

ההשפעות האנטי-תחרותיות של הסכם "Grace Periods" בתחרות קמעונאית

אריאל אזרחי ודיויד גילה*

מאמר זה עוסק בהשלכות האנטי-תחרותיות של אסטרטגיית "grace periods" ("תקופות חסד") בתחום קמעונאות המזון. כפי שיוסבר במאמר, אסטרטגיה זו כוללת עיכוב מוגדר לאחר שספק של מוצרי מזון מכריז על העלאת מחיר, שבמהלכו ההעלאה אינה מיושמת, מה שמאפשר לקמעונאים הנהנים מתקופת החסד הזו להעלות את המחירים לצרכן בזמן שהם עדיין משלמים לספק את המחירים הסיטוניים הנמוכים יותר. המאמר מנתח את המנגנונים שבאמצעותם אסטרטגיה זו עלולה לפגוע בתחרות ולהעלות את המחיר לצרכן ובהתאם כיצד ניתן לתקוף אותה כהסדר כובל אסור על פי חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 או כהפרה של חוק קידום התחרות בענפי המזון והפארם, התשע"ד-2014.

א. הקדמה. ב. כיצד פרקטיקת הגרייס עלולה לפגוע בתחרות? 1. החלת פרקטיקת הגרייס על כלל הקמעונאים באופן המאפשר תיאום העלאת המחיר לצרכן. 2. עידוד העלאה מיידית של המחיר לצרכן על ידי הקטנת אנטגוניזם של צרכנים והתקשורת. 3. מתן תקופת גרייס לקמעונאי פיבוטלי יחיד. 4. מתן תקופת גרייס לכמה קמעונאים פיבוטליים. **ג. השלכות משפטיות. 1.** גרייס הניתן לכלל הקמעונאים. (א) הסדר כובל. (ב) הפרת חוק המזון. 2. ההשלכות המשפטיות של מתן תקופת גרייס רק לחלק מהקמעונאים. (א) הסדר כובל המקל על תיאום קרטל סמוי. (ב) הסדר כובל מפלה. (ג) הפליה על ידי בעל מונופולין. (ד) הפרת חוק המזון. **ד. סיכום.**

א. הקדמה

בעיית יוקר המחיה, הן ברחבי העולם והן בישראל, כמו גם ההאטה הכלכלית שפוקדת אותנו מורגשות בצורה חדה בכל קניית מוצר או שירות, וביתר שאת בקניות מצרכי מזון. במקביל לעליית יוקר המחיה והיחלשות כוח הקנייה, נרשמה עלייה משמעותית ברווחיותן של החברות

* **פרופסור אריאל אזרחי**, פרופסור לדיני התחרות וראש המרכז להגבלים עסקיים, אוניברסיטת אוקספורד. פרופסור דייוויד גילה, פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב. ברצוננו להודות לעוזרי המחקר עמית רובנס ועומר תשובה על עזרתם והערותיהם המועילות.

הפועלות בשוק. אנו סבורים כי תופעה זו קיימת אולי אף ביתר שאת בישראל, שבה בשנים האחרונות חברות המזון הגדולות גורפות שיעור רווח בגובה של כ-12.5%, שיעור רווחיות חריג ביחס לתעשייה המסורתית ולענף המסחר הסיטוני.¹ מטבע הדברים ליוקר המחיה סיבות רבות, וחלקן קשורות למידת התחרות בשוק. הפחתה של הלחץ התחרותי לרוב תוביל לעליית המחיר לצרכן או לירידה באיכות המוצר והשירות. שמירה על התחרות בשוק המזון מהווה אמצעי מהותי להגנה על רווחת הצרכן. שוק תחרותי שבו רשתות מזון, מפיצים, יבואנים ויצרני מזון מתחרים על כיסנו יכול לסייע בריסון יוקר המחיה ולהגן ביתר שאת על השכבות החלשות באוכלוסייה, שהכנסתן אינה מספקת לרכישת סל קנייה בסיסי.²

במאמר זה אנו מתמקדים באסטרטגיית ה-"Grace Periods" (להלן: "גרייס"), אשר על פי עדויות שהתפרסמו בתקשורת הכלכלית בשנים האחרונות קיימת בשוק המזון הישראלי. אסטרטגיה זו מעניינת משום שממבט ראשון היא נחזית כפרקטיקה ניטרלית, אולם כפי שנבאר להלן, יש בה כדי לתרום לעליית מחירים.

אסטרטגיית הגרייס מתייחסת לפער זמנים מוגדר (כפי הנראה של כמה ימים עד כמה שבועות) לאחר שספק מזון מודיע לקמעונאים ולציבור על העלאת מחיר מוצריו, שבו נמנע הספק מיישום עליית המחירים. המנגנון בבסיסה של אסטרטגיית הגרייס מבוסס, מחד גיסא, על הצהרה שעניינה עליית המחירים הסיטוניים בתאריך נתון, ומאידך גיסא, על הסכמה בין הספק לקמעונאים, או חלק מהקמעונאים, כי למרות ההכרזה ימשיך הספק למשך תקופת הגרייס לגבות מהם את המחירים הסיטוניים הישנים, הנמוכים יותר. במהלך תקופת הגרייס, אם כך, יכול קמעונאי שנהנה מגרייס להעלות את המחיר לצרכן באופן המשקף את הצהרת עליית המחיר, אך עדיין לשלם את המחיר הסיטוני הישן, הנמוך יותר, לספק. המאמר מפרט כמה מנגנונים המסבירים כיצד פרקטיקת הגרייס עשויה לתמרץ את הקמעונאי להעלות את המחיר לצרכן (למרות שבפועל אין הוא נדרש לשלם מחיר גבוה יותר לסיטונאי), וכן מדוע העלאת המחיר על ידי הספק ודאית יותר לאור פרקטיקה זו.

1 אגף הכלכלנית הראשית רווחיות יבואני המזון והטואלטיקה ויוקר המחיה (3.2.2022) בו מצוין כי שיעור הרווח לפני מס של החברות הגדולות עמד על 12.5%; אגף הכלכלן הראשי סקירה כלכלית שבועית (23.12.2018), שם נקבע שיעור רווח לפני מס בגובה 12.7% בניכוי משכורת מנהלים.

2 ראו בהקשר זה: *Rising cost of pasta, bread and other everyday foods leaves most vulnerable: the worst off*, OFFICE FOR NATIONAL STATISTICS (Dec. 22, 2022), <https://tinyurl.com/2f6uv5c4>; *Consumer Insights Tracker – Monthly Bulletin (November 2022)*, FOOD STANDARDS AGENCY (Dec. 13, 2022), <https://tinyurl.com/7nm6uf22>; *The State of Grocery Retail 2023 – Europe*, MCKINSEY & Co. (Ap. 19, 2023), <https://tinyurl.com/y349czak>; Ariel Ezrachi, Amit Zac & Christopher Decker, *The Effects of Competition Law on Inequality – An Incidental By-Product or a Path for Societal Change?*, 11 JOURNAL OF ANTITRUST ENFORCEMENT 51 (2023). כמוכך, איננו טוענים כאן כי תחרות היא הגורם היחיד המשפיע על המחיר הגבוה, ובוודאי משפיעים עליו גורמים נוספים, כגון עלויות חריגות העשויות להיות קיימות בישראל, מגבלות יבוא, כשרות וכולי.

כך, למשל, דווח בעיתונות הכלכלית הישראלית כי מנגנון הגרייס שריר וקיים ודה פקטו הפך להיות כלי מרכזי המקל על עליית מחירים.³ זאת ועוד, עדויות על ההשלכות של תופעה זו כבר פורסמו, אך כולן בעילום שם, ככל הנראה מהחשש מאכיפה מצד רשות התחרות או ביקורת ציבורית. על פי הדיווחים, פרקטיקת הגרייס פועלת לצד פרקטיקות דומות, שבהן הספק מעביר ערך לקמעונאים (ערך שכשלעצמו אינו מגולגל לטובת הצרכנים) תמורת הסכמתם של הקמעונאים להעלאת המחיר הסיטוני – הסכמה המכשירה את הקרקע להעלאת רוחבית של המחיר הסיטוני והמחיר לצרכן אצל כל הקמעונאים. כך, בכיר בתחום הקמעונאות ציין בעילום שם כי "אחרי חודשים שבהם הקמעונאים מספרים כי הם מסרבים לאשר בקשות של ספקים להעלות מחירים, אף קמעונאי לא רוצה להיות הראשון או היחיד שיסכים להעלאת מחירים מצד הספק – כי אז הוא יחטוף על הראש מהתקשורת והציבור... אז הספק אומר לקמעונאי גדול, שידוע שלתמחור שלו יש השפעה על קמעונאים אחרים, 'אתה תאשר את המחירון החדש שלי עכשיו, ובתמורה אני אתמוך בך בשלל מבצעים והטבות במשך כמה חודשים – כך שלמעשה לא תרגיש את עליית המחירים, כפי שהיא מופיעה במחירונים החדשים, אבל כלפי חוץ זה ייראה כאילו העליתי לך את המחירים".⁴ עדויות להתלכדות האינטרסים של הספקים והקמעונאים סביב מנגנון זה גם פורסמו; ביניהן מצויות אמירות מפורשות שמנגנון זה נועד כדי לעקוף את האיסור בחוק המזון על התערבות הספק בתמחור מוצר על ידי קמעונאי.⁵

להלן נבאר ביתר פירוט את הפרקטיקה ונבחן את החששות התחרותיים שהיא מעוררת. לאור זאת, לעניות דעתנו, קיים אינטרס ציבורי לבחינת הפרקטיקה על ידי רשות התחרות, ובדיקה האם, במקרה שאכן יושמה בפועל, היא מהווה הסדר כובל אסור על פי חוק התחרות.

- 3 אילנית חיות "הרשתות העלו מחירים מיד – למרות ארכה מהספקים" **גלובס** (1.1.2023) <https://tinyurl.com/3srdwv38>
- 4 עדי דברת-מזריץ "הדילים הסודיים בין הספקים לרשתות: תסכימו ראשונים לייק – ותקבלו הנחה" **TheMarker** (13.11.2021) <https://tinyurl.com/bdemnu7z>
- 5 שם, "עוד מספר הקמעונאי הבכיר כי" **הספקים יוצאים מנקודת הנחה שברגע שהקמעונאי הגדול יסכים ויקבל את המחירים החדשים כמחירון הקטלוגי החדש – אחרים ילכו בעקבותיו. משום שלספקים אסור להתערב במחיר המכירה לצרכן, הם נותנים לרשת את ההנחה ומשאירים לה את שיקול הדעת להחליט אם לגלגל את ההטבות לצרכן, או להעלות את הרווח הגולמי שלה... כמוכן שהאינטרס שהמחירים יעלו הוא לא רק של הספקים. גם לרשתות המזון יש אינטרס כלכלי למכור במחירים גבוהים יותר – גם בשל העובדה שהספקים נותנים להן תקופת חסד (גרייס), שבה הם מוכרים את המוצר במחיר החדש, אבל קונים אותו במחיר הישן והנמוך יותר. כך נוצר בשוק מצב שבו כמעט כל השחקנים מעוניינים בעליות מחירים, אבל כל אחד מנסה למקסם את מצבו – בין אם על ידי קבלת הנחות או תקופת גרייס ארוכה, כהסכמה להעלאת מחירים, ובין אם בניסיון למצב עצמו כמי שניסה למשוך כמה שיותר זמן עד שהעלה מחירים"; נורית קדוש "הכאוס בממשלה פתח לחברות תיאבון לרווחים" **כלכליסט** (4.5.2023) <https://did.li/uAlx5> : "בנוסף, בכל העלאת מחירים, נהנים הקמעונאים הן מתקופת ביניים, בה המחיר לצרכן עולה, עוד בטרם הרשת חוייבה במחיר החדש על ידי הספקים. זה נכון בעיקר לרשתות הגדולות והחזקות, ומשמש ככלי לשכנוע הרשת לאשר את המחירון החדש. בנוסף, העלאת המחירים מייצרת הזדמנות לשפר רווחיות".**

הכלכלית, התשמ"ח–1988 (להלן: "חוק התחרות") או הפרה של חוק קידום התחרות בענפי המזון והפארם, התשע"ד–2014 (להלן: "חוק המזון").

ב. כיצד פרקטיקת הגרייס עלולה לפגוע בתחרות?

כפי שנראה להלן, פרקטיקת הגרייס עלולה לדרבן קמעונאים להסכים להעלאת המחיר הסיטוני (המחיר שהספק גובה מהקמעונאים) מלכתחילה ועלולה לעודד קמעונאים להעלות מחירים לצרכן בעצמם, מקום שבהיעדר הפרקטיקה הן המחירים הסיטוניים והן המחירים לצרכן היו נמוכים יותר.

לפני שנבחן את המכניזמים השונים בבסיס פרקטיקת הגרייס המאפשרים עליית מחירים, נבהיר כי לכולם מכנה משותף אחד: פרקטיקת הגרייס משמשת כמנגנון אנטי-תחרותי המעביר ערך לקמעונאים (ערך שכשלעצמו אינו מגולגל לטובת הצרכן) וכך מדרבן אותם להסכים מלכתחילה להעלאת המחיר הסיטוני על ידי הספק. בכך משמשת הפרקטיקה כמכשיר המחליש את האינטרס של הקמעונאי לצאת כנגד עליית מחיר עתידית. קמעונאים רבים, במיוחד אלה הכלל-ארציים, ולא דווקא רק הקמעונאים הגדולים ביותר, מסוגלים להתנגד להעלאת המחיר הסיטוני, או לסרב לה חלקית.⁶ בשוק המזון הישראלי לסירוב מעין זה יש השלכות רוחב המונעות את העלאת המחיר כלפי כל הקמעונאים ומשאירות אותו נמוך. כלומר, מהיכרותנו עם שוק המזון הישראלי, ובאופן העולה גם מכתבות העיתונות האמורות, כאשר ספק (גם ספק דומיננטי בתחומו) חפץ להעלות את מחיר המוצר שלו, הוא באופן טיפוסי עושה זאת מול כל הקמעונאים כאחד. אלא שסירוב לאותה העלאת מחירים על ידי הקמעונאים, ובדרך כלל על ידי כמה קמעונאים משמעותיים שהם פיבוטליים לעניין זה, יכול למנוע את העלאת המחירים באופן גורף כך שלאור אותו סירוב המחיר לא יעלה עבור אף אחד מהקמעונאים. כדי לשכנע קמעונאים אלה להסכים להעלאה, יכול הספק להעניק להם פיצוי מסוים (שאינו כשלעצמו מגולגל לצרכן) שיאפשר להם רווחיות גבוהה יותר לזמן נתון. מהלך מעין זה הוא מזיק לצרכנים משום שהם סובלים מהמחיר לצרכן הגבוה יותר, שנובע מהמחיר הסיטוני הגבוה יותר, וכך יותר ערך מועבר מהצרכנים אל הקמעונאים והספק. אלא שבמקום שכל הערך המוגדל שנעשה על חשבון הצרכן יעבור רק לספק, בדמות המחיר הסיטוני המוגדל, הספק חולק את אותו הערך עם הקמעונאים באמצעות אותו "פיצוי".

"פיצוי" זה הוא שמעודד, כאמור, את הקמעונאים להסכים להעלאת המחיר. הטענה במאמר זה היא שפרקטיקת הגרייס משמשת כמנגנון "פיצוי" מעין זה. הגרייס מאפשר העברת ערך אל הקמעונאים, אשר יכולים להעלות את המחיר לצרכן על אף שאין הם עדיין חשופים לעלייה של המחיר הסיטוני. ממבט ראשון, לכאורה לא ברור כיצד הגרייס עושה זאת. ככלות הכול, אם קמעונאים מסוגלים להעלות את המחיר לצרכן, הם לכאורה יכולים לעשות זאת גם ללא

6 ראו דייויד גילה "הערת חקיקה: חוק המזון" **מחקרי משפט** לא 319, 338–341 (התשע"ז).

הגרייס. אלא שאנו מראים להלן כי קיימים כמה תרחישים אפשריים שבהם הגרייס מעלה את הרווחיות של העלאת מחיר זו ומעלה את הרווחיות של הקמעונאים מהעלאת המחיר הרווחית שתתרחש בשוק באופן שכאמור מעודד אותם לאשר את העלאת המחיר הסיטוני. השימוש בהעברת ערך אל הקמעונאים (שאינו מגולגל לצרכן) על מנת לעודד אותם להסכים לפגיעה בצרכנים אינו חדש. בישראל לפני כניסתו לתוקף של חוק המזון הספק היה יכול לחלוק את רווחיו מהעלאת המחיר עם הקמעונאי בדרך ישירה על ידי העברת תשלומים כאלה ואחרים ישירות אל הקמעונאי, בדמות "עמלות מדף"⁷, בנוסחים שנתיים שונים וכולי. החשש הוא שאותם תשלומים כשלעצמם, להבדיל מהנחה במחיר יחידת המצרף שנותן הספק לקמעונאי, אינם מגולגלים לטובת הצרכן, ורק מעודדים את הקמעונאים להסכים עם מהלכים המעבירים ערך מהצרכנים. ההכרה של המחוקק בהשפעות האנטי-תחרותיות של פרקטיקות אלו הובילה לאיסור הקבוע בסעיף 8(ד) לחוק המזון, הקובע כי "ספק לא יעביר תשלומים לקמעונאי גדול הנכלל ברשימה, בכסף או בשווה כסף, וקמעונאי גדול לא יקבל תשלומים כאמור; אין באמור כדי לאסור על ספק להזיל, בכפוף להוראות חוק זה, מחיר יחידת מצרף שהוא מספק לקמעונאי הגדול...". בהתאם לכך, כיום, לאור חוק המזון, על הספק המעוניין לשכנע קמעונאים להסכים להעלאת המחיר הסיטוני לחפש דרכים עקיפות לחלוק את רווחיו מהעלאת המחיר עם הקמעונאי. פרקטיקת הגרייס עלולה לשמש, כפי שנבאר להלן, כדרך עקיפה שכזו.

להלן נתמקד בשלושה מכניזמים שבאמצעותם קיומה של תקופת הגרייס עלול לסייע לקמעונאים ליישם עליית מחירים לצרכן ולעודד אותם להסכים לעליית המחיר הסיטוני.

1. החלת פרקטיקת הגרייס על כלל הקמעונאים באופן המאפשר תיאום העלאת המחיר לצרכן

נתחיל, ראשית, בסיטואציה שבה מוחלת אותה תקופת גרייס על כלל הקמעונאים בשוק, ובסעיפים הבאים נדון בסיטואציות שבהן היא מוחלת רק על חלק מהם. כפי שנראה להלן, אם הגרייס מוחל רק על קמעונאי אחד, או מספר מצומצם של קמעונאים, שהם פיבוטליים, מהבחינה שרק הסכמתם דרושה כדי להעלות את המחיר הסיטוני בכל השוק, הערך שמועבר באמצעות הגרייס לקמעונאים פיבוטליים אלה הוא ברור. אנו מתחילים דווקא מהתרחיש המורכב יותר, המסביר כיצד עובר ערך אל הקמעונאים אפילו אם הגרייס מוחל על כולם. אם תקופת הגרייס מוחלת על כלל הקמעונאים, הספק מודיע לכל הקמעונאים על עליית מחיר סיטוני ב-20% שתחול בתאריך עתידי מסוים (לצורך העניין נתייחס לתאריך זה כנקודת זמן 'א'). במקביל מודיע הספק לכל אחד מהקמעונאים בנפרד כי עלייה זו לא תחול עליו באותו תאריך, אלא תצא לפועל בתאריך מאוחר יתר (נקודת זמן 'ב'). במצב זה, הקמעונאים אינם

7 "עמלת מדף" היא עמלה שהספק משלם לקמעונאי עבור הזכות להציג את המוצר שלו על מדפי הקמעונאי או על הזכות למכור לו אותו. ההבדל הוא סמנטי מכיוון שהמנגנון נועד להביא לתיאום מחיר קרטליסטי בכך שהקמעונאי יהיה מוכן לשלם מחיר גבוה יותר עבור מוצר ולקבל בתמורה את עמלת המדף.

נתונים על עליית מחיר אמיתית בשוק בנקודת זמן 'א', למרות ההצהרה על עליית המחיר הסיטוני בתאריך זה.

כיצד הגרייס האמור מעביר ערך אל הקמעונאים באופן העלול לעודד אותם להסכים להעלאת המחיר הסיטוני ולעודד אותם להעלות את המחיר לצרכן כבר בנקודת זמן 'א', למרות שעליית המחיר הסיטוני מתבצעת בפועל רק בנקודת זמן 'ב'?

במקרה זה, הודעתו של הספק על עליית המחיר הסיטוני תוך ציון גובה ההעלאה המדויק של 20% וציון תאריך פומבי בו תחול העלייה מקילה על תיאום של "קרטל סמוי", לפיו הקמעונאים יעלו את המחיר לצרכן כבר בנקודת זמן 'א' באותו אחוז העלאה שבו עומד להיות מועלה המחיר הסיטוני. נניח שלפני הודעת הספק הקמעונאים היו בשיווי משקל תחרותי. ייתכן שהם היו רוצים ליהנות מתיאום מחירים "קרטליסטי", כלומר להסכים על העלאת המחיר לצרכן שהם גובים לרמה שמשאיהם את רווחיהם על חשבון הצרכנים. אולם, קרטל מפורש, שבו הם מדברים זה עם זה על ההעלאה, הוא אסור. לעיתים, בשוק ריכוזי, מתחרים יכולים להגיע לאותה התוצאה מבלי לתאם זאת במפורש זה עם זה. אנו מכנים תופעה זו של גביית מחיר דמוי קרטל ללא קומוניקציה מפורשת בין המתחרים כ"קרטל סמוי" (Tacit collusion). כלומר, "קרטל סמוי" הוא התנהגות דמויית קרטל, אך בלי קומוניקציה ישירה בין הקמעונאים.⁸ ככלל, בדרך לכינון קרטל סמוי לקמעונאים יש שני מכשולים: מכשול התיאום ומכשול היציבות. מכשול התיאום מכוון לכך שלקמעונאים עלולה להיות בעיית קואורדינציה, למשל בכמה להעלות את המחיר לצרכן ובאיזה עיתוי. גם אם הקמעונאים הצליחו להתגבר על מכשול התיאום ולכולם יש הבנה מספקת בכמה להעלות את המחיר לצרכן ובאיזה עיתוי, בפני הקמעונאים קיים מכשול יציבות: כדי להתקיים, הקרטל הסמוי שלהם להעלאת המחיר לצרכן צריך להיות יציב, כך שלאף קמעונאי לא כדאי לסטות ממנו. אם קמעונאי יסטה ויגבה מחיר נמוך יותר מן הקמעונאים האחרים, הוא יוכל לחטוף להם נתחי שוק ולגרוף רווחים בטווח הקצר. מנגד, אז צפוי שגם הקמעונאים האחרים יגיבו בהורדת מחירים ותיפתח מלחמת מחירים ארוכת טווח ביניהם. קמעונאי יסטה מהקרטל הסמוי אם הרווח לטווח קצר בזמן הסטייה גדול יותר מההפסד הצפוי לטווח ארוך ממלחמת המחירים. קמעונאי לא יסטה אם הרווח לטווח קצר קטן מההפסד לטווח ארוך.⁹

אנו טוענים כאן כי הצהרת הספק על עליית המחיר הסיטוני ב-20% שתחול בנקודת זמן 'א', אך מבוצעת רק בנקודת זמן 'ב', יש בה כדי להקל על תיאום העלאה של המחיר לצרכן ב-20% על ידי הקמעונאים כבר בנקודת זמן 'א'.

לדוגמה, נניח שתנובה מודיעה לכל הקמעונאים על עלייה של המחיר הסיטוני של גבינת קוטג' בעשרים אחוזים. נקרא לתאריך ההודעה האמור של תנובה, או לתאריך שההודעה,

8 להרחבה על "קרטל סמוי" ראו דיויד גילה "פרז טז: דיני הגבלים עסקיים" הגישה הכלכלית למשפט 853, 867-869 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012); אריאל אזרחי ודיויד גילה דיני התחרות האירופאים בראי דיני הגבלים העסקיים הישראליים פרק שישי – הסדרים אופקיים 141-172 (2019) (להלן: אזרחי וגילה).

9 ראו (1988) 239-276 JEAN TIROLE, THE THEORY OF INDUSTRIAL ORGANIZATION; אזרחי וגילה, שם.

שהובאה לידיעת הציבור, כביכול מתייחסת אליו, נקודת זמן 'א'. אלא שבמקביל מיידעת תנובה כל אחד מהקמעונאים שהעלייה תחול עליו רק חודש מאוחר יותר, בנקודת זמן 'ב'. כיוון שכל קמעונאי מניח באופן סביר שכל הקמעונאים האחרים קיבלו גם הם את אותה ההודעה, תנובה שלחה בכך לכלל הקמעונאים מסר שבו יכולים הם להשתמש כנקודת ייחוס. נקודת הייחוס, שלא הייתה קיימת אלמלא הצעד האמור של תנובה, יכולה לעזור לקמעונאים לפתור את בעיית הקואורדינציה, שהיא כאמור אחד המכשולים העומדים בפני הקמעונאים בדרך ל"קרטל סמוי" לפיו הקמעונאים יעלו את המחיר לצרכן בנקודת זמן 'א'. אכן, התבטאויות פומביות על העלאות מחירים עתידיות בשוק המזון עוררו חקירות פליליות עם זימון לשימועים לפני הגשת כתב אישום בכמה מקרים בעת האחרונה.¹⁰ במקרים אלו, על פי מה שפורסם בתקשורת, המידע שהתבטאות הפומבית העבירה למתחרים לא פירט את גובהה המדויק של העלאת המחירים הצפויה ואת העיתוי המדויק שלה. זימונים אלה לשימוע לפני כתב אישום מעידים כי גם רשות התחרות חוששת מפרקטיקות העלולות לפתור את בעיות הקואורדינציה של קרטלים סמויים בשוק המזון, וזאת גם אם המידע המועבר אינו מבהיר ברחל בתך הקטנה מה גובה ההעלאה. טענתנו היא כי בדוגמה ההיפותטית שלעיל, הודעתה של תנובה כי בנקודת זמן 'א' מחיר הקוטג' יעלה, למשל, ב-20% מסייעת לקמעונאים לתאם לגבי שני פרמטרים שהייתה להם בעיית תיאום לגביהם: העיתוי של ההעלאה ואחוז ההעלאה. אכן, נניח שלפני הודעתה של תנובה הקמעונאים לא העזו להעלות את מחיר הקוטג'. מדוע לא עשו זאת? ייתכנו לכך שתי סיבות עיקריות: או שקרטל סמוי אינו יציב, ועל כן אף קמעונאי לא העז להעלות את המחיר, או שקשה לקמעונאים לתאם את תנאיו, כאשר תנאים אלה כוללים, בין היתר, את עיתוי העלאת המחיר ואת גובה העלאת המחיר. אם אחד הקמעונאים היה מנסה לזיזם בעצמו קרטל סמוי כזה והיה מעלה את המחיר ב-20%, ייתכן שקמעונאים אחרים לא היו מצטרפים או היו מעלים את המחיר רק ב-10%, ואז הקמעונאי הראשון היה מאבד לטובת הקמעונאים האחרים נתח שוק ומוניטין. תנובה, בדוגמה ההיפותטית האמורה, עוזרת לקמעונאים לתאם את ההעלאה הן מבחינת העיתוי (כאשר ההבנה המשתמעת היא שעיתוי ההעלאה הוא נקודת זמן 'א'), והן מבחינת אחוז ההעלאה (ההבנה המשתמעת היא שאחוז ההעלאה כאחוז העלאת המחיר הסיטוני). אם אכן יתברר, לאחר הודעתה של תנובה, כי הקמעונאים העלו את המחיר לצרכן ב-20% כבר בנקודת זמן 'א', עצם ההתנהגות הזו מעיד על החשש האמור לפתרון בעיית התיאום.

יתרה מזו, נסיבות אלה מצביעות על יציבותו של הקרטל הסמוי בין הקמעונאים להעלאת המחיר לצרכן ב-20%. מאחר שהעלאת המחיר הסיטוני תתרחש בפועל רק בנקודת זמן 'ב', הראיות מצביעות על כך שהקטליזטור להעלאת המחיר הסימולטנית מצד הקמעונאים כבר בנקודת זמן 'א' הוא הודעת תנובה תוך יישום תקופת הגרייס. בהתאם, בדוגמה זו הקמעונאים הוכיחו במעשיהם שלא עמד בפניהם מכשול יציבות. כלומר, מסיבה כלשהי, אף קמעונאי לא רצה לסטות מהקרטל הסמוי שהתרחש, שתוכנו העלאת

10 ראו נורית קדוש "שימוע לפני אישום לשטראוס ובכירים בחברה: ניסיון להסדר כובל" כלכליסט <https://did.li/pRwZH>, (21.8.2023).

המחיר לצרכן ב-20% כבר בנקודת זמן 'א'.¹¹ חשוב להדגיש כי קרטל סמוי כזה לא רווח לפני פרקטיקת הגרייס האמורה. משמע, בתנאי שוק רגילים הייתה לקמעונאים בעיית קואורדינציה שמנעה מהם להעלות את המחיר בעשרים אחוז באותו זמן (או שלחלופין הם חששו מאנטגוניזם של צרכנים שהיה מוריד בסופו של דבר את הביקוש יתר על המידה – נקודה שנרחיב עלייה בהמשך). ההתרחשות האמורה מעידה על כך שפרקטיקת הגרייס היא שעזרה לקמעונאים להתגבר על מכשול התיאום. כאשר הספק מודיע לכל הקמעונאים על העלאה צפויה במחיר הסיטוני, על גובה ההעלאה ועל העיתוי שלה, הוא עלול לצייד את הקמעונאים בשני הפרמטרים החסרים להם כדי לפתור את בעיית התיאום: עיתוי ההעלאה וגובהה. כל הקמעונאים יכולים להסיק באופן סביר כי עיתוי ההעלאה הוא במועד ההודעה של הספק על ההעלאה הצפויה במחיר הסיטוני, וגובה ההעלאה הוא באותם האחוזים שבה עומד לעלות המחיר הסיטוני. כלל הקמעונאים מבינים כי ההודעה, בנקודת זמן 'א', על העלייה במחיר הסיטוני, אשר אינה משקפת עלייה אמיתית במחיר הסיטוני בנקודת זמן זו, מהווה הזדמנות לגידול ברווחיות הקמעונאים. הבנה זו מתבססת ביתר קלות ככל שהשוק שבו פועלים הקמעונאים ריכוזי יותר.

בשולי הדברים נוסף כי ככל ששיעור העלאת המחיר הסיטוני גבוה יותר, כך הרווח לקמעונאים מהקרטל הסמוי שמתאפשר בתקופת הגרייס גדול יותר, כך שבאופן אינהרנטי עזרת הספק בפתרון בעיית הקואורדינציה לא רק מאפשרת את עצם ההעלאה במחיר הסיטוני, אלא גם מאפשרת העלאה גבוהה יותר. אכן, על פי הניתוח האמור, הקלה על קרטל סמוי בתקופת הגרייס היא התמורה שהספק נותן לקמעונאים תמורת הסכמתם להעלאת המחיר הסיטוני בנקודת זמן 'ב'. זוהי תמורה שאינה מגולגלת צרכן, משום שכל מהותה היא פגיעה בצרכנים, בדמות הקרטל הסמוי שהתאפשר.

11 ניתן אולי לתהות כיצד קרטל סמוי כזה הוא יציב לאור העובדה שתקופת הגרייס היא תקופה סופית וקצובה בזמן. לכאורה, אם הקמעונאים היו רואים רק את הקוטג', ורק את תקופת הגרייס הנוכחית, לנגד עיניהם, לפחות אחד מהם היה רוצה לסטות מהקרטל הסמוי בסופה של תקופת הגרייס, שהרי אחריה, כאשר המחיר הסיטוני כבר יעלה, לכאורה לא יכולה להיות שום מלחמת מחירים המענישה את הקמעונאי על הסטייה שלו מהקרטל הסמוי. מאותה הסיבה גם בתקופה שלפני סוף תקופת הגרייס אותו קמעונאי ירצה לסטות, משום שבסוף התקופה הוא ממילא יסטה, וחוזר חלילה, כך שכבר מתחילת תקופת הגרייס הקמעונאי ירצה לסטות והקרטל הסמוי יקרוס. אלא שבמקרים כמו הדוגמה האמורה, כאשר הקמעונאים כן העלו את המחיר לצרכן ב-20% כבר בנקודת זמן 'א', העובדות מדברות בעד עצמן כי הקרטל הסמוי יציב. ייתכן שהסיבה שהוא יציב היא שהקמעונאים אינם רואים רק את הקוטג', ורק את תקופת הגרייס הנוכחית, לנגד עיניהם, אלא גם את כל התקופות העתידיות, את כל האזורים הגאוגרפיים ואת כל המקטעים שבהם הקמעונאים יתחרו זה בזה מהתקופה הנוכחית ואילך. ייתכן שהחשש ממלחמת מחירים ארוכת טווח על פני כל התקופות הללו, ובכל השווקים הגאוגרפיים והמקטעים הללו, הוא שמרתיע קמעונאים מלסטות מהקרטל הסמוי, באופן שהפך אותו ליציב.

2. עידוד העלאה מיידית של המחיר לצרכן על ידי הקטנת אנטגוניזם של צרכנים והתקשורת

פרקטיקת הגרייס שעוזרת לקמעונאים לתאם קרטל סמוי שלפיו יעלו את המחיר לצרכן במהלכה גם טומנת בחובה יתרון נוסף לקמעונאים כאשר היא מוסתרת מהציבור. כאשר ציבור הצרכנים אינו מודע לקיומו של מנגנון הגרייס, מניח הוא כי עליית המחיר הסיטוני כבר נכנסה לתוקף בנקודת הזמן 'א'. נציין בהקשר זה כי עדויות לקיומה של הפרקטיקה בישראל הן מעטות ומעורפלות. מעבר להערות אגב במספר מועט של ראיונות לתקשורת, אין הציבור מודע לקיומה של הפרקטיקה, ככל שזו אכן קיימת בשוק, בוודאי שלא בזמן שהפרקטיקה מתרחשת. בהתאם, פרקטיקת הגרייס מקטינה את האנטגוניזם של הצרכנים ושל התקשורת כלפי הקמעונאים על העלאת המחיר לצרכן. רוב הציבור מניח כי עליית המחיר הסיטוני יושמה כבר בנקודת זמן 'א', ובהתאם עליית המחיר לצרכן נכפתה על הקמעונאים. ללא כסות זו, המתאפשרת על ידי פרקטיקת הגרייס, אותו קרטל סמוי בין הקמעונאים להעלאת המחיר לצרכן בתקופה זו היה אולי נתקל בביקורת ציבורית ותגובת נגד צרכנית לכך שהמחיר לצרכן עלה ללא הצדקה. העלייה במחיר הייתה גם גוררת השתאות בדבר הגורמים שהובילו להתנהגות מקבילה של הקמעונאים. באין כל הסבר חלופי לעליית המחיר, יכול היה להתעורר החשד בדבר קיומו של תיאום כלשהו או לכל הפחות אי-תחרות. ביקורת זו הייתה עשויה לערער את היכולת של הקמעונאים לייצב את הקרטל הסמוי.

אם כך, על מנת שהמנגנון האנטי-תחרותי הקשור בהפחתת אנטגוניזם שבבסיס תקופת הגרייס יפעל, על רוב הציבור להניח כי המחיר הסיטוני עלה כבר בנקודת זמן 'א'. קיימות כמה דרכים להעברת מסר מעין זה לציבור. בדוגמה ההיפותטית האמורה של עליית מחיר הקוטג', למשל, ייתכן שההודעה של תנובה על עליית המחיר הסיטוני במועד 'א' הייתה פומבית. אפשרות אחרת, אם תנובה מעוניינת לחסן את עצמה מטענה כי היא הודיעה הודעה פומבית בעייתית, המקטינה את התחרות בינה לבין מתחרותיה, היא שאותו מידע בדבר עליית המחיר ישוחרר לתקשורת על ידי הקמעונאים או מי מהם. באופן פרדוקסלי, האפקט האנטי-תחרותי האמור מחמיר כאשר קמעונאי או קמעונאים מדברים פומבית, למשל בתקשורת, על כך שהספק מעלה את המחיר הסיטוני. בכך לא רק שהקמעונאים מאותתים זה לזה כי אכן כדאי להעלות את המחיר לצרכן מייד, אלא הם מפחיתים עוד יותר את האנטגוניזם מצד הצרכנים, באופן המעלה את הרווחיות של העלאת המחיר לצרכן מייד.

כך או כך, היותה של תקופת הגרייס עצמה נסתרת מעיני הציבור, במשולב עם מצג שווא בדבר עיתוי עליית המחיר הסיטוני כבר בנקודת זמן 'א', מאפשרים לקמעונאים להעלות את המחיר לצרכן תוך חשיפה מוקטנת לאנטגוניזם מצד הצרכנים והתקשורת.

3. מתן תקופת גרייס לקמעונאי פיבוטלי יחיד

בדוגמה שנדונה לעיל, הנחנו כי אותה תקופת גרייס חלה על כלל הקמעונאים בשוק. נניח עתה שבשוק קיים קמעונאי פיבוטלי: כזה שהסכמתו דרושה כדי שהספק יוכל להעלות את המחיר הסיטוני לכלל הקמעונאים. כלומר, אנחנו מניחים כאן שקיים קמעונאי הנהנה מכוח מיקוח כזה שאם הוא מסכים להעלאת המחיר הסיטוני על ידי הספק, הספק מעלה את המחיר הסיטוני

לכלל הקמעונאים. אם הקמעונאי הפיבוטלי אינו מסכים, הספק לא יעלה את המחיר הסיטוני לאף קמעונאי.

לעניינינו נניח באופן היפותטי כי יהא זה קמעונאי כלל ארצי גדול, כגון רשת שופרסל בישראל, שנכון ל-2019 נתח השוק הכלל ארצי שלה הוערך על ידי מרכז המחקר והמידע של הכנסת ב-29.7%, בעוד למתחרה הגדול ביותר שלה, רמי לוי, היה נתח כלל ארצי של 13.2% בלבד.¹² אף אם נניח כי פער זה בין הקמעונאים הגדולים ביותר הצטמצם במידה מסוימת בשנים האחרונות,¹³ בישראל יש לכלל היותר שניים או שלושה קמעונאים כלל ארציים מרכזיים, עם נתחי שוק משמעותיים, לצד קבוצה של קמעונאים כלל ארציים קטנים יותר.

במצב דברים זה, הספק יכול לשכנע את אותו קמעונאי פיבוטלי להסכים להעלאת המחיר הסיטוני על ידי מתן תקופת גרייס רק לקמעונאי הפיבוטלי והעלאה מיידית של המחיר הסיטוני לקמעונאים האחרים בנקודת זמן 'א'. הקמעונאי הפיבוטלי יכול להרוויח מכך, משום שאם, למשל, הוא מעלה את המחיר לצרכן מייד בנקודת זמן 'א', בעוד הוא משלם את המחיר הסיטוני הישן, הנמוך יותר, במשך תקופת הגרייס עד לנקודת זמן 'ב', אותו קמעונאי ירוויח יותר, והוא לא יאבד נתח שוק לטובת הקמעונאים האחרים, שנאלצים ממילא להעלות את המחיר לצרכן משום שהם משלמים לספק את המחיר הסיטוני המוגדל מייד. לחלופין, אם אותו קמעונאי פיבוטלי לא יעלה את המחיר לצרכן מייד בגובה העלייה במחיר לצרכן שנכפית על מתחריו, גם אז הוא ירוויח מתקופת הגרייס שקיבל, משום שהוא יוכל להשתמש ביתרון שלו כדי לחטוף נתח שוק לקמעונאים האחרים.

נציין כי בעוד העברת הערך לקמעונאים מושא סעיף ב.1 לעיל נשענת על הטענה כי תקופת הגרייס מקילה על תיאום קרטל סמוי בין הקמעונאים, העברת הערך מושא הסעיף הנוכחי אינה נשענת על כך. ההחלה הסלקטיבית של תקופת הגרייס על קמעונאי פיבוטלי יחיד יוצרת ודאות להעברת ערך אל אותו קמעונאי, שהרי שאר הקמעונאים נחשפים לעליית המחיר הסיטוני כבר בנקודת זמן 'א'. ערך ודאי זה שמקבל אותו קמעונאי פיבוטלי משמש, כאמור, כדי לעמעם את התנגדותו לעליית המחיר הסיטוני. זהו ערך שבאופן טיפוסי לא יגולגל על ידי הקמעונאי הפיבוטלי לטובת הצרכן. הערך נובע מכך שהמחיר הסיטוני שמשלם הקמעונאי הפיבוטלי אינו עולה, בעוד המחיר הסיטוני שמשלמים מתחריו עולה. כאשר העלויות של מתחריו של קמעונאי עולות, הנטייה שלו תהיה להתחרות פחות ולהעלות מחירים, ולא להוריד את המחיר לצרכן אל מתחת למחיר שגבה לפני הודעת הספק על העלאת המחיר הסיטוני.

במקרה זה גם קיימת ודאות גבוהה יותר כי פרקטיקת הגרייס לא תיחשף לציבור, שהרי רק הקמעונאי האמור והספק נמצאים בסוד העניינים, ולאף אחד מהם אין אינטרס לחשוף את הפרקטיקה לציבור או לשאר הקמעונאים. הודאות של אותו קמעונאי כי מתחריו ייאלצו להעלות את המחיר לצרכן בנקודת זמן 'א' מספקת כסות כנגד אנטגוניזם או ביקורת ציבורית. אחרי הכול, הציבור מניח כי עליית המחירים הסיטוניים היא שגרמה להעלאת המחיר לצרכן.

12 הכנסת תיאור וניתוח רמת התחרותיות בשוק המזון ומוצרי צריכה מהירה (2021).

13 על פי הדוחות התקופתיים של שופרסל ורמי לוי לשנת 2022 נתחי השוק שלהם היו 18% ו-16% בהתאמה (ראו שופרסל דוח תקופתי לשנת 2022 33 (21.3.2023) ורמי לוי דוח תקופתי לשנת 2022 27 (28.3.2023)).

השפעות אלו חלות גם במקרה שבו קיימים כמה קמעונאים פיבוטליים, שדי בהסכמת אחד מהם על מנת להעלות את המחיר הסיטוני: למשל בישראל ייתכן כי מדובר בשלושת הקמעונאים הגדולים ביותר: שופרסל, רמי לוי וקרפור. נניח (שוב, באופן היפותטי) שתנובה רוצה להעלות את המחיר הסיטוני של גבינת הקוטג' שלה בעשרים אחוזים, וכי בשוק פועלים שופרסל, רמי לוי, קרפור ושורה של קמעונאים נוספים. נניח שהן שופרסל, הן רמי לוי והן קרפור הם קמעונאים פיבוטליים, קרי, די בהסכמת אחד מהם להעלאת המחיר הסיטוני כדי לאפשר העלאה כזו בכל השוק. נניח כי בלי גרייס, אף אחד מהקמעונאים הפיבוטליים לא יסכים להעלאה. תנובה יכולה ליישם בכל זאת את ההעלאה על ידי הצעת תקופת גרייס רק לאחד הקמעונאים הפיבוטליים, למשל לשופרסל. לכל הקמעונאים האחרים תנובה תעלה את המחיר הסיטוני מיידית בעשרים אחוזים. הקמעונאים האחרים יאלצו להעלות את המחיר לצרכן. שופרסל, מצידה, יכולה עתה להיות מדורבנת להסכים להעלאת המחיר הסיטוני. כפי שבואר לעיל, אם, למשל, שופרסל תעלה מיידית את המחיר לצרכן בעשרים אחוזים בעצמה, היא תגרוף לכיסה בתקופת הגרייס את ההפרש שבין המחיר הסיטוני הישן לבין המחיר לצרכן המוגדל. זאת מבלי לאבד נתח שוק לטובת הקמעונאים האחרים, שממילא נאלצו להעלות את המחיר לצרכן בעשרים אחוזים. לחלופין, שופרסל יכולה לגבות מחיר לצרכן הקטן מהמחיר לצרכן שנאלצו לגבות מתחרותיה ולהשתמש בתקופת הגרייס כדי לחטוף נתח שוק לקמעונאים האחרים. כך או כך, שופרסל מרוויחה מהגרייס ומקבלת ערך שלא מגולגל לצרכן באופן שיכול לדרבן אותה להסכים להעלאה במחיר הסיטוני. זאת בעוד אילו היינו אוסרים על פרקטיקת הגרייס המפלה האמורה, שופרסל או קמעונאי פיבוטלי אחר לא היו מסכימים להעלאה, ובהתאם היא לא הייתה מתרחשת, או לכל הפחות היו מתנגדים לגובה עליית המחיר ודורשים עליית מחירים מתונה יותר.

4. מתן תקופת גרייס לכמה קמעונאים פיבוטליים

נסיים בסיטואציה שבה הספק מעניק תקופת גרייס לכמה קמעונאים פיבוטליים שדרושה הסכמת כולם על מנת ליישם עלייה במחיר הסיטוני, בעוד שאר הקמעונאים בשוק אינם יכולים להתנגד לעליית המחיר.

למשל, נניח, באופן היפותטי, ששופרסל, רמי לוי וקרפור הם פיבוטליים מהבחינה שדרושה הסכמת שלושתם להעלאת המחיר הסיטוני על מנת שזו תתרחש בכל השוק. תנובה יכולה להציע תקופת גרייס לשלושת הקמעונאים הפיבוטליים הללו ולהעלות את המחיר הסיטוני בנקודת זמן 'א' לכל הקמעונאים האחרים. באופן זה, שופרסל, רמי לוי וקרפור מקבלים ערך, הן על ידי כך שמתאפשר קרטל סמוי ביניהם לבין עצמם להעלאת המחיר לצרכן בעשרים אחוזים, והן על ידי כך שהם מקבלים יתרון תחרותי על פני כל הקמעונאים האחרים, שנאלצים להעלות את המחיר לצרכן מייד, ואינם יכולים לחטוף לשופרסל, רמי לוי וקרפור נתחי שוק, למרות העלייה במחיר לצרכן.

כאן קיים שילוב של האפקט האנטי-תחרותי שנזכר בסעיפים 1 ו-2 לעיל עם האפקט האנטי-תחרותי שנזכר בסעיף 3. פרקטיקת הגרייס מקילה על תיאום קרטל סמוי בדבר העלאת המחיר לצרכן מייד על ידי שופרסל, רמי לוי וקרפור.

כאשר שלושת הקמעונאים אכן מעלים את המחיר לצרכן בנקודת זמן 'א', למרות שאין הם נחשפים לעליית מחיר סיטוני במועד זה, מהווה הדבר ראייה המעידה יציבותו של אותו קרטל סמוי. בדוגמה שלעיל, אם נניח כי כאשר תנובה הודיעה לשופרסל, רמי לוי וקרפור על הגרייס ועל העלייה הצפויה במחיר הסיטוני ב-20%, העלו שלושת הקמעונאים הללו את המחיר לצרכן מיידית ב-20% – עצם התנהגותם מצביע על כך כי הקרטל הסמוי ביניהם הוא יציב. ניתן להניח כי בתנאי שוק רגילים מה שעצר אותם מלבצעו לפני פרקטיקת הגרייס היה או בעיית קואורדינציה, או חשש מאנטגוניזם של צרכנים, או חשש לאבד נתח שוק לא רק לטובת אחד משני הקמעונאים הגדולים האחרים, אלא גם לטובת קמעונאים קטנים. פרקטיקת הגרייס עוזרת לעבור מכשולים אלה ובכך מעבירה ערך אל שלושת הקמעונאים הגדולים – ערך שאינו מגולגל לטובת הצרכנים.

כמתואר לעיל בסעיפים ב.1–ב.2, פרקטיקת הגרייס עוזרת לפתור את בעיית הקואורדינציה ואת האנטגוניזם של צרכנים. יתרה מזו, כיון שהמחיר הסיטוני שתנובה, בדוגמה, גובה מהקמעונאים הקטנים עולה מייד, לא קיים חשש לאבדן נתחי שוק לטובתם. לצד העברת ערך זו, המתאפשרת מהקלה על הקרטל הסמוי בין שלושת הקמעונאים הגדולים לבין עצמם, מקבלים שופרסל, רמי לוי וקרפור ערך נוסף מהפרקטיקה, בהיותה מפלה אותם לטובה: שאר הקמעונאים נאלצים להעלות את המחיר לצרכן, למשל ב-20%, מייד, כך שכאשר שופרסל, רמי לוי וקרפור מעלים גם הם את המחיר לצרכן ב-20% מייד, הם מפיקים רווח מההעלאה, ללא חשש כי יאבדו נתחי שוק לטובת הקמעונאים האחרים.

ג. השלכות משפטיות

להלן נבחן דרכים אפשריות לניתוח משפטי של פרקטיקת הגרייס. מטבע הדברים, מהות הניתוח משתנה בהתאם לאופן שבו הוחלה הפרקטיקה, ובפרט אם אותה תקופת גרייס הוחלה על כלל הקמעונאים או שהיא הוחלה באופן מפלה.

1. גרייס הניתן לכלל הקמעונאים

נניח תחילה כי אותה תקופת גרייס ניתנת לכלל הקמעונאים. הבחנה זו מאפשרת לנו להפריד בין ההשלכות המשפטיות של האפקטים האנטי-תחרותיים הנקובים בסעיפים ב.1 ו-ב.2 לעיל, הנדונות כאן, להשלכות המשפטיות של האפקטים האנטי-תחרותיים הנקובים בסעיפים ב.3–ב.4, שיידונו בסעיף ג.2 להלן.

כפי שהראינו בסעיפים ב.1–ב.2, פרקטיקת הגרייס עלולה לעזור לקמעונאים לתאם קרטל סמוי שלפיו במשך תקופת הגרייס הם יעלו את המחיר לצרכן באותו השיעור כמו עליית המחיר הצפויה במחיר הסיטוני. הצעתנו היא שכאשר אותה תקופת גרייס ניתנת לכלל הקמעונאים, האחריות בגין פרקטיקת הגרייס תיוחד למקרים שבהם כל הקמעונאים (או לפחות רובם) העלו את המחיר לצרכן לפני שעלה בפועל המחיר הסיטוני. כאשר הקמעונאים העלו את המחיר לצרכן בעיתוי מוקדם זה, הדבר מדבר בעד עצמו, וקיימת אינדיקציה חזקה שפרקטיקת הגרייס

היא שאפשרה לקמעונאים להעלות את המחיר לצרכן עוד לפני העלאת המחיר הסיטוני. נפרט להלן את הכלים המשפטיים שבאמצעותם ניתן להטיל אחריות מעין זו.

(א) הסדר כובל

בקונטקסט הנוכחי, שבו כל הקמעונאים מעלים את המחיר לצרכן לפני העלייה במחיר הסיטוני, לא קיימת תקשורת בין הקמעונאים לבין עצמם שלפיה הם יעלו את המחיר לצרכן. עם זאת, מדובר בהתנהגות מקבילה של הקמעונאים שאין לה הסבר כלכלי המתיישב עם התנהגות עצמאית של כל קמעונאי לחוד, וקיימת קומוניקציה מצד הספק שסייעה, כמתואר בסעיפים ב.1–2. לעיל, לכינון הקרטל הסמוי בין הקמעונאים.

הפסיקה האירופית, שניתנת להחלה גם בישראל, היא ברורה בכל הנוגע להתנהגות מקבילה של מתחרים. ככלל, על אף שהתנהגות מקבילה כשלעצמה אינה מהווה הוכחה ניצחת לקיומו של הסדר כובל, יכולה היא לשמש ראיה לקיומו, כאשר בתנאי השוק הקיימים לא קיים הסבר ראוי להתנהגות המקבילה העקבי עם התנהגות תחרותית.¹⁴ במקרה שלפנינו, ללא ההודעה מצד הספק בדבר עליית המחיר הסיטוני וההקלה על תיאום הקרטל הסמוי להעלאת המחיר לצרכן על ידי הקמעונאים עוד לפני נקודת זמן 'ב', לא הייתה מתאפשרת עלייה זו במחיר לצרכן. במילים אחרות, טרם הכרזתו של הספק, בנקודת זמן 'א', על העלייה הצפויה במחיר לצרכן, תנאי השוק הרגילים לא אפשרו עלייה במחיר לצרכן. מה שאפשר אותה הוא הכרזתו של הספק – הכרזה שלפני נקודת זמן 'ב', בה עולה המחיר הסיטוני בפועל, אין לה כל קשר לעלויותיהם האמיתיות של הקמעונאים.

בהתאם, לפנינו תיאום אופקי (קרי – בין מתחרים) הנסמך על מבנה Hub-and-Spoke (כינון תיאום בין הקמעונאים לבין עצמם באמצעות ספק), שבו מידע או איתות מהספק פוגעים בתחרות בין הקמעונאים. הודעת הספק לקמעונאים משמשת כמכשיר שמאפשר את עליית המחירים לפני סיומה של תקופת הגרייס. באירופה, בפרשת *Eturas and others*, דן בית הדין לצדק בתנאים לקיומה של פעילות מתואמת וחילופי מידע במבנה Hub-and-Spoke.¹⁵ בפסק דינו ציין בית הדין כי כל פירמה נדרשת לקבוע באופן עצמאי את המדיניות העסקית שבכוונתה לאמץ. כאשר קמעונאי מודע לאיתות הנשלח על ידי הספק לשאר הקמעונאים ופועל בהתאם לאיתות, או אינו יוצא כנגדו, נוטל הוא חלק בפעילות המפירה.¹⁶ ניתוח דומה ניתן למצוא גם בארצות הברית בפסק הדין בעניין *Interstate Circuit v. United States*.¹⁷

14 Imperial Chemical Industries (ICI) v Commission (Dyestuffs), 619 ECR (1972)
15 *Eturas and others v. Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, C98/3 OJ (2016)
16 שם, פס' 45. ראו גם את פסיקת בית הדין האירופי הגבוה לצדק בפסק הדין בעניין *Commission v. Anic Partecipazioni* על פיו ניתן להניח כי, ככלל, תעשה חברה שימוש באינפורמציה שהתקבלה על ידה. השו"ב גם *Commission v. Anic Partecipazioni*, 1999 European Court Report (1999).
17 *Interstate Circuit v. United States*, 306 U.S. 208, 227 (1939)

ההפרה הנטענת כאן אינה רק נחלתם של הקמעונאים. הספק, אשר יצר את התנאים לעליית המחיר לצרכן, חב גם הוא בגין מעשיו, ככזה שסייע לקיומו של ההסדר הכובל בין הקמעונאים. כמתואר לעיל, הספק נקט פעולות אשר ביססו והקלו על תיאום עליית המחירים. חבות זו קמה, ביתר שאת, כאשר הפרקטיקה בסופו של דבר מיטיבה עם הספק, כפי שהדבר כאן, שהרי תקופת הגרייס מדרבנת את הקמעונאים להסכים להעלאת המחיר הסיטוני.

לאור האמור, ניתן לתקוף את הפרקטיקה שלפנינו כהסדר כובל אופקי (בין מתחרים) אשר מתאפשר בזכות תמיכתו של הספק. לחלופין, ניתן לתקוף את הפרקטיקה כהסדר אנכי בין הספק לכל קמעונאי, המקל על קרטל סמוי בין הקמעונאים לבין עצמם.

כהסדר אופקי – בין מתחרים – מדובר בהסדר המצוי בחזקה החלוטה של סעיף 2(ב)(1) לחוק,¹⁸ ואין צורך להראות פגיעה מסתברת בתחרות. בנוסף, לא קיים פטור כלשהו, לרבות פטור סוג, המכשיר הסדר כזה. למרות זאת, לאור ייחודה של הפרקטיקה, והקלות היחסית לבצע את הבדיקה, אנו ממליצים כאמור כי תנאי לאחוריות כאשר תקופת הגרייס היא זהה לכל הקמעונאים הוא שהקמעונאים (או לפחות רובם) העלו את המחיר לצרכן לפני העלייה בפועל במחיר הסיטוני, קרי, לפני נקודת זמן 'ב'. לחלופין, ניתן לשקול להחיל את החזקה החלוטה של סעיף 2(ב)(1) כפי שהיא ולאסור על פרקטיקת הגרייס לחלוטין. משמעות החמרה מעין זו תהיה שיחול איסור על פרקטיקת גרייס גם כאשר יתברר כי הקמעונאים העלו את המחיר לצרכן רק במועד העלייה במחיר הסיטוני.

אם נתקוף את פרקטיקת הגרייס כהסדר אנכי – בין ספק ללקוח, אזי יחולו על ההסדר כללי התחרות הכלכלית (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים) (הוראת שעה), תשע"ג–2013 (להלן: "הפטור האנכי"),¹⁹ הדורשים ניתוח שוק מעמיק על מנת לגנות את ההסדר. אולם, הפטור מסייג את עצמו כאשר הכבילה היא "עירומה", קרי, עיקרו של ההסדר הכובל בהפחתת התחרות או במניעתה, או שיש בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו (סעיף 2(2) לפטור האנכי). בנסיבות לעיל, נראה כי הסיבה היחידה שהספק נותן לקמעונאים תקופת גרייס היא כדי לדרבן אותם להסכים להעלאת המחיר הסיטוני. על כן, אנו טוענים כי עיקר הכבילה הוא פגיעה בתחרות. במצב כזה, הפטור אינו חל, וגורלו של ההסדר נחרץ על פי תנאי סעיף 2 לחוק התחרות. סעיף 2(א) לחוק דורש כי ההסדר יהא עלול להפחית את התחרות. לגישתנו, הסעיף מסתפק בפגיעה מסתברת בתהליך התחרותי (כלומר, פגיעה מסתברת בתמריצים של פירמה לחטוף לקוחות לפירמה אחרת), ואינו דורש ניתוח שוק. בנוסף, לאור האופי העירום של הכבילה, כאמור לעיל, ראוי לסווג אותה כאסורה גם על פי החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק, ובפרט סעיף 2(ב)(1): כבילה הקשורה למחיר. זאת מכוח דעת היחיד של השופט

18 ראו ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו) 10.8.2015), שם נקבע כי הסדרים אופקיים הנכנסים לגדר ס' 2(ב) יידונו על פי החזקות החלוטות שבס' 2(ב) לחוק התחרות הכלכלית.

19 ס' 2 לפטור האנכי קובע, כי הסדר כובל שאינו הסדר אופקי פטור מקבלת אישור בית הדין לתחרות, אם הכבילות שבהסדר הכובל אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות בשוק כאמור, ואם עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

מחקרי רגולציה ט ההשפעות האנטי-תחרותיות של הסכם "Grace Periods" בתחרות קמעונאית

רובינשטיין בפרשת שופרסל, שקבעה כי במקרים בוטים במיוחד גם הסדרים אנכיים נכנסים לגדר החזקות החלוטות.²⁰

(ב) הפרת חוק המזון

(1) תשלומים אסורים

סעיף 8(ד) לחוק המזון קובע, כאמור, כי "ספק לא יעביר תשלומים לקמעונאי גדול הנכלל ברשימה, בכסף או בשווה כסף, וקמעונאי גדול לא יקבל תשלומים כאמור; אין באמור כדי לאסור על ספק להזיל, בכפוף להוראות חוק זה, מחיר יחידת מצרך שהוא מספק לקמעונאי הגדול."²¹ בנסיבות הנקובות בסעיפים 1.ג–2.ג לעיל, פרקטיקת הגרייס מעבירה ערך לקמעונאים על ידי סיוע לקרטל הסמוי שלהם. אין מדובר בהנחה במחיר יחידת מוצר גרידא, אלא בתשלום לקמעונאי, ומכאן ההפרה.

(2) התערבות במחיר לצרכן

כאשר פרקטיקת הגרייס מיושמת על ידי ספק גדול, כהגדרתו בחוק המזון (קרי, כזה עם מחזור מכירות של מעל סף מסוים המתעדכן אוטומטית),²² פרקטיקת הגרייס גם מהווה הפרה של האיסור בחוק המזון על ספק גדול להתערב, במישרין או בעקיפין, במחיר לצרכן שגובה הקמעונאי. הניסוח של האיסור הוא רחב: "ספק גדול לא יכתוב או ימליץ לקמעונאי ולא יתערב בדרך אחרת אצל קמעונאי, בעניינים אלה: המחיר לצרכן שגובה הקמעונאי בעבור מצרך שהספק מספק."²³ כיון שפרקטיקת הגרייס מסייעת לקמעונאים להגיע לקרטל סמוי, בתקופת הגרייס, להעלאת המחיר לצרכן, מדובר בהתערבות עקיפה במחיר לצרכן.

2. ההשלכות המשפטיות של מתן תקופת גרייס רק לחלק מהקמעונאים

נתמקד עתה בהשלכות המשפטיות של האפקטים הנדונים בסעיפים 3.ב–4. לעיל, המתרחשים כאשר הספק מחיל את תקופת הגרייס רק על קמעונאי פיבוטלי יחיד או על כמה קמעונאים פיבוטליים. ההבדל בהשלכות המשפטיות נובע מכך שכאשר הגרייס ניתן רק לחלק מהקמעונאים, או מעניק תקופת גרייס שונות לקמעונאים שונים, יש בו אלמנט מפלה, המעורר סוגיות משפטיות נוספות על אלה שנדונו בסעיף 1.ג.

20 עניין שופרסל, לעיל ה"ש 18, פס' פה–פו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
21 ס' 8(ד) לחוק המזון מחריג מתחולתו תשלומים מספק לקמעונאי גדול כנגד החזר מצרכים שסיפק לקמעונאי הגדול; תשלומים שאינם חלק מהתנאים המסחריים ביחס לרכישת מוצרי הספק על ידי הקמעונאי הגדול, ובכלל זה פיצויים לפי כל דין; תשלומים על פי הסדר שלפיו הספק מוכר את מצרכיו ישירות לצרכן, באמצעות הקמעונאי הגדול, בתמורה לתשלום לקמעונאי הגדול.
22 ס' 1 לחוק המזון.
23 ס' 7(א)(3)(א) לחוק המזון.

(א) הסדר כובל המקל על תיאום קרטל סמוי

כאשר פרקטיקת הגרייס מוחלת על כמה קמעונאים פיבוטליים, כפי שהראינו בסעיף 4.4, פרקטיקת הגרייס עלולה להקל על קרטל סמוי בין אותם קמעונאים פיבוטליים שקיבלו כולם את אותה תקופת הגרייס. ההשלכות המשפטיות של אספקט זה דומות לאלה שנדונו בסעיף 1.1 ג. לעיל.

(ב) הסדר כובל מפלה

בנוסף לסוגיית התיאום, הפרקטיקה הנדונה גם טומנת בחובה אלמנט מפלה, היות שהיא חלה רק על כמה קמעונאים פיבוטליים (או, באופן אנלוגי, קמעונאים מסוימים מקבלים תקופות גרייס ארוכות מקמעונאים אחרים). בנסיבות העניין, פרקטיקת הגרייס המפלה, הניתנת רק לקמעונאים פיבוטליים, היא הסדר כובל, משום שקיימת הבנה בין הספק (למשל תנובה בדוגמה שנדונה בסעיף 3.3) לבין הקמעונאי הפיבוטלי (למשל שופרסל, רמי לוי או קרפור) שלא רק שהקמעונאי הפיבוטלי יקבל תקופת גרייס, אלא שתנובה תעלה מייד את המחיר הסיטוני שהיא גובה מקמעונאים אחרים. גם אם תנובה לא התחייבה במפורש כלפי הקמעונאי הפיבוטלי שכך תעשה, כל עוד קיימת הבנה שאלו הם פני הדברים, לדעתנו מדובר בהסדר כובל בין תנובה לבין שופרסל. במהותו, ההסדר הוא בעל ניהוח דומה ל"הסדר לקוח מועדף", שבו ספק מבטיח לקמעונאי כי יגבה ממנו מחיר סיטוני נמוך (או לא יותר גבוה) מאשר הספק גובה מהקמעונאים המתחרים. המקרה שלפנינו הוא מבחינה מסוימת חמור יותר, משום שבעוד הסדר לקוח מועדף בדרך כלל כולל כבילה של הספק ליתן לקמעונאי מסוים הנחה שדומה להנחות שנתן לקמעונאים אחרים, כאן ההבטחה המשתמעת היא להרע עם הקמעונאים האחרים ולהעלות להם את המחיר הסיטוני מייד, בעוד המחיר הסיטוני שמשלם הקמעונאי הפיבוטלי עולה רק מאוחר יותר.

כהסדר אנכי בין הספק לבין קמעונאי פיבוטלי יחיד, או כמה קמעונאים פיבוטליים, כאמור לעיל, למרות תחולתו הלכאורית של הפטור האנכי, מדובר לדעתנו בכבילה עירומה, שאינה ראויה לפטור זה. זאת משום שכאמור מטרת מתן תקופת הגרייס היא לשכנע את הקמעונאי הפיבוטלי, או הקמעונאים הפיבוטליים, להסכים להעלאת המחיר הסיטוני – העלאה שבנסיבות העניין תחול על כל השוק. זאת באופן הפוגע בתחרות הן בשוק הרלוונטי של הספק והן בשוק הרלוונטי של הקמעונאים. במאמר מוסגר יש להעיר כי יש לתת טיפול משפטי דומה, ומחמיר, לכל העברת ערך מהספק לקמעונאי תמורת הסכמתו של זה להעלאת המחיר הסיטוני (זולת הנחה באותו מחיר סיטוני עצמו). נניח, למשל, כי בתמורה להסכמת שופרסל להעלאת המחיר הסיטוני תנובה נותנת לשופרסל הנחה על מוצר אחר, שאינו קוטג', או מעבירה לשופרסל ערך אחר כגון בונוס, עמלה, מענק, הטבה וכיוצא בזה. מדובר בהסדר כובל אנכי "עירום", משום שכל מטרתו היא לעודד את שופרסל, בדוגמה, להסכים להעלאת המחיר הסיטוני של הקוטג' באופן המאפשר את העלאתו בכל השוק, והעלאת המחיר לצרכן של הקוטג' בכל השוק.

(ג) הפליה על ידי בעל מונופולין

כאשר תקופת הגרייס חלה באופן סלקטיבי על קמעונאי פיבוטלי יחיד, או על כמה קמעונאים פיבוטליים, וכאשר הספק שהעניק את תקופת הגרייס (תנובה בדוגמה ההיפותטית האמורה) הוא בעל מונופולין בשוק הרלוונטי, אסור לו להפלות בין לקוחות שלו באופן המעניק יתרון תחרותי בלתי הוגן לאחד על פני השני. בפרט, סעיף 29א(ב)(3) לחוק התחרות קובע כי "יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה:...(3) קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסוימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם". במסגרת פרקטיקת הגרייס המפלה הנדונה כאן, הספק מעלה את המחיר הסיטוני לקמעונאים האחרים מייד ומשהה את העלאת המחיר הסיטוני לקמעונאי פיבוטלי. מדובר בהפליה המעניקה לקמעונאי הפיבוטלי יתרון תחרותי בלתי הוגן על פני הקמעונאים האחרים. ניתן לתקוף בעילה זו אף אם נתעלם מן ההבטחה המשתמעת של תנובה כלפי הקמעונאי הפיבוטלי כי היא תעלה את המחיר הסיטוני לקמעונאים האחרים מייד. עצם תופעת ההפליה, בלי קשר לשאלה אם תנובה התחייבה להפלות, הוא כשלעצמו הפרה.

(ד) הפרת חוק המזון

(1) איסור תשלומים:

חוק המזון, כאמור לעיל, אוסר על ספק לשלם תשלומים לקמעונאי גדול.²⁴ החוק מרשה לספק ליתן לקמעונאי הנחה במחיר פר יחידה. בנסיבות האמורות לעיל, תקופת הגרייס מהווה הלכה למעשה תשלום לקמעונאי פיבוטלי שקיבל את הגרייס: תשלום המגולם בהבנה כי הקמעונאים האחרים יעלו את המחיר לצרכן מייד, והקמעונאי הפיבוטלי יוכל לגרוף לכיסו את הרווח הנובע מהיתרון התחרותי שקיבל. מדובר בתשלום לקמעונאי שאינו כשלעצמו הנחה. הוא משול לבונוס שהקמעונאי מקבל תמורת הסכמתו להעלאת המחיר הסיטוני – בונוס שהוא אסור כאמור על פי חוק המזון.

(2) התערבות במחיר לצרכן

פרקטיקת הגרייס האמורה בסעיף הנוכחי, כאשר היא מבוצעת על ידי "ספק גדול", כהגדרתו הנזכרת בחוק המזון, גם מהווה הפרה של האיסור בחוק המזון להתערב במחיר לצרכן שגובים הקמעונאים, משום שהלכה למעשה הפרקטיקה מדרבנת את הקמעונאים הגדולים להעלות את המחיר לצרכן לפני העלאת המחיר הסיטוני. אם הקמעונאים הפיבוטליים אינם מעלים את המחיר לצרכן מייד, הם בדרך כלל מרוויחים מתקופת הגרייס פחות. בסיטואציה זו קיימת האפשרות כי הם יוכלו לחטוף נתחי שוק מהקמעונאים האחרים, שנאלצים בדרך כלל להעלות

24 ס' 8(ד) לחוק המזון.

את המחיר לצרכן שהם גובים מייד. מנגד, אם הם מעלים את המחיר לצרכן מייד, הקמעונאים הפיבוטליים בוודאות מרוויחים את ההפרש שבין המחיר לצרכן המוגדל לבין המחיר הסיטוני הנמוך-הישן, וזאת תוך הגנה על נתח השוק שלהם מפני הקמעונאים האחרים, שנאלצים כאמור להעלות את המחיר לצרכן מייד.

ד. סיכום

לדעתנו, הפרקטיקה שכפי הנראה רווחת בישראל, שבה ספק מזון מודיע לקמעונאים על העלאה במחיר הסיטוני, אך מעניק לקמעונאים תקופת גרייס שבמהלכה המחיר הסיטוני אינו עולה, יש בה כדי לפגוע משמעותית בתחרות ולגרום לעלייה הן במחירים הסיטוניים והן במחירים לצרכן. כאשר אותה תקופת גרייס מוחלת על כל הקמעונאים, פרקטיקת הגרייס עלולה להקל על הקמעונאים לתאם קרטל סמוי לפיו הם יעלו את המחיר לצרכן טרם סיומה של תקופת הגרייס. הפרקטיקה עלולה לרכז אנטגוניזם של הצרכנים והתקשורת ובכך היא מעודדת עוד יותר את העלייה במחיר לצרכן. העברת ערך זו לקמעונאים עלולה לעודד אותם להסכים להעלאה משמעותית במחיר הסיטוני. כאשר הספק מעניק תקופת גרייס שונות לקמעונאים שונים, הוא יכול להשתמש בפרקטיקת הגרייס על מנת להעביר ערך נוסף ויתרון תחרותי לקמעונאים פיבוטליים, שהסכמתם להעלאת המחיר הסיטוני דרושה על מנת שהעלאה זו תתרחש בכל השוק.

קיימים כמה כלים משפטיים שדרכם רשות התחרות, כמו גם הציבור, במסגרת תביעות פרטיות לרבות תביעות ייצוגיות, יכולים להתמודד עם פרקטיקת הגרייס. אחד היתרונות באכיפה כנגד פרקטיקה זו הוא שהעלאת מחיר על ידי קמעונאים לפני סיום תקופת הגרייס ואחרי הודעת הספק על עליית המחיר הסיטוני מהווה ראייה כשלעצמה המעוררת את השאלה מדוע הקמעונאים העלו את המחיר לצרכן דווקא בעיתוי זה. אם אין זו הודעת הספק על עלייה צפויה במחיר הסיטוני שגרמה להעלאת המחיר לצרכן, מדוע המחיר לצרכן לא עלה לפני הודעת הספק? לחלופין, אם העלייה במחיר לצרכן קשורה להודעת הספק, מדוע המחיר לצרכן לא עלה אך ורק במועד שבו הועלה המחיר הסיטוני בפועל? בהתאם, אנו סבורים כי יישום הכלים המשפטיים המוצעים על פרקטיקה זו יהא קל יחסית.