

# #NEWS\_FLASH

## עדכון לקוחות | מחלקת תחרות והגבלים עסקיים עמדת היועץ המשפטי לממשלה ביחס לעילת תביעה של מחיר בלתי הוגן גבוה

יוני 2020

### לקוחות וידידים יקרים,

ביום 16 לינואר 2019 אישר כב' השופט גרוסקופף, תובענה ייצוגית שהוגשה כנגד החברה המרכזית ולפיה גבתה החברה מחיר מופרז בגין משקאות קוקה קולה (ת"צ 6179-08-16 [גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ](#) (פורסם בנוב, 16.1.2019) ("עניין גפניאל"). במסגרת ההחלטה קבע כב' השופט מבחן תקדימי, ולפיו מתקיימת מקבילית כוחות כך ש"ככל שכוח השוק [של המונופולין] משמעותי יותר, תהיה מוצדקת התערבות שיפוטית, גם כאשר הסטייה מהתמחור התחרותי תהיה מתונה יחסית."

החברה המרכזית הגישה בקשת רשות ערעור כנגד ההחלטה בעניין גפניאל (רע"א 1248/19), והיועץ המשפטי לממשלה הגיש כעת עמדתו בקשר עם בקשה זו. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, אין מקום למבחן מקבילית הכוחות הקובע יחסי גומלין בין מידת כוח השוק של בעל המונופולין לבין ה"פער התמחורי" (או במילים אחרות מידת ההפרזה של המחיר). עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה סבור ש**נכון להכיר בקיומה של עילת מחיר בלתי הוגן גבוה במסגרת דיני התחרות בדין הישראלי, אם כי יש להחילה בזהירות ובריסון.**

לפי היועץ המשפטי לממשלה, יש להחיל את העילה רק כאשר קיימות אינדיקציות ברורות לכך שהמחיר הנגבה הוא גם מופרז וגם בלתי הוגן. זהירות וריסון אלה נדרשים לנוכח העלויות החברתיות והכלכליות הנובעות מהחשש לפגיעה בטווח הבינוני והארוך בתחרות במשק וברווחת הצרכן בגין יישומה של עילה זו, אשר אף מתעצמות בהינתן הסיכון הממשי לטעות בעת בחינתה של עילה זו.

המבחן הדו שלבי שהוצע על ידי היועץ המשפטי לממשלה מסתמך על עמדת רשות התחרות והמבחנים כמו גם השיקולים שנקבעו על ידה בגילוי [זעת 1/17](#), על הניסיון שנצבר בדין האירופי, ועל הספרות המשפטית בתחום (הכול בשינויים המחויבים הנדרשים באכיפה פרטית).

לפי עמדת היועץ המשפטי, ראשית יש לעמוד **בתנאי הסף** לפיו לחברה הנתבעת מוקנה מונופול בשוק הרלוונטי בהתאם להגדרת סעיף 26 לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988. רק לאחר צליחת תנאי סף זה, יש להפעיל את המבחן הדו השלבי:

## תחילה יש לבחון אם המחיר גבוה משמעותית מהמחיר בתנאי תחרות: לבחינה זו קיימים מספר מבחני עזר:

- הפער בין מחיר המוצר לעלות הייצור: במסגרת בחינה זו נערכת השוואה בין מחיר המוצר שגבה המונופול לעלות ייצורו.
- ניתוח רווחיות: מבחן עזר זה מבוסס על ניתוח רווחיותה של החברה, כפי שמשתקף מהנתונים הפיננסיים שלה.
- מבחן ההשוואה: השוואת המחיר שגובה בעל מונופולין למחירי מוצרים מתחרים; או למחיר הנגבה מאת לקוחות שונים (לדוגמה מחיר למוסדי ומחיר לקמעונאי); או למחיר מוצר דומה בשוק גאוגרפי אחר (השוואה למדינות אחרות). כמו כן, ניתן להשוות בין המחיר הנגבה בתקופה הנבחנת למחיר שנגבה לפניו או אחרי התקופה הנבחנת.

נבהיר כי בשל הקשיים הנובעים משימוש בכל אחד מהמבחנים בנפרד, היועץ המשפטי סבור כי נדרשות אינדיקציות רבות ככל האפשר בשלב זה על מנת להגיע לקביעה שאכן מדובר במחיר מופרז ביחס למחיר שוק תחרותי היפותטי, וכן מציע לנקוט משנה זהירות ביישום כל אחד מהמבחנים שלעיל.

**לאחר מכן יש לבחון האם המחיר שנגבה הוא אכן בלתי הוגן:** מטרת ניתוח "ההוגנות" היא לבחון האם מקורו של המחיר הגבוה שנמצא הוא בניצול לרעה של הכוח המונופוליסטי, או שמא המחיר הגבוה נובע מסיבה לגיטימית אחרת. כך למשל יש לבחון את ההיבטים הבאים:

- יחסי הכוחות בין בעל המונופולין לבין הצרכן: ככל שפערי הכוחות בין הצדדים גדולים יותר ומדובר בשוק שבו יש למוצר או לשירות ביקוש קשיח, יתכן שאמנם מדובר במחיר בלתי הוגן. כך יהיה למשל כאשר מדובר במוצרים חיוניים, שאין אלטרנטיבות לצריכתם.
- הנזק הישיר שנגרם לצרכנים: כאשר המחיר הגבוה נגבה על ידי בעל המונופולין לאורך זמן, ומדובר בתשומה חיונית, ייקל עלינו לקבוע כי בפנינו מחיר בלתי הוגן.
- נסיבות פרטניות לכל שוק המלמדות על היעדר תחרות אפקטיבית: כך למשל כאשר קיימים חסמי כניסה משמעותיים; כאשר בעל המונופולין הגיע למעמדו בשל נסיבות היסטוריות הנוגעות לאופן תכנון השוק על ידי המדינה; או כתוצאה מסביבה רגולטורית אשר מכבידה על התפתחותה של תחרות; מנגד, בתחומי עתירי סיכון הדורשים השקעה, חדשנות ופיתוח, בהם סביר שמחיר המוצר ישקף רווחיות גבוהה באופן יחסי, יקשה על התובע הייצוגי להוכיח את התקיימות מבחן חוסר ההוגנות.
- צמצום התחרות בשירותים חדשים או בשווקים משיקים: כאשר עולה חשש שהמחירים הגבוהים הנגבים על ידי בעל המונופולין מונעים היווצרות מוצרים ושירותים חדשים בשווקים משיקים או גורמים לדחיקת מתחרים משווקים משיקים.
- הרציונל הכלכלי בבסיס גביית המחיר הגבוה על ידי בעל המונופולין: יש לתת משקל להשקעות נכבדות בשיווק המוצר, בביסוס תדמית יוקרה או במחקר ופיתוח, שהם אינטרסים לגיטימיים בקביעת הוגנות המחיר. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, המבחן הדו-שלבי המוצע שמפורט לעיל והזהירות המתחייבת ביישומו הוא המבחן הראוי אותו מתבקש בית המשפט העליון לאמץ. היועץ המשפטי לממשלה גם מדגיש את העובדה שהנטל בהקשר זה מוטל על כתפיו של התובע הייצוגי.

עד כאן התייחסותנו לעמדת היועץ המשפטי לממשלה. כל שנותר לנו כעת הוא להמתין להכרעת בית המשפט העליון.

### אנו עומדות לרשותכם לכל שאלה או הבהרה.

מחלקת תחרות והגבלים עסקיים | הרצוג פוקס נאמן

#### נעה בומביגר | עורכת דין

מחלקת תחרות והגבלים עסקיים

03-692-5960 📞

[bombighern@hfn.co.il](mailto:bombighern@hfn.co.il) 💻

#### טליה סולומון | שותפה

ראש מחלקת תחרות והגבלים עסקיים

03-692-5960 📞

[solomonta@hfn.co.il](mailto:solomonta@hfn.co.il) 💻