

בין הדין להגבלים עסקיים בירושלים

ערר 1/97

לפני:

כב' השופט י. עדיאל - המשנה לאב בית הדין

בעניין:

1. איסכור שירותי פלדות בע"מ
 2. איסכור שירותי גיליון בע"מ
- שתייהן ע"י ב"כ עוה"ד י. עמיהוד בן-פורת ושות'

העוררת

נגד

1. הממונה על הגבלים עסקיים
 - ע"י ב"כ עו"ד א. גושן מהרשות להגבלים עסקיים
 2. הנדסת חשמל כללית בע"מ
 3. פקר פלדה בע"מ
 4. קבוצת לב אופיר בע"מ
- שלושתן ע"י ב"כ עוה"ד דנציגר קלגסבלד ושות'

המשיבים

פסק – דין

ההלך

1. בפני ערר על החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן - "הממונה"), על-פי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן - "החוק"), לפטור את המשיבות 2-4 מקבלת אישור בית הדין להגבלים עסקיים להסדר הכובל שנעשה ביניהן להקמת מיזם משותף בתחום הייצור והשיווק של עמודי תאורה.

הרקע העובדתי

2. הנפשות הפועלות:
המשיבה 2, הנדסת חשמל כללית בע"מ ("הנדסת חשמל") היא חברה העוסקת, בין היתר, בייצור ושיווק של עמודי תאורה ומוצרי תאורה מסוגים שונים.
הנדסת חשמל היא החברה הגדולה בישראל לייצור עמודי תאורה והיא מחזיקה, על-פי נתוני הממונה (שנמסרו לו על ידי המשיבות) בנתח שוק של כ - 35%, ובהתחשב במרכיב היבוא, אף מעט יותר.

המשיבה 4, פקר פלדה בע"מ ("פקר פלדה"), הנה חברה ציבורית הפועלת, בין השאר, בתחום אספקת פלדה כחומר גלם ומתן שירותי גיליון. פקר פלדה היא יבואנית הפלדה השנייה בגודלה בישראל, וחלקה בשוק הפלדה עומד על כ - 25%.

פקר פלדה היא החברה המובילה בישראל במתן שירותי גיליון. פלח השוק בו היא מחזיקה הוערך על ידי הממונה, על יסוד הנתונים שסופקו לו על ידי המשיבות, בכ - 55%-60%.

להערכת הממונה, לאור כניסת מתחרים חדשים לענף ולאור הקמת מפעל הגליון של המשיבות, יפחת בעתיד חלקה של פקר בשוק הגליון.

המשיבה 3, קבוצת לב אופיר בע"מ ("לב אופיר") עוסקת בשיווק חומרי חשמל, לרבות עמודי תאורה. לב אופיר משווקת, על-פי נתוני הממונה, כמחצית מעמודי התאורה בישראל וכ - 85% מעמודי התאורה המיוצרים על ידי הנדסת חשמל.

העוררת 1, איסכור שירותי פלדות בע"מ ("איסכור פלדות"), הנה חברה העוסקת בייבוא, עיבוד ושיווק פלדות, בכלל זה ליצרני עמודי תאורה.

העוררת 2, איסכור שירותי גיליון בע"מ ("איסכור גיליון"), היא חברת בת של "איסכור פלדות" אשר הוקמה לאחרונה לשם מתן שירותי גיליון.

ענף עמודי התאורה

3. כפי שמסביר הממונה בהחלטתו, קיימים סוגים שונים של עמודי תאורה הנבדלים בצורתם, גובהם, חומר הגלם ממנו הם עשויים, סוג הציפוי וצבעם. הסוגים העיקריים של עמודי תאורה הינם: עמודים קוניים בעלי חתך מתומן או רב צלעות, עמודים קוניים בעלי חתך עגול ועמודים עגולים בעלי חתך אחיד או בעלי חתך מדורג. חומר הגלם העיקרי ממנו עשויים עמודי התאורה הינו, כאמור, פלדה (95% מהעמודים). בתום תהליך הייצור מועברים העמודים למפעל הגליון, שם מתבצע הגליון המעניק לעמוד הגנה ועמידות לאורך זמן מפני קורוזיה.

בשנים האחרונות חלה התרחבות ניכרת בצריכת עמודי התאורה, זאת לאור הגידול בסלילת הכבישים ובהיקפי הבנייה הפרטית והציבורית.

הלקוחה העיקרית הרוכשת עמודי תאורה היא מע"צ. בסוף שנת 1996 הודיעה מע"צ כי היא עוברת לשימוש בעמודים קוניים בעלי חתך עגול, וזאת משיקולים טכניים והנדסיים ומהיבטים בטיחותיים. עמודים אלה אינם מיוצרים כיום בישראל אלא מיובאים. מטרתו של המיזם נשוא הבקשה היא, בין היתר, לייצר בארץ את העמודים הקוניים האמורים, במקום לייבאם.

המיזם המשותף

4. ביום 24.4.94 חתמו המשיבות, הנדסת חשמל, פקר פלדה ולב אופיר על הסכם להקמת מפעל בעיר ערד שיעסוק בייצור ושיווק של עמודי תאורה באמצעות חברה שבבעלותן המשותפת, בשם "פ.ל.ה. הנדסת תאורה בע"מ" ("הנדסת תאורה"). בחודשים מאי 95' ואוקטובר 96' חתמו המשיבות על שתי תוספות להסכם.

על-פי ההסכם על תוספותיו, הסכימו המשיבות לשתף ביניהן פעולה בייצור, שיווק ומכירה של עמודי תאורה. אלה עיקרי ההסכם:

א. הצדדים למיזם המשותף יקימו ינהלו ויפעילו מפעל מודרני לייצור, עמודי תאורה בטכנולוגיות חדישות, וכן ישתפו פעולה בשיווק מוצריו של המפעל, וזאת במסגרת חברה משותפת שתוקם למטרה זו ושתיקרא "פ.ל.ה. הנדסת תאורה בע"מ" (להלן - "הנדסת תאורה").

ב. הון המניות של החברה החדשה יתחלק ביניהן באופן שהנדסת חשמל תחזיק ב- 49.8% ממניות הנדסת תאורה, ופקר פלדה ולב אופיר תחזיקנה כל אחת ב- 25.1% מהון המניות של החברה (המבוא וסעיף 5 להסכם).

ג. ההשקעה הראשונית במפעל הוערכה על ידי הצדדים בסכום של 2.4 מליון דולר והם נטלו על עצמם השקעה זו בחלוקה שנקבעה ביניהם על-פי הסכם.

ד. הצדדים מתחייבים להעמיד לרשות הנדסת תאורה את כל הידע הניסיון והקשרים שיש לכל אחד מהם בתחום זה ולעשות כמיטב יכולתם על מנת לקדם את עסקיה של הנדסת תאורה. (סעיף 3ב להסכם).

ה. הצדדים מתחייבים לשתף פעולה בייצור, שיווק ומכירה של עמודי תאורה במסגרת הנדסת תאורה וכל עוד הם מחזיקים במניות הנדסת תאורה, הם יימנעו מלעסוק, במישרין או בעקיפין, בייצור, שיווק ומכירה של עמודי תאורה בכל מסגרת אחרת. (סעיף 3 (א) להסכם).

ו. הנדסת חשמל תוכל להמשיך ולעסוק בייבוא, הרכבה ושיווק של גופי תאורה, אך תחדל מכל פעילות עצמאית בתחום הייצור, השיווק והמכירה של עמודי תאורה - פעילות אשר תועבר להנדסת תאורה. כן תעביר הנדסת חשמל להנדסת תאורה את הנציגות וסוכנות ההפצה בישראל של יצרנית עמודי תאורה הולנדית אותה ייצגה בישראל. (סעיפים ג3(2), ג4 ו- ד4 להסכם).

ז. פקר פלדה תוכל להמשיך ולעסוק בייצור ועיבוד פלדה ומוצריה וכן במתן שירותי גילווין, הן לעצמה והן לאחרים, לרבות יצרנים אחרים של עמודי תאורה (סעיף ג3(1) להסכם).

ח. לב אופיר תוכל גם היא להמשיך ולעסוק בייבוא ובשיווק של חומרי חשמל. (סעיף 3 ג3(3) להסכם), אך היא תעביר להנדסת תאורה את הנציגות וסוכנות ההפצה הבלעדית בישראל של יצרניות עמודי תאורה בצרפת ואיטליה אותן ייצגה עד אז (סעיפים ג3(3) ו- ד4 להסכם).

ט. הנדסת תאורה תהא רשאית לרכוש את הפלדה ושירותי הגליון להם היא נזקקת מכל ספק שתמצא לנכון, בכפוף לזכות סירוב ראשונה לפקר פלדה - באספקת תשומות פלדה, ולפקר דרום (חברה מקבוצת פקר פלדה) - במתן שירותי גיליון.

י. הנדסת תאורה תהיה רשאית לשווק את מוצריה בכל דרך שתמצא לנכון, בכלל זה באמצעות לב אופיר, במחירים שייקבעו על-פי קריטריונים שנקבעו על-פי סוגי הלקוחות. עם זאת נקבע בהסכם, כי "לא יהא באמור (היינו, בקריטריונים האמורים), כדי למנוע מהנדסת תאורה להעניק ללב אופיר הנחות מיוחדות מעת לעת המבוססות על רכישות בהיקף גדול ("הנחת גודל").

יצוין כי ההסכם המקורי שנחתם בין הצדדים כלל כבילות חמורות יותר, שאליהן אתייחס בהמשך. מסיבה זו אף דחה הממונה את בקשתן הראשונה של המשיבות מיום 15.11.95 בקובעו כי "אין המיזם המשותף ראוי לפטור מהצורך לקבלת אישור מבית הדין להגבלים עסקיים".

5. כשנה לאחר מכן, ביום 30.10.96, לאחר שהמשיבות שינו את ההסכם (בכל הקשור להתחייבות הנדסת תאורה לרכישת פלדה ושירותי גיליון מפקר פלדה (סעיף 19 להסכם המקורי) ולשווק תוצרתה בהנחות שנקבעו באמצעות לב אופיר (סעיף 20 להסכם המקורי), נעתר הממונה לבקשה ופטר את המשיבות, מכוח סמכותו בהתאם לסעיף 14 לחוק, מקבלת אישור להסדר על ידי בית הדין, תוך שהוא קובע כי "ההסדר מגביל באופן לא משמעותי את התחרות בענף תשומות הפלדה, בענף שירותי הגליון ובענף ייצור ושיווק של עמודי תאורה".

6. נימוקיו של הממונה למתן הפטור מושתתים על שני נדבכים (הממונה עצמו לא עשה הבחנה כזו בהחלטתו).

הנדבך האחד מתייחס למידת הפגיעה של המיזם בתחרות, ולביסוס מסקנתו של הממונה כי המיזם לא יפגע בתחרות באופן משמעותי (הוא התנאי הקבוע בסעיף 14 לחוק).

במסגרת זו הזכיר הממונה את הנימוקים הבאים :

א. המיזם המשותף הנו מהסוג של אינטגרציה אנכית, המאגדת שלוש חברות שאינן מתחרות בינן לבין עצמן בתחום עיסוקן ומעניקות שירותים משלימים ועוקבים, כמעט ללא תחומי פעילות חופפים. משמע, המיזם המשותף לא יביא להגבלת התחרות בין החברות השותפות למיזם (תחרות אופקית). בסוג זה של שיתוף פעולה (אינטגרציה אנכית) אין חשש לפגיעה בתחרות בין הצדדים למיזם עצמם, והחשש העיקרי הוא בפגיעה בצדדים שלישיים. חשש זה גובר ככל שהצדדים למיזם הינם בעלי מעמד דומיננטי בתחומם.

במקרה זה, סבר הממונה, כי לאור השינויים שנערכו בהסכם ולאור תמונת התחרות המעודכנת בענף הגליון, הפגיעה בתחרות בין הצדדים עצמם ובינם לבין צדדים שלישיים איננה משמעותית.

- ב. המיזם לא ימנע מכל אחד מהצדדים להמשיך לפעול בתחום עיסוקו באופן עצמאי.
- ג. המיזם לא ימנע מהנדסת תאורה לבחור לעצמה את נותני השירותים המועדפים עליה, בכפוף למתן זכות סירוב ראשונה לפקר פלדה.
- ד. התחרות בענף הגליון ובענף תשומות הפלדה לא תיפגע באופן משמעותי עקב המיזם, זאת הן בשל כניסה צפויה של מתחרים נוספים לענף הגליון אשר תוריד את נתח השוק של פקר פלדה בענף זה אל מתחת ל - 50%, והן בשל התחרות בין נותני השירותים הקיימים בענף זה.
- ה. המיזם לא יפגע, לדעת הממונה, באופן משמעותי גם בתחרות בענף הייצור והשיווק של עמודי תאורה הואיל וכל גוף העוסק באחד מתחומי העיסוק של המיזם המשותף, מקומי או זר, יוכל להשפיע על תנאי התחרות.
- ו. בנוסף, השוק חשוף ליבוא, ועל כן אין חשש כי הנדסת תאורה תוכל למכור את תוצרתה לצרכן במחירים גבוהים, העולים על מחירי היבוא בתוספת עלויות ההובלה.

הנדבך השני עליו הושתתו נימוקי ההחלטה מבוסס על התועלות העשויות לצמוח לציבור מהמיזם ובהן:

- ז. ההתקשרות במיזם משותף מהסוג של אינטגרציה אנכית, נועדה להביא לאיחוד משאבים ולחסכון בעלויות הכרוכות בייצור המוצר ובשיווקו, במיוחד בעמלת תיווך בין נותני השירותים במהלך הייצור ובעלויות הנוגעות להעברת המוצר בין שלביו השונים. לפיכך יביא המיזם המשותף לייעול תהליך הייצור והשיווק.
- ח. הנדסת תאורה תשקיע 2.5 מליון דולר ברכישת ציוד, ידע ומכשור חדש לצורך ייצורם של עמודי תאורה איכותיים ובטיחותיים מאלה המיוצרים כיום בארץ, ואשר כיום ניתן לרוכשם מיבוא בלבד. בכך יביא המיזם המשותף לשיפור איכות המוצר ובטיחותו, הפחתה בעלויות הייצור, הכנסת טכנולוגיות חדשות למשק הישראלי, וסיפוק הביקושים המקומיים.
- ט. הקמת מפעל הייצור בסמוך למפעל של פקר פלדה בערד, יחסוך בעלויות הובלה ויגדיל את הביקוש לשירותיו של מפעל הגליון, המעסיק 140 פועלים והנמצא כיום, בגלל מיקומו הגיאוגרפי המרוחק, בסכנת סגירה.

הער

7. לטענת העוררות, כריכת אספקת פלדה במתן שירותי גיליון (בין שהדבר נדרש על ידי פקר ובין שהוא נדרש על ידי הלקוח) מקנה ללקוח יתרונות המעודדים אותו לרכוש את שני השירותים מאותו ספק. עד כה לא עסקה איסכור פלדה בגיליון, דבר שהעמידה, לטענתה,

במצב של נחיתות כלפי פקר. זו גם הסיבה, לטענת העוררות, בשלה גדול חלקה של פקר בשוק הגלון של עמודי תאורה מחלקה בשוק הגלון הכללי.

כדי להתגבר על הנחיתות ממנה סבלה איסכור אצל לקוחות הנזקקים לשירותי גלון, ועל מנת להגביר את כושר התחרות שלה בשני השווקים, החליטה איסכור להקים מפעל גלון בהשקעה כוללת של 8 מליון דולר. למטרה זו ייסדה העוררת 1 את העוררת 2, ועד היום היא השקיעה במפעל הגלון יותר מ- 6 מליון דולר.

מפעל הגלון של העוררות אמור להתחיל לפעול לקראת סוף שנת 1977, אך קיומו של המיזם המוצע יוצר, לטענת העוררות, חשש לפגיעה חמורה ביכולתו של המפעל להשתלב בשוק הגלון. כבר כיום נהנות המשיבות, לטענת העוררות, ללא כל הצדקה, ממעמד מונופוליסטי בשוק הגלון. העוררות ניסו לשנות מצב זה על ידי הקמת מפעל הגלון, אך עתה הן חוששות שמתן הפטור יכשיר "הערכות חדשה אשר תחזור ותעגן את אחיזתם של מרכיבי המיזם המשותף בשוק".

בנוסף על שוק הגלון, טוענות העוררות, יפגע המיזם המשותף גם בשוק הפלדה ובשוק עמודי התאורה.

לטענת העוררות, הפגם הבסיסי שנפל בשיקוליו ומסקנותיו של הממונה נובע מכך שאלה בוססו על נתונים והערכות מוטעים לגבי נתח השוק של המשיבות בענפים הרלבנטיים.

חלקה של הנדסת חשמל בשוק עמודי התאורה, המהווה כ- 15% משוק הגלון הכללי בישראל, עומד לטענת העוררות על 60% עד 70%, ולא על 35%, כפי שהניח הממונה על יסוד הנתונים שהומצאו לו על ידי המשיבות. חלקה של פקר פלדה בשוק הפלדה בישראל אמנם עומד על 25%, כפי שקבע הממונה, אך חלקה באספקת פלדה לשוק עמודי התאורה עומד על כ- 50%. כן טעה הממונה, לטענת העוררות, בהעריכו את חלקה של פקר בשוק הגלון ב- 55% - 60% בלבד, ובסוברו שחלק זה עוד עתיד לרדת עקב כניסת מתחרים נוספים לענף, זאת שעה שחלקה של פקר בשוק הגלון עומד על למעלה מ- 75%.

העוררות מקבלות את הערכת הממונה כי חלקה של לב אופיר בשוק עמודי התאורה עומד על כ- 50% (בעוד שלב אופיר טוענת שחלקה בשוק זה אינו עולה על 35%), וכי כיום רוכשת כיום לב אופיר כ- 85% מעמודי התאורה המיוצרים על ידי הנדסת חשמל.

לטענת העוררות, המיזם המשותף נקשר בין גופים השולטים כבר כיום בייצור ובשיווק של עמודי תאורה וברובו של שוק אספקת חומרי הגלם ושירותי הגלון הנדרשים לייצור העמודים, זאת גם על יסוד נתוני הממונה, קל וחומר על יסוד נתוני העוררות. לאור כך, סביר להניח, לטענתן, שהמיזם המשותף עוד יגביר את שליטתן של המשיבות בשוק זה.

עוד טוענות העוררות שזכות הסירוב הראשונה שהוענקה על-פי ההסכם לפקר לגבי רכישת הפלדה ושירותי הגלון תקנה לה יתרון מכריע על כל מתחריה. מכוח זכות זו תהא קבוצת פקר זכאית למכור את מוצריה ושירותיה למיזם המשותף בתנאים שאינם נופלים מהתנאים של מתחריה, היינו, בכל מחיר שיהא מחיר כלכלי עבודה. במצב זה, על-פי הטענה, כדי

להתחרות בפקר יהא על העוררות ומתחרים אחרים בענף להוריד את מחיריהם ולהעמידם על מחירים שאינם כלכליים לפקר, אולי גם מחירי היצף.
הוראה זו יוצרת, לטענת העוררות, מצב בלתי שוויוני ואנטי תחרותי, וזה כשלעצמו מחייב לפסול את ההסכם.

אותה תוצאה נודעת, לטענת העוררות, להסכם השיווק שבין המיזם ללב אופיר. על-פי הסכם זה (המהווה חלק מההסכם על הקמת המיזם), מסורה ללב אופיר הזכות לקבל הנחות בלתי מבוקרות על הזמנות לגודל. אין בהסכם התנאה לפיה זכאים גם מתחרים אחרים להנחות. גודל כאלה ואין בו גם קריטריון לפיו ניתן יהיה לבחון את זכאותה של לב אופיר להנחות. לאור כך, סבורות העוררות, פותחת הוראה זו את הפתח לדחיקת מתחרים מן השוק על ידי הקניית עדיפות מכרעת ללב אופיר.
אשר לטענת הממונה שקיומו של היבוא עשוי להבטיח את התחרות בשוק, טוענות העוררות, כי קיים חשש שבשלב הבא, לאחר הקמת המיזם, תנסינה המשיבות להקשות גם על היבוא.

המיזם - הסדר כובל

8. אין מחלוקת כי המיזם נשוא הדיון הוא הסדר כובל. כפי שמציינת השופטת מרים מזרחי במאמרה **"מיזם משותף כהסדר כובל" (משפטים כ"ג, תשנ"ד, עמ' 213)**, למיזם משותף, מעצם טבעו, עלולה להיות השפעה שלילית על התחרות, שכן כל שיתוף פעולה עסקי, גם בלא שיכלול כבילה מפורשת, עלול לפגוע בתחרות.
במקרה שבפנינו, מודות גם המשיבות, כי המיזם כולל, בנוסף על עצם ההתחייבות לשיתוף פעולה עסקי, 4 כבילות: התחייבות הצדדים למיזם להימנע מלהתחרות במיזם המשותף, זכות סירוב ראשונה לפקר פלדה במכירת תשומות פלדה למיזם, זכות סירוב ראשונה לפקר דרום במתן שירותי גיליון, ואפשרות למתן הנחת גודל ללב אופיר, במידה שהשיווק יהיה בהיקפים גדולים דיים. (סעיף 9 לסיכומי ב"כ המשיבות).
השאלה העיקרית העולה בערר זה היא, האם מתקיים במיזם/הסדר כובל זה, התנאי הקבוע בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, על-פיו "ההסדר מגביל באופן לא משמעותי את התחרות בעסקים" (תנאי זה יכונה בהמשך גם "התנאי הסטטוטורי"), שכן רק בהתקיים תנאי זה מוסמך הממונה לפטור את הצדדים מקבלת אישור בית הדין להסדר הכובל.

שיקולי הממונה על-פי סעיף 14 לחוק

9. על-פי סעיף 14(א) לחוק:

"שוכנע הממונה, על-פי בקשת צד להסדר כובל, שההסדר מגביל באופן לא משמעותי את התחרות בעסקים, רשאי הוא, בהחלטה מנומקת לפטור את הצדדים להסדר מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדר".

10. טענתן של העוררות הנה, שהתנאי היחיד למתן הפטור על-פי סעיף 14 לחוק הוא, כי ההסדר מגביל את התחרות בעסקים באופן לא משמעותי.

לאור כך, סבורות העוררות, כי החלטת הממונה שזורה בנימוקים אשר אינם רלבנטיים להחלטה, וגרוע מכך, אינם בגדר סמכותו של הממונה. כך הדבר, לטענתן, בכל הנימוקים העוסקים בתועלות ההסדר שנמנו לעיל, בכלל זאת, בתרומתו של המיזם ליעול הייצור והשיווק, הפחתה בעלויות, שיפור איכות המוצר ובטיחותו, הכנסת טכנולוגיות חדשות למשק הישראלי, אספקת תעסוקה ומניעת הסכנה של סגירת מפעל פקר דרום ופיטורי עובדיו. כל אלה, אליבא העוררות, הם שיקולים שכבודם במקומם מונח, אך הם אינם נוגעים להיקף הפגיעה בתחרות הצומחת מהמיזם. שיקולים אלה מסורים, לדעת העוררות, רק לבית הדין להגבלים עסקיים, שעליו מוטלת המלאכה, במסגרת סמכותו לאשר הסדרים כובלים, לבחון את השפעתו של ההסדר הכובל על טובת הציבור על-פי סעיפים 9 ו-10 לחוק, אך אין הם עניין לממונה לענות בו במסגרת סעיף 14 לחוק.

11. נושא זה לא עלה עד כה בפסיקה. עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים, כעולה ממספר החלטות שנתן בנושא זה, שונה. כך קבע הממונה בהחלטתו "על אי מתן פטור מאישור בית הדין להסדר כובל: אנרגיית המזרח התיכון":

"... בעת שבוחן הממונה הסדר כובל במשקפי סעיף 14 לחוק, ראוי כי יבחן את התמונה הכללית שבפניו. המדרג הנורמטיבי שקובע חוק ההגבלים העסקיים באשר לאישורו של הסדר כובל, כמו גם תוצאת השימוש בסעיף 14 כפי שתוארה לעיל, מלמדים כי על הממונה לבחון הן את השלילה הכרוכה בקיומו של הסדר כובל פלוני, והן את החיוב - אם יש כזה - הכרוך בו, בכדי לקבוע אם ההסדר עלול לפגוע באופן משמעותי בתחרות בעסקים, והאם יש להתנותו בתנאים כלשהם".

דברים ברוח זה נאמרו גם בהחלטת הממונה בעניין פטור מהסדר כובל של האיגוד הישראלי לפרסום (ההגבלים העסקיים), בהוצאת ועד מחוז תל אביב של לשכת עורכי הדין, כך א' עמ' 100, 105).

עמדה נחרצת פחות נקט ב"כ הממונה בסיכומיו שבהם טען כי: "לא מדובר בשקילת יתרונות כנגד חסרונות: אלא שמדובר באפיון ההסדר, שכן בבוא הממונה להעריך את השלכותיו של הסדר פלוני על התחרות, עליו להבין את מהותו של ההסדר ואת המשמעות התחרותית של הכבילות שבו, שלא נועדו רק כדי לכבול, אלא כדי להשיג מטרות לגיטימיות מבחינת התחרות. מבלי לזהות גורמים אלה ולאפיין את ההסדר בצורה זו, מוסיף ב"כ הממונה וטוען, "הטיפול בבקשות לפטור לפי סעיף 14 יהפוך למעשה מלאכותי, נטול התייחסות אמיתית למשמעות התחרותית של ההסדר".

לאור תשובה זו, כמו גם לאור החלטתו של הממונה, ברור שבפועל שקל הממונה, אלה לעומת אלה, את יתרונותיו של ההסדר אל מול חסרונותיו.

בעקרון, מקובלת עלי עמדת הממונה כי אין הוא מנוע מלתת את הדעת גם על יתרונותיו של ההסדר. השאלה היא, באיזה מסגרת יובאו בחשבון תועלות ההסדר, והאם שיקולים אלה רלוונטיים לעניין התנאי הסטטוטורי נשוא הדיון.

12. דומה שלא יכול להיות ספק כי מקורו של התנאי הסטטוטורי, לפיו "ההסדר מגביל באופן לא משמעותי את התחרות בעסקים" הוא בסעיף 2(א) לחוק המגדיר הסדר הכובל כ"הסדר ... לפיו אחד הצדדים מגביל את עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר".

עם זאת, ההגבלה נשוא סעיף 14 לחוק, היא הגבלה של התחרות בעסקים ככלל, ולא דווקא הגבלה של התחרות בעסקים בין הצדדים להסדר או בינם לבין אדם שאינו צד להסדר, כלשונו של סעיף 2(א) לחוק. משמע, התחרות בעסקים הנדונה בסעיף 14 לחוק תבחן במישור הרחב של התחרות בשוק כולו, ולא רק במישור היחסים שבין הצדדים להסדר עצמם (או בינם לבין צד שלישי).

טול לדוגמא מקרה בו נעשה הסדר כובל לשיתוף פעולה עסקי בין שני יצרנים קטנים. בנסיבות מסוימות, לצד הפגיעה בתחרות בין הצדדים להסדר, עשוי ההסדר דווקא להגביר את התחרות בשוק כולו, למשל, כאשר הוא מגביר את התחרות בין הצדדים להסדר לבין יצרן אחר, שהוא בעל מעמד דומיננטי בשוק. השופטת מזרחי מסבירה במאמרה הנזכר כי תוצאה זו של הגברת התחרות הנובעת מן ההסדר לא תוציא את ההסדר מתחולת הגדרתו כהסדר כובל על-פי החוק, גם אם בחשבון הסופי, יסתבר שההסדר מביא להגברת התחרות בשוק, שכן: "לשון סעיף 2(א) לחוק, המתייחסת לתחרות ש"בינו לבין הצדדים האחרים להסדר או חלק מהם או בינו לבין צד אחר שאינו צד להסדר", מניחה יסוד לטענה כי המבחן הכלכלי הקבוע בו חלקי ואינו מתייחס להשפעה הכוללת של ההסדר על התחרות ... אף אם בחשבון כולל ההסדר מגביר את התחרות, עדיין ייחשב הסדר כובל אם, למשל, הוגבלה התחרות בין הצדדים להסדר לבין עצמם". לאותה מסקנה מגיע גם ד"ר בורנבסקי במאמרו "על יסודות הכבילה שבהסדר ותוצאתה - חדש ואין חדש", **מחקרי משפט**, כרך ה' (הוצאת האוניברסיטה בר-אילן, תשמ"א - 1986) עמ' 125, בעמ' 148).

מבלי לקבוע מסמרות לעניין פרשנותה של הגדרת ההסדר הכובל לפי סעיף 2(א) לחוק, (הגדרה, המעוררת קשיי פרשנות עד כי יש הסבורים שיש לפרשה תוך סטייה מהפרשנות המילולית של החוק (ראה דברי כב' שופט לנדוי (כתוארו אז) בע.א. 626/70 שמעוני נ' לחיים פד"י כ"ה (1) 824), וכן דעתו של כב' השופט זילר (כתוארו אז) בת.א. 396/87 קיסין ואח' נ' פטרולגו ואח' (לא פורסם), הרי שבכל הקשור לסעיף 14 לחוק, עולה כי זה חל על התחרות בשוק בכלל, ואין לצמצמו רק למישור התחרות בעסקים בין הצדדים לבין עצמם בלבד (או בינם

לבין צד שלישי). מסקנה זו עולה גם מתכליתו של החוק, זאת על רקע תפקידו של הממונה האמון על השמירה של התחרות בעסקים מנקודת ראות רחבה, המשתרעת על התחרות בשוק כולו, וחורגת מהפגיעה הפרטנית במישור היחסים שבין הצדדים לבין עצמם.

13. מאידך, לא כל תועלת הצומחת מן ההסדר תובא בחשבון, בהקשר זה, על ידי הממונה, שכן המבחן, על-פי סעיף זה, הוא בהגבלה על התחרות וזה איננו כולל תוצאות לוואי נוספות, גם אם יש בהן תועלת לציבור, ככל שהן אינן משפיעות על ההגבלה בתחרות. לעניין זה, בולט ההבדל בין נוסח סעיף 14 לחוק לבין הנוסח של סעיפים 9 ו-10 לחוק, העוסקים בסמכותו של בית הדין לאשר את הסדרים כובלים. על-פי סעיפים אלה, שיקוליו של בית הדין בדונו באישור הסדר כובל אינם מוגבלים לפגיעה בתחרות, אלא הם מתייחסים לטובת הציבור בכללותה. מבחן זה, של טובת הציבור, כולל, לצד הפגיעה בתחרות בעסקים, גם את תרומתו החיובית של ההסדר לטובת הציבור במישורים אחרים. במסגרת זו יבחן בית הדין, כעולה מסעיף 10 לחוק, **"... אם התועלת הצפויה לציבור תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לציבור"**

מאזן זה של תועלת כנגד נזק, אינו נזכר בסעיף 14 לחוק. הממונה איננו שוקל במסגרת סעיף זה את טובת הציבור בכללותה, אלא רק את ההיבט התחרותי שלה, וזה איננו כולל את כל השיקולים הרלבנטיים לגבי טובת הציבור. כך, למשל בחינת השיקולים הנכללים בסעיף 10 לחוק כשיקולים (לא ממצים) של טובת הציבור מעלה, שלפחות 4 מתוך שבעה שיקולים אינם נוגעים להיקף הפגיעה בתחרות. כך הדבר לגבי "הבטחת היצע מספיק של נכסים או שירותים לציבור (ס"ק 2 לסעיף 10 לחוק), "מניעת פגיעה חמורה בענף החשוב למשק המדינה" (ס"ק 5), "שמירה על המשך קיום מפעלים כמקור תעסוקה באזור שבו עלולה להיווצר אבטלה ממשית כתוצאה מסגירתם או מצמצום היצור בהם" (ס"ק 6), ו"שיפור מאזן התשלומים של המדינה על ידי צמצום היבוא או הוזלתו או על ידי הגדלת היצוא וכדאיותו" (ס"ק 7).

לעומת זאת, סעיף קטן (3) ("מניעת תחרות בלתי הוגנת העלולה להביא להגבלת התחרות באספקת הנכסים או השירותים שבהם עוסקים הצדדים להסדר, מצד אדם שאינו צד להסדר", וס"ק 4) ("מתן אפשרות לצדדים להסדר להשיג אספקה של נכסים או שירותים בתנאים סבירים מידי אדם שבידיו חלק ניכר של האספקה, או לספק בתנאים סבירים נכסים או שירותים לאדם שבידיו חלק ניכר של הרכישה של אותם נכסים או שירותים") נוגעים באופן ישיר לתחרות במשק, ועל כן הם יובאו על ידי הממונה במניין שיקוליו לעניין סעיף 14 לחוק.

אשר לשיקול הנזכר בס"ק (1) לחוק שעניינו ב- "ייעול היצור והשיווק של נכסים או שירותים, הבטחת איכותם או הורדת מחיריהם לצרכן", שיקול זה משקף את התועלת הכרוכה בהסדר לציבור, הנובעת מניצול יתרונות לגודל הטמונים באיחוד משאביהם ופעילותם העסקית של הצדדים להסדר, וככזה, גם הוא לא יבוא, ככלל, במניין שיקוליו של הממונה לפי סעיף 14 לחוק. אולם, פעמים יש בתוצאה זו עצמה כדי לעודד את התחרות. בדוגמא

שנזכרה לעיל, של הסדר לשיתוף פעולה בין שני יצרנים קטנים, המאפשר להם להתמודד תוך ייעול הייצור עם יצרן אחד בעל כוח שוק דומיננטי, עשוי ייעול הייצור הנובע משיתוף פעולה זה להגביר את יכולת התחרות של היצרנים הקטנים, ובחשבון הכולל לעודד את התחרות בשוק כולו. במצב זה, כאשר לייעול הייצור יש השלכה ישירה על התחרות בשוק, יובא גם שיקול זה במניין שיקוליו של הממונה בבואו להעריך את מידת ההגבלה על התחרות על-פי התנאי הקבוע בסעיף 14 לחוק.

עם זאת, השלכות אלה הנובעות מייעול הייצור (שבהיבט הרחב יש לו תמיד השלכה על התחרות במשק), לא יובאו על ידי הממונה בחשבון במסגרת זו, אלא כאשר אחת ממטרותיו הקונקרטיות של ההסדר הכובל היא לשפר את כושר התחרות ולשנות את המבנה התחרותי של השוק. במקרה הנוכחי, המיזם המשותף אמנם יביא, כפי שקובע הממונה, לייעול הייצור, הכנסת טכנולוגיות חדשות וחסכון במשאבים, והדבר אף עשוי להביא, בחשבון הכולל, לשיפור כושר התחרות של הנדסת תאורה בשוק. אולם, זו איננה אחת ממטרותיו הקונקרטיות של המיזם המשותף. לא נטען במקרה זה שקיים צורך בשיתוף פעולה בייעול הייצור, שיפור איכות המוצר וחסכון בהוצאות מהיבט זה של הגברת התחרות בשוק. להפך, מבחינה זו, המיזם המשותף עלול דווקא להגדיל את נתח השוק של הנדסת תאורה, שהוא גדול בלאו הכי, ולחזק את מעמדה הדומיננטי בשוק.

14. הבחנה כזו, בין פגיעה בתחרות לשיקולי טובת הציבור בכללותם, עולה גם מלשונו של סעיף 21 לחוק המבחין בין הפגיעה בתחרות לבין הפגיעה בטובת הציבור (ראה לעניין זה גם את החלטת הממונה בעניין רכש "דיקלה" על ידי "הראל" ו"מור מכון למידע רפואי" ("ההגבלים העסקיים", הוצאת ועד מחוז תל אביב - לשכת עורכי הדין (תשנ"ה - 1994), בעמ' 169).

15. פרשנות אחרת, הגורסת שהממונה יוכל להביא במניין שיקוליו בהקשר זה את טובת הציבור בכללותה, תביא לשתי תוצאות שאינן עולות בקנה אחד עם לשון החוק וכוונתו: האחת, כי הממונה יוכל לאשר גם הסדרים כובלים שמידת הפגיעה או ההגבלה בתחרות הכרוכה בהם היא גדולה, ובלבד שזו תקוּז כנגד יתרונותיו של ההסדר. התוצאה השנייה היא, כי ניתן יהא לפטור מקבלת אישור בית הדין גם הסדרים כובלים שפגיעתם בתחרות גדולה, וגם כאשר הנזק הכרוך בהם עולה (אם כי באופן לא משמעותי) על תועלתם, סמכות שאיננה מסורה, על-פי לשונו של סעיף 10 לחוק, גם לבית הדין.

16. עם זאת, התנאי האמור בדבר הגבלת התחרות באופן לא משמעותי מהווה תנאי למתן הפטור מכוח סעיף 14 לחוק. אולם, גם אם התקיים תנאי זה, אין בכך כדי לחייב את הממונה לפטור את הצדדים מאישור ההסדר על ידי בית הדין, ואין בו, בהכרח, כדי למצות את שיקולי הממונה במתן הפטור. "רשאי" נאמר בחוק, לא "חייב". משמע, גם בהתקיים התנאי הסטטוטורי וגם אם שוכנע הממונה שאין בהסדר כדי להגביל את התחרות בעסקים

באופן משמעותי, אין הוא חייב לפטור את הצדדים מהחובה לקבל את אישורו של בית הדין להסדר, ומסור לו שיקול הדעת לסרב לתת את הפטור.

סמכותו של הממונה היא סמכות שבשיקול דעת, ושיקול הדעת איננו מתמצה רק בכך שאין מדובר בהסדר המגביל את התחרות באופן לא משמעותי. במסגרת שיקול דעת זה רשאי הממונה לשיקול גם את התועלות הכרוכות בהסדר ואת תרומתו לטובת הציבור.

בפסה"ד של בית הדין בעניין "בזק" (מונופול 2/96 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, (טרם פורסם)), פרשנו את סמכותו של הממונה להכריז על קיומו של מונופולין לפי סעיף 26 לחוק כסמכות שבשיקול דעת (גם אם מצומצם), זאת חרף העובדה שאותו סעיף מנוסח כמעט בלשון ציווי ("יכריז הממונה"). סמכותו של הממונה מכוח סעיף 21 לחוק המנוסחת בלשון ציווי - "יתנגד", פורשה גם היא כסמכות שבשיקול דעת (ראה: ערר 2/94 תנובה - מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (טרם פורסם)). מקל וחומר שיש לנקוט בפרשנות זו במקרה שבפנינו שבו נקט המחוקק בלשון "רשאי".

בכך, אין בכוונתי לומר שהממונה רשאי לתת את הפטור רק להסדרים שהם לטובת הציבור. כפי שמציין ד"ר בורנובסקי במאמרו הנזכר לעיל, סעיף 14 לחוק מאפשר מתן פטור גם להסדר כובל שאינו משפיע על טובת הציבור (שם, עמ' 148). אולם, הממונה גם אינו מנוע מלהביא שיקולים אלה, של טובת הציבור, במניין שיקוליו בהקשר זה.

17. לאור כך, מקובלת עלי טענת ב"כ העוררות, כי מידת ההגבלה על התחרות הנבחנת מכוחו של התנאי הסטטוטורי שבסעיף 14 לחוק, איננה כוללת שיקולי תועלת ולא ניתן לבחון במסגרת זו את תרומתו הכוללת של ההסדר הכובל לטובת הציבור. לפיכך, השיקול של השפעת המיזם המשותף על אספקת תעסוקה למפעלים קיימים ותעסוקת עובדיהם, שאותו שקל הממונה במקרה זה, לא יבוא בגדרו של תנאי זה, שכן אין לו השלכה על הפגיעה הנגרמת עקב ההסדר הכובל בתחרות בעסקים. הוא הדבר בשיקולים הנוגעים להכנסת טכנולוגיות חדשות, ייעול הייצור, חסכון בעלויות ומשאבים, שיפור איכות המוצר ובטיחותו, אשר גם הם נשקלו על ידי הממונה במקרה שבפנינו.

מאידך, מסקנה זו יפה רק ככל שמדובר בתנאי הסטטוטורי לפיו בוחן הממונה אם ההגבלה על התחרות הכרוכה בהסדר הנה בלתי משמעותית. אולם, אין לקבל את הטענה בצורתה הגורפת, ואין לקבל כי הממונה יהא מנוע, לאחר ששוכנע בהתקיים דרישות התנאי האמור, מלשיקול גם את תועלות ההסדר מבחינת טובת הציבור.

18. לאור הניתוח האמור, מעוררת ההחלטה הנוכחית של הממונה קושי, שכן אין בה הבחנה בין שני סוגי השיקולים האמורים. בסעיף 5 להחלטה מציין הממונה כי לאחר שבחן את בקשת הפטור ואת הנתונים שהועברו אליו הגיע לכלל מסקנה כי ההסדר מגביל באופן לא משמעותי את התחרות בעסקים. בהמשך ההחלטה, פירט הממונה את שיקוליו, ואלה

כוללים שיקולי תועלת מובהקים שאין להם השפעה ישירה על התחרות, כמו ייעול הייצור והשיווק, רכישת ציוד ידע ומכשור חדיש והכנסת טכנולוגיה חדישה שאיננה קיימת כיום בארץ, ייצורם של עמודי תאורה איכותיים ובטיחותיים יותר מאלו המיוצרים כיום בארץ, הפחתת עלויות הייצור, חסכון בעלויות הובלה (עקב קרבתו של מפעל פקר דרום למפעל החדש), הסרת סכנת הסגירה מעל מפעלה של פקר דרום והבטחת תעסוקה ל- 140 עובדיו, וכן החלפת יבוא בייצור מקומי.

בסיכום החלטתו (סעיף ד) קובע הממונה כי נוכח כל האמור הוא הגיע לכלל מסקנה שיש לתת את הפטור.

מתוך ההחלטה עצמה לא ברור, אפוא, מה המקום שייחד הממונה לתועלות ההסדר במסגרת כלל שיקוליו, והאם לא כך שיקולי תועלת אלה בבחינת השאלה האם מתקיים במקרה זה התנאי הסטטוטורי בדבר ההגבלה הלא משמעותית של התחרות בעסקים.

מכל מקום, אפילו הביא הממונה בהחלטתו, שיקולים שאינם ממן העניין, אין בכך כדי להביא לביטול ההחלטה, ועדיין יש לבדוק האם השיקולים האחרים שהזכיר הממונה בהחלטתו, כמו גם השיקולים שהוצגו על ידי המשיבות, והנוגעים באופן ישיר לתחרות, יש בהם כדי להצדיק את מתן הפטור.

פגיעתו של מיזם משותף בתחרות - כללי

19. המיזם המשותף "... נחשב בעיני רבים, ולעתים גם בראי של דיני ההגבלים העסקיים, כדפוס התארגנות כלכלי יעיל ורצוי. במילים אחרות, לשיתוף פעולה בין גורמים עסקיים יש יתרונות כלכליים רבים והוא עשוי לסייע לצדדים לו להשיג תוצאות כלכליות טובות יותר, ובעלויות נמוכות יותר, מאשר התוצאות שהיו יכולות להשיג כל אחת מאותן חברות, יחיד המיזם המשותף, בנפרד..." (צ. יגור, **דיני הגבלים עסקיים** (הוצאת חושן למשפט, תשנ"ז - 1977), בע"מ 221).

ואולם, המיזם המשותף עלול לפגוע בתחרות שכן "... שיתוף-פעולה עסקי, שבמסגרתו עסקים אינם פועלים כיריבים, עומד לכאורה בסתירה למגמה שהותוותה לעיל (הבטחת פעולה עצמאית בלתי מתואמת כתנאי לתחרות, י.ע.)," והוא מעלה את השאלה "האם אפשר ששיתוף-פעולה כלשהו בין עסקים יעלה בקנה אחד עם תחרות. כלום אין שיתוף-פעולה מנוגד ליריבות הצריכה להתקיים בין מתחרים..." (השופט מזרחי במאמרה, **לעיל**, בעמ' 216).

20. בית המשפט העליון הפדראלי בארה"ב הציע, בפסק דין **United States v. Penn-Olin**, 378 U.S. 158, at p. 177, מבחנים לבחינת השפעתו של מיזם משותף על התחרות:

"The number and power of the competitors in the relevant market; the background of their growth; the power of the joint ventures; the relationship of their lines of

commerce; the competition existing between them and the power of each in dealing with the competitors of the other; the setting in which the joint venture was created; the reasons and necessities for its existence; the joint venture's line of commerce and the relationship thereof to that of its parents; the adaptability of its line of commerce to non - competitive practices; the potential power of the joint venture in the relevant market; an appraisal of what the competition in the relevant market would have been if one of the joint ventures had entered it alone instead of through Penn-Olin; the effect, in the event of this occurrence, of the other joint venture's potential competition; and such other factors as might indicate potential risk to competition in the relevant market".

בתרגומו של הממונה בהחלטתו בעניין אנרגיית המזרח התיכון הנזכרת לעיל: "מספר המתחרים ומעמדם בשוק; הרקע לאופן בו הגיעו המתחרים למעמדם בשוק - הדרך בה גדלו בו; כוח השותפים למיזם המשותף; מארג היחסים העסקיים בין השותפים למיזם המשותף; התחרות הקיימת בין השותפים למיזם המשותף, וכוחו של כל שותף למיזם כלפי מתחרים של שותף אחר למיזם; נסיבות ייסוד המיזם המשותף; הסיבות לקיום המיזם המשותף ומידת נחיצות קיומו; תחום הפעולה של המיזם המשותף, והיחס בין תחום פעולה זו לבין עסקי כל שותף למיזם; מידת ההתאמה של תחום פעולת המיזם המשותף לדרכי פעולה לא תחרותיות; כוחו הפוטנציאלי של המיזם המשותף בשוק בו יפעל; דפוס התחרות שהיה קיים בשוק אילו אחד השותפים למיזם היה פועל בו בעצמו, שלא במסגרת המיזם, ובמקרה כזה - ההשפעה שהייתה על התחרות לאפשרות כניסת השותף האחר למיזם לפעילות באותו התחום; ונסיבות אחרות אשר יצביעו על סיכון אפשרי לתחרות בשוק כתוצאה מהקמת המיזם".

מובן, שהערכת השפעתו של מיזם משותף על התחרות תקבע בהתחשב בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה. אך ככלל, נחשבים מבחני Penn-Olin, חרף הביקורת שנמתחה עליהם (ראה: Rev. J. F. Brodley, "Joint Ventures and Antitrust Policy", 95 Harv. L. Rev. 1537-1538, at p. 1523), כמודל ראוי לבחינת השפעתו של המיזם המשותף על התחרות.

בהמשך אתייחס למיזם שלפנינו, תוך בחינת אותם מאפיינים של המיזם שיש להם השפעה על התחרות.

המיזם המשותף - הסדר אנכי

21. הממונה מציין בהחלטתו כי "הנדסת תאורה הנה מיזם משותף מהסוג של אינטגרציה אנכית". הטעם לדבר הוא, כלשונו של הממונה בהחלטתו, כי "החברה מאגדת בתוכה כבעלי מניות שלוש חברות, שאינן מתחרות בינן לבין עצמן בתחום עיסוקן, אלא מדובר בחברות המעניקות שירותים משלימים ועוקבים וכמעט ואין להם תחומי פעילות חופפים".

בהקשר זה יש לציין, כי המיזם הנדון כאן הנו אמנם מיזם מהסוג של הסדר כובל אנכי, אך אין בו, למעשה, אינטגרציה אנכית של תהליכי יצור. "אנכיותו" של המיזם באה לידי ביטוי רק בכך שהוריו נמצאים במעלה ובמורד שרשרת הייצור של עמודי התאורה. אולם, המיזם עצמו מצטמצם ליצור עמודי התאורה עצמם, ואין הוא משתרע על החוליות האחרות של שרשרת הייצור. חוליות אלה, הכוללות את יצור הפלדה, שירותי הגליון והשיווק, נותרו בתחום עיסוקם הבלעדי של הורי המיזם. קבוצת פקר, הנמצאת במעלה שרשרת הייצור, מייצרת את הפלדה, המשמשת כחומר הגלם העיקרי לייצור עמודי התאורה, וכן עוסקת במתן שירותי גיליון. לב אופיר, הנמצאת במורד שרשרת הייצור, עוסקת בשיווק עמודי התאורה. איש מההורים (למעט הנדסת חשמל, ולב אופיר - בתחום היבוא) שלא העביר למיזם המשותף חלק כלשהו של פעילותו, והם שומרים על עצמאות מלאה בתחומי עיסוקם, בדיוק כפי שהיה קודם להקמת המיזם.

הפגיעה בתחרות של מיזם משותף אנכי

22. פגיעתו של מיזם אנכי בתחרות בדרך כלל קטנה מזו של מיזם אופקי, אולם גם במיזם כזה טמונים סיכונים לפגיעה בתחרות. אחד הסיכונים, עליו עמדה המלומדת Vallentine Korah בספרה An Introduction Guide to EC Competition Law and Practice (Sweet & Maxwell, 5th ed., 1993) הוא, כי המיזם ישמש כמכשיר למיזוג בן מספר שלבים, דבר העשוי להגביר את השפעתו האנטי-תחרותית (ראה: Korah, Ibid, at p. 610), וכן: Encyclopedia of Competition Law, Sweet & Maxwell, Vol. 3, §4-1391.

מבחינה זו דומה השפעתו של מיזם משותף אנכי למיזוג שגם בו קיים החשש כי הגופים המתמזגים יעדיפו לקנות ולמכור באופן אקסקלוסיבי האחד מהשני, דבר העלול להביא לחסימת השוק בפני מתחריהן:

"... Vertical mergers generally have no inherent anticompetitive characteristics; they do, however, have the potential for producing several anticompetitive effects. One possible effect is foreclosure of the "captive"

capacity of the acquiring and the acquired firm from the relevant market, where the merged companies choose to purchase and sell their products between each other exclusively... A vertical merger may also increase entry barriers or trigger a trend of vertical mergers...

... Nonetheless, the supplier firm may decide to sell only to its affiliated customer firm, and the costumer firm may choose to purchase its supplies only from its affiliated supplier. This internalization is most likely to occur if the mergings firms actually dealt with each other before the merger...In either instance, other suppliers and customers in the market will be 'foreclosed' from competing for the merging firm's share of the relevant markets...".

(E.W. Kintner, Federal Antitrust Law, Vol. 4, p. 188-189)

במצב זה יכולים להיווצר "חסמי שוק" שימנעו או יקשו על מתחרים להיכנס לשווקים ולהתחרות במיזם. השופטת מזרחי הסבירה סכנה זו במאמרה הנזכר :

"בקשר אנכי הסכנה לרוב היא בלימת פעילותו של מתחרה נוסף על-ידי מניעת תשומה חיונית או על-ידי חסימת צינורות שיווק". (שם, ה"ש 18)

עמד על סכנה זו גם בית הדין בערר 2/94 תנובה - מרכז שיתופי לשיווק נגד הממונה על ההגבלים העסקיים ("ההגבלים העסקיים"), בהוצאת ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין בישראל, כרך ב', עמ' 159, בעמ' 189):

"...שילוב אנכי עלול לשמש חסם לכניסת מתחרים חדשים לענף וכי החשש מפני תוצאה זו גדול יותר ככל שריכוזיות הענף גבוהה יותר. שילוב אנכי מהווה חסם כניסה במידה שהוא מונע כניסה לשלב בודד בשרשרת הייצור והשיווק וכופה על מי שחפץ להיכנס לענף אף להיכנס בו זמנית לשורה של שלבים עוקבים, על כל המשתמע מכך לגבי דרישות ההון".

ההיבט האופקי של הפגיעה בתחרות

23. למיזם שלפנינו גם היבטים אופקיים, שכן המיזם המשותף אמור לעסוק גם בשיווק עמודי תאורה ומבחינה זו הוא יימצא, ולו באופן חלקי, באותה שרשרת שיווק יחד עם לב אופיר. הנדסת חשמל עסקה גם היא, בשיווק ישיר של עמודי התאורה לצרכנים הסופיים, ובהיבט זה של עיסוקה היא התחרתה עם לב אופיר באותו שלב של השיווק. שתיהן אף ייצגו בארץ יבואנים של עמודי תאורה ועסקו ביבוא תוצרתם. לעניין זה קבע ההסכם ש"לב אופיר תעביר להנדסת תאורה את הנציגות וסוכנות ההפצה הבלעדית בישראל של יצרניות עמודי התאורה מאלומיניום, חברת SERMETO מצרפת וחברת SIDERPALI מאיטליה, ואילו הנדסת חשמל תעביר להנדסת תאורה את הנציגות וסוכנות ההפצה הבלעדית בישראל של יצרנית עמודי התאורה מאלומיניום, חברת NEDAL מהולנד.

היקפי היבוא של הנדסת חשמל ולב אופיר אמנם לא הובררו בהליך זה, אך לא ניתן להתעלם גם מהיבט אופקי זה של הפגיעה בתחרות.

הממונה מציין בהקשר זה, כי מלבד הנדסת חשמל ולב אופיר עוסקות לפחות עוד חמש חברות נוספות בייצוג יצרנים זרים או ביבוא עמודי תאורה. לאור כך, סבור הממונה שאין לצפות לפגיעה בתחרות עקב כך שהמיזם המשותף ייצג את אותם היצרנים הזרים אשר יוצגו עד כה על ידי הנדסת חשמל ולב אופיר.

הממונה סומך טענה זו על תצהירו של מר טל, אך זה לא מסר בתצהירו כל פרטים על אותם חמישה יבואנים; מי הם, אילו חברות הם מייצגים ומה ההערכה לגבי היקף היבוא שלהם לעומת היקף היבוא של לב אופיר והנדסת חשמל. כך גם לא הוצג בפני מידע כלשהו בדבר היקף היבוא של הנדסת חשמל ולב אופיר, ומה ההשלכה הנודעת לאיחוד אופקי זה של עסקי היבוא של הצדדים למיזם.

אכן, נטל ההוכחה מוטל על העוררות. אולם, משהוברר כי המיזם יביא להכחדת התחרות בין הצדדים למיזם בתחום זה של יבוא עמודי תאורה, כי אז, מי שטוען כי פגיעה זו בתחרות תמנע עקב קיומם של יבואנים נוספים, עליו הנטל לפרט טענה זו.

עוצמתם של הצדדים למיזם

24. אחד השיקולים החשובים בהערכת פגיעתו של המיזם המשותף בתחרות נוגע לכוחם של הצדדים למיזם בשוק. להלן אתייחס לצדדים למיזם מנקודת ראות זו.

הנדסת חשמל

25. על-פי קביעת הממונה מחזיקה הנדסת חשמל בנתח שוק של 35% (מייצור עמודי התאורה). מאחר והחברה גם מייבאת עמודי תאורה, הרי כוחה בשוק גדול מעט יותר. העוררות טוענת, לעומת זאת, כי חלקה של הנדסת חשמל בשוק עמודי התאורה עומד על כ - 60% - 70%.

כדי לקבוע את חלקה של הנדסת חשמל בשוק זה של ייצור עמודי תאורה, יש לעמוד על היקף הייצור הכולל בשוק ועל חלקה של הנדסת חשמל בו. אין מחלוקת של ממש בין הצדדים לגבי היקף הייצור הכולל של עמודי תאורה בישראל. העוררות העריכו היקף זה בכמות שבין 7,000 ל- 10,000 טון פלדה לשנה (סעיף 6א) לתצהירו של מר בני לוטן - מנכ"ל איסכור), בעוד שהמשיבות העריכו אותו בכ - 9,000 - 10,000 טון לשנה (עדויות של מר איתן לבנה - מנכ"ל פקר דרום).

על-פי עדותם של מר איתן לבנה ומר יהודה טל, המצהירים מטעם המשיבות, גילוונה הנדסת חשמל בשנת '96 אצל פקר דרום כ - 3,200 טון פלדה של עמודי תאורה. על-פי החלטת הממונה, עולה כי הנדסת חשמל מגלוונת 90% מעמודי התאורה המיוצרים על ידי אצל פקר דרום. העוררות לא חלקו על נתון זה. מכאן שהיקף הגליון הכולל של הנדסת חשמל בשנת '96 עמד על כ - 3,600 טון.

נתונים אלה תומכים בהערכתו של הממונה כי חלקה של הנדסת חשמל בייצור עמודי תאורה עומד על כ - 35%.

נטל ההוכחה לסתור את החלטת הממונה והנתונים עליהן היא נסמכת מוטל על העוררות והן לא עמדו בכך.

המצהירים מטעם העוררות אימתו בתצהיריהם את הנתונים הנטענים על ידם כנכונים למיטב אמונתם, בלא לפרט על מה נסמכת אמונה זו. בחקירתו ציין מר לוטן כי נתונים אלה נסמכים על ניסיונו, על סקרי שוק ועל שיחות אישיות שקיים עם הפעילים השונים בענף, למעט הנדסת חשמל. בהחלטתי מיום 13.4.97 הוריתי על המצאת אותם סקרים, אך אלה לא הומצאו. במקום זאת הומצאו פרוטוקולים של שיחות שקיים העד עם מר עוזי הללי ומר הלל רבין, שהם נושאי משרה בחברות המתחרות בהנדסת חשמל. מפרוטוקולים אלה לא ברור על מה מבססים מקורות אלה את הערכתם, והם גם לא הסכימו לתת על כך תצהיר, למרות שהתבקשו לעשות כן. בנסיבות אלה אינני יכול לייחס לאותן ההערכות משקל של ממש.

26. פקר פלדה

על-פי קביעת הממונה פקר פלדה היא החברה השנייה בגודלה המייבאת פלדה לישראל וחלקה בשוק הפלדה עומד על 25%. העוררות אינן חולקות על נתון זה, אלא שלטענתן, חלקה של פקר באספקת פלדה לשוק עמודי התאורה עומד על 50% מהשוק. נתון זה לא נסתר על ידי המשיבים.

על-פי נתוני הממונה, חלקה של פקר בשוק הגליון עומד על כ - 55%-60%. לדעת הממונה יפחת נתח שוק זה בשל הצטרפות מתחרים חדשים לשוק, ביניהם העוררות, ויעמוד על פחות מ- 50% מהשוק. אולם, ברור שגם אם כך יקרה, עדיין תהא פקר בעלת מעמד דומיננטי בשוק, גם אם לא בעלת מונופולין.

לטענת העוררות נתח השוק של פקר בשוק הגלון עומד על למעלה מ 75%, אך גם בעניין זה לא עלה בידן לסתור את נתוני הממונה.

27. לב אופיר

על-פי קביעת הממונה עוסקת לב אופיר בשיווק מוצרי חשמל לבניה ולתאורה באמצעות רשת שיווק של 7 סניפים ברחבי הארץ. החברה עוסקת גם ביבוא של עמודי תאורה שאינם מיוצרים בישראל. חלקה של לב אופיר בשיווק עמודי תאורה עומד על כ - 50%, והיא משווקת כ - 85% מעמודי החשמל המיוצרים על ידי הנדסת חשמל. מר אברבך מנכ"ל קבוצת לב אופיר טען בתצהירו כי בשנת 1996 עמד חלקה של לב אופיר על 35% מעמודי התאורה ששווקו בישראל, אך אני מעדיף גם בעניין זה את נתוני הממונה.

28. לסיכום: שותפי המיזם (שיכונו בהמשך גם "הוריי" המיזם) הנם גופים בעלי מעמד דומיננטי בשוק. פקר גילון הנה כיום בעלת מונופולין בתחום הגלון, לב-אופיר "נושקת" את גבול נתח השוק המוגדר בחוק כמונופולין, וגם להנדסת חשמל נתח שוק נכבד, בהיותה החברה הגדולה בישראל לייצור עמודי תאורה.

עוצמתו של המיזם המשותף

29. כאמור, חלקה הנוכחי של הנדסת חשמל בייצור עמודי תאורה עומד על כ - 35%, ובהתחשב במרכיב היבוא, קצת למעלה מכך. הנדסת חשמל תעביר את כל פעילותה בייצור ויבוא עמודי התאורה למיזם המשותף. לפיכך, יש להניח שחלקו של המיזם המשותף (הנדסת תאורה) לא יפחת משיעור זה. לכך יש להוסיף את מרכיב היבוא בפעילותה של לב אופיר (שלא הוכח). כן יש להניח שבעקבות הקמת המפעל החדש יעלה נתח השוק של הנדסת תאורה בייצור המקומי, הגם שבחלקו עשוי גידול זה לבוא על חשבון היבוא. מסקנה זו נתמכת גם בכך, שבהסכם המקורי התנו הצדדים את מתן ההנחה ל-"לב-אופיר" בכך שזו תבקש לרכוש לפחות 90% מרכישותיה אצל המיזם (הגם שהמיזם לא התחייב למכור לה יותר מ- 50% מתוצרתו). כלומר, המיזם ביקש להבטיח לעצמו, כנגד מתן ההנחה, הזמנות בשיעור של 45% (50% X 90%) מהיקף השוק כולו. זאת שעה שנתח השוק הנוכחי של הנדסת חשמל עומד, לטענתה, על 35%.

לאור כך, הערכת חלקו הצפוי של המיזם בשוק עמודי התאורה בסביבות 40% עד 50%, נראית כהערכה זהירה.

הפגיעה בתחרות בשווקים המשניים - כללי

30. השפעתו של המיזם המשותף בשווקים המשניים בהם פעילים הוריו נעשתה על-פי הסכם המיזם באמצעות הכבילות שנטל על עצמו המיזם כלפי הוריו בדרך של הקניית זכות סירוב ראשונה לקבוצת פקר לספק למיזם את תשומות הפלדה ושירותי הגלון, ומתן

זכות/אפשרות ללב-אופיר לקבל הנחות לגודל בגין עמודי התאורה שתרכוש מהמיזם המשותף.

בהמשך אתייחס לפרקטיקות אלה, מבחינת דיני ההגבלים העסקיים, הן מבחינת הפן העקרוני שלהן, הן מבחינת השפעתן הכמותית על התחרות בשווקים הרלוונטיים, והן מבחינת נחיצותן להבטחת פעילותו של המיזם המשותף.

זכות הסירוב הראשונה

31. כאמור, הטכניקה שבה בחרו הורי המיזם למסד את אספקת הפלדה (ואף את שירותי הגליון) למיזם המשותף הייתה בדרך של הקניית זכות סירוב ראשונה. הממונה טוען, כי אין בזכות סירוב זו כדי להבטיח לפקר בלעדיות מלאה באספקת מוצריה למיזם המשותף. אולם, לשיטתו, גם אם זו תהא תוצאתה המעשית של כבילה זו, אין בכך כדי לפגוע באופן משמעותי בתחרות.

32. בע"א 1186/93 מדינת ישראל ואח' נגד בנק דיסקונט לישראל, פ"ד מ"ח (5) 353, הבחין בית המשפט עליון, מפי כב' השופט חשין, בין זכות סירוב ראשונה שהיא, בעצם זכות מצרנות, לאופציה:

"... זכות - סירוב - ראשונה קרי, לענייננו: זכות מצרנות, אין היא באה לידי פועל אלא אם בעל המניות הכפוף לזכות המצרנות מבקש למכור את מניותיו. רק במקרה זה רשאי בעל זכות המצרנות להביע רצונו לקנות את המניות, ולשלם תמורתן אותו מחיר שצד שלישי היה מוכן לשלם. שלא כמותה ובניגוד לה, זכות האופציה מקנה לבעליה - על דעתו בלבד - ברירה אם יממש את זכותו או אם לא יממש אותה. ... עוד נאמר, כי זכות מצרנות - ככלל - הינה ארוכת-טווח ואף אינה מוגבלת בזמן, ואילו זכות אופציה, כעקרון, עומדת בתוקפה תקופת זמן מוגבלת. נמצא לנו, אפוא, שזכות המצרנות הינה זכות פחות מגובשת מזכות האופציה, וזכות מצרנות עשויה להתגבש לאופציה רק במקום בו בעל הזכות הכפוף לזכות המצרנות אומר למכור את זכותו" (שם, בעמ' 354).

במקרה שבפנינו, פקר פלדה - בעלת זכות הסירוב - איננה תלויה, לצורך מימוש זכותה, במיזם, שכן ברור שהמיזם חייב לרכוש את המוצרים נשוא זכות הסירוב, ואין בידו אפשרות למנוע את מימוש הזכות. לאור כך, מימוש זכות הסירוב תלוי אך בהחלטתה של פקר, ובלבד שתהיה מוכנה לספק את הפלדה ושירותי הגליון בתנאים שלא יהיו גרועים מהתנאים

הטובים ביותר המוצעים למיזם על ידי מי ממתחריה. מכאן, שזכות הסירוב במקרה שבפנינו קרובה יותר לאופציה (מותנית), מאשר לזכות סירוב רגילה.

33. ב"כ העוררות טוען כי הענקת זכות סירוב נופלת בגדרו של סעיף 2(ב)(3) לחוק, שכן יש בה משום כבילה הנוגעת ל"חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו".

ב"כ המשיבים אינם חולקים על כך שמדובר בכבילה כמשמעותה בחוק, והם מיקדו את טענותיהם בעניין זה לגבי היקף הפגיעה הנשקפת ממנה לתחרות, במגמה להראות, בהקשרו של סעיף 14 לחוק, שזו איננה משמעותית. הואיל ואין חולק על כך שההסדר שבפנינו הנו הסדר כובל, והואיל ולעניין היקף הפגיעה בתחרות אין משמעות להבחנה בין הסדר כובל הנופל בגדרו של סעיף 2(א) לחוק לבין הסדר הנופל בגדרו של סעיף 2(ב) לחוק, (שכן "יכול שפגיעתו של הסדר בתחרות תהא קלה למרות שהוא נמנה על ההסדרים הנזכרים בסעיף 2(ב) לחוק. מאידך, יכולה פגיעתו של הסדר בתחרות להיות קשה, גם אם הוא נופל רק במסגרת סעיף 2(א) לחוק". ה.ע. 1393 בנק אדנים ואח' נ' המועצה הישראלית לצרכנות ואח', טרם פורסם), וכן, לאור כך שסמכותו של הממונה במתן הפטור מכוח סעיף 14 לחוק משתרעת על הסדרים כובלים משני הסוגים, אינני רואה צורך להכריע בשאלת סיווגה של כבילה זו על-פי סעיף 2 לחוק.

34. השאלה העולה היא אפוא, האם יש בזכות סירוב כזו, בנסיבות המקרה שבפנינו, כדי להקנות לקבוצת פקר בלעדיות באספקת מוצריה למיזם המשותף, ומה היא מידת פגיעתה בתחרות.

35. מחד, צודקים המשיבים בטענתם כי, בעקרון, זכות הסירוב הראשונה איננה מעקרת במקרה זה לחלוטין את התחרות, שכן להנדסת תאורה יהיה אינטרס להשיג מפקר את התנאים הטובים ביותר שהיא יכולה לקבל בשוק. כך, יוכלו גם מתחריה של פקר פלדה לנסות ולהציע להנדסת תאורה תנאים טובים מאלה המוצעים לה על ידי פקר.

עם זאת, ביחסים שבין המיזם לבין פקר, שולל ההסדר מהמיזם את האפשרות לנסות ולהשיג מפקר תנאים טובים יותר מאלה המוצעים על ידי מתחריה של פקר, וביחסים שבין המיזם לבין מתחריה של פקר הוא מונע מהמיזם, בתנאי שוויון בהצעות, את החופש לבחור בספק הרצוי לו.

יתר על כן, מקובלת עלי גם טענת ב"כ העוררות, כי תחרות כזו, שבה ידוע מראש שכל עוד מדובר במחירים שבהם קיימת כדאיות כלכלית, מבחינתה של פקר, לספק את הפלדה למיזם, יהא לה תמיד יתרון על פני מתחריה, ושכדי לזכות בהזמנות, יהא על המתחרים להגיש להנדסת תאורה הצעות נמוכות מהמחיר שהוא כלכלי עבור פקר, ספק אם המתחרים כלל ינסו להתחרות עם פקר באספקת פלדה להנדסת תאורה. סביר להניח שהנחת המוצא של המתחרים תהא, כי בתנאים כאלה אין סיכוי של ממש להתחרות בפקר ואין טעם

מבחינתם, להשקיע מאמצים בתחרות כזו, רק כדי לסייע להנדסת תאורה להפחית את המחיר שהיא יכולה להשיג מפקר.

36. יצוין, כי גם הנציבות האירופית פסלה כבילות מסוג זה (הקרויות גם "English Clause") לפחות בשלושה מקרים (ראה: Bellamy & Child, **Common Market Law of Competition**, (London, 1993) p. 485; וכן ראה בספרם של Van Bael & Bellis, **Competition Law of the European Community**, (3rd Ed., 1994), p. 204, בהיותן נוגדות את סעיף 85(1) לאמנת רומא.

כך גם קובע Bellamy בספרו האמור:

"An 'English' clause to the effect that if the customer can establish he has been offered a lower price from another source the supplier will meet that price, or relieve the customer from his obligations, may infringe Article 85(1)".

(Bellamy & Child, **Ibid**, p. 485).

גישתה של הנציבות לכבילה זו מוסברת על רקע השימוש שנעשה באותם מקרים בזכות הסירוב הראשונה לשם רכישת בלעדיות באספקת מוצרים או שירותים (ראה: Van Bael & Bellis, **Ibid**). זה גם הרקע לשימוש בזכות הסירוב הראשונה במקרה שלפנינו.

37. בנסיבות האמורות, בהתחשב בכך שמדובר בזכות המוענקת באופן גורף בגין כל רכישות הפלדה והגיליון של המיזם המשותף, ללא הגבלת כמות או תקופת זמן, על רקע היחסים ה"מיוחדים" בין פקר לשותפיה למיזם, והניסיון לרכוש בדרך זו בלעדיות באספקת התשומות למיזם המשותף, נראה בעיני כסביר להניח שהתוצאה המעשית של הענקת זכות הסירוב במקרה זה תביא להענקת בלעדיות מלאה, או קרובה למלאה, לקבוצת פקר באספקת הפלדה והגיליון למיזם המשותף.

הגבלת התחרות בשוק הפלדה

38. על-פי הנתונים שהוצגו בפני עולה שכל יצרני עמודי התאורה רוכשים חלק קטן מאוד מכמות הפלדה הכוללת המיוצרת ומשווקת בארץ. רכישות הפלדה של יצרני עמודי התאורה אצל פקר פלדה, למשל, עומדות על 2% מכלל תוצרתה. בהתחשב בכך שפקר פלדה מייצרת רק 25% מהפלדה המיוצרת בארץ ואילו חלקה באספקת פלדה לשוק עמודי

התאורה כפול (כ - 50%), וכן בהתחשב בכך שהמיזם המשותף ירכוש פלדה בהיקף קטן יותר מהכמות הכוללת הנרכשת על ידי כלל יצרני עמודי התאורה הרוכשים פלדה אצל פקר פלדה, עולה כי השפעתו של המיזם על שוק הפלדה, תתבטא בחסימת שוק שתהא פחותה מהשיעור של 2% מתוך שוק הפלדה כולו.

39. ב"כ הממונה טוען שבחישוב החסימה הנובעת מהמיזם, יש להביא בחשבון את המצב שהיה קיים בשוק עובר להקמת המיזם, שכבר אז סיפקה פקר כ - 25% מצרכי הפלדה של הנדסת חשמל וכ - 90% מצרכי הגליון שלה. על כן, לגישתו של הממונה, יעמוד שיעור החסימה הנוסף הנובע מהמיזם בכל אחד מהשוקים (פלדה וגליון) על כ - 1% בלבד. ב"כ הממונה ביסס טיעון זה על פסק דינו של בית המשפט העליון של ארה"ב בעניין *United States v. Columbia Steel*, 334 U.S. 495, 92 L.Ed 1533 (1943) אשר העריך את שיעור החסימה שנבע מהמיזוג שנדון שם (בענף הפלדה) בהתחשב במיזוג קודם שכבר גרם לחסימה חלקית של השוק.

מקובל עלי שנתון זה, של היקף הרכישות מפקר פלדה ומלב אופיר קודם להקמת המיזם, הוא נתון רלוונטי שיש להביא בחשבון בחישוב השפעת המיזם על השוק. מאידך, אינני סבור כי נכון יהיה לבסס את החישוב על ההנחה שבכל מקרה, גם אלמלא הקמת המיזם המשותף, או גם אלמלא נכללו בו הכבילות הרלוונטיות, היה נתח השוק הקודם נשאר על כנו. לעניין זה, אין דומה "חסימה תחרותית", הנובעת מהעדפתו החופשית של רוכש תשומות הפלדה לבצע את רכישותיו אצל יצרן בו יחפוץ, המשקפת שיווי משקל שהושג בנקודת זמן מסוימת בתנאי תחרות, והניתן לשינוי בכל עת עקב התחרות בשוק, לחסימה שמקורה ב"כבילה" כמשמעה בחוק, המקבעת את המצב הקיים, ומונעת את שינויו בתנאי תחרות. ההנחה דלעיל ודאי שאיננה יפה לתנאי שוק משתנים, למשל, עקב הקמת המפעל של העוררות.

הגבלת התחרות בשוק הגליון

40. השפעת המיזם על שוק הגליון משמעותית יותר. גם כאן אצא מההנחה, הנראית בעיני סבירה, כי עקב הקמת המיזם וזכות הסירוב הראשונה המוקנית לה, תזכה פקר דרום באספקה של כל, או כמעט כל שירותי הגליון הנדרשים למיזם. כן אצא מן ההנחה שפורטה לעיל שחלקה הנוכחי של הנדסת חשמל בשוק עומדת על כ - 35% או קצת למעלה מכך, ואילו חלקו של המיזם עשוי להגיע לכדי 40%-50%.

לטענת המשיבות חלקה של תעשיית עמודי התאורה בשוק הגליון עומדת על כ - 15% מהשוק. הערכה זו מבוססת על הגדרת שוק (הגליון) שאיננו כולל את התחום של גיליון צינורות שהוא, לטענת העוררות, ענף נפרד המצריך שימוש בטכנולוגיות מיוחדות. הגדרת השוק לעניין זה תקבע על-פי מבחן גמישות תחליפיות ההיצע, היינו, מה מידת התחליפיות, מבחינת היצרן, בין גיליון צינורות לגיליון עמודי תאורה. לאור מבחן זה, ובהנחה שגיליון צינורות מצריך שימוש בטכנולוגיות מיוחדות שאינן ניתנות ליישום בתחומים אחרים של תעשיית הגליון,

ועל כך לא חלקו גם המשיבות, דומה שקיימת הצדקה להפריד, לעניין הגדרת השוק, בין שוק גיליון הצינורות לשוק הגליון הכללי.
גם הממונה היה מוכן לאמץ בתחשיביו את טענת העוררות לגבי נתח שוק זה (של 15%), וגם המשיבות לא חלקו על כך.

היקף הגליון הכולל בשוק בישראל עומד, על-פי הנתונים שהוצגו על ידי העוררות, ולא נסתרו על ידי המשיבים, על 90,000 טון, מתוכם 30,000 טון גיליון הצינורות. יתרת שוק הגליון, לאחר ניכוי גיליון הצינורות, עומדת אפוא על 60,000 טון, ומתוך כך, חלקו של ענף עמודי התאורה הוא כ - 15%.

על בסיס הנחה זו, ועל יסוד חלקה הנוכחי של הנדסת חשמל בשוק עמודי התאורה (כ - 35%), מתקבל שחלקה הנוכחי של הנדסת חשמל בשוק הגליון הכללי עומד על כ - 5% (35% X 15%).

אשר לחלקו הצפוי בשוק של המיזם המשותף: כאמור לעיל, בהערכה זהירה, בהתחשב בהקמת המפעל החדש והעברת עסקי היבוא של הנדסת חשמל ולב אופיר להנדסת חשמל, (הגם שחלק מהעמודים המיובאים אינם נזקקים, ככל הנראה, לגיליון), אמור חלקו של המיזם המשותף בשוק עמודי התאורה, לעמוד על כ - 40%-50%, וחלקו בשוק הגליון על כ - 6%-7%.

בהקשר זה, חוזרת ועולה השאלה בדבר השפעתו (להבדיל מחלקו) של המיזם המשותף בשוק זה, היינו, מה היה קורה אלמלא הוקם המיזם או אלמלא אושרה הכבילה שבמחלוקת. בעניין זה ידוע כי הנדסת חשמל מגלוונת כבר כיום, ואף בהעדר כבילה המחייבת אותה לעשות כן, 90% מתוצרתה בפקר. לאור כך, טוען הממונה, כי השפעתו של המיזם על חלקה של פקר בשוק הגליון איננה משמעותית לחלוטין, שכן יש לחשב אותה לאחר ניכוי שיעור רכישת שירותי הגליון של הנדסת חשמל מפקר כפי שהייתה עוד קודם להקמת המיזם.

טיעון זה איננו מקובל עלי, ודאי לא במלואו, משתי סיבות. ראשית, כפי שכבר ציינתי לעיל, אין לקבל את המצב הקיים, המשקף שיווי משקל תחרותי בשוק, כחסימה דה-פאקטו שאיננה ניתנת לשינוי. שנית, לאור השינויים הצפויים בשוק הגליון, ובמיוחד לאור הקמתו של מפעל הגליון של איסכור, לא ניתן לומר, ש"מה שהיה הוא מה שיהיה", ואין כל בטחון בכך שאלמלא הקמת המיזם המשותף הייתה הנדסת חשמל ממשיכה לגיליון כמעט את כל תוצרתה אצל פקר פלדה.

מאידך, יש להביא לעניין זה בחשבון את מיקומו הגיאוגרפי של מפעל הגליון של פקר, הנמצא אף הוא בערד, ואת החיסכון בהוצאות ההובלה הכרוך בהובלת עמודי התאורה לגיליון במפעלים אחרים, כשיקול העשוי להקנות לפקר גיליון עדיפות במתן שירותי גיליון למיזם המשותף, גם אלמלא נכללה בו הכבילה שבמחלוקת. עם זאת, נראה שאין מדובר בעדיפות

מכרעת, שכן עובדה היא שפקר לא הייתה מוכנה לוותר על זכות הסירוב הראשונה, גם לאחר שהממונה דחה את הבקשה הקודמת.

הגבלת התחרות בשוק השיווק של עמודי תאורה

41. הפגיעה בתחרות בתחום השיווק נובעת מהאפשרות של מתן הנחות מיוחדות, אותן כינו המשיבות כהנחות גודל, ללב אופיר ברכישת תוצרתו של המיזם המשותף.

42. בהסכם המקורי הובטח ללב אופיר פער של 8% לעומת המחיר שבו ישווק המיזם את מוצריו למשווקים אחרים. בתנאים אלה התחייבה לב אופיר לרכוש לפחות 90% מרכישותיה על בסיס מתן זכות סירוב ראשונה להנדסת תאורה".
סעיף זה בוטל ובמקומו נקבע כי:

"א. הנדסת תאורה תהיה רשאית לשווק את מוצריה בכל דרך שתמצא לנכון, ובכלל זה באמצעות לב אופיר ושיווק ישיר לצרכנים או לקמעונאים, וזאת במחירונים שייקבעו על-פי העקרונות המפורטים להלן.

הנדסת תאורה תקבע מחירון למוצריה ממנו יינתנו מדרגות הנחה לפי הקבוצות הבאות:

(1) יזם, מזמין עבודה וקבלני חשמל קטנים.

(2) קבלני חשמל גדולים.

(3) משווקים וסיטונאים אחרים (לרבות לב אופיר).

מחיר המחירון ומדרגי ההנחות ייקבעו מעת לעת על-פי שיקול המנהל הכללי ויהיו כפופים לאישור הדירקטוריון.

לא יהיה באמור לעיל כדי למנוע מהנדסת תאורה להעניק ללב אופיר הנחות מיוחדות מעת לעת המבוססות על רכישות בהיקף גדול ("הנחת גודל").

הנדסת חשמל תהיה זכאית לרכוש עמודי תאורה מהנדסת תאורה עפ"י המחיר שייקבע כמצוין בס"ק 20ב(3) לעיל".

בהסכם המתוקן אמנם אין התחייבות משפטית למתן הנחות ללב אופיר שכן כל שנאמר בו הוא כי אין מניעה להעניק הנחה ללב אופיר, והעדר מניעה, אין בו משום התחייבות משפטית לתת הנחה. עם זאת, הגבלה כמשמעותה בסעיף 2 לחוק, איננה מחייבת קיומה של התחייבות משפטית דווקא. במקרה שבפנינו, חרף העדר התחייבות משפטית למתן הנחות, לאור ניסוח ההסכם הנוכחי, ההסכם הקודם ושאר נסיבות העניין, ברור שבדעת הצדדים להעניק הנחות כאלה ללב אופיר, וגם ב"כ המשיבות איננו טוען שהאפשרות למתן הנחות לגודל אינה בגדר כבילה כמשמעה בחוק.

43. במצב דברים זה, מקובלת עלי טענת העוררות שהנחות אלה העשויות להינתן, וקרוב לוודאי שתינתנה ללב אופיר, עלולות לפגוע באופן ממשי בתחרות בתחום השיווק של עמודי תאורה.

לב אופיר, להזכיר, חולשת על כ - 50% משוק אספקת עמודי התאורה, ואם תהנה מאספקה מוזלת של המוצר מאת היצרן הגדול בישראל של עמודי תאורה, הדבר עשוי לתת לה יתרון משמעותי על פני מתחריה ולהגביר את מעמדה הדומיננטי בשוק. בעניין זה יש להביא בחשבון גם את העובדה שעמודי התאורה החדשים מהווים מוצר ייחודי, שלאור דרישות מע"צ שהיא הצרכן הגדול בארץ, אין לו תחליפים מייצור מקומי, ונראה שיש לייצורו בארץ יתרון גם על פני יבואו מחו"ל, שאחרת לא היו המשיבות מקימות את המיזם.

44. לעניין זה חשוב לציין, כי אין מדובר במקרה זה במתן הנחה בלבד. אכן, כפי שטוען ב"כ הממונה אין פסול בהתקשרות לטווח ארוך בין יצרן ללקוחו. בעקרון, אין גם פסול בכך שיצרן יעניק ללקוח הנחה במחיר, לרבות הנחה לגודל, על בסיס התקשרות ארוכת טווח. אמנם עלולה לעלות במקרה כזה השאלה האם אין בפנינו כבילה הנוגעת "למחיר שיידרש, יוצע או שישולם" כמשמעה בסעיף 2(ב) לחוק, שאז ייחשב הסדר כזה להסכם כובל, אפילו יוכח שאין בו כדי לפגוע בתחרות (בניגוד להסדר כובל מכוחו של סעיף 2(א) לחוק).

אולם שאלה זו איננה מתעוררת במקרה שבפנינו, זאת משני טעמים: ראשית, מקובל גם על המשיבים כי מדובר בכבילה כמשמעה בחוק. שנית, אין מדובר במקרה זה במתן הנחה גרידא, אלא במתן הנחה אשר תבטיח קיומו של פער לטובתה של לב אופיר על פני שאר מתחריה בשוק השיווק. המיזם מבטיח, למעשה, שהנחות הגודל האמורות תינתנה ללב אופיר ולה בלבד, שכן לב אופיר רוכשת 85% מעמודי התאורה המיוצרים על ידי הנדסת חשמל. בנסיבות אלה, כאשר אין שום לקוח אחר הרוכש עמודי תאורה בסדר גודל דומה, גם לא קרוב, רבים הסיכויים שהנחות הגודל, גם אם תנוסחנה לכאורה על בסיס שוויוני, תינתנה ללב אופיר בלבד, ולא תינתנה או כמעט שלא תינתנה למתחריה. יתר על כן, בנסיבות הנוכחיות, כאשר לב אופיר רוכשת את רוב תוצרתה של הנדסת חשמל, ההנחה בה מדובר תשקף למעשה את המחיר המקובל והרווח בהנדסת תאורה, שבו תמכור זו את החלק הארי של עמודי התאורה הנמכרים על ידה, למעט אלה הנמכרים לרוכשים שהם זרים למיזם. מנקדות ראות זו, יותר משיש בכבילה משום מתן הנחה ללב אופיר, יש בה משום הפליית מתחריה האחרים של לב אופיר בשוק.

מגמה זו של מתן הנחות ייחודיות ללב אופיר בלבד, באה לידי ביטוי מפורש בהסכם המקורי, שבו הובטח ללב אופיר "פער" של 8% על פני מתחריה. אכן, המונח "פער" הוא המונח היותר מתאים לבטא את משמעותה של הזכות המוקנית ללב אופיר, שכן המגמה או לפחות התוצאה של כבילה זו לא תצטמצם רק בהבטחת ההנחה ללב אופיר, אלא ביצירת מצב שבו לא תינתן אותה הנחה למתחריה, ובכך יובטח קיומו של פער מחירים לטובתה של לב אופיר על פני מתחריה. למעשה, מדובר בהפליית מחירים החורגת מעבר למתן הנחה שהוא אקט שיווקי מקובל. ולא יכול להיות חולק על כך כי מדובר בהסדר כובל.

45. לטענת הממונה, "ככל שמדובר במתן הנחה בגין רכישה בהיקף גדול (הנחה לגודל - י.ע.), כאשר ההנחה תינתן על בסיס שוויוני גם למשווקים אחרים הרוכשים בהיקף דומה, ושיעור

ההנחה מבוססת על החיסכון הנובע בפועל מהיקף הרכישות, בודאי שאין כל פסול בהנחות מסוג זה".

כפי שכבר הוסבר, לאור היקף הרכישות של לב אופיר, אין מדובר בהנחות שוויוניות אלא במתן עדיפות ללב אופיר על פני מתחרים אחרים. אותה מגמה באה לידי ביטוי גם בהסכם המקורי. אז לא ראה הממונה, ובצדק, לתת את הפטור המבוקש, ואינני רואה שינוי של ממש בנושא זה בהסכם הנוכחי. ברור, על כל פנים, שהשימוש במושג המעורפל של "הנחה לגודל" אין בו כדי להפיג את החשש לפגיעה בתחרות שתיגרם עקב כבילה זו.

46. מעבר לכך, בנסיבות מסוימות, גם מתן הנחה לגודל יכול שייחשב כהתנהגות אנטי-תחרותית. כך נקבע, למשל, בב"ש 18/96 (מונופול 2/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות, טרם פורסם), כי הנחות נאמנות מסוימות המבוססות על מתן הנחה לגודל על כל הכמות הנמכרת, להבדיל מהנחה הניתנת על הכמות השולית הנמכרת ממעבר לכמות הסף המשמשת עילה למתן ההנחה, עשויה להיחשב כהתנהגות אנטי תחרותית כאשר היא ננקטת על ידי גופים בעלי מעמד דומיננטי המנצלים בדרך זו את גודלם בשוק.

47. עוד טוען הממונה, שהתחרות בענף השיווק לא תפגע גם אם ישווק המיזם את עמודי התאורה שלו רק באמצעות לב אופיר (או ייתן עדיפות כלשהי ללב אופיר), זאת משום שעמודי התאורה מהווים רק מוצר אחד מיני רבים עבור העוסקים בשוק השיווק. לגבי לב אופיר, למשל, מהווים עמודי התאורה רק 6% בלבד מסל המוצרים של לב אופיר. לאור זאת קובע הממונה בתשובתו: "... אפילו אם כל עמודי התאורה של המיזם המשותף ישווקו רק על ידי לב אופיר, אין סיבה לחשוב כי הדבר יביא לסילוק יתר המשווקים מן השוק, או לפגיעה אחרת ביכולת התחרות שלהם."

טענה זו סוטה מהגדרת השוק כפי שנקבעה על ידי הממונה עצמו בהחלטתו שבה קבע ש"ההסדר מגביל באופן לא משמעותי את התחרות בענף ... ייצור ושיווק של עמודי תאורה", ולא בשוק השיווק (של מוצרי תאורה או חשמל) בכלל.

גם לגופו של עניין, אינני רואה הצדקה להרחיב את היקף השוק, מבחינת הגדרת המוצר, ולכלול בו גם מוצרי תאורה או מוצרי חשמל. בענייננו אנו עוסקים במוצר ספציפי ובחנינת השפעתו של ההסדר הכובל על התחרות צריך שתעשה בשוק המתייחס למוצר זה, ומה גם שאין טענה שקיימים בסל המוצרים של לב אופיר או של משווקים אחרים מוצרים תחליפיים לעמודי תאורה, או לפחות לאלה המסופקים על ידי המיזם המשותף.

יתר על כן, גם אם השפעתו של ההסדר על רווחיה של לב אופיר ועל כושר התחרות שלה בשוק לא תהא גדולה, בהתחשב בכך שמבחינתה מדובר במוצר המהווה רק 6% ממכירותיה, הרי שיש לבחון את השפעת ההסדר גם על מתחרים אחרים בשוק. הרכב המכירות של מתחריה של לב אופיר לא ידוע, ולא מצאתי בנתונים שהובאו בפני בסיס להנחה כי "עמודי התאורה מהווים, עבור אלה העוסקים בשיווקם, רק מוצר אחד מני רבים."

48. בנסיבות אלה, גם אם ראה הממונה לנכון להשלים עם מתן הנחות ייחודיות ללב אופיר, הרי לאור החשש לפגיעה בתחרות הנובע ממתן הנחות כאלה, היה מקום לעמוד על כך שהשותפים למיזם לפחות יגדירו מראש את ההנחות או את אמות המידה לקביעתן, באופן שיתאפשר לממונה לקבוע מראש, האם יש בהנחות אלה כדי לפגוע בתחרות, במגמה להבטיח מראש את אי ניצול המיזם לפגיעה בתחרות. אולם, גם אם ראה הממונה, חרף האמור, שלא לדרוש מהמשיבות לקבוע מראש את אמות המידה למתן ההנחות, מתבקש היה בנסיבות אלה לפחות להתנות את מתן הפטור באישור הממונה את ההנחות ואת אמות המידה למתן ההנחות, כאשר אלה תקבענה. מהחלטת הממונה וגם מתשובתו בערר אין עולה כי בדעת הממונה לקיים פיקוח נוסף על המיזם המשותף.

חיוניות הכבילות למיזם המשותף

49. שאלה נוספת המתעוררת בהקשר זה היא, האם הכבילות נשוא הדיון אכן דרושות לשם הבטחת פעילותו של המיזם המשותף. כפי שציינתי לעיל, אין במיזם שלפנינו שילוב אנכי של תהליכי ייצור המתבצעים בחוליות שונות של שרשרת הייצור. למעשה, פעילותו של המיזם המשותף משתרעת רק על חוליה אחת בשרשרת הייצור, היא החוליה של ייצור עמודי התאורה. החוליות האחרות הנמצאות במעלה ובמורד שרשרת הייצור - הפלדה, שירותי הגליון והשיווק, אינם מהוות חלק מהמיזם המשותף והן נותרו בתחום עיסוקם הבלעדי והעצמאי של הורי המיזם, כפי שהיה קודם להקמת המיזם.

לפיכך, הכבילות הקשורות בחוליות האחרות שבשרשרת הייצור, הן התחייבויות המיזם כלפי הוריו בקשר לאספקת התשומות, השירותים והמוצר הסופי, אינן מהוות חלק אינטגרלי של פעילות המיזם. מעבר לכך, אין גם טענה כי אותן התחייבויות שנטל המיזם כלפי הוריו דרושות על מנת לאפשר למיזם להשיג את אספקת הפלדה, הגליון ושירותי השיווק הדרושים לו וכי אם לא ייכנס להתחייבויות אלה, ובתנאים מועדפים, מבחינת ההורים, הוא יתקשה בהשגת התשומות הנדרשות לו בעתיד, בין מהוריו ובין מאחרים. הטענה היחידה שהועלתה בהקשר זה על-ידי המשיבות (שנתמכה גם על-ידי הממונה) הייתה כי מתן זכות הסירוב עשויה "להגן עתידית על הנדסת תאורה מפני ניסיון של פקר להעלות את מחירי הגליון עקב היתרון היחסי הטעון בקרבה הגיאוגרפית", איננה יכולה להתקבל, שכן זכות הסירוב מסורה בידי פקר ולא בידי המיזם. גם העובדה שזכויות הסירוב הוקנו על-פי ההסכם להורי המיזם, ולא למיזם עצמו, מצביעה על כך שכבילות אלה מבוססות על שיקולי תועלת של הורי המיזם. הוא הדבר בזכותה של לב אופיר להנחות, שגם היא נועדה לשרת את האינטרסים של לב אופיר ולא את אלה של המיזם. מכאן, שכבילות אלה אינן מיועדות לקדם את האינטרסים של המיזם עצמו, אלא לקדם את האינטרסים של הורי המיזם בשווקים הרלוונטיים לפעילותם.

50. מבחינה זו, קשה לראות בכבילות אלה ככבילות נלוות (**Ancillary Restrictions**), שהן, על-פי הספרות והפסיקה, כבילות שהן חיוניות לשם הקמתו של המיזם והבטחת פעילותו, ואשר העדרן עלול לסכן את קיומו של המיזם המשותף. (ראה: **Encyclopedia of Competition Law**, Sweet & Maxwell, Vol. 3, 4900\1-§ 4900\2, 1399, (p. 4900\1-§ 4900\2), 1398-4).

כבילות נלוות כאלה אכן תבחנה, לאור מטרותיו ויתרונותיו של המיזם המשותף, והן תחסינה, מבחינת הצידוק לקביעתן, תחת קורתן, כל עוד הן אינן עולות על הנדרש לצורך השגת מטרותיו הלגיטימיות של המיזם. (ראה: Brodley, **לעיל**, בעמ' 1544-1543).

51. כך, למשל, התחייבויות של הורי המיזם שלא להתחרות במיזם, אכן נדרשות לעצם פעילותו של המיזם ועל כן הן נחשבת לכבילות נלוות:

"... In the context of concentrative joint ventures, non-competition clauses which bind the parents will generally be considered ancillary if they express 'the reality of the lasting withdrawal of the parents from the businesses in question'."

(Van Bael & Bellis, **Ibid**, p. 481).

מאידך, מתן בלעדיות ברכישות ומכירות של חומרי גלם ושירותים בין המיזם והוריו, אינן נחשבות ככלל, ככבילות נלוות, היינו, ככבילות שקיומן נדרש להפעלתו של המיזם אלא בנסיבות מיוחדות, למשל, בתקופה הראשונה לפעילותו של המיזם. וגם אז, הכרה בנחיצותן היא מנקודת ראותו של המיזם ולא של הוריו, והיא נועדה להבטיח את הצלחתו של המיזם בראשית דרכו, כאשר לאחר תום אותה תקופה צריך המיזם המשותף לבסס את פעילותו על בסיס כלכלי אוטונומי:

"... In addition, it may in some cases be necessary to create purchase or sale obligations for fixed quantities and in such cases these agreements will be deemed ancillary. In any case, purchase or supply agreements must be limited to an objectively justified transition period after which the purchase or supply relationship must be replaced with a relationship of greater commercial autonomy. The

notice on ancillary restrictions strictly applies the general requirements of relatedness and necessity in the context of exclusive purchase and supply agreements...".

(Van Bael & Bellis, **Ibid**, at p. 484).

וכן ראה: בספרה של המלומדת Korah, **לעיל**, בעמ' 496-497, בו היא מציינת כי פרק זמן בן 3 שנים להגבלת רכישות או מכירות בין המיזם המשותף להוריו ייתכן ויהיה נחוץ לביסוס של מיזם משותף בשוק הרלוונטי, הכול לפי תנאי השוק הרלוונטי, אך לאחר תום תקופה זו על המיזם לבסס את פעילותו על דפוסים תחרותיים.

52. מקרה נוסף שבו תחשבה התחייבויות המיזם כלפי הוריו לגבי רכישת או מסירת תשומות ושירותים, ככבילות נלוות, הוא המקרה שבו הורי המיזם מעבירים חלק מפעילות הייצור שלהם למיזם המשותף, למשל, מחלקה המשמשת לייצור חלק של המוצר הסופי. במקרים כאלה קיימת הצדקה להבטיח אספקה של אותו מוצר להורי המיזם, שכן מוצר זה דרוש להורים לצורך ייצור המוצר הסופי, ואלמלא תנאי זה הם וודאי שלא היו מעבירים את חלקם באותו מוצר למיזם המשותף (ראה: (Van Bael & Bellis, **Ibid**, at p.

483

אולם, חריג זה אינו חל במקרה שבפנינו, שבו, כאמור, אין במיזם שילוב אנכי של פונקציות ייצור או שיווק.

53. אם אין הכבילות נשוא הדיון חיוניות לפעילותו של המיזם, מתעורר ספק באשר לשימוש במיזם והתועלות הכרוכות בו, כצידוק לאישור (או מתן פטור מאישור) הכבילות האמורות (זאת בנוסף לבעייתיות הכרוכה בהבאת שיקולים אלה בחשבון לעניין סעיף 14 לחוק).

לא ארחיב את הדיבור בנושא זה מעבר לאמור, וגם לא אקבע בעניין זה מסמרות, שכן, השיקולים דלעיל חורגים ממסגרת הדיון הנוכחי שאינו עוסק, כאמור, בבחינת תועלות המיזם, אולם יש בהם כדי להציג את הספיקות העולים לגבי הצדקת הכבילות האמורות על יסוד יתרונותיו של המיזם.

פגיעה משמעותית בתחרות

54. השאלה העולה לאור אלה היא, האם המיזם מגביל את התחרות באופן משמעותי, במובנו של סעיף 14 לחוק.

55. הממונה, כאמור, היה מוכן לצאת בסיכומיו מההנחה שהסכם המיזם יביא למתן בלעדיות לקבוצת פקר באספקת פלדה ובמתן שירותי גיליון למיזם המשותף, וכן יביא לבלעדיות של לב אופיר בשיווק עמודי תאורה המיוצרים או מיובאים על ידי המיזם. אף על-פי כן, לא

סבר הממונה כי המיזם יגביל את התחרות באופן משמעותי לאור הניתוח הכלכלי של היקף ההשפעה הצפוי עקב ההסדר על השווקים השונים כפי שפורט לעיל.

הממונה הפנה בעניין זה לפסיקה אמריקאית, שבה אושרו מיזוגים על אף חסימת השווקים שהייתה כרוכה בהם.

בפסק הדין בעניין *United States v. Columbia Steel*, 334 U.S. 495, 92 L.Ed. קבוצת U.S Steel, יצרן הפלדה הגדול בארה"ב לבין Consolidated Steel, אשר רכשה קודם למיזוג פלדה מיצרני פלדה אחרים. משרד המשפטים האמריקאי ביקש למנוע את המיזוג על יסוד הטענה שלאחר המיזוג תרכוש Consolidated Steel פלדה רק מ U.S. Steel, דבר אשר יחסום את יצרני הפלדה האחרים בפני Consolidated Steel. בית המשפט דחה טענה זו וקבע כי חסימת השוק עקב המיזוג איננה בלתי חוקית, כל עוד אין מדובר בשיעור חסימה הפוגע באופן בלתי סביר בתחרות. לאור העובדה ש consolidated Steel רכשה קודם למיזוג רק 3% מהפלדה הנמכרת בשוק, היינו, כי היה מדובר בחסימה של 3% בלבד, נקבע שאין בחסימה זו משום פגיעה בלתי סבירה בתחרות.

במקרה אחר (*Alberta Gas Chemicals v. du pont De Nemours* 826 F2d 1235) קבע בית המשפט כי שיעור חסימה כפי שהיה באותו מקרה, אשר עמד על 1.8% מן השוק, איננו מהווה פגיעה בתחרות, ואף הזכיר מקרים אחרים, בהם פסקו בתי המשפט בארה"ב שגם חסימות רחבות יותר, אפילו עד שיעור של 19%, עשויות שלא להיחשב כפוגעות באופן משמעותי בתחרות.

56. דומה כי קשה ללמוד לעניין זה גזירה שווה מהדין האמריקאי: ראשית, כפי שמציינת השופטת מזרחי במאמרה הנזכר לעיל "... אין ספק, כי הפער העצום בממדים בין המשק הישראלי למשק האמריקאי מחייב שוני בפרספקטיבה ובהדגשים" (שם, הערה 56 בע' 233). שיקול זה מצביע על כך שבמשק הישראלי ניתן, בעקרון, להתייחס גם לחסימות שוק בהיקף גדול יותר כאל חסימות בלתי משמעותיות.

מאידך, קשה ללמוד מהפסיקה האמריקאית אנלוגיה לעניין זה על יסוד היקף החסימה בלבד, שכן, ההכרעה הסופית היא, בסופו של דבר, פועל יוצא של כלל נסיבות המקרה. כך ניתן למצוא, לצד פסקי הדין אותם ציטט הממונה, פסקי דין אחרים בהם פסל בית המשפט מיזוג בשל חסימות שוק קטנות בהרבה. בפס"ד *Brown Shoe Co. v. United States*, 82 S. Ct. 1502, למשל, נקבע חסם שוק בגודל של 1.5 אחוז בלבד, אולם בהתחשב בנתחי השוק של החברות המתמזגות - האחת, השלישית בגודלה בשוק יצרני ומשוקי הנעליים, והאחרת, השמינית בגודלה בשוק זה, ובגורמים אחרים - קבע בית המשפט כי מיזוג זה "...may tend to lessen competition substantially..." (שם, בע"מ 1535).

בנוסף, הרקע המשפטי בנושא זה במשפט האמריקאי שונה. על-פי הדין האמריקאי לא ניתן לאשר הסדר כובל, וכל הסדר הפוגע בתחרות כפי שהוא מוגדר ב- Section 1 ל- Sherman Act, 15 U.S.C.A 1-7 הוא בלתי חוקי. על רקע זה, פותחו במשפט האמריקאי כללי ההיגיון (Rule Of Reason), שמטרתם להוציא מתחולת האיסור הסטוטורי הסדרים שפגיעתם בתחרות איננה מצדיקה את ביטולם. במסגרת זו פותחה גם דוקטרינת ה- "*De Minimis*" הגורסת שישנם מקרים בהם ההגבלה על התחרות הנה פחותה עד כדי כך שניתן להתעלם ממנה.

המחוקק הישראלי נקט בשיטה אחרת. הוא נמנע מפסילה סיטונית של כל הסדר כובל, ואפשר לבית הדין להגבלים עסקיים להכשיר הסדרים כאלה (או לממונה לתת בגינם פטור), תוך קביעת תנאים ומגבלות שנועדו לרכז את הפגיעה בתחרות הנשקפת מאותם הסדרים. מכאן, שהשימוש בדוקטרינת ה- "*De Minimis*" במשפט הישראלי אינו הכרחי כדי למלט הסדרים כובלים מפגם אי החוקיות, וניתן לעקר את הפגיעה בתחרות הנשקפת מהם, באמצעים אחרים, ולאו דווקא באמצעות איסור מוחלט וכולל על עריכתם.

עוד יש לציין, כי הפסיקה האמריקאית שהובאה על ידי הממונה לקוחה מתחום המיזוגים. אמנם קיים דמיון רב בין הסדר של אינטגרציה אנכית לבין מיזוג אנכי. אולם במיזוג, חסימת השוק כמעט ודאית, שכן במקרה זה נוצר גוף חדש אשר אין לצפות כי ירכוש מוצרים שהוא מייצר בעצמו ממתחריו. במיזם משותף, כל עוד מדובר בפעילות שאיננה הכרחית לקיומו והפעלתו של המיזם, אין מניעה, בניגוד למיזוג, לקיים את המיזם, גם בלא לאשר את הכבילות הפוגעות בתחרות, כמו חסימת שווקים.

57. לשם השלמת התמונה אציין כי דוקטרינת ה- "*De Minimis*" נקלטה גם במשפט הקהילייה האירופאית שם פרסמה הנציבות גילוי דעת באשר לאמות המידה לפיהן יוחלט אימתי הסדרים כובלים למיניהם יחשבו כ- "*De Minimis*", הלא הוא ה- NOTICE ON AGREEMENTS OF MINOR IMPORTANCE, OJ[1986] C 231/2 (האחרון הוצא בשנת 1986, תוקן בשנת 1994). גילוי דעת זה קובע, אמות מידה מפורטות באשר להסדרים שהם בגדר *De Minimis* ועל כן אינם נופלים בגדרו של סעיף 1(85) לאמנת רומא. בין היתר נקבע בפסקה 7 לגילוי הדעת כי:

"The Commission holds the view that agreements between undertakings engaged in the production or distribution of goods or in the provision of services generally do not fall under the prohibition of Article 85(1) if:

- the goods or services which are the subject of the agreement... do not represent more than 5% of the total market of such goods...**

- the agreement annual turnover of the participating undertakings does not exceed [300 million ECU]"

(הכמות תוקנה והוגדלה בשנת 1994)

לאחרונה, בינואר '97, הוצע תיקון לקריטריון זה, המסיט את הדגש לעבר גודלם וכוח השוק של הגופים המעורבים בהסדר הכובל. על-פי הצעה זו פוטרת הנציבות מתחולת סעיף 85 לאמנה, בין היתר, גופים בעלי נתח שוק של 10% בהסדרים כובלים אופקיים, או של 20% בהסדרים אנכיים (ראה: C29\3 [1997] OJ).

58. האפשרות של שלילת תחולתו של חוק ההגבלים העסקיים על הסדרים הנעדרים השפעה משמעותית על התחרות, בין בדרך של מתן פרשנות מצמצמת לסעיף 2 לחוק, ובין באמצעות סעיף 14 לחוק, טרם נדונה, ככל הידוע לי, בפסיקה.

בשלב מוקדם זה של התפתחות הפסיקה בדיני ההגבלים העסקיים במשפטנו, אינני סבור שיהא זה נכון לנסות ולקבוע אמת מידה כללית להגדרת המונח "לא משמעותי" שבסעיף 14 לחוק במסגרת זו. לפיכך, צמצמתי את הבחינה הנוכחית לדיון פרטני בנסיבות המיזם שבפנינו.

הפגיעה בתחרות - סיכום

59. העולה מהאמור לעיל הוא, כי המיזם המשותף מגביל את התחרות בעסקים באופן משמעותי.

- ראשית, מדובר בגופים דומיננטיים בתחומם: בתחום הייצור, הנדסת חשמל היא היצרנית הגדולה בארץ, נתח שוק שלה היה גדול (35%) גם קודם להקמת המיזם, והוא עשוי עוד לגדול בעקבות הקמת המיזם. בתחום השיווק של עמודי תאורה שולטת לב אופיר בכמחצית השוק, וגם כאן עשוי המיזם לחזק מעמד זה. בתחום הגליון קבוצת פקר היא בעלת מונופולין השולט כיום בכ - 60%-55% מהשוק. גם אם יפחת חלקה בשוק עקב כניסת מתחרים חדשים, היא תישאר, בכל מקרה, בעלת נתח שוק גדול. גם בתחום ייצור הפלדה נמנית פקר פלדה על החברות המובילות במשק.
- בהיבט האנכי יגביל המיזם את התחרות בשווקים המשניים: השפעתו בשוק הפלדה אמנם תהא זניחה, אך, השפעתו בשוק הגליון ובשוק השיווק של עמודי תאורה עשויה להיות משמעותית.

- למיזם נודעות גם השפעות אופקיות, הגם שהיקפן לא הוברר, הן בהיבט היבוא, שבו אוחדו עסקי היבוא של הנדסת חשמל ולב אופיר, והן לאור פעילותה של הנדסת חשמל בתחום השיווק עוד לפני הקמת המיזם.

- בנסיבות העניין עולה גם ספק לגבי חיוניותן של הכבילות המתייחסות להתחייבויות המיזם כלפי הוריו, לצורך הקמתו והפעלתו של המיזם.

- בנוסף, לא נקבעה בפטור הגבלת זמן, וכן לא נקבע תנאי אחר כשלחוא, המאפשר בחינה נוספת של הפגיעה בתחרות בעתיד. (ספק בעיני אם די לצורך כך בקביעת ה"סל" כי הממונה יחזור וישקול את מתן הפטור אם תשתנינה הנסיבות).

60. גם אם ניתן היה לקבוע שכל אחד מהשיקולים דלעיל, כאשר הוא עומד לעצמו, איננו מצביע על קיומה של הגבלה משמעותית בתחרות (ואינני סבור כך), הרי שבהצטרף כולם יחדיו, לא ניתן, לדעתי, לקבוע שההסדר אינו מגביל את התחרות באופן משמעותי.

אפילו ניתן היה להצדיק את מתן הפטור, בהתחשב בתועלות הכרוכות במיזם מבחינת טובת הציבור, (ונראה שזה הרציונל שביסוד החלטת הממונה), הרי שגם דרך זו איננה פתוחה בפני לאור המסקנה דלעיל, לפיה, אין להביא בחשבון שיקולי תועלת אלה בשלב זה של בחינת התנאי הסטטוטורי נשוא הדיון.

61. לאור כל האמור, אני מבטל את הפטור שניתן על ידי הממונה מקבלת אישור בית הדין להסדר הכובל נשוא הדיון.

62. למען הסר ספק, אבקש להבהיר שאין באמור משום נקיטת עמדה לגבי בקשה לאישור ההסדר הכובל, אם תוגש כזו לבית הדין.

63. על-פי סעיף 15(ב) לחוק, עלי לקבוע מועד שבו יכנס ביטול הפטור לתוקפו. אולם, אין בידי, בשלב זה, נתונים כלשהם המאפשרים לי לקבוע מועד זה, בכלל זאת, לוח הזמנים להקמת המיזם ונתונים רלוונטיים נוספים.

לאור כך, אני קובע דיון נוסף ליום 31/12/97 שעה 13:00 שבו יקבע המועד בו ייכנס הביטול לתוקף, לאחר שמיעת טענות הצדדים.

64. אין צו להוצאות.

**ניתן היום, י"ב בכסלו תשנ"ח (11 בדצמבר 1997), בהעדר הצדדים.
המזכירות תמציא העתק פסק הדין לב"כ הצדדים.**

י. עדיאל, שופט

המשנה לאב בית הדין