

הערת חקיקה: חוק המזון

דיויד גילה

תקציר ♦ מבוא ♦ א. שקיפות מחירים ♦ ב. תחרות גאוגרפית ♦ ג. דחיקת ספקים קטנים מהמדף ♦ ד. תמחור המותגים החזקים ♦ סיכום

תקציר

במאמר מוצג ניתוח של החוק לקידום התחרות בענף המזון, התשע"ד–2014 – הרקע לחקיקתו, מטרתו והכשלים שהוא נועד לפתור. הרקע לחקיקת החוק הוא הרצון של משרדי הממשלה להילחם בבעיית יוקר המחיה בשוק המזון ובכשלים תחרותיים שהתגלו, בין היתר, על ידי רשות ההגבלים העסקיים בשוק המזון. מטרת החוק לטפל, באמצעות כללים ברורים יותר, רחבים יותר וחדים יותר מהאיסורים הרגילים של דיני ההגבלים העסקיים, בארבעה כשלים מרכזיים שהתגלו בשוק המזון. הכשל הראשון הוא העובדה שהצרכן אינו מיועד מספיק בנוגע לשאלה איזו רשת שיווק באזור שלו יכולה להציע לו את סל המוצרים שלו במחיר הנמוך ביותר. בכשל זה נועד לטפל הפרק בחוק המזון העוסק בשקיפות המחיר הקמעונאי. הכשל השני הוא העובדה שהצרכן לא תמיד נהנה מאפשרות בחירה בין מספר גדול מספיק של רשתות שיווק מתחרות באזור שבו הוא נמצא – תופעה שהוקצנה על ידי "מילוי" אזורים גאוגרפיים בסניפים של רשת שיווק שהיא ריכוזית באותו אזור, באופן העלול לפגוע בתחרות ולדחוק מהאזור רשתות שלא פעלו בו קודם לכן. בכשל זה נועד לטפל הפרק בחוק העוסק ביכולת הממונה על הגבלים עסקיים לפקח על תופעה זו של "מילוי" אזור גאוגרפי בכמה סניפים של רשת שהיא ריכוזית באותו אזור. הכשל השלישי הוא שספקים גדולים עלולים לדחוק ספקים קטנים ממדפיה של רשת השיווק. בכשל זה נועדו לטפל הוראות העוסקות ביחסים שבין הספקים לרשתות השיווק, המונעות דחיקה מעין זו בדרכים אחדות. הכשל הרביעי הוא שמחירים של מוצרים מסוימים לצרכן עלול להיות גבוה, למרות קיומו של כוח קנייה בלתי מבוטל בידי רשתות השיווק. בכשל זה נועדו לטפל ההוראות בעניין איסור התערבות של ספקים גדולים במחיר לצרכן, ואיסור על ספקים לשלם לקמעונאים גדולים בונוסים או "תשלומי מדף" כאלה ואחרים, המפצים את הקמעונאים על מחיר סיטונאי גבוה, באופן שאינו בהכרח מתגלגל לטובת הצרכן.

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב. המחבר שימש בתפקיד הממונה על ההגבלים העסקיים בעת חקיקת חוק המזון והיה מעורב בחקיקתו ובעיצוב ההסדרים במסגרת החוק.

מבוא

חוק קידום התחרות בענף המזון, התשע"ד–2014¹ (להלן: חוק המזון), שנכנס לתוקף ב-15 בינואר 2015, נועד לפתור כשלים תחרותיים בשוק המזון בישראל. הוא חוקק בעקבות מסקנות **ועדת קדמי** לבחינת התחרותיות בענף המזון,² ועדה בין-משרדית שהוקמה בקיץ 2011 בעקבות מחאה ציבורית על מחירי המזון הגבוהים בישראל. בין היתר מצאה הוועדה כי בשנים 2005 עד 2008 היה הגידול השנתי במחירי המזון בישראל 7%, בעוד במדינות ה-OECD הוא היה 3.4%.³ על פי דוח חברת מוניטור, שנמסר לוועדת קדמי,⁴ בין השנים 2005 ל-2010 עלה המחיר הממוצע של מוצרי מזון במדינות ה-OECD ב-16%, בעוד בישראל עלה המחיר הממוצע בתקופה זו ב-27%.⁵ **דוח מוניטור** גם השווה בין מחירי המזון בישראל למחירי המזון במדינות אחרות ב-OECD בהסתמך על כוח הקנייה של הצרכנים בכל מדינה ועל התל"ג לנפש. בעוד בשנת 2005 היו מחירי המזון בישראל מתחת לצפוי על סמך השוואה למדינות OECD אחרות, בשנים 2008 ו-2010 הם היו בין 10% ל-20% מעל לצפוי מהשוואה כזו.⁶

גם הניסיון המצטבר של רשות ההגבלים העסקיים, במסגרת פעילותה בשוק המזון, הצביע על כך שרמת התחרות בשוק זה אינה משביעת רצון. חלק מהמקטעים בשוק המזון, במישור הספקים, הנם ריכוזיים, וספקים ספורים, ולעתים ספק אחד דומיננטי, שולטים בחלק הארי של התחום. ריכוזיות לא מועטה קיימת גם בתחום רשתות השיווק, בחלק מהאזורים הגאוגרפיים הרלוונטיים. מממצאי הרשות עולה שגם התפתחו לכאורה פרקטיקות בעייתיות ביחסים בין הספקים לבין רשתות השיווק. כבר בשנת 2005, בעקבות ממצאי חקירה ממושכת של יחסי הספקים ורשתות השיווק, איתרה רשות ההגבלים העסקיים כשלים תחרותיים ביחסיהם של הספקים הגדולים עם הרשתות.⁷ הרשות ניסתה להתמודד עם חלק מהכשלים באמצעות צו מוסכם שהושג בינה לבין חלק מהספקים.⁸

1 חוק קידום התחרות בענף המזון, התשע"ד–2014, ס"ח 2447.

2 להמלצות הסופיות של הוועדה ראו משרד התמ"ת **הצוות לבדיקת התחרותיות והמחירים בשוק מוצרי המזון והצריכה – הדוח הסופי** (2012) 4c72-ac4a-d84b1c033beb.htm (להלן: **ועדת קדמי**).

3 שם, בעמ' 11.

4 **בחינת רמת התחרותיות והמחירים בתחום מוצרי המזון והצריכה השוטפת** (2012) (להלן: **דוח מוניטור**) - www.moital.gov.il/nr/rdonlyres/7c458080-2f8e-4da5-8f17-e3343a6378a3/0/nispa-chidochmonitor.pdf

5 שם, בעמ' 25.

6 שם, בעמ' 23–24.

7 הממונה על ההגבלים העסקיים **עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין: הסדרי סחר בין ספקים ורשתות קמעונאיות** (2005) www.antitrust.gov.il/subject/128/item/26049.aspx

8 הצו המוסכם בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין: ספקי המזון (20.12.05) **הגבלים עסקיים** www.antitrust.gov.il/subject/135/item/26102.aspx 5000435

הערת חקיקה: חוק המזון

ואולם, התגבש חשש ממשי שההוראות הקונקרטיות של הצו המוסכם, כמו גם דיני ההגבלים העסקיים המסורתיים, אינם מסוגלים לפתור בצורה מיטבית חלק גדול מהכשלים שהתהוו בשוק. בהתאם לכך, רשות ההגבלים העסקיים התבקשה על ידי משרדי הממשלה האחרים שהיו חברים בוועדת קדמי להציע נוסח להוראות חוק המזון, שיסדיר באופן כולל את מערכת היחסים בין הספקים לרשתות השיווק, וכן יטפל בבעיית הריכוזיות בתחום רשתות השיווק שנוצרה בחלק מהאזורים הגאוגרפיים. בה בעת ניסחו משרדי הממשלה, בשיתוף עם הרשות להגנה על הצרכן, הוראות בחוק המזון שיבטיחו שקיפות מחירים. גובש תזכיר חוק, שאושר על ידי הממשלה והובא לדיון בפני ועדה משותפת לוועדת הכלכלה ולוועדת הכספים של הכנסת, בראשות ח"כ פרופ' אבישי ברוורמן. במסגרת עבודת הוועדה המשותפת, בשיתוף פעולה עם רשות ההגבלים העסקיים ומשרדי הממשלה האחרים, שופרו וחדדו ההוראות ונוספו גם הוראות חשובות אחרות.

נקודת המוצא של חוק המזון היא שהתהליך התחרותי הוא הכלי היעיל ביותר לשיפור רווחתו של הצרכן. התהליך התחרותי מתבטא בהתנהגויות של פירמות שמטרתן "לחטוף" צרכנים מפירמות אחרות, המספקות מוצרים או שירותים דומים, ואולם, בעוד התהליך התחרותי מועיל לציבור הצרכנים, הוא מכרסם ברווחיות הפירמות, ולכן יש להן תמריץ לנקוט טקטיקות שונות העלולות לפגוע בו. דיני ההגבלים העסקיים נועדו, בין היתר, למנוע נקיטת טקטיקות מעין אלה, כדי לאפשר לתהליך התחרותי לפעול את פעולתו המיטיבה. אלא שבשוק המזון אין די בדיני ההגבלים העסקיים המסורתיים. כך, למשל, דינים אלה מגנים הסדר בין ספק ללקוח (כגון הסדר בלעדיות) רק אחרי ניתוח מעמיק של השפעת ההסדר על התחרות בשוק.⁹ עם זאת, אם כל הסדר בין ספק ללקוח בשוק המזון – על שלל ההסדרים המורכבים והמסועפים שהם עשויים להגיע אליהם ועל שלל הקטגוריות והשווקים הרלוונטיים עליהם ההסדר עלול להשפיע – יהיה כפוף למבחן מעין זה, הגורמים האוכפים את דיני ההגבלים העסקיים לעולם לא יוכלו למנוע הסדרים פוגעניים. נוסף על כך, דיני ההגבלים העסקיים אינם ערוכים בצורה מיטבית לעצור את הפגיעה בתחרות הנובעת מ"המלצות", "לחצים" או העברות מסרים שאינם מגיעים כדי הסדר כובל, ואף ייתכן שכלל אינם בגדר ניסיון לעשות הסדר כובל, ובכל זאת עלולים לגרום לנזק תחרותי של ממש. דיני ההגבלים העסקיים המסורתיים גם אינם חלים, באופן עקרוני, על תשלומים כאלה ואחרים המשולמים בין הספק לבין הלקוח. כך, אין ביכולתם של דיני ההגבלים העסקיים למנוע תשלומים המשולמים לרשתות שיווק על ידי ספקים, המפצים את רשתות השיווק על כך שהמחירים הסיטונאיים שהספקים גובים מהן גבוהים.

9 בעניין זה ראו כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות), התשע"ג–2013, ק"ת 7271.

כפי שנראה להלן, תשלומים מעין אלה יכולים לשמש ל"חלוקת השלל", המופקת ממחירים גבוהים לצרכן, בין ספקים לרשתות שיווק. נוסף על כך, בעוד דיני ההגבלים העסקיים ערוכים לעצור מיזוגים בין רשתות שיווק המגדילים את הריכוזיות, אין ביכולתם לעצור את התופעה, המתועדת היטב בישראל, של רשת שיווק הממלאת אזור בסניפים שלה, באופן שעלול לחסום שחקנים חדשים מלהתחרות וכך לרכז את התחרות בין השחקנים הקיימים באותו אזור. אל תוך חלל זה נכנס חוק המזון. זהו חוק חדשני, שנועד לפתור כשלים תחרותיים בשוק המזון שדיני ההגבלים העסקיים המסורתיים לא השכילו לפותרם. בין היתר, חוק המזון נותן מענה לכל הקשיים שהודגמו לעיל. יש בו איסורים ברורים וחד-משמעיים, שאינם דורשים ניתוח שוק פרטני לצורך אכיפתם; האיסורים הרלוונטיים חלים גם על העברת מסרים חד-צדדית, כגון הפעלת לחץ או "המלצה"; נמנים עמם גם איסורים על תשלומים מספקים לקמעונאים העלולים להקל את "חלוקת השלל" האמורה על חשבון הצרכן. אלה מאפשרים לממונה על ההגבלים העסקיים לעצור ריכוזיות יתר של רשתות שיווק הנובעת מרשת שיווק התופסת נתח גדול מאזור מסוים, המנסה "למלא" את האזור בסניפים נוספים שלה.

מכלול ההוראות של חוק המזון, והרציונל שמאחוריהן, הם הנושא המרכזי של מאמר זה.

א. שקיפות מחירים

כשל מרכזי אחד בשוק המזון שאיתרו משרדי הממשלה הוא היעדר ידע מספיק לצרכן בשאלה באיזו חנות באזור הגאוגרפי הרלוונטי לו הוא יוכל להשיג את המחירים הזולים ביותר לסל המוצרים שבו הוא רוצה. באופן טיפוסי, ה"מוצר" שהצרכן נזקק לו מרשת שיווק אינו מוצר אחד או מוצרים בודדים, אלא סל מוצרים.¹⁰ אם מאסה קריטית של צרכנים אינה מודעת למחיר הסל הרצוי לצרכן הרלוונטי בכל החנויות הנמצאות באזור הרלוונטי לאותו הצרכן, הרי שלא צפויה תחרות עזה, בהקשר של מחיר הסל, על לבם וכיסם של הצרכנים. כך, למשל, אם מתגבש שיווי משקל דמוי קרטל בין רשתות שיווק באזור מסוים, התמריץ של רשת שיווק מסוימת לסטות מאותו שיווי משקל הוא קטן אם לא קיימת מאסה קריטית של צרכנים שיגיבו לאותה סטייה ויעברו לרכוש באותה רשת שיווק על חשבון רכישה ברשתות שיווק אחרות.¹¹ חוסר שקיפות זה עלול אפוא לעזור

10 ראו, למשל, נימוקי ההחלטה בדבר התנגדות למיזוג בין: הרבוע הכחול ישראל בע"מ ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ (10.10.2001) **הגבלים עסקיים** 3012217, בעמ' 15 www.antitrust.gov.il/subject/11-3/item/24846.aspx.

11 השוו David Gilo & Ariel Porat, *Viewing Unconscionability Through a Market Lens*, 52 WM. & MARY L. REV. 133, 175 (2010) (המעלה נקודה דומה בהקשר של תגובת צרכנים לניסיון של ספק להניע אותם לעבור אליו מספק אחר כאשר לצרכנים אין מידע מספיק בנוגע לתוכן החוזה).

לייצב שיווי משקל דמוי קרטל מעין זה. בסל המוצרים הרצוי לצרכן מסוים יש מגוון מוצרים שונים ומשונים; מחירו של כל אחד מהם עשוי להשתנות כמה פעמים במהלך כל יום עסקים. גם לצרכנים המתוחכמים ביותר אין דרך מעשית לדעת, בכל שעה נתונה, באיזו מהחנויות באזורם יוכלו להשיג את הסל הרצוי להם במחיר הכולל הזול ביותר. במצב דברים מעין זה יגיבו הצרכנים למידע חלקי, שהם מקבלים מאמצעי התקשורת או באמצעים אחרים, בנוגע לפריטים בודדים בסל. כך, למשל, אם פרסומת מסוימת לרשת שיווק מפרסמת כי פריט מסוים, או פריטים מסוימים, זולים אצלה במיוחד, הצרכן עשוי להגיב לפרסומת זו ולרכוש באותה רשת שיווק, גם אם המחיר הכולל של הסל הרצוי לו גבוה באותה רשת שיווק יותר מאשר ברשתות שיווק אחרות המתחרות באזור הרלוונטי.

בכשל שוק זה נועד לטפל פרק שקיפות המחירים שבחוק המזון. סעיף 30(א) קובע כי "קמעונאי גדול יפרסם לציבור, באינטרנט, בנפרד לגבי כל אחת מחנויותיו, את המחיר הכולל העדכני במועד הפרסום של כל מצרך שהוא מוכר בחנויותיו, כך שעדכון המחיר בפרסום יבוצע לא יאוחר משעה ממועד העדכון בקופות החנות".¹² סעיף קטן (ה) קובע כי כל אדם רשאי לגשת לפרסום, למידע ולנתונים הכלולים בו ולהשתמש בהם, באופן חופשי ובלא תמורה, לצרכים פרטיים או מסחריים.

מטרת הוראות אלה היא שיפוחו מגוון אתרים ואפליקציות להשוואת מחירי סלים, שיוכלו לתת לצרכנים שירות של השוואה עדכנית שעתיית של מחירי הסל הרצוי להם בכל החנויות הגדולות¹³ המצויות באזור הגאוגרפי הרלוונטי להם. ההוראות החלות על הקמעונאים הגדולים מביאות למצב שכל הנתונים הנדרשים לתפקוד של אתרי השוואה כאלה יהיו נגישים ברמה השעתיית. שימוש באפליקציה מעין זו יוכל לתת לצרכן, בלחיצת כפתור אחת, את שמה של החנות שבה סל המוצרים הרצוי לו הוא הזול ביותר באותה השעה. המידע המלא על אודות כלל המוצרים יהיה נגיש גם לאמצעי התקשורת. באופן זה, גם צרכנים שאין להם נגישות לאפליקציות מסוג זה יוכלו לקבל בדרכים אחרות, דרך העיתונות או אמצעי תקשורת אחרים, מידע טוב יותר בנוגע למחירי הסלים ברשתות השיווק השונות ובאזורים רלוונטיים. מכל מקום, די שמספרים גדולים של צרכנים עושים שימוש באפליקציות כאלה על מנת למוטט שיווי משקל דמוי קרטל ולתמרץ רשתות שיווק להוריד מחירים. אותה מאסה קריטית של צרכנים מועילה אפוא גם לאותם צרכנים שאינם יודעים להשתמש באפליקציות, שיהנו אף הם מהמחירים הנמוכים. ככלות הכול, רשת שיווק אינה יכולה לאתר את הצרכנים שאינם משתמשים באפליקציות ולגבות דווקא מהם מחירים גבוהים יותר.

לכאורה ניתן היה לטעון כי בעוד שקיפות המחירים עוזרת לפתור את בעיית המידע של הצרכן, היא גם יכולה להזיק: בזכותה יוכלו רשתות השיווק עצמן לגלות מהר יותר כי

12 בנסיבות מסוימות, שר הכלכלה יכול לקבוע מועדים אחרים, וראו ס' 30(ו) לחוק המזון.

13 ההוראה חלה על חנויות שגודלן מעל 180 מ"ר, וראו ס' 29(2) לחוק המזון.

רשת שיווק מתחרה סטתה משיווי משקל דמוי קרטל, והדבר עלול להרתיע את רשת השיווק המתחרה מלסטות מלכתחילה. אלא שבטענה זו אין ממש. גם לפני החלת שקיפות המחירים נשוא חוק המזון מגלות רשתות שיווק עד מהרה אם רשת שיווק מתחרה הורידה מחירים. באופן טיפוסי, הן ממילא בודקות בכל עת ובכל אזור מה המחירים של כלל המוצרים ברשת השיווק המתחרה. העסקה שמבצע הצרכן קטנה מכדי שיהיה לו כדאי לערוך בדיקה מעין זו; לרשת השיווק, לעומת זאת, יש תמריץ לבצע אותה, שהרי היא חפצה לדעת אם מתחריה גובים מחיר נמוך יותר או גבוה יותר ממנה בגין מוצר כלשהו. שקיפות המחירים עשויה לעורר טענת נגד מעודנת יותר: לכאורה יש לרשת שיווק תמריץ גדול יותר להוריד מחיר כאשר היא יודעת שהדבר לא יעורר מלחמת מחירים רחבת היקף בין כלל הרשתות באזור הרלוונטי. אם צרכנים רבים מדי יודעים שהיא הורידה מחירים, הסיכוי שהורדת המחיר תעורר מלחמת מחירים כזו גבוה יותר, משום שהרשתות האחרות יסבלו מאבדן גדול יותר של נתח שוק. שקיפות המחירים גורמת לכך שצרכנים רבים יותר יודעים כאשר רשת שיווק מורידה מחירים, ומכאן הטענה. ואולם, גם בטענה זו אין ממש. עולה ממנה שיש יתרון בכך שלצרכנים אין מספיק מידע על המחירים, משום שכך התמריץ להורדת מחיר גדול יותר. אלא שאם רק צרכנים מעטים יודעים על כך שרשת שיווק הורידה מחירים, גם התמריץ שלה להוריד מחירים יורד. ככלות הכול, הצרכנים המעדיפים לרכוש אצל רשת שיווק זו ממילא ירכשו אצלה את הסל הטיפוסי שלהם. התמריץ שלה להוריד מחירים נובע בעיקר מהרצון להניע צרכנים שנטו לרכוש ברשת שיווק אחרת לרכוש דווקא אצלה. לשם כך הם חייבים לדעת כי היא הורידה מחירים.

ב. תחרות גאוגרפית

גם אם נפתרה בעיית המידע של הצרכן, והלה יודע איזו רשת שיווק באזור שלו מוכרת את הסל הרצוי לו במחיר הזול ביותר, מחירי המזון עדיין יהיו גבוהים אם אין לו מספיק חלופות מספקות בקרבת מקום. לעתים קרובות, באזורים שאליהם הצרכן מוכן להגיע לצורך קניית מזון ומוצרי צריכה יש שחקנים מעטים המתחרים עליו. גם אם לכל שחקן כזה כמה סניפים באזור, באופן טיפוסי סניפים שנמצאים באותה בעלות לא יתחרו זה בזה, והם נספריים, מבחינה תחרותית, כשחקן בודד. על פי ממצאיה של רשות ההגבלים העסקיים, בישראל קיימת תופעה שבה רשתות השיווק הגדולות נטו להקים עוד ועוד סניפים באותו אזור גאוגרפי. כאשר רשת שיווק רוכשת סניף של רשת שיווק אחרת, מדובר בדרך כלל בעסקה הנבדקת על ידי רשות ההגבלים העסקיים בהיבט של השפעתה על התחרות. ואולם, כאשר רשת שיווק פותחת חנות, בלי לרכוש חנות קיימת, העסקה בדרך כלל עוברת "מתחת לרדאר" של דיני ההגבלים העסקיים המסורתיים.

הערת חקיקה : חוק המזון

שוק רשתות השיווק מאופיין בבידול גאוגרפי: צרכן מעדיף לרכוש בחנות הקרובה אליו ביותר מבחינה גאוגרפית מבין כלל החנויות הנמצאות בקרבת מקום. בשוק מעין זה, פתיחת חנויות נוספות על ידי רשת שיווק שהיא כבר בעלת נתח נכבד מהאזור הרלוונטי עלולה לפגוע בתחרות.

פתיחת חנות נוספת יכולה לאפשר לרשת השיווק להעלות מחירים באחת או יותר מחנויותיה הקיימות, מכיוון שהחנות החדשה תקלוט אליה חלק מהלקוחות שיעזבו את החנות אשר העלתה מחירים, על חשבון חנויות של קמעונאים אחרים. ככל שנתח השוק שמחזיקה רשת השיווק באזור הרלוונטי גדול יותר, וככל שגובר הצפי שהחנות החדשה תתפוס נתח גדול יותר מהמכירות באזור, כך גדלה היכולת להעלות מחירים באחת החנויות הקיימות של הרשת, שכן שיעור גבוה יותר של הלקוחות שיעזבו את החנות שהעלתה מחירים יעבור לחנות אחרת של אותה רשת.

היכולת להעלות מחירים גם גדלה ככל שהחנות החדשה קרובה יותר במאפייניה, וכן מבחינה גאוגרפית, לחנויות הקיימות של רשת השיווק יחסית לחנויות של רשתות שיווק אחרות הפועלות באותו האזור, וכמובן ככל שמספר המתחרים באזור הרלוונטי קטן יותר. נוסף על כך, ככל שסך שטחי המסחר של רשת שיווק מסוימת, מתוך סך השטחים באזור הגאוגרפי הרלוונטי, גדול יותר, הרי שתגדל היכולת של רשת השיווק האמורה להעלות מחירים, שכן יכולת המתחרים להגיב להעלאת המחירים על ידי הרחבת פעילותם תהיה מוגבלת יותר.

היכולת להעלות מחירים יכולה להיות מתורגמת גם לחשש משיווי משקל דמוי קרטל בשוק. אם מתייצב שיווי משקל כזה, בין בתיאום מפורש ובין בהסכמה שבשתיקה, התמריץ של רשת בעלת נתח שוק גדול לסטות משיווי משקל זה קטן יותר. מחד גיסא, הנתח שלה ברווחים בשוק, כל עוד שריר שיווי המשקל העל-תחרותי, הוא גדול יותר; מאידך גיסא, הרווח שהרשת יכולה להפיק מסטייה מאותו שיווי משקל נמוך יותר, שהרי הפוטנציאל להגדיל את נתח השוק שלה קטן יותר.

נוסף על החשש מהעלאת מחירים, פתיחתה של חנות נוספת עלולה להרתיע רשתות שיווק אחרות (לרבות כאלה שאינן פועלות כלל באזור הרלוונטי) מלפתוח חנויות באזור זה. הדבר ייתכן הן במקרים שבהם קיים מחסור בנדל"ן מסחרי המתאים לפתיחתה של חנות מזון גדולה, והן במקרים שבהם רשת שיווק אחת מציפה את האזור בחנויות שלה באופן שבו למתחרים חדשים אין היתכנות כלכלית של ממש לפתוח חנות חדשה משלהם באותו אזור.

רשות ההגבלים העסקיים ביצעה מחקר שוק מקיף בנושא התחרות הגאוגרפית בין רשתות שיווק.¹⁴ הממצאים של מחקר השוק מנתוני 2013 מראים שהתופעה של רשת שיווק שממלאת אזור גאוגרפי רלוונטי בסניפים שלה היא תופעה רווחת, במיוחד אצל שתי הרשתות הגדולות. במחקר אותרו כל החנויות של רשתות שיווק הנמצאות באזור שבו לרשת השיווק נתח שוק של מעל 30% מהמכירות לאזור ("חנויות ריכוזיות"). כך למשל, ריכוזיות של מעל 30% לרשת שיווק, הנובעת מכך שיש לה לפחות שלושה סניפים באזור שבו הוא מתחרה, מתרחשת אצל רשת שופרסל ב-140 מתוך 153 החנויות הריכוזיות, ואצל רשת מגה ב-34 מתוך 37 החנויות הריכוזיות. עוד מראים הנתונים שלכל אחת משתי הרשתות יש בממוצע 11 חנויות באזור שבו הן מתחרות.¹⁵

כיצד חוק המזון עוזר לפתור כשלים אלה? הוא מסמיך את הממונה למפות עבור כל חנות את האזור הרלוונטי שבו היא מתחרה ואת המתחרים שלה. כך ניתן לברר מה נתח השוק של כל רשת שיווק בכל אזור בארץ. כאשר נתח השוק של רשת שיווק באזור מסוים עובר סף של 30%, מוסמך הממונה להתערב ולמנוע ממנה לפתוח חנות נוספת באותו אזור.¹⁶ במקרים קיצוניים יותר, כאשר נתח השוק של רשת שיווק עובר סף של 50%, ולרשת לפחות שלוש חנויות באזור הרלוונטי, מוסמך הממונה גם לפנות לבית הדין להגבלים העסקיים על מנת שידרוש מרשת השיווק הזו למכור חנויות שלה לשחקן אחר.¹⁷

לשם יישום סעיפים אלה בחוק המזון, סעיף 15(א) לחוק המזון מסמיך את הממונה להגדיר לכל חנות גדולה¹⁸ של קמעונאי גדול¹⁹ את "אזור הביקוש" של החנות. אזור הביקוש הוא האזור הגאוגרפי שממנו מגיעים מרבית הצרכנים של החנות. בהתאם להוראות הסעיף, במסגרת הגדרת אזור הביקוש של כל חנות, על הממונה לשקול, בין השאר, את השיקולים הבאים: (1) מרחקי נסיעה של הצרכנים אל החנות; (2) גודל החנות; (3) מיקום החנות בסביבה עירונית או אחרת. כפי שיפורט להלן, חלק ניכר מהעבודה המתודולוגית של הרשות היה להגדיר את אופן התווייתו של אזור הביקוש של כל חנות, על פי מאפייניה של החנות.

14 ראו רשות ההגבלים העסקיים מתודולוגיה ליישום פרק התחרות הגאוגרפית בין קמעונאים על פי חוק קידום התחרות בענף המזון (2014) www.antitrust.gov.il/subject/200/item/33410.aspx (להלן: הדוח הגאוגרפי של רשות ההגבלים העסקיים).

15 שם, בעמ' 26.

16 ס' 17 לחוק המזון.

17 ס' 19 לחוק המזון.

18 "חנות גדולה", על פי ס' 2 לחוק המזון, היא חנות ששטח המכירה שלה מעל 250 מ"ר.

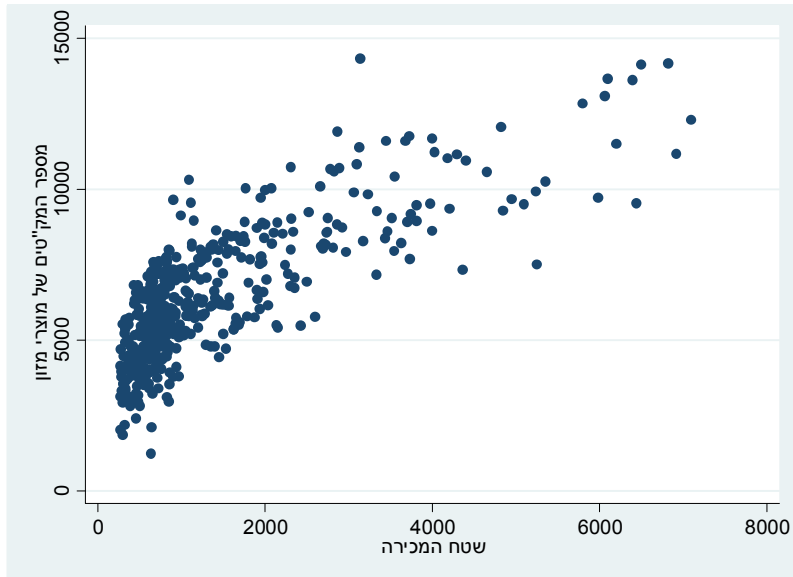
19 "קמעונאי גדול", לעניין זה, הוא קמעונאי שמחזור המכירות השנתי שלו מעל 250 מיליון ש"ח (שם) או קמעונאי המחזיק בחנות גדולה אחת לפחות שמחזור המכירות שלה עולה על 100 מיליון ש"ח בשנה.

מרגע שידוע מהו "אזור הביקוש" של כל חנות, ניתן לברר מיהן החנויות המתחרות באותה החנות. חנות אחרת מתחרה בחנות הנבחרת כאשר החנות הנבחרת חוששת להעלות מחירים פן תאבד צרכנים רבים מדי לטובת החנות האחרת. בהתאם לכך, סעיף 15(ב) לחוק מסמיך את הממונה להגדיר עבור כל חנות גדולה של קמעונאי גדול "קבוצת תחרות". קבוצת התחרות כוללת את החנויות הגדולות של קמעונאים גדולים אשר קיימת חפיפה מספקת (מבחינת האזורים שבהם מתגוררים האנשים) בין האוכלוסייה באזור הביקוש שלהן לבין האוכלוסייה באזור הביקוש של החנות הנבחרת. בהתאם להוראות הסעיף, על הממונה להחליט על שיעור החפיפה הנדרש. קבוצת התחרות כוללת אפוא את החנויות הגדולות, הפונות לכמות רבה מתוך כלל הצרכנים שאליהם פונה החנות הנבחרת. משנקבעה קבוצת התחרות של החנות, ניתן לחשב את נתח השוק של רשת השיווק. בהתאם להוראת סעיף 16(א) לחוק, נקבע ה"שיעור המחושב". השיעור המחושב הוא נתח השוק, במונחי מכירות, שיש לרשת השיווק המחזיקה בחנות הנבחרת בקבוצת התחרות. על פי סעיף 16(ב) לחוק, על הממונה להודיע לרשת שיווק על אודות אזורי הביקוש של חנויות אשר שיעורן המחושב עולה על 30% ועל אודות אזורים כאמור שבהם עולה השיעור המחושב על 50%. כך יודעת רשת השיווק שבפחותה חנות נוספת באותו אזור ביקוש של חנות שבנוגע אליה התקבלה הודעה כאמור, עליה לפנות קודם לכן לממונה לקבלת אישור לפתיחת החנות החדשה. כאשר השיעור המחושב עולה על 50%, סטנדרט הבדיקה של הממונה מחמיר יותר מאשר הסטנדרט המיושם על שיעור מחושב שהוא בין 30% ל-20.50%

ההנחה היא שמשך הזמן שצרכנים מוכנים "להשקיע" לשם נסיעה לחנות תלוי בשני פרמטרים עיקריים: מאפייני החנות (כמה קופות יש בה, מה מגוון המוצרים, האם יש בה מעדנייה וכו'), וצפיפות האוכלוסייה באזור שבו נמצאת החנות (האם היא נמצאת במקום מרוחק ומבודד או במקום עירוני צפוף). ההנחה היא שצרכנים מוכנים לנסוע זמן רב יותר ככל שבחנות יש מאפיינים אטרקטיביים יותר, כגון מספר קופות גדול יותר, מגוון מוצרים רחב יותר וכו'. נוסף על כך, באזורים שבהם האוכלוסייה פזורה, כגון דרום הארץ, היצע החנויות בדרך כלל קטן יותר, ועל כן צרכנים באזורים אלה נוטים לנסוע זמן רב יותר על מנת לערוך קניות. כך, למשל, אנשים המתגוררים בבאר שבע יעדיפו כמובן לקנות בחנות המצויה בבאר שבע, אולם גם אנשים המתגוררים ביישובים מבודדים יותר מחוץ לבאר שבע יטו לבצע בה קניות, לאור מיעוט החנויות באזור מגוריהם.

באשר לפרמטר הראשון – מאפייני החנות – מצאה הרשות מתאם חזק בין גודל החנות לבין המאפיינים הרלוונטיים. מהנתונים שאספה הרשות עולה כי ככל ששטח המכירה של החנות גדול יותר, כך נמכר בה מגוון מקט"ים (מספרים קטלוגיים) גדול יותר, יש בה קופות רבות יותר וכו'. תרשים 1 להלן, למשל, ממחיש את המתאם שמצאה הרשות בין שטח המכירה של החנות לבין מספר המק"טים הנמכר בה:

תרשים 1 – מתאם בין שטח המכירה למס' המק"טים של מוצרי מזון בחנות²¹



באופן דומה, נמצא מתאם חזק בין גודל החנות לבין המאפיינים האחרים האמורים. מתאם זה הצדיק שימוש בגודל החנות כסמן טוב לקיומם של מאפיינים אלה, המדרבנים צרכנים לנסוע זמן רב יותר אל החנות. אחד האתגרים היה אפוא להחליט על פי אילו קבוצות גודל תבוצע החלוקה, הווי אומר, אם אנו מעוניינים בחלוקה לשלוש קבוצות גודל של חנויות, על פי אילו גדלים של חנויות יש להבחין בין הקטגוריות השונות? לצורך כך השתמשה הרשות בניתוח סטטיסטי, הידוע כ"ניתוח אשכולות" (Cluster Analysis)²². הניתוח מחפש את הגדלים של חנויות, כאשר מצד אחד חנויות בתוך כל קטגוריית גודל הן הדומות ביותר זו לזו במאפייניהן, ומצד אחר קיים השוני הגדול ביותר בין חנויות הנמצאות בקטגוריות שונות.

באופן דומה סווגו החנויות על פי צפיפות האוכלוסייה באזורן לשתי קטגוריות: חנויות צפופות וחנויות לא-צפופות. כך, כל חנות יכולה להיות מסווגת הן על פי גודלה והן על פי מידת הצפיפות בסביבתה. לאחר מכן, בעזרת נתונים ממועדוני לקוחות, שלפיהם אפשר לאפיין לקוחות של חנות מסוימת על פי מקום מגוריהם, נמדדו זמני נסיעה בפועל עבור כל קבוצה של חנויות. זמני הנסיעה שנמדדו היו עקביים ביחס להנחות שעמדו בבסיס החלוקה לקבוצות. אכן נמצא כי ככל שהחנות גדולה יותר,

21 ראו הדוח הגאוגרפי של רשות ההגבלים העסקיים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 9.

22 הדו"ח הגאוגרפי של רשות ההגבלים העסקיים, לעיל ה"ש 14.

הערת חקיקה : חוק המזון

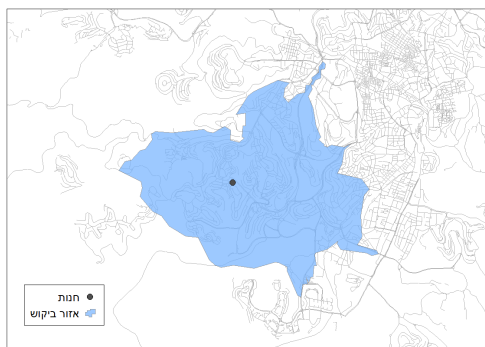
צרכנים מוכנים לנסוע אליה זמן רב יותר, וכך גם כאשר החנות נמצאת באזור צפוף פחות. כך יצרה הרשות מטריצה של זמני נסיעה, על פי מדגם זמני הנסיעה אל חנויות שהיה בידי הרשות, וכל חנות מסווגת אל משבצת המטריצה המתאימה, על פי סיווגה מבחינת הגודל ומבחינת צפיפות האוכלוסייה, כפי שממחיש תרשים 2 :

תרשים 2 : מטריצת זמני נסיעה בדקות לתחימת אזור הביקוש של חנות²³

גודל	בינוני	קטן	קבוצת גודל
			סביבת החנות
14	10	7	אזור צפוף
17	13	9	אזור לא צפוף

כך, על פי סיווגה של כל חנות במטריצת זמני הנסיעה, נקבע אזור הביקוש של החנות על פי האזור הגאוגרפי, על גבי רשת הכבישים, המתאים לזמני הנסיעה המתאימים לאותה קטגוריית חנויות. הרשות השתמשה בכלי Service Area Analysis בתוכנת Geographic Information Systems (GIS), הממפה את רשת הכבישים ברחבי הארץ. דוגמה להמחשה של אזור ביקוש ניתן לראות באיור 1.

איור 1 : דוגמה לאזור ביקוש של חנות²⁴



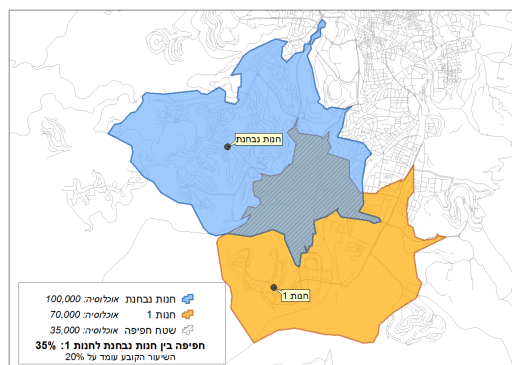
23 ראו הדוח הגאוגרפי של רשות ההגבלים העסקיים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 14.
24 שם, בעמ' 15.

דיויד גילה

לאחר תחימת אזור הביקוש של כל חנות, יש, כאמור לעיל, לאתר את קבוצת התחרות של החנות, קרי את החנויות המתחרות בה. כאמור, קבוצת התחרות נקבעת על פי שיעור החפיפה בין האוכלוסייה באזור הביקוש של החנות המועמדת להיות מתחרה (חנות ב') לבין האוכלוסייה באזור הביקוש של החנות הנבחנת (חנות א'). ככל ששיעור חפיפה זה גדול יותר, כך חנות א' עלולה לאבד יותר מהצרכנים הפוטנציאליים שלה לטובת חנות ב', וכך חנות א' תראה את חנות ב' יותר כמתחרה שלה. על מנת למצוא מה שיעור החפיפה הנכון לצורך זה ביצעה הרשות מחקר אקונומטרי שבדק את השפעת כניסתה של חנות חדשה לאזור על הפדיון של החנויות הקיימות בו. נמצא כי שיעור החפיפה המתאים הוא 25.20%²⁵

מתודולוגיה זו, הפועלת על פי שיעורי חפיפה בין אזורי ביקוש, היא חדשנית בנוף של רשויות הגבלים עסקיים בעולם. בדרך כלל, רשויות הגבלים עסקיים מסמנות אזור ביקוש של בית עסק ומגדירות כמתחרה כל בית עסק אחר הנמצא בתוך אותו אזור ביקוש. המתודולוגיה שפותחה לצורך חוק המזון, לעומת זאת, יכולה לערוך ניתוח מדויק יותר. בפרט, ייתכן שחנות ב' מתחרה בחנות א' אף על פי שהיא נמצאת מחוץ לאזור הביקוש של חנות א': ייתכן שהאוכלוסייה השייכת הן לאזור הביקוש של חנות א' והן לאזור הביקוש של חנות ב' מהווה אחוז גבוה מספיק מהצרכנים הפוטנציאליים של חנות א'. ניתן להמחיש זאת בעזרת איור 2 להלן:

איור 2: חנות מתחרה מחוץ לאזור הביקוש של החנות הנבחנת²⁶



כפי שניתן לראות באיור, חנות 1 נמצאת מחוץ לאזור הביקוש, המסומן בכחול, של החנות הנבחנת. עם זאת, החפיפה בין אזור הביקוש של חנות 1 לבין אזור הביקוש של החנות הנבחנת כוללת אחוז מספיק גדול מהאוכלוסייה באזור הביקוש של החנות

25 שם, בעמ' 17.

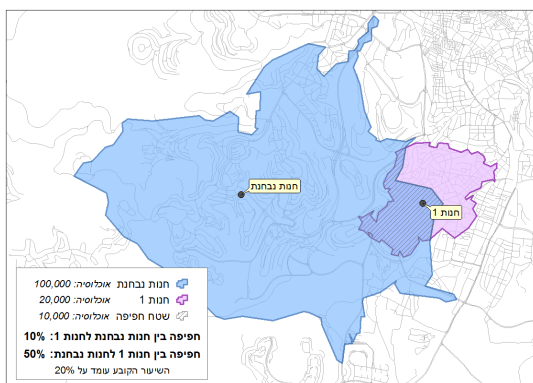
26 שם, בעמ' 18.

הערת חקיקה : חוק המזון

הנבחנת. בהתאם לכך, החנות הנבחנת מרוסנת על ידי חנות 1, באשר החנות הנבחנת עלולה לאבד חלק ניכר מהצרכנים שלה לטובת חנות 1 אם, למשל, תעלה מחירים ביחס לחנות 1.

תוצאה מעניינת נוספת העולה ממתודולוגיה זו היא שיתכן שחנות מסוימת נמצאת דווקא בתוך אזור הביקוש של החנות הנבחנת, ובכל זאת אינה מתחרה בה. ניתן להמחיש זאת בעזרת איור 3 להלן:

איור 3 : חנות שנמצאת באזור הביקוש של החנות הנבחנת ואינה מתחרה בה²⁷



באיור זה, חנות 1 מצויה בתוך אזור הביקוש של החנות הנבחנת. עם זאת, אזור הביקוש של חנות 1 מהווה אחוז קטן מהאוכלוסייה הפוטנציאלית שיכולה לרכוש בחנות הנבחנת. בהתאם לכך, אם החנות הנבחנת תעלה מחירים ביחס לחנות 1, החנות הנבחנת תאבד רק שיעור קטן מהצרכנים הפוטנציאליים שלה, ובהתאם, חנות 1 לא תצליח לרסן את החנות הנבחנת ולא בגדר מתחרה שלה.

תוצאה מעניינת נוספת העולה מדוגמה זו היא שהתחרות איננה בהכרח הדדית: בעוד חנות 1, באיור, אינה מתחרה בחנות הנבחנת, החנות הנבחנת דווקא מתחרה בחנות 1: כיוון שכל אזור הביקוש של חנות 1 נמצא בתוך אזור הביקוש של החנות הנבחנת, חנות 1 עלולה לאבד את כל הצרכנים הפוטנציאליים שלה לטובת החנות הנבחנת אם חנות 1 תעלה מחירים ביחס אליה.

בהתאם לכל אלה, ניתן לחשב את נתח השוק של רשת השיווק בתוך קבוצת התחרות הרלוונטית של החנות הנבחנת: בודקים את פדיון החנויות של אותה רשת שיווק, המשוך לאזור הביקוש של החנות הנבחנת, ומחלקים פדיון זה בסך הפדיון של החנויות בקבוצת התחרות, המשוך לאזור הביקוש של החנות הנבחנת.²⁸

27 ש.ם.

28 ש.ם, בעמ' 19-20.

ג. דחיקת ספקים קטנים מהמדף

בהנחה שנפתרו הבעיות של שקיפות המחירים ושל הריכוזיות הגאוגרפית של רשתות, עדיין נותרת השאלה: כאשר צרכן נכנס לסופרמרקט, כמה חלופות עומדות לנגד עיניו על המדפים? אחת התופעות שחוק המזון מתמודד אתן היא דומיננטיות של כמה ספקים בתוך החנות, בין שמדובר בשטח המדף הכולל שלהן, ובין שמדובר במיקום המדף האטרקטיבי שלהם, מיקום שמטבע הדברים דוחק מהמדפים, או למצער מהמדפים האטרקטיביים, את הספקים הקטנים יותר. כאשר לצרכן חלופות מעטות על המדף, ספקים מעטים יותר מתחרים בצורה אפקטיבית על לבו, והמחירים עלולים לעלות.

חוק המזון מטפל בכשל זה באמצעות כמה הוראות, המסדירות בצורה חדה את היחסים בין הספקים לבין רשתות השיווק. חלק מן ההוראות נועד למנוע את הכשל האמור, שבו ספקים גדולים דוחקים ספקים קטנים יותר ממדפי רשתות השיווק. כך, סעיף 7 לחוק כולל שורה של איסורים על פרקטיקות שבין "ספקים גדולים", כהגדרתם בחוק, לבין "קמעונאים גדולים". הגדרת "ספק גדול" בחוק היא "ספק שמחזור המכירות שלו לקמעונאים, או באמצעות קמעונאים, בישראל, בשנת הכספים הקודמת, עלה על 300 מיליון שקלים חדשים בשנה, או ספק שהוא בעל מונופולין כמשמעותו בסעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים, לגבי מצרך מסוים שבשלו הוכרו מונופולין".²⁹ מאחורי הגדרה זו עומד הרצון לשמור על ודאות ופשטות באכיפה. הגדרת הספק שבנוגע אליו חלים האיסורים האמורים בהיותו "ספק דומיננטי" או "ספק בעל נתח שוק גדול" היה מצריך, לצורך יישום האיסורים, הגדרת שוק פרטנית לכל אחת מהקטגוריות של מוצרים. מדובר באלפי קטגוריות ושוקים רלוונטיים, דבר שהיה הופך את אכיפת האיסורים לכמעט בלתי אפשרית, וכך גם את ההרתעה והוודאות המשפטית לנמוכות מדי.³⁰ זאת ועוד, מבחני הגדרת השוק הקונונציונליים בהגבלים עסקיים אינם מתאימים דיים להכיל את החששות מכוח שוק שיש לספק בסל מוצרים שלם. בשוק המזון בישראל נוצרו ספקים מעין אלה, שנוסף על נתח השוק הפרטני שלהם בקטגוריות ספציפיות צברו כוח מיקוח לא מבוטל אל מול רשתות השיווק, בזכות מגוון המוצרים הגדול שהם מוכרים להן. אמת מידה סבירה למדידת כוח המיקוח שנגזר מסל מוצרים מעין זה היא מחזור המכירות המצרפי של הספק מול רשתות שיווק. גם תובנה זו תומכת בהגדרה של ספק גדול על פי מחזור מכירות לעומת נתח שוק.

29 ס' 2 לחוק המזון.

30 כך, למשל, במכתב שימוע שהוציאה רשות ההגבלים העסקיים למחלבות שטראוס ותנובה, קיימים לכאורה 16 שווקים רלוונטיים בתחום החלב ומוצרי החלב שבהם אחת מחברות אלה (תנובה ב-11 ושטראוס בחמישה) היא לכאורה בעלת מונופול. על פי ממצאים אלה, למשל, גבינה לבנה היא שוק רלוונטי אחר מאשר קוטג', שהם שווקים אחרים מאשר גבינה במרקם שמנת, וכיוצא בזה, ראו www.antitrust.gov.il/subject/184/item/33467.aspx.

קמעונאי גדול שבנוגע אליו חלים האיסורים הללו, מוגדר " (1) קמעונאי המחזיק בשלוש חנויות לפחות שמחזור המכירות הכולל של חנויותיו, בשנת הכספים הקודמת, עולה על 250 מיליון שקלים חדשים בשנה [...] " או " (2) קמעונאי המחזיק בחנות מקוונת שמחזור המכירות הכולל שלו בישראל עולה על 250 מיליון שקלים חדשים בשנה". העובדה שהאיסורים הקשורים בהדרה משטח מדף מוחלים רק על קמעונאים החל מגודל מסוים מקורה בצורך באפקטיביות של הכלל. היכולת לדחוק ספק קטן מהשוק בישראל תלויה בגודלם של הקמעונאים שבמדפיהם מתבצעת הדחיקה. נקודת המוצא הייתה שאם הדחיקה מתרחשת אך ורק אצל קמעונאים קטנים, והקמעונאים הגדולים יותר פנויים לספקים הקטנים, אזי הסיכוי שיידחקו ספקים קטנים מהשוק בישראל קטן יחסית. ההוראה הראשונה שעניינה החשש לדחיקת ספקים קטנים מהמדף היא האיסור על ספקים גדולים להתערב בסידור המדפים ושטחי חוץ-המדף של הקמעונאים הגדולים. כפי שקובע סעיף 7(א)(1)(א) לחוק: "ספק גדול לא יעסוק בסידור מצרכים בחנות של קמעונאי גדול הנכלל ברשימה ולא יכתוב, ימליץ או יתערב בדרך אחרת בעניין סידור מצרכים".³¹ החשש העומד ביסוד סעיף זה הוא שכאשר ספק גדול מסדר את המדפים אצל הקמעונאי הגדול, ובוודאי כאשר הוא מתערב בסידור המדפים ובמיקום מדף של מוצרים, הוא עלול, הלכה למעשה, לדחוק מן המדף את הספקים הקטנים, או להותיר להם רק שטח מדף אטרקטיבי פחות. באופן זה יקטן הביקוש של הצרכנים לספקים הקטנים, וכך תקטן גם יכולתם של אלה להתחרות בספק הגדול. החוק נוקט לשון רחבה, שחוזרת על עצמה גם בהקשרים אחרים הקשורים להתערבות של ספקים גדולים בנעשה אצל הקמעונאים, לרבות "הכתבה, המלצה, או התערבות בדרך אחרת". מדובר בהחמרה ביחס לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, האוסר על עריכת הסדרים כובלים בין שני צדדים או יותר, או על ביצוע ניסיון לעשיית הסדר כובל בין שני צדדים או יותר. בחוק ההגבלים העסקיים, אקט חד-צדדי, כגון פנייה או המלצה של ספק לקמעונאי, יכול להיות אסור כאשר מדובר בספק שהוא בעל מונופולין, אם ההתנהגות עולה כדי ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי בניגוד לסעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים. חוק המזון מחיל איסור על פעולות חד-צדדיות, ואף על העברת מסרים חד-צדדית, במישרין או בעקיפין, כאשר מדובר בספק גדול אל מול קמעונאי גדול. המטרה היא למנוע פרצות באיסור, שעלולות לגרום לעקיפתו. על פי האיסור, אל לו לספק להעביר כל מסר לקמעונאי הגדול

31 בנוגע לכל האיסורים של ס' 7(א), קובע ס' 7(א)(4) כי חל איסור גם על הקמעונאי להיות צד להסדר עם הספק הגדול בעניינים אלה. ס' 7(ד) לחוק קובע כי כל הוראות ס' 7(א), למעט ס' 7(א)(3)(ד), שייסקר להלן, לא יחולו על מצרך חדש של הספק הגדול. "מצרך חדש" מוגדר בס' 1 לחוק, וראו גם גילוי דעת "הגדרת 'מצרך חדש' בחוק קידום התחרות בענף המזון תשע"ד-2014" (19.1.2015) **הגבלים עסקיים** 500747 www.antitrust.gov.il/subject/193/item/33501.aspx, וס' 7(ב) קובע כי הממונה רשאי להעניק פטור פרטני, במקרה נתון, מהאיסורים הנ"ל, למעט ס' 7(א)(3)(ד), אם שוכנע כי אין חשש לפגיעה בתחרות.

על אודות שטח מדף או מיקום מדף. הקמעונאי הוא שאחראי על שטחי המכירה שלו ועל מיקום המוצרים בהם.

על פי סעיף 7(ג) לחוק, "הממונה רשאי לקבוע כללים ביחס לסוגי הסדרים או פעולות שלגביהם יהיו ספק גדול או קמעונאי גדול פטורים מתחולת הוראות סעיף קטן (א), למעט סעיף קטן (א)(3)(ד), אם שוכנע כי אין בסוגי הסדרים או פעולות אלה כדי ליצור חשש לפגיעה בתחרות". בהתאם לסעיף זה הוציא הממונה את כללי קידום התחרות בענף המזון (פטור לפעולות ולהסדרים שעניינם סידור מצרכים בחנות של קמעונאי גדול) (הוראת שעה), התשע"ה-2014.³² על פי כללים אלה, קמעונאי גדול יוכל לקבל שירותי סדרנות מספק גדול אם הראה כי יותר ממחצית ממכירותיו הן של ספקים שאינם ספקים גדולים. הכללים הוצאו לאור טענתם של קמעונאים גדולים שהם מקיימים את התכלית שביסוד האיסור: רוב מכירותיהם הן של ספקים קטנים, והללו אינם נדחקים. כיוון שסדרנות על ידי הספקים הגדולים חוסכת לקמעונאים אלה עלויות נכבדות, לטענתם, הדבר יתורגם למחירים נמוכים יותר לצרכנים. הכללים משתמשים אפוא באיסור על סדרנות כמנגנון לתמרוץ קמעונאים גדולים למכור בעיקר את מוצריהם של הספקים הקטנים, וכך להגשים את מטרת האיסור במישרין, תוך חיסכון אפשרי בעלויותיהם. הכללים מבהירים כי הסיוע של הספקים הגדולים בסידור מוצריהם על המדפים יהיה לוגיסטי-טכני בלבד, אך ורק על פי הוראות מפורטות של הקמעונאי באשר למיקום המוצרים ואופן סידורם.

איסור נוסף שמטרתו מניעת דחיקתם של ספקים קטנים על ידי הספקים הגדולים מצוי בסעיף 7(א)(3)(ב), הקובע כי אסור לספק גדול להכתיב, להמליץ או להתערב בדרך אחרת אצל קמעונאי בעניין "הקצאת שטח מכירה בשיעור כלשהו למצרך שהספק מספק". גם כאן מדובר באיסור גורף וחד. בין היתר, הוא אינו מאפשר לספק הגדול לפנות אל הקמעונאי, במישרין או בעקיפין, בעניין הקצאת שטחי מדף או חוץ-מדף או שטח אחר כלשהו במתחם של הקמעונאי. גם במקרה זה נקודת המוצא היא שעל הקמעונאי לבחור בעצמו גם פרמטר זה, ללא התערבות, רמיזה, או מסר מצד הספק הגדול. ספק קטן, לעומת זאת, יכול לפנות אל הקמעונאי או להגיע עמו להסדר בנוגע לשטח מדף, ובלבד שלא מדובר בהסדר כובל לפי חוק ההגבלים העסקיים, כלומר בלבד שלא מדובר בהסדר המעלה חשש לפגיעה מהותית בתחרות בשוק.³³

באופן דומה, סעיף 7(א)(3)(ג) אוסר על ספק לפנות אל הקמעונאי כאמור לעיל לעניין "רכישת מצרך שהספק מספק בהיקף כלשהו מסך רכישות הקמעונאי של המצרך ושל מצרכים תחליפיים". כאן הכוונה היא לאסור לא רק על פניות לעניין שטח מכירה בחנות, אלא על פניות או התערבויות בנוגע ל"אחוז מהקטגוריה" שהקמעונאי אמור להקצות לספק.

32 ראו www.antitrust.gov.il/subject/197/item/33423.aspx

33 ראו לעיל ה"ש 9.

בהמשך, סעיף קטן (ד) אוסר על פנייה אל הקמעונאי בעניין "רכישה או מכירה של מצרכים שספק אחר מספק לקמעונאי, לרבות כמויות ויעדי רכישה, שטח המכירה המוקצה להם בחנות וכל תנאי מסחרי אחר". סעיף זה מתמקד בפניות שונות של הספק הגדול אל הקמעונאי בעניין התנהלותו של הקמעונאי מול ספק אחר. כמו שאר הוראות החוק, החתירה היא לפשטות מרבית של האכיפה וודאות מרבית של האיסור. כך, למשל, אין צורך שהספק האחר יהיה דווקא מתחרה של הספק הגדול, כך שהספק הגדול לא יוכל להיבנות מטענה שאותו ספק אינו מתחרה שלו. גם הנושאים שבהם ההתערבות אסורה מנוסחים בצורה גורפת ורחבה: הכמות שהקמעונאי רוכש מהספק האחר, יעדי רכישה, שטח המכירה המוקצה לספק האחר והתנאים המסחריים בין הקמעונאי לספק האחר. גם פניות או התניות של אי-אפליה כלולות כאן, כגון אמירות שהספק הגדול יקבל מהקמעונאי תנאים מסוימים שאינם פחותים, או עדיפים, מהתנאים שמקבל הספק האחר מן הקמעונאי. כזכור, סעיף קטן (א) ממילא אוסר על הספק הגדול להתערב או לפנות אל הקמעונאי בעניין סידור מצרכים. איסור זה כולל גם התערבות או פנייה בנוגע לסידור מצרכים של ספק אחר, כגון אמירות או רמיזות שרצוי שהקמעונאי יקצה לספק האחר שטח מסוים, או מיקום מסוים, בחנות.

הוראות נוספות העוסקות בפתרון הכשל הקשור בדחיקת ספקים אחרים על ידי ספק גדול מצויות בסעיף 8, שעניינו תמחור אסור. כאן מדובר בפרקטיקות תמחור או פרקטיקות אחרות העלולות לדרבן את הקמעונאי שלא לרכוש מספקים אחרים. "תמחור אסור" מוגדר, בסעיף 8(א) "מכירת חלק מיחידות המצרך, או מכירת חלק מיחידות המצרכים בסל מצרכים, במחיר נמוך מהעלות השולית של אספקת המצרך לקמעונאי גדול", או "מכירת מצרכים, לרבות סל מצרכים, שסך כל מחירם נמוך או שווה לסך כל המחיר שהספק הגדול מציע לקמעונאי הגדול בעד רכישת מספר קטן יותר של יחידות אותו מצרך או בעד אותו סל מצרכים בהרכב מצומצם יותר".³⁴

איסור רחב זה נועד למנוע מצב שבו הספק הגדול הגיע להסדר תמחור עם הקמעונאי, שלפיו הקמעונאי יודע שאם לא ירכוש מהספק הגדול יחידה, או כמה יחידות, של המצרך, או חלק מיחידות המצרכים שבסל מצרכים, הוא יאבד ערך, הנחות או בונוסים; עקב כך לא ירצה לרכוש יחידות אלה מספק אחר, אף אם הספק האחר מציע לו אותן במחיר השווה לעלות השולית של הספק הגדול באספקתן. הווי אומר, אף אם הספק המתחרה יעיל כמו הספק הגדול (עם עלויות שוליות דומות), הוא לא יצליח במצב דברים זה לשכנע את הקמעונאי לרכוש את היחידות האמורות ממנו ולא מן הספק הגדול. גם בכך יש כדי לדחוק את הספק האחר, וזאת כתוצאה של תחרות לגופו של עניין, אלא בתמחור חלק מן היחידות בצורה "טורפנית" מתחת לעלות, למשל תוך שימוש בשאר הסל או בשאר היחידות שמוכר הספק הגדול לקמעונאי כעוגן שמסבסד את התמחור הטורפני

34 ס' 8(ב) לחוק המזון קובע כי "הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו לגבי הסדרים בנוגע למצרך חדש בלבד של הספק הגדול".

ביחידות האחרות. איסור ספציפי זה אינו חל במצב שבו תמחר הספק הגדול את כל היחידות של מצרך מסוים במחיר שהוא מתחת לעלות השולית. אם הספק הגדול הוא גם בעל מונופולין בשוק המוצר הרלוונטי, תמחר מעין זה יהיה בדרך כלל אסור מכוח סעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, האוסר על בעל מונופולין לבצע תמחר בלתי הוגן. "עלות שולית של אספקת מצרך" מוגדרת לעניין סעיף 8 לחוק המזון כך: "השינוי בעלות הכוללת של ייצור או של רכישת מצרך, שיווקו והפצתו על ידי הספק, כתוצאה מאספקת יחידה נוספת של המצרך על ידי הספק".

הממונה פרסם גילוי דעת בעניין זה המבהיר עוד יותר את משמעות המונח וקובע כי לצורך חישוב העלות השולית לעניין איסור זה יובאו בחשבון העלויות הבאות: לספק גדול שהנו יצרן המצרך – עלות חומרי הגלם ועלות חומרי האריזה המשמשים לייצור יחידת מצרך אחת; לספק גדול שהנו יבואן או מפיץ – עלות הרכישה של יחידת מצרך אחת על ידי הספק, לרבות מכסים והיטלי יבוא אם יש כאלה, וכן עלויות המפורטות בסעיף 133א(5) לפקודת המכס [נוסח חדש].³⁵ האפשרות האחרת של תמחר אסור היא מקרה פרטי של האפשרות הראשונה, שבה, הלכה למעשה, יחידות מסוימות נמכרות במחיר אפס או במחיר שלילי. מדובר במקרה שבו כאשר הקמעונאי קונה יותר מהספק הגדול, סך כל התשלום שהוא משלם נמוך מזה שהיה משלם אילו קנה פחות. במקרה זה אין ספק שהיחידות האמורות נמכרו במחיר שהוא מתחת לעלות השולית, שהרי העלות השולית תמיד תהיה חיובית.

להשלמת התמונה, סעיף 8(ג) לחוק קובע איסור על קשירה "מפורשת", שאינה דווקא קשורה בתמחר, מצד הספק הגדול: "ספק גדול לא יתנה מכירת מצרך ממצרכיו לקמעונאי ברכישת מצרך אחר של אותו ספק גדול". איסור זה חל, כאמור, לא רק על תמריצים הקשורים בתמחר, אלא גם על התניות מילוליות שונות בין רכישת מוצר אחד של הספק הגדול לבין רכישת מוצר אחר שלו.

עד כאן נסקרו הוראות המונעות מספקים גדולים להדיר ספקים קטנים מהחנות, או משטחים אטרקטיביים בחנות, באמצעות הסדרים, פניות, רמזות או התערבויות כאלה ואחרות מול הקמעונאים הגדולים. במסגרת הדיונים בוועדת הכלכלה התעוררה השאלה, האם להרחיק לכת עוד יותר ולגרום ל"פינוי מקום" לספקים קטנים בחנות של הקמעונאי בלי קשר להתנהגותם המדירה של הספקים הגדולים? מסקנת הוועדה הייתה שהוראה גורפת המשריינת שטח מדף באופן אוטומטי לספקים קטנים בכל קטגוריה וקטגוריה יכולה, בסופו של דבר, לגרום נזק לצרכן. כך, למשל, אם בקטגוריה מסוימת יש רק ספק

35 ס"ח התשכ"ג 393. עוד קובעות ההנחיות כי "על אף האמור לעיל, לעניין הוראות ס' 8 לחוק המזון, על סף המועד בו תוקף המצרך פג, ניתן להתייחס לעלות השולית של מצרך זה כעלות אפס. למען הסר ספק, 'מועד בו תוקף המצרך פג' הינו המועד האחרון לשיווק או לשימוש, המסומן על גבי המצרך, לפי העניין". ראו הנחיות הממונה על ההגבלים העסקיים לחישוב עלות שולית של אספקת המצרך לקמעונאי גדול, כמשמעו בס' 8 לחוק קידום התחרות בענף המזון התשע"ד-2014 (2.1.2.2014) **הגבלים עסקיים** 500699.aspx/193/item/33415 www.antitrust.gov.il/subject/193/item/33415.aspx

קטן אחד, הרי שריון אחוז מסוים מהמדף של הקמעונאי ל"ספקים קטנים" נותן לאותו ספק קטן, הלכה למעשה, מונופול על אותו שטח מדף אצל הקמעונאי, ובעקבות זאת יוכל אותו ספק להעלות את המחיר ולהוריד את האיכות. יתרה מזו, הקמעונאי יהיה מחויב להחזיק את מוצריו של אותו ספק קטן, גם אם אינם מוצלחים וגם אם אין להם כל ביקוש. עם זאת, יש הוראות המקנות לממונה שיקול דעת, במקרים מתאימים, להתערב בעניינים מעין אלה, גם כאשר אין פעילות מדירה של ספקים גדולים. סעיף 9(א) לחוק קובע כי "הממונה רשאי לתת לקמעונאי גדול, המוכר מצרך של ספק גדול, הוראות בדבר הצעדים שעליו לנקוט בקשר לאותו מצרך או בקשר למצרכים תחליפיים לאותו מצרך, ובכלל זה הוראות בדבר השטחים בחנות המוקצים למכירה [...] בחנות של הקמעונאי הגדול למצרך או למצרכים תחליפיים, ורשאי הוא להתנות את הוראותיו בתנאים, ובכלל זה תנאים שעניינם תשלומים, והכול כדי למנוע פגיעה או חשש לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור, או כדי להגביר באופן משמעותי את התחרות". כך למשל, אם מחלבה תעשייתית חדשה חפצה להיכנס לשוק ולהתחרות בשלוש המחלבות התעשייתיות הגדולות, והממונה מגיע למסקנה שכניסתה לשוק לא תתאפשר בלי שריון של שטח מדף עבור מחלבה זו, לפחות לתקופה מסוימת, הוא עשוי לשקול להשתמש בסמכותו זו. שיקול דעת ניתן לממונה גם כאשר להוראות שהוא יכול לתת לקמעונאי גדול בנוגע להתנהלותו של זה עם המותג הפרטי שלו, גם זאת בלי קשר להתנהלותו של ספק. סעיף 11(א) לחוק קובע בהקשר זה כי "ראה הממונה כי כתוצאה מהתנהלותו של קמעונאי גדול לגבי מצרכי מותג פרטי שהוא מוכר, קיים חשש לפגיעה משמעותית בציבור או בתחרות, רשאי הוא לתת לקמעונאי הגדול הוראות בדבר הצעדים שעליו לנקוט כדי למנוע את הפגיעה". החשש הוא שבעתיד תתרחב תופעת המותג הפרטי ברשתות השיווק, ושיהיה מקום לתת לקמעונאי הוראות שימנעו דחיקה העלולה לפגוע בפגיעה של ממש בתחרות או בציבור על ידי ספקים. אם יתממש חשש זה, הממונה הוא שיוכל לתת הוראות מעין אלה זאת במקרים מתאימים. דוגמה אחת שניתן להעלות על הדעת היא כאשר חלק ניכר ממדפי הקמעונאי תפוסים על ידי המותג המוביל, בקטגוריה מסוימת, והקמעונאי בחר לתפוס חלק גדול נוסף ממדפיו במותג פרטי המסופק על ידי אותו ספק שמספק את המותג המוביל. כך, ספקים אחרים בקטגוריה הזו נדחקים פעמיים, ואינם מקבלים הזדמנות, בין היתר, לספק לקמעונאי הגדול את המוצרים נשוא המותג הפרטי, וכך לקבל נגישות לציבור הצרכנים. גם ציבור הצרכנים, מצדו, עלול להיפגע מפרקטיקה זו, משום שאין לצפות כי הספק המוביל בדוגמה זו באמת יתחרה בעצמו, כאשר הוא מוכר את המוצר לקמעונאי בשני כובעים: האחד באמצעות המותג המוביל, והאחר באמצעות המותג הפרטי של הקמעונאי. הצרכן גם עלול לסבור בטעות שהמותג הפרטי מתחרה במוצר של הספק המוביל, בעוד הלכה למעשה מדובר במוצר שמקורו באותו ספק.³⁶

36 אין בכך כדי לומר כי הקמעונאי המספק את המותג הפרטי איננו "ספק" גם הוא, במידה כזו או אחרת. כאשר מדובר במותג פרטי, הגבולות בין יחסי ספק-לקוח של הקמעונאי עם הספק לבין יחסי התחרות

לצד הוראות המקנות לממונה שיקול דעת להתערב בעזרה לספקים קטנים במקרה נתון ומובחן, קיימת גם הוראת סעיף 10(א) לחוק, המשריינת מדפים לספקים שאינם גדולים מאוד, אך בדרך מעודנת: על פי סעיף זה, הממונה יפרסם רשימה של ספקים גדולים מאוד (כאלה שמחזור המכירות שלהם לקמעונאים בישראל עולה על מיליארד ש"ח בשנה); קמעונאי גדול לא יהיה רשאי להקצות לספקים הללו שטח מדף בשיעור העולה על 50% משטחי המדף בכל אחת מחנויותיו הגדולות. הווי אומר, לפחות מחצית מכל חנות גדולה של קמעונאי גדול משוריינת לספקים שאינם ספקים גדולים מאוד. במקרה זה החשש מכוח שוק של ספקים שאינם גדולים מאוד מול הקמעונאים קטן יותר, משום שספקים לא מעטים שאינם גדולים מאוד, הנמנים עם כלל הקטגוריות, מתחרים ביניהם מול הקמעונאי על אותה מחצית משטח המכירה. הספקים הגדולים מאוד, מנגד, מתחרים זה עם זה על המחצית האחרת של החנות. כך נוצר מצב מעניין שבו החברה המרכזית, למשל, שהיא ספק גדול מאוד המספק בין היתר משקאות מוגזים, מיצים, מים מינרליים ומוצרי חלב, "מתחרה", במובן מסוים, על אותה מחצית החנות עם חברת יונילבר, שגם היא ספק גדול מאוד, המספק מוצרים בקטגוריות אחרות, כגון מרגרינה, מוצרי היגיינה וכו'. תוקפה של הוראה זו, עקב אופייה החריג, הוגבל לשנה, קרי עד ה-15 בינואר 2016, ושר הכלכלה, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי להאריך תקופה זו בשנה אחת נוספת בכל פעם, עד לארבע שנים. המטרה היא לעקוב אחר הצלחתה של ההוראה והאפקטיביות שלה, ובהתאם לכך להחליט אם להאריכה.

ד. תמחור המותגים החזקים

גם אם הצרכן יודע מה מחירי הסלים בכל הסופרמרקטים שבאזור, ויש מספיק קמעונאים מתחרים שמתחרים על לבו באזור הגאוגרפי הרלוונטי, וגם אם הצליח החוק לגרום לכך שעל המדף יוצגו חלופות רבות המתחרות על לבו כאשר הוא נכנס לסופרמרקט, לעתים הצרכן נאמן בכל זאת למותג מסוים, והוא זכאי לרכוש מותג זה במחיר תחרותי. אלא שהפרקטיקות בשוק המזון הביאו לכך שמותגים רבים תומחרו במחיר לא-תחרותי.³⁷ מן הניתוח הכלכלי שקדם לחוק המזון עלתה המסקנה שכוח חשוב, שהוא בעל פוטנציאל לכרסם בכוח השוק של ספקי מותגים נחשקים, הוא כוח הקנייה של רשתות השיווק אל מול הספקים. בישראל התהוו כמה רשתות שיווק בעלות פריסה כלל-ארצית, שרכשו לעצמן כוח מיקוח לא מבוטל מול הספקים, לרבות הספקים הגדולים ביותר. את מערכת היחסים בין הרשתות הגדולות לספקים הגדולים בשוק המזון בישראל אפשר לתאר כמשא ומתן בין שני גופים חזקים. האתגר הוא לרתום את כוח המיקוח של רשתות השיווק

37 ביניהם עשויים להיטשטש, ובהקשרים רלוונטיים ניתן לראות את הקמעונאי כמתחרה, באמצעות המותג הפרטי, בספקים אחרים המספקים את המותגים שלהם באותה הקטגוריה.

ראו **ועדת קדמי**, לעיל ה"ש 2. וכן ראו **דוח מוניטור**, לעיל ה"ש 4.

הגדולות לטובת ציבור הצרכנים. ואולם, למרבה הצער נראה שבעידן שלפני חוק המזון כוח המיקוח של רשתות השיווק הגדולות לא שימש בעיקרו לטובת הצרכן, אלא לטובת הרשתות הגדולות עצמן. כיוון שלרשתות השיווק יש כוח מיקוח מול הספקים, במקרים רבים הן היו יכולות, אילו רצו, למנוע מהספקים הגדולים להעלות מחירים, וזאת גם כשמדובר בספקים בעלי מותגים מובילים ואטרקטיביים. כשם שהרשתות זקוקות לאותו ספק, גם הוא זקוק לרשת שיווק כלל-ארצית גדולה, זאת במיוחד לאור העובדה שרבים מהספקים הגדולים מוכרים לרשתות שלל מוצרי צריכה, שחלקם אינם חיוניים לרשתות.³⁸ התמריץ של הרשתות למנוע העלאת מחירים סיטונאיים על ידי הספקים אמור לגבור כאשר בין הרשתות לבין עצמן קיימת תחרות עזה על לב הצרכנים. כאשר באזור גאוגרפי מסוים יש תחרות בין רשתות שיווק על צרכנים, רשת חפצה להוריד את העלויות השוליות שלה, קרי את התשלום עבור כל יחידה שהיא משלמת לספק על המוצר, כדי שתוכל לקבוע מחירים נמוכים יותר לצרכן ולחטוף נתחי שוק (או למנוע אבדן של נתחי שוק). אלא שבעידן שלפני חוק המזון עלה חשש משיווי משקל בעייתי, שבו הרשתות הגדולות לא התעקשו על כך שהספקים הגדולים לא יעלו מחירים. במקום זאת הגיעו הצדדים במקרים רבים להסדר שהוא טוב יותר הן לספקים הגדולים והן לרשתות השיווק הגדולות, אך פוגע בצרכן. באופן טיפוסי, הספק הגדול בודק עד כמה המותג שלו מושך, ובהתאם לכך עד כמה הצרכנים מוכנים לשלם עליו. הספק הגדול היה ממליץ לרשתות השיווק לגבות מהצרכנים מחיר זה, וגם גובה בהתאם מחיר סיטונאי גבוה ליחידה, שמעלה את העלויות השוליות של הרשתות במכירת המוצר. התנהגות זו הייתה מדרבנת את כלל הרשתות להעלות את המחיר לצרכן ולהעמידו על המחיר המומלץ על ידי הספק, וזאת גם במקרים שבהם באזורים הגאוגרפיים הרלוונטיים הרשתות מתחרות זו בזו. במילים אחרות, באמצעות המלצה על המחיר לצרכן, והעלאה סימולטנית של המחיר הסיטונאי הנגבה מכל הרשתות, הצליחו הספקים לרכך את התחרות בין הרשתות לבין עצמן, וכך להקהות את התנגדותן להעלאת המחירים. הסיבה שסיטואציה זו לא דווקא פוגעת ברשתות השיווק הגדולות, ואולי אף מועילה להן, היא שבאופן טיפוסי הספקים היו משלמים לרשתות השיווק תשלומים שונים, שאינם במסגרת הנחה ליחידת מוצר. בתשלומים אלה ניתן לכלול, בין היתר, בונוס המשולם בסוף השנה, מענק המשולם בחגים, תשלומים בגין שטחי מדף, תשלומים בעקבות פתיחת סניף חדש על ידי הרשת, תשלומים בגין סדרנות על ידי הרשת וכיוצא באלו תשלומים. צבר תשלומים זה יכול לפצות את רשתות השיווק על כך שהמחיר הסיטונאי ליחידת מוצר הוא גבוה. כך, מצד אחד, מרוככת התחרות בין רשתות השיווק לבין עצמן, באמצעות המלצה על המחיר

38 העובדה שספק מוכר לרשת מוצרים רבים יכולה מצד אחד להעלות את כוח המיקוח של הספק, אם לספק מעמד חשוב בקטגוריות רבות מהקטגוריות שהוא פועל בהן. מן הצד האחר, מהטקסט עולה סוגיה מעודנת יותר, שלפיה אם הספק האמור מנהל פעילות גם בקטגוריה שבה הוא חלש, לרשת השיווק יש כוח מיקוח מולו, באשר היא יכולה לפגוע במכירותיו או במעמדו באותה הקטגוריה.

לצרכן ו"ניפוח" המחיר הסיטונאי ליחידה על ידי הספק, ומצד אחר, חלק מן התקבולים הגבוהים שמתקבלים בעקבות זאת מהצרכנים אל הקמעונאים, ומהקמעונאים אל הספקים, דרך המחירים הסיטונאיים הגבוהים, מחולק חזרה לרשתות השיווק דרך כל אותם תשלומים. כיוון שקיים חשש שתשלומים מעין אלה, שאינם בדמות הנחה בזמן אמתי ליחידת מוצר, לא יגולגלו על ידי הרשתות לצרכן, מדובר, הלכה למעשה, בהסדר של "חלוקת שלל" בין הספקים לרשתות השיווק: הספקים מרככים את התחרות בין הקמעונאים לבין עצמם, באמצעות המלצה על המחיר לצרכן והעלאת המחיר הסיטונאי לכל הקמעונאים. בד בבד, הספקים הגדולים מרככים את התחרות בינם לבין ספקים אחרים, באמצעות הדרת הספקים הקטנים יותר מהמדפים. כך זורם כסף רב יותר מהצרכנים אל אותה "מערכת", המורכבת מספקים וקמעונאים גם יחד. בשלל זה מתחלקים הקמעונאים והספקים, כאמור לעיל, באמצעות תשלומים שונים המשולמים על ידי הספקים לקמעונאים.

עם כשל חמור זה מתמודדות כמה הוראות חשובות בחוק המזון. בראש ובראשונה, על פי סעיף 7(א)(3)(א), ספק גדול לא יכתיב או ימליץ לקמעונאי ולא יתערב בדרך אחרת אצל קמעונאי בעניין המחיר לצרכן שגובה הקמעונאי בעבור מצרך שהספק מספק. איסור זה מונע באופן גורף כל התערבות, מסר, הכתבה, פנייה וכו' מצד הספק בנוגע למחיר לצרכן שגובה הקמעונאי על המוצר שהספק הגדול מספק. המטרה היא, כמובן, למנוע התנהגות הגורמת למחיר להיות גבוה יותר מאשר אלמלא אותה התנהגות. כדי לאפשר מקרים שבהם הספק חפץ לגרום לקמעונאי לגבות דווקא מחיר נמוך יותר מאשר היה גובה אלמלא ההתערבות, פרסם הממונה את כללי קידום התחרות בענף המזון (פטור לפעולות ולהסדרים שעניינם מחיר לצרכן) (הוראת שעה), התשע"ה–2014.³⁹ כללים אלה מתירים לספק גדול, כהגדרתו בחוק המזון, להתערב מול קמעונאי גדול באופן שיגרום להורדה של ממש במחיר לצרכן, או בהטבה לצרכן, ביחס להתנהגותו של הקמעונאי באותה החנות לפני ההתערבות.⁴⁰

לאור החשש שתשלומים שונים מספקים לקמעונאים יפצו, הלכה למעשה, את הקמעונאים על העלאת המחיר הסיטונאי ליחידה, קובע סעיף 8(ד) לחוק כי "ספק לא

39 כללי קידום התחרות בענף המזון (פטור לפעולות ולהסדרים שעניינם מחיר לצרכן) (הוראת שעה), התשע"ה–2014, ק"ת 558, www.antitrust.gov.il/subject/189/item/33424.aspx.

40 עוד יש לציין במסגרת הוראות המונעות ריכוך תחרות על ידי הצדדים את האיסור בס' 5 לחוק המזון, הקובע כי "ספק לא יכתיב או ימליץ לקמעונאי ולא יתערב בדרך אחרת אצל קמעונאי בעניין המחיר לצרכן שגובה הקמעונאי בעבור מצרך שספק אחר מספק או בעניין התנאים שבהם הקמעונאי מוכר לצרכן מצרך שספק אחר מספק", ואת ס' 6 לחוק המזון, הקובע כי "קמעונאי לא יכתיב או ימליץ לספק ולא יתערב בדרך אחרת אצל ספק בעניין המחיר לצרכן שקמעונאי אחר גובה בעבור מצרך, או בעניין התנאים שבהם קמעונאי אחר מוכר מצרך לצרכן". כאן מדובר, בדרך כלל, גם בהפרות בוטות של דיני ההסדרים הכובלים על פי חוק ההגבלים העסקיים, או לכל הפחות בניסיון לעשות הסדר כובל. עם זאת, על מנת להשלים את רשימת האיסורים על פי חוק המזון, איסורים אלה מובהרים בחוק זה, לרבות פניות חד-צדדיות והתערבויות עקיפות כאלה ואחרות.

הערת חקיקה: חוק המזון

יעביר תשלומים לקמעונאי גדול [...] בכסף או בשווה כסף, וקמעונאי גדול לא יקבל תשלומים כאמור; אין באמור כדי לאסור על ספק להזיל, בכפוף להוראות חוק זה, מחיר יחידת מצרך שהוא מספק לקמעונאי הגדול". מטרת האיסור היא לנתב את כל כוח המיקוח של הקמעונאי הגדול למחיר ליחידה שהוא משלם לספק בגין המוצר. לאמתו של דבר, רק הנחה במחיר ליחידה תגולגל, בהסתברות גבוהה, אל הצרכן, באמצעות מחירים נמוכים יותר לצרכן, וזאת בעיקר כאשר קיימת תחרות גאוגרפית בין הקמעונאי לקמעונאים מתחרים באזור הרלוונטי. איסור זה חל על כלל הספקים, ולא רק על ספקים גדולים, ובכך מושגת באמצעותו מטרה נוספת: מניעת מצב שבו ספקים קטנים נאלצים, עקב כוח המיקוח של רשתות השיווק, לשלם תשלומים גבוהים, שבין היתר אינם בהכרח פרופורציוניים לגודלם של הספקים הקטנים, תמורת הזכות להיות על מדפי הקמעונאי. לצד נורמות אלה, המצויות בחוק המזון, נורמה נוספת העוזרת להילחם בתופעה של מחירים גבוהים של מותגים מובילים ואהובים ניתן למצוא בחוק ההגבלים העסקיים, האוסר על מונופול לגבות מחיר מופרז. בעניין זה הודיעה הרשות באפריל 2014 כי תתחיל לאכוף איסור זה, שלא נאכף על ידיה לפני כן.⁴¹ כך, בעוד חוק המזון הגביר את כוחן ורצונן של רשתות השיווק לגרום להורדת המחיר ליחידה שגובה מהם הספק, בא חוק ההגבלים העסקיים, ובמקרה של ספק שהוא בעל מונופולין מאפשר לממונה, לרשתות ולציבור הצרכנים לתבוע את הספק המונופוליסטי אם גבה מחיר מופרז מן הרשתות בגין המוצר. כיום, בעל מונופולין מוגדר כמי שיש לו נתח גדול מ-50% מהשוק הרלוונטי. בתזכיר חוק שפרסמה רשות ההגבלים העסקיים ביולי 2015 מוצע כי "בעל מונופולין" יוגדר גם כמי שיש לו כוח שוק, גם אם נתח השוק שלו קטן מ-50% מהשוק. המשמעות היא שאם ספק גבה מחיר מופרז, הרי שהדבר מעיד, מטבע הדברים, על כוח שוק, ולפיכך יחול עליו איסור זה, והוא חשוף לעיצומים וקביעות מצד הממונה, כמו גם לתובענות ייצוגיות בגין הנזק שנגרם מהמחיר המופרז.

סיכום

במאמר זה סקרתי את הדרך שבה הוראות חוק המזון פותרות את כשלי התחרות שנמצאו בשוק המזון בישראל: הכשל הנגרם מחוסר המודעות של הצרכן למחיר הסל הזול ביותר באזור מגוריו נפתר על ידי פרק שקיפות המחירים בחוק. הריכוזיות הגאוגרפית של רשתות שיווק, באזורים מסוימים בארץ, הנגרמת, בין היתר, מריבוי בסניפים של אותה רשת שיווק באזורים מסוימים, מטופלת באמצעות הוראות החוק המאפשרות הגבלה של פתיחת חנויות חדשות על ידי רשת שיווק ריכוזית באזור הרלוונטי. החשש מדחיקת ספקים קטנים משטחי המכירה בחנות נפתר על ידי שורת הוראות המסדירות את מערכת

41 גילוי דעת 1/14 של הממונה על ההגבלים העסקיים "האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין" (9.4.2014) www.antitrust.gov.il/subject/130/item/33113.aspx, 500603

דיויד גילה

היחסים בין ספקים לרשתות שיווק, ואוסרות, באופן גורף וחד-משמעי, על פרקטיקות שונות של ספקים, בעיקר בעלי מחזור מכירות גדול, העלולות לדחוק ספקים קטנים משטחי המכירה האטרקטיביים בחנות. הייחודיות בהוראות היא בפשטותן, בתחולתן הרחבה ובאופי הגורף שלהן, המקל את האכיפה, ההרתעה והוודאות. החוק גם מקנה לממונה שיקול דעת להתערב, במקרים נתונים, בקשר לשריון שטח מדף, ומשריין מחצית מהחנות לספקים שאינם גדולים מאוד. לבסוף, החוק מטפל בכשל שנוצר מריכוך תחרות על ידי הספקים הגדולים, באופן השולל את התמריץ של רשתות השיווק הגדולות להפעיל את כוח הקנייה שלהן על מנת להוריד את המחיר הסיטונאי שהן משלמות לספקים. הוא עושה זאת על ידי איסור התערבות או פנייה של ספקים גדולים במחיר לצרכן שגובות הרשתות, וכן איסור על תשלומים מהספקים לרשתות, שיכולים לפצות את הרשתות על "ניפוח" המחיר הסיטונאי שהספקים גובים מהם ולדכא את התמריץ שלהן להתעקש על מחירים סיטונאיים נמוכים יותר.