

האם המלצה על מחיר היא הגבל עסקי ומדוע?

פרופסור דיוויד גילה*

תוכן עניינים

1	מבוא
2	המלצת מחירים אופקית
11	המלצת מחירים אנכית
24	3.1 מהו ההבדל העובדתי בין "המלצה" ל-"הכתבה"?
27	3.2 ההבדל בין המלצת מחירים אופקית להמלצת מחירים אנכית לעניין השפעה על הצרכנים
29	3.3 ההבדל בין המלצת מחירים אנכית להכתבת מחירים אנכית מבחינת ההשפעה על הצרכנים
32	3.4 פרשת שולשטיין
39	4. סיכום

1. מבוא

מתחרה א' ממליץ למתחרה ב' איזה מחיר הם יגבו מצרכנים. מתחרה ב' מאמץ את ההמלצה בהתנהגותו או שהוא מסכים שזה יהיה המחיר המומלץ. האם מדובר בהסדר כובל אסור? ספק ממליץ למפיעים א' וב', הרוכשים ממנו את המוצר ומוכרים אותו לצרכנים, איזה מחיר הם יגבו מהצרכנים, ושני המפיעים מאמצים את ההמלצה בהתנהגותם או שהם מסכימים שזה יהיה המחיר המומלץ. האם מדובר בהסדר כובל אסור? המטרה של מאמר זה להעניק (למיטב ידיעתי באופן שלא נעשה עד עכשיו) הסבר כלכלי, מדוע הסדר מן הסוג הראשון, ההמלצה בין המתחרים (להלן-"המלצת מחירים אופקית"), מהווה הסדר כובל אסור,¹ בעוד שהסדר מן הסוג השני, ההמלצה בין ספק ללקוחותיו (להלן-"המלצת מחירים אנכית"),² איננה מהווה הסדר כובל אסור.³

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב, gilod@post.tau.ac.il. ברצוני להודות לעוזר המחקר נוי דור על עזרתו הרבה והערותיו המועילות. ניתן לאזכר מאמר זה תוך ציטוטו.

¹ ניתן לדלות ממקורות רבים מדוע בהקשר ה-"אופקיי" שבין מתחרים, כל סוג של קומוניקאציה לגבי המחיר שייגבה מצרכנים הוא אסור, גם אם מדובר בהמלצה לא מחייבת, שאיננה מלווה במנגנון המתמרץ את הצדדים לאמץ את ההמלצה. ראו את המקורות המאוזכרים להלן בפסקה 2.

² כאשר אדון בהמלצת מחירים אנכית – זו שספק נותן ללקוחותיו, אקרא ללקוח בדרך כלל "מפיץ". הדיון בהקשר זה יהיה רלוונטי לכל לקוח שהספק ממליץ לו איזה מחיר הלה יגבה מהצרכנים. כך, למשל, המפיץ יכול להיות קמעונאי, הרוכש מיצרן ומוכר לצרכנים, והוא יכול להיות גם סיטונאי הרוכש מיצרן ומוכר לקמעונאים.

לאור זאת, טעו, לדעתי, בתי המשפט המחוזיים בשני מקרים שהתעוררו לאחרונה. מחד, בפרשת קרטל המעטפות,⁴ זוכו מתחרים בתחום המעטפות למרות שנקטו בהתנהגות שאנלוגית להמלצת מחירים אופקית. מאידך, בפרשת שולשטיין, נקבע, למיטב הבנתי, שהמלצת מחירים אנכית מצד טמבור שאומצה בהתנהגות על ידי מפיצה מהווה הסדר כובל אסור.⁵

בפסקאות שלהלן נסביר מה בין "המלצת מחירים אופקית" ל-"המלצת מחירים אנכית". נראה מדוע ההלכה המקובלת היא שהמלצת מחירים אופקית מהווה הסדר כובל אסור ומדוע המלצת מחירים אנכית איננה מהווה כלל הסדר, ומכאן שאיננה יכולה להוות הסדר כובל. במסגרת זו, נבחין גם מה בין המלצת מחירים אנכית לבין הכתבת מחירים אנכית. הווה אומר, נסביר מדוע המלצה אנכית על המחיר לצרכן היא מותרת, בעוד שהכתבת הספק לגבי המחיר לצרכן שיגבו המפיצים עשויה, לעיתים, להוות הסדר כובל אסור. נדגיש גם כי לעתים קרובות התנהגות המצטיירת כ-"המלצה" גרידא היא הלכה למעשה "הכתבה", ויש לדון בה ככזו, על כל המשתמע מכך.

2. המלצת מחירים אופקית

כאמור, בהקשר שבין מתחרים, אפילו המלצה כלפי מתחרה, שאיננה מנוסחת בלשון מחייבת, ושאננה מלווה בתמריצים המדרבנים לאמץ את ההמלצה, שמתקבלת בהתנהגותו של המתחרה, היא בגדר הסדר כובל אסור. כך גם אם המתחרה מגיב בהסכמה כי זה אכן יהיה המחיר המומלץ. כל קומוניקאציה בין מתחרים לגבי הפרמטרים שהם מתחרים עליהם, ובפרט המחיר, ולו בקריצת עין, היא אסורה, ולמעשה מהווה את העבירה הבוטה ביותר בדיני ההגבלים העסקיים.⁶

כך, למשל, השופט זיילר בת"א (י-ם) 396/87 קיסין אח' נ' פטרולוגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ ואח':⁷ קבע, בהקשר של טענה להסדר כובל בין מתחרים, כי:

³ ראו את המקורות המובאים להלן בפסקה 3.

⁴ ראו ת"פ (י-ם) 377/04 מדינת ישראל נ' וול, כבי' השופט שפירא (טרם פורסם).

⁵ ר' ת"פ (י-ם) 1142/01 מדינת ישראל נ' שולשטיין (טרם פורסם).

⁶ מקרים בולטים של תיאום מחירים בין מתחרים שנגמרו בהרשעות פליליות ובעונשי מאסר כוללים את קרטל המרצפות, ע"פ 02/2929 מדינת ישראל נ' סבירסקי, נו(3) 135; קרטל צינורות PVC, ע"פ 2754/97 צור נ' מדינת ישראל, תק-עליון 198(1); קרטל המעטפות, ת"פ (י-ם) 377/04 מדינת ישראל נ' וול; קרטל הגז, ת"פ 366/04 מדינת ישראל נ' בידרמן, תק-מח 2007(2), 5045.

⁷ פ"מ לב(6) 650, בע' 660.

"המילה הסדר כוללת כל דרך מתואמת שמגמתה השלטת הסדר כובל. אין זה מעניינו של החוק אם הושג בדרכי קונספירציה, או בדרכי הסדר, או באמצעות צד ג או על ידי קריצת עין, או על ידי צחוק של הבנה, או על ידי מתאם שהוא זר להסדר, או על ידי דברים שנאמרו למאן דהוא שאינו שייך לענין, כדי שהדברים יישמעו על ידי מי ששייך לענין, או בכל דרך אחרת... החוק דובר אל קוראיו כך: כל דרך שתנקטו אותה ושיש בה, או שהיא מובילה, לתיאום המוביל להסדר כובל, הוא ה'הסדר' הכתוב בחוק"

מסיבה זו, סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן-"חוק ההגבלים") קובע כי:

"קו פעולה שקבע איגוד עסקי לחבריו או חלקם העלול למנוע או להפחית תחרות בעסקים ביניהם, או קו פעולה כאמור שהמליץ עליו לפנייהם יראו כהסדר כובל כאמור בסעיף 2, ואת האיגוד העסקי וכל אחד מחבריו הפועל על פיו כצד להסדר כובל". [ההדגשות הוספו: דיג'].

הלכה זו גם עולה מת"פ 209/96 **מדינת ישראל נ' אהליך יעקב**.⁸ בפרשה זו, אחד הצדדים לקרטל בין יצרנים ומשווקים של צנרת פוליאטילן המשמשת להולכת קווי חשמל, תקשורת ותיעול, לא אימץ את "מחיר המחירון" שהוסכם עליו בין חברי הקרטל, והוא נהג להעניק הנחות ללקוחותיו ביחס למחיר מחירון זה. אך כדברי כב' השופט עדיאל:

"... עצם העובדה שהמחיר הסופי לא היה זהה לגבי כל הלקוחות והוא נגזר מרמת ההנחות אשר השתנתה מלקוח ללקוח, אינה שוללת את קיומו של ההסדר הכובל. התיאום בין הצדדים בהסדר זה מתבטא בהצבת מחיר בסיסי המשמש כנקודת מוצא מוסכמת ומתואמת לקביעת המחיר הסופי על-ידי כל הצדדים להסדר..."

זוהי ההלכה גם במשפט המשווה. כך, בעניין **United States v. Airline Tariff**

Publishing Co.,⁹ תקפו רשויות ההגבלים העסקיים בארה"ב שימוש של חברות תעופה במערכת

⁸ הגבלים עסקיים 15072 (2002), פסקה 124.

⁹ U.S. Dist. LEXIS 11904 (D.D.C., Aug. 10, 1994 1994

מסופי מחשב, בה כל חברת תעופה הכריזה על העלאות מחירים עתידיות, כמנגנון ל-"משא ומתן" לגבי גובהו של המחיר המתואם. גם כאן, מטבע הדברים, לא היה מדובר בהסכם מחייב לגבי המחיר, אלא שדי היה בעצם התיאום, או המשא ומתן על המחיר, על מנת להפר את האיסור על עשיית הסדרים כובלים.

מנקודת ראות כלכלית, לכאורה (אך כפי שנראה מיד רק לכאורה) ניתן לשאול מה רע, מבחינה חברתית, בקומוניקאציה בין מתחרים, שאיננו מלווה במערכת תמריצים המדרבנת לאמץ את נשוא הקומוניקאציה. אם מחיר קרטליסטי (המחיר שמשיא את רווחי הפירמות על חשבון הצרכנים) הוא יציב בשוק, ואין לאף מתחרה תמריץ לסטות ממנו, ניתן היה לכאורה ליצור אותו על דרך ההתנהגות גם מבלי לתאם את גבייתו. כל המתחרים היו מבינים בעצמם שהמחיר הקרטליסטי משיא את רווחיהם, ושאינן צורך בתיאום או קומוניקאציה כלשהם על מנת ליצור את הקרטל. כך, גם אם המחיר בשלב מסוים נמוך מן המחיר הקרטליסטי, מתחרה א', אף מבלי לדבר עם מתחרה ב', יעלה את המחיר למחיר הקרטליסטי. מתחרה ב' "יבין את רמז" ויעלה גם הוא את המחיר למחיר הקרטליסטי. לצורך כך לכאורה אין צורך בקומוניקאציה מפורשת להעלאת המחיר למחיר הקרטליסטי. די בהתנהגות המחירים הנ"ל עצמה כדי "לתאם" את המחיר ולהביא למחיר הקרטליסטי.¹⁰

מאידך, אם מחיר קרטליסטי איננו יציב, משום שלמתחרה אחד, או יותר, יש תמריץ חזק מדי לסטות ממנו, ממילא לא יביא התיאום, כשלעצמו, לייצוב הקרטל. נהפוך הוא, המתחרה (או

¹⁰ הגישה המקובלת בדיני ההגבלים העסקיים היא שהתנהגות מחירים גרידא, שאיננה מלווה בתיאום כלשהו, איננה יכולה להוות, כשלעצמה, הסדר כובל. ראו ד' גילה, חוזים המגבילים תחרות, הסכמים מגבילים ומונופולין, **חוזים** (ד' פרידמן וני' כהן עורכים, 2003, כרך ג' 635) בפסקה 30.11, **ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נ"ט(6) 776**, בפסקה 80 ("... התנהגות עסקית דומה או זהה של מתחרים, אשר כל אחד מהם מחליט עליה באופן עצמאי, אף אם הוא מושפע מהתנהגות המתחרים האחרים, איננה מהווה הפרה של דיני ההגבלים העסקיים (ראו, **Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp.**, 346 U.S. 537, 541 (1954)). התנהגות "חקיינית" זו מאפיינת במיוחד שווקים אוליגופוליסטיים (כמו שוק הביטוח בישראל), שבהם קיים מספר מצומצם של פירמות גדולות השולטות בשוק. בשווקים כגון אלה נפוצה התופעה של "Price Leadership", דהיינו מצב שבו אחד המתחרים בשוק האוליגופוליסטי מכתוב את קצב עליית המחירים בשוק ושאר המתחרים "מתיישרים" לפיו (ראו: יגור, עמ' 529-530). התנהגות מקבילה כזו איננה אסורה על-פי דיני ההגבלים העסקיים (ראו: **E.I. Clamp-All Corp. ; Du Pont De Nemours & Co. v. F.T.C.**, 729 F.2d 128 (1984) 139 484 (v. Cast Iron Soil Pipe Institute, 851 F.2d 478 (1988) ...

המתחרים) החפצים לסטות מהקרטל ישמחו להציג כלפי יריביהם מצג כאילו הם מתכוונים להשתתף בקרטל, וישמחו מבחינה זו לתאם עם מתחריהם את המחיר הקרטליסטי, וזאת רק במטרה לסטות מיד לאחר מכן מהקרטל ולגרום לו לקרוס. הרווח הגדול ביותר שיוכלו להפיק מסטייה מהמחיר הקרטליסטי הוא כאשר היריבים שלהם יגבו את המחיר הקרטליסטי, הגבוה. כך יוכל זה שסוטה מן המחיר הקרטליסטי לחטוף צרכנים רבים ככל האפשר מיריביו.

לכאורה, אם כך, אין קשר סיבתי בין תיאום המחיר לבין הסיכוי שיווצר קרטל יציב. כאמור, מחד לכאורה גם בלי תיאום הקרטל יכול לשרור ולהיות יציב, ומאידך, קיומו של תיאום איננו מבטיח שהקרטל יהיה יציב. בהיעדר קשר סיבתי בין התיאום בין המתחרים לבין התוצאה הרעה לצרכנים (המחיר הקרטליסטי), נשאלת השאלה מדוע התיאום בכל זאת מהווה את העבירה החמורה ביותר בדיני ההגבלים העסקיים?

אולם, הניתוח עד כה הניח כי המתחרים מודעים לגובהו של המחיר הקרטליסטי המשיא את רווחיהם. הנחה זו היא סבירה רק כאשר המתחרים הם מספיק דומים זה לזה מבחינת מבנה העלויות שלהם, מידת ההעדפה של צרכנים למוצרים שלהם, וכו'. כאשר המתחרים דומים, כל אחד מהם מודע לגובהו של המחיר הקרטליסטי המשיא את רווחי כל הפירמות בענף. זהו המחיר שכל אחד מהם היה קובע אילו הוא היה מונופול בשוק.¹¹ אולם, לא כך הם פני הדברים ברוב רובם של המקרים: בדרך כלל המתחרים אינם דומים עד כדי כך זה לזה. אם בין הפירמות המתחרות יש הבדלים, למשל מבחינת מבנה העלויות, ההעדפה של צרכנים למוצר, וכו', בדרך כלל כל אחת מהן תעדיף מחיר קרטליסטי אחר. כל אחת תעדיף שהמחיר הקרטליסטי יהיה שווה למחיר שהיא היתה גובה אילו היא היתה מונופול בשוק, והעדפות אלה אינן זהות בין הפירמות המתחרות.¹² במצב דברים זה, שבו כל מתחרה היה מעדיף מחיר קרטליסטי אחר, קשר למתחרים ליצור קרטל מבלי לתאם מפורשות מה יהיה המחיר הקרטליסטי.

נדגים בעיה זו באמצעות דוגמא פשוטה. נניח שמתחרה א' מעדיף מחיר קרטליסטי של 2.5 ליחידה, ואילו מתחרה ב' מעדיף מחיר קרטליסטי של 1.5 ליחידה.¹³ נניח שהפירמות

¹¹ ראו, למשל, **Jean Tirole, The Theory of Industrial Organization** (1988) 245-247

¹² ראו, למשל, **Tirole, id. at 242, 250-251** לדיון במקרה שבו פירמות עם עלויות שונות חפצות לעשות קרטל ביניהן, ולכל אחת מהן העדפה אחרת לגבי גובהו של המחיר הקרטליסטי.

¹³ הבדל מעין זה בין המתחרים לעניין גובהו המועדף של המחיר הקרטליסטי יכול לנבוע, למשל, מהבדלי עלויות: מתחרה א' עשוי להיות בעל עלויות שוליות גבוהות יותר משל מתחרה ב'. כעקרון, פירמה עם עלויות שוליות נמוכות יותר, מעדיפה מחיר קרטליסטי נמוך יותר. זאת משום

אינן מתאמות במפורש מה יהיה המחיר הקרטליסטי. או אז, יהיה להן קשה "לתאם" את המחיר הקרטליסטי רק על דרך ההתנהגות. נניח שהמחיר השורר בשוק הוא של 1 ₪ ליחידה. נניח גם שפירמה א' מנסה עתה לאותת לפירמה ב' שהיא חפצה להתחיל בקרטל, ובהתאם היא מעלה את המחיר ל-2.5 ₪ ליחידה. היא איננה יודעת איזה מחיר קרטליסטי מעדיפה פירמה ב'. פירמה ב' מגיבה על ידי "איתות" משלה: היא מעלה את המחיר ל-1.5 ₪ ליחידה, בנסותה לאותת לפירמה א' שהיא מעדיפה שהמחיר הקרטליסטי יהיה 1.5 ₪ ולא 2.5 ₪. אולם, פירמה א' במקרים רבים לא תדע כיצד לפרש את התנהגותה של פירמה ב'. היא עלולה לפרש את התנהגותה של פירמה ב' כמלחמת מחירים, ולא כאיתות לגבי גובהו המועדף של המחיר הקרטליסטי. משום כך פירמה א' עלולה אכן לפתוח במלחמת מחירים, ולהוריד את המחיר ל-1.3 ₪. כך תימשך מלחמת המחירים בין הפירמות והמחיר יתגלגל חזרה כלפי מטה. הקרטל במקרה זה קורס באיבו.

אילו יכלו הפירמות להידבר, היו יכולות לנסות וליישב את ניגודי האינטרסים ביניהן לעניין גובהו של המחיר הקרטליסטי. כך, למשל, הן היו יכולות "להתפשר" על מחיר קרטליסטי של 2 ₪ ליחידה. לאחר הדברות מעין זו, כאשר פירמה תעלה את המחיר ל-2 ₪ ליחידה, וגם השנייה תעשה זאת, אף אחת מהן לא תפרש בטעות את התנהגות השנייה כמלחמת מחירים, וקרטל עלול להתאפשר. אפשרות אחרת היא שפירמה אחת תוותר לפירמה השנייה, ובתמורה תקבל תשלום כלשהו מן הפירמה השנייה. כך, למשל, פירמה ב', שמעדיפה מחיר קרטליסטי של 1.5 ₪ ליחידה, תוכל להסכים למחיר הקרטליסטי שמועדף על ידי פירמה א', של 2.5 ₪ ליחידה, ובתמורה תפצה אותה פירמה א' בסכום חודשי כלשהו.¹⁴

זוהי לדעתי ההצדקה העיקרית לכך שדיני ההגבלים העסקיים אוסרים על פירמות לדבר על הפרמטרים שהן אמורות להתחרות עליהם. התקווה היא שבהיעדר היכולת לדבר, יותר קרטלים יקרו באיבם, עקב בעיית הקואורדינאציה שתיווצר לאור ניגודי האינטרסים בין הפירמות.

יש להזכיר, בעניין זה, כי המלצת מחירים אופקית הינה הסדר אופקי – בין מתחרים – וככזו היא מקבלת טיפול מחמיר על ידי דיני ההגבלים העסקיים. כידוע, הסדר כובל מוגדר בחוק ההגבלים, על פי סעיף 2(א), כ:

שהמחיר שהיא היתה מעדיפה לגבות אילו היא היתה מונופול בשוק היה נמוך יותר. ראו, למשל,

Tirole, שם.

¹⁴ ר' **Tirole, שם**, בע' 242.

"הסדר 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."

אך בנוסף, סעיף 2(ב) לחוק כולל רשימה של מקרים בהם יראו כהסדר כובל הסדר בו הכבילה נוגעת לעניינים המנויים בסעיף. כבילות אלה כוללות את:

"(1) המחיר שיידרש, שיוצא או שישולם;

(2) הריווח שיופק;

(3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים

שעמם יעסקו;

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

סעיף 2(ב) פורש כקובע חזקות חלוטות. הווה אומר, הסדר הנכנס לגדרו של סעיף 2(ב)

הוא כובל בלי קשר להשפעתו הקונקרטיית על התחרות.¹⁵

הבעתי את דעתי במאמרים קודמים כי בהסדרים אנכיים – בין ספק ללקוח – יש לדון אך

ורק על פי סעיף 2(א) לחוק, הדורש פגיעה מסתברת בתחרות על מנת שהסדר לפיו יהיה כובל, ולא

לפי סעיף 2(ב) לחוק.¹⁶ זאת להבדיל מהסדרים אופקיים – בין מתחרים, שרק עליהם, לגישתי, חל

סעיף 2(ב), על החזקות החלוטות שבו. הרציונאל לחזקות חלוטות במקרה של הסדרים אופקיים

לעניין המחיר, הכמות, חלוקת השוק, ושאר העניינים שמנויים בסעיף 2(ב), הוא שבהסדרים מעין

אלה (שלא כמו הסדרים אנכיים)¹⁷ הפגיעה בתחרות יותר מובנת מאליה, ויש להם פחות הסברים

לגיטימיים.¹⁸ משום כך, כאשר מדובר בהסדרים אופקיים הנכנסים לגדר סעיף 2(ב), הם יהיו

¹⁵ ראו דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' מ"י פ"ד נו(1) 56.

¹⁶ ראו דיויד גילה, "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוקיים? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" עיוני משפט כרך כ"ז (2004) 751 (להלן-"גילה-סכר ההסדרים הכובלים").

¹⁷ להסבר כלכלי מדוע בהסדרים אנכיים הפגיעה בתחרות איננה מובנת מאליה, ומדוע יש להסדרים אלה הסברים תמימים מלבד הרצון לפגוע בתחרות, ראו דיויד גילה ויוסי שפיגל, "הסדרים אנכיים, בניתוח כלכלי ומשפטי של דיני ההגבלים העסקיים (מ' גל ומ' פרלמן, עורכים). ראו גם דיויד גילה "מורכבות שאלת הפגיעה בתחרות בהסדרי בלעדיות במרכזים מסחריים" מחקרי משפט כד(1), 2006.

¹⁸ יש לציין כי גם ההסדר שנדון בדנ"א טבעול, לעיל הערה 15, היה הסדר אופקי, לפיו מתחרה פוטנציאלי התחייב להדיר את רגליו מהשוק של מתחרה בפועל. על כן, ההלכה שנקבעה שם

אסורים אלא אם קיבלו פטור מהממונה על ההגבלים עסקיים¹⁹ או אישור מבית הדין להגבלים עסקיים.²⁰

בפרשת **קרטל המעטפות**²¹ אחד האישומים נגע להסכמה לכאורה בין חברות המשווקות ומייצרות מעטפות לפיה הן יוציאו מחירון חדש המשותף לכל המתחרים, בו יועלו מחירי המוצרים בכ-10%. בשוק זה, המתחרים נהגו לעתים קרובות לתת הנחות ממחיר המחירון. בית המשפט המחוזי זיכה את אותם הנאשמים שלא הוכח לגביהם שתיאמו את שיעור ההנחה ממחיר המחירון, למרות שהוכח שהם תיאמו את העלאת מחיר המחירון עצמו, ולמרות שהוכח כי למרות שהמחירים שנגבו בפועל "מושפעים בעיקר מכוחות השוק ולא דווקא ממחיר המחירון" הרי ש-"מחיר המחירון מהווה נקודת מוצא ממנו נקבע שיעור ההנחה ... על כן כאשר נקודות המוצא מועלית, כך גם מועלים מחירי המוצרים לרוכשים."²²

למרות זאת, מסיק בית המשפט המחוזי כי יש לזכות את הנאשמים מאישום זה. בית המשפט מבצע אנלוגיה בין מקרה זה לבין הסדר שבו ספק מכתיב למפיצים שלו מחיר מקסימום שאל להם לגבות מעליו. נראה כי הדמיון הלכאורי בין המקרה של קרטל המעטפות להכתבת מחיר מקסימום על ידי ספק היא שמחיר המחירון שתואם בקרטל המעטפות הוא מעין "מחיר מקסימום" שיש שיגבו מתחתיו (אם הם יתנו הנחה ביחס למחיר המחירון) אך איש לא יגבה מעליו. אכן, בהסדר אנכי בו ספק מכתיב למפיצים שלו מחיר מקסימום, כפי שמצטט בית המשפט המחוזי את דברי במקום אחר:

"ככל ההסדרים האנכיים, גם הכתבת מחירי מקסימום צריכה להיבחן אך ורק לפי סעיף 2(א) לחוק, ולא לפי סעיף 2(ב) לחוק. על פי גישה זו תהווה הכתבת מחירי מקסימום

עקבית עם הדעה שהבעתי, לפיה הסדרים אופקיים הכוללים את הכבילות הנקובות בסעיף 2(ב) לחוק הם בחזקת הסדרים כובלים, בלי צורך בנייתוח כלכלי כלשהו.

¹⁹ ניתן לקבל פטור כזה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים.

²⁰ ניתן לקבל אישור מבית הדין לפי סעיף 9 לחוק ההגבלים.

²¹ לעיל הערה 4.

²² שם בפסקה 175.

מלכתחילה הסדר כובל רק אם היא עלולה לפגוע (במידה לא-זניחה) בתחרות בענף רלוונטי כלשהו ...²³

מכאן מסיק בית המשפט, תוך יישום סעיף 2(א) לחוק, הדורש כאמור כי ההסדר יהא "עלול לפגוע בתחרות" על מנת שייאסר, כי:

"מאחר שהוכח כי המחירון אינו מהווה את הצעת המחיר, הרי שלא מתקיים מבחן העלילות ואין די בהסכמה על נקודת המוצא על מנת לקבוע כי מתקיים פוטנציאל פגיעה בתחרות."

אולם, דברים אלה שצוטטו ממאמרי הני"ל נכונים רק לגבי הסדרים אנכיים – בין ספק ללקוח. בהסדרים אופקיים (בין מתחרים) לעניין המחיר, הכמות, חלוקת השוק, והכבילות האחרות הנקובות בסעיף 2(ב) לחוק, הדגשתי כי הם במסגרת החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק, ואף לא ניתן להגיע למסקנה כי הם פטורים אוטומטית בעזרת ניתוח כלכלי (למשל מכוח פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך)²⁴, זולת על ידי בקשת פטור מהממונה על ההגבלים עסקיים או אישור מבית הדין להגבלים עסקיים. נהפוך הוא, כפי שצינתי במקום אחר:

"הכתמה של הסדרים אנכיים ככובלים באופן אוטומאטי – כלומר בקטגוריה של הכבילות החמורות ביותר, אלא אם הוכח אחרת, גורמת להסדרים אנכיים להידון כמקשה אחת עם הסדרים שהם באמת מן הסוג החמור ביותר – הסדרים אופקיים לגבי המחיר, הכמות, סוג המוצר וחלוקת שוק אופקית – בין מתחרים (או מתחרים פוטנציאליים) לבין עצמם. ... החשש ... הוא שצדדים ירגישו חופשיים יותר לעשות הסדרים אופקיים מן הסוג החמור ביותר, לאחר שישתכנעו שהפגיעה בתחרות היא קלת ערך. זאת בעוד שראוי היה לשמר רשימה צרה של כבילות שפגיעתן בתחרות כה מובנת

²³ דיויד גילה, "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו", **עיוני משפט**, כרך כ"ח (2004), 517, 550, קרטל המעטפות, **שס**.

²⁴ כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), התשס"ו-2006.

מאליה עד כי הן לא תוכלנה ליהנות מפטור אוטומאטי בשל "פגיעה קלת ערך" בתחרות.²⁵

כיון שההסדרים בין ספקי המעטפות בפרשת קרטל המעטפות היו לכל הדעות אופקיים, בין מתחרים, והם תיאמו את המחיר, הרי שהם צריכים היו להיקבע ככובלים במסגרת החזקה החלוטה של סעיף 2(ב)(1). אכן, כך גם עולה מפסק דינו של כב' השופט עדיאל בעניין **אהליך יעקב**:²⁶

"הדגש בהקשר שלפנינו צריך שיושם על המילה "נוגעת". מונח זה מלמד שדי, לצורך הקמת הכבילה הנזכרת בסעיף 2(ב) לחוק, בכך שהכבילה תהא קשורה למחיר, בכלל זה, לאחד ממרכיביו של המחיר ... גם המשכו של סעיף 2(ב)(1) לחוק, אשר מדבר על "המחיר שידרש, שיוצע, או שישולם", מבהיר היטב שההסכמה נשוא ההסדר הכובל אינה חייבת להתייחס דווקא למחיר הסופי, הוא המחיר "שישולם", והיא עשויה להקים הסדר כובל גם כאשר מדובר במחיר ש"יידרש", או כלשונם של הצדדים במקרה שלפנינו, ה"מחיר הבסיסי" או ה"מחיר ההתחלתי".

כפי שהדגשתי לעיל לעניין המלצת מחירים אופקית, קיים רציונאל כלכלי בסיסי לאיסור על תיאום מחירים בין מתחרים, טנטטיבי ומומלץ ככל שיהיה. התיאום פותר למתחרים את בעיית הקואורדינאציה של המחיר הקרטליסטי, ויכול לגשר על ניגודי האינטרסים ביניהם. אכן, לעיתים התיאום איננו מבוצע, והמתחרים סוטים ממנו. בכך אין כדי לשלול את החשש כי התיאום הוא מסוכן לצרכנים.²⁷ הוא מסוכן לצרכנים משום שהוא מהווה נדבך חשוב (הגם שלא יחיד) בדרך ליצירתו וייצובו של המחיר הקרטליסטי. משום כך, יש מקום להרתיע פירמות, באמצעות דיני

²⁵ גילה, סכר ההסדרים הכובלים, **לעיל** הערה 16, פסקה 3.3.1.

²⁶ **לעיל** הערה 8, **שם**.

²⁷ ראו, למשל, את דברי כב' השופטת מזרחי בעניין **שולשטיין**, **לעיל** הערה 5, בפסקה 40 ("החוק קובע כעבירה את עצם ההסכמה ולא דווקא את הביצוע בפועל. הביצוע בפועל בתיקי ההגבלים העסקיים מהווה אך ראיה לקיום ההסכמה או נסיבה לחומרה לעניין העונש, מאחר שהוא מבטא את הנזק של ההסדר." לביקורת על חלקים אחרים בפסק הדין בעניין **שולשטיין** ראו פסקה 3.4 להלן.

ההגבלים העסקיים, מלעשות תיאום כזה. כפי שראינו, ללא התיאום, קרטל עלול לקרוס באיבו, עקב ניגודי האינטרסים בין הצדדים והקושי שלהם לדעת, ללא קומוניקציה ביניהם, מהו המחיר הקרטליסטי. אמנם, אילו תיאמו חברות המעטפות בפרשה זו גם את שיעור ההנחה שהם נותנים ממחיר המחירון שתיאמו, הנזק המסתבר לצרכנים היה גדול עוד יותר. אולם, טיעון זה איננו משליך על השאלה אם העבירה של הסדר כובל, במסגרת החזקות החלוטות של סעיף 2(ב), נעברה, אלא על הנזק הפוטנציאלי שבעבירה. אלא שזו משמעותה של חזקה חלוטה, שאין היא תלויה בניחות כלכלי קונקרטי של השפעת ההסדר על הצרכנים במקרה נתון. מכל מקום, כפי שמציין בית המשפט המחוזי, הדעת נותנת שתיאום העלאה משותפת של מחיר המחירון בין מתחרים יש בו גם כדי לגרום להעלאת המחיר הנגבה מלקוחות בפועל. כך, למשל, אם קיימת קבוצת לקוחות שאינם באופן רגיל מקבלים הנחות ממחיר המחירון, הרי שהם ישלמו את מחיר המחירון שהמתחרים תיאמו להגדילו. בנוסף, ההיגיון אומר שיש גבול לשיעור ההנחה ממחיר המחירון. כך, למשל, אם ההנחה המקסימאלית המקובלת בענף היא של 40% ממחיר המחירון, הרי שהעלאה מתואמת של מחיר המחירון תגרום להעלאה מתואמת של המחיר הנגבה אף מן הלקוחות שנהנים מן ההנחות המופלגות ביותר.

אם כך, קיימת תקבולת ברורה בין תיאום של "מחיר מחירון" לבין "המלצת מחירים אופקית" שנידונה לעיל: בשניהם מדובר בתיאום טנטטיבי לא מחייב, שהצדדים חופשיים לסטות ממנו. אלא שאותן תובנות שאוזכרו לעיל, המצדיקות את הגינוי כהסדר כובל של המלצת מחירים אופקית, חלות באותה המידה לגבי תיאום של מחיר מחירון בין מתחרים. הן מצדיקות קביעה כי בין מתחרים המתאמים ביניהם מחירונים התקיים הסדר כובל אסור. גם אם מחיר המחירון מהווה "המלצה" בלבד, והמתחרים לעתים קרובות סוטים ממחיר המחירון, הרי שמדובר בתיאום היכול להעלות את הסיכוי שקרטלים ישררו ולא יקרוסו באיבם.

3. המלצת מחירים אנכית

שלא כמו המלצת מחירים אופקית, בין מתחרים, המהווה, כאמור, לעיל, הסדר כובל אסור, המלצת מחירים אנכית נחשבת כמותרת על פי דיני ההגבלים העסקיים.

הן סעיף 2(א) והן סעיף 2(ב) לחוק דורשים כתנאי בסיסי כי ההתנהגות תהיה בגדר "הסדר". התנהגות שהיא בגדר אקט חד צדדי של גוף עסקי, ואיננה מהווה הסדר בין שני גופים עסקיים עצמאיים, לא יכולה להוות הסדר כובל. לצורך בדיקה אם התנהגות הינה "הסדר" יש להבחין בין המישור האופקי – בין מתחרים, לבין המישור האנכי -- בין ספק ללקוח. אבהיר להלן

את הרציונאל מאחורי אבחנה מושרשת זו. אולם, ראשית ברצוני להדגים עד כמה אבחנה זו בין המלצת מחירים אופקית, שנידונה לעיל, להמלצת מחירים אנכית, שנידונה כאן, היא מושרשת במשפט המשווה, וגם קיבלה ביטוי מובהק בישראל, בהוראות והחלטות של הממונה על ההגבלים העסקיים.

בארה"ב התפתחה פסיקה ענפה הייחודית להגדרת "אלמנט ההסדר האנכי", קרי-הגדרת הדרישה כי במערכת יחסים אנכית-בין ספק ללקוח-אכן התגבש אלמנט ההסדר לצורך קיומו של הסדר כובל. המלצת מחירים אנכית, שבה הספק ממליץ למפיציו איזה מחיר אלה יגבו מצרכנים, סווגה לא כהסדר אלא כאקט חד צדדי של הספק, וזאת גם אם המפיצים נוהגים לאמץ בהתנהגותם באופן עקבי את ההמלצה.

במספר רב של פסקי דין אכן נקבע בארה"ב כי מותר ליצרן ליידע את הקמעונאים בדבר המחיר המומלץ לצרכן, וכי אף אם הקמעונאים אכן גובים את המחיר המומלץ, אין מדובר בהסדר לצורך דיני ההגבלים העסקיים. כך, בפרשת **Lattice Semiconductor Corporation v.**

Interface Electronic Corporation²⁸ נקבע על ידי בית המשפט הפדראלי לערעורים כי:

"...[P]roof of an agreement must 'include[] more than a showing that the distributor conformed to the suggested price.' ... an agreement to maintain prices may not be inferred from the fact alone that 'a manufacturer and its distributors are in constant communication about prices and marketing strategy'.²⁹

²⁸ 1994-2 Trade Cas. (CCH) P70,779, at p. 15 (9th Cir. 1994)

²⁹ ביטויים רבים נוספים לאותה הלכה משרשת, לפיה הכרזה של יצרן על מחירים קמעונאיים מומלצים וגביית אותם מחירים על ידי הקמעונאים איננה עולה כדי "הסדר" ולכן לא מהווה הסדר כובל, נקבעה גם, בין היתר, ב **The Jeanery, Inc. v. James Jeans, Inc.**, 849 F.2d 1148, 1154 (9th Cir. 1988) גם **Sargent-Welch Scientific Company v. Ventron Corporation**, 567 F.2d 701, 707 (7th Cir. 1977), cert. denied, 439 U.S. 822 (1978).

גם נציבות הסחר הפדראלית של ארה"ב (ה-FTC) הבהירה בהחלטותיה ובצווים המוסכמים שהשיגה עם חברות, כי מותר לחברות להציע לקמעונאי מחיר מומלץ לצרכן.³⁰

גם בספרות האמריקאית חוזרים ומדגישים הלכה זו. כך, המלומד Areeda בספרו מדגיש

כי:

“The mere suggestion of resale prices creates no agreement, even when all or most dealers follow them”³¹

ההלכה לפיה המלצה גרידא של היצרן אודות המחיר המומלץ איננה בגדר "הסדר" לצורך דיני ההגבלים, גם אם היא מלווה באימוץ המחיר המומלץ על ידי הקמעונאים, איננה תלויה בשאלה באיזה אחוז מן הענף נוהגים יצרנים להמליץ על מחירים קמעונאים ונוהגים קמעונאים לאמץ המלצות אלה, או למשך איזו תקופה התנהגות זו נמשכה.³² גם אם מרבית היצרנים

³⁰ ראו, למשל, **In Re American Cyanamid Company**, Doc No. C-3739 (1997), at 24, מכוח סעיף 5 ל-Federal Trade Commission Act, (1994) §45(a) (15 U.S.C.) האוסר על "שיטות תחרותיות לא הוגנות" ("unfair methods of competition") וכלל אינו דורש אלמנט של "הסדר" כפי שדורש סעיף ההסדרים הכובלים, סעיף 1 ל-Sherman Act. יתרה מזו, בצו מוסכם, כגון הצווים שהושגו בהחלטות האמורות, יכולה ה-FTC לדרוש מהפירמה להפסיק לעשות פעולות שכלל אינן עבירה על חוקי ההגבלים, אם לדעת ה-FTC יש בפעולות אלה כדי לפגוע בתחרות. עם כל זאת, ניתן לראות כי אף בצווים מוסכמים, ואף בהפעלת סמכותה הרחבה מכוח סעיף 5 ל-Federal Trade Commission Act, מדגישה הנציבות כי מותר ליצרן להציע מהו המחיר הקמעונאי המומלץ.

³¹ Michael L. **Phillip Areeda, Antitrust Law**, Par. 1623c, at 269 (1989). ראו גם Denger, "Resale Pricing Issues in Franchisor Operations and Distribution", 60 **Antitrust L.J.** 419 (1992), note 33 and accompanying text

³² אכן, בחלק גדול מפסקי הדין נחשף כי ההתנהגות הנידונה תפסה חלק גדול מהשוק.

בתעשייה ממליצים על מחירים קמעונאיים, ורוב הענף הקמעונאי מאמץ המלצות אלה, אין בכך כדי להפוך התנהגות שאיננה הסדר להתנהגות שהיא הסדר. זאת כל עוד לא מדובר בתוצאה של תיאום אופקי-בין המתחרים לבין עצמם (בין במישור היצרנים ובין במישור הקמעונאים). הוזה אומר, גם אם כל הספקים בענף מסוים נוהגים להמליץ לקמעונאים על המחיר לצרכן של המותג שלהם, אין מדובר בהסדר כל עוד לא הוכח שהספקים השונים (או הקמעונאים של הספקים השונים) תיאמו ביניהם כי המלצה כזו תינתן.

כל עוד הקמעונאי חופשי לסטות מן המחיר המומלץ, אין גם חשיבות לדרך שבה היצרן מיידע את הקמעונאי בדבר המחיר המומלץ. משום כך, למשל, אין שום פסול במתן רשימות עם מחירים מומלצים לקמעונאי, פרסום המחיר המומלץ, או סימון המחיר המומלץ על גבי המוצר עצמו. כדברי המלומד האמריקאי Areeda:

“Once the legality of suggested resale prices is established, it makes little sense to distinguish among the means by which a manufacturer may communicate the price to his dealers - or to their customers. And so the courts have held. It is not unlawful for a manufacturer to mention a suggested resale price for a product in its national or local advertising. Nor is it unlawful for a manufacturer to print a price on a product or to pre-ticket merchandise with a

ראו, למשל:

Bailey's Bakery, Ltd. v. Continental Baking Co., 235 F. Supp. 705; **In Re American Cyanamid Company**, Doc No. C-3739 (1997), at 24;

ואת חוות הדעת המייעצת של ה-FTC בעניין:

Advisory Opinion: Impact of the Consumer Goods Pricing Act of 1975 on FTC's position on manufacturer preticketing, 88 F.T.C. 1016 (1976).

להחלטות שחזרו על הלכה זו כאשר אימוץ המחירים המומלצים נמשך זמן רב ראו:

Klein v. American Luggage Works, Inc., 323 F.2d 787 (3d Cir. 1963); **Bailey's Bakery, id.**

suggested retail price, so long as the dealer remains free to sell at a different price.”³³

דברים דומים נכתבו על ידי המלומד Michael L. Denger במאמרו הנ"ל:³⁴

“The case law is clear that a supplier may suggest list prices and there is no violation if distributors independently decide to charge these prices. Courts have uniformly held that a supplier does not violate the antitrust laws simply by providing a suggested price list to distributors, and that a supplier may lawfully preticket products with suggested retail prices.” (citations omitted)³⁵

כך, בפרשת **Mesirow v. Pepperidge Farm, Inc.**,³⁶ חברת Pepperidge Farm, יצרנית של עוגיות ודברי מאפה, סימנה את מחיר המכירה המומלץ על גבי אריזות המוצרים שייצרה. בית המשפט לערעורים האמריקאי דחה מפורשות טענה כי סימון זה של מחיר מומלץ על ידי היצרן מהווה עבירה על חוקי ההגבלים העסקיים. בית המשפט נימק קביעתו זו בכך שהמפיץ שקנה מ-Pepperidge Farm רשאי היה לגבות מחיר שונה מן המחיר המומלץ שסימן היצרן על גבי האריזה. כלשון בית המשפט:

“Plaintiffs further argue that Pepperidge controlled its distributors' wholesale prices by pre-printing a suggested retail price on the packages of its baked goods. But they have not contradicted Pepperidge's showing that retailers could change the pre-printed prices. By itself, the pre-printed price did not

³³ לעיל הערה 31, בע' 271-272.

³⁴ לעיל הערה 31, שם.

³⁵ Murray S. Monroe, “Antitrust Symposium: Vertical Restraints”, 27 U. Tol. גם

L. Rev. 433, 450 (1996)

³⁶ 703 F.2d 339, 344, (9th Cir., 1983), cert. denied, 464 U.S. 820 (1983)

violate antitrust restrictions. *Bailey's Bakery, Ltd. v. Continental Baking Co.*, D.Hawaii, 1964, 235 F. Supp. 705, 722, *aff'd*, 9 Cir., 1968, 401 F.2d 182.”³⁷

באופן דומה, בפרשת **Klein v. American Luggage Works, Inc.**³⁸, סימן היצרן את המחיר הקמעונאי המוצע על ידו על המזוודות שמכר לקמעונאים. שתי חנויות כל-בו שפעלו באותו השוק הגאוגרפי אימצו את המחירים המסומנים על ידי היצרן במשך כ-11 שנה, מיום היווסדן ועד ליום התביעה. נקבע כי לא היה מדובר בהסדר.³⁹ גם בעניין **Bailey's Bakery, Ltd. v. Continental Baking Co.**⁴⁰ טענה החברה התובעת כי החברה הנתבעת וחברת הבת שלה (Love's Bakery) יצרנית לחם, שהטביעה את המחיר הקמעונאי המוצע על ידה על גבי ככרות הלחם, בצעה הסדר כובל אסור. בית המשפט, בדחותו טענה זו, קבע כי:

“The only other 'price fixing' alleged was that Love's printed the price of its bread in large figures on the end of each loaf...There were no facts alleged indicating that such price, unilaterally fixed by Love's and its parent corporation, basically did anything else but protect the public and keep down the price of bread in the Honolulu market....[I]t does not appear that the imprinting of the price on the defendants' loaves of bread deprived the retailers of their right to exercise their own free judgment as to whether to sell defendants' products at all or to sell defendants' products at any price they chose ... Nowhere do the facts allege any coercion on the retail outlets or competitors to achieve resale price maintenance. It thus clearly appears that

*Id.*³⁷

323 F.2d 787 (3d Cir. 1963)³⁸

³⁹ אחת מחנויות הכל-בו פסקה מלמכור את המוצר במשך שנה עקב אי שביעות רצון מאיכות הסחורה, אולם במשך כל שאר התקופה היא החזיקה את המוצר ואימצה את המחירים המוצעים המסומנים על ידי היצרן.

235 F. Supp. 705, 722 (D.Haw. 1964), *aff'd*, 401 F.2d 182, (9 Cir. 1968).⁴⁰

the facts of the 'conspiracy to fix prices' by affixing the price to the loaves, as alleged in the complaint, do not manifest a price-fixing 'conspiracy.'⁴¹

בית המשפט הגיע למסקנתו זו למרות ש-Love's, שנהגה עקבית לסמן את המחיר המומלץ, (עולה מפסק הדין כי פרקטיקה זו היתה נהוגה מאז ומתמיד) תפסה 83% מהמכירות בשוק הרלוונטי. הווה אומר, כמעט שאי אפשר היה, בשוק הרלוונטי, להשיג לחם שהמחיר הקמעונאי המומלץ שלו לא מסומן על ידי היצרן.

זו כאמור גם גישתה של נציבות הסחר הפדראלית האמריקאית (ה-FTC). היא פרסמה גילוי דעת בעניין זה לבקשת האיגוד האמריקאי של חברות המוכרות דברי ספורט.⁴² איגוד זה, שייצג כמאה חברות, שאל את פי הנציבות לגבי חוקיות סימון מראש של המחיר הקמעונאי במפעל היצרן. תשובתה של הנציבות היתה, כי סימון מחירים הנעשה על ידי היצרן לבקשת הקמעונאי, המתכוון למכור במחירים אלה, או סימון מחיר על ידי היצרן של מחיר קמעונאי מומלץ, הם חוקיים על פי דיני ההגבלים העסקיים. כלשון הנציבות:

"From an antitrust standpoint, the Commission does not object to manufacturer preticketing done at the request of a retailer who intends to sell the product at the price marked, or to preticketing that involves merely the designation by the manufacturer of a "suggested retail price."

כך גם בהנחיות של ה-FTC משנת 2009, שקבעו, בין היתר, כי:

"A manufacturer may suggest prices to dealers".⁴³

*Id.*⁴¹

Advisory Opinion: Impact of the Consumer Goods Pricing Act of 1975 on FTC's⁴² position on manufacturer preticketing, 88 F.T.C. 1016 (1976).

⁴³ ראו:

גישה זו של ה-FTC קבלה ביטוי גם בהחלטות אופרטיביות שלה. בפרשת **In Re Vanity Fair Mills, Inc.**⁴⁴, פרסמה נציבות הסחר הפדראלית האמריקאית הבהרה בנוגע לצו-מוסכם (consent decree) בינה לבין חברת Vanity Fair, שייצרה לבני נשים. הצו המוסכם, שניתן בזמנו, אסר על Vanity Fair להיכנס להסכמים עם קמעונאים אשר קובעים את מחירי המכירה לצרכן וכן אסר עליה להתנהג באופן העלול לתמוך, או לשקף, תוכנית של הכתבת מחירים מעין זו. במסמך זה מבהירה הנציבות כי אין בצו המוסכם האמור כדי למנוע מ-Vanity Fair להודיע מראש על המחיר המומלץ לצרכן ואף לסמן אותו מראש על המוצר. כלשון הנציבות:

“ ... Vanity Fair may not conspire or seek agreements with its customers to follow Vanity Fair's announced policies. Specifically, this means that Vanity Fair is permitted to suggest the resale price at which it believes its merchandise was manufactured to sell, distribute suggested resale price lists, and preticket with suggested prices. Vanity Fair may not, however, solicit the agreement of its customers to adhere to those suggested prices since they are not binding, or restrict the number of times when a customer may offer special or regular merchandise at reduced resale prices. Furthermore, Vanity Fair may not condition the payment of advertising allowances on a customer's adherence to the Vanity Fair suggested resale price.”⁴⁵

אם כך, מותר ליצרן להציע לקמעונאי את המחיר המומלץ לצרכן, ומותר לו לסמן מראש את המחיר המומלץ על המוצר. מה שאסור הוא לגרום להסכמת הקמעונאי לגבות את המחיר המוצע, או להגביל את מספר הפעמים בהם יכול הקמעונאי לגבות מחירים נמוכים מן המחיר

An FTC Guide to the Antitrust Laws: The Three Core Federal Antitrust Laws § 17 (2009), available at <http://www.ftc.gov/bc/antitrust/index.shtm>,

Doc. No. C-1390 (1994)⁴⁴

*Id.*⁴⁵

מוצע. כך, למשל, אסור ליצרן להתנות תשלום מענקים לצורך פרסום המוצר בהסכמת הקמעונאי למחיר המומלץ. אכן, צווים מוסכמים רבים אחרים שצוותה הנציבות, המונעים יישום של תכניות להכתבת מחירים אנכית כלשהי, מוסיפים במפורש כי אין באיסור האמור כדי למנוע יידוע של הקמעונאים לגבי המחיר המומלץ לצרכן, או סימון מראש של המחיר המומלץ על גבי המוצר או במקום אחר, ובלבד שנאמר במפורש כי המחיר הוא מומלץ.⁴⁶

בקהילייה האירופאית נקבעה הלכה דומה, לפיה המלצת מחירים אנכית איננה בגדר הסדר, ולכן לא ניתן לתקוף אותה כהסדר כובל.⁴⁷

גישה דומה הובעה על ידי רשויות הגבלים עסקיים במדינות אחרות. כך, רשות ההגבלים העסקיים של האי ג'רסי קובעת בהנחיות שלה על הסדרים אנכיים כי:

"In contrast to vertical price fixing or establishing minimum resale prices, a manufacturer's recommendation of a resale price to a re-seller... are practices that may not be seen as having the object of appreciably hindering competition"⁴⁸

⁴⁶ ר' למשל (1982) 100 F.T.C. 1, 130. **In Re Russell Stover Candies, Inc.**

⁴⁷ ראו, למשל:

Yves Rocher [1988] 4 CMLR 592 ; **Villeroy & Boch** [1988] 4 CMLR 461.; **Re Pronuptia de Paris GmbH** [1986] CMLR 414.

אמנם, בהנחיותיה לגבי הסדרים אנכיים, סיגנה הנציבות האירופאית הלכה זו בקובעה כי אם מדובר בספק עם מעמד דומיננטי בשוק, והמפיצים מאמצים את המלצתו באופן עקבי, או, לחילופין, אם ספקים מתחרים בתחרות בין מעטים (אוליגופול) משתמשים בפרסום מחירוים מומלצים למפיצים על מנת להקל על תיאום מחיר קרטליסטי בינם לבין עצמם, עשוי להיות בכך הסדר כובל לדעתה של הנציבות. ראו:

Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, OJ C 291/02 13.10.2000
http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/c_291/c_29120001013en00010044.pdf

בפסקאות 227-228. כפי שנראה להלן בפסקאות 3.2-3.3, חששות מעין אלה של הנציבות, שמובעים בקליפת אגוז בהנחיותיה ומבלי להרחיב, אינם מבוססים כשלעצמם, כל עוד מדובר בהמלצה טהורה לגבי המחיר.

⁴⁸ ראו:

Competition (Jersey) Law Guidelines § 11 (2005), available at <http://www.jcra.je/pdf/081217%20Vertical%20Arrangements%20Guideline.pdf>.

ארגון ה-OECD גם הוא הבהיר בפרשנות שלו למושגים בהגבלים עסקיים ובארגון

תעשייתי, כי :

"In several industries, suppliers may recommend or suggest the price at which a product may be resold ...".⁴⁹

כך גם בדיני ההגבלים העסקיים באוסטרליה. חוק ההגבלים העסקיים באוסטרליה אוסר על הכתבת מחירים בין ספק ללקוח בחלק VIII של החוק,⁵⁰ והוא מגדיר הכתבת מחירים כזו ככוללת הסכם שבו המפיץ מסכים לגבות את המחיר המוכתב על ידי הספק, או הפעלת אמצעי כפייה או דרבון שונים על ידי הספק שיתמרצו את המפיץ שלא לגבות מחיר הנמוך מן המחיר שהגדיר הספק. אולם, החוק מבהיר, בסעיף 97 שלו, כי אין לראות בספק כמי שעשה הכתבת מחירים אסורה אם כל שעשה היה להפיץ מחירון מומלץ או להטביע מחיר מומלץ על המוצר, ובלבד שהספק מבהיר במפורש כי המחיר הוא מומלץ בלבד. כדברי הסעיף, הדרישה היא ש :

"... there is included in the notification, and in each writing that refers, whether expressly or by implication, to the notification, a statement to the following effect: "The price set out or referred to herein is a recommended price only and there is no obligation to comply with the recommendation."⁵¹

⁴⁹ ראו :

Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law (OECD) § 38, available at <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3293>.

Available at http://www.wipo.int/clea/en/text_html.jsp?lang=EN&id=245⁵⁰

⁵¹ שם.

גישה דומה, ומעניינת כשלעצמה, גילתה רשות ההגבלים העסקיים האירית.⁵² הרשות מדגישה, בפטור סוג שהוציאה להסדרים אנכיים, כי לספקים מותר להמליץ למפיצים על המחיר לצרכן, אך הרשות הוסיפה ארבעה מבחנים המיועדים לסייע לה לוודא שאכן מדובר בהמלצה גרידא ולא בהכתבה של המחיר:

“While setting the prices at which products may be resold is not permitted, suppliers are entitled to recommend prices to resellers. ... For the avoidance of doubt the category certificate or license will not apply unless any price recommendation (a) informs the reseller that he is free to set his own prices; (b) contains no reference to the margins resulting from applying any recommended price; (c) involves no requirement to display such a recommended price; and (d) provided no measures are taken to secure adherence to such price.”⁵³

הווה אומר, המלצת מחירים אנכית מותרת באירלנד ובלבד שהספק יידע את המפיץ כי הוא חופשי לקבוע את המחיר בעצמו, לא התייחס לרווח הצפוי למפיץ אם המפיץ יאמץ את המחיר המומלץ, לא דרש מן המפיץ להציג או לפרסם את המחיר המומלץ, ולא הפעיל שום אמצעי לצורך דרבון המפיץ לאמץ את המחיר המומלץ.

מהוראות, צווים, מסמכי עמדה ופטורי סוג שהוציאה הממונה על ההגבלים העסקיים בישראל עולה כי אותה ההלכה הרווחת בעולם, לפיה המלצת מחירים אנכית איננה בגדר הסדר, קיימת גם אצלנו. למיטב ידיעתי, לפני פרשת **שולשטיין**, שתידון להלן בהרחבה, הסוגיה עלתה בפסיקת בתי המשפט בישראל רק פעם אחת, בתובענה ייצוגית שנמחקה בהסכמה: בת"א

⁵² Competition Authority Draft Category Certificate and Licence for Non-Price Vertical Restraints Background Note (Ireland) § 10, available at http://www.clubi.ie/competition/compframesite/VerticalDistributionDocs/background_note.htm

⁵³ ש.ם.

2586/98 (מחוזי ת"א) גרונר נ' ביו אומגה (ישראל) בע"מ⁵⁴ נטען על ידי התובע הייצוגי כי אימוץ על ידי רשתות השיווק של המחיר המומלץ שהוטבע על ידי המחלבות על גבי מוצרי החלב, על רקע צו הפיקוח על מצרכים ושירותים (הצגת מחיר של סוג מצרכים מסוימים), התשנ"א-1991, המחייב סימון מחירים ברשתות השיווק, מהווה הסדר כובל. התביעה כאמור נמחקה בהסכמה, כפי הנראה על רקע ההלכה הרווחת הנ"ל, לפיה המלצה של הספק על המחיר לצרכן שיגבו המפיצים איננה מהווה הסדר, גם אם היא מאומצת בהתנהגות על ידי המפיצים.

כך גם עולה מהוראות מוסכמות שהממונה נתן לבעלי מונופולין שונים, המורות לבעל המונופולין, בין היתר, שלא להכתיב את המחיר לצרכן שיגבו המפיצים שלו. הוראות אלה תמיד מסייגות עצמן בהדגשה כי המלצת מחירים אנכית מותרת.⁵⁵ מפטורי הסוג שחוקק הממונה על ההגבלים עסקיים עולה אותה הגישה. כך, למשל, כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית), התשס"א-2001⁵⁶ קובעים, בסעיף 3(ד)5 שלהם, כי אין בהוראה המצויה שם לפיה הכתבת מחירי מינימום שוללת את הפטור כדי למנוע המלצה על המחיר הקמעונאי. הוראה דומה מצויה בכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי זכיינות), התשס"א-2001, בנוסחם הקודם,⁵⁷ שהבהירו, בסעיף 3(2) שלהן, כי פטור הסוג לא יחול אם " ... בין צדדים להסכם קיים הסכם לעניין המחיר שיציע הזכייין, שידרוש או שישולם לו, או לעניין הרווח שיפיק הזכייין או בעל הזכייין" אך הוסיפו והדגישו כי "אין בכך כדי למנוע ... הפצה של רשימת מחירים מומלצים ...".

בעמדת הממונה בעניין הסדרי סחר בין ספקים לרשתות קמעונאיות,⁵⁸ אמנם נאמר כי "אימוץ אוטומטי של מחיר מומלץ על ידי הקמעונאי מקים חשד לקיומו של הסדר כובל לקביעת מחיר לצרכן." אולם, אין כאן לדעתי אמירה כי המלצה של הספק המאומצת על ידי המפיץ היא

⁵⁴ דינים מחוזי לב(2) 502 (1998).

⁵⁵ ראו למשל הממונה על ההגבלים העסקיים הוראות לבעל מונופולין-החברה הישראלית לייצור משקאות קלים בע"מ פרסום 3006300 (1998).

⁵⁶ ק"ת 6069, 669.

⁵⁷ ק"ת תשס"א, 672; תשס"ד, 750. נוסחם הנוכחי של פטורי הסוג להסכמי זכיינות (ק"ת 6096, תשס"ו 672) איננו רלוונטי לעניין המלצת מחירים אנכית, משום שלפי נוסח זה, אפילו הכתבת מחירים בין ספק ללקוח מותרת בהסדר זכיינות הנהנה מפטור הסוג (ר' שם בסעיף 2(ב)14).

⁵⁸ הממונה על ההגבלים העסקיים הסדרי סחר בין ספקים ורשתות קמעונאיות - עמדת הממונה על הגבלים עסקיים, הגבלים עסקיים 288843/5033 (2005)

פסקה 3.8.g, www.etype.co.il/Anti1/Files/5790/503011035.pdf

אוטומטית בגדר הסדר כובל, אלא רק שהתנהגות מעין זו יכולה להוות ראייה נסיבתית לכך שהיה בין הצדדים הסדר המדרבן את המפיץ לאמץ את ההמלצה.

בעניין עמינח⁵⁹ עלתה, אגב אורחא, השאלה בדבר המלצת מחירים אנכית, אגב הדיון של בית הדין להגבלים עסקיים בשאלה אם לאשר מיזוג בין חברת עמינח, המייצרת ומוכרת לצרכנים פתרונות שינה ונוחות, לבין רשת אחרת המוכרת לצרכנים פתרונות שינה ונוחות. בית הדין איננו מסכים לטענתו של הממונה כי ניסיונותיה של עמינח לשכנע את הקמעונאים העצמאיים הרוכשים ממנה את מוצריה לאמץ את המחירון המומלץ שהפיצה להם, בצירוף כוחה המשמעותי של עמינח בשוק, עולים כדי הסדר להכתבת מחירים. כפי שקובע השופט עדיאל:

”במקרה זה, לא הוצגה בפנינו הוכחה ברורה לאכיפת מחירים כוחנית מצד עמינח תעשיות. עם זאת, לא ניתן להתעלם ממאמצי השכנוע של עמינח תעשיות לקביעת מחירי מינימום לצרכן, בהם היא מודה למעשה, בצירוף כוח השוק שלה ומעמדה הדומיננטי בשווקים הרלוונטיים והקשר בינה ובין עמינח רשתות הפועלת במקטע הקמעונאי. מדיניות של הפצת מחירון מומלץ וניסיונות השכנוע של קמעונאים למכור את מוצריה במחירי מינימום, הגם שלכאורה אינם מהווים הסדר כובל בהעדר ראייה ברורה ליסוד כפיה, יש בו כדי לפגוע, במידה מסוימת שלא הובררה, בתחרות במקטע הקמעונאי, אך במקרה הזה אין בו די כדי להוות ראייה או חיזוק לשיקולים מבניים לפסילת המיזוג.”⁶⁰

יש לציין שבפרשת עמינח, ניתן לכאורה לטעון שההמלצה על המחיר איננה בדיוק אנכית טהורה, משום שעמינח תפקדה בשוק לא רק כספק, אלא כבעלים של רשתות קמעונאיות המתחרות בקמעונאים העצמאיים המוכרים את תוצרתה של עמינח. מן המבחינה הזו, המלצה על המחיר לצרכן, תוך הפעלת מאמצי שכנוע, אמורים דווקא להעלות חששות גדולים יותר מאשר המלצת מחירים אנכית טהורה, שבה אנו עוסקים.

⁵⁹ עמינח רשתות שיווק בע”מ נ’ הממונה על ההגבלים העסקיים, ההגבלים העסקיים

5000123 2005.

⁶⁰ שם, פסקה 70.

3.1 מהו ההבדל העובדתי בין "המלצה" ל-"הכתבה"?

יש להדגיש כי הטיפול המתירני של דיני ההגבלים העסקיים בהמלצות מחירים אנכית מותנה בהיות ההמלצה אותנטית ואמיתית. אם הספק קורא להתנהגותו "המלצה" אך בפועל הוא מפעיל אמצעי כפייה או דרבון המתמרצים את המפיצים לאמץ את ההמלצה, אין מדובר כבר בהמלצה.

אמנם על פי הפסיקה האמריקאית גם במקרה שבו ספק מצהיר כי לא יעסוק עם מפיצים שאינם מאמצים את המחיר הקמעונאי המומלץ, ואף אם קמעונאים גובים את המחיר המומלץ כתוצאה מאיום זה, אין מדובר בהסדר.⁶¹ אולם, אף בארה"ב, אמצעי כפייה או דרבון מסוגים אחרים כן יהפכו המלצת מחירים אנכית להסדר. כפי שמציינת מחלקת ההגבלים העסקיים של לשכת עורכי הדין בארה"ב, ה-ABA:

"As a general principle, a manufacturer does not violate Section 1 if it engages only in 'exposition, persuasion or argument' to influence dealers to charge the suggested prices. Liability ordinarily will not result if a dealer's adoption of the manufacturer's suggested prices does not stem from coercive tactics by which the manufacturer secures the dealer's agreement to follow its recommendations ... Conduct that goes beyond 'exposition, persuasion or argument' and compels dealer adherence to the manufacturer's prices may violate Section 1."⁶²

⁶¹ ראו, למשל, פסקי הדין בעניין:

Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp. 465 U.S. 752 (1984); **United States v. Colgate & Co.**, 250 U.S. 300 (1919).

⁶² ראו:

ABA Section of Antitrust Law *Antitrust Law Developments* (4th ed. 1997, Vol. 1 at p. 137.

גם בקהילייה האירופאית, הפעלת אמצעי דרבון תמרוץ או כפייה הופכת "המלצה" להכתבה שיכולה להוות הסדר.⁶³ נראה שכך גם בישראל. יתרה מזו, נראה שבישראל לא נקלטה הגישה האמריקאית המתירנית במיוחד, לפיה אימוץ של ה-"המלצה" הנובע מאיום של הספק שלא יעסוק עם מפיץ שאיננו מאמץ את ה-"המלצה" איננו בגדר הסדר. למרות שסוגיה זו לא נידונה בישראל ישירות, ניתן ללמוד עליה מתוצאת פסק הדין בעניין **גיבור סבריינה**.⁶⁴ בפרשה זו סירב ספק בעל מונופולין בשוק גרבוני הניילון לספק לקמעונאי שסטה מן המחיר שהומלץ על ידי הספק. בית המשפט המחוזי הרשיע את הספק בהפרת הוראת סעיף 29 לחוק ההגבלים, האוסרת על בעל מונופולין לסרב סירוב בלתי סביר לספק את הנכס שבמונופולין. אילו המלצת מחירים אנכית שמלווה באיום להפסיק למכור למי שאינו מאמץ את ההמלצה הייתה פרקטיקה לגיטימית שאיננה הסדר כובל, יתכן שהיה נקבע בעניין גיבור שהסירוב לספק הוא סירוב סביר, ולא בלתי סביר.

באותה הרוח, כאשר קיים תמרוץ כלכלי בחוזה בין ספק למפיץ המדרבן את המפיץ לאמץ את המחיר לצרכן "המומלץ" על ידי הספק, ההתנהגות משולה להסדר מפורש המכתיב את המחיר.⁶⁵

כך גם עולה מהצו המוסכם עם הממונה בעניין **הסדרי סחר בין ספקים לרשתות קמעונאיות**.⁶⁶ בצו זה נקבע כי:

⁶³ ראו למשל: Camera Care LTD v. Victor Hasselblad AB [1982] 2 CMLR 233, par. 66 – 65, הנחיות הנציבות, לעיל הערה 47, בפסקה 111:

“Under the heading of ‘resale price maintenance’ (RPM) come those agreements whose main element is that the buyer is *obliged or induced* to resell not below a certain price ...”

⁶⁴ ת"פ 4783/93 (ת"א) **מדינת ישראל נ' גיבור סבריינה מפעלי טקסטיל בע"מ**, דינים שלום טז 490 (1996).

⁶⁵ השוו הי"ע (י-ם) 612/06 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' שטראוס עלית** (2007) (בה נקבע כי שלילה של בונוסים מחברת עלית לקמעונאי כאשר הקמעונאי רוכש גם מספק מתחרה מהווה הסדר כובל האנלוגי להסדר בלעדיות).

⁶⁶ ראו הממונה על הגבלים העסקיים **מתן תוקף של צו לנוסח הצו המוסכם בין רשות ההגבלים העסקיים לספקי המזון בעניין הסדרת התחרות בענף המזון במשק הישראלי פרסום 5000436**, ס' 24 לצו (2006), www.etype.co.il/Anti1/Files/7661/604-06.doc.

"רשאי ספק להמליץ לרשת שיווק על מחיר בו יימכרו לצרכן אחד או יותר ממוצריו ובלבד שהספק אינו נוקט בפעולה שעניינה, מטרתה או תוצאתה הידועה מראש בעת נקיטתה הם אכיפת ההמלצה, לרבות פניה כלשהי לרשת בגין אי קיום ההמלצה (לרבות הפצרות ברשת לקיים את ההמלצה), שמשמעה איום, מפורש או משתמע, לשלול מהרשת הטבות אם לא תקיים את ההמלצה."

גם קומוניקאציה בין הספק למפיץ שבמסגרתה מסכים המפיץ לאמץ את המחיר ה-"מומלץ" מהווה הסדר ועל כן עשויה להיות הסדר כובל. זאת גם אם ההסכמה הנ"ל איננה מלווה במנגנון מיוחד של תמרוץ או דרבון לאימוץ ההבנה.⁶⁷ ההנחה כאן היא שאם המפיץ התחייב כלפי הספק לאמץ את ההמלצה, יש מנגנון דרבון מובנה בעצם הסכמתו. יתכן שהמפיץ חושב שיש לספק סיכוי לאכוף את ההסכמה בבית המשפט, או לכל הפחות מאמין כי אם לא יפעל על פי ההבנה הספק יהיה חופשי לשלול ממנו הטבות, להרע את תנאיו, או להפסיק למכור לו. לא ניתן להניח הנחה מעין זו אם מדובר בהמלצה אמיתית, הנותנת למפיץ במפורש חופש לפעול כרצונו.

כמובן, במקרה נתון, לעתים יהיה קשה עובדתית להכריע אם ההמלצה היא המלצה טהורה או מהווה הלכה למעשה הכתבה. דוגמה להתמודדות עם בעיה זו ניתן לראות בעמדתה של רשות ההגבלים העסקיים באירלנד, שהובאה לעיל,⁶⁸ המיישמת ארבעה מבחנים אשר מבטיחים את טהרתה של ההמלצה, וביניהם חובת יידוע אקטיבית של הספק על כך שהמפיץ חפשי לקבוע את המחיר בעצמו, היעדר התייחסות של הספק בחוזהו עם המפיץ לרווח הצפוי למפיץ אם המפיץ יאמץ את המחיר המומלץ, היעדר דרישה מן המפיץ להציג או לפרסם את המחיר המומלץ, וכמובן היעדר כל אמצעי המדרבן את המפיץ לאמץ את המחיר המומלץ.

אם כך, כאשר ה-"המלצה" איננה מלווה באמצעי דרבון או אכיפה המתמרצים את המפיץ לאמץ את ההמלצה, אכן מדובר בהמלצה אמיתית, ועצם העובדה שמפיצים מאמצים את ההמלצה איננה אומרת כשלעצמה שמדובר בהסדר כובל. ככלות הכול, אין טעם במתן המלצה אשר איננה מתקבלת – מטבע הדברים, הספק ישתדל לתת המלצה כזו אשר תאומץ בסופו של דבר על ידי המפיצים, שאחרת מה הטעם בהמלצה? כמובן, אין לפסול החשבת אימוץ סיסטמטי של ההמלצה כראיה נסיבתית אפשרית לביסוס הטענה שכן היתה מערכת תמרוץ או דרבון שהפכה את ההמלצה הלכה למעשה להכתבה.

⁶⁷ ראו, למשל, הנחיות הנציבות האירופאית, לעיל הערה 47, בפסקה 111.

⁶⁸ לעיל הערה 53.

3.2 ההבדל בין המלצת מחירים אופקית להמלצת מחירים אנכית לעניין השפעה על הצרכנים

אם כך, המשפט המשווה, כמו גם הוראות, פטורי סוג ועמדות שפרסם הממונה על ההגבלים העסקיים בישראל, מראים כי המלצת מחירים אנכית איננה אסורה על פי דיני ההגבלים העסקיים. זאת כל עוד ההמלצה היא המלצה "אמיתית" ואיננה מלווה באמצעי דרבון או כפייה לאימוץ ההמלצה. אימוץ גורף ומתמשך של המלצה יכול, אולי, להוות ראייה נסיבתית לכך שקיימים אמצעי דרבון או כפייה כאלה, או שהייתה קומוניקאציה מפורשת מצד המפיצים המבטיחה כי הם יאמצו את ה-"המלצה", אולם, עצם אימוצה של ההמלצה איננה מבססת הסדר, שהוא תנאי בסיסי להיות ההתנהגות בגדר הסדר כובל.

למרות שהספרות ופסיקת בתי המשפט ציינו ללא הרף כי המלצת מחירים אנכית מותרת, לא הודגש כלל הרציונאל הכלכלי שמאחורי היתר זה. ככלות הכול, אם המלצת מחירים אופקית, בין מתחרים, כן מהווה הסדר, למרות אופייה הטנטטיבי והלא מחייב, לכאורה ניתן היה להסיק מכך כי גם המלצת מחירים אנכית מקיימת את יסוד "ההסדר". זו באמת היתה דרכה של כבי' השופטת מזרחי בפרשת **שולשטיין**, שתידון להלן, בפוסקה כי המלצת מחירים אנכית מהווה הסדר כובל. יתרה מזו, הראינו לעיל כי החשש לפגיעה בצרכנים הגלומה בהמלצת מחירים אופקית נובעת מכך שהמלצת מחירים אופקית יכולה לעזור למתחרים לפתור את בעיית הקואורדינאציה של המחיר הקרלטיסטי. נשאלת לכאורה השאלה מדוע המלצת מחירים אנכית לא טומנת בחובה חשש דומה? מדוע לא ניתן לטעון כי המלצת מחירים אנכית פותרת למפיצים של הספק את בעיית הקואורדינאציה של המחיר הקרלטיסטי שהם היו רוצים לקבוע על מנת להשיא את רווחיהם על חשבון הצרכנים, ממש כשם שהמלצת מחירים אופקית בין מתחרים פותרת למתחרים את בעיית הקואורדינאציה שלהם?

אם כך, בפסקאות הבאות אסביר את הרציונאל הכלכלי המצדיק את ההבדל בסיווג המשפטי של המלצת מחירים אופקית והמלצת מחירים אנכית. מדוע המלצת מחירים אופקית נחשבת תמיד כהסדר כובל אסור בעוד שהמלצת מחירים אנכית איננה נחשבת כלל כהסדר? הסיבה המרכזית לאבחנה זו, לדעתי, היא שהאינטרס של הספק לגבי המחיר הקמעונאי שידרשו המפיצים הרוכשים ממנו שונה מהותית מן האינטרסים של המפיצים עצמם. המפיצים עצמם, אילו היו מתאמים הם את המחיר שיגבו מצרכנים, היו מעדיפים את המחיר הקמעונאי הקרלטיסטי, המשיא את רווחיהם של המפיצים על חשבון הצרכנים. לא כך הספק. אם רווחיו של

הספק ממכירות נובעות מן המחיר הסיטונאי ליחידה שהוא גובה מן המפיצים, הרי שהספק היה רוצה שהמחיר הקמעונאי לא יהיה גבוה מדי. אם המחיר הקמעונאי יהיה גבוה מדי (למשל בגובה המחיר הקרטליסטי שמשיא את רווחי המפיצים), הכמות שהמפיצים ימכרו מן המוצר של הספק תקטן, וכך גם יקטנו רווחיו של הספק, שהרי רווחיו תלויים במספר היחידות הנמכרות.⁶⁹

אם כך, חזקה על הספק שהמליץ למפיצים על מחיר נמוך יחסית. אמנם, גם הספק היה רוצה שרווחיהם של המפיצים ממכירות לא ירדו לאפס. אם רווחיהם על מכירת המוצר של הספק יהיו אפסיים או קרובים לאפס, אז תמריציהם לקדם את המכירות של המוצר של הספק, לתת שירותים נלווים בגינו, למכור גם את המוצר של הספק ולא רק את המוצר של מתחרים, וכיוצא באלו, יהיו גם הם אפסיים. היעדר תמריצים להחזקת המוצר, קידום מכירותיו, ומתן שירותים נלווים מעין אלה יהיה בדרך כלל גם בעוכרי הצרכנים. המגוון שיהיה לנגד עיני הצרכנים ייפגע אם המפיץ לא יחזיק את המוצר של הספק, לא יביא לידיעתם מידע אודות המוצר של הספק, תכונותיו, וכו', או אם המפיץ לא ייתן שירותים נלווים, כגון שירותי הדגמה.⁷⁰ במילים אחרות, המלצת מחירים אנכית איננה יכולה להקל על קרטל בין המפיצים, משום שמטבע הדברים המחיר המומלץ על ידי הספק נמוך משמעותית מהמחיר הקרטליסטי שבו היו רוצים המפיצים.

כאשר המחיר המומלץ מובא לידיעת הצרכנים, לדוגמה על ידי מחיר מומלץ לצרכן המוטבע על גבי המוצר עצמו, ההמלצה יכולה גם לרסן את המפיצים לבל ישתמשו בכוח השוק שלהם על מנת להעלות את המחיר לצרכן מעל למחיר המומלץ. זאת משום שצרכנים ייטו לסרב

⁶⁹ גם כאשר רווחיו של הספק אינם נובעים מן המחיר הסיטונאי ליחידה נמכרת אלא מתשלומים משלמים לו המפיצים שאינם תלויים במספר היחידות הנמכרות (תשלומים קבועים), המלצה על מחיר איננה יכולה לפגוע בצרכנים, אם כי הניתוח הכלכלי של סיטואציה זו מורכב יותר. בקליפת אגוז, ככל שרווחיהם הצפויים של המפיצים גבוהים יותר, כך הספק יכול להסתמך יותר על התשלומים הקבועים לצורך רווחיו, ויהיה לו תמריץ להקטין את המחיר הסיטונאי ליחידה שהוא גובה מן המפיצים. על כן, גם אם נניח כי המלצה על המחיר מאיינת את תחרות המחירים בין המפיצים, הצרכנים לאו דווקא נפגעים מכך, משום שכרוכה בכך הורדה מקבילה של המחיר הסיטונאי, של עלויות המפיצים, ושל המחיר לצרכן. נהפוך הוא, התנהגות מעין זו יכולה להקטין את המחיר לצרכן, באשר היא מאפשרת לספק ולמפיצים להסיר את "המרווח הכפול" (מרווח הספק ומרווח המפיצים) שיש בו כדי לגרום למחיר גבוה לצרכן. לניתוח יותר מפורט של הקשר ההפוך הנ"ל בין מידת התחרות בין מפיצים לבין המחיר הסיטונאי שהם משלמים לספק, והשימוש בתשלומים קבועים כאמור לעיל על מנת לפתור את בעיית המרווח הכפול, ראו דיויד גילה "מורכבות שאלת הפגיעה בתחרות בהסדרי בלעדיות במרכזים מסחריים" במחקרי משפט כד(1), 2006, בפסקה 3.1.

⁷⁰ ראו דיויד גילה ויוסי שפיגל לעיל הערה 17, חלק א' פרק 7.

לרכוש ממפיץ שהמחיר הקמעונאי שלו גבוה מהמחיר המומלץ על ידי הספק ויעדיפו לרכוש ממפיצים מתחרים.⁷¹ איסור על המלצה על ידי הספק יכול להשמיט את הקרקע תחת תופעה פרו-צרכנית מובהקת זו.

3.3 ההבדל בין המלצת מחירים אנכית להכתבת מחירים אנכית מבחינת ההשפעה על הצרכנים

לכאורה ניתן היה לטעון שאותה הצדקה להכשרת המלצת מחירים אנכית, שהובאה בפסקה הקודמת, רלוונטיות גם להכתבת מחירים אנכית. ככלות הכול, גם כאשר הספק מכתב למפיצים מחיר מינימום לצרכן, תקפה הטענה שאותו מחיר המינימום שהספק הכתיב איננו זהה למחיר הקרטליסטי שהיו קובעים המפיצים אילו היו מתאמים אותו בינם לבין עצמם. כשם שהספק איננו חפץ במחיר מנופח מדי לצרכן כאשר הוא ממליץ על מחיר זה, כך הוא גם איננו חפץ במחיר גבוה מדי כאשר הוא מכתב מחיר זה.

עם זאת, קיים הבדל מהותי בין המלצת מחירים אנכית לבין הכתבת מחירים אנכית של מחיר מינימום. הכתבת מחירים אנכית של מחיר מינימום, שאל למפיצים לגבות מתחתיו, יכולה, במקרים מסוימים, להקל על קרטל בין הספק לבין מתחריו, וגם יכולה, במקרים מסוימים, לחזק את כוחו של הספק להעלות מחירים. אלו, למעשה, שתי התיאוריות הכלכליות העיקריות המבססות את החשש מהכתבת מחירי מינימום. נסקור אותן להלן זו אחר זו, ונראה כי החשש הנ"ל מתקיים אך ורק כאשר מדובר בהכתבת מחיר מינימום, ולא בהמלצה טהורה לגבי המחיר לצרכן.

ראשית נראה כיצד הכתבת מחיר מינימום עלולה, במקרים מסוימים, להקל על קרטל בין הספקים לבין עצמם, בשוק ממועט מתחרים. נניח, לצורך ההמחשה, שלטמבור יש מתחרה אחד, נירלט, והן מצליחות לייצב, באיזשהו אופן, מחיר סיטונאי קרטליסטי שהן גובות מן המפיצים. נניח, לצורך הפשטות, שטמבור מוכרת לצרכנים דרך שני מפיצים, המפיצים רק את מוצרי טמבור, ונירלט מוכרת לצרכנים דרך מפיצים המוכרים רק מוצרי נירלט. אם טמבור מכתבת למפיצה מחיר מינימום לצרכן, התמריץ של טמבור לסטות מן המחיר הסיטונאי הקרטליסטי עלול לקטון. זאת משום שאם תסטה ממחיר זה, היא בוודאי תעשה זאת על מנת להגדיל את נתח השוק שלה

⁷¹ אמנם, כאשר מחיר מומלץ נמוך יחסית ידוע לצרכנים, קיים דרבון מסוים כלפי המפיצים לאמץ את ההמלצה, דבר שמסייג את היותו המלצה "טהורה". עם זאת, כיון שהדרבון הזה פועל לטובתם של הצרכנים, בריסון כוחו של המפיץ להעלות את המחיר, וכיון שכוחות תחרותיים ורגישות הצרכנים למחיר היא הכוח המדרבן כאן, יש הצדקה להתרת דרבון מעין זה.

על חשבון נירלט. לצורך כך, טמבור תצטרך "לוותר" למפיצה על מחיר המינימום ולאפשר להם להוריד את המחיר מתחתיו (או שתצטרך לצוות על מחיר מינימום חדש, נמוך יותר).⁷² או אז, נירלט תוכל לקלוט מהר יותר ובאופן חד יותר שאכן טמבור סתה מן המחיר הקרטליסטי. זאת משום שנירלט תראה מיד כי טמבור ויתרה למפיצה על מחיר המינימום הקודם שהוכתב על ידה.⁷³ אבחון מהיר זה מצד נירלט יגרום לה להגיב מהר יותר בהורדת מחירים משל עצמה. בכך יהיה כדי להקטין את הרווח שטמבור תוכל להפיק מהורדת מחירים, ועל כן יש פחות סיכוי שטמבור תרצה להוריד מחירים מלכתחילה.

העובדה שטמבור בעלת תמריץ קטן יותר לסטות מקרטל יכולה להקל על קרטל בשוק אם יש בו מעט שחקנים משמעותיים, ואם טמבור היא "מחוללת התחרות" בשוק (הפירמה עם הנטייה הגדולה ביותר לסטות מקרטלים בשוק).⁷⁴ בנוסף, האפקט שלה קלה על קרטלים קיים רק אם המתחרה, נירלט בדוגמא, מודע להכתבת המחירים על ידי טמבור, ויודע מהו המחיר המוכתב. אלא שאפקט זה של הקלה על קרטלים איננו קיים אם הספק רק ממליץ למפיץ על המחיר לצרכן, מבלי להפעיל אמצעי לחץ או דרבון לאימוץ ההמלצה. כיון שמדובר אז בהמלצה גרידא, עצם העובדה שהמפיץ מוריד את המחיר לצרכן איננה אומרת, כשלעצמה, שהספק "יותר" למפיץ על מחיר המינימום. יתכן שהורדת המחיר באה מסיבות הקשורות במפיץ עצמו (למשל, המפיץ רצה להיות תחרותי יותר, המפיץ התייעל, הביקוש לשירותי המפיץ גדל, וכו'). או אז, כאשר נירלט, בדוגמא הנ"ל, רואה שמפיץ של טמבור מוריד את המחיר מתחת למחיר המומלץ, היא לא יכולה להסיק מזה שטמבור היא זו שהחלה תהליך זה בהורדת המחיר הסיטונאי תוך סטייה

⁷² אפשר שטמבור, בדוגמא זו, תחפוץ לסטות ממחיר סיטונאי קרטליסטי גם מבלי שהדבר יתורגם להנחה לצרכנים אם טמבור חפצה לשכנע מפיצים של נירלט לעבור לעבוד עימה. אולם, סטייה מעין זו מהקרטל לא תועיל לצרכנים.

⁷³ ראו גילה ושפיגל, לעיל הערה 17, בע' 438-444.

⁷⁴ ראו דיויד גילה "השקעות פאסיביות בין מתחרים בישראל" משפטים לו(1) (2006) 1, בע' 12-15, וכן:

David Gilo Yossi Moshe and Yossi Spiegel, "Partial Cross Ownership and Tacit Collusion," 37 **RAND Journal of Economics** 81, 82 (2006).

(לעובדה שפרקטיקה שמקטינה את התמריץ של פירמה לסטות מקרטל יכולה להקל על קרטל רק אם הפירמה הזו היא מחוללת התחרות היחידה בשוק).

מהקרטל בינה לבין נירלט. טמבור אז יכולה להפיק רווח גדול יותר מסטייה מהקרטל, ויש סיכוי גדול יותר שתעשה זאת. בכל אופן הסיכוי שתסטה מקרטל זהה לסיכוי שהיה אלמלא המליצה טמבור למפיצה על המחיר לצרכן. לא כך, כאמור לעיל, כאשר המחיר לצרכן מוכתב על ידי טמבור. במקרה של הכתבה של המחיר לצרכן, טמבור לא תוכל להרשות לעצמה, בדרך כלל, "לוותר" למפיץ על מחיר המינימום, אלא אם מטרתה היא לסטות מן הקרטל עם נירלט ולחטוף לה נתח שוק. בכל מקרה אחר, שבו הרצון להוריד את המחיר קשור בצרכיו של המפיץ בלבד, טמבור תסרב לוותר לו על מחיר המינימום המוכתב, מחשש לתגובה תחרותית חריפה מצד נירלט.⁷⁵

כאמור, סיבה כלכלית נוספת שהכתבת מחירים מסוכנת לצרכנים בעוד המלצה גרידא איננה מסוכנת, טמונה בתיאוריה לפיה הכתבת מחירים עלולה להעלות את כוחו של הספק להעלות מחירים. על פי תיאוריה זו, שקראתי לה במקום אחר, "בעיית ההתחייבות" או "בעיית האופורטוניזם של הספק"⁷⁶ לעיתים ספק המוכר למפיצים המצויים בתחרות זה עם זה עשוי ליתן לאחד מהם הנחה במחיר הסיטונאי על חשבון המפיץ השני. הווה אומר, לספק קיימת בעיה אופורטוניסטית "להתחייב" לגבות ממפיציו את המחיר הסיטונאי הגבוה שמשקף את כוחו הלכאורי בשוק. לתמריץ אופורטוניסטי זה ליתן הנחות יש אפקט פרו-צרכני, משום שהתמריץ פועל ככדור שלג, הגורם למחיר הסיטונאי שמשלמים המפיצים, ובעקבות כך גם למחיר לצרכן, להיות נמוך מלכתחילה, למרות כוחו הלכאורי של הספק. אלא שהספק יכול לפתור את בעיית

⁷⁵ לאור האמור לעיל, גם הכתבת מחיר מינימום יכולה להקל על קרטל רק כאשר כל ספק מוכר בלעדית למפיצים מסוימים. היא איננה יכולה להקל על קרטל בין הספקים אם כל הספקים המתחרים מוכרים לכל המפיצים. כך, למשל, אם הן טמבור והן נירלט, בדוגמא הנ"ל, מוכרים את המוצרים שלהם הן לרשת אייס והן לרשת הום סנטר, הכתבת מחירים על ידי טמבור איננה יכולה להקל על קרטל בינה לבין נירלט. זאת משום שגם ללא הכתבת מחירים כזו, נירלט בדרך כלל מיד יודעת מתי טמבור סוטה מן המחיר הסיטונאי הקרטליסטי שהתייצב בינהן: כאשר טמבור תסטה ממחיר זה, הן אייס והן הום סנטר יורידו את המחיר לצרכן רק על מוצרי טמבור. מכאן שסטיית של טמבור מקרטל עם נירלט לעניין המחיר הסיטונאי שקוף באותה המידה עם או בלי הכתבת המחיר.

⁷⁶ ראו David Gilo, "Retail Competition Percolating through to Suppliers, and Using Vertical Integration, Vertical Restraints and Tying to Stop It," **Yale Journal on Regulation**, vol. 20, p. 25, 57-81 (2003), גילה ושפיגל, לעיל הערה 17, בפסקה 8.

ההתחייבות שלו באמצעות הכתבת מחיר מינימום למפיצים שלו, המאיינת את תחרות המחירים ביניהם לבין עצמם.⁷⁷ מבחינה זו, הכתבת מחיר מינימום למפיצים עלולה לפגוע בצרכנים, שהרי יש בה כדי להעלות את המחירים הסיטונאיים והקמעונאיים. אלא ששוב רואים אנו שתנאי לאפקט אנטי-תחרותי זה הוא שמדובר *בהכתבה* של המחיר לצרכן, הנאכפת בקפדנות על ידי הספק, ולא בהמלצה גרידא. המפתח לפגיעה בצרכנים כאן הוא שלמפיץ אסור, מכוח ההסדר, להוריד את המחיר לצרכן אל מתחת למחיר המוכתב. או אז, הוא לא יכול להשתמש בהנחה במחיר הסיטונאי שהוא קיבל מן הספק כדי לחטוף נתח שוק למפיץ המתחרה, ונעלם התמריץ האופורטוניסטי ליתן את ההנחה על חשבון המפיץ המתחרה. כאשר מדובר בהמלצה גרידא, לא נפתרת בעיית ההתחייבות של הספק: נותר בעינו התמריץ האופורטוניסטי שלו ליתן הנחה למפיץ אחד על חשבון המפיץ המתחרה. המפיץ שקיבל את ההנחה חופשי להוריד את המחיר אל מתחת למחיר המומלץ ולחטוף נתחי שוק למתחרהו.

3.4 פרשת שולשטיין

על רקע הניתוח בפסקאות הקודמות, המראות כי ההלכה הנוהגת היא שהמלצת מחירים אנכית (קרי-המלצה טהורה המנותקת מאמצעי דרבון או כפייה כלשהם) איננה בגדר הסדר,⁷⁸ ומראות את הרציונאל הכלכלי מאחורי הלכה זו,⁷⁹ ננתח עתה את החלטת בית המשפט המחוזי בעניין **שולשטיין**.⁸⁰ זוהי הכרעת דין שהרשיעה את מנכ"ל טמבור על כך שטמבור המליצה (או אולי הכתיבה, כפי שיידון להלן) לרשתות אייס והום סנטר, בשנים 1994 עד 1998, להימנע מהורדת מחירים של המוצרים המובילים של טמבור.⁸¹

אמנם, כבר בפתח דבריה, מציינת כב' השופטת מזרחי כי בעובדות המקרה שלפניה, לא היה מדובר בהמלצה גרידא, שאיננה מלווה באמצעי דרבון או כפייה. השופטת מציינת כי טמבור איימה על המפיצים בשלילת הטבות אם לא יאמצו את "המלצתה", וכן שטמבור התחייבה כלפי המפיצים כי היא תלחץ על מפיצים אחרים לאמץ "המלצה" זו. נרחיב בסוגייה זו בהמשך הדברים. אלא שלפי מיטב הבנתי מקריאת הכרעת הדין, מרבית החלק המהותי של פסק הדין

⁷⁷ ראו Gilo, id. at 57-61, גילה ופיגל, **שם**, עניין עמינת, **לעיל** הערה 59, בפסקה 68.

⁷⁸ **לעיל** פסקה 3.

⁷⁹ **לעיל** פסקאות 3.2-3.3.

⁸⁰ **לעיל** הערה 5.

⁸¹ **שם** בפסקה ד'4.

עוסק בשאלה אם המלצת מחירים אנכית גרידא (ללא אמצעי דרבון או כפייה) מהווה הסדר כובל, ובית המשפט עונה על שאלה זו בחיוב. בית המשפט מבצע אנלוגיה בין המלצת מחירים אופקית להמלצת מחירים אנכית. כפי שמציינת כב' השופטת מזרחי:

"הגדרת הסדר כובל עוסקת בתוכן הקשר בין גופים המנהלים עסקים בעת שההסדר מתקיים, ולא במצב שקדם להשגתו. לשון אחר: ההגדרה אינה עוסקת בשאלה אם ההסדר התקבל בכפיה או מרצון חופשי, אלא מתייחסת לעצם קיומו. ... הגורם המכריע בקביעת קיומו של הסדר במקרה דנן הוא העובדה שאינה במחלוקת, לפיה למצער חלק מהמלצות המחיר של טמבור התקבל בפועל על-ידי הרשתות. העובדה שמחירים אלו מלכתחילה הגיעו לרשתות על דרך המלצה (וגם אם נכון לומר שגם לאחר אימוצם הרשת היתה חופשית לשנותם), אינה משנה את התמונה. ... הסכמה של גוף עסקי לקבל מחירים המוצעים על ידי גוף עסקי אחר (דהיינו, הסכמה לגבי המחיר בין בני אדם "המנהלים עסקים", כמשמעות מונח זה בחוק), היא כשלעצמה הסדר כובל, כנובע מההגדרה."⁸² (ההדגשות הוספו – ד'ג').

אכן, כדי לבסס את עמדתה כי המלצת מחירים אנכית מהווה הסדר, כב' השופטת מזרחי מצטטת פסיקה הנוגעת להמלצת מחירים אופקית ולהסדרים אופקיים.⁸³ אולם, הדין הנוהג שתואר לעיל (במשפט המשווה במדינות שונות, וכן בהוראות שונות שיצאו מאת הממונה על ההגבלים בישראל), שקדם לפרשת **שולשטיין**, מפרש את יסוד "ההסדר" שבסעיף 2 לחוק ההגבלים באופן שונה להמלצת מחירים אופקית ולהמלצת מחירים אנכית. הוא קובע כי המלצת מחירים אופקית מהווה "הסדר" ואילו המלצת מחירים אנכית איננה מהווה "הסדר", ומכאן שהיא איננה יכולה להוות הסדר כובל. כפי שהראיתי לעיל, פרשנות זו של הדין הנוהג מתיישבת עם תכלית החוק: תכלית חוק ההגבלים להגן על ציבור הצרכנים מפני התנהגויות הפוגעות בתחרות, והראיתי לעיל כי המלצת מחירים אופקית מסוכנת לצרכנים, בעוד שהמלצת מחירים אנכית בדרך כלל איננה מסוכנת לצרכנים.

⁸² עניין **שולשטיין**, לעיל הערה 5, פסקאות 19-18.

⁸³ **שם**, פסקה 21, כגון ציטוט פסק דינו של השופט זילר בעניין **קייסין**, לעיל הערה 7, פסק הדין בעניין **אהליך יעקב**, לעיל הערה 8, ופרשת קרטל הבנקים בעניין ריבית התפ"ס (ת"פ 7873/84 מדינת ישראל נ' **בנק לאומי לישראל ואח'**, פסקים מחוזיים תשמ"ו-1986).

יש להדגיש כי גישה רווחת זו, לפיה המלצת מחירים אנכית איננה בגדר הסדר, איננה נובעת מהדעה שהבעתי בעבר,⁸⁴ לפיה הסדר אנכי, בין ספק ללקוח, ראוי לו שיידון רק לפי סעיף 2(א) לחוק, הדורש ניתוח כלכלי של הפגיעה המסתברת בצרכנים, ולא לפי סעיף 2(ב) לחוק, הקובע חזקות חלוטות להיות ההסדר כובל. גם מי שאיננו מאמץ את גישתי הנ"ל לעניין הסיווג הראוי של הסדרים אנכיים, ותומך בגישה לפיה הסדרים אנכיים נידונים גם הם לפי החזקות החלוטות של סעיף 2(ב),⁸⁵ ראוי שיאמץ את הכלל הנוהג, לפיה המלצת מחירים אנכית איננה הסדר כלל, אלא אקט חד צדדי של הספק, שלא כפוף לדיני ההסדרים הכובלים כלל.

עוד יש להדגיש כי תוצאה זו, לפיה המלצת מחירים אנכית איננה בגדר הסדר, איננה בהכרח שואבת את כוחה מיסוד ה-"כבילה" או ה-"הגבלה העצמית" המצויים בסעיף 2 לחוק. כפי שמעידה לשונו של סעיף 2, על מנת שהסדר יהיה כובל דרוש שצד "יגביל עצמו" (על פי סעיף 2(א) לחוק) או שיהא מדובר ב-"כבילה" (על פי סעיף 2(ב)) לחוק). מעצם העובדה שהמלצת מחירים אופקית, שאיננה מלווה באמצעי דרבון או אכיפה כלשהם, מהווים הסדר כובל אסור וחמור, יודעים אנו שאת המושגים של "הגבלה עצמית" ו-"כבילה" נהוג לפרש באופן נזיל ורחב. אכן, אם המלצה טנטטיבית לא מחייבת בין מתחרים מהווה "הגבלה עצמית" או "כבילה" גם המלצה טנטטיבית לא מחייבת מצד הספק למפיציו (המלצת מחירים אנכית) יכולה לכאורה להוות "הגבלה עצמית" או "כבילה". אלא שלגישתי יסודות אלה אינם רלוונטיים לעניין המלצת מחירים אנכית, משום שהיא לא מקיימת את יסוד ה-"הסדר" שגם הוא, לצד יסוד ה-"הגבלה העצמית" או ה-"כבילה", מהווה יסוד חיוני לכינון הסדר כובל. לפי גישה זו, המלצה אנכית לא מהווה הסדר משום שרואים אותה כאקט חד צדדי של הספק, שמממש את חופש העיסוק שלו להמליץ (המלצה לא מחייבת) מה הוא רואה כמחיר מומלץ לצרכן. באותו האופן, אימוץ ההמלצה על ידי המפיצים, בהתנהגותם, מהווה אקט חד צדדי של המפיצים. כפי שראינו, זוהי הקונסטרוקציה המשפטית שהביאה לתוצאה כי המלצת מחירים אנכית איננה בגדר הסדר גם במשפט המשווה:

“The only other 'price fixing' alleged was that Love's printed the price of its bread in large figures on the end of each loaf...There were no facts alleged indicating that such price, *unilaterally fixed by Love's and its parent*

⁸⁴ ראו גילה, סכר ההסדרים הכובלים, לעיל הערה 16.

⁸⁵ ראו, למשל, את גישת השופטת נאור בעניין רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשייה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ פ"ד נח(2) 634 (2004).

corporation, basically did anything else but protect the public and keep down the price of bread in the Honolulu market...[I]t does not appear that the imprinting of the price on the defendants' loaves of bread deprived the retailers of their right to exercise their own free judgment as to whether to sell defendants' products at all or to sell defendants' products at any price they chose ...” (Bailey's Bakery, Ltd. v. Continental Baking Co.⁸⁶)

[ההדגשה הוספה : ד'גי']

לחילופין, ניתן, כמובן, להשתמש ביסוד ההגבלה העצמית המצוי בסעיף 2(א) לחוק כעוגן משפטי להשגת התוצאה הראויה הנ"ל, לפיה המלצה אנכית איננה בגדר הסדר כובל. כיון שיסוד ההגבלה העצמית ממילא "נזיל", הוא מהווה כלי גמיש שמאפשר פרשנות תכליתית של החוק. באותו האופן, השתמש בית המשפט העליון בכלי זה בפרשת ע"ם 6464/03 **לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים**,⁸⁷ שם נקבע כי המחיר שלקוח מתחייב לשלם לספק בגין המוצר או השירות איננו יכול להוות הסדר כובל, משום שאין מדובר ב-"כבילה" או "הגבלה עצמית". גם כאן יסוד ה-"כבילה" משמש לפרשנות תכליתית של החוק. ככלות הכול, המחיר **שהתחייב** לקוח לשלם לספק בגין המוצר או השירות מקיים, לשונית, את יסוד ה-"כבילה". אלא שפרשנות תכליתית של החוק מנמיכה כי "כבילה" משמעה אך ורק הגבלת ההתנהגות של הצדדים להסדר מול צדדים שלישיים. לענייננו, כיון שהמלצה אופקית, בין מתחרים, יכולה, כאמור לעיל, להקל על תיאום מחיר קרטליסטי בשוק, על חשבון הצרכנים, ראוי לראות אותה כ-"כבילה" או "הגבלה עצמית", משום שהיא באה להשיג תוצאה המנוגדת לכוחות התחרותיים הרגילים בשוק. במילים אחרות, המלצה אופקית עוזרת למתחרים "להגביל עצמם" לבל יתפתו לדחף הראשוני שלהם להתחרות. לא כך המלצה אנכית. כפי שהניתוח הכלכלי שלנו הראה, אין בה כדי לפגוע בצרכנים. משמע, ניתן לטעון כי לא קיימת "הגבלה עצמית" או "כבילה" העוזרת לספקים בשוק לייצב ולתאם שיווי משקל המנוגד לדחף הראשוני שלהם להתחרות.

אם ניישם את הניתוח הכלכלי של פסקאות 3.2-3.3 לעיל על פרשת **שולשטיין**, נוכל להגיע למסקנה כי אם נניח שמדובר בהמלצה טהורה, שאיננה מלווה במנגנוני דרבון לאימוצה (כגון איום בשלילת הטבות מצד טמבור) ואם טמבור, מצידה, לא התחייבה כלפי המפיצים לדאוג לכך

⁸⁶ 235 F. Supp. 705, 722 (D.Haw. 1964), aff'd, 401 F.2d 182, (9 Cir. 1968).

⁸⁷ פ"ד נה(3) 293 (2004).

שהמחיר המומלץ יאומץ, הרי שהסיכוי שהמלצת מחירים אנכית כזו יפגע בצרכנים הוא קלוש. כפי שצינו לעיל, אם רווחיה של טמבור נובעים מהמחיר הסיטונאי ליחידה, הרי שאין לה שום אינטרס שהמחיר לצרכן יהיה גבוה. נהפוך הוא, היא אמורה להיות מעוניינת שהמחיר לצרכן יהיה נמוך, על מנת שתימכרנה יותר יחידות, וכך תשיא את רווחיה מהמחיר הסיטונאי. כמובן, טמבור לא תהא מעוניינת שהמחיר לצרכן יהיה כזה שהמפיצים לא יהיו מעוניינים להחזיק את המוצר שלה, או לקדם את מכירותיו באופן יעיל. אך לאינטרס זה עקרונית שותפים גם הצרכנים. גם הצרכנים היו רוצים שכל המפיצים – "טמבוריות" ורשתות גדולות כאחד – יחזיקו מוצרים של טמבור, וידאגו לקדם את המכירות של מוצרים אלה, לתת הסברים לגביהם, וכו'.

אם כך, העובדה שהמחיר המומלץ בא מאת טמבור, ולא מאת המפיצים, היא קריטית לניתוח הכלכלי של השפעת ההתנהגות על הצרכנים. אילו הום סנטר אייס והטמבוריות היו יושבות יחדיו ומתאמות את המחיר לצרכן שהן גובות על צבעי טמבור, הניתוח הכלכלי מנבא שהיו מתאמות מחיר גבוה בהרבה מזה שהומלץ על ידי טמבור, משום שכל רצונן להשיא את רווחיהן על חשבון הצרכנים. לא כך טמבור. בהנחה שכל רווחיה הן מן המחיר הסיטונאי שהיא גובה מהמפיצים, היא מעוניינת במכירת כמה שיותר יחידות מהמוצר שלה. על כן אין לה שום אינטרס שהמחיר לצרכן יהיה גבוה יותר ממה שחיוני לקידום מכירות יעיל של המוצרים שלה. כבישופטת מזרחי ציינה מספר פעמים שלהמלצה מצד טמבור, הגם שהיא "אנכית", יש לה "השלכות אופקיות".⁸⁸ אך הניתוח הכלכלי שהובא לעיל מראה שקיים הבדל קריטי, לעניין הפגיעה בצרכנים, בין המלצה שבאה מאת הספק לבין המלצה שבאה מאת מתחרה.

הניתוח הכלכלי של פסקה 3.3 גם מראה כי המלצה גרידא מצד טמבור לא יכולה היתה להקל על קרטל בינה לבין מתחריה.⁸⁹ לאמיתו של דבר, אם המפיצים בשוק (טמבוריות, אייס והום סנטר) מחזיקים הן מוצרים של טמבור והן מוצרים מתחרים, הראינו לעיל כי אפילו הכתבת מחירים לא היתה יכולה להקל על קרטל.⁹⁰ באופן דומה, המלצה גרידא לא היתה יכולה לשמש את טמבור על מנת לבצר את כוחה להעלות מחירים תוך פתרון "בעיית ההתחייבות" שלה.⁹¹

⁸⁸ ראו, למשל, עניין שולשטיין, לעיל הערה 5, בפסקה 38 ("גם העובדה שמדובר במערכת יחסים אנכית לכאורה, אין בה כדי לשנות את המסקנות, מה גם שלהסדר בכללו היתה השלכה אופקית ברורה.")

⁸⁹ לעיל הערה 75 והטקסט הנלווה אליה.

⁹⁰ לעיל הערה 75 והטקסט הנלווה אליה.

⁹¹ לעיל הערה 76 והטקסט הנלווה אליה.

כאמור בתחילת סעיף זה, לכאורה ניתן היה לדון בפסק הדין בעניין **שולשטיין** לא כפסק דין על המלצת מחירים אנכית, אלא כפסק דין על הכתבת מחירים אנכית. זאת לאור דברי כב' השופטת מזרחי כבר בפתח דבריה, בו ציינה, בקצרה, כי:

"כבר כאן אומר כי לאחר בחינת חומר הראיות, יש בידי לקבוע כי לא היה מדובר בהמלצה בלבד: טמבור אותה לרשתות שעליהן לקבל את ההמלצות, על-ידי כך שכרכה הצעתה באיום להקטין את ההנחות אם הדבר לא ייעשה. משמע, לא מדובר בהמלצה, אלא בפעולה המלווה אמצעי של אכיפה. בנוסף, מדובר בפעולה שהיתה מכוונת להשגת תיאום מחירים אופקי, כפי שיפורט להלן, על יסוד התחייבות של טמבור, שתפעל לכך שהמחירים היותר גבוהים יועמדו בכלל הרשתות וגם בטמבוריות."⁹²

זאת ועוד, מחומר הראיות הסיקה כב' השופטת מזרחי כי המחיר לא היה רק מומלץ, אלא שהייתה הסכמה של המפיצים לאמץ אותו.⁹³

אכן, כפי שראינו לעיל, כאשר "המלצה" מלווה באמצעי דרבון או אכיפה, המתמרצים את המפיצים לאמצה, כבר אין מדובר בהמלצה, אלא בהכתבה, המהווה הסדר. כך גם כאשר המפיצים מביעים את הסכמתם (שלא בהתנהגות גרידא) לאמץ את המחיר "המומלץ". בדבריה הנ"ל של כב' השופטת מזרחי טמון הסדר כובל נוסף, והוא הסדר שלפיו מתחייבת טמבור כלפי כל אחד מהמפיצים כי היא תקפיד על אימוץ המחיר "המומלץ" על ידי המפיץ המתחרה. גם בהתחייבות מעין זו עסקינן ביותר מאשר המלצת מחירים אנכית גרידא. מדובר בהסדר אנכי שלפיו הספק מתחייב כלפי מפיץ ללחוץ על מפיצים אחרים לבל יגבו פחות מן המחיר "המומלץ".⁹⁴

⁹² **שם** בפסקה 8. ראו גם את העדויות המאוזכרות על ידי כב' השופטת **שם** בפסקה 42.

⁹³ **שם**, בפסקה 69.

⁹⁴ ראו **שם** בפסקה 31, בה מחדדת כב' השופטת מזרחי את התחייבותה זו של טמבור. השוו הממונה על ההגבלים העסקיים **קביעה לפי ס' 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים בעניין שוק הבשמים הסלקטיביים - קביעה בגין הסדר כובל** פרסום 3002438 (1999), שבו דרשה חברת גיימס ריצ'רדסון, קמעונאית של בשמים סלקטיביים, מיצרני הבשמים כי ירסנו את מבצעי ההנחות של מתחרי גיימס ריצ'רדסון וכי יפצו את גיימס ריצ'רדסון על שחיקת הרווחים שנגרמה לה מחיתוכי מחירים בעקבות מבצעי הנחות אלו. הממונה על הגבלים עסקיים קבע כי מדובר בהסדר כובל.

אלא שגרסה עובדתית זו הוכחה על ידי הנאשם בפרשה זו. הבעיה, לפחות למיטב הבנתי את הכרעת הדין, היא שבמקומות שונים בפסק הדין בית המשפט קבע כי אין צורך לברר אם הכחשה זו נכונה, משום שגם המלצת מחירים אנכית (שאיננה מלווה באמצעי דרבון) מהווה לגישתו הסדר כובל.⁹⁵ כך, למשל, בתגובה לטענת באי כוח הנאשם לפיה יש להסיק מהעדויות כי:

"ההסדר היחיד אותו הצליחה התביעה להוכיח היה בכך שרשתות השיווק כולן הסכימו לשקול היענות בחיוב לבקשת טמבור, במידה והדבר יתאים למדיניות המסחרית שנקבעה על ידי כל אחד מהן באופן עצמאי"⁹⁶

קבעה כב' השופטת מזרחי כי:

"אשוב ואחלוק על גישה זו. ... בהסכמי תיאום מחיר, החופש של צד לקבל את המחיר המתואם קודם לקבלתו אינו מעלה ואינו מוריד. ... על כן, המשקל שייחסו באי-כח הנאשם ל"חופש" זה אינו מוצדק עניינית. כאמור, לא מקובלת עלי גישה באי-כח הנאשם בכל הנוגע למשמעות המונח "מגבלה" או "כבילה", כמשמעותו בחוק, ולכן, הראיות האמורות אינן מובילות, לשיטתי, למסקנה אותה הם מבקשים להסיק."⁹⁷ (ההדגשות הוספו-ד"ג)

ובהמשך ציינה כב' השופטת מזרחי כי:

"תאוריית ההמלצה בלבד, שאליה מובילים הסנגורים, גם אם אקבל שהיא נכונה עובדתית – וכבר נאמר שעובדות נוספות מקשות על קבלה זו – אין בה כדי לשנות את המצב. הוסבר כי הרצון החופשי של הרשת לקבל את ההמלצה אינו מונע קיומו של הסדר, כפי שרצונם החופשי של הצדדים לקרטל לקיים ביניהם הבנה עסקית לגבי המחירים אינו שולל קיומו של קרטל. ... גם העובדה שלא היו אמצעי אכיפה אינה משנה את המצב המשפטי."⁹⁸ (ההדגשות הוספו-ד"ג)

⁹⁵ עניין שולשטיין, לעיל הערה 5, פסקאות 67, 72, 73.

⁹⁶ שם, בפסקה 68.

⁹⁷ שם.

⁹⁸ שם, בפסקה 76.

אם כן, השאלה אם הקביעה של בית המשפט המחוזי לפיה המלצת מחירים אנכית היא הסדר כובל היא בגדר אוביטר דיקטום או רציו תלויה בשאלה אם בית המשפט המחוזי הכריע בפועל לגבי מחלוקת עובדתית זו בין המאשימה לנאשם מעבר לכל ספק סביר. אם אין הכרעה עובדתית כזו מעבר לכל ספק סביר, הרי שתוצאת פסק הדין וההרשעה נשענים אך ורק על הקביעה (המוטעית לגישתי) כי המלצת מחירים אנכית גרידא (שאינה מלווה באמצעי דרבון) היא הסדר כובל. אם, לעומת זאת, כפי שעולה מפתח הכרעת הדין, יש הכרעה עובדתית מעבר לכל ספק סביר שמדובר בפרשה זו בכלל בהכתבת מחירים אנכית (לאור האיום של טמבור בשלילת הנחות ולאור התחייבותה כלפי כל מפיץ לדאוג שהמפיצים האחרים יאמצו את המחיר המומלץ), כל הדיון של פסק הדין בעניין המלצת מחירים אנכית כהסדר כובל הוא אוביטר דיקטום, ולא נדרש לצורך הכרעה.

4. סיכום

מאמר זה סיפק הסבר כלכלי, שלא היה בנמצא לפני כן, למשפט הנוהג בדיני ההגבלים העסקיים בשיטות משפט שונות לפיו המלצת מחירים אופקית מהווה הסדר כובל אסור, ושייכת לקטגוריה של העבירות החמורות ביותר בהגבלים עסקיים, בעוד שהמלצת מחירים אנכית מותרת, וכלל איננה נחשבת להסדר. זאת בתנאי שהמלצת המחירים האנכית היא אכן המלצה, ואיננה מלווה במנגנוני אכיפה או דרבון לאימוץ ההמלצה. על רקע זה הראה המאמר מדוע פסק הדין בעניין קרטל המעטפות, העוסק בהסדר האנלוגי להמלצת מחירים אופקית, כמו גם אותו חלק בפסק הדין בעניין שולשטיין, העוסק למיטב הבנתי בהמלצת מחירים אנכית, הם מוטעים. המאמר הראה כי החששות לפגיעה בצרכנים במקרה של המלצת מחירים אופקית גדולים מספיק על מנת להכתיב הסדר מעין זה באופן אוטומטי. כמו כן, החששות לפגיעה בצרכנים במקרה של המלצת מחירים אנכית קטנים ואיזוטריים מספיק על מנת לכבד את חופש העיסוק של הספק, החפץ להמליץ המלצה לא מחייבת למפיציו, לגבי המחיר לצרכן שבו יימכרו מוצריו, ועל מנת לכבד את חופש העיסוק של המפיצים לאמץ, מרצונם החופשי, המלצה זו.