



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

בעניין: יהודה פלדות בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד וינשטוק-זקלר ושות' העוררת

- נ ג ד -

1. הממונה על ההגבלים העסקיים
ע"י ב"כ עוה"ד א' בנבגי ו-א' פינקלשטיין
מרשות ההגבלים העסקיים

2. מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ (בפירוק)
ע"י ב"כ המפרק עוה"ד אילן שביט (שטריקס) המשיבים

פסק דין

1. לפנינו ערר על החלטת הממונה על הגבלים עסקיים מיום 1.12.02 בתיק מיזוג 5104, בגדרה התנגד לבקשתה של יהודה פלדות בע"מ לרכוש את ציוד קו ההיתוך של מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ.

מבוא

הרקע לבקשת המיזוג

2. מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ (בפירוק) (להלן - מפ"מ) היא חברה ציבורית, אשר עסקה בעבר, לרבות באמצעות חברות הבת שלה, בענף הפלדה לבניין. פעילותה של מפ"מ בענף זה התפרשה על כל שלבי ייצור הברזל לבניין. החל מאיסוף ורכישת גרוטאות ברזליות ועיבודן, עבור בהתכת הגרוטאות למטילי ברזל, וכלה בערגול המטילים למוטות פלדה לבניין ועיבוד ומכירה של מוצרי פלדה לבנייה.

עקב הפסדים מצטברים נקלעה מפ"מ לקשיים כלכליים, ובחודש מרץ 2000 מונה לה נאמן במסגרת הליך הקפאת הליכים. עד לחודש יולי 2001 נעשו ניסיונות למכור את הנותר ממפ"מ כ"עסק חי". אולם, משאלו לא צלחו הפסיקה מפ"מ את פעילותה, ובכלל זאת את פעילות קריית הפלדה בעכו. באוגוסט 2001 החלו הליכי הפירוק של מפ"מ.



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

3. יהודה פלדות בע"מ (להלן - יהודה פלדות) הנה חברה פרטית, המצויה בבעלותה המלאה של יהודה רשתות בע"מ. יהודה פלדות אף היא עוסקת במחזור גרוטאות ברזליות, התכתן למטילים וערגולם למוטות ברזל מצולעים לבניה.

4. במסגרת הליכי הפירוק של מפ"מ (תיק פש"ר 381/01 אשר התנהל בבית המשפט המחוזי בחיפה), הגישה יהודה פלדות הצעה לרכישת ציוד קו ההיתוך וקו הערגול של מפ"מ בקרית הפלדה בעכו. בסופו של הליך הגשת ההצעות נקבעה הצעתה של יהודה פלדות כהצעה הזוכה מבין מספר הצעות ובהן הצעתה של חברת חוד מתכות בע"מ (להלן - חוד). רכישה זו מהווה מיזוג חברות, כהגדרתו בחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח-1988 (להלן - חוק ההגבלים העסקיים), אשר מחייב את אישור הממונה על הגבלים עסקיים (להלן - הממונה). לאור זאת, ביום 19.9.02 הגישו יהודה פלדות ומפרקה של מפ"מ, בקשת מיזוג לממונה.

5. ביום 1.12.02 פרסם הממונה על הגבלים עסקיים דאז, עוה"ד דרור שטרום, הודעה בדבר החלטתו להתנגד למיזוג בין יהודה פלדות ובין מפ"מ, וביתר דיוק למכירת מפעל ההיתוך ליהודה פלדות. הממונה הבהיר בהודעתו, כי הוא אינו מתנגד למכירת מפעל הערגול בקרית הפלדה ליהודה פלדות.

6. בעקבות החלטת הממונה, אישר בית המשפט שדן בפירוקה של מפ"מ למכור את ציוד הערגול ליהודה פלדות, ואילו ציוד ההיתוך נמכר לחברת חוד, אשר הייתה היחידה שהותירה את הצעתה בעינה עד להחלטת הממונה בעניין. מכאן הערר שלפנינו, אותו הגישה יהודה פלדות על החלטת הממונה. נציין, כי בקשה לסילוק הערר על הסף, בטענה כי המדובר בערר תיאורטי לנוכח מכירת ציוד ההיתוך לחוד, נדחתה (ראו החלטה מיום 24.10.04 בבש"א 928/03, פורסם באתר המשפטי "נבו").



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

מתכונת הדיון בערר

7. המבחן המנחה את בית הדין בבחינת החלטת הממונה יימצא בסעיף 21(א) לחוק
ההגבלים העסקיים, הקובע כדלקמן:

"הממונה יתנגד למיזוג חברות או יתנה אותו בתנאים אם לדעתו
קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן
משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור באחת מאלה:
(1) רמת המחירים של נכס או של שירות;
(2) איכות נמוכה של נכס או של שירות;
(3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות
האספקה ותנאיה."

סעיף 22(ג) לחוק קובע, כי בית הדין רשאי לאשר את החלטת הממונה, לבטלה או
לשנותה. לאחרונה, נדרש בית המשפט העליון למתכונת הדיון בערר על החלטת הממונה
להתנגד למיזוג חברות (ע"א 3398/06 הרשות להגבלים עסקיים נ' דור-אלון אנרגיה
בישראל (1988) בע"מ, פסק דין משלים מיום 6.12.06, להלן - עניין דור-אלון).

8. בעניין דור-אלון הביע בית המשפט העליון את הדעה, כי על אף היקף התערבותו,
הרחב יחסית, של בית הדין בהחלטות הממונה, החלטות האחרון מהוות "בסיס ונקודת
מוצא להפעלת שיקול הדעת השיפוטי". בהוסיפו, כי יש ליתן לעמדתו המקצועית של
הממונה "משקל רב הן במישור התיאורטי והן במישור המעשי. [שכן] יש ערך רב לנתונים
העובדתיים הכלולים בהחלטת הממונה, כמו גם להערכותיו הכלכליות ביחס להשפעת
המיזוג המבוקש על התחרות בענף" (שם, סעיף 26 לפסק הדין). סטייה מהחלטת הממונה
תעשה רק אם מצא בית הדין, כי היא לוקה בטעות. בית המשפט העליון הדגיש, כי אין
להתעלם מהחלטת הממונה, ולקיים הליך משפטי שהוא בבחינת "דף חדש" לחלוטין (de
novo), כאילו אין בנמצא החלטה העומדת לערר.



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

9. אשר לסוגיית נטל הראיה והשכנוע בערר, שאלה זו לא הוכרעה בפסיקת בית המשפט העליון, אלא הושארה בצריך עיון (ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בע"מ, פ"ד נב(5) 213, 231 (1998)). אף שבית המשפט בעניין דור-אלון לא קבע מפורשות, כי נטלי הראיה והשכנוע מוטלים על כתפי המבקש לערור על החלטת הממונה, בהשאירו שאלה זו בצריך עיון גם הפעם (ראו סעיף 27 לפסק הדין), עדיין קבע הוא כי החלטה זו ראוי שתיבחן "מתוך ההנחה כי היא נערכה על פי מיטב שיקול הדעת המקצועי, וכי חלה עליה חזקת התקינות. במיוחד כך הדבר כאשר מדובר בממונה על ההגבלים העסקיים המהווה גורם מקצועי מובהק" (שם, סעיף 26).

לטעמנו, המשמעות המעשית של הדברים היא הטלת נטל על המבקש לערור על החלטת הממונה להפריך את חזקת תקינותה. לאור החשיבות של החלטת הממונה, שהיא כאמור בסיס ונקודת מוצא לדיון בערר, נפרטה להלן בהרחבה.

שרשרת הייצור של ברזל מצולע לבנייה

10. טרם נסקור את החלטת הממונה, לא למותר יהיה לעמוד בקצרה על תהליך הייצור של מוצרי ברזל מעובדים, מושא פעילותן של החברות שביקשו להתמזג. הכרת תהליך זה תקל עלינו בהבנת הזירה התחרותית ובבחינת הטעמים להתנגדות הממונה למיזוג.

11. תהליך ייצור הברזל המצולע מתחיל למעשה בשלב איסוף או רכישת גרוטאות הברזל הגולמיות. גרוטאות כאלו מקורן בשימוש ביתי או תעשייתי או בגורמים מוסדיים דוגמת הצבא, עיריות, משרדי ממשלה וכיוב'. לאחר שלב הרכישה או האיסוף, הגרוטאות עוברות עיבוד, היינו מיון חיתוך וגריסה. ניתן לעבד את הגרוטאות ברמות עיבוד שונות של ניקיון וגודל, בהתאם לצרכים ולדרישות.



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

לאחר עיבוד הגרנטאות, אלו מותכות למטילי פלדה. מטילי הפלדה משמשים חומר גלם לייצור מוטות וסלילים של ברזל מצולע, בתהליך הקרוי ערגול. סופו של התהליך הוא עיבוד מוטות הברזל המצולעים לבניין למוצרים סופיים, דוגמת רשתות וקונסטרוקציות ליציקות בטון.

החלטת הממונה - נימוקים

12. נימוקי הממונה להחלטתו להתנגד למיזוג פורסמו ביום 20.1.03 (להלן - החלטת הממונה). הטעם המרכזי אותו ציין הממונה להתנגדותו למיזוג, הוא הצורך בריסון כוח השוק שנוצר בידי יהודה פלדות לאחר הפסקת פעילותה של מפ"מ, ברכישת גרנטאות ברזל והתכתן למטילי פלדה. כלומר, החששות התחרותיים שהביאו את הממונה להתנגד למיזוג, עיקרם בשוק רכישת הגרנטאות ובשוק המטילים לערגול, כפי שהוא הגדירם (ראו עמ' 4-6 להחלטת הממונה). בסוף החלטתו הדגיש הממונה, כי נכון לעת מתן ההחלטה היה בנמצא רוכש חלופי לציוד ההיתוך, אשר הצהיר על כוונתו להפעיל את קו ההיתוך ולהתחרות ביהודה פלדות בשווקים הרלוונטיים (עמ' 13 להחלטה).

13. לשיטת הממונה, שוק רכישת הגרנטאות הוא שוק העומד בפני עצמו, שכן מעבר להיות הגרנטאות תשומה ליצור מטילי פלדה יש צורך לפנותן מכוח דיני איכות הסביבה. איסוף הגרנטאות מתבצע הן על ידי המתיכים עצמם והן על ידי מי שעיסוקם באיסוף גרנטאות ובעיבודן. על פי החלטת הממונה, לאחר יציאת מפ"מ מהשוק הפכה יהודה פלדות לרוכשת הגרנטאות הדומיננטית בשוק, כאשר נכון למועד ההחלטה היא רוכשת למעלה מ-95% מהגרנטאות הנרכשות להתכה מקומית, ולמעלה מ-65% מסך רכישת הגרנטאות. מוסיף הממונה, כי ייצוא הגרנטאות מישראל גדל בצורה משמעותית לאחר כניסתה של מפ"מ לפירוק, משיעור של 2% מסך הגרנטאות שנאספו לשיעור של 30% מהגרנטאות שנאספו בשנת 2002, נכון לחודש אוגוסט אותה שנה.



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

14. אשר לשוק מטילי הפלדה לערגול, על פי החלטת הממונה שוק זה מורכב הן מייצור מקומי והן מייבוא חופשי מקביל. צרכני המטילים הם מפעלי הערגול, אשר כאמור הופכים אותם לברזל לבניין. מלבד יבוא מטילים, קיים יבוא של ברזל מוכן לבניין, בכפוף למגבלות שונות שמטיל משרד התעשייה והמסחר. עד לקריסת מפ"מ, היו היא ויהודה פלדות הצרכנים העיקריים של המטילים. בדיקת הממונה העלתה, כי יהודה פלדות היא היצרן המקומי היחיד של מטילי פלדה לערגול, היינו בידה נתח שוק של 100% מייצור המטילים המקומי. הממונה ציין, כי בחודש מאי 2001 נמכר קו הערגול של מפ"מ בקריית גת לחברת חוד, אשר החלה לייבא מטילים לעצמה לצורך ערגולם במפעל זה. כזכור, הממונה אישר ליהודה פלדות לרכוש את קו הערגול של מפ"מ בקריית הפלדה בעכו.

15. בהחלטתו בחן הממונה את השפעת המיזוג על התחרות בשני שווקים אלו, והגיע כאמור למסקנה כי זה מקים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, הן בשוק רכישת הגרוטאות והן בשוק מטילי הפלדה לערגול. הממונה הדגיש, כי המדובר במיזוג אופקי המבקש לאחד בין קווי הייצור העיקריים בישראל להתכת מטילי פלדה, אשר בעליהם הם שני רוכשי הגרוטאות המשמעותיים בארץ.

16. בהתייחס לשוק רכישת הגרוטאות, הממונה ציין כי אם יאושר המיזוג, התחרות העיקרית הניצבת בפני יהודה פלדות היא מצד גורמים המייצאים גרוטאות לחו"ל. יצוא זה כדאי כל עוד מחיר המכירה בחו"ל, בניכוי הוצאות היצוא (מחיר היצוא) גבוה מהמחיר המשולם על גרוטאות בשוק המקומי. הוצאות היצוא מהוות כ-30%-20% ממחיר המכירה בחו"ל. במצב זה, כך לשיטת הממונה, די ליהודה פלדות לשלם מחיר הגבוה אך במעט ממחיר היצוא, כדי להבטיח את אספקת מלוא ביקוש הגרוטאות שלה.

לאחר ניתוח נתוני מחירי רכישת הגרוטאות, הכמויות שנמכרו בשוק המקומי ונתוני הייצוא, הגיע הממונה למסקנה, כי כל עוד פעלה מפ"מ, התנהלה תחרות בינה ובין יהודה פלדות. בתקופה זו מחיר רכישת הגרוטאות בישראל היה גבוה משמעותית ממחיר היצוא (בכ-15 עד כ-30 דולרים). כפועל יוצא מכך, יצוא הגרוטאות לחו"ל היה בשיעור



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

זניח יחסית של 2%. לעומת זאת, עם כניסתה של מפ"מ להליכי פירוק והפיכתה של יהודה פלדות לגורם המשמעותי היחיד ברכישת גרוטאות להתכה מקומית, חלה ירידת מחירים ריאלית במחיר המקומי ביחס למחיר היצוא, ופער המחירים הצטמצם משמעותית. לעיתים המחיר המקומי אף היה נמוך ממחיר היצוא. התוצאה, גידול משמעותי בהיקף היצוא לשיעור של 30% מכמות הגרוטאות הנאספות. בהחלטתו ציין הממונה, כי השוואת המחירים נעשתה ביחס לגרוטאות באיכות זהה HMS1+2 (מדר לאיכות גרוטאות).

הממונה קבע, כי "יצוא הגרוטאות מרסן במידת מה את כוחו המונופסוני של יהודה, אך אין הוא מרסן את כוחו במידה בה היה עושה כן רוכש מקומי ממשי נוסף הבא בנעליה של מפ"מ" (עמ' 9 להחלטה). הממונה הוסיף, כי מכירת ציוד קו ההיתוך ליהודה פלדות מקטינה בצורה משמעותית את הסיכוי כי יקום מתיך מקומי חלופי למפ"מ שיהווה מתחרה אמיתי ליהודה פלדות ברכישת גרוטאות, זאת לאור עלויות הכניסה הגבוהות לשוק ההיתוך.

17. הממונה קישר בין ירידת מחירי הגרוטאות ובין הירידה בכמות הגרוטאות הנאספת יחד עם העלאת מחירי שירותי פינוי הגרוטאות. לדבריו, אוסף יהיה נכון לאסוף גרוטאות אשר שוויין עברו גבוה מעלות האיסוף. עולה מכך, כי משמעות הורדת מחיר רכישת הגרוטאות היא למעשה העלאת מחירי שירותי פינוי הגרוטאות הניתן לציבור. הממונה הוסיף, בהתבסס גם על עמדת המשרד לאיכות הסביבה, כי לבד מעליית מחירי פינוי הגרוטאות נרשמה ירידה בהיקפי האיסוף, תולדה של צמצום כמות הגרוטאות המבוקשת (צמצום תפוקה) לאחר הפיכתה של יהודה פלדות לגורם הדומיננטי ברכישת גרוטאות בישראל. הקטנת היקפי האיסוף עלולה להביא למפגע סביבתי.

18. אשר לשוק מטילי הפלדה לערגול, הממונה מסר בהחלטתו, כי מחירי מטילי הפלדה בעולם מתואמים חלקית ובפער זמן עם מחירי הגרוטאות בעולם. הסיבה להתאמה החלקית, היא שניתן לייצר מטילים גם על-ידי עיבוד בחום של עופרת ברזל ופחם, ללא



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

צורך בגרוטאות. ההתאמה בין מחירי הגרוטאות בישראל ומחירי המטילים בעולם פחותה עוד יותר, באופן שתנאי שוק המעלים את מחירי המטילים והברזל המצולע בעולם או מורידים את מחירי הגרוטאות בישראל, מגדילים את הפער בין מחיר יבוא המטילים לבין עלות ייצורם בארץ ולכן הופכים את ההתכה המקומית לכדאית באופן משמעותי.

בנסיבות אלו, הממונה סבר כי תחרות על רכישת גרוטאות בין יהודה פלדות ובין מתיך מקומי נוסף (גם אם זה יפעל רק בתקופות בהן ייצור מטילים מקומי עדיף על ייבוא מטילים) צפוי לרסן את כוח השוק של יהודה פלדות גם בשוק מטילי הפלדה מתוצרת מקומית. וכאמור, הסיכויים להיווצרות תחרות כאמור נמוכים ביותר אם קו ההיתוך יימכר ליהודה פלדות.

19. בהחלטתו דחה הממונה שתי טענות אותן העלתה יהודה פלדות. טענת ההתייעלות וטענת החברה הכושלת. מכיוון שיהודה פלדות חזרה בה מטענת החברה הכושלת במסגרת עררה (סעיף 11 להודעת הערר), נביא את התייחסותו של הממונה לטענת ההתייעלות בלבד. עם זאת, נעיר כי במסגרת הדיון בדוקטרינת החברה הכושלת ראה הממונה את הצעת חוד לרכישת קו ההיתוך כהצעה ממשית, וציין כי האחרונה התחייבה לעשות את מירב המאמצים להפעלת קו ההתכה, ומכאן הסיק כי הפעלתו כדאית מבחינה כלכלית. הממונה אף ציין, כי מטבע הדברים אין וודאות מוחלטת שחוד תפעיל בסופו של דבר את קו ההיתוך, אולם לצורך החלטתו די בהסתברות שתעשה כן (עמ' 10-11 להחלטה).

20. יהודה פלדות טענה בפני הממונה, כי המיזוג יביא להתייעלותה בדרך של שימוש בחלקים מקו ההיתוך של מפ"מ לשיפור קו ההיתוך שברשותה וכחלקי חילוף. התייעלות זו תביא בסבירות גבוהה להפחתת מחירי הברזל לבניין. הממונה קבע בהחלטתו, כי אמנם שיקולי יעילות פרו תחרותיים עשויים לשמש משקל נגד לפגיעה התחרותית. אולם, נדרש כי היעילות תנבע מהמיזוג, ולא תוכל לצמוח בדרך אחרת שפגיעתה בתחרות קטנה יותר. בנוסף, יש להראות שהיעילות שתושג צפויה לעבור לצרכן בדמות מוצר איכותי יותר או מחיר נמוך יותר.



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

במקרה דנן, הממונה קבע כי לא הוכח שהמדובר בחלקים וחלפים ייחודיים שאינם ניתנים לרכישה ממקורות אחרים. כלומר, ההתייעלות אפשרית גם ללא פגיעה בתחרות. בנוסף, לא הוכח כי ההתייעלות תעבור לצרכנים. לכן, הממונה קבע כי אין בטענת ההתייעלות משום ממש, וכי אין בה להצדיק את המיזוג, במיוחד אל מול החשש הכבד לפגיעה בתחרות. הממונה שב והדגיש את החלופה של רכישת קו ההיתוך על ידי גורם אחר, ויצירת תחרות בינו ובין יהודה פלדות, תחרות אשר עדיפה על פני מתן אפשרות למונופסון להתייעל בדרך של רכישת חלפים מוזלים, כאשר לא ברור כיצד הדבר ייטיב עם ציבור הצרכנים.

21. בשולי פרק זה נציין, כי ביום 13.11.03 הכריז הממונה על יהודה פלדות כעל בעלת מונופולין (מונופסון) ברכישת גרוטאות ברזליות בישראל המשמשות לצורכי התכה מקומית. ביום 30.11.05 בוטלה הכרזה זו לאחר שנמצא כי חברת חוד רוכשת גרוטאות לצורך התכתן, באופן שחלקה של יהודה פלדות ברכישת גרוטאות נפל מתחת לרף 50%. ערר שהגישה יהודה פלדות על הכרזתה האמורה (ה"ע 503/04) נמחק בהסכמה (ראו החלטה מיום 6.11.06).

תמצית טענות הצדדים

יהודה פלדות

22. יהודה פלדות מבקשת לבטל את החלטת הממונה. טענתה המרכזית היא, כי שגה הממונה בהגדירו את שוק רכישת הגרוטאות כשוק שגבולותיו תחומים לשטח מדינת ישראל. לשיטתה, קיים ייצוא גרוטאות משמעותי, אשר למעשה מרחיב את גבולותיו הגיאוגרפים של שוק זה, וכולל בו מדינות נוספות, ובעיקר ירדן טורקיה ויוון, בהן קיימים רוכשי גרוטאות פוטנציאלים רבים המתחרים ביהודה פלדות. מכאן, כי רכישת ציוד ההיתוך לא תביא להיווצרות כוח מונופסוני בענף רכישת הגרוטאות ולהורדת מחירים.



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

יהודה פלדות מוצאת תמיכה לטענתה בנתונים שצוינו בהחלטת הממונה אודות היקפי יצוא הגרוטאות ומחירי היצוא בתקופה שלאחר יציאת מפ"מ מהשוק. מוסיפה יהודה פלדות וטוענת, כי ביקוש הגרוטאות שלה הוא קשיח, במובן שהיא נזקקת לכמות קבועה של גרוטאות לשם פעילות ההתכה שלה. מכאן, שאין לה כל יכולת להפעיל כוח מונופסוני, שמשמעו צמצום הביקושים והורדת מחירים.

23. לטענת יהודה פלדות, שגה הממונה בניתוח מצב התחרות בשוק רכישת הגרוטאות. ובמה דברים אמורים. ראשית, לדידה של יהודה פלדות, הממונה הסתמך על נתונים שאיכותם נמוכה, בכל הנוגע למחירי הגרוטאות והכמויות הנמכרות. שנית, הממונה התעלם מהעובדה שבתקופה שקדמה להפסקת פעילותה של מפ"מ בחודש יולי 2001, היא הייתה נתונה בקשיים כלכליים, דבר שאילץ אותה לפעול באורח "לא רציונאלי" מבחינה עסקית בשלמה מחירים גבוהים עבור הגרוטאות. לכן, אין לראות במחירי הגרוטאות בתקופה זו מחירים תחרותיים, אף שבאותה עת פעלו שני "שחקנים" בשוק. זו הסיבה, לטענת יהודה פלדות, להיקף היצוא הנמוך באותה עת. לדברי יהודה פלדות, בתקופה שלאחר הפסקת פעילותה של מפ"מ ועד לקבלת החלטת הממונה, מחירי שוק הגרוטאות הושפעו ממכירת עודפי המלאי של מפ"מ, ולכן חלה ירידת מחירים שהובילה לעלייה בייצוא הגרוטאות עד לשיעור של 30% מהיקף האיסוף, ולעלייה חדה בשיעור של 45% במחיר היצוא.

24. עוד טוענת יהודה פלדות, כי שגה הממונה בהביאו בגדר שיקוליו את האפשרות שחוד אכן תפעיל את ציוד ההתכה של מפ"מ. לדבריה המדובר בהתפתחות עתידית, אשר על פי הלכת דוד-אלון (ע"א 3398/06) לא ניתן להביאה בגדר השיקולים אם לאשר מיזוג מוצע או להתנגד לו. מכל מקום, יהודה פלדות גורסת כי קיומו של רוכש אחר אינו מהווה שיקול להתנגד למיזוג שאינו בו משום חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, ואשר יש בצדו התייעלות כלכלית.



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

25. אשר לשוק מטילי הפלדה, לטענת יהודה פלדות ברכישת ציוד ההיתוך של מפ"מ אין כדי לפגוע בתחרות בשוק זה, אשר הנה ברמה גבוהה הודות ליבוא. יתר על כן, לטענתה היא ומפ"מ ייצרו מטילי פלדה לצריכה עצמית בלבד ולא התחרו באיש. לדעת יהודה פלדות, במסגרת הדיון בערר לקתה הממונה בעירוב תחומין בהצביעה על פגיעה בשוק הברזל המצולע, אשר כלל לא נזכר בנימוקי ההחלטה, חלף התייחסות לשוק מטילי הפלדה.

הממונה

26. הממונה מבקשת לאשר את החלטת קודמה, כאשר היא שבה ומדגישה את הנימוק המרכזי העומד בבסיסה והוא החשש כי בעקבות המיזוג תהפוך יהודה פלדות למונופסון ברכישת גרוטאות ומונופולין באספקת שירות סילוק גרוטאות, ועל ידי כך תשפיע על מחירי השוק כפי שאכן עשתה בפועל לאחר יציאת מפ"מ. הממונה מזכירה, כי יהודה פלדות הורידה את מחיר רכישת הגרוטאות בכ-35% לעומת המחיר ששולם בעת שמפ"מ פעלה, דבר שיש בו כדי ללמד על כוח השוק שברשותה עת היא פועלת "כשחקנית" יחידה ללא איום תחרותי.

לדברי הממונה, יהודה פלדות אף הייתה צפויה לחזק את כוח השוק שלה בשוק הברזל המצולע, על ידי חסימת "שחקנים" מלרכוש מטילי פלדה מתוצרת מקומית, בעיקר בתקופות בהן ישנו יתרון להתכח מקומית. כזכור, מטילי הפלדה מהווים תשומת הייצור בתהליך הערגול בסופו מתקבל ברזל מצולע.

27. הממונה סבורה, כי השוק הרלוונטי לבחינת המיזוג הוא שוק רכישת הגרוטאות בישראל, זאת בשל עלויות ההובלה הכרוכות ביצוא גרוטאות לחו"ל והצורך להתאימן לדרישות הרוכשים הזרים. הממונה מדגישה, כי אין ביצוא זה כדי לרסן את כוח השוק המקומי במידה מספקת, ולכן שוק רכישת הגרוטאות להתכח מקומית הוא השוק האפקטיבי לבחינת השפעת המיזוג על התחרות.



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

28. לשיטת הממונה, ריסון כוח השוק של יהודה פלדות ייעשה באופן המיטבי רק על ידי כניסת מתיך נוסף לשוק, אשר יתחרה בה ברכישת גרוטאות להתכה וביצור מטילי פלדה. המיזוג המוצע היה צפוי להנציח את מעמדה הבלעדי של יהודה פלדות בשווקים הרלוונטיים, שכן היא הצהירה על נכונותה לעשות שימוש בקו ההיתוך של מפ"מ לצורכי חלקי חילוף ולא להפעילו. לנוכח הפגיעה התחרותית שנשקפה מהמיזוג ולאור הצעתה של חוד, אשר הצהירה על נכונותה להפעיל את קו ההיתוך ולהיכנס כמתחרה ליהודה פלדות, לא היה מקום לאשר את המיזוג המוצע.

29. הממונה שבה ודוחה את טענת ההתייעלות שהעלתה יהודה פלדות במסגרת הערר, בהציגה את התמורות שחלו בשוק מאז מתן ההחלטה כמחזקות את מסקנות קודמה בתפקיד. במיוחד הצביעה הממונה על רמת המחירים ומדדי התפוקה מאז החלה חוד להפעיל את קו ההיתוך בספטמבר 2004, אשר מלמדים על צמצום הפערים בין מחיר הגרוטאות המקומי ובין המחיר העולמי וכן על גידול בכמות הגרוטאות הנאספת. התוצאה לדברי הממונה, היא עלייה ניכרת בתוצרת מקומית של מטילי פלדה וירידה במחיר המקומי של ברזל מצולע בהשוואה למקבילו העולמי.

דיון

30. כעולה מהחלטת הממונה ומטענות הצדדים, הסוגיה העיקרית העומדת לדיון במסגרתו של ערר זה, היא שאלת השפעת רכישת ציוד ההיתוך של מפ"מ על ידי יהודה פלדות על התחרות בשוק רכישת הגרוטאות. וביתר דיוק, האם לאור הנתונים שהיו בפני הממונה, יהודה פלדות הייתה צפויה לרכוש כוח שוק מונופסוני בעקבות המיזוג, כאשר בין הצדדים ניטשת מחלוקת אשר להגדרתו של שוק זה.

31. סדר הדיון יהיה כלהלן. תחילה נסקור בקצרה את משטר הפיקוח על מיזוגים הנוהג בישראל, ואת המבחן המנחה לבחינת מיזוגים מוצעים, לרבות אופן הגדרת השוק הרלוונטי למיזוג. נדרש, בין השאר, להלכה שנקבעה בעניין דור-אלון, אשר להתחשבות



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

בשינויים עתידיים בשוק. לאחר מכן ניישם מבחן זה על הנתונים שהיו בפני הממונה, תוך התייחסות לטענות שהועלו על ידי הצדדים, ולבסוף נסכם.

משטר הפיקוח על מיזוגים

32. בישראל מונהג משטר פיקוח מוקדם על כל מיזוג חברות, כהגדרת מונח זה בסעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים, אשר ממלא אחר אחד מתנאיו של סעיף 17(א) לחוק. סעיף 19 לחוק קובע איסור על מיזוג חברות כאמור, מבלי שניתן לו אישור מראש של הממונה, אשר ייתכן ויהיה בכפוף לתנאים מבניים או התנהגותיים. קודם שיסכים הממונה לאשר מיזוג מוצע, עליו להיוועץ עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים. על החלטת הממונה ניתן לערור בפני בית הדין, אשר מוסמך לאשרה, לבטלה או לשנותה (ראו הוראות פרק ג' לחוק ההגבלים העסקיים). הפיקוח על המיזוגים נעשה בשלב מוקדם, דהיינו עוד בעיצומו של תהליך היווצרות כוח כלכלי, מתוך התפישה שהשבת המצב לקדמותו טרם המיזוג הנה מסובכת ויקרה (הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1984, ה"ח 39 בעמ' 40, 50; בש"א 3215/06 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' דור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ, פורסם באתר המשפטי "נבו" (2006)).

33. ביסוד גישתו של המחוקק ניצבת ההכרה, כי מיזוגים עשויים להצמיח תועלת כלכלית. בדו"ח הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים, אשר המלצותיה שימשו בסיס להצעת החוק, צוין כי חלק ניכר של המיזוגים עשוי להיות חיובי מבחינה כלכלית ומשקית. כך למשל מיזוגים עשויים לנבוע מהצורך להתייעל על ידי מיצוי יתרונות לגודל, וכך להגביר את כושר התחרות בשווקים בינלאומיים, במיוחד לאור מימדיו הקטנים של המשק הישראלי. אולם, מן העבר השני, עת בוחנים מיזוג יש להישמר מפני יצירת ריכוזיות וכוח שוק, שבצדם תופעות לוואי של פגיעה בתחרות ובסופו של דבר גם בטובת הציבור בכלל וברווחת הצרכן בפרט. מניעת נזק זה, היא מטרת הפיקוח המוקדם על מיזוגים ("הערות לחקיקה – דו"ח הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים" הפרקליט לב' (1979-1980) 559; הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1984, ה"ח 39 בעמ' 40; לעניין יעילות



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

M.S.Gal Competition Policy for Small Market
6 Chapter (Economies (Harvard Uni. Press 2003).

לנוכח זאת, יש לדקדק בהפעלת המבחן הקבוע בסעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים לאישור מיזוגים, אשר מקפל בתוכו איזון בין זכותן של חברות לפעול בשוק על פי שיקול דעתן העסקי-כלכלי, שהוא חלק מחופש העיסוק שלהן, לבין האינטרס הציבורי שבשמירה על התחרות החופשית וכן על רמת מחירים, איכות האספקה כמותה וסדירותה (ע"א 2247/95 תנובה בעמ' 231-233; עניין דור-אלון סעיפים 27-31 לפסק הדין; ה"ע (י-ם) 5/98 אדגר השקעות ופיתוח בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, ההגבלים העסקיים (הוצאת ועד מחוז ת"א, לשכת עורכי הדין, כרך ד' 2001) 294 (1998)). ואין צורך להכביר מילים בדבר היותה של התחרות החופשית ערך יסודי בשיטתנו הכלכלית, חברתית ומשפטית. התחרות החופשית הנה תנאי לקיומו של משק כלכלי יעיל ולצמיחה כלכלית, ובתוך כך מבטיחה את זכויות הצרכנים ומגינה על חופש העיסוק של "שחקנים" נוספים לפעול בגדרי השווקים הנדונים (ע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל ומזורים ובקרה בע"מ, סעיף 13 לפסק-הדין (2005) והאסמכתאות שם).

34. טוענת יהודה פלדוט, כי לאור היתרונות הגלומים במיזוגים מן הראוי לנקוט בגישה מקלה ולאשר אותם, כפי שאכן עושה הממונה בפועל. לאור זאת, תמחה יהודה פלדוט על ההתנגדות למיזוג המוצע. לדעתנו, יש להפריד בין מדיניות כללית ובין היישום הקונקרטי של המבחן לאישור מיזוגים. מיזוג שמעלה חשש לפגיעה משמעותית בתחרות מחייב התנגדות מצד הממונה. אמנם, על פי הסטטיסטיקה אותה מפרסמת רשות ההגבלים העסקיים אחוז ניכר מהמיזוגים שמובאים לבחינת הממונה מאושר, אולם עדיין ישנם מקרים המחייבים התנגדות. כך למשל, לאחרונה התנגדה הממונה למיזוג, אשר היה צפוי להקים לחברה הממוזגת מונופולין מושלם בשוק הארונות הגדולים מפוליאסטר משוריין (ראו נימוקי ההתנגדות למיזוג בין אורלייט תעשיות (1959) בע"מ ובין ענבר פוליאסטר משוריין בע"מ, פורסם ביום 9.11.06). הממונה ציינה בנימוקה, כי הנסיבות המיוחדות



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

בהן ניתן לשקול התרת מיזוג למונופולין מוחלט מתייחסות לשווקים נטולי חסמי כניסה והתרחבות. שכן, בשווקים אלו העלאת מחיר מצד הפירמה המונופוליסטית הממוזגת צפויה להביא לכניסה מהירה של מתחרים חדשים לענף.

הגדרת השווקים הרלוונטיים

35. תנאי מוקדם לבחינת השפעת המיזוג על התחרות, הוא הגדרת השווקים הרלוונטיים. הגדרה זו נועדה לסייע בידינו לאתר פוטנציאל להיווצרות כוח שוק, היינו היכולת להקטין תפוקה ולהעלות מחיר מעבר לעלות השולית, מבלי שהדבר יגרור כניסת מתחרים פוטנציאליים לענף או למעבר צרכנים למוצר תחליפי (ע"א 2247/95 תנובה, בעמ' 232-233 (1998); ה"ע (י-ם) 9/99 אמנה (תש"י) חברה להחסנה וערובה בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי כרך לג(3) 746 (2002)).

ברגיל, המוצרים המצויים באותו שוק רלוונטי יאותרו על פי מבחן תחליפיות הביקוש, אשר בפועל מיושם באמצעות אמות מידה פרקטיות, ולא כמותיות, שמטרתן ליתן אינדיקציה מדויקת ככל הניתן על מידת התחליפיות. כך למשל, בין אותן אמות מידה ניתן למנות את הייעוד או השימוש שנעשה במוצר, מחירו, מבנה הביקוש וההיצע תוך אפיון הלקוחות והספקים המרכזיים, הפרספקטיבה בקרב "השחקנים" בענף ועוד (ערר 1/00 (י-ם) פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תקדין מחוזי 2003(2) 5587, 5589-5591 (2003); ה"ע (י-ם) 7014/02 עמינח רשתות שיווק בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תקדין מחוזי 2005(3) 1819, 1822-1823 (2005)).

בחינת המיזוג

36. לאחר שלב תחימת גבולותיו של השוק הרלוונטי, שומה עלינו להפעיל את המבחן המנחה בבדיקת מיזוגים, הוא מבחן החשש הסביר לפגיעה משמעותית בתחרות, או לפגיעה בציבור באחד מן העניינים המנויים בסעיף 21(א) לחוק, היינו מחיר המוצר, איכותו, הכמות המסופקת וסדירות האספקה ותנאיה. המדובר במבחן הצופה פני עתיד,



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

אשר נועד לשם פיקוח מוקדם על תהליך היווצרות כוח שוק באמצעות מיזוג, הצפוי לשנות את מבנה השוק הרלוונטי. כאמור לעיל, פיקוח מוקדם זה הנו כלי חשוב בבקרת פעילותם של שווקים תחרותיים, במיוחד לנוכח הקושי הטמון בהשבת השוק הרלוונטי למצבו ערב המיזוג. השיקול המרכזי באישור, לרבות בכפוף לתנאים, או בהתנגדות למיזוג הוא מניעת נזק (הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1984, ה"ח 39 בעמ' 51-52; ע"א 7014/02 עמ"נח בעמ' 1832).

37. שני מבחני משנה עיקריים משמשים אותנו לצורך בדיקת קיומו של חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. הראשון, מבחן הריכוזיות במסגרתו יש לבחון עד כמה מרוכזת השליטה בענף והאם קיים גורם דומיננטי המסוגל לפעול באופן מונופוליסטי. השני, מבחן חסמי הכניסה, במסגרתו נבחנת השפעת המיזוג על יכולתם של מתחרים פוטנציאליים להיכנס לפעילות בענף הרלוונטי, ועל ידי כך לרסן את ההתנהגות המונופוליסטית של הפירמות הפועלות בשוק (ע"א 2247/99 תנובה בעמ' 238-233).

בחינת השפעת המיזוג תעשה באספקלריה של מגמת מבנה השוק בטווח הארוך, כאשר ניתן להביא בכלל חשבון שיקולים דינאמיים או התנהגותיים המאפיינים את "השחקנים" בשוק הרלוונטי. כך, למשל, ניתן לבחון את ההיסטוריה התחרותית באותו ענף (ערר 1/99 פד קלאב סעיפים 39, 56 לפסק הדין; ליונל אריה קסטנבאום "פיקוח על מיזוגים" הפרקליט מ' (1991) 395, 409-404).

38. בית המשפט העליון פרש בעניין דור-אלון את התיבה "חשש סביר", כהערכה הסתברותית מראש, טרם ביצוע המיזוג, להתממשות חשש לפגיעה משמעותית בתחרותית. ודוק. לא נדרשת וודאות לפגיעה כאמור (שם, סעיף 30). ובהמשך סוכמו הדברים כלהלן:

"קיומו של חשש לפגיעה בתחרות נגזר מתנאי השוק בענף הרלבנטי, בשים לב למבנהו, למאפייניו המיוחדים, ולהשפעת



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

הרקע וההתפתחות ההיסטורית המיוחדת אותו. כן יש לבחון את היקפם של חסמי הכניסה למקטעים שונים בענף, השפעת המיזוג על מדדי הריכוזיות בענף או במקטעים מסוימים שבו, והקרנתם על משטר המחירים, וכן את השפעת המיזוג על חברה 'מחוללת תחרות' במשק המבקשת להתמזג, ומשקלו של גורם זה בראייה הכוללת של השפעת המיזוג על השוק" (סעיף 32 לפסק הדין).

בעניין דור-אלון נדונה גם שאלת ההתחשבות בשינויים צפויים עתידיים בענף הרלבנטי, במסגרת השיקולים אם לאשר מיזוג אם לאו. ודוק. המדובר בשינויים שטרם התממשו, בחלקם או במלואם. בית-המשפט העליון, מפי השופטת פרוקצ'יה, פסק כי המבחן הקבוע בסעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים משלב מעצם טיבו מימד הערכתי הסתברותי, להבדיל מנתונים מוכחים. בעת בחינת קיומו של חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, יש לבחון את ההשפעה הצפויה של המיזוג על המבנה הנוכחי של השוק בהווה. אין לבחון השפעה כאמור על מבנה שוק שטרם קרם עור וגידים.

עם זאת, ניתן יהיה להתחשב בהערכות עתידיות לשינויים צפויים בשוק, כל עוד המשקל שניתן לשינויים אלו עומד במבחן הסבירות, במובנו הנורמטיבי-משפטי, המשקלל את ההסתברות שהשינויים אכן צפויים להתממש ואת מידת השפעתם על התחרות אם יתממשו. אל מול שיקולים אלו יש להעמיד את עצמת הפגיעה הצפויה מהמיזוג על פי נתוני השוק העכשוויים. משקל משמעותי יינתן לשינוי המצוי בדרגה גבוהה של הסתברות להתממשות, שעה שהנתונים בדבר השינוי הצפוי ידועים מראש וברורים. כך למשל, יש להבחין בין תהליכי שוק טבעיים הצפויים להתרחש בשים לב לאופיו של השוק בעת הדיון במיזוג, ובין תהליכים המותנים במדיניות כלכלית מכוונת של השלטון, אשר עשויה להשתנות. כן יש להביא בכלל חשבון את אלמנט משך הזמן של תהליך השינוי, באופן שכלל שהצפי הוא לתהליך ארוך כך תפחת הנטייה להתחשב בשינוי. רק לשינויים שהתממשותם ניתנת לצפייה במידה של קרוב לוודאי, ואשר השפעתם על התחרות מצויה ברמה גבוהה של הסתברות, יינתן משקל בעת בחינת המיזוג. ועוד. ככל שחומרת הפגיעה בתחרות הצפויה מהמיזוג, בהתבסס על נתוני השוק הקיימים, גדולה יותר, כך קטנה יותר



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

הסבירות שבהידרשות להערכות בדבר שינויים עתידיים שלא ברור עד כמה יתממשו ומה תהא מידת השלכתם על התחרות (סעיפים 54-57 לפסק הדין).

המיוזג דנן

39. נקדים ונאמר, כי לא מצאנו פגם בנתונים האמפיריים עליהם הסתמך הממונה בהחלטתו, כמו לא בדרך הניתוח הכלכלי ויישום המבחן לאישור מיוזג על המקרה דנן. אנו סבורים, כי נתונים אלו הם בעלי איכות מקובלת והם מבוססים על המדדים המקובלים שהיו נהגים בענף הרלוונטי, מה גם שהעוררת לא הציעה שום מסד נתונים חלופי מעשי.

40. לטענת העוררת מדד "מחירי רוטרדם" בהם עשה שימוש הממונה, אינו מהווה בסיס להשוואת מחירי הגרוטאות בארץ למחיר העולמי בכלל ולמחיר היצוא בפרט. הטעם לכך נעוץ לדבריה בהרכב המתכות השונה של גרוטאות ישראליות לעומת המתכות בנמל רוטרדם. אין בידינו לקבל טענה זו. העוררת עצמה הסתמכה על מחירי רוטרדם, אשר היוו בסיס להשוואה בין מחיר הגרוטאות העולמי ובין המחיר המקומי. המדובר במדד מקובל וסביר, אשר העוררת עצמה הפנתה את הממונה אליו. אנו סבורים, כי ביכולתו של מדד זה לשקף את מגמות מחירי הגרוטאות בעולם (ראו האסמכתאות אליהן הפנתה הממונה בעמ' 59-61 לסיכומיה).

אשר להבדל בהרכב המתכות, כפי שציין הממונה בהחלטתו, הוא בחן מתכות בעלות איכות דומה $HMS\ 2 + 1$ (ראו גם עדות גב' בארי-שני, הכלכלנית מטעם הממונה בעמ' 170-176 לפרוטוקול הישיבה מיום 23.1.07). לאור זאת, אין בסיס להתערבות במסד הנתונים ששימש בסיס להחלטתו. זאת ועוד. חלק מעלויות יצוא המתכות נובעות מהצורך להתאימן לדרישות הרוכשים הזרים, כך שעלות זאת הובאה בחשבון. והעיקר, הנתונים שהיו בפני הממונה שיקפו בצורה ברורה ירידה חדה בפער בין מחיר הגרוטאות המקומי ובין מחיר היצוא של גרוטאות מ ישראל. כלומר, נתגלתה אי התאמה בין המחיר המקומי



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

ובין המחיר העולמי, ממנו נגזר מחיר היצוא. עליית מחיר הגרוטאות בעולם לא לוותה בעלייה דומה במחיר הגרוטאות המקומי, אלא דווקא בירידה (ראו הגרפים בעמ' 9 ו-26 לתצהירה של גב' בארי-שני שהוגש בתמיכה לתשובת הממונה לערר הכרזתה של יהודה פלדות כמונופולין (ה"ע 503/04) ואשר הוגש בהסכמה).

השוק הרלוונטי – שוק רכישת הגרוטאות המקומי
41. כאמור, טענתה המרכזית של יהודה פלדות, היא כי לאור היקף יצוא הגרוטאות מישראל בשנת 2002, אשר הגיע לכ-30% מכמות הגרוטאות שנאספה, הרי שיש להרחיב את גבולותיו הגיאוגרפים של שוק רכישת הגרוטאות ולכלול בו רוכשים ממדינות זרות, ובעיקר טורקיה ויוון וירדן. חיזוק לטענתה מוצאת יהודה פלדות בבחינת מחירי הגרוטאות, אשר מלמדת לשיטתה על השפעה של המחיר העולמי על המחיר המקומי. מכאן, כי יש בנמצא מתחרים רבים ליהודה פלדות על רכישת גרוטאות ולכן המיזוג לא היה צפוי להביא לפגיעה משמעותית בתחרות וליצירת כוח מונופסוני בידי יהודה פלדות לנוכח החלופה אפקטיבית של יצוא גרוטאות. אנו דוחים טענה זו.

42. אין מחלוקת כי קיים מסחר בגרוטאות בין ישראל ובין מדינות זרות. לסחר זה השפעה אקסוגנית על השוק המקומי. כך למשל, לתנודות במחיר העולמי השפעה על המחיר המקומי, גם מבלי שיהיה בנמצא יצוא מסיבי (ראו עדות הכלכלנית בארי-שני בעמ' 145-146 לפרוטוקול מיום 23.1.07). אולם, לא די בעצם הייצוא כדי להרחיב את גבולות השוק המקומי אל עבר מדינות הים ומדינות שכנות דוגמת ירדן.

כפי שטענה הממונה, מטרת הגדרת השוק היא לאתר כוח שוק. הגדרת השוק הרלוונטי אינה מטרה כשלעצמה, אלא היא משמשת כלי עזר לאיתור כוח שוק, מקום שלא ניתן לאתרו בראיות ישירות (P.E. Areeda, H. Hovenkamp & J.L.Solow *Antitrust* Law (Vol.IIA, 1995) 156-157). כפי שנראה ונרחיב להלן, במקרה זה כוח זה בא לידי ביטוי בהתנהגותה של יהודה פלדות בתקופה בה הייתה רוכשת מקומית יחידה של



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

גרוטאות להתכה. בתקופה זו הפחיתה יהודה פלדות בצורה משמעותית את מחירי רכישת הגרוטאות, על אף קיומו של ייצוא מקביל. דבר זה מהווה אינדיקציה לזירה התחרותית האפקטיבית, בה יש לבחון את המיזוג המוצע.

43. יתירה מזאת, הגדרת השוק הרלוונטי באמצעות באמות מידה פרקטיות, שמטרתן לאתר כוח שוק, אף היא מוליכה למסקנה זהה בדבר קיומו של שוק רכישת גרוטאות מקומי. התבוננות בנתיבות שוק רכישת הגרוטאות ודרכי התנהגותו, בהקשר של התנהגות תחרותית, מעלה כי יש להבחין בין השוק המקומי לשוק העולמי. זאת, בשל חסמים אשר העיקרי שבהם הוא עלויות הובלה המסתכמות ב-30% מהמחיר לטונה גרוטאות. כפי שהסבירה זאת בחקירתה גב' בארי-שני, הכלכלנית מטעם הממונה:

"...[ש]הייצוא הוא אלטרנטיבה נחותה עבור אוספי הגרוטאות, ואת זה אנחנו יודעים, הם רואים לנגד עיניהם במכסימום את מחירי הייצוא, שזה המחירים בחו"ל פחות עלויות ההובלה, יש להם קשיים באיסוף מלאים בשביל לייצא וכל אוספי הגרוטאות שאני דיברתי איתם, מדברים על זה שהם היו מעדיפים למכור ליצרנים המקומיים, למתיכים המקומיים" (עמ' 164 לפרוטוקול מיום 23.1.07).

גב' בארי-שני הבהירה בהמשך דבריה, כי לשם יצוא יש לאגור מלאים גדולים מספיק של גרוטאות. הדבר גורר עלויות גבוהות של הובלה והוצאות אחסון. מעבר לכך ישנן הוצאות הכרוכות בהתאמת איכות הגרוטאות לדרישות הרוכשים. כמו כן, היצואנים נוטלים סיכון, כי בנמל היעד לא יקבלו את המשלוח בשל איכות הגרוטאות (ראו חוות דעתם של מומחי העוררת, פרופ' קים וד"ר שפיגל, מפברואר 2004 בעמ' 8). כל אלו מהווים חסמים המפרידים בין השווקים, כאשר החסם העיקרי הוא עלויות ההובלה. בהקשר זה מסרה גב' בארי-שני כך:



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

"...בשיחות עם משה כהן בשנת 2005, בסיור שהיה ביהודה פלדות הוא דיבר על עלויות הובלה, סליחה, בשיחה שנעשתה איתו בשנת 2006 מהרשות הוא דיבר על עלויות של 40 דולר. עלויות הובלה של 40 דולר הן לא זניחות בכל מידה. ביחס למחירים העולמיים שעלו מאוד, מאוד, אז הן ירדו משלושים אחוז המחיר של המוצר הסופי, ל 17% ממחיר המוצר הסופי. אבל 17% עלויות הובלה, אף אחד לא יכול לטעון שהן זניחות ביחס לרמה הדרמטית שזה היה לפני זה, זה נכון, הם ירדו (עמ' 149 לפרוטוקול מיום 23.1.06).

44. בתקופה בה נבחן המיזוג הגיעו עלויות ההובלה של גרוטאות המיוצאות לכ-30% ממחיר המוצר. הווי אומר, היצואן המקומי יכול היה לקבל עבור הגרוטאות, לכל היותר 70% מהמחיר העולמי, כלומר מחיר יצוא. המדובר בחסם משמעותי, אשר יש בכוחו ליתן הסבר לתנודות המחיר המקומי ביחס למחיר העולמי ולשינוי בהיקפי היצוא. הוצאות היצוא הן קבועות. לכן, ככל שהמחיר העולמי נמוך יותר, כך הן תופסות אחוז גבוה יותר ממחיר היצוא ולהפך. כאמור, המחיר המקומי מושפע, מטבע הדברים, מהמחיר העולמי. אולם, השפעת היצוא אינה חזקה דיה כדי לרסן כוח שוק מקומי, שכן היצוא יהיה כדאי כלכלית רק ברמת מחירים עולמית מסוימת, בשל ההוצאות הכרוכות ביצוא. רק ברמת מחירים עולמית גבוהה, אשר ביחס אליה הוצאות היצוא הן שוליות, יהיה ביצוא כדי לרסן כוח שוק מקומי.

אכן, תיאורטית מחיר הגרוטאות העולמי עשוי לעלות לרמה בה עלויות ההובלה יהיו בלתי משמעותיות, באופן שהשוק העולמי יהווה חלופה אפקטיבית לשוק המקומי מבחינת רמת מחירים ותחרות, בהנחה שגם שאר עלויות היצוא זניחות. אולם, בעת קבלת החלטת הממונה לא היה זה המצב ולא ניתן היה לצפותו. המדובר בשוק תנודתי ביותר, ולכן החלטת הממונה שהתבססה על הנתונים שלפניו מבלי להביא בחשבון מצב תיאורטי לא וודאי וזמני, הייתה סבירה לאור הקריטריונים שהוצבו בפסק הדין בעניין דור-אלון. ודוק. המיזוג היה יוצר "קיבעון מבני" בשוק, ומנציח את מעמדה של יהודה פלדות כמתיק



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

מקומי יחיד, ונותן בידה כוח שוק על פי תנודתיות המחירים כפי שביארנו לעיל (ראו גם עדות גב' בארי-שני בעמ' 212-213 לפרוטוקול מיום 23.1.07).

45. יוצא איה, כי עלויות היצוא, שנעו בין 15% ל-30%, נותנות בידי רוכש גרוטאות מקומי כוח שוק, המאפשר לו להוריד את המחיר המקומי עד לגובה מחיר היצוא, כלומר המחיר העולמי בניכוי עלויות היצוא. התוצאה המתקבלת היא מחיר מקומי נמוך מהמחיר העולמי. גם אם במהלך השנים עלה המחיר העולמי של הגרוטאות בהשוואה למחיר בתקופה שקדמה להחלטת הממונה (לקראת שנת 2006 הסתכם מחיר ההובלה, שבאופן מוחלט נשאר קבוע, לכדי כ-17% מהמחיר העולמי), עדיין החלטת הממונה בעניין הגדרת השוק הרלוונטי הייתה סבירה לשעתה. שכן, המדובר ביחס משמעותי בין הוצאות ההובלה ובין מחיר המוצר, יחס אשר מוליך למסקנה כי בפנינו שווקים נפרדים (H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy* (3rd ed. 2005) 117-118).

46. עיינו בהחלטת הנציבות האירופית מיום 5.10.01 בעניין Scholz AG and ALBA AG & Co. KG (Case Comp/ECSC. 1358), עליה ביקשה העוררת להסתמך בטענתה כי שוק רכישת הגרוטאות הנו שוק עולמי. החלטה זו עסקה בבקשתן של חברות Scholz ו-ALBA לרכוש את השליטה המשותפת בחברת ELSA. חברות אלו ביקשו לפעול יחדיו, בין השאר, באיסוף, עיבוד ומסחר בגרוטאות ברזליות באזור מסוים בגרמניה. בהערת אגב, כיוון שבעניין זה לא עלו חששות תחרותיים, ציינה הנציבות האירופית כי השוק הגיאוגרפי הרלוונטי למכירת גרוטאות ברזל מעובדות משתרע על כל שטח האיחוד. אולם, לא ברור מהחלטה זו מה שיעור עלויות ההובלה ברחבי האיחוד מתוך מחיר הגרוטאות. לאור זאת, לא ניתן להסתמך על החלטה זו לענייננו, כאינדיקציה לקיומו של שוק עולמי שישראל היא חלק ממנו.

כוח מונופסוני - הפעלתו הלכה למעשה על ידי יהודה פלדו



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

47. בחינת התנהגות שוק רכישת הגרוטאות המקומי, בתקופה שלאחר יציאת מפ"מ בחודש יולי 2001, מצביעה על הפעלת כוח מונופסוני הלכה למעשה על ידי יהודה פלדות. לפני יציאת מפ"מ, עת פעלו שני "שחקנים" בשוק, רמת המחירים הגבוהה ששררה בהשוואה למחיר העולמי הצביעה על קיומה של תחרות. כך סבור אף המומחה הכלכלי מטעם יהודה פלדות. רמת מחירים זו צנחה בשיעור ניכר לאחר הפסקת פעילותה של מפ"מ.

48. לטענת יהודה פלדות, רמת המחירים בתקופה בה מפ"מ הייתה פעילה, היינו בין השנים 1999-2001, אינה משקפת רמת מחירים תחרותית, מהטעם שמפ"מ הייתה על סף קריסה כלכלית ושילמה מחירים גבוהים מדי עבור גרוטאות מקומיות. אולם, לא ברור מטענתה זו של יהודה פלדות באיזה מובן לא הייתה רציונאלית התנהגותה של מפ"מ, יהודה פלדות סתמה ולא פרשה.

יתר על כן, מחוות דעתו הכלכלית של מר יחיאל אבן מפברואר 2003, אשר הוגשה בתמיכה לערר (נספח ו'), עולה כי דווקא היה הגיון כלכלי בהתנהגותה של מפ"מ, בהיותה נתונה בתחרות עם יהודה פלדות, שעה שהשוק המקומי לא ענה כל הביקוש. וכך מסביר הוא:

"האלטרנטיבה שעמדה בפני מ.פ.מ ויהודה פלדות הייתה לייבא גרוטאות מחו"ל במחיר הסחר הבינלאומי בתוספת עלות ההובלה והאחסנה (מחיר cif) או לרכוש גרוטאות מהיצרנים המקומיים. במצב זה, התחרות על הגרוטאות מתעצמת כך שהמחיר בו מוכרים היצרנים המקומיים נמצא לרוב בטווח שבין מחיר הסחר הבינלאומי (מתחת למחיר זה כדאי ליצרן המקומי לייצא את הגרוטאות) למחיר ה-cif (אשר מעליו כדאי לצרכנים לייבא את המוצר מחו"ל).

כל עוד מחיר היצור המקומי נמוך ממחיר הסיף הרי שכדאי ליהודה פלדות ומ.פ.מ לרכוש כמה שיותר גרוטאות בתוצרת



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

מקומית והמחירים צפויים לעלות. בפועל, מחירי הגרוטאות בישראל עלו לכיוון מחיר הסיף ושקפו את כוח המיקוח של יהודה פלדות ומ.פ.מ בזמן נתון. התחרות הגיעה לשיאה במחצית הראשונה של 2001 כעולה מהתפתחות מחירי הגרוטאות בארץ" (עמ' 7 לחוות הדעת).

וראו גם בעמ' 34 לחוות דעתו של מר אבן מספטמבר 2002 (נספח ה' לערר). המומחה הנוסף מטעם העוררת, ד"ר יוסי שפיגל, אישר בחקירתו הנגדית את קיומה של תחרות בין מפ"מ ובין יהודה פלדות ברכישת גרוטאות מתוצרת מקומית, וכי המחיר הגיע למחירי יבוא (עמ' 9-13, 24-25 לפרוטוקול מיום 23.1.07).

49. הנה אם כן, אף המומחים מטעם העוררת מסביר את רמת המחירים בתקופת פעילות מפ"מ בתחרות ששררה אותה עת בינה ובין יהודה פלדות על רכישת גרוטאות מקומיות, כלומר תחרות המונחה על ידי שיקולים כלכליים רציונאליים. תחרות זו הביאה לכך שרמת המחירים המקומית שאפה למחיר העולמי בתוספת הוצאות היבוא, כלומר עלויות ההובלה והאחסנה. הנתונים אשר היו בידי הממונה ערב החלטתו, ואשר סופקו על ידי יהודה פלדות עצמה, מאשרים את המגמה כי בתקופת פעילותה של מפ"מ המחיר המקומי היה גבוה מהמחיר העולמי.

במצב דברים זה, בו השוק מאופיין בעודף ביקוש והמחיר המקומי שואף למחירי היבוא, ברי כי היצוא לא היווה חלופה ממשית עבור אוספים מקומיים. שהרי, מחיר היבוא גבוה משמעותית ממחיר היצוא, ולמעשה יצואן מפסיד כפל עלויות הובלה ואחסנה, ואף עלויות נוספות הכרוכות בהתאמת הגרוטאות לדרישות הרוכשים הזרים. על פי הנתונים, המחיר המקומי באותה תקופה היה גבוה בכ- 50% ממחיר היצוא.

50. מפ"מ חדלה מפעילותה בחודש יולי 2001. ממועד זה ועד לסוף שנת 2002, עת נתן הממונה את החלטתו בעניין המיזוג, הנתונים בדבר מחירי הגרוטאות והשוואתם למחירים בתקופת פעילותה של מפ"מ, מלמדים על הפעלת כוח שוק מונופסוני מצד יהודה פלדות,



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

שנותרה "השחקנית" היחידה בשוק. לאחר יציאת מפ"מ, ירדה כמות הביקוש המקומי לגרוטאות להתכה, שכן יהודה פלדות נותרה המתין היחיד בישראל. הביקוש של יהודה פלדות לגרוטאות, ששימשו להזנת קו ההיתוך שלה, נותר כשהיה. התוצאה, ירידה בכמות הגרוטאות הנאספת וירידה חדה במחירי הגרוטאות, הרבה מתחת למחיר היצוא. יהודה פלדות הפחיתה את המחיר אותו היא משלמת לספקי הגרוטאות בכ-35%, דבר שגרר העלאה של מחיר שירותי סילוק הגרוטאות. זאת ועוד, למרות הירידה במחירי הגרוטאות, לא הופחת מחיר המוצר הסופי של ברזל מצולע, אשר דווקא עלה בתקופה זו.

51. הסבר נוסף שהעלתה יהודה פלדות להתנהגות מחירים זו, היא הצפת השוק בעודפי הגרוטאות שנותרו בידי מפ"מ לאחר קריסתה. עודפים אלו, כך טוענת יהודה פלדות, לא תועלו לשימושה בשל הביקוש הקשיח שלה (היא נזקקה לאותה כמות גרוטאות). כמו כן, לדבריה, לא ניתן היה לייצא עודפים אלו כיוון שענף ייצוא הגרוטאות לא היה מאורגן. לשיטת יהודה פלדות, עם התארגנות הייצוא נוצר כוח תחרותי בדמות אפיק נוסף לרכישת גרוטאות.

52. אנו סבורים, כי דווקא תמונה זו מצביעה על הפעלת כוח שוק מצד יהודה פלדות. לאחר יציאת מפ"מ והתארגנות יעילה של יצואנים, המחיר שקיבל מוכר מקומי שווה למחיר העולמי בניכוי הוצאות היצוא ובניכוי הוצאות היצואן, אם יש כזה. הוצאות היצוא ערב החלטת הממונה היוו 30% מהמחיר העולמי. לכן, המחיר אותו יכולה להציע יהודה פלדות, בהיותה המתין היחיד, הוא מעט יותר ממחיר היצוא (המחיר העולמי בניכוי 30% הוצאות יצוא) והיא אכן עשתה כן. כלומר, מחיר הגרוטאות המקומי ירד בשיעור ניכר בהשוואה לתקופה בה פעלה מפ"מ, אזי המחיר המקומי היה גבוה מהמחיר העולמי. עם הפסקת הביקוש מצד מפ"מ והירידה במחיר המקומי, ירדה באופן טבעי כמות איסוף הגרוטאות.



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

בשוק כזה, לעודף המלאי של מפ"מ או להתארגנות היצואנים יש השפעה זמנית ומשנית. בבקשת המיזוג מסרה יהודה פלדות, כי אין בכוונתה להפעיל את קו ההיתוך של מפ"מ, אלא להשתמש בחלקיו כבחלקי חילוף. קרי, המיזוג היה מותר מבנה שוק בו "שחקנית" יחידה עם תפוקה (הכמות הנרכשת) פחותה. המיזוג המוצע צפוי היה להנציח את "החלל" שהותירה מפ"מ במבנה השוק, ומכאן כי הוא העלה חשש סביר להפעלת כוח שוק מונופסוני מצד יהודה פלדות, כלומר לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק.

גם לכך מסכים מר אבן, המומחה מטעם העוררת (עמ' 27 לחוות הדעת מספטמבר

2002 נספח ה' לערר):

"מחיר שיווי המשקל החדש בשוק צפוי להיות שונה ממחירו מלפני שינוי מבני זה. מאחר וההיצע המקומי יכול לספק את כל הביקוש של יהודה פלדות ופוטנציאל היצור של המשק מחייב למעשה ייצוא גרוטאות, הרי שהמחיר המקומי לא ישאף לכיוון מחיר הסיף כפי שראינו בשיווי משקל הקודם. יצרני הגרוטאות יהיו חייבים לייצא ולמכור למעשה במחיר הסחר הבינלאומי, כך שהמכירה ליהודה פלדות במחיר הגבוה ממחיר הסחר הבינלאומי תהיה עדיפה עבורם. לפיכך, התחרות על המכירה במחיר הגבוה ממחיר הייצוא תביא לכך כי מחיר שיווי המשקל החדש יהיה נמוך ממחירו טרם השינוי המבני. יתר הגרוטאות ייוצאו לחול במחיר ה-cif (ההדגשות במקור).

53. שינויי מגמות המחיר וכמות הגרוטאות להתכנה שנאספה, בעיתוי של הפסקת פעילות מפ"מ, עולים בקנה אחד עם התיאוריה של התנהגות מונופסון. סביר שכוח מונופסוני יופעל בשווקים בהם המוצר מהווה תשומת ייצור ייחודית, שאין לה שימושים רבים. עם זאת, כוח זה מוגבל עד לרמת מחירים מסוימת אשר הנה כדאית מבחינת המוכרים (156-157 *Carlton & Perloff Modern Industrial Organization* (2nd ed. 1994)). ברגיל, ספק המוכר נכס מסוים לא ימכור במחירי הפסד, אלא יעדיף להפסיק את פעילותו העסקית. לכן, למונופסון ישנו מרווח תמחור הנע בין מחיר תחרותי ובין מחיר



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

העלות של הספק. לא לכל הספקים יש עלות שווה ובנוסף עם הפחתת כמויות המוצר קטנות העלויות, כלומר הורדת מחיר מפחיתה כמויות. התוצאה היא פגיעה ביעילות השוק
(H. Hovenkamp *Federal Antitrust Policy* (3rd ed. 2005) 14-16).

במקרה דנן מתקיים פרמטר נוסף, בדמות דיני איכות הסביבה אשר מחייבים לסלק גרוטאות (חוק שמירת הניקיון, התשמ"ד-1984). תמונת הראי של המונופסון במקרה זה היא מונופול מתן שירותי סילוק גרוטאות, דבר המחזק את כוח השוק של מתיך יחיד שהגרוטאות מהוות שימוש ייחודי, במובן מסוים, כתשומה לייצור מטילי פלדה. מרווח ההשפעה על המחיר גדל בהינתן צורך לסלק גרוטאות, אשר נוצרות ללא כל קשר להיותן תשומת ייצור. הביקוש לשירותי הסילוק הנו קשיח באופן יחסי. הורדת מחיר הרכישה משמעה העלאת מחיר האיסוף או הסילוק. הסיבה לכך עלייה בעלויות האיסוף בשל הורדת מחירי הגרוטאות.

נושא איכות הסביבה, אשר לטענת יהודה פלדוט אין מקום לשקול אותו במסגרת בחינת המיזוג, נופל לגדר פגיעה באינטרס הציבור במחיר שירותי סילוק הגרוטאות, היקפי הסילוק וסדירותו. אף מנכ"ל יהודה פלדוט, מסר בעדותו, כי כאשר יש בנמצא אוסף יחיד, אזי הוא קונה רק את הסחורה הנוחה מבחינתו במחיר הנמוך ביותר (עמ' 58 לפרוטוקול מיום 23.1.07). מכאן, כי המדובר בשיקול רלוונטי.

54. לסיכום פרק זה, בחינת המיזוג לאור מצב השוק ערב מתן ההחלטה, הצביעה על חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. המיזוג היה צפוי להנציח את ריכוזיות השוק ואת הכוח המונופסוני שבידי יהודה פלדוט, אותו הפעילה בהורידה את מחירי הגרוטאות. כמו כן, הוא מנע אפשרות כניסת "שחקן" נוסף, אשר עשוי היה למלא את מקומה של מפ"מ, ועל כך נרחיב בהמשך. נראה כי אין חולק, כי האפשרות כניסתו של מתיך נוסף, ללא רכישת מפעל ההיתוך של מפ"מ, הנה כמעט בגדר משימה בלתי אפשרית בשל העלויות הכבדות הכרוכות בכך. הקמת מפעל היתוך כרוך בהשקעה של עשרות מיליוני דולרים.



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

בשל האופציה של יבוא ברזל מצולע מוכן, השקעה זו אינה כדאית. כלומר, קיים חסם כניסה תמיר לשוק ההתכנה ורכישת הגרוטאות (סעיפים 97-98 לתצהירה של גב' בארי-שני התומך בתשובת הממונה). התנהגות השוק בתקופה שקדמה להחלטה הנה שיקול משמעותי באישור המיזוג, ולכן אנו סבורים כי החלטת הממונה הייתה סבירה. ודוק. מצאנו כי צדק הממונה בהחלטתו, אף ללא הזדקקות לשאלה אם יהודה פלדות צלחה את המשוכה של הפרכת חזקת תקינות ההחלטה.

55. בשולי הדברים, ובבחינת למעלה מן הדרוש להחלטתנו, נציין כי מבט לאחור על התקופה שלאחר החלטת הממונה מאשש את החלטתו. מגמת הירידה במחיר הגרוטאות המקומי נמשכה עד לתחילת הפעלת קו ההיתוך על ידי חוד בשנת 2004, אזי השתנתה המגמה ופער המחירים בין המחיר המקומי למחיר העולמי הלך והצטמצם. בנוסף, חל גידול בכמות הגרוטאות הנאספת ובתוצרת המקומית של מטילי פלדה, וצומצם פער המחירים בין המחיר המקומי והעולמי של ברזל מצולע.

נתייחס עתה לעוד מספר טענות שהעלתה יהודה פלדות.

טענת הביקוש הקשיח

56. לטענת יהודה פלדות, היא בעלת ביקוש קשיח, כלומר קבוע ולא ניתן לשינוי, של גרוטאות ברזל, ולכן אין היא יכולה להפעיל כוח שוק מונופסוני על ידי הורדת כמויות הגרוטאות אותן היא רוכשת וכך להביא לירידת מחירים.

57. אין טענה זו יכולה לעמוד לאור הנתונים שהובאו לפני הממונה. עת ביקשה יהודה פלדות לרכוש את קו ההיתוך של מפ"מ, היא הודיעה כי אין בכוונתה להפעילו אלא להשתמש בחלקיו כדי לייעל את קו ההיתוך שברשותה. כך לדוגמא נאמר בחוות הדעת של מר אבן (נספח ה' לערר, בעמ' 32). השבתת קו ההיתוך מביאה מניה וביה להפחתה משמעותית בכמות הגרוטאות הנרכשת בישראל וכפועל יוצא להפחתה בכמות הנאספת.



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

אילו הייתה רוכשת יהודה פלדות את קו ההיתוך, היו עומדות בפניה שתי אפשרויות. האחת, הפעלת קו ההיתוך והותרת הביקושים לגרוטאות להתכה ברמה שהיו עת פעלה מפ"מ. השנייה, הפסקת פעילות ההתכה והורדה משמעותית של הביקושים לגרוטאות, וכך להוריד את מחירי הגרוטאות ולהעלות את רווחיה במפעל הקיים (ראו דבריו של ד"ר שפיגל בחקירתו עמ' 31-28, 34-35 לפרוטוקול מיום 23.1.07). כלומר ככלות הכל היה בכוחה של יהודה פלדות להפעיל כוח מונופסוני על ידי הורדת סך כמות הגרוטאות הנרכשת בישראל. כפי שעמדנו על כך לעיל, היצוא אינו מהווה סכר חזק דיו כדי לעמוד בפני כוח שוק מונופסוני זה.

חוד - מתחרה פוטנציאלית?

58. טוענת יהודה פלדות, כי שגה הממונה בהביאו בגדר שיקוליו אפשרות עתידית ובלתי וודאית לפיה חוד תרכוש ותפעיל את מפעל ההיתוך של מפ"מ. גם דינה של טענה זו להידחות.

59. עניין לנו במיזוג אופקי בין מתחרים, בשוק המאופיין במיעוט מתחרים. במצב דברים זה, הפגיעה בתחרות היא המסתברת ביותר, בשל הגדלת הריכוזיות בשוק בעקבות הפחתת מספר המתחרים והגדלת נתח השוק של הגוף הממוזג. במקרה דנן, יהודה פלדות צפויה הייתה להגדיל את כוח השוק המונופסוני שבידה לאחר שלמעשה לא הייתה צפויה לקום לה מתחרה חלף מפ"מ.

על פי הנתונים שהובאו בפני הממונה, הצעתה של חוד לרכישת קו ההיתוך הייתה ממשית, והיא מסרה שתעשה כל שביכולתה להפעלתו. הממונה אף ציין כי הדבר כדאי כלכלית עבור חוד. מטבע הדברים, כפי שציין הממונה, לא תיתכן בשלב זה וודאות מוחלטת כי אכן יופעל קו ההיתוך. אולם, בהינתן חלופה ממשית זו ולנוכח הפגיעה בתחרות הנשקפת מרכישת קו ההיתוך על ידי יהודה פלדות, אנו סבורים כי החלטת הממונה עומדת במבחן הסבירות ובאמות המידה שמציב פסק הדין בעניין דור-אלון, באזנו היטב בין המבנה הנוכחי של השוק ובין אפשרות עתידית ממשית.



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

60. במצב דברים זה, אנו סבורים כי אין כל מניעה להביא בכלל חשבון שיקול של פגיעה בתחרות פוטנציאלית, כאחד השיקולים להתנגדות למיזוג. ניתן לדמות זאת, על דרך האנלוגיה, לדוקטרינה של פגיעה בתחרות פוטנציאלית, במיזוגים לא אופקיים. בית הדין נדרש בעבר לדוקטרינה זו, בהפרידו בין פגיעה בפועל ובין פגיעה בכוח בתחרות פוטנציאלית (ערר 1/00 פוד קלאב סעיף 43 ואילך; ה"ע (י-ם) 7005/02 די.בי.אס שירותי לוויין (1998) בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תקדין-מחוזי 2004(2), 4766 (2004)). לדוקטרינה זו השלכה על ההיבטים האופקיים של המיזוג, כפי שיובהר להלן.

לעניינו רלוונטית סוגיית הפגיעה בתחרות הפוטנציאלית בפועל, היינו בתחרות שעשויה הייתה להתפתח בשוק אלמלא המיזוג, עם כניסתה של אחת הפירמות המתמזגות לפעילות בשוק הרלוונטי. כדי לפסול מיזוג על יסוד דוקטרינה זו, יש להוכיח שלמתחרה שנכנס לשוק בדרך של מיזוג יש יכולת כלכלית, עניין, מניע וכן אפשרות מעשית להיכנס לשוק שלא בדרך של מיזוג. יש להציג הוכחות אובייקטיביות לאפשרות כזו, ובנוסף יש להראות כי לאפשרות זו יתרונות תחרותיים על פני המיזוג (ערר 1/99 פוד קלאב בסעיף 49).

61. בהתאמה לעניינו, חוד הנה מתחרה פוטנציאלית בפועל, אשר ביקשה להיכנס לשוק בנעליה של מפ"מ. בעת קבלת הממונה עמדה לפניו הצעתה של חוד, אשר הצהירה על כוונתה להשקיע סכום נכבד ברכישת ציוד ההתכה, ואף התחייבה לעשות את מירב המאמצים להפעיל את קו ההיתוך לאחר תקופת התארגנות. די בכך כדי להוות בסיס לתרחיש שהוא בגדר ממשי, ולכן היה על הממונה להביא נתון זה בחשבון. מבלי שהדבר יהיה בבחינת "חכמה שלאחר מעשה", נציין כי אכן בחודש ספטמבר 2004 החלה חוד להפעיל את קו ההיתוך, לאחר תקופת התארגנות.

הגנת היעילות



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

62. כפי שצינו לעיל, בצד החששות התחרותיים הגלומים במיזוג מוצע, מהלך של מיזוג חברות עשוי להביא להגדלת היעילות הכלכלית בהשוואה למצב ערב המיזוג. כך למשל, על ידי מיצוי יתרונות לגודל וחסכון בעלויות, אשר עשוי לבוא לידי ביטוי בין השאר בהורדת המחיר לצרכן (הצעת חוק ההגבלים העסקיים 1647, התשמ"ד – 1983, ה"ח בעמ' 40, 52; "הערות לחקיקה: דו"ח הועדה למיזוגים וקונגלומרטים" הפרקליט לב (תשל"ט-תשמ"מ 559; ל' א' קסטנבאום "פיקוח על מיזוגים" הפרקליט מ' (תשנ"א-תשנ"ג) 395).

63. השאלה אם ניתן לאשר מיזוג המקים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות על יסוד הגנת היעילות לא הוכרעה בפסיקה. עם זאת, בפסיקת בית הדין הובהר כי להבדיל משימוש ביעילות כטענת הגנה, זו לא תשמש עילה לפסול מיזוג שמלבד התייעלות שמביאה ליתרון תחרותי אין בו כדי לפגוע בתחרות (ראו ע"א 2247/95 תנובה בעמ' 230-231; עניין דור-אלון סעיף 31 לפסק הדין; ה"ע 7014/02 עמינח סעיפים 71-74 לפסק הדין).

64. במספר החלטות של הממונה שעסקו בבחינת מיזוגים מוצעים, הובעה הדעה כי ניתן להביא בכלל חשבון שיקול של יעילות, כשיקול נגדי לפגיעה בתחרות הצפויה מן המיזוג. יעילות זו נדרש שתבוא לידי ביטוי בהגדלת רווחת הצרכן, אם על ידי ירידה במחיר ואם על ידי שיפור איכות המוצר או השירות. בנוסף, נדרש שהיעילות תנבע מהמיזוג עצמו, ולא ניתן להשיגה בדרך אחרת שפגיעתה בתחרות קטנה יותר. נטל השכנוע מוטל על הטוען להגנת היעילות ועליו להציג תשתית עובדתית וכלכלית מוצקה התומכת בטענתו (ראו למשל לאחרונה נימוקי ההתנגדות למיזוג בין אורלייט תעשיות (1959) בע"מ ובין ענבר פוליאסטר משוריין בע"מ, פורסם ביום 9.11.06).



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

65. אנו סבורים, כי גם מקרה זה אינו מצריך הכרעה בשאלת הגנת היעילות. לנוכח הפגיעה התחרותית שנשקפה מהמיזוג המוצע, לא היה בכוחה של ההתייעלות הנטענת על ידי יהודה פלדות כדי להכשיר את המיזוג.

שוק מטילי הפלדה

66. משנמצא חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק רכישת הגרוטאות להתכה מקומית, אנו מקבלים את עמדת הממונה לפיה כוח בשוק זה מקנה יתרון לבעליו גם בשוק מטילי הפלדה.

67. כזכור, בתהליך היתוך הגרוטאות מיוצרים מטילי פלדה. כפי שציין הממונה בהחלטתו, בשל שינויי מחיר בעולם, תולדה של תנאי שוק שונים, ייתכן פער בין מחיר יבוא המטילים לבין עלות ייצורם בארץ, באופן שההתכה המקומית כדאית באופן משמעותי. הותרת מתיך אחד בעל כוח שוק מונופסוני, ייתן בידיו כוח שוק גם בשוק מטילי הפלדה בתקופות בהן ישנה עדיפות להתכה מקומית. מטילי הפלדה מהווים את התשומה העיקרית בייצור ברזל מצולע. עלות ייצור המטילים מהווה כ-85%-80% מעלות ייצור הברזל המצולע. מכאן, שהוזלת עלות המטילים מוזילה משמעותית את מחיר המוצר הסופי, הברזל המצולע.

הנתונים שהיו בידי הממונה בעת בחינת המיזוג הצביעו על כך, שמחיר מטיל פלדה מיובא היה שווה כמעט למחיר המוצר הסופי של ברזל מצולע מיובא. כלומר, אין כל כדאיות כלכלית בערגול מקומי (תהליך ייצור הברזל המצולע). לכן, למתיך מקומי, אשר עלות ייצור מטיל פלדה עבורו זולה מיבוא מטילי פלדה, יתרון בייצור ברזל מצולע, גם בהשוואה למחיר יבוא (עדות בארי-שני בעמ' 99-100 לפרוטוקול; הגרף המצוי בסעיף 163 לתשובת הממונה המצביע על יתרון להתכה מקומית לעומת יבוא מטילים מבחינת עלות ייצור ברזל מצולע).



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

68. להתכה מקומית ייתכנו יתרונות נוספים על פני יבוא מטילי פלדה. כך למשל, חסכון בעלויות הובלת המטילים והסרת הקושי הטמון בהסתמכות שוטפת על יבוא שיש בו סיכון של תקלות. כלומר, להתכה מקומית יש יתרון של זמינות ומהירות אספקת מטילי פלדה. מלבד זאת, מתיך מקומי נהנה מהאפשרות להתאים את ייצור המטילים לדרישותיו הספציפיות של המערגל. מטילים כאלו לא תמיד ניתן לייבא (עמ' 89, 99, 104 לפרוטוקול מיום 23.1.07). אף המומחים מטעמה של יהודה פלדות מסרו בחוות דעתם, כי מטילים מיובאים אינם מהווים תחליף מושלם למטילים מיצור עצמי:

"...יהודה הוא מפעל משולב שבו מייצרים מטילי פלדה שאחר כך משמשים כחומר גלם בייצור ברזל מצולע. הפסקות בתהליך ייצור המטילים עקב מחסור בגרוטאות יצרו תגובת שרשרת שבה ייעצר גם תהליך הערגול. כיון שיבוא מטילי פלדה מחו"ל במקום אלו שלא מיוצרים בישראל אורך זמן ... ברור שמטילים מיובאים אינם מהווים תחליף למטילים מייצור עצמי בטווח הזמן הקצר. " (עמ' 15 לחוות-הדעת פרופ' קים וד"ר שפיגל פברואר 2003).

69. לאור האמור, אנו מקבלים את עמדת הממונה כי המיזוג היה צפוי להביא לפגיעה משמעותית גם בשוק מטילי הפלדה. מכל מקום, אנו סבורים כי די בחשש לפגיעה בתחרות בשוק רכישת הגרוטאות כדי לפסול את המיזוג.

מידתיות

70. אנו מקבלים את הטענה, כי יש למצות את האפשרות להתנות את המיזוג בתנאים לפני קבלת המסקנה שאין לאשרו, מכוח עקרון הפגיעה המידתית בזכויות יסוד, במקרה זה חופש העיסוק וחופש הקניין (ה"ע (י-ם) 613/05 דור אלון אנרגיה ישראל (1988) בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, סעיף 18 לפסק הדין (2006)). אולם, במקרה זה לא מצאנו כל תנאי, מבני או התנהגותי, אשר היה בכוחו להפיג את החשש לפגיעה בתחרות, זאת במיוחד לנוכח הצעתה של חוד לפעול כמתיך נוסף בצדה של יהודה פלדות.



בתי המשפט

ה"ע 8006/03

בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים

בפני כב' השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור
פרופ' ראובן חורש, חבר
מר דוד ויינשל, חבר

לאור האמור לעיל, אנו דוחים את הערר על החלטת הממונה.

בנסיבות העניין אנו מחייבים את העוררת לשלם לממונה את הוצאות ההליך בסך 35,000 ש"ח.

ניתן היום, כ"ג בניסן תשס"ז (11 באפריל 2007), בהעדר הצדדים.
המזכירות תמציא העתקים לב"כ הצדדים. פסק הדין נשלח לצדדים גם באמצעות
הדואר האלקטרוני.

מר דוד ויינשל
חבר

פרופ' ראובן חורש
חבר

מ' שידלובסקי-אור, שופטת
אב"ד