

יולי 2022

לכבוד : רשות התחרות הכלכלית

לידי : עו"ד מיכל כהן, הממונה על התחרות

נייר עמדה בנושא :

הסדרי הכתבת מחיר אנכית

(RPM = Resale Price Maintenance)

1

השופטת בדימוס ד"ר איריס סורוקר

עו"ד בתיה כהן

מרכז חת

לחקר התחרות והרגולציה המסלול האקדמי המכללה למינהל



מרכז חת הינו מוקד אקדמי רב תחומי של המסלול האקדמי המכללה למינהל. המרכז נוסד ביוזמתם והודות לתרומתם של גב' רנה ופרופ' מאיר חת. תכליתו של מרכז חת היא פיתוח והעברת ידע בתחומי התחרות והרגולציה, על היבטיהם התיאורטיים והמעשיים. המרכז הוקם מתוך רצון לחקור ולהעמיק את ההבנה על אודות התחלופה וההפעלה של אמצעי התחרות והרגולציה בשווקים שונים בישראל. המטרה היא לחדד בעיות הטעונות פתרון, ולגבש המלצות לשיפור המדיניות הרגולטורית הראויה.

השופטת בדימוס ד"ר איריס סורוקר

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה

facebook.com/hethcenter 03-9634104 📞
colman.ac.il/heth_center 🌐 hethcenter@colman.ac.il

יולי 2022

לכבוד:

כב' הממונה על התחרות עו"ד מיכל כהן

כללי

בחוות דעת זו נבקש להתייחס לטיטת גילוי דעת מינואר 2022 שהרשות פרסמה בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכית (Resale Price Maintenance ובקיצור: RPM).¹ גילוי הדעת צפוי להחליף גילוי דעת קודם משנת 2017.² הצורך בגילוי דעת חדש התעורר על רקע תיקון כללי התחרות הכלכלית (פטור להסדרים שאינם אופקיים) (הוראת שעה), תשע"ג-2013, ממאי 2021. בטרם התיקון, הסדרי RPM לא זכו ל"פטור-סוג" ונדרשו למהלך של פטור פרטני המוענק על ידי רשות התחרות. התיקון לכללי התחרות הכלכלית החיל על הסדרי הכתבת מחיר משטר נורמטיבי חדש, המאפשר להם לחסות תחת פטור-סוג המוענק להסדרים אנכיים באופן כללי. המשמעות היא, שהסדרי הכתבת מחיר עשויים כיום לזכות בפטור-סוג מכוח הערכה עצמית של העוסק וללא צורך בפטור רגולטורי. על הרקע הזה, גילוי הדעת החדש מציג את עמדת הרשות ביחס לאופן שבו יש לבצע הערכה עצמית בעניין הסדרי RPM לצורך תחולת פטור-סוג כאמור.

3

בחוות דעת זו נטען כי במצב של המשק הקמעונאי בישראל היום -- הסובל מריכוזיות ומיוקר מחירים -- אין מקום לליברליזציה בקשר עם הסדרי הכתבת מחיר, ויש להחיל עליהם פיקוח רגולטורי פרטני.

חוות הדעת תיפתח ברקע להחלת פטור-סוג על הסדרי RPM. לאחר מכן נסקור בתמצית את עמדת רשות התחרות ביחס לביצוע הערכה עצמית, לפי גילוי הדעת החדש. נעבור לניתוח הסדרי הכתבת מחיר אנכית ולבדיקה משפטית משווה בארצות-הברית ובאנגליה. נפרט את השיקולים הרלבנטיים לישראל בכל הנוגע להחלת משטר של הערכה עצמית על הסדרי RPM, ונסיים עם המלצותינו בעניין.

רקע

כידוע, סעיף 4 לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 אוסר על אדם להיות צד להסדר כובל. החוק מאפשר דרכי מילוט מאיסור זה, אם קיים פטור סטטוטורי (לפי סעיף 3 לחוק), או שהמקרה נופל לפטור-סוג (סעיף 15א לחוק), או שהתקבל פטור פרטני (סעיף 14 לחוק), ואם לא - אישור של בית הדין לתחרות (סעיפים 9-10 לחוק). סעיף 2 קובע מהו "הסדר כובל"; בתוך כך, סעיף 2(ב) מפרט ארבעה מקרים בהם הסדר ייחשב כ"כובל" (בתמצית: תיאום מחירים; תיאום ביחס לרווח שיופק;

¹ לטיטת גילוי הדעת ראו: <https://bit.ly/3NuD6Oo>.

² גילוי דעת 2/17 בענין הסדרי הכתבת מחיר אנכית (RPM) מיום 28 ליוני 2017. מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

חלוקת שוק; ותיאום היצע, סוג ואיכות). עד לשנת 2015, נהוג היה להחיל את הוראת סעיף 2(ב) גם על הסדרים אנכיים; ואולם מצב משפטי זה השתנה עם פסיקת בית המשפט העליון בעניין **שופרסל**³, שם נפסק כי אין מקום להחיל על הסדר אנכי את החזקות החלוטות המנויות בסעיף 2(ב) לחוק, אלא במקרים חריגים. הטעם להלכה זו נעוץ בהבנה, שהסדר אנכי מעוגן בחיי המסחר השוטפים ונושא עמו הצדקות כלכליות, כך שמגבלת התחרות הכרוכה בו היא בדרך כלל משנית ונלווית ואינה משמשת כאמצעי אסטרטגי למניעת תחרות. הלכת **שופרסל** מבוססת על ההכרה לפיה המורכבות של ההסדר האנכי מחייבת להימנע מלהחיל עליו דין אוטומטי. לכן, הסדרים אנכיים לא יילכדו בדרך כלל בקבוצת החזקות שבסעיף 2(ב) לחוק התחרות הכלכלית, והם ייבחנו על פי מבחן העלילות שבסעיף 2(א), המתחייב בגדרה של ההגדרה הכללית ל"הסדר כובלי".

בעקבות הלכת **שופרסל**, יצאה רשות התחרות בגילוי דעת 2/17 משנת 2017, ובו הוצגה עמדתה "באשר לאופן שבו יש לנתח הסדרי RPM ומתי יחשבו הסדרים אלה כהסדרים המקיימים את יסוד העלילות למניעה או הפחתה של התחרות בעסקים". עיקר האסדרה של הסדרים אנכיים נעשה במסגרת פטורי-סוג שלפי סעיף 15א לחוק; כך, כללי התחרות הכלכלית (פטור להסדרים שאינם אופקיים) (הוראת שעה), תשע"ג-2013, מעניקים פטור-סוג להסדרים שאינם בין מתחרים, אם מתקיימים שני תנאים: הכבילות שבהסדר הכובל אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות בשוק כאמור; וכן: עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו. פטור-הסוג להסדרים אנכיים מבוסס על מתווה של "הערכה עצמית" שצריכה להתבצע על ידי הצדדים להסדר. המשמעות היא, כי הצדדים להסדר בודקים בעצמם אם המקרה שלהם נופל למסגרת הדרישות לקבלת הפטור, ללא צורך בקבלת היתר אינדיבידואלי מהממונה.

4

לפני תיקון הכללים במאי 2021, הסדרי RPM הוחרוגו במפורש מתחולתו של פטור-הסוג האמור. המשטר הנורמטיבי שחל עליהם הוא האיסור הרחב שלפי סעיף 2(א) לחוק, וזאת אלא אם התקבל בגינם פטור פרטני מכוח סמכות הממונה לפי סעיף 14 לחוק, או אישור בית הדין לפי סעיפים 9-10 לחוק. עתה, עם ביטול החרגתם של הסדרי RPM מפטור-הסוג להסדרים אנכיים, יוכלו גם הסדרי RPM להיכלל תחת פטור-סוג (ובלבד שיעמדו בתנאיו). גילוי הדעת החדש של רשות התחרות נועד להציג את עמדתה הרשות בעניין הדרך שבה יש לבצע הערכה עצמית של הסדרי RPM במסגרת פטור-הסוג האמור.

גילוי הדעת

³ ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל (10.8.2015). מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

1. גילוי דעת 2/17

לפי גילוי דעת 2/17, יש לבחון הסדרי RPM בהתאם להוראת סעיף 2(א) לחוק, המתווה את מבחן העלילות לפגיעה בתחרות. הרשות הבחינה בין הסדרי RPM בין ספק לקמעונאי המשווק מוצרים או שירותים ללקוח הסופי, לבין הסדרים בין ספק לבין גורם שאינו מוכר מוצרים או שירותים ישירות ללקוח הסופי.

לפי גילוי הדעת, יש לבחון את ההשפעה התחרותית של הסדרי RPM. החששות לפגיעה בתחרות מתבטאים בעיקר ב- (א) חשש להקלה על שיווי משקל מתואם במקטע הספקים; (ב) חשש לצמצום התמריץ של קמעונאים לרסן כוח שוק של ספק דומיננטי; (ג) חשש להקלה על שיווי משקל מתואם במקטע הקמעונאי; (ד) חשש לפגיעה ביכולתם של ספקים או קמעונאים קטנים להתחרות.

(א) **חשש להקלה על שיווי משקל מתואם במקטע הספקים** – הסדר RPM עלול להקל על הגעה לשיווי משקל מתואם בין הספקים, משום שהם מצמצמים את השונות שמתקיימת בדרך כלל במחירים הקמעונאיים. שקיפותם של המחירים הקמעונאיים מאפשרת להשיג תיאום בקלות רבה יותר ולאחר סטיות ממנו.

(ב) **חשש לצמצום התמריץ של קמעונאים לרסן כוח שוק של ספק דומיננטי** – הסדרי RPM עשויים לצמצם את התמריץ של קמעונאים חזקים לנצל את כוח המיקוח שבידיהם על מנת לרסן ספק דומיננטי, בעיקר במקרים בהם התחרות הבין-מיתגית חלשה. כאשר לקמעונאי יש כוח מיקוח מול הספק, הוא יכול להשיג הנחות במחיר הסיטונאי על מנת להתחרות בקמעונאים האחרים ולהגדיל את נתח השוק שלו על חשבונם, בדרך של הורדת המחיר לצרכן. הקטנת התמריץ של הקמעונאים לדרוש הנחות שיובילו למחיר נמוך יותר לצרכן מגדילה את הרווח הכולל של הספק והקמעונאי גם יחד על חשבון רווחת הציבור, ותורמת ליכולת הספק הדומיננטי להפעיל כוח שוק על הצרכן.

(ג) **חשש להקלה על שיווי משקל מתואם במקטע הקמעונאי** – הסדר RPM עלול לסייע לקמעונאים להגיע לשיווי משקל מתואם ביניהם, בשתי דרכים עיקריות: אחת, הספק המשותף משמש כ"שוטר" לגילוי סטיות משיווי המשקל המתואם; והשנייה, ההסדר עלול להקשות על הרשות לזהות את הפסול בהסדר ואת ההיבטים האופקיים שלו, על ידי כך שהוא מעניק "כסות" של הסדר ראוי גם להסדר שאין בו כל תועלת פרו-תחרותית. ככלל, לספק אין תמריץ לסייע לקמעונאים להגיע לשיווי משקל מתואם, שכן רווחיות הספק תרד. לעומת זאת, החשש להקלה על שיווי משקל מתואם גובר במקרים שונים, כגון: כשלספק עצמו יש תמריץ אנטי-תחרותי לאמץ את ההסדר או שמדובר בספק דומיננטי שמעוניין לנצל את כוחו או שמדובר בקמעונאים או מפיצים דומיננטיים הפועלים מול ספק חלש יחסית, שתלוי בהם.

(ד) **חשש לפגיעה ביכולת התחרות של ספקים או קמעונאים קטנים** – למשל מקרה בו קיים מוצר דומיננטי המשווק על ידי מספר רשתות מתחרות והושק מוצר חדש המתחרה בו. בהיעדר הסדר RPM, המוצר החדש עשוי להימכר במחיר נמוך יותר מזה שנגבה עבור

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה לחינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter/>

המוצר הדומיננטי, כך שהביקוש למוצר החדש יוסט מהמוצר הדומיננטי. במצב בו מתקיים הסדר RPM לגבי המוצר הדומיננטי, הקמעונאים נהנים משולי רווח גבוהים יותר עליו ותמריצם לשווק את המוצר החדש - מצטמצם. באופן זה, הסדר RPM מסייע לספק דומיננטי לחסום את התחרות במקטע הקמעונאי מצד ספקים אחרים. לא זו בלבד, אלא שהסדרי RPM עשויים לעורר חשש לפגיעה בכושרם התחרותי של קמעונאים קטנים ואף להערים חסמי כניסה בפני חדירה של קמעונאים חדשים. זאת, משום שהסדר RPM מגביל את חופש הפעולה של הקמעונאים, ולא מאפשר לקמעונאי יעיל לגלגל את החיסכון שהשיג לצרכן הסופי באמצעות מחיר זול יותר.

לצד החששות שנסקרו לעיל, גילוי דעת 2/17 פירט את השיפורים שהסדרי RPM עשויים להביא בדמות שירותים נלווים הניתנים לצרכן על ידי משווק המוצר. צוינו התועלות הבאות:

(א) **הסדר RPM מסייע בפתרון "בעיית הסוכן"** – בעיית הסוכן מתעוררת כשהחלטותיו של קמעונאי או מפיץ משפיעות על רווחי הספק, מבלי שהקמעונאי או המפיץ מפנים השפעות אלה. למשל, החלטות בדבר השקעה בקידום מכירות או מתן שירותים נלווים ללקוח הסופי. החלטות אלה עשויות להשפיע על הביקוש לטובין המופצים, בעוד שהרווחים מתחלקים בין הקמעונאי לספק. בעיית הסוכן עלולה להביא לכך שהקמעונאי לא ישקיע במתן שירותים נלווים לצרכן במידה הרצויה, באופן שפוגע בתחרות הבין-מיתגית וברווחת ציבור הצרכנים. באופן זה, עלולה להיווצר "בעיית הטרמפיסט", לפיה קמעונאי יהנה הנאת חינם מהשקעות הקמעונאי שמתחרה בו במתן השירותים הנלווים. על מנת למנוע את בעיות הטרמפיסט, הספק עשוי לרצות להתקשר עם כלל המשווקים בהסדרי RPM. במקרה כזה, ההסדרים עשויים להיטיב עם ציבור הצרכנים, משום שהם מעודדים השקעה במאמצי שיווק ובמתן שירותים נלווים, ואלו עשויים להגביר את תועלת הצרכנים מהמוצר ואת התחרות הבין-מיתגית.

(ב) **מקרה של חדירת מוצר חדש לשוק** – למשל במקרה בו ספק מעוניין להיכנס לשוק מסוים באמצעות השקת מותג חדש. היות והמותג לא מוכר לצרכנים, השקתו תדרוש השקעות מיוחדות מצד הקמעונאי על מנת לקדמו. במקרה כזה, הסדר RPM עשוי לסייע לצמצם את פער האינטרסים שבין הקמעונאי לבין ספק המותג החדש, באופן שיעודד ויצדיק את השקעת הקמעונאי בהחדרת המותג החדש לשוק ברמה הרצויה, ובכך להביא לשיפור התחרות הבין-מיתגית.

לפי גילוי דעת 2/17, הסדרי RPM ייבחנו תוך התבוננות בשני היבטים מצטברים:

היבט אחד – פגיעה בתחרות כתוצאה מרמת תחרות נמוכה. לצורך היבט זה, נקבע כי יש לבחון את מאפייני השוק בו נערך ההסדר, הן ביחס לספקים והן ביחס לקמעונאים. יש לבחון בשני המקטעים את השפעתו של ההסדר על ההסתברות לקיומו ושימורו של שיווי משקל מתואם. בנוסף יש לבחון את נתח השוק ואת כוח השוק שבידי ספק שהוא צד להסדר.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

היבט שני – קיומה של תכלית פרו-תחרותית בהסדר. הרשות תכיר בתועלות פרו-תחרותיות כגון: עידוד החוליה הקמעונאית להשקיע בקידום המוצר באמצעות מתן שירותים נלווים. על מנת להצדיק תועלת פרו-תחרותית נדרש להוכיח באופן קונקרטי שההסדר שיפר או עומד לשפר את השירותים הנלווים למכירת המוצר בפועל.

ביחס למוצרי יוקרה מובהקים, שאופי צריכתם מלמד כי הלקוח לא רגיש למחירים או לחלופין מעוניין לרכוש אותם דווקא בשל מחירם הגבוה – נטיית הרשות היא שלא לנקוט בצעדי אכיפה ביחס להסדרי RPM.

בעניין היקף הפרישה של הסדרי RPM את כל אחד משני המקטעים, מקטע הספקים ומקטע המשווקים, עמדת הרשות היא כי עוצמת החששות התחרותיים לעומת התכליות הפרו-תחרותיות יושוו בכל מקרה על פי נסיבותיו, משום שהוא עשוי להשפיע בשני הכיוונים.

בעניין הסדרי RPM בין ספק למפיץ המשמש כחוליית ביניים עצמאית בין הספק לקמעונאי – עמדת הרשות היא כי יש לבחנם בשני היבטים:

(1) **בחינת חלוקת הסיכונים שבין הספק לבין המפיץ** – בקצה אחד של מנעד האפשרויות מצויים הסדרי קונסיגנציה, בהם המפיץ משמש ככלי לביצוע המכירה בלבד; ובקצה השני מצוי הסדר במסגרתו מלוא האחריות מוטלת על המפיץ בלבד. ככלל, הסדר RPM שבין ספק לבין מפיץ ייחשב לגיטימי במקרה שבו הספק נושא בחלק הארי של הסיכונים הכרוכים בשיווק המוצרים, שכן המפיץ אינו מהווה גורם בעל משמעות עסקית או תחרותית בשרשרת האספקה.

(2) **בחינה האם המפיץ פועל כ"זרועו הארוכה" של הספק**, כך שהוא ממילא לא צפוי לחולל תחרות תוך-מותגית במקטע המשווקים. מפיץ ייחשב כזרועו הארוכה של הספק למשל במקרים בהם קיימת בלעדיות הדדית בין הספק לבין המפיץ בשיווק והפצה. לכן, ככל שעצם הסדר הבלעדיות לא פוגע בתחרות, להסדר RPM לא צפויה להיות תוספת השפעה שלילית ולכן לא ייחשב כהסדר כובל.

עד כאן, סקירת גילוי דעת 2/17 משנת 2017. סקירה זו היא חשובה, משום שיש בה ניתוח עומק של הסדרי RPM והיא עשויה לסייע שעה שנבחנת האפשרות להכיר בפטור-סוג שיחול עליהם. כאמור, גילוי הדעת החדש 1/22 הוצא בעקבות תיקון כללי התחרות הכלכלית (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים)(הוראת שעה), תשע"ג-2013. תיקון זה החיל את פטור-הסוג החל על הסדרים אנכיים גם על הסדרי RPM.

2. גילוי דעת 1/22

עם ביטול החרגתם של הסדרי RPM מפטור-הסוג להסדרים שאינם אופקיים, יוכלו הסדרי RPM לחסות תחת פטור-סוג, בכפוף לשני תנאים מצטברים הקבועים בסעיף 2 לכללי התחרות הכלכלית מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

(פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים)(הוראת שעה), תשע"ג-2013. בגילוי הדעת החדש, הרשות מפרטת את השיקולים הרלבנטיים לביצוע הערכה עצמית על ידי הצדדים להסדר. הפטור יחול רק בשני תנאים:

(1) הכבילות שבהסדר הכובל אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות בשוק כאמור;

(2) עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

על מנת לעמוד בתנאי הראשון יש לבחון את רמת התחרות השוררת בשוק הרלוונטי – "האם ההסדר שבנדון מגביל את התחרות בחלק ניכר מן השוק, ואם כן – האם יש בו כדי לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות בשוק." רק מקום בו ההסדר מניב תועלת תחרותית משמעותית המפיגה את חשש הפגיעה התחרותית בשוק הרלוונטי – יעמוד ההסדר בתנאי הראשון.

לעמדת הרשות, מקרים בהם עיקר ההסדר הוא הפחתת התחרות או מניעתה באמצעות כבילות ה-RPM, אינם יכולים ליזכות בפטור-סוג. היה ועיקר ההסדר אינו הפחתה או מניעה של התחרות, יש לבחון אם אין בהסדר "כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו". אשר לדרישת ה"נחיצות", הרשות נוקטת בגישה מחמירה: "יש לשאול, בראש ובראשונה, האם כבילות ה-RPM אכן מקדמת באופן משמעותי את מימוש העיקר". ככל שכבילות ה-RPM צפויה לקדם את מימוש העיקר, "יש לבחון את שאלת קיומן של אלטרנטיבות מעשיות שפגיעתן המסתברת בתחרות היא פחותה באופן ניכר מפגיעתה של תניית ה-RPM". בנוסף, יש לשאול אם תניית ה-RPM לא רחבה מן הנדרש, ואם היא משנית לעיקרו של ההסדר. לעמדת רשות התחרות, מעטים הם המקרים שבהם תנאי RPM ייצא נחוץ למימוש עיקרו של הסדר השיווק.

על כן, עמדת הרשות היא כי הסדרי RPM לא יזכו בפטור-סוג אלא אם הם עומדים בשני תנאים מצטברים: (1) מאפייני השוק מצביעים על "מידה עזה" של תחרות; וכן (2) הם נועדו לצורך השגת תועלת פרו-תחרותית מובהקת ומוכחת. לעמדת הרשות, שעה שצדדים להסדר הכתבת מחיר מעריכים שבשוק קיימת "תחרות עזה" והכתבת המחיר נועדה להציג תועלת פרו-תחרותית מובהקת ומוכחת – ההסדר יזכה בפטור-סוג, ללא צורך באישור רגולטורי פרטני.

הרשות הציגה את אופן הבחינה של שני הרכיבים המצטברים:

חששות לפגיעה בתחרות:

על מנת לנתח את ההשפעה התחרותית של הסדרי RPM ראוי להבחין בין תחרות תוך-מותגית לבין תחרות בין-מותגית. ככל שהתחרות הבין-מותגית חלשה יותר, כך גובר משקלם של החששות

האנטי-תחרותיים. שכן, במקרה כזה לא עומדים בפני הצרכן תחליפים רבים, והוא למעשה שבוי בידי הספק, שלא חושש כי הצרכנים יעברו לרכוש מותגים מתחרים.

(א) **הסדרי RPM מעלים חשש לפגיעה בתחרות התוך-מותגית.** הסדר RPM מונע מקמעונאים להוריד את מחירי המוצר לצרכן, בכך שהוא קובע מחיר גבוה יותר לצרכן עבור המוצר שבהסדר. הפחתת התחרות התוך-מותגית עלולה לצנן את התמריץ להתייעלות או לחדשנות במקטע הקמעונאי ולהגביל כניסת קמעונאים יעילים או חדשנים. זאת משום שההסדר מגביל את חופש הפעולה של הקמעונאים ולא מאפשר לקמעונאי יעיל לגלגל את חסכונו לצרכן בדמות מחיר זול יותר.

(ב) **חשש מפני הפחתת התמריץ של הקמעונאים לריסון כוח השוק של הספק** – כפי שפורט בגילוי דעת 2/17.

(ג) **חשש להקלה על שיווי משקל מתואם במקטע הקמעונאי** – כפי שפורט בגילוי דעת 2/17.

(ד) **חשש להקלה על שיווי משקל מתואם במקטע הספקים.** כפי שפורט בגילוי דעת 2/17, הסדר RPM מסייע לספקים לייצב שיווי משקל מתואם ביניהם, שכן ההסדר מונע מן הקמעונאים לשנות את המחיר לצרכן. לעמדת הרשות, בשוק בו חלים הסדרים המגדילים את ההסתברות לקיומו ושימורו של שיווי משקל מתואם, החשש להקלה על שיווי משקל כאמור מתחזק; למשל בשווקים אוליגופוליים. הרשות סבורה כי במקרה שבו המחירים המוכתבים אינם שקופים, קטן החשש מפני שיווי משקל מתואם. כך למשל, במקרה שתנאי ה-RPM לא מוכתב לקמעונאי שמוכר לצרכן הסופי או במקרה בו משווק מוכר ללקוח סופי שאינו צרכן פרטי, שאז עשוי המחיר שנגבה מלקוחות להיות שקוף פחות או כלל לא שקוף לקמעונאים וספקים אחרים.

(ה) **חשש מפני פגיעה ביכולתם של ספקים קטנים להתחרות** – כפי שפורט בגילוי דעת 2/17.

תועלות פרו-תחרותיות:

רשות התחרות סבורה שבמסגרת ההערכה העצמית ניתן להתחשב רק בתועלות ממשיות שיש בהן לשפר את איכות השירותים הניתנים לצרכן. זאת, כדי להפיג את החששות התחרותיים העולים מן ההסדר. לעמדת הרשות, בשוק ממועט מתחרים קיים סיכוי קלוש כי תימצאנה תועלות המצדיקות את הפגיעה התחרותית, ובכל מקרה תידרשנה תועלות פרו תחרותית מובהקות, משמעותיות ומוכחות, שקיומן יפיג לחלוטין את החשש לפגיעה.

הסדרי RPM בין ספק לבין סוכן:

סוגים שונים של יחסים מסחריים מתקיימים בין ספק לבין החוליה הבאה בשרשרת. סוגי היחסים משתנים בהתאם למידת העצמאות שניתנת לגורם המשווק או המפיץ ולהיקף הסיכונים שכל אחד מהם נוטל על עצמו. בענייננו, סוכן הוא גורם המשמש כזרועו הארוכה של הספק. מדובר על מפיץ או משווק שלא נושא בסיכונים הכרוכים בשיווק המוצרים ולכן אינו מהווה גורם בעל משמעות עסקית או תחרותית בשרשרת האספקה.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

לעמדת הרשות, במקרה בו הספק נושא בכל הסיכונים, הסוכן לא פועל כגורם מקבל החלטות עצמאי, ולפיכך הגיוני כי הספק יקבל את ההחלטות העסקיות הנוגעות לתנאי המכירה, בין היתר בנוגע למחיר. לפיכך, לעמדת הרשות, הסדר RPM הנערך בין ספק לבין סוכן כאמור – סביר שיעמוד בתנאי הפטור.

בדומה, לשיטת הרשות, פטורי הסוג להסכמי רכישה בלעדית ולהסכמי הפצה בלעדית מתירים אף הם להתקשר בהסדרים הכוללים כבילות RPM עם סוכן בלעדי, ובלבד שהסוכן לא "סוכן עצמאי" וכן כי מתקיימים כל שאר תנאי פטורי סוג אלו.

עד כאן, סקרנו את גילוי הדעת החדש. על מנת להעריך נכוחה את החידוש שבהחלת פטור-סוג על הסדרי הכתבת מחיר, נעבור עתה לעיין בהם ובהשלכותיהם בניתוח כלכלי.

הסדרי הכתבת מחיר אנכית: ניתוח

הסדרי הכתבת מחיר הם הסדרים אנכיים במסגרתם גורם אחד בשרשרת האספקה של טובין מכתוב לגורם שנמצא בשלב עוקב את המחיר שבו יוצעו הטובין למכירה לצרכן. אלה הם הסכמים שבין ספק למשווק.⁴ בהסדרים אנכיים, בשונה מהסדרים אופקיים, האינטרסים הכלכליים של הצדדים עשויים לשרת את האינטרס הצרכני. לפיכך, בספרות ובפסיקה מוכרים קולות לפיהם יש להתייחס להסדרים אלה באופן מקל ולצמצם את הגדרתם הגורפת כהסדרים כובלים.⁵

עם זאת, ישנם מקרים בהם הסדרים אנכיים עלולים להוביל לפגיעה בתחרות ובצרכנים. מקובל לחלק את המקרים לשלוש קבוצות עיקריות:⁶

1. פגיעה ראשונה היא מסוג **ההשפעה החד צדדית** (unilateral effect) – אפשרות גרימה למתחרה להעלות מחירים, ללא קשר מה מתחריו עושים. דוגמה לכך היא ספק א' שמתחייב בפני לקוח א' כי הוא לא ימכור ללקוח ב'. הדבר עלול לגרום לספק ב', המתחרה בספק א', להעלות מחירים ללקוח ב', זאת ללא קשר ישיר למעשיהם של מתחריו בשוק.⁷
2. פגיעה שנייה היא מסוג **השפעות מתואמות** (coordinated effects) – מדובר על מצב בו קל לתאם או לייצב מחיר דמוי קרטל או מצב דמוי קרטל בשוק. דוגמה לכך היא הסדר לקוח מועדף, במסגרתו ספק מתחייב שלא להפלות לקוח מסוים לרעה ביחס ללקוחותיו האחרים. יכול שכתוצאה מהתחייבות זו הספק יירתע מליתן הנחות מלכתחילה וכך יירתע

⁴ אריאל אזרחי ודיויד גילה דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים 173 (2019).
⁵ ראו למשל רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרול בע"מ, פ"ד נח(2) 634 (2004); ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.8.2015) ראו גם אזרחי וגילה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 174.
⁶ שם, בעמ' 175.

⁷ דיוד גילה יוסי שפיגל "הסדרים אנכיים" ניתוח משפטי והכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 323, 423-433 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008).
 מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

הספק מלסטות משיווי משקל דמוי קרטל.⁸ דוגמה נוספת היא הסדר התאמת הנחות או ספק המתחייב "למחיר הנמוך ביותר בשוק". הסדר כאמור עלול להרתיע את מתחרי הספק מלסטות משיווי משקל דמוי קרטל. סיכויו של ספק א' לחטוף את לקוחותיו של ספק ב' יורדים משמעותית במצב בו ספק ב' מבטיח ללקוחותיו כי יתאים באופן אוטומטי כל הנחה שספק א' יציע להם. כתוצאה מכך, ספק א' ירוויח פחות מלתת הנחות תוך סטייה ממחיר דמוי קרטל.⁹

3. פגיעה שלישית היא מסוג "טורפנית" או "מדירה" (exclusionary effect) – בחלק מהסדרי הבלעדיות או הבלעדיות החלקית, שעלולים לצמצם את מספר המתחרים בשוק או לחילופין, לסגור חלק מן השוק בפני מתחרים קיימים או חדשים מתקיימת הפגיעה. בשל ההשפעות החד-צדדיות והמתואמות של ירידה במספר השחקנים המשמעותיים בשוק, נוצר שינוי במבנה התחרותי של השוק אשר פוגע בצרכנים.¹⁰

פסיקה והחלטות רגולטוריות בישראל:

הפסיקה הישראלית אינה עשירה בתחום הסדרי הכתבת מחיר. לאחר פסק-הדין בענין **שופרסל** שאוזכר לעיל, הוגשו מספר תובענות ייצוגיות שעניינן בהסדרי הכתבת מחיר אנכית, אך אלה טרם הוכרעו.¹¹

11

בפרשת **מודגל**¹² ייחס כתב האישום ליצרנית הפיטינגים (אביזר מתכת בחיבורי צנרת) הבלעדית בארץ (נאשמת 1), ומשווקי הפיטינגים העיקריים שלה שבעה אישומים שעניינם עבירות הסדר כובל על פי חוק ההגבלים העסקיים וחוק ניירות ערך. לב המחלוקת נסב סביב טענת המאשימה להסדר מחיר מינימום שמתקיים עם כלל המשווקים. בית המשפט הרשיע את הנאשמים, בין היתר, בהסדרת מחיר מינימום. במסגרת הכרעת הדין נדונה טענת הנאשמים לפיה הם פעלו באמצעות פרקטיקה של המלצת מחיר אנכית, שהיא מקובלת ולגיטימית ואינה עולה כדי הסדר כובל. בית המשפט פסק כי מדובר בהסכמה של כלל המפיצים לגבי העמדת המחיר בעתיד, ולא בהמלצה חד-צדדית גרידא. כך, המשווקים עשו מאמץ ליישם את ההסכמה והתלוונו בפגישות על הפרתה, והנאשמת 1 סייעה למנוע אותה. עוד נקבע, כי העובדה שמדובר בהמלצה לא מונעת אפשרות לראות בשיתוף הפעולה שנוצר משום הסדר כובל. בית המשפט דחה טענה לפיה העובדה שמדובר בהסדר

⁸ שם, בפס' 12.5.

⁹ שם. ראו גם אזרחי וגילה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 175 והפניותיו שם Aaron S. Edlin, *Do Guaranteed-Low-Price Policies Guarantee High Prices and Can Antitrust Rise to the Challenge?* 111 HARV. L. REV. 528 (1997).

¹⁰ גילה ושפיגל פס' 3.1.2, 3.2.2, 8, 9.

¹¹ ראו למשל: ת"צ (מחוזי ת"א) 12783-12-20 **המועצה הישראלית לצרכנות נ' D-Link Corporation** (נבו) 03.01.2021; ת"צ (מחוזי ת"א) 22171-06-20 **עמית לייבוביץ נ' פורום פילם בעמ** (נבו) 09.06.2020; ת"צ (מחוזי מרכז) 53324-06-21 **אבי לוי נ' ארגנטולס בעמ** (נבו) 23.06.2021.

¹² ת"פ (מחוזי ירושלים) 1274/00 **מדינת ישראל נ' מודגל בע"מ** (נבו) 22.03.2010.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter/>

אנכי משמשת הגנה לנאשמים. לפיכך, הגדרת הסדר כובל חלה גם על הסדר הכתבת מחיר מינימלי שעשויה לעלות כדי עבירה פלילית.

הממונה על התחרות הודיעה ביום 25.7.22 על החלטתה להטיל עיצומים כספיים בגין הכתבת מחיר מינימום לצרכן על חב' ארגנטולס בע"מ, היבואנית הבלעדית בישראל של מותג כלי העבודה החשמליים "מקיטה"¹³. בחלטה נכתב כי במהלך השנים 2017-2018 פעלה החברה להעלות את המחירים לצרכן של מוצרי מקיטה. החברה דרשה מלקוחותיה הקמעונאים לנקוב באינטרנט ובעיקר בפלטפורמות השוואת המחירים "זאפ", מחירים גבוהים יותר למוצרי מקיטה, בהתאם למחירון שהכתיבה להם. בנוסף, בהתאם להסכמות בין החברה לבין מספר קמעונאיים משמעותיים, הפסיקו אותם קמעונאים לפרסם את מוצרי מקיטה באתר "זאפ" במועד מסוים בשנת 2018. בדיקת הרשות העלתה כי השימוש בפלטפורמת השוואת מחירים "זאפ" הביא לירידת מחירים של מוצרי מקיטה. הממונה ציינה כי מבדיקתה עולה שמותג מקיטה הוא המותג החזק ביותר, בעל נתח שוק גדול בתחום כלי העבודה החשמליים המקצועיים, וכי בתחום זה שוררת תחרות מועטה. בנוסף, היבוא המקביל של מוצרי מקיטה לישראל הוא מועט, בין היתר, על רקע פעולות שנקטה החברה על מנת לחסום יבוא מקביל של מוצרים אלה. לפיכך, ולאחר שמיעת המפרים, הגיעה הממונה למסקנה כי החברה ערכה הסדרים כובלים בניגוד לחוק והטילה עליה עיצום כספי בסך של 5,558,304 ₪, וכן עיצומים כספיים על שלושה נושאי משרה בה, בגובה של בין 255 אלף – 324 אלף ₪.¹⁴

12

בארה"ב:

ככלל, שיטת המשפט בארצות-הברית מדגימה ביחס להסדרי הכתבת מחיר גישת-שוק קפיטליסטית וליברטיאנית, הממעטת להתערב בהסדרים אנכיים, וזאת אלא במקרים מוכחים של פגיעה ביעילות הכלכלית.

במשך כמאה שנים נהוגה הייתה הלכת **Dr. Miles** משנת 1911,¹⁵ שאימצה את כלל הפסלות המוחלטת (illegal per-se), הנוהגת ביחס לתיאום מחירים אופקית (fixed price) גם ביחס לתניות הכתבת מחיר. ההלכה שונתה בשנת 2007 בפרשת **Leegin**,¹⁶ בה הוחל על הסדרים להכתבת מחיר כלל הסבירות (rule of reason), הנוהג ביחס להסדרים אנכיים. הרקע לשינוי ההלכה נעוץ היה בביקורת כלכלית שהלכה וגברה במהלך השנים, כנגד הגישה המתנגדת באופן גורף להסדרי RPM.¹⁷ דעות שקידמו את יישומו של כלל הסבירות השתמשו בתיאוריות כלכליות כדי להוכיח כיצד ניתן

¹³ ראו רשות התחרות "קביעה בדבר הסדר כובל בניגוד להוראות סעיף 4 לחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988, ודרישת תשלום לפי הוראות סעיף 50 לחוק – ארגנטולס בע"מ ונושאי משרה בה" <https://bit.ly/3vD5KW3>

¹⁴ ש.ם.

¹⁵ **Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons co.** 220 US 373 (1911).

¹⁶ **Leegin Creative Leather Prods. Inc. v. PSKS Inc.** 551 US 877 (2007).

¹⁷ Rimantas Daujotas, *Leegin case: Resale Price Maintenance vs. Consumer Welfare*, RESEARCHGATE (2011).

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

להשתמש בפרקטיקות של הכתבת מחירים כדי לייצר רווחי יעילות.¹⁸ לפי גישה כלכלית זו, יש להעריך את הסדרי הכתבת המחיר תחת ניתוח של כלל הסבירות או אפילו להכריז עליהם כ"חוקיים כשלעצמם". חוקרים מזרם זה מזוהים עם דעה לפיה יש לנתח את דיני ההגבלים העסקיים לפי היעד של יעילות כלכלית גרידא, תוך התמקדות בהשפעות התחרותיות של הסדרים כובלים.¹⁹ ניתן לומר שגישה כלכלית זו אומצה בדרך-כלל בבתי המשפט בארצות הברית, שהחילו עקרונות כלכליים בפירוש וביישום של חוקי ההגבלים העסקיים.²⁰

ואמנם, בפרשת **Leegin** נסמך בית המשפט על ספרות כלכלית המצביעה על הצדקות פרו-תחרותיות להסדרי RPM.²¹ שופטי דעת המיעוט בפסק הדין הסכימו עם חלק ניכר מהניתוח הכלכלי של שופטי דעת הרוב, והכירו בכך שהכתבת מחיר אנכית עשויה להביא תועלות, לצד פגיעות. עם זאת, עובדה זו, לטעמם של שופטי המיעוט, אין בה כדי לקבוע כי כלל הפסלות המוחלטת אינו ראוי.²² השופט ברייר, בדעת מיעוט, ציין כי דיני ההגבלים העסקיים לא יכולים ולא צריכים לשחזר במדויק את דעותיהם של כלכלנים (שלעיתים סותרות אחת את השנייה). זאת משום שהמשפט, בניגוד לכלכלה, הוא מערכת המורכבת משיקולים מגוונים המחייבים הפעלה של שיקול דעת; ולכן, בתי המשפט עשויים לפסול פרקטיקה עסקית אם יש בה פגיעה ברווחת הצרכן, וזאת גם אם היא עשויה להניב יתרונות כלכליים.²³

נראה כי מעת שאומץ כלל הסבירות גבר בארצות-הברית השימוש בהסדרי RPM,²⁴ על פני מגוון רחב של קטגוריות מוצרים.²⁵ ראוי לשים לב: **מחקר אמפירי מצא כי הלכת Leegin הובילה בארצות-הברית לעליית מחירים במגוון רחב של מוצרי צריכה ולירידה בכמויות המוצרים. מהמחקר עולה כי סביבה משפטית "ידידותית" להסדרי RPM צפויה להוביל לעליית מחירים ולכן**

¹⁸ להרחבה ראו Matthew Bennett, Amelia Fletcher, Emanuele Giovanneti and David Stallibrass, *Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy and Small Steps Towards a More Nuanced Policy*, 33 Fordham Int'l L.J. 1278 (2010).

¹⁹ Daujotas, לעיל ה"ש 18. שם.

²¹ להרחבה ראו Marie L. Fiala and Scott A. Westrich, *Leegin Creative leather Products: What Does the New Rule of Reason Standard Mean for Resale Price Maintenance Claims?*, THE ANTITRUSTSOURCE (2007). שם.

²² Daujotas, לעיל ה"ש 18. שם.

²⁴ Gregory T. Gundlach and Riley T. Krotz, *Resale Price Maintenance: Implications of Marketing Trends for the Colgate Doctrine and the Leegin Factors*, JOURNAL OF PUBLIC POLICY & MARKETING (2019); GREGORY T. GUNDLACH, Overview and contents of the special issue: *Antitrust analysis of resale price maintenance after Leegin*, THE ANTITRUST BULLETIN VOL. 55 NO. 1, 11 (2010).

²⁵ כמו למשל: מותגים פופולריים של ציוד משחקי וידאו ומשחקי וידאו, כסאות, עגלות ומוצרי תינוקות, ציוד ליולדות ותינוקות, תאורה ומוצרים לשיפור הבית, טלוויזיות עם מסך שטוח, כלי עבודה חשמליים, חלקי חילוף לרכב, ציוד צילום, תיקים, מכשירי חשמל וציוד שמע ראו שם, בעמ' 12.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

לפגיעה ברווחת הצרכנים.²⁶ בהתאמה גם עלה מספר התיקים שהובאו בפני בתי המשפט בעניין.²⁷ עם זאת, למרות שנשמעו קריאות הדורשות הכוונה רגולטורית כיצד לפעול לאחר אימוץ כלל הסבירות, ועדת הסחר הפדרלית ומשרד המשפטים האמריקאי לא פרסמו הנחיות בעניין הסדרי RPM.²⁸

הלכת Leegin קבעה כי לפי חוק ההגבלים העסקיים הפדרלי הסדרי RPM אינם "פסולים כשלעצמם", אלא טעונים בחינה לפי כלל הסבירות. לצד זאת, מספר מדינות בארה"ב ממשיכות להחיל, תחת חוקי מדינתם, את כלל הפסלות המוחלטת על הסדרי RPM.²⁹ למשל, בשנת 2009 אימצה מדינת מרילנד חוק שלפיו הסכמי שיווק הקובעים מחיר מינימום מהווים הגבלה בלתי סבירה של הסחר.³⁰ איסור זה לא חל על מדיניות חד צדדית מצד יצרן. כלומר – על מנת שמדיניות של הכתבת מחיר אנכית תהא חוקית, עליה לנבוע מהחלטה חד-צדדית של יצרן, ללא משא ומתן לגבי תנאיה, וחייבת להיאכף באופן חד-צדדי. בהתאם לחוק זה, בשנת 2016, הגיש התובע הכללי של מרילנד תביעה נגד חברת J&JVC בבקשה לצו מניעה וקנס, בטענה לקביעת מחיר מינימום של עדשות מגע.³¹ על התובע הכללי היה לזהות הסכם בין הספקית חברת J&JVC לבין המשווק – קוסטקו (Costco). על פי התביעה, קוסטקו ו-J&JVC ניהלו מו"מ על תוכן ההסכם. J&JVC הודו שפעלו לפי "מדיניות של הכתבת מחיר אנכית", אך הכחישו שהיה הסכם. הצדדים הגיעו להסכמה ובית המשפט אישר את ה- "Agreed Assurance of Discontinuance" (הסכמה לחדול מהפרקטיקה שעשויה לעלות כדי הפרת חוק). בהסכמה נקבע כי J&JVC לא תיכנס לכלל הסכם המחייב קמעונאי למכור עדשות מגע במחיר מינימלי או גבוה יותר במרילנד. בנוסף, J&JVC תשלם קנס אזרחי בסך של \$50,000.³²

14

גם בניו-יורק דווח על אכיפה מדינתית כנגד הסדרי הכתבת מחיר, בענף הבידור. בינואר 2016 פרסם התובע הכללי של מדינת ניו יורק דו"ח על מכירה חוזרת של כרטיסים לאירועי בידור.³³ לפי הדו"ח, מראשית המאה ה-20 ועד לשנת 2007, חל בניו יורק חוק נגד ספסרות בענף זה. בשנת 2007, נחקק חוק האוסר על ספק בידור להגביל מכירה חוזרת של כל כרטיס הכלול במנוי או בחבילת כרטיסים עונתית. דו"ח התובע הכללי תאר את החשש בקשר עם מחירים מוכתבים. לפי הדו"ח, בורסת הכרטיסים של ה-NFL הכתיבה מחיר מינימלי למכירה חוזרת של כרטיסים, כאשר מחיר

²⁶ להרחבה ראו Alexander MacKay and David Aron Smith, *The Empirical Effects of Minimum Resale Price Maintenance*, Kilts Center for Marketing at Chicago Booth – Nielsen Dataset Paper Series 2-006 (2014).

²⁷ Gundlach&Krotz, לעיל ה"ש 24.

²⁸ שם.

²⁹ Matthew L. Powell, *A Primer on Resale Price Maintenance*, MICHIGAN BAR JOURNAL (2017).

³⁰ Michael A. Lindsay, *Contact Lenses and Contact Sport: An Update on State RPM Laws*, THE ANTITRUST SOURCE (2017).

³¹ Complaint, State of Maryland v. Johnson & Johnson Vision Care, Inc., File No. 03C16002271 (Balt. Cty. Cir. Ct. Feb. 29, 2016).

³² לעיל ה"ש 30, בעמ' 5-6.

³³ לדו"ח התובע הכללי של מדינת ניו יורק ראו https://ag.ny.gov/pdfs/Ticket_Sales_Report.pdf מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה להינהל

המינימום הוא בדרך כלל הערך הנקוב של הכרטיס. הדו"ח הצביע על שני חששות בקשר להסדר כאמור: ראשית, רוכש הכרטיס עשוי שלא להיות מודע להכתבת המחיר ולהאמין שהמחיר ששילם הוא מחיר השוק. שנית, וחשוב מכך, הקונים משוללים ממחירים נמוכים מכפי שגישה "מבוססת שוק" נועדה לספק. ריסון התמחור באתר הרישמי של ה-NFL, עלולים למנוע מכירות כרטיסים במחירי שוק. לצורך מאבק בפרקטיקה זו, התובע הכללי של ניו יורק שיתף פעולה עם התובעים הכלליים של פנסילבניה, מסצ'וסטס, אוהיו ומחוז קולומביה על מנת לחקור את בורסת הכרטיסים של ה-NFL. כתוצאה מחקירתם, התובעים הכלליים הסיקו כי הליגה הכתיבה מחיר מינימום למכירה חוזרת של כרטיסים. בנובמבר 2016 הגיעו התובעים הכלליים להסכם פשרה עם ה-NFL. הסכם הפשרה אסר על ה-NFL לקבוע מחיר מינימלי לכרטיסים במכירה חוזרת במשך עשר שנים, וכן אסר על כל מאמץ מצד ה-NFL להקל על מחירי מכירת הכרטיסים של הקבוצות החברות, באופן שיביא להכתבת מחיר מינימלית.³⁴

באירופה:

הגישה האירופאית רואה בהכתבת מחיר מינימלי הפרה של כללי התחרות שמטרתה האובייקטיבית היא להגביל את התחרות, ולכן לא נדרשת בחינה אקטיבית של השפעתם בפועל על התחרות.³⁵ איסור על הכתבת מחיר מינימום קבוע בסעיף 4 לפטור הסוג האירופאי (The Vertical Block Exemption):³⁶

15

"The exemption provided for in Article 2 shall not apply to vertical agreements which, directly or indirectly, in isolation or in combination with other factors under the control of the parties, have as their object:

(a) the restriction of the buyer's ability to determine its sale price, without prejudice to the possibility of the supplier to impose a maximum sale price or recommend a sale price, provided that they do not amount to a fixed or minimum sale price as a result of pressure from, or incentives offered by, any of the parties;"

המלצת מחיר בה לא מופעלים אמצעי דרבון או כפייה לא עולה כדי הסדר כובל.³⁷ זאת, על אף שגם המלצה עלולה לפגוע בתחרות.³⁸

³⁴ לעיל ה"ש 30.

³⁵ Camera Care LTD v. Victor Hasselblad AB, [1982] 2 CMLR 233, paras. 65–66.

³⁶ Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the Application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices, OJ L 102/1 (April 23, 2010).

³⁷ Case 161/84 Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, [1986] ECR 353, p.25 [1986] 1 CMLR 414.

³⁸ להרחבה ראו אזרחי וגילה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 212–213.

הדין האירופאי מטיל על הנציבות לבחון באופן פרטני הסדרי הכתבת מחיר ולוודא שהם אינם פוגעים בתחרות.³⁹ ביולי 2018 קנסה הנציבות ארבע חברות מוצרי אלקטרוניקה ב-111 מיליון אירו; החברות היצרניות הכתיבו מחיר מינימלי באמצעות הגבלת היכולת של הקמעונאים המקוונים לקבוע מחירים קמעונאיים משלהם לצרכן, עבור מוצרי אלקטרוניקה מבוקשים, כגון: מכשירי מטבח, מחשבים ניידים וכד'. ארבעת היצרנים התערבו באופן ספציפי במחירי הקמעונאים המקוונים, שהציעו את המוצרים במחירים נמוכים. במידה והקמעונאים לא עקבו אחר הכתבת המחיר של היצרנים, הם עמדו בפני איומים או סנקציות כמו חסימת אספקה. בהחלטה צוין שרבים, לרבות הקמעונאים המקוונים הגדולים ביותר, משתמשים באלגוריתמי תמחור שמתאימים באופן אוטומטי את המחירים הקמעונאיים לאלו של מתחריהם. באופן זה, להגבלות המחיר שהוטלו על קמעונאים מקוונים שמכרו במחירים מופחתים בדרך כלל הייתה השפעה רחבה יותר, על כלל המחירים המקוונים של מוצרי האלקטרוניקה. יתרה מכך, השימוש בכלי ניטור מתוחכמים אפשר ליצרנים לעקוב בקלות אחר מחירי המכירה ברשת, ולהתערב במהירות במקרה של ירידות מחירים. ההתערבויות במחירים הגבילו את תחרות המחירים האפקטיבית בין הקמעונאים, והובילו לעלייה במחירים שהשפיעה באופן מיידי על הצרכנים.⁴⁰

בדצמבר 2018 קנסה הנציבות יצרנית אופנה ב-40 מיליון אירו; יצרנית האופנה GUESS היא מעצבת, מפיצה ובעלת רישיון סימני מסחר רבים על בגדים ואביזרים. "גס" מפעילה מערך הפצה סלקטיבי באיזור הכלכלי האירופי (EEA), בה קמעונאים מורשים נבחרים על ידה על בסיס קריטריוני איכות. חברות ב-EEA רשאיות להקים מערך הפצה המשרת אותן באופן הטוב ביותר, לרבות מערך הפצה סלקטיבי, בו המוצרים יכולים להימכר רק על ידי מוכרים מורשים שנבחרו מראש. עם זאת, מערך ההפצה חייב לעמוד בכללי התחרות של האיחוד האירופי. בפרט, על הצרכנים להיות חופשיים לרכוש מכל קמעונאי מורשה על ידי היצרן, גם מעבר לגבולות מדינתיים. יחד עם זאת, קמעונאים מורשים חייבים להיות חופשיים להציע את המוצרים שנכללו בחוזה ההפצה למכירה באינטרנט, לפרסם ולמכור אותם מעבר לגבולות, ולקבוע את מחירם. ביוני 2017, פתחה הנציבות בחקירה לפי חוק ההגבלים העסקיים בנוגע להסכמי ההפצה והפרקטיקות של "גס", על מנת לבחון אם היא הגבילה באופן בלתי חוקי קמעונאים מלמכור לצרכנים במדינות אחרות. חקירת הנציבות מצאה כי הסכמי ההפצה של "גס" הגבילו קמעונאים מורשים: (1) שימוש בשם המותג והסימן המסחרי של "גס" למטרות פרסום. (2) מכירה מקוונת ללא אישור ספציפי מראש מאת "גס". "ליגס" היה שיקול דעת מלא לסרב לתת הרשאה זו, שלא התבססה על קריטריונים מוגדרים כלשהם. (3) מכירה לצרכנים הנמצאים מחוץ לטריטוריות שהוקצו לקמעונאים המורשים. (4) מכירה צולבת בין סיטונאים וקמעונאים מורשים. (5) להחליט באופן עצמאי על המחיר הקמעונאי שבו הם מוכרים את המוצרים של "גס". הנציבות מצאה כי ההסכמים כאמור אפשרו ל"גס" לחלק את השווקים האירופיים. הנציבות הבחינה כי במדינות מרכז ומזרח אירופה (בולגריה, קרואטיה,

³⁹ Case C-7/95 P John Deere v. Commission, [1998] ECR I-3111, para. 77. Antitrust: Commission fines four consumer electronics manufacturers for fixing online resale prices ⁴⁰

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_18_4601.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה לתינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

צ'כיה, אסטוניה, הונגריה, לטביה, ליטא, פולין, רומניה, סלובקיה וסלובניה) המחירים הקמעונאיים של מוצרי "גס" היו גבוהים בממוצע ב- 5-10% מאשר במדינות מערב אירופה. על בסיס זה, הנציבות הסיקה כי הפרקטיקות של "גס" מנעו מהצרכנים האירופים את אחד מיתרונות הליבה של השוק האירופאי, כלומר – את האפשרות לערוך קניות באופן חוצה גבולות על מנת לקבל מבחר רב יותר ועסקה טובה יותר.⁴¹

עד כאן – הצגנו בהרחבה ניתוח כלכלי ומשפטי של הסדרי הכתבת מחיר, על יתרונותיהם וחסרונותיהם. כעת נעבור לפרישת המלצתנו.

המלצות

לדעתנו, אין מקום להקלה בדין החל כיום על הסדרי RPM. במגמה לקדם תנאים של תחרותיות במשק הישראלי, ונוכח יוקר המחייה המאפיין את הענף הקמעונאי, אין זה נכון להעביר לשחקנים במשק את ההכרעה בדבר חוקיות הסדרים להכתבת מחיר. ראוי שהבחינה תיעשה על ידי רשות התחרות, במטרה לשמור על פיקוח רגולטורי שוטף. מהלך זה אינו מכביד על הנטל הרגולטורי הקיים, ויש לו הצדקה: קידום האינטרס הציבורי בקידום תחרותיות בשווקים הקמעונאיים, מיתון הריכוזיות, ומאבק ביוקר המחירים.

17

שיקולים רלבנטיים לישראל:

בבחירת המשטר המשפטי המתאים להסדרי הכתבת מחיר, ראוי להתייחס לשיקולים מקומיים הנוגעים לייחודיות של כלכלת ישראל דהיום. השיקולים הרלבנטיים לדעתנו כוללים את יוקר המחייה הגבוה, לצד הריכוזיות הכלל-מישקית והענפית המאפיינת את המשק הישראלי.

א. יוקר המחייה

אנו מצויים בתקופה בה יוקר המחיה הוא בעל משמעות רחבה על משקי הבית בישראל. מתחילת השנה עלה מדד המחירים לצרכן ב- 2.8%, ובהשוואה לשנה שעברה עלה המדד ב- 4.1%⁴². עליית המדד מתקרבת לגבול העליון של יעד האינפלציה, קצב העלייה גבוה משמעותית בהשוואה לקצב עלייתו בשנת 2020, והוא הגבוה ביותר בעשור האחרון.⁴³ עלויות מחירים משמעותיות נרשמו בלא מעט ענפים: פירות טריים עלו ב-13.8%, הלבשה והנעלה עלו ב-2.2%, מזון עלה ב-0.9%, תרבות ובידור עלו ב-0.8%, תחבורה עלתה ב-0.5%⁴⁴. מחירי הדיור עלו גם הם ב-13%, ושכר הדירה עלה

⁴¹ Antitrust: Commission fines Guess €40 million for anticompetitive agreements to block cross-border sales. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_6844.

⁴² הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה **מדד המחירים לצרכן** (2022) <https://bit.ly/3ai605g>

⁴³ בנק ישראל **דין וחשבון 2021** (מתאריך 29.3.22) <https://bit.ly/3nGdCl7>

⁴⁴ למ"ס, לעיל ה"ש 42.

ב- 3.3%⁴⁵ מחקרים של ה-OECD מצביעים על רמת מחירים לפי שווי כוח קנייה גבוהה בישראל ביחס לממוצע מדינות ה-OECD, ועל עליה חדה בעשור האחרון.⁴⁶ הפער בישראל בין רמת המחירים לבין הרמה הצפויה הוא הגבוה ביותר, כ- 29.4%⁴⁷.

על רקע רמות המחירים הגאות במשק הקמעונאי בישראל היום, אין זה מתאים להקל במשטר הפיקוח על הסדרי הכתבת מחיר. הסדרים אלה נוגעים בחופש התחרות של המשווק לעצב את המחיר לצרכן, וסופם שהם מביאים לקיבוע מחירים ואף לעליית מחירים. ראינו כי בארצות-הברית, סביבה משפטית המקלה עם הסדרים להכתבת מחירים, בעקבות הלכת Leegin, הובילה להתייקרויות של מוצרי צריכה.

ב. ריכוזיות

כידוע, המשק הישראלי מאופיין בריכוזיות ענפית ובריכוזיות כלל משקית. ברמה הכלל משקית, נצביע על החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013 כחוק שנועד למתן את תופעת הריכוזיות. הרקע לחקיקת החוק מצוי במחקר של בנק ישראל משנת 2009 הנוגע לקבוצות עסקים. המחקר העלה כי רמת הריכוזיות בישראל גבוהה לעומת רמת הריכוזיות במדינות מפותחות במונחי שליטה של קבוצות עסקים, וכי לקבוצות אלו מינוף פיננסי ברמות גבוהות. עוד העלה הדו"ח כי מבנה זה של קבוצות עסקים עלול להוות סיכון ליציבות הפיננסית בישראל בשל גודלן ומורכבותן. על הרקע הזה, באוקטובר 2010 הקומה הוועדה להגברת התחרותיות במשק; מטרתה הייתה לבחון את סוגיית התחרותיות הכלל-משקית בישראל, ולהמליץ על כלי מדיניות אפשריים כדי לקדם את התחרות במשק. באוקטובר 2011 פרסמה הוועדה דוח ביניים, שקבע כי מבנה הבעלות על חברות ציבוריות בישראל ריכוזי, וכי קיימת תופעה של קבוצות עסקים גדולות השולטות בנתח גדול של נכסים ריאליים ופיננסיים. באפריל 2010, בהחלטת ממשלה אימצו את המלצות הוועדה, וב- 11 בדצמבר 2013 נחקק חוק הריכוזיות. יישום החוק נועד לחול בהדרגה עד לחודש דצמבר 2019. עיקר הפעולות שנקטו ליישום החוק הן: (1) שקילת שיקולי ריכוזיות כלל-משקית ותחרותיות ענפית בהקצאת זכויות של תשתיות חיוניות ובהפרטת חברות ממשלתיות. (2) פירוק מבנה הפירמידות בחברות ציבוריות בישראל עד דצמבר 2019. (3) הפרדה בין שליטה על תאגידים ריאליים וגופים פיננסיים בישראל עד דצמבר 2019.⁴⁸

לצד מאבק משפטי בריכוזיות כלל משקית, ראוי ליתן את הדעת גם להיבטים של ריכוזיות ענפית.

ריכוזיות ענפית בענף המזון:

⁴⁵ בנק ישראל, לעיל ה"ש 43.

⁴⁶ מאיר אזנקוט הערכת השפעת מדיניות הממשלה על יוקר המחיה ועל עליית המחירים (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 15.2.22).

⁴⁷ שם.

⁴⁸ להרחבה ויישום החוק ראו נעם בוטוש תיאור וניתוח של יישום חוק הריכוזיות והשפעותיו הכלכליות על

המשק (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 25.2.2020) <https://bit.ly/3Al7Dd4> מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter/>

במגמה לעודד תחרותיות בענף המזון, נחקק חוק קידום התחרות בענף המזון, התשע"ד-2014. קדמה לכך החלטת ממשלה מיום 21.10.2012 שעניינה יישום המלצות הצוות הבין-משרדי (שמונה ע"י שר התעשייה והמסחר ושר האוצר ביוני 2011) לבחינת רמת התחרותיות והמחירים בתחום מוצרי המזון והצריכה. על הצוות היה ללמוד את מאפייני השווקים בתחום מוצרי המזון והצריכה, לאתר כשלי שוק, ולגבש המלצות להגברת התחרות ולשיפור רווחת הצרכן. הצוות מצא כי שוק מוצרי המזון והצריכה נשלט בידי מספר מצומצם של ספקים בעלי נתח שוק גדול. בנוסף, בין מקטע האספקה למקטע השיווק מתקיימים קשרים, הסדרים ונהגים שונים, שעלולים לחזק את מעמדם של הגורמים הדומיננטיים בענפים השונים, ולהפחית את התחרות ברמת הספקים או הקמעונאים. פגיעה בתחרות מביאה באופן ישיר להעלאת המחירים לצרכן ולפגיעה במגוון העומד לבחירתו. עוד נמצא כי השונות ברמת המחירים בסניפים השונים ברשתות השיווק והסיבוך הנובע משיטת התמחור והמבצעים השונים מקשים על הצרכן להבין את המחירים ולהשוות בין קמעונאים שונים.⁴⁹ לפיכך, הוסדרה חקיקה ייעודית, שביטויה בחוק קידום התחרות בענף המזון, התשע"ד-2014 להשגת יעד של "הגברת התחרותיות בענף המזון ובתחום מוצרי הצריכה, לשם הפחתת המחירים לצרכן" (סעיף 1). לשם כך, בין היתר, **סעיפים 5-6 לחוק אוסרים על הכתבת מחירים הן על ידי ספק והן על ידי קמעונאי**. סעיף 5, שכותרת השוליים שלו היא "איסור התערבות של ספק", קובע:

"ספק לא יכתוב או ימליץ לקמעונאי ולא יתערב בדרך אחרת אצל קמעונאי בעניין המחיר לצרכן שגובה הקמעונאי בעבור מצרך שספק אחר מספק או בעניין התנאים שבהם הקמעונאי מוכר לצרכן מצרך שספק אחר מספק".

19

וסעיף 6 שכותרת השוליים שלו היא "איסור התערבות של קמעונאי", קובע:

"קמעונאי לא יכתוב או ימליץ לספק ולא יתערב בדרך אחרת אצל ספק בעניין המחיר לצרכן שקמעונאי אחר גובה בעבור מצרך, או בעניין התנאים שבהם קמעונאי אחר מוכר מצרך לצרכן".

כלומר – לאחר עבודת מטה רחבה שנעשתה על-ידי צוות בין-משרדי כאמור, ואימוץ מסקנותיה על-ידי המחוקק, נקבע בחוק קידום התחרות בענף המזון איסור מפורש על הכתבת מחירים אנכית. הרציונאל של האיסור, למתן מחירים ולהגביר תחרות - נכון גם בענייננו.

נציין כי על רקע חקיקת חוק קידום התחרות בענף המזון, התשע"ד-2014, הייתה ציפייה לירידה בריכוזיות בענף זה.⁵⁰ אך לפי דו"ח מרכז המחקר של הכנסת, בשנת 2021 נרשם גידול מתון בנתח השוק של עשרת הספקים הגדולים בשוק המזון בהשוואה לשנת 2020.⁵¹ בנוסף, לאחר שבשנת 2005

⁴⁹ דברי הסבר הצעת חוק קידום התחרות בענף המזון, התשע"ג-2013. https://fs.knesset.gov.il/19/law/19_ls1_234705.pdf

⁵⁰ בת חן רוטנברג תיאור וניתוח רמת התחרותיות בשוק המזון ומוצרי צריכה מהירה (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 16.11.21) <https://bit.ly/35ktnX>

⁵¹ שם.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

רכשה שופרסל, באישור רשות התחרות, את רוב סניפיה של רשת קלאבמרקט שנסגרה – גדל נתח השוק של מובילת השוק שופרסל, ובהתאמה גדלה הריכוזיות בשוק.⁵²

נתח השוק של עשרת הספקים הגדולים בענף המזון ומוצרי הצריכה בשנים 2015-2020, עמד בממוצע על כ-54%. בנוסף, בשנת 2020 הספק בעל נתח השוק הגדול ביותר החזיק בכ-12% מכלל שוק המזון.⁵³ לא זו בלבד, אלא שנכון לשנת 2020 כ-10 ספקים בענף המזון הוכרזו כבעלי מונופולין ב-15 ענפי מזון.⁵⁴ הפחתות מכסים ופתיחת מכסות פטורות ממכס בשנים 2016-2020 ברובן לא התגלגלו לצרכן.⁵⁵ סגירת רשתות מזון ומכירתן לקמעונאיות הגדולות עשויות להגדיל את הריכוזיות פעם נוספת.⁵⁶

כמובן, ענף המזון איננו היחיד הסובל מריכוזיות. דוגמא נוספת היא **ענף הרכב**. תקנות משרד התחבורה קובעות כי לכל מותג רכב בינלאומי יהא יבואן רשמי יחיד, ולפיכך קבוצה קטנה של יבואנים רשמיים מחזיקה את ענף כלי הרכב בישראל. בשנים האחרונות גדלה הריכוזיות בענף לאחר שמספר יבואני רכב נמכרו או מוזגו.⁵⁷ בנובמבר 2017 הוכרזה קבוצת כלמוביל כגורם ריכוזי, לאור נתח השוק הגבוה שלה.⁵⁸ דוגמה נוספת היא של שוק המלט הישראלי. השוק נשלט על ידי יצרן מקומי יחיד, חברת נשר מפעלי מלט ישראליים בע"מ, המחזיק כ-85% ממנו.⁵⁹

על רקע הריכוזיות המאפיינת את המשק הישראלי, אין מקום לדעתנו להקל במשטר המשפטי החל על הסדרים להכתבת מחיר. הסדרים אלה מאפשרים לספק מרכזי להכתוב את מחירי המכירה שבו ימכרו הקמעונאים את הטובין לצרכן. מהלך זה עלול להוביל לחיזוק כח שוק, חלף ביזור שיקול הדעת העיסקי בין הקמעונאים. מהלך כזה אינו עולה בקנה אחד עם מהלכים משפטיים המעוצבים בעת הזו למיתון הריכוזיות במשק הישראלי.

ג. רגולציה התואמת מציאות ממועטת תחרות

מגמות עכשוויות במשפט בישראל מבקשות להתאים את הרגולציה למציאות ממועטת תחרות. נזכיר בהקשר זה את סעיף 26 (א) לחוק התחרות הכלכלית המסמך את הממונה על התחרות להכריז גם על **יבואן בלעדי** כעל מונופול, ואת סעיף 30 לחוק המאפשר לממונה ליתן לו הוראות למניעת פרקטיקות פוגעניות.

⁵² ש.ם.

⁵³ מבקר המדינה דין וחשבון שנתי א66 (28.10.15)

<https://www.mevaker.gov.il/he/Reports/Pages/358.aspx?AspxAutoDetectCookieSupport=1>

⁵⁴ ש.ם.

⁵⁵ ש.ם.

⁵⁶ רוטנברג, לעיל ה"ש 49.

⁵⁷ ראו למשל קובי ישעיהו, העסקה אושרה סופית: יפנאוטו עוברת לבעלות סמל"ת, באתר **גלובס**, 6 באוגוסט 2013; תומר הדר, הצרכן משלם את מחיר הריכוזיות של יבואני הרכב, באתר **כלכליסט**, 22 בינואר 2019.

⁵⁸ תומר גנון, קבוצת הרכב כלמוביל הוכרזה כגורם ריכוזי, באתר **כלכליסט**, 16 בנובמבר 2017.

⁵⁹ מבקר המדינה, לעיל ה"ש 51.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

בנוסף, לא למותר להזכיר את הלכת גפניאל⁶⁰ שניתנה זה עתה בבית המשפט העליון: בהלכה זו הכיר בית המשפט העליון לראשונה בישראל בעילת התמחור המונופוליסטי המופרז, המאפשרת במקרים מתאימים לטרוף מידי המונופול את המחיר העודף שגבה מהצרכנים תוך ניצול לרעה של מעמדו המונופוליסטי.

ד. נטל רגולטורי

רבות מדובר בעת הזו על הקלת הנטל הרגולטורי על עסקים בישראל, לצורך הגברת אפיקי היזמות, קלות עשיית העסקים וכושר התחרות. ההנחה היא, שהקלת הנטל הרגולטורי תיטיב עם הציבור ותשפר את היעילות הכלכלית. ואולם יעד חשוב זה אינו בלבדי, ולצדו יש לשקול שיקולים כבדי משקל אשר אף הם כרוכים באינטרס הציבורי. כך, סעיף 2(8) בחוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב-2021 שנחקק זה עתה, קובע במפורש כי אחד מעקרונות הרגולציה הוא שיפור התחרות במשק ומיתון יוקר המחיה: "האסדרה נקבעת, במידת האפשר, באופן שיש בו כדי לקדם את התחרות הענפית ולהביא להפחתת יוקר המחיה".

במקרה הנדון כאן, שמירה על המשטר הרגולטורי הקיים (קרי: אי החלתו של פטור-סוג) לא תכביד את הנטל הרגולטורי אלא אך תשמור על הסטטוס-קוו המשפטי. ואילו המעבר המוצע למשטר של פטור-סוג לא צפוי לדעתנו להקל באופן משמעותי על הנטל הרגולטורי, משום שהוא כרוך בבדיקות עצמאיות מורכבות יחסית, המצריכות הפעלה של שיקול דעת. כזכור, עמדת הרשות היא שצדדים להסדר צריכים לבדוק בעצמם אם מתקיימים שני תנאים להחלת פטור סוג: (1) מאפייני השוק מצביעים על "מידה עזה" של תחרות; וכן (2) הם נועדו לצורך השגת תועלת פרו-תחרותית מובהקת ומוכחת. שני תנאים אלה אינם פשוטים ליישום. הם נוקבים במושגים עמומים: מידה עזה של תחרות; השגת תועלת פרו-תחרותית מובהקת ומוכחת. אין מדובר במדדים כמותיים או בנוסחה חשבונית פשוטה, וסופם שהם יצריכו בקרה מצד הרשות ובתי המשפט על אופן הפעלתם.

זאת ועוד: אין זה נכון בעינינו להטיל על השחקנים במשק תפקיד רגולטורי באופיו, שהרי הם סובלים מניגוד עניינים אינהרנטי, בהיותם הצדדים להסדר. שעה שמדובר בכלל הכרוך בשיקול דעת, קיים פיתוי אנושי מובנה להטיית הכף לטובת החלתו של פטור-סוג גם בנסיבות שאינן מוצדקות. שגיאה ביישום הכלל תפעל במקרה זה לרעת הצרכן וכנגד האינטרס הציבורי.

ההמלצה:

סיכום השיקולים מוביל לדעתנו למסקנה, כי יש להמשיך ולהחיל על הסדרים להכתבת מחירים את המשטר המשפטי הקיים, המאפשר לצדדים להסדר לקבל פטור באמצעות הרשות, ולהימנע מהחלת

⁶⁰ רע"א 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' רון גפניאל (נבו) (26.07.2022). מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

פטור-סוג. בעיננו נדרש בנושא זה פיקוח רגולטורי מלא, היות והסדרים להכתבת מחירים נוגעים במרכז העצבים של דיני התחרות: המחיר לצרכן. אין ללכת שבי אחרי היותם בעלי אופי "אנכי", שכן במהותם הם בעלי השלכה שלילית, מיידית וישירה, על עליית המחיר ולכן גם על רווחת הצרכן. לעניין זה יש להתחשב באופיו הריכוזי של השוק הקמעונאי בישראל, ביוקר המחייה הכללי וברמות המחירים המתגבהות. בעת הזו, האינטרס הציבורי מחייב לשמור על משטר של פיקוח רגולטורי שוטף, חלף "הערכה עצמית" על ידי השחקנים במשק, הנגועים בניגוד עניינים מובנה. לפיכך, בכל הקשור להסדרי הכתבת מחיר, יש להשאיר את ההחלטה המקורית שהופיעה בכללי התחרות הכלכלית, (פטור להסדרים שאינם אופקיים) (הוראת שעה), תשע"ג-2013; כלומר: אין להחיל פטור-סוג על הסדרים להכתבת מחיר.

נשמח לעמוד לרשותכם בכל שאלה.

בכבוד רב ובברכה,

השופטת בדימוס ד"ר איריס סורוקר

עו"ד בתיה כהן, עוזרת משפטית