



## **החלטה בדבר אי מתן פטור מאישור הסדר כובל**

### **להסדר שבין וי.אפ. ישראל (אפארל) בע"מ לבין**

### **קמעונאים ומשווקים שונים**

#### **1. פתח דבר**

לפני בקשה למתן פטור מן החובה לקבל אישור מאת בית הדין להגבלים עסקיים לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק"), ביחס להסדר שבין וי.אפ. ישראל (אפארל) בע"מ (להלן: "וי.אפ.") לבין קמעונאים ומשווקים שונים המוכרים מוצרים המיובאים על ידה. עניינו של ההסדר בהכתבה מצד וי.אפ. של מחיר המכירה שמציעים הקמעונאים והמשווקים לצרכן.

לאחר שבחנתי את ההסדר ואת הכבילות המצויות בו, כמו גם את השפעתם האפשרית על התחרות בשוק הרלוונטי ולאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ולמיזוגים לא שוכנעתי כי ההסדר עומד בתנאים הקבועים בסעיף 14 לחוק ועל כן לא מצאתי לנכון להעניק להסדר פטור מאישור הסדר כובל על ידי בית הדין להגבלים עסקיים (להלן: "בית הדין").

#### **2. ההסדר והצדדים לו**

וי.אפ. היא חברה פרטית העוסקת בייבוא, שיווק והפצת מוצרי הלבשה והנעלה בישראל, לרבות מוצרים כאמור העומדים במוקד הבקשה שבפני ואשר שייכים למותגים "The North ; Reef" "Face" ו-"Vans" (להלן: "מוצרי וי.אפ."). מוצריה של וי.אפ. נמכרים לצרכן בשתי פלטפורמות עיקריות: האחת, מכירה בחנויות בבעלות וי.אפ. או חנויות המופעלות על ידי זכייני וי.אפ.; והשנייה, מכירה על ידי קמעונאים ומשווקים שונים העוסקים במכירת מגוון מוצרים מתחום ההלבשה וההנעלה, הרוכשים את מוצרי וי.אפ. מאת וי.אפ., במקביל לרכישת מוצרים נוספים מאת יצרנים ויבואנים אחרים (להלן: "הקמעונאים").

עניינו של ההסדר מושא הבקשה שבפני בהתקשרות בין וי.אפ. לבין הקמעונאים, במסגרתה מבקשת וי.אפ. להכתיב לקמעונאים טווח מחירי מכירה לצרכן עבור מוצריה.

### 3. השפעת ההסדר על התחרות

הסדר במסגרתו מכתוב ספק למפיץ את המחיר בו ימכור המפיץ את המוצר לצרכן או לחוליה הבאה בשרשרת האספקה הוא הסדר מסוג כבילות מחיר אנכית (המוכרת גם כ- Retail Price Maintenance - "RPM"). דיני ההגבלים העסקיים נוקטים, ככלל, בגישה שלילית כלפי כבילות הנוגעות למחיר "שיידרש, שיוצע או שישולם". כבילות אלו מהוות, בין היתר, הסדר כובל על פי החזקה הקבועה בסעיף 2(ב)(1) לחוק.<sup>1</sup>

כבילות מחיר מסוג RPM עשויה ללבוש צורות שונות, בהן קביעת מחיר קבוע (Fix), קביעת מחיר מינימאלי (להלן: "RPM מינימום") וכן קביעת מחיר מירבי (להלן: "RPM מקסימום"). דינה של תניית RPM יהא שונה בהתאם לסיווגה כקביעת מחיר קבוע, מינימאלי או אחר ובהתאם לנסיבותיו הפרטניות של המקרה.<sup>2</sup> בענייננו, וי.אף מבקשת להכתיב לקמעונאים, בין היתר, RPM מינימום, הוא הגבול התחתון בטווח המחירים הנקבע על ידה. ההסדר בו מבקשת וי.אף להתקשר עם הקמעונאים מגביל איפוא את הקמעונאים מלהוריד את המחיר מתחת למחיר מסוים.

כבילות RPM מינימום, וכמוהן גם כבילות שעניין הכתבת מחיר קבוע, נתפסות כבעלות פוטנציאל גבוה לפגיעה בתחרות. כאשר לספק מספר מפיצים, הכתבת מחיר אשר אל למפיץ לגבות מחיר נמוך ממנו פוגעת בהתפתחותה של תחרות מחירים בין המפיצים אשר יש בה כדי להיטיב עם הצרכן, והיא אף עשויה להביא לעליית המחיר לצרכן. כבילות RPM מינימום פוגעת, אם כן, בתחרות בין מפיצי המוצר, היא התחרות הפנים-מותגית. בנוסף, כבילות RPM מינימום עשויה לרכז את התחרות בין ספקים שונים לענין מחיר המוצר ובדרך זו לפגוע גם בתחרות הבין-מותגית.<sup>3</sup>

בשונה מכך, כבילה מסוג RPM מקסימום מונעת העלאת מחירים ועל כן, בדרך כלל משרתת את ציבור הצרכנים. עם זאת, לכבילה מסוג זה עשויים לעיתים להתלוות חששות תחרותיים, ובין היתר, החשש כי המחיר המקסימלי שיקבע על ידי הספק ישמש בפועל להכתבת מחיר מינימום או מחיר קבוע.<sup>4</sup> בהקשר זה יצוין, כי כבילה שעניינה הכתבת מחיר מירבי על ידי ספק עשויה לחסות תחת הפטור הקובע משטר של הערכה עצמית, על פי כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים

<sup>1</sup> החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין: Apple Sales International ופרטנר תקשורת בע"מ; Apple Sales International ופלאפון תקשורת בע"מ ו-Apple Sale International וסלקום ישראל בע"מ, 2009 הגבלים עסקיים 5001500 (להלן: "עניין אפל");

<sup>2</sup> לעניין זה ראו: דיויד גילה, האם המלצה על מחיר היא הגבל עסקי, ומדוע?; עיוני משפט לג 101-145 2010 (להלן: "גילה"). על היחס השונה בין כבילות מסוג RPM Max-Min ראו: ת"פ 1274/00 מדינת ישראל נ' מודגל, 2010 הגבלים עסקיים 5001596 (להלן: "עניין מודגל").

<sup>3</sup> Commission Notice - Guidelines on Vertical Restraints, C 310 2010 (להלן: "הנחיות הנציבות"); ת"פ 1142/01 מדינת ישראל נגד ראובן שולשטיין, 2009 הגבלים עסקיים 5001407, פס' 36; וכן ראו: עניין מודגל, לעיל; דיויד גילה ויוסי שפיגל "הסדרים אנכיים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 323, 391 (מיכל גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008) (להלן: "גילה ושפיגל").

<sup>4</sup> ראו: גילה, לעיל; גילה ושפיגל, 447. עניין אפל; החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין: דובק בע"מ ו-32 סייטונאים, 2009 הגבלים עסקיים 5001546; החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין: דנשר בע"מ, אגיס הפצה ושיווק (1989) בע"מ ודנאגיס בע"מ, 2001 הגבלים עסקיים 3010585; החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין: ביו לוג בע"מ לבין הרדוף תוצרת מזון אורגני – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ, 2003 הגבלים עסקיים 3018248; החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין: דיפלומט מפיצים (1968) בע"מ וסטארקיסט פודור בע"מ, 2006 הגבלים עסקיים 5000452.

שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות), תשע"ג-2013 (להלן: **"פטור הסוג להסדרים אנכיים"**). בפטור סוג זה נקבע כי **"כבילת מחיר"** שאינה חוסה בגדר פטור הסוג להסדרים אנכיים היא כבילה **"הנוגעת למחיר שבו יימכרו טובין בידי רוכש כלשהו, למעט כבילה המגבילה העלאה של מחיר שיימכרו בו טובין בידי רוכש כאמור"**. פטור הסוג להסדרים אנכיים חל איפוא על כבילה מסוג קביעת מחיר מירבי ולא על כבילה מסוג קביעת מחיר מינימום.

גישה דומה נקטה גם הנציבות האירופית. פטור הסוג להסדרים אנכיים שנקבע על ידי הנציבות<sup>5</sup> אינו חל על הסדרים אנכיים שעניינם הכתבת מחיר קבוע או מחיר מינימום. זאת, בשל ההנחה כי בהסדרים אלו טמון פוטנציאל אינהרנטי לפגיעה בתחרות אשר ככלל, לא ניתן להצדיקו בתועלת או יעילות הצומחת כתוצאה מן ההסדר. כפי שנכתב על ידי הנציבות לענין הסדרי מחיר מינימום:

"Where an agreement includes RPM, that agreement is presumed to restrict competition and thus to fall within Article 101(1). It also gives rise to the presumption that the agreement is unlikely to fulfil the conditions of Article 101(3), for which reason the block exemption does not apply."<sup>6</sup>

וראו בהקשר זה גם דברי המלומדים *Fall & Nickpay* ביחס להסדר שעניינו קביעת מחיר מינימום:

"...RPM implies a high potential for negative effects on competition and it is rather unlikely, in general, to result in efficiencies for consumers."<sup>7</sup>

במשפט האמריקאי, במשך שנים רבות נתפסו כבילות RPM, על כל צורותיהן, כאסורות מעיקרן *(Per se)*. עוד בתחילת המאה הקודמת קבע בית המשפט העליון בארצות הברית בפרשת *Dr. Miles*<sup>8</sup>, כי הכתבת מחיר מינימום היא אסורה מעיקרה. באופן דומה נקבע בפרשת *Albrecht*<sup>9</sup> לענין RPM מקסימום. עם חלוף הזמנים נהפכו הלכות אלו ונקבע, בתחילה לענין כבילת מחיר מקסימום ובהמשך גם לענין כבילת מחיר מינימום, כי כבילות אלו ייבחנו על ידי בתי המשפט על פי מבחני סבירות (*Rule of Reason*) ולא יהיו פסולות מעיקרן. בהתייחס להלכת *Albrecht*, ציין בית-המשפט העליון בארה"ב בפרשת *Khan*<sup>10</sup> כי החשש שהכתבת מחיר מרבי תשמש אמצעי למניעת הורדת מחירים ראוי שייבחן בהתאם לנסיבות המקרה. התפתחות דומה, חלה מאוחר יותר בסוגיית הכתבת מחיר מינימום. בפרשת *Leegin*<sup>11</sup> פסק בית המשפט העליון בארה"ב כי תיתכן הצדקה כלכלית פרו-תחרותית לכבילת מחיר מינימום ועל כן, יש לבחון כבילה מסוג זה על פי כלל הסבירות, שהחלטתו עשויה להביא למסקנה כי אין מדובר בכבילה אסורה.

<sup>5</sup> Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices. (להלן: **"פטור הסוג להסדרים אנכיים שנקבע על ידי הנציבות"**).

<sup>6</sup> הנחיות הנציבות, עמוד 70.

<sup>7</sup> Jonathan Faul & Ali Nikpay, *The EC Law of Competition* (3<sup>rd</sup> ed, 2014), p. 1392.

<sup>8</sup> *Dr. Miles Medical Co. v. Platt*, 142 Fed. 606.

<sup>9</sup> *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968).

<sup>10</sup> *State Oil Company v. Khan* 522 U.S. 3 (1997).

<sup>11</sup> *Leegin v. PSKS, inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

סיכומו של דבר, הן בדין הישראלי והן במשפט האירופאי הוכר הסדר הכתבת מחיר מינימום בין ספק ומפיץ כמעלה, על פניו, חשש לפגיעה בתחרות בשוק. תנאי מקדמי ליכולת לקיים הסדר זה, בנסיבות מיוחדות, הוא כי ניתן להצביע על הצדקה כלכלית לגיטימית העומדת ביסוד ההסדר. בהתאם, לשם מתן פטור מאישור בית הדין להסדר כובל מסוג RPM מינימום נדרשים טעמים כבדי משקל. ומן הכלל אל הפרט.

וי.אף טענה בפני כי הכתבת מחיר המינימום למוצריה נדרשת לשם מיצובם האיכותי של מוצריה ולשם מניעת "הנאת חינם" או "רכיבה חופשית" מצד קמעונאים על מאמצי הפרסום וקידום המכירות שמשקיעה וי.אף במוצרים.

באשר לטענה בדבר מיצוב המוצרים באמצעות מחירם, הרי שעל פני הדברים, המחיר הסיטונאי שקובע ספק עבור מוצריו משפיע על מחירם הסופי לצרכן ועל כן, ככל שמעוניינת וי.אף במיצוב מוצריה באמצעות תמחור, ברשותה הכלים לעשות כן, בכפוף לכל דין, מבלי שתהא צד להסדר כובל אשר על הבעייתיות הגלומה בו עמדנו לעיל. מסיבות דומות יש לדחות גם את הטענה בדבר מניעת "רכיבה חופשית" על השקעותיה של וי.אף בפרסום המוצרים. בעיית "הרוכב החופשי" מתעוררת כאשר מפיץ א' "רוכב" על מאמצי השיווק של מפיץ ב', נהנה מן הגידול בביקוש למוצר כתוצאה ממאמציו של האחר ובדרך זו חוסך לעצמו עלויות. חיסכון זה מאפשר למפיץ א' להוזיל את מחיר המוצר וליהנות מעילות אסטרטגית מול מפיץ ב'.<sup>12</sup> בענייננו, מאחר ועל פי טענתה, ההשקעה בפרסום וקידום מכירת המוצרים נעשית על ידי וי.אף עצמה, ולא על ידי מפיצים הרוכשים ממנה את המוצרים, הרי שאין מדובר בסיטואציה בה מתקיימת בעיית "רוכב חופשי". לכך יש להוסיף כי בספרות הצביעו על כך כי השימוש בכבילת RPM מינימום ככלי למיגור בעיית "הרוכב החופשי" (במקרים בהם אכן קיים חשש שכזה) עשוי להיות בעייתי ובלתי אפקטיבי כשלעצמו.<sup>13</sup>

בנוסף, וי.אף טענה בפני כי ההסדר מושא בקשתה דרוש לשם מניעת קביעת מחיר הפסדי עבור מוצריה על ידי קמעונאים, בניסיון למשוך לקוחות לחנויות, שלא בהכרח לשם רכישת מוצריה. הפרקטיקה עליה מצביעה וי.אף ידועה בשם "*Loss Leader*" ובמסגרתה מוכרים קמעונאים מוצרים בעלי נפח מכירות גבוה במחיר נמוך עד כדי הפסדי, במטרה למשוך לקוחות לבית העסק.<sup>14</sup> עם זאת, לא הובאו בפני ראיות המבססות נזק כלשהו למותגים הנמכרים על ידי וי.אף כתוצאה מנקיטה בפרקטיקת *Loss Leader*, באופן שעשוי היה להצדיק מתן הפטור המבוקש.<sup>15</sup>

במאמר מוסגר יוער, כי, טענת וי.אף בדבר האפשרות כי קמעונאים יעשו שימוש במוצריה כמוצרי *Loss Leader* עשויה להצביע לכאורה על כוחם של מוצרים אלו בשווקי המוצר הרלוונטיים,

<sup>12</sup> גילה ושפיגל, 364.

<sup>13</sup> Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, Antitrust Law §§ 1631 Vol. VIII (2nd ed.) 2003

(להלן: "*Areeda & Hovenkamp*")

<sup>14</sup> ראו: עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין הסדרי סחר בין ספקים ורשתות קמעונאיות 2005, הגבלים עסקיים 5000007 ; גילה ושפיגל, 442; עדי אייל, המעגל לעולם חוזר: האם "הכלכלה החדשה תדרוש פתרונות ישנים בפיקוח על התקשורת הסלולרית?", מחקרי משפט, 629, 649.

<sup>15</sup> השוו לפסק דינו של בית הדין להגבלים עסקיים בת"פ 1142/01 מדינת ישראל נ' שולשטיין, 2009 הגבלים עסקיים 5001407, שם נקבע: "סעיף 2 נכתב לאור חשש גדול של טמבור שהרשתות יהפכו את מוצרי טמבור ל"לוס לידרים" (מובילי הפסד) וימכרו אותם במחירים יותר נמוכים מהמחירים בהם הטמבוריות קונות (פרי' מיום 12.12.04 עמ' 50) ברם, גם אם חשש זה היה ממשי – הדרך לפתורנו אינה בעשיית הסדר כובל".

באופן המעלה את החשש מפני השלכותיו האנטי תחרותיות של הסדר כבילת מחיר רחבה וארוכת טווח בנוגע למוצרים אלו.

הנה כי כן, לאחר בחינת מכלול השיקולים שפורטו לעיל, לא שוכנעתי כי ההסדר שבפניי אינו מגביל את התחרות בחלק ניכר מהשוק או שאינו פוגע פגיעה של ממש בתחרות בשוק וכי עיקרו אינו בהפחתת התחרות או במניעתה. לפיכך, לא מצאתי כי יש לפטור את ההסדר מן החובה לקבל את אישור בית הדין.

#### **4. סוף דבר**

לאור האמור לעיל, הגעתי לכלל מסקנה כי ההסדר שלפני אינו עומד באמות המידה הקבועות בסעיף 14 לחוק. מטעם זה אין ההסדר ראוי לפטור, ולמבקשים עומדת האפשרות לפנות לבית הדין בבקשה לקבלת אישור להסדר, אם ברצונם לקיימו.

פרופ' דיויד גילה

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, י"ד באלול תשע"ד

9 בספטמבר 2014