

עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן :
קשיים אינהרנטיים, טעויות בסיסיות, ותנאים להחלטה*

1.2.2021

מיכל גל** ויוסי שפיגל***

תוכן עניינים

1. מבוא.....	2
2. הבעייתיות בהחלת העילה.....	6
2.1. חמש מושכלות יסוד.....	7
א. מושכלת יסוד כלכלית ראשונה: רווחת הצרכן איננה תלויה רק במחיר אלא גם בתמורה שהוא מקבל.....	7
ב. מושכלת יסוד כלכלית שנייה: חשיבות התמריצים לרווחה הצרכנית והחברתית.....	8
ג. מושכלת יסוד כלכלית שלישית: חשיבות הודאות עבור השקעות בשוק.....	11
ד. מושכלת יסוד כלכלית רביעית: התנאים לקיום מחיר תחרותי ומה הוא מכסה.....	12
ה. מושכלת יסוד משפטית: האיסור חל ללא קשר להתנהגות מדירה.....	15
2.2. החלת מושכלות היסוד על עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן.....	15
2.3. ההכרה בחשיבות שימור תמריצי השקעה במסגרת פיקוח מחירים.....	19
2.4. תפיסות הוגנות מחירים של צרכנים.....	21
2.5. ארבע מסקנות מהניתוח.....	23
3. הקושי בשרטוט קו הגבול מתי מחיר גבוה הוא גם בלתי הוגן.....	23
3.1. המבחן האירופי המקובל במרבית העולם.....	23
א. מבחנים לשלב הראשון: זיהוי מחיר מופרז.....	26
ב. הקושי ביישום המבחנים לזיהוי מחיר מופרז.....	27
ג. הקושי ביישום השלב השני: מחיר בלתי הוגן.....	29
3.2. הניסיון שנצבר במדינות נוספות.....	33
3.3. הסתברות הטעות בהחלת הכלל.....	36
3.4. עיוותים נוספים שאכיפת העילה עלולה ליצור.....	37
א. אכיפת העילה תוך שימוש במבחן העלות כבסיס לחישוב במחיר.....	37
ב. אכיפת העילה באמצעות מבחן השוואה.....	38
3.5. החלת העילה במצבים בהם אי ההוגנות זועקת לשמיים.....	41
4. האם ומתי ראוי להכיר בעילה בישראל?.....	42
4.1. במידה ומכירים בעילה - מהם התנאים הראויים להחלטה.....	46
4.2. ארבע טעויות מובהקות בהחלת העילה בהחלטות שהתקבלו בישראל.....	47

* אנו מודים לתמר שמואלי על עבודת מחקר מועילה, ועדי אייל, נדב לוי, וחיים פרשטמן על הערות מועילות.
** פרופסור וראש המרכז למשפט ולטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, וכן נשיאת הארגון העולמי לחוקרים בתחום דיני התחרות (ASCOLA). <https://law.haifa.ac.il/index.php/he/mgal> גילוי נאות: מיכל גל כתבה חוות דעת משפטית בנושא קיום העילה בשני תיקים, לאחר שדעתה הובעה בכתיבה אקדמית.
*** פרופסור, הפקולטה לניהול על שם קולר, אוניברסיטת תל אביב, CEPR, ו-ZEW, חבר הוועד המנהל של האגודה לכלכלני תחרות וחבר הוועדה המייעצת לכלכלן הראשי לענייני תחרות של נציבות האיחוד האירופי <http://www.tau.ac.il/~spiegel> גילוי נאות: יוסי שפיגל כתב חוות דעת כלכלית בשלוש תובענות ייצוגיות העוסקות בתמחור מופרז.

47. א. טעות ראשונה: התעלמות מהאפקט שיש להחלת העילה על תמריצי הפירמות.
48. ב. טעות שנייה: המחיר התחרותי הוא המחיר ההוגן.
- ג. טעות שלישית: די לבחון אם המחיר עולה משמעותית על המחיר התחרותי כדי לקבוע אם הוא בלתי הוגן.
50. ד. טעות רביעית: שיקולי ביקוש אינם רלוונטיים לניתוח.
51. 4.3 טעויות נוספות בהחלת העילה בפסיקה בישראל.
53. 4.4 התנאים הראויים לתחולת העילה לאור הניסיון שנצבר בעולם.
54. 5. התייחסות לטענות התומכים בהחלה מרחיבה של העילה.
57. 5.1 הטענה לפיה עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן אינה שונה מאיסורים אחרים בחוק התחרות.
57. 5.2 הטענה לפיה מחיר גבוה אינו מקדם תחרות והשקעות.
58. 5.3 הטענה לפיה יש לקבוע רף של 20% רווח מעל עלות כנמל מבטחים.
61. 5.4 גודל הטעות בהחלת יתר.
63. 6. סיכום.
64. נספח א': דוגמאות לכך שהחלת העילה עלולה להזיק.
65. דוגמה ראשונה: הניסיון להחיל את העילה עלול לפגוע באיכות המוצר שהפירמה תציע.
65. דוגמה שנייה: הניסיון להחיל את העילה עלול לפגוע בתמריץ של הפירמה להפחית עלויות.
66. דוגמה שלישית: הניסיון להחיל את העילה עלול לפגוע במגוון המוצרים שהפירמה מציעה.
67. נספח ב': החלטות בעניין העילה של האיחוד האירופי ובריטניה.
- 72.

1. מבוא

אנו מצויים בנקודת זמן פורמטיבית בשאלות קיומה וגדרי תחולתה של עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן בדיני התחרות בישראל (להלן: "עילת המחיר הבלתי הוגן" או "העילה"). שאלות אלו עומדות כיום בפני בית המשפט העליון, ולהכרעתו בעניין תהיינה השלכות רחוקות-טווח ורחבות-היקף על פעילותן של חברות הפועלות בשוק הישראלי.¹

שאלות אלו אינן ייחודיות לישראל, אם כי בישראל קיימת חשיבות מיוחדת למתן תשובות ראויות לשאלות אלו, כיון שבישראל- בניגוד למרבית מדינות העולם- התביעות שהוגשו על בסיס העילה הינן תביעות פרטיות ולא אכיפה של רשות התחרות.² כפי שיפורט להלן, לשוני זה חשיבות רבה, הן בשל מערך שיקוליו של מי שבוחר להגיש את התביעה והן בשל מומחיותו של הגורם האוכף. זאת ועוד: בישראל ניתן להגיש תובענה ייצוגית בעילה נזיקתית המבוססת על דיני תחרות, בעוד שמדינות רבות המכירות בעילה אינן מאפשרות תובענה ייצוגית כאמור.³ מצב דברים זה הוביל להצפת בתי המשפט בישראל בתובענות רבות בבעיות ייצוגיות בטענה של גביית מחיר בלתי הוגן בשווקים רבים ושונים, דוגמת פתיתים אפויים, תה ירוק, מרגרינה, סכיני גילוח, פופקורן בקולנועים, מלח מופחת נתרן, מלח גס, והיד עוד נטויה. החלטתו של בית המשפט העליון תקבע, בין היתר, אם בתי המשפט בישראל יהפכו להיות מאסדרי-מחירים במקרים מעין אלו. חשיבות החלטתו של בית המשפט נובעת גם מהעובדה שבמספר תיקים אימצו בתי המשפט המחוזיים פרשנות מרחיבה של העילה, העומדת בסתירה לעמדה המקובלת על רשויות תחרות ומלומדים בכל רחבי העולם. כפי שיפורט להלן, מצב הדברים

¹ רע"א 1248/19 גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (להלן: "רע"א גפניאל") ורע"א 6104/19 המועצה הישראלית לצרכנות נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ.

² לסקירה של אכיפת האיסור בישראל ראו, *the Yossi Spiegel, Antitrust enforcement of the prohibition of excessive pricing - the Israeli Experience, in EXCESSIVE PRICES AND COMPETITION LAW ENFORCEMENT (Frederic Jenny and Y. Katsoulacos eds., 2020)*. לגירסה קצרה יותר בעברית ראו, יוסי שפיגל "האיסור על תמחור מופרז: לקחים מהניסיון שנצבר בישראל" **חידושים בניהול** ג (2018).

³ Michal Gal, *The Case for Limiting Private Litigation of Excessive Pricing*, 15 JOURNAL OF COMPETITION LAW AND ECONOMICS 298 (2020).

הקיים עלול בסבירות גבוהה לפגוע ברווחת הצרכן.

בעולם קיימות שתי גישות מנוגדות להכללת איסור על מחירים גבוהים במסגרת האיסור על ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי בדיני התחרות. האמריקאים, הקנדים, והסינגפורים, למשל, מאמצים גישה לפיה מחיר גבוה, כשלעצמו, לא אסור לפי דיני התחרות.⁴ לפי גישה זו, ככל שנדרש פיקוח על מחירים, ראוי לעשות זאת על ידי פיקוח מראש ובמישרין, על ידי רשות פיקוח מתמחה ולא דרך דיני התחרות. לעומתם, האיחוד האירופי ומדינות אחרות אשר הלכו בעקבותיו מכירים עקרונית באיסור זה. אולם גם מדינות המכירות בעילה מכירות בצורך להחיל אותה בצורה זהירה ומרוסנת.⁵ בפרט, קיימת הסכמה רחבה של רשויות התחרות, משפטנים וכלכלנים מרחבי העולם שלמרות המשיכה האינטואיטיבית של העילה - שהרי מי לא רוצה מחירים נמוכים? - ניתוח מעמיק שלה מעלה שיש לצמצם את תחולתה למקרים חריגים בלבד.⁶ הסכמה רחבה זו לצמצום העילה נסמכת על המגבלות האינהרנטיות לעילה, כמו גם על ניתוח כלכלי של התמריצים שהיא יוצרת לפעולת פירמות בשוק. יתירה מזאת: קיימת הסכמה רחבה על כך שהמחיר של החלה שגויה של העילה עשוי להיות גבוה במידה כזו שהתעלמות משיקולים אלו עלול לפגוע באופן ממשי ברווחת הצרכנים ובהגשמת מטרות חוק התחרות. על כן, גם לפי הגישה המכירה בקיום העילה, וגם כאשר רווחת הצרכן היא עמוד האש המדריך אותנו בפרשנות דיני התחרות, קיימת הסכמה רחבה בעולם - כמעט מקיר לקיר - בצורך לאמץ גישה זהירה ומרוסנת להחלתה.⁷

ודוק, הטלת מגבלות על מחירים של בעל מונופולין עשויה להיות נחוצה במקרים מסוימים, אלא שלמעט במקרים חריגים עילת המחיר הבלתי הוגן אינה הדרך הנכונה לעשות כן, במיוחד כאשר החלתה איננה נעשית על ידי רשות מומחית, מראש. חשוב להדגיש שהבעייתיות בעילה אינה בעצם האיסור על מחיר גבוה, אלא בעובדה שלמעט במצבי קיצון, אין כלים טובים דיים לקבוע מתי מחיר הופך להיות בלתי הוגן בדרך שלא תפגע ברווחת הצרכנית. מצב דברים זה מגביר את הסכנה לאימוץ גישה פופוליסטית, השמה דגש על המחיר בטווח הקצר, אבל מתעלמת מהשפעות ארוכות טווח על התנהגות הפירמות בשוק, וההשלכות של התנהגות זו על רווחת הצרכן בטווח הארוך. אכן, בשל מורכבות העילה היא מחייבת את מי שמבקש לקבוע את גדרי תחולתה להתעמק בנבכייה כמו גם בדינמיקה שהיא יוצרת בשווקים. כפי שחזרו והדגישו מלומדים מובילים ברחבי העולם, התעלמות מנתונים חשובים אלה עלולה להוביל לפגיעה משמעותית ברווחת הצרכן.⁸

בהקשר זה ניתן ללמוד מניסיוןן של מדינות שהכירו בעילה זה מכבר. באיחוד האירופי, ארץ מכורתו של האיסור,

⁴ OECD Roundtable on Excessive Pricing, DAF/COMP 2011 (2011) נציין כי קיימים כלים רגולטוריים אחרים המאפשרים פיקוח מחירים. כך, למשל, בישראל קיים חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים המאפשר להגביל מחיר של מוצרים ושירותים בפיקוח. בנוסף, מדינות שונות ברחבי העולם אימצו חוקים האוסרים על price gouging, לדוגמא, George S. Cary et al., Exploitative Abuses, Price Gouging & COVID-19: The Cases Pursued by EU and National Competition Authorities, E-COMPETITIONS ANTITRUST CASE LAWS E-BULLETIN (30 April 2020); Lior Frank, Prohibiting Monopolistic Excessive Pricing During the Time of COVID-19, 41(7) EUROPEAN COMPETITION LAW REVIEW 317 (2020).

⁵ ראו פרוט בפרק 2.2 להלן.

⁶ ראו דיון בפרק 3 להלן.

⁷ שם.

⁸ ראו OECD, לעיל ה"ש 4, וכן את ההפניות במיכל (שיצר) גל והילה נבו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" **משפטים** מה(1) 277 (2016); מיכל (שיצר) גל והילה נבו "מחיר גבוה כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי: סוס טרויאני" **משפטים** מה(3) 801 (2017).

אין היא מוחלת אלא במקרים נדירים ומובחנים, עקב הקשיים המובנים בהחלטה ומחיר הטעות.⁹ גם הניסיון במדינות נוספות שניסו להחיל את העילה הוביל למסקנה דומה. כך, למשל, בברזיל הוגשו בין 1994 ל-2012 למעלה מ-60 תביעות בגין העילה, אך בשל קשיים בביסוס הטענות, אף לא אחת מהן הסתיימה בהרשעה. בעקבות כישלון זה, ואחרי דיון ציבורי נוקב, תוקן חוק התחרות הברזילאי ונחקק ממנו האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן.¹⁰ כפי שריביירו ומטוס מציינים, הניסיון הברזילאי הראה שעלות אכיפת העילה וחוסר הוודאות שהיא מייצרת בשל השרירותיות המובנית בקביעה מהו מחיר בלתי-הוגן, עולים על התועלת ממנה.¹¹ בדרום אפריקה מצא בית הדין לענייני תחרות, בשניים מארבעת המקרים בהם נעשה ניסיון להחיל את העילה, כי המחירים של שתי פירמות דומיננטיות היו בלתי הוגנים. אלא ששתי ההחלטות נהפכו על בית הדין לערעורים. זאת משום שבערעור נמצא כי בית הדין לענייני תחרות יישם את החוק בצורה שגויה והשתמש במבחנים לא נכונים לצורך הקביעה האם המחיר הוא בלתי הוגן.¹² בשני המקרים הנוספים הנסיבות היו כה חריגות- העלאה דרמטית של מחיר מסיכות פנים בעת מגפה עולמית על ידי משווק- עד שבית הדין לא ראה צורך להחיל ניתוח כלכלי מעמיק לקביעת הוגנות המחיר.¹³ גם באנגליה הניסיון באכיפת העילה מדגים את הקשיים הכרוכים בכך. מעטים המקרים בהם רשות התחרות הבריטית ראתה לנכון להחיל את האיסור והיא המליצה, באופן חד משמעי, לא לאפשר את אכיפתה בתביעות פרטיות, לאור אי הוודאות שהיא יוצרת ומחיר הטעות באכיפתה.¹⁴ רק לאחרונה ביטל בית הדין לתחרות החלטה של רשות התחרות בשל קשיים מתודולוגיים באכיפתה, למרות שהחלטה עסקה בחברת תרופות שהעלתה מחירים לתרופה גנרית לטיפול באפילפסיה שהייתה לה בלעדיות בהפצתה בשיעורים שבין 2,300%-2,600%.¹⁵ בית הדין לערעורים אמנם הפך חלקים בהחלטה, אך ההחלטה שקיבל לא הגבירה משמעותית את הודאות בגבולות העילה.¹⁶ מקרה זה ממחיש את הקשיים באכיפת העילה גם במקרים קיצוניים ה"דוקרים את העין". רשות התחרות בישראל לא החילה מעולם עילה זו למרות ניסיונות לעשות כן.

⁹ EUROPEAN COMM'N, FIFTH REPORT ON COMPETITION POLICY § 3 (1976): "Measures to halt the abuse of dominant positions cannot be converted into systematic monitoring of prices"; EUROPEAN COMM'N, XXIVTH REPORT ON COMPETITION POLICY § 207 (1994): "The Commission in its decision-making practice does not normally control or condemn the high level of prices as such"; EMIL Paulis, Dir. Gen. Competition, Eur. Comm'n, Article 82 EC and Exploitative Conduct, Address at the 12th Annual Competition Law and Policy Workshop 3 (June 9, 2007): "... intervening against excessive prices may entail the risk of a competition authority finding itself in the situation of a semi-permanent quasi-regulator. The authority may have to come back time and again to the pricing of the dominant firm when cost or other conditions change in the industry [...] something that a 'generalist' competition authority is much less equipped for than proper regulators with their deep knowledge of and continuous involvement in their industries"; 'addressing excessive prices is an area of antitrust where limited and very cautious intervention is warranted,' and [t]he enforcement practice indicates that generally only cases concerning large deviations from competitive levels are pursued. In view of the complexity of excessive pricing cases this is arguably a wise use of enforcement resources. OECD Roundtable on Excessive Pricing, DAF/COMP (2011) 18, p. 317, 321. זו לאחרונה ראו Margrethe Vestager "Protecting consumers from exploitation" Chillin' Competition Conference, Brussels, 21 November 2016 (available at: https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/protecting-consumers-exploitation_en).

¹⁰ ראו, Ribeiro E. P. and C. Mattos, *The Brazilian Experience with Excessive Pricing Cases: Hello, Goodbye, in*, EXCESSIVE PRICING AND COMPETITION LAW ENFORCEMENT (Katsoulacos Y. and F. Jenny eds, 2018).

¹¹ שם.

¹² ראו, Mncube, L. and M. Ngobese, *Working Out the Standards for Excessive Pricing in South Africa*, in EXCESSIVE PRICING AND COMPETITION LAW ENFORCEMENT, Katsoulacos שם.

¹³ ראו דיון בפרק 3.2 להלן.

¹⁴ OECD, לעיל ה"ש 4, בעמ' 296.

¹⁵ *Flynn Pharma Ltd and Flynn Pharma (Holdings) Ltd. v. Competition and Markets Authority and Pfizer Inc. and Pfizer Ltd. v. Competition and Markets Authority* [2018] CAT 11 (להלן: "פיזר בית הדין לתחרות").

¹⁶ *Competition and Markets Authority v. Flynn* [2020] EWCA Civ. 617 (להלן: "פיזר ערר").

ניסיונות אלו בהחלת העילה מדגימים את הבעייתיות האינהרנטית באכיפתה ומדגישים את הצורך להגביל אותה, למצער, למקרים חריגים ומובחנים בהם ברור לכל בר בי רב כי המחיר הגבוה מהווה ניצול לרעה של כוח שוק. ואכן, כפי שמפורט בטבלה שמופיעה בנספח ב' למאמר, במוסדות האיחוד האירופי נדונו במשך יותר מחמישים שנות קיום העילה עשרים ואחד מקרים (אשר חלקם הינם ערר שנדחה על החלטת הנציבות שלא להגיש תביעה), ובבריטניה נדונו שישה. לעומת גישה זהירה ומרוסנת זו באכיפת העילה, בישראל הוגשו בשנים האחרונות כחמישים תביעות ייצוגיות המחייבות את בית המשפט לשמש כמאסדר מחירים, כאשר לאחורונה עלה קצב הגשת התביעות לכשבע תביעות מדי שנה. הווה אומר שבישראל מוגשות בשנים האחרונות מדי שנה פי למעלה מ-17 תביעות יותר מאשר באיחוד האירופי, ופי 70 יותר מאשר בבריטניה.

מבול התביעות הייצוגיות בעילת מחיר גבוה בלתי הוגן, כמו גם הגישה העולה ממספר החלטות של בתי המשפט המחוזיים, מדאיגים ביותר.¹⁷ החלטות אלו מאמצות גישה קיצונית, החורגת באופן משמעותי מהמקובל בעולם, תוך התעלמות מ"מעצורי הזהירות" שהוחלו בגדרה. מטרידה העובדה שגישה קיצונית זו אינה מתיימרת להתמודד עם הכשלים האינהרנטיים להחלת העילה, הזועקים מההחלטות ומההכתיבה האקדמית בכל העולם. אין חולק שישראל חופשית לאמץ גישה ייחודית משלה לעילה, אבל על גישה זו להתבסס על טיעונים המעידים שהיא אכן משרתת את תכלית החוק, ואיננה מתעלמת מהניסיון הרב שנצבר בהחלטה ברחבי העולם ואשר הביא לזהירות-יתר בהחלטה.¹⁸ במידה ומקבלי ההחלטות יחליטו לסטות מהגישה שאומצה בעולם, מן הראוי להסביר מדוע ישראל שונה ממדינות אחרות במידה המצדיקה אימוץ גישה שמדינות אחרות דחו לאחר ניסיון עם עילה זו. זאת ועוד: גישה קיצונית זו גם מתעלמת מהקו הזהיר העולה מהחלטת בית המשפט העליון בעניין רייס.¹⁹ המטוטלת נוטה כעת לכיוון מדאיג. חשוב לוודא שהיא תחזור למסלולה הראוי.

במאמר זה נפרט את הקשיים בהחלת העילה (פרק 2), ביו היתר לאור הניסיון להחלטה ברחבי העולם (פרק 3). כן נפרט את התנאים הראויים לדעתנו להחלטה במידה ויוחלט להכיר בה למרות קשייה (פרק 4). במסגרת זו נעמוד גם על הבעייתיות בדרך בה היא הוחלה על ידי מספר בתי משפט מחוזיים, ונדגים כיצד היא סוטה מהגישה המקובלת בעולם. על מנת לעשות זאת, סקרנו החלטות, גילויי דעת, דו"חות, מאמרים, וספרים בנושא מכל רחבי העולם. התמונה העולה מהם היא חד משמעית: הדעה המושמעת על ידי שלושה מלומדים ישראליים,²⁰ כמו גם זו שאומצה במספר החלטות של בתי המשפט המחוזיים, חורגת באופן קיצוני מזו שאומצה ברחבי העולם לאור הקשיים בהחלת העילה ומחיר הטעות בהחלטה. היא גם חורגת משמעותית מהעמדה הזהירה שאימצו רשות התחרות,²¹ והיועץ המשפטי לממשלה.²² כן נראה כיצד ההחלטות אינן מתמודדות עם הכשלים שהובילו לביטול העילה או למצער לאימוץ גישה זהירה ומרוסנת להחלטה ברחבי העולם. לבסוף נתייחס לכמה טענות של המתנגדים לגישה זהירה בהחלת העילה (פרק 5).

¹⁷ ראו דיון בפרק 4.2 להלן.

¹⁸ דו"ח OECD, לעיל ה"ש 4. ראו גם את המקורות המצוטטים, למשל, בגל ונבו, לעיל ה"ש 8; Michal S. Gal, *Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the EC: Two Systems of Belief about Monopoly?* 49 ANTITRUST BULLETIN 343 (2004); Michal S. Gal, *Abuse of Dominance: Exploitative Practices, in EU COMPETITION LAW* (Lianos and Geradin eds. 2013), 385; Gal, *The Case for Limiting*, supra note 3.

¹⁹ רע"א 2616/03 **ישרכארט בע"מ נ' רייס**, פ"ד נט(5) 701 (פורסם בנבו, 14.3.2005).

²⁰ דיויד גילה ואלון קלמנט "פרוצדורה ומהות בתובענות ייצוגיות בעילת מחיר מופרז: כלים שלובים להרתעה אופטימלית" **עיוני משפט** מה (2021); אריאל אזרחי ודיויד גילה, **דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים** 320-5 (2019).

²¹ רשות התחרות, גילוי דעת 1/17, שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת איסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה (28.2.2017).

²² עמדת היועץ המשפטי לממשלה ברע"א גפניאל (להלן: "עמדת היועץ המשפטי").

2. הבעייתיות בהחלת העילה

לעילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן משיכה אינטואיטיבית חזקה – שהרי הורדת מחירים מגדילה את רווחת הצרכן. יתירה מזאת, מבחינה נורמטיבית, ניתן לטעון שבהתקיים תנאים מסוימים, קיים בסיס רעיוני לגיטימי לאיסור על מחיר גבוה של בעל מונופולין.²³ גם מבחינה כלכלית עשויה להיות הצדקה להסדרת מחירים כל עוד דרך המלך- של עידוד התחרות בשוק והקטנת חסמי כניסה מעבר בין מתחרים - אינה אפשרית, ובתנאי שהסדרת המחירים, שהיא כשלעצמה איננה תמיד יעילה, מביאה לתוצאה טובה יותר מאשר אי התערבות.²⁴

עם זאת, השאלה הרלוונטית היא האם עילת הניצול של מעמד מונופוליסטי לרעה היא הכלי הנכון לפקח על מחירים גבוהים של בעל מונופולין. אכן, רשויות התחרות ברחבי העולם, כמו גם מרבית המלומדים (למעט קומץ קטן ביותר), הגיעו למסקנה שכאשר לוקחים בחשבון את כל ההיבטים של אכיפת העילה, הנזק מאכיפתה עולה במרבית המקרים על התועלת, ולפיכך יש מקום להחיל את עילת המחיר הבלתי הוגן רק במקרים חריגים ונדירים.²⁵ אכן, הניסיון שנצבר ברחבי העולם מוכיח שעילה זו נגועה במספר בעיות אינהרנטיות היוצרות סיכון גבוה שהחלתה תפגע בפעילות התחרותית בשוק וברווחת הצרכן. קשיים אלו בהחלתה באים לידי ביטוי, בין היתר, בדבריו של המומחה הבינלאומי לדיני תחרות ושופט בית המשפט העליון בצרפת לשעבר, פרופסור ג'ני, אשר טוען בהסתמך על ניתוח הניסיונות ברחבי העולם להחלת העילה כי:

"[c]ompetition law is clearly an inadequate instrument to fight excessive prices for analytical and practical reasons."²⁶

דו"ח של ארגון המדינות המפותחות (OECD) שניתח את תחולת העילה במדינות המפותחות, הגיע גם הוא למסקנה דומה:²⁷

"Interventions by competition authorities to deal with [excessive prices] directly are considered controversial at best."

להלן נפרט מדוע החלת העילה עלולה להזיק יותר מאשר להועיל. הקשיים בהחלתה רלוונטיים הן לשאלה האם ראוי להכיר בעילה והן לשאלת היקף תחולתה, אם יוחלט להכיר בה. בין היתר נעמוד על הקשיים בהגדרת הוגנות מחיר, על הקשיים המבניים בעת החלתה במסגרת תביעות פרטיות, ועל מחיר הטעות. ראשית נפרט ארבע מושכלות יסוד העומדות בבסיס התאוריה הכלכלית עליה מבוססים דיני התחרות: רווחת הצרכן איננה תלויה רק במחיר שהוא משלם אלא גם בתמורה שהוא מקבל; תמריצים ראויים לפירמות הם קריטיים לצורך תפקוד יעיל של השוק ולרווחת הצרכנים; כדי להבטיח השקעות יעילות של פירמות נדרשת רמה גבוהה של ודאות; והמחיר התחרותי עלול שלא לספק לפירמות תמריצים ראויים. בחרנו לפתוח במושכלות יסוד אלו, כיון שנדמה שהקולות הקוראים בישראל להחלה רחבה של העילה מתעלמים מהן ולמצער אינם נותנים להן את המשקל הראוי, תוך פגיעה ברווחת הצרכן. בנוסף אנו דנים במושכלת יסוד

²³ ראו, למשל, Gal, Exploitative Practice, לעיל ה"ש 18.

²⁴ גל ונבו, תורת ההחלטות, לעיל ה"ש 8; Gal, Exploitative Practices, לעיל ה"ש 18.

²⁵ ראו, למשל, OECD לעיל ה"ש 4, בעמ' 18.

²⁶ ראו, Frederic Jenny, Abusively High prices, Competition Law and Economic Analysis, Address at CRESSE 12th International Conference on Competition and Regulation (Jul. 1, 2017). Frédéric Jenny, *Abuse of Dominance* גם *International Conference on Competition and Regulation (Jul. 1, 2017). by Firms Charging Excessive or Unfair Prices: An Assessment, in EXCESSIVE PRICING AND COMPETITION LAW ENFORCEMENT*, לעיל.

²⁷ OECD, לעיל ה"ש 4, בעמוד 4.

חמישית, משפטית, לפיה תחולת העילה אינה מותנית בהתנהגות מדירה של בעל המונופולין.

2.1. חמש מושכלות יסוד

א. מושכלת יסוד כלכלית ראשונה: רווחת הצרכן איננה תלויה רק במחיר אלא גם בתמורה שהוא מקבל

אין חולק שכתנאים מסוימים מחיר העולה על עלות הייצור השולית של המוצר (במאמר זה- "מוצר" יכלול גם שירות) יוצר עיוותים.²⁸ זאת משום שחלק מהצרכנים עלול לרכוש כמות קטנה יותר של מוצרים מסוימים בשל מחירם הגבוה, וחלקם עלול להפסיק לרכוש אותם לחלוטין, ולרכוש במקומם מוצרים זולים יותר שהם מעדיפים פחות. כתוצאה מכך נוצר אובדן של רווחה כלכלית הקרוי "נטל עודף" (Deadweight loss).²⁹ הנטל העודף משקף את אובדן הרווחה של צרכנים אשר מוכנים לשלם על המוצר מחיר העולה על עלות ייצורו, אך רוכשים ממנו כמות קטנה מדי, או לא רוכשים אותו כלל, בשל מחירו הגבוה.³⁰ בהתאם לכך, ניתוח אשר מניח שהמוצרים בשוק נתונים, ומתעלם מהמורכבות של שווקים עליהם נעמוד בהרחבה בהמשך, מצדיק החלת איסור על מחיר גבוה כדי להקטין את תוצאותיו השליליות של נטל עודף בטווח הקצר.

בנוסף, מחיר גבוה מעביר חלק גדול יותר מהתמורה שהעסקה יוצרת מהקונה למוכר (יש המכנים זאת העברת ערך). העברת ערך היא בעייתית מבחינה נורמטיבית אם מניחים שתמיד הצרכן הוא זה שזכאי לקבלת את כל העודף הכלכלי שיצרה העסקה. אלא שהבסיס הנורמטיבי לטענה זו הינו בעייתי, לפחות כל עוד מתעלמים מהשאלה מיהם הצרכנים של הפירמה הספציפית ומה מצבם הסוציו-אקונומי, ומיהם בעלי המניות של הפירמה ומה מצבם הסוציו-אקונומי. בעיה זו מחריפה במקרים בהם הפירמה נסחרת בשוק ההון וצרכניה עשויים להיות גם בעלי המניות (בין אם במישרין ובין אם בעקיפים באמצעות קופות גמל, קרנות השתלמות או חסכון פנסיוני), או במקרים בהם המוצר הוא מוצר יוקרתי הנרכש על ידי צרכנים אמידים ואילו הפירמה היא בבעלות (לפחות חלקית) של עובדיה. מכל מקום, כמו בעיית הנטל העודף, גם העברת הערך מתמקדת בטווח הקצר. התמקדות זו בטווח הקצר מתעלמת מכך שהעברת ערך בטווח הקצר מצרכנים לפירמות מספקת לפירמות תמריצים להשקיע במוצרים קיימים או מוצרים עתידיים, באופן אשר עשוי להיטיב עם ציבור הצרכנים בטווח הארוך. על תמריצים אלה נעמוד בהרחבה בהמשך המאמר.

מכל מקום, רווחת הצרכן איננה תלויה רק במחיר שהצרכן משלם: היא תלויה גם בתמורה שהצרכן מקבל עבור המחיר. כל עוד לא נלקחת בחשבון התמורה למחיר, לא ניתן לטעון שמחירו הגבוה יותר של מוצר א' פוגע ברווחת הצרכן רק משום שמוצר ב' נמכר יותר בזול. נדיגים. נניח ששתי תרופות מטפלות באותה מחלה ועלויות הייצור שלהן זהות. תרופה א' עולה פי שתיים מתרופה ב'. ברור לכל כי רב שלא ניתן לטעון שרווחת הצרכן נמוכה יותר כאשר הוא קונה את תרופה א' מאשר את תרופה ב' אם האריזה של תרופה א' מכילה כמות כפולה של כדורים, שהרי המחיר לכדור תרופה

²⁸ חשוב להבהיר שרק חריגה מהעלות השולית, לא מהעלות הממוצעת, יוצרת עיוותים. נקודה זו חשובה משום שלעיתים קרובות, הדיון בעניין מחיר גבוה בלתי הוגן דן בעלויות בלי להבחין בין עלות שולית לעלות ממוצעת, שהיא העלות השולית בתוספת העלות הקבועה (שאיננה משתנה עם היקף הייצור) חלקי סך הכמות המיוצרת.

²⁹ הדוגמה הבאה ממחישה את בעיית הנטל העודף: נניח שעלות הייצור ליחידה היא 10 ₪ (לשם פשטות נניח כי אין עלויות קבועות), אבל מחיר המוצר הוא 15 ₪. בהתאם, כל הצרכנים אשר מוכנים לשלם על המוצר בין 10 ₪ ל-14.99 ₪ לא ירכשו את המוצר, למרות שהם מוכנים לשאת בעלות הייצור שלו. ההפרש בין המחיר שהצרכנים מוכנים לשלם לבין העלות הייצור משקף את הנטל עודף. לדוגמה, אם מחיר המוצר הוא 12 ₪, אזי צרכן אשר מוכן לשלם על המוצר 13 ₪, היה רוכש אותו, מה שהיה מותיר בידי הצרכן עודף של 1 ₪, ויוצר למוכר רווח של 2 ₪. ואולם במחיר של 15 ₪ הצרכן לא ירכוש כלל את המוצר, ולכן נוצר נטל עודף של 3 ₪ (אובדן עודף צרכן של 1 ₪ ואובדן רווח של 2 ₪).

³⁰ ניתן לתהות מדוע מוכר יעלה את המחיר מעל העלות השולית אם פעולה זו כרוכה באובדן רווח. הסיבה לכך היא שכל עוד המוכר חייב לקבוע מחיר אחיד לכלל הצרכנים, הדרך היחידה להרוויח יותר מצרכנים אשר קונים את המוצר ממילא היא להעלות את מחירו מעבר לעלות השולית. העלאה זו גורמת לחלק מהצרכנים להפסיק לקנות. מנקודת ראותו של המוכר, אובדן הרווח על צרכנים שמפסיקים לרכוש את המוצר רע הכרחי כדי לאפשר לו להרוויח יותר מהצרכנים אשר קונים את המוצר ממילא.

זהה בשני המקרים. בדומה, ברור שלא ניתן לטעון שרווחת הצרכן נמוכה יותר כאשר הוא רוכש את תרופה א' אם המינן שלה כפול מזה של תרופה ב', כך שהמחיר למ"ג של חומר פעיל של תרופה זהה בשני המקרים. כעת נניח שתרופות א' ו-ב' נמכרות באריזות המכילות אותו מספר של כדורים וכמות זהה של חומר פעיל, אך החומר הפעיל בתרופה א' יעיל כפליים מהחומר הפעיל בתרופה ב'. בהתאם, זמן הטיפול בתרופה א' הוא חצי מזמן הטיפול בתרופה ב', ולכן המחיר ליום טיפול זהה בשני המקרים. ברור שגם כאן המחיר הגבוה יותר של תרופה א' איננו מצביע על פגיעה ברווחת הצרכן לעומת רכישה של תרופה ב'. כעת נניח ששתי התרופות נמכרות באריזות המכילות אותו מספר כדורים, כמות זהה של חומר פעיל, וזמן הטיפול בהן זהה. האם מחירה הכפול של תרופה א' מעיד על כך כי רווחת הצרכן נמוכה יותר כאשר הצרכן רוכש את תרופה א' לעומת רווחתו כאשר הוא רוכש את תרופה ב'? ובכן, אם הטיפול בתרופה ב' כרוך בהשפעות לוואי (בחילות, הקאות, סחרחורת, כאב ראש, וכדומה), בשעה שהטיפול בתרופה א' איננו כרוך בהשפעות לוואי, הרי ששוב יהיה קשה לטעון כך.

הדוגמה לעיל ממחישה את העובדה שמחירו של מוצר איננו חזות הכל. השאלה הרלוונטית לרווחת הצרכן איננה רק מה המחיר, אלא גם מה התמורה המתקבלת. כאשר בודקים רק את המחיר ומתעלמים מהתמורה, מתקבלת תמונה חלקית על רווחת הצרכן, שהיא הערך העיקרי עליו חוקי התחרות מגינים.

ב. מושכלת יסוד כלכלית שנייה: חשיבות התמריצים לרווחת הצרכנית והחברתית

מושכלת היסוד הראשונה מבהירה שרווחת הצרכן תלויה לא רק במחיר אלא גם בתמורה המתקבלת עבורו. מטבע הדברים, כאשר מתמקדים רק במחיר מתקבלת תמונה חלקית. בכך לא היה אולי פגם לו התמורה הייתה קבועה ובלתי תלויה במחיר שבעל המונופולין דורש. אלא שלא זה המצב. פירמות מחלטות איזה מוצרים לספק וכיצד לספקם, בין השאר בהתחשב במחיר אותו יוכלו לקבל. כיוון שפירמות עצמאיות להחליט אילו מוצרים להציע (למעט במקרים יוצאי דופן בהם חלה עליהם חובה להציע מוצרים מסוימים מכוח הוראות חוק), התמקדות רק במחיר עלולה להשפיע על מגוון ואיכות המוצרים שפירמות תצענה, והתוצאה עלולה להיות גרועה יותר מנקודת ראותו של הצרכן מאשר אי התערבות בשוק. לכן עניינה של המושכלה השנייה הוא התמריצים הגורמים לפירמות להציע מוצרים חדשים, לספק מוצרים באיכות גבוהה, להגדיל את מגוון המוצרים, ולייעל את תהליכי הייצור. כאשר תמריצים אלה נלקחים בחשבון, חריגה של המחיר מהעלות השולית לייצור המוצר עשויה להיות בבחינת כורח בל יגונה.³¹ מכאן גם עולה שהתמקדות בשיקולים של נטל עודף והעברת ערך בטווח הקצר מתעלמת מהשאלה כיצד הגיע השוק למצבו הנוכחי (הרי אף מוצר לא הוצע למכירה מאז ומעולם), וכיצד הגבלות על מחיר ישפיעו על מגוון, איכות, זמינות, ומחיר המוצרים שיוצעו בעתיד (שהרי פירמות מחלטות לפתח מוצר ולהציע אותו למכירה בהתאם לשיקוליהן אשר הסתמכו בין היתר על המחיר אותו ציפו לקבל).

דוגמה בולטת למצב בו חריגה של מחיר מעלות הייצור השולית של המוצר נדרשת בכדי להבטיח שהתוצאה בסופו של דבר תועיל לצרכנים, היא מוצרים המחייבים השקעות ארוכות טווח הכרוכות בסיכון. הציפייה לרווחים, אשר מטבע הדברים מחייבים גביית מחיר העולה על עלות הייצור, היא זו מתמרצת פירמות לפתח מוצרים חדשים, להיכנס לשווקים חדשים, להגדיל את מגוון המוצרים, ולהשקיע משאבים במחקר ובפיתוח. ככלל, השקעה במחקר ופיתוח יכולה להיות מוכוונת לייעול תהליכי הייצור והפחתת עלויות (process innovation), לשיפור איכותם של מוצרים קיימים, או לפיתוח מוצרים חדשים (product innovation), כגון טלפון סלולרי, מחשב, או תרופות חדשות.³² השקעות של פירמות פרטיות במחקר ופיתוח המכוון לייעול תהליכי ייצור והפחתת עלויות מיטיבות עם הצרכנים משום שלפחות חלק מההפחתה בעלויות מתגלגלת לצרכנים, ואילו השקעות בהעלאת איכות המוצרים או פיתוח מוצרים חדשים מגדילות

³¹ ראו דיון גם בגל ונבו, סוס טרויאני, לעיל ה"ש 4 בעמ' 806-12.

³² ראו למשל פרק 1.1.1.1 בספרו של חתן פרס נובל לכלכלה JEAN TIROLE, THE THEORY OF INDUSTRIAL ORGANIZATION (1988).

בדרך כלל את "עודף הצרכן", כלומר את הפער שבין תועלת הצרכנים מצריכה והמחיר שהם משלמים על מוצרים אלה.³³ כאשר פירמות חייבות לגבות מחיר השווה לעלות השולית של המוצר, יהיה להן מטבע הדברים תמריץ חסר להפחית עלויות, ולכן המחיר לצרכן עלול להיות גבוה. בנוסף, מחיר השווה לעלות השולית מספק תמריץ-חסר להציע מוצרים חדשים, או לשפר את איכותם של מוצרים קיימים. לא בכדי דיני הפטנטים מאפשרים לבעל הקניין הרוחני, ליהנות מבלעדיות בייצורו במשך תקופה ארוכה.³⁴ בלעדיות זו עשויה לאפשר לו לגבות מחיר העולה על העלות השולית, אך זהו המחיר שהצרכנים נדרשים לשלם כדי לתמרץ את הפירמות להשקיע ולפתח. כפי שיפורט בהרחבה להלן, החשש מיצירת תמריץ חסר להשקיע לא נעלם כאשר מאפשרים לפירמות לגבות מחיר השווה לעלות שולית בתוספת מרווח מוגבל, משום שהמרווח (קרי הפער בין המחיר לעלות השולית) עלול להיות נמוך מדי, בין היתר כיון שבלתי אפשרי לקבוע מראש בוודאות הנדרשת מרווח שיתאים לכל הפירמות ולכל ההשקעות.

למעשה ללא תמריצים למחקר ופיתוח, הנטל העודף בטווח הארוך היה גדול עוד יותר, שכן חלק מהמוצרים לא היו מגיעים לשוק כלל והצרכנים לא היו יכולים ליהנות מהם. לפיכך, בראיה ארוכת טווח ניתן לומר שנטל עודף בטווח הקצר (מרגע שהמוצר הגיע לשוק) הוא המחיר שיש לשלם עבור מניעת נטל עודף גדול עוד יותר בטווח הארוך אשר ייגרם אם לפירמות לא יהיה תמריץ מספיק להשקיע ולפתח כדי להביא מוצרים טובים יותר לשווקים. ההכרה בחשיבותם של תמריצים דינמיים לרווחת הצרכן, ובכך שתמריצים כאלה מאפילים על יעילות סטטית (אשר שמה דגש על מניעת נטל עודף בטווח הקצר), משתקפת בין השאר בדבריו של סגן התובע הכללי לשעבר של ארה"ב לענייני תחרות:³⁵

"[A]ntitrust enforcers must be careful not to pursue immediate, static efficiency gains at the expense of long-term, dynamic efficiency improvements, since the latter are likely to create more consumer welfare than the former."

דברים דומים טוענים גם הכלכלנים סידאק וטיס:³⁶

"... using static analysis to address antitrust issues in a dynamic economy is unlikely to improve consumer welfare and ... a more dynamic analytical framework increases the likelihood of helping rather than hurting consumers."

Richard Gilbert, *Looking for Mr. Schumpeter: Where Are We in the Competition-Innovation Debate?*, 6 ³³ INNOVATION POL'Y & ECON. 159 (2006). האוסמן אומד את עודף הצרכן מהשקת דגנים לארוחת בוקר במותג צ'יריוס בטעם של תפוחים וקינמון בלמעלה מ-78 מיליון דולר לשנה, נכון ל-1992-1990. כדי להעריך את התרומה לכלכלה, כדאי לזכור שמדובר בסוג אחד של דגנים לארוחת בוקר במותג ספציפי, וכי בין השנים 1980 ו-1992 הושקו כ-190 מותגים חדשים של דגנים לארוחת הבוקר שהצטרפו לכ-160 מותגים שכבר היו קיימים ב-1980. אם נזכור בנוסף שבסופרמרקט ממוצע יש כ-30,000 מוצרים שונים, הרי שהשקת מוצרים חדשים מגדילה את עודף הצרכן בסכומים אדירים. ראו, Hausman J., *Valuation of New Goods under Perfect and Imperfect Competition*, in THE ECONOMICS OF NEW GOODS (Timothy Bresnahan and Robert J. Gordon, eds., 1997).³⁴ חוק הפטנטים תשכ"ז-1967.

Thomas O. Barnett, Presentation to the George Mason University Law Review 11th Annual Symposium on ³⁵ Antitrust: Maximizing Welfare through Technological Innovation (Oct. 31, 2007), available at www.justice.gov/atr/public/speeches/227291.htm

Gregory Sidak and David Teece, *Dynamic Competition in Antitrust Law*, 5(4) JOURNAL OF COMPETITION LAW AND ³⁶ ECONOMICS 581 (2009).

בדעה דומה מחזיקים מלומדים מובילים בעולם. למעשה, המלומד הידוע איסטרברוק טוען כי "מדיניות תחרות המורידה את המחיר כיום ב-5% על חשבון פגיעה בהורדה של 1% של עלות ייצור המוצר בשל יעילות דינמית, תהיה אסון. בטווח הארוך השינוי המצטבר גדול בהרבה מהפגיעה הסטטית".³⁷

בהתאם לכך, ברור שכאשר דנים בגובהו של מחיר יש לקחת בחשבון את השפעת המחיר על תמריצי הפירמות, וכי שיקולים אלה הם בעלי חשיבות קרדינלית לרווחת הצרכן. התמקדות בניתוח סטטי - במחיר המוצר בנקודת זמן מסוימת תוך התעלמות מהשאלה כיצד הגבלת המחיר תשפיע על תמריצים לתחרות ולחדשנות בעתיד - עלולה לפגוע ברווחת הצרכן בטווח הארוך. כמוה כהפניית הזרקור לנקודה מסוימת בשביל ארוך, בלי לשאול כיצד הגענו לאותה נקודה, ולאן אנו הולכים ממנה.

נדגים: נניח שחברות תקשורת היו חייבות לאפשר לחברות מתחרות גישה לרשת שלהן תמורת תשלום בגובה העלויות שלהן. האם היה להן תמריץ להשקיע בדור חדש של תקשורת סלולרית?³⁸ אם לא, האם מצב צרכני התקשורת היה משתפר רק משום שהייתה להם אפשרות לבחור בין מספר ספקיות אינטרנט שכולן היו מאפשרות גישה לרשתות אינטרנט איטיות בפס צר, אך במחיר שווה לכל נפש? בדומה, נניח שלא היו מאפשרים לפייזר או מודרנה להרוויח מחיסון נגד קורונה מעבר לעלות ייצור החיסון. האם היה להן תמריץ לפתח את החיסון בפרק זמן של תשעה חודשים (או פרק זמן ארוך יותר)? האם המחיר הזול לחיסון שהיה מפותח תוך מספר שנים (או שלא היה מפותח כלל) היה משפר את הרווחה של האוכלוסיה בהשוואה לחיסונים יקרים יותר המוצעים תוך פחות משנה? נראה שהתשובה לשאלות אלו טריוויאלית. ואכן, דיני התחרות אינם מסתפקים בניתוח סטטי של תמונת מצב זמנית של נטל עודף בנקודת זמן מסוימת, אלא מרחיבים את יריעת הניתוח ומביאים בחשבון גם שיקולים של תמריצים לכניסה לשוק ולהשקעה בפיתוח מוצרים, שירותים, וטכנולוגיות חדשות, אשר נדרשים למניעת נטל עודף בטווח הארוך אשר עלול להגרם אם פירמות ימנעו מכניסה לשווקים, מפיתוח של מוצרים ושרותים חדשים, או שיפזרו איכותם של מוצרים ושירותים קיימים.³⁹ בפרט, דיני התחרות מכירים בכך שכוח שוק המבוסס על יתרונות יחסיים שהושגו בזכות (competition on the merits) הינו תוצאה מסתברת של תחרות, שנדרשת על מנת לקדם את הרווחה החברתית בטווח הארוך. זוהי הסיבה לכך שהחוק לא אוסר על עצם קיומו של מונופולין.

מכאן עולה שמתן אפשרות לפירמות לגבות מחיר על-תחרותי מקום בו הצליחו בתחרות בשוק מהווה אמצעי לתמריץ פירמות להשקיע ולפתח כדי להגדיל את רווחת הצרכן. למותר לציין שמתן תמריצים לפירמות אינו מצדיק תמיד ובכל מצב מחירים גבוהים - מדיניות אופטימלית חייבת לאזן בין מניעת נטל עודף בטווח הקצר, לבין מתן תמריצים לפירמות לנקוט בפעולות שאמנם מגדילות את הרווחים שלהן, אך גם מיטיבות עם ציבור הצרכנים. מושכלת יסוד זו משתקפת בחוק התחרות. כפי שבית המשפט העליון חזר והדגיש, מטרת החוק היא להגדיל את רווחת הצרכן.⁴⁰ החוק מבקש לוודא שהתמורה הכוללת לצרכן, בטווח הארוך, אינה נפגעת. לשם כך נלקחים בחשבון כל היבטיה של התמורה, לרבות מחיר (שהעלאתו מתבטאת בנטל עודף בטווח הקצר ובהעברת ערך), איכות (אשר שיפורה

³⁷ תרגום מאנגלית מתוך Frank H. Easterbrook, *Ignorance and Antitrust*, in ANTITRUST, INNOVATION AND COMPETITIVENESS 119 (Thomas M. Jorde & David J. Teece eds., 1992).

³⁸ בריגלואר וגוגלר בחנו את ההשפעה של פיקוח מחירים על השקעות בשוק התקשורת ומצאו שמשטר פיקוח המחייב חברות תקשורת באיחוד האירופי לאפשר למתחרים גישה לרשתות שלהן במחיר עלות הרתיעה השקעות בפריסה של רשתות אינטרנט מהיר המבוססות על סיבים אופטיים. לעומת זאת, בארה"ב שבה רשות התקשורת הפדראלית פטרה חברות תקשורת מחובה דומה בשנים 2003-2007 בהסתמך על שיקולים של תמריצים דינמיים, חלה צמיחה מהירה בפריסה של רשתות כאמור ועלייה חדה במספר המנויים של רשתות אלה. W. Briglauer and K. Gugler, *The Deployment and Penetration of High-Speed Fiber Networks and Services: Why are EU Member States Lagging Behind*, 37(10) TELECOMMUNICATIONS POLICY 819 (2013).

³⁹ ראו למשל Douglas Ginsburg and Joshua Wright, *Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions*, 78(1) ANTITRUST LAW JOURNAL 1 (2012).

⁴⁰ ראו, למשל, ע"פ 2560/08 מדינת ישראל - רשות ההגבלים העסקיים נ' וול (פורסם בנבו, 6.7.2009).

בטווח הארוך עשוי להעלות את רווחת הצרכן הרבה יותר ממחיר כפי שדוגמת הטלפון הסלולרי מדגימה), ומגוון. החוק גם מעודד התייעלות של היצרן, אשר עשויה להוריד את עלויות המוצר ולחסוך משאבי ייצור למשק.⁴¹ יש מצבים, דוגמת מיזם משותף או מיזוג, בהם יכולה להיות התנגשות בין רכיבים שונים ברווחת הצרכן, למשל המחיר עלול להתייקר אך האיכות עשויה להשתפר. אכן, חוק תחרות עצמו קובע, למשל, כי ניתן להצדיק פגיעה בתחרות במסגרת מיזם משותף כאשר זו נדרשת לשם "ייעול הייצור והשיווק של נכסים או שירותים" וכן "הבטחת איכותם", וזאת ללא התניית הגשמת מטרה זו באי עליית מחירים.⁴² בדומה, ההנחיות לניתוח מיזוגים אופקיים שהוציאה הרשות קובעים מפורשות כי "סוגי יעילות אשר משפרים את יכולתה ותמריציה של החברה המתמזגת להתחרות באופן שישירת את הציבור ויתבטא בסופו של דבר במחירים נמוכים יותר, איכות משופרת, מגוון או טכנולוגיה חדשה יילקחו בחשבון כמשקל נגד להשפעה אנטי תחרותית."⁴³ אלו הן רק שתי דוגמאות המדגימות כי החוק אינו מתמקד בניתוח של הנטל העודף או העברת ערך בנקודת זמן מסוימת, במנותק מהשאלה מה הביא לפיתוח המוצר מלכתחילה, ומה יתמרץ את הפירמות בשוק להמשיך ולפתח מוצרים חדשים.

ג. מושכלת יסוד כלכלית שלישית: חשיבות הודאות עבור השקעות בשוק

עניינה של מושכלת היסוד הכלכלית השלישית הוא חשיבות רמת הודאות שיש לשחקנים בשוק לגבי התנאים בשוק בכלל, ומגבלות על המחיר שיותר להם לגבות במסגרת החוק בפרט. בהיעדר וודאות, קשה למי שמבקש להשקיע להעריך נכונה כמה רווח תניב ההשקעה והאם היא כדאית. קושי זה יוצר סיכון אשר מקטין את התמריץ להשקיע, ולכן פוגע בצרכנים. על כן פיקוח מחירים אשר אינו מבוסס על כללים ברורים שניתן להחילם מראש, עוד בטרם החליטה פירמה אילו השקעות תשקיע ואיזה מחיר תגבה, פוגע בפעילות התקינה השווקים. זו בדיוק הסיבה שפיקוח מחירים מוחל ברגיל מראש. זאת ועוד: בהיעדר וודאות, נופלת גם הטענה לפיה ניתן לסמוך על כך שמנגנון השוק יסדיר את עצמו ויביא למחירים הוגנים ויעילים, משום שללא יכולת לחשב את המחיר שיותר לגבות אם ההשקעה תצליח, יהיה לפירמות תמריץ-חסר להשקיע ולפתח.⁴⁴

על הפגיעה ברווחה החברתית כתוצאה מחוסר וודאות בנוגע למחיר המפוקח שייקבע בדיעבד ניתן ללמוד באנלוגיה מ"בעיית האופורטוניזם", המזוהה עם כתיבתו של ווליאמסון אשר עליה, בין השאר, הוא זכה בפרס נובל בכלכלה.⁴⁵ בהקשר של פיקוח מחירים, בעיית האופורטוניזם נובעת מכך שכל עוד הפירמה המפוקחת לא השקיעה עדיין, יש למאסדר אינטרס להבטיח לה תשואה מספקת על ההשקעה שלה בדמות מחירים גבוהים כדי לתמרץ אותה להשקיע. ברם, מרגע שההשקעה כבר בוצעה, אין יותר צורך לתמרץ את הפירמה, ולכן יש למאסדר אינטרס להפחית את המחיר, בניגוד להבטחה שלו לפירמה, כדי להיטיב עם הצרכנים. הפירמה המפוקחת יכולה להעריך מראש שכך יהיה, ולכך היא עלולה להימנע מלכתחילה מהשקעות, או למצער היא עלולה להשקיע סכומים נמוכים מאלה הרצויים מנקודת ראותו של הצרכן.⁴⁶ ויליאמסון אמנם מתייחס לפיקוח על מחירים של חברות תשתית באמצעות רשות פיקוח, אך בעיית האופורטוניזם תקפה במידה שווה גם להסדרה בדיעבד במסגרת תביעות פרטיות. זאת בכל מקום בו תביעות כאלה קובעות בדיעבד נורמת ההתנהגות וכללים שבעל המונופולין היה אמור לעמוד בהם, מבלי שאלה הוגדרו בבחירות מראש, ולכן

⁴¹ בג"ץ 588/84 ק.שר סחר אסבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד מ(1) 29 (1986).

⁴² סעיף 10 לחוק התחרות הכלכלית 1988.

⁴³ רשות התחרות, גילוי דעת 1/11 הנחיות בדבר הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים (2011), עמ' 22-3.

⁴⁴ זו ראו דייוויד גילה "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" משפטים מה 761 (2017).

⁴⁵ ראו למשל, OLIVER E. WILLIAMSON, THE ECONOMIC INSTITUTIONS OF CAPITALISM (1985).

⁴⁶ ראו למשל, Oliver E. Williamson, *Franchise Bidding for Natural Monopolies—in General and with Respect to CATV*, 73 (1976-7) THE BELL JOURNAL OF ECONOMICS 73 (1) לסקירה של תרומתו של ויליאמסון לתחום הפיקוח על מחירים, ראו, Pablo Spiller, *A Tribute to Oliver Williamson Regulation: A Transaction Cost Perspective*, 52(2) CALIFORNIA MANAGEMENT REVIEW 147 (2010).

הפירמה לא יכלה לצפותן מראש ברמת ודאות גבוהה בנקודת הזמן בה החליטה אם וכמה להשקיע. חוסר הוודאות שתביעות כאלה יוצרות פוגע בתמריצי ההשקעות של הפירמות, והוא גם עלול לגרום לפירמות להשקיע בטכנולוגיות נחותות אשר חשופות פחות לבעיית אופורטוניזם.⁴⁷ ספילר טוען שתמריץ להשקעות-חסר הוא הנורמה במקרים כאלה:

“In the absence of safeguards, investment inefficiencies may arise in several fronts... underinvestment will be the norm...”

הפתרון לבעיית האופורטוניזם הוא בקביעת כללי משחק ברורים, ידועים, ויעילים, ועמידה בכללים אלה.⁴⁸ אם לא ניתן לקבוע כללים כאמור, יש לכל הפחות להתחשב במחיר חוסר הודאות בעת קביעת הכלל המשפטי אשר יוצר אותה.

ד. מושכלת יסוד כלכלית רביעית: התנאים לקיום מחיר תחרותי ומה הוא מכסה

יש הטוענים שמטרת העילה היא שחזור התוצאה שהייתה מתקבלת בתנאי תחרות מושכלת, וכי המחיר ההוגן הוא המחיר שהיה מתקבל בשוק כאמור ("המחיר התחרותי").⁴⁹ בהתאם לגישה זו, כאשר החריגה מהמחיר התחרותי גבוהה דיה, המחיר הופך לבלתי הוגן. גישה זו משתקפת בגילוי דעת 1/14 של רשות התחרות שבוטל ב-2017,⁵⁰ כמו גם בפסק הדין בעניין צדוק:⁵¹

"מחיר מופרז הוא מחיר העולה בצורה משמעותית על המחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות. ההנחה היא כי בשוק תחרותי, בין המתחרים השונים היא זו אשר מגבילה את רמת המחירים, ומובילה לנקודת איזון רצויה, במסגרתה "מחיר השוק" הוא המחיר היעיל וההוגן. לעומת זאת, בשוק שאינו תחרותי, כוחות השוק עלולים לאפשר העלאת מחירים מעל ומעבר לרמה התחרותית, ועל כן עשויים להצדיק התערבות המדינה באופן שימנע תמחור בלתי הוגן."

על כן, חשוב להבהיר מהו מחיר תחרותי ומתי הוא שורר בשוק. המחיר התחרותי מכסה את עלויות הייצור השוליות של המוצר, כלומר את העלויות אשר ניתן היה למנוע לולא יוצרה היחידה האחרונה של המוצר (העלות השולית היא ההפרש בין העלות כאשר היחידה האחרונה מיוצרת וכאשר היא איננה מיוצרת). מחיר זה איננו מכסה בהכרח את עלות ההשקעות ואת העלויות הקבועות אשר איפשרו את ייצור היחידה האחרונה, לרבות רכישת ציוד קבוע כמו מפעל ומכונות, כמו גם את עלות המחקר והפיתוח שהובילו לשיפור המוצר או הליכי הייצור שלו. הוא גם לא מכסה את עלות הסיכון בהשקעה בשוק, כמו גם את עלות אבדן השקעה אלטרנטיבית, המושתים על הפירמה המשקיעה נדגים. נניח שדבוראי השקיע שנים רבות ביצירת כוורות ובטיפול בדבורים. הוא גם נטל על עצמו את הסיכון

⁴⁷ למודלים פורמליים של בעיית האופורטוניזם והעיוותים שהיא יוצרת בהשקעות של בעלי מונופולין, ראו DANIEL F. SPULBER, REGULATION AND MARKETS (1989).

Yossi Spiegel, *The Capital Structure and Investment of Regulated Firms under Alternative Regulatory Regimes*, 6 JOURNAL OF REGULATORY ECONOMICS 297 (1994).

⁴⁸ Spiller, לעיל ה"ש 46.
⁴⁹ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 20; גילה, מחיר מופרז, לעיל ה"ש 44 ("מופרזותו של המחיר נגזרת אך ורק מהפער המופרז בין גובהו לבין המחיר התחרותי...").

⁵⁰ בגילוי דעת 1/14 נכתב בין השאר "מחיר [גבוה בלתי הוגן] שגבה בעל מונופולין הינו מחיר מופרז ביחס למחיר שהיה רווח בתנאי תחרות ועל כן, הינו מחיר בלתי הוגן." גילוי דעת זה הוחלף בגילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 21.

⁵¹ ת"צ 16/05/36098 צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ (19.1.2019), פסקה 25.

שדבריו תיפגענה ממחלה והשקעתו בהן תרד לטמיון, או שתמצא דרך יעילה יותר להאבדת צמצום. הדבוראי גם השקיע בכורות, בביגוד ובציוד מתאים כדי לטפל בכורות, כמו גם בטנדר המותאם להעברת הכורות. הדבוראי נשכר על ידי בעל מטע על מנת להציב את הכורות במטעו כך שהדבורים יאבקו את עצי המטע. ללא ההאבקה של הדבורים, תרד תפוקת המטע משמעותית. נניח שעלות הדלק של הטנדר בו מובאות הכורות למטע הינה 100 ₪, והעלות הישירה של יום עבודה של הדבוראי הינה 500 ₪. ברור שאם קובעים מחיר השווה ל-600 ₪, הדבוראי לא יוכל לכסות את עלויותיו, ולפיכך לא ישתלם לו להמשיך בעיסוק כדבוראי.

זאת ועוד: מחיר תחרותי שורר רק בשווקים שבהם מתקיימת תחרות משוכללת. בשווקים כאלה, הפירמות מתנהגות כ-price takers: הן לוקחות את המחיר כנתון, ואינן מסות להשפיע עליו באמצעות ההתנהגות שלהן. לפיכך בשווי משקל מתקיים בשוק "כלל המחיר האחיד" (Law of one price), לפיו כל העסקאות מתבצעות במחיר זהה. אלא שתחרות משוכללת אפשרית רק בתנאים מיוחדים: כאשר המוצר הנמכר בשוק הוא הומוגני, פונקציית העלויות של כל הפירמות זהה ומשקפת עלות שולית הגדלה עם היקף הייצור, אין בעיה של סיכון מוסרי (Moral Hazard), והצרכנים יודעים מראש מה כל יצרן מציע ובאיזה מחיר, ללא עלויות חיפוש. בכל שאר המצבים, לא תיתכן תחרות משוכללת. כלומר לא ייתכן שהפירמות תתנהגנה כ-price takers. כיוון שכך, גם לא יתקיים מחיר תחרותי. ודוק: הבעיה נעוצה בכך שבשוק לא משוכלל לא יכול גם להתקיים מחיר תחרותי, ולכן ממילא גם לא ניתן "לשחזר אותו". מכאן גם עולה שהשימוש בו כבסיס לטענה מה היה המחיר בשוק אלמלא המונופולין הינה בעייתית.

נפרט מעט את התנאים הנדרשים לקיומו של מחיר תחרותי. מוצרים נחשבים להומוגניים אם הם תחליפים מושלמים זה לזה. כך, למשל, המוצרים בשווקי סחורות - כגון מתכות (פלדה, אלומיניום, נחושת, אבץ, עופרת, וכדומה), מינרלים וכימיקלים (אמוניה, חומצה חנקתית, חומצה זרחתית, חומצה גופרתית, וכדומה), מוצרים חקלאיים (חיטה, אורז, תירס, פולי סויה, פולי קפה, וכדומה), אנרגיה (פחם, נפט, גז טבעי, וכדומה) הם, לפחות בקרוב ראשון, תחליפים מושלמים מנקודת ראותם של הצרכנים. לפיכך, בשווקים כאלה הצרכנים יעדיפו לקנות מהספק הזול ביותר, ולכן בשוק ישרור מחיר אחיד. אם המוצרים אינם הומוגניים, הם אינם נתפסים על ידי הצרכנים כתחליפים מושלמים זה לזה, ולכן אין כל סיבה שכולם ימכרו באותו מחיר. בשווי משקל יהיו לכן בשוק מחירים רבים - אחד לכל מוצר - ולא מחיר אחיד. יתר על כן, ללא מחיר אחיד, הפירמות בשוק לא יתנהגו כ-price takers, שהרי כל אחת מהן מוכרת מוצר ייחודי ולכן היא יכולה להשפיע על מחירו. התערבות בשוק כזה בדרך של חיוב כל הפירמות לגבות מחיר אחיד עלולה להביא לתוצאות בלתי רצויות. למשל, נניח שמוצר א' נתפס על ידי מרבית הצרכנים כאיכותי יותר ממוצר ב'. בשווי משקל, מחירו של מוצר ב' חייב להיות זול יותר מזה של א' אחרת מרבית הצרכנים יעדיפו את מוצר א', ואז ההכנסות ממוצר ב' לא יכסו על העלויות הקבועות לאספקתו. לכן אם מחייבים את היצרנים של מוצר א' ו-ב' לגבות מחיר אחיד, מוצר ב' עלול להיפלט מהשוק. במצב זה יפגעו אותם צרכנים אשר מעדיפים דווקא את מוצר ב', וייתכן שגם צרכני מוצר א' שכן בהעדר תחרות, היצרן של מוצר א' יוכל לייקר את מחירו.

פונקציית העלות של הפירמות משפיעה גם היא על המחיר בשוק. כאשר העלות השולית, שהיא עלות הייצור של היחידה האחרונה, פוחתת עם היקף הייצור (כאשר טכנולוגיית הייצור משקפת יתרונות לגודל), כדאי לכל יצרן, בהינתן המחיר בשוק, להגדיל את היקף הייצור שלו. במצב כזה לא ייתכן שווי משקל תחרותי, משום שלא קיים מחיר שעבורו הכמות המבוקשת שווה לעלות הממוצעת. למעשה במקרה כזה מחיר השווה לעלות השולית יסב לפירמה הפסדים משום שכאשר העלות השולית פוחתת היא נמוכה מהעלות הממוצעת.⁵² כאשר העלות השולית קבועה, מחיר השווה לעלות השולית לא מותיר בידי החברה כל מרווח, ולכן לא מאפשר לה לכסות על העלויות הקבועות שלה. גם במצב זה לא ייתכן שווי משקל תחרותי. לפיכך שווי משקל תחרותי אפשרי רק כאשר העלות השולית עולה עם היקף הייצור. יתר

⁵² כאשר העלות השולית פוחתת, נדרש מרווח מעל העלות השולית כדי להבטיח שהפירמה לא תפסיד כסף. ראו למשל M. ARMSTRONG, S. COWAN, AND J. VICKERS, REGULATORY REFORM: ECONOMIC ANALYSIS AND BRITISH EXPERIENCE (1994).

על כן, אם במקרה שהעלות השולית יורדת עם היקף הייצור או שהיא קבועה הפירמות תחויבנה מכוח חוק לגבות מחיר השווה לעלות השולית שלהן, הן תצבורנה הפסדים. כאשר העלות השולית פוחתת, עלות הייצור של היחידה האחרונה שיוצרה (קרי העלות השולית) נמוכה מעלות הייצור של כל היחידות שקדמו לה, ולכן במחיר השווה לעלות השולית, הפירמה לא תוכל לכסות על עלויות הייצור של היחידות שיוצרו מלבד היחידה האחרונה. כאשר העלות השולית קבועה, מחיר השווה לעלות השולית יכסה אמנם על עלויות הייצור המשתנות, אך הפירמה לא תצליח לכסות על העלויות הקבועות שלה. כמובן שכאשר פירמות צוברות הפסדים אין להן סיבה להמשיך ולייצר.⁵³

בשווקים בהם קיימת בעיה של סיכון מוסרי, אשר נוצרת כאשר צרכנים לא יכולים לוודא את איכות המוצרים לפני שהם רוכשים אותם, יש ליצרנים תמריץ לספק איכות נמוכה כדי לחסוך בעלויות. כדי לתמרץ יצרנים לספק איכות גבוהה, המחיר חייב להיות רציף ליצרן פרמיית איכות, משום שהיצרן יודע שאם יספק איכות נמוכה, הצרכנים עלולים שלא לרכוש ממנו בעתיד, ואז הוא יאבד את פרמיית האיכות. פרמיית האיכות היא אם כן גזר הניתן ליצרנים כאשר הם מספקים איכות גבוהה, כאשר המקל הוא נטישה של אותם יצרנים על ידי צרכנים שלא קיבלו את האיכות שציפו לה (נטישה כזו מתמרצת יצרנים לספק איכות גבוהה רק כאשר היא כרוכה באובדן של פרמיית איכות, שכן בלעדיה, היצרנים ממילא לא מרוויחים ממכירת המוצר ולכן לא חוששים מנטישת צרכנים). בשווי משקל הצרכנים מבינים שללא פרמיית איכות, אין ליצרן תמריץ לספק להם איכות גבוהה (ברוח המימרה "you get what you pay for"), ולכן כדי לקבל איכות גבוהה הם יסכימו לשלם מחירים גבוהים יותר.⁵⁴ לפיכך, בשווקים עם סיכון מוסרי המחיר חייב לעלות על העלות השולית, כלומר הוא איננו יכול להיות המחיר התחרותי, אחרת צרכנים לא יקבלו מוצרים באיכות גבוהה. גם במקרה זה, התערבות בשוק בדרך של הגבלת המחיר עלולה להזיק משום שכל עוד המחיר איננו גבוה מספיק כדי להבטיח לפירמה פרמיית איכות, לא יהיה לפירמה תמריץ לספק איכות גבוהה.⁵⁵

תחרות משוכללת גם לא תיתכן בשווקים בהם הצרכנים אינם יודעים מראש מהו המחיר שכל יצרן מבקש או מהי איכותו של המוצר שכל יצרן מספק יחסית למוצרים אחרים. שווקים כאלה קרויים "שווקים עם חיפוש" (Search markets), כי הצרכנים נאלצים להשקיע זמן או כסף כדי לחפש את ההצעה הטובה ביותר עבורם. בשווקים כאלה שיווי המשקל הטיפוסי מתאפיין בפזיזות מחירים: יצרנים שונים מציעים מחירים שונים.⁵⁶ לפיכך, גם בשווקים כאלה לא מתקיים כלל המחיר האחיד ולא שוררת בהם תחרות משוכללת. גם בשווקים כאלה המחירים שהפירמות גובות בפועל עשויים להיות גבוהים בהרבה מהעלות, למרות שתוחלת הרווח של פירמות אלה בטווח הארוך אינה מעניקה להם רווחים על-תחרותיים. זאת כיון שבתוחלת הרווח נלקחים בחשבון גם הסיכונים שהפירמה נטלה על עצמה, בטרם נודע אם השקעתה תצליח.⁵⁷ יתרה מזאת, ניסיון להתערב בשווקים כאלה עלול להביא לתוצאה הפוכה ממה שהתכוונו לה. כך למשל, פרשטמן ופישמן הראו שכאשר קובעים בשוק עם חיפוש מחיר תקרה, התוצאה עלולה להיות דווקא עלייה במחיר הממוצע. הסיבה

⁵³ דוגמה מוחשית לכך הוא שוק החמאה בישראל. החל מסוף 2018 הקטינו תנובה ובעיקר טרה את היקף ייצור החמאה שמחירה המפוקח לא כיסה ככל הנראה את עלויות הייצור. כתוצאה מכך נוצר בישראל מחסור בחמאה.

⁵⁴ ראו למשל פרק 2.6 בספר (1988) THE THEORY OF INDUSTRIAL ORGANIZATION, Jean Tirole, וכן, Carl Shapiro, *Premiums for High Quality Products as Returns to Reputations*, 98(4) THE QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS 659 (1983).

⁵⁵ תופעה דומה עלולה להיווצר כאשר במקום סיכון מוסרי יש בעיה של adverse selection, היינו חלק מהמוצרים הם באיכות נמוכה, והצרכנים לא יכולים לבדוק את האיכות לפני קניית המוצר (זאת להבדיל מבעיה של סיכון מוסרי שבה כל פירמה יכולה לבחור איזה רמת איכות לספק). במקרה זה פירמות שהמוצרים שלהם בעלי איכות גבוהה יכולות, בתנאים מסוימים, לאותת לצרכנים שאיכות מוצריהם גבוהה על ידי קביעת מחירים גבוהים מספיק. ראו (1991) 224 AMERICAN ECONOMIC REVIEW, Kyle Bagwell and Michael Riordan, *High and Declining Prices Signal Product Quality*, 81(1) AMERICAN ECONOMIC REVIEW 224 (1991). גם במקרה זה, התערבות בשוק בדרך של הגבלת מחיר עלולה להזיק משום שהיא עלולה למנוע מפירמות שאיכות המוצרים שלהן גבוהה לאותת על כך לצרכנים, וכתוצאה מכך צרכנים עלולים לרכוש מוצרים באיכות נמוכה גם אם הם אינם מעוניינים בכך. בשל הסיכון לרכישת מוצרים בעלי איכות נמוכה הצרכנים גם עלולים להימנע כליל מרכישת מוצרים בשוק.

⁵⁶ ראו, J. Stiglitz, *Imperfect Information in the Product Market*, in HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION, (R. Schmalensee and R.D. Willig eds. 1989) Vol I, Chapter 13; M., J. Baye and P. Scholten Morgan, *Information, Search, and Price Dispersion*, in HANDBOOK ON ECONOMICS AND INFORMATION SYSTEMS (T. Hendershott ed. 2006).

⁵⁷ Hal Varian, *A Model of Sales*, 70(4) AMERICAN ECONOMIC REVIEW 651 (1980).

לכך היא שמחיר התקרה מקטין את התמריץ של צרכנים לחפש, שהרי עקב מחיר התקרה הפער בין המחיר המקסימלי שישלמו לבין המחיר הממוצע מצטמצם ולכן התועלת שבחיפוש קטנה. כיוון שהתמריץ של הצרכנים לחפש פוחת, ליצרנים יש תמריץ גדול יותר לייקר את מחיריהם.⁵⁸ כלומר, גם כאן התערבות בשוק עלולה להוביל לתוצאה הפוכה ממה שהתכוונו לה.

כיוון שבמרבית השווקים לא מתקיימים התנאים הנחוצים לתחרות משוכללת, במרבית המקרים המחיר התחרותי איננו קיים, וממילא גם לא ניתן להשתמש בו כאמת מידה לבחינת המחיר של בעל מונופולין. ודוק: אין מדובר כאן בבעיה טכנית של חישוב המחיר, אלא בבעיה מהותית, הנובעת מכך שכל עוד שווי משקל תחרותי איננו קיים, גם לא ניתן לטעון שזהו המצב שהיה שורר אילו לא ניצל בעל המונופולין את כוח לרעה. יתרה מכך, בשווקים שבהם לא תיתכן תחרות משוכללת, גם לא ניתן לקבוע כלל אוניברסלי לגבי המחיר שהיה חל בשוק לו הייתה שוררת בו תחרות כאמור. למשל, נניח שיש בעיה של סיכון מוסרי עם מוצר שעלותו 10 ₪. בשוק אחד פרמיית הסיכון היא 2 ₪, ואילו בשוק אחר פרמיית הסיכון היא 5 ₪. כלומר כדי לתמרץ פירמות לספק איכות גבוהה נדרש מחיר של לפחות 12 ₪ בשוק הראשון, ומחיר של לפחות 15 ₪ בשוק השני. ברור שכלל משפטי המחייב פירמות לגבות מחיר השווה לעלות לא יספיק כדי להבטיח אספקה של איכות גבוהה. כלל משפטי המאפשר לפירמות לגבות מחיר של עלות בתוספת 20% יבטיח אמנם אספקה של איכות גבוהה בשוק הראשון, אבל לא בשוק השני. כלל משפטי המאפשר לפירמות לגבות מחיר של עלות בתוספת 50% יבטיח אספקת איכות גבוהה בשני השווקים, אך יאפשר רווח על-תחרותי בשוק הראשון. דוגמה זו ממחישה את העובדה שאין כלל משפטי אחד היוצר וודאות מספקת לגבי המחיר שיתאים לכלל השווקים. לכל שוק דרוש מרווח אחר המתאים לתנאי השוק.

ה. מושכלת יסוד משפטית: האיסור חל ללא קשר להתנהגות מדירה

מושכלת יסוד משפטית שכדאי להבהירה, היא שכיום האיסור על מחיר בלתי הוגן גבוה איננו מותנה בכך שבעל המונופולין הגיע למעמדו או שמר עליו על ידי התנהגות מדירה, אשר יצרה מכשלות מלאכותיות לכניסת מתחרים (למשל, על ידי דרישת בלעדיות או קשירת מוצרים). האיסור גם אינו מוגבל כיום לפירמות שזכו למעמד דומיננטי בלא שהתקיימה תחרות כלל (למשל, הפירמה קיבלה זיכיון בלעדי מהממשלה או שבבעלותה משאב טבע ייחודי או שהיא פועלת בשוק שבו אין מקום לפירמות נוספות כמו במקרה של תשתיות כגון נמלים או שדות תעופה). למעשה, האיסור חל גם על בעל מונופולין אשר הגיע למעמדו בזכות, תוך יצירת מוצר טוב יותר מזה של מתחריו, אשר הוביל את הצרכנים להעדיף את מוצריו. במקרים מעין אלו ההליך התחרותי התקיים והצליח.⁵⁹

2.2 החלת מושכלות היסוד על עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן

נחיל מושכלות יסוד אלו בענייננו. ניתוח כלכלי מראה כי איסור על מחיר גבוה אשר איננו ער לתמריצים של הפירמות ואינו יוצר את הודאות הנדרשת עלול לגרום נזק יותר מאשר תועלת. בפרט, פירמות מעונינות למקסם את הרווחים שלהן. פגיעה ברווחים פוגעת בתמריצים, ופגיעה בתמריצים עלולה לפגוע ברווחת הצרכן יותר מאשר החלת העילה תועיל לה. כמאמרו הידוע של בית המשפט העליון האמריקני בעניין **Trinko**, מחיר גבוה שבעל מונופולין אשר הגיע למעמדו בזכות גובה, לא רק שאינו בלתי חוקי, אלא הוא המנוע המניע את הכלכלה.⁶⁰

“[M]ere possession of monopoly power, and the concomitant charging of

⁵⁸ ראו, Chaim Fershtman and A. Fishman, *The 'Perverse' Effects of Wage and Price Controls in Search Markets*, 38 *EUROPEAN ECONOMIC REVIEW* 1099 (1994).

⁵⁹ לאור זאת, יש לדחות את הטענה לפיה "במקרה של מחיר מופרז התהליך התחרותי לא עבד מלכתחילה." גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 20, עמ' 5.

⁶⁰ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 407 (2004).

monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts ‘business acumen’ in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth.”

ענייננו למעשה בהרתעת יתר: אם המטרה היא קידום רווחת הצרכן, הרי איסור על מחירים גבוהים – שמוחל באופן שמתעלם מתמריצים לפירמות - עלול דווקא לפגוע בקידום מטרת החוק בשל האפקט המצנן על השקעות בשווקים. חשוב להדגיש שהאפקט המצנן מתייחס לאו דווקא לבעלי מונופולין בהווה, כי אם לכל החברות בשוק אשר עלולות להימנע מהשקעות או לצמצם את ההשקעות שלהן, מתוך ציפייה שאם יכבשו לעצמן מעמד דומיננטי בשוק ויהפכו לבעלי מונופולין בעתיד, תוטלנה עליהן הגבלות שימנעו מהן ליהנות מפירות השקעתן. במלים אחרות, הגבלת המחיר מקטינה את תוחלת הרווח הצפוי, כיון שהיא קוטמת את האפשרות לגבות מחיר גבוה במקרה שההשקעה תצליח וצרכנים רבים יעדיפו את המוצר, ועל כן פוגעת בתמריצי ההשקעה מלכתחילה לכל מי שסבר שאולי השקעתו תצליח כאמור.

בנספח א' של המאמר אנו מציגים שלוש דוגמאות אשר ממחישות כי הניסיון להחיל את העילה עלול לפגוע בתמריצים של הפירמות באופן אשר פוגע בתחרות. הדוגמה הראשונה מראה שהניסיון להחיל את העילה עלול לפגוע באיכות המוצר שהפירמה תציע. בדוגמה זו הפירמה מציעה מוצר יחיד ויכולה, באמצעות השקעה במחקר ובפיתוח, להגדיל את איכות המוצר, בלי לשנות את עלות הייצור שלו. הליך המחקר ופיתוח איננו ודאי: בחלק מהמקרים ההשקעה במחקר ופיתוח נכשלת, והפירמה איננה מצליחה לשפר את איכות המוצר.⁶¹ כפי שהדוגמה מראה, ההשקעה במחקר ופיתוח מעלה את רווחת הצרכנים, למרות שהיא גם מביאה לעלייה במחיר. הסיבה לכך היא שהעלייה באיכות המוצרים מגדילה את רווחת הצרכנים יותר ממה שהעלייה במחיר פוגעת בו. בפרט, הדוגמה מראה כי השקעה במחקר ופיתוח אשר מצליחה מביאה לעלייה של 50% במחיר המוצר ובה בעת מעלה את רווחת הצרכנים ב-40%.

במקרים מעין אלו, החלת עילת המחיר הבלתי הוגן על הפירמה מגבילה את הרווח שהיא תוכל להפיק כאשר ההשקעה במחקר ופיתוח מצליחה. כיוון שכך, הפירמה תימנע מהשקעות שעלותן גבוהה. במקרים כאלה, הצרכנים ישלמו אמנם מחיר נמוך יותר עבור המוצר, אך מנגד הם לא ייהנו מהשיפור באיכות המוצר ומעלייה ברווחתם. אם הפירמה שונאת סיכון, הבעיה מחריפה משום שאז נדרש רווח גדול עוד יותר כדי לפצות את הפירמה על הסיכון שההשקעה תכשל. בדומה, הבעיה מחריפה ככל שמצטמצם המרווח שמותר לפירמה לגבות מעבר לעלויותיה בעקבות החלת העילה.

כפי שהדוגמה בנספח א' מראה, כאשר עלות ההשקעה במחקר ופיתוח גבוהה, הניסיון להשיג תוצאה טובה (הוזלת מחיר המוצר), יביא לאובדן של תוצאה טובה מאוד (עלייה ברווחת הצרכנים עקב שיפור באיכות המוצר). תוצאה זו מדגימה את המימרה הידועה המיוחסת לוולטר לפיה "הטוב מאוד הוא האויב של הטוב", או לפסוק "אל תהי צדיק הרבה, ואל תתחסם יותר, למה תשומם." (קהלת, פרק ז', פסוק טז). החלת העילה פועלת אם כן כבומרנג: היא שוללת מהפירמה את התמריץ להשקיע ומביאה לפגיעה משמעותית בציבור הצרכנים. על כן אין להניח שההשקעה של הפירמה הינה מובנת מאליה, כיון שבפועל הפירמה תבחר להשקיע רק אם ההשקעה משתלמת לה. הבעיה נעוצה בכך שכל עוד מגבילים את יכולתה של הפירמה ליהנות מפירות ההשקעה שלה, כדאיות ההשקעה מנקודת ראותה פוחתת, וכאשר היא פוחתת במידה משמעותית, לא כדאי לה להשקיע כלל. מהאמור עולה גם ברור שעלויות הייצור השוליות אינן מהוות בסיס ראוי להחלת העילה. ניתוח זה גם מוביל למסקנה שיש לדחות את הטענה לפיה "המחיר התחרותי הוא המחיר המביא

⁶¹ למשל, קסטיון ומרקום סקרו ספרות אמפירית שבדקה את סיכויי ההצלחה של מוצרים חדשים שיוצאים אל השוק, ומצאו שבממוצע רק כ-60% מכלל המוצרים שיוצאים לשוק מצליחים. ראו, G. Castellion and S.K. Markham, *Perspective: New Product Failure Rates: Influence of Argumentum ad Populum and Self-Interest*, 30(5) JOURNAL OF PRODUCTION INNOVATION MANAGEMENT 976 (2013).

להשקעה אופטימלית בפיתוח המוצר ובשיווק.⁶²

הדוגמה השנייה מראה שבעיה דומה של תמריצים קיימת כאשר ההשקעה מיועדת להפחתת עלות הייצור ולא לשיפור איכות המוצר. בפרט, הדוגמה בוחנת שוק עם שתי פירמות שלכל אחת מהן נתח שוק של 50%. אם אחת הפירמות משקיעה בטכנולוגיה חדשה אשר מפחיתה את עלות הייצור שלה, היא יכולה להוזיל את המחיר לצרכן, ובעקבות כך הצרכנים יעדיפו לרכוש ממנה. המצב החדש מיטיב עם הצרכנים אשר ישלמו כעת מחיר זול יותר. ואולם, הפירמה שהפכה לבעלת מונופולין חשופה כעת לעילת המחיר הבלתי הוגן. זאת למרות שהיא הפכה לבעלת מונופולין בעקבות התייעלות והוזלה במחיר שלה לצרכן. כפי שהדוגמה מראה, החלת העילה מאלצת את הפירמה להוזיל את המחיר, ולפיכך מקטינה את הרווח שלה. אם הרווח שהפירמה מפיקה מההשקעה נמוך מעלות ההשקעה, הפירמה תעדיף לא להשקיע, וכך הצרכנים לא ייהנו מההוזלה במחיר ותהליך הייצור לא יתייעל. גם כאן הרצון להשיג תוצאה טובה (הוזלה במחיר לצרכן ובעלות הייצור) עלול להביא לאובדן תוצאה טובה יותר עבור הצרכן עקב הימנעות הפירמה מהשקעה. הבעיה עלולה להיות חריפה עוד יותר משום שבעקבות החלת העילה, הפירמה עלולה לנפח את העלויות שלה (למשל על ידי הימנעות מצעדי התייעלות או שימוש בחשבונאות יצירתית). כפי שהדוגמה בנספח א' מראה, ניפוח העלות יביא לעלייה במחיר אשר פוגעת הצרכנים. עם זאת ניפוח העלות מאפשר לפירמה להגדיל את המרווח שיותר לה לגבות לכל יחידה, ולכן מיטיב עם הפירמה.⁶³ הבעיה הנוצרת כאן דומה לכשל מוכר היטב שעלול להיווצר תחת פיקוח מחירים המבוסס על שיעור התשואה של בעל המונופולין (Rate of Return Regulation). תחת שיטת פיקוח זו, שהייתה נפוצה בעבר למשל בארה"ב בפיקוח על חברות חשמל, גז, ותקשורת, התעריפים של בעל המונופולין נקבעו במטרה להבטיח לבעל המונופולין תשואה קבועה על הון הנכסים המושקע שלו. כפי שאוורץ' וג'ונסון הוכיחו, שיטת פיקוח כזו מתמרצת את בעל המונופולין לנפח את ההון המושקע שלו, כדי לנפח את רווחיו.⁶⁴

הדוגמה השלישית מראה שהניסיון להחיל את העילה עלול לפגוע במגוון המוצרים שהפירמה מציעה. בדוגמה זו, פירמה מייצרת שני מוצרים שיש ביניהם תחליפיות. הפירמה היא בעלת מונופולין בייצור מוצר 1, אך לא במוצר 2. אם מוחלת על הפירמה עילת המחיר הבלתי הוגן, הפירמה תאלץ להוזיל את מחירו של מוצר 1. הוזלה כזו מסיטה צרכנים ממוצר 2 שהמרווח עליו איננו מוגבל, למוצר 1 שהמרווח עליו מוגבל עקב העילה. מצב דברים זה עלול לתמרץ את הפירמה להפסיק לשווק את מוצר 1 (העילה אוסרת אמנם על הפירמה לגבות מחיר גבוה על מוצר 1, אך היא איננה מחייבת אותה להמשיך ולהציע אותו). אמנם הפירמה תפסיד הכנסות בגין הפסקת המכירה של מוצר 1, אך מאידך המכירות של מוצר 2 יגדלו כיוון שהצרכנים לא יוכלו לרכוש את מוצר 1 התחליפי. כפי שהדוגמה מראה, הפסקת השיווק של המוצר 1 עלולה לפגוע ברווחת הצרכנים ביחס למצב ששרר ערב החלת העילה. המסקנה היא שהחלת העילה מקטינה את מגוון המוצרים שהפירמה תציע, תוך פגיעה ברווחת הצרכנים. במילים אחרות, הניסיון להגדיל את עודף הצרכן באמצעות הגבלת מחירו של מוצר 1, מביאה לתוצאה הפוכה מזו שהתכוונו אליה. הסיבה לכך היא שהעילה מתמקדת במחיר, אך מתעלמת משיקולים אחרים לרבות מגוון המוצרים שהפירמה תציע.

הדוגמאות לעיל ממחישות שהגנה על התמריצים של פירמות, גם במחיר של ויתור על הוזלה כפויה של המחיר, היא מחיר שעשוי להיות הכרחי כדי לקבל תוצאה טובה יותר עבור הצרכנים. רעיון זה איננו חדשני. אכן, הדין עצמו מכיר בחשיבות יצירת תמריצים לפירמות גם במחיר של יצירתו של כוח שוק. כפי שכבר הזכרנו, דיני הקניין הרוחני למשל מבקשים לתמרץ השקעות במחקר ופיתוח באמצעות מתן אפשרות לבעל הקניין הרוחני, שהשקיע בפיתוח דבר מה

⁶² גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 20, בעמ' 38.

⁶³ התמריץ לנפח את העלויות פוחת ככל שהסיכוי להרשיע את בעל המונופולין קטן בעילת מחיר בלתי הוגן גבוה, משום שאז בעל המונופולין יוכל לגבות מחיר גבוה ללא ניפוח עלויות. ייתכן שבעל המונופולין ינסה לנפח את עלויותיו החשבונאיות ולא עת עלויותיו בפועל.

⁶⁴ ראו, H. Averch and LL, Johnson, *Behavior of the Firm Under Regulatory Constraint*, 52 THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW 1052 (1962).

חדש, ליהנות מבלעדיות בייצורו במשך תקופה ארוכה.⁶⁵ בלעדיות זו עשויה להקנות לבעל הקניין הרוחני כוח שוק משמעותי ויכולת להעלות מחירים. ברור שניתן היה אחרי פיתוח של הקניין הרוחני לשפר את מצבם על הצרכנים על ידי פתיחת השוק לתחרות שהייתה מובילה להוזלת מחירים. אלא ששיפור כזה בדיעבד היה שומט את התמריץ להשקיע במחקר ופיתוח מלכתחילה, ולכן לא היינו נהנים מפירות הפיתוח. יש הטוענים שדיני הקניין הרוחני אינם רלוונטיים לענייננו.⁶⁶ אולם העובדה שמדובר בקניין רוחני ולא בקניין רגיל לא משנה את מערך השיקולים הכלליים המבקשים להגדיל את רווחת הצרכן על ידי עידוד השקעות במוצרים טובים יותר, אלא רק את העובדה שיש צורך בהגנה של המדינה על הבלעדיות, בשל העובדה שעסקינן במוצרים שקל להעתיקם.⁶⁷

מיטיבים להסביר זאת אוונס, ז'אנג וז'אנג, הנסמכים על מחקרים אמפיריים רבים המצביעים על כך שמחיר גבוה יכול גם להועיל: ראשית, צמיחה כלכלית ורווחה חברתית מונעים, בטווח הארוך, ממוצרים חדשים ומדרכי ייצור חדשות ויעילות יותר; שנית, התייעלות זו מקורה בתחרות דינמית, שבה מרבית השחקנים בשוק מפסידים למרות תקוותיהם; שלישית, תהליך התחרות הדינמית מונע מתמריצים כלכליים המבוססים על ההנחה שרק חלק מכל הפירמות ישרדו, ורק למעטות מהן תהיה הצלחה גדולה.⁶⁸ בהתאם לכך, כדי לעודד צמיחה, יש להכיר בכך שתחרות גם יוצרת, באופן בלתי מנע, פירמות עם כוח שוק, המבוסס על יתרונות יחסיים שלהן. זהו חלק אינטגרלי מההליך התחרותי. תפיסה זו מושרשת בדיני התחרות. ראו את דבריו של הנציב לשעבר על התחרות באיחוד האירופי:⁶⁹

“High prices certainly harm consumers in the short run. But is that a sufficient case for intervention by a competition authority? What if high prices would in the medium term attract entry and spur competition? If there are no high or insurmountable barriers to entry, it might well be that high prices are actually likely to be, on balance and with a longer term perspective, good for consumers. There is much more for consumers to gain through increased competition than a mere decrease in prices.”

האם גודלה של כלכלת ישראל משפיע על מחיר הטעות בהחלה לא נכונה של העילה? מחד, קוטנו היחסי של השוק מביא לכך שבשווקים רבים יש מיעוט של מתחרים. אל מגבלות טבעיות אלו לתחרות מצטרפים חסמי כניסה לא מבוטלים יצירי-ממשלה לחלק משווקיה.⁷⁰ מיעוט מספר המתחרים בשוק מגביר את קיומו של כוח שוק ואת היכולת

⁶⁵ חוק הפטנטים תשכ"ז-1967.

⁶⁶ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 20, בעמ' 6.

⁶⁷ מסיבה זו, גם הטענה כי דיני הקניין הרוחני מסייגים תחרות כדי לעודד השקעות, בשעה שחוק התחרות "מניח שרווחים תחרותיים הם מספיקים על מנת לעודד את כלל ההשקעות המועילות" (גילה וקלמנט, שם) הינה בעייתית משום שחוקי הכלכלה אינם משתנים בתלות בפרשנות החוק. בפרט, השאלה האם רווחים תחרותיים מספיקים או שאינם מספיקים לעידוד השקעות זו שאלה שצריכה להבחן באמצעות מודלים כלכליים ובאמצעות עבודות אמפיריות. ואכן, להלן אנו דנים בהרחבה במרכזיות של חשיבות התמריצים להשקעות של פירמות. כפי שאנו מראים, רווחת הצרכן, שהיא הערך העיקרי עליו מגינים חוקי התחרות, תלויה בהשקעות של הפירמות, ואלה תלויות ברווחים שהפירמות צופות לקבל.

⁶⁸ D. Evans, V. Yanhua Zhang, and X., Zhang Assessing Unfair Pricing under China's Anti-Monopoly Law for Innovation-Intensive Industries, COMPETITION POLICY INTERNATIONAL (2014).

⁶⁹ Philip Lowe, Dir. Gen. Competition, Eur. Comm'n., Consumer Welfare and Efficiency – New Guiding Principles of Competition Policy?, Address at the 13th International Conference on Competition and 14th European Competition Day 7–8 (Mar. 27, 2007) http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2007_02_en.pdf

⁷⁰ ראו, למשל, קונסטנטין קונסקו "התהוותן של הקבוצות העסקיות בישראל והשפעתן על החברות ועל המשק", מחלקת המחקר, בנק ישראל, 2008; דו"ח הוועדה לשינוי חברתי-כלכלי (דו"ח ועדת טרכטנברג) (2011).

לגבות מחירים על-תחרותיים.⁷¹ בתנאים אלו, ניתן להסתמך פחות על יכולתו של השוק לתקן את עצמו ולהביא לתחרות אשר תוביל לירידת מחירים, לפחות בחלק מהשווקים. מאידך, דווקא בכלכלה קטנה שבה הרווח הפוטנציאלי מוגבל, חיוני לוודא שאסדרה אינה פוגעת עוד יותר בתמריצים לכניסה לשווקים, להתייעלות, ולהתפתחות של פירמות אשר עשויים בטווח הארוך לשפר את רווחת הצרכנים. חשש זה גדל כאשר ניתן להשית על הפירמות הפועלות בשוק סנקציות בשל מחיר גבוה, ללא עקרונות ברורים וידועים מראש המבחינים בין מחיר אסור למחיר מותר. למעשה מגבלות כאלה הופכות בעצמן לחסם כניסה נוסף במשק, ולפיכך הן עלולות למנוע כניסה, ליצור שווקים ריכוזיים יותר, ולפגוע בסופו של יום ברווחת הצרכנים.

השאלה המתבקשת היא כמובן עד כמה גדול האפקט המצנן של החלת העילה על השקעות של פירמות. לכאורה, ניתן היה לפתור את הבעיה על ידי קביעה שהמחיר יחשב לבלתי הוגן רק כאשר הוא עולה על העלויות בתוספת מרווח גדול מספיק כדי ליצור תמריץ להשקיע. פתרון זה תלוי, בין היתר, ביכולת ליצור כללים יעילים וברורים מראש לפיקוח מחירים, כך שכל פירמה תוכל לבחון את כדאיות ההשקעה מראש בהתאם לכוחות השוק ומגבלות הדין. בפרק הבא נתמקד בקשיים בקביעת כלל כאמור הנובעים, בין היתר, מכך שגודל המרווח שונה מתעשייה לתעשייה ומפירמה לפירמה. כיוון שההבדלים בין תעשיות ובין פירמות עשויים להיות גדולים, לא ניתן ליצור כלל אחיד שיתאים לכל, או אפילו למרבית המקרים אשר ייצור ודאות ברמה הנדרשת למי שמבקש להשקיע ולא יפגע ברווחת הצרכן. על כן, ההליך המתאים לפיקוח כאמור הוא הליך רגולטורי על ידי רשות פיקוח מתמחה ומקצועית המחילה את הפיקוח מראש ומתחשבת בכל הפרמטרים שעשויים להשפיע על רווחת הצרכן, ולא באמצעות תביעות פרטיות.

2.3 ההכרה בחשיבות שימור תמריצי השקעה במסגרת פיקוח מחירים

חשיבות שימור תמריצי ההשקעה במסגרת פיקוח מחירים עולה בבירור גם מהניסיון רב השנים בהחלת כלים נוספים, חלופיים, לפיקוח מחירים. אכן, כלי פיקוח מחירים מוכרים ומקובלים הרבה יותר הם אלו המוחלים על ידי רשות מקצועית הקובעת מראש מהו המחיר המותר.⁷² החשש שפיקוח מחירים יביא לפגיעה בתמריצים להשקעה הוא חשש ידוע ומוכר. זו אחת הסיבות העיקריות שפיקוח מחירים כאמור מוחל רק במספר מוגבל של מקרים. אולם גם במקרים אלה, מנגנוני הפיקוח מדגישים את חשיבות ההגנה על תמריצי ההשקעה של החברות המאוסדרות. אכן, פרס נובל בכלכלה הוענק בשנת 2014 לז'אן טירול, בין היתר בגין מחקריו המשותפים עם ז'אן ז'אק לפונט שעסקו במנגנוני פיקוח מחירים, בצורה שתבטיח את שימור התמריצים של החברות המאוסדרות להשקיע בהתייעלות ושיפור המוצרים שהן מציעות באופן שיקדם את רווחת הצרכנים.⁷³ גם אלפרד קאהן, מחשובי המומחים לפיקוח מחירים, מדגיש שהתמורה שניתנת לגוף המאוסדר נדרשת להיות גבוהה דיה על מנת ליצור תמריצים להשקעה. קאהן מדגיש שכדי שהפיקוח אכן יקדם את רווחת הצרכנים, על המחיר לכסות גם את עלויות הסיכון: המחיר המפוקח נדרש לכסות הן השקעות שצלחו והן השקעות שכשלו, אחרת גופים מאוסדרים לא ייטלו סיכונים עסקיים שסיכוי רב בצידם שיהנו את הצרכנים.⁷⁴ תובנות אלו קיבלו ביטוי בפסיקה של בתי משפט ובהחלטות של רשויות פיקוח ברחבי העולם.⁷⁵ כך למשל, בהחלטה תקדימית מ-1898 בעניין **Smyth v. Ames** קבע בית המשפט העליון של ארה"ב כי חברה הנתונה לפיקוח

⁷¹ ראו MICHAL S. GAL, COMPETITION POLICY FOR SMALL MARKET ECONOMIES (Harvard University Press, 2003) להכרה במגבלות אלו ראו גם צדוק, לעיל ה"ש 51.

⁷² בישראל ראו למשל חוק הפיקוח על מוצרים ושירותים, תשי"ה-1957; חוק משק החשמל תשנ"ו-1996.
⁷³ ראו, Scientific Background on the Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2014 "Jean Tirole: Market Power And Regulation," compiled by the Economic Sciences Prize Committee of the Royal Swedish Academy of Sciences, <https://www.nobelprize.org/uploads/2018/06/advanced-economicsciences2014.pdf>

⁷⁴ ראו, למשל, Alfred Kahn, *Who Should pay for Power-Plant Duds?*, *Wall St. Journal*, Aug. 15, 1985, p. 26.
⁷⁵ לאנגליה ראו ARMSTRONG M., S. COWAN, AND J. VICKERS, REGULATORY REFORM: ECONOMIC ANALYSIS AND BRITISH EXPERIENCE (1994) ch. 6; Ofwat, *Financeability and Financing the Asset Base – A Discussion Paper*, 3rd

מחירים זכאית לתשואה הוגנת על השקעתה, שנועדה להיטיב עם הציבור.⁷⁶ עיקרון זה הוא העיקרון לפיו פועלות רשויות פיקוח בארה"ב מאז ועד היום, כמו גם רשויות פיקוח במדינות אחרות. בהחלטה מאוחרת יותר מ-1944, בעניין **Federal Power Commission v. Hope Natural Gas Co.** קבע בית המשפט העליון כי המשקיעים זכאים לשיעור תשואה שלא זו בלבד שלא יסכן את חוסנה הכלכלי של החברה, אלא גם יבטיח למשקיעים תשואה דומה לזו לה יכלו לצפות לו השקיעו את כספם בהשקעות אחרות בעלות סיכון דומה.⁷⁷ בהחלטה משנת 1989 בעניין **Duquesne Light Co. v. Barasch** הכיר בית המשפט העליון בכך שחלק גדול מהסיכון המוטל על חברות הפועלות תחת פיקוח מחירים מקורו בחוסר הודאות הנובעת מפעולותיה של רשות הפיקוח עצמה.⁷⁸ גם בישראל קבעה וועדת המחירים כי,⁷⁹

"בעת ביצוע הפיקוח על המחירים יש לשמור על איזון בין הבטחת האינטרסים של המשקיע והצרכן. מכאן עולה, כי בקביעת מחיר המוצר שבפיקוח יש להבטיח, כי התשואה למשקיע פוטנציאלית בפירמה שמחיר מוצריה נתון בפיקוח תהא דומה, לאחר התאמה לסיכון, לתשואה על השקעות אחרות, מאחר שמבחינת המשקיע אין חשיבות להיות המוצר בפיקוח."

הניסיון הרב שנצבר ברחבי העולם בפיקוח מחירים מעלה מספר מסקנות חשובות לענייננו. ראשית, לשיקולים דינמיים תפקיד מרכזי בפיקוח מחירים, גם כאשר המונופול מוענק ומוגן על ידי המדינה, כך שהפירמה איננה חשופה לסיכונים שבתחרות.⁸⁰ בפרט, תעריפים של חברות תשתיות בפיקוח בארה"ב, באירופה, ובישראל, נקבעים בין השאר במטרה לתמרץ אותן להשקיע ולהבטיח את חוסנן הכלכלי.⁸¹ שנית, המחיר שבפיקוח מתחשב בעלויות שונות מלבד עלויות הייצור, כגון נטילת סיכונים עסקיים ובתמריצים של חברות להשקיע, גם כאשר מדובר בתשתית חיונית (חשמל, גז, מים, כבישים, נמלים), וזאת במטרה לספק לפירמות שבפיקוח תמריצים נאותים לפעול בצורה שמיטיבה עם הצרכנים בטווח הארוך. שלישי, למרות יותר ממאה שנים של דיונים משפטיים בנושא מהי תשואה הוגנת לפירמות שבפיקוח, פיקוח מחירים עדיין רצוף קשיים וחוסר ודאות. כדי להקטין את הבעייתיות וליצור לפירמה שבפיקוח וודאות שהשקעתה אכן תכובד, הפיקוח על השקעות כאמור לרוב מתבצע מראש – לפני שההשקעה בוצעה – ולא בדיעבד אחרי שתוצאות ההשקעה כבר ידועות. הוא גם מתבצע על ידי רשות מומחית, לרוב רשות בעלת מומחיות לשוק הספציפי בו פועל המונופול, תוך התדיינות שוטפת עם הפירמה עצמה ועל בסיס נתונים מפורטים. האיסור על גביית מחיר גבוה לא הוגן,

March 2011.

Smyth v. Ames (1898) 169 U. S. 466 ⁷⁶

FPC v. Hope Nat. Gas Co., 320 U.S. 591 (1944). ההחלטה עסקה בערעור של ספקית גז טבעי על גובה התעריפים שוועדת הפיקוח הפדראלית אישרה לה לגבות, כאשר חלק נכבד בוויכוח נסוב על גובה הפיצוי בגין ההשקעה של ספקית הגז בתשתית לו זכאית ספקית הגז (המחלוקת נסבה הן סביב גודלו של בסיס ההון המושקע והן סביב גובה ההחזר על הון המושקע). יש לציין כי על פי סעיף 4 בחוק הגז הטבעי בארה"ב מ-1938, נציבות האנרגיה הפדראלית הונחתה לקבוע תעריפים שהם "just and reasonable".

Duquesne Light Co. v. Barasch, 488 U.S. 299 (1989), ערעור של יצרנית חשמל על התעריפים שנקבעו על ידי רשות הפיקוח. ⁷⁸ מדינת ישראל משרד האוצר – אגף התקציבים, "מתודולוגיה חדשה לפיקוח על המחירים", 23 בינואר 2017, ⁷⁹

<https://www.gov.il/he/Departments/General/methodology>

Duquesne Light, לעיל ה"ש 77: "Utilities are virtually always public monopolies dealing in an essential service, and so relatively immune to the usual market risks"

⁸¹ ראו, למשל, *Directive 2009/140/EC of the European Parliament and of the Council*, amending *Directives 2002/21/EC on a Common Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services*, *2002/19/EC on Access to, and Interconnection of, Electronic Communications Networks and Associated Facilities*, *and 2002/20/EC on the Authorisation of Electronic Communications Networks and Services*, *and Directive 2012/34/EU of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012, Establishing a single European Railway Area.*

לעומת זאת, יכול להיאכף בישראל במסגרת תביעות אזרחיות, המתבררות בפני בתי משפט רגילים, בדיעבד.⁸² בתי המשפט נדרשים למעשה לפעול כמפקחים על המחירים, למרות שאין להם לא את המומחיות הנדרשת לכך ולא את המשאבים הנדרשים לביצוע משימה זו. לא בכדי טען המלומד הידוע איסטרברוק, כי,⁸³

“The antitrust laws do not deputize district judges as one-man regulatory agencies.”

ודוק, גם אם בית המשפט ממנה מומחה מטעמו ומסמיכו לקבל מידע מבעל המונופולין, לרוב לא יהיה בכך די בכדי להוות תחליף לרשות פיקוח מומחית אשר למדה לעומק, לאורך שנים, את מאפייניו הייחודיים של השוק ושל הפירמה המפוקחת. כן אין בכך כדי לפתור את בעיית החלת הפיקוח בדיעבד, בעיקר במצב בו קיים קושי להעריך מראש את המחיר שיתר.⁸⁴

2.4 תפיסות הוגנות מחירים של צרכנים

לא נעשה מלאכתנו נאמנה אם לא נתייחס לספרות שהתפתחה בשלושים השנים האחרונות בכלכלה התנהגותית ובשיווק אשר עסקה בשאלה מתי צרכנים תופסים מחירים כבלתי הוגנים. במחקר חלוצי, חתן פרס נובל דניאל כהנמן, בשיתוף עם קנטש, ות'יילר, מצאו מספר ממצאים מעניינים בסקר שערכו.⁸⁵

ראשית, המשתתפים סברו כי עליית מחירים היא הוגנת אם היא באה לכסות עלייה בהוצאות. כך, למשל, 79% סברו כי העלאת מחיר של חסה היא הוגנת אם בעל החנות שילם על החסה מחיר גבוה יותר מזה שהוא משלם כרגיל.

שנית, צרכנים תופסים מחירים כהוגנים אם הם מביאים לחלוקת העודף הכלכלי מהעסקה בין הקונה למוכר, כך שגם היצרן ייהנה מחלק מהעודף הכלכלי שהוא יצר, מעבר לעלויות הייצור. כך, למשל, 79% מהמשתתפים בסקר סברו כי הוגן שמוכר של שולחן יוזיל את מחירו ב-20 דולר אם ההוצאות של המוכר ירדו ב-40 דולר (משמע החיסכון בעלויות יתחלק שווה בשווה בין שני המוכר לקונה). מעניין לציין שממצאים אלו עולים בקנה אחד עם תאוריות של צדק קומוטטיבי, לפיהן עסקה כלכלית צריכה להביא לשוויון בין הערכים שהקונה והמוכר מקבלים. בהתאם לגישה זו, עסקה בלתי הוגנת היא כזו שבה אחד הצדדים פועל מתוך כפיה או הכרח ללא בחירה חופשית, ואז הצד שני יכול להשיג יותר מאשר חלקו ההוגן בעסקה.⁸⁶

“With regard to economic transactions, commutative justice required that there be a rough equality in the values exchanged between buyer and seller. Instances of

⁸² ת"צ (מרכז) 46010-07-11 נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ החלטה לאישור התובענה הייצוגית (5.4.2016); החלטה סופית (12.3.2020). למאמר אשר בדק את מחאת הקוטג' לעומקה, ראו, Hendel, I., Lach, S. and Spiegel, Y., Consumers' Activism: The Cottage Cheese Boycott, 48 THE RAND JOURNAL OF ECONOMICS 972 (2017). ההחלטה בעניין מחיר הקוטג', שהיא ההחלטה הראשונה בעניין מחיר גבוה בלתי הוגן שהגיע לפסק דין סופי, התקבלה רק בחודש מרץ 2020 למרות שהתביעה עוסקת במחיר הקוטג' בתקופה שקדמה למחאת הקוטג' שפרצה ביוני 2011.

⁸³ ראו, (US) 95 F.3d 593, 597 (7th Cir. 1996) *Chicago Professional Sports Ltd. Partnership v NBA*.

⁸⁴ להרחבה ראו Gal, The Case for Limiting the "S" 3.

⁸⁵ ראו, Daniel Kahneman, J. Knetsch, and R. Thaler, *Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market*, 76(4) AMERICAN ECONOMIC REVIEW 728 (1986); see also Frey B. and W. Pommerehne, *On the Fairness of Pricing - An Empirical Survey Among the General Population*, 20 JOURNAL OF ECONOMIC BEHAVIOR AND ORGANIZATION 295 (1993).

⁸⁶ ראו, Boyd, W., *Just Price, Public Utility, and the Long History of Economic Regulation in America*, 35(3) YALE JOURNAL ON REGULATION 721 (1993).

compulsion or coercion, where one party was able to extract more than his or her fair share from the exchange, violated commutative justice. The just price (justum pretium), accordingly, was the price that ensured equality between buyer and seller in any particular transaction.”

על מנת להחיל גישה זו בפועל, יש צורך לחשב את התמורה הכלכלית מהעסקה ולחלקה באופן שווה בין המוכר לקונה. כיסוי עלויות המוכר בלבד, גם אם מתווסף אליהם מרכיב רווח שמבוסס על עלויות אלו, לא ייחשב כהוגן. כך למשל, אם הצרכן מפיק תועלת של 100 מצריכת מוצר שעלות ייצורו היא 20, אזי העודף שמכירת המוצר יוצרת עומד על 80. מחיר של 60 מביא לחלוקת העודף בצורה שווה בין הצרכן לפירמה.⁸⁷ מחיר הנמוך מ-60 מייטיב עם הצרכנים יותר מאשר עם הפירמה, ולכן אינו מתיישב עם צדק קומוטטיבי.

שלישית, צרכנים תופסים העלאות מחירים כבלתי הוגנות אם הן מנצלות חולשה של הצרכנים. למשל, 91% ממשקי הבית שהשתתפו בסקר סברו כי אין זה הוגן שבעלים של דירה יעלה את שכר הדירה רק משום שהוא לומד שהשוכר התחיל לעבוד במקום הנמצא סמוך לדירה, ולכן הוא לא יעזוב את הדירה גם אם שכר הדירה יעלה. בדומה, פריי ופומרהן מצאו כי 78% מהמשתתפים בסקר שערכו סברו שאין זה הוגן להעלות מחיר של בקבוק מים ביום חם, גם אם מספר האנשים המעוניינים לרכוש בקבוק מים הוא כפול ממספר בקבוקי המים העומדים למכירה.⁸⁸

רביעית, צרכנים תופסים מחירים כבלתי הוגנים אם הם חורגים מנקודת ייחוס (reference point), אשר יכולה להיות המחיר של אותו מוצר בעבר, או המחיר של אותו מוצר בשוק גיאוגרפי אחר הנחשב ליותר תחרותי. כך, למשל, צרכנים תופסים פערי מחירים בין אזורים גאוגרפיים שונים הנובעים מהבדלים ברמת התחרות בכל אזור כבלתי הוגנים. 76% מהמשתתפים חשבו כי אין זה הוגן שרשת סופרמרקטים תעלה את מחיריה בחנות שבה אין לה תחרות ב-5% מעבר למחיר שהיא גובה בחנויות דומות שלה שבהן יש לה תחרות. מסקנה זו התחדדה בניסויים נוספים. שיה, מונרו, וקוקס סוקרים את הספרות העוסקת במחירים בלתי הוגנים מזווית הראיה של צרכנים, וטוענים על סמך הסקירה כי צרכנים מחליטים מתי מחירו של מוצר איננו הוגן על בסיס השוואת מחירו למחיר שהם עצמם שילמו בעבר, או המחיר שצרכנים אחרים משלמים בהווה.⁸⁹ אנדרסון וסימסטר מצאו שצרכנים מתייחסים להוזלות מחירים משמעותיות כאינדיקציה לכך שהמחיר בעבר היה בלתי הוגן.⁹⁰ מחקרים אלו מראים שצרכנים תופסים פערים במחיר של אותו מוצר על פני זמן, או על פני שווקים שונים, כבלתי הוגנים.

עולה השאלה האם צרכנים גם תופסים פערים במחירים של שני מוצרים שונים כבלתי הוגנים. שאלה זו נבחנה בין השאר על ידי בולטון, וורלופ ואלבה.⁹¹ הם מצאו שפערי מחירים בין שתי חנויות הדומות זו לזו בהכנסותיהן וברווחיהן, נתפסים על ידי הצרכנים כהוגנים במיוחד אם הם נובעים מפערי איכות, כלומר שהחנות שגובה מחיר גבוה יותר מספקת מוצרים באיכות גבוהה יותר. בנוסף הם מצאו שפערי המחירים בין החנויות נתפסים כהוגנים גם אם הם

⁸⁷ עודף הצרכן הוא 40 (תועלת של 100 פחות מחיר של 60) והרווח של הפירמה הוא 40 (מחיר 60 פחות עלות 20).
⁸⁸ Kahneman ואה', לעיל ה"ש 85.

⁸⁹ ראו, L. Xia, K. Monroe, and J. Cox, *The Price is Unfair! A Conceptual Framework of Price Fairness Perceptions*, 68 JOURNAL OF MARKETING 1 (2004) (“... all price evaluations, including fairness assessments, are comparative. Both equity theory and the theory of distributive justice suggest that perceptions of fairness are induced when a person compares an outcome (e.g., input and output ratio) with a comparative other’s outcome... A reference other may be “another person, a class of people, an organization, or the individual himself relative to his experiences from an earlier point in time...”)

⁹⁰ ראו, Eric T Anderson., and Duncan I. Simester, *Price Stickiness and Customer Antagonism*, 125 QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS 729 (2009).

⁹¹ ראו, L. Bolton, L. Warlop, and J. Alba, *Consumer Perception of Price (Un)Fairness*, 29 JOURNAL OF CONSUMER RESEARCH 474 (2003).

נובעים מכך שלחנות היקרה יותר יש עלויות גבוהות יותר, או סיכון גדול יותר להישאר עם מלאי שלא יימכר, או שיש לה מחזור מכירות נמוך יותר, או שלחנות הזולה יותר יש אסטרטגיה של מחירים מוזלים. עם זאת, פערי המחיר שנתפסו כהוגנים במקרים כאלה היו נמוכים יותר מפערי המחיר שנתפסו כהוגנים כאשר הפער נבע מהפרשי איכות. המסקנה העולה מהמחקר היא שמחירים זולים של ספק אחד אינם נתפסים על ידי צרכנים כאינדיקציה לכך שמחיריו הגבוהים יותר של ספק אחר הם בלתי הוגנים אם הפערים נובעים מפערי עלויות, פערים בסיכון, ופערים באסטרטגיה, ובפרט פערים באיכות המוצרים. הנקודה האחרונה חשובה משום שהיא מדגישה שצרכנים שמים דגש לא רק על המחיר שהם משלמים אלא גם על התמורה שהם מקבלים עבור המחיר.

ממחקרים אלו עולה כי לשם קביעה אם מחיר הוא הוגן בעיני הצרכנים, יש להתחשב, בין היתר, בתמורה שמתקבלת מהעסקה, וכי הוגן שהיצרן והצרכן יחלקו בה. כפי שיפורט להלן, גישה זו אומצה בהחלטות ובפסקי דין בנוגע למחיר בלתי הוגן ברחבי העולם.

2.5 ארבע מסקנות מהניתוח

הניתוח לעיל מוביל לארבע מסקנות: הראשונה היא שפיקוח על מחירים נדרש לאזן בין הרצון למנוע מחירים גבוהים לבין הצורך לשמר את התמריצים של פירמות להיכנס לשווקים, לפתח ולהשקיע באופן אשר מועיל בסופו של דבר לצרכנים.

המסקנה השנייה, פועל יוצא של הראשונה, היא שלא ניתן להצדיק כלל גורף האוסר על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה המבוסס אך ורק על הפרש- גבוה ככל שיהיה- בין המחיר לבין עלויות הייצור השוליות של המוצר (דהיינו המחיר התחרותי). בהתעלם מתמריצי הכניסה לשוק, ההשקעה, ההתייעלות, והחדשנות של חברות בשוק.

המסקנה השלישית היא שמחיר הטעות ביצירת איזון לא נכון – כאשר החוק יוצר אפקט מצנן על השקעות הנדרשות לשם כניסה לשוק או יצירת יתרונות תחרותיים, הן בשל חוסר הוודאות שהוא יוצר בדברי הדרי האיסור והן בשל מניעת רווחים הנדרשים לצורך יצירת תמריצים לפירמות – עלול להיות גבוה במידה אשר עולה על היתרונות מהניסיון למנוע מחירים גבוהים.

צרוף תובנות אלו מוביל למסקנה רביעית, לפיה כדי שהעילה תגשים את מטרת החוק, יש לוודא שהיא אינה מוחלת בצורה שפוגעת בתמריצי ההשקעות של פירמות, וכן שהיא יוצרת וודאות מספקת כדי לאפשר לחברות לדעת מראש מהו המחיר שהן תוכלנה לקבל עבור מוצריהן אם השקעתן תצליח, על מנת להעריך נכונה את הסיכון הכרוך בכך. ודוק: גם כלל המשמר את היעילות בדיעבד אבל לא יוצר ודאות שיעשה כן מלכתחילה, יוצר הרתעת-יתר ופוגע בפעולת השווקים. על כן, כלל היוצר סיכוי גבוה לטעות בהערכתו מראש על ידי הפירמות השוקלות כניסה לשוק וביישומו בדיעבד על ידי מי שאוכף את האיסור, מתנגש עם מטרת החוק.

3. הקושי בשרטוט קו הגבול מתי מחיר גבוה הוא גם בלתי הוגן

לאור מסקנותינו עד כה, נבחן עתה האם הניסיון מעיד שניתן להחיל את העילה בדרך היוצרת מראש כלל ודאי וראוי, המאזן נכונה את השיקולים השונים ולוקח בחשבון את מאפייניהם של מקבלי ההחלטות.

למרות שעילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן הוכרה באיחוד האירופי כבר לפני יותר מחצי מאה, ולמרות ניסיונות חוזרים ונשנים של בתי משפט ומלומדים ברחבי העולם לתחמה באופן שישרת את מטרותיה וייצור ודאות, אין כללים ברורים וראויים לתחולתה.

3.1 המבחן האירופי המקובל במרבית העולם

המבחן האירופי למחיר גבוה בלתי הוגן הינו המבחן המנחה במרבית המדינות בהם מוכרת העילה. זהו גם המבחן אליו

הפנו בתי המשפט הישראליים ורשות התחרות,⁹² בין היתר לאור העובדה שהאיסור על ניצול כוח מונופוליסטי לרעה הועתק מילה במילה מהסעיף האירופי.⁹³

בעניין ג'נרל מוטורס קבע בית הדין האירופי שמחיר יהווה ניצול לרעה כאשר הוא מופרז (excessive) יחסית לערך הכלכלי של המוצר או השירות שבמונופולין.⁹⁴ בכך קבע בית הדין עקרון יסוד לקביעת ההוגנות של המחיר: המחיר צריך לשקף את הערך הכלכלי של המוצר לצרכן, ולא דווקא את עלויות ייצורו. בעוד שעיקרון-יסוד זה משקף את חשיבות התמורה לצרכן מהשקעתו של היצרן, כפי שיפורט להלן, הניסיון להגדיר ערך כלכלי בנסיבות ספציפיות יוצר קשיים רבים.

ההחלטה האירופית המכוננת שדנה בעילה הינה בעניין יונייטד ברנדס.⁹⁵ שם קבעה יבואנית בננות מחיר שונה לבננות מתוצרתה במדינות שונות, בהתאם לגמישות הביקוש של הצרכנים במדינות השונות. במסגרת עקרון היסוד, לפיו יש לבחון את הוגנות המחיר בהתאם לערך הכלכלי של המוצר, החיל בית הדין מבחן דו-שלבי:⁹⁶

"The questions therefore to be determined are whether the difference between the costs actually incurred and the price actually charged is excessive, and, if the answer to this question is in the affirmative, whether a price has been imposed which is either unfair in itself or when compared to competing products."

לפיכך בשלב הראשון יש לבחון אם המחיר הוא מופרז (excessive) על ידי השוואה שלו לאמת מידה (benchmark). בהחלטה בעניין יונייטד ברנדס מדד הייחוס היה עלויות הייצור של בעל המונופולין לעומת המחיר שגבה, אך כפי שיפורט להלן, ישנם מדדי ייחוס אחרים מלבד עלויות הייצור. בהתאם להחלטה האחרונה של בית הדין האירופי בעניין ארגון זכויות היוצרים הלטיבי, שלב זה יתמלא אם המחיר יהיה גבוה בצורה משמעותית (appreciably higher) מעלות הייצור. מבחן זה יוצר בסיס שבעזרתו ניתן לבחון אם המחיר גבוה, כך שעל פניו יש פגיעה בצרכנים. אולם גם אם יסתבר שהמחיר הוא מופרז, עדיין אין בכך כדי לבסס את היותו בלתי הוגן.⁹⁷ בשלב השני יש לשאול אם המחיר הוא בלתי הוגן (unfair), כשלעצמו או בהשוואה למוצרים מתחרים. במילים אחרות, בשלב הראשון בודקים האם יש אינדיקציות לכך שבעל המונופולין ניצל את כוחו. ואילו בשלב השני בודקים האם המחיר הגבוה מהווה ניצול לרעה של כוח שוק. חשוב להדגיש: המבחן שנקבע ביונייטד ברנדס הוא המבחן המכונן החל באיחוד האירופי גם כיום.⁹⁸ יש הטוענים ששני השלבים הם חלופיים.⁹⁹ דא עקא, טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם מילותיו המפורשות של בית הדין המובאות לעיל, מהן ברור שמדובר בשני שלבים עוקבים ומצטברים. הטוענים להסתפקות בשלב הראשון סומכים את ידם, בין היתר, על ההחלטה של בית המשפט הבריטי בעניין פייזר, שם עלתה השאלה האם הטריבוונל לענייני תחרות טעה כאשר דרש מהרשות להחיל את שני חלקי המבחן לחוסר הוגנות המחיר. אולם שם השאלה התייחסה לשני החלקים של השלב השני של המבחן, דהיינו לבחינה האם עסקינן במחיר שאינו רק מופרז אלא הוא גם בלתי הוגן. שלב

⁹² גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 21.

⁹³ Michal S. Gal, *The 'Cut and Paste' of Article 82 of the EU Treaty in Israel: Conditions for a Successful Transplant* 93 (2007) 9 EUROPEAN JOURNAL OF LAW REFORM 467.

⁹⁴ Case 26/75 General Motors Continental NV v. Comm'n, 1975 E.C.R. 1367 1 C.M.L.R. 95 (1976)

⁹⁵ Case 27/76, United Brands Co. v. Comm'n, 1978 E.C.R. 207

⁹⁶ שם, בפס' 252.

⁹⁷ Case COMP/A.36.570/D3 Sundbusserne v. Port of Helsingborg (2006)

⁹⁸ ראו את פסקי הדין וההחלטות שבאו אחריו באיחוד האירופי המפורטות לאורך המאמר.

⁹⁹ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 20. טענה דומה אימץ גם בית המשפט המחוזי בפ"ד נאור, לעיל ה"ש 82. ראו דיון להלן.

זה מורכב כאמור משני מבחנים חלופיים- האם המחיר הוא בלתי הוגן כשלעצמו, או בהשוואה למוצרים מתחרים.¹⁰⁰ בית המשפט קובע מפורשות שלפי המבחן המקובל:¹⁰¹

"If a price is "excessive" that is not the end of the analysis since it must in addition be decided whether the price is fair by reference to the "in itself" or competing products"

ייתכן שהבלבול נובע שהעובדה שלעתים ניתן להשתמש בראיות דומות לשני שלבי המבחן- זאת כאשר משתמשים במבחן ההשוואה כאינדיקציה הן למופרזות המחיר והן כאינדיקציה לבלתי הוגנות המחיר כעולה ביחס למוצרים אחרים. כך, למשל, בפרשת **ארגון זכויות היוצרים הלטבי (AKKA)**, השתמש בית המשפט במבחן ההשוואה כבסיס לשני השלבים של המבחן.¹⁰² גם אם לעתים מבחן הבסיס זהה, הרי השיקולים המנחים בכל אחד מהשלבים הם שונים. אכן, כפי שעולה מהחלטתו של בית הדין האירופי, בעוד ההשוואה יש בה כדי להעיד על מחיר מופרז, יש עדיין לבחון את הוגנותו של המחיר. גם רשות התחרות הישראלית וגם היועץ המשפטי לממשלה מדגישים שאין די במחיר גבוה- ככל שיהיה -כדי לקבוע שהוא אינו הוגן.¹⁰³ כפי שהראינו לעיל, התמקדות במופרזותו של המחיר בלבד,¹⁰⁴ גם מתנגשת עם קידום רווחת הצרכן.

ניתן כמובן לשאול אם מבחן דו-שלבי עדיף על מבחן חד-שלבי, הבוחן מופרזות והוגנות יחדיו. היתרון באימוץ מבחן דו-שלבי עשוי לנבוע מכך שהוא מייתר את הצורך לבחון את שאלת "הוגנות" המחיר אם בשלב הראשון מתברר כי המחיר איננו "גבוה". בחינה כאמור עשויה לחסוך משאבים רבים, ולהתגבר במקרים רבים על הקושי המובנה בקביעה מתי מחיר גבוה הופך להיות בלתי הוגן. ראו לעניין זה את החלטת הנציבות האירופית מהעת האחרונה בעניין ¹⁰⁵:Gazprom

"The first limb of the test can be interpreted as a screening exercise to assess whether the price charged is suspiciously high. With the second limb of the test, the Court effectively proposes two alternative options to establish whether the price actually bears no reasonable relation to the economic value of the product: either by carrying out a comparison with a competitive price benchmark (which can be seen as a proxy of the economic value of the product), or if no appropriate price benchmark exists, by directly estimating the economic value of the product ('unfair in itself')."

¹⁰⁰ ראו סעיף 62 להחלטת בית המשפט לערעורים בפיזור, לעיל ה"ש 16: The first stage or limb entails comparing the price charged with the costs of production to see whether it is excessive, and the second stage or limb involves determining whether, if it is excessive, it is also unfair "in itself" or by reference to "competing products". It is these two alternative tests of unfairness which are at the heart of this first Ground of Appeal.

¹⁰¹ שם, סעיף 66.

¹⁰² Case C-177/16 Biedrība 'Autortiesību un komunikācijas konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība' v. Konkurences padome, ECLI:EU: C:2017:689 ("AKKA/LAA")

¹⁰³ גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 21; עמדת היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 22, סעיף 5: ("ראוי להחיל [את העילה] רק כאשר קיימות אינדיקציות ברורות לכך שהמחיר שנגבה הוא גם גבוה וגם בלתי הוגן.")

¹⁰⁴ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 20, בעמ' 35.

¹⁰⁵ CASE AT 39816 Upstream Gas Supplies in Central and Eastern Europe (GAZPROM) 2018, פסקה 65.

היגיון דומה חל גם בתחומים נוספים של דיני תחרות. כך, למשל, בעת בחינת מיזם משותף יש לבחון קודם כל את עוצמת הפגיעה בתחרות. רק אם היא משמעותית, יש לבחון האם למיזם יתרונות מאזנים לטובת הציבור. גם במיזוגים נהוג קודם לבדוק אם יש פגיעה בתחרות לפני ששוקלים אם יש יתרונות יעילות. בנוסף, כפי שיפורט להלן, הסתפקות בבדיקת ההפרש בין עלות הייצור השולית והמחיר לבדה אינה עולה בקנה אחד עם מטרת החוק, לאור העובדה שהפרש כזה עשוי להיות נחוץ ליצור תמריצים לעידוד השקעות שיגדילו את רווחת הצרכן. להלן נבחן כיצד הוחלו מבחנים אלו, כמו גם את הקשיים הרבים – המתודולוגיים והפרקטיים – ביישומם.

א. מבחנים לשלב הראשון: זיהוי מחיר מופרז

כאמור, לפי הדין האירופי יש להשוות במסגרת השלב הראשון את המחיר של בעל המונופולין למדד ייחוס כדי לזהות האם הוא מופרז. ההשוואה בין המחיר שהוא גובה בפועל ל"מחיר הרעיוני" (the counterfactual or notional price) שהיה גובה "בתנאי תחרות" מלמדת על ניצול כוח השוק שבידי בעל המונופולין. כפי שטענו לעיל, בשווקים רבים לא תיתכן כלל תחרות, ולכן ההשוואה המבוקשת איננה כלל אפשרית.

מכל מקום, בתי המשפט מחילים ארבעה מבחנים עיקריים לזיהוי מחיר מופרז. המבחן הראשון מבוסס על חישוב ההפרש בין עלות הייצור לבין המחיר (להלן: מבחן העלות) והוחל לראשונה בעניין **יונייטד ברנדס**.¹⁰⁶ פער גדול בין מחיר ועלות מהווה אינדיקציה ראשונית לניצול של כוח שוק.

שלושת המבחנים הנוספים מבוססים על השוואות מחירים (מבחן ההשוואה). אם יוכח שמחירים בשוק אחד גבוהים בהרבה מאלה שבשוק אחר, או במצב אחר, ואין טעמים אובייקטיביים להפרשי העלות, ההבדלים יכולים לשמש אינדיקציה לכך שנגבו מחירים מופרזים.¹⁰⁷ בהתאם לכך, המבחן השני שניתן להשתמש בו לזיהוי מחיר מופרז הוא השוואת המחיר שאותה פירמה גובה עבור אותו מוצר או שירות בתקופת זמן אחרת שבה השוק היה יותר תחרותי או בשוק אחר שהוא יותר תחרותי. כך למשל ניתן להשוות את המחיר ששרר בשוק לפני ואחרי כניסה של מתחרה משמעותי לשוק, כאשר המחיר אחרי הכניסה מהווה אמת מידה למחיר בשוק תחרותי יותר. אמת מידה זו שימשה, למשל, את התובעים בעניין **רייס** כדי לטעון שעמלות הסליקה בעסקאות בכרטיסי אשראי ויזה לפני כניסת ויזה אלפא לשוק היו מופרזות, ואת התובעים בעניין **קו מחשבה** כדי לטעון שמחיר שיחות הטלפון הבינלאומיות לפני פתיחת השוק לתחרות היה מופרז.¹⁰⁸ בנוסף, ניתן להשוות את המחיר שהמונופול גובה אחרי הסרת פיקוח מחירים למחיר שנקבע בהליך הפיקוח, בתנאי שמבססים את הטענה כי המחיר המפוקח מהווה אינדיקציה למחיר המאפשר לבעל המונופולין לכסות על עלויותיו. למשל, בעניין **נאור** נטען, בין היתר, כי מחיר הקוטג' של תנובה מופרז בהשוואה למחיר ששרר כאשר מחיר הקוטג' היה תחת פיקוח מחירים.¹⁰⁹ בדומה, ההחלטה לאשר את התובענה הייצוגית בעניין **המועצה הישראלית לצרכנות** הסתמכה על השוואה בין מחיר הגבינה הצהובה באריזה של תנובה לבין המחיר של אותה גבינה כשהייתה תחת פיקוח מחירים והערכה של המחיר שהיה נקבע לה לו נותרה תחת פיקוח מחירים, וכן המחיר של גבינה צהובה במשקל שנותרה תחת פיקוח מחירים.¹¹⁰

¹⁰⁶ ראו דיון להלן בפרק 5 בנושא נמל מבטחים.

¹⁰⁷ Case 395/87 Ministère public v. Tournier, 1989 E.C.R. 2521; Case 110/88 Lucazeau v. SACEM, 1989 E.C.R. 2811.

¹⁰⁸ רייס, לעיל ה"ש 19, ורע"א 729/04, **מדינת ישראל ואחרים נ' קו מחשבה ואחרים** (פורסם בנבו, 26/4/2010). בית המשפט העליון דחה את שתי הבקשות לאישור תובענה ייצוגית בעילת מחיר מופרז בפרשות אלה. ברייס נקבע שהמבקשים לא ביססו את הטענה שעמלות הסליקה בחודש שאחרי כניסת ויזה אלפא לשוק היוו אינדיקציה למחיר שוויון משקל, ולפיכך אמת מידה ראויה; בעניין קו מחשבה, המחיר לפני פתיחת השוק לתחרות נקבע בהליך של פיקוח מחירים, ולא על ידי בוק בינלאומי עצמה, למרות שהמחיר תחת פיקוח מחירים היה גבוה פי ארבעה בממוצע מהמחיר שהשתרר בשוק לאחר הסרת הפיקוח ופתיחת השוק לתחרות.

¹⁰⁹ נאור, לעיל ה"ש 82.

¹¹⁰ ת"צ (תל אביב) 61369-11-14 **המועצה הישראלית לצרכנות נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** (ניתן ב-16.6.2019).

מבחן השוואה חלופי מתמקד בזיהוי המחיר שאותה פירמה גובה עבור אותו מוצר בשוק אחר הנחשב לתחרותי יותר. כך למשל, בעניין ויינשטיין חושבו הפיצויים לחקלאים שרכשו אשלג בישראל על בסיס ההפרש בין המחיר בו נמכר האשלג בישראל לבין המחיר שבו מכרה מפעלי ים המלח אשלג מחוץ לישראל ברבעון שקדם למכירה בישראל.¹¹¹ בדומה, בית הדין האירופאי קבע בעניין **בריטיש ליילנד (British Leyland)** כי המחיר שיצרנית מכוניות גבתה עבור רישיונות למכונית עם הגה בצד שמאל הוא מופרז בהסתמך על המחיר שהיא גבתה עבור אותם רישיונות למכוניות עם הגה בצד ימין,¹¹² ואילו רשות התחרות בבריטניה קבעה כי **NAPP** גבתה מחיר מופרז מבתי מרקחת קהילתיים עבור מורפיום בשחרור מושהה לאחר שהשוותה אותו למחיר ש-NAPP גבתה עבור אותן זריקות מבתי החולים.¹¹³

מבחן השוואה נוסף שניתן להשתמש בו הוא המחיר של מוצרים של פירמות מתחרות באותו שוק, או המחיר של מוצרים דומים של פירמות אחרות בשווקים אחרים. כך, למשל, קבע בית המשפט האירופי בעניין **סאכמ (SACEM)** שמקום השוואת מחירים מוכיחה שמחירים בשוק אחד גבוהים בהרבה מאלה שבשוק אחר ואין טעמים אובייקטיביים להפרשי העלות, ההבדלים יכולים לשמש אינדיקציה לכך שנגבו מחירים מופרזים.¹¹⁴

בישראל מוחל לעיתים גם מבחן הרווח, הבוחן האם הרווח של בעל המונופולין על המוצר שבמונופולין גבוה באופן מופרז מהרווח של חברות אחרות הפועלות באותו ענף.¹¹⁵ מבחן זה אינו מבחן עצמאי, אלא מהווה נגזרת של מבחן העלות. זאת משום שמבחן העלות בודק את ההפרש בין מחיר המוצר לבין עלותו. מבחן הרווח מבטא אותו הפרש בדיוק רק באחוזים מהמחיר (חישוב כזה נקרא "אחוז מלמעלה") או באחוזים מהעלות (חישוב כזה נקרא "אחוז מלמטה"). בשני המקרים נדרשים אותם נתונים בדיוק: על המחיר ועל העלות. ההבדל היחיד בין שני המבחנים הוא שמבחן העלות מבטא את הפער בין המחיר לעלות בשקלים, ואילו מבחן הרווח מחשב את אותו פער בדיוק באחוזים מהמחיר או מהעלות.

ב. הקושי ביישום המבחנים לזיהוי מחיר מופרז

מבחן העלות (לרבות נגזרתו, מבחן הרווח) כרוך בעלויות מידע גבוהות ומייצר קשיים בהחלתו. כך, למשל, המונח "עלות" איננו מוגדר היטב כאשר המוצר הרלוונטי מיוצר במשותף עם מוצרים אחרים. זאת כיון שכאשר יש ייצור משותף, העלות מושקעת בין כך ובין כך. למשל כאשר משאית מובילה ארבעה סוגי מוצרים שונים מהמחסן של הפירמה לחנויות של משווקים, עלויות דוגמת עלות המשאית, עלות התחזוקה שלה, ועלות השכר של הנהג נצברות ממילא גם אם אחד המוצרים לא מועמס על המשאית. לפיכך, לא ניתן לדעת איזה חלק מהעלות של המשאית שייך למוצר אחד ואיזה חלק שייך למוצר אחר. ניתן כמובן להקצות את העלות הכוללת בין ארבעת המוצרים, אלא שמטבע הדברים כל הקצאה כזו תהיה שרירותית, ומעבר לכך יש דרכים רבות ושונות להקצות עלויות משותפות שכולן שרירותיות באותה המידה. כאשר יש הרבה מרכיבי עלות משותפת (עלות המשאית, עלות המחסנים, עלויות הניהול, עלויות של קווי ייצור משותפים, וכדומה) הבעיה הופכת חמורה יותר משום שניתן להקצות את העלויות המשותפות בדרכים רבות ושונות שכולן נכונות או לא נכונות מבחינה כלכלית באותה מידה. בנוסף, על מנת שהמבחן ישקף את העלויות האמיתיות, עליו לשקף גם את רמת הסיכון בה פעל בעל המונופולין (לרבות היותו על השקעה אלטרנטיבית), כמו גם את השקעותיו (גם אלו שלא

¹¹¹ תובענה ייצוגית (בית המשפט המחוזי מרכז) 41838-09-14 **משה ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח בע"מ** (פורסם בנבו, 29.1.2017). אפשר לטעון שבית המשפט ראה במחיר האשלג בחו"ל את העלות האלטרנטיבית למכירת אשלג בישראל, בהסתמך על ההנחה שמפעלי ים המלח הייתה יכולה למכור בחו"ל את האשלג שהיא לא מכרה בישראל, ולכן אמת המידה למופרזות המחיר היה העלות (האלטרנטיבית) של האשלג.

¹¹² ראו, [1986] Case 226/84 *British Leyland Public Limited Company v Commission*.
¹¹³ *Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries, Decision of the Director General of Fair Trading, No Ca98/2/2001, 30 March 2001; on appeal: Napp Pharmaceutical Holdings Ltd. v. Director General of Fair Trading, [2002] CAT 1, [2002] Comp. AR (Eng.)*.

¹¹⁴ *Case 395/87 Ministère public v. Tournier, 1989 E.C.R. 2521; Case 110/88 Lucazeau v. SACEM, 1989 E.C.R.*

¹¹⁵ שם היה קושי מיוחד לחישוב העלויות כיון שמדובר היה ברישיונות השמעה משותפים של שירים של יוצרים רבים.
¹¹⁵ ראו, למשל, נאור, לעיל ה"ש 82; ת"צ 16/08/6179 **גפניאל נ' החברה המרכזית למשקאות בע"מ** (16.1.2019); צדוק, לעיל ה"ש 51.

צלחו) במחקר ופיתוח.¹¹⁶ זאת ועוד: העלות איננה קבועה בכל היקף ייצור. היא יכולה לעלות או לרדת עם היקף הייצור. כאשר טוענים שמחיר צריך להיות שווה לעלות השולית נשאלת השאלה באיזה נקודה בודקים את גובהה. נניח שהעלות השולית עולה עם היקף הייצור. כאשר מייצרים 100 יחידות העלות השולית היא 100. כאשר מייצרים 200 יחידות העלות השולית 200. האם המחיר התחרותי צריך להיות 100 או 200?

מבחן ההשוואה מיתר את הצורך לקבוע מהי העלות של בעל המונופולין, אך יוצר קשיים מסוג אחר, בשל הצורך לוודא שאמת המידה המשמשת להערכת המחיר לגביו נטען שהוא מופרז אכן מהווה אינדיקציה למחיר שהפירמה הייתה גובה בתנאים תחרותיים. לשם כך יש לוודא כי התנאים בשוק הנבדק והתנאים בשוק המהווה אמת מידה זהים פרט לעוצמת התחרות (כלומר אנו משווים תפוזים לתפוזים). כאשר אמת המידה לצורך ההשוואה היא המחיר של אותו מוצר למחירו בתקופת זמן אחרת שבה השוק היה יותר תחרותי, צריך לוודא שמלבד התחרות לא היה בשוק שינוי נוסף אשר גרם להבדלי המחירים לאורך זמן. כאשר משווים את המחיר בשוק א' למחיר שאותה פירמה גובה בשוק ב' הנחשב לתחרותי יותר, יש לוודא ששוק ב' זהה לשוק ב' בכל מאפייניו מלבד התחרות הרבה יותר בשוק ב', אחרת הפרש המחירים לא ישקף רק פערים בעוצמת התחרות, אלא גם הבדלים אחרים. כאשר משווים את המחיר למחירים של פירמות מתחרות באותו שוק, או למחיר של מוצרים דומים של פירמות אחרות בשווקים אחרים, יש לוודא שהפירמות המתחרות אכן ברות השוואה.¹¹⁷ בדיקה כזו בעייתית משום שמטבע הדברים קשה להבטיח שמוצרים של מתחרים דומים דיים למוצרים של בעל המונופולין הן מבחינת המאפיינים שלהם (אחרי הכול יש סיבה בגללה מרבית הצרכנים בוחרים לרכוש את המוצר של בעל המונופולין ולא מוצרים מתחרים), והן מבחינת עלותם. ודוק: גם אם הצרכנים רואים אותם כחלופיים, ייתכן שעלויות הייצור שלהן שונות עקב טכנולוגיות ייצור אחרות.¹¹⁸

הקשיים הכרוכים בהחלת מבחנים אלו בשלב הראשון של העילה באים לידי ביטוי, בין היתר, בקביעת הממונה בגילויי הדעת לפיה:¹¹⁹

"זיהוי המחיר שגבה המונופולין כמחיר מופרז ... [הינו] אתגר לא פשוט....[ה]דורש ניתוח כלכלי, ולעיתים גם חשבונאי, מורכב."

בית המשפט המחוזי בעניין **נאור** הדגיש אף הוא כי "למעשה אין בנמצא היום, בהנחיות הממונה, בפסיקה, או אף בפסיקה שהובאה מרחבי העולם - שום אמת מידה חדה בדבר שיעור הרווח התפעולי שילמד כי המחיר מופרז."¹²⁰ גם היועץ המשפטי האירופי קבע לאחרונה שהשאלה כמה גבוה וכמה מתמשך צריך מחיר להיות מעל עלויות הייצור על

¹¹⁶ ראו גם עמדת היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 22, סעיף 71; OECD, לעיל ה"ש 4, עמ' 69.
¹¹⁷ למשל, נניח שבעל המונופולין השקיע במחקר ופיתוח, בשעה שהפירמות בקבוצת ההשוואה לא עשו כן. הרווח של בעל המונופולין על ההשקעות שהצליחו יהיה מן הסתם גבוה, למרות שאם לוקחים בחשבון גם את ההשקעות שכשלו, הרווח הכולל שלו עשוי להיות יותר נמוך. לכן השוואה רק של הרווח מההשקעות שצלחו ייטה את התמונה. ניקח למשל שני אולפני סרטים. האחד לוקח הימורים ומפיק סרטים שחלקם מצליחים וחלקם נכשלים. אם לוקחים בחשבון רק את הרווחים מסרטים שהצליחו, הרווח יהיה מן הסתם גבוה יותר מהרווח של אולפן סרטים אחר אשר "הולך על בטוח" ומממן רק סרטים שסיכויי הצלחה שלהם גבוהים, אך אף אחד מהם איננו שובר קופות. ההשוואה הנכונה בין האולפנים הייבת לקחת בחשבון את כל הסרטים שכל אולפן מפיק, ולא להסתפק רק בהשוואה של הרווח משובר הקופות של האולפן הראשון עם הרווח של האולפן השני מהפקה של סרט בעל הצלחה קופתית בטוחה. לפרטים נוספים על הבעייתיות בהחלת מבחן ההשוואה, ראו למשל Robert AKKA, לעיל ה"ש 102; עמדת היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 22, סעיף 73.

¹¹⁸ כך למשל, סקירה של ממצאים אמפיריים בנושא פיריון ייצור הראתה כי יש פערים גדולים בפיריון, ולפיכך גם בהוצאות, בין פירמות שונות גם כאשר הן פועלות באותה תעשייה בדיוק. ראו, Chad Syverson, *Product Substitutability and Productivity Dispersion*, 86(2) REVIEW OF ECONOMICS AND STATISTICS 534 (2004).

¹¹⁹ גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 21.

¹²⁰ נאור פסק דין סופי, לעיל ה"ש 82, פסקה 47.

מנת שייחשב מופרז, הינה שאלה קשה. על כן הוא המליץ להחיל את העילה רק במקרים חריגים.¹²¹ דעה דומה הובעה גם על ידי היועץ המשפטי הישראלי.¹²²

ג. הקושי ביישום השלב השני: מחיר בלתי הוגן

כאמור לפי הדין האירופי, משנקבע בשלב הראשון כי המחיר מופרז, בוחנים בשלב השני אם המחיר, גבוה ככל שיהיה מעל עלות הייצור של המוצר, הוא בלתי הוגן. קביעתו הוגנתו של המחיר היא האתגר האמיתי שמציבה העילה. שלב זה נועד לבחון האם המחיר הגבוה מקורו בסיבה לגיטימית, דוגמת תמורה גבוהה יותר לצרכן או יעילות מיוחדת של בעל המונופולין בהליך הייצור, ולא מניצול לרעה גרידא של כוח השוק.¹²³ זאת כדי לוודא שהחלת האיסור אינה פוגעת בצרכנים בטווח הארוך ובכך מאיינת את מטרת החוק.

בהתאם למבחן האירופי, שאומץ גם במקומות רבים ברחבי העולם, משמעות חוסר ההוגנות היא שקיים יחס לא סביר בין המחיר שגובה בעל המונופולין לבין הערך הכלכלי של המוצר. אלא, שכפי שיפורט להלן, לא ברור כיצד לחשב ערך כלכלי כאמור.

ביונייטד ברנדס קבע בית המשפט שני מבחני עזר: שהמחיר בלתי הוגן בפני עצמו, או בהשוואה למוצרים מתחרים. אולם גם מבחנים אלו אינם מגדירים בבירור מהו מחיר בלתי הוגן, ועל כן אינם משרטטים קו גבול ברור בין מחיר הוגן למחיר בלתי הוגן. בפרט, לא ברור מה הופך מחיר לבלתי הוגן "בפני עצמו" וגם לא ברור מה הופך אותו לבלתי הוגן "בהשוואה למוצרים אחרים." כך, למשל, מנעד הרווח שהותר על ידי בתי המשפט רחב ביותר, ואינו יוצר כלל ודאי. בעקבות הורדת המחיר של **ג'נרל מוטורס** לרמה של פי 8 מהעלות, קבע בית הדין האירופי כי ההפרה תוקנה.¹²⁴ במקרים אחרים הותר רווח נמוך בהרבה. זאת ועוד: כדי לשרת את מטרת החוק, על מקבל ההחלטות לקבוע מהו הרווח על ההשקעות שיש לאפשר לבעל המונופולין על מנת שלא לפגוע ביעילות בייצור וביעילות הדינמית: האם בשוק מסוים די ברווח של 50% כדי לשמור על תמריצי הפירמות לכניסה, להשקעה ולחדשנות? האם 100%? 300%? כאן נדרש ניתוח כלכלי של השפעת המחיר על תמריצי הפירמות השונות, לרבות אלו שהעילה עשויה לחול עליהם בעתיד אם השקעתם תצליח. ניתוח זה משתנה משוק לשוק וממקרה למקרה, והוא מצריך כמות רבה של נתונים אודות השוק והפירמות הפועלות בו.

את הבעייתיות בקביעת מרווח הוגן מעל עלות הייצור ביטאו בין היתר פדיליה וא'דוניהו:¹²⁵

“[a]ny definition of what constitutes a reasonable profit margin must take into account a whole range of factors, including, e.g., economies of scale, sunk costs, and risk. Profit margins differ across industries, and high profit margins may reflect the required compensation for the risk associated with large upfront investment costs or research and development expenditure. Too low a profit margin may reduce ex ante investment and harm consumers in the long run. [...] But in many industries, there will simply be no reliable way of approximating a “reasonable” profit, in particular if this involves an analysis of items such as the intangible value

¹²¹ Opinion of AG Wahl, Case C-177/16 Biedrība ‘Autortiesību un Komunicēšanās Konsultāciju Aģentūra – Latvijas Autoru apvienība’ v. Konkurences padome, ECLI:EU: C:2017:286, para 109-110.

¹²² עמדת היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 22, פרק 1.

¹²³ ראו, למשל, עמדת האיחוד האירופי במסמך ה-OECD, לעיל ה"ש 4, עמ' 318; עמדת היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 22, סעיפים 79-77.

¹²⁴ עניין *General Motors*, לעיל ה"ש 94.

¹²⁵ ראו, O'DONOGHUE & PADILLA, לעיל בעמ' 116, בעמ' 615.

of assets and any relevant opportunity cost.”

אכן, ניתוח הפסיקה האירופית מלמד שלמרות ניסיונות למתן תשובה, אין כללים ברורים לשאלה מהו מחיר הוגן, אלא יש רק פרמטרים כלליים הגורמים לחוסר ודאות בהחלת החוק. גם לאחר יותר מחצי מאה שבהם חל, לפחות בתאוריה, איסור אירופי על גביית מחיר גבוה לא הוגן, לא הצליחו בתי המשפט ורשות ההגבלים להתוות קו ברור וודאי לעניין מחיר הוגן.¹²⁶ כדבריו של המלומד פורס:¹²⁷

As has long been recognized, there are significant problems in applying [the prohibition against excessive pricing...] Neither the EC Commission nor the European Court of Justice, or the relevant UK authorities, has provided a robust working method of determining when a price is to be held excessive.

הכלכלן הראשי לשעבר של נציבות התחרות האירופית, לארס הנדריק רולר, טען שהבעיות בהחלת העילה הן כל כך קשות והמחיר של החלת-יתר הוא כה גבוה, עד כי גם גישה התומכת ברווחת הצרכן בלבד – להבדיל למשל מהרווחה החברתית הכללית – לרוב תיטה לא להחיל את האיסור.¹²⁸

גם בית המשפט העליון הישראלי עמד על הקשיים בהחלת הכלל,¹²⁹ כמו גם בית המשפט המחוזי בעניין **נאור**: "פסיקת בית הדין האירופי לצדק בענין זכויות היוצרים הבלטיות מבהירה כי אין שיעור רווח ראוי, מעין קו גבול אוניברסלי שממנו והלאה מדובר במחיר מופרז ובלתי הוגן, או אף שממנו ומטה אין מדובר במחיר מופרז, וכל מקרה יבחן לגופו."¹³⁰

גילוי דעת 1/17 של רשות התחרות מפחית את הקשיים, אך לא מתגבר עליהם. הוא מגביר את הוודאות באשר לשלב הראשון במבחן הדו-שלבי, הבוחן את ההפרש בין עלויות בעל המונופולין לבין המחיר שהוא גובה, על ידי פרוט הגורמים שייקחו בחשבון בעת בחינת עלויותיו של בעל המונופולין. אולם בעייתיותו הגדולה היא בשלב השני – הקביעה האם המחיר הגבוה הוא גם בלתי הוגן בנסיבות העניין. אין זה מפתיע. גילוי הדעת מתבסס לרוב על המבחנים שהוצעו או שניסו להחילם באירופה, ושם הגיעה הרשות האירופית למסקנה שאין לה כלים ברורים להחלה, ועל כן אין זה ראוי שהרשות תפעל כמפקחת מחירים. גילוי הדעת מכיר בכך שהשאלות מהו בדיוק מחיר בלתי הוגן גבוה ומתי הופך מחיר מהוגן לבלתי הוגן "אינן מעוררות קושי יישומי בלבד, אלא קושי מהותי קונספטואלי העומד בלב ליבו של האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה," **שלא ניתן לפתרו בכלים משפטיים בלבד**.¹³¹

ניקה למשל את החלופה הראשונה של מבחן ההוגנות, לפיה המחיר אינו הוגן בפני עצמו, מבחן אשר יוצר עמימות רבה. אחד הקשיים המרכזיים העולים בהקשר זה עניינו המשקל שיש לתת לערך המוסף שצרכן מקבל מהמוצר

¹²⁶ שם. רק בהחלטה אחת מצא בית הדין האירופי כי אכן בפועל נגבה מחיר בלתי הוגן. יתר ההחלטות שבהן הכיר בית הדין באפשרות זו היו החלטות שהופנו אליו לקביעה ראשונית, שבהן לא נדרש בית הדין לבחינה מדויקת אם המחיר הוא אכן בלתי הוגן ולכן לא נדרש להתמודד עם מרבית הקשיים בהחלתה. ראו גם Evans, Zhang and Zhang, לעיל ה"ש 68.

¹²⁷ Mark Furse, *Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing Under Article 127 82 EC and the Chapter II Prohibition*, 4 EUROPEAN COMPETITION JOURNAL 59 (2008).
¹²⁸ ראו, Lars-Hendrik Röller, *Exploitative Abuses*, European University Institute, EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings, 2-3 (2007).

¹²⁹ רייס, לעיל ה"ש 19, פס' 17. צוטט בהסכמה גם בת"א (מחוזי ת"א) 1493/02 רזונבוים נ' פז שירותי תעופה בע"מ (פורסם בנבו 25.6.2007), פס' 11 וכן בבש"א (ת"א) 21953/02 מגורים יזום ובניה בע"מ נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 15.12.2008) פס' 11.

¹³⁰ נאור פסק דין סופי, לעיל ה"ש 82, פסקה 85.

¹³¹ גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 21, עמוד 8.

של בעל המונופולין. נניח, למשל, שמדובר במוצר שמשפר משמעותית את איכות השימוש בו יחסית למוצרים מתחרים או קודמים, כמו בדוגמה שבחנו לעיל. בתי משפט ברחבי העולם - לרבות באיחוד האירופי ובאנגליה - קבעו שהערך הכלכלי שהמוצר יוצר לצרכן הינו שיקול בסיסי וחשוב להערכת הוגנות המחיר.¹³² בפייזר הודגש שערכו הכלכלי של המוצר לצרכן הינו שיקול רלוונטי, ויכול גם לעלות על עלויות ייצור המוצר פלוס רווח סביר, אפילו במצב בו המוצר חיוני.¹³³ דא עקא קיימת אי בהירות בהגדרת "ערך כלכלי" ולאיזה צרכן בדיוק הוא מתייחס.

תיאורטית, ניתן להגדיר ערך כלכלי כמחיר המקסימלי שהצרכן מוכן לשלם כדי לרכוש את המוצר. מחיר זה מכונה בכלכלה "הנכונות לשלם" (willingness to pay). אלא שאם זו הכוונה הרי שלפחות פוטנציאלית, לכל צרכן יש נכונות אחרת לשלם עבור המוצר, וגם לאותו צרכן יש נכונות שונה לשלם עבור היחידה הראשונה מאשר ליחידה השנייה או השלישית וכך הלאה. לפיכך גם אם ערך כלכלי פירושו נכונות הצרכן לשלם, לא ברור הערך הכלכלי למי ועבור איזה יחידה נרכשת. בהקשר זה יש הטוענים כי אם ערך כלכלי פירושו הנכונות לשלם עבור המוצר, אזי ברור כי לגבי מי שקנה את המוצר, הנכונות לשלם גבוהה מהעלות (אחרת הצרכן לא היה רוכש את המוצר), ולכן לפי פירוש זה של המושג ערך כלכלי, מחיר לעולם לא יוכל להיחשב למפורז, כך שהגדרה זו מרוקנת את העילה מתוכן. טענה זו אמנם נכונה, אך היא רק מדגישה את העובדה שכדי שהמושג לא יהיה ריק מתוכן, חשוב לקחת בחשבון את הנכונות לשלם לא רק של מי שרכש את המוצר, אלא גם של מי שלא רכש אותו בשל מחירו הגבוה. עם זאת, חשוב להדגיש כי טרם התגבש קונצנזוס לגבי הדרך שבה יש להשוות את עלות המוצר לנכונות לשלם של כלל הצרכנים הפוטנציאליים שלו (אלה שהנכונות שלהם לשלם עולה על העלות לאספקת המוצר).¹³⁴

מכל מקום, יש היגיון בהתחשבות בתועלת שהצרכנים מפיקים מהשימוש במוצר: אם היצרן השקיע משאבים באיכות המוצר, והשקעה זו מיטיבה עם הצרכנים, מדוע שרק הם ייהנו מכך, ולא נתיר גם ליצרן ליהנות מפירות ההשקעה? זאת ועוד: כפי שהניתוח הכלכלי מראה, אם לא נתיר ליצרן לחלוק בעליית הערך שיצר, התמריצים להשקיע ביצירת המוצר ייפגעו. בנוסף, וכפי שפורט לעיל, מחקרים מראים שגם הצרכנים סבורים שזה הוגן לחלוק בערך זה עם מי שיצר אותו. אולם כיצד יעריך בית משפט באופן מדויק עד כמה שיצר המוצר את איכות חייהם של הצרכנים ואיזה חלק משיפור זה הוגן שיעבור ליצרן? זו גם הסיבה שהפתרון שמוצע על ידי גילה וקלמנט, לפיו נפחית במידה מסוימת את מובהקות הראיות שנדרשות מהמונופול לביסוס עלויותיו,¹³⁵ לא יפתור את הבעייתית שבהחלת העילה. זאת ועוד: עדיין נותרת השאלה כיצד לחשב את הוגנות המחיר מקום בו קיימת שונות בין התועלת שהמוצר יוצר לצרכנים שונים המבקשים לרכוש את המוצר: האם הוגנות המחיר משתנה מצרכן לצרכן?

ניקח עתה את החלופה השנייה של מבחן ההוגנות המתבססת על השוואה למוצרים אחרים.¹³⁶ גם כאן עולה בעיה דומה. יש לוודא שהשוואה מוחלת על מוצרים זהים זה לזה בעיני הצרכן, או למצער על מוצרים שניתן לחשב את התועלת שהצרכנים מפיקים מהם יחסית לתועלת שהם מפיקים מהמוצר של בעל המונופולין. ללא בדיקה כזו, לא ניתן לטעון שמחירו של מוצר א' איננו הוגן רק משום שהוא יקר יותר ממחירו של מוצר ב'. כפי שכבר הדגמנו לעיל, ברור שמחיר של חבילת תרופות א' שהוא כפליים מהמחיר של חבילת תרופות ב' יחשב להוגן אם חבילת תרופות א' מכילה כמות כפולה של כדורים, או מכילה כדורים במינון כפול, או שהיא מכילה כדורים שיעילותם כפולה, או שהטיפול

¹³² ראו, למשל, פיזר ערר, לעיל ה"ש 16, פסקה 166 ("demand side factors may be capable of generating economic value")
¹³³ פיזר, לעיל ה"ש 15, פסקאות 416-7; פיזר ערר, לעיל ה"ש 16, פסקאות 166-7. בית המשפט מציע שהמחיר בשווקים תחרותיים יותר, המספקים השוואה רלוונטית, יכולים להיות אינדיקציה לערכו הכלכלי של המוצר בעיני הצרכנים. פסקה 172. קביעה זו בעייתית כיון שהיא לא בהכרח תופסת את כל הערך הכלכלי של הצרכנים מהמוצר, שעשוי להיות גבוה בהרבה ממחירו בשוק תחרותי.
¹³⁴ פיזר ערר, שם, פסקה 154. בית המשפט מנסה להתגבר על קושי זה על ידי הקביעה שיש צורך ביחס סביר בין המחיר לערך הכלכלי ולא דווקא זהות; עמדת האיחוד במסמך ל-OECD, לעיל ה"ש 4.
¹³⁵ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 20, עמ' 48.

¹³⁶ בפייזר הדגיש בית המשפט לערעורים שגם אם הוגנות המחיר נבחנת לפי אחת משתי החלופות, הרי שאם יש אינדיקציות להוגנות המחיר לפי החלופה השנייה, אין להתעלם מאינדיקציות אלה. פיזר ערר, לעיל ה"ש 16.

בתרופה א' איננו כרוך בתופעות לוואי, בשעה שהטיפול בתרופה ב' גורם לתופעות לוואי. בהתאם, לא ניתן לבסס את הקביעה שמחירה של תרופה א' בלתי הוגן בהשוואה למחירה של תרופה ב' בלי להשוות את התמורה שהצרכן מקבל מכל אחת מהן. בדומה, גם לא ניתן לטעון ברצינות שהמחיר שראובן שילם עבור חדר במלון - 140 דולר ללילה – הוא מופרז ובלתי הוגן רק מפני ששמעון שילם עבור חדר במלון באותה עיר רק 70 דולר ללילה. זאת משום שיתכן שהמלון בו שהה ראובן מפואר יותר ונמצא במיקום יותר אטרקטיבי מאשר המלון בו שהה שמעון, ולכן הוא מספק לצרכנים תמורה טובה יותר מהמלון בו שהה שמעון, גם אם מחירו גבוה יותר. התמקדות במחיר המוצר בלבד, תוך התעלמות מהתמורה שהצרכנים מקבלים, איננה ממלאת אחר תנאי ההוגנות. אולם כיצד ייחשב מקבל החלטות את גובהה של תמורה זו? ודוק: העובדה שנתח השוק של בעל המונופולין גדול מזה של מתחריו מעידה שהצרכנים מעדיפים את מוצריו הגם במחיר הגבוה, ולכן אין מדובר מבחינתם בתחליפים קרובים. כאשר מוצרים אינם תחליפים קרובים, מחירו של אחד מהם, כשלעצמו, איננו יכול להיות אינדיקציה להוגנות המחיר של המוצר האחר.

ההעדפה הנגלית של צרכנים יכולה לשמש אינדיקציה ראשונית לגובה התמורה.¹³⁷ בהתאם לטענת ה"העדפה נגלית", שהיא טענה בסיסית בכלכלה, כאשר צרכנים יכולים לקנות שני מוצרים (או יותר) והם בוחרים במוצר א' ולא במוצר ב', אזי עודף הצרכן שלהם מרכישת מוצר א' חייב להיות גבוה יותר, גם אם מחירו גבוה יותר מזה של מוצר ב'.¹³⁸ בהתאם, כאשר צרכנים מעדיפים מוצר א' על פני מוצר ב', היחס בין מה שהם מקבלים לבין מה שהם משלמים גדול יותר במוצר א' מאשר במוצר ב'. התנהגות הצרכנים משמשת, אם כן, כאינדיקציה עקיפה לגובה המינימלי של התמורה לצרכן שרכש את המוצר. גם מכאן עולה שלא ניתן להשתמש במחירו הנמוך של מוצר ב' כדי לבסס את הטענה שמחירו של מוצר א' מופרז ובלתי הוגן, משום שההשוואה הרלוונטית צריכה להיות בין התמורה למחיר של כל מוצר, ולא בין המחירים גרידא בלי להתייחס לשאלה מה ניתן בתמורה למחיר.

כאן גם המקום להעיר כי יש הבדל עקרוני בין מצבים לפיהם חברה נהנית ממעמד של בעלת מונופולין כיוון רוב הצרכנים בחרו לרכוש ממנה למרות שהיו להם חלופות אחרות, לבין חברה שהיא בעלת מונופולין משום למוצריה אין כלל חלופות מנקודת ראותם של הצרכנים ואלה אנוסים לרכוש את המוצר ממנה. חמשת הדוגמאות להלן, העוסקות במחיר בלתי הוגן גבוה של בעל מונופולין, ימחישו במה דברים אמורים. בעניין רייס, לא הייתה לבתי עסק בישראל שרצו לכבד כרטיסי אשראי ויזה כל אלטרנטיבה לסליקה באמצעות כאל;¹³⁹ בעניין קו מחשבה, בזק הייתה הספק היחיד של שיחות טלפון בינלאומיות לישראל וממנה;¹⁴⁰ בעניין ויינשטיין, מפעלי ים המלח היו ספקי האשלג היחידים בישראל; בעניין אספן (Aspen), הייתה אספן המפיצה הבלעדית של משפחה של תרופות לטיפול בסרטן דם באיטליה;¹⁴¹ לקפסולות של נתן פניטואין המיועדות לטיפול באפילפסיה מתוצרת פייזר, הייתה רק "תחרות חלשה מאוד."¹⁴² במקרים אלו, ההעדפה נגלית לא תעניק לנו אינדיקציה ראשונית לגובה המינימלי של התמורה.

לבסוף, נציין שהפסיקה הדגישה שמבחן ההוגנות הוא כלכלי בעיקרו.¹⁴³ במלים אחרות, לא ניתן למלאו בתוכן משפטי גרידא תוך התעלמות מהשפעותיו הכלכליות.

קשיים אלו בשרטוט הנחיות ברורות מתי מחיר גבוה גם הופך להיות בלתי הוגן הובילו לכך שהאיחוד האירופי נמנע במוצהר ובמכוון מלהתערב בקביעת מחירים גבוהים, ובמשך כשישים שנה כמעט שאין החלטות המחילות את

¹³⁷ ראו דוגמא בנספח א להלן.

¹³⁸ המושג "העדפה נגלית" (revealed preference) והשימוש בו בתאוריה כלכלית פותח על ידי פול סמואלסון, חתן פרס נובל לכלכלה בשנת 1970. Paul A. Samuelson, *A Note on the Pure Theory of Consumers' Behavior*, 5(17) *ECONOMICA* 61 (1938); Samuelson, *Consumption theory in terms of revealed preference*, 15(60) *ECONOMICA* 243 (1948).

¹³⁹ רייס, לעיל ה"ש 19.

¹⁴⁰ קו מחשבה, לעיל ה"ש 107.

¹⁴¹ Decision A480 of the Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato of 29 September 2016, Aspen.

¹⁴² פייזר ערר, לעיל ה"ש 16. ראו טבלה בנספח ב' למקרים רבים נוספים בהם מדובר בחברות שלמוצריהן לא היו תחליפים.

¹⁴³ שם, בפסקה 101 והמקורות שם.

האיסור, ואלו שקיימות נלוות, לרוב, לאיסור על פעולות מדירות.¹⁴⁴ בסך הכל התקבלו 21 החלטות באיחוד האירופי. מתוכן 9 עסקו בקניין רוחני (פטנטים, זכויות יוצרים, סימן רשום, וסימן מסחרי), 7 עסקו במונופול יציר מדינה (או בעל זיכיון בלעדי מהמדינה או רשות מקומית), ו-3 עסקו במונופול בתחום התשתיות. רק במקרים בודדים העלתה הנציבות האירופית טענות בדבר תמחור מופרז, וגם אז היה מדובר בעיקר במקרים של מונופול יציר המדינה (לרבות על בסיס פטנט) או מונופול מוסדר.¹⁴⁵ מקרים בודדים אלו הם החריג המעיד על הכלל.¹⁴⁶ אוונס, זאנג, וזאנג בוחנים את כלל ההחלטות ומוצאים שבהחלטה היחידה אי-פעם שבה נתן בית המשפט האירופי החלטה בעניין מחיר גבוה שלא היה תוצאה של פעולה מדירה או של מונופול יציר המדינה או מונופול המוסדר על ידה – ההחלטה בעניין **יונייטד ברנדס**¹⁴⁷ – לא נמצא שהמחיר היה בלתי הוגן.¹⁴⁸ עינינו הרואות שנציבות האיחוד האירופי אינה מחילה עילה זו כדבר שבשגרה. למרות קיומה עלי ספר, נעשה בה שימוש מזערי, וגם אז רק במקרים חריגים.

3.2 הניסיון שנצבר במדינות נוספות

על הקושי ביישום המבחנים השונים לאכיפת העילה ניתן ללמוד מהניסיון שנצבר גם במדינות נוספות. בפרט ניתן ללמוד מהניסיון שנצבר בשלוש מדינות שעשו ניסיונות משמעותיים הרבה יותר מאשר מרבית יתר מדינות העולם לאכוף את העילה: אנגליה, ברזיל, ודרום אפריקה.

דוגמה מעניינת היא אנגליה, שבה אף פורסמו הנחיות מיוחדות לזיהוי מחירים בלתי הוגנים.¹⁴⁹ בה בעת, ההנחיות מצמצמות את תחולתה של העילה למקרים שבהם אין חשש לפגיעה ביעילות הדינמית של השוק.¹⁵⁰ בפועל הובאו רק תביעות מעטות במקרים חריגים. את הניסיון סיכם לאחרונה בית הדין לענייני תחרות בעניין **פיזר** כדלקמן:¹⁵¹

"Cases of pure unfair pricing are rare in competition law. Authorities find them difficult to bring and are, rightly, wary of casting themselves in the role of price regulators."

רשות התחרות הבריטית הגישה בעבר תביעה אחת שצלחה, אשר התבססה בין היתר על עילה זו.¹⁵² התביעה הייתה בעניין **NAPP**, ועסקה בגביית מחירים שונים לאותה תרופה בצינורות שיווק שונים. פסק דין זה מהווה דוגמה נוספת לשילוב עילות של התנהגות מדירה (אפליה) וגביית מחיר גבוה בלתי הוגן, כאשר עילת האפליה שימשה כאמת

¹⁴⁴ אף הרשות הישראלית עמדה על כך: "נציבות התחרות האירופית פועלת הלכה למעשה באופן מרוסן ביותר כלפי אכיפה של מחיר בלתי הוגן גבוה ומרבית החלטותיה הנוגעות לניצול מעמד לרעה של פירמות דומיננטיות עוסקות בפעולות מדירות ולא בפעולות ניצול (exploitation)". גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 21, עמ' 7. ראו טבלה בנספח ב' להלן.

¹⁴⁵ Massimo Motta and Alexandre de Streel, *Excessive Pricing in Competition Law: Never Say Never?*, in THE PROS AND CONS OF HIGH PRICES 14, 30–31 (2007). "the prohibition against excessively high exploitative prices has its primary scope of application in situations of legal monopolies or regulated markets." Nils Wahl, *Exploitative High Prices and European Competition – A Personal Reflection*, THE PROS AND CONS OF HIGH PRICES 47, 64 (2007).

¹⁴⁶ עמדת האירופים שהיא הובעה בדוח ה-OECD, לעיל ה"ש 4, בעמ' 321.

¹⁴⁷ United Brands, לעיל ה"ש 95.

¹⁴⁸ Evans et al., לעיל ה"ש 68, בעמ' 7.

¹⁴⁹ COMPETITION OFFICE OF FAIR TRADING, GUIDELINES IN RELATION TO CHAPTER II PROHIBITION UNDER THE UK ACT (1999).

¹⁵⁰ שם, סעיף 4.7.

¹⁵¹ פיזר, לעיל ה"ש 15.

¹⁵² Napp, לעיל ה"ש 112. לביקורת על ההחלטה ראו, למשל, David S. Evans. & A. Jorge Padilla, *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules*, 1 J. COMPETITION L. & ECON. 97 (2005).

מידה (בנצ'מרק) למחיר הבלתי הוגן.¹⁵³ לאחרונה עלתה העילה לדיון בעניין פיזור, אשר עסק בהעלאת מחיר חריגה (עד אלפי אחוזים) של תרופה המוגנת בפטנט שפג, אך הייתה חיונית בשל העובדה שהומלץ שחולים שהתרגלו לתרופה מתוצרת יצרן מסוים לא יעברו ליצרן אחר של התרופה. גם במקרה זה, אשר על פניו הינו בלתי הוגן, התעורר קושי בהחלת המבחנים. בית הדין לתחרות ביטל את החלטת רשות התחרות בטענה שהחילה מבחנים לא נכונים להוכחת המחיר הבלתי הוגן.¹⁵⁴ חלקים מההחלטה נהפכו בערר.¹⁵⁵ במיוחד נהפכה הדרישה שכדי להוכיח את השלב השני (הוגנות המחיר), יש צורך להוכיח גם שהמחיר היה בלתי הוגן בפני עצמו וגם שהוא בלתי הוגן בהשוואה למוצרים מתחרים. החלטה זו עולה בקנה אחד עם המבחן המכונן האירופי ביונייטד ברנדס, שפורט לעיל. עם זאת, בית המשפט קבע שמקרה המתאים אין להתעלם מעדויות המבוססות על חלק אחר מהמבחן אם הן רלוונטיות על פניהן.¹⁵⁶ הניסיון עם החלת העילה גם הביא את רשות התחרות הבריטית להדגיש את החשש מפגיעה בפעולת השווקים (price regulation is highly "distortive) להמליץ לא לאפשר להחילה בתביעות פרטיות, נזיקיות, אלא להגביל את אכיפתה לרשות התחרות.¹⁵⁷ ודוק: שתי תביעות אלו עוסקות במוצרים חיוניים אשר הביקוש אליהן קשיח במיוחד.

חוק התחרות הברזילאי מונה שורה של פרקטיקות אשר ייחשבו לניצול לרעה של מעמד דומיננטי בשוק, לרבות "to impose abusive prices or increase prices without just cause".¹⁵⁸ בעקבות איסור זה, הוכנסו תיקונים למספר חוקים אחרים שאסרו על גביית מחיר בלתי הוגן, לרבות חוק הגנת הצרכן אליו התווספה ההוראה האוסרת על "unjustified product price increases", והחוק נגד פשעים כנגד מערכות כלכליות בו נקבע איסור על - "unreasonably increase the price of goods and services based on a dominant position".¹⁵⁹ על בסיס חוקים אלה, הגיש התובע הכללי עד 2012 למעלה מ-60 תביעות בגין העילה. ואולם בשל קשיים באכיפת האיסור, אף לא אחת מבין תביעות אלה הסתיימה בהרשעה. בעקבות כישלון זה, ואחרי דיון ציבורי נוקב, תוקן חוק התחרות הברזילאי ב-2012 ונמחק ממנו האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן. במאמר הסוקר את הניסיון הברזילאי, כותבים ריברו ומטוס כי הניסיון הברזילאי הראה שהעלות לאכיפת העילה וחוסר הוודאות שהיא מייצרת עולים על התועלת ממנה:¹⁶⁰

"The Brazilian perspective can also be interpreted as a cost-benefit analysis of Competition Authority resources. Given the cost of investigating excessive prices—due to the extensive firm- and market-level information required—the **inherent arbitrariness of specifying a non-abusive price level and the high risk and negative consequences of type I errors**, competition policy should emphasize other abuses of dominance practices."

דרום אפריקה אף היא אחת המובילות בעולם בניסיונות לאכיפת העילה, והיא הוחלה ארבע פעמים. שני המקרים הראשונים מלמדים על הקשיים באכיפתה. החלטה הראשונה מ-2009 היא בעניין ענקית הפלדה מיטל (Mittal), וההחלטה השנייה היא מ-2015 בעניין חברת הכימיקלים ססול (Sasol).¹⁶¹

¹⁵³ שם.

¹⁵⁴ פיזור, לעיל ה"ש 15.

¹⁵⁵ פיזור ערר, לעיל ה"ש 16.

¹⁵⁶ שם, סעיף 75.

¹⁵⁷ OECD, לעיל ה"ש 4, בעמ' 290-1, 296.

¹⁵⁸ Law 8.884/1994, סעיף 20, תת סעיף XXIV.

¹⁵⁹ Law 8.078/1990, סעיף 39, ו-Law 8.137/1990, סעיף 4, תת סעיף VII.

¹⁶⁰ Ribeiro and Mattos, לעיל ה"ש 10.

¹⁶¹ Mncube and Ngobese, לעיל ה"ש 12.

בעניין **מיטל** קבע בית הדין לענייני תחרות של דרום אפריקה (Competition Tribunal) כי מיטל קבעה את מחיר מוצרי הפלדה השטוחים שלה בהתאם לעלות הייבוא שלהם על ידי מתחרותיה, ועלות זו איננה משקפת את העלויות של מיטל או את המחיר התחרותי, ולפיכך המחיר בלתי הוגן. מיטל ערערה על ההחלטה לבית הדין לערעורים על ענייני תחרות אשר קיבל את הערעור והחזיר את התיק לבית הדין בטענה כי בית הדין לא קבע את "הערך הכלכלי" ("Economic Value") של מוצריה של מיטל ולא השווה אותם למחיר שמיטל גבתה. כן נקבע שכדי לבסס תביעות של מחיר בלתי הוגן, יש להוכיח ארבעה גורמים מצטברים: מחיר המוצר, ערכו הכלכלי, האם ההפרש בין המחיר לערך הכלכלי "סביר", והאם המחיר פגע בצרכנים. יתר על כן, על מנת לקבוע את "ערכו הכלכלי" של המוצר יש להביא בחשבון את סוג השיקולים הבאים: עלויות הייצור, הרווחיות ממכירת המוצר בהשוואה לעלות ההון הרלוונטית עבורו, המחיר של מוצרים ברי השוואה בשווקים תחרותיים, פיצוי עבור סיכון או חדשנות, ומאפיינים שטובעים בשוק הרלוונטי. במלים אחרות, בית המשפט דחה את הגישה הפשטנית שביקשה רשות התחרות לקדם לפיה מחיר הוגן הוא מחיר המכסה את עלויות הייצור של בעל המונופולין, או המחיר בתנאי תחרות. זאת כיון שהתמורה שמקבלים הצרכנים מהווה שיקול מכריע בניתוח ההוגנות המחיר. בעקבות הערעור, מיטל ורשות התחרות הגיעו לפשרה.

בעניין **ססול** קבע בית הדין לענייני תחרות כי ססול, שהייתה היצרנית המשמעותית היחידה של פרופילין גולמי (תוצר לוואי של זיקוק דלק המשמש כחומר גלם לייצור פוליופרופילין), גבתה עבורו ועבור פוליופרופילין מחיר בלתי הוגן גבוה. כיוון שפרופילין הוא תוצר לוואי של זיקוק דלק, קיים קושי לחשב את עלויות ייצורו. ססול טענה שעלות הפרופילין הגולמי היא עלות ההפקה שלו. בית הדין לענייני תחרות קבע שהעלות הרלוונטית היא מחיר הדלק הגולמי אחרי התאמות מסוימות. בית הדין קבע את ערכו הכלכלי של פוליופרופילין בהתבסס על מחירו באירופה ומחיר היצוא של ססול ומצא שהמחירים של ססול בלתי הוגנים משום שאין יחס סביר בינם לבין ערכם הכלכלי. ססול ערערה על ההחלטה לבית הדין לערעורים על ענייני תחרות וזה קיבל את הערעור ופסק שמחיריה של ססול לא היו בלתי הוגנים. הוא פסק שיש לקבוע את ערכם הכלכלי של פרופילין ופוליופרופילין בהתבסס על עלויות הייצור כפי שחושבו על ידי ססול. בית הדין הסיק שהמחיר של פוליופרופילין היה נמוך מערכו הכלכלי ולכן לא בלתי הוגן. באשר לפרופילין, שכיוון שהמחיר עלה על מחיר הייצור בפחות מ-20%, הוא לא ייחשב כבלתי הוגן. הפרש רווח זה נקבע בהתבסס על דברי הרמב"ם, נקודה אליה נשוב בהמשך, ללא בדיקה האם די בו כדי לתמרץ חברות להיכנס ולהשקיע בשוק הספציפי שעמד לדיון.

החלטות אלו מדגימות את הקושי המשפטי הכרוך בקביעה האם מחיר הוא בלתי הוגן. בעקבות שתי ההחלטות, התפתח בדרום אפריקה דיון ציבורי בשאלת אכיפת העילה.¹⁶² ב-2018 שונה החוק, כך שהובהר, בין היתר, שאת מופרות המחיר יש להשוות למחיר התחרותי, וכן יש להוכיח שהפרש זה הוא לא סביר.¹⁶³ כדי ליצור בסיס ראשוני לתביעה, על התובע להוכיח שהפרש המחיר היה **מופרז בצורה קיצונית** (utterly exhorbitant).¹⁶⁴

בחדשים האחרונים הוחל האיסור בשני מקרים שעניינם ניצול כוח מונופוליסטי שנוצר ערב משבר הקורונה. בעניין **Dis Chem** נמצא שרשת בתי מרקחת שהעלתה את מחיר המסיכות הרפואיות ב-261%-25% ניצלה לרעה את כוחה המונופוליסטי. בית המשפט הדגיש בהחלטתו את המצב החריג בשל חיוניות המסיכות לאור מצב החירום שנוצר עקב המגיפה, וקבע שמקום בו המסיכות הן עניין של חיים ומוות עבור נותני שירות רפואי או אנשים פגיעים, כל העלאת מחירים כתוצאה מניצול מצוקת הצרכנים אינה סבירה וראויה לגינוי.¹⁶⁵ בית המשפט הדגיש שניתוח של אי הסבירות המחיר צריך להיות מבוסס על ניתוח כלכלי,¹⁶⁶ אבל בנסיבות העניין לא היה כלל צורך לקבוע מתי מחיר מתחיל להיות

¹⁶² ש.ם.

¹⁶³ Section 8 of the South African Competition Law 1998

¹⁶⁴ Competition Tribunal of South Africa Case No CR008Apr20, Competition Commission and Dis Chem

Pharmacies Limited (7.7.2020), para. 72.

¹⁶⁵ ש.ם, סעיפים 219-222.

¹⁶⁶ ש.ם, סעיף 68.

בלתי סביר, כי כל העלאת מחיר היא בלתי סבירה. גם בעניין ¹⁶⁷Babalegi, אשר עסק אף הוא בהעלאת מחירים של מסיכות פנים בעת מגפה, הדגיש בית המשפט שעל התנהגות מחירים בקונטקסט בו הפעילות הרגילה של השוק הופרה על ידי זעזוע סייסימי בצורת מגפה עולמית, חלים כללים מחמירים. החלטות אלו מדגימות את אכיפת העילה במקרים חריגים וקיצוניים, ואין בהן כדי לשפוך אור על החלת העילה בתנאי שוק נורמליים.

את המצב ביתר המדינות המכירות בעילה סיכם ה-OECD כך שהעילה מוחלת רק בנסיבות חריגות (exceptional circumstances).¹⁶⁸ לאור ניסיון זה, המגמה העולה ממספר החלטות של בתי המשפט המחוזיים, המרחיבה את העילה הרבה מעבר לגבולותיה בעולם, ללא התגברות על בעיותיה האינהרנטיות, מדאיגה ביותר.

3.3 הסתברות הטעות בהחלת הכלל

ככל שהחלתו של כלל ודאית פחות, כך הסתברות הטעות גדולה יותר. כפי שראינו לעיל, מחיר טעות של תחולת יתר הוא גבוה בשל הפגיעה הפוטנציאלית בתפקודו היעיל של השוק, בשל פגיעה בתמריצים של פירמות. גם ארגון המדינות המפותחות קבע לאחרונה שכלל משפטי המבקש לאסור על מחיר גבוה בלתי הוגן נדרש ליצור ודאות ברמה סבירה בעת שחברה בוחנת את תחולתו האפשרית בעניינה בטרם השקעתה. **מקום שבו קו הגבול בין מחיר הוגן ולא הוגן אינו ברור א-פריורי, עולה חשש לשיבוש פעולת השווקים.**¹⁶⁹

בשל חשיבות נקודה זו ראוי להדגיש. כללים משפטיים רבים הינם מורכבים ולא פשוטים להחלה. בכך אין כדי לייחד את עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן. בהתאם לכך, יש הטוענים שאי הודאות הנובעת מהגדרת הוגנות המחיר אינה שונה מאי ודאות לגבי מושגי שסתום רבים אחרים בחוק התחרות ובחוקים אחרים.¹⁷⁰ אין מחלוקת שבתי המשפט נדרשים לעתים קרובות להתמודד עם שאלות מורכבות שהתשובה עליהן אינה חד-משמעית. עם זאת, טיבו של חוסר הודאות הכרוך באיסור על מחיר גבוה הוא שונה. **הקושי הייחודי לעילה זו נובע מהעדר כללים ברורים לשאלה העקרונית מהו מחיר בלתי הוגן.** כפי שמדגיש גם היועץ המשפטי לממשלה, הקשיים בהחלת עילה זו הם לא רק פרוצדורליים, אלא מהותיים קונצפטואליים.¹⁷¹ עמדנו כבר על הקושי לקבוע את עלויות הייצור של מוצר כלשהו. אלא שגם אם ניתן היה לקבוע בוודאות מהו ההפרש עלות-מחיר, הרי שלא יהיה בכך לכדי לשרטט קו גבול ברור וידוע מראש בין מחיר הוגן ובלתי הוגן, אשר פירמות בשוק יוכלו להסתמך עליו בעת שהן מחליטות אם להיכנס לשוק או להשקיע בו. זאת כיון שאין תיאוריה סדורה מתי מחיר מתחיל להיות בלתי הוגן. המבחנים שהוצעו על ידי בתי משפט ומלומדים ברחבי העולם אינם משרטטים קוים ברורים כאמור שגם משמרים את תמריצי הפירמות. גם הכלכלנים הטובים ביותר בעולם לא יידעו לשרטט קו כזה, ולכל היותר יוכלו להסכים במקרים קיצוניים ומובהקים שעסקינן במחיר בלתי הוגן. מצב דברים זה שונה מהותית ממצב בו נדרש בית המשפט להכריע, למשל, בנוגע למושגי שסתום אחרים בחוק התחרות. קחו למשל את המושג "פגיעה משמעותית". גם אם עסקינן בסטנדרט שבקצותיו אי ודאות, יש למשפטנים ולכלכלנים כלים כיצד לבחון את עוצמת הפגיעה, תוך קידום מטרות דיני התחרות. לא כך הוא הדבר באשר לשאלה מתי מחיר הופך להיות בלתי הוגן. עסקינן בשאלה שהקונסנזוס בעולם המומחיות המשפטי-כלכלי לגביה הוא שמדובר בשדה מוקשים שאין להיכנס אליו, למעט במקרים חריגים, בשל היעדר תיאוריה סדורה ומקובלת לבחינתה.

¹⁶⁷ Competition Commission v Babelegi Workwear and Industrial Supplies CC, unreported judgement of the Competition Tribunal, CR003Apr20 (1 June 2020).

¹⁶⁸ OECD, לעיל ה"ש 4.

¹⁶⁹ שם, בעמ' 22.

¹⁷⁰ ראו, למשל, גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 20.

¹⁷¹ עמדת היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 22, סעיף 44.

זאת ועוד: כפי שמדגיש גם היועץ המשפטי לממשלה, לא ניתן להתמודד עם קושי זה בכלים משפטיים בלבד, זאת כיון ש"פרשנות משפטית של העילה המנותקת מההשלכות הכלכליות של יישומה עלולה למוטט את הבסיס העיוני שעליו ניצבים דיני התחרות."¹⁷²

שיקולים אלו מקבלים משנה תוקף בדין הישראלי, שבו עסקינן בעילה שעשויה להיות בסיס לעבירה פלילית, לעילה חוזית ונזיקית (לרבות תביעה ייצוגית), כמו גם לעיצום כספי, החלים בדיעבד, לאחר שהפעולה כבר נעשתה. אמנם הממונה הצהיר שבפועל לא יחיל את האיסור הפלילי, אבל גישה זו עשויה להשתנות. חשוב מכך: עצם העובדה שבספר החוקים עסקינן בעבירה פלילית, הופכת חוזה בו נדרש מחיר בלתי הוגן לחוזה בלתי חוקי. בהתאם לסעיף 30 לחוק החוזים, חוזה זה אינו בר אכיפה והוא בטל מעיקרו. כך שגם ללא אכיפה בפועל, פליליות החוק מקרינה על פרשנות החוזים של בעל המונופולין ויוצרת אפשרות שמי שעושה עימו עסקים יוכל לנסות ולהשתחרר מהתחייבויותיו החוזיות עוד שנים רבות (עד לתום תקופת ההתיישנות של העילה). בתביעה נזיקית נוצר קושי נוסף, בשל הצורך לשרטט קו ברור בין מחיר הוגן ובלתי הוגן. עמד על כך בית המשפט בעניין נאור:

"אם עד עתה התברר כי קשה לבחון את הנתונים על רקע המבחנים הידועים, מכאן ואילך כבד עולן של השאלות האופרטיביות עוד יותר. עיקר הקושי נעוץ בכך ש...לצורך הערכת הנזק יש לקבוע מהו המחיר שאינו מופרז, כך שניתן יהיה לחשב את ההפרש שביניהם."¹⁷³

על כן יש לדחות את טענת בית המשפט המחוזי בצדוק, לפיה "פיקוח בדיעבד לא פוגע בתמריץ להשקעות בפיתוח המוצר או ביצירת מוצר חדש, שכן אם בדיעבד בעל מונופולין יוכיח כי השקעתו הייתה מוצדקת וסבירה, אזי הדבר ישוקלל במסגרת העלויות ולא ייחשב כתמחור מופרז."¹⁷⁴ הקושי הוא כפול. ראשית, על חברות הבאות להשקיע להעריך מראש האם השקעתם תחשב בדיעבד כ"מוצדקת וסבירה". בהיעדר אמות מידה ברורות להערכה כאמור, נפגע התמריץ להשקעות. אבל חשוב מכך, אין בהכרח די בכיסוי עלויות ההשקעה לבדן כדי לקדם תמריצים נאותים לכניסה, להשקעות ולחדשנות, או כדי לקבוע האם מחיר המוצר משקף את התמורה לצרכן.

3.4 עיוותים נוספים שאכיפת העילה עלולה ליצור

מלבד פגיעה אפשרית בתמריצי הפירמות, אכיפת העילה עלולה ליצור עוותים נוספים בשוק. זאת משום שבעל מונופולין עלול לנסות ולצמצם את הסיכוי שתופעל עליו סנקציה, ואת גודל הקנס שיוטל עליו עקב כך, בדרכים שעלולות לפגוע בצרכנים.

א. אכיפת העילה תוך שימוש במבחן העלות כבסיס לחישוב במחיר

נניח שהעילה נאכפת באמצעות מבחן העלות: על בעל המונופולין מוטלת סנקציה אם המחיר שהוא גובה עולה על העלות ביותר מאחוז מסוים. נניח שמדובר ב-40%. כפי שהראינו לעיל, לבעל המונופולין יש במקרה זה אינטרס לנפח את העלויות שלו משום שהמרווח שלו שווה לעלות כפול 40%. ניפוח העלות מביא לפיכך לגידול ברווח.¹⁷⁵ זאת בדומה לאפקט של אוורץ' וג'ונסון אשר מתמרץ פירמות שהמחירים שלהן מפוקחים בשיטת שיעור תשואה לנפח את ההון

¹⁷² שם, סעיף 42.

¹⁷³ נאור פסק דין סופי, לעיל ה"ש 82, פסקה 86.

¹⁷⁴ צדוק, לעיל ה"ש 51.

¹⁷⁵ התמריץ לנפח את העלויות פוחת ככל שהסיכוי להרשיע את בעל המונופולין קטן, משום שאז קטנה התועלת מניפוח העלויות (כל עוד בעל המונופולין איננו מורשע, ניפוח העלויות איננו מועיל לבעל המונופולין), בעוד שעלות הניפוח בדמות עלויות גבוהות יותר נותרת על כנה.

המושקע שלהן.¹⁷⁶

מלבד חוסר היעילות שנוצר עקב ניפוח העלויות, אכיפת העילה גם איננה משיגה את המטרה לה היא מכוונת. כדי לראות מדוע, נניח שהביקוש למוצר הוא $Q = 400 - P$, כאשר P הוא המחיר ו- Q היא הכמות הנמכרת. כיוון שהעלות ליחידה היא 100, המחיר המונופוליסטי אשר ממקסם את רווחיו של בעל המונופולין הוא 250.¹⁷⁷ במחיר כזה, בעל המונופולין ימכור 150 יחידות ($400 - 250 = 150$) שעל כל אחת מהן ירוויח 150: הרווח שלו יהיה 22,500. כאשר נאסר על בעל המונופולין לגבות מחיר העולה על 140, בעל המונופולין יוכל למכור 260 יחידות ($400 - 140 = 260$), שעל כל אחת מהן ירוויח 40 (ההפרש בין מחיר של 140 לעלות של 100), ולכן הרווח שלו יהיה 10,400. כעת נניח שבעל המונופולין מנפח את העלות שלו מ-100 ל-143. בעלות כזו הוא יוכל לגבות עבור המוצר מחיר של 200 (143 בתוספת 40%). במחיר זה, בעל המונופולין יוכל למכור 200 יחידות ($400 - 200 = 200$), שעל כל אחת מהן הוא ירוויח 57 (ההפרש בין מחיר של 200 לעלות של 143). הרווח של בעל המונופולין יעמוד כעת על 11,400, כך שניפוח העלויות השתלם לבעל המונופולין (ללא ניפוח עלויות הרווח של בעל המונופולין הוא 10,400). ניפוח העלות גורם לבזבוז של 43 (ההפרש בין העלות המנופחת, 143, לעלות המקורית, 100) על 200 יחידות, קרי, 8,600. הצרכנים אינם נהנים ממחיר של 140 ממנו היו נהנים לולא בעל המונופולין ניפח את העלויות שלו, אלא הם משלמים 200. מחיר זה אמנם נמוך מהמחיר שהיה מושג ללא אכיפת העילה שהוא כזכור 250, אלא שמבחינה חברתית הוא הושג במחיר של ניפוח עלויותיו של בעל המונופולין כדי להגדיל את רווחיו, תוך בזבוז משאבים כלכליים ופגיעה ביעילות בייצור של המשק. בנוסף, כפי שפורט לעיל, כיון שהאיסור מתמקד במחיר בלבד, בעל מונופולין יכול לפגוע באיכות המוצר או שירותיו הנלווים כדי להגדיל את רווחיו.

ב. אכיפת העילה באמצעות מבחן ההשוואה

כעת נניח שהעילה נאכפת באמצעות מבחן ההשוואה: על בעל המונופולין מוטלת סנקציה אם המחיר שהוא גובה עולה על המחיר שהוא עצמו גבה בתקופה אחרת, או המחיר שהוא עצמו גובה עבור אותו מוצר בשוק אחר. אפשרות זו נבחנה על ידי גילה ושיפגל במסגרת מודל תיאורטי.¹⁷⁸ בפרט, הם בוחנים שתי אמות מידה לצורך הקביעה האם המחיר של בעל המונופולין הוא מופרז: המחיר שבעל המונופולין גבה באותו שוק בעבר (אמת מידה כזו שימשה בעניין רייס ובעניין קו מחשבה, שבהן הוזלות מחיר בעקבות כניסת מתחרים לשוק שימשה אינדיקציה ראשונית לכך שהמחיר ערב הכניסה לשוק היה מופרז),¹⁷⁹ והמחיר שבעל המונופולין גובה בשוק גיאוגרפי אחר (אמת מידה כזו שימשה בעניין ויינשטיין, שם המחיר שבו נמכר האשלג בחו"ל שימש אמת מידה למחירו לחקלאים בישראל).

המודל מראה שאכיפת העילה יכולה להרתיע בעל מונופולין מגביית מחיר גבוה בשווקים בהם הוא נהנה ממעמד מונופוליסטי, אבל בה בעת היא גם עלולה לתמרץ אותו לייקר מחירים כאשר הוא חשוף לתחרות. ההיגיון עליו מבוססים ממצאיהם הוא כדלקמן: שימוש במבחן ההשוואה מתמרץ את המונופול לצמצם את הפער בין המחירים שלו על פני זמן, ובין שווקים שונים, כדי להבטיח שפער המחירים בין שני המצבים לא יהיה גדול, ולכן אם הוא ייתבע בגין מחיר מופרז, הקנס שישלם (אשר תלוי בפער המחירים) יקטן. בהתאם לכך, בעל המונופולין יגבה מחיר גבוה יותר בנקודות זמן או

¹⁷⁶ ראו, Averch, H. and LL, Johnson, *Behavior of the Firm Under Regulatory Constraint*, 52 THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW 1052 (1962).

¹⁷⁷ כאשר פונקציית הביקוש לינארית וההוצאה ליחידה קבועה, המחיר המונופוליסטי אשר ממקסם את הרווח הוא הממוצע בין המחיר המקסימלי (Choke price) לבין העלות ליחידה – כלומר הממוצע בין 400 ל-100 בדוגמה שלפנינו.

¹⁷⁸ David Gilo D. and Yossi Spiegel, *The Antitrust Prohibition of Excessive Pricing*, 61 INTERNATIONAL JOURNAL OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 503 (2018).

¹⁷⁹ אמת מידה דומה הוזכרה גם בעניין נאור, שם נטען, ביו השאר, כי הוזלת מחיר הקוטג' בעקבות מחאת הקוטג' מצביעה על כך שמחירו היה בלתי הוגן גבוה ערב מחאת הקוטג'. נאור, לעיל ה"ש 82.

בשווקים שבהם יש יותר תחרות, אך יגבה מחיר נמוך יותר בנקודות זמן או בשווקים שבהם יש פחות תחרות. בהנחה שלכל הצרכנים יש משקל שווה מנקודת ראות חברתית, התועלת לצרכנים שנהנים מאכיפת העילה יכולה לעלות על הנזק לצרכנים שנפגעים מאכיפת העילה, אך גם ההיפך אפשרי. למשל, כאשר אמת המידה היא המחיר של בעל המונופולין לפני כניסת מתחרה לשוק, והתחרות אחרי הכניסה היא באמצעות בחירת כמויות, התועלת לצרכנים שנהנים מאכיפת העילה עולה על הנזק לצרכנים שנפגעים ממנה. כאשר התחרות אחרי כניסת המתחרה לשוק היא באמצעות בחירת מחירים, ההיפך נכון. כאשר אמת המידה היא המחיר של בעל המונופולין בשוק גיאוגרפי אחר, התועלת לצרכנים שנהנים מאכיפת העילה עולה על הנזק לצרכנים שנפגעים ממנה כאשר תוחלת הקנס שמוטל על בעל המונופולין (מכפלת הסיכוי להרשאה בגודל הקנס כאשר בעל המונופולין מורשע) היא גבוהה, אך ההיפך נכון אם תוחלת הקנס נמוכה יחסית. המסקנה היא שאכיפת העילה בהתבסס על מבחן ההשוואה יכולה להועיל לחלק מהצרכנים אך לפגוע באחרים, ושקלול של שתי הקבוצות עשוי להניב תועלת או נזק חברתי. התוצאה תלויה במאפייני השוק, לרבות אופי התחרות בשוק, הביקוש למוצרים בשווקים, העלויות של הפירמות, הסיכוי להרשיע את בעל המונופולין אם ימצא אשם, וגובה הקנס שיושת עליו. למותר לציין שקשה עד בלתי אפשרי לבסס עובדות אלה במקרה ספציפי, ובלתי אפשרי לקבוע כלל אחיד שיתאים לכל המקרים האפשריים בצורה שתבטיח בסופו של דבר שאכיפת העילה רצויה מבחינה חברתית. חשוב לציין שהמאמר לא בחן את השפעת העילה על תמריצי הפירמה מלבד קביעת הכמות המיוצרת או המחיר. כפי שכבר הראינו בהרחבה, כאשר תמריצים אלה נלקחים בחשבון, הקושי לקבוע כלל אחיד שיבטיח שאכיפת העילה תועיל ולא תזיק רק מתגבר.

ג. אכיפת העילה ללא התחשבות ברכישת מוצרים משלימים, בשווקים דו צידיים, או בפירמות רבות מוצרים
כפי שכבר טענו, שווקים כלכליים הם מגוונים מורכבים, ולכן התערבות בהם עלולה להביא לתוצאות הפוכות ממה שמתכוונים אליהם. בפרט, התערבות במנגנון המחירים עלולה להזיק לצרכנים, גם אם הכוונה היא לשפר את רווחתם. להלן נדגים רעיון זה בשלושה מצבים עובדתיים נוספים.

הדוגמה הראשונה עוסקת בשווקים בהם הצרכנים רוכשים מוצרים משלימים במשותף, למשל מכשיר גילוח וסכיני גילוח, מדפסות ומחסניות דיו, או מכונות קפה וקפסולות קפה. אסטרטגיה מקובלת של פירמות במקרים כאלה היא למכור את אחד המוצרים בזול ואת המוצר המשלים ביוקר. למשל מקובל שפירמות מוכרות מכשירי גילוח, מדפסות, או מכונות קפה במחירים נמוכים, לעיתים מתחת לעלותם, ומוכרות את המוצרים המשלימים – סכיני הגילוח, מחסניות דיו, או קפסולות קפה – במחירים גבוהים.¹⁸⁰ במקרים כאלה בדיקה של מחירו של אחד המוצרים בלבד עשויה להוביל למסקנה שמחירו גבוה, למרות שלו היו נלקחים בחשבון כלל המוצרים הנרכשים ביחד המסקנה הייתה שונה בתכלית. זאת ועוד: כפי שנראה להלן, התערבות במחירים בשוק במקרה כזה עלולה להזיק.

נניח, למשל, שפירמה מוכרת מכונת קפה ב-1,000 ש"ח, וקפסולות קפה במחיר של 2 ש"ח לקפסולה. בהתאם, המחיר לכוס קפה הוא 2 ש"ח (מחיר הקפסולה) ועוד 1,000 ש"ח חלקי סך כוסות הקפה שמכינים במכונה (החלק היחסי של כוס קפה אחת במחיר המכונה). אם צרכנים מכינים בממוצע 2,000 כוסות קפה (כוס אחת ליום במשך כחמש וחצי שנים), המחיר לכוס קפה יהיה בממוצע 2.50 ש"ח. מחיר כזה יכול להיות זול אם מכונת הקפה נמכרת בזול, למרות שמחיר של 2 ש"ח לקפסולת קפה עשוי להראות גבוה.

נניח כעת שיש תחרות אפקטיבית בשוק הקפה כך שהמחיר לכוס קפה – 2.50 ש"ח בדוגמה לעיל – הוא תחרותי. אם למכונת הקפה שהפירמה מוכרת יש קפסולות ייחודיות, יהיה מי שיטען שהפירמה היא בעלת מונופולין במכירת

¹⁸⁰ גיל והרטמן משתמשים בנתונים של רשת בתי קולנוע בספרד ומוצאים תמיכה אמפירית לטענה כי הרשת מתמחרת את כרטיסי הכניסה לקולנוע בזול וגובה מחירים יחסית גבוהים על מזון ומשקאות הנמכרים במזון. R. Gil and W. Hartmann, *Empirical Analysis of Metering Price Discrimination: Evidence from Concession Sales at Movie Theaters*, 28(6) MARKETING SCIENCE 1046 (2009).

קפסולות למכונה הקפה שהיא מוכרת, ולכן חלה עליה עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן. נניח שעקב כך הפירמה לא תוכל לגבות מעבר ל-1.50 ש"ח לכל קפסולה. האם ההתערבות משפרת את מצב הצרכנים? ובכן, הפירמה תוכל לייקר את מחיר מכונת הקפה ל-2,000 ש"ח, כך שהמחיר לכוס קפה יישאר 2.50 ש"ח.¹⁸¹ לכאורה ההתערבות לא שינתה את המחיר לכוס קפה, כך שהיא לא הועילה, אלא שייתכן שההתערבות הזיקה. למשל צרכנים שלא יכולים לשלם עבור שתיית קפה מראש, לא יוכלו לרכוש מכונת קפה שעולה 2,000 ש"ח, ולכן יפגעו. ההתערבות גם מזיקה לצרכנים ששונים פחות כוסות קפה מהממוצע, משום שעקב ההתייקרות במחיר של מכונת הקפה, המחיר הממוצע של כוס קפה עבורם יתייקר.¹⁸² כמובן שההתערבות עשויה להועיל לצרכנים כבדים של קפה הצורכים יותר מ-2,000 כוסות קפה, אבל ברור שההתערבות איננה בהכרח מועילה, והיא עשויה להזיק למרבית הצרכנים אם יש הרבה צרכנים שאינם יכולים לשלם סכום גדול מראש, או שיש מספר קטן יחסית של צרכני קפה כבדים, כך שרוב הצרכנים שונים פחות כוסות קפה מהממוצע באוכלוסייה.¹⁸³

הדוגמה השנייה עוסקת בשווקים דו-צידיים (למשל אמצעי מדיה אשר משרתים גם קוראים/צופים וגם מפרסמים, או פלטפורמות מסחר אלקטרוני אשר משרתות גם קונים וגם מוכרים). בשווקים כאלה המחיר עשוי להיות נמוך או אף חינמי בצד אחד של השוק (עיתון מקוון יכול להיות חינמי, ולקוחות שמזמינים חדר במלון באתר הזמנות אינטרנטי פטורים בדרך כלל מתשלום עמלה לאתר), אך הוא יכול להיות גבוה בצד השני של השוק (מחיר הפרסומות בעיתון המקוון עשוי להיות גבוה כמו גם העמלות שבעל המלון משלם לאתר ההזמנות). במקרים כאלה, בדיקת מחירים רק בצד אחד של השוק, והשוואה שלהם לעלות, עלולה להוביל למסקנות מוטעות, משום שמחירים גבוהים בצד אחד של השוק מסבסדים את עלויות השירות בצד השני של השוק, שבו הצרכנים משלמים מחירים נמוכים או אף מקבלים שירות בחינם.¹⁸⁴ התערבות במחירים בצד השוק שבו המחירים גבוהים עלולה להזיק משום שהיא עלולה למנוע סבסוד של הצד השני של השוק, וכתוצאה מכך, רווחת הצרכנים עלולה להיות נמוכה יותר מאשר ללא התערבות.¹⁸⁵

הדוגמה השלישית מתייחסת לפירמה מרובת מוצרים. מטבע הדברים, לפירמה כזו יש מוצרים רווחיים יותר ורווחיים פחות. לעיתים, הרווח ממכירת חלק מהמוצרים נמוך במידה שאיננה מכסה את ההשקעה בפיתוחם, או אף את עלויות הייצור הקבועות, המשותפות. במקרים כאלה הפירמה יכולה לפצות על כך מהרווח שהיא מפיקה ממכירת מוצרים

¹⁸¹ 1.50 ש"ח מחיר הקפסולה ועוד 2,000 ש"ח מחיר המכונה חלקי 2,000 כוסות קפה. מאמר של שבליה וסקוט מורטון מראה כי מצב כזה אפשרי במכירת מוצרים משלימים: הן מראות כי בעקבות שינוי רגולטורי שהתיר לצרכנים לרכוש ארון קבורה מקמעונאים, במקום להמשיך ולחייב אותם לרכוש אותו מבית ההלוויות אשר סיפק את שירותי ההלוויה כפי שהיה עד השינוי, ירדו המחירים של ארונות קבורה (בדומה לירידה במחיר של קפסולת קפה), אך במקביל עלו המחירים של שירותי הלוויה באותה מידה (בדומה לעליה במחיר של מכונת קפה), כך שהמחיר הכולל של הלוויה נותר ללא שינוי. Judith Chevalier and Fiona Scott Morton, *State Casket Sales Restrictions: A Pointless Undertaking?* 51(1) JOURNAL LAW AND ECONOMICS 1 (2008).

¹⁸² למשל צרכן שמשלם במכונה להכנת 1,000 כוסות בלבד, שילם לפני ההתערבות בשוק 3 ש"ח (2 ש"ח עבור קפסולה ועוד 1 ש"ח עבור החלק היחסי של כוס קפה במחיר המכונה (1,000 ש"ח חלקי 1,000 כוסות קפה)). לאחר ההתערבות אותו צרכן ישלם 3.50 ש"ח בממוצע לכוס קפה (1.50 ש"ח עבור קפסולה, ועוד 2 ש"ח עבור החלק היחסי של מחיר המכונה (2,000 ש"ח חלקי 1,000 כוסות קפה)).

¹⁸³ הממוצע באוכלוסייה הוא מספר כוסות קפה שנצרכות חלקי מספר הצרכנים. אם יש מספר קטן יחסית של צרכנים כבדים, רוב הצרכנים יצרכו פחות מהממוצע. לדוגמה נניח שיש חמישה צרכנים שארבעה מהם צורכים כוס קפה אחת ביום ואילו הצרכן החמישי צורך שש כוסות קפה ביום. בסך הכל נצרכות עשר כוסות קפה כך שבממוצע כל אחד מחמשת הצרכנים צורך שתי כוסות ביום. אלא שלפי הנתונים, ארבעה מהצרכנים צורכים רק כוס אחת ביום, כלומר פחות מהממוצע.

¹⁸⁴ ראו, Scientific Background on the Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2014, "Jean Tirole: Market Power And Regulation," compiled by the Economic Sciences Prize Committee of the Royal Swedish Academy of Sciences, <https://www.nobelprize.org/uploads/2018/06/advanced-economicsciences2014.pdf>

¹⁸⁵ ג'ויליאן וונד-סנטמן סוקרים את הספרות הרלוונטית בשווקים דו-צידיים ומסיקים כי "The definition of markets or the measure of a two-sided market compared to a standard market, competition need to be analyzed/interpreted differently in especially when involving a nexus of markets." B. Jullien and W. Zand-Santman, *The Economics of Platforms: A Theory Guide for Competition Policy*, INFORMATION ECONOMICS AND POLICY (forthcoming 2020).

מבוקשים יותר. כך למשל, נניח שפירמה מייצרת עשרה מוצרים. תשעה מהם מייצרים רווחים צנועים ואילו העשירי הוא מוצר פופולארי. אם הרווח מכל אחד מתשעת המוצרים הראשונים הוא 100 ש"ח כל אחד, ואם סך העלויות של הפירמה הן 2,000 ש"ח, הרי שהרווח מהמוצר העשירי, הפופולארי, צריך להיות לפחות 1,100 ש"ח כדי לאפשר לפירמה לכסות על העלויות שלה. המחיר של המוצר הפופולארי נראה גבוה בהשוואה למחיר יתר המוצרים, אך הגבלת רווחיותו תביא לכך שהפירמה לא תוכל לכסות על העלויות שלה ולכן לא תוכל להתקיים. במילים אחרות, הרווחיות מהמוצר הפופולארי עשויה להיות הדרך שבה הפירמה מממנת את יתר המוצרים (שאינם הפסדיים כשלעצמם, אך אינם מכסים את סך העלויות של הפירמה), ולכן המוצר הפופולארי מאפשר לצרכנים להינות מתשעת המוצרים האחרים. בהתאם לכך, התמקדות אך ורק במחירו של המוצר הפופולארי, תוך התעלמות מתוחלת הרווח של הפירמה על כלל מוצריה, תפגע ברווחת הצרכן.

3.5 החלת העילה במצבים בהם אי ההוגנות זועקת לשמיים

הטעויות בהחלת העילה, כמו גם מחירן, קטנות משמעותית באותם מקרים חריגים בהם ברור על פניו כי מחירו של מוצר גבוה באופן חריג, ואי ההוגנות זועקת מהעובדות, וכי לא השוק ולא פיקוח מחירי אחר ירסנו זאת. המקרים של אספן באיטליה ופיזור בבריטניה מדגימים זאת.¹⁸⁶ בשני המקרים מדובר במונופול מוחלט, ללא מתחרים – אין אלו מקרים בהם היו לצרכנים מספר חלופות, והם בחרו אחת מהן שהפכה בעקבות כך לדומיננטית.¹⁸⁷ שנית, בשני המקרים מדובר בתרופות מצילות חיים, כך שלצרכנים שלהן לא הייתה ברירה אלא להמשיך ולצרוך אותן. שלישית, בשני המקרים לא ניתן היה לטפל בקפיצה הנחשונת במחירי התרופות, והנזק שקפיצה כזו גורמת למערכת הבריאות ולצרכני התרופות, על ידי פיקוח מחירים.¹⁸⁸ רביעית, בשני המקרים היה מדובר בתרופות גנריות שפותחו לפני שנים רבות, כך שקשה לטעון שהמחירים הגבוהים נדרשו כדי לספק לפירמות תמריצי השקעה, כפרט לאור העובדה שאספן לא ייצרה את התרופות כלל, אלא רק שיווקה אותן באיטליה. חמישית, בשני המקרים החברות העלו את המחירים שלהן בין לילה בשיעורים אדירים של 300%-1,500% במקרה של אספן ו-2,300%-2,600% במקרה של פיזור. כיוון שהחברות הרוויחו מהמכירות גם קודם להעלאת המחיר הנחשונת, אין ספק כי המוטיבציה להעלאת המחיר הייתה הרצון להגדיל רווחים, וכי העלאת המחיר התאפשרה עקב כוח השוק הרב של החברות. כך למשל קובע בית המשפט לערעורים באנגליה:¹⁸⁹

"It was quite easy to lose sight of a stark reality, which was that, literally overnight, Pfizer and Flynn increased their prices for phenytoin sodium capsules by factors of between approximately 7 and 27, when they were in a dominant position in each of their markets. That did not, of course, abrogate the need for a rigorous reasoned approach to the legal and factual questions... but it was important to keep in mind."

¹⁸⁶ פיזור, לעיל ה"ש 15, סעיף 462. אספן, לעיל ה"ש 140.

¹⁸⁷ אספן הייתה בעלת זכויות הפצה בלעדיות באיטליה של משפחת תרופות לטיפול בסרטן דם. פיזור הייתה אחת היצרניות של פניטואין (תרופה נפוצה לטיפול באפילפסיה), אלא שהנחיות קליניות של המכון הלאומי לבריאות ורשות הפיקוח על תרופות ומוצרי בריאות בבריטניה קבעו כי אין להעביר מטופלים בפניטואין של יצרן אחד לזה של יצרן אחר בשל חשש מתופעות לוואי מסוכנות ואבדן שליטה בהתקפים; הנחיות אלה הפכו את המטופלים בפניטואין של פיזור ללקוחות שבויים. ראו, פיזור ערר, לעיל ה"ש 16, פסקאות 18-21.

¹⁸⁸ במקרה של אספן, מחיר התרופות נקבע במשא ומתן עם וועדת סל התרופות האיטלקי. אספן איימה לצאת מסל התרופות אם עליית המחיר לא תאושר וכן איימה כי ללא עליית מחיר עלול להיווצר מחסור באספקת התרופות. במקרה של פיזור, העלייה במחיר התרופות העלתה את ההוצאה של שירות הבריאות הלאומי של בריטניה על קפסולות של נטרן פניטואין מ-2 מיליון ל"ש לשנה ב-2012 ל-50 מיליון ל"ש לשנה ב-2013. ראו, <https://www.gov.uk/government/news/cma-welcomes-court-of-appeal-judgment-in-phenytoin-case>

¹⁸⁹ פיזור ערר, לעיל ה"ש 16.

עם זאת, מדברים אלו עולה שגם במקרי קיצון יש צורך לדון בטענות ובשאלות עובדתיות הנוגעות למופרזות ולהוגנות המחיר. גישה דומה עולה מדו"ח ה-OECD בנוגע להחלת העילה בשווקי התרופות:

"While it can be hard to set out simple guidance that draws a clear line between excessive and lawful pricing, there may nevertheless be cases where pricing is so extreme that it becomes relatively easy to demonstrate that it is excessive by reference to a variety of different measures."¹⁹⁰

4. האם ומתי ראוי להכיר בעילה בישראל?

הקשיים האינהרנטיים לעילה שפורטו לעיל מקרינים על פרשנות החוק. מבחינה לשונית קיימת אפשרות לפרש את חוק התחרות כאוסר רק על מחיר נמוך בלתי הוגן.¹⁹¹ על כן יש לבחון את שאלת קיומה של עילת מחיר גבוה בלתי הוגן לפי פרשנות תכליתית. פרשנות כאמור צריכה להתחשב לא רק בעלויות הסטטיות והדינמיות של איסור כאמור, אלא גם במגבלות הליך קבלת ההחלטות הכרוך ביישומן של הכלל שייבחר הלכה למעשה. לפיכך כלל משפטי יעיל הוא זה שיוביל לתוצאה הטובה ביותר לפי הנחות ראליות של הליך קבלת ההחלטות.¹⁹²

ארבעה גורמים חוברים יחדיו כבסיס לפרשנות תכליתית לפיה אם יש מקום להכיר בעילה הרי שיש לאכוף אותה בזיהרות ובשיקול דעת, תוך התמקדות במקרים המובהקים בהם התועלת שבאכיפת האיסור תגבר על הנזק. הגורם הראשון הוא חוסר הודאות האינהרנטית לקביעה מתי מחיר הופך להיות בלתי הוגן: כפי שפורט בהרחבה לעיל, המשימה של קביעה מתי מחיר הופך להיות בלתי הוגן אינה מבוססת על כלל ברור וידוע, שרק צריך מומחה כלכלי כדי להחילו.¹⁹³ גורם שני הוא המגבלות המוסדיות של בית משפט בבואו להכריע בהליך אדוורסרי, בדיעבד, על בסיס הנתונים המונחים בפניו שהם לרוב נתונים חלקיים וחסרים, המעלים את הסיכוי לטעות. רק כלל מורכב, הלוקה בחשבון את תמריצי הפירמות, יבטיח שהתוצאה תועיל לצרכן ולא דווקא תפגע בו. רשויות תחרות, אשר להן כלים ומומחיות בניתוח שווקים, מכירות בכך שאין להן את הכלים הדרושים לנהוג כמפקחות מחירים.¹⁹⁴ קל וחומר - בתי משפט נטולי מומחיות כאמור, הנדרשים להחיל את העילה בדיעבד, ואין להם סמכות לדרוש נתונים מגופים שאינם חלק מהתביעה. כפי שמחקרים מראים, עם התפתחות התובנות הכלכליות, הניתוח הנדרש בחלק מהעילות בדיני התחרות נעשה מורכב יותר ומצריך ידע כלכלי שאין למרבית השופטים.¹⁹⁵ כך, למשל, המלומד הידוע פוזנר טוען כי ניתוח אקונומטרי של נתונים (שימוש בשיטות סטטיסטיות לניתוח נתונים כלכליים), אשר הופך להיות יותר ויותר נפוץ בתיקים הגבליים, הוא נושא מורכב עד כי אין זה ריאליסטי לצפות ששופט ממוצע יוכל לעקוב אחרי פרטי הניתוח, לא משנה כמה מוכשר העד המומחה

¹⁹⁰ OECD Background Paper "Excessive Prices in the Pharmaceutical Markets (2018)"
¹⁹¹ קיימות כמה החלטות שבהן עלתה הסוגיה לדיון בסיסי. ראו, למשל, מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ (מפ"מ) הכרזה בדבר קיום מונופולין, י"פ התשנ"ז 52; ת"פ 4783/93 מדינת ישראל נ' גיבור סבריינה מפעלי טקסטיל בע"מ (לא פורסם, 15.2.1996); ערר 9/99 אמנה (תש"י) הברה להחסנה וערובה בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (פורסם בנבו, 21.2.2002).

¹⁹² ראו, למשל, C. Frederick Beckner III & Steven C. Salop, *Decision Theory and Antitrust Rules*, 67 ANTITRUST L.J. 41 (2000); Mark S. Popofsky, *Defining Exclusionary Conduct*, 73 ANTITRUST L.J. 435 (2006); Mark S. Popofsky, *Section 2, Safe Harbors, and the Rule of Reason*, 15 GEO. MASON L. REV. 1265 (2008)
¹⁹³ O'Donoghue and Padilla, לעיל ה"ש 116, פרק 14.

¹⁹⁴ ראו מקורות מצוטטים בה"ש 7.
¹⁹⁵ למשל, ביי ורייט בחנו תיקים של הגבלים עסקיים בארה"ב והראו שככל שרמת המורכבות הכלכלית של התיקים גבוהה יותר, כך גדלה ההסתברות לערעור על פסק הדין, בעוד שהכשרה מתאימה של השופטים מקטינה את ההסתברות לערעור. הם מסיקים מהמצאים כי "Our analysis supports the hypothesis that some antitrust cases are too complicated for generalist judges."
M. Baye and Joshua Wright, *Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity and Judicial Training on Appeals*, 54(1) THE JOURNAL OF LAW & ECONOMICS 1 (2011).

שמציג את פרטי הניתוח.¹⁹⁶

“econometrics is such a difficult subject that it is unrealistic to expect the average judge or juror to be able to understand all the criticisms of an econometric study, no matter how skillful the econometrician is in explaining a study to a lay audience.”

כפי שקובע שופט בית המשפט העליון האמריקני ופרופסור לשעבר בהרווארד, השופט ברייר, בתיק הגבלי שחייב ניתוח כלכלי מעמיק:

"One cannot fairly expect judges ... in such cases to apply complex economic criteria without making a considerable number of mistakes, which themselves may impose serious costs."¹⁹⁷

למסקנה דומה מגיעים חבר רשות התחרות האמריקנית צ'ופרה והמלומדת קאהן.¹⁹⁸

"Generalist judges struggle to identify anticompetitive behavior and to apply complex economic criteria in consistent ways. Indeed, judges themselves have criticized antitrust standards for being highly difficult to administer. And if a standard isn't administrable, it won't yield predictable results. The dearth of clear standards and rules in antitrust means that market actors face uncertainty and cannot internalize."

הטעות של בתי המשפט עלולה להתייחס גם להגדרת השוק, שהיא מלאכה מורכבת הדורשת מומחיות כלכלית. עולה החשש שבתי משפט ללא הכשרה כלכלית ישגו בהגדרת השווקים ויגדירו את השוק בצורה צרה מדי, באופן שיגרום לפירמות רבות מדי להתנהל תחת פיקוח מחירים בדיעבד על ידי בתי המשפט.¹⁹⁹ גם היעזרות בעדים מומחים אינה פותרת מרבית בעיות אלו, בהעדר קו ברור לחישוב מתי מחיר הופך להיות בלתי הוגן. זאת ועוד: רווחת הצרכן מבוססת לא רק על מחיר אלא גם על פרמטרים אחרים דוגמת איכות, מגוון וזמינות, שירות, תנאי תשלום ועוד. אחת הסכנות של פיקוח המתמקד רק במחיר היא שהגוף המפוקח עלול לשנות את יתר

Richard Posner, *The Law and Economics of the Economic Expert Witness*, 13(2) JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES 91 (1999).

Leegin Creative Leather Products, Inc v PSKS, Inc, 551 US 877, 917 (2007) (Breyer dissenting); see also FTC v Actavis, 570 US 136, 173 (2013) (Roberts dissenting) (“[T]he majority declares that such questions should henceforth be scrutinized by antitrust law’s unruly rule of reason. Good luck to the district courts that must, when faced with a patent settlement, weigh the ‘likely anticompetitive effects, redeeming virtues, market power, and potentially offsetting legal considerations present in the circumstances.’”); Rohit Chopra and Lina Kahn, *The Case for “Unfair Methods of Competition” Rulemaking*, 87(2) UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW (2020).

¹⁹⁸ שם.
¹⁹⁹ Gal, *The Case for Limiting* (monopolistic competition) "מלכודת התחרות המונופוליסטית" (trap).

הפרמטרים בצורה שרווחתו של הצרכן תרד בסופו של יום. ואכן, התאוריה הכלכלית של second best, מראה שבקשת רחבה של מקרים, כאשר לא ניתן לשלוט בכל המשתנים, הניסיון לבחור משתנה אחד אשר ניתן לשלוט בו בצורה אופטימלית, עלולה להביא לתוצאה גרועה יותר מאשר אי התערבות.²⁰⁰ על כן פיקוח אמיתי נדרש לבחון ולאסדר לאורך זמן גם שינויים בפרמטרים אלה. זוהי משימה מורכבת, הדורשת מומחיות ופיקוח מתמשך, שאין בתי המשפט מוסמכים לעשותה. לכך יש להוסיף שפיקוח מחירים מחייב בחינה שוטפת של עלויות הייצור ותנאי השוק, ועדכון המחיר המפוקח בהתאם.²⁰¹ התערבות חד פעמית לרוב איננה מספיקה.

גורם שלישי הוא מחיר הטעות. לפגיעה בהתייעלות השוק ובתמריצים להשקיע במוצרים חדשים יש להוסיף את העובדה כפי שגילה ושפיגל הראו, החלת העילה עלולה בתנאים מסוימים להוביל דווקא לפגיעה ברווחת הצרכנים, ובכך להשיג תוצאות המנוגדות לתכלית החוק.²⁰² ודוק: לטעות בהחלת העילה יש השפעה הרבה מעבר לתיק הספציפי העומד בפני בית המשפט.

לבסוף, מספר שיקולים מובילים לכך שעלינו לנקוט פרשנות אף זהירה מזו שהוחלה מאירופה. ראשית, אמנת רומא איננה מטילה אחריות פלילית על מי שמפר את הוראותיה, כפי שעושה סעיף 29א הישראלי. כאמור, פליליות החוק מקרינה על פרשנות החוזים של בעל המונופולין. שנית, בניגוד לישראל, בעת שהוכרה העילה בית הדין של האיחוד האירופי נדרש רק להכריע אם בעל מונופולין גבה מחיר בלתי הוגן במסגרת ערר על החלטה של הרשות האירופית באותו עניין. משמע, הדיון שם נעשה לאחר שרשות רגולטורית קבעה את ממצאיה בעניין.²⁰³ לעומת זאת, בישראל ניתן להגיש תביעה נזיקית או חוזית בפני כל בית משפט, גם ללא החלטה מוקדמת וניתוח השוק בידי הרשות. כל עוד אכיפת העילה נתונה לידיה של רשות סטטוטורית, דוגמת רשות התחרות, ניתן לצפות מהרשות כי תבקש לאכוף את העילה רק במקרים בהם אכיפה כזו מוצדקת לאור כלל השיקולים הרלוונטיים. מאידך כאשר העילה נעקפת באמצעות אכיפה פרטית, ריסון כזה איננו קיים, משום שהאינטרס של התובע הפרטי לא בהכרח עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי. זאת משום שתובע פרטי מעוניין למקסם את הגמול הכספי שהוא מקבל ולא את הרווחה החברתית, ולכן יש לו תמריץ להגיש תביעה כל עוד הוא סבור שיש סיכוי גדול מספיק שתתקבל, או למצער תיצור לחץ על בעל המונופולין להתפשר, גם אם התביעה איננה מוצדקת.²⁰⁴ יתרה מזאת, הספרות עומדת על כך שאכיפה פרטית של דיני התחרות יכולה להביא לתועלת חברתית אם לתובע הפרטי יש אינפורמציה ייחודית לגבי המקרה עליו מדובר ולגבי הנזק שנגרם (אם אכן נגרם) שאין לרשות אכיפה ציבורית, או שיש לתובע הפרטי יתרון בהשגת אינפורמציה רלוונטית שאותה הוא יכול לחשוף בפני בית המשפט.²⁰⁵ אלא שהניסיון מלמד כי במקרים רבים תנאי זה אינו מתקיים, ובפועל מוגשות תובענות ייצוגיות שאינן מגובות בנתונים מספיקים, או בניתוח מעמיק של השווקים הרלוונטיים. הצדקה נוספת שמועלית בספרות לאכיפה פרטית חלה כאשר הרשות הרלוונטית מתרשלת בתפקידה. התובע הפרטי יכול במקרה כזה להחליף את הרשות הציבורית באכיפת

²⁰⁰ R. G. Lipsey and Kelvin Lancaster, 24(1) THE REVIEW OF ECONOMIC STUDIES 11 (1965).

²⁰¹ עמדת האיחוד האירופי במסמך OECD, לעיל ה"ש 4, עמ' 312.

²⁰² גילה ושפיגל, לעיל ה"ש 177.

²⁰³ בעת האחרונה מעודד האיחוד את האפשרות להגיש תביעה נזיקית במסגרת דיני התחרות. לדיון ראו Gal, The Case for Limiting, לעיל ה"ש 3.

²⁰⁴ I. Segal and Michael Whinston, *Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey*, 28 EUROPEAN COMPETITION LAW REVIEW 323 (2007); P. McAfee, H. Mialon, and S. Mialon, *Private v. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis*, 92(10) JOURNAL OF PUBLIC ECONOMICS 1863 (2008).

²⁰⁵ ראו Segal and Whinston, שם.

החוק.²⁰⁶ באשר לרשות התחרות, ראינו שהבעייתיות בהחלת העילה- ולא דווקא התרשלות- היא שהובילה לזהירות באכיפתה. תובעים פרטיים אינם מחויבים בזהירות כאמור.²⁰⁷

שלישית, ואולי חשוב יותר: בית הדין האירופי, כמו גם נציבות התחרות האירופית, לא נדרשו – בעת שקבעו שהעילה קיימת – לקבוע בבירור היכן עובר קו הגבול בין מחיר הוגן ובלתי הוגן, אלא רק לשאלה הכללית אם במקרה ספציפי הייתה הפרה כיוון שהמחיר הנדרש היה בלתי הוגן. לעומת זאת במסגרת תביעה נזיקית בישראל נדרש בית המשפט לקבוע בבירור מתי הופך המחיר להיות בלתי הוגן על מנת לחשב את שיעור הנזק. לפיכך חלק גדול מהקשיים המוסדיים של פיקוח מחירים באמצעות בית המשפט בישראל לא היו רלוונטיים לאיחוד האירופי.

רביעית, בישראל מצויים בידי הרגולטור כלים חלופיים, יעילים יותר, אשר יקדמו בדרך טובה יותר את הרווחה החברתית ללא הפגיעה שיוצרת עילת הניצול לרעה. הן חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו–1996, והן פיקוח במסגרת סעיף 30 לחוק התחרות מאפשרים למנוע ניצול לרעה של כוח שוק תוך צמצום הפגיעה בתמריצי הפירמות.²⁰⁸ קיימת הסכמה רחבה כי הסדרה מראש, כאשר היא אפשרית, היא כלי עדיף, כיון שהיא יוצרת ודאות אצל בעל המונופולין. למשל היועץ המשפטי של האיחוד האירופי אירופי קבע לאחרונה כי לרשות פיקוח מחירים ייעודית יש מומחיות רבה יותר לטיפול במחירים גבוהים של בעלי מונופולין.²⁰⁹

“... a strict approach would require competition authorities essentially to become price regulators which ought continuously to monitor and intervene in (potentially all) regulated markets. Clearly, unlike sectoral authorities, competition authorities have neither the resources nor the expertise to do that. Indeed, it is often argued that the establishment of a sectoral authority or the adoption of price regulation may be more effective ways of avoiding excessive prices in a market.”

גם בדרום אפריקה קבע בית הדין לענייני תחרות בעניין מיטל כי אכיפת העילה מיועדת לאותם מקרים נדירים בהם לא ניתן לפתור את הבעיה באמצעות רשות פיקוח או באמצעות תחרות.²¹⁰

“...to cater for those rare beasts who are subject neither to the constraining presence of a regulator or of a potential entrant”²¹¹

²⁰⁶ דוגמה לכשל רגולטורי כזה הוא שוק החלב בישראל שבו הוסר בין יולי 2006 ויוני 2009 הפיקוח הפעיל ממחיריהם של עשרה מוצרי חלב, ביניהם גבינת קוטג', מעדן חלב דני, וגבינת גלבוע פרוסה, על פי המלצת ועדת המחירים. בתוך זמן קצר מעת הסרת הפיקוח התייקרו מחירי מוצרים אלה בשיעורים של למעלה מ-30%. דו"ח מבקר המדינה מ-2012 קבע כי "המלצות ועדת המחירים להוריד את רמת הפיקוח לא נעשו על סמך עבודת מטה מסודרת ומבוססת" וכי "הורדת רמת הפיקוח על מחיריה של מוצרי חלב לרמה הנמוכה ביותר בשוק ריכוזי, בלא שבשלו תנאי תחרות ממשיים, פגעה קשות באינטרסים הכלכליים של ציבור הצרכנים ובאמון שלו באופן קבלת ההחלטות על ידי גופי השלטון." ראו מבקר המדינה, "חוות דעת הפיקוח על מחירי המזון והפיקוח על מחירי מוצרי חלב", 12 בספטמבר 2012, <https://www.mevaker.gov.il/sites/DigitalLibrary/Pages/Reports/949-2.aspx?AspxAutoDetectCookieSupport=1>

²⁰⁷ לדיון ראו Gal, The Case for Limiting, לעיל ה"ש 3.

²⁰⁸ גל ונבו, תורת ההחלטות, לעיל ה"ש 8; גל ונבו, סוס טרויאני, לעיל ה"ש 8.

²⁰⁹ פסקה 105 והערת שוליים 47 ב Wahl, לעיל ה"ש 120.

²¹⁰ פסקה 127 ב- Harmony Gold Mining v Mittal Steel South Africa Limited [2007]

²¹¹ בדומה, מוטה (שהיה הכלכלן הראשי לענייני תחרות של נציבות האיחוד האירופי) ודה סטריל, לעיל ה"ש 114, קובעים כי לדעתם, אחד התנאים ההכרחיים לאכיפת העילה הוא העדרה של רשות פיקוח ייעודית אשר יכולה לפתור את הבעיה: "... there is no sectoral regulator having the jurisdiction to solve the matters.”

דעה דומה משמיעות ג'ונס וסופרין:²¹²

“Price regulation is better restricted to situations of natural or legal monopoly, where it can be applied within a system of ex ante sector regulation.”

מצרף גורמים אלו מובילים למסקנה שפיקוח על מחירים דרך עילת המחיר הבלתי הוגן עלול להוביל לפגיעה ברווחה החברתית, למעט במקרים נדירים, למשל כאשר יש כשל רגולטורי. בהתאם לכך, גדולי המומחים בעולם סבורים שהקשיים הניכרים בהגדרת הפעולה האסורה ומחיר הטעות של החלה לא נכונה של האיסור הם כבדי משקל, ורבים מצדדים באי-החלטה.²¹³

4.1 במידה ומכירים בעילה - מהם התנאים הראויים להחלטה

אם יוחלט שיש להכיר בעילה, כפי שקבעו חלק משופטי בתי המשפט המחוזיים,²¹⁴ חשוב לקבוע את גדרה בהתאם למטרות החוק ולמגבלות הנובעות מאופייה כמו גם המאפיינים המוסדיים של האוכפים אותה, שפורטו לעיל. העמדה המובעת על ידי רשויות התחרות, בתי המשפט, ארגונים בינלאומיים ומלומדים מובילים ברחבי העולם זהה: יש לצמצם את תחולתה באופן משמעותי, על מנת שלא לפגוע במטרות החוק ותוך הכרה במגבלות החלטה בפועל. זוהי עמדתה העדכנית של הנציבות האירופית,²¹⁵ של היועץ המשפטי לאיחוד האירופי,²¹⁶ של רוב רובם של המלומדים ורשויות התחרות ברחבי העולם.²¹⁷ זו גם גישתה של רשות התחרות הישראלית, כפי שהיא באה לידי ביטוי בגילוי דעת 1/17, המשקף גישה מסויגת, הנזהרת מלהתערב בפעילותו של השוק מחשש ליצירת תמריצים לא נכונים לאור מגבלות העילה,²¹⁸ של היועץ המשפטי לממשלה,²¹⁹ ושל חלק מהשופטים בישראל.²²⁰ ונשוב להדגיש: עמדה זו אינה שוללת פיקוח מחירים במקרים המתאימים, אבל היא מכירה בבעייתיות הרבה של פיקוח דרך עילת הניצול לרעה, ולכן מצמצמת את תחולתה למקרים בהם ברור על פניו שמדובר בניצול לרעה של כוח שוק שפוגע בצרכנים. לגישה זו מתנגדים רק מעטים ברחבי העולם.²²¹

אכן, גם הניסיון הישראלי הוביל למסקנה דומה. בשנת 2014 פרסמה רשות התחרות את גילוי דעת 1/14 אשר נקט גישה מרחיבה לתחולת העילה, בצד קביעת "נמל מבטחים", לפיו מחיר שאינו גבוה ביותר מ-20% מעלות ייצור לא

²¹² ALISON JONES AND BRENDA SUFRIN, EU COMPETITION LAW: TEXT, CASES & MATERIALS 576 (5th ed. 2014). ראו גם Evans, Zhang and Zhang, לעיל ה"ש 68, עמ' 3: “Robust involvement by antitrust regulators in adjudicating ‘unfair’ or ‘excessive’ prices can distort – or even eliminate – the very incentives that drive innovation to begin with”
²¹³ גישה זו הומלצה גם על ידי מיכל גל. ראו, למשל, גל ונבו, תורת ההחלטות, לעיל ה"ש 8; גל ונבו, סוס טרויאני, לעיל ה"ש 8. גישה זו התבססה, בין היתר, על החשש מהצפת בתי המשפט בתיבעות על בסיס העילה, תוך פגיעה בוודאות פעולת השווקים, כפי שאכן קרה בפועל. צמצום העילה למקרים נדירים ומובחנים שלא יפגעו בכניסה לשווקים, בייעילות ובחדשנות, תשיג אותה מטרה.
²¹⁴ ראו למשל ויינשטיין, לעיל ה"ש 110; נאור, לעיל ה"ש 82; צדוק, לעיל ה"ש 51; גפניאל, לעיל ה"ש 114.
²¹⁵ Johannes Leitenberger, DG Comp. EC, Address at EUI Competition Workshop Competition, Florence: Assessments and Abuse of Dominance (22 Jun. 2018).
²¹⁶ AKKA לעיל ה"ש 102.
²¹⁷ OECD, לעיל ה"ש 4.
²¹⁸ גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 21.
²¹⁹ עמדת היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 22.
²²⁰ ראו, לדוגמה, בש"א (מחוזי ת"א) 36128/99 אברהמי נ' מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ פ"מ תשס"ד(2) 27 (2006).
²²¹ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 20; גילה ואורחי, לעיל ה"ש 20. גישתו של פרופ' גילה באה לידי ביטוי גם בגילוי הדעת 1/14 שפרסם בעת ששימש כממונה. כאמור, גילוי דעת זה סווג והוגבל בגילוי הדעת 1/17 שהחליף אותו. לחריג ראו את הגשה ברוסיה: Svetlana Avdasheva and Dina Korneeva, *Enforcement Against Excessive Pricing in the Russian Federation Competition Law Enforcement*, in Excessive Pricing, לעיל ה"ש 2.

ייחשב כמפורז. בעקבות דיון ציבורי רחב שהתעורר בקשר לגילוי דעת זה, ערכה הרשות דיון ציבורי נרחב, ושמעה חוות דעת של מומחים. בסופה של הבחינה המחודשת פורסם ב-2017 גילוי דעת מתוקן 1/17, אשר מאמץ מדיניות זהירה המגבילה את תחולת העילה רק ל"מקרים הדוקרים את העין וברורים לכל". כן בוטל נמל המבטחים בשל הבעיות שהחלתו יצרה, בהן אנו דנים להלן. גם היועץ המשפטי הגיע למסקנה דומה, לפיה "לנוכח תכליתו של חוק התחרות, ובעקבות הקשיים הרבים שמעוררת העילה והעלויות החברתיות הכרוכות בה כמו גם סיכויים גבוהים לטעות שתעצים את הטעויות האמורות, יש לפרשה באופן מצומצם, לנקוט במשנה זהירות ביחס לאכיפתה, ולעשות בה שימוש אך ורק באותם מקרים מובהקים וברורים בהם התועלת עולה על העלויות והנזקים הכרוכים בה."²²²

דא עקא, חלק מבתי המשפט המחוזיים מתעלמים מניסיון רב זה ומחילים את העילה בצורה רחבה ביותר. למרבה הצער החלטות אלו אינן מתמודדות לעומק - ולרוב משלמות מס שפתיים בלבד²²³ - עם הכשלים והקשיים בהחלת העילה והמחיר הגבוה של החלת-היתר שלה שהוכרו בישראל ובעולם. זאת למרות שעסקינן במושכלות יסוד של כלכלה ושל דיני התחרות, המקובלות בכל העולם ומובעות כדבר שבשגרה על ידי רשויות התחרות, כמו גם ארגונים בינלאומיים העוסקים בנושא. הדעה המאמצת בהחלטות אלה של מספר בתי המשפט בישראל קיצונית בכל קנה מידה בינלאומי. על כן חשוב לעמוד על טעויותיהן ולמנוע הישנותן.

בהתאם לכך, בפרק זה אנו מפרטים ארבע טעויות מובהקות שחשוב להימנע מהן בעת החלת העילה, הנובעות מהניתוח לעיל. לאחר מכן תנותח הדרך בה הוחלה העילה במספר פסיקות בישראל. לבסוף יבחנו התנאים הראויים להחלת העילה, במידה ותוכר.

4.2 ארבע טעויות מובהקות בהחלת העילה בהחלטות שהתקבלו בישראל

א. טעות ראשונה: התעלמות מהאפקט שיש להחלת העילה על תמריצי הפירמות

בעניין צדוק הדגיש בית המשפט המחוזי ש"תכלית חוק התחרות הכלכלית היא להגן על הציבור מפני פרקטיקות עסקיות הפוגעות ביעד הרווחה החברתית."²²⁴ אולם על מנת להגשים תכלית זו, חשוב לזכור שמחיר (ובהתאמה נטל עודף והעברת ערך בטווח הקצר) איננו חזות הכל, ויש משתנים נוספים אשר משפיעים על רווחת הצרכן, דוגמת איכות המוצר, מגוון המוצרים המוצעים, זמינות המוצרים, שירותים שונים הניתנים במעמד המכירה או לאחריו, ותנאי התשלום. כל עוד מתעלמים משיקולים אלה, שהם חשובים לא פחות ואולי יותר לרווחת הצרכן, התוצאה עלולה להיות הפוכה מזו שקיוו לה. כפי שהדגיש בית המשפט העליון, "ביסוד החוק מונחת התחרות, אשר נועדה להבטיח הקצאה יעילה של משאבים והגברת היעילות."²²⁵

דא עקא בעניין ויינשטיין למשל, קבע בית המשפט המחוזי כי "במשקפי היעילות נזקן המרכזי של התמחר המופרז היא היווצרותו של הנטל העודף."²²⁶ קביעה זו מתעלמת מכל השיקולים האחרים שיש להביא בחשבון מלבד גובה המחיר. גישה דומה באה לידי ביטוי גם באותן החלטות בהן התמקד בית המשפט בשווי משקל תחרותי כאמת מידה לצורך קביעת הוגנות המחיר. אולם המחיר בתנאים אלו אינו מאפשר כיסוי כל עלויותיו של היצרן כאשר ההוצאה השולית פוחתת עם היקף הייצור או שהיא קבועה, הוא איננו מספק תמריץ לפירמה להציע איכות גבוהה כאשר יש בעיה של סיכון מוסרי, והוא איננו אפשרי כלל כאשר לצרכנים יש עלויות חיפוש. כפי שפורט לעיל, על מנת להבטיח שהחוק

²²² עמדת היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 22, סעיף 42.

²²³ ראו למשל נאור פסק דין סופי, לעיל ה"ש 82, פסקה 86: "הקושי הרב בהפעלת המבחנים, הן לקביעת שאלת ההפרזה ואי ההוגנות של המחיר, הן לקביעת קו הגבול נחזה מראש על ידי כל העוסקים בדבר. קושי זה מהווה חלק נכבד מן ההתנגדות הנשמעת כלפי קיומה של עילת המחיר המופרז שגובה מונופולין. אך בשעה זו לא אוכל להיטל מן המלאכה ועלי למלא אחר מצוות המחוקק לבחון את העילה ולפסוק בה."²²⁴ צדוק, לעיל ה"ש 51.

²²⁵ ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשינוק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ פ"ד נב (5) 213, פס' 17-18.

לפסק דינו של הנשיא ברק (כתוארו אז) (1998).

²²⁶ ויינשטיין, לעיל ה"ש 110, פסקה 10.

לא יפגע במנגנוני התמריצים שיוצר השוק ושמניעים את גלגליו, יש להחיל את העילה באופן המתחשב בין השאר בתמריצים של הפירמות, ואיננו מתמקד רק בנטל העודף שמחיר גבוה יוצר בטווח הקצר.

ב. טעות שניה: המחיר התחרותי הוא המחיר ההוגן

מהטעות הראשונה גם נגזרת הטעות השנייה, המהווה למעשה החלה אופרטיבית שלה, ולפיה אם מטרת דיני התחרות היא להגן על התחרות, הרי המחיר בתחרות הוא המחיר ההוגן, וכל מחיר מעליו ייחשב כמופרז.

טעות זו באה לידי ביטוי במספר החלטות של בתי המשפט המחוזיים. בעניין קו מחשבה קבע בית המשפט כי מחיר הוגן הוא "המחיר אשר היה מוכתב על ידי כוחות השוק במצב של תחרות משוכללת".²²⁷ בעניין נאור נקבע ש"ברי שמטרת האיסור היא לגבות מחיר גבוה מעבר למה שהיה נגבה בתנאי תחרות".²²⁸ גם אזרחי וגילה טוענים ש"כל מחיר הלוקח מהצרכן את הרווחה שהיה מקבל אילו השוק היה השוק התחרותי לוקה בחוסר הגינות שהמחוקק מנסה למנוע", כיון ש"האידיאל של החוק הוא המחיר התחרותי".²²⁹ נציין לטובה את ההחלטה בעניין אברהמי,²³⁰ בה נקבע ש"הסיכויים, שבית-המשפט יכריע לטובת פרשנות המזהה בין "מחיר הוגן" לבין "מחיר שוק" אינם גבוהים ... ומעתה צא ואמור, שצמצום תכלית החוק לתחרות בלבד – וממילא גם גזירת המסקנה כי מחיר הוגן הוא מחיר השוק – יש בה ראייה צרה וחלקית".

השוואת המחיר ההוגן עם המחיר בתנאי תחרות משמעה שכל מחיר העולה על המחיר התחרותי הוא אוטומטית בלתי הוגן. זוהי טעות בסיסית ומסוכנת ביותר. ראשית, כפי שכבר ציינו, שווי משקל תחרותי מתקיים רק בתנאים מיוחדים שאינם מתקיימים במרבית השווקים. כאשר שווי משקל תחרותי איננו יכול להתקיים, הוא גם לא יכול להוות אמת מידה לצורך ברור השאלה האם מחיר הוא הוגן או שאיננו כזה. יתירה מזאת: מטרת העילה היא לשחזר את התוצאה שהייתה מתקבלת לולא היה ניצול כוח לרעה. אלא שאם בשוק האמור שווי משקל תחרותי לא יכול היה להתקיים, קיים קושי לוגי בהחלת העילה, שכן ממילא תוצאה זו לא הייתה מתקבלת לולא היה בעל המונופולין מנצל לרעה את כוחו. שנית, השוואת המחיר ההוגן למחיר בתנאי תחרות מתעלמת מן השאלה כיצד מוצרים ושירותים באו לעולם מלכתחילה. כפי שפורט לעיל, האפשרות לגבות מחיר על-תחרותי, אשר יכסה את ההוצאות וגם ישאיר רווח לפירמה שזכתה בתחרות על ליבו וכיסו של הצרכן היא שיוצרת את התמריץ להיכנס לשוק ולהשקיע במוצר או בייעול תהליך הייצור. אם נתיר לשחקנים בשוק רק לכסות את עלויותיהם, למה שישקיעו? זאת ועוד: התמקדות במחיר התחרותי אף מגבילה תמריצים להתייעלות פנימית של בעל המונופול, תוך חסכון בעלויות. בכך הכיר בית המשפט בעניין נאור, בו נקבע שחישוב מופרזות המחיר לפי השינוי ברווחיות עשוי לתפוס בגדרו גם מצבים בהם מחיר המוצר לא השתנה אך העלויות ירדו כיון שהחברה מתייעלת ומשפרת את רווחיותה.²³¹ זאת ועוד: קביעת המחיר ההוגן כך שאיננו מותיר לבעל המונופולין כמעט רווח חושפת אותו לסיכון משום שהיא איננה מאפשרת לו מרחב של טעות בעת החלטה עסקית מוטעית. על כן, ההנחה שכל מחיר על-תחרותי לוקה בחוסר הגינות הינה מסוכנת ושגויה ומתנגשת עם מטרת דיני התחרות. כפי שקבע לאחרונה היועץ המשפטי האירופי,

“[w]ere a competition authority to intervene in respect of any difference—however

²²⁷ קו מחשבה, לעיל ה"ש 107. ערר על החלטה זו התקבל בשל העובדה שהמחיר הוכתב על ידי שר התקשורת.
²²⁸ נאור אישור תובענה ייצוגית, לעיל ה"ש 82, פסקה 36. במקום אחר בהחלטה נקבע כי "המחיר שאינו מופרז אמור להיות כזה שהפירמה הייתה קובעת בתנאי תחרות. כזה שהיה מאפשר לה לא רק לכסות עלויות אלא גם להרוויח רווח סביר, אופן שיתמרץ את המשך הפעילות הכלכלית של אותה פירמה בהקשר של אותו מוצר." גישה זו מקלה במעט, אבל אין בה די. בפועל הרווח שהותר היה נמוך עד כדי 1%.

²²⁹ אזרחי וגילה, לעיל ה"ש 20, עמ' 312.

²³⁰ אברהמי, לעיל ה"ש 219, בעמ' 27.

²³¹ נאור, לעיל ה"ש 82.

small—between [the competitive price and the actual price], the risk of having false positives would simply be too high.”²³²

נחזור לדוגמת הדבוראי. נניח שיש רק דבוראי אחד שיכול לספק את הביקוש באזור השרון. נניח שהוצאותיו השוליות ליום עבודה (כלומר הוצאותיו הנמנעות) עומדות על 600 ₪. בתנאי תחרות משוכללת בטווח הקצר, זה המחיר שהיה נקבע. כלל הקובע שהמחיר התחרותי הוא המחיר ההוגן עלול לפגוע אנושות בפעולת השוקים, משום שברור שהדבוראי לא יכול להתפרנס מ-600 ₪ (גם אם הוא יכול להעביר כוורת 4 פעמים בשנה). סכום זה גם אינו משקף את הוצאות הכשרתו ואת ההשקעה בכוורת וביתר הציוד. על כן שום דבוראי שיודע מראש על מגבלות אלו לא ייכנס כלל לשוק. כתוצאה מכך, לא יאובק המטע, ובעל המטע יפסיד את ההשקעה במטע, כמו גם את הרווח הצפוי על פירותיו, שצפוי היה לעמוד על 100,000 ₪. אכן, כפי שהודגש לעיל, גם פיקוח מחירים ישיר- על ידי רגולטור ייעודי- לא מרחיק לכת עד כדי כיסוי רק ההוצאות המשתנות של היצרן, תוך התעלמות מהשקעותיו והסיכון שנטל על מנת להגיע למצב שבכלל יוכל לייצר.

גישה המזהה את המחיר ההוגן עם המחיר בתחרות היא גם גישה קיצונית ביותר, שנדחתה על ידי בתי משפט בעולם. אכן, שום החלטה של בית המשפט או של הרשות האירופית אינה קובעת כי המחיר ההוגן זהה לזה שבשוק תחרותי, וזאת גם במקרים שבהם המחיר הגבוה היה למעשה פועל יוצא של התנהגות מדירה.²³³ כמפורט לעיל, גם בדרום אפריקה ובאנגליה דחו מפורשות גישה זו.

שלישית, אמנם התמקדות במחיר התחרותי מושכת, בין היתר כיון שהיא משרטטת קו גבול ברור שלכאורה קל לחשבו, ובכך היא גם מגבירה לכאורה את הודאות המשפטית.²³⁴ אלא שבפועל חישוב המחיר התחרותי איננו פשוט כלל ועיקר, במיוחד בהתחשב בעובדה שהעילה נאכפת בשווקים בהם פועל בעל מונופולין. כלומר בשווקים אלה לא שוררת תחרות, כך שיש לנסות ולקבוע מה היה המחיר במצב היפותטי שאיננו קיים. מצב דברים זה מחמיר מקום בו יש הצדקות כלכליות לקיום מונופולין בשוק— דוגמת יתרונות משמעותיים לגודל, או באפקט רשת (ערך המוצר לכל צרכן עולה ככל שיש אחרים שצורכים את אותו מוצר; כך למשל משתמשים יבחרו ברשת חברתית שבה חברים משתמשים רבים אחרים). במצב שבו תנאי השוק הטבעיים מונעים תחרות, השוואה למחיר תחרותי בשוק דומה איננה רלוונטית.

²³² Wahl, לעיל ה"ש X, פסקה 103.

²³³ נציין שרמת המחיר הנמוכה ביותר נקבעה ברשות ההגבלים האירופית בעניין **דויטשה פוסט (Deutsche Post AG)**, והייתה 25%. אולם הרשות הדגישה שרמת מחיר נמוכה זאת מתחייבת מכך שדויטשה פוסט שהיא חברה ממשלתית, היא מונופול יציר מדינה אשר חייבת על פי חוק לספק שירות אוניברסלי בכל רחבי גרמניה במחיר שווה לכל נפש (provide basic, uniform postal services at affordable price all). המחיר של שירותי דואר בגרמניה הוא "over Germany", ופרט לכך פעילות הדואר של דויטשה פוסט היא רווחית ביותר (ראו פסקה 2), והמחיר של שירותי דואר בגרמניה הוא הגבוה באיחוד האירופי (ראו פסקה 5). בנוסף, חברת הדואר חתמה על מסמך אותו הגישה לנציבות האירופית יחד עם חברות דואר אחרות, לפיו מחיר בגובה של 25% מהעלות מכסה את עלויותיה כולל רווח סביר. בנוסף, הנציבות קבעה שההתנהגות של דויטשה פוסט פוגעת בהתפתחות המסחר בשוק האירופי המשותף (ראו פסקה 186), אשר יצירתו מהווה מטרה מרכזית של האיחוד. ראו Commission Decision of 25 July 2001 Relating to a Proceeding Under Article 82 of the EC Treaty (COMP/C-1/36.915 — Deutsche Post AG — Interception of Cross-border Mail), 2001 O.J. (L 331) 40. בשל התחייבותה של חברת הדואר להפסיק את הפעולות המדירות שנקטה, הושת עליה קנס על סך 1,000 אירו. יתר ההחלטות שהכירו במחיר גבוה לא הוגן החילו רף גבוה בהרבה מרף זה.

²³⁴ גל קוראת לכך "מלכודת העלות" (cost trap). ראו Gal, לעיל ה"ש 3.

ניתן לבחון את שאלת הוגנות המחיר התחרותי גם מהזווית הבאה: פירמה מתקשרת עם צרכנים פוטנציאליים ומציעה להם את העסקה הבאה. הפירמה תשקיע על חשבונה משאבים לפיתוח מוצר חדש (עלות ההשקעה הישירה, עלות הסיכון ועלות אבדן השקעה אלטרנטיבית). אם הפיתוח יכשל, ההשקעה של הפירמה תרד לטימיון. אם הפיתוח יצליח, הצרכנים יוכלו לקנות את המוצר אם יהיו מעוניינים בו. כיוון שהפירמה איננה חייבת לפתח את המוצר, וכיוון שהצרכנים לא חייבים לרכוש אותו והם גם לא נושאים בסיכון שפיתוחו יכשל, לא ניתן לטעון שעסקה מעין זו פוגעת בהם. יתרה מכך, הפירמה הופכת לבעלת מונופולין, רק אם מספיק צרכנים בוחרים מרצונם החופשי לרכוש את המוצר. זאת ועוד: פירמות הפועלות בשווקים רבים אחרים שאינם מונופוליסטיים רשאיות לגבות מחירים העולים על המחיר התחרותי. בהתאם לכך, הגבלת המחיר שיצרן מונופוליסטי יכול לדרוש למחיר התחרותי כמוה כהטלת סנקציה על הפירמה עקב העובדה שמספר גדול מספיק של צרכנים בחר ביוזמתו לרכוש את המוצר שהיא פיתחה. קשה להצדיק גישה כזו בטענה שהיא מתקנת עוולה, וקשה עוד יותר לראות מדוע גישה כזו תעודד פירמות להשקיע על חשבונן משאבים לפיתוח מוצרים חדשים ולשאת בסיכון הכרוך בכך. ודוק: הסיכון שפירמות נוטלות על עצמן איננו מבוטל; כפי שאנו מפרטים בנספח א', מחקרים מראים שסיכויי ההצלחה של מוצרים חדשים הוא בממוצע 60% בלבד, והסיכוי שפירמה חדשה תשרוד לפחות 5 שנים הוא בערך 50%. כאשר מתעלמים מסיכונים אלה ובוחנים בדיעבד רק מוצרים ופירמות שהצליחו, מתקבלת תמונה מוטת של הסיכוי שהיה לפירמה להרוויח כאשר היא ביצעה את ההשקעה (וכמובן טרם ידעה אם המוצר יצליח ואם היא עצמה תשרוד).

ג. טעות שלישיית: די לבחון אם המחיר עולה משמעותית על המחיר התחרותי כדי לקבוע אם הוא בלתי הוגן

טעות זו היא גירסה קצת משופרת של השנייה. היא נעשתה, למשל, בפ"ד צדוק, בו נקבע ש"מחיר [בלתי הוגן] הוא מחיר העולה בצורה משמעותית על המחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות."²³⁵ אולם כפי שפורט לעיל, מחיר הבוחן את עלות הייצור בלבד כבסיס לאי ההוגנות אינו יוצר בהכרח תמריצים מספיקים לפירמות. זאת כיון שבלא בדיקת המאפיינים של השוק הספציפי, מחיר כאמור עלול אף לא לכסות את כל עלויותיו של בעל המונופול. נדיים. נניח שהמחיר שיותר לכאורה מאד גבוה: פי שלוש מהמחיר אשר מכסה את העלויות השוליות. אם נחיל זאת על דוגמת הדבוראי, הוא יוכל לדרוש עד 1,800 ש"ח עבור אספקת הכוורות למטע. אבל מחיר זה רחוק מלכסות את עלויותיו הקבועות, גם אם כוורותיו נדרשות ארבע פעמים בשנה. הבעיה חריפה במיוחד בתעשיות עתירות עלויות קבועות. למשל בתעשיות טכנולוגיות מרכיב העלויות הקבועות (למשל מחקר ופיתוח או פיתוח וכתובה של תוכנה או אלגוריתמים) הוא המרכיב העיקרי של העלויות. כך גם המצב בהקמת תשתיות (תקשורת, חשמל, גז, וכדומה).

טעות זו מובילה גם לטעות אופטית (המשותפת גם לטעות הקודמת): היא מפשטת את הניתוח הנדרש כך שנראה על פניו שאין קושי תאורטי ומתודולוגי בהחלת העילה. לכאורה כל שנדרש לנו לחשב הוא המחיר שהיה נגבה עבור המוצר בשוק תחרותי. אולם, כמפורט לעיל, המתודולוגיות לבחינת גובה עלות הייצור דורשות ניתוח מורכב ולא תמיד הן מספקות תשובה אחת נכונה (כמו במקרה של חלוקת עלויות משותפות). זאת ועוד: על מנת לקדם את מטרת דיני התחרות, יש לוודא שהמרווח שהותר לפירמות לגבות אכן מספק להן תמריצים נאותים.

טעות זו משתקפת גם בטענה שדי בשלב הראשון של המבחן הדו-שלבי שאומץ במרבית העולם. גישה כאמור אומצה, למשל, בפ"ד נאור: "לא ברור מה תועלתו של המבחן הדו שלבי, כאשר ניתן לבחון את השאלה לגופה... מבחנים שתשובה עליהם תביא ישירות למענה על השאלה המרכזית: אם בעל המונופולין גבה מחיר גבוה ממחירו של המוצר בתנאי תחרות."²³⁶ אולם דרישת ההוגנות אינהרנטית לחוק - היא עולה מלשונו. על כן אין די במחיר גבוה ככל שיהיה

²³⁵ ראו גם דיון לעיל, פרק 2.

²³⁶ נאור אישור תובענה ייצוגית, לעיל ה"ש 82, פסקה 36, המסתמכת על Abbott, F., *Excessive Pharmaceutical Prices and Competition Law: Doctrinal Development to Protect Public Health*, 6 U.C. IRVINE L. REV. 281 (2016). גם אבוט מכיר בכך שהמבחן הוא דו-שלבי, אך הוא טוען שמחיר מופרז, מעצם הגדרתו, לא יכול להיות הוגן. נראה שהביקורת שלו נובעת מבלבול מושגי.

כדי לקבוע שהוא בלתי הוגן. חשוב לא לבלבל את השם הבעייתי שניתן לשלב הראשון (מופרזות - המעידה כבר על פעולה החורגת מהנורמה), עם מהותו. מטרתו של השלב הראשון הוא לבחון האם כלל יש מקום להחלת העילה, כיון שהצרכן נפגע לפחות באופן סטטי. אבל הסתפקות בשלב זה הייתה אוסרת על מחיר גבוה באשר הוא, בלא כל קשר לתמריצים שהוא יוצר או לנסיבות הרלוונטיות ולהשפעותיו ארוכות הטווח על רווחת הצרכנים עקב התמריצים שהוא יוצר. כפי שהודגש בפסיקות בתי המשפט ברחבי העולם, לא כל מחיר מופרז הינו בלתי הוגן. מטרת השלב השני היא להבטיח שהמחיר הגבוה אכן אינו משרת את רווחת הצרכן על ידי יצירת תמריצים נאותים לפירמות, ועל כן לא ניתן להסתפק בבחינת גובהו של המחיר בלבד. אכן, רק לאחרונה קבע בית המשפט בעניין **פייזר** באנגליה, שבעוד החלת הסעיף מתחילה בהשוואת מחיר הייצור למחיר שנגבה, ניצול לרעה לא נקבע על בסיס אותה השוואה. מבחן הקוסט-פלוס לא יכול לשמש כאינדיקציה למחיר בלתי הוגן.²³⁷ בהתאם לכך, מבחן ההפרש עלות-מחיר הוא חשוב ומרכזי, אולם לרוב הוא אך ורק נקודת ייחוס התחלתית להחלת האיסור. בשלב השני נדרש מקבל ההחלטות לקבוע אם המחיר הוא גם בלתי הוגן לאור נסיבותיו הספציפיות של המקרה. ונדגיש: תיאורטית ניתן לשלב את שני השלבים לשלב אחד, אך נראה שמבחן דו-שלבי מיעיל את הדיון, משום שאין צורך להידרש לשאלת ההוגנות של המחיר אם בשלב הראשון מתברר שהוא איננו גבוה יחסית לאמות מידה ראויות.

ד. טעות רביעית: שיקולי ביקוש אינם רלוונטיים לניתוח

גישה המבססת את הוגנות המחיר אך ורק על עלויות הייצור גם מתעלמת מהתועלת שהצרכן מפיך מהעסקה יחסית לאופציות אחרות. אזרחי וגילה טוענים כי "אין לפרש את [מבחן ההוגנות]...ככזה ששם משקל כלשהו גם על מוכנותם של הצרכנים לשלם בגין המוצר."²³⁸ נדגים את משמעות הטענה. נניח שחברה יצרה תרופה יעילה למחלה שעד לאותה עת נחשבה חשוכת מרפא. עלות ייצור התרופה 10 ש"ח ליחידה. אם נגלם את עלות המחקר והפיתוח שלה, עלותה 50 ש"ח ליחידה. נניח שכל החולים מוכנים לשלם עבורה 1,000 ש"ח. סכום זה משקף (לפחות חלקית) את התועלות הגלומות בתרופה. לפי גישה שאינה נותנת כלל משקל לשיקולי ביקוש, על בית המשפט להתעלם כליל מהתועלת הרבה לצרכנים שיוצר המוצר החדש, לא לאפשר ליצרן ליהנות מכך, ולבסס את הוגנות המחיר אך ורק על העלויות בצד הייצור, אשר גם לפי הגישה המרחיבה עומדים על 50 ש"ח. אזרחי וגילה גם טוענים שזה המבחן שהחיל בית המשפט האירופאי.²³⁹ כמפורט להלן, טענה זו שגויה אמפירית ותיאורטית. שוב- היא שובה את הלב כיון שהיא מפשטת את המבחן, אבל היא מתנגשת עם הדרך בה הוחל החוק. לצערנו היא הוחלה בהחלטה בעניין **נאור** ובאה לידי ביטוי גם בפסיקה בעניין **צדוק** המאמץ מבחנים מבוססי-עלויות בלבד, לפחות בשלב אישור התובענה כייצוגית.

אמפירית, רשות התחרות האירופית, כמו גם בתי משפט, מכירים בשיקולי ביקוש כחלק חשוב ובלתי נפרד מההחלטה האם עסקינן במחיר בלתי הוגן. אם בעל המונופולין יוצר לצרכניו תועלת רבה יחסית ליתר המוצרים הנמכרים בשוק, יש לגלם זאת במחיר ההוגן. בהחלטות בעניין **Sundbusserne** ו-**Scandlines**, למשל, רשות התחרות האירופאית קבעה מפורשות כי התועלת המוגברת למשתמשי הנמל הייחודי צריכה להיות גלומה במחיר ההוגן.²⁴⁰ גישה דומה אומצה על ידי בתי משפט ברחבי אירופה. כך, למשל, בעניין **Attheraces** קבע בית המשפט הבריטי שהמחיר

השלב הראשון בוחן בכמה המחיר גבוה מעלות הייצור. הוא אכן קיבל את הכותרת "מופרזות", אבל אינו בוחן מה גרם למחיר להיות גבוה. זאת נעשה בשלב השני. זאת ועוד: לפי המבחן האירופי מופרזות המחיר היא ביחס לערך הכלכלי של המוצר, אשר אינו נבחן במסגרת ההפרש עלות-מחיר שהוא עיקרו של המבחן הראשון. ראו פייזר, לעיל ה"ש 15, פסקאות 249-50.

²³⁷ פייזר ערר, לעיל ה"ש 16.

²³⁸ אזרחי וגילה, לעיל ה"ש 20. ראו גם גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 20. לביקורת על טענה זו ראו גם גל ונבו, סוס טרויאני, לעיל ה"ש 8, בעמ' 591-5.

²³⁹ אזרחי וגילה, שם, בעמ' 310.

²⁴⁰ **Sundbusserne**, לעיל ה"ש 97; 4 [2006] Case COMP/A.36.568/D3 **Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg**, CMLR 22.

עבור שיתוף במאגר מידע ייחודי צריך לבטא לא רק על עלויות הקמתו, אלא גם את הרווח הגבוה של הצרכן כתוצאה משימוש בו.²⁴¹ גישה זו אימצה גם בית המשפט האירופי בעניין **Kanal**, שם נקבע שהמחיר ההוגן עבור הפקות מקור לא יכול להיגזר רק מעלויותיהן, שאם לא כן לא ייעשו כלל הפקות.²⁴² רק לאחרונה, בעניין **פייזר** קבעה ערכאת הערעור האנגלית שיש להביא בחשבון גם גורמים שאינם מבוססי-עלות, כגון יתרונות ללקוח וטבעו של המוצר בעת קביעת המחיר הבלתי הוגן. בית המשפט ציין שאת התמורה לצרכנים ניתן לשלב במרכיב ה"פלוס" במבחן קוסט פלוס, או בבחינת ההגינות של המחיר.²⁴³ בשנה האחרונה אימצה בית המשפט העליון של האיחוד האירופי בעניין **AKKA** גישה ששמה דגש על שיקולים בצד הביקוש (ערך המוצר בעיני הצרכן) ולא רק בצד ההיצע (עלויות היצרן).²⁴⁴ היטיב לבטא זאת בית המשפט האנגלי בעניין **Albion Water**:²⁴⁵

"[w]e distinguish between a price that is "excessive" in terms of the distinction between the price and the cost of supply (including the cost of capital); and a price that is "unfair" and thus an abuse in that it bears no reasonable relation to the "economic value" of the service to be supplied. **In certain cases "economic value" may exceed the cost of supply where there are additional benefits not reflected in the costs of supply.** An excessive price is therefore a necessary, but not sufficient, condition for an unfairly high price."

גם מבחינה תיאורטית, התעלמות מוחלטת משיקולי ביקוש הינה שגויה. לפי המחקרים שפרטנו לעיל, גם בעיני הצרכנים התעלמות מהתועלת המוגברת שהמוצר יוצר לצרכן אינה הוגנת כלפי מי שהשקיע בכך.²⁴⁶ מחקרים אלו מעידים בבירור שגם צרכנים מסכימים שמחיר הוגן צריך לשקף גם את התמורה לצרכן, ולא רק את עלויות ייצורו. אכן, כפי שבית המשפט הדגיש בעניין **ויינשטיין**, האיסור על "מחיר מופרז, מבטאת מדיניות המתייחסת...גם לשיקולי צדק חלוקתי (חלוקה הוגנת של רווחי העיסקה בין המונופול ללקוחותיו)".²⁴⁷ אולם אם בצדק חלוקתי עסקינן, לא ברור מדוע הוגן שכל או מרבית הרווח שנוצר מהעסקה יעבור לצרכן.²⁴⁸ כפי שפורט לעיל, התעלמות מהתועלת המוגברת גם פוגעת בתמריצי הפירמות.

המצדדים בהתעלמות משיקולי הביקוש טוענים שאם יינתן משקל כלשהו למוכנותם של צרכנים לשלם, "אנו עלולים להגיע לתוצאה אבסורדית, שבה אף מחיר לא ייחשב כמופרז", כיון שהמונופולין לא יגבה לעולם מחיר שהצרכנים לא מוכנים לשלם.²⁴⁹ טענה זו לוקה בכשל לוגי, כיון שהיא מתמקדת רק בצרכנים שבחרו לרכוש את המוצר ומתעלמת מהפגיעה בצרכנים פוטנציאליים, אשר היו רוכשים את המוצר במחיר נמוך יותר.²⁵⁰

²⁴¹ **Attheraces Ltd. v. British Horseracing Board Ltd et al.**, [2007] UKCLR 309

²⁴² **Case C-52/07 Kanal 5 Ltd. v. Föreningen STIM**, [2008] E.C.R. I-9275

²⁴³ פייזר ערר, לעיל ה"ש 16, סע' 2-171, 253.

²⁴⁴ בית המשפט אמנם לא קבע זאת מפורשות, אך הוא אישר השוואות המבוססות על כוח הרכישה היחסי של צרכנים, המבטא שיקולים של צד הביקוש. **AKKA/LAA**, לעיל ה"ש 102.

²⁴⁵ **Albion Water v. Water Services Regulation Authority** [2008] CAT 31, para. 70

²⁴⁶ להחיל כללים מקלים יותר מאלו של האיחוד.

²⁴⁷ עדי איל, המונופוליסט כקרבן (המכון הישראלי לדמוקרטיה); **ADI AYAL, FAIRNESS IN ANTITRUST: PROTECTING THE**

STRONG FROM THE WEAK 52 (2014).

²⁴⁷ ויינשטיין, לעיל ה"ש 110.

²⁴⁸ ראו דיון להלן.

²⁴⁹ אזרחי וגילה, לעיל ה"ש 20.

²⁵⁰ ראו **Gal, The Case for Limiting**, לעיל ה"ש 3.

4.3 טעויות נוספות בהחלת העילה בפסיקה בישראל

לאור טעויות אלו, נבחן עתה את התנאים בהחלטות בהן הכריעו חלק מבתי המשפט בישראל בנוגע לתנאים בהם תחול העילה. כפי שנראה, חלק מבתי המשפט אימצו גישה מקלה.

התביעה בעניין מחיר הקוטג' (פ"ד נאור) היא היחידה עד עתה שניתן בה פסק דין סופי. ההחלטה מדגימה את הטעויות שפורטו לעיל, כמו גם את הקשיים בהחלת האיסור. היא מניחה שהמחיר ההוגן הוא המחיר התחרותי ושכל מחיר שמעליו אינו הוגן; היא מתעלמת מהשלב השני של המבחן, הבוחן האם אכן המחיר הגבוה (המופרז) הוא גם בלתי הוגן. אבל חשוב מכך: ההחלטה מדגימה את החשש, עליו עמדנו לעיל, שבהיעדר אמת מידה אובייקטיבית, קיימת אפשרות שבתי המשפט ייחזרו בנתונים בעייתיים בניסיון למקם את קו הגבול בין מחיר הוגן ושלא. בית המשפט מבסס את החלטתו שהמחיר עלה על המחיר התחרותי על שלושת המבחנים לבחינת מופרזות המחיר: מבחני העלות, ההשוואה והרווח. בהיעדר נתונים מדויקים על עלות ייצור הקוטג' ובהינתן הבעיות האינהרנטיות במבחן הרווח, בחר בית המשפט לקבוע את נקודת הייחוס למחיר הוגן על בסיס ההשוואה לרווח התפעולי הממוצע של קראפט, שהינה החברה הזרה הרווחית ביותר מבין שש החברות שעוסקות בייצור מוצרי חלב, שנתונין נסקרו בחוות הדעת של מומחה הנתבעת. בית המשפט עצמו מדגיש שההשוואה מעלה ספיקות, בין היתר כיון שלא הובהר לבית המשפט מדוע נבחרו דווקא חברות אלו, והנתונים מתייחסים לכלל פעילות אותן חברות ולא רק לשוק החלב.²⁵¹ בית המשפט אף מכיר בכך שממוצע רווח על פני מוצרים רבים הינו בעייתי: "עצם קיומו של ממוצע אינו יכול ללמד שכל מחיר ממנו והלאה מופרז הוא, שאם לא כן מה משמעותו של ממוצע."²⁵² גם בעניין צדוק הדגיש בית המשפט שנדרש הסבר לבחירה בבסיס אליו משווים על מנת שיינתן למדגם תוקף, הסבר שלא ניתן במקרה דנן.²⁵³

במספר תביעות התקבלו החלטות בעניין אישור תובענות ייצוגיות המבוססות על העילה, אשר התייחסו גם לתנאים להחלתה. בצדוק ובגפניאל הציע בית המשפט המחוזי מספר תנאים להחלת העילה. פסקי הדין משפרים את התאמת העילה לתכלית החוק יחסית לנאור, בדורשם שעל מנת שהמחיר יהיה בלתי הוגן, עליו לעלות בצורה משמעותית על המחיר שהיה נגב בהתנאי תחרות. אך גם הם לוקים בטעויות שפורטו לעיל. הם מתעלמים משיקולים מבוססי-תמריצים וארוכי-טווח העומדים בבסיס דיני התחרות ומניחים שמטרת העילה היא להקטין את הנטל העודף בטווח הקצר. לצד הניתוח שנערך בצדוק של התועלת החברתית בפיקוח על המחיר שקובע בעל מונופולין באמצעות העילה של תמחור מופרז,²⁵⁴ המתמקד בהורדת המחיר ובתמחור מבוסס-עלויות, אין ניתוח המתמודד עם הבעיות בהחלת העילה, המוכרות בכל העולם; הוגנות המחיר מתבססת אך ורק על עלויות הייצור;²⁵⁵ הם גם מדלגים על השלב השני הבוחן האם אכן המחיר הגבוה הוא גם בלתי הוגן. בהקשר זה חשוב להדגיש: המבחן הדו-שלבי שמציע בית המשפט בהחלטות אלה שונה מזה המקובל בעולם. לפי המבחן המוצע,²⁵⁶ השלב הראשון הוא בחינה האם עסקינן במונופולין, ובשלב השני נקבע אם המחיר מופרז. במבחן הדו-שלבי המקובל בעולם הוכחת קיומו של בעל מונופולין מהווה תנאי מקדים לתחולת העילה. רק אם הוכח קיומו של בעל מונופולין, מוחל המבחן הדו-שלבי הבוחן ראשית אם המחיר הוא מופרז, ובשלב השני אם הוא גם בלתי הוגן.

שני פסקי הדין גם אינם יוצרים את הוודאות הנדרשת כדי להדריך את השוק, כיון שלא ידוע כיצד תפורש הדרישה ל"הפרש משמעותי." אינדיקציה ראשונית ניתן למצוא במבחן מקבילית הכוחות המוצע שם, לפיו "ככל שכוח

²⁵¹ נאור, לעיל ה"ש 82, פסקה 71.

²⁵² שם, פסקה 92.

²⁵³ צדוק, לעיל ה"ש 51.

²⁵⁴ שם, פסקאות 25-28.

²⁵⁵ שם, פסקה 39.

²⁵⁶ שם.

השוק משמעותי יותר, תהיה מוצדקת התערבות שיפוטית גם כאשר הסטייה מהתמחור התחרותי תהיה מתונה יחסית (אך עדיין תהיה משמעותית).²⁵⁷ אולם מבחן זה עלול לפגוע עוד יותר בתמריצים לכניסה לשווקים, להתייעלות ולחדשנות. ראשית, הוא מאפשר את החלת האיסור גם אם הסטייה מהמחיר בתחרות היא מתונה יחסית. שנית, החלת מבחן מקבילית הכוחות עלולה ליצור מצב בו ככל שעולה התועלת היחסית לצרכן שמוצר יוצר, המחיר שנתיר לבעל המונופולין לגבות עבורו יהיה נמוך יותר. שהרי ממה נפשך: נניח שבעל המונופולין שהגיע למעמדו בתחרות בזכות, תוך שכנוע יותר צרכנים לרכוש את מוצריו כיוון שהם עדיפים על אלו של מתחריו, ולא בשל פעולות מדירות שנקט או חסמי כניסה יצירי ממשלה. בהתאם למבחן מקבילית הכוחות, במצב בו כוח השוק של בעל המונופולין גדול יותר כיוון שהוא יצר **מוצר מותאם יותר לביקוש הצרכני** מזה של מתחריו (למשל, שאיכותו גבוהה יותר מקום בו איכות המוצר הינה פרמטר חשוב בבחירת הצרכנים), הוא יהיה **רשאי לקבל מחיר נמוך יותר** עבור המוצר מאשר מי שיצר מוצר פחות מותאם, ולכן כוח השוק שלו קטן יותר. מבחן זה מקטין, אם כן, עוד יותר, את התמריץ להשקיע במוצר שמיטיב עם הצרכנים. שלישיית, וכיוצא מכך, מבחן זה מבסס את המחיר ההוגן על התמחור התחרותי. כפי שפרטנו לעיל, גישה זו מתעלמת מתכלית החוק, ואף מתנגשת עם תפיסות הוגנות של צרכנים.

נטייתם של בתי המשפט המחוזיים להכיר בעילה, כמו גם הרף הנמוך להחלתה שאומץ על ידי חלקם, הביאה לצוואמי של בקשות אישור תביעות ייצוגיות. בשלוש השנים האחרונות הוגשו כשלושים תביעות כאמור, במוצרים מגוונים לרבות מרגרינה, פופקורן בבתי קולנוע, סכיני גילוח ג'ילט, גבינה צהובה באריזה, קקאו, קוקה קולה, קפה נמס, פתיתים, שמנת חמוצה, שקדי מרק, דשן זרחתי, ירקות קפואים, עמלת חברות משלוחי אוכל, וטיסות למומביי לנוסעים רגישי זמן. אלו שווקים מאד ספציפיים. חלק מהיצרניות הגיעו למעמדן בזכות, רבות מתחרות עם מוצרים אחרים בשוק, וברבים משווקים אלו המחיר אינו עולה בצורה משמעותית מעל המחיר בשוק תחרותי יותר, היכן שיש בסיס להשוואה. הצורך להכריע בתיקים אלו מהו המחיר ההוגן, הופך את בתי המשפט בישראל למפקחי מחירים, ואולי אף למעצבי הפעילות העסקית והמודלים הכלכליים בשווקים שונים. זאת מבלי שיש בפניהם נתונים מספיקים, מומחיות לכך, ולמרות שההליך האדוורסרי איננו כלי מתאים לליבון סוגיות ממין זה, המצריכות הידברות ודו-שיח בין הרשות המפקחת לבין הגופים המפוקחים, כמו זו שבמסגרתה מתבצע הפיקוח על המחירים. כפי שלא היינו רוצים שמהנדסים יחליטו איך לבנות בניין בדרך של חוות דעת, חקירות צולבות, ופסיקה של שופט, גם ההליך האדוורסרי אינו מתאים להנדסה של מחיר מקסימלי.

4.4 התנאים הראויים לתחולת העילה לאור הניסיון שנצבר בעולם

כאמור, החלת העילה נעשית בזהירות ובמשורה על ידי רשויות תחרות בכל רחבי העולם. גם מלומדים מובילים בעולם מדגישים את ההכרח בצמצום העילה. כך, למשל, מוטה ודה-סטרייל ממליצים להחיל את העילה בצמצום רב, ורק במקרים שבהם המונופול נוצר מהענקת זכויות בלעדיות או מיוחדות שהן שהעניקו לו את יתרונן בשוק, וגם אז יש לדרוש עול הוכחה גבוה מאוד.²⁵⁸ עמדה זהירה זו, המסתמכת על מחיר הטעות בהחלת העילה והקשיים בהחלתה, אומצה גם על ידי רשות התחרות הישראלית,²⁵⁹ ועל ידי היועץ המשפטי לממשלה, הקובע:²⁶⁰

"ראוי להחיל [את העילה] בזהירות ובריסון. זאת, רק כאשר קיימות אינדיקציות ברווח לכך שהמחיר שנגבה הוא גם גבוה וגם בלתי הוגן. זהירות וריסון אלה נדרשים לנוכח העלויות החברתיות והכלכליות שנובעות מהחשש לפגיעה בטווח הבינוני והארוך בתחרות במשק וברווחת הצרכן בגין

²⁵⁷ שם.

²⁵⁸ ראו, Motta and de Streel, לעיל ה"ש 114, בעמ' 22–26.

²⁵⁹ גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 21.

²⁶⁰ עמדת היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 22, עמ' 1.

יישומה של עילה זו, אשר אך מתעצמות בהינתן הסיכוי הממשי לטעות בעת בחינתה של עילה זו."

לאור האמור לעיל, מהם גבולות העילה, אם היא תוכר בישראל, אשר יקטינו- גם אם לא יבטלו לחלוטין- את הפגיעה ברווחה החברתית שהיא עלולה ליצור?

א. התנאים שראוי לדרוש

השיקול העיקרי בקביעת התנאים להחלת העילה הוא הגשמת תכלית החוק שעניינה קידום רווחת הצרכן. בהתאם לכך, וכפי שפורט לעיל, על התנאים ליצור איזון בין הרצון למנוע נטל עודף בטווח הקצר מחד, והרצון לשמור על תמריצי הפירמות ולמנוע נטל עודף בטווח הארוך מאידך, תוך התחשבות במגבלות המוסדיות ובכשלים האינהרנטיים בהחלת העילה, המקרינים על מחיר הטעות בהחלת-יתר שלה.²⁶¹ כפי שהודגש להלן, באין אמת מידה או מתודולוגיה ברורה לקביעה מתי מחיר הינו בלתי הוגן, יש להפעיל זהירות-יתר בהחלתה.

על מנת שלא לפגוע במנגנון השוק, בייעילות ובחדשנות, יש לצמצם את תחולת העילה לאותם מקרים בהם ברור שרווחת הצרכן נפגעת, גם כשנלקחים בחשבון תמריצי הפירמות, לרבות שיקולים דינמיים, ארוכי-טווח. מעניין לציין שבית המשפט הדרום-אפריקני בעניין ססול²⁶² הוסיף למבחן האירופי את התנאי שלפיו גביית מחיר גבוה פוגעת ברווחת הצרכן.²⁶² מטרתו של תנאי זה היא לוודא שמחיר גבוה איננו נחוץ לקידום רווחת הצרכן בראיה ארוכת טווח. אלא שגם תנאי זה אינו מגביר משמעותית את הוודאות. לאור זאת, יש צורך בתנאים מפורטים יותר לוודא שאכן העילה מוחלת באופן שמשרת את מטרת החוק.

רשויות התחרות באירופה, כמו גם כלכלנים ומלומדים מובילים ברחבי העולם מסכימים שבשל המחיר הגבוה של החלת-יתר של העילה, יש להחילה רק במקרים בהם קטן החשש מפגיעה בתפקודו של השוק. במסגרת זו הוצעו התנאים הבאים, אשר נראים לנו ראויים. נדגיש שאין זאת בהכרח רשימה ממצה.

- אין להחיל את העילה על בעל מונופולין אלא אם הוא סופר-דומיננטי, כלומר יש לו כוח שוק מאד משמעותי, המוגן בחסמי כניסה גבוהים, המאפשר לו להעלות את מחיריו בצורה משמעותית מעל למחיר התחרותי לאורך זמן.²⁶³
- אין להחיל את העילה אם עסקינן במוצר שיש לו אלטרנטיבות אחרות בשוק, ובעל המונופולין רכש את מעמדו בעקבות תחרות על ליבו של הצרכן, ועל כן מעמדו בשוק מעיד על הצלחתו ליצור מוצר עדיף בעיני הצרכנים. זאת בניגוד למוצרים בהם לצרכן אין אופציות אחרות.²⁶⁴
- אין להחיל את האיסור אלא "כמוצא אחרון, במצבים בהם שוררים מחירים ורווחים גבוהים לאורך זמן וקיימים חסמי כניסה והתרחבות משמעותיים."²⁶⁵
- אין להחיל את העילה אם יש כלי רגולטורי מתאים יותר להסדרת המחיר, שפגיעתו האפשרית במטרות דיני התחרות פחותה.²⁶⁶

²⁶¹ ראו גם גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 21, עמ' 6 המכיר בכך שיש לשקול במסגרת עיצוב מדיניות ראויה את השיקולים שהועלו לצמצום או אי הכרה בעילה.

²⁶² *Mittal Steel South Africa Ltd. v. Harmony Gold Mining Co. Ltd.* 2009 ZACAC 1 (CAC) (S. Afr.)
²⁶³ AKKA, לעיל ה"ש 102; John Davies and Jorge Padilla, *Another Look at the Role of Barriers to Entry in Excessive Pricing Cases* (2019), www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3364881, גם גישת הרשות הישראלית, ראו גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 21, בעמוד 10.

²⁶⁴ ראו גם גילוי דעת 1/17, שם וכן עמדת היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 22, סעיף 81.

²⁶⁵ גילוי דעת 1/17, שם, עמ' 6.

²⁶⁶ ראו לעיל, פרק 4, לתמיכה בתנאי זה ברחבי העולם.

- יש לוודא שחוסר במידע מהימן או מורכבות הניתוח לא יצדיקו ניתוח חלקי, שטחי, ומוטל בספק.

במסגרת הבחינה אם המחיר הוא מופרז:

- כאשר בודקים את העלויות של הפירמה הדומיננטית, יש לקחת בחשבון את כל העלויות הרלוונטיות לקידום תמריצים לפירמות, לרבות עלות ההשקעה בייעול הייצור, בפיתוח מוצרים חדשים, בשיפור האיכות של מוצרים קיימים, בעלות הסיכון שהפירמה לקחה על עצמה במחקר ופיתוח,²⁶⁷ ובעלות ההון (דהיינו עלות גיוס ההון ואת מחיר הוויתור על השקעה אלטרנטיבית).
- אין לקבוע שהמחיר מופרז אלא אם "גובהו של המחיר ומידת מופרזותו דוקרים את העין וברורים לכל".²⁶⁸ תנאי זה נועד, בין היתר, להתגבר על חוסר הודאות הכרוך בעובדה ש"הרף שמעליו תיתכן החלטה על נקיטת פעולות אכיפה ייקבע ביחס לכל מקרה ומקרה, בהתחשב במאפייני המוצר, הן מצד ההיצע והן מצד הביקוש, וכן במאפייני השוק כגון השקעות, סיכון, נטייה לחדשנות ועוד".²⁶⁹

במסגרת בחינת הוגנות המחיר הגבוה:

- יש להביא בחשבון את השפעת הכלל על תמריצים לפירמות.
- יש להבחין בין בעל מונופולין אשר הגיע למעמדו זה בזכות השקעות וחדשנות, לבין מונופול יציר-ממשלה או במונופול שהגיע למעמדו בשל סביבה רגולטורית שהכבידה על התפתחותה של תחרות.²⁷⁰
- יש להגביל את תחולת העילה בשווקים בהם הסיכון שחברות נוטלות על עצמן הוא גבוה או שהשוק מאופיין ברמה גבוהה של חדשנות.²⁷¹
- אין להניח שהפרש עלות/מחיר-גבוה ככל שיהיה- הוא בלתי הוגן כשלעצמו, במנותק משיקולים אחרים.²⁷²
- יש להביא בחשבון את עודף הצרכן, קרי ההפרש בין התועלת שהצרכנים מפיקים מהמוצר שבמונופולין לבין המחיר שהם שילמו עבורו.²⁷³

לבסוף, כאשר עסקינן באכיפה פרטית, נזיקית, הקשיים בהחלת העילה מתעצמים. זאת, בין היתר, עקב הצורך לקבוע קו גבול מדויק למחיר הוגן על מנת לאמוד את הנזק שנגרם, וחוסר מומחיות וכלי המוגבלים של הגוף האוכף.²⁷⁴ הדין הראוי אם כן הוא הגבלת העילה להחלתה על ידי רשות התחרות במסגרת סעיף 30 לחוק, כך שהאכיפה תיעשה על ידי רשות מומחית, מראש. במידה והצעה זו לא תאומץ, ראוי במקרים על כן, ראוי במקרים אלו לאמץ את גישת היועץ המשפטי לפיה "ראוי לנקוט בגישה של הערכת-יתר לפגיעה על מנת להבטיח ככל הניתן הימנעות מאכיפת יתר של העילה,

²⁶⁷ לחשיבות רמת הסיכון לחישוב הוגנות המחיר ראו גם רייס, לעיל ה"ש 19, פסקה 26. כמו גם *Sundbrusserne*, לעיל ה"ש 97, פסקה 199 ('fair price' relates not just to the dominant firm's production costs, but should take into account, inter alia, the uncertainties involved in determining production costs, and the cost of capital).

²⁶⁸ גילוי דעת 1/17, לעיל ה"ש 21, עמ' 11.

²⁶⁹ שם, עמ' 12.

²⁷⁰ שם, עמ' 14; עמדת היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 22, סעיף 83.

²⁷¹ OFT Guidelines, לעיל ה"ש 148. גילוי דעת 1/17, שם, עמ' 14.

²⁷² ראו גם עמדת היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 22, סעיף 59.

²⁷³ ראו, למשל, *Case C-52/07 Kanal 5 Ltd. v. Föreningen STIM upa*, 2008 E.C.R. I-9275; *Attheraces Ltd. v. British Horseracing Bd. Ltd.*, [2007] EWCA (Civ) 38, [2007] Info. T.L.R 41 (Eng.); *Case C/09/454521st /HAZA13-1279*

Foundation SDU et al. vs. SDU Publishers (4 March 2015, the Hague Tribunal)(Netherlands).

²⁷⁴ ראו גם עמדת היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 22, בסעיף 68; וכן *Gal, Private Litigation*, לעיל ה"ש 3.

על השלכותיה המשמעותיות.²⁷⁵ הקשיים הנוספים בהחלת העילה, כמו גם הקשיים הקונצפטואליים בקביעה מהו מחיר בלתי הוגן, מדגישים גם את הצורך שלא לסטות מהקו שהתוותה השופטת (כתוארה אז) נאור בעניין רייס, לפיה אין בפערי המידע שבין התובע לנתבע כדי להצדיק אימוץ רף נמוך בשלב אישור התובענה הייצוגית.²⁷⁶ אותם שיקולים גם תומכים בכך שעול ההוכחה של כל התנאים המפורטים לעיל צריך להיות על המבקש להחיל את העילה. ניתן שתי דוגמאות למקרים חריגים בהם החלת העילה מקיימת תנאים אלו ולא תתנגש עם מטרת דיני התחרות. הראשון עניינו תרופות גנריות, חיוניות, אשר הפטנט עליהן פג, אבל מסיבות הקשורות בתנאי השוק אין להם מתחרים. דיני הפטנטים מבוססים על ההנחה שתקופת הבלעדיות הניתנת לממציא ארוכה דיה כדי ליצור תמריצים לחדשנות, ואם עקב נסיבות חריגות לא די בעשרים שנה, החוק מתאפשר בקשת הארכה של תקופת הבלעדיות. לא זו אף זאת: בתקופה זו המדינה היא זו אשר הגנה על הבלעדיות של בעל הפטנט, כך שמדובר על בלעדיות מוחלטת. על כן, שיקול הפגיעה בתמריצי החדשנות מוגבל ביותר. כן מדובר במוצר חיוני למטופלים, אשר אין לו תחליף. דוגמא נוספת עניינה מונופולין יציר- המדינה, שהוגן על ידה מתחרות, והשקעותיו נעשו תחת רגולציה ישירה תוך הבטחת חדשנותו. כך, למשל, החמיר בית המשפט האירופי בעניין **דויטשה פוסט (Deutsche Post AG)**, שעסק במונופול יציר מדינה (רשות דואר) שהיה מוגן בחסמי כניסה כמעט בלתי עבירים, לאורך זמן, והוא לא נדרש לתמריצי התייעלות על מנת להיכנס לשוק ולשמור על מעמדו שם. בנסיבות אלו, הרשות ובית המשפט האירופי חרגו אפוא ממנהגם רב השנים לאפשר לבעל המונופולין שולי רווח גבוהים הרבה יותר.²⁷⁷ גם אז, ההתערבות צריכה להיות רק מקום בו לא צפויה כניסה קרובה של מתחרים ואין כלי רגולטורי יעיל יותר להתערבות במחיר.²⁷⁸

5. התייחסות לטענות התומכים בהחלה מרחיבה של העילה

הדיון לעיל התייחס לחלק מטענות המבקשים לאמץ גישה מרחיבה להחלת האיסור, לרבות לטענה שמטרת חוק התחרות היא אך ורק להקטין את הנטל העודף ואת העברת הערך בטווח הקצר, ולפיכך אין לתת כל משקל לשיקולי איכות, חדשנות והתייעלות;²⁷⁹ לטענה לפיה "עילת המחיר המופרז נסמכת על נקודת מוצא לפיה המחיר התחרותי הוא המחיר המביא להשקעה אופטימלית בפיתוח המוצר ובשיווקו";²⁸⁰ שגם בעילות אחרות יש מושגי שסתום הנדרשים להחלה, ולכן עילה זו אינה שונה מהם;²⁸¹ ולטענה שאין צורך במבחן הדו-שלבי.²⁸² נדגיש שוב, שטענות אלו הינן חריגות בעולם ואינם מקובלות על רוב רובם של המשפטנים והכלכלנים העוסקים בתחום, כמו גם על רשויות התחרות. נתייחס לכמה טענות נוספות, העומדות בבסיס הטיעון.²⁸³

5.1 הטענה לפיה עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן אינה שונה מאיסורים אחרים בחוק התחרות

גילה וקלמנט טוענים שהעילה אינה מעילות אחרות, אשר גם בהן "מוטל על בית המשפט לאתר את המחיר התחרותי, לבחון את הפער בין המחיר שנגרם כתוצאה מההתנהגות האסורה לבין המחיר התחרותי, להכריע אם פער זה מצדיק את

²⁷⁵ עמדת היועץ המשפטי, שם, סעיף 68.

²⁷⁶ רייס, לעיל ה"ש 19.

²⁷⁷ Deutsche Post, לעיל ה"ש 232.

²⁷⁸ ראו גם עמדת היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 22, סעיף 87.

²⁷⁹ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 20, עמ' 5. טענה זו נטענה ללא ביסוס מקורות. ראו התייחסותנו לעיל, פרק X. את ריבוי ההיבטים של התמורה שיש לקחת בחשבון במסגרת דיני התחרות מדגישים גם אזרחי וגילה בספרם: "בבואם להגן על הצרכנים רואים לנגד עיניהם הנציבות [האירופית] ובתי המשפט [האירופיים] את השפעות הפעילות הנדונה על מגוון פרמטרים כגון מחיר, איכות, מגוון, חדשנות, והשקעות. כך גם המצב בישראל." אזרחי וגילה, לעיל ה"ש 20, בעמ' 29.

²⁸⁰ ראו דיון לעיל פרק 2.2.

²⁸¹ לעיל פרק 3.3.

²⁸² לעיל פרק 3.1.

²⁸³ מרבית הטענות עלו בכתיבה קודמת. ראו גילה, מחיר מופרז, ה"ש 44 לעיל. ראו מאמר התגובה להן: גל ונבו, סוס טרויאני, לעיל ה"ש 8.

פיצוי הצרכנים.²⁸⁴ טענה זו שגויה במספר היבטים. ראשית, תחולתם של מרבית האיסורים בחוק התחרות עניינה בפגיעה בהליך התחרותי בלי קשר לתוצאה שלו. כך, במקרה של קרטל בין מתחרים האיסור חל גם אם הקרטל לא יצא לדרך או שהשפעתו על המחיר הייתה קטנה. האיסור הינו על עצם יצירתו של הקרטל, בלי צורך להוכיח את עוצמת הפגיעה.²⁸⁵ כך גם באשר לאיסור על התנהגויות מדירות של בעל מונופולין. האיסור חל ללא קשר לנזק, ואין צורך שההתנהגות המדירה אכן תיתרגם בפועל לשינוי המחיר.²⁸⁶ על כן החלטות על התגבשות העילות ההגבליות לא נדרשות לחישוב כאמור.²⁸⁷ לא כך הדבר בעילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן.

בנוסף, קיים שוני מהותי בין העילות אליהן מפנים גילה וקלמנט לבין עילה זו. ביתר המקרים עסקינן בהתנהגות אשר פוגעות בהליך התחרותי על ידי יצירת מכשלות מלאכותיות לתחרות: בקרטל- החברות הסכימו ביניהן על הגבלת התחרות; בכל יתר עילות הניצול לרעה בעל המונופולין נקט פעולות שיצרו מכשלות מלאכותיות לכניסה או להתרחבות של מתחרי; ובמיוזג אופקי אסור החברות ערכו שינוי חיצוני במבנה השוק, אשר חיזק את כוחן עקב הקטנת מספר המתחרים. התנהגויות אלו אסורות בשל הפגיעה בהליך התחרותי. לא כך הדבר בעילה העומדת לדיון אשר עוסקת בתוצאות התהליך התחרותי.

לבסוף, ואולי חשוב מכל: בכל יתר המקרים יש למקבל ההחלטות כלים קונצפטואליים לקביעת גודל האיסור. לא זה המקרה עם העילה בה אנו דנים. אין חולק שגם בתביעות הגבליות אחרות יש לעיתים צורך לחשב עלויות (למשל, בעילת המחיר הטורפני). אבל מעבר לקושי הכרוך בחישוב העלויות של בעל המונופולין, כפי שהראינו לעיל, הקושי העיקרי שהחלת העילה יוצרת הוא דווקא בשלב השני- בקביעת הוגנות המחיר כך שהמחיר יאזן בין הנטל העודף בטווח הקצר, לרווחת הצרכן בטווח הארוך, ויתחשב בתמריצים של הפירמות. אכן, הטענה לפיה אין כל ייחוד בעילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן מתנגשת חזיתית עם החלטות של רשויות תחרות ובתי משפט והכתיבה האקדמית ברחבי העולם שהכירו בכך שהעילה יוצאת דופן בשל הקשיים המהותיים, הקונצפטואליים והפרקטיים בקביעת גדרה ובהחלתה.

5.2 הטענה לפיה מחיר גבוה אינו מקדם תחרות והשקעות

לטענת גילה וקלמנט, חשיבות המחיר הגבוה ליצירת תמריצים לחדשנות והשקעה הינה "תובנה כלכלית מיושנת, המבוססת על גישתו של הכלכלן האוסטרי יוזף שומפטר שנפטר ב-1950.²⁸⁸ אלא שטענה זו בטעות יסודה. תובנותיו המרכזיות של שומפטר לגבי הקשר בין תחרות וחדשנות מקובלות עד היום ותומכות בחשיבות התמריצים לקידום הרווחה החברתית.²⁸⁹ תרומתו המרכזית של שומפטר היתה בכך שהוא הדגיש את חשיבות המימד הדינמי בתחרות. השקעות היום מביאות לחדשנות שבמסגרתה מוצרים חדשים ועדיפים לצרכנים מוציאים מהשוק מוצרים מיושנים וטובים פחות. למעשה תרומתו של שומפטר גדולה כיום יותר מאשר בעבר בעקבות ההתפתחות של מודלים דינמיים אשר מאפשרים לבחון אספקטים דינמיים של תחרות בשווקים, המבוססים על תובנותיו.

שומפטר גם הדגיש את חשיבותה של "תחרות על השוק" הקרויה גם "תחרות שומפטריאנית" ("Schumpeterian Competition"): הפירמות מתחרות על ידי חדשנות על מנת לנסות ולכבוש מעמד דומיננטי בשוק.

²⁸⁴ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 20. טענה זו נטענה בעלמא, ללא סימוכין.

²⁸⁵ סעיף 2(ב) לחוק התחרות.

²⁸⁶ סעיף 29א(ב) לחוק התחרות.

²⁸⁷ ראו, למשל, לעניין הסדר כובל: וול, לעיל ה"ש 40. גם בהליך נזיקי הפער מחושב ממחיר שהיה קיים בשוק ללא ההתנהגות האנטי-תחרותית ולא מהמחיר התחרותי.

²⁸⁸ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 20, עמ' 52. JOSEPH SCHUMPETER, THE THEORY OF ECONOMIC DEVELOPMENT (1934).

²⁸⁹ ראו, למשל, Herbert J. Hovenkamp, *Schumpeterian Competition and Antitrust* (2008) https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1788 ("Today Schumpeter's conclusion that innovation results much more from convulsive, unexpected changes than from the gradual movement of a market toward competitive 'equilibrium is fairly well established').

מחקרים עכשוויים רבים מכירים בכך שתחרות כזו ממלאת תפקיד מרכזי בתעשיות בהן יש יתרונות לגודל; בתעשיות כאלה השוק יכול לתמוך במספר קטן של מתחרים בשוק, ולפיכך זירת התחרות העיקרית היא על הכניסה לשוק ולא בשוק עצמו.²⁹⁰

אולם גם לפי שומפטר, הסיכוי לרווח גבוה חיוני לקידום השקעות בכלל השווקים, לרבות אלה בהם לא פועל מונופול. זאת כיון שהאפשרות התיאורטית לרווח גדול אם תצלה ההשקעה ויותר צרכנים יעדיפו לרכוש מהן, היא שמתמרצת חברות להשקיע מלכתחילה. עבור רווח נמוך, שאפשר להשיג בשווקים רבים בלי מאמץ גדול, לא כדאי להתאמץ. כפי שכותב המלומד הידוע הובנקמפ במאמר על תחרות שומפטריאנית ודיני תחרות:²⁹¹

“A very high percentage of innovation programs fail, but the ones that succeed frequently provide enormous payoffs. And of course the problem is that *ex ante* separation is impossible. If we could predict successful innovations accurately then we could avoid launching the unsuccessful ventures and save enormous resources. These problems have proven to be significant obstacles for economic analysis of specific antitrust claims where the question is likely effects on innovation in the future.”

תובנות אלו מדגישות את הבעייתיות של התמקדות במניעת נטל עודף בטווח הקצר תוך התעלמות מחדשנות ותחרות דינמית. תובנות אלו מקובלות על גדולי הכלכלנים והמשפטנים בעולם. כך, למשל, קובע הובנקמפ:²⁹²

"[I]n antitrust economic analysis we tend to look at the price and output effects of practices. We evaluate them by asking whether they tend toward increased or decreased output, higher or lower prices, or whether they injure consumers over a testable time period, which is typically quite short. We do not try to show more, because for the most part we cannot answer second order questions about long run welfare implications... it is very likely impossible to predict whether some inchoate innovation that is part of the monopolist's scheme might produce long term gains that greatly outweigh these short term losses.”

רק לאחרונה עמד גילברט, שהוא מחשובי הכלכלנים הפועלים בתחום ושימש גם ככלכלן הראשי של רשות התחרות האמריקנית, על חשיבות תובנותיו של שומפטר לכך שתחרות משוכללת אינה בהכרח המנוע האידיאלי ליצירת תמריצים לחדשנות.²⁹³

²⁹⁰ דוגמה למאמר עכשווי אשר בוחן מדיניות מיזוגים בענף ההיי טק שבו יש יתרונות לגודל במסגרת מודל עם תחרות שומפטריאנית הוא Michael Katz, *Big Tech Mergers: Innovation, Competition for the Market, and the Acquisition of emerging Competitors*, INFORMATION ECONOMICS AND POLICY (forthcoming).

²⁹¹ הובנקמפ, לעיל ה"ש 287.

²⁹² שם.

RICHARD J. GILBERT, *INNOVATION MATTERS: COMPETITION POLICY FOR THE HIGH-TECHNOLOGY ECONOMY* ²⁹³ (2020).

"Schumpeter['s]...criticism of perfect competition as the ideal engine of innovation is valid. Perfect competition is not viable in industries such as semiconductor fabrication, for which new facilities incur multibillion-dollar sunk costs, or in industries such as computer software or genomics, for which the marginal cost of technology licensing and distribution is only a small fraction of the R&D cost required to create the licensed products. Pricing these products at or close to their marginal production costs would not generate sufficient profits to justify the R&D expenses that brought them to market."

אשר לממצאים אמפיריים אודות הקשר בין תחרות להשקעות במחקר ופיתוח, ספרו של גילברט מספק סקירה עכשווית של הספרות הרלוונטית. לא במפתיע, הקשר שבין תחרות להשקעות במחקר ופיתוח הוא מורכב. פרט לכך, יש גם שאלות כבדות משקל איך בדיוק מודדים את עוצמת התחרות בשוק או את כמות ההשקעה במחקר ופיתוח. יתרה מכך, כיוון שגודל של פירמות, ריכוזיות בשוק, כוח שוק, והשקעות במחקר ופיתוח הם כולם משתנים אשר נקבעים סימולטנית בשוק, קשה לאמוד את הקשר הסיבתי בין תחרות מחד והשקעות במחקר ופיתוח מאידך (שני המשתנים הם תוצאה של משתנים בסיסיים יותר, כגון טכנולוגיה, מחירי חומרי גלם, ופונקציית הביקוש למוצרים). מכל מקום, כפי שעולה מהסקירה של גילברט, יש מחקרים שמצאו קשר הדומה לאות U הפוכה בין עוצמת התחרות להשקעה במחקר ופיתוח, יש שמצאו קשר יורד בין השניים, ויש שמצאו קשר עולה בין השניים. הוא מסכם את סקירת הספרות כך:²⁹⁴

"Empirical economic research has yet to reach a consensus about the interaction between market competition and innovation incentives."

המסקנה מהספרות היא שלא ניתן לומר, כפי שגילה וקלמנט טוענים, כי "דווקא שוק תחרותי יותר יכול לדרבן השקעה בשיפור המוצר ובמחקר ופיתוח יותר מאשר שוק מונופוליסטי."²⁹⁵ המחקר האמפירי הראה שניתן כן וייתכן אחרת, הכל תלוי בשוק שנבדק ובדרך שבה הקשר נבדק. כיוון שאין בספרות קונצנזוס לגבי מבנה השוק שיעודד השקעות בצורה הטובה ביותר, קיים חשש שהתערבות בשווקים בדרך של אכיפת חוקי תחרות המנסים לדמות תחרות משוכללת (גם בשווקים בהם היא איננה יכולה להתקיים), עלולה ליצור, מלבד בעיות אחרות עליהן עמדנו עליהן בהרחבה לעיל, פגיעה בחדשנות ולפיכך ברווחת הצרכן בטווח הארוך.

לבסוף, נציין שהמאמר הידוע של חתן פרס נובל בכלכלה, ארו, שהראה שלפירמה תחרותית יש תמריץ גדול יותר להשקיע מאשר לפירמה מונופוליסטית, מתבסס על העובדה שלפירמה התחרותית יש תמריץ חזק להשקיע בגלל התקווה שתהפוך למונופול. פירמה מונופוליסטית לעומת זאת מרוויחה הרבה כבר במצב המוצא, ולכן יש לה, לפי ארו, תמריץ חלש יותר להשקיע.²⁹⁶ במלים אחרות, גם המאמר הידוע שלכאורה מראה שתחרות טובה לתמריצי השקעה יותר מכוח שוק, בעצם מראה שהתמריצים חזקים בתחרות בגלל התקווה של הפירמות המשקיעות להפיק רווחים על-תחרותיים. טענה זו מחזקת את שחזרנו והדגשנו: הגבלת הרווח לאחר שההשקעה צלחה משפיעה על תמריצי ההשקעה

²⁹⁴ שם, פרק 6. חשוב לציין שמרבית המחקרים משווים בין חדשנות במצב נתון: מונופול מול תחרות, ואינם מתמקדים בשאלה מה הביא לקיומו של המונופול מלכתחילה.

²⁹⁵ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 20.

²⁹⁶ ראו, Kenneth Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in READINGS IN INDUSTRIAL ECONOMICS (Rowley ed. 1972), 21. גם לפירמות מונופוליסטיות יש תמריצים להשקיע.

מראש, גם של חברות בשווקים תחרותיים. על כן את השפעתה של העילה יש לבחון מראש, לפני שההשקעות בוצעו, ולא בדיעבד אחרי שההשקעות אלה כבר נעשו.

5.3 הטענה לפיה יש לקבוע רף של 20% רווח מעל עלות כנמל מבטחים

בעבר כלל גילוי דעת 1/14 של הרשות רף של 20% מעל לעלות כנמל מבטחים. לאור הניסיון עם רף זה, כמו גם הביקורת שהוטחה בו, הוא בוטל בגילוי דעת 1/17. כעת מבקשים גילה וקלמנט להחיותו. אולם השיקולים שעמדו בבסיס הסרתו מגילוי הדעת תקפים גם כיום. שיקולים אלו פורטו בהרחבה במקום אחר,²⁹⁷ לכן נחזור כאן רק על עיקרם ונתייחס בקצרה לטענות נוספות שמועלות במאמר.

אין חולק שאימוץ נמל מבטחים מקטין את היקף הטעויות מסוג תחולת יתר באותם מקרים הנופלים לגדרו ומשפר את הוודאות העסקית. אבל השאלה העיקרית היא כיצד הוא משפיע על החלת-יתר בכל יתר המקרים, כדי לוודא שאין פגיעה לא רצויה בתמריצי הפירמות. בעייתיות זו מתחדדת בשל העובדה שבהיעדר אמת מידה ברורה אחרת, קיים חשש שנמל המבטחים יהפוך להיות הכלל. אכן, הכלכלן הראשי לשעבר של הרשות, ד"ר אסף אילת, הצהיר בהרצאה על מחירים מופרזים בכנס הגבלים עסקיים כי בעקבות נמל המבטחים הקבוע בגילוי הדעת, בפועל השתרשה התפיסה שמחיר הגבוה מ-20% אינו ראוי, תוצאה שהרשות לא התכוונה אליה.²⁹⁸ בנוסף, כפי שהראינו לעיל, כלל כאמור עלול לתמרץ פירמות לנפח באופן מלאכותי את עלויותיהן והוא גם עלול להקטין את כדאיות ההתייעלות שתוביל להורדת מחיריהם. מעבר לשיקולים אלה, נראה כי נמל המבטחים שנקבע בגילוי דעת 1/14 היה צר מדי. מרווח של 20% מהעלות שקול למרווח של 16.6% מהמחיר.²⁹⁹ מרווח כזה משאיר מחוץ לגדרו כמות גדולה מדי של מקרים: נכון ל-2006, הרווח התפעולי (מכירות בניכוי בניכוי הוצאות מכירה, שיווק, והפרסום, והוצאות הנהלה וכלליות) בתעשייה ממוצעת בארה"ב עמד על 16.5%.³⁰⁰ במילים אחרות, פירמה הפועלת בתעשייה ממוצעת בארה"ב- שהיא מדינה גדולה ולכן מטבע הדברים השווקים בה לרוב הרבה פחות ריכוזיים משווקינו- הייתה נשארת מחוץ לגדרו של נמל המבטחים.

בנוסף, הרף של 20% הוא שרירותי ואינו מבוסס על מחקר כלכלי. אין הפניה למחקר כלשהו אשר מראה שמרווח של 20% הוא מרווח ראוי, אשר עליו ניתן היה לבסס החלטה מושכלת לקביעת נמל מבטחים. גילה וקלמנט מבססים רף זה על "ניסיונו של גילה כממונה", ללא פרוט מה ניסיון זה מלמד בדיוק ומדוע נובע ממנו שרף של 20% הוא רף ראוי, ומדוע ניסיונה של הממונה שהחליפה אותו וביטלה רף זה אינו רלוונטי באותה מידה. בנוסף, גילה וקלמנט מתבססים על פרשת ססול הדרום אפריקאית, אשר מצידה מסתמכת על מסכת בבא בתרא בתלמוד הבבלי, כדי לקבוע שאין הצדקה להתערב כאשר הפער הוא פחות מ-20%.³⁰¹ אולם בחינה של דברי הרמב"ם, אשר פירש את המסכת, מעלה שגם לדעתו אין להחיל איסור על מחיר גבוה על כל המוצרים בשוק, אלא יש להגביל את האיסור למוצרים בסיסיים

²⁹⁷ תורת ההחלטות, לעיל ה"ש 8; סוס טרויאני, לעיל ה"ש 8.

²⁹⁸ כך למשל, הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון – הכרזה על קיום מונופולין ואיסור על מחיר מופרז וטורפני), התשע"ח-2017, שהונחה על שולחן הכנסת ב-13 בנובמבר 2017, (הצעת חוק פ/4730/20) הוצע תיקון לסעיף 1 בחוק, כך שאחרי ההגדרה "מחיר" יבוא: "מחיר מופרז" – מחיר הגבוה בשיעור של 20 אחוזים או יותר מעלות הייצור של המוצר או עלות אספקתו של השירות, לפי העניין. ראו, https://www.nevo.co.il/law/html/law04/4730_20_1st_393187.htm. הצעת חוק דומה הונחה גם על שולחן הכנסת ב-11 ביולי 2016 (הצעת חוק פ/3141/20).

²⁹⁹ כדי לראות זאת, נניח שהעלות היא 100 ₪. בתוספת מרווח של 20%, המחיר המקסימלי שלא ייחשב למופרז הוא 120 ₪. מרווח של 20 ₪ מהווה 16.6% ממחיר של 120 ₪.

³⁰⁰ מבוסס על נתוני 2006 Compustat.

³⁰¹ Sasol, לעיל ה"ש 160.

וחיוניים דוגמת לחם ויין.³⁰² למעשה, לדעת הרמב"ם, אין הגבלת מחיר על יתר המוצרים.³⁰³ למשל, כך כותב הרב יואב שטרנברג:³⁰⁴

"הרי מבואר ברמב"ם, שאין איסור להשתכר כמה שרוצים מן התורה, ורק מוטלת חובה על בית דין לקבוע שער לרווחים בדברים שיש בהם חיי נפש. לכן, אם רוצים לדבר על ניצול, צריך לדבר על מקרה חריג – דהיינו, להסביר שבמצב מסוים, אחד הצדדים "לחוזן" מאוד, ומחמת זאת מוכן לסטות בהרבה מהמחיר המקובל בשוק."

זאת ועוד: בטרם נסתמך על הרמב"ם, שנפטר בשנת 1204, יש לוודא שהתנאים ששררו בשווקים בימי הביניים דומים לאלו השוררים כיום כדי שרף זה ישמש באינדיקציה. בהקשר זה נעיר כי זהו סף הרבה יותר נמוך מזה שהוצב באיחוד האירופי. כך למשל בעניין **ג'נרל מוטורס** נטען כי ג'נרל מוטורס גבתה עבור שירותיה פי 24 מעלות מתן השירות. בעקבות הורדת המחיר של ג'נרל מוטורס לרמה של פי 8 מהעלות, קבע בית המשפט האירופי כי ההפרה תוקנה.³⁰⁵ אמנם חלק מההחלטות האחרות קובעות רף נמוך יותר, אך שום החלטה של בית המשפט או של הרשות האירופית אינה קובעת כי הרווח על העלות יהא זהה לזה שבשוק תחרותי, או נמוך עד כדי 20%, וזאת גם במקרים שבהם המחיר הגבוה היה למעשה פועל יוצא של התנהגות מדירה.³⁰⁶ ההחלטות אליהם מפנים גילה וקלמנט, שהיו בין היחידות בעולם בהן הוחלה העילה בהצלחה, מדגימות את המקרים החריגים בהם החשש לפגיעה בתמריצים לכניסה לשווקים, לתחרות ולחדשנות נמוכים, או שהנסיבות הן כה קיצוניות עד כי כל עליית מחיר תחשב בלתי הוגנת. **דויטשה פוסט** ופרשת **תאגיד המים בברלין** עוסקים במונופולין יציר-המדינה או המוגן על ידי המדינה אשר לא הגיע למעמדו בזכות יתרונותיו היחסיים. כך, גם פרשת **שדות התעופה באיטליה**,³⁰⁷ עוסקת במונופול מוחלט על כל שדות התעופה ברומא, הפועל על בסיס זיכיון מהמדינה המוגן על ידי חסמי כניסה כמעט בלתי עבירים, חלקם יצירי המדינה. ההפרות נגעו לניצול תקופה שבין הפרטה לבין יישום מלא של הרגולציה הדרושה על חברות פרטיות שמנהלות כך שדות תעופה מרכזיים במדינה.³⁰⁸ פרשת **NAPP** האנגלית עוסקת במוצר שהפנטט עליו פקע ובאפליה בין צרכנים. שתי ההחלטות מדרום אפריקה בעניין **Dis Chem** וכן **Babalegi** עוסקות בניצול ציני כה קיצוני של מגפת הקורונה, על ידי העלאת מחיר מסיכות הפנים בעת שהן היו חיוניות להתמודדות עם המגפה לעתים עד מאות אחוזים, עד כי בית המשפט קבע שכל העלאת מחיר שלא שיקפה עלייה בעלויות הייתה בלתי סבירה בנסיבות העניין.

גם ההסתמכות על כלים אחרים בחוק כדי לקבוע מהו המרווח הראוי הינה בעייתית. כתיבתו של המלומד אדלין, אליה מפנים גילה וקלמנט, עוסקת בעילה שונה- מחיר טורפני. הגבלת המחיר שהוא מציע מבקשת למנוע את התמריצים

³⁰² ההגבלה על שיעור הרווח מופיעה בתלמוד הבבלי (בבלי, בבא בתרא ז, ע"א): "אמר שמואל: אין מוסיפין על המדות יותר משתות {=שישית}, ולא על המטבע יתר משתות והמשתכר אל ישתכר יותר משתות." הרמב"ם מפרש כי הגבלה זו חלה רק על מוצרים חיוניים (משנה תורה, הלכות מכירה, פרק יד, הלכה ב): "במה הדברים אמורים? בדברים שיש בהם חיי נפש, כגון יינות שמנים וסלתות". על מוצרים אלו חל איסור לגבות מעל שישית ("שתות") מסכום הכולל גם את הוספת הרווח, שהם חמישית, קרי 20%, מהעלות.

³⁰³ הרמב"ם כותב (משנה תורה, הלכות מכירה, פרק יד, הלכה ב): "אבל העיקרין כגון הקושט והלבונה וכיוצא בהן אין פוסקין להם שער אלא ישתכר כל מה שירצה."

³⁰⁴ ראו, שנת תשס"ח, שבת פרשת עקב, "איסור אונאת ממון - חלק ב" שער לדין, הרב יואב שטרנברג, <http://www.erezhemdah.org/newsletterArticle.asp?lang=he&pageid=48&cat=1&newsletter=643&article=2381>

³⁰⁵ עניין *General Motors*, לעיל ה"ש 94.

³⁰⁶ ראו הערת שוליים 232 לגבי הסיבות להפרש זה.

³⁰⁷ Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato, case A376 Provvedimento no 19020 Aeroporti di Roma Tariffe Aeroportuali (Oct. 23 2009).

³⁰⁸ שם, סעיף 9.

לנקוט בהתנהגות מדירה, ולכן האנלוגיה אליה בעייתית. כך גם באשר למבחנים להגדרת השוק הרלוונטי. מבחנים אלו מטרתם לבחון תחליפיות בעיני הצרכן, ולא את סובלנות החוק למחיר, כפי שטוענים גילה וקלמנט.

5.4 גודל הטעות בהחלת יתר

גילה וקלמנט בוחנים את גודלה האבסולוטי של העלות החברתית מהחלת-יתר של העילה על בסיס הטענה שמחירים מופרזים מתקנים את עצמם.³⁰⁹ אבל המחיר העיקרי של החלת-יתר נובע מהפגיעה בתמריצים של פירמות השוקלות אם כדי להשקיע כדי לחזור לשוק או כדי ליצור מוצרים חדשים. מחיר זה חל גם אם נניח שמחירים מופרזים לעולם לא יתקנו את עצמם.

גילה וקלמנט טוענים כי "לא היתה 'הצפה' בתביעות בגין מחיר מופרז לאחר פרסומו של גילוי דעת 1/14, וזאת משום שבשנים האחרונות הוגשו בממוצע מדי שנה קצת למעלה מ-7 בקשות לאישור תובענה ייצוגית בעילה של מחיר מופרז, בהשוואה ל-1,200-1,500 תביעות ייצוגיות בסה"כ מדי שנה. הם מסיקים מנתון זה כי אין אינדיקציה לכך שהעילה מביאה להרתעת יתר. אלא שהחל ממאי 2018 הוטלו אגרות על הגשה תובענות ייצוגיות וכתוצאה מכך חלה ירידה במספר הבקשות המוגשות מדי שנה. כך, בתקופה שבין מאי 2018 לאפריל 2019 הוגשו 411 תובענות, כאשר 9 מתוכן, שהם 2.2%, היו בעילת מחיר מופרז.³¹⁰ לשם השוואה, באותה תקופה, 2.4% מכלל התובענות הייצוגיות היו בנושא מפגע סביבתי, 1.9% בנושא חוק ניירות ערך, 1.5% בנושא ביטוח ו/או קופות גמל, 1.5% בהפלייה במוצרים, שירותים וכניסה למקומות בידור וציבוריים, 0.7% בנושא ספאם, ו-0.7% בנושא חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים. כלומר, תביעות בנושא מחיר מופרז נפוצות בהשוואה לתביעות בתחומים אחרים. בכל מקרה השוואה לכלל התובענות הייצוגיות איננה מעידה על כך שלא מדובר ב"הצפה", משום שיתכן שגם בתחומים אחרים יש "הצפה" כזו. כפי שכבר הזכרנו, אינדיקציה טובה הרבה יותר למספר התובענות בעניין מחיר מופרז היא העובדה שבמשך יותר מחמישים שנה דנו במוסדות האיחוד האירופי 21 תביעות בעילת מחיר מופרז (כלומר פחות מ-0.4 תביעות בממוצע מדי שנה) ובבריטניה הוגשו עד היום שש תביעות בעניין מחיר מופרז (כלומר כ-0.1 תביעות בממוצע מדי שנה). זאת בשעה שבישראל מוגשות בשנים האחרונות כ-7 תביעות כאלה מדי שנה בממוצע, כלומר פי למעלה מ-17 יותר תביעות מאשר באיחוד האירופי, ופי 70 יותר תביעות מאשר בבריטניה.

אינדיקציה נוספת לאינפלציה במספר התביעות בישראל היא העובדה שעד היום לא הוגשה בישראל אף לא תביעה אחת בעילת מחיר טורפני, למרות שגם עילה זו מתבססת על סעיף 29א(א) לחוק התחרות.³¹¹ זאת למרות

³⁰⁹ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 20, עמ' 39.

³¹⁰ לגבי כלל הבקשות לאישור תובענות ייצוגיות, ראו גלי אביב ואסף שטיין, "נתונים כמותיים על אודות אגרות בתובענות ייצוגיות", מחלקת המחקר של הרשות השופטת, מאי 2019, https://www.gov.il/he/departments/publications/reports/research_01052019. התובענות בנושא מחיר מופרז שהוגשו בין מאי 2018 לאפריל 2019 הן ת"צ (מרכז) 11340-05-18 אבי אברהם ברק נ' סנפרוסט בע"מ, ת"צ 12410-05-18 דוד וייס נ' פרטנר תקשורת וסלקום, ת"צ (מרכז) 2336-07-18 ראובן מילמן נ' רותם אמפרט נגב בע"מ, ת"צ (מרכז) 47464-07-18 לאון לחמן נ' ארקיע קווי תעופה ישראליים בע"מ, ת"צ (י-ם) 40105-07-18 מלי פרידמן נ' ניו לינאו סינמה (2006) בע"מ ואח', ת"צ (מרכז) 19516-10-18 אורי הופמן נ' מלח הארץ אילת בע"מ, ת"צ (מרכז) 14901-01-19 אורטל נורי נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת הקלאית בישראל בע"מ, ות"צ 43569-04-19 אברהם ברק נ' ש. שסטוביץ בע"מ.

³¹¹ OECD, Israel - Accession Report on Competition Law and Policy, 2011, <https://www.oecd.org/competition/50104572.pdf>. למעשה, נכון לשנת 2008, התקיימו בישראל רק שתי חקירות בעניין עילת מחיר טורפני, ששתיהן הסתיימו ללא ממצאים. ראו, טבלה 2 ב-, <http://old.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc354.pdf> Presented at the 7th Annual conference of the ICN, Kyoto, April 2008, קיבלה נציבות האיחוד האירופי החלטות בעילת מחיר טורפני ב-7 תיקים. ראו, פרק 3.1 ב-F. RUSSO, MAARTEN PIETER SCHINKEL, A.M. GÜNSTER, AND M. CARREE, EUROPEAN COMMISSION DECISIONS ON COMPETITION: ECONOMIC PERSPECTIVES ON LANDMARK ANTITRUST AND MERGER CASES (2010).

שהאתגרים המתודולוגיים שעילת המחיר טורפני יוצרת נמוכים מאלו של עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן, וזאת לפחות משתי סיבות. ראשית, הטריגר לעילת מחיר טורפני הוא מאורע מובחן שעליו אין מחלוקת: יציאה של מתחרה מהשוק (או החלשתו באופן שפוגע ביכולתו להתחרות). הוויכוח מתמחה בשאלה האם הפגיעה במתחרה הייתה או שלא הייתה תוצאה של פעולה מכוונת של הפירמה הדומיננטית (קרי מחיר טורפני). לעומת זאת, תביעות בעילת מחיר בלתי הוגן מוגשות במקרים רבים שלא בעקבות מאורע מובחן.³¹² שנית, יש הסכמה בין כלכלנים על כך שכדי להוכיח קיומו של מחיר טורפני יש להראות שהמחיר הטורפני היה כדאי לפירמה הדומיננטית רק אם הביא לדחיקת מתחרה מהשוק.³¹³ הוויכוח הוא על המתודולוגיה להוכחת הטענה הזו. לעומת זאת, אין הסכמה בין כלכלנים כיצד ניתן להראות שמחיר הוא בלתי הוגן ומתי מחיר הופך להיות בלתי הוגן.

6. סיכום

אין חולק שבעיית יוקר המחיה היא בעיה כבדת משקל במדינת ישראל. עם זאת, הסיבות ליוקר המחיה רבות ומגוונות, וכוללות למשל היעדרם של יתרונות לגודל, הצורך לייבא מוצרים, שמירה על כשרות, או הוצאות אבטחה. מכל מקום, ברור שאיסור על מחירים גבוהים בלתי הוגנים דרך עילת הניצול לרעה של כוח מונופוליסטי איננו הכלי המתאים לפקח על מחירים. רשויות התחרות ומלומדים ברחבי העולם הגיעו למסקנה, לאחר שנים רבות של ניסיונות, שהחלת האיסור רצופה קשיים מתודולוגיים, קונצפטואליים ופרקטיים, המקרינים על מחיר הטעות בהחלת-יתר של העילה. בעקבות זאת, במקרים רבים אין דרך ברורה לשרטט מראש קו המבדיל מראש בין מחיר הוגן ושלא בדרך שאינה פוגעת בתמריצים לכניסה לשוק, להתייעלות ולחדשנות. קשיים אלו הובילו חלק מהמדינות לבטל את האיסור, ואחרות לצמצם את תחולתו למקרים נדירים בלבד. גישה דומה יש לאמץ בישראל.

אכן, פסיקתם של חלק מבתי המשפט המחוזיים מהעת האחרונה מדגימה את החשש מהחלת האיסור בדרך שמתנגשת בתכלית החוק ופוגעת ברווחת הציבור. כן היא מדגימה שהניסיון של חלק מהשופטים ליצור ודאות - בדמות ביסוס המחיר ההוגן על עלות הייצור, או על פער משמעותי מעלות כאמור - אף מגביר את הפגיעה ברווחת הצרכן. למעשה, מודל תאורטי מראה כי אכיפת העילה עלולה בתנאים מסוימים להזיק לרווחת הצרכנים, אם כי בתנאים אחרים היא יכולה להועיל.³¹⁴ על כן, אם יוחלט להכיר בעילה, צריך לאוכפה בזירות ובריסון כפי שגם רשות התחרות והיועץ המשפטי קובעים. ובמקרים המתאימים להחיל מנגנונים חלופיים, יעילים יותר, לפיקוח מחירים.

³¹² ישנם גם יוצאי דופן כאשר עילת המחיר הבלתי הוגן מתעוררת בעקבות זינוק במחיר של הפירמה הדומיננטית כמו במקרים של אספן באיטליה או פיזור בבריטניה כאשר מחיר של תרופות מצילות חיים זינק בין לילה בשיעורים של מאות או אלפי אחוזים. על שני המקרים עמדנו בהרחבה לעיל.

³¹³ למשל, בולטון, ברודלי, וריארדן אשר בוחנים היבטים כלכליים של עילת מחיר טורפני טוענים כ "Predatory pricing is defined in economic terms as a price reduction that is profitable only because of the added market power the predator gains from Patrick Bolton eliminating, disciplining, or otherwise inhibiting the competitive conduct of a rival or potential rival." J. Brodley, and M. Riordan, *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, 88 GEORGETOWN LAW JOURNAL 2330 (2000).

³¹⁴ גילה ושפיגל, לעיל ה"ש 177. חשוב לציין שהמודל איננו לוקח בחשבון את השפעת העילה על תמריצי ההשקעה של הפירמות. הסיבה שאכיפת העילה איננה תמיד מועילה לרווחת הצרכנים היא שהעילה אמנם מרסנת את בעל המונופולין כאשר הוא איננו חשוף לתחרות אך מנגד היא מרככת את התחרות בשוק משעה שיש בו תחרות. השאלה איזה אפקט גובר תלויה במאפייני השוק וסוג התחרות בין הפירמות.

נספח א': דוגמאות לכך שהחלת העילה עלולה להזיק

להלן שלוש דוגמאות אשר ממחישות את הרעיון שהחלת העילה עלולה להזיק לציבור הצרכנים. לשם הנוחות בחרנו להשתמש בשלוש הדוגמאות בפרמטרים אשר מפשטים את החישובים. עם זאת, כל שלושת הדוגמאות הן טיפוסיות ומתקיימות בקשת רחבה של מקרים.

דוגמה ראשונה: הניסיון להחיל את העילה עלול לפגוע באיכות המוצר שהפירמה תציע

נניח שפירמה מציעה מוצר יחיד שפונקציית הביקוש אליו היא $Q = 6 - p$, כאשר Q היא הכמות המבוקשת במיליוני יחידות, ו- p הוא מחיר המוצר. עלות הייצור של המוצר היא 2 שם ליחידה. חישוב פשוט מראה כי המחיר אשר ממקסם את הרווח של הפירמה הוא 4 שם (הממוצע בין העלות, 2 שם, למחיר המקסימלי שניתן לגבות על המוצר, 6 שם), ואילו הכמות הנמכרת היא 2 מיליון יחידות ($2 = 6 - 4$). במחיר זה הרווח של הפירמה הוא 4 מיליון שם, ועודף הצרכן – קרי הפער בין המחיר המקסימלי שהצרכנים מוכנים לשלם לבין המחיר שהם משלמים בפועל – הוא 2 מיליון שם.³¹⁵ הפירמה שוקלת להשקיע במחקר ופיתוח אשר עשוי לשפר את איכות המוצר, בלי לשנות את עלות הייצור שלו. אם ההשקעה מצליחה, פונקציית הביקוש הופכת להיות $Q = 10 - p$, כלומר בכל מחיר ומחיר ניתן למכור כמות גדולה יותר מאשר קודם. בעקבות כך, המחיר שממקסם את הרווח של הפירמה הוא 6 שם (הממוצע בין העלות, 2 שם, למחיר המקסימלי, 10 שם), ואילו הכמות הנמכרת היא 4 מיליון יחידות. בהתאם, הרווח של הפירמה, לא כולל עלות ההשקעה במחקר ופיתוח, הוא 16 מיליון שם, ואילו עודף הצרכן הוא 8 מיליון שם. כיוון שללא השקעה במחקר ופיתוח עודף הצרכן הוא 2 מיליון שם, ההשקעה מועילה לצרכנים. בפרט, למרות שמחיר המוצר עלה ב-50% (מ-4 שם ל-6 שם), עודף הצרכן אשר משקף את רווחתו גדל בשיעור של 400% (מ-2 מיליון שם ל-8 מיליון שם).

כעת נניח שעל הפירמה מוחלת עילת המחיר הבלתי הוגן, ובעקבות כך נאסר עליה לגבות מחיר העולה על 3 שם, שהם 50% מעבר לעלות. בהתאם, הכמות הנמכרת היא 7 מיליון יחידות, הרווח של הפירמה הוא 7 מיליון שם, ועודף הצרכן הוא 24.5 מיליון שם.³¹⁶ על פניו נראה כי האיסור על מחיר בלתי הוגן גבוה הוא רעיון מצוי: הוא מונע מהפירמה לייקר את מחיר המוצר מעבר ל-3 שם, הכמות הנמכרת עולה ב-75% מ-4 מיליון יחידות ל-7 מיליון יחידות, ועודף הצרכן גדל בלמעלה מ-200% (מ-8 מיליון שם ל-24.5 מיליון שם).

אלא שעד כה לא לקחנו בחשבון את עלות ההשקעה, ואת הסיכוי שהיא תצליח ותגדיל את איכות המוצר. למשל, קסטיון ומרקהם סקרו ספרות אמפירית שבדקה את סיכויי ההצלחה של מוצרים חדשים שיוצאים אל השוק, ומצאו שבממוצע רק כ-60% מכלל המוצרים שיוצאים לשוק מצליחים.³¹⁷ למעשה סיכויי ההצלחה של השקעות נמוכים עוד יותר משום ש-50% מכלל החברות החדשות כושלות ונעלמות מהשוק בתוך חמש שנים מיום הקמתן.³¹⁸ כאשר לוקחים בחשבון את עלות ההשקעה וסיכויי ההצלחה שלה, מתקבלת התמונה הבאה. ללא איסור על מחיר בלתי הוגן גבוה, הרווח של הפירמה גדל בעקבות השקעה מוצלחת ב-12 מיליון שם (מ-4 מיליון שם ל-16 מיליון שם). אם סיכוי ההצלחה של ההשקעה הם 60% (כאמור אחוז זה מתעלם מהעובדה שהפירמה עצמה יכולה להיכשל ולהיפלט מהשוק), תוחלת הגידול ברווח הוא 7.2 מיליון שם. בהתאם, כל עוד עלות ההשקעה נופלת מ-7.2 מיליון שם, הפירמה תבחר להשקיע. אם הפירמה שונאת סיכון, הרף העליון של העלות עבורו הפירמה תבחר להשקיע יהיה נמוך מ-7.2 מיליון שם, משום שתחת שנאת

³¹⁵ כיוון שפונקציית הביקוש לינארית (והמקדם של המחיר בפונקציית הביקוש הוא 1) וההוצאה ליחידה קבועה, הרווח של הפירמה באופטימום הוא הכמות ברבוע, ואילו עודף הצרכן בהינתן המחיר אשר ממקסם את הרווח של הפירמה, הוא מחצית מהרווח של הפירמה.

³¹⁶ הרווח של הפירמה הוא המרווח שלה, מחיר 4 שם פחות עלות 2 שם, כפול כמות של 6 מיליון יחידות. עודף הצרכן הוא משולש שגובהו, מחיר מקסימלי של 10 שם פחות מחיר של 4 שם, והבסיס שלו הוא 6 מיליון יחידות.

³¹⁷ ראו, G. Castellion and S.K. Markham, *Perspective: New Product Failure Rates: Influence of Argumentum ad Populum and Self-Interest*, 30(5) JOURNAL OF PRODUCTION INNOVATION MANAGEMENT 976 (2013).

³¹⁸ V. Sterk, P. Sedláček, and B. Pugsley, *The Nature of Firm Growth*, 111(2) AMERICAN ECONOMIC REVIEW 547 (2021).

סיכון, תוחלת ההשקעה צריכה להיות גבוהה מעלות ההשקעה, כדי לפצות את הפירמה על הסיכון שבו היא נושאת. שנאת סיכון מחריפה אם כן את בעיית תמריץ החסר להשקיע שיוצרת העילה.

אם נאסר על הפירמה לגבות מחיר העולה על 3 ש, הרווח בעקבות השקעה מוצלחת גדל רק ב-3 מיליון ש (מ-4 מיליון ש ל-7 מיליון ש), שהם 1.8 מיליון ש בתוחלת. כעת, הפירמה תשקיע רק אם עלות ההשקעה נמוכה מ-1.8 מיליון ש. לפיכך, האיסור על גביית מחיר העולה על 3 ש, יגרום לכך שהפירמה תמנע מהשקעות במחקר ופיתוח שעלותן בן 1.8 מיליון ש ל-7.2 ש, למרות שללא החלת העילה הפירמה הייתה מבצעת השקעות כאלה. כאשר הפירמה איננה משקיעה, הצרכנים אינם נהנים מעלייה ברווחתם. כלומר, ייתכן שהניסיון להשיג תוצאה טובה מאוד (עליה ברווחת הצרכנים מ-8 מיליון ש ל-24.5 מיליון ש בעקבות הטלת איסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה) תביא לאובדן של תוצאה טובה (עלייה ברווחת הצרכנים מ-2 מיליון ש ל-8 מיליון ש בעקבות מחקר ופיתוח).

התוצאה לעיל מראה שהחלת העילה פועלת כבומרנג: היא שוללת מהפירמה את התמריץ להשקיע ומביאה לפגיעה משמעותית בציבור הצרכנים. ראוי לציין שהבעיה מחריפה ככל שהמרווח שיותר לפירמה לגבות מעבר לעלויותיה ילך ויצטמצם. צמצום כזה במרווח יקטין עוד יותר את התמריץ של הפירמה להשקיע. ניתן גם לתהות בהקשר זה מה בלתי הוגן בכך שפירמה משקיעה, נניח 7 מיליון ש, וכתוצאה מכך הרווח שלה גדל ב-100% מ-4 מיליון ש ל-8 מיליון ש (כזכור הרווח לפני עלות ההשקעה במחקר ופיתוח הוא 16 מיליון ש כך שהרווח בניכוי עלות ההשקעה הוא 8 מיליון ש), ואילו עודף הצרכן גדל ב-400% (מ-2 מיליון ש ל-8 מיליון ש). כאמור, בגלל אכיפת העילה, והניסיון להגדיל את עודף הצרכן עוד יותר על חשבון רווחי הפירמה, הפירמה עלולה להימנע מהשקעה כליל, וכל היתרונות מהשקעה כאמור יירדו לטימיון.

הבעיה נעוצה בכך שכל עוד מגבילים את יכולתה של הפירמה ליהנות מפירות ההשקעה שלה, כדאיות ההשקעה מנקודת ראותה פוחתת, וכאשר היא פוחתת במידה משמעותית, לא כדאי לה להשקיע כלל. מהאמור עולה גם ברור שעלויות הייצור השוליות אינן מהוות בסיס ראוי להחלת העילה. ניתוח זה גם מוביל למסקנה שיש לדחות את הטענה לפיה "המחיר התחרותי הוא המחיר המביא להשקעה אופטימלית בפיתוח המוצר ובשיווקו."³¹⁹

דוגמה שנייה: הניסיון להחיל את העילה עלול לפגוע בתמריץ של הפירמה להפחית עלויות

נניח שבשוק למוצר הומוגני פועלות שתי פירמות המתחרות זו בזו אמצעות קביעת מחירים (המודל הרלוונטי הוא המודל של ברטרנד). אם עלות הייצור של כל פירמה היא 16 ש ליחידה, אזי בשווי משקל, שתי הפירמות יגבו מחיר של 16 ש, ונתח השוק של כל אחת מהן יהיה 50%. כעת נניח שפירמה א' יכולה להשקיע בטכנולוגיה חדשה אשר מפחיתה את עלות הייצור שלה מ-16 ש ל-8 ש ליחידה. בעקבות ההשקעה, פירמה א' תוכל להוזיל את המחיר לצרכן ל-15 ש, וכיוון שהמחיר שלה יהיה זול מזה של פירמה ב' (פירמה ב' איננה יכולה להוזיל את מחיר שלה מתחת ל-16 ש, אחרת היא תפסיד כסף), כל הצרכנים יבחרו לרכוש ממנה.³²⁰ המצב החדש מייטיב עם הצרכנים אשר ישלמו כעת מחיר זול יותר. ואולם, פירמה א' הופכת כעת לבעלת מונופולין, ולכן היא חשופה לעילת המחיר הבלתי הוגן. ודוק: העילה חלה למרות שפירמה א' הפכה לבעלת מונופולין בעקבות התייעלות וההוזלה במחיר שלה לצרכן. אם נניח שהעילה חלה כאשר המחיר עולה על העלות ביותר מ-50%, פירמה א' תאלץ להוזיל את המחיר ל-12 ש. לכאורה העילה מייטיבה עם הצרכנים שישלמו מחיר של 12 ש במקום 15 ש. אלא שאליה וקוץ בה: ההוזלה במחיר מ-15 ש ל-12 ש מקטינה את הרווח שפירמה א' מפיקה מההשקעה. אם עלות ההשקעה עולה על הגידול ברווח, פירמה א' תעדיף לא להשקיע, וכך הצרכנים לא ייהנו מהוזלה במחיר. גם כאן הרצון להשיג תוצאה טובה יותר ביחס למחיר (ירידה במחיר ל-12 ש) עלול לעלות במחיר של אובדן תוצאה טובה יותר מבחינת התמורה הכוללת לצרכן (ירידה במחיר ל-15 ש).

³¹⁹ גילה וקלמנט, לעיל ה"ש 20, בעמ' 38.

³²⁰ פורמלית הפירמה תוכל להוזיל את המחיר ל-15.99. לשם פשטות אנו מניחים שההוזלה חייבת להיות בסכום של לפחות שקל אחד.

הבעיה כמובן חריפה עוד יותר אם המרווח שמוטר לפירמה לגבות מעבר לעלות מצטמצם. למשל, אם העילה חלה כאשר המחיר עולה על העלות ביותר מ-20%, פירמה א' תאלץ להזיל את המחיר ל-9.60 ש"ח, ודבר זה מקטין עוד את הרווח מהשקעה ולפיכך את התמריץ להשקיע.

הבעיה עלולה להיות חריפה עוד יותר גם כאשר החלת העילה מתמצמת את בעת המונופולין לנפח את העלויות שלו (למשל על ידי הימנעות מצעדי התייעלות או שימוש בחשבונאות יצירתית), מה שיוביל למחירים גבוהים יותר. נניח כמו קודם שהעילה חלה כאשר המחיר עולה על העלות ביותר מ-40%. אם העלות היא 100 ש"ח, המחיר המקסימלי שבעל מונופולין רשאי לגבות הוא 140 ש"ח. בניכוי העלות, הרווח של בעל המונופולין ליחידה הוא 40 ש"ח. אם בעל המונופולין ינפח את העלות ל-200 ש"ח, למשל באמצעות הימנעות מהתייעלות וחסכון בעלויות ייצור, המחיר המקסימלי שיותר לו לגבות יעלה ל-280 ש"ח, והרווח ליחידה יעלה ל-80 ש"ח: ניפוח העלות מביא אם כן לגידול ברווח משום שהוא מאפשר להגדיל את המרווח לכל יחידה.³²¹

דוגמה שלישית: הניסיון להחיל את העילה עלול לפגוע במגוון המוצרים שהפירמה מציעה

כעת נניח שפירמה מייצרת שני מוצרים שיש ביניהם תחליפות. הפירמה היא בעלת מונופולין בייצור מוצר 1, אך לא במוצר 2. פונקציית הביקוש למוצר 1 היא $q_1 = 2(15 - 2p_1 + p_2)/3$ ואילו פונקציית הביקוש למוצר 2 היא $q_2 = 2(15 - 2p_2 + p_1)/3$, כאשר q_1 היא הכמות של מוצר 1 במיליוני יחידות, q_2 היא הכמות של מוצר 2 במיליוני יחידות, p_1 הוא המחיר של מוצר 1, ו- p_2 הוא המחיר של המוצר 2 (הפרמטרים נבחרו כדי לפשט את החישובים אך הדוגמה נכונה לקשת רחבה של פרמטרים). עלות הייצור של שני המוצרים היא 5 ש"ח ליחידה. המחיר של מוצר 2 הוא 7.5 ש"ח, כלומר גבוה מהעלות ב-50%. המחיר של מוצר 1 אשר ממקסם את הרווח של הפירמה במקרה זה הוא 8.75 ש"ח. בהינתן מחיר זה, הרווח הכולל של פירמה 1 הוא 27.1 מיליון ש"ח, ואילו עודף הצרכן הוא 32.3 מיליון ש"ח.

כעת נניח שעל הפירמה מוחלת עילת המחיר הבלתי הוגן, וכתוצאה מכך נאסר עליה לגבות על מוצר 1 מחיר העולה על העלות ביותר מ-20%, קרי 6 ש"ח. המחיר של מוצר 2 שבו הפירמה מתחרה עם פירמות אחרות נשאר 7.5 ש"ח. ההפחתה במחיר של מוצר 1 מ-8.75 ש"ח ל-6 ש"ח, מקטינה את הרווח על מוצר 1 ב-37.2% (מ-27.1 מיליון ש"ח ל-17 מיליון ש"ח), ואילו עודף הצרכן עולה ב-44% (מ-32.3 מיליון ש"ח ל-46.5 מיליון ש"ח). על פניו נראה שהאיסור על מחיר בלתי הוגן גבוה מביא לשיפור משמעותי ברווחה של הצרכנים. אלא שבעקבות החלת העילה, הפירמה יכולה להחליט להפסיק לשווק את מוצר 1. הסיבה לכך היא שהורדת המחיר של מוצר 1 מסיטה צרכנים ממוצר 2 שהמרווח עליו הוא 50% מעבר לעלות, למוצר 1 שהמרווח עליו מעבר לעלות הוא 20% בלבד. בפרט, לפני החלת העילה המכירות של מוצר 1 היו 3.33 מיליון יחידות ואילו המכירות של מוצר 2 הן 5.83 יחידות מיליון יחידות. בעקבות החלת העילה, המכירות של מוצר 1 עולות ל-7 מיליון יחידות ואילו המכירות של מוצר 2 יורדות ל-4 מיליון יחידות.

עילת המחיר הבלתי הוגן אוסרת אמנם על הפירמה לגבות מחיר גבוה על המוצר 1, אך היא איננה מחייבת את הפירמה להמשיך ולהציע אותו. אם פירמה 1 מפסיקה למכור את מוצר 1, המכירות של מוצר 2 גדלות ל-7.5 מיליון יחידות והרווח שלה גדל ל-18.75 מיליון ש"ח. כיוון שרווח זה עולה על הרווח כאשר הפירמה משווקת את מוצר 1, הפירמה תעדיף להפסיק ולשווק את המוצר 1. עודף הצרכן כאשר הפירמה חדלה לשווק את מוצר 1 הוא 28.125 מיליון ש"ח. עודף זה נמוך מעודף הצרכן כאשר הפירמה משווקת את המוצר 1 ועילת המחיר הבלתי הוגן לא מוטלת עליה, ב-12.9%. המסקנה היא שהחלת העילה פוגעת בתמריץ של הפירמה להציע את מוצר 1 שעליו חלה העילה והתוצאה היא הקטנת מגוון המוצרים שהפירמה תציע, תוך פגיעה ברווחת הצרכנים.

³²¹ התמריץ לנפח את העלויות פוחת ככל שהסיכוי להרשיע את בעל המונופולין קטן בעילת מחיר בלתי הוגן גבוה, משום שאז בעל המונופולין יוכל לגבות מחיר גבוה ללא ניפוח עלויות. ייתכן שבעל המונופולין ינסה לנפח את עלויותיו החשבונאיות ולא את עלויותיו בפועל.

נספח ב': החלטות בעניין העילה של האיחוד האירופי ובריטניה

בטבלה הבאה מפורטות כל ההחלטות בעניין העילה שהתקבלו על ידי נציבות האיחוד האירופי או בתי הדין של האיחוד האירופי, ועל ידי רשות התחרות הבריטית או בתי משפט בבריטניה.³²² בסך הכל התקבלו 21 החלטות באיחוד האירופי ועוד 5 בבריטניה. מבין ההחלטות באיחוד האירופי, 9 עסקו בקניין רוחני (פטנטים, זכויות יוצרים, סימן רשום, וסימן מסחרי), 7 עסקו במונופול יציר מדינה (או בעל זיכיון בלעדי מהמדינה או רשות מקומית), ו-3 עסקו במונופול בתחום התשתיות. ב-17 מתוך 21 ההחלטות נטענה גם עילה נוספת, אשר יכלה ליצור או לחזק את האפשרות לגבות מחירים גבוהים.³²³ מבין 5 ההחלטות בבריטניה, 2 עסקו בחברות תרופות, ואחת עסקה במונופול בתחום התשתיות. מקרים אלה שונים בתכלית ממרבית התביעות הייצוגיות שהוגשו בישראל בשנים האחרונות, ואשר עוסקים לרוב, כפי שכבר ציינו, בפיתים אפויים, תה ירוק, מרגרינה, סכיני גילוח, מלח מופחת נתרן, מלח גס, וכיוצא בזה מצרים שיש להם תחליפים קרובים מבחינת הצרכנים.

ההחלטה	מקבל ההחלטה	סוג המונופול, עילה נוספת, שורה תחתונה	המבחן המרכזי וגובה המחיר יחסית לאמת מידה
1. Case 24/67 Parke, Davis and c. v Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm [1968] ECR 55	ביה"ד האירופי לצדק	פטנט רשום על תרופה <u>עילה נוספת:</u> הסכמים בלתי חוקיים שמנעו יבוא מקביל <u>שורה תחתונה:</u> הכרה עקרונית בעילה לראשונה. אין החלה ספציפית על עובדות המקרה	גביית מחיר גבוה יותר עבור מוצר במדינה בה הוא מוגן בפטנט לעומת מדינה אחרת בה אינו מוגן בפטנט אינה מעידה בהכרח על ניצול לרעה, אם כי פער המחירים יילקח בחשבון בהערכה האם המונופול ניצל את כוחו לרעה <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> לא מצוין
2. Case 40/70 Sirena v Eda [1971] ECR 69, [1971] CMLR 260	ביה"ד האירופי לצדק	סימן מסחרי רשום <u>עילה נוספת:</u> הסכמים בלתי חוקיים שמנעו יבוא מקביל <u>שורה תחתונה:</u> הכרה עקרונית בעילה. אין החלה ספציפית על עובדות המקרה	רמת המחירים של המוצר אינה מעידה כשלעצמה על ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי. היא עשויה, בהעדר הצדקה אובייקטיבית למחיר, ואם המחיר גבוה במיוחד, לשמש כגורם המעיד על ניצול כאמור <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> לא מצוין
3. Deutsch Grammophon v. Metrosb-Grossmarkte GmbH and Co., [1971] C.M.L.R. 631	ביה"ד האירופי לצדק	בעל זכויות יוצרים בהקלטות מוזיקה <u>עילה נוספת:</u> אפליה <u>שורה תחתונה:</u> הכרה עקרונית בעילה. אין החלה ספציפית על עובדות המקרה	אין די בשונות המחירים כדי לעלות לכדי ניצול לרעה. שונות כאמור עשויה להיות גורם רלוונטי כאשר אינה מוצדקת על ידי קריטריון אובייקטיבי והשונות גדולה במיוחד. <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> לא מצוין

³²² החלטות העוסקות באותו מקרה חוברו יחד בטבלה. הטבלה לא כוללת הודעות על פתיחה בחקירה שלא הבשילו לכדי החלטה. בנוסף, במספר החלטות צוינה העילה בלא שהיא הוחלה במקרה הספציפי. כך, למשל, בעניין אחמד סעיד ציין בית הדין האירופי כי קיימת עילה, אך במקרה האמור מדובר היה במחיר נמוך בלתי הוגן. Case 66/86 Ahmed Saeed et al. v Zentrale zur Bekämpfung [1989] ECR 803; בעניין רנו ציין בית הדין האירופי בערכאה הראשונה שיצרן מכונות המסרב להעניק רישיון לשימוש בזכויות הקניין הרוחני שלו על מנת לייצור חלקי חילוף למכונותיו עלול לנצל לרעה את כוחו אם הוא גובה מחיר בלתי הוגן עבור חלפיו. Case 53/87 Renault EU:C:1988:472, פסקה 16; [2014] OSA v Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s [2014] C-351/12, פסקאות 87-95, העונות על שאלה כללית לגבי תחולת החוק על אגודות לניהול זכויות יוצרים.

³²³ כפי שמציינת הרשות הבריטית: "in practice many excessive pricing cases are essentially about exclusion rather than exploitation, and moreover the line between the two can sometimes be unclear." OECD, OECD, exploitation, and moreover the line between the two can sometimes be unclear." בעמ' 288.

<p>קביעת מבחן הבסיס המוביל עד היום: האם המחיר מופרז יחסית לערך הכלכלי של המוצר או השירות שבמונופולין</p> <p><u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: 2400%</u> יותר מיבואני הרכב עבור קבלת האישור ביחס לרכבים המשווקים ישירות על ידה</p>	<p><u>מונופול יציר-מדינה</u> על מתן אישור על ידי יצרן רכב שהרכב עומד בסטנדרטים מסוימים</p> <p><u>עילה נוספת:</u> סירוב בלתי סביר לספק במטרה למנוע יבוא מקביל</p> <p><u>שורה תחתונה:</u> החברה לא ניצלה את כוחה לרעה כיוון שהורידה את המחיר לפני תחילת ההליכים לפי שמונה מהעלות</p>	<p>ביה"ד האירופי לצדק- ערר על החלטת הנציבות</p>	<p>4. Case 26/75 <i>General Motors v. Commission</i> [1975] ECR 1367, [1976] 1 CMLR 95</p>
<p>האם למחיר אין קשר סביר לערכו הכלכלי של המוצר. כדי לבחון זאת יש להחיל מבחן דו שלבי:</p> <p>1. מבחן העלות- האם המחיר לצרכן מופרז ביחס לעלות היצור? אם תשובה חיובית-</p> <p>2. מבחן ההשוואה- האם המחיר בלתי הוגן ביחס לעצמו או ביחס למוצרים מתחרים אחרים?</p> <p><u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> פער המחירים בגרמניה, דנמרק, ובנלוקס היו גבוהים, לעיתים בשיעורים של יותר מ-100%, מהמחיר באירלנד (הפער הגדול ביותר היה בין רוטרדם לאירלנד – 138%)</p>	<p>יצרנית דומיננטית של בנות. מחיר שונה לבנות במדינות שונות באירופה</p> <p><u>עילה נוספת:</u> אפליה</p> <p><u>שורה תחתונה:</u> לא הוכח כי המחיר היה מופרז בין היתר משום שהמכירות במחיר נמוך באירלנד היוו רק 1.6% מכלל המכירות והיו מחירי הדירה לשוק</p>	<p>ביה"ד האירופי לצדק - ערר על החלטת הנציבות</p>	<p>5. Case 17/76 <i>United Brands Company V Commission</i>, [1978] ECR 207</p>
<p>האם למחיר אין קשר סביר לערכו הכלכלי של המוצר.</p> <p><u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> אגרה גבוהה במיוחד (פי 6) ברכבים בהם ההגה בצד ימין לעומת רכבים בהם ההגה מצד שמאל.</p>	<p><u>מונופול יציר-מדינה</u> על מתן אישור על ידי יצרן רכב שהרכב עומד בסטנדרטים מסוימים</p> <p><u>עילה נוספת:</u> סירוב בלתי סביר לספק במטרה למנוע יבוא מקביל</p> <p><u>שורה תחתונה:</u> מחיר גבוה פי שש, עבור שירות כמעט זהה של אותה חברה (למעט צורך בבדיקה אדמיניסטרטיבית קצרה אחת נוספת) אינו הוגן</p>	<p>ביה"ד האירופי לצדק- ערר על החלטת הנציבות</p>	<p>6. Case 226/84 <i>British Leyland V Commission</i>, [1986] ECR 03263</p>
<p>תמלוגים גבוהים משמעותית (appreciably higher) מאלו שנגבים במדינות אחרות יכולים להיות בלתי הוגנים, אלא אם המונופול יוכל להצדיק את הבדלי המחירים בהתייחס לשוני אובייקטיבי ורלוונטי בין החברות לניהול זכויות יוצרים</p> <p><u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה:</u> אין עובדות ספציפיות אך נאמר ששיעור התמלוגים שנגבה בצרפת היה גבוה לעומת מדינות אחרות התמלוגים בדיסקוטקים היו גבוהים לעומת תחנות רדיו וטלוויזיה</p>	<p><u>זכויות יוצרים</u> על הפצת מוזיקה בצרפת</p> <p><u>עילה נוספת:</u> אפליה, קשירת מוצרים והגבלות על יכולת להתקשר עם איגודי זכויות יוצרים מחו"ל</p> <p><u>שורה תחתונה:</u> 7A לא ניתן לאמר שרכיב התמלוגים הנדרש עבור רפרודוקציה מכנית של היצירה, הנגבה גם עבור יצירות שיובאו ממדינות אחרות, הוא בלתי הוגן, רק בגלל שהוא אינו נגבה על אותן יצירות במדינות מהן הוא מיובא. יש לבחון את גובה התמלוגים בכללותם.</p> <p>7C, 7B: אין החלה ספציפית על</p>	<p>ביה"ד האירופי לצדק</p>	<p>7A. Case 402/85 <i>Basset v. SACEM</i>, [1987] ECR 1987-01747, בחינת רכיב אחד של התמלוגים</p> <p>7B. Case 110/99 <i>Lucazeau v. SACEM</i>, [1989] ECR 2811 בחינת כלל התמלוגים</p> <p>7C. C-395/87 <i>Ministère Public v Jean-Louis Tournier</i> [1989] ECR 2521 אותן עובדות כמו בקייס הקודם. הנאשם כאן היה</p>

	עובדות המקרה		מנכ"ל SACEM
<p>תאורטית, ניתן לקבוע אם המחיר מופרז באמצעות השוואה עם המחיר במחוזות אחרים בצרפת שם נקבע מחיר הזיכיון במו"מ עם השלטון המקומי</p> <p><u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: לא צוין</u></p>	<p>זיכיון בלעדי לשירותי קבורה שניתן על ידי השלטון המקומי במחוזות שונים בצרפת</p> <p>ממשלת צרפת טענה שהמחיר נקבע בהסכמי הזיכיון ולא על ידי הזכייין</p> <p><u>עילה נוספת: הסדרים להגבלת התחרות</u></p> <p><u>שורה תחתונה: לזכיון הייתה השפעה על המחיר שנקבע במו"מ בינו ובין השלטון המקומי ולכן העילה יכולה לחול באופן עקרוני. במקרה זה אין מספיק נתונים</u></p>	<p>ביה"ד האירופי לצדק</p>	<p>8. Case 30/87 <i>Bodson v. SA Pompes Funebres des Regions Liberees</i>, [1988] ECR 2479</p>
<p>האם מיסי הנמל שנגבו נעדרים קשר סביר לערך הכלכלי של השירות שניתן</p> <p><u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: לא צוין</u></p>	<p>נמל בבעלות חברת הרכבות הדנית שהייתה בבעלות הממשלה</p> <p>חברת מעבורות שהשתמשה בנמל טענה שמכסים והיטל של 40% על יבוא על ידי הנמל שנקבע מכוח תקנות היה לא חוקי</p> <p><u>עילה נוספת: אפליה</u></p> <p><u>שורה תחתונה: בית הדין השאיר את השאלה האם המחיר בלתי הוגן לבתי המשפט של דנמרק</u></p>	<p>ביה"ד האירופי לצדק</p>	<p>9. Case C-242/95 <i>GT-Link v. DSB</i> [1997] CMLR 601</p>
<p>מקום בו המידע היה חיוני ליצרני ספרי טלפונים (בין היתר בשל מונופולין יצר-מדינה בשוק שיצר את המידע), הגישה למידע הייתה צריכה להיות לא מפלה ולהתבסס על עלויות חברת הטלפוניה</p> <p><u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: ההפרש עלות/מחיר עמד על 900%</u></p>	<p>בלעדיות יצירת-מדינה במתן שירותי טלפוניה</p> <p><u>עילה נוספת: אפליה</u></p> <p><u>שורה תחתונה: הסכם פשרה במסגרתו המחיר ירד ב-90%</u></p>	<p>הנציבות האירופית - ערר על החלטת הנציבות</p>	<p>10. ITT Promedia/Belgacom in Commission, XXVIII Report on Competition Policy (1997)</p>
<p>קיימות אינדיקציות למופרזות המחיר לאור הפרש המחירים הגבוה עבור עסקאות זומות בצרפת ובקנדה. אינדיקציה נוספת היא שניתן היה למכור תוכנות מיובאות מקנדה במחיר הרבה יותר נמוך ממחיר התוכנות בצרפת, למרות עלויות היבוא</p> <p><u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: מחיר הרבה יותר נמוך בקנדה לעומת צרפת – אין נתונים בכמה</u></p>	<p>מיקרוסופט בעלת זכויות יוצרים בתוכנותיה</p> <p><u>עילה נוספת: הסכמים בלתי חוקיים למניעת יבוא מקביל</u></p> <p><u>שורה תחתונה: היה בסיס לבחינה מעמיקה על ידי הנציבות של טענת המחיר הבלתי הוגן. בית הדין לא נכנס לעובי הקורה</u></p>	<p>בית הדין האירופי ערכאה ראשונה [ערר על החלטת הנציבות לא חקירה]</p>	<p>11. Case T-198/98 <i>Micro Leader Business v Commission</i> [1999] ECLI:EU:T:1999:341</p>
<p>המחיר בלתי הוגן אם אין לו כל קשר סביר לערך הכלכלי של המוצר.</p>	<p>ספק בלעדי של מספרי זיהוי לניירות ערך אמריקניים</p>	<p>הנציבות האירופית</p>	<p>12. Case COMP/39.592 <i>Standard & Poor's</i></p>

<p>החלת המבחן הדן-שלבני: נדרש להוכיח מחיר מופרז וכן בלתי הוגן.</p> <p><u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה</u>: המחיר גבוה יחסית לעלויות - הנתונים המדויקים חסויים</p>	<p>S&P גבתה דמי רישיון גם ממשתמשים ישירים שרכשו מידע ממנה וגם ממשתמשים עקיפים שרכשו מידע ממשתמשים ישירים</p> <p><u>שורה תחתונה</u>: דרישת תשלום ממשתמשים עקיפים היא בלתי הוגנת, משום שלפי תקן עולמי בענף הפיננסים, משתמשים עקיפים פטורים מתשלום דמי רישוי</p>		(2011)
<p>המחיר בלתי הוגן כי הוא איננו תלוי בשירות שניתן בפועל (כמות האריזות שנאספה על ידי בעל המנופול) אלא בכמות האריזות שנושאות את סימן הנקודה הירוקה</p> <p><u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה</u>: המחיר כולל תשלום עבור שירות שלא ניתן בפועל</p>	<p>בעלת סימן מסחרי של "נקודה ירוקה", הייתה המפעילה בגרמניה של מערכת נרחבת לאיסוף ומיחזור של אריזות שנושאות את הסימן נקודה ירוקה (יצרן שלא משלם עבור הטבעה של נקודה ירוקה על האריזות שלו חייב לאסוף את האריזות בעצמו)</p> <p><u>עילה נוספת</u>: הדרת מתחרים בדרך של bundling</p> <p><u>שורה תחתונה</u>: DSD גבתה מחיר בלתי הוגן משום שהיצרנים שילמו לה עבור כל האריזות שנשארו נקודה ירוקה גם אם אלה נאספו בפועל על ידי מתחרים</p>	הנציבות האירופית	13. Case COMP D3/34493 DSD (2001)
<p>האם המחיר הוא בלתי הוגן יחסית לערך הכלכלי</p> <p><u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה</u>: הדואר הגרמני גבה מחיר רגיל עבור דברי דואר שנשלחו מחוץ לגרמניה למרות שהעלות הממוצעת לטיפול בהם היא 80% מהעלות של דבר דואר רגיל. המחיר לכן היה 25% מעל אומדן העלות הממוצעת. במדינות נורדיות גובים עבור דברי דואר שנשלחו מחו"ל 70% מהמחיר הרגיל. הרווח הממוצע בדואר הוא 3%</p>	<p><u>מונופול יציר-מדינה</u> בהעברת דברי דואר בגרמניה</p> <p><u>עילה נוספת</u>: אפליה, סירוב בלתי סביר לספק, הגבלת ייצור על ידי מתחרה בדרך שפוגעת בתחרות</p> <p>במקרה דגן חתם המונופול על הודעה לנציבות האירופית, לפיה עלויותיו בהעברת דואר ממדינה אחרת, בצרוף רווח סביר, לא עולות על 80% מגובה עלות העברת מכתב פנימי</p> <p><u>שורה תחתונה</u>: המחיר של דברי דואר שנשלחו מחוץ לגרמניה היה גבוה ב-25% מהעלות הממוצעת בתוספת רווח סביר (שחושבה בהתבסס על הודעת המונופול), ולכן בלתי הוגן</p>	הנציבות האירופית	14. Case COMP/C-1/36.915 Deutsche Post AG, [2001] OJ L331/40
<p>המתלונן נדרש לספק ראיות שיבססו את התביעה- לרבות עלויות הייצור כדי שניתן יהיה לבחון את הפרש עלות/מחיר</p>	<p><u>מונופסון יציר-מדינה</u> ששלט בכל רזרבות הפחם באנגליה, הוריד את המחיר שהוא שילם</p>	בית הדין האירופי- [ערר על	15. Joined Cases C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P AND C-

<p>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: הורדת המחיר מ-11 ל-5.5 ליש"ט פר טון. אין מידע לגבי עלויות הייצור.</p>	<p>עבור טון של פחם לאלו שכרו אותו תחת רשיונות ממנו</p> <p><u>עילה נוספת</u>: אפליה</p> <p><u>שורה תחתונה</u>: הנציבות לא טעתה כשדחתה את התביעה</p>	<p>החלטת הערכאה הראשונה לא להתערב בהחלטת הנציבות לא לפתוח [חקירה]</p>	<p>180/01 P International Power plc et al. [2003]</p> <p>ערר לבית הדין האירופאי על החלטת הערכאה הראשונה</p> <p>Case T-89/98 National Association of Licensed Opencast Operators (Naloo) v. Commission [2001] ECR II-515</p>
<p>האם למחיר אין קשר סביר לערכו הכלכלי של המוצר. כדי לבחון זאת יש להחיל מבחן דו שלבי:</p> <p>1. מבחן העלות- האם המחיר לצרכן מופרז ביחס לעלות הייצור? אם תשובה חיובית-</p> <p>2. מבחן השוואה- האם המחיר בלתי הוגן ביחס לעצמו או ביחס למוצרים מתחרים אחרים?</p> <p>קביעת הערך הכלכלי של המוצר/ השירות לא יכולה להסתמך רק על חישוב של שולי רווח כאחוזים מעלויות הייצור.</p> <p>קביעת הערך הכלכלי של המוצר/ השירות צריכה לקחת בחשבון גם את אי הוודאות שבחישוב עלויות ייצור; את החשש שהתבססות על חישוב עלויות עבר בקביעת המחיר הסופי לא תאפשר לחברה להשקיע בעתיד במימון השקעות לשימור או החלפת נכסיה הקיימים; את העובדה שחישוב עלויות ייצור בדרך כלל לא לוקח בחשבון את עלות ההון המשוקלל. בנוסף, יש להתחשב בעלויות השקועות של בעל המונופולין, ביתרונות שהנמל יוצר למשתמשים בו (מיקומו המיוחד) המקרינים גם הם על הערך הכלכלי, ובעלות השקעה אלטרנטיבית של בעל המונופולין.</p> <p>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: העמלות בנמל הלסינבורג היו פי 4 מאלה בנמל אלסינור בדנמרק, וגבוהות ביחס לעלויות</p>	<p><u>מונופול טבעי</u> באספקת שירותי נמל בנמל הלסינבורג בדרום מערב שוודיה</p> <p>הטענה הייתה שהנמל גבה עמלות מופרזות משירות מעבורות</p> <p><u>שורה תחתונה</u>: לא הוכח שעמלות הנמל היו בלתי הוגנות</p>	<p>הנציבות האירופית</p>	<p>16A. Case COMP/A.36.570/D3 <i>Sundbusserne v Port of Helsingborg</i>, [2004]</p> <p>16B. Case COMP/A.36.568/D3 <i>Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg</i>, [2006] 4 CMLR 22</p>
<p>האם למחיר אין קשר סביר לערכו הכלכלי של המוצר. יש לבחון את הוגנות המחיר גם למול הערך המוסף שמפיק הצרכן מהמוצר.</p> <p>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: שיעור התמלוגים תלוי בכמות המוזיקה המושמעת ובהכנסות, בעוד הארגון גבה מחיר קבוע ומוסכם מראש מתאגיד השידור הציבורי בשוודיה, ללא תלות בהכנסה או בהיקף השימוש ביצירות</p>	<p><u>מונופול על זכויות יוצרים</u> בשוודיה עבור השמעת יצירות מוזיקה בטלוויזיה</p> <p><u>עילה נוספת</u>: אפליה</p> <p><u>שורה תחתונה</u>: הפניה לבית המשפט המדינתי לבחינת העובדות</p>	<p>ביה"ד האירופי לצדק</p>	<p>17. Case C-52/07 <i>Kanal 5 Ltd. v. Föreningen STIM upa</i>, [2008] E.C.R. I-9275.</p>
<p>האם למחיר אין קשר סביר לערכו הכלכלי של המוצר. כדי לבחון זאת יש להחיל מבחן דו שלבי:</p>	<p><u>מונופול מטעם הממשלה</u> בהפעלת שדות תעופה באתונה</p>	<p>ביה"ד האירופי לצדק על ערר</p>	<p>18. Case C-159/08 P <i>Scippacercola and Terezakis</i></p>

<p>1. מבחן העלות- האם המחיר לצרכן מופרז ביחס לעלות היצור? אם תשובה חיובית- 2. מבחן ההשוואה- האם המחיר בלתי הוגן ביחס לעצמו או ביחס למוצרים מתחרים אחרים?</p> <p>על המערערים, שטענו למחיר בלתי הוגן, הנטל להוכיח שהמחיר שהנציבות השוותה אליו אינו מדד טוב להשוואה</p> <p><u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: המחירים שנדרשו לא היו בגבול העליון של מחירי שנגבו בשדות תעופה אחרים. אין נתונים ספציפיים</u></p>	<p><u>שורה תחתונה: הנציבות לא טענה כשדחתה את התביעה</u></p>	<p>החלטת הנציבות לפתוח [חקירה] לא</p>	<p>v. Commission [2009]</p>
<p>אין התייחסות מפורשת לעילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן. אולם ההחלטה מבוססת על ההנחה לפיה "מארב הפטנטים" של בעל הפטנט איפשר לו לגבות תמלוגים גבוהים</p> <p><u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: אין פירוט</u></p>	<p><u>פטנט על טכנולוגיה שנבחרה כסטנדרט</u></p> <p><u>עילה נוספת: "מארב פטנטים":</u> רמבוס הסתירה מגוף לקביעת סטנדרטים בו היתה חברה מידע על פטנט שלה שצפוי היה להיות מאושר. הטכנולוגיה שלה, מבוססת-הפטנט נבחרה כסטנדרט.</p> <p><u>שורה תחתונה: הנציבות הגיעה עם רמבוס להסכמה כי שיעור התמלוגים המקסימלי יעמוד על כ- 1.5% מערך המוצרים הנמכרים הכוללים את הטכנולוגיה (לפניכן עמד על 3.5%)</u></p>	<p>הנציבות האירופית</p>	<p>19. Rambus Case COMP/38.636 Commission Decision COMP/38.636 [2009] OJ 2010 C30/17</p>
<p>החלת המבחן דו-שלבי: מופרז וכן בלתי הוגן.</p> <p>אין מחיר מינימום לקביעת הוגנות המחיר, אבל כדי להוכיח שמדובר בניצול לרעה יש להראות הבדל מחירים ניכר (appreciably higher), שמתבטא בפער משמעותי לאורך זמן (ולא פער זמני). הוכח פער כאמור, הנטל להצדיק את הפער עובר לכתפי המונופול. על מנת להצדיק הבדל כזה, ניתן להצביע על רגולציה ספציפית שמכבידה על ניהול יעיל יותר או על תכונות אחרות הנוגעות לשוק הספציפי ויכולות להסביר את פער המחירים.</p> <p><u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: התעריפים שנגבו ע"י הארגון היו גבוהים בהשוואה למחירים שנגבו בגין שימוש דומה באסטוניה ובליטא.</u></p>	<p><u>ארגון זכויות יוצרים</u> במתן הרשאות להשמעה בציבור של יצירות מוזיקליות בלטיביה</p> <p><u>שורה תחתונה: הפניה לבית המשפט המדינתי לבחינת העובדות</u></p>	<p>ביה"ד האירופי לצדק</p>	<p>20. Case C-177/16 Biedrība 'Autortiesību un komunikācijai konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība' v. Konkurences padome, ECLI:EU:C:2017:689 ('AKKA/LAA').</p>
<p>המחיר אינו סביר יחסית לערך הכלכלי</p> <p>החלת המבחן הדו-שלבי: מופרז וכן בלתי הוגן</p> <p><u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: הפרש מחיר-עלות של 170%; המחיר גבוה ב-20%-40% מהמחיר בשוק הגרמני או ההולנדי; המחירים היו צמודים למחירי הדלק מה שגרם לניפוח המחיר לעומת זה בגרמניה או הולנד</u></p>	<p>מונופול באספקת גז למספר מדינות באיחוד</p> <p><u>עילה נוספת: הסכמים בלתי חוקיים לחלוקת שווקים ואפליה</u></p> <p><u>שורה תחתונה: חלוקת השווקים איפשרה גביית מחירים גבוהים.</u></p>	<p>הנציבות האירופית</p>	<p>21. CASE AT.39816 Upstream gas supplies in Central and Eastern Europe (GAZPROM) 2018</p>

	בנוסף, השיטה לקביעת המחיר לגז לא היתה מבוססת על ערכו הכלכלי של הגז. על כן, הפירמה גבתה מחירים בלתי הוגנים		
בריטניה			
הפניה למבחן האירופי של יונייטד ברנדס <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה</u> : רווח של 80% מעל העלות; פער של 50-30% בין מחירי החברה למחיר המתחרים; פער של 500% ממחיר התרופה לייצוא; פער של 1400% ממחיר התרופה לבתי חולים	בעלת מונופולין כמעט מוחלט <u>בשיווק תרופה</u> מסוימת לבתי מרקחת קהילתיים. <u>עילה נוספת</u> : אפליה <u>שורה תחתונה</u> : מחיר בלתי הוגן	בית המשפט לערעורים בענייני תחרות	1. Case No. 1001/1/01 <i>Napp Pharmaceutical Holdings Ltd. v. Director General of Fair Trading</i> , (Jan. 2002)
החלת המבחן הדו-שלבי של יונייטד ברנדס	ספק דומיננטי של אתילן <u>שורה תחתונה</u> : לא הוצגו ראיות לכך שהמחיר שנגבה היה מופרז	High Court (Chancery Division)	2. <i>Ineos Vinyls Ltd. v. Huntsman Petrochemicals (UK) Ltd</i> [2006] EWHC 1241
מבחן יונייטד ברנדס לפיו מחיר שעולה על הערך הכלכלי בצורה משמעותית יהיה בלתי הוגן. מבחן הקוסט פלוס הוא מבחן חשוב, אבל לא מספיק, לקביעת הוגנות המחיר כיוון שהוא אינו מהווה אינדיקציה לערכו הכלכלי של המוצר. אך הוא יכול לשמש בסיס, שמתחתיו שום מחיר לא יהיה בלתי הוגן, וכן אינדיקציה למחיר ההוגן מקום בו הניצול לרעה הופך את מחיר השוק לאינדיקציה חלשה הקביעה בדבר קיומו של מחיר מופרז אינה יכולה להיות מבוססת על עלות בלבד, ועליה לקחת בחשבון גם גורמים כגון הערך של המוצר לקונה המהווה חוליה בשרשרת ייצור ושיווק <u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה</u> : רווח של 300% מעל עלות יצירת הדאטאבייס	בעלת מונופולין באספקת מידע למהמרים לפני מרוצי סוסים בבריטניה <u>עילה נוספת</u> : אפליה, סירוב בלתי סביר <u>שורה תחתונה</u> : ביטול קביעת הערכאה הקודמת שקבעה שמדובר על מחיר בלתי הוגן בהתבסס רק על מבחן הקוסט-פלוס	בית המשפט לערעורים	3. <i>Attheraces Ltd v British Horseracing Board</i> [2007] EWCA Civ 38
מחיר שעולה על הערך הכלכלי בצורה משמעותית יהיה בלתי הוגן. אימוץ המבחן הדו-שלבי של יונייטד ברנדס: מופרזות וחוסר הוגנות. שאלת קיומו של יחס סביר בין מחיר המוצר לערכו הכלכלי אינה ניתנת למענה על ידי מדד קבוע, אלא זהו עניין של שיקול דעת שיפוטי בהתאם להקשר המשפטי והכלכלי. לא ניתן לקבוע מראש אמת מידה קבועה למופרזות המחיר (למשל פער של מעל X% במחיר), אלא יש לקבוע זאת לפי נסיבות כל מקרה. כאשר מעריכים את הקשר בין המחיר הנגבה לערך הכלכלי של השירות, ובכך את שאלת הגינותו של המחיר, יש לקחת בחשבון את התנאים התחרותיים וכל התנהלות נצלנית אחרת שיכולה לאפשר למונופול להגשים את שאיפותיו לתמחור גבוה. כן יש לקחת	בעל <u>מונופול יציר-ממשלה</u> <u>בתשתית</u> להובלה ולטיפול במים <u>עילה נוספת</u> : margin squeeze <u>שורה תחתונה</u> : במקרה דנן הערך הכלכלי של השירות היה זהה או קרוב לעלות הובלת המים. על כן נגבה מחיר מופרז.	טריבונל לערעורים בענייני תחרות	4. Case Number: 1046/2/4/04 <i>Albion Water Group Limited v. Water Services Regulatory Authority and DWR Cymru Cyfyngedig</i> [2008] CAT 31

<p>בחשבון פקטורים שאינן מבוססי עלות, דוגמת היתרון שהשירות יוצר לצרכן</p> <p><u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: המחיר היה לפחות 46.8% מעל עלות השירות (כולל עלות ההון)</u></p>			
<p>המבחן הבסיסי הוא האם המחיר בלתי הוגן. במונחים רחבים, הכוונה למחיר שלא ניתן לדרוש בתנאים של תחרות נורמלית ומספיק אפקטיבית.</p> <p>מחיר שעולה על הערך הכלכלי בצורה משמעותית יהיה בלתי הוגן.</p> <p>אימוץ המבחן הדו-שלבי של יונייטד ברנדס: מופרזות וחוסר הוגנות.</p> <p>אין מתודולוגיה מחייבת אחת לבחינת מופרזות המחיר. ניתן להתבסס על מבחן העלות בלבד, ואין צורך להראות מהו המחיר שהיה נגבה במצב של תחרות בשוק (שהוא מצב היפותטי). אם המחיר עולה על אמת המידה שנבחרה, על הרשות לבחון האם יש גורמים אובייקטיביים המצדיקים את המחיר הגבוה.</p> <p>את השלב השני של המבחן – הוגנות המחיר – ניתן להוכיח הן בדרך של חוסר הוגנות כשלעצמה או ביחס למוצרים מתחרים. אולם אם הנתבע מביא ראיות המעידות על הוגנות ביחס לאחד משני מבחני-עזר אלו, אין להתעלם מהן.</p> <p><u>גובה המחיר יחסית לאמת מידה: העלאת מחירים בשיעור של 2,300%-2,600%</u></p>	<p>מכירת תרופה חיונית נגד אפילפסיה</p> <p><u>שורה תחתונה:</u> החזרת התיק לבית המשפט דלמטה לבחינה ראייתית</p>	<p>בית המשפט האנגלי לערעורים</p>	<p>5. CMA v. Flynn [2020] EWCA Civ. 339</p>