

הכתבת מחיר מינימום אחרי שופרסל

מאת

דיויד גילה*

המאמר מנתח את תחולת דיני התחרות על הסדר שבו ספק מגביל את לקוחותיו מלהוריד את המחיר שהם גובים ("הכתבת מחיר מינימום"). הוא מראה כי גם לאחר החלטת בית המשפט העליון בעניין שופרסל הסדר כזה הוא בחזקת הסדר כובל, ואין צורך כי התובע יראה כי הוא עלול לפגוע בתחרות. עוד מראה המאמר כי מסקנה זו מהווה גם את הדין הרצוי. זאת משום שהכתבת מחיר מינימום כוללת מעצם טיבה פגיעה בוטה יותר בתחרות מאשר הסדרים אחרים בין ספק ללקוח. המאמר מסיים עם האופנים השונים שהכתבת מחיר מינימום יכולה לפגוע בתחרות ובצרכן, תוך יישום התיאוריה הכלכלית הרלוונטית. בין היתר, המאמר מראה כי אין מקום להקל עם הכתבת מחיר מינימום שבה הלקוח אינו הצרכן הסופי, וגם אין מקום להקל עם ההסדר מקום שהלקוח הוא היחיד המפיץ את המוצר של הספק.

א. מבוא. ב. האם על הכתבת מחיר מינימום חלות החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק?
1. הגישה הרווחת עד לפסק הדין בעניין שופרסל; 2. הגישה שעולה מפסק הדין בעניין שופרסל.
ג. פרשנות 2(א) לחוק והחלתו על הכתבת מחיר מינימום. ד. ההבדלים העיקריים בין הכתבת מחיר מינימום לבין הסדרים אנכיים אחרים. ה. ניתוח כלכלי של הכתבת מחיר מינימום;
1. המקרה שבו הספק מרוויח רק מתשלומים קבועים שמשלמים לו הקמעונאים – טענת ה-one price monopoly; (א) מגבלות טענת ה-one monopoly price; (ב) מגבלות חוקיות על יכולותו של הספק לנפח את המחיר הסיטונאי; (ג) בעיית האופורטוניזם, או "בעיית ההתחייבות" של הספק; (ד) קרטל סמוי בין ספקים לעניין המחיר לצרכן; 2. המקרה שבו הספק אינו מרוויח רק מתשלומים קבועים: טענת ה-"אם עשיתי זאת, סימן שזה יעיל"; 3. אפשרות קיומה של בעיית ההתחייבות גם כאשר הספק אינו מרוויח רק מתשלומים קבועים; 4. הקלה על קרטל סמוי בין הספקים; 5. העלאת המחיר גם ללא קרטל סמוי בין הספקים; 6. אפקט טורפני על ספקים מתחרים; 7. חשש לפגיעה בכשרם התחרותי של קמעונאים יעילים; 8. האם כאשר הלקוח אינו קמעונאי הכתבת מחיר מינימום ראויה לטיפול מקל יותר? 9. האם כאשר הקמעונאי הוא בלעדי יש מקום לגישה מקלה יותר או פטור מוחלט? 10. מחיר מומלץ. 1. סיכום.

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב. ברצוני להודות לליאור פרנק על העזרה וההערות המועילות ולמכון על ע"ש צגלה למחקר בין-תחומי של המשפט על תמיכה כספית.

א. מבוא

פסק הדין בעניין ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל,¹ היווה ציון דרך מרכזי בכל הנוגע לניתוחם של הסדרים בין ספק ללקוח כהסדרים כובלים. הדין החל על הסדרים בין מתחרים ("הסדרים אופקיים") מבטא מובהקות לסכנתם של הסדרים אלה לתחרות. לא כך הדין החל על הסדרים בין ספק ללקוח ("הסדרים אנכיים") כגון הסדרים בין ספק לבין קמעונאי המוכר לצרכנים את המוצר של הספק, או בין יצרן של חומר גלם לבין יצרן המשתמש בחומר הגלם לשם ייצור מוצר, או בין ספק של תשומה, כגון שירותי ניקיון או גז טבעי, לבין פירמה המשתמשת בתשומה לצורך עסקה. לגבי מרבית ההסדרים האנכיים, הפגיעה בתחרות היא פחות מובנת מאלה מאשר בהסדרים אופקיים. בהתאם, הממונה על התחרות (להלן: הממונה) (לשעבר: הממונה על הגבלים עסקיים) הסדיר, באמצעות חקיקת משנה מכוח חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק התחרות או החוק) (חוק זה נקרא בעבר – חוק ההגבלים העסקיים), במידה רבה את הדין החל על רוב ההסדרים האנכיים (כגון הסדרי בלעדיות, הסדר לקוח מועדף, הכתבת מחירי מקסימום, וכיו"ב). בפרט, החל משנת 2013, הממונה הכפיף את רוב ההסדרים האנכיים לכלל ליברלי יחסית, אך החריג ממשטר ליברלי זה סוג אחד של הסדר אנכי: המקרה שבו ספק מכתוב ללקוח שלו מחיר מינימום שאסור ללקוח לגבות מתחתיו (או, ליתר דיוק, כל מגבלה על הלקוח לעניין המחיר שהוא יגבה מלקוחותיו הוא, למעט הגבלתו מלהעלות מחיר זה). כזה הוא, למשל, מקרה שבו ספק המוכר מוצר לקמעונאי, במטרה שהקמעונאי ימכור אותו הלאה לצרכן, מכתוב לקמעונאי שאסור לו לגבות מהצרכן פחות מהמחיר הנקוב שנקבע בהסדר ("הסדר הכתבת מחיר מינימום").

התוצאה היא שגורלו של הסדר להכתבת מחיר מינימום נחרץ על פי סעיפי החוק הרלוונטיים, ועל כן תלוי בפרשנותם. במאמר זה אנתח מהו הדין הראוי והמצוי החל על הסדרים להכתבת מחיר מינימום, בפרט לאור פסק דין שופרסל.

אטען כי הדין הראוי בנוגע להכתבת מחיר מינימום הוא שהסדר מעין זה יהיה אסור כשלעצמו (קרי, אסור *per se*), ללא צורך בעריכת ניתוח שוק מעמיק המראה את פגיעתו של ההסדר בתחרות, וזאת מכוח החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק. על פי פסק דינו של המשנה לנשיאה, השופט רובינשטיין בעניין שופרסל, בעוד שבמרבית המקרים הסדרים אנכיים יידונו לפי סעיף 2(א) לחוק, הדורש להראות פגיעה מסתברת בתחרות, קיים פתח למקרים חריגים, בהם הסדרים אנכיים "פוגעניים במיוחד" ייחשבו כובל על פי החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק. כדברי המשנה לנשיאה רובינשטיין בפסק דינו המאלף בעניין שופרסל, החריג כולל מקרים שבהם "הפגיעה התחרותית הפוטנציאלית היא כה מובנת מאלה, ואילו הערך הכלכלי החיובי של ההסדר הוא נמוך עד מאוד, כך שאין נחוצה בחינה בפועל של עלילות הפגיעה בתחרות...".² מאמר זה מראה שהפגיעה בתחרות הפוטנציאלית בהכתבת מחיר מינימום היא מספיק מובנת מאלה ומובהקת, ואילו הערך הכלכלי החיובי של הסדר מסוג זה, הלכה

1 ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.8.2015) (להלן: פסק דין שופרסל).
2 ראו שם, פס' פו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

למעשה, הוא כה נמוך (ואינו שונה מהערך הכלכלי החיובי שניתן לייחס להסדרים בין מתחרים לבין עצמם), כך שיש לכלול אוטומטית הכתבת מחיר מינימום כהסדר כובל במסגרת החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק.

שאר המאמר בנוי כדלהלן: בפרק ב אסביר מדוע ראוי שהחזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק יחולו על הכתבת מחיר מינימום, ומדוע גישה זו עקבית עם פסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין בעניין שופרסל. בפרק ג אנתח את הפרשנות של סעיף 2(א) לחוק התחרות, המגדיר הסדר כובל על פי פגיעתו המסתברת בתחרות, אנסה להראות כיצד הדבר משליך על הכתבת מחיר מינימום, ובתוך כך להצביע על הפרשנות לסעיף העולה מפסק דין שופרסל. בפרק ד אעמוד על השוני שבין הכתבת מחיר מינימום לבין הסדרים אנכיים אחרים, באופן המצדיק החרגתה של הכתבת מחיר מינימום מהכלל הליברלי החל על שאר ההסדרים האנכיים.

פרק ה כולל ניתוח כלכלי של הכתבת מחיר מינימום: בתחילת הפרק, אציג את הטענות הכלכליות לפגיעה בתחרות הנובעת מהסדר הכתבת מחיר מינימום, את הטענות הכלכליות שניתן לטעון לטובת הסדר מסוג זה, ואת המגבלות של הטענות הללו. בהמשך הפרק אראה כי אין סיבה להקל באופן גורף עם הכתבת מחיר מינימום כאשר המחיר שהוכתב אינו המחיר לצרכן, אלא המחיר ללקוח עסקי או מוסדי כלשהו, או כאשר הלקוח לו הוכתב מחיר המינימום הוא לקוח בלעדי של הספק. לבסוף, אראה כי גם מחיר מומלץ בין ספק ללקוח יכול לפגוע בתחרות ואעמוד על הסיבה לכך שהמלצה טהורה על מחיר בין ספק ללקוח אינה נחשבת, ככלל, להסדר כובל.³

ב. האם על הכתבת מחיר מינימום חלות החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק?

1. הגישה הרווחת עד לפסק הדין בעניין שופרסל

כידוע, הסדר כובל מוגדר בחוק התחרות, באמצעות שני תתי סעיפים, האחד כללי ומונחה על ידי התוצאה של פגיעה מסתברת בתחרות, ואילו השני, מונה סוגי תיאומים פרטניים כלפיהם ננקט כלל מחמיר יותר.

סעיף 2(א) לחוק, המחמיר פחות, מגדיר הסדר כובל כ:

הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר.

³ לצורך בהירות הניסוח, לעיתים אקרא למוכר "ספק", וללקוחות "קמעונאים", אולם, ככלל, הניתוח חל על כל סיטואציה שבה ספק מכתיב ללקוחותיו מחיר מינימום שאסור להם לגבות פחות ממנו מלקוחותיהם, גם כאשר הלקוח אינו קמעונאי.

תוצאת תת סעיף זה היא כי על מנת שהסדר יהא כובל לפי סעיף 2(א) לחוק, יש להראות פגיעה מסתברת הנובעת מן ההסדר – בתחרות בעסקים.⁴ אולם בנוסף, קובע סעיף 2(ב) לחוק, המחמיר יותר, באופן קונקרטי כי:

מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:

(1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;

(2) הריווח שיופק;

(3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;

(4) כמות הנכסים או השירותים שבבסיס, איכותם או סוגם.

סעיף 2(ב) לחוק פורש בפסיקה כקובע חזקות חלוטות לקיומו של הסדר כובל. המשמעות היא כי אם הסדר כלשהו נכנס לגדר אחד מסוגי ההסדרים הנקובים בסעיף קטן (ב), אין צורך להוכיח פגיעה מסתברת בתחרות על מנת שההסדר יסווג ככובל, אלא מניחים קיומה של פגיעה בתחרות באופן אוטומטי, ללא כל צורך בעריכת בדיקה עובדתית או כלכלית נוספת.⁵ זאת בניגוד למבחן הכללי של פגיעה מסתברת בתחרות הנדרש לסיווג הסדר ככובל לפי סעיף 2(א) לחוק. הגישה המסורתית של רשות התחרות (להלן גם: הרשות, לשעבר: רשות ההגבלים העסקיים) ובתי המשפט כלפי סעיף 2(ב), הייתה כי הסעיף, על החזקות החלוטות שבו, חלות גם על הסדרים אנכיים. כאמור לעיל, "הסדרים אנכיים" הם הסדרים בין ספק לבין לקוח, כגון בין ספק של טובין לקמעונאי הרוכש את הטובין מהספק ומוכר אותם הלאה לצרכן, או בין ספק של חומר גלם לבין יצרן שמשמש בחומר הגלם, או בין ספק של תשומה (כגון שירותי חשמל או שירותי ניקיון) לבין מי שמשמש באותה התשומה לצורך עסקו. כך, למשל, בפרשת תחנות התדלוק, שדנה בהסדר לרכישה בלעדית בין תחנות תדלוק לבין חברות לשיווק דלק, שלפיו התחנה התחייבה שלא לרכוש מחברת דלק מתחרה במשך תקופה מסוימת, נקבע כי הסדר כזה נכנס לגדר החזקה החלוטה של סעיף 2(ב) לחוק, בהיותו "חלוקת שוק", למרות שמדובר בהסדר

4 פסק הדין **שופרסל** הבהיר, אחת ולתמיד, שהפגיעה המסתברת בתחרות הנדרשת לפי ס' 2(א) לחוק, לא חייבת להיות בשוק בו פועל הצד שהגביל עצמו, כפי שניתן לטעון כי קובעת לשונו של הסעיף. ראו פסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין בעניין **שופרסל**, לעיל ה"ש 1, פס' מה-מו. בכך מאמץ פסק הדין את עמדתו כפי שפורסמה ב: דיויד גילה "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו" **עיוני משפט** כח 517 (2004).

5 ראו דנ"א 4465/98 **טבעול** (1993) בע"מ נ' **שף הים** (1994) בע"מ (פורסם בנבו, 19.8.2001). ראו בהקשר זה גם את פסק דינו של השופט הנדל בעניין **שופרסל**, לעיל ה"ש 1, פס' 2, המאמץ את גישת בית המשפט העליון בעניין **טבעול** בדבר עצם העובדה כי ס' 2(ב) לחוק קובע חזקות חלוטות לקיומו של הסדר כובל.

אנכי.⁶ באופן דומה, הסדר להכתבת מחיר מינימום בין ספק ללקוח, למרות היותו אנכי, פורש באופן מסורתי כנכנס לגדר סעיף 2(ב)(1) של חוק התחרות (כבילה לגבי המחיר).⁷ בעוונותיי, ביקרתי בזמנו גישה זו במאמריי האקדמיים, וטענתי, על דרך הפרשנות היצירתית הלא לשונית של סעיף 2(ב) לחוק, כי יש להימנע מלהחילו על הסדרים אנכיים.⁸ עד לפרשת שופרסל, שתידון להלן, לא הייתה הכרעה בבית המשפט העליון לגבי סוגיה זו. כך, בפרשת אקסטל,⁹ הושארה השאלה בצריך עיון, לאחר שהשופטים טירקל ונאור נחלקו בשאלה זו: בעוד השופט טירקל גרס כי יש לאמץ את העמדה שהבעתי אז, לפיה סעיף 2(ב) לחוק אינו חל על הסדרים אנכיים, סברה השופטת (כתוארה אז) נאור כי אין מקום להכניס ללשון סעיף 2(ב) תנאי נוסף שהמחוקק לא כלל בו, ועל כן יש להחילו, כלשונו, גם על הסדרים אנכיים. כדברי השופטת נאור:

6 ראו קביעה לפי ס' 43(א) לחוק, בדבר הסדר הכובל בהסכמי הבלעדיות בין חברת הדלק לבין מפעילי תחנות תידלוק (28.6.1993) **הגבלים עסקיים 3003595**, בעמ' 15: "אכן, הסכמי החברות [קרי – ההסכמים שבין תחנות תדלוק לבין חברות לשיווק דלק, ד"ג] הקובעים בלעדיות בקניית מוצרים [קרי – מוצרי דלק, ד"ג], ניכר בעליל שהם כוללים כבילה באשר ל'אנשים.... שעמם יעסקו' מפעילי התחנות, ולכן הם נופלים בגדר סעיף 2(ב)(3) לחוק הגבלים"; כך אף קבע בית הדין לתחרות במסגרת פסק דינו בה"ע (הגבלים עסקיים) 469/98 **דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים** (פורסם בנבו, 25.3.2001), בעניין ההסדרים האנכיים הכובלים שבין חברת דלק לבין מפעילי תחנות התידלוק (פס' 67): "במשפט הישראלי נופלים הסכמי בלעדיות אנכיים חד-צדדיים, בהם מתחייב אחד הצדדים להסכם (המפיץ) לרכוש את כל צרכיו מהצד השני להסכם (הספק) ולא מאחר זולתו, בגדרו של סעיף 2(ב)(3) לחוק, בהיות הכבילה שבהם נוגעת ל'חלוקת השוק, כולו או חלקו... לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו'. ראו גם את פסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור בעניין רע"א 6233/02 **אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ** (פורסם בנבו, 4.2.2004) (להלן: פרשת אקסטל), אשר קבעה, בדעת יחיד, כי ס' 2(ב) לחוק איננו מבחין בין הסדר אופקי לבין הסדר אנכי, ולמעשה חל על שניהם (ראו פס' 9-11 לפסק דינה של השופטת נאור). יצוין, כי השופטת נאור חזרה על גישתה זו, לפיה ס' 2(ב) לחוק חל גם על הסדרים אנכיים, בעניין רע"א 6343/11 **הולנדיה המרכז להנדסת השינה בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, פס' 24-25 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 24.12.2013).

7 ראו בהקשר זה ת"פ (מחוזי י-ם) 1142/01 **מדינת ישראל נ' שולשטיין** (פורסם בנבו, 2.11.2008) (להלן: עניין שולשטיין); ת"פ (מחוזי י-ם) 1274/00 **מדינת ישראל נ' מודגל בע"מ** (פורסם בנבו, 22.3.2010).

8 ראו דיויד גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" **עיוני משפט** כז 751 (2004); גילה "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו", לעיל ה"ש 4, בעמוד 524; דיויד גילה ויוסף שפיגל "הסדרים אנכיים" **ניתוח משפטי וכלכלי של דיני הגבלים העסקיים** א 412-415 (מיכל שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008); דיויד גילה "תמורות בהתייחסות להסדרים כובלים אנכיים" **המשפט** יג 47, 50 (2008).

9 ראו פרשת אקסטל, לעיל ה"ש 6.

סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, שצוטט לעיל, אינו מבחין בין הסדרים אופקיים והסדרים אנכיים. לדעתי, ועם כל הקסם שבהצעה, לא נוכל להכניס את האבחנה המוצעת בדרך של פרשנות.¹⁰

לדידה של השופטת נאור, רק המחוקק מוסמך ויכול לקבוע כי סעיף 2(ב) לחוק אינו חל על הסדרים אנכיים:

ואולם, חברי מציע לנו לקרוא אל תוך סעיף 2 לחוק, המגדיר מהו הסדר כובל, הבחנות [בין הסדר אופקי להסדר אנכי – ד' ג'] שאין להן, לדעתי, עיגון בלשונו של החוק. הצעה זו קשה לי, כאמור, לקבל. הצעה זו ראויה לעיונו של המחוקק. את ההסדר הכולל יצר המחוקק, והוא, ורק הוא, המוסמך לשנותו.¹¹

השופטת נאור הוסיפה וקבעה בפסק דינה בפרשת **אקסטל**, כי קיומן של חזקות חלוטות בסעיף 2(ב) מגלם יתרונות בלתי מבוטלים עבור בתי המשפט האזרחיים אשר נדרשים להתמודד עם סוגיות כלכליות סבוכות, עת הם דנים בשאלה מהו הסדר כובל, סוגיות שאינן נמצאות בהכרח בתחום מומחיותם. זאת בניגוד לבית הדין לתחרות (להלן גם: בית הדין, לשעבר: בית הדין להגבלים עסקיים) אשר מורגל בבירור סוגיות כלכליות מעין אלה. כלשונה של השופטת נאור:

אוסף ואומר כי בעיני יש יתרונות רבים לקביעת סוגי עניינים שלגביהם ישנה חזקה חלוטה בדבר קיומו של הסדר כובל, כפי שנפסק בפרשת טבעול. בבית הדין להגבלים עסקיים נשמעים לא אחת מומחים העוסקים בשאלה – שאינה פשוטה כשלעצמה – מה השפעתו של הסדר זה או אחר על התחרות. ההליך האזרחי ה"רגיל" אינו מתאים לכך. גילה מצביע במאמרו, תוך ביקורת, על כך שבפרשת חניות לא נעשה ניתוח כלכלי של השפעת ההסדר שנדון שם על התחרות. הוא מציג שאלות בהן לא עסק בית המשפט בפרשת חניות, כגון מהו שוק המוצר הרלבנטי; האם השוק הרלבנטי הוא לא מקומי באופיו; מיהם המתחרים המשמעותיים בשוק הרלבנטי וכל כיוצא באלה שאלות שבית הדין להגבלים עסקיים מורגל בהן. אלו שאלות מורכבות "הצורכות" זמן שיפוטי לא מועט. חזקות חלוטות, והכל במקרים הראויים, יש בהן כדי לצמצם את היקף הבירור בהליך השיפוטי "הרגיל" ולהקל עליו.¹²

כך גם באשר להיקפן וטיבן של החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק, קבעה השופטת נאור כי שאלה זו נתונה לשיקולו של המחוקק, ואל לו לבית המשפט להתערב בכך:

אם יש צורך בחשיבה חדשה בשאלה אם אכן כל החזקות שבסעיף 2(ב) לחוק אכן טובות וראויות הן, זהו ענין למחוקק – ולא לבית המשפט – לענות בו. בית

10 שם, פס' 9 לפסק דינה של השופטת נאור.
 11 שם, פס' 11 לפסק דינה של השופטת נאור.
 12 שם, פס' 12 לפסק דינה של השופטת נאור בפרשת **אקסטל**.

המשפט אינו יכול לא להוסיף ולא לגרוע. גם קביעה שיש לתת לחוק פרשנות מצמצמת אין בה, כשלעצמה, כדי להציב פתרון כולל וקוהרנטי לשאלה מהו (ומה איננו) הסדר כובל.¹³

בהתאם לגישה זו, ניתחה השופטת נאור את ההסדר האנכי שבפרשת **אקסטל** באספקלריה של סעיף 2(ב) לחוק, והחזקות החלוטות הקבועות בו, וקבעה לבסוף כי אכן מדובר בהסדר כובל. אולם, בזמן כהונתי כממונה (בין השנים 2011–2015), השתכנעתי כי דווקא גישת השופטת נאור בפרשת **אקסטל** היא הגישה הפרשנית הנכונה, ועל כן דרוש שינוי חקיקתי על מנת למנוע מהחזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק מלחול על הסדרים אנכיים. בהתאם, חוקקנו בזמן כהונתי פטור סוג, אשר פוטר את מרבית ההסדרים האנכיים מסיווגם כהסדר כובל אסור.¹⁴ (להלן: הפטור האנכי). פטור סוג זה, קובע כי הסדר שאינו אופקי (ובראש ובראשונה, הסדרים אנכיים) יהיה מותר, כפוף לחריג חשוב שמיד נזכיר, אלא אם כן הוא מעלה חשש לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק, או שהוא "עירום" (הווה אומר, עיקרו בהפחתת התחרות או מניעתה). מבחינה זו יישמנו, באמצעות פטור הסוג, את הגישה הליברלית כלפי הסדרים אנכיים שטענתי לה במאמרי בעבר (לפני כהונתי כממונה), לפיה אין להחיל את החזקות האוטומטיות שבסעיף 2(ב) לחוק על הסדרים אלה.

אולם, בניגוד למאמרי טרם כהונתי כממונה, קבענו בפטור הסוג האמור כי הסדר להכתבת מחיר מינימום הוא מקרה מיוחד המצריך טיפול משפטי מחמיר יותר, והסדר זה הוחרג מפטור הסוג.¹⁵ אישית, במהלך כהונתי כממונה, נוכחתי לדעת כי הסדר להכתבת מחיר מינימום ראוי לטיפול מחמיר יותר, וזאת מהטעמים המפורטים בפרק ד להלן. אפשר שנקודת הראות של מי שמופקד על אכיפת החוק מספקת פרספקטיבה טובה יותר לגבי הדין הראוי, מזו של איש אקדמיה גרידא. מטרת ההחרגה מהפטור האנכי, הייתה להחיל על הכתבת מחיר מינימום את החזקות החלוטות של סעיף 2(ב)(1) לחוק, ובכך למסד את הכלל שנקבע בפסיקה המסורתית, שהשתקפה בפסק דינה של השופטת נאור בעניין **אקסטל הנ"ל**, לפיה הכתבת מחיר מינימום היא בחזקת הסדר כובל, בלי צורך להראות פגיעה מסתברת בתחרות.

אכן, במהלך אותן שנים, החילה הרשות את החזקה החלוטה על מספר מקרים של הכתבת מחיר מינימום. כך למשל, בעניין ההסדר שבין וי.אפ. לבין קמעונאים שונים,¹⁶ ביקשה חברת וי.אפ. העוסקת בייבוא, שיווק והפצת מוצרי הלבשה והנעלה בישראל, להכתיב לקמעונאים

13 ש.ם.

14 כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות), התשע"ג–2013. זמין בקישור www.antitrust.gov.il/subject/105/item/32754.aspx (תוקן ב-2018 מבחינות אחרות, ראו רשות ההגבלים העסקיים, מספר פרסום 501547).

15 מפטור הסוג הוחרגה "כבילת מחיר" שהוגדרה כ-"כבילה בהסדר בין ספק של טובין לבין רוכש של טובין הנוגעת למחיר שבו יימכרו טובין כלשהם בידי רוכש כלשהו, למעט כבילה המגבילה העלאה של מחיר שיימכרו בו טובין בידי רוכש כאמור". ראו בהקשר זה גם את דברי ההסבר הכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות), התשע"ג–2013. זמין בקישור www.antitrust.gov.il/subject/105/item/32759.aspx בפס' 2.

16 החלטה בדבר אימתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר שבין וי.אפ. ישראל (אפארל) בע"מ לבין קמעונאים ומשווקים שונים, 500681 הגבלים עסקיים (9.9.2014).

שונים מחיר מינימום לצרכן בעבור מוצרים אלו. נקודת המוצא של הממונה הייתה כי מדובר בהסדר כובל על פי החזקה החלוטה של סעיף 2(ב)(1). כך גם לגבי ההסדר שבין מעברות לדיפלומט.¹⁷ הסדר זה, אשר עסק בהפצת מוצרי מזון המיועדים לבעלי חיים והמיוצרים על ידי מעברות, באמצעות המפיצה דיפלומט, כלל כבילת מחיר מינימום למוצרים אלו. בעקבות דין ודברים שקיימה רשות התחרות עם הצדדים להסדר, תוקן ההסדר כך שכבילת מחיר המינימום הוסרה כליל, ורק לאחר מכן זכה ההסדר לפטור מאת הממונה. שוב, נקודת המוצא הייתה כי מדובר בהסדר כובל על פי החזקה החלוטה של סעיף 2(ב)(1) לחוק.

לשם השלמת התמונה, נציין כי למרות חורגת הסדר הכתבת מחיר מינימום מפטור הסוג האנכי, הרי שהסדר מעין זה עדיין יכול ליהנות מהפטור הקבוע בכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך) (הוראת שעה), התשס"ו–2006.¹⁸ כללים אלה פוטרים, בסעיף 2(1) שלהם, הסדר שבו נתח השוק של הספק אינו עולה על 15% בשוק שלו, ונתח השוק של הקמעונאי בשוק הרלוונטי שלו גם הוא אינו עולה על 15%.¹⁹ יתר על כן, פטור הסוג להסדרי זכיינות מתיר במפורש הסדר הכתבת מחיר מינימום, ובלבד שמתקיימים התנאים לתחולת פטור הסוג.²⁰

2. הגישה שעולה מפסק הדין בעניין שופרסל

בעניין שופרסל, דן בית המשפט העליון בניסיון של שופרסל להגיע להסדרים עם ספקים מסוימים לפיהם הספקים יגרמו למתחרה של שופרסל, מגה, להעלות מחירים על מוצריהם של ספקים אלה. בפסק הדין לא הכריע בית המשפט העליון באופן סופי בשאלה האם הכתבת מחיר מינימום באה בגדר החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק אם לאו. פסק דינו המאלף של המשנה לנשיאה, השופט רובינשטיין, קבע שם, בדעת יחיד, כי אף שככלל סעיף 2(ב) יחול רק על הסדר בין מתחרים, הרי שקיימים מקרים חריגים במיוחד, בהם הסדר אנכי יבוא בכל זאת בגדרי החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק. כדברי השופט רובינשטיין שם:²¹

- 17 החלטה בעניין מתן הפטור מאישור הסדר כובל להסדר בין החברות: מוצרי מעברות בע"מ דיפלומט מפיצים (1968) בע"מ 500484 הגבלים עסקיים (25.6.2013).
- 18 כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך) (הוראת שעה), התשס"ו–2006, ק"ת 6483.
- 19 אך, ראו ההחלטות החלות כאשר הספק או הקמעונאי הם בעל מונופולין בשוק המוצר או שוק משיק, בס' 1(3) לפטור הסוג, שם.
- 20 כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי זכיינות), התשס"א–2001, ס' 2(ב)(14), שם.
- 21 ראו פסק דין שופרסל, לעיל ה"ש 1, פס' פו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. כאן המקום לציין, כי בדומה לגישתו זו של המשנה לנשיאה רובינשטיין בעניין שופרסל, גם בית המשפט המחוזי בירושלים בעניין ת"א (מחוזי י-ם) 9269-07 ג'אן יבוא ושיווק חלפים לרכב בע"מ נ' דוד לובינסקי בע"מ (פורסם בנבו, 5.8.2016) גרס, בפס' 114, כי אין מקום לשלול באופן גורף ומוחלט את תחולת ס' 2(ב) על הסדרים אנכיים (הגם שההסדר הספציפי שנידון שם לא עסק בהכתבת מחיר מינימום). הוזה אומר, גם בית המשפט המחוזי סבר כי במקרים מסוימים, ס' 2(ב) אכן יחול גם על הסדרים אנכיים, וככל שהסדרים אלה אינם חוסים תחת פטור סוג כלשהו, הרי שיצרכו קבלת אישור מראש מאת מערך הפיקוח על התחרות.

קונקרטי, עלינו לשאול את עצמנו מהי הפרשנות ההולמת את תכליתו העיקרית של החוק – הבטחת התחרות במשק והגדלת הרווחה החברתית – והאם פרשנות זו עולה בקנה אחד עם לשון החוק. סבורני, נוכח ההבדלים המהותיים [בין הסדרים אופקיים לבין הסדרים אנכיים] עליהם עמדנו, כי על בתי המשפט – והממונה – לעשות שימוש זהיר בהחלת סעיף 2(ב) על הסדרים אנכיים מטבעם, וככלל לבחנם תחת סעיף 2(א), היינו בהתאם לעלילות פגיעתם בתחרות. זאת ככלל למעט מקרים חריגים במיוחד, אשר לא ניתן לתחמם מראש במסגרת רשימה סגורה, בהם הפגיעה התחרותית הפוטנציאלית היא כה מובנת מאליה, ואילו הערך הכלכלי החיובי של ההסדר הוא נמוך עד מאוד, כך שאין נחוצה בחינה בפועל של עלילות הפגיעה בתחרות [...] כאמור, לא ניתן ליצור רשימה ממצה מראש, וההסדרים השונים ייבחנו ממקרה למקרה. ועוד הערה: על בית המשפט להשקיע מאמץ בבדיקת התשתית העובדתית הספציפית, כדי שאותה "הנחה" במקרי ההסדר האנכי לא תהפוך לרועץ ולמדרון חלקלק, ולגדרי אותו כלל ישתחלו גם מקרים שמקומם בשורת החריגים.

משנה חשיבות יש לדברי השופט רובינשטיין דווקא לאור העובדה כי בפסק דינו הוא קובע כי הפרשה שבפני בית המשפט, קרי – פרשת שופרסל עצמה, נמצאת במסגרת אותו החריג, ומדובר, כפי שבית המשפט המחוזי הכריע באותו עניין,²² בהסדר כובל אנכי אשר בא במסגרת החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק. כדברי המשנה לנשיאה:²³

[...] לדידי, בהתאם לאמור, ההסדר אותו ניסו המערערים לערוך בענייננו בא במובהק בגדרי החריג האמור, שכן אין בו ולא דבר פרט לניסיון לפגוע בתחרות בין שתי קמעונאיות מתחרות, שופרסל ומגה; למעשה, העובדה שהיוזמת של ההסדר היא שופרסל, אשר ביקשה להגביל את התחרות עם מגה – מתחרתה הישירה, באמצעות הספקים, מביאה לכך כי אילו היה מתגבש ההסדר, השפעתו במישור האופקי היתה מיידית, ולמעשה ההבדל בינו לבין הסדר אופקי של ממש, היה מזערי [...] המערערים לא הציגו הסבר מתקבל על הדעת, תחרותי או אחר, לעצם ההסדר אותו ניסו להשיג, פרט להסדר שמטרתו היחידה פגיעה בתחרות; וכאמור מעלה, אין לקבל את טענת ה"הגנה על המותג" שהוצגה על-ידי המערערים... יתרה מכך, סבורני כי במסגרת הדין הישראלי ניתן לקבוע שככלל, כאשר ענייננו בהסדר בו מנסה קמעונאי (או מפיץ, משווק וכיוצא באלה) להוביל להפסקת ההתקשרות בין ספק (או יבואן, יצרן וכיוצא באלה) לבין קמעונאי מתחרה, וכמובן כאשר מדובר בניסיון להעלאת המחירים בהם ימכור הקמעונאי את המוצרים לציבור, יש לקבוע כי ההסדר בא בגדרי סעיף 2(ב) לחוק והוא פסול מעיקרו אף ללא בחינה תחרותית של ממש.

22 ת"פ (מחוזי י-ם) 118/10 מדינת ישראל נ' שופרסל בע"מ (פורסם בנבו, 23.12.2013).

23 פסק דין שופרסל, לעיל ה"ש 1, בפסקה פז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

כאן המקום להיזכר מה בדיוק עשו שופרסל ובכיריה שהוביל את הרשות לנקוט בהליך פלילי כנגדם. תמצית הדברים היא כדלהלן: רשת שופרסל תכננה לצאת במבצע לרגל חג החנוכה. במסגרת המבצע תכננה הרשת להזיל מחירי מספר מוצרים בולטים. כפי שהיה מקובל באותה התקופה, טרם נחקק החוק לקידום התחרות בענף המזון,²⁴ המבצע המתוכנן היה בתיאום עם ספקי אותם המוצרים. אלא שבהתקרב החג, התחוור לבכירי שופרסל שרשת מגה, המתחרה, יצאה במבצע חנוכה עם הנחות מפליגות עוד יותר במכירת מוצרי אותם ספקים. בתגובה, מנכ"ל רשת שופרסל התקשר אל אותם ספקים, ועל פי כתב האישום והכרעת בית המשפט, ניסה להגיע איתם להסדר לפיו אותם ספקים יפעלו להפסקת מבצע הורדת המחירים העמוק יותר שנעשה במגה. אם כך, מטרת שופרסל הייתה לגרום לכך שמחירי המוצרים במבצע החנוכה של מגה לא יהיו זולים יותר ממחירי אותם מוצרים במבצע החנוכה של שופרסל.

ניתן, כמובן, לטעון כי מבחינה מסוימת, ההסדר הנדון בפרשת שופרסל חמור יותר מהסדר "רגיל" להכתבת מחיר מינימום, משום שהיוזמה להסדר באה מקמעונאי ולא מספק. בהכתבת מחיר מינימום "רגילה", היוזמה להסדר באה, באופן טיפוסי, מהספק: הוא זה אשר מכתב לקמעונאים איזה מחיר עליהם לגבות מהצרכנים והוא אינו מרשה להם לגבות מחירים מתחתיו. כאמור, בהסדר שנדון בפרשת שופרסל, היוזמה להסדר באה דווקא מאחד הקמעונאים – שופרסל – שביקשה מהספקים להכתיב לרשת מגה המתחרה מחירים גבוהים יותר.

מנגד, נראה כי ההתנהגות בפרשת שופרסל קרובה במהותה להכתבת מחיר מינימום "רגילה" מאשר נראה ממבט ראשון. המחיר לצרכן ששופרסל רצתה שהספקים יכתיבו למגה הוא אותו המחיר לצרכן שתואם בין שופרסל לבין אותם הספקים במבצע חנוכה הפחות עמוק ששופרסל חפצה להשיק. אם כך, על פני הדברים, מבחינת השפעה של ההסדר בפרשת שופרסל על הצרכן, כמוהו כהכתבת מחיר מינימום רגילה, שבה הספקים מכתיבים למגה את אותו המחיר שהם תאמו לפני כן עם שופרסל שזו תגבה על מוצריהם במבצע חנוכה של הרשת.

אכן, כפי שיוסבר בפרק ד להלן, אחד הפרמטרים המרכזיים המצדיקים טיפול מחמיר יותר בהסדר אופקי יחסית להסדר אנכי הוא שבמקרים רבים המתחרים, בינם לבין עצמם, היו מעדיפים לקבוע מחיר לצרכן גבוה יותר מאשר המחיר לצרכן שהספק היה רוצה לקבוע. אם נישם תובנה זו על הניתוח הנוכחי, אילו שופרסל ומגה היו מגיעות להסדר אחת עם השנייה בדבר המחיר לצרכן שהן יגבו על מוצרי הספקים האמורים, בסיטואציות לא מעטות הן היו מעדיפות לקבוע מחיר יותר גבוה מאשר המחיר שאותם ספקים היו רוצים להכתיב לשופרסל ומגה בהכתבת מחיר מינימום רגילה. אלא שכאמור, מבט מעמיק על ההסדר שנדון בפרשת שופרסל מראה כי בפרשה זו המחיר שנגבה בסופו של דבר מהצרכן הוא לא המחיר שהיה נובע מהסדר אופקי בין שופרסל לבין מגה, אלא אותו המחיר לצרכן שתאמה שופרסל עם הספקים במבצע החנוכה הפחות עמוק ששופרסל התכוונה להשיק. זו הסיבה, לטענתי, שההסדר שנדון בפרשת שופרסל, הסדר שלגישתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין נכנס באופן מובהק בגדרי החזקות החלוטות של סעיף

24 חוק קידום התחרות בענף המזון, התשע"ד–2014. על פי ס' 7(א)(3)(א) לחוק המזון, אסור ל-"ספק גדול" כהגדרתו באותו החוק, להיות מעורב בנקיבת מחיר לצרכן שהקמעונאי ימכור בו את המוצרים.

2(ב) לחוק, עם כל החומרה שלו, דומה מבחינת השפעתו על הצרכן להכתבת מחיר מינימום רגילה.

זאת ועוד, המשנה לנשיאה מתייחס בפסק דינו גם להסדר רגיל להכתבת מחיר מינימום, ומדבריו אף עולה כי יש לשקול הכנסת הסדר זה כשלעצמו לגדר אותו "חריג מיוחד", בו יחולו עליו החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק. המשנה לנשיאה מנתח את פסק הדין של בית המשפט העליון האמריקאי בפרשת *Leegin*,²⁵ בו קבעו שופטי הרוב כי הכתבת מחיר מינימום בארצות הברית לא תהא עוד בגדר חזקה חלוטה (איסור *per se*) כבעבר. אלא שהכרעה זו של בית המשפט העליון האמריקאי הייתה על חודו של קול, והמשנה לנשיאה רובינשטיין נוטה, להבנתו, להסכים דווקא עם דעת המיעוט שם, שצוטטה על ידי המשנה לנשיאה כדלהלן:²⁶

The only safe predictions to make about today's decision are that it will likely raise the price of goods at retail and that it will create considerable legal turbulence as lower courts seek to develop workable principles (Justice Breyer, at p. 929).

לאחר דברים אלה, ואיזכור גישת השופט הנדל בעניין שופרסל, הדומה לגישת שופטי הרוב בפרשת *Leegin*, מציין המשנה לנשיאה רובינשטיין כי:²⁷

[...] יתכן כי המציאות הישראלית נוטה יותר לעבר עמדת המיעוט באותו עניין [עניין *Leegin*], דהיינו כי במקרה בו מתערב היצרן בשיקול הדעת של הקמעונאי על-ידי הכתבת מחיר מזערי לצרכן, יש לאסור זאת *per se* באמצעות החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב). מכל מקום, מדובר בסוגיה מורכבת, וענייננו אינו המקום להכריע בכך. לטעמי עלינו להותיר לאחר פסק דין זה פתח, גם אם צר במובהק, לליבון סוגיות מורכבות אלה ואחרות, ככל שהנסיבות יצריכו [...] חוששני כי לשיטת חברי משנעל פתח צר זה, יוכרעו סוגיות שונות בטרם נדון לאשורן.

זאת ועוד, המשנה לנשיאה קובע כי החריג שבו הסדר אנכי יכלל בחזקות החלוטות חל גם כשמדובר בהסדר שאינו "עירום", קרי, גם כשהסדר עשויים להיות הסברים "תמימים". כך, למשל, המשנה לנשיאה מציין כי אם לצדדים להסדר שנכנס לגדר החזקות החלוטות יש הסברים תמימים למה שעשו שגוברים על הפגיעה בתחרות, הם יכולים להגיש את ההסדר לפטור פרטני מאת הממונה או לאישורו של בית הדין, וזאת למרות שההסדר כשלעצמו נכנס לגדר החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק.

לעניות דעתי, יש לאמץ את מה שעולה מדבריו אלה של המשנה לנשיאה רובינשטיין ולקבוע כי הסדרי הכתבת מחיר מינימום בישראל יכללו במסגרת החזקות החלוטות. מבחינה זו, יש

25 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007) (להלן: פרשת *Leegin*).

26 פסק דין שופרסל, לעיל ה"ש 1, פס' קיד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

27 שם, פס' קיד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

להעדיף את הגישה האירופאית, האוסרת, עקרונית, על הכתבת מחיר מינימום *per se*, על פני זו האמריקאית, אשר העבירה בפרשת *Leegin* האמורה, ברוב דחוק, הסדרים מסוג זה ל"כלל סבירות", המחייב ניתוח שוק מעמיק בכל מקרה ומקרה.²⁸ זאת ועוד, יש להעדיף את הגישה האירופאית על פני זו האמריקאית, במיוחד בשים לב למאפייניה של מדינת ישראל – מדינה קטנה, עם שווקים ריכוזיים רבים, ובעיה מתועדת של יוקר מחיה, כאשר הסדרים מסוג זה עלולים לשמר ואף להחריף את אותו יוקר מחיה. סיווג פרקטיקה תחת כלל סבירות, הדורש מהטוען להסדר כובל לבצע ניתוח שוק מעמיק ודורש ממנו להראות כי לא קיימים יתרונות פרו-צרכניים הגוברים על הפגיעה בתחרות, לעיתים קרובות חורף את גורל התיק לטובת המשך קיומו של ההסדר הכובל. ניתוח שוק מעמיק, או כלל סבירות, מעין זה, הוא מורכב מאוד. הפירמות המעורבות הן בעלות הידע הטוב ביותר לגבי פעילותן, והן בעלות המשאבים, וחזקה עליהן כי יביאו בפני בית המשפט את טובי המומחים שינסו להראות באותות ובמופתים ניתוחים מורכבים מדוע הסדר הכתבת מחיר מינימום הנדון אינו עלול לפגוע בתחרות בשוק, ומדוע יש לו הצדקות פרו-צרכניות רבות. בנסיבות אלו, לבית המשפט עלול להתעורר קושי רב להגיע למסקנה חד משמעית, וכך הסדרים רבים שהם למעשה פוגעניים עלולים לצאת אל הפועל מבלי שישקטו נגדם צעדי אכיפה.

אל מול הדברים האלה עומד גילוי הדעת שפרסמה הרשות בעניין זה. מגילוי הדעת, עולה כי עמדת הרשות נוטה לניתוח הסדר הכתבת מחיר מינימום על פי סעיף 2(א) לחוק.²⁹ זאת ועוד, עולה מגילוי הדעת כי הרשות נוטלת על עצמה לעשות ניתוח כלכלי מעמיק (ניתוח שוק) בבואה ליישם את סעיף 2(א) לחוק על הכתבת מחיר מינימום אנכית. לדבריה:

ככלל, עמדת הרשות היא שאין מקום להתקשרות בהסדר RPM הנוגע למקטע הקמעונאי, אלא אם מאפייני השוק מצביעים על מידה מספקת של תחרות ורק לצורך השגת תועלת פרו-תחרותית מובהקת.³⁰

28 ראו למשל בהקשר זה Filippo Amato, *RPM in the European Union: Any Developments Since Leegin?*, ANTITRUST CHRONICLE 11 (2013) ואת ההנחיות של רשות התחרות של גרמניה, שפורסמו ללעניין הכתבת מחירים אנכית בשוק המזון, ועולה מהן גישה מחמירה כלפי הסדרי הכתבת מחיר מינימום אנכית: "Guidance note on the prohibition of vertical price fixing in the brick-and-mortar food retail sector", https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/Guidance_note_prohibition_vertical_price_fixing_LEH.pdf?__blob=v=2&=publicationFile. גם רשות התחרות של אנגליה אוסרת על הכתבת מחיר מינימום כפי שהדבר משתקף מהנחיותיה: <https://www.gov.uk/government/publications/resale-price-maintenance-advice-for-retailers/resale-price-maintenance-advice-for-retailers>. ב-1.8.2019, רשות התחרות של אנגליה הטילה קנס כספי בסך 37 מיליון פאונד על חברת Casio, המייצרת פסנתרים, בגין קביעת מחיר מינימום לקמעונאים המוכרים את מוצריה. ראו <https://www.gov.uk/government/news/piano-supplier-fined-3-7m-for-illegally-preventing-price-discounts>.

29 ראו גילוי דעת 2/17 בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכית (RPM), www.antitrust.gov.il/files/34699, גילוי דעת 2017% דעת 17_17% PRM.pdf (28.6.2017) (להלן: גילוי הדעת בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכית או גילוי הדעת), פס' 1.

באשר לאותה "תועלת פרו-תחרותית", הרשות מציינת כי "יש להתחשב גם בהשפעת ההסדרים על התחרות הבין-מיתגית, וכתוצאה מכך, על איכות המוצר, זמינותו, היקף אספקת השירותים הנלווים לו ואיכותם, וכן על יכולת החדירה של מוצר זה לשוק כאשר מעמדו טרם ההסכם אינו מבוסס (בדגש על מוצר חדש)".³¹ מאידך, מבטאת הרשות בגילוי הדעת יחס מחמיר להכתבת מחיר מינימום (ביחס להסדרים אנכיים אחרים): "הסדרי RPM נבדלים במהותם מרובן של הכבילות האנכיות, בכך שתוצאתם הישירה היא הגבלת התחרות התוך-מיתגית בהיבט המחיר ביחס למצב בו לא היה קיים הסדר RPM. משכך, רשות ההגבלים העסקיים תתייחס להסדרים אלה בצורה מחמירה יותר מאשר ליתר ההסדרים האנכיים".³²

אם כך, מגילוי הדעת של הרשות עולה כי מחד היא תחיל כלל סבירות על הכתבת מחיר מינימום, ותגנה אותו רק לאחר ניתוח שוק, ורק לאחר עריכת איזון בין יתרונות פרו-צרכניים של ההסדר לבין פגיעתו המסתברת בתחרות בשוק. מאידך, עולה מן הנאמר שם כי בדעת הרשות להחמיר יותר עם הכתבת מחיר מינימום, ביחס להסדרים אנכיים אחרים. אולם, אם על הכתבת מחיר מינימום חל כלל סבירות לגישת הרשות, נשאלת השאלה מהו העוגן המשפטי בלשון החוק להחלת כלל מחמיר יותר כלפי הסדר זה. נראה כי מתחייבת בהקשר זה מידה של עקביות בהתייחסות: אם הרשות נטלה על עצמה להכריע גורלו של הסדר הכתבת מחיר מינימום רק לאחר ניתוח שוק ושקלול של יתרונות פרו-צרכניים נטענים לפני שהיא מגנה הכתבת מחיר מינימום, נראה שבערר על החלטת הממונה, בית הדין לא יסתפק בפחות מניתוח שוק מעין זה. הדרך היחידה להחיל על הסדר הכתבת מחיר מינימום כלל משפטי מחמיר יותר היא לדרוש מהרשות, או מאדם התוקף הכתבת מחיר מינימום בתיבוע פרטית, פחות מאשר ניתוח שוק מעמיק על מנת להראות כי מדובר בהסדר כובל. ככלל, קיימות שתי אפשרויות פרשניות לדרישה של פחות מניתוח שוק מעמיק על מנת לגנות הכתבת מחיר מינימום. האחת היא לסווג הכתבת מחיר מינימום במסגרת החריגים שיחולו עליהן החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק, והשנייה היא לפרש את סעיף 2(א) עצמו ככזה שאינו דורש ניתוח שוק.³³

ג. פרשנות 2(א) לחוק והחלתו על הכתבת מחיר מינימום

לצורך הדיון נניח עתה כי הכתבת מחיר מינימום אינה נכנסת בגדר החריג של החלת החזקות החלוטות על ההסדר למרות היותו אנכי, ובהתאם חל על ההסדר רק סעיף 2(א) לחוק. לטענתי, אין זה מובן מאליו כלל שסעיף 2(א) דורש מהטוען להסדר כובל להראות ניתוח שוק מעמיק. נשאלת השאלה אם סעיף 2(א), המגנה כהסדר כובל כל הסדר העלול להפחית את התחרות בעסקים בין צד להסדר לבין מתחרים שלו, דורש ניתוח שוק מעין זה, או שמא מסתפק בפגיעה

30 ש.ם.

31 ש.ם, פס' 3.

32 ש.ם, פס' 1.

33 ראו להלן פרק ג, בו אני טוען כי אכן ס' 2(א) לחוק, כפי שהוא מנוסח כיום, אינו דורש, למעשה, ניתוח שוק מעמיק.

מסתברת בתהליך התחרותי גרידא. "התהליך התחרותי" הוא התהליך שבו פירמות מתנהגות בצורה שמנסה לחטוף צרכנים לפירמות אחרות.³⁴ נקודת המוצא של חוק התחרות היא שהתהליך התחרותי מועיל לצרכן, משום שכל פירמה תרצה לחטוף את הצרכנים אליה, על ידי מתן הטבה לצרכן, ומתהליך זה הצרכן יוצא נשכר: הוא משלם פחות ומקבל יותר.

בהתאם, לדעתי, בחלקים מסוימים של החוק, המחוקק ביקש למנוע פגיעה מסתברת בתהליך התחרותי גרידא – הווה אומר – פגיעה מסתברת בתמריצים של פירמה להתנהג באופן החוטף צרכנים לפירמה אחרת – גם מבלי שהתובע הראה ניתוח שוק מעמיק. לצורך הוכחה כי הסדר עלול לפגוע בתהליך התחרותי גרידא, אם כך, די להביט בהסדר, ולהיווכח שהוא עלול להרתיע פירמה מלהתנהג באופן החוטף צרכנים לפירמות אחרות. אין צורך לבדוק, למשל, כמה פירמות יש בזירת התחרות הרלוונטית, המתחרות על לבו של הצרכן, ואין צורך לבדוק את יכולתן של הפירמות הללו לרסן את הפגיעה בצרכן, את הצפי לכניסה של פירמות חדשות, או את היתרונות הפרו-צרכניים הנטענים.

ניתוח שוק מעמיק, לעומת זאת, נכנס לעובי הקורה. בפרט, הוא בודק עובדתית אם הפגיעה המסתברת בתהליך התחרותי באמת עלולה, בסופו של דבר, לפגוע בצרכן, בדרך של האמרת המחיר, הקטנת המגוון, הכמות או האיכות, או בדרך אחרת. כך, למשל, נניח כי בקניון מסוים פועלות עשר מסעדות במתחם ההסעדה, וכולן זהות מבחינת הצרכן. נניח שספק של משקאות המוכר את המשקאות שלו לשתיים מתוך עשר המסעדות מכתוב לשתי מסעדות אלו מחיר מינימום של 10 ש"ח לפחית משקה, שאסור למסעדות לגבות מתחתיו, בגין המשקאות שלו. נראה כי הכתבת מחיר מינימום זו עלולה לפגוע בתהליך התחרותי. זאת משום שהסדר מונע מהן להוריד את מחיר פחית המשקה מתחת ל-10 ש"ח, על מנת לחטוף צרכנים למסעדות מתחרות. לעומת זאת, ניתוח שוק מעמיק של הפגיעה המסתברת בתחרות בשוק היה דורש להראות יותר מפגיעה מסתברת בתהליך התחרותי גרידא. זאת משום שהפגיעה האמורה בתהליך התחרותי לא בהכרח עלולה לפגוע בצרכן הסועד בקניון. בפני הצרכן עומדות 8 חלופות אחרות, של מסעדות אחרות, שאינן כפופות להכתבת המחיר. אם מחיר של 10 ש"ח לפחית, המוכתב על ידי ספק המשקאות לשתי המסעדות האמורות, גורם לצרכנים אובדן ערך מספיק גדול, הם יתפתו לעבור למסעדה אחרת, שבה המשקה, או החבילה כולה של מזון לרבות משקה, זולים יותר. ניתוח זה הנו מורכב יותר: הוא מצריך, בראש ובראשונה, להגדיר את זירת התחרות הרלוונטית: "השוק הרלוונטי" (מתחם ההסעדה בקניון או אף רחב מכך), והאם מסעדות הסמוכות לקניון, למשל, נמצאות בשוק הרלוונטי (בהתאם לשאלה אם הן מספקות תחליף מספיק קרוב עבור הצרכן המצוי בקניון וחפץ לאכול). עוד דורש ניתוח השוק לבדוק עד כמה מסעדות אחרות אלה מסוגלות לרסן את הפגיעה בצרכן: כך, למשל, האם יש להן כושר אספקה לא מנוצל היכול לשמש להן לחטוף את אותם הצרכנים שנפגעים מהכתבת מחיר המינימום? או שמא המסעדות האחרות ממילא בקיבולת או צפיפות מלאים? הניתוח גם מצריך, מטבע הדברים, בדיקה עד כמה מחיר המשקה הוא חשוב בחבילה הכוללת של סעודה לרבות משקה, מבחינת הצרכן, והאם

34 ראו בהקשר זה דיויד גילה "ניתוח כלכלי של הגבלים עסקיים" הגישה הכלכלית למשפט 853, 854 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012).

המסעדות מתחרות במתחם זה על מחיר המשקה, להבדיל ממחיר כל הסל. ככלל, ניתוח שוק מעמיק גם דורש פרטים דינמיים יותר, הקשורים בשאלה מה הצפי לכניסה של מסעדות חדשות לקניון, וכיוצא באלו. יש הגורסים כי ניתוח השוק המעמיק כולל אף ניתוח של יתרונות פרו-צרכניים של ההסדר. כך, למשל, אם הכתבת מחיר המינימום על ידי הספק מעודדת את שתי המסעדות הללו לתת שירות מסוים, שאלמלא ההכתבה לא היו נותנות, יש לאזן, לפי גישה זו, את התועלת הפרו-צרכנית ממתן השירות, עם הפגיעה המסתברת בצרכן מעליית המחיר הצפויה. אנו נכנה ניתוח שוק מעמיק הכולל גם יתרונות פרו-צרכניים כ"כלל סבירות", בהשאלה מהכלל במשפט האמריקאי, rule of reason, המוחל על הסדרים אנכיים.

ומכאן שאלתנו: סעיף 2(א) לחוק, המדבר על הסדר העלול להפחית את התחרות בעסקים בין צד להסדר לבין פירמות אחרות – מהו דורש? האם הוא מסתפק בפגיעה בתהליך התחרותי גרידא או שמא הוא דורש ניתוח שוק מעמיק, או אף כלל סבירות, המביא בחשבון יתרונות פרו-צרכניים, כנהוג במשפט האמריקאי?

הפסיקה המסורתית של הממונה, כמו גם של בית הדין, גרסה כי סעיף 2(א) לחוק מסתפק בפגיעה בתהליך התחרותי גרידא, ולא דורש ניתוח שוק. כך למשל, בעניין **כור-קלידג'**,³⁵ עולה מהחלטת הממונה כי על מנת לקבוע שהסדר הינו כובל לפי סעיף 2(א) לחוק, אין צורך בניתוח שוק מעמיק. כך גם בעניין **עמית מזרחי**,³⁶ קבע בית הדין כי סעיף 2(א) לחוק, על פי לשונו, משתרע על כל הסדר העלול לפגוע בתחרות, וזאת גם כאשר אין להסדר השפעה על השוק. הווה אומר, בית הדין מסתפק בפגיעה מסתברת של ההסדר במה שהגדרתי לעיל כ"תהליך התחרותי", ולשיטתו לא נדרש ניתוח שוק. דווקא אני, בזמנו, טרם כהונתי כממונה, במסגרת מאמרי האקדמיים הישנים יותר, ביקרתי גישה זו, וגרסתי כי יש לפרש את סעיף 2(א) לחוק כדורש כלל סבירות.³⁷

גם כאן, במהלך כהונתי כממונה, השתכנעתי כי הפרשנות הנכונה של סעיף 2(א) לחוק, כפי שהוא מנוסח, היא כי הסעיף מסתפק בפגיעה בתהליך התחרותי גרידא, ואינו דורש ניתוח שוק מעמיק. הווה אומר, המחוקק התכוון להחמיר, יחסית, עם הסדרים כובלים, גם כאלה שאינם באים בגדר החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק. לכל אורך החוק, כאשר המחוקק משתמש במילה "תחרות" הוא משתמש בה במסגרת שתי וריאציות לשוניות.

כפי שאדגים להלן, בוריאציה הראשונה המחוקק מדבר על פגיעה מסתברת ב"תחרות", ובוריאציה השנייה הוא מדבר על פגיעה מסתברת ב"תחרות בשוק" או "בתחרות בענף". מהקשר הדברים עולה, לדעתי, כי כאשר המחוקק משתמש במושג של "עלול לפגוע בתחרות", הוא מסתפק בפגיעה מסתברת בתהליך התחרותי גרידא, ואין דרישה להוכחת פגיעה מסתברת בתחרות ב"שוק" כולו. לעומת זאת, כאשר הוא משתמש במושג "עלול לפגוע בתחרות בשוק", או "עלול לפגוע בתחרות בענף", הכוונה היא להוכחת פגיעה מסתברת על בסיס ניתוח שוק

35 נימוקי ההחלטה בדבר אישור מיזוג בתנאים בין Columbus Capital Corporation לבין כור תעשיות בע"מ, **הגבלים עסקיים** 3001322 (5.1.1998), בעמ' 22.

36 ה"ע (הגבלים עסקיים) 2/97 **מזרחי נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, פס' 20 (פורסם בנבו, 22.6.1999).

37 ראו למשל גילה ושפיגל "הסדרים אנכיים", לעיל ה"ש 8, חלק ב', פס' 2.1.

ואמידת השפעתו המסתברת של ההגבל העסקי בו מדובר על רקע מיפוי מפת התחרות בענף כולו.

אדגים את הדברים: בהקשר של הסדר כובל, כאמור לעיל, המחוקק מסתפק בפגיעה מסתברת בתחרות, כאמור בסעיף 2(א) לחוק. מכאן שלצורך היות ההסדר כובל, די להראות פגיעה מסתברת בתהליך התחרותי גרידא. לעומת זאת, כאשר מגישים הסדר לקבלת פטור מהממונה, לפי סעיף 14 לחוק, הממונה ייתן פטור רק אם אין בכבילות שבהסדר "כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק". מכאן, שבהליך של פטור מראש להסדר כובל בפני הממונה, יאושר רק הסדר שניתוח כלכלי של השוק בו מדובר, מראה כי הוא אינו מעלה חשש לפגיעה של ממש בתחרות בשוק מוגדר, על רקע מיפוי של המוצרים המתחרים, ספקיהם, דינמיקת התחרות ביניהם, חסמי הכניסה והמעבר בשוק, וכיוצא באלה. אם ניתוח שוק כזה מלמד על היעדר חשש לפגיעה של ממש בתחרות בשוק כתוצאה מההסדר, אזי יזכו הצדדים לאותו הסדר לפטור מהממונה. זאת, גם אם ההסדר עלול לפגוע ב"תהליך התחרותי" גרידא.

כך גם לגבי היכולת לפטור הסדר מכוח פטור סוג (פטור לסוג שלם של הסדרים). לפי סעיף 15א לחוק, הממונה יכול לתת פטור סוג רק להסדרים שהכבילות שלהם, בין היתר, "אין בהן כדי לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות בשוק". בהתאם לכך, גם הקריטריונים להנאה מפטור סוג מקלים יותר עם הצדדים: דרוש ניתוח שוק מעמיק על מנת להראות שהסדר לא ראוי לפטור סוג, בעוד שדי בפגיעה מסתברת בהליך התחרותי כדי לסווג הסדר ככובל. דוגמה בולטת היא פטור הסוג האנכי הנזכר, הקובע במפורש כי הסדר שאינו אופקי, ואינו הכתבת מחיר מינימום (או הסדרים אנלוגיים להכתבה כזו), פטור, ככלל, אם הכבילות שבו "אין בהן כדי לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות בשוק".³⁸

כך הדבר גם במיזוג שבא לפתחה של הממונה. לפי סעיף 21 לחוק, הממונה יתנגד למיזוג אם "לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור". כאן משתמש המחוקק בביטוי האנלוגי ל"שוק" – "ענף", ומציין כי רק חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות בענף, או חשש סביר לפגיעה בציבור בהיבטים קונקרטיים: מחיר, תנאי האספקה, וכו', תצדיק התנגדות למיזוג. בשני המקרים, דרוש ניתוח שוק מעמיק על מנת להתנגד למיזוג. גם על מנת להראות פגיעה מסתברת בציבור הצרכנים, כאמור בסיפא של סעיף 21 האמור, המדבר על פגיעה מסתברת בציבור, יש צורך בניתוח שוק מעמיק, שהרי נדרשת בדיקה כיצד המיזוג המוצע עלול לפגוע בצרכן, ואין מסתפקים בפגיעה מסתברת בתהליך התחרותי גרידא.

הדרישה לניתוח שוק מעמיק בפטור מראש מהממונה להסדר כובל, בפטור סוג שהוציאה הממונה להסדר כובל, ובמיזוג שבא לפתחה של הממונה, אינה מפתיעה. אלה הם הליכים הנידונים בפני הממונה, העומד בראש רשות רגולטורית מקצועית, המצוידת בצוותי מומחים, ובסמכויות ויכולות איסוף ועיבוד נתונים אודות השוק. אין פלא אפוא שבעסקאות הבאות לפתחה של הממונה, דרוש ניתוח שוק מעמיק, שכן לממונה כלים מתאימים לכך.

38 ראו הפטור האנכי, לעיל ה"ש 14, ס' 2(1).

לעומת זאת, כאשר נותנים לצדדים עצמם לקבוע (self-assessment), מבלי להגיש את ההסדר לממונה, כי ההסדר שלהם אינו כובל, המחוקק החמיר, וקבע כי גם אם ההסדר עלול לפגוע בתהליך התחרותי גרידא, אזי הוא כובל. בהתאם, הצדדים אינם יכולים לשכנע את עצמם כי למרות הפגיעה המסתברת בתהליך התחרותי, הוא עומד באיזשהו כלל סבירות, משום שהשוק הרלוונטי צריך להיות מוגדר בצורה מסוימת, אותה קבעו הצדדים להסדר, וכולל פירמות רבות המספקות לצרכן תחליף סביר, וכי פירמות אלה ירסנו את הפגיעה בצרכן, או שצפויות להיכנס פירמות חדשות לשוק, או שההסדר תועלות פרו־צרכניות הגוברות על הפגיעה המסתברת בצרכן. המצב שונה כאשר הממונה עצמו, לאחר בדיקה יסודית ומקצועית, נתן פטור סוג לקטגוריה שלמה של הסדרים, שהממונה הגיע למסקנה שמטבע הדברים הם פחות מסוכנים. במקרה כזה, הצדדים יוכלו להשתמש בפטור הסוג על מנת להשתכנע כי ההסדר שלהם מותר, לאחר ניתוח שוק מעמיק לפיו ההסדר נהנה מתנאי פטור הסוג שהוציא הממונה.

אם נמשיך לקרוא את החוק, נראה שכאשר מדובר בניצול לרעה על ידי בעל מונופולין, חזר המחוקק להחמיר, עם הנוסח "עלול לפגוע בתחרות". בפרט, לפי סעיף 29א(א) לחוק, אסור לבעל מונופולין לנצל מעמדו בשוק "באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור". לא נאמר, "באופן העלול לפגוע בתחרות בשוק". הוזה אומר, די להראות כי בעל מונופולין התנהג בצורה שעלולה לפגוע בתהליך התחרותי גרידא על מנת להגיע למסקנה כי זה ניצל לרעה את מעמדו. אין צורך בניתוח שוק מעמיק. לצד נורמה זו, אם בעל המונופולין התנהג באופן העלול לפגוע ישירות בציבור הצרכנים, אזי בוודאי שקמה עילה כנגדו (ומכאן הנוסח החלופי "באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור"). אולם, גם אם בעל המונופולין, למשל, פגע ביכולת של מתחרה שלו להתחרות בו, הרי שהוא עשה משהו שעלול לפגוע בתהליך התחרותי. בעל המונופולין לא יוכל להבנות או מהטענה שניתוח כלכלי מעמיק מוביל למסקנה שונה, כגון שגם אם תפגע יכולת מתחרה אחד להתחרות, קיימים גם מתחרים אחרים, או שמתחרים חדשים צפויים להיכנס לשוק ולשפר את התמונה התחרותית, או שגם אם תפגע יכולתו של מתחרה להתחרות, עדיין הוא יהווה רסן מספיק על המונופול, וכיצא באלו. גם כאן ההסבר להחמרה מצד המחוקק הוא ברור. כיון שבשוק פועל כבר בעל מונופולין, המחוקק מניח מראש כי מצב התחרות בשוק רעוע ומועד לפורענות. במצב כזה, גם פגיעה מסתברת בתהליך התחרותי גרידא, שבאה מצד המונופול, ראויה לגינוי.³⁹

39 ראו בהקשר זה את החלטת הממונה בעניין הכרזת מונופולין: קביעה בדבר ניצול מעמד לרעה בניגוד לס' 29א לחוק ודרישת תשלום לפי ס' 50 לחוק – נמל אשדוד, הגבלים עסקיים 500909 (21.12.2015), החלטה שמגנה כניצול לרעה הנחות בגין עמידה ביעדים שנתן נמל אשדוד ליבואני רכב בגין פריקה של רכבים, תוך קביעה כי ההנחות הפריעו לנמל חיפה להתחרות בנמל אשדוד בתחרות לגופו של עניין. כפי שקובע הממונה בפס' 4: "משמעות הדברים היא כי נמל חיפה נדרש לפעול בשוק או בסדר גודל קטן או רק החל מסדר גודל מסוים, שנקבע למעשה על ידי המתחרה הדומיננטי בשוק – חברת נמל אשדוד. אילוץ זה אינו חלק מתחרות לגופו של עניין. די בכך בכדי לקבוע כי חברת נמל אשדוד, בקביעת יעדי הפריקה ומתן ההנחות הרטרואקטיביות בגין עמידה ביעדים, ניצלה מעמד לרעה באופן עלול להפחית את התחרות".

לעומת זאת, מגילוי הדעת של הרשות לגבי הסדרי הכתבת מחיר אנכית, עולה שהרשות רואה בסעיף 2(א) לחוק כדורש מהתובע ניתוח שוק מעמיק, ולמעשה כלל סבירות של ממש, שאינו מסתפק בניתוח שוק של הפגיעה המסתברת בתחרות בשוק, אלא מאזן אותה עם יתרונות פרו-צרכניים של ההסדר. כדברי הרשות, בהחילה את סעיף 2(א) על הסדרי הכתבת מחיר מינימום (הסדרי RPM, או Resale Price Maintenance):

על מנת להכריע בדבר סיווגו של הסדר RPM הנוגע לקביעת המחיר הקמעונאי כהסדר כובל, יש לבחון אותו בשני היבטים במצטבר: היבט אחד נוגע לעלילות הפגיעה בתחרות כתוצאה מרמת תחרות נמוכה במקטע הספקים או במקטע הקמעונאים. לצורך הערכת היבט זה, יש לבחון את מאפייני השוק שבו נערך ההסדר, הן ביחס למקטע הספקים והן ביחס למקטע הקמעונאים. בשני המקטעים, יש לבחון את השפעתו של הסדר ה-RPM על ההסתברות לקיומו ושימורו של שיווי משקל מתואם, לרבות בהתחשב במספר השחקנים במקטע ומידת הריכוזיות בו, שיעור הכיסוי של הסדרי ה-RPM את כל אחד מהמקטעים וקיומם של חסמי כניסה לשוק או חסמי התרחבות בו. בנוסף לכך, יש לבחון את נתח השוק שבידי הספק שהוא צד להסדר וכן את כוח השוק שיש בידיו. ככלל, בשווקים שבהם יש תחרות בין-מותגית נמוכה, בין אם משום שיש מעט ספקים ובין משום שהספקים הקיימים בשוק מקיימים שיווי משקל אל-תחרותי, אזי ההסדר עלול לפגוע בתחרות ומשכך הוא יהיה הסדר כובל. ההיבט השני נוגע לקיומה או היעדרה של תכלית פרו-תחרותית בהסדר. אם להסדר RPM אין תכלית פרו-תחרותית ברורה וישירה, תראה הרשות את ההסדר כהסדר כובל.⁴⁰

באשר ליתרונות פרו-צרכניים העשויים להיות גלומים בהכתבת מחיר מינימום, מציינת הרשות כי:

[...] ככלל, הרשות תהיה נכונה להכיר בתועלות הפרו-תחרותיות העיקריות עליהן עמדנו לעיל – עידוד החוליה הקמעונאית להשקיע בקידום מכירת המוצר באמצעות מתן שירותים נלווים (הדגמות, אנשי מכירות, תצוגה רחבה, השקעות בפרסום וכיו"ב), במיוחד במקרה של השקת מוצר חדש, תוך מניעה וצמצום בעיות הסוכן או הטרימפיסט כמתואר לעיל. בהתאם, ככל שאופי המוצר והתחרות הבין-מותגית המתקיימת בשוק מחייבים השקעה מצד קמעונאים באספקת שירותים נלווים, אשר יכולת הספק לעקוב אחריה מוגבלת, כך תיטה הרשות למסקנה, כי קיימת תועלת של ממש בהסדר ה-RPM וכי יש בו כדי לתרום לתחרות הבין-מותגית... נדגיש, כי על מנת להצדיק תועלת פרו-תחרותית, נדרשים הסברים ונימוקים קונקרטיים כיצד הסדר ה-RPM אמור לשפר בפועל את השירותים הנלווים למכירת המוצר ולא די באמירות כלליות באשר לעידוד

40 ראו גילוי הדעת בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכית, לעיל ה"ש 29, פס' 3.

החוליה הקמעונאית להעניק שירות טוב יותר או להגדיל את השקעותיה [...] ככל שמאפייני השוק מצביעים על מידה פחותה של תחרות בשוק, כך תידרש הצדקה מובהקת יותר ומשמעותית יותר, הנובעת באופן ישיר וקונקרטי מהסדר ה-RPM כדי להטות את הכף לכיוון ההכרעה, כי ההסדר אינו מקים חשש לפגיעה בתחרות אלא שתוצאתו הכוללת הצפויה היא דווקא שיפור התחרות.⁴¹

אם כך, מגילוי הדעת של הרשות עולה פירוש של סעיף 2(א) לחוק כמבוסס על "כלל סבירות" (Rule of Reason) האומד את הפגיעה התחרותית המסתברת על יסוד ניתוח של השוק ומאזנה עם יתרונות פרו-צרכניים.

עתה לשאלה כיצד בית המשפט העליון בעניין שופרסל פרש את סעיף 2(א) לחוק. כל שלושת השופטים הכריעו כי המקרה שלפניהם מהווה הפרה של סעיף 2(א). עם זאת, מדובר בהליך פלילי, שלא היה מבוסס על חוות דעת כלכלית כלשהי של הרשות. לא נערך ולא הוצג כראיה ניתוח כלכלי מעמיק של השוק, הפגיעה המסתברת בתחרות בשוק העלולה, לאור נסיבות השוק, לנבוע מן ההסדר שניסתה שופרסל לכוון. אומנם בית המשפט התרשם מהעובדה שהקמעונאים המעורבים בעניין – שופרסל ומגה – ידועים כרשתות השיווק הגדולות ביותר במשק הישראלי, אולם התרשמות לחוד וניתוח שוק לחוד.⁴² בית המשפט התרשם גם מהעובדה שהספקים המעורבים היו ידועים כמשמעותיים.⁴³ אולם, לא היה בפסק הדין שימוש בניתוח שוק של ממש. כך, למשל, ההתרשמות מגודלן של רשתות השיווק הייתה על סמך נתחי שוק כלל ארציים, שהוזכרו בדוח שרשות התחרות הישראלית הגישה בזמנו לארגון ה-OECD.⁴⁴ דוח זה, עם כל הכבוד, אינו מהווה תחליף לניתוח שוק. אלא שתחרות בין רשתות השיווק על הצרכן מתרחשת בכל אזור גיאוגרפי בנפרד, ולא במישור הכלל ארצי, ולא היו בפני בית המשפט נתונים על נתחי השוק של מגה ושופרסל בכל אזור ואזור, או על מיהותם או גודלם של המתחרים שלהם בכל אזור ואזור. בנוסף, לא באו בפני בית המשפט, ככל הידוע, כל נתונים על האחוז שמהווים המוצרים נשוא ההסדרים מכלל סל המוצרים שעליו רשתות השיווק מתחרות. נמצא אפוא כי דרך היישום של סעיף 2(א) לחוק על ידי בית המשפט העליון, המרשיע את הנאשמים בניסיון לעשות הסדר כובל לפי סעיף 2(א) מעבר לכל ספק סביר, מתיישבת, עם המסקנה כי סעיף 2(א) אינו דורש ניתוח שוק מעמיק וכי די בפגיעה מסתברת בהליך תחרותי.

41 ש.ם.

42 ראו פסק דין שופרסל, לעיל ה"ש 1, פס' ס לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין: "[...] מדובר בניסיון להגביל את התחרות בשוק המזון הקמעונאי בין שתי הקמעונאיות הגדולות במשק [הן שופרסל ומגה – ד' ג']".

43 ש.ם, פס' קח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין: "ההסדרים אותם ניסה להשיג [מנהל שופרסל – ד' ג'] היו עם ספקיות המזון והמשקאות הגדולות בישראל; וזאת באופן שעלול היה להשפיע ישירות על קמעונאית המזון השניה בגדלה בישראל".

44 ש.ם, פס' ס לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. על פי נתוני דוח הרשות שנמסר לארגון ה-OECD אשר נזכר בפסק דינו של המשנה לנשיאה, עלה כי שופרסל בעלת נתח שוק כלל ארצי של 37%, ואילו מגה בעלת נתח שוק של 23%.

לסיום הדיון בפרשנות סעיף 2(א) לחוק, עולה שאלת הנפקות המעשית של פרשנות זו. ככלות הכל, לאור פטור הסוג האנכי שחוקק בשנת 2013, ממילא נחשבים רוב ההסדרים האנכיים (למעט הכתבת מחיר מינימום), מותרים ופטורים, אלא אם הם מעלים חשש לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק – כלומר, דרוש ניתוח שוק על מנת להכתימם כאסורים. אם תתקבל טענת המפורטת בתת-פרק ב.2 לעיל, כי הכתבת מחיר מינימום נכנסת לגדר אותו חריג שהתווה המשנה לנשיאה רובינשטיין במסגרת החזקות החלוטות של סעיף 2(ב), יוצא כי לא קיימת נפקות רבה, לעניין הסדרים אנכיים, לגבי הפרשנות של סעיף 2(א) – האם הוא מחייב ניתוח שוק או רק פגיעה מסתברת בתהליך התחרותי גרידא. זאת משום שהסדר היחיד שמוחרג מהפטור האנכי, ועל כן לא מחייב ניתוח שוק מכוחו של פטור זה, ממילא אסור לפי החזקות החלוטות של סעיף 2(ב), בלי כל קשר לפרשנות בה נבחר לסעיף 2(א).

עם זאת, אם סעיף 2(א) יפורש כמחייב ניתוח שוק, יש לכך השלכה גם על פרשנות החוק בסעיפים אחרים המאזכרים "פגיעה מסתברת בתחרות" להבדיל מ-"פגיעה מסתברת בתחרות בשוק". בפרט, יהיה מי שיטען שגם במקרה של טענה לניצול לרעה על ידי בעל המונופולין באופן העלול לפגוע בתחרות, מי שתוקף את בעל המונופולין יצטרך להראות ניתוח שוק מעמיק, ולא יהא די בכך שיראה פגיעה מסתברת בתהליך התחרותי גרידא.

לפרשנות סעיף 2(א) יש נפקות גם לגבי הסדרים בין מתחרים – ההסדרים ה"אופקיים" – הנכנסים לגדרו של סעיף 2(א), ואינם נכנסים לגדרו של סעיף 2(ב). קיימים שני סוגים עיקריים של הסדרים אופקיים מעין אלה. האחד הוא השקעה פאסיבית של מתחרה א' ברווחיו או מנייתו של מתחרה ב', והשני הוא מיזם משותף בין מתחרים שלא בתחום התחרות.

כאשר מתחרה א' משקיע במניות או ברווחים של מתחרה ב', בשיעור של עד 25%, וההשקעה הזו פאסיבית (קרי, מתחרה א' לא רוכש יכולת לכוון או להשפיע על פעילותו העסקית של מתחרה ב'), העסקה אינה מהווה "מיזוג חברות", אבל עשויה להוות הסדר כובל.⁴⁵ הסדר מעין זה אינו נכנס לגדר הכבילות האמורות בסעיף 2(ב), ועל כן ניתן לתקוף אותו כהסדר כובל רק לפי סעיף 2(א). בהתאם, שאלת הפרשנות הנכונה של סעיף 2(א), וביתר פירוט – האם הסעיף דורש ניתוח שוק מלא אם לאו, היא בעלת נפקות ברורה במקרה של הסדר מעין זה.

הסוג השני של הסדר אופקי הנכנס רק לגדרי סעיף 2(א) ולא לגדר סעיף 2(ב) הוא מיזם בין מתחרים שלא בתחום התחרות. נניח שפירמה א' ופירמה ב' מתחרות בשוק מסוים, אך רוצות לעשות מיזם משותף בשוק אחר לגמרי, שאינו קשור לשוק שבו הן מתחרות. שיתוף הפעולה ביניהן עלול להשפיע לרעה על תמריצי התחרות ביניהן בשוק בו הן מתחרות, ולכן עלול לעיתים לפגוע בתחרות. אלא שהשפעה אנטי תחרותית זו אינה נתפסת בגדר הכבילות שבסעיף 2(ב), ועל כן ניתן לתקוף אותה רק באמצעות סעיף 2(א). גם כאן תעלה השאלה הפרשנית האם הסעיף דורש ניתוח שוק מלא, או שמא מסתפק בפגיעה מסתברת בתהליך התחרותי גרידא. נעיר, כי מיזם משותף בין מתחרים שלא נוגע לתחום שבו הצדדים למיזם מתחרים יכול להיחשב כהסדר שאינו "אופקי", לצורך הפטור האנכי הנזכר.⁴⁶ בפרט, סעיף 1 לפטור האנכי מגדיר "הסדר

45 ראו בהקשר זה דיויד גילה "השקעות פסיביות בין מתחרים בישראל" משפטים 146 (2006).

46 ראו הפטור האנכי לעיל, ה"ש 14, ס' 1.

אופקי" כ-הסדר כובל אשר שניים לפחות מן הצדדים לו הם מתחרים, העוסק בטובין שלגביהם הם מתחרים... מכאן, שככל שהמיזם אינו עוסק בטובין לגביהם הצדדים למיזם מתחרים, לדעת הפרשנות הנכונה היא כי המיזם חוסה בפטור האנכי. המשמעות היא שהמיזם יהווה הסדר כובל רק אם ניתוח שוק ילמד כי המיזם מעלה חשש לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק שבו הצדדים מתחרים. זאת בלי קשר לשאלה אם סעיף 2(א) עצמו דורש ניתוח שוק אם לאו.⁴⁷

זאת ועוד, בפסיקה מסתמן פיצול פרשני מסוים בכל הנוגע לסעיף 2(א), המתבטא בפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין בעניין שופרסל ובעניין קרטל המעטפות. כפי שעולה מפסיקתו של המשנה לנשיאה, אם הפגיעה בתחרות שנובעת מהסדר "ברורה כשמש בצהרי היום", אזי יחול סעיף 2(א) על ההסדר בלי צורך בניתוח שוק מעמיק.⁴⁸ למעשה, פסיקה זו של המשנה לנשיאה מצטרפת לפסיקתו של השופט חשין בדיון הנוסף בפרשת טבעול, לפיה יש מקרים בהם "ברור לכל" כי מדובר בהסדר כובל ולא יידרש ניתוח שוק על מנת להביא למסקנה כי סעיף 2(א) חל על הסדר.⁴⁹

אולם בפרספקטיבה רחבה נראה כי, עם כל הכבוד, קיים ספק אם פיצול פרשני זה של סעיף 2(א) עדיף על סיווג פרקטיקות מסוימות, בשל הבוטות שלהן, בחזקות החלוטות של סעיף 2(ב). זאת משום שבתחום ההגבלים העסקיים, נוהג רלטיביזם כלכלי: חוות דעת כלכלית בה יצטיידו הצדדים להסדר, תראה כי כמעט דבר אינו "ברור כשמש בצהרי היום". חוות הדעת הכלכלית תוכל לטעון לנסיבות רבות ומגוונות המחייבות להסתכל על הסדר באופן המעלה ספקות לגבי פגמותו: שהשוק הרלוונטי אינו כפי שהתובע טוען, שקיימים מתחרים בעלי עודפי כושר ייצור גדולים, שלפרקטיקה תועלת פרו-צרכנית, כי חסמי הכניסה הולכים וקטנים, וכיוצא בכל אלה. במילים אחרות, האבחנה בין פרקטיקות שהפגיעה התחרותית שלהן לכאורה מובנת מאליה לכאלה שאין בהן הדבר כך, במסגרת סעיף המתפרש לעיתים ככזה שאינו דורש ניתוח שוק מעמיק, ולעיתים ככזה שכן, יכולה בהחלט ליצור חוסר וודאות מיותר וקושי באכיפה ובהתווית כללי משחק ברורים ואחידים.

מכון שבסופו של יום ישנם סוגי התנהגויות שאנו חפצים לסווג כבוטות במיוחד, רוצה לומר כאלה שיש לאסרן בלי צורך בניתוח שוק, הרי שהמקום המתאים לכך הוא סעיף החזקות החלוטות – הוא סעיף 2(ב) לחוק. בעניין זה דומה כי החריג שהתווה המשנה לנשיאה

47 תודות לליאור פרנק שהביא נקודה זו לתשומת ליבי.

48 ראו פסק דין שופרסל, לעיל ה"ש 1, פס' מז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, שם מצטט המשנה לנשיאה את פסק דינו בעניין קרטל המעטפות – ע"פ 2560/08 מדינת ישראל נ' וול (פורסם בנבו, 6.7.2009), שבמסגרתו קבע כי, בנסיבות מסוימות, ייתכנו הסדרים כאלה אשר פגיעתם בתחרות "ברורה כשמש בצהרי היום", ומשכך הם אינם מצריכים ניתוח שוק מעמיק במסגרת ס' 2(א) על מנת שייחשבו כהסדרים כובלים.

49 דנ"א טבעול, לעיל ה"ש 5, בעמ' 98: "גילה סובר כי לקיומו של הסדר כובל על-פי סעיף 2(א) לחוק אין די בהסכם כפי שנכרת בין בעלי-הדין; כי שומה היה על בית-המשפט להוסיף ולעשות [...] ניתוח שוק מהותי, שיבדוק אם ההסדר אכן עלול לפגוע בתחרות..." (שם, בעמ' 111). ואולם בנסיבות העניין לא היה צורך, לדעתי, בניתוח שוק מהותי, שכן היה ברור לכול כי ההסדר הסדר כובל הוא."

רובינשטיין בפרשת שופרסל לפיו סעיף 2(ב) יחול במקרים חריגים גם על הסדרים שאינם אופקיים – עדיף על הפיצול הפרשני בתוך סעיף 2(א) עצמו. דרך נוספת להימנע מפיצול פרשני בתוך סעיף 2(א) היא לאמץ את הדעה שהבעתי במאמר זה, לפיה יש לפרש את סעיף 2(א) עצמו ככזה שאף פעם אינו דורש ניתוח שוק מעמיק, אלא מסתפק בהוכחת פגיעה בהליך התחרותי הנובעת או עלולה לנבוע מן ההסדר הנבחן.

ד. ההבדלים העיקריים בין הכתבת מחיר מינימום לבין הסדרים אנכיים אחרים

עד כה דנו במעטפת המשפטית החלה, או העשויה לחול, על הסדרים אנכיים, ובפרט על הסדר הכתבת מחיר מינימום. בפרק הנוכחי, אפרט מדוע לדעתי הכתבת מחיר מינימום שונה מהסדרים אנכיים אחרים, המצדיקים את סיווגה במסגרת החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק. בפרק הבא אעמוד על החששות התחרותיים העולים מהסדר להכתבת מחיר מינימום, אל מול היתרונות הפרוצדורליים שיכולים להלוות להסדר כזה.

נתחיל, אם כן, מהמאפיינים שמבדלים הכתבת מחיר מינימום מהסדרים אנכיים אחרים: התכונה הבולטת ביותר של הכתבת מחיר מינימום היא שכשמה כן היא – היא מכתיבה ודורשת במפגיע מן המקצוענים לגבות מחיר גבוה יותר מהמחיר שהיו גובים אלמלא ההכתבה.⁵⁰ כיון שהמחיר של המוצר הוא אחד הפרמטרים המרכזיים המעניינים את הצרכן, הרי שבאופן מובנה למדיי, הסדר זה מורה למעשה, לקמעותאים לפגוע בצרכן, בהיבט המחיר. בכך שונה הכתבת מחיר מינימום מהסדרים אנכיים אחרים. כך, למשל, הסדר בלעדיות, שבו ספק מתחייב למכור רק ללקוח מסוים, או לקוח מתחייב לרכוש רק מספק מסוים, יכול, לעיתים לפגוע בתחרות, אך אין בו, כשלעצמו, להורות על פגיעה ישירה בכיסו של הצרכן. הסדר בלעדיות אומנם פוגע במגוון המותגים שיימצא אצל לקוח או לקוחות מסוימים: כאשר לקוח מתחייב שלא לרכוש מותגים של ספקים אחרים, הלקוח הזה יחזיק מגוון קטן יותר של מותגים, וכאשר ספק מתחייב שלא למכור את המותג שלו ללקוחות אחרים, אותם לקוחות אחרים לא יחזיקו את המותג של הספק. אולם

באלה אין כדי לפגוע ישירות בכיסו של הצרכן, מבחינת המחיר שהוא צריך לשלם. ההבדל בין הכתבת מחיר מינימום להסדרים האנכיים האחרים, למעט הסדרי בלעדיות, בולט גם הוא: גם בשאר ההסדרים האנכיים, כגון "הסדר לקוח מועדף", שבו ספק מבטיח ללקוח כי לא יפלה אותו לרעה ביחס ללקוחות אחרים, או "הסדר התאמת הנחות" בו ספק א' מבטיח ללקוח כי אם ספק ב' יתן לו הנחה, ספק א' יתן לו הנחה גם הוא. בכל אלה אין הנחיה בוטה וישירה לפגוע בצרכן. כך אף הדבר בהסדר האנכי הקרוב ביותר באופיו להכתבת מחיר מינימום: "הסדר טריטוריות בלעדיות", בו הספק מורה ללקוחותיו כי לא יתחרו זה עם זה כלל על מכירת המוצר של הספק. כיון שקיימת הוראה לקמעותאים לא להתחרות ביניהם לבין עצמם על מכירת

50 אומנם, כפי שנראה בהמשך, במקרה הנדיר שבו הספק מרוויח רק מתשלום קבוע כלשהו שהוא מקבל מהקמעותאים, ניתן לכאורה לטעון שגם בלי הכתבת מחיר מינימום, המחיר לצרכן יהיה גבוה באותה מידה. ראו להלן פס' ה.1.

המוצר של הספק, הצרכן עלול בעקיפין להיפגע, מהפחתת התחרות, אך אין הוראה ישירה לפגוע בצרכן בצורה כה בוטה ומוחשית, כפי שקיימת בהכתבת מחיר מינימום. אכן, הכתבת מחיר מינימום גוזרת כשלעצמה תוצאה מובהקת של אנטי תחרותיות – מחיר גבוה יותר לצרכן ממחיר שהיה מתקבל אלמלא ההסדר. ניתן להמחיש את ההבדל בין הכתבת מחיר מינימום לבין טריטוריות בלעדיות באמצעות דוגמה פשוטה. נניח כי קיימים עשרה ספקים שווי גודל וכוח המתחרים על מכירת עשרה מותגים שונים. אם אחד הספקים מחלק את הלקוחות שלו (למשל הקמעונאים) לטריטוריות בלעדיות, לבל יתחרו זה בזה על מכירת המותג של הספק, אין בכך בהכרח כדי להעלות את המחיר לצרכן. זאת משום שהתחרות בין המותג של הספק לבין תשעת המותגים האחרים עשויה להוביל לאותו מחיר תחרותי, עם הסדר הטריטוריות הבלעדיות או בלעדיו. מאידך, אם אותו ספק מכתוב ללקוחותיו מחיר מינימום ואוסר עליהם להוריד את המחיר מתחתיו, בהגדרה המחיר לצרכן של המותג שלו צפוי לעלות.

דרך אחרת לבחון את הדברים, המסבירה גם היא מדוע הכתבת מחיר מינימום ראויה ליחס מחמיר יותר מהסדרים אנכיים אחרים, היא שבהכתבת מחיר מינימום, עצם עשיית ההסדר היא ראייה לפגיעתו ולכוונה הגלומה בה: אם ספק הכתיב מחיר מינימום, סימן, כאמור, שהקמעונאים יגבו ככלל מחיר גבוה יותר מאשר היו גובים אלמלא ההסדר. אילו למותג של הספק לא הייתה את האטרקטיביות והייחודיות הדרושה על מנת לאפשר העלאת מחיר כזו, הספק לא היה טורח או מעז לעשות זאת. מבחינה זו, ההסדר ניתן בתכונה של "הדבר מדבר בעד עצמו", והוא דומה להסדר אופקי בין מתחרים: אם מתחרים טורחים לתאם ביניהם את המחיר שיגבו, חזקה עליהם שהם חושבים שהדבר עשוי, בסבירות גבוהה, לעבוד, קרי, שהמחיר יהיה גבוה יותר, כפי שתאמו וכי בהיעדר תיאום יחול מחיר נמוך יותר. כידוע, כאשר מתחרים מתאמים מחירים, הדבר אסור, לפי החזקה החלוטה שבסעיף 2(ב)(1) לחוק, ואין צורך בכל ניתוח של הפגיעה המסתברת בתחרות הנובעת מהתיאום, כפי שאין כל צורך בניתוח של "יתרונות פרו צרכניים" מן ההסדר. מכאן כי קיימת קרבה רעיונית בין הסדרי תיאום מחיר אופקי להסדרי תיאום מחיר אנכי, הם הסדרי הכתבת מחיר מינימום. גם כאן שונים פני הדברים בהכתבת מחיר מינימום מאשר בהסדרים אנכיים אחרים. כך, למשל, הספק עשוי לרצות בהסדר טריטוריות בלעדיות או בהסדר בלעדיות מסוג אחר, גם אם לא תיגרם פגיעה בצרכן או העלאת מחירים. בהסדר בלעדיות, מי שנהנה מהבלעדיות יודע שמספר היחידות של המוצר שהוא צפוי לעסוק בהן יעלה, משום שהצד השני לחוזה מתחייב לעסוק רק אתו. הגדלה במספר היחידות יכולה להביא חסכון בעלויות, הקטנה בסיכון, וכו', וכל זאת גם אם לא ייפגע הצרכן.

עוד הבדל בין הכתבת מחיר מינימום לבין הסדרים אנכיים אחרים (למשל, הסדר טריטוריות בלעדיות), הוא בכך שהסדר הכתבת מחיר מינימום יותר קל ליישום על ידי הספק. בדרך כלל קשה לספק ליישם חלוקה של הקמעונאים לטריטוריות בלעדיות, או לחתכי אוכלוסייה בלעדיים. בפרט, הוא צריך לוודא כי קמעונאי אינו פולש לטריטוריה או לחתך אוכלוסייה שלא ייעד לו. המגבלה של ההסדר על חופש הפעולה העסקי של הקמעונאי מוחלט יותר ובוטה יותר מאשר בהכתבת מחיר מינימום. בהתאם, אם הוא טורח לעשות זאת, קיים סיכוי גדול יותר שהוא עושה זאת מסיבות שלו, ולא עקב לחץ של הקמעונאים. לעומת זאת, הכתבת מחיר מינימום היא קלה יותר לביצוע. בהתאם, התרחיש המסוכן ביותר של הכתבת מחיר מינימום: יוזמה של הקמעונאים

ללחוץ על הספק שלהם לאכוף עבורם מחיר קמעונאי קרטליסטי, הוא תרחיש יותר אפשרי כשמדובר בהכתבת מחיר מינימום מאשר כשמדובר, למשל, בהסדר טריטוריות בלעדיות. יש לתובנה זו גם השלכה על אופן האיתור של המוטיבציה שמאחורי הפרקטיקה. העובדה שקמעונאים הם שלחצו על הספק ליישם את הכתבת מחיר המינימום לא ניתנת לאיתור בבדיקה אזרחית רגילה, ויש צורך בחקירה פלילית על מנת לאתרה. גם בכך יש כדי להשליך על מידת ההחמרה של הדין כלפי הכתבת מחיר מינימום. בדרך כלל, אכיפה פלילית, כמו זו שהייתה בפרשת שופרסל הנזכרת, מתאימה להפרות שהן במסגרת החזקות החלוטות, כשאין צורך בבדיקה כלכלית מעמיקה על מנת להראות את ההפרה מעבר לכל ספק סביר בבית המשפט. לעיתים קרובות, על מנת לטעון להחלת כלל מקל על הכתבת מחיר מינימום, טוענים ליתרונות פרו-צרכניים. בפרט, הטענה היא שתחרות מחירים בין הקמעונאים לבין עצמם מרתיעה אותם מלהשקיע בשיפור השירות, בשירותים נלווים, בקידום המוצר, וכיוצא באלה. טענה שמשמשים בה כדי לחזק עוד יותר את הטענות הוא הטענה ל-"בעיית הרוכב החופשי" או ה-"טרמפיסט" (Free-riding), שלפיה אם קמעונאי א', למשל משקיע בהעלאת הביקוש של הצרכנים למוצר של הספק, קמעונאי ב' עלול לתפוס טרמפ על מאמציו של קמעונאי א', ולמכור את המוצר של הספק בזול, מבלי לספק שירותים אלה.

הגם שטיעונים אלה אינם תמיד בהכרח מופרכים, חשוב לשים לב שהם יפים גם להסדר אופקי לתיאום מחירים. גם בהסדר בין מתחרים, המתחרים יכולים לטעון שהם זקוקים להפסקת תחרות המחירים ביניהם על מנת לעודד השקעות מועילות באיכות ובחדשנות. בפרט, הם יכולים לטעון שללא המרווח הנוסף שהעלאת המחירים מקנה להם, לא יהיה להם תמריץ להשקיע את ההשקעות הנדרשות לקידום המוצר באיכות, מגוון שיפורים טכנולוגיים וכיוצא באלה. עוד הם יכולים לטעון לטענת הטרמפיסט: אם מתחרה א' משקיע השקעה שמעלה את הביקוש למוצר, מתחרה ב' עלול להזויל את המוצר, לא להשקיע השקעה כזו, ולתפוס טרמפ על מאמציו של מתחרה א'. בהתאם, לא ייתכן שהיתרונות הפרו-צרכניים הם שמבדילים בין הכתבת מחיר מינימום לבין הסדרים אופקיים, משום שיתרונות זהים קיימים בהסדרים אופקיים, שהם, כידוע, אסורים על פי החזקות החלוטות.⁵¹ למעשה, הן בהסדרי הכתבת מחיר מינימום והן בהסדרים לתיאום מחיר בין מתחרים, היתרון הנטען נובע אך ורק מהאיון של התחרות: הטענה היא כי התחרות עצמה עומדת בדרכן של השקעות מועילות, או גורמת לטרמפיזם. לא כך בהסדרים האנכיים האחרים: היתרונות הפרו-צרכניים שלהם לאו דווקא נובעים מאיון התחרות. כך, למשל, בהסדר טריטוריות בלעדיות, היתרון יכול לנבוע מכך שלקוח שיש לו טריטוריה בלעדית יכול

51 יש לציין גם את התובנה שהעלה ד"ר פלדור במסגרת עבודת הדוקטוראט שלו, לפיה הכתבת מחיר מינימום מניבה פחות יתרונות פרו-צרכניים מאשר, למשל טריטוריות בלעדיות. זאת משום שכאשר הספק מאיין רק את תחרות המחירים בין הקמעונאים, האחד יכול עדיין להמשיך לתפוס טרמפ על מאמציו של השני על ידי מתן הטבה לצרכנים שאינה קשורה למחיר. ראו Ittai Paldor, *Rethinking RPM: Did the Courts Have it Right All Along?* (Thesis submitted in accordance with the requirements for the degree of SJD – Graduate Department of Law, University of Toronto, 2007), http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=994750.

לבנות על כך שהוא יעסוק במספר גדול יותר של יחידות של המוצר של הספק, ועל כן יש לו תמריצים טובים יותר להשקיע במוצר זה.

למעשה, קיימות רק שתי תובנות שמבחינות הכתבת מחיר מינימום מהסדר אופקי שבו המתחרים מתאמים מחירים, ושתייהן אינן נשענות על יתרונות פרו-צרכניים, אלא על ההנחה שמי שיזם את מחיר המינימום הוא הספק, ולא הקמעונאים. התובנה הראשונה היא שבמקרה הנדיר שבו הספק מרוויח רק מתשלומים קבועים (שאינם קשורים במכירות) שמשלמים לו הקמעונאים (כגון דמי זיכיון חודשיים שאינם קשורים במכירות), ניתן לכאורה לטעון שגם אם נאסור על הכתבת מחיר מינימום, המחיר לצרכן יהיה גבוה באותה מידה. התובנה השנייה היא שבמקרה היותר שכיח, שבו הספק מרוויח גם מהמחיר הסיטונאי פר יחידה שהוא גובה מהקמעונאים, ניתן לטעון כי הספק לא ירצה לקבוע מחיר לצרכן גבוה מדי כמחיר מינימום, מחשש שהדבר יגרום לקיטון במכירת המוצר של הספק, וכך קיטון ברווחיו, ובהתאם לכך ניתן לטעון כי אם הספק בכל זאת בחר להכתיב מחיר מינימום, למרות שהדבר גורם לקיטון במכירת המוצר שלו, ייתכן שעשה זאת כדי לעודד יתרונות פרו-צרכניים. אדון בתובנות אלה במסגרת הפרק הבא. מכל מקום, אין בתובנות אלה כדי להצדיק טיפול משפטי שוויוני בין הסדרים אנכיים אחרים לבין הכתבת מחיר מינימום. בתכונות של הכתבת מחיר מינימום שפורטו בפרק זה יש, לדעתי, כדי להצדיק את סיווגו במסגרת החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק. את היתרונות הפרו-צרכניים שבאיון תחרות המחירים בין הלקוחות של הספק, כמו גם את השיקולים המיוחדים הקשורים עם העובדה שהספק הוא שיזם את המחיר המוכתב ולא הלקוח, יש להשאיר לממונה, שמוסמכת לפטור, באמצעות ניתוח שוק וניתוח היתרונות הפרו-צרכניים, גם הסדרים שנכנסים לגדר החזקות החלוטות של סעיף 2(ב).

ה. ניתוח כלכלי של הכתבת מחיר מינימום

1. המקרה שבו הספק מרוויח רק מתשלומים קבועים שמשלמים לו הקמעונאים – טענת ה"one monopoly price"

נתחיל מהטענה הראשונה, המתבססת על התרחיש הנדיר שבו הספק מרוויח רק "דמי זיכיון קבועים" כלשהם. נניח שהקמעונאים משלמים לספק תשלום קבוע, למשל פר חודש, תמורת הזכות לרכוש מהספק, וסכום זה אינו תלוי בהיקף המכירות של הקמעונאים. נניח, בנוסף, שהספק מרוויח רק מהתשלום הקבוע הזה. המחיר פר יחידה שהוא גובה מהקמעונאים שווה לעלות השולית של הספק (העלות "פר יחידה" של הספק) באספקת היחידות, כך שהספק לא מרוויח פר יחידה.⁵² במצב מעין זה, כאשר הספק מכתב מחיר מינימום לקמעונאים, ניתן לכאורה לטעון כי גם אלמלא ההסדר, המחיר לצרכן יהיה גבוה באותה המידה. כל כך למה?

52 דוגמאות לתשלומים קבועים ניתן למצוא, אולי, במקרה שבו זכיון משלם לנותן הזיכיון סכום קבוע גדול, שרק ממנו נותן הזיכיון מרוויח, או בית עסק המשלם דמי שכירות קבועים לבעל מקרקעין, בו מצוי העסק. ראו, למשל דיויד גילה "מורכבות שאלת הפגיעה בתחרות בהסדרים בלעדיות במרכזים מסחריים" מחקרי משפט כג 685 (2006).

משום שקיים איזושהו מחיר לצרכן המשיא את הרווח של הספק והקמעונאים (כקבוצה). זהו המחיר שהספק היה גובה מהצרכנים אילו הקמעונאים היו בבעלותו של הספק. נניח שזהו מחיר לצרכן של 15 ש"ח. כאשר הספק יכול להרוויח רק מהתשלומים הקבועים שמשלמים לו הקמעונאים, הוא יכול להכתיב להם לגבות את המחיר הזה, של 15 ש"ח. במקביל, הספק לא מרוויח כאמור פר יחידה, ועל כן המחיר הסיטונאי פר יחידה שהספק גובה מהקמעונאים הוא נמוך, ומשקף רק את העלות השולית של הספק. הספק מעדיף לפעול כך, משום שבדרך זו מקסימום רווח מגיע מהצרכנים אל כל ה"מערכת" של ספק וקמעונאים, והספק יכול לחלוק ברווח זה עם הקמעונאים באמצעות התשלומים הקבועים שהם משלמים לו. כאשר הספק מסוגל לגבות מהקמעונאים תשלומים קבועים גבוהים יחסית שלוקחים נתח ברווח הצפוי שלהם, הוא היה רוצה לדאוג לתנאים שמיטיבים עם הרווחיות של הקמעונאים כמה שיותר, ובפרט להקטין להם כמה שאפשר את המחיר הסיטונאי פר יחידה. העלאה של המחיר הסיטונאי פר יחידה, מבחינת הספק, תהיה חרב פיפיות במקרה כזה, משום שהיא תקטין את הרווחיות הצפויה של הקמעונאים, ואז הם מלכתחילה יהיו מוכנים לשלם לו תשלומים קבועים נמוכים יותר.

הטענה היא שאלמלא הכתבת מחיר מינימום, הספק יכול להגיע למחיר דומה לצרכן גם בלי ההכתבה, וזאת על ידי ניפוח המחיר פר יחידה שהוא גובה מהקמעונאים. ניפוח המחיר פר יחידה מעלה את העלות השולית של הקמעונאים, ומאלץ אותם להעלות את המחיר לצרכן, למרות תחרות המחירים ביניהם.⁵³ כיון שהנחנו שהמחיר לצרכן שמשיא את רווחי ה"שלישייה" הזו של ספק וקמעונאים גם יחד הוא 15 ש"ח, אזי הצפי הוא שהספק ינפח לקמעונאים את העלות השולית שלהם כך שהם ייאלצו לגבות מהצרכנים 15 ש"ח. ההנחה היא שאם הספק הרשה לעצמו להכתיב מחיר של 15 ש"ח בגין המותג שלו, אז למותג שלו יש מספיק כוח מול הצרכן, באופן המאפשר לספק להגיע למחיר לצרכן הזה, של 15 ש"ח, גם בלי הכתבת מחירים, באמצעות ניפוח המחיר הסיטונאי פר יחידה שהוא גובה מהקמעונאים. טענה זו קרויה לעיתים קרובות טענת ה"one monopoly price", והיא נטענה לראשונה על ידי אנשי בית הספר לכלכלה של אוניברסיטת שיקגו.⁵⁴ הטענה אינה תקפה רק לגבי ספק מונופוליסטי, אלא לגבי כל ספק שיש למותג שלו כוח להעלות מחירים מעל העלות. אלא שטענת ה"one monopoly price" כפופה למגבלות משמעותיות, כפי שיפורט להלן.

(א) מגבלות טענת ה-one monopoly price

ברוב המקרים, הספק לא מרוויח רק מתשלומים קבועים

ברוב רובם של המקרים, גם כאשר ספק מכתוב מחיר מינימום, הוא אינו מרוויח רק מתשלומים קבועים שמשלמים לו הקמעונאים, אלא גם מרוויח מהמחיר הסיטונאי פר יחידה שהוא גובה

53 הניתוח מתבסס על העובדה הכלכלית שעלות שולית, או עלות פר יחידה, שמשלמים הקמעונאים, משפיעה על המחיר לצרכן שהם גובים, ואילו תשלומים קבועים שהם משלמים לספק לא אמורים להשפיע על המחיר לצרכן. ראו בהקשר זה גילה "ניתוח כלכלי של הגבלים עסקיים", לעיל ה"ש 34, בפרק ד' וכן בעמ' 879-880.

54 ראו למשל; RICHARD A. POSNER, ANTITRUST LAW: AN ECONOMIC PERSPECTIVE (1976); ROBERT H. BORK, THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF (1978).

מהקמעונאים. בהתאם, במצב כזה, הכתבת מחיר המינימום חייבת לגרום להעלאת המחיר לצרכן: הספק, מצידו, גובה ממילא מחיר סיטונאי פר יחידה מעל עלותו השולית של הספק. הקמעונאים, מצידם, רואים מחיר סיטונאי מנופח זה כחלק מהעלות השולית שלהם, ועל זה מעמיסים את המרווח הנוסף שהכתבת מחיר המינימום מקנה להם – מרווח שניתן להם בזכות העובדה שהספק אוסר עליהם להתחרות זה עם זה לעניין המחיר. בהתאם, הצרכנים סובלים מ- "מרווח כפול"⁵⁵ מוגדל: המרווח של הספק, ועל גביו המרווח המנופח של הקמעונאים, שהתנפח בגלל הכתבת מחיר המינימום.

(ב) מגבלות חוקיות על יכולותו של הספק לנפח את המחיר הסיטונאי

טענת ה-one monopoly price מבוססת על ההנחה שגם בלי הכתבת מחיר מינימום, הספק יכול להעלות את המחיר הסיטונאי כרצונו, וכך בעקיפין לשלוט במחיר לצרכן שגובים הקמעונאים. למעשה, בטענה זו ישנה מידה רבה של ציניות: הצדדים להסדר הכובל טוענים להגנתם, כי הם מסוגלים לפגוע בצרכן באותה המידה גם בלי ההסדר. אולם, קיימים כללים משפטיים המגבילים את יכולתו של הספק להעלות את המחיר הסיטונאי כרצונו. כך, למשל, אם הספק הוא בעל מונופולין, אסור לו לגבות מחיר סיטונאי מופרז.⁵⁶ כך פני הדברים גם כאשר המחיר הסיטונאי שגובה הספק מפוקח מסיבה כלשהי.

(ג) בעיית האופורטוניזם, או "בעיית ההתחייבות" של הספק

חוסר היכולת של הספק להעלות את המחיר הסיטונאי כראות עיניו לעיתים יכולה לנבוע מעצם העובדה שהוא מרשה לקמעונאים להתחרות זה בזה. קיימת ספרות כלכלית המראה, כי כאשר הקמעונאים המוכרים מוצר של ספק מסוים מתחרים זה בזה, לספק יש תמריץ אופורטוניסטי לתת הנחות לקמעונאי אחד על חשבון השני, באופן המדרדר כלפי מטה את המחיר הסיטונאי ואת המחיר לצרכן.⁵⁷ בסופו של דבר, האופורטוניזם הזה הוא בעוכרי הספק, משום שהקמעונאים, הצופים שהוא ייתן הנחות לאחד מהם על חשבון השני, מוכנים לשלם מחיר סיטונאי נמוך מלכתחילה. מכאן השם של התופעה "בעיית ההתחייבות". בעיית ההתחייבות של הספק פועלת לטובת הצרכן, והיא מתרחשת בזכות התחרות בין הקמעונאים לבין עצמם, המכרסמת בכוחו של הספק להעלות את המחיר הסיטונאי. על מנת להחזיר לעצמו את היכולת להתחייב בצורה אמינה למחיר סיטונאי גבוה, הספק היה רוצה לרכך את התחרות בין

55 ראו בהקשר זה גילה ושפיגל "הסדרים אנכיים", לעיל ה"ש 8, בעמ' 332–334.

56 ראו ס' 29א(ב)(1) לחוק, אשר פורש כמטיל איסור גם על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין. ראו בהקשר זה דיויד גילה "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" משפטים מה 761 (2016); ת"צ (מחוזי מרכז) 46010-07-11 נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 5.4.2016); ת"צ (מחוזי מרכז) 41838-09-14 ויינשטיין נ' מפעלי ים המלח בע"מ (פורסם בנבו, 29.1.2017).

57 ראו David Gilo, *Retail Competition Percolating through to Suppliers and the Use of Vertical Integration, Tying, and Vertical Restraints to Stop It*, 20 YALE J. ON REG. 25, 32–36 (2003) והספרות הכלכלית המאוזכרת בה"ש 9.

הקמעונאים לבין עצמם על מכירת המוצר שלו. כמובן, אחת מהדרכים לעשות זאת היא באמצעות הכתבת מחיר מינימום, האוסרת על הקמעונאים להתחרות זה עם זה מבחינת המחיר.⁵⁸ בפרט, אם הספק אוכף את מחיר המינימום, והוא לא מרשה לקמעונאי לסטות מהמחיר המוכתב, כבר לא קיים לספק תמריץ אופורטוניסטי לתת לקמעונאי אחד הנחה, כי הנחה זו לא יכולה להיות מגולגלת לצרכן, עקב הכתבת מחיר המינימום, ובהתאם היא לא יכולה לאפשר חטיפת נתח שוק ורווחים מהקמעונאי השני.

רשות התחרות מאזכרת, בגילוי הדעת שפורסם על ידה, את החשש שהספק יפתור את בעיית האופורטוניזם שלו באמצעות הכתבת מחיר מינימום, וכך יעלה את כוחו להעלות מחירים, אך היא עושה זאת רק בהקשר של קמעונאים בעלי כוח מיקוח גדול.⁵⁹ אלא שהספרות הכלכלית המצביעה על התופעה הזו אינה מתמצה במקרים מעין אלה בלבד, והיא חלה גם כאשר לקמעונאים אין כוח מיקוח רב מול הספק.⁶⁰ בנוסף, הרשות מניחה כי אפקט אנטי תחרותי זה קיים רק כאשר מדובר בספק דומיננטי, בעוד שהאפקט קיים לגבי כל ספק שיש לו כוח שוק (למשל, בגלל בידול בינו לבין הספקים האחרים), ולא דווקא לגבי ספק דומיננטי.⁶¹

(ד) קרטל סמוי בין ספקים לעניין המחיר לצרכן

כפי שנראה להלן בתת-פרק ה.4., אם כמה ספקים מכתבים מחיר מינימום, הם יכולים להשתמש בהסדר על מנת לתאם קרטל סמוי ביניהם לבין עצמם, שתוכנו גביית מחיר מסוים לצרכן. מצב מעין זה עקבי לחלוטין עם גביית תשלומים קבועים על ידי הספקים מהקמעונאים. הקמעונאים גובים מחיר דמוי קרטל, שמוכתב על ידי הספקים, ורווח גדול זורם אליהם מהצרכנים. את הרווח הזה הספקים יכולים לחלוק עם הקמעונאים באמצעות התשלומים הקבועים שהללו משלמים להם.

2. המקרה שבו הספק אינו מרוויח רק מתשלומים קבועים: טענת ה"אם עשיתי זאת, סימן שזה יעיל"

כאשר מסתכלים על כלל יחסי ספק לקוח בכלל השווקים, המקרה הנפוץ ברוב רובם של המקרים הוא שהספק מרוויח, בדרך כזו או אחרת, מהמחיר הסיטונאי פר יחידה שהוא גובה מהקמעונאים. בהתאם, כמתואר לעיל, רוב רובם של המקרים ממילא אינו מתאים לטענת ה-one price monopoly שנסקרה בפסקאות הקודמות. במקרים נפוצים אלה, הטענה לתמימות היחסית של ההסדר נובעת מעצם העובדה שהספק מרוויח מהמחיר הסיטונאי פר יחידה: הטענה היא שאם הספק מרוויח מהמחיר הסיטונאי פר יחידה, הוא היה רוצה, לכאורה, שיימכרו כמה שיותר יחידות של המוצר שלו. דווקא תחרות בין הקמעונאים המשווקים את המוצר של הספק הייתה

58 שם, בעמ' 32–36.

59 ראו גילוי הדעת בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכית, לעיל ה"ש 29, בה"ש 23 והטקסט הנלווה אליה.

60 ראו בהקשר זה Gilo, *Retail Competition Percolating*, לעיל ה"ש 57.

61 שם, בעמ' 12–13.

מביאה למכירה של יותר יחידות, וכך הספק היה מרוויח לכאורה יותר, משום שכאמור הוא מרוויח מהמחיר הסיטונאי שהוא גובה מהקמעונאים פר יחידה. הטענה היא שאם בכל זאת אנו נתקלים בספק שהכתיב לקמעונאים שלו מחיר מינימום, תוך פגיעה בתחרות המחירים שבין הקמעונאים לבין עצמם, הדבר חייב לנבוע מסיבה כלשהי שעדיין לא שקללנו עד כאן בניתוח, שהרי פגיעה זו בתחרות בין הקמעונאים תקטין את מספר היחידות הנמכרות, וכך לכאורה תקטין את רווחי הספק. בפתח זה נכנסת טענת היתרונות הפרו־צרכניים של הכתבת מחיר מינימום: ההסבר ה"תמים" שניתן לאיון התחרות בין הקמעונאים, לכאורה בניגוד לאינטרס של הספק, הוא שהספק רוצה שהקמעונאים ישקיעו בקידום מכירת המותג שלו, ורוצה למנוע את "בעיית הטרמפיסט" שנוכרה לעיל, ולכן הוא מאיץ את תחרות המחירים בין הקמעונאים לבין עצמם הן כדי לתת להם מרווח יותר גדול ממכירת המוצר, והן כדי למנוע את התמריץ שלהם לתפוס טרמפ אחד על מאמצי המכירות של השני. אולם, גם לטענה זו שיכול לטעון ספק שרוצה להגן על הכתבת מחיר המינימום שעשה באמירה ש"אם עשיתי את זה – סימן שזה יעיל", קיימות מגבלות משמעותיות, שייסקרו להלן.

(א) מגבלות טענת ה"אם עשיתי זאת סימן שזה יעיל"

א. לספק אכפת מרמת השירות שמעדיף הצרכן השולי, ולא רמת השירות שמעדיפים מרבית הצרכנים

גם אם הכתבת מחיר המינימום מעודדת את הקמעונאים ליתן יותר שירותים או להשקיע יותר, באופן המשביע את רצון הספק, אין ערובה שהצרכן הממוצע לא היה מעדיף מחיר יותר נמוך, ופחות השקעות או שירותים מצד הקמעונאים. העדיפות של הספק לגבי רמת השירות או רמת ההשקעה אינה זהה לזו של הצרכן הממוצע, או של מרבית הצרכנים, אלא מתחקה אחר זו של "הצרכן השולי" – אותו צרכן שהכי מתלבט אם לרכוש את המוצר של הספק אם לאו ושרמת השירות היא חשובה לו במיוחד.⁶²

ב. לעיתים קרובות קיימות דרכים אחרות לשמור על רמת שירות או השקעה

זאת ועוד, לעיתים קרובות, אין צורך לאיין את תחרות המחירים בין הקמעונאים על מנת לדאוג לאספקת שירותים נלווים, או השקעה בקידום המוצר. בהרבה מהמקרים הספק יכול להשקיע השקעות אלה בעצמו ולתת שירותים אלה בעצמו. לחילופין, הוא יכול לדרוש זאת מהקמעונאים במסגרת חוזה המכר. גם בהיעדר יכולת פיקוח על השאלה אם הקמעונאי מעניק שירותים אלה, הספק יכול להתוות לקמעונאי, בגבולות החוק, יעדי מכירות, וכך לדאוג להגדלת המכירות עצמה, שהיא בסופו של דבר המטרה האולטימטיבית שלו.

62 ראו: JEAN TIROLE, THE THEORY OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 101 (1988).

ג. קיימות גם סיבות לא תמימות להכתבת מחיר מינימום

יכולות להיות סיבות אחרות, לא תמימות, שהספק מאיץ את תחרות המחירים בין הקמעונאים המוכרים את המוצר שלו. כאשר סיבות אלה רלוונטיות, התשובה לטענת הספק כי "אם עשיתי את זה – סימן שזה יעיל" היא "יתכן שעשיתי את זה דווקא מסיבות אנטי-תחרותיות". נפרט סיבות פחות תמימות אלה בפרקים הבאים.

3. אפשרות קיומה של בעיית ההתחייבות גם כאשר הספק אינו מרוויח רק מתשלומים קבועים

סיבה לא תמימה אחת להכתבת מחיר מינימום, שאינה נובעת מתועלות פרו-צרכניות, הוזכרה קודם, והיא הקושי של הספק להתחייב למחיר סיטונאי גבוה עקב התמריץ האופורטוניסטי שלו לתת הנחה לקמעונאי אחד על חשבון השני.⁶³ קושי זה של הספק קיים גם בסיטואציה שבה הוא אינו גובה באופן רגיל תשלומים קבועים מהקמעונאים.⁶⁴

4. הקלה על קרטל סמוי בין הספקים

סיבה לא תמימה נוספת שלפיה הספק אינו חפץ בתחרות מחירים בין הקמעונאים המוכרים את המוצר שלו הוא שאז שיווי משקל דמוי קרטל בין הספק לבין מתחרי הספק הוא יותר יציב. נניח, לעת עתה, שמסיבה כלשהי טמבור מוכרת את הצבע רק באמצעות רשת השיווק ACE, ונירלט מוכרת את הצבע רק באמצעות רשת השיווק הום סנטר. נניח, בנוסף, שמתייצב מחיר דמוי קרטל בין טמבור לבין נירלט שבו הן גובות מהרשתות הללו על הצבע מחיר גבוה, דמוי קרטל, של 10 ש"ח ליחידה. "קרטל סמוי" כזה עלול להיווצר גם בלי קומוניקציה בין טמבור לנירלט. נניח שהרשתות, המשלמות על הצבע 10 ש"ח ליחידה, גובות מחיר לצרכן של 15 ש"ח ליחידה. כל אחד מהספקים יכול, לכאורה, להרוויח מסטייה מהקרטל, וגבייה מהרשת הקמעונאית של 9.80 ש"ח ליחידה, למשל, משום שאז הקמעונאי שרוכש ממנו יוכל להשתמש בהנחה כדי להוריד את המחיר לצרכן, למשל מ-15 ש"ח ל-14.80 ש"ח ליחידה, בגין המוצר של הספק, ויותר צרכנים יעברו לרכוש את המוצר של הספק, במקום את המוצר של הספקים המתחרים, הנמכר עדיין ב-15 ש"ח ליחידה. אולם אז גם הספק המתחרה עשוי להגיב ולהוריד מחירים גם הוא, והמחיר יכול להתגלגל ל"מלחמת מחירים" ארוכת טווח. בסופו של התהליך הזה, המחיר הסיטונאי שהספקים

63 ראו בהקשר זה לעיל פס' ג של תת-פרק ה.1..

64 על מנת שבעיית האופורטוניזם תתעורר, קמעונאי המקבל הנחה על חשבון הקמעונאי השני אמור לשלם לספק איזשהו תשלום קבוע תמורת ההנחה, על מנת לחלוק עם הספק את הרווחים שהקמעונאי מפיק על חשבון הקמעונאי השני. אולם זה יכול להיות תשלום קבוע המשולם רק אגב מתן הנחה מעין זו מאת הספק. עדיין, ייתכן שהחווה הרגיל בין הספק לבין הקמעונאים הוא כזה שאין בו תשלומים קבועים. כך, למשל, ייתכן שהקמעונאים לא מוכנים, באופן רגיל, לשלם לספק תשלומים שאינם תלויים במכירות, משום שהם אינם יודעים לצפות היטב מה תהיה רמת המכירות שלהם, לאור תנודתיות בביקוש למוצר. עדיין, קמעונאי המקבל מהספק הנחה במטרה לחטוף נתח שוק לקמעונאי השני כן עשוי לשלם לספק תשלום קבוע בתמורה לאותה הנחה. לקמעונאי יכול להיות מושג טוב כמה רווח הוא יפיק על חשבון הקמעונאי השני באמצעות אותה ההנחה.

גובים מהקמעונאים עשוי להיות נמוך ותחרותי, כמו גם המחיר לצרכן שגובות הרשתות. הספק הראשון, שסטה מהקרטל הסמוי, עשוי להיות מופסד מכל העניין, בגלל ההפסד שנגרם לו ממלחמת המחירים ארוכת הטווח. בהתאם, מלכתחילה יסטה מהקרטל הסמוי רק אם הרווח לטווח קצר שהוא יכול להפיק מחטיפת נתחי שוק למתחריו גדול יותר מההפסד הצפוי מאותה מלחמת מחירים ארוכת טווח. במצב מעין זה, הקרטל הסמוי עשוי לקרוס, לתועלת הצרכנים.⁶⁵ הרווח של ספק מסטייה מן הקרטל הסמוי הוא גדול יותר ככל שהסטייה פחות שקופה לספקים המתחרים. אם אלה לא רואים באופן מיידי שהספק סטה, הם יהססו לפתוח במלחמת המחירים, וכל עוד הם מהססים, הספק שסטה יוכל לגרוף נתח שוק גדול יותר מהמתחרים שלו. לעומת זאת, הכתבת מחיר מינימום יכולה להפוך את הסטייה של הספק מהקרטל הסמוי ליותר שקופה כלפי המתחרים שלו. כדי לראות מדוע, נניח תחילה שאף ספק אינו מכתיב מחיר מינימום, והרשתות גובות איזה מחיר שיחפצו. אם טמבור, למשל, סוטה מהקרטל הסמוי, וגובה מ- 9.80 ACE ש"ח במקום 10 ש"ח ליחידה, ACE צפויה לגלגל לפחות חלק מההנחה לצרכנים (עקב הירידה בעלות השולית שלה),⁶⁶ למשל ממחיר לצרכן של 15 ש"ח ליחידה למחיר של 14.80 ש"ח ליחידה. נירלט, מצידה, רואה ש- ACE הורידה את המחיר לצרכן, אך היא לא יודעת בוודאות שמקור ההנחה מטמבור דווקא. נירלט יכולה לחשוב שמקור ההנחה מרצונה של ACE להוזיל את המחיר, עקב התייעלות כלשהי, ירידה בביקוש לשירותיה, וכו'. או אז, הטענה היא שנירלט תהסס לפני שהיא פותחת במלחמת מחירים, משום שהיא לא יודעת בוודאות שטמבור אכן סטתה מהקרטל, והיא עשויה לחשוב שההוזלה מצד ACE היא זמנית, ושחבל לפתוח במלחמת מחירים ארוכת טווח בגין תופעה זמנית שכזו. אלא שבזמן שנירלט מהססת, טמבור יכולה לחטוף נתחי שוק משמעותיים יותר באמצעות הסטייה מהקרטל, הרווח שלה מהסטייה עולה, ועל כן יש יותר סיכוי שתסטה ושהקרטל יקרוס.

לעומת זאת, אם טמבור מכתיבה ל- ACE את המחיר לצרכן, למשל של 15 ש"ח ליחידה, ונירלט יודעת זאת, אזי ההתנהגות של טמבור הופכת להיות יותר שקופה בעיני נירלט. אם טמבור עתה סוטה מהקרטל ומורידה את המחיר שהיא גובה מ- 9.80 ל- 10 ש"ח ליחידה במקום 10 ש"ח ליחידה, היא תוכל להרוויח מכך באופן משמעותי רק אם "תרשה" ל- ACE להוריד את המחיר אל מתחת למחיר המוכתב: למשל להוריד את המחיר ל- 14.80 ש"ח ליחידה במקום 15 ש"ח ליחידה. אבל אז נירלט, הרואה את הורדת המחיר על ידי ACE, תבין שטמבור ויתרה ל- ACE על המחיר המוכתב, דבר המלמד בוודאות גדולה יותר על כך שטמבור סטתה מהקרטל, ושלא מדובר בגחמה זמנית של ACE. או אז, נירלט תגיב מיד במלחמת מחירים, מה שהופך את הסטייה של טמבור מהקרטל לפחות רווחית, ומקטין את הסיכוי שטמבור תרצה לסטות מלכתחילה.

יש לציין כי אפקט זה של הגדלת שקיפות המחיר נעלם כאשר הנחות שהספק נותן לקמעונאים ממילא שקופות בעיני ספקים מתחרים. כדי להמחיש זאת, נניח עתה שטמבור ונירלט מוכרות את הצבע שלהן הן ל- ACE והן להום סנטר. הווא אומר, הן הום סנטר והן ACE רוכשות

65 ראו גילה "פרק טז: ניתוח כלכלי של הגבלים עסקיים", לעיל ה"ש 34, בעמ' 867.
66 לניתוח המסביר כיצד ירידה בעלות השולית מתורגמת לירידה במחיר, ראו שם, בעמ' 862.

צבע הן מטמבור והן מנירלט. בתרחיש זה, גם בלי הכתבת מחיר מינימום, אם טמבור סוטה מהקרלט, נירלט יכולה להסיק זאת מיד. זאת משום שכאשר טמבור סוטה מהקרלט, וגובה מהרשתות 9.80 ש"ח במקום 10 ש"ח ליחידה, הרשתות צפויות להוריד את המחיר לצרכן, אבל רק על צבעי טמבור. מכאן נירלט תסיק במהרה שטמבור היא זו שיזמה את הורדת המחיר. אילו היוזמה להורדת המחיר הייתה באה מהרשתות בלבד, היינו מצפים שיורידו מחיר הן על צבעי טמבור והן על צבעי נירלט. במצב מעין זה, הכתבת מחיר מינימום, על ידי טמבור למשל, לא יכולה להגדיל את השקיפות של המחיר, ולא יכולה להקל על קרטל בין טמבור לנירלט.

שאלה נוספת היא איזה מבנה שוק הכי "מועד לפורענות" מבחינת החשש להקלה של הכתבת מחיר מינימום על קרטל סמוי בין הספקים. הרשות, בגילוי הדעת, מציינת כי "החשש להקלה על שיווי משקל מתואם מתחדד כאשר שיעור המוצרים בשוק הרלוונטי המכוסים בהסדרי RPM עולה. חשש זה אף מתעצם כאשר תנאי השוק בו מוחלים ההסדרים מגדילים את ההסתברות לקיומו ושימורו של שיווי משקל כאמור".⁶⁷ ניתן להסכים עם הסיפא של הדברים, אך אני חולק על הרישא. אם החשש הוא להקלה על קרטל סמוי בין הספקים, נתח השוק של הספק שהכתיב מחירים יכול להיות דווקא קטן, בעוד שהפגיעה התחרותית יכולה להיות גדולה. החשש הגדול ביותר להקלה על יציבות של קרטל סמוי היא כאשר המתחרה שעושה הסדר שמרתיע אותו מלסטות מהקרלט הוא "מחולל התחרות" (maverick), קרי – הפירמה בשוק שסטייה מקרטל הייתה יכולה להיות הכי רווחית עבורה.⁶⁸ הווה אומר, אם מישהו יסטה מקרטל בשוק הזה, זה יהיה בראש ובראשונה מחולל התחרות. אם כך, דווקא כאשר מחולל התחרות הוא שעושה הסדר המרתיע אותו עצמו מלסטות מקרטל, ההסדר הוא הפוגעני ביותר. אלא שמחולל התחרות בשוק, פעמים רבות, הוא דווקא הפירמה בעלת נתח השוק הקטן ביותר.⁶⁹ זאת משום שפירמה עם נתח שוק קטן, יש לה הכי הרבה מה להרוויח מלסטות מקרטל סמוי, וחטיפת נתחי שוק למתחרים, והכי פחות מה להפסיד ממלחמת מחירים ארוכת טווח. כל עוד פירמה זו היא בעלת כושר ייצור מספיק גדול, כך שסטייה מקרטל וחטיפת נתחי שוק משמעותיים למתחרים היא אפשרית מבחינתה, פירמה זו עשויה בהחלט להיות מחולל התחרות. כפי שהראינו לעיל, הספק שמכתיב מחיר מינימום מרתיע את עצמו מלסטות מקרטל סמוי, משום שהדבר הופך את הסטייה ליותר שקופה בעיני המתחרים. בהתאם, דווקא אם ספק עם נתח שוק קטן יחסית (אך כושר ייצור מספיק גדול) הוא שמכתיב מחיר מינימום, החשש להקלה על קרטל סמוי בין הספקים הוא המובהק ביותר.

החשש המיוחד הקיים כאשר דווקא מחולל התחרות הוא שמכתיב מחירים לצרכן משליך גם על הניתוח של הרשות בגילוי הדעת לגבי יתרונות פרו־צרכניים של הכתבת מחיר מינימום.

67 גילוי הדעת בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכית, לעיל ה"ש 29, פס' 3.
68 ההרחבה בנוגע לחשיבותו של "מחולל התחרות", ראו גילה "פרק טז: ניתוח כלכלי של הגבלים עסקיים", לעיל ה"ש 34, בעמ' 869–872.

69 ראו, למשל: התנגדות הממונה למיזוג בין סלקום ישראל לבין גולן טלקום בע"מ, **הגבלים עסקיים** 500969 (21.4.2016), פס' 5.1.1. שם הממונה התנגדה למיזוג בין גולן טלקום לסלקום בנימוק שגולן טלקום היא מחולל התחרות בשוק הסלולר. הסיבה לכך שגולן טלקום היא מחולל התחרות נובעת בעיקר מהעובדה שנתח השוק שלה הוא הקטן ביותר בשוק הסלולר.

הרשות מציינת בגילוי הדעת כי "דוגמה נוספת לתועלת פרו-תחרותית שעשויה להיות בהסדר RPM היא במקרה של חדירת מוצר חדש לשוק".⁷⁰ אולם, מי שמשיק מוצר חדש הרבה פעמים הוא גם מחולל התחרות, משום שהוא "רעב" לצמוח ולחטוף נתח שוק. כיון שהכתבת מחיר מינימום עלולה להרתיע אותו מלסטות מקרטל בין כלל הספקים, הכתבה זו כאמור דווקא עלולה להיות פוגענית במיוחד כשמדובר בספק שהשיק מוצר חדש.

יש להוסיף כי בנסיבות מסוימות הכתבת מחיר מינימום על ידי מספר ספקים יכולה גם להקל על תיאום קרטל סמוי ביניהם, ולא רק על יציבותו. לעיתים, הקרטל הסמוי בין הספקים יכול להיות לא על המחיר שהם גובים מהקמעונאים, אלא על המחיר המוכתב לצרכן. בדוגמה משוק הצבע לעיל, נניח שטמבור ונירלט מתקשות לתאם ביניהן קרטל סמוי על המחיר הסיטונאי שהן גובות מהרשתות, משום שהן אינן יודעות איזה מחיר כל אחת מהן גובה מהרשתות. במקום זאת, הקרטל הסמוי יכול להיות על המחיר לצרכן המוכתב על ידן. כך, למשל, אם המחיר הקרטליסטי לצרכן הוא 15, נירלט, בשלב מסוים, תוכל להעלות את המחיר המוכתב לצרכן ל-15. טמבור, שרואה זאת, "תבין את הרמז" ותעלה גם היא את המחיר המוכתב לצרכן ל-15. כאשר המחיר לצרכן בתעשייה כולה עולה, הרווחים המגיעים לפירמות על חשבון הצרכנים עולים, וטמבור ונירלט יכולות לקבל חלק מהרווחים הללו, באמצעות חוזה המכר שלהן עם הרשתות.⁷¹

5. העלאת המחיר גם ללא קרטל סמוי בין הספקים

חשש אנטי תחרותי חשוב שלא מופיע בגילוי הדעת של הרשות נוגע להעלאת מחירים שיכולה להיגרם מהכתבת מחיר מינימום גם כאשר אין מדובר במצב של ייצוב קרטל סמוי בין הספקים. בין הספקים עשויה להיות תחרות לא מושלמת, למשל עקב בידול מסוים בין מותגי הספקים, ההופכים אותם לתחליפים לא מושלמים בעיני הצרכן. כך, למשל, הצרכנים לאו דווקא רואים צבע של טמבור כתחליף מושלם לצבע של נירלט. במצב מעין זה, של תחרות לא מושלמת, גם בהיעדר קרטל סמוי בין טמבור ונירלט, המחיר שהחברות גובות מרשתות השיווק צפוי להיות מעל ומעבר לעלויות השוליות של טמבור ונירלט בייצור ואספקת הצבע.⁷² אם טמבור מכתיבה לקמעונאים מחיר מינימום על מכירת צבעי טמבור, ראינו בתת-פרק ה-4. לעיל שהדבר צפוי במרבית המקרים לגרום לעלייה במחיר של צבעי טמבור. כאשר בשוק פועל מספר קטן של פירמות, והתחרות ביניהן אינה מושלמת, כאשר המחיר של המוצר של פירמה אחת עולה, הפירמות האחרות עלולות להגיב לכך בהעלאת מחירים משל עצמן.⁷³ זוהי השפעה שלא תלויה

70 גילוי הדעת בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכית, לעיל ה"ש 29, פס' 3.

71 לדוגמה בספרות הכלכלית שבה ספק מרוויח יותר מהמחיר הסיטונאי שהוא גובה כאשר קיים שיווי משקל מתואם בין הקמעונאים ראו, למשל: David Gilo & Yaron Yehezkel, *Vertical Collusion*, Working Paper, Tel Aviv University, 2017) papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2680349. בנוסף, כאשר קיימים תשלומים קבועים שהקמעונאים משלמים לספקים, הספקים יכולים לחלוק את הרווח הקרטליסטי באמצעות אותם תשלומים קבועים.

72 ראו למשל בהקשר זה גילה "פרק טז: ניתוח כלכלי של הגבלים עסקיים", לעיל ה"ש 34, בפרק ג'.

73 שם, בפרק ה'1. ראו גם, למשל, Patrick Rey and Joseph Stiglitz, *The Role of Exclusive Territories in Producers' Competition*, 26 RAND J. Econ. 95, 431 (1994) לדיון בטענה דומה בהקשר של טריטוריות בלעדיות. – להוסיף שנה ולוודא מספרי עמודים

בהגדלת השקיפות של המחיר לצרכן. בהתאם, שלא כמו ההשפעה שנדונה בתת-פרק ה.4 לעיל, השפעה זו קיימת גם כאשר הקמעונאים מוכרים מוצרים של כל הספקים (למשל הן ACE והן הום סנטר בדוגמה מוכרות הן צבעי טמבור והן צבעי נירלט). ההשפעה לא נובעת מהגדלת השקיפות, אלא מעצם העובדה שהכתבת מחיר מינימום גורמת למחיר לצרכן לעלות, ומהעבודה שכספק מתחרה יודע שהמתחרה שלו מכתוב מחיר מינימום, הוא מגיב לכך, במקרים רבים, בהעלאת מחירים משלו, ולמצער – בהתאמת מחירים, משום שהוא מרגיש בטחון בקיומה של תחרות פחותה מצד המותג של הספק הראשון.

6. אפקט טורפני על ספקים מתחרים

על פי גילוי הדעת של הרשות, הכתבת מחיר מינימום יכולה ליצור "חשש חד-צדדי לשימור כוח השוק הקיים שבידי ספק דומיננטי תוך דחיקת מתחרים קטנים יותר".⁷⁴ הסיבה לחשש היא שאם הספק הדומיננטי בשוק מכתוב מחיר מינימום, הדבר מגדיל את המרווח של הקמעונאים ממכירת המוצר של הספק, ולכן הם פחות ירצו לעבור למכור מוצר של ספק המנסה להתחרות בספק הדומיננטי, גם אם המחיר הסיטונאי שהוא גובה נמוך יותר.⁷⁵ לכאורה, יכולה להישאל השאלה מדוע גם המתחרה לא יכול להתמודד עם אסטרטגיה זו של הספק על ידי הכתבת מחיר מינימום בעצמו. אולם, ראשית, ממילא אין זה בריא לתחרות שבשוק מסוים כמה ספקים מכתובים מחיר מינימום, ובפרט מתחרה חדש, שאמור לחולל תחרות.⁷⁶ שנית, הקמעונאים עשויים לא להיות מעוניינים בתחרות בין ספקים, משום שאז הרווחים של התעשייה כולה ירדו, והם לא יוכלו להשתתף ברווחים אלה.⁷⁷

7. חשש לפגיעה בכושרם התחרותי של קמעונאים יעילים

הרשות בגילוי הדעת מציינת כי "בנוסף לחשש לפגיעה בכושר התחרותי של ספקים המבקשים להתחרות בספק דומיננטי, הסדרי RPM עשויים אף לעורר חשש לפגיעה בכושרם התחרותי של קמעונאים קטנים ויעילים ואף להערמת חסמי כניסה בפני חדירה של קמעונאים כאמור.⁷⁸ הסיבה היא שהקמעונאי היעיל נאלץ לגבות את המחיר שהוכתב על ידי הספק, ולא יכול לגלגל לטובת הצרכן את היתרון שלו המתבטא בעלויות נמוכות יותר משל הקמעונאים האחרים.

74 גילוי הדעת בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכית, לעיל ה"ש 29, פס' 3.

75 שם.

76 ראו לעיל תת-פרק ה.4.

77 השו, למשל, John Asker & Heski Bar-Isaa, *Raising Retailers' Profits: on Vertical Practices and the Exclusion of Rivals*, 104 THE AMERICAN ECONOMIC REV. 672 (2014).

78 גילוי הדעת בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכית, לעיל ה"ש 29, פס' 3.

8. האם כאשר הלקוח אינו קמעונאי הכתבת מחיר מינימום ראויה לטיפול מקל יותר?

גילוי הדעת של הרשות מצביע על גישה מקלה יותר כלפי הכתבת מחיר מינימום כאשר הלקוח שלו מוכתב המחיר אינו מוכר לצרכן הסופי, אלא מהווה רק גורם ביניים, כגון סטונאי המוכר לקמעונאים. הסיבה לגישה זו של הרשות היא שכאשר המחיר המוכתב הוא לא מחיר לצרכן הסופי, אזי מחיר זה אינו פומבי, ולכן הכתבת המחירים אינה מגדילה את השקיפות, באופן העלול להקל על קרטל סמוי בין הספקים.⁷⁹

עם זאת, הפרקים הקודמים הראו שהחשש להקלה על קרטל סמוי בין הספקים הוא רק אחד מהחששות התחרותיים הנובע מהכתבת מחיר מינימום. בנוסף, תת-פרק ה.4. לעיל מראה שאפילו כאשר המחיר המוכתב הוא מחיר לצרכן הסופי, הכתבת מחיר מינימום לא בהכרח מקלה על קרטל סמוי כזה. על כן, לדעתי, אין מקום להקלה מיוחדת וגורפת כאשר מדובר במחיר מוכתב שאינו לצרכן הסופי. בפרט, ההשפעה של העלאת מחירים שאינה קשורה לקרטל סמוי בין הספקים, אלא לתחרות בלתי מושלמת בין הספקים, קיימת גם כאשר המחיר המוכתב אינו לצרכן הסופי, וכך גם כל ההשפעות האנטי-תחרותיות האחרות של הכתבת מחיר מינימום.

9. האם כאשר הקמעונאי הוא בלעדי יש מקום לגישה מקלה יותר או פטור מוחלט?

מסקנת מדיניות נוספת העולה מגילוי הדעת של הרשות היא שכאשר הלקוח שלו מוכתב המחיר ("המפיץ") הוא הלקוח היחיד של הספק, קרי "המפיץ פועל כ"זרועו הארוכה" של הספק, במובן זה שהוא ממילא אינו צפוי לחולל תחרות תוך-מותגית במקטע המשווקים... התחרות התוך-מותגית במקטע השיווק וההפצה ממילא מוגבלת ביותר; לפיכך, בהנחה שעצם הסדר הבלעדיות אינו פוגע בתחרות, לא צפויה להיות להסדר ה-RPM כל השפעה תוספתית שלילית".⁸⁰ אולם, כל ההשפעות האנטי-תחרותיות של הכתבת מחיר מינימום, למעט השימוש בה כדי לפתור את "בעיית ההתחייבות" של הספק, אינן נשענות בהכרח על כך שהספק עובד עם מספר קמעונאים או מספר מפיצים. כך, החשש כי הכתבת מחיר מינימום תקל על קרטל סמוי בין ספקים תקף גם כאשר כל ספק עובד עם קמעונאי בודד. אם ניזכר בדוגמה שתוארה בתת-פרק ה.4. לעיל, שבה טמבור מכה דרך ACE בלבד ונירלט מכה דרך הום סנטר בלבד, ראינו שדווקא אז, החשש כי הכתבת מחיר מינימום על ידי טמבור תקל על קרטל סמוי בין טמבור לנירלט הוא מובהק במיוחד. ההקלה על קרטל סמוי בין הספקים לא נובעת מהקטנת תחרות בין קמעונאים העובדים עם טמבור, אלא מכך שההכתבה הופכת את התנהגותה של טמבור עצמה מול הקמעונאי לשקופה יותר בעיני נירלט.

גם החשש להעלאת מחיר שאינו קשור לקרטל סמוי בין הספקים קיים כאשר הספק עובד רק עם קמעונאי או מפיץ אחד. נקודת המוצא, כאמור, היא כי אם הספק הכתיב לקמעונאי או למפיץ

79 שם, פס' 4.

80 שם.

מחיר מינימום, הרי שהקמעונאי והמפיץ היו גובים מחיר נמוך יותר אלמלא ההכתבה. ההשפעה האנטי-תחרותית נובעת מהעלאת מחיר זו, ואינה קשורה בהכרח לקיומה של תחרות בין קמעונאים או מפיצים על מכירת המוצר של הספק.

זאת ועוד, כאשר הספק עובד רק עם קמעונאי אחד, גם נחלשת במידה משמעותית הטענה ליתרונות פרו-צרכניים של הכתבת מחיר מינימום. זאת משום שהטענה ניזונה בעיקר מהחשש שקמעונאי אחד יתפוס טרמפ על מאמציו של הקמעונאי המתחרה, וחשש זה קיים, מטבע הדברים, רק כאשר הספק עובד יותר מקמעונאי אחד.

סוגיה משפטית נפרדת היא המקרה שבו המפיץ אינו באמת "מוכר" את המוצר של הספק, אלא מהווה רק מעין "סוכן" או "מתווך". כאן לא ההשפעה על התחרות היא שמכריעה את הדיון אלא הסיווג המשפטי של היחסים בין הספק לאותו סוכן או מתווך: אם כל הסיכון, או רוב הסיכון, לגבי העסקה, רובץ על הספק, המשפט רואה את המקרה כמכירה על ידי הספק ישירות לצרכן הסופי, ואז לספק יש את ה"זכות" לקבוע את המחיר לצרכן. המשפט אז לא רואה את הסוכן או המתווך כמי שרוכש מוצר של הספק במטרה למכרו הלאה, אלא כגורם ביניים בעל תפקיד שולי יותר.⁸¹

10. מחיר מומלץ

שאלה חשובה היא מה דינו של מחיר מומלץ שהספק ממליץ לקמעונאי לגבות מלקוחותיו של הקמעונאי. כפי שטענתי בזמנו, אם ה"המלצה" מלווה באמצעי דרבון או כפייה, המתמרצים את הקמעונאי לאמץ את ה"המלצה", או שהיא מלווה בהסכמה מצד הקמעונאי לאמץ את ה"המלצה", אזי היא איננה באמת המלצה, אלא הכתבה, ודינה כהכתבת מחיר מינימום.⁸² הרשות בגילוי הדעת שלה מאמצת גם היא גישה זו.⁸³

אם כך השאלה היא מה דינה של המלצה "טהורה", שאינה מלווה באמצעי דרבון או כפייה, ואינה מלווה בהסכמה של הקמעונאי לאמץ את ההמלצה. כפי שטענתי בזמנו, גם עתה דעתי היא שהמלצה טהורה, בין ספק ללקוח (להבדיל מהמלצה בין מתחרים לבין עצמם), אינה מהווה "הסדר", או שאינה מהווה "הגבלה עצמית" ולכן לא יכולה להיות הסדר כובל. במידה רבה זוהי הסיטואציה היחידה כמעט בה לשון סעיף 2(א), המדברת על כך שאחד הצדדים לפחות צריך "להגביל עצמו" על מנת שהסדר יהא כובל, היא בעלת נפקות. ב"המלצה" בין מתחרים לבין עצמם, למשל כאשר מתחרה א' ממליץ למתחרה ב' מה צריך להיות המחיר שיגבו, אין חולק כי מדובר בהסדר כובל (אם מתחרה ב' מאמץ את ההמלצה) או בניסיון לעשות הסדר כובל (אם מתחרה ב' מתכחש להמלצה).⁸⁴ זאת למרות שלכאורה אף צד לא "הגביל עצמו", שהרי מדובר בהמלצה טהורה. אולם, בהקשר האנכי, נראה שיש "בשר" לדרישת המחוקק שצד יגביל עצמו, מהבחינה שנראה שהמלצה טהורה של ספק ללקוח לגבי המחיר לצרכן לא יעמוד בדרישה זו של

81 ש.ם.

82 לניתוח ההבדל שבין "המלצה" לבין "הכתבה", ראו דיויד גילה "האם המלצה על המחיר היא הגבלה עסקי ומדוע?" עיוני משפט לג 101, פס' ג' 2 (2010).

83 גילוי הדעת בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכית, לעיל ה"ש 29, פס' 5.

84 ש.ם, פס' 2.

ההגבלה העצמית.⁸⁵ אולם, יש מקום גם לגישה אחרת. כך, למשל, השופט מזרחי בעניין **שולשטיין** קבעה כי גם המלצה טהורה בין ספק ללקוח, כמו הכתבה, מהווה הסדר כובל.⁸⁶ מגילוי הדעת של הרשות עולה לכאורה כי להמלצה טהורה מהספק לקמעונאי אין השפעה אנטי תחרותית. כדברי הרשות: "המלצה כאמור אינה מעלה חשש לפגיעה בתחרות, כל עוד מדובר בהמלצה "טהורה".⁸⁷ אולם, אין להתכחש לעובדה שגם המלצה טהורה שהספק ממליץ לקמעונאי בדבר המחיר לצרכן יכולה לגרום נזק תחרותי. אמנם אם ההמלצה היא טהורה, היא לא יכולה להקל על יציבות קרטל בין הספקים. זאת משום שהטענה להקלה על יציבות קרטל בין הספקים תלויה בכך שהספק כופה על הקמעונאי את המחיר לצרכן. המלצה טהורה גם לא יכולה לפתור לספק את בעיית האופורטוניזם, או "בעיית ההתחייבות", הנזכרת בפסקה ג של תת־פרק ה.1. לעיל. זאת שוב משום שעל מנת לפתור את "בעיית ההתחייבות" על הספק לכפות על הקמעונאים לגבות את המחיר המוכתב. אם מדובר בהמלצה טהורה, הקמעונאים רשאים לסטות מההמלצה כראות עיניהם, ואז התמריץ האופורטוניסטי של הספק לתת הנחה לקמעונאי אחד על חשבון השני נשאר בעינו.

אספקט תמים נוסף של המלצה טהורה על המחיר לצרכן היא שלא מובן מאליו שהיא תגרום לקמעונאים לגבות מחיר גבוה יותר מאשר אלמלא ההמלצה. גם אם להמלצה יש השפעה על הקמעונאים, ייתכן שהיא מתפקדת דווקא כמחיר מקסימום ולא כמחיר מינימום, ומדרבנת את הקמעונאים לגבות מחיר נמוך יותר מזה שהם היו גובים אלמלא ההמלצה.⁸⁸ עם כל זאת, המלצה טהורה יכולה לעזור לקמעונאים לתאם מחיר גבוה יותר בינם לבין עצמם. מבחינה זו, המלצה טהורה מהספק לקמעונאי דומה להכתבת מחיר מקסימום. הסכנה בה היא שהיא יכולה להוות "נקודת ציון" (focal point), העוזרת לקמעונאים ליישר קו סביב אותה המלצה. ההמלצה פותרת לקמעונאים את בעיית הקואורדינציה, או בעיית התיאום, כאשר בלעדי תיאום זה המחיר לצרכן שהם היו גובים היה יכול להיות נמוך יותר. אם תיאום זה בין הקמעונאים הוא גם יציב, אזי הקמעונאים צפויים לאמץ את ההמלצה, והמחיר לצרכן יעלה. אם המחיר לצרכן עולה, קיימת בהמלצה טהורה אותה השפעה אנטי-תחרותית שתיארנו לעיל המתבטאת בעליית המחיר, במקרה של תחרות לא מושלמת בין הספקים. אם ספק אחד ממליץ המלצה טהורה לקמעונאים שלו על המחיר לצרכן, והמחיר המומלץ הוא גבוה יותר מהמחיר שהקמעונאים היו גובים אלמלא ההמלצה, מחיר המותג שלו עלול בעקבות זאת לעלות, והספקים של המותגים המתחרים עלולים להגיב לכך בהעלאת מחירים משל עצמם. המלצה טהורה עלולה גם להקל על ספקים לתאם קרטל סמוי בינם לבין עצמם שנושאו המחיר לצרכן. נזכר בדוגמה הנ"ל שבה טמבור ונירלט אינן מצליחות לתאם במשתמע קרטל סמוי לעניין המחיר הסיטונאי שהן גובות מהרשתות, משום שכל אחת מהן אינה יודעת כמה השנייה גובה מהרשתות. במקום זאת, טמבור ונירלט יכולות לנסות לתאם, במשתמע, קרטל סמוי

85 ניתן היה להכריע סוגיה זו גם ללא יסוד ה"הגבלה העצמית", על ידי אמירה פרשנית כי המלצה אנכית מעין זו אינה מהווה "הסדר" בנסיבות העניין.

86 עניין **שולשטיין**, לעיל ה"ש 7, פס' 76.

87 ראו גילוי הדעת בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכית, לעיל ה"ש 29, פס' 5.

88 ראו גילה "האם המלצה על המחיר היא הגבל עסקי ומדוע?", לעיל ה"ש 82, פס' ג' 3.

על המחיר לצרכן של הצבע. כך, למשל, האחת יכולה להעלות את המחיר המומלץ לצרכן ל-15 ש"ח ליחידה, השנייה "תבין את הרמז" ותעלה גם היא את המחיר המומלץ לצרכן ל-15 ש"ח. הרווחים הגדולים יותר שיזרמו אל הקמעונאים מהצרכנים יכולים להיות מחולקים עם הספקיות באמצעות חוזה המכר שלהן עם הקמעונאים.

בהתאם, למרות שהמלצה טהורה לפי הדוקטרינה הקיימת כפי הנראה אינה יכולה להוות הסדר כובל, בחוק המזון, למשל, אסר המחוקק על ספק גדול להמליץ לקמעונאים בשוק המזון על המחיר לצרכן.⁸⁹ החששות מאחורי איסור זה היו דומים לחששות שנזכרו בפסקאות הקודמות. חשש נוסף הוא שבשוק המזון, כאשר מדובר בספק גדול, כל המלצה מלווה באופן אינהרנטי באיזשהו דרבון או לחץ כלכלי לאמץ את ההמלצה, באופן שקשה מאוד להתחקות אחריו.

6. סיכום

מאמר זה מראה כי הכתבת מחיר מינימום, ההסדר האנכי היחיד שגורלו בדיני ההגבלים העסקיים בישראל טרם הוכרע סופית, ראוי לאיסור דרך החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק התחרות. הטעם לכך הוא כי מדובר בהסדר שפגיעתו בצרכן מובנית, בעוד התועלות הפרו-צרכניות שלו אינן מובהקות, וודאי לא ברמה הנדרשת על מנת להוציאו מקטגוריה זו ואינן שונות במהותן מהתועלות הפרו-צרכניות של הסדרים לתיאום מחירים בין מתחרים. הכתבת מחיר מינימום בדרך כלל מזיקה לצרכן גם כאשר היא אינה מקלה על קרטל סמוי בין הספק שהכתיב את המחיר למתחריו. יתרה מזו, אין מקום להקל באופן גורף על הכתבת מחיר מינימום כאשר המחיר לא מוכתב לצרכן הסופי או כאשר הלקוח שלו מכתיבים את המחיר הוא לקוח בלעדי של הספק. בדברים האמורים יש כדי לתמוך באופן עיוני בתוצאה אשר כיוון אליה המשנה לנשיאה רובינשטיין בפסק דינו בפרשת שופרסל.

89 ראו ס' 7(א)(3)(א) לחוק המזון.