

טיוטת פטור סוג בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכי – מתי ספק יכול להכתיב מחיר למפיץ ומשווק?

ביום 29.3.2018, מעל לשנתיים לאחר החלטת בית המשפט העליון בפרשת שופרסל (ע"פ 3285/14 שופרסל ואח' נ' מדינת ישראל (מיום 10.8.2015)), פרסמה רשות ההגבלים העסקיים טיוטת תיקון לפטור הסוג להערכה עצמית (ובשמו המלא - כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות) (הוראת שעה), תשע"ג-2013) שנועד, בין היתר, להבהיר מתי יוכל ספק להכתיב מחיר למפיצים ומשווקים.

תזכורת - במסגרת פסק הדין בפרשת שופרסל הפך בית המשפט העליון את הפרשנות המשפטית הקיימת בהגבלים עסקיים בנוגע להסדרים כובלים אנכיים, וקבע כי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 לא יחול על הסדרים אנכיים (כדוגמת הסדרים בין ספק למפיץ, יצרן למשווק, יבואן ומשווק מקומי).

בהכרעת הדין ובהתבסס, בין היתר, על ספרה של ד"ר חגית בולמש, אימצו שופטי בית המשפט העליון את הפרשנות הכלכלית התכליתית בנוגע להסכמי הפצה והחליטו כי הסדרים אנכיים ייבחנו לפי סעיף 2(א) לחוק ולא לפי סעיף 2(ב) לחוק. כלומר, מעתה הסכמי הפצה ושיווק יבחנו על פי המשמעות הכלכלית של ההסכם והפגיעה בתחרות ובשוק.

בפסק הדין השופטים נותרו חלוקים באשר לשאלה האם יש להותיר פתח צר לבחינת הסדרים אנכיים חריגים לפי סעיף 2(ב) בכל הנוגע להכתיבת מחיר אנכית. שאלה זו נותרה בצריך עיון.

בטיטת פטור הסוג הרשות שיתנה את עמדתה בנוגע לסוגיה שנתרה במחלוקת וקבעה כי לא יחול כלל גורף של איסור הכתבת מחיר בין ספק למפיץ, וכי כבילות מחיר זו תבחן בהתאם לעלילות הפגיעה בתחרות של הכבילה. עמדה זו הינה המשך של עמדת הרשות, כפי שהובעה בגילוי דעת 2/17: בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכית (RPM) מיוני 2017.

תיקון פטור הסוג חשוב לצורך וודאות הדין עבור הצדדים להסדר - בעוד שגילוי דעת מהווה עמדה של הרשות בלבד, הרי שפטור הסוג הינו חקיקת משנה על פי חוק שמאפשרת לצדדים להסדר להסתמך עליה גם בהליכים אזרחיים.

אולם, חשוב להבהיר שהשימוש בפטור סוג זה אינו דומה לשימוש בפטורי סוג אחרים, ויש לנקוט במשנה זהירות בעת השימוש בו. זאת לאור מהותו של פטור הסוג – פטור שדורש מהצדדים לבחון ולהעריך לבד את הסביבה התחרותית של הצדדים להסדר והשפעת ההסדר על התחרות, תוך שימוש במבחנים משפטיים וכלכליים בתחום ההגבלים העסקיים.

הנקודות החשובות בטיטת התיקון לפטור הסוג:

1. הכתבת מחיר אנכית אינה אוטומטית הסדר כובל: פטור הסוג מבהיר שגם על הסדרי הכתבת מחיר מינימום ומחיר קבוע (RPM) לא תחול החזקה הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים כאשר באים ליישם את פטור הסוג.

נמחק האיסור הגורף שהופיע בפטור הסוג עד היום שאסר באופן גורף לכלול כבילות מחיר בהסדרים אנכיים בין ספק למפיץ. ממועד כניסת פטור הסוג החדש לתוקף הסדרי הכתבת מחיר יבחנו לפי סעיף 2(א) לחוק, ובהתאם לכללי פטור הסוג, ולכן סיווגם של הסדרי הכתבת מחיר יהיה תלוי בתוצאות בחינה פרטנית של נסיבות ההסדר והשפעתו על התחרות. עמדה זו מתיישבת גם עם גילוי דעת 2/17 שאינו פוסל מראש הסדרי הכתבת מחיר אלא בוחן אותם בהתאם לנסיבות עריכתם והתחרות בשוק.

יש להניח שהמבחנים המשפטיים והכלכליים שנקבעו בגילוי דעת 2/17 ישמשו את הצדדים בעת יישום פטור הסוג, ונראה כי לפחות בשלבים ראשוניים הסדרי הכתבת מחיר יבחנו בעין קפדנית יותר מהסדרים אנכיים אחרים.

2. צמצום הצדדים הזכאים להשתמש בפטור הסוג: צדדים "מתחרים" אינם יכולים להשתמש בפטור הסוג על מנת להכשיר כבילות בהסדרים בניהם. הרשות הרחיבה את הגדרת "מתחרים", ובכך צמצמה את מספר החברות שיוכלו להינות מהפטור.

מיהו "מתחרה" על פי פטור הסוג:

1. מי שהתקיימו בניהם יחסי תחרות בתקופת ההסדר או עד שלוש שנים טרם ההסדר.

2. בתקופת ההסדר – מי שסיפקו או רכשו טובין שהם תחליפיים בעיני הצרכן.

3. מתחרים אינם רק כאלה שמתחרים בפועל בזמן ההסדר - מי שסביר שהיו מתחרים ללא הסדר או שיש ביכולם להתחרות באופן מיידי שלא על ידי הליכי מיזוג ורכישה של פעילות – ייחשבו למתחרים. כמו כן, מי שהחלו בהכנות לייצור או הספקה של טובין מתחרים יחשבו כמתחרים לצורך פטור זה.

4. הפטור לא יחול על מי שערכו את ההסדר במטרה למנוע את הפיכתם למתחרים זה בזה.

5. הפצה דואלית אינה יוצרת כשלעצמה תחרות - מתחרים אינם כאלה שכל התחרות בניהם נובעת מקיומה של מערכת הפצה שבה הספק מתחרה במפיצו בהפצת מוצרי הספק.

לאור הגדרות אלה - ישנם ענפים רבים שמבנה ההפצה והשיווק שלהם לא יאפשר את השימוש בפטור הסוג, שכן הם כוללים יחסים אנכיים בין מתחרים.

כך, לדוגמה, ההגדרה של מתחרים חשובה במיוחד במקרים של יבוא מקביל (שבהם מפיץ החל בהכנות לייבא את המוצר ביבוא מקביל במקום מהספק הרשמי). במקרים אלה יהיה קושי לכלול כבילות של הכתבת מחיר בין ספק למפיץ שיש ביכולתו ובכוונתו להפוך ליבואן מקביל.

3. שני מבחנים מצטברים יהיו בסיס לבחינת חוקיות הכתבת המחיר בין ספק למפיץ ומשווק (קמעונאי וסיטונאי):

הראשון הוא מבחן העלילות לפגיעה בתחרות, שיהיה מושפע בעיקר מהמצב התחרותי במקטע הספקים והקמעונאים. בשווקים שבהם יש תחרות נמוכה בין ספקים ומותגים שונים, או כאשר יש תלות במספר מצומצם של משווקים, יטו לראות בהסדרי הכתבת מחיר כהסדר כובל ולא יחול פטור הסוג.

השני הוא מבחן המטרות שעמדו בבסיס הכתבת המחיר, שיבחן האם יש תכלית פרו-תחרותית לקביעת המחיר. אם להסדר הכתבת המחיר אין תכלית פרו תחרותית ברורה, עלולים לראות את ההסדר כהסדר כובל.

4. שני הסדרי מחיר שלא יעוררו חשש תחרותי, ולכן לא יהיה צורך בבחינתם על פי פטור הסוג, למעט מקרים חריגים:

הסדרי המלצת מחיר "טהורים" אינם הסדר כובל: המלצת מחיר "טהורה", שאינה מסווה להכתבת מחיר, אינה מעלה חשש לפגיעה בתחרות ולפיכך אינה מהווה הסדר כובל.

הסדרי מחיר מקסימום ככלל (למעט חריגים) אינם הסדר כובל: לרוב יחשבו כיעילים כלכלית, שאין בהם כדי להגביל את התחרות. במקרים חריגים, שבהם המחיר יסייע לצדדים להגיע להסדר הכתבת מחיר שעלול לפגוע בתחרות, יבחנו את ההסדר על פי השפעתו לתחרות.

*****מטרת המזכר היא עדכון כללי בלבד. האמור בו נועד לצרכים אינפורמטיביים ואינו מתיימר למצות את כל הוראות הדין בעניין. אין להסתמך על האמור בו כעצה משפטית ואין לראותו כחוות-דעת משפטית.*****