

הסדרי ניהול קטגוריות של מוצרי צריכה בשוק הקמעונאי - היבטים בהגבלים עסקיים

מאת

שרון בר, עו"ד*

1. מבוא

בשנים האחרונות הולכת ומתגברת השפעתו של הקמעונאי על רכישות צרכנים, תוך כרסום בהשפעתו של היצרן עצמו. התופעה קיבלה מימדים מפתיעים בארצות הברית בשנות התשעים של המאה העשרים, שעה שקמעונאים החלו מתאגדים ומתמזגים לכדי קונגלומרטים ענקיים דוגמת וול-מארט. כך, הקמעונאי החל משווק מרכולתו במתקנים גדולים, כאשר בידו נתונה ההשפעה המכרעת על האופן שבו יאורגנו המוצרים ויוצגו לצרכן הסופי. כתגובת נגד, פיתחו היצרנים מנגנון המתלווה למכירת המוצרים לקמעונאי, שעיקרו אספקת שירותי ניהול לקמעונאי. מדובר בשירות לניהול קטגוריות מוצרים, הניתן ללא עלות כספית לקמעונאי.

יש המאחרים את תחילתה של התופעה כבר באמצע שנות ה-80, במסגרת הסדרים שנעשו בין חברת הענק האמריקאית פרוקטר אנד גמבל לבין וולמארט, רשת הסופרמרקט הגדולה בארה"ב.¹

התופעה מעוררת שאלות ותמיהות לא מעטות מתחום דיני ההגבלים העסקיים, והיא מעלה סוגיות של הסדרים אנכיים ואופקיים שיש בהם כדי להגביל ולצמצם את התחרות והמסחר.

לאור העובדה, שברוב המקרים מנהל הקטגוריה הוא גם בעל המונופולין באותו שוק, הרי שדיון בתחום דיני המונופולין הופך גם הוא לרלוונטי לניתוח התופעה.

התופעה נפוצה בעיקר בתחום רשתות השיווק של מוצרי המזון, אך לא רק בו. הרשות להגבלים עסקיים בישראל ערכה חקירה מקיפה בקרב מספר רשתות מזון מובילות ופרסמה חוות דעת בנושא, שבעקבותיה הוציא בית הדין להגבלים עסקיים צו מוסכם המגדיר את ההסדרים הנ"ל ככובלים.²

* הכותבת היא עורכת דין בעלת תואר ראשון במשפטים בהצטיינות ובעלת תואר שני במשפט מסחרי, שניהם מאוניברסיטת תל-אביב.

1. Robert Steiner, "Category Management - A Pervasive New Horizontal/Vertical Format", 15 *Antitrust* 77 (2001).

2. צו מוסכם 309206/5033 לפי סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

בארה"ב נפסקו פיצויים בגובה של מעל מיליארד(!) דולר בפסק דין כמעט יחיד בנושא בפרשת *Conwood v. USTC*.

להלן נבקש לסקור את מאפייני התופעה ואת השלכותיה על צמצום התחרות. לאחר מכן נבקש לסקור התפתחויות ודיונים מרכזיים בישראל ובארה"ב בתחום, ולבסוף, נביא אסופה של המלצות לאופן שבו ראוי לטפל בנושא זה בעתיד.

2. ניהול קטגוריות - הצגת התופעה

ניהול קטגוריות היא פרקטיקה, בה הרעיון המרכזי הוא לשווק מוצרים על בסיס הקטגוריה אליה הם משתייכים, כמו מוצרי שיער או מוצרי חלב או אף קבוצה קטנה יותר כמו מעדני יוגורט, וזאת, להבדיל מניהול השיווק על פי מותג, כפי שהיה נהוג בעבר. במילים אחרות, במקום לנהל בנפרד את מוצרי חברת תנובה ובנפרד את מוצרי חברת טרה, ינוהל מדף בקבוקי החלב כיחידה אחת כוללת.

התובנה המסתתרת מאחורי מנגנון ניהול כזה היא, שכאשר מנהל הקטגוריה (Category Captain / Category Manager) יבדוק מי קהל הלקוחות האופייני לרשת שיווק מסויימת ומה הם הרגלי הצריכה שלו, הוא יוכל לארגן את הקטגוריה כך שיתאפשר שיווק מתאים יותר לצרכנים, בהתאם למטרה המשתנה של המנהל. התופעה היא חלק ממגמה כללית של ניהול דינאמי על פי העדפות צרכנים משתנות, הקיימת כיום בתחום השיווק המסחרי.

ניהול קטגוריה הוא תחום רחב של פעולות הנע בין מתן ייעוץ שוטף לרשתות בדבר אופן השיווק וניהול המדף ברשת ועד להסכמים בלעדיים של רשת עם יצרן מסויים של ניהול קטגוריה. הסכמים כאלו כוללים לעיתים קרובות אף ניהול אקטיבי-פיזי של הקטגוריה באמצעות כוח אדם של היצרן אשר נמצא במקום. תפקידו של מנהל הקטגוריה נע על הספקטרום הזה והוא משתנה בהתאם להסכמות הצדדים. בתוך כך, יכולה ההסכמה בין הצדדים לכלול התחייבות להפרדה בזמן ובמקום בין מבצעי קידום מכירות של היצרן לבין אלו של מתחריו. בדומה, יכולה להיות הסכמה בדבר צמצום השקה של מוצרים מתחרים חדשים בקטגוריה.³

מקובל לדבר על ארבעה מרכיבים מרכזיים באופן ניהול קטגוריות: מיון, סידור (הצבה), תמחור וקידום מכירות. מרכיבים אלו נתפסים כמשפיעים באופן מהותי על החלטות הצרכנים בשעת הקנייה.

תופעה זו שינתה את פני המכירות המתבצעות בסופרמרקטים. למידה של העדפות הצרכנים ומחקר על שיטות שיווק יעילות מיתרגמת לעיצוב מדפים בסופר-מרקט.

3. ראו לעניין זה:

Federal Trade Commission, *Report on the Federal Trade Commission, Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grocery Industry* (Feb.2001).

כיום, המנגנון נפוץ בעיקר בשוק המזון והתרופות בארה"ב וכן בשוק מכירת הספרים, אם כי פחות.⁴ נראה גם, כי המגמה המסתמנת היא מעבר מניהול קטגוריה לניהול מעברים שלמים ברשתות הקמעונאיות.

באופן כללי ניתן לומר, כי ניהול הקטגוריה עיקרו במאמצי שיווק המופנים כלפי לקוחות אשר אין להם העדפת מותג 'חזקה' ואשר הינם מושפעים, ברמה כזו או אחרת, משיטות השיווק הני"ל. שיטות אלו, כאשר הן מופנות אל ציבור הלקוחות המתאים, יכולות לגרום לצרכן לרכוש מוצר שלא הכיר או שלא התכוון לרכוש, או להגדיל את רכישותיו הקיימות ממילא. דוגמה לכך, למשל, יכולה להיות מאמצי שיווק הנעשים (בעיקר בארה"ב) על רקע חגים ומועדים מסויימים. כך, מנהל הקטגוריה מארגן את מדפי הקטגוריה בהתאמה לקראת חג מסויימים, לאחר ניתוח ובחינה של הרגלי הצרכנים בקטגוריה זו בחגים קודמים. כך גם לגבי מבצעים לגבי מוצר מסויימים, קידום מותג חדש וכיוצא בזה. צרכנים אשר אינם נתונים להשפעה של טקטיקות שיווק אלו, מעדיפים שלא לכלות את זמנם בהתעמקות במבצעים השונים ובסידור המדפים. אליהם, כאמור, לא פונה מנהל השיווק או הקמעונאי במאמציו השיווקיים.

נקודת מבט מעניינת על התופעה מספק פרופ' רייט מאוניברסיטת ג'ורג' מייסון שבארה"ב, כותב ידוע בתחום ההסדרים הכובלים בשווקים קמעונאיים. רייט מנתח את המדפים בסופרמרקטים כמשאב ציבורי. המדפים והאופן שבו הם מסודרים, אינם נצרכים ומתכלים על ידי צרכן מסויימים עד שלא נשאר יותר לצרכנים אחרים. כך, למעשה, הם מהווים משאב ציבורי הזמין לכל החפץ בכך. הוא הדין גם לגבי הפרסום המתבצע בשטח החנות.

הבעיה המרכזית במנגנון היא, שמנהל הקטגוריה איננו נציג אובייקטיבי מטעם איגוד צרכנים כלשהו או אפילו מטעם הקמעונאי. מנהל הקטגוריה הוא לא אחר מאשר נציג של אחד היצרנים, בדרך כלל הגדול שבהם. הבעייתיות גלויה על פניה. יצרן של מוצר מסויימים, שמתחרה במוצרים של יצרנים אחרים בקטגוריה מסויימת, הוא זה שאחראי על האופן שבו יוצגו, ישווקו ויתומחרו כל המוצרים - שלו ושל מתחריו. מדובר במצב קלאסי של ניגוד עניינים, בבחינת "נותנים לחתול לשמור על השמנת". כדי להדגיש את ניגוד העניינים נציין, כי 'שירות' זה אינו ניתן בתשלום לקמעונאי, להיפך. מנהל הקטגוריה - נציג היצרן - הוא זה המשלם לקמעונאי עבור הזכות לנהל את הקטגוריה. בעיה שניה היא יצירת מונופול של היצרן בקרב כל הרשתות בכל הנוגע לניהול קטגוריה. החשש הוא שהיצרן, דומיננטי ממילא, ישתלט על כל הרשתות וירכוש לעצמו זכויות ניהול. כך, הקטגוריה כולה תנוהל באופן רוחבי ועקבי בכל הרשתות, על ידי אותו יצרן.⁵ בעיות אלו ואחרות ינותחו לעיל בפרקים הבאים.

4. The American Antitrust Institute's Roundtable Discussion on Antitrust and Category Captains held in Washington, D.C. June 23, 2003.

5. ראו בדוח הרשות הפדרלית לפיקוח על הסחר : FTC Slotting Allowances Report, February 2001.

3. ניתוח הבעייתיות הגלומה בהסדרי ניהול קטגוריה

על מנת לבחון את השלכות דיני ההגבלים העסקיים הנובעות מתופעת ניהול הקטגוריות, עלינו להבין את המניעים של כל גורם במשוואה להצטרף להסדר זה. להלן נבחן את האינטרסים השונים של בעלי העניין.

א. בעלי העניין

מנהל הקטגוריה מעוניין להשיג ניהול, שליטה ופיקוח הדוק על ניהול המוצרים והאופן שבו הם יוצגו בקטגוריה. כך, יוכל המנהל לדאוג שהמוצרים של היצרן שלו יקבלו עדיפות באופן שבו הם מוצגים לצרכן ברשת מסוימת. גם הצד השני של המטבע נכון - מנהל הקטגוריה חושש מכך, שנציג של יצרן אחר יתפוס את משרת ניהול הקטגוריה, ובכך ידחוק את מוצרי המתחרים. בדרך כלל, בעל המונופול או בעל נתח השוק הגדול ביותר באותה קטגוריה הוא שיקבל את הזכות לנהל אותה, אם כי אין הדבר מובן מאליו ובהחלט קיימת תחרות בעניין בין יצרנים. מדובר במוצר חוזי לכל דבר ועניין, ובהתאם מתנהל משא ומתן להשגתו.

הרקע לתופעה יכול להיות מוסבר בחשש של יצרן מכך שישלם לבעל החנות עבור תנאי מדף מועדפים והקמעונאי 'ירמה' אותו - ייקח את כספו ולא ייתן תמורה. זאת ואף גרוע מכך: היצרן חושש, שבעל החנות יקדם מוצרים של מתחרים. מדובר בבעיה של אמון.⁶ דרך אחת להתמודד עם בעיה זו היא ליצור מערכת חוזית של הסכמי בלעדיות. במסגרת זו, היצרנים ישלמו לבעלי החנויות עבור בלעדיות בשיווק מוצריהם תחת קורת הגג של אותו סופר-מרקט ואי-שיווק של מוצרים מתחרים באותה קטגוריה. הבעיה כאן טמונה במישור של בעל הסופר-מרקט, מכיוון שהסכם בלעדיות כזה כרוך בעלויות מבחינתו: הצרכן הסופי שבא לרכוש את המוצרים בשטחו של היצרן יוצא מופסד, כיוון שאין גיוון מספק במוצרים בקטגוריה ולפיכך, יצביע ברגליו ויעדיף לערוך את קניותיו במקום אחר. לפיכך, הדעה הרווחת בקרב הכותבים בתחום היא, שבמקום שבו דרישת הלקוח לגיוון היא גבוהה, סביר להניח שאין רקע כלכלי מתאים להתפתחות של הסכמי בלעדיות מסוג זה.

למעשה, הפיתרון שנוצר בתנאי שוק אלו הוא רעיון ניהול הקטגוריות. כך יכול הקמעונאי ליהנות משני העולמות: הוא גם מקבל תשלומים מיצרנים ומעניק בתמורה זכויות ניהול קטגוריה, וגם מספק לצרכנים את הגיוון לו הם זקוקים. מנגנון ניהול הקטגוריה הוא טוב יותר לצרכנים מבחינת גיוון, כיוון שהאלטרנטיבה היא הסכמי בלעדיות, במסגרתם צרכנים היו נוטים לראות קונסולידציה של מותגים בכל אחת מן הקטגוריות. היצרן, לעומת זאת, מצמצם את עלויות הפיקוח על הקמעונאי, בהן היה נאלץ לשאת כדי לבדוק

6. Benjamin Klein and Joshua D. Wright, "The Antitrust Law and Economics of Category Management", *American Law & Economics Association Annual Meetings 2004*, paper 55; Joshua D. Wright, "Antitrust Law and Competition for Distribution" 23 *Yale Journal on Regulation* (2006).

שאינו מרומה במסגרת הסכמי הבלעדיות, כיוון שהיצרן בעצמו (או באמצעות נציגיו) אחראי על סידור הקטגוריה. יחד עם זאת, אל לנו לשכוח את העלויות הכרוכות בניהול מנגנון שכזה ובהפעלתו.

קיימים מחקרים סותרים באשר לשאלה, האם פונקציית מנהל הקטגוריה מעלה את המכירות באותה קטגוריה. נראה, כי היצרן יהיה מעוניין בהסדרי ניהול הקטגוריה כאשר רווחיו מכך עולים על העלות השולית שלו במכירת המוצרים. כאשר היצרן מתמחר את המוצר במחיר גבוה בהרבה מהעלות השולית שלו - אז חשובים במיוחד הסדרי ניהול הקטגוריה. הקמעונאי, לעומת זאת, לא יספק ליצרן את מוצר הניהול (הסכם ניהול קטגוריה) אלא אם ירויח מכך באופן ישיר בעקבות עלייה במכירות (בהתעלם, כרגע, מבעיות כפייה של מונופול על הקמעונאי).

יש לזכור כמובן, שהחזקה בין היצרן ולקמעונאי ימשיך להתקיים באופן תקין רק כל עוד הרווחים שכל צד יכול להפיק מסטייה מההסכם והפרת הוראותיו, אינם גבוהים מהרווח שהם מפיקים מקיום ההסכם.

מנהל הרשת מעוניין להיפטר מעול ניהול הקטגוריות השונות בחנויות, אשר גובה ממנו מאמצים, זמן וכסף. יצרנים מציעים לו לשאת בעצמם בכל אלו, ועוד תמורת תשלום עבור כך, והוא שמח למכור להם זכויות אלו. אך כפי שצויין, עליו לדאוג לגיוון של מוצרים בחנות כולה ובכל קטגוריה בנפרד על מנת למשוך צרכנים, למקסם את הרווחים ולהתחרות כראוי בבעלי חנויות אחרים. כמו כן, בכל קטגוריה יש שילוב אופטימלי מסויים של מיקום המוצרים, תמחורם ואופן קידום, באופן שיביא להשאת הרווחים ממכירות, עבור בעל החנות. אם היינו מניחים, שהאינטרסים של מנהל הקטגוריה ושל מנהל החנות זהים במקרה זה, הרי שלא היתה מתעוררת כל בעיה הזקוקה לפיתרון. אלא שהיצרן מעוניין לקדם את מוצריו שלו בלבד, על חשבון מוצרים של יצרנים אחרים - אינטרס אשר אינו מתיישב עם האינטרס של בעל החנות, להגדיל מכירות העוגה בכללה, היינו למקסם את התזרימים מכל קטגוריה. יחד עם זאת, למנהל החנות אין את הזמן והמשאבים המתאימים לשמיעת דעותיהם של יצרנים שונים לגבי האופן שבו הקטגוריה צריכה להיות מנוהלת, ולכן הוא מעדיף להעניק את ניהול הקטגוריה ליצרן אחד בלבד, ועל ידי כך לצמצם לעצמו את עלויות הניהול והפיקוח.

מנהלי הקטגוריות טוענים,⁷ כי הצרכנים למעשה 'מרוויחים' ונהנים מהסדר ניהול הקטגוריות, זאת, כיוון שהם מקבלים שירות טוב יותר מרשתות השיווק, כאשר אלו נעזרות באנשי שיווק מקצועיים באמצעות שירות ניהול הקטגוריה. יחד עם זאת, ייתכן שקיימות השלכות אנטי-תחרותיות המשפיעות על ההיצע לצרכנים ועל המחיר הסופי, כפי שנראה להלן.

ב. הסדר אנכי או הסדר אופקי?

בדיני ההגבלים העסקיים מקובל להבחין בין הסדר אנכי לבין הסדר אופקי. אמנם באופן אינטואיטיבי הנטייה היא לסווג את ההסדרים האופקיים ככובלים יותר מההסדרים האנכיים, אך לא תמיד נטייה זו תשקף את המצב לאשורו.⁸ ואכן, ניתן לראות כי ההסדר החקיקתי של דיני ההגבלים העסקיים בישראל מעוצב בהתאם למגמה לפיה נבחנים מהות ההסדר ופגיעתו בפועל בתחרות, להבדיל מהכתמת הסדר ככובל על פי סיווג קטגורי 'עיוור'.⁹

לכן, כאשר נשאלת השאלה, האם הסדר ניהול הקטגוריות הוא הסדר אנכי או הסדר אופקי, לא בטוח שהסיווג רלוונטי. נראה, כי השאלה החשובה יותר תהיה, האם ההסדר הוא הסדר כובל, באופן אשר יש בו כדי לפגוע בתחרות.

יש הסבורים, כי צריך לסווג את הסדר ניהול הקטגוריות כהסדר אנכי, משום שמנהלי הקטגוריות הם ספקים לרשתות השיווק - הם אינם מתחרים עמן. ואולם סברה מורכבת יותר - הנראית כנכונה יותר בעיני - גורסת, שכל עוד מנהל הקטגוריה מייעץ לבעל הרשת בכל הנוגע למוצר שלו, הרי שמדובר בהסדר אנכי, ואולם בבואו לייעץ בנוגע למוצרים מתחרים - הרי שכאן אנו כבר ניצבים בפני הסדר אופקי.¹⁰ בתי המשפט בארה"ב כבר הכירו בכך, שליצרן יש למעשה אינטרס לגיטימי להתערב באופן שבו המוצרים שלו יוצגו ברשתות, אף אם אין לו עוד בעלות בהם.¹¹ האינטרס הזה יכול להיות ממומש באמצעות הסכמים מסחריים בין היצרן לבעלי הרשתות, שעניינם רכישת הזכות לייעץ לרשתות לגבי שיווק המוצרים של היצרן, בתמורה להנחה במחיר לרשת. לפי סברה זו, מדובר באינטרס 'אנכי' לגיטימי. מה שאינו לגיטימי הוא, שמנהל קטגוריה נותן עצות ביחס למוצרי המתחרים אשר פוגעות במתחרים בכוונה. ברי, כי מנהל הקטגוריה לא דואג שלכל המתחרים יהיו הסכמים אנכיים טובים עם הרשת, אלא הוא מטפח אינטרסים שלו בלבד ומנסה אף לפגוע במתחרים. בכך, מתבצעת פגיעה בתחרות בהיבט האופקי.

יחד עם זאת, הדעות באשר להשלכות מתחום ההגבלים העסקיים והפגיעה בתחרות הנובעות ממנגנון ניהול הקטגוריה, הינן מגוונות. יש הסבורים שהפגיעה בתחרות היא מינימלית כל עוד אין שימוש לרעה במנגנון, כפי שהיה בפרשת קונווד אשר תנוחת להלן. מלומדים אלו מחזיקים בגישה לפיה די

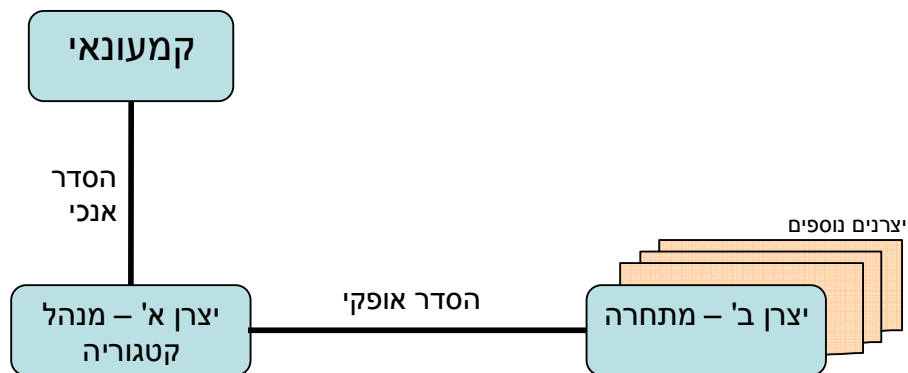
8. דוד גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוקיים? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" עיוני משפט כ"ז 751 (2004).

9. ראו לעיל תזכיר הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 9), התשס"ה-2005.

10. A Second Look at Category Management, Thomas B. Leary, paper based on oral remarks delivered on June 23, 2003, at the American Antitrust Institute's Roundtable Discussion on Antitrust and Category Captains, in Washington, D.C.

11. Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977); Dr.Miles Medical Co. v. John D.Park & Sons Co., 220 U.S.373, 409.

בחוקי ההגבלים העסקיים כדי לאכוף ולמנוע שימוש לרעה שכזה בניהול קטגוריות, ואין לבחור בפיתרון קיצוני של איסור גורף על מינוי מנהל קטגוריה וכיוצא בזאת.¹² גישה זו נובעת מתוך מודעות לקיומו של ספקטרום רחב של יישומים של מנגנון ניהול הקטגוריה, כפי שהזכרנו לעיל. התומכים בגישה זו סבורים, כי יהיה זה ממילא מנוגד לטובתו של בעל הסופרמרקט אם יאפשר שימוש לרעה שכזה בניהול הקטגוריה על ידי היצרן ונציגיו. כמו כן הם מציינים לזכות המנגנון את העובדה, שהחוזים בין מנהלי הקטגוריה לבין בעלי הסופרמרקטים ניתנים לסיום על ידי מי מהצדדים, בכל עת. עובדה זו הופכת את ההסכמים לכובלים פחות ומצמצמת את השלכותיהם על התחרות. ההסכמים הללו, טוענים המצדדים בגישה, נבחנים בעיניים חשדניות ביותר על ידי רשויות ההגבלים העסקיים, אולם למעשה, לאחר בחינה מדוקדקת, יש להבין כי הם חלק מתהליך טבעי ונורמלי של תחרות הוגנת.



4. ארה"ב - Conwood v. USTC

אחת הפרשיות הבולטות ביותר בארה"ב בהקשר של ניהול קטגוריות היא פרשת **קונווד**.¹³ באותו עניין נדונה תביעה שהוגשה נגד יצרנית הגדולה בארה"ב של טבק ללעיסה, **USTC (United States Tobacco Company)**, אשר הוגשה על ידי אחת מבין ארבעה מתחרים בשוק זה בארה"ב - **Conwood Company** (להלן: "קונווד"). יצויין, כי במהלך ההתדיינות החזיקה USTC ב-77% מהשוק בעוד שקונווד החזיקה בכ-13%. ב-1999 הסתכמו המכירות בשוק הני"ל ב-1.68 מיליארד דולר.

בהתאם לכתב התביעה, החל משנות ה-90 המוקדמות נקטה USTC בפעולות אשר הצמיחו כנגדה את העילות הבאות: שימוש שלא כדין במעמדה כמונופולין; הפרה של

12. Richard Scheelings and Joshua Wright, "Sui Generis? An antitrust analysis of buyer power in the US and European Union", 39 *Akron L. Rev.* 207 (2006).

13. *Conwood Co. v. United States Tobacco Company* 290 F.3d 768 (6th Cir. 2002).

ה-Sherman Antitrust Act¹⁴; התעשרות שלא כדין (עשיית עושר ולא במשפט); השחתת מוצרים של מתחרים; ביצוע עוולה של גרם הפרת חוזה ועוד.

בהתאם לפסק הדין, הפעולות הפסולות שנקטו על ידי USTC כללו את המרכיבים הבאים: החברה השיגה בלעדיות ברשתות למכירת מוצריה, השיגה את הזכות לעצב בעצמה את עמדות המכירה של מוצריה ואת הזכות לנהל את הקטגוריה במספר רשתות ובמסגרת זו חיוותה דעה בשאלה, מי מהמתחרים צריך להיות מוצג במדפי הרשת ובאיזה אופן. נראה, כי USTC ביקשה, בין היתר, ייצוג במדפים באופן יחסי לחלקה בשוק. ברור, כי באופן הזה יכלה לקבל מעמד עדיף בהרבה משל המתחרים, כיוון שהחיוותה מונופולין. מעניין לציין בהקשר זה, כי מעדויות מומחים במהלך המשפט עלה, כי נקודת הזמן הקריטית ביותר מבחינת הצרכן בבואו להחליט על רכישה של מוצר הטבק הנ"ל היא כאשר הוא נמצא פיזית בנקודת המכירה. זאת, משום שבארה"ב קיים איסור לפרסם מוצרי טבק מחוץ לרשתות המכירה. כך, השילוט אשר נמצא מעל למוצרים הוא, למעשה, הדרך היחידה לשיווק ולפרסום בתחום. נזכור, כי מנהל הקטגוריה הוא זה שיכול להשפיע על מבנה ועיצוב נקודות המכירה של כל הקטגוריה, כולל מוצרי המתחרים, ובכלל זה לשלוט על השילוט, מיקומו ותכניו. ההשלכות לכך מבחינת צמצום התחרות בענף, הן מרחיקות לכת.

בנוסף, נטען כנגד USTC, כי החברה מסרה לקמעונאים מידע שגוי במכוון כדי לקבל מעמד עדיף על פני המתחרים. בתוך כך, היתה נוהגת 'לנפח' את היקף מכירותיה, לעיתים ביחס למוצר מסויים אשר בפועל מכירותיו לא היו טובות במיוחד, על מנת לקדם אותו.

בשלב מסויים, העניקה USTC הטבה של 3% הנחה לבעלי רשתות אשר ימסרו לה נתוני מכירות, שישתפו פעולה עם מבצעי קידום מכירות של החברה ואשר יעניקו לה את נקודות המכירה המועדפות ביותר בחנות. מסתבר, ש-USTC הצליחה לרתום לתכנית זו חנויות האחראיות ל-80% ממכירות המותג. במילים אחרות, הצלחה אדירה ל-USTC, על חשבון המתחרים.

ולבסוף, התנהגותה הדורסנית של USTC אף הגיעה עד לכדי חבלה של ממש במדפי המתחרה קונווד.

בגין כל הפעולות אשר תוארו לעיל, טענה התובעת, קונווד, לנזקים המתבטאים בפוטנציאל הגידול הבלתי ממומש בנתח השוק שלה, אשר עשוי היה להגיע לכ-23%-22%, בזמן שבפועל, עמד על 11% בלבד. על מנת להמחיש את גובה הנזקים נסביר, כי כל אחוז בנתח השוק מייצג רווח שנתי של 10 מיליון דולר. קונווד הסתמכה בתביעתה על חוות דעת של מומחה בעל שם עולמי, אשר העריך את הנזקים עקב פעילות הנתבעת בסכום הנע בין 300 ל-400 מיליון דולר. **חבר המושבעים בערכאה דלמטה פסק פיצויים לתובעת בטווח זה, בסך של 350 מיליון דולר, אותם העלה בית המשפט עצמו ל-1.05 מיליארד (!) דולר.**

Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C.

הטענה המרכזית של הנתבעת היתה, כי התנהגותה הסתכמה בעוולות שוליות, ספוראדיות וזניחות, אשר אינן יכולות להקים לה אחריות בתחום ההגבלים העסקיים, כל עוד אין בהן כדי לפגוע בתחרות. לעניין ניהול הקטגוריות, טענה הנתבעת, כי מדובר בפרקטיקה מקובלת בעולם הקמעונאות, אשר יש בה כדי להועיל במישורים של שיפור יעילות המכירה בחנויות, בניית נאמנות לקוחות ושיפור ייצוג המוצרים בנקודות המכירה.

קונווד כמוכן טענה, כי התנהגותה הדורסנית של USTC נועדה כל כולה כדי לפגוע בתחרות ולפגוע בקונווד ובמכירותיה. כמו כן היא טענה, כי מדובר בתכנית סדורה, שהגיעה מדרג המנהלים הגבוה ביותר אצל הנתבעת, שמטרתה היתה לחסל באופן מוחלט את התובעת - טענה אשר התבררה בהמשך ככזוה.

בית המשפט קבע, כי התנהגותה של USTC, כפי שתוארה לעיל, אכן נוגדת את חוק ההגבלים העסקיים (שרמן אקט) ומזכה את קונווד בפיצויים. כמו כן נקבע, כי בעניין **ניהול הקטגוריה**, פעלה הנתבעת שלא כדין, שעה שהשפיעה על בעלי החנויות להוציא משטח המכירה מוצרים של המתחרים ולקדם את המוצרים שלה במקומם, ובכלל זה אף לקדם מוצרים שסבלו מקשיי מכירה. כוונתה של הנתבעת לצמצם תחרות ולדחוק את רגלי המתחרים מהשוק הרלוונטי, קבע בית המשפט, היא ברורה. עוד קבע בית המשפט, שהנתבעת ניצלה לרעה את מעמדה כמנהלת קטגוריה. זאת, בהתבסס על מסמכים רבים שהוגשו, בהם תכתובות דואר אלקטרוני, ובהתבסס על עדויות עובדים של הנתבעת, של התובעת ושל בעלי החנויות. כל הראיות הצביעו על כך, שאכן התקיימה פעילות אינטנסיבית של הנתבעת לדחיקת רגלי המתחרים, שלא כדין.

בית המשפט מיקד את הדיון המשפטי בבחינה, האם ההתנהגות של הנתבעת היתה אנטי-תחרותית. לשם כך, שימשה אמת המידה של גידול/ירידה בנתח השוק אשר החזיקה בו התובעת. השאלה שבית המשפט הציג היתה, האם עקב פעילות הנתבעת נמנע גידול במכירות התובעת. כמו כן, בית המשפט הגיע למסקנה, כי הפעילות של הנתבעת צמצמה את היצע (גיוון) המוצרים עבור הצרכן וגרמה לעליית מחירים לצרכן. בית המשפט פסק, שהתחרות נפגעה כתוצאה מהתנהלות הנתבעת.

מעניין לראות בפסק הדין, כי לא נטען - ובית המשפט אף לא התייחס - ללגיטימיות של מוסד ניהול הקטגוריה. ההתייחסות היתה לשאלה, האם היה שימוש לרעה במוסד, אך עצם חוקיותו לא נתקפה. זאת, להבדיל מהשקפתה של רשות ההגבלים העסקיים בישראל, לפיה כל הסדר ניהול קטגוריה הוא הסדר כובל וככזה הינו אסור, כיוון שיש בו כדי לצמצם את התחרות. ראו בפרק הבא למאמר.

חשיבותו המרכזית של פסק דין זה היא בפיצויים מרחיקי הלכת שנפסקו לקונווד (מיליארד דולר). **בכך מאותת בית המשפט לחברות האמריקאיות איתות משמעותי נגד התופעה של שימוש לרעה במוסד ניהול הקטגוריות. מדובר בפסק דין בעל חשיבות הרעתית רבה.** הטענה ש"כולם עושים את זה", לא עומדת עוד למנהלי הקטגוריה אשר משתמשים בזכויותיהם באופן בלתי-תחרותי.

המלומד פרופ' רייט מבקר את פסק הדין הני"ל, כלוקה בניתוח מחמיר יתר על המידה של תופעת ניהול הקטגוריות.¹⁵ לדעתו, בית המשפט שגה בכך שקבע סטנדרט מחמיר יותר לבחינת ניהול קטגוריות, להבדיל מהמבחן שנקט בהסכמי בלעדיות, בהם המשווק מתחייב כלפי היצרן לשווק ולמכור רק את מוצריו של אותו יצרן ולא מוצרים מתחרים בעיניו. אלו האחרונים, חמורים הרבה יותר מניהול קטגוריות, מבחינת השפעתם על דיני התחרות. הוא מסביר, כי ייתכן שבית המשפט לא לקח בחשבון את חסמי הכניסה לשוק. השוק המדובר הוא שוק הקמעונאים, והשאלה אשר ראויה לבחינה, לדעתו, היא, **מה הם חסמי הכניסה לשוק**. במידה שאלו נמוכים, הרי שמשמעותם האנטי-תחרותית של הסכמי ניהול הקטגוריה בין היצרנים לבעלי הרשתות שולית יותר. ככל שיש יכולת גבוהה יותר להיכנס לשוק ולפתוח חנויות נוספות, כך גם גדל הפוטנציאל של יצרנים נוספים להתקשר בהסכמים משלהם באשר לניהול קטגוריות. רייט טוען, כי במידה שהשוק נוח לכניסת מתחרים חדשים, הרי ששטח המדף הולך וגדל וכך הולך וקטן האחוז שהצליחו לנכס לעצמם מנהלי הקטגוריה. **יחד עם זאת, אני סבורה כי רייט לא לוקח בחשבון, כי לרוב, מנהלי הקטגוריה הם נציגים של היצרן הדומיננטי ביותר בשוק, לעיתים מונופולין, אשר ממילא משתלט על כל שטח מדף חדש שנוצר. הוא גם יכול להעלות הצעות טובות יותר במסגרת משא ומתן לקראת הסכם ניהול קטגוריה מאשר היצרנים הקטנים יותר, כיוון שהוא בעל כיס עמוק יותר.**

5. ישראל

א. רשתות מזון

הרשות להגבלים עסקיים פרסמה לאחרונה נייר עמדה¹⁶ אשר עוסק בהסדרים כובלים בשוק רשתות שיווק המזון הגדולות בישראל. למעשה, שוק המזון הוא השוק שבו החלה להתפתח תופעת ניהול הקטגוריות, בתחילת שנות ה-90, בארה"ב. בהתייחסות ספציפית לנושא ניהול הקטגוריות נכתב, כי מחקירה שנוהלה על ידי הרשות בין השנים 2000-2002 עולה, כי רשתות המזון בארץ נוהגות לתת לספק המייצג את היצרן הדומיננטי בקטגוריה מסויימת, את הזכות לנהל את הקטגוריה הרלוונטית. אף נשמעו עדויות לגבי עידוד התופעה בקרב חברות היצרנים, תוך הצהרה גלויה בדבר מטרה לדחוק את רגלי המתחרים. **בנייר העמדה קובעת הרשות, כי הסדרים כאלו הינם הסדרים כובלים**. זאת, הן בגלל חיזוק הכוח הנתון לפירמה הדומיננטית ממילא והן בגלל החשש מהתנהגות מתואמת רוחבית בין מספר רשתות שיווק, בהן מנהלי הקטגוריות זהים. את קביעתה זו מבססת הרשות על פסקי דין בהם נקבע, כי כל הסדר המצמצם את חופש הפעולה העסקי של מי מהצדדים הוא יכבילה, וכן על חוק ההגבלים העסקיים.

15. ראו לעיל הי"ש 6.

16. עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין הסדרי סחר בין ספקים ורשתות קמעונאיות מיום 5 בינואר, 2005. ראו גם סקירת עמדה זו ב-David A. Balto, *Ten Developments in the Antitrust Treatment of Category Management and Slotting Allowances*, 44th annual advanced antitrust seminar: distribution and marketing, Practising Law Institute, January 2005.

וכך מנמקת רשות ההגבלים העסקיים את קביעתה:

"משמעותו האמיתית של הסדר ניהול קטגוריה היא הקניית כוח השפעה לספק מנהל הקטגוריה על ההחלטות הנוגעות לעיצוב פניה של זירת התחרות בינו לבין הספקים האחרים. מידת ההשפעה של הספק על קבלת ההחלטות הנוגעות לניהול הקטגוריה משתנה, אך ההשפעה לעולם ישנה... נכונותו של הספק ליטול על עצמו את העלויות הכרוכות בניהול הקטגוריה נובעת מן ההבנה, לעיתים מפורשת לעיתים משתמעת, כי מעמדו כמנהל קטגוריה יאפשר לו להשפיע על ההחלטות הנוגעות לעיצוב הקטגוריה."

עוד מתארת הרשות מצב דברים נפוץ בשוק הסופרמרקטים, בו כוח ההשפעה הגלום במעמד מנהל הקטגוריה וחשיבותו של התפקיד ב-'מאבק על המדף' הוא **סוד ידוע לכל העוסקים בענף.**

חוק ההגבלים העסקיים מגדיר הסדר כובל כך:¹⁷

"הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר."

ואף בתזכיר הצעת חוק ההגבלים העסקיים¹⁸ אשר הכינה ועדה מיוחדת לבחינת חוק ההגבלים העסקיים, נאמר, ההגדרה הקיימת היא בעייתית, מכיוון שהיא תופסת ברשתה גם הסדרים שמצמצמים תחרות בין צדדים אך אינם פוגעים בשוק, בעוד שעליה להתייחס רק להסדרים אשר יש להם השפעה על השוק. נבקש לבחון, האם הנוסח המוצע לסעיף מתאים גם להסדר ניהול הקטגוריות.

להלן הנוסח המוצע:

"הסדר כובל הוא הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים, העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים."

התיקון מקרב את סעיף 2(א) למבחן בו משתמשים בתי המשפט האמריקאים, כאשר הם בוחנים קיומו של הסדר כובל בהתאם ל"כלל ההיגיון" (Rule of Reason) אשר ככלל, מתמקד בניתוח ההשפעות הכלכליות המסתברות של ההסדר על התחרות בשוק בכללותו. כמו כן הסעיף מזכיר עד מאוד את החוק

17. סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

18. לעיל ה"ש 9.

האמריקאי המקביל - ה-Sherman Act¹⁹ - אשר קובע, כי כל התקשרות שיש בה כדי לפגוע במסחר היא בלתי חוקית.

בעקבות כך, פרסמה רשות ההגבלים העסקיים צו מוסכם²⁰ אשר הוצא לפי סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים, אשר חל על הרשתות "הריבוע הכחול", שופרסל וקלאבמרקט. עיקרו של הצו באיסור קיום הסדרים כובלים בין רשתות שיווק המזון הנ"ל לבין יצרנים שונים, ובהם רכישת שטחי מדפים וניהול קטגוריה. כך, נאסר באופן גורף על ספק להתקשר עם הרשת בהסכם ניהול קטגוריה (סעיף 10 לצו, ההדגשה אינה במקור):

"ספק לא יהיה צד להסדר שעניינו, מטרתו או תוצאתו הידועה מראש בעת עריכתו הם מעורבות הספק (לרבות כיועץ) בהליך ניהול קטגוריה, כולו או חלקו, אלא אם ניתן לכך אישור מוקדם מאת מערך ההגבלים העסקיים.

אין באמור למנוע מרשת להתייעץ בספק או מספק ליזום פניה לרשת בנושא העברת ידע, הבנות וחידושים גרידא בתחום הקטגוריה, אולם ספק לא יהיה צד להסדר שעניינו, מטרתו או תוצאתו הידועה מראש בעת עריכתו הם הטלת חובה על הרשת להתייעץ עמו, או ביצירת מחויבות מצד הרשת להיוועצות כאמור. ספק לא יטיל כל סנקציה על הרשת בגין אי קיום היוועצות כאמור."

וכך מגדירה רשות ההגבלים העסקיים ניהול קטגוריה:

"ניהול קטגוריה" - הליך קבלת ההחלטות הנוגע למספרים, לזהותם, להיקף או איכות נוכחותם של ספקים בשטחי התצוגה של סוג מוצרים ברשת שיווק, לרבות קביעת תמהיל המוצרים והספקים, נתחי המדף שיוצעו להם או מיקומם על המדף.

'סוג מוצרים' - מוצר או קבוצת מוצרים המהווה שוק מוצר רלבנטי, לרבות מוצר שספק הוכרז לגביו כבעל מונופולין וכן מוצר או קבוצת מוצרים שהרשת הגדירה אותה כקטגוריה."

ולגופו של עניין, מבטא הצו את ההסדר כך (ההדגשות אינן במקור):

"ספק לא יהיה צד להסדר שעניינו, מטרתו או תוצאתו הידועה מראש בעת עריכתו הם הגבלת מספרם או זהותם של הספקים אשר מוצריהם יוצעו למכירה ברשת שיווק. לעניין זה, "הגבלה" - לגבי כל הספקים

19. Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. סעיף 1 לחוק קובע: "Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal".

20. ראו לעיל ה"ש 2.

האחרים או חלקם, לגבי כמות מוצריהם, מיקומם או סוג המוצרים שתרכוש מהם הרשת האמורה.

החלטות באשר למספר הספקים, זהותם, כמות מוצריהם, סוגם או מיקומם על מדפי הרשת יתקבלו על ידי הרשת, ללא כל התערבות מצד ספק.

מבלי לגרוע מכלליות האמור:

ספק לא ישדל רשת שיווק, ולא ישפיע עליה להגביל את מספרם, זהותם, מיקומם או היקף נוכחותם ברשת של ספקים המתחרים בו, בכלל או במיקומים או בתנאים מסויימים.

ספק לא יציע כל תשלום, הנחה, או הטבה אחרת בהתניה או בזיקה לאחד מאלה: צמצום מספר הספקים המתחרים בספק ברשת; צמצום שטח התצוגה המוקצה למי מהספקים המתחרים בספק ברשת; קביעת זהותם של הספקים המתחרים בספק ברשת; הוצאת מוצר של ספק מתחרה מן הרשת או מתצוגה מסוימת בה; הצגת מוצר מתחרה במיקום או בתנאים נחותים;

ספק לא יגביל רשת שיווק מלהכניס מותגים של ספקים מתחרים, לרבות מותג פרטי או מוצרים מיבוא מקביל למכירה ברשת, מלמכור מוצרים כאמור ולא יציע כל תשלום, הנחה, או הטבה אחרת שעילתם, מטרתם או תוצאתם הידועה מראש הם באי הכנסה, בצמצום או בהפסקה של מכירת מוצרים תחת מותג מתחרה, לרבות מותג פרטי או מוצרים מיבוא מקביל."

אם כן, עמדתה של הרשות לגבי תופעת ניהול קטגוריות - היא ברורה. הרשות רואה בכך הסדר כובל כשלעצמו, ללא צורך לבחון את ההשפעות על התחרות, והיא מסתמכת על תפיסה לפיה, מי שאוחז בפרקטיקות מהסוגים הנזכרים לעיל, חזקה עליו שהוא מעוניין לצמצם את התחרות ולפגוע במתחרים.

ב. ניהול קטגוריה וחוק ההגבלים העסקיים

ברצוננו לבדוק, האם הסדר ניהול קטגוריות אכן עלול 'למנוע או להפחית את התחרות בעסקים, לפי נוסחו של הסעיף בתזכיר הצעת החוק הנ"ל, על מנת לבחון את ההשלכות המשפטיות של התופעה.

נראה, כי ההסכמים הקיימים בין בעלי רשתות לבין יצרנים, הם הבעייתיים ביותר מבחינת דיני ההגבלים העסקיים. בייחוד נכון הדבר, כאשר מדובר בהסכמים בין מנהל קטגוריה לבין מספר בעלי רשתות, אשר נוקבים במחיר קבוע למוצרי היצרן לצרכן סופי. במסגרת תפקידו, חשוף מנהל הקטגוריה לאינפורמציה רבה אשר מספק לו הקמעונאי בדבר התנהלות המכירות בקטגוריה, העדפות הצרכנים, הרגלי רכישה וכיוצא בזאת. במסגרת זו, מנהל הקטגוריה אחראי לעיבוד הנתונים ולמתן המלצה 'אובייקטיבית', כביכול, לקמעונאי, בדבר האופן שבו יש לנהל את הקטגוריה בצורה המיטבית ביותר,

להפקת רווחים מקסימלית. אלא שכאמור, היצרן נגוע באינטרסים אישיים ואינו יכול להעניק חוות דעת אובייקטיבית. במסגרת פועלו נותן המנהל את המלצתו באשר **למחיר הסופי** המתאים למוצר שלו, ובמקרים חמורים אף למוצרי המתחרים.

נראה, כי כל עוד המנהל ממליץ בפני הקמעונאי על מחיר מסויים שבו ימכור את מוצריו, אין בכך פסול מבחינת דיני ההגבלים העסקיים. ראשית, מפני שהקמעונאי חופשי לקבל או לדחות את ההצעה, ושנית, מפני שאין הדבר שונה מהדבקת תווית בדבר 'מחיר מומלץ לצרכן' המודבקת על גבי המוצר על ידי היצרן עצמו.

הבעיה מתחדדת כאשר היצרן קובע **מחירי מינימום** עבור מוצרי המתחרים ו**מחירי מקסימום** עבור מוצריו שלו. יצרן גדול, בדרך כלל מונופול בקטגוריה, מתנה את מכירת מוצריו לקמעונאי בכך, שהקמעונאי יתחייב למכור את מוצרי המתחרה במחיר שלא יפחת מהמחיר שנקבע ביניהם בהסכם. הקמעונאי נתון תחת לחץ מסחרי-כלכלי, כיוון שלקוחותיו מעוניינים במוצרי המונופול ואם אלו לא ישוקו אצלו, יפסיד לקוחות. זוהי התנהגות מדכאת תחרות והיא נוגדת את חוק ההגבלים העסקיים, בפרט את סעיף 2 לחוק.

ג. השלכות נוספות - דיני מונופולין

סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים עוסק במונופולין וקובע:

"בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור."²¹

עמדנו על כך, שבדרך כלל מנהל הקטגוריה הוא בעל המונופולין בשוק (מחזיק במחצית השוק). כעת נבקש לטעון, כי מתן כוח נוסף לשחקן בעל כוח רב ממילא בשוק, עלול לגרור התנהגות של המונופול אשר אינה עולה בקנה אחד עם החובות המוטלות עליו במסגרת סעיף 29א הנ"ל. במסגרת זו מתעורר חשש, כי המנהל ימסור מידע מוטעה לקמעונאי בדבר ניהול הקטגוריה (תמחור, סידור, מבצעים) בכונה, על מנת להטות את סידור הקטגוריה לטובתו ולפגוע במתחריו.

חשש אחר, קיצוני יותר, יכול להיות חבלה מכוונת ופיזית במוצרי המתחרים, נוסח המקרה של USTC (ראו לעיל בפרק קודם).

חששות אלו מתעצמים לנוכח ההבנה של כוח השוק של אותם בעלי מונופולין המתמנים גם כמנהלי קטגוריה, עליה עמדנו להלן. אכן, יחסי אמון צריכים

21. השו לשעיף 2 ל-Sherman Act : "Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony".

לשרור בין הקמעונאי לבין המנהל ואולם עולם המעשה מראה, כי מתנהלת בין השניים מערכת יחסים הדדית של ניצול במודע. הקמעונאי מבין היטב, כי המנהל מוסר לו מידע מוטעה והמנהל, מאידך, מבין את כוח השוק שבידיו ומנצל זאת. המנהל יודע, שהקמעונאי לא יכול לוותר על מכירה של מוצרי המונופול בקטגוריה, שמא יאבד נתח שוק של לקוחות אשר ידירו רגליהם מעסקו.

סעיף 29 לחוק קובע:

"יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה:

(1) ...

(2) צמצום או הגדלה של כמות הנכסים או היקף השירותים המוצעים על-ידי בעל מונופולין, שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת;"

גם אם המונופולין מציע לכל הקמעונאים תנאים דומים או זהים לרכישת מוצריו, הרי שהחוק מסוגל להתמודד עם מצב בו המונופולין מנסה להוסיף לעסקה עם הקמעונאי 'בונוס' בדמות שירותי ניהול קטגוריה.²² רוצה לומר, ניסיון של מונופולין להציע שירותי ניהול קטגוריה לקמעונאי עלול להיחשב מעשה המנוגד להוראות חוק ההגבלים העסקיים. מדובר בהרחבת היקף השירותים המוצעים, על מנת להפריע לתחרות הוגנת. כאן החשש הוא להפליה של המונופולין כלפי הקמעונאים. בזמן שהקמעונאים הקטנים אינם מקבלים מהמונופול הקצאה של אנשים ומשאבים לניהול קטגוריה, הקמעונאים הגדולים נהנים מכל השירותים הנוספים. התוצאה היא, שגם כאשר לא ניתן להצביע על שוני ממשי במחירים לקמעונאים, אופי והיקפי השירות הינם שונים בתכלית. ההיגיון התחרותי מאחורי ההגבלה עיקרו במניעת דחיקה של בעלי חנויות מכולת קטנות מן השוק, על ידי רשתות ענק, וצמצום המסחר והתחרות עקב כך.

6. המלצות

נראה, כי ככל שפעילותם של מנהלי הקטגוריות תתבצע באמצעות עצות בלתי מחייבות, בעלות אופי מנחה בלבד, ופחות באמצעות הסכמים המקנים בלעדיות בניהול הקטגוריה בתמורה לתשלום, הרי שחשיפתם המשפטית תקטן. זאת, כיוון שהפגיעה בתחרות תהיה מינימלית. באותו אופן, רצוי שהעצות יתמקדו במוצרי אותו יצרן בלבד, ולא יכוונו כלפי מוצרי המתחרים.

ראינו, כי כאשר USTC בארה"ב פעלה באופן קיצוני ביותר נגד מוצרי מתחריה, החל מהסכמים כובלים עם הרשתות ועד לחבלה של ממש במוצרי המתחרים - תגובת בתי

22. ראו הוראה דומה בחוק האמריקאי: The Robinson-Patman Act, 15 U.S.C.

המשפט היתה חריפה והסתכמה בקנס בסכום אסטרונומי של כמיליארד דולר. כך, הרתעתית פחות אך גם ראויה לציון, עמדתה של הרשות להגבלים עסקיים בישראל והצו שיצא בעקבותיה לשופרסל והריבוע הכחול, בדבר הסדרים כובלים, ובכלל זאת ניהול קטגוריה, בינם לבין הרשתות.

על מנת לצמצם את הסיכון המשפטי לאלו המתקשרים בהסכמי ניהול קטגוריות, נראה כי עדיף להימנע מקביעת תקרות מחירים (מינימום למתחרים ומקסימום למנהל) עבור המוצרים, במסגרת ההסכם. הסכמים מסוג דא מועדים להיות נושא לליטיגציה משפטית בתחום ההגבלים העסקיים.

צעד חכם של היצרן יהיה לתת לקמעונאי לערוך את החישובים עבור ניהול הקטגוריה בעצמו, בזמן שהמנהל מסייע במימון התהליך בלבד. כך, המנהל יוכל להימנע ממתן המלצות מחיר ישירות לקמעונאי. אפשרות אחרת יכולה להיות, ששני הצדדים להסכם יפנו לגורם שלישי, אובייקטיבי ומקצועי, שייתן להם המלצות לניהול הקטגוריה, במימון היצרן. אם כל אלו לא מתאפשרים, הרי שהמינום שיכול הקמעונאי לעשות הוא להשוות את המלצות שהוא מקבל מהיצרן לקטגוריות אחרות, ולקבל אמת-מידה כלשהי לגבי מהימנותן.

בעלי הרשתות מצידם, צריכים לדאוג לפקח ברמה כלשהי על פעילות המנהלים בשטחם, על מנת לוודא כי פעילות עבריינית, כמו חבלה במוצרי המתחרים, אשר אפשרית כאשר ניתנת למנהל פריבילגיה של הצבת אנשים בחנות, אינה מתבצעת, שאם לא כן עלול הקמעונאי למצוא עצמו חשוף מבחינה משפטית. מומלץ, על כן, להכניס תניה להסכם בין הצדדים בעניין זה.

במהלך הדיון שנערך בווישינגטון מטעם ה-AAI,²³ דובר בצורך לגבש הנחיות ברורות בנושא של ניהול קטגוריות אשר יכללו את התחומים הבאים:

- * יצירת הפרדה (Firewall) בין המנהל לקמעונאי בכל הקשור להעברת מידע רגיש לגבי מתחרים כמו תמחור.
- * איסור על תשלום עבור הזכות לנהל קטגוריה.
- * החובה לכלול ב'מכרז' למנהל קטגוריה גם מתחרים קטנים יותר ולא רק את בעל המונופולין על ידי קביעת תנאי השתתפות במכרז בהתאם.
- * העובדה שיש מנהל קטגוריה לא צריכה, כשלעצמה, למנוע או להפריע ליצרנים אחרים לייעץ או לחוות דעתם לקמעונאי.
- * הקמעונאי צריך להיות בעל הדעה הסופית בתהליך ניהול הקטגוריה ולא למסור אותה באופן בלעדי ומלא למנהל קטגוריה.

- * ניהול קטגוריה היא פרקטיקה לגיטימית רק כאשר המנהל מציג לקמעונאי מידע נכון ואמיתי.
- * יש לבחור מנהל שינהל את הקטגוריה בצורה הטובה ביותר ולא על פי מי שמציע את התשלום הגבוה ביותר עבור הזכות. יש לעצב קריטריונים שיאפשרו בחירה של המנהל שיוביל את הקטגוריה קדימה בצורה מיטבית. לעיתים קרובות, דווקא השחקנים הקטנים ולא בעל המונופול, הם בעלי המוטיבציה הגבוהה ביותר לכך.
- * יש לשנות את המינוח מ-Category Captain ל-Lead Supplier Resource על מנת לשנות את התפיסה לפיה מדובר במנהל המקבל אחריות על הובלת הקטגוריה כולה, כולל מוצרי המתחרים, לעבר תפיסה של ייעוץ מינורי יותר.

7. סיכום

האם מנגנון ניהול קטגוריות צריך להיות הסדר אסור מטבעו? בעוד שהרשות להגבלים נקטה עמדה גורפת וקיצונית בעניין זה, בקובעה כי מדובר בהסדר כובל פר-סה, ולכן אסור, הרי שהעולם בכללו וארה"ב בפרט, טרם הכריעו בסוגייה זו. כיוון שהמנגנון לובש פנים רבות ונע בספקטרום שבין ייעוץ והבעת דעה בלבד לבין חוזי בלעדיות ארוכי טווח בעלי תניות מרחיקות לכת, הרי שקשה ליצור כלל אחיד לתופעה כולה.

נראה, כי ההתייחסות הישראלית לנושא התמקדה בתחום המזון, תחום בו אכן פורחת ומשגשגת תופעה זו בעולם כולו. נייר העמדה שפרסמה הרשות להגבלים עסקיים בישראל קיבל תהודה לא קטנה בפרסומים זרים ובדיונים של רשות הסחר האמריקאית (FTC) ושל המוסד האמריקני להגבלים עסקיים (AAI). זאת, כנראה משום שטרם גובשו כללים ברורים באשר ל-'עשה' ו-'אל-תעשה' בתחום ניהול הקטגוריות, והנושא מטריד מאוד את העוסקים במלאכה בארה"ב.

הטיפול בישראל עד כה היה נקודתי, במסגרת צו שיצא לטיפול בהסדרים כובלים שנתגלו לאחר חקירה מקיפה של הרשות בתחום רשתות המזון, עבור רשתות מסוימות. צו שכזה רחוק מלהציע טיפול כולל בתופעה. ראינו, כיצד ניתן להשתמש בחוק ההגבלים העסקיים הקיים בישראל, על מנת לתבוע בגין התנהגויות פוגעות בתחרות, על רקע תופעת ניהול קטגוריות. הצענו שימוש בסעיפים הנוגעים להסדרים כובלים ואף שימוש בסעיפים הרלוונטיים לבעלי מונופולין.

בארה"ב, הליטיגציה עדיין חסרה בתחום וההלכות מעטות. למעשה ניתן לאתר רק הלכה משמעותית אחת שיצאה מבית המשפט העליון, בעניין **קונווד** נגד **USTC** בתחום הטבק. במסגרת זו דן חבר מושבעים בנושא ונפסקו פיצויים הרתעתיים בסך של כמיליארד(!) דולר. פסק הדין העלה את הנושא לרמת מודעות גבוהה וארגונים ברחבי העולם קוראים לגיבוש המלצות והנחיות סדורות לטיפול בו.