

## בתי המשפט

ה"ע 508/04		בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
13/09/2005		לפני אב בית הדין, כב' השופטת מ' שידלובסקי-אור פרופ' ב"צ זילברפרב עו"ד אמיר תמרי

בעניין: 1. תאגיד איסוף מיכלי משקה בע"מ  
2. החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ  
3. טמפו חברה למשקאות קלים בע"מ  
4. יפאורה – תבורי בע"מ  
5. מעיינות עדן בע"מ  
כולן על-ידי ב"כ רון גזית, רוטנברג ושות', עו"ד  
המבקשות

ובעניין: 1. ריבוע כחול-ישראל בע"מ  
2. קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ  
3. שופר-סל בע"מ  
ע"י ב"כ מ' זליגמן ושות', עו"ד  
המתנגדות

ובעניין: אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה  
ע"י ב"כ עוה"ד ש' מדל-ארצי וצ' איסר-איציק  
משיבה נוספת

ובעניין: הממונה על הגבלים עסקיים  
ע"י ב"כ עוה"ד אשר גושן וגולן קנטי מרשות  
הממונה  
ההגבלים העסקיים

## פ ס ק – ד י נ

1. בפנינו בקשה לאישור הסדר כובל לפי סעיף 7 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים"), לתקופה של 5 שנים. עניינו של ההסדר נשוא הבקשה, הוא הפעלתו של תאגיד איסוף מיכלי משקה בע"מ (להלן: "תאגיד האיסוף"), תאגיד פרטי אשר פועל לאיסוף מיכלי משקה ריקים על-פי הוראות חוק הפיקדון על מיכלי משקה, התשנ"ט – 1999 (להלן: "חוק הפיקדון"). בית-הדין אישר בעבר הסדר כובל זה, ומשתמה תקופת האישור שב ועומד העניין לבחינתנו. טרם נדרש לעמדות הצדדים בבקשה, לא יהיה זה מיותר לעמוד על ההסדר שנקבע בחוק הפיקדון לאיסוף מיכלי משקה, ולהקמה והפעלה של תאגיד מיחזור, דוגמת תאגיד האיסוף.

חוק הפיקדון ותאגיד האיסוף

2. מטרתו העיקרית של חוק הפיקדון, אשר נכנס לתוקפו ביום 1.10.2001, הן "שיפור רמת הניקיון ברשות הרבים - הקטנת כמות האשפה המופקת ונטמנת, והנהגת שיטה שתעודד ותמריץ ייצור ושימוש במיכלי משקה הניתנים למיחזור" (הצעת חוק הפיקדון על מיכלי משקה, מספר 2779, הצעות חוק התשנ"ט בעמ' 215). כאמור בהצעת החוק, לאחר בחינת שיטות שונות ברחבי העולם המיועדות להשיג מטרות אלו, נבחרה לבסוף שיטת הפיקדון, אשר הוכחה כיעילה ביותר בהביאה למידת השבה של מיכלי משקה ריקים בשיעור הגבוה ביותר ולעידוד המיחזור או השימוש החוזר במיכלי המשקה.

על-פי המנגנון הקבוע בחוק הפיקדון, בגין כל מיכל משקה כהגדרתו בחוק ייגבה פיקדון בסך 25 אגורות. סעיף 1 לחוק הפיקדון מגדיר "מיכל משקה" ככלי קיבול בנפח שבין 0.1 ליטר ועד 1.5 ליטר (לא כולל), שמשווקים בו משקאות למעט חלב ומוצרי, העשוי מכל חומר ולמעט שקיות ומיכלי משקה העשויים בעיקרם מנייר או מקרטון. דמי הפיקדון ייגבו על-ידי יצרנים ויבואנים של משקאות וכן על-ידי בתי העסק בהם נמכרים מיכלי משקה, בגין כל מיכל משקה בן פיקדון הנמכר על-ידם. צרכן שברשותו מיכל משקה ריק, רשאי להחזירו לבית עסק בו נמכרים מיכלי משקה של היצרן או היבואן של המיכל המוחזר (בכפוף לחריגים מסוימים), ולקבל בעדו את דמי הפיקדון חזרה. בית העסק מצדו רשאי להחזיר את מיכל המשקה לבית העסק, ליצרן או ליבואן מהם רכש את מיכלי המשקה, ואלו האחרונים חייבים לקבל את מיכלי המשקה הריקים ולשלם את דמי הפיקדון בעדם.

על-פי סעיף 8 לחוק הפיקדון, על יצרנים ויבואנים של משקאות מוטלת חובה להעביר לקרן לשמירת ניקיון את ההפרש שבין סכומי הפיקדונות שגבו לבין סכומי הפיקדונות שהחזירו. על-פי תקנה 3(א) לתקנות הפיקדון על מיכלי משקה, התשס"א – 2001 (להלן: תקנות הפיקדון), על יצרנים ויבואנים מוטלת חובה להעביר למיחזור לפחות 90% ממיכלי המשקה המוחזרים אליהם.

3. סעיף 8א' לחוק הפיקדון, אשר הוסף במסגרתו של תיקון מספר 2 לחוק (ספר החוקים מספר 1751, התש"ס בעמ' 272), בא במטרה ליתן אפשרות ליצרנים, יבואנים ובתי עסק, להפעיל את הוראות החוק באמצעות תאגיד וולונטרי, אשר יפעל לאיסוף נרחב של מיכלי המשקה. ואכן, ביום 14.10.01 יוסד תאגיד האיסוף כמיזם משותף של ארבע מיצרניות ויבואניות המשקאות הגדולות בישראל, הן המבקשות 2-5 בבקשה דנן,

ושל שלוש רשתות השיווק הגדולות בישראל, אשר לימים פרשו מחברותן בתאגיד האיסוף וכיום ניצבות כמתנגדות לאישורה של בקשה זו.

ביום 4.10.02 הוכר תאגיד האיסוף כתאגיד מיחזור, לפי סעיף 8א' לחוק הפיקדון. תאגיד האיסוף הנו תאגיד המיחזור היחיד, אשר הוכר על-ידי השר לאיכות הסביבה ופועל ליישום הוראות חוק הפיקדון. מטרתו היחידה של תאגיד האיסוף, בהתאם להוראות חוק הפיקדון, היא הקמה והפעלה של מנגנון לביצוע הוראות חוק הפיקדון לעניין החזר הפיקדונות, איסוף מיכלי משקה ומיחזורם וביצוע פעולות אחרות שמטרתן קידום האיסוף והמיחזור. על התאגיד חל איסור לחלק רווחים לחבריו, ומוטלת עליו חובה להעניק שירותי איסוף ומיחזור בתנאים שוויוניים לכל יצרן, יבואן או בית עסק, אף אם הם אינם חברים בו (סעיף 8א(ב) לחוק הפיקדון). בדירקטוריון התאגיד מכהנים שלושה דירקטורים חיצוניים (מתוכם נבחר יו"ר הדירקטוריון), מבקר פנים, והתקשרויותיו המהותיות נעשות בדרך של מכרז.

סעיף 8(ד) לחוק הפיקדון קובע, כי יצרן או יבואן המקבל שירותים מתאגיד מיחזור, פטור מהחובה להעביר לקרן לשמירת ניקיון את הפרשי דמי הפיקדון כאמור. סעיף 8ב' לחוק הפיקדון מציב יעדי איסוף אותם מחויב תאגיד מיחזור להשיג, שאם לא כן עליו לשלם לקרן לשמירת ניקיון כפל פיקדון בגין כמות מיכלי המשקה שחסרה על-מנת להשיג את היעד שנקבע. שיעור יעדי האיסוף נקבע באחוזים מתוך סך כל מיכלי המשקה המלאים שיוצרו או ששווקו במהלך השנה על-ידי היצרנים או היבואנים המשתמשים בשירותיו של תאגיד המיחזור.

4. בית-הדין אישר את הקמתו ופעולתו של תאגיד האיסוף לתקופה של שלוש שנים מיום 27.3.01, והתנה אישור זה במספר תנאים (ה"ע 4445/01 החלטה מיום 5.11.01). עיקרם של התנאים הם: תאגיד האיסוף יוכרז כבעל מונופולין בשירותי איסוף של מיכלי משקה; כל יצרן, יבואן או בית עסק רשאי בכל עת להצטרף כחבר בתאגיד (בעל מניה או בעל זכות הצבעה או זכות למינוי דירקטור), ויהיה זכאי לייצוג בניהול ענייניו; לדירקטוריון התאגיד ימונו לפחות שלושה דירקטורים חיצוניים, וכמו-כן חל איסור למנות כנושא משרה או כעובד בתאגיד, מי שהוא נושא משרה או עובד באחד מחברי התאגיד, בכפוף לחריגים מסוימים; חל איסור על העברת מידע בין חברי התאגיד, באופן שיצור חשש להפחתת התחרות ביניהם, כלומר מניעת "שולחן משותף", אלא בין בעלי התפקידים ההכרחיים לצורך ניהול ענייני התאגיד בלבד; דמי הטיפול אותם גובה

התאגיד ייקבעו על-ידי מומחה חיצוני; בחירת קבלני משנה תעשה בדרך של מכרז תחרותי; שירותי התאגיד יינתנו על בסיס שוויוני לכל מאן שהוא.

#### טענות הצדדים בבקשה

5. המבקשות טוענות, כי תאגיד האיסוף אינו מהווה הסדר כובל כהגדרתו בחוק ההגבלים העסקיים, וכי בקשתן מוגשת למען הזהירות בלבד. המבקשות מסבירות את טענתן בכך, שקשריו של התאגיד עם חבריו הם קשרי בעלות משותפת בלבד, והם נעדרים יסוד של הסדר או כבילה. המבקשות מדגישות את אופיו המעין ציבורי של תאגיד האיסוף, ומוסיפות כי לשיטתן אין כל חשש לפגיעה בתחרות באחד מן השווקים בהם פועלים "הוריו" של המיזם המשותף.

לטענת המבקשות, טובת הציבור מחייבת את אישור המשך פעולתו של תאגיד האיסוף. המבקשות מעלות על נס את תרומתו של תאגיד האיסוף לאיכות הסביבה באיסוף ובמיחזור של קרוב למיליארד מיכלי משקה ריקים. לשיטתן, אם לא יינתן אישור להמשך פעולתו של התאגיד, אשר כפוף ליעדי האיסוף הקבועים בחוק, ירד שיעור האיסוף באופן דרמטי, ועל-ידי כך ייפגע הציבור בהיבט זה של איכות הסביבה. המבקשות סבורות, כי בהעדרו של תאגיד האיסוף לא צפויים לקום תחתיו מספר תאגידי מיחזור אשר יתחרו זה בזה. לדידן, ליצרן משקאות בודד אין תמריץ כלכלי להקמת תאגיד מיחזור משל עצמו. המבקשות תמכו את בקשתן בחוות דעת של פרופ' אמיר ברנע.

6. עמדתו של הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: "הממונה") היא, כי תאגיד האיסוף הנו בבחינת הסדר כובל, וכי ההסדר המוצע אינו לטובת הציבור ואינו ראוי לאישור. לדעת הממונה, המבקשות לא הוכיחו כי התועלות הכרוכות בהסדר המוצע עולות באופן ממשי על הנזק הצפוי להיגרם על-ידו. הממונה סובר כי בהעדר תחרות ממשית, תאגיד האיסוף אשר המבקשות עותרות לאישורו הנו מונופול הפועל באופן בזבזני שאינו עולה בקנה אחד עם מטרותיו של חוק הפיקדון. מוסיף הממונה, כי המבקשות לא הראו מדוע תאגיד איסוף יחיד, הנו יעיל יותר בהשוואה למצב בו פועלים בצוותא מספר תאגידי איסוף. לשיטתו של הממונה, אם לא יינתן על-ידי בית-הדין אישור נוסף לפעילות תאגיד האיסוף, ייווצר תמריץ ליצרני המשקאות להקים מספר תאגידיים נוספים אשר יתחרו זה בזה, ובכך יגשימו את מטרותיו של חוק הפיקדון בצורה טובה יותר. עם זאת, הממונה ממליץ לאשר את ההסדר לתקופה מוגבלת של כחצי שנה, על

מנת לאפשר תקופת התארגנות סבירה, ולשם כך בלבד. עמדתו של הממונה נתמכה בתצהיר כלכלן הרשות להגבלים עסקיים, ד"ר זיו חגאי.

7. רשתות השיווק, המתנגדות לאישור ההסדר הכובל, כרכו אל תוך מושג "טובת הציבור" דיון מקיף בשאלת כשליו של חוק הפיקדון, תוך שהן מסתמכות על חוות דעתו של פרופ' ראובן חורש. נאמר כבר כאן, כי אין בכוונתנו להידרש לסוגיה זו. כפי שציינו בהחלטתנו בבקשה למחיקת ההתנגדות (החלטה מיום 10.2.05), הטענות אותן יש לבחון הן טענות בדבר פגיעת הגבל עסקי. כעולה מטענות המתנגדות, עיקר פגיעתן (פגיעת הגבל עסקי) כתוצאה מההסדר, נעוץ בחוסר יעילותו של תאגיד האיסוף, אשר משפיע על הנטל הכלכלי המוטל עליהן, שכן בהיותן חלק משרשרת האיסוף הקבועה בחוק הפיקדון, מוחזרים לפתחן מיכלי משקה בכמות גדולה מזו שנמכרת על-ידן. במובן זה, טענת המתנגדות חופפת את עמדת הממונה. טענה נוספת שבפי המתנגדות היא, כי תאגיד האיסוף מנצל את כוחו לרעה במספר היבטים, בהם העדפת יצרניות המשקאות והאספנים המקצועיים ותיאום קו פעולה נגד רשתות השיווק בכל הקשור לאיסוף המיכלים והנשיאה במימונו.

8. אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה (להלן: "אט"ד") צורפה לפי בקשתה כמשיבה נוספת להליך. צירופה של אט"ד הוגבל להבאת עמדתה בעניין ההשלכות של אישור או אי-אישור בקשה זו על איכות הסביבה. בפתח סיכומיה הדגישה אט"ד, כי אין בהצטרפותה להליך כדי להביע תמיכה בהתנהלותו של תאגיד האיסוף, אלא נהפוך הוא. אט"ד מבקרת את חוסר עמידתו של תאגיד האיסוף ביעדי האיסוף שהוצבו לו בחוק הפיקדון ובתקנות שהותקנו מכוחו, אשר פוגע לדבריה באינטרס הציבורי שבשמירה על איכות הסביבה. עם זאת, אט"ד סבורה כי לנוכח המצב המשפטי הנוכחי של חוק הפיקדון הקיים, האינטרס שבשמירה על איכות הסביבה מחייב את אישור המשך פעילותו של תאגיד האיסוף תוך חתירה מתמדת להרחבת ישימותו של החוק. אט"ד מציינת כי היא פועלת במקביל להכנסת שינויים ושיפורים בהסדרי חוק הפיקדון. אט"ד צירפה חוות דעת מאת מר גלעד אוסטרובסקי.

9. סדר הדיון בבקשה יהיה כדלקמן. תחילה נבחן האם תאגיד האיסוף הנו הסדר כובל כהגדרתו בחוק ההגבלים העסקיים. לאחר מכן נעמוד על המבחן לאישורו של הסדר כובל, וניישמו על המקרה שבפנינו. בדברינו נתייחס גם לטענת המתנגדות בדבר ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי מצד תאגיד האיסוף. לבסוף נכריע בבקשה.

תאגיד האיסוף – האם הסדר כובל?

10. אנו סבורים, כדעת הממונה, כי תאגיד האיסוף מהווה הסדר כובל. תאגיד האיסוף הנו מיזם משותף, אשר "הוריו", מבקשות 2-5, יצרניות ומשווקות המשקאות הגדולות בישראל, משתפות ביניהן פעולה בהקמתו ובהפעלתו. נציין, כי המבקשות משווקות מדי שנה כ-85% מכמות המיכלים בני-הפיקדון אשר תאגיד האיסוף פועל לאיסופם ולמיחזורם.

אנו סבורים, כי תאגיד האיסוף נופל לגדרן של שתיים מהחזקות להגדרת הסדר כובל הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים. ראשית, מתקיימת כבילה לעניין המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם כאמור בסעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים. על-פי סעיף 2(ג) לחוק הפיקדון, כל יצרן או יבואן יכול לקבוע סכום פיקדון גבוה מ-25 אגורות עבור מיכלי המשקה המופצים על-ידו. במקרה של פעולה במסגרת תאגיד מיחזור, התאגיד יכול לקבוע את סכום הפיקדון עבור כל היצרנים והיבואנים אשר משתמשים בשירותיו באופן אחיד. ודוק, תיאום גובה הפיקדון בין היצרנים והיבואנים החברים בתאגיד אינו מתחייב על-פי סעיף 2(ג) לחוק הפיקדון. שנית, קמה החזקה הקבועה בסעיף 2(ב)(4) לחוק ההגבלים העסקיים, דהיינו כבילה לעניין כמות הנכסים או השירותים שבצד, איכותם או סוגם. תאגיד האיסוף מספק למעשה שירות אחיד בהיקפו וטיבו לאיסוף ומיחזור מיכלי משקה, ולהחזרת דמי הפיקדון לבתי העסק ולצרכנים. בשל קיומו של התאגיד, לא מתקיימת תחרות במקטע פעילות זה של "הורי" התאגיד (השווה"ע (י-ם) 13/93 הממונה על הגבלים עסקיים ואח' נ' המועצה הישראלית לצרכנות ואח', דינים מחוזי כרך לב(1) 129; ה"ע (י-ם) 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ ואח' נ' הממונה על הגבלים העסקיים ואח', דינים מחוזי כרך לד(4) 175).

על-פי "הלכת טבעול" (דנ"א 4465/98 טבעול נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו (1) 56, 95-97), החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים הן חזקות חלוטות לדבר קיומו של הסדר כובל, שכן ההנחה היא שבהתקיימן נפגעת התחרות, ואין

צורך להוכיח פגיעה ממשית בה. על אף המגמה בפסיקה ובספרות לבחינה עניינית של תחולת דיני ההגבלים העסקיים, "הלכת טבעול" נותרה בעינה גם כיום (ראו ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ ואח' (ניתן ביום 31.3.05) סעיפים 89-91 לפסק-הדין; ת"פ (י-ם) 385/98 מדינת ישראל נ' חברת טגר ואח' (הכרעת דין מיום 10.2.05) סעיפים 6-7; מ' (שיצר) גל "לבור את המוץ מהתבן – היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל בהתאם לפסיקה האחרונה" דין ודברים א' (תשס"ה) 533, 546-553, 558).

11. משמצאנו כי תאגיד האיסוף נופל לגדר שתיים מהחזקות לדבר קיומו של הסדר כובל, לא ראינו לנכון להידרש לשאלת היתכנות יצירתם של תאגידי מיחזור נפרדים בבעלות חברי תאגיד האיסוף, חלף פעולתם המשותפת במסגרת המיזם המשותף, לצורך בחינת היות התאגיד הסדר כובל. בדיקת שאלה זו נדרשת בהקשר לבחינת התקיימות המבחן הקבוע בסעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, היינו האם אחד הצדדים להסדר מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר (מ' מזרחי "מיזם משותף כהסדר כובל" משפטים כ"ג (תשנ"ד) 213, 234-233).

12. המבקשות טוענות, כי אופיו הציבורי של תאגיד האיסוף, אשר בא לידי ביטוי, בין השאר, באי-חלוקת רווחים, חובת מתן שירותים באופן שוויוני, כהונת דירקטורים חיצונים ואיסור מינוי נושאי משרה בעלי ניגוד עניינים, שולל את היותו הסדר כובל. אין אנו מקבלים טענה זו. כפי שציין הממונה, עצם סיווג גוף כמוסד ללא כוונת רווח אינו מפיג את החשש לפגיעה או הפחתה של התחרות במקטע פעילות מסוים של בעלי אותו גוף. יש לבחון את המהות הכלכלית והתחרותית של שיתוף הפעולה, ולא את הצורה הספציפית במסגרתה נעשה שיתוף פעולה זה (ראו P.E Areeda & H. Hovenkamp *Antitrust Law* (Vol. IA 2<sup>nd</sup> ed.) at pp. 254-256). במקרה זה קיימת פעילות כלכלית ופעילויות אחרות אשר מושפעות מפעולתו של תאגיד האיסוף. כך לדוגמא, יכולת הציבור להחזיר מיכלי משקה ריקים ולקבל חזרה את הפיקדון ששולם עבורם, התקשרות התאגיד עם אספנים מקצועיים, השירות הניתן לבתי העסק באיסוף מיכלי המשקה, העברת מיכלים ריקים למיחזור ועוד. משכך, אין לומר שתאגיד האיסוף עוסק בפעילות פילנתרופית, שאין בה כדי להשפיע על הסביבה התחרותית והכלכלית בו הוא פועל.

נוסיף, כי הגם ש"הורי" המיזם המשותף אינם מגבילים או כובלים עצמם במפורש, הרי שיתוף הפעולה בין המבקשות במסגרת תאגיד האיסוף יוצר חשש שפעילותן המשותפת תזלוג לשיתוף פעולה והעברת מידע באופן שיפגע בתחרות בתחום המשקאות (מ' מזרחי במאמרה הנ"ל, בעמ' 218-217, 234). אמנם, בית-הדין הציב

תנאים למניעת יצירת "שולחן משותף" כאמור, אך אין בכך כדי לאיין את היותו של תאגיד האיסוף הסדר כובל. המטרה בקביעת התנאים לפעולתו של הסדר, היא למזער את הנזק הכרוך בקיומו של ההסדר לתחרות, ואין בהם כדי לשלול את היותו הסדר כובל.

דיני ההגבלים העסקיים וחוק הפיקדון

13. אף שתאגיד האיסוף פועל על-פי הוראות חוק הפיקדון וכפוף לפיקוח המשרד לאיכות הסביבה (ראו למשל סעיף 10 לחוק הפיקדון), עדיין אין הוא פטור מבחינת פעילותו על-פי דיני ההגבלים העסקיים, ופיקוחו של המשרד לאיכות הסביבה אינו תחליף לפיקוחו של הממונה על ההגבלים העסקיים.

אין המדובר בהתנגשות דינים, השוללת את תחולת חוק ההגבלים העסקיים. חוק הפיקדון אינו מסדיר את פעולתו של תאגיד מיחזור מבחינת דיני התחרות, אלא הוא מסדיר את מנגנון האיסוף כפי שפורט לעיל, כאשר הוא מציב אפשרות לפעול במסגרתו של תאגיד מיחזור. ודוק, אנו סבורים כי חוק הפיקדון אינו מחייב קיומו של תאגיד מיחזור אחד ויחיד. הדבר לא עולה במפורש מלשון החוק, ואיננו מקבלים את פרשנות המבקשות לנאמר בהצעת החוק. התנאה על דיני ההגבלים העסקיים צריך שתעלה במפורש מתוך דבר חקיקה. חוק הפיקדון אינו קובע את ההסדר הכובל הכרוך בהקמה ובהפעלה של תאגיד מיחזור כלשהו. אנו סבורים, שאין הכרח כי מספר יצרנים או בעלי עסק יחברו להקמה משותפת של תאגיד מיחזור. לשון אחר, אין המדובר בכבילה אשר נעשתה על-פי דין, אשר אינה בבחינת הסדר כובל, כאמור בסעיף 3(1) לחוק ההגבלים העסקיים (השוו ערר (י-ם) 7/95 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי, כרך לב(1), 66; ה"ע (י-ם) 491/98 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תקדין מחוזי 99(1) 33011; ת"פ (י-ם) 419/97 מדינת ישראל נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ ואח', פסקה 55 לסימן קל"א להכרעת הדין; ד' גילה "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים ומונופולין" מתוך חוזים (כרך ג', תשס"ד) 675-673).

המבחן לאישורו של הסדר כובל

14. סעיף 9 לחוק ההגבלים העסקיים קובע, כי המבחן לאישורו של הסדר כובל על-ידי בית-הדין, הוא מבחן "טובת הציבור", וכי בית-הדין רשאי להתנות את אישורו של ההסדר בתנאים. על-פי סעיף 10 לחוק, עת נדרש בית-הדין לבחינת "טובת הציבור" בקיומו של הסדר כובל, עליו לשקול את מידת הפגיעה בתחרות ובציבור, אל מול



תרומתו של ההסדר לעניינים המפורטים בסעיף, ובסופו של יום עליו להכריע בשאלה "אם התועלת הצפויה לציבור תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לציבור או לחלק ממנו או למי שאינו צד להסדר." בין רשימת העניינים המפורטים בסעיף 10 ניתן למנות את ייעול הייצור והשיווק של נכסים או שירותים, הבטחת איכותם או הורדת מחיריהם לצרכן, וכן הבטחת היצע מספיק של נכסים או שירותים לציבור ומניעת פגיעה חמורה בענף חשוב למשק המדינה. רשימת עניינים זו אינה רשימה ממצה. נעיר, כי "טובת הציבור" תיבחן גם על-פי כוונת המחוקק אשר באה לידי ביטוי בדבר החקיקה הרלוונטי (ראו ה"ע (י-ם) 445 א.י. סי. אס מערכות כבלים בישראל בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, קובץ הגבלים עסקיים בהוצאת ועד מחוז ת"א של לשכת עוה"ד, 298 בעמ' 316).

כבר נפסק, כי כאשר נדרש בית-הדין לבקשה לאישור הסדר כובל אשר אושר בעבר, כמו במקרה דנן, אין הוא פטור מלבחון האם לא נשתנו הנסיבות, במובן זה שטובת הציבור לא תיפגע כתוצאה מאישור מחודש של ההסדר (ראו ה"ע (י-ם) 7009/02 דטה קאר ישראל בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח', דינים מחוזי כרך לד(4), 893, סעיף 12 לפסק-הדין; ה"ע (י-ם) 3276/99 ערוצי זהב ושות' ואח' נ' איגוד במאי קולנוע וטלוויזיה בישראל, דינים מחוזי, כרך לב(7) 594).

15. כאן המקום לומר, כי בחינת אישורו של תאגיד האיסוף תעשה לאור ההסדר הקיים בחוק הפיקדון, בנוסחו דהיום (השוו ה"ע (י-ם) 466/95 עידן חברה לכבלים בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח', דינים מחוזי כרך כו(4), 469). אין בכוונתנו, ואין זה מתפקידו של בית-הדין להגבלים עסקיים, לבקר את ההסדר הקבוע בחוק הפיקדון, או להעיר על תזכיר הצעת החוק לתיקון חוק הפיקדון שהופץ על-ידי המשרד לאיכות הסביבה (תזכיר הצעת חוק הפיקדון על מיכלי משקה (תיקון מס' 3) התשס"ה – 2005 – להלן: "תזכיר הצעת החוק"), ואשר הממונה הודיע על הפצתו לאחר הגשת הסיכומים בהליך זה.

עם זאת, אנו סבורים כי אין פטור בלא כלום, ובהמשך דברינו נתייחס במספר נקודות לתזכיר הצעת החוק, ככל שהוא מתייחס להיבטיו התחרותיים של חוק הפיקדון. תזכיר הצעת החוק נסמך על דו"ח שהוכן על-ידי חברת פארטו הנדסה בע"מ לבחינת שינויים בחוק הפיקדון לאור הניסיון שהצטבר בהפעלתו, והוגש ביולי 2004 למכון לחקר ישראל (להלן: "דו"ח פארטו"). נציין, כי בתזכיר הצעת החוק מוצע לשנות את ההסדר הקיים בחוק הפיקדון, באופן בו תוטל אחריות ישירה על יצרניות ויבואניות

המשקאות לעמוד ביעדים לאיסוף של מיכלי משקה ריקים והעברתם למיחזור, גם אם הם לא תפעלנה במסגרתו של תאגיד מיחזור. כזכור, על-פי ההסדר הנוכחי, החובה לעמוד ביעדי איסוף מוטלת אך ורק על תאגיד מיחזור. לנוכח הטלת האחריות על יצרניות ויבואניות המשקאות לאיסוף ומיחזור מיכלי המשקה הריקים, בתזכיר הצעת החוק מוצע לבטל את ההוראות הקיימות בחוק הפיקדון המסדירות את הקמתו ופעולתו של תאגיד מיחזור, כך שלא יהיה צורך באישור תאגיד מיחזור על-פי החוק, וממילא בטלה ההוראה האוסרת על תאגיד מיחזור לחלק רווחים בין חבריו. בתזכיר מובהר, כי אין מניעה מיצרניות ויבואניות, אשר ירצו בכך, להתאגד בכפוף להוראות כל דין, על-מנת לעמוד ביעדי האיסוף. השינוי המוצע נועד, כך לפי האמור בתזכיר הצעת החוק ובדו"ח פארטו, לעודד תחרות בתחום איסוף ומיחזור מיכלי המשקה הריקים.

אף שמדובר בתזכיר הצעת חוק לא מחייב בלבד, תזכיר זה הוא פרי עבודה כלכלית מקיפה ויש בו כדי להעיד על מגמות עתידיות בתחום פעילותו של תאגיד האיסוף. ועוד. אף שדו"ח פארטו צורף לעמדתה של אט"ד מבלי שנערך כחוות דעת ועורכיו לא נחקרו, המומחים מטעם הממונה ואט"ד התייחסו בדבריהם לדו"ח זה והפנו למספר נתונים המופיעים בו. אשר על כן, בהמשך נתייחס גם אנו בקצרה למובא בו.

בחינת "טובת הציבור" בקיומו של תאגיד האיסוף

16. מבחן "טובת הציבור" אשר משמשנו בבחינת הסדרים כובלים הנו מבחן תוצאתי, הבוחן את התועלות הכרוכות בהסדר הכובל אל מול הפגיעה הנשקפת ממנו לתחרות ולעניינים המנויים בסעיף 10 לחוק ההגבלים העסקיים.

התועלות אשר בצד תאגיד האיסוף

17. לא אחת, שיתוף פעולה בין עסקים נועד להגשים מטרות אחרות זולת הגבלת התחרות ביניהם. ככלל, יעילותה של פעילות כלכלית גדלה ככל שהיקף הפעילות מתרחב (רכישת יתרונות לגודל). בנוסף, ישנן משימות כלכליות אשר מחייבות שיתוף פעולה בין מספר עסקים, אשר כל אחד מהם לא יכול לבצען בעצמו, וישנן פעילויות, אשר פירותיהן נופלים בחלקם של הרבים, ובשל כך מתמרצות עסקים לבצען בכוחות משותפים (מ' מזרחי במאמרה הנ"ל, בעמ' 216-217).

ניתן לומר, כי תאגיד האיסוף הנו מיזם משותף אשר משרת את הציבור בכללותו, כמו את יצרני ויבואני המשקאות ובתי העסק הנהנים משירותיו. מאז הקמתו, פעל תאגיד האיסוף לאיסופם של מאות מיליוני מיכלי משקה ריקים, וכ-70 יצרני ויבואני משקאות משתמשים בשירותיו. תאגיד האיסוף פועל לאיסוף מיכלי המשקה מאלפי נקודות, השייכות לכ-1,500 בתי עסק שונים. לשם כך הקים תאגיד האיסוף מערך לוגיסטי לאיסוף ולשינוע מיכלי המשקה הריקים מבתי עסק ומאספנים. בנוסף מתפעל התאגיד מכונות אוטומטיות להשבת מיכלים. התאגיד אף פועל למיון המיכלים ולהעברתם למיחזור. התאגיד הקים מערכת כספים, המקבלת את דמי הפיקדון מיצרני ויבואני המשקאות מצד אחד, ומשיבה אותם לבתי העסק ולצרכנים, מצד שני. התאגיד גם משלם דמי עידוד לאספנים, על-מנת שירחיבו את פעילות האיסוף.

לדברי המבקשות, כמעט כל המיכלים שנאספים מופנים למיחזור. בשנת 2002 אסף התאגיד והפנה למיחזור כ-35% מכלל המיכלים בני הפיקדון אשר יוצרו ושווקו באותה שנה. בשנת 2003 עמד שיעור האיסוף על 62% ואילו בשנת 2004 עמד הוא על 55%. כמות המיכלים שנאספה והועברה למיחזור עומדת על למעלה מ-830 מיליון, בנפח של כ-700 אלף מ"ק.

18. עולה, אפוא, כי תרומתו של תאגיד המיחזור נעוצה בעיקר בהגברת כמויות איסוף מיכלי המשקה הריקים, אשר לולא כן ספק אם היו מושגות, ועל כך עוד נעמוד בהמשך. יש בפעולה זו כדי לקדם את תכליותיו של חוק הפיקדון, אותן ציינו לעיל, ובראשן שמירה על איכות הסביבה (שיפור רמת הניקיון ברשות הרבים, חסכון בנפח הטמנה באתרי הפסולת, קידום המיחזור לרבות הפחתת צריכת הדלק וזיהום האוויר במפעלים המשתמשים בחומר הממוחזר, הגברת המודעות בקרב האוכלוסייה לנושא איכות הסביבה בכלל ולמיחזור בפרט). אין צורך להכביר מילים על החשיבות שבשמירה על איכות הסביבה. סביבתו של האדם, ובה הקרקע, המים והאוויר, היא הבסיס לקיומו הפיזי והרוחני כאחד. איכות חייו של אדם מושפעת במידה לא מבוטלת מאיכות סביבתו (ראו בג"צ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל ואח', פ"ד נח(3) 503, 513-512).

אי-עמידה ביעדי האיסוף

19. הטענה המרכזית אשר בפי הממונה היא, כי הניסיון שנצבר במהלך תקופת פעולתו של תאגיד האיסוף מלמד, כי בהעדר תחרות כלשהי, פעל התאגיד באופן בזבזני, שיש בו כדי לפגוע במטרות שביסוד חוק הפיקדון. לשיטת הממונה, הכספים שבזבזו על-ידי תאגיד האיסוף היו עשויים לשמש מקור למימון הגדלת כמויות המיכלים הנאספים ולשיפור נגישות הציבור למקומות בהם ניתן להחזיר את מיכלי המשקה הריקים שברשותו וקבלת דמי הפיקדון בגינם. לביסוס טענתו, הממונה מצביע על אי עמידה של תאגיד המיחזור ביעדי האיסוף המקוריים שנקבעו בחוק הפיקדון, בצד נקיטת פעולות להורדת יעדי האיסוף. עמדתה של אט"ד בעניין הפחתת יעדי האיסוף היא, כי הפחתה זו מנוגדת לאינטרס הציבורי ופוגעת בהגשמת יעדי חוק הפיקדון.

20. עיון ביעדי האיסוף שנקבעו בחוק הפיקדון ובתקנות הפיקדון, כמו גם בנתונים אודות שיעורי האיסוף בפועל, מלמד כי אכן תאגיד האיסוף לא עמד ביעדי האיסוף המקוריים שנקבעו בחוק הפיקדון. יעדי האיסוף המקוריים שנקבעו בסעיף 8(א) לחוק הפיקדון, הופחתו במסגרת תקנה 6' לתקנות הפיקדון. יעד האיסוף לשנת 2002 הופחת משיעור של 60% לשיעור של 50%. יעד האיסוף לשנת 2003 הופחת משיעור של 70% לשיעור של 60%. יעד האיסוף לשנת 2004 הופחת משיעור של 80% לשיעור של 62% (זאת לאחר שקודם לכן הופחת הוא לשיעורים של 70% ו-65%). יעד האיסוף לשנת 2005 הופחת משיעור של 85% לשיעור של 80% (תקנות הפיקדון על מיכלי משקה, תשס"א-2001, תיקון מיום 23.12.02, ק"ת 6215, תשס"ג, עמ' 318; תיקון מיום 23.2.05, ק"ת 6372, תשס"ה, עמ' 452). גם לאחר הורדת יעדי האיסוף כאמור, לא עמד תאגיד האיסוף ביעדים שנקבעו לשנים 2002 ו-2004 (באוספו 35% ו-55% בלבד בהתאמה מכמות המיכלים ששווקה אותן שנים על-ידי היצרנים והיבואנים המשתמשים בשירותיו), ונקנס בהתאם.

21. הממונה הצביע על סוגי הוצאות שהוציא התאגיד, אשר יש בהם להעיד, לשיטתו, על התנהלות בזבזנית בכספיו, דבר זר למטרות לשמן הוקם. כך למשל, תאגיד האיסוף הוציא מדי שנה כחצי מיליון שקלים עבור יועץ תקשורת ושתי חברות שתדלנות (לוביסטים), שמטרתם היתה לפעול להורדת יעדי האיסוף שנקבעו בחוק ובתקנות. עוד הוברר, כי לאחר שראו ראשי תאגיד האיסוף שהוא צפוי לעבור את יעד האיסוף המופחת שנקבע לו לשנת 2003, הם נקטו בצעדים על-מנת להקטין את כמות האיסוף לאותה שנה. בין השאר, הודיע תאגיד האיסוף כי ישלם דמי עידוד מוגדלים בחודש ינואר 2004, על-מנת שאספנים ישמרו את המיכלים שאספו ויעבירו אותם לתאגיד רק בחודש ינואר 2004. כלומר, התאגיד גרם להוצאה כספית על-מנת להסיט את האיסוף מחודש דצמבר

2003 לחודש ינואר 2004. הוצאה בזבזנית נוספת לטענת הממונה, היא תשלום מענק הסתגלות בסך של כ-285,000 ש"ח בשנת 2004 למנכ"ל הקודם של תאגיד האיסוף. הממונה מדגיש, כי כל שקל מבזבז משמעו הקטנת מקורות המימון לאיסוף מיכלי משקה, ומכאן קצרה הדרך לאי-עמידה ביעדי האיסוף.

22. המבקשות טוענות מנגד, כי יעדי איסוף אשר נקבעו מלכתחילה אינם ריאליים. המבקשות מבססות טענה זו על חוות דעתו של פרופ' ברנע לפיה, פעילות התאגיד במסגרת הקבועה בחוק, דהיינו בהינתן פיקדון בשיעור של 25 אג', לא תוכל להיות מאוזנת בהיקפי איסוף של מעל ל-65% (עמ' 71-72 לפרוטוקול). הסיבה לכך היא, שאחד ממקורות המימון העיקריים של התאגיד הוא הפרשי דמי הפיקדון בין סכום דמי הפיקדון שהתקבל ובין הסכום שהוחזר לציבור. הן פרופ' ברנע והן פרופ' חורש סבורים, כי מאחר ומקור ההכנסות העיקרי של תאגיד האיסוף הוא הפרשי דמי הפיקדון, הרי שככל ששיעור האיסוף יגדל, כך יקטנו המשאבים הכספיים העומדים לרשות התאגיד (הסכום שמוחזר לציבור יגדל ולכן הפרש דמי הפיקדון יקטן), וההוצאות המשתנות הכרוכות באיסוף המיכלים תגדלנה. לסברתו של פרופ' חורש, נקודת האיזון לפעילות התאגיד בהינתן דמי פיקדון בשיעור הקיים עומדת על שיעור איסוף של 60%, כאשר אם מבקשים להעלות את יעדי האיסוף, אזי יש להעלות בהתאמה גם את גובה דמי הפיקדון.

בנוסף, המבקשות הצביעו על מספר גורמים, אשר לשיטתן פגעו ביכולתן לעמוד ביעדי האיסוף. הגורם האחד הוא אי-אכיפה מספקת של חוק הפיקדון על בתי העסק, אשר מערימים קשיים על צרכנים בהחזרת מיכלי המשקה הריקים, וכתוצאה מכך מפחיתים את הכמות הנאספת ומועברת לתאגיד האיסוף. הגורם השני הוא העדר מודעות מספקת של צרכנים להשבת מיכלי המשקה, אשר גם הוא מפחית את הכמות הנאספת. הגורם השלישי הוא המע"מ שעל יצרניות ויבואניות המשקאות לשלם בגין דמי הפיקדון שנגבה, אשר הפחית למעשה את מקור המימון לפעילות התאגיד.

23. אנו סבורים, כי אכן נוצר "פרדוקס" בהסדר אותו מתווה חוק הפיקדון. מאחר ומקור המימון העיקרי של תאגיד האיסוף הוא הפרשי דמי הפיקדון בין הסכום שנגבה ובין הסכום שמוחזר לציבור הצרכנים, הרי שככל ששיעור האיסוף גבוה יותר, כך קטנים המשאבים הכספיים העומדים לרשות התאגיד. בה בעת, ההוצאות המשתנות של תאגיד האיסוף, אשר סכומן פרופורציוני לכמות הנאספת, תגדלנה ככל שהתאגיד יאסוף יותר מיכלים. עולה אפוא, כי בעוד שמטרת חוק הפיקדון והאינטרס הציבורי היא להגדיל את כמות מיכלי המשקה הריקים אשר נאספת ומועברת למיחזור, הרי שחוק הפיקדון יוצר

מעין "מחסום מימוני" לפעולת תאגיד האיסוף, ומאפשר פעולה מאוזנת בהיקפי איסוף של עד 65%. אכן, אין לשלול שפעילות יעילה יותר מצד תאגיד האיסוף הייתה מובילה לשיעור איסוף גבוה יותר מזה שהושג בפועל, ואולם מדובר בתוספת שולית ולא בשינוי מהותי. לא על בית הדין המלאכה לפתור "פרדוקס" זה, אולם אין הוא בן חורין להתעלם ממנו.

תמונת הראי היא, כי הפחתת יעדי האיסוף משמעה הותרת הפרשי דמי הפיקדון בשיעורים גבוהים יותר בידי תאגיד האיסוף בצד הפחתת כמות מיכלי המשקה המפונים וסכום דמי פיקדון המוחזרים לציבור (סעיף 14 לתצהירו של ד"ר חגאי). כמו-כן, בצד אי עמידה ביעדי האיסוף מוטלת סנקציה בדמות תשלום כפל דמי הפיקדון בגין כל מיכל שלא נאסף מתחת לשיעור היעד, כלומר הקטנת מקורות המימון לאיסוף המיכלים. ד"ר חגאי מסר בעדותו בפנינו, כי הוא חישב ומצא כי מימון כפל הקנס בגין אי עמידה ביעדי האיסוף לשנת 2004 (כאמור נאספו 55% מהמיכלים שעה שיעד האיסוף עמד על שיעור של 62%), בוצע למעשה מהפרשי דמי הפיקדון שנותרו בידי תאגיד האיסוף, וכי הפחתת יעד האיסוף נעשתה על-מנת שתאגיד האיסוף יוכל לשלם את כפל הקנס מכספי הפיקדון שנותרו בידו.

24. נאמר לעניין יעדי האיסוף, כי אין אנו רואים לנכון להביע עמדתנו באשר לשיעור האיסוף האופטימאלי. נתון זה צריך שייקבע על-ידי הגורמים המקצועיים במשרד לאיכות הסביבה, תוך שקילת מכלול הנתונים הרלוונטיים. לענייננו, די לנו בנתון כי תאגיד האיסוף לא עמד ביעד האיסוף שנקבע לו בשנת 2004. נתון זה מלמד על פגיעה בציבור במספר היבטים. ההיבט הראשון הוא ההיבט הכספי. בפועל, רוב מיכלי המשקה אינם מוחזרים על-ידי הצרכנים אלא על-ידי אספנים מקצועיים. רק כ-3% בלבד ממיכלי המשקה מוחזרים על-ידי הצרכנים, כך שלמעשה דמי הפיקדון מהווים מס צריכה בסך כ-170 מיליון ₪ בשנה (עמ' 14-15 לחוות דעתו של פרופ' חורש). עובדה זאת נובעת, בין היתר, מהיעדר נגישות מספקת (מכונות איסוף ומרכזי איסוף) לציבור הרחב להחזרת מיכלי המשקה שברשותו. כך לדוגמא, עד נובמבר 2004 הוצבו כ-100 מכונות אוטומטיות, שעה שלדברי יו"ר דירקטוריון התאגיד לשעבר, מר אריה, נדרשות כ-400 עד 500 מכונות. נציין, כי גם אט"ד הכירה בבעיית נגישות הציבור להחזרת מיכלי המשקה הריקים ואי עמידת תאגיד האיסוף ביעדי האיסוף. ההיבט השני הוא היבט איכות הסביבה. אם תאגיד האיסוף אינו עומד ביעדים שנקבעו לו בחוק ובתקנות, הרי שהדבר פוגע ישירות במטרות החוק עליהן עמדנו לעיל בהיבט איכות הסביבה.

25. נעבור עתה לבחינת ההיבט הכלכלי-תחרותי שביסוד פעולת תאגיד האיסוף, ונבחן האם אכן ישנם יתרונות משמעותיים לגודלו של התאגיד, שהוא פרי שיתוף פעולה של יצרניות ויבואניות המשקאות הגדולות בישראל, או שמא פועל הוא בחוסר יעילות, באופן אשר פוגע בציבור ומחייב את פירוקו וכינון תחרות בין מספר תאגידי מיחזור.

האם יש מקום לכינון תחרות בין מספר תאגידי מיחזור

26. הממונה והמבקשות חלוקים ביניהם בשאלת ההיתכנות להקמת מספר תאגידי מיחזור, ובשאלה האם פעולתו של תאגיד מיחזור יחיד עדיפה כלכלית על-פני פעילותם של מספר תאגידי מיחזור, בהנחה כי אכן אפשרות כזו היא ריאלית.

27. לטענת המבקשות, תאגיד אחד יפעל באופן יעיל יותר ממצב בו פועלים מספר תאגידיים. הסיבה לכך נעוצה, לשיטתן, מיתרונות לגודל, אשר מפחיתים את עלות האיסוף השולית. המבקשות נסמכות על תצהירה של גב' אסתר מצא-רום, סמנכ"לית לענייני כספים של תאגיד האיסוף, ועל חוות דעתו של פרופ' ברנע, לפיהם דפוס פעילות של תאגיד יחיד, יש בו כדי לחסוך משמעותית בעיקר בעלויות הובלה ומיון ובהוצאות הנהלה וכלליות.

לדעת פרופ' ברנע, סך עלויות התפעול המשתנות צפוי לגדול עם פיצול תאגיד האיסוף למספר תאגידיים. לשיטתו, עבור אותה רמת איסוף באותה רמת שירות, הפיצול ייקר את הוצאות השינוע, המיון ושאר העלויות המשתנות. אשר לעלויות הקבועות, כגון הוצאות הנהלה וכו', לדידו פיצול כאמור לא יכול להוזיל את פעילות התאגיד. על-פי חישוביה של גב' מצא-רום, המעבר מתאגיד יחיד לשלושה תאגידיים כרוך בתוספת של כ-42% לעלות האיסוף של מיכל בודד (12.36 אג' לעומת 17.57 אג'). גב' מצא-רום מצאה, כי שיעור החיסכון השנתי של פעילות תאגיד מיחזור יחיד לעומת פעילות של שלושה תאגידיים עומד על כ-18.6 מיליון ₪, כמחצית מתקציב הפעילות השנתי של תאגיד האיסוף (עמ' 129-130 לפרוטוקול).

ודוק. גב' מצא-רום לא כללה בחישובה תוספת עלות בגין מיון מיכלים, מתוך הנחה כי כל תאגיד מיחזור יוכל לאסוף כל מיכל משקה של כל יצרן או יבואן. הממונה התייחס לעלות המיון, בהביעו את הדעה כי לא תידרש תוספת עלות משמעותית בגין מיון המיכלים, בהשוואה לעלות מיון המיכלים כיום. לאור העובדה, כי עלות המיון

ממילא לא נכללה בחישובה של גב' מצא-רום, לא מצאנו לנכון להידרש לסוגיה זו, לרבות להסדר אפשרי של סליקה צולבת ולעלותו.

28. אשר לעלות ההובלה, הרי שגב' מצא-רום מצאה כי התוספת המשמעותית במצב של ריבוי תאגידים צפויה להיות תחת סעיף הוצאות זה. לשיטתה, התוספת הצפויה היא בשיעור של 2.25 אג' למיכל (מ-3 אג' ל-5.25 אג', גידול של כ-75%), אשר נובעת מהגדלת מרחקי ההובלה. הנחת המוצא של גב' מצא-רום הייתה, שכל תאגיד יתפרש בכל רחבי הארץ (עמ' 138-139 לפרוטוקול), ולכן הכפילה את זמן הנסיעה של תאגיד האיסוף במספר התאגידים.

הנחת המוצא של גב' מצא-רום, לפיה במצב של ריבוי תאגידים יתפרשו הם במידה שווה, אינה בהכרח נכונה. כפי שציין הממונה, ייתכן כי במצב של ריבוי תאגידים, יחליט כל תאגיד על פעולה באזור גיאוגרפי מסוים, על-פי שיקולים כלכליים (סעיף 62 לתצהירו של ד"ר חגאי ודברי פרופ' ברנע בעמ' 104, 107-110 לפרוטוקול). כמו-כן, יש לערוך בדיקה של חיוניות ההוצאות, שכן ברי שתאגיד האיסוף, אשר במתכונת דהיום פועל כתאגיד יחיד, אינו יכול להוות אבן בוחן לעלויות תפעול של תאגיד הפועל במצב של תחרות.

29. אשר להוצאות הנהלה וכלליות, גב' מצא-רום סבורה כי פעילות מספר תאגידים כרוכה בשכפול עלויות (כמספר התאגידים) כגון שכר מנהלים, שכר דירה, שירות לקוחות, שירותים משפטיים וחשבונאיים, פרסום ועוד. לשיטתה, תוספת העלות הצפויה בסעיף זה עומדת על 2.76 אג' למיכל (מ-2.01 אג' ל-4.77 אג'). גב' מצא-רום חישבה תוספת זאת לפי חלוקה של מחצית עלות קבועה ומחצית משתנה, כאשר רק החלק הקבוע הוכפל במספר התאגידים (עמ' 6 לתצהיר וכן עמ' 134 לפרוטוקול).

גם כאן נאמר, כי לא ניתן להתבסס לחלוטין על הוצאות תאגיד האיסוף כיום כבסיס למדד הצפוי של הוצאות במצב של ריבוי תאגידים, שכן ייתכן שבמצב של שיווי משקל בשוק תחרותי תאגידי מיחזור יפעלו באופן יעיל יותר ויקצצו בסעיף הוצאות זה.

30. גם אם נקבל את טענות הממונה, כי הערכותיה של גב' מצא-רום בנוגע להוצאות ההובלה במצב של ריבוי תאגידים מוטות כלפי מעלה, הרי שלא ניתן לקבל את טענתו כי עלויות ההובלה לא תגדלנה כלל. אנו סבורים, כי גם אם התעבורה לא תגדל ביחס של מספר התאגידים, עדיין תהא חפיפה, ולו חלקית, בפעילות האזורית, ולכן עלויות



ההובלה באותם אזורים תגדלנה. אשר להוצאות הקבועות (הנהלה וכלליות), נראה לנו כי בהעדר ניסיון בפעולה של מספר תאגידי מיחזור, קשה לתת אומדן מבוסס באשר להוצאות הקבועות הנדרשות להפעלת תאגיד מיחזור בודד. לדעתנו, גם לאחר הפחתת העלות עליה הצביעה גב' מצא-רום, עדיין נקבל תוספת עלות למשק בסעיפי עלות ההובלה וההוצאות הקבועות, גם ללא הוצאות מיון. ויודגש, כי אין בדעתנו זו כדי להביע עמדה כלשהי בדבר העלויות שתידרשנה לכינון משטר תחרותי בהינתן הסדר שונה מההסדר הקיים כיום בחוק הפיקדון.

הסבירות לכינונה של תחרות במצב המשפטי הקיים

31. לטענת הממונה כאמור לעיל, תאגיד האיסוף פועל כמונופול בלתי יעיל לאיסוף מיכלי משקה, דבר הגורם נזק לציבור בהיבט הכספי ובהיבט איכות הסביבה. זאת, מכיוון שהוא התאגיד היחיד שאושר על-פי חוק הפיקדון הפועל לאיסוף מיכלי משקה. לשיטת הממונה, הפתרון למצב זה טמון בכינונה של תחרות בין מספר תאגידי מיחזור, אשר תדרבן את התאגידים לפעול ביעילות ולהגיע ליעדי איסוף גבוהים יותר. כינונה של תחרות כאמור יתאפשר אם לא יאושר המשך פעילותו של תאגיד האיסוף, אשר כאמור הנו מיזם משותף של יצרניות ויבואניות המשקאות הדומיננטיות, המשווקות כ-85% מהמיכלים בני הפיקדון בשנה.

המבקשות מצדן טוענות, כי ליצרני המשקאות אין אינטרס כלכלי להקים מספר תאגידי מיחזור חלף תאגיד האיסוף. לשיטתן, כל יצרן משקאות בודד יעדיף להעביר את כספי הפיקדון לקרן לשמירת ניקיון, ולא לשאת בעלויות ובסיכון הכרוכים בהקמה ובהפעלה של תאגיד מיחזור, אשר פועל ללא מטרות רווח. לסברתן, האינטרס הכלכלי של יצרן לא יביא אותו להקים תאגיד בו הוא חשוף לכפל קנס.

32. נקדים ונאמר, כי לאחר שבחנו את טענות הצדדים ואת חוות הדעת שהביאו, מצאנו כי במצב המשפטי הקיים של חוק הפיקדון, לא קיימת סבירות גבוהה כי אם לא נאשר את המשך הפעלתו של תאגיד האיסוף יקומו תחתיו מספר תאגידי מיחזור, למצער לא בתקופה הקרובה. מסקנה זו הביאה אותנו לכלל דעה, כי טובת הציבור היא כי יש לאשר את המשך פעילותו של תאגיד האיסוף. נרחיב עתה ונבאר, כאשר הנחת המוצא שלנו היא כי חוק הפיקדון בנוסחו היום ממשיך לעמוד בתוקפו.

33. תחילה נצייר את תמונת המצב ביום שלאחר אי-אישורו של תאגיד האיסוף. בהיעדר פעולתו של תאגיד מיחזור, צרכנים זכאים להחזיר את מיכלי המשקה הריקים לבתי העסק, ולקבל חזרה את דמי הפיקדון, ואילו בתי העסק זכאים להחזיר את המיכלים ליצרנים וליבואנים ולקבל את החזר הפיקדון (סעיף 6(א) לחוק הפיקדון). על-פי הוראות חוק הפיקדון, על יצרן או יבואן אשר אינו מקבל שירותים מתאגיד מיחזור, מוטלת חובה לקבל מיכלים חזרה ולהשיב את דמי הפיקדון עבורם (קבלה פאסיבית). ועוד. כל יצרן ויבואן חייב להעביר לפחות 90% מהמיכלים הריקים למיחזור (תקנה 3(א) לתקנות הפיקדון). את ההפרש בין סך דמי הפיקדון אשר גבה אותו יצרן או יבואן ובין סך דמי הפיקדון שהוחזרו תמורת מיכלי המשקה הריקים, חייב היצרן להעביר לקרן לשמירת ניקיון (סעיפים 4(א), 7(ב) ו-8(א) לחוק הפיקדון). עולה, אפוא, כי בהיעדר תאגיד מיחזור חוק הפיקדון אינו יוצר ליצרן או ליבואן מקורות למימון הפעולה של קבלת המיכלים והעברתם למיחזור, כלומר, הוא נדרש לממן את הוצאות הטיפול מכיסו (לדוגמא: אחסון ושינוע של המיכלים, הוצאות גבייה ותשלום של דמי הפיקדון). הממונה טען, כי מעבר להוצאות הכרוכות בקבלה ובטיפול במיכלי המשקה הריקים, עשויות להיות ליצרן או ליבואן בנוסף גם הוצאות בגין איסוף מיכלים מחצרי בתי העסק, אם אלו יידרשו מיצרן או יבואן לעשות כן כחלק מתנאי ההתקשרות. בהיעדר חובה לעשות כן בחוק הפיקדון, לא נוכל להתייחס להוצאות תיאורטיות אלו.

34. טוען הממונה, כי יצרן או יבואן אשר יידרש לממן מכיסו את ההוצאות עבור קבלה וטיפול במיכלי המשקה, יבכר להקים תאגיד מיחזור, באמצעותו ימלא את חובותיו על-פי חוק הפיקדון, ועל-ידי כך יחסוך מעצמו את הטרחה וההוצאות הכרוכות בטיפול במיכלי המשקה הריקים. במצב זה פטור היצרן או היבואן מהחובה להעביר לקרן לשמירת ניקיון את הפרשי דמי הפיקדון (סעיף 8(א) לחוק הפיקדון), ואלו עשויים לשמש כמקור למימון הוצאות הטיפול בידי התאגיד.

35. מנגד טוענות המבקשות, כי בהיעדר תאגיד מיחזור, יצרנים ויבואנים יהיו אדישים בבחירה בין חלופת התקשרות עם תאגיד מיחזור או הקמתו ובין החלופה של מילוי החובה הפאסיבית של קבלת מיכלי משקה ריקים והעברתם למיחזור (סעיפים 11-12 לחוות דעתו של פרופ' ברנע). המבקשות טוענות, ואנו מקבלים את טענתן, כי במצב בו פועל תאגיד מיחזור, היצרנים והיבואנים החברים בו מעבירים את מלוא דמי הפיקדון לתאגיד, זאת מכיוון שהתאגיד אינו גורם יצרני ואין לו מקורות הכנסה (מלבד הכנסה מסוימת ממכירת חומר הגלם שנוצר בתהליך המיחזור ומהריבית בגין דמי הפיקדון). הפרשי דמי הפיקדון דרושים לשם הפעלתו השוטפת, ומהווים למעשה את מקור הכנסתו

העיקרי. פרופ' ברנע מסר בחוות דעתו המשלימה, כי גם במצב של תחרות בין מספר תאגידי מיחזור, לא סביר שייווצר רווח, או שיצרנים ויבואנים יוכלו לשמור אצלם את דמי הפיקדון העודפים. אלו לשיטתו ישמשו כמקור למימון תפעול התאגיד (ראו גם עמ' 113 לפרוטוקול).

נציין בשולי הדברים, כי רמת רווחיות התאגיד תלויה במידה רבה ביעדי האיסוף בהם יצטרך לעמוד (עמ' 2-3 לחוות דעתו המשלימה של פרופ' ברנע), כאשר הוא צפוי לכפל קנס אם לא יעמוד ביעדים אלו, דבר המפחית מהאפשרות לראות בתאגיד מיחזור כמקור רווח (ולעיל עמדנו על "הפרדוקס" שבין הגדלת יעדי האיסוף ובין ההוצאות המתלוות לכך). זאת ועוד. כשם שהממונה טוען שחברי התאגיד עשויים ליהנות מרווחיו, כך צפויים הם לשאת בהפסדיו, דבר המפחית מהתמריץ הכלכלי לו טוען הממונה (ראו דברי פרופ' ברנע בעמ' 82-83 לפרוטוקול). נוסף, כי כיום חברי תאגיד האיסוף העמידו ערבויות לפעילותו (עמ' 202 לפרוטוקול).

36. המבקשות טוענות, כי אם לא יאושר המשך פעילותו של תאגיד האיסוף, יצרנים ויבואנים לא ימהרו להקים בעצמם מספר תאגידי מיחזור, זאת בשל חשש מ"טרמפוזם" (free riding) מצד יצרנים ויבואנים אחרים. כאמור, חוק הפיקדון מטיל חובה על תאגיד מיחזור להעניק שירותים לכל יצרן או יבואן בתנאים שוויוניים, אף לאלו אשר אינם חברים בו. על-פי טענה זו, יצרנים ויבואנים יעדיפו להמתין עד אשר יצרן או יבואן אחר יקים תאגיד מיחזור, ואז יוכלו לקבל שירותים מאותו תאגיד מבלי לשאת בעלויות ובסיכונים של מקים התאגיד (עמ' 5-6 לחוות דעתו המשלימה של פרופ' ברנע; עמ' 318-319 לפרוטוקול).

מנגד, הממונה מציין את סעיף 8א(ב) לחוק הפיקדון, אשר מגן על האינטרס הכלכלי של בעלי תאגיד מיחזור בקובעו כדלקמן:

"תאגיד מיחזור יאפשר לכל יצרן, יבואן או בית עסק, בין שהוא חבר בתאגיד ובין שאינו חבר בו, להשתמש בשירותים שהוא נותן, בתנאים שוויוניים; לעניין זה לא יראו פגיעה בתנאים שוויוניים קביעת תנאים שיאפשרו לתאגיד המיחזור החזר הוצאותיו הראשונות וכיסוי ההוצאות התפעוליות שלו."

הווי אומר, תאגיד מיחזור יכול לקבוע, במסגרת התקשרות למתן שירותי איסוף, תנאים אשר יבטיחו את פיזור הסיכון הכלכלי הכרוך בהקמתו ותפעולו השוטף, גם על מי שאינו חבר בתאגיד. זאת, מבלי שהדבר ייחשב כהפרה של החובה להעניק שירותים בתנאים

שוויוניים. כמובן, בהנחה כי מדובר בתנאים הוגנים וסבירים. לדעת הממונה, במצב זה יגבר האינטרס הכלכלי של היצרן למזער את ההוצאות הכרוכות בקבלה ובטיפול במיכלי המשקה הריקים (במיוחד כאשר מדובר ביצרן משקאות גדול דוגמת המבקשת 2, החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ) על-פני הסיכון לכאורה אותו הוא נוטל בהקימו תאגיד מיחזור, ולמרות חששו מפני "טרמפזם" מצד יצרנים ויבואנים אחרים.

37. לטעמנו, שאלת היום שאחרי אי-אישורו של תאגיד האיסוף היא שאלת המפתח בבקשה זו. מטבע הדברים, כמו בכל תחזית, קשה לקבוע מה יקרה בפועל במקרה שלא יאושר המשך פעילותו של תאגיד האיסוף (ראו גם דבריו של פרופ' ברנע בעמ' 112, 117 לפרוטוקול). גם אם נסכים עם עמדת הממונה, אשר זוכה לתמיכה מסוימת על-ידי אט"ד ובוודאי על-ידי המתנגדות, לפיה תאגיד האיסוף אינו פועל ביעילות, עדיין מצאנו כי תוחלת הנזק הצפוי לאור ה"עמימות" באשר להסתברות הקמתם של תאגידי מיחזור אחרי פירוקו של תאגיד האיסוף עולה בהרבה על הנזק כתוצאה מחוסר יעילותו של תאגיד האיסוף.

הממונה טוען, כי לאור הלחצים הכלכליים עליהם עמדנו לעיל, שיוטלו על יצרני ויבואני המשקאות שיפעלו ללא תאגיד, סביר שיקומו תאגידי תוך פרק זמן קצר. עם זאת, ד"ר חגאי לא יכול היה להעריך תוך כמה זמן יוקמו תאגידי מיחזור נוספים, תוך שהוא מודה כי קיימת אפשרות שיעבור זמן רב עד שיקומו תאגידי מיחזור נוספים, וכי כלל לא ברור שיקומו מספר תאגידיים. לדעת ד"ר חגאי, משך הזמן תלוי במידת הלחץ שיופעל על יצרני ויבואני המשקאות מצד רשתות השיווק. ד"ר חגאי אף ציין בפנינו את האפשרות, כי ייתכן והמשרד לאיכות הסביבה יאלץ לפעול למימון איסוף אקטיבי (כזכור בהיעדר תאגיד מיחזור על היצרנים והיבואנים מוטלת חובה פאסיבית בלבד לקבל את מיכלי המשקה המובאים לפתחם) במימון הקרן לשמירת ניקיון, או אף לבטל את החוק מאחר והציבור לא מקבל חזרה את דמי הפיקדון.

בנקודה זו מתגלית חולשת עמדתו של הממונה. הממונה לא יכול להעריך, מטבע הדברים יש לומר, מה הסבירות להקמת מספר תאגידי מיחזור ביום שאחרי, לכשתופסק פעילותו של תאגיד האיסוף. לא נוכל להסתמך על הדוגמא אותה ציין ד"ר חגאי (עמ' 316 לפרוטוקול), בדבר פרק הזמן שנדרש לפתרון סכסוך עסקי בין חברת שטראוס ובין אחת מרשתות השיווק, שכן היא איננה ממין העניין. במצב דברים זה, ניתן לומר, כי גם הממונה עצמו שרוי בחוסר וודאות בנוגע למשך הזמן של הדינאמיקה בתקופת הביניים עד להקמת מספר תאגידיים, אם בכלל, במצב המשפטי הקיים, ועל כן לא ברורה לנו

נחישותו להפסיק את פעילות תאגיד האיסוף, מבלי שיש בידו להצביע על פתרון סביר לטובת הציבור בתקופת הביניים, כל עוד חוק הפיקדון הנוכחי עודנו שריר וקיים.

38. בהעדר ראיה כלשהיא שקיימת חלופה ישימה לפעילותו של תאגיד האיסוף, עלול להיווצר מצב בו לא יהיה תאגיד איסוף והיצרנים והיבואנים יפעלו אך ורק למילוי חובתם בקבלת מיכלי משקה ריקים, דהיינו איסוף פאסיבי, תחת המצב הקיים כיום של איסוף אקטיבי. נזכיר בהקשר זה, כי טרם הקמת תאגיד האיסוף שיעור האיסוף של מיכלים עליהם חל חוק הפיקדון היה שולי, ועובדה היא כי שיעור האיסוף של מיכלים בנפח 1.5 ליטר, עליהם לא חל חוק הפיקדון הנו נמוך, ועומד על שיעור של 15%-20%.

כפי שפורט לעיל, חוק הפיקדון יוצר הבדל מהותי מבחינת כמות האיסוף בין מצב בו הוראות החוק מופעלות באמצעות תאגיד מיחזור ובין מצב בו לא נעשה שימוש בתאגיד מיחזור. הכוונה היא לחובתו של תאגיד מיחזור לעמוד ביעדי האיסוף. חובה זו גורמת לכך שהתאגיד נדרש לפעילות איסוף אקטיבית, בעוד יצרן או יבואן משקאות, אשר לא משתמש בשירותיו של תאגיד מיחזור, כפוף לחובה פאסיבית של קליטת מיכלים ריקים המובאים לחצריו. נוסף על כך, יצרן או יבואן מחויב להעביר את הפרשי דמי הפיקדון לקרן לשמירת ניקיון. הפרשי דמי הפיקדון מהווים את המקור העיקרי למימון פעילות איסוף אקטיבית (עמ' 4 לחוות דעתו המשלימה של פרופ' ברנע).

התוצאה הצפויה היא, אפוא, ירידה ניכרת בשיעורי האיסוף (ירידה אשר יש בה להפחית במקביל את הנטל הכלכלי המוטל על יצרני ויבואני המשקאות בגין הטיפול במיכלי המשקה הריקים המוחזרים לפתחם), פגיעה בענף המיחזור, וירידה ברמת הנגישות של הציבור למקומות בהם ניתן להחזיר את מיכלי המשקה הריקים ולקבל תמורתם את דמי הפיקדון. כל זאת, בהיעדר גורם שיפעל לאיסוף אקטיבי ומיחזור מיכלי משקה, לרבות החזרת דמי הפיקדון לציבור הרחב. כפי שציינו פרופ' חורש ומר גלעד אוסטרובסקי, תאגיד המיחזור מהווה גורם מפתח ביישום חוק הפיקדון במבנהו הקיים. נעיר, כי זוהי גם עמדת המשרד לאיכות הסביבה, כפי שהובאה בפנינו. מר גלעד אוסטרובסקי מסר, כי השבה שאינה מחויבת בעמידה ביעדים תהיה נמוכה, במיוחד בתקופה של קשיים תקציביים. מר אוסטרובסקי הביא לשם השוואה את שיעורי האיסוף של מיכלים בנפח 1.5 ליטר, עליהם לא חל חוק הפיקדון, אשר עומדים כאמור על 15%-20% מסך המיכלים המשוקים (עמ' 334 לפרוטוקול).

נוסיף, כי למותר לציין כי פגיעה בהיקף הפעלתו ויישומו של חוק הפיקדון משמעותה פגיעה באיכות הסביבה, במובן של מניעת הפחתת הפסולת המופנית להטמנה ופגיעה בקידום טיפול חלופי בפסולת, בעיקר על-ידי מיחזור, וכן פגיעה בערכי טבע ונוף וכן בניקיון ברשות הרבים.

39. נציין, כי בתזכיר הצעת החוק ובדו"ח פארטו מוצע לשנות את ההסדר הקיים בחוק הפיקדון, על-מנת ליצור תמריץ משפטי-כלכלי ליצרניות ויבואניות המשקאות להקים מספר תאגידי מיחזור שיתחרו זה בזה, ועל-ידי כך לשפר את מערך האיסוף והשירות. כך, בעמ' 40 לדו"ח פארטו נאמר, כי התנאים הכלכליים הקיימים בהינתן חוק הפיקדון הקיים מביאים להיווצרות תאגיד יחיד, אף שאין הגבלה על תחרות ברמת תאגידי המיחזור. על-פי המוצע בדו"ח פארטו ובתזכיר הצעת החוק תוטל אחריות ישירה על יצרניות ויבואניות המשקאות, אשר תידרשנה לעמוד ביעדי איסוף, גם אם הן תפעלנה במסגרת של תאגידי מיחזור. התזכיר מציע לבטל את ההוראות הקיימות המסדירות את הקמתו ופעולתו של תאגיד מיחזור. בנוסף, כל יצרנית או יבואנית משקאות תוכל לאסוף מיכלי משקה ריקים שלא נמכרו על-ידה (הפרדה בין איסוף ומכירה), זאת על-מנת לאפשר תחרות בתחום איסוף ומיחזור מיכלי המשקה, תוך הוזלת עלות האיסוף. הווי אומר, נדרש שינוי חקיקה מקיף, אשר ייתן מזור לכל הבעיות הקיימות ושעתידות לקום. במצב המשפטי הקיים, בהיעדר תמריץ משפטי-כלכלי, קיימת סבירות נמוכה להקמתם של מספר תאגידי מיחזור.

#### התנגדותן של רשתות השיווק

40. התנגדותן של רשתות השיווק נסבה על שני ראשים. הראש האחד הוא חוסר יעילותו של תאגיד האיסוף באיסוף מיכלים והצורך בשיפור נגישות הציבור למרכזי איסוף. עובדה זו גורמת לדבריהן לנטל כלכלי כבד בהיותן כתובת להחזרת מיכלים על-ידי הציבור, ובמיוחד ציבור האספנים המקצועיים (80% מהמיכלים מוחזרים לטענתן על-ידי אספנים מקצועיים), בכמות גדולה מזו הנמכרת על-ידן (לטענתן, 20% מהמיכלים מוחזרים על-ידן לעומת שיעור מכירה של 5%-7%). המתנגדות מציינות, כי עלות טיפול במיכל המוחזר לרשת שיווק היא 35 אג', לעומת 5.5-10 אג' לטיפול במרכז איסוף (עמ' 19 לחוות דעתו של פרופ' חורש; עמ' 32 לפרוטוקול), בשל הצורך למיין את המיכלים, להקצות מקום מיוחד, לדאוג לניקיון ועוד. מנהל תחום תמיכה ופרויקטים בתפעול ברשת הריבוע הכחול, מר אורן, מסר כי העלות החודשית ברשת הריבוע הכחול מגיעה לכ- 1.25 מיליון ש"ח.

כפי שציינו, הטענה בדבר חוסר יעילותו של תאגיד האיסוף חופפת למעשה את עמדת הממונה, ומבחינה זו לא מצאנו כל ייחוד בטענת המתנגדות. נעיר, כי העלות בה נושאות רשתות השיווק מקורה בחוק הפיקדון, וכפי שציינו לעיל אין זה המקום לדון בטיב ההסדר הקבוע בו. אשר על כן, לא מצאנו לנכון להתייחס לטענת המתנגדות, כי ההסדר הראוי הוא הסדר אשר מטיל את האחריות לאיסוף אקטיבי של מיכלי המשקה ישירות על יצרני ויבואני המשקאות. נזכיר, כי בתזכיר הצעת החוק מוצע לשנות את ההסדר הקיים באופן שיפחית את הנטל על רשתות השיווק, כגון הגבלת מספר המיכלים שיוחזרו על-ידי אדם בודד.

הראש השני הוא טענת ניצול מעמד של מונופול לרעה. לטענת המתנגדות תאגיד האיסוף מנצל את מעמדו המונופוליסטי לרעה באופן שיש בו כדי לפגוע בתחרות ובציבור. לשיטת המתנגדות, ניצול זה בא לידי ביטוי בכך שתאגיד האיסוף אינו משפה אותן על הוצאותיהן בטיפול במיכלי המשקה המוחזרים, לעומת אספנים מקצועיים אשר מקבלים "דמי עידוד" בגובה של 2-3 אג' מעבר לדמי הפיקדון. מוסיפות המתנגדות וטוענות, כי תאגיד האיסוף רואה עצמו ומתפקד כנציג יצרניות ויבואניות המשקאות החברות בו, אשר משתפות פעולה על-מנת לפגוע ברשתות השיווק. המתנגדות מלינות על כך שיצרניות ויבואניות המשקאות אינן נושאות בעצמן בעלויות הכרוכות באיסוף מיכלי המשקה, ופועלות באמצעות תאגיד האיסוף.

מנגד, לטענת המבקשות, רשתות השיווק מנסות להתנער ממילוי חובותיהן על-פי החוק בקבלת מיכלי משקה ריקים והשבת דמי הפיקדון, דבר אשר פוגע בשיעור האיסוף של מיכלי המשקה הריקים (עמ' 173-175 לפרוטוקול).

41. לאחר שבחנו את טענת המתנגדות בדבר ניצול לרעה, לכאורה, של מעמדו המונופוליסטי של תאגיד האיסוף, לא ראינו לקבלה, מהטעם שלא הוכחה על-ידי המתנגדות. ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי בשוק לפי סעיף 29א' לחוק ההגבלים העסקיים, אליו הפנו המתנגדות, מהווה עבירה לפי סעיף 47(א)(4) אם מוכחת כוונה להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. הלכה היא, כי על בעל דין הטוען טענה בדבר אי-חוקיות מוטל נטל מוגבר של הוכחה (ראו ע"א 475/81 זיקרי נ' "כלל" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מ(1) 589; ע"א 8789/96 פולק נ' סיסמיקה חיפושי נפט בע"מ (בפירוק), פ"ד נג(5) 689, 695-694).

לאור זאת אנו סבורים, כי לא די בציון ההוצאה החודשית של רשתות השיווק בגין הטיפול במיכלי המשקה הריקים כדי לבסס את טענת הניצול לרעה על-ידי התאגיד (השוו רע"א 2616/03 ישראכרט בע"מ נ' רייס ואח', ניתן ביום 14.3.05). כאמור, חוק הפיקדון הוא אשר קובע כי רשתות השיווק חייבות לקבל מיכלי משקה, ובכך מטיל עליהן עלות מסוימת. לא ברור מה מתוך שיעור נזקן הוא תוצאה של חוסר יעילותו של תאגיד האיסוף. גם אם הכמות אשר מוחזרת לפתחן גדולה מזו אשר נמכרת על-ידן, הרי שפתרון הבעיה צריך שיוסדר על-ידי המחוקק, ומכל מקום ההתקשרות בין רשתות השיווק ובין תאגיד האיסוף היא התקשרות עסקית. ככל שאין בתנאים שמציב תאגיד האיסוף משום הפרת חוק הפיקדון ותנאי פעולתו של תאגיד האיסוף, ולטעמנו המתנגדות לא הצביעו על הפרה כאמור, אין זה מעניינו של בית-הדין לעצב עבור הצדדים את תנאי ההתקשרות. כמו-כן, לא ביססו המתנגדות את טענת ההפליה בינן לבין האספנים המקצועיים, שהרי ברי כי הם אינם מצויים בעמדה זוהה, למצער מבחינת החובות המוטלות עליהם בחוק הפיקדון. נוסף, כי אם תופסק פעילותו של תאגיד האיסוף בהינתן ההסדר הקיים בחוק הפיקדון, הרי שכאמור שיעור האיסוף ירד, דבר שעשוי להביא להגדלת הנטל על רשתות השיווק, כפי שמסר מר אורן בעצמו (עמ' 280 לפרוטוקול).

#### סוף דבר

42. מסקנתנו מן האמור היא, כי אם לא יאושר המשך פעילותו של תאגיד האיסוף הנזק שייגרם לציבור יעלה על הנזק כתוצאה מהמשך פעילותו כתאגיד יחיד. חוסר הוודאות באשר לדינאמיקה הצפויה כתוצאה מפירוקו של התאגיד הוא רב, ובהחלט תיתכן תקופה בה לא תתקיים תחרות ולא יפעל כל תאגיד מיחזור. במקרה זה קיים חשש ממשי, כי איסוף המיכלים ייפגע קשות לאורך תקופה משמעותית, ובכך יצא הציבור ניזוק. לחצים לפתרונות מהירים עשויים להביא להסדרים אד-הוק שיפלו בתועלתם מההסדר הנוכחי.

אשר על כן, אנו מאשרים את ההסדר הכובל מושא הבקשה בתנאים אשר נקבעו על-ידי בית-הדין במסגרת האישור הראשון (נספח ב' לבקשה), לתקופה של שלוש שנים נוספות החל מיום 1.9.05. אך מובן, כי אם במהלך תקופה זו יחול שינוי מהותי בנסיבות הקיימות, לרבות שינוי בחקיקה, יוכל הממונה להביא את העניין לבחינה מחודשת של בית-הדין, כאמור בסעיף 12 לחוק ההגבלים העסקיים.



ניתן היום, ט' באלול תשס"ה (13 בספטמבר 2005), בהעדר הצדדים.

המזכירות תודיע לב"כ הצדדים על מתן פסה"ד, העתק נשלח לצדדים בדואר אלקטרוני.

---

עו"ד א' תמרי  
חבר

---

פרופ' ב"צ זילברפרב  
חבר

---

מ' שידלובסקי-אור, שופטת  
אב בית הדין