בבית המשפט המחוזי מרכז ת"צ_____

בקשה מספר 1

בעניין: **אורטל נורי, ת.ז 308432970**

המתגוררת ברית אתא

המיוצג ע"י עוה"ד דוד מזרחי (מ.ר. 54262) ואח'

מרחוב חורב 4, חיפה

טל: 04-8113711, 052-7780877 פקס: 04-8103710 **<u>המבקשת / התובעת</u>**

- נגד -

1. **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ**

אגודה שיתופית 57-000074-5.

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

אגודה שיתופית 57-002570-0

שתייהן ממרכז סינמה סיטי, צומת גלילות

רמת השרון, 7007, מיקוד 47100

טל: 03-6904000

שתייהן יחד ומתוך חבות הדדית

<u>המשיבה/ הנתבעת/תנובה</u>

<u>בקשה לאישור תובענה ייצוגית</u>

עפ"י חוק תובענות ייצוגיות התשס"ו- 2006

עפ"י הוראות סעיף 5(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, ב"כ המבקשת מתכבדים להודיע לביהמ"ש הנכבד כי עיון בפנקס התובענות הייצוגיות העלה שקיימות בקשות נוספות, שחלקן אושרו כייצוגיות, שעניינן שאלות מהותיות משותפות של עובדה או משפט המתנהלות בפני ביהמ"ש המחוזי מרכז:

ת"צ 57534-02-14 ות.צ 43206-10-14 בפני כבוד השופטת תמר בזק רפפורט;

<u>בהתאם לדין ולפסיקה, מתבקש ביהמ"ש הנכבד לנתב גם את בקשת האישור שבכותרת לדיון בפני אותו המותב הנכבד.</u>

בית המשפט הנכבד מתבקש:

- לאשר כי התובענה המוגשת בד בבד עם בקשה זו ואשר העתקה מצ"ב לבקשה זו תידון כתובענה ייצוגית בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "החוק") על כל הנובע מכך, בכלל זה לאשר כי התובענה עומדת בתנאים הקבועים בסעיף 8 (א) לחוק.
- להגדיר את הקבוצה המיוצגת בתובענה הייצוגית, כפי שתאושר, בתור:

"כל מי שרכש שמנת חמוצה 9% שומן, ו/או שמנת חמוצה 27% שומן, מתוצרת המשיבה (להלן: "המוצרים") במהלך תקופת התובענה".

- לקבוע את תקופת התובענה החל מ- 6.5 שנים עובר להגשת בקשת האישור, עד לאישורה בפסק דין חלוט.
- לאשר כי המבקשת תשמש כתובעת מייצגת בתובענה הייצוגית הנ"ל וכי באי-כוח המבקשת ישמשו כבאי-כוח הקבוצה המיוצגת.
- לקבוע את עילות התובענה, את השאלות של עובדה ו/או משפט המשותפות לקבוצה ואת הסעדים הנתבעים כמפורט בהמשך הבקשה במסגרת נימוקיה.
- ליתן הוראות אופרטיביות מתאימות הכרוכות באישור התובענה כתובענה ייצוגית, בכלל זה: בדבר אופן ונוסח פרסום פומבי ו/או הודעה לחברי הקבוצה המיוצגת על דבר אישור התובענה כתובענה ייצוגית, רישום בפנקס התובענות הייצוגיות כאמור בסעיף 28 לחוק תובענות ייצוגיות וכיו"ב.
- "שמנת 9%" ו- "שמנת 27%" יקראו להלן ביחד "שמנת" ו/או "המוצרים".
- שמנת 15% תקרא להלן "שמנת בפיקוח".
  - תצהיר המבקשת רצ"ב **נספח 1**.
  - כל ההדגשות הוספו ע"י החת"מ, אלא אם נרשם אחרת.

א. <u>התובענה בקצרה</u>

1. רבות דובר על יוקר המחייה בישראל בכלל, ועל יוקר מוצרי המזון בפרט. בקשת אישור זו עוסקת במוצר שהינו בסיסי ונצרך כמעט בכל בית בישראל "שמנת חמוצה".
2. שמנת חמוצה 15% שומן, נמצאת בפיקוח של משרד החקלאות תחת קבוצת מוצרי החלב תוצרת ניגרת ביחד עם המוצרים: אשל 4.5% שומן, גיל 3% שומן, שמנת מתוקה 38%. מיוני 2009 ועד היום לא הוצאו מוצרי חלב מפיקוח. מחירה נע בעשור האחרון סביב 2.00 שקלים לצרכן הסופי. לעומתה, שמנת חמוצה המכילה 9% שומן (להלן: "**שמנת 9%**") ושמנת חמוצה 27% שומן (להלן: "**שמנת 27%**") הם מוצרים שאינם נמצאים תחת פיקוח מחירים.
3. הסיבות למחירה היקר של שמנת חמוצה בישראל, ובמיוחד של אלה שמייצרת המשיבה בהיותה מונופולין בתחום האוחז בנתח שוק העולה על 80%, נעוצות בגביית מחיר מופרז בשוק המתאפיין בריכוזיות ובהיעדר תחרות.
4. כתוצאה מניצול ציני של כוחה כמונופולין, כל אחד ואחד מצרכני מוצרי שמנת חמוצה 9% ושמנת חמוצה 27%, מתוצרת המשיבה, ניזוק, בכך שנאלץ לשלם מחיר גבוה ומופרז בעבור מוצרים אלה. הרווחיות המופרזת של המשיבה ביחס למוצרים אלה בכל קנה מידה באה לידי ביטוי במחיר המופרז שגולגל על הצרכן הסופי, חברי הקבוצה.

ראה לתמיכה בטענות המפורטות בבקשה זו חוות"ד של הכלכלן סלע קוקלר מצ"ב כנספח א'.

5. המשיבה, שהינה מונופולין, מתעלמת מהוראות חוק ההגבלים העיסקיים, בכך שהיא גובה בעבור מוצרי השמנת מחיר מופרז, המשאיר בכיסיה רווח הגבוה פי כמה וכמה מהרווח שהיה נותר לה, באם היתה מוכרת את אותם המוצרים במחיר המשקף תנאי שוק תחרותיים.
6. רווחיה העודפים של המשיבה, קרי הפער בין המחיר שהיא גובה כמונופול המנצל את מעמדו המונופוליסטי לגביית מחיר גבוה בלתי הוגן, לבין מחיר שהיה נקבע לו השוק היה תחרותי, הוא נזקם של חברי הקבוצה, צרכני השמנת מתוצרת המשיבה.
7. היה מצופה מהמשיבה שתתאים את מחירי השמנת החמוצה 9% ו- 27% למחירי השמנת המפוקחת- שמנת חמוצה 15% מתוצרתה, ונסביר, מזה שנים השמנת החמוצה 15% נמכרת במחיר מפוקח הנקבע על ידי ועדת המחירים הפועלת מכח חוק הפיקוח על מחירי מצרכים ושירותים , התשנ"ו- 1996 (להלן :"חוק הפיקוח"),היה מצופה מהמשיבה, בהתאם להנחה שמוצרי השמנת החמוצה 9% ו-27% דומים בעלות יצורן לשמנת שבפיקוח, כי מוצרים אלה ימכרו לקמעונאי ומשם לחברי הקבוצה במחירים דומים לשמנת המפוקחת, בשים לב לכך שמרכיבי שלושת השמנות מורכבים מרכיבים דומים, וכי ההבדל העיקרי בינהם הינו באחוז השומן שהוחדר לכל מוצר. ברי כי מחיר השמנת בפיקוח, כוללת את עלויות היצור ורווח סביר למשיבה בהתאם לנוסחה שעל פיה פועלת ועדת המחירים, מכאן היה מצופה מהמשיבה שתמכור גם את מוצרי השמנת במחיר שישקף את עלות היצור שלהם בתוספת רווח הוגן, קרי במחיר סופי דומה לשמנת 15%. ולא כך הדבר !.
8. **כדי לסבר את האוזן כבר בתחילה, נציג כי מחיר שמנת חמוצה 15% שומן תנובה, שהינה מוצר בפיקוח, (אשר מחירה בפיקוח נקבע כסך כל עלויות הייצור בתוספת רווח סביר) , עולה בפועל בממוצע לצרכן כ- 2.26 ₪, ואילו שמנת חמוצה 9% שומן מתוצרת תנובה שאינה בפיקוח עולה בפועל בממוצע כ- 3.29 ש"ח, ושמנת 27% שומן מתוצרת תנובה שאינה בפיקוח, תעלה לחבר הקבוצה בממוצע 3.79 ₪, קרי, פער המחירים בין המוצרים שאינם בפיקוח למוצר המפוקח נע בין 45% ל- 70%.**
9. מחיר הגבוה במעל 45% מצביע ללא צל ספק על ניצול כח מונופוליסטי לגביית מחיר בלתי הוגן, פערים אלה במחיר המוצר, מצביעים על רווחים הגבוהים **<u>במאות אחוזים</u>** בגין השמנת שאינה בפיקוח בייחס למחיר השמנת שבפיקוח מחירים.
10. **גם ועדת המחירים מיום 07.05.2014, קבעה בהחלטתה בקשר להבדל הקיים במחיר בין שמנת מתוקה 38% שהינו מוצר בפיקוח לשמנת מתוקה 32% שאינו בפיקוח, מתוצרת המשיבה, כי לא מצאה כל הצדקה <u>בהיבט העלויות או הרווחיות</u> לפער המחירים זה, ועיקרון מוצר ההוגן לא אומץ על ידי המשיבות כמצופה מהן בייחס למוצרים אלה.**
11. **הינה כי כן, גם ועדת המחירים קבעה כי שוני באחוזי שומן של מוצרים דומים, לא יכול להוות צידוק לקביעת מחיר שונה בינהם, מכאן אין ספק כי גם עמדת הרגולטור הינה כי על המשיבות למכור לציבור את השמנת החמוצה 9% ו- 27% שאינן בפיקוח, במחיר דומה**
12. **למחיר מוצר העוגן בפיקוח- שמנת חמוצה 15%.**

החלטת ועדת המחירים מצורפת לבקשה זו כנספח ב'.

13. **בשנת 2018, המוצר שמנת חמוצה תוצרת תנובה שבפיקוח נמכר בכ- 2.00 שקלים, שמנת חמוצה 9% מתוצרת המשיבה בכ- 3.50 שקלים, ושמנת חמוצה 27% מתוצרת המשיבה בכ- 4.00 שקלים, קרי מחירים הגבוהים ב 75% וב- 100% בהתאמה, מחירים המשקפים רווחים הגבוהים במאות אחוזים מהרווח אותו אישרה ועדת המחירים למשיבה להרוויח על השמנת בפיקוח, קרי מאות אחוזים מעל הרווח ההוגן !.**

14. **מאז שנת 2008 ועד שנת 2018, <u>ירד</u> מחירה של שמנת מפוקחת בכ- 4%. באותו הזמן <u>עלו</u> מחיריהן של שמנת 9% שומן ו- 27% שומן, בשיעור רב שנתי מצטבר של כ- 28.3% וכ- 19.1% בהתאמה.נתון זה לבדו מראה כי המשיבה מנצלת מעמדה המונופוליסטי לגביית מחיר גבוה בלתי הוגן.**

15. **המתחרה היחידה המשווקת מוצר דומה לשמנת 9% היא חברת שטראוס המשווקת שמנת חמוצה בגודל אריזה זהה של 200 מ״ל, עם 9% שומן.**
בהשוואת שני המוצרים הזהים של תנובה ושל שטראוס, נמצא כי מחירו של גביע שמנת 9% של תנובה גבוה לאורך כל השנים ממחירו של המוצר של שטראוס בשיעורים הנעים בין 12% ל- 28%.

16. תנובה עשתה ועושה, מזה שנים, בכדי לבסס את שליטתה בשוק מוצרי החלב. בנוסף להיותה מונופול מוכרז, תנובה מהווה גם מונופסון, והיא רוכשת כ-75% מהחלב הגולמי המיוצר בישראל. מונופול שהוא גם מונופסון, עשוי לגבות מחירים גבוהים יותר ממונופול הרוכש תשומות בשוק שקיימת בו תחרות. מבקר המדינה קבע בדוח מחודש ספטמבר 2012, שלא יכולה להתקיים תחרות במצב בו המונופול הינו דו צדדי. כלומר, שולט במעל 50% בשוק רוכשי החלב מהרפתנים ושולט במעל 50% בייצור ושיווק חלב ומוצריו.
17. הצרכן הישראלי השבוי משלם מידי שנה מיליוני שקלים כרווחים מופרזים שהמשיבה צוברת בעבור מוצרי השמנת.
18. מטרתה של בקשת אישור זו לחייב את המשיבה להוריד את מחירי המוצרים, ולהשיב את סכומי העתק שגבתה ביתר עבור מוצרי השמנת, בהערכה שמרנית לכל הפחות –כ-60 מיליון ₪.

ב. <u>הצדדים</u>

19. **המשיבה** תנובה הינה יצרנית של חלב ומוצרי חלב הגדולה בישראל.
20. תנובה מחזיקה בנתח שוק משמעותי בתחום ייצור חלב לשתייה ,מוצרי חלב ושיווקם . בשנת 1988הוכרזה תנובה כמונופול בתחומים אלה. תנובה משווקת גם מוצרי בשר ,ביצים ומזון קפוא. במשך עשרות שנים הוחזקה תנובה כאגודה שיתופית חקלאית בבעלות איגוד קיבוצים ומושבים .בשנת 2008 נמכרה תנובה לקבוצת משקיעים בראשות קרן אייפקס הבריטית . במאי 2014 מכרה קרן אייפקס את חלקה בתנובה (56%) לחברת ברייט פוד מסין לפי שווי חברה של 8.6 מיליארד ש״ח, העסקה הושלמה במרץ 2015.
מחזור המכירות שלה נאמד בכ- 6.5 מליארד שקלים בשנה.

תנובה מוכרז כמונפול, אך היא מהווה גם מונופסון, והיא רוכשת כ-75% מהחלב הגולמי המיוצר בישראל, המהווה תשומה עיקרית בייצור שמנת חמוצה. מונופול שהוא גם מונופסון, עשוי לגבות מחירים גבוהים יותר ממונופול הרוכש תשומות בשוק שקיימת בו תחרות. מבקר המדינה קבע בדוח מחודש ספטמבר 2012, שלא יכולה להתקיים תחרות במצב בו המונופול הינו דו צדדי. כלומר, שולט במעל 50% בשוק רוכשי החלב מהרפתנים ושולט במעל 50% בייצור ושיווק חלב ומוצריו.

21. על פי הודעותיה במקומות רבים ובכלל זה לאמצעי התקשורת, ועל פי נתונים אמפיריים שנאספו לצורך בקשת האישור והכנת חוו"ד המומחה מטעם המבקשת, המצ"ב כ**נספח א**, המשיבה מחזיקה מעל עשור בנתח שוק העולה על 80% בשוק מוצרי השמנת החמוצה בישראל ובשנים רבות נשק ל 90% מהשוק.
22. גוף המחזיק נתח שוק זה הינו מונופולין על פי הגדרתו בחוק ההגבלים העסקיים, וחלות עליו חובות מיוחדות מכוחו. בין היתר החובה לגבות מחיר הוגן עבור מוצריו, והאיסור לגבות מחיר מופרז- דהיינו, מחיר שמגלם רווח מופרז ובלתי הוגן.

ג. <u>המבקשת</u>

23. נמנית על חברי הקבוצה כהגדרתם להלן, צרכנית שרכשה את המוצרים שמנת במהלך השנים נשוא התובענה.
24. המבקשת רכשה את מוצרי השמנת באופן שוטף- לכל הפחות רכשה אריזה אחת מידי שבוע, 4 אריזות בחודש.
25. הבדלי מחירים בין חנויות היו מזעריים, אם בכלל. מחיר השמנת היה תמיד גבוה מאוד.
26. כשיגרה, במשך רוב התקופה נאלצה לשלם מחיר מלא גבוה ומופרז מאוד עבור המוצרים. מטבע הדברים לא שמרה את הקבלות עבור רכישתם לאורך השנים.
27. המבקשת שילמה במצטבר מאות שקלים בעבור שמנת, כאשר מתוכם מאות רבות שולמו בגין המחיר המופרז שקבעה המשיבה. היא חשה שנוצלה באופן ציני ושהמשיבה עשתה על חשבונה רווחים באופו בלתי הוגן, מה שעורר רצונה להיפרע מן המשיבה, ומכאן בקשת האישור.

ד. <u>המשיבה הינה מונופולין בשוק</u>

28. סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים תשמ"ח 1988 ("חוק ההגבלים העסקיים") מגדיר מונופולין כך:

*" **פרק ד': מונופולין***

26. (א) לענין חוק זה יראו <u>כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים</u> או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, <u>בידיו של אדם אחד (להלן - בעל המונופולין)</u>. על קיומו של מונופולין כאמור יכריז הממונה בהודעה ברשומות; על הכרזה כאמור יחולו הוראות סעיף 43(ב) עד (ה), כאילו היתה קביעה לפי סעיף 43(א).

(ב) המונופולין יכול שיהיה באזור מסויים.

(ג) השר רשאי, לפי המלצת הממונה, לקבוע כי לגבי נכסים מסויימים או שירות מסויים, יראו כמונופולין ריכוז בשיעור נמוך ממחצית אם ראה כי למי שבידיו ריכוז כאמור יש השפעה מכרעת בשוק לגבי אותם נכסים או אותם שירותים.

(ד) (בוטל).

(ה) הממונה ימסור לועדת הכלכלה של הכנסת, אחת לששה חדשים, רשימה של בעלי מונופולין

(ו) בסעיף זה, "אדם" - לרבות חברה ובנותיה, בנות של חברה אחת וכן אדם וחברה שהוא שולט בה.

29. בידי המשיבה מרוכז הרבה יותר ממחצית השוק הרלוונטי. חלקה באספקת נכסים מהסוג שהיא מייצרת, עולה על מחצית. על פי לשון החוק, הינה "בעל מונופולין ".

זאת ועוד בשנת 1988 הוכרזה תנובה כמונופול בתחום יצור חלב לשתיה, מוצרי חלב ושיווקם.

30. אין ספק כי נתח השוק של המשיבה בשיווק שמנת חמוצה בכלל ובשמנת נשוא התובענה דנן, עולה על מחצית, ולאורך כל תקופת התובענה. בשלב זה של בקשת אישור, די בכך לבסס את היותה בעלת מונופולין.
31. הממונה על ההגבלים העסקיים עשה שימוש בסמכותו והכריז על היות המשיבה בעלת מונופולין, ובכך הוכיחה המבקשת את מעמדה של תנובה ככזה.
32. הוכח כי המשיבה מחזיקה בנתח שוק העולה על מחצית, מה שמכניס אותה לגדרי מונופולין אף ללא הכרזתה ככזה.
33. <u>לאור האמור לעיל יש לקבוע כי המשיבה הינה מונופולין</u> .

ה. <u>חובותיו של מונופולין</u>

34. קיומו של מונופולין מנוגד לקיומה של תחרות חופשית המתאפיינת במלחמה על כיסו של הצרכן.
35. ראה דברי כבוד השופטת אסתר שטמר עת אישרה בקשת אישור בעילה של גביית מחיר בלתי הוגן על ידי בעל מונופולין , בת"צ 46010-07-11 **נאור נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ ואח'** (נבו, 5/4/2016) (עניין נאור-תנובה):

" 7. מונופולין הוא ריכוז של יותר ממחצית פעילות כלכלית בתחום מסוים בידי אדם אחד, שהוא בעל המונופולין (סעיף 26 בחוק ההגבלים העסקיים). אין איסור בחוק על קיומו. אדרבא, ניתן להניח שקיומו עולה בקנה אחד עם תהליכים עסקיים וצרכניים, וקיומו אף עשוי להועיל לרווחה החברתית. אך על מנת שכך יהיה מוסדרת פעילות המונופולין בחוק ההגבלים העסקיים, בין באסדרה עצמית שהפרתה עלולה לגרור תרופות אזרחיות כאמור בסעיפים 29, 29א, בין באסדרה ע"י הממונה (סעיפים 27, 30) ועל ידי בית הדין להגבלים עסקיים (סעיפים 30א, 31).

הגבלת כוחו של מונופולין היא צורך כלכלי חברתי מובן, הנובע מעצם כוחו של בעל המונופולין לקבוע קביעות חד צדדיות בשוק. הכוח הבלתי מוגבל של בעל המונופולין עלול לפגוע בתחרות חפשית, אשר נחשבת אינטרס ציבורי, ואף אחד מביטויי חופש הביטוי והשמירה על הדמוקרטיה (דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ פ"ד נו(1) 56, 78 (2001); רע"א 371/89 אילן ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 328-327 (1990)).

פעילות מונופוליסטית עלולה להביא להקצאה בלתי יעילה של עושר, בעוד שמחיר תחרותי יכול לתקן את חוסר היעילות, אם גם לא באופן מושלם. מקובל להניח כי תחרות חפשית תורמת לקביעת מחירי שוק "נכונים".

ככל שהתחרות מוגבלת יותר, כך מחזיק בעל הנכס או השירות בכוח משמעותי יותר להשפיע על מחיריהם. בודאי כך כאשר עסקינן בבעל מונופולין . בהקשר זה מטרתם של דיני ההגבלים העסקיים היא להביא לאיזון טוב יותר, ולהגבלת יכולתו של בעל המונופולין לנצל לרעה את מעמדו, ובכך להפחית את התחרות או לפגוע בציבור. כאמור בסעיף 29א(א) בחוק הגבלים עסקיים:

"בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור".

36. בעל מונופולין מחוייב, מכוח החוק, לאפשר תחרות חופשית בשוק בו הוא פועל למרות כוחו, למרות שביכולתו למנוע אותה הודות לעוצמה שצבר; למעשה, החוק מחייבו לנהוג בניגוד לנטייה הטבעית של עסק שמונע מרווחיות.
37. המחוקק לא השאיר את התחרות החופשית בשוק בו קיים מונופול, לטוב לבו או לרצונו הטוב של בעל המונופולין. הוא קבע איסור כללי בסעיף 29א(א) לחוק- איסור לנצל את מעמדו לרעה באופן העלול להפחית

את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור; ובנוסף קבע איסור ספציפי בסעיף 29א(ב)(1) לחוק- חזקה לפיה בקביעת מחירי קנייה או מכירה בלתי הוגנים (מופרזים) נוצל המעמד לרעה.

38. בהתקיים מונופול, תמחור המוצרים בכלל השוק אינו נקבע לפי כללי התחרות החופשית. המונופולין מחזיק בדי כוח בכדי לקבוע למוצר מחיר גבוה המגלם רווחיות מופרזת ובלתי הוגנת (או מחיר נמוך- טורפני- שלא יאפשר למתחריו להשתתף בתחרות) ולאכוף מחיר זה באמצעות שליטה בנתח שוק הבא לידי ביטוי בשטחי מדף ברשתות השיווק, בנאמנות של הצרכנים, בדריסת רגל בנקודות מכירה ועוד (ביתר שאת כשמדובר במוצרים חיוניים כמו בעניינו).

39. בדרך זו משפיע המונופולין לא רק על מחיר המכירה של מוצריו שלו, **<u>אלא על המחיר בשוק כולו</u>**. אם יקבע מחיר מופרז, **<u>יש ביכולתו למשוך גם את מתחריו המעטים כלפי מעלה</u>**. סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים אוסר על מונופולין לנצל לרעה את מעמדו:

ניצול מעמד לרעה (תיקון מס' 2)

"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;

(2) צמצום או הגדלה של כמות הנכסים או היקף השירותים המוצעים על-ידי בעל מונופולין, שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת;

(3) קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסויימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם;

(4) התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות.

הוראות סעיף קטן זה באות להוסיף על הוראות סעיף קטן (א)."

40. השאלה העקרונית נדונה ולובנה לעומק על ידי כבוד השופט פרופ' עופר גרוסקופף בת"צ 41838-09-14 **ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח בע"מ** (נבו, 29/1/2017). מסקנתו, יאמר כבר כעת הייתה:

"12. סיכומו של דבר, העמדה המקובלת כיום, שהיא גם עמדתי, היא שהמשפט הישראלי (בדומה לדיני התחרות שבמשפט הקהילה האירופאית, ובשונה מהדין בארה"ב) קובע איסור, המעוגן בהוראת <u>סעיף 29א.(ב)(1)</u> לחוק ההגבלים, על גביית מחיר מופרז על ידי מונופול".

41. הציטוט מפס"ד המאשר את הסדר הפשרה שגובש נרחב, אך יובא כלשונו בהיותו מקיף ומנומק היטב:

9(א) האם המשפט הישראלי מכיר בעילה של גביית מחיר מופרז על ידי מונופולין?

*עניין זה מצוי היה עד לאחרונה במרכזו של וויכוח משפטי, אשר התנהל סביב גילוי דעת 1/14 "**האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין**" (מצ"ב כנספח 4, הח"מ) שניתן על ידי הממונה הקודם על ההגבלים העסקיים, פרופ' דויד גילה, ביום 9.4.2014 (להלן: "**גילוי דעת 1/14**"). גילוי דעת 1/14 יוצא מנקודת ההנחה כי החזקה החלוטה הקבועה <u>בסעיף 29א.(ב)(1)</u> לחוק ההגבלים, לפיה יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק במקרה בו יקבע "**רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין**", מתייחסת הן למחיר נמוך (תמחור טורפני) והן למחיר גבוה (תמחור מופרז). ובלשון גילוי דעת 1/14: "**מחיר בלתי הוגן עשוי להיות מחיר נמוך באופן בלתי הוגן, המעורר חשש לדחיקת מתחרים מן השוק, או מחיר גבוה באופן בלתי הוגן – דהיינו, מחיר מופרז – המקנה לבעל המונופולין רווחים גבוהים באופן משמעותי מאלו שהיה בכוחו לגרוף בתנאי שוק***

__תחרותי__". בהמשך חוות הדעת מתווה הממונה על ההגבלים העסקיים את אופן יישומו ואכיפתו של האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי רשות ההגבלים העסקיים.

גילוי דעת 1/14 לא היה מקובל על כל העוסקים בתחום, והיו שיצאו נגדו, הן לעניין עצם ההכרה בעילה של גביית מחיר מופרז הן לעניין דרכי היישום והאכיפה שפורטו בו (לנימוקי המתנגדים ראו מיכל (שיצר) גל והילה נבו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" __משפטים__ מה 277 (2015). לתשובה למתנגדים ראו דיויד גילה, "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" __משפטים__ מה 761 (2016)).

10. ואולם, במרוצת הזמן השתרשה בהכרה המשפטית התפיסה כי בעוד שניתן (ובעניינים מסויימים גם ראוי) לחלוק על דרכי היישום והאכיפה שפורטו בגילוי דעת 1/14, הרי __שאין לחלוק על נכונות קביעת הממונה על ההגבלים כי העילה של תמחור מופרז על ידי בעל מונופולין היא חלק מהמשפט הישראלי הנוהג.__

תפיסה זו מבוססת על ארבעה אדנים יציבים, אשר האחד מבסס את רעהו:

__ראשית__, הלשון בה נקט המחוקק בחוק ההגבלים מבהירה באופן חד כי כוונתו הייתה לקבוע איסור הן על תמחור המדיר מתחרים (תמחור טורפני) והן על תמחור המנצל לקוחות (תמחור מופרז). ביטוי לכך ניתן למצוא כבר בכך __שסעיף 29א.(א)__ לחוק אוסר הן על ניצול לרעה של מעמד בשוק "__העלול להפחית את התחרות בעסקים__" (קרי מדיר מתחרים) והן על ניצול לרעה העלול "__לפגוע בציבור__" (קרי, כזה שאין לו בהכרח השפעה על התחרות). ואולם, ברורה מכך הלשון בה נקט המחוקק __בסעיף 29א.(ב)(1)__ לחוק ההגבלים בעת קביעת האיסור עצמו: "__קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים__". אין זה מתקבל על הדעת כי בלשון "__בלתי הוגנים__" התכוון המחוקק רק למצב בו המחיר שנקבע הוא "טוב מדי" מבחינת הלקוח (קרי, מכירה במחיר נמוך מהעלות השולית או קניה במחיר גבוה מהתועלת השולית). ודוק, אילו לכך התכוון המחוקק, יש להניח כי היה משתמש במינוח המקובל בתחום לתמחור הפוגע בתחרות - "תמחור טורפני" (preadetory pricing), ולמצער כי היה מוסיף תנאי המבהיר כי הכוונה למקרים בהם התמחור חוסם כניסת מתחרים. המסקנה המתבקשת מלשון החוק היא, אם כך, שהמחוקק רצה להגביל הן תמחור מדיר מתחרים והן תמחור המנצל לקוחות.

*__שנית__, מקור ההשראה המרכזי __לסעיף 29א.__ לחוק ההגבלים הוא הוראת דיני התחרות האירופאים, וזאת כפי שמפורש בדברי ההסבר להצעת חוק (הצעת חוק 2446 מיום 14.11.1995: "__מומלץ לאמץ את שיטות הפיקוח על הגבלים עסקיים המקובלות במדינות אחרות (ובמיוחד בשינויים המחוייבים, את תוכנית הפיקוח הקבועה בדיני הקהילה האירופית המשותפת__...)"), וכפי שניתן ללמוד בנקל מהשוואה בין לשונו של __סעיף 29א.__ לחוק ההגבלים, ללשון סעיף 102 של ה- **Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (בעבר, סעיף 82 לאמנה):***

> *Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States. Such abuse may, in particular, consist in:*
>
> *(a) Directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;*

אין חולק כי האמנה האירופית פורשה על ידי בית הדין האירופאי לצדק (European Court of Justice) כמתייחסת גם לגביית מחיר מופרז על ידי פירמה דומיננטית (ראו, למשל, Case 26-75 General

*Motors Continental N.V. v. Commission, 1975 ECR 1367; Case 27/76 United Brands Co. B.V. v. Commission, 1978 ECR 207; Case 226/84 British Leyland plc. V. Commission, 1986 ECR 3263; Frederic Jenny, Abuse of Dominance by Firms Charging Excessive or Unfair Prices: An Assessment at pp.4 -18 (15/9/2016) available at http://www.antitrust.gov.il/files/34246/Excessive%20prices%20Final%20%20Signed%20Sept%2015%202016.pdf. להלן: "**חוות דעת Jenny**"). פרשנות זו, שנקבעה עוד בטרם נחקק סעיף 29א. לחוק ההגבלים, ואשר בוודאי עמדה לנגד עיני המחוקק הישראלי, היא לפיכך בעלת משקל לעניין פרשנות סעיף 29א.(ב)(1) לחוק ההגבלים.*

***שלישית**, תכליתו הרחבה של חוק ההגבלים היא להגן על ציבור מפני פרקטיקות עסקיות הפוגעות ברווחה החברתית. האמצעי המרכזי בו אוחז החוק להגשמת תכלית זו הוא שימור וקידום התחרות החופשית, וזאת בהתבסס על התפיסה הכלכלית כי תחרות משוכללת מביאה למקסום הרווחה החברתית. ואולם בחלק מאותם מקרים (ובמציאות הישראלית אין הם מעטים) בהם מבנה השוק מונע היווצרותו של שוק תחרותי, הקנה המחוקק לרשות ההגבלים העסקיים ולבתי המשפט כלים משלימים המאפשרים להתמודד עם פרקטיקות עסקיות הפוגעות ביעילות המשקית. האיסור על ניצול מעמד לרעה על ידי בעל מונופולין הוא דוגמא מובהקת לכך. ביסודו עומדת התפיסה כי קיומו של מונופולין הוא לעיתים מציאות שאין אפשרות לשנותה, ועדיין, מן הראוי להבטיח כי הפגיעה הציבורית ממנו לא תהיה חריגה. ודוק, במשקפי היעילות נזקו המרכזי של התמחור המופרז הוא היווצרותו של מה שנהוג לכנות "הנטל העודף" (deadweight loss), דהיינו ההפסד הנובע משלילת המוצר או השירות מצרכנים שמפיקים ממנו תועלת העולה על עלותו למונופול, אבל נמוכה מהמחיר בו הוא מתומחר על ידי המונופול.*

***רביעית**, האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי מונופולין הינו ביטוי קונקרטי, בתחום ההגבלים העסקיים, של האיסור הכללי המוטל במשפט הישראלי על ניצול לרעה של עמדת כוח על מנת להשיג תנאי התקשרות החורגים מהמקובל וההוגן, או במילה אחת, עושק. לאיסור זה ביטוי בתחום דיני החוזים (סעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973)), בחקיקה הצרכנית (סעיף 3 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א – 1981; סעיף 4 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א – 1981, סעיף 58 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח) ואף במשפט הפלילי (סעיף 431 לחוק העונשין, תשל"ז – 1977). מהיבט זה, ההוראה כי מונופול, דהיינו מי שלרשותו עומד כוח שוק ייחודי, לא יגבה מחיר מופרז, מבטאת מדיניות המתייחסת לא רק לשיקולי יעילות (מניעת deadweight loss) כי אם גם לשיקולי צדק חלוקתי (חלוקה הוגנת של רווחי העיסקה בין המונופולין ללקוחותיו).*

11. על כך שהוויכוח כיום איננו על עצם קיומה של עילת התביעה בגין גביית מחיר מופרז על ידי מונופול, אלא על ההיקף הראוי שיש לתת לנורמה משפטית זו, ניתן ללמוד ממספר מקורות:

***ראשית**, פסיקת בית המשפט העליון מהשנה האחרונה, הגם שטרם קבעה זאת ב"רחל בתך הקטנה", נותנת רוח גבית לגישה המכירה בקיום העילה.*

*בפסק דינו בבג"צ 4374/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, [פורסם בנבו] פסקה פ"ב (ניתן ב- 27.3.2016) מציין המשנה לנשיאה, השופט אליקים רובינשטיין, באמרת אגב כי: "**לפי חלק מהעמדות, סעיף 29א.(ב)(1) כולל גם איסור על קביעת מחיר גבוה ממחיר השוק על-ידי בעל מונופולין; ובדומה לדברי הרמב"ם, תוך התאמה מתבקשת לימינו אנו: "חייבין בית דין להעמיד שוטרים בכל מדינה ומדינה ובכל פלך ופלך... וכל מי שמפקיע את השער ומוכר ביוקר – מכין אותו***

וכופין אותו ומוכר כשער השוק" (רמב"ם גניבה (פרק ח', הלכה כ')....) אשר לישראל, ניתן לראות ניצני תמיכה בגישה האירופית... מכל מקום, עניינו אינו המקום להכריע בשאלת פרשנות הסעיף".

ביום 29.3.2016 נתנה השופטת אסתר חיות החלטה ברע"א 8224/15 ***תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל נ' זליכה*** *[פורסם בנבו] (להלן: "**עניין תנובה**"), בה הורתה על גילוי מסמכים במסגרת תובענה ייצוגית שעסקה בטענה לגביית מחיר מופרז על ידי מונופול. במסגרת פסק דינה התייחסה השופטת אסתר חיות לטענת המשיבה (תנובה) 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**", וציינה כי "**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 (ראו: רע"א 2616/03 ישראכרט בע"מ נ' רייס, פ"ד נט(5) 701, 711 – 713 (2005)) והיא אף אינה רצויה בהינתן עמדתו של הממונה על ההגבלים העסקיים בנושא**".

בהחלטה על צו ביניים בבג"צ 4214/16 ***נאור נ' הרשות להגבלים עסקיים*** *[פורסם בנבו] (החלטה מיום 9.6.2016. העתירה נמחקה והצו בוטל בהסכמה ביום 28.9.2016) ציין השופט חנן מלצר כי החלטת רשות ההגבלים להימנע מפעולה לפי גילוי דעת 1/14 עד להשלמת הבחינה המחודשת שלה "**איננה מתיישבת לכאורה עם מה שעולה מהחלטות שיפוטיות תקפות**" (תוך שהוא מפנה גם להחלטת השופטת חיות בעניין* ***תנובה***).

ודוק, שלושת האמירות הללו נאמרו בזהירות הראויה (הנובעת מכך שהנושא לא היה טעון הכרעה על ידי בית המשפט העליון), ואין הן מהוות הלכה מחייבת. ואולם האמירות הללו משדרות מסר חיובי מבחינת הנכונות להכיר בעילת התביעה של תמחור מופרז על ידי מונופול. (ההדגשה עי"י החי"מ, א.ב.ע).

***שנית**, בהחלטה תקדימית, מפורטת ומנומקת היטב, קבעה חברתי, השופטת אסתר שטמר, כי במשפט הישראלי מוכרת עילה של גביית מחיר מופרז על ידי מונופול, ואישרה ניהול תובענה ייצוגית נגד תנובה בעניין המחיר שגבתה ביחס לקוטג' מתוצרתה (ת"צ (מרכז) 46010-07-11 נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ [פורסם בנבו] (ניתן ב- 5.4.2016) (להלן: "עניין **נאור נ' תנובה**")).*

וכך סיכמה השופטת שטמר את עמדתה בענין זה:

לאור הטיעונים שלעיל, לדעתי לשון החוק ותכליתו תומכות יותר בפרשנות רחבה של סעיף 29א, שאינה מוגבלת לעילת תמחור טורפני בלבד. כאמור בו, הסעיף חובק את כל העילות של ניצול לרעה של מעמדו של מונופולין בשוק באופן שעלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור, לרבות עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן שעומדת בבסיס בקשת אישור זו.

עמדתה של השופטת שטמר בסוגיה זו מקובלת גם עלי. דעתי כדעתה, ונימוקיי כנימוקייה.

***שלישית**, הממונה הנכוחית על רשות ההגבלים העסקיים, עו"ד מיכל הלפרין, החליטה, זמן קצר לאחר שהחליפה בתפקיד את פרופ' דיוויד גילה, לקיים שימוע, שתכליתו בחינה מחודשת של גילוי דעת 1/14. בחינה זו נדרשה, לפי הסברי רשות ההגבלים העסקיים, מאחר ש"**מאז פורסם גילוי דעת 1/14 הוא היה נתון לויכוח ציבורי רחב הן באשר לעצם קביעת האיסור, הן באשר לשאלה מהו מחיר בלתי הוגן גבוה והן באשר לנמל המבטחים שנקבע בו**". הליך זה טרם הסתיים, ואולם ביום 21.9.2016 פירסמה הממונה טיוטה חדשה של גילוי הדעת שבכוונתה לפרסם, וזאת בשים לב לעמדות השונות שהוגשו, חוות דעת*

*Prof. Frederic Jenny, מומחה בינלאומי להגבלים עסקיים ותחרות, שהוזמנה על ידי הרשות ("**חוות דעת Jenny**") והליך הפקת לקחים פנימי מהניסיון שנצבר ברשות (להלן: "**טיוטת גילוי הדעת**". הציטוט לעיל ולהלן מתוך הטיוטה). טיוטת גילוי הדעת, ככל שתאומץ, תביא לשינויים משמעותיים במדיניות האכיפה של רשות ההגבלים העסקיים בנושא של תמחור מופרז. ואולם נקודת המוצא הנורמטיבית של טיוטת גילוי הדעת, אינה שונה, מנקודת המוצא של גילוי דעת 1/14: "**גביית מחיר בלתי הוגן גבוה עשויה, בנסיבות המתאימות, להיות עילה לניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי**".*

<u>מכאן שגם לאחר בחינה מחודשת, עמדת רשות ההגבלים העסקיים בשאלה הנורמטיבית העקרונית נותרה בעינה, סעיף 29א.(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים חל גם על תמחור מופרז</u>. (ההדגשה הוספה ע"י החו"מ, א.ב.ע).

*12. **סיכומו של דבר**, העמדה המקובלת כיום, שהיא גם עמדתי, היא שהמשפט הישראלי (בדומה לדיני התחרות שבמשפט הקהילה האירופאית, ובשונה מהדין בארה"ב) קובע איסור, המעוגן בהוראת <u>סעיף 29א.(ב)(1)</u> לחוק ההגבלים, על גביית מחיר מופרז על ידי מונופול. זירת המחלוקת כיום היא בשאלה כיצד יש לפרש ולאכוף איסור זה. בסוגיות אלו קיימים חלוקי דעות לגיטמיים, המאפיינים את השלב ההיולי בו מצוי הדיון השיפוטי והרגולטורי בעילה זו. ואולם, לצורך אישור הסדר הפשרה שלפניי, די באמור לעיל כדי ללמד כי יש עיגון נורמטיבי לעילת התביעה עליה מבוסס הסדר הפשרה."*

42. גילוי הדעת 1/14 (**נספח ג'** המצ"ב) של פרופ' גילה הממונה על ההגבלים העסקיים משנת 2014, המוזכר בפס"ד וויינשטיין שלעיל, קבע כאמור כי תמחור המגלם רווח העולה על 20% הינו תמחור בלתי הוגן ומופרז, המשקף ניצול לרעה של כוח המונופול.

43. למען הסדר הטוב יובהר, כי בחודש ינואר 2107 הוציאה מחליפתו של פרופ' גילה עו"ד מיכל הלפרין, גילוי דעת באשר ליישום גילוי הדעת משנת 2014. גילוי דעת 1/17 (**נספח ד'** המצ"ב) **מבהיר כי אין בכוונת רשות ההגבלים לבצע אכיפה מנהלית נגד מי שגובה מחיר מופרז. כתוצאה, האכיפה הבלעדית נותנה כעת בידי אזרחים, במסגרת אכיפה פרטית תוך שימוש בתובענה הייצוגית.**

44. סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים קובע כי בהינתן מונופולין המנצל כוחו לרעה ועלול לפגוע בציבור, קמה למבקשת ולקבוצה עילה נזיקית: ***"50 (א) דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות חוק זה, כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]".***

45. בקשת האישור מוגשת בהתאם לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, פרטים 1 ו-4, מכוחם מוקנית למבקשת **ולקבוצה האפשרות להגיש תובענה ייצוגית:**

"1. תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו.

4. תביעה בעילה לפי חוק ההגבלים העסקיים."

46. המשיבה הינה מונופולין, היא קובעת את מחירי המוצרים בשוק הנבחן ומושכת אותם כלפי מעלה. היא בוחרת לקבוע מחירים גבוהים באופן בלתי סביר ובלתי הוגן, רק משום כוחה הרב בשוק.

47. בבחירתה זו היא מפרה את סעיף 29 לחוק בשני נדבכיו. את נדבך האיסור הכללי- איסור ניצול כוחה כמונופולין לרעה, היא מפרה בפרקטיקה כוחנית ומניפולטיבית, שבאה לידי ביטוי למשל בשנים ארוכות של

שליטה בשוק על כל המשתמע מכך; ואת נדבך האיסור הקונקרטי, איסור גביית מחיר בלתי הוגן עבור מוצריה היא מפרה בכך שהיא קובעת מחירים גבוהים המניבים לה רווחיות מופרזת.

48. למרות שהדברים כבר הובהרו לעיל, נחדד שוב את הנקודה החשובה- האיסור על גביית מחיר לא הוגן משמעותו, בין היתר, גביית מחיר מופרז.

49. ראה החלטת ביהמ"ש העליון, כבוד השופטת אסתר חיות, בע"א 15/8224 **תנובה בע"מ נ' ירון זליכה** (נבו, 29/3/2016) (עניין זליכה-תנובה) **:***" 15. 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 (ראו: עניין רייס, בעמ' 711-713) **והיא אף אינה רצויה בהינתן עמדתו של הממונה על ההגבלים העסקיים בנושא**."*

מכך, שביהמ"ש העליון הכיר בעילת לגביית מחיר מופרז כעילה נגד בעל מונופולין המנצל מעמדו המונופוליסטי בשוק לרעה, וקביעה זו מתיישבת אף עם קביעת הממונה על ההגבלים העסקיים.

כך נקבע כאמור גם בעניין נאור-תנובה- גביית מחיר מופרז הינה אחת מעילות ניצול כוחו של מונופולין לרעה: *"לאור הטיעונים שלעיל, לדעתי לשון החוק ותכליתו תומכות יותר בפרשנות רחבה של סעיף 29(א), שאינה מוגבלת לעילת תמחור טורפני בלבד. כאמור בו, הסעיף חובק את כל העילות של ניצול לרעה של מעמדו של מונופולין בשוק באופן שעלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור, לרבות עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן שעומדת בבסיס בקשת אישור זו".*

כן ראה דברי כבוד המשנה לנשיא, השופט רובינשטיין בבג"ץ 15/4374 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלה ישראל** (נבו).

50. <u>לאור האמור לעיל יש לקבוע כי גביית מחיר גבוה מופרז הינה ניצול כוח מונופוליסטי לרעה, המהווה עילת תביעה מוכרת בדין הישראלי</u>.

<u>ו. גביית מחיר מופרז על ידי המשיבה</u>

51. בראשית הדברים בעניין זה יש להבהיר מספר נקודות חשובות.

52. בקשת האישור מוגשת בעילה של גביית מחיר גבוה ומופרז עבור שמנת חמוצה 9% ושמנת חמוצה 27%, כאשר הראיות להיות המחיר שלהן מופרז נמצאות בשיעורי רווחיות גבוהים במיוחד כפי העולה מנתוני המחירים של השמנת בפיקוח והשמנות מתוצרת המשיבה. כמובן, שקיימים פערי מידע גדולים ומשמעותיים בין המבקשת למשיבה. המבקשת פנתה למומחה אשר בחן ובדק ככל שניתן ותוך השקעה ושקידה ניכרת, את מחירי מוצרי המשיבה ואת רווחיותה. ממצאיו מעידים על גביית מחיר בלתי הוגן המניב רווחיות מופרזת, חוו"ד המצ"ב מהווה לכל הפחות ראיה לכאורה כי המשיבה ניצלה את מעמדה המונופוליסטי וגבתה בעבור מוצרי השמנת החמוצה 9% ו- 27% מחיר דבוה מופרז ובלתי הוגן מחברי הקבוצה.

53. בשלב זה של בקשת האישור מהווה חוו"ד הוכחה ברמה הנדרשת לכך שהמשיבה ניצלה מעמדה לגביית מחיר גבוה בלתי הוגן, וראיה מספקת כי לכאורה קיימת אפשרות סבירה ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה.

54. ויוזכר כי המחיר שנקבע בפיקוח לשמנת 15% מתוצרת המשיבה, הינו מחיר הכולל כסוי כל עלויות היצור, לרבות, עלויות חומרי גלם, חרושת, עבודה, הוצאות הנהלה וכלליות, אריזה ועוד, ובתוספת רווח הוגן המשקף תשואה של 6%-12% להון הפעיל המושקע ביצור אותו מוצר, קרי רווח ראוי בהתאם לתמחור שנקבע בדוח סוארי משנת 1996, אשר בדק את רמת הרווחיות למוצרים הנמצאים בפיקוח מחירים.מכאן יש לקבוע כי המחיר ההוגן למוצרים שמנת חמוצה 9% ו-27% כולל רווח ראוי למשיבה, צריך לעמוד על מחיר דומה למחירו של מוצר העוגן- שמנת חמוצה 15% בפיקוח.

55. מכאן וכפי שנקבע בחוו"ד, אין ולא יכול להיות ספק, כי מחירייהם של שמנת 9% ו-27%, משקפים תשואה גבוהה מוגזמת על ההון, וכל זאת לאורך שנים ובאופן קבוע ומתמשך, המהווה ראיה לכך שהמשיבה ניצלה מעמדה המונופוליסטי לגביית מחיר גבוה בלתי הוגן, בעבור מוצרים אלה.

56. ראה לעניין זה את קביעתו של המומחה מר סלע קוקלר בחוו"ד המצורפת, בעניין המחיר המקסימאלי בו יש למכור את המוצרים שמנת חמוצה 9% ו-27%.

57. לא זו אף זו שמחירי המוצרים שמנת 9% ושמנת 27% היו גבוהים מדיי עוד בשנת 2008 ביחס לשמנת 15% בפיקוח. **מאז שנת 2008 ועד שנת 2018, <u>ירד</u> מחירה של שמנת מפוקחת בכ- 4%. באותו הזמן <u>עלו</u> מחיריהן של שמנת 9% שומן ו- 27% שומן, בשיעור רב שנתי מצטבר של כ- 28.3% וכ- 19.1% בהתאמה. היה מצופה מהמשיבה כי באם עלויותיה ביצור השמנת החמוצה קטנו עם השנים , ובעקבות כך הורידה וועדת המחירים את מחיר המוצר שמנת 15% בפיקוח, כי ירדו בהתאם גם מחירייהם של המוצרים שאינם בפיקוח, שמנת חמוצה 9% ו-27%, נתון זה לבדו מראה כי המשיבה מנצלת מעמדה המונופוליסטי לגביית מחיר גבוה בלתי הוגן, ובמקום להוריד את מחירי המוצרים כאשר עלויותיה קטנות, היא מנצלת מעמדה המונופוליסטי ומעלה את מחירי המוצרים שאינם בפיקוח בעשרות אחוזים.**

עותק מדו"ח סוארי לבדיקת רמת רווחיות מוצרים הנמצאים בפיקוח מחירים מצ"ב **כנספח ה'.**

58. **אין ולא יכול להיות ספק כי המשיבה מנצלת את הביקוש הקשיח למוצרי השמנת החמוצה שלה , בהיותה שולטת במעל 80% ממכירת שמנת חמוצה בישראל, אין ספק כי ניצול הביקוש הקשיח מתבטא בגביית מחיר גבוה מופרז בגין מוצרים אלה שאינם בפיקוח.**

59. **גם בעניין מבחן הרווחיות, אין ולא יכול להיות ספק, כי רמת הרווחיות במוצרים השמנת מתוצרת המשיבה 9% ו-27% הינם גבוהים בצורה מוגזמת, במבט פשוט יראה גם מי שאינו כלכלן, כי מחירם של מוצרים אלה הגבוהים ב-75% וב- 100% בייחס למחיר המוצר שמנת 15% שהינו מוצר בפיקוח (כאשר מחיר זה כולל בתוכו כבר רווח ראוי ותשואה הולמת על ההון), מצביעים על רמות רווחיות הגבוהות במאות אחוזים מהרווחיות ההוגנת הכלולה במחיר המפוקח שנקבע למוצר העוגן – שמנת 15%.**

60. כפי שקבע ביהמ"ש העליון, ברעא 8224/15 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' פרופ' ירון זליכה** (נבו, 29/3/2016)- בתובענה ייצוגית המוגשת מכוח חוק ההגבלים העסקיים, יש מקום והצדק לדרוש גילוי מסמכים כבר בשלב בקשת האישור. זאת מאחר שהנתונים האמיתיים והמלאים באשר לרווחיות- הפער בין עלות הייצור לבין מחיר המוצר נמצאים בלעדית אצל המשיבה. בקצרה, ביהמ"ש העליון אישש את קביעת ביהמ"ש המחוזי (כבוד השופטת בזק-רפפורט ת"צ 57534-02-14 ובת"צ 43206-10-14 (נבו 1.11.2015) באמרו:

"12. (.....) בגילוי הדעת שפרסם הממונה על ההגבלים העסקיים בנושא גביית מחיר מונופוליסטי מופרז הוא מציין <u>כי השיטה העיקרית לזיהוי מחיר כאמור</u>, אותה תיישם רשות ההגבלים העסקיים

בבואה לבחון את סבירותו של מחיר הנגבה על ידי מונופולין , <u>היא כימות הפער בין מחירו של המוצר ובין עלות ייצורו</u> (ראו : גילוי דעת 1/14 "האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין " בעמ' 11-12 (94.2014) (להלן :גילוי הדעת)). כמו כן, טענה תנובה עצמה בתשובתה לבקשות האישור כי בחינת הפער בין מחירו של מוצר הנמכר על ידי מונופולין ובין עלות ייצורו הכרחית לשם קביעה כי המחיר הנגבה בעבורו מופרז (ראו : סעיף ז(1) (עמ' 49-51) לתשובתה של תנובה לבקשות האישור אשר צורפה כנספח 5 לבקשת רשות הערעור). בחוות הדעת הכלכלית שצורפה לבקשות האישור לא נערכה אמנם בחינה של הפער האמור, אך הטעם לכך – כפי שציין בית המשפט קמא – נעוץ בעובדה שיישומו של מבחן הפער דורש נתונים בנוגע לעלות ייצורם של המוצרים שבמחלוקת והמחיר בו נמכרו ואלה אינם זמינים למשיב (וראו לעניין זה : עמ' 12 לגילוי הדעת). על כן, העובדה שבחוות הדעת הכלכלית אשר צורפה לבקשות האישור לא נעשה שימוש במבחן הפער אינה מחייבת את המסקנה שהמידע והמסמכים שעל גילויים הורה בית המשפט קמא אינם דרושים להכרעה במחלוקת בין הצדדים, או כי יאפשרו הרחבת חזית. חשיבותו של מבחן הפער אינה שנויה במחלוקת ויתרה מכך, המשיב טען בבקשות האישור כי גם לפי מבחן הפער המחיר אותו גובה תנובה בגין המוצרים שבמחלוקת הוא מופרז (ראו : סעיף ו(1) לבקשות האישור שצורפו כנספחים 3 ו- 4 לבקשת רשות הערעור). על כן, אין לומר כי מסירת המידע והמסמכים הדרושים למשיב לשם ביסוס טענה זו תרחיב את חזית המחלוקת. ההיפך הוא הנכון – אי גילויים של מידע ומסמכים הדרושים לשם ביסוס אחת הטענות המרכזיות של המשיב הוא זה שיקשה על בית המשפט קמא להכריע במחלוקות בין הצדדים ויכביד על ההליך."

61. המסמכים והמידע שעל גילויים הורה ביהמ"ש המחוזי נדרשו כדי ליישם את מבחן הפער, שהוא המבחן העיקר להכרעה בשאלה המרכזית השנויה במחלוקת בין הצדדים- האם נגבה מחיר מופרז. לפיכך ברי כי מדובר במידע ובמסמכים אשר יש להם על פני הדברים חשיבות מובהקת להליך. בהקשר זה נדחתה טענת המבקשת כי העובדה שבחוות הדעת הכלכלית אשר צורפה לבקשות האישור לא נעשה שימוש במבחן הפער מחייבת את המסקנה שהמידע והמסמכים שעל גילויים הורה ביהמ"ש קמא אינם דרושים להכרעה במחלוקת בין הצדדים, או כי יאפשרו הרחבת חזית.

62. יפים לכך דברי כבוד השופטת אסתר שטמר בת"צ 46010-07-11 נאור-תנובה :

"לאור הטיעונים שלעיל, לדעתי לשון החוק ותכליתו תומכות יותר בפרשנות רחבה של סעיף 29א, שאינה מוגבלת לעילת תמחור טורפני בלבד. כאמור בו, הסעיף חובק את כל העילות של ניצול לרעה של מעמדו של מונופולין בשוק באופן שעלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור, לרבות עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן שעומדת בבסיס בקשת אישור זו. תמיכה בגישה זו עולה מדברי המשנה לנשיא, כבי' השופט א' רובינשטיין בבג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל [פורסם בנבו] פסקה פב' (27.3.2016) ותמיכה אפשרית גם בדברי כבי' השופטת א' חיות ברע"א 8224/15 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' פרופ' ירון זליכה [פורסם בנבו] פסקה 15 (29.3.2016).

הוכחת רמת מחיר גבוהה ובלתי הוגנת מהווה חזקה חלוטה לניצול לרעה של בעל המונופולין את מעמדו, באופן שעלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. כך נקבע בה"ע (י-ם) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, [פורסם בנבו] פ"מ תשנ"ט (2) 529 פסקה 57 (4.11.1999). אך ראה הבקורת במאמרם של איל שגיא, אמיר ונג "ניצול מעמד לרעה על-ידי בעל מונופולין – האומנם סעיף 29א(ב) לחוק ההגבלים העסקיים קובע חזקות חלוטות?" עיוני משפט כט(3) 590-547 (2006), שנכתב בעקבות ה"ע (י-ם) 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (29.4.2004). אין צורך בעניננו בהכרעה בשאלה אם חזקה

חלוטה מובעת בסעיף 29א(ב)(1) או רק חזקה ניתנת לסתירה, שכן לצורך החלטה בבקשה לאישור תובענה ייצוגית די בכך שקיימת חזקה, ולו לכאורית. "

63. המבקשת באמצעות המומחה, הגיעה לנתונים מתוך מקורות חיצוניים, אשר די בהם בכדי שבקשת האישור תתקבל. המבקשת הוכיחה ברמת ההוכחה הנדרשת; כימות וחישוב מדוייק- עיתויים בהמשך הדרך.

64. לשם בחינת שיעור הרווחיות האמיתי של המשיבה, כפי שהרחיב המומחה מטעם המבקשת, יש לבחון ולנתח את הנתונים שתציג בפני המבקשת ובאי כוחה, המשיבה. המומחה מטעם המבקשת התייחס לסוגייה זו בפרוטרוט בחוות"ד.

65. **<u>כל המבחנים המקובלים- הפער בין עלות הייצור מחיר המוצר, ניתוח רווחיות, השוואת מחיר המוצר למחירו בשווקים אחרים/בתקופות אחרות/למחירי מתחרים- כולם מורים על כך שמחירי המשיבה מופרזים.</u>**

66. <u>ראה בחו"ד המומחה:</u>

1.1 "זיהוי מחיר מופרז

1.1.1 המבחנים המקובלים

על פי הספרות המקצועית, וכן על פי עמדת הרשות ניתן לזהות מחיר מופרז על ידי המבחנים הבאים:

1. בחינת הפער בין מחיר המוצר לעלות הייצור שלו.

2. ניתוח שיעור הרווחיות לחברה המוכרת, ביחס לרווחיות המקובלת בענף.

3. השוואת מחיר המוצר למחירו:

א. בשווקים אחרים.

ב. בתקופות אחרות.

ג. למחירי מוצרים מתחרים זהים או דומים.

בגילוי דעת האחרון מטעם הרשות 1/17, חזרה הממונה על רשימת מבחנים אלו.

1.1.2 פסק דין נאור נגד תנובה

בפסק דין נאור נגד תנובה, השופטת שטמר, בוחנת מספר גישות ומבחנים לזיהוי מחיר מופרז, ולסיכום דבריה, קובעת כבוד השופטת, כי כאשר ניתן לבחון את השוואת מחירו של מוצר אל מול מוצר אחר, דומה בתכונותיו, באותו שוק, מחירם של מוצרים דומים אצל אותו יצרן, וכדומה, התשובה על מבחנים אלה "תביא ישירות למענה על השאלה המרכזית: האם בעל המונופולין גבה מחיר גבוה ממחירו של המוצר בתנאי תחרות" (עמוד 16 לפסק הדין).

1.1.3 מאמר של דיויד גילה 2018

דיויד גילה, במאמר שפורסם מתאר מסלול לבחינת קיום מחיר מופרז בשלושה שלבים: שלב ראשון הוא קביעת "מחיר תחרותי" בדרך של השוואה למוצרים דומים אחרים בשווקים קרובים. בשלב שני, יש לבחון האם ישנו פער משמעותי בין מחיר המונופול למחיר התחרותי. בשלב שלישי, במידה ונמצא פער משמעותי, יש לבחון האם הפער נובע כתוצאה מהשקעות ושיפורים במוצר שבוצעו על ידי המונופול, כך שרווח הצרכן הסופי לא נפגע, אם אם לאו.

על פי גילה, מבחן המבוסס על מדידת הפער בין מחירו של המוצר המסופק על ידי המונופול, לבין מחיר תחרותי שנמצא, הוא עדיף על פני המתודולוגיה של הערכת עלות הייצור עבור

המונופול, בתוספת רווחיות סבירה, וכל שניתן למצוא מחיר תחרותי שכזה, עדיף להשתמש במתודולוגיה זו.״

על כך ששיעורי הרווחיות של המשיבה מופרזים בכל קנה מידה ולפי כל בדיקה מקובלת, ראה בחוו״ד המומחה.

67. <u>לאור האמור לעיל, ולאמור בחוו״ד, יש לקבוע כי המשיבה גבתה מחיר גבוה מופרז, ובכך ניצלה את כוחה המונופוליסטי לרעה</u>.

ז. <u>לחברי הקבוצה עילת תביעה נגד המשיבה</u>

68. חברי הקבוצה הינם הצרכן הסופי, רוכשי מוצריה מרשתות השיווק.
69. **לעניין עילת תביעה של הצרכן העקיף ראה ת״צ 46010-07-11 נאור נ׳ תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע״מ ואח׳.**
70. כן ראה לעניין זה עמדת היועמ״ש בת.צ 10538-02-13 הצלחה נ׳ אלעל נתיבי אויר לישראל בע״מ ואח׳. המצ״ב **כנספח ו׳.**

71. מטבע הדברים, תמחור גבוה ומופרז של המוצרים משמעותו הוצאה כספית גדולה יותר בגינם.
72. בקשת האישור מוגשת על פי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק התובענות הייצוגיות, עניין שבין עוסק כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, לבין צרכן. הגדרת ״עוסק״ בחוק הגנת הצרכן כוללת מפורשות גם יצרן. לחברי הקבוצה, הצרכנים, זכות תביעה ייצוגית נגד המשיבה מכוח פרט זה.
73. זכות התביעה של צרכן סופי נגד היצרן אינה שנויה במחלוקת מאז אושרה בביהמ״ש העליון, תביעתו של לקוח שרכש במרכול חלב עמיד מתוצרת תנובה, בע״א 1339/97 **תנובה בע״מ נ׳ ראבי**, פ״ד נז(4)(673) 1999.
74. זכות התביעה קמה להם גם מכוח פרט 4, עילה מכוח חוק ההגבלים העסקיים.
75. עניין היריבות בין היצרן לבין הצרכן הסופי נדון לא אחת בפסיקה, והוכרע באופן חד משמעי במספר פס״ד מנומקים.
76. קביעתה בעניין קיומה של זכות התביעה של חברי הקבוצה, המכונים ״הצרכן העקיף״ (כאשר הקמעונאי הינו הצרכן הישיר של היצרנים- רשתות שיווק וכיוב׳) הינה חד משמעית. ראה בעניין נאור-תנובה, התייחסות לחוו״ד שניתנה בעניין מאת היועמ״ש, בתיק מתנהל אחר העוסק בתיאום מחירים:

*״39. עיקרה של עמדת היועץ המשפטי לממשלה, בחלקים הרלוונטיים לענייננו, היא **כי יש להכיר בעילת הצרכן העקיף** בקשר לעוולות תיאום מחירים משתי סיבות עיקריות: האחת – צרכן עקיף אינו בהכרח ניזוק עקיף. השנייה – מניעת האפשרות של הצרכן העקיף לתבוע (באמצעות הדוקטרינה הנ״ל) תביא לחסימת האפשרות לתבוע תובענות ייצוגיות בעילות הגבלים עסקיים, וכך לפגוע בקהל הצרכנים ובאכיפת דיני ההגבלים העסקיים בישראל.*

מובהר בחוות הדעת כי במקרים האופייניים, כאשר היצרן מעלה מחירים, ובעקבותיו גם הספק מעלה מחירים באופן חלקי, באופן מלא, או אף מעבר לתוספת המחיר שגובה היצרן – קמה לצרכנים עילת תביעה. גלגול תוספת המחיר על הצרכנים בלא יכולת לתבוע את נזקם תותיר את המעוול ללא סיכון, מה שמהווה תמריץ להפרה. אם תותר עילת תביעה ישירה בלבד, אזי גם אם יגישו הספקים תביעה (מה שמוטל בספק לנוכח המשך יחסיהם עם היצרן ובינם לבין עצמם) – עדיין יוכלו לתבוע את נזקם שלהם

בלבד, ולא את החלק שגלגלו על הצרכנים.

40. חוות הדעת מציעה לכלול את עילת הצרכן העקיף בגדר העוולה: סעיף 50 בחוק הגבלים עסקיים קובע כי דין מעשה או מחדל לפי החוק כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין. במסגרת הדין הנזיקי מוכר ניזוק עקיף כבעל זכות תביעה בתנאים שונים (ע"א 444/87 אלסוחה נ' עזבון דהאן פ"ד מד(3) 397, 431 (1990)). לעומת עילת הרשלנות, עוולת הפרת חובה חקוקה אינה מבחינה בין ניזוק ישיר לבין ניזוק עקיף, ככל שכל אחד מהם מוגן על ידי החוק הרלוונטי."

77. מסקנתה של כבוד השופטת, וקביעתה- לצרכן העקיף זכות תביעה של היצרן הגובה מחיר מופרז מהצרכן הישיר, שכן לא יכול להיות חולק על כך שהתמחור מגולגל לכיסו של הצרכן העקיף, זכות תביעה מכוח החוק:

"44. אני סבורה שאין מניעה בדין הישראלי כי הצרכן העקיף יתבע את המפר בנזיקין, כאמור לעיל. אשר לחשש כי המפר יאלץ לשלם מעבר לנזק שגרם: אחד מכללי היסוד בדיני הנזיקין הוא שאין המעוול נדרש לשלם יותר מכפי הנזק שגרם, או החזרת המצב לקדמותו (ראה למשל: ע"א 9474/03 יורם גדיש תשתיות ובנייה (1992) בע"מ נ' בהג'את מוסא [פורסם בנבו] פסקאות 9-8 (21.11.06)). שאלה זו נפתרת מדי יום באולמות בתי המשפט בתיקי נזיקין, ולא ראיתי להבחין תביעה זו דוקא.

יתרה מזו: קיים חשש אמיתי שהצרכן הישיר יימנע מתביעה, בעיקר משום היחסים הישירים עם הספק. כך, קבלת הדוקטרינה של הצרכן העקיף הנהוגה בארה"ב תביא לאכיפה חסרה בתחומים שונים, ואולי דוקא בתחומים החשובים יותר, שבהם כוח השוק של המשיב גדול יותר."

78. **<u>לאור האמור לעיל יש לקבוע כי למבקשת ולחברי הקבוצה זכות תביעה נגד המשיבה.</u>**

ח. <u>עילות התובענה</u>

79. למבקשת עילה אישית בתובענה. היא רכשה, ועודנה רוכשת, את מוצרי השמנת מהמשיבה במחיר גבוה ביותר, בשוק שאינו תחרותי.

80. כמוה גם כל חברי הקבוצה שייצוגה מתבקש.

81. מעשי המשיבה מקימים לחברי הקבוצה את עילות התביעה הבאות: ניצול לרעה של כוח על ידי המונופול- הפרת חובה חקוקה, עשיית עושר ולא במשפט.

ט. <u>עילת ניצול לרעה של הכוח המונופוליסטי ע"י גביית מחיר גבוה מופרז</u>

82. המשיבה מפרה חובה חקוקה מפורשת החלה עליה- חובה להימנע מניצול כוחה כמונופול, ובאופן קונקרטי- חובה להימנע מגביית מחיר מופרז עבור מוצריה. עילה זו הינה עילה נזיקית עצמאית כפי שנקבע בסעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים: ***"50 (א) דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות חוק זה, כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]".***

א. <u>ניצול מעמד לרעה של מונופולין</u>

(1) <u>קיומה של עילת "מחיר בלתי הוגן" בספרות המשפטית ובפסיקה הישראלית</u>

83. תכליתם העיקרית של דיני ההגבלים העסקיים היא להבטיח את התחרות החופשית במשק ובכך יש כדי לקדם את האינטרס של ציבור הצרכנים ליהנות ממוצרים באיכות טובה יותר במחירים סבירים (דנ"א 4465/98 **טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ**, פ"ד נו(1) 56, 80–81 (2001), וכן בג"ץ 588/84 **ק.ש.ר. סחר אזבסט בע"מ נ' יו"ר**

המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד מ(1) 29, 37–38 (1996)). בנוסף, התחרות החופשית, עליה מגנים דיני ההגבלים העסקיים, מגבירה את יעילות הקצאת המשאבים במשק, מעודדת את הצמיחה ואף תורמת לחלוקה צודקת יותר של ההכנסות במשק (צחי יגור **דיני ההגבלים העסקיים** (מהדורה שלישית, 2001), עמ' 46–47; וכן פסק דין **טבעול** הנזכר לעיל, עמ' 79. וכן עדי אייל "הבסיס הכלכלי לדיני ההגבלים העסקיים" **ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים** (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן, עורכים, 2009), עמ' 111–166). להרחבה ראו באלעד אופיר **תובענות ייצוגיות בישראל** 473-484 (בורסי, 2017). אחד מהמרכיבים העיקריים של מניעת כח שוק היא בחינת כוחו של מונופול ופיקוח עליו.

84. את הרציונל הכלכלי של מונופולין ביחס לדיני התחרות היטיבה לתמצת ולהסביר כב' השופטת שטמר בת"צ (מחוזי מר') 46010-07-11 **אופיר נאור נ' תנובה - מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** (פורסם בלאודאטה, 05.04.2016) (להלן: "פס"ד **תנובה**") עת אישרה בקשה לתובענה ייצוגית נגד תנובה בגין מחיר בלתי הוגן בשוק גבינת הקוטג' (דברים המתאימים לענייננו).

> "מונופול הוא ריכוז של יותר ממחצית פעילות כלכלית בתחום מסוים בידי אדם אחד, שהוא בעל המונופולין (סעיף 26 בחוק ההגבלים העסקיים). אין איסור בחוק על קיומו. אדרבא, ניתן להניח שקיומו עולה בקנה אחד עם תהליכים עסקיים וצרכניים, וקיומו אף עשוי להועיל לרווחה החברתית. אך על מנת שכך יהיה מוסדרת פעילות המונופולין בחוק ההגבלים העסקיים, בין באסדרה עצמית שהפרתה עלולה לגרור תרופות אזרחיות כאמור בסעיפים 29, 29א, בין באסדרה ע"י הממונה (סעיפים 27, 30) ועל ידי בית הדין להגבלים עסקיים (סעיפים 30א, 31).
> הגבלת כוחו של מונופולין היא צורך כלכלי חברתי מובן, הנובע מעצם כוחו של בעל המונופולין לקבוע קביעות חד צדדיות בשוק. **הכוח הבלתי מוגבל של בעל המונופולין עלול לפגוע בתחרות חפשית, אשר נחשבת אינטרס ציבורי, ואף אחד מביטויי חופש הביטוי והשמירה על הדמוקרטיה** (דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ פ"ד נו(1) 56, 78 (2001); רע"א 371/89 אילן ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 328-327 (1990)). פעילות מונופוליסטית עלולה להביא להקצאה בלתי יעילה של עושר, בעוד שמחיר תחרותי יכול לתקן את חוסר היעילות, אם גם לא באופן מושלם. מקובל להניח כי תחרות חפשית תורמת לקביעת מחירי שוק "נכונים".
> **ככל שהתחרות מוגבלת יותר, כך מחזיק בעל הנכס או השירות בכוח משמעותי יותר להשפיע על מחיריהם. בודאי כך כאשר עסקינן בבעל מונופולין**. בהקשר זה מטרתם של דיני ההגבלים העסקיים היא להביא לאיזון טוב יותר, ולהגבלת יכולתו של בעל המונופולין לנצל לרעה את מעמדו, ובכך להפחית את התחרות או לפגוע בציבור...
> בסעיף 29א(ב) פורטו המקרים שמקימים חזקה בדבר ניצול לרעה של מעמד המונופולין באופן שעלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. החזקה המנויה בסעיף 29א(ב)(1) עוסקת ב"קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין".

85. במרכז פסק דינה המעמיק מסבירה כב' השופטת שטמר כי עילת מחיר בלתי הוגן חלה כיום בדין הישראלי וכוללת גם מחיר בלתי הוגן גבוה, ולא רק מחיר טורפני. השופטת שטמר מביאה דעות מלומדים בארה"ב, אירופה וישראל, בוחנת את לשון החוק וההקשר המשפטי ואת תכלית החקיקה, ומסבירה כיצד המונופול מתעשר על חשבון הצרכנים. וכך בפסקה 18 בפס"ד **תנובה**:

> "תכליתו של סעיף 29א, שכותרתו "ניצול מעמד לרעה" היא לנטרל את הכוח העודף של המונופולין בקביעת מחיר, וזאת הן להגדלת רווחת הצרכנים ישירות, הן לקידום התחרות, שבתורה תוסיף לרווחת הצרכנים.
> קביעת מחיר גבוה באופן מופרז משיתה על הצרכנים מחיר נוסף שאינו תורם לרווחה בשוק: זהו מחיר שמעודד צריכה של מי שיכולים להרשות לעצמם תשלום כזה, ואינו מעודד תחרות, שכן פירמות חדשות לא תהיינה מעוניינות להיכנס לשוק שבו בעל המונופולין יכול לשנות את המחיר במחי יד. במלים אחרות, מחיר גבוה מופרז מגביר את הנטל העודף (deadweight loss), שהוא כשל מרכזי בשוק החפשי (גילה, פסקה 3). מחיר גבוה מביא גם להתעשרות של הפירמה ע"ח הצרכנים. השימוש בסעיף 29א נגד התופעה חשוב בעיקר על רקע הנתונים המיוחדים לישראל: שוק קטן יחסית, ריכוזי מאוד, בעל הסטוריה של שליטה ממשלתית ועל כן ריבוי מונופולים".

86. בגילוי דעת מס׳ 1/14 בדבר האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין (״גילוי דעת 1/14״). הממונה על ההגבלים העסקיים דאז, פרופ׳ דויד גילה, גילה דעתו במפורש, כי ״האיסור על קביעת רמת מחירים בלתי הוגנת כאמור בסעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים חל גם על קביעת מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין. **<u>בעל מונופולין אינו זכאי לרווח בלתי סביר על חשבון רווחת הצרכנים, גם אם הגיע אל מעמדו המונופוליסטי כדין</u>**״ (עמ׳ 9). וכן נאמר שם: ״**<u>ככלל, מחיר מופרז הינו מחיר העולה על המחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות</u>**״ (עמ׳ 10). אין כל ספק שהרווחים שעשתה הנתבעת כתוצאה מקו ת״א-מומבאי (ובטח ביחס לקווים אחרים דומים), וכן המחיר שנגבה שהוא גבוה לאין שיעור ממחיר תחרותי, שהיה נגבה בקו לו היתה בו תחרות, מוכיחים כי הנתבעת גבתה וגובה מחיר מופרז בקו זה.

87. בגילוי דעת 1/14 קבע פרופ׳ גילה הגנת ״נמל מבטחים״, שעיקרה, שבמקרה שהפער בין מחיר המוצר לעלות ייצורו אינו עולה על 20%, תימנע רשות ההגבלים העסקיים מלנקוט צעדי אכיפה בגין גביית מחיר מופרז. כפי שנוכיח להלן, נראה שכאן אל-על עברה את 20% הללו בעשרות אחוזים. וכך נאמר בגילוי הדעת (עמ׳ 2): ״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, <u>ומאלצת אותם לפנות למוצרים שאינם תואמים את צרכיהם באותה המידה או להימנע כליל מרכישה</u>. בנוסף, כתוצאה מן העובדה שהצרכנים משלמים מחיר גבוה מן המחיר התחרותי, <u>נוצרת העברת עושר מידי ציבור הצרכנים לבעל המונופולין</u>. גביית מחיר מופרז מלבה באופן חד ביותר את בעיית יוקר המחיה וטמונה בה פגיעה ישירה ומיידית בציבור הצרכנים״.

88. לבסוף, קובעת השופטת שטמר בפסקה 27 לפס״ד **תנובה** כך:

> ״לאור הטיעונים שלעיל, לדעתי לשון החוק ותכליתו תומכות יותר בפרשנות רחבה של סעיף 29א, שאינה מוגבלת לעילת תמחור טורפני בלבד. כאמור בו, <u>הסעיף חובק את כל העילות של ניצול לרעה של מעמדו של מונופולין בשוק באופן שעלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור, לרבות עילת המחיר הגבוה הבלתי הוגן שעומדת בבסיס בקשת אישור זו</u>״.

89. גם כב׳ השופט פרופ׳ גרוסקופף קבע כי עילה זו קיימת בדין הישראלי, עת ניתח נושא זה לאחרונה ואישר הסדר פשרה בתובענה ייצוגית, בגין העובדה שמפעלי ים המלח ניצלה לרעה את כוחה המונופוליסטי, על דרך של גביית מחיר מופרז ולא הוגן למוצר האשלג, בת״צ (מחוזי מר׳) 41838-09-14 **ויינשטיין נ׳ מפעלי ים המלח בע״מ** (פורסם בלאודאטה, 29.01.2017) (להלן: ״פס״ד **ויינשטיין**״). השופט גרוסקופף הסביר רציונל זה על 4 אדנים (ונביא את עיקרי הדברים, החשובים לענייננו, מסעיף 10 לפסה״ד):

> ״**ראשית**, הלשון בה נקט המחוקק בחוק ההגבלים מבהירה באופן חד כי כוונתו הייתה לקבוע איסור הן על תמחור המדיר מתחרים (תמחור טורפני) והן על תמחור המנצל לקוחות (תמחור מופרז)....
> **שנית**, מקור ההשראה המרכזי לסעיף 29א. לחוק ההגבלים הוא הוראת דיני התחרות האירופאים... אין חולק כי האמנה האירופית פורשה על ידי בית הדין האירופאי לצדק (European Court of Justice) כמתייחסת גם לגביית מחיר מופרז על ידי פירמה דומיננטית...
> **שלישית**, <u>תכליתו הרחבה של חוק ההגבלים היא להגן על ציבור מפני פרקטיקות עסקיות הפוגעות ברווחה החברתית</u>. האמצעי המרכזי בו אוחז החוק להגשמת תכלית זו הוא שימור וקידום התחרות החופשית, וזאת בהתבסס על התפיסה הכלכלית כי תחרות משוכללת מביאה למקסום הרווחה החברתית. ואולם בחלק מאותם מקרים (ובמציאות הישראלית אין הם מעטים) בהם מבנה השוק מונע היווצרותו של שוק תחרותי, <u>הקנה המחוקק לרשות ההגבלים העסקיים ולבתי המשפט כלים משלימים המאפשרים להתמודד עם פרקטיקות עסקיות הפוגעות ביעילות המשקית</u>. האיסור על ניצול מעמד לרעה על ידי בעל מונופולין הוא דוגמא מובהקת לכך. ביסודו עומדת התפיסה כי קיומו של מונופול הוא לעיתים מציאות שאין אפשרות לשנותה, ועדיין, מן הראוי להבטיח כי הפגיעה הציבורית ממנו לא תהיה חריגה. ודוק, במשקפי היעילות נזקו המרכזי של התמחור המופרז הוא היווצרותו של מה שנהוג לכנות ״הנטל

העודף" (deadweight loss), דהיינו ההפסד הנובע משלילת המוצר או השירות מצרכנים שמפיקים ממנו תועלת העולה על עלותו למונופול, אבל נמוכה מהמחיר בו הוא מתומחר על ידי המונופול....

רביעית, האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי מונופול הינו ביטוי קונקרטי, בתחום ההגבלים העסקיים, של האיסור הכללי המוטל במשפט הישראלי על ניצול לרעה של עמדת כוח על מנת להשיג תנאי התקשרות החורגים מהמקובל וההוגן, או במילה אחת, עושק. לאיסור זה ביטוי בתחום דיני החוזים (סעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973)), בחקיקה הצרכנית (סעיף 3 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א – 1981 ; סעיף 4 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א – 1981, סעיף 58 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח) ואף במשפט הפלילי (סעיף 431 לחוק העונשין, תשל"ז – 1977). מהיבט זה, ההוראה כי מונופול, דהיינו מי שלרשותו עומד כוח שוק ייחודי, לא יגבה מחיר מופרז, מבטאת מדיניות המתייחסת לא רק לשיקולי יעילות (מניעת deadweight loss) כי אם גם לשיקולי צדק חלוקתי (חלוקה הוגנת של רווחי העיסקה בין המונופול ללקוחותיו)".

90. בהמשך פסק דינו הציג השופט גרוסקופף את הנכונות העקרונית של ביהמ"ש העליון בישראל להכיר בעילה זו (כך ברע"א 8224/15 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל נ' זליכה**, ובבג"צ 4214/16 **נאור נ' הרשות להגבלים עסקיים** (החלטה מיום 9.6.2016)) ; את אישורה של התובענה הייצוגית ע"י השופטת שטמר בפס"ד **תנובה** ; ומכך שגם טיוטת גילוי הדעת של רשות ההגבלים העסקיים מיום 21.09.2016 אינו שולל אכיפה בעניין מחיר מופרז הנגבה ע"י מונופולין. לכן, גם השופט גרוסקופף מגיע למסקנה כי אין מניעה מלאכוף עילה זו ומאשר את הפשרה בין הצדדים (שכללה פיצוי לקבוצה הניזוקה בגובה של 21 מליון ₪, ושכר טרחה בגבוה של 5 מליון ₪ למבקש ולבאי כוחו).

91. לסיום תשתית משפטית זו בנושא ניצול מעמד לרעה בשל גביית מחיר בלתי הוגן ע"י מונופולין נציין כי גם ב"גילוי דעת 1/17 : שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה" של הממונה על ההגבלים העסקיים (501194, מיום 28.02.2017) (להלן : "**גילוי דעת 1/17**") נקבע כי ניתן לאכוף מחיר בלתי הוגן, בהתקיים הנסיבות המתאימות לכך, ובכך ניגע גם להלן.

92. גם ביהמ"ש העליון החזיר לאחרונה את הדיון בנושא סעיף 29א. לחוק ההגבלים לביהמ"ש המחוזי לאחר שדחה ערעור על בקשה לסילוק על הסף של תובענה ייצוגית בעניין טענה שהמחיר שבו חברות הגז מוכרות גז טבעי לחברת החשמל הוא מחיר מונופוליסטי גבוה ובלתי הוגן וכי יש בכך משום ניצול לרעה של מעמדן כמונופול בשוק אספקת הגז הטבעי. ראו רע"א 9771/16 **נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד, דלק קידוחים, אבנר חיפושי נפט ואח' נ' משה נזרי, היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בלאודאטה, 28.09.2017).

(2) יסודות העילה של ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה

93. כפי שנקבע, בין היתר, בה"ע 801/08 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים** (פורסם בלאודאטה, 16.12.2009) ישנם 3 יסודות לשם גיבוש העילה : (1) קיומו של מונופולין ; (2) ניצול לרעה של מעמדו בשוק ; (3) עלול לפגוע בתחרות או בציבור. ע"פ סעיף 29א(ב) ישנן 4 חזקות חלוטות, שבהתקיים אחד מהם קמה חזקה חלוטה, שזה עלול לפגוע בתחרות או בציבור. כלומר, במקרה כזה אין צורך להוכיח את התנאי השני של ניצול מעמד לרעה.

94. הראנו לעיל כי הנתבעת הוכרזה בשנת 1988 כמונופול, והכרזה זו עדיין בתוקף נכון למועד הגשת תביעה זו. הגדרנו לעיל את השוק הרלוונטי של שמנת חמוצה והראנו כי המשיבות שולטות ביותר מ 80% ועד 90% בשוק השמנת החמוצה בישראל, במהלך שנות התובענה.

95. כדי להוכיח ניצול מעמד לרעה בשוק הרלונטי, כאמור לעיל, יש גם להוכיח עילות לפגיעה בתחרות. אולם אם מתקיימת אחת מהחזקות החלוטות, הרי שאין צורך לבחון כלכלית את הפגיעה בתחרות אלא קיימת חזקה חלוטה שהמונופולין פגע בתחרות. להלן נוכיח את מחירי מוצרי השמנת החמוצה 9% ו-27% גבוהים ובלתי הוגנים.

(4) <u>המבחנים לקביעת מחיר בלתי הוגן וייישומם במקרה דנן</u>

96. השופטת שטמר בפס"ד **תנובה** היטיבה להסביר את המבחנים הקובעים האם מונופול גובה מחיר בלתי הוגן. וכך נאמר בסעיף 34 לפסה"ד:

> "בשיטות המשפט המאפשרות תביעה נגד בעל מונופולין בעילה של מחיר גבוה בלתי הוגן נוהגים שני מבחנים לבחינת הוגנות המחיר: **מבחן עלויות הייצור ומבחן ההשוואה**, כאשר ברוב המקרים נקבע כי יש להפעיל את המבחן באופן דו שלבי: ראשית לקבוע כי קיים פער בין מחיר המוצר לבין עלויות ייצורו בתוספת רווח סביר, ושנית, לבחון אם המחיר נקבע באופן סביר לערכו הכלכלי של המוצר. פרופ' גילה דוחה את גישת השלבים, **<u>באמרו שמחיר מופרז ביחס לרמה התחרותית אינו הוגן כשלעצמו. משום כך אין צורך בבדיקה דו שלבית, כי אם בשלב אחד: השוואה בין המחיר שנגבה למחיר שהיה רווח בתנאי תחרות</u>**".

97. הרשות בגילוי דעת 1/17 מתייחסת למבחנים הנ"ל וטוענת שע"פ הספרות המשפטית והכלכלית בתחום עולה, שאף אחד מהמבחנים המקובלים לזיהוי מחיר בלתי הוגן גבוה איננו חף מקשיים. לכן, לדבריה (עמ' 13-14 לגילוי דעת 1/17):

> "יש לגבש מסקנה בדבר קיומו של מחיר בלתי הוגן גבוה במקרים בהם מכלול רחב ככל האפשר של אינדיקציות מלמד על קיומם של מחירים גבוהים בלתי הוגנים.
> נראה כי המקרים בהם ניתן יהיה לעמוד באתגר זה, יהיו המקרים בהם תעלינה <u>אינדיקציות ברורות לכך שהמחיר הנגבה גבוה באופן משמעותי מהמחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות</u>.
> אינדיקציות אלו יכול שיעלו ממכלול נסיבות העניין, וככלל הרשות תבכר מקרים בהם גובהו של המחיר ומידת מופרזותו דוקרים את העין וברורים לכל.
> במקרים המתאימים, ייעשה לעניין זה שימוש גם במבחני העזר המקובלים בעולם ושמפורטים בנספח לגילוי דעת זה. כך, ניתן יהיה להשתמש לעתים <u>במבחן ההשוואה ולהשוות בין המחיר שגבה בעל המונופולין למחירים שנגבו בעבר עבור אותו מוצר או שירות, או למחירים החשופים ליותר תחרות, כגון המחיר של מוצרים קרובים המיוצרים על ידי בעל המונופולין, מחירי מוצרים מתחרים או המחיר הנגבה בשווקים אחרים בגין מוצר דומה</u>".

הרשות ממשיכה שם וטוענת שקשה מאד ללמוד את הימצאות ה"מחיר הבלתי הוגן" <u>ממבחן העלות בלבד</u>, כי מבחן זה מעלה קשיים עיוניים רבים ועשוי להשפיע בצורה שלילית על התמריצים להתייעלות, לחדשנות ולנטילת סיכונים. מסיבה זו ומהיעדר נתונים אודות עלויות הייצור של הנתבעת במקרה דנן, התמקדנו בתביעה זו ובחוות הדעת הכלכלית בעיקר <u>במבחן ההשוואה למוצר דומה הנמכר במחיר מפוקח</u>.

98. בנוסף, הרשות מבטלת (עמ' 17-18) את הגנת המבטחים של 20% של הפער בין <u>עלות הייצור</u> <u>למחיר הנגבה</u> וטוענת שפער זה הוא שרירותי ואינו מבוסס על בחינה אמפירית או כלכלית. בנוסף, טוענת הרשות:

> "שנית, מבחינה של הדין בעולם ושל הספרות המקצועית עולה שרף המבוסס על פער בין עלות ייצור המוצר או השירות ומחירו אינו מקובל. מרבית המלומדים ורשויות התחרות מבכרים דווקא <u>קביעת תנאי סף המבוססים על תנאי השוק הרלוונטי, מעמדה של הפירמה המונופוליסטית ונסיבות הגעתה למעמד זה</u>. נמל מבטחים אשר מבוסס על פער בין עלות למחיר בלבד לא יכול להוות אינדיקציה מספקת לחוקיות ולכך שלא מתקיים רציונל לאכיפה, עניין המחייב בחינה מעמיקה יותר של נסיבות המקרה".

משכך, קובעת הרשות כי <u>מבחן העלות-מחיר</u> הוא אינדיקציה מסוימת ואין להסתמך עליו בהכרח לשם בחינת הוגנות המחיר.

99. הרשות קובעת (עמ' 15) **<u>מס' כללי אצבע</u>**, שניתן לומר שמתקיימים גם בענייננו. הכלל הראשון הוא היעדר אלטרנטיבה אמיתית לרכישת המוצר:

> "יילקחו בחשבון יחסי הכוחות בין בעל המונופולין לבין הצרכן. ככל שפערי הכוחות בין הצדדים גדולים יותר, <u>כך שלצרכנים לא עומדת אלטרנטיבה אמיתית לרכישת המוצר, תיטה</u>

הרשות לראות בגביית מחירים הגבוהים באופן משמעותי מהמחירים שהיו נגבים בתנאי תחרות כפעולה לא הוגנת מצד בעל המונופולין"...

לעניין זה נטען כי המשיבה שולטת במכירת מעל 80% משוק השמנת החמוצה בישראל, וגובה בעבור מוצרי השמנת שאינם בפיקוח מחיר הגבוה בעשרות אחוזים ממחיר שמנת חמוצה הנמכרת בפיקוח מחירים, ולכן המחירים הגבוהים הנגבים הם **בלתי הוגנים בעליל**. גם הרשות מביאה שם את דברי השופט גרוסקופף בפס"ד **ויינשטיין**, ונביא אותם שוב מפאת חשיבותם, כדי להדגיש שתביעה זו מתבססת, בין היתר, על חוסר הוגנות, חוסר תום לב ועושק:

"האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי מונופול הינו ביטוי קונקרטי, בתחום ההגבלים העסקיים, של האיסור הכללי המוטל במשפט הישראלי על ניצול לרעה של עמדת כוח על מנת להשיג תנאי התקשרות החורגים מהמקובל וההוגן, או במילה אחת, עושק".

100. הכלל השני הוא המעמד בשוק והשליטה המוחלטת בו. וראו את המשך דברי הרשות בהקשר זה, מה שמעצים את הפגיעה בקבוצה, **בהינתן שהנתבעת היא מונופול ושולטת בכל שנות התובענה במעל ל 80% ממכירות שמנת חמוצה בישראל, והיו שנים בהם שלטה בכ- 90% מהמכירות.**!!

"בהקשר זה, תביא הרשות בחשבון גם את מעמדו בשוק של בעל המונופולין והנזק הישיר שנגרם לצרכנים. ככלל, נקיטת צעדים בגין גביית מחיר בלתי הוגן גבוה תתבצע כאשר בעל המונופולין, באופן עקבי ולאורך זמן, קרוב לשליטה מוחלטת בשוק. קיומו של מעמד הקרוב לשליטה מוחלטת בשוק, מעצים את הפגיעה בצרכנים נוכח השילוב בין המחיר הגבוה הנגבה מהם לבין האלטרנטיבות המוגבלות הקיימות עבורם".

101. הכלל השלישי, הוא מחיר גבוה לאורך זמן.

"שיקול מרכזי נוסף לעניין זה יהיה הנזק הישיר שנגרם לצרכנים. כאשר המחיר הגבוה נגבה על ידי בעל המונופולין לאורך זמן, ככל שמדובר במוצר המשתייך לקבוצת מוצרים חיוניים בעיני הצרכנים הרוכשים את המוצר .....כך תיטה יותר הרשות לראות בגבייתו כגביית מחיר בלתי הוגן המצדיק נקיטת צעדי אכיפה".

הרשות מגדירה שם מהו "מוצר חיוני". הכוונה למוצר שעקומת הביקוש של צרכניו קשיחה וכמות המוצרים שמהווים תחליפים סבירים בעיני הצרכן נמוכה במיוחד. תביעה זו מוכיחה את כל האמור לעיל. הנתבעת גובה מחיר מופרז על מוצרי שמנת חמוצה שאינם בפיקוח במשך למעלה מ-10 שנים, והעובדות המוצגות בתביעה מהשנים האחרונות ובחוות הדעת הכלכלית מצביעות על הפרש מחירים לא סביר בין שמנת חמוצה הנמכרת במחיר מפוקח לשמנת חמוצה שאינה בפיקוח מחירים., ולכן בהיעדר תחליפים סבירים עבורם, אין כל ספק שעסקינן בניצול מעמד לרעה.

102. הרשות מסיימת את מסמך גילוי דעת 1/17 במשפט חשוב, וכך נאמר שם (עמ' 19):

"דוקטרינת המחיר הבלתי הוגן הגבוה מבקשת למנוע פגיעה בציבור שתיגרם על ידי הקצאה בלתי יעילה של מצרכים ושירותים, הנובעת מניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי בשוק על מנת לגבות מחירים בלתי הוגנים גבוהים. כמו כן נועדה הדוקטרינה למנוע ניצולו של הצרכן על ידי גביית מחירים בלתי הוגנים".

בכל מקרה, נראה כי בהתאם לגילוי דעת 1/17 אכיפת הרשות בנושא זה תצטמצם למקרים מסוימים מאד, ולכן ישנה חשיבות יתרה לאכיפה הפרטית, נשוא תביעה זו.

(5) <u>התבססות על מבחן ההשוואה ובקשה לגילוי מסמכים במסגרת תביעה זו</u>

103. כפי שמוצג במהלך התביעה דנן, חוות הדעת הכלכלית של המומחה המצורפת לתביעה מתבססת בעיקרה על <u>מבחן ההשוואה למחיר מוצר דומה הנמכר במחיר מפוקח</u>. צירוף חוות הדעת הכלכלית מקיימת הלכה למעשה, בין היתר, את הלכת רע"א 2616/03 **ישראכרט בע"מ נ' רייס**, פ"ד נט(5) 701, 716-717 (2005) של הנשיאה (לשעבר) נאור בדבר הצגה לכאורית של אי הוגנות המחיר המתבססת על חוות דעת כלכלית, וכן את דבריו הדומים של הנשיא (לשעבר) גרוניס ברע"א 4778/12 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, תעשיות מזון תנובה אגודה שיתופית חקלאית בישראל בע"מ נ' עו"ד אופיר נאור** (פורסם בלאודאטה, 19.07.2012).

104. אין כל חולק שבשלב זה של התביעה, בה נדרשת תשתית ראייתית **<u>לכאורה</u>** (כך למשל, ע"פ השופט דנציגר ברע"א 3814/14 **חוגלה קימברלי שיווק בע"מ נ' עו"ד מיה גד מסטיי** (פורסם בלאודאטה, 06.07.2015)), הרי שקשה מאד לבסס את הוכחת המחיר הבלתי הוגן על עלויות הייצור של מוצרי השמנת 9% ו-27%, היות והמשיבה הינה חברה פרטית שאינה מפרסמת את דוחותיה הכספיים, ולכן בשל היעדר נתונים אלו אצל התובעת (מה גם שמבחן זה צומצם משמעותית ע"י הרשות, כאמור לעיל, כמבחן בלעדי, ונטען לגביו שאינו משקף). משכך, הוכחת עילת המחיר הבלתי הוגן בתביעה זו מתבססת בעיקרה על מבחן ההשוואה למוצר הנמכר בפיקוח מחירים, והשוואה למוצרים דומים בישראל ובחול..

105. לא למותר לציין כי בעניינו, ניתן גם לקבל אינדיקציה לעלויות הנתבעת לפי מחיר המוצר שמנת 15% הנמכר במחיר מפוקח, המשקף בנוסף לעלויות יצורו רווח סביר לנתבעת, ומשכך - כל ההפרש, מעל למחיר זה, הינו רווח עודף, הנובע מניצול כוח לרעה. השופטת שטמר הסכימה לתזה זו בפס"ד **תנובה** (פסקאות 45-47), עת התייחסה לבקשתו של המבקש לקבל מסמכים מתנובה במהלך ההליך, ועת אישרה לבסוף את התובענה הייצוגית ע"ב המידע שבידי המבקש ("**ברי כי אין לזקוף לחובת המבקש את המידע החסר שלא יכול להיות בידיו**"). דברים דומים אמרה השופטת אלמגור עת אישרה תובענה ייצוגית בגין מחיר בלתי הוגן בת"צ (מחוזי ת"א) 18453-10-11 **לבנשטיין נ' חברת דואר ישראל בע"מ ואח'** (פורסם בלאודאטה, 09.03.2014) בפסקה 6 לפסה"ד: "**גם בנסיבות המקרה שלפניי ראוי להתחשב בקושי שעמד בדרכה של המבקשת, אשר חסרה את הקלפים שהמשיבות מחזיקות קרוב לחזה**".

106. ערעור בתובענה ייצוגית אחרת בנושא הקוטג', שהגיע לביהמ"ש העליון (רע"א 8224/15 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית, בישראל בע"מ, תעשיות מזון תנובה אגודה שיתופית חקלאית ואח' נ' פרופ' ירון זילכה** (פורסם בלאודאטה, 29.03.2016)), התקבל בחלקו ע"י כב' הנשיאה חיות שם אמרה (פסקה 17 לפסה"ד) כי:

> "ייתכנו מצבים בהם יורה בית המשפט קמא על גילוי מידע ומסמכים בהיקף משמעותי גם במסגרת הליך לאישור תובענה ייצוגית, בפרט כאשר מדובר בהליכים מורכבים אשר ההכרעה בהם דורשת הסתמכות על מסד נתונים רחב".

107. לטענת התובעת בתביעה דנן ניתן לאשר את התביעה על סמך המידע המופיע בתביעה זו ובחוות הדעת הכלכלית המצורפת לה. עם זאת, ולמען הזהירות, התובעת שומרת לעצמה את הזכות לפנות לבית המשפט כדי שיורה לנתבעת להמציא לתובעת את כל המסמכים הקשורים לעלויות היצור של השמנת החמוצה 9% ו-27% מתוצרת המשיבה, כפי שיתבקש בבקשה נפרדת לעניין זה.

(6) <u>המשיבה הינה מונופול מוכרז המנצל מעמדו לרעה וגובה מחיר מופרז בגין מוצרי שמנת חמוצה – הוכחות מובהקות לגביית למחיר מופרז</u>

108. חוות הדעת הכלכלית של המומחה מר סלע קולקלר (להלן: "**המומחה**") המצורפת לתביעה זו פשוטה ובהירה מאד. המומחה בוחן מס' פרמטרים שונים כדי להוכיח שוב ושוב כי מחירי השמנת החמוצה 9% ו-27% מתוצרת המשיבה, הינם גבוהים בצורה מופרזת, ולכן אין כל ספק שהנתונים בחוות"ד מצביעים כי הנתבעת גובה מחיר מופרז ולא הוגן בגין שמנת חמוצה שאינה בפיקוח.

109. **<u>עילת הפרת חובה חקוקה</u>**

110. מעשי המשיבה כפי שהוכחו לעיל עונים לכל יסודות עילת הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) כפי שנקבעו בע"א 145/80 **ועקנין נגד המועצה המקומית בית שמש** פ"ד לז(1) 113:

111. <u>קיום חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק:</u>

כפי שפורט לעיל, על המשיבה חובות מכוח סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים: המשיבה הינה מונופול, ונאסר עליה לנצל את כוחה המונופוליסטי לרעה, גביית מחיר גבוה מופרז הינה ניצול לרעה.

112. <u>החיקוק נועד לטובתו של הניזוק:</u>

- בפסיקת בית המשפט העליון נקבע באופן חד משמעי כי רק בהתקיים שיקולים מיוחדים ייקבע כי הוראת דין ספציפית לא נועדה להגנת הנפגע, ראה ע"א 2351/90 **יונה לסלאו נ' אמיל ג'אמל**, פ"ד מז(1) 629, בפסקה 7:

"תנאי נוסף להתקיימות חבות בגין הפרת חובה חקוקה הוא, כאמור, כי החיקוק נועד לטובתו או להגנתו של הניזוק. בבחינת התקיימותו של יסוד זה יש לנתח את הוראת החיקוק הספציפית שבדיון, להבדיל מן החיקוק כולו או מאותו חלק בחיקוק שבו קבועה אותה הוראה.....ולאתר את האינטרסים עליהם באה הוראה זו להגן. ככלל, גילתה הפסיקה מגמה מקלה ביחס לדרישה זו ונטתה לעמדה, כי רק הוראות אשר באו להגן על אינטרסים כלל חברתיים מובהקים, כגון "אינטרסים של המדינה, של הממשלה, ושל מירקם החיים הקולקטיביים ואורחות חיי האומה..... לא נועדו לטובתו או להגנתו של הניזוק הפרט. ההנחה היא, כי בהיעדר שיקולים מיוחדים "כל חובה שהוטלה מכוח חיקוק במישרין או בעקיפין... על אדם פרטי או על גוף ציבורי, נועדה לטובתו או להגנתו של הנפגע מהפרתה והוא זכאי עקרונית לסעד הנזיקי"."

- דברי המלומד ד"ר אלעד אופיר, בספרו **תובענות ייצוגיות בישראל**, בורסי הוצאה לאור של ספרי משפט, התשע"ז-2017, עמ' 474, יפים לענייננו:

"תכליתם העיקרית של דיני ההגבלים העסקיים היא להבטיח את התחרות החופשית במשק ועל ידי כך לקדם את האינטרס של ציבור התרכנים ליהנות ממוצרים באיכות טובה יותר במחירים סבירים. בנוסף, התחרות החופשית עליה מגנים דיני ההגבלים העסקיים, מגבירה את יעילות הקצאת המשאבים במשק, מעודדת את הצמיחה ואף תורמת לחלוקן צודקת יותר של ההכנסות במשק.....על מנת להשיג מטרות אלו, מונעים דיני ההגבלים העסקיים יצירת מכשלות מלאכותיות לתחרות על ידי החברות הפועלות בשוק ואלה מהווים, אם כן, חלק אינטגראלי וחשוב ממערכת הדינים המסדירים את פעולתו של שהוק החופשי"."

- ראה גם דברי כבוד הנשיא לשעבר אהרון ברק, בע"א 2247/95 **הממונה על ההגבלים העסקיים נגד תנובה בע"מ**, פ"ד נב(2) 213,231 (1998): דיני ההגבלים העסקיים הם ה"מגנא כרטא" של זכויות הצרכן והתחרות החופשית. כן ראה דנ"א 4465/98 **טבעול (1993) בע"מ נגד שף הים בע"מ** (נבו) ובג"ץ 588/84 **ק.ש.ר סחר אסבסט בע"מ נגד יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים** (נבו).

- בעניין נאור-תנובה, התייחסה כבוד השופטת שטמר לסוגייה כלהלן:

"18. תכליתו של סעיף 29א, שכותרתו "ניצול מעמד לרעה" היא לנטרל את הכוח העודף של המונופולין בקביעת מחיר, וזאת הן להגדלת רווחת הצרכנים ישירות, הן לקידום התחרות, שבתורה תוסיף לרווחת הצרכנים.

קביעת מחיר גבוה באופן מופרז משיתה על הצרכנים מחיר נוסף שאינו תורם לרווחה בשוק: זהו מחיר שמעודד צריכה של מי שיכולים להרשות לעצמם תשלום כזה, ואינו מעודד תחרות, שכן פירמות חדשות לא תהיינה מעוניינות להיכנס לשוק שבו בעל המונופולין יכול לשנות את המחיר במחי יד. במלים אחרות, מחיר גבוה מופרז מגביר את הנטל העודף (deadweight loss), שהוא כשל מרכזי בשוק החפשי (גילה, פסקה 3). ***מחיר גבוה מביא גם להתעשרות של הפירמה ע"ח הצרכנים.*** *השימוש בסעיף 29א נגד התופעה חשוב בעיקר על רקע הנתונים המיוחדים לישראל: שוק קטן יחסית, ריכוזי מאוד, בעל הסטוריה של שליטה ממשלתית ועל כן ריבוי מונופולים.*

19. חקיקת סעיף 29א ענתה בשעתה על צורך שהתעורר ונוסח בהצעת החוק משנת 1995 כך: "הנסיון שנצבר בהפעלת החוק מלמד כי פעורה תהום בין הצורך לוודא שבעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו לבין היכולת המעשית לוודא שהדבר אכן לא יקרה. הכלים הקיימים היום בחוק אינם יעילים דיים כדי להתמודד עם אתגרי המשק, הן איכותית והן כמותית. החוק אף אינו מעניק למי שעלול להיפגע ממעשי בעל מונופולין זכות לפנות לבית המשפט בבקשה להפסקת מעשי בעל מונופולין."

113. <u>המזיק הפר את החובה המוטלת עליו</u>;

כפי שהוסבר לעיל ובחוו"ד המומחה, המשיבה גובה מחיר מופרז בעבור מוצרי השמנת. כל הבחינות הרלוונטיות הוכיחו כי מחירי מוצריה מופרזים, מניבים רווחיות מופרזת שלא הייתה מושגת ללא הכוח המונופוליסטי.

114. <u>ההפרה גרמה לניזוק נזק;</u>

ראשית יובהר שוב, חוק ההגבלים העסקיים מקנה לנפגעים מהפרתו זכות תביעה בנזיקין נגד המפר:
"50 (א) דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות חוק זה, כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]".

נזקי המבקשת, כמו גם אלה של חברי הקבוצה, הינם מסוג מובהק, **<u>נזק ממוני ישיר</u>**, המגיע כדי סכומי הכסף ששילמו חברי הקבוצה ביתר (מעל לרווחיות סבירה), עבור המוצרים- לאחר ומאחר שהמשיבה גבתה עבורם מחיר גבוה מופרז. על פי חוות דעת המומחה מטעם המבקשת, אשר ערך חישוב שמרני ומקל ביותר עבור המשיבה, בהתייחס לרווחיות בשיעור 20% כסבירה,ובהשוואה למחיר בו נמכרת שמנת חמוצה בפיקוח 15% שומן, מגיע נזק זה לעשרות מיליוני שקלים בתקופת התובענה.

בתמחור מופרז פוגעת המשיבה גם באוטונומיה של הצרכן וגורמת לו נזק בלתי ממוני. הבסיס להכרה באב נזק זה בתובענות ייצוגיות, הונח בדברי כב' השופטת נאור בע"א 1338/97 **תנובה בע"מ נגד עזבון המנוח ראבי ז"ל** פ"ד נז(4)673(2003). וכך הגדיר ביהמ"ש העליון את ראש הנזק מסוג הפגיעה באוטונומיה:
"הפגיעה באוטונומיה משמעה שלילת כוח הבחירה של הנפגע בשל אי גילוי עניין מהותי, אך הביטוי של הפגיעה באוטונומיה הוא תחושות שליליות כמו כעס, תסכול, עלבון, גועל, זעזוע וכיוצא בזה", בע"א 10085/08 **תנובה בע"מ נגד עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל** (בנבו, 4.12.2011).

יוזכר ויודגש- בענייננו מדובר במוצרים שהם נחלת הכלל ומצויים כמעט בכל בית בישראל, מוצרים עלייהם גדל דור שלם. לכן, תחושה שלילית בגין הידיעה שהצורך, לצרוך מוצר אליו התרגלו, ושלטעמו התרגלו, היוו כר לניצול ציני לרעה על ידי המשיבה, הינה יותר מסבירה. כל צרכן סביר שיבין כי נוצל ושילם הרבה יותר מידי עבור מוצרים ללא הצדק ובניגוד לחוק, יחוש תסכול וזעם. כל צרכן סביר ירצה להיפרע מן המעוול, לקבל בחזרה את כספו שנגזל.

115. <u>הנזק הוא מסוג הנזקים אליו נתכוון החיקוק</u>;

החיקוק תכליתו למנוע נזק ממוני ובלתי ממוני לציבור, ראה בסעיף 29א(א) לחוק ההגבלים העסקיים: *"בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע **<u>בציבור</u>**"*. וכן בסעיף 29א(ב): *יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע **<u>בציבור</u>**, בכל אחד מן המקרים האלה....:"*

וקביעת כבוד השופטת שטמר בעניין נאור-תנובה (סע' 17):

*"ככל שהתחרות מוגבלת יותר, כך מחזיק בעל הנכס או השירות בכוח משמעותי יותר להשפיע על מחיריהם. בודאי כך כאשר עסקינן בבעל מונופולין . בהקשר זה מטרתם של דיני ההגבלים העסקיים היא להביא לאיזון טוב יותר, ולהגבלת יכולתו של בעל המונופולין לנצל לרעה את מעמדו, **<u>ובכך להפחית את התחרות או לפגוע בציבור</u>**. כאמור בסעיף 29א(א) בחוק הגבלים עסקיים."*

זוהי תמצית הקישור הישיר בין קביעת המחיר המופרז לפגיעה בציבור.

הנזק הטבעי והמובנה מגביית מחיר גבוה מופרז, הינו בראש ובראשונה תשלום יתר שישלם הציבור. תשלום יתר גורם לנזק ממוני ישיר, מניעת התחרות גרמת לנזק בלתי ממוני. הנזקים שנגרמו למבקשת ולקבוצה- הן ממוני, והן שאינו ממוני, הם פועל יוצא של התנהלותה המפרה של המשיבה. הם קשורים כולם להפרת הדין על ידי המשיבה. החיקוק נתכוון למנוע נזקים כאמור לעיל, הפרתו גורמת לנזקים אלה.

י. <u>עילה לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט</u>

116. עשיית עושר ולא במשפט הינה תוצאה בלתי נמנעת של מעשי המשיבה. אם לא הייתה גובה מחיר מופרז וגבוה בעבור השמנת, היה חלק ניכר ממה ששילמו צרכני המוצרים שלה נותר בכיסם, כפי שראוי.

לכן, קמה להם זכות ההשבה לפי חוק זה.

117. סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט התשלט-1979 קובע כדלקמן:

"מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה.

אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת" .

118. הוראה זו מעמידה שלושה תנאים בהתקיימותם מתגבשת עילת תביעה לפי חוק עשיית עושר, כדלקמן:

119. תנאי ראשון- התעשרות; ותנאי שלישי- שבאה לזוכה מן המזכה. ברי שתנאים אלה מתקיימים בעצם העובדה שהתמורה שמשלמים חברי הקבוצה עבור המוצרים מגיעה לכיסה של המשיבה.

תנאי שני- שלא על פי זכות שבדין. תנאי זה מתקיים מאחר שאת התמורה העודפת, מעל לרווח סביר, היא מקבלת הודות להפרה בוטה, מתמשכת, רחבה ומכוונת של הדינים החלים בתחומי הגנת הצרכן, הנזיקין וההגבלים העסקיים.

120. הלכה פסוקה היא כי התעשרות שלא על פי זכות שבדין תתרחש במקרה בו ניתן להצביע על דין השולל את הפעולה אשר גררה את ההתעשרות או לחלופין גם כאשר ההתעשרות אינה צודקת משיקולי צדק ויושר (ראו למשל: מ' אגמון-גונן, **"ההשבה בהקשרים חוזיים"**, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשס"א-2001, בעמ' 62; רע"א 371/89 **ליבוביץ' נ' א.את.י. אליהו בע"מ**, פ"ד מד(2) 309, 321-323 (1990); רע"א 5768/**94** **א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה**, פ"ד נב (4) 289, 431-432 (1998)).

121. בענייננו מתקיימים שניהם- ההתעשרות אינה צודקת הן מאחר שקיים דין השולל את הפעולה, הן מאחר שבשים לב לאופי המוצרים, גביית מחיר מופרז עבורם נוגדת את הצדק והיושר המצופים מהמשיבה, כבעלת מונופולין.

122. כן ראה דברי המלומד דניאל פרידמן בספרו "**דיני עשיית עושר ולא במשפט**" (בורסי הוצאה לאור של ספרי משפט, ירושלים, תשמ"ב 1982, עמ' 51) כדלקמן:

" לאמיתו של דבר כוחו של הדין בעניין זה מוגבל וזהו הקושי העקרי הנובע מסעיף 1 (א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט. החקיקה אינה מספקת לנו רשימה סגורה של זכויות שבדין, ולא אחת תחתך השאלה אם קיבל הנתבע טובת הנאה "שלא על פי זכות שבדין" על פי המבחן אם ההתעשרות היא צודקת. אם היא בלתי צודקת אין לראותה כהתעשרות על פי זכות שבדין".

השיקולים בהחלת עיקרון זה כוללים (שם בעמ' 46):

"השיקולים בהחלת העיקרון הכללי כוללים את עצמת זכותו של התובע, את אופי הפגיעה באינטרס שלו, את התנהגות הצדדים ואת טיב הפעולה שמכוחה זכה הנתבע ברווח".

123. עולה מן האמור, כי הכספים נתקבלו אצל המשיבה "שלא על פי זכות שבדין".

יא. <u>הוכחת הנזק</u>

124. לעניין הנזק, מן הראוי לציין כי בהתאם לסעיף 4(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות הרי שבשלב בקשת האישור יש להוכיחו ברמה לכאורית בלבד (ראה למשל רע"א 3489/09 **מגדל חברה לביטוח בע"מ, כלל חברה לביטוח בע"מ, הראל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, אלי גרנות, ארז יוסף ואח'** (פורסם בלאודאטה, 11.04.2013)). לבית המשפט ישנה סמכות רחבה לקבוע את הסעד הראוי במקרה של הפרת הוראות הדין (רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה (1) 199, 268 (1999)).

125. בשלב זה על ביהמ"ש לבצע בחינה מקדמית האם יש "אפשרות סבירה" שהתביעה תוכרע לטובת הקבוצה ותו לא (כך השופט ריבלין ברע"א 2128/09 **הפניקס חברה לביטוח בע"מ, מנורה חברה לביטוח בע"מ, מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' רחמים עמוסי, יעקב אביעד, מנורה חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בלאודאטה, 05.07.2012)) וכן על המבקשת להעמיד תשתית ראייתית לכאורית (ע"פ השופט דנציגר ברע"א 3814/14 **חוגלה קימברלי שיווק בע"מ נ' עו"ד מיה גד מסטיי** (פורסם בלאודאטה, 06.07.2015)). ובכל מקרה, ניתן, ע"פ השופט פרופ' גרוסקופף "להסתפק בהבאת ראיות המלמדות על כך שהטענה העובדתית שמעלה המבקש אינה מופרכת, אלא נתמכת במצע עובדתי מינימאלי" (כך בת"צ (מחוזי מר') 9582-05-13 **דן גינר נ' חברת החשמל לישראל בע"מ** (פורסם בלאודאטה, 27.03.2016)). אין כל ספק שהראיות שהובאו בתביעה זו מכסות אחר דרישות אלה.

126. בנוסף, בעקבות חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, ניתן לבית המשפט הנכבד שיקול דעת רחב לצורך פסיקת סעד בתובענה ייצוגית. ראה למשל בע"א 10085/08 **תנובה - מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל, המועצה הישראלית לצרכנות** (פורסם בלאודאטה, 04.12.2011) וכן בע"א 2718/09 "**גדיש" קרנות גמולים בע"מ, "תגמולים" בע"מ, קרן מרכזית לפיצויי פיטורין בע"מ ליד בנק הפועלים נ' אלסינט בע"מ, אלביט הדמיה רפואית בע"מ, אירופה בע"מ** (פורסם בלאודאטה, 28.05.2012).

127. כמפורט לעיל, הנתבעת מנצלת את מעמדה לרעה וגובה מחיר מופרז ולא הוגן בגין מוצרי שמנת חמוצה הנמכרים על ידה, תוך גרימת נזקים ממוניים ובלתי ממוניים של ממש לכיסם של יחידי הקבוצה. היא פוגעת בזכות הבחירה של הצרכן על ידי הנתבעת, שמקורה בהפרת חובה חקוקה, ובעשיית עושר ולא במשפט, כך שכך אלה מהווים גם נזק ממוני ונזק בלתי ממוני לכל דבר ועניין.

128. בכל מקרה, נפסק כבר כי אין חובה בשלב זה לכמת את הנזק ולהציגו במדויק (ראו למשל בת"א 2033/00 בש"א 12904/00 **שגיב נ' בנק לאומי**, תק- מח 2003 (4) 1249). אולם, כדי לעמוד בהלכת ע"א 458/06 **שטנדל נ' חברת בזק בינלאומי בע"מ**, תק-על 2009(2) 1297, הרי שניתן להציע מנגנון פשוט ומשביע רצון כדי להוכיח מיהם חברי הקבוצה

וכיצד יוכח שיעור נזקם, וזאת כדלהלן: על הנתבעת להמציא למבקש את הנתונים אודות עלויות היצור שלה בייחס למוצרים שמנת חמוצה 15% ו-27%., וכפי שאמרה השופטת אלמגור עת אישרה לאחרונה תובענה ייצוגית דומה בת"צ (מחוזי ת"א) 9601-09-11 **אריה נאור נ' אגד - אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ** (פורסם בלאודאטה, 22.12.2016): "את הנזק הנטען ניתן לאמוד על סמך נתונים הנמצאים בידי המשיבה, על סקר או על תחשיב".

129. <u>הערכת נזקי המבקשת והקבוצה</u>

130. המבקשת רכשה, ועדיין רוכשת, את מוצרי המשיבה מזה שנים, מטבע הדברים לא שמרה את הקבלות ולא ערכה חשבונות במשך השנים.

131. להערכתה, רכשה לכל הפחות 4 אריזות מידי חודש, 2 יחידות שמנת 27% ושתי יחידות שמנת 9% .

132. לפי נזק ממוצע של 1.45 ₪, נזקה לחודש הינו כ-6 ש"ח ולכל תקופת התובענה כ 487 ₪. **<u>לכך יש להוסיף פיצוי על פי שיקול דעתו של ביהמ"ש הנכבד בגין הנזק הבלתי ממוני.</u>**

133. על פי חוו"ד המומחה, הרווח המופרז של המשיבה מההכנסות בתקופת התובענה, **הינו כ- 60 (שישים) מיליון** ש"ח **זהו נזקה הממוני של הקבוצה. <u>לכך יש להוסיף פיצוי על פי שיקול דעתו של ביהמ"ש הנכבד בגין הנזק הבלתי ממוני.</u>**

<u>הקשר הסיבתי</u>

134. קיים קשר סיבתי מיידי (עובדתי ומשפטי) בין המחיר המופרז שגבתה המשיבה על מוצרי שמנת חמוצה שאינם בפיקוח מחירים, לבין הנזקים המתוארים לעיל. עובדתית, המחיר המופרז הוא פועל יוצא של התמחור אותו נוקטת המשיבה. משפטית, המשיבה לבטח צפתה או יכולה היתה לצפות שתמחור מופרז של מוצרי השמנת החמוצה הנמכרים על ידה יגרום לשאיבת רנטה מונופוליסטית מהציבור לכיסיה (דבר שקרה בפועל). נזקים אלו נצפו (ונגרמו בפועל) ובטח שהיו יכולים להיצפות ע"י הנתבעת.

<u>הנזק הבלתי ממוני</u>

135. סעיף 20(ה) לחוק מאפשר, כאמור, פסיקת פיצוי גם בגין נזק שאינו ממוני. נזק זה כולל גם חוסר נוחות, בין אם יש לו ביטוי פיזי בין אם לאו. חוסר נוחות מוגדר כנזק ע"פ סעיף 2 לפקודת הנזיקין. אין ספק שלחברי הקבוצה בתביעה זו נגרם נזק של חוסר נוחות ועוגמת נפש בגין כך שאלה כמעט והוכרחו, הלכה למעשה, להיפגע מניצול מעמדה המונופוליסטי של המשיבה, שנוצל על ידה לצורך גביית מחיר מוצר מוגזם, שהינו מחיר הגבוה מהמחיר שהיה צפוי שימכר בשוק חופשי שאינו מונופוליסטי.

136. נזק זה מוכר כנזק בר פיצוי הן בחקיקה והן בפסיקה. כך למשל ראו בת"צ (מחוזי חיפה) 8449-04-11 **שטיין טל, אבישר חלי נ' יונילוור ישראל מזון בע"מ, אסם תעשיות מזון בע"מ** (פורסם בלאודאטה, 02.01.2013); באי (מחוזי חיפה) 1169/07 **לאה הראל נ' שטראוס מחלבות בע"מ, שטראוס גרופ בע"מ** (פורסם בלאודאטה, 20.10.2010); ובת"צ (מחוזי מרכז) 51324-03-14 **עזרא יהודה נ' Hewlett-Packard Company, טכנו רצף, דאטה פול ואח'** (פורסם בלאודאטה, 03.05.2017).

137. הפיצוי המגיע לכל חבר בקבוצה בגין הנזק הבלתי ממוני **<u>מופקד לשיקול דעתו של ביהמ"ש הנכבד.</u>**

138. <u>התאמת התובענה למסגרת הייצוגית</u>

139. המבקשת תטען, כי בחינת הבקשה שבנדון תעיד כי לאור אופייה ומהותה, מסגרת תובענה ייצוגית היא המסגרת הראויה לדיון בה. כאשר תכלית התובענה מצויה בתביעה כספית להשבה, הנובעת בין היתר מעילת גביית מחיר גבוה מופרז, הפרת חובה חקוקה, ועשיית עושר ולא במשפט.

140. גודלה של הקבוצה מצדיק הגשת התובענה כתובענה ייצוגית המבקשת תייצג במסגרת התובענה את **כלל הצרכנים שרכשו את מוצרי שמנת חמוצה 9% ושמנת חמוצה 27% שמייצרת המשיבה.**

141. גודלה של הקבוצה הכוללת מעל 80% מצרכני השוק הרלוונטי מצדיק את הבקשה שבנדון ולו לאור מכירות המשיבה, היותה יצרן מוביל בעל כוח מונופוליסטי, התמשכות הפרות הדין והיותן בוטות, גורפות וחסרות רסן. מעשית, לא קיימת מסגרת משפטית ראויה אחרת אשר תעלה את הנושא אל פני השטח בהיקף ובאופן הראוי.

142. ברור ומובן כי חברי הקבוצה הינם מספר רב של צרכנים הזרים זה לזה ואשר אין כל דבר משותף המקשר ביניהם, מלבד העובדה כי הם לקוחות המשיבה וכי הופעלה כנגדם הפרה שיטתית ללא אבחנה בזהותם ובאישיותם.

143. בכך גם מוגשמת תכלית התובענה הייצוגית: מתן גישה לאדם, שנזקו כיחיד קטן יחסית, לתבוע בשם כל הנפגעים אשר כל אחד מהם סביר שיימנע מהגשת התביעה הפרטית בשל הטרחה וההוצאות הכרוכות בכך (ראה לעניין זה: תא (ת) 1782/01 **צילה ומאוריס הרשקו נ' עיריית ת"א**, (נבו 15/05/02); ת.צ. (מרכז) 1260-03-10 **ברוך נ' עירית רעננה** (נבו 28/07/10).

144. <u>שאלות מהותיות של עובדה או משפט משותפות לכלל חברי הקבוצה,</u>

<u>אשר סביר שתוכרענה לטובתם</u>

145. ראשית ייאמר, כי בענייננו קיימות שאלות עובדתיות ומשפטיות העולות מהמקרה של המבקשת ומשותפות לקבוצה בכללה.

146. מן הראוי להבהיר כי אין כל הכרח בזהות מוחלטת בכלל השאלות המשותפות, ודי בכך ששאלות מרכזיות הן משותפות לכלל חברי הקבוצה. כך למשל נקבע על ידי בית המשפט העליון, ברע"א 8332/96 **דן רייכרט נ' משה שמש**, פ"ד נה (5) 276, (12.07.01) פסקה 15 לפסק דינה של כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן: *"אין לפרש את הדרישה לקיומן של שאלות עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה כדרישה לזהות מלאה בכל בשאלות הטענות הכרעה לגבי קבוצת התובעים. דרישה <u>של זהות מוחלטת</u> בכל השאלות הטענות הכרעה, עובדתיות כמשפטיות, תסכל את תכלית התובענה הייצוגית ותהפוך את השימוש בה למשימה בלתי אפשרית. לפיכך, יש לאמץ גישה לפיה די בכך <u>שהשאלות העיקריות</u>, העומדות במוקד הדיון, תהיינה משותפות לחברי הקבוצה, ואין נפקא מינא אם מתקיים שוני בשאלה משנית זו או אחרת".*

147. וראו לעניין זה אף את אשר שנקבע על ידי בית המשפט העליון ברע"א 4556/94 **טצת נגד זילברשץ** פ"ד מט(5) 774 (26/05/96) (פסקה 12 לפסק דינו של כבוד הנשיא א' ברק): *"אין כל צורך שכל השאלות המתעוררות ביחס לקבוצה תהיינה משותפות. די בכך שהיסוד המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות. אם יש לאחד מהקבוצה עניין שהוא מיוחד לו- כגון נזק מיוחד- ניתן לבררו בשלב האינדיבידואלי, אשר יבוא לאחר סיום השלב הקבוצתי, ולאחר שנקבעה בו שאלת האחריות של הנתבעים".*

148. ואף ראו דברי סגן הנשיא השופט לויט בתא 19/92, **זת חברה לייעוץ כלכלי בע"מ נ' חברת טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ**, תשנו (2) 183 (23/10/95): *"הסעיף דורש קיומה של אפשרות סבירה, ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה יוכרעו במסגרת התביעה. שאלות משותפות נאמר- <u>ולא כל</u> השאלות המשותפות".*

149. לעניינו, השאלות העיקריות המתעוררות במסגרת התובענה:

- האם המשיבה הינה מונופול?
- האם המשיבה גבתה מחיר גבוה מופרז עבור מוצריה?
- האם בכך ניצלה לרעה את כוחה כמונופול?
- האם הזיקה לצרכני המוצרים?

- האם התעשרה שלא כדין עקב מעשיה?

150. לחברי הקבוצה עומדות עילות תביעה משפטיות זהות כלפי המשיבה, שכן המשיבה ביצעה כלפי כלל חברי הקבוצה עוולת של גביית מחיר מופרז, הפרה חובה חקוקה והתעשרות שלא כדין .

151. לחברי הקבוצה כולם נגרם נזק אותו ניתן יהיה להעריך בשיעור זהה, ביחס למחיר הוגן והגון של המוצרים נשוא בקשת אישור זו.

152. לחברי הקבוצה כולם עניין בפסיקת פיצוי לטובת הקבוצה וזאת על מנת להגשים את עקרונות ההרתעה.

153. סיכוייה של בקשת האישור להתקבל גבוהים בהיותה נתמכת בחוות דעת מומחה מפורטת וסדורה, המבססת את ההיבט העובדתי; וכן בהיותה נתמכת בפסיקה נרחבת, עדכנית ומנומקת היטב, של ביהמ"ש המנחים.

154. לאורן של השאלות המשותפות של עובדה או משפט, המתקיימות בענייננו, יש לבחון את סיכוייה של התובענה . לכך נדרש כבוד ביהמ"ש העליון ברע"א 2128/09 **הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי**, פסקה 15 (נבו, 5/7/2012) בדונו בנטל המוטל על המבקש בעניין זה, וקבע, כי כל שנדרש בעת הזו הוא בחינה מקדמית ולכאורית. ראה גם רע"א 3489/09 **מגדל חברה לביטוח בע"מ נגד חברת ציפוי מתכות עמק זבולון בע"מ** (נבו, 11/4/13).

155. בחינה כזו מובילה למסקנה כי בקשת האישור מציגה מסכת עובדתית ומשפטית, ברמה המספקת בכדי להוביל את ביהמ"ש הנכבד למסקנה, כי יש לברר את הדברים לגופם ולאשורם, הליך שעיתויו ומקומו בדיון בתובענה עצמה. במסגרת זו, נתונה לביהמ"ש הנכבד הסמכות להורות על גילוי מסמכים הדרושים למבקש בכדי לכמת את תביעת הקבוצה.

156. במצב הדברים המתואר בבקשה זו, בו מחד, לכל אחד מחברי הקבוצה נגרם נזק אישי ישיר מצומצם יחסית אשר אינו מצדיק לרוב הגשת תביעה אישית, ומאידך, הנזק הממוני הכולל אשר גרמה המשיבה, הינו רחב היקף באשר הוא נגרם למספר גדול מאוד של לקוחות- הדרך היעילה ביותר להכרעה במחלוקת היא דרך של תובענה ייצוגית.

157. ראה דברי כבוד השופטת שטמר בת"צ 28079-04-10 **יאיר צדקני נגד פלאפון בע"מ** (נבו, 7.2.2012): *"משקבעתי כי קיימות שאלות משפטיות משותפות לכלל חברי הקבוצה, ומשנקבע כי אין בקושי באיתור חברי הקבוצה או בהוכחת הנזק כדי להכשיל את אישור התובענה, וכן משום שהסכומים הנמוכים אינם מצדיקים ניהול תביעה אישית – נראה כי תובענה ייצוגית היא גם הדרך היעילה וההוגנת להכרעה."*

158. **<u>התובענה הייצוגית היא הדרך ההוגנת והיעילה להכריע בסכסוך בנסיבות העניין</u>**

159. בהקשר זה, מן הראוי לחזור ולציין את המטרות שביסוד חוק תובענות ייצוגיות, המפורטות בו בסעיף 1 וכוללות בין השאר את המטרות של **"אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו"**, **מימוש זכות הגישה לבית המשפט"**, **"מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין"** וכן **"ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות".** לענייננו, יש באישור התביעה הייצוגית כדי להגשים את המטרות הנ"ל בכללותן .

160. **<u>היעדר "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו"</u>** - ראשית, המקרה שבפנינו מעלה תהיות מדאיגות לגבי יכולתן של רשויות האכיפה לאכוף באופן יעיל את הדין על יצרנים ועל משווקים.

161. ראה לעניין אכיפה פרטית של הדין - על ידי אזרחים- בגין הפרת סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, בדברי המלומד ד"ר אלעד אופיר , **תובענות ייצוגיות בישראל** (הוצאת בורסי, 2017): *"לאכיפה הפרטית יתרונות רבים בכך שהיא היחידה המביאה לפיצוי לאזרח בגין עוולות החברות."*

162. יודגש, כי הותרת מחדלים אלה על כנם, עלולות ליצור זילות בחשיבותן של הוראות הדין ומיקומן הראוי

בקרב יצרנים בכלל ובעלי מונופולין בפרט, ופיחות ניכר בהקפדה על קיומן. בעניין זה יפים דברי כבוד השופט ענבר בכל הנוגע ל *"**אכיפה אזרחית**"*, *"**הרתעת הדין מפני הפרתו**"*, ו *"**כבדותה ואיטיותה של פעולת הרשויות**"*. ראה ת"צ 262-08-10 **אליק מוחיילוב נ' יינות ביתן** (נבו, 08/07/11): *"המשיבות הפרו לכאורה את חובתן החוקית במשך קרוב לשנתיים. רשויות התביעה לא פעלו לאכיפתן של הוראות הדין על המשיבות. המשיבות החלו לקיים את הוראות הדין רק לאחר הגשתן של בקשות האישור והן מוכנות ליטול על עצמן חיוב פסוק לעשות כן גם בעתיד. דעתי היא, כי מהיבטים אלו יש בהסכמי הפשרה כדי להגשים את תכליתו של חוק תובענות ייצוגיות לקדם, בין היתר, את "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו (סעיף 1 (2) לחוק תובענות ייצוגיות).*

*יפים בהקשר זה, בשינויים המחויבים מן העניין, הדברים שנאמרו על ידי השופט א' רובינשטיין ברע"א 9615/05 אירית שמש נ' פוקציטה בע"מ בהקשר ל "אכיפה אזרחית" של חוק הגבלת העישון- **כבדותה ואיטיותה של פעולת הרשויות מצדיקה לפתוח פתח ל "אכיפה אזרחית" כך שהאזרח האיכפתי המבקש לשמור בריאותו ובריאות הציבור יוכל להשפיע אף הוא לתקנת הרבים...** ברי הוא, כי המבקשת ובא כוחה באים בתביעה בעלת אופי ציבורי יותר מאשר **אישי**".*

163. יש בהגשת תביעה ייצוגית זו בכדי לתרום משמעותית להרתעת המשיבה ומעוולים כדוגמתה- מלפגוע בצורה חמורה **<u>בציבור</u>**, במקרים כדוגמת המקרה נשוא תובענה זו.

164. בהקשר זה יוער, כי אין בכוחה של סנקציה פלילית או מנהלית לשמש הרתעה משמעותית למשיבה מפני הטעיית ציבור צרכניה. היטיבה להסביר זאת כב' השופטת שטרסברג- כהן, בע"א 1997/97 בדיון נוסף **ברזני נגד בזק בע"מ** (נבו), כך: *"הפעלת הסנקציה הפלילית במשך שנות קיומו של <u>חוק הגנת הצרכן</u> נעשתה במשורה, ונראה כי אין בכוחה של הסנקציה העונשית לשמש הרתעה משמעותית לעוסק רב עוצמה מפני הטעיית ציבור הצרכנים שתוצאתה גריפת הון רב לכיסו (ס' דויטש "הדרישה להסתמכות אישית" [63], בעמ' 106). הוא הדין בהפעלת סנקציות מינהליות".*

165. בנוסף, תובענה זו היא הכרחית על מנת לממש את זכאותם לפיצוי של חברי הקבוצה כלפי המשיבה. סכום התביעה דנן, מאות שקלים, אין די בו על מנת לתמרץ תובע לפתוח בהליך משפטי מורכב ומסובך כנגד גופים עוצמתיים במיוחד כדוגמת המשיבה, כמו כן לכל אחד מחברי הקבוצה המיוצגת אין תמריץ להגיש תובענה אישית בענייננו מאחר שהטרחה וההוצאות שיצריך הדבר גדולים מסך נזקו. וראה בהקשר זה הדברים שנאמרו בביהמ"ש העליון ברע"א 4556/94 **טצת ואח' נ' זילברשץ ואח'**, פ"ד מט (5), בעמ' 784 (26/0596).

166. אף הרצון לפעול ביעילות, לחסוך במשאבים ולמנוע אפשרות של פסיקה שונה בתביעות אישיות שונות מצדיקים את ניהולו של ההליך דנן כתובענה ייצוגית.

167. <u>קיים יסוד סביר להניח כי המבקש ובאי-כוחו מייצגים בדרך הולמת את כל חברי הקבוצה</u>

168. המבקשת מייצגת בדרך נאמנה והולמת את עניינם של חברי הקבוצה וללא ניגוד עניינים.

169. הלכה היא שאם אין לייחס למבקשת מניעים פסולים, חוסר תום-לב או מטרות נסתרות מוכחות בהגשת התובענה הרי שאין מקום להטיל דופי בתום ליבה או התאמתה לייצוג (ראה תא (ת"א) 2205-04 **אסטוריה אינווסטמנטס לימיטד נ' בנק לאומי לישראל בע"מ** (בנבו 13/10/10).

170. ב"כ המבקשת בעל ניסיון רב בתחום התובענות הייצוגיות והינו כשיר לייצג בדרך הולמת את עניינה של המבקשת ושל הקבוצה המיוצגת.

לאור האמור לעיל, התובענה הייצוגית היא הדרך העדיפה להכרעה במחלוקת.

171. **<u>הפרט לפיו מוגשת התובענה</u>**

172. בקשת האישור נסמכת בעיקרה על פרט 4 בתוספת השנייה, שעניינה "תביעה בעילה לפי חוק ההגבלים העסקיים". כפי שנביא להלן הנתבעת ביצעה הפרות בכך שעשתה שימוש לרעה במעמד מונופוליסטי, לצורך גביית מחיר גבוה בלתי הוגן, שהן הפרה של הוראות חוק ההגבלים העסקיים. בנוסף, ניתן לבסס עילות נוספות מכח הדין נגד הנתבעת גם ע"פ פרט 1 לתוספת השנייה, והיא: "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לעניין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". הגדרת עוסק קבועה בסעיף 1 בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, והיא: ""עוסק" - מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן". אין כל ספק שהנתבעת בתביעה זו היא עוסק, כיון שהיא מוכרת לחברי הקבוצה, הצרכנים העקיפים את המוצרים נשוא התובענה. התובעת בתביעה זו נכנסת לגדר "לקוח" לטובת הפרות של הוראות הדין השונות, כפי שיפורטו להלן.

173. וכך הסביר כב' השופט פרופ' גרוסקופף בת"צ (מחוזי מר') 16584-10-11 **רונית פלג, מרב גולדשמידט, ורד קופילר ואח' נ' פריגו ישראל פרמצבטיקה בע"מ, פריגו ישראל סוכנויות בע"מ, Glaxo Smith Kline (Israel) Ltd ואח'** (פורסם בלאודאטה, 20.15.2015) לגבי מערכת היחסים של לקוח ועוסק (בפסקה 72): "ההסבר להטלת חובות מיוחדות במערכת יחסים זו נעוץ בחוסר השוויון הכלכלי והמקצועי בין הצרכן לבין הספק. כאשר מדובר בעוסק שזהו מהלך עיסוקו, חוסר איזון זה מצדיק להעניק לצרכן הגנה מיוחדת (ראו סיני דויטש, **דיני הגנת הצרכן** (כרך א'), (התשע"ב-2012), בעמוד 238)...".

174. **<u>הסעדים:</u>**

175. ביהמ"ש הנכבד מתבקש לעשות שימוש בסמכותו שלפי חוק תובענות ייצוגיות תשסו-2006, ולקבוע את הסעדים לטובת חברי הקבוצה והמבקשת. הסעדים שייטיבו עם עניינה של הקבוצה, כוללים בין השאר:

176. **סעד הצהרתי** הקובע כי המשיבה הינה מונופול, ושהפרה את הוראות הדין, וכי מחירי מוצריה מהווים מחיר מופרז.

177. **צו עשה** המורה למשיבה לשנות את התנהלותה המפרה ולהוריד את מחירי מוצריה כך שישקפו רווח הוגן, בהתאם לאמור בחוו"ד שצרפה המבקשת, קרי התאמת מחיר השמנת 9% ו- 27%, למחיר השמנת 15% הנמכרת בפיקוח מחירים.

178. **השבה**: הצרכנים שניזוקו זכאים להשבה מלאה וריאלית של הסכומים ששילמו ביתר למשיבה, סכומי הנזק הישיר שנגרם להם. ההשבה לפי דיני הנזיקין, ההגבלים העסקיים, הגנת הצרכן ועשיית עושר.

179. עוד זכאים חברי הקבוצה לפיצוי כספי בגין הנזק הבלתי ממוני.

180. **גילוי מסמכים:** במסגרת ניהול התובענה, מתבקש ביהמ"ש הנכבד להורות למשיבה למסור לידי באי כוחה את כל המסמכים, הנתונים והתחשיבים לצורך כימות הנזק האישי והקבוצתי המדויק.

181. **<u>הגמול ושכר הטרחה</u>**:

182. ביהמ"ש הנכבד יתבקש לקבוע את סכומי הגמול ושכר הטרחה בהתאם לשיקולים שבסעיפים 22-23 לחוק התובענות הייצוגיות התשס"ו-2006, ולתקנה 2(א) (11) ו – (12) לתקנות התובענות הייצוגיות התש"ע-2010.

183. ביהמ"ש הנכבד מתבקש לקבוע את גמול המבקשת בשיעור שלא יפחת מ-5% מן הסכום שיתקבל אצל הציבור הציבור הודות לתובענה הייצוגית. כן מתבקש ביהמ"ש הנכבד לקבוע את שכר טרחת באי כוח המבקשת בשיעור שלא יפחת מן השיעורים המדורגים שנקבעו על-ידי ביהמ"ש העליון, הנגזרים מן הסכום שיתקבל אצל הציבור הודות לתובענה הייצוגית: 25% עבור הסכום שעד 5 מיליון ₪, 20% עבור הסכום שבין

5 ל-10 מיליון ₪, ו-15% עבור הסכום שמעל 10 מיליון ₪. ראה בע"א 2046/10 **עזבון המנוח משה שמש נ' דן רייכרט** (פורסם בנבו 23/5/2012) ("עניין שמש נגד רייכרט"). כן ראה פס"ד נוספים בהם נגזרו הגמול ושכ"ט מסכום הפיצוי: ת"צ 1867-04-14 **גיא נ' איילון חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, ניתן 21/10/2015); ת"צ 42039-10-14 **אבידן נ' איי די אי חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, ניתן 6/12/2015); ת"צ 26912-02-14 **שביט נ' קבוצת חג'ג' ייזום נדל"ן בע"מ** (פורסם בפסקדין, ניתן 29/4/2015).

184. כן מופנה ביהמ"ש הנכבד לפס"ד של כבוד השופט יצחק ענבר, ת"צ (מחוזי ת"א) 42526-03-12 **אינטרייד בע"מ נ' פלאפון תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 14.6.2014), בו נקבע כי הסדרה צופה פני עתיד, סעד שנתבקש בבקשת האישור, הינו הטבה לציבור המגלמת שווי כספי משמעותי, המגיע כדי תוספת של 75% לפיצוי הכספי שיינתן לחברי הקבוצה בפועל: *"בפתח הדברים יצוין, כי הלכת **רייכרט** אינה סבה אלא על פסיקת שכר טרחה בתביעות כספיות, להבדיל מתביעות שנתנו בהן סעדים שאינם כספיים (וראו שם, בפסקה 7). להשקפתי, כאשר פסק דין בתביעה ייצוגית, לדין או לפשרה, כולל סעדים אקוויטביליים המסדירים את התנהלות הנתבע בעתיד, אין מניעה להביאם בחשבון בהקשר לפסיקת שכר הטרחה והגמול, שאם לא כן לא יהיה כל תמריץ לתובע או לבא כוחו לפעול להסדרת תקופת העתיד."*

185. במסגרת קביעת הגמול למבקשת ושכר הטרחה לבאי כוחה, יתבקש ביהמ"ש לשקלל אף את נסיבותיה המיוחדות של הסוגיה בגינה הוגשה בקשת האישור, הנוגעת לא רק לענייניים כספיים אלא אף לענייני זכויותיהם של חברי הקבוצה שייצוגה מתבקש כבני אנוש וכצרכנים; שיקולים שקיבלו ביטויים אף בסעיפים 22 ו-23 לחוק התובענות הייצוגיות.

186. ראה דברי המלומד אלון קלמנט, במאמרו **קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות התשס"ו-2006**, **<u>הפרקליט מט(1)</u>**, דצמבר 2006.

187. כ"כ מתבקש ביהמ"ש הנכבד לחייב את המשיבה בהוצאות ניהול ההליכים ובכלל זה עלויות חוו"ד המומחה.

188. התובענה הוגשה לביהמ"ש הנכבד בהיותו בעל הסמכות המקומית והעניינית לדון בה.

189. מן המקובץ עולה כי מן הדין ומן הצדק לקבל את הבקשה, לאשר כי התובענה תידון כתובענה ייצוגית וליתן החלטה כמבוקש ברישא לבקשה זו.

_____

דוד מזרחי, עורך דין

ב"כ המבקשת