

עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן : קשיים אינהרנטיים, טעויות בסיסיות, ותנאים להחלטה*

מיכל גל** ויוסי שפיגל***

תוכן עניינים

1. מבוא	2
2. מושכלות יסוד בהחלת העילה	5
2.1. מושכלת יסוד כלכלית ראשונה: רווחת הצרכן איננה תלויה רק במחיר אלא גם בתמורה שהוא מקבל	6
2.2. מושכלת יסוד כלכלית שנייה: התנאים לקיום מחיר תחרותי ומה הוא מכסה	7
2.3. מושכלת יסוד כלכלית שלישית: חשיבות התמריצים הדינמיים לרווחת הצרכנית והחברתית	9
2.3.1. פגיעה אפשרית בתמריץ לשפר את איכות המוצר שהפירמה מציעה	11
2.3.2. פגיעה אפשרית בתמריץ להתייעל ולהפחית עלות	11
2.3.3. פגיעה אפשרית במגוון ובזמינות המוצרים שהפירמה מציעה	11
2.3.4. שיקולים דינמיים לעומת יעילות סטטית	12
2.3.5. הניסיון שנצבר בתחום הפיקוח על מחירים	13
2.4. מושכלת יסוד כלכלית רביעית: חשיבות הודאות עבור השקעות בשוק	15
2.5. מושכלת יסוד כלכלית חמישית: הקשר בין תחרות להשקעות	15
2.6. מושכלת יסוד משפטית: האיסור חל ללא קשר להתנהגות מדירה	18
2.7. חמש מסקנות מהניתוח	18
3. תפיסות הוגנות מחירים של צרכנים	19
4. המצב המשפטי בארץ ובעולם	21
4.1. המבחן האירופי המקובל במרבית העולם	21
4.2. הניסיון שנצבר במדינות נוספות	23
4.3. הגישה של בתי המשפט המחוזיים בישראל בעת האחרונה	26
5. מבחנים לזיהוי מחיר גבוה	27
5.1. מבחן העלות	28
5.2. מבחן ההשוואה	29
6. מבחנים לקביעת הוגנות המחיר	33
6.1. המבחן המקובל במרבית העולם לקביעת הוגנות המחיר	34
6.2. המבחן שאומץ בנאור: מחיר בלתי הוגן הוא מחיר העולה על המחיר בתחרות	37
6.3. המבחן שאומץ בגפניאל ובצדוק: מחיר העולה בצורה משמעותית על המחיר בתחרות	39
6.4. התחשבות בעלויות השקעה בעת קביעת גובה העלות	40
7. מתי ראוי להכיר בעילה בישראל ובאיזה תנאים?	41
7.1. הקושי בשרטוט קו גבול שממנו ואילך מחיר הופך לבלתי הוגן	42

* אנו מודים לתמר שמואלי על עבודת מחקר מועילה, ולעדי אייל, יאיר אילת, נדב לוי, וחיים פרשטמן על הערות מועילות.
 ** פרופסור וראש המרכז למשפט ולטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, וכן נשיאת 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, חבר הוועד המנהל של האגודה לכלכלני תחרות וחבר הוועדה המייעצת לכלכלן הראשי לענייני תחרות של נציבות האיחוד האירופי. גילוי נאות: יוסי שפיגל כתב חוות דעת כלכלית בשלוש תובענות ייצוגיות העוסקות בתמחור מופרז.

- 7.2. מגבלות ההליך האדוורסרי לברור הסוגיה 42
- 7.3. האכיפה מתמקדת רק במחיר ולא בגורמים חשובים אחרים 43
- 7.4. בישראל נדרשת פרשנות זהירה אף יותר מאשר באירופה 44
- 7.5. מקרים בהם יש מקום להחלת העילה 46
8. התייחסות לטענות התומכים בהחלה מרחיבה של העילה 49
- 8.1. הטענה לפיה עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן אינה שונה מאיסורים אחרים בחוק התחרות 49
- 8.2. הטענה לפיה יש לקבוע רף של 20% רווח מעל עלות כנמל מבטחים 50
- 8.3. גודל הטענות בהחלת יתר 51
9. סיכום 52

1. מבוא

אנו מצויים בנקודת זמן פורמטיבית בשאלות קיומה וגדרי תחולתה של עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן (להלן: "העילה")¹ בדיני התחרות בישראל. לאחרונה קבעו חלק משופטי בתי המשפט המחוזיים כי יש להכיר בעילה ואף קבעו תנאים לתחולתה,² וכעת עומדת השאלה בפני בית המשפט העליון.³ להכרעתו בעניין תהיינה השלכות רחוקות-טווח ורחבות-היקף על פעילותן של חברות הפועלות בשוק הישראלי. מאמר זה מנתח את ההחלטות של בתי המשפט המחוזיים, עומד על הכשלים של כמה מהן, מחדד את הבעיות האינהרנטיות בהחלת העילה כפי שעולה מניסיונות החלתה בארץ ובעולם וכן מהספרות הכלכלית והמשפטית הרלוונטית, ומציע כיצד ומתי יש להחילה.

שאלות אלו אינן ייחודיות לישראל, אם כי בישראל קיימת חשיבות מיוחדת למתן תשובות ראויות לשאלות אלו, כיון שבישראל- בניגוד למרבית מדינות העולם- התביעות שהוגשו על בסיס העילה הינן תביעות פרטיות ולא אכיפה של רשות התחרות.⁴ כפי שיפורט להלן, לשוני 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 מכירות בעילה אינן מאפשרות תובענה ייצוגית כאמור.⁵ מצב דברים זה הוביל להצפת בתי המשפט בישראל בתובענות ייצוגיות בטענה של גביית מחיר בלתי הוגן בשווקים רבים ושונים, דוגמת מרגרינה, פתיתים אפויים, תה ירוק, קקאו, קוקה קולה, מרגרינה, סכיני גילוח, פופקורן בקולנועים, מלח מופחת נתרן, ומלח גס. החלטתו של בית המשפט העליון תקבע, בין היתר, אם בתי המשפט בישראל יהפכו להיות מאסדרי-מחירים. חשיבות החלטתו של בית המשפט נובעת גם מהעובדה שבחלק מהתיקים אימצו בתי המשפט המחוזיים פרשנות מרחיבה של העילה, העומדת בסתירה לעמדה המקובלת על רשויות תחרות ומלומדים בכל רחבי העולם. כפי שיפורט להלן, ניתוח כלכלי מוביל למסקנה שמצב הדברים הקיים עלול בסבירות גבוהה לפגוע ברווחת הצרכנים ובמטרת החוק.

¹ ראו דיון בפרק 6 להלן.

² רע"א 1248/19 גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (להלן: "רע"א גפניאל") ורע"א 6104/19 המועצה הישראלית לצרכנות נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ (להלן: "רע"א תנובה").

³ לסקירה של אכיפת האיסור בישראל ראו, 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). לגירסה קצרה בעברית: יוסי שפיגל "האיסור על תמחור מופרז: לקחים מהניסיון שנצבר בישראל" **חידושים בניהול** ג' (2018).

⁴ M. Gal, *The Case for Limiting Private Litigation of Excessive Pricing*, 15 JOURNAL OF COMPETITION LAW AND ECONOMICS 298 (2020).

ככלל, קיימות בעולם שתי גישות מנוגדות להכללת איסור על מחירים גבוהים במסגרת עילת הניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי בדיני התחרות.⁵ בארה"ב, קנדה, וסינגפור, למשל, מחיר גבוה, כשלעצמו, לא אסור לפי דיני התחרות.⁶ לפי גישה זו, כאשר הדבר נדרש, פיקוח מחירים מתבצע מראש ובמישרין, על ידי רשות פיקוח מתמחה. לעומתם, באיחוד האירופי ובמדינות אחרות אשר הלכו בעקבותיו, מכירים עקרונית בעילה. אולם גם מדינות אלו מכירות בצורך להחיל אותה בצורה זהירה ומרוסנת.⁷ 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 לצמצם את תחולתה למקרים חריגים בלבד.⁸

הסכמה רחבה זו לצמצום העילה נסמכת על מגבלותיה האינהרנטיות, כמו גם על ניתוח כלכלי של התמריצים שהיא יוצרת לפעולת פירמות בשוק. כך למשל, מוטה, שהיה הכלכלן הראשי של רשות התחרות האירופית, ודה סטריל ממליצים להחיל את העילה בצמצום רב, ורק במקרים שבהם המונופול נוצר כתוצאה מדחיקת מתחרים או מזכויות בלעדיות שניתנו למונופול, וגם אז יש לדרוש עול הוכחה גבוה מאוד.⁹ ג'ני שהוא מומחה בינלאומי לדיני תחרות, קובע בהסתמך על ניתוח הניסיונות ברחבי העולם להחלת העילה, כי חוקי התחרות אינם הכלי המתאים להילחם במחירים מופרזים מסיבות אנליטיות ופרקטיות.¹⁰ דו"ח של ה-OECD שניתח את תחולת העילה במדינות המפותחות, הגיע למסקנה דומה.¹¹ למרות שאין רבותא שהטלת מגבלות על מחירים של בעל מונופולין עשויה להיות נחוצה בתנאי שוק מסוימים, הכלי הנכון לשם כך 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 אלפי אחוזים בין לילה ומנצלת את חוסר האונים של החולים.

אלא שלמעט במקרים חריגים כגון אלה, עילת המחיר הבלתי הוגן אינה הדרך הנכונה למנוע עליית מחירים, מהטעם הפשוט שלמעט במצבי קיצון, אין כלים טובים דיים לקבוע האם מחיר הוא בלתי הוגן ומתי הוא הופך לכזה.

⁵ לדיון מפורט, ראו 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).

⁶ OECD Roundtable on Excessive Pricing, DAF/COMP 2011 (2011). קיימים כלים רגולטוריים אחרים המאפשרים פיקוח מחירים. כך, למשל, בישראל קיים חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים המאפשר להגביל מחיר של מוצרים ושירותים בפיקוח. בנוסף, מדינות שונות ברחבי העולם אימצו חוקים האוסרים על price gouging, לדוגמה, G. S. Cary et al., *Exploitative Abuses, Price Gouging, & COVID-19: The Cases Pursued by EU and National Competition Authorities*, CONCURRENCES (30 April 2020); L. Frank, *Prohibiting Monopolistic Excessive Pricing During the Time of COVID-19*, 41(7) EUROPEAN COMPETITION LAW REVIEW 317 (2020).

⁷ ראו פרוט בפרק 2.2 להלן; וכן OECD לעיל ה"ש 6: "[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."

⁸ ראו דיון בפרק 4 להלן.
⁹ 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) ("extreme caution should be exercised").

¹⁰ F. Jenny, *Abusively High prices, Competition Law and Economic Analysis*, Address at CRESSE 12th, ראו F. Jenny, *Abuse of Dominance by International Conference on Competition and Regulation* (Jul. 1, 2017). *Firms Charging Excessive or Unfair Prices: An Assessment*, in EXCESSIVE PRICING AND COMPETITION LAW ENFORCEMENT, לעיל ה"ש 3: "[c]ompetition law is clearly an inadequate instrument to fight excessive prices for analytical and practical reasons."

¹¹ OECD, לעיל ה"ש 6, בעמוד 4: "Interventions by competition authorities to deal with [excessive prices] directly are considered controversial at best."

התעלמות מעובדה זו עלולה להוביל לפגיעה משמעותית ברווחת הצרכן, גם אם הכוונה היא הפוכה.¹² ואכן, וורדן, שהיה כלכלן בכיר ברשות התחרות האמריקנית, טוען כי לאחר ניסיון של ארבעים שנה עם החלת העילה באירופה, "שאין לעילה זו מבחן מוגדר, ולעולם גם לא יהיה מבחן כזה," וזאת משום שאין כללים או סטנדרטים שמגדירים מחיר גבוה בלתי הוגן.¹³ עובדה זו, לטענתו, גורמת לכך שעילה זו היא "אירונית ואולי גם טראגית",¹⁴ שכן בעוד שהיא מתבססת על טענת אי הוגנות מצד בעל המונופולין, הענישה עצמה נגועה באי הוגנות משום שהרשויות קונסות פירמות בדיעבד, בלא שברור מראש מהו מחיר בלתי הוגן.¹⁵

אל מול גישה קונצנזואלית זו, הדעה המושמעת על ידי שלושה מלומדים ישראליים,¹⁶ כמו גם זו שאומצה לאחרונה במספר החלטות של בתי המשפט המחוזיים, משקפת גישה מרחיבה להחלת העילה, החורגת באופן משמעותי מזו שאומצה ברחבי העולם, כמו גם מהעמדה הזהירה שאימצו רשות התחרות,¹⁷ היועץ המשפטי לממשלה,¹⁸ וחלק מבתי המשפט המחוזיים.¹⁹

במאמר זה אנו דנים בגורמים המובילים למסקנה שאין לאמץ את גישתם המרחיבה של חלק מבתי המשפט המחוזיים, ובנוסף אנו מציעים תנאים ראויים להחלתה בפועל. בכתיבתנו בעבר אמנם כבר דנו בנושאים 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 של בתי המשפט המחוזיים שהתמודדו עם העילה אשר התקבלו לאחרונה, ניתוח ניסיון של מדינות נוספות שהכירו בעילה, והתמודדות עם טענות לאימוץ גישה רחבה להחלת העילה שהועלו לאחרונה על ידי המלומדים גילה וקלמנט.²¹ הניתוח גם כולל, לראשונה, דוגמאות כלכליות מפורטות המדגימות את הטיעונים.

תרומה נוספת של מאמר זה היא פירוט, לראשונה, של כל ההחלטות הנוגעות להחלת העילה במוסדות האיחוד האירופי ובבריטניה, במסגרת הטבלה המהווה כנספח למאמר. פירוט זה מאפשר לראות את התמונה בשלמותה, ולא להתמקד רק במקרים ספציפיים שעלולים לצייר תמונה מוטעה לגבי החלת העילה. הבחירה באיחוד האירופי מבוססת על כך שהוא מקור העילה, הניסיון שנצבר בו הוא הארוך מכולם, ומבחינו מהווים בסיס למרבית יתר העולם בהחלת העילה. הבחירה בבריטניה נובעת מכך שהיא מובילה בניסיונותיה ליצור מבחן מושכל להחלת העילה. בנוסף, גם אלו המצדדים בהחלת העילה בארץ מפנים לרוב ההחלטות במדינות אלו.²² מהטבלה עולה כי במוסדות האיחוד האירופי נדונו במשך יותר מחמישים שנות קיום העילה עשרים וארבע החלטות בלבד (כאשר חלקן הינן ערר שנדחה על החלטת הנציבות שלא

¹² ראו OECD, לעיל ה"ש 6, וכן את ההפניות במיכל (שיצר) גל והילה נבו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" **משפטים** מה(1) 277 (2016); מיכל (שיצר) גל והילה נבו "מחיר גבוה כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי: סוס טרויאני" **משפטים** מה(3) 801 (2017).

¹³ 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

¹⁴ שם.

¹⁵ שם.

¹⁶ דיוד גילה ואלון קלמנט "פרוצדורה ומהות בתובענות ייצוגיות בעילת מחיר מופרז: כלים שלובים להתרעה אופטימלית" **עיוני משפט** מה (2021); אריאל אזורי ודיוד גילה, **דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים** 320-5 (2019).

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

¹⁸ עמדת היועץ המשפטי לממשלה ברע"א גפניאל (להלן: "עמדת היועץ המשפטי").

¹⁹ ראו, למשל, ת"צ 5753402-14 **זליכה נ' תנובה** (מחוזי י"ם, 19.12.2021).

²⁰ Spiegel לעיל ה"ש 3; תורת ההחלטות, לעיל ה"ש 12; סוס טרויאני, לעיל ה"ש 12. מאמרים אלו הצביעו על החשש מהצפת בתי המשפט בתביעות על בסיס העילה, תוך פגיעה בוודאות פעולת השוקיים, כפי שאכן קרה בפועל, וקראו לאי החלתה כל עוד אין כלים ראויים וברורים לכך. כפי שפורט שם, צמצום העילה למקרים נדירים ומובחנים שלא יפגעו בתמריצי הכניסה לשווקים, ביעילות ובחדשנות, כפי שמאמר זה מציג, תגשים אותה מטרה.

²¹ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 16.

²² ראו, למשל, שם; גילה ואזורי, לעיל ה"ש 16; 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).

להגיש תביעה), ובבריטניה נדונו מאז אימוץ העילה עד היום רק שבע החלטות כאלה.²³ לעומת גישה זהירה ומרוסנת זו, בישראל הוגשו בשנים האחרונות כחמישים (!) תביעות ייצוגיות, המחייבות את בית המשפט לשמש כמאסדר מחירים, כאשר לאחרונה עלה קצב הגשת התביעות לכשבע בשנה. הווה אומר, בישראל מוגשות בשנים האחרונות מדי שנה פי למעלה מ-17 יותר תביעות יותר מאשר באיחוד האירופי, ופי יותר מ-50 מאשר בבריטניה.

כפי שמאמר זה מפרט, מבול התביעות הייצוגיות, כמו גם הגישה העולה ממספר החלטות של בתי המשפט המחוזיים מהעת האחרונה, מדאיגים ביותר.²⁴ החלטות אלו מאמצות גישה החורגת באופן משמעותי מהמקובל בעולם, תוך התעלמות מ"מעצורי הזהירות" שהוחלו בגדרה. מטרידה העובדה שגישה קיצונית זו אינה מתיימרת להתמודד עם הכשלים האינהרנטיים להחלת העילה, הזועקים מההחלטות ומהכתיבה האקדמית בכל העולם. אין חולק שישראל חופשית לאמץ גישה ייחודית משלה לעילה, אבל על גישה זו להתבסס על טיעונים המעידים שהיא אכן משרתת את תכלית החוק, ואיננה מתעלמת מהניסיון הרב שנצבר בהחלתה ברחבי העולם.²⁵ במידה ומקבלי ההחלטות יחליטו לסטות מהגישה שאומצה בעולם, מן הראוי להסביר מדוע ישראל שונה ממדינות אחרות במידה המצדיקה אימוץ גישה שונה. גישה קיצונית זו גם מתעלמת מהקו הזהיר העולה מהחלטת בית המשפט העליון בעניין **רייס**.²⁶ המטוטלת נוטה כעת לכיוון מדאיג. חשוב לוודא שהיא תחזור למסלולה הראוי.

מאמר זה עומד תחילה על הקשיים בהחלת העילה וכיצד הם מקרינים על השאלה כיצד ראוי להחילה בפועל. במסגרת זו אנו בוחנים את מושכלות היסוד הכלכליות והמשפטיות הרלוונטיות (פרק 2), את תפיסות ההוגנות של צרכנים לגבי מחירים כפי שהן עולות ממחקרים שבחנו את הסוגיה (פרק 3), ואת הניסיון להחלת העילה ברחבי העולם ובישראל (פרק 4). לאחר מכן אנו סוקרים את המבחנים לזיהוי מחיר גבוה (פרק 5), ולזיהוי מחיר בלתי הוגן שהוחלו בארץ ובעולם (פרק 6), ואת התנאים להחלת העילה בישראל (פרק 7). לבסוף אנו מתייחסים לכמה טענות של המתנגדים לגישה זהירה בהחלת העילה (פרק 8). הפרק התשיעי מסכם את עיקרי מסקנותינו.

2. מושכלות יסוד בהחלת העילה

אלו הטוענים לפרשנות מרחיבה של העילה, טוענים שהאיסור על מחיר גבוה נועד לחייב בעל המונופולין להוריד את מחירו למחיר שהיה נקבע בתנאי תחרות, או למחיר המתבסס על כך, וזאת כדי למנוע נטל עודף והעברת ערך מצרכנים לפירמות. בפרק זה אנו מראים כי פרשנות זו עלולה דווקא לפגוע ברווחת הצרכן בטווח הארוך. בטרם נפנה לניתוח האמור נסביר בקצרה את משמעות ההתמקדות בנטל עודף והעברת ערך.

"נטל עודף" (Deadweight loss) נוצר משום שמחיר העולה על עלות הייצור השולית של המוצר (במאמר זה- "מוצר" יכלול גם שירות) גורם לפחות לחלק מהצרכנים להפסיק לרכוש את המוצר. אובדן הרווחה הכלכלית מכך קרוי נטל עודף. בנוסף, מחיר גבוה מגדיל את חלקו של המוכר בעודף הכלכלי שהעסקה יוצרת (surplus), קרי הפער בין התועלת שהעסקה יוצרת לקונה לבין העלויות של המוכר; הגדלה זו שבאה על חשבון הקונים, מכונה לעיתים "העברת ערך".²⁷ למשל, נניח מוצר שעלותו השולית היא 2 ₪, ויש לו שני סוגי צרכנים: הסוג הראשון מוכן לשלם עבור כל יחידה עד 4 ₪, והסוג השני עד 10 ₪. התייקרות המחיר מ-3 ₪ ל-7 ₪ תגרום לצרכנים מהסוג הראשון להפסיק

²³ בריטניה הצטרפה לאיחוד האירופי בשנת 1973. לפניכן לא הוחל בה איסור דומה.

²⁴ ראו דיון בפרק 4.2 להלן.

²⁵ דו"ח OECD, לעיל ה"ש 6. ראו גם את המקורות המצוטטים, למשל, בגל ונבו, לעיל ה"ש 12; M. Gal, *Abuse of Dominance: Exploitative Practices, in EU COMPETITION LAW* (Lianos and Geradin eds., 2013), 385; Gal, *The Case for Limiting*, לעיל ה"ש 4.

²⁶ רע"א 2616/03 **ישרכארט בע"מ נ' רייס**, פ"ד נט(5) 701 (פורסם בנבו, 14.3.2005).

²⁷ "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.

לרכוש, וכך ייווצר נטל עודף של 2 ש' בגין כל צרכן מהסוג הראשון (הפער בין הנכונות לשלם והעלות השולית). צרכנים מהסוג השני ימשיכו לרכוש את המוצר, אך ערך של 3 ש' יעבור מהם אל הפירמה, וכך תיווצר העברת ערך. אלא שהשאיפה למנוע נטל עודף והעברת ערך מתמקדות במחיר בטווח הקצר, תוך התעלמות ממספר מושכלות יסוד כלכליות לגבי פעולת השווקים. לפיכך אנו מפרטים להלן חמש מושכלות יסוד כלכליות, העומדות בבסיס התאוריה הכלכלית עליה מבוססים דיני התחרות. מושכלות אלה חשובות לעניינינו לפחות משלוש סיבות. ראשית, נדמה שהקולות הקוראים בישראל להחלה רחבה של העילה מתעלמים ממושכלות היסוד, ולמצער אינם נותנים להן את המשקל הראוי. שנית, הבנה שגויה של מושכלות היסוד עלולה להוביל להחלת העילה באופן הפוגע במטרת החוק, רווחת הצרכן. שלישית, למרות חשיבותן, חלק ממושכלות היסוד לא פורטו בעבר בכתיבה העוסקת בתחולת העילה, וגם כאשר נדונו, הדיון לא היה מלא. הדיון שלהלן משלים את החסר, והוא מתבסס על תובנות העולות ממחקרים כלכליים, אשר טרם נדונו בהקשר של החלת העילה. פרט לחמש מושכלות היסוד הכלכליות, אנו דנים בהמשך פרק זה גם במושכלת יסוד שישית, משפטית, לפיה תחולת העילה אינה מותנית בהתנהגות מדירה של בעל המונופולין.

בטרם נדון במושכלות היסוד, חשוב לציין בנוסף כי איסור כולל על העברת ערך לבעל המונופולין, קרי 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. ואולם, גם אם העילה מקדמת בין השאר שיקולי צדק חלוקתי,²⁸ 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.

2.1. מושכלת יסוד כלכלית ראשונה: רווחת הצרכן איננה תלויה רק במחיר אלא גם בתמורה שהוא מקבל

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 לא נלקחת בחשבון התמורה למחיר, לא ניתן לטעון שמחירו הגבוה יותר של מוצר פוגע ברווחת הצרכן, רק משום שמוצר אחר נמכר יותר בזול. נדגים. נניח ששתי תרופות מטפלות באותה מחלה ועלויות הייצור שלהן זהות. תרופה א' עולה פי שניים מתרופה ב'. ברור שלא ניתן לטעון שהמחיר של תרופה א' מופרז בהשוואה לתרופה ב' אם האריזה של תרופה א' מכילה כמות כפולה של כדורים (המחיר לכדור זהה בשני המקרים), או שהמינון של תרופה א' כפול מזה של תרופה ב' (המחיר למ"ג של חומר פעיל זהה בשני המקרים), או שתרופה א' יעילה יותר, ולכן זמן הטיפול בה הוא חצי מזמן הטיפול בתרופה ב' (המחיר ליום טיפול זהה בשני המקרים). למעשה, גם אם שתי התרופות נמכרות באריזות המכילות כמות זהה של חומר פעיל, וזמן הטיפול בהן זהה, קשה לטעון שהמחיר של תרופה א' מופרז בהשוואה לתרופה ב', אם הטיפול בתרופה ב' גורם להשפעות לוואי משמעותיות שאינן נגרמות משימוש בתרופה א'.

למעשה, בהתאם לטענת ה"העדפה נגלית", כאשר צרכנים יכולים לקנות שני מוצרים (או יותר) והם בוחרים במוצר א' ולא במוצר ב', אזי התמורה שהם מקבלים ממוצר א' יחסית למחירו חייבת להיות גבוהה מהתמורה שהם מקבלים יחסית למחיר מרכישת מוצר ב', גם אם מוצר ב' זול יותר.²⁹ למשל, אם צרכנים מעדיפים לרכוש את מוצר א' למרות

²⁸ תובענה ייצוגית (מחוזי מרכז) 41838-09-14 משה ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח בע"מ (פורסם בנבו, 29.1.2017).

²⁹ "העדפה נגלית" (revealed preference) 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).

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, רק 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 גישה באינטרנט, משום שלמייצגי נישומים מובטח רוחב פס גבוה יותר אשר מעלה את מהירות הגלישה שלהם.³⁰ כלומר, לא רק המחיר חשוב, אלא גם התמורה המתקבלת עבור המחיר.

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

כפי שנפרט בפרק 6.2 להלן, יש הטוענים שמטרת העילה היא שחזור התוצאה שהייתה מתקבלת בתנאי תחרות משוכללת, וכי המחיר ההוגן הוא המחיר שהיה מתקבל בשוק כאמור ("המחיר התחרותי").³¹ על כן, חשוב להבהיר מהו מחיר תחרותי ומתי הוא שורר בשוק. המחיר התחרותי שווה לעלות השולית של הפירמה, קרי ההפרש בין העלות של הפירמה כאשר היא מייצרת את היחידה האחרונה וכאשר היא איננה מייצרת אותה. דא עקא, לפחות בטווח הקצר מחיר זה איננו מכסה בהכרח את עלות ההשקעות והעלויות הקבועות אשר איפשרו את ייצור היחידה האחרונה, לרבות רכישת ציוד קבוע, עלות המחקר והפיתוח שהובילו לשיפור המוצר או הליכי הייצור שלו, עלות הסיכון בהשקעה בשוק, והעלות האלטרנטיבית של ההשקעה, קרי התשואה שהייתה מתקבלת מהשקעת הכסף באפיק אלטרנטיבי.³²

נדגים. בעל מטע התקשר עם דבוראי וזה הציב במטע עשר כוורות כדי שהדבורים יאבקו את העצים במטע. נניח שעלות הדלק והשכירות של הטנדר שהוביל את הכוורות למטע ועלות העבודה של הדבוראי להצבת הכוורות, מסתכמות ב-1,000 ₪. אם הדבוראי מקבל 1,000 ₪ עבור השירות, הוא יוכל אמנם לכסות את העלות הישירה שלו למתן שירותי האבקה, אך סכום זה לא יכסה את מלוא ההשקעה בכוורות, בציוד מתאים, ובטיפול בדבורים, ולא יפצה את הדבוראי על הסיכונים שנטל (למשל האפשרות שייגרם לכוורות נזק וההשקעה תרד לטמיון). ברור שעבור 1,000 ₪ לא ישתלם להיות דבוראי, והתוצאה עלולה להיות הרסנית לבעלי מטעים.

ואכן, בעניין **אברהמי** קבע בית המשפט כי "הוצאות תשתית וציוד קבוע אינן שונות מכל הוצאה אחרת, ואף אותן צריך המשקיע להחזיר." בית המשפט גם דחה את חוות הדעת שהמבקש הגיש משום שזו התעלמה מהסיכון שמת"ב לקחה על עצמה כאשר התמודדה במרכז לאספקת שירותי טלוויזיה בכבלים בישראל.³³ המסקנה אם כן 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.³⁴ מחיר כזה משקף את המחיר התחרותי בטווח הארוך. אלא שגם מסקנה זו היא בעייתית.

³⁰ ת"צ (ת"א) 35356-08-15 **מנירב ואח' נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ** (18.1.2021) (מחיקת בקשה לתביעה ייצוגית).
³¹ ראון, למשל, גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 16 ("אם המטרה של חוק התחרות תושג במלואה, כל השווקים ייהנו ממחיר תחרותי, ואף פירמה לעולם לא תוכל לגבות מחיר מעליו.")

³² הסיכון שפירמות נוטלות על עצמן איננו מבוטל; סקירה של ספרות אמפירית שבדקה את סיכויי ההצלחה של מוצרים חדשים שיוצאים אל השוק, העלתה כי בממוצע רק כ-60% מכלל מוצרים אלו 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 בדיעבד רק מוצרים ופירמות שהצליחו, מתקבלת תמונה מוטת של הסיכוי שהיה לפירמה להרוויח כאשר היא ביצעה את ההשקעה. לחשיבות רמת הסיכון לחישוב הוגנות המחיר ראו גם רייס, לעיל ה"ש 26, פסקה 26; Case COMP/A.36.570/D3 *Sundbusserne v. Port of Helsingborg* (2006); פסקה 199 "...should take into account... the uncertainties involved in determining production costs, and the cost of capital".

³³ בש"א (מחוזי ת"א) 36128/99 **אברהמי נ' מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ** פ"מ תשס"ד (2) 27 (2006).
³⁴ אכן, גילוי דעת 1/14 קובע כי העלות הרלוונטית היא העלות התוספתית הממוצעת לטווח הארוך אשר מביאה בחשבון הן את העלויות המשתנות והן את העלויות הקבועות של הפירמה.

בעיה ראשונה מתעוררת במישור הנורמטיבי: מחיר השווה לסך העלויות של המוכר מותיר את כל העודף הכלכלי מהעסקה בידי הקונה. נדיגים. נניח שבדוגמה לעיל, הצבת הכוורות במטע מגדילה את הכנסותיו של בעל המטע ב-200,000 ש"ח, וכי בתוספת החלק היחסי של העלויות הקבועות של הדבוראי, עלות הסיכון שלו והעלות האלטרנטיבית, סך העלות להצבת עשר כוורות במטע היא 10,000 ש"ח. אם נניח לצורך הדיון שהדבוראי הוא בעל מונופולין באספקת שירות האבקה, הרי שמי שסבור שמחיר הוגן הוא המחיר התחרותי, יטען שבעל המטע צריך לשלם לדבוראי 10,000 ש"ח. תשלום כזה איננו משאיר לדבוראי רווח כלשהו. לעומת זאת בעל המטע מרוויח מההאבקה 190,000 ש"ח. קשה לראות את ההצדקה הנורמטיבית לכך שכל הערך שנוצר מהעסקה ייצבר דווקא בידי בעל המטע.³⁵ אכן, בית המשפט המחוזי קבע בעניין **אברהמי** כי "אין כל קשר הכרחי מבחינה לשונית בין 'הגינות' לבין 'מחיר שוק'".³⁷

בעיה שנייה היא פרקטית: מחיר תחרותי יכול לשרר רק בשווקים שבהם מתקיימת תחרות משוכללת. בתנאי תחרות משוכללת, כל פירמה לוקחת את המחיר כנתון, ומחליטה איזה כמות לספק. לפיכך מתקיים בשוק "כלל המחיר האחיד": כל העסקאות מתבצעות במחיר זהה. אלא שתחרות משוכללת אפשרית רק בתנאים מיוחדים. כאשר תנאים אלה אינם מתקיימים לא תיתכן תחרות משוכללת, וממילא גם לא קיים מחיר תחרותי שניתן להשתמש בו כאמת מידה למחיר הראוי. להלן נפרט את התנאים בהם תיתכן תחרות משוכללת ומחיר תחרותי יכול להתקיים.

מוצרים הומוגניים: מוצרים הומוגניים הם מוצרים הנתפסים על ידי הצרכנים כתחליפים מושלמים זה לזה, למשל סחורות. דוגמאות בולטות הן מתכות, מינרלים וכימיקלים, תוצרת חקלאית, 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.³⁸ לפיכך, הפירמות לא תוכלנה לשרוד בשוק לאורך זמן.

בעיה של סיכון מוסרי: בעיה זו נוצרת כאשר יצרנים בוחרים את איכות המוצר אך צרכנים אינם יכולים לוודא את האיכות שנבחרה לפני שהם רוכשים את המוצר. במקרים כאלה יש ליצרנים תמריץ לספק איכות נמוכה כדי לחסוך בעלויות. כדי לתמרץ יצרנים לספק איכות גבוהה, המחיר חייב להותיר ליצרן "פרמיית איכות". פרמיה זו מבטיחה איכות גבוהה 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, כאשר המקל הוא אובדן הפרמיה בעקבות נטישת צרכנים שלא קיבלו איכות גבוהה. לכן בשווקים עם סיכון מוסרי המחיר חייב לעלות על המחיר התחרותי כדי להבטיח

³⁵ לפי נתוני משרד החקלאות ופיתוח הכפר, יש בישראל 100,000 כוורות אשר תורמת לחקלאות בישראל 2 מיליארד ש"ח. לפיכך, כל כוורת תורמת לבעל המטע כ-20,000 ש"ח.

³⁶ הטענה לפיה כל הערך מעסקה אמור להישאר בידי הקונה מעוררת בעיה נוספת, משום שניתן לטעון שבעסקה בין הדבוראי לבעל המטע, הדבוראי רוכש מבעל המטע שירות הזנת דבורים ולכן הוא הקונה, והוא זה שצריך לקבל לידיו את מלוא הערך מהעסקה.

³⁷ **אברהמי** לעיל ה"ש 33.

³⁸ 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.

פרמיית איכות שתתמרץ יצרנים לספק איכות גבוהה.³⁹ גם כאן, הגבלת המחיר עלולה להזיק משום שכל עוד המחיר איננו מבוטח לפירמה פרמיית איכות, לא יהיה לפירמה תמריץ לספק איכות גבוהה. יתרה מכך, כיוון שפרמיית האיכות הנדרשת שונה משוק לשוק, לא ניתן לקבוע כלל משפטי אוניברסלי, שיבטיח אספקת איכות גבוהה בכל השווקים וימנע מהפירמה להפיק רווחים גבוהים מאלה הנדרשים לאספקת איכות גבוהה (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 בפזר מחירים: יצרנים נוטים לגבות לעיתים מחירים גבוהים ולעיתים נמוכים,⁴⁰ ויצרנים שונים מציעים מחירים שונים.⁴¹ 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. זאת משום שמחיר התקרה מקטין את התמריץ של צרכנים לחפש (מחיר התקרה מקטין את טווח המחירים האפשרי ולכן גם מקטין את התועלת מחיפוש). כיוון שכך, ליצרנים יש תמריץ גדול יותר לייקר מחירים.⁴² כיוון שבמרבית השווקים לא מתקיימים התנאים הנחוצים לתחרות משוכללת, ככלל המחיר התחרותי איננו קיים, וממילא גם לא ניתן או ראוי להשתמש בו כאמת מידה לבחינת המחיר של בעל מונופולין. ודוק: אין מדובר כאן בבעיה טכנית של חישוב המחיר התחרותי, אלא בבעיה מהותית, הנובעת מכך שכל עוד שווי משקל תחרותי איננו קיים, גם לא ניתן לטעון שזה המצב שהיה שורר אילולא ניצל בעל המונופולין את כוחו לרעה. גרוע מכך, כפיית המחיר התחרותי כאשר תחרות משוכללת איננה יכולה להתקיים עלולה להביא לשיבושים בפעולת השוק: הפירמות ייקלעו להפסדים, ולא יספקו את המוצר, או שלא יספקו איכות גבוהה, וציבור הצרכנים ייפגע.⁴³

2.3. מושכלת יסוד כלכלית שלישית: חשיבות התמריצים הדינמיים לרווחה הצרכנית והחברתית

ככלל, פירמות מחליטות מה לספק וכמה, בין היתר בהתחשב במחיר אותו יוכלו לקבל.⁴⁴ לפיכך, התמקדות רק במחיר, תוך התעלמות מהתמריצים של פירמות לספק מוצרים באיכות גבוהה, לפתח מוצרים ושירותים חדשים, לייעל את תהליכי הייצור, ולספק מגוון רחב של מוצרים, עלולה בסופו של דבר להביא לתוצאה גרועה יותר מנקודת ראותו של הצרכן מזו המתקבלת ללא התערבות בשוק. עניינה של המושכלה השלישית הוא בתובנה לפיה **חריגה של המחיר מהעלות השולית עשויה להיות בבחינת כורח בל יגונה כדי לתמרץ פירמות לספק מוצרים באיכות גבוהה, ובכך למקסם את רווחת**

³⁹ 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.

⁴⁰ 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).

⁴¹ 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). ⁴² C. Fershtman and A. Fishman, *The 'Perverse' Effects of Wage and Price Controls in Search Markets*, 38 EUROPEAN ECONOMIC REVIEW 1099 (1994).

⁴³ דוגמה מוחשית להתערבות במחירים בשוק באופן שפגע בציבור הצרכנים הוא המחסור שנוצר באספקת חמאה בישראל בסוף 2018, ככל הנראה בגלל שהמחיר המפוקח של חמאה לא כיסה את עלויות הייצור שלה, ולכן תנובה ובעיקר טרה הקטינו במידה ניכרת את היקף ייצור החמאה.

⁴⁴ יוצאי דופן הם מצבים בהם חלה חובה מכוח הוראות חוק להציע מוצרים מסוימים, או שאיכות המוצרים נקבעת לפי תקנים מחייבים.

הצרכן.⁴⁵ למרות שמדובר ברעיון בסיסי בכלכלה, מצדדי העילה מתעלמים ממנו כליל, או למצער אינם נותנים לו משקל ראוי.⁴⁶

אין ספק שנטל עודף והעברת ערך עלולים לפגוע בצרכנים בטווח הקצר. אולם התמקדות בשיקולים של נטל עודף והעברת ערך בטווח הקצר 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 (שהרי פירמות מחליטות לפתח מוצר בהתאם לציפיותיהן, בין השאר, לגבי המחיר שאותו תוכלנה לגבות). חשוב להדגיש שמתן תמריצים לפירמות אינו מצדיק בהכרח מחירים מונופוליסטיים - מדיניות אופטימלית חייבת לאזן בין שיקולי טווח קצר לבין מתן תמריצים לפירמות לפעול בדרך שמגדילה את רווחיהן, אך גם מיטיבה עם הצרכנים. דוגמה בולטת לצורך בהריגה מעלות שולית, אשר מותירה בידי הפירמה שולי רווח, כדי להבטיח תוצאה שתטיב בסופו של דבר עם הצרכנים, הם שווקים המתאפיינים בהשקעות ארוכות טווח במחקר ופיתוח. נהוג לסווג השקעות כאלה לשני סוגים. השקעות המיועדות לייעול 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.⁴⁷ 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 להשקיע השקעות גדולות על מנת לפתח את החיסון במהירות? האם המחיר הזול לחיסון שהיה מפותח תוך מספר שנים (או שלא היה מפותח כלל) היה משפר את הרווחה בהשוואה למצב שבו החיסונים אמנם יקרים אך הם מוצעים תוך פחות משנה? התשובה לשאלות אלו טריוויאלית.

המסקנה היא כי **בראיה ארוכת טווח, נטל עודף בטווח הקצר הוא המחיר שיש לעיתים לשלם עבור מתן תמריצי השקעה לפירמות במטרה למנוע נטל עודף גדול עוד יותר על הצרכן בטווח הארוך.** במילים אחרות, הניסיון להשיג תוצאה טובה (מניעת נטל עודף בטווח הקצר), עלול להביא לאובדן של תוצאה טובה מאוד (עלייה ברווחת הצרכנים בטווח הארוך). כדי להדגים את התובנה, אנו מנתחים להלן שלוש דרכים שונות 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,⁴⁸ הספרות 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.⁴⁹

⁴⁵ ראו גם סוס טרויאני, לעיל ה"ש 12, עמ' 806-12.

⁴⁶ למשל, גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 16, עמ' 52, טוענים כי החשש שהאיסור על גביית מחיר מופרז יגרום לפירמות להוריד את איכות המוצרים שלהן "מבוסס על הבנה כלכלית שגויה."

⁴⁷ R. Gilbert, *Looking for Mr. Schumpeter: Where Are We in the Competition-Innovation Debate?*, 6 INNOVATION POL'Y & ECON. 159 (2006).

⁴⁸ תורת ההחלטות, לעיל ה"ש 12.

⁴⁹ הדיון להלן גם מזים את הטענה של גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 16, לפיה "הטענה כאילו מחיר גבוה משמעותית מעל המחיר התחרותי הוא חיוני להשקעה ולתחרות מתמקדת בזווית ראייה צרה וחריגה, המנבאת רק "תחרות על השוק" ולא "תחרות בתוך השוק". זאת משום שבמקרים שננתח אין "תחרות על השוק" (בשניים מהמקרים יש תחרות "בתוך השוק", ובמקרה השלישי הפירמה היא מונופול). המסקנה היא שהשקעות חשובות בין בשוק יכולה לפעול רק פירמה אחת ובין אם פועלות בו מספר פירמות.

2.3.1. פגיעה אפשרית בתמריץ לשפר את איכות המוצר שהפירמה מציעה

נניח שכדי לשפר את איכות המוצר נדרשת השקעה במחקר ובפיתוח. תהליך זה איננו ודאי: בחלק מהמקרים ההשקעה נכשלת.⁵⁰ ואולם אם ההשקעה מצליחה, איכות המוצרים גדלה. העלייה באיכות מאפשרת לפירמות להעלות את מחיר המוצר או השירות, אך תחת הנחות סבירות, העלייה באיכות מגדילה את רווחת הצרכנים יותר ממה שהעלייה במחיר פוגעת בו. בפרט, הדוגמה בנספח א' מראה כי כאשר ההשקעה במחקר ופיתוח מצליחה, מחיר המוצר אמנם גדל ב-50%, אך רווחת הצרכנים גדלה ב-400%, כלומר פי 8 מהעלייה במחיר.

החלת העילה באופן מרחיב עלולה לגרום לפירמות לא להשקיע השקעות שעלותן ורמת הסיכון שלהן גבוהות. ללא השקעות אלו, מחיר המוצר אמנם לא יתייקר, אך הצרכנים גם עלולים להפסיד מעלייה ברווחתם. הבעיה מחריפה ככל שמצטמצמים שולי הרווח שמותר לפירמה לגבות. החלת העילה פועלת אם כן במצבים אלו כבומרנג.

2.3.2. 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 הוולת המחיר מגדילה את המכירות, אבל כפי שאנו מראים בנספח א', הקטנת שולי הרווח גוברת על העלייה במכירות, ולפיכך התייעלות מקטינה את הרווח של הפירמה. 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.⁵¹ 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. אין זאת שמגבלה על שולי רווח 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. בנספח אנו גם מראים שהמסקנה זו אינה משתנה כאשר הפירמה חשופה לתחרות.

2.3.3. פגיעה אפשרית במגוון ובזמינות המוצרים שהפירמה מציעה

נניח כעת 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 (התחליפיות איננה יכולה להיות גבוהה מדי אחרת שני המוצרים ישתייכו לאותו שוק), 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 ברווחים שלה. 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

⁵⁰ Castellion and Markham, לעיל ה"ש 32.

⁵¹ הבעיה כאן דומה לכשל מוכר שעלול להיווצר תחת פיקוח מחירים המבוסס על שיעור התשואה של בעל המונופולין (Rate of Return Regulation), כפי שהיה מקובל למשל בפיקוח על חברות תשתית בארה"ב. תעריפי השירותים נקבעו במטרה להבטיח לבעל המונופולין תשואה קבועה (באחוזים) על הון הנכסים המושקע שלו. שיטת פיקוח כזו מתמרצת את בעל המונופולין לנפח את ההון המושקע שלו, כדי לנפח את רווחיו. H. Averch and L. Johnson, *Behavior of the Firm under Regulatory Constraint*, 52 THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW 1052 (1962).

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 מראות שהגנה על התמריצים של פירמות עשויה להיות הכרחית כדי לקבל תוצאה טובה יותר עבור הצרכנים, גם אם היא כרוכה בויתור על הוזלה כפוייה של המחיר. רעיון זה משתקף גם בחלק מהפסיקה. למשל, בעניין **אברהמי**, עלתה השאלה האם מת"ב, שהייתה בעלת הזכות הבלעדית להעניק שירותי טלוויזיה רב-ערוצית בכבלים באזורים שונים בארץ, גבתה מחירים בלתי הוגנים עבור שירותיה.⁵² בית המשפט קבע בעניין זה כי הבלעדיות שניתנה למת"ב והמחיר הגבוהים שגבתה היו הכרחיים 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."

2.3.4. שיקולים דינמיים לעומת יעילות סטטית

אוונס, ז'אנג וז'אנג, אשר נסמכים על מחקרים אמפיריים, טוענים כי צמיחה כלכלית ורווחה חברתית מונעים, בטווח הארוך, ממוצרים חדשים ושיטות ייצור חדשניות ויעילות, וכי אלה מקורם בתחרות דינמית, שבה מרבית השחקנים בשוק מפסידים ואולי גם נפלטים מהשוק, ואילו הפירמות השורדות מרוויחות לעיתים סכומים גבוהים.⁵³ 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 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:⁵⁴

"[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."

⁵² אברהמי, לעיל ה"ש 38.

⁵³ D. Evans, V. Y. Zhang, and X., Zhang *Assessing Unfair Pricing under China's Anti-Monopoly Law for Innovation*-shakeout במסגרתו חודר *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).

⁵⁴ 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 וראו גם דברי הנציב שלעבר על התחרות באיחוד האירופי 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

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".⁵⁵

ואכן, דיני התחרות אינם מסתפקים בניתוח סטטי של תמונת מצב זמנית 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.⁵⁶ כך למשל, נשיא בית המשפט העליון לשעבר, השופט שמגר, עמד על כך שמטרתה של תחרות חופשית איננה רק להוזיל מחירים, אלא גם להביא "לשיפור איכותו של המוצר ולשיפור השירות" וכן "לעודד פיתוחו של המשק בדרך של יוזמות לגיטימיות לסוגיהן".⁵⁷ לשם כך נלקחים בחשבון כל היבטיה של התמורה, לרבות מחיר, איכות, ומגוון. החוק גם מעודד התייעלות של היצרן, אשר עשויה להוריד את עלויות המוצר ולחסוך משאבי ייצור למשק.⁵⁸ 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.⁵⁹ בדומה, ההנחיות לניתוח מיזוגים אופקיים קובעות כי "סוגי יעילות אשר משפרים את יכולתה ותמריציה של החברה המתמזגת להתחרות באופן שישתרת את הציבור ויתבטא בסופו של דבר במחירים נמוכים יותר, איכות משופרת, מגוון או טכנולוגיה חדשה, יילקחו בחשבון".⁶⁰ אלו הן רק שתי דוגמאות המדגימות כי החוק, המבקש לקדם את רווחת הצרכן, אינו מתמקד רק בניתוח של הנטל העודף או העברת ערך בנקודת זמן מסוימת במנותק מהשאלה מה הביא לפיתוח המוצר מלכתחילה, ומה יתמרץ את הפירמות בשוק להמשיך ולהשקיע בעתיד. הדוגמאות גם מדגימות מדוע הטענות לפיהן "נקודת המוצא של דיני [התחרות] היא כי רווחים תחרותיים מספיקים לעידוד השקעות מועילות",⁶¹ וכי אכיפת העילה במקרים חריגים בלבד "מתנגשת חזיתית עם מטרת החוק",⁶² שגויות.

2.3.5. הניסיון שנצבר בתחום הפיקוח על מחירים

על חשיבות שימור תמריצי ההשקעה של פירמות ניתן ללמוד גם מהניסיון המצטבר עם פיקוח מחירים. ואכן, לאחרונה קבע בית המשפט המחוזי בעניין **צדוק** כי "עילת תמחור מופרז היא סוג של פיקוח מחירים, אך היא שונה באופייה מפיקוח מחירים רגיל... [ה]מבוסס על התערבות רגולטורית מראש (ex ante)... לעומת זאת, עילת תמחור מופרז היא פיקוח בדיעבד (ex post) על פעולותיו של בעל המונופולין".⁶³ לאור העובדה שהעילה היא סוג של פיקוח מחירים, ניתן וחשוב ללמוד מהניסיון רב השנים שנצבר בתחום זה כאשר באים לבחון מתי ובאלה תנאים יש להחיל את העילה. אחד השיקולים המרכזיים בתחום פיקוח המחירים הוא החשש לפגוע בתמריצים של הפירמות בפיקוח להשקיע בתשתיות ובאיכות השירות. כך למשל, פרס נובל בכלכלה הוענק בשנת 2014 לטירול, בין היתר בגין מחקריו המדגישים את העובדה שכדי להביא לשיפור רווחת הצרכנים, יש להחיל את הפיקוח באופן אשר יעודד פירמות להתייעל ולשפר את

⁵⁵ תרגום מאנגלית מתוך F. H. Easterbrook, *Ignorance and Antitrust*, in ANTITRUST, INNOVATION AND COMPETITIVENESS (T. M. Jorde & D. J. Teece eds., 1992), 119.

⁵⁶ ראו, למשל, D. Ginsburg and J. Wright, *Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions*, 78(1) ANTITRUST, 371/89 (2012) Law Journal, ע"פ 2560/08 מדינת ישראל- רשות הגבולים העסקיים נ' וול (פורסם בנבו, 6.7.2009).

⁵⁷ רע"א 371/89 ליבוביץ' נ' א. את. י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 327 (1990).

⁵⁸ בג"ץ 588/84 ק.ש.ר סחר אסבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבולים עסקיים, פ"ד מ(1) 29 (1986).

⁵⁹ סעיף 10 לחוק התחרות הכלכלית 1988.

⁶⁰ רשות התחרות, גילוי דעת 1/11 הנחיות בדבר הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים (2011), עמ' 22-3.

⁶¹ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 16, בעמ' 12.

⁶² שם, 16.

⁶³ ת"צ 16/05/36098 צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ (19.1.2019), פסקאות 22-23; זליכה, לעיל ה"ש 19, פסקה 89.

איכות המוצרים.⁶⁴ גם קאהן, מחשובי המומחים לפיקוח מחירים, מדגיש שכדי שהפיקוח יקדם את רווחת הצרכנים, על המחיר להיות גבוה מספיק על מנת ליצור תמריצים להשקעה, ועליו לכסות לא רק עלות השקעות שצלחו, אלא גם של השקעות שכשלו, אחרת הפירמות הנתונות לפיקוח יימנעו מהשקעות מסוכנות אשר עלולות להיכשל.⁶⁵

תובנות אלו קיבלו ביטוי לא רק בספרות המחקרית, אלא גם בפסיקה של בתי משפט ובהחלטות של רשויות פיקוח ברחבי העולם.⁶⁶ כך למשל, בעניין **Smyth v. Ames** קבע בית המשפט העליון של ארה"ב כי פירמה הנתונה לפיקוח מחירים זכאית לתשואה הוגנת על השקעותיה.⁶⁷ רשויות פיקוח בארה"ב פועלות לפי עיקרון זה מאז ועד היום, כמו גם רשויות פיקוח במדינות אחרות. בהחלטה מאוחרת יותר, בעניין **FPG v. Hope Natural Gas** קבע בית המשפט כי המשקיעים זכאים 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.⁶⁸ בעניין **Duquesne Light Co. v. Barasch** הכיר בית המשפט בכך שחלק גדול מהסיכון המוטל על חברות הפועלות תחת פיקוח מחירים מקורו בחוסר הודאות הנובעת מפעולותיה של רשות הפיקוח עצמה.⁶⁹ העיקרון לפיו תעריפים בפיקוח צריכים לשמר את תמריצי ההשקעות של פירמות בפיקוח אומץ בין השאר גם באיחוד האירופי,⁷⁰ ובבריטניה.⁷¹ גם בישראל קבעה וועדת המחירים כי "בעת ביצוע הפיקוח על המחירים יש לשמור על איזון בין הבטחת האינטרסים של המשקיע והצרכן."⁷²

הניסיון הרב שנצבר ברחבי העולם בתחום פיקוח המחירים מעלה מספר מסקנות חשובות לענייננו. ראשית, שיקולים דינמיים ממלאים תפקיד מרכזי בפיקוח מחירים, גם כאשר המונופול מוענק ומוגן על ידי המדינה ואיננו חשוף לסיכונים שבתחרות.⁷³ בפרט, תעריפים בפיקוח של מונופולים בתחומי התשתיות בארה"ב, באירופה, ובישראל, מתחשבים בעלויות שונות מלבד עלויות הייצור, כגון נטילת סיכונים עסקיים ובתמריצים של פירמות להשקיע, וזאת כדי להבטיח שהן 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 קשיים אלה ולהבטיח לפירמה שבפיקוח שהשקעתה אכן תכובד, הפיקוח על השקעות כאמור לרוב מתבצע מראש ולא בדיעבד, אחרי שתוצאות ההשקעה כבר ידועות. הוא גם מתבצע על ידי רשות מומחית, לרוב בעלת מומחיות לשוק הספציפי בו פועל המונופול, תוך התדיינות שוטפת עם הפירמה עצמה ועל בסיס נתונים מפורטים.⁷⁴

Scientific Background on the Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2014 ⁶⁴
"Jean Tirole: Market Power And Regulation," <https://www.nobelprize.org/uploads/2018/06/advanced-economicsciences2014.pdf>

⁶⁵ ראו, למשל, A. Kahn, *Who Should pay for Power-Plant Duds?*, *Wall St. Journal*, Aug. 15, 1985, p. 26.
⁶⁶ לאנגליה ראו M. Armstrong, S. Cowan, and J. Vickers, *REGULATORY REFORM: ECONOMIC ANALYSIS AND BRITISH*
EXPERIENCE (1994) ch. 6.

⁶⁷ *Smyth v. Ames* (1898) 169 U. S. 466.
⁶⁸ *FPC v. Hope Nat. Gas Co.*, 320 U.S. 591 (1944).
⁶⁹ *Duquesne Light Co. v. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989).

⁷⁰ 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...")

⁷¹ למשל, Ofwat (2010), "Financial Performance and Expenditure of the Water Companies in England and Wales 2009-2010",
10," Report, September 28, 2010; Ofwat (2011), "Financeability and Financing the Asset Base – A Discussion Paper,"
March 3, 2011.

⁷² מדינת ישראל משרד האוצר – אגף התקציבים, "מתודולוגיה חדשה לפיקוח על המחירים", 23 בינואר 2017,
<https://www.gov.il/he/Departments/General/methodology>

⁷³ *Duquesne Light*, לעיל ה"ש 69.

⁷⁴ OECD, לעיל ה"ש 6.

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

מושכלת היסוד הכלכלית הרביעית עוסקת בחשיבות רמת הודאות שיש לשחקנים בשוק לגבי התנאים בשוק בכלל, ושולי הרווח שיותר להם לגבות במסגרת החוק, בפרט. בהיעדר וודאות, קשה להעריך נכונה כמה רווח תניב ההשקעה והאם היא כדאית. סיכון זה מקטין את התמריץ להשקיע, ולכן פוגע בצרכנים.

על הפגיעה ברווחה החברתית כתוצאה מחוסר וודאות בנוגע למחיר המפוקח שייקבע בדיעבד ניתן ללמוד באנלוגיה מ"בעיית האופורטוניזם", המזוהה עם כתיבתו של ויליאמסון אשר עליה, בין השאר, הוא זכה בפרס נובל בכלכלה.⁷⁵ 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, אין יותר צורך לתמרץ את הפירמה, ולכן יש למאסדר אינטרס לסטות מהבטחתו ולהפחית את המחיר כדי להיטיב עם הצרכנים. הפירמה המפוקחת יכולה להעריך מראש שכך יקרה, ולכך היא עלולה להקטין את השקעותיה מראש, או אף להימנע מהן כליל.⁷⁶ ספילר טוען שתמריץ-חסר להשקעות הוא הנורמה במקרים כאלה.⁷⁷ ויליאמסון מתייחס אמנם בכתיבתו לפיקוח מחירים על חברות תשתית באמצעות רשות פיקוח, אך בעיית האופורטוניזם תקפה במידה שווה גם לפיקוח בדיעבד במסגרת העילה. כל עוד לא ניתן לקבוע מראש, בוודאות ובהירות את הכללים שבעל המונופולין היה אמור לעמוד בהם, בעל המונופולין יהיה חשוף לסיכון בדמות תביעות שיוגשו נגדו בדיעבד, וסיכון זה יקטין את כדאיות ההשקעות מנקודת ראותו, או יתמרץ אותו להשקיע בטכנולוגיות נחותות אשר חשופות פחות לבעיית אופורטוניזם.⁷⁸

הפתרון הוא בקביעת כללי משחק ברורים, ידועים, ויעילים, ועמידה בכללים אלה.⁷⁹ ואכן, ה-OECD קבע לאחרונה שכלל משפטי המבקש לאסור על מחיר גבוה בלתי הוגן נדרש ליצור ודאות ברמה סבירה בעת שפירמה בוחנת את תחולתו האפשרית בעניינה בטרם השקעתה. מקום שבו קו הגבול בין מחיר הוגן ולא הוגן אינו ברור א-פריורי, עולה חשש לשיבוש פעולת השווקים.⁸⁰ ללא יכולת לחשב את המחיר שיותר לגבות אם ההשקעה תצליח, יהיה לפירמות תמריץ-חסר להשקיע ולפתח. בישראל קיים שיקול נוסף והוא שפיקוח מחירים בדיעבד אינו עולה בקנה אחד עם מדיניות הממשלה להפחתת הנטל הרגולטורי המוטל על עסקים, הקוראת ליצירת כללים "ברורים וודאיים", ויצירת "בהירות, ודאות ועקביות למפוקחים".⁸¹ המסקנה היא שאם לא ניתן לקבוע מראש כללי משחק ברורים, ידועים, ויעילים, יש לכל הפחות להתחשב במחיר חוסר הודאות ובהשפעותיה בעת קביעת הכלל המשפטי אשר יוצר אותה.

2.5. מושכלת יסוד כלכלית חמישית: הקשר בין תחרות להשקעות

המושכלה החמישית, אשר קשורה למושכלות השלישית והרביעית, עניינה בקשר בין תחרות לבין השקעות. נקודת המוצא היא התובנה כי 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

⁷⁵ Oliver E. Williamson, *THE ECONOMIC INSTITUTIONS OF CAPITALISM* (1985).

⁷⁶ 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).

⁷⁷ P. Spiller, *A Tribute to Oliver Williamson Regulation: A Transaction Cost Perspective*, 52(2) *CALIFORNIA MANAGEMENT REVIEW* 147 (2010).

⁷⁸ ענישת פירמות בדיעבד מבלי שנקבע מראש במפורש איזה מחירים יחשבו להוגנים, נגועה בעצמה באי הוגנות. Werden, לעיל ה"ש 13.

⁷⁹ Spiller, לעיל ה"ש 77.

⁸⁰ OECD, לעיל ה"ש 6, בעמ' 22.

⁸¹ https://www.gov.il/he/departments/policies/2014_govdec2118

נמוכים, ולכן יש לה תמריץ חזק להשקיע במטרה להפוך למונופול ולהגדיל משמעותית את רווחיה.⁸² במילים אחרות, פירמה הפועלת בשוק תחרותי משקיעה במטרה "לחמוק מתחרות". 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, השקעה מביאה להחלפת רווח גבוה ברווח גבוה. ודוק: הטענה של ארו נסמכת על העובדה שפירמה שמשקיעה ומצליחה גורפת רווחים גבוהים. ללא רווחים כאלה, לא הייתה לה סיבה להשקיע.

מכך עולה שבין אם מצב המוצא הוא תחרותי ובן 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.⁸³

גילה וקלמנט טוענים שחשיבות המחיר הגבוה ליצירת תמריצים לחדשנות והשקעה הינה "תובנה כלכלית מיושנת, המבוססת על גישתו של הכלכלן האוסטרי יוזף שומפטר שנפטר ב-1950.⁸⁴ אלא שטענה זו בטעות יסודה. תרומתו המרכזית של שומפטר הייתה בכך שהוא הדגיש את המימד הדינמי בתחרות, ואת העובדה שהסיכוי להפיק רווחים עתידיים מתמרץ פירמות להשקיע בחדשנות, וכך צרכנים נהנים ממצרים חדשים וטובים יותר. שומפטר כינה תהליך זה בשם "הרס יצירתי" (Creative destruction).⁸⁵ רעיון זה הוא רעיון מקובל בתאוריה הכלכלית.⁸⁶ למעשה, חשיבות הרעיונות של שומפטר, וביניהם תהליך ההרס היצירתי, רק גברה עם הזמן בעקבות פיתוח מודלים דינמיים, המאפשרים לבחון את תובנותיו במסגרת מודלים פורמליים.⁸⁷ 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.⁸⁸

K. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in READINGS IN INDUSTRIAL ECONOMICS (Rowley ed. 1972), 21.⁸²

"Charging of) Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 407 (2004)⁸³ monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts 'business acumen' in the first place; it induces (risk taking that produces innovation and economic growth." ראו גם זליכה, לעיל ה"ש 19.

⁸⁴ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 16, 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 להגיב על ריסון מחירים דווקא באספקת איכות מוצרים טובה יותר.

⁸⁵ גילה וקלמנט, שם, ה"ש 164, מצטטים מאמר של Syverson כדי לתמוך בטענה כי "כשהשוק יותר תחרותי... יש יותר פרודוקטיביות." אלא שכפי ש-Syverson מסביר, הממצא שלו נובע מתהליך של סלקציה: מפעלים פחות יעילים אינם שורדים כאשר יש תחרות עזה יותר, ולכן המפעלים הנותרים הם במוצע יעילים יותר. הממצא של Syverson תומך דווקא בתובנות של שומפטר, ואינו תומך בטענה כי תחרות מגבירה השקעות במחקר ופיתוח, משום שהעלייה בפרודוקטיביות נובעת מדחיקתן של פירמות לא יעילות אל מחוץ לשוק, ולא מעלייה בהשקעות של פירמות ששורדות בשוק.

⁸⁶ ראו, למשל, H. J. Hovenkamp, *Schumpeterian Competition and Antitrust* (2008) (https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1788) ("Today Schumpeter's conclusion that innovation results much more from convulsive, unexpected changes than from the gradual movement of a market toward competitive equilibrium is fairly well established").

⁸⁷ 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).

⁸⁸ R. J. Gilbert, *INNOVATION MATTERS: COMPETITION POLICY FOR THE HIGH-TECHNOLOGY ECONOMY* (2020).

"Schumpeter['s]...criticism of perfect competition as the ideal engine of innovation is valid... Pricing [some] products at or close to their marginal production costs would not generate sufficient profits to justify the R&D expenses that brought them to market."

ספרו של גילברט מספק סקירה עדכנית של הספרות האמפירית שבוחנת את הקשר בין תנאי תחרות בשוק להשקעות במחקר ובפיתוח. לא במפתיע, הספרות מגלה שהקשר בין השניים מורכב:⁸⁹ יש מחקרים שמצאו קשר יורד בין עוצמת התחרות להשקעה במחקר ופיתוח, יש שמצאו קשר עולה בין השניים, ויש שמצאו שהקשר דומה לאות U הפוכה (עולה ואז יורד).⁹⁰ גילברט מסכם את הממצאים האמפיריים כך:⁹¹

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

המחקר האמפירי מגלה אם כן כי אין שום סיבה להניח כי "דווקא שוק תחרותי יותר יכול לדרבן השקעה בשיפור המוצר ובמחקר ופיתוח יותר מאשר שוק מונופוליסטי", כפי שגילה וקלמנט טוענים.⁹² כיוון שכך, קיים חשש ממשי שהתערבות שנועדה למנוע סטייה משמעותית מהמחיר בתחרות משוכללת, כפי שהם מציעים, עלולה להביא לפגיעה בתמריצי ההשקעות של פירמות, ולפיכך לפגיעה ברווחת הצרכן בטווח הארוך. המסקנה הבלתי נמנעת מכך היא שמטרת החוק איננה יכולה להיות ניסיון לכפות תמיד ובכל מצב את התוצאה המתקבלת בתחרות משוכללת (לרבות במקרים בהם תחרות משוכללת כלל לא יכולה להתקיים).

הרעיון לפיו לעיתים כוח שוק נדרש כדי להגן על התמריצים של פירמות באופן אשר יבטיח תוצאה טובה יותר עבור הצרכנים, מוכר גם בדין. דיני הקניין הרוחני, למשל, מבקשים לתמרץ השקעות במחקר ופיתוח באמצעות מתן אפשרות לבעל הקניין הרוחני, שהשקיע בפיתוח דבר מה חדש, ליהנות מבלעדיות בייצורו במשך תקופה ארוכה.⁹³ בלעדיות זו עשויה להקנות לבעל הקניין הרוחני יכולת ליהנות משולי רווח גבוהים. ברור שניתן היה אחרי פיתוחו של הקניין הרוחני לשפר את מצבם של הצרכנים על ידי פתיחת השוק לתחרות, אלא ששיפור כזה בדיעבד היה שומט את התמריץ להשקיע במחקר ופיתוח מלכתחילה, וכך הצרכנים לא יוכלו ליהנות ממוצרים חדשים, מאיכות גבוהה יותר, או מהוזלות מחירים המתאפשרות עקב התייעלות של הפירמה.

⁸⁹ הקושי המרכזי לחקור את הקשר הסיבתי בין ריכוזיות בשוק (מהווה מדד לעוצמת התחרות) והשקעות במחקר ופיתוח, נובע מכך ששני המשתנים נקבעים בשווי משקל כתלות בגורמים בסיסיים יותר, כגון טכנולוגיה, מחירי חומרי גלם, ופונקציית הביקוש למוצרים. גורמים בסיסיים אלה משפיעים על הרווחים של הפירמות גם במצב המוצא (לפני ההשקעות) וגם בדיעבד (לאחר שההשקעות בוצעו), ולכן ייתכן א-פריורי כי ההשפעה על הרווח במצב המוצא גדולה מזו שעל הרווח בדיעבד, וייתכן שלהיפך. לכן מחקרים שבדקו את הקשר בין שני המשתנים חייבים להתמודד עם קשיים מתודולוגיים אלה.

⁹⁰ אחד המאמרים שמצא קשר הדומה לאות U הפוכה בין עוצמת התחרות להשקעה במחקר ופיתוח, הוא המאמר של אגיון ואחרים שגילה וקלמנט מצטטים בה"ע 183 במאמרם, לעיל ה"ש 16. הם מצטטים את המאמר כדי לתמוך בטענתם כי "הוכח אמפירית כי דווקא שוק תחרותי יותר יכול לדרבן השקעה בשיפור המוצר ובמחקר ופיתוח יותר מאשר שוק מונופוליסטי" (ההדגשה הוספה). טענה זו מטעה משום שאגיון ואחרים הראו כי אם מתחילים עם תחרות משוכללת, ירידה ברמת התחרותיות (הנמדדת במונחי הרווח השולי של הפירמות) מגדילה את ההשקעות במחקר ופיתוח (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".

⁹¹ שם, פרק 6. מרבית המחקרים משווים בין חדשנות במצב נתון: מונופול מול תחרות, ואינם מתמקדים בשאלה מה הביא לקיומו של המונופול מלכתחילה.

⁹² גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 16.

⁹³ חוק הפטנטים תשכ"ז-1967.

גילה וקלמנט טוענים שלמרות 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."⁹⁴ דא עקא, חוקי הכלכלה, והתמריצים של הפירמות להשקיע, אינם משתנים בהתאם לחוק במסגרתו הם מוחלים. אם תמריצי השקעה במחקר ופיתוח מספיקים "רק אם פירמה תגבה מחירים מעל ומעבר למחיר התחרותי,"⁹⁵ בעקבות הגנה שהיא מקבלת מכוח הגנה על קניין רוחני, אזי לא ייתכן בו זמנית כי "רווח תחרותי והמתח התחרותי בין הפירמות" מספיקים לצורך זה לפי חוק התחרות. יתרה מכך, הדיון לעיל מראה שמתח תחרותי מדרבן פירמות להשקיע רק אם הן צופות להחליף רווח נמוך בהווה ברווח גבוה אחרי ההשקעות (אפקט התחלופה של ארו). אם הפירמות אינן מרוויחות, אין להן כל סיבה להשקיע מאמץ וכסף וליטול סיכונים.

לכאורה, ניתן היה למנוע פגיעה בתמריצי ההשקעה של פירמות על ידי יצירת כללים ברורים מראש להחלת העילה במסגרתם המחיר יחשב לבלתי הוגן רק כאשר הוא עולה על העלויות (לרבות עלות הסיכון שבהשקעה) בפער גדול מספיק. אלא שבפועל, שולי הרווח הנדרשים לתמריץ השקעות שונים מענף לענף ומפירמה לפירמה, לעיתים במידה ניכרת. לכן, לא ניתן ליצור כלל אחיד שיתאים לכל המקרים, או אפילו למרביתם, וייצור ודאות ברמה הנדרשת לתמרוץ השקעות ולמניעה של פגיעה ברווחת הצרכן. ההליך המתאים לפיקוח כאמור הוא הליך 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.

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

מושכלת יסוד משפטית שכדאי להבהירה, 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 מהמשלה, או בבעלותה משאב טבע ייחודי). למעשה, האיסור חל גם על בעל מונופולין אשר הגיע למעמדו בזכות, תוך יצירת מוצר טוב יותר מאלה של מתחריו, או אפילו זול יותר, אשר הצרכנים העדיפו על פני המוצרים המתחרים. במקרים מעין אלו ההליך התחרותי התקיים והצליח.⁹⁶

2.7. חמש מסקנות מהניתוח

הניתוח לעיל מוביל לחמש מסקנות: ראשית, פיקוח על מחירים נדרש לאזן בין הרצון למנוע מחירים גבוהים לבין הצורך לשמר את התמריצים של פירמות להשקיע באופן אשר מועיל בסופו של דבר לצרכנים. שנית, 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. שלישית, מחיר הטעות ביצירת איזון לא נכון בדמות פגיעה בתמריצי השקעות עלול לעלות על התועלת מהניסיון למנוע מחירים גבוהים. צרוף תובנות אלו מוביל למסקנה רביעית: **כדי שהעילה תגשים את מטרת החוק, יש לוודא שהיא אינה יוצרת חוסר וודאות, ואיננה פוגעת בתמריצים של פירמות.** איסור על מחיר גבוה אשר איננו ער לתמריצים אלו ומתמקד רק במחיר בטווח הקצר, עלול לגרום נזק יותר מאשר תועלת. ודוק, אין פירוש הדבר שאכיפת העילה תמיד מזיקה - קיימים מקרים כמו אלה אותם אנו מזכירים בפרק 8 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.

⁹⁴ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 16, סעיף 7.2.

⁹⁵ שם.

⁹⁶ יש לדחות את הטענה לפיה "במקרה של מחיר מופרז התהליך התחרותי לא עבד מלכתחילה." גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 16, עמ' 5.

3. תפיסות הוגנות מחירים של צרכנים

עד כה הדיון בבתי המשפט בישראל בשאלה מתי מחיר הופך להיות בלתי הוגן לא התבסס, ברובו, על תאוריה סדורה או נתונים אמפיריים. על כן מן הראוי לבדוק מה יש למחקר לומר בנושא. בפרק זה נבחן תפיסות של צרכנים לגבי הוגנות המחיר, המבטאות בין היתר את תפיסותיהם הנורמטיביות לגבי צדק מחלק וכן את תפיסותיהם לגבי דינמיקת השווקים. תפיסות אלו רלוונטיות גם בעת שבית המשפט נדרש להתייחס ל"צרכן הסביר".

בשלושים השנים האחרונות התפתחה ספרות מחקרית בכלכלה התנהגותית ובשיווק אשר עסקה בשאלה מתי צרכנים תופסים מחירים כבלתי הוגנים. במחקר חלוצי, ערכו חתני פרס נובל בכלכלה, כהנמן ותיילר, בשיתוף עם קנטש, סקר של משקי בית שהעלה מספר ממצאים החשובים לענייננו.⁹⁷ מחקרים העלה כי רוב גדול של המשתתפים בסקר סברו כי עליית מחירים היא הוגנת אם היא באה לכסות עלויות בהוצאות.⁹⁸ כלומר, עלות המוכרים משפיעה על תחושות של צרכנים לגבי הוגנות מחיר. ממצאים נוספים הראו כי רוב גדול תפסו מחירים כהוגנים אם הם מביאים לחלוקת העודף הכלכלי מהעסקה בין הקונה למוכר,⁹⁹ וכי בערך מחצית מהמשתתפים סברו כי יצרן לא צריך להוזיל את המחיר לצרכן אם עלויותיו פחתו, במיוחד אם מדובר ביצרן שעובד לבדו ולא בפירמה.¹⁰⁰

הממצאים עולים בקנה אחד עם תאוריות של צדק קומונטיבי, לפיהן מחיר הוגן מביא לשוויון בין הערכים שהקונה והמוכר מקבלים מהעסקה.¹⁰¹ 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 קומונטיבי.¹⁰² לעומת זאת, מחיר הנמוך מ-\$60 מיטיב עם הצרכנים יותר מאשר עם הפירמה, ומחיר העולה על \$60 מיטיב עם הפירמה יותר מאשר עם הצרכנים.

בספר שעומד להתפרסם בקרוב, בוחן ניילבך יחסים בין קונים ומוכרים מהיבטים שונים, לרבות תורת המשחקים, מחקר אמפירי, פילוסופיה, ומגוון מקרי בוחן, ומגיע למסקנה כי חלוקה שווה של העודף בין הקונה והמוכר היא התוצאה היחידה שהיא גם הוגנת וגם פרקטית.¹⁰³ מסקנה זו נתמכת גם בניסוי שערך לאחרונה רובינשטיין, מחשבוני החוקרים בתאוריה כלכלית ותורת המשחקים בעולם. במסגרת הניסוי, התבקשו סטודנטים לענות על השאלה הבאה:¹⁰⁴

"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?"

D. Kahneman, J. Knetsch, and R. Thaler, *Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market*,⁹⁷ 76(4) AMERICAN ECONOMIC REVIEW 728 (1986).

⁹⁸ כך, למשל, 79% סברו כי העלאת מחיר של חסה היא הוגנת אם בעל החנות שילם על החסה מחיר גבוה יותר מזה שהוא משלם כרגיל. בדומה, בניסוי אחר הם הראו כי בממוצע, משתתפים בניסוי היו מוכנים לשלם יותר מ-75% יותר עבור אותו בקבוק בירה בדיוק אם זה נמכר במלון מהודר לעומת הבקבוק הנמכר בחנות מכולת מונחת. ממצא זה עיקבי עם ההשערה שהמשתתפים מניחים שלמלון המהודר יש עלויות גבוהות יותר מאשר לחנות המכולת המונחת. D. Kahneman, J. Knetsch, and R. Thaler, *Fairness and the Assumptions of Economics*, 59(4) JOURNAL OF BUSINESS 5285 (1986).

⁹⁹ למשל, 79% מהמשתתפים בסקר סברו כי אם ההוצאות של יצרן שולחנות קטנו ב-\$40, הוגן שהיצרן יוזיל את מחיר השולחנות ב-\$20 (ולא ב-\$40). משמע מרביתם סברו שחלוקה שווה של הניסיון בעלויות בין היצרן לקונים היא הוגנת. שם.

¹⁰⁰ שם.

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

¹⁰² עודף הצרכן הוא 40 (תועלת של 100 פחות מחיר של 60) והרווח של הפירמה הוא 40 (מחיר 60 פחות עלות 20).

¹⁰³ B. Nalebuff, *Split the Pie, A Radical New way to Negotiate* (2022, HarperCollins).

¹⁰⁴ הניסוי, שתוצאותיו טרם התפרסמו, נערך באתר <https://arielrubinstein.org/gt> והשתתפו בו 621 סטודנטים בקורס בתורת המשחקים בישראל ובמדינות אחרות. אנו מודים לאריאל רובינשטיין על שחלק איתנו את תוצאות הניסוי.

כדאי לשים לב כי כמו בדוגמה לעיל, התועלת של הקונה (בוב) מהפריט היא \$100, ואילו העלות של המוכר (אלברט) היא \$20.¹⁰⁵ 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. הפיזור הגדול סביב הממוצע מעיד על העדר קונצנזוס בשאלה מהו מחיר הוגן. ממצא זה גם מסביר מדוע העילה היא בעייתית, וסביר שלא תהיה הסכמה בנושא, ומדוע כדאי להתמקד במקרים ה"דוקרים את העין" לגביהם יש הסכמה רחבה לגבי הוגנות המחיר.

ממצא נוסף של כהנמן, ת'יילר וקנטש של 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 הנמצא סמוך לדירה, ולכן יישאר בדירה גם אם שכר הדירה יעלה. בדומה, פריי ופומרן מצאו כי 78% מהמשתתפים בסקר שערך סברו שאין זה הוגן להעלות מחיר של בקבוק מים ביום חם, גם אם מספר האנשים המעוניינים לרכוש בקבוק מים הוא כפול ממספר בקבוקי המים העומדים למכירה.¹⁰⁶

כן הראה מחקרם של כהנמן ת'יילר וקנטש כי **צרכנים תופסים מחירים כבלתי הוגנים אם הם חורגים מנקודת ייחוס רלוונטית (reference point)**. נקודת ייחוס זו יכולה להיות מחירו של המוצר בעבר, או מחירו בשוק גיאוגרפי אחר הנחשב 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 השוואת מחירו למחיר שהם עצמם שילמו בעבר, או המחיר שצרכנים אחרים משלמים בהווה.¹⁰⁷ אנדרסון וסימסטר מצאו שצרכנים מתייחסים להוזלות מחירים משמעותיות כאינדיקציה לכך שהמחיר בעבר היה בלתי הוגן.¹⁰⁸ מחקרים אלו 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.¹⁰⁹ 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 **שמחירים 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.

¹⁰⁵ ככלל, עלות מוגדרת בכלכלה ככוללת גם רווח אלטרנטיבי, כלומר רווח שניתן היה להפיק ממכירת המוצר לקונה אחר.
¹⁰⁶ 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).
¹⁰⁷ L. Xia, K. Monroe, and J. Cox, *The Price is Unfair! A Conceptual Framework of Price Fairness Perceptions* 68 JOURNAL OF MARKETING 1 (2004).
¹⁰⁸ E. T. Anderson., and D. I. Simester, *Price Stickiness and Customer Antagonism*, 125 QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS 729 (2009).
¹⁰⁹ L. Bolton, L. Warlop, and J. Alba, *Consumer Perception of Price (Un)Fairness*, 29 JOURNAL OF CONSUMER RESEARCH 474 (2003).

כדי להדגים את השלכות מחקר זה, נניח שיצרן מציע לצרכן את העסקה הבאה: אני אשקיע על חשבוני כסף בפיתוח מוצר. אם ההשקעה שלי תצליח, אוכל לייצר את המוצר בעלות של 100 ₪, והוא יהיה שווה לך 200 ₪. אני מתחייב להציע לך את המוצר במחיר של 150 ₪. אם ההשקעה שלי תכשל, לא יהיה לי מוצר להציע לך ואני אשא בכל ההפסד. קשה לראות מה בלתי הוגן בהצעה כזו שמטילה את מלוא הסיכון על המוכר, ומחלקת את הערך שנוצר כאשר ההשקעה מצליחה שווה בשווה בין הקונה והמוכר. קשה גם לדמיין שצרכנים יסרבו להצעה של היצרן שכן אם ידחו אותה, היצרן לא ישקיע והם לא יקבלו עודף של 50 ₪ כאשר ההשקעה מצליחה. חלוקת הרווח גם עולה בקנה אחד עם עקרונות צדק קומונטיבי. אלא שמצדדי אימוץ גישה מרחיבה של העילה יטענו שהמחיר עולה על עלות הייצור ב-50%, הוא בלתי הוגן.

המסקנה העולה מהדיון לעיל היא כי תפיסת ההוגנות של צרכנים לגבי מחירים תלויה, בין היתר, בתמורה שמתקבלת מהעסקה ובזהות המוכר, וכי היא תלויה קונטקסט. עובדה זו הביאה את כהנמן ת'ילר וקנטש 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.¹¹⁰ מהניתוח לעיל עולה גם **שהעברת כל או מרבית הערך מהעסקה לצרכנים, כפי שביסוס המחיר ההוגן על המחיר התחרותי מחייבת, לא נתפסת הוגנת בעיני מרבית הצרכנים, במיוחד במצב בו הערך נוצר כתוצאה מהשקעה של היצרן.**

4. המצב המשפטי בארץ ובעולם

לאחר שהצגנו מושכלות יסוד רלוונטיות וסקרנו ספרות שבחנה תפיסות הוגנות מחירים של צרכנים, נבחן כעת באילו תנאים וכיצד ניתן להחיל את העילה בדרך שתגשים את מטרת החוק. אנו פותחים עם הניסיון שנצבר באיחוד האירופי ובמקומות אחרים בעולם, ולאחר מכן סוקרים את המצב בישראל.

4.1. המבחן האירופי המקובל במרבית העולם

המבחן האירופי למחיר גבוה בלתי הוגן הינו המבחן המנחה במרבית המדינות בהם מוכרת העילה. זהו גם המבחן אליו הפנו בתי המשפט הישראליים ורשות התחרות,¹¹¹ בין היתר לאור העובדה שהאיסור על ניצול כוח מונופוליסטי לרעה הועתק מילה במילה מהסעיף האירופי.¹¹²

בעניין ג'נרל מוטורס קבע בית הדין האירופי שמחיר יהווה ניצול לרעה כאשר הוא מופרז (excessive) יחסית לערך הכלכלי של המוצר או השירות שבמונופולין.¹¹³ 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**.¹¹⁴ שם קבעה יבואנית בנות מחיר שונה לבנות מתוצרתה במדינות שונות. במסגרת עקרון היסוד, לפיו יש לבחון את הוגנות המחיר בהתאם לערך הכלכלי של המוצר, החיל בית הדין מבחן דו-שלבי:¹¹⁵

¹¹⁰ כהנמן ואח', לעיל ה"ש 97

¹¹¹ גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 17.

¹¹² M. S. Gal, *The 'Cut and Paste' of Article 82 of the EU Treaty in Israel: Conditions for a Successful Transplant*

(2007) 9 EUROPEAN JOURNAL OF LAW REFORM 467.

¹¹³ Case 26/75 General Motors Continental NV v. Comm'n, 1975 E.C.R. 1367 1 C.M.L.R. 95 (1976)

¹¹⁴ Case 27/76, United Brands Co. v. Comm'n, 1978 E.C.R. 207

¹¹⁵ שם, פס' 252.

"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.¹¹⁶

בהתייחסו לשני שלביו של המבחן, קבע בית המשפט המחוזי בעניין **נאור** כי "לא ברור מה תועלתו של המבחן הדו שלבי."¹¹⁷ נעיר שתי הערות בהקשר זה. ראשית, עריכת מבחן חד-שלבי איננה מייתרת את הצורך לבדוק האם המחיר גבוה מספיק כדי להוות **ניצול לרעה** של כוח שוק. לכן ניתן לטעון שההבדל בין מבחן חד-שלבי למבחן דו-שלבי הוא במידה רבה סמנטי. שנית, למרות שלכאורה ניתן לבדוק מופרזות והוגנות יחדיו, יש למבחן דו-שלבי יתרון בכך שהוא מייתר את הצורך לבחון את שאלת "הוגנות" המחיר אם מתברר בשלב הראשון כי המחיר איננו "גבוה". לפיכך המבחן הדו-שלבי עשוי לחסוך משאבים רבים, ולהתגבר על הקושי המובנה בקביעה מתי מחיר גבוה הופך להיות בלתי הוגן, כאשר הבדיקה בשלב הראשון מעלה שהמחיר איננו "גבוה".¹¹⁸ דברים ברוח זו קבעה הנציבות האירופית בהחלטה מהעת האחרונה בעניין **Gazprom**.¹¹⁹ 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. הטוענים להסתפקות בשלב הראשון – האם המחיר גבוה – סומכים את ידם, בין היתר, על ההחלטה של בית המשפט הבריטי בעניין **פייזר**, שם עלתה השאלה האם הטריבונל לענייני תחרות טעה כאשר דרש מהרשות להחיל את שני חלקי המבחן לחוסר הוגנות המחיר.¹²⁰ אולם טענה זו מתבססת על טעות בקריאת פסק הדין, משום שהשאלה ב**פייזר** התייחסה לשני החלקים של השלב השני של המבחן, שבו יש שני מבחנים חלופיים להוגנות המחיר – האם המחיר הוא בלתי הוגן כשלעצמו, או בהשוואה למוצרים מתחרים.¹²¹ בית המשפט קובע מפורשות שלפי המבחן המקובל:¹²²

"If a price is "excessive" that is not the end of the analysis since it must in addition be decided whether the price is fair by reference to the "in itself" or competing products"

¹¹⁶ Sundbusserne, לעיל ה"ש 32.

¹¹⁷ פ"ד נאור, לעיל ה"ש 22, בפסקה 10.

¹¹⁸ לדיון בעניין היתרונות של מבחן דו שלבי ראו Pinar Akman and Luke Garrod, *When Are Excessive Prices Unfair?*, 7(2) JOURNAL OF COMPETITION LAW & ECONOMICS 403, (2012). בין השאר הם טוענים כי שמבחן דו-שלבי מגביר ודאות.

¹¹⁹ "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."

¹²⁰ *Competition and Markets Authority v. Flynn* [2020] EWCA Civ. 617 (להלן: "פייזר ער").

¹²¹ שם, סעיף 62. לקריאה כזו של פסק הדין ראו גם פ"ד זליכה, לעיל ה"ש 19, פסקה 94.

¹²² שם, סעיף 66.

ייתכן שהבלבול נובע שהעובדה שלעתים ניתן להשתמש בראיות דומות לשני שלבי המבחן- זאת כאשר משתמשים במבחן ההשוואה כאינדיקציה הן למפרזות המחיר והן כאינדיקציה לבלתי הוגנות המחיר ביחס למוצרים אחרים. כך, למשל, בפרשת **ארגון זכויות היוצרים הלטבי (AKKA)**, השתמש בית המשפט במבחן ההשוואה כבסיס לשני השלבים של המבחן.¹²³ גם אם לעתים מבחן הבסיס זהה, הרי השיקולים המנחים בכל אחד מהשלבים הם שונים. אכן, למרות שהשוואה יכולה להעיד על מחיר מופרז, הרי שגם רשות התחרות הישראלית וגם היועץ המשפטי לממשלה מדגישים שאין די במחיר גבוה- ככל שיהיה - כדי לקבוע שהוא אינו הוגן.¹²⁴ כפי שציינה השופטת בזק-רפפורט בעניין זליכה, "דין הטענות כי אף לפי הדין האירופי ניתן להסתפק אך בבחינת "מופרזות המחיר" – להידחות..." "חוסר הוגנות" הוא הבסיס לתביעה.¹²⁵ כפי שהראינו לעיל, התמקדות בגובהו של המחיר בלבד תוך התעלמות מהסיבה שהוא גבוה ומהדינמיקה התחרותית שהוא יוצר,¹²⁶ גם מתנגשת עם קידום רווחת הצרכן.

חשוב לציין כי למרות משיכתו התיאורטית של המבחן שפורט לעיל, האיחוד האירופי נתקל בקשיים מרובים בעת החלתו. 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.¹²⁷ מתוך ההחלטות שהתקבלו, 10 עסקו בקניין רוחני (פטנטים, זכויות יוצרים, סימן רשום, וסימן מסחרי), 8 במונופול יציר מדינה (או בעל זיכיון בלעדי מהמדינה או רשות מקומית), ו-3 במונופול בתחום התשתיות. רק במקרים בודדים העלתה הנציבות האירופית טענות בדבר תמחור מופרז, וגם אז היה מדובר בעיקר במקרים של מונופול יציר המדינה (לרבות על בסיס פטנט) או מונופול מוסדר. מקרים בודדים אלו הם החריג המעיד על הכלל.¹²⁸ הנציבות האירופית, כמו גם רשויות תחרות במדינות אחרות, מחילות את העילה רק במקרים חריגים, דוגמת **אספן, פייזר**, או **לידיאנט** העוסקות במחיר גבוה של תרופות חיוניות, שיפורטו להלן. בנוסף, בהחלטה היחידה אי-פעם שבה נתן בית המשפט האירופי החלטה בעניין מחיר גבוה שלא היה תוצאה של פעולה מדירה או של מונופול יציר המדינה או המוסדר על ידה – ההחלטה בעניין **יונייטד ברנדס**¹²⁹ – לא נמצא שהמחיר היה בלתי הוגן.¹³⁰ כיוון שהסיבות לאיפוק וריסון באכיפת העילה פורטו בהרחבה במקום אחר,¹³¹ נתייחס במאמר זה רק לקשיים הספציפיים הכרוכים בהחלת המבחנים האמורים בעת ניתוח המבחנים בפרקים 6 ו-7 להלן.

4.2. הניסיון שנצבר במדינות נוספות

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

Case C-177/16 Biedrība 'Autortiesību un komunikācijas konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība' v. Konkurences padome, ECLI:EU: C:2017:689 ("AKKA").¹²³

¹²⁴ גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 17; עמדת היועץ, לעיל ה"ש 18, סעיף 5: ("ראוי להחיל [את העילה] רק כאשר קיימות אינדיקציות ברורות לכך שהמחיר שנבחר הוא גם גבוה וגם בלתי הוגן.")

¹²⁵ זליכה, לעיל ה"ש 19, פסקאות 95, 10.

¹²⁶ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 16, בעמ' 35.

¹²⁷ אף הרשות הישראלית עמדה על כך: "נציבות התחרות האירופית פועלת להכחשה באופן מרוסן ביותר כלפי אכיפה של מחיר בלתי הוגן גבוה ומרבית החלטותיה הנוגעות לניצול מעמד לרעה של פירמות דומיננטיות עוסקות בפעולות מדירות ולא בפעולות ניצול (exploitation)". גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 17, עמ' 7. ראו טבלה בנספח ב' להלן.

¹²⁸ עמדת האירופים שהיא הובעה בדוח ה-OECD, לעיל ה"ש 6, עמ' 321.

¹²⁹ United Brands, לעיל ה"ש 114.

¹³⁰ ראו גם Evans et al., לעיל ה"ש 53, עמ' 7.

¹³¹ גל ונבו, לעיל ה"ש 12, Gal, The Case for Limiting, לעיל ה"ש 4.

בריטניה היא דוגמה מעניינת משום שהיא הדגישה בעבר את חשיבות ההכרה בעילה, ואף פירסמה הנחיות מיוחדות לזיהוי מחירים בלתי הוגנים.¹³² בה בעת, ההנחיות מצמצמות את תחולת העילה למקרים שבהם אין חשש לפגיעה ביעילות הדינמית.¹³³ בנוסף, כפי שהטבלה בנספח ב' מראה, מעטים המקרים בהם רשות התחרות הבריטית ראתה לנכון להחיל את האיסור. את הניסיון סיכם לאחרונה בית הדין לענייני תחרות בעניין **פייזר** כדלקמן:¹³⁴

"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 תביעה אחת שעסקה בעילה שהסתיימה בהצלחה – בעניין **NAPP**.¹³⁵ 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 למחיר ההוגן, ואיפשר להתגבר על חלק מהבעיות הכרוכות בהחלטה.¹³⁶

לאחרונה נדונה העילה בעניין **פייזר**, אשר עסק בהעלאת מחיר חריגה (בשיעורים שבין 2,300%-2,600%) של תרופה גנרית לטיפול באפילפסיה ששווקה לראשונה ב-1938, אך הייתה חיונית משום שהומלץ לחולים שהתרגלו לתרופה מתוצרת יצרן מסוים לא לעבור לתרופה מתוצרת יצרן אחר. גם במקרה זה, אשר 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.¹³⁷ חלקים מההחלטה נהפכו בערר.¹³⁸ 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-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.¹³⁹ ההחלטה לא הגבירה משמעותית את הודאות בגבולות העילה.¹⁴⁰ מקרה זה ממחיש את הקשיים באכיפת העילה גם במקרים קיצוניים ה"דוקרים את העין": העלאת מחירים חריגה בגובהה לתרופה חיונית אשר מטבע הדברים הביקוש אליה קשיח במיוחד, ואשר אינה מוגנת על ידי פטנט.

הניסיון עם החלת העילה הביא את רשות התחרות הבריטית להדגיש את החשש מפגיעה בפעולת השווקים ("price regulation is highly distortive") ולהמליץ לא לאפשר להחילה בתביעות פרטיות, נזיקיות, אלא להגביל את אכיפתה לרשות התחרות.¹⁴¹

OFFICE OF FAIR TRADING, GUIDELINES IN RELATION TO CHAPTER II PROHIBITION UNDER THE UK COMPETITION ACT (1999)¹³²

שם, סעיף 4.7.¹³³

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 (להלן: "פייזר בית הדין לתחרות").¹³⁴

Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries, Decision of the Director General of Fair Trading, No Ca98/2/2001, 30 March 2001; on appeal: *Napp Pharmaceutical Holdings Ltd. v. Director General of Fair Trading*, [2002] CAT 1, [2002] Comp. AR (Eng.)¹³⁵
D. S. Evans and J. Padilla, *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules*, 1 J. COMPETITION L. & ECON. 97 (2005).¹³⁶

שם.¹³⁷
פייזר בית הדין לתחרות, לעיל ה"ש 134.¹³⁸

פייזר ערר, לעיל ה"ש 120.¹³⁹

שם, סעיף 75.¹⁴⁰

שם.¹⁴¹
OECD, לעיל ה"ש 6, בעמ' 290-1, 296.¹⁴¹

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".¹⁴² 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 of goods and services based on a dominant position".¹⁴³ 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, חוק התחרות הברזילאי תוקן ב-2012 ונמחק ממנו האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן. 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.¹⁴⁴

דוגמה שלישית היא דרום אפריקה, שאף היא אחת המובילות בעולם בניסיונות לאכיפת העילה. העילה הוחלה שם ארבע פעמים, כולם על ידי רשות התחרות. שני המקרים הראשונים מלמדים על הקשיים באכיפתה.¹⁴⁵ החלטה הראשונה מ-2009 היא בעניין ענקית הפלדה מיטל. בית הדין לענייני תחרות של דרום אפריקה קבע כי מיטל קבעה את מחיר מוצרי הפלדה השטוחים שלה בהתאם לעלות הייבוא שלהם על ידי מתחרותיה, אשר אינה משקפת עלויותיה של מיטל או את המחיר התחרותי, ולפיכך המחיר בלתי הוגן. מיטל ערערה ובית הדין לערעורים על ענייני תחרות קיבל את הערעור והחזיר את התיק לבית הדין בטענה כי בית הדין 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, על מנת 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 שטבעים בשוק הרלוונטי. במלים אחרות, בית המשפט דחה את הגישה הפשטנית שרשות התחרות ביקשה לקדם ולפיה מחיר הוגן הוא מחיר המכסה את עלויות הייצור של בעל המונופולין, או המחיר בתנאי תחרות, כיון שהתמורה שמקבלים הצרכנים מהווה שיקול מכריע בניתוח ההוגנות המחיר. בעקבות הערעור, מיטל ורשות התחרות הגיעו לפשרה.

ההחלטה השנייה היא מ-2015 בעניין חברת הכימיקלים ססול (Sasol). בית הדין לענייני תחרות קבע כי ססול, שהייתה היצרנית המשמעותית היחידה של פרופילן גולמי, גבתה עבורו ועבור פוליפרופילן מחיר בלתי הוגן גבוה. כיוון שפרופילן הוא תוצר לוואי של זיקוק דלק, קיים קושי לחשב את עלויות ייצורו. ססול טענה שעלות הפרופילן הגולמי היא עלות ההפקה שלו. בית הדין לענייני תחרות קבע שהעלות הרלוונטית היא מחיר הדלק הגולמי אחרי התאמות מסוימות. בית הדין קבע את ערכו הכלכלי של פוליפרופילן בהתבסס על מחירו באירופה ומחיר היצוא של ססול, ומצא שהמחירים של ססול בלתי הוגנים משום שאין יחס סביר בינם לבין ערכם הכלכלי. ססול ערערה, ובית הדין לערעורים על ענייני תחרות קיבל את הערעור. הוא פסק שיש לקבוע את ערכם הכלכלי של פרופילן ופוליפרופילן בהתבסס על עלויות הייצור כפי שחושבו על ידי ססול. בית הדין הסיק שהמחיר של פוליפרופילן היה נמוך מערכו הכלכלי ולכן איננו בלתי הוגן. באשר לפרופילן, שכיוון שהמחיר עלה על מחיר הייצור בפחות מ-20%, הוא לא ייחשב כבלתי הוגן. הפרש

¹⁴² Law 8.884/1994, סעיף 20, תת סעיף XXIV.

¹⁴³ Law 8.078/1990, סעיף 39, ו-Law 8.137/1990, סעיף 4, תת סעיף VII.

¹⁴⁴ E. P. Ribeiro and C. Mattos, *The Brazilian Experience with Excessive Pricing Cases: Hello, Goodbye, in* EXCESSIVE PRICING AND COMPETITION LAW ENFORCEMENT (F. Jenny and Y. Katsoulacos eds, 2018).

¹⁴⁵ L. Mncube, and M. Ngobese, *Working Out the Standards for Excessive Pricing in South Africa, in* EXCESSIVE PRICING, שם.

רווח זה נקבע בהתבסס על דברי הרמב"ם (שפורשו בצורה מטעה כמו שנפרט בהמשך), ללא בדיקה האם די בו כדי לתמרץ חברות להיכנס ולהשקיע בשוק הספציפי שעמד לדיון.

החלטות אלו מדגימות את הקושי המשפטי הכרוך בקביעה האם מחיר הוא בלתי הוגן. בעקבות שתי ההחלטות, התפתח בדרום אפריקה דיון ציבורי בשאלת אכיפת העילה.¹⁴⁶ ב-2018 שונה החוק ונקבע, בין היתר, שיש לקבוע את ההפרש בין המחיר למחיר התחרותי, ויש להוכיח שהפרש זה הוא לא סביר.¹⁴⁷ כדי ליצור בסיס ראשוני לתביעה, על התובע להוכיח שהפרש המחיר היה **מופרז בצורה קיצונית** (utterly exorbitant).¹⁴⁸

בחדשים האחרונים הוחל האיסור בדרום אפריקה בשני מקרים שעניינם ניצול כוח מונופוליסטי שנוצר ערב משבר הקורונה. בעניין **Dis Chem** נמצא שרשת בתי מרקחת שהעלתה את מחיר המסכות הרפואיות ב-25%-261% ניצלה לרעה את כוחה המונופוליסטי. בית המשפט הדגיש את המצב החריג בשל חיוניות המסכות לאור מצב החירום שנוצר עקב המגיפה, וקבע 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.¹⁴⁹ בית המשפט הדגיש שניתוח של אי הסבירות המחיר צריך להיות מבוסס על ניתוח כלכלי,¹⁵⁰ אבל בנסיבות העניין כל העלאת מחיר היא בלתי סבירה. גם בעניין **Babalegi**,¹⁵¹ אשר עסק אף הוא בהעלאת מחירים של מסיכות בעת מגפה, הדגיש בית המשפט שעל העלאת מחירים מקום בו הפעילות הרגילה של השוק הופרה על ידי זעזוע סיסמי בצורת מגפה עולמית, חלים כללים מחמירים. החלטות אלו מדגימות את אכיפת העילה במקרים חריגים וקיצוניים, בהן כל העלאת מחיר שאינה מבוססת על שינוי עלויות כשלעצמה היא בלתי סבירה, ואין בהן כדי לשפוך אור על החלת העילה בתנאי שוק נורמליים.¹⁵² ניסיונות אלו בהחלת העילה מדגימים את הבעייתיות האינהרנטית באכיפתה ומדגישים את הצורך להגביל אותה, למצער, למקרים חריגים ומובחנים בהם ברור לכל בר בי רב כי המחיר הגבוה מהווה ניצול לרעה של כוח שוק. את המצב ביתר המדינות המכירות בעילה סיכם ה-OECD בקובעו שהעילה מוחלת רק בנסיבות חריגות.¹⁵³

4.3. הגישה של חלק מבתי המשפט המחוזיים בישראל בעת האחרונה

ישראל יוצאת דופן לעומת מדינות אחרות בכך שאכיפת העילה בישראל עד עתה נעשתה באמצעות תביעות ייצוגיות ולא על ידי רשויות התחרות. 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.¹⁵⁴ בשנים האחרונות אנו חווים צונאמי של בקשות אישור תביעות ייצוגיות במגוון רחב של שווקים (כמפורט בנספח ג'). עד היום ניתן פסק דין הקובע שנגבה מחיר גבוה בלתי הוגן רק בתביעה אחת - פ"ד נאור, אשר עוסק במחיר הקוטג' ערב מחאת הקוטג' ב-2011. בית המשפט בחן את ההפרש בין עלות הייצור למחיר בהתאם למבחני-העזר המקובלים בעולם, המפורטים בפרק הבא. בית המשפט

¹⁴⁶ שם.

¹⁴⁷ Section 8 of the South African Competition Law 1998

¹⁴⁸ Competition Tribunal of South Africa Case No CR008Apr20, Competition Commission and Dis Chem

Pharmacies Limited (7.7.2020), para. 72.

¹⁴⁹ שם, סעיפים 219-222.

¹⁵⁰ שם, סעיף 68.

¹⁵¹ Competition Commission v Babelegi Workwear and Industrial Supplies CC, unreported judgement of the

Competition Tribunal, CR003Apr20 (1 June 2020).

¹⁵² באירופה מרבית המדינות בחרו להגביל מחירים של מוצרים חיוניים אלו דרך חוקים ספציפיים, פיקוח מחירים, או דיני הגנת

הצרכן. Behrang Kianzad, Excessive pricing during the COVID-19 crisis in the EU: An empirical inquiry, 1-2021, p. 250. Concurrences

¹⁵³ OECD, לעיל ה"ש 6.

¹⁵⁴ רשות התחרות, הודעה לעיתונות, 23 בנובמבר 2021.

מבסס את הקביעה שהמחיר מופרז על פער "משמעותי" בינו לבין המחיר המפוקח והרווח התפעולי בתקופת הפיקוח.¹⁵⁵ עם זאת, מחישוב הנזק ניתן להסיק כי לדעת בית המשפט המחיר ההוגן הוא המחיר התחרותי, וכל מחיר שמעליו הוא בלתי הוגן. זאת לאור העובדה שבית המשפט קבע כי תנובה ניצלה לרעה את כוחה המונופוליסטי משום שהרווחיות ממכירת קוטג' עלתה ב-1%-3% על הרווחיות ממכירת מוצרי חלב של מחלבות ממדינות אחרות שהובאו בפני בית המשפט כקבוצת השוואה (ללא הסבר מדוע הן ברות השוואה לתנובה ומדוע הרווחיות שלהן ממכירת מוצרי חלב רלוונטית למחיר הקוטג' בישראל).¹⁵⁶ כמפורט להלן, מבחן זה סוטה באופן קיצוני מהמקובל בעולם.

במספר תביעות נוספות התקבלו החלטות בעניין אישור תובענות ייצוגיות המבוססות על העילה, אשר התייחסו גם לתנאים להחלטה. **בצדוק ובגפניאל**, למשל, הציע בית המשפט המחוזי לבחון שני פרמטרים כדי לקבוע כי נגבה מחיר בלתי הוגן: האחד, כוח השוק של המונופול; השני, הפער שבין התמחור בפועל לתמחור מבוסס עלויות.¹⁵⁷ מחיר העולה בצורה משמעותית על המחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות, ייחשב כמחיר מופרז (excessive) ועל כן כלא הוגן.¹⁵⁸ מבחן זה אומץ לאחרונה, בלא בחינה נוספת, **במנירב**¹⁵⁹ ו**המועצה הישראלית לצרכנות**.¹⁶⁰ בית המשפט איפשר לכלול במסגרת התמחור מבוסס-העלויות גם עלויות ארוכות-טווח.

חשוב להדגיש שלמרות שהמבחן שהוצע **בצדוק** מורכב משני שלבים, הוא שונה מהמבחן הדו-שלבי המקובל בעולם. לפי המבחן המוצע, השלב הראשון בוחן האם עסקינן במונופולין, ובשלב השני נקבע אם המחיר מופרז.¹⁶¹ להבדיל, במבחן הדו-שלבי המקובל בעולם, הוכחת קיומו של בעל מונופולין מהווה תנאי מקדים לתחולת העילה. רק אם הוכח קיומו של בעל מונופולין, מוחל המבחן הדו-שלבי, שבו בוחנים תחילה אם המחיר הוא גבוה, ורק אז בוחנים אם המחיר הגבוה הוא גם בלתי הוגן. עם זאת, נראה כי בית המשפט **בצדוק ובגפניאל** איחד את שני המבחנים (גבוה ובלתי הוגן) למבחן אחד הקרוי "מחיר מופרז". חשוב מכך: ההתמקדות הן במבחן שהוחל **בנאור** והן בזה שהוצע **בצדוק ובגפניאל** בשאלת גובהו של המחיר יחסית לעלויות הייצור, תוך זניחת הדרישה המקובלת בעולם לבחון פרמטרים נוספים העשויים להקריין על הוגנות המחיר, מדגישה את ההנחה המובלעת שמחיר גבוה, כשלעצמו, יכול להיות בלתי הוגן.¹⁶² מבחן זה מתעלם מהתמורה לצרכן.

כפי שנראה להלן, המבחנים האמורים אינם יוצרים תמריצים נאותים להשקעות בשווקים ולקידום רווחת הצרכן. בנוסף, מבחן המתבסס רק על גובהו האבסולוטי של המחיר, או על ההפרש בינו לבין המחיר בתנאי תחרות, מחיל גישה קיצונית הסוטה מהמקובל בעולם, המתעלמת מאזהרותיהם של מומחים, רשויות תחרות, ומוסדות מובילים בנוגע לנזקים האפשריים של גישה זו.

אל מול גישה זו, בעניין **זליכה** החיל בית המשפט המחוזי לאחרונה גישה זהירה, המחילה מבחן דו-שלבי המחייב הוכחה לא רק שהמחיר היה גבוה, אלא גם שהוא היה בלתי הוגן.

5. מבחנים לזיהוי מחיר גבוה

בפרק 4 סקרנו את הניסיון שנצבר באיחוד האירופי ובמקומות אחרים בעולם, וכן בישראל ביחס להחלת העילה. בפרק זה אנו מנתחים את המבחנים לקביעה שעסקינן במחיר גבוה. בפרק הבא ננתח את המבחנים לבדיקת הוגנות המחיר.

¹⁵⁵ נאור סופי, לעיל ה"ש 22, פסקה 85.

¹⁵⁶ שם.

¹⁵⁷ צדוק, לעיל ה"ש 63; ת"צ 16/08/6179 **גפניאל נ' החברה המרכזית למשקאות בע"מ** (16.1.2019).

¹⁵⁸ שם.

¹⁵⁹ מנירב, לעיל ה"ש 30.

¹⁶⁰ ת"צ (תל אביב) 61369-11-14 **המועצה הישראלית לצרכנות נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** (ניתן ב-16.6.2019).

¹⁶¹ שם.

¹⁶² נאור סופי, לעיל ה"ש 22, פסקה 85.

כאמור, לפי הדין המקובל בעולם, בודקים תחילה האם המחיר גבוה באופן מופרז ("excessive" להלן: "מחיר גבוה") ורק אז בודקים אם הוא גם בלתי הוגן. גם בהתאם למבחנים שהוחלו לאחרונה בנאור, בצדוק ובגפניאל, יש לבחון אם המחיר גבוה באופן מופרז. כדי לעשות כן, יש להשוות את מחירו לאמת מידה כלשהי, משום שהמושגים "גבוה", או "מופרז" הם מושגים יחסיים.¹⁶³ אמת המידה אמורה לשקף את המחיר שבעל המונופולין היה גובה לולא היה מנצל לרעה את כוח השוק שבידיו (מחיר כזה נקרא לעיתים the counterfactual price). בהקשר זה נדגיש שוב כי בשווקים בהם לא תיתכן תחרות משוכללת, לא קיים מחיר תחרותי וממילא הוא גם איננו יכול לשמש אמת מידה רלוונטית. בתי המשפט מחילים ארבעה מבחנים עיקריים לזיהוי מחיר גבוה. להלן נדון במבחנים אלה, נבחן כיצד הם הוחלו בישראל ובעולם, ונעמוד על הקשיים האינהרנטיים בהחלתם.

5.1. מבחן העלות

המבחן הראשון מבוסס על חישוב ההפרש בין עלות הייצור לבין המחיר. בהתאם להחלטה האחרונה של בית הדין האירופי בעניין **ארגון זכויות היוצרים הלטבי**, מחיר ייחשב גבוה אם הוא עולה בצורה משמעותית (appreciably higher) על עלות הייצור. 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.¹⁶⁴ אלא שמבחן זה אינו מבחן עצמאי, אלא מהווה נגזרת של מבחן העלות, משום שבשני המקרים נדרשים אותם נתונים בדיוק: על המחיר ועל העלות. ההבדל היחיד בין שני המבחנים הוא שמבחן העלות מבטא את הפער בין המחיר לעלות בשקלים, ואילו מבחן הרווח מחשב את אותו פער בדיוק באחוזים מהמחיר (חישוב כזה נקרא "אחוז מלמעה") או באחוזים מהעלות (חישוב כזה נקרא "אחוז מלמטה"). מבחן העלות (לרבות נגזרתו, מבחן הרווח) מעורר מספר בעיות פרקטיות. ראשית, המונח "עלות" איננו מוגדר היטב כאשר המוצר הרלוונטי מיוצר במשותף עם מוצרים אחרים, משום שאז נדרשת הקצאה של עלויות משותפות. הקצאה כזו בעייתית משום שעלות משותפת נצברת גם אם מפסיקים לייצר את המוצר הרלוונטי ולכן לא ניתן לשייכה למוצר ספציפי. למשל כאשר משאית מובילה ארבעה מוצרים שונים לחנויות של משווקים, עלות המשאית, תחזוקתה, ושכר הנהג נצברים ממילא גם אם אחד המוצרים לא מועמס על המשאית. לפיכך, מטבע הדברים כל הקצאה כזו תהיה שרירותית, ומעבר לכך יש דרכים רבות ושונות להקצות עלויות משותפות שכולן שרירותיות באותה המידה. כאשר יש מרכיבים רבים בעלות משותפת (עלות המשאית, הניהול, וכדומה) הבעיה מחריפה משום שניתן להקצות כל אחת מהעלויות המשותפות בדרך אחרת (וכל שיטות ההקצאה נכונות או לא נכונות מבחינה כלכלית באותה מידה). שנית, רמת הסיכון בה פעל בעל המונופולין (לרבות הוויתור על השקעה אלטרנטיבית), כמו גם השקעות שלו במחקר ופיתוח (לרבות אלה שלא צלחו) אף הן חלק מהעלויות.¹⁶⁵ דא עקא, חישוב עלויות אלה היא מלאכה מורכבת ושנויה במחלוקת משום שיש דרכים רבות להעריך את הסיכון ולהקצות את עלותו למוצרים השונים. שלישית, ככלל העלות השולית יכולה לעלות או לרדת עם היקף הייצור. כאשר טוענים שמחיר צריך להיות שווה לעלות השולית נשאלת השאלה באיזה נקודה בודקים את גובה העלות השולית. נניח למשל שהעלות השולית היא 100 כשמייצרים 100 יחידות, אבל היא 200 כמייצרים 200 יחידות. האם המחיר התחרותי צריך להיות 100 או 200? הקשיים הכרוכים בהחלת מבחן העלות באים לידי ביטוי, בין היתר, בקביעת הממונה בגילוי דעת 1/17 לפיה:¹⁶⁶

"זיהוי המחיר שגבה המונופולין כמחיר מופרז ... [הינו] אתגר לא פשוט....[ה]דורש ניתוח כלכלי, ולעיתים גם חשבונאי, מורכב."

¹⁶³ ראו את דברי השופט גרין בפיוור ערר, לעיל ה"ש 120, פסקאות 112 ו-122.

¹⁶⁴ ראו, למשל, נאור, לעיל ה"ש 22; גפניאל, לעיל ה"ש 157; צדוק, לעיל ה"ש 63.

¹⁶⁵ ראו גם עמדת היועמ"ש, לעיל ה"ש 18, סעיף 71; OECD, לעיל ה"ש 6, עמ' 69.

¹⁶⁶ גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 17. ראו גם רע"א 16/9771 **נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד נ' נזרי**, (פורסם בנבו, 28/9/2017).

בעיה רביעית היא קביעת הרף שמעליו המחיר ייחשב למופרז. בית המשפט המחוזי בעניין **נאור הכיר** בכך ש"למעשה אין בנמצא היום, בהנחיות הממונה, בפסיקה, או אף בפסיקה שהובאה מרחבי העולם - שום אמת מידה חדה בדבר שיעור הרווח התפעולי שילמד כי המחיר מופרז".¹⁶⁷ 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.¹⁶⁸ דעה דומה הובעה גם על ידי היועץ המשפטי הישראלי.¹⁶⁹ 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. לשם דוגמה, נניח שעל בעל מונופולין מוטלת סנקציה אם המחיר שהוא גובה עולה על העלות ביותר מאחוז מסוים. נניח שמדובר ב-40%. כפי שהראינו לעיל, לבעל המונופולין יש במקרה זה אינטרס לנפח את עלויותיו, משום ששולי הרווח שלו שווים לעלות כפול 40%.¹⁷⁰ 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

שלושת המבחנים הנוספים לזיהוי מחיר מופרז מבוססים על השוואות מחירים. אמת המידה לזיהוי מחיר מופרז לפי מבחן ההשוואה הוא המחיר שאותה פירמה גובה עבור אותו מוצר או שירות בתקופת זמן אחרת שבה השוק היה יותר תחרותי, או בשוק אחר שהוא יותר תחרותי, או המחיר שפירמה אחרת גובה עבור אותו מוצר.¹⁷¹ מבחן ההשוואה מייתר אמנם את הצורך לבחון את העלויות של בעל המונופולין, אך יוצר קשיים מסוג אחר, בשל הצורך לוודא שאמת המידה שנבחרה אכן מהווה אינדיקציה למחיר שהפירמה הייתה גובה בתנאים תחרותיים. לשם כך יש לוודא כי התנאים בשוק הנבדק והתנאים בשוק המהווה אמת מידה זהים פרט לעוצמת התחרות (כלומר אנו משווים תפוזים לתפוזים).¹⁷² אכן, הקושי הפרקטי למצוא אמת מידה ראויה להשוואה הוביל, למשל, את בית המשפט בנובל אנרג'י לא להסתמך על המבחן.¹⁷³ 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.¹⁷⁴ 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

¹⁶⁷ נאור סופי, לעיל ה"ש 22, פסקה 47.

¹⁶⁸ 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, para 109-110.

¹⁶⁹ עמדת היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 18, פרק 1.1.

¹⁷⁰ הבעיה כאן דומה לאפקט של אוורץ' וג'ונסון אשר מתמרץ פירמות שהמחירים שלהן מפותחים בשיטת שיעור תשואה לנפח את ההון המושקע שלהן. H. Averch, and LL, Johnson, *Behavior of the Firm Under Regulatory Constraint*, 52 THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW 1052 (1962).

¹⁷¹ Case 395/87 Ministère public v. Tournier, 1989 E.C.R. 2521; Case 110/88 Lucazeau v. SACEM, 1989 E.C.R. 2811.

¹⁷² נובל אנרג'י, לעיל ה"ש 166, פסקה 65.

¹⁷³ נובל אנרג'י, שם.

¹⁷⁴ המתודולוגיה המקובלת בכלכלה להסקת ניצול של כוח שוק מתוך השוואה של מחירים לאורך זמן בין תקופה שבה עוצמת התחרות הייתה נמוכה ותקופה שבה עוצמת התחרות הייתה גדולה יותר קרויה "הפרשי הפרשים" (Difference-in-difference). בוחנים את שינוי המחירים לאורך זמן בהשוואה לשוק אחר שדומה בכל מאפייניו פרט לכך שבשוק האחר (אשר מהווה קבוצת ביקורת) לא היו שינויים בעוצמת התחרות. הצורך בקבוצת ביקורת נובע מכך ששינויי מחירים על פני זמן יכולים להיגרם מסיבות שאינן קשורות בעוצמת התחרות.

הטלפון הבינלאומיות לפני פתיחת השוק לתחרות היה מופרז.¹⁷⁵ בשני המקרים, המחיר ששרר בשוק לאחר שהייתה אליו כניסה של מתחרים, שימש בסיס לטענת התובעים שהמחיר לפני הכניסה היה מופרז. אמת מידה אפשרית אחרת הוא המחיר שנקבע בהליך פיקוח מחירים. מחיר זה משמש לתמוך בטענה שהמחיר ששרר אחרי הסרת הפיקוח או לפניו היה מופרז, אם כי המחיר תחת פיקוח מהווה אמת מידה ראויה רק בתנאי שמבססים את הטענה כי המחיר המפוקח איפשר לבעל המונופולין לכסות על עלויותיו. למשל, בעניין **נאור** נטען, בין היתר, כי מחיר הקוטג' של תנובה מופרז בהשוואה למחיר ששרר כאשר מחיר הקוטג' היה תחת פיקוח מחירים.¹⁷⁶ כך גם ההחלטה לאשר את התובענה הייצוגית בעניין **המועצה הישראלית לצרכנות** הסתמכה על השוואת מחיר הגבינה הצהובה באריזה של תנובה לבין המחיר של אותה גבינה כשהייתה תחת פיקוח מחירים, והמחיר שהיה נקבע לה לו נותרה תחת פיקוח מחירים, וכן מחיר גבינה צהובה במשקל שנותרה תחת פיקוח מחירים.¹⁷⁷

בדומה, כאשר משווים את המחיר בשוק אחד למחיר שאותה פירמה גובה באותה נקודת זמן בשוק אחר הנחשב לתחרותי יותר, יש לוודא שמלבד עוצמת התחרות, שני השווקים זהים בכל מאפייניהם, אחרת הפרש המחירים בין שני השווקים לא ישקף רק פערים בעוצמת התחרות, אלא גם הבדלים אחרים. דרך להתגבר על זה קושי זה הוא להשוות את המחיר שאותה פירמה גובה עבור אותו מוצר בשוק אחר הנחשב לתחרותי יותר. 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.¹⁷⁸ בדומה, בית הדין האירופאי קבע בעניין **British Leyland** כי המחיר שיצרנית מכונות גבתה עבור רישיונות למכונות עם הגה בצד שמאל הוא מופרז בהסתמך על המחיר שהיא גבתה עבור אותם רישיונות למכונות עם הגה בצד ימין,¹⁷⁹ ואילו רשות התחרות בבריטניה קבעה כי **NAPP** גבתה מחיר מופרז מבתי מרקחת קהילתיים לאחר שהשוותה אותו למחיר ש-NAPP גבתה עבור אותן זריקות מבתי החולים.¹⁸⁰

מבחן השוואה שלישו משתמש במחיר של מוצרים של פירמות מתחרות 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.¹⁸¹ 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.¹⁸² ודוק: גם אם הצרכנים רואים את המוצרים כחלופיים, ייתכן שעלויות הייצור שלהן שונות

¹⁷⁵ רייס, לעיל ה"ש 26, ורע"א 729/04, **מדינת ישראל ואחרים נ' קו מחשבה ואחרים** (פורסם בנבו, 26.4.2010). בית המשפט העליון דחה את שתי הבקשות לאישור תובענה ייצוגית בפרשות אלה. ברייס נקבע שהמבקשים לא ביססו את הטענה שעמלות הסליקה בחודש שאחרי כניסת ויזה אלפא לשוק היוו אינדיקציה למחיר שווי משקל, ולפיכך אמת מידה ראויה; בעניין קו מחשבה, המחיר לפני פתיחת השוק לתחרות נקבע בהליך של פיקוח מחירים, ולא על ידי בזק עצמה.

¹⁷⁶ נאור, לעיל ה"ש 22.

¹⁷⁷ המועצה הישראלית לצרכנות, לעיל ה"ש 160.

¹⁷⁸ ויינשטיין, לעיל ה"ש 28. אפשר לטעון שאמת המידה למופרזות המחיר הייתה העלות (האלטרנטיבית) של האשלג.

¹⁷⁹ Case 226/ 84 British Leyland Public Limited Company v Commission [1986].

¹⁸⁰ Napp, לעיל ה"ש 135.

¹⁸¹ Case 395/87 Ministère public v. Tournier, 1989 E.C.R. 2521; Case 110/88 Lucazeau v. SACEM, 1989 E.C.R.

¹⁸² 2811. שם היה קושי מיוחד לחישוב העלויות כיון שמדובר היה ברישיונות השמעה משותפים של שירים של יוצרים רבים.

¹⁸² למשל, אם בעל המונופולין השקיע במחקר ופיתוח, 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 שצליחו ייטה את התמונה. לבעייתיות בהחלת מבחן ההשוואה, ראו גם, R. O'Donoghue and J. Padilla, THE LAW AND ECONOMICS OF ARTICLE 102 TFEU (3rd ed. 2020), עמ' 769-72, AKKA, לעיל ה"ש 123; עמדת היועמ"ש, לעיל ה"ש 18, סעיף 73.

עקב טכנולוגיות ייצור אחרות.¹⁸³ למשל בעניין **מנירב**, קבע בית המשפט כי לא ניתן לקבוע כי המחיר הנגבה עבור שירותי גלישה ברשת האינטרנט בהם מובטח ללקוח רוחב פס (עבור שירותי גישה לשע"מ) הוא מופרז רק משום שהמחיר עבור שירותי גלישה באינטרנט בהם רוחב הפס הוא המהירות המרבית שניתן לגלוש בה הוא נמוך יותר.¹⁸⁴ בנוסף בית המשפט קבע כי 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 ושיגל במסגרת מודל תיאורטי.¹⁸⁵ בפרט, הם בוחנים שתי אמות מידה: המחיר שבעל המונופולין גבה באותו שוק בעבר (כפי שנעשה בעניין **רייס** ובעניין **קו מחשבה**, שבהן הוזלות מחיר בעקבות כניסת מתחרים לשוק שימשה אינדיקציה ראשונית לכך שהמחיר ערב הכניסה לשוק היה מופרז),¹⁸⁶ והמחיר שבעל המונופולין גובה בשוק גיאוגרפי אחר (כפי שנעשה בעניין **ויינשטיין**, שם המחיר שבו נמכר האשלג בחו"ל שימש אמת מידה למחירו לחקלאים בישראל). 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.¹⁸⁷ 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 אפשרות זאת באמצעות שלוש דוגמאות.

א. מכירת מוצרים משלימים

אסטרטגיה מקובלת של פירמות אשר מוכרות מוצרים משלימים, למשל מכשיר גילוח וסכיני גילוח, מדפסות ומחסניות דיו, פופקורן בקולנוע, או מכונות קפה וקפסולות קפה, 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

¹⁸³ כך למשל, סקירה של ממצאים אמפיריים בנושא פריון ייצור 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).

¹⁸⁴ מנירב, לעיל ה"ש 30.

¹⁸⁵ D. Gilo D. and Y. Spiegel, *The Antitrust Prohibition of Excessive Pricing*, 61 INTERNATIONAL JOURNAL OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 503 (2018).

¹⁸⁶ 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 22.

¹⁸⁷ 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 יעלה. כאשר התחרות אחרי כניסת המתחרה לשוק 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 מתייקר אם תוחלת הקנס שמוטל על בעל המונופולין (מכפלת הסיכוי להרשאה בגודל הקנס כאשר בעל המונופולין מורשע) היא גבוהה, אך ההיפך נכון אם תוחלת הקנס נמוכה יחסית.

המוצרים המשלימים – סכיני הגילוח, מחסניות דיו, או קפסולות קפה – במחירים גבוהים.¹⁸⁸ היתרון בתמחור כזה היא שהתשלום של כל לקוח משקף בצורה טובה יותר את מידת השימוש שלו במוצר. במקרים כאלה בדיקה של מחירו 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 לשע"מ (על ידי הוט) אמורים לכלול לא רק את השירות עצמו, אלא גם את התשלום עבור הנתב וגם את עלות ההתקנה.¹⁸⁹ 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 (החלק היחסי של כוס קפה אחת במחיר המכונה). אם צרכנים מכינים בממוצע 2,000 כוסות קפה (כוס אחת ליום במשך כחמש וחצי שנים), המחיר האפקטיבי לכוס קפה יהיה בממוצע 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. נניח כעת שיש תחרות אפקטיבית בשוק הקפה כך שהמחיר האפקטיבי לכוס קפה – 2.50 ש"ח בדוגמה לעיל – הוא תחרותי. אם למכונת הקפה יש קפסולות ייחודיות, יהיה מי שיטען שהפירמה היא בעלת מונופולין במכירת קפסולות למכונה הקפה שלה, ולכן חלה עליה העילה. נניח שעקב כך הפירמה תוכל לכל היותר לגבות 1.50 ש"ח לכל קפסולה. האם ההתערבות משפרת את מצב הצרכנים? ובכן, הפירמה תוכל לייקר את מחיר מכונת הקפה ל-2,000 ש"ח, כך שהמחיר האפקטיבי לכוס קפה יישאר 2.50 ש"ח.¹⁹⁰ לכאורה ההתערבות לא שינתה את המחיר לכוס קפה, כך שהיא לא הועילה, אלא שיתכן שההתערבות הזיקה. למשל צרכנים שלא יכולים לשלם עבור שתיית קפה מראש, לא יוכלו לרכוש מכונת קפה שעולה 2,000 ש"ח, ולכן יפגעו. ההתערבות גם מזיקה לצרכנים ששותים פחות כוסות קפה מהממוצע, משום שעקב ההתייקרות במחיר של מכונת הקפה, המחיר האפקטיבי של כוס קפה עבורם יתייקר.¹⁹¹

ב. שווקים דו-צידיים

בשווקים דו-צידיים הפירמה מוכרת את המוצר שלה לשני סוגים מובחנים של צרכנים שיש ביניהם קשרי גומלין. דוגמאות לשווקים כאלה הם אמצעי מדיה אשר משרתים גם קוראים/צופים וגם מפרסמים (אמצעי מדיה הופך יותר אטרקטיבי למפרסמים אם הוא מושך מספר גדול של קוראים), או פלטפורמות מסחר אלקטרוני אשר משרתות גם קונים וגם מוכרים (פלטפורמה כזו אטרקטיבית יותר למוכרים אם היא מושכת יותר קונים והיא אטרקטיבית יותר לקונים אם היא מושכת יותר מוכרים). בשווקים כאלה 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

¹⁸⁸ 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).

¹⁸⁹ מנירב, לעיל ה"ש 30.

¹⁹⁰ מחיר הקפסולה ועוד מחיר המכונה חלקי 2,000 כוסות קפה. שבליה וסקוט מרטון מראות כי שינוי רגולטורי שהתיר לצרכנים לרכוש ארון קבורה במקום לרכוש אותו מבית ההלוואות, שסיפק את שירותי ההלוואה, הביא לירידה במחיר של ארונות קבורה אך במקביל עלו המחירים של שירותי הלוואה, כך שהמחיר הכולל של שירותי הלוואה נותר ללא שינוי. J. Chevalier and F. Scott Morton, *State Casket Sales Restrictions: A Pointless Undertaking?* 51(1) JOURNAL LAW AND ECONOMICS 1 (2008).

¹⁹¹ למשל צרכן שמשמש במכונה להכנת 1,000 כוסות בלבד, שילם לפני ההתערבות בשוק 3 ש"ח (2 ש"ח עבור קפסולה ועוד 1 ש"ח החלק היחסי של כוס קפה במחיר המכונה (1,000 ש"ח חלקי 1,000 כוסות קפה)). לאחר ההתערבות אותו צרכן ישלם 3.50 ש"ח בממוצע לכוס קפה (1.50 ש"ח עבור קפסולה, ועוד 2 ש"ח החלק היחסי של מחיר המכונה (2,000 ש"ח חלקי 1,000 כוסות קפה)).

משלמים מחירים נמוכים או אף מקבלים שירות בחינם.¹⁹² 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.¹⁹³

ג. פירמות מרובות מוצרים

לפירמה המוכרת מספר מוצרים, יש מטבע הדברים מוצרים רווחיים יותר ומוצרים רווחיים פחות. לעיתים, הרווח ממכירת חלק מהמוצרים נמוך במידה שאיננה מכסה את ההשקעה בפיתוחם, או אף את עלויות הייצור הקבועות, המשותפות. במקרים כאלה הפירמה יכולה לפצות על כך מהרווח שהיא מפיקה ממכירת מוצרים מבוקשים יותר. כך למשל, נניח שפירמה מייצרת עשרה מוצרים. הרווח מכל אחד מתשעת המוצרים הראשונים הוא 100 ₪, ואילו הרווח מהמוצר העשירי שהוא פופולארי הוא 1,100 ₪. לכאורה הרווח מהמוצר הפופולארי נראה גבוה בהשוואה לרווח מתשעת המוצרים האחרים, אך אם סך העלויות של הפירמה הן 2,000 ₪, הגבלת הרווחיות מהמוצר הפופולארי תביא לכך שהפירמה לא תוכל לכסות על העלויות שלה. במילים אחרות, הרווח מהמוצר הפופולארי מאפשר לצרכנים ליהנות מתשעת המוצרים האחרים. בהתאם לכך, התמקדות אך ורק במחירו של המוצר הפופולארי, תוך התעלמות מתוחלת הרווח של הפירמה על כלל מוצריה, תפגע ברווחת הצרכן.

6. מבחנים לקביעת הוגנות המחיר

מהניתוח בפרק הקודם עולה שקיימים קשיים מובנים במבחנים המוחלים בארץ ובעולם לזיהוי מחיר גבוה. אלא שגם אם מיישמים מבחנים אלה בהצלחה, עדיין יש לברר אם המחיר הגבוה הוא בלתי הוגן. כפי שהדגיש בית המשפט העליון בעניין רייס, משימה זו היא קשה משום ש"קביעת קו הגבול בין מחיר הוגן ומחיר שאינו הוגן – קשה היא."¹⁹⁴ למעשה, קביעת הוגנותו של המחיר היא האתגר האמיתי שהעילה מציבה. בפרק זה אנו דנים במבחנים שנועדו לזהות מתי מחיר הופך לבלתי הוגן.

חשוב להדגיש בפתח הדברים כי החוק איננו אוסר על מחיר גבוה, אלא על מחיר בלתי הוגן. למרות שיש הטוענים כי מחיר גבוה הוא גם בלתי הוגן, הדיון לעיל מראה שמחיר גבוה נחוץ במקרים רבים כדי להבטיח את פעילותו התקינה של השוק, וכי רוב מכריע של צרכנים סבור כי הוגנות המחיר תלויה בנסיבות שמובילות למחיר הגבוה, וכן בתועלת שהצרכנים מפיקים מהמוצר. ואכן, לפי הדין המקובל במרבית מדינות העולם, לרבות הדין האירופי, הבריטי, והדרום-אפריקאי, מחיר גבוה כשלעצמו, גבוה ככל שיהיה, איננו בהכרח בלתי הוגן.¹⁹⁵ גם היועץ המשפטי לממשלה, קבע לאחרונה כי "ראוי להחיל [את העילה] רק כאשר המחיר שנגבה הוא גם גבוה וגם בלתי הוגן".¹⁹⁶

גם בית המשפט העליון הדגיש שאין די בקביעת גובהו של המחיר מעל לעלות ייצורו כדי לענות על דרישות החוק. כפי שקבעה השופטת (כתוארה דאז) נאור בפסק דין רייס:¹⁹⁷

¹⁹² 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>
¹⁹³ 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).

¹⁹⁴ רייס, לעיל ה"ש 26, פסקה 26.

¹⁹⁵ OECD, לעיל ה"ש 6.

¹⁹⁶ עמדת היועץ, לעיל ה"ש 18, עמ' 1.

¹⁹⁷ רייס, לעיל ה"ש 26, פסקה 27.

"שני המבחנים שנזכרו [מבחן העלות וההשוואה] (ואחרים) אינם מתווים קו ברור לענין "מחיר הוגן" או לענין גובה הנזק, שהרי נותרות השאלות מהו גובה הרווח ה"מותר" למונופולין? ומהו ההפרש בין מחירים של חברות דומות, מעליו נחשב המחיר ל"בלתי הוגן"?"

קביעה זו צוטטה בהסכמה על ידי מספר בית משפט מחוזיים, לרבות **רוזנבוים ומגורים ייזום**.¹⁹⁸ כזכור, גם בית המשפט המחוזי בעניין **אברהמי** בחן לא רק את גובהו האבסולוטי של המחיר אלא גם את התמורה לצרכן.¹⁹⁹ בהתאם לכך, גם אם די במבחני העלות, הרווח, וההשוואה כדי לדחות תביעה על בסיס העילה,²⁰⁰ הרי שמבחנים אלה אינם סוף פסוק באשר להוכחת העילה, אלא צעד ראשון בלבד.

קביעת הוגנותו של המחיר נועדה לבחון האם יש למחיר הגבוה סיבה לגיטימית, כגון מתן תמריצים לפירמה לפעול בצורה המשפרת את רווחת הצרכן, או שהוא תוצאה של ניצול לרעה של כוח השוק גרידא.²⁰¹ זאת כדי לוודא שהחלת העילה איננה מביאה לפגיעה בצרכנים בטווח הארוך, ובכך מאיינת את מטרת החוק. ואכן, הפסיקה בבריטניה הדגישה שמבחן ההוגנות הוא כלכלי בעיקרו.²⁰² כלומר, לא ניתן למלאו בתוכן משפטי גרידא תוך התעלמות מהשפעותיו הכלכליות.

6.1. המבחן המקובל במרבית העולם לקביעת הוגנות המחיר

בהתאם למבחן האירופי, שאומץ כאמור גם במקומות רבים ברחבי העולם, חוסר ההוגנות קיימת כאשר אין יחס סביר בין המחיר שבעל המונופולין גובה לבין הערך הכלכלי של המוצר. אלא, שכפי שיפורט להלן, לא ברור כיצד מחשבים ערך כלכלי כאמור. **ביונייטד ברנדס** קבע בית המשפט האירופי שני מבחני עזר: שהמחיר בלתי הוגן בפני עצמו, או בהשוואה למוצרים מתחרים.²⁰³ אולם גם שני מבחני עזר אלו אינם מגדירים בבירור מהו מחיר בלתי הוגן, ואינם משרטטים קו גבול ברור בין מחיר הוגן למחיר בלתי הוגן. בפרט, לא ברור מה הופך מחיר לבלתי הוגן "בפני עצמו", וגם לא ברור מה הופך אותו לבלתי הוגן "בהשוואה למוצרים אחרים". בפרט, מנעד הרווח שהותר על ידי בתי המשפט רחב ביותר, ואינו יוצר כלל ודאי. למשל, בעקבות הורדת המחיר של **ג'נרל מוטורס** לרמה של פי 8 מהעלות, קבע בית הדין האירופי כי ההפרה תוקנה.²⁰⁴ במקרים אחרים הותר רווח נמוך בהרבה. זאת ועוד: כדי לשרת את מטרת החוק, על מקבל ההחלטות לקבוע מהו הרווח שיש לאפשר לבעל המונופולין להפיק מהשקעות כדי לשמור על התמריצים שלו לכניסה לשווקים, להשקעה, ולחדשנות: האם בשוק מסוים די ברווח של 30% כדי לשמור על תמריצי הפירמות? האם 100%? 300%? ודוק: הניתוח הכלכלי הנדרש כאן צריך לקחת בחשבון גם את ההשפעה על תמריצים של פירמות שהעילה עשויה לחול עליהם בעתיד, והוא משתנה משוק לשוק וממקרה למקרה, וטבע הדברים מצריך נתונים מפורטים אודות השוק והפירמות הפועלות בו.

את הבעייתיות בקביעת מרווח הוגן מעל עלות הייצור ביטאו בין היתר פדילה ואו'דונהיו:²⁰⁵

¹⁹⁸ ת"א (מחוזי ת"א) 1493/02 **רוזנבוים נ' פז שירותי תעופה בע"מ** (פורסם בנבו 25.6.2007), פס' 11; בש"א (ת"א) 21953/02 **מגורים ייזום ובניה בע"מ נ' פלאפון תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 15.12.2008), פס' 11.

¹⁹⁹ אברהמי, לעיל ה"ש 38.

²⁰⁰ אברהמי, שם; רוזנבוים, לעיל ה"ש 198; מגורים ייזום, לעיל ה"ש 198.

²⁰¹ ראו, למשל, עמדת האיחוד האירופי במסמך ה-OECD, לעיל ה"ש 6, עמ' 318; עמדת היועמ"ש, לעיל ה"ש 18, פסקאות 77-79.

²⁰² שם, בפסקה 101 והמקורות שם.

²⁰³ בית המשפט הדרום-אפריקני הוסיף למבחן האירופי להווגנות המחיר את התנאי שלפיו גביית מחיר גבוה פוגעת ברווחת הצרכן. מטרתו של תנאי זה היא לוודא שמחיר גבוה איננו נחוץ לקידום רווחת הצרכן בראיה ארוכת טווח.

²⁰⁴ עניין *General Motors*, לעיל ה"ש 113.

²⁰⁵ O'Donoghue & Padilla, לעיל ה"ש 182, עמ' 615.

“[a]ny definition of what constitutes a reasonable profit margin must take into account a whole range of factors, including, e.g., economies of scale, sunk costs, and risk...But 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.²⁰⁶ 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 תיטש לא להחיל את האיסור.²⁰⁷

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.”²⁰⁸ גילוי דעת 1/17 של רשות התחרות מגביר אמנם את הוודאות ביחס לבדיקה האם המחיר גבוה (למשל על ידי פרוט הגורמים שיילקחו בחשבון בעת הבדיקה), אולם הקושי לקבוע מתי מחיר גבוה ייחשב גם לבלתי הוגן נותר על כנו. אין זה מפתיע. גילוי הדעת מתבסס לרוב על המבחנים שהוצעו או שניסו להחילם באירופה, ושם הגיעה הרשות האירופית למסקנה שאין לה כלים ברורים להחלה, ועל כן אין זה ראוי שהרשות תפעל כמפקחת מחירים. גילוי הדעת מכיר בכך שהשאלות מהו בדיוק מחיר בלתי הוגן גבוה ומתי הופך מחיר לבלתי הוגן “**אינן מעוררות קושי יישומי בלבד, אלא קושי מהותי קונספטואלי העומד בלב ליבו של האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה, שלא ניתן לפתרו בכלים משפטיים בלבד.**”²⁰⁹

ניקח למשל את החלופה הראשונה של מבחן ההוגנות, לפיה המחיר אינו הוגן בפני עצמו. מבחן זה לוקה במידה רבה של עמימות. בעניין **Scandlines** פירשה רשות התחרות האירופאית את המבחן ככזה שבמסגרתו יש להשוות את המחיר לערך הכלכלי של המוצר או השירות שבמונופולין.²¹⁰ בדומה, בפייזר הודגש שערכו הכלכלי של המוצר לצרכן הינו שיקול רלוונטי.²¹¹ מבחינה רעיונית התייחסות במחיר ההוגן לתמורה שמקבל הצרכן היא ראויה. דא עקא, קיימת אי בהירות בהגדרת המושג “ערך כלכלי” של מוצר, משום שלמרות שמו, מושג זה איננו מוכר בכלכלה. פתרון אפשרי לבעיה היא לזהות “ערך כלכלי” עם “התועלת של הצרכן מצריכת המוצר” (utility from consumption), או לחילופין, “הנכונות של הצרכן לשלם” (willingness to pay), אשר משקפת את התועלת מצריכת המוצר.²¹² ואולם, למרות שמושגים אלה הם מושגים בסיסיים בכלכלה, עדיין נותר קושי ביישום החלופה, משום שלא ברור את תועלתו של איזה

²⁰⁶ 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 53.

²⁰⁷ L-H. Röller, *Exploitative Abuses*, European University Institute, EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings, 2-3 (2007).

²⁰⁸ נאור סופי, לעיל ה"ש 22, פסקה 85.

²⁰⁹ גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 17, עמוד 8.

²¹⁰ Sundbusserne .COMP/A.36.568/D3 Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg, [2006] 4 CMLR 22, לעיל ה"ש 32.

²¹¹ פייזר בית הדין לתחרות, לעיל ה"ש 134, פסקאות 416-7; פייזר ערר, לעיל ה"ש 120, פסקאות 166-7.

²¹² קביעה ברוח זו מופיעה למשל בפייזר ערר, שם, פסקה 166 (demand side factors may be capable of generating economic value) ("value").

צרכן יש לקחת בחשבון. למשל לאדם חרדי צומחת תועלת רבה מרכישת אתרוג בחג סוכות, ולכן הוא מוכן לשלם עליו מאות ועיתים אף אלפי שקלים. לאדם מסורתי עדיין יש תועלת מרכישת אתרוג אבל סביר שהוא לא מוכן לרכוש אותו באלפי שקלים, ואילו אדם חילוני איננו מוכן בדרך כלל להוציא כסף על רכישת אתרוג. תועלתו של איזה צרכן בדיוק צריכה כאן לבוא בחשבון? ואולם הבעיה אינה מתמצה בהבדל בין אנשים שונים: גם לאותו אדם יש בדרך כלל הבדל בין התועלת מהיחידה הראשונה, השנייה, השלישית, וכך הלאה. בנוסף, עולה השאלה מה המשקל שיש לתת לתועלת שהצרכן מקבל מהמוצר של בעל המונופולין.

ייתכן שפתרון אפשרי הוא לנסות לאמוד את עודף הצרכן ואת העודף שנוצר ממכירה של מוצר ואז לחשב את המחיר שמביא לחלוקה שווה של עודף זה ברוח עקרונות של צדק קומונטיבי. עם זאת, חשוב לזכור שאמידה של עודף הצרכן היא מלאכה מורכבת אשר מצריכה נתונים מפורטים, והמתודולוגיה המוחלת איננה חפה מבעיות.

לפי החלופה השנייה של מבחן ההוגנות בודקים את הוגנות המחיר בהשוואה למוצרים מתחרים. מטבע הדברים חלופה זו רלוונטית רק כאשר לצרכנים יש חלופות למוצר של בעל המונופולין. אלא שלא זה תמיד המצב: כפי שהדוגמאות שלהלן מראות, קיימים מצבים רבים בהם אין לצרכנים תחליפים והם יכולים לרכוש את המוצר רק מבעל המונופולין. בעניין **רייס**, לא הייתה לבתי עסק בישראל שרצו לכבד כרטיסי אשראי ויזה כל אלטרנטיבה לסליקה באמצעות כאל.²¹³ בעניין **קו מחשבה**, בזק הייתה הספק היחיד של שיחות טלפון בינלאומיות לישראל וממנה.²¹⁴ בעניין **ויינשטיין**, 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 מוגז.²¹⁵ בעניין **אספן (Aspen)**, הייתה אספן המפיצה הבלעדית של משפחה של תרופות לטיפול בסרטן דם באיטליה;²¹⁶ לקפסולות של נתן פניטואין המיועדות לטיפול באפילפסיה מתוצרת **פיזר** הייתה רק "תחרות חלשה מאוד",²¹⁷ ו**לידיאנט** הייתה מפיצה בלעדית בשוק האירופי של תרופה לטיפול במחלת CTX, שהיא הפרעה מטבולית נדירה וחשוכת מרפא.²¹⁸

מכל מקום, נניח שלצרכנים יש חלופות למוצר של בעל המונופולין וניתן להשתמש במבחן ההשוואה. הקושי כאן הוא לוודא שההשוואה היא בין מוצרים הנתפסים על ידי הצרכנים כזהים. ללא בדיקה כזו, 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.²¹⁹ ודוק: העובדה שנתח השוק של בעל המונופולין גדול מזה של מתחריו מעידה שהצרכנים מעדיפים את מוצריו גם אם מחירים גבוה יותר, ולכן אין מדובר מבחינתם בתחליפים קרובים. כאשר זה המצב, 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.**"²²⁰

²¹³ רייס, לעיל ה"ש 26.

²¹⁴ קו מחשבה, לעיל ה"ש 175.

²¹⁵ נובל אנרג'י, לעיל ה"ש 166.

²¹⁶ Decision A480 of the Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato of 29 September 2016, Aspen.

²¹⁷ פיזר ערר, לעיל ה"ש 120.

²¹⁸ <https://www.acm.nl/en/publications/decision-fine-leadiant-excessive-price-cdca-drug>.

²¹⁹ מנירב, לעיל ה"ש 30.

²²⁰ Margrethe Vestager, "Protecting Consumer from Exploitation," Chillin' Competition Conference, Bruxelles 21, November 2016, https://wayback.archive-it.org/12090/20191129221154/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/protecting-consumers-exploitation_en

כפי שכבר ציינו בפרק 4.1, הקשיים שפרטנו בשרטוט הנחיות ברורות מתי מחיר גבוה הופך להיות בלתי הוגן הובילו לכך שהנציבות האירופית, כמו גם רשויות תחרות במדינות אחרות, מחילות את העילה רק במקרים חריגים. למעשה במשך למעלה מחמישים שנה התקבלו באיחוד האירופי בסה"כ 24 החלטות בעניין העילה, וגם החלטות אלה נלוות, לרוב, לאיסור על פעולות מדירות.²²¹ בהחלטה היחידה אי-פעם שבה נתן בית המשפט האירופי החלטה בעניין מחיר גבוה שלא היה תוצאה של פעולה מדירה או של מונופול יציר המדינה או מונופול המוסדר על ידה – ההחלטה בעניין **יונייטד ברנדס**²²² – לא נמצא שהמחיר היה בלתי הוגן.²²³

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

במספר החלטות של בתי המשפט המחוזיים אומצה הגישה לפיה מחיר הוגן הוא המחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות. בעניין **קו מחשבה** קבע בית המשפט כי מחיר הוגן הוא "המחיר אשר היה מוכתב על ידי כוחות השוק במצב של תחרות משוכללת".²²⁴ בעניין **נאור** נקבע ש"ברי שמטרת האיסור היא [לאסור על גביית] מחיר גבוה מעבר למה שהיה נגבה בתנאי תחרות".²²⁵ גם אזרחי וגילה טוענים ש"כל מחיר הלוקח מהצרכן את הרווחה שהיה מקבל אילו השוק היה השוק התחרותי לוקה בחוסר הגינות שהמחוקק מנסה למנוע", כיון ש"האידיאל של החוק הוא המחיר התחרותי".²²⁶ נדגיש שוב שהמחיר בתחרות מכסה את עלויות הייצור השוליות בלבד, אך איננו מכסה בהכרח את כלל עלויות הייצור, ואיננו משאירה בהכרח שולי רווח הנדרשים ליצירת תמריצים כפי שפורט בהרחבה לעיל.

גישה זו, הסוטה באופן קיצוני מהמקובל בעולם מבוססת על שתי טעויות שלובות. הראשונה היא התמקדות בנטל העודף קצר-המועד כמטרת חוק התחרות, תוך התעלמות מכך שרווחת הצרכן תלויה בגורמים נוספים, לרבות איכות ומגוון המוצרים, אשר מצידם תלויים בתמריצי ההשקעות של הפירמות אשר מחייבת מחיר העולה על המחיר התחרותי. הטעות השנייה, המהווה למעשה החלה אופרטיבית של הטעות הראשונה, היא שאם המחיר בתחרות הוא המחיר ההוגן, הרי שדה פקטו כל מחיר מעליו ייחשב כמופרז. למשל, כפי שכבר ציינו, הקנס שהוטל על תנובה בנאור עקב קביעת מחיר מופרז עבור גבינת קוטג' חושב באופן פרופורציונלי להריגה של הרווחיות של תנובה ממכירת קוטג' מהרווחיות ממכירת מוצרי חלב של מחלבות ממדינות אחרות ששימשו כקבוצת השוואה, למרות שההריגה הייתה בשיעור של 1%-3% בלבד.

התמקדות במחיר התחרותי אמנם מושכת, בין היתר כיון שהיא משרטטת קו גבול ברור שלכאורה קל לחשבו, וכך היא גם מגבירה לכאורה את הודאות המשפטית. אלא שבפועל ישנן מספר סיבות לכך שהתמקדות כזו מסוכנת. ראשית, העילה נאכפת בשווקים בהם פועל בעל מונופולין. בשווקים אלה לא שוררת תחרות משוכללת, ולכן יש לנסות ולקבוע מה היה המחיר במצב היפותטי שלא זו בלבד שאיננו קיים, אלא ספק רב אם בכלל יכול להתקיים שהרי העדרה של תחרות משוכללת נובע מהמאפיינים הכלכליים של השוק אשר אינם מאפשרים לתחרות להתקיים: למשל יתרונות משמעותיים לגודל, או קיומו של אפקט רשת.²²⁷ כאשר זה המצב, המחיר התחרותי, שאיננו יכול להתקיים, ממילא גם

²²¹ אף הרשות הישראלית עמדה על כך: "נציבות התחרות האירופית פועלת הלכה למעשה באופן מרוסן ביותר כלפי אכיפה של מחיר בלתי הוגן גבוה ומרבית החלטותיה הנוגעות לניצול מעמד לרעה של פירמות דומיננטיות עוסקות בפעולות מדירות ולא בפעולות ניצול (exploitation)". גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 17, עמ' 7. ראו טבלה בנספח ב' להלן.

²²² United Brands, לעיל ה"ש 114.

²²³ ראו גם Evans et al., לעיל ה"ש 53, עמ' 7.

²²⁴ קו מחשבה, לעיל ה"ש 175.

²²⁵ נאור אישור תובענה ייצוגית, לעיל ה"ש 22, פסקה 36. במקום אחר בהחלטה נקבע כי "המחיר שאינו מופרז אמור להיות כזה שהפירמה הייתה קובעת בתנאי תחרות. כזה שהיה מאפשר לה לא רק לכסות עלויות אלא גם להרוויח רווח סביר, באופן שיתמרץ את המשך הפעילות הכלכלית של אותה פירמה בהקשר של אותו מוצר." גישה זו מקלה במעט, אבל אין בה די. בפועל הרווח שהותר היה נמוך עד כדי 1%.

²²⁶ אזרחי גילה, לעיל ה"ש 16, עמ' 312.

²²⁷ אפקט רשת מתקיים כאשר ערך המוצר לכל צרכן עולה ככל שיש אחרים שצורכים את אותו מוצר; כך למשל משתמשים יבחרו ברשת חברתית שבה חברים משתמשים רבים אחרים.

לא יכול להיות אמת מידה לצורך הוגנות המחיר. שנית, כפי שהסברנו בהרחבה בפרק 2.2 לעיל, ניסיון לכפות את המחיר התחרותי בשוק שבו לא תיתכן תחרות משוכללת, למשל משום שהעלות השולית יורדת עם היקף הייצור או שהיא קבועה, או שיש סיכון ממוסרי, עלול להסב לפירמות הפסדים שיסכנו את עצם קיומן, או שתביא לכך שהן לא ירצו לספק מוצרים, או שלא ירצו לספק מוצרים באיכות גבוהה. שלישית, כפי שכבר פרטנו בהרחבה, לפירמות יש תמריצים להשקיע רק אם הן יכולות להפיק מכך רווחים בעתיד. החלת העילה מונעת רווחים כאלה, ולכן פוגעת בתמריצים להשקיע ולהתייעל. בכך הכיר 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 כיוון שהחברה מתייעלת ומשפרת את רווחיותה.²²⁸

משיקולים אלה עולה כי ההנחה שכל מחיר על-תחרותי לוקה בחוסר הגינות הינה מסוכנת ומתנגשת עם מטרת דיני התחרות. הסכנה, כפי שקבע לאחרונה היועץ המשפטי האירופי, היא גדולה מדי.²²⁹ 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 שיצרן מונופוליסטי יכול לדרוש למחיר התחרותי כמוה כהטלת סנקציה על הפירמה עקב העובדה שמספר רב של צרכנים בחר ביוזמתו לרכוש ממנה. קשה להצדיק גישה כזו, במיוחד לאור העובדה שפירמות שהצרכנים אוהבים פחות (ולכן נתח השוק שלהן קטן מכדי שהן תחשבנה לבעלות מונופולין) רשאיות לגבות מחירים ללא כל מגבלות. קשה עוד יותר לראות איך גישה כזו תעודד פירמות להשקיע על חשבונן משאבים לפיתוח מוצרים חדשים, ולשאת בסיכון הכרוך בכך. בנוסף גם לא ברור מדוע הוגן שדווקא הצרכן יינה מכל הערך העודף 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 היא הוגנת.

לבסוף, ההחלטה בעניין **נאור** מדגימה את החשש שבהיעדר אמת מידה ברורה להוגנות המחיר, בתי המשפט ייאחזו בנתונים בעייתיים בניסיון למקם את קו הגבול בין מחיר הוגן ושלא. בנאור, ביסס בית המשפט את החלטתו שהמחיר עלה על המחיר התחרותי על שלושת המבחנים לבחינת מופרזות המחיר: מבחני העלות, ההשוואה והרווח. אלא שבהיעדר נתונים מדויקים על עלות ייצור הקוטג' ובהינתן הבעיות האינהרנטיות במבחן הרווח, בחר בית המשפט לקבוע את נקודת הייחוס למחיר הוגן במסגרת חישוב הנזק על בסיס ההשוואה לרווח התפעולי הממוצע של קראפט, שהינה החברה הזרה הרווחית ביותר מבין שש החברות שעוסקות בייצור מוצרי חלב, שנתונין נסקרו בחוות הדעת של מומחה הנתבעת. זאת למרות שבית המשפט עצמו מדגיש שההשוואה מעלה ספיקות, בין היתר כיוון שלא הובהר לבית המשפט מדוע נבחרו דווקא שש חברות אלו; משום שהנתונים מתייחסים לכלל הפעילות של אותן חברות, ולא רק לשוק החלב;²³⁰ ולמרות שבית המשפט מכיר בכך שממוצע רווח על פני מוצרים רבים הינו בעייתי: "עצם קיומו של ממוצע אינו יכול ללמד שכל מחיר ממנו והלאה מופרז הוא, שאם לא כן מה משמעותו של ממוצע."²³¹ בנוסף, כפי שהדגיש בית המשפט העליון, שלושת מבחני-העזר שהחיל בין המשפט מהווים רק שלב ראשון בבחינת הוגנות המחיר,²³² ולא סוף פסוק כפי שנקבע כאן.

אכן, מבחן זה נדחה מפורשות בפסק דין **זליכה** שניתן לאחרונה. שם דחה בית המשפט המחוזי דחה את "[העמדה] כי סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית אוסר על גביית "מחיר מופרז", מחיר העולה על מחיר השוק, כשלעצמו.

²²⁸ נאור סופי, לעיל ה"ש 22.

²²⁹ Wahl, לעיל ה"ש 168, פסקה 103.

²³⁰ נאור סופי, לעיל ה"ש 22, פסקה 71.

²³¹ שם, פסקה 92.

²³² רייס, לעיל ה"ש 26.

המחוקק אסר על גביית מחיר ב"רמה בלתי הוגנת." פער ממחיר שניתן לזהותו ב"מחיר שוק" אין בו די כדי להקים עילה.²³³

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

האם ניתן לתקן את כשלי המבחן המשווה בין מחיר תחרותי למחיר הוגן על ידי הוספת התנאי לפיו המחיר יהיה "גבוה משמעותית" מהמחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות? מבחן כזה, המהווה גירסה קצת משופרת של הקודם, אומץ למשל בעניין צדוק.²³⁴ אלא שגם מבחן זה מתעלם מהקושי 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 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)".²³⁵ אולם מבחן זה עלול דווקא להגביר את חוסר הוודאות משום שהוא מאפשר להחיל את העילה גם אם הסטייה מהמחיר בתחרות היא מתונה יחסית. בנוסף, המבחן עלול להביא לתוצאה אבסורדית לפיה ככל שהמוצר מספק לצרכנים תועלת רבה יותר, ולכן נתח השוק של בעל המונופולין גדול יותר, כך בעל המונופולין יהיה רשאי לגבות עבורו מחיר נמוך יותר.

שנית, התבססות על ההפרש (המשמעותי) מהמחיר בתחרות כבסיס היחיד לקביעת הוגנות לא בהכרח תספיק לכסות על כל העלויות של הפירמות, לרבות עלות אלטרנטיבית ועלות סיכון, היא לא בהכרח תבטיח תמריצים לאספקת איכות גבוהה כאשר קיימת בעיה של סיכון מוסרי, והיא לא 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.²³⁶ בדיקת הפער בין המחיר לעלות היא בדיקה מקדמית המהווה אך ורק נקודת ייחוס התחלתית להחלת האיסור. שלישית, אקמן וגרוד מראים כי מבחן המתבסס רק על השוואת המחיר לעלות עלול לקבוע שבעל מונופול שלא שינה את מחירו, אבל התייעל ולכן הגדיל את רווחיותו, עובר עבירה. וזאת גם אם ההתייעלות הובילה לשיפור באיכות המוצר וברווחת הצרכנים.²³⁷ רביעית, המבחן שנקבע בגפניאל ובצדוק מתעלם כליל מהתועלת שהצרכן מפיק מהעסקה יחסית לאופציות אחרות. אזרחי וגילה טוענים כי "אין לפרש את [מבחן ההוגנות]... ככזה ששם משקל כלשהו גם על מוכנותם של הצרכנים לשלם בגין המוצר"²³⁸ והם גם טוענים שזה המבחן שהחיל בית המשפט האירופאי.²³⁹ אלא שטענה זו שגויה אמפירית ותיאורטית.²⁴⁰

אמפירית, רשות התחרות האירופית, כמו גם בתי משפט, מכירים בשיקולי ביקוש כחלק חשוב ובלתי נפרד מההחלטה האם עסקינן במחיר בלתי הוגן. בהחלטות בעניין **Sundbusserne** ו-**Scandlines**, למשל, רשות התחרות האירופאית קבעה מפורשות כי התועלת המוגברת למשתמשי הנמל הייחודי צריכה להיות גלומה במחיר ההוגן.²⁴¹ גישה דומה אומצה על ידי בתי משפט ברחבי אירופה. כך, למשל, בעניין **Attheraces** קבע בית המשפט הבריטי שהמחיר

²³³ זליכה, לעיל ה"ש 19, פסקה 54.

²³⁴ צדוק, לעיל ה"ש 63.

²³⁵ שם. ראו גם גפניאל, לעיל ה"ש 157 ומנירב, לעיל ה"ש 30, עמוד 17.

²³⁶ פיזור ערר, לעיל ה"ש 120.

²³⁷ P. Akman and L. Garrod, *When Are Excessive Prices Unfair?*, 7(2), *Journal of Competition Law & Economics*, 403, (2012).

²³⁸ אזרחי וגילה, לעיל ה"ש 16; גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 16. לביקורת ראו גם סוס טריואני, לעיל ה"ש 12, עמ' 5-591.

²³⁹ אזרחי וגילה, שם, בעמ' 310.

²⁴⁰ למרות זאת היא הוחלה בעניין נאור, לעיל ה"ש 22, ובאה לידי ביטוי בעניין צדוק, לעיל ה"ש 63, המאמץ מבחנים מבוססי-עלויות בלבד, לפחות בשלב אישור התובענה כייצוגית.

²⁴¹ Sundbusserne, לעיל ה"ש 32; Scandlines, לעיל ה"ש 210.

עבור שיתוף במאגר מידע ייחודי צריך לבטא לא רק על עלויות הקמתו, אלא גם את הרווח הגבוה של הצרכן כתוצאה משימוש בו.²⁴² גישה זו אימצה 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.²⁴³ רק לאחרונה, בעניין **פייר** קבעה ערכאת הערעור האנגלית שיש להביא בחשבון גם גורמים שאינם 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.²⁴⁴ בשנה האחרונה אימצה 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).²⁴⁵ היטיב לבטא זאת בית המשפט האנגלי בעניין **Albion Water**, כאשר קבע כי מחיר מופרז הוא תנאי הכרחי, אך לא מספיק, למחיר גבוה בלתי הוגן.²⁴⁶

מבחינה תאורטית, התעלמות מוחלטת משיקולי ביקוש שגויה הן משום שהיא עלולה לפגוע בתמריצי הפירמות,²⁴⁷ 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.²⁴⁸ 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.²⁴⁹ ביקורת דומה נטענת כלפי הגדרת המושג "ערך כלכלי" כנכונות לשלם עבור המוצר. אלא שגם כאן הביקורת מתעלמת מכך שיש לקחת בחשבון לא רק את הנכונות לשלם של מי שרכשו את המוצר, אלא גם של אלה שלא רכשו אותו בשל מחירו הגבוה.

6.4. התחשבות בעלויות השקעה בעת קביעת גובה העלות

חלק מבתי המשפט המחוזיים, לרבות **בצדוק ובגפניאל**, הכירו בכך שעל מנת לתמרץ השקעות בהתייעלות ובחדשנות, יש לאפשר מחיר שיכסה לא רק את העלויות השוליות של בעל המונופולין, אלא גם את עלויות ההשקעה שלו, לרבות הסיכון הכרוך בהשקעה.²⁵⁰ גם ההנחיות של רשות התחרות מכירות בכך.²⁵¹ גם בית המשפט העליון בעניין **רייס**, קבע כי מי שמבקש להגיש תובענה על בסיס העילה צריך להביא גם ראיות בדבר הסיכונים ולא רק העלויות. 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.

²⁴² Attheraces Ltd. v. British Horseracing Board Ltd et al., [2007] UKCLR 309

²⁴³ Case C-52/07 Kanal 5 Ltd. v. Förenigen STIM, [2008] E.C.R. I-9275

²⁴⁴ פייר ערר, לעיל ה"ש 120, סע' 2-171, 253.

²⁴⁵ בית המשפט אישר השוואות המבוססות על כוח הרכישה היחסי של צרכנים, המבטא שיקולים של צד הביקוש. **AKKA**, לעיל ה"ש 123.

²⁴⁶ "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."

²⁴⁷ לא להחיל כללים מקלים יותר מאלו של האיחוד.

²⁴⁸ עדי אייל, המונופוליסט כקרבן (המכון הישראלי לדמוקרטיה); A. Ayal, FAIRNESS IN ANTITRUST: PROTECTING THE STRONG FROM THE WEAK 52 (2014).

²⁴⁹ אזרחי וגילה, לעיל ה"ש 16.

²⁵⁰ Gal, The Case for Limiting

²⁵¹ צדוק, לעיל ה"ש 63; גפניאל, לעיל ה"ש 157.

²⁵¹ גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 17.

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.²⁵² טענה זו בעייתית לפחות משתי סיבות. ראשית, פירמות יצטרכו להעריך מראש האם השקעתן תחשב בדיעבד על ידי בתי משפט כ"מוצדקת וסבירה." בהיעדר אמות מידה ברורות להערכה כאמור, הערכה זו יוצרת חוסר וודאות. שנית, כפי שכבר פרטנו בהרחבה לעיל, כדי לקבוע מהו המחיר שיספק לפירמות תמריצי השקעות נאותים, נדרש חישוב פרטני לכל תעשייה – אין כלל אחיד שיתאים לכלל התעשיות. הבעיה חריפה במיוחד בתעשיות 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 מחקר ופיתוח אשר מתאפיינות בסיכון גדול שצריך לכסות עליו, ואשר הרווח על מוצרים מצליחים צריך לכסות על ההפסדים מכישלונות.

7. מתי ראוי להכיר בעילה בישראל ובאיזה תנאים?

הדיון עד כה מחזק את הקביעה של בית המשפט העליון בפסק דין רייס, כי קיימים קשיים אינהרנטיים משמעותיים בהחלת העילה.²⁵³ דא עקא, בניסיונם להחיל את העילה, חלק מבתי המשפט המחוזיים מתעלמים מקשיים אלה ומהניסיון שנצבר בעולם ומחילים את העילה בצורה רחבה ביותר. למרבה הצער החלטות אלו אינן מתמודדות לעומק – ולרוב משלמות מס שפתיים בלבד – עם הכשלים והקשיים בהחלת העילה והמחיר הגבוה של החלת-היתר שלה שהוכרו בישראל ובעולם.²⁵⁴ זאת למרות שעסקינן במושכלות יסוד של כלכלה ושל דיני התחרות, ולמרות שרשויות התחרות, בתי המשפט, ארגונים בינלאומיים ומלומדים מובילים ברחבי העולם מסכימים כי באין מתודולוגיה ברורה לקביעה מתי מחיר הינו בלתי הוגן, ובהעדר קונצנזוס לגבי מהו מחיר הוגן, יש להחיל את העילה בזהירות ובמתינות תוך הכרה במגבלות החלטה בפועל. זוהי עמדתה העדכנית של הנציבות האירופית,²⁵⁵ של היועץ המשפטי לאיחוד האירופי,²⁵⁶ של רוב רובם של המלומדים ורשויות התחרות ברחבי העולם.²⁵⁷ זו גם גישתה של רשות התחרות הישראלית²⁵⁸ ושל היועץ המשפטי.²⁵⁹ עמדה זהירה הושמעה גם על ידי חלק מהשופטים בישראל.²⁶⁰ ונשוב להדגיש: עמדה זו אינה שוללת פיקוח מחירים במקרים המתאימים, אבל היא מכירה בבעייתיות הרבה של פיקוח דרך עילת הניצול לרעה, ולכן מצמצמת את תחולתה למקרים בהם ברור על פניו שמדובר בניצול לרעה של כוח שוק שפוגע בצרכנים. לגישה זו מתנגדים רק מעטים ברחבי העולם.²⁶¹

אם כך, מהם גבולות העילה, אשר יקטינו את החשש שאכיפתה תפגע בתפקודו של השוק ותזיק בסופו של דבר לצרכנים במקום להועיל להם? להלן אנו דנים בארבעה גורמים אשר חוברים יחדיו כבסיס לפרשנות תכליתית לפיה יש לאכוף את העילה בזהירות ובשיקול דעת, תוך התמקדות במקרים המובהקים בהם התועלת שבאכיפת האיסור תגבר על

²⁵² צדוק, לעיל ה"ש 63.

²⁵³ ראו גם נובל אנרגי, לעיל ה"ש 166, פסקה 22.

²⁵⁴ ראו, למשל, נאור סופי, לעיל ה"ש 22, פסקה 86.

²⁵⁵ J. Leitenberger, DG Comp. EC, Address at EUI Competition Workshop Competition, Florence: Assessments and Abuse of Dominance (22 Jun. 2018).

²⁵⁶ AKKA לעיל ה"ש 123.

²⁵⁷ OECD, לעיל ה"ש 6.

²⁵⁸ גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 17.

²⁵⁹ עמדת היועמ"ש, לעיל ה"ש 18, סעיף 42.

²⁶⁰ אברהמי לעיל ה"ש 38; זליכה, לעיל ה"ש 19.

²⁶¹ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 16; גילה ואזרחי, לעיל ה"ש 18. לחריג ראו את הגישה ברוסיה: S. Avdasheva and D. Korneeva, *Enforcement Against Excessive Pricing in the Russian Federation Competition Law Enforcement*, in *Excessive Pricing*, לעיל ה"ש 3.

הנזק. זאת במטרה להבטיח שתכלית החוק, קרי קידום רווחת הצרכן, תושג.²⁶² בפרט, הגורמים בהם אנו דנים מנסים לאזן בין הרצון למנוע נטל עודף בטווח הקצר מחד, והרצון לשמור על תמריצי הפירמות ולמנוע נטל עודף בטווח הארוך מאידך, תוך התחשבות במגבלות המוסדיות ובכשלים האינהרנטיים בהחלת העילה עליהם עמדנו לעיל.²⁶³

7.1. הקושי בשרטוט קו גבול שממנו ואילך מחיר הופך לבלתי הוגן

מטבע הדברים, הסתברות הטעות בהחלת כלל גדלה ככל שההחלה פחות ודאית. אמנם יש הטוענים שאי הודאות הנובעת מהגדרת הוגנות המחיר אינה שונה מאי ודאות לגבי מושגי שסתום רבים אחרים בחוק התחרות ובחוקים אחרים.²⁶⁴ אלא שטענה זו מתעלמת מהבדל חשוב: העילה מתאפיינת בקושי ייחודי הנובע מהעדר כללים ברורים לשאלה העקרונית מהו מחיר בלתי הוגן. כפי שמדגיש גם היועץ המשפטי לממשלה, הקשיים בהחלת עילה זו הם לא רק פרוצדורליים, אלא מהותיים קונצפטואליים.²⁶⁵ זאת כיון שאין תיאוריה כלכלית סדורה למבחן מתי מחיר מתחיל להיות בלתי הוגן, וכפי שוורדן טוען, "לעולם גם לא יהיה מבחן כזה".²⁶⁶ לעומת זאת, בעילות אחרות קיימת תיאוריה כלכלית מנחה וברורה שהכלל המשפטי מוציא לפועל בדרך מיטבית. בהעדר יכולת לקבוע מבחנים שיבטיחו שהתועלת מאכיפת העילה תעלה על נזקה, ניתן לכל היותר להסכים במקרים קיצוניים ומובהקים שעסקינן במחיר בלתי הוגן. במילים אחרות, יש לדבוק בקו שהתוותה השופטת (כתוארה אז) נאור בעניין רייס, לפיה אין בפערי המידע שבין התובע לנתבע כדי להצדיק אימוץ רף נמוך בשלב אישור התובענה הייצוגית.²⁶⁷ אותם שיקולים גם תומכים בכך שעול ההוכחה של התנאים להחלת העילה צריך להיות על המבקש להחיל את העילה.

זאת ועוד: כפי שמדגיש גם היועץ המשפטי לממשלה, לא ניתן להתמודד עם קושי זה בכלים משפטיים בלבד, כיון ש"פרשנות משפטית של העילה המנותקת מההשלכות הכלכליות של יישומה עלולה למוטט את הבסיס העיוני שעליו ניצבים דיני התחרות".²⁶⁸

7.2. מגבלות ההליך האדוורסרי לברור הסוגיה

גורם שני המצדיק פרשנות תכליתית של החוק אשר תביא לאכיפה זהירה של העילה, תוך התמקדות במקרים המובהקים בהם התועלת שבאכיפת האיסור תגבר על הנזק, הוא המגבלות המוסדיות של בית משפט. זאת משום שבית המשפט נדרש להכריע בסוגיה בהליך אדוורסרי, בדיעבד, על בסיס הנתונים המונחים בפניו שהם, לרוב נתונים חלקיים וחסרים, המעלים את הסיכוי לטעות. רק כלל מורכב, הלוקח בחשבון את המאפיינים הספציפיים של כל שוק ואת תמריצי הפירמות, יבטיח שהתוצאה תועיל לצרכן ולא דווקא תפגע בו. רשויות תחרות, אשר להן כלים ומומחיות בניתוח שווקים, מכירות בכך שאין להן את הכלים הדרושים לנהוג כמפקחות מחירים. קל וחומר - בתי משפט נטולי מומחיות כאמור, הנדרשים להחיל את העילה בדיעבד, ואין להם סמכות לדרוש נתונים מגופים שאינם חלק מהתביעה. כפי שמחקרים מראים, הבנה ויישום של מתודולוגיות כלכליות עכשוויות לניתוח בעיות בדיני התחרות מצריכות ידע כלכלי נרחב שאין למרבית השופטים.²⁶⁹ כך, למשל, המלומד הידוע פוזנר טוען כי ניתוח אקונומטרי של נתונים (שימוש בשיטות סטטיסטיות לניתוח נתונים

²⁶² ראו, למשל, וול, לעיל ה"ש 56.

²⁶³ גם גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 17, עמ' 6 מכיר בכך שבמסגרת עיצוב מדיניות ראויה יש לשקול את השיקולים שהועלו לצמצום או אי הכרה בעילה.

²⁶⁴ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 16.

²⁶⁵ עמדת היועץ, לעיל ה"ש 18, סעיף 44.

²⁶⁶ Werden לעיל ה"ש 13.

²⁶⁷ רייס, לעיל ה"ש 26.

²⁶⁸ שם, סעיף 42.

²⁶⁹ 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).

כלכלים), אשר הופך להיות יותר 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.²⁷⁰ דיעה דומה לגבי הקושי של שופטים לא מתמחים ליישם קריטריונים כלכליים מורכבים בתיקים הגבליים מביעים שופט בית המשפט העליון האמריקני ופרופסור לשעבר בהרווארד, השופט ברייר,²⁷¹ כמו גם ראש רשות הסחר הפדראלית, האוכפת חוקי תחרות בארה"ב.²⁷² היטיב לבטא זאת בית המשפט בעניין זליכה, שם נקבע כי "שוק שבו בתי המשפט מכתיבים לבעל מונופולין מחיריו או רווחיותו של כל אחד ואחד ממוצריה שבמונופולין, הוא שוק מפוקח, ולא שוק חפשי, תוך שהפיקוח נעשה בידי הגורם שאיננו דווקא הגורם היעיל לכך."²⁷³

היעזרות בעדים מומחים אינה פותרת מרבית בעיות אלו, בהעדר כלל ברור לשרטוט קו הגבול שמעבר לו מחיר הופך להיות בלתי הוגן. יתר על כן, ללא קו גבול ברור, לא ברור כיצד בית המשפט יוכל להכריע בין מומחים משני הצדדים אשר חולקים זה על זה בשאלה האם המחיר חצה את הגבול שמעבר לו הוא בלתי הוגן או שלא חצה גבול זה.

7.3. האכיפה מתמקדת רק במחיר ולא בגורמים חשובים אחרים

גורם שלישי מתמקד בעובדה שכפי שהודגש במושכלות היסוד לעיל, רווחת הצרכן מבוססת לא רק על מחיר, אלא גם על פרמטרים אחרים דוגמת איכות, מגוון וזמינות, שירות, תנאי תשלום ועוד. התמקדות בתי המשפט בתביעות פרטיות בגובה המחיר גרידא, ועוד בדיעבד, עלולה בסופו של דבר לפגוע בצרכנים בניגוד למטרות חוק התחרות.

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.²⁷⁴ כפי שמרקוביץ' 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 להביא לתוצאה גרועה עוד יותר. בהקשר שלנו, תיקון עיוות המחיר עלול להחריף את בעיית תמריצי ההשקעה של הפירמות, ולכן הנזק בטווח הארוך עלול להאפיל על התועלת בטווח הקצר.²⁷⁵ ואכן, גילה וספיגל מראים במסגרת של מודל תאורטי כי החלת העילה עלולה בתנאים מסוימים להוביל דווקא לפגיעה ברווחת הצרכנים, ובכך להשיג תוצאות המנוגדות לתכלית החוק.²⁷⁶

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 (גם אם הייתה להם מומחיות לכך ונתונים מתאימים). בעניין **נובל אנרג'י**, למשל, אשר עסק בתעריפי החשמל, עמד בית המשפט על כך שטובת תושבי ישראל מחייבת קביעת המחיר ההוגן גם בהתחשב בשאלות רחבות, לרבות מתחום התחרות הכלכלית.²⁷⁷ לכך יש להוסיף שפיקוח מחירים מחייב בחינה שוטפת של עלויות הייצור ותנאי השוק, ועדכון המחיר המפוקח בהתאם.²⁷⁸ התערבות חד

R. Posner, *The Law and Economics of the Economic Expert Witness*, 13(2) JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES 270 (1999). 91

Leegin Creative Leather Products, Inc v PSKS, Inc, 551 US 877, 917 (2007) (Breyer dissenting); FTC v Actavis, 271 570 US 136, 173 (2013) (Roberts dissenting).

R. Chopra and L. Kahn, *The Case for "Unfair Methods of Competition" Rulemaking*, 87(2) UNIVERSITY OF 272 CHICAGO LAW REVIEW (2020).

273 זליכה, לעיל ה"ש 19, פסקה 89.

R. G. Lipsey and K. Lancaster, 24(1) THE REVIEW OF ECONOMIC STUDIES 11 (1965). 274

R. S. Markovits *Second-Best Theory and Law & (and) Economics: An Introduction*. CHICAGO-KENT LAW REVIEW, 275 73(1) (1998).

276 Gilo and Spiegel, לעיל ה"ש 185.

277 נובל אנרג'י, לעיל ה"ש 166.

278 עמדת האיחוד האירופי במסמך ה-OECD, לעיל ה"ש 6, עמ' 312.

פעמית לרוב איננה מספיקה, וכפי שהתאוריה הכלכלית של second best מראה, התערבות כזאת יכולה גם להזיק אם היא נוגעת רק למחירים ולא למשתנים אחרים.

7.4. בישראל נדרשת פרשנות זהירה אף יותר מאשר באירופה

לבסוף, מספר שיקולים מצביעים על כך שבישראל עלינו לנקוט פרשנות זהירה מזו שהוחלה מאירופה. ראשית, בדין הישראלי, 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, כמו גם הנציבות האירופית, לא נדרשו – בעת שקבעו שהעילה קיימת – לקבוע בבירור היכן עובר קו הגבול בין מחיר הוגן ובלתי הוגן, אלא רק לשאלה הכללית אם במקרה ספציפי הייתה הפרה כיוון שהמחיר הנדרש 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:

"אם עד עתה התברר כי קשה לבחון את הנתונים על רקע המבחנים הידועים, מכאן ואילך כבד עולן של השאלות האופרטיביות עוד יותר. עיקר הקושי נעוץ בכך ש...לצורך הערכת הנזק יש לקבוע מהו המחיר שאינו מופרז, כך שניתן יהיה לחשב את ההפרש שביניהם."²⁷⁹

לפיכך חלק גדול מהקשיים המוסדיים של פיקוח מחירים באמצעות בית המשפט בישראל לא היו רלוונטיים לאיחוד האירופי.

שלישית, בניגוד לישראל, בעת שהוכרה העילה בית הדין של האיחוד האירופי נדרש רק להכריע אם בעל מונופולין גבה מחיר בלתי הוגן במסגרת ערר על החלטה של הרשות האירופית באותו עניין. משמע, הדיון שם נעשה לאחר שרשות רגולטורית קבעה את ממצאיה בעניין.²⁸⁰ לעומת זאת, בישראל ניתן להגיש תביעה נזיקית או חוזית בפני כל בית משפט, גם ללא החלטה מוקדמת וניתוח השוק בידי הרשות.

רביעית, אכיפת העילה בישראל נעשית באמצעות תביעות ייצוגיות בשעה שבאירופה ובבריטניה היא נעשית לרוב על ידי רשויות התחרות.²⁸¹ כל עוד אכיפת העילה נתונה לידיה של רשות סטטוטורית, דוגמת רשות התחרות, ניתן לצפות ממנה כי תבקש לאכוף את העילה רק במקרים בהם אכיפה כזו מוצדקת לאור כלל השיקולים הרלוונטיים. ריסון כזה איננו קיים כאשר העילה נעקפת באמצעות אכיפה פרטית, משום שתובע פרטי מעוניין למקסם את הגמול הכספי שהוא מקבל ולא את הרווחה החברתית, ולכן יש לו תמריץ להגיש תביעה כל עוד הוא סבור שיש סיכוי גדול מספיק שתתקבל, או למצער תיצור לחץ על בעל המונופולין להתפשר, גם אם התביעה איננה מוצדקת.²⁸² בנוסף, הספרות עומדת על כך שאכיפה פרטית של דיני התחרות יכולה להביא לתועלת חברתית אם לתובע הפרטי יש אינפורמציה ייחודית לגבי המקרה עליו מדובר ולגבי הנזק שנגרם (אם אכן נגרם) שאין לרשות אכיפה ציבורית, או שיש לו יתרון בהשגת אינפורמציה כזו.²⁸³ אלא שהניסיון מלמד כי במקרים רבים תנאי זה אינו מתקיים, ובפועל מוגשות תובענות ייצוגיות

²⁷⁹ נאור סופי, לעיל ה"ש 22, פסקה 86.

²⁸⁰ בעת האחרונה מעודד האיחוד את האפשרות להגיש תביעה נזיקית במסגרת דיני התחרות. לדיון ראו Limiting, לעיל ה"ש 4.

²⁸¹ תביעה ייצוגית ראשונה אושרה לא מכבר בבריטניה: Justin le Patourel vs. BT Group and British Telecommunications.

Case 1381/7/7/21 (CAT 30, Sept. 27, 2021).

²⁸² 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).

²⁸³ Segal and Whinston, שם.

שאינן מגובות בנתונים מספיקים, או בניתוח מעמיק של השווקים הרלוונטיים. הצדקה נוספת לאכיפה פרטית חלה כאשר הרשות הרלוונטית מתרשלת בתפקידה. התובע הפרטי יכול במקרה כזה להחליף את הרשות הציבורית באכיפת החוק.²⁸⁴ כאשר לרשות התחרות, ראינו שהבעייתיות בהחלת העילה- ולא דווקא התרשלות- היא שהובילה לזהירות באכיפתה. תובעים פרטיים אינם מחויבים בזהירות כאמור.²⁸⁵

חמישית, בתי המשפט הדנים בתביעות ייצוגיות בעניין העילה נדרשים למעשה לפעול כמפקחי מחירים, למרות שאין להם לא את המומחיות ולא את המשאבים הנדרשים לביצוע משימה זו. לא בכדי טען המלומד הידוע איסטרברוק כי²⁸⁶ "The antitrust laws do not deputize district judges as one-man regulatory agencies." למעשה גם לרשויות תחרות אין כלים טובים לפקח על מחירים.²⁸⁷ ואכן, הממונה על תחרות בנציבות האירופית, מרגרט וסטגר, טענה רק לאחרונה כי כאשר הנציבות בוחנת מחירים מופרזים, עליה להיזהר שלא תהפוך לרגולטור ועליה להימנע מהניסיון להחליט מהו המחיר הנכון.²⁸⁸ זהירות זו צריכה לחול מכוח קל וחומר על בתי המשפט הרגילים, המחילים את האיסור בדיעבד, ומבלי שיש להם את המשאבים והידע שיש לרשות מתמחה. ודוק, גם אם בית המשפט ממנה מומחה מטעמו ומסמיכו לקבל מידע מבעל המונופולין, לרוב לא יהיה בכך די בכדי להוות תחליף לרשות פיקוח מומחית אשר למדה לעומק, לאורך שנים, את מאפייניו הייחודיים של השוק ושל הפירמה המפוקחת. בנוסף, אין בכך כדי לפתור את בעיית החלת הפיקוח בדיעבד. זאת בפרט לאור הקושי במצב הקיים להעריך מראש את המחיר שיותר.²⁸⁹

חמישית, בישראל מצויים בידי הרגולטור כלים חלופיים, יעילים יותר, אשר יקדמו בדרך טובה יותר את הרווחה החברתית ללא הפגיעה שיוצרת עילת הניצול לרעה. 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.²⁹⁰ קיימת הסכמה רחבה כי הסדרה מראש, כאשר היא אפשרית, היא כלי עדיף, כיון שהיא יוצרת ודאות אצל בעל המונופולין. למשל שופט של בית הדין האירופי קבע לאחרונה כי לרשות פיקוח מחירים ייעודית יש מומחיות רבה יותר לטיפול במחירים גבוהים של בעלי מונופולין,²⁹¹ ובדומה, מוטה (שהיה הכלכלן הראשי לענייני תחרות של הנציבות האירופית) ודה סטריל, קובעים כי לדעתם, אחד התנאים ההכרחיים לאכיפת העילה הוא העדרה של רשות פיקוח ייעודית אשר יכולה לפתור את הבעיה.²⁹² גם בדרום אפריקה קבע בית הדין לענייני תחרות בעניין מיטל כי אכיפת העילה מיועדת לאותם מקרים נדירים בהם לא ניתן לפתור את הבעיה באמצעות רשות פיקוח או באמצעות תחרות.²⁹³ בשולי הדברים נציין כי בעניין קו מחשבה נקבע כי לא ניתן להגיש תובענה ייצוגית על בסיס העילה אם המחיר שלגביו נטען שהוא בלתי

²⁸⁴ 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 ב למעלה מ-30%. דו"ח מבקר המדינה קבע כי "המלצות ועדת המחירים להוריד את רמת הפיקוח לא נעשו על סמך עבודת מטה מסודרת ומבוססת" וכי "הורדת רמת הפיקוח ... בלא שבשלו תנאי תחרות ממשיים, פגעה קשות באינטרסים הכלכליים של ציבור הצרכנים ובאמון שלו באופן קבלת ההחלטות על ידי גופי השלטון." 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>.

²⁸⁵ לדיון ראו Limiting, לעיל ה"ש 4.

²⁸⁶ Chicago Professional Sports Ltd. Partnership v NBA, 95 F.3d 593, 597 (7th Cir. 1996).

²⁸⁷ למשל מוטה ודה סטריל, לעיל ה"ש 9, טוענים כי "...competition authorities – unlike sectoral regulators – have no experience and no role in telling firms which prices they should charge."

²⁸⁸ Vestager, לעיל ה"ש 232: "The last thing we should be doing is to set ourselves up as a regulator, deciding on the right price."

²⁸⁹ כך למשל התביעה בעניין מחיר הקוטג' התקבלה נמשכה תשע שנים. למאמר אשר בדק את מחאת הקוטג' לעומקה, ראו, I. Hendel, S. Lach, and Y. Spiegel, Consumers' Activism: The Cottage Cheese Boycott, 48 THE RAND JOURNAL OF ECONOMICS 972 (2017).

²⁹⁰ תורת ההחלטות, לעיל ה"ש 12; זליכה, לעיל ה"ש 19, פסקאות 6-85.

²⁹¹ Wahl, לעיל ה"ש 168, פסקה 105 והערות שוליים 47.

²⁹² מוטה ודה סטריל, לעיל ה"ש 9.

²⁹³ Harmony Gold Mining v Mittal Steel South Africa Limited [2007] פסקה 127.

הוגן נקבע על ידי רשויות פיקוח מתאימות.²⁹⁴ בעניין **נובל אנרג'י** נקבע כי ניתן להגישה אם הרשויות המתאימות בחנו את הסוגיה בכללותה, אך לא בחנו את גובהו של המחיר הנבחן.²⁹⁵

מצרף גורמים אלו מובילים למסקנה שדרך המלך לטפל בניצול לרעה של כוח מונופוליסטי היא באמצעות הליך רגולטורי על ידי רשות פיקוח בעלת מומחיות לשוק הספציפי בו פועל המונופול, תוך התדיינות שוטפת עימו ועל בסיס נתונים מפורטים, תוך התחשבות במכלול הפרמטרים שעשויים להשפיע על רווחת הצרכן. 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 לאור כלל השיקולים, לרבות שיקולים ארוכי טווח. יש מקום לאכיפה פרטית רק כאשר הרשות הרלוונטית מתרשל בתפקידה - התובע הפרטי יכול במקרה כזה להחליף את הרשות הציבורית באכיפת החוק. גם במקרים כאלה, יש לוודא כי בפני בית המשפט יש מידע מהימן וידע לנתח את השוק ולהבין את המורכבות שלו, כך שהאכיפה לא תפגע בתפקוד של השוק ובתמריצים של הפירמות באופן אשר ישיג תוצאות הפוכות מאלה אשר החוק מכוון להשיג.

7.5. מקרים בהם יש מקום להחלת העילה

מהם המקרים בהם יש מקום להחיל את העילה? אחת התובנות העולות מהשיקולים המפורטים לעיל היא שיש להגביל את תחולת העילה רק ל"מקרים הדוקרים את העין וברורים לכל" כפי קבעה רשות התחרות,²⁹⁶ כמוצא אחרון, במצבים בהם שוררים מחירים ורווחים גבוהים לאורך זמן וקיימים חסמי כניסה והתרחבות משמעותיים.²⁹⁷

תחום הפרמצבטיקה, שכפי שהודגש גם בפסק דין **זליכה** הוא תחום ייחודי,²⁹⁸ מדגים מקרים הממלאים תנאים אלו. שלוש דוגמאות למקרים כאלה הן **אספן** באיטליה, **פיזור** בבריטניה, ו**לידיאנט** בהולנד.²⁹⁹ בשלושת המקרים מדובר היה במונופול מוחלט: לצרכני התרופות לא היו חלופות אחרות לטיפול במחלתם.³⁰⁰ כלומר, אין המדובר בפירמות שהפכו לדומיננטיות משום שהצרכנים העדיפו לקנות מהן ולא מפירמות אחרות. יתר על כן, בשלושת המקרים מדובר בתרופות מצילות חיים: תרופות לטיפול בסרטן דם במקרה של אספן, טיפול באפילפסיה במקרה של פיזור, וטיפול במחלת CTX במקרה של לידיאנט, כך שלצרכנים שלהן לא הייתה ברירה אלא להמשיך ולצרוך אותן. שלוש הפירמות העלו את מחירי התרופות שלהן בין לילה בשיעורים אדירים, כאשר העלאת המחיר לא נבעה מעלייה בהוצאות הייצור, וכל שלושת החברות לא הפסידו כספים ערב העלאת המחיר. בפרט, מחירי התרופות עלו בשיעורים של 1,500%-300% במקרה של אספן, 2,300%-2,600% במקרה של פיזור, ולידיאנט אף הגדילה לעשות והעלתה את המחיר בשלוש פעימות מ-46 יורו לחפיסה של 100 טבליות ב-2008 ל-14,000 יורו לאותה חפיסה ב-2017 (עלייה מצטברת של למעלה מ-)

²⁹⁴ קו מחשבה, לעיל ה"ש 175. בית המשפט העליון דחה את התביעה נגד בזק בינלאומי משום שתעריפיה בתקופה שאליה התייחסה התובענה הוסדרו בתקנות שהתקינה שרת התקשורת, לפי חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, והיו מחייבים.

²⁹⁵ **נובל אנרג'י**, לעיל ה"ש 166. 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 (בג"ץ 4374/15), התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (27.3.2016)) 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.

²⁹⁶ גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 17.

²⁹⁷ שם.

²⁹⁸ זליכה, לעיל ה"ש 19, פסקה 82.

²⁹⁹ פיזור בית הדין לתחרות, לעיל ה"ש 134, סעיף 462. Aspen, לעיל ה"ש 228. לעניין לידיאנט ראו, <https://www.acm.nl/en/publications/decision-fine-leadiant-excessive-price-cdca-drug> רשות התחרות ההולנדית קבעה שלידיאנט גבתה מחיר בלתי הוגן גבוה והטילה עליה קנס של קרוב ל-20 מיליון יורו.

³⁰⁰ 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 120, פסקאות 18-21. לידיאנט הייתה ספק בלעדי לשוק האירופי של תרופה לטיפול במחלת CTX. שם.

(30,000%). בשלושת המקרים לא ניתן היה לטפל בקפיצה הנחשנית במחירי התרופות, והנזק שקפיצה כזו גורמת למערכת הבריאות ולצרכני התרופות, על ידי פיקוח מחירים.³⁰¹ לבסוף, בכל שלושת המקרים היה מדובר בתרופות גנריות שפותחו לפני שנים רבות, ואשר הפטנט עליהן פג שנים רבות לפני התביעה, כך שתמריצי השקעה לא היו רלוונטיים (למעשה לידיאנט לא פיתחה את התרופה בעצמה אלא רכשה אותה מחברת תרופות אחרת, ואספן כלל לא ייצרה את התרופות, אלא רק שיווקה אותן).³⁰² כיוון שבכל שלושת המקרים התרופות היו רווחיות עוד לפני העלאת המחיר הנחשנית, אין ספק כי המוטיבציה להעלאת המחיר הייתה הרצון להגדיל רווחים, וכי זו התאפשרה עקב כוח השוק הרב של שלוש החברות. לפיכך, אלה מקרים בהם קל יחסית לקבוע כי עסקינן בניצול לרעה של כוח שוק.³⁰³ למרות זאת, בית המשפט לערעורים בבריטניה קבע בעניין פיזור גם במקרי קיצון יש צורך לדון בטענות ובשאלות עובדתיות הנוגעות למופרזות ולהוגנות המחיר.³⁰⁴

תובנה נוספת העולה מהשיקולים המפורטים לעיל היא שעשוי להיות מקום להחלת העילה כאשר מדובר במונופולין יציר-המדינה, שזכה להגנה מתחרות.³⁰⁵ כאשר זה המצב, המונופול לא הגיע למעמדו משום שצרכנים העדיפו לקנות ממנו ולא מפירמות אחרות, אלא משום שלא הייתה להם 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.³⁰⁶ גביית מחיר גבוה על ידי בעל המונופולין מהווה במקרה כזה הפרה של ההסכם. כך למשל, בית המשפט האירופי החמיר בעניין **דויטשה פוסט**, שם רשות הדואר הגרמנית הייתה מונופול יציר מדינה שהיה מוגן בחסמי כניסה כמעט בלתי עבירים.³⁰⁷ גם במקרים כאלה, יש מקום להתערב רק אם לא צפויה כניסה קרובה של מתחרים, ואין כלי רגולטורי יעיל יותר להתערבות במחיר.³⁰⁸

תובנה שלישית העולה מהשיקולים המפורטים לעיל היא שעשוי להיות מקום להחלת העילה כאשר המונופול רכש את מעמדו בשוק על ידי פעולות מדירות. גם במצבים כאלה בעל המונופולין לא רכש את מעמדו בעקבות תחרות על ליבו של הצרכן, ועל כן מעמדו בשוק איננו מעיד על כך שהצרכנים מעדיפים לרכוש ממנו ולא מפירמות מתחרות.³⁰⁹ להבדיל מהמצב הקודם בו ההגנה מתחרות נבעה מהגנה ממשלתית, כאן היא נובעת מפעולותיו המדירות של בעל המונופולין. לקיומם של חסמי כניסה גבוהים לענף הרלוונטי יש חשיבות בהקשר זה: העדרה של כניסה לשוק שאיננו

³⁰¹ כך, למשל, במקרה של אספן, שם, מחיר התרופות נקבע במשא ומתן עם וועדת סל התרופות האיטלקי. אספן איימה לצאת מסל התרופות אם עליית המחיר לא תאושר.

³⁰² 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).

³⁰³ ראו למשל את קביעת ה-OECD לגבי מקרים מעין אלה: OECD Background Paper "Excessive Prices in the Pharmaceutical Markets" (2018): "While it can be hard to set out simple guidance that draws a clear line between excessive and lawful pricing, 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."

³⁰⁴ פיזור ערר, לעיל ה"ש 120.

³⁰⁵ עמדת היועמ"ש, לעיל ה"ש 18, סעיף 83.

³⁰⁶ למשל, אלפרד 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 A. Kahn, "Who Should pay for Power-Plant the strict legal obligation to serve all customers on reasonable terms" Duds?" Wall St. Journal, Aug. 15, 1985, at 26, col. 3.

³⁰⁷ COMP/C-1/36.915 — Deutsche Post AG — Interception of Cross-border Mail, 2001 O.J. (L 331) 40.

³⁰⁸ ראו גם עמדת היועמ"ש, לעיל ה"ש 18, סעיף 87.

³⁰⁹ ראו גם גילוי דעת, 1/17, לעיל ה"ש 17 וכן עמדת היועמ"ש, שם, סעיף 81.

מתאפיין בחסמי כניסה גבוהים יכולה להעיד על כך שמתחרים אינם סבורים שהם יכולים להציע מוצרים שימשכו את הצרכנים במידה מספקת.³¹⁰

גם במקרים אלה, יש להפעיל זהירות-יתר בהחלת העילה על ידי בתי המשפט. כפי שהיטיבה לבטא זאת השופטת בזק-רפפורט בעניין זליכה:³¹¹

"שאיפתו של כל מתחרה... להעלות את הכנסותיו... היא הכוח המניע גופים כלכליים במסגרת השוק החופשי... בהיות החתירה להתעצמות כל פירמה ולהגדלת רווחיה... מנגנון ממגנוני השוק החפשי עליו באים אנו להגן, ראוי שההגנה משימוש לרעה בכוח המונופוליסטי [בעילה זו] תיעשה באופן זהיר ומוקפד, ללא התערבות מיותרת ומזיקה במנגנון השוק החפשי, ויצירת כשל שוק רגולטורי, תחת כשל שוק כלכלי, מדומה."

כפי שפרטנו לאורך המאמר, כאשר בודקים אם המחיר מופרז ונעזרים במבחן העלות, יש לקחת בחשבון את כל העלויות הרלוונטיות לקידום תמריצים של בעל המונופולין. עם זאת, חשוב לזכור, כי "פערים כלכליים ניכרים אל מול המחיר המשוער כמחיר שוק הם תנאי הכרחי, אך לא תנאי מספיק, לקביעה כי מוצר שבמונופולין נמכר ברמת מחיר בלתי הוגנת."³¹² מבחן ההשוואה עשוי אף הוא לשמש בסיס לפן הראשון של המבחן, כל עוד הוא מוחל בדרך המשווה בין דברים דומים.

בנוסף, לצורך בחינת הוגנות המחיר, יש להביא בחשבון מחד את עודף הצרכן, קרי ההפרש בין התועלת שהצרכנים מפיקים מהמוצר שבמונופולין לבין המחיר שהם שילמו עבורו,³¹³ ומאידך את השפעת האכיפה על התמריצים של הפירמות. שיקולים אלה תקפים לגבי הוגנות המחיר ללא קשר לגובה הפער בין העלות למחיר, משום שמחיר גבוה איננו בלתי הוגן כשלעצמו, במנותק משיקולים אחרים.³¹⁴ עם זאת, כאשר מדובר במוצרים וותיקים כגון תרופות שהפטנט עליהן פג, פוחת החשש מפגיעה בתמריצי השקעה.

בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, יש לנקוט משנה זהירות. כמאמרה של השופטת (כתוארה דאז) נאור, "מי שמבקש להגיש תביעה ייצוגית המבוססת על מחיר בלתי הוגן נוטל על עצמו, לעיתים, משימה שאינה פשוטה כלל ועיקר".³¹⁵ כפי שקובעת השופטת בזק-רפפורט, "לא זו בלבד שיש לאמץ מבחן דו שלבי, אלא שעל מנת לצלוח את השלב הראשון, יש להדגים כי הפער בין מחיר המוצר נגבה למחיר השוק המשוער הינו משמעותי ו"דוקר את העין" על מנת שתיבחן חוסר הוגנות במחיר."³¹⁶ כמו כן קובעת השופטת כי "מחיר גבוה כשלעצמו אינו מקים עילה מכוח דיני התחרות, ורק מחיר גבוה מצדיק שקילת הוגנותו. ככלל, מקומה של הסדרת פיקוח על מחירים ברמת פערים זו הוא בדיני הפיקוח על המחירים ובטיפול של ועדת המחירים, ככל שתמצא לנכון. לא בחוק התחרות הכלכלית ולא במסגרת הליך משפטי אזרחי."³¹⁷

³¹⁰ AKKA, לעיל ה"ש 123; 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, לעיל ה"ש 17, בעמוד 10.

³¹¹ זליכה, לעיל ה"ש 19, פסקאות 73, 75.

³¹² שם, פסקה 101.

³¹³ ראו, למשל, Case C-52/07 Kanal 5 Ltd. v. Föreningen STIM upa, 2008 E.C.R. I-9275; Attheraces Ltd. v. British Horseracing Bd. Ltd., [2007] EWCA (Civ) 38, [2007] Info. T.L.R 41 (Eng.); Case C/09/454521st /HAZA13-1279 Foundation SDU et al. vs. SDU Publishers (4 March 2015, the Hague Tribunal)(Netherlands).

³¹⁴ ראו גם עמדת היועמ"ש, לעיל ה"ש 18, סעיף 59.

³¹⁵ רייס, לעיל ה"ש 26, עמ' 716.

³¹⁶ זליכה, לעיל ה"ש 19, פסקה 54.

³¹⁷ שם.

8. התייחסות לטענות התומכים בהחלה מרחיבה של העילה

הדיון לעיל התייחס לחלק מטענות המבקשים לאמץ גישה מרחיבה להחלת האיסור, לרבות לטענה שמטרת חוק התחרות היא אך ורק להקטין את הנטל העודף ואת העברת הערך בטווח הקצר, ולפיכך אין לתת כל משקל לשיקולי איכות, חדשנות, והתייעלות;³¹⁸ לטענה לפיה "עילת המחיר המופרז נסמכת על נקודת מוצא לפיה המחיר התחרותי הוא המחיר המביא להשקעה אופטימלית בפיתוח המוצר ובשיווקו";³¹⁹ שגם בעילות אחרות יש מושגי שסתום הנדרשים להחלה, ולכן עילה זו אינה שונה מהם;³²⁰ ולטענה שאין צורך במבחן הדו-שלבי.³²¹ נדגיש שוב, שטענות אלו חריגות בעולם ואינם מקובלות על רוב רובם של המשפטנים והכלכלנים העוסקים בתחום, כמו גם על רשויות התחרות. להלן נתייחס לכמה טענות נוספות.

8.1. הטענה לפיה עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן אינה שונה מאיסורים אחרים בחוק התחרות

גילה וקלמנט טוענים שהעילה אינה שונה מעילות אחרות, אשר גם בהן "מוטל על בית המשפט לאתר את המחיר התחרותי, לבחון את הפער בין המחיר שנגרם כתוצאה מההתנהגות האסורה לבין המחיר התחרותי, להכריע אם פער זה מצדיק את פיצוי הצרכנים."³²² טענה זו שגויה במספר היבטים. ראשית, תחולתם של מרבית האיסורים בחוק התחרות עניינה בפגיעה בהליך התחרותי בלי קשר לתוצאה שלו. כך, במקרה של קרטל בין מתחרים האיסור הינו על עצם יצירתו של הקרטל, בלי צורך להוכיח את עוצמת הפגיעה.³²³ כך גם באשר לאיסור על התנהגויות מדירות של בעל מונופולין, שחל ללא קשר לנזק, ואין צורך שההתנהגות המדירה אכן תיתרגם בפועל לשינוי המחיר.³²⁴ גם בהליך נזיקי הפער מחושב ממחיר שהיה קיים בשוק ללא ההתנהגות האנטי-תחרותית ולא מהמחיר התחרותי. גילה וקלמנט מכירים בכך, בקובעם שבית המשפט יצטרך להעריך מהו המחיר "שהיה שורר אלמלא הקרטל או המיזוג".³²⁵ לא כך הדבר בעילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן. שנית, יש שוני מהותי בין עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן לבין העילות אליהן מפנים גילה וקלמנט. ביתר המקרים עסקינן בהתנהגות אשר פוגעת בהליך התחרותי על ידי יצירת מכשלות מלאכותיות לתחרות: בקרטל- החברות הסכימו ביניהן על הגבלת התחרות; במיזוג אסור החברות ערכו שינוי חיצוני במבנה השוק, אשר חיזק את כוחן ללא יתרונות מאזנים לטובת הציבור; בכל יתר עילות הניצול לרעה בעל המונופולין נקט פעולות שיצרו מכשלות מלאכותיות לכניסה או להתרחבות של מתחריו. התנהגויות אלו אסורות בשל הפגיעה בהליך התחרותי אשר מעוגנת בתאוריה כלכלית. לא כך הדבר בעילת המחיר הגבוה אשר עוסקת בתוצאות התהליך התחרותי, ואשר לגביה אין תאוריה כלכלית מסודרת אשר קובעת מתי מחיר גבוה מתחיל לפגוע ברווחת הצרכנים.

שלישית, ובהמשך לנקודה הקודמת, בכל יתר המקרים יש למקבל ההחלטות כלים קונצפטואליים לקביעת גודל האיסור. אין חולק שגם בתביעות הגבליות אחרות יש לעיתים צורך לחשב עלויות (למשל, בעילת המחיר הטורפני),³²⁶ וכי עסקינן במשימה מורכבת שלא תמיד יש לה תשובה אחת. אלא שהקושי העיקרי שהחלת העילה יוצרת הוא דווקא בשלב השני- בקביעת הוגנות המחיר, כך שזה יאזן בין הנטל העודף בטווח הקצר, לרווחת הצרכן בטווח הארוך, ויתחשב בתמריצים של הפירמות. אכן, הטענה לפיה אין כל ייחוד בעילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן מתנגשת חזיתית עם החלטות של רשויות תחרות ובתי משפט והכתיבה האקדמית ברחבי העולם שהכירו בכך שהעילה יוצאת דופן בשל הקשיים

³¹⁸ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 16, עמ' 28. ראו התייחסותנו לעיל, פרק 2.3.4.

³¹⁹ דיון לעיל פרקים 2.2 ו-2.5.

³²⁰ לעיל פרק 6.4.

³²¹ לעיל פרק 4.1.

³²² גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 16, בעמ' 19.

³²³ סעיף 2(ב) לחוק התחרות.

³²⁴ סעיף 29א(ב) לחוק התחרות.

³²⁵ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 16, עמ' 26.

³²⁶ שם, בעמ' 32.

המהותיים, הקונצפטואליים והפרקטיים בקביעת גדרה ובהחלטה. זו גם הסיבה בגינה לא ניתן להקיש באנלוגיה מהצורך בחוק התחרות לקבוע בחלק מהעילות (דוגמת מיזם משותף והסדר כובל) שהייתה פגיעה משמעותית בתחרות.³²⁷ לבסוף, קיים שוני בעלות שפיקוח בדיעבד משית על הפירמות בשוק. בניגוד לפעולות מדירות שהן לרוב ספציפיות, חד-פעמיות, ונדירות, קביעת מחירים (לרבות מבצעי מכירות) היא הפעולה הבסיסית ביותר של עסקים, הנעשית לעיתים קרובות בתדירות גבוהה (למשל, עקב שינוי תנאי השוק או בתלות בתנאי המכירה הספציפית), ובהיקפים גדולים. לכן, בשעה שפירמה יכולה לשאת בעלויות הבדיקה של פעולות מדירות, ולהימנע מהן באותם מצבים נדירים בהם יש ספק אם הן אכן מותרות, לא כך בתמחור. בהעדר מתודולוגיה ברורה, קביעת המחיר כך שלא ייחשב בדיעבד כבלתי הוגן עשויה להיות לא רק יקרה ושרירותית, אלא בלתי אפשרית באופן מעשי. בה בעת, הדמיון לעילות אחרות בדיני התחרות, לרבות המטרה העומדת בבסיסם קידום את רווחת הצרכן בטווח הארוך, כמו גם ההכרה בחשיבות האיזון בין שיקולים סטטיים לדינמיים, רק מחזקת את הצורך לדחות פרשנות מרחיבה של העילה, המבוססת רק על שיקולי נטל עודף והעברת ערך.

8.2. הטענה לפיה יש לקבוע רף של 20% רווח מעל עלות כנמל מבטחים

בעבר כלל גילוי דעת 1/14 של הרשות רף של 20% מעל לעלות כנמל מבטחים. לאור הניסיון עם רף זה, כמו גם הביקורת שהוטחה בו, הוא בוטל בגילוי דעת 1/17. כעת מבקשים גילה וקלמנט להחיותו. אולם השיקולים שעמדו בבסיס הסרתו מגילוי הדעת תקפים גם כיום. שיקולים אלו פורטו בהרחבה במקום אחר,³²⁸ לכן נחזור כאן רק על עיקרם ונתייחס בקצרה לטענות נוספות שמועלות במאמר.

אין חולק שאימוץ נמל מבטחים משפר את הוודאות העסקית, אלא שבהיעדר אמת מידה ברורה אחרת, קיים חשש שנמל המבטחים יהפוך להיות הכלל. אכן, הכלכלן הראשי לשעבר של הרשות, ד"ר אסף אילת, הצהיר כי בעקבות נמל המבטחים הקבוע בגילוי הדעת, בפועל השתרשה התפיסה שמחיר הגבוה מ-20% אינו ראוי, תוצאה שהרשות לא התכוונה אליה.³²⁹ בנוסף, הרף של 20% הוא שרירותי. גילה וקלמנט מבססים רף זה על "ניסיונו של גילה כממונה",³³⁰ אך אינם מפרטים מה ניסיון זה מלמד בדיוק, מדוע נובע ממנו שרף של 20% הוא רף ראוי, ומדוע ניסיונה של הממונה שהחליפה אותו וביטלה רף זה אינו רלוונטי באותה מידה. בנוסף, גילה וקלמנט מתבססים על פרשת ססול הדרום אפריקאית, אשר מצידה מסתמכת על מסכת בבא בתרא בתלמוד הבבלי, כדי לקבוע שאין הצדקה להתערב כאשר הפער הוא פחות מ-20%.³³¹ אולם בחינה של דברי הרמב"ם, אשר פירש את המסכת, מעלה שגם לדעתו אין להחיל איסור על מחיר גבוה על כל המוצרים בשוק, אלא רק על מוצרים בסיסיים וחיוניים דוגמת לחם ויין,³³² ולא על יתר המוצרים.³³³ כך כותב הרב יואב שטרנברג:³³⁴

³²⁷ שם, עמ' 51.

³²⁸ תורת ההחלטות, לעיל ה"ש 12; סוס טריואני, לעיל ה"ש 12.

³²⁹ אסף אילת, הרצאה בכנס השנתי של דיני תחרות, אוניברסיטת חיפה. כך למשל, בהצעת חוק פ/4730/20, הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון – הכרזה על קיום מונופולין ואיסור על מחיר מופרז וטורפני), התשע"ח–2017, הוצע להוסיף הגדרה ל"מחיר מופרז" – מחיר הגבוה בשיעור של 20 אחוזים או יותר מעלות הייצור של המוצר או עלות אספקתו של השירות, לפי העניין.

³³⁰ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 16, עמ' 54.

³³¹ Mncube and Ngobese, לעיל ה"ש 145.

³³² ההגבלה על שיעור הרווח מופיעה בתלמוד הבבלי (בבלי, בבא בתרא ז', ע"א). להכרה בכך שדברי הרמב"ם אינם רלוונטיים לענייננו ראו גם זליכה, לעיל ה"ש 19, פסקאות 142–144.

³³³ רמב"ם, משנה תורה, הלכות מכירה, פרק יד, הלכה ב: "העיקרין כגון הקושט והלבונה וכיוצא בהן אין פוסקין להם שער אלא ישתכר כל מה שירצה."

³³⁴ שנת תשס"ח, שבת פרשת עקב, "איסור אונאת ממון – חלק ב'" שער לדין, הרב יואב שטרנברג, <http://www.erezhemdah.org/newsletterArticle.asp?lang=he&pageid=48&cat=1&newsletter=643&article=2381>

"הרי מבואר ברמב"ם, שאין איסור להשתכר כמה שרוצים מן התורה, ורק מוטלת חובה על בית דין לקבוע שער לרווחים בדברים שיש בהם חיי נפש. לכן, אם רוצים לדבר על ניצול, צריך לדבר על מקרה חריג – דהיינו, להסביר שבמצב מסוים, אחד הצדדים "לחוץ" מאוד, ומחמת זאת מוכן לסטות בהרבה מהמחיר המקובל בשוק."

בהקשר זה נעיר כי רף של 20% נמוך בהרבה מזה שהוצב במקרים רבים באיחוד האירופי. כך למשל בעניין ג'נרל מוטורס נטען כי ג'נרל מוטורס גבתה עבור שירותיה פי 24 מעלות מתן השירות. בעקבות הורדת המחיר של ג'נרל מוטורס לפי 8 מהעלות, קבע בית המשפט האירופי כי ההפרה תוקנה.³³⁵ ההחלטות אליהם מפנים גילה וקלמנט, שהיו בין היחידות בעולם בהן הוחלה העילה בהצלחה, מדגימות את המקרים החריגים בהם החשש לפגיעה בתמריצים לכניסה לשווקים, לתחרות ולחדשנות נמוכים, או שהנסיבות הן כה קיצוניות עד כי כל עליית מחיר תחשב בלתי הוגנת. **דויטשה פוסט ותאגיד המים בברלין ושדות התעופה באיטליה**,³³⁶ עוסקים במונופול יציר-המדינה או המוגן על ידה אשר לא הגיע למעמדו בזכות יתרונותיו היחסיים. פרשת **NAPP** האנגלית עוסקת במוצר שהפסנט עליו פקע ובאפליה בין צרכנים. שתי ההחלטות מדרום אפריקה בעניין **Dis Chem** וכן **Babalegi**³³⁷ עוסקות בניצול ציני כה קיצוני של מגפת הקורונה, על ידי העלאת מחיר מסיכות הפנים בעת שהן היו חיוניות להתמודדות עם המגפה לעתים עד מאות אחוזים, עד כי נקבע שכל העלאת מחיר שלא שיקפה עלייה בעלויות הייתה בלתי סבירה.

8.3. גודל הטעות בהחלת יתר

גילה וקלמנט בוחנים את גודלו האבסולוטי של המחיר לרווחה החברתית מהחלת-יתר של העילה. לטענתם, המתנגדים להחלה מרחיבה של העילה מניחים שמחירים מופרזים מתקנים את עצמם באמצעות כוחות השוק.³³⁸ אולם טענת המתנגדים אינה מתבססת על כך. הנזקים האפשריים מהחלת העילה עליהם עמדנו בהרחבה קיימים גם אם מחירים מופרזים לעולם לא יתקנו את עצמם.

גילה וקלמנט טוענים כי "לא היתה 'הצפה' בתביעות בגין מחיר מופרז לאחר פרסומו של גילוי דעת 1/14", וזאת משום שבשנים האחרונות הוגשו במוצע מדי שנה קצת למעלה מ-7 בקשות לאישור תובענה ייצוגית בעילה של מחיר מופרז, בהשוואה ל-1,200-1,500 תביעות ייצוגיות בסה"כ מדי שנה. הם מסיקים מנתון זה כי אין אינדיקציה לכך שהעילה מביאה להרתעת יתר. אלא שכדי להעריך את מספר התביעות בעילה יש להשוות את כמות התביעות לכמות התביעות באותה עילה בדיוק במקומות אחרים בהם היא חלה, ולא למספר התביעות בעילות אחרות. כפי שכבר הזכרנו, במשך יותר מחמישים שנה דנו במוסדות האיחוד האירופי ב-24 תביעות בעילת מחיר מופרז (כלומר פחות מ-0.4 תביעות במוצע מדי שנה) ובבריטניה הוגשו עד היום שבע תביעות בעניין מחיר מופרז (כלומר כ-0.1 תביעות במוצע מדי שנה). כלומר בישראל מוגשות בשנים האחרונות למעלה מפי 17 יותר תביעות מאשר באיחוד האירופי, ופי 50 יותר תביעות מאשר בבריטניה.

לבסוף, כדאי לציין כי החל ממאי 2018 הוטלו אגרות על הגשה תובענות ייצוגיות וכתוצאה מכך חלה ירידה במספר הבקשות המוגשות מדי שנה. בתקופה שבין מאי 2018 (לאחר שהוטלו אגרות על הגשה תובענות ייצוגיות שהביאו לירידה במספר הבקשות המוגשות) לבין לאפריל 2019 הוגשו 411 תובענות, כאשר 9 מתוכן, שהם 2.2%, היו בעילת

³³⁵ General Motors, לעיל ה"ש 113.

³³⁶ Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato, case A376 Provvedimento no 19020 Aeroporti di Roma Tariffe Aeroportuali (Oct. 23 2009).

³³⁷ ראו דיון בפרק 4.2.

³³⁸ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 16, בעמ' 9.

מחיר מופרז.³³⁹ לשם השוואה, באותה תקופה, 2.4% מכלל התובענות הייצוגיות היו בנושא מפגע סביבתי, 1.9% בנושא חוק ניירות ערך, 1.5% בנושא ביטוח ו/או קופות גמל, 1.5% בהפלייה במוצרים, שירותים וכניסה למקומות בידור וציבוריים, 0.7% בנושא ספאם, ו-0.7% בנושא חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים. נתונים אלה מראים כי תביעות בנושא מחיר מופרז נפוצות בהשוואה לתביעות בתחומים אחרים.

9. סיכום

אין חולק שבעיית יוקר המחיה היא בעיה כבדת משקל בישראל. הסיבות לבעיה רבות ומגוונות, לרבות היעדר יתרונות לגודל, הצורך לייבא מוצרים, שמירה על כשרות, והוצאות אבטחה. מכל מקום, המסקנה העולה מהדיון לעיל היא שאיסור על מחירים גבוהים בלתי הוגנים דרך עילת הניצול לרעה של כוח מונופוליסטי איננו הכלי המתאים לפקח על מחירים, למעט במקרים קיצוניים ומובחנים. רשויות התחרות ומלומדים ברחבי העולם הגיעו למסקנה, לאחר שנים רבות של ניסיונות, שהחלת האיסור רצופה קשיים מתודולוגיים, קונצפטואליים ופרקטיים, המקרינים על מחיר הטעות בהחלת-יתר של העילה. ואכן, במקרים רבים אין דרך ברורה לשרטט קו המבדיל מראש בין מחיר הוגן ושלא בדרך שאינה פוגעת בתמריצים לכניסה לשוק, להתייעלות ולחדשנות. קשיים אלו הובילו את ברזיל למשל לבטל את האיסור, ורבות אחרות לצמצם את תחולתו למקרים נדירים בלבד.

בניגוד למגמה זו, פסיקתם של חלק מבתי המשפט המחוזיים מהעת האחרונה מרחיבה את העילה הרבה מעבר לגבולותיה בעולם, ללא התגברות על בעיותיה האניהרנטיות. מגמה זו מדאיגה ביותר והיא מדגימה את החשש מהחלת האיסור בדרך שמתנגשת בתכלית החוק ופוגעת ברווחת הציבור. כן היא מדגימה שהניסיון של חלק מהשופטים ליצור ודאות - בדמות ביסוס המחיר ההוגן על עלות הייצור, או על פער משמעותי מעלות כאמור - אף מגביר את הפגיעה ברווחת הצרכן. ואכן, נטייתם של בתי המשפט המחוזיים להכיר בעילה, כמו גם הרף הנמוך להחלתה שאומץ על ידי חלקם, הביאה לצונאמי של בקשות אישור תביעות ייצוגיות במגוון רחב של שווקים. חלק מהחברות הנתבעות הגיעו למעמדן בזכות רבות מתחרות עם מוצרים אחרים בשוק, וברבים מהשווקים הרלוונטיים המחיר אינו עולה בצורה משמעותית על המחיר בשוק תחרותי יותר. הצורך להכריע בתיקים אלו מהו המחיר ההוגן, הופך את בתי המשפט בישראל למפקחי מחירים. זאת מבלי שיש בפניהם נתונים מספיקים או מומחיות לכך, ולמרות שההליך האדוורסרי איננו כלי מתאים לליבון סוגיות ממין זה, המצריכות הידברות ודו-שיח בין הרשות המפקחת לבין הגופים המפוקחים, כמו זו שבמסגרתה מתבצע פיקוח מחירים. 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.

לאור תובנות אלה, עולה המסקנה כי יש לאכוף את העילה במקרים ה"דוקרים את העין" לגביהם יש הסכמה רחבה לגבי הוגנות המחיר, כפי שגם רשות התחרות והיועץ המשפטי קובעים. ביתר המקרים יש להעדיף מנגנונים חלופיים, יעילים יותר, לפיקוח מחירים.

³³⁹ גלי אביב ואסף שטיין, "נתונים כמותיים על אודות אגרות בתובענות ייצוגיות", מחלקת המחקר של הרשות השופטת, מאי 2019, https://www.gov.il/he/departments/publications/reports/research_01052019. המידע על התובענות בנושא מחיר מופרז מתבסס על מאגר הרשות השופטת.

נספחים

להלן שלושה נספחים למאמר. נספח א' מציג חמש דוגמאות הממחישות את הפגיעה האפשרית של החלת העילה בצרכנים. נספח ב' מציג טבלה המפרטת כל ההחלטות בעניין העילה שהתקבלו על ידי הנציבות האירופית או בתי הדין של האיחוד האירופי, ועל ידי רשות התחרות הבריטית או בתי משפט בבריטניה. נספח ג' מכיל טבלה עם כל הבקשות לאישור תביעות ייצוגיות על בסיס העילה בישראל נכון לנובמבר 2020.

נספח א': דוגמאות לכך שהחלת העילה עלולה להזיק

להלן חמש דוגמאות אשר ממחישות את הפגיעה האפשרית של החלת העילה בצרכנים. לשם הנוחות בחרנו להשתמש בחמש הדוגמאות בפרמטרים ספציפיים, אך כל הדוגמאות הן טיפוסיות ומתקיימות בקשת רחבה של פרמטרים.

דוגמה ראשונה: הניסיון להחיל את העילה עלול לפגוע באיכות המוצר שהפירמה תציע

נניח שפירמה מציעה מוצר יחיד שפונקציית הביקוש אליו היא $Q = 6 - p$, כאשר Q היא הכמות המבוקשת במיליוני יחידות, ו- p הוא מחיר המוצר. עלות הייצור של המוצר היא 2 ש"ח ליחידה. חישוב פשוט מראה כי המחיר אשר ממקסם את הרווח של הפירמה הוא 4 ש"ח, ואילו הכמות הנמכרת היא 2 מיליון יחידות ($2 = 6 - 4$); במחיר זה הרווח של הפירמה הוא 4 מיליון ש"ח, ועודף הצרכן – קרי הפער בין המחיר המקסימלי שהצרכנים מוכנים לשלם לבין המחיר שהם משלמים בפועל – הוא 2 מיליון ש"ח.³⁴⁰

הפירמה שוקלת להשקיע במחקר ופיתוח אשר עשוי לשפר את איכות המוצר, בלי לשנות את עלות הייצור שלו. אם ההשקעה מצליחה, פונקציית הביקוש הופכת להיות $Q = 10 - p$, כלומר בכל מחיר ומחיר ניתן למכור 4 מיליון יחידות יותר מאשר קודם. בעקבות כך, המחיר שממקסם את הרווח של הפירמה הוא 6 ש"ח, הכמות הנמכרת היא 4 מיליון יחידות, הרווח של הפירמה, לא כולל עלות ההשקעה במחקר ופיתוח, הוא 16 מיליון ש"ח, ועודף הצרכן הוא 8 מיליון ש"ח.³⁴¹ כיוון שללא השקעה במחקר ופיתוח עודף הצרכן הוא 2 מיליון ש"ח, ההשקעה מועילה לצרכנים, שכן עודף הצרכן, אשר משקף את רווחת הצרכנים, גדל ב- 400% (מ-2 מיליון ש"ח ל-8 מיליון ש"ח). זאת למרות שמחיר המוצר עלה ב-50% (מ-4 ש"ח ל-6 ש"ח).

כעת נניח שעל הפירמה מוחלת עילת המחיר הבלתי הוגן, ובעקבות כך נאסר עליה לגבות מחיר העולה על 3 ש"ח, שהם 50% מעבר לעלות. בהתאם, הכמות הנמכרת היא 7 מיליון יחידות, הרווח של הפירמה הוא 7 מיליון ש"ח, ועודף הצרכן הוא 24.5 מיליון ש"ח.³⁴² על פניו נראה כי האיסור על מחיר בלתי הוגן גבוה הוא רעיון מצוי: הוא מונע מהפירמה לייקר את מחיר המוצר מעבר ל-3 ש"ח, הכמות הנמכרת עולה ב-75% מ-4 מיליון יחידות ל-7 מיליון יחידות, ועודף הצרכן גדל בלמעלה מ-200% (מ-8 מיליון ש"ח ל-24.5 מיליון ש"ח).

אלא שעד כה לא לקחנו בחשבון את עלות ההשקעה, ואת הסיכוי שהיא תצליח ותגדיל את איכות המוצר. למשל, קסטיון ומרקהם סקרו ספרות אמפירית שבדקה את סיכויי ההצלחה של מוצרים חדשים שיוצאים אל השוק, ומצאו

³⁴⁰ כאשר פונקציית הביקוש לינארית (והמקדם של המחיר בפונקציית הביקוש הוא 1) והעלות השולית קבועה, המחיר שממקסם את רווחי המונופול הוא הממוצע בין העלות (כאן 2 ש"ח) למחיר המקסימלי שניתן לגבות על המוצר (כאן 6 ש"ח). הרווח של הפירמה כאשר היא גובה את המחיר האופטימלי עבורה הוא הכמות הנמכרת בריבוע, ועודף הצרכן הוא חצי מהרווח.

³⁴¹ המחיר שממקסם את רווחי המונופול הוא הממוצע בין העלות בגובה 2 ש"ח למחיר המקסימלי שניתן לגבות שהוא 10 ש"ח, ולכן שווה ל-6 ש"ח. בהינתן מחיר זה הכמות שהפירמה תמכור היא $4 = 10 - 6$ מיליון יחידות, ולכן הרווח של הפירמה הוא 16 מיליון (הכמות בריבוע), ועודף הצרכן הוא 8 מיליון (חצי מהרווח).

³⁴² הרווח של הפירמה הוא המרווח שלה שהוא המחיר בגובה של 4 ש"ח פחות עלות של 2 ש"ח, כפול כמות של 6 מיליון יחידות. עודף הצרכן הוא משולש שגובהו הוא הפער בין מחיר מקסימלי של 10 ש"ח לבין מחיר בגובה של 4 ש"ח, והבסיס שלו הוא 6 מיליון יחידות.

שבממוצע רק כ-60% מכלל המוצרים החדשים שיוצאים לשוק מצליחים.³⁴³ למעשה סיכויי ההצלחה של השקעות נמוכים עוד יותר משום ש-50% מכלל החברות החדשות כושלות ונעלמות מהשוק בתוך חמש שנים מיום הקמתן.³⁴⁴ כאשר לוקחים בחשבון את עלות ההשקעה וסיכויי ההצלחה שלה, מתקבלת התמונה הבאה. ללא איסור על מחיר בלתי הוגן גבוה, הרווח של הפירמה גדל בעקבות השקעה מוצלחת ב-12 מיליון ש"ח (מ-4 מיליון ש"ח ל-16 מיליון ש"ח). אם סיכוי ההצלחה הם 60% (כאמור אחוז זה מתעלם מהעובדה שהפירמה עצמה יכולה להיכשל ולהיפלט מהשוק), תוחלת הגידול ברווח היא 7.2 מיליון ש"ח. בהתאם, כל עוד עלות ההשקעה נופלת מ-7.2 מיליון ש"ח, הפירמה תבחר להשקיע. אם עלות ההשקעה גבוהה מ-7.2 הפירמה תבחר לא להשקיע.

אם נאסר על הפירמה לגבות מחיר העולה על 3 ש"ח, הרווח בעקבות השקעה מוצלחת גדל רק ב-3 מיליון ש"ח (מ-4 מיליון ש"ח ל-7 מיליון ש"ח), שהם 1.8 מיליון ש"ח בתוחלת. כעת, הפירמה תשקיע רק אם עלות ההשקעה נמוכה מ-1.8 מיליון ש"ח. לפיכך, האיסור על גביית מחיר העולה על 3 ש"ח, יגרום לכך שהפירמה תמנע מהשקעות במחקר ופיתוח שעלותן בין 1.8 מיליון ש"ח לבין 7.2 מיליון ש"ח, למרות שללא החלת העילה הפירמה הייתה מבצעת השקעות כאלה. כאשר הפירמה איננה משקיעה, הצרכנים אינם נהנים מעלייה ברווחתם. כלומר, ייתכן שהניסיון להשיג תוצאה טובה מאוד (עליה ברווחת הצרכנים מ-8 מיליון ש"ח ל-24.5 מיליון ש"ח בעקבות הטלת איסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה) תביא לאובדן של תוצאה טובה (עלייה ברווחת הצרכנים מ-2 מיליון ש"ח ל-8 מיליון ש"ח בעקבות מחקר ופיתוח).

התוצאה לעיל מראה שהחלת העילה פועלת כבומרנג: היא שוללת מהפירמה את התמריץ להשקיע ומביאה לפגיעה משמעותית בציבור הצרכנים. ראוי לציין שהבעיה מחריפה ככל שהמרווח שיותר לפירמה לגבות מעבר לעלויותיה ילך ויצטמצם. צמצום כזה במרווח יקטין עוד יותר את התמריץ של הפירמה להשקיע.

ניתן גם לתהות בהקשר זה מה בלתי הוגן בכך שפירמה משקיעה, נניח 7 מיליון ש"ח, וכתוצאה מכך הרווח שלה גדל ב-125% מ-4 מיליון ש"ח ל-9 מיליון ש"ח,³⁴⁵ ואילו עודף הצרכן גדל ב-400% (מ-2 מיליון ש"ח ל-8 מיליון ש"ח). כאמור, בגלל אכיפת העילה, והניסיון להגדיל את עודף הצרכן עוד יותר על חשבון רווחי הפירמה, הפירמה עלולה להימנע מהשקעה כליל, וכך הצרכנים לא ייהנו מגידול של 400% בעודף שלהם.

דוגמה שנייה: הניסיון להחיל את העילה עלול לפגוע בתמריץ של הפירמה להפחית עלויות

נניח כעת בדומה לדוגמה הראשונה כי הפירמה מציעה מוצר יחיד שפונקציית הביקוש אליו היא $Q = 10 - p$. נניח בנוסף שעלות הייצור היא 6 ש"ח ליחידה. אם מתירים לפירמה לגבות מרווח של 20% מעבר לעלות, היא תגבה מחיר של 7.20 ש"ח. במחיר כזה הכמות הנמכרת היא 2.8 מיליון יחידות ($10 - 7.2 = 2.8$), והרווח של הפירמה הוא 3.36 מיליון ש"ח (מרווח של 1.2 ש"ח בגובה ההפרש בין המחיר לעלות כפול 2.8 מיליון יחידות).

כעת ניתן לשאול האם כדאי לפירמה להפחית את העלויות שלה מ-6 ש"ח ליחידה ל-2 ש"ח ליחידה? אם הפירמה תפחית את העלויות, היא תוכל לגבות מחיר של 2.4 ש"ח, שהוא 20% מעבר לעלות. במחיר כזה הפירמה תוכל למכור 7.6 מיליון יחידות ($10 - 2.4 = 7.6$), והרווח שלה יהיה 3.04 מיליון ש"ח (מרווח של 0.40 ש"ח ליחידה כפול 7.6 מיליון יחידות). כיוון שהרווח של הפירמה קטן יותר אחרי ההשקעה, ברור שלא כדאי לפירמה להפחית את העלויות שלה גם אם הפחתה זו איננה כרוכה בהשקעה של משאבים מצידה.

כעת נניח שהמרווח שמותר לפירמה לגבות עולה מ-20% ל-50%. ללא הפחתת עלויות, הפירמה תוכל לגבות 9 ש"ח ליחידה (6 ש"ח בתוספת 50%). במחיר הזה הפירמה תמכור 1 מיליון יחידות ($10 - 9 = 1$), וכיוון שהמרווח הוא 3

³⁴³ ראו, 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).

³⁴⁴ V. Sterk, P. Sedláček, and B. Pugsley, *The Nature of Firm Growth*, 111(2) AMERICAN ECONOMIC REVIEW 547 (2021).

³⁴⁵ זכור הרווח לפני עלות ההשקעה במחקר ופיתוח הוא 16 מיליון ש"ח, כך שהרווח בניכוי עלות ההשקעה של 7 מיליון ש"ח הוא 9 מיליון ש"ח.

שן ליחידה, הרווח של הפירמה יעמוד על 3 מיליון שן. אם הפירמה תפחית עלויות ל-2 שן ליחידה, היא תוכל לגבות מחיר של 3 שן (50% מעבר לעלות). במחיר כזה היא תוכל למכור כעת 7 מיליון יחידות ($10 - 3 = 7$), והרווח שלה יהיה 7 מיליון שן (מרווח של 1 שן ליחידה כפול 7 מיליון יחידות). כיוון שהפחתת העלויות מגדילה את הרווח מ-3 מיליון שן ל-7 מיליון שן, הפירמה תסכים להשקיע בהפחתת עלויות כל עוד עלות ההשקעה נמוכה מ-4 מיליון שן.

הנה כי כן, הפחתת עלויות איננה כדאית לפירמה כאשר המרווח המותר הוא 20%, אבל הופכת לכדאית כאשר המרווח גדל ל-50%. מנקודת ראותם של הצרכנים, כל עוד המרווח המותר עמד על 20%, לא כדאי לפירמה להפחית עלויות, והמחיר לצרכן הוא 7.20 שן ליחידה. במחיר זה, נמכרות 2.8 מיליון יחידות, ועודף הצרכן הוא 3.92.³⁴⁶ כאשר המרווח גדל ל-50%, כדאי לפירמה להפחית עלויות, מחיר המוצר יורד ל-3 שן ליחידה, הפירמה מוכרת 7 מיליון יחידות, ועודף הצרכן גדל ל-24.5. הנה כי כן, הגבלת המרווח של הפירמה מ-50% ל-20%, מקטינה את עודף הצרכן ב-52.5%. דוגמה זו ממחישה שהרצון להשיג תוצאה טובה יותר לצרכנים (הגבלת המרווח של הפירמה) עלולה לפגוע בתמריץ של הפירמה להשקיע בהפחתת עלויות ולביא לפגיעה קשה ברווחת הצרכן. התובנה המרכזית היא שהגבלת המרווח נראית רעיון טוב רק כאשר מתעלמים מהתמריצים של הפירמה להשקיע. כאשר לוקחים תמריצים אלה בחשבון, התמונה משתנה במידה משמעותית.

עד כה בחנו מצב שבו פועל בשוק מונופול. כעת נניח שבשוק פועלות שתי פירמות המתחרות זו בזו אמצעות קביעת מחירים. נניח לשם פשטות כי המוצר הוא הומוגני (ולכן המודל הרלוונטי הוא המודל של ברטרנד: שתי הפירמות קבועות מחירים והצרכנים בוחרים לרכוש מהפירמה אשר מציעה את המחיר הזול יותר). אם עלות הייצור של כל פירמה היא 6 שן ליחידה, אזי בשווי משקל, שתי הפירמות יגבו מחיר של 6 שן, ולכל אחת מהן יהיה נתח שוק של 50%. כעת נניח, כמו במקרה של המונופול, שפירמה א' יכולה להשקיע בטכנולוגיה חדשה אשר מפחיתה את עלות הייצור שלה מ-6 שן ל-2 שן ליחידה. בעקבות ההשקעה, פירמה א' תוכל להוזיל את המחיר לצרכן ל-5.90 שן, וכיוון שהמחיר שלה יהיה זול מזה של פירמה ב' (פירמה ב' איננה יכולה להוזיל את מחיר שלה מתחת ל-6 שן, אחרת היא תפסיד כסף), כל הצרכנים יבחרו לרכוש ממנה. המצב החדש מיטיב עם הצרכנים אשר ישלמו כעת מחיר זול יותר. ואולם, פירמה א' הופכת כעת לבעלת מונופולין, ולכן היא חשופה לעילת המחיר הבלתי הוגן. ודוק: העילה חלה למרות שפירמה א' הפכה לבעלת מונופולין בעקבות התייעלות וההוזלה במחיר לצרכן.

אם נניח שהעילה חלה כאשר המחיר עולה על העלות ביותר מ-50%, פירמה א' תאלץ בעקבות הפחתת העלויות שלה להוזיל את המחיר ל-3 שן. לכאורה העילה מיטיבה עם הצרכנים שישלמו מחיר של 3 שן במקום 5.99 שן. אלא שאלה וקוץ בה: ההוזלה במחיר מ-5.90 שן ל-3 שן מקטינה את הרווח שפירמה א' מפיקה מההשקעה. אם עלות ההשקעה עולה על הגידול ברווח, פירמה א' תעדיף לא להשקיע, וכך הצרכנים לא ייהנו מההוזלה במחיר. גם כאן הרצון להשיג תוצאה טובה יותר ביחס למחיר (ירידה במחיר ל-3 שן) עלול לעלות במחיר של אובדן תוצאה טובה יותר מבחינת התמורה הכוללת לצרכן (ירידה במחיר ל-2 שן).

הבעיה כמובן חריפה עוד יותר אם המרווח שמותר לפירמה לגבות מעבר לעלות מצטמצם. למשל, אם המרווח המותר הוא רק 20%, פירמה א' תאלץ להוזיל את המחיר בעקבות הפחתת העלות ל-2.40 שן, ואז הרווח שלה מההשקעה, ואיתו גם התמריץ להשקיע, ירדו עוד יותר.

דוגמה שלישית: הניסיון להחיל את העילה עלול לפגוע במגוון ובזמינות המוצרים שהפירמה מציעה

כעת נניח שפירמה מייצרת שני מוצרים שיש ביניהם תחליפיות. הפירמה היא בעלת מונופולין בייצור מוצר 1, אך לא במוצר 2. פונקציית הביקוש למוצר 1 היא $q_1 = 2(15 - 2p_1 + p_2)/3$, ואילו פונקציית הביקוש למוצר 2 היא

³⁴⁶ עודף הצרכן הוא משולש שגובהו הוא הפער בין מחיר מקסימלי של 10 שן לבין מחיר בגובה של 7.20 שן, והבסיס שלו הוא הכמות שהיא 2.8 מיליון יחידות.

כאשר q_1 היא הכמות של מוצר 1 במיליוני יחידות, $q_2 = 2(15 - 2p_2 + p_1)/3$, p_1 הוא המחיר של מוצר 1, ו- p_2 הוא המחיר של המוצר 2 (הפרמטרים נבחרו כדי לפשט את החישובים אך הדוגמה נכונה לקשת רחבה של פרמטרים). עלות הייצור של שני המוצרים היא 5 ש"ח ליחידה. המחיר של מוצר 2 הוא 7.5 ש"ח, כלומר גבוה מהעלות ב-50%. המחיר של מוצר 1 אשר ממקסם את הרווח של הפירמה במקרה זה הוא 8.75 ש"ח. בהינתן מחיר זה, הרווח הכולל של פירמה 1 הוא 27.1 מיליון ש"ח, ואילו עודף הצרכן הוא 32.3 מיליון ש"ח.

כעת נניח שעל הפירמה מוחלת עילת המחיר הבלתי הוגן, ונאסר עליה לגבות על מוצר 1 מחיר העולה על העלות ביותר מ-20%, קרי 6 ש"ח. המחיר של מוצר 2 שבו הפירמה מתחרה עם פירמות אחרות נשאר 7.5 ש"ח. ההפחתה במחיר של מוצר 1 מ-8.75 ש"ח ל-6 ש"ח, מקטינה את הרווח על מוצר 1 ב-37.2% (מ-27.1 מיליון ש"ח ל-17 מיליון ש"ח), ואילו עודף הצרכן עולה ב-44% (מ-32.3 מיליון ש"ח ל-46.5 מיליון ש"ח). על פניו נראה שהאיסור על מחיר בלתי הוגן גבוה מועיל לצרכנים. אלא שבעקבות החלת העילה, הפירמה יכולה להחליט להפסיק לשווק את מוצר 1. הסיבה לכך היא שהורדת המחיר של מוצר 1 מסיטה צרכנים ממוצר 2 שהמרווח עליו הוא 50% מעבר לעלות, למוצר 1 שהמרווח עליו מעבר לעלות הוא 20% בלבד. בפרט, לפני החלת העילה המכירות של מוצר 1 היו 3.33 מיליון יחידות ואילו המכירות של מוצר 2 הן 5.83 יחידות מיליון יחידות. בעקבות החלת העילה, המכירות של מוצר 1 עולות ל-7 מיליון יחידות ואילו המכירות של מוצר 2 יורדות ל-4 מיליון יחידות.

עילת המחיר הבלתי הוגן אוסרת אמנם על הפירמה לגבות מחיר גבוה על המוצר 1, אך היא איננה מחייבת את הפירמה להמשיך ולהציע אותו. אם פירמה 1 מפסיקה למכור את מוצר 1, המכירות של מוצר 2 גדלות ל-7.5 מיליון יחידות והרווח שלה גדל ל-18.75 מיליון ש"ח. כיוון שרווח זה עולה על הרווח כאשר הפירמה משווקת את מוצר 1, הפירמה תעדיף להפסיק ולשווק את המוצר 1. עודף הצרכן כאשר הפירמה חדלה לשווק את מוצר 1 הוא 28.125 מיליון ש"ח. עודף זה נמוך מעודף הצרכן כאשר הפירמה משווקת את המוצר 1 ועילת המחיר הבלתי הוגן לא מוטלת עליה, ב-12.9%. המסקנה היא שהחלת העילה פוגעת בתמריץ של הפירמה להציע את מוצר 1 שעליו חלה העילה והתוצאה היא הקטנת מגוון המוצרים שהפירמה תציע, תוך פגיעה ברווחת הצרכנים.

דוגמה רביעית: הניסיון להחיל את העילה עלול לתמרץ בעל המונופולין לנפח עלויות

כעת אנו מראים כי החלת העילה עלולה לתמרץ את בעל המונופולין לנפח את העלויות שלו (למשל על ידי הימנעות מצעדי התייעלות או שימוש בחשבונאות יצירתית), מה שיוביל לעליית המחיר. לשם כך נניח אותו מצב דברים כמו בדוגמה השנייה לעיל. כפי שהדוגמה מראה, כל עוד המרווח המוצר לפירמה הוא 20%, הרווח של הפירמה גדול יותר כאשר העלות שלה היא 6 ש"ח ליחידה מאשר כשהיא 2 ש"ח ליחידה. לפיכך אם במצב המוצא העלות ליחידה היא 2 ש"ח ליחידה, כדאי לפירמה לנפח את העלות ל-6 ש"ח ליחידה. ניפוח כזה מעלה את המחיר לצרכן מ-2.40 (2 ש"ח בתוספת 20%) ל-7.20 (6 ש"ח בתוספת 20%), וכפי שראינו לעיל הוא מקטין את עודף הצרכן בלמעלה מפי 6. ניפוח כזה גם כרוך בבזבוז של 4 ש"ח לייצור של כל יחידה ולכן יותר נטל עודף (אובדן של רווחה שממנה לא נהנה אם גורם).

דוגמה חמישית: הניסיון להחיל את העילה עלול למנוע תמריצים לאספקת איכות גבוהה בשווקים עם סיכון מוסרי
נניח שיש מוצר שהיצרן בוחר את איכותו אך הצרכנים אינם יכולים לוודא מהי האיכות לפני שהם רוכשים את המוצר. כפי שהסברנו בגוף המאמר, כדי לתמרץ את היצרן לספק איכות גבוהה, נדרשת "פרמיית איכות". אם היצרן יספק איכות נמוכה, הצרכנים יפסיקו לרכוש ממנו את המוצר וכך הוא לא יוכל לקבל את פרמיית האיכות בעתיד. אם קבלת פרמיית האיכות בעתיד רווחית ליצרן יותר מהגידול ברווח בהווה כתוצאה מאספקת איכות נמוכה, יהיה כדאי ליצרן לספק איכות גבוהה.

נניח כעת שהעלות לאספקת איכות גבוהה היא 10 ש"ח. נניח בנוסף כי בשוק א' נדרשת פרמיית איכות בגובה 3 ש"ח, ואילו בשוק ב' נדרשת פרמיית איכות בגובה 5 ש"ח. במילים אחרות, בשוק א' מחיר המוצר צריך להיות (לפחות) 13

עו כדי ליצרן כדאי יהיה לספק איכות גבוהה, ואילו בשוק ב' המחיר צריך להיות (לפחות) 15 עו כדי שליצרן יהיה כדאי לספק איכות גבוהה. ברור כי כלל משפטי המחייב פירמות לגבות מחיר שאיננו עולה על 20% מהעלות, יביא לכך שהמחיר בשני השווקים לא יוכל לעלות על 12 עו, ובמחיר כזה לא כדאי ליצרן לספק איכות גבוהה. אם הצרכנים יבינו שהמחיר נמוך מדי מכדי לתמרץ את היצרן לספק איכות גבוהה, הם יעדיפו לא לרכוש כלל (כלומר המחיר נראה לצרכנים נמוך בצורה מחשידה: למשל מוצר יוקרתי שנמכר במחיר זול מעורר חשד שמדובר כאן בזיוף). כלל משפטי המתיר מרווח של 30% ולכן מאפשר ליצרן לגבות מחיר של 13 עו, יבטיח אמנם אספקת איכות גבוהה בשוק א', אך לא בשוק ב'. כלל משפטי המתיר מרווח של 50% יאפשר אמנם ליצרן לגבות 15 עו ויבטיח אספקת איכות גבוהה בשני השווקים, אך כלל כזה יאפשר ליצרן להפיק רווח גבוה מעבר לנדרש בשוק א'.

הדוגמה ממחישה שאם מניחים בצורה מציאותית כי יש הטרוגניות בין שווקים שונים, אזי לא קיים כלל משפטי אוניברסלי אשר יבטיח תוצאה מיטיבית. או שהכלל יביא לכך שלא תתאפשר אספקת איכות גבוהה לפחות בחלק מהשווקים, או שהוא יאפשר ליצרן להפיק רווחים גבוהים מדי (יחסית לרווח הנדרש לאספקת תמריצים) לפחות בחלק מהשווקים.

נספח ב': החלטות בעניין העילה באיחוד האירופי ובריטניה

בטבלה הבאה מפורטות כל ההחלטות בעניין העילה שהתקבלו על ידי הנציבות האירופית או בתי הדין של האיחוד האירופי, ועל ידי רשות התחרות הבריטית או בתי משפט בבריטניה.³⁴⁷ בסך הכל התקבלו 24 החלטות באיחוד האירופי ועוד 7 בבריטניה. מבין ההחלטות באיחוד האירופי, 10 עסקו בקניין רוחני (פטנטים, זכויות יוצרים, סימן רשום, וסימן מסחרי), 8 עסקו במונופול יציר מדינה (או בעל זיכיון בלעדי מהמדינה או רשות מקומית), ו-3 עסקו במונופול בתחום התשתיות. ב-18 מתוך 24 ההחלטות נטענה גם עילה נוספת, אשר יכלה ליצור או לחזק את האפשרות לגבות מחירים גבוהים.³⁴⁸ מבין 7 ההחלטות בבריטניה, 3 עסקו בחברות תרופות, ו-2 במונופול בתחום התשתיות. מקרים אלה שונים בתכלית ממרבית התביעות הייצוגיות שהוגשו בישראל בשנים האחרונות, ואשר עוסקים במקרים רבים במוצרים שיש להם תחליפים קרובים מבחינת הצרכנים, כגון פתיתים אפויים, תה ירוק, מרגרינה, סכיני גילוח, מלח מופחת נתרן, מלח גס, וכיוצא בזה (ראו נספח ג').

ההחלטה	מקבל ההחלטה	סוג המונופול, עילה נוספת, שורה תחתונה	המבחן המרכזי וגובה המחיר יחסית לאמת מידה
1. Case 24/67 Parke, Davis and c. v Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm [1968] ECR 55	ביה"ד האירופי לצדק	פטנט רשום על תרופה עילה נוספת: הסכמים בלתי חוקיים שמנעו יבוא מקביל שורה תחתונה: הכרה עקרונית בעילה לראשונה. אין החלה ספציפית על עובדות המקרה	גביית מחיר גבוה יותר עבור מוצר במדינה בה הוא מוגן בפטנט לעומת מדינה אחרת בה אינו מוגן בפטנט אינה מעידה בהכרח על ניצול לרעה, אם כי פער המחירים יילקח בחשבון בהערכה האם המונופול ניצל את כוחו לרעה. גובה המחיר יחסית לאמת מידה: לא מצוין
2. Case 40/70 Sirena v Eda [1971] ECR 69, [1971] CMLR 260	ביה"ד האירופי לצדק	סימן מסחרי רשום עילה נוספת: הסכמים בלתי חוקיים שמנעו יבוא מקביל שורה תחתונה: הכרה עקרונית בעילה. אין החלה ספציפית על עובדות המקרה	רמת המחירים של המוצר אינה מעידה כשלעצמה על ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי. היא עשויה, בהעדר הצדקה אובייקטיבית למחיר, ואם המחיר גבוה במיוחד, לשמש כגורם המעיד על ניצול כאמור. גובה המחיר יחסית לאמת מידה: לא מצוין
3. Deutsch Grammophon v. Metrosb-Grossmarkte GmbH and Co., [1971] C.M.L.R. 631	ביה"ד האירופי לצדק	בעל זכויות יוצרים בהקלטות מוזיקה עילה נוספת: אפליה שורה תחתונה: הכרה עקרונית בעילה. אין החלה ספציפית על עובדות המקרה	אין די בשונות המחירים כדי לעלות לכדי ניצול לרעה. שונות כאמור עשויה להוות גורם רלוונטי כאשר אינה מוצדקת על ידי קריטריון אובייקטיבי והשונות גדולה במיוחד. גובה המחיר יחסית לאמת מידה: לא מצוין

³⁴⁷ החלטות העוסקות באותו מקרה חוברו יחד בטבלה. הטבלה לא כוללת הודעות על פתיחה בחקירה שלא הבשילו לכדי החלטה. בנוסף, במספר החלטות צוינה העילה בלא שהיא הוחלה במקרה הספציפי. כך, למשל, בעניין אחמד סעיד ציין בית הדין האירופי כי קיימת עילה, אך במקרה האמור מדובר היה במחיר נמוך בלתי הוגן. Case 66/86 Ahmed Saeed et al. v Zentrale zur Bekämpfung [1989] ECR 803; בעניין רנו ציין בית הדין האירופי בערכאה הראשונה שיצרן מכוניות המסרב להעניק רישיון לשימוש בזכויות הקניין הרוחני שלו על מנת לייצור חלקי חילוף למכוניותיו עלול לנצל לרעה את כוחו אם הוא גובה מחיר בלתי הוגן עבור חלפיו. Case 53/87 Renault EU:C:1988:472, פסקה 16; OSA v Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s [2014] C-351/12, פסקאות 87-95, העונות על שאלה כללית לגבי תחולת החוק על אגודות לניהול זכויות יוצרים.

³⁴⁸ כפי שמציינת הרשות הבריטית: "in practice many excessive pricing cases are essentially about exclusion rather than exploitation, and moreover the line between the two can sometimes be unclear." OECD, "OECD, exploitation, and more over the line between the two can sometimes be unclear." 6, בעמ' 288.

קביעת מבחן הבסיס המוביל עד היום: האם המחיר מופרז יחסית לערך הכלכלי של המוצר או השירות שבמונופולין. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> 2400% יותר מיבואני הרכב עבור קבלת האישור ביחס לרכבים המשווקים ישירות על ידה	<u>מונופול יציר-מדינה</u> על מתן אישור על ידי יצרן רכב שהרכב עומד בסטנדרטים מסוימים <u>עילה נוספת:</u> סירוב בלתי סביר לספק במטרה למנוע יבוא מקביל <u>שורה תחתונה:</u> החברה לא ניצלה את כוחה לרעה כיון שהורידה את המחיר לפני תחילת ההליכים לפי שמונה מהעלות	ביה"ד האירופי לצדק- ערר על החלטת הנציבות	4. Case 26/75 <i>General Motors v. Commission</i> [1975] ECR 1367, [1976] 1 CMLR 95
האם למחיר אין קשר סביר לערכו הכלכלי של המוצר. כדי לבחון זאת יש להחיל מבחן דו שלבי: 1. מבחן העלות- האם המחיר לצרכן מופרז ביחס לעלות היצור? אם תשובה חיובית- 2. מבחן ההשוואה- האם המחיר בלתי הוגן ביחס לעצמו או ביחס למוצרים מתחרים אחרים? <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> פער המחירים בגרמניה, דנמרק, ובנלוקס היו גבוהים, לעיתים בשיעורים של יותר מ-100%, מהמחיר באירלנד (הפער הגדול ביותר היה בין רוטרדם לאירלנד – 138%).	יצרנית דומיננטית של כננות. מחיר שונה לכננות במדינות שונות באירופה <u>עילה נוספת:</u> אפליה <u>שורה תחתונה:</u> לא הוכח כי המחיר היה מופרז בין היתר משום שהמכירות במחיר נמוך באירלנד היוו רק 1.6% מכלל המכירות והיו מחירי חדירה לשוק	ביה"ד האירופי לצדק - ערר על החלטת הנציבות	5. Case 17/76 <i>United Brands Company V Commission</i>, [1978] ECR 207
האם למחיר אין קשר סביר לערכו הכלכלי של המוצר. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> אגרה גבוהה במיוחד (פי 6) ברכבים בהם ההגה בצד ימין לעומת רכבים בהם ההגה מצד שמאל.	<u>מונופול יציר-מדינה</u> על מתן אישור על ידי יצרן רכב שהרכב עומד בסטנדרטים מסוימים <u>עילה נוספת:</u> סירוב בלתי סביר לספק במטרה למנוע יבוא מקביל <u>שורה תחתונה:</u> מחיר גבוה פי שש, עבור שירות כמעט זהה של אותה חברה (למעט צורך בבדיקה אדמיניסטרטיבית קצרה אחת נוספת) אינו הוגן	ביה"ד האירופי לצדק- ערר על החלטת הנציבות	6. Case 226/84 <i>British Leyland V Commission</i>, [1986] ECR 03263
תמלוגים גבוהים משמעותית (appreciably higher) מאלו שנגבים במדינות אחרות יכולים להיות בלתי הוגנים, אלא אם המונופול יוכל להצדיק את הבדלי המחירים בהתייחס לשוני אובייקטיבי ורלוונטי בין החברות לניהול זכויות יוצרים. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> אין עובדות ספציפיות אך נאמר ששיעור התמלוגים שנגבה בצרפת היה גבוה לעומת מדינות אחרות והתמלוגים בדיסקוטקים היו גבוהים לעומת תחנות רדיו וטלוויזיה.	<u>זכויות יוצרים</u> על הפצת מוזיקה בצרפת <u>עילה נוספת:</u> אפליה, קשירת מוצרים והגבלות על יכולת להתקשר עם איגודי זכויות יוצרים מחו"ל <u>שורה תחתונה:</u> 7A לא ניתן לאמר שרכיב בתמלוגים הנדרש עבור רפרודוקציה מכנית של היצירה, הנגבה גם עבור יצירות שיובאו ממדינות אחרות, הוא בלתי הוגן, רק בגלל שהוא אינו נגבה על אותן יצירות במדינות מהן הוא מיובא. יש לבחון את גובה התמלוגים בכללותם. 7B, 7C: אין החלה ספציפית על עובדות המקרה	ביה"ד האירופי לצדק	7A. Case 402/85 <i>Basset v. SACEM</i>, [1987] ECR 1987-01747, בחינת רכיב אחד של התמלוגים 7B. Case 110/99 <i>Lucazeau v. SACEM</i>, [1989] ECR 2811 בחינת כלל התמלוגים 7C. C-395/87 <i>Ministère Public v Jean-Louis Tournier</i> [1989] ECR 2521 אותן עובדות כמו בקייס הקודם. הנאשם כאן היה מנכ"ל SACEM

תאורטית, ניתן לקבוע אם המחיר מופרז באמצעות השוואה עם המחיר במחוזות אחרים בצרפת שם נקבע מחיר הזיכיון במו"מ עם השלטון המקומי. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: לא צוין</u>	זיכיון בלעדי לשירותי קבורה שניתן על ידי השלטון המקומי במחוזות שונים בצרפת ממשלת צרפת טענה שהמחיר נקבע בהסכמי הזיכיון ולא על ידי הזכיין <u>עילה נוספת: הסדרים להגבלת התחרות</u> <u>שורה תחתונה: לזכיון הייתה השפעה על המחיר שנקבע במו"מ בינו ובין השלטון המקומי ולכן העילה יכולה לחול באופן עקרוני. במקרה זה אין מספיק נתונים</u>	ביה"ד האירופי לצדק	8. Case 30/87 <i>Bodson v. SA Pompes Funebres des Regions Liberees</i>, [1988] ECR 2479
האם מיסי הנמל שנגבו נעדרים קשר סביר לערך הכלכלי של השירות שניתן. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: לא צוין</u>	נמל בבעלות חברת הרכבות הדנית שהייתה בבעלות הממשלה חברת מעבורות שהשתמשה בנמל טענה שמכסים והיטל של 40% על יבוא על ידי הנמל שנקבע מכוח תקנות היה לא חוקי <u>עילה נוספת: אפליה</u> <u>שורה תחתונה: בית הדין השאיר את השאלה האם המחיר בלתי הוגן לבתי המשפט של דנמרק</u>	ביה"ד האירופי לצדק	9. Case C-242/95 <i>GT-Link v. DSB</i> [1997] CMLR 601
מקום בו המידע היה חיוני ליצרני ספרי טלפונים (בין היתר בשל מונופולין יציר-מדינה בשוק שיצר את המידע), הגישה למידע הייתה צריכה להיות לא מפלה ולהתבסס על עלויות חברת הטלפוניה. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: ההפרש עלות/מחיר עמד על 900%</u>	בלעדיות יצירת-מדינה במתן שירותי טלפוניה <u>עילה נוספת: אפליה</u> <u>שורה תחתונה: הסכם פשרה במסגרתו המחיר ירד ב-90%</u>	הנציבות האירופית - ערר על החלטת הנציבות	10. ITT Promedia/Belgacom in Commission, XXVIIITH Report on Competition Policy (1997)
קיימות אינדיקציות למופרזות המחיר לאור הפרש המחירים הגבוה עבור עסקאות דומות בצרפת ובקנדה. אינדיקציה נוספת היא שניתן היה למכור תוכנות מיובאות מקנדה במחיר הרבה יותר נמוך ממחיר התוכנות בצרפת, למרות עלויות היבוא. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: מחיר הרבה יותר נמוך בקנדה לעומת צרפת – אין נתונים בכמה</u>	מיקרוסופט בעלת זכויות יוצרים בתוכנותיה <u>עילה נוספת: הסכמים בלתי חוקיים למניעת יבוא מקביל</u> <u>שורה תחתונה: היה בסיס לבחינה מעמיקה על ידי הנציבות של טענת המחיר הבלתי הוגן. בית הדין לא נכנס לעובי הקורה</u>	בית הדין האירופי ערכאה ראשונה [ערר על החלטת הנציבות לא לפתוח חקירה]	11. Case T-198/98 <i>Micro Leader Business v Commission</i> [1999] ECLI:EU:T:1999:341
המחיר בלתי הוגן אם אין לו כל קשר סביר לערך הכלכלי של המוצר. החלת המבחן הדן-שלבי: נדרש להוכיח מחיר מופרז וכן בלתי הוגן. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: המחיר גבוה יחסית לעלויות - הנתונים המדויקים חסויים</u>	ספק בלעדי של מספרי זיהוי לניירות ערך אמריקניים S&P גבתה דמי רישיון גם ממשתמשים ישירים שרכשו מידע ממנה וגם ממשתמשים עקיפים שרכשו מידע ממשתמשים ישירים	הנציבות האירופית	12. Case COMP/39.592 <i>Standard & Poor's</i> (2011)

	שורה תחתונה: דרישת תשלום ממשתמשים עקיפים היא בלתי הוגנת, משום שלפי תקן עולמי בענף הפיננסים , משתמשים עקיפים פטורים מתשלום דמי רישוי		
המחיר בלתי הוגן כי הוא איננו תלוי בשירות שניתן בפועל (כמות האריזות שנאספה על ידי בעל המונופול) אלא בכמות האריזות שנושאות את סימן הנקודה הירוקה. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> המחיר כולל תשלום עבור שירות שלא ניתן בפועל	בעלת סימן מסחרי של "נקודה ירוקה", הייתה המפעילה בגרמניה של מערכת נרחבת לאיסוף ומיחזור של אריזות שנושאות את הסימן נקודה ירוקה (יצרן שלא משלם עבור הטבעה של נקודה ירוקה על האריזות שלו חייב לאסוף את האריזות בעצמו) עילה נוספת: הדרת מתחרים בדרך של bundling שורה תחתונה: DSD גבתה מחיר בלתי הוגן משום שהיצרנים שילמו לה עבור כל האריזות שנשאו נקודה ירוקה גם אם אלה נאספו בפועל על ידי מתחרים	הנציבות האירופית	13. Case COMP D3/34493 DSD (2001)
האם המחיר הוא בלתי הוגן יחסית לערך הכלכלי <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> הדואר הגרמני גבה מחיר רגיל עבור דברי דואר שנשלחו מחוץ לגרמניה למרות שהעלות הממוצעת לטיפול בהם היא 80% מהעלות של דבר דואר רגיל. המחיר לכן היה 25% מעל אומדן העלות הממוצעת. במדינות נורדיות גובים עבור דברי דואר שנשלחו מחו"ל 70% מהמחיר הרגיל. הרווח הממוצע בדואר הוא 3%.	מונופול יציר-מדינה בהעברת דברי דואר בגרמניה עילה נוספת: אפליה, סירוב בלתי סביר לספק, הגבלת ייצור על ידי מתחרה בדרך שפוגעת בתחרות במקרה דנן חתם המונופול על הודעה לנציבות האירופית, לפיה עלויותיו בהעברת דואר ממדינה אחרת, בצרוף רווח סביר, לא עולות על 80% מגובה עלות העברת מכתב פנימי שורה תחתונה: המחיר של דברי דואר שנשלחו מחוץ לגרמניה היה גבוה ב-25% מהעלות הממוצעת בתוספת רווח סביר (שחושבה בהתבסס על הודעת המונופול), ולכן בלתי הוגן	הנציבות האירופית	14. Case COMP/C-1/36.915 Deutsche Post AG, [2001] OJ L331/40
המתלונן נדרש לספק ראיות שיבססו את התביעה- לרבות עלויות הייצור כדי שניתן יהיה לבחון את ההפרש עלות/מחיר. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> הורדת המחיר מ-11 ל-5.5 ליש"ט פר טון. אין מידע לגבי עלויות הייצור.	מונופסון יציר-מדינה ששלט בכל רזרבות הפחם באנגליה, הוריד את המחיר שהוא שילם עבור טון של פחם לאלו שכרו אותו תחת רשיונות ממנו עילה נוספת: אפליה שורה תחתונה: הנציבות לא טעתה כשדחתה את התביעה	בית הדין האירופי- [ערר על החלטת הערכאה הראשונה לא להתערב בהחלטת הנציבות לא לפתוח חקירה]	15. Joined Cases C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P AND C-180/01 P. International Power plc et al. [2003] ערר לבית הדין האירופאי על החלטת הערכאה הראשונה Case T-89/98 National Association of Licensed Opencast Operators

			(Naloo) v. Commission [2001] ECR II-515
האם למחיר אין קשר סביר לערכו הכלכלי של המוצר. כדי לבחון זאת יש להחיל מבחן דו שלבי: 1. מבחן העלות- האם המחיר לצרכן מופרז ביחס לעלות היצור? אם תשובה חיובית- 2. מבחן ההשוואה- האם המחיר בלתי הוגן ביחס לעצמו או ביחס למוצרים מתחרים אחרים? קביעת הערך הכלכלי של המוצר/ השירות לא יכולה להסתמך רק על חישוב של שולי רווח כאחוזים מעלויות הייצור. קביעת הערך הכלכלי של המוצר/ השירות צריכה לקחת בחשבון גם את אי הוודאות שבחישוב עלויות ייצור; את החשש שהתבססות על חישוב עלויות עבר בקביעת המחיר הסופי לא תאפשר לחברה להשקיע בעתיד במימון השקעות לשימור או החלפת נכסיה הקיימים; את העובדה שחישוב עלויות ייצור בדרך כלל לא לוקח בחשבון את עלות ההון המשוקלל. בנוסף, יש להתחשב בעלויות השקועות של בעל המונופולין, ביתרונות שהנמל יוצר למשתמשים בו (מיקומו המיוחד) המקרינים גם הם על הערך הכלכלי, ובעלות השקעה אלטרנטיבית של בעל המונופולין. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: העמלות בנמל הלסינגבורג היו פי 4 מאלה בנמל אלסינור בדנמרק, וגבוהות ביחס לעלויות,</u>	מונופול טבעי באספקת שירותי נמל בנמל הלסינגבורג בדרום מערב שוודיה הטענה הייתה שהנמל גבה עמלות מופרזות משירות מעבורות <u>שורה תחתונה:</u> לא הוכח שעמלות הנמל היו בלתי הוגנות	הנציבות האירופית	16A. Case COMP/A.36.570/D3 Sundbusserne v Port of Helsingborg, [2004] 16B. Case COMP/A.36.568/D3 Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg, [2006] 4 CMLR 22
האם למחיר אין קשר סביר לערכו הכלכלי של המוצר. יש לבחון את הוגנות המחיר גם למול הערך המוסף שמפיק הצרכן מהמוצר. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> שיעור התמלוגים תלוי בכמות המוזיקה המושמעת ובהכנסות, בעוד הארגון גבה מחיר קבוע ומוסכם מראש מתאגיד השידור הציבורי בשוודיה, ללא תלות בהכנסה או בהיקף השימוש ביצירות.	מונופול על זכויות יוצרים בשוודיה עבור השמעת יצירות מוזיקה בטלוויזיה <u>עילה נוספת:</u> אפליה <u>שורה תחתונה:</u> הפניה לבית המשפט המדינתי לבחינת העובדות	ביה"ד האירופי לצדק	17. Case C-52/07 Kanal 5 Ltd. v. Föreningen STIM upa, [2008] E.C.R. I-9275.
האם למחיר אין קשר סביר לערכו הכלכלי של המוצר. כדי לבחון זאת יש להחיל מבחן דו שלבי: 1. מבחן העלות- האם המחיר לצרכן מופרז ביחס לעלות היצור? אם תשובה חיובית- 2. מבחן ההשוואה- האם המחיר בלתי הוגן ביחס לעצמו או ביחס למוצרים מתחרים אחרים? על המערערים, שטענו למחיר בלתי הוגן, הנטל להוכיח שהמחיר שהנציבות השוותה אליו אינו אמת מידה טובה להשוואה. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> המחירים שנדרשו לא היו בגבול העליון של מחירי שנגבו בשדות תעופה אחרים. אין נתונים ספציפיים.	מונופול מטעם הממשלה בהפעלת שדות תעופה באתונה <u>שורה תחתונה:</u> הנציבות לא טענה כשדחתה את התביעה	ביה"ד האירופי לצדק [ערר על החלטת הנציבות לא לפתוח חקירה]	18. Case C-159/08 P Scippacercola and Terezakis v. Commission [2009]
תמלוגים גבוהים משמעותית (appreciably higher) מאלו שנגבים במדינות אחרות יכולים להיות בלתי הוגנים, אלא אם המונופול יוכל להצדיק את הבדלי המחירים בהתייחס לשוני אובייקטיבי ורלוונטי בין החברות לניהול זכויות יוצרים.	מונופול על זכויות יוצרים בצ'כיה עבור השמעת יצירות מוזיקה <u>עילה נוספת:</u> פגיעה בתחרות בדרך של איסור על יוצרים להתקשר	ביה"ד האירופי לצדק	19. Case C-351/12, OSA v Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s., [2014] ECLI:EU:C:2014:110

איסור על מחיר שמופרז יחסית לערך הכלכלי של השירות שניתן עבורו. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: אין פירוט</u>	ישירות עם עסק המעוניין להשמיע את יצירותיהן <u>שורה תחתונה:</u> הפניה לבית המשפט המדינתי לבחינת העובדות		
אין התייחסות מפורשת לעילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן. אולם ההחלטה מבוססת על ההנחה לפיה "מארב פטנטים" של בעל הפטנט איפשר לו לגבות תמלוגים גבוהים. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: אין פירוט</u>	פטנט על טכנולוגיה שנבחרה כסטנדרט <u>עילה נוספת:</u> "מארב פטנטים": רמבוס הסתירה מגוף לקביעת סטנדרטים בו היתה חברה מידע על פטנט שלה שצפוי היה להיות מאושר. הטכנולוגיה שלה, מבוססת-הפטנט נבחרה כסטנדרט. <u>שורה תחתונה:</u> הנציבות הגיעה עם רמבוס להסכמה כי שיעור התמלוגים המקסימלי יעמוד על כ- 1.5% מערך המוצרים הנמכרים הכוללים את הטכנולוגיה (לפניכן עמד על 3.5%)	הנציבות האירופית	20. Rambus Case COMP/38.636 Commission Decision COMP/38.636 [2009] OJ 2010 C30/17
החלת המבחן דו-שלבי: מופרז וכן בלתי הוגן. אין מחיר מינימום לקביעת הוגנות המחיר, אבל כדי להוכיח שמדובר בניצול לרעה יש להראות הבדל מחירים ניכר (appreciably higher), שמתבטא בפער משמעותי לאורך זמן (ולא פער זמני). הוכח פער כאמור, הנטל להצדיק את הפער עובר לכתפי המונופול. על מנת להצדיק הבדל כזה, ניתן להצביע על רגולציה ספציפית שמכבידה על ניהול יעיל יותר או על תכונות אחרות הנוגעות לשוק הספציפי ויכולות להסביר את פער המחירים. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> התעריפים שנגבו ע"י הארגון היו גבוהים בהשוואה למחירים שנגבו בגין שימוש דומה באסטוניה ובליטא.	ארגון זכויות יוצרים במתן הרשאות להשמעה בציבור של יצירות מוזיקליות בלטיביה <u>שורה תחתונה:</u> הפניה לבית המשפט המדינתי לבחינת העובדות	ביה"ד האירופי לצדק	21. Case C-177/16 Biedrība 'Autortiesību un komunikācijas konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība' v. Konkurences padome, ECLI:EU: C:2017:689 ('AKKA/LAA').
<u>המבחן:</u> המחיר אינו סביר יחסית לערך הכלכלי ; החלת המבחן הדו-שלבי: מופרז וכן בלתי הוגן. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> הפרש מחיר-עלות של 170%; המחיר גבוה ב-20%-40% מהמחיר בשוק הגרמני או ההולנדי; המחירים היו צמודים למחירי הדלק מה שגרם לניפוח המחיר לעומת זה בגרמניה או הולנד.	מונופול יציר-מדינה באספקת גז למדינות מחוץ לרוסיה, אשר יצר מונופול באספקת גז במספר מדינות באיחוד האירופי <u>עילה נוספת:</u> הסכמים בלתי חוקיים לחלוקת שווקים ואפליה <u>שורה תחתונה:</u> חלוקת השווקים איפשרה גביית מחירים גבוהים. בנוסף, השיטה לקביעת המחיר לגז לא היתה מבוססת על ערכו הכלכלי של הגז. על כן, הפירמה גבתה מחירים בלתי הוגנים	הנציבות האירופית	22. CASE AT.39816 Upstream gas supplies in Central and Eastern Europe (GAZPROM) 2018
<u>המבחן:</u> האם המחיר סביר יחסית לערך הכלכלי, תוך התחשבות בטבע ובשימוש בפועל ביצירות, כמו גם בערך הכלכלי שהן יוצרות למשתמש.	ארגון זכויות יוצרים במתן הרשאות להשמעה בציבור של יצירות מוזיקליות בבלגיה.	ביה"ד האירופי לצדק	23. Case C-372/19 SABAM v Weareone World BVBA

החלת המבחן הדו-שלבי: מופרז (האם קיים חוסר פרופורציה מופרז בין העלויות למחיר) וכן חוסר הוגנות (לפי המבחן הכפול- בלתי הוגן בפני עצמו או בהשוואה למוצרים מתחרים). יש לאזן בין האינטרסים של בעלי זכויות היוצרים לבין יכולת הצרכנים להשמיד את היצירות תחת תנאים סבירים. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> יש לבחון את גובה המחיר יחסית למספר היצירות מתוך כלל היצירות שהושמעו בפסטיבל.	שורה תחתונה: קביעת מחירים לשימוש ביצירות מוזיקליות בפסטיבל מוזיקה על בסיס אחוז ממחיר הכרטיסים, ללא התחשבות בעלויות הפסטיבל, אינו בלתי הוגן. על בית המשפט לבחון האם הגובה המוחלט של המחיר הינו בלתי הוגן		
<u>המבחן:</u> המבחן הדו-שלבי של יונייטד ברנדס <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> רווח של 280-300% בממוצע מעל קוסט-פלוס. <u>הסתיים בפשרה:</u> אספן התחייבה לא להעלות מעל מקסימום 20% מעל קוסט-פלוס (כלומר, כיסוי כל עלויותיה בתוספת רווח סביר בתנאים תחרותיים).	בעלת מונופולין כמעט מוחלט <u>בשיווק תרופה</u> לטיפול בסרטן. למרות שהפנטט פקע לפני כ-50 שנה, בשל חסמי כניסה גבוהים, חלקם רגולטוריים <u>שורה תחתונה:</u> מחיר בלתי הוגן	רשות התחרות	24. Case AT.40394 ASPEN (10.2.21)
בריטניה			
הפניה למבחן האירופי של יונייטד ברנדס <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> רווח של 80% מעל העלות; פער של 50-30% בין מחירי החברה למחיר המתחרים; פער של 500% ממחיר התרופה לייצוא; פער של 1400% ממחיר התרופה לבתי חולים	בעלת מונופולין כמעט מוחלט <u>בשיווק תרופה</u> מסוימת לבתי מרקחת קהילתיים. <u>עילה נוספת:</u> אפליה <u>שורה תחתונה:</u> מחיר בלתי הוגן	בית המשפט לערעורים בענייני תחרות	1. Case No. 1001/1/01 Napp Pharmaceutical Holdings Ltd. v. Director General of Fair Trading, (Jan. 2002)
החלת המבחן הדו-שלבי של יונייטד ברנדס	ספק דומיננטי של אתילן <u>שורה תחתונה:</u> לא הוצגו ראיות לכך שהמחיר שנגבה היה מופרז	High Court (Chancery Division)	2. Ineos Vinyls Ltd. V. Huntsman Petrochemicals (UK) Ltd [2006] EWHC 1241
מבחן יונייטד ברנדס לפיו מחיר שעולה על הערך הכלכלי בצורה משמעותית יהיה בלתי הוגן. מבחן הקוסט פלוס הוא מבחן חשוב, אבל לא מספיק, לקביעת הוגנות המחיר כיוון שהוא אינו מהווה אינדיקציה לערכו הכלכלי של המוצר. אך הוא יכול לשמש בסיס, שמתחתיו שום מחיר לא יהיה בלתי הוגן, וכן אינדיקציה למחיר ההוגן מקום בו הניצול לרעה הופך את מחיר השוק לאינדיקציה חלשה. הקביעה בדבר קיומו של מחיר מופרז אינה יכולה להיות מבוססת על עלות בלבד, ועליה לקחת בחשבון גם גורמים כגון הערך של המוצר לקונה המהווה חוליה בשרשרת ייצור ושיווק. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> רווח של 300% מעל עלות יצירת הדאטאבייס	בעלת מונופולין באספקת מידע למהמרים לפני מרוצי סוסים בבריטניה <u>עילה נוספת:</u> אפליה, סירוב בלתי סביר <u>שורה תחתונה:</u> ביטול קביעת הערכאה הקודמת שקבעה שמדובר על מחיר בלתי הוגן בהתבסס רק על מבחן הקוסט-פלוס	בית המשפט לערעורים	3. Attheraces Ltd v British Horseracing Board [2007] EWCA Civ 38
מחיר שעולה על הערך הכלכלי בצורה משמעותית יהיה בלתי הוגן. אימוץ המבחן הדו-שלבי של יונייטד ברנדס: מופרזות וחוסר הוגנות.	בעל <u>מונופול יציר-ממשלה</u> בתשתית להובלה ולטיפול במים <u>עילה נוספת:</u> margin squeeze	טריבוונל לערעורים בענייני תחרות	4. Case Number: 1046/2/4/04 Albion Water Group Limited V. Water Services Regulatory Authority

שאלת קיומו של יחס סביר בין מחיר המוצר לערכו הכלכלי אינה ניתנת למענה על ידי מדד קבוע, אלא זהו עניין של שיקול דעת שיפוטי בהתאם להקשר המשפטי והכלכלי. לא ניתן לקבוע מראש אמת מידה קבועה למופרזות המחיר (למשל פער של מעל X% במחיר), אלא יש לקבוע זאת לפי נסיבות כל מקרה. כאשר מעריכים את הקשר בין המחיר הנגבה לערך הכלכלי של השירות, ובכך את שאלת הגינותו של המחיר, יש לקחת בחשבון את התנאים התחרותיים וכל התנהלות נצלנית אחרת שיכולה לאפשר למונופול להגשים את שאיפותיו לתמחור גבוה. כן יש לקחת בחשבון פקטורים שאינם מבוססי עלות, דוגמת היתרון שהשירות יוצר לצרכן. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: המחיר היה לפחות 46.8% מעל עלות השירות (כולל עלות ההון).</u>	שורה תחתונה: במקרה דנן הערך הכלכלי של השירות היה זהה או קרוב לעלות הובלת המים. על כן נגבה מחיר מופרז.		and DWR Cymru Cyfyngedig [2008] CAT 31
המבחן הבסיסי הוא האם המחיר בלתי הוגן. במונחים רחבים, הכוונה למחיר שלא ניתן לדרוש בתנאים של תחרות נורמלית ומספיק אפקטיבית. מחיר שעולה על הערך הכלכלי בצורה משמעותית יהיה בלתי הוגן. אימוץ המבחן הדו-שלבי של יונייטד ברנדס: מופרזות וחוסר הוגנות. אין מתודולוגיה מחייבת אחת לבחינת מופרזות המחיר. ניתן להתבסס על מבחן העלות בלבד, ואין צורך להראות מהו המחיר שהיה נגבה במצב של תחרות בשוק (שהוא מצב היפותטי). אם המחיר עולה על אמת המידה שנבחרה, על הרשות לבחון האם יש גורמים אובייקטיביים המצדיקים את המחיר הגבוה. את השלב השני של המבחן – הוגנות המחיר – ניתן להוכיח הן בדרך של חוסר הוגנות כשלעצמה או ביחס למוצרים מתחרים. אולם אם הנתבע מביא ראיות המעידות על הוגנות ביחס לאחד משני מבחני-עזר אלו, אין להתעלם מהן. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: העלאת מחירים בשיעור של 2,600%-2,300%.</u>	מכירת <u>תרופה חיונית</u> נגד אפילפסיה <u>שורה תחתונה: החזרת התיק לבית המשפט דלמטה לבחינה ראייתית</u>	בית המשפט האנגלי לערעורים	5. CMA v. Flynn [2020] EWCA Civ. 339
<u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: העלאת מחירים בשיעור של מעל 10,000%.</u>	מכירת <u>תרופה חיונית</u> שהפנט עליה פג <u>עילה נוספת: שילמה למתחרים על מנת למנוע תחרות</u> <u>שורה תחתונה: מחיר גבוה בלתי הוגן. הוטלו קנסות</u>	רשות התחרות	6. Accord UK (July 15, 2021)
התבססות על מבחן יונייטד ברנדס לפיו מחיר שעולה על הערך הכלכלי בצורה משמעותית יהיה בלתי הוגן.	בעל <u>מונופול יציר-ממשלה</u> בשירותי טלפוניה ניידים, הכפוף	טריבונל לערעורים בענייני תחרות	7. Justin le Patourel vs. BT Group and British Telecommunications

אימוץ המבחן הדו-שלבי של יונייטד ברנדס: מופרזות ובנוסף חוסר הוגנות. את השלב השני של המבחן – הוגנות המחיר – ניתן להוכיח הן בדרך של חוסר הוגנות כשלעצמה או ביחס למוצרים מתחרים. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> התובע מתבסס על השוואה למחיר שרשות התקשורת קבעה שהוא מחיר תחרותי.	לרגולטור ספציפי (רשות התקשורת) לפי חוק התקשורת הבריטי <u>עילה נוספת:</u> בית המשפט מדגיש כי זהו מקרה <u>חריג</u> בו אין עילות נוספות <u>שורה תחתונה:</u> אישור תובענה ייצוגית על בסיס העילה, המבוססת על ההפרש בין המחיר שנגבה למחיר שנקבע בהסכמה עם הרגולטור הספציפי לתחום אחרי שהרגולטור מצא שהמחיר שנגבה היה גבוה מדי, בתקופה עד שמחיר זה הוחל בפועל		(CAT 30, Sept. 27, 2021). Case 1381/7/7/21
---	---	--	---

נספח ג: בקשות לאישור תביעות ייצוגיות על בסיס העילה בישראל נכון לנובמבר 2020

מס'	פרטי ההליך	מוצר או שירות
1	ת"א 2588/98 הווארד רייס נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ	עמלת בית עסק
2	בש"א (מחוזי ת"א) 36128/99 אברהמי נ' מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ	תעריפי שירות טלוויזיה בכבלים
3	ת"א 2298/01 קו מחשבה נ' בזק בינלאומי בע"מ ומדינת ישראל	תעריפי שיחות בינלאומיות
4	ת"א (מחוזי ת"א) 1493/02 רוזנבוים נ' פז שירותי תעופה בע"מ	בגיון תעופתי
5	בש"א (ת"א) 21953/02 מגורים יזום ובניה בע"מ נ' פלאפון תקשורת בע"מ	חיוב עבור שיחות נכנסות למכשירי טלפון סלולאריים
6	ת"צ 5722-08-07 הזנפלד נ' בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ	ציוד ושירותים
7	ת"צ 46010-07-11 נאור נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ ואח'	גבינת קוטג'
8	ת"צ (ת"א) 18453-10-11 לאורה לבנשטיין נ' חברת דואר ישראל בע"מ ³⁴⁹	עמלת שירות בגין ביצוע בדיקת משכון על רכב
9	ת"צ (ת"א) 7198-09-12 א.ידע פיננסים בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ	עמלות קנייה/מכירה של ניירות ערך
10	ת"צ 57534-02-14 ירון זליכה נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ	גבינה לבנה 5%, שמנת מתוקה 38% ושמנת מתוקה 32%
11	ת"צ (מרכז) 35507-06-14 משה נזרי נ' נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד ואח'	גז טבעי
12	ת"צ 41838-09-14 ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח	אשלג
13	ת"צ (ת"א) 64453-09-14 שלום אלמוג נ' מ.מ.ס מולטי מרקטינג סרביס בע"מ ואח'	סכיני גילט
14	ת"צ (חי') 12230-10-14 אדי גרבר נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ	חלב עמיד בקרטון 1% ו-3% שומן
15	ת"צ (ת"א) 18298-11-14 אמיר יוסף ברוט נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ	גבינה צהובה עמק באריות נוחות
16	ת"צ (חי') 37524-12-14 ציון אברג'יל נ' מגה קמעונאות בע"מ	מלח מופחת נתרן ומלח גס
17	ת"צ (מרכז) 32392-04-15 יעקב גרינוולד נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ	שמנת חמוצה, חמאה, גבינות קשות ושמנת מתוקה (מלבד שמנת 38%) מתוצרת תנובה וכן מעדני חלב מתוצרת שטראוס
18	ת"צ (ת"א) 25357-07-15 עופר מנירב נ' איתוראן איתור ושלטה בע"מ	שירותי איתור לרכב
19	ת"צ (ת"א) 35356-08-15 עופר מנירב נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ	תשתית בזק להתקשרות למערכת שע"מ שמפעילה רשות המיסים
20	ת"צ (מרכז) 6298-09-15 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ	מלט ומוצרי מלט
21	ת"צ (מרכז) 9024-09-15 דוד קמר נ' בית ארז חוות מילטין בע"מ	מזון לבעלי חיים
22	ת"צ 34381-03-16 טסלר נ' פיליפ מוריס	סיגריות מסוג "מרלבורו", "פרלמנט", "נקסט", L&M
23	ת"צ 20925-05-16 לביא נ' ויסוצקי	תה הירוק

³⁴⁹ עיכוב ביצוע פסק הדין והסדר ביחס לדרכי שמיעת ניתנו במסגרת ע"א 2090/19 חברת דואר ישראל בע"מ נ' ליאורה לבנשטיין.

24	ת"צ (מרכז) 36050-05-16 אלון צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ	מעדן מילקי
25	ת"צ (מרכז) 36098-05-16 אלון צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ	אבקת קקאו
26	ת"צ (מרכז) 16044-07-16 אלון צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ	קפה נמס אבקתי
27	ת"צ 10282-06-16 בנתאי נ' יוניליוור	מרגרינה בלו-בנד
28	ת"צ (מרכז) 6179-08-16 רונן גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ	קוקה קולה רגיל (לא דיאט) בבקבוק 1.5 ליטר
29	ת"צ 31568-10-16 סורוקר נ' אסם השקעות בע"מ	פתיתים אפויים
30	ת"צ (מרכז) 17402-10-16 אפי בסט נ' קורל - תל בע"מ	דמי פרסום
31	ת"צ (מרכז) 41565-11-16 נועם נח קליביצקי נ' המועצה להסדר הימורים בספורט	הימורי ספורט
32	ת"צ (מרכז) 63420-05-17 שלום אלמוג נ' THE PROCTER 7& GAMBLE COMPANY	סכיני גילוח
33	ת"צ (י-ם) 60403-07-17 בן ציון ציטרין נ' רכבת ישראל בע"מ	מוצרי שתייה ומזון הנמכרים באמצעות מכונות אוטומטיות ברכבת ישראל
34	ת"צ (מרכז) 10434-07-17 יעקב ברג נ' רשות שדות התעופה	שירות גשרים לנוסע (שרוולים)
35	ת"צ (מרכז) 24401-09-17 אורטל אושרת מלכה חנינא נ' מטרנה תעשיות, שותפות מוגבלת	תרכובת מזון לתינוקות מסוג "מטרנה"
36	ת"צ (מרכז) 4732-11-17 יוסף חיו נ' חברה קדישא (גשח"א) תל אביב יפו והמחוז; ת"צ (מרכז) 55678-10-17 גליה גיזלה קמיל נ' חברה קדישא (גשח"א) פתח תקווה	חלקות קבר חריגות
37	ת"צ 67156-11-17 יונה קלפהולץ נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ	קוקה-קולה זירו וקוקה-קולה דיאט 1.5 ליטר בשוק החם
38	ת"צ 23883-12-17 פנטון נ' בנק אוצר החיילים בע"מ	הלוואות הניתנות לעסקים קטנים ובינוניים במסגרת קרנות שהקימה המדינה
39	ת"צ (מרכז) 2146-02-18 אינטליטק אינג'נרינג מקניקל אנד אוויאשיון בע"מ נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ	טיסות בקו ת"א - מומבאי
40	ת"צ (מרכז) 16723-02-18 שלומי אידה נ' הוט - מערכות תקשורת בע"מ	שידורי ערוץ ספורט HD 5
41	ת"צ (מרכז) 65717-02-18 עודד לבל נ' רשות שדות התעופה	מוצרי אלוהול, טבק, בשמים קוסמטיקה, ממתקים ופארם (LTPCCD); תכשיטים ושעונים; המרת מט"ח
42	ת"צ (מרכז) 11340-05-18 אבי אברהם ברק נ' סנפרוסט בע"מ	ירקות הקפואים (למעט צ'יפס)
43	ת"צ 12410-05-18 דוד וייס נ' פרטנר תקשורת וסלקום	שיחות לחו"ל
44	ת"צ (מרכז) 2336-07-18 ראובן מילמן נ' רותם אמפרט נגב בע"מ	דשן זרחני מוצק
45	ת"צ (מרכז) 47464-07-18 לאון לחמן נ' ארקיע קווי תעופה ישראלים בע"מ	טיסות בקו ת"א-אילת
46	ת"צ (י-ם) 40105-07-18 מלי פרידמן נ' ניו לינאו סינמה (2006) בע"מ ואח'	פופקורן טרי (בקולנוע)
47	ת"צ (מרכז) 19516-10-18 אורי הופמן נ' מלח הארץ אילת בע"מ ³⁵⁰	מוצרי מלח
48	ת"צ (מרכז) 14901-01-19 אורטל נורי נ' תנובה - מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ	שמנת חמוצה 9% ו-27%
49	ת"צ (מרכז) 54291-04-19 אורטל נורי נ' תנובה - מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ	שמנת מתוקה 15%, שמנת מתוקה 10%

³⁵⁰ ערעור על ההחלטה למחוק את בקשת האישור והתביעה על הסף: ע"א 4309/19 אורי הופמן נ' מלח הארץ אילת בע"מ.

משחת שיניים קולגייט	ת"צ 43569-04-19 אברהם ברק נ' ש. שטוביץ בע"מ	50
מרגרינה "מזולה"	ת"צ (מרכז) 54429-05-19 אברהם ברק נ' יוניליוור ישראל מזון בע"מ	51
קוקה קולה 1.5 ליטר בשוק החם (בגין התקופה שבין חודש מאי 2016 ועד למתן פסק דין בתובענה)	ת"צ (מרכז) 16958-06-19 ישראל רבין נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ	52
מילוי מכלים בגז	ת"צ (מרכז) 39989-07-19 יוסף גיא נ' סודהסטרים ישראל בע"מ	53
קפסולות קפה	ת"צ (מרכז) 31840-07-19 עובדיה דבי נ' נספרסו ישראל בע"מ	54
קוקה-קולה זירו וקוקה-קולה דיאט במארזי פחיות של 0.33 ליטר	ת"צ (מרכז) 28030-03-20 אתי לוי חדד נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ	55
תשלום בגין פעולת העברת בעלות של מכשיר איתוראן	ת"צ (מרכז) 33612-03-20 נדר אל טורי נ' איתוראן איתור ושליטה בע"מ	56
שמנת חמוצה 15% שומן במארז של 100 מ"ל	ת"צ (מרכז) 22162-08-20 יגאל דה יונג נ' תעשיות מזון תנובה - אגודה שיתופית חקלאית בישראל בע"מ	57
גז טבעי	ת"צ (מרכז) 32208-10-20 דרור אבישי נ' נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד	58
שירות גביית וחלוקת תמלוגים לאמנים	ת"צ (ת"א) 7818-11-20 שי גבסו נ' אשכולות החברה לזכויות מבצעים של אמני ישראל בע"מ	59