

על קוטג' ומחירים מופרזים

ד"ר איריס סרוקר

ספטמבר 2020

תביעת הקוטג' המפורסמת נולדה סמוך לאחר המחאה החברתית המכוננת של קיץ 2011. התובע הייצוגי טען שתנובה הפקיעה מחירים. תנובה השיבה שהדין כלל לא מכיר בעילה של מחיר "גבוה", ובכל מקרה המחיר שלה היה הוגן, בעיקר משום שבעבר היה נתון לפיקוח מחירים, והיא סבלה הפסדים. התובע הציג נתונים לפיהם המחיר המרבי של הקוטג' לפי צו פיקוח משנת 2005 עמד על 4.91 ₪ לגביע של 9% שומן ועל 4.82 ₪ לגביע של 5% שומן; לאחר ההוצאה מהפיקוח, המחירים הלכו וגבהו עד לשיא של 7 ₪. עד שפרצה המחאה החברתית. אז התדרדר המחיר לשישה ש"ח ונותר שם במשך שנים.¹

בפסק-דין תקדימי, בית המשפט המחוזי-מרכז קיבל לראשונה תובענה ייצוגית כנגד מונופול בעילה של גביית מחיר מופרז. לא הייתה מחלוקת שתנובה החזיקה בעת הרלבנטית בנתח שוק משמעותי של 70% בשוק הקוטג'. עד המחאה החברתית, צרכנים המשיכו וצרכו קוטג' למרות המחיר המאמיר, אולי מתוך חוסר תשומת לב או אהבה לגבינה הפופולרית אשר כל כך מזוהה עם המטבח הביתי בישראל.²

התביעה התייחסה לתקופה שמראשית שנת 2008 ועד קיץ 2011 והתבססה על חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 האוסר על יצרן לגבות "מחיר בלתי הוגן" למוצר שבמונופול. בפסק דין אמיץ, כבוד השופטת אסתר שטמר יישמה את הוראת סעיף 29א לחוק התחרות הכלכלית, אשר כותרת השוליים שלו היא "ניצול מעמד לרעה":

- 29א. (א) בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור.
(ב) יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה:
(1) קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין.

¹ ת"צ (מרכז) אופיר נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 22.6.2020).
² שם.

השאלה הקשה מתמקמת בביטוי "מחירי מכירה בלתי הוגנים של הנכס שבמונופולין". בעוד שמחירי היצף, הנמוכים מעלות הייצור, הוכרו ללא עוררין כמחיר "בלתי הוגן", הרי שבקשר עם מחירים גבוהים, הוויכוח מונע מאידיאולוגיה כלכלית-חברתית. השונות היא מובהקת: מחירי היצף נחשבים לפעולה אסטרטגית שאין לצדה רציונל כלכלי פרט לדחיקת מתחרים; וכי מדוע שיצרן ימכור במחירי הפסד, אלא אם כוונתו להציף את השוק בסחורה זולה ובדרך כזו למנוע כניסת מתחרים? מחירים גבוהים, לעומת זאת, מספרים סיפור שונה. מחיר גבוה אינו דוחק מתחרים אלא להיפך: הוא עשוי להזמין כניסת יזמים אשר רואים לנגד עיניהם אפשרות להציע מחיר אטרקטיבי ובדרך זו למשוך לקוחות.

בית המשפט פסק כי ניצול מעמד לרעה של בעל מונופולין כולל גם את המחיר המופרז. בית המשפט נסמך על הדין באירופה ועל התפתחויות בפסיקה הישראלית, שהכירה עקרונית בעילה זו. השופט שטר, מודעת למחלוקת העקרונית ולקשיי היישום, ציינה כי אין להימנע מהפעלת העילה אך מטעמים אידיאולוגיים או משום הקושי ביישום המבחנים. עם זאת, בית המשפט הצדיק את הלכתו בטעמים אידיאולוגיים המבוססים על ניתוח כלכלי וחלוקתי (תוך אימוץ עמדתו של הממונה על התחרות, לשעבר, פרופ' דיויד גילה):

"גביית מחיר מופרז גורמת להקצאה בלתי יעילה שכן היא מונעת מצרכנים אשר התועלת שיפיקו מן המוצר גבוהה מן המחיר התחרותי אך נמוכה מהמחיר המופרז, מלרכוש את המוצר, ומאלצת אותם לפנות למוצרים שאינם תואמים את צרכיהם באותה המידה או להימנע כליל מרכישה. באופן זה, נמנעות מן המשק עסקאות המגדילות את התועלת המצרפית. בנוסף, כתוצאה מן העובדה שצרכנים משלמים מחיר גבוה מן המחיר התחרותי, נוצרת העברת עושר מידי ציבור הצרכנים לבעל המונופולין. גביית מחיר מופרז מלבה באופן חד ביותר את בעיית יוקר המחיה וטמונה בה פגיעה ישירה ומיידית בציבור הצרכנים".³

פרופ' גילה הביע עמדתו בעד התערבות בתמחור מופרז בגילוי דעת 1/14 (מיום 9.4.2014) שפרסם בעת כהונתו.⁴ בגילוי הדעת הוצע שיעור רווח של 20% כרף המצדיק התערבות ואשר מתחת אליו מוקנת "הגנת חוף מבטחים". אלא שקביעה זו בוטלה בגילוי דעת מתקן 1/17 מיום 28.2.2017, שהוציאה מחליפתו בתפקיד עו"ד מיכל הלפרין; גילוי הדעת החדש מכיר בעצם קיומה של העילה,

³ שם, בפס' 31 לפסק הדין.
⁴ גילוי דעת 1/14 "האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין" (9.4.2014).

אך מבהיר כי הבחינה תהא מדודה ומתונה.⁵ בפסק-הדין בעניין תנובה, בית המשפט המחוזי מרכז ביכר את עמדתו של פרופ' גילה וסלל את הדרך לאכיפת העילה במנגנון של תובענות ייצוגיות.⁶

במישור העובדתי, תנובה הוכרה כמונופול עוד בשנת 1988, עם נפח ייצור של 70% ממוצרי הקוטג' בישראל. הצרכנים רכשו את הגבינה למרות המחיר הגבוה, משום הביקוש הקשיח למוצר. בית המשפט סבר כי נתח השוק המשמעותי, לצד קשיחות הביקוש המוצר, מחייבים את המסקנה שתנובה ניצלה באופן לא הוגן את כוחה המונופוליסטי. בית המשפט ערך השוואה בין המחיר שתנובה גבתה בשנות התביעה לבין המחיר שגבתה מעת המחאה החברתית ובמהלך שבע שנים, ומצא כי אין הסבר מוצדק לפער שכן הוא אינו מבוסס על שונות בעלויות ייצור. בית המשפט הכיר בקשיי הוכחה, אך לא נרתע מלהפעיל שורה של מבחנים מסייעים: כימות הפער בין המחיר לצרכן לבין עלות ייצורו; ניתוח הרווחיות ממכירת המוצר ביחס לרווחיות המקובלת בתעשייה הרלבנטית; השוואת מחיר המוצר למחירו בשווקים אחרים, למחירו בתקופות אחרות, ולמחירי מוצרים מתחרים. זה לצד זה הוזכרו המבחן הדו-שלבי ומבחן הערך הכלכלי. המבחן הדו-שלבי פותח בהשוואה בין עלות הייצור למחיר, ובהמשך עוסק בשאלה אם הפער הוא "בלתי הוגן". מבחן הערך הכלכלי מתמקד בהשוואות: מחיר המוצר בשוק אחר; מחיר מוצר דומה באותו שוק; ומחיריהם של מוצרים אחרים אצל אותו יצרן.⁷

ביישום, בית המשפט מצא כי מחיר הקוטג' בתקופת התביעה היה מופרז יחסית למחיר שהיה נקבע בתנאי תחרות, לפי מבחן עלויות הייצור, לפי מבחן הרווחיות ולפי מבחן ההשוואה. לעניין עלויות הייצור, בית המשפט מצא – בהתבסס על ניתוח חוות הדעת הכלכליות שהונחו בפניו – כי הפערים עוברים את "הגנת נמל המבטחים" של 20%. שימו לב: בית המשפט נעזר באמת-מידה נוחה יחסית זו, אף שהוא מציין שאין פירוש הדבר שכל מחיר הגבוה ב-20% מהעלות הוא מופרז, או שכל מחיר הנמוך מכך הוא בהכרח סביר.⁸ לעניין הרווחיות, נמצא ששיעור הרווח התפעולי של תנובה מייצור קוטג' בשנים שלאחר 2008 האמיר בשיעורים ניכרים ועד כמעט פי שניים. בית המשפט אימץ מתודה של השוואת רווחיות לשש חברות זרות העוסקות בייצור מוצרי חלב: שיעור הרווח התפעולי הממוצע של החברות הזרות בעת הרלבנטית עמד על 12.1%. ההשוואה הראתה ש"בכל שנות

⁵ גילוי דעת 1/17 "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה" (28.2.2017).

⁶ ראו לעיל ה"ש 1.

⁷ ש.ס.

⁸ ש.ס.

הבדיקה שיעור הרווח התפעולי של תנובה גבוה בהרבה מממוצע הרווח התפעולי של החברות הזרות".⁹

במבחן ההשוואה, בית המשפט התרשם מהפער בין מחיר הקוטג' עד יוני 2011 ומשם ואילך. התברר שמעת המחאה החברתית, פחת מחיר הקוטג' ונותר ברמה נמוכה יחסית לאורך זמן. זאת למרות שעלות הייצור – לא השתנתה. מה שהשתנה הוא עמדת הצרכנים שהצביעו ברגליים: "תנובה הבהירה כי המחאה בקיץ 2011 הסבה לה נזקים כלכליים ותדמיתיים שהשפיעו על מחיר הקוטג'. מטעמים שונים של מוניטין, תדמית ציבורית, קשרי לקוחות, מותגיות, דעת קהל ועוד, החליטה תנובה להעמיד את מחיר הקוטג' על המחיר [החדש]..."¹⁰

בנוסף נמצא כי רווחי תנובה מהקוטג' עולים בהרבה על רווחיה מכלל מוצרי החלב. "התוצאה היא שבמבחן ההשוואה של הרווח מן הקוטג' לזה של שש החברות הזרות, הפער ברווח התפעולי גדול ומשמעותי ללא הסבר. מבחן ההשוואה בין מחיר הקוטג' בתקופת התביעה לזה שתנובה גבתה מיד לאחר מכן, ובמשך 7 שנים ברציפות מעלה כי המחיר שנגבה בתקופת התביעה גבוה באופן משמעותי, אף זאת ללא הסבר מספק. והשוואת רווחי תנובה מן הקוטג' לרווחיה מתשלובת החלב כולה – גם היא מביאה לתוצאה גבוהה באופן בולט, ללא הסבר מלא. מכאן שמחירו של הקוטג' מופרז גם לפי מבחן ההשוואה".¹¹

המסקנה של בית המשפט הייתה שהמחיר שתנובה גבתה בתקופת התביעה עבור הקוטג' אמנם היה מופרז ובלתי הוגן. אך מהו הנזק לצרכנים? בית המשפט נתקל כאן בקושי, משום שלא פשוט לשים את האצבע על המחיר ה"נכון" – אותו תנובה רשאת הייתה לגבות. בית המשפט בחר להשוות לרמת הרווח הגבוהה ביותר שנמצאה אצל החברות הזרות ואשר עמדה על 18.5%, והשווה את שיעור הרווחיות של תנובה בכל שנה לנתון זה. לפי השוואה זו, תנובה לא נהנתה מרווח עודף בחלק מהשנים; אך בשנים מסוימות נמצא רווח עודף, כך: בשנת 2009 – 1%, בשנת 2010 – 3.5%, ובמחצית שנת 2011 – 2.5%. התביעה, לכן, התקבלה בחלקה, ותנובה נדרשה להשיב לקבוצה את הרווח הבלתי הוגן כפי שנמדד.¹²

⁹ שם, בפס' 58 לפסק הדין.
¹⁰ שם, בפס' 63 לפסק הדין.
¹¹ שם, בפס' 72 לפסק הדין.
¹² שם.

פסק הדין החדשני בעניין **תנובה** לא חתם את המחלוקת, והשיח המשפטי מצוי בשיאו. שני הצדדים ערערו על פסק הדין (ע"א 4120/20 וע"א 5036/20). בד בבד, בבית המשפט העליון תלויה ועומדת בקשת רשות ערעור על החלטה לאשר תובענה ייצוגית כנגד מונופול אחר – החברה המרכזית למשקאות, בטענה לתמחור מופרז של משקה הקוקה-קולה.¹³ בהליך זה, היועץ המשפטי לממשלה התייצב והגיש חוות דעת התומכת בגרסה רזה של עילת התמחור המופרז:

"עמדת היועץ המשפטי לממשלה בתמצית, כפי שתפורט בהרחבה בהמשך, היא כי נכון להכיר בקיומה של עילת מחיר בלתי הוגן גבוה במסגרת דיני התחרות בדין הישראלי, אך לצד זאת ראוי להחיל אותה בזהירות ובריסון. זאת, רק כאשר קיימות אינדיקציות ברורות לכך שהמחיר הנגבה הוא גם גבוה וגם בלתי הוגן. זהירות וריסון אלה נדרשים לנוכח העלויות החברתיות והכלכליות שנובעות מהחשש לפגיעה בטווח הבינוני והארוך בתחרות במשק וברוחות הצרכן בגין יישומה של עילה זו, אשר אך מתעצמות בהינתן הסיכון הממשי לטעות בעת בחינתה של עילה זו."¹⁴

היועץ המשפטי לממשלה עומד על השיקולים המחייבים איפוק וריסון בהפעלת העילה: ראשית, יעילותה היא בטווח הקצר בלבד, ואילו בטווח הארוך היא עלולה לפגוע בתמריצי כניסה אל השוק כתוצאה מההתערבות במנגנון השוק החופשי ומקביעה מלאכותית בדיעבד של המחיר בשוק. "עצם האפשרות לגבות מחיר גבוה מהמחיר התחרותי הוא השמן המניע את גלגלי התחרות",¹⁵ אומר היועץ המשפטי. היועץ סבור כי כוחות השוק מסוגלים לפתור את בעיית התמחור המופרז, משום שמחיר גבוה מזמין כניסת מתחרים. היועץ המשפטי בדעה כי התועלת שבהתערבות עלולה לעלות על עלויות התמחור המופרז, ולגרור טעויות מדידה אשר תפגע בתחרות ובצרכנים בטווח הארוך.¹⁶

עמדתו המאופקת של היועץ המשפטי לממשלה מבטאת במבחן שהוא מציע ליישם: זהו מבחן דו-שלבי, שאינו מתמצה בעצם הקביעה שהמחיר הוא "גבוה", אלא בשלב שני הכרחי, שבו ייקבע כי המחיר הגבוה הוא גם "בלתי הוגן":

"הדרך לעמוד על העובדה שהמחיר שנגבה אינו רק גבוה אלא גם בלתי הוגן עוברת דרך בחינת אינדיקציות שונות ונסיבותיו הספציפיות של הענף המדובר – בחינת נסיבות העניין. בהתאם לנהוג בכל שיטות המשפט שבהן קיים איסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה, גם בישראל שימוש בעילה צריך להיעשות בזהירות המתבקשת ותוך מודעות להשלכות הכלכליות על התחרות הדינמית בענף הנבחן, כמו גם להשלכות כלל משקיות של שימוש כאמור. ככלל, ובמסגרת המבחן הדו-שלבי, יש לקבוע הן שמדובר במחיר גבוה באופן משמעותי והן שמדובר במחיר בלתי הוגן. לצורך השלב הראשון במבחן זה ולשם הזהירות

¹³ רע"א 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' רונן גפניאל (פורסם ביום, 8.6.2020).
¹⁴ שם, בפס' 5.
¹⁵ שם, בפס' 24.
¹⁶ שם.

האמורה נדרש כי יתקיימו מספר אינדיקציות רב ככל הניתן לכך שבעל המונופולין גובה באופן עקבי ומתמשך מחיר גבוה באופן משמעותי מהמחיר התחרותי. לצורך השלב השני במבחן זה נדרש לבחון, בין היתר, קיומם של פערי כוחות משמעותיים בין בעל המונופולין לצרכן; חסמי כניסה משמעותיים; ביקושים קשיחים והיעדר אלטרנטיבות סבירות לצרכנים, קיום טעמים טובים למחירים הגבוהים הנגבים על ידי החברה הדומיננטית כגון: חדשנות ובידול מוצרים, נטילת סיכונים וכיו"ב – כל זאת, באופן שיש בו כדי ללמד שהמחיר הגבוה שנגבה נובע מניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי...".¹⁷

פרופ' דיויד גילה ופרופ' אלון קלמנט ביקשו להצטרף להליך המשפטי כידידי בית המשפט, אך סורבו (החלטת כב' השי' נ' הנדל מיום 9.7.2020, רע"א 1248/19). בנייר עמדה מפורט שפרסמו ביולי 2020, גילה וקלמנט תוקפים את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, ומציעים בתמצית: "לגישתנו, פרשנותו של היועץ חוטאת לחוק ולמטרותיו. אם בית המשפט העליון יאמץ את עמדת היועץ, עילת המחיר המופרז תוכל להיאכף אך ורק במקרים נדירים ותהפוך במידה רבה לאות מתה. הדבר צפוי לגרום למונופולים הרבים הקיימים בישראל להעלות מחירים באופן משמעותי, באופן שעלול להחריף את בעיית יוקר המחיה בישראל ולפגוע במטרותיו של חוק התחרות".¹⁸

השיח המשפטי מצוי בשיאו והוא סוער. הדילמה היא עקרונית ומורכבת משאלות שבמהות לצד שאלות של יישום, ואלה כרוכות ושלובות. זו מחלוקת אשר פרצה זה מכבר את שערי האקדמיה והיא רובצת עתה לפתחו של בית המשפט העליון. לא פחות מהדילמה המשפטית, מעניינת היא הדינמיקה הרוחשת בשטח: הערכאות השיפוטיות מיישמות בפועל את עילת התמחור המופרז, שעה שרשות התחרות הכלכלית מסתייגת ונמנעת; היועץ המשפטי לממשלה מתייצב ותומך בעמדת הרשות דהיום; מומחי אקדמיה דופקים על דלתו של בית המשפט כדי להשמיע דברם; והתובעים הייצוגיים – הם דוחפים את גלגלי הדיון לעבר בתי המשפט באמצעות תובענות ייצוגיות עקביות, ומותירים, אולי, את רשות התחרות הכלכלית מאחור.

¹⁷ שם, בפס' 89.

¹⁸ דיויד גילה ואלון קלמנט "תובענות ייצוגיות בעילת מחיר מופרז: תגובה לעמדת היועץ המשפטי לממשלה ברע"א 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים נ' גפניאל" (יולי 2020), זמין ב: www.colman.ac.il/sites/default/files/media-icons/timhur_29.7.pdf