

לקוחות וידידים/ות יקרים,

השבוע ניתן פסק דין תקדימי (ע"י השופטת ברון, בהסכמת השופט אלרון, והסכמה עקרונית אך בהסתייגויות של הנדל) המכיר בקיומו של איסור על מונופולין לגבות "מחיר מופרז ובלתי הוגן", ומתווה את האופן בו בוחנים את התקיימות עילה זו. פסק הדין ניתן בקשר לתובענה ייצוגית נגד החברה המרכזית בקשר למחירי קוקה קולה (קישור לפסה"ד), והוא נחשב קביעה תקדימית משום שעד היום האיסור הוכר רק בהליכים שאינם מהווים הלכה משפטית (דן יחיד בבר"ע, בתי משפט מחוזיים, או מסמכי מדיניות של רשות התחרות).

חשוב לציין כי למרות ההכרה בעילת המחיר המופרז והבלתי הוגן, בית המשפט מדגיש:

"...יצוין כי במבט ראשון השימוש בעילת המחיר המופרז לטיפול בבעיית יוקר המחיה בישראל הוא שובה לב. כך בפרט מקום שבו "האזרח הקטן" יכול להיכנס בנעליה של רשות התחרות ולנהל בעצמו הליך ייצוגי המבוסס על עילה זו. ואולם ניתוח מעמיק של עילת המחיר המופרז, ובפרט של אופן השפעתה על מערך התמריצים בשוק, מחייב אותנו לאמץ גישה זהירה ומרוסנת בהחלטה".

גם השופט הנדל (בדעה המסתייגת) קורא לריסון באכיפת עילה זו.

עיקרי ההלכה החדשה:

- 1. הכרה בעילת "מחיר מופרז":** חוק התחרות הישראלי אוסר על בעל מונופולין לקבוע מחיר גבוה בלתי הוגן. נקבע כי הכרה זו מתבקשת לנוכח המקור האירופי של פרק המונופולין בחוק התחרות ולנוכח תכלית החוק, המבקש להתמודד עם כשלים תחרותיים בשוק מונופוליסטי, על מנת למנוע פגיעה בצרכנים ותרומה ליוקר המחיה.
- 2. הבנה כי אכיפת יתר של עילת המחיר המופרז עלולה לפגוע בתחרות:** בית המשפט הכיר בכך שאכיפת יתר, תוך יישום שגוי של העילה, תביא להשלכות שליליות של התערבות במנגנון השוק החופשי ותפגע בתמריצי חברות להשתפר, לפתח, לחדש ולהתייעל. בכך דווקא תיגרם פגיעה בתחרות, ובתי משפט יהפכו למנגנון "פיקוח על מחירים". בהקשר זה הוזכרה עמדת היועמ"ש, לפיה עדיפה אכיפת חסר מאכיפת יתר, וכן הוזכרו המאפיינים המעוררים מורכבות של הכלכלה הישראלית ככלכלה ריכוזית, וככלכלת אי.
- 3. קביעת מבחן דו-שלבי ליישום העילה:** לאחר שיבוסס תנאי הסף כי מדובר במונופולין (נתח שוק העולה על 50% או כוח שוק משמעותי) יש ליישם את המבחן הדו-שלבי הבא:

א. מבחן מופרזות המחיר – בשלב זה יופעלו מבחני עזר שכבר יושמו בפסיקה (מבחן עלויות – המבחן המרכזי הבוחן את מחיר המוצר ביחס לעלותו; מבחן השוואה שמשווה את מחיר המוצר למחירי מוצרים מתחרים, או למחירים בחו"ל או בלמחירי המוצר בתקופה אחרת; או מבחן רווחיות – ה מתייחס לניתוח הרווחיות של המונופולין על בסיס רמת הסיכון שלו או לרווחיות המונופולין בפועל).

ב. מבחן הוגנות המחיר – "יש נסיבות שבעטיין יכול שמחיר יהיה מופרז אך בכל זאת הוגן" – בשלב זה יש לבחון האם יש הצדקה כלכלית לגיטימית לרמת המחירים, בנסיבות המקרה. מחיר מופרז יכול להיות הוגן אם יש לו הצדקה בדמות רמת סיכון או השקעה ניכרים, או כאשר מדובר במוצרי יוקרה. בשלב זה יבדקו מה תהיה ההשפעה על התחרות אם תהיה התערבות במחיר, וכן האם אכן המחיר הגבוה נובע מניצול כוח שוק לרעה, או מגורמים חיצוניים (בין היתר ייבחנו חסמי כניסה, מידת הביקוש, הבידול של המוצר, קיומם של תחליפים, מידת פערי הכוחות בין המונופולין ולקוחותיו).

מבחן זה כולל הכרעה משפטית ערכית, על בסיס שיקולים כלכליים-תחרותיים (לצורך יצירת איזון אל מול חשש אכיפת היתר, המוסבר לעיל בסעיף 2). בהקשר זה למשל, בית המשפט מצוין שבידול מוצר יכול לשאת עימו עלויות גבוהות יותר, ולהצדיק מחיר גבוה יותר, אולם זו שאלה של מדיניות משפטית

עד כמה ניתן לאפשר למונופולין לגבות מחיר גבוה יותר עבור מוצרים: "לא בהכרח יש מקום לאפשר לבעל המונופולין לגבות מהצרכנים כל מחיר שהם מוכנים לשלם עבור המוצר... מדובר אפור בשאלה של מדיניות הדורשת הפעלת שיקול דעת."

בית המשפט העליון מדגיש בפסק הדין שאין מקום להקל ולדלג על אף אחד משני השלבים ומבקר את בית המשפט המחוזי כמי שדילג על השלב השני.

4. הנטל להוכחת הוגנות המחיר הוא על בעל המונופולין - תקדים נוסף שנקבע בפסק הדין, בשונה מעמדת היועמ"ש ורשות התחרות, הוא כי לאחר שהמבקשים ירימו את נטל ההוכחה בנוגע למבחן מופרות המחיר, בשלב השני של המבחן הנטל יהיה על המונופולין להראות כי למרות מופרות המחיר הוא "הוגן".

5. בתובענה ייצוגית -

א. המבחן הדו-שלבי יישום במלואו כבר בשלב אישור התובענה.

ב. על המבקשים להניח תשתית ראייתית ומשפטית מספקת להוכחת העילה כנדרש בשלב האישור - ובית המשפט נדרש להיכנס לעובי הקורה (פערי המידע בין הצדדים יגושרו באמצעות בקשה לגילוי ולעיון במסמכים, ובניגוד למה שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי, העדר גילוי מצד המונופולין אינו מאפשר התעלמות מנטלים אלו, או הקלה על המבקש אלא מחייב כפיית הליכי הגילוי והעיון).

הרקע לפסק הדין (ההליך בבית המשפט המחוזי בפני השופט גרוסקופף):

התובענה הייצוגית מושא ההליך הייתה כנגד החברה המרכזית למשקאות, בעלת המונופולין בשוק משקאות הקולה, בטענה כי גבתה מחיר מופרז בלתי הוגן עבור בקבוקי 1.5 ליטר של קוקה קולה בין השנים 2009-2016. התובע הייצוגי הסתמך על חו"ד כלכלית שהראתה לכאורה שמחיר המוצר עלה ב-350% ב-9 שנים, לאחר הסרת פיקוח המחירים על המוצר בשנת 1990, שהמחיר גבוה בכ- 60% ממתחרים באותו רמה (פפסי ו- RC לא קריסטל ה"נחות"), וכן על העובדה כי מחיר פחית קוקה קולה גבוה ממרבית מדינות העולם. התובענה התבססה גם על העובדה שרמת ההכנסות פר עובד של החברה בישראל היא הגבוהה ביותר בהשוואה לזכייניות של קוקה קולה בעולם. בנוסף, המומחה מטעם התובע אף אמד את הרווח הגולמי של הנתבעת ואת הרווח התפעולי ב-58.5% ו-39% בהתאמה, לעומת 37% ו-12% אצל המתחרות (האומדן נעשה בהעדר נתונים פומביים משום שהחברה המרכזית הינה חברה פרטית). המומחה מטעם התובע העריך כי המחיר שגבתה החברה המרכזית היה מופרז ב-21% לפחות מעל מרווח יצרן סביר של 20%.

החברה המרכזית ביקרה את ממצאי חוה"ד הנ"ל ואת המתודולוגיה שנבחרה או המודלים התיאורטיים לאומדן. בין היתר, באמצעות חו"ד כלכלנים נטען כי המחיר הריאלי למעשה הוזל ב-26% לעומת מחיר הפיקוח, כי אין מקום להשוואה למוצרים המתחרים בשל הערך המותגי הרב של קוקה קולה ("בידול המותג"), כי המחירים הזולים של המתחרות נובעים ממאפייני צריכה שונים, כי השוואת המחירים לחו"ל הייתה בלתי מייצגת, וכי בדיקה מקצועית מראה כי המחיר בישראל נמוך מהמוצע במדינות אחרות (בהתחשב בהבדלי כוח הקנייה, המיסוי והפיקדון).

בית המשפט המחוזי (השופט גרוסקופף) אישר את התביעה כייצוגית (בד בבד עם אישור תביעה ייצוגית דומה נגד שטראוס) כששב והכיר בכך ש-א) קיימת עילת תביעה מכוח חוק התחרות של גביית מחיר בלתי הוגן גבוה ("מחיר מופרז") ו-ב) המבחן להתקיימות העילה הוא דו-שלבי.

בבוחנו את נטל ההוכחה קשר בית המשפט המחוזי בין מידת ההוכחה לבין היקף גילוי המידע מטעם המשיבה בעלת המונופולין, וקבע שככל שהמשיבה טוענת להעדר תשתית ראייתית ראשונית נגדה היא אומנם רשאית להתנגד לגילוי ולעיון במסמכים, אך אז יש להנמיך את רף ההוכחה הנדרש מהתובע לצורך בקשת האישור, כך שיהלום את היקף המידע הפומבי העומד לרשותו.

בית המשפט המחוזי מצא שהחברה המרכזית היא בעלת מונופולין (מוכרז), ושיש לה כוח שוק משמעותי שבא לידי ביטוי, בין היתר, הן בנתח שוק משמעותי, והן ביכולת לשמר את נתח השוק גם בעלויות מחירים לעומת מתחרים. למרות שבית המשפט קיבל חלק מן הביקורת שהושמעה כלפי חוה"ד מטעם התובע הוא קבע שבשלב אישור התובענה פערי המחירים לעומת המתחרים מהווים אינדיקציה מספיקה לכך שהמחיר היה בלתי הוגן. זאת תוך שבית המשפט המחוזי דחה את הטענה כי "בידול המותג" מצדיק את המחיר הגבוה. וכל זאת, תוך שהמקל במידה משמעותית את נטל ההוכחה על המבקש, משום שהחברה המרכזית נמנעה מהצגת נתוני אמת.

בפסק הדין של בית המשפט המחוזי הוכרה גם עילת התביעה של הצרכנים שאינם לקוחות ישירים של החברה המרכזית אלא רכשו את המוצרים קמעונאים שונים מתוך הנחה שהמחיר המופרז ששילמו הקמעונאים גולגל לצרכנים. נושא זה לא נדון בפסק הדין של בית המשפט העליון.

התוצאה הקונקרטית של פסק הדין של בית המשפט העליון לגבי עניין קוקה קולה:

בית המשפט העליון קבע כי המחוזי לא הפעיל את המבחן הדו-שלבי כראוי ואף טעה בכך שהקל בנטל על המבקש. היה על בית המשפט לברר לגופה את בקשת גילוי המסמכים ולעמוד על כך שהמבקש ירים את נטל הוכחת המחיר המופרז (השלב הראשון).

לפיכך התקבל ערעור החברה המרכזית כך שבוטל אישור התובענה הייצוגית, והדין הוחזר לבית המשפט המחוזי לצורך הפעלת המבחן הדו-שלבי ובירור טענות בדבר גילוי ועיון במסמכים.

כתמיד, אנו עומדות לרשותכם/ן בשאלות אלו ואחרות.

בברכה,

עו"ד מזור מצקביץ

שותפה וראש מחלקת הגבלים עסקיים, דיני תחרות ורגולציה