



## רשות ההגבלים העסקיים

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

**מתן פטור מאישור הסדר כובל**

**הסכם בין דנשר בע"מ לבין אגיס הפצה ושיווק (1989) בע"מ ובין**

**דנאגיס בע"מ (חברה בייסוד)**

### 1. פתח דבר

ביום 10 באוקטובר 2000 הוגשה בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, להסכם בין דנשר בע"מ (להלן: "דנשר") לבין אגיס הפצה ושיווק (1989) בע"מ (להלן: "אגיס") ובין דנאגיס בע"מ (חברה בייסוד) (להלן: "דנאגיס") בדבר ייסוד חברה אשר תעסוק במתן שירותי הפצה לדנשר ולאגיס וכן, בעתיד, ללקוחות אחרים, לפי הביקוש והנסיבות.

לאחר שבחנתי את ההסדר ואת הכבילות המצויות בו, כמו גם את השפעתם האפשרית על התחרות בשוק הרלוונטי, ולאחר שנועצתי בועדה לפטורים ולמיזוגים, שוכנעתי כי הכבילות אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של השוק המושפע מן ההסדר, וכי הן אינן פוגעות פגיעה של ממש בתחרות בשוק כאמור, כי עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, וכי למעט שתי כבילות המופיעות בסעיף 4 להסכם המייסדים בין דנשר לאגיס, אין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו. מטעמים אלו ראוי ההסדר, למעט הכבילות האמורות, לפטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים"), מן הנימוקים שיפורטו להלן.

### 2. ההסכם

דנשר ואגיס עוסקות שתיהן בשיווק והפצה של מוצרי צריכה אשר הן מייבאות, רוכשות בארץ או מייצרות עפ"י רישוי מאת בעל המותג. דנשר משווקת מוצרים בתחומים מגוונים, בהם טואלטיקה, תכשירים ומזון לתינוקות, מזון לבעלי חיים, פסטה ותה, חומרי ניקוי, נייר, סוללות ופילמים.<sup>1</sup> אגיס משווקת מוצרים בתחומי הטואלטיקה, קוסמטיקה, הגנה מן השמש וחומרי ניקוי.

דנשר ואגיס חפצות לאחד את פעילות ההפצה שלהן בלבד, וזאת על מנת לייעל ולהקטין את העלויות הכרוכות בהפצת מוצריהן. לשם כך התקשרו השתיים במערכת ההסכמים הבאה:

---

<sup>1</sup> לחברת דנשר היו בעבר החזקות בחברת דנשר-לילית, אשר הנה אחת מן המפיצות עיקריות בתחום הקוסמטיקה והבשמים הסלקטיביים. החזקות אלה נמכרו על-ידה זה לא מכבר ולפיכך אין ההסדר שלפנינו נוגע לשוק זה.

- הסכם מייסדים בין דנשר לבין אגיס להקמת חברת דנאגיס אשר תהא בבעלותן המשותפת, בשיעורים שווים ואשר תעסוק בהפצה של עיקר מוצריהן של דנשר ואגיס.<sup>2</sup>

- הסכם הפצה בין דנשר לבין דנאגיס.

- הסכם הפצה בין אגיס לבין דנאגיס.

**הסכם המייסדים:** בהסכם זה מייסדות דנשר ואגיס את דנאגיס, כחברה שמטרתה העיקרית מכירת מוצרים והפצתם. הסכם המייסדים מכיל, בנוסף להוראות הטכניות שעניינן בהקמת חברה, ניהולה ותפעולה, התחייבות מצד דנשר ואגיס כי כלל פעילות ההפצה של מוצריהן<sup>3</sup> תעשה באמצעות דנאגיס וכי הן לא יתחרו בפעילותה של דנאגיס, היינו: בהפצה. עוד התחייבו השתיים במסגרת הסכם המייסדים כדלקמן:

4.1" בכפוף להוראות סעיף 4.2 שלהלן, דנשר ואגיס תהיינה רשאיות להמשיך להתחרות ביניהן על השגת התקשרויות נוספות לייצור, יבוא או לשיווק או למכירה של מוצרים כלשהם עם צדדים שלישיים ובלבד שאלה אינם קשורים בהסכמים עם הצד האחר ובכפוף לכך שהדבר אינו מהווה גרם הפרת חוזה;

4.2 חרף האמור לעיל אגיס תהיה מנועה, בכל תקופת ההסכם, מלעסוק במישרין ו/או בעקיפין ביבוא, ייצור, שיווק ו/או הפצה של מוצרים כדלקמן: סוללות, תה, מזון, לרבות מזון לתינוקות, מזון לחיות מחמד ונייר יבש.

להסיר ספק מובהר בזה, כי המגבלות האמורות כאן אינן חלות על מכירה בחנויות המפעל של אגיס."

**הסכמי ההפצה:** משתוויד דנאגיס, מבקשות דנשר ואגיס, כל אחת, להתקשר עמה בהסכם הפצה לתקופה של 6 שנים. על-פי הסכמים אלו תמונה דנאגיס למפיצה הבלעדית של מוצריהן<sup>4</sup> בעוד שהיא מצדה לא תתחייב לבלעדיות כלפי אגיס ודנשר ותוכל בעתיד להתקשר בהסכמי הפצה עם ספקים נוספים. הסכמי ההפצה יאמצו מנגנון של קונסיגנציה: דנאגיס תיקח הזמנות מלקוחות, תוביל אליהם את הסחורה שהם מבקשים לרכוש מדנשר או מאגיס ותגבה מהם תשלום בגובה ובתנאים שנקבעו על-ידי דנשר או אגיס, לפי העניין. במקביל, מייד לפני מכירת המוצרים, תרכוש אותם דנאגיס מדנשר או אגיס ותשלם עבורם על בסיס "back to back", עם קבלת התשלום עבורם מן הלקוחות. התמורה שתקבל דנאגיס בעבור שירותיה בסופו של יום תהא עמלת הפצה בשיעור שנקבע בין הצדדים. מקום בו יגרם נזק לסחורה לפני מסירתה ללקוח, ישאו דנשר או אגיס, לפי העניין, בהפסד, שכן הסחורה עדיין בבעלותן בשלב כזה. כמו-כן נקבע בהסכם כי מקום בו לא ישלמו לקוחות עבור הסחורה – יספגו דנשר ואגיס, ולא דנאגיס, את ההפסד.

**סיכום:** ניתן, אם כן, להצביע על ארבע כבילות המצויות בהסכמים שנסקרו-

I מינוי דנאגיס למפיץ בלעדי של דנשר ושל אגיס, כל אחת בנפרד.

---

<sup>2</sup> ובעתיד, יתכן, אף בהפצת מוצרים של חברות אחרות.

<sup>3</sup> למעט הפצה באמצעות אינטרנט וטלמרקטינג ולמעט מוצרים מסויימים, בעיקר תרופות, שנקבע לגביהם מראש כי ההסכם לא יחול עליהם.

<sup>4</sup> ר' ה"ש 2 לעיל.

II מינוי מפיץ משותף בשליטה משותפת של שתי חברות מתחרות.

III קביעת מחיר, על-ידי דנשר ואגיס (כל אחת לגבי מוצריה שלה), בו תמכור המפיצה את התוצרת ללקוחות.

IV התחייבות של אגיס כי לא תתחרה בדנשר בשיווק סוללות, תה, מזון, לרבות מזון לתינוקות ולחיות מחמד, ובשיווק מוצרי נייר יבש.

### 3. השפעת ההסכם על התחרות:

#### I הסכמי הפצה בלעדית

מערכת ההסכמים שהובאה לפנינו מעלה חשש לכאורה לפגיעה בתחרות בשני מישורים. הראשון שבהם הוא זה שבין מוצריו של כל ספק (דנשר או אגיס) לבין עצמם - intrabrand competition. במישור זה, למעשה, לא חל כל שינוי ברמת התחרותיות: קודם למינוי דנאגיס על-ידי חברות האם שלה למפיצתן הבלעדית, לא הפיצו אלה את מוצריהן באמצעות מספר ספקים שהתחרו זה בזה אלא כל אחת הפיצה בעצמה את כלל מוצריה. דהיינו: אף קודם להסדר הנוכחי לא התקיימה תחרות בין מוצרי כל ספק לבין עצמם. בקשת הפטור והנתונים שנתקבלו מן החברות מעלים כי מקום בו לא ינתן הפטור אין בכוונת דנשר או אגיס למנות מפיצים מספר למוצריהן, כך שתחרות פוטנציאלית אינה עומדת על הפרק ואף היא לא נפגעה. לפיכך, אין בהתקשרות בהסכמי הפצה בלעדיים עם דנאגיס כדי לפגוע בתחרות ה-intrabrand.

#### II מינוי מפיץ משותף

המישור השני בו תתכן פגיעה בתחרות הוא בין מוצרים שמשווקת דנשר למוצרים שמשווקת אגיס - interbrand competition. החשש במישור זה נובע מן ההנחה כי מפיץ המשותף לשני משווקים נעדר תמריץ להעדיף מוצריו של אחד המשווקים על פני השני ולפיכך נמנעת התפתחותה של תחרות בין אותם מוצרים, בעוד אשר מסירת ההפצה לידיהם של מפיצים שונים, אשר כל אחד הנו בעל אינטרס לקדם את מכירות המוצר אותו הוא מפיץ, היתה מביאה להתפתחותה של תחרות כאמור. לפיכך קיומו של מפיץ משותף משמעה צמצום התחרות בין מוצרי אותם משווקים ובענף הרלבנטי בכללותו.

במקרה שלפנינו גובר החשש לפגיעה בתחרות משום היותו של המפיץ המשותף חברה המצויה בשליטתן של המתחרות, על כל ההשלכות הכרוכות בכך: האפשרות של דנשר ואגיס למנות נושאי משרה בדנאגיס ולכוון את מדיניותה והאפשרות להעביר מידע לדנשר או אגיס בדבר רמת המחירים והמכירות של זולתן.

לצד חששות אלה יש לשים לב לקיומן של נסיבות אשר יקטינו את הפגיעה בתחרות במקרה זה. כוונתי היא לשקול הדעת המועט שניתן למפיץ: כלל פעילות השיווק אשר כוללת בתוכה קידום מכירות בדרך של פרסום, מבצעים, הדפסת דפי מידע וכיוצא באלה נותרה בידי אגיס ודנשר – כל אחת בנפרד לגבי מוצריה שלה; ואילו פעילות ההפצה שהועברה לחברה המשותפת מתמצה בקבלת הזמנות, הובלת הסחורה ללקוחות וגביית התשלומים.

אף קביעת מחיר המוצר ללקוחות נותרה בידי אגיס ודנשר – כל אחת בנפרד לגבי מוצריה שלה, כך שלמעשה אין בקיומו של מפיץ משותף כדי לסכל במידה ניכרת תחרות בין דנשר לאגיס. בנוסף, עצם קיומם של מותגים שונים המוכרים לצרכנים, מקים לכשעצמו, מידה מסויימת של תחרות: לכל מותג ישנו מוניטין נבדל מבחינת איכותו וקהל היעד שלו.

בהנחה כי ביצוע ההסדרים המבוקשים עשוי בכל זאת להביא לפגיעה מסויימת בתחרות בין דנשר לבין אגיס, יש לבחון מה תהיה השפעתם על השווקים הרלבנטיים בכללותם. בהקשר זה עלינו להתייחס לשני גורמים: האחד – נתח השוק המצרפי של דנשר ואגיס באותם תחומים בהם הם מתחרים, והשני – קיומן של חברות שיווק והפצה נוספות כדוגמת דנשר ואגיס אשר הן בעלות דריסת רגל ברשתות השיווק ובחנויות השונות, ואשר יהא בכוחן לשווק ולהחדיר מוצרים מתחרים לאותם השווקים.

בחינת נתחי השוק של דנשר ואגיס בתחומים בהם הן משווקות מוצרים המתחרים זה בזה מעלה כי אין מדובר בנתחי שוק מצרפיים משמעותיים. דנשר ואגיס מתחרות ביניהן במוצרי טואלטיקה למיניהם (סבונים, תכשירי שיער, תכשירים לטיפול הגוף וכיוצ"ב) וכן במוצרי ניקוי מסויימים. מן הנתונים שהן העבירו אלינו וכן מבדיקה מול רשתות שיווק עולה כי נתח השוק המצרפי שלהן באותם תחומים הנו נמוך ועומד על סביבות העשרה אחוזים. לפיכך אף אם יהא בהפצה המשותפת כדי להביא לפגיעה מסויימת ברמת התחרותיות בין אגיס לדנשר, לא יהא בכך כדי להשפיע על נתח ניכר מן השוק בכללותו. יתר על כן, דווקא ייעול ההפצה אשר עשוי לבוא לידי ביטוי בירידת מחירים המוצרים של דנשר ואגיס או בתפוצה רחבה יותר של מוצריהן, יהא בו כדי לתרום לתחרותיות בענף.

אשר לחוליית ההפצה, בדיקות שנערכו ברשות העלו כי קיימים מפיצים רבים הפעילים בהפצת מוצרים מתחומי של דנשר ואגיס<sup>5</sup> ולפיכך אין ההסכמים שלפנינו מעלים חשש לפגיעה בתחרות בחוליית ההפצה אשר היה עשוי להקשות על כניסת מתחרים חדשים לאותם ענפים. כן עולה כי קיימת ניידות מסויימת בין מפיצי מזון יבש ובין מפיצי מוצרי "לא מזון" (Non-Food)<sup>6</sup>, כפי שאלה קרויים בפי רשתות השיווק והחנויות השונות, ועל כן מקום שבו יתעורר חוסר במפיצים בתחום אחד, יוכלו למלאו מפיצים מן התחום האחר.

### III קביעת מחיר ללקוח

כאמור לעיל, נקבע בהסכם ההפצה כי דנאגיס תחזיק את המוצרים נשוא ההסכם בקונסיגנציה ותמכור אותם ללקוחות השונים במחיר ובתנאים אשר יקבעו דנשר ואגיס לפי העניין. מדובר כאן בכבילה שעניינה קביעה – על ידי הספק – של מחיר המכירה בו ימכור המפיץ את הסחורה ללקוחותיו (RPM - Resale Price Maintenance). הנטייה המובהקת של רשויות התחרות היא להתנגד לכבילת RPM מאחר ופעמים רבות יש בה כדי לפגוע בתחרות בחוליית ההפצה, בין

---

<sup>5</sup> על מנת לסבר את האוזן להלן פירוט של חלק מן המפיצים הפעילים בתחום: גורי, שסטוביץ, אקסטרא, איטרקוסמא, הנקל, דיפלומט, ליור ועוד היד נטויה.

<sup>6</sup> ואכן ראינו כי דנשר מפיצה בעיקר מוצרים שאינם מזון, אך מעורבת גם בהפצת מזון כגון פסטה ותה.

המפיצים השונים לבין עצמם. ברי, כי אם לספק ישנם מספר מפיצים, הרי שקביעת המחיר עבורם תסכל כל תחרות מחירים אשר עשויה היתה להתפתח ביניהם ולהיטיב עם הצרכן.<sup>7</sup>

ההשלכה השלילית הנובעת מהכתבת מחיר על ידי היצרן, בעסקה בה המוצרים הנם קניינים המלא של המשווקים - קיימת גם בעסקאות קונסיגנציה, מקום שהקניין במוצרים בעת ההתקשרות למכירתם, הנו של היצרן ולא של המשווק. מקום בו יצרן יתקשר בהסכמי קונסיגנציה עם מספר מפיצים ויקבע לכולם את מחיר המכירה תתקבל אותה תוצאה - העדר תחרות בין המפיצים.

עם זאת יש לזכור כי עסקאות קונסיגנציה טומנות בחובן יתרונות גדולים בחלוקת הסיכונים בין הצדדים ולפיכך תניית RPM ביחסי קונסיגנציה מובהקים תיבחן, ככלל, בעין אוהדת יותר, במסגרת שיקול הדעת בבקשה לפטור או לאישור הסדר כובל.<sup>8</sup> בעסקת קונסיגנציה נושא הספק בסיכונים שונים שמקורם בקניינו בתוצרת עד לרגע מכירתה. בין סיכונים אלה: ירידת ערך התוצרת קודם למכירתה, נזק אשר עשוי לקרות לתוצרת קודם למכירתה, העדר ביקוש לרכישת התוצרת, כשל תשלום התמורה על-ידי הלקוחות וכן שינויים בשערי המטבע כאשר עסקינן ביבוא. קיים הגיון כלכלי בכך כי מי שנושא בסיכונים יתאפשר לו אף לתמחרם ולפיכך ניתן לומר כי כבילת RPM בהסכם קונסיגנציה נחוצה, פעמים רבות, לשם קיום ההסכם. כל אלה הם טעמים למתן פטור או אישור להסדר הכובל הטמון בהכתבת המחיר על ידי הספק למשווק. אולם בכך לא סגי: בבחינת תנייה כזו בהסכמי קונסיגנציה יש להתחשב אף בנתחי השוק של הגורמים המעורבים ובמספר משווקים הקשורים בעסקה, שהרי אין דינו של הסכם קונסיגנציה עם משווק יחיד כדינו של הסכם כזה עם מספר משווקים המעלה חששות שנוגעים גם לכבילות שבין המשווקים עצמם, ואין דינו של הסכם קונסיגנציה שעורך מתחרה דומיננטי בשוק כדינו של הסכם מסוג זה הנערך על ידי מתחרה אשר נתח השוק שבידיו מזערי.

במקרה זה, לנוכח העובדה כי עסקינן במפיץ אחד בלבד, וכן ולנוכח נתחי השוק הבלתי משמעותיים של דנשר ואגיס כפי שנסקרו להלן, יש מקום ליתן פטור מאישור הסדר כובל אף לגבי תנייה זו שעניינה קביעת מחיר.

#### IV תניית אי תחרות

על הכבילות אותן מניתי לעיל והנוגעות לעיסקה המשותפת בה חפצים הצדדים, הוסיפו דנשר ואגיס וקבעו, בסעיף 4 להסכם המייסדים, תניות אי תחרות.

בסיפא לסעיף 4.1 קבעו הצדדים סייג לחופש התחרות ביניהן בהשגת התקשרויות לייצור, יבוא, שיווק או מכירה של מוצרים כלשהם. הסייג נוסח כך שבעוד דנשר ואגיס חופשיות להתחרות ביניהן לגמרי הרי שחופש זה יחול על נסיונות להשגת התקשרויות עם צדדים שלישיים "ובלבד שאלה אינם קשורים בהסכמים עם הצד האחר ובכפוף לכך שהדבר אינו מהווה גרם הפרת חוזה."

---

<sup>7</sup> עמד על כך Sullivan בספרו - L.A Sullivan, *Antitrust*, (west, 1977), 379 : "When the manufacturer fixes the resale prices, price competition is ended among retailers of the manufacturer's product"

<sup>8</sup> דברים ברוח זו הובעו אף בארה"ב, ראה: Antitrust Law Developments, 4<sup>th</sup> ed. Vol. I p. 133

Areeda, Antitrust Developments, 1473, p. 310.

מקובל עליי כי החופש להתחרות אינו מצדיק גרם עוולה בנוזיקין<sup>9</sup> כשאין צידוק לכך, אך אין מקובל עליי כי צד יגביל עצמו מלהתחרות על התקשרות עם צד שלישי הקשור עם אחר בהסכם, לתקופה שלאחר תום ההסכם או באופן אחר שאין בו כדי להוות גרם הפרת חוזה. משום כך אני קובע כי הפטור הניתן בזה לא יחול על הסייג האמור בסיפא לסעיף 4.1 ככל שהוא בא להוסיף על התחייבות להימנע מביצוע עוולה של גרם הפרתו של חוזה קיים.

בסעיף 4.2 להסכם המייסדים קבעו הצדדים כי אגיס לא תתחרה בדנשר במספר תחומים בהם דנשר פעילה. התחייבות כזו היא בעייתית ביותר. לא ברור כיצד נחוצה התחייבות מצד אגיס שלא להתחרות בדנשר במגוון תחומים בהם דנשר פעילה ואף דומיננטית<sup>10</sup> לשיתוף הפעולה **בהפצה** שכל מטרתו היא קיצוץ עלויות ההפצה וייעולה. לפיכך, אין סיפק כי כבילה זו הנה כבילה ערומה, היינו: כבילה אשר אינה נחוצה בשום צורה למימוש של הסכם ההפצה ואשר עיקרה בהגבלת התחרות. יפים לעניין זה דבריו של קודמי בתפקיד בעניין הסדר כובל בין מפעל הפיס ומגן דוד אדום:

"כבילה תחשב לערומה לדוגמא, אם אין בהסדר שיתוף פעולה מועיל של ממש, אלא רק כבילה; או, אם יש בהסדר שיתוף פעולה מועיל של ממש, אך הכבילה אינה דרושה באופן סביר, לצורך אותו שיתוף פעולה, או חורגת מן הדרוש; או, אם הכבילה - היא היא המטרה העיקרית של ההסדר, ולא שיתוף הפעולה".<sup>11</sup>

סעיף 14 (א) לחוק ההגבלים העסקיים קובע כי הממונה רשאי לתת פטור להסדר כובל אם שוכנע כי התקיימו כל אלה:

"(2) עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בו **כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו**". (ההדגשה הוספה)

כאשר עסקינן בכבילה עירומה, יש להימנע מניתוח מידת הפגיעה בתחרות הנובעת ממנה; אף אם פגיעה זו הנה מועטה, הרי שלפי הוראת סעיף 14(א)(2) לחוק ההגבלים העסקיים, אין בסמכותי ליתן פטור לאותה כבילה.

#### 4. סוף דבר

לאחר שנועצתי בועדה לפטורים ומיזוגים, ראיתי לנכון להשתמש בסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים ולהעניק את הפטור המבוקש להסדר המבוקש, למעט לגבי סעיף 4.1 סיפא וסעיף 4.2 להסכם המייסדים. הפטור ניתן להסדרים בין דנשר ואגיס לבין דנאגיס (קרי, בחוליית ההפצה כמפורט בתנאי ההסכם) אולם החלטתי שלא לפטור כל הגבלת תחרות בין דנשר לאגיס עצמן.

תוקפו של פטור זה חמש שנים מיום מהיום.

<sup>9</sup> ובלבד שהחוזה שנגרמה הפרתו אינו הסדר כובל שלא הופטר או אושר.

<sup>10</sup> במזון לתינוקות מחזיקה דנשר בנתח שוק של כ-45% עם המותג מטרנה; בסוללות מחזיקה דנשר ב-51% מן הושק עם אנרגייזר; במזון לבע"ח מחזיקה דנשר בכ-50% מן הושק עם המותגים בונזו ולה-קט.

<sup>11</sup> **שיתוף פעולה בין מפעל הפיס לבין מגן דוד אדום בישראל - פטור על פי סעיף 14 מאישור בית הדין להסדר כובל**; 1998 הגבלים עסקיים 3004188.

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.

עו"ד דרור שטרום

הממונה על הגבלים עסקיים (בפועל)

ירושלים, כ"ה אדר תשס"א

20 במרץ 2001