החלת העילה מחייבת קביעה נורמטיבית המונחית על ידי שיקולים כלכליים גרידא.³⁰⁶ גורמים מספר חוברים יחדיו לדרישת פער ניכר ה"דוקר את העין", כלשון גילוי דעת 1/17 של רשות התחרות, וכפי שנקבע בפסק דין זליכה, עוד בטרם ייכנס בית המשפט לעובי הקורה של שאלת הגנות המחיר.³⁰⁷ ראשית, בהתאם לקביעתו של בית המשפט העליון, חוסר הוודאות בהחלת החוק ראוי שיקרין על תחולת העילה. חוסר ודאות זה, הנובע מכך שאין אמת מידה ברורה למופרזות של מחיר, מתחזק לאור העובדה שכדי לקבוע את מופרזות המחיר נדרש בית המשפט לניתוח כלכלי, וכן מהקשיים האינהרנטיים להחלת המבחנים לקביעת ההפרש בין המחיר התחרותי למחיר שנגבה בפועל, היוצרים "סיכוי לא מבוטל לטעות".³⁰⁸ שנית, הפער הדרוש ליצירת תמריצים להשקעה ולחדשנות משתנה בין שווקים שונים, וגם לעיתים בנקודות זמן שונות בתוך אותו שוק. גם מטעם זה יש לדרוש פער שעל פניו ברור שאינו נדרש על מנת לוודא קיומם של תמריצים כאמור. לכך מצטרפת העובדה שמחיר תחרותי אינו שורר במרבית השווקים.³⁰⁹ שלישית, הצורך בקביעת פער כאמור מתחזק לאור נטלי ההוכחה שקבעה דעת הרוב. כאמור, החשש מאפקט מצנן בשווקים נובע גם מה"עלויות הגבוהות – הן הישירות (עלויות הייצוג) והן העקיפות (חשיפת המסמכים) – הכרוכות בהתגוננות מפני תביעה בעילה של מחיר מופרז".³¹⁰ בנוסף, רף גבוה זה מתבקש גם מהעובדה שבית המשפט קובע ש"מופרזות המחיר מהווה אינדיקציה חזקה לכך שמדובר במחיר בלתי הוגן".³¹¹ לבסוף, רק פרשנות מצמצמת תמנע את הפיכת בית המשפט למאסדר מחירים.

304 ראו גם הנדל, גפניאל, לעיל ה"ש 8, בפס' 4 ("פער רב ומשמעותי").

305 עניין נאור, לעיל ה"ש 6, בפס' 43.

306 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 38; הנדל, גפניאל, לעיל ה"ש 8, בפס' 3.

307 עניין זליכה, לעיל ה"ש 17, בפס' 54.

308 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 5.

309 שם, המפנה לגילוי דעת 1/17.

310 הנדל, גפניאל, לעיל ה"ש 8, בפס' 5.

311 שם, פס' 42.

בנוסף, בית המשפט הורה שיש ללמוד מהניסיון האירופי בהחלת העילה. בהתאם להחלטה האחרונה של בית הדין האירופי בעניין ארגון זכויות היוצרים הלטיבי, מחיר ייחשב מופרז אם הוא עולה במידה ניכרת (appreciably higher) על עלות הייצור.³¹² גם היועץ המשפטי האירופי קבע לאחרונה שהשאלה כמה גבוה וכמה מתמשך צריך מחיר להיות מעל עלויות הייצור על מנת שייחשב מופרז הינה שאלה קשה, על כן הוא המליץ להחיל את העילה רק במקרים חריגים.³¹³ בחינת ההחלטות של האיחוד לאורך השנים, המפורטות בנספח ב', מעידה שרשות התחרות ובית הדין האירופי אישרו פערי מחירים גבוהים, למעט באותם מקרים שבהם מדובר היה במונופולין יציר-המדרינה, שזכה להגנה מתחרות. כך, למשל, בית המשפט האירופי החמיר בעניין דויטשה פוסט, שם רשות הדואר הגרמנית הייתה מונופול יציר מדינה שהיה מוגן בחסמי כניסה כמעט בלתי עבירים.³¹⁴ בבריטניה אף הוגשו תביעות על בסיס העילה לבדה רק במקרים שבהם ההפרש עלות/מחיר היה חריג ביותר (אלפי אחוזים). בהקשר זה ראוי להדגיש שיקולים מספר המצביעים על כך שבישראל נדרשת פרשנות אף זהירה מזו שהוחלה באירופה. ראשית, כפי שציינן בית המשפט העליון, לעוצמת הסעדים הפוטנציאליים בישראל אין אח ורע בעולם.³¹⁵ העילה עשויה להיות בסיס לעבירה פלילית. אומנם הממונה הצהיר שבפועל לא יחיל את האיסור הפלילי,³¹⁶ אלא שבהתאם לסעיף 30 לחוק החוזים, עצם העובדה שעסקינן בנסיבות מסוימות בעבירה פלילית³¹⁷ עלולה להפוך חוזה שבו נדרש מחיר בלתי הוגן לחוזה שאינו בר אכיפה, והוא בטל מעיקרו.³¹⁸ שנית, בית הדין האירופי לא נדרש – בעת שקבע שהעילה קיימת – לקבוע בבירור היכן עובר קו הגבול בין מחיר הוגן ובלתי הוגן, אלא רק לשאלה הכללית האם המחיר היה בלתי הוגן. לעומת זאת במסגרת תביעה נזיקית בישראל בית המשפט נדרש לקבוע בבירור מתי המחיר הופך להיות בלתי הוגן על מנת לחשב את שיעור הנזק. עמד על כך בית המשפט בעניין נאור, בקובעו: "עיקר הקושי נעוץ בכך ש... לצורך הערכת הנזק יש לקבוע מהו המחיר שאינו מופרז, כך שניתן יהיה לחשב את ההפרש שביניהם".³¹⁹ לפיכך חלק גדול מהקשיים של פיקוח מחירים באמצעות בית המשפט בישראל לא היו רלוונטיים לאיחוד האירופי, והם יכלו תאורתית לאמץ פער קטן יותר. שלישית, בניגוד לישראל, בעת שהוכרה העילה נדרש בית הדין של האיחוד האירופי להכריע בעילה רק במסגרת ערר על החלטה של הרשות

312 עניין AKKA, לעיל ה"ש 168.

313 שם.

314 Commission Decision COMP/C-1/36.915 — Deutsche Post AG — Interception of Cross-border Mail, 2001 O.J. (L 331) 40 (EC).

315 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 41.

316 גילוי דעת 1/14, לעיל ה"ש 10. אולם כל עוד לא ביטל המחוקק את פליליות החוק, קיימת אפשרות שיבוא ממונה חדש או יועץ משפטי לממשלה אשר ישנו גישה זאת. גל ונבו "סוס טרויאני", לעיל ה"ש 24, בעמ' 595.

317 ס' 47(4) לחוק התחרות הכלכלית קובע כי מי ש"ניצל לרעה את מעמדו בשוק לפי הוראות ס' 29א, ובלבד שהוכחה כוונתו להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור "עובר עבירה פלילית. לדיון בתנאי זה ראו גל ונבו "תורת ההחלטות", לעיל ה"ש 24, בעמ' 322.

318 לדיון בנושא זה ראו גל ונבו "סוס טרויאני", לעיל ה"ש 24, בעמ' 595.

319 עניין נאור מחוזי, לעיל ה"ש 3, בפס' 86.

האירופית באותו עניין. כלומר, הדיון נערך רק לאחר שרשות רגולטורית קבעה את ממצאיה בעניין.³²⁰ לעומת זאת, בישראל האכיפה נעשית, הלכה למעשה, באמצעות תביעות ייצוגיות, על כל הבעייתיות שכרוכה בכך.

לבסוף, דרישת פער הקרוב למחיר התחרותי בעייתית גם במישור הנורמטיבי: מחיר השווה לסך העלויות של המוכר מותיר את כל העודף הכלכלי מהעסקה בידי הקונה. כפי שפירטנו לעיל, קשה לראות את ההצדקה הנורמטיבית לכך שכל הערך שנוצר מהעסקה ייצבר דווקא בידי הקונה.³²¹ אכן, הטלת חובה על בעל המונופולין למכור במחיר שרק מכסה את עלויותיו הוא מוצדק רק אם מניחים שהצרכן הוא זה שזכאי תמיד, ובכל תנאי, לקבל את מלוא העודף הכלכלי שהעסקה יצרה. גם אם יוחלט שהעילה מקדמת בין השאר צדק חלוקתי,³²² שיקולים אלו אינם מובילים בהכרח למסקנה שהצרכנים זכאים למלוא העודף הכלכלי הנוצר מהעסקה או לחלק הארי שלו, ואילו הפירמה, שהשקיעה משאבים ביצירת המוצר ובשיפורו, אינה זכאית לעודף כלשהו, או זכאית רק לחלק צנוע ממנו. זאת, בין היתר, כיוון שהגשמת צדק חלוקתי לגבי חלוקת העודף נדרשת להתייחס לתכונות הקונים, תכונות המוכרים, ומצבה הסוציו-אקונומי של כל קבוצה. כך, למשל, ייתכן שהפירמה נסחרת בשוק ההון וצרכניה עשויים גם להחזיק במניותיה (בין במישרין ובין בעקיפין, למשל באמצעות חיסכון פנסיוני), והמוצר הרלוונטי הוא מוצר יוקרתי הנרכש על ידי צרכנים אמידים יותר מבעלי המניות.

בנוסף, כפי שמפרט בית המשפט העליון, במסגרת הגישה הזהירה והמרוסנת, הנציבות האירופית מחילה את העילה "כמוצא אחרון" – רק כאשר "המחירים הם גבוהים לאורך זמן, וקיימים חסמי כניסה והתרחבות משמעותיים בשוק, ואין כל סעד אחר שעשוי להיטיב את התחרות בו".³²³ גם תנאים אלו ראוי לדרוש במסגרת השלב הראשון.

ה. מבחנים לקביעת הוגנות המחיר

בפרק זה אנו דנים במבחנים לזיהוי מחיר בלתי הוגן, אשר נדרשים אם נקבע בשלב הראשון של המבחן הדו-שלבי שהמחיר מופרז. כפי שהדגיש בית המשפט העליון בגפניאל, "יש קושי ממשי בסימון קו הגבול שהחל ממנו מחיר גבוה הופך להיות בלתי הוגן, ובקביעת אמות מידה לזיהוי מחיר בלתי הוגן המיתרגמות למבחן משפטי שיוצר ודאות",³²⁴ זאת כיוון

320 בעת האחרונה האיחוד מעודד את האפשרות להגיש תביעה נזיקית במסגרת דיני התחרות. לדיון ראו Gal, *Limiting Litigation*, לעיל ה"ש 27.

321 הטענה כי כל הערך מעסקה אמור להישאר בידי הקונה מעוררת בעיה נוספת, משום שלא תמיד ברור מי הקונה ומי המוכר. נניח שבעל מטע התקשר עם דבוראי וזה הציב כמטע כוורות. ניתן לטעון שבעסקה זו בעל המטע רכש שירותי האבקת עצים מהדבוראי ולכן כל הערך מגיע לו, אך באותה מידה ניתן לטעון שהדבוראי רכש מבעל המטע שירותי הזנת דבורים, ולכן הוא זה שזכאי ליהנות מכל הערך מהעסקה.

322 עניין ויינשטיין, לעיל ה"ש 3.

323 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 36.

324 שם, בפס' 28.

שקו הגבול כאמור משתנה בהתאם לנסיבות העניין.³²⁵ בהתאם לכך, אין זה מפתיע שבית המשפט אינו קובע מבחן ברור וודאי מתי מחיר גבוה באופן מופרז הופך להיות בלתי הוגן, היוצר ודאות. עם זאת, הוא קובע תוואי ראשוני להחלטה.

ראשית, פסק הדין מדגיש שהחוק איננו אוסר על מחיר גבוה, אלא על מחיר בלתי הוגן. בעוד שפער ניכר מהמחיר התחרותי יכול להוות אינדיקציה ראשונית לכך שהמחיר הוא בלתי הוגן, אין זו נקודת הסיום של הניתוח.³²⁶ שנית, חשוב מכול, בית המשפט מדגיש שיש לוודא שהחלת האיסור אינה פוגעת ביעילות הדינמית, תוך בחינה רחבה של השפעת האיסור על הדינמיקה בשווקים.³²⁷ במסגרת זו יש לבחון האם נדרש רווח על־תחרותי כדי לעודד השקעות המועילות לצרכנים, הן בשוק של בעל המונופולין והן בשווקים אחרים, או כדי לפצות את בעל המונופולין על סיכונים שנטל.³²⁸ למעשה, קביעת הוגנות המחיר נועדה לבחון האם יש למחיר הגבוה סיבה לגיטימית, משום שיש מקרים שבהם "נדרשת הבטחה לרווח העולה על הרווח התחרותי, לצורך עידוד השקעות המועילות לצרכנים. כך, למשל, במקרים שבהם אספקת המוצר או השירות כרוכה ביתר סיכון, או בהשקעה בהיקף ניכר במיוחד".³²⁹ כן יש לבחון "כיצד הגבלות על מחירו של המוצר ישפיעו על המגוון, האיכות, הזמינות ומחיר המוצרים שיוצרו לצרכנים בעתיד".³³⁰ בפרט, יש "לוודא כי התועלת הכלכלית בהתערבות במחיר עולה על הנזק והסכנות שעלולות להיות כרוכות בהתערבות כזו".³³¹

קו מנחה נוסף נוגע למקור כוח השוק: "יש מקום לבחון אם המחיר המופרז הוא תוצאה של ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, או שמא הוא נובע מסיבה לגיטימית אחרת",³³² לרבות פערי הכוחות בין בעל המונופולין לצרכן, חסמי הכניסה לשוק, מידת הביקוש למוצר, בידול המוצר וקיומם של תחליפים לו.³³³

עוד הדגיש בית המשפט כי אף על פי שהכרעה בשלב השני היא ערכית, "נדרש שתהיה מבוססת על שיקולים כלכליים־תחרותיים".³³⁴ כלומר, לא ניתן להכריע תוך התעלמות מההשפעות הכלכליות של החלת האיסור. ברוח זו קובע בית המשפט העליון גם בעניין נאור כי לשם הכרעה בסוגיה "יש להביא בחשבון שיקולים כלכליים ותחרותיים, לרבות ההשלכות הכלכליות, לטווח הקצר ולטווח הארוך, הכרוכות בהחלת עילת המחיר המופרז... וליתן להם משקל נכבד".³³⁵ עם זאת, כמפורט להלן, על בסיס תוואים אלו קשה ביותר

שם, בפס' 46.	325
הנדל גפניאל, לעיל ה"ש 8 בפס' 4.	326
שם, בפס' 46.	327
שם, בפס' 4.	328
שם, בפס' 45.	329
שם.	330
שם, בפס' 43.	331
שם, בפס' 45.	332
שם.	333
שם, בפס' 46.	334
עניין נאור, לעיל ה"ש 6, בפס' 57.	335

לקבוע מהו מחיר בלתי הוגן. גם עובדה זו יש לקחת בחשבון "בבואנו... להסדיר את אופן יישומה [של העילה]"³³⁶.

בעניין נאור בית המשפט העליון מוסיף דגשים אחדים למבחן. בית המשפט קובע כי שאלת הוגנות ניצבת בלב העילה, ועל כן הדיון בשאלה זו נדרש להיות מקיף, מעמיק וממצה.³³⁷ מכך גם עולה שאין די בהוכחת מחיר גבוה, ככל שיהיה,³³⁸ וכי מעצם הקביעה שלחברה יש כוח שוק ניכר לא נובעת מאליה המסקנה שמחירה הגבוהים הם גם בלתי הוגנים.³³⁹ כן מאיר בית המשפט שיקולים מרכזיים בסוגיית הוגנות המחיר, שאינם מהווים רשימה סגורה: האם בעל המונופולין "באופן עקבי ולאורך זמן, קרוב לשליטה מוחלטת בשוק", האם קיימת לצרכנים אלטרנטיבה אמיתית למוצר, מה הסיבות שבגינן הם מעדיפים את המוצר שבמונופולין, חיוניות המוצר, אורך התקופה שבמהלכה נקבע המחיר הגבוה, עוצמת החשש לפגיעה בתחרות ובציבור בשל הפגיעה בתמריצים, וקיומו של רגולטור ייעודי.³⁴⁰ חלק משיקולים אלה, דוגמת חיוניות המוצר והעובדה שלבעל המונופול יש שליטה כמעט מוחלטת בשוק, הולכים מעבר לפסק דין גפניאל. לדעתנו, מרבית שיקולים אלו מחויבים מהצורך לוודא שהחלת העילה אינה פוגעת ברווחת הצרכנים בטווח הארוך. עם זאת, אנו סבורים שמבחן השליטה הקרוב למוחלטת בשוק אינו נדרש בכל המצבים. לפחות עקרונית, ניתן לתאר מצבים שבהם המחיר חריג ודוקר את העין גם אם נתח השוק של בעל המונופולין איננו קרוב למושלם. למשל, כאשר מתחריו של בעל המונופולין הם בעלי כושר ייצור מוגבל ולכן בעל המונופולין הוא היחיד אשר יכול לספק את הביקוש בשוליים.

1. המבחן המקובל במרבית העולם לקביעת הוגנות המחיר

בהתאם למבחן האירופי, שאומץ במקומות רבים ברחבי העולם, חוסר הוגנות קיים כאשר אין יחס סביר בין המחיר שבעל המונופולין גובה לבין הערך הכלכלי של המוצר. ביונייטד ברנדס קבע בית המשפט האירופי שני מבחני עזר: שהמחיר בלתי הוגן בפני עצמו, או בהשוואה למוצרים מתחרים.³⁴¹ אולם גם שני מבחני עזר אלו אינם מגדירים בבירור מהו מחיר בלתי הוגן.

מבחן העזר הראשון, שלפיו המחיר אינו הוגן בפני עצמו, לוקה במידה רבה של עמימות. בעניין Scandlines פירשה רשות התחרות האירופית את המבחן ככזה שבמסגרתו יש להשוות את המחיר לערך הכלכלי של המוצר או השירות שבמונופולין.³⁴² בדומה, בפייזר

336 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 40.

337 עניין נאור, לעיל ה"ש 6, בפס' 57.

338 שם, בפס' 58.

339 שם.

340 שם, בפס' 59.

341 עניין United Brands, לעיל ה"ש 198. בית המשפט הדרום-אפריקני הוסיף למבחן האירופי להווגנות המחיר את התנאי שלפיו גביית מחיר גבוה פוגעת ברווחת הצרכן. מטרתו של תנאי זה היא לוודא שמחיר גבוה איננו נחוץ לקידום רווחת הצרכן בראייה ארוכת טווח.

342 COMP/A.36.568/D3, Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg (Jul. 23, 2004) (להלן: עניין Scandlines); עניין Sundbusserne, לעיל ה"ש 50.

הודגש שערכו הכלכלי של המוצר לצרכן הינו שיקול רלוונטי.³⁴³ מבחינה רעיונית, התייחסות במחיר הוגן לתמורה שהצרכן מקבל היא ראויה. דא עקא, למרות שמו, המושג "ערך כלכלי" של מוצר איננו מוכר בכלכלה. ניתן אולי לזהות "ערך כלכלי" עם "התועלת של הצרכן מצריכת המוצר", או לחלופין עם "נכונות הצרכן לשלם", אשר משקפת את התועלת של הצרכן.³⁴⁴ אף על פי שמושגים אלה הם מושגים בסיסיים בכלכלה, הקושי נותר בעינו משום שלא ברור את תועלתו של איזה צרכן יש לקחת בחשבון. למשל, לאדם חרדי צומחת תועלת רבה מרכישת אתרוג בחג סוכות, והוא מוכן לשלם עליו מאות, ולעיתים אף אלפי שקלים; לאדם מסורתי עדיין יש תועלת מרכישת אתרוג, אבל סביר שלא יסכים לשלם עליו אלפי שקלים, ואילו אדם חילוני לרוב אינו מוכן לשלם על רכישת אתרוג. תועלתו של איזה צרכן בדיוק צריכה כאן לבוא בחשבון? ודוק: הבעיה אינה מתמצה בהבדל בין אנשים שונים, שכן גם לאותו אדם יש בדרך כלל נכונות גבוהה יותר לשלם על היחידה הראשונה מאשר על השנייה ועל השנייה יותר מעל השלישית, וכך הלאה.

ייתכן שפתרון אפשרי לבעיה הוא לנסות לאמוד את סך העודף ממכירת מוצר, ואז לחשב את המחיר שמביא לחלוקה שווה של העודף בין הצרכנים לפירמה ברוח עקרונות של צדק קומוטטיבי.³⁴⁵ עם זאת, אמידה של עודף ממכירת מוצר היא מלאכה מורכבת אשר מצריכה נתונים מפורטים, והמתודולוגיה לשם כך איננה חפה מבעיות.

לפי מבחן העזר השני, בודקים את הוגנות המחיר בהשוואה למוצרים מתחרים. מבחן זה דומה למבחן ההשוואה המשמש לקביעה האם עסקינן במחיר גבוה ומופרז. בשני המקרים ההשוואה משמשת ליצירת אמת מידה שאליה ניתן להשוות את המחיר שדורש בעל המונופולין, והיא מחייבת בחינה מעמיקה של השווקים המשווים. בחינה זו לוקה בכל המגבלות שפורטו לעיל. עם זאת, מטרת ההשוואה שונה במקצת. במקרה של קביעה אם המחיר הוא גבוה באופן מופרז ההשוואה נועדה לוודא שאכן מדובר במחיר על-תחרותי. במקרה שבו ההשוואה נועדה לקבוע אם מדובר במחיר בלתי הוגן, מטרת ההשוואה היא לוודא, בין היתר, שאין אנו אוסרים על בעל המונופולין את מה שמותר למתחריו.

כפי שראינו גם בהחלת מבחן ההשוואה בשלב הראשון של המבחן הדרישלב, לא תמיד ניתן להשתמש במבחן משום שלא תמיד קיימים מוצרים חלופיים. למשל, בעניין רייס לא הייתה לבתי עסק בישראל שרצו לכבד כרטיסי אשראי ויזה כל אלטרנטיבה לסליקה באמצעות כאל;³⁴⁶ בעניין קו מחשבה, בזק הייתה הספק היחיד של שיחות טלפון בינלאומיות לישראל וממנה;³⁴⁷ בעניין ויינשטיין היו מפעלי ים המלח ספקי האשלג היחידים בישראל;³⁴⁸ בעניין

343 פיזור בית הדין לתחרות, לעיל ה"ש 217, בפס' 416-417; פיזור ערר, לעיל ה"ש 222, בפס' 166-167.

344 קביעה ברוח זו מופיעה למשל בפייזור ערר, שם (demand side factors may be capable of generating economic value).

345 ראו דיון לעיל, בפרק ב.

346 עניין רייס, לעיל ה"ש 4.

347 עניין קו מחשבה, לעיל ה"ש 4.

348 עניין ויינשטיין, לעיל ה"ש 3.

נובל אנרג'י, חמש הספקיות שהחזיקו במאגר תמר היו היחידות שיכלו לספק בישראל גז טבעי לא מונוזל;³⁴⁹ ובשוקי פרמצבטיקה יש במקרים רבים ספקיות בלעדיות של תרופות. גם אם לצרכנים יש חלופות למוצר של בעל המונופולין, כדי להשתמש במבחן ההשוואה יש לוודא שהמוצרים נתפסים על ידי הצרכנים כתחליפים קרובים, אחרת לא ניתן לטעון שמחירו של מוצר א' איננו הוגן רק משום שהוא יקר יותר ממחירו של מוצר ב'. למשל, בעניין מנירב קבע בית המשפט כי התמקדות במחיר השירות בלבד, תוך התעלמות מהתמורה שהצרכנים מקבלים, איננה ממלאת את תנאי ההוגנות.³⁵⁰ ודוק: העובדה שנתח השוק של בעל המונופולין גדול מזה של מתחריו מעידה שהצרכנים מעדיפים את מוצריו גם אם מחירם גבוה יותר, ולכן אין מדובר מבחינתם בתחליפים קרובים, וממילא מחירו של אחד מהם, כשלעצמו, איננו יכול להוות אינדיקציה להוגנות המחיר של המוצר האחר. ואכן, הממונה על התחרות בנציבות האירופית טענה לאחרונה כי הנציבות צריכה לנקוט עמדה זהירה כאשר היא מתמודדת עם מחירים מופרזים של פירמה דומיננטית, משום שלעיתים פירמה הופכת דומיננטית עקב כך "שהיא פשוט טובה יותר ממתחרותיה. וכשזה המקרה, רק הוגן שהיא תקבל את התמורה על מאמציה".³⁵¹

הקושי בקביעת הוגנות המחיר מתעצם לאור העובדה שבתי משפט והנציבות התירו מנעד רווח רחב ביותר. למשל, ב-Scandlines לא נמצא ניצול לרעה אף על פי שהמחיר למפעילי מעבורות היה גבוה מאוד בהשוואה לעלויות מתן שירות למעבורות.³⁵² במקרים אחרים הותר רווח נמוך, אך היו אלו לרוב מקרים של מונופול יציר-מדינה.³⁵³ זאת ועוד: כדי לשרת את מטרת החוק, על מקבל החלטות לקבוע איזו רמת רווחיות מספקת לבעל המונופולין תמריצים מספיקים. ודוק: הניתוח הכלכלי הנדרש כאן צריך להביא בחשבון גם את ההשפעה על תמריצים של בעלי מונופולין שהעילה עשויה לחול עליהם בעתיד, והוא משתנה משוק לשוק וממקרה למקרה. את הבעייתיות בעניין זה ביטאו בין היתר פדילה ואר'דונהיו:³⁵⁴

"...in many industries, there will simply be no reliable way of approximating a "reasonable" profit, in particular if this involves an analysis of items such as the intangible value of assets and any relevant opportunity cost."

אכן, ניתוח הפסיקה האירופית מלמד שגם לאחר יותר מחצי מאה שבהם חל, לפחות בתאוריה, איסור אירופי על גביית מחיר גבוה לא הוגן, לא הצליחו בתי המשפט והנציבות האירופית להתוות קו ברור וודאי לעניין מחיר הוגן.³⁵⁵ הכלכלן הראשי לשעבר לענייני

349 ענין נובל אנרג'י, לעיל ה"ש 158.

350 עניין מנירב, לעיל ה"ש 44.

351 Vestager, לעיל ה"ש 144.

352 עניין Scandlines, לעיל ה"ש 341, בפס' 125.

353 Gal, Two Systems, לעיל ה"ש 32.

354 O'Donoghue & Padilla, לעיל ה"ש 289, בעמ' 615.

355 שם. רק בהחלטה אחת מצא בית הדין האירופי כי אכן בפועל נגבה מחיר בלתי הוגן. יתר ההחלטות שבהן הכיר בית הדין באפשרות זו היו החלטות שהופנו אליו לקביעה ראשונית, שבהן

תחרות של הנציבות האירופית, לארס הנדריק רולר, טען שהבעיות בהחלת העילה הן כל כך קשות והמחיר של החלת-יתר הוא כה גבוה, עד כי גם גישה התומכת ברווחת הצרכן בלבד – להבדיל למשל מהרווחה החברתית הכללית – לרוב תיטה לא להחיל את האיסור.³⁵⁶ גם בית המשפט המחוזי בעניין נאור עמד על הקשיים בקביעה מתי מחיר גבוה הופך להיות מופרז או בלתי הוגן, בקובעו כי "פסיקת בית הדין האירופי לצדק... מבהירה כי אין שיעור רווח ראוי, מעין קו גבול אוניברסלי שממנו והלאה מדובר במחיר מופרז ובלתי הוגן, או אף שממנו ומטה אין מדובר במחיר מופרז, וכל מקרה יבחן לגופו".³⁵⁷ זאת ועוד: בתביעת נזיקין בית המשפט נדרש לקבוע, בשלב השני, מאיזה גובה ואילך המחיר הופך להיות בלתי הוגן, עובדה המקשה עוד יותר את המלאכה. מה, אם כן, יעשה בית המשפט על מנת לוודא שהוא יוצר תמריצים נאותים לפעילות תקינה של השווקים? להלן נבחן מספר חלופות שהוחלו על ידי בית המשפט השונים.

2. המבחן שאומץ בנאור במחוזי: מחיר בלתי הוגן הוא מחיר העולה על המחיר בתחרות

פס"ד נאור הוא היחיד עד כה שבו ניתן פסק דין הקובע שבעל מונופולין (תנובה) גבה מחיר מופרז (עבור גבינת קוטג'). בית המשפט ביסס את הקביעה שמחיר הקוטג' ערב מחאת הקוטג' ב-2011 היה מופרז כיוון שהיה פער "משמעותי" בינו לבין המחיר המפוקח והרווח התפעולי בתקופת הפיקוח.³⁵⁸ אלא שמעבר לקביעה כי המחיר היה מופרז, בית המשפט נדרש גם, לצורך חישוב הנזק, לקבוע את הנקודה המדויקת שממנה ואילך הפך המחיר לבלתי הוגן. מחישוב הנזק ניתן להסיק כי לדעת בית המשפט, כל מחיר מעבר למחיר התחרותי הוא בלתי הוגן. זאת כיוון שנקבע שתנובה ניצלה לרעה את כוחה המונופוליסטי משום שהרווחיות ממכירת קוטג' עלתה ב-1%-3% על הרווחיות הממוצעת לשנת 2009 של קראפט, שהיא אחת משש חברות זרות העוסקות בייצור מוצרי חלב שנתונין הובאו בפני בית המשפט כאמת מידה למחיר התחרותי.³⁵⁹

מבחן זה נדחה מפורשות בגפניאל, שם נקבע כי "החשש הוא מפני ניצול כוח השוק לגריפת רווחים גבוהים באופן ניכר מהמחיר התחרותי".³⁶⁰ אולם לאור החשש שחלק מבתי המשפט יחילו גישה מקילה אשר תסתפק, הלכה למעשה, בפער קטן מהמחיר התחרותי, אנו מפרטים להלן את שתי הטעויות השלובות שגישה זו, הסוטה באופן קיצוני מהמקובל בעולם, מבוססת עליהן. הראשונה היא התמקדות בנטל העודף קצר-המועד כמטרת חוק

לא נדרש בית הדין לבחינה מדויקת אם המחיר הוא אכן בלתי הוגן, ולכן לא נדרש להתמודד עם מרבית הקשיים בהחלטה. ראו גם Evans et al., לעיל ה"ש 87.

356 (2007) 2-3, Eur. Competition L. Ann. 2007, Lars-Hendrik Röller, *Exploitative Abuses*.

357 עניין נאור מחוזי, לעיל ה"ש 3, בפס' 85.

358 שם. למאמר שברק את מחיר הקוטג' לפני ואחרי מחאת הקוטג' ראו: Igal Hendel, Saul Lach, & Yossi Spiegel, *Consumers' Activism: The Cottage Cheese Boycott*, 48 RAND J. ECON. (2017) 972.

359 עניין נאור מחוזי, שם. הרווחיות של קראפט ב-2009 הייתה הגבוהה מבין שיעורי הרווחיות של חברות זרות שהופיעו בחוות הדעת של המומחה מטעם תנובה.

360 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 28. ראו גם עניין נאור, לעיל ה"ש 6.

התחרות, תוך התעלמות מכך שרווחת הצרכן תלויה בגורמים נוספים, לרבות איכות ומגוון המוצרים, שמצידם תלויים בתמריצי ההשקעות של הפירמות, אשר מחייבים ככלל מחיר על-תחרותי. הטעות השנייה היא שאם המחיר בתחרות הוא המחיר ההוגן, הרי שדה פקטו כל מחיר מעליו ייחשב כמופרז, כפי שניתן ללמוד מחישוב הקנס שהוטל על תנוכה בנאור. התמקדות במחיר התחרותי אומנם מושכת, בין היתר כיוון שהיא משרטטת קו גבול ברור שלכאורה קל לחשב, ובכך היא גם מגבירה לכאורה את הוודאות המשפטית. אלא שבפועל, ההנחה שכל מחיר על-תחרותי לוקה בחוסר הגינות הינה מסוכנת ומתנגשת עם מטרת דיני התחרות.³⁶¹ לכך סיבות מספר. ראשית, העילה נאכפת בשווקים שבהם פועל בעל מונופולין. בשווקים אלה לא שוררת תחרות משוכללת, ולכן יש לנסות ולקבוע מה היה המחיר במצב היפותטי, שספק רב אם בכלל יכול להתקיים, שהרי לא בכדי פועל בשוק בעל מונופולין. למשל יש בשוק יתרונות משמעותיים לגודל, או קיים בו אפקט רשת,³⁶² שאינם מאפשרים קיומה של תחרות משוכללת. כאשר זה המצב, המחיר התחרותי, שאיננו יכול להתקיים, ממילא איננו יכול להיות אמת מידה לבחינת הוגנות המחיר. שנית, כפי שהסברנו בהרחבה בפרק א.2. לעיל, ניסיון לכפות מחיר תחרותי בשוק שבו לא תיתכן תחרות משוכללת עלול לשבש את הפעילות בשוק באופן שיפגע ברווחת הצרכנים. שלישית, כפי שפירטנו בהרחבה החלת העילה מונעת רווחים עתידיים, ולכן עלולה לפגוע בתמריצים להשקיע ולהתייעל. בכך הכיר גם בית המשפט בעניין נאור, בו נקבע שחישוב מופרזות המחיר לפי השינוי ברווחיות עשוי לתפוס בגדרו גם מצבים שבהם מחיר המוצר לא השתנה אך העלויות ירדו כיוון שהחברה מתייעלת ומשפרת את רווחיותה.³⁶³

ניתן לבחון את שאלת הוגנות המחיר התחרותי גם מהזווית הבאה: כל עוד לא נקטה הפירמה פעולות מדירות ולא קיבלה מונופולין מטעם המדינה, היא הופכת לבעלת מונופולין רק אם מספיק צרכנים בוחרים מרצונם החופשי לרכוש את המוצר שלה. הגבלת המחיר שבעל מונופולין יכול לדרוש כמוה כהטלת סנקציה עליו על כך שצרכנים רבים בחרו לרכוש ממנו. קשה להצדיק גישה כזו, בייחוד לאור העובדה שפירמות שהצרכנים אוהבים פחות (ולכן נתח השוק שלהן קטן מכדי שתיחשבנה לבעלות מונופולין) רשאיות לגבות מחירים כרצונן. קשה עוד יותר לראות איך גישה כזו תעודר פירמות להשקיע משאבים בפיתוח מוצרים חדשים, ולשאת בסיכון הכרוך בכך. בנוסף גם לא ברור מדוע הוגן שדווקא הצרכן ייחנה מכל הערך שנוצר מעסקה, כאשר בעל המונופולין הוא זה שהשקיע על מנת ליצור אותו. מצדדי העילה אינם מציעים תאוריה נורמטיבית התומכת בחלוקה כזו, וכפי שמחקרים שציטטנו בפרק ב לעיל מראים, גם הצרכנים אינם סבורים שחלוקה כזו הוגנת. לבסוף, ההחלטה של בית המשפט המחוזי בעניין נאור מדגימה את החשש שבהיעדר אמת מידה ברורה להוגנות המחיר ייאחזו בתי המשפט בנתונים בעייתיים לשם קביעת הגבול שממנו ואילך ייחשב מחיר לבלתי הוגן. בנאור השתמש בית המשפט המחוזי במבחני עלות, השוואה ורווח לבחינת מופרזות המחיר, אך בהיעדר נתונים מדויקים על עלות ייצור

361 AKKA, לעיל ה"ש 168, בפס' 103.

362 אפקט רשת מתקיים כאשר ערך המוצר גדל ככל שיש לו יותר צרכנים. למשל, רשת חברתית הופכת לאטרקטיבית יותר אם יותר משתמשים פעילים בה.

363 עניין נאור, לעיל ה"ש 6, בפס' 50.

הקוטג', ובהינתן הבעיות האינהרנטיות במבחן הרווח, בחר בית המשפט במסגרת חישוב הנזק לקבוע את נקודת הייחוס למחיר הוגן על בסיס הרווח התפעולי הממוצע של יצרנית מוצרי החלב האמריקאית, קראפט, לשנת 2009. זאת אף על פי שבית המשפט עצמו מדגיש שהשוואה מעלה ספקות, וזאת משלושה טעמים.³⁶⁴ ראשית, לא הובאו נתונים על פעילות של החברות הזרות והשווקים שבהם הן פועלות; שנית, לא נודע מדוע נבחרו חברות אלו ולא אחרות; שלישית, הנתונים מתייחסים לכלל הפעילות של חברות אלו, באופן שלא ניתן להבחין בין שוק החלב לבין שווקים אחרים, וגם לא בין שוק מוצרי החלב לבין שוק של מוצר אחר (קוטג' בעניין נאור). למרות ההסתייגויות, בית המשפט קבע כי "בהעדר התנגדות של התובע, אין מניעה מלהסתמך על השוואה זו".³⁶⁵ בערעור על פסק הדין קבע בית המשפט העליון כי השוואה זו והקביעה הנסמכת עליה שגויות.³⁶⁶

3. המבחן שאומץ במחוזי בגפניאל ובצדוק: מחיר העולה במידה ניכרת על המחיר בתחרות

האם ניתן לתקן את כשלי המבחן המשווה בין מחיר תחרותי למחיר הוגן רק על ידי הוספת התנאי שמחיר גבוה בלתי הוגן הוא מחיר ה"גבוה משמעותית" או "באופן ניכר" מהמחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות? מבחן כזה, המהווה גרסה קצת משופרת של הקודם, אומץ למשל בעניין צדוק.³⁶⁷ אלא שגם מבחן זה נדחה בגפניאל, והוא גם אינו מתגבר על הקושי התאורטי והמתודולוגי בהחלת העילה.

ראשית, המבחן אינו יוצר את הוודאות הנדרשת בשל הקושי המתודולוגי למדוד עלויות, בייחוד כאשר יש עלויות משותפות גבוהות. לכך יש להוסיף את אי הוודאות בשאלה כיצד תפורש הדרישה ל"הפרש מחיר משמעותי". בית המשפט המחוזי בצדוק ובגפניאל מציע את מבחן מקבילית הכוחות שלפיו "ככל שכוח השוק משמעותי יותר, תהיה מוצדקת התערבות שיפוטית גם כאשר הסטייה מהתמחור התחרותי תהיה מתונה יחסית (אך עדיין עליה להיות משמעותית)".³⁶⁸ אולם בית המשפט העליון דחה מבחן זה, לאור העובדה שאינו יוצר את התמריצים הראויים במסגרת החוק.³⁶⁹

שנית, התבססות על ההפרש (המשמעותי) מהמחיר בתחרות כבסיס היחיד לקביעת הוגנות לא בהכרח תספיק לכיסוי כל העלויות של בעל המונופולין, לרבות עלות אלטרנטיבית ועלות סיכון, ולא בהכרח תבטיח אספקת איכות גבוהה כאשר קיימת בעיה של סיכון מוסרי, ולא בהכרח תיצור תמריצי השקעה נאותים. זאת בפרט לאור השוני הרב בין שווקים שונים והעובדה שבכל אחד מהם נדרשים שולי רווח אחרים כדי להבטיח פעולה תקינה של השוק. אכן, רק לאחרונה קבע בית המשפט בעניין פיזור באנגליה שמבחן הקוטג' פלוס, הקובע את

364 עניין נאור מחוזי, לעיל ה"ש 3 בפס' 57.

365 שם.

366 עניין נאור, לעיל ה"ש 6, בפס' 47-54.

367 עניין צדוק, לעיל ה"ש 96.

368 שם. ראו גם ת"צ (מחוזי מר') 6179-08-16 גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות בע"מ (נבו 16.1.2019) (להלן: עניין גפניאל מחוזי), ועניין מנירב, לעיל ה"ש 44, בעמ' 17.

369 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 47, 58.

המחיר שיידרש על בסיס עלויות הייצור בתוספת אחוז מסוים של רווח, אינו יכול לשמש כאינדיקציה למחיר בלתי הוגן.³⁷⁰ בדיקת הפער בין המחיר לעלות היא בדיקה מקדמית המהווה אך ורק נקודת ייחוס התחלתית להחלת האיסור.

שלישית, אקמן וגרוד מראים כי מבחן המתבסס רק על השוואת המחיר לעלות עלול לקבוע שבעל מונופול שלא שינה את מחירו, אבל התייעל ולכן הגדיל את רווחיותו, עובר עבירה, וזאת גם אם ההתייעלות הובילה לשיפור באיכות המוצר וברווחת הצרכנים.³⁷¹ רביעית, המבחן מתעלם כליל מהתועלת שהצרכן מפיק מהעסקה יחסית לחלופות אחרות. אזרחי וגילה טוענים כי "אין לפרש את [מבחן ההוגנות]... ככזה ששם משקל כלשהו גם על מוכנותם של הצרכנים לשלם בגין המוצר",³⁷² והם גם טוענים שזה המבחן שהחיל בית המשפט האירופי.³⁷³ אלא שטענה זו שגויה הן אמפירית והן תאורטית.³⁷⁴

אמפירית, רשות התחרות האירופית, כמו גם בתי משפט, דווקא מכירים בשיקולי ביקוש כחלק חשוב ובלתי נפרד מההחלטה בדבר הוגנות המחיר. בהחלטות בעניין *Sundbusserne* ו-*Scandlines*, למשל, קבעה רשות התחרות האירופית מפורשות כי התועלת המוגברת למשתמשי הנמל הייחודי צריכה להיות גלומה במחיר ההוגן.³⁷⁵ גם בית המשפט הבריטי בעניין *Attheraces* קבע שהמחיר עבור שיתוף במאגר מידע ייחודי צריך לבטא לא רק את עלויות הקמתו, אלא גם את הרווח הגבוה של הצרכן כתוצאה משימוש בו.³⁷⁶ רק לאחרונה, בעניין פיזור קבעה ערכאת הערעור האנגלית שיש להביא בחשבון גם גורמים שאינם מבוססי-עלות, כגון יתרונות ללקוח וטבעו של המוצר בעת קביעת המחיר הבלתי הוגן.³⁷⁷ בשנה האחרונה אימץ בית המשפט העליון של האיחוד האירופי בעניין *AKKA* גישה ששמה דגש על שיקולים בצד הביקוש (ערך המוצר בעיני הצרכן) ולא רק בצד ההיצע (עלויות היצרן).³⁷⁸ היטיב לבטא זאת בית המשפט האנגלי בקובעו כי מחיר מופרז הוא תנאי הכרחי, אך לא מספיק, למחיר בלתי הוגן.³⁷⁹

- 370 פיזור ערר, לעיל ה"ש 222.
- 371 Akman & Garrod, לעיל ה"ש 203.
- 372 אזרחי וגילה, לעיל ה"ש 11, בעמ' 320-325. לביקורת ראו גל ונבו "סוס טרויאני", לעיל ה"ש 24, בעמ' 591-595.
- 373 אזרחי וגילה, שם, בעמ' 310.
- 374 אף על פי שהטענה שגויה היא הוחלה בעניין נאור מחוזי, לעיל ה"ש 3, ובאה לידי ביטוי בעניין צדוק, לעיל ה"ש 96, המאמץ מבחנים מבוססי-עלויות בלבד, לפחות בשלב אישור התובענה כייצוגית.
- 375 עניין *Sundbusserne*, לעיל ה"ש 50; עניין *Scandlines*, לעיל ה"ש 341.
- 376 *Attheraces Ltd. v. British Horseracing Board Ltd.*, [2007] UKCLR 309. ראו גם *Case C-52/07 Kanal 5 Ltd. V. Föreningen STIM*, [2008] E.C.R. I-9275.
- 377 פיזור ערר, לעיל ה"ש 222, בפס' 171-172, 253. בית המשפט ציין שאת התמורה לצרכנים ניתן לשלב במרכיב ה"פלוס" שבמבחן הקוסט פלוס, או בבחינת ההגינות של המחיר.
- 378 בית המשפט אישר השוואת המבוססות על כוח הרכישה היחסי של צרכנים, המבטא שיקולים של צד הביקוש. עניין *AKKA*, לעיל ה"ש 168.
- 379 *Albion Water Ltd. v. Water Services Regulation Authority* [2008] CAT 31, para. 70: "In certain cases 'economic value' may exceed the cost of supply where there are additional

תאורטית, התעלמות מוחלטת משיקולי ביקוש שגויה הן משום שהיא עלולה לפגוע בתמריצי הפירמות,³⁸⁰ והן משום שכפי שפירטנו לעיל מחקרים מראים כי צרכנים סבורים שמחיר הוגן צריך לשקף לא רק את עלויות הייצור אלא גם את התמורה לצרכן. המצדדים בהתעלמות משיקולי הביקוש טוענים כי אם יינתן משקל כלשהו לנכונות הצרכנים לשלם, "אנו עלולים להגיע לתוצאה אבסורדית, שבה אף מחיר לא ייחשב כמופרז", כיוון שהמונופולין לא יגבה לעולם מחיר שהצרכנים אינם מוכנים לשלם.³⁸¹ אלא שטענה זו לוקה בכשל לוגי, שכן היא מתמקדת רק בצרכנים שבחרו לרכוש את המוצר ומתעלמת מהפגיעה בצרכנים פוטנציאליים אשר היו רוכשים את המוצר במחיר נמוך יותר.³⁸²

4. התחשבות בעלויות השקעה בעת קביעת גובה העלות

חלק מבתי המשפט המחוזיים הכירו בכך שעל מנת לתמרץ השקעות בהתייעלות ובחדשנות יש לאפשר מחיר שיכסה לא רק את העלויות השוליות של בעל המונופולין אלא גם את עלויות ההשקעה שלו, לרבות הסיכון הכרוך בהשקעה.³⁸³ גם גילוי דעת 1/17 של רשות התחרות מכיר בכך,³⁸⁴ וגם בית המשפט העליון בגפניאל.³⁸⁵ אין ספק שגישה זו הולכת בכיוון הנכון, אם כי היא אינה פותרת את כל הקשיים שעליהם עמדנו לעיל, לרבות העובדה שבמרבית השווקים לא שורר שיווי משקל תחרותי, הקושי להעריך את העלויות של הפירמה (לרבות עלות ההשקעה האלטרנטיבית שלה) והסיכון שנטלה על עצמה כשהשקיעה. בית המשפט המחוזי בצדוק המעיט בחשיבות הקשיים כאשר קבע ש"פיקוח בדיעבד לא פוגע בתמריץ להשקעות בפיתוח המוצר או ביצירת מוצר חדש, שכן אם בדיעבד בעל מונופולין יוכיח כי השקעתו הייתה מוצדקת וסבירה, אזי הדבר ישוקלל במסגרת העלויות ולא ייחשב כתמחור מופרז".³⁸⁶ טענה זו בעייתית לפחות משתי סיבות. ראשית, פירמות תצטרכנה להעריך מראש האם השקעתן תיחשב בדיעבד על ידי בתי משפט כ"מוצדקת וסבירה". מצב זה יוצר חוסר ודאות בהיעדר אמות מידה ברורות להערכה כאמור. שנית, כפי שכבר פירטנו בהרחבה לעיל, כדי לקבוע איזה מחיר מספק לפירמות תמריצי השקעות נאותים נדרש חישוב פרטני לכל תעשייה – אין כלל אחיד שיתאים לכלל התעשיות. הבעיה חריפה במיוחד בתעשיות עתירות עלויות קבועות, שם נדרשת סטייה גדולה מעלות שולית כדי לכסות על העלויות הקבועות (למשל תעשיות תשתית כגון תקשורת, חשמל וגז, או תעשיות של תוכנה, שם עיקר העלויות הן עלויות פיתוח), ובתעשיות עתירות מו"פ אשר

benefits not reflected in the costs of supply. An excessive price is therefore a necessary, but not sufficient, condition for an unfairly high price"

.ADI AYAL FAIRNESS IN ANTITRUST: PROTECTING THE STRONG FROM THE WEAK 52 (2014) 380

אורחי וגילה, לעיל ה"ש 11. 381

.Gal, *Limiting Litigation*, לעיל ה"ש 27. 382

עניין צדוק, לעיל ה"ש 96; עניין גפניאל מחוזי, לעיל ה"ש 366. 383

גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 15. 384

עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2. 385

עניין צדוק, לעיל ה"ש 96. 386

מתאפיינות בסיכון גדול שצריך לכסות עליו, ואשר הרווח שלהן על מוצרים מצליחים צריך לכסות על הפסדיהן מכישלונות.

הדיון עד כה מדגים את הקביעה בגפניאל כי "יש קושי ממשי בסימון קו הגבול שהחל ממנו מחיר גבוה הופך להיות בלתי הוגן, ובקביעת אמות מידה לזיהוי מחיר בלתי הוגן המיתרגמות למבחן משפטי שיוצר ודאות".³⁸⁷ קושי זה הוא זה שהוביל להסכמה רחבה כי בהעדר מתודולוגיה ברורה לקביעה מתי מחיר הינו בלתי הוגן, ובהעדר קונצנזוס לגבי מהו מחיר הוגן, יש להחיל את העילה בזהירות ובריסון תוך הכרה במגבלות החלטה בפועל.

1. מתי ראוי להכיר בעילה בישראל ובאילו תנאים?

אם כך, מהם גבולות העילה אשר יקטינו את החשש שאכיפתה תפגע בתפקודו של השוק ותזיק בסופו של דבר לצרכנים במקום להועיל להם? בהעדר תיאוריה כלכלית סדורה למבחן מתי מחיר מתחיל להיות בלתי הוגן, המשפיעה על היכולת לקבוע מבחנים שיבטיחו שהתועלת מאכיפת העילה תעלה על נזקה, ניתן לכל היותר להסכים במקרים קיצוניים ומובהקים שעסקינן במחיר בלתי הוגן.

כמפורט בגפניאל ובנאור, גורמים מספר חוברים יחדיו כבסיס לפרשנות תכליתית שלפיה יש לאכוף את העילה בזהירות ובריסון, תוך התמקדות במקרים שבהם ברור שהתועלת שבאכיפת האיסור תגבר על הנזק. בפרט, החלת העילה נדרשת לאזן בין הרצון למנוע נטל עודף בטווח הקצר מחד גיסא, והרצון לשמור על תמריצי הפירמות ולמנוע נטל עודף בטווח הארוך מאידך גיסא, תוך התחשבות במגבלות המוסדיות ובכשלים האינהרנטיים שבהחלת העילה.³⁸⁸ בהתאם לכך, על בית המשפט המחיל את העילה לשאול את עצמו האם גישתו מחילה את העילה בזהירות ובריסון, והאם היא מונחית משיקולים תחרותיים וכלכליים גרידא.³⁸⁹ בפרט עליו לבחון האם התערבותו נותנת משקל ראוי לשיקולים של יעילות דינמית ולא רק לשיקולים של רווחת הצרכן בטווח הקצר; האם היא יוצרת תמריצים ליעילות דינמית בהיבט רחב וכולל, כלומר לא רק לשוק הספציפי אלא לפעילות חברות בשווקים אחרים; האם הניתוח מתמקד לא רק במחיר אלא גם בפרמטרים חשובים אחרים, תוך בחינת עודף הצרכן, קרי ההפרש בין התועלת שהצרכנים מפיקים מהמוצר לבין המחיר שהם שילמו עבורו; האם גישתו נותנת משקל ראוי לחוסר הוודאות האינהרנטי לעילה, היוצר קושי בשרטוט קו גבול שממנו מחיר הופך להיות בלתי הוגן; האם המחיר בלתי הוגן בצורה מובהקת כך שתהיה הסכמה רחבה על כך, היוצרת ודאות; האם המקרה שלפניו הוא מהמקרים "החריגים והבולטים" שבהם התערבות בשוק מוצדקת; והאם גישתו אינה הופכת אותו הלכה למעשה למאסדר מחירים.

מהשיקולים המפורטים לעיל עולה שיש להגביל את תחולת העילה רק ל"מקרים הדוקרים את העין וברורים לכול", כמוצא אחרון, במצבים שבהם שוררים מחירים ורווחים גבוהים

387 עניין גפניאל, לעיל ה"ש 2, פס' 28; עניין נאור, לעיל ה"ש 6, בפס' 61, 65, 68.

388 ראו גם גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 15, בעמ' 6.

389 גפניאל, לעיל ה"ש 2, בפס' 38, 42 ("פרשנות משפטית של העילה המנותקת מההשלכות הכלכליות של יישומה עלולה למוטט את הבסיס העיוני שעליו ניצבים דיני התחרות"). ראו גם נאור, לעיל ה"ש 6, בפס' 68.

לאורך זמן, וקיימים חסמי כניסה והתרחבות משמעותיים, וכאשר קיים כשל רגולטורי המונע פתרון הבעיה באמצעים יעילים יותר.³⁹⁰ לפיכך, אנו סבורים כי בבקשה לאישור תובענה ייצוגית יש לחייב את המבקש להראות מהו הכשל הרגולטורי שבעטיו הוא פונה לבית המשפט, ומדוע אין רשות אחרת המתאימה יותר להסדיר את הבעיה. זאת כדי למנוע מצב שבו האכיפה הפרטית הופכת ל"מסלול מקביל ומשלים לאכיפה המנהלית-ציבורית".³⁹¹

תחום הפרמצבטיקה, שהוא תחום ייחודי, מדגים מקרים הממלאים תנאים אלו.³⁹² ארבע דוגמאות למקרים כאלה הן פיזור וארונוז בבריטניה, אספן באיטליה ולידיאנט בהולנד ובמדינות אחרות באיחוד האירופי.³⁹³ בארבעת המקרים מדובר היה במונופול מוחלט, כאשר לצרכני התרופות לא היו חלופות אחרות.³⁹⁴ כלומר, אין המדובר בפירמות שהפכו לדומיננטיות משום שהצרכנים העדיפו לקנות מהן ולא ממתחרים. יתר על כן, בארבעת המקרים מדובר בתרופות חיוניות, ואף מצילות חיים: תרופות לטיפול בסרטן דם במקרה של אספן, אפילפסיה במקרה של פיזור, תת-פעילות של בלוטת התריס במקרה של ארונוז, ומחלת CTX, שהיא הפרעה מטבולית נדירה וחשוכת מרפא, במקרה של לידיאנט. בכל ארבעת המקרים עלו מחירי התרופות בשיעורים חדים: 300%-1,500 במקרה של אספן, 2,300%-2,600 במקרה של פיזור, למעלה מ-6,000 במקרה של ארונוז ולמעלה מ-30,000 במקרה של לידיאנט (המחיר עלה בשלוש פעימות מ-46 יורו לחפיסה של 100 טבליות ב-2008 ל-14,000 יורו לאותה חפיסה ב-2017). בארבעת המקרים לא נבעה העלייה מעלייה בהוצאות הייצור, ולא ניתן היה לטפל בנוק שנגרם למערכת הבריאות ולצרכני התרופות כתוצאה מהזינוק החד במחיר על ידי פיקוח מחירים.³⁹⁵ לבסוף, בכל ארבעת המקרים היה מדובר בתרופות גנריות

390 ברוח הדברים של השופט הנדל, גפניאל, לעיל ה"ש 8, בפס' 5. דוגמה לכשל רגולטורי כזה היא הסרת הפיקוח בין יולי 2006 ויוני 2009 ממחיריהם של עשרה מוצרי חלב, על פי המלצת ועדת המחירים. בתוך זמן קצר התייקרו מחירי מוצרים אלה בלמעלה מ-30%. מבקר המדינה קבע כי "הורדת רמת הפיקוח... בלא שבשלו תנאי תחרות ממשיים, פגעה קשות באינטרסים הכלכליים של ציבור הצרכנים וכאמון שלו באופן קבלת ההחלטות על ידי גופי השלטון". ראו מבקר המדינה הפיקוח על מחירי מוצרי חלב (2012).

391 הנדל גפניאל, לעיל ה"ש 8, בפס' 5.

392 ראו גם עניין זליכה, לעיל ה"ש 17, בפס' 82.

393 פיזור בית הדין לתחרות, לעיל ה"ש 217, בס' 462; עניין ארונוז, לעיל ה"ש 225; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Decision A480 Aspen (29.9.2016) (להלן: עניין אספן); Authority for Consumers and Markets, Decision to Fine Leadiant for Excessive Price of CDCA Drug (19.7.2021) (להלן: עניין לידיאנט).

394 עניין אספן, שם. אספן הייתה בעלת זכויות הפצה בלעדיות באיטליה של תרופות לטיפול בסרטן דם. פיזור הייתה אחת היצרניות של פניטואין (תרופה נפוצה לטיפול באפילפסיה). הנחיות רשויות הבריאות בבריטניה, שקבעו כי אין להעביר מטופלים בפניטואין של יצרן אחד לזה של יצרן אחר בשל חשש מתופעות לוואי מסוכנות, הפכו את המטופלים בפניטואין של פיזור ללקוחות שבויים. פיזור ערר, לעיל ה"ש 222, בפס' 18-21. לתרופה של ארונוז לא הייתה תחרות עקב חסמי כניסה וגודלו המוגבל של השוק, עניין ארונוז, שם, בס' 1.15. לידיאנט הייתה ספק בלעדי לשוק האירופי של תרופה לטיפול במחלת CTX. עניין לידיאנט, שם.

395 כך, למשל, במקרה של אספן, שם, מחיר התרופות נקבע במשא ומתן עם ועדת סל התרופות האיטלקי. אספן איימה לצאת מסל התרופות אם עליית המחיר לא תאושר. ארונוז ניצלה פריצה

שפותחו לפני שנים רבות, אשר הפטנט עליהן פג שנים רבות לפני התביעה, ולכן תמריצי השקעה לא היו רלוונטיים (למעשה, לדיאנט לא פיתחה את התרופה בעצמה אלא רכשה אותה מחברת תרופות אחרת, ואספן לא ייצרה כלל את התרופות אלא רק שיווקה אותן).³⁹⁶ כיוון שבכל ארבעת המקרים התרופות היו רווחיות עוד לפני העלאת המחיר, אין ספק כי המוטיבציה להעלאת המחיר הייתה הרצון להגדיל רווחים, תוך ניצול העובדה שלחולים לא הייתה כל ברירה אלא להמשיך לרכוש את התרופה. לפיכך, קל יחסית לקבוע כי במקרים אלה מדובר בניצול לרעה של כוח שוק.³⁹⁷ למרות זאת, בית המשפט לערעורים בבריטניה קבע בעניין פיזור כי גם במקרי קיצון יש צורך לדון בטענות ובשאלות עובדתיות הנוגעות למופרזות ולהוגנות המחיר.³⁹⁸

הקביעה הראשונה מאז ומעולם של הממונה על התחרות בישראל בעניין העילה התקבלה בדצמבר 2022, והיא מדגימה מהם מקרים חריגים ה"דוקרים את העין" שבהם ברור שהתועלת בהחלת האיסור עולה על הסכנות הפוטנציאליות הכרוכות בהחלתו. הקביעה מתייחסת לחברת MBI, המפיצה הבלעדית בישראל של תרופת לדיאנט, שאותה כבר הזכרנו לעיל, ומשיתה עיצום כספי על החברה ועל מנהליה בישראל בגין ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי.³⁹⁹ פרט לעובדה שמדובר בתרופה חיונית ומצילת חיים, המונופול היה יציר כפיה של המדינה שהעניקה ל-MBI בלעדיות בהפצת התרופה, וזו ניסתה לאכוף את הבלעדיות באמצעות בג"ץ במטרה למנוע שיווק של תרופה חלופית, ואף פנתה ליצרנית של תרופה זו בחו"ל בבקשה למנוע את אספקתה לישראל.⁴⁰⁰ לדיאנט החליפה ב-2018 תרופה אחרת, קסנבילוקס, אשר יוצרה אף היא על ידי אותה חברה, והכילה אותו חומר פעיל. עד 2014 שיווקה קסנבילוקס בישראל על ידי שני יבואנים במחיר ממוצע של 3,800 ש"ח לחפיסה. MBI החלה לשווק את הקסנבילוקס באופן בלעדי בסוף שנת 2014, והעלתה את מחירו עד 2017 לטווח שבין 8,100 ש"ח ל-16,700 ש"ח לחפיסה. בשלהי שנת 2017 רשמה MBI את הלידיאנט בפנקס התכשירים בישראל בהתוויה לטיפול במחלת CTX, מה שאפשר לה על פי חוק ליהנות מבלעדיות בשיווק. היא החלה לשווק את הלידיאנט ב-2018 במחיר ממוצע של 48,000 ש"ח. עקב מחירה הגבוה, סירבה הוועדה הציבורית להרחבת סל הבריאות לכלול את התרופה במסגרת סל הבריאות בשנים 2017-2018, תוך שחבריה מכנים את העלאת המחיר "חזירות".⁴⁰¹ בעקבות העלאת מחיר הלידיאנט בעשרות אלפי שקלים, ובאין פתרון אחר לחולים, הגיש משרד הבריאות תלונה לרשות התחרות.⁴⁰² הממונה קבעה כי מדובר בעליית

כפיקוח על מחירי תרופות בבריטניה. עניין אדוונז, שם, בס' 1.13.

396 למגמה של החלת העילה על פטנטים על תרופות שפגו ראו, למשל, Behrang Kianzad & Timo Minssen, *How Much is Too Much: Defining the Metes and Bounds of Excessive Pricing in the Pharmaceutical Sector*, 2 EUR. PHARMACEUTICAL L. REV. 13 (2018).

397 ראו למשל OECD Competition Committee, לעיל ה"ש 247.

398 פיזור ערר, לעיל ה"ש 222.

399 עניין MBI, לעיל ה"ש 26.

400 בג"ץ 703/19 א.מ.בי.איי פארמה בע"מ נ' משרד הבריאות (נבו 26.8.2019).

401 שם, בפס' 102.

402 שם, בפס' 11.

מחיר "שאינו לה הצדקה כלכלית כלשהי", והיא כה קיצונית עד כי היא "דוקרת את העין".⁴⁰³ היא גם קבעה כי "המחיר המופרז אינו פועל יוצא של מחקר ופיתוח, חדשנות, התייעלות, או תועלות אחרות שעשויות להיטיב עם הציבור".⁴⁰⁴ החלטה זו מדגימה את המקרים החריגים שבהם ראוי להחיל את העילה. אכן, גם רשויות נוספות ברחבי אירופה הגיעו לקביעה דומה.⁴⁰⁵ ודוק: סמכות הרשות להטיל עיצומים כספיים כחלק ממחזור המכירות ייתר את הצורך לקבוע באיזה שלב הפך המחיר לבלתי הוגן.

תובנה נוספת העולה מהשיקולים לעיל היא שעשוי להיות מקום להחלת העילה כאשר מדובר במונופולין יציר-המדינה, שזכה להגנה מתחרות.⁴⁰⁶ במצב זה, המונופול לא הגיע למעמדו משום שצרכנים העדיפו אותו על פני מתחרים, אלא משום שלא הייתה לצרכנים ברירה אלא לרכוש ממנו. יתרה מזאת, ניתן לטעון שכאשר המדינה מעניקה לפירמה בלעדיות באספקת מוצר, יש בין המדינה לפירמה הסכם לא כתוב שלפיו הפירמה תספק את המוצר באיכות גבוהה ובמחיר סביר, ואילו המדינה מצידה תגן על הפירמה מפני תחרות.⁴⁰⁷ גביית מחיר מופרז מהווה במקרה כזה הפרה של ההסכם. גם במקרים כאלה, אין מקום להתערב אם צפויה כניסה קרובה של מתחרים, ואם יש כלי רגולטורי יעיל יותר להתערבות במחיר.⁴⁰⁸ תובנה שלישית היא שעשוי להיות מקום להחלת העילה כאשר המונופול רכש את מעמדו בשוק על ידי פעולות מדירות. גם במצבים כאלה מעמדו של בעל המונופולין בשוק איננו מעיד על כך שהצרכנים מעדיפים לרכוש ממנו ולא ממתחרים.⁴⁰⁹ לחסמי כניסה גבוהים לענף הרלוונטי יש חשיבות בהקשר זה, שכן העדר כניסה כאשר אין חסמי כניסה גבוהים יכול להעיד על כך שמתחרים אינם סבורים שהם יכולים להתחרות בשוק בהצלחה.⁴¹⁰

סיכום

אין חולק שבעיית יוקר המחיה היא בעיה כבדת משקל בישראל, אך הדיון לעיל מראה שאיסור על מחירים מופרזים איננו הכלי המתאים לטפל בבעיה, למעט במקרים קיצוניים

403 שם, בפס' 15-23.

404 שם, בפס' 3. הרשות גם טענה שבדיקתה העלתה שהקביעה לא תצנן את קיומה של תחרות אפשרית בתחום, פס' 134. כמפורט לעיל, בכך אין די, שכן יש לבחון האם קביעה כאמור גם לא תצנן תחרות בשווקים אחרים.

405 שם, בפס' 5.

406 עמדת היועץ, לעיל ה"ש 16, בס' 83.

407 למשל, קאהן כותב לגבי חברות תשתית שהן מונופול יציר המדינה: "The essential basis of public-utility regulation is an implicit bargain between consumers and investors that, in exchange for a monopoly franchise, the company accepts... to serve all customers on reasonable terms". Kahn, *on reasonable terms*, לעיל ה"ש 98.

408 ראו גם עמדת היועץ, לעיל ה"ש 16, בס' 87.

409 שם, בס' 81; גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 15.

410 עניין AKKA, לעיל ה"ש 168; John Davies & Jorge Padilla, *Another Look at the Role of Barriers to Entry in Excessive Pricing Cases* (2019), www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3364881; גילוי דעת 1/17, שם, בעמ' 10.

ומובחנים. אחרי שנים רבות של ניסיונות להחלת העילה הגיעו רשויות תחרות ומלומדים ברחבי העולם למסקנה שהחלת העילה רצופה קשיים מתודולוגיים, קונצפטואליים ופרקטיים, המקרינים על מחיר הטעות בהחלת יתר של העילה. בפרט, אין דרך ברורה לשרטט קו המבדיל מראש בין מחיר הוגן לשאינו הוגן בדרך שאינה פוגעת בפעילות בשוק וברוחת הצרכן. קשיים אלו הובילו את ברזיל לבטל כליל את האיסור, והובילו מדינות אחרות לצמצם את תחולת העילה למקרים נדירים בלבד, כגון עלייה במחירי תרופות חיוניות באלפי אחוזים. גם בית המשפט העליון בגפניאל ובנאור אימץ גישה זהירה ומרוסנת להחלת העילה, המחזירה את ישראל לחיק העמים. עתה יש להיזהר לבל תצא מחיק זה, בדלת האחורית, על בסיס פרשנות שגויה של בתי משפט מחוזיים. אכן, רק כמה ימים לאחר מתן פסק הדין ניתנה החלטה של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד, בעניין בנתאי, אשר חוזרת על הטעות שלפיה הכשלים שהעילה נועדה להתמודד עימם הם סטטיים: הקטנת הנטל העודף והעברת הערך, ולא מקסום רווחת הצרכן בדרך המשלבת שיקולים סטטיים ודינמיים, בניגוד מוחלט לקביעותיו של בית המשפט העליון.⁴¹¹ עם זאת, החלטות אחרות של בתי המשפט המחוזיים צעדו בנתיב שהתווה בית המשפט העליון.⁴¹²

מן הראוי שבישראל, שהעילה נאכפת בה באמצעות תובענות ייצוגיות על ידי בתי משפט שאינם מתמחים, תיאכף העילה רק במקרים ה"דוקרים את העין" שלגביהם יש הסכמה רחבה לגבי הוגנות המחיר. בפרט, כפי שהיטיבה לבטא זאת השופטת בזק-רפפורט, יש להיזהר מיצירת כשל שוק רגולטורי, תחת כשל שוק כלכלי.⁴¹³ ביתר המקרים יש להעדיף מנגנונים חלופיים, יעילים יותר, לפיקוח מחירים. החלת פרשנות זהירה ומרוסנת כאמור היא גם הדרך היחידה לרסן את הצונמי של בקשות אישור תביעות ייצוגיות שהוגשו במגוון רחב של שווקים, המאיים להפוך את בתי המשפט ל"מאסדרי מחירים".

411 עניין בנתאי, לעיל ה"ש 23, בפס' 53. קביעה זו מהווה אוביטר, כיוון שבפועל התביעה הייצוגית לא אושרה.

412 ראו לדוגמה ת"צ 15-07-25357 (מחוזי ת"א-יפו) מנירב נ' איתוראן איתור ושליטה בע"מ (נבו 15.5.2023).

413 עניין זליכה, לעיל ה"ש 17, בפס' 73, 75.