

מעקב פסיקה

ת"צ (מחוזי מרכז) 35507-06-14 מיכל ניזרי נ' נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד (פורסם בנבו 8.6.2021)

בית המשפט המחוזי מרכז, מפי השופטת אסתר שטמר, דחה בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד חברות השותפות בהפקת גז טבעי ממאגר "תמר" (להלן: "השותפות"), שעניינה במחיר שמשלמים צרכני החשמל לחברת החשמל לישראל (להלן: "חח"י"), אשר נובע ברובו מהמחיר שמשלמת חח"י לשותפות עבור הגז. בבקשה נטען כי השותפות הוכרזה כמונופול והמחיר שהיא גובה עבור הגז הינו מחיר מופרז ובלתי הוגן.¹ השותפות השיבה בשתי טענות חלופיות: ראשית, עילת המחיר המופרז לא הוכרה בישראל ובכל מקרה, המחיר שנקבע אינו מופרז. שנית, מתווה הגז הוסדר במפורט על ידי גורמים ממשלתיים רבים ועמד בביקורת בג"ץ, ולכן מתקיימת ההגנה מכוח סעיף 6 לפקודת הנזיקין² וכן הנושא אינו מתאים לדיון בהליך ייצוגי.³

בית המשפט קבע כי אין מחלוקת על הגדרת השותפות כמונופול, זאת הן בשל הכרזת הממונה על התחרות (להלן: "הממונה") עליה כמונופול והן בשל עמידתה בשני התנאים שנקבעו לכך בחוק.⁴ עוד נקבע כי די בכך שלחח"י לא הייתה ברירה אלא לרכוש את הגז מהשותפות, בכדי לדחות את הטענה לפיה אין לבחון את עניינה בראייה המקובלת של בעל מונופול מול צרכניו כיוון שחח"י היא רוכשת הגז העיקרית בישראל ומשכך, יש לה כוח מיקוח משמעותי מול השותפות. בנוסף, השופטת שטמר קבעה כי האיסור על קביעת רמת מחירים בלתי הוגנת חלה גם על מחיר מופרז ולא רק על מחיר טורפני.⁵ לאחר קביעות אלו, בחן בית המשפט את המבחנים לזיהוי מחיר כבלתי הוגן: ביחס למבחן הרווחיות, חוות הדעת הכלכליות שהגישו הצדדים נדחו, מצד המבקשת בשל טעות בהצבת הנתונים בנוסחה שהציע המומחה מטעמה, ומצד המשיבה בשל קושי ביישום רנטת הנדירות, לפיה מחיר המוצר עולה כשמדובר במשאב מתכלה.⁶ מבחן ההשוואה נדחה גם הוא בשל העדר שוק תחרותי רלוונטי להשוואת מחיר הגז בהסכם למחירו בשוק תחרותי.⁷

ביחס לטענת האסדרה הממשלתית, נקבע כי הבג"ץ בעניין מתווה הגז והפטור שניתן לשותפות מכוח סעיף 52 לחוק לא נגע לשאלת המחיר ההוגן וכי פיקוח על המחירים אינו מייתר את הצורך בבדיקת הוגנות המחיר.⁸ כן נבחנו עמדות המאסדרים – רשות החשמל בחנה את שאלת המחיר ההוגן רק כחלק ממספר שיקולים שונים וללא בחינת מבחני ההוגנות המקובלים. לגבי הממונה על התחרות (להלן: "הממונה") נקבע שאין בסמכותו לפטור את הצדדים מקביעת מחיר הוגן, וכן אישור הממשלה לא התייחס להוגנות המחיר. לגבי פסיקת בג"ץ נקבע שלא הייתה התייחסות להסכם נשוא בקשת האישור וכי פסק הדין אינו מקים מעשה בית דין. בהתאם לכך, אין בטענת האסדרה הממשלתית כדי להצדיק הגנה מכוח סעיף 6 לפקנ"ז. בנוסף, נקבע כי הגורמים המאסדרים לא אישרו את מחיר הגז ולכן בקשת האישור לא מהווה תקיפה עקיפה של מעשה המנהל. עוד נקבע כי מחיר הגז משפיע ישירות על מחירי החשמל לצרכן ולכן אף שביחס לשותפות צרכן החשמל הינו צרכן עקיף, אין לשלול את זכות התביעה.⁹ לבסוף, נקבע¹⁰ כי אף שעמדות המאסדרים לא

¹ סעיף 29א(ב)(1) חוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988 (להלן: "החוק" או "חוק התחרות").
² סעיף 6 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "הפקנ"ז") מגן על גורם שסבר בתוו"ל כי קיימת הרשאה חוקית לכך.
³ ת"צ (מחוזי מרכז) 35507-06-14 מיכל ניזרי נ' נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד פס' 1-2 לפסק דינה של השופטת שטמר (פורסם בנבו 8.6.2021) (להלן: "עניין ניזרי").
⁴ סעיף 26(א) לחוק התחרות.
⁵ עניין ניזרי, לעיל ה"ש 3, בפס' 18-20.
⁶ שם, בפס' 36-42, 52-63.
⁷ שם, בפס' 64-65.
⁸ שם, בפס' 107-110.
⁹ שם, בפס' 116-143.
¹⁰ שם, בפס' 150-154.

נגעו לעניין המחיר, העובדה שמתווה הגז עבר פיקוח של גורמים רבים ששקלו לעומק את השיקולים הנוגעים להשפעתו על המשק, מצביעה על כך שתובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה להכריע בשאלת המחיר ההוגן.¹¹ בספרות ובפסיקה התעוררה מחלוקת בשאלה האם יש להכליל את עילת המחיר המופרז בהגדרת "ניצול לרעה של מעמד המונופול" הקבוע בסעיף 29א לחוק, או שמא הגדרה זו כוללת מחיר טורפני בלבד. ההתנגדות להכללתה של עילת המחיר המופרז מנומקת בנימוקים כלכליים, פרקטיים ומוסדיים. מבחינה כלכלית, גביית מחיר גבוה מסמנת למתחרים פוטנציאלים כי יש ביקוש למוצר גם במחיר גבוה, כאשר ההנחה היא שעידוד התחרות וההשקעה יביא לכך שהמחירים הגבוהים בפועל יתקנו את עצמם.¹² בנוסף, הגבלת האפשרות של בעל מונופול להגדיל את רווחיו תהווה תמריץ שלילי להשקעה בהתייעלות, בידעו שהתייעלות לא תפיק רווחים נוספים אלא תפחית את המחיר שיותר לו לגבות. כך, גם אם העילה מיטיבה עם הצרכן בטווח הקצר, בטווח הארוך הצרכן ייפגע מהעדר שוק יעיל ותחרותי.¹³ ברמה הפרקטית, מסמנים המתנגדים את הקושי בהגדרת המחיר כבלתי הוגן, הכרוך הן בהתגברות על פערי מידע לגבי עלויות הייצור של נתבעות והן בהכרעה מעשית ללא כלל משפטי ברור. העדר כללים ברורים מוביל לאי וודאות כאשר שחקן בשוק לא יכול לדעת בעת קביעת המחיר האם תהיה עילה לתביעה כנגדו, וכן מעורר בעייתיות מבחינה מוסדית, שכן בהעדר כללים ברורים בית המשפט יידרש להכריע לפי שיקול דעתו כשאין בידי מומחיות כלכלית נדרשת.¹⁴ מנגד, התומכים בהכרה בעילה זו מצביעים על הפרשנות הלשונית והתכליתית התומכת בדעתם. לדבריהם, לשון סעיף 29א(ב)(1) לחוק האוסר על קביעת רמת מחירים לא הוגנת, כוללת בבירור גם תמחור גבוה בלתי הוגן. כמו כן, תכלית החוק היא השאת הרווחה המצרפית באמצעות קידום התחרות ומניעת ניצול לרעה של הציבור על ידי בעלי המונופול. מחיר גבוה ובלתי הוגן מונע מצרכנים שמבחינה חברתית ראוי שירכשו את המוצר לעשות כן, ומעביר הון מהצרכנים שרכשו את המוצר לבעלי הפירמות, ובכך פוגע ברווחתם.¹⁵ ביחס לטענות בדבר העדר הוודאות, הקושי בהגדרת מחיר מופרז והעדר מומחיות של בית המשפט בנושא, משיבים התומכים כי מאפיינים אלו מתבטאים בפרקטיקות רבות בדיני ההגבלים העסקיים ואינם ייחודיים לעילת המחיר המופרז, ולכן אינם מצדיקים כשלעצמם אי הכרה בעילה.¹⁶ ביחס לטענת אי ההתייעלות של בעלות מונופוליון, משיבים התומכים כי חברה שתימנע מהתייעלות חושפת עצמה לסיכון שתקום מתחרה יעילה ממנה והיא תתקשה להגיב במהירות המספקת וכך תפסיד נתחי שוק משמעותיים.¹⁷ בפסיקת בית המשפט העליון התעוררה השאלה האם להכיר בעילת המחיר המופרז לראשונה **בעניין רייס**, אך בעניין זה נקבע כי לא הוכחו יסודות העילה והשאלה הושארה בצ"ע.¹⁸ בשנת 2014, פרסם הממונה דאז פרופ' דיויד גילה גילוי דעת ובו קבע כי לתפיסתו, עילת המחיר המופרז כלולה בסעיף 29א לחוק.¹⁹ בהמשך לפרסום

¹¹ סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006.

¹² עמדת היועץ המשפטי לממשלה ברע"א 1248/19 **החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' גפניאל, פס' 25** (להלן: **"עמדת היועץ המשפטי"**).

¹³ מיכל (שיצר) גל והילה נבו "השפעת תורת החלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" **משפטים** מה 277, 300-308 (התשע"ו) (להלן: **"גל ונבו"**).

¹⁴ שם, בעמ' 314-315.

¹⁵ דיויד גילה "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" **משפטים** מה 761, 766-767 (התשע"ו) (להלן: **"גילה"**).

¹⁶ שם, בעמ' 782-795.

¹⁷ דיויד גילה ואלון קלמנט "פרוצדורה ומהות בתובענות ייצוגיות בעילת מחיר מופרז: כלים שלובים להרתעה אופטימלית" **עיוני משפט** (טרם פורסם) (להלן: **"גילה וקלמנט"**).

¹⁸ רע"א 2616/03 **ישראל כרטיס בע"מ נ' הוארד רייס פס' 15-28** לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו 14.3.2005) (להלן: **"עניין רייס"**).

¹⁹ גילוי דעת 1/14: האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופוליון (9.4.2014) **רשות התחרות 500603** (להלן: **"גילוי דעת 1/14"**).

גילוי הדעת, החיל בית המשפט המחוזי את עילת המחיר המופרז **בעניין נאור**.²⁰ החלטה זו אושררה בבית המשפט המחוזי במספר פסקי דין נוספים,²¹ ובניהם **בעניין נזרי**.²²

תביעה לפי עילה המחיר המופרז נדרשת לעבור מספר משוכות. ראשית, יש להוכיח כי הנתבעת מהווה מונופול, בהתאם למבחנים שנקבעו לכך בחוק: אדם המחזיק במעל למחצית מכלל אספקת המוצר, רכישתו או מתן השירות הנידון או אדם המחזיק בכוח שוק משמעותי ביחס לאספקת המוצר הנידון.²³ בנוסף, הממונה רשאי להכריז על גורם מסוים כבעל מונופול,²⁴ הכרזת הממונה אינה משנה את מעמדו המשפטי של בעל המונופול, אך יש לה מעמד ראייתי והיא מהווה "ראיה לכאורה" להיות הנתבע בעל מונופול.²⁵ שנית, יש לבחון האם בעל המונופול מחזיק בכוח שוק המאפשר לו לנצל את כוחו לרעה. בעוד שהמבחן השני להגדרת בעל מונופול כולל מיניה וביה כוח שוק המאפשר ניצול לרעה, תביעה על בסיס המבחן הראשון תידרש להציג כוח שוק כאמור.²⁶

לאחר מכן, יש לבחון האם אכן מדובר במחיר מופרז. מדובר בהכרעה מורכבת מתודולוגית ומעשית,²⁷ בין היתר כיוון שמעצם הגדרת הנתבעת כמונופול, עולה כי אין בנמצא מוצר בר השוואה מלאה לצורך בחינת סבירות המחיר.²⁸ לשם הוכחת המחיר המופרז קבע הממונה לשעבר פרופ' דיויד גילה שלושה מבחנים.²⁹

מבחן הפער בין מחיר המוצר לעלויות הייצור – ראשית, יש להכריע האם המבחן יתבצע לפי עלויות החברה הנתבעת או לפי עלויות חברה בעלת רמת יעילות מיטבית יותר. בחינת החברה היעילה תמנע ניפוח עלויות מכוון לשם העלאת רף המחיר המופרז ותתמרץ התייעלות, מנגד, נראה כי אין זה מוצדק לפגוע בנתבעת רק בשל קיומה של חברה יעילה ממנה. בגילוי הדעת נקבע כי כל עוד מדובר בעלויות סבירות, יש לבחון את עלויות הנתבעת, אך עלויות שאינן סבירות לא יכללו בחישוב. שנית, יש לחשב את סך עלויות הייצור החל מעלויות החדירה לשוק ועד לאספקת המוצר. לבסוף, יש לקבוע מהו שיעור הפער העולה כדי מחיר מופרז. מבחן זה הוכר בפסיקה קודם לפרסום גילוי דעת 1/14,³⁰ ובהמשך אושרר ואף נקבע כמבחן העיקרי בעניין.³¹

בעניין ניזרי מבחן הפער לא נבחן כשלעצמו אלא רק כחלק מנתוני מבחן ניתוח הרווחיות.³²

מבחן ניתוח הרווחיות – נעשה באמצעות השוואה בין רווחיות החברה לבין מדד הייחוס, אם רווחיות החברה גבוהה משמעותית ממדד הייחוס לאורך זמן, יהיה זה אינדיקציה לקיומו של מחיר מופרז. מדד הייחוס המקובל הוא התשואה הנדרשת על ידי משקיעים להשקעה בחברה, בהתחשב ברמת הסיכון בענף הנידון. **בעניין ניזרי** נדחתה חוות דעתו של מומחה מטעם המבקשת ביחס למבחן זה בשל טעות בהצבת הנתונים בנוסחה שהציע לבחינת רווחיות השותפות. המומחה יישם את הנוסחה בהתאם לכמות הגז כפי שהוערכה

²⁰ ת"צ (מחוזי מרכז) 46010-07-11 **אופיר נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ**, פס' 27 לפסק דינה של השופטת שטמר (פורסם בנבו 5.4.2016).

²¹ ת"צ (מחוזי מרכז) 36098-05-16 **אלון צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ**, פס' 10-11 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו 16.1.2019) (להלן: "עניין צדוק"); ת"צ (מחוזי מרכז) 6179-08-16 **רון גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ**, בעמ' 3 לפסק הדין (פורסם בנבו 16.1.2019) (להלן: "עניין גפניאל").

²² **עניין ניזרי**, לעיל הי"ש 3, בפס' 20.

²³ סעיף 26(א) לחוק התחרות.

²⁴ סעיף 26(א1) לחוק התחרות.

²⁵ ת"צ (כלכלית) 7198-09-12 **א.ידע פיננסים בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך בתל - אביב בע"מ**, פס' 55 לפסק דינה של השופטת רות רונן (פורסם בנבו 10.3.2014).

²⁶ **עניין צדוק**, לעיל הי"ש 21, בפס' 38.

²⁷ גילוי דעת 1/17: שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה (28.2.2017) **רשות התחרות 501194 עמ' 12**. (להלן: "גילוי דעת 1/17").

²⁸ **עניין ניזרי**, לעיל הי"ש 3, בפס' 22.

²⁹ **גילוי דעת 1/14**, לעיל הי"ש 24, בעמ' 11-16.

³⁰ **עניין רייס**, לעיל הי"ש 23, בפס' 17.

³¹ רע"א 8224/15 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' פרופ' ירון זליכה**, פס' 12-13 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו 29.3.2016).

³² **עניין ניזרי**, לעיל הי"ש 3, בפס' 35.

בשנת 2013 ולקצב המכירות השנתי נכון לשנת 2013, אך בשנת 2008, מועד חתימת ההסכם בין השותפות לחח"י, ההערכות בדבר כמות הגז הצפויה להתגלות וקצב המכירות השנתי היו נמוכים משמעותית.³³

מבחן ההשוואה – השוואה בין מחיר המוצר למחיר בשוק תחרותי – מוצר מתחרה, מחיר הנגבה מלקוחות שונים, שוק גיאוגרפי אחר, מחיר הנגבה בתקופות שונות, מוצר רלוונטי אחר המיוצר על ידי הנתבעת וכדומה. במסגרת מבחן זה יש לאתר בסיס השוואה רלוונטי למוצר הנבחן³⁴ ולהשוות לשוק תחרותי ככל שאפשר.³⁵ **בעניין ניזרי** נדחתה טענת המבקשת ביחס למבחן זה בשל העדר שוק תחרותי רלוונטי להשוואה. נקבע כי לא ניתן להשוות למחיר הגז בעולם בשל מגבלות הייצוא החלות על השותפות. כמו כן, השוואה למחירי הייצוא של השותפות נפסלה כיוון שבבקשה צוטטו מחירים רק עבור שני חוזים שמהווים 5% משווי כלל החוזים ומדובר בחוזים שלא ברור אם יצאו לפועל ולא נעשו בתנאי תחרות. בנוסף, נקבע שאין להשוות למכתב הכוונות שלא נעשה בתנאי תחרות וישנם סעיפים בהסכם שלא הופיעו במכתב ומשפיעים על מחיר הגז.³⁶

ביחס למבחנים שפורטו, ישנה מחלוקת האם מדובר במבחנים מצטברים או חלופיים. בגילוי דעת 1/14 נקבע כי, ככל שהדבר אפשרי, רשות התחרות תבחן את שלושת המבחנים,³⁷ וכן היועמ"ש בחוות דעתו קבע כי יש לעשות שימוש במספר מבחנים.³⁸ מנגד, גילה וקלמנט קבעו כי די במדד ראוי אחד, במסגרת אחד המבחנים, כדי לבסס את קיום העילה.³⁹ **בעניין צדוק**, בית המשפט המחוזי קבע כי מדובר במבחנים חלופיים שכל אחד מהם מהווה אינדיקציה לקיומו של מחיר בלתי הוגן וההחלטה בעניין יכולה להישען על אחד או יותר מהם.⁴⁰ מחלוקת נוספת קיימת ביחס לאופן ההכרעה בדבר החלת העילה. בדין האירופי מיושמת הגישה הדו-שלבית: תחילה נבחן האם מדובר במחיר מופרז לפי מבחן הפער, ואז נבחן האם מדובר במחיר בלתי הוגן ביחס למחיר תחרותי.⁴¹ בגישה זו תמך היועמ"ש בעמדתו, כשלבדבריו, בשלב הראשון יש לבחון את שלושת המבחנים שפורטו לעיל, ובשלב השני יש לבחון האם המחיר בלתי הוגן באמצעות מספר מבחנים שפורטו בחוות דעתו.⁴² מנגד, יש התומכים במבחן חד-שלבי, כך שדי בכך שהמחיר גבוה באופן מופרז מהמחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות, בכדי להגדירו כבלתי הוגן.⁴³ מחלוקת זו באה לידי ביטוי גם בגילויי הדעת של הממונה, כאשר בגילוי דעת 1/14 קבע הממונה דאז כי יש להחיל מבחן חד-שלבי,⁴⁴ ואילו בגילוי דעת 1/17 אומצה הגישה הדו-שלבית.⁴⁵ בעניין זה טרם נקבעה הלכה מחייבת בפסיקה הישראלית, בתי המשפט המחוזיים הכריעו במספר פסקי דין בהתאם לגישה החד-שלבית,⁴⁶ ובפסקי דין אחרים הושארה השאלה בצ"ע.⁴⁷ **בעניין ניזרי** נדחו המבחנים המפורטים כבר בשלב הראשון ועל כן לא התקיים דיון בשאלה האם יש לבחון גם את השלב השני.

³³ שם, בפס' 36-42, 52-63.

³⁴ **עניין צדוק**, לעיל הי"ש 21, בפס' 39.

³⁵ **עניין ניזרי**, לעיל הי"ש 3, בפס' 64.

³⁶ שם, בפס' 64-68 ו-74-83.

³⁷ **גילוי דעת 1/14**, לעיל הי"ש 24, בעמ' 11.

³⁸ **עמדת היועמ"ש**, לעיל הי"ש 17, בפס' 76.

³⁹ **גילה וקלמנט**, לעיל הי"ש 22, בעמ' 31-35.

⁴⁰ **עניין צדוק**, לעיל הי"ש 21, בפס' 42.

⁴¹ **גל ונבו**, לעיל הי"ש 18, בעמ' 309-312 ציינו כי בשלב השני נבחן היחס בין מחיר המוצר לבין ערכו הכלכלי, הגדרת המונח "ערכו הכלכלי" כמתייחס למחיר שהיה נקבע בשוק תחרותי צוין אצל [אריאל אזרחי ודניאל גילה דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים 310 \(2019\)](#).

⁴² **עמדת היועמ"ש**, לעיל הי"ש 17, בעמ' 14-16, 19-21.

⁴³ **גילה**, להלן הי"ש 20, בעמ' 779-780; **גילה וקלמנט**, לעיל הי"ש 22, בעמ' 36-40. גילה וקלמנט במאמרם מוסיפים וקובעים כי יש להגדיר פער מינימלי שחריגה ממנו תהווה אינדיקציה להיות המחיר מופרז, וממליצים על 20% מעל המחיר התחרותי.

⁴⁴ **גילוי דעת 1/14**, לעיל הי"ש 24, בעמ' 16-17.

⁴⁵ **גילוי דעת 1/17**, לעיל הי"ש 33, בעמ' 9, 12-13.

⁴⁶ **עניין גפניאל**, לעיל הי"ש 21, בפס' 13-14. **עניין צדוק**, לעיל הי"ש 21, פס' 29-31. בפסקי דין אלו הבחינה מכוונה "מבחן דו-שלבי" אך בשלב הראשון נבחן בה האם מדובר במונופול ובשלב השני האם המחיר מופרז, כפי שסוברת הגישה החד-שלבית, אין בחינה נוספת ביחס להוגנות המחיר.

⁴⁷ **תי"צ (מחוזי מרכז) 46010-07-11 אופיר נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ**, בפס' 44 לפסק דינה של השופטת שטמר (פורסם בנבו 22.6.2020).