

28.6.2018

לכבוד :

עו"ד מיכל הלפרין, הממונה על הגבלים עסקיים

כבוד הממונה,

הנדון : טיוטה לעיון הציבור :

כללי הגבלים עסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות), (הוראת שעה), התשע"ג-2013, מיום 29.3.2018.

בנייר עמדה זה נבקש להציג בתמצית את התייחסותנו לטיוטה שבנדון. נמקד את הערותינו להצעת הרשות להחיל את פטור-הסוג גם על הסדרים להכתבת מחירים אנכית (RPM), אשר כיום מוחרגים ממנו במפורש. לשיטתנו, אין מקום בשלב זה להחיל את פטור-הסוג על הסדרים להכתבת מחירים. מוצע לבחון אפשרות כזו בשנית בעוד חמש שנים, בתום פרק הזמן המוארך לתחולת פטור-הסוג שבנדון. ננמק :

א. כידוע, עד להלכתו המפורסמת של בית המשפט העליון בפרשת **שופרסל**¹, שלטה בכיפה ההלכה אשר החילה על הסדרים אנכיים את חזקותיו המוחלטות של סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. פסק-הדין בענין שופרסל ניתן לפני כשלוש שנים בלבד. ביום 28.6.2017, בעקבות פסק-הדין, רשות ההגבלים העסקיים פרסמה גילוי דעת 2/17 בענין "הסדרי הכתבת מחיר אנכית (RPM)". גילוי דעת ראוי זה מכיל ניתוח ופרשנות של הדין ומונה את השיקולים שהרשות תתחשב בהם בבואה לבחון תניה להכתבת מחיר. גילוי דעת זה הוא צעיר ביותר. דומה שעדיין לא ניתן לבחון בצורה מקיפה את ההתנהלות של השוק בעקבותיו.

ב. למיטב ידיעתנו, טרם נאספו נתונים אודות התגובה של המשק לפסק-הדין בענין שופרסל ולגילוי דעת 2/17, בכל הנוגע לתניות להכתבת מחירים. ראוי לבחון ולהעריך מהו היקף השימוש דהיום בתניות להכתבת מחירים, אם חל שינוי בענין זה בין התקופה שלפני הלכת שופרסל ולאחריה, ואם ניכרת השפעה סיבתית בין תניות להכתבת מחיר לבין רמות של מחירים. בדיקה כמותנית לגבי היקף התופעה וניסיון לאמוד את השלכותיה יסייעו לקבל החלטה מושכלת בשאלת המשטר המשפטי הראוי לתניות להכתבת מחיר. ספק אם כיום, בחלוף זמן קצר יחסית משינוי הדין, בשלה העת להקל שוב ברמת הפיקוח השלטוני.

¹ ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל (10.8.2015).

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

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

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

תנו לנו LIKE בפייסבוק! [/https://www.facebook.com/hethcenter](https://www.facebook.com/hethcenter)

- ג. גם בארצות הברית, כידוע, בתי המשפט פיתחו את הדין החל על תניות להכתבת מחירים. ההלכה המפורסמת שנפסקה בענינו של ד"ר מיילס,² החילה על תניות להכתבת מחירים את כלל הפסלות המוחלטת (illegal per-se). הלכה ותיקה זו הומרה כעבור כמאה שנים בכלל הסבירות (rule of reason), וזאת בפרשת Leegin.³ מענין לשים לב כי פסק-הדין בענין Leegin ניתן ברוב של חמישה כנגד ארבעה שופטים של בית המשפט העליון האמריקאי, שהתנגדו לריכוך הכלל המשפטי החל על תניות להכתבת מחירים. הסוגיה שנויה במחלוקת, ומעוררת עד היום פולמוס משפטי ושיח ציבורי ער.⁴ לא ניתן להתעלם מכך, שלצד השלכות פרו-תחרותיות של תניה להכתבת מחיר (המצדיקות את המעבר לכלל הסבירות), קיימות לתניות אלה גם השלכות אנטי-תחרותיות (ועל כן יש צורך בהחלת כלל משפטי גמיש). מדובר במקרה של שיקול דעת, המחייב עיון פרטני ובחינה של ההסדר על רקע מכלול היבטיו של היחס החוזי הקונקרטי והסביבה העסקית שבה הוא פועל.
- ד. כמובן, אין מחלוקת שמדובר בנושא חשוב ועיקרי בדיני האנטי-טרסט: המחירים עומדים בלב לבה של התחרות בעסקים, והם נחשבים למראה הטובה ביותר אשר משקפת את רמת התחרותיות בענף הנבחן. גם מן הטעם הזה, נדרשת גישה זהירה בכל הקשור לטיבו של המשטר המשפטי ולרמת הפיקוח השלטוני.
- ה. כתיבה משפטית מאוחרת לפסק-הדין בענין Leegin הצביעה על כך שהשוק האמריקאי הגיב לשינוי הדין. הלכת Leegin שחררה את הרסן המשפטי, והתעשייה הגיבה באימוץ תניות להכתבת מחירים במערכת היחסים החוזית שבין ספק למשווק.⁵ נראה כי זוהי תגובה צפויה, אשר עשויה להתחולל גם בישראל, שעברה מהפכה משפטית דומה. משום כך, נראה לנו חשוב בשלב זה לשמור על רמה גבוהה יחסית של פיקוח שלטוני. מעבר ממשטר משפטי אוסר (לפני הלכת שופרסל), למשטר משפטי המבוסס על הערכה עצמית (לפי הטיוטה המוצעת), נראה חד מדי. עדיף לאמץ מהלך מדורג, אשר במשך מספר שנים

² ראו:

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

³ ראו:

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

⁴ ראו למשל:

G. T. Gundlach, "Overview and contents of the special issue: Antitrust analysis of resale price maintenance after Leegin", 55(1) **The Antitrust Bulletin** (2010), 1

M. Bennett, A. Fletcher, E. Giovannetti & D. Stallibrass, "Resale Price Maintenance: Explaining the controversy and small steps towards a more nuanced policy", 33 **Fordham Int'l L. J.** 1278 (2010)

⁵ ראו למשל:

G. T. Gundlach & R. T. Krotz, "Resale Price Maintenance after Leegin: The curious case of contact lenses", **American Antitrust Institute**, working paper no 15-04

A. Mackay & D. A. Smith, "The Empirical Effects of Minimum Resale Price Maintenance" (June 16, 2014)

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

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

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

תנו לנו LIKE בפייסבוק! [/https://www.facebook.com/hethcenter](https://www.facebook.com/hethcenter)

מחייב את השחקנים במשק לפנות בפניה פרטנית לממונה על הגבלים עסקיים, שעה שמדובר בתניות להכתבת מחירים.

1. אנו סבורים שראוי ליתן את הדעת גם על השלכות האינטרנט בענף הקמעונאות. לא ניתן להתעלם מהשפעתו הניכרת בפיתוח חנויות וירטואליות להשוואת מחירים, וכן כאמצעי לרכישות מקוונות. לכאורה, האינטרנט תורם להגברת התחרותיות בענף הקמעונאי, משום שהוא מקדם שקיפות מחירים וניידות של צרכנים בין ספקים; בה בעת, קיים החשש שהספקים המסוגלים להשוות מחירים באמצעות האינטרנט - יתקבעו על מחירים דומים. כך למשל, הראה מחקר אמפירי שנערך לאחרונה בענף המזון.⁶ על רקע התגברות הרכישות המקוונות בעת האחרונה, יש להיזהר עוד יותר מביטול הפיקוח על תניות להכתבת מחירים. תניות אלה, בסביבה של שקיפות אינטרנטית, עלולות להרים את המחיר לצרכן כלפי מעלה ולקבע אותו שם לאורך זמן.

2. ענין נוסף: פטור-הסוג הנ"ל, העוסק בהסדרים אנכיים, מאמץ אמות מידה גמישות להחלתו ולכן מחייב הפעלה של שיקול דעת. שני התנאים לתחולת הפטור מנויים בסעיף 2 לכללים: "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 בהם כדי לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות בשוק כאמור". ביטויים אלה הם עמומים וטעונים פרשנות.⁷ על כן, הם לבדם אינם מתאימים להנחות את השחקנים בשוק. שעה שמדובר בכללים שנועדו להערכה עצמית, נכון לאמץ הנחיות מפורטות, מוגדרות וברורות. כך הוא אמנם המצב בפטורי-סוג אחרים המבוססים על הערכה עצמית, ואשר כוללים קביעות ברורות לגבי תנאי התחולה. למשל, נהוג להחריג תחולה של פטורי-סוג כאשר אחד הצדדים להסדר מחזיק בנתח שוק של 30% או יותר.⁸ ככל שהרשות מבקשת להחיל את פטור הסוג על תניות להכתבת מחירים, אנו בדעה שיש לכתוב בכללים עצמם קביעות מפורשות ומסוימות, להבהרת שאלת התחולה.

⁶ המחקר נערך אגב החבות המוטלת על רשתות שיווק, מכח החוק לקידום תחרות בענף המזון, לפרסם אונליין את מחירי המוצרים; ראו:

Itai Ater & Oren Rigbi, "The Effect of Mandatory Disclosure of Supermarket Prices", 26.2.2017.

⁷ בהקשר זה, אנו מברכים על טיוטת גילוי הדעת שהרשות פרסמה לאחרונה בענין פרשנות סעיף 14(א)(2) וסעיף 15(א)(2) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. שני המונחים המופיעים בסעיפי חוק אלה – "עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו" – הם מעורפלים וטעונים ליבון. אנו מעודדים מהלך של פרסום גילוי דעת פרשני, התורם לפיתוח הדין ומקדם וודאות.

⁸ ראו למשל:

סעיף 3(5) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית) (הוראת שעה), התשס"א-2001; סעיף 3(2) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים לרכישה בלעדית) (הוראת שעה), התשס"א-2001; סעיף 3(8) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור להסכמי זכינות) (הוראת שעה), התשס"א-2001.

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

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

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

תנו לנו LIKE בפייסבוק! [/https://www.facebook.com/hethcenter](https://www.facebook.com/hethcenter)

אנו מקווים שנייר עמדה זה יסייע בידי הרשות לגבש את עמדתה. אנו ממליצים להאריך את פטור-הסוג לתקופה נוספת, תוך שמירה על החרגת תחולתו על תניות להכתבת מחירים. ניתן יהיה לבדוק את הסוגיה בתום תקופת ההארכה, לאחר שיצטברו ניסיון ונתונים. ככל שהרשות בדעה כי ראוי כבר עתה להחיל את פטור הסוג גם על תניות להכתבת מחירים, אנו ממליצים לגבש ולפרסם שורה של כללים ברורים ובהירים לתחולת הפטור (בדומה לפטורי-סוג אחרים).

בכבוד רב ובברכה,

ד"ר איריס סורוקר, שופטת בדימוס

מנהלת מקצועית

מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה

המסלול האקדמי המכללה למינהל ראשלי"צ

דוא"ל: irisso@colman.ac.il

טל': 050-7704035