

Antitrust & Competition

גל"ד 1/23 ופסק הדין בעניין פז-גז

רשות התחרות מקשיחה את גישה ביחס להסדרי הכתבת מחיר

— י י י י י י י י י י —

רשות התחרות פרסמה לאחרונה את גרסתו הסופית של גילוי דעת 1/23 בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכית (באנגלית: Resale Price Maintenance :RPM). גילוי דעת זה מחליף את גילוי הדעת שפרסמה הרשות בנושא בשנת 2017 (גילוי דעת 2/17), והוא מציג את עמדתה החדשה ביחס להסדרי RPM ואת הקווים המנחים לבחינתם בעת ביצוע הערכה תחרותית מהותית. כפי שנפרט להלן, העמדה החדשה של הרשות **מחמירה בהרבה** מזו ששוקפה בגילוי הדעת הקודם, באופן אשר מבהיר כי חרף העובדה שהסדרי RPM עשויים לחסות תחת פטור הסוג להסדרים אנכיים, רשות התחרות תיטה לגלות סקפטיות רבה בכל הנוגע להסדרים מסוג זה, במיוחד ביחס להכתבה של מחיר מינימום, וככלל – תראה בהם כהסדרים **אסורים**, מקום בו אין נחיצות **משמעותית** בהסדר וגם לא מתקיימת **תחרות מרובה** בשוק בו ההסדר נערך.

הסדרי הכתבת מחיר אנכית הם הסדרים בהם גורם אחד בשרשרת האספקה מכתוב לגורם העוקב באותה שרשרת את המחיר שבו אותו גורם עוקב (קמעונאי או מפיץ) יציע את הטובין. לגישת רשות התחרות, הסדרים אלו נבדלים במהותם מרובן של הכבילות האנכיות, בכך שתוצאתם הישירה היא הגבלת התחרות התוך-מותגית בהיבט המחיר (בהשוואה למצב בו לא היה קיים הסדר RPM) ועל כן – רשות התחרות רואה בהסדרים אלו כבעלי השפעה אנטי-תחרותית חמורה יותר מאשר שאר ההסדרים האנכיים. בגילוי הדעת מבהירה הרשות כי גם מצבים בהם ממליץ הספק על מחיר מסוים לשיווק המוצר עשויים להיות אסורים, ולעיתים, אף הסדרים בהם קובע או ממליץ הספק על המחיר המרבי בו ישווק מוצריו (על אף שהסדרי RPM Maximum אינם נחשבים באופן רגיל וטבעי כהסדרים "אנטי-תחרותיים").

ברקע לפרסום גילוי הדעת החדש ניצבת הרחבת פטור הסוג להסדרים אנכיים (כללי התחרות הכלכלית) (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים) (הוראת שעה), (תשע"ג-2013), אשר לאחר תיקונו בשנת 2021, קובע כי הסדרי RPM יוכלו לחסות תחת פטור הסוג, וזאת בכפוף לביצוע ניתוח תחרותי בהליך של הערכה עצמית (self-assessment). בגילוי הדעת החדש, הדגישה הרשות את מיקומה המרכזי של "דרישת הנחיצות" – דהיינו הדרישה כי כבילות ה-RPM תהא נחוצה לשם קידום המטרה העיקרית והלגיטימית של ההסדר (שהיא שיווק מוצרי הספק). לפי גילוי הדעת, כדי להפיג את החששות התחרותיים העולים מן ההסדר, בעת בחינת חוקיותו של ההסדר תחת פטור הסוג, נדרש כי כבילות ה-RPM תתגלה כנחוצה במידה רבה ומשמעותית לשם שיווק מוצרי הספק. מעבר לכך, אף אם עולה כי הכתבת המחיר אכן צפויה לקדם את שיווק מוצרי הספק באופן משמעותי, יש לשלול קיומן של אלטרנטיבות שפגיעתן המסתברת בתחרות היא פחותה באופן ניכר מפגיעתה של כבילות ה-RPM, וכן שכבילה זו אינה בעלת היקף רחב מהנדרש.

העולה מהנחיות הרשות, הוא שבפועל, הסדרי RPM אשר יוכלו להנות מפטור הסוג הם אלו אשר בחינתם במסגרת הליך הערכה העצמית לא רק שלא תצביע על היעדר חשש מפגיעה משמעותית בתחרות בשוק, אלא גם שתאפשר לטעון, תוך הבאת ממצאים קונקרטיים, שיש באותם הסדרים כדי להביא לתועלות עבור הצרכן – כדוגמת שיפור משמעותי בשירותי המכירה או בשירותים הנלווים הניתנים לצרכנים, שלא ניתן באופן סביר להשיגם באמצעים אחרים.

פסיקת בג"ץ ממחישה את היקפה הרחב של "חובת הפיקוח" המוטלת על מנהלים

כשל בפיקוח מצד נושא משרה על התנהלות עובדיו, עשוי להוות, כשלעצמו, עבירה לפי חוק התחרות (אשר לצדה עונש מאסר וקנס). ס' 48 לחוק התחרות הכלכלית, קובע כי "נושא משרה בתאגיד חייב לפקח ולעשות כל שניתן למניעת עבירה לפי חוק זה בידי התאגיד או בידי עובד מעובדיו". בנוסף, החוק קובע כי מקום שהתבצעה עבירה על ידי התאגיד או מי מעובדיו, נושא המשרה יהיה בחזקת מי שהפר את חובת הפיקוח, אלא אם הוכיח כי עשה כל שניתן כדי למלא את חובתו.

הדרישות הפרקטיות של חובת הפיקוח המוטלת על מנהלים באו לידי ביטוי לאחרונה בפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין אמיר ארז. בהחלטה מיום 6.2.2023, דחה בית המשפט הגבוה לצדק את עתירת ארז, מנכ"ל חברת פזגז לשעבר, שעסקה בבקשתו לשנות את עילת סגירת תיק החקירה שנפתח נגדו ברשות התחרות בשנת 2016 בקשר לחשד להסדר כובל בין חברת פזגז וחברת אמישראל, כך שעילת סגירת התיק תשונה מעילה של "חוסר ראיות" לעילה של "היעדר אשמה".

החקירה הפלילית של רשות התחרות נפתחה עקב חשדות שעלו בקשר להסכם אי-תחרות בגיוס לקוחות באזורים גאוגרפיים מסויימים, שנרקם בין עובדים זוטרים של פזגז ואמישראל. בהקשר זה, נחקר ארז (שכאמור, כיהן בתקופת התרחשות הפרשה כמנכ"ל פזגז) בחשד שלא עמד בחובתו לפקח על התנהלות עובדי החברה, ולא עשה די כדי למנוע הפרה של הוראות חוק התחרות.

לצורך הדיון בעתירה, נדרש בית המשפט להעריך, נוכח הראיות שנאספו בתיק, את עוצמת הספק בנוגע לחפותו של ארז. במסגרת זו, ניסה ארז להעלות ספק בדבר הרשעתו ולסתור את חזקת האשמה, באמצעות הבאת הוכחות על כך שבמהלך תפקידו כמנכ"ל החברה, פעל ארז לקיומן של הדרכות בחברה בנושא הגבלים עסקיים וחוק התחרות. בעניין זה, קבע בית המשפט כי קיום הדרכות כחלק מפעילות האכיפה הפנימית בחברה אינן מספיקות כדי לשלול את אשמתו של נושא המשרה בעבירות הפיקוח. כך, נקבע כי חזקת האשמה תיסתר רק אם שוכנע בית המשפט כי נושא המשרה עשה "כל שניתן למניעת עבירה", נטל הדורש הבאת הוכחות לא רק ביחס לקיומן של הדרכות לעובדי החברה, אלא גם על ביצוען של פעולות ניטור ופיקוח על התנהלות העובדים באופן סדיר.

החלטת בג"ץ ממחישה הדרישות הרבות הכלולות בחובת הפיקוח, ומבהירה כי לצורך צמצום הסיכון אליו חשופים נושאי המשרה בחברה, על ההדרכות לעובדים להוות רק נדבך אחד בתוכנית אכיפה פנימית מקיפה ומחושבת, שחלק אחר שלה, וחשוב לא פחות, הוא הניטור הסדיר אחר התנהלות העובדים, כדי לוודא שהם אכן פועלים ברגיל כפי שהודרכו.

נשמח לעמוד לרשותכם בכל שאלה בנושא,



אבנר פינקלשטיין, שותף

ראש תחום דיני תחרות והגבלים עסקיים

avnerf@gornitzky.com

גורניצקי

Gornitzky | Vitania Tel-Aviv Tower, 20 Haharash St. TLV Israel | www.gornitzky.com | +972-3-7109191

עדכון זה נועד לספק מידע כללי ותמציתי בלבד. הוא אינו מהווה ניתוח מלא או שלם של הסוגיות הנידונות, אינו מהווה חוות דעת משפטית או ייעוץ משפטי ואין להסתמך עליו.