

בית המשפט העליון קובע לראשונה את גבולות הגזרה של עילת התמחור המופרז

ביום 26 ביולי 2022 התקבלה הכרעה ראשונה ותקדימית של בית המשפט העליון בשאלת ההכרה בקיומה של עילת התמחור המופרז בדין הישראלי ואופן יישומה בהליכים אזרחיים. מדובר בסוגיה מהשנויות במחלוקת בעולם דיני התחרות, הניצבת במחלוקת נמשכת בין מלומדים, מומחים, רשויות תחרות וערכאות בישראל ובעולם הרחב.

בפסק דינו ברע"א 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' גפניאל מיום 26 ביולי 2022 (קישור לפסק הדין) אימץ בית המשפט העליון את העמדה הפרשנית שפרסמה רשות התחרות בשנת 2014 (ואשר אושרה בבתי המשפט המחוזיים), לפיה חוק התחרות כולל איסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה בידי בעל מונופולין. בד בבד, עמד בית המשפט על הסכנות הפוטנציאליות הבלתי מבוטלות הכרוכות בשימוש נרחב ובלתי זהיר בעילת תביעה זו, כמו גם הקשיים המעשיים ביישומה, המחייבים אימוץ גישה זהירה ומרוסנת בהחלטה.

בשנים האחרונות התחוללה בישראל תופעה שאין לה מקבילה בעולם. בעוד שחלק ממדינות העולם (בהן ארצות הברית) אינן מכירות כלל בעילת התמחור המופרז ובמדינות אחרות נעשית אכיפה של העילה על ידי הרשות השלטונית בלבד, על בסיס תשתית כלכלית ועובדתית מקיפה ובנסיבות חריגות, בישראל הוגשו עשרות תביעות ייצוגיות על ידי צרכנים וחלקן אף התקבלו, למרות שנשמכו על תשתית ראייתית דלה במיוחד. פסיקת בית המשפט העליון מכתיבה משטר מאוזן יותר ומציבה רף גבוה יותר בפני תובעים ייצוגיים. עם זאת, אין היא מעניקה חסינות מוחלטת למונופולים.

רקע כללי – עילת התמחור המופרז בדין הישראלי

דיני התחרות בישראל אוסרים על בעל מונופולין לנצל לרעה את מעמדו בשוק "[...] באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור". בכלל זה קובע סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988, כי יראו בסיטואציה של "קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין" ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי. באופן מסורתי הייתה תמימות דעים פרשנית לגבי תחולתו של איסור זה על סיטואציות של תמחור בלתי הוגן נמוך (תמחור טורפני) מצד בעל המונופולין – פרקטיקה בה גובה בעל המונופולין מחיר הפסדי בגין המוצר או השירות שבמונופולין, במטרה לדחוק את מתחריו מהשוק. מנגד, האפשרות להרחיב את תחולת האיסור גם לסיטואציות של תמחור בלתי הוגן גבוה מצד בעל מונופולין (תמחור מופרז), הייתה נתונה במחלוקת פרשנית.

מורכבותה של המחלוקת בנוגע להכרה בעילת התמחור המופרז נבעה בין היתר מן העובדה כי בניגוד למרבית האיסורים שמחיל הדין על בעלי מונופולין, האיסור על גביית מחיר מופרז לא נועד להגן על המנגנון התחרותי בשוק או למנוע את סיכולו בידי בעל מונופולין, אלא להגן על רווחת הצרכן. יתר על כן, בבסיס ההתנגדות להכרה בעילת התמחור המופרז עומדת ההנחה כי התערבות מלאכותית במדיניות התמחור של בעלי מונופולין עשויה לפגוע בתמריצי התחרות ארוכי הטווח של כלל השחקנים בשוק. זאת, לצד הקשיים התיאורטיים והמעשיים בזיהוי של מחיר בלתי הוגן גבוה ואכיפת האיסור לאורך זמן. בשל כך, במשך שנים נמנעה רשות התחרות מאכיפת האיסור על גביית תמחור מופרז מצד בעל מונופולין, ובכך אימצה גישה דומה לגישה הרווחת בקרב רגולטורים רבים אחרים בעולם המערבי.

נקודת המפנה במדיניותה של רשות התחרות בנושא אירעה בחודש אפריל 2014 עם פרסומו של גילוי דעת 1/14 של הממונה על התחרות, אשר הכיר לראשונה באיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה מצד בעל מונופולין. פרסום גילוי דעת 1/14 אמנם לא הביא לנקיטה בהליכי אכיפה מצד רשות התחרות בעילת התמחור המופרז, אך סמוך לאחר פרסומו החל "מבול" של תובענות ייצוגיות בעילה זו. בחלק מההליכים הכירו הערכאות הדיוניות בקיומה של העילה במפורש, תוך קבלת עמדת המבקשים והקלה משמעותית בנטלי הראיה המוטלים עליהם. כמשקל נגד למגמה זו, בחודש פברואר 2017 פורסם גילוי דעת 1/17 של הממונה על התחרות, שהחליף את גילוי דעת 1/14. במסגרת זו הביעה הממונה את עמדתה כי בצד ההכרה בעילת התמחור הבלתי הוגן הגבוה, יש לקבוע גבולות ליישומה משום הסכנות הכרוכות בהחלה לא זהירה שלה.

פסק הדין בעניין החברה המרכזית

פסק הדין ניתן במסגרת בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי (ת"צ 6179-08-16) שאישר ניהולה של תובענה ייצוגית נגד החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ בגין ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי על דרך גביית מחיר בלתי הוגן גבוה עבור משקאות קוקה קולה. בהחלטתו של בית המשפט המחוזי (כב' השופט גרוסקופף) אומצה גישה מרחיבה באשר לתחולת עילת התמחור המופרז, שבמידה רבה קבעה מבחן בודד ליישום העילה – קיומו לכאורה של מחיר גבוה, תוך שבית המשפט מצייין כי ככל שכוח השוק של הפירמה המונופוליסטית גבוה יותר, כך שיעור הסטייה ממחיר תחרותי שיוביל לפסילת התמחור צריך להיות נמוך יותר. עוד נקבע כי לבעל המונופולין אפשרות לבחור אם ברצונו לגלות נתונים אודות רווחיותו, או להסתכן בכך שנטל הראיה המוטל על התובע יופחת לסף מינימלי, דבר שיוביל במקרים רבים לאישור התובענה כייצוגית גם אם לא הונח לה בסיס ממשי.

בשל חשיבותן של הסוגיות העקרוניות שנדונו בערעור התבקשה התייצבותו של היועץ המשפטי לממשלה, אשר הגיש את עמדתו לבית המשפט בחודש יוני 2020. במסגרת זו אימץ היועץ המשפטי לממשלה את עמדת הממונה על התחרות בגילוי דעת 1/17 לגבי עצם ההכרה בקיומה של עילת התמחור המופרז בדין הישראלי, כמו גם הצורך בריסון וזהירות מוגברת בהחלטה.

פסק הדין (כב' השופטת ברוך) קיבל בעיקרו את עמדת היועץ המשפטי לממשלה בקשר עם השאלות העקרוניות שנבחנו במסגרתה. בכלל זה, בית המשפט העליון הכיר לראשונה בתחולתה של עילת התמחור המופרז בדין הישראלי ואף ציין כי קליטתה "אך מתבקשת". זאת, בשים לב להיותם של דיני האיחוד האירופי, המכירים בעילת התמחור המופרז, המקור עליו ביסס המחוקק הישראלי את הוראות סעיף 29א לחוק התחרות. לצד זאת, הביע בית המשפט העליון עמדה דומה לעמדת היועץ המשפטי לממשלה והממונה על התחרות באשר לזהירות והריסון הרב שיש לגלות בהחלתו בפועל של האיסור על גביית מחיר מופרז, נוכח הסכנות הפוטנציאליות הכרוכות באכיפתו והקשיים הרבים הטמונים בכך.

באשר לאופן יישומה של עילת התמחור המופרז אימץ בית המשפט את המבחן הדו-שלבי הנהוג באירופה, ובו דגל גם היועץ המשפטי לממשלה: בשלב ראשון יש לבחון את שאלת מופרזות המחיר – האם המחיר שגבה בעל המונופולין גבוה באופן משמעותי מהמחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות (ולשם כך ניתן לעשות שימוש במספר מבחני עזר הבוחנים את הפער בין מחיר המוצר ועלויות הייצור של בעל המונופולין, רווחיות בעל המונופולין והשוואה לרמת המחירים של המוצר בשווקים שונים או תקופות שונות, כמו גם המחיר שנגבה מקבוצות לקוחות שונות או על ידי ספקים שונים). נקבע כי ככלל יש להעדיף קביעה המבוססת על שילוב המבחנים ואינה נשענת על מבחן בודד. עם זאת, לא מן הנמנע כי במקרים מסוימים די יהיה בתוצאה מובהקת העולה מאחד ממבחני העזר כדי להכריע בשאלת מופרזות המחיר.

בשלב השני יש לבחון את **הוגנות המחיר** – האם המחיר המופרז נעוץ בניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי של בעל המונופולין, או שמא ניתן להסבירו בנסיבות לגיטימיות הנוגעות למבנה השוק, מאפייני המוצר, זהות הלקוחות, השקעות בחדשנות וכיוצא באלה.

יישום מבחנים אלה יעשה מטבע הדברים רק לאחר התקיימותו של מבחן הסף לתחולתו של סעיף 29א לחוק התחרות – קיומו של מונופולין, בהתאם למבחנים הקבועים בסעיף 26 לחוק התחרות. בשונה מעמדת היועץ המשפטי לממשלה, קבע בית המשפט כי אם בשלב הבחינה הראשון עמד התובע בנטל לבסס את מופרזות המחיר, בשלב השני יעבור הנטל להוכחת הוגנות המחיר אל המונופול.

בית המשפט הבהיר כי במסגרת הליכים לאישור תובענה ייצוגית בעילת תמחור מופרז, נדרשת הערכאה הדיונית להיכנס לעובי הקורה ולבחון את התקיימותה הלכאורית של העילה בהתאם למבחן הדו-שלבי, כבר במסגרת בקשת האישור. נקבע כי קיומו של פער מידע אינו פותר את בית המשפט מחובתו זו, וכי ניתן לגשר על פער המידע באמצעות הליכי גילוי מסמכים. בית המשפט דחה את "הנוסחה" שהציב בית המשפט המחוזי, לפיה ניתנת למונופולין האפשרות לבחור שלא לגלות מסמכים ומידע וכנגד זה מופחת למינימום הנטל המוטל על התובע בשלב אישור התובענה כיייצוגית. בית המשפט קבע כי אין לאפשר בחירה ויש להכריע בבקשת גילוי המסמכים לגופה, וכי אין מקום "לפצות" את התובע על אי גילוי מידע בדרך של הפחתת נטלי הראייה החלים עליו.

לגופו של עניין קיבל בית המשפט העליון את הערעור משמצא כי בשלב אישור התובענה כיייצוגית לא התבררו כדבעי שאלות עובדתיות ומשפטיות מהותיות להכרעה בשאלת התקיימות העילה. בכלל זה, דחה בית המשפט העליון את מבחן "מקבילית הכוחות" שאומץ בידי בית המשפט המחוזי והחזיר אליו את הדיון לצורך השלמת הליכי גילוי ועיון והכרעה בבקשת האישור בהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסק הדין.

פסק הדין נושא בחובו חשיבות רבה עבור גופים עסקיים המחזיקים במעמד מונופוליסטי, ועבור צרכנים של מוצרים ושירותים המוצעים בידי גורמים אלה, בהיותו פסק דין מנחה בנוגע לגבולות הגזרה ואופן ההחלה של עילת התמחור המופרז בדין הישראלי. להערכתנו, תהיה לו השלכה ממשית ומשמעותית על תביעות ייצוגיות תלויות ועומדות ועל תביעות עתידיות.

