



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המועצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

בקשה מס' 1

לפני כבוד השופטת שושנה אלמגור

### המבקשת (התובעת) המועצה הישראלית לצרכנות

ע"י ב"כ עו"ד גיל רון, עו"ד אהרן רבינוביץ', עו"ד נדב מיארה ועו"ד עומר פלד  
עו"ד יעקב אביעד

נגד

### המשיבה (הנתבעת) תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד טל אייל-בוגר, עו"ד נבו בן-שטרית ועו"ד קובי מאיר

## החלטה

בעניין בקשה לאישור תובענה כייצוגית מיום 30.11.14

לפני בקשה לאישור תובענה ייצוגית בתביעה בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (פרט 4 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006).

1. המשיבה מייצרת ומשווקת מוצרי חלב, ביצים, בשר ועוד, ובכלל זה גבינה צהובה בארבעה שמות: עמק, טל העמק, גלבוץ, וגוש חלב. את הגבינות אפשר לקנות לפי משקל, מתוך חריצים הנמכרים במעדניות שבמרכולים (פרט לגוש חלב, שככל הנראה כבר שנים אינה נמכרת כך), או כפרוסות שמשקלן מאתיים גרם באריזה קשיחה (עמק למשל מוצעת גם באריזת 400 גרם). קטגוריה נוספת, שהמשיבה מכנה 'סמי-מעדנייה', היא של גבינות צהובות באריזות ואקום מפלסטיק. התובענה שאישורה מבוקש נוגעת למה שקרה כאשר חדלה, בהדרגה, קביעת מחיריהן של הגבינות הארוזות בידי המפקח על המחירים לפי פרק ה לחוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפיקוח). ויודגש: המבקשת אינה מלינה על מחירי הגבינה הצהובה שנמכרת לפי משקל או באריזת סמי-מעדנייה (כך עולה מעדותו של עורך-הדין אהוד פלג, מנהלה הכללי של המבקשת בזמן הגשת הבקשה, בעמ' 31 לפרוטוקול הדיון, שורות 12-31).

בשלהי האלף הקודם הוסר הפיקוח מעל מחיריהן של גבינת גוש חלב שנמכרה לפי משקל ושל הגבינות עמק וטל העמק באריזה. בחודש אוגוסט 2007 פסק הפיקוח על מחיריהן של הגבינות גוש חלב וגלבוץ כשהן נמכרות באריזה. ביוני 2009 יצאו גם המחירים של חריצי טל העמק מפיקוח, כך שכיום רק המחירים של עמק ושל גלבוץ הנמכרות במעדניות נתונים לפיקוח הממשלה.

המבקשת טוענת כי משעה שהתיר המפקח על המחירים למשיבה לקבוע בעצמה את מחיריהן של הגבינות היא ניצלה לרעה את כוחה כבעלת מונופולין בשוק הגבינות הצהובות, כפי שנאסר על בעל מונופולין בסעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית וגרפה רווח עודף כשהחלה לגבות מהצרכנים מחיר בלתי הוגן ומופרז בעבור הגבינה הארוזה. את הרווח הזה, בתוספת ריבית והפרשי הצמדה, היא תובעת להשיב לחברי הקבוצה. כן היא עותרת להורות למשיבה למכור את הגבינות הארוזות תמורת מחיר הוגן ולמנות מפקח על הוצאתו של פסק-הדין מן הכוח אל הפועל. המבקשת סומכת

\* ההחלטה המלאה לא פורסמה ברבים. מגרסה זו הושמטו פרטים חסיים.



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המועצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

את טענותיה על חוות דעתו של הפרופסור יוסי שפיגל. המומחה נעזר בנתונים שאספה איי סי נילסן (ישראל) בע"מ, העוסקת במחקר שוק, כדי לאמוד את מחירי הגבינה הארוזה שהיו נקבעים אילו נותרו בפיקוח. אחר שהשווה את המחירים שאמד למחירי הגבינות הלכה למעשה, הוא העריך את הרווח העודף שצמח למשיבה בקרוב ל-235 מיליון ש"ח. המומחה שפיגל גם בחן מהו שיעור ההפרש בין המחיר לצרכן של קילוגרם גבינה מסוג מסוים הנמכרת באריזה ובין מחירה כאשר היא נמכרת לפי משקל.

כדוגמה, אציין כי המבקשת טוענת שההפרש הממוצע בין מחירה של גבינת גלבוע באריזה ובין מחיר חריץ שלה הנפרס לבקשת הלקוח היה 23 אחוזים לערך בשנת 2007, כאשר היו שניהם מפוקחים. לעומת זאת, אחרי שפסק הפיקוח על מחירה של גבינה באריזה, הגיע הפער בין מחירה המפוקח של גבינה שאינה ארוזה ובין מחירה באריזה אף לשיעור של מאה אחוזים ויותר, בגבינת עמק למשל.

2. למבקשת הותר להגיש בקשות לאישור תובענות ייצוגיות בסעיף 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, שבו נקבע כי רשאי להגיש בקשות כאלה

ארגון בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), שבתחום אחת המטרות הציבוריות שבהן עוסק הארגון – בשם קבוצת בני אדם אשר אותה תביעה או אותו ענין מעוררים שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עמה, ובלבד שבית המשפט שוכנע כי, בנסיבות הענין, קיים קושי להגיש את הבקשה בידי אדם כאמור בפסקה (1) ואולם, המועצה הישראלית לצרכנות כהגדרתה בחוק המועצה הישראלית לצרכנות, התשס"ח-2008, תהיה רשאית להגיש בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית, אף אם אין קושי להגיש את הבקשה בידי אדם כאמור בפסקה (1).

כשלושה שבועות לפני שהגישה את בקשתה הגיש אחד בשם אמיר יוסף ברוט לבית משפט זה בקשה לאישור תובענה ייצוגית דומה נגד המשיבה, בת"צ 18298-11-14. תחילה ביקשה המבקשת כאן למחוק את אותה בקשה או את הבקשה לאישור מטעמה, אך בסופו של דבר הסכים המבקש שם לפנות את מקומו על קדמת הבמה ונתן את ברכתו לאיחוד הדיון בשני ההליכים. ניתנה למבקשת הרשות להגיש בקשה חדשה וממוזגת, אך תחת זאת היא ביקשה כי הבקשה שהגישה מלכתחילה תשמש בקשת האישור בהליך המאוחד.

3. אליבא דמשיבה, התמחור הבלתי הוגן, [...] של הנכס או של השירות שבמונופולין, אשר נאסר בחוק, הוא „תמחור טורפני“ – הוזלה בלתי סבירה שבכוחה, [...] להפחית את התחרות בעסקים [...], כלומר להדוף מתחרים מהשוק או למנוע מחדשים להיכנס אליו. בראות עיניה הדין אינו מכיר במחיר מופרז כמחיר בלתי הוגן. לשיטתה, אף אם עילת מחיר מופרז ובלתי הוגן תוכר (פרשנית) בישראל, [...] יש לשמרה לנסיבות של, עושק אזורי, הדוקר את העין[...]“ (סעיף 5 לסיכומי הטענות מטעמה). היא סבורה שלא עלה בידי המבקשת להוכיח כי המחירים שבהם נמכרה הגבינה הארוזה אינם הוגנים, ומטעמה שעומדת לצרכנים האפשרות לשלם פחות על אותם סוגים של גבינות אם יבחרו לקנות אותן לפי משקל או באריזות ואקום. אם בכל זאת הם מבכרים את



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המונעצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

האריזה הקשיחה, לדבריה, הרי זה בגלל התועלת הגלומה בה, שבאה לידי ביטוי בנוחות השימוש ועוד.

על כל פנים המשיבה גורסת שקודם כול יש לפעול כנהוג באירופה: להחליט אם המחיר שנגבה מופרז, ואם כן – רק אז להכריע אם אינו הוגן. כמו-כן היא מזכירה שהצרכנים במקרה דנן אינם רוכשים את המוצרים ממנה, כי אם מהקמעונאים. גם המשיבה הציגה חוות דעת של מומחה, מנחם פרלמן. מבחינתו אין להתערב במחיר מופרז כביכול, התערבות כזאת קשה ויקרה ואינה בת ביצוע, ובלאו הכי המחירים שהמשיבה גובה אינם כאלה. המומחה מטעם המשיבה גם הצביע על הבעייתיות הגלומה לכאורה בנתונייה של נילסן ובאומדן המחיר המפוקח שערך הפרופ' שפיגל. המומחה שפיגל השיב לחוות הדעת של חברו בחוות דעת שצורפה לתגובה לתשובה לבקשה, למשיבה הותר להגיש חוות דעת נוספת של המומחה פרלמן, וכך היא עשתה.

ראשית יש לבחון אם הדין הישראלי מכיר בעילת התביעה של ניצול מעמדו של בעל מונופולין לרעה בקביעת מחיר בלתי הוגן גבוה. אם נמצא שהתשובה לשאלה זו חיובית, נבדוק אם כך עשתה המשיבה. במענה לשאלה תיבחנה, בין היתר, חוות הדעת הכלכליות שהגישו הצדדים.

4. עוד בשנת 1988 הכריז הממונה על התחרות כי המשיבה בעלת מונופולין בחלב שתייה ובמוצרי חלב (הכרזה על קיום מונופולין, י"פ התשמ"ט 2354, 2365; נספח 2 לבקשה). על-פי הנוסח שנקבע בתחילת השנה לסעיף 26(א) לחוק התחרות הכלכלית (שעד התיקון נקרא חוק ההגבלים העסקיים),

בחוק זה, „בעל מונופולין“, כל אחד מאלה:

(1) אדם [או חברה, כאמור בסעיף 26(ו) – ש' א'] שחלקו בכלל האספקה של נכסים או בכלל רכישתם, בכלל מתן שירותים או בכלל רכישתם, עולה על מחצית;

(2) אדם המחזיק כוח שוק משמעותי ביחס לאספקת נכסים או רכישתם, או ביחס למתן שירותים או רכישתם.

בנוסחו הקודם של הסעיף, שהיה בתוקף בזמנים הנוגעים לתובענה שאישורה מבוקש, נקבע:

לענין חוק זה יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידי של אדם אחד (להלן – בעל המונופולין) [...].

ובסעיף קטן (ג), אשר בוטל השנה, הותר לשר הכלכלה והתעשייה

[...] לפי המלצת הממונה, לקבוע כי לגבי נכסים מסויימים או שירות מסויים, יראו כמונופולין ריכוז בשיעור נמוך ממחצית אם ראה כי למי שבידו ריכוז כאמור יש השפעה מכרעת בשוק לגבי אותם נכסים או אותם שירותים.



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המונעצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

לדברי השופט עופר גרוסקופף, במקרים כגון זה שלפנינו על בית המשפט לברר אם לבעל המונופולין כוח שוק שמונע מהתחרות את מילוי „[...] תפקידה בריסון רמת המחירים“. הוא פירש:

[...] בעל מונופולין, כהגדרתו בחוק התחרות הכלכלית, אינו בהכרח מי שלרשותו עומד כוח שוק ייחודי. בעל מונופולין עשוי להיות מי שמחזיק בנתח שוק של מעל ל-50%, כשהדבר מהווה אינדנטיקציה לכוח שוק זה, אך זו אינדיקציה שאיננה מושלמת. לפיכך, לא כל המוגדר כבעל מונופולין הוא גם בעל כוח שוק. על כן, לצורך יישום העילה של תמחור מופרז, לא די בהיות גוף מסוים בעל מונופולין על פי ההגדרה שבסעיף 26(א)(1) לחוק, אלא יש לבחון אם יש בידי כוח שוק המאפשר לו לנצל את מעמדו לרעה (לעומת זאת, בעל מונופולין בהתאם לסעיף 26(א)(2) לחוק הוא על פי ההגדרה אדם המחזיק בכוח שוק משמעותי, כך שנוצרת חפיפה בין תנאי הסף לבין הפרמטר של כוח שוק). מי שאיננו בעל כוח שוק נעדר, על פי רוב, גם את הכוח העשוי לאפשר לו להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. קביעה של רמת מחירים בלתי הוגנת של נכס או שירות לא מתאפשרת אלא אם לבעל המונופולין יש כוח שוק. בשוק תחרותי, עוסק שיקבע מחיר שאינו מבוסס עלויות לא ישרוד את התחרות. על כן, רק מקום בו עוסק מחזיק בכוח שוק הוא יכול להשפיע על נקודת האיזון של מחיר השוק („המחיר ההוגן“).

(ת"צ [מחוזי מר'] 36098-05-16 צדוק נ' שטראוס גרופ בע"מ,  
פסקה 38 [פורסם באר"ש, 16.01.2019]; וראו להלן סעיף  
29א(א) לחוק התחרות הכלכלית)

מהראיות שבתיק – ובכלל זה אפנה למצגת שחיברה, לפי הזמנת המשיבה, חברת הייעוץ McKinsey & Company (להלן: מקינזי), שעליה עוד יורחב – מתבקשת המסקנה כי בידי המשיבה כוח שוק המאפשר לה לנצל את מעמדה לרעה.

בחוות דעתו הראשונה של המומחה שפיגל, המבוססת על נתוני נילסן, נכתב כי עד שנת 2012 עלה נתח השוק הכולל של הגבינות הצהובות מתוצרת המשיבה על תשעים אחוזים (סעיף 2.1 וכן טבלה 3). בשנת 2007 היה גודל הנתח, במונחי מכירה, 92.6% מהשוק, וב-2009–2012 פחת מעט. ב-2013 החלה מחלבת טרה לשווק גבינה צהובה חדשה מתוצרתה. המומחה הניח (סעיף 2.1) שזו הסיבה לצמצום נתחה של המשיבה ל-87.4 אחוז באותה שנה ומתחת לשמונים אחוז בחמשת החודשים הראשונים של 2014, שהם סוף התקופה שנסקרה (טבלה 3 לחוות דעת המומחה שפיגל). למעלה מן הצורך יצוין כי ביוני 2011, לאחר שהציבור הקים קול זעקה על התייקרותה של גבינת הקוטגי מתוצרת המשיבה, מינו שר האוצר ושר הכלכלה והתעשייה צוות לבדוק את רמת התחרותיות והמחירים של מוצרי המזון והצריכה בישראל. כן מונה צוות משנה, ובו נציגים של משרד האוצר, של משרד החקלאות ופיתוח הכפר ושל רשות התחרות, לבדוק את שוק מוצרי החלב. צוות המשנה התבקש לגבש „[...] המלצות לשם הורדת המחיר הסופי לצרכן של מוצרי החלב, תוך שמירה על רווחיות הוגנת בכל שרשרת הערך בטווח הקצר והארוך“ (החלק הראשון לנספח 4 לבקשה).



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המונעצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

הוא מצא כשלים בשרשרת הערך על כל מקטעיה. בדוח שחיבר (שם, סעיף 2א) הוזכר שהמשיבה בעלת מונופולין בשוק הגבינות הקשות. מקטע המחלבות, נכתב, „[...] אינו תחרותי דיו ומאופיין בריכוזיות גבוהה ביותר[...]” (חלק ראשון), ויש בו „[...] חסמי כניסה גבוהים לענף, המונעים כניסת מתחרים חדשים[...]” (חלק שלישי, סעיף 2). כל זה מסיר ספק שהמשיבה היא בעלת מונופולין בשוק הגבינות הצהובות.

5. „בעל מונופולין”, כך לפי סעיף 29א(א) לחוק, „לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור”. אחד המקרים של ניצול כזה, לפי סעיף 29א(ב), הוא „קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין”, וסעיף 50א קובע:

דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות חוק זה, כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש].

העובדה שלשון החוק הותירה את הצירוף „בלתי הוגנים” פתוח לפירוש יצרה את אחת המחלוקות בין הצדדים. השאלה אם האיסור להשתמש במעמד לרעה משמעו איסור לקבוע גם מחיר גבוה יתר על המידה, ולא רק מחיר נמוך הפוגע במתחרים, נדונה בפסיקה כמה פעמים. כפי שאראה, אני סבורה כי סעיף 29א לחוק התחרות הכלכלית מקים עילת תביעה המושתתת על תמחור מופרז בידי בעל מונופולין.

ברע"א 9771/16 נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד נ' נזרי, פסקה 22 (פורסם באר"ש, 28.09.2017), צוין, אגב הפניה לרע"א 2616/03 ישראל כרטב בע"מ נ' רייס, פ"ד (נט) 701, 712 (2005), כי היותו של מחיר גבוה שבעל מונופולין גובה מחיר לא-הוגן כמשמעותו בסעיף 29א(ב) לחוק התחרות הכלכלית הוא שאלה עקרונית שעוד לא זכתה להכרעה בבית המשפט העליון. המשנה לנשיאה אליקים רובינשטיין הזכיר אגב אורחא ש„[...] לפי חלק מהעמדות, סעיף 29א(ב) (1) כולל גם איסור על קביעת מחיר גבוה ממחיר השוק על-ידי בעל מונופולין [...]” (בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל [ע"ר] נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה פב [פורסם באר"ש, 27.03.2016]). מסמרות לא נקבעו גם בפסק-דינה של השופטת ענת ברון ברע"א 1361/18 אסם השקעות בע"מ נ' סודוקר (פורסם באר"ש, 26.06.2018), אך לצורך הדיון באותה פרשה – כפי שנעשה גם בפרשת רייס (עמ' 712-ג), ובראי פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל ורע"א 8224/15 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' זליכה (פורסם באר"ש, 29.03.2016) – הניח בית המשפט כי התשובה לשאלה חיובית (פסקה 8). כפי שמלמדת אותנו הפסיקה בפרשת צדוק, בת"צ (מחוזי מ"ר) 11-07-46010 נאור נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם באר"ש, 05.04.2016) ובת"צ (מחוזי מ"ר) 16-08-6179 גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (פורסם באר"ש, 16.01.2019), בשנים האחרונות אימצו בתי המשפט את הפירוש שלפיו מחיר לא-הוגן יכול להיות גם מחיר מופרז.



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיוון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המונעצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

6. בפרשת נאור נטען כי המשיבה מפקיעה את מחירה של גבינת הקוטג' מתוצרתה. בהחלטתה המעמיקה עמדה השופטת אסתר שטמר על לשון החוק ועל תכליתה כך:

חוק ההגבלים העסקיים אינו מגביל את תחולת האיסור על ניצול לרעה לגביית מחיר טורפני. למעשה, קריאה תמה בחוק מגלה רק שהחזקה היא ש„קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין“ מהווה ניצול לרעה של מעמדו של בעל המונופולין, באופן שעלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. קביעת „רמת מחירים“ כמובן אינה מוגבלת למחיר טורפני, ומתירה לכאורה כל מחיר שהוא, נמוך או גבוה, אם ייקבע שהוא בלתי הוגן.

(פסקה 13)

בית המשפט, אשר נעתר לבקשה לאישור תובענה ייצוגית, קבע גם (פסקה 18) כי ההוראה שבסעיף 2א לחוק התחרות הכלכלית נועדה „[...] לנטרל את הכוח העודף של המונופולין בקביעת מחיר[...]“. הוא הזכיר (פסקה 14) כי אין היא אלא תרגום של סעיף 86 – לימים 102 – ל-“Treaty on the Functioning of the European Union”. כך נכתב בדברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), התשנ"ו–1995, ה"ח 228, 229, שבהם הומלץ

[...] לאמץ את שיטות הפיקוח על הגבלים עסקיים המקובלות במדינות אחרות (ובמיוחד בשינויים המחוייבים, את תכנית הפיקוח הקבועה בדיני הקהילה האירופית המשותפת, בסעיף 86 של אמנת רומא מ-1957), להגדיר באופן ברור וכללי את כפיפות בעל המונופולין להתנהגות מותרת.

(עמ' 229)

אם כן המחוקק הישראלי, בחוקו את תיקון מספר 2 לחוק התחרות הכלכלית, ראה בעיני רוחו את שיטת המשפט האירופית, המגבילה בעל מונופולין להתנהגות עסקית הוגנת. בפרשת נאור גם הצביעה השופטת שטמר על השוני בין הגישה הנוהגת בארצות-הברית ובקנדה, שבהן מתערבים כשבעל המונופולין קובע מחיר טורפני ולא כשהוא קובע מחיר גבוה, ובין הגישה באיחוד האירופי, ששם לא מסכינים גם עם קביעת מחיר גבוה בלתי הוגן. הגישה האירופית, על-פי בית המשפט (פסקה 12), „[...] מתיישבת יותר עם לשון החוק [...]“ בישראל ועם תכליתו.

כך נקבע גם בפרשה שנדונה בת"צ (מחוזי מר') 41838-09-14 ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח בע"מ (פורסם באר"ש, 29.01.2017). שם הועלתה הטענה כי בעל מונופולין קבע מחיר מופרז ולא הוגן לאשג, המשמש דשן לחקלאים. השופט גרוסקופף, שבפסק-דינו אישר הסדר פשרה בין הצדדים, סקר (פסקה 11) את המקורות שמהם הוא למד כי בימינו הדעות חלוקות על היקפה הראוי של הביקורת על מחירים מופרזים שגובה בעל מונופולין – אך לא על קיומה של עילת התביעה – ובהם הפסיקה בפרשת נאור. הוא ציין (פסקה 10) כי בית הדין האירופי לצדק פירש את האיסור שבאמנה



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיוון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המועצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

האירופית כך שהוא חל אף על גבייתו של מחיר מופרז בידי חברה ששליטתה בשוק חזקה. פירוש זה, הוסיף השופט וקבע, הנחה את המחוקק בישראל גם לפני שחוקק את סעיף 29א לחוק התחרות הכלכלית.

בפרשת זליכה (פסקה 15) ציינה השופטת (כתוארה אז) אסתר חיות כי גביית מחיר מופרז בידי בעל מונופולין היא עילת תביעה ש, [...] לא נשללה בפסיקה [...]” (בהפנותה לפרשת רייט, עמ' 711–713). על סמך הנימוקים בפרשות נאור וויינשטיין ראה השופט גרוסקופף להכיר בעילה זו בשני עניינים שבהם פסק בתחילת השנה. האחד, פרשת צדוק, עסק באבקת קקאו; האחר, בפרשת גפניאל, סב על משקה קל. בפרשת צדוק (פסקה 20) עמד בית המשפט על כך שהאיסור על תמחור מופרז בא להבטיח שבעל המונופולין לא יעשוק את הציבור בהתנהגותו. נטרולו של כוח השוק העודף שלשמו נחקק סעיף 29א(ג), הוא הוסיף, מושג באמצעות האיסור על קביעת מחיר טורפני וגם על הפקעת מחירים, והצרכן הוא שמשלם את מחיר ההפקעה.

הוראתו של סעיף 29א(ג) בוארה בגילוי דעת 1/14 של הממונה על התחרות, „האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין” (09.04.2014), מפי הפרופ' דיויד גילה: „[...] 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” (נספח 9 לבקשה; עמ' 2). לעמדתה של הרשות „[...] בעל מונופולין אינו זכאי לרווח בלתי סביר על חשבון רווחת הצרכנים, גם אם הגיע אל מעמדו המונופוליסטי כדן[...]” (עמ' 9). גם בגילוי דעת 1/17 של הממונה על התחרות, „שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה” (28.02.2017), שבא במקומו של גילוי דעת 1/14, גילתה הרשות – הפעם מפי הממונה הנוכחית, מיכל הלפרין – את דעתה כי „[...] גביית מחיר בלתי הוגן עשויה, בנסיבות המתאימות, להיחשב כניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי” (סעיף 3 למוצג מש/12).

הינה כִּי־כן סעיף 29א(ג) לחוק התחרות הכלכלית אינו מגביל את האיסור על קביעת מחיר בלתי הוגן רק לקביעת מחיר טורפני. נוכח לשונו הרחבה, ומהנימוקים שנמנו לעיל, יש לקבוע כי כלול בו גם איסור על קביעת מחיר גבוה עד כדי הפרזה, שהיא עילת תביעה לפי פקודת הנוזיקין.

7. על המבחינים לקביעת מחיר בלתי הוגן עמדה הפסיקה, וגם הממונים על התחרות נדרשו לכך. בפרשת רייט, שבה הפנה אותנו בית המשפט העליון לפסיקה בעולם, נדונו שתי דרכים לבחינת היותו של מחיר מופרז:

[...] מבחן הבדוק את ההפרש בין עלויות הייצור של המוכר למחיר המכירה. אם ההפרש (המהווה את הרווח של המונופולין) הוא מוגזם – המחיר הוא בלתי הוגן. מבחן זה [...] מחייב לאמוד את עלויות הייצור של בעל המונופולין – משימה סבוכה כשלעצמה. מבחן נוסף הוא מבחן השוואה בין מחירים שגובה חברה אחרת עבור מוצר זהה או דומה בשוק אחר [...] מקום שבו השוואת מחירים מוכיחה



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיוון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המועצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

כי מחירים במקום אחד גבוהים באופן משמעותי מאלה שבמקום אחר, ואין טעמים  
אובייקטיביים להפרשים, הדבר יכול לשמש כאינדיקציה שנגבו מחירים בלתי  
הוגנים]...

(עמ' 712–713א; ההדגשה במקור)

על-פי השופטת שטמר בפרשת נאור, כאשר בוחנים את המקרה באספקלריה של מבחן העלויות,  
שיעור הרווח נסמך בראש ובראשונה על שאלה מהו השוק הרלוונטי וכן על פרמטרים אחרים. גם  
היא הפנתה לפסיקה זרה:

[...] נציב התחרות האירופי מצא שתמחור מונופול הדואר הגרמני לשירות דואר  
בינלאומי נכנס היה מחיר מופרז בלתי הוגן, כאשר לא ניתן היה להשוות את  
המחיר לפעילות אחרת, ולכן נבחנו ההוצאות. נקבע כי מחיר גבוה ב-25%  
מהערכת ההוצאות כפי שהמונופולין עצמו העריך אותן, שאין לו הצדקה מבחינת  
העלויות האמיתיות או הערך האמיתי של השירות שניתן – הוא בלתי סביר  
(Commission Decision CPMP/C/-1/36.915 Deuts[ch]e Post AG –  
Interception of C[ro]ss-border Mail, 2001 O.J. (L 331) 40)[

(פסקה 35)

לשאלה אם שיעור הרווח מופרז אין תשובה אחת. היא תוכרע על-פי המבחנים שבוארו לעיל  
ובהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, לפי התחום שאליו הוא משתייך, אך לא רק לפיו. כך  
למשל העיר בית המשפט בפרשת צדוק (פסקה 21) כי להשקפתו, אף שעילת התמחור המופרז הגיעה  
אלינו מהדין באירופה, כאשר מחילים אותה בישראל צריך להתחשב במאפייניו המיוחדים של  
השוק המקומי, במדינה ה[...]. מרוחקת גיאוגרפית ממרבית השווקים שהיא סוחרת עמם[...],  
אשר שופעת בעלי מונופולין ושב[...], מרבית השווקים" בה חסמים המונעים משחקנים להיכנס.

חוק התחרות הכלכלית, אליבא דשופט גרוסקופף (שם, פסקה 15; פרשת ויינשטיין, פסקה 10), נועד  
[...], להגן על הציבור מפני פרקטיקות עסקיות הפוגעות ביעד של מיקסום הרווחה  
החברתית[...]. כדי להגשים תכלית זו יש לשמור על התחרות החופשית המשוכללת ולקדמה. בית  
המשפט היה ער לכך שעילת התמחור המופרז היא פיקוח בדיעבד על פעולותיו של בעל המונופולין  
ולא הכתבה של המחיר ההוגן מראש. ואולם הדעת נותנת כי [...], בעל המונופולין ירסן את עצמו  
מלכתחילה לאור החשש מאכיפה בדיעבד[...]. (פרשת צדוק, פסקה 23). בעוד שבשוק תחרותי  
התחרות היא אשר מרסנת את גביית המחירים המופרזים, בשוק משולל תחרות קורה שבעל  
מונופולין מנצל את המצב לטובתו (פסקה 25). על-כן המליץ השופט גרוסקופף להיזקק יותר לעילת  
התמחור המופרז בארץ – להבדיל מהשוק האירופי, שהכלכלה בו רחבת היקף, [...], מדוברת שחקנים  
וכן נעדרת חסמי ייבוא וכניסה נוכח פתיחת הגבולות והורדת המכסים בין מדינות האיחוד  
האירופי[...]. (פסקה 21). משכך, בבואנו להחיל את המבחנים לקביעת התמחור המופרז נשווה לנגד  
עינינו את תנאי השוק המיוחדים למדינתנו ואת נסיבותיו הפרטניות של העניין.





## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיוון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המונעצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

לפני שאבחן את המקרה שלפנינו, אוסיף ואפנה לגילויי הדעת של הממונים על התחרות. בגילוי דעת 1/14, שניתן כזכור באפריל 2014, ציין הממונה דאז (סעיף 4) שכדי להגביר את הוודאות ולהסיר את הדאגה מהאיסור על הפרזה במחיר, לא יינקטו הליכים לפי החוק נגד בעל המונופולין אם הפער בין מחיר המוצר לעלות ייצורו יהיה עשרים אחוז או פחות (הגנת, נמל מבטחים). ודוק: לפי אותו מסמך, אין להסיק מניה וביה שבעל המונופולין הפר את האיסור רק משום שתנאי ההגנה אינם מתקיימים. בגילוי דעת 1/17 (סעיף 7) הוחלט לבטל הגנה זו. הטעם לכך, לפי הממונה הלפרין, היה שעשרים אחוזי הפער, או כל שיעור אחר שהיה נקבע בה, הם שרירותיים וחסרי אחיזה בבחינה כלכלית כלשהי. בגילוי דעת 1/17 הוזכר (סעיף 4) כי סעיף 29א לחוק התחרות הכלכלית מושתת על האמנה האירופית, ונכתב כי מטעם זה ראוי להעניק משקל לדין האירופי בשאלות הפרשנות של דיני התחרות בישראל בכלל ובסוגיה דנן בפרט. הממונה הלפרין ציינה על-פי הדין האירופי אל לבעל מונופולין לגבות מחיר בלתי הוגן גבוה, אם כי לדעתה האיסור נאכף באיחוד בריסון ולא לעיתים קרובות.

לפי שני גילויי הדעת (סעיף 5 לגילוי דעת 1/14; סעיף 6 לגילוי דעת 1/17), היותו של בעל המונופולין קרוב לשליטה אבסולוטית בשוק זמן ממושך צריך להישקל. בגילוי דעת 1/17 נכתב כי „[...] ככל שפערי הכוחות בין הצדדים גדולים יותר, כך שלצרכנים לא עומדת אלטרנטיבה אמיתית לרכישת המוצר, תיטה הרשות לראות בגביית מחירים הגבוהים באופן משמעותי מהמחירים שהיו נגבים בתנאי תחרות [פועולה לא הוגנת מצד בעל המונופולין]” (סעיף 6ג). דוגמה לכך היא כאשר הביקוש למוצר קשיח והעלאת מחירו תשפיע אך במעט, אם בכלל, על היקף מכירותיו. כמור- כן צוין בגילוי הדעת: „[...] קיומו של מעמד הקרוב לשליטה מוחלטת בשוק, מעצים את הפגיעה בצרכנים נוכח השילוב בין המחיר הגבוה הנגבה מהם לבין האלטרנטיבות המוגבלות הקיימות עבורם” (סעיף 6ג). שיקול חשוב שעליו עמדה הרשות בגילוי דעת 1/17 (שם) הוא הנזק שנגרם לצרכנים: „[...] כאשר המחיר הגבוה נגבה על ידי בעל המונופולין לאורך זמן, ככל שמדובר במוצר המשותיך לקבוצת מוצרים חיוניים בעיני הצרכנים הרוכשים את המוצר [...], כך תיטה יותר הרשות לראות בגבייתו [גביית מחיר בלתי הוגן המצדיק נקיטת צעדי אכיפה]. שיקול נוסף המצדיק הימנעות מאכיפת האיסור לגבות מחיר לא-הוגן גבוה הוא הסיכון הרב שנשקף ליצרניות של מוצרים מסוימים. חברה שעיסוקה בפיתוח תרופות חדשות, לדוגמה, תמריצה להשקיע ממון רב במחקר ולשאוף לחדשנות ייפגעו אם תדע שצפוי לה פיקוח בדיעבד על המחיר שבו היא מוכרת את התרופה. מנגד הוסיפה הממונה:

[...] כאשר בעל המונופולין הגיע למעמדו הודות לנסיבות היסטוריות הנוגעות לאופן תכנון השוק על ידי המדינה או כתוצאה מסביבה רגולטורית אשר מנעה או הכבידה על התפתחותה של תחרות או פעילות של בעל המונופולין עצמו שנועדה לדחוק מתחרים ולבצר את מעמדו, החשש מפני פגיעה עתידית בתמריצי פירמות לחדשנות ולהשקעה קטן.

(שם)



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המונעצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

בגילוי דעת 1/17, כמו בפסיקה, נדרשה הממונה לשיטות לזיהוי מחיר בלתי הוגן גבוה: ב„מבחן ההשוואה“ משווים את מחיר המוצר שבעל המונופולין גובה למחירים של מוצרים מתחרים או, לשם משל, בוחנים את המחיר הנגבה בתקופה הנבדקת לעומת המחיר שנגבה לפניו. הקושי בהשוואה למחירי המתחרים טמון בכך שאם המוצרים המתחרים אינם תחליפיים כנראה ההשוואה לא תינתן מידע מספיק. בשיטה נוספת, שאף היא נבחנה בפסיקה, בוחנים את הפער בין מחיר המוצר שגבה בעל המונופולין לעלות ייצורו. כדי להחילו יש לבחון מהן העלויות שתובאנה בחשבון עלות ייצורו של המוצר. דעתה של רשות התחרות היא שיש לבחון את הפער בין מחיר המוצר לעלות ייצורו לפי העלויות הרלוונטיות של בעל המונופולין הספציפי, אך כל זה כפוף לכך שעלויות אלה סבירות. לפי עמדת הרשות, אם ימצא כי הן חריגות ולא מוצדקות תבוצענה ההתאמות הנדרשות. נוסף על כך, השאלה אם שיעור הרווח מעיד על מחיר לא-הוגן תיבחן לפי נסיבות השוק הספציפי שבו עוסקים. שיטה שלישית היא ניתוח הרווחיות של בעל המונופולין ממכירת המוצר ביחס לרווחיות בענף הרלוונטי. לשם כך נדרשים שני מדדים: האחד משמש מדד ייחוס והאחר מייצג את רווחיות החברה בפועל. לפי גילוי דעת 1/17, אם המדד המייצג את רווחיות החברה דה־פקטו גבוה משמעותית ממדד הייחוס לאורך זמן, נתון זה יכול ללמד על קיומו של מחיר בלתי הוגן גבוה. מדד הייחוס, כך לפי הנספח לגילוי הדעת, „[...] מייצג את תפיסת השוק לגבי רמת הסיכון בענף בו פועלת החברה ומודד למעשה את התשואה הנדרשת על ידי המשקיעים עבור השקעה בחברה. מדד ייחוס זה משקלל את עלויות הגורמים השונים הדרושים למימון נכסי החברה[...]“. בפרשת צדוק (פסקה 42) הבהיר השופט גרוסקופף כי להשקפתו „[...] כל אחד מהמבחנים הללו הוא אינדיקציה רלוונטית לקיומו של מחיר בלתי הוגן. אם כך, [...] יש לאפשר שימוש מצטבר במכלול המבחנים הללו, תוך שההחלטה בעניין זה יכולה להישען על אחד או יותר מהם. כך בוודאי בשלב בקשת האישור[...]“.

8. לאחר שהצגתי את המבחנים המתאימים, יש לברר אם קיימת אפשרות סבירה שתתקבל הטענה כי המחירים שגבתה המשיבה בעבור הגבינות הצהובות הארוזות (שאינן בקטגוריית סמי-מעדנייה) הם מופרזים ובלתי הוגנים.

כפי שאפרט, מסקנתו של המומחה שפיגל מטעם המבקשת הייתה שמאז שנת 2007 גבתה המשיבה מחירים הגבוהים בעשרות אחוזים מאומדן „המחיר המפוקח הרעיוני“ של הגבינות הארוזות שחישב, היינו המחיר שהיה נקבע להן לו נותרו בפיקוח מחירים (סעיפים 1, 8 לחוות דעתו הראשונה). הפרשים גדולים מצא בין מחיריהן לצרכן של הגבינות הנמכרות לפי משקל ובין מחירי הגבינות הנמכרות באריזה.

למשיבה טענות על השיטה ששימשה את המומחה שפיגל ועל הנתונים שבהם נעזר, שנלקחו מפאנל הצרכנים של נילסן (כשנדרש לשנים 2007–2009) ומנתוני הקופות של נילסן (2010–2014) (ראו סעיף 2.1 לחוות דעתו הראשונה). היא גורסת כי אין לנתונים הללו ערך כראיה משלא הגיש אותם אדם שהמודלים של אותה חברה מוכרים לו. אינני מקבלת, בשלב הזה של הדיון, טענה זו: אומנם נתונה של נילסן אינם משקפים את נתוני המכירה אחד לאחד, אך שפיגל הסביר כי הנתונים על השנים



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המונעצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

2007–2009 מקורם במדגם חודשי של כ-3,000 משקי בית, ואלו לשנים 2010–2014 לקוחים מנתוני המכר בקופות הרושמות שב-57 אחוזים מהמרכולים ובשלושה רבעים מהמרכולים ומההיפרמרקטים המציעים סחורה בזול לאוכלוסייה החרדית. המשיבה לא הביאה נתונים אחרים שיסתרו את אומדן מחיר המכירה לצרכן לפי חוות דעתו. אם בכך לא די, מעדותו של עד ההגנה איל ארד (עמ' 173 לפרוטוקול) עלה כי המשיבה מתעדכנת במחירים הממוצעים לצרכן של מוצריה באמצעות נתונים שמספקת לה StoreNext, שגם אותם לא הציגה. אילו היה באותם נתונים להזים את נתוני נילסן, המשיבה בוודאי הייתה מציגה אותם. לכן יש לאמץ את נתונה של נילסן בשלב הנוכחי.

בחקירה הנגדית הסביר המומחה שפיגל מדוע ההשוואה בין המחירים בפועל ובין המחיר המפוקח ההיפותטי טובה כל-כך לצורך העניין: „[...] זה חלום של כל מי שעוסק במטריה הזאת, שיהיה לו מחיר מפוקח כעוגן, כי אז אני יודע בדיוק [...] מה היו עלויות הייצור ועוד רווח סביר. בדרך כלל אין את זה. ומכאן נוצר כל הקושי” (עמ' 104 לפרוטוקול, שורות 13–15). כאן נמצא לו „בנצ'מרק סביר” בדמות מחירי הפיקוח בעבר ובהווה (עדותו בעמ' 96, שורות 15–20). את דרך הפעולה תיאר בסעיף 1 לחוות דעתו הראשונה: בחשבו את המחיר המפוקח הרעיוני לגבינות גלבוע וגוש חלב הוא נעזר בכך שמחירן היה מפוקח עד לשנת 2007. באותם זמנים עוד היו מחיריה של גלבוע במשקל ובאריזה נתונים לפיקוח, ואז היה הפער במחירים בין הגבינה באריזה לבין זו שבמשקל בשיעור 23.4%, ואילו המחיר הקמעונאי של הגבינה באריזה היה גבוה ב-24.6% מהמחיר של אותה גבינה במשקל. אי-לכך הוא אמד את המחיר המפוקח שהיה יכול להיקבע לגבינות גלבוע באריזת מאתיים גרם באמצעות תוספת של 23.4% למחיר המפוקח לצרכן של גבינת גלבוע במשקל. את מחירה של גבינת גוש חלב באריזת מאתיים גרם, שהייתה בפיקוח עד יולי 2007, הוא השווה למחירה של גבינת עמק במשקל לכל אחת מהשנים הרלוונטיות, הואיל וגוש חלב כבר לא נמכרה במשקל מאז סופה של שנת 2013 (הערת שוליים 1 לתצהיר ארד). כשהיו שתי הגבינות בפיקוח היה ההפרש במחיר 32.9% בממוצע במונחי המחיר לקמעונאי, ושיעור דומה בממוצע במונחי המחיר לצרכן. בהתאמה הוסיף המומחה שפיגל 32.9% למחיר הקמעונאי של עמק במשקל או 32.4% למחיר לצרכן, וכך אמד את המחיר המפוקח המשוער של קילוגרם גבינת גוש חלב באריזת מאתיים גרם. את מחירה המפוקח הרעיוני של גבינת עמק באריזה, שאינה בפיקוח זה מכבר (מאז 1996 או 1997), אמד המומחה שפיגל בהוסיפו את עלות מרכיב האריזה למחיר המפוקח של עמק במשקל. הוא העריך שמרכיב האריזה, עלותו דומה לעלות אותו מרכיב בגבינת גלבוע, מה שהוביל אותו לתוספת של 23.4% במחיר המפוקח לצרכן ו-24.6% במחיר המפוקח לקמעונאי.

בשנת 2007 נשארה רק הגבינה גלבוע מפוקחת, גם כשנמכרה באריזה וגם בחרץ, ולפי אותה טבלה שיעור הפער בין מחירה באריזת מאתיים גרם לבין מחירו של אותו משקל במעדנייה שבמרכול היה 22.1%–24.5% (בממוצע) (שם). „פער זה במחיר”, כך שפיגל, „אמור לשקף את הבדלי העלויות בין שני סוגי הגבינות”, כלומר עלויות האריזה וכיוצא באלה (שם). המומחה שפיגל תיאר (סעיף 3.3 לחוות דעתו; טבלה 10) כי בשנים 1985–1996 נע ההפרש הממוצע בין מחירה המרבי



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המועצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

המפוקח של גבינה צהובה ארוזה ובין מחירו המפוקח של חריץ שנמכר לפי משקל מ-15 ל-28 אחוזים.

חישוב מחירה של גבינת טל העמק הארוזה היה, כלשון המומחה, מורכב קצת יותר. וכל-כך למה :

[...] כאן אני אומד תחילה את המחיר המפוקח הרעיוני של גבינת טל העמק 200 גרם, נכון לתחילת 2007, באמצעות הוספה של 28% למחיר המפוקח של גבינת טל העמק במשקל, נכון לתחילת 2007 (גבינת טל העמק במשקל הייתה תחת פיקוח מחירים פעיל עד יוני 2009). חישוב המחיר המפוקח הרעיוני של גבינת טל העמק 200 גרם, נכון לתחילת 2007, עוזר לי לחשב את פער המחיר בינה ובין המחיר המפוקח של גבינת עמק במשקל. החישוב מראה שהמחיר המפוקח הרעיוני של גבינת טל העמק באריזת 200 גרם היה גבוה מהמחיר המפוקח של גבינת עמק במשקל ב-48.5% במונחי המחיר לקמעונאי וב-49.5% במונחי המחיר לצרכן.

(סעיף 1 לחוות הדעת)

בשנת 2010 הגיעו הפערים בין המחירים לצרכן ובין המחירים המפוקחים שאמד המומחה כדי 26 אחוזים בגבינת גוש חלב באריזת מאתיים גרם; 36 אחוזים בגלבוץ באריזה שמשקלה זהה; 45 אחוז בעמק באריזת 400 גרם; 52 אחוז בטל העמק; 64 אחוז בעמק באריזת מאתיים גרם. נכון לשנת 2014 היו שיעורי ההפרשים כ-23 אחוזים (גוש חלב מאתיים גרם), כשלושים אחוז (גלבוץ ארוזה ועמק 400 גרם), כ-35 אחוז (טל העמק באריזה) וכ-45 אחוז (עמק מאתיים גרם).

המומחה שפיגל סיכם (סעיף 8) כי ההפרשים בין מחיריהן של הגבינות הארוזות ובין המחיר המפוקח הרעיוני – שגם בו מגולם כמובן רווח ליצרן – גבוהים ביותר ואינם מוסברים בעלויות הייצור. הסיבה לכך היא שבחישוב המחיר המפוקח ההיפותטי הוא התחשב בפערים בין עלויות ייצורם של חריץ גבינה ושל גבינה ארוזה, וגם ב"רווח הוגן" ששיעורו שישה עד 12 אחוזים מההון הפעיל. מסקנה זו עולה בקנה אחד גם עם דבריו של המומחה פרלמן מטעם המשיבה (סעיף 137 לחוות דעתו הראשונה), שלפיהם המחיר המפוקח, [...] עשוי להיות נמוך מזה שנקבע בתנאי תחרות, או מחיר גבוה מזה שהיה נקבע בתנאי תחרות, במקרה שבו המוצר, מסבסד' מוצרים אחרים[...]."

לתפיסת המשיבה יוצא מדבריו של המומחה שפיגל כי די בסטייה מהמחירים המפוקחים שאמד, קטנה ככל שתהיה, כדי להפר את הדין. על כך אשיב כי לא כל סטייה שהיא תיחשב הפרה, אלא שבשלב זה ההפרשים הלא-מבוטלים בנדון דידן בין המחירים שבהם נמכרו אריזות הגבינה למחירים שבהם על-פי המומחה היו נמכרות לו נותרו בפיקוח יכולים להורות על כך שהמחירים מוגזמים, שכן הם מגיעים כדי 50% ויותר. לכך מצטרפות עובדות אחרות, שתפורטנה בהחלטה זו.

אחד הפגמים שהמשיבה מוצאת בניסיון לחשב את המחיר המפוקח התאורטי נעוץ בכך שמחירה של גבינת עמק באריזה יצא מפיקוח לפני שנת 2000. בהקשר קרוב ניתח השופט גרוסקופף :



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המונעצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

[...] רלוונטיות מחיר הפיקוח האחרון לצורך הוכחת גביית מחיר מופרז נגזרת מחלוף הזמן מעת הוסר הפיקוח: ככל שקרובים אנו למועד הסרת הפיקוח, כך מחיר הפיקוח עשוי להוות אינדיקציה רלוונטית, וככל שחולף הזמן, ובמקרה דנן מדובר במעל לשני עשורים, קיים קושי לראות במחיר המפוקח [תקריב] קנה מידה – שי אין טוב לתמחור מבוסס עלויות.

(פרשת גפניאל, פסקה 40; ראו גם פרשת צדוק, פסקה 58)

נכון הדבר, גבינת עמק באריזה אינה בפיקוח כבר יותר מעשרים שנה, אך המומחה שפיגל חישב את ההפרש בין מחירה של גבינה ארוזה למחירה של גבינה הנמכרת לפי משקל על סמך מחירה של גלבוע, גבינה שמחירה באריזה נותר בפיקוח עד אוגוסט 2007. מכל מקום, כאמור לעיל, מבחן ההשוואה למחיר הפיקוח הרעיוני אינו עומד לבדו, וגם אם סטה המומחה אי-אלו סטיות מהתוצאה הנכונה כשהעריך אותו, נמצאו בתיק מחוונים נוספים למחירים הראויים.

טבלה 9 לחוות דעתו של המומחה שפיגל מעלה כי חריצי הגבינות הצהובות שהיו בפיקוח משנת 1997: עמק, טל העמק וגלבוע, שיעור ההתייקרות הממוצע שלהם בעשור שהחל באותה שנה עמד על 8.4%, והשיעור הממוצע בגבינות באריזה היה דומה (8.8 אחוזים). משהפסיקה המדינה לקבוע את מחיריהן של גלבוע ושל גוש חלב באריזה, בחודש אוגוסט 2007, הן התייקרו בשיעור ממוצע של 49.4% מיולי 2007 עד ינואר 2014, לעומת התייקרות ממוצעת ששיעורה 12% של הגבינות שנמכרו במשקל. נכון לינואר 2014, על-פי אותה טבלה, היה המחיר לצרכן של גלבוע במשקל 40.15 ₪ לק"ג, ובאריזה של מאתיים גרם היה 13.97 ₪, היינו כשבעים ש"ח לק"ג.

9. המומחה שפיגל הוסיף והשווה בין המחירים לצרכן של הגבינות הצהובות הנמכרות במעדנייה ובין מחירי הגבינות הארוזות. אלו הנתונים שקובצו מטבלה 15 לחוות דעתו, אשר התבססה על נתוני המכירות, באשר לגבינה גלבוע בתקופה הרלוונטית (בשקלים חדשים לקילוגרם אחד):

ינואר-מאי 2014	2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	
40.06	40.42	39.51	37.87	36.68	39.92	39.94	38.08	לפי משקל
68.70	69.41	66.22	67.19	65.92	59.97	56.28	48.17	באריזות מאתיים גרם
71.5%	71.7%	67.6%	77.4%	79.7%	50.2%	40.9%	26.5%	שיעור ההפרש

כזכור, את מחירו של קילוגרם גבינת גלבוע אשר נמכרת לפי משקל קובע המפקח על המחירים, אך מאז אוגוסט 2007 הוא מסתפק בדיווח על מחירה של גלבוע באריזה. מן הטבלה עולה תמונה ברורה, ולפיה מאז הוסר הפיקוח על מחיר הגבינה הארוזה הוא התייקר בעשרות אחוזים. למשל, המחיר



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המונעצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

לקילוגרם גלבוע באריזה היה 65.92 ש"ח בשנת 2010, כשמונים אחוז יותר מהמחיר לקילוגרם כשנרכשה הגבינה לפי משקל במעדנייה, 36.68 ש"ח. ללמדך שהפער התרחב עד מאוד מאז עמד על 23 אחוזים לערך. מעדותו של המומחה פרלמן אנו למדים כי על גבינה צהובה שמחירה בפיקוח ושנמכרת במשקל המשיבה מרוויחה גם כן (עמ' 235 לפרוטוקול, שורות 27–29; ראו גם עמ' 234, שורות 22–27). היא הנותנת אפוא שגם כשהיה מחירה של גבינת גלבוע באריזה נתון לפיקוח הרוויחה המשיבה מהמכירות, והשאלה היא מהו שיעור הרווח ההוגן והסביר שיכלה להוסיף לאותו רווח באותו זמן.

לפי חוות דעתו של המומחה שפיגל (טבלה 15), גבינת גלבוע ארוזה עלתה לצרכן 48.17 ש"ח לק"ג בשנת 2007, וב-2010 36.8 אחוזים יותר, הווי אומר 65.92 ש"ח. רק בשנת 2008 עלה מחיר הגבינה הארוזה שלא בפיקוח בשיעור שבין 15.6 ל-20.9 אחוז, תלוי בסוגה. מחיריהן של טל העמק ושל גלבוע במשקל, שתי גבינות שנתרו בפיקוח, התייקרו באותה שנה בשיעורים של 4.9% ו-5.2%, בהתאמה. מחירה של גלבוע במשקל לצרכן (אשר נתון לפיקוח) עלה מיולי 2007 עד ינואר 2014 בשיעור של 6.6%, ומחירה באריזה התייקר בלמעלה מ-42% (ש"ח).

ככל שהדברים אמורים בגבינה עמק, הנתונים לפי חוות דעת שפיגל (בשקלים חדשים לקילוגרם) הם כדלהלן:

ינואר-מאי 2014	2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	
41.29	42.30	41.61	39.68	37.66	41.86	41.68	38.84	לפי משקל
79.96	79.43	75.57	82.28	82.06	77.22	73.78	63.09	באריזת מאתיים גרם
93.7%	87.8%	81.6%	107.4%	117.9%	84.5%	77%	62.4%	שיעור ההפרש

בתקופה הנוגעת לבקשה (מנובמבר 2007 עד הגשת הבקשה דנן) היה מחירה של גבינת עמק במשקל בפיקוח, ומחירה של זו שנמכרה באריזה לא היה מפותח. מחוות הדעת עולה כי בשנת 2007 היו כ-62 אחוזי פער בין מחירה של עמק לפי משקל (38.84 ש"ח לק"ג) ובין מחירה באריזה של מאתיים גרם (63.09 ש"ח). בשנת 2010 הגיע שיעור ההפרש ל-117.9 אחוז: הגבינה במשקל נמכרה בעד 37.66 ש"ח לק"ג, ובאריזה של מאתיים גרם נמכרה ב-82.06 ש"ח לק"ג. ב-2011 היה מחירה במשקל 39.68 ש"ח לק"ג, ואם נקנתה אותה גבינה באריזת מאתיים גרם היה המחיר 82.28 ש"ח לק"ג, יותר מפי שניים. הפרשים אלה מעוררים את החשד כי המשיבה ניצלה את כוחה בשוק. לכאורה אין הצדקה שפערי המחירים בין גבינה שפורסים במעדנייה ובין גבינה ארוזה יהיו כה משמעותיים ושיטפסו בעשרות אחוזים בתוך שלוש שנים. גם אם חלק מההפרש במחיר גובה הקמעונאי, בשלב זה לא תיושע מכך המשיבה, אשר נמנעה בחוות דעת המומחה מטעמה מהצגת הנתח שהקמעונאים מקבלים. מצינו שכשהיו מחירה של גבינת גלבוע באריזה ובמשקל נתונים לפיקוח, עד אוגוסט 2007, היה מחיר



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המועצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

הגבינה באריזה גבוה בכ-23%. אוסיף כי לפי חוות דעת שפיגל (טבלה 15), בשנת 2011 נמכרה טל העמק במשקל בעבור 49.07 ₪ לק"ג; באריזה נמכרה ב-93.57 ₪, כמעט כפליים.

הפרשים גדולים כאלה בין המחירים, יש בכוחם להראות כי נקבעו מחירים מנופחים בלתי הוגנים, שעליהם נאסר בסעיף 29א(ב) לחוק התחרות הכלכלית. לצורך מבחן ההשוואה יש להביא בחשבון שבקילוגרם אחד יש חמש אריזות שמשקלן מאתיים גרם. אין ספק שלאריזות יש עלות כלשהי, אך בשלב הנוכחי לא הוכח לפניי כי היא מצדיקה פערים שאלו שיעוריהם. יתרה מזו, מכיוון שמאתיים גרם גבינת גלבוה באריזה נמכרו בשנת 2007 תמורת כ-23% יותר ממאתיים גרם במעדנייה, ניתן לצאת מנקודת הנחה – ולא הוכח אחרת – שגם על מכירת אותה גבינה באריזה הרוויחה המשיבה כשהיה מחירה מפוקח. אין להוציא מכלל אפשרות שכאשר הוסר הפיקוח מעליו יכלה המשיבה להפיק מגלבוה הארוזה רווח גבוה יותר. אך למראה מחיר המכירה לצרכן שלה, הגבוה בשמונים אחוז לערך ממחיר אותה גבינה כשהיא נמכרת לפי משקל, אין אלא לחשוב כי המשיבה ניצלה את כוחה בשוק, קבעה לגבינות הארוזות מחיר מופרז שהתגלגל אל הצרכן וגרפה רווח אדיר.

10. מכאן אעבור למבחן עלויות הייצור. בפרשת רייס תואר 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 זה[...] מחייב לאמוד את עלויות הייצור של בעל המונופולין – משימה סבוכה כשלעצמה[...]” (עמ' 712ז).

המבקשת הגישה את המוצג מב/3, ובו פירטה המשיבה את הנתונים ששימשו לחשב את נתוני המכירות נטו ואת הרווח לשנים 2009–2014. בכלל זה העלויות הממוצעות (ישירות ועקיפות) שייצור ושיווק הגבינה הצהובה עולה לה, הכמות הנמכרת, הכנסותיה, המחיר הממוצע שהיא גובה תמורת הגבינה באריזה לסוגיה ושיעור הרווח. טבלה זו מרכזת את שיעורי הרווח הממוצעים במכירת גבינה צהובה באריזה לעומת זו שנמכרת לפי משקל:

שיעור רווח במכירת גבינה צהובה במשקל	שיעור רווח במכירת גבינה צהובה פרוסה ארוזה	
		2009
		2010
		2011
		2012
		2013
		2014

נתונים אלו מבוססים על הנתונים שהופיעו בתצהירו המתוקן של ארד. כפי שעולה מהטבלה, ולפי חוות דעתו של המומחה פרלמן (סעיף 192.2.2), שיעורי הרווח הממוצעים מהמחזור במכירת הגבינות הארוזות עמד על [redacted] עד [redacted] אחוז בשנים 2009–2014. לדבריו (סעיף 193), שיעור



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המונעצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

רווח כזה הוא סביר ואינו יכול להיחשב מופרז או בלתי הוגן. לאחר שהמשיבה ביקשה למנות מומחה מטעם בית המשפט הודיעה המבקשת ביום 24.05.18 כי לשם ההכרעה בבקשה היא מקבלת את שיעורי הרווח שהציגה המשיבה, המבוססים על הנתונים דלעיל (ראו סעיף 4 להודעתה, בבקשה מס' 69).

אלא שבנתונים אשר באו לידי ביטוי בטבלה לא הונהגה הבחנה לפי סוג הגבינה הצהובה הארוזה, ולפיכך הם אינם מספקים ועלולים לעוות את שיעורי הרווח הנכונים. מחיריהן של הגבינות שונים זה מזה וכך גם שיעורי הרווח ממכירתן. אפשר ששיעור הרווח על גבינה פופולרית אשר נמכרת יותר מאחרות יהיה גבוה מזה שבטבלה, וששיעור הרווח בגבינות מסוג אחר יהיה נמוך יותר. כבר ראינו, לדוגמה, ששיעור הרווח ממכירתה של גבינת גלבוע ארוזה קטן משיעורו של הרווח ממכירתה של עמק. על-כן עריכת ממוצע של שיעור הרווחים ממכירת כלל הגבינות הצהובות אינה נותנת תמונה נכונה, לצורך הכרעה בשאלה אילו מסוגי הגבינות נושא הבקשה נמכרו לצרכן במחיר מופרז או באילו שיעורים. בחירתה של המשיבה שלא להציג לבית המשפט טבלה של שיעור הרווח לכל סוג גבינה יוצרת את הרושם שהעדיפה ממוצעים כדי, "לרכך" ו, "למתן" את שיעורי הרווח שהפיקה, לפחות מחלק מהגבינות.

המבקשת הסבה את תשומת הלב (סעיף 19 לתשובתה מיום 21.10.16 לחוות דעתו המשלימה של פרלמן) לכך שהרווחים אשר חשפה המשיבה נגזרו ממחזור המכירות. לאחר שבחנתי את נתוני המכירות ואת העלות, שמהם נגזר הרווח כפי שדיווחה המשיבה במב/3, נמצא שגזירת הרווח מעלות הייצור תניב שיעורים אשר ינועו מ- [redacted] אחוז. נראה כי זהו רווח נכבד, וניתוח יובא בהמשך.

נתוני המשיבה בטבלה על אודות שיעורי הרווח הממוצע הם משנת 2009 והלאה. המשיבה טוענת כי מערכת התמחיר שלה אינה מאפשרת להפיק את נתוני המכירות לפי סוגי הלקוחות לפני אותה שנה (סעיף 14 לתצהיר התמיכה בתשובה לבקשה). לטענת המבקשת (אשר הפנתה למוצג מב/1, טבלה 24 המתוקנת לחוות דעת שפיגל), בשנת 2007 גבתה המשיבה עד 27.3 אחוז יותר מהמחיר המפוקח ההיפותטי, וב-2008 – 35%. נוכחנו כי בשנת 2007 עלה המחיר לצרכן של קילוגרם עמק במשקל על מחירה של אותה גבינה באריזת מאתיים גרם ב-62.4% וכי ההפרש גדל ל-77% ב-2008.

11. על כוח השוק של המשיבה ניתן ללמוד מהמצגת של מקינזי, שאת שירותיה שכרה המשיבה, מיום 03.04.08. זו סברה בנקודת הזמן שנבחנה כי המשיבה תוכל להקנות לרווחיה את הגידול המיטבי בשוק הגבינה הצהובה אם תעלה את מחיר הגבינה הארוזה [redacted] אחוזים ואת מחיר הגבינה הארוזה דלת השומן – [redacted] אחוזים נוספים. למעשה רק בשנת 2008 התייקרו הגבינות הארוזות בשיעור של 15.6–20.9 אחוז (טבלה 15 לחוות דעת שפיגל). במצגת "Achieving Pricing Excellence – Conjoint results" שיועדה לאחת הישיבות כתבה מקינזי כי גמישות הביקוש לגבינה צהובה בישראל היא [redacted], [redacted] (את ביאוריהם של [redacted] המומחה מטעם המבקשת ושל המומחה מטעם המשיבה ראו בעמ' 152–154 לפרוטוקול ובעמ' 211–





## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המונעצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

212, בהתאמה). מזה הגיעו מחברי המצגת למסקנה כי ייקור כל המינים של הגבינות הצהובות  
אחוזים יעלה את הרווחים בסך [REDACTED] לשנה.

במצגת (שקף 7) גם צוין כי הגמישות הצולבת בין הביקוש לגבינה צהובה ארוזה ובין הביקוש לגבינה  
הנמכרת במשקל, שיעורה נמוך ( [REDACTED] ). מקינזי צפתה (שקף 12) שעליית מחירה של הגבינה  
הארוזה [REDACTED]  
(ראו עדות פרלמן בעמ' 213 לפרוטוקול, שורות  
8-5; עדות שפיגל בעמ' 156, שורה 29-עמ' 157, שורה 6). במקרה כזה יימכרו [REDACTED] אחוזים  
מכמות הגבינה הארוזה אחרי העלאת המחיר המומלצת, והמשיבה תרוויח [REDACTED] מיליון ש"ח  
בשנה (שקף 14; עמ' 251 לפרוטוקול, שורות 10-17). העלאת המחירים האופטימלית, נכון ליום  
הדוח, שיעורה בין [REDACTED] אחוזים (שקף 15 למצגת; עדות פרלמן בעמ' 213 לפרוטוקול,  
שורות 9-15). פרלמן נחקר על אודות המלצה זו של מקינזי, והסביר כי הכוונה הייתה להעלות את  
מחיר הגבינה הצהובה הארוזה בשיעור של [REDACTED] אחוזים ממחירה ביום המצגת (עמ' 250  
לפרוטוקול, שורה 34-עמ' 251, שורה 5). הוא נשאל:

ש: אז בוא נבין מה זה אומר[...] [REDACTED] אחוזים העלאת מחיר – [REDACTED] אחוז  
מהכמות תימכר במחיר הגבוה יותר, ורק [REDACTED] אחוזים לא יקנה. את  
הארוזה.  
ת: נכון.  
ש: יפה.  
ת: זה מה שזה אומר.

(עמ' 251, שורות 23-27)

לפי המצגת (שקף 20), המשיבה תפיק רווח של [REDACTED] שם אם תעלה את מחירה של הגבינה  
הארוזה דלת השומן כהמלצתה (ב- [REDACTED] ממחירה הקיים ובעוד [REDACTED] מהמחיר לאחר ההתייקרות),  
ובסך-הכול חזתה לה מקינזי רווח של [REDACTED] מיליון שקלים בשנה אם תפעל כעצתה. את  
התמונה המצטיירת מהנתונים הללו הציג בא-כוח המבקשת לפרלמן, והמומחה הסכים עימו:

ש: [...] מה שאנחנו רואים פה זה בעצם שידור חי של הפעלת כוח שוק.  
שבאים לגורם דומיננטי בשוק ואומרים לו: אם אתה תעלה כך, ההשפעה  
תהיה כזו-וכזו והרווח שלך יגדל באיקס שקלים – זו בדיוק הפעלת כוח  
שוק, תסכים איתי.  
ת: זו ההגדרה של כוח שוק – –  
ש: זו ההגדרה של כוח שוק.  
ת: – – בהעלאת מחירים.

(עמ' 253 לפרוטוקול, שורות 1-6)



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המועצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

בל נשכח: לפי חוות הדעת של מקינוזי, שהוצגה בשנת 2008, לא פחות מ- [redacted] אחוזים מכמות הגבינה הארוזה יוסיפו להימכר גם אחרי התייקרות של [redacted] אחוזים, ומהלך כזה יניב למשיבה רווחים של [redacted].

12. המבקשת סוברת שאין לחלק לשניים את בחינת השאלה אם המחיר גבוה מדי ובלתי הוגן, כעמדת המשיבה, אשר לדעתה הראשון לאו דווקא מעיד על השני. לתמיכה בעמדתה המבקשת נשענת על פרשת נאור, שלפיה,

[...] ברי שמטרת האיסור היא למנוע גביית מחיר גבוה מעבר למחירו של המוצר בתנאי תחרות. אם כך, לפחות במקרה שהוא בר השוואה לא ברור מה תועלתו של המבחן הדו שלבי, כאשר ניתן לבחון את השאלה לגופה: מחירו של אותו מוצר או שירות בשוק אחר; השוואת מחירו של מוצר או שירות אל מול מוצר או שירות אחר, דומה בתכונותיו, באותו שוק; מחירם של מוצרים דומים אצל אותו יצרן; וכדומה, מבחינים שתשובה עליהם תביא ישירות למענה על השאלה המרכזית: אם בעל המונופולין גבה מחיר גבוה ממחירו של המוצר בתנאי תחרות.

(פסקה 36; ההדגשה במקור)

ובפרשת צדוק נקבע:

[...] יש הסוברים כי יש להפעיל מבחן דו-שלבי (כפי שנקבע בדין האירופי בעניין Case 27/76, United Brands Co. v. Comm'n, 1978 E.C.R. 207, 1 C.M.L.R. (1978) ¶ 252, 429), דהיינו לבחון תחילה [אם קיים פער בין מחיר המוצר לבין עלויות הייצור (מבחן עלויות הייצור), ולאחר מכן להשוות בין המחיר שנגבה לבין המחיר שהיה נוהג בתנאי תחרות (מבחן ההשוואה)]. מנגד, פרופ' דיוויד גילה סבור (כפי שהדבר בא לידי ביטוי בגילוי דעת 1/14) כי ניתן להסתפק גם בקיומו של אחד מן המבחנים הללו.

(פסקה 41)

כמצוטט לעיל, לגישת השופט גרוסקופף כל אחד מהמבחנים יכול לרמוז שהמחיר אינו הוגן, ולפחות בשלב הדיון בבקשה לאישור התובענה הייצוגית, אחד מהם או יותר יכול לשמש בסיס להחלטה שהוא כזה. הוא הוסיף שאם נצרף את קיומו של כוח השוק להפרש שבין המחיר הנגבה למחיר המבוסס על עלויות, נוכל לקבוע אם נחוץ שבית המשפט יפקח לאחר מעשה על השוק הנוגע לעניין. כלשונו, "[...] כאשר כוח השוק של העוסק הוא רב, והסטייה בפועל מתמחור מבוסס עלויות היא משמעותית, קיים חשש משמעותי שהמנגנון התחרותי אינו אפקטיבי כאמצעי לפיקוח מחירים דה-פקטו, והצורך בפיקוח שיפוטי הוא מובהק[...]" (פסקה 43).

לפיכך אין מקום להחלת מבחן דו-שלבי בשאלה אם מחיר הגבינה היה גבוה ובלתי הוגן. שאלה זו תיבחן בכל מקרה לפי נסיבותיו. בענייננו ראינו שלמשיבה שליטה כמעט מוחלטת בשוק הגבינות



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המונעצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

הצהובות, וששיעורי הרווח ממכירת הגבינה הארוזה שייצרה ושיווקה בשנים 2009–2014 נמדדו אחוזים. [redacted] ב-2008 ביקשה להגדיל את שיעור הרווח עוד יותר ולנצל את כוחה בשוק כבעלת מונופולין, ואם פעלה לפי המלצותיה של מקינזי והעלתה את מחירי הגבינה הצהובה באריזות בשיעורים שבין [redacted] אחוזים, אין זאת כי הגדילה בכך את הכנסותיה [redacted] שקלים.

13. לטענת המשיבה, כאשר אנחנו בוחנים עד כמה מחיריה של הגבינה הצהובה באריזה הוגנים עלינו להביא בחשבון שהצרכנים יכלו לבחור בגבינות צהובות מקטגוריית סמי-מעדנייה, אשר נמכרות באריזה גמישה שאינה ניתנת לסגירה חיצונית ושמחירן נמוך מזה של הגבינות באריזה הקשיחה. נתון נוסף שהיא גורסת כי יש להתחשב בו הוא שלצרכנים אשר קנו את הגבינה הצהובה הארוזה הייתה האפשרות לקנות במחיר נמוך יותר גבינה זהה במשקל. מזה היא מקישה שהצרכנים מייחסים לגבינה הארוזה ערך המעלה את ערכה הכלכלי. עוד המשיבה טוענת כי [redacted] הגבינה באריזות הקשיחות נמכרה לצרכן בחנויות שבהן ניתן לרכוש את אותן גבינות במשקל. לדבריה, בשנים 2009–2014 התבצעו [redacted] אחוזים מהמכר של גבינה באריזה נוחה בחנויות שבהן לצרכן עמדה האפשרות לבחור אם לרכוש גבינה במעדנייה או באריזת סמי-מעדנייה (סעיף 8 לתצהיר דני נאור, מב/2). מהמוצג מב/9 עולה גבינות סמי-מעדנייה נמכרות באריזות שמשקליהן 400 ו-600 גרם, וארד הסכים (עמ' 188 לפרוטוקול, שורות 27–31) כי הן גדולות מדי למי שחפץ בפחות. מהמוצג מב/8 מתברר כי מוצרי סמי-מעדנייה נכנסו לשוק בשנת 2012, ומכאן שאת בחינת התחרותיות מול מוצרים אלו יש להתחיל באותה שנה. על כך יש להוסיף שהמשיבה לא הראתה מה הייתה זמינותם של אותם מוצרים לצד הגבינה הארוזה.

השאלה הנשאלת עתה היא אם הגבינות הנמכרות במעדנייה או גבינות הסמי-מעדנייה, במקום שאלה נמכרות, משמשות תחליף לגבינה הארוזה באריזה קשיחה. אפילו קבעתי כי גבינות הנפרסות מחריצים וגבינות סמי-מעדנייה הן מוצרים תחליפיים, היה זה נכון רק לנקודות מכירה שכוללות מעדנייה. מנתוני המשיבה עצמה עולה [redacted] מכמות הגבינה באריזה נמכר בחנויות נטולות מעדנייה, ולפי שפיגל הללו תופסות, [redacted] [...]. (עמ' 103 לפרוטוקול, שורה 4; ראו עוד עמ' 146, שורות 26–27). אך דעתי היא כי גם מקום שהציבור יכול לבחור בין גבינה הנפרסת במעדנייה לסמי-מעדנייה, רווחיה של המשיבה מהגבינה הארוזה באריזה נוחה צריך שיהיו הוגנים.

על הכול מוסכם שהגבינה הצהובה הנמכרת לפי משקל נבדלת באריזה בלבד מאחותה אשר נפרסת מראש. מכל יתר הבחינות הן היינו-הך: הן מיוצרות באותו תהליך, מכילות את אותם רכיבים ויש להן אותו טעם (סעיף 19 לתצהיר עד ההגנה איל ארד; כן ראו עדות המומחה פרלמן בעמ' 234 לפרוטוקול, שורות 4–7; בעמ' 244, שורות 11–12, 29; בעמ' 245, שורה 11). מנכ"ל המבקשת לשעבר העיד:



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המועצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

[...] אם את מוציאה מתוך המשוואה את העלויות של הפריסה והאריזה, וה...  
והמארז, כן, אלה [ה]דברים היחידים שמבדלים בין הגבינות – זו אותה גבינה,  
עבדו עליה באותה צורה, אותם החומרים – אז זה הדבר היחיד שמבדל ביניהן].

(עמ' 48, שורות 7–10)

עלויות הפריסה והאריזה במעדנייה חלות על הקמעונאים ולא על המשיבה. עליה חלה עלות המארז.

איל ארד, שהחל לעבוד אצל המשיבה ב־2004, נכנס לתפקיד סמנכ"ל המכירות שלה בשנת 2013 (סעיף 2 לתצהיר התמיכה בתשובה לבקשה), וכשנחקר כבר לא עבד שם (עמ' 171 לפרוטוקול, שורה 23). בתצהירו הראשון (סעיף 20) מנה את יתרונותיה של הגבינה הארוזה: היא נארזת בלי שיד אדם נוגעת בה ומחזיקה מעמד זמן רב יותר מהגבינה הנפרסת מחרץ; אריזתה אטומה וניתנת לפתיחה בנוחות – וגם לסגירה; פרוסותיה אינן נצמדות בגלל הדפים החוצצים ביניהן; הרכיבים והערכים התזונתיים מצוינים על-גבי האריזה; אפשר לקחת אותה מהמדף בלי לחכות בתור למעדנייה. המשיבה מעירה את תשומת הלב לכך שיתרונות מסוימים המפורטים פה, כמו החיסכון בזמן ובמגע היד, מגולמים גם באריזת הסמי-מעדנייה, שמחירה אינו כמחיר האריזה הקשיחה.

אבל גם ההנחה שלאריזות הקשיחות יתרונות מסוימים לא תועיל למשיבה, כיוון שהתחוויר מהראיות כי גבינה הנמכרת לפי משקל או גבינת סמי-מעדנייה אינה תחליף אמיתי לגבינה הארוזה. את הוגנתו של מחיר הגבינה הארוזה נבדוק בראי מסקנה זו. בה"ע (הגבלים עסקיים) 3/97 מגל מערכות בטחון בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (פורסם באר"ש, 04.11.2001) תואר מבחן כזה:

המבחן העיקרי המשמש לאיתורם של מוצרים נוספים אשר עשויים לפול בגדרו של השוק הוא מבחן תחליפיות הביקוש בין המוצרים. מידת התחליפיות נמדדת על-פי גמישות הביקוש הצולבת (cross elasticity of demand) ביחס למחיר. מבחן זה מודד את ההשפעה שיש לשינוי במחירו של מוצר אחד על הביקוש למוצר האחר. כאשר העלאה במחירו של מוצר א' תביא לתנועה גדולה של קונים ממוצר א' למוצר ב', משמעות הדבר הנה, שגמישות הביקוש הצולבת של שני המוצרים הנה גבוהה, היינו, שמוצר ב' הוא מוצר תחליפי למוצר א'. (ראה: [...]) ערר 7/95 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי, לב(1) 66.

(פסקה 30)

אך במקרה שלפניי התברר שאין הדבר כך, ככל שהוא נוגע להשוואה בין שני סוגי האריזות של אותה גבינה צהובה. טענת המשיבה כי הצורכים גבינה באריזה מחשיבים את הגבינה לפי משקל כחלופה נשמטת כאשר מעיינים במצגת של מקינזי. כבר מצאנו כי מקינזי חישבה גמישות צולבת של [redacted] בין השתיים, וכי לדעתה העלאת מחיר הגבינה הארוזה בשיעור של [redacted] הייתה צפויה



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיוון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המונעצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

להקטין את הכמות שתימכר רק בשיעור של [REDACTED] (ראו גם עדות פרלמן בעמ' 251 לפרוטוקול, שורות 6–9). הגמישות הצולבת [REDACTED] בין שני סוגי המוצר (ארוז מול משקל) מעידה כי גבינה צהובה במשקל אינה יכולה להיחשב תחליף לגבינה באריזה.

אף העובדה שהצרכנים מוכנים לשלם יותר בעבור הגבינה הארוזה אין בה לסייע למשיבה. אני דוחה את ניסיונה לטעון כי משמעה שהיא שווה בעיניהם יותר ולכן המחיר הוגן – בייחוד כשהוא בא מצד בעלת מונופולין המחזיקה בנתח שוק משמעותי וגובה מחירים גבוהים ומופרזים. כדברי השופט גרוסקופף בפרשת גפניאל,

[...] משמעות קבלתה של טענה זו היא כי בכל שוק שבו לא יהיה מונופול מוחלט, המחזיק ב-100% מנתח השוק, וייגבה מחיר מופרז, ניתן יהיה לומר כי המחיר הוגן מאחר שכל עוד קיימים מתחרים נוספים, ולמרות זאת הצרכנים בוחרים במוצר של בעל המונופולין, [...] הדבר מעיד על הוגנות המחיר [...].

(פסקה 38)

על יסוד הנימוקים המפורטים לעיל ונסיבות המקרה, לאחר שבחנתי את חוות הדעת השונות ואת הראיות האחרות שבתיק, אני סבורה כי קיימת אפשרות סבירה שתקבל הטענה כי המשיבה גבתה מחירים בלתי הוגנים בעבור הגבינות הצהובות הארוזות בתקופה הרלוונטית, ובכך ניצלה לכאורה לרעה את מעמדה כבעלת מונופולין בשוק.

שיעורי הרווח הממוצעים של המשיבה במכירת כל הסוגים של גבינה צהובה ארוזה, אשר מוסכמים על הצדדים לצורך ההכרעה בבקשה שלפניי, נעו מ-[REDACTED] (בשנת 2014) ועד ל-[REDACTED] (ב-2010). ואולם נתונים אלו מוטים לטובת המשיבה משני טעמים: האחד – הם מציגים את הרווח כשיעור מתוך ההכנסות ממכירת הגבינות לקמעונאים, ואילו הוצגו כתוספת לעלות הייצור והשיווק היו שיעורי הרווח גבוהים יותר [REDACTED]; האחר – הם ממוצעים ונוגעים לכל הגבינות הארוזות כמכלול. כבר הצבעתי על כך שאין בממוצע שיעור הרווחיות כדי ללמד מהו שיעורו של הרווח בכל אחת מהגבינות, ולכן ולא מן הנמנע כי הם גבוהים יותר כשעוסקים בגבינה צהובה ארוזה מסוג אחד לעומת אחר. נתונים על אודות השנים 2007–2008 לא הוצגו, מה שפועל לחובת המשיבה, אך יש בנמצא מחוונים נוספים המורים על כך שהבקשה דגן תוכל להתקבל בחלקה הנוגע לאותן שנים. שיעור ההפרש בין מחיר הגבינה הארוזה למחיר הגבינה הנמכרת במשקל לפי חוות דעת שפיגל הוא בן עשרות אחוזים, וקיים גם הפרש שאין להתעלם ממנו בין המחיר בפועל למחיר המפוקח הרעיוני שאמד אותו מומחה.

לגישת המשיבה, מי שישווה את שיעורי הרווח שלה לרווחים מתחום החלב כולו, העומדים על עשרה אחוזים בממוצע לפי חוות דעתו של המומחה פרלמן (לוחות 1, 2 וסעיף 166 לחוות דעתו הראשונה), ייווכח כי אינם מופרזים או בלתי הוגנים. פרלמן חיווה דעתו (סעיפים 176–177) כי שיעור הרווח הממוצע של תחום החלב במשיבה דומה לשיעור הרווחיות של חברות דומות בחוץ-לארץ, אף נמוך ממנו, ואינו יכול להיחשב מוגזם. אפילו התעלמתי מהבעייתיות שבממוצע הרווחיות של הגבינות



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המונעצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

הצהובות הארוזות נושא הבקשה, עדיין היה עליי לומר כי שיעורי הרווח שהציגה המשיבה מתעתעים ואינם מייצגים שיעור רווח של 10% במשק החלב, בין השאר לפי שאותו משק כולל מוצרים אשר מחיריהם בפיקוח, שהנתח שלהם מתוך הסך הכולל לא הוכח. המומחה השווה את רווחי המשיבה (פרק ג) לרווחיהן של חברות המייצרות ומשווקות מוצרי חלב בעולם המערבי, שאלה שיעוריהם הממוצעים: על גבינותיה של Kraft Foods האמריקנית – 16.3 אחוז; על מוצרי החלב והגלידה של Nestlé השווייצית – 15.2; על מוצרי חלב והמכולת של Saputo הקנדית – 12; על מוצרי החלב הטריים של Danone הצרפתית – 11.2 (לוח 2). בהנחה שחברות ותיקות אלה פועלות בשוק חופשי פתוח בתנאי תחרות ובהנחה שהן מרוויחות רווחים נאים והוגנים, רווחיה של המשיבה, שהיא בעלת מונופולין, שהיו גבוהים הרבה יותר – לפחות בחלק מהתקופה – מצביעים לכאורה על הפרזה במחיר. כאמור, על כך נתן את הדעת השופט גרוסקופף בפרשת צדוק, שלפיה יש להיזקק לשימוש נרחב יותר בעילה של תמחור מופרז בישראל לעומת אירופה, באשר כלכלת השוק האירופי גדולה יותר, מרובה שחקנים ונעדרת חסמי כניסה לעומת הכלכלה בארץ. לא זו אף זו: מלוח 3 לחוות דעת פרלמן עולה כי בשנים 2009 עד 2014 שיעור הרווח הנמוך ביותר ממכירת כל הגבינות הצהובות, הן הארוזות הן לפי משקל, היה [REDACTED], והגבוה ביותר היה [REDACTED]. ברי שגם לוח זה אינו מציג אל-נכון את שיעור הרווח ממכירת הגבינות מושא הבקשה. בטבלה יש ערבוב של גבינות שנמכרות במשקל, ששיעור הרווח עליהן נמוך יותר, ושל גבינות הנמכרות באריזה, אשר שיעור הרווח עליהן גבוה יותר.

נמצאנו למדים מחוות דעת שפיגל כי המחיר לצרכן של גבינה צהובה ארוזה עלה בשיעורים שהגיעו אף ל-117% יותר ממחיר גבינה מאותו סוג שנמכרה במשקל ושמחירה היה בפיקוח. אדגיש כי לא נשלל, ויש להניח, שהמשיבה מרוויחה גם מהגבינה הצהובה הנמכרת לפי משקל. ואם היה שיעורו של הפער בין מחירי של גבינת גלבוע לצרכן כשהייתה בפיקוח, הן כשנמכרה במשקל הן כשנמכרה ארוזה, כ-23%, אזי פער ששיעורו 117 אחוז, ואף פער נמוך מזה, הוא אינדיקטור לכך שמחיר הגבינה לאחר שהוסר הפיקוח אינו הוגן. בשנת 2007, כפי שראינו, ההפרש בין מחירה של גבינת עמק במשקל לבין מחירה באריזה היה 62.4%, והוא גבוה כשלעצמו. אך לא ברור מדוע תפח ל-117% שלוש שנים לאחר מכן. ההפרש בין מחירה של גבינת גלבוע במשקל למחירה באריזה זינק מ-26.5% ב-2007 לכ-80% ב-2010.

לא נעלם מעיניי, כאשר הערתי, כי חלק מההפרש בין המחירים נכנס לקופות הקמעונאים. אף-על-פי-כן, לצורך השלב שבו אנו מצויים, המבקשת השכילה להראות כי הרווח שהפיקה המשיבה הוא גבוה. תר-על-כן, אם חפצה המשיבה להוכיח כי הנתח שלה מאותם רווחים צנוע וכי רווחי הקמעונאים הם-הם המעלים את מחירי הגבינות ומביאים להפרזה, היא הייתה יכולה לעשות זאת בחוות דעתו של המומחה פרלמן מטעמה. אך תחשיב מאת המומחה מטעמה של המחיר לקמעונאי לעומת המחיר לצרכן לא מצאתי שם, אף שברור כי בידיה של המשיבה הנתונים הדרושים לכך. הואיל וכך, לשלב הזה של הדיון הוכיחה המבקשת לכאורה כי קיימת אפשרות סבירה שייקבע כי מחירי הגבינות הצהובות באריזות, בשנים הרלוונטיות, היו מופרזים ולא-הוגנים.



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיוון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המונעצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

לא למותר לשוב ולהדגיש כי מאז הוכרז שהמשיבה בעלת מונופולין בשוק החלב חלפו יותר משלושים שנה. עניין לנו בגבינה צהובה, שהיא מוצר מזון חיוני בעיני ציבור גדול של צרכנים ונדבך חשוב במערך התזונה הבסיסית של האדם בעולם המערבי המודרני. אומנם עומדת לצרכן האפשרות לרכוש גבינה זהה במהותה לפי משקל, אך לא בכל נקודות המכירה. זאת ועוד: ראינו כי לפי המצגת של מקינזי, הגמישות הצולבת בין הביקוש לגבינה צהובה ארוזה ובין הביקוש לזו הנמכרת על-פי משקל היא [REDACTED]. כמו-כן נסקף מהמצגת כי כוח השוק שיש למשיבה רב עד כדי כך שבשנת 2008 סברה מקינזי שאם תעלה את מחיר הגבינה הארוזה [REDACTED] אחוזים ואת מחיר הגבינה הצהובה הארוזה דלת השומן [REDACTED] אחוזים נוספים, היא תגדיל את רווחיה, [REDACTED]

מהדוח שהגיש צוות המשנה לבדיקת משק החלב למדנו כי „הריכוזיות הגבוהה בתחום י[נ]יצור מוצרי החלב גורמת להעדר תחרות אמיתית על המחיר לצרכן” וכי מתחרים מתקשים לחדור פנימה. ואכן הענף שבמוקד הדיון נמנה עם ענפי ה"low tech" ואיננו עתיר ידע או סיכון כמו ענפים שבהם היינו מצפים, מטבע הדברים, לשיעור רווחים גבוה יחסית. בנסיבות אלו אין תמה שמשרד רואי-החשבון RSM שיף, הזנפרץ ושות', אשר דיווח למשרד החקלאות ביוני 2013 על „בחינת נוהל התחשבות בענף החלב בישראל" (נספח 2 למב/2), מצא כי התשואה הנורמטיבית שלה זכאית המשיבה במכירת מוצרים שמחיריהם מפוקחים נמוכה למדי (עמ' 6 לדוח). יש לזכור שעד שנת 2012 היה נתח השוק המצרפי של גבינות המשיבה, לפי חוות דעתו של המומחה שפיגל, גדול מתשעים אחוז במונחי מכירה. בהמשך נרשמה ירידה (לכ-80%, בשנים 2013 ו-2014), ככל הנראה בגלל כניסת מתחרה לשוק, אך עדיין מדובר במונופולין מובהק.

בשלב זה אין צורך לקבוע מהו המחיר ההוגן בנסיבות העניין, ודי בקיומה של האפשרות הסבירה שייקבע כי המחיר שנקבע לגבינות באריזות לא היה הוגן. מכל הטעמים דלעיל אני סבורה כי ישנה אפשרות סבירה כזאת.

14. המשיבה מוסיפה כי בתקופה הרלוונטית הייתה הגבינה הארוזה נתונה לפיקוח לפי פרק ז לחוק הפיקוח, שלפיו היא מדווחת על מחירה ועל נתוני הרווח שלה למפקח על המחירים. לשיטתה המאסדר לא מצא לנכון להתערב במחירי הגבינות הנמכרות באריזות קשיחות. ברם המשיבה לא הראתה לבית המשפט כי דיווחה על הנתונים למפקח, ואפילו קיבלה את אישורו, לא היה בכך כדי ליתר את הבדיקה המשפטית עד כמה שיעור רווחיה הוגן.

15. בטענת המשיבה כי הצרכן אינו רשאי לתבוע אותה משום שאת הגבינה הצהובה קנה מהקמעונאים השונים – אין ממש. בסעיף 76 לפקודת הנזיקין נקבע שאם „סבל התובע נזק, יינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושבא במישרין מעוולת הנתבע". המבקשת אוחזת בדעה כי הנזק אונה לצרכן הסופי, ואילו המשיבה



## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המונעצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

מבקשת לקבל כי לה לא היה חלק בגרימתו. לכך המבקשת משיבה שהיה ידוע וצפוי כי מי שעליו תגולגלנה ההתייקרויות בסופו של דבר יהיה הלקוח בחנות.

לפי דוקטרינת הצרכן העקיף האמריקנית, המשמשת בסיס לטענות המשיבה בהקשר זה ושנסקרה בפרשת נאור, הצרכן הישיר (הקמעונאי) רשאי לתבוע מבעל המונופולין את מלוא הנזק – גם אם חלקו גולגל לקונים – אך לא כן הצרכן העקיף (פסקה 42). ובכן, על-פי שיטת המשפט במקומותינו, גם צרכן עקיף רשאי לתבוע את בעל המונופולין לדין. כך לפי נוסחו של סעיף 76 לפקודת הניקין, אשר אינו מגביל את הניזוק לתבוע את נזקו מהמזיק הישיר ואינו מונע תביעה גם ממי שעיוול כלפי הניזוק בעקיפין. השופט שטמר, לאחר שדנה דיון מקיף בסוגיה (ראו פסקאות 37–43), הבהירה בפרשת נאור כי היא „[...] סבורה שאין מניעה בדין הישראלי כי הצרכן העקיף יתבע את המפר בנזיקין[...]“; ונימקה זאת ב„חשש אמיתי“ שיחסיו של הצרכן הישיר – קרי: הקמעונאי – עם בעל המונופולין ירתיעו אותו מפנייה לערכאות בעצמו. „[...] כך“, הסיקה, „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“ (פסקה 44; ההדגשה במקור). השופט גרוסקופף הוסיף דיון משלו (פרשת ויינשטיין, פסקאות 16–18; פרשת גפניאל, פסקאות 44–49) והראה שדיני התחרות באירופה מתירים לכל נפגע מהפרתם, ואין נפקא מנה אם נפגע במישרין או בעקיפין, לתבוע את נזקו (פרשת ויינשטיין, פסקה 17). אני שותפה לדעתו

[...] שאם מבקשים אנו להבטיח הרתעה ראויה מפני תמחור מופרז על ידי בעל מונופולין, מחד גיסא, ופיצוי לנפגעים האמיתיים מפרקטיקה פסולה זו, מאידך גיסא, עלינו להכיר בכך שהצרכן העקיף, אשר נשא בעיקר העלות הכלכלית, יהיה אף הוא גורם הרשאי לתבוע את בעל המונופולין, וזאת למרות היעדר יריבות חוזית ביניהם.

(פרשת גפניאל, פסקה 47)

ועוד נדרש בית המשפט (פרשת נאור, פסקה 44 והאסמכתה ששם) לכלל שלפיו „[...] אין המעוול נדרש לשלם יותר מכפי הנזק שגרם [...]“, כדי להניח את דעת החוששים פן יחויב המעוול לפצות את הניזוק פיצוי העולה על המגיע לו ממנו. שוב אזכיר כי בשלב הנוכחי איננו נדרשים להכריע מה גובה הנזק לצרכן שגרמה המשיבה לכאורה.

16. מכל המקובץ הגעתי למסקנה כי מתקיים התנאי הקבוע בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות: „התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה“. גם שאר התנאים לאישור תובענה ייצוגית, כך נוכחתי, התקיימו. על טענת המשיבה כי אין יריבות מולה, באשר לא היא שמכרה את המוצרים לצרכנים, כבר נתתי דעתי. אין בידי לקבל את טענתה כי קיימים הבדלים ממשיים בין חברי הקבוצה המחייבים בדיקה פרטנית לגבי כל אחד מהם; אדרבה, שוכנעתי כי בנסיבות העניין תובענה ייצוגית היא הדרך ההוגנת והיעילה להכריע בחילוקי הדעות. לא סביר או





## בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

16 ביוני 2019  
י"ג בסיוון תשע"ט

ת"צ 18298-11-14, ת"צ 61369-11-14 המועצה הישראלית לצרכנות נ'  
תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

יעיל שכל אחד מהצרכנים יגיש תובענה אישית לחוד. לבסוף השתכנעתי שקיים יסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב.

17. מן הנימוקים דלעיל הבקשה מתקבלת. המועצה הישראלית לצרכנות תהיה התובעת המייצגת, והבאים כוח המייצגים יבואו משורות המשרדים גיל רון, קינן ושות' ואביעד, סרן ושות'. החברים בקבוצה יהיו מי שקנו בשבע השנים שסופן ביום הגשתה של הבקשה (30.11.2014) את הגבינות הצהובות הארוזות עמק, טל העמק, גלבע או גוש חלב. עילת התביעה – „ניצול מעמד לדעה“ לפי סעיף 29 לחוק התחרות הכלכלית.

הודעה על אישור התובענה הייצוגית תראה אור, על חשבון המשיבה, ביומונים, ידיעות אחרונות ו, הארץ. גודל המודעה לא יפחת ממחצית העמוד. הצדדים יגישו נוסח לאישורו של בית המשפט בתוך 14 יום מהיום. כתב הגנה יוגש בתוך שישים יום מהיום.

אני מחייבת את המשיבה לשלם למבקשת את הוצאות הבקשה. כן תשלם לה 100,000 ₪, שכר טרחת עורכי-דין, בתוספת מס ערך מוסף כחוק. הסכום יישא ריבית והפרשי הצמדה כחוק מהיום ועד למועד התשלום המלא בפועל.

ניתנה בלשכתי היום, י"ג סיוון תשע"ט (16 ביוני 2019).

המזכירות תשגר את ההחלטה לצדדים. הצדדים ישלחו העתק ליועץ המשפטי לממשלה.

  
שושנה אלמגור, שופטת