

עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים

בעניין :

הסדרי סחר בין ספקים ורשתות קמעונאיות

תוכן עניינים

1.	פתח דבר	2
2.	על הענף, המגמות בו והרלבנטיות לדיני ההגבלים העסקיים	5
3.	פירוט ההסדרים והנוהגים הפוגעים בתחרות שנחשפו בחקירה	8
3.1	התערבות ספקים בקביעת זהות, מספר והיקף נוכחות מתחריהם ברשת שיווק	8
3.2	רכישת שטחי תצוגה	11
3.3	ניהול קטגוריה	13
3.4	סדרנות	18
3.5	בונוסים והטבות עבור השגת יעדי מכירות	24
3.6	הסדרים לקביעת נתחי שוק	27
3.7	מבצעים בלעדיים	29
3.8	הכתבת מחיר בידי ספק	31
3.9	חיובים בגין תחרות מקומית	35
3.10	חילופי מידע	36
4.	הערות הספקים – המותג הפרטי וכוחנות הרשתות	37
4.1	"היעדר התייחסות" להתנהגות כוחנית מצד הרשתות	37
4.2	הערות הספקים – המותג הפרטי	38
5.	סיכום	40

1. פתח דבר

חקירה שניהלה מחלקת החקירות של רשות ההגבלים העסקיים בין השנים 2000 – 2002 העלתה כי מכלול יחסי הסחר שבין רשתות שיווק המזון הגדולות בישראל לבין ספקים דומיננטיים¹ של מוצרי מזון ומכולת נגוע בהסדרים ונוהגים פסולים שיש בהם לחסום את קיומה והתפתחותה של תחרות בתחום מוצרי המזון והמכולת.

ממצאי החקירה העיקריים היו אלה:

- א. ספק דומיננטי הסכים לשלם לאחת הרשתות הגדולות סכום כסף בעד הוצאת מתחרה מהמדף והותרת מתחרה אחד בלבד למוצרי. בסמוך לכך פנתה רשת נוספת אל הספק והציעה לו צמצום ספקים דומה, בעד תשלום כסף לכיסה. ספק דומיננטי אחר העניק לאחת הרשתות הטבות ("בונוס") בעד צמצום מספר הספקים המתחרים בו על המדף.
- ב. מספר ספקים דומיננטיים דרשו מן הרשתות, כתנאי להסכם הכולל הטבות לרשתות, כי הרשתות יתחייבו שלא יכניסו ל"מגוון" אצלן – "מותג פרטי" מתחרה. ספק דומיננטי אחר - בעל מונופולין הציע לרשת תנאים מסחריים המותנים באי מכירה אצלה של מוצרים זהים מיבוא מקביל.
- ג. ספק דומיננטי הגיע להסכמה עם רשת שיווק כי זו תקבל תשלום כספי בתמורה להבטחתה כי תפעל לשמור על נתח השוק של מוצריו במספר קטגוריות בהן הוא דומיננטי מאד (חלקו עולה משמעותית על מחצית מכלל המוצרים באותה קטגוריה). ספק דומיננטי אחר אף הסכים לתת לרשת מדי שנה (במשך שנתיים רצופות), בונוס על הגדלת חלקו היחסי במכירות ברשת בכלל המוצרים מתוצרתו ב- 10% וכך להגביר את הדומיננטיות שלו.
- ד. ספקים דומיננטיים סיכמו עם רשתות שיווק גדולות כי שטח המדף של מוצריהם לא יפחת משיעור העולה באופן משמעותי על מחצית משטח המדף של כלל המוצרים מאותו סוג ברשת.
- ה. ספקים דומיננטיים רבים הגיעו להסדר עם רשתות כי יקבלו בלעדיות ב"תצוגות חוץ מדף". המדובר בתצוגות מיוחדות, הממוקמות באופן בולט במיוחד ומקדם המכירות של מוצרים בהן גבוה בהרבה ממקדם המכירות במדף "הרגיל" ברשת. בלעדיות זו מגבירה את הדומיננטיות של אותם ספקים.
- ו. רשת שיווק גדולה וספק דומיננטי הסכימו כי הספק ימונה כמנהל קטגוריה ובתפקידו זה יפעל להגדלת נתח השוק של מוצריו באותה קטגוריה ברשת.
- ז. בין ספקים דומיננטיים לרשתות השיווק הגדולות התפתח הנוהג לפיו בעת שספק עורך מבצע לצרכנים לא תאפשר הרשת לספק מתחרה לערוך אצלה מבצע מקביל, ומנגד הספק לא יערוך מבצע דומה ברשת שיווק מתחרה. הסדר זה יוצר בלעדיות במבצעים שטעמה הוא, במובהק, מניעת תחרות: כבילת ספק מתחרה מהורדת מחיריו בתגובה למבצע שעורך הספק הדומיננטי.

¹ ספקים דומיננטיים הם ספקים אשר שולטים על חלק משמעותי ביותר מן השוק בו הם פועלים – קרי למעלה ממחצית (כך שמעמדם הוא של בעלי מונופולין) או שיעור המשיק לכך ואינו עולה כדי מונופולין.

ח. מספר ספקים דומיננטיים דורשים מן הרשתות שלא להוריד את מחירי מוצריהם לצרכנים, הגם שהפחתה כזו אינה יוצרת לרשת מחיר הפסד. בכך גורעים ספקים אלה מתחרות המחירים בין הרשתות, תחרות ממנה נהנה הצרכן. נמצא עוד כי חלק לא מבוטל מדרישות אלה נעשה לפי דרישתן של רשתות מתחרות, או לאחר איומיהן כי אם לא יועלה המחיר אצל המתחרה – הן יקזזו סכומים דומים מהתשלומים השוטפים אותם הן צריכות לשלם לאותם ספקים.

ט. ספקים דומיננטיים מפרסמים מחירונים ובהם "מחיר מומלץ" לצרכן המתייחס למגוון מוצריהם. בנוסף קיימת הסכמה בין הספקים לרשתות על "מרווח מוסכם" והמחיר המומלץ הוא הסיכום של מחירי הקניה והמרווח המוסכם. בפועל, מתכנסות רשתות השיווק, במקרים רבים, סביב המחיר המומלץ המופיע במחירון, המאומץ על ידן כמעט באופן אוטומטי.

נוכח ממצאי החקירה ולאור המלצות המחלקה המשפטית ברשות ההגבלים העסקיים, החלטתי לעשות להפסקת הסדרים אלה בהקדם האפשרי. כצעד ראשון במסע אכיפה זה, פרסמתי, ביום 29 במאי 2003, מסמך מקיף בנדון: "עמדת הממונה על הגבלים עסקיים ביחס לנוהגים מסחריים בין ספקים דומיננטיים בתחום המזון לרשתות השיווק הגדולות" (להלן: "עמדת הרשות").² במסמך זה סקרתי את ממצאי החקירה העיקריים, הצבעתי על הנוהגים הפסולים המרכזיים שנחשפו בחקירה ובבחינת יחסי הרשתות וספקי מוצרי המכולת הגדולים ונימקתי את מסקנותיי, כי על פני הדברים מדובר בהסדרים ונוהגים בלתי חוקיים אשר יש בהם להפחית באופן ממשי את התחרות, בפועל ובכוח, בשווקי מוצרי המזון והמכולת ואשר הצדדים להם מפריס הפרה נמשכת את חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים").

לצד עמדת הרשות לגבי חוקיות ההסדרים, התווינו מסלול אלטרנטיבי ולגיטימי בו יכולים הרשתות והספקים לנהוג.³ מסלול זה כלל כללים מעשיים לעמידה בדרישות החוק.

עמדת הרשות הועמדה לעיון ולהערות הנוגעים בדבר – ספקים ורשתות, ולהערות הציבור כולו לתקופה בת 45 יום. בסיומה של תקופה זו (שהוארכה לבקשת חלק מהנוגעים בדבר) התקבלו תגובותיהם של כ- 30 גורמים שונים בהם ספקים קטנים, ספקים דומיננטיים ורשתות שיווק.

התגובות התייחסו באריכות להיבטים הקונקרטיים ולטיעונים העקרוניים שפרשנו בעמדת הרשות. רבים מהמשתמעים, ובפרט חלק מספקי המזון הדומיננטיים, ביקשו, לא אחת ולא שתיים אלא יותר – להוסיף ולפרט. עמדתנו ביחס לבקשות אלה הייתה אחת: להתיר כל הוספת טיעון במטרה לאפשר ליבון ציבורי, פתוח ורחב יריעה ככל הניתן ולמצות את שמיעת כלל הטיעונים, בין אלה הרלוונטיים ובין אלה שהמחזיקים בהם סבורים שהם רלוונטיים. גישה מרחיבה זו, אשר הביאה להתארכות התקופה עד לפרסום מסקנותינו הסופיות, ננקטה משני טעמים עיקריים: המודעות לאחריות שבקביעת קו גבול מנחה ברור בין החוקי לשאינו חוקי על ידי רשות האכיפה; והעובדה כי עמדת הרשות, על היבטי אי החוקיות המפורטים בה, מצויה כבר לפני הספקים והרשתות, המיישמים חלק ניכר ממנה.

² עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים ביחס לנוהגים מסחריים בין ספקים דומיננטיים בתחום המזון לרשתות השיווק הגדולות, 2003, **הגבלים עסקיים** 3017418. (להלן: "עמדת הרשות")

³ עמדת הרשות, **שם**.

אגב הדברים, באו לפני הצעות מטעם איגוד יצרני המזון בהתאחדות התעשייתיים שעיקרן הגעה להבנות לגבי חלק מקביעותי שבעמדת הרשות אגב ביטולן של אחרות. שקלתי בדבר, אך החלטתי כי היקפן וכובדן של הפרקטיקות הפסולות בשוק הוא כזה, שגם הרצון לקדם דברים בהסכמה ובפשרה – אינו יכול לעמוד מול החשיבות שבתיקון כלל פגעי וכשלי התחרות החשובה מכל – זו המתנהלת על ליבם וכיסם של כלל צרכני המזון והמכולת בישראל.

הגיע אפוא זמן פרסום החלטתי בדבר עמדתה הסופית של רשות ההגבלים העסקיים בסוגיות העומדות על הפרק ולגבי אכיפתה של עמדה זו (להלן: "ההחלטה").

תמצית ההחלטה וצעדים אופרטיביים:

לאחר שבדקתי את מכלול הטיעונים שהועלו בפניי, בחנתי את טעמיהם והעמדתי אותם במבחן הדין והפסיקה, עמדתי הסופית היא כי ההסדרים שנכללו בעמדת הרשות מהווים ברובם הסדרים כובלים שסכנה ממשית לתחרות בצידם, וחל איסור על הרשתות והספקים להמשיך ולהיות צד להם, אלא אם יקבלו בגינם אישור מבית הדין להגבלים עסקיים או פטור מן הממונה; כן הגעתי למסקנה כי נוהגים שהתפתחו (בפרט תחום מתן הבונוסים וההטבות) עשויים לעלות כדי ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה. תוצאה היא שאין להמשיך נוהגים אלה ואין להוסיף ולהיות צד להסדרים המפורטים, אלא אם וככל שיותר הדבר על ידי בית הדין להגבלים עסקיים (או על ידי הממונה בהליך נפרד).

לאור עמדה זו החלטתי על ביצוע הצעדים האופרטיביים האלה במישור האכיפה:

א. המחלקה המשפטית ברשות ההגבלים העסקיים:

(1) תנקוט בהליכים המשפטיים המתאימים כנגד מי שהיו צדדים להפרות ברורות של החוק אשר נתגלו בחקירה. כל כך בהתחשב, בין היתר, בחומרת המעשה, מידת יישומו ומשכו.

(2) לאור הממצאים שיעלו מן הבדיקה שתיערך לגבי התנהגות הצדדים לאחר הוצאת עמדת הרשות, יינקטו, במידת הצורך, הליכים משפטיים צופי פני עתיד – ובכלל זה הליכים למתן צווי מניעה לפי סעיף 50 א' לחוק ההגבלים העסקיים ומתן הוראות לבעלי מונופולין לפי סעיף 30 לחוק.

ב. לדרוש מן הספקים והרשתות הנוגעים בדבר, על פי סעיף 45 ו-46 לחוק ההגבלים העסקיים את כלל ההסכמים, ההסדרים וההבנות הקיימות ביניהם ביחס לשנת 2004 במטרה לוודא כי:

(1) חדלו ההסדרים הפסולים בענף, כאלה שקיומם הוברר בחקירה;

(2) יושמו הלקחים שעלו מעמדת הרשות.

ג. לבדוק את מכלול ההסדרים הנוהגים בין ספקים דומיננטיים לבין מרכולים אחרים, שאינם נמנים על רשתות המזון הגדולות, במטרה לוודא חוקיותם של הסדרים אלה בראי חוק ההגבלים העסקיים לכל רוחבו ועמקו של תחום שיווק המזון (ולא רק ברשתות הגדולות).

כוונת הדברים היא ליצור מארג של צעדי אכיפה אשר יבטיח את עתיד התחרות בתחום מוצרי המזון והמכולת וליצור מסגרת נורמטיבית קונקרטית אשר תבטיח כי לא יישנו ההסדרים חוסמי התחרות, כולם או חלקם.

2. על הענף, המגמות בו והרלבנטיות לדיני ההגבלים העסקיים

משק מוצרי המזון והמכולת בישראל נוגע לרכישות יומיומיות של מיליוני צרכנים בישראל. היקף הסחר בו הוא משמעותי ביותר לחייו של כל אזרח ועולה במצטבר כדי עשרות מיליארדי ש"ח. הפחתת תחרות בתחום זה משליכה אפוא על רווחתו של כל אדם בישראל: המדובר ב**מוצרים בסיסיים**, להם נזקקים עיקר מניינים ובניינים של הצרכנים בישראל: לחם, חלב ונגזרותיו, בשר ומוצריו, מזון יבש למיניו, משקאות לסוגיהם ומוצרי לוואי – סכיני גילוח, חומרי ניקוי וכיוצא באלה מוצרי צריכה בסיסיים.

מדובר בשווקים נרחבים מאד, הן בכמויות המוצרים הנרכשות והן בהיקף ההוצאה הלאומית בהם. פגיעה בתחרות בשווקים אלה מביאה באופן ישיר לתשלום של מחירים גבוהים יותר, על ידי כלל הצרכנים בישראל, ברכישת אותם מוצרים, ולפגיעה במגוון המוצרים העומד לבחירת הצרכן. מזה זמן רב מצויים שווקים אלה ב"מרכז הבמה" שעל הגנת התחרות בה מופקד הממונה. שמירת התחרותיות בהם מצויה בראש **סדר העדיפויות** שקבעה רשות ההגבלים העסקיים לעצמה.

בשווקים בהם מדובר ניצבים, זה שנות דור, ספקים בעלי מעמד דומיננטי, חלקם בעלי מונופולין של ממש: אספקת חלב ומוצריו, אספקת בשר ומוצריו, אספקת משקאות למיניהם (קולה שחורה ומשקאות מוגזים, בירה), אספקת קפה לסוגיו, אספקת שוקולד וקקאו, אספקת פסטה וחטיפים מלוחים, אספקת גלידות, אספקת יינות, אספקת דגני בוקר ואספקת מוצרי לוואי אחרים כסכיני גילוח – הם רק חלק מהשווקים בהם קיימת מזה שנים דומיננטיות ברורה של ספק זה או אחר. **נקודת המוצא היא אפוא, כי אין מדובר בגורמים שהשפעתם על השוק שולית היא או זניחה, אלא בספקים דומיננטיים, חלקם הגדול בעלי מונופולין.**

הסתברות הפגיעה בתחרות, הנובעת מהסדרים שגופים כאלה עורכים ומקיימים עם רשתות המזון הגדולות בישראל היא גבוהה יותר. ככלל, הסדרים כובלים שעורכים מונופולים תוחלת פגיעתם קשה יותר.⁴ בפרט כך, כאשר המדובר בהסדרים המשריינים לספקים דומיננטיים אלה את מעמדם ב**רשתות הקמעונאיות הגדולות בישראל** לממכר מוצרי מזון ומכולת. הסדרים אשר גופים כאלה עורכים עם רשתות השיווק, עלולים, בסבירות ממשית, להפחית תחרות "לגופו של עניין" במשק המזון והמכולת בישראל, לחסום התרחבות נוכחות מתחריהם על המדף ולהקשות על כניסת שחקנים חדשים לתחום.

החשש התחרותי בנסיבות שוק כאלה, בהן קיימים ספקים דומיננטיים ושלוש רשתות שיווק קמעונאיות גדולות שמרכזות חלק ניכר מאד מרכישות הציבור, נובע מיכולתם של הספקים לבצר את מעמדם המונופוליסטי באמצעות הסדרים עם מעט הרשתות האלה:

Dominant firms may utilize different methods to exclude or prevent the expansion of their smaller rivals. Among other things, an established monopolist might use the power it has over existing retailers or wholesalers to deter them from carrying a new product by way of exclusive dealing. A dominant firm can also refuse to deal with a distributor who carries a competing brand...

⁴ ראו החרגת בעלי מונופולין מתחולת כללי פטור הסוג למיניהם. כך לדוגמא סעיף 2(3) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), התשס"א-2001; סעיף 3(3) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית), התשס"א-2001; סעיף 3(3) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית), התשס"א-2001; סעיף 8(3) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי זכיינות), התשס"א-2001.

The incumbent monopolist might also use fidelity or quantity rebates to deter the entry or expansion of rivals.⁵

חששות אלה מובהקים במיוחד **בכלכלות קטנות**, דוגמת ישראל, בהן מספר המתחרים מכל עבר (ספקים ורשתות) הוא מועט, כך שבאמצעות הסדרים מעטים יכול בעל מונופולין לשמר את מעמדו ולהפחית איומי תחרות עליו:

Artificial restriction of competition by dominant firms may be especially damaging to small economies. Dominant position is much easier to achieve and, once achieved, much more difficult to erode in many markets in small economies, given that competition is already limited by the natural conditions of the market: high concentration levels protected by high barriers to entry. Unnatural barriers may strengthen a dominant position even further, to the point that it is almost impossible to challenge it. Moreover, downstream or upstream markets in small economies are often also concentrated, so that it might be easier for a monopolist operating at one level of the chain of supply to abuse its monopoly power in such markets.⁶

המשמעות עבור רשות ההגבלים העסקיים היא ברורה: עליה לעמוד על המשמר לבל ינהגו הסדרים כובלים בין הספקים לרשתות שתוצאתם היא הבטחת "חיים שקטים" במשק מוצרי המזון והמכולת, קיבוע נתחי השוק של השחקנים הדומיננטיים ונטרול מראש של כל איום תחרות משמעותי על אלה, איום שקיומו הוא נשמת אפה של תחרות.

בשלהי שנות ה-90 ניתן, בהתאם לסעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים, הוראות לבעלי המונופולין העיקריים במשק המספקים מוצרי מזון בסיסיים: **תנובה**,⁷ **עלית**,⁸ **החברה המרכזית למשקאות קלים**,⁹ **טמפו**,¹⁰ **יפאורה-תבורי**,¹¹ **וקבוצת שטראוס**.¹² הוראות אלה כללו, בין היתר, איסור מפורש על הסדרי בלעדיות שכרתו בעלי המונופול דלעיל עם נקודות מכירה שונות ושהיה בהם לחסום את מתחריהם ועל כן חוייבו הם לבטל הסדרים אלה. בחלק מן המקרים אף הוטלו איסורים על בעלי המונופולין ליתן הטבה כלכלית לנקודות מכירה כנגד הבטחתן של אלו כי ירכשו את עיקר המוצרים הדרושים להם מאותם בעלי מונופולין (קרי, בלעדיות חלקית).

ברם, בחקירה הנוכחית התברר כי בעלי מונופולין וספקים דומיננטיים בתחומי המזון והמכולת למיניהם מצאו דרכים אחרות – שלא על נתיב הבלעדיות דווקא – לקבע את מצב השוק וליצור סטגנציה תחרותית. עולם הקמעונאות ושיווק המזון והמכולת הוא מתוחכם ורב גווני והתברר

⁵ M. S. Gal, *Competition Policy for Small Market Economies*, Harvard University Press 2003, p.91-92

⁶ *Ibid* at p. 93

⁷ מוני' 1/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, 1997, **הגבלים עסקיים** 3001532.

⁸ הוראות לבעל מונופולין – עלית תעשיות בע"מ, 1998, **הגבלים עסקיים** 3006297.

⁹ הוראות לבעל מונופולין – החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ, 1998, **הגבלים עסקיים** 3006300.

¹⁰ הוראות לבעל מונופולין – טמפו תעשיות בירה בע"מ, 1998, **הגבלים עסקיים** 3006301.

¹¹ הוראות בהסכמה – יפאורה תבורי בע"מ, 1998, **הגבלים עסקיים** 3006302.

¹² הוראות לבעל מונופולין – שטראוס החזקות בע"מ, 1998, **הגבלים עסקיים** 3006303.

שספקים ורשתות קמעונאיות גדולות נוהגות להסדיר בו, ברבים מן הענפים, שורה של פקטורים אשר לכל אחד מהם השפעה ממשית על התחרות: מספר המתחרים על המדף, סוגם ורמתם, חלק המדף לו יזכה בעל המונופולין, חלקו במכירות של מוצרים מאותו סוג ברשת, נראות ובולטות של מוצרי הספק הדומיננטי ומיקומם, בלעדיות במבצעים הניתנת לו ומיקום מכריע ב"תצוגת חוץ מדף". – שהם כולם מרכיבים חשובים ביותר בזירת התחרות.

מתברר כי בישראל סברו הנוגעים בדבר – ספקים ורשתות כאחד – כי ניתן להסדיר מרכיבים אלה מראש ולתיתם דרך קבע לספקים בעלי מעמד מונופוליסטי או דומיננטי, ובכך להשפיע באופן ממשתי על מהלך התחרות. **כפי שיבואר בהמשך, עניין לנו בהצבר הסדרים המקבעים מראש מרכיבים מרכזיים אלה בעולם השיווק לפי הרצוי לספקים הדומיננטיים.** הצבר זה של הסדרים הוא בעל השפעה ממשית על זירת התחרות במרכולי המזון ויקשה להגזים בחשיבותו לתחרות במשק מוצרי המזון והמכולת בישראל.

הסדרים מסוג זה, בהם ניתנה לספקים דומיננטיים אחיזה נרחבת בקביעת הנעשה על מדף הקמעונאים הם אטרקטיביים במיוחד לספקים ככל שהקמעונאי בו מדובר גדול בהיקפו ולאחיותו בקמעונאות המזון והמכולת נודע מעמד של בכורה. על כן הפכו הסדרים אלה בעלי משמעות ככל שחל גידול בהיקפן ומעמדן של שלוש רשתות השיווק המהוות את עיקרו של ענף המרכולים.

במצב מבני ריכוזי זה – הן בצד הספקים והן בצד הרשתות – קיים החשש כי הצדדים יעשו שימוש בהסדרים שביניהם ככלי להרמת חסמי כניסה ולביצור כוחם הדומיננטי או המונופוליסטי של הספקים, הכל בעבור תמורה כספית הולמת שתשולם על ידם לרשתות.

בשנתיים האחרונות חלה הטבה מסוימת במצב התחרות בענף רשתות השיווק, כפועל יוצא מצמיחתם והתרחבותם של גופים קמעונאיים שאינם נמנים על שלוש הרשתות הגדולות (המכונים יחדיו בכינוי השגוי "הרשת הרביעית"). ברם, מגמה זו, מבורכת כל שתהא, אינה משנה את תמונת המצב מיסודה. רשתות השיווק הגדולות נהנות עדיין ממעמד של בכורה במקטע השיווק הקמעונאי והסדרים כובלים עימן של ספקי המזון הדומיננטיים, עדיין עלולים, בסבירות גבוהה, לשבש ולהפחית את התחרות בשוק.

החשש המרכזי אשר עמד ביסוד החקירה בה פתחה רשות ההגבלים העסקיים הוא כי הספקים הדומיננטיים בישראל מצאו נתיבים, באמצעות הרשתות, להפחתת התחרות בינם לבין ספקים מתחרים בקטגוריות מוצר בהן הם דומיננטיים, וכי הרשתות הגדולות משתפות עימם לעתים פעולה בהצבת חסמים לתחרות כנגד תמורה כספית מתאימה. נבחן החשד, כי מתן בונוסים, מענקים או תנאי רכישה מוטבים הם חלק מהתמורה שמשלמים ספקים דומיננטיים לרשתות הגדולות עבור הפחתת מספר הספקים המתחרים בהם, הגדלה נוספת של נתח השוק שלהם על חשבון מתחריהם, מניעת יבוא, מניעת כניסתו של מותג פרטי מתחרה, הצגת מוצריהם בתצוגות חוץ מדף תוך חסימת תצוגות אלה (או הצרתן) בפני מתחרים, במועדים חשובים במיוחד (לדוגמא בעתות החגים) וכיוצא באלה צעדים שונים ומגוונים שיש בהם להפחית את התחרות "על המדף" בין ספקי המוצרים. נוהגים (פרקטיקות) אלה ואחרים, נבחנו ביסודיות על ידי חוקרי הרשות. כן נבחנו נוהגיהם של הספקים למנוע, בשיתוף פעולה עם הרשתות, הורדות מחירי מוצריהם ובכך להפחית את תחרות המחירים בין פלטפורמות המכירה השונות.

אף שההסדרים הנסקרים בעמדתנו זו נבחנו כל אחד לגופו ועל פי נסיבותיו, הרי שבאספקלרייה המהותית יש בהם הרבה מן המשותף: נותנים הם כולם בידי הספקים, כל אחד מן הזווית המיוחדת לו, יכולת לשלוט בהיבטים משמעותיים של הנעשה על מדפי הרשתות. ככל שמדובר באחיזה של ספק ב"מדף קטן מימדים" – ניתן לטעון כי אין לכך השלכה דרמטית על התחרות בשוק כולו. לא כך הם פני הדברים כשמדובר, כבמקרה זה, במדפי הרשתות הגדולות בישראל, הנושאים את החלק הארי מן התוצרת הנמכרת במרכולים ממוצרי המזון והמכולת לציבור הרחב. במצב זה לא רק שמתקיים חשש סביר לגורל התחרות אלא אף עולה אינדיקציה ממשית לפגיעה בפועל בתחרות אם יינתן להסדרים אלה להמשיך ולהתקיים לאורך זמן.

מן המקובץ עולה בבירור, כי המסכת בה מדובר עוסקת בשורה של הסדרים כובלים, לא אחד ולא שניים, שהצדדים להם הם גורמים בעלי מעמד דומיננטי ומונופוליסטי בשוקי מוצרי רבים וכי תחולתם של ההסדרים היא על חלק נרחב משווקים אלה ועלולה על כן לפגוע בתחרות בהם פגיעה של ממש. יתירה מכך, השווקים בהם מדובר הם עתירי מכירות, כך שהשלכות הפחתת תחרות בהם נכבדות הן עד מאד. ברור אפוא כי אין ולא יכולה להיות תחולה במקרה זה לפסיקת בית המשפט העליון מן העת האחרונה הדוחה את תחולת הגדרת ההסדר הכובל שבסעיף 2 לחוק במקרים של "זוטי דברים" וכבילות קלות ערך,¹³ במקרים בהם ברור כי לא נשקפת כל סכנה אפשרית להפחתת התחרות בשוק¹⁴ ומקרים בהם ברור כי זרים הם לחלוטין לתכליתו של חוק ההגבלים העסקיים¹⁵.

3. פירוט ההסדרים והנוהגים הפוגעים בתחרות שנחשפו בחקירה

3.1 התערבות ספקים בקביעת זהות, מספר והיקף נוכחות מתחריהם ברשת שיווק

א. עמדת הרשות מחודש מאי 2003

בעמדת הרשות תוארו שלושה סוגים של הסדרים בקטגוריה זו:

הסכמים שערכו רשתות השיווק עם ספקים דומיננטיים, במסגרתם התחייבה הרשת, תמורת תשלום לכיסה, לצמצם את מספר הספקים על המדף.

"בהסכמים שערכו רשתות השיווק הגדולות עם ספקים דומיננטיים, התחייבה הרשת, תמורת תשלום לכיסה, לצמצם את מספר הספקים על המדף."

כן תוארה חתירתם של ספקים דומיננטיים מסוימים להשפיע, באמצעות ההסדרים המסחריים בינם לבין רשתות השיווק, על זהותם של הספקים האחרים אשר יתחרו בהם ברשת.

¹³ ע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד נז (2) 590 (להלן: "עניין א.מ. חניות"), חוות דעתם של כב' השופט אור וכב' השופט טירקל.

¹⁴ רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי ואח' (טרם פורסם, פסק דין מיום 4.2.04) (להלן: "עניין אקסטל"), חוות דעתו של כב' השופט טירקל וכן ראה עניין א.מ. חניות, שם, חוות דעתו של כב' השופט אור.

¹⁵ ע"ע 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים ואח' (טרם פורסם), פסק דין מיום 16.2.04.

"במקרים אחרים, ניסו ספקים להשפיע על זהותם של הספקים האחרים אשר מוצריהם יתחרו בהם ברשת."

עוד תיארתי שם כיצד פעלו ספקים, בהסדרים אחרים, למנוע תחרות במוצריהם מצד המותג הפרטי של הרשת או מצד מוצרים מייבוא מקביל.¹⁶

"מניעת הכנסת 'מותג פרטי' מתחרה: במקרים מסוימים, בעקבות תשלומים כספיים שנתקבלו מספקים, התחייבה הרשת שלא להתחרות בהם באמצעות מותג פרטי (Private Label). מדובר במקרה פרטי של התערבות ספקים בקביעת זהות ומספר המתחרים ברשת.. בכובעה כבעלת המותג הפרטי, פועלת הרשת למעשה כמתחרה נוסף במקטע הספקים. המותג הפרטי נמכר, ככלל, ברמת מחירים נמוכה בהשוואה למחירים של המותגים המתחרים.. התחייבות הרשת, בעד תמורה כספית, שלא להכניס לתחרות מותג פרטי שלה – פוגעת בכל אלה.. הסדר לתשלום כסף לרשת בעד אי הכנסת מותג פרטי הוא אפוא בבחינת 'קניית תחרות בכסף' והוא פסול."

"מניעת ייבוא מקביל - חקירת רשתות השיווק חשפה ניסיון של ספק דומיננטי, לתגמל רשת שיווק עבור התחייבותה שלא לייבא את מוצריו בייבוא מקביל או לרכוש מיבואן מוצרים מיבוא מקביל. אף זהו הסדר כובל: דיני התחרות רואים, ככלל, בברכה את תופעת הייבוא המקביל. הטעם העיקרי לכך נעוץ בעובדה שכדאיות היבוא המקביל נובעת במקרים רבים מקיומו של כוח שוק בידי היבואן הבלעדי בטרטוריה. היבוא המקביל מסייע לשחוק כוח זה, לטובת הצרכן. מניעת הרשת מייבוא כזה היא הפרה של החוק...". וכך הוצגה שם אף המסקנה המתבקשת לפי דיני ההגבלים העסקיים:

"על רשתות השיווק וספקי המזון לדעת, כי אין אדם רשאי להסדיר באמצעות הסדר עם פלטפורמת המכירה את זהותם, מספרם ומאפייני נוכחותם של מתחריו. הסדר כאמור הוא הסדר כובל קשה."¹⁷

ב. הערות הציבור

החלק המכריע של הגורמים שהתייחסו לפרקטיקה זו לא חלקו על מסקנתי, לפיה חוק ההגבלים העסקיים אינו מתיר לספק, לא כל שכן לספקים דומיננטיים ולבעלי מונופולין – להסדיר עם רשת שיווק (או עם משווקים וקמעונאים אחרים), את מספרם או זהותם של הגורמים שיתחרו בו על מדפי הגורם הקמעונאי המשווק לציבור. ברור הדבר לכל, כי הגנת התחרות מחייבת שההחלטה בדבר מספרם ומיהותם של המתחרים על מדפי הרשת תתקבל על ידי רשת השיווק בלבד ובאופן עצמאי וכי אין ספקים דומיננטיים רשאים להגביל את הרשת בהסדר לגבי נוכחות מתחריהם על מדפיה, וכך לחסום תחרות בדישה ולהפחיתה כראות עיניהם ועל פי טעמם.

ג. עמדתה הסופית של רשות ההגבלים העסקיים

הסדרים בין ספק לרשת שיווק שעניינם קביעת מספרם, זהותם או היקף נוכחותם של ספקים מתחרים ברשת הם הסדרים כובלים אסורים. פסלותם עומדת על תילה גם לאחר השימוע, שכן ברורה היא ופשוטה:

"הסכמים אלה מהווים הסדרים כובלים קשים והם פוגעים בתחרות ובציבור במספר מישורים: ראשית, ההסכמים חוסמים את הממשק של ספקים מתחרים (קיימים ופוטנציאליים) עם קהל רחב מאד של צרכנים וגלום בהם פוטנציאל רב לביצור כוח שוק בידי הספק החוסם, להקהיית התחרות על ידי הוצאת מתחרים מן הרשתות ולהגבת חסמי הכניסה לשוק. שנית, צמצום מספר הספקים מגדיל את היכולת וההסתברות לקיומה של התנהגות מותאמת במקטע הספקים ובשוק

¹⁶ ניסיון דומה בארה"ב, למנוע הכנסתו של מותג פרטי במסגרת הסדר נלווה לעסקת מיזוג, נתקל בהתנגדות נציבות הסחר שם, נוכח החשש שעלה ממנו לפגיעה בתחרות – ראה: General Mills, Inc., File No. 961 0101, Docket No. C-3742. ¹⁷ עמדת הרשות, לעיל הערה 2, בע' 10, 11.

רשתות השיווק, שכן הוא מפחית את עלויות המעקב והתיאום והופך תיאום מחירים בין מתחרים לקל יותר. תרחיש זה סביר במיוחד, כשהספק הדומיננטי משלם לרשת עבור סילוקו מהמדפים של ספק מחולל תחרות. לבסוף, צמצום מספר הספקים פוגע במישרין במגוון המוצרים העומד לבחירת הצרכן ומהווה למעשה סוג של צמצום תפוקה בשוק. יש לציין כי לעתים באה היוזמה להסדר כזה דווקא מן הרשת החפצה בתוספת התשלום בעד הוצאת מתחרים.¹⁸

מדובר בכבילות בעלות היבט אופקי מובהק, העלולות, בסבירות גבוהה, לפגוע בתחרות בעסקים, הן במקטע הספקים והן במקטע רשתות השיווק.¹⁸ כל כך לא רק בהתחשב בטיבן הנורמטיבי אלא גם, כמתבקש מאופיו של סעיף 2(א) לחוק, כפועל יוצא ממעמד הדומיננטי של הספקים בהם מדובר ובגודל הניכר של רשתות השיווק שהגבילו עצמן. אכן, כאשר ספק דומיננטי מגביל רשת שיווק באשר לרמת ועוצמת התחרות בה יתקלו מוצריו על מדפי הרשת – מדובר **בהסדר כובל קשה, אסור מעיקרו**. טעמו של דבר הוא בכך שהיקף פרישתו של ההסדר – רחב הוא, והנהנה מן ההגבלה – הינו ספק דומיננטי. הגבלת התחרות על ידי ספק כזה, הנהנה לעתים מזומנות ממעמד של בעל מונופולין, אסורה היא בתכלית.

כבילות אלה מקימות הסדרים כובלים לפי לשונם הברורה והגיונם של סעיפים 2(ב)(3) ו- 2(ב)(4) לחוק, שעניינם בהגבלות הפוגעות **פגיעה ישירה** בתחרות. זהו המצב כאשר ספק דומיננטי מקבל מרשת שיווק התחייבות כי תפחית את מספר המתחרים בו על המדף. התחייבות כזו מהווה הגבלה על "מספר האנשים עימם יעסוק" הגורם המשווק וכן הגבלה על "כמות וסוג הנכסים" שיהיו על מדף הרשת. באלה – אין לספק כל זכות להגביל את הקמעונאי במאום. וודאי שקניית הפחתת מתחרים בכסף – פסולה היא בתכלית הפסלות.

לתוצאה זוהי אנו מגיעים גם בנתיב סעיף 2(א) לחוק, שעניינו בבחינת השפעות אפשריות של ההסדר על התחרות. ההגבלות דנא הוטלו לבקשתם של ספקי מזון דומיננטיים והיה בהן להגביל מאד את נוכחות מתחריהם על המדף. כאשר אין המדובר במדף "זניח", אלא במדפיה של רשת שיווק בעלת מעמד משמעותי בשיווק מזון, ברי כי לא רק שמתקיימת "עלילות" לפגיעה בתחרות – כפי הנדרש לביסוס מעמדו של ההסדר כהסדר כובל, אלא מתקיימת סבירות גבוהה לפגיעה בפועל בתחרות. אוסיף עוד כי בשונה ממקרים איזוטריים שהגיעו לאחרונה לדיון בבתי המשפט, אין מדובר בענייננו ב"זוטי דברים",¹⁹ או בהגבלה שמטיל בעל מקרקעין על המתקשר עימו,²⁰ אלא בספק דומיננטי המפחית תחרות בו על ידי חסימת אפיקי שיווק מרכזיים (רשתות השיווק) בפני חלק ממתחריו.

כשצד להסדרים אלה הוא ספק בעל מונופולין, עלולה התקשרותו בהסדרים אלה לעלות כדי **ניצול מעמד לרעה** האסור על פי סעיף 29 א' לחוק. בנסיבות מסויימות גם עצם העלאת דרישה מסוג זה על ידי בעל מונופולין, תהווה ניצול מעמד לרעה.

¹⁸ הסדרים לצמצום מספר הספקים מגדילים את ההסתברות להתנהגות מתואמת בין רשתות השיווק.

¹⁹ ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד נב(3) 145, חוות דעתו של כב' השופט גולדברג וכן עניין א.מ. חניות, לעיל הערה 13 חוות דעתו של כב' השופט אור.

²⁰ עניין א.מ. חניות, לעיל הערה 13, חוות דעתו של כב' השופט ריבלין.

3.2 רכישת שטחי תצוגה

א. עמדת הרשות מחודש מאי 2003

בעמדת הרשות תוארו הסכמים שערכו ספקי מזון דומיננטיים עם רשתות השיווק הגדולות, בהם שריינו אלה לעצמם חלק עיקרי משטח התצוגה המוקצה לקטגוריה בה הם פועלים. החשש במקרים אלה הוא כי השתלטות של ספק דומיננטי על מדפי רשת השיווק תקים פגיעה של ממש בתחרות ויש לפעול למניעתה. כך תוארו הדברים בעמדת הרשות:

"נוכחות ובלטות בשטחי התצוגה הפכו חיוניות לכושר התחרות של הספקים השונים. החשיבות העצומה של שטחי התצוגה לא נעלמה מעינין של רשתות השיווק, אשר החלו לסחור בהם. בין הספקים התפתח מאבק חריף על עצם הנוכחות ועל מידת הבלטות שיקבל כל אחד מהם בשטחי התצוגה. הואיל ותוצאותיו של מאבק זה גוזרות במידה רבה את גורלה של המערכה כולה, הפכה "השליטה על המדף" לאמצעי אפקטיבי בידי ספק דומיננטי לשימורו וביצורו של כוח שוק. ניסיון החיים מלמד, כי מקום בו קיימת היכולת להרע לתחרות ותמריץ לעשות כן – רעה כזו בוא תבוא.

חקירת רשתות השיווק העלתה כי המסחר בשטחי התצוגה התמקד בשני פרמטרים עיקריים – היקף שטח התצוגה שיינתן לספק ואיכות התצוגה. שטחי התצוגה המבוקשים ביותר הם שטחי תצוגה מחוץ למדף, אשר נהנים מבלטות רבה ונחשבים למקדמי מכירות מובהקים. ממצאי החקירה מלמדים כי ספקים דומיננטיים התקשרו עם רשתות שיווק גדולות בהסכמים, שעניינם רכישת חלק מכריע, כמותית ואיכותית, משטחי התצוגה המוקצים לקטגוריה בה הם פועלים. במספר מקרים, הובטחה לספק דומיננטי בלעדיות בתצוגות חוץ מדף במסגרת מבצע של הספק ברשת, או בתקופות החגים ראש השנה ופסח, בהן מרוכז נפח מכירות משמעותי מכלל המכירות השנתיות.

סחר בשטחי תצוגה מאפשר לרשת השיווק למצות את ערכו של הנכס המצוי בידיה וכשלעצמו אינו אסור. מאידך, בנסיבות השוק המקומי עלול סחר זה לשמש ספקים דומיננטיים לדחיקת רגלי מתחרים קיימים ולהערים קשיים בדרכם של מתחרים פוטנציאליים המבקשים להיכנס לשוק. החשש התחרותי מושפע, בין השאר, מהיקף ומסוג שטח התצוגה הנחסם, מעמדו של הספק החוסם, חסמי הכניסה לשוק הנחסם, עיתוי החסימה ועוד."

ב. הערות הציבור

מרבית ההערות שהתקבלו מן הציבור לא נגעו בשאלת הסיווג המשפטי של פרקטיקה זו ועל פי רוב גם לא חלקו על עצם הצורך להסדיר את הסחר בשטחי התצוגה, אלא על הדרך שבה יש לעשות כן.

ג. עמדתה הסופית של רשות ההגבלים העסקיים

בשונה מהגבלת פעילותם של מתחרים שהיא מטרתו הברורה של ההסדר הקודם, רצונם של ספקים לרכוש שטחי מדף אינו פסול על פניו (Per Se) אלא תלוי נסיבות. שטח מדף הוא תשומה חיונית הדרושה לספק למכירת מוצריו. עם זאת, מדובר ברכישה המעוררת קושי תחרותי מקום בו חוסם ספק דומיננטי את הגישה של מתחריו, בפועל ובכוח, לאותה תשומה (או מצר אותה באופן משמעותי). חשש כזה עולה כאשר הספק "משריין" לעצמו, באמצעות הרכישה, נתח מכריע משטח המדף.

כללי ההתנהגות שהוצעו בעמדת הרשות ממאי 2003, התמקדו בנסיבות בהן רכישת שטחי התצוגה מעלה חשש מקדמי המחייב להביא הסדרים אלה לבחינה פרטנית: רכישת למעלה ממחצית משטח תצוגה המוקצה לסוג או לקטגוריית מוצרים, על ידי ספק דומיננטי; רכישת בלעדיות של תצוגות חוץ מדף לתקופות זמן משמעותיות או בעיתוי חשוב מבחינת היקפי המכר של המוצר; חסימה של תצוגות חוץ מדף בפני מתחרים הנעשית סימולטנית במספר אפיקי שיווק חשובים; התקשרות בהסכמים

ארוכי טווח לרכישת שטחי תצוגה שבכוחם להקשות על כניסתם של שחקנים חדשים לשווקים המשוועים לתחרות.

אל מול נסיבות אלה, ניתן להצביע על נסיבות בהן רכישת שטחי תצוגה לא צפויה ככלל לשאת נפקות של ממש על התחרות. כך למשל, כאשר ההסדרים נעשים עם קמעונאים שנתח השוק המצרפי שלהם הוא קטן מאוד; כאשר היקף שטח התצוגה הנחסם ברשת הוא קטן מאוד; כאשר ההסדר הוא לתקופה קצרה מאוד; כאשר ההסדר נעשה על ידי ספק קטן או על ידי מתחרה העושה את צעדיו הראשונים בשוק ובמטרה להחדיר מוצר חדש לשוק; במקרים אלה, עשוי ההסדר לעלות כדי "זוטי דברים".²¹

שונה הוא המצב, כאשר עסקינן בהסדר שמשריין שטח משמעותי מהמדף לספק מונופוליסטי לגבי מוצריו שבמונופולין. מצבים אלה הם המעוררים גם את עיקר הקושי, שכן אז נחסמת (או מצטמצמת במידה רבה) הגישה למדף של שאר הספקים המתחרים בבעל המונופולין בקטגוריה.

ככלל, רכישת נתח תצוגה מכריע על ידי ספקים דומיננטיים מקימה, אפוא, **חשש ממשי** לפגיעה בתחרות. מקור החשש הוא בעיקר בחסימת מדפי הרשת בפני ספקים חדשים ובהצרת דרכם של ספקים קיימים המבקשים להרחיב, באמצעות התחרות והצגת מוצר טוב יותר מזה של הספק הדומיננטי, את נוכחותם במדפי הרשתות הגדולות. כך, באמצעות הסדרים עם רשתות השיווק, עשוי הספק הדומיננטי למנוע, באופן מלאכותי, את התחרות "לגופו של עניין".²²

הסדרים מסוג זה נחשפו בחקירת רשתות השיווק וספקי המזון הדומיננטיים והם עולים כדי הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק. תחולתם והיקף פריסתם הוא משמעותי, כאשר הצד הרוכש הוא ספק דומיננטי או כאשר הנתח הנרכש ממדף הרשת הוא ניכר ונרחב.

על פי הפרשנות המקובלת מהווים הסדרי בלעדיות חלקית מסוג זה הסדר כובל גם לפי סעיפים 2(ב)(3) ו-4(4) לחוק ובלבד שאין הם בגדר "זוטי דברים".²³ כשלעצמי, סבור אני כי הסדרי רכישת שטחי תצוגה צריכים להיבחן **בעיקר** באספקלריית סעיף 2(א) לחוק וכי נשקף מהם חשש ממשי לתחרות בעיקר במקרים בהם מתקיימים שני יסודות: הרוכש הוא ספק דומיננטי והיקף שטח התצוגה הנרכש הוא משמעותי ונכבד.

צדדים שונים הביעו דעתם כי כל עוד רוכש הספק שטח תצוגה כפי גודלו בשוק – דהיינו על פי אומדן נתח השוק שלו, אין מדובר בהסדר כובל. בחנתי היטב טענה זו אך מסקנתי היא כי אין בה ממש, משני טעמים: רכישת שטחי תצוגה משמעותיים על ידי בעל מונופולין "לפי גודלו" מבצרת הלכה למעשה את המונופולין שבידו, ופוגעת בסיכווי מתחריו לנסות ולכבוש ממנו נתחי שוק בתחרות המתפתחת בשוק. ניסיונות אלה של כיבוש מכירות מבעל המונופולין הם לב ליבה של התחרות והפרקטיקה של רכישת שטחי תצוגה על יד בעל מונופולין "לפי גודלו" מכשילה למעשה מנגנון תחרותי זה, בקובעה גבולות לתחרות ו"נתחי שוק מוגנים" מכוח הסדר. תוצאה זו מבססת היטב את כבילתו

²¹ כך הוא למשל בהסדר המתייחס למוצר חדש המושק והרשת מתחייבת להקצות לו נתח מדף מינימלי (10%-15%) לדוגמה). לא בכך בא החוק לעסוק.

²² גם ספקים שאינם דומיננטיים אינם חופשיים לחסום בפני מתחרים את שטחי התצוגה בדרך של רכישת שטחי תצוגה. רכישת שטחי תצוגה היוצרת חשש לפגיעה בתחרות לעולם מקימה הסדר כובל לפי החוק.

²³ מדובר בהסדרי בלעדיות חלקית לגביהם נפסק כי הם הסדרים כובלים לפי סעיף 2(ב)(3) לחוק, ראו גם ת"פ 209/96 **מדינת ישראל נ' אהליך יעקב בע"מ**, 2002, **הגבלים עסקיים** 3015193, פסקה 65 (להלן: **עניין אהליך יעקב**).

של ההסדר. בנוסף, מנגנון כזה מרים חסם כניסה בפני ספק חדש המבקש לחדור לשוק ומוצא עצמו נחסם ברשת צפופה של התחייבויות מצד הקמעונאים כלפי הספקים הקיימים שתוצאתה "שריון" נתחי שוק וחסומה אפקטיבית של מדפי אפיקי השיווק בפניו. נמצא אפוא כי הטענה לפיה "כל עוד שטח התצוגה הנרכש הולם את נתח השוק של רוכשו אין מדובר בהסדר כובל" – לוקה בבסיסה: היא ניזונה מראייה סטטית של התחרות, בעוד שנוקו העיקרי של ההסדר הוא בהיבט הדינמי של התפתחות שינויים בנתחי השוק לאורך הזמן, על פי האטרקטיביות של מוצרי השחקנים בשוק.

היו שהציעו, שאתיר מראש לספקים דומיננטיים לרכוש שטחי תצוגה גם בשיעור העולה על 50% ובלבד שמדובר בשיעור הנמוך במידה מסוימת מנתח השוק שלהם ברשת.²⁴ מתכונת הקצאה מן הסוג המוצע, עשויה למתן חששות תחרותיים הגלומים ברכישת חלקים משמעותיים מן המדף. עם זאת, גם היא עלולה בנסיבות מסויימות ליצור חסמי כניסה מהותיים ועל כן נכון לבחון אימוץ של מנגנון מסוג זה בנסיבותיו של שוק רלבנטי מוגדר.

התקשרות בעל מונופולין בהסדרים לשריון נתחים מהותיים ממדף הרשת, עלולה במקרים רבים לעלות כדי **ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה**, תוך הפרת סעיף 29 א' (א) לחוק ההגבלים העסקיים, אם היא נעשית לחסימת דרכו של מתחרה לכניסה או להתרחבות בשוק.

3.3 ניהול קטגוריה

א. עמדת הרשות מחודש מאי 2003

ניהול קטגוריה הוא נדבך מרכזי במגמה חדשה יחסית בעולם הקמעונאות, שעניינה ייעול שרשרת הייצור והפצת המזון (בעיקר במקטע הקמעונאי). מגמה קמעונאית זו מכונה Efficient Consumer Response (להלן: "ECR").²⁵ תהליך ה- ECR אמור לסייע בידי רשתות השיווק ולאפשר להן להגיב בזמן אמת לשינויים בהעדפות הצרכן.²⁶

המונח "ניהול קטגוריות" מתייחס לקשת רחבה של הסדרים שונים, בהם נזקקת הרשת לסיוע בניהול או בניהול ממש של "קטגוריות" מוצרים: יש והסדרי הניהול הם עם מומחים חיצוניים ולעתים הם נעשים מול ספקים. בפועל, ניהול קטגוריות מתמקד בתכנון אופטימלי של הקצאת שטחי המדף, שטח המדף שיוקצה לכלל הקטגוריה, החלק היחסי שיינתן לכל מותג, מיקומם של המותגים המתחרים, עיצוב שטח התצוגה, זיהוי מגמות צרכניות ועוד. מעורבות ספקים עשויה, לכאורה, לסייע בניהול הקטגוריה, בעיקר בשל המידע הרב הנצבר בידם אודות העדפות הצרכנים.

כאמור, מנהל הקטגוריה יכול להיות מומחה עצמאי ויכול שיהיה ספק. בישראל מינו הרשתות על פי רוב את הספק המוביל כ"מנהל הקטגוריה" וכך הקנו לו מעמד מהותי כלפי מתחריו על המדף. כך, עוד

²⁴ כך למשל, אם נתח השוק של הספק הדומיננטי עומד על 90% יותר לו לרכוש 75% מן המדף.

²⁵ ראו גם Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy, EC's Directorate General for Competition (1997) at p.12.

²⁶ לסקירת תהליך ה- ECR על יתרונות וחסרונותיו, ראה Buyer Power And Its Impact On Competition In The Food Retail Distribution Sector Of The European Union, DGIV, Dobson Consulting, 1999 at pp.183-192. (להלן: "Buyer Power").

טרם הובררו דיין התועלות הנובעות מהקניית ניהול הקטגוריה לספק הדומיננטי בתחום (במקרים רבים המדובר בבעל המונופולין בו), הקימה פרקטיקה זו חששות תחרותיים ממשיים, אשר את רובם מניתי עוד בעמדת הרשות מחודש מאי 2003, כדלקמן:

"ראשית, קיים החשש כי הספק הדומיננטי המנהל את הקטגוריה ידחק בהדרגה את מתחריו ממדפי הרשת על ידי כיווץ חלקם ובכך יעשה לביצור כוחו. קיים גם החשש הברור שניהול קטגוריה ישמש כלי למעקף איסורים אחרים שבדין ובהוראות אלה, שתכליתם למנוע מספקים דומיננטיים לפגוע, בדרך של הסדרים עם הרשתות הגדולות, בהיקף החשיפה מול הצרכן שיקבלו המוצרים המתחרים בהם. שלישית, ניהול הקטגוריה עשוי לסייע ביצירתו וייצובו של תיאום אסור בין ספקים מתחרים הנובע משיתופי פעולה הנעשים בהקשר לניהול הקטגוריה וניזונים משילובי אינטרסים שיש להם אל מול מתחרים אחרים. אכן, הפקדת ניהול הקטגוריה בידי הספקים, לא כל שכן בידי ספק דומיננטי, מזמנת סכנה ממשית לפגיעה תחרותית משמעותית."²⁷

הפוטנציאל האנטי תחרותי הגלום בפרקטיקה זו אינו תיאורטי. הראיות בעניין זה נצברות בישראל ואינן מעודדות. ממצאים שליליים ביחס לפרקטיקה זו נחשפו לאחרונה במדינות נוספות.

זה לא מכבר הובא לפתחו של בית המשפט לערעורים בארה"ב עניינה של פירמה דומיננטית בתחום הטבק, חברת USTC, אשר ניצלה את מעמדה כ-Category Captain ברשתות שיווק לדחיקת מתחריה וביצור כוחה.²⁸ בהליכים נחשפה תוכנית כוללת של USTC לעשות שימוש בסדרני סחורה מטעמה ובמעמדה כמנהל קטגוריה כדי להשתלט בהדרגה על מדפי רשתות השיווק ולחסל את התחרות המתפתחת בשוק. בהליך הוצג כיצד רתמה החברה את תהליך ניהול הקטגוריה עליו הופקדה לקידום מטרות אנטי תחרותיות וכיצד הצליחה לעוות את הקצאת שטחי המדף,²⁹ באופן מזיק ביותר לתחרות בשוק.³⁰

אף אם נקבל כי התנהגותה של USTC כמנהלת קטגוריה היא חריג שאינו מעיד בהכרח על הכלל, עדיין ברור כי יש בדברים ללמד על פוטנציאל אנטי תחרותי משמעותי הגלום בהסדר ניהול קטגוריה עם ספק דומיננטי, כזה המחייב הכפפתו לבחינת מערך הפיקוח על הגבלים עסקיים. הדברים בוטאו בצורה קולעת בדו"ח מיוחד שהוכן עבור נציבות התחרות האירופית:

Unless carefully watched by both retailers and competition authorities, category control by manufacturers may become a route to foreclosure.³¹

על הצורך בבדיקה ובמעקב אחר הסדרים אלה עמדתי עוד לעת הוצאת עמדת הרשות:

הריכוזיות השוררת ברבים מענפי המזון מחייבת גישה זהירה מאד בבחינת הסדרים אלה הבוחנת כל הסדר לפי נסיבותיו. איני סבור כי הסדר ניהול קטגוריה, המפקיד

²⁷ סוג אחר של פגיעה תחרותית הנשקפת ממתכונת של ניהול קטגוריה בשיתוף ספקים, נוגע לתחרות שבין רשתות השיווק. העמדת גורם אחד כמנהל קטגוריה במספר רשתות שיווק בו זמנית, עלולה להביא להאחדת מדיניות אותן רשתות באותה הקטגוריה ובמצטבר להאחדת מדיניות הסחר שלהן בחלק ניכר מתחומי פעילותן.

²⁸ Conwood Co., L.P. v. U.S. Tobacco Co., 290 F.3d 768 (2002) (להלן: "Conwood").

²⁹ במסמך פנימי שכתב סגן נשיא USTC הוברר קיומה של הנחיה לעובדי החברה הממחישה כיצד ניתן לנצל את מעמד החברה כ-Category Captain לחיסול התחרות "it is imperative that we continue with this Category Management action plan to eliminate competitive products".

³⁰ נוכח הראיות שהוצגו, הורה בית המשפט לערעורים ל USTC לפצות את התובעת, חברת Conwood, בשיעור חסר תקדים כמעט בהיסטוריה של דיני ההגבלים העסקיים בארה"ב. בקשת רשות לערער על פסק הדין נדחתה על ידי בית המשפט העליון. ראו Conwood Co., L.P. v. U.S. Tobacco Co., 123 S. Ct. 876 (2003).

³¹ ראו Buyer Power, לעיל הערה 26, בע' 190.

כוח רב בידי הספקים לקבוע דה פקטו את תוצאות התחרות ראוי לזכות להיתר "על החלק" כהסדרים כובלים אחרים שהגיונם ברור ולעתים אף מובן מאליה. בחינת הנושא אל מול הנעשה במדינות אחרות מלמדת כי לעתים שואבת הרשת ייעוץ מקצועי ממומחה לגבי ניהול הקטגוריה ולעתים מבקשת היא ייעוץ כזה גם מספקים. השוני העיקרי יימצא בכך שבישראל תמונת הריכוזיות שונה בתכלית, הן במקטע הספקים והן במקטע הרשתות. ודוק, בישראל החשש משימוש בניהול קטגוריה להאדרת עוצמתם של ספקים דומיננטיים אינו תיאורטי בלבד, הוא מוצא ביטוי מוחשי וממשי בחומר הראיות שנאסף במסגרת חקירת רשתות השיווק, אגב בחינתם של נוהגים אחרים. כך למשל, בהסכם שנתי בין ספק דומיננטי ובין רשת שיווק גדולה מופיע הסעיף הבא:

"מוסכם כי נציגי (הספק הדומיננטי, ד.ש) יקבלו עליהם את ניהול הקטגוריה בכל סניפי הרשת על כל המשתמע מכך, וזאת במגמה להגדיל את מכירות (הספק הדומיננטי, ד.ש) ברשת לפחות ב- 8% ריאלית תוך הגדלת נתח השוק של (הספק הדומיננטי, ד.ש) בקטגוריה זו." (ההדגשה הוספה)

לא בכדי מלמדות הראיות שבפני, כי רשתות השיווק אינן משלמות לספקים הדומיננטיים על שירותי ניהול הקטגוריה שהם מעניקים, ולא אחת אף הוברר כי הספק משלם עבור קבלת האפשרות לנהל את הקטגוריה. התמורה שמקבל הספק הדומיננטי עבור השירותים המוענקים לרשת עלולה להיות הפחתת התחרות במוצריו ומשמעות הדבר היא, כי את החשבון ישלם בסופו של דבר הצרכן באמצעות אותו "מס מונופולים" שמחובתי למנוע...אין באמור משום שלילה גורפת וטוטאלית של הסדרים אשר יוכלו להיות מובאים בעתיד לאישור או לפטור, אולם אז ניתן יהיה לבחנם בזהירות רבתי, לפי נסיבותיהם הפרטניות.

ב. הערות הציבור

מספר גורמים טענו בפני, כי הסדרי ניהול קטגוריה הם הסדרים מקובלים הנושאים יתרונות יעילות משמעותיים. עוד נטען, כי אין לסווג הסדרי ניהול קטגוריה כהסדרים כובלים, במצבים בהם תפקידו של הספק מנהל הקטגוריה מוגבל לייעוץ בלבד וקבלת ההחלטה הסופית לגבי הנעשה בקטגוריה מסורה לרשת עצמה. הערות אחרות נגעו למתכונת הפיקוח שיש להפעיל על הסדרי ניהול קטגוריה ובמסגרת זו הוצעו מנגנונים שונים למניעת התממשותו של הפוטנציאל האנטי תחרותי הגלום בפרקטיקה זו.

ג. עמדתה הסופית של רשות ההגבלים העסקיים

ניהול קטגוריות בשיתוף ספקים לובש צורות רבות ומשתנה ממקרה למקרה. הקו המשותף למרבית הסדרי ניהול הקטגוריה הוא, שמוקנית בהם לספק מנהל הקטגוריה (לרוב המדובר בספק הדומיננטי בשוק) דריסת רגל משמעותית בהחלטות הנוגעות להיקף, למיקום ולדרך הצגת מוצריו ומוצרים המתחרים בו בשטחי התצוגה ברשת. הסדרים אלה מעלים מגוון חששות תחרותיים, הן בהיבט של חיזוק הכוח הנתון לפירמה הדומיננטית והן משום הגדלת ההסתברות להתנהגות מתואמת במקטע הספקים ובמקטע רשתות השיווק. הסדרים אלה הם הסדרים כובלים.

נטען בפני כי תפקידו של הספק-מנהל הקטגוריה מוגבל לייעוץ בלבד וקבלת ההחלטה הסופית לגבי הנעשה בקטגוריה מסורה לרשת עצמה. לפיכך – טען הטוען – אין לסווג את ההסדר כהסדר כובל, שכן אין הוא כולל כל "כבילה". כך נטען ולא היא: דיני ההגבלים העסקיים בוחנים כליות ולב של הסדרים ומסווגים אותם על פי מהותם, בהתעלם מן הכסות הפורמלית העוטפת אותם.³² ניתוח מהותי של עסקאות טבוע בדיני ההגבלים העסקיים ובלעדיו לא תיכון הגנה אפקטיבית לתחרות החופשית. מתוך

גישה תכליתית זו קבעו בתי המשפט בישראל, בעקביות, כי כל הסדר המצמצם את חופש הפעולה העסקי של מי מהצדדים לו מכיל "**כבילה**". כך הוא בין שהגבלה זו מחייבת מבחינה משפטית ובין אם לאו, בין שהיא מפורשת, בין שהיא משתמעת, בין שהיא בעל-פה ובין שהיא נובעת מהתנהגות הצדדים.³³ חוק ההגבלים העסקיים פורש מצודתו על שלל ההסדרים שיש בהם משום הגבלת התחרות בעסקים או עיוותה. אלה הם **מושכלות ראשוניים** בדיני הגבלים עסקיים.

משמעותו האמיתית של הסדר ניהול קטגוריה היא הקניית כוח השפעה לספק מנהל הקטגוריה על ההחלטות הנוגעות לעיצוב פניה של זירת התחרות בינו לבין הספקים האחרים. מידת ההשפעה של הספק על קבלת ההחלטות הנוגעות לניהול הקטגוריה משתנה, אך השפעה לעולם ישנה. בירור מידתה של השפעה זו, מאפייניה וטיבה הוא עניין לבחינה במסגרת בקשת הפטור או האישור להסדר ניהול הקטגוריה, אולם ברור כי "ייעוץ" אינו מילת קסם המכשירה באחת הסדר בו ניתן ההגה להכונת הנעשה על המדף, בידי מנהל קטגוריה שהוא גם בעל המונופולין בתחום. במיוחד כך כאשר מן הנסיבות עולה כי טיבו של ייעוץ זה חריג הוא: ה"ייעוץ" אינו מקבל כל תמורה מהרשת לה הוא מייצג (ולעיתים הוא אף **משלם** על כך, כמפורט בהמשך), אף שניהול קטגוריה הוא משימה שעלותה בצידה. נכונותו של הספק ליטול על עצמו את העלויות הכרוכות בניהול הקטגוריה נובעת מן ההבנה, לעיתים מפורשת לעיתים משתמעת, כי מעמדו כמנהל קטגוריה יאפשר לו להשפיע על ההחלטות הנוגעות לעיצוב הקטגוריה. הבנה זו, אף אם משתמעת היא, מהווה חלק מן ההסדר בהיותה מרכיב אינטגרלי במערך היחסים והתמריצים של הצדדים.

יתרה מכך, במקרים רבים אף נמצא כי הספק הדומיננטי **שילם לרשת** עבור הזכות לנהל את הקטגוריה.³⁴ מובן כי מתן יעוץ גרידא לרשת אינו עילה לתשלום מצד נותן הייעוץ. יש טעם בתשלום לרשת רק אם יש בצד הייעוץ גם מידת השפעה מובטחת על קבלת ההחלטות הנוגעות לעיצוב הקטגוריה. אכן, כוח ההשפעה של הספק שמקורו בהתחייבות המפורשת או המשתמעת של הרשת, **מצוי ביסוד הסדרי ניהול הקטגוריה**. עמדו על כך Gundlach, Desrochers ו-Foer :

"The substantial costs borne by the CC can create an expectation and implied requirement of some type of remuneration or favorable consideration in return from the retailer **thereby yielding influence**."³⁵
[ההדגשה הוספה]

שותף לדעה זו גם אחד מנציבי התחרות בארה"ב, T.B. Leary :

³² כמאמרו של בית המשפט העליון בארה"ב בעניין **Yellow Cab** : "That statute is aimed at substance rather than form" : **United States v. Yellow Cab Co.**, 332 U.S. 218; 67 S. Ct. 1560; 91 L. Ed. 2010; (U.S., 1947).
³³ לפרשנות המונחים "הסדר" ו- "כבילה" בפסיקה ראה למשל הי"ע 465 דטה קאר נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי, כרך כו (6), 146 בע' 12, 15 (להלן: עניין דטה קאר) ; ת"א (י-ם) 396/87 קיסין נ' פטרולוגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ, 1990, הגבלים עסקיים 3007764, בעמ' 14 להחלטה (להלן: עניין קיסין) ; עניין אהליך יעקב, לעיל הערה 23, פסקאות 13 ו- 87-88 ; ת"פ (י-ם) 417/97 מדינת ישראל נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ ואח', דינים מחוזי, כרך לב (10), 808 ע' 15-17, 79, 296, 1999, הגבלים עסקיים 3012927 וכן מ' מזרחי, "מיזם משותף כהסדר כובל", **משפטים** כ"ג (תשנ"ד), 213, בע' 218 ו- 223-225. סיווג תכליתי ורחב של הסדרים כהסדרים כובלים נהוג גם במדינות הים ראה R. Whish, **Competition Law**, (5th Ed by Butterworths, London 2003), p. 92-93, Phillip E. Areeda **Antitrust Law** (Boston & Toronto, 1986) 1401-1404.

³⁴ תשלום זה אף סודק את הטענה כי ניהול קטגוריה מסייע בייעול פעילותה של הרשת ומקסום מכירותיה.
³⁵ D.M. Desrochers & G.T. Gundlach & A.A. Foer, **Analysis of Antitrust Challenges to Category Captain Arrangements** Journal of Public Policy & Marketing, Vol 22 (2) Fall 2003. 201, at p. 205.

"The advice is not purely gratuitous; a "captain" does, after all, have some **mutually recognized stature**".³⁶ [ההדגשה הוספה]

אכן, הצגת תפקידו של הספק מנהל הקטגוריה כ"יועץ" גרידא חוטאת למהות הסדרי ניהול קטגוריה ולכן אינה יכולה למצות את סיווגם המשפטי. מצב הדברים לאשורו ידוע היטב לנפשות הפועלות בענף המזון. כוח ההשפעה הגלום במעמד מנהל הקטגוריה וחשיבותו של תפקיד זה "במאבק על המדף" הם סוד גלוי לעוסקים בענף. כך, במסגרת החקירה נחשף הסכם שכך נאמר בו, תחת הכותרת "ניהול קטגוריה" (ההדגשה הוספה):

"יוקמו צוותי עבודה משותפים (X ו-Y) אשר יפעלו בשלבים עד להוצאת פלנוגרמות חדשות לקטגוריות: (כאן מופיע פירוט הקטגוריות בהן פועל הספק הדומיננטי, ד.ש.) המוסכמות ומקובלות על שני הצדדים."

ובמסגרת חקירה אחרת שניהלה רשות ההגבלים העסקיים כנגד גורם דומיננטי בענף המזון, נמצא מסמך פנימי שכך נאמר בו:

"נראה לי בעייתי שהחזיתות של הקופות ברשת Y תפוסות על ידי X בלעדית. הסיבה היא ש X מנהלים את הקטגוריה בקופות, והם פשוט לקחו לעצמם את המקום הכי טוב להם, לא טוב לקונים." [ההדגשה הוספה]

הדברים מדברים בעד עצמם. ברור כי לפחות פוטנציאל לעיוות ופגיעה בתחרות גלום בהסדרים אלה והוא אשר נדרש בכדי להביאם לבחינה במסגרת פרק ההסדרים הכובלים אשר בחוק.

אף אם יטען הטוען כי הסדרי ניהול קטגוריה אינם מקנים בהכרח כוח השפעה לספק על הליך קבלת ההחלטות הנוגעות לניהול הקטגוריה, אין בכך לשנות מסיווגם המשפטי של הסדרים אלה כהסדרים כובלים. הטעם לכך הוא, שאף אם הסדר ניהול הקטגוריה מקנה לספק רק את הזכות ליעץ ותו לאו, עדיין נדרשת הרשת, לכל הפחות, להיוועץ בספק ואופייה של היוועצות זו היא כזו שהיא מקימה חשש לפגיעה בתחרות. מקורו של החשש התחרותי הוא, בין השאר, בטיב המידע המוחלף בין הצדדים לצורך ההיוועצות, קיומם של יחסי תחרות בכוח או בפועל בין הספק לרשת והגדלת ההסתברות להתנהגות מתואמת במקטע הספקים ובמקטע הרשתות באמצעות מנגנון ההיוועצות.³⁷ חשש זה מבסס הסדר כובל. המסקנה כי הסדר לניהול קטגוריה בשיתוף ספקים הוא הסדר כובל מתחייבת גם מאופיה האופקי של השפעת ההסדר.

ברשתו הרחבה של החוק נתפסים שלל ההסדרים העלולים למנוע או להפחית את התחרות בעסקים. ברור כי הסדר כזה, בו משמש בעל מונופולין או ספק דומיננטי אחר כמנהל קטגוריה בחלק לא מבוטל של המערך הקמעונאי עלול לפגוע בתחרות ומחייב בחינה זהירה ומפוקחת, בגדר פטור או אישור.³⁸

³⁶ Thomas B. Leary, A second look at category management, (פורסם באתר האינטרנט של נציבות הסחר הפדרלית בכתובת <http://ftc.gov/speeches/leary/040519categorymgmt.pdf> (להלן: "Leary").

³⁷ ראה גם Leary, שם, אשר סבור כי החשש מפני שימוש של ספקים בניהול קטגוריה למניעת התפתחותה של תחרות אפקטיבית בתחומי פעילותם ולריסון פעולתם של מחוללי תחרות בשווקים ממועטי תחרות, הוא ממשי יותר מן החשש שמנהל הקטגוריה יפעל לדחיקת המתחרים מהשוק. חששות אלה מקבלים משנה תוקף במציאות ענף המזון בישראל, המורכב משווקים אולגופוליסטיים רבים בהם קיים פוטנציאל מסוכן לתיאומים אנטי תחרותיים.

³⁸ הקו המבחין בין הסדרי ניהול קטגוריה ובין הסדרים לרכישת שטחי מדף או הסדרים לצמצום מספר ספקים הוא לעיתים דק מאוד. כאמור לעיל, אין כל חשיבות לכותרת בה מכתירים הצדדים את ההסדר. הסדר ניהול קטגוריה שהוא הלכה למעשה הסדר לצמצום מספר ספקים או הסדר לרכישת שטחי תצוגה יסווג ככזה.

בנוסף, פעולה של ספק בעל מונופולין בתוקף תפקידו כמנהל קטגוריה, לביצור מעמדו ולדחיקת רגלי מתחרים משטחי התצוגה, עלולה אף לעלות כדי ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה.³⁹

מספר גורמים גרסו, כי יש לאסור באופן מוחלט וגורף השתתפות ספקים במלאכת ניהול הקטגוריות וכי יש לחייב את רשתות השיווק לנהל את הקטגוריות על סמך פרמטרים אובייקטיביים שייקבעו מראש.

איני סבור שיש לאמץ גישה שלילית גורפת ביחס לניהול קטגוריות בשיתוף ספקים. אין זה נכון לסווג את כלל ההסדרים המכונים "הסדרי ניהול קטגוריה" תחת מסגרת אחת. אכן, ניהול קטגוריה בשיתוף ספקים (ובפרט ספקים דומיננטיים) מזמן סכנות אפשריות לתחרות, אולם הערכת עוצמתם של החששות התחרותיים נבחנת בנסיבות העניין. מן הצד השני, בהיעדר ניסיון מספק באשר לטיבה של פרקטיקה זו והשפעותיה, איני רואה לנכון למנות כבר עתה נסיבות קשיחות בהן תחשב פרקטיקה זו בלתי מזיקה. עניין זה ימצא את פתרונו ההדרגתי במסגרת החלטות פטור או אישור שיינתנו בקשר עם פרקטיקה זו. מתן פטור להסדרי ניהול קטגוריה ייבחן בהתחשב במבנה השווקים הרלבנטיים ונטייתם לתיאום מפורש או משתמע, ריכוזיות השווקים והחסמים לכניסה לפעילות בהם, מודל ניהול הקטגוריה ושאלת קיומם של יתרונות יעילות בהסדר נשוא בקשת הפטור.

3.4 סדרנות

א. עמדת הרשות מחודש מאי 2003

תחרות ממשית בין ספקי המזון על ליבו של הצרכן מחייבת נוכחות פיסית של מוצרי המתחרים השונים בשטחי התצוגה. היקף שטח התצוגה, מיקום התצוגה ודרך ההצגה של מוצרי הספקים נושאים השפעה מוכחת ומשמעותית על העדפות הצרכן. פגיעה בהיקף או באיכות נוכחותם של מתחרים בשטחי התצוגה עלולה לסייע בביצורו של כוח שוק ובהקטיית התחרות. פגיעה זו מגבילה את המגוון העומד לבחירת הצרכן ובכך שוללת ממנו פרי מובהק של תחרות. דרכים רבות מובילות לתוצאה רעה זו. המכנה המשותף להן הוא בקביעת תוצאות התחרות בהסדרים בין ספקים דומיננטיים ובין רשתות השיווק, כשההסדרים מצרים גישה למתחרים לשטחי התצוגה ברשת. דרך נוספת, המשלימה הסדרים כאמור, עניינה שימוש בסדרנים הנשלחים על ידי הספקים הדומיננטיים לרשתות השיווק לצורך הסידור הפיסי של המוצרים על מדפי הרשתות, כדי להגדיל ולשפר את היקף ואיכות התצוגות של הספק הדומיננטי, לעתים על חשבון ספקים מתחרים.

סדרנים אלה מועסקים על ידי הספקים, מתודרכים על ידם ולעיתים אף מתוגמלים עבור הגדלת מכירותיהם של ספקים אלה. תוחלת פגיעתו של הסדר הסדרנות היא בכך שניתנת בו השפעת יתר לנציגי הספק הדומיננטי על המדף ועל חלוקתו בין הספק הדומיננטי לבין מתחריו, אשר לחלקם אין נציגות כלל ולחלקם – נציגות דלילה, ארעית וחלשה.

³⁹ בהקשר זה, ראו גם פסק דין Conwood, לעיל הערה 28.

מוטיבציה לרכישתו וביצורו של כוח שוק על דרך פגיעה בתחרות קיימת תמיד. כאשר מצטרפת למוטיבציה זו יכולת להסב פגיעה בתחרות (במקרה זה, באמצעות שימוש בסדרני הספקים הדומיננטיים לפי הסדר בו מתירה הרשת את פעולתם) – קם חשש לפגיעה ממשית בתחרות.

דוגמה מוחשית, קיצונית משהו, המבטאת את פוטנציאל הנזק הטמון בפרקטיקה זו מצויה בפסק הדין בעניין **Conwood**.⁴⁰ באותו עניין, פעלו נציגי המכירות של הספק הדומיננטי, חברת USTC, להפחתת התחרות כשעשו באורח פעיל לצמצום היקף ואיכות הנוכחות של הספקים המתחרים על מדפי רשתות השיווק, באמצעות פגיעה שיטתית בתצוגות המתחרים. בית המשפט קבע כי התנהגות זו הפרה הפרה קשה את דיני ההגבלים העסקיים בהיבט דיני המונופולין שם, בנסיבות של שוק ממועט מתחרים, כאלה הקיימים לרוב במקומותינו.

אל מול החשש כי שימוש בסדרנים מטעמים של ספקי המזון יאפשר פגיעה בתחרות, לא הובררה הנחיצות בסידור המדף על ידי הספקים הדומיננטיים דווקא. אדרבא, בהיות המדף נקודת הממשק של הרשת עם הצרכן, הרי שסידור המדפים ושטחי התצוגה הוא חלק מליבת פעילותה של רשת השיווק ואך מתבקש כי סידורו ייעשה על ידה. כך שולטת הרשת בשטחי התצוגה, שהם הנכס האסטרטגי העיקרי המצוי בידה. טבעם של דברים, וכך מקובל בעולם, כי באופן זה מבטיחה הרשת את יישום תוכנית הקטגוריה אותה אמורה היא לקבוע. לאור האמור, אין זה מפליא כלל, כי רשתות קמעונאיות בתחומי קמעונאות אחרים בישראל ורשתות שיווק מזון רבות במדינות הים, מקפידות, ככלל, לשמור בידן את מלאכת סידור המדפים. נדמה כי כך מבקשות כיום לעשות גם רשתות שיווק המזון בישראל.⁴¹ סוגיית סידור המדפים נדונה בהרחבה בעמדת הרשות ממאי 2003 במשותף עם הסדרי ניהול קטגוריה, כדלקמן:

בעוד שלא הובררה כל נחיצות בסידור המדף על ידי הספקים הדומיננטיים דווקא (המדף משמש כממשק עם הצרכן וסידורו הוא ליבת מלאכתה של הרשת) ברי כי נשקפת ממנו סכנה בלתי מבטלת לתחרות בין ספקי המזון.⁴² כך הוברר כי ספקים דומיננטיים רואים בסדרנים כמנוף "למינוף עוצמתם" בנקודות המכירה, על חשבון ספקים מתחרים שאין להם סדרנים קבועים. יש אפוא צורך עקרוני לאוסר במתכונתו הנוכחית ולבחון, במידת הצורך, בחינה פרטנית של הסדרים דומים אם יתבקש להם אישור."

ב. הערות הציבור

ספקים רבים, עיקרם בעלי מעמד דומיננטי, טענו בפני, כי הסדרי הסדרנות אינם עולים כדי הסדרים כובלים, באשר הרשת יכולה לשנות בכל עת ממצב הדברים הנוהג וליטול לידיה את מלאכת הסדרנות. עוד נטען, כי הסדרנים אך פועלים לפי התכנית ("הפלנוגרמה") שנותנת הרשת בידיהם וככאלה הם רק מיישמים את הוראותיה ואין להם כל שיקול דעת עצמאי. בהקשר זה הטעימו הטוענים, כי רשתות השיווק מפעילות פיקוח דקדקני על פעולת הסדרנים מטעם הספקים ולפיכך אין בהסדרי הסדרנות להקים חשש לפגיעה בתחרות. לבסוף טענו הספקים כי קיומם של סדרנים מטעמים ברשת הוא גורם

⁴⁰ **Conwood**, לעיל הערה 28.

⁴¹ כפי שציננית בעמדת הרשות, מצד רשתות השיווק נשמעה (ולא פעם אחת) הטענה כי בראיה לעתיד מעונינות הן לכלכל בעצמן, על יסוד ידע ומומחיות שלהן, את הנעשה על המדף וכי "מסירת ההגה" לספקים על ידן הייתה מיקח טעות. תפיסה זו זכתה לביטוי פומבי במספר הזדמנויות ונציגי רשתות השיווק חזרו על הדברים באוזני גם בפגישות שנערכו לאחר פרסום עמדת הרשות.

⁴² ביטוי מוחשי לסכנות שעלולות לפקוד את התחרות כתוצאה מהפקדת האחראיות לסידור הפיסי של שטחי התצוגה ברשת בידי הספקים הדומיננטיים, מצויה בפסק הדין בעניין **Conwood** (לעיל הערה 28). באותו מקרה דובר בפגיעה

מפתח ביעילות שרשרת האספקה ממחסן הספק – למדף וכי המרת סידור זה בשליטה של הרשתות על מדפיהן תביא לפגיעה אנושה ביעילות התפעולית של הרשתות עצמן. משכך, לא מתקיים לטענתם יסוד הכבילה המפורט בסעיף 2 (א) לחוק.

אשר לרשתות, אלה נמנעו, ככלל, מלטעון לטובת הסדר הסדרנות. חלקן אף הטעימו כי הסדר זה פוגע במוטת הניהול שלהן ובשליטתן על הנעשה. טענות בהקשר זה נשמעו ממנהלי הרשתות בעבר ובהווה ותמצית תיאור המצב על ידי כל אלה היא כי הסדר הסדרנות מעביר חלק ניכר משליטת הרשת על המדף לידי הספקים הדומיננטיים, וכי לכך משמעויות הן לגבי יכולתה האפקטיבית של הרשת להסדיר תחרות נאותה על מדפיה והן לגבי פוטנציאל הנזק לתחרות הגלום במצב דהיום.

ג. עמדתה הסופית של רשות ההגבלים העסקיים

עיון בהסדר הסדרנות לשם סיווגו בראי חוק ההגבלים העסקיים הוא דו-שלבי: ראשית, עלינו להיווכח כי גלום בהסדר זה פוטנציאל לפגיעה בתחרות וכי פוטנציאל זה אינו כה ערטילאי ורחוק מן המציאות עד כי נאמר שב- "זוטי דברים" עסקין. שנית, במסגרת הליכי בקשת הפטור או האישור, נבדק האיזון בין תועלתו של ההסדר אל מול נזקו התחרותי. כאמור, פוטנציאל בסיסי להפחתת תחרות כתוצאה מהסדר זה - קיים. לכך מצטרפים אישושים המלמדים כי לא בחשש זניח, ערטילאי ורחוק עסקין.

מצב העניינים הקיים, בו מופקד סידור מדפי רשתות השיווק בידי נציגים מטעם של ספקי המזון וסדרניהם של ספקי המזון הדומיננטיים (שחלקם הגדול הינם בעלי מונופולין מוכרזים) נוכחים נוכחות מוגברת ומתמדת לעומת מתחריהם הקטנים מהם – הוא, בנסיבות השוק הקיימות, הסדר כובל שאין להמשיך בו אלא לאחר קבלת אישור מבית הדין להגבלים עסקיים או פטור מן הממונה, הכל בהתאם לקבוע בסעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים.

נקודת המוצא למסקנתי זו טמונה באלה: היות מדף הרשת – זירת תחרות עיקרית בתחום המזון; היות נוכחות הסדרנים דיפרנציאלית ומוטה מעיקרה; ובמנגנוני התגמול של הסדרנים היוצרים לא אחת זיקה בין היקף מכירות הספק ובין התגמול שיקבל הסדרן מטעמו. כל אלה מבססים פוטנציאל מוחשי וממשי להפחתת תחרות.

הסדרים מסוגים בדיני ההגבלים העסקיים לפי מהותם. עובדת היסוד היא, כי בין רשתות השיווק לספקי המזון התגבש הסדר (הסכמה ולמצער הבנה),⁴³ לפיה הקנו רשתות השיווק לספקים את האחריות לסידור מדפיהן. עם ההסדר באה, במרוצת הזמן, גם שליטה בפועל בנעשה במדף. חלק מהרשתות הודו כי למעשה אין הן מפקחות באופן אפקטיבי על הנעשה על המדף.

ההסדר הנוהג, במסגרתו מוקנית לספקי המזון **דריסת רגל ישירה ונמשכת** בסידור המדף – עיצוב פני זירת התחרות ביניהם, מקים חשש בסיסי להפחתת תחרות ולפגיעה בה. חשש זה מלווה על ידי נוכחות דיפרנציאלית מאד של הסדרנים מטעם הספקים הדומיננטיים. כלומר, היעדר ייצוג שווה למתחרי הספקים הדומיננטיים בשטחי התצוגה, מאפשר לספקים הדומיננטיים להעצים שליטתם במדף ולפגוע בחשיפת מוצרי מתחריהם לצרכן (שהיא מועטה לכתחילה). הסדר זה הוא אמצעי

פיסית שיטתית שהסבו נציגי המכירות של הספק הדומיננטי לתצוגות של מתחרים ברשתות קמעונאיות. בית המשפט קבע כי התנהגות זו אינה עולה בקנה אחד עם אינטרס התחרות והדינים המגנים עליו.
⁴³ לגיבושו של הסדר על דרך הבנה, התנהגות או נוהג ראה עניין **קיסין לעיל** הערה 33.

משלים ל"סל האמצעים" המקנים לספקים דומיננטיים אחיזה בקביעת הנעשה במדף הרשת, אשר נזכרים בהחלטה זו.

המשמעות של הייצוג הדיפרנציאלי והקשר שבין מצב הסדרנות הנוהג והסדרים אחרים בהם עוסק מסמך זה, מוצאים ביטוי בדברים הבאים שנמסרו על ידי אחד הנחקרים, אגב התייחסות לשימוש של הרשתות בפלנוגרמות קבועות מראש:

"בסך הכל הפלנוגרמות לדעתי עשו טוב לחברות הקטנות, כי החברות הקטנות אין להם את הצבא של הסדרניות שיש ל... (כאן מזכיר הנחקר מספר ספקים דומיננטיים – ד.ש.), וכשלא היתה פלנוגרמה, וגם היום כשיש, הסדרנית נמצאת כל יום בחנות ודואגת לחברה שלה, ובחברה קטנה הסדרן בא פעם בשבוע. לאנשים שלנו אין את הזמן להקדיש את כל תשומת הלב למדף, כמו שיש לספק."

היש רבותא בעובדה כי הסדר הסדרנות אינו כולל במפורש הגבלת תחרות והקניית שליטה לספקים הדומיננטיים? התשובה על כך היא בשלילה: בפסק דינו בעניין **דטה קאר** הרים בית הדין להגבלים עסקיים את "מחסום הכבילה הפורמלית" בקובעו (שם לגבי מיזם משותף) כי:

"כעקרון, והדברים מנותחים בהרחבה במאמר הנזכר [מאמרה של מ' מזרחי, לעיל הערה 33 - ד.ש.], כל מיזם משותף שולל מהצדדים את החופש להתחרות בו **אף אם אין בהסכם ההקמה הגבלה מפורשת על התחרות**".⁴⁴ [ההדגשה במקור – ד.ש.]

באופן דומה קבע אב בית הדין להגבלים עסקיים בעניין **איסכור** כי:

"כל שיתוף פעולה עסקי, גם בלא שיכלול כבילה מפורשת, עלול לפגוע בתחרות".⁴⁵

אכן, בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים התכוון המחוקק ללכוד את כל קשת ההסדרים העלולים לפגוע בתחרות, בין שהפגיעה מסתברת מלשונם ובין שהיא נובעת מהמצב שהם יוצרים, בפועל, ללא תלות בתוכנו של ההסדר. זוהי מהות החידוש בהוספת סעיף 2(א) להגדרת ההסדר הכובל: לא עוד קביעת כבילתו של הסדר על פי תוכנו בלבד, והוספת האפשרות לבסס ממצא בדבר קיומו של הסדר כובל על פי נפקותו המעשית של ההסדר – השלכתו על התחרות.⁴⁶

ברור אפוא שהסדר הסדרנות עשוי להשפיע על התחרות באופן מהותי אף בהיעדר כבילה **פורמלית** בו. בנסיבות בהן מתאפיין הסדר הסדרנות, עלול הוא להביא להפחתת תחרות: סידור המדפים בשלוש הרשתות הגדולות בישראל נעשה על ידי הסדרנים, ובעיקרו – על ידי סדרני הספקים הדומיננטיים; נוכחות סדרנים מטעם ספקים מתחרים היא דלילה ביותר, ארעית ושונה במהותה; מנהלים ברשתות שיווק טענו בפניי, כי הלכה למעשה מיתרגמת נוכחותם הדומיננטית של הסדרנים מטעם ספקי המזון הגדולים לשליטה בפועל של אלה על המדף, שכן הם נהנים מיתרון הנוכחות המתמדת של סדרניהם מול המדף; תגמולם של הסדרנים נעשה לעיתים בזיקה להיקף כמויות המוצר המשווקות ברשת

⁴⁴ עניין **דטה קאר**, לעיל הערה 33, בע' 10.

⁴⁵ ערר 1/97 **איסכור שרותי פלדות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, 1997, **הגבלים עסקיים** 3002667 (להלן: עניין **איסכור**), בסעיף 8 לפסק הדין.

⁴⁶ **מזרחי**, לעיל הערה 33, בע' 219-220: "אימוץ גורם הפגיעה בתחרות כיסוד מיסודות ההגדרה של הסדר כובל הוא חידוש שהביא עימו החוק משנת תשמ"ח. בחוק הקודם הלך המחוקק הישראלי בעקבות המחוקק האנגלי משנת 1956, שקבע מבחן תוכני (המוגבל לבחינת תוכן ההסכם)... גישה הקובעת קיומו של הסדר כובל על-פי השפעתו על התחרות, דהיינו: על-פי תוצאתו, מצריכה היזקקות לגורמים חיצוניים להסדר – גורמים שמחוץ להסכם שנעשה בין הצדדים.."

מטעם שולחם – ספק המזון הדומיננטי; ולבסוף – גם נציגי ספקים וגם דרגים ניהוליים ברשתות טענו בפני כי הסדרנים הדומיננטיים מסיגים לעתים את גבול מתחריהם נעדרי הסדרנות.

בהיבטי על כל אלה יחדיו, ולאור התרחיש המוכח של ניצול כוח הנוכחות העודפת של ספק ברשת כעולה מפסק הדין בעניין Conwood, מתבקשת המסקנה כי בהסדר הסדרנות טמון פוטנציאל ממשי לפגיעה בתחרות, וכי הסדר זה מחייב בדיקת מערך הפיקוח על ההגבלים העסקיים, ואינו יכול להימשך במתכונתו הנוכחית, ללא בחינה וניטור הסכנות הגלומות בו לתחרות. כל זאת, עוד בטרם נזקק אני לאינדיקציות המצביעות על התנהגות "ממרפקת" בפועל של סדרני ספק דומיננטי על חשבון ספק מתחרה אחר. אדגיש כי גם אין חובה להיזקק לאלה שכן הגדרת ההסדר הכולל אינה מחייבת **מניעה בפועל** של התחרות אלא רק **עלילות להפחתתה**. זהו המאפיין היסודי של ההגנה מפני הסדרים כובלים בדין הישראלי.

ספקים מסוימים טענו בפני כי הרשת אינה מוגבלת כלל מליטול חזרה את האחריות על המדף ועל כן עליי להותיר זאת לשיפוטה ולרצונה. ואולם, יכולתו של צד להסדר לפרוש בכל עת מן ההסדר אינה שוללת את התגבשותה של הכבילה מלכתחילה. אף אם הייתה הרשת משאירה בידה, במפורש, את הזכות ליטול את סידור המדפים לידיה בכל עת, לא היה הדבר משנה מסיווגו המשפטי של ההסדר.⁴⁷

טענה אחרת שהועלתה על ידי ספקים היא, כי העובדה שניתן לנצל במקרים מסוימים את מערך הסדרנות לפגיעה בתצוגות מתחרים, אינה מצדיקה שלילה גורפת של הסדר הסדרנות, אלא, לכל היותר, טיפול פרטני במקרים בהם הוכח שפגע בתחרות. אלא שטיבו של הסדר כובל הוא ש"עלול" הוא להפחית או למנוע תחרות. לצורך סיווגו ככובל לפי סעיף 2(א) לחוק, אין כל צורך להראות קיומה של פגיעה תחרותית בפועל. דיני ההגבלים העסקיים קובעים מתווה הפוך: כאשר מסתבר כי להסדר מסוים פוטנציאל לפגוע בתחרות – יש לחייב היתר בגינו למפרע ולא לבלוש אחר המקרים בהם הזיק ההסדר בפועל. זהו אופייה של ההגנה שבחוק על התחרות בשווקים: **הגנה מקדמית Ex Ante היא ולא בדיעבד**.

אכן, העובדה כי הפרקטיקה שימשה בפועל לפגיעה מהותית בתחרות (כפי שקרה בפרשת Conwood) משמשת ראיה ברורה לכך שהיא מקיימת את יסוד ה"עלילות" לפגיעה בתחרות, אך אין עניינו כאן במישור הראייתי אלא במהותי. החשש התחרותי הגלום בהסדר, במאפייניו הנוכחיים, הוא טבעי וברור: ביצור ואף הרחבת כוחם של ספקים דומיננטיים בשטחי התצוגה ברשת באמצעות סדרניהם ברשת. סכנה זו יש לסכל או, למצער – לנטר.

כידוע, עצם היות הסדר – כובל אין משמעו שלא ניתן לאשרו או לפוטרו בהמשך. ברם, הדבר יחייב שינוי אופיו של ההסדר הקיים.

אשר לטענה כי הרשתות מפקחות על הסדרנים – למרבה הצער, גם טענה זו אינה מתארת נכונה את מצב הדברים לאשורו בתקופה הרלבנטית. במציאות, מידת הפיקוח של רשתות השיווק על פעולתם של הסדרנים ועמידתם בתוכנית הקטגוריה מוגבלת היא, אם לא מועטה ביותר. מכל מקום, איני סבור שיש להפקיד את גורלה של התחרות בענף ב"פיקוח" שמקיימות רשתות השיווק על פעולת הסדרנים הפועלים מטעם ספקים בעלי מעמד דומיננטי. לא תמיד האינטרס של הרשת סותר את פעולת הסדרן

⁴⁷ ראה גם עניין **אהליך יעקב, לעיל** הערה 23, פסקאות 13 ו-88-87.

מטעם הספק הדומיננטי ולכן אין לצפות לפיקוח "טבעי" במקרה זה. נזכיר גם, כי בפרשת Conwood התאפשרה פגיעה שיטתית של ספק דומיננטי בתצוגות המתחרים, בהיעדר בלם ממשי מצד רשת השיווק על פעולת הסדרנים.

עוד נשמעה הטענה כי ביטולו של הסדר הסדרנות יביא לפגיעה אנושה ביעילות שרשרת האספקה של מוצרי הספקים לרשתות. הטענה נסמכת על כך כי בהעדר מרכזים לוגיסטיים מפותחים של הרשתות – נדרשים הספקים לשנע את סחורתם "עד למדף" וכי נוכחות הסדרנים סמוך למדפי הרשת מבטיחה יעילות מרבית, בהיות אלה מקושרים למחסני הספק. בדיקת ממשותן של טענות אלה אל מול הרשתות העלתה, כי יעילותה של שרשרת האספקה אינה תלויה בסדרן דווקא אלא בגורמים אחרים, כי גם בעולם וגם בחלק מהרשתות הקמעונאיות בישראל מקובל מזה שנים מערך יעיל ומתפקד של סדרנות עצמית של הרשת וכי מכל מקום, ניתן להגיע ל"יעילות" דומה (ואולי אף משופרת) בהפעלת סדרנים מטעם הרשת, ללא עיוותי התחרות הכרוכים במערך הנוכחי. אכן, מבט בנעשה בישראל (ובעולם) מעלה כי קיימות רשתות שיווק רבות הפועלות בסדרנות עצמית ביעילות מרבית.

מכל מקום, גם אם הייתי משתכנע כי קיימים נימוקי יעילות מכריעים המצדיקים אישור הסדר הסדרנות (ולא שוכנעתי כך), הרי שמקומם של אלה הוא בהליך האישור: סעיף 10 לחוק קובע כי "ייעול הייצור והשיווק של נכסים" הוא שיקול לאישור הסדר כובל על ידי בית הדין להגבלים עסקיים. שיקולי יעילות אינם פוטרים הסדר בעל פוטנציאל נזק תחרותי מבחינה לפי החוק.

סיכומם של דברים, התמונה שהתגבשה היא כי אין כל מניעה לנהל מרכולים בסדרנות עצמית, כי חלק מהמרכולים בישראל נוהגים כך (ואין הם פחות תחרותיים מהרשתות הגדולות) וכי "טשטוש הגבולות" ומסירת הנכס האסטרטגי של הרשת – קביעת הנעשה על המדף – לידי נציגי הספקים הדומיננטיים טומן בחובו פוטנציאל אנטי תחרותי מובהק, בפרט במצב בו הריכוזיות בין הספקים אך מתעצמת לאורך השנים ובהיות חלק ניכר משווקי המוצר – נתונים למונופולין. הסכנה שבמסירת שליטה (אף אם כנטען אין מדובר במסירת כל השליטה) לידי בעלי מונופולין בקביעת פני זירת התחרות העיקרית – מדף הרשת, היא סכנה מוחשית המחייבת הבאת הסדרי הסדרנות לעיון ואישור מוקדם של מערך הפיקוח על ההגבלים העסקיים.

ער אני לכך שהתאמת המצב הנוהג לדרישות החוק מחייבת מתן תקופת התארגנות מספקת לרשתות השיווק ולספקים. לכן ניתנת בזה שהות בת חצי שנה לרשתות השיווק ולספקים לחדול מן ההסדרים הנוהגים או להצטייד באישורים מתאימים מאת מערך ההגבלים העסקיים. אני שולל שלילת סף את האפשרות כי הסדרים כאלה יזכו להיתר או לפטור.

אזכיר, כי סעיף 29 א' (א) לחוק ההגבלים העסקיים אוסר על בעל מונופולין לנצל את מעמדו באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. הפקדת סידור המדפים בידי נציגי הספקים הדומיננטיים פותחת פתח לביצור כוחם של ספקים אלה (והפחתת התחרות להם חשופים), כמו גם לפגיעה במגוון העומד לבחירת ציבור הצרכנים.

3.5 בונוסים והטבות עבור השגת יעדי מכירות

א. עמדת הרשות מחודש מאי 2003

התחרות החופשית, זו שלהגנתה נועד חוק ההגבלים העסקיים, מקוימת בדרכים שונות ומתהווה ברבדים שונים. מתן תמריצים והטבות עשוי להיות כלי לגיטימי בתחרות שבין ספקי המזון ומאידך עשוי הוא לעתים להיות כלי לביצור כוח שוק, להפחתת תחרות וליצירתם או הגבתם של החסמים הניצבים בפני מתחרים. בעניין **ידיעות אחרונות**⁴⁸ עמד בית הדין להגבלים עסקיים על אופיין של הטבות הניתנות על ידי בעל מונופולין למשווקים בתמורה לשמירת חלקו בשוק כמבצרות כוח שוק ויוצרות חסם, להבדיל מהטבות לצרכנים כחלק מהתחרות על רכישותיהם.

אחת ההטבות במערך הסחר בין רשתות השיווק הגדולות לספקים, היא הטבה שמקבלת הרשת בגין עמידתה ביעדי מכירות מסוימים.⁴⁹ בדרך כלל, יהיו אלה יעדים כספיים הנקבעים על בסיס כלל המכירות של הספק ברשת בשנה החולפת. ההטבה תשתלם לרשת כסכום גלובאלי, לרוב בסוף השנה הקלנדרית, כך שאי עמידה ביעדים שהציב הספק גוררת שלילת סכומים נכבדים מהרשת.

כפי שהסברתי בעמדת הרשות ממאי 2003, הענקת הטבות במתכונת זו (להלן גם: "**בונוסים**") על ידי ספקים דומיננטיים, עשויה לשאת בכנפיה הפחתה של התחרות בין ספקי המזון ושימור כוחם של ספקים דומיננטיים. מדובר למעשה בסוג של הנחת מטרה (Target Discount) או הנחת נאמנות (Loyalty Discount) הניתנת כסכום גלובאלי, ומוותנית בעמידת הרשת ביעד מכירות המגדיל את חלקו בשוק של הספק הדומיננטי על חשבון מתחריו, או ביעד המשריין לו נתח דומיננטי קיים.

להבדיל מהנחת כמות לגיטימית, הנחה זו אינה נשענת על פרמטרים אובייקטיביים, אחידים לכלל הקמעונאים, אלא תפורה על פי מידתם של הלקוחות השונים ומכוונת אל נתח מסוים מהיקף מכירותיו של כל קמעונאי.⁵⁰ ודוק, במקרים רבים המשמעות האמיתית של פריסת ההנחה על כלל מכירות הספק הדומיננטי, היא שניתן לקמעונאי תמריץ כה גדול עבור השגת היעד, עד שספק מתחרה לא יוכל להציע לו הצעה שוות ערך, **אף אם הוא יעיל באותה מידה**.⁵¹ במקרים אלה, חוצה שיטת הנחות זו את הקו המבחין בין הנחה לגיטימית להנחה פסולה.

כך תוארה עמדת הרשות מלכתחילה:

"מתכונת הבונוסים הניתנים על ידי ספקים דומיננטיים בגין השגת יעדי מכירות אינדבדואליים, פועלת להנצחת מעמדם ואף להגברת כוחם של ספקים דומיננטיים. הנחה זו, להבדיל מהנחת כמות לגיטימית, אינה נשענת על פרמטרים אובייקטיביים אחידים לכלל הקמעונאים, אלא תפורה על פי מידתם של הלקוחות השונים

⁴⁸ הי"ע 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ ואח', נט (2) 529 (להלן: עניין ידיעות, פסק הדין המשלים).

⁴⁹ ביחסי רשתות השיווק וספקי המזון נוהגים סוגים רבים של הנחות (הנחות מחזור, הנחות כמות, הנחות מסחריות שאינן מותנות בהשגת יעדים ועוד). מסמך זה מתמקד בהנחות הניתנות עבור השגת יעדים (שאינן הנחות כמות) שהוא סוג מורכב במיוחד של הנחות ולגביו נדרשת הנחיה מיוחדת.

⁵⁰ למקרה בו ננקטה טכניקה דומה בידי בעל מונופולין, ראו עניין ידיעות, פסק הדין המשלים, לעיל הערה 48. לסקירה מתקדמת בעניין זה – ראו J. Faull & A. Nikpay *The EC Law of Competition* (New-York-, 1999) at p.178-181. לניתוח מקיף של התופעה ומיקוד בתופעת פריסת ההטבה על כלל המחזור – ראו המסמך שהגישה רשות התחרות האנגלית במסגרת דיון שערך בעניין זה הארגון לשיתוף פעולה ופיתוח כלכלי (OECD), **Roundtable on Loyalty or Fidelity Discounts and Rebates**- note by the United Kingdom, 2002, Par.22-24.

ומכוונת אל נתח מסויים מהיקף מכירותיו האינדבדואלי של כל קמעונאי. מובן אפוא כי ספקים מתחרים אינם יכולים להתמודד בהצעות שוות ערך לקמעונאי, משום שאין להם בסיס מכירות דומה בהיקפו לזה של הספק הדומיננטי. שיטת הבנוס מנצלת עד תום את חוסר הסימטריה בין הספקים הדומיננטיים לספקים אחרים ומציבה את המתחרים בעמדת נחיתות מובנית, ללא קשר ליעילותם היחסית.

שיטת הבנוסים מאפשרת לספקים הדומיננטיים לרתום לעזרתם את עוצמתן של רשתות השיווק. רצון של רשתות השיווק לזכות בהטבות הנלוות להשגת יעדי המכירות שמציבים הספקים הדומיננטיים, מאלץ אותן לעשות שימוש בכלים העומדים לרשותן ובהם: הקצאת שטחי תצוגה מועדפים לאותו ספק, התערבות במחיר המוצר ובמחירים של מוצרים מתחרים, הוצאת מתחרים מהמגוון ועוד.⁵²

ב. הערות הציבור

סוגיה זו זכתה להתייחסות מועטה יחסית בהערות הציבור, בפרט בהיבט המשפטי שלה. מספר גורמים טענו, בלא תימוכין של ממש, כי תוכניות התמריצים הנוהגות בענף המזון הן כלי תחרותי חוקי ולגיטימי. עוד נטען, כי תוכניות אלה אינן מקימות הסדר כובל ואף אינן אסורות מכוח דיני המונופולין, למעט במקרים חריגים ויוצאי דופן.

ג. עמדתה הסופית של רשות ההגבלים העסקיים

תוכניות תמריצים נבחנות בדין המקומי ובדין המשווה בעיקר לאורן של הוראות החוק המתייחסות לבעלי מונופולין (למעט חריגים).⁵² זה מכבר נקבע במשפט התחרות הישראלי, כי שימוש של בעל מונופולין בתוכניות תמריצים פרטניות המביאות לחסימה או להצרה משמעותית של אפיקי שיווק מרכזיים בפני מתחרים – עשויה לעלות כדי הפרה של דיני ההגבלים העסקיים.⁵³

שרטוט הקו המבחין בין תוכנית תמריצים מותרת ובין תוכנית תמריצים פסולה אינו תמיד קל. עם זאת, אין חולק כי תוכנית תמריצים אשר מאפשרת לספק מונופוליסטי לשמר את כוחו ולפגוע בכושר התחרות של ספקים מתחרים, **ללא כל קשר ליעילותם היחסית**, חוצה בבירור את גבולות המותר ודינה להיפסל אף לפי הגישות הסובלניות ביותר כלפי בעלי מונופולין, לא כל שכן לפי הגישה הנוהגת בדין המקומי ובדין המשווה האירופי (ממנו יונקות הוראות המונופולין שבחוק).

במערך הסחר שבין רשתות השיווק וספקי המזון נוהגים תמריצים מסוגים שונים: הנחות כמות, הנחות מטרה, הנחות מצרפיות ועוד. עמדתנו זו מתייחסת לאחד מסוגים אלה – הנחת מטרה/נאמנות שבה נפרסת ההטבה בגין העמידה ביעד על **כלל מכירות הספק הדומיננטי ברשת**. מתן הטבות בדרך זו עשוי לשמש מסווה לתוכנית תמריצים פסולה ובלתי חוקית, כזו שאינה מאפשרת לספק מתחרה להציע לקמעונאי הצעה שוות ערך, אף אם הוא יעיל באותה מידה.

הדוגמה הפשוטה הבאה תמחיש את הדברים: ראובן הוא בעל מונופולין. ראובן מעריך כי הביקוש למוצריו יאפשר לו למכור ברשת שיווק גדולה 100 יחידות מוצר גם בלא מאמצי שיווק מיוחדים מצדו (להלן: "**בסיס המכירות המובטח**"), אולם צפויה לו תחרות מצדם של ספקים קטנים על יתרת תצרוכתה של הרשת - 10 יחידות מוצר. ראובן מציע לרשת כי אם תרכוש ממנו במהלך השנה 110 יחידות מוצר הוא יעניק לה הנחה של 10% על כלל יחידות המוצר שרכשה ממנו, שמחירן הרגיל הוא

⁵² כך, כאשר בין הספק לקמעונאי מושגת הבנה כי הקמעונאי יתוגמל עבור סחר בלעדי עם הספק, שאז עסקינן בעצם בהסדר בלעדיות לכל דבר ועניין. ניתן לגזור גזירה שווה מכך למקרים של בלעדיות חלקית.
⁵³ עניין ידיעות, פסק הדין המשלים, לעיל הערה 48.

10 ש' ליחידה. שמעון, **שהוא ספק יעיל יותר מראובן**, מעוניין לזכות בכמות הפתוחה לתחרות ולכן מציע לרשת לרכוש ממנו 10 יחידות מוצר במחיר של 5 ש' ליחידה. יש לציין כי שמעון אינו יכול להתחרות על כלל הכמות המסופקת לרשת, בשל הפער הגדול בין הביקוש הקיים למוצרו ובין זה שקיים למוצר שבמונופולין באותה נקודת זמן.

במצב כזה, עומדות בפני הרשת שתי חלופות: רכישת 100 יחידות מן הספק הדומיננטי במחיר של 10 ש' ליחידה (בסה"כ 1000 ש"ח) ועוד 10 יחידות מן הספק הקטן במחיר של 5 ש' ליחידה (בסה"כ 50 ש' וביחד 1050 ש"ח) או רכישת 110 יחידות מן הספק הדומיננטי במחיר של 9 ש' ליחידה שעלותם הכוללת 990 ש'. ניתן לראות כי במקרה כזה, פריסת ההנחות על כלל מכירות הספק הדומיננטי (Roll Back Discount) אינה מאפשרת תחרות על הכמות השולית הפתוחה לתחרות ונשללת יכולתו של ספק קטן להקים תחרות לספק הדומיננטי, **אף שהוא יעיל ממנו** באופן יחסי. למעשה, בדוגמה זו מוצעת לקמעונאי הכמות השולית הפתוחה לתחרות במחיר הפסד, אלא שתמחור פסול זה מוסווה באמצעות פריסת ההנחה על כלל מכירות הספק הדומיננטי.

חסימת אפיקי שיווק באופן זה אסורה על בעל מונופולין מכל וכל ומהווה בעליל ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה. מכאן עמדתי הסופית כי יש לייחד הנחות לכמות השולית ולהימנע מהתנניית הנחה ביחס לכמות המובטחת במכירה במכירת כמות נוספת העולה על נתח השוק (המונופוליסטי ממילא).

על **המשמעות הכלכלית** של תוכנית התמריצים הכוללת מתן הנחות מטרה שנשענות על כלל מכירות הספק הדומיננטי, עמד לאחרונה בית הדין האירופי בעניין British Airways:

“Concerning, first, the fidelity-building character of the schemes in question, the Court finds that, by reason of their progressive nature with a very noticeable effect at the margin, the increased commission rates were capable of rising exponentially from one reference period to another, as the number of BA tickets sold by agents during successive reference periods progressed. Conversely, the higher revenues from BA ticket sales were, the stronger was the penalty suffered by the persons concerned in the form of a disproportionate reduction in the rates of performance rewards, even in the case of a slight decrease in sales of BA tickets compared with the previous reference period. BA cannot therefore deny the fidelity-building character of the schemes in question.”⁵⁴

ומן הניתוח הכלכלי נגזרה **מסקנתו המשפטית** של בית הדין, כי התנהגות British Airways עלתה כדי ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה.⁵⁵

הסרת העמימות המאפיינת נושא זה והקניית וודאות בדבר חוקיותו של תמריץ הניתן בדרך המותווית בכללים, עשויה להקל על ספקים לתמרץ ולתגמל את לקוחותיהם כחלק מתחרות אמיתית והוגנת. על כן, התווייתי במסמך הרשות ממאי 2003, דרך לגיטימית וחוקית למתן תמריצים עבור השגת יעדי מכירות. נכון להביא שוב את הכללים הרלבנטיים שהותוו שם:

⁵⁴ British Airways plc V. Commission of the European Communities, Case T-219/99 [2003], OJ-2003 C-71/38 at pp. 272-273. (להלן: עניין British Airways).

⁵⁵ עניין British Airways, שם, בע' 292.

1. רשת שיווק וספק דומיננטי לא יהיו צד להסדר שמטרתו או תוצאתו, מתן הטבה לרשת בזיקה להשגת יעדי מכירות, אלא אם ההטבה ניתנת כהנחה ממחיר הקניה של הרשת ליחידות המוצר שיימכרו מעבר ליעד המכירות ומוגבלת למוצרים אלה בלבד.

2. בהטבות הניתנות כאמור, לא יהיו המחירים של המוצרים הנמכרים מעבר ליעד המכירות, לאחר הנחה, נמוכים ממחיר עלות ייצורם של המוצרים.

מתן הטבות עבור יעדי מכירות בהתאם לכללים אלה, לא יהווה יעד לנקיטת צעדי אכיפה מצד הרשות.

3.6 הסדרים לקביעת נתחי שוק

א. עמדת הרשות מחודש מאי 2003

חקירת רשתות השיווק חשפה מגוון אמצעים מכוחם יכול ספק לשריין לעצמו שליטה בשדה התחרות – מדפי רשתות השיווק. החקירה לימדה גם, כי לעיתים הועדפה דרך ישירה ובוטה לשימור כוחם של הספקים הדומיננטיים בה נעסוק עתה. כך, בהסכמים בין רשת שיווק גדולה לבין ספק דומיננטי ניתנה לספק התחייבות, כי נתח השוק היחסי שלו בכלל מכירות הרשת בקטגוריות מוצר שונות **לא יפחת משיעור מסוים**, אשר עלה בהרבה על מחצית מכלל מכירות הרשת באותה קטגוריה. ההסכמים קבעו כי עמידת הרשת בהתחייבויותיה תזכה אותה בתגמול כספי. על טיבם השלילי של הסדרים אלה ככלי פסול לשימור מונופולין עמדתי בעמדת הרשות:

”הסדרים אלה עלולים לשמש כאמצעי ישיר לשימור עוצמתו של ספק דומיננטי וכמגן מפני תחרות: יהא אשר יהא טיבם של המוצרים המתחרים ותהא אשר תהא האטרקטיביות שלהם בעיני הצרכן – מחויבת הרשת למכור דווקא את תוצרתו של הספק הדומיננטי.”

לא הוצגו בפני כל הצדקות ממשיות לעריכת הסכמים אלה, לא כל שכן כאלה שיש בכוחן לאזן את החששות התחרותיים העולים מנקיטה בפרקטיקה זו, העולה כדי הסדר כובל, בין השאר בהתאם לסעיף 2(ב) (4) ובהתאם לסעיף 2(א) לחוק.”

ב. הערות הציבור ועמדתה הסופית של רשות ההגבלים העסקיים

ההערות שהתקבלו ביחס לפרקטיקה זו נגעו לטכניקת ניסוחם של כללי ההתנהגות בנושא זה ללא מחלוקת אמיתית על הפסול העקרוני הנעוץ בה. הטענה היחידה שהועלתה בהיבט העקרוני – משפטי, על ידי אחד הספקים הדומיננטיים, היא כי פרקטיקה זו עשויה להיות פסולה אך ורק אם היא מהווה ניצול מעמד לרעה מצד בעל מונופולין. ברם, לא ניתן לקבל טענה זו.

דיני התחרות אינם יוצרים חייץ המפריד בין תחום ההסדרים הכובלים לתחום המונופולין. על בעל מונופולין חל האיסור להיות צד להסדרים כובלים ולאור מעמדו בשוק סביר אף כי הסדר כובל שהוא צד לו יהא בעל השלכות חמורות יותר על התחרות. בפרט אמורים הדברים, כשכריתתם של הסדרים לקיבוע נתחי שוק על ידי ספקים דומיננטיים, יוצרת חסמי כניסה והתרחבות לאורכו ורוחבו של תחום המזון כולו.

על נקודה זו עמדו המלומדים M. Coleman & M. Grenfell בספרם:

“There is more likely to be foreclosure, and hence an appreciable effect on competition, to the extent that the exclusive purchasing or minimum percentage obligation closes off a significant segment of the market to rival suppliers. **This will be the case where the purchaser represents a significant share of the market, or where there are networks of similar agreements covering the whole market.** In addition, where the supplier has a high share of the market on which it operates, the exclusive purchasing agreement may be seen as reinforcing its market strength against those of actual and potential competitors, particularly where there are relatively high barriers to entry; this may also be regarded as an abuse of a dominant position, to be considered under the Chapter II prohibition.”⁵⁶ [ש.ד. - ה.ד.ש.פ.]

נוהג של קיבוע נתחי שוק **בעייתי במיוחד** אם הוא ננקט על ידי גורם בעל כוח שוק, במטרה לחסום בפני מתחרים נתח משמעותי מערוצי ההפצה ולבצר לעצמו כוח שוק. פעולה כזו עשויה בהחלט להקים עבירה של ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה לפי סעיף 29א' (א) לחוק ההגבלים העסקיים. אולם, הסדרים בין רשתות שיווק לספקים בהם משריין לעצמו הספק נתח שוק מסוים מכלל מכירות הרשת בקטגוריה, אסורים על כלל הספקים ורשתות השיווק בהיותם **הסדר כובל מובהק**. מדובר בהסדר בלעדיות חלקית שהוא הסדר כובל לפי סעיפים 2(א) ו- 2(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים. על סיווגם של הסדרי בלעדיות חלקית כהסדרים כובלים מכוח החזקה החלוטה שבסעיף 2(ב)(3) לחוק עמד השופט עדיאל בעניין **אהליך יעקב**:⁵⁷

“בלעדיות, כדי שתיפול בגדרה של חלוקת שוק “לפי האנשים שעמם יעסוק” לפי סעיף 2(ב)(3) לחוק, אינה חייבת להיות בלעדיות מלאה ומוחלטת.... כך, אם היצרן מבטיח ללקוח מסוים כי יספק לו 90% מתוצרתו ולא יספק לאחרים יותר מ- 10% מתוצרתו, גם אז עסקינן בחלוקת שוק, חרף העובדה שאין מדובר בבלעדיות מלאה... נכון הדבר שככל שהבלעדיות נשוא ההסכם חלקית יותר, כך קטנה הפגיעה בתחרות הנשקפת מתניית הבלעדיות. אולם, **שיקול זה רלבנטי לעניין אישור ההסדר... ואין בו כדי לפגוע בעצם סיווגה של תנייה כזו ככבילה הנופלת בגדרו של סעיף 2(ב)(3) לחוק.**” [ההדגשה הוספה – ש.ד.]

הדברים ברורים: הסדר בין רשת לספק, בו “משריין” לעצמו הספק נתח שוק יחסי מכלל מכירות הרשת בקטגוריה, בפרט כאשר מדובר בנתח מהותי – מהווה הסדר כובל מובהק, אסור על פי דין.

⁵⁶ M. Coleman & M. Grenfell *The Competition Act 1998 Law And Practice* (New-York, Oxford University Press, 1999) at pp.189-190. (להלן: “The Competition Act 1998 Law And Practice”).
⁵⁷ עניין **אהליך יעקב**, לעיל הערה 23, פסקה 65.

3.7 מבצעים בלעדיים

א. עמדת הרשות מחודש מאי 2003

מבצעים והנחות הם אקט תחרותי מובהק אשר מיטיב ככלל עם הצרכן ולכן ראוי לעידוד בראייתם של דיני ההגבלים העסקיים. בתנאי שוק תחרותי, מזמין מבצע של ספק אחד תגובה תחרותית מצד מתחריו, הספקים האחרים של אותו סוג מוצר.

חקירת רשתות השיווק חשפה מציאות שונה בענף המזון. מתברר כי במסגרת מבצעים שערכו ספקים ברשתות השיווק הגדולות, התפתח הנוהג כי לעת מבצע של ספק ברשת – מתחייבת הרשת שלא תקיים אצלה מבצע דומה של ספק מתחרה. אף הספק מתחייב כי לא יערוך מבצע דומה ברשת מתחרה. הסכמות אלה פוגעות בלב התהליך התחרותי ומקימות חיץ מלאכותי המגן על הצדדים להן מפני תחרות. כך נאמר בעמדת הרשות:

"תגובה תחרותית של יצרן או ספק מתחרה למבצע שעורך ספק היא התגלמות התחרות ומניעתה, בדרך של הטלת איסור על הרשת לאפשר לספק מתחרה לשפר גם הוא את תנאי הרכישה של מוצריו (מחיר, כמות או בכל דרך אחרת) אסורה בתכלית האיסור."

ב. הערות הציבור

מספר גורמים טענו כי בלעדיות במבצעים נחוצה כדי ליצור בידול בין מוצרי הספק שבמבצע ובין המוצרים האחרים על המדף. לטענתם, ספק המבקש לערוך מבצע יימנע מלעשות כן אם לא יוכל להבטיח לעצמו בידול בסניפי הרשת. עוד נטען, כי הבלעדיות נחוצה כדי להגן על השקעתו של הספק עורך המבצע מפני "הנאת חינם" (Free Riding) של מתחרים. החשש הוא כי כאשר יגיעו לקוחות לסניפי הרשת כתוצאה ממאמצי השיווק של הספק עורך המבצע, יורידו הספקים המתחרים (שלא נשאו בעלויות השיווק) את מחירי מוצריהם ויזכו בלקוחות. התוצאה עלולה להיות פגיעה בתמריץ לערוך מבצעים שמשמעה פגיעה בצרכן. כדי להפחית את החשש התחרותי הגלום בהסדרי בלעדיות במבצעים הוצע להגביל את פרקי הזמן בהם יוכל ספק לקבל בלעדיות במבצעים, את מספר הרשתות עמן יוכל להתקשר ועוד מגבלות ממגבלות שונות.

אינני רואה מקום לשנות מעמדותי העקרונית כי התחייבות לבלעדיות במבצע מהווה הסדר כובל.

ג. עמדתה הסופית של רשות ההגבלים העסקיים

נוהג שעניינו התחייבות הרשת למנוע מספקים להגיב למבצעים שעורך ספק מתחרה ברשת (לרבות על דרך הוזלת מחירי מוצריהם לצרכן) הוא הסדר כובל מובהק, בין היתר לפי סעיפים 2 (א), 2(ב)(1) ו-2(ב)(3) לחוק, הכל לפי העניין. סעיף 2(ב)(3) מכוון להגבלת התחרות המתייחסת ל"אנשים או סוג האנשים" עימם תעסוק הרשת ומובן כי מניעת ספק להגיב למבצע הוזלות שעורך יריבו – מהווה קשירת ידי מתחרים ושליטת פירות תחרות המחרים – מן הציבור. הסדרים בין ספקים לרשתות שפועלם המצטבר הוא ויסות תחרות המבצעים בין הספקים, עלולים להסב פגיעה של ממש בתחרות.⁵⁸

⁵⁸ בהחלטה שניתנה לאחרונה על ידי נציבות התחרות בארה"ב, נקבע כי תיאום בין מתחרים שעניינו הגבלת פעילות קידום מכירות, מתן הנחות ופרסום הינו אסור בתכלית, אף אם הוא מתייחס למקטע זניח של פעילותם ואף אם הוא נעשה

מסביר T.B Leary :

“The fundamental premise of our antitrust laws is that consumers are ultimately best served by interbrand competition that is uncoordinated, unstable, and unpredictable.”⁵⁹ [ההדגשה הוספה]

לא באה בפניי הצדקה משכנעת לפרקטיקה זו, מה גם שקיומן של הצדקות לבלעדיות במבצע עשוי לשמש שיקול להענקת היתר להסדר זה, אך אין הוא פוטר את הצדדים מלכתחילה מן הצורך לבקש אישור ו**מן החובה** שלא לפעול לפי ההסדר כל עוד לא ניתן אישור כאמור. הדברים נכונים גם באשר לתנאים שיכול ויושתו על הצדדים להסדר **במסגרת היתר שיינתן להסדר**. כך בהיבט העקרוני.

לגופם של דברים, הצורך בבידול ומניעת הנאת חינם הם טיעונים אפשריים להצדקת הסדרי בלעדיות, אולם לא שוכנעתי כי טיעונים אלה תקפים במידה המצדיקה א-פריורי את הכבילות בהן מדובר.

יש הגיון מסוים ברצונם של הספקים לבדל את מוצריהם בתקופת הזמן בה נערך המבצע. בהחלט יתכן גם שצרכנים מסוימים המגיעים לסניפי רשתות השיווק בעקבות פרסום על מבצע של ספק מסוים, יבחרו בסוף לרכוש דווקא ממוצריו של ספק מתחרה. אולם מכאן ועד למסקנה כי בהיעדר בלעדיות לא יהיה כדאי לספק לערוך את המבצע רחוקה הדרך.

במקרים רבים, מסע פרסומי יגדיל את הביקוש למוצריו של הספק המפרסם, אולם בה בעת יגדיל גם את הביקוש הכולל לאותו סוג מוצרים.⁶⁰ על מנת שספק ינקוט במהלך שיווקי אין זה הכרחי אפוא כי יהיה בידו לשלול לחלוטין כל הנאת חינם מהמתחרים. הספק יערוך מבצעים כל עוד היתרון השיווקי שהוא מפיך מן המבצע עולה על עלות המבצע. לא שוכנעתי כי קיים כשל שוק המאפשר לספקים מסוימים להיבנות לאורך זמן ממאמצי פרסום ושיווק של ספקים אחרים, באופן המפחית מאוד את התמריץ לערוך מבצעי מכירות.⁶¹

נכון להבחין בהקשר זה בין כבילה שעניינה מתן עדיפות בתצוגות בזמן מבצע ובין כבילה שעניינה הגבלת יכולתם של מתחרים להגיב בהורדת מחיר למבצע שעורך ספק. אשר לכבילה הראשונה, זו עשויה להיות מוצדקת ככל שהעדיפות הניתנת בתצוגות מוגבלת בזמן, אינה מלווה בפגיעה מופרזת באיכות התצוגה לה זוכים המוצרים המתחרים, אינה יוצרת חסימה של אפיקי שיווק מרכזיים ועומדת בכללים שהתוו בעמדת הרשות ממאי 2003 באשר לתצוגות מדף וחוף מדף. מתן בלעדיות

לתקופה מוגבלת. באותו עניין התקשרו חברות התקליטים Warner ו-Polygram בהסדר שעניינו שיווק משותף של אלבום המאחד את שלושת הטורים הידועים: קראס, דומינגו ופבארטי. לכל אחת מהחברות היו גם זכויות באלבומים קודמים שהוציאו הטורים בנפרד. החברות סיכמו שלעת שיווק של האלבום המשותף, יימנעו מפעולות של קידום מכירות, פרסום ומתן הנחות על האלבומים הקודמים של הטורים אשר בבעלותן. לטענת החברות, הגבלת יכולתן לערוך מבצעים נועדה להבטיח, כי מאמצי השיווק המשותפים יתועלו לכיוונו של האלבום המשותף ולא יזלגו חלילה לאלבומים אחרים של הטורים, שנמכרים על ידן בנפרד. טענה זו נדחתה על ידי ה-FTC. ראה Inc., FTC Docket No. 9298 (July 24, 2003). Available at: <http://www.ftc.gov/os/2003/07/polygramopinion.pdf> (Commission opinion), at p. 55. (להלן: “שלושת הטורים”)

⁵⁹ ראה Leary, לעיל הערה 36.

⁶⁰ ראה גם שלושת הטורים, לעיל הערה 58.

⁶¹ כאשר עסקינן בבלעדיות המוענקת לרשת השיווק במבצע של ספק מסוים החשש מפני הנאת חינם קלוש עוד יותר. מבצע מכירות שעורך ספק בשיתוף רשת מביא קהל לקוחות לסניפי רשת זו ורשת מתחרה, שלא נטלה חלק במאמצי שיווק אלה, אינה יכולה להיבנות ממבצע זה. אומנם, ייתכן כי הרשת תסכים להשתתף במבצע רק אם תוכל בכך לבדל עצמה

בתצוגות בזמן מבצע העומד בתנאים **מצטברים** אלה, אינו צפוי להוות יעד לנקיטת פעולות אכיפה מצד הרשות.

שונה הוא עניינה של הכבילה מן הסוג השני, זו שיש בה הגבלה על יכולתם של מתחרים (ספקים ורשתות) להגיב בהורדת מחיר למבצע שעורך ספק ברשת שיווק מסוימת. כבילה כזו אסורה על כלל ספקי המזון ורשתות השיווק והיא מקימה כאמור הסדר כובל לפי סעיפים 2 (א) ו- 2(ב)(1) לחוק.

3.8 הכתבת מחיר בידי ספק

א. עמדת הרשות מחודש מאי 2003

אחת התופעות שנחשפו בחקירת רשתות השיווק, היא התערבות של ספקים בקביעת המחיר בו יימכרו מוצריהם לצרכן (להלן גם: "**הכתבת מחיר בידי ספק**"). התערבות זו לבשה מגוון צורות: פניות בכתב ובעל פה תוך הפעלת לחץ כבד שלא להוריד מחיר לצרכן, שימוש במחירונים מומלצים על גבי מרווח מוסכם, המלצות פרטניות ועוד. כפי שהסברתי בעמדת הרשות ממאי 2003, נראה כי לחצים אלה לא נעשו בחלל ריק. אפשר בהחלט כי מקורם בהבנה המוקדמת שסטייה ממחירי מחירון מסוימים (מחירון קמעונאי) אינה לגיטימית. כך נאמר בעניין זה בעמדת הרשות הראשונית:

"חקירת רשתות השיווק חשפה פניות רבות של ספקים לרשתות שיווק, שעניין קביעת המחיר בו תמכור הרשת את מוצרי הספק לצרכן (להלן גם: "**הכתבת מחיר בידי ספק**")."

הכתבת מחיר בידי ספק לבשה מספר צורות: פניות בכתב ובעל-פה, שימוש בשיטות תמחור שנשארו השפעה מייצבת על מחיר המכירה לצרכן, שימוש במחירונים מומלצים על גבי מרווח מוסכם, בהמלצות פרטניות ועוד. התברר כי ספקים מפעילים על רשתות השיווק לחצים כבדים שלא להוריד מחיר לצרכן, גם כאשר אין לכך כל הצדקה וגם כאשר ההורדה אינה מתחת לעלות הרשת ("מחיר נטוי"). ביסוד הדברים, נראה כי לחצי הספקים לא נעשו בחלל ריק וכי מקורם בהבנה מוקדמת כי סטייה ממחירי מחירון מסוימים (מחירון קמעונאי) אינה לגיטימית.

הכתבת מחיר בידי ספק נושאת השפעה שלילית מוכחת על מצב התחרות בשוק רשתות השיווק והיא אסורה בהיותה הסדר כובל בין היתר לפי סעיף 2(ב)(1) ולפי סעיף 2(א) לחוק. מבנה השוק, אשר יוצר ממילא תמריצים ולחצים להתנהגות מתואמת, אף מצדיק יחס מחמיר כלפי פרקטיקה זו.

ב. הערות הציבור

מספר ספקים טענו בהקשר זה, כי זכותם להגביל הורדות מחירים על ידי רשתות שכן מחיר "זול מידי" עקב התחרות בין הרשתות עלול להביא לזילות המותג שבנו הספקים בדי-עמל. עוד טענו הספקים כי אם לא יינתן להם לרסן את תחרות המחירים בין המרכולים – תביא התחרות "הפרועה" (כדבריהם) להתמוטטות המתחרים הקטנים ובסופו של דבר – להתמעטות התחרות, עם זאת המרכולים הקטנים מן השוק. לבסוף, טענו הספקים כי גם כשפנו לרשתות וביקשו להעלות מחירים, לא היה זה במסגרת הסדר כובל אלא בקשות חד צדדיות שלהם, שלרוב לא נענו.

מהרשתות האחרות, אולם בידול כזה אינו יכול להיעשות על ידי כבילת ידי הרשת המתחרה מלהגיב תחרותית למבצע בהזלת מחירי מוצרי הספק, אלא לכל היותר בהתחייבות הספק לבולטות מיוחדת בסניפי הרשת המשתתפת במבצע.

ג. עמדתה הסופית של רשות ההגבלים העסקיים

הסדר בין ספק ובין רשת שיווק שעניינו קביעת המחיר שייגבה מן הצרכן עבור מוצרי הספק הוא הסדר כובל מובהק.⁶² החשש העיקרי המועלה בהקשר לפרקטיקה זו, הוא כי הכתבת מחיר אחיד על ידי הספק מביאה לביטול תחרות המחירים בין פלטפורמות המכירה השונות ובהם הקמעונאים לסוגיהם וכי יש בה לסייע בייצובו של תיאום אסור בין הספקים. ככל שריכוזיות השוק בו מדובר גדולה יותר, כך גדל החשש מפני השפעה שלילית של פרקטיקה זו על התחרות.

דיני ההגבלים העסקיים מבחינים בין **מעורבות** ספקים בהליך תמחור מוצריהם, הנעשית על דרך המלצה גרידא ובין **התערבות** ספקים בתמחור מוצריהם, שיכולה ללוש צורות רבות.

מקובל להבחין בין שלושה סוגים שונים של התערבות ספקים בהליך קביעת המחיר של מוצריהם לצרכן: **הכתבת מחיר מינימום** לצרכן, **הכתבת מחיר מקסימלי** לצרכן ושימוש **בהמלצה על מחיר** לצרכן. בכל אחד מהמקרים משתנה נקודת האיזון שבין התועלת הגלומה בפרקטיקה ובין הנזק התחרותי שעלול להיגרם מנקיטה בה.

הסדר בין ספק לרשת שיווק שעניינו קביעת מחיר מינימום שייגבה מן הצרכן עבור מוצרי הספק הינו **הסדר כובל** לפי סעיף 2(א) ו-2(ב)(1) לחוק.⁶³

להבדיל מהכתבה או הסכמה בין ספק ורשת בדבר המחיר שתגבה הרשת מהצרכן עבור מוצרי הספק, **המלצה** של ספק לקמעונאי בדבר מחיר המכירה לצרכן, אינה מקימה **כשלעצמה** הסדר כובל, אם אומנם עסקינן **בהמלצה גרידא**, שלא נלווית לה כל פעולת שמטרתה או תוצאתה היא אימוץ ההמלצה על ידי הקמעונאי. ודוק, **קו הבחנה דק** עובר בין הסדר שעניינו **המלצה** על המחיר לצרכן ובין הסדר כובל אסור שעניינו **קביעת המחיר** לצרכן. כך למשל, המלצה על מחיר לצרכן שנלווים לה צעדי מעקב ואכיפה אינה המלצה כי אם סוג של הכתבה אסורה. בדומה, אימוץ אוטומטי של מחיר מומלץ על ידי הקמעונאי מקים חשד לקיומו של הסדר כובל לקביעת מחיר לצרכן. כבעניינים אחרים, גם בעניין זה תסווג פניית הספק לקמעונאי לפי מהותה הכלכלית ולא לפי הכותרת בה בחרו הצדדים לעטות אותה.

הכתבת מחיר מקסימום לצרכן⁶⁴ על ידי ספק מהווה, לפי הפרשנות המקובלת, הסדר כובל. עם זאת, הכתבת מחיר מקסימום עשויה לשאת בכנפיה תועלות לתחרות ולצרכן ולרוב לא נשקפת ממנה סכנה ממשית לפגיעה בתחרות. הכתבת מחיר מקסימום זוכה אפוא, ככלל, להיתר מאת מערך ההגבלים העסקיים ובלבד שמדובר במחיר מרבי אמיתי, שאינו מסווה למחיר מינימום.

⁶² פסק הדין המנחה בסוגיה זו בארה"ב ניתן עוד בשנת 1911: *Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Company* 220 U.S. 373, 31 S. Ct. 376, 55 L. Ed. 502, 1911 U.S. ⁶³ ראה למשל, **הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעלי תחנות תדלוק - קביעה לפי סעיף 43(א) לחוק ההגבלים העסקיים**, 1993, **הגבלים עסקיים** 3003595, סעיף 4 לקביעה. ליחס שלילי כלפי הכתבת מחיר מינימום בידי ספק במדינות הים ראו: ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS (5th Ed. 2002) at p. 131-132 וכן R. Whish Competition Law (London, 5th Ed., 2003) at p. 612-614.

⁶⁴ **הכתבת מחיר מקסימום** - כאשר קיים כוח שוק במקטע הקמעונאי, יכול הספק למנוע את העלאת מחיר מוצריו מעל לרמה התחרותית, על ידי הכתבת מחיר מכירה מירבי לצרכן. אומנם קיים לעיתים חשש, כי הכתבת מחיר מקסימום עלולה לסייע בהתכנסות רשתות השיווק סביב רמת מחירים על תחרותית, אולם בשים לב לתועלת שבפרקטיקה זו נכון יהיה, ככלל, להתיר נקיטה בה ולייחד התערבות בה למקרים חריגים.

בהתאם לאמור כללתי בעמדת הרשות ממאי 2003, בגדרי ההתנהגות הלגיטימית, הכתבת מחיר מקסימום ושימוש במחירון מומלץ בעת החדרתם לשוק של מוצרים חדשים.⁶⁵ נקיטה בפרקטיקות אלה, כמו גם מתן המלצה גרידא לקמעונאי בדבר מחיר המכירה לצרכן, לא יקימו ככלל כל חשש תחרותי וממילא לא תידרש כל פעולת אכיפה להפסקתן.

מנגד, עמדתי הסופית היא כי קביעת מחיר מינימום לרשת מהווה הסדר כובל והיא אסורה בתכלית. בהתאם, פניות לרשת כי תעלה את מחירי מוצרי הספק אצלה, בין שמקורן בטענות רשתות מתחרות כי "המחירים זולים מידי" (שאז הופך הספק לציר מרכזי בהסדר אופקי של תיאום מחירים), ובין שמקורן בטענת הספק לפגיעה במותגיו – היא נסיון אסור להסדר כובל.

הכתבת מחיר מינימום ופרקטיקת Loss Leader

ספקים רבים טענו כי קיימת נחיצות רבה בקיומו של היתר להכתבת מחיר מינימום למניעת שימוש בפרקטיקה של Loss Leader. מכירת מוצרים כ-Loss Leaders (להלן: "Loss Leader") היא טכניקה שיווקית מקובלת בענף הקמעונאות המודרנית, במסגרתה מוכרים קמעונאים מוצרים בעלי נפח מכירות גבוה במחיר נמוך כדי הפסד, במטרה למשוך לקוחות לסניף ולהגדיל את תנועת הלקוחות. הנחת המוצא של הקמעונאי היא שלקוח שיגיע לרשת לרכוש את המוצר המוזל, ירכוש באותה הזדמנות מוצרים נוספים ובמאזן הכולל תרוויח הרשת מן המהלך. ספקים רבים טענו בפני, כי נוהג זה מסב נזקים כבדים לערכם של המותגים שבבעלותם וגובל בהטעיית הצרכן. לתמיכה בטענתם הפנו לחקיקה האוסרת על פרקטיקה זו במספר מדינות בארה"ב, כמו גם להחלטה שהתקבלה בעניין זה בגרמניה. אינני נכון לקבל טענות אלה. להלן נימוקיי.

מחירים נמוכים הם אחד מתוצריה המבורכים של התחרות החופשית ולפיכך אינם מעוררים בדרך כלל כל קושי באספקלריית דיני ההגבלים העסקיים. דיני ההגבלים העסקיים מונעים נקיטה במחירים נמוכים רק במקרה אחד: כאשר פירמה בעלת כוח שוק מוכרת את מוצריה במחיר הפסד, כחלק מאסטרטגיה שתכליתה או למצער תוצאתה המסתברת היא דחיקת המתחרים וביצור כוח השוק הנתון לה. במקרה כזה, שכרו של הצרכן בטווח הקצר יוצא בהפסדו עם חיסולה של התחרות והעלאת המחיר על ידי הספק המונופוליסטי. דיני ההגבלים מתערבים אפוא משום שהתמחור הטורפני יוצר **בעיה תחרותית מסוג של כוח שוק**.

מנגד, נקיטה בפרקטיקה של Loss Leader אינה צפויה בדרך כלל להביא לדחיקת מתחרים ושימור כוח שוק (שאחרת תטופל כהתנהגות טורפנית) ותכליתה להשיא את רווחי הפירמה שלא על דרך חיסול התחרות. פרקטיקה זו עלולה, לכל היותר, ליצור בעיה שמקורה בפערי מידע בין המוכר לקונה. **תמחור טורפני יוצר בעיה תחרותית ודינו להיבחן מבעד לעדשת דיני התחרות, בעוד שטכניקת Loss**

⁶⁵ **מחיר מומלץ** - ספק עשוי להמליץ לקמעונאי לגבות עבור מכירת מוצריו מחיר מסוים, כדי ליידע אותו על האופן בו הוא מבקש למצב את מוצריו. במקרים רבים, היכרותו של הספק עם המוצר, העדפות הצרכנים והסביבה התחרותית בה הוא פועל, מקנה לו עדיפות על הקמעונאי בזיהוי של המחיר האופטימלי בו יש למכור את המוצר. שימוש במחיר מומלץ מאפשר לספק לחלוק מידע זה עם הקמעונאי. בנוסף, מחיר מומלץ המצוי בידיעת הצרכן, עשוי להקשות על קמעונאים המבקשים לגבות מחיר גבוה מהרף המומלץ.

Leader עלולה ליצור במקרים מסוימים בעיה צרכנית ודינה להתברר מבעד לעדשת דיני הגנת הצרכן.⁶⁶

אינני מתעלם מכך ששימוש מתמשך וקיצוני ב-Loss Leader עלול להסב נזק למותג, במיוחד בתחומים בהם יש חשיבות רבה למיצוב עילי. במקרים אלה, כאשר מוכח נזק משמעותי למותג, אין לשלול את האפשרות שמערך ההגבלים העסקיים יתיר לספק פעולה נקודתית למניעת הפגיעה במותג, באמצעות הכתבת מחיר מינימום או סירוב לסחור עם הקמעונאי המוזל. אולם, מהיתר נקודתי ועד להיתר גורף מראש להכתבת מחיר מינימום או לשלילה מוחלטת של Loss Leader רבה הדרך. גישה מאוזנת ביחס לפרקטיקת Loss Leader נקוטה גם במדינות הים. בדיון הפדרלי האמריקאי אין כל איסור על מכירת מוצרים במחיר הפסד כל עוד לא מדובר בתמחור טורפני.⁶⁷ בחלק מהמדינות קיימת אומנם חקיקה האוסרת על מכירה מתחת למחירי עלות, אולם חקיקה זו זכתה לביקורת בטענה שנועדה להגן על מתחרים יותר מאשר על התחרות.⁶⁸ אין זה דגם ראוי לחיקוי.

ואומנם, באנגליה בוטלה הוראת חוק שאפשרה בעבר הכתבת מחיר מינימום לצורך מניעת שימוש ב-Loss Leader.⁶⁹ נציבות התחרות האנגלית, שבחנה את השימוש בפרקטיקה זו על ידי רשתות השיווק, אף בחרה שלא להתערב בה.⁷⁰ כך פעלה גם נציבות התחרות בקנדה.⁷¹ ביטוי ממצה לגישה הרווחת כיום במדינות המתקדמות מצוי בדו"ח של הארגון לשיתוף פעולה בינלאומי, ה-OECD וכך נכתב שם:

"In Sum, loss-leading prohibitions may offer very little protection to either manufacturers or smaller, specialized retailers, but they may well harm competition"⁷²

כאמור גם דעתנו זהה.

⁶⁶ הגברת השקיפות וצמצום פערי המידע בין ספקי מוצרים ושירותים ובין ציבור הצרכנים הם יעדים מרכזיים של דיני הגנת הצרכן.

⁶⁷ פסק הדין המנחה בסוגיה זו הוא, *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 113 S. Ct. , 2578, 2588 (1993).

⁶⁸ ראה P. Cruz, *Trade Relations in the Product Market: Retailing, Distribution, and Antitrust Considerations*, פורסם ב- www.kellerandheckman.com

⁶⁹ *The Competition Act 1998 Law And Practice*, לעיל הערה 56, בע' 73.

⁷⁰ Competition Commission, *Supermarkets – A report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom, Vol I* (2000) (להלן: "הדו"ח האנגלי"), ע' 146.

⁷¹ Competition Bureau, *Interpretation Bulletin: The Abuse of Dominance Provisions (Sections 78 and 79 of the competition act) as Applied to the Canadian Grocery Sector*, November 2002, at p. 12.

⁷² OECD Paper on *Buying Power of Multiproduct retailers*, 1999, DAF/CLP(99)21 at p.36. (להלן: "דו"ח ה-OECD")

3.9 חיובים בגין תחרות מקומית

א. עמדת הרשות מחודש מאי 2003

דיני ההגבלים העסקיים מבקשים בראש ובראשונה לקדם ולאפשר את התחרות "לגופו של עניין" (On The Merits). רק בסוג כזה של תחרות פועלים השווקים את פעולתם ומושגים פירותיה של התחרות: הגדלת רווחת הצרכן, שיפור היעילות הכלכלית, עידוד החדשנות והיוזמה ועוד. רבות הן הדרכים בהן ניתן להסיט את התחרות ממסלולה התקין.

ואומנם, החקירה שערכה רשות ההגבלים העסקיים חשפה ניסיון של רשתות השיווק הגדולות לרתום לעזרתן את ספקי המזון, בניסיון להגן על עצמן מפני תחרות מחירים שבאה מצד רשתות שיווק וקמעונאים פרטיים מתחרים. החקירה לימדה, כי כאשר רשת שיווק גדולה מגלה שבסמיכות גיאוגרפית מוכרת רשת מתחרה מוצר מסוים במחיר זול יותר, היא מורידה, ככלל, את מחיר המכירה של המוצר כדי לתת מענה לתחרות המקומית ומחייבת את הספק בהפרש (כולו או מרביתו) תוך יידועו על מקור התחרות בעטיו הושת עליו חיוב זה. חיובו של הספק בגין התחרות המקומית נפסק, ככלל, רק לאחר שהרשת השתכנעה כי "בעיית" התחרות המקומית נפתרה.

חיוב הספק בגין תחרות מקומית מקים לו תמריץ מובהק למנוע תחרות מחירים בין רשתות השיווק במוצריהם. לכן קבעתי שהשימוש בפרקטיקה זו הוא פסול. בהתאם, פניתי בזמן אמת לרשתות והוריתי להן לחדול לחלוטין מנוהג זה, היוצר סוג של "הענשה" על תחרות מחירים:

"מחקירת רשתות השיווק התברר, כי כאשר רשת שיווק גדולה מגלה שבסמיכות גיאוגרפית, מוכרת רשת מתחרה מוצר מסוים במחיר זול יותר, היא מורידה, ככלל, את מחיר המכירה של המוצר כדי לתת מענה לתחרות המקומית ומחייבת את הספק בהפרש (כולו או מרביתו) תוך יידועו על מקור התחרות בעטיו הושת עליו חיוב זה. יש שהרשת מעניקה לספק שהות קצרה לדאוג לריסונה של התחרות המקומית, עובר להטלת החיוב ולעתים מזדקז הספק ומבטיח לרשת "לטפל בנושא" טרם חיובו. בנסיבות אלה, נכון לאסור על השתת חיובים מסוג זה, אשר תוצאתה ביצירת תמריץ מוגבר לספק להתערב להעלאת מחירי המכירה ברשת מתחרה, ולהביא להפחתת תחרות המחירים."

ב. הערות הציבור ועמדתה הסופית של רשות ההגבלים העסקיים

בהתייחס לעמדת, טענו רשתות השיווק כי חיובים בגין תחרות מקומית הם נדבך לגיטימי של יחסי המסחר בין לבין הספקים, בו אל לממונה להתערב. לדידן, יש לאפשר להן להשיג את המחיר הנמוך ביותר האפשרי עבור המוצרים שהן רוכשות מהספקים. למצער נתבקשתי "להבהיר", כי האיסור על חיובים בגין תחרות אינו שולל התקשרות ב- "הסדרי לקוח מועדף". ברם, לאחר בדיקה שערכנו, איני סבור כי ניתן לקבל את טענות רשתות השיווק.

שיטה של הטלת חיובים על ספקים בגין קיומה של תחרות מחירים במוצריהם יוצרת לספקי המזון תמריץ מובהק לדכא את תחרות המחירים בין רשתות השיווק במוצריהם וככזו אין היא אלא לחץ פסול. השפעותיה של פרקטיקה זו אינן מתוחמות ליחסים החוזיים שבין הספק לרשת, אלא נושאות השלכה ברורה על התחרות וממילא מהוות נושא להתערבות הרשות המופקדת על הגנת התחרות. תחת שיטת הקנסות בה נקטו רשתות השיווק התגבשה הבנה בין לבין הספקים, לפיה לתחרות מחירים במוצרי הספק יש תו מחיר והספק יישא בו, אלא אם יגביל בעצמו את רמת התחרות המקומית (למשל, על ידי התערבות בקביעת המחיר לצרכן אצל הקמעונאי המתחרה).

פירמה הפועלת בתנאי תחרות מצויה תחת לחץ מתמיד להתייעל. ברם, פנייה של רשת שיווק לספקים שתוצאתה פעולת הספקים לשינוי מחירי המכירה לצרכן ברשת מתחרה או אצל קמעונאי מתחרה אחר – היא פסולה ואסורה בין שהיא נעשית על דרך של הרעת תנאי האספקה לרשת או לקמעונאי המתחרים ובין שהיא נעשית על דרך של פניה ישירה של הספק לרשת או לקמעונאי המתחרה על מנת שאלה יעלו את מחירי המכירה אצלם. פסלות פעולות אלה נובעת מכך שמדובר למעשה בפעולה לתיאום מחירים בין מתחרים הנעשית באמצעות צד שלישי – הוא הספק. דרישה של הרשת מספק לקבל הנחות והטבות נוספות מותרת היא. לא כך התערבות הרשת (גם אם היא נעשית בעקיפין) בתנאים בהם ימכור **קמעונאי אחר** את מוצריו לצרכן.

הבנה זו שבין רשתות השיווק לספקי המזון, שעניינה הגבלת המחיר בו ימכור קמעונאי מתחרה את מוצרי הספק היא הסדר כובל, בין היתר לפי סעיף 2(א) ו-2(ב)(1) לחוק. נקיטה בפרקטיקה זו אסורה על כלל רשתות השיווק. זכותן של רשתות השיווק לדרוש מספקיהן את תנאי המסחר הטובים ביותר שהם יכולים להציע להן, אולם **אין הרשתות רשאיות לקשור דרישה זו עם התנאים שיקבלו מרכולים מתחרים מאותם ספקים**.⁷³ ודאי שאין הרשתות יכולות להתערב (גם אם בעקיפין) במחיר שבו ימכור **קמעונאי אחר** את מוצרי הספק **לצרכן**. אסור לספקים ורשתות להגיע לכלל הבנה שתוצאתה היא ריסון תחרות המחירים בינן לבין מתחריהן, בין שמקורה של הבנה זו בחיובים המושתים על הספק בגין תחרות מקומית, בין שמקורה באיום על הספק כי יפסק הסחר עמו ובין שמקורה באמצעי לחץ אחרים.⁷⁴ חיובים בגין תחרות הם הסדר היוצר למעשה הענשה בגין תחרות מחירים ובנסיבות אלה מהווה הדבר הסדר כובל מובהק.

3.10 חילופי מידע

א. עמדת הרשות מחודש מאי 2003

זרימה מלאה של אינפורמציה היא אחד התנאים לקיומו של שוק משוכלל. לחילופי מידע, גם בין מתחרים, יש היבטים יעילים ומקדמי תחרות. יחד עם זאת, העברת מידע בין מתחרים עלולה לסייע לגיבושה וייצובה של התנהגות מתואמת בשוק ריכוזי וממועט מתחרים ואף לשיטור ופיקוח על קיומו של קרטל. עמדתי על כך עוד לעת הוצאת עמדת הרשות, במאי 2003:

"חילופי מידע בין מתחרים, בייחוד כאשר הם נעשים באופן שיטתי וכוללים מידע עדכני יחסית, עלולים לשמש, פעמים רבות, לפגיעה בתחרות. חשש זה נבחן על פי נסיבות העניין ונשקל כנגד התועלות וההצדקות האפשריות להעברת המידע.... חילופי מידע אלה עלולים ליצור האחדה בין הרשתות בעניינים מהותיים המסורים לתחרות וככאלה – יש להיזהר בהם מאד, על רקע הנסיבות השוררות כיום בשוק. אי לכך נדרשת בחינה פרטנית של הסדרי העברות מידע על מתחרים, באמצעות הרשתות או באמצעות הספקים".

ב. הערות הציבור

⁷³ מדובר בגרסה פסולה של "הסדר לקוח מועדף" שהוא עצמו הסדר כובל. להסדרי לקוח מועדף כהסדרים כובלים ראה גם **עניין אהליץ יעקב**, לעיל הערה 23, פסקאות 38-40 וכן **פילסבורי ישראל בע"מ**, **אומני תעשיות פיצה בע"מ** - פטור על-פי סעיף 14 מאישור בית הדין להסדר כובל; 1998, **הגבלים עסקיים** 3001695 (להלן: "עניין פילסבורי"). בעניין **אקסטל**, לעיל הערה 14 עלתה השאלה אם הסדר לקוח מועדף הנו הסדר כובל ובעניין זה נחלקו הדעות, ללא הכרעה.

הערות רבות נתקבלו ביחס לסוגייה זו. רבים העירו כי חילופי מידע משכללים את פעולת השוק וכי אין בהם משום הפרה של הוראות החוק. טענות אחרות שהועלו היו, כי מרבית המידע המוחלף ניתן להשגה בנקל או שהוא פומבי, כי מדובר במידע חיוני לצורך ניהול משא ומתן בין הרשת לספק וכי ניתן להפיג את החשש התחרותי על ידי קביעת תנאים מתאימים. בדיקת הטענות העלתה כי יש ממש בדברים וכי התייחסותנו היתה מחמירה מידי בהקשר זה.

ג. עמדתה הסופית של רשות ההגבלים העסקיים

סיווגם המשפטי של חילופי מידע בין מתחרים נקבע בכל מקרה לגופו, בהתאם למכלול הנסיבות הספציפיות הרלבנטיות: יש שחילופי מידע הם לגיטימיים, חוקיים ואף פרו תחרותיים ויש שחילופי מידע מקימים סכנה של ממש לתחרות. לעיתים יהיו חילופי מידע אינדיקציה לקיומו של הסדר כובל, לעיתים ישמשו גורם מסייע ביצירתו ולעיתים יהוו את ליבת ההסדר הכובל עצמו.⁷⁵

בשים לב למצב התחרות הלקוי שזוהה בענף רשתות השיווק, קיומם של חסמי תחרות ונטייתם של המתחרים בענף להתנהגות מתואמת, ראיתי לנכון לנהוג זהירות בנוגע לחילופי מידע בענף, שכן בכוחם של אלה לבסס ולייצב שיווי משקל על תחרותי. לפיכך, כללתי מספר הוראות מגבילות בכללי ההתנהגות שפרסמתי, כאמצעי זהירות מפני הפרה של הוראות החוק בהיבט זה.

לאחר שעיינתי ולמדתי את ההערות מן הציבור, באתי לכלל מסקנה כי כללי ההתנהגות שהוצעו נושאים השפעה מצננת מדי על חילופי מידע בענף. נוכחתי כי כל עוד העברת המידע נעשית בצורה שקופה ושוויונית ואינה מקנה יתרון למתחרה אחד על פני רעהו, אין צורך לקבוע מגבלות מיוחדות על חילופי מידע בין רשתות שיווק וספקים, מעבר לאלה המתחייבות ממילא מן הדין.

4. הערות הספקים – המותג הפרטי וכוחנות הרשתות

4.1 "היעדר התייחסות" להתנהגות כוחנית מצד הרשתות

ספקים רבים טענו כי עמדת הרשות הראשונית חסרה התייחסות להתנהגותן הכוחנית של רשתות השיווק, בפרט בכל הקשור להטלת חיובים רטרואקטיביים על הספקים. בהקשר זה הפנו מספר גורמים לקוד התנהגות שפרסמה נציבות התחרות באנגליה, בו הוטלו מגבלות על רשתות השיווק בהיבטים דומים.⁷⁶ כן נטען כי להתנהגותן הכוחנית של רשתות השיווק השפעה תחרותית שלילית, שכן פגיעתן בספקים הקטנים רבה יותר (דבר שתורם להגברת הריכוזיות במקטע הספקים) ומשום שהיא יוצרת לכאורה חסם כניסה למקטע הספקים.

הטענות בדבר התנהגות כוחנית של רשתות השיווק הגדולות אינן חדשות. פניות להסדרה רחבה של כללי המסחר בין רשתות שיווק וספקי מזון הונחו לפתחי במהלך התקופה שקדמה לפרסום עמדת הרשות ממאי 2003. החלטתי דאז שלא להתערב בעניין זה נבעה מנימוקים אלה:

⁷⁴ חשוב להבהיר, כי אין כל חשיבות לסוג האיום מכוחו מושגת הבנה בדבר ריסון התחרות המקומית במוצרי הספק, בכל מקרה מדובר בהסדר כובל אסור.

⁷⁵ ראה גם: האיגוד הישראלי לפרסום – החלטה בעניין פטור מהסדר כובל; 1999, **הגבלים עסקיים** 3003671 וכן ראו גילוי דעת בעניין פטור לחילופי מידע הכרחיים לפתרון בעיות שנת ה- 2000 בתחום מערכות המחשוב, 1999, **הגבלים עסקיים** 3002201.

⁷⁶ **הדו"ח האנגלי, לעיל** הערה 70.

"...הממונה אינו מופקד על קביעת תנאי הסחר עבור הצדדים, גם אם אין אלה הוגנים פעמים רבות התבקשתי לעשות כן (לאסור על הרשתות להטיל עמלות חד צדדיות או חיובים אחרים), ולהתערב בתנאי ההסכמים בין הצדדים או בפעילויות שאינן הוגנות, אך לא תמיד מצוי הדבר בגדר סמכויות..."

בחנתי שוב את מהלך הדברים בשוק, אך לא השתכנעתי כי יש מקום לשנות את עמדתי. לא הוצגו בפני ראיות ממשיות המלמדות כי יש בהתנהגותן הכוחנית של רשתות השיווק, כשלעצמה, היבט אנטי תחרותי מוכח ומשמעותי, המקים לממונה סמכות להתערב באופן שיש בו להכתיב את תנאי הסחר בינן לבין הספקים. רשות ההגבלים העסקיים אינה משמשת ואינה מוסמכת לשמש ערכאה כללית ליישוב סכסוכי סחר בין רשתות שיווק וספקים. אף אם הדבר היה אפשרי, הרי שהתערבות רחבה ובלתי ממוקדת ביחסי רשתות השיווק והספקים, תטיל לפתחה של רשות ההגבלים העסקיים עלויות פיקוח משמעותיות, בלי שתתלווה לכך בהכרח השפעה חיובית ממשית על התחרות.

מסקנה זו רק מתחזקת, לאור הכישלון המסתמן של רשות התחרות האנגלית בניסיונה להסדיר היבטים דומים במערך יחסי הסחר בין רשתות השיווק לספקים.⁷⁷

בשולי הדברים אעיר, כי להתנהגותן הכוחנית של רשתות השיווק עשויה להיות השפעה פרו תחרותית, שכן היא מקימה לספקים תמריץ משמעותי לעודד את התחרות בענף רשתות השיווק, על ידי הענקת תנאים מועדפים לרשתות שיווק ולסופרמרקטים שאינם נמנים על שלוש רשתות השיווק הגדולות. ואכן, ככל שחלו התפתחויות בשווקים מאז עמדת הרשות הראשונה – הרי שמדובר בעליית כוחן של רשתות פרטיות, במידה מסוימת על חשבון הרשתות הגדולות. הדבר הביא להתגברות התחרות בין המרכולים – אלה המסונפים לרשתות הגדולות ואלה "העצמאיים".

אינני מתעלם מן ההשפעה התחרותית השלילית שעשויה לנבוע מקיומו של כוח קניה בידי רשתות השיווק. בעבר כבר שיגרתי אזהרה ברורה לרשתות השיווק לבל ינצלו את כוחן לסיכול תחרות המחירים במקטע רשתות השיווק. בנוסף, כוח הקניה שבידי רשתות השיווק היה ועודנו שיקול חשוב בבדיקת מיזוגים בענף רשתות השיווק, שכן דיני המיזוגים אינם מבחינים בין מיזוג היוצר כוח מונופוליסטי ובין מיזוג היוצר כוח מונופסוני.

4.2 הערות הספקים – המותג הפרטי

כפי שהוסבר בעבר, המותג הפרטי הוא מוצר המשווק תחת מותג שבבעלות הרשת ולרוב שולטת הרשת בפרמטרים הקשורים לייצורו. בכובעה כבעלת המותג הפרטי, פועלת הרשת למעשה כמתחרה נוסף במקטע הספקים.

ספקים רבים טענו, כי שליטתן של רשתות השיווק בנעשה על המדף ובתמחור המוצרים המתחרים במותג הפרטי, מאפשרת להן לקדם את מכירות המותג הפרטי על חשבונם של המותגים המתחרים. כן נטען, כי מעמדן של רשתות השיווק כגורם קמעונאי חושף אותן למידע רב על מוצרי הספקים ועקב כך

⁷⁷ Office Of Fair Trading – **The supermarkets code of practice** (Feb 2004), Report on the review of the operation of the code of practice in the undertakings given by Tesco, Asda, Sainsbury and Safeway to the Secretary of State for Trade and Industry on 18 December 2001. OFT697 at pp. 12,24

זוכות הרשתות ליתרון תחרותי בלתי הוגן על פני הספקים המתחרים בהן. היו שטענו כי בלא התערבות, צפויה התגברות ניכרת בכוחם של המותגים הפרטיים בישראל, על חשבונם של מתחרים אחרים בקטגוריה ובעיקר אלה הקטנים והבינוניים. טענה אחרת שעלתה בהקשר זה הייתה, שהמותג הפרטי משמש כלי מיקוח נוסף בידי רשתות השיווק במשא ומתן המסחרי עם הספקים ועלול לסייע בידי רשתות השיווק להפחית את מחירי הקניה עד לרמה בה לא יהיה שווה ליצרנים להשקיע במחקר ופיתוח, קידום מכירות ועוד.

בעטיים של חששות אלה נתבקשתי להתערב "ולהסדיר" את פעילותן של רשתות השיווק בתחום המותג הפרטי. בפרט נתבקשתי לקבוע מגבלות על יכולתן של רשתות השיווק להקצות שטחי מדף מועדפים למוצרי המותג הפרטי.

בעמדת הרשות הראשונית התייחסתי לתופעת המותג הפרטי וצינתי כי :

"...לפי שעה טרם הוכח כי בעניין זה קיים כשל שוק המצדיק התערבות ונראה כי נוכחות המותג הפרטי ברשתות אינה חורגת באופן מהותי מן המקובל בעולם בתחום זה....".

אין בהערות שהתקבלו כדי לשנות את עמדתי.

כניסתן של רשתות השיווק לפעילות במקטע ההספקה באמצעות מותגים פרטיים היא תופעה כלל עולמית. ביסודה של תופעה זו, שהולכת ומתעצמת, עומדות שתי סיבות עיקריות: ראשית, שולי הרווח של רשת השיווק במכירת המותג הפרטי גבוהים בהשוואה לרווחיות הממוצעת של מותגים אחרים (בין השאר בשל ההוצאות הנמוכות למחקר ופרסום). סיבה נוספת היא שהמותג הפרטי העצים מאוד את כוח המיקוח של הרשת אל מול הספק, שכן הוא הקנה לרשת מידע על עלויות הייצור האמיתיות של המוצרים והפחית את תלותה בספקים.⁷⁸

כניסתן של רשתות השיווק למקטע ההספקה מוסיפה למקטע הספקים מתחרה בר קיימא, בעל מבנה עלויות שונה מזה של שאר הספקים בקטגוריה (בשל ההשקעות הנמוכות בפרסום). מתחרה כזה עשוי לסייע בשחיקת כוח שוק של ספקים דומיננטיים.⁷⁹ ככלל, מחירו של המותג הפרטי נמוך משמעותית ממחיר שאר המוצרים בקטגוריה. מחקרים שנערכו העלו אינדיקציות לכך כי למותג הפרטי השפעה חיובית על רמת המחירים בקטגוריה.⁸⁰ מאידך גיסא, אין להתעלם מכך ששליטתו של מתחרה על זירת התחרות בינו לבין הגורמים המתחרים עלולה להוות כר פורה גם לחששות תחרותיים. עם זאת, איני סבור כי המותג הפרטי מבטא חשש משמעותי לתחרות, לפחות לא בעת הזו.

דיני ההגבלים העסקיים מכוונים למנוע יצירה או חיזוק של כוח שוק. תסריט תחרותי לפיו ישיגו רשתות השיווק כוח שוק במוצרי המותג הפרטי, באמצעות השתלטות על המדף אינו סביר. תסריט כזה מתעלם מן הביקוש הקיים למותגים האחרים, ביקוש שהיצרנים מעצימים באמצעות פרסום,

⁷⁸ F.M. Scherer and D. Ross *Industrial Market Structure and Economic Performance* (By Houghton Mifflin Company, 3rd ed, 1990) at pp. 530-531

⁷⁹ יש הגורסים דווקא את ההיפך – כי המותג הפרטי אינו משמש בלם של ממש על הפעלת כוח שוק, אלא עוקב אחר הגורם בעל כוח השוק וחוסה תחת כנפיו. לצורך עניין זה, אין אני נדרש לחוות דעה בעניין.

מבצעי קידום מכירות ומהלכים שיווקים אחרים. יש לציין, כי בקטגוריות רבות פועלים מותגים חזקים ואף מונופוליסטיים, הנהנים מנאמנות לקוחות רבה. לא זו בלבד שהרשת אינה יכולה לסלק מותגים אלה מן המדפים, אלא שהיא זקוקה להם כדי למשוך לקוחות לסניפיה. יתרה מכך, אף אם יכלה הרשת לסלק ממדפיה את כל המוצרים המתחרים במותג הפרטי, כלל לא ברור כי בכך הייתה רוכשת כוח שוק, באשר היא חשופה עדיין לתחרות מצד המותגים הנמכרים ברשתות השיווק האחרות.

נראה כי בשלב זה הדיון הוא אקדמי בעיקרו. אף שחלף זמן ניכר מאז החלה לצבור תאוצה תופעת המותגים הפרטיים, הרי שאין בידנו ראיות להתממשות תסריט אנטי תחרותי זה במציאות. גם הטענות האחרות שהועלו ואשר אותן מניתי לעיל, אינן מצביעות על נזק תחרותי מוכח וממשי שיש בו להקים עילה להתערבות שלטונית לפי הסטנדרט המקובל בדיני התחרות. ואומנם, התערבות שלטונית להסדרת תנאי מכירתו של המותג הפרטי אינה נהוגה במדינות המערב, על אף עוצמתם היחסית הרבה של המותגים הפרטיים במדינות אלה. ביטוי ממצה לגישה הרווחת כיום במדינות המערב מצוי בדו"ח שפרסם הארגון לשיתוף פעולה כלכלי (ה-OECD):

"It follows that policies designed to reduce buyer power should certainly not rest solely or heavily on a desire to roll back private branding, especially since there may be little need to be concerned about that phenomenon"⁸¹

5. סיכום

ראשיתם של דיני ההגבלים העסקיים – בהתמודדות עם התארגנויות בוטות וקשות לדיכוי התחרות בשווקים: קרטלים חובקי ענפים, השתלטויות על שווקים על ידי רכישת עיקר המתחרים והוצאת מתחרים מן השוק באמצעים טורפניים היו במוקד המערכה של רשויות התחרות לפני למעלה ממאה שנה. בהתמדה, תוך שימוש בסמכויותיהן ובניית הרתעה בהליכים עונשיים, צעד אחר צעד, הצליחו רשויות התחרות בעולם להקטין מאוד את שכיחותו ונזקיו של הקרטל הקלאסי; הדרך ליצירתו של כוח מונופוליסטי באמצעות מיזוגים ורכישות – נחסמה; אפילו חירותם המסורתית של מונופולים לעשות שימוש בלתי מרוסן בכוחם בשוק כדי לחסום בדישו כל מתחרה – צומצמה ואינה קלה למימוש כשהייתה.

את מקומם של אלה תופסים עתה דפוסים מעודנים ומורכבים יותר של התנהגות אנטי תחרותית, המציבים אתגרים חדשים בפני המופקדים על הגנת התחרות. אכן, אך טבעי הוא כי עם חלוף העיתים והתפתחות דיני ההגבלים, אין המוטיבציה להפחתת התחרות נעלמת, אלא משתכללת גם היא: מפלסת נתיבות שטרם הכרנו, מתגבשת לנוהגים עסקיים אותם לא ידענו. אלה מתפשטים בשווקים ומציבים סכנות חדשות להמשך מהלכה של תחרות בהם. אחד האתגרים העיקריים הניצבים בפני רשויות תחרות בעת המודרנית הוא איתורם של נוהגים אלה, העלולים לשבש את התחרות בשוק ולמונעה, והפסקתם.

⁸⁰ ראו דו"ח ה-OECD, לעיל הערה 72, בע' 28. כמו כן ראו, R. Steiner, *The Nature and Benefits of National Brand/Private Label Competition*, Working Paper Presented at Annual Meeting of The American Economic Association, Atlanta, GA., Jan. 5, 2002, at pp. 16-18.

⁸¹ דו"ח ה-OECD, לעיל הערה 72, בע' 29.

דיני ההגבלים העסקיים נועדו מלכתחילה לשרוד את פגעי הזמן. שימוש בהגדרות רחבות והתמקדות במהות ולא בצורה, מקנים לדיני ההגבלים העסקיים רלבנטיות ועמידות גם בעידן של תמורות מפליגות באורחות הסחר.

תמורות כאלה פקדו את עולם הסחר הקמעונאי בעשורים האחרונים, עם עליית כוחן של רשתות השיווק על חשבונם של פורמטים קמעונאים קטנים. שטחי התצוגה של רשתות השיווק הפכו עם השנים לזירת תחרות עיקרית בענף המזון. כך נוצר סיכון חדש לתחרות בענף המזון, בדמות מארג הסדרים בין ספקים דומיננטיים לרשתות השיווק הגדולות, שתוצאתם המצטברת היא הצרת (ולעיתים אף חסימת) הגישה לצרכן בפני ספקים מתחרים.

דיני ההגבלים העסקיים חוקקו לשם מניעת מימושו של סיכון כזה לתחרות. דינים אלה לוכדים בצבת משפטית את הפרקטיקות הענפות שהוצגו לעיל ואשר הקנו, למעשה, לספקים הדומיננטיים אחיזה איתנה ויכולת ניהול של הנעשה על מדפי הרשת. כך מתחייב מלשונם של דיני ההגבלים העסקיים והעיקר – כך מצווה לנו גם תכלית דיני התחרות והגיונם. זו עמדת רשות ההגבלים העסקיים.

פרסום עמדה זו מהווה צעד חשוב, לא יחידי ולא אחרון, בדרך להדברת הסכנות האורבות לתחרות בענף המזון. החלטתי על כן, ללוות צעד זה גם בצעדים אופרטיביים אשר יבטיחו את שלטון החוק וימנעו את המשך הפגיעה בערך המוגן בו – ערך התחרות, הכל כמפורט בראש הדברים.

דרור שטרומ

הממונה על ההגבלים העסקיים

ירושלים, כ"ד טבת תשס"ה

5 ינואר, 2005