

ט"ז תשרי, תשפ"ב

22 ספטמבר, 2021

עיון מחדש בגילוי דעת 2/17 בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכית (RPM)

ביום 28.6.2018 פרסמה רשות התחרות ("הרשות") את גילוי דעת 2/17 בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכית (RPM) ("גילוי הדעת"). גילוי הדעת התפרסם על רקע פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת שופרסל,¹ לפיו הסדרים אנכיים ככלל אינם נתפסים בחזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 ("החוק") וכי יש לבחנם בהתאם לסעיף 2(א) לחוק.²

במסגרת גילוי הדעת הציגה הרשות את עמדתה באשר לאופן שבו יש לנתח מבחינה תחרותית הסדרי RPM.

בעת פרסום גילוי הדעת, כללי התחרות הכלכלית (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים) (הוראת שעה), התשע"ג-2013 ("פטור הסוג האנכי") קבעו במפורש כי פטור הסוג אינו חל על הסדרי RPM (למעט כבילות המגבילות את העלאת המחיר). ואולם, ביום 28 ביולי 2021 פורסם ברשומות תיקון לפטור הסוג האנכי.³ על פי התיקון, הסדרי RPM יוכלו לחסות תחת פטור הסוג האנכי בתנאי שיעמדו בשני התנאים המצטברים הקבועים בסעיף 2 לפטור הסוג האנכי:

- (1) הכבילות שבהסדר הכובל אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות בשוק כאמור;
- (2) עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

אם כן, נוכח תיקון פטור הסוג האנכי כאמור לעיל, בידי צדדים המעוניינים להקשר בהסדר RPM עומדת האפשרות לבצע הערכה עצמית באשר למידת הפגיעה בתחרות הטמונה בהסדר ובאשר לתכליתו ותועלתו, ואין הם נדרשים לפנות לממונה על התחרות לצורך קבלת פטור פרטני להסדרים כובלים מסוג זה.

יחד עם זאת, וכפי שעולה גם מגילוי הדעת, בהסדרי RPM מינימום והסדרי RPM הקובעים רמת מחיר קבועה (ביחד – "הסדר RPM מינימום"), טמונה פגיעה תחרותית אינהרנטית בתחרות התוך-מותגית, זאת לצד חששות תחרותיים נוספים שעשויים לעלות מהסדרים אלו. ככתוב בגילוי הדעת, הסדרי RPM מינימום נבדלים במהותם מרובן של הכבילות האנכיות, בכך שתוצאתם הישירה היא

¹ ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל (10.8.2015) **הגבלים עסקיים** 500841, להלן "פרשת שופרסל".
² פסק הדין הותיר ללא הכרעה את השאלה, האם יש להותיר פתח צר המאפשר להחיל את החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) גם על הסדרים אנכיים חריגים.
³ כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות) (הוראת שעה) (תיקון), התשפ"א – 2021, ק"ת 9527.

הגבלת התחרות התוך-מותגית בהיבט המחיר ביחס למצב בו לא היה קיים הסדר RPM מינימום. משכן, הרשות תתייחס להסדרים אלה בצורה מחמירה יותר מאשר ליתר ההסדרים האנכיים.

שינוי הסטנדרט המשפטי לבחינת הסדרי RPM מינימום על פי פטור הסוג האנכי אינו מוריד מהשפעתם הפוטנציאלית השלילית של הסדרים אלו וממשנה הזהירות שיש ליישם בעת הערכת השפעתם על התחרות.

על רקע האמור, מוצאת הרשות לנכון לפנות אל הציבור על מנת לבחון את הצורך בעדכון גילוי הדעת. באופן ספציפי מבקשת הרשות התייחסות לשאלות הבאות:

- א. באיזה מקרים, הסדרי RPM מינימום לא יעלו כדי הסדר כובל במובן סעיף 2(א) לחוק?
 - ב. האם גילוי הדעת בנוסחו הנוכחי מקנה הנחייה ברורה ביחס לשאלה מתי הסדר RPM מינימום חוסה תחת הסטנדרט הקבוע בסעיף 2(א) לחוק ולסטנדרט הקבוע בסעיף 2 לפטור הסוג האנכי?
 - ג. במסגרת גילוי הדעת ציינה הרשות מספר תועלות פרו תחרותיות העשויות לנבוע מהסדרי RPM מינימום. האם תועלות אלה אכן מתקיימות בפועל בהסדרי ה-RPM מינימום הקיימים בשוק? האם ניתן להשיג את התועלות הללו באמצעות הסדרים שפוגעים פחות בתחרות מהסדרי RPM מינימום?
 - ד. ככלל, עמדת הרשות כפי שהוצגה בגילוי הדעת, היא שאין מקום להתקשרות בהסדר RPM מינימום אלא אם מאפייני השוק מצביעים על מידה מספקת של תחרות ורק לצורך השגת תועלת פרו-תחרותית מובהקת. לאור זאת, האם נכון יהיה לקבוע, שהסדר RPM מינימום אינו עומד בסטנדרט הקבוע בסעיף 2 לפטור הסוג אלא אם הצדדים להסדר יראו, ביחס להסדר הספציפי שלהם, כי שוררת תחרות מספקת בשווקים המושפעים מההסדר ושההסדר נועד וצפוי להשיג תועלות פרו-תחרותיות ברורות ומשמעותיות?
- מעבר לשאלות אלו, הרשות פתוחה לשמוע כל הערה נוספת ביחס לאופן האסדרה הראוי של הסדרי RPM מינימום.

הערות יתקבלו בברכה עד ליום 28 באוקטובר 2021 בכתובת eyalsh@competition.gov.il