

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

מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר שצדדים לו

ביו-לוג בע"מ והרדוף תוצרת מזון אורגני - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ

1. פתח דבר

ביום 25.2.2003 הוגשה בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים") להסכם בין חברת ביו-לוג בע"מ (להלן: "ביו-לוג") וחברת הרדוף תוצרת מזון אורגני - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ (להלן: "הרדוף"). עניינו של ההסכם שבין הצדדים - הפצה בלעדית של מוצרי הרדוף בחנויות הטבע על ידי ביו-לוג. ההסכם כולל תניות המגבילות את ביו-לוג בהפצת מוצרי טבע שאינם מיוצרים או מסופקים על ידי הרדוף, כמו גם תניות המגבילות את ביו-לוג באשר למחיר המרבי שבו יימכרו מוצריה של הרדוף המופצים על ידי ביו-לוג לצדדים שלישיים.

לאחר שבחנתי את ההסדר ואת הכבילות המצויות בו, כמו גם את השפעתם האפשרית על התחרות בשוק הרלבנטי ולאחר שנועצתי בועדה לפטורים ולמיזוגים, שוכנעתי כי הכבילות אינן פוגעות פגיעה של ממש בתחרות בשוק כאמור, עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, וכי אין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו. מטעמים אלה והנימוקים שיפורטו להלן, מצאתי כי ראוי ההסדר לפטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים.

2. ההסכם

2.1 הצדדים להסכם:

הרדוף היא אגודה שיתופית חקלאית המוחזקת על ידי קיבוץ הרדוף (49%) ותנובה מרכז שיתופי לתוצרת חקלאית בע"מ (להלן: "תנובה") (51%). הרדוף מייצרת, מייבאת ומשווקת מוצרי מזון אורגני לסוגיהם השונים ובכלל זה: מוצרי מאפה וקונדיטוריה, מוצרי חלב עיזים, חלב בקר ניגר, פירות וירקות, מוצרים יבשים, מוצרים קפואים ביצים, קטניות ועוד. הרדוף היא בעלת מונופולין בשוק ייצור חלב בקר ניגר אורגני המשווק לרשתות השיווק באופן בלעדי על ידי תנובה.

ביו-לוג, חברה המוחזקת על ידי חברת גורי יבוא והפצה בע"מ (להלן: "גורי") והרדוף תוצרת מזון אורגני - אגודה שיתופית חקלאית בע"מ (להלן: "הרדוף") בחלקים שווים, עוסקת בהפצת מוצרי בריאות וטבע לחנויות טבע ברחבי הארץ.

ביו-לוג הוקמה ביום 11.2.03, בד בבד עם החתימה על ההסכם נשוא בקשת פטור זו, לצורך הפצת מוצריה של הרדוף לחנויות הטבע, תוך שימוש בניסיון ובידע המקצועי של גורי בתחום ההפצה.

2.2 תיאור ההסכם והכבילות

ההסכם בין הרדוף לביו-לוג מעביר לאחרונה את הזכות להפצה בלעדית של מוצריה של הרדוף לחנויות הטבע (להלן: "הסכם ההפצה"). בכלל זאת, מוצרי המזון והצריכה האורגניים ו/או הטבעיים אשר מיוצרים על ידי הרדוף או מיובאים על ידה (להלן: "המוצרים").

בהסכם מועברת לחברת ביו-לוג זכות ההפצה הבלעדית של המוצרים לחנויות טבע. ביו-לוג מצידה מתחייבת שלא להפיץ את המוצרים אלא לחנויות הטבע, וכן שלא להפיץ כלל סוגים מסוימים של מוצרי טבע ובריאות שלא סופקו לה על ידי הרדוף. בנוסף, הצדדים הסכימו ביניהם על המחיר שבו תמכור ביו-לוג את המוצרים לצדדים שלישיים. לגבי דרך המכירה, נקבע כי מכירת מוצרי הרדוף, למעט מוצרי חלב ניגר ולחם לסוגיו השונים, תיעשה בתנאי מישגור (קונסיגנציה) לצורך מכירתם על ידי ביו-לוג לצדדים שלישיים. מוצרים אלה שיימסרו לביו-לוג, יישארו בבעלות הרדוף עד למכירתם לגורם שלישי.

תקופת ההסכם הינה שנתיים, כאשר בתום תקופה זו יחודש ההסכם אוטומטית לתקופה של שלוש שנים נוספות.

3. השפעת ההסכם על התחרות

3.1 הפצה בלעדית

הרדוף מעניקה לביו-לוג את הזכות הבלעדית למכור ולהפיץ לחנויות טבע את מוצריה. ביו-לוג מתחייבת שלא להפיץ או למכור את מוצרי הרדוף שיסופקו או יימכרו לה, אלא לחנויות טבע, שלא להפיץ לחנויות הטבע מוצרי פירות וירקות טריים אורגניים שאינם מתוצרתה של הרדוף או שלא סופקו לה על ידי הרדוף, וכן שלא להפיץ מוצרי סויה טבעית ואורגנית ולחם טרי על סוגיו שלא מתוצרת הרדוף, אלא לאחר קבלת אישור מראש מאת הרדוף לעשות כן.

הסכם ההפצה של מוצרי הרדוף ורכישתם על ידי ביו-לוג מתייחס לשוק הפצת מוצרי טבע ובריאות בחנויות טבע (בשונה מרשתות השיווק, המכולות ורשתות הפארם).

החשש התחרותי הנובע מהסכמי הפצה בלעדית הוא סגירת ערוצי שיווק בפני מתחרים אחרים בשוק, ואולם, בתחום שיווק והפצת מוצרים מסוג זה לחנויות טבע פועלים יצרנים ומפיצים רבים, אשר היקף פעילותם בתחום שונה בהתאם לגודלם ולקשת המוצרים שהם מציעים. בשל כך, אין הסכם ההפצה שלפנינו פוגע ביכולתם של יצרני מזון בריאות וטבע אחרים להפיץ את מוצריהם, באמצעות מפיצים אחרים, לחנויות טבע. בנוסף, בהיות ביו-לוג חברת חדשה שתכלית הקמתה הינה הפצת מוצרי הרדוף לחנויות הטבע, אין עסקינן בהוצאתו של מפיץ מתחרה הפועל כבר בשוק לצורך הפצתם הבלעדית של מוצרי הטבע המיוצרים על ידי הרדוף. בענייננו, מדובר בכניסתו של מתחרה חדש לשוק ההפצה של מוצרי טבע לחנויות טבע אשר נוסף על המתחרים הפועלים בו כעת. יתר על כן, בשוק אליו מתייחס ההסכם לא נמצאו חסמים משמעותיים המונעים מגורמים אחרים להיכנס לשוק ולפעול בו, בין היתר מכיוון שנמצא שככלל, אין בהפצת מוצרי טבע ובריאות לחנויות טבע מאפיין ייחודי המבחין אותם מהפצת מוצרים לקמעונאי מזון אחרים.

בשל קיומם של יצרנים ומפיצים נוספים הפועלים בשוק, במקביל לביו-לוג ולהרדוף, ההסכם הנדון ובעקבותיו פעילותה של ביו-לוג בשוק הפצת מוצרי טבע ובריאות לחנויות טבע, אינו מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות.

3.2 תניית מחיר מכירה מרבי במוצרים הנמכרים בתנאי קונסיגנציה - כלל מוצרי הרדוף להוציא מוצרי חלב ניגר ולחם על סוגיו

בעסקת קונסיגנציה, בניגוד לעסקת מכר¹, המשווק אינו רוכש את הסחורה מן היצרן, כך שהבעלות (והסיכון) על המוצר נשארת בידי היצרן עד למכירת המוצר (במקרה שלפנינו עד למכירתו על ידי המפיצה - לקמעונאי). בשל כך, ברור עניינו של היצרן בפיקוח על המחיר שיגבה המפיץ מהקמעונאים.

על פי סעיף 2(ב)(1) לחוק, כל הכתבת מחיר מרבי, לרבות בעסקת קונסיגנציה, מהווה הסדר כובל בהיותה כבילה הנוגעת למחיר, ואולם, עסקת קונסיגנציה מחייבת ניתוח זהיר יותר בשל משוואת הסיכונים המיוחדת לה, המטילה נטל עודף על היצרן אל מול המפיץ.

ביהמ"ש בארה"ב הכיר ביתרונות הטמונים בהסכמי קונסיגנציה ובחשיבותם לניהול חיי מסחר,² אך הכיר גם בכך כי הסכמי קונסיגנציה יכולים לעתים לשמש מסווה לעקיפת האיסור על הכתבת מחיר ע"י יצרנים:

“As we have said, an owner of an article may send it to a dealer who may in turn undertake to sell it only at a price determined by the owner. There is nothing illegal about that arrangement. When, however, a 'consignment' device is used to cover a vast gasoline distribution system, fixing prices through many retail outlets, the antitrust laws prevent calling the 'consignment' an agency”.³

הנה כי כן, גם בארה"ב, הסכמי קונסיגנציה ככלל, אינם מהווים חריג לכלל האוסר הכתבת מחיר ע"י יצרן למשווק וכל מקרה נבחן לגופו.

¹ בעסקת מכר, היצרן מוכר את מוצריו למשווק ובכך מעביר את הבעלות על המוצרים למשווק.

² Antitrust Law Developments, 5th ed. Vol. I p. 136-137, Areeda, Antitrust Law, 1473.

³ Simpson v. Union Oil Co. of Cal, 377 U.S. 13,17 (1964).

תנאי הכרחי לבחינת תנייה שעניינה הכתבת מחיר בהסכם קונסיגנציה יהא שעסקינן בהסדר קונסיגנציה אמיתי⁴. המרכיבים הבסיסיים המאפיינים הסכם קונסיגנציה הינם: העברת הבעלות במוצרים נעשית רק לאחר מכירתם לצדדים שלישיים, קיימת אפשרות להחזרת המוצרים ליצרן והתמורה בעד הממכר תועבר למעביר רק לאחר מכירתם על ידי הנעבר לצדדים שלישיים.

בענייננו, שורת ההסכמות בין הצדדים מבססת את המסקנה כי אכן מדובר בעסקת קונסיגנציה אמיתית, שקביעת המחיר בה היא נלווית בלבד. בנוסף, וכפי שיבואר להלן, במקרה זה, הכתבת מחיר מכירה מרבי של מוצרים על ידי הרדוף, אף בתנאי עסקת מכר רגילה, אינה מעלה חשש תחרותי.

3.3 מחיר מכירה מרבי לצדדים שלישיים בעסקת מכר רגילה

מוצרי חלב ניגר ולחם על סוגיו מתוצרת הרדוף, יימכרו על ידי ביו-לוג לצדדים שלישיים במחירים שלא יעלו על המחירים הקבועים ברשימת המחירים שתופץ על ידי הרדוף, או במחיר שיקבע באופן בלעדי על ידי הרדוף לצורך מבצעים או הנחות.

הכתבת מחיר מקסימלי עניינה בהסדרת המחיר המרבי שיגבו הסיטונאים מהקמעונאים. זוהי למעשה כבילה אנכית אשר השפעתה הישירה היא על התחרות הפנים מותגית בין מפיצי השונים של היצרן (Intra Brand Competition).

הכתבת תקרה למחיר בו ישווקו טובין לחוליה הבאה לאורך שרשרת ההפצה (RPM Maximum) מגבילה את המחיר המרבי שישולם בגין הטובין. על-פני הדברים, כבילה מסוג זה משרתת את הציבור. אולם, להכתבת מחיר מרבי נלווה חשש כי המחיר שיקבע על-ידי היצרן ישמש בפועל כאמצעי להכתבת מחיר מינימום או מחיר קבוע (RPM Minimum או RPM Fix). חשש זה עמד בבסיס החלטת בית המשפט העליון בארה"ב בפרשת *Albrecht*,⁵ משנת 1968. בית המשפט קבע כי הכתבת מחיר מקסימום אסורה ככלל, ואינה ניתנת לאישור (איסור *per-se*). הלכה למעשה, השווה בית המשפט את הסטטוס המשפטי של הכתבת מחיר מרבי לזה של הכתבת מחיר מינימום.

עם חלוף הזמנים התפתחה בפסיקת התחרות בארה"ב הבחנה בין הכתבת מחיר מינימום להכתבת מחיר מקסימום. בעוד כבילה מהסוג הראשון נותרה בגדר איסור *per-se*, הכירה הפסיקה בכך שאין הצדק תחרותי לאסור באופן גורף על הכתבת מחיר מרבי⁶. כך נפסק, כי יש

⁴ ראה החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל בין דנשר בע"מ לבין אגיס הפצה ושיווק (1989) בע"מ ובין דנאגיס בע"מ (חברה בייסוד).

⁵ *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968).

⁶ בית המשפט העליון הביע בפסק הדין *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.*, 495 U.S. 328 (1990) עמדה, אך מבלי להכריע בדבר, כי בהכתבת מחיר מרבי טמונים גם יתרונות, ואין לאסרה באופן גורף.

לבחון כבילות מסוג RPM Max - לפי כלל ההגיון (Rule of Reason), ולא לפוסלן אוטומטית.⁷ בהתייחס להלכת Albrecht, ציין בית-המשפט העליון בארה"ב בפרשת Khan כי גם החשש שהכתבת מחיר מרבי תשמש אמצעי למנוע דווקא הורדת מחירים, ראוי שתיבחן בהתאם לנסיבות כל מקרה.

בכל האמור לדין הישראלי, הכתבת מחיר מרבי אינו פסול מדעיקרא והיא ניתנת לאישור או לפטור מאישור. ההתפתחות שבדין הזר והניתוח התחרותי שעומד בבסיסה מלמדים כי הכתבת מחיר מרבי (להבדיל מהכתבת מחיר מינימום) אינה מוחזקת מראש כבעלת השפעה שלילית על התחרות בעסקים. השפעה שלילית עשויה לעלות מניתוח נסיבות המקרה והשווקים הרלבנטיים.

כבילת ביו-לוג למחירי המכירה של מוצרי הרדוף לצדדים השלישיים מהווה אמצעי לפיקוח של הרדוף על כך שמחירי מוצריה לחנויות הטבע לא יעלו על רף מסוים אשר עשוי להפחית את כמות המוצרים מתוצרתה שתימכר, ובעקבות כך את הרווח שתגרוף וזאת לא לטובת הצרכן אלא לטובת המפיץ הנהנה מבלעדיות ויכול למתוח את שולי הרווח שלו עצמו כמעט עד אין קץ.

הכבילה עוסקת במחיר בו תפיץ ביולוג את מוצרי הרדוף לקמעונאים. קביעת המחיר המרבי נעשית ביחס לחוליה אחת בשרשרת השיווק – המפיצה, ואינה נוגעת למחיר בו ימכרו הקמעונאים את מוצרי הרדוף לצרכן. משמע, הקמעונאים חופשיים לקבוע מחיר כרצונם. בכך נחה דעתי כי לא עולה כתוצאה מתניה זו חשש משמעותי לפגיעה בתחרות.

4. סוף דבר

לאחר שנועצתי בועדה לפטורים ולמיזוגים, ראיתי לנכון להשתמש בסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים ולהעניק את הפטור המבוקש להסכם שהובא לפני.

תוקפו של פטור זה הוא לחמש שנים מיום מתן החלטתי זו.

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

דרור שטרם, עו"ד

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ט"ז באב התשס"ג

19 באוגוסט 2003

⁷ בית המשפט העליון בפרשת State Oil Company v. Khan (1997) 522 U.S. 3.