



רשות ההגבלים העסקיים

גילוי דעת 2/17

בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכית (RPM)

א. פתח דבר

עניינו של גילוי דעת זה בהסדרי הכתבת מחיר אנכית, דהיינו הסדרים שבהם גורם אחד בשרשרת האספקה של טובין מכתבי לגורם הנמצא בשלב עוקב בשרשרת האספקה את המחיר שבו יציע השני את הטובין. הסדרים אלה, הנודעים כהסדרי "Resale Price Maintenance" או "RPM", יכול שיקבעו רמת מחיר מזערית שבה מותר להציע את הטובין ("RPM Minimum"), רמת מחיר מירבית ("RPM Maximum") או רמת מחיר קבועה ("RPM Fixed").

מאחר שככלל אין הבדל של ממש בין הסדרי RPM Minimum והסדרי RPM Fixed, מבחינת השפעותיהם הצפויות על התחרות, גילוי דעת זה יתייחס לשני סוגי הסדרים אלה כאחד; הכוונה במונח "הסדרי RPM" להלן תהיה להסדרים אלה. בשולי הדברים נתייחס להמלצות מחיר שאינן בגדר הכתבת מחיר. כן נתייחס בקצרה להסדרי RPM Maximum, אשר לרוב אינם מעוררים את החששות לפגיעה בתחרות שעלולים להתעורר כתוצאה מהסדרי RPM מהסוגים האחרים.

הצורך בפרסום גילוי הדעת התחדד על רקע פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת שופרסל,¹ לפיו הסדרים אנכיים ככלל אינם נתפסים בחזקות החלטות של סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק"). עד לפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת שופרסל הפרשנות המקובלת הייתה שהסדרי RPM נלכדים בגדר החזקה החלוטה לקיומו של הסדר כובל הקבועה בסעיף 2(ב)(1) לחוק, הגם שנשמעו קולות פרשניים שחלקו על עמדה זאת. יתר על כן, גם כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות), התשע"ג-2013 (להלן: "פטור הסוג להסדרים שאינם בין מתחרים")² קבעו במפורש, כי פטור הסוג לא יחול על הסדרי RPM. בכך הותיר פטור הסוג את הסדרי ה-RPM כהסדרים לגביהם קיימת חזקה חלוטה שהם עלולים לפגוע בתחרות, דהיינו הסדרים כובלים. פסק הדין בפרשת שופרסל שינה את הדין בקובעו, כאמור, שככלל החזקות החלטות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק יחולו על הסדרים בין מתחרים בלבד.³

לפיכך, בהתאם להלכה הנוהגת בעקבות פסק הדין בעניין שופרסל, ככלל יש לבחון את הסדרי ה-RPM בהתאם להוראות סעיף 2(א) לחוק. על רקע זה מוצאת הרשות לנכון להציג את עמדתה באשר לאופן שבו יש לנתח הסדרי RPM ומתי ייחשבו הסדרים אלה כהסדרים המקיימים את יסוד העלילות למניעה או הפחתה של התחרות בעסקים.

¹ ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל (10.8.2015) הגבלים עסקיים 500841, להלן "פרשת שופרסל".
² כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות), התשע"ג-2013, ק"ת 1549, תוקנו ק"ת תשע"ו 2255.
³ פסק הדין הותיר ללא הכרעה את השאלה, האם יש להותיר פתח צר המאפשר להחיל את החזקות החלטות הקבועות בסעיף 2(ב) גם על הסדרים אנכיים חריגים במיוחד. אולם נדמה כי גם לפי העמדה שגורסת שיש להותיר פתח כאמור, ההסדרים אליהם כיוון בית המשפט העליון לא היו דווקא הסדרי RPM, כפי שיורחב בפרק הבא.

הסדרי RPM נבדלים במהותם מרובן של הכבילות האנכיות, בכך שתוצאתם הישירה היא הגבלת התחרות התוך-מותגית בהיבט המחיר ביחס למצב בו לא היה קיים הסדר RPM. משכך, רשות ההגבלים העסקיים תתייחס להסדרים אלה בצורה מחמירה יותר מאשר ליתר ההסדרים האנכיים. 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. באשר להסדרי RPM אשר אינם נוגעים למקטע הקמעונאי, ככלל הסדרים אלה ייבחנו בהתאם לאופי היחסים שבין הספק לבין המפיץ והכל בכפוף לאמור בפרקים הבאים.⁴

למען הסר ספק יובהר, כי עניינו של גילוי דעת זה אך ורק בהסדרי RPM, היינו הסדרים אנכיים הנערכים בין ספק לבין קמעונאי או מפיץ. הסדר שלו היבט של תיאום אופקי – למשל, פנייה משותפת או מתואמת של קמעונאים לספק משותף בדרישה כי יקבע ויאכוף הסדרי RPM או הסכמה בין ספקים על אימוץ משותף של הסדרי RPM – אינו בגדר הסדר RPM אלא הסדר אופקי במסווה של הסדר אנכי.⁵ אין באמור בגילוי דעת זה או בפסק הדין בפרשת שופרסל כדי לגרוע מתחולת החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק על הסדר אופקי כאמור, והוא יטופל באמצעות כלי האכיפה המתאימים.

כפי שנציג להלן, הסדרי RPM עלולים להעלות מגוון של חששות לפגיעה בתחרות, ובכלל זה חשש להקלה על שיווי משקל מתואם במקטע הספקים או הקמעונאים, חשש לפגיעה בתמריץ של קמעונאים לרסן כוח שוק של ספק דומיננטי וכן חשש לפגיעה ביכולתם של ספקים או קמעונאים קטנים להתחרות.

ב. כללי – הסדרים אנכיים בראי דיני ההגבלים העסקיים

סעיף 4 לחוק אוסר על היות אדם צד להסדר כובל, אלא אם התקבל היתר ממערך ההגבלים העסקיים. המונח "הסדר כובל" מוגדר בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, באופן הבא:

"2. (א) הסדר כובל הוא 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."

לצד הגדרה רחבה זאת, סעיף 2(ב) קובע שהסדר ייראה כהסדר כובל אם יש בו כבילה הנוגעת 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 עניינו של גילוי דעת זה בבחינת הסדרי RPM בראי חוק ההגבלים העסקיים בלבד, ואין בו משום התייחסות למעמדם של הסדרים אלה לפי חוק קידום התחרות בענף המזון, התשע"ד-2014 או לגרוע מתחולתו.
⁵ ראו למשל הכרעת הדין בת"פ 1274/00 מדינת ישראל נ' מודגל (22.3.2010) הגבלים עסקיים 5001596, בו נקבע: "אומר כבר כאן, כי גם אם הנאשמים מתארים נכון את תכונות העיקריות של הקשר בין מודגל לכל אחד מהם כקשר אנכי, אין ספק כי מדובר בהתמקדות בחלק אחד של התמונה, תוך החמצת עיקרית. חלקה האחר והחשוב של התמונה, בכל הנוגע להסדרים הנטענים, הוא הקשר האופקי הקיים בין המשווקים לבין עצמם..." (פס' 22, הדגשות במקור); וכן הכרעת הדין בת"פ 1142/01 מדינת ישראל נ' שולשטיין (2.11.2008) הגבלים עסקיים 5001304, בו נקבע: "ההסדר שבו עוסק כתב האישום אינו אנכי בלבד. משמעותו האופקית ברורה: הראיות מלמדות, כפי שיפורט להלן, כי טמבור פעלה כך לשמירת אינטרס "הטמבוריות", שגם הן משווקות את הצבעים – והיו בבחינת רשת השיווק שלה – ודאגה לצורך זה ליישור קו מחירים אחד בינו לבין כל הרשתות. בדרך כזו נוצר תיאום מחירים אופקי." (פס' 36, הדגשות במקור).

(4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם."

החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) פורשו על ידי בית המשפט העליון כחזקות חלוטות.⁶ עד לאחרונה, על פי הפרשנות המקובלת הוחל סעיף 2(ב) לחוק גם על הסדרים אנכיים, היינו הסדרים שבין גורמים הפועלים בשלבים שונים של שרשרת האספקה.⁷ משמעות הדבר הייתה שהסדרים אנכיים רבים, ובכללם כל הסדר שעניינו כבילת מחיר אנכית, נלכדו בחוקה החלוטה שבסעיף 2(ב)1 לחוק והיו בגדר הסדרים כובלים, האסורים אלא אם הותרו באחד מהמנגנונים שנקבעו בחוק.

במהלך השנים גברה הדעה בספרות מקצועית לפיה לא ראוי להחיל את סעיף 2(ב) כמות שהוא על הסדרים אנכיים.⁸ ביסוד תפיסה זאת עמדה ההבנה, כי הפרשנות המקובלת לסעיף 2(ב) לחוק מוציאה מעבר לגדרי המותר הסדרים רבים, הנערכים במשק מדי יום ביומו, שאינם מעלים כל חשש לפגיעה בתחרות, ובמקרים רבים אף תורמים לתחרות ולרווחת הצרכן. בשנת 2004, העלה בית המשפט העליון את האפשרות שלא להחיל את החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) על הסדרים אנכיים, אך הסוגיה נותרה ללא הכרעה.⁹

במהלך השנים, חלק משמעותי מההסדרים האנכיים הותר על ידי הממונה על הגבלים עסקיים (להלן: "הממונה") במסגרת פטורי סוג שונים שנקבעו לאורך השנים מכוח סעיף 15א לחוק, ובכפוף לתנאים הקבועים בהם. בפרט, נקבעו פטורי סוג ביחס להסכמי רכישה בלעדית,¹⁰ הסכמי הפצה בלעדית,¹¹ הסכמי זכיינות¹² והסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך.¹³

בשנת 2013 פרסם הממונה את פטור הסוג להסדרים שאינם בין מתחרים, אשר על פיו צדדים להסדרים שאינם אופקיים ושאינם כוללים כבילות מחיר פטורים מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדר. זאת בתנאי שההסדר עומד בתנאים הקבועים בסעיף 14א לחוק בעניין סמכות

⁶ דניאל 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 98-94 (2001), להלן: "פרשת טבעול". ראו גם ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, ע"פ 845/02 מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית לישראל בע"מ, פ"ד סב(3) 307 ועוד.

⁷ בפרשת טבעול בית המשפט העליון קבע ברוב דעות שסעיף 2(ב) חל על כל הסדר הבא בגדרי המקרים המנויים בסעיף 2(ב) ושהמבחן הוא בעיקרו מבחן צורני. פסק הדין לא הבחין בין הסדרים אופקיים ואנכיים. אולם מאחר שפסק הדין בפרשת טבעול ופסקי הדין שניתנו בעקבותיו עסקו בהסדרים שהם אופקיים באופיים, שאלת תחולת הלכת טבעול על הסדרים אנכיים לא התבררה (ראו בפסי ע"ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה, כבי השופט רובינשטיין בפרשת שופרסל).

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(3) (2004), בעמ' 751; דיויד גילה וי' שפיגל "הסדרים אנכיים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים – כרך א' 323, 412-405 (תשס"ח-2008); דיויד גילה "תמורות בהתייחסות להסדרים כובלים אנכיים" המשפט י"ג (תשס"ט), 50; מ"ש גל, א' ישראלי ומ' פרלמן "הסדרים כובלים – יסודות האיסור" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים 193, 290 (תשס"ח-2008); מיכל גל "לבור את המוץ מהתבן – היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל בהתאם לפסיקה האחרונה" דין ודברים א' (תשס"ח). כן ראו בפסי עה-פג לפסק דינו של המשנה לנשיאה, כבי השופט רובינשטיין בפרשת שופרסל.

⁹ רע"א 6233/02 אקסטיל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ ואח' פד"י נח(2) 635.

¹⁰ כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית) (הוראת שעה), התשס"א-2001, ק"ת 668, תיקון אחרון ק"ת תשע"ו 2253 (להלן: "פטור הסוג להסכמי רכישה בלעדית").

¹¹ כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית) (הוראת שעה), התשס"א-2001, ק"ת 669, תיקון אחרון ק"ת תשע"ו 2256 (להלן: "פטור הסוג להסכמי הפצה בלעדית").

¹² כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי זכיינות) (הוראת שעה), התשס"א-2001, ק"ת 672; תיקון אחרון ק"ת תשע"ו 2251.

¹³ כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך) (הוראת שעה), התשס"ו-2006, ק"ת 796; תיקון אחרון ק"ת תשע"ו 2251.

הממונה לתת פטור.¹⁴ תוצאתו המעשית של פטור הסוג להסדרים שאינם בין מתחרים הייתה להחיל על מרבית הכבילות האנכיות מתווה של "הערכה עצמית" (self-assessment) על ידי הצדדים להסדר. אולם, הסדרים שעניינם RPM הוחרגו במפורש מתחולתו של פטור הסוג, כך שמעמדם על פי הפרשנות המקובלת היה כמעמדם של ההסדרים האופקיים: אסורים אלא אם התקבל בגינם היתר פרטני.

בשנת 2015, הושלמה התפנית בגישת הדין הישראלי להסדרים אנכיים במסגרת פסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת שופרסל, בו נקבע כי, ככלל, יש לבחון הסדרים אנכיים בהתאם לסעיף 2(א) לחוק ולא בהתאם לסעיף 2(ב).

במסגרת פסק הדין, עמד בית המשפט העליון על ההבדלים בין הסדרים אנכיים לבין הסדרים אופקיים, מבחינת שכיחותם, החששות שהם מעלים לפגיעה בתחרות והתועלות התחרותיות שעשויות להיות בהם. כפי שהסביר כב' השופט הנדל, מטרתן של החזקות החלוטות, על פי דברי ההסבר לחוק, היא לתפוס מקרים בהם "השלכת ההסדר בין הצדדים על צמצום התחרות אינה מוטלת בספק"¹⁵ – הנחה שאינה בהכרח מבוססת כאשר מדובר בהסדר אנכי. כן מצא בית המשפט העליון כי הסדרים אנכיים עשויים דווקא לתרום לתחרות ולרווחה החברתית, כך שהחלת סעיף 2(ב) ביחס אליהם עלולה שלא לשרת את תכליות החוק. כלשון המשנה לנשיאה, כב' השופט רובנשטיין:

"כפי שעולה הן מהספרות והן מהפסיקה הזרה, הטלת איסור *per se* – שזו למעשה תוצאת החלתן של החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) – על הסדרים אנכיים, עלולה להפחית את הרווחה החברתית ובכך לחטוא למטרות עליהן בא חוק ההגבלים העסקיים להגן."¹⁶

נוכח האמור, קבע בית המשפט העליון כי, ככלל, הסדרים אנכיים ייבחנו לפי עלילות פגיעתם בתחרות, במסגרת סעיף 2(א). כלומר, ככלל הסדרים אנכיים אשר אינם מקימים עלילות למניעה או להפחתה של התחרות לא מסווגים עוד כהסדרים כובלים, וזאת אף אם יש בהם הוראות הנוגעות לעניינים המפורטים בסעיף 2(ב).

כפי שיוצג בהמשך, דין זה חל גם על הסדרי RPM, אשר מטבעם נוגעים למחיר המוצר. בהתאם, ככלל, אין להחיל על הסדרים אלה את סעיף 2(ב) לחוק. סיווגם של הסדרים אלה תלוי אם כן בתוצאות בחינה פרטנית של השפעתם על התחרות, על פי אמות המידה הקבועות בסעיף 2(א) לחוק. מטרתו של גילוי דעת זה היא לשפוך אור על אופן בחינתם של הסדרי RPM על ידי רשות הגבלים עסקיים, על המורכבות הכרוכה בכך, ולהבהיר כי הסדרי RPM ייבחנו על ידי רשות הגבלים עסקיים בעין קפדנית יותר מהסדרים אנכיים אחרים.¹⁷

¹⁴ היינו שהכבילות שבחסדר אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר או שאין בהן כדי לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות בשוק כאמור, שעיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה ושאינו בהסדר כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

¹⁵ הצעת חוק ההגבלים העסקיים, ה"ח התשמ"ד-1983 1647 עמ' 42, מצוטט בפסי' 5 לפסק דינו של כב' השופט הנדל.

¹⁶ פסי' פה לפסק הדין.

¹⁷ להשלמת התמונה, התפנית הזאת בגישת המשפט הישראלי להסדרים אנכיים דומה לתפנית שחלה בגישת המשפט האמריקאי. בשנת 1977, בית המשפט העליון האמריקאי קבע שיש מקום לבחון הסדרים אנכיים שאין בהם כבילות מחיר לפי כלל הסבירות (rule of reason) ולא בהתאם לחזקת הפסלות (איסור ה-*per se*) (Continental Television Inc et al. v. GTE Sylvania Inc, 433 U.S. 36 (1977)). הלכה זו הורחבה גם להסדרי RPM maximum בשנת 1997 (State Oil Co. v. Khan, 522 U.S. 3 (1997)) ולהסדרי RPM minimum ו-RPM fixed בשנת 2007 (Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007)). במסגרת פסק הדין בעניין Leegin, עמד בית המשפט העליון של ארצות הברית על מגוון ההצדקות הפרו-תחרותיות שעשויות להיות להסדרי RPM, כפי שיידונו בהמשך. בית המשפט העליון אמנם הכיר בחששות לפגיעה בתחרות שהסדרי

להשלמת התמונה, בין השופט רובינשטיין לבין השופט הנדל התגלעה מחלוקת, אשר לא הוכרעה בפסק הדין, באשר לשאלה האם יש להותיר פתח צר המאפשר להחיל את החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) גם על הסדרים אנכיים "חריגים במיוחד".¹⁸ אך גם על פי העמדה הגורסת שיש להותיר פתח כאמור, ההסדרים להם כיוון בית המשפט העליון לא היו דווקא הסדרי RPM.¹⁹

ג. הסדרי RPM הנוגעים למקטע הקמעונאי

פרק זה יעסוק בניתוח הסדרי RPM בין ספק לבין קמעונאי או גורם אחר המשווק מוצרים ישירות ללקוח הסופי (להלן: "קמעונאי"), ואילו הפרק הבא יעסוק בהסדרים בין ספק לבין גורם שאינו מוכר מוצרים ישירות ללקוח הסופי (להלן: "מפיץ").

נקדים ונבהיר כי פרק זה יתמקד בהסדרים בין ספק לבין קמעונאי המוכר מוצרים לצרכנים פרטיים. עיקר הניתוח שבפרק רלוונטי גם ביחס לקמעונאי שמוכר מוצרים ללקוח סופי שאינו צרכן פרטי (כגון מכירת תשומה לתעשייה או מכירה לשוק המוסדי), בשינויים המחויבים. זאת, למעט מקרה שבו הקמעונאי מוכר את המוצרים מושא ההסדר ללקוחות הסופיים (שאינם צרכנים פרטיים) על פי הסדר בלעדיות שבינו לבין הספק. במקרה כזה, הסדר ה-RPM בין הקמעונאי לבין הספק דומה יותר, מבחינת החששות שהוא מעלה והתועלות שהוא צפוי להשיג, להסדר עם מפיץ. משכך יש לבחון אותו בהתאם לעקרונות שבפרק ד' להלן. בדומה לכך, כאשר קיים הסדר קונסיגנציה בין הספק לקמעונאי, ובכלל זה קמעונאי המוכר לצרכנים פרטיים, ככלל לא ייתפס ההסדר כהסדר RPM, מאחר שהלכה למעשה, הספק הוא הבעלים במוצרים הנמכרים לצרכן, כפי שיורחב בפרק ד'.

1.ג. תחרות תוך-מותגית אל מול תחרות בין-מותגית

לניתוח ההשפעה התחרותית של הסדרי RPM רלוונטית האבחנה בין תחרות תוך-מותגית ותחרות בין-מותגית. תחרות בין-מותגית מתקיימת כאשר מוצרים או שירותים שונים המסופקים על ידי ספקים שונים הם תחליפים קרובים זה לזה. לעומת זאת, תחרות תוך-

RPM עלולים להעלות, אך מצא כי הסדרי RPM אינם פוגעים בתחרות "תמיד או כמעט תמיד". משכך, אין מקום לפסילתם הגורפת של הסדרים אלה תחת כלל ה-*per se* אלא יש להעריך את החששות והתועלות העולים מן ההסדר במקרה הפרטני.

גישת המשפט של האיחוד האירופי חשדנית יותר כלפי הסדרי RPM בהשוואה לשיטת המשפט האמריקאית, אך עדיין מותירה מקום לבחינת תרומתם לתחרות. פטור הסוג שקבעה הנציבות האירופית בעניין כבילות אנכיות (Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ L 102, 1 (23.4.2010)) מחרג מתחולתו הסדרי RPM. כפי שמוסבר בהנחיות הנציבות האירופית לפטור הסוג (SEC(2010) 411, (10.5.2010)), משמעות אי-תחולת פטור הסוג היא כי חזקה על כבילות אלה שהן פוגעות בתחרות. כן חזקה על הסדרי RPM שהם אינם עומדים בתנאי סעיף 3(101) לאמנה על תפקודו של האיחוד האירופי (TFEU), המתיר הסדרים כובלים התורמים לשיפור הייצור של טובין או הפצתם או המקדמים התקדמות טכנית או כלכלית, כאשר הצרכנים צפויים ליחנות מהתועלות הנובעות מכך ובכפוף לתנאים המפורטים בסעיף. ואולם, בידי הצדדים להסדר RPM שמורה הזכות לטעון כי הסדר RPM שבו הם קשורים, מגשים תועלות פרו-תחרותיות. במקרה כאמור, ייבחנו החששות לפגיעה בתחרות ובצרכנים כתוצאה מן ההסדר אל מול התועלות שהוא מגשים לצורך ההכרעה בדבר תחולת סעיף 3(101) לאמנה.

¹⁸ כלשון המשנה לנשיאה, כבי השופט רובינשטיין בפסי' פו לפסק הדין, הפתח שהציע להותיר הוא להסדרים "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".

¹⁹ כפי שציין השופט רובינשטיין, ההסדר שנדון בפרשת שופרסל נעדר כל מטרה, תחרותית או אחרת, פרט לפגיעה בתחרות האופקית מולה שופרסל הייתה ניצבת; משכך, על פי גישתו של השופט רובינשטיין, ההבדל בינו לבין הסדר אופקי מוערי. נראה, אם כן, כי כאשר הציע השופט רובינשטיין לשמור פתח לבחינת הסדרים אנכיים תמורים במיוחד בהתאם לחזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק, הוא לא כיוון דווקא להסדרי RPM.

מותגית מתייחסת לתחרות על שיווק מוצרי אותו ספק. התחרות התוך-מותגית עשויה לבוא לידי ביטוי, למשל, בתחרות בין קמעונאים או משווקים על מחיר המוצר ללקוח הסופי או על מתן שירותים הנלווים לאספקתו (כגון הדגמות, העסקת אנשי מכירות, השקעה בתצוגה רחבה או בפרסום).

מעצם טיבו, הסדר RPM הנוגע למקטע הקמעונאי מגביל את התחרות התוך-מותגית באותו מקטע והוא עשוי לקבוע מחיר גבוה יותר לצרכן עבור המוצר שבהסדר בהשוואה למצב בהיעדר הסדר RPM. אלא שניתוח ההשפעה התחרותית של הסדר RPM במקטע הקמעונאי והשפעתו על הרווחה החברתית אינו מתמצה רק בבחינת השפעתו על התחרות התוך-מותגית. אדרבה, בכל הנוגע להסדרים אנכיים, ובכלל זה להסדרי RPM, יש להתחשב גם בהשפעת ההסדרים על התחרות הבין-מותגית, 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).

2.2. חששות לפגיעה בתחרות

ככלל, הסדרי RPM הנוגעים למקטע הקמעונאי מעוררים חשש לפגיעה בתחרות בעיקר כאשר קיימת ריכוזיות גבוהה במקטע הספקים, במקטע הקמעונאי או בשניהם, הכל כפי שנרחיב עתה.

חשש להקלה על שיווי משקל מתואם במקטע הספקים

במקטע הספקים, הסדר ה-RPM עלול להקל על הגעה לשיווי משקל מתואם ושמירה עליו. בהיעדר הסדר RPM, כל ספק קובע מחיר סיטונאי בלבד, ואינו יכול לקבוע את המחיר הקמעונאי. הואיל והמחירים הסיטונאיים ככלל אינם שקופים כלפי ספקים המתחרים זה בזה, הדבר מקשה על הספקים לייצב שיווי משקל מתואם הנוגע למחיר הסיטונאי.

הסדרי RPM, במסגרתם מכתוב הספק מחיר אחיד לקמעונאים, מקלים על הגעה וייצוב שיווי משקל מתואם בין הספקים משום שהם מצמצמים את השונות שמתקיימת בדרך כלל במחירים הקמעונאיים. שקיפותם של המחירים הקמעונאיים למתחרי הספק מקלה בתורה על הגעה לשיווי משקל מתואם בין הספקים ועל איתור סטיות משיווי משקל זה, באופן המקל על ייצובו.

השימוש בשקיפות המחירים הקמעונאיים כמכשיר אכיפה לשיווי המשקל המתואם בין הספקים, המתאפשר בחסות הסדרי RPM, עשוי אף להפחית את התמריץ של כל ספק לסטות משיווי המשקל בדרך של הורדת המחיר הסיטונאי. סטייה משיווי משקל מתואם בין הספקים דרך הורדת המחיר הסיטונאי עשויה להיות כדאית ככל שההנחה לקמעונאי מגולגלת אל הצרכן באופן שיוצר עלייה בביקוש למוצר ובכמות הנמכרת ממנו, או שהקמעונאי מגדיל את שיעור רכישותיו מהספק, כך שהספק יוצא נשכר מהמהלך. קיבוע המחירים הקמעונאיים במסגרת הסדר ה-RPM ושקיפותם עלולים להביא לכך שהורדת המחיר הסיטונאי, כשהיא לעצמה, לא תביא להורדת המחיר הקמעונאי, כלומר, לא תגולגל לצרכן. בנסיבות אלה, לא צפויה תוצאה של הגדלת כמות המכירות.²⁰

²⁰ לדיון בחשש זה, ראו OECD Roundtable on Resale Price Maintenance, DAF/COMP(2008)37, וכן Itai Paldor Rethinking RPM: Did the Courts Have it Right All Along? (Thesis submitted in accordance with the requirements for the Contribution by the European Commission, pp. 225-232 (להלן: "OECD Roundtable"), ניתן לעיין בכתובת: <https://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf>; וכן Itai Paldor Rethinking RPM: Did the Courts Have it Right All Along? (Thesis submitted in accordance with the requirements for the

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.²¹ יחד עם זאת יוער כי שיעור כיסוי גבוה עשוי להעיד על כך שמדובר בשוק ובמוצר אשר מאפייניהם מעלים חשש לכשלי שוק שהסדרי ה-RPM מסייעים בפתרון, והכל כפי שנרחיב בהמשך.

חשש לצמצום התמריץ של קמעונאים לרסן כוח שוק של ספק דומיננטי

הסדרי RPM עשויים, בנסיבות מסוימות, להקל על הפעלת כוח שוק על ידי ספק דומיננטי, בכך שהם עשויים לצמצם את התמריץ של קמעונאים חזקים לנצל את כוח המיקוח שבידיהם על מנת לרסנו. משכך, כאשר קיים ספק דומיננטי הפועל מול מספר קמעונאים חזקים שמתחרים זה בזה, הסדרי RPM בין הספק לבין הקמעונאים עלולים לתמוך בשיווי משקל שמאפשר לספק לשמר רמת מחירים למוצרו, הגבוהה מזו שהייתה שוררת לו הייתה מתקיימת תחרות בין קמעונאים אלו בהיבט המחיר לצרכן.²²

השפעתם של הסדרי RPM בנסיבות אלו מבוססת על המנגנון הכלכלי הבא: ככל שיש לקמעונאים החזקים במבנה שוק כזה כוח מיקוח מול הספק, כל קמעונאי מסוגל להפעילו על מנת להשיג הנחות במחיר הסיטונאי כדי להגביר את יכולתו להתחרות בקמעונאים האחרים ולהגדיל את נתח השוק שלו על חשבונם על דרך הורדת המחיר לצרכן.²³ בתרחיש כזה, לעיתים נוצר תמריץ משותף לספק ולקמעונאים להגיע להסדר המרכז את התחרות במקטע הקמעונאי. באמצעות קיבוע המחיר לצרכן, הסדר RPM מול הקמעונאים אינו מאפשר לאף אחד מהם לגלגל הנחה שהוא מקבל במחיר הסיטונאי למחיר לצרכן, ולכן הוא מפחית מהתמריץ של הקמעונאי לדרוש הנחות מהספק מלכתחילה. הקטנת התמריץ של הקמעונאים לדרוש הנחות שיובילו למחיר נמוך יותר לצרכן מגדילה את הרווח הכולל של הספק והקמעונאים על חשבון רווחת הצרכן, ובפרט תורמת ליכולת הספק הדומיננטי להפעיל כוח שוק על הצרכן.²⁴

חשש זה מהסדר RPM מתקיים במקרים בהם התחרות הבין-מיתגית חלשה ולכן הספק יכול להגדיל רווח על ידי העלאת מחיר ביחס למחיר בהעדר הסדר ה-RPM.

חשש להקלה על שיווי משקל מתואם במקטע הקמעונאי

במקרים מסוימים, הסדר RPM עלול לסייע לקמעונאים המעוניינים להגיע לשיווי משקל מתואם ביניהם שלא בדרך של תיאום אופקי אסור, וזאת בשתי דרכים עיקריות: ראשית, הספק המשותף משמש כ"שוטר" לגילוי סטיות משיווי המשקל המתואם ואכיפתן; ושנית, הוא עלול להקשות על רשויות האכיפה לזהות את הפסול שיש בהסדר ואת ההיבטים האופקיים

²¹ degree of SJD – Graduate Department of Law, University of Toronto, 2007 (להלן: "מאמר פלדור"), בעמ' 121-126.

²² ראו OECD Roundtable, בעמ' 229. כן יוער כי חשש זה עשוי שלא להתקיים במקרה של משווק המוכר ללקוח סופי שאינו צרכן פרטי, שכן המחירים הנגבים מלקוחות כאמור עשויים להיות בלתי שקופים למשווקים וספקים אחרים, או למצער שקופים פחות בהשוואה למחירים הנגבים מצרכנים פרטיים.

²³ ראו בהנחיות הנציבות האירופאית לעניין כבילות אנכיות: EU Commission, Guidelines on Vertical Restraints, 2010/C 130/01 (להלן: "ההנחיות האירופאיות"), פס' 224.

²⁴ דוגמה למקור כוח המיקוח של קמעונאי דומיננטי מובאת במאמר פלדור בעמ' 96, המתאר תרחיש בו הקמעונאי יכול לאיים על הספק בהורדת המוצר המדובר מהמדפיס.

²⁵ ראו, בין היתר, Daniel P. O'Brien and Greg Shaffer, *Vertical Control with Bilateral Contracts*, 23(3) RAND J. OF ECON. 299 (1992).

הברורים שלו, בכך שהוא מעניק "כסות" של הסדר ראוי גם להסדר אשר אינו מקיים כל תועלות פרו-תחרותיות.²⁵

ככלל, אין לספק תמריץ לסייע לקמעונאים להגיע לשיווי משקל מתואם, שכן הדבר צפוי להביא לירידת הכמות המבוקשת ובהתאם לירידה ברווחיות הספק. תחת הנחת מוצא זאת, החשש להקלה על שיווי משקל מתואם מתעצם באחד מהמקרים הבאים: לספק עצמו יש תמריץ אנטי-תחרותי לאמץ את ההסדר, שכן מדובר בספק החותר ליצירה או שימור של שיווי משקל מתואם במקטע הספקים, כפי שהורחב לעיל בחשש הראשון; או שמדובר בספק דומיננטי שמעוניין לנצל את כוחו, כפי שהורחב לעיל בחשש השני; או שמדובר בקמעונאים או מפיצים דומיננטיים הפועלים מול ספק חלש יחסית, התלוי בהם. בתרחיש האחרון, הסדרי ה-RPM יהיו אפקטיביים, מבחינת הגבלת התחרות, בעיקר אם מתקיימים במקביל הסדרי RPM עם ספקים נוספים. אחרת, הצרכנים עשויים לעבור לרכוש מותגים מתחרים מספקים שאינם צדדים להסדר ה-RPM.²⁶

ניטול למשל מקרה היפותטי בו תחפוש לפורים משווקות על ידי שתי רשתות צעצועים גדולות. הרשתות חפצות שלא להתחרות ביניהן על מחיר התחפושות. ההגעה להסדר אופקי ביניהן כרוכה בסיכון משפטי גבוה. לעומת זאת, הניסיון להגיע לשיווי משקל מתואם משתמע, שלא באמצעות הסדר מפורש, כרוך בסיכונים כלכליים גבוהים. זאת מאחר שתקופת הביקוש לתחפושות קצרה, ורשת אשר תפרסם מחיר נמוך יותר צפויה לגרוף נתח משמעותי מהמכירות על חשבון הרשת השנייה, לפני שהשנייה תספיק להגיב בירידה של מחירים מצידה. במקרה שכזה, התקשרות של כל רשת בהסדר RPM עם יצרן התחפושות המוביל (או עם שיעור גבוה של יצרני התחפושות אם לא קיים יצרן אחד מוביל), עלולה לאפשר לרשתות להתגבר על קשיים אלה ולהגיע לתיאום המיוחל: הספק המשותף (או הספקים המשותפים) יוכל להגיב באמצעים חוזיים לסטייה משיווי המשקל המתואם, ובמקביל ההסדר יקבל כסות של הסדר אנכי "תמים" שמידת החשיפה המשפטית שהוא יוצר נמוכה יותר.

חשש לפגיעה ביכולתם של ספקים או קמעונאים קטנים להתחרות

בנסיבות מסוימות הסדרי RPM עלולים להעלות חשש חד-צדדי לשימור כוח השוק הקיים שבידי ספק דומיננטי תוך דחיקת מתחרים קטנים יותר. נניח כי קיים מוצר דומיננטי המשווק על ידי מספר רשתות מתחרות והושק מוצר חדש המתחרה בו. בהיעדר הסדר RPM, המוצר החדש עשוי להימכר במחיר הנמוך מהמחיר שנבנה בגין המוצר הדומיננטי, כך שחלק מהביקוש למוצר הדומיננטי יוסט למוצר החדש. אך בהתקיים הסדר RPM לגבי המוצר הדומיננטי, הקמעונאים נהנים משולי רווח גבוהים יותר על המוצר הדומיננטי מאשר על המוצר החדש. בנסיבות אלה עשוי להצטמצם תמריצם של הקמעונאים לשווק את המוצר החדש. באופן זה, הסדר ה-RPM עלול לסייע לספק דומיננטי לחסום את התחרות על המקטע הקמעונאי מצד ספקים אחרים.²⁷

²⁵ OECD Roundtable, עמ' 58-23.

²⁶ ראו מאמר פלדור, עמ' 58-61, OECD Roundtable, 58-23 וכן 213-223.

²⁷ ראו במאמר John Asker and Heski Bar-Isaac, *Raising Retailers' Profits: On Vertical Practices and the Exclusion of Rival*, 104(2) American Economic Review, 672 (2013) פסי' 48 ו-224 וכן במאמר פלדור בעמ' 240-253.

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. זאת, מאחר שהסדר RPM, המקבע מחיר מינימום לצרכן, מגביל את חופש הפעולה של הקמעונאים ואינו מאפשר לקמעונאי יעיל לגלגל את החיסכון המושג כתוצאה מייעילותו לצרכן הסופי באמצעות מחיר זול יותר. חשש זה מתעורר כאשר הסדרי RPM מכסים שיעור גבוה הן של מקטע הספקים והן של מקטע הקמעונאים.²⁸

3.ג. הצדקות פרו-תחרותיות

בצד החששות שתוארו לעיל, לעיתים יש בהסדר RPM כדי להביא לשיפור בשירותים הנלווים הניתנים לצרכן על ידי משווק המוצר. כך כאשר הסדר ה-RPM מסייע בפתרון "בעיית הסוכן" הנגרמת כתוצאה מפער האינטרסים שבין ספק לבין הקמעונאים או המפיצים המוכרים את מוצריו לצרכן. בעיית הסוכן מתעוררת כאשר החלטותיו של קמעונאי או מפיץ משפיעות על רווחי הספק מבלי שהקמעונאי או המפיץ מפנים השפעות אלה. כך, למשל, החלטות הקמעונאי ביחס להשקעה שלו בקידום מכירות ואופן מתן שירותים נלווים ללקוח הסופי, עשויות להשפיע על הביקוש לטובין המופצים, בעוד שהרווחים הנובעים מכך מתחלקים בין הקמעונאי לבין הספק.

לעיתים, בעיית הסוכן תביא לכך שהקמעונאי לא ישקיע במתן שירותים נלווים לצרכן במידה הרצויה, באופן הפוגע בתחרות הבין-מיתגית וברווחת ציבור הצרכנים. בעיה זאת מתחדדת במקרה שבו קיימת "בעיית טרמפיסט". "בעיית טרמפיסט" בהקשר דנן מתקיימת כאשר קמעונאי יכול ליהנות הנאת חנם מהשקעות הקמעונאי שמתחרת בו במתן השירותים הנלווים.²⁹

לשם המחשה, נניח שספק מעוניין לשווק מכונות כביסה באמצעות חנויות למוצרי חשמל. שיווק מכונות כביסה מצריך השקעה באולם תצוגה, שבו יוצבו מוכרנים מקצועיים, אשר יכולים להסביר על המוצר ולהדגים את השימוש בו כדי להמחיש לצרכנים את היתרונות הייחודיים של המכונה ואת אופן השימוש בה. שיווק מכונות הכביסה אף יצריך לעיתים מתן שירות מהקמעונאי לצרכנים גם לאחר המכירה. השקעה כאמור מאפשרת לצרכן לבחור את המכונה מתאימה ביותר עבורו ולהפיק מהמכונה את מירב התועלת, כך שהיא עשויה להגדיל את הביקוש למכונות.

אולם השקעה זאת אינה בהכרח כדאית לחנות מוצרי החשמל, מאחר ששולי הרווח שלה על מכירת כל מכונה עשויים להיות נמוכים. עלול, אם כן, להיווצר מצב, שבו חנות מוצרי החשמל לא תרוויח כלל או לא תרוויח מספיק מההשקעות שהיא תידרש להשקיע בשטחי תצוגה נוספים, אנשי הדרכה נוספים ואנשי שירות נוספים. לעומת זאת עבור הספק השקעה זאת עשויה להגדיל את המכירות ולכן היא כדאית מאד. זאת היא בעיית הסוכן.

²⁸ ראו OECD Roundtable, 232-225.
²⁹ ראו OECD Roundtable, בעמ' 58-23.

יתר על כן, בעל החנות עשוי לחשוש שמא יפתח לידו מחסן קטן, שבו אין אולם תצוגה או מוכרנים אלא רק עובד בודד ומכונות כביסה ארוזות. בזכות החיסכון בעלויות, המחסן יוכל להציע את מכונות הכביסה במחיר זול מהחנות שליד. בעל החנות יחשוש שהלקוחות ינצלו את אולם התצוגה שלו על מנת להתרשם מהסוגים השונים של מכונות הכביסה ולקבל עצות והדגמות מהמוכרנים, ואז יעברו למחסן שלידו רק על מנת לבצע את הרכישה. מטבע הדברים, חשש דומה מתקיים ביחס לחנויות מקוונות, שנדרשות להשקיע פחות במתן שירותים נלווים מסוימים, כגון הצבת שטחי תצוגה פיזיים. במצב דברים זה, התמריץ של בעל החנות להשקיע במוכרנים נפגע, וכך גם יכולת הלקוחות ללמוד על המוצרים השונים וליהנות מההדגמות של המוכרנים. זאת היא בעיית הטרמפיסט.

בנסיבות אלה, הספק עשוי לרצות להתקשר עם כלל המשווקים בהסדרי RPM במטרה למנוע בעיות הסוכן והטרמפיסט. במקרה כזה הסדרי ה-RPM עשויים להיטיב עם ציבור הצרכנים, בכך שהם מעודדים השקעה במאמצי שיווק ובמתן שירותים נלווים, אשר עשויים להגביר את תועלת הצרכנים מהמוצר ולהגביר את התחרות הבין-מותגית.

דוגמה נוספת לתועלת פרו-תחרותית שעשויה להיות בהסדר RPM היא במקרה של חדירת מוצר חדש לשוק. נניח, למשל, שספק מסוים מעוניין להיכנס לשוק מכונות הכביסה באמצעות השקת מותג מכונות כביסה חדש. מאחר שהמותג אינו מוכר לצרכנים, השקתו עשויה להצריך השקעות מיוחדות מצד חנויות מוצרי החשמל לצורך קידום מכירות, מעבר להשקעה הכרוכה בשיווק מותגים מוכרים יותר (כגון הצגת מכונות הכביסה במקום בולט בחנות, מתן הוראות למוכרנים להמליץ על המוצר החדש וכדו'). בהיעדר הסדר RPM, שיעורי הרווח של הקמעונאי על מכירת המכונה החדשה עשויים שלא להצדיק השקעה מיוחדת כאמור. במקרה כזה, הסדר ה-RPM עשוי לסייע לצמצם את פער האינטרסים שבין הקמעונאי לבין ספק המוצר החדש, באופן המעודד השקעת הקמעונאי בהחדרת המותג החדש לשוק ברמה הרצויה, ובכך להביא לשיפור התחרות הבין-מותגית.

4.ג. אופן בחינת הסדרי RPM במקטע הקמעונאי

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.

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 הטרמפיסט כמתואר לעיל. בהתאם, ככל שאופי המוצר והתחרות הבין-מנותגית 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-מנותגית. עדויות לקיומה של בעיית טרמפיסט במקטע הקמעונאי בפועל יחזקו מסקנה זאת. נדגיש, כי על מנת להצדיק תועלת פרו-תחרותית, נדרשים תימוכין קונקרטיים לכך שהסדר ה-RPM שיפר או עומד לשפר את השירותים הנלווים למכירת המוצר בפועל או שקיימת תכנית קונקרטית לשיפורם כאמור כתוצאה מהסדר ה-RPM; לא די לעניין זה באמירות כלליות באשר לעידוד החוליה הקמעונאית להעניק שירות טוב יותר או להגדיל את השקעותיה.

כמו כן, הרשות תיטה שלא לנקוט בצעדי אכיפה ביחס להסדרי RPM שמתייחסים למוצרי יוקרה מובהקים, אשר אופי הצריכה שלהם מלמד על כך שהלקוח אינו רגיש למחירם או שהוא דווקא מבקש לרכוש אותם בשל מחירם הגבוה.

לעניין שיעור הכיסוי של הסדרי ה-RPM את כל אחד מן המקטעים, שיעור כיסוי גבוה או נמוך עשוי להישקל לשני כיוונים: מצד אחד ככל ששיעור הכיסוי של הסדרי RPM גבוה יותר באחד או יותר משני המקטעים, כך יגברו החששות מפני הקלות על יצירת שיווי משקל אל-תחרותי כמוסבר לעיל. מצד שני כיסוי רחב של הסדרי RPM עשוי גם להעיד על כך שמאפייני השוק הרלוונטיים מצריכים הסדרי RPM על מנת להתגבר על בעיות סוכן ובעיות נציג כמוסבר לעיל. לפיכך אופן השפעתו של שיעור הכיסוי על עוצמת החששות התחרותיים והתכליות הפרו-תחרותיות ייקבע בכל מקרה על פי נסיבותיו.

שני היבטים אלה הם תנאים **מצטברים** להכשרת הסדר RPM: רק הסדר שנערך בתחום שבו שוררת מידה מספקת של תחרות ובנוסף הוא נדרש לצורך קידום התחרות באופן המיטיב עם ציבור הצרכנים, ייתפס כהסדר אשר אינו מקים חשש למניעת או להפחתת התחרות. 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.

ד. הסדרי RPM שאינם נוגעים למקטע הקמעונאי

כפי שהוזכר לעיל, הניתוח שהוצג לעיל מתייחס להסדרים בין ספק לבין קמעונאי או גורם אחר המשווק מוצרים ללקוח סופי. כאשר הסדר ה-RPM מתקיים בין ספק לבין מפיץ, אופן הניתוח של הסדר ה-RPM יהיה תלוי בטיב הקשרים בין הספק לבין המפיץ, כפי שנסביר עתה.

נקדים ונבהיר כי הניתוח שיוצג בפרק זה רלוונטי רק להסדרים שבין ספק לבין מפיץ המשמש כחוליית ביניים עצמאית בין ספק לבין קמעונאי. הסדר ה-RPM בין משווק לבין הקמעונאי, דינו כדין הסדר בין ספק לבין קמעונאי ויש לנתח אותו בהתאם לעקרונות שהותוו בפרק הקודם. כמו כן, אם המפיץ הוא מתחרה קיים או פוטנציאלי במקטע ייצור הטובין, אזי מדובר בהסדר לו היבטים אופקיים החורגים מגילוי דעת זה.

הבחנה חשובה בין הסדרי ספק-מפיץ לבין הסדרי ספק-קמעונאי נוגעת למידת שקיפות המחירים במקטע אליו נוגע הסדר ה-RPM. החשש לפגיעה בתחרות בין הספקים בדרך של הקלה על שיווי משקל מתואם רלוונטי בעיקר כאשר ה-RPM מתייחס למחירים קמעונאיים, וזאת בשל מידת שקיפותם כלפי הספקים המתחרים. חשש זה אינו מתעורר באותה עוצמה כאשר מדובר בהסדר RPM הנוגע למחיר הסיטונאי בלבד, שכלל אינו שקוף למתחרים של הסיטונאים.

בהתחשב בתפקידים השונים שמפיץ עשוי למלא בשרשרת האספקה, יש לבחון את אופי היחסים שבין הספק לבין המפיץ בשני היבטים:

ראשית, יש לבחון את חלוקת הסיכונים שבין הספק לבין המפיץ. בקצה מנעד האפשרויות מצויים הסדרי קונסיגנציה, בהם כלל הסיכונים הנוגעים לשיווק המוצר מוטלים על הספק והמפיץ משמש רק כלי לביצוע המכירה; ובקצה השני הסדר שבמסגרתו הספק מוכר את הטובין למפיץ ויוצא לחלוטין מהתמונה, כך שמלוא האחריות לשיווק, קידום ומכירתם של המוצרים מוטל על המפיץ בלבד והוא לבדו נושא בתוצאות העסקיות של כישלונו או הצלחתו.

ככל שהספק נוטל על עצמו חלק גדול יותר מהסיכונים הכרוכים במכירת המוצרים, הדבר מעיד על כך שהמפיץ אינו פועל כגורם מקבל החלטות עצמאי ובמובן זה אינו מהווה גורם בעל משמעות עסקית או תחרותית בשרשרת האספקה.³⁰ במקרה כזה, אך הגיוני שהספק יהיה זה שיקבל את ההחלטות העסקיות בנוגע לתנאי המכירה – ובכלל זה בנוגע למחיר.³¹ לפיכך, ככלל הסדר RPM שבין ספק לבין מפיץ ייחשב לגיטימי במקרה שבו הספק נושא בחלק הארי של הסיכונים הכרוכים בשיווק המוצרים.

³⁰ נוכח רציונל זה, לאורך השנים ניתנו מספר החלטות פטור ביחס להסדרים הכוללים כבילת RPM במסגרת יחסי הפצה בקונסיגנציה. ראו למשל החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסכם בין דנשר בע"מ לבין אגיס הפצה ושיווק (1989) בע"מ ובין דנאגיס בע"מ (20.3.2001) **הגבלים עסקיים** 3010585; החלטה בדבר מתן פטור מאישור בית הדין להסדר כובל בין דיפלומט מפיצים (1968) בע"מ לבין זיתא תעשיות שמן (1999) בע"מ (23.8.2006) **הגבלים עסקיים** 5000453; החלטה בעניין בקשת הפטור מאישור הסדר כובל להסדר בין החברות טמפו משקאות בע"מ וגורי מוצרי צריכה (1991) בע"מ (17.2.2008) **הגבלים עסקיים** 5000777.

³¹ לדיון באופן בחינת חלוקת הסיכונים בין ספק לבין מפיץ והשפעתה על הניתוח התחרותי של הסדרים אנכיים, ראו T-325/01 DaimlerChrysler AG v. Commission of the European Communities [2005] ECR II-3319.

גם ההנחיות האירופאיות, המתייחסות להסדרי RPM בצורה מחמירה, רואות מקום להתייחסות שונה להסדרים שבהם ספק קובע את מחיר המכירה עבור מפיץ הנמצא איתו בהסדר סוכנות ("agency agreement"). המבחן שבהנחיות לסיווג יחסים בין ספק למפיץ כ"הסדר סוכנות" הוא אמנם מבחן מחמיר, הדורש כי המפיץ לא יישא בשום סיכון הכרוך בשיווק המוצרים או יישא בסיכונים זניחים בלבד. אך ההיגיון הכלכלי העומד מאחורי הגישה דומה להגיון שעומד ביסוד העמדה כאן: על פי ההנחיות, קביעת תנאי מכירת המוצרים, לרבות המחיר, על ידי הספק היא למעשה חלק אינהרנטי מהסכם הסוכנות, הנדרשת על מנת שהספק יוכל לשאת בסיכונים הכרוכים בשיווק המוצרים ולפיכך להיות במצב של קביעת האסטרטגיה המסחרית. כלשון ההנחיות: "The following obligations of the agent's part will be considered to form an inherent part of an agency agreement, as each of them relates to the ability of the principal to fix the scope of activity of the agent in relation to the contract goods or services, which is essential if the principal is to take the risks and therefore to be in a position to determine the commercial strategy: ...the prices and conditions at which the agent must sell or purchase these goods or services" (עמ' 8 להנחיות).

על סמך היגיון דומה, גם פטורי הסוג להסכמי רכישה בלעדית ולהסכמי הפצה בלעדית התיירו להתקשר בהסדרי RPM עם סוכן בלעדי, ובלבד שהסוכן אינו "סוכן עצמאי" (ראו סעיף 4א(ב) לכל אחד מפטורי הסוג). לעניין זה, "סוכן עצמאי" מוגדר כסוכן "שהוא צד להסכם סוכנות בלעדית שביצעו דורש ממנו השקעות משמעותיות ומיוחדות להסכם או נטילת סיכונים משמעותיים ומיוחדים להסכם".

שנית, יש לבחון האם המפיץ פועל כ"זרוע הארוכה" של הספק, במובן זה שהוא ממילא אינו צפוי לחולל תחרות תוך-מותגית במקטע המשווקים. מפיץ ייחשב כזרוע הארוכה של הספק במקרים בהם קיימת בלעדיות הדדית בין הספק לבין המפיץ בשיווק והפצה, כמו גם במקרים נוספים (כגון בלעדיות בהפצה בלבד). במקרים אלה, התחרות התוך-מותגית במקטע השיווק וההפצה ממילא מוגבלת ביותר; לפיכך, בהנחה שעצם הסדר הבלעדיות אינו פוגע בתחרות, לא צפויה להיות להסדר RPM כל השפעה תוספתית שלילית.³²

משכך, הסדר RPM עם מפיץ שאינו מוכר לצרכן הסופי אינו בגדר הסדר כובל כאשר הספק נושא בחלק הארי של הסיכונים הכרוכים בשיווק המוצר או כאשר המפיץ משמש כזרוע הארוכה של הספק.

ה. הסדרי הכתבת מחיר אנכית אחרים

עד כה התמקדנו בהסדרי RPM minimum או RPM fixed שבין ספקים לבין קמעונאים ומפיצים. בפרק זה נתייחס בקצרה למספר מקרים אחרים קשורים:

המלצת מחיר

במקום להתקשר בהסדר RPM, ספק עשוי להמליץ לקמעונאים או למפיצים על המחיר שיגבו עבור מוצריו. המלצה כאמור אינה מעלה חשש לפגיעה בתחרות, כל עוד מדובר בהמלצה "טהורה" – היינו, המלצה שאינה תולדה של הסכמה מפורשת או משתמעת בין הצדדים, וכזו שהקמעונאים או המפיצים חופשיים לסטות ממנה ושלא קיימת צפייה שיימנעו מלעשות כן. אם עולה אינדיקציה כי ה"המלצה" לכאורה אינה באמת המלצה, אלא מסווה להכתבת מחיר, אזי לא יהיה כל הבדל בינה לבין כל הסדר RPM אחר, ויש לבחון אותה בהתאם לעקרונות שתוארו לעיל.

על מנת לקבוע האם מדובר בהמלצה טהורה או בהכתבת מחיר, קודם כל יש לבחון את מידת האפשרות לסטות מההמלצה בפועל; אינדיקציות ברורות לכך שהקמעונאים או המפיצים מרשים לעצמם לסטות מן המחיר המומלץ יתמכו במסקנה כי מדובר בהמלצה בלבד. מאידך גיסא, קיומם של תמריצים או תנזות מצד הספק או יחסי כוחות אנכיים המוטים לטובת הספק באופן משמעותי מספיק שהקמעונאים לא יעזו לסטות מהמלצתו, יצביעו על כך שמדובר ב"המלצה" בשם בלבד. מאחר שאופן ההשפעה של המלצה על מרחב התמרון של הקמעונאים או המפיצים בפועל עשוי להשתנות, יש לבחון את ההצעה, מידת הסטייה ממנה ומידת האפשרות לסטות ממנה מעת לעת.

³² ראו לעניין זה החלטת בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין דיפלומט מפיצים (1968) בע"מ וסטאדקיסט פודור בע"מ (31.7.2006) הגבילים עסקיים 5000452.

הסדר RPM מקסימום

בנוסף להסדרי RPM הקובעים מחיר מזערי, בין באמצעות קביעת מחיר קבוע (RPM fixed) ובין באמצעות קביעת מחיר מזערי בלבד (RPM minimum), ספק עשוי להתקשר עם קמעונאים או מפיצים בהסכם המגביל את רמת המחיר המרבית שניתן לגבות מהצרכנים בגין המוצר בלבד (RPM maximum). ככלל, הסדרים אלה אינם מעלים את החששות לפגיעה בתחרות שתוארו בפרק 2.ג. לעיל.

הסדר RPM maximum יכול לשמש את הספק כפתרון לבעיית "המרווח הכפול" שעלול להיווצר כתוצאה מהפער באינטרסים המניעים אותו ואת הקמעונאי: ספק מוכר לקמעונאי מוצר במחיר הממקסם את רווחיו. הספק היה מעדיף שהקמעונאי ימכור את המוצר במחיר זול ככל הניתן – כלומר, במחיר עלות – על מנת למקסם את כמות המוצרים הנמכרים, ובכך את רווחי הספק. ואילו הקמעונאי יעדיף למכור את המוצר במחיר הממקסם את רווחיו; במקרה שבו המוצר אינו נמכר בשוק שבו שוררת תחרות משוכללת, מחיר זה יהיה גבוה ממחיר עלות. נוצר, איפוא, מרווח כפול מעל עלות ייצור המוצר, כך שכמות המוצר הנמכרת אף קטנה ממה שהספק היה מעדיף. הסדר RPM maximum עשוי לפתור לספק בעיה זאת בדרך של קביעת מחיר מרבי הנמוך ממחיר השוק.

הסדר RPM maximum גם עשוי להגן על הצרכנים מפני ניצול כוח שוק מצד קמעונאי דומיננטי. לשם המחשה, יבואן רכב עשוי לקבוע מחיר מרבי עבור חלפי רכב הנמכרים במוסך, במטרה למנוע הפעלת כוח שוק על ידי מוסך שאינו מרוסן על ידי תחרות מצדם של מוסכים אחרים באזור גיאוגרפי נתון. בדוגמה זאת, ריסון כוחו של המוסך עשוי לסייע ליבואן הרכב בתחרות בשוק כלי הרכב, וזאת ככל שהצרכנים משקללים גם את עלות החלפים בעת רכישת כלי רכב חדש.

נוכח האמור, הסדרים אלה לרוב ייחשבו כיעילים כלכלית, שכן אין בהם להגביל את התחרות.³³ יחד עם זאת, לעיתים המחיר שנקבע בהסדר RPM maximum ישמש בפועל כנקודת ייחוס לתמחור עבור כל הקמעונאים או הספקים (focal point); במילים אחרות, הסדר RPM maximum עשוי להפוך, *de facto*, להסדר RPM fixed. לפיכך, חשוב לבחון הסדרים אלה באופן עיתי, על מנת להעריך את מהותם הכלכלית בפועל ולבחון את השפעתם על התחרות בהתאם.

1. סוף דבר

בעקבות פסק הדין בפרשת שופרסל, דין הסדרי RPM כדין יתר הכבילות האנכיות: הסדרי RPM אינם נפסלים באופן גורף או מסווגים כשלעצמם כהסדרים כובלים; חוקיותם נבחנת בהתאם למידת החשש לפגיעה בתחרות שהם מעוררים. יחד עם זאת, נקודת המוצא לבחינת הסדר RPM שונה מרובן של הכבילות האנכיות, שכן תוצאתו הישירה של הסדר RPM היא הגבלת התחרות התוך-מותגית בהיבט מחיר המוצר מושא ההסדר. משכך, מן הראוי שצדדים יתקשרו בהסדרים אלה הנוגעים למקטע הקמעונאי רק בהתקיים שני תנאים מצטברים: הראשון, שההסדר אינו נוגע לשוק אשר בשל מאפייניו שוררת בו מידה מועטה של תחרות או

³³ בכפוף לכך שהמחיר המרבי אינו בגדר מחיר טורפני של בעל מונופולין.

שמתקיים בו חשש לתיאום בין השחקנים הפועלים בו ; והשני, שההסדר נדרש לצורך קידום התחרות הבין-מיתגית, באופן המיטיב עם ציבור הצרכנים. ככל שמאפייני השוק מצביעים על מידה פחותה של תחרות בשוק, כך תידרש הצדקה מובהקת יותר ומשמעותית יותר, הנובעת באופן ישיר וקונקרטי מהסדר ה-RPM. באשר להסדרים אשר אינם נוגעים למקטע הקמעונאי, סיווגם כהסדרים כובלים יהיה בהתאם לאופי היחסים שבין הספק לבין המפיץ וכפי שהורחב לעיל.

מיכל הלפרין

 הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ד' בתמוז התשע"ז

28 ביוני 2017