

בעניין:

יגאל דה-יונג ת.ז. 057405508

ע"י ב"כ ד"ר שחר ולר, עו"ד ו/או פרופ' עומר דקל,

נחלת יצחק 32 קומה 5, תל אביב

טל': 03-7746330; פקס: 03-7746333

המבקש

- נ ג ד -

1. תנובה מרכז שיתופי לשיווק ותוצרת חקלאית בישראל בע"מ

2. תעשיות מזון תנובה אגודה שיתופית חקלאית בישראל בע"מ

מצומת גלילות, סינמה סיטי

רמת השרון 7007, מיקוד 47100

המשיבות

בקשה לאשר הגשתה של תובענה ייצוגית

בית-המשפט הנכבד מתבקש להשתמש בסמכותו בהתאם להוראת סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות"), ולהורות כדלקמן:

א. לאשר את התובענה בתיק העיקרי, ת"א 08-20-____ כתובענה ייצוגית, על פי סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן - "חוק תובענות ייצוגיות").

נספח 1 כתב תביעה בתובענה ייצוגית

ב. להגדיר את הקבוצה בשמה מוגשת התובענה הייצוגית כדלקמן:

"כל אדם שרכש במהלך שבע השנים שקדמו להגשת בקשה זו שמנת חמוצה 15% שומן באריזה של 100 מ"ל – "המוצר" או "שמנת 100".

ג. לחייב את המשיבות ביחד ולחוד לפצות את חברי הקבוצה בגין הנזק שנגרם להם עקב מכירת המוצר במחיר העולה בהרבה על מחירו ההוגן.

ד. ליתן כל סעד אחר שבית-המשפט הנכבד ימצא לנכון.

ה. לחייב את המשיבות בתשלום פיצוי מיוחד אחר לפי שיקול דעתו של בית-המשפט הנכבד.

ו. להשית על המשיבות את הוצאות הבקשה ושכר טרחת עורכי דין בצירוף מס ערך מוסף כדן.

שתי המשיבות יכוננו בבקשה זו "המשיבה". נגד המשיבה ננקטו שורה של הליכים בטענה שהיא מנצלת את מעמדה המונופוליסטי לצורך גביית מחיר בלתי-הוגן. ההליכים הידועים למבקש מפורטים בפרק ב לבקשה זו.

כל ההדגשות בבקשה זו הוספו, אלא אם כן נאמר אחרת.

א. פתח דבר

1. עניינה של בקשה זו בניצול לרעה של מעמדה המונופוליסטי של המשיבה בשוק השמנת החמוצה המכילה 15% שומן. הניצול לרעה מתבטא בגביית מחיר מופרז עבור שמנת חמוצה 15% שומן הנמכרת במארז של 100 מ"ל ("שמנת 100").
2. שמנת 100 מתייחדת בכך שהיא זהה למוצר שמחירו מפוקח מכוח חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, תשנ"ו-1996. המוצר המפוקח הוא שמנת חמוצה 15% באריזה של 200 מ"ל ("שמנת 200").
3. במועד כתיבת שורות אלה המחיר המפוקח של שמנת 200 הוא 2.28 ש"ח. המחיר המפוקח משקף את עלויות הייצור בתוספת רווח סביר. מכאן שניתן למכור שמנת 100 במחיר של 1.14 ש"ח ולהפיק מכך רווח סביר (עלות האריזה היא זניחה). והנה, המחיר שבו נמכרה שמנת 100 למבקש עובר להגשתה של בקשה זו היה 1.90 ש"ח. מחיר זה גבוה ב-66.66% מהמחיר המפוקח(!).
4. נתוני המחיר שבהם נמכרה שמנת 100 בכל השנים שקדמו להגשת הבקשה דנא מגלים שהיא נמכרת במשך שנים במחיר העולה בעשרות אחוזים על זה שבו נמכרה שמנת 200.¹ מדובר בפערי מחיר לא סבירים. הם תולדת העובדה שהמשיבה שולטת בשוק השמנת החמוצה בכלל, ושליטה כמעט מוחלטת בשוק השמנת החמוצה הנמכרת באריזות קטנות (נתח השוק של המשיבה בשוק שמנת 200 הוא למעלה מ-80% בכל התקופה הרלוונטית, ובשוק השמנת הנמכרת באריזות קטנות (100-125 מ"ל) נתח השוק של המשיבה עולה על 90%).
5. השוואה בין המחיר של שמנת 100 לבין המחיר של מוצרים דומים של המתחרים (הזעירים) מלמדת אף היא כי שמנת 100 נמכרת במחיר גבוה בעשרות אחוזים מהמחיר שבו מוכרים המתחרים את מוצריהם. גם הערכת הרווחיות של המשיבה מלמדת ששיעור הרווח שלה ממכירת שמנת 100 גבוה פי ארבעה משיעור הרווח המקובל של יצרניות מזון.
6. מכאן בקשה זו.
7. הבקשה דנא נועדה לפצות את לקוחות המשיבה שרכשו ממנה שמנת 100 במחיר מופרז ובלתי-הוגן, שהוא תולדת ניצול לרעה שמנצלת המשיבה את מעמדה כבעלת מונופולין בשוק השמנת החמוצה. בשוק השמנת החמוצה המשיבה היא מה שמכונה Price Maker, כלומר: שחקן כלכלי שבכוחו לקבוע את המחיר. לפי חוות דעת כלכלית המצורפת לבקשה זו, המשיבה זכתה במהלך התקופה הרלוונטית לרווח בלתי-הוגן בסך של למעלה משישים מיליון ש"ח.
8. בחלק השני של בקשה זו נפרט את ההליכים המשפטיים הידועים למבקש אשר ננקטו נגד המשיבה בגין גביית מחיר מופרז תוך ניצול לרעה של מעמדה המונופוליסטי. בחלק הרביעי נצביע על כך שהעילה של ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי לצורך גביית מחיר בלתי-הוגן הוכרה והתבססה בשורה של פסקי-דין שניתנו על ידי בתי המשפט המחוזיים (למען הסדר הטוב יצוין כי במועד הגשתה של בקשה זו תלויה ועומדת בפני בית המשפט העליון בקשת רשות ערעור שבה צפוי בית המשפט העליון לפסוק הלכה בקשר לעילה

1.

¹ אכן, המשיבה מוכרת את מוצריה לקמעונאיים במחיר נמוך מזה שבו הם מוצעים לצרכן ומכאן עשויה לקום טענה שפערי המחירים לצרכן אינם מוכיחים שהמשיבה מפיקה רווח מופרז ובלתי-הוגן ממכירת שמנת 100. אולם בהעדר נתונים פומביים בדבר מחיר המכירה לקמעונאיים, האינדיקציה הטובה ביותר למופרזות המחיר היא המחיר לצרכן.

(רע"א 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים נ' רונן גפניאל). בחלק החמישי של הבקשה נראה כי בנסיבות הספציפיות של שמנת 100 קיימות אינדיקציות חזקות לכך שהמשיבה מנצלת את מעמדה המונופוליסטי לצורך גביית מחיר לא הוגן עבור מוצר זה. בחלק השישי נצביע על כך שכל התנאים לאישורה של הגשת תובענה ייצוגית מתקיימים במקרה זה.

ב. הליכים משפטיים נגד המשיבה בגין ניצול לרעה של היותה מונופולין

על דרך של גביית מחיר מופרז

9. נגד המשיבה ננקטו שורה של הליכים שבהם נטען שהיא מנצלת את מעמדה כבעל מונופולין על דרך של גביית מחיר מופרז. בשני הליכים כבר אושרה הגשת תובענה ייצוגית נגד המשיבה בעילה כאמור.
10. הליך אחד, בקשר לגבינת קוטג', הסתיים בפסק דין המקבל את התובענה (ת"צ (מרכז) 46010-07-11 נאור נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (22.6.2020) (כבוד השופט שטמר). על פסק הדין הוגש ערעור ובית המשפט העליון החליט לעכב את ביצועו בכפוף להפקדת פקדון בסך של 8 מיליון ש"ח על ידי המשיבה (ע"א 5036/20; החלטה מיום 9.8.2020).
11. בהליך נוסף אישר בית המשפט (כב' השופט אלמגור) הגשת תובענה ייצוגית נגד המשיבה בגין גביית מחיר מופרז עבור מוצרי גבינה צהובה (ת"צ (מחוזי, ת"א) 18298-11-14 המועצה הישראלית לצרכנות נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (16.6.2019); על החלטה זו הוגשה בקשת רשות ערעור (רע"א 6104/19), והדין בה עוכב עד להכרעה ברע"א 1248/1 הנ"ל (החלטת כבוד השופטת ענת ברון מיום 12.12.2019)).
12. נוסף על שני ההליכים האמורים תלויות ועומדות נגד המשיבה הבקשות הבאות, שבכולן נטען שהמשיבה מנצלת לרעה את מעמדה כמונופולין לצורך גביית מחיר מופרז בגין מוצרים שונים:
- א. ת"צ (מחוזי, י-ם) 57534-02-14 זליכה נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (בקשר לגבינה לבנה 5% וכן שמנת מתוקה 38% (בפני כבוד השופטת תמר בזק-רפפורט));
- ב. ת"צ (מחוזי, י-ם) 43206-10-14 זליכה נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (בקשר לשמנת מתוקה 32% (בפני כבוד השופטת תמר בזק-רפפורט));
- ג. ת"צ (מרכז) 14901-01-19 אורטל נורי נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ ואח' (בקשר לשמנת חמוצה 9%-ו-27% (בפני כבוד השופט אבי פורג));
- ד. ת"צ (מרכז) 54291-04-19 אורטל נורי נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ ואח' (בקשר לשמנת מתוקה 15% או 10% (בפני כבוד השופטת איריס רבינוביץ ברון));
- ה. ת"צ (ת"א) 52291-01-20 אורטל נורי נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (בקשר למוצרי גבינה צהובה (בפני כבוד השופט דורון חסדאי)).
13. כמו כן הוגשו נגד המשיבה כמה בקשות שהסתיימו בהסדר הסתלקות כמשמעותו בסעיף 16 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006. בהליכים אלה נטען לעתים לעילה בדבר ניצול לרעה על דרך של גביית מחיר מופרז ואף לעילות נוספות:

א. ת"צ (מחוזי, חיפה) 12230-10-14 **אדי גרבר נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** (24.8.2015) (בקשר לחלב עמיד בקרטון 1%-ו-3%; הועלו גם טענות נוספות לגבי הסדר כובל ו"מחיר דומה").

ב. ת"צ (מרכז) 32392-04-15 **גרינוולנד נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ** (26.6.2018) (בקשר לכמה מוצרי חלב).

ג. ת"צ (מרכז) 12275-09-08 **לנואל נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ** (26.1.2009) (בקשר לחלב עמיד בקרטון 1%).

14. נגד המשיבה הוגשו עשרות בקשות לאישור תובענה ייצוגית במהלך השנים האחרונות. בשים לב לכך קיימת אפשרות שלא עלה בידי המבקש לאתר את כל ההליכים שהתקיימו ומתקיימים נגד המשיבה בעילת מחיר מופרז.

15. על כל פנים, ולמיטב ידיעת ובדיקת המבקש, **לא** הוגשה נגד המשיבה בקשה לאישור שעניינה גביית מחיר מופרז בגין שמנת 100.

ג. הצדדים

16. המבקש הוא תושב רמות השבים אשר רכש שמנת חמוצה באריזה של 100 מ"ל.

נספח 2 קבלה לדוגמה בגין רכישת שמנת חמוצה באריזה של 100 מ"ל

17. המשיבה הוקמה בשנת 1926. אז החליטו המשקים החקלאיים העבריים בארץ ישראל (מושבים וקיבוצים) "לרכז ולאגד את הטיפול בכל שלבי העיבוד, הייצור והשיווק של תוצרת חקלאית טרייה" (מתוך אתר האינטרנט של המשיבה). כפי שהמשיבה מעידה על עצמה, בתחילה היא שיווקה חלב טרי לשתיה בלבד ומאוחר יותר החלה לייצר מוצרי חלב. בראשית שנות השלושים של המאה הקודמת היא כבר החלה לשווק תוצרת טרייה נוספת – ביצים, עופות, ירקות ופירות.

18. המשיבה הוכרזה כמונופול בתחום מוצרי החלב כבר בשנת 1988.

19. בכל הקשור לשמנת חמוצה המכילה 15% שומן באריזה של 100-125 מ"ל נתח השוק של המשיבה הוא למעלה מ-90% בכל התקופה הרלוונטית לבקשה זו. ביחס לשמנת 200 נתח השוק של המשיבה בכל התקופה הרלוונטית הוא למעלה מ-80%.

20. נפנה עתה להצגה של עילת התביעה שעניינה ניצול לרעה של בעל מונופולין את מעמדו על דרך של גביית מחיר מופרז.

ד. ניצול לרעה של בעל מונופולין המתבטא בגביית מחיר מופרז

21. סעיף 29א לחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988 אוסר על בעל מונופולין לנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. הסעיף מונה כמה מקרים שבהם יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו. אחד המקרים הללו הינו קביעת מחיר בלתי-הוגן של מוצר. וכך קובע החלק הרלוונטי לענייננו של סעיף 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;
.....

22. אין חולק כי סעיף 29א חל על מצב דברים שבו בעל מונופולין קובע מחיר נמוך למוצר על-מנת להדיר מהשוק מתחרים (מה שמכונה קביעת מחיר "טורפני"). אולם המשיבה (ואחרים) טענו שהסעיף אינו חל על ניצול מעמד לרעה על דרך של קביעת מחיר גבוה.

23. בתי-המשפט המחוזיים דחו את טענתה של המשיבה וקבעו כי סעיף 29א חל גם על קביעת מחיר המקנה ליצרן שיעור רווח בלתי-סביר.

24. עד כה טרם נקבעה הלכה מחייבת על ידי בית המשפט העליון בקשר לעילה כאמור. כפי שכבר צוין, במועד כתיבת שורות אלה תלויה ועומדת בפני בית המשפט העליון בקשת רשות ערעור שבה צפויה להיפסק הלכה מחייבת בסוגיה (רע"א 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים נ' רונן גפניאל). בעניין גפניאל הוגשה עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה ובית המשפט קבע שהצדדים להליך יגיבו לעמדת היועץ עד יום 9.8.2020 (החלטה מיום 2.7.2020).

25. הגם שטרם נפסקה הלכה מחייבת בית המשפט העליון לא שלל את האפשרות שניצול לרעה אפשרי גם מקום שבו מונופול גובה מחיר גבוה מהמחיר הסביר. נפנה עתה לסקירה של כמה פסקי דין שבהם התייחס בית המשפט העליון לעילה האמורה.

26. ברע"א 2616/03 ישראל רייס נ' רייס, פ"ד נט(5) 701 (2005) עלתה השאלה האם האיסור הקבוע בסעיף 29א(ב)(1) הינו גם על קביעת מחירים מונופוליסטיים גבוהים. בית המשפט לא הכריע בשאלה תוך ציון העובדה שהוא מניח (לצורך הדיון בלבד) שאמנם סעיף 29א אוסר גם על קביעת מחירים מונופוליסטיים גבוהים שאינם הוגנים:

"לצורך המשך דיוננו אצא מן ההנחה (שלערכאה הראשונה הייתה כנראה מובנת מאליה), ולפיה סעיף 29א אכן אוסר גם על מחירים מונופוליסטיים גבוהים שאינם הוגנים" (עמ' 712 (ג-ד)); (ההדגשות במקור).

27. ברע"א 1361/18 אסם השקעות נ' עון סורוקר, פסקה 8 (26.6.2018) ציין בית המשפט (כבוד השופטת ברוך) שהשאלה טרם הוכרעה אולם גם הפעם ביסס את החלטתו על ההנחה שזהו הפירוש שיש ליתן לסעיף 29א:

"יצוין כי בית משפט זה טרם הכריע בשאלה אם גם מחיר גבוה יכול שיהא מחיר בלתי הוגן; ואולם לצורך הדיון בבקשה, ומבלי לקבוע מסמרות, אצא מנקודת הנחה כי זוהי אכן הפרשנות שיש לייחס לסעיף..."

28. בבג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (27.3.2016) התייחס בית המשפט (כבוד השופט רובינשטיין) לאפשרות של הגשת תביעה בגין ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי בדרך של גביית מחיר מופרז כך:

...סעיף 29א(ב)(1) לחוק קובע, כי חל איסור על בעל מונופולין לנצל את מעמדו לרעה, לרבות "קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין". לפי חלק מהעמדות, סעיף 29א(ב)(1) כולל גם איסור על קביעת מחיר גבוה ממחיר השוק על-ידי בעל מונופולין ... לא נכריע בשלב זה בדבר פרשנותו הראויה של סעיף 29א(ב)(1) לחוק בהקשר בו עסקינן, אולם חזקה על רשות ההגבלים העסקיים, נוכח חשיבות העניין והמשמעות שתהא בכך לציבור בכללותו, כי אם תגיע למסקנה כי עולה חשש שמא בעלי המונופולין ניצלו לרעה את מעמדם המונופוליסטי באופן האמור, תבחן שימוש בסמכויות המוקנות לה בחוק... (פסקה פ"ב)

29. ברע"א 8224/15 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל נ' זליכה (29.3.2016) טענה המשיבה, בין היתר, כי אין לחייב אותה בגילוי מסמכים על שום שלא הוכרה בדין עילה בגין גביית מחיר מונופוליסטי מופרז. בית המשפט העליון (כבוד השופטת חיות) דחה את הטענה במילים הבאות:

"תנובה טוענת עוד כי משלא הוכרעה באופן סופי בפסיקה המחלוקת באשר לעילת תביעה המבוססת על גביית מחיר מונופוליסטי מופרז, אין מקום למתן צווי גילוי בהליכים לאישור תובענה ייצוגית המבוססת על עילה זו. עמדתה של תנובה בעניין זה מעוררת קושי רב שכן משמעותה המעשית (עליה עמד גם בית המשפט קמא) היא כי בהיעדר הכרעה סופית במחלוקת לעניין קיומה של עילת תביעה בגין גביית מחיר מונופוליסטי מופרז, דינן של בקשות האישור בעילה זו להידחות על הסף. תוצאה כזו היא מרחיקת לכת משום שהעילה לא נשללה בפסיקה, כאמור... והיא אף אינה רצויה בהינתן עמדתו של הממונה על ההגבלים העסקיים בנושא" (פסקה 15 להחלטה).

30. אם כן, בית המשפט העליון לא שלל את העילה שעליה מבוססת הבקשה דנא, ודומה שהוא אף הביע תמיכה בדבר קיומה (ולו במשתמע).

31. בשנת 2016 ניתנה החלטה מפורטת ומקיפה (כבוד השופטת שטמר) שבה אושרה הגשתה של תובענה ייצוגית נגד המשיבה בגין גביית מחיר מופרז עבור קוטג' מחודש מרץ 2008 עד חודש יוני 2011 (ת"צ (מרכז) 46010-07-11 אופיר נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק ותוצרת חקלאית בישראל (5.4.2016)). ביום 17.6.2020 ניתן פסק דין המקבל את התביעה.

32. בהמשך להחלטה האמורה ניתנו בידי בית המשפט המחוזי שורה של פסקי דין הקובעים שגביית מחיר לא הוגן עשויה, בנסיבות מתאימות, להיחשב כניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי: ת"צ 18298-11-14 המועצה הישראלית לצרכנות נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל (16.6.2019); ת"צ (מחוזי מרכז) 6179-08-16 רונן גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים (16.1.2019); ת"צ (מחוזי מרכז) 36098-05-16 אלון צדוק נ' שטראוס גרופ (16.1.2019); רע"א 1361/18 אסם השקעות נ' סורוקר, פסקה 8 (26.6.2018); ת"צ (מחוזי מרכז) 41838-09-14 משה ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח, פסקאות 9-12 (29.1.2017) (בגדר פסק דין המאשר הסכם פשרה).

33. לצד פסיקות אלה יש להזכיר את העובדות הבאות:

א. רשות התחרות פרסמה שני גילויי דעת המכירים בקיומה של עילת תביעה מקום שבו בעל מונופולין מנצל לרעה את מעמדו בגביית מחיר גבוה שהוא בלתי-הוגן (גילוי דעת 1/14 וגילוי דעת 1/17). שני ההבדלים העיקריים בין גילויי הדעת הם אלו: ראשית, בגילוי הדעת המאוחר בוטלה הגנת 'נמל מבטחים' שנקבעה בגילוי הדעת המוקדם; שנית, בגילוי הדעת המאוחר צוין שאכיפת האיסור על תמחור מופרז תיעשה בזהירות ובמתנות. בתוך כך, הרשות הבהירה, כי גילוי הדעת (המאוחר) אינו גורע או משנה מהכללים שנקבעו בחוק ובפסיקה.

ב. ברע"א 1248/19 הנ"ל (פסקה 24 לעיל) הוגשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה שלפיה קמה לצרכן עילת תביעה מקום שבו בעל מונופולין מנצל את מעמדו לרעה על דרך של גביית מחיר גבוה מהמחיר ההוגן.

34. אם כן, נכון למועד כתיבת שורות אלה קיימת במשפט הישראלי עילת תביעה מקום שבו בעל מונופולין מנצל לרעה את מעמדו בשוק על-מנת לגבות מחיר מופרז. המבקש שומר על זכותו לתקן את הבקשה ככל שיחול שינוי בדין בעקבות מתן פסק דין ברע"א 1248/19 הנ"ל (פסקה 24 לעיל).

35. לפי סעיף 50(א) לחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988 "דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות חוק זה, כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]". יסודות העוולה הן קיומו של מונופול וניצול לרעה של הכוח המונופוליסטי לשם גביית מחיר מופרז. הנזק לחברי הקבוצה הינו ההפרש בין המחיר ההוגן לבין המחיר המופרז שנגבה מהם בפועל.

36. נפנה עתה להראות שבמקרה דנא קמה לקבוצה עילת תביעה מוצקה בגין גביית מחיר לא הוגן.

ה. במקרה דנא קמה לקבוצה עילת תביעה בגין גביית מחיר לא הוגן על ידי

המשיבה

37. כפי שנראה בשורות הבאות, לא יכול להיות חולק שהמשיבה היא מונופול בשוק מוצרי החלב בכלל ובשוק השמנת החמוצה בפרט. ויתר על כן יקשה לחלוק על הכך שהמשיבה מנצלת את כוח השוק המונופוליסטי שלה לשם גביית מחיר מופרז שאינו הוגן.

ה(1) המשיבה היא מונופול בתחום מוצרי החלב בכלל ובתחום השמנת בפרט, ונתח השוק שלה

הוא גבוה במידה כזו שאין ספק בהשפעתה על רמת המחיר ובהיותה Price Maker

38. המשיבה היא מונופול מוכרז בתחום מוצרי החלב מיום 25.12.1988.

נספח 3 הכרזה על המשיבה כמונופולין בתחום מוצרי החלב

39. השוק הרלוונטי לענייננו הוא תת-שוק של מוצרי החלב, היינו – שוק השמנת החמוצה המכילה 15% שומן באריזה של 100 גרם. נתח השוק של המשיבה בשוק השמנת החמוצה (15%) הוא 80% ויותר בשנים הרלוונטיות. נתח השוק של המשיבה בשוק השמנת החמוצה 15% באריזות של 100-125 מ"ל הוא למעלה מ-90%. נתח השוק של המשיבה בשוק שמנת 100 הוא 100% מהשוק, שכן היא היחידה המוכרת שמנת חמוצה 15% באריזות של 100 מ"ל.

40. גם אם נניח אפוא (לצורך הדיון ולטובת המשיבה) שהשוק הרלוונטי כולל אריזות של 125% מ"ל אז נתח השוק של המשיבה הוא למעלה מ-90% בכל התקופה הרלוונטית. זאת ועוד, למשיבה יש רק שתי מתחרות

המוכרות שמנת חמוצה 15% באריזות קטנות וכל אחת מהן מחזיקה בנתח זעיר מהשוק (3%-4% בשנת 2019).

41. על כוח השוק של המשיבה ניתן ללמוד מרגישות נתח השוק לשינויים במחירים. הבדיקה מלמדת ששינוי המחיר של שמנת 100 לא גרר שינוי בנתח השוק של המשיבה. במילים אחרות, נתח השוק המשמעותי המוחזק בידי המשיבה מאפשר לה להעלות את המחיר מבלי לחשוש להפחתה של כמות המכירות.
42. מקרה זה הוא אפוא מקרה מובהק שבו המשיבה היא מה שמכונה Price Maker, היינו: היא הגורם המשפיע על רמת המחירים בשוק (פסק דין צדוק לעיל, פסקה 36).²
43. נפנה עתה להראות שניתוח כלכלי פשוט מוביל למסקנה שהמחיר שבו המשיבה מוכרת שמנת 100 הוא מופרז ובלתי-הוגן לפי כל קנה מידה.

ה(2) ניתוח כלכלי מלמד שקיים פער העולה על חמישים אחוזים בין המחיר של שמנת 100 לבין מחירו התחרותי

44. בהתאם לתפיסה המקובלת נהוגים שלושה מבחני עזר לצורך זיהוי מחיר כמופרז:
- א. **מבחן עלויות הייצור**. מבחן זה בודק את הפער באחוזים בין מחיר המוצר לבין עלויות הייצור. המבחן מחייב לערוך חישוב של עלויות הייצור. יישומו המדויק מותנה בקבלת נתונים ומידע שהיצרן מחזיק בהם ואשר אינם מהווים נתונים פומביים. בשלב הבא יש לבדוק אם הפער בין עלויות הייצור לבין מחיר המוצר לצרכן מהווה רווח הוגן ליצרן. הקביעה תלויה גם בנסיבות השוק הספציפי.
- ב. **מבחן השוואה**. במבחן זה משווים בין המחיר של המוצר לבין המחיר של מוצרים מתחרים הנגבים מלקוחות שונים, או במועדים שונים מהתקופה הנבחנת או באזור גיאוגרפי שונה.
- ג. **מבחן ניתוח הרווחיות**. מבחן זה מתחקה אחר הרווח שבעל המונופולין מפיק ממכירת המוצר ומשווה אותה לרווחיות המקובלת בענף הרלוונטי. הרווחיות המקובלת מהווה מדד ייחוס, ואם הרווחיות של בעל המונופולין גבוהה ממנה בהרבה מלמד הדבר על תמחור מופרז.
- (ת"צ (מרכז) 36098-05-16 אלון צדוק נ' שטראוס גרופ, פסקה 39 (16.1.2019) (כבוד השופט גרוסקופף).

45. בעניין **ישראלכרט** הנ"ל ציין בית המשפט העליון כי "במבחנים הנהוגים בפסיקה האירופאית יש מבחן הבודק את ההפרש בין עלויות הייצור של המוכר למחיר המכירה. אם ההפרש (המהווה את הרווח של המונופולין) הוא מוגזם – המחיר הוא בלתי הוגן... מבחן נוסף הוא מבחן השוואה בין מחירים שגובה

1.

² בפסק דין צדוק (פסקה 36) קבע בית המשפט כי **במקרי גבול** יש לקבוע מבחן המבוסס על "מקבילית כוחות" כך "שכל שכוח השוק משמעותי יותר, תהיה מוצדקת התערבות שיפוטית גם כאשר הסטייה מהתמחור התחרותי תהיה מתונה יחסית (אך עדיין עליה להיות משמעותית), ולעומת זאת, כאשר כוח השוק אינו רב, תידרש הוכחה של חריגה משמעותית מאוד מהתמחור התחרותי על מנת להצדיק התערבות שיפוטית באמצעות העילה של תמחור מופרז" בענייננו נתח השוק גבוה מאוד, וגם הסטייה מהתמחור התחרותי היא גבוהה מאוד, וממילא לא מדובר במקרה גבולי.

חברה אחרת עבור מוצר זהה או דומה בשוק" (פסקה 17 לפסק דינה של כבוד השופטת נאור). בהמשך, בעניין **תנובה נ' זליכה הנ"ל** הכיר בית המשפט העליון במבחן עלויות הייצור (פסקה 12 להחלטה).

46. בפסק דין **צדוק** ציין בית המשפט ש"כל אחד מהמבחנים הללו הוא אינדיקציה רלוונטית לקיומו של מחיר בלתי הוגן. אם כך, הרי שיש לאפשר שימוש מצטבר במכלול המבחנים הללו, תוך שהחלטה בעניין זה יכולה להישען על אחד או יותר מהם. כך בוודאי בשלב בקשת האישור" (פסקה 42 לפסק הדין; לסקירה של הפסיקה ביחס למבחנים הללו ראו שם בפסקה 40). בגילויי הדעת של הממונה על רשות התחרות נקבע כי יש לבחון את המסקנה העולה מכל אחד מהמבחנים ולגבש לפיה עמדה האם אמנם מדובר במחיר מופרז.
47. נפנה עתה ליישום מבחנים אלה בקשר למחירה של שמנת 100.

(א) מבחן עלויות הייצור: באמצעות השוואה למחיר המפוקח ניתן לקבוע שמחירה של שמנת 100 גבוה בעשרות אחוזים מהמחיר ההוגן

48. כידוע, לצורך יישומו של מבחן עלויות הייצור נדרש לדעת מה הן עלויות הייצור. דא עקא ששיעורן **המדויק** של אלה הוא מידע פרטי הידוע למשיבה בלבד. ובכל זאת, במקרה זה ניתן לקבוע **בעקיפין** שמבחן עלויות הייצור מוליך למסקנה שהמחיר שבו המשיבה מוכרת שמנת 100 הוא מופרז. זאת, באמצעות השוואה בין **המחיר המפוקח** של המוצר לבין המחיר שבו נמכר בדיוק אותו מוצר באריזות של 100 מ"ל (מחיר הפיקוח מתייחס למכירה באריזות של 200 מ"ל). ההשוואה מובילה למסקנה חד-משמעית שהמחיר של שמנת 100 הוא מופרז, ושיעור הסטייה שלו מהמחיר הסביר נאמדת בעשרות אחוזים.

49. שמנת חמוצה 15% הנמכרת באריזה של 200 מ"ל היא מוצר מפוקח כמשמעותו בחוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, תשנ"ו-1996. **המחיר המפוקח הוא מחיר רווחי לפי הגדרה**. זאת, משום שהמחיר המפוקח נקבע כדלקמן:

א. עד ראשית שנת 2017 נקבע המחיר המפוקח בהתאם לדו"ח משנת 1996 המכונה **"דו"ח סוארי"**. לפי דו"ח סוארי המחיר המפוקח מעניק ליצרנים **שיעור רווח סביר** (ראו אופן קביעת הרווח בסעיף 3.3 לדו"ח וסעיף 4.3 שנועד לפצות את היצרן במקרה קיצוני של הפסד בשנה מסוימת). ברי שלפי שיטה זו לא ייתכן שהמחיר המפוקח יהיה מחיר הפסד.

ב. בראשית שנת 2017 אימצה ועדת המחירים הפועלת מכוחו של חוק הפיקוח אמת מידה מעודכנת **שגם היא נועדה להבטיח רווחיות סבירה ליצרן**. לפי אמת המידה המעודכנת מחשבים את העלות הממוצעת המצטברת לטווח הארוך. בגדרו של החישוב מביאים בחשבון את סך העלויות הנדרשות לשם כניסה לשוק ואספקת המוצר. העלות כוללת עלויות קבועות (כגון ציוד ומקרקעין) ועלויות משתנות (כגון חשמל וחומרי גלם) ועל אלה מוסיפים **שיעור תשואה סביר על ההון**. גם דרך חישוב זו מבטיחה שהמחיר המפוקח יהיה מחיר שיקנה ליצרן **רווחיות סבירה**.

נספח 4 דו"ח סוארי משנת 1996

נספח 5 הודעה של וועדת המחירים מחודש ינואר 2017 בדבר אימוצו של מתווה חדש

50. **מנתוני סטורנקסט עולה כי המחיר שבו נמכרה שמנת 100 בכל מהלך התקופה הרלוונטית גבוה מהמחיר המפוקח בשיעור של 50 עד 70 אחוזים!** מדובר באותו מוצר בדיוק הנמכר במחיר גבוה לאין ערוך מהמחיר שבו הוא נמכר באריזה גדולה יותר. ויודגש: השנוי היחיד בעלויות הייצור מתבטא בעלות האריזה.

עלות זו היא **זניחה**. היא נאמדת, לכל היותר, בכמה אגורות. על כך ניתן ללמוד גם מהעובדה שהמחיר של שמנת חמוצה 15% באריזה של 500 מ"ל היה **גבוה במעט** מהמחיר המפוקח בכל התקופה הרלוונטית. עובדה זו מלמדת שלצורך תמחור המוצר אין חשיבות לעלות האריזה או לכמות הנמכרת.

51. מהטעמים האמורים, ההשוואה בין המחיר המפוקח לבין המחיר שבו נמכר המוצר באריזות של 100 מ"ל מהווה, **ולו בעקיפין**, אינדיקציה המלמדת שהפער באחוזים בין מחיר המוצר לבין עלויות ייצורו הוא **מופריז**.

(ב) יישום של מבחן ההשוואה לענייננו מוביל למסקנה חד-משמעית שהמחיר של שמנת 100 גבוה בעשרות אחוזים מהמחיר הסביר

52. כזכור, במבחן ההשוואה משווים בין מחיר המוצר בשווקים שונים, או בזמנים שונים או למחיר שבו המוצר נמכר על ידי מתחרים.

53. השוואה בין המחיר של שמנת 100 מתוצרת המשיבה לבין המחיר שבו נמכרים מוצרים מתחרים (מתוצרת יוטבתה וטרה) מלמדת כי הראשון נמכר במחיר העולה בעשרות אחוזים על מחיר המוצרים המתחרים. ההפרש בין מחירי המוצרים אף גדל במהלך השנים.

54. אם כן, יישומו של מבחן ההשוואה לענייננו מהווה **אינדיקציה חזקה** לכך שהמחיר שהמשיבה גובה עבור שמנת 100 מהווה ניצול לרעה של מעמדה המונופוליסטי.

(ג) מבחן הרווחיות: שיעור הרווח של המשיבה ממכירת שמנת 100 גבוה פי ארבעה משיעור הרווחיות המקובל

55. שיעור הרווחיות של חברת אסם (בשנת 2015) וחברת שטראוס (בשנת 2019) נע סביב 10% (שיעור הרווחיות מבוסס על הנתונים הפומביים הקיימים). והנה, שיעור הרווחיות המוערך של המשיבה ממכירת שמנת 100 הוא כמעט פי ארבעה – כ-38%(!).

56. שיעור רווחיות הגבוה פי ארבעה מהרווחיות המקובלת בענף מהווה **אינדיקציה חזקה** נוספת לכך שהמחיר שבו נמכרת שמנת 100 לכל אורך התקופה הרלוונטית אינו הוגן.

(ד) כל האינדיקציות שנקבעו בגילוי דעת 1/17 'מושכות' לכיוון של התערבות רגולטורית, וגם בכך יש כדי ללמד שהמחיר הגבוה של שמנת 100 נובע מניצול לרעה של מעמד המשיבה כמונופולין

57. בגילוי דעת 1/17 נקבעו עשרה מבחנים, או אינדיקציות, לצורך הכרעה בשאלה אם נחוצה בנסיבות העניין התערבות רגולטורית של הרשות.

58. יישום מבחנים אלה לעניינה של שמנת 100 מוביל למסקנה שאילו הרשות הייתה נדרשת לסוגיה כי אז היה עליה להתערב בקביעת המחיר:

נתח השוק וכוח השוק: השליטה של המשיבה בשוק השמנת החמוצה היא כמעט מוחלטת;

חסמי כניסה: קיימים חסמי כניסה גבוהים לשוק כגון עלויות כבדות בהקמת מפעל לקליטת חלב גולמי, פסטור, אריזה שינוע והובלה;

המרווח מעל העלויות גבוה במיוחד: במהלך שנים עשרה השנים האחרונות (מאז שנת 2008) המחיר עולה בעשרות אחוזים על מחירי התשומות;

מוצר חיוני : שמנת חמוצה היא מוצר חיוני ;

משך הזמן : פער מחירים של עשרות אחוזים בין המחיר המפוקח לבין המחיר של שמנת 100 נמשך לאורך שנים רבות ;

מונע פיתוח של מוצרים חדשים בשווקים משיקים : אינדיקציה לא רלוונטית שעניינה הדרה מהשוק או מניעת כניסה לשוק ולא גביית מחיר מופרז ;

המוצר משתייך לתחום עתיר סיכון : לפי מדדי סיכון מקובלים שמנת חמוצה אינה מוצר עתיר סיכון ;

אין רגולטור המחזיק בכלים ייעודיים לפיקוח על המחיר : המחיר של שמנת 100 אינו מפוקח ;

כאשר המעמד המונופוליסטי הושג תודות לתכנון שוק : המעמד המונופוליסטי הוא תולדה של העובדה שתנובה הוקמה עוד בטרם הקמת המדינה והיותה איגוד של מושבים וקיבוצים שחלש על כל שרשרת הייצור והאספקה (עד עצם היום הזה).

59. מרבית האינדיקציות שנקבעו בגילוי דעת 17/1 לצורך התערבות בשוק מזמינות אפוא את המסקנה, כי בנסיבות העניין נחוצה התערבות. גם בכך יש כדי להוות אינדיקציה לכך שמחירה של שמנת 100 הוא מחיר מופרז.

60. אם כן, נתח השוק וכוח השוק של המשיבה בשוק השמנת החמוצה בכלל ובשוק של שמנת 100 בפרט, הפער העצום – בעשרות אחוזים – בין המחיר המפוקח לבין המחיר של שמנת 100, משך הזמן הממושך שבו שורר פער זה מבלי שחל שינוי כלשהו בנתח השוק של המשיבה, חסמי הכניסה הגבוהים במיוחד לשוק, מספר המתחרים המצומצם, מובהקות הראיות התומכות בכך שהמחיר הוא מופרז – כל אלה מבססים טענה **מוצקה** שמחירה של שמנת 100 הוא בלתי-הוגן באופן המקים נגד המשיבה עילת תביעה בגין ניצול לרעה של מעמדה המונופוליסטי.

61. בטרם סיומו של פרק זה מתבקשת הערה. יש הסבורים כאילו לצורך ביסוס עילה של מחיר מונופוליסטי מופרז נדרש לעמוד במבחן **כפול** המלמד שהמחיר הוא (א) מופרז, וגם (ב) לא הוגן. במקרה דנא – מקרה מובהק שבו נגבה מחיר העולה ב-50% על המחיר הסביר – **לא יכול להיות ספק שהמחיר הוא גם מופרז וגם לא הוגן**. ומכל מקום, נראה שאמת מידה כפולה זו היא **מלאכותית ולא נחוצה**. וכך נאמר בעניין זה בספרות המשפטית :

“מכל מקום, הגישה הראויה בישראל, לדעתי, וכפי שעולה גם מגילוי הדעת של הרשות בעניין, היא שקיים רק שלב אחד לניתוח אם מחיר הוא בלתי הוגן, והוא שלב ההשוואה בין המחיר שנגבה למחיר שהיה רווח בתנאי תחרות. כמובן, לא די בפער כלשהוא בין המחיר שנגבה לבין המחיר התחרותי, כי אם צריך שהפער יהיה מופרז. ועדיין, אם הפער מתגלה כמופרז, תם הניתוח, והמחיר ייתפס כבלתי הוגן. תפיסה לפיה הנורמה של תמחור מופרז כפופה לשני מושגי שסתום – “מופרזות” ו”הוגנות” – במצטבר, אינה מוסיפה לא לקידום מטרות החוק ולא לוודאות של הדין”.

דייויד גילה, “מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי” משפטים מה 761 (2016)

וראו גם : אריאל אזרחי ודיויד גילה, דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים (נבו, 2019) פסקה 10.6.3, בעמ' 310.

ה(3) שיעור הנזק שנגרם לחברי הקבוצה בתקופה הרלוונטית נאמד בסכום העולה על שישים מיליון ש"ח

62. כפי שעולה מחוות דעת מומחה המצורפת לבקשה זו – שיעור הגבייה העודפת המצרפית של המשיבה בגין מכירת המוצר במחיר לא הוגן הוא כשישים מיליון ש"ח.

63. המקרה דנא הוא אפוא מקרה מובהק שבו המשיבה זוכה לתמורה מופרזת בשיעור של כמה עשרות אגורות בגין כל מוצר שנמכר על ידה ואילו הנזק המצרפי לקבוצה הוא בשיעור עתק. במקרה זה אף קיים שיקול נוסף המצדיק לאשר הגשתה של תובענה ייצוגית שאותו נפרט בשורות הבאות.

ה(4) שיקול מדיניות חשוב לצורך פיקוח על מחירה של שמנת 100: אין לאפשר למשיבה לעקוף את חובת המכירה במחיר המפוקח על ידי הגדלה מלאכותית של מכירות שמנת 100

64. מכוח חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996 וצווי פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים (מחירים מרביים לחלב ומוצריו וקביעת רמת פיקוח) נקבע מחיר מרבי לשמנת 200.

65. סעיף 11(א)(1) לחוק הפיקוח קובע לאמור:

לא ימכור אדם במהלך עסקו מצרך ולא יעשה במהלך עסקו שירות במחיר העולה על המחיר הקובע; נקבע למצרך או לשירות מחיר קובע שאינו מחיר מרבי, לא ימכור אדם במהלך עסקו את המצרך ולא יעשה אדם במהלך עסקו את השירות, אלא באותו מחיר

66. חוק הפיקוח מגדיר את המונח "מצרך דומה" כך:

מצרך שמבחינת השימוש בו בידי רוכש סביר הינו בעל תכונות דומות ביותר למצרך פלוני, אף אם אינו זהה מכל הבחינות, ואף אם הוא שונה מאותו מצרך במשקלו, בגודלו, באריזתו או בשמו"

67. בהגדרה של "מחיר מפוקח" בחוק הפיקוח נקבע, בין היתר, כי:

(4) לענין מצרך דומה, השונה ממצרך פלוני במשקלו או בגודלו – מחירו של אותו מצרך פלוני כאמור בפסקאות (1) עד (3), לפי הענין, יחסית למשקל או לגודל של המצרך הדומה

68. אם כן, לפי הגדרות חוק הפיקוח לא יכול להיות ספק ששמנת 100 היא "מצרך דומה" לשמנת 200 ולכן – בהתאם להגדרת המונח "מחיר מפוקח" – היה על המשיבה למכור שמנת 100 במחצית המחיר המפוקח שנקבע לשמנת 200 (המחיר הוא 1.14 ש"ח נכון למועד כתיבת שורות אלה).

69. אולם במאי 2014 פורסמה על ידי המפקח על המחירים הבהרה לעניין מוצרי חלב שהם "מוצר דומה". בהבהרה צוין, בין היתר, כי ועדת המחירים גיבשה כמה עקרונות לקביעת היותו של מצרך, "מצרך דומה" כמשמעותו בחוק הפיקוח, ובין היתר היא החליטה כי –

”בכל מקרה מצרך הקטן מהמצרך המפוקח ב 50% לפחות לא יחשב למצרך דומה” (סעיף 1א)
להבהרה; ההדגשה במקור).

70. נוכח הוראותיו המפורשות של חוק הפיקוח **ספק רב אם המפקח על המחירים היה מוסמך למסור “הבהרה” כאמור; זאת, משום שההבהרה סותרת – ממש סותרת – את הוראות חוק הפיקוח.**
בהנחה שהבהרת המפקח ניתנה כדין לא מוטל איסור בדין על מכירת שמנת 100 במחיר העולה על מחיר הפיקוח.
71. ובכל זאת, דבר אחד ברור: גם אם מותר למכור שמנת 100 במחיר העולה על המחיר המפוקח, הרי שעצם העובדה שמדובר במצרך דומה, שלא לומר זהה, למוצר מפוקח (שמנת 200) מהווה שיקול מדיניות חשוב **להגביל את הפרש המחירים בין השניים.** זאת, משום שככל שהפער בין מחירה של שמנת 100 לבין מחירה של שמנת 200 (המחיר המפוקח) גבוה יותר, כך יש למשיבה תמריץ להגדיל את נתח השוק של שמנת 100 על חשבון נתח השוק של שמנת 200. כך, למשל, המשיבה יכולה להפחית את כמות הייצור של שמנת 200 ובכך ליצור **מחסור מלאכותי** שיגרום לצרכנים לרכוש דווקא את שמנת 100 (בהעדר ברירה). ברור שיש לקבוע תמריץ שלילי האוסר על המשיבה לעשות כן. ואמנם, נתוני המכירות מגלים שנתח השוק של שמנת 100 לעומת שמנת 200 **אינו זניח כלל.**
72. ולבסוף, יש לציין שאם המפקח על המחירים ציפה שהמחיר המפוקח ישפיע גם על מחירה של שמנת 100 הרי שציפייתו נכזבה. העדר ההשפעה של המחיר המפוקח על מחירה של שמנת 100 מהווה אינדיקציה חזקה נוספת לכוח השוק של המשיבה.
73. הנה כי כן, בנסיבותיו המיוחדות של המקרה קיים שיקול חשוב נוסף להבטיח שהפער בין מחירה של שמנת 100 לבין מחירה של שמנת 200 יהיה סביר בכל נקודת זמן.

ה(5) הערה בדבר שלילת ההגנה המכונה דוקטרינת הצרכן העקיף

74. בתשובתה לבקשה לאישור תובענה ייצוגית בת”צ (מרכז) 46010-07-11 טענה המשיבה שקמה לה טענת הגנה מכוח דוקטרינת ה”צרכן העקיף”. הצרכן העקיף הוא מי שרכש את המוצר מקמעונאי ולא מהיצרן. כך גם בענייננו שבו המבקש רכש את המוצר ממרכול. לפי דוקטרינת הצרכן העקיף, אשר פותחה במשפט האמריקאי, לא קמה לצרכן עקיף עילת תביעה מכוח דיני ההגבלים העסקיים. ההנמקה לדוקטרינה מבוססת על חשש שהנתבע ייתבע הן על ידי הצרכן העקיף הן על ידי הנפגע הישיר (הקמעונאי), וכתוצאה מכך הוא עלול לחובב ביתר.
75. בת”צ (מרכז) 46010-07-11 **דחתה** כבוד השופטת שטמר את הטענה הזו של המשיבה בגדרה של ההחלטה המאשרת (פסקה 44 להחלטה). במהלך הדיון בתובענה הייצוגית **המשיבה לא חזרה על טענה זו** (סעיף 9 לפסק הדין). טענת “הצרכן העקיף” נדחתה גם בת”צ (מחוזי מרכז) 6179-08-16 **רונן גפניאל נ’ החברה המרכזית לייצור משקאות קלים**, פסקאות 47-49 (16.1.2019).
76. בשים לב לכך שהגנת הצרכן העקיף נדחתה ‘בשתי ידיים’ בהליכים משפטיים קודמים יש להניח שהמשיבה תמנע מהעלאתה בתשובתה לבקשה זו. אם בכל זאת המשיבה תחזור ותעלה טענת “צרכן עקיף” המבקש שומר על זכותו להשיב לה בפירוט ולהסביר מדוע מדובר בטענה משוללת כל יסוד.

77. עד כאן ביקשנו להראות שמחירה של שמנת 100 בכל מהלך התקופה הרלוונטית מקים נגד המשיבה עילת תביעה בגין ניצול לרעה של מעמדה המונופוליסטי כאמור בהוראת סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988.

78. נפנה עתה להראות שהתנאים לאישורה של תובענה ייצוגית מתקיימים.

ו. התובענה מקיימת אחר דרישות חוק תובענות ייצוגיות והדיון בה על דרך

של תובענה ייצוגית, מתחייב, יעיל והוגן

79. סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 ("החוק") במשולב עם סעיף 4(א)(1) לחוק מציבים שתי דרישות לאישורה של תובענה כתובענה ייצוגית. האחת: שהתביעה תעסוק בנושא המפורט בתוספת השנייה לחוק; השנייה: שמבקש האישור יהא "אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה". בענייננו שתי הדרישות מתקיימות:

א. התביעה היא "תביעה בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית" ומכאן שהיא נכנסת בגדרו של פרט 4 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

ב. למבקש קמה עילה תביעה אישית בגין רכישת המוצר שמנת 100 במחיר מופרז ובלתי-הוגן.

80. להלן יפורטו הדברים.

(1) למבקש עילת תביעה אישית נגד המשיבה

81. העובדות שפורטו לעיל מקימות למבקש עילת תביעה אישית נגד המשיבה. המבקש רכש שמנת 100 בכמה הזדמנויות בעבר. בכל המקרים המוצר נרכש על ידו במחיר מופרז ובלתי-הוגן ודבר זה מקנה לו עילת תביעה אישית בנוזיקין נגד המשיבה כאמור בסעיף 50 לחוק התחרות הכלכלית.

82. סעיף 8(א) לחוק מונה תנאים נוספים לאישורה של תובענה כייצוגית:

(1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;

(2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין;

(3) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; ...

(4) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.

83. כפי שיפורט בשורות הבאות, כל התנאים הללו מתקיימים בנסיבות המקרה הנוכחי.

(2) קיימות שאלות מהותיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן תוכרענה בתובענה לטובת הקבוצה

84. הקבוצה, כפי שבית המשפט הנכבד מתבקש להגדירה בבקשה זו, היא קבוצת כל הצרכנים שרכשו שמנת 100 במהלך שבע השנים שקדמו להגשתה של בקשה זו.

85. ברי כי התובענה מעוררת שאלות משותפות לכלל חברי הקבוצה :
- א. המסכת העובדתית הרלוונטית לכל אחד מחברי הקבוצה זהה ;
- ב. סוג הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה הוא זהה, ואף שיעורו דומה ביחס לכמות המוצרים שנרכשה ;
- ג. הסעד המבוקש משותף לכלל חברי הקבוצה – השבת הפער שבין המחיר המופרז שנגבה מהם לבין המחיר הסביר.
- ד. הוראות הדין הרלוונטיות, כפי שפורטו לעיל, חלות ביחסים שבין המשיבה לבין כל אחד מחברי הקבוצה, כך שגם העילות והשאלות המשפטיות, הנובעות מהמסכת העובדתית המשותפת, משותפות לכלל חברי הקבוצה.
86. ויודגש: לצורך אישורה של תובענה כייצוגית אין דרישת זהות מוחלטת של כל השאלות הטעונות הכרעה, העובדתיות והמשפטיות. די בכך שהשאלות העיקריות, העומדות במוקד הדיון, משותפות לחברי הקבוצה (רע"א 8332/96 שמש נ' דן רייכרט ואח', פ"ד נה(5) 276, 296 (2001); רע"א 4556/94 טצת ואח' נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 788 (1996)). במקרה זה לא יכול להיות ספק שהבקשה צולחת רף זה שכן לא קיימת שונות כלשהי בין חברי הקבוצה.
87. גם התנאי המופיע בסיפא של סעיף 8(א) לחוק מתקיים בענייננו, שכן לאור המסכת העובדתית שנפרשה לעיל, קיים סיכוי סביר (ואף למעלה מכך), שבית המשפט יכריע בתובענה לטובת המבקשים וחברי הקבוצה.
88. בעניין זה יש להבהיר שקודם לחקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות נפסק שעל המבקש לאשר תובענה כייצוגית להראות שקמה לו עילה לכאורה (רע"א 6567/97 בזק – החברה הישראלית לתקשורת נ' עיזבון המנוח אליהו גת ז"ל, פ"ד נב(2) 713, 719-720 (1998)). בע"א 2967/95 מגן וקשת נ' טמפו תעשיות בירה, פ"ד נא(2) 312, 327-328 (1997) פסק בית-המשפט (בהקשר של תובענה ייצוגית מכוח חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968) כדלקמן:
- “נראה לי, כי על המבחן למילוי התנאים שבסעיף 54 מבחינת נטל ומידת ההוכחה, להיות אחיד לכל סעיפיו המשניים, ולגבי כל התנאים הנדרשים מהתובענה, ועליו לשכנע את בית-המשפט במידת הסבירות הראויה ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד, כי הוא ממלא לכאורה אחר כל דרישות סעיף 54 ולענייננו, שהראשונה בהן היא קיומה של עילה אישית כאמור בס' 54א(א). אין להעמיד דרישות מחמירות מדי, לענין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית-המשפט עומס יתר בכירור הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. את כל אלה יש למנוע על ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהתובע הייצוגי, שמצד אחד שלא יפטור אותו מחובת שכנוע ומצד שני לא יטיל עליו נטל כבד מדי”
89. ברע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' רחמים עמוסי, פסקה 15 (5.7.2012) קבע בית המשפט כך :
- “...ברי כי תכלית החוק היא להורות לבית המשפט לבצע בחינה מקדמית של סיכויי התובענה לשם הגנה מידתית על זכויות הנתבעים. לעניין זה, די לו לבית המשפט לעקוב בדקדקנות אחר לשון המחוקק ולראות האם קיימת “אפשרות סבירה” להכרעה לטובת קבוצת התובעים ; הא, ותו לא. החמרת התנאים לאישור תובענה כייצוגית, ובירור רוב רובה של התביעה כבר בשלב אישור התובענה כייצוגית, חורגת מהאיזון שקבע המחוקק, ועל כן היא אינה ראויה.”

90. הנה כי כן, כל שנדרש המבקש להראות על מנת להביא לאישורה של תובענה כייצוגית הוא "אפשרות סבירה" ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט תוכרענה לטובת הקבוצה. בעניין זה ברור שאין להעמיד בפני המבקש "דרישות מחמירות מדי, לעניין מידת השכנוע" כלשונו של בית המשפט.

91. בענייננו קיימת עילת תביעה **מוצקה** נגד המשיבה כמפורט בפרק ה לעיל. העילה היא ניצול לרעה של מעמדה המונופוליסטי בשוק השמנת החמוצה בכלל ובשוק של שמנת 100 בפרט, וזאת על דרך של גביית מחיר לא הוגן העולה בעשרות אחוזים על המחיר הסביר.

92. שיעור הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה הוא נמוך יחסית. הוא נאמד בעשרות אגורות בגין כל מוצר שנרכש. אולם לפי חוות דעת מומחה התומכת בבקשה זו שיעור הנזק המצרפי שנגרם לחברי הקבוצה כולה נאמד בסך העולה על שישים מיליון ש"ח. מדובר אפוא במקרה מובהק המתאים להידון בגדרה של תובענה ייצוגית.

(3) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין

93. תביעתו האישית של כל אחד מחברי הקבוצה מבוססת על עילה זהה והתביעות כולן מעוררות שאלות מהותיות משותפות של חוק ועובדה. זאת ועוד, סוג הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה זהה.

94. אמנם אין למבקש מידע מדויק על אודות מספרם של חברי הקבוצה, אולם נעלה מספק כי מדובר בקבוצה גדולה: מספר הרוכשים של שמנת 100 במהלך תקופה של שבע השנים שקדמו להגשתה של בקשה זו.

95. בשים לב לזהות בשאלות העובדתיות והמשפטיות ובהתחשב בגודלה המשווער של הקבוצה יעיל יותר לנהל את התובענה דנא בדרך של תובענה ייצוגית. ניהול הדיון בדרך זו יביא לחסכון בכסף ובזמן שיפוטי יקר.

(4) עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת

96. המבקש מוכן להשקיע מזמנו, מכספו וממרצו לשם ניהול תובענה זו, לטובת כלל חברי הקבוצה. האינטרסים של המבקש זהים לאינטרסים של כל אחד ואחד מחברי הקבוצה, דבר שיבטיח כי התביעה תנהל בדרך הולמת לטובת כלל חברי הקבוצה.

97. כמו כן, בא-כוחו של המבקש הינו בעל ותק וניסיון רב בניהול תביעות בכלל, ותובענות ייצוגיות בפרט, והוא מאמין כי ביכולתו לנהל הליך זה באופן הולם וראוי, הכל כפי שמתחייב מנסיבות העניין.

(5) עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב

98. התביעה מושא בקשה זו, מוגשת בתום לב וממניעים כשרים. מטרת התביעה היא לתקן את העוול הנגרם לצרכנים עקב גביית מחיר מופרז, ולהשיב להם את הרווח המצרפי והבלתי-הוגן שהמשיבה הפיקה ממכירות שמנת 100 בתקופה הרלוונטית.

99. המבקש מאמין בכנות ובלב שלם כי סיכויי התביעה להתקבל הם גדולים.

100. משכך, המבקש ובא כוחו ייצגו וינהלו את התביעה בתום לב ולטובת כלל חברי הקבוצה.

101. בקשה זו נתמכת בחוות דעת כלכלית מפורטת ומעמיקה שהוכנה בידי מר סלע קולקר. חוות הדעת מבוססת על התבחינים שנקבעו בפסיקה לקביעת מחיר מופרז ומראה שלפי כל האינדיקציות המקובלות – המחיר

של שמנת 100 בכל התקופה הרלוונטית היה מחיר מופרז. עוד מראה חוות הדעת שהנזק המצרפי לחברי הקבוצה עומד על סך של למעלה משישים מיליון ש"ח.

נספח 6 חוות דעת מומחה כלכלי – מר סלע קולקר

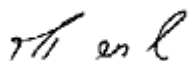
102. בקשה זו נתמכת גם בתצהירו של המבקש.

ז. סוף דבר

103. מקרה זה הוא מקרה מובהק של גביית מחיר מופרז ובלתי-הוגן על ידי בעל מונופולין. האינדיקציה החזקה ביותר לכך היא העובדה ששמנת 100 נמכרת במחיר העולה בעשרות אחוזים על המחיר שבו נמכרת שמנת 200 למרות שחזקה היא שמחירה של שמנת 200 נקבע בשים לב לעלויות הייצור של המשיבה ובתוספת שיעור רווח סביר. ברור שאילו היה מדובר בשוק תחרותי, ואילו המשיבה לא הייתה נהנית מכוח שוק – היא לא הייתה יכולה לגבות מחיר מופרז שכזה.

104. אשר-על-כן, מתבקש בית-המשפט הנכבד לאשר הגשתה של תובענה ייצוגית כמפורט ברישא. כן מתבקש בית-המשפט הנכבד לחייב את המשיבה בהוצאותיה של בקשה זו ובתשלום שכר טרחת עו"ד בצירוף מע"מ כדין.

היום, 10 אוגוסט 2020



ד"ר שחר ולר, עו"ד
ב"כ המבקש