



רשות ההגבלים העסקיים

החלטה בדבר מתן פטור לפי ס' 14 לחוק ההגבלים העסקיים:

פילסבורי ישראל בע"מ, אומני תעשיות פיצה בע"מ

1. מבוא

בתאריך 29/3/98 הוגשה הודעת מיזוג בין פילסבורי ישראל בע"מ ("פילסבורי") לאומני גלידה בע"מ ואומני חנויות גלידה (1995) בע"מ (תיק מזג 2285). במסגרת אותה עסקת מיזוג, שאושרה על-ידי ביום 28/4/98, רכשה פילסבורי ישראל בע"מ מידי אומני מותגי מזון בע"מ את כל עסקי הגלידה של האחרונה. לעסקת המיזוג נלווה גם הסכם בין פילסבורי לאומני תעשיות פיצה בע"מ ("אומני"), אשר לא נרכשה על-ידי פילסבורי, הוא ההסכם בו עוסקת בקשת פטור זו. בנסיבות העניין דכאן, הודעתי לצדדים לעסקת המיזוג כי אין בסמכותי לאשר את ההסכם הנלווה במסגרת אישור עסקת המיזוג, וכי על עסקה זו להיות מאושרת בהליך נפרד, לפי פרק ב' לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 ("החוק"). בהמשך להודעתי זו התקבלה ביום 14/7/98 בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק, היא הבקשה נשוא החלטה זו.

בהתאם להסכם שבין "פילסבורי", שהיא הזכיינית ובעלת הרשיון להפצת גלידות "האגן דאז" בישראל, לבין "אומני", מפעילת רשת "פיצה דומינו" בישראל, התחייבה "אומני" שלא למכור ולא להציג גלידות או מוצרים קשורים שאינם "האגן דאז" בכל אתריה. בתמורה התחייבה "פילסבורי" למכור ל"אומני" את גלידות "האגן דאז" במחיר שלא יעלה על המחיר הנמוך ביותר שמציעה "פילסבורי" עבור גלידות "האגן דאז" לאחרים, למעט מפיצי משנה שלה. תקופת הפטור המבוקשת היא 4 שנים.

לאחר שבדקתי את ההסדר ואת השפעותיו האפשרויות על התחרות בשווקים הרלבנטיים שוכנעתי כי ההסדר מגביל באופן לא משמעותי את התחרות, ועל כן ראוי הוא לפטור לפי סעיף 14 לחוק. לפיכך החלטתי להעניק לו את הפטור האמור, וזאת מהנימוקים שיפורטו להלן.

2. הכבילות שבהסדר

התחייבותה של "אומני" שלא למכור ולא להציג גלידות או מוצרים קשורים שאינם "האגן דאז" מהווה כבילה כמשמעותה בסעיף 2 לחוק, הואיל והיא נוגעת לסוג הנכסים שבעסק, כאמור בסעיף 2(ב)(4), ומהווה גם חלוקת שוק לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו, כאמור בסעיף 2(ב)(3) לחוק.

גם התניה לפיה מתחייבת "פילסבורי" כלפי "אומני" להציע ל"אומני" מחיר עבור גלילות "האגן דאז" שלא יעלה על המחיר הנמוך ביותר שמציעה "פילסבורי" עבור גלילות "האגן דאז" לאחרים מהווה כבילה. תניה מסוג זה, אשר מקובל לכנותה תניית הלקוח המועדף - Most Favored Customer - היא תניה כובלת. עיקרה של הכבילה הוא בכך שהיא מגבילה את יכולת התמרון של "פילסבורי" בהתקשרויות עם צדדים שלישיים, ומקטינה את תמריציה של "פילסבורי" להעניק הנחות ללקוחות אחרים מעבר למחיר שהוצע ל"אומני". הגבלה זו נובעת מכך שעלות מתן הנחה עבור "פילסבורי", לאור ההסכם עם "אומני", גדולה יותר משיעור ההנחה שתיתן ללקוח האחר, היות ועל "פילסבורי" להביא בחשבון כי כל הנחה שתיתן ללקוח האחר תצטרך להינתן, על-פי ההסכם, גם ל"אומני". מן העבר השני, גורע ההסכם מהיתכנותן של התקשרויות בין צדדים שלישיים לבין "פילסבורי", אם וכאשר ירצו צדדים אלה להציע ל"פילסבורי" תנאים מסחריים עדיפים בתמורה להנחה גדולה יותר.

3. השווקים הרלבנטיים

עניינו של ההסכם שלפני הוא מכירת גלידה. ענף הגלידה ענף נחלק למספר קטגוריות, ומקובל להבחין בין הגלידה הנמכרת לצריכה ביתית, בעיקר ברשתות השיווק ובחנויות המכולת, לבין הגלידה הנמכרת לצריכה מיידית, בגלידריות ובקיוסקים.

בהתאם לנתונים שבבקשת הפטור, מוערך חלקה של "האגן דאז" מכלל הגלידה הנמכרת בארץ בכ-2.5%. חלקה מתוך הגלידה לצריכה ביתית, על-פי נתונים המצויים ביד, גדול יותר, אך לא באופן משמעותי, ומדובר בכל מקרה באחוזים בודדים בלבד. "פילסבורי" מעריכה כי אחוז המכירות של גלידה על-ידי "אומני" מכלל הגלידה הנמכרת לצריכה ביתית נופל מאחוז אחד.

גם אילו היוו קטגוריות אלה של ענף הגלידה בישראל שווקים רלבנטיים נפרדים לצורך דיני ההגבלים העסקיים, הרי שחלקה של "האגן דאז" בכל אחד מהם קטן דיו בכדי להצדיק את מסקנתי כאן.

4. השפעת ההסדר הכובל על התחרות

ענף הגלידה בישראל נשלט עד לאחרונה על-ידי יצרן דומיננטי (גלידת "שטראוס"). המתחרה העיקרית של "שטראוס" היא "נגה גלידה" המשווקת בישראל את גלילות "נסטלה מוטה", שחלקה בשוק גדל בשנה האחרונה. מלבד שני יצרנים אלה, שלהם נתח שוק משותף העולה על 80% מהשוק, קיימים עוד מספר יצרנים שנתחי השוק שלהם קטנים למדי, ובהם "בן אנד ג'ריס", "פלדמן", ויצרנים נוספים. בענף זה היו נהוגים עד לאחרונה הסכמי בלעדיות בין היצרנים העיקריים לבין נקודות המכירה השונות. הסדרי בלעדיות אלה סייעו לחיזוק מעמדה של "שטראוס" בענף והכבידו על כניסתם של מתחרים נוספים. מציאות זו עמדה בבסיס ההוראות המוסכמות שניתנו על-ידי "שטראוס" ושנכנסו לתוקף ביום 15 במאי

1998, ובבסיס ההסדר המוסכם ביני לבין "נגה גלידה" בדבר ביטול הסכמי הבלעדיות, שנכנס לתקפו באותו המועד.

"פילסבורי" טוענת כי עד כה נתקלה בקשיים מרובים במהלך נסיונותיה להחדיר בישראל את מוצרי "האגן דאז". טענה זו נתמכת במידע שנצבר ברשות ההגבלים העסקיים בעת הבדיקה שקדמה למתן ההוראות ל"שטראוס" הנזכרות לעיל. עתה מנסה "פילסבורי" לחזק את נסיונות החדרתה של גלידת "האגן דאז" ולקדם. לשם כך היא מבקשת כי יותר לה להתקשר בהסכם הבלעדיות עם "אומני". ההגיון הכלכלי של התקשרות זו פשוט: אם תתחייב "אומני" למכור ולהציג רק את מוצרי "האגן דאז", הרי שמלוא מאמצי השיווק שלה במכירת גלידה יופנו לקידום מותג זה. כך תקודם החדרתו של מותג זה על-פני מותגים אחרים המצויים בשוק. צדה האחר של ההתקשרות מצוי בתניית הלקוח המועדף, שמטרתה להבטיח ל"אומני" הגנה מסוימת מפני תחרות מצד משווקים אחרים של גלידות "האגן דאז". תניית הלקוח המועדף מזכה את "אומני" ביתרון תחרותי על-פניהם של משווקים אחרים של אותו המותג, בדמותו של מחיר נמוך, ומהווה תמורה למאמצי השיווק שתשקיע בקידום המותג.

הסדר הבלעדיות פוגע, לכאורה, בתחרות שבין מותגי הגלידה השונים - inter-brand competition - היות שהתחייבותה של "אומני" למכור רק את גלידות "האגן דאז" חוסמת בפני יצרני הגלידה האחרים צינור הפצה. פגיעתה של תניית הלקוח המועדף היא בתחרות התוך מותגית - intra-brand competition, היות שהיא נוגעת ליכולתם של משווקים אחרים להתחרות ב"אומני" בשיווק גלידת "האגן דאז".

ועם זאת, מטרתן של שתי הכבילות הללו אחת: קידום החדרתה של גלידת "האגן דאז". ואכן, להסדרי בלעדיות בהפצה עשויה להיות השפעה חיובית על מידת התחרות בין המותגים:

"[V]ertical restraints in distribution agreements often do not limit inter-brand competition at all - indeed they may increase it. For example, a producer may confer upon a retailer immunity from intra-brand competition (that is to say from its own products) by agreeing no to sell to anyone in the territory. As a result the retailer may promote that producer's goods with greater skill and enthusiasm than would otherwise have been the case, and the result may be to intensify the competition between those goods and competing goods produced by other manufacturers. When an agreement restricts intra-brand competition but increases inter-brand competition it could be argued that it does not 'restrict' competition at all when considered in the overall market context."

(Whish, **Competition Law**, Butterworth's, 3rd ed.
(1993), p. 536)

הפגיעה בתחרות בין הצדדים להסכם או בינם לבין צדדים שלישיים, לעומת הפגיעה בתחרות בשוק כולו, וההכרה כי קיימים מצבים בהם תהיה הפגיעה הראשונה בלתי-נמנעת על-מנת לקדם את התחרות מנקודת ראות רחבה המשתרעת על השוק כולו, הובהרה מפורשות על-ידי בית-הדין להגבלים עסקיים בערר 1/97 **איסכור שירותי פלדות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים** (טרם פורסם), שם קבע כבוד השופט עדיאל כי שיקול דעתו של הממונה לצורך מתן פטור לפי סעיף 14 לחוק יתייחס לפגיעה בתחרות במישור הרחב של התחרות בשוק כולו, ולא רק במישורה הצר:

..."ההגבלה של התחרות נשוא סעיף 14 היא הגבלה של **התחרות בעסקים בכלל**, ולא דווקא **ההגבלה של התחרות בעסקים בין הצדדים להסדר או בינם לבין אדם שאינו צד להסדר**, כלשונו של סעיף 2(א) לחוק. משמע, התחרות בעסקים הנדונה בסעיף 14 לחוק תבחן במישור הרחב של התחרות בשוק כולו, ולא רק במישור היחסי שבין הצדדים להסדר עצמם (או בינם לבין צד שלישי)".

(פסקה 12 לפסה"ד, ההדגשות במקור)

מידת ההשפעה של ההסדר על התחרות, בהיבטה הרחב, היא בין היתר פועל יוצא של נתחי השוק בשווקים הרלוונטיים, הן של הצדדים להסדר והן של אחרים הפועלים באותם שווקים. כאשר לאחד הצדדים להסדר (או לשניהם) נתח שוק משמעותי, הרי שהגבלת מי מהם עלולה לגרור בעקבותיה, באופן ישיר, הגבלה על התחרות בשוק כולו. לעומת זאת, כאשר נתחי השוק של המעורבים בהסדר זעומים, השפעת ההסדר על הפגיעה בתחרות צפויה בדרך כלל להיות קטנה יחסית. במקביל, כאשר מדובר בהסדר בין שני גופים קטנים, הפועלים בשוק ריכוזי הנשלט בידי אחרים, הרי שהשפעתו החיובית על התחרות בשוק כולו עשויה להיות גדולה יחסית.

ההתייחסות אל הסדרים אנכיים, שבהם מעורבים עוסקים שלהם נתח שוק זעום, כאל הסדרים שפגיעתם בתחרות אינה משמעותית, אופיינית גם לשיטות משפט זרות. כך, למשל, באיחוד האירופי מקובל לראות בהסדר אנכי שבו מעורבים בעלי עסקים שלהם נתח שוק הנמוך מ-10% הסדר המצוי מחוץ לאיסור הקבוע בסעיף 85(1) לאמנת רומא.¹

כזהו גם המקרה שלפנינו. בהתחשב בכך שנתח השוק של "פילסבורי" הוא זעיר, ונוכח העובדה כי באמצעות צינור ההפצה של "אומני" נמכר פחות מאחוז אחד מסך כל מכירות הגלידה בארץ, ניתן לקבוע כי פגיעתו בתחרות של ההסדר אינה משמעותית. כפי שכבר צוין לעיל, להסדר הנוכחי אף עשויה להיות השפעה חיובית על התחרות בין מותגי הגלידה

¹. ראה: Notice on agreements of minor importance which do not fall within the meaning of Article 85(1) of the Treaty establishing the European Community, OJ No. C372 p. 13, 9/12/1997

השונים. מכל מקום, לצורך ההחלטה בבקשה זו אין אני נזקק להכריע בשאלת יתרונותיו של ההסדר לתחרות, ודי לי כי שוכנעתי, לצורך סעיף 14 לחוק ולאור נתחי השוק שבהם מדובר במקרה זה, שפגיעתו בתחרות אינה משמעותית.

בנסיבות הקיימות נראה כי גם משכו של ההסדר, 4 שנים, אינו עשוי ליצור מגבלה משמעותית על התחרות.

5. סוף דבר

לאור כל האמור לעיל, ולאחר ששוכנעתי כי ההסדר המבוקש מגביל את התחרות בעסקים באופן לא משמעותי, החלטתי להיענות לבקשה שהונחה לפני, ולפטור את הצדדים מהחובה לקבל את אישור בית-הדין להסדר הכובל.

הפטור יעמוד בתקפו למשך 4 שנים מהיום.

בהתאם לסעיף 15 לחוק רשאים כל הרואה עצמו נפגע מהחלטה זו, איגוד עסקי וארגון צרכנים לערור, על החלטה זו בפני אב בית-הדין להגבלים עסקיים.

ד"ר דוד תדמור

הממונה על הגבלים עסקיים

ניתן היום, ח' טבת, תשנ"ט; 27 בדצמבר, 1998.