



רשות ההגבלים העסקיים

עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים ביחס לנוהגים מסחריים בין ספקים דומיננטיים בתחום המזון לרשתות השיווק הגדולות

1.	פתח דבר.....	2
2.	מן הכלל אל הפרט :	3
2.1.	צד הספקים : מתן הוראות לבעלי מונופולין.....	3
2.2.	צד הרשתות : התנגדות למיזוגים ועצירת הקונסולידציה.....	4
2.3.	חקירת הרשתות והספקים : החשדות המרכזיים.....	6
2.4.	עיקרי ממצאי החקירה וממצאים טיפוסיים.....	7
2.5.	משמעויות ומסקנות אופרטיביות.....	9
3.	הוראות לעמידת הרשתות והספקים בחוק ההגבלים העסקיים	9
3.1.	דברי הסבר להוראות ההתנהגות.....	9
3.2.	סעיפים 1 ו-2 : התחייבויות לצמצום מספר ספקים ולאי- הכנסת מוצרים מתחרים	10
3.3.	סעיף 3 : רכישת שטחי תצוגה	12
3.4.	סעיפים 4 ו- 5 : ניהול קטגוריה וסדרנות.....	13
3.5.	סעיפים 6 ו- 7 : בונוסים והטבות בגין השגת יעדי מכירות.....	16
3.6.	סעיף 8 : קביעת נתחי שוק של ספקים	18
3.7.	סעיפים 9 ו-10 : מבצעים בלעדיים	19
3.8.	סעיף 11 : הכתבת מחיר בידי ספק	19
3.9.	סעיף 12 : "חיובים בגין תחרות מקומית"	21
3.10.	סעיפים 13 ו- 14 : חילופי מידע	22
3.11.	הוראות כלליות והגדרות מונחים עיקריים.....	23
4.	טענות מצד הספקים.....	23
5.	סוף דבר.....	24

1. פתח דבר

תפקידו העיקרי של הממונה על ההגבלים העסקיים הוא **הגנת התחרות** בשווקי המוצר השונים במשק – אלה המרכיבים יחדיו את מרחב המוצרים בו מבצעים הצרכנים את רכישותיהם. "הגנת התחרות" אינה סיסמא בעלמא. משמעותה, באספקלריית תפקידו של הממונה, חדה וברורה: מניעת השתלטות של אדם (או קבוצה מצומצמת של בני אדם) על החלק המכריע של מכירות הנעשות בסוג מוצר מסוים לקהל הצרכנים. השתלטות זו נעשית בעיקר על ידי הגברה משמעותית של הריכוזיות בקרב אלה העוסקים באספקת אותו סוג מוצר (על תחליפיו הקרובים) לצרכנים. היא לובשת צורות שונות ונעשית בדרכים מגוונות: סילוקם של מתחרים, דחיקתם לשוליים או חסימתם; לחילופין: תיאום עימם (מפורש או משתמע) או רכישת חלק בהם (מיזוג).

תוצאותיה של הגברה כזו של ריכוזיות, במשולב עם קיומם של חסמי כניסה, הן ידועות – כוח שוק, בידי יחיד או קבוצה, המאפשר לבעליו לגזול את פירות התחרות מהציבור: להעלות מחירים, לצמצם תפוקה, להוריד את רמת השירות וטיב המוצר, להזניח השקעות בשכלול ושיפור ולהפנות את משאבי כוח השוק לשימור כוח השוק הקיים (בידי המונופול או האוליגופול) באספקת המוצר.

ב"מרכז הבמה" שעל הגנת התחרות בה מופקד הממונה – מצויים **שווקי המוצרים הבסיסיים** להם נזקקים עיקר מניינם ובניינם של הצרכנים בישראל: לחם, חלב, בשר, מזון יבש, משקאות וכיוצא באלה מוצרי בסיס – הם שווקים נרחבים מאד מבחינת כמויות המוצר הנרכשות ובהיקף ההוצאה הלאומית בהם. פגיעה בתחרות בשווקים אלה מביאה באופן ישיר לתשלום, על ידי כלל הצרכנים בישראל, של מחירים גבוהים יותר בעד אותם מוצרים ובנוסף, לפגיעה במגוון המוצרים העומד לבחירת הצרכן. זו הסיבה לכך ששמירת התחרותיות באלה מצויה בראש **סדר העדיפויות** שקבעה רשות ההגבלים העסקיים לעצמה.

בשווקים בהם מדובר מצויים בישראל, זה שנות דור, **ספקים בעלי מעמד דומיננטי**: אספקת חלב ומוצריה, אספקת בשר ומוצריה, אספקת משקאות למיניהם (קולה שחורה ומשקאות מוגזים, בירה), אספקת קפה לסוגיו, אספקת שוקולד וקקאו, אספקת פסטה וחטיפים מלוחים, אספקת גלידות ואספקת יינות, הם חלק מהשווקים בהם קיימת מזה שנים דומיננטיות ברורה של ספק זה או אחר. בפרספקטיבה היסטורית נראה כי בחלק מן השווקים קמו לספקים הוותיקים והדומיננטיים – מתחרים, אך באותה נשימה כמעט נראה כי בחלקם נותרה הדומיננטיות, מסיבות שונות, על כנה. בחלק לא מבוטל מן המקרים התחרות הקיימת היא תחרות **אוליגופוליסטית**, בעלת עצימות נמוכה (Low Intensity), לעתים תוך חלוקת תחומים סמויה.

כבר שנים מעטות אחר הקמתה, בשנת 1994, החלה רשות ההגבלים העסקיים למקד את הזרקור לעבר הנעשה בתחום אספקת מוצרי הבסיס לצרכנים בישראל. אספקה זו בנויה משני נדבכים עיקריים: יצרנים, יבואנים ומשווקים בסיטונות של מוצרים (להלן: "**הספקים**"), וכן – פלטפורמות המכירה לצרכנים: רשתות שיווק וסופרמרקטים מזה וחנויות מכולת מזה. הגברה ניכרת של הריכוזיות בכל אחד מאלה עלולה לפגוע פגיעה קשה בכלל הצרכנים: בין שהצרכן משלם רנטה מונופוליסטית לספק המוצרים (יצרן, יבואן או משווק סיטונאי) ובין שהוא משלמה למשווק הקמעונאי (סופרמרקט) – השורה התחתונה היא שהוא נאלץ להוציא מכיסו יותר כסף עבור פחות סחורה. זהו "מס המונופולים" אותו נושא הצרכן על גבו, לעתים בלא משים ובלא

ידיעה. יהא אשר יהא מקורו, תוצאתו אחת: פגיעה קשה בצרכנים בהשוואה למצב של תחרות בין הספקים ותחרות בין פלטפורמות המכירה.¹

מתרחיש נזק זה נגזרות מטרותיה העיקריות של רשות ההגבלים העסקיים בפעולותיה בשווקים אלה:

- להגן מכל משמר על התחרות "על המדף" בין ספקי המוצרים – תחרות הניטשת על עיניהם וכיסם של הצרכנים הפוקדים את פלטפורמות המכירה השונות; וכן –
- להגן בנחרצות על התחרות בין פלטפורמות המכירה (בשווקיהן השונים) – תחרות המאפשרת הורדת מחירים וטיוב השירות מהם נהנים הצרכנים הבאים לבצע את רכישותיהם.

השבתת התחרות ועלייה משמעותית בריכוזיות באחד מנדבכים אלה (ספקים או פלטפורמות מכירה) תביא לפגיעה בכלל הצרכנים אשר לאור העובדה כי מדובר במוצרי בסיס – היקפה ותוחלתה למשק עצומים. דווקא בעיתות קשות ובזמנים קשים, בהם מצויים חלק ניכר מן הצרכנים במצוקה כלכלית ורבים הם אלה שהפרוטה בכיסם אינה מצויה בשפע, או אינה מצויה כלל – יש לעמוד על משמר הפגיעה בתחרות ביתר שאת, שכן הנהנה העיקרי מתחרות זו הוא **הציבור הרחב בכללותו** (ללא שיוך סקטוריאלי זה או אחר). מכאן החשיבות המיוחדת של הסרת חסמי התחרות בנדבכי האספקה והמכירה של מוצרים בסיסיים לציבור הרחב בישראל.

2. מן הכלל אל הפרט:

במשק הישראלי זוהתה, עוד בתחילת הדרך, נטייתם של ספקים דומיננטיים "לגייס" לעזרתם את פלטפורמות המכירה הגדולות לשם דחיקת מתחרים ומאוחר יותר – לשם יצירתם והגברתם של חסמים (Barriers) לתחרות ישירה בהם, לגופו של מוצר (On the Merits). בבעייתיות זו, הנובעת לא במעט גם ממבנה השווקים בהם מדובר, טיפלה רשות ההגבלים העסקיים במספר מישורים:

2.1 צד הספקים: מתן הוראות לבעלי מונופולין

בשנים 1997-8 ניתנו, בהתאם לסעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים, הוראות לבעלי המונופולין העיקריים במשק המספקים מוצרים בסיסיים: **תנובה**,² **עלית**,³ **החברה המרכזית למשקאות**

¹ פלטפורמת מכירה הוא כינוי כולל לכל נקודת מכירה באשר היא. מובן כי קיימת שונות מובהקת בין סוגי נקודות המכירה והן נחלקות למספר שווקים, נפרדים זה מזה. כך, בהחלטות רשויות התחרות בעולם מקובל מזה שנים כי שוק הסופרמרקטים, המשתרע על רשתות השיווק וסופרמרקטים עצמאיים גדולים, מהווה שוק נפרד מפלטפורמות מכירה אחרות שמאפייניהן שונים: חנויות מכולת, מינימרקטים, חנויות מתמחות, שווקים פתוחים וכיוצא באלה. להחלטות אלה, של בתי המשפט ורשויות התחרות בארה"ב, בריטניה, הנציבות האירופית ובישראל – ראו הדיון בהחלטת הממונה בדבר התנגדות למיזוג החברות ריבוע כחול ישראל בע"מ וירקון (פלס 2000) סיטונאות מזון בע"מ, 2001, **הגבלים עסקיים** 3012217 (ע"מ 14-18 להחלטה).

² מוני' 1/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, 1997, **הגבלים עסקיים** 3001532.

³ הוראות לבעל מונופולין – עלית תעשיות בע"מ, 1998, **הגבלים עסקיים** 3006297.

קלים,⁴ **טמפו**,⁵ **יפאורה-תבורי**,⁶ **וקבוצת שטראוס**.⁷ הפעלה זו של סמכות הממונה (לעתים בצמוד להכרזות מונופולין או בקשר אליהן) כללה מתן הוראות מיוחדות שנועדו, בין היתר, לבטל הסדרי בלעדיות שכרתו בעלי המונופול דלעיל עם נקודות מכירה שונות ולמנוע הסדרי בלעדיות כאלה לעתיד. עוד הוטלו בחלק מן המקרים איסורים על מתן הטבה כלכלית לנקודות מכירה כנגד הבטחתן לרכוש את עיקר המוצרים מסוג מסוים - מאותם בעלי מונופולין. האיסורים המרכזיים שהוחלו בהוראות אלה היו איסורים על הסכמי בלעדיות על נקודות מכירה, איסורים על "הנחות מטרה", "הנחות מטרה מצרפיות", "הסכמות קישור", התניות שונות בקשר לאספקת מוצרים או למתן הטבות, שעיקרן אי שיווק מוצרים מתחרים וכיוצא באלה הסדרי ונוהגים שתוצאתם "שריון" מעמדם הדומיננטי של ספקים לא בזכותו של מוצר טוב או זול יותר, אלא "בזכותם" של הסדרים עם פלטפורמות המכירה המכתיבים את תוצאות התחרות מראש וקובעים מה יהיה חלקו של הספק הדומיננטי, ללא קשר לשאלה מהם טעמי הצרכנים ואיזה מוצר יעדיפו הם. הסדרים כאלה מעניקים לספקים "המשוריינים" כוח כלפי הצרכן וחסינות מתחרות "לגופו של עניין" – היא התחרות עליה בא חוק ההגבלים העסקיים להגן.

כדי למנוע מעקפים של הוראות אלה על ידי עריכת שינויים סמנטיים בהסדרים שהיו קיימים אז, הוסף להוראות השונות סעיף המחיל את כל האיסורים הללו גם על כל "נקיטת צעדים בעלי השפעה זרה" לאיסורים המנויים שם.⁸ תוקף חלק מהוראות אלה חלף לא מכבר. לאור העובדה כי נוכח האמור פה מחויבת רביזיה בהן, נמנעתי מלחדשן כלשונן. אכן, נוכח שיתואר בהמשך נראה כי אין עוד די בהוראות שניתנו על ידי קודמי וכי מתחייבת הסדרה מקיפה ויסודית יותר של הנעשה בשווקים בהם קיימת דומיננטיות.

2.2. צד הרשתות: התנגדות למיזוגים ועצירת הקונסולידציה

בד בבד עם הדברים האלה הסתמנה עלייה ניכרת וברורה בכוחן של רשתות השיווק המרכזיות. מגמה זו זוהתה, בתחילת הדברים עם טובתו של הצרכן, שכן נטען לא אחת כי כוח הקנייה של הרשת הגדולה מתרגם ליכולתה לרכוש מן הספקים (ובהם הספקים הדומיננטיים) מוצרים במחיר זול יותר. בתנאי תחרות מלאה וישירה בין מספר רשתות עצמאיות ונפרדות זו מזו, יכול היה הדבר להתבטא בהורדת מחירים משמעותית לצרכן ובשחיקת חלק מן הרנטה המונופוליסטית של ספקים דומיננטיים. נקודת חולשה אמפירית וממשית בטיעון זה נמצאה כאשר נוכחה הרשות לדעת כי קיימים סופרמרקטים עצמאיים, שאינם קרבים כלל לגודלן של רשתות השיווק המובילות, אשר מכרו את המוצרים הבסיסיים לצרכן במחירים נמוכים מאלה של הרשתות הללו.

⁴ הוראות לבעל מונופולין – החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ, 1998, **הגבלים עסקיים** 3006300.

⁵ הוראות לבעל מונופולין – טמפו תעשיות בירה בע"מ, 1998, **הגבלים עסקיים** 3006301.

⁶ הוראות בהסכמה – יפאורה תבורי בע"מ, 1998, **הגבלים עסקיים** 3006302.

⁷ הוראות לבעל מונופולין – שטראוס החזקות בע"מ, 1998, **הגבלים עסקיים** 3006303.

⁸ ראו למשל סעיף 8 להוראות לחברה המרכזית וסעיף 5 להוראות לעלית.

לשם קבלת תמונה עדכנית על מצב התחרותיות בענף הוריתי, בראשית שנת 2001, על עריכת בדיקה מקיפה של הנושא בכללותו. תוצאותיה של בדיקה זו הובאו בעיקרן בהחלטתי להתנגד למיזוג שבין **חביב לרשת הריבוע הכחול**.⁹ עיקר הדברים, בהקשר הרלבנטי, יימצא באלה:

א. בשנים האחרונות חל גידול חד בהיקף המכירות הריאלי של מזון ברשתות השיווק העולה בהרבה על הגידול הריאלי בצריכת מזון במשק. כוחן של הרשתות עלה בהתמדה ובתלילות.¹⁰

ב. כוחן של הרשתות הוא דו-פני: הן אל מול הצרכנים הנדרשים יותר ויותר לשירותי הרשתות והסופרמרקטים, והן מול הספקים, שאינם יכולים להרשות לעצמם שמוצריהם ייפקדו מן המדף ברשת.¹¹ כוחן של הרשתות מול הספקים הוא ממשי וניכר.¹²

ג. בשנים האחרונות גדל הפער הקמעונאי במכירות מזון, בין המחיר בו רוכשים הקמעונאים את מוצרי המזון מן הספקים (המדביק במקור את מדד המחירים לצרכן) לבין מחירי המכירה לצרכן (העולים בקצב גבוה ממדד המחירים לצרכן).¹³

ד. פער זה, אשר הלך וגדל לאורך השנים, מהווה אינדיקציה נוספת לקיומו של כוח שוק בידי רשתות השיווק.¹⁴

כפועל יוצא מממצאים אלה החלטתי, **בחודש אוקטובר 2001**, להתנגד למיזוג, ובכך למנוע את רכישת "חביב" (סופרמרקט עצמאי גדול ומרכזי במקטע המזון של הענף) על ידי רשת "הריבוע הכחול". באופן זה הוצב תמרור אזהרה עקרוני מעל כל הגברה נוספת וממשית של הריכוזיות

⁹ התנגדות הממונה למיזוג החברות ריבוע הכחול ישראל בע"מ וירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ, 2001, **הגבלים עסקיים** 3012217. על החלטתי זו לא הוגש ערר לבית הדין להגבלים עסקיים.

¹⁰ ההחלטה בעניין **חביב**: "משקלן של רשתות שיווק המזון מתוך סך שיווק המזון בארץ נאמד כיום בלמעלה ממחצית, לעומת כשליש (34%) בשנת 1994. בין השנים 1995 ל-1999 גדל היקף המכירות הריאלי של רשתות שיווק המזון בכ-46%, ואילו סך הצריכה הפרטית של מזון גדל ריאלי בכ-8.5% בלבד; כלומר, שיווק המזון ברשתות שיווק המזון גדל בשנים אלה בכ-35% יותר מאשר גידול סך צריכת המזון."

¹¹ ההחלטה בעניין **חביב**: "העלייה המתמדת בכוחן של רשתות הענק היא דו-פנית: הגידול בכוחן אל מול הצרכנים מתבטא בכך שכיום מוכרות רשתות הענק נתח גדול ביותר מכלל מכירות המזון בישראל ובגידול בהיקף נקודות המכירה שלהן. בה בעת יש בידן כוח קנייה מוגבר כלפי הספקים של מוצרי מזון: ככל שנפח המכירות של רשתות הענק לצרכנים הולך וגדל – כן נזקקים הספקים יותר ויותר לשירותיהן. במצב זה אין ספקי מוצרי המזון יכולים להרשות לעצמם שמוצריהם לא יופיעו על מדפי אחת מרשתות הענק."

¹² ההחלטה בעניין **חביב**: "רשתות הענק נהנות מכוח קנייה רב אל מול ספקי המזון. כוח זה בא לידי ביטוי הן בתשלומים הגבוהים שמקבלות רשתות הענק מן הספקים בעבור שטחי מדף אצלן והן בשוני רב בין התנאים מהם נהנות רשתות הענק מספקי המזון, לבין התנאים בהם מתקשרים עימם סופרמרקטים עצמאיים ורשתות קטנות. כך גם ציינו אנשי הריבוע הכחול, כיתרון מרכזי של עסקת המיזוג, כי תוספת הפדיון של חביב לפדיון הרשת – תשיא את כוח הקנייה של הריבוע הכחול כלפי הספקים: "פדיון זה (של חביב – ד.ש.) יגדיל את כוח הקנייה של הרשת ומעמדה מול הספקים (בונוסים וכו')."

¹³ ההחלטה בעניין **חביב**: "כוחן של רשתות הענק להימנע מלהעביר חסכון זה בעלויותיהן אל הצרכן בולט בתקופה שלאחר הפיחות הגדול שהתרחש באוקטובר 1998: הפיחות הביא לזינוק חד הן במחירים הסיטונאיים והן במחירים לצרכן, אך כאשר המחירים הסיטונאיים ירדו לאחר מכן, לא הצטרפו אליהם המחירים לצרכן ולא חלה בהם ירידה ממשית. לא כך הם הדברים בשוק תחרותי...במסקנות אלה תומך גם דו"ח שנערך עבור משרד האוצר ורשות ההגבלים העסקיים על-ידי הכלכלן ד"ר אילן מעוז ואשר מצא כי בתקופה שנבחנה (1996-2000) לא נהנה הצרכן מן הירידה במחירי היבוא (הסיטונאי) של מוצרי מזון."

¹⁴ ההחלטה בעניין **חביב**: "רשת שיווק יכולה למנוע מן הצרכן את ההוזלה בעלויותיה (או לגבות ממנו סכום העולה על הגידול בעלויותיה) רק אם אין היא חוששת ממעבר לקוחות למתחרים אליהם יכולים הצרכנים לפנות, אם המתחרים פועלים באופן מתואם, או – אם המתחרים אינם נהנים ממחיר סיטונאי נמוך כזה של רשת השיווק ולכן אינם מסוגלים להתחרות בה על המחיר לצרכן."

בענף על דרך של רכישות ומיזוגים, תוך שמירת שיקול הדעת המתחייב לכל מקרה לגופו, לפי נסיבות העניין והקשרו.

בדיקות נוספות שנערכו העלו כי בשנת 2001 נשמר כוחן של הרשתות ואילו בשנת 2002 חלה שחיקה מתונה בפער הקמעונאי. אכן, נראה הדבר כי מאז החלה הרשות בפעולותיה בתחום ובחקירת הרשתות חלה הטבה כלשהי במאפייני התחרות במקטעים מסויימים, אולם הפער עודו קיים ועודו משמעותי מאד. ברור כי דווקא לעת הזו, עת הציבור הוא רגיש מחיר יותר, קיימת חשיבות רבה בסילוק חסמי התחרות הרבים והממשיים הרובצים לפתח, כמתואר בהמשך.

2.3 חקירת הרשתות והספקים – החשדות המרכזיים

עוד בחודש אפריל שנת 2000 הורה קודמי על פתיחתה של חקירה בחשד לעריכת הסדרים כובלים בין ספקים דומיננטיים לרשתות הגדולות ובחשד לניצול מעמד לרעה והפרת ההוראות לבעלי מונופולין, אשר ניתנו רק שנים ספורות קודם לכן.¹⁵ תלונות שונות ועיון בהסדרים שונים בין ספקים דומיננטיים לרשתות הגדולות הקימו חשש של ממש להפרת חוק ההגבלים העסקיים.

החשש המרכזי אשר עמד בתחילה ביסוד החקירה הוא כי הספקים הדומיננטיים בישראל מצאו נתיבים, באמצעות הרשתות, להפחתת התחרות בינם לבין ספקים מתחרים בקטגוריות מוצר בהן הם דומיננטיים, וכי הרשתות הגדולות משתפות עימן לעתים פעולה בהצבת חסמים לתחרות כנגד תמורה כספית מתאימה: נבחן החשד כי מתן בונוסים, מענקי 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 בפני מתחרים במועדים חשובים (חגים וכו') 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.

לחלק נרחב מן הנוהגים הפסולים אותם מניתי לעיל מצאו חוקרי הרשות אישוש וביסוס עובדתי וראייתי. נמצא כי **הסחר במוצרים במקטע רשתות השיווק הגדולות סובל מחסמי תחרות מהותיים**, חלקם בהסדרים מפורשים לחסימת תחרות, חלקם בנוהגים המושרשים מקדמת דנן.

¹⁵ החקירה נפתחה כנגד החברות הבאות: שופרסל בע"מ, ריבוע הכחול ישראל בע"מ, קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ, עלית תעשיות בע"מ, שטראוס שיווק בע"מ, תנובה מרכז שיתופי לתוצרת חקלאית בישראל בע"מ, אסם תעשיות מזון בע"מ, סנו מפעלי ברונוס בע"מ, נקניק נהריה כשר זוגלובק בע"מ, חוגלה-קימברלי בע"מ, טמפו תעשיות בירה בע"מ, יפאורה-תבורי בע"מ, אגודת הכורמים הקואופרטיבית של יקבי ראשון לציון וזכרון יעקב בע"מ, שמעון שסטוביץ בע"מ, פרי גליל שיווק (1949) בע"מ, תוצרת מזון ישראלית בע"מ, החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ.

החקירה חשפה נוהגי מסחר שונים, אשר בכוחם לפגוע בתחרות החופשית בענף רשתות השיווק ובתחרות בין ספקי המזון. נמצא, כי בהסדרים שונים בין ספקים דומיננטיים לבין רשתות השיווק הגדולות, נרתמה עוצמתן של הרשתות לבלימת תחרות אפשרית במקטע הספקים. במקביל נחשפו הסדרים בין הצדדים, בהם שימשו הספקים כלי לדיכוי התחרות, ובעיקר תחרות המחירים, בין רשתות השיווק. חוק ההגבלים העסקיים מנחה אותי לאתר נוהגים אלה, למפותם ולנטרל את השפעתם המזיקה. כך בדעתי לעשות.

2.4. עיקרי ממצאי החקירה

הנוהגים העיקריים שקיומם התברר בחקירה משפיעים הן על התחרות בין הספקים הדומיננטיים למתחריהם, והן על התחרות שבין רשתות השיווק הגדולות לרשתות הקטנות ולסופרמרקטים. לעתים ההשפעה התחרותית היא **ישירה** (מניעת הורדות מחיר, ריסון תחרות מחירים, "ענישה" על תחרות מחירים, צמצום מגוון המוצרים העומד לבחירת הצרכן); ולעתים היא **עקיפה** (פגיעה ביכולת מתחרי הספקים למכור את מוצריהם על המדף תוך תחרות ישירה בספק הדומיננטי, בין על ידי דרישה ישירה של ספק להפחתת מספר הספקים המתחרים בו ובין בעקיפין, על ידי "שריון" מראש של נתחי שוק ומדף גדולים מאד, מתן הטבות מופלגות בעד הגדלת נתחי שוק אלה, בלעדיות בתצוגות מובחרות, מניעת מבצעי מחירים מתחרים, חילופי מידע שתוחלתם ייצוב שיווי משקל אל-תחרותי). **תוצאותיהם הכוללות של נוהגים אלה פסולות הן.**

יש לזכור כי חלק מהסדרים אלה אינם יוצרים בהכרח פגיעה קשה בתחרות כאשר הקמעונאים בהם מדובר הם פלטפורמות מכירה קטנות ולא משמעותיות. כך למשל אין הדין אוסר על הסדרי בלעדיות שהנתח הנחסם בהם בפני שיווק מוצרים מתחרים הוא מיעוטו של השוק ובלבד שמקבל הבלעדיות אינו בעל מונופולין.¹⁶ אולם במקרה זה מדובר בשורה של ספקים דומיננטיים שחלקם הגדול בעלי מונופולין (רובם אף הוכרזו כך) ומאידך מדובר ברשתות שיווק גדולות מאד המשתרעות על מאות סניפים ברחבי המדינה כולה. פגיעתם של הסדרים אלה היא ענפית, ממשית ונרחבת. פגיעה זו יש למנוע. לשכמותה נועדו כוחות וסמכויות שבחוק ההגבלים העסקיים.

¹⁶ ראה כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית) התשס"א – 2001. תחולת הכללים מותנית בהתקיימות תנאים נוספים המנויים בהם.

ממצאים טיפוסיים:

- א. ספק דומיננטי הסכים לשלם לאחת הרשתות הגדולות סכום כסף בעד הוצאת מתחרה מהמדף והותרת מתחרה אחד בלבד למוצרו. 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 מוצרי הספק במספר קטגוריות בהן הוא פועל בשיעור העולה משמעותית על מחצית. ספק דומיננטי אחר אף הסכים לתת לרשת מדי שנה (במשך שנתיים רצופות) בונוס על הגדלת חלקו היחסי במכירות ברשת, בכלל המוצרים מתוצרתו, ב- 10%.
- 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 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.
- 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.
- ח. ספק דומיננטי פנה לרשת שיווק בבקשה להשוות את המחיר בו נמכר מוצר מתחרה למחיר בו נמכר מוצר המסופק על ידו. במקרה אחר, ספק הגיע להסכמה עם רשת שיווק, לפיה יוצמד מחיר מוצר המסופק על ידו למחירו של מוצר מתחרה. הסדרים אלה ודומיהם, מונעים את תחרות המחירים וגורמים לאחדות מחיריהם של מוצרים מתחרים.
- ט. מספר רב של 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 אימוהן כי אם לא יועלה המחיר אצל המתחרה – הן יקזזו סכומים דומים מהתשלומים השוטפים אותם הן צריכות לשלם לאותם ספקים.
- י. ספקים דומיננטיים מפרסמים מחירוניהם 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.

2.5. משמעויות ומסקנות אופרטיביות

ממצאי החקירה הם ברורים. ברובם מהווים נוהגים אלה הסדרים כובלים, ובחלק גדול מהמקרים מדובר בהסדרים כובלים מובהקים. חלק מן הנוהגים נחזה כניצול מעמד מונופוליסטי לרעה ובחלק מן המקרים נראה אף כי הופרו הוראות שניתנו לבעלי מונופולין.

שאלת נקיטתם של הליכים משפטיים עומדת על הפרק. במסגרתה נבחנת השפעתם בפועל של נוהגים פסולים אלה, כל אחד בנפרד, על התחרות ומצב התחרותיות בשווקים בכללותו. ברי כי אין משקלו התחרותי של נוהג אחד כאחר ואין החומרה הנודעת לזה שבוצע ונאכף כמשקלו של נוהג שלא בוצע ולא נאכף. כך למשל, ברור כי חלק מההסדרים שאותו לא עמדו בפני לחצי התחרות ועל כן לא בוצעו. הנזק שאירע בפועל עקב ההסדרים והנוהגים שאותו אינו משנה לעניין חוקיותם, אך יש לו לעתים נפקות באשר לסיווגם של ההליכים המשפטיים הנוספים שינקטו. מכל מקום, עניין זה, בו רואה אני חשיבות רבה, ילובן עתה בנפרד באופן ממוקד.

טרם הכרעה סופית בשאלה אילו הליכים יינקטו וכנגד מי ובלא קשר לסוגיה זו מוצא אני לנכון להתוות בפני השחקנים בשוק – ספקים ורשתות – את גבול המותר והיקפו של האסור באשר להסדרים ולנוהגים שאותו ונחקרו. טעמם של דברים פשוט: טרם התדיינות משפטית ומיצוי הדין ביחס לעבר – נחוץ לעשות למניעת המשכח בעתיד של ההתנהגות המזיקה על ידי הספקים והרשתות הנוגעים בדבר. הסרת נוהגים פסולים והשבת השווקים למסלול תחרותי תקין הם צו השעה. האמור פה בא להציב אפוא, **תמרוז אזהרה ברור ומוגדר** בפני הספקים הדומיננטיים והרשתות הגדולות לבל ימשיכו בנוהגים אנטי תחרותיים מעין אלה המנויים לעיל.

בד בבד ראיתי לנכון להצביע על מסלול נורמטיבי תקין בו ניתן לנהוג, באותם היבטים שנחקרו. הדברים מובאים בצורת הוראות, המגלמות את עמדת רשות ההגבלים העסקיים בדבר האסור והמותר בתחומים בהם אותה ההסדרים והנוהגים הפסולים. הדברים יעמדו לעיון הציבור לתקופה של 45 ימים מהיום. בתום תקופה זו בדעתי לפעול כדי להעניק להם תוקף מחייב על פי הדרכים הקבועות בחוק ההגבלים העסקיים. במקביל ובנפרד אדרש לשאלת ההליכים המשפטיים הדרושים בנסיבות העניין.

להלן אפוא, ההוראות הנחוצות לשם עמידה בדין ולהסרת פגיעה תחרותית.

3. הוראות לעמידת הרשתות והספקים בדרישות חוק ההגבלים העסקיים

3.1. דברי הסבר להוראות ההתנהגות

הקו המנחה העובר כחוט השני בהוראות השונות, הוא שלילת יכולתם של הספקים הדומיננטיים להעצים את כוחם או לשמרו, באמצעות הסדרים עם הרשתות הגדולות, העלולים לחסום או להצר את הגישה של ספקים מתחרים למדפי הרשתות. במקביל, ההוראות מבקשות להפסיק את השימוש בעוצמת הספקים להפחתת תחרות המחירים בין רשתות השיווק. הגיונם של הדברים פשוט: הרשת הגדולה רוכשת מוצרים מן הספקים השונים לשם מכירתם ללקוחותיה הצרכנים. בידיה שיקול הדעת להציב את המוצרים כראות עיניה, אך אין היא זכאית למכור לספק דומיננטי

הפחתת תחרות בו, בהסדר באשר לכמות מתחריו, זהותם, גודלם, מקומם וחלקם על המדף וכל כיוצא באלה. מובן כי אין הרשת רשאית לעשות כן גם בעקיפין, בהתחייבות או "הבנה" עם ספק דומיננטי המשריין לו "נתח שוק מובטח" אצלה.¹⁷

הסדרים אלה מהווים עבירה על החוק. תוצאתם קשה במיוחד במציאות בה הרשתות הגדולות מהוות חלק מכריע מכלל המכירות בענף הרלבנטי. על רקע זה יש לראות בחומרה רבה מצב בו רוכש הספק הדומיננטי בשניים או שלושה הסדרים עם הרשתות המובילות, את שימור מעמדו הדומיננטי בשוק לשנה הקרובה. ההוראות, המשקפות את המתחייב מקונקרטיזציה של הוראות חוק ההגבלים העסקיים להסדרים אשר אותרו, באות להפסיק מצב זה. ההוראות מושתתות על ממצאי החקירה ומתמקדות ביחסים שבין רשתות השיווק הגדולות וספקי המזון הדומיננטיים. עם זאת, יש ודין שווה יחול גם ביחסי ספקי מזון עם קמעונאים אחרים. למען הסר ספק, אבהיר אפוא כי אין ההוראות גורעות דבר מתחולתם של דיני ההגבלים העסקיים על מערכות יחסים אלו.

3.2. סעיפים 1 ו-2: התחייבויות לצמצום מספר ספקים מתחרים ולא-הכנסת

מוצרים מתחרים

בהסכמים שערכו רשתות השיווק הגדולות עם ספקים דומיננטיים, התחייבה הרשת, תמורת תשלום לכיסה, לצמצם את מספר הספקים על המדף. במקרים אחרים, ניסו ספקים להשפיע על זהותם של הספקים האחרים אשר מוצריהם יתחרו בהם ברשת. 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, להקהית התחרות על ידי הוצאת מתחרים מן הרשתות ולהגבהת חסמי הכניסה לשוק. שנית, צמצום מספר הספקים מגדיל את היכולת וההסתברות לקיומה של התנהגות מותאמת במקטע הספקים ובשוק 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.

¹⁷ ספקים רבים טענו כי הסדר של נתח השוק מובטח עם רשת הגדולה אינו מזיק כלל ועיקר שכן "זכותם" לעגן ברשת הגדולה את מה שהוא ממילא חלקם בשוק (על פי סקרי שוק). עוד נשמעה הטענה כי ממילא הרשתות הגדולות מורידות את נתח השוק של הספקים הדומיננטיים לטובת הספקים האחרים. עיון בחומר החקירה על רקע המציאות הכלכלית בה נתון הענף מלמד כי אין ממש בטענות אלה. טעמים רבים לכך ואמנה כאן רק את הפשוטים שבהם: ראשית, כאשר מדובר בספק בעל מונופולין אין לו זכות קנויה בדין "לעגן" את חלקו המונופוליסטי בהסדר עם רשתות מזון המשתרעות על מאות סניפים ברחבי ישראל. בכך חוסם בעל המונופולין מתחרים, קיימים ופוטנציאליים, ומאמיר את חסמי הכניסה וההתרחבות לענף בו נתון לו מונופולין. שנית, הטיעון כי ההסדרים הללו אך עוסקים בהגנת "הקיים" הוא טיעון מעגלי במציאות בה נתח השוק הקיים הוא במידה רבה תולדה של הסדרים נמשכים מסוג זה בין הספקים הדומיננטיים לאותן רשתות גדולות. בנוסף, אם חלקו הגדול של בעל המונופולין הוא תוצאה של טעמי הצרכנים ממילא תחליט הרשת להציב את מוצריו בהרחבה על המדף ואם כך – על מה בעצם נדרש התשלום מן הספק הדומיננטי לרשת הגדולה? לחילופין, אם תאמר שלא אלה הם טעמי הצרכן, הרי שעולה אז ביתר תוקף הקושיה – על מה משלם הספק הדומיננטי לרשת אם אין זאת הפחתת התחרות כשלעצמה. כך או כך, הסדרים אלה מקומם לא יכירם בכלל, ובפרט כך במציאות הריכוזית הקשה השוררת בענפי מוצר רבים במשק.

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.

המותג הפרטי הוא מוצר המשווק במותג שבבעלות הרשת ולרוב שולטת הרשת בפרמטרים הקשורים לייצורו. בכובעה כבעלת המותג הפרטי, פועלת הרשת למעשה כמתחרה נוסף במקטע הספקים. המותג הפרטי נמכר, ככלל, ברמת מחירים נמוכה בהשוואה למחירים של המותגים המתחרים. במקביל, רווחיות המותג הפרטי מעצימה את התמריץ של כל אחת מהרשתות להתחרות באחרת באמצעותו. התחייבות הרשת, בעד תמורה כספית, שלא להכניס לתחרות מותג פרטי שלה – פוגעת בכל אלה. מקובל כי המותג הפרטי תופס בממוצע כרבע משטחי המדף ברשתות השיווק הגדולות. ספקים רבים טענו בפני כי פעילות הרשתות בתחום זה מאיימת דווקא על הספקים הקטנים, הנדחקים מן המדף. ברם, 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. יתר על כן, במקרים רבים מיוצר המותג הפרטי על ידי יצרן, שזו לו הדרך היחידה להפגיש את תוצרתו עם צרכני רשתות השיווק. במקרים אלה, עשוי המותג הפרטי לסייע בידי היצרנים הקטנים להגיע לרמת הייצור המינימלית היעילה ובכך למנוע את נפילתו של חלק מכריע ממקטע הייצור לידי הספק הדומיננטי בתחום. 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.

ייבוא מקביל הוא שם כולל לייבוא טובין שהם נשוא לזכות קניין רוחני ואשר נרכשו כדין מבעל הזכות, אולם המסחר בהם בארץ אינו נעשה בהרשאת בעל הזכות. 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.¹⁸ מניעת הרשת מייבוא כזה היא הפרה של החוק.

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, בין היתר על פי סעיף 2(ב)(3) ו-4 לחוק.

ההוראות הדרושות בהקשרים דלעיל הן:

1. החלטות הנוגעות למספרם וזהותם של הספקים אשר מוצריהם יוצעו למכירה ברשת שיווק גדולה וכמות המוצרים שתרכוש מהם הרשת האמורה – יתקבלו באופן עצמאי על ידי הרשת לבדה, ללא כל התערבות מצד ספקים. מבלי לגרוע מכלליות האמור:

¹⁸ מינוי יבואן כנציג בלעדי של יצרן זר עשוי להיות מוצדק (ואף נחוץ) כדי למנוע את תופעת הנאת החינם (Free Riding). אולם, כאשר למוצר המיובא אין תחליפים ממשיים בעיני הצרכן, מגלמת הקניית זכות בלעדית לנציג המקומי כוח שוק אל מול קהל הצרכנים. בנסיבות אלה, יבוא מקביל עשוי להיות אמצעי יחיד לכרסום בכוח שוק זה ולכן חיובי בראייתם של דיני ההגבלים העסקיים.

1.1. רשת שיווק גדולה לא תקבל מספק תשלום, הנחה, או הטבה אחרת שעילתה, מטרתה או תוצאתה היא בצמצום מספר הספקים המתחרים ברשת, צמצום שטח התצוגה המוקצה למי מהם ברשת או בהחלפת זהותם של הספקים המתחרים בו, והיא לא תהיה צד להסדר שתוכנו או תוצאתו כאמור.

1.2. ספק לא יציע ולא יעניק לרשת שיווק גדולה כל תשלום, הנחה או הטבה אחרת עבור הוצאת מוצר של ספק מתחרה מן הרשת או מתצוגה מסויימת בה, או עבור צמצום שטח התצוגה של ספק מתחרה או הצגתו לעיני הצרכן במיקום או בתנאים נחותים.

1.3. רשת שיווק גדולה לא תתחייב בפני ספק ולא תהיה צד להסדר עימו, לגבי מספרם או זהותם של ספקים מתחרים עימם תתקשר הרשת, תנאי האספקה והסחר עימם, או היקף מכירותיו של מי מהם אצלה; והכל בין בתמורה ובין שלא עבור תמורה.

2. רשת שיווק גדולה תקבל החלטות הנוגעות למכירת מוצרים תחת מותג פרטי, לרבות צמצום מכירה של מותג כאמור או הפסקתה, באופן עצמאי, ללא מעורבות מצד ספקים. בכלל זה:

2.1. רשת שיווק גדולה לא תקבל מספק תשלום, הנחה או כל הטבה אחרת בקשר עם הפסקה או צמצום של מכירת מוצרים תחת מותג פרטי אצלה או אי הכנסת מותג פרטי.

2.2. רשת שיווק גדולה לא תתחייב כלפי ספק ולא תהיה צד להסדר עמו שמטרתו או תוצאתו בהפסקה או בצמצום של מכירת מוצרים תחת מותג פרטי על ידה.

2.3. רשת שיווק גדולה לא תהיה צד להסדר שמטרתו או תוצאתו היא אי ביצוע של ייבוא מקביל של מוצרים על ידה, אי מכירה אצלה של מוצרים מייבוא מקביל או צמצום מכירתם של מוצרים כאמור.

2.4. ספק לא יציע לרשת שיווק גדולה כל תשלום, הנחה או הטבה אחרת כנגד החלטתה שלא למכור מלכתחילה, לצמצם או להפסיק מכירה של מוצרים תחת המותג הפרטי או כנגד התחייבות הרשת שלא לבצע ייבוא מקביל של מוצרים, שלא למכור אצלה מוצרים מייבוא מקביל או לצמצם מכירתם.

3.3. סעיף 3: רכישת שטחי תצוגה

קהל צרכנים רב מאד פוקד את סניפי רשתות השיווק ופוגש את מוצרי הספקים השונים בשטחי התצוגה, על המדפים ומחוצה להם. מובן אפוא, כי כל אחד מהספקים מבקש להבטיח כי מקומו לא ייפקד מזירה זו. נוכחות ובולטות 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 הבולטות שיקבל כל אחד מהם בשטחי התצוגה. הואיל ותוצאותיו של מאבק זה גוזרות במידה רבה את גורלה של המערכת 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 מבולטות 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 בידה 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. קונקרטיזציה של נסיבות אלה לכללים ישימים וברורים אינה קלה תמיד, אולם ברור כי הדבר נחוץ מאד להגנת התחרות.

נכון הוא אפוא להורות כי הקצאה מראש של שטחי מדף לספקים תיעשה בכפוף למספר מגבלות: האחת, כי לא יינתן לספק דומיננטי לקבל בהסדר הקצאה של למעלה ממחצית מכלל שטח התצוגה המוקצה לסוג המוצרים בו הוא דומיננטי; השנייה, כי רכישת בלעדיות בסוגים שונים של תצוגות חוץ מדף תוגבל בזמן; השלישית, כי לא יערכו הסכמים ארוכי טווח לרכישת שטחי תצוגה, כדי שלא תחסם דרכם של גורמים פוטנציאליים המבקשים להקים תחרות למתחרים קיימים בשוק מוצר.

ההוראה הדרושה בהקשר זה היא:

3. רשת שיווק גדולה וספק לא יתקשרו בהסדרים:

3.1 שמטרתם או תוצאתם היא הקצאה לספק דומיננטי של שטח תצוגה בשיעור העולה על מחצית מכלל שטח התצוגה שמקצה הרשת לסוג המוצרים בו הוא דומיננטי.

3.2 שמטרתם או תוצאתם היא בלעדיות לספק דומיננטי בתצוגות חוץ מדף לתקופת זמן מצטברת העולה על שלושה חודשים בשנה קלנדרית או לתקופה העולה על 30 יום ברציפות, או בבלעדיות לספק דומיננטי בתצוגות חוץ מדף בתקופת החגים, או בחלק מכריע ממנה.

3.3 תוקפם של הסדרים שעניינם הקצאת שטח מדף לספק לא יעלה על שנה קלנדרית אחת.

3.4 סעיפים 4 ו-5: ניהול קטגוריה וסדרנות

רשת שיווק יעילה חייבת לנצל באופן אופטימלי את שטח המדף המוגבל העומד לרשותה. הקצאה אופטימלית של שטח המדף מחייבת היכרות טובה עם הנעשה בקטגוריות השונות ויכולת לזהות שינויים בדפוסי הביקוש, בזמן אמת. מטבע הדברים, הידע המקצועי שיש לספקים הפועלים בכל

אחת מהקטגוריות הוא נכס בו מבקשת הרשת להיעזר לצורך ניהול יעיל של הקטגוריה. על רקע זה החלה מתפשטת, מתכונת של שיתוף פעולה בין ספקים לרשתות הקרויה "ניהול קטגוריה".

ניהול קטגוריה מתמקד בתכנון אופטימלי של הקצאת שטחי המדף, החלק היחסי שיינתן לכל מותג, מיקומם של המותגים המתחרים, עיצוב שטח התצוגה ועוד. במקרים מסוימים בוחרת הרשת במומחה שישמש כמנהל קטגוריה ובמקרים אחרים עשויה היא לבחור ספק שיעשה זאת. יש שתפקידו של מנהל הקטגוריה מתמצה בייעוץ לרשת ויש שהרשת מאצילה לספק את מלוא הסמכויות לניהול הקטגוריה. אין חולק כי בכל מקרה ממלא הספק תפקיד מהותי בקביעת פני הקטגוריה כולה, שכן התפיסה הבסיסית שביסוד "ניהול הקטגוריה" היא כי בידי יתרון מידע וידע. לפיכך, אין לייחס חשיבות רבה מידי לשאלה אם באופן פורמלי מחייבות המלצות הספק המשמש כ"מנהל קטגוריה" – את הרשת, אם לאו.

מעורבות ספק דומיננטי בניהול הקטגוריה בשוק ריכוזי מקימה חשש סביר לפגיעה תחרותית: 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.¹⁹ צפון בה ניגוד עניינים מובנה: הספק הדומיננטי מופקד על קביעת פניה של זירת התחרות בינו לאלה המנסים להתחרות בו.²⁰

הריכוזיות השוררת ברבים מענפי המזון מחייבת גישה זהירה מאד בבחינת הסדרים אלה הבוחנת כל הסדר לפי נסיבותיו. איני סבור כי הסדר ניהול קטגוריה, המפקיד כוח רב בידי הספקים לקבוע דה פקטו את תוצאות התחרות – ראוי לזכות להיתר "על החלק" כהסדרים כובלים אחרים שהגיונם ברור ולעתים אף מובן מאליו. בפרט כך כשראיות שבפניי מלמדות כי הספק הדומיננטי רואה בניהול הקטגוריה גם כמכשיר להגדלת חלקו בשוק.

זאת ועוד: בממצאים שבפניי ובדיונים שקיימה הרשות עם רשתות השיווק הגדולות וספקים לא הובאו ראיות ממשיות המצביעות על כך כי יתרונות מובהקים של יעילות מחייבים או אפילו מצדיקים ניהול הקטגוריה בשיתוף על ידי הספקים. נהפוך הוא, דווקא מצד הרשתות שאמורות היו ליהנות מפירות "יעילויות" אלה נשמעה – ולא פעם אחת – הטענה כי בראיה לעתיד מעונינות

¹⁹ 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.

²⁰ ביטוי מוחשי לסכנות שמזמנת מעורבות ספק דומיננטי בניהול קטגוריה, ניתן למצוא בפסק הדין בעניין **Conwood** שניתן לאחרונה בבית המשפט הפדרלי לערעורים בארה"ב. באותו מקרה, העביר הספק הדומיננטי אשר מונה לנהל את הקטגוריה במספר רשתות קמעונאיות נתונים כוזבים לאותן רשתות, במטרה להגדיל את שטח המדף המוקצה ברשת למוצרו, על חשבונם של המתחרים. בית המשפט לערעורים קבע כי התנהגות הספק הדומיננטי עומדת בסתירה לדיני התחרות. בקשת רשות לערער על פסק הדין נדחתה על ידי בית המשפט העליון. ראה **Conwood Co., L.P. v. U.S. Tobacco Co.**, 290 f.3d 768, 2002 U.S App., Cert denied, 123 S. Ct 876, 2003.

הרשתות לכלכל בעצמן, על יסוד ידע ומומחיות שלהן, את הנעשה על המדף וכי "מסירת ההגה" לספקים על ידן הייתה מיקח טעות.

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 שבשראל 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. אשר על כן, באות ההוראות לקבוע כי ניהול קטגוריה ייעשה על ידי הרשת בלבד, ללא מעורבות הספקים. 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.

דברים אלה יפים אף ביתר שאת, לנוהג אחר שקנה לו אחיזה ביחסי רשתות השיווק הגדולות וספקי המזון – השימוש בסדרנים הנשלחים על ידי הספקים הדומיננטיים לצורך הסידור הפיסי של מדפי הרשת – וקביעה למעשה של נתחי השוק בקטגוריה כולה. סדרנים אלה מקדמים את אינטרס שולחם על חשבון המתחרים, לעיתים תוך פגיעה באינטרס הרשת להשיא את רווחי הקטגוריה כולה. 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 מבוטלת לתחרות בין ספקי המזון.²¹ כך הוברר כי ספקים דומיננטיים רואים בסדרנים כמנוף "למינוף עוצמתם" בנקודות המכירה, על חשבון ספקים מתחרים שאין להם סדרנים קבועים. יש אפוא צורך עקרוני לאוסרו במתכונתו הנוכחית ולבחון, במידת הצורך, בחינה פרטנית של הסדרים דומים אם יתבקש להם אישור. במאמר מוסגר אעיר, כי בשיחות עם גורמים בענף רשתות השיווק, הביעו אלה את רצונם ליטול לידיהם את מלאכת סידור המדפים.

²¹ ביטוי מוחשי לסכנות שעלולות לפקוד את התחרות כתוצאה מהפקדת האחראיות לסידורם הפיסי של שטחי התצוגה ברשת בידי הספקים הדומיננטיים, מצויה בפסק הדין בעניין Conwood (הערה 20, לעיל). באותו מקרה דובר בפגיעה פיסיית 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 המגינים עליו.

סיכומם של דברים, מסירת ולמעשה השבת האחריות לסידור המדפים לרשת, תימנע השתלטות הספקים הגדולים, באמצעות סדרניהם, על הנעשה "בשטח" – על המדף, מבלי שלרשת היכולת לבקר באופן אפקטיבי את הנעשה ולשמר את שרידותם של יצרנים שאינם מיוצגים על ידי סדרן.

ההוראות הדרושות בהקשר זה הן:

4. ניהול קטגוריה ייעשה על ידי רשת שיווק גדולה באופן עצמאי, ללא מעורבות ספקים, לרבות לעניין קביעת מגוון המוצרים והספקים, נתחי המדף שיוצעו להם או מיקומם על המדף. אין באמור כדי למנוע הגשת הסדרים שעניינם ניהול קטגוריה בשיתוף ספקים לאישור בית הדין או לפטור מן הממונה.

5. לא יאוחר משנה מחלוף המועד האחרון להגשת הערות הציבור להוראות אלה – ייעשה סידור שטחי התצוגה ברשת שיווק גדולה על ידי עובדי הרשת או מי מטעמה שאינו אדם קשור לספק.

3.5 סעיפים 6 ו-7: בונוסים והטבות בגין השגת יעדי מכירות

במארג ההבנות המרכיב את יחסי הסחר בין רשתות השיווק הגדולות וספקי המזון, ניתן מקום מרכזי לשלל ההטבות המשתלמות לרשת מאת הספק בגין שירותיה. תכליתה של ההטבה, ולמצער תוצאתה המסתברת, עלולה במקרים רבים, לעלות כדי חסימת הגישה לרשת בפני ספקים מתחרים או להצרה משמעותית של הגישה אליה. הטבות הניתנות על ידי ספק דומיננטי לשם השאת חלקו בכלל מכירות הרשת עלולה, בנסיבות מסויימות, למנוע פתיחת צוהר ממשי למתחריו של "הספק המיטיב" ובכך לפגוע פגיעה קשה בתחרות.

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

הענקת הטבות במתכונת זו (להלן גם: "בונוסים") על ידי ספקים דומיננטיים, תורמת להפחתת התחרות בין ספקי המזון. אסביר דברים אלה בקצרה:

הסכמים שעניינם מתן הטבה לקמעונאי בגין עמידה ביעדי מכירות הם ביטוי משפטי לטכניקה שיווקית, באמצעותה מתמרץ הספק את הקמעונאי להגביר את מאמצי השיווק של מוצרי הספק. טכניקה שיווקית זו עשויה להיות לגיטימית, בבחינת עדות מעודדת לקיומה של תחרות המחייבת מאמצי שיווק. אולם, מקום בו ננקטת פרקטיקה זו בידי ספק בעל כוח שוק, יש יסוד לחשוש שלא על קיומה של תחרות מעידה היא, כי אם על ניסיון להפחיתה ואף למונעה.

מתכונת הבונוסים הניתנים על ידי ספקים דומיננטיים בגין השגת יעדי מכירות אינדבדואליים, פועלת להנצחת מעמדם ואף להגברת כוחם של ספקים דומיננטיים. מתכונת זו מהווה למעשה

סוג של הנחת מטרה (Target discount)²² הניתנת כסכום גלובאלי המותנה בעמידת הרשת ביעד מכירות המגדיל את חלקו בשוק של הספק הדומיננטי על חשבון מתחריו (ולא כהנחה מהמחיר בו קונה הרשת את המוצר מהספק – להלן: "מחיר הקניה"). הנחה זו, להבדיל מהנחת כמות לגיטימית, אינה נשענת על פרמטרים אובייקטיביים אחידים לכלל הקמעונאים, אלא תפורה על פי מידתם של הלקוחות השונים ומכוונת אל נתח מסויים מהיקף מכירותיו האינדבדואלי של כל קמעונאי.²³ מובן אפוא כי ספקים מתחרים אינם יכולים להתמודד בהצעות שוות ערך לקמעונאי, משום שאין להם בסיס מכירות דומה בהיקפו לזה של הספק הדומיננטי. שיטת הבונוס מנצלת עד תום את חוסר הסימטריה בין הספקים הדומיננטיים לספקים אחרים ומציבה את המתחרים בעמדת נחיתות מובנית, ללא קשר ליעילותם היחסית.²⁴

שיטת הבונוסים 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. כך, באמצעות שיטת הבונוסים, נועלים הספקים הדומיננטיים את שערי רשתות השיווק בפני תחרות. מספר נחקרים אף הודו כי הבונוסים הניתנים לרשתות השיווק מקשים על כניסת ספקים מתחרים. שיטת הבונוסים הקיימת, אף עלולה, במבנה השוק הנוכחי, לשמש למתן תשלומים נסתרים עבור דחיקת ספקים – מעשה שיהווה עבירה ברורה על הוראות החוק.

עם זאת, אינני מבקש לשלול לחלוטין מתן הטבות עבור השגת יעדי מכירות. ההוראות באות לקבוע מסלול לגיטימי, במסגרתו יכולים ספקים דומיננטיים לתמרץ את רשתות השיווק הגדולות להגדיל את היקף מכירותיהם, אך אין הם רשאים לקבוע כי למן הגעה ליעד מסויים תקבל הרשת הנחה רטרואקטיבית, על כלל המוצרים שרכשה. מאידך, אסור לספק הדומיננטי להעניק הנחות על המכירות שמעבר ליעד במחיר שמתחת לעלות. כך יוכל כל ספק מתחרה להתחרות אל מול הספק הדומיננטי על מחיר המוצר השולי. מסלול זה נקי מההטיות הקיימות בשיטת הבונוסים הנוכחית, הטיות אשר מעניקות עדיפות מתמדת לספקים הדומיננטיים. ההוראות מבטיחות כי ההטבה תינתן כהנחה ממחיר הקניה (דבר שמגביר את ההסתברות שתגולגל לצרכן), כי תינתן רק ביחס למוצרים שמעבר ליעד (ולא תינתן על כלל מכירותיו הקודמות של הספק הדומיננטי) ותינתן לגבי כל אחד מאלה.

ההוראות המוצעות בהקשר זה:

²² שאף ניתן לראותה כסוג של הנחת נאמנות (Loyalty Discount).

²³ למקרה בו ננקטה טכניקה דומה בידי בעל מונופולין, ראו מוני' 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ ואח' – פסק דין (משלים), 2000, **הגבלים עסקיים** 3008136. לסקירה מתקדמת בעניין זה – ראו Faull & Nikpay, *The E.C Law of Competition* (New York- Oxford University Press, 1999) at p.178-181.

²⁴ 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.

6. רשת שיווק גדולה 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.
7. בהטבות הניתנות כאמור, לא יהיו המחירים של המוצרים הנמכרים מעבר ליעד המכירות, לאחר הנחה, נמוכים ממחיר עלות ייצורם של המוצרים.

3.6 סעיף 8: קביעת נתחי שוק של ספקים

בהסכמים בין רשת שיווק גדולה לספק דומיננטי ניתנה לספק התחייבות, כי נתח השוק היחסי שלו בכלל מכירות הרשת בקטגוריות מוצר שונות לא יפחת משיעור מסוים. שיעור זה עלה בהרבה על מחצית מכלל מכירות הרשת באותה קטגוריה. בנוסף קבע אותו ספק נתח שוק למכירות מוצרים אחרים שלו ברשת, כאלה שאינם דומיננטיים – אף זאת בשיעור יחסי מכלל מכירות הרשת בקטגוריות המוצר הרלבנטיות. ההסכם קבע גמול כספי לרשת, בתמורה לעמידה ביעדים (נתחי השוק) שנקבעו. 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 – מחוייבת הרשת למכור דווקא את תוצרתו של הספק הדומיננטי. גם הסכמים שעניינם קביעת נתח שוק שאינו מגיע ל- 50% ממכירות הקטגוריה, יוצרים בסיס לחלוקת שוק בין ספקים, הנעשית בפיקוחה של הרשת, אשר דבר אין לה עם תחרות. הסדר כזה ושכמותו מהווים סוג של הנחת נאמנות פסולה, במסגרתו משריין הספק הדומיננטי חלק משמעותי (ובתחום הדומיננטי – חלק מכריע) מכלל מכירות הרשת בסוגי המוצר הנמכרים על ידו. 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.

אשר על כן, סבור אני כי נכון יהיה לאסור על רשתות השיווק הגדולות וספקי המזון להתקשר בהסכמים שעניינם קביעת נתחי שוק של ספקים.

ההוראה הדרושה היא:

8. רשת שיווק גדולה וספק לא יהיו צד להסדר שמטרתו או תוצאתו היא קביעת נתח השוק של הספק (או של ספקים מתחרים) במכירות הרשת; מבלי לגרוע מהאמור הרשת לא תהיה צד להסדר שמטרתו או תוצאתו היא באחד מאלה:

8.1. כי הרשת תגרום לכך שחלקו של הספק בכלל מכירותיה לצרכנים של מוצרים מאותו סוג (או מאותה קטגוריה) לא ייפול משיעור מסוים.

8.2. לגרום לכך שחלקו של ספק מתחרה במכירותיה לצרכנים של מוצרים מאותו סוג (או מאותה קטגוריה) לא יעלה על שיעור מסוים.

3.7. סעיפים 9 ו-10: מבצעים בלעדיים

מבצעי הנחות שעורך ספק הם אקט תחרותי מובהק אשר ככלל מיטיב עם הצרכן ועל כן יש לעודדו. ברם, ההנחה היא כי בתנאי שוק תחרותי – מזמין מבצע של ספק אחד תגובה תחרותית מצד מתחריו, הספקים האחרים של אותו סוג מוצר. על כן ברור הדבר כי הסדר בין הספק עורך המבצע לבין הרשת לפיו לא תאפשר הרשת בזמן עריכת המבצע, לספקים מתחרים לקיים מבצעים מתחרים – הינו הסדר כובל מובהק המבקש למנוע תחרות וככזה – פסול הוא בעליל.

והנה מתברר כי במסגרת מבצעים שערכו ספקים ברשתות השיווק הגדולות, התפתח הנוהג כי לעת מבצע של ספק אחד – מתחייבת הרשת כי לא תקיים אצלה מבצע דומה של ספק מתחרה. מנגד מתחייב הספק כי לא יערוך מבצע דומה ברשת מתחרה. המדובר בהסכמות פסולות. הן פוגעות בלבן של התהליך התחרותי ומבודדות את הצדדים להן מפני תחרות. 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. נכון יהיה אפוא לשלול בצורה מפורשת פרקטיקה זו, המהווה הסדר כובל, בין היתר לפי סעיפים 2 (ב) (1) ו- (3) וכן סעיף 2 (א) לחוק.

ההוראות הדרושות הן:

9. רשת שיווק גדולה וספק לא יהיו צד להסדר שמטרתו או תוצאתו בהגבלה, על ידי הרשת, של יכולתם של ספקים מתחרים להגיב למבצע של הספק; הרשת תאפשר לספקים מתחרים כאמור לערוך אצלה מבצעים מתחרים.

10. רשת שיווק גדולה וספק לא יהיו צד להסדר שמטרתו או תוצאתו בהגבלת יכולתן של רשתות מתחרות להגיב למבצע שייערך אצלן, לרבות בדרך של התחייבות הספק להימנע מעריכת מבצע דומה ברשת מתחרה.

3.8. סעיף 11: הכתבת מחיר בידי ספק

חקירת רשתות השיווק חשפה פניות רבות של ספקים לרשתות שיווק, שעניינן קביעת המחיר בו תמכור הרשת את מוצרי הספק לצרכן (להלן גם: "הכתבת מחיר בידי ספק"). על פי רוב פנו הספקים לרשתות במטרה להביא להעלאת מחירי המוצרים. התערבות זו נעשתה לעתים כדי לדכא תחרות מקומית בין הרשתות, על רקע תלונה של רשת מתחרה על מחירים נמוכים מידי ברשת אליה נעשתה פניית הספק. בחלק מן המקרים הוברר כי ביסוד פניית הספק לרשת אחת עמד חששו (המבוסס) כי אם לא יביא להעלאת מחירי מוצריו ברשת המוזילה יושת עליו חיוב מצידה של הרשת המתלוננת, הידוע בכינוי "חיוב בגין תחרות מקומית". יש ופניית הספק נעשתה ביוזמתו, ממניעים אחרים.

הכתבת מחיר בידי ספק לבשה מספר צורות: פניות בכתב ובעל-פה, שימוש בשיטות תמחור שנשאו 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

(ימחיר נטו"). 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.

בנוסף, מקטע הספקים מתאפיין אף הוא, במקרים רבים, בריכוזיות גבוהה ובתחרות מועטה. קיים חשש, כי הכתבת מחיר המכירה לצרכן תשמש לפגיעה בתחרות בין הספקים ולייצובו של שיווי משקל על תחרותי. חשש זה מתגבר נוכח ממצאים לפיהם הכתבת מחיר בידי ספק, התייחסה במקרים מסוימים, למחיר בו ימכרו הרשתות לצרכן מוצרים של ספקים מתחרים. כך למשל, פנה ספק לרשת שיווק, בבקשה כי מחיר המכירה לצרכן של מוצר אותו הוא מספק יוצמד למחירו של מוצר מתחרה, מוביל בקטגוריה. במקרה אחר, ביקש ספק מהרשת להשוות את המחיר בו נמכר מוצר מתחרה למחיר בו נמכר המוצר אותו הוא מספק.

נוכח האמור, ההוראות קובעות איסור רחב על התערבות ספקים בהחלטות רשת שיווק הנוגעות לקביעת מחיר המכירה לצרכן. איסור זה יפה גם ליחסים שבין ספקי המזון לשאר המשווקים.

מאידך, אין ההוראות מבקשות לפגוע בפרקטיקות מועילות: הכתבה, על ידי ספק, של מחיר מקסימום לצרכן כאשר מטרתו היא להוזיל את מחירי מוצריו לציבור הצרכנים,²⁵ וכן – את הפרקטיקה של המלצה מצד הספק על מחיר²⁶ כאשר אין היא מסווה להכתבת מחיר, אלא נועדה לספק לרשת הנחייה לגבי מיצובו הראוי של המוצר עם השקתו ולתקופה סבירה לאחר מכן.

חקירת רשתות השיווק מלמדת, כי מחירונים מומלצים שהפיצו מספר ספקים דומיננטיים, אומצו במקרים רבים, באופן אוטומטי, על ידי רשתות השיווק הגדולות. כאמור, על רקע מבנה הענף ממצא זה אינו מפתיע. השפעתם השלילית של המחירונים המומלצים הועצמה על ידי שיטת התמחור שקבעה אותם: הרכבה של מחיר הקניה על גבי מרווח קמעונאי מוסכם וקשיח. לאחר ששקלתי את החששות התחרותיים שפרקטיקה זו מעלה, הגעתי למסקנה כי מתן היתר מסווג, בתנאים המפורטים בהוראות, יקדם באופן המרבי את אינטרס הציבור, מבלי להקים איום ממשי על התחרות. לפיכך מתירות ההוראות לספקים להמליץ לרשתות שיווק על מחירו של מוצר חדש, לתקופה שלא תעלה על תשעה חודשים מיום השקתו. עת נכנס מוצר חדש לשוק, יש לספק אינטרס טבעי ליידע את הקמעונאים על הדרך בה בחר למצבו, בין השאר באמצעות מחיר מומלץ.

²⁵ **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 חשש, כי הכתבת מחיר מקסימום עלולה לסייע בהתכנסות רשתות השיווק סביב רמת מחירים על תחרותית, אולם בשים לב לתועלת שבפרקטיקה זו ולרסנים אשר בהוראות, נכון יהיה להתיר פרקטיקה זו כחריג לאיסור על התערבות ספקים בקביעת המחיר לצרכן.

²⁶ **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.

ההוראה הדרושה היא:

11. ספק לא יקבע את מחיר המכירה לצרכן של מוצריו הנמכרים ברשת שיווק או בסופרמרקט (להלן: "הרשת") ולא יתערב, במישרין או בעקיפין, בהחלטות הרשת הנוגעות לקביעת מחיר המכירה של מוצר לצרכן, שלו או של מתחריו. האיסור שבסעיף זה יחול בין שההתערבות נעשתה בהסדר, הוראה, התניה, עצה, הצעה, המלצה לרשת השיווק, או בכל דרך אחרת. מבלי לגרוע מכלליות האמור:

- 11.1 ספק לא יפנה לרשת ולא ידרוש ממנה להעלות מחיר מכירה לצרכן של מוצריו ברשת;
- 11.2 ספק לא יפנה לרשת ולא ידרוש ממנה להשוות את מחירי המכירה לצרכן של מוצריו אצלה למחירי רשת שיווק מתחרה או לקשור ביניהם;
- 11.3 ספק לא ידרוש ולא יבקש מהרשת לקבוע או לשנות את מחיר המכירה לצרכן של מוצר המתחרה בתוצרתו;
- 11.4 ספק ורשת שיווק לא יהיו צד להסדר שתוצאתו קביעת המחיר לצרכן, כגון: על ידי קביעת שיטת תמחור מוסכמת, מרווח מוסכם או בכל דרך אחרת.
- 11.5 על אף האמור לעיל, מותר לספק:

א. להסכים עם הרשת, לשם קידום מכירות מוצריו, כי מחיר המכירה לצרכן של מוצר ממוצרי לא יעלה על סכום מירבי מסוים הפחות מן המחיר שנהג עד אז לגבי אותו מוצר;

ב. להמליץ לרשת על מחיר מוצר חדש מתוצרתו, לתקופה סבירה בה מיוחד המוצר לשוק; לעניין זה יראו כתקופה סבירה – 9 חודשים ממועד השקת המוצר.

3.9 סעיף 12 - "חייבים בגין תחרות מקומית"

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 מזדוץ הספק ומבטיח לרשת "לטפל בנושא" טרם חיובו. חיובו של הספק בגין התחרות המקומית נפסק, ככלל, רק לאחר שהרשת משתכנעת כי בעיית התחרות המקומית באה על פתרונה.

חיוב הספק בגין תחרות מקומית מקים לו תמריץ מובהק למנוע תחרות מחירים בין רשתות השיווק במוצרי. נקיטת הפרקטיקה כלפי מגוון רחב של ספקים, מסייעת בגדיעתה של התחרות בין הרשתות ואף במניעתה מלכתחילה. ודוק, יצירת תמריץ כאמור יכולה להיעשות במגוון דרכים. בנסיבות אלה, נכון לאסור על השתת חייבים מסוג זה, אשר תוצאתה ביצירת תמריץ

מוגבר לספק להתערב להעלאת מחירי המכירה ברשת מתחרה, ולהביא להפחתת תחרות המחירים.

ההוראה הדרושה בהקשר זה היא:

12. רשת שיווק גדולה לא תפנה לספק, בדרישה, בקשה, הצעה או המלצה להתערב במחיר המכירה לצרכן של מוצר כלשהו אצל מתחרה שלה. מבלי לגרוע מכלליות האמור:

12.1 רשת שיווק גדולה לא תגרום, במישרין או בעקיפין, לספק להתערב במחיר המכירה לצרכן אצל מתחרה שלה, לרבות על ידי חיוב הספק באופן רטרואקטיבי ו/או חד צדדי בהוזלה שהוזילה הרשת במחיר המכירה לצרכן של מוצר אותו סיפק לה, עקב הוזלה של מחירו אצל מתחרה של הרשת.

12.2 האיסור שבסעיף זה יחול הן על חיוב הספק בהוזלה באופן רטרואקטיבי ו/או חד צדדי והן על נטילת הרשאה גורפת מראש מן הספק לחיובו כאמור.

12.3 ספק לא יפנה למתחרה של רשת שיווק גדולה לשם העלאת מחירי המכירה לצרכן של מוצריו אצל מתחרה כאמור.

3.10. סעיפים 13 ו- 14: חילופי מידע

חקירת רשתות השיווק לימדה, כי קשרי המסחר הנוהגים בין רשתות השיווק הגדולות וספקי המזון הדומיננטיים, כוללים, כדבר שבשגרה, החלפת מידע הנוגע לגורמים המתחרים בכל אחד מהצדדים. 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. חלק מחילופי המידע שנערכו היו ביוזמת הספקים הדומיננטיים אשר חפצו לשכנע חלק מהרשתות הגדולות להעלות את המחיר בו נמכרים מוצריהם לצרכן ברשת. חשש נוסף הוא, כי 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.

ההוראות הדרושות בהקשר זה:

13 ספק לא יעביר לרשת שיווק וזו לא תקבל מידע הנוגע לכמות הנמכרת או לתנאי המכירה של מוצריו ברשתות שיווק מתחרות.

14 רשת שיווק גדולה לא תעביר לספק וזה לא יקבל מידע הנוגע למחיר המכירה לצרכן, או למחיר הקמעונאי, או לכמות הנמכרת, או לתנאי המכירה של מוצרים המסופקים לה על ידי ספק אחר.

3.11. הוראות כלליות והגדרות מונחים עיקריים

חוק ההגבלים העסקיים אינו כולל איסור מוחלט על הסדרים כובלים. הוא מחייב הבאתם לאישור או לפטור, כשההנחה היא כי במסגרת בחינת הבקשה לאישור (או לפטור) נבחנת באופן יסודי ומקיף השפעת ההסדרים על התחרות בענף הרלבנטי. אף שברור כי מדובר בהסדרים כובלים (ובחלק מן המקרים גם בניצול מעמד מונופוליסטי לרעה והפרת הוראות שניתנו למונופול) עדיין נשאלה השאלה אם אין מקום להתייר, נוכח טיעונים אפשריים של מזעור הפגיעה התחרותית ותועלות. אחר עיון ובדיקה, באתי אל המסקנה כי אין להסתפק במקרה זה באמירה כי הפרקטיקות שנחשפו מהוות הגבל עסקי אסור. מסקנתי היתה כי ניתן אף להצביע על מיהותן ומהותן של פרקטיקות לגיטימיות, המאפשרות השגת תועלות בלא פגיעה של ממש בתחרות.

ההוראות המנויות לעיל מגלמות את עמדת רשות ההגבלים העסקיים בנקודה זו. הן באות לרסן ולבלום סכנות שהקימו נוהגים אלה לתחרות בשווקי מוצרי הבסיס ובשוק הסופרמרקטים. עם זאת, חיי המסחר אינם קופאים במקום. נוהגים חדשים יקומו במהרה במקום אלה הקיימים כיום. נוהגים אלה עלולים להקים סכנות חדשות לתחרות. על כן יש להבהיר כי ההוראות אינן פוגעות בתחולתן המקבילה של חוק ההגבלים העסקיים על יחסי רשתות שיווק וספקי מזון.

משמעות המונחים העיקריים המשמשים בהוראות –

“החוק” – חוק ההגבלים העסקיים, התשמ”ח – 1988;

“הסדר” – בין המפורש ובין מכללא, בין במישרין ובין בעקיפין, בין בכתב, בין בעל-פה, בין בהתנהגות ובין בדרך אחרת, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו;

“ספק דומיננטי” – אדם המייצר מוצרים, מייבאם או משווקם בסיטונות שמתקיים בו אחד מאלה: הוא בעל מונופולין כהגדרתו בחוק, בין שהוכרז כזה על ידי הממונה ובין אם לאו; מי שסך המכירות של מוצר המסופק על ידו לרשת שיווק גדולה, עולה על מחצית מכלל המוצרים שמכרה אותה רשת מאותו סוג, בשנה הקלנדרית שחלפה;

“שטח תצוגה” – כלל שטח המסחר בו מוצגים מוצרים למכירה לצרכן ברשת שיווק גדולה, לרבות שטחי מדף ושטחי תצוגת חוץ מדף;

“רשת שיווק גדולה” – שופרסל בע”מ, ריבוע כחול – ישראל בע”מ, קלאבמרקט רשתות שיווק בע”מ וכל אדם קשור למי מהן;

“תצוגת חוץ מדף” – כל שטח מסחר בו מוצגים מוצרים למכירה שלא על גבי מדפים, לרבות גונדולות, במות, שטחי רצפה, מעמדים, אמבטיות, וכיוצא באלה.

4. טענות מצד הספקים

ספקים רבים טענו כי הרשתות הגדולות מנצלות את מעמדן הייחודי וכוח הקנייה שבידיהן לשם התנהגות כוחנית כלפיהם: שינוי חיובים בדיעבד, הטלת חיובים חדשות לבקרים ללא סיכום מוקדם עימם והתנהגות שרירותית המכתיבה תנאי סחר חד צדדיים (לטובת הרשתות). 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

סמכויותי. המנדט מכוחו פועל הממונה ממוקד בהתערבות למניעת אותן פעולות המחבלות בתחרות ממנה נהנה **הצרכן**. ככל שבהתנהגותן של הרשתות קיימים היבטים המחבלים בתחרות זו – התערבתי ואוסיף לעשות כן. דוגמה לכך היא נושא החיובים הרטרואקטיביים "בגין תחרות מקומית" אשר שימשו בידי הרשתות "מקל קוצים" לסיכול תחרות המחירים ולתיאום העלאתם באמצעות לחצים על היצרן. כבר התרעתי על אי החוקיות הטמונה בהתנהגות זו ואם היא תימשך, במישרין או בעקיפין, אפעל לנקיטת הצעדים המשפטיים האופרטיביים המתחייבים לאחר שהנוגעים בדבר הוזהרו זה מכבר על ידי. למען הסר ספק אבהיר כי אין באמור למנוע נקיטה בהליכים כנגד הגורמים הרלבנטיים בגין התנהלותם בעניין זה בעבר. גם עניין זה יוכרע כאמור, בבוא העת.

5. סוף דבר

ההוראות שנסקרו מיישמות עקרונות בסיסיים בדיני ההגבלים העסקיים. על פי אלה, חלק ניכר מאד מנוהגי המסחר שחשפה חקירת רשתות השיווק הם פגומים ובכוחם לפגוע בתחרות. נוהגים המבוססים על תשלום כסף לרשת שיווק גדולה עבור אי תחרות או עבור צמצומה – נגועים באי חוקיות מובהקת ואין לפוטרים. נוכח מבנה שווקי מוצרי הבסיס והריכוזיות בהם ולנוכח פרישתן של רשתות השיווק הגדולות, גם פרקטיקות של מתן הטבות עבור שימור הדומיננטיות של ספקים שהם בעלי מונופולין – אינה מתיישבת עם הוראות חוק ההגבלים העסקיים ואינה יכולה להימשך.

עמדת רשות ההגבלים העסקיים תובא בפני הספקים והרשתות הנוגעים בדבר. במשך תקופה בת 45 יום יעמדו הדברים לעיון הנוגעים בדבר והציבור כולו. בסיום תקופה זו אפעל לעיגון הדברים בדרך הקבועה בחוק ההגבלים העסקיים בהתחשב בהערות, אם וככל שיהיה צורך בדבר.

נקיטת הליכים משפטיים נוספים תיבחן ותוכרע בנפרד. כאמור לעיל, ברצוני לפעול קודם לכל לביעור הנוהגים הבלתי חוקיים הקיימים בשוק. טרם הכרעה בשאלה אילו הליכים יינקטו וכנגד מי, רואה אני לנכון להתוות בפני כלל השחקנים בשוק – ומספרם רב – מסלול נורמטיבי תקין לנהוג בו. הטעם לכך פשוט: טרם התדיינות משפטית נחוץ לעשות למניעת המשכה של ההתנהגות המזיקה על ידי הספקים והרשתות הנוגעים בדבר. הסרת נוהגים פסולים והשבת השווקים למסלול תחרותי תקין הם צו השעה.

האמור פה בא להציב **תמרוז אזהרה ברור ומוגדר** בפני הספקים הדומיננטיים והרשתות הגדולות לבל ימשיכו בנוהגים אנטי תחרותיים מעין אלה המנויים לעיל. במקביל הובאו לעיל הוראות מאוזנות, הפורשות בפני השחקנים בשווקים את אומד דעתה של רשות ההגבלים העסקיים בדבר גבול המותר בתחומים בהם אותרו הנוהגים הפסולים.

דרור שטרומ

הממונה על ההגבלים העסקיים

יום חמישי, כז' אייר–תשס"ג

29 מאי, 2003