

עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן לאחר גפניאל: תנאים להחלטה*

מיכל גל** ויוסי שפיגל***

תוכן עניינים

2	1. מבוא
4	2. מושכלות יסוד בהחלת העילה
5	2.1 מושכלת יסוד כלכלית ראשונה: רווחת הצרכן תלויה לא רק במחיר אלא גם בתמורה המתקבלת
6	2.2 מושכלת יסוד כלכלית שנייה: התנאים לקיום מחיר תחרותי ומה הוא מכסה
6	2.3 מושכלת יסוד כלכלית שלישית: חשיבות התמריצים הדינמיים לפעולת השווקים ולרווחת הצרכנים
8	2.3.1 הקשר בין מחיר גבוה להשקעות
9	א. פגיעה אפשרית בתמריץ לשפר את איכות המוצר שהפירמה מציעה
12	ב. פגיעה אפשרית בתמריץ להתייעל ולהפחית עלות
12	ג. פגיעה אפשרית במגוון ובזמינות המוצרים שהפירמה מציעה
12	2.3.3 שיקולים דינמיים לעומת יעילות סטטית
13	2.3.4 הניסיון שנצבר בתחום הפיקוח על מחירים
14	2.4 מושכלת יסוד כלכלית רביעית: חשיבות הודאות עבור השקעות בשוק
15	2.6 מושכלת יסוד משפטית: האיסור חל ללא קשר להתנהגות מדירה
19	2.7 חמש מסקנות מהניתוח
20	3. תפיסות הוגנות מחירים של צרכנים
20	4. הקשיים האינהרנטיים בקביעת מחיר גבוה בלתי הוגן
23	4.1 המבחן האירופי המקובל במרבית העולם
23	4.2 הניסיון שנצבר במדינות אחרות
25	4.3 המבחנים להחלת העילה שקבע בית המשפט העליון בגפניאל
28	5. מבחנים לזיהוי מחיר מופרז
29	5.1 מבחן העלות
30	5.2 מבחן ההשוואה
31	6. מבחנים לקביעת הוגנות המחיר
36	6.1 המבחן המקובל במרבית העולם לקביעת הוגנות המחיר
37	6.2 המבחן שאומץ בנאור: מחיר בלתי הוגן הוא מחיר העולה על המחיר בתחרות
39	6.3 המבחן שאומץ במחוזי בגפניאל ובצדוק: מחיר העולה בצורה משמעותית על המחיר בתחרות
41	6.4 התחשבות בעלויות השקעה בעת קביעת גובה העלות
42	7. מתי ראוי להכיר בעילה בישראל ובאיזה תנאים?
43	8. סיכום
45	

* אנו מודים לתמר שמואלי על עבודת מחקר מועילה, ולעדי איל, יאיר אילת, נדב לוי, וחיים פרשטמן על הערות מועילות.
** פרופסור וראש המרכז למשפט ולטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, פרופסור אורה ב-NYU, ונשיאת הארגון העולמי לחוקרים בתחום דיני התחרות (ASCOLA). גילוי נאות: מיכל גל כתבה חוות דעת משפטית בנושא קיום העילה בשני תיקים, לאחר שדעתה 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 המיעצת לכלכלן הראשי לענייני תחרות של נציבות האיחוד האירופי. גילוי נאות: יוסי שפיגל כתב חוות דעת כלכלית בשלוש תובענות ייצוגיות העוסקות בתמחור מופרז.

1. מבוא

ביוני 2022 קבע בית המשפט העליון בפסק דין תקדימי בעניין **גפניאל** כי יש לפרש את הוראת סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית ככוללת בחובה איסור על בעל מונופולין לקבוע מחיר גבוה בלתי הוגן, וכי ניתן לאכוף איסור זה בדרך של ניהול תובענה ייצוגית.¹ חלק מבתי המשפט המחוזיים אמנם הכירו בעילה (להלן: "העילה") או "עילת המחיר המופרז" כפי שנהוג לעיתים לכנותה) עוד קודם לכן,² אך עד לפסק הדין בעניין **גפניאל**, נמנע בית המשפט העליון מלקבל הכרעה עקרונית בשאלת קיומה בדין הישראלי.³ בנוסף, בית המשפט העליון קבע מספר מושכלות יסוד חשובות להחלת העילה, הפותרות חלק מחילוקי הדעות שנתגלעו בין בתי המשפט המחוזיים.⁴ לפסק דין **גפניאל** עשויות להיות השלכות רחוקות-טווח ורחבות-היקף על פעילותן של חברות הפועלות בשוק הישראלי, במיוחד לאור העובדה שבבתי משפט מחוזיים בישראל תלויים ועומדים כיום עשרות הליכים ייצוגיים המבוססים על עילת המחיר המופרז, והיד עוד נטויה.

חשוב מכל, **גפניאל** מאמץ גישה זהירה, בקובעו 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."⁵ בעניין זה קיימת הסכמה רחבה בין דעת הרוב למיעוט. גם השופט הנדל קובע ש"ראוי שהדין הישראלי ינהג בזהירות רבה בקבלת תביעה בעילת המחיר המופרז" ויחילה "במקרים חריגים ובולטים בלבד."⁶ בכך עשה בית המשפט צעד חשוב, אשר דוחה מפורשות את הגישה המרחיבה להחלת העילה שהוצעה בגילוי דעת 1/14,⁷ נדונה במאמרים אקדמיים,⁸ ואומצה על ידי כמה בתי משפט מחוזיים.⁹ גישה מרחיבה זו חרגה באופן משמעותי מהגישה שאומצה ברחבי העולם,¹⁰ כמו גם מהעמדה הזוהרה שאימצו רשות התחרות,¹¹ היועץ המשפטי לממשלה (היועמ"ש),¹² וחלק מבתי המשפט המחוזיים.¹³ גישתו הזוהרה והמרוסנת של העליון מבוססת על תובנות ידועות ומקובלות ברחבי העולם, המבוססות על ניתוח כלכלי ועל הניסיון ארוך הטווח בהחלת העילה, ובראשן הקשיים הפרקטיים והקונצפטואליים בהחלטה, בעיקר כאשר היא מוחלת בדיעבד 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.¹⁴

¹ רע"א 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' רונן גפניאל (26.7.2022).

² ראו, למשל, ת"צ (מרכז) 46010-07-11 נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ החלטה לאישור התובענה הייצוגית (5.4.2016); החלטה סופית (12.3.2020); תובענה ייצוגית (מחוזי מרכז) 41838-09-14 משה ויינשטיין נ' מפעלי ים המלה בע"מ (פורסם בנבו, 29.1.2017).

³ ברע"א 2616/03 **ישרכארט בע"מ נ' רייס**, פ"ד נט(5) 701 (פורסם בנבו, 14.3.2005), הניח בית המשפט לשם הדיון כי עילת המחיר המופרז אמנם חלה, אך דחה את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית משום שהמבקשים לא ביססו את המחיר ההוגן הרלוונטי. ברע"א 729/04 **מדינת ישראל ואחרים נ' קו מחשבה ואחרים** (פורסם בנבו, 26.4.2010) דחה בית המשפט בקשה דומה משום שהמחיר הרלוונטי לא נקבע על ידי בעל המונופולין אלא בהליך של פיקוח מחירים.

⁴ ראו דיון להלן.

⁵ **גפניאל**, לעיל ה"ש 1, פסקה 47.

⁶ שם, פסק דינו של השופט הנדל (להלן "הנדל, **גפניאל**"), פסקה 5. השופט מסכים עם עיקרי חוות הדעת של הרוב, פסקה 1.

⁷ רשות ההגבלים העסקיים, גילוי דעת 1/14, "האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין" (9.4.2014).

⁸ למאמרים המציעים אימוץ גישה מרחיבה ראו, למשל, דיויד גילה ואלון קלמנט "פרוצדורה ומהות תובענות ייצוגיות בעילת מחיר מופרז: כלים שלובים להרתעה אופטימלית" **עיוני משפט** מה (2021); ואריאל אזרחי ודיויד גילה, **דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים** 320-5 (2019).

⁹ ראו דיון בפרקים 4 ו-5 להלן.

¹⁰ OECD Roundtable on Excessive Pricing, DAF/COMP 2011 (2011)

¹¹ רשות התחרות, גילוי דעת 1/17, "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת איסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה" (28.2.2017).

¹² עמדת היועמ"ש לממשלה ברע"א **גפניאל** (להלן: "עמדת היועמ"ש").

¹³ ראו, למשל, ת"צ 5753402-14 (מחוזי ים) **זליכה נ' תנובה** (19.12.2021).

¹⁴ ראו דיון בפרק 2 להלן.

כן כולל פסק 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 לבדו, גבוה ככל שיהיה, כדי לעמוד בדרישות העילה.¹⁵ עם זאת, פסק הדין מותיר פתוחות שאלות רבות לגבי אופן החלטה של הגישה הזהירה והמרוסנת, הלכה למעשה. כך, למשל, בעוד הוא מדגיש שכדי שמחיר ייחשב כמופרז הוא צריך להיות גבוה באופן ניכר מהמחיר התחרותי,¹⁶ אין הוא מפרט כמה ניכר צריך להיות הפרש המחיר האמור כדי לקבוע שהמחיר אכן מופרז. ובעוד הוא קובע מספר קריטריונים חשובים לקביעת הוגנות המחיר, לרבות התחשבות בתמריצים לחדשנות ולהתייעלות והשפעת חוסר הודאות עליהם,¹⁷ הוא אינו מפרט כיצד, הלכה למעשה, ישורטט התואי בין מחיר הוגן למחיר בלתי הוגן.¹⁸ החשש הוא שבהעדר קווים מנחים ברורים, חלק מבתי המשפט עלולים לאמץ, הלכה למעשה, גישה מרחיבה, תוך פגיעה במטרת החוק וחרגה מהקו הזהיר והמרוסן עליו 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 באשר למטרת החוק.¹⁹

מאמר זה מנתח את ההחלטה בעניין **גפניאל** ומציע כיצד יש להחיל את העילה בהתאם לתוואי שנקבע בו. במסגרת זו הוא מפרט את הסכנות והקשיים האינהרנטיים בהחלת העילה, העולים מניסיונות החלטה בארץ ובעולם וכן מהספרות הכלכלית והמשפטית הרלוונטית, העומדים בבסיס הגישה הזהירה והמרוסנת להחלת העילה. הכרה בסכנות וקשיים אלו חיונית על מנת להבין כיצד יש להחיל את העילה בפועל.

בכתיבתנו בעבר אמנם כבר דנו בחלק מנושאים אלה,²⁰ אך במאמר זה אנו מרחיבים את הדיון ומבססים אותו, בין היתר, על מחקרים כלכליים ומשפטיים המאירים את הקושי בהחלת העילה מזוויות חדשות אשר טרם נדונו בעבר, ניתוח פסקי הדין אשר התקבלו לאחרונה, 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 החלטה העילה. הבחירה באיחוד האירופי מבוססת על כך שהוא מקור העילה, הניסיון שנצבר בו הוא הארוך מכולם, מבחינו מהווים בסיס למרבית יתר העולם בהחלטה העילה, ובית המשפט העליון הדגיש את הרלוונטיות שלו לדין הישראלי.²¹ הבחירה בבריטניה נובעת מכך שהיא מובילה בניסיונותיה ליצור מבחן מושכל להחלטה העילה במסגרת המבחן הדו-שלבי. בנוסף, המאמר מדגיש את האתגרים הכרוכים בהחלטה העילה אשר בישראל יש להן 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 הינן תביעות פרטיות ולא אכיפה של רשות התחרות.²² כפי שיפורט להלן,

¹⁵ **גפניאל**, לעיל ה"ש 1, פסקה 44.

¹⁶ שם, פסקה 28.

¹⁷ שם, פסקה 45.

¹⁸ שם, פסקה 46.

¹⁹ ת"צ 10282-06-16 **בנתאי נ' יונילור ישראל מזון בע"מ** (מחוזי מרכז-לוד, 10.8.2022), פסקה 53. ראו דיון להלן.

²⁰ Y. Spiegel, *Antitrust enforcement of the prohibition of excessive pricing - the Israeli Experience, in EXCESSIVE PRICES AND COMPETITION LAW ENFORCEMENT* (F. Jenny and Y. Katsoulacos eds., 2020); מיכל גל והילה נבו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" **משפטים** מה(1) 277 (2016); מיכל גל והילה נבו "מחיר גבוה כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי: סוס טרויאני" **משפטים** מה(3) 801 (2017). מאמרים אלו הצביעו על החשש מהצפת בתי המשפט בתביעות על בסיס העילה, תוך פגיעה בוודאות פעולת השוקים, כפי שאכן קרה בפועל, וקראו לאי החלטה כל עוד אין כלים ראויים וברורים החלטה. כפי שפורט שם, צמצום העילה למקרים נדירים ומובחנים שלא יפגעו בתמריצי הכניסה לשוקים, בייעילות ובחדשנות, תגשים אותה מטרה. חלקים ממאמרים אלו צוטטו בהסכמה ב**גפניאל**, לעיל ה"ש 1.

²¹ **גפניאל**, שם, פסקה 40.

²² יוצאת דופן לעניין זה היא הודעת ממלאת מקום הממונה על התחרות מסוף בנובמבר 2021 על כך שהיא שוקלת להטיל עיצומים כספיים על חברת MBI פארמה ועל שני נושאי משרה בה בגין קביעת מחיר גבוה ובלתי הוגן עבור תרופת לידיאנט שהיא תרופה מצילת חיים לחולים במחלת CTX. רשות התחרות, הודעה לעיתונות (23.11.2021).

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.²³ 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, פתיתים אפויים, תה ירוק, קקאו, קוקה קולה, סכיני גילוח, פופקורן בקולנועים, מלח מופחת נתרן, ומלח גס, והיד עוד נטויה.²⁴ לשם השוואה, הטבלה המובאת בנספח מראה כי במסדות 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.²⁵ הווה אומר, בישראל מוגשות בשנים האחרונות מדי שנה פי למעלה מ-17 יותר תביעות יותר מאשר באיחוד האירופי, ופי יותר מ-50 מאשר בבריטניה. במצב דברים זה, קיים חשש ממשי שסטייה מהגישה זהירה ומרוסנת תממש את החשש עליו הצביע בית המשפט העליון, לפיו בתי המשפט יהפכו למסדרי מחירים בדיעבד.

מפת הדרכים של המאמר היא כדלקמן: ראשית, אנו בוחנים את מושכלות היסוד הכלכליות והמשפטיות הרלוונטיות בפרק 2, את תפיסות ההוגנות של צרכנים לגבי מחירים כפי שהן עולות ממחקרים שבחנו את הסוגיה בפרק 3, ואת הניסיון להחלת העילה ברחבי העולם ובישראל בפרק 4. שנית, אנו סוקרים את המבחנים לזיהוי מחיר גבוה בפרק 5, ואת המבחנים לזיהוי מחיר בלתי הוגן שהוחלו בארץ ובעולם בפרק 6. בפרק 7 אנו דנים בתנאים להחלת העילה בישראל. בפרק 8 אנו מסכמים את עיקרי מסקנותינו.

2. מושכלות יסוד בהחלת העילה

ככלל, קיימות בעולם שתי גישות מנוגדות להכללת איסור על מחירים גבוהים במסגרת עילת הניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי בדיני התחרות.²⁶ בארה"ב, קנדה, וסינגפור, למשל, מחיר גבוה, כשלעצמו, לא אסור לפי דיני התחרות.²⁷ 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 גם מדינות אלו לרוב מכירות בצורך להחיל אותה בצורה זהירה ומרוסנת.²⁸ בפרט, קיימת הסכמה רחבה של רשויות התחרות, משפטנים, וכלכלנים מרחבי העולם, שלמרות המשיכה האינטואיטיבית של העילה - שהרי מי לא רוצה מחירים נמוכים? - ניתוח מעמיק שלה מעלה שיש להחילה באיפוק, תוך צמצום תחולתה למקרים חריגים בלבד.²⁹

הסכמה רחבה זו לצמצום העילה נסמכת על מגבלותיה האינהרנטיות, 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

²³ M. Gal, *The Case for Limiting Private Litigation of Excessive Pricing*, 15 JOURNAL OF COMPETITION LAW AND ECONOMICS 298 (2020). 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 vs. BT Group and British Telecommunications (CAT Case 1381/7/7/21 30, 27.9.2021)*.

²⁴ לסקירה של אכיפת האיסור בישראל ראו Spiegel, לעיל ה"ש 20.

²⁵ בריטניה הצטרפה לאיחוד האירופי בשנת 1973. לפניכן לא הוחל בה איסור דומה.

²⁶ M. Gal, *Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the EC: Two Systems of Belief about Monopoly?* 49 ANTITRUST BULLETIN 343 (2004).

²⁷ OECD, לעיל ה"ש 10. קיימים כלים רגולטוריים אחרים המאפשרים פיקוח מחירים. למשל, חוקים האוסרים על price gouging.
²⁸ ראו פרוט בפרק 2.2 להלן; וכן OECD, 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."

²⁹ ראו דיון בפרק 4 להלן.

הניסיונות ברחבי העולם להחלת העילה, כי חוקי התחרות אינם הכלי המתאים להילחם במחירים מופרזים מסיבות אנליטיות ופרקטיות.³⁰ דו"ח של ה-OECD שניתח את תחולת העילה במדינות המפותחות, הגיע למסקנה דומה.³¹ למרות שאין רבותא 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 לעילה יכול להיות 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 ואלפי אחוזים בין לילה, תוך ניצול מצוקת החולים.

בגפניאל 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 29א לחוק התחרות הכלכלית הועתק מהאיחוד האירופי, ובעת אימוצו בארץ הוא כלל בחובו איסור על גביית מחיר מופרז.³² שנית, אימוצו מתיישב עם תכלית החוק – "התמודדות עם כשלים תחרותיים בשוק מונופוליסטי".³³ באותה נשימה, קובע בית המשפט כי בעת יציאת תוכן לעילה "יש לתת את הדעת לסכנות הפוטנציאליות הכרוכות באכיפתו כמו גם לקשיים הטמונים באכיפה המוסדית והפרטית".³⁴ סכנות וקשיים 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 חמש מושכלות יסוד כלכליות, העומדות בבסיס התאוריה הכלכלית עליה מבוססים דיני התחרות. מושכלות אלה חשובות לעניינינו כיון שהבנה שגויה שלהן עלולה להוביל להחלת העילה באופן מרחיב, הפוגע ברווחת הצרכן ומנוגד לתוואי שקבע בית המשפט העליון. חשיבותן עולה בין השאר מהקביעה המפורשת **בגפניאל**, לפיה "בשונה מפיקוח על מחירים, מדובר בהתערבות המונחית על ידי שיקולים תחרותיים גרידא".³⁵ כלומר בית המשפט העליון משרטט תוואי, ההולך גם בדרכן של מדינות אחרות, לפיו 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".³⁶ למרות חשיבותן, חלק ממושכלות היסוד לא פורטו בעבר בכתיבה העוסקת בעילה, וגם כאשר נדונו, הדיון לא היה מלא. הדיון שלהלן משלים את החסר. פרט לחמש מושכלות היסוד הכלכליות, אנו דנים בנוסף גם במושכלת יסוד משפטית, לפיה העילה אינה מותנית בהתנהגות מדירה של בעל המונופולין. כפי שנראה, בית המשפט העליון אימץ מושכלות יסוד אלו.

2.1. מושכלת יסוד כלכלית ראשונה: רווחת הצרכן תלויה לא רק במחיר אלא גם בתמורה המתקבלת

עניינה של מושכלת היסוד הראשונה הוא בתובנה כי רווחת הצרכן, שהיא הערך העיקרי עליו 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- "מוצר" יכול גם שירות). נדגים. נניח ששתי תרופות מטפלות באותה מחלה ועלויות הייצור שלהן זהות. תרופה א' עולה פי שתיים מתרופה ב'. ברור שלא ניתן לטעון שהמחיר של תרופה א' מופרז בהשוואה לתרופה ב' אם האריזה של תרופה א' מכילה כמות כפולה של כדורים

³⁰ F. Jenny, Abusively High prices, Competition Law and Economic Analysis, Address at CRESSE 12th International Conference on Competition and Regulation (Jul. 1, 2017).
³¹ F. Jenny, *Abuse of Dominance by Firms Charging Excessive or Unfair Prices: An Assessment*, in EXCESSIVE PRICING: competition law is clearly an inadequate instrument to fight excessive prices for analytical and practical reasons."

³² OECD, לעיל ה"ש 10, בעמוד 4: "Interventions by competition authorities to deal with [excessive prices] directly are considered controversial at best."

³³ **בגפניאל**, לעיל ה"ש 1, פסקה 38.

שם.

³⁴ שם, פסקאות 39 ו-40.

³⁵ שם, פסקאות 38 ו-46.

³⁶ שם, פסקה 46.

(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 באריות 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.³⁷ למשל, אם צרכנים מעדיפים לרכוש את מוצר א' למרות 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 יותר בזול. 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 המסים לא יחשב למופרז בהשוואה למחיר עבור שירותי גלישה באינטרנט, משום שלמייצגי נישומים מובטח רוחב פס גבוה יותר אשר מעלה את מהירות הגלישה שלהם.³⁸ 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",³⁹ וכי בעת החלת העילה יש לבחון "כיצד הגבלות על מחירו של המוצר ישפיעו על המגוון, האיכות, הזמינות ומחיר המוצרים שיוצרו לצרכנים בעתיד".⁴⁰

2.2. מושכלת יסוד כלכלית שנייה: התנאים לקיום מחיר תחרותי ומה הוא מכסה

גפניאל קובע כי כדי שמחיר ייחשב כמופרז, עליו להיות גבוה "באופן ניכר מהמחיר התחרותי".⁴¹ 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.⁴²

בהתאם להגדרה הכלכלית, המחיר התחרותי שווה למחיר שהיה מתקבל בתחרות משוכללת. מחיר זה שווה לעלות השולית של הפירמה, קרי ההפרש בין העלות כאשר היחידה האחרונה מיוצרת וכאשר היא איננה מיוצרת. דא עקא, לפחות בטווח הקצר מחיר זה איננו מכסה בהכרח את עלות ההשקעות והעלויות הקבועות הכרוכות בייצור, לרבות רכישי ציוד קבוע, עלות המחקר והפיתוח (מו"פ) שהובילו לשיפור המוצר או הליכי הייצור שלו, עלות הסיכון בהשקעה

³⁷ "העדפה נגלית" היא מושג בסיסי בכלכלה. ראו, למשל, P. A. Samuelson, *A Note on the Pure Theory of Consumers' Behavior*, 5(17) *ECONOMICA* 61 (1938); P. A. Samuelson, *Consumption theory in terms of revealed preference*, 15(60) *ECONOMICA* 243 (1948).

³⁸ ת"צ (ת"א) 35356-08-15 **מנירב ואח' נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ** (18.1.2021).

³⁹ **גפניאל**, לעיל ה"ש 1, פסקה 45.

⁴⁰ שם.

⁴¹ שם, פסקה 28.

⁴² ראו, למשל, גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 8 ("אם המטרה של חוק התחרות תושג במלואה, כל השווקים ייהנו ממחיר תחרותי, ואף פירמה לעולם לא תוכל לגבות מחיר מעליו").

בשוק, והעלות האלטרנטיבית של ההשקעה, קרי התשואה שהייתה מתקבלת מהשקעת הכסף באפיק אלטרנטיבי.⁴³ כנספח א' אנו מביאים דוגמה הממחישה שמחיר השווה לעלות השולית עלול להביא לקריסת הספק ולפגיעה בצרכנים.

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 במכרוז לאספקת שירותי טלוויזיה בכבלים בישראל.⁴⁴ 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.⁴⁵ מחיר כזה משקף את המחיר התחרותי בטווח הארוך. אכן, **בגפניאל** נקבע שיש לקחת בחשבון את כל עלויות הייצור- הן הקבועות והן המשתנות.⁴⁶

בנוסף, חשוב להדגיש כי מחיר תחרותי 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 את התנאים בהם תיתכן תחרות משוכללת.

מוצרים הומוגניים: מוצרים הומוגניים הם מוצרים הנתפסים על ידי הצרכנים כתחליפים מושלמים זה לזה, כגון סחורות דוגמת מתכות, מינרלים וכימיקלים, ומוצרי אנרגיה. כאשר המוצרים הומוגניים, הצרכנים רוכשים מהספק הזול ביותר, ולכן כלל המחיר האחיד מתקיים (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, ולכן המחיר ייקבע מעבר לעלות השולית, גם כאשר מספר הפירמות בשוק גדול.

פונקציית העלות של הפירמות: שווי 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 שווי משקל תחרותי משום שלכל יצרן (אשר לוקח את המחיר כנתון) כדאי להגדיל את היקף הייצור, ולכן ההיצע תמיד עולה על הביקוש, בסתירה להנחה שקיים שווי משקל.⁴⁷

בעיה של סיכון מוסרי: 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 גזר הניתן ליצרנים כאשר הם מספקים איכות גבוהה,

⁴³ הסיכון שפירמות נוטלות על עצמן איננו מבוטל. סקירת ספרות אמפירית העלתה כי בממוצע רק כ-60% מכלל המוצרים החדשים שיוצאים לשוק מצליחים. G. Castellion and S.K. Markham, *Perspective: New Product Failure Rates: Influence of Argumentum*. *ad Populum and Self-Interest*, 30(5) JOURNAL OF PRODUCTION INNOVATION MANAGEMENT 976 (2013). כאשר מתעלמים מסיכונים אלה ובוחרים רק הצלחות, מתקבלת תמונה מוטת של הסיכוי להרוויח מהשקעות. לחשיבות רמת הסיכון לחישוב הוגנות המחיר ראו גם רייס, לעיל ה"ש 3, פיסקה 26; *Case COMP/A.36.570/D3 Sundbusserne v. Port of Helsingborg* (2006), פיסקה 199 ("Fair price"...should take into account... the uncertainties involved in determining production costs, and the cost of capital").

⁴⁴ בש"א (מחוזי ת"א) 36128/99 **מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ** פ"מ תשס"ד(2) 27 (2006).

⁴⁵ אכן, גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 11, קובע כי העלות הרלוונטית היא העלות התוספתית הממוצעת לטווח הארוך אשר מביאה בחשבון הן את העלויות המשתנות והן את העלויות הקבועות של הפירמה.

⁴⁶ **גפניאל**, לעיל ה"ש 1, פיסקה 44.

⁴⁷ ראו, למשל, M. Armstrong, S. Cowan, and J. Vickers, *REGULATORY REFORM: ECONOMIC ANALYSIS AND BRITISH EXPERIENCE* (1994). שווי משקל תחרותי גם איננו קיים כאשר העלות השולית קבועה, משום שאז מחיר השווה לעלות השולית איננו מכסה את העלויות הקבועות.

והמקל הוא אובדן הפרמיה בעקבות נטישת צרכנים שלא קיבלו איכות גבוהה.⁴⁸ 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 בהם 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. בשווקים כאלה, שיווי המשקל הטיפוסי מתאפיין בפיזור מחירים: יצרנים גובים לעיתים מחירים גבוהים ולעיתים נמוכים,⁴⁹ ויצרנים שונים מציעים מחירים שונים.⁵⁰ 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,⁵¹ ורוזנטל הראה שבשווקים עם חיפוש, עלייה במספר המתחרים בשוק מעלה את המחיר הממוצע.⁵²

כיוון שבמרבית השווקים לא מתקיימים התנאים הנחוצים לתחרות משוכללת, הרי שלא ניתן לטעון שזה המצב שהיה שורר אילולא ניצל בעל המונופולין את כוחו לרעה,⁵³ וממילא גם לא ניתן להשתמש במחיר התחרותי, שאיננו יכול להתקיים, כאמת המידה לקביעת הגנות המחיר של בעל מונופולין. גרוע מכך, כפי שיפורט במושכלה הבאה, וכפי שקבע גם בית המשפט העליון, כפיית המחיר התחרותי עלולה להביא לשיבושים בפעולת השוק: הפירמות לא יספקו איכות גבוהה, או שלא יספקו את המוצר כלל, וציבור הצרכנים ייפגע.

2.3. מושכלת יסוד כלכלית שלישית: חשיבות התמריצים הדינמיים לפעולת השווקים ולרווחת הצרכנים

אין רבותא שמחיר גבוה פוגע בצרכנים בטווח הקצר. כאשר המחיר עולה על עלות הייצור השולית של המוצר, לפחות חלק מהצרכנים מפסיקים 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

⁴⁸ ראו, למשל, C. Shapiro, *Premiums for High Quality Products as Returns to Reputations*, 98(4) THE QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS 659 (1983). וכן, J. Tirole, THE THEORY OF INDUSTRIAL ORGANIZATION (1988), ch. 2.6.

⁴⁹ 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. I. Hendel and A. Nevo, *Intertemporal Price discrimination in Storable Goods Markets*, 103(7) AMERICAN ECONOMIC REVIEW 2722 (2013).

⁵⁰ ראו, למשל, J. Stiglitz, *Imperfect Information in the Product Market*, in HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION, (R. Schmalensee and R.D. Willig eds. 1989) Vol I, Chapter 13; M., J. Baye and P. Scholten Morgan, *Information, Search, and Price Dispersion*, in HANDBOOK ON ECONOMICS AND INFORMATION SYSTEMS (T. Hendershott ed. 2006).

⁵¹ C. Fershtman and A. Fishman, *The 'Perverse' Effects of Wage and Price Controls in Search Markets*, 38 EUROPEAN ECONOMIC REVIEW 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.

⁵² R. Rosenthal, *A Model in Which an Increase in the Number of Sellers Leads to a Higher Price*, 48(6) ECONOMETRICA (1980). 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.

⁵³ **גפניאל**, לעיל ה"ש 1, פסקה 44, המסתמך על גילוי דעת 1/17. דוגמה להתערבות מחירים באופן שפגע בצרכנים הוא המחסור שנוצר באספקת חמאה בישראל בסוף 2018, ככל הנראה בגלל שהמחיר המפוקח של חמאה לא כיסה את עלויות הייצור שלה, ולכן היצרניות הקטינו במידה ניכרת את היקף ייצורה.

שהעסקה יוצרת לקונה לבין העלויות של המוכר; הגדלה זו שבאה על חשבון הקונים, מכונה לעיתים "העברת ערך".⁵⁴ 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 3 ש"ח יעבור מהם אל הפירמה, וכך תיווצר העברת ערך. כאשר עסקינן במוצר שהשפעתו על המשק רבה, "עלול להיווצר עיוות בהקצת הייצור והמקורות במשק".⁵⁵ עיוות כזה מביא לכך שניתן לייצר באמצעות אותם משאבים פחות, ולכן רווחת הצרכנים נפגעת.

אלא שהשאיפה למנוע נטל עודף והעברת ערך מתמקדות במחיר בטווח הקצר, תוך התעלמות ממספר מושכלות יסוד כלכליות 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 ישפיעו על איכות, מגוון, זמינות, ומחיר המוצרים שיוצרו בעתיד. כיוון שככלל, פירמות מחליטות מה לספק וכמה, בין היתר בהתחשב במחיר אותו יוכלו 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 אשר יוצרת נטל עודף בטווח הקצר עשויה להיות הכרחית כדי לספק לפירמות תמריצים שימנעו נטל עודף גדול עוד יותר בטווח הארוך.**⁵⁶

בגפניאל מכיר בית המשפט העליון 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 ביכולותו הדינמית של השוק החפשי, הכוונה היא לפגיעה בתמריצים לא רק של בעל המונופולין אלא גם של כל אותם שחקנים השוק ששוקלים להשקיע בצמיחה ובהתייעלות".⁵⁷

חשוב להדגיש 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.⁵⁸ כדי למלא תוואי זה בתוכן, אנו מדגימים כעת כיצד תמריצי השקעה של פירמות עלולים להיפגע, סוקרים את המחקר הכלכלי שבחן את הקשר בין שולי רווח להשקעות, דנים בחשיבות ההשקעות והיעילות הדינמית לרווחת הצרכן, ומצביעים על תובנות רלוונטיות מהניסיון שנצבר בפיקוח על מחירים.

2.3.1. הקשר בין מחיר גבוה להשקעות

בגפניאל נקבע כי "היכולת לגבות מחיר גבוה יותר מתמריצת השקעה במחקר ופיתוח, בצבירת מוניטין, בהתייעלות בייצור", והשאיפה לגבות מחיר כאמור מניעה את גלגלי השוק.⁵⁹ להן נבסס תובנה זו בניתוח הכלכלי. נקודת המוצא היא התובנה לפיה התמריץ של פירמות להשקיע תלוי בפער בין הרווח עם השקעה לרווח ללא השקעה. ככל שהפער 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

⁵⁴ "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 יותר נמוך. לפגיעות אלה ראו גם **גפניאל**, לעיל ה"ש 1, פסקה 39.

⁵⁵ שם, פסקה 39.

⁵⁶ סוס טרויאני, לעיל ה"ש 20, עמ' 806-12.

⁵⁷ **גפניאל**, לעיל ה"ש 1, פסקה 39.

⁵⁸ שם, פסקה 46.

⁵⁹ שם, פסקה 26.

נמוכים, ולכן יש לה תמריץ חזק להשקיע במטרה "לחמוק מתחרות" ולהפוך למונופול.⁶⁰ 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 שבעל מונופולין אשר הגיע למעמדו בזכות גובה, לא רק שאינו בלתי חוקי, אלא הוא המנוע המניע את הכלכלה.⁶¹

גילה וקלמנט טוענים שחשיבות המחיר הגבוה ליצירת תמריצים לחדשנות והשקעה הינה "תובנה כלכלית מיושנת, המבוססת על גישתו של הכלכלן האוסטרי יוזף שומפטר שנפטר ב-1950".⁶² אלא שטענה זו בטעות יסודה. תרומתו המרכזית של שומפטר הייתה בכך שהוא הדגיש את המימד הדינמי בתחרות, ואת העובדה שהסיכוי להפיק רווחים עתידיים מתמריץ פירמות להשקיע בחדשנות, וכך צרכנים נהנים ממוצרים חדשים וטובים יותר. שומפטר כינה תהליך זה בשם "הרס יצירתי" (Creative destruction).⁶³ רעיון זה מקובל בתאוריה הכלכלית, וחשיבותו רק גברה בשנים האחרונות בעקבות פיתוח מודלים דינמיים, המאפשרים לבחון את תובנותיו במסגרת מודלים פורמליים.⁶⁴ רק לאחרונה עמד גילברט, מחשובי החוקרים בתחום כלכלת חדשנות ומחקר ופיתוח ושימש גם ככלכלן הראשי של רשות התחרות האמריקנית, על חשיבות התובנה של שומפטר כי תחרות משוכללת אינה בהכרח המנוע האידיאלי ליצירת תמריצים לחדשנות.⁶⁵ 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).⁶⁶ גילברט מסכם את הממצאים האמפיריים כך:⁶⁷

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

"Charging of) Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 407 (2004)⁶¹ 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."⁶²

⁶² גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 8, עמ' 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 לכתיבה כלכלית התומכת בטענה זו, ואינם תומכים את טענתם בניתוח הכוחות הכלכליים שיגרמו לפירמות לספק איכות גבוהה יותר בתגובה לריסון מחירים. בנוסף, הם מצטטים מהמאמר C. Syverson, *Market Structure and Productivity: A Concrete Example*, Journal of Political Economy, 112(6), (2004) 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.

H. Hovenkamp, *Schumpeterian Competition and Antitrust* (2008) ראו, למשל, https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1788

⁶⁴ 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" במסגרתה הפירמות מתחרות על ידי השקעות בחדשנות במטרה לנסות ולהשיג מעמד דומיננטי בשוק. מחקרים עכשוויים רבים מכירים בכך שתחרות כזו ממלאת תפקיד מרכזי בתעשיות בהן השוק יכול לתמוך במספר קטן של מתחרים. ראו, למשל, M. Katz, *Big Tech Mergers: Innovation, Competition for the Market, and the Acquisition of emerging Competitors*, INFORMATION ECONOMICS AND POLICY (forthcoming).

R. J. Gilbert, *INNOVATION MATTERS: COMPETITION POLICY FOR THE HIGH-TECHNOLOGY ECONOMY* (2020).⁶⁵

שם.⁶⁶

שם.⁶⁷

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

גם המחקר האמפירי מוכיח, אם כן, כי אין שום סיבה להניח כי "דווקא שוק תחרותי יותר יכול לדרבן השקעה בשיפור המוצר ובמו"פ יותר מאשר שוק מונופוליסטי".⁶⁸ לפיכך, קיים חשש ממשי שהתערבות שנועדה לכפות את המחיר התחרותי עלולה לפגוע בתמריצי ההשקעות של פירמות, ולפיכך ברווחת הצרכן בטווח הארוך. הרעיון לפיו כוח שוק נדרש כדי לתמרץ פירמות להשקיע מוכר גם בדיני הקניין הרוחני, אשר מעניקים לבעל הקניין הרוחני בלעדיות במשך תקופה ארוכה.⁶⁹ למרות 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 למרות שדיני הקניין הרוחני "לוקחים בחשבון כי רק אם פירמה תגבה מחירים מעל ומעבר למחיר התחרותי יהיו לה מספיק תמריצים 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."⁷⁰ דא עקא, תמריצי ההשקעה של פירמות אינם משתנים בהתאם לחוק במסגרתו 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 זמנית כי "רווח תחרותי והמתח התחרותי בין הפירמות" מספיקים תמיד לצורך זה לפי חוק התחרות.

2.3.2. דוגמאות לפגיעה בתמריצי ההשקעה על ידי הגבלת שולי הרווח

דוגמה בולטת לצורך לחרוג מעלות שולית כדי להבטיח תוצאה שטייב בסופו של דבר עם הצרכנים, הם שווקים המתאפיינים בהשקעות ארוכות טווח במו"פ. נהוג לסווג השקעות אלו לשני סוגים. השקעות המיועדות ליעול תהליכי הייצור והפחתת עלויות (process innovation) מיטיבות עם הצרכנים משום שלפחות חלק מההפחתה בעלויות מתגלגלת 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 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 מספר שנים (אם בכלל) היה משפר את הרווחה בהשוואה למצב שבו החיסונים אמנם 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 שלמרות שהטענה איננה חדשה,⁷¹ הספרות המשפטית לא סיפקה עד היום ניתוח מסודר, המעוגן בתאוריה כלכלית, של השפעת העילה על תמריצי השקעות, ולא פרטה את המנגנונים הקונקרטיים שבהם פגיעה בתמריצי ההשקעות עלולה לפגוע בצרכנים.

⁶⁸ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 8. אחד המאמרים שהם מצטטים (בה"ע 183) כדי לתמוך בטענתם כי "הוכח אמפירית כי דווקא שוק תחרותי יותר יכול לדרבן השקעה בשיפור המוצר ובמחקר ופיתוח יותר מאשר שוק מונופוליסטי" (ההדגשה הוספה) הוא המאמר של אגיון ואחרים. טענה זו מטעה משום שאגיון ואחרים מצאו קשר הדומה 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 במצבים מסוימים דווקא שוק תחרותי פחות יכול לדרבן השקעה בשיפור המוצר ובמחקר ופיתוח יותר מאשר שוק תחרותי".

⁶⁹ חוק הפטנטים תשכ"ז-1967.

⁷⁰ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 8, סעיף 7.2.

⁷¹ תורת ההחלטות, לעיל ה"ש 20.

א. פגיעה אפשרית בתמריץ לשפר את איכות המוצר שהפירמה מציעה

נניח שכדי לשפר את איכות המוצר נדרשת השקעה במו"פ, שבחלק מהמקרים נכשלת.⁷² 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 אמנם גדל ב-50%, אך רווחת הצרכנים גדלה ב-400%. החלת העילה באופן מרחיב עלולה לגרום לפירמות להימנע מהשקעות מסוכנות, שבלעדיהן מחיר המוצר אמנם 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.

ב. פגיעה אפשרית בתמריץ להתייעל ולהפחית עלות

נניח שפירמה פועלת כמונופול והעלות שלה היא 6 ש. אם מתירים לפירמה שולי רווח של 20%, המחיר לצרכן יהיה 7.20 ש. האם כדאי לפירמה במצב כזה להתייעל ולהפחית את העלות שלה מ-6 ש ליחידה ל-2 ש ליחידה? אם הפירמה עושה זאת, היא תוכל לגבות מחיר של 2.40 ש (20% מעבר לעלות), ושולי הרווח שלה על כל יחידה יפחתו מ-1.20 ש (הפרש בין מחיר של 7.20 ש לעלות של 6 ש ליחידה) לפני התייעלות, ל-0.40 ש אחריהן. אמנם 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, ישתלם לה לנפח את העלות ל-6 ש.⁷³ ללא התייעלות, הצרכן גם איננו נהנה מירידה במחיר המוצר (מ-7.20 ש 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 ההיפך. חשוב להדגיש: מגבלה על שולי רווח איננה תמיד מזיקה לצרכנים, אלא שחשיבה פשטנית, לפיה הגבלת שולי רווח של בעלי מונופולין תמיד מסייעת לצרכנים, מבלי לקחת בחשבון את ההשפעות של הצעד על התמריצים של בעל המונופולין, עלולה לפגוע בצרכנים.

ג. 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 אמנם 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, 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 בויתור על הוזלה במחיר בטווח הקצר. תובנה כלכלית זו משתקפת גם בפסיקה.

⁷² כאמור Castellion and Markham, לעיל ה"ש 43, מראים כי רק 60% מהמוצרים החדשים שיוצאים לשוק מצליחים.
⁷³ 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 מתמצת את בעל המונופולין לנפח את ההון המושקע שלו, כדי לנפח את רווחיו. H. Averch and L. Johnson, *Behavior of the Firm under Regulatory Constraint*, 52 THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW 1052 (1962).

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 שרותיה.⁷⁴ 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."

2.3.3. 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, בה מרבית השחקנים בשוק מפסידים ואולי גם נפלטים מהשוק, ואילו הפירמות השורדות מרוויחות לעיתים סכומים גבוהים.⁷⁵ תהליך התחרות הדינמית מונע מהתקווה של פירמות כי הן יהיו אלה שישרדו בשוק וירוויחו. לכן, כדי ליהנות מיתרונות התהליך התחרותי, יש להכיר בכך שתחרות גם לעיתים יוצרת, 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:⁷⁶

"[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".⁷⁷

⁷⁴ אברהמי, לעיל ה"ש 44.

⁷⁵ D. Evans, V. Y. Zhang, and X., Zhang *Assessing Unfair Pricing under China's Anti-Monopoly Law for Innovation-Intensive Industries*, COMPETITION POLICY INTERNATIONAL (2014). בענפים חדשים מקובל תהליך של shakeout במסגרתו 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. M. Igami and K. Uetake, *Mergers, Innovation, and Entry-Exit Dynamics: Consolidation of the Hard Disk Drive Industry, 1996-2016*, REVIEW OF ECONOMIC STUDIES 87(6) (2020).

⁷⁶ T. 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 P. Lowe, Consumer Welfare and 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

⁷⁷ F. H. Easterbrook, *Ignorance and Antitrust*, in ANTITRUST, INNOVATION AND COMPETITIVENESS מתוך 119 (T. Jorde & D. Teece eds., 1992).

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.⁷⁸ החוק מעודד מפורשות התייעלות וחדשנות של היצרן, אשר עשויה להוריד את עלויות המוצר או לשפרו, ולחסוך משאבי ייצור למשק.⁷⁹ 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 הגשמת מטרה זו באי עליית מחירים.⁸⁰ בדומה, ההנחיות לניתוח מיזוגים אופקיים קובעות כי "סוגי יעילות אשר משפרים את יכולתה ותמריציה של החברה המתמזגת להתחרות באופן שישרת את הציבור ויתבטא בסופו של דבר במחירים נמוכים יותר, איכות משופרת, מגוון או טכנולוגיה חדשה, יילקחו בחשבון."⁸¹ אלו הן רק שתי דוגמאות המדגימות מדוע הטענה לפיה "נקודת המוצא של דיני [התחרות] היא כי רווחים תחרותיים מספיקים לעידוד השקעות מועילות",⁸² שגויה. אכן, **בגפניאל** מדגיש בית המשפט שמטרתה של תחרות חופשית איננה רק להוזיל מחירים, אלא גם להביא "הגדלת המגוון והאיכות של מוצרים שונים" וכן "יצירת תמריצים להתייעלות ולחדשנות", אשר יחד מביאים להגדלת הרווחה הכלכלית.⁸³

2.3.4. הניסיון שנצבר בתחום הפיקוח על מחירים

חשיבות השיקולים הדינמיים עולה גם מהנסיון 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)."⁸⁴ כיוון שהעילה היא סוג של פיקוח מחירים, חשוב ללמוד מהניסיון רב השנים שנצבר בתחום זה כאשר באים לבחון מתי ובאלה 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.⁸⁵ 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 שצולחו, אלא גם של השקעות שכשלו, אחרת הפירמות הנתונות לפיקוח יימנעו מהשקעות מסוכנות אשר עלולות להיכשל.⁸⁶

תובנות אלו קיבלו ביטוי לא רק בספרות המחקרית, אלא גם בפסיקה של בתי משפט ובהחלטות של רשויות פיקוח ברחבי העולם.⁸⁷ כך למשל, בעניין **Smyth** קבע בית המשפט העליון של ארה"ב כי פירמה הנתונה לפיקוח מחירים זכאית לתשואה הוגנת על השקעותיה.⁸⁸ רשויות פיקוח בארה"ב פועלות לפי עיקרון זה מאז ועד היום, כמו גם רשויות פיקוח במדינות אחרות. בהחלטה מאוחרת יותר, בעניין **Hope Natural Gas** קבע בית המשפט כי המשקיעים זכאים

⁷⁸ ראו, למשל, D. Ginsburg and J. Wright, *Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions*, 78(1) ANTITRUST LAW JOURNAL 1 (2012), ע"פ 2560/08 מדינת ישראל נ' וול ואח' (פורסם בנבו, 6.7.2009).

⁷⁹ בג"ץ 588/84 ק.ש.ר סחר אסבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד מ(1) 29 (1986).

⁸⁰ סעיף 10 לחוק התחרות הכלכלית 1988.

⁸¹ רשות התחרות, גילוי דעת 1/11 "הנחיות בדבר הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים" (2011), עמ' 3-22.

⁸² גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 8, בעמ' 12.

⁸³ **בגפניאל**, לעיל ה"ש 1, פסקה 25 והמקורות המנויים שם.

⁸⁴ ת"צ 16/05/36098 **צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ** (19.1.2019), פסקאות 22-23; **זליכה**, לעיל ה"ש 13, פסקה 89.

⁸⁵ Scientific Background on the Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2014 "Jean Tirole: Market Power And Regulation," <https://www.nobelprize.org/uploads/2018/06/advanced-economicsciences2014.pdf>

⁸⁶ ראו, למשל, A. Kahn, *Who Should pay for Power-Plant Duds?*, *Wall St. Journal*, Aug. 15, 1985, p. 26.

⁸⁷ לאנגליה ראו M. Armstrong, S. Cowan, and J. Vickers, *REGULATORY REFORM: ECONOMIC ANALYSIS AND BRITISH EXPERIENCE* (1994) ch. 6.

⁸⁸ *Smyth v. Ames* (1898) 169 U. S. 466

לשיעור תשואה שלא רק יבטיח שהפירמה לא תקלע לקשיים פיננסיים, אלא גם יבטיח למשקיעים תשואה דומה לזו לה יכלו לצפות לו השקיעו את כספם בהשקעות אחרות בעלות סיכון דומה.⁸⁹ בעניין **Duquesne Light** הכיר בית המשפט בכך שחלק גדול מהסיכון המוטל על חברות הפועלות תחת פיקוח מחירים מקורו בחוסר הודאות הנובעת מפעולותיה של רשות הפיקוח עצמה.⁹⁰ העיקרון לפיו תעריפים בפיקוח צריכים לשמר את תמריצי ההשקעות של פירמות בפיקוח אומץ בין השאר גם באיחוד האירופי,⁹¹ ובבריטניה.⁹² גם בישראל קבעה וועדת המחירים כי "בעת ביצוע הפיקוח על המחירים יש לשמור על איזון בין הבטחת האינטרסים של המשקיע והצרכן."⁹³

הניסיון הרב שנצבר בתחום פיקוח המחירים מעלה מספר מסקנות חשובות לענייננו. ראשית, שיקולים דינמיים ממלאים תפקיד מרכזי בפיקוח מחירים, גם כאשר המונפול מוענק ומוגן על ידי המדינה ואיננו חשוף לסיכונים שבתחרות. בפרט, תעריפים בפיקוח של מונפולים בתחומי התשתיות בארה"ב, באירופה, ובישראל, מתחשבים לא רק בעלויות הייצור, אלא בשיקולים נוספים כגון הסיכונים העסקיים והתמריצים הכרוכים בהשקעות, וזאת כדי להבטיח שהפירמות המפוקחות יפעלו בצורה שמיטיבה עם הצרכנים בטווח הארוך. שנית, למרות יותר ממאה שנים של דיונים בשאלה מהי תשואה הוגנת לפירמות שבפיקוח, פיקוח מחירים עדיין רצוף קשיים וחוסר ודאות. כדי להקטין אותם, הפיקוח מתבצע מראש, על ידי רשות בעלת מומחיות לשוק הספציפי בו פועל המונפול, תוך התדיינות שוטפת עם הפירמה עצמה, ועל בסיס נתונים מפורטים.⁹⁴

2.4. מושכלת יסוד כלכלית רביעית: חשיבות הודאות עבור השקעות בשוק

מושכלת היסוד הכלכלית הרביעית עוסקת בחשיבות רמת הודאות שיש לשחקנים בשוק לגבי שולי הרווח שיותר להם לגבות במסגרת החוק. בהיעדר וודאות, קשה להעריך נכונה כמה רווח תניב ההשקעה והאם היא כדאית. סיכון זה מקטין את התמריץ להשקיע, ולכן פוגע בצרכנים. אכן, חוסר הודאות שהעילה יוצרת, והמחיר שבציודו, היוו שיקול מרכזי באימוץ גישה זהירה ומרוסנת להחלת העילה ברחבי העולם, כמו גם בגפניאל.⁹⁵

על הפגיעה ברווחה החברתית כתוצאה מחוסר וודאות 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.⁹⁶ בהקשר של פיקוח מחירים, בעיית האופורטוניזם נובעת מכך שכל עוד הפירמה המפוקחת טרם השקיעה, יש למאסדר אינטרס 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

⁸⁹ FPC v. Hope Nat. Gas Co., 320 U.S. 591 (1944).

⁹⁰ Duquesne Light Co. v. Barasch, 488 U.S. 299 (1989).

⁹¹ למשל, Directive 2012/34/EU of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012, Establishing a Single European Railway Area ("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...")

⁹² למשל, Ofwat (2010), "Financial Performance and Expenditure of the Water Companies in England and Wales 2009-10," Report, September 28, 2010; Ofwat (2011), "Financeability and Financing the Asset Base – A Discussion Paper," March 3, 2011.

⁹³ מדינת ישראל משרד האוצר – אגף התקציבים, "מתודולוגיה חדשה לפיקוח על המחירים", 23 בינואר 2017.

<https://www.gov.il/he/Departments/General/methodology>

⁹⁴ OECD, לעיל ה"ש 10.

⁹⁵ ראו דיון בפרק זה להלן.

⁹⁶ Oliver E. Williamson, THE ECONOMIC INSTITUTIONS OF CAPITALISM (1985).

מראש שכך יקרה, ולכך היא עלולה להקטין את השקעותיה מראש, או אף להימנע מהן כליל.⁹⁷ ספילר טוען שתמריץ-חסר להשקעות הוא הנורמה במקרים כאלה.⁹⁸ וייליאמסון מתייחס אמנם 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.⁹⁹ 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.¹⁰⁰ בישראל מדיניות הממשלה להפחתת הנטל הרגולטורי המוטל על עסקים קוראת בברור ליצירת כללים "ברורים וודאיים", ויצירת "בהירות, ודאות ועקביות למפוקחים".¹⁰¹ דא עקא, בפועל לא ניתן ליצור כללים כאלה משום ששולי הרווח הנדרשים לתמריץ 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 בו מדובר, ובפרמטרים השונים שעשויים להשפיע על רווחת הצרכן, ולא באמצעות תביעות המתבררות בבתי משפט שאינם מתמחים. בנוסף, כמפורט להלן, חוסר הודאות גוברת בשל בהיעדר תיאוריה כלכלית סדורה למבחן מתי מחיר מתחיל להיות בלתי הוגן, וזאת למרות 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 ובחוקים אחרים.¹⁰² אלא שטענה זו מתעלמת מכך שהקשיים בהחלת עילה זו אינם רק פרוצדורליים, אלא מהותיים קונצפטואליים.¹⁰³ בעילות אחרות קיימת תיאוריה 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, ולהימנע מהן כאשר יש ספק אם הן מותרות, הרי שבהיעדר מתודולוגיה ברורה, קביעת מחיר שלא ייחשב בדיעבד כבלתי הוגן עשויה להיות לא רק יקרה ושרירותית, אלא 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 ודאי ליישום העילה".¹⁰⁴ זאת כיון 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".¹⁰⁵ 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".¹⁰⁶ החשש מהרחבת יתר כאמור "מתעצם לנוכח הסנקציות הנלוות לקליטתה של עילה זו בדין הישראלי, אשר לשילובן אין אח ורע באף שיטת משפט

O. E. Williamson, *Franchise Bidding for Natural Monopolies—in General and with Respect to CATV*, 7(1) THE BELL JOURNAL OF ECONOMICS 73 (1976-7). למודלים פורמליים של בעיית האופורטוניזם והעיוותים שהיא יוצרת בהשקעות של פירמות תחת פיקוח, ראו DANIEL F. SPULBER, REGULATION AND MARKETS (1989) וכן Y. Spiegel, *The Capital Structure and Investment of Regulated Firms under Alternative Regulatory Regimes*, 6 JOURNAL OF REGULATORY ECONOMICS 297 (1994).

P. Spiller, *A Tribute to Oliver Williamson Regulation: A Transaction Cost Perspective*, 52(2) CALIFORNIA MANAGEMENT REVIEW 147 (2010).

⁹⁷ שם.

⁹⁸ OECD, לעיל ה"ש 10, בעמ' 22.

⁹⁹ https://www.gov.il/he/departments/policies/2014_govdec2118

¹⁰⁰ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 8.

¹⁰¹ עמדת היועמ"ש, לעיל ה"ש 12, סעיף 44.

¹⁰² **גפניאל**, לעיל ה"ש 1, פסקה 39.

¹⁰³ שם, פסקה 28.

¹⁰⁴ שם, פסקה 39.

אחרת בעולם.¹⁰⁷ גם דעת המיעוט הדגישה את הקשיים הכרוכים בהחלת המבחן, אשר יוצרים חוסר וודאות 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, עלול ליצור אפקט מצנן כלפי חברות הפועלות בשוק או מבקשות להכנס אליו."¹⁰⁸ כדי להימנע מתוצאה זו, יש להחיל את העילה רק במקרים מובהקים בהם ברור, על פניו, שהמחיר מופרז ובלתי הוגן.

2.5 תובנה כלכלית המישית: מגבלות מוסדיות מקרינות על היקף העילה

אכיפתו של חוק, והתמריצים שהיא יוצרת, מושפעים גם ממהות המוסד האוכף- מומחיותו, הכלים שבידו, והעת בה מוחל האיסור.¹⁰⁹ אכן, בגפניאל קובע 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."¹¹⁰ זאת משום שבית 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.¹¹¹ גם השופט הנדל מדגיש ש"[ה]קשיים [הכרוכים בהחלת המבחן, אשר יוצרים חוסר וודאות] 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."¹¹² אכן, "עסקינן בשאלות כלכליות שהאינטואיציה הפשוטה לא תואמת את התשובה המורכבת עליהן... זהו שדה הדורש מומחיות והבנה לעומק של הליכים שוקיים."¹¹³

זאת ועוד: כמפורט 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.¹¹⁴ אכן, התאוריה הכלכלית של second best מראה שבקשת רחבה של מקרים, כאשר לא ניתן לשלוט בכל המשתנים, הניסיון לבחור משתנה אחד אשר ניתן לשלוט בו בצורה אופטימלית, עלולה להביא לתוצאה גרועה יותר מאשר אי התערבות.¹¹⁵ מרקוביץ' טוען ההנחה הסטנדרטית במשפט וכלכלה לפיה 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. 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.¹¹⁶ על כן פיקוח יעיל נדרש לבחון ולאסדר לאורך זמן גם שינויים בפרמטרים נוספים מלבד המחיר. זוהי 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.¹¹⁷ התערבות חד פעמית לרוב איננה מספיקה, ואף יכולה להזיק.

¹⁰⁷ שם, פסקה 41.

¹⁰⁸ הנדל, לעיל ה"ש 6, פסקה 5.

¹⁰⁹ ראו דיון ב-Limiting Litigation, לעיל ה"ש 23.

¹¹⁰ גפניאל, לעיל ה"ש 1, פסקה 39.

¹¹¹ דוגמה טובה לכך הוא עניין נאור, לעיל ה"ש 2, בו נעזר לבסוף בית המשפט בנתוני רווחיות של חברות זרות שהונחו בפניו למרות הספיקות שהשמיע ביחס לרלוונטיות של נתונים אלה לברור גובהו של מחיר הקוטג'.
¹¹² הנדל, לעיל ה"ש 6, פסקה 5.

¹¹³ שם, פסקה 3.

¹¹⁴ רע"א 16/9771 נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד נ' נזרי (פורסם בנבו, 28/9/2017).

¹¹⁵ R. G. Lipsey and K. Lancaster, *The General Theory of the Second Best*, 24(1) REVIEW OF ECONOMIC STUDIES 11 (1965).

¹¹⁶ D. Gilo and Y. Spiegel, *The Antitrust Prohibition of Excessive Pricing*, 61 INTERNATIONAL JOURNAL OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 503 (2018).

¹¹⁷ עמדת האיחוד האירופי במסמך ה-OECD, לעיל ה"ש 10, עמ' 312.

גם היעזרות בעדים מומחים אינה פותרת את הבעיה. ראשית, בירור גובהו של מחיר ראוי היא 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 מצריכות ידע כלכלי נרחב שאין למרבית השופטים.¹¹⁸ כך, למשל, המלומד הידוע פוזנר טוען כי ניתוח אקונומטרי של נתונים (שימוש בשיטות סטטיסטיות לניתוח נתונים כלכליים), אשר הופך ליותר ויותר נפוץ בתיקים הגבליים, 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.¹¹⁹ דעה דומה לגבי הקושי של שופטים לא מתמחים ליישם קריטריונים כלכליים מורכבים בתיקים הגבליים מביעים שופט בית המשפט העליון האמריקני בדימוס השופט ברייר,¹²⁰ כמו גם ראש רשות הסחר הפדראלית, האוכפת חוקי תחרות בארה"ב.¹²¹ אכן, מגבלות מוסדיות הביאו לצמצום משמעותי של העילה גם ברחבי העולם. בארצות הברית, למשל, חוסר התאמתו של בית המשפט לשמש כמאסדר מחירים היווה גורם מרכזי באי ההכרה בעילה.¹²² גם באיחוד האירופי, שם האכיפה נעשית על ידי רשות התחרות, נקבע שהרשות חסרה את המומחיות לפעול כמאסדרת מחירים.¹²³ קביעה דומה מופיעה בגפניאל.¹²⁴

שיקול מוסדי נוסף מקורו בעובדה ש"פיקוח בדיעבד על המחיר" אין בו כדי ליצור פתרון ארוך טווח לבעיה התחרותית שממנה סובל השוק.¹²⁵ בפרט, בישראל מצויים בידי הרגולטור כלים חלופיים, יעילים יותר, אשר יקטינו את החשש מפגיעה ברווחה החברתית שיוצרת העילה. הן חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996, והן פיקוח במסגרת סעיף 30 לחוק התחרות מאפשרים למנוע ניצול לרעה של כוח שוק תוך צמצום הפגיעה בתמריצי הפירמות.¹²⁶ קיימת הסכמה רחבה כי הסדרה מראש, כאשר היא אפשרית, היא כלי עדיף, כיון שהיא יוצרת ודאות אצל בעל המונופולין. כך קובע למשל שופט של בית הדין האירופי,¹²⁷ 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

¹¹⁸ למשל, ביי ורייט בחנו תיקי תחרות בארה"ב והסיקו כי "some antitrust cases are too complicated for generalist judges." M. Baye and J. Wright, *Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity and Judicial Training on Appeals*, 54(1) JOURNAL OF LAW & ECONOMICS 1 (2011).

¹¹⁹ R. Posner, *The Law and Economics of the Economic Expert Witness*, 13(2) JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES 91 (1999).

¹²⁰ *Leegin Creative Leather Products, Inc v PSKS, Inc*, 551 US 877, 917 (2007); *FTC v Actavis*, 570 US 136, 173 (2013).

¹²¹ R. Chopra and L. Kahn, *The Case for "Unfair Methods of Competition" Rulemaking*, 87(2) U. CHICAGO LAW REVIEW (2020).

¹²² Two Systems, לעיל ה"ש 26.

¹²³ Margrethe Vestager, "Protecting Consumer from Exploitation," Chillin' Competition Conference, Brussels 21.11.2016,

https://wayback.archiveit.org/12090/20191129221154/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/protecting-consumers-exploitation_en ("The last thing we should be doing is to set ourselves up as a regulator, deciding on the right price.")

¹²⁴ גפניאל, לעיל ה"ש 1, פסקה 47.

¹²⁵ שם, פסקה 39.

¹²⁶ תורת ההחלטות, לעיל ה"ש 20; זליכה, לעיל ה"ש 13, פסקאות 6-85.

¹²⁷ Opinion of AG Wahl, Case C-177/16 Biedrība 'Autortiesību un Komunicēšanās Konsultāciju Aģentūra – Latvijas Autoru apvienība' v. Konkurences padome, ECLI:EU: C:2017:286, פסקה 105 וה"ש 47.

הוא תנאי ההכרחי לאכיפת העילה.¹²⁸ גם בדרום אפריקה קבע בית הדין לתחרות כי אכיפת העילה מיועדת לאותם מקרים נדירים בהם לא ניתן לפתור את הבעיה באמצעות רשות פיקוח או באמצעות תחרות.¹²⁹

מצרף גורמים אלו מובילים למסקנה שדרך המלך לטפל במחירים מופרזים היא באמצעות רשות פיקוח בעלת מומחיות לשוק הספציפי בו פועל בעל המונופולין, 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.¹³⁰ במקרים בהם רשות 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 בהם אכיפה כזו מוצדקת. לעומת זאת, לתובע 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.¹³¹ 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.¹³² 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 קיים "כשל רגולטורי": הרשות הרלוונטית איננה יכולה לפעול או שהיא מתרשלת בתפקידה. התובע הפרטי יכול במקרה כזה להחליף את הרשות הציבורית באכיפת החוק. אכן, בעניין נובל אנרג'י נקבע כי ניתן להגיש את הרשויות המתאימות בחנו את הסוגיה בכללותה, אך לא בחנו את גובהו של המחיר הנבחן.¹³³ בכל יתר המקרים, יש לצמצם ביותר את האכיפה הפרטית. אכן, מגבלות אלו הביאו את רשות התחרות הבריטית להמליץ לא לאפשר להחילה בתביעות פרטיות, נזיקיות.¹³⁴ 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."¹³⁵

בהתאם לכך, המגבלות המוסדיות של בית משפט מהוות שיקול חשוב בהחלה זהירה ומרוסנת של האיסור, תוך התמקדות במקרים המובהקים בהם ברור לכל בר בי רב שהתועלת שבאכיפת האיסור תגבר על הנזק.

2.6. מושכלת יסוד משפטית: האיסור חל ללא קשר להתנהגות מדירה

מושכלת יסוד משפטית שכדאי להדגישה, היא 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 בבעלותה משאב טבע ייחודי). למעשה, האיסור חל גם על בעל מונופולין אשר הגיע

M. Motta and A. de Streel, *Excessive Pricing in Competition Law: Never Say Never?*, in THE PROS AND CONS OF HIGH PRICES 14, 22-26 (2007).

Harmony Gold Mining v Mittal Steel South Africa Limited [2007], פסקה 127.

קו מחשבה, לעיל ה"ש 3. בית המשפט העליון דחה את התביעה נגד בוק בינלאומי משום שתעריפיה הוסדרו בתקנות שהתקינה שרת התקשורת.

I. Segal and M. Whinston, *Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey*, 28 EUROPEAN COMPETITION LAW REVIEW 323 (2007); P. McAfee, H. Mialon, and S. Mialon, *Private v. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis*, 92(10) JOURNAL OF PUBLIC ECONOMICS 1863 (2008).

Segal and Whinston, שם.

נובל אנרג'י, לעיל ה"ש 114. 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 מכוח סעיף 52 לחוק, לא פטרה אותן מהאיסור על גביית מחיר מופרז.

OECD, לעיל ה"ש 10, בעמ' 290-1, 296.

הנדל, לעיל ה"ש 6, פסקה 5.

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.¹³⁶

2.7. חמש 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. כפי שנקבע ב**גפניאל**, "סימון קו הגבול [שבו מחיר גבוה ואף מופרז הופך להיות 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."¹³⁷

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 שנקבע ב**גפניאל**, פרשנות כאמור מתנגשת עם מטרת החוק "ליצירת תמריצים להתייעלות ולחדשנות."¹³⁸

שלישית, מטרת החוק אינה להקטין את בעיית הנטל העודף והעברת הערך בטווח הקצר, אלא להגדיל את רווחת הצרכן בטווח הארוך.¹³⁹ החוק מבוסס על ניתוח דינמי ולא סטטי. לשם כך יש לבחון לא רק מחיר אלא גם רכיבים אחרים היוצרים יחד את התועלת לצרכנים, בראשם האיכות; ויש להתחשב בתמריצי ההשקעה המביאים ליצירת תועלות אלו. רביעית, מחיר הטעות ביצירת איזון לא נכון בדמות פגיעה בתמריצי השקעה עלול לעלות על התועלת מהניסיון למנוע מחירים גבוהים, כיון שהיא תיצור "אפקט מצנן כלפי חברות הפועלות בשוק או מבקשות להכנס אליו, תוך פגיעה ברווחת הצרכנים בטווח הארוך."¹⁴⁰ כפי שפורט ב**גפניאל**, מחיר טעות זה נגזר מחוסר הודאות האינהרנטי בהחלת העילה, מהקשיים הפרקטיים בהחלה, ומהמגבלות המוסדיות של בית המשפט, בעיקר במסגרת תביעות פרטיות.¹⁴¹

צרוף מסקנות אלו מוביל למסקנה חמישית: **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 אותם אנו מפרטים להלן, בהם ברור על פניו כי מחירו של מוצר גבוה באופן חריג, ואי ההוגנות זועקת מהעובדות, וכי לא השוק ולא פיקוח מחירים אחר ירסנו אותו.

3. תפיסות הוגנות מחירים של צרכנים

עד כה הדיון התמקד 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, ובמיוחד כאשר בית המשפט נדרש להתייחס לציפיותיו של "הצרכן הסביר". במחקר חלוצי, ערכו חתני פרס נובל בכלכלה, כהנמן ות'יילר, בשיתוף עם קנטש, סקר של משקי בית שהעלה מספר ממצאים החשובים לעניינינו.¹⁴² מחקרם העלה כי רוב גדול של המשתתפים בסקר סברו כי עליית מחירים היא

¹³⁶ נקודה זו סותרת את הטענה לפיה "במקרה של מחיר מופרז התהליך התחרותי לא עבד מלכתחילה." גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 8, עמ' 5.

¹³⁷ **גפניאל**, לעיל ה"ש 1, פסקה 46.

¹³⁸ שם, פסקה 25.

¹³⁹ ראו, למשל, הנדל, לעיל ה"ש 6, פסקה 5.

¹⁴⁰ שם.

¹⁴¹ ראו דיון בפרק זה לעיל.

¹⁴² D. Kahneman, J. Knetsch, and R. Thaler, *Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market*, 76(4) AMERICAN ECONOMIC REVIEW 728 (1986).

הוגנת אם היא באה לכסות על עלייה בהוצאות.¹⁴³ 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 לא צריך להזיל את המחיר לצרכן אם עלויותיו פחתו, במיוחד אם מדובר ביצרן שעובד לבדו ולא בפירמה.¹⁴⁴ משמעות הממצאים לעניינינו היא שקביעת המחיר ההוגן על בסיס המחיר התחרותי, אשר מעבירה את כל או מרבית הערך מהעסקה לצרכנים, לא נתפסת הוגנת בעיני מרבית הצרכנים.

הממצאים של כהנמן, קנטש, ות'יילר עולים בקנה אחד עם תאוריות של צדק קומוטיבי, לפיהן מחיר הוגן מביא לשוויון בין הערכים שהקונה והמוכר מקבלים מהעסקה.¹⁴⁵ לדוגמה, אם צרכן מפיק תועלת של \$100 מצריכת מוצר שעלותו למוכר היא \$20, אזי מחיר של \$60 מביא לחלוקת העודף מעסקה בצורה שווה בין הצרכן לפירמה, ולכן מתיישב עקרונות של צדק קומוטיבי.¹⁴⁶ ואכן, בספר שעומד להתפרסם בקרוב, בוחן ניילבף יחסים בין קונים ומוכרים מהיבטים שונים, ומגיע למסקנה כי חלוקה שווה של העודף בין הקונה והמוכר היא התוצאה היחידה שהיא גם הוגנת וגם פרקטית.¹⁴⁷ מסקנה זו נתמכת גם בניסוי שערך לאחרונה רובינשטיין, מחשובי החוקרים בתאוריה כלכלית ותורת המשחקים בעולם. במסגרת הניסוי, התבקשו סטודנטים לענות על השאלה הבאה:¹⁴⁸

"אלברט קיבל מתנה מסבא וסבתא שלו שהוא לא 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 לא מתעניין בפריט. מה לדעתך המחיר ההוגן לעסקה בין אלברט לבוב?"

כדאי לשים לב כי כמו בדוגמה לעיל, התועלת של הקונה (בוב) מהפריט היא \$100, ואילו העלות של המוכר (אלברט) היא \$20.¹⁴⁹ 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. 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.¹⁵⁰ לעניינינו, 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 גיאוגרפי אחר הנחשב

¹⁴³ 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 זה נמכר במלון מהודר ולא בחנות מכולת מוזנחת. ממצא זה עיקבי עם ההשערה שהמשתתפים מניחים שלמלון מהודר יש עלויות גבוהות יותר. שם.

¹⁴⁴ למשל, 79% מהמשתתפים בסקר סברו כי אם ההוצאות של יצרן שולחנות קטנו ב-\$40, הוגן שהיצרן יזיל את מחיר השולחנות ב-\$20 (ולא ב-\$40). משמע מרביתם סברו שחלוקה שווה של החיסכון בעלויות בין היצרן לקונים היא הוגנת. שם.

¹⁴⁵ W. Boyd, *Just Price, Public Utility, and the Long History of Economic Regulation in America*, 35(3) YALE J. ON REGULATION 721 (1993).

¹⁴⁶ עודף הצרכן הוא 40 (תועלת של 100 פחות מחיר של 60) והרווח של הפירמה הוא 40 (מחיר 60 פחות עלות 20).

¹⁴⁷ ראו B. Nalebuff, *Split the Pie, A Radical New way to Negotiate* (2022, HarperCollins).

¹⁴⁸ 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.

¹⁴⁹ ככלל, עלות מוגדרת בכלכלה ככוללת גם רווח אלטרנטיבי, כלומר רווח שניתן היה להפיק ממכירת המוצר לקונה אחר.

¹⁵⁰ Frey and W. Pommerehne, *On the Fairness of Pricing - An Empirical Survey Among the General Population*, 20 JOURNAL OF ECONOMIC BEHAVIOR AND ORGANIZATION 295 (1993).

ליותר תחרותי. 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 המחיר שצרכנים אחרים משלמים בהווה.¹⁵¹ אנדרסון וסימסטר מצאו שצרכנים מתייחסים להזלות מחירים משמעותיות כאינדיקציה לכך שהמחיר בעבר היה בלתי הוגן.¹⁵² 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.¹⁵³ 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, ובמיוחד 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 ש**מחירים גבוהים יותר של ספק אחד בהשוואה לספק אחר אינם נתפסים כבלתי הוגנים אם פערי המחיר נובעים מפערי עלויות, 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 את עסקה לפיה הוא משקיע על חשבוננו כסף בפיתוח מוצר. אם ההשקעה תצליח, היצרן יוכל לייצר בעלות של 100 ₪ מוצר שיהיה שווה לצרכן 200 ₪, והוא מתחייב להציע אותו לצרכן במחיר של 150 ₪. אם ההשקעה תכשל, היצרן יישא 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. ועם זאת, מצדדי גישה מרחיבה של העילה יטענו שהמחיר הוא בלתי הוגן משום שהוא עולה על עלות הייצור ב-50%.

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 באשר למה נחשב בעיני צרכנים להוגן, משום שאינטואיציות כאלה אינן תמיד עולות בקנה אחד עם ממצאים של מחקרים אקדמיים שבדקו את הנושא.¹⁵⁴ יתרה מכך, פינקל מראה שלמרות 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.¹⁵⁵ 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.¹⁵⁶ המסקנה העולה גם מכאן היא שכאשר מחילים את העילה, יש להתמקד במקרים המובהקים לגביהם יש הסכמה רחבה לגבי אי הוגנות המחיר, ולא במקרים לגביהם אין, וכנראה גם לא תיתכן, הסכמה כזו.

L. Xia, K. Monroe, and J. Cox, *The Price is Unfair! A Conceptual Framework of Price Fairness Perceptions* 68¹⁵¹ JOURNAL OF MARKETING 1 (2004).

E. T. Anderson., and D. Simester, *Price Stickiness and Customer Antagonism*, 125 QUARTERLY JOURNAL OF¹⁵² ECONOMICS 729 (2009).

L. Bolton, L. Warlop, and J. Alba, *Consumer Perception of Price (Un)Fairness*, 29 JOURNAL OF CONSUMER¹⁵³ RESEARCH 474 (2003).

Khaneman et al. לעיל ה"ש 142.

Finkel N., *Not Fair! The Typology of Common-sense Unfairness* (Washington, DC: American Psychological¹⁵⁵ Association, 2001), pp. 304, 317.

Finkel N, Harré R, and J-L Lopez. *Commonsense Morality across Cultures: Notions Of Fairness*, 5; עמוד 1, פרק 1,¹⁵⁶ *Justice, Honor And Equity*, 3(1) DISCOURSE STUDIES (2001).

4. הקשיים האינהרנטיים בקביעת מחיר גבוה בלתי הוגן

לאחר שהצגנו מושכלות יסוד כלכלית העומדות 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, ובישראל.

4.1. המבחן האירופי המקובל במרבית העולם

המבחן המנחה במרבית המדינות בהם מוכרת העילה הוא זה שנקבע באיחוד האירופי. לאור העובדה שהאיסור על ניצול כוח מונופוליסטי לרעה הועתק מילה במילה מהסעיף האירופי,¹⁵⁷ וכי הניסיון הנצבר שם בהחלת העילה הוא הארוך ביותר בעולם, קובע בית המשפט העליון כי בעת התווית השימוש בעילה, "מן הראוי ליתן משקל [] לאופן יישומה בדין האירופי."¹⁵⁸

בעניין ג'נרל מוטורס קבע בית הדין האירופי שמחיר יהווה ניצול לרעה כאשר הוא מופרז יחסית לערך הכלכלי של המוצר או השירות שבמונופולין.¹⁵⁹ 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 שעיקרון-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 ברנדס.¹⁶⁰ שם קבעה יבואנית בננות מחיר שונה לבננות מתוצרתה במדינות שונות. במסגרת עקרון היסוד, לפיו יש לבחון את הוגנות המחיר בהתאם לערך הכלכלי של המוצר, החיל בית הדין מבחן דו-שלבי:¹⁶¹

"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 אינדיקציות 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.¹⁶²

היתרון במבחן דו-שלבי האמור, שאומץ גם בגפניאל, הוא בכך שהוא מייתר את הצורך להתמודד עם הקושי המובנה בקביעה האם המחיר בלתי הוגן, אם מתברר בשלב הראשון כי המחיר אינו "מופרז." לפיכך המבחן הדו-שלבי

M. Gal, *The 'Cut and Paste' of Article 82 of the EU Treaty in Israel: Conditions for a Successful Transplant* (2007) ¹⁵⁷

9 EUROPEAN JOURNAL OF LAW REFORM 467.

¹⁵⁸ גפניאל, לעיל ה"ש 1, פסקה 40.

¹⁵⁹ Case 26/75 General Motors Continental NV v. Comm'n, 1975 E.C.R. 1367 1 C.M.L.R. 95 (1976)

¹⁶⁰ Case 27/76, United Brands Co. v. Comm'n, 1978 E.C.R. 207 (1978)

¹⁶¹ שם, פסקה 252.

¹⁶² Sundbusserne, לעיל ה"ש 43.

עשוי לייעל את התהליך המשפטי ולחסוך משאבים רבים.¹⁶³ דברים ברוח זו קבעה הנציבות האירופית בעניין **Gazprom**.¹⁶⁴ היגיון דומה חל גם בתחומים נוספים של דיני תחרות. למשל בעת בחינת מיזם משותף יש לבחון קודם כל את עוצמת הפגיעה בתחרות, ורק אם היא משמעותית, יש לבחון האם למיזם יתרונות מאזנים לטובת הציבור. גם במיזוגים נהוג קודם לבדוק אם יש פגיעה בתחרות, לפני ששוקלים אם יש יתרונות יעילות.

חשוב לציין כי למרות משיכתה התיאורטית 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 מדירות.¹⁶⁵ 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 החרגי המעיד על הכלל.¹⁶⁶ הנציבות האירופית, כמו גם רשויות תחרות במדינות אחרות, מחילות את העילה רק במקרים חריגים, דוגמת **אספן**, **פיזור**, **אדוונז**, 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 יציר המדינה או המוסדר על ידה – ההחלטה בעניין **יונייטד ברנדס**¹⁶⁷ – לא נמצא שהמחיר היה בלתי הוגן.¹⁶⁸ **בגפניאל** הכיר בכך העליון, בקובעו ש"כפועל נעשה [בעילה] שימוש בריסון רב ובמקרים נדירים בלבד",¹⁶⁹ וכי קיימת "העדפה ברורה לנקיטת צעדים להגברת התחרות בשוק על פני צעדים לטיפול במחיר המופרז עצמו".¹⁷⁰

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.¹⁷¹ 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", וזאת משום שאין בנמצא כללים או סטנדרטים בהירים שמגדירים מחיר בלתי הוגן.¹⁷² עובדה זו, לטענתו, גורמת לכך שעילה זו היא "אירונית ואולי גם טראגית",¹⁷³ שכן בעוד שהיא מתבססת על טענת חוסר הוגנות מצד בעל המונופולין, הענישה עצמה

¹⁶³ P. Akman and L. Garrod, *When Are Excessive Prices Unfair?*, 7(2) JOURNAL OF COMPETITION LAW & ECONOMICS 403 (2012).

¹⁶⁴ "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."

¹⁶⁵ אף הרשות הישראלית עמדה על כך: "נציבות התחרות האירופית פועלת הלכה 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 11, עמ' 7. ראו טבלה בנספח ב' להלן.

¹⁶⁶ עמדת האירופים שהובעה בדוח ה-OECD, לעיל ה"ש 10, עמ' 321.

¹⁶⁷ United Brands, לעיל ה"ש 160.

¹⁶⁸ ראו גם Evans et al., לעיל ה"ש 78, עמ' 7.

¹⁶⁹ **בגפניאל**, לעיל ה"ש 1, פסקה 28, 37.

¹⁷⁰ שם, פסקה 37.

¹⁷¹ שם, פסקה 35.

¹⁷² G. J. Werden, "Exploitative abuse of a dominant position: A bad idea that now should be abandoned," (2021) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3790472

¹⁷³ שם.

נגועה בחוסר הוגנות משום שהרשויות קונסות פירמות בדיעבד, בלא שברור מראש מהו מחיר בלתי הוגן.¹⁷⁴ התעלמות מקשיים אלה עלולה להוביל לפגיעה משמעותית ברווחת הצרכן, שהיא הערך העיקרי עליו חוקי התחרות מגינים, גם אם הכוונה היא הפוכה.

4.2. 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, ואף פירסמה הנחיות מיוחדות לזיהוי מחירים בלתי הוגנים.¹⁷⁵ בה בעת, ההנחיות מצמצמות את תחולת העילה למקרים שבהם אין חשש לפגיעה ביעילות הדינמית.¹⁷⁶ בנוסף, כפי שהטבלה בנספח ב' מראה, מעטים המקרים בהם רשות התחרות הבריטית ראתה לנכון להחיל את האיסור. את הניסיון סיכם לאחרונה בית הדין לתחרות בעניין פייזר כדלקמן:¹⁷⁷

"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."

עד היום הגישה רשות התחרות הבריטית רק שלוש תביעות שעסקו בעילה והסתיימו בהצלחה. הראשונה בעניין **NAPP**¹⁷⁸ התביעה עסקה באפליית מחירים בין בתי חולים ובתי מרקחת בקהילה עבור גלולות וקפסולות של מורפין לשחרור מושהה. המחיר הנמוך יותר שניתן לבתי החולים שימש כאמת מידה הן לאפליית המחירים והן למחיר ההוגן, ואיפשר להתגבר על חלק מהבעיות הכרוכות בהחלת העילה.¹⁷⁹ לאחרונה נדונה העילה בעניין פייזר, אשר עסק בהעלאת מחיר חריגה ביותר (בשיעורים שבין -2,300% ו-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.¹⁸⁰ 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, למרות 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.¹⁸¹ חלקים מההחלטה נהפכו בערר.¹⁸² במיוחד 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-

¹⁷⁴ שם.

OFFICE OF FAIR TRADING, GUIDELINES IN RELATION TO CHAPTER II PROHIBITION UNDER THE UK COMPETITION ACT (1999) ¹⁷⁵

שם, סעיף 4.7. ¹⁷⁶

Flynn Pharma Ltd and Flynn Pharma (Holdings) Ltd. v. Competition and Markets Authority and Pfizer Inc. and Pfizer Ltd. v. Competition and Markets Authority [2018] CAT 11 ¹⁷⁷

Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries, Decision of the Director General of Fair Trading, No Ca98/2/2001 (30.3.2001); on appeal: *Napp Pharmaceutical Holdings Ltd. v. Director General of Fair Trading*, [2002] CAT 1, [2002] Comp. AR (Eng.) ¹⁷⁸
D. S. Evans and J. Padilla, *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules*, 1 J. COMPETITION L. & ECON. 97 (2005). ¹⁷⁹

שם.

¹⁸⁰ פייזר בית הדין לתחרות, לעיל ה"ש 177, פסקה 21.

שם.

¹⁸² *Competition and Markets Authority v. Flynn* [2020] EWCA Civ. 617 (להלן: "פייזר ערר").

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.¹⁸³ 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, פלין.¹⁸⁴

המקרה השלישי עניינו החלטת רשות התחרות הבריטית מיולי 2021 להטיל קנס של 100 מיליון ל"ש על **אדונו 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-2017.¹⁸⁵ הניסיון עם החלת העילה הביא את רשות התחרות הבריטית להדגיש את החשש מפגיעה בפעולת השווקים ("price regulation is highly distortive").¹⁸⁶

דוגמה מעניינת נוספת היא ברזיל. חוק התחרות הברזילאי מונה שורה של התנהגויות אשר ייחשבו לניצול לרעה של מעמד דומיננטי, לרבות "to impose abusive prices or increase prices without just cause".¹⁸⁷ בעקבות איסור זה, הוכנסו תיקונים למספר חוקים אחרים שאסרו על גביית מחיר בלתי הוגן, לרבות חוק הגנת הצרכן אליו התווספה ההוראה האוסרת על "unjustified product price increases", והחוק נגד פשעים כנגד מערכות כלכליות בו נקבע איסור על "unreasonably increase the price".¹⁸⁸ על בסיס חוקים אלה, הגיש התובע הכללי עד 2012 למעלה מ-60 תביעות בגין העילה. ואולם בשל קשיים באכיפת האיסור, אף לא אחת מתביעות אלה הסתיימה בהרשעה. בעקבות כישלון זה, ואחרי דיון ציבורי נוקב, ב-2012 נמחקה 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, עולה על התועלת ממנה.¹⁸⁹

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.¹⁹⁰ 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. בית הדין לערעורים על ענייני תחרות קיבל ערעור של מיטל והחזיר את התיק לבית הדין לתחרות בטענה כי בית הדין לתחרות לא קבע את "הערך הכלכלי" ("economic value") של מוצריה של מיטל ולא השווה אותם למחיר שמיטל גבתה. 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 ברי השוואה בשווקים תחרותיים, פיצוי עבור סיכון או חדשנות, ומאפיינים שטבועים בשוק הרלוונטי. במלים אחרות, בית הדין לערעורים דחה את הגישה הפשטנית לפיה מחיר הוגן הוא מחיר המכסה את עלויות הייצור של בעל המונופולין, או המחיר בתנאי תחרות, כיוון שהתמורה שמקבלים הצרכנים מהווה שיקול מכריע בניתוח ההוגנות המחיר. בעקבות הערעור, מיטל ורשות התחרות הגיעו לפשרה.

¹⁸³ שם, סעיף 75.

¹⁸⁴ <https://www.gov.uk/government/news/70-million-in-fines-for-pharma-firms-that-overcharged-nhs>

¹⁸⁵ Competition and Markets Authority, Excessive and Unfair Pricing with Respect to the Supply of Liothyronine Tablets in the UK, Case 50395 (29.7.2021) ("אדונו").

¹⁸⁶ OECD, לעיל ה"ש 10, בעמ' 290-1, 296.

¹⁸⁷ Law 8.884/1994, סעיף 20, תת סעיף XXIV.

¹⁸⁸ Law 8.078/1990, סעיף 39, ו-Law 8.137/1990, סעיף 4, תת סעיף VII.

¹⁸⁹ E. Ribeiro and C. Mattos, *The Brazilian Experience with Excessive Pricing Cases: Hello, Goodbye*, in EXCESSIVE PRICING, לעיל ה"ש 20.

¹⁹⁰ L. Mncube, and M. Ngobese, *Working Out the Standards for Excessive Pricing in South Africa*, in EXCESSIVE PRICING, שם.

ההחלטה השנייה היא מ-2015, שם קבע בית הדין לתחרות כי **ססול**, שהייתה היצרנית המשמעותית היחידה של פרופילן גולמי, גבתה עבורו ועבור פוליפרופילן (אשר מיוצר מפרופילן) מחיר מופרז מלקוחות מקומיים.¹⁹¹ כיוון שפרופילן הוא תוצר לוואי של זיקוק דלק, קיים קושי לחשב את עלויות ייצורו. בית הדין לתחרות קבע שהעלות הרלוונטית של פרופילן 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, אותו קבע בהתבסס על עלות הייצור של פרופילן ומחירו של פוליפרופילן במערב אירופה ומחיר היצוא של ססול. בית הדין לערעורים על ענייני תחרות קיבל את הערעור של ססול, ופסק שיש לקבוע את ערכם הכלכלי של פרופילן ופוליפרופילן בהתבסס על עלויות הייצור. בית הדין הסיק שהמחיר של פוליפרופילן היה נמוך מערכם הכלכלי ולכן איננו בלתי הוגן. באשר למחיר הפרופילן, נקבע שהוא איננו בלתי הוגן משום שהפער בינו לבין הערך הכלכלי היה נמוך משמעותית מ-20%. בית הדין הסתמך בקביעה זו על מסכת בבא בתרא בתלמוד הבבלי, אשר לטענתו, קבעה רף של 16.67% שרק מעליו מחיר ייחשב למופרז.¹⁹² 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 רווחיות של בעל מונופולין.¹⁹³ מעניין לציין, שגילה וקלמנט מסתמכים על הקביעה השגויה בססול כאשר הם מבקשים לקבוע רף של 20% מעל לעלות כנמל מבטחים.¹⁹⁴ כך גם נקבע בגילוי דעת 1/14 של רשות התחרות,¹⁹⁵ שהוחלף לאחר שימוע ציבורי.¹⁹⁶ עם זאת, בעקבות גילוי דעת 1/14, בחלק מבית המשפט השתרשה התפיסה שמחיר הגבוה מ-20% אינו ראוי,¹⁹⁷ 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.¹⁹⁸ ב-2018 שונה החוק ונקבע, בין היתר, שיש לקבוע את ההפרש בין המחיר למחיר התחרותי, ויש להוכיח שהפרש זה הוא לא סביר.¹⁹⁹ כדי ליצור בסיס ראשוני לתביעה, על התובע להוכיח שהפרש המחיר היה **מופרז בצורה קיצונית** (utterly exhorbitant).²⁰⁰

לאחרונה הוחל האיסור בדרום אפריקה בשני מקרים שעניינם ניצול כוח מונופוליסטי במכירת מסכות רפואיות ערב משבר הקורונה. בעניין **Dis Chem** קבע בית המשפט שמקום בו המסכות הן עניין של חיים ומוות עבור נותני שירות רפואי או אנשים פגיעים, כל העלאת מחירים כתוצאה מניצול מצוקת הצרכנים אינה סבירה וראויה לגינוי.²⁰¹ גם בעניין **Babalegi**,²⁰² הדגיש בית המשפט שמקום בו הפעילות הרגילה של השוק הופרה על ידי זעזוע סייסמי בצורת

Republic of South Africa in the Competition Appeal Court of South Africa, Reportable Case No: 131/Cac/Jun14,¹⁹¹
In the Matter between Sasol Chemical Industries Limited Appellant and the Competition Commission Respondent

שם, פסקה 75.¹⁹²

זליכה, לעיל ה"ש 13, פסקאות 142-144. בפרט, לדעת הרמב"ם, בדברים שאין בהם "חיי נפש" אין איסור להשתכר כמה שרוצים. רמב"ם, משנה תורה, הלכות מכירה, פרק יד, הלכה ב.

¹⁹⁴ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 8.

¹⁹⁵ גילוי דעת 1/14, לעיל ה"ש 7.

¹⁹⁶ גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 11.

¹⁹⁷ אסף אילת (לשעבר הכלכלן הראשי של רשות התחרות), הרצאה בכנס השנתי של דיני תחרות, אוניברסיטת חיפה. דוגמה אחרת היא הצעת חוק פ/4730/20, הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון – הכרזה על קיום מונופולין ואיסור על מחיר מופרז וטורפני), התשע"ה-2017, בה הוצע להוסיף הגדרה ל"מחיר מופרז" – מחיר הגבוה בשיעור של 20 אחוזים או יותר מעלות הייצור של המוצר או עלות אספקתו של השירות.

¹⁹⁸ Mncube, and Ngobese, לעיל ה"ש 190.

¹⁹⁹ South African Competition Law 1998, Section 8.

²⁰⁰ Competition Tribunal of South Africa Case No CR008Apr20, Competition Commission and Dis Chem

Pharmacies Limited (7.7.2020), para. 72.

²⁰¹ שם, סעיפים 219-222.

²⁰² Competition Commission v Babelegi Workwear and Industrial Supplies CC, unreported judgement of the Competition Tribunal, CR003Apr20 (1 June 2020).

מגפה עולמית, חלים על העלאת מחירים כללים מחמירים. כיוון ששתי ההחלטות עוסקות במקרים חריגים וקיצוניים, בהן כל העלאת מחיר שאינה מבוססת על שינוי עלויות היא בלתי סבירה, הרי שאין בהן כדי לשפוך אור על החלת העילה בתנאי שוק נורמליים.²⁰³

הניסיון שנצבר בבריטניה, ברזיל, ודרום אפריקה מדגים את הבעייתיות האינהרנטית באכיפת העילה ומדגיש את הצורך להגביל אותה, למצער, למקרים חריגים ומובחנים בהם ברור כי מדובר בניצול לרעה של כוח שוק. ה-OECD סיכם את המצב ביתר המדינות המכירות בעילה בקובעו שהעילה מוחלת רק בנסיבות חריגות.²⁰⁴

4.3. המבחנים להחלת העילה שקבע בית המשפט העליון בגפניאל

גפניאל אימץ את המבחן דו-שלבי המקובל באירופה ליישום העילה, במסגרתו תיבחן בשלב הראשון מידת מופרותו של המחיר, וככל שהמענה לשאלה זו הוא בחיוב, בשלב השני יש לבחון אם המחיר בלתי הוגן, לאור "[ה]נסיבות שהביאו לקביעתו של מחיר זה בשוק".²⁰⁵ לפי פסק הדין, המבחן מתבסס "על הניסיון המצטבר לאורך עשרות שנים בבתי הדין האירופיים... ועולה בקנה אחד עם מטרות דיני התחרות ועם עמדתה המקצועית של רשות התחרות ועמדת היועצמ"ש.²⁰⁶ בכך אימץ בית המשפט את הגישה לפיה לא כל מחיר מופרז הוא בהכרח בלתי הוגן, ודחה את הטענה שדי בהוכחת מחיר גבוה, ככל שיהיה.²⁰⁷

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".²⁰⁸ עם זאת, מלבד ההנחיה שיש להחיל את העילה בזהירות, בריסון, ובמקרים מובהקים ונדירים, הוא אינו משרטט את קו הגבול שממנו ואילך המחיר ייחשב למופרז. גם במסגרת השלב השני של המבחן, בו נבחנת הוגנות המחיר, פסק הדין איננו משרטט קו גבול ברור שממנו ואילך מחיר מופרז ייחשב לבלתי הוגן. עם זאת, כמפורט בפרקים 5 ו-6 להלן, הוא כולל מספר קווים מנחים לקביעת קו גבול כאמור. חשוב מכל, בית המשפט מדגיש שיש לוודא שהחלת האסור אינה פוגעת ברווחת הצרכנים בטווח הארוך, תוך בחינה רחבה של השפעת האיסור על הדינמיקה בשווקים.²⁰⁹

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".²¹⁰ יתרה מזאת, נקבע כי במסגרת הליך ייצוגי יש ליישם את המבחן הדו-שלבי במלואו כבר בשלב אישור התובענה כייצוגית.²¹¹ כלומר, על המבקש מוטל לבסס את הטענה שהמחיר מופרז, ואם יעמוד בדרישה זו, בעל המונופולין יידרש 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

²⁰³ באירופה בחרו מרבית המדינות להגביל מחירים של מוצרים חיוניים דרך חוקים ספציפיים, פיקוח מחירים, או דיני הגנת הצרכן. B. Kianzad, *Excessive pricing during the COVID-19 crisis in the EU: An empirical inquiry*, *Concurrences* 1 (2021), 250.

²⁰⁴ OECD, לעיל ה"ש 10. רוסיה חריגה בגישתה לאכיפת העילה: S. Avdasheva and D. Korneeva, *Enforcement Against Excessive Pricing in the Russian Federation Competition Law Enforcement*, in *EXCESSIVE PRICING*, לעיל ה"ש 20.

²⁰⁵ **גפניאל**, לעיל ה"ש 1, פסקה 34.

²⁰⁶ שם, פסקה 42.

²⁰⁷ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 8.

²⁰⁸ **גפניאל**, לעיל ה"ש 1, פסקה 44.

²⁰⁹ שם, פסקה 46.

²¹⁰ שם, פסקה 42 וכן פסקה 2 לפסק דינו של השופט הנדל.

²¹¹ שם.

הוגן. אלא שכפי שהספרות מראה, קשה מאוד, ואולי גם בלתי אפשרי, להגיע להסכמות לגבי מה נחשב להוגן. כלומר הנטל שבעל המונופולין אמור להרים הוא בדיוק הפוך מזה שהמליץ פינקל בהסתמך על קשת רחבה של מחקרים.²¹² 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 של בעל המונופולין להוכחת הוגנות המחיר יתבררו בדיעבד כמיותרים. אולם, רק לאחרונה נדחתה בקשה לאישור תביעה ייצוגית בנוגע למחיר מרגרינה בלובנד, לאחר הליך גילוי מסמכים ארוך.²¹⁴ 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",²¹⁵ 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."²¹⁶ הדרך שנבחרה להתגבר על פערי המידע היא הגשת בקשה לגילוי המידע הדרוש לביורור הטענות, כאשר הבקשה תבחן לפי התקנות והפסיקה, לרבות "הדרישה כי המידע המבוקש יהיה רלוונטי ודרוש לשאלות העומדות להכרעה."²¹⁷ אלא שיייתכן שבתי משפט יורו על דרישה לגילוי נתונים עוד טרם נקבע אם המבקש הניח תשתית ראייתית ומשפטית מספקת להוכחת מופרזות המחיר. בחלק מהמקרים ניתן להקטין בעייתיות זו, אם דורשים מהמבקש הוכחה של התנאי המקדמי של העילה- שעסקינן בבעל מונופולין - עוד בטרם יוחל המבחן הדו-שלבי.

5. מבחנים לזיהוי מחיר מופרז

בפרק זה אנו מנתחים את המבחנים לבחינת השלב הראשון לתחולת העילה: המחיר גבוה באופן מופרז ("excessive"). למעשה, כדי לקבוע שמחיר הוא מופרז, נדרשים שני שלבי ביניים. ראשית, יש להשוות את המחיר לאמת מידה כלשהי אשר אמורה לשקף את המחיר שבעל המונופולין היה גובה לולא היה מנצל לרעה את כוח השוק שבידיו (מחיר כזה נקרא לעיתים the counterfactual price).²¹⁸ בתי המשפט מחילים שלושה מבחנים עיקריים לזיהוי מחיר גבוה: מבחן העלות, מבחן ההשוואה, ומבחן הרווח. בגפניאל נקבע שיש עדיפות לכך שקביעת המופרזות "תהא נסמכת על מספר אינדיקציות רב ככל הניתן" אך "אין לשלול כי בנסיבות מסוימות התוצאה המתקבלת ממבחן עזר אחד תשמש ראייה מובהקת די הצורך כדי לבסס מסקנה בדבר מופרזות המחיר."²¹⁹ להלן נדון במבחנים אלה, נבחן כיצד הם הוחלו בישראל ובעולם, נעמוד על הקשיים האינהרנטיים בהחלתם, ונציע כיצד יש להחילם. שנית, על בית המשפט לקבוע כי הפרש האמור הינו מופרז. כפי שנראה, הגישה הזוהירה והמרוסנת מקרינה על הפרשנות הראויה.

²¹² Finkel, לעיל ה"ש 155.

²¹³ הנדל, לעיל ה"ש 6, פסקה 5.

²¹⁴ בנתאי, לעיל ה"ש 19, פסקה 3.

²¹⁵ גפניאל, לעיל ה"ש 1, פסקה 50.

²¹⁶ שם, פסקה 51.

²¹⁷ שם, פסקה 57.

²¹⁸ ראו, למשל, פיזר ערר, לעיל ה"ש 182, פסקה 122.

²¹⁹ גפניאל, לעיל ה"ש 1, פסקה 44.

5.1. מבחן העלות

המבחן הראשון מבוסס על ההפרש בין מחיר המוצר לעלות יצורו. כפי שנקבע בגפניאל, "על מנת ליישמו יש לאמוד תחילה את עלויות הייצור, הן עלויות קבועות והן משתנות, ובהמשך לכך לקבוע אם הפער בין העלות למחיר הוא כזה שמלמד על מחיר מופרז."²²⁰

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.²²¹ חשוב להדגיש כי מבחן הרווחיות אינו מבחן עצמאי, משום שההבדל היחיד בינו לבין מבחן 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.²²²

מבחן העלות (לרבות נגזרתו, מבחן הרווח) מעורר מספר בעיות פרקטיות, עליהן עמדה בין השאר הממונה, לפיה עסקינן ב"אתגר לא פשוט....[ה]דורש ניתוח כלכלי, ולעיתים גם חשבונאי, מורכב." ²²³ ראשית, המונה "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 לא נכונות מבחינה כלכלית באותה מידה. הבעיה מחריפה כאשר העלות המשותפת מורכבת מהרבה פריטים (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.²²⁴

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.²²⁵ דא עקא, חישוב עלויות אלה היא מלאכה מורכבת ושנויה במחלוקת משום שיש דרכים רבות להעריך את הסיכון ולהקצות את עלותו למוצרים השונים.²²⁶ שלישית, ככלל העלות השולית יכולה לעלות או לרדת עם היקף הייצור. בהתאם, כאשר טוענים שמחיר צריך להיות שווה לעלות השולית, יש לקבוע באיזה 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, אכיפת העילה באמצעות מבחן העלות עלולה ליצור עיוותים בשוק. זאת משום שבעל מונופולין עלול לנסות ולצמצם 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 על אחוז מסוים, למשל 40%. כפי שהראינו לעיל, לבעל המונופולין יש במקרה זה אינטרס לנפח

²²⁰ שם.

²²¹ שם; נאור, לעיל ה"ש 2; צדוק, לעיל ה"ש 84.

²²² גפניאל, שם.

²²³ גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 11. ראו גם נובל אנרג'י, לעיל ה"ש 114.

²²⁴ ראו את הדיון בעניין Sasol, לעיל ה"ש 191.

²²⁵ ראו גם עמדת היועמה"ש, לעיל ה"ש 12, סעיף 71; OECD, לעיל ה"ש 10, עמ' 69.

²²⁶ על הבעייתיות בהקצאת עלויות מו"פ משותפות ניתן ללמוד למשל מעניין קאוולקום European Commission, Competition DG CASE AT.39711 – Qualcomm (predation), 18/7/2019

את עלויותיו, משום ששולי הרווח שלו שווים לעלות כפול 40%²²⁷ 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.

5.2. מבחן ההשוואה

המבחן הנוסף לזיהוי מחיר מופרז מבוסס על השוואות מחירים. בהתאם, אמת המידה היא המחיר שבעל המונופולין גובה עבור אותו מוצר בתקופת זמן אחרת שבה השוק היה יותר תחרותי, המחיר הנגבה מלקוחות שונים או בשוק אחר שהוא יותר תחרותי, או המחיר שפירמה אחרת גובה עבור אותו מוצר.²²⁸

מבחן ההשוואה מייתר אמנם 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).²²⁹ אכן, הקושי הפרקטי למצוא אמת מידה ראויה להשוואה הוביל, למשל, את בית המשפט בנובל אנרג'י לא להסתמך על המבחן.²³⁰

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.²³¹ 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 של שיחות הטלפון הבינלאומיות לפני פתיחת השוק לתחרות היה מופרז.²³² בשני המקרים, המחיר ששרר בשוק לאחר שמתחרים נכנסו אליו שימש בסיס לטענת התובעים שהמחיר לפני הכניסה היה מופרז. אמת מידה אפשרית אחרת הוא המחיר שנקבע בהליך פיקוח מחירים. מחיר זה יכול לתמוך בטענה שהמחיר ששרר אחרי הסרת הפיקוח או לפניו היה מופרז, בתנאי שהמחיר המפוקח לא גרם לבעל המונופולין להפסדים. למשל, בעניין נאור נטען, בין היתר, כי מחיר הקוטג' של תנובה מופרז בהשוואה למחיר ששרר בתקופה בה המחיר היה תחת פיקוח מחירים.²³³ 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 פיקוח המחירים היה נמשך, וכן מחיר גבינה צהובה במשקל שנותרה תחת פיקוח מחירים.²³⁴

בדומה, 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 בכל מאפייניהם, אחרת הפרש המחירים בין שני

²²⁷ הבעיה כאן דומה לאפקט של אוורץ' וג'ונסון אשר מתמרץ פירמות שהמחירים שלהן מפקחים בשיטת שיעור תשואה לנפח את ההון המושקע שלהן. לעיל ה"ש 85.

²²⁸ Case 395/87 Ministère public v. Tournier, 1989 E.C.R. 2521; Case 110/88 Lucazeau v. SACEM, 1989 E.C.R. 2811.

²²⁹ נובל אנרג'י, לעיל ה"ש 114, פסקה 65; גפניאל, לעיל ה"ש 1, פסקה 44.

²³⁰ נובל אנרג'י, שם.

²³¹ 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.

²³² רייס, לעיל ה"ש 3, וקו מחשבה, לעיל ה"ש 3. בית המשפט העליון דחה את הבקשות לאישור תובענה ייצוגית בפרשות אלה. ברייס נקבע שהמבקים לא ביססו את הטענה שעמלות הסליקה בחודש שאחרי כניסת ויזה אלפא לשוק היוו אינדיקציה למחיר שווה משקל; בעניין קו מחשבה, המחיר לפני פתיחת השוק לתחרות נקבע בהליך של פיקוח מחירים.

²³³ נאור, לעיל ה"ש 2. תנובה טענה כי המחיר בתקופת הפיקוח הסב לתנובה הפסד תפעולי, בית המשפט דחה את הטענה. פסקה 22.

²³⁴ ת"צ (תל אביב) 61369-11-14 המועצה הישראלית לצרכנות נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (16.6.2019).

השווקים עלול לשקף הבדלים אחרים מלבד פערים בעוצמת התחרות. שימוש באמת מידה כזו נעשה למשל בעניין **ויינשטיין** בו חושבו הפיצויים לחקלאים שרכשו אשלג בישראל על בסיס ההפרש בין המחיר בו נמכר האשלג בישראל לבין המחיר שבו מכרה מפעלי ים המלח אשלג מחוץ לישראל ברבעון שקדם למכירה בישראל.²³⁵ בדומה, בית הדין האירופאי קבע בעניין **British Leyland** כי המחיר שיצרנית מכוניות גבתה עבור רישיונות למכוניות עם הגה בצד שמאל הוא מופרז בהסתמך על המחיר שהיא גבתה עבור אותם רישיונות למכוניות עם הגה בצד ימין,²³⁶ ואילו רשות התחרות בבריטניה קבעה כי **NAPP** גבתה מחיר מופרז מבתי מרקחת קהילתיים לאחר שהשוותה אותו למחיר שזו גבתה עבור אותן זריקות מבתי החולים.²³⁷

מבחן השוואה שלישי משתמש במחיר של מוצרים של מתחרים באותו שוק, או המחיר של מוצרים דומים של פירמות אחרות בשווקים אחרים כאמת מידה לזיהוי מחיר מופרז. למשל, בעניין **SACEM** קבע בית המשפט האירופי שמקום שהשוואת מחירים מוכיחה שמחירים בשוק אחד גבוהים בהרבה מאלה שבשוק אחר ואין טעמים אובייקטיביים להפרשי העלות, ההבדלים יכולים לשמש אינדיקציה לכך שנגבו מחירים מופרזים.²³⁸ 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 (אחרי הכול יש סיבה בגללה מרבית הצרכנים בוחרים לרכוש את המוצר של בעל המונופולין ולא מוצרים מתחרים), והן מבחינת עלותם.²³⁹ ודוק: גם אם הצרכנים רואים את המוצרים כחלופיים, ייתכן שעלויות הייצור שלהן שונות עקב טכנולוגיות ייצור אחרות.²⁴⁰

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 פפסי ו-RC."²⁴¹ ואולם, בית המשפט העליון קבע בערעור כי "...פער המחירים כשלעצמו אינו מהווה ראיה לכאורה להוכחת עילת המחיר המופרז", וכי יש לבסס את ההשוואה בניתוח כלכלי, ובין השאר לבחון את מידת התחליפות בין המוצרים.²⁴² בדומה, בעניין **מנירב**, נקבע שלא ניתן לקבוע כי המחיר הנגבה עבור שירותי גלישה ברשת האינטרנט בהם מובטח ללקוח רוחב פס הוא מופרז רק משום שהמחיר עבור שירותי גלישה ללא רוחב פס מובטח הוא נמוך יותר,²⁴³ וכי לא ניתן להשוות את המחירים ללקוחות שונים עבור שירותי גישה כאמור "שכן מדובר בשירותים ברמה ובאיכות שונה ולא ניתן להשוות ביניהם".

ההשלכות של שימוש במבחן ההשוואה על רווחת הצרכנים נבחנה על ידי גילה ושפיגל במסגרת מודל תיאורטי.²⁴⁴ הם בוחנים שתי אמות מידה: המחיר שבעל המונופולין גבה באותו שוק בעבר (כפי שנעשה בעניין **רייס**

²³⁵ **ויינשטיין**, לעיל ה"ש 2. אפשר לטעון שאמת המידה למופרזות המחיר הייתה העלות (האלטרנטיבית) של האשלג.

²³⁶ Case 226/84 British Leyland Public Limited Company v Commission [1986].

²³⁷ Napp, לעיל ה"ש 178.

²³⁸ Case 395/87 Ministère public v. Tournier, 1989 E.C.R. 2521; Case 110/88 Lucazeau v. SACEM, 1989 E.C.R.

2811. שם היה קושי מיוחד לחישוב העלויות כיון שמדובר היה ברישיונות השמעה משותפים של שירים של יוצרים רבים.

²³⁹ 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, למרות שאם לוקחים בחשבון גם את ההשקעות שכשלו, הרווח הכולל שלו עשוי להיות הרבה יותר נמוך. לכן השוואה רק של הרווח מההשקעות שצלחו ייטה את התמונה. לבעייתיות בהחלת מבחן ההשוואה, ראו גם R. O'Donoghue and J. Padilla, 'Autortiesību'; 769-72 עמ' THE LAW AND ECONOMICS OF ARTICLE 102 TFEU (3rd ed. 2020), Case C-177/16 Biedrība 'Autortiesību'; un komunicēšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība v. Konkurences padome, ECLI:EU: C:2017:689 ("AKKA"); עמדת היועמה"ש, לעיל ה"ש 12, סעיף 73.

²⁴⁰ 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. C. Syverson, *Product Substitutability and Productivity Dispersion*, 86(2) REVIEW OF ECONOMICS AND STATISTICS 534 (2004).

²⁴¹ **גפניאל**, לעיל ה"ש 1, פסקה 56.

²⁴² שם.

²⁴³ **מנירב**, לעיל ה"ש 38.

²⁴⁴ Gilo and Spiegel, לעיל ה"ש 116.

ובעניין קו מחשבה²⁴⁵, והמחיר שבעל המונופולין גובה בשוק גיאוגרפי אחר (כפי שנעשה בעניין ויינשטיין). המודל מראה שאכיפת העילה יכולה להרתיע בעל המונופולין מגביית מחיר גבוה בשווקים בהם 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 יחשב למופרז, ולהקטין את הקנס שיוטל אם יקבע 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.²⁴⁶ קשה עד בלתי אפשרי לבסס עובדות אלה במקרה ספציפי, ובלתי אפשרי לקבוע כלל אחיד שיתאים לכל המקרים האפשריים ויבטיח שאכיפת 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 שווקים רבים הם מורכבים, והתעלמות ממורכבות זו יכול לפגוע ברווחת הצרכנים. אנו מדגימים זאת באמצעות שלוש דוגמאות.

א. 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.²⁴⁷ 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, למרות שלו היו נלקחים בחשבון כלל המוצרים הנרכשים ביחד המסקנה הייתה שונה בתכלית. ואכן, בעניין מנירב, קבע בית המשפט המחוזי כי המחיר עבור שירותי גישה לש"מ (על ידי הוט) אמורים לכלול לא רק את השירות עצמו, אלא גם את התשלום עבור הנתב וגם את עלות ההתקנה.²⁴⁸ 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 שמכילים במכונה. אם צרכנים מכינים במוצק 2,000 כוסות קפה (כוס אחת ליום במשך כחמש וחצי שנים), המחיר האפקטיבי לכוס קפה הוא במוצק 2.50 ש"ח. מחיר כזה יכול להיות זול אם מכונת הקפה נמכרת בזול, למרות שמחיר של 2 ש"ח לקפסולת קפה עשוי להראות גבוה.

²⁴⁵ אמת מידה דומה הוזכרה גם בעניין נאור, שם נטען, ביו השאר, כי הוזלת מחיר הקוטג' בעקבות מחאת הקוטג' מצביעה על כך שמחירו היה בלתי הוגן גבוה ערב מחאת הקוטג'. נאור סופי, לעיל ה"ש 2.

²⁴⁶ למשל, כאשר אמת המידה היא המחיר לפני כניסת מתחרה לשוק, והתחרות אחרי הכניסה היא באמצעות בחירת כמויות, התועלת לצרכנים שהמחיר שלהם הוזל עולה על הנזק לצרכנים שהמחיר שלהם עלה. כאשר התחרות בשוק היא באמצעות בחירת מחירים, ההיפך נכון. כאשר אמת המידה היא המחיר של בעל המונופולין בשוק גיאוגרפי אחר, התועלת לצרכנים שהמחיר שלהם הוזל עולה על הנזק לצרכנים שהמחיר שלהם התייקר אם תוחלת הקנס שמוטל על בעל המונופולין (מכפלת הסיכוי להרשעה בגודל הקנס בהינתן הרשעה) היא גבוהה, ולהיפך אם תוחלת הקנס נמוכה יחסית.

²⁴⁷ 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 יחסית גבוהים על מזון ומשקאות הנמכרים במזון. R. Gil and W. Hartmann, *Empirical Analysis of Metering Price Discrimination: Evidence from Concession Sales at Movie Theaters*, 28(6) MARKETING SCIENCE 1046 (2009).

²⁴⁸ מנירב, לעיל ה"ש 38.

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 כל 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.²⁴⁹ לכאורה המחיר לכוס קפה לא השתנה כך שהתערבות לא הועילה, אלא שצרכנים שלא יכולים לשלם מראש עבור מכונת קפה 2,000 ש"ח ייפגעו. ההתערבות גם מזיקה לצרכנים ששותים פחות כוסות קפה מהמוצע, משום שעקב ההתייקרות במחיר של מכונת הקפה, המחיר האפקטיבי של כוס קפה עבורם יתייקר.²⁵⁰

ב. 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 יותר אטרקטיבי למפרסמים אם הוא מושך מספר גדול של קוראים. בדומה, פלטפורמות מסחר אלקטרוני משרתות גם קונים וגם מוכרים, והן יותר אטרקטיביות למוכרים אם יש יותר קונים, ויותר אטרקטיביות 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, עלולה 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.²⁵¹ 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.²⁵²

ג. פירמות מרובות מוצרים

לפירמה המוכרת מספר 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 פופולארי הוא 1,100 ש"ח. לכאורה הרווח מהמוצר הפופולארי נראה גבוה בהשוואה לרווח מתשעת המוצרים האחרים, אך אם סך העלויות של הפירמה הן 2,000 ש"ח, הגבלת הרווחיות מהמוצר הפופולארי תביא לכך שהפירמה לא תוכל לכסות על העלויות שלה.

²⁴⁹ 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, שסיפק את שירותי ההלוויה, הביא לירידה במחיר של ארונות קבורה אך במקביל עלו המחירים של שירותי הלוויה, כך שהמחיר הכולל של שירותי הלוויה נותר ללא שינוי. J. Chevalier and F. Scott Morton, *State Casket Sales*, *Restrictions: A Pointless Undertaking?* 51(1) JOURNAL LAW AND ECONOMICS 1 (2008).

²⁵⁰ למשל צרכן שמשמש במכונת 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).

²⁵¹ Scientific Background on the Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2014, "Jean Tirole: Market Power And Regulation," compiled by the Economic Sciences Prize Committee of the Royal Swedish Academy of Sciences, <https://www.nobelprize.org/uploads/2018/06/advanced-economicsciences2014.pdf>

²⁵² 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." B. Jullien and W. Zand-Santman, *The Economics of Platforms: A Theory Guide for Competition Policy*, INFORMATION ECONOMICS AND POLICY (forthcoming 2020).

במילים אחרות, הרווח מהמוצר הפופולארי מאפשר לצרכנים ליהנות מתשעת המוצרים האחרים. בהתאם, התמקדות במחירו של המוצר הפופולארי, תוך התעלמות מהרווח הכולל של הפירמה תפגע ברווחת הצרכן.

5.3 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.²⁵³ מהו פער "ניכר"? בעוד בית המשפט העליון אינו משרטט קו גבול ברור, הוא קובע כי החלת העילה מחייבת קביעה נורמטיבית המונחית על ידי שיקולים כלכליים גרידא.²⁵⁴ מספר גורמים 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 הוגנות המחיר.²⁵⁵ ראשית, בהתאם לקביעתו של בית המשפט העליון, חוסר הודאות 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."²⁵⁶ שנית, הפער הדרוש ליצירת תמריצים להשקעה ולחדשנות משתנה בין שווקים שונים, וגם לעתים 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.²⁵⁷ 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.²⁵⁸ בנוסף, רף גבוה זה מתבקש גם מהעובדה בית המשפט קובע ש"מופרזות המחיר מהווה אינדיקציה חזקה לכך שמדובר במחיר בלתי הוגן."²⁵⁹ לבסוף, רק פרשנות כזו תמנע את הפיכת בית המשפט למאסדר מחירים.

בנוסף, בית המשפט הורה שיש ללמוד מהניסיון האירופי בהחלת העילה. בהתאם להחלטה האחרונה של בית הדין האירופי, בעניין **ארגון זכויות היוצרים הלטבי**, מחיר ייחשב מופרז אם הוא עולה בצורה משמעותית (*appreciably higher*) על עלות הייצור.²⁶⁰ 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.²⁶¹ בחינת ההחלטות של האיחוד לאורך השנים, המפורטות בנספח ב', מעידה שרשות התחרות ובית הדין האירופי אישרו פערי מחירים גבוהים, למעט באותם מקרים בהם מדובר היה במונופולין יציר-המדינה, 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.²⁶² בבריטניה אף הוגשו תביעות על בסיס העילה לבדה רק במקרים בהם ההפרש עלות/מחיר היה חריג ביותר (אלפי אחוזים).

²⁵³ ראו גם שם, פסקה 4 ("פער רב ומשמעותי").

²⁵⁴ **גפניאל**, פסקה 38; הנדל, שם, פסקה 3.

²⁵⁵ **זליכה**, לעיל ה"ש 13, פסקה 54.

²⁵⁶ **גפניאל**, לעיל ה"ש 1, פסקה 5.

²⁵⁷ שם, המפנה לגילוי דעת 1/17.

²⁵⁸ שם, הנדל, פסקה 5.

²⁵⁹ שם, פסקה 42.

²⁶⁰ AKKA, לעיל ה"ש 239.

²⁶¹ Wahl, לעיל ה"ש 127.

²⁶² COMP/C-1/36.915 — Deutsche Post AG — Interception of Cross-border Mail, 2001 O.J. (L 331) 40.

בהקשר זה ראוי להדגיש מספר שיקולים המצביעים על כך שבישראל נדרשת פרשנות אף זהירה מזו שהוחלה מאירופה. ראשית, כפי שציין בית המשפט העליון, לעוצמת הסעדים הפוטנציאליים בישראל אין אח ורע בעולם.²⁶³ העילה עשויה להיות בסיס לעבירה פלילית. אמנם הממונה הצהיר שבפועל לא יחיל את האיסור הפלילי, אלא שבהתאם לסעיף 30 לחוק החוזים, עצם העובדה שעסקינן בעבירה פלילית, הופכת חוזה בו נדרש מחיר בלתי הוגן לחוזה שאינו בר אכיפה והוא בטל מעיקרו. 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 נדרש בית המשפט לקבוע בבירור מתי הופך המחיר 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."²⁶⁴ לפיכך חלק גדול מהקשיים של פיקוח מחירים באמצעות בית המשפט בישראל לא היו רלוונטיים לאיחוד האירופי, והם יכלו תיאורטית 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 האירופית באותו עניין. כלומר, הדיון נערך רק לאחר שרשות רגולטורית קבעה את ממצאיה בעניין.²⁶⁵ לעומת זאת, בישראל האכיפה נעשית, הלכה למעשה, באמצעות תביעות ייצוגיות, על כל הבעייתיות בכך.

לבסוף, דרישת פער הקרוב למחיר התחרותי בעייתית גם במישור הנורמטיבי: מחיר השווה לסך העלויות של המוכר מותר את כל העודף הכלכלי מהעסקה בידי הקונה. כפי שפרטנו לעיל, קשה לראות את ההצדקה הנורמטיבית לכך שכל הערך שנוצר מהעסקה ייצבר דווקא בידי הקונה.²⁶⁶ 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,²⁶⁷ שיקולים אלו אינם מובילים בהכרח למסקנה שהצרכנים זכאים למלוא העודף הכלכלי הנוצר מהעסקה או חלק הארי שלו, ואילו הפירמה, שהשקיעה משאבים ביצירת המוצר ובשיפורו, לא זכאית לעודף כלשהו, או זכאית רק לחלק צנוע ממנו. זאת, בין היתר, כיון שהגשמת צדק חלוקתי לגבי חלוקת העודף נדרשת להתייחס למיהות הקונים, מיהות 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 חסכון 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 להטיב את התחרות בו."²⁶⁸ גם תנאים אלו ראוי לדרוש במסגרת השלב הראשון.

6. 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 ב**גפניאל**, "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."²⁶⁹ והוא

²⁶³ **גפניאל**, לעיל ה"ש 1, פסקה 41.

²⁶⁴ **נאור סופי**, לעיל ה"ש 2, פסקה 86.

²⁶⁵ בעת האחרונה מעודד האיחוד את האפשרות להגיש תביעה נזיקית במסגרת דיני התחרות. לדיון ראו *Limiting Litigation*, לעיל ה"ש 23.
²⁶⁶ הטענה לפיה כל הערך מעסקה אמור להישאר בידי הקונה מעוררת בעיה נוספת, משום שלא תמיד ברור מי הקונה ומי המוכר. נניה שבעל מטע התקשר עם דבוראי וזה הציב במטע 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.

²⁶⁷ **ויינשטיין**, לעיל ה"ש 2.

²⁶⁸ **גפניאל**, לעיל ה"ש 1, פסקה 36.

²⁶⁹ שם, פסקה 28.

מכיר בכך שקו גבול בין מחיר הוגן לבלתי הוגן "משתנה" [] בהתאם לנסיבות העניין.²⁷⁰ בהתאם לכך, אין זה מפתיע שהוא 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 פער רב ומשמעותי מהמחיר התחרותי יכול להוות אינדיקציה ראשונית לכך שהמחיר הוא בלתי הוגן, זו אינה נקודת הסיום של הניתוח.²⁷¹ שנית, חשוב מכל, בית המשפט מדגיש שיש לוודא שהחלת האסור אינה פוגעת בייעילות הדינמית, תוך בחינה רחבה של השפעת האיסור על הדינמיקה בשווקים.²⁷² 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.²⁷³ 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."²⁷⁴ כן יש גם לבחון "כיצד הגבלות על מחירו של המוצר ישפיעו על המגוון, האיכות, הזמינות ומחיר המוצרים שיוצרו לצרכנים בעתיד."²⁷⁵ בפרט, יש "לוודא כי התועלת הכלכלית בהתערבות במחיר עולה על הנזק והסכנות שעוללות להיות כרוכות בהתערבות כזו."²⁷⁶ 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."²⁷⁷ לרבות פערי הכוחות בין בעל המונופולין לצרכן, חסמי הכניסה לשוק, מידת הביקוש למוצר, ובידול המוצר וקיומם של תחליפים לו.²⁷⁸ עוד הדגיש בית המשפט כי למרות שהכרעה בשלב השני היא ערכית, "נדרש שתהיה מבוססת על שיקולים כלכליים-תחרותיים."²⁷⁹ כלומר, לא ניתן להכריע תוך התעלמות מההשפעות הכלכליות של החלת האיסור. עם זאת, כמפורט להלן, על בסיס תוואים אלו קשה ביותר לקבוע מהו מחיר בלתי הוגן. גם עובדה זו יש לקחת בחשבון "בבואנו... להסדיר את אופן יישומה [של העילה]."²⁸⁰

6.1. המבחן המקובל במרבית העולם לקביעת הוגנות המחיר

בהתאם למבחן האירופי, שאומץ במקומות רבים ברחבי העולם, חוסר הוגנות קיימת 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.²⁸¹ אולם גם שני מבחני עזר אלו אינם מגדירים בבירור מהו מחיר בלתי הוגן.

מבחן העזר הראשון, לפיו המחיר אינו הוגן בפני עצמו, לוקה במידה רבה של עמימות. בעניין **Scandlines** פירשה רשות התחרות האירופאית את המבחן ככזה שבמסגרתו יש להשוות את המחיר לערך הכלכלי של המוצר או

²⁷⁰ שם, פסקה 46.

²⁷¹ שם, הנדל, פסקה 4.

²⁷² שם, פסקה 46.

²⁷³ שם, הנדל, פסקה 4.

²⁷⁴ שם, פסקה 45.

²⁷⁵ שם.

²⁷⁶ שם, פסקה 43.

²⁷⁷ שם, פסקה 45.

²⁷⁸ שם.

²⁷⁹ שם, פסקה 46.

²⁸⁰ שם, פסקה 40.

²⁸¹ בית המשפט הדרום-אפריקני הוסיף למבחן האירופי להוונות המחיר את התנאי שלפיו גביית מחיר גבוה פוגעת ברווחת הצרכן. מטרתו של תנאי זה היא לוודא שמחיר גבוה איננו נחוץ לקידום רווחת הצרכן בראיה ארוכת טווח.

השירות שבמונופולין.²⁸² בדומה, בפייזר הודגש שערכו הכלכלי של המוצר לצרכן הינו שיקול רלוונטי.²⁸³ מבחינה רעיונית התייחסות במחיר ההוגן לתמורה שמקבל הצרכן 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 לחילופין עם "נכונות הצרכן לשלם", אשר משקפת את התועלת של הצרכן.²⁸⁴ למרות 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 מהשלישית, 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 קומונטיבי. 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. אלא שלא 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;²⁸⁵ בעניין קו מחשבה, בזק הייתה הספק היחיד של שיחות טלפון בינלאומיות לישראל וממנה;²⁸⁶ בעניין ויינשטיין היו מפעלי ים המלח היו ספקי האשלג היחידים בישראל; בעניין נובל אנרג'י, חמש הספקיות שהחזיקו במאגר תמר היו היחידות שיכלו לספק בישראל גז טבעי לא מונזל;²⁸⁷ ובשווקי פרמצבטיקה יש במקרים רבים ספקיות בלעדיות של תרופות.

נניח, לצורך הדיון, שלצרכנים 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 אחר תנאי ההוגנות.²⁸⁸ 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 בעמדה 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 ממאמציה".²⁸⁹

הקושי בקביעת הוגנות המחיר מתעצם לאור העובדה שבתי משפט והנציבות התירו מנעד רווח רחב ביותר. למשל, ב-Scandlines לא נמצא ניצול לרעה למרות שהמחיר למפעלי מעבורות היה מאד גבוה ביחס לעלויות מתן

²⁸² Sundbusserne .COMP/A.36.568/D3 Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg, [2006] 4 CMLR 22 לעיל ה"ש

43.

²⁸³ פייזר בית הדין לתחרות, לעיל ה"ש 177, פסקאות 416-7; פייזר ערר, לעיל ה"ש 182, פסקאות 166-7.

²⁸⁴ קביעה ברוח זו מופיעה למשל בפייזר ערר, שם ("demand side factors may be capable of generating economic value")

²⁸⁵ רייס, לעיל ה"ש 3.

²⁸⁶ קו מחשבה, לעיל ה"ש 3.

²⁸⁷ נובל אנרג'י, לעיל ה"ש 114.

²⁸⁸ מנירב, לעיל ה"ש 38.

²⁸⁹ Vestager, לעיל ה"ש 123.

שירות למעבורות.²⁹⁰ במקרים אחרים הותר רווח נמוך, אך היו אלו לרוב מקרים של מונופול יציר-מדינה.²⁹¹ זאת ועוד: כדי לשרת את מטרת החוק, על מקבל ההחלטות לקבוע איזה 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 ואו'דונהיו:²⁹²

“...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.²⁹³ הכלכלן הראשי לשעבר לענייני 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.²⁹⁴ 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.”²⁹⁵ מה, אם כן, יעשה בית המשפט על מנת לוודא שהוא יוצר תמריצים נאותים לעילות תקינה של השווקים? להלן נבחן מספר חלופות שהוחלו על ידי בית המשפט השונים.

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

פס"ד **נאור** הוא היחידי עד כה בו 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.²⁹⁶ אלא שמעבר לקביעה כי המחיר היה מופרז, בית המשפט נדרש גם, לצורך חישוב הנזק, לקבוע את הנקודה המדויקת ממנה 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-3%-1% על הרווחיות הממוצעת לשנת 2009 של

²⁹⁰ Scandlines, לעיל ה"ש 43, פסקה 125.

²⁹¹ Two Systems, לעיל ה"ש 26.

²⁹² O'Donoghue & Padilla, לעיל ה"ש 239, עמ' 615.

²⁹³ 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 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 78.

²⁹⁴ L-H. Röller, *Exploitative Abuses*, European University Institute, EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings, 2-3 (2007).

²⁹⁵ **נאור** סופי, לעיל ה"ש 2, פסקה 85.

²⁹⁶ שם. למאמר שבדק את מחיר הקוטג' לפני ואחרי מחאת הקוטג', ראו: I. Hendel, S. Lach, and Y. Spiegel, Consumers' Activism: The Cottage Cheese Boycott, 48 THE RAND JOURNAL OF ECONOMICS 972 (2017).

קראפט, שהיא אחת ממש חברות זרות העוסקות בייצור מוצרי חלב שנתונין הובאו בפני בית המשפט כאמת מידה למחיר התחרותי.²⁹⁷

מבחן זה נדחה מפורשות בגפניאל, שם נקבע כי "החשש הוא מפני ניצול כוח השוק לגריפת רווחים גבוהים באופן ניכר מהמחיר התחרותי".²⁹⁸ אולם לאור החשש שחלק מבתי משפט יחילו גישה מקלה, 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 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 תנובה בנאור.

התמקדות במחיר התחרותי אמנם מושכת, בין היתר כיון 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. הסכנה, כפי שקבע לאחרונה היועץ המשפטי האירופי, היא גדולה.²⁹⁹ לכך מספר סיבות. ראשית, העילה נאכפת בשווקים בהם 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,³⁰⁰ שאינם מאפשרים קיומה של תחרות משוכללת. כאשר זה המצב, המחיר התחרותי, שאיננו יכול להתקיים, ממילא איננו יכול להוות אמת מידה לבחינת הוגנות המחיר. שנית, כפי שהסברנו בהרחבה בפרק 2.2 לעיל, ניסיון לכפות מחיר תחרותי בשוק שבו לא תיתכן תחרות משוכללת עלול לשבש את הפעילות בשוק באופן שיפגע ברווחת הצרכנים. שלישית, כפי שפרטנו 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 בהם מחיר המוצר לא השתנה אך העלויות ירדו כיון שהחברה מתייעלת ומשפרת את רווחיותה.³⁰¹

ניתן לבחון את שאלת הוגנות המחיר התחרותי גם מהזווית הבאה: כל עוד הפירמה לא נקטה בפעולות 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, במיוחד לאור העובדה שפירמות שהצרכנים אוהבים פחות (ולכן נתח השוק שלהן קטן מכדי שתחשבנה לבעלות מונופולין) רשאיות לגבות מחירים כרצונן. קשה עוד יותר לראות איך גישה כזו תעודד פירמות להשקיע משאבים בפיתוח מוצרים חדשים, ולשאת בסיכון הכרוך בכך. בנוסף גם לא ברור מדוע הוגן שדווקא הצרכן ייהנה מכל הערך שנוצר מעסקה, כאשר בעל המונופולין הוא זה שהשקיע על מנת ליצור אותו. מצדדי העילה אינם מציעים תיאוריה נורמטיבית התומכת בחלוקה כזו, וכפי שמחקרים שציטטנו לעיל מראים, גם הצרכנים אינם סבורים שחלוקה כזו הוגנת.

לבסוף, ההחלטה בעניין נאור מדגימה את החשש שבהיעדר אמת מידה ברורה להוגנות המחיר, בתי המשפט ייאחזו בנתונים בעייתיים לשם קביעת הגבול שממנו ואילך מחיר ייחשב לבלתי הוגן. בנאור, השתמש בית המשפט במבחני עלות, השוואה, ורווח לבחינת מופרזות המחיר, אך בהיעדר נתונים מדויקים על עלות ייצור הקוטג' ובהינתן

²⁹⁷ שם. הרווחיות של קראפט ב-2009 הייתה הגבוהה מבין שיעורי הרווחיות של חברות זרות שהופיעו בחוות הדעת של המומחה מטעם תנובה.
²⁹⁸ גפניאל, לעיל ה"ש 1, פסקה 28.

²⁹⁹ Wahl, לעיל ה"ש 127, פסקה 103.

³⁰⁰ אפקט רשת מתקיים כאשר ערך המוצר גדל ככל שיש לו יותר צרכנים. למשל, רשת חברתית הופכת ליותר אטרקטיבית אם יותר משתמשים פעילים בה.

³⁰¹ נאור סופי, לעיל ה"ש 2.

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 למרות שבית המשפט עצמו מדגיש שהשוואה מעלה ספיקות, וזאת משלושה טעמים.³⁰² 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 אותן חברות, באופן שלא ניתן להבחין בין שוק החלב לבין שווקים אחרים, וגם לא בין שוק מוצרי החלב לבין שוק של מוצר אחד (קוטג' בעניין נאור). למרות ההסתייגויות, בית המשפט קבע כי "בהעדר התנגדות של התובע, אין מניעה מלהסתמך על השוואה זו."³⁰³

6.3. המבחן שאומץ במחוזי בגפניאל ובצדוק: מחיר העולה בצורה משמעותית על המחיר בתחרות

האם ניתן לתקן את כשלי המבחן המשווה בין מחיר תחרותי למחיר הוגן רק על ידי הוספת התנאי לפיו מחיר גבוה בלתי הוגן הוא מחיר ה"גבוה משמעותית" או "באופן ניכר" מהמחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות? מבחן כזה, המהווה גירסה קצת משופרת של הקודם, אומץ למשל בעניין צדוק.³⁰⁴ אלא שגם מבחן זה נדחה בגפניאל, וגם אינו מתגבר על הקושי התאורטי והמתודולוגי בהחלת העילה.

ראשית, המבחן אינו יוצר את הוודאות הנדרשת בשל הקושי המתודולוגי למדוד עלויות, במיוחד 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, לפיו "ככל שכוח השוק משמעותי יותר, תהיה מוצדקת התערבות שיפוטית גם כאשר הסטייה מהתמחור התחרותי תהיה מתונה יחסית (אך עדיין תהיה משמעותית)."³⁰⁵

אולם בית המשפט העליון דחה מבחן זה, לאור העובדה שאינו יוצר את התמריצים הראויים במסגרת החוק.³⁰⁶ שנית, התבססות על ההפרש (המשמעותי) מהמחיר בתחרות כבסיס היחידי 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 הקוסט-פלוס לא יכול לשמש כאינדיקציה למחיר בלתי הוגן.³⁰⁷ 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 וברוחות הצרכנים.³⁰⁸

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"³⁰⁹ והם גם טוענים שזה המבחן שהחיל בית המשפט האירופאי.³¹⁰ אלא שטענה זו שגויה הן אמפירית והן תאורטית.³¹¹

³⁰² שם, פסקה 57.

³⁰³ שם.

³⁰⁴ צדוק, לעיל ה"ש 86.

³⁰⁵ שם. ראו גם ת"צ 16/08/6179 גפניאל נ' החברה המרכזית למשקאות בע"מ (16.1.2019), ומנירב, לעיל ה"ש 38, עמוד 17.

³⁰⁶ גפניאל, לעיל ה"ש 1, פסקאות 47 ו-58.

³⁰⁷ פיזור ערר, לעיל ה"ש 182.

³⁰⁸ Akman and Garrod, לעיל ה"ש 163.

³⁰⁹ אזרחי וגילה, לעיל ה"ש 8, עמ' 5-320. לביקורת ראו סוס טרויאני, לעיל ה"ש 20, עמ' 5-591.

³¹⁰ שם, עמ' 310.

³¹¹ למרות שהטענה שגויה היא הוחלה בעניין נאור, לעיל ה"ש 2, ובאה לידי ביטוי בעניין צדוק, לעיל ה"ש 84, המאמץ מבחנים מבוססי-עלויות בלבד, לפחות בשלב אישור התובענה כייצוגית.

אמפירית, רשות התחרות האירופית, כמו גם בתי משפט, דווקא מכירים בשיקולי ביקוש כחלק חשוב ובלתי נפרד מהחלטה בדבר הוגנות המחיר. בהחלטות בעניין **Sundbusserne** ו-**Scandlines**, למשל, קבעה רשות התחרות האירופאית מפורשות כי התועלת המוגברת למשתמשי הנמל הייחודי צריכה להיות גלומה במחיר ההוגן.³¹² גישה דומה אומצה למשל, גם על ידי בית המשפט הבריטי בעניין **Attheraces** שם נקבע שהמחיר עבור שיתוף במאגר מידע ייחודי צריך לבטא לא רק על עלויות הקמתו, אלא גם את הרווח הגבוה של הצרכן כתוצאה משימוש בו.³¹³ גישה זו אימץ גם בית המשפט האירופי בעניין **Kanal**, שם נקבע שהמחיר ההוגן עבור הפקות מקור לא יכול להיגזר רק מעלויותיהן, שאם לא כן לא ייעשו כלל הפקות.³¹⁴ רק לאחרונה, בעניין **פיזור** קבעה ערכאת הערעור האנגלית שיש להביא בחשבון גם גורמים שאינן מבוססי-עלות, כגון יתרונות ללקוח וטבעו של המוצר בעת קביעת המחיר הבלתי הוגן. בית המשפט ציין שאת התמורה לצרכנים ניתן לשלב במרכיב ה"פלוס" במבחן קוסט פלוס, או בבחינת ההגינות של המחיר.³¹⁵ 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).³¹⁶ היטיב לבטא זאת בית המשפט האנגלי בעניין **Albion Water**, כאשר קבע כי מחיר מופרז הוא תנאי הכרחי, אך לא מספיק, למחיר בלתי הוגן.³¹⁷ תאורתית, התעלמות מוחלטת משיקולי ביקוש שגויה הן משום שהיא עלולה לפגוע בתמריצי הפירמות,³¹⁸ והן משום שכפי שפרטנו 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, " כיון שהמונופולין לא יגבה לעולם מחיר שהצרכנים לא מוכנים לשלם.³¹⁹ 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.³²⁰

6.4. התחשבות בעלויות השקעה בעת קביעת גובה העלות

חלק מבתי המשפט המחוזיים הכירו בכך שעל מנת לתמרץ השקעות בהתייעלות ובהדשנות, יש לאפשר מחיר שיכסה לא רק את העלויות השוליות של בעל המונופולין, אלא גם את עלויות ההשקעה שלו, לרבות הסיכון הכרוך בהשקעה.³²¹ גם גילוי דעת 1/17 של רשות התחרות מכיר בכך,³²² וגם בית המשפט העליון בגפניאל. אין ספק שגישה זו הולכת בכיוון הנכון, אם כי היא אינה פותרת את כל הקשיים עליהם עמדנו לעיל, לרבות העובדה שבמרבית השווקים לא שורר שיווי משקל תחרותי, והקושי להעריך את העלויות של הפירמה (לרבות עלות ההשקעה האלטרנטיבית שלה), ואת הסיכון שנטלה על עצמה כשהשקיעה.

³¹² *Sundbusserne*, לעיל ה"ש 43; *Scandlines* לעיל ה"ש 282.

³¹³ *Attheraces Ltd. v. British Horseracing Board Ltd et al.*, [2007] UKCLR 309

³¹⁴ *Case C-52/07 Kanal 5 Ltd. v. Föreningen STIM*, [2008] E.C.R. I-9275

³¹⁵ פיזור ערר, לעיל ה"ש 182, פסקאות 171-2, 253.

³¹⁶ בית המשפט אישר השוואת המבטא שיקולים של צרכנים, המבטא שיקולים של צד הביקוש. *AKKA*, לעיל ה"ש 239.

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

³¹⁸ A. Ayal, *FAIRNESS IN ANTITRUST: PROTECTING THE STRONG FROM THE WEAK* 52 (2014).

³¹⁹ אורחי וגילה, לעיל ה"ש 8.

³²⁰ *Limiting Litigation*, לעיל ה"ש 23.

³²¹ צדוק, לעיל ה"ש 84; *גפניאל*, לעיל ה"ש 305.

³²² גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 11.

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." ³²³ טענה זו בעייתית לפחות משתי סיבות. ראשית, פירמות יצטרכו להעריך מראש האם השקעתן תחשב בדיעבד על ידי בתי משפט כ"מוצדקת וסבירה." מצב זה יוצר חוסר וודאות בהיעדר אמות מידה ברורות להערכה כאמור. שנית, כפי שכבר פרטנו 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 מתאפיינות בסיכון גדול שצריך לכסות עליו, ואשר הרווח על מוצרים מצליחים צריך לכסות על ההפסדים מכישלונות.

6.5 שורה תחתונה לעניין הוגנות המחיר

הדיון עד כה מחזק 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." ³²⁴ זאת ועוד: לא ניתן להתמודד עם הקושי בהחלת העילה בכלים משפטיים בלבד, כיון ש"פרשנות משפטית של העילה המנותקת מההשלכות הכלכליות של יישומה עלולה למוטט את הבסיס העיוני שעליו ניצבים דיני התחרות." ³²⁵ כפי שראינו, בניסיונם להחיל את העילה, חלק מבתי המשפט המחוזיים התעלמו מקשיים אלה ומהניסיון שנצבר בעולם והחילו את העילה בצורה רחבה ביותר. החלטות אלו לא התמודדו לעומק – ולרוב שילמו מס שפתיים בלבד – עם הכשלים והקשיים בהחלת העילה והמחיר הגבוה של החלת-היתר שלה. ³²⁶ זאת למרות שיש הסכמה רחבה כי בהיעדר מתודולוגיה ברורה לקביעה מתי מחיר הינו בלתי הוגן, ובהיעדר קונצנזוס לגבי מהו מחיר הוגן, יש להחיל את העילה בזהירות ובריסון תוך הכרה במגבלות החלתה בפועל.

7. מתי ראוי להכיר בעילה בישראל ובאיזה תנאים?

אם כך, מהם גבולות העילה, אשר יקטינו את החשש שאכיפתה תפגע בתפקודו של השוק ותזיק בסופו של דבר לצרכנים במקום להועיל להם? בהיעדר 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, מספר גורמים חוברים יחדיו כבסיס לפרשנות תכליתית לפיה יש לאכוף את העילה בזהירות ובריסון, תוך התמקדות במקרים בהם ברור שהתועלת שבאכיפת האיסור תגבר על הנזק. בפרט, החלת העילה נדרשת לאזן בין הרצון למנוע נטל עודף בטווח הקצר מחד, והרצון לשמור על תמריצי הפירמות ולמנוע נטל עודף בטווח הארוך מאידך, תוך התחשבות במגבלות המוסדיות וכשלים האינהרנטיים בהחלת העילה. ³²⁷ 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. ³²⁸ בפרט עליו לבחון האם התערבותו נותנת משקל ראוי לשיקולים של יעילות דינמית ולא

³²³ צדוק, לעיל ה"ש 84.

³²⁴ גפניאל, לעיל ה"ש 1, פסקה 28.

³²⁵ שם, פסקה 42.

³²⁶ ראו, למשל, נאור סופי, לעיל ה"ש 2, פסקה 86.

³²⁷ ראו גם גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 11, עמ' 6.

³²⁸ גפניאל, לעיל ה"ש 1, פסקה 38.

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 הודאות 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" בהם התערבות בשוק מוצדקת; והאם גישתו לא הופכת אותו למאסדר מחירים, הלכה למעשה.

מהשיקולים המפורטים לעיל עולה שיש להגביל את תחולת העילה רק ל"מקרים הדוקרים את העין וברורים לכל", כמוצא אחרון, במצבים בהם שוררים מחירים ורווחים גבוהים לאורך זמן, וקיימים חסמי כניסה והתרחבות משמעותיים, וכאשר קיים כשל רגולטורי המונע פתרון הבעיה באמצעים יעילים יותר.³²⁹ לפיכך, אנו סבורים כי בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, יש לחייב את המבקש להראות מהו הכשל הרגולטורי שבעטיו הוא פונה לבית המשפט, ומדוע אין רשות אחר מתאימה יותר להסדיר את הבעיה. זאת כדי למנוע מצב שבו האכיפה הפרטית הופכת ל"מסלול מקביל ומשלים לאכיפה המנהלית-ציבורית".³³⁰

תחום הפרמצבטיקה, שהוא תחום ייחודי, מדגים מקרים הממלאים תנאים אלו.³³¹ ארבע דוגמאות למקרים כאלה הן **פיזור ואדונוז** בבריטניה, **אספן** באיטליה, ו**לידיאנט** בהולנד.³³² בארבעת מקרים מדובר היה במונופול מוחלט, כאשר לצרכני התרופות לא היו חלופות אחרות.³³³ 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 אדונוז, ומחלת CTX שהיא הפרעה מטבולית נדירה וחשוכת מרפא במקרה של לידיאנט. בכל ארבעת המקרים, מחירי התרופות עלו בשיעורים חדים: 1,500%-300% במקרה של אספן, 2,600%-2,300% במקרה של פיזור, למעלה מ-6,000% במקרה של אדונוז, 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 העלייה לא נבעה מעלייה בהוצאות הייצור, ולא ניתן היה לטפל בנוק שנגרם למערכת הבריאות ולצרכני התרופות כתוצאה מהזינוק החד במחיר על ידי פיקוח מחירים.³³⁴ לבסוף, בכל ארבעת המקרים היה מדובר בתרופות גנריות שפותחו לפני שנים רבות, אשר הפטנט עליהן פג שנים רבות לפני התביעה, ולכן תמריצי השקעה לא היו רלוונטיים (למעשה לידיאנט לא פיתחה את התרופה בעצמה אלא

³²⁹ ברוח הדברים של השופט הנדל בגפניאל, לעיל ה"ש 6, פסקה 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 ובאמון שלו באופן קבלת ההחלטות על ידי גופי השלטון". ראו, מבקר המדינה, "חוות דעת הפיקוח על מחירי המזון והפיקוח על מחירי מוצרי חלב", 12 בספטמבר 2012, <https://www.mevaker.gov.il/sites/DigitalLibrary/Pages/Reports/949-2.aspx?AspxAutoDetectCookieSupport=1>, הנדל, לעיל ה"ש 6, פסקה 5.

³³⁰ הנדל, לעיל ה"ש 6, פסקה 5.

³³¹ ראו גם **זליכה**, לעיל ה"ש 13, פסקה 82.

³³² פיזור בית הדין לתחרות, לעיל ה"ש 177, סעיף 462; אדונוז, לעיל ה"ש 185; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Decision A480 Aspen (29.9.2016); Authority for Consumers and Markets, Decision to Fine Leadiant for Excessive Price of CDCA Drug (19.7.2021)

³³³ אספן, שם, 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 182, פסקאות 18-21. לתרופה של אדונוז לא הייתה תחרות עקב חסמי כניסה וגודלו המוגבל של השוק, אדונוז, שם, סעיף 1.15. לידיאנט הייתה ספק בלעדי לשוק האירופי של תרופה לטיפול במחלת CTX. שם.

³³⁴ 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. אדונוז ניצלה פירצה בפיקוח על מחירי תרופות בבריטניה. אדונוז, שם, סעיף 1.13.

רכשה אותה מחברת תרופות אחרת, ואספן כלל לא ייצרה את התרופות, אלא רק שיווקה אותן).³³⁵ 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 ולרכוש את התרופה. לפיכך, קל יחסית לקבוע כי במקרים אלה מדובר בניצול לרעה של כוח שוק.³³⁶ למרות זאת, בית המשפט לערעורים בבריטניה קבע בעניין פיזור כי גם במקרי קיצוץ יש צורך לדון בטענות ובשאלות עובדתיות הנוגעות למופרזות ולהוגנות המחיר.³³⁷

תובנה נוספת העולה מהשיקולים לעיל היא שעשוי להיות מקום להחלת העילה כאשר מדובר במונופולין יציר-המדינה, שזכה להגנה מתחרות.³³⁸ 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, לפיו הפירמה תספק את המוצר באיכות גבוהה ובמחיר סביר, ואילו המדינה מצידה תגן על הפירמה מפני תחרות.³³⁹ 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.³⁴⁰

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.³⁴¹ לחסמי כניסה גבוהים לענף הרלוונטי יש חשיבות בהקשר זה, שכן העדר כניסה כאשר אין חסמי כניסה גבוהים יכולה להעיד על כך שמתחרים אינם סבורים שהם יכולים להתחרות בשוק בהצלחה.³⁴²

8. 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 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 ושאינו הוגן, בדרך שאינה פוגעת בפעילות בשוק וברווחת 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 אימץ גישה זהירה ומרוסנת להחלת העילה, המחזירה את ישראל לחיק העמים. עתה יש להיזהר לבל היא לא תצא מחיק זה, בדלת האחורית, על בסיס פרשנות שגויה של בתי משפט מחוזיים. אכן, רק

³³⁵ למגמה של החלת העילה על פטנטים על תרופות שפגו ראו, למשל: B. Kianzad and T. Minssen, *How Much is Too Much? Defining the Metes and Bounds of Excessive Pricing in the Pharmaceutical Sector*, 2(3) EUROPEAN PHARMACEUTICAL LAW REVIEW 13 (2018).

³³⁶ ראו, למשל, OECD Background Paper, *Excessive Prices in the Pharmaceutical Markets* (2018). "There may nevertheless be cases where pricing is so extreme that it becomes relatively easy to demonstrate that it is excessive by reference to a variety of different measures."

³³⁷ פיזור ערר, לעיל ה"ש 182.

³³⁸ עמדת היועמה"ש, לעיל ה"ש 12, סעיף 83.

³³⁹ 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 A. Kahn, "Who Should pay for Power-Plant Duds?" *Wall St. Journal*, Aug. 15, 1985, at 26, col. 3.

³⁴⁰ ראו גם עמדת היועמה"ש, לעיל ה"ש 12, סעיף 87.

³⁴¹ שם, סעיף 81; גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 11.

³⁴² AKKA, לעיל ה"ש 239, *J. Davies and J. 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, בעמוד 10.

כמה ימים לאחר מתן פסק הדין ניתנה החלטה של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד, בעניין **בנתאי**, אשר חוזרת על הטעות לפיה מטרת החוק היא הקטנת הנטל העודף והעברת הערך, ולא מיקסום רווחת הצרכן, בניגוד מוחלט לקביעותיו של בית המשפט העליון.³⁴³

מן הראוי שבישראל, בה נאכפת העילה באמצעות תובענות ייצוגיות על ידי בתי משפט שאינם מתמחים, תאכף העילה רק במקרים ה"דוקרים את העין" לגביהם יש הסכמה רחבה לגבי הוגנות המחיר. בפרט, כפי שהיטיבה לבטא זאת השופטת בזק-רפפורט, יש להיזהר מיצירת כשל שוק רגולטורי, תחת כשל שוק כלכלי.³⁴⁴ ביתר המקרים יש להעדיף מנגנונים חלופיים, יעילים יותר, לפיקוח מחירים. החלת פרשנות זהירה ומרוסנת כאמור היא גם הדרך היחידה לרסן את הצונאמי של בקשות אישור תביעות ייצוגיות שהוגשו במגוון רחב של שווקים, המאיים להפוך את בתי המשפט ל"מאסדרי מחירים".

³⁴³ **בנתאי**, לעיל ה"ש 19, פסקה 53.

³⁴⁴ **זליכה**, לעיל ה"ש 13, פסקאות 73, 75.