

### מעקב פסיקה

ת"צ 46010-07-11 אופיר נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו: 22.06.2020): ערכאה: בית המשפט המחוזי מרכז, מפי השופטת אסתר שטמר:

בית המשפט המחוזי, מפי השופטת אסתר שטמר, קיבל תובענה ייצוגית שהוגשה נגד תנובה, ושאושרה כתובענה ייצוגית ב- 5.4.2016. נושא התובענה הייצוגית הוא המחיר המופרז שגבתה עבור מכירת קוטגי גביעי 250 גר' 9%-5% בתקופה שבין התאריכים 1.1.2009 עד 30.06.2011. המדובר בתובענה ייצוגית, בה נטען כי מחודש מרץ 2008 ועד יולי 2011 קבעה הנתבעת מחיר גבוה ובלתי הוגן לגבינת הקוטגי, תוך ניצול מעמדה כמונופולין בשוק מוצרי החלב ובפרט בשוק גבינת הקוטגי, דבר שהווה פגיעה בציבור ועוולה בנזיקין לפי סעיף 29א(ב)(1) וסעיף 50(א) לחוק התחרות הכלכלית (להלן: "חוק התחרות").<sup>1</sup>

אין מחלוקת בין הצדדים בדבר היות הנתבעת מונופולין בשוק מוצרי החלב ובדבר מחירו לצרכן של גביע הקוטגי בשנים הרלוונטיות לתביעה. עיקר המחלוקת היא בשתי שאלות עיקריות – הראשונה, היא פרשנותו הנכונה של ס' 29א לחוק התחרות, כאשר לטענת הנתבעת הדין אינו מכיר בעילה של ניצול מעמד של מונופולין ע"י קביעת מחיר גבוה בלתי הוגן. והשנייה, שאלת המבחנים שיש לקחת בחשבון בקביעת מחיר בלתי הוגן, כאשר לטענת הנתבעת המחיר שנקבע היה הוגן בתנאי השוק, בעיקר בשים לב לכך שמדובר במוצר שיצא מפיקוח, שבגללו נמכר בעבר בהפסד ניכר.

הן בשלב בקשת האישור והן בשלב הדיון בתובענה לגופה, קבע בית המשפט כי עילת ניצול לרעה של מעמד מונופולין באופן שעלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, כוללת גם מחיר גבוה בלתי הוגן. עיקר הדיון הוא בשאלה השנייה והיא המבחנים לקביעת מחיר בלתי הוגן. לטענת התובע ובהסתמך על עמדת פרופ' גילה בעניין,<sup>2</sup> קיים שלב אחד לניתוח מחיר בלתי הוגן והוא מבחן ההשוואה בין המחיר שנגבה למחיר שהיה רווח בתנאי תחרות. מנגד, טענה הנתבעת, בהסתמך על המבחן שנקבע בבתי הדין באירופה, כי יש לבחון את השאלה האמורה לפי מבחן דו שלבי, שלפיו ראשית ייבחן הפער בין מחיר המוצר לעלות ייצורו ולאחריו מבחן ההשוואה. בית המשפט לא דן לעומק בפרטי שאלה זו, ובחר לנקוט במבחן המחמיר יותר שהציגה הנתבעת. כדי לבחון קיומה של העילה לפי המבחן דנן, בית המשפט בחן שלושה פרמטרים שונים: עלויות היצור, מבחן ההשוואה ומבחן ניתוח הרווחיות.

בהתאם, בית המשפט בחן את עלויות היצור, לפי שיטת חישוב הפער בין מחיר המוצר לעלות ייצורו על פי עלויותיו הרלוונטיות של בעל המונופולין הנבחן, והאם פער זה מעיד על מחיר שאינו הוגן. ביהמ"ש סבר כי אין היום בהנחיות הממונה, בפסיקה ואף בפסיקה ברחבי העולם שום אמת מידה חדה בדבר שיעור הרווח התפעולי שילמד כי המחיר מופרז. כמו כן, ביהמ"ש הדגיש כי אינו יכול לקבל את קו הגבול של הגנת נמל מבטחים שהציע התובע, על פי גילוי דעת 1/14 של הממונה על ההגבלים העסקיים דאז, פרופ' דיויד גילה, לפיו כאשר ישנו שיעור רווח תפעולי שנופל מ-20%, לא נוקטת רשות התחרות פעולת אכיפה בדבר גביית מחיר בלתי הוגן, כקו הגבול הנורמטיבי לקביעת מידת ההוגנות של מחיר הקוטגי. על אף זאת, ביהמ"ש סבר כי שיעור הגידול ברווח התפעולי של הנתבעת מייצור הקוטגי בשנים שלאחר 2008 הוא גבוה באופן חריג, כך בהשוואה בין שנת 2008 ל-2010 גדל שיעור הרווח התפעולי של מוצרי התביעה פי 2 בערך.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> חוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988

<sup>2</sup> דיויד גילה, "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" משפטים מה 761, בע' 779-780 (2016)

<sup>3</sup> פסקה 56 לפסק הדין.

ביחס למבחן ההשוואה, ביהמ"ש קבע כי מחירו של הקוטג' מופרז, וזאת לאור ההשוואה שעשה בכמה היבטים: ההשוואה בין הרווח מן הקוטג' לנתבעת בהשוואה לחברות זרות, מחיר הקוטג' בתקופת לפני ואחרי המחאה החברתית ורווחי הנתבעת מן הקוטג' בהשוואה לתשלובת החלב כולה.

בקשר למבחן השלישי, מבחן ניתוח הרווחיות, מטרתו היא לבדוק את הרווחיות של בעל המונופולין ממכירת המוצר, ביחס לרווחיות המקובלת בענף הרלוונטי. ביהמ"ש התקשה להכריע במבחן הזה וזאת מאחר שאין מידע עכשווי ואין חישוב כלשהו בחוות הדעת מטעם הנתבעת, אולם מצוין כי בהעדר התייחסות מצידה של הנתבעת, הדבר אינו יכול להיזקף אלא לחובתה.

לאחר שבית המשפט מצא כי המחיר שגבתה המשיבה עבור הקוטג' היה גבוה באופן מופרז ובלתי הוגן, הוא עבר לכימות הנזק. בשלב כימות הנזק ביהמ"ש נדרש לענות על שאלה זו בקפידה ולבחון אותה לעומק ולא באופן לכאורי כפי שנעשה בבקשת האישור. במילים אחרות, גם אם נקבע שמחיר בלתי הוגן במידת המופרזות שלו, עדיין יש לקבוע מהו המחיר שאינו מופרז ולחשב את ההפרש בניהם. לכן, ביהמ"ש נדרש לקבוע לראשונה בפסיקה הישראלית, את הרף הנורמטיבי בין מחיר או רווח שהוא הוגן לבין כזה שאינו הוגן ומידת ההפרזה בו, במטרה לכמת הנזק שנגרם לחברי הקבוצה. ביהמ"ש ציין כי הכרעה זו קשה במיוחד משום העדר נתונים מלאים ומשהנתונים שנמסרו משתרעים על פני מרווח גדול.

התובע הציג בפני ביהמ"ש כמה שיטות חישוב, אולם בסוף ביהמ"ש קבע כי בהתחשב בכך שמדובר בהצבת קו גבול לראשונה בישראל, ועל מנת לא לחטוא בקביעת מחיר בדיעבד, שעלול להביא לתוצאה משקית בלתי רצויה, **יש לקבוע את קו הגבול לפי שיעור הרווח הגבוה ביותר למחיר הקוטג' שנגבה על ידי כלל החברות הזרות שמכרו את המוצר והוא שהיה בשנת 2010 בשיעור של 18%.**

למרות שהשאלה לעיל, לא הוכרעה לפני כן בבתי המשפט בישראל, היא העסיקה רבות מלומדים בדיני תחרות ודיונים רבים התנהלו סביבה בישראל. תחילה, אין מחלוקת הן מצד הנוקטים בגישה שמכירה במחיר גבוה בלתי הוגן כניצול לרעה והן מצד הנוקטים בגישה שמכירה רק במחיר טורפני נמוך כניצול לרעה, כי יש קושי ביישום התיאוריה של המחיר הגבוה לקביעת הגבול הנורמטיבי במציאות.<sup>4</sup>

אולם, לדעת אלה שנוקטים בגישה הראשונה, אומנם יש קושי מסוים בקביעה זו אך הדבר אינו שולל את ההכרה במחיר גבוה כמחיר מופרז מהסיבה כי אין לאפשר למונופול המחזיק בכוח שוק משמעותי להשתמש בו באופן נצלני ולגבות מחיר הגבוה באופן משמעותי מן המחיר שהיה נקבע למוצר בשוק תחרותי.<sup>5</sup> מנגד, המתנגדים לקביעה זאת סבורים כי הדבר גורם לחוסר וודאות פרקטית לגבי השאלה מהו המחיר הבלתי הוגן. כך במאמרן של מיכל (שיצר) גל והילה נבו,<sup>6</sup> הן מציינות כי הסיבה העיקרית להגבלת האיסור היא אי היכולת לשרטט בבירור בכל מקרה ומקרה את הקו המבחין בין מחיר הוגן ובלתי הוגן, גם לאחר שנים רבות של הכרה עקרונית באיסור. בנוסף גל ונבו מציינות פסיקות של בית הדין האירופי במטרה להראות את הקושי הרב לנסח מבחן לבדיקה האם המחיר הוא בלתי הוגן.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> "מסמך רקע לעיון מחדש בגילוי דעת 1/14 – האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין", טיוטה מטעם **רשות התחרות**, פסקאות 6-8 (18.4.2016).

<sup>5</sup> גילה, לעיל הי"ש 2, עמ' 790-789.

<sup>6</sup> מיכל (שיצר) גל והילה נבו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" **משפטים** מה 277, 314-315 (2015).

<sup>7</sup> שם, עמ' 319-320.

ביהמ"ש בתביעה דנן, ער לכל טענות הנגד בעניין ומדגיש לא פעם כי מדובר בקביעה קשה שצריכה להיות מדויקת ככל שניתן וכי אין נתונים ממשיים או בהירים לגביה. ביהמ"ש פותר בעיה זו בדרך של איזונים. כך, מחד, הוא קובע כי אינו יכול להיבטל מן המלאכה ועליו למלא אחר מצוות המחוקק לבחון את העילה ולפסוק בה וכי מדובר בסופו של דבר בעילה לפי החוק שצריך לכמת אותה ולתת עליה את הדעת. מאידך, ביהמ"ש נזהר בעניין מאוד וקובע כי מאחר ומדובר בהצבת גבול לראשונה בישראל הוא לא יקבע רף נמוך או גמיש אלא להפך, הוא יצמיד קביעתו למבחן מחמיר ביותר שהוא הגבול העליון בנתונים שהוצבו לפניו.<sup>8</sup>

על פניו, התוצאה אליה מגיע ביהמ"ש מתיישבת עם עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בדבר חוק התחרות, לרבות בשאלת פרשנותו הנכונה של סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות.<sup>9</sup> למרות שבחוות הדעת של היועמ"ש הוא הכיר במחיר גבוה בלתי הוגן כניצול לרעה, הוא הדגיש כי לנוכח תכליתו של חוק התחרות, ובעקבות הקשיים הרבים שמעוררת העילה והעלויות החברתיות הכרוכות בה, כמו גם הסיכויים הגבוהים לטעות, דבר שיביא לתוצאה בלתי רצויה במשק, יש לפרש עילת מחיר מופרז כניצול לרעה באופן מצומצם, לנקוט במשנה זהירות ביחס לאכיפתה, ולעשות בה שימוש אך ורק באותם מקרים מובהקים וברורים בהם התועלת עולה על העלויות והנזקים הכרוכים בה. כלומר, היועמ"ש מכיר בעילה, אבל בכפוף לתנאים מחמירים במיוחד.

חוות הדעת החמירה לא רק בשאלת ההכרה במחיר בלתי הוגן כניצול לרעה אלא גם בשאלת הנזק וקביעת הגבול הנורמטיבי בין מחיר או רווח שהוא הוגן לבין כזה שאינו הוגן. כך מציין היועמ"ש בהערת אגב, כי כאשר עסקינן באכיפה פרטית, מתעורר צורך להוכיח באופן "מדויק" ככל הניתן מהו המחיר התחרותי, על-מנת לאמוד את הנזק. ואולם, קביעה מדויקת שכזו היא מסובכת מאוד, ועלולה להוביל לתוצאות שרירותיות ומוטעות. לפיכך, לעמדת היועמ"ש, כאשר בית המשפט נדרש לקביעת המחיר התחרותי – או טווח צר שלו – כמדד ייחוס למחיר המוצר בעת בחינת העילה, ראוי לנקוט בגישה של הערכת יתר לגביו, על-מנת להבטיח ככל הניתן הימנעות מאכיפת יתר של העילה, על השלכותיה המשמעותיות.<sup>10</sup>

מנגד, בנייר עמדה שכתבו גילה וקלמנט לאחרונה בעניין,<sup>11</sup> ביקרו בחריפות את פרשנותו של היועץ המשפטי לממשלה על חוק התחרות ומטרותיו. לגישתם, אימוץ גישת היועץ המשפטי בפסיקה הישראלית יביא למצב כי אכיפת עילת המחיר המופרז תהיה אך ורק במקרים נדירים מאוד ותהפוך לאות מתה, וזאת בניגוד לכוונת המחוקק.

בנוסף, ובמטרה להתמודד עם הקושי בקביעת קו הגבול שהתקשה בית המשפט לתת עליו את הדעת, קלמנט וגילה מציעים פתרון בסוגיה דרך רובד כלכלי ומשפטי. כך בהתדיינות במקרה של מחיר מופרז של מונופול: יש לבחון רובד כלכלי, שלפיו בודקים את המחיר התחרותי, ובאמצעותו מסיקים עד כמה ההתנהגות העלתה את המחיר מעל המחיר התחרותי. לצד רובד הניתוח הכלכלי קיים רובד הניתוח המשפטי, המעריך אם פער זה הוא מספיק משמעותי על מנת להפר את האיסור הקבוע.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> פסקה 93 לפסק הדין.

<sup>9</sup> עמדת היועץ המשפטי לממשלה בדבר חוק התחרות, שהתבקשה בערעור בעניין רע"א 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' רונן גפניאל (חוות הדעת ניתנה בתאריך 8.6.20) ע' 10-11.

<sup>10</sup> שם, ע' 16-18.

<sup>11</sup> דיויד גילה ואלון קלמנט "תובענות ייצוגיות בעילת מחיר מופרז: תגובה לעמדת היועץ המשפטי לממשלה ברע"א 19/1248 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים נ' גפניאל" הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב, (2020).

<sup>12</sup> שם, ע' 12-29.

לסיכום, שאלת הקו הנורמטיבי לקביעת מחיר מופרז היא שאלה שנויה במחלוקת בין המלומדים בישראל ועדיין לא פותחה בצורה מספיקה בהשוואה למדינות אחרות בעולם. אולם, לדעתי החלטת בית המשפט המחוזי בעניין תנובה מהווה פריצת דרך בהכנסת דוקטרינה זו לשיטת המשפט הישראלי, שיכולה להתפתח עוד בעתיד. כך, למרות שביהמ"ש בתוצאה קובע רף מחמיר המתיישב עם עמדתו של היועץ המשפטי, בית המשפט מציין בהחלטתו כי קביעה זו אינה מוחלטת ונעשתה אך ורק בגלל שבנסיבות העניין מדובר בהצבת גבול לראשונה בארץ. לכן בבחינת השיקולים והנימוקים אשר נדונו בפסק הדין, יש מקום לראות בה כאימוץ התחלתי להכרה במחיר מופרז כמחיר בלתי הוגן בשיטת המשפט הישראלי, וכהמשכיות לדרך שהתחילו ללכת בה בתי המשפט בפסקי דין שונים שניתנו לאחרונה כגון עניין גפניאל<sup>13</sup> ועניין אלון צדוק<sup>14</sup>. בסוף, חשוב לציין כי הוגש ערעור על פסק הדין לבית המשפט העליון וניתנה החלטה לעכב ביצוע הפסק הדין,<sup>15</sup> כך עוד מוקדם לראות בפסק הדין כסגירת מעגל למחאת הקוטג' או כעוד שינוי פסיקתי בדיני התחרות.

<sup>13</sup> ת"צ (מחוזי מרכז) 6179-08-16 רונן גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (פורסם בנבו 16.1.2019).

<sup>14</sup> ת"צ (מחוזי מרכז) 36098-05-16 אלון צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ (פורסם בנבו 16.1.2019).

<sup>15</sup> ע"א 5036/20 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' אופיר נאור (פורסם בנבו, 09.08.2020) (החלטה בעיכוב ביצוע פסק הדין). ביהמ"ש העליון הורה על עיכוב ביצוע תשלום ע"ס למעלה מ-20 מיליון ₪ שתנובה חויבה בו במסגרת תובענה ייצוגית בגין גביית מחיר מופרז עבור מוצרי קוטג' מתוצרתה, וכן עוכבו תשלומי שכר טרחה וגמול השלב השני לתובע המייצג ובא כוחו. עיכוב הביצוע הותנה בהפקדה של 8 מיליון ₪ בקופת ביהמ"ש להבטחת התשלום לחברי הקבוצה.