



רשות ההגבלים העסקיים

החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל

להסכם בין מטרנה אסם – שותפות מוגבלת (ביסוד)

לבין קבוצת אסם סחר – שותפות מוגבלת

1. פתח דבר

ביום 29 ביוני 2009 הונחה לפני בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק"), להסכם בין מטרנה אסם – שותפות מוגבלת (ביסוד) (להלן: "השותפות") לבין קבוצת אסם סחר – שותפות מוגבלת (להלן: "אסם"). על פי ההסכם תפיץ אסם את מוצרי השותפות בתחום של תחליפי חלב אם, מזון לתינוקות ומוצרים אחרים שהשותפות תשווק תחת המותג: "מטרנה".

לאחר שבחנתי את ההסכם כמו גם את השפעתו האפשרית על התחרות בשוק הרלוונטי, ולאחר שנועצתי בועדה לפטורים ולמיזוגים שוכנעתי, כי הכבילות שבהסכם אינן פוגעות פגיעה של ממש בתחרות בשוק המושפע מן ההסכם, כי עיקרו של ההסכם אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, וכי אין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו. מטעמים אלו מצאתי כי ההסכם ראוי לפטור לפי סעיף 14 לחוק, בשל הנימוקים שיפורטו להלן.

2. ההסדר בין הצדדים

ביום 5 באפריל 2009, אושר בתנאים מיזוג בין אסם השקעות בע"מ וחברת האם שלה, קונצרן נסטלה השווייצרי, לבין מעבדות מטרנה בע"מ (להלן: "מטרנה")¹. בהתאם לעסקת המיזוג מוכרת מטרנה לאסם 51% מזכויות והתחייבויות מטרנה שעניינן פיתוח, ייצור, מכירה, שיווק והפצה של מזון לתינוקות.

עוד הוסכם במסגרת המיזוג, כי אסם ומטרנה יקימו את השותפות, אשר תפעל בישראל בתחום המזון לתינוקות ובתחומים נוסקים ומשלימים, וכי אסם תפיץ את מוצרי השותפות. לשם מטרה זו הצדדים ערכו הסכם הפצה, שהכבילות בו הן נשוא בקשת פטור זו (להלן: "הסכם ההפצה").

¹ החלטה על אישור מיזוג בתנאים בתיק מזג 7524 ; 2009 הגבלים עסקיים 5001398.

3. הכבילות בהסדר

הסכם ההפצה כולל שלוש כבילות:

1. **בלעדיות** – השותפות תמנה את אסם לשמש כמפיצה בלעדית (למעט מספר ערוצי הפצה נפרדים, כהגדרתם בהסכם ההפצה, להם תפיץ השותפות את מוצריה במישרין), של מוצרי השותפות (להלן: "מוצרי השותפות"). אסם מצידה מתחייבת לא לעסוק, במישרין או בעקיפין, בהפצת מוצרים זהים, דומים או מתחרים למוצרי השותפות.
2. **אי תחרות** – בנוסף לאי תחרות מצד אסם בשותפות בתקופת הסכם ההפצה, מתחייבת אסם, בנסיבות מסוימות, שלא להפיץ מוצרים זהים, דומים או מתחרים למוצרי השותפות במשך תקופה של 12 חודשים לאחר ביטול הסכם.
3. **הכתבת מחיר אנכית** – השותפות תקבע את המחירים בהם תמכור אסם את המוצרים, מהם תיגזר העמלה לאסם.

4. השפעת ההסדר על התחרות

4.1. השלכות המיזוג על התחרות

הסכם ההפצה הינו חלק בלתי נפרד מעסקת המיזוג. הצדדים למיזוג ביקשו לשלב את הפצת מוצרי מטרנה במערך ההפצה הקיים של אסם, על מנת להתייעל ולהשיג יתרונות לגודל.

לפני המיזוג הפיצה מטרנה את מוצריה באמצעות חברת דיפלומט תמרוקים בע"מ (להלן: "דיפלומט"). דיפלומט הפיצה את מוצרי מטרנה בבלעדיות מכוח הסכם הפצה קודם (להלן: "הסכם ההפצה הקודם"). להסכם ההפצה הקודם ניתן פטור ביום 26.11.01 למשך חמש שנים². ביום 11.12.06 הוארך הפטור למשך חמש שנים נוספות³ (להלן: "הפטורים להסכם ההפצה הקודם").

בפטורים להסכם ההפצה הקודם אושרו כבילות זהות לכבילות שבהסכם ההפצה נשוא בקשה זו. זאת לאחר שהכבילות נבחנו ונמצא, כי אין בהן כדי להקים חשש תחרותי.

כעקרון, הגיונם של הנימוקים שעמדו ביסוד הפטורים להסכם ההפצה הקודם, שהיה בין שתי חברות בלתי תלויות, חל ביתר שאת גם עתה, כאשר היצרן והמפיץ משתייכים לאותה ישות כלכלית. שכן, דיני ההגבלים העסקיים נוטים להקל ביחסם להסדרים כובלים בתוך ישות כלכלית אחת⁴.

² החלטה לפי סעיף 14 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסכם בין מוצרי מעברות בע"מ לבין דיפלומט תמרוקים בע"מ; 2001 הגבלים עסקיים 3012919.

³ החלטה לפי סעיף 14 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסכם בין מוצרי מעברות בע"מ לבין דיפלומט תמרוקים בע"מ; 2006 הגבלים עסקיים 5000634.

⁴ ראו: דניאל 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 93; ת"פ 149/96 מ"י נ' תנובה מרכז שיתופי ואח' (2001), פורסם בנבו, עמ' 38; ת"פ 1126/00 מדינת ישראל נ' אברהם בלילי, פסקאות 33-34; 2005 הגבלים עסקיים 5000141; פטור מאישור בית הדין להסדר כובל לעסקאות אלסינט בע"מ - Picker International Inc. ואלסינט בע"מ - GE Medical Systems; 1999 הגבלים עסקיים 3001950.

ואולם, משהכבילות נשוא בקשה זו לא נופלות לאחת מהמסגרות הסטטוטוריות של פטורים שקיימים להסדרים בתוך ישות כלכלית אחת, כדוגמת סעיף 3(5) לחוק או פטור הסוג לכבילות הנלוות למיזוגים, נבדוק להלן את ההשלכות התחרותיות של הכבילות שבהסכם ההפצה על פי הנסיבות התחרותיות הנוכחיות בשווקים הרלוונטיים. זאת, תוך מתן דגש, במקרים המתאימים, לכך שהסכם ההפצה הנו בין גופים המצויים באותה ישות כלכלית.

4.2. בלעדיות

הסדר לפיו יצרן ממנה צד שלישי להיות מפיץ בלעדי של מוצרי היצרן, עשוי לעלות בקנה אחד עם האינטרסים של היצרן והמפיץ כאחד, ובה בעת להיות פרו תחרותי. כך למשל, יצרן המעוניין לחדור לשווקים חדשים יכול להתקשר בהסכם עם מפיץ הפעיל באותם שווקים. מתן זכות הפצה בלעדית למפיץ עשוי לתמרץ את המפיץ להשקיע משאבים בהפצת המוצרים בלי לחשוש מפני הנאת חינם על מאמציה (free riding)⁵.

יחד עם זאת, הסכמי הפצה בלעדית מעוררים מספר חששות תחרותיים, שהעיקרי שבהם, בנסיבות דנן, הוא החשש מפני חסימת שווקים בפני מתחרים אחרים.⁶ אולם, גם חשש זה אינו רב. זאת מן הטעם, שגם לפני המיזוג הופצו מוצרי מטרנה באופן בלעדי על-ידי מפיץ חיצוני, חברת דיפלומט. בנוסף, לפני המיזוג אסם לא הפיצה כלל מזון לתינוקות. על כן, אין בהתקשרותה הבלעדית עם מטרנה כדי לפגוע באי אילו מצינוורות השיווק וההפצה שיש למתחריה של מטרנה.

4.3. אי תחרות

דיני ההגבלים העסקיים מכירים בצורך לשלב תניות אי תחרות ביחסים חוזיים שבין צדדים אשר משתפים פעולה ונחשפים זה לסודותיו המסחריים של זה (כך, למשל, בין מעביד לעובדו, בין שותפים ובין ספק למפיץ). זאת כמובן, בכפוף לבחינת מעמדם של הצדדים בשוק הרלוונטי ובכפוף לסבירות היקפה של תנית אי התחרות.

בענייננו, הטעמים העיקריים להכיר בתנית אי התחרות שבהסכם ההפצה הם כדלהלן:

ראשית, ועיקר הדברים, תניית אי התחרות היא בין שני גופים אשר התמזגו לתוך ישות כלכלית אחת. אך טבעי הוא שלא תהיה תחרות במצב דברים זה.

שנית, להגבלת התחרות במקרה דנא אין השפעה על השוק. זאת, משום שעובר לעסקה, אסם לא הפיצה מוצרי מזון לתינוקות, ומשכך מניעותה מלהפיץ מוצרים מתחרים בתקופת הסכם ההפצה ותקופה מוגבלת לאחריו, לא גורעת מפיץ קיים מהשוק.

נוסף על האמור, וכפי שצוין בפטורים להסכם ההפצה הקודם, תניית אי התחרות הנלווית לעסקה העיקרית שבין הצדדים מצומצמת בהיקפה ומוגבלת למוצרי השותפות אותם אסם מתחייבת להפיץ ולמוצרים דומים. לגבי מוצרים אלו יש לשותפות ציפייה לגיטימית וראויה להגנה, לפיה כל עוד אסם מפיצה אותם וזמן סביר לאחר מכן, אסם לא תפעל באופן עצמאי ותתחרה בשותפות.

⁵ להרחבה בנושא ראו קביעה בעניין הסדרים כובלים בין יצרני אריזות מקרטון גלי; 1995, הגבלים עסקיים 3001361, ס' 36.

⁶ להרחבה ראו קביעה בעניין הסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות תדלוק; 1993, הגבלים העסקיים 3003595.

בנוסף, תנית אי התחרות לאחר תום ההסכם תהא תקפה רק בנסיבות מיוחדות בהן יבוטל הסכם ההפצה עקב הפרתו על ידי אסם.

כמו כן, תנית אי התחרות מבטיחה את הצדדים כנגד ניצול לרעה של מידע מסחרי על ידי הצד השני, לתקופה מוגבלת בתום תקופת החוזה, העומדת על 12 חודשים. תקופה זו נראית ראויה נוכח היקף הידע והסודות המסחריים של השותפות אליהם נחשפת אסם.

מן המקובץ לעיל עולה כי תנית אי התחרות לאחר תום הסכם ההפצה מצומצמת בהיקפה ובמשכה, אין בה כדי לפגוע בתחרות והיא שומרת על אינטרסים לגיטימיים של הצדדים. על כן מצאתי לנכון ליתן לה את הפטור המבוקש.

4.4. קביעת המחירים

במצבים בהם נעזר ספק בשירותיו של מפיץ אחד בלבד, לא צפויה להתפתח תחרות פנים מותגית (intrabrand competition) באספקת המוצר על-ידי המפיץ. לפיכך, לא תישקף פגיעה בתחרות מקביעת המחיר על ידי הספק, כפי שלא הייתה נשקפת פגיעה בתחרות לו היה הספק שומר בידיו את פעילות ההפצה ומתמחר בעצמו את מוצריו.⁷

כפי שצוין בפטורים להסכם ההפצה הקודם, מבנה העסקה שלפנינו דומה במהותו להתקשרות בין מזמין לבין נותן שירותים יחיד, כשהמזמין משייר בידיו את מרבית הזכויות. השותפות מותירה בידה את קביעת מדיניות השיווק, לרבות פרסום והכתבת אופן קידום המכירות על ידי המפיץ. תנאי התשלום מהשותפות לאסם עבור ההפצה צמודים לתנאי התשלום של הלקוחות הסופיים. בנסיבות אלה יש היגיון להותיר בידי השותפות, כחלק מקביעת מכלול מדיניות השיווק, אף את קביעת המחירים הסופיים לצרכן. הדברים אמורים במשנה תוקף כאשר, כמבואר לעיל, מדובר באותה ישות כלכלית.

5. סוף דבר

לאחר שנועצתי בועדה לפטורים ומיזוגים, ראיתי לנכון להשתמש בסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ולהעניק את הפטור המבוקש.

בהתאם לסעיף 15(א) לחוק נתונה החלטתי זו לערר בתוך 45 יום בפני אב בית הדין להגבלים עסקיים על ידי איגוד עסקי, ארגון צרכנים או כל אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל עליו ניתן הפטור.

רונית קן

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, יום חמישי כ"ג אב תשס"ט

13 אוגוסט 2009

⁷ ראו למשל פטור להסכם בין Reckitt Benckiser Near East Ltd. לבין גורי יבוא והפצה בע"מ; 2007 הגבלים עסקיים 5000575; פטור להסכם בין ביו-לוג בע"מ ובין הרדוף תוצרת מזון אורגני - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ (2003); 2003 הגבלים עסקיים 3018248 ואת הפטורים להסכם ההפצה הקודם.