



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014 קניאל תעשיות אריזה בע"מ ואח' נ' הרשות להגבלים עסקיים

תיק חיצוני :

בפני כב' השופטת נאווה בן אור

1. קניאל תעשיות אריזה בע"מ
2. לגין אריזות מזון בע"מ

העוררות

נגד

הרשות להגבלים עסקיים

המשיבה

החלטה

הנוסח המושחר של פסק הדין ניתן לפרסום. החיסיון ייוותר בעינו על אותם חלקים מפסק הדין שהושחרו.

המזכירות תמציא לב"כ הצדדים את הנוסח המושחר של פסק הדין.

ניתנה היום, ד' תמוז תשע"ב, 24 יוני 2012, בהעדר הצדדים.

נאווה בן אור

נאווה בן אור, שופטת



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

בפני **אב בית הדין להגבלים עסקיים, השופטת נאוה בן אור**
חברת בית הדין, ד"ר אורית זייגי אפשטיין
חבר בית הדין, מר דורון טמיר

המבקשים

1. קניאל תעשיות אריזה בע"מ
 2. קניאל אריזות משקה בע"מ
 3. לגין אריזות מזון בע"מ
- ע"י ב"כ עו"ד יוסי לוי ועו"ד עופר קורלנדר
 נגד

המשיב

הרשות להגבלים עסקיים
 ע"י ב"כ עו"ד יעל שיינר

פסק - דין

1. הערר

1. קניאל תעשיות אריזה בע"מ (להלן: **קניאל תעשיות**), קניאל אריזות משקה בע"מ (להלן: **קניאל אריזות משקה**, ולהלן שתיהן ביחד: **קניאל**), ולגין אריזות מזון בע"מ (להלן: **לגין**), עוררות כנגד החלטת הממונה על הגבלים עסקיים (להלן: **הממונה**) מיום 2.12.10 (שנימוקיה ניתנו ביום 16.1.11), במסגרתה החליטה הממונה דאז, גבי רונית קן, להתנגד להודעת המיוזג שהגישו העוררות, לפי סעיף 20 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן: **החוק**).

יצוין, כי בשנים 1989 ו-1993 אישר בית הדין להגבלים עסקיים, מטעמי יעילות ובהמלצת הממונה, את בקשותיהן של העוררות להסדר כובל ביניהן. על פי ההסדר שאושר, ואשר עמד בתוקף עד דצמבר 1995, תיאמו ביניהן העוררות את חלוקת ייצור אריזות הפח בתחום המזון.

2. קניאל ראשיתה בחברה אחת, שעסקה בייצור ובמכירה של אריזות פח. בשנת 2000 ביצעה החברה מהלך של פיצול אופקי לשתי חברות: קניאל תעשיות וקניאל אריזות משקה. קניאל תעשיות מייצרת אריזות פח עבור תעשיית המזון והכימיה, וכן מיכלי פח לתעשיית האירוסולים. קניאל אריזות משקה מייצרת פחיות משקה ושפופרות לניפוח בקבוקי פלסטיק. שתי החברות הללו הן חברות פרטיות ומבנה השליטה בהן זהה.

לגין אף היא חברה פרטית, המצויה בבעלות חברי קיבוץ יגור, באמצעות החזקות יגור אגודה שיתופית חקלאית בע"מ. לגין עוסקת בייצור ובשיווק של אריזות פח שונות עבור תעשיית



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

המזון והכימיה, ומגשי אלומיניום חד פעמיים למזון. לגין חברה אחות, לגין טובופלסט בע"מ, העוסקת בייצור שפופרות פלסטיק ואלומיניום לתחומי הקוסמטיקה והרפואה.

הפעילות הרלוונטית לעניין המיזוג היא בתחום אריזות הפח לתעשיית המזון והכימיה, המיוצרות, כאמור, על ידי כל אחת משתי החברות העוררות. במסגרת המיזוג, ביקשו קניאל ולגין לאחד את פעילותן על ידי העברת פעילות קניאל לגין בתמורה להקצאת חלק ממניות לגין לקניאל. עסקה זו מהווה, אם כן, מיזוג אופקי, בין שתי חברות מתחרות בייצור ובשיווק אריזות פח עבור תעשיית שימורי המזון ותעשיית הכימיה. יצוין, כי בתחום תעשיית שימורי המזון מסוגלות שתי החברות לייצר את כל הקטרים ואת כל גודלי הנפח הנדרשים של קופסאות עגולות, המשמשות תעשייה זו, ואילו בתחום תעשיית הכימיה פעילותה של קניאל משמעותית יותר מזו של לגין. תכלית המיזוג, כטענת העוררות, לייעל את פעילותן ולאפשר להן גיוס משאבים לשם שדרוג קווי הייצור של אריזות הפח.

3. תמצית קביעתה של הממונה היא זו:

"לגין וקניאל הן שתי החברות היחידות בישראל העוסקות בייצור אריזות פח, והן מתחרות זו בזו בייצור ושיווק אריזות פח עבור תעשיות שימורי המזון והכימיה. מיזוג זה יוצר מונופולין כמעט מושלם בשווקים הדלוונטיים, ובפרט בייצור ושיווק אריזות פח עבור תעשיית שימורי המזון. פגיעתו בתחרות של מיזוג המקיים מונופולין היא מן המפורסמות בדיני התחרות. המיזוג מקיים חשש כבד להפעלת כוח שוק חד-צדדי על ידי הפירמה הממוזגת, ונכון להיום ... אין בנמצא רסן תחרותי מספק שעשוי להפיג חשש זה."

העוררות טוענות, כי יבוא קופסאות פח, המתקיים בפועל באופן רציף ועקבי לאורך השנים, כמו גם היכולת הפוטנציאלית לייבא קופסאות פח, מהווים רסן תחרותי אפקטיבי לחשש מהפעלה חד-צדדית של כוח שוק על ידי החברה הממוזגת.

בטרם נפנה לבחינת טענות הצדדים לערר ולהכרעה בהן, יש להציב את המסגרת הנורמטיבית לדיון, וכך נעשה בפרק הבא.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

2. המסגרת הנורמטיבית לבחינת הערר

א. אמת המידה המהותית לפיקוח על מיזוג

4. פרק המיזוגים שבחוק משנת 1988, לא היה קיים בחוק הישן (חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959). דו"ח הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים, אשר שימש תשתית לחקיקתו של החוק הקיים (הדו"ח פורסם ב"הפרקליט" לב 559, תשל"ט-1979), ראה במיזוגים תופעה חיובית על דרך העיקרון, המשרתת תכליות של יעילות, המרצת הכלכלה ופיתוח המשק, בצד חששות כי בהתקיים נסיבות מסוימות, עלולות להיווצר תוצאות שליליות במיזוגים היוצרים ריכוז של כוח כלכלי. כך נאמר בו:

"בבואנו להמליץ המלצותינו בכיוון הפיקוח הרצוי, אנו יוצאים ממספר הנחות יסוד: 1. להבדיל מקרטל, אין כל מקום להתייחסות שלילית מוקדמת כלפי מיזוגים. במצב המשק בישראל כפי שתואר לעיל, יש במיזוג משום תוצאות חיוביות. 2. קיימים מיזוגים הרצויים למשק. 3. קיימים מיזוגים ובעיקר קונגלומרטים שאין להם השפעה הדורשת התערבות מבחוץ. 4. קיימים מיזוגים אשר אינם רצויים עקב התוצאות השליליות העלולות לנבוע מעצם ריכוז הכוח הכלכלי הניתן להם..." (שם, בעמ' 564-562)

הדברים מצאו את ביטויים בדברי ההסבר להצעת החוק:

"הצורך לפקח על מיזוגים התעורר בישראל, כבאמצעות אחרות, בשלב מאוחר יחסית, לאחר שהפיקוח על הסדרים כובלים ומונופולים מופעל כבר זמן ניכר. במשק הישראלי מסתמן תהליך של גידול בריכוזיות עקב מיזוגים: חברות נבלעות באחרות באופן שענפים רבים - אשר בהם לפני שנים לא רבות עדיין פעלו מספר חברות - נשלטים כיום בידי חברה אחת. החוק הקיים מאפשר פיקוח על התנהגות של מונופולין, וניתן באמצעותו לפתור בעיות של ריכוז כוח כלכלי. ואולם רצוי להפעיל את הפיקוח בשלב מוקדם דהיינו בתהליך ההיווצרות של ריכוז הכוח הכלכלי. המיזוג הוא תהליך מורכב, והשבת המצב לקדמותו לאחר שבוצע הכלכלי. המיזוג הוא תהליך מורכב, והשבת המצב לקדמותו לאחר שבוצע היא מסובכת ויקרה, ולכן רצוי להפעיל את הפיקוח מראש" (דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ד-1983, ה"ח 1647, עמ' 40).

כך כותבת המלומדת מ' (שיצר) גל:

"אולם השינוי המשמעותי ביותר בחוק החדש היה הוספת פרק העוסק במיזוג חברות, שמטרתו פיקוח על שינויים במבנה שוק אשר עלולים ליצור את כוח השוק של החברות המתמזגות או להגדילו. בהתאם לכך, החוק החדש אוסר על חברות המבקשות להתמזג לעשות כן ללא קבלת אישור הממונה, אם הן מקיימות את אחד מקריטריוני הסף הקבועים בחוק" (מ' (שיצר) גל, "תפקידו של חוק ההגבלים העסקיים במארג החוקים הכלכליים של מדינת ישראל", בתוך: ניתוח משפטי וכלכלי של



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

דיני ההגבלים העסקיים, כרך ראשון, בעריכת מ' (שיצר) גל ומ' פרלמן, נבו הוצאה לאור בע"מ, תשס"ח-2008, בעמ' 44.

ובמקום אחר כותבת היא:

"מנגנון ההסדרה של המיזוגים הוא בעיקר פיקוח מונע, הפועל כחסם בפני יצירת מבני שוק ריכוזיים שמקורם אינו בצמיחה פנימית של חברות, אשר עלולים להוביל לצבירת כוח שוק שיפגע ברווחה החברתית. החשש העומד בבסיס החוק הוא כי השינויים במבנה השוק עלולים לפגוע בתחרות או בתוצאותיה בלא יתרונות מאזנים. כך, למשל, מיזוג אופקי, בין מתחרים באותו שוק, מפחית על פי הגדרתו את מספר המתחרים בשוק, ומעניק לישות הממוזגת נתח שוק גדול יותר משהיה לכל אחת מהחברות המתמוזגות, עובר למיזוג. הקטנת מספר החברות בשוק עלולה לאפשר לישות הממוזגת להעלות מחירים באופן חד צדדי, להגביל את הכמות הנמכרת על ידה, ולעתים גם לפגוע ביעילותו הדינמית של השוק. ... בנוסף, קיים חשש כי חברות גדולות הנוצרות בעקבות מיזוג עלולות לתרגם את כוחן הכלכלי לכוח פוליטי ולהשפיע על המחוקק או על הרגולטור לטובתן. לפיכך קובע חוק ההגבלים העסקיים כי מיזוג חברות העומד בספי החוק מותנה בקבלת הסכמת הממונה עובר למיזוג ...

בה בעת, מיזוג יכול לייצל את פעילותן של החברות המתמוזגות. המיזוג עשוי לקדם את היעילות הדינמית באמצעות יצירת תשתית רחבה, יעילה וטובה יותר לפעילות מחקר ופיתוח. ... מיזוג עשוי לקדם את היעילות היצרנית, זאת במקרים שבהם הוא מאפשר ניצול יתרונות לגודל אשר לא נוצלו קודם לכן. לפיכך מדיניות מיזוגים ראויה לא תמנע את אותם מיזוגים אשר, אף שהם מגבירים את הריכוזיות בשוק, יגדילו את הרווחה החברתית במשק" (מיכל (שיצר) גל, "לקחו של יוסטיניאנוס: רפורמות נדרשות בחוק ההגבלים העסקיים", המשפט י"ג (תשס"ח), 67, בעמ' 80-81).

5. הנה כי כן, לכאורה, תפישת היסוד העומדת ביסוד החוק היא כי מיזוג - גם כזה המגביר את כוח השוק של המתמוזגים - אינו פסול תמיד, ויש למצוא את האיזון הנכון בין החשש מפני הגברת הריכוזיות והגדלת כוח השוק של הישות המתמוזגת, לבין שיקולי יעילות, העשויים בסופו של דבר להגדיל את הרווחה החברתית המצרפית במשק. כך ראה זאת גם בית הדין בערר 5/91 עלית תעשיות בע"מ ותוצרת מזון ישראלית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (מיום 24.10.91), וראו גם מאמרה של עו"ד מיכל הלפרין: "פרשת דור אלון - סונול - כיצד צריכה להיראות ההתדיינויות בבית הדין להגבלים עסקיים", תאגידים ה/2 (מאי 2008), 60, בעמ' 76.

6. אלא שהדברים אינם כה פשוטים. סעיף 21 לחוק קובע את המסגרת הנורמטיבית לשיקולים שעל הממונה לשקול בבואו להכריע בבקשה לאישור מיזוג, המקיימת את אחד מן התנאים הקבועים בהוראות סעיף 17 לחוק. על פי האמור בו:



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

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

על פי לשונו של הסעיף, על הממונה ליתן משקל מכריע לשיקולי תחרות בשוק, שהרי נאמר "יתנגד הממונה", מקום שמצא כי קיים חשש סביר שהמיזוג יפגע באופן משמעותי בתחרות בענף (אן אם ייפגע הציבור באחד ההיבטים המפורטים בסעיף 21 לעיל). מנגד, וכעולה מעמדת בית הדין בערר 5/91 הנ"ל, ניתן לסבור כי תכלית החוק היא קידום הרווחה הכללית באמצעות השמירה על התחרות, ובלבד שהשמירה על התחרות מקדמת את טובת הציבור. ואם כך הוא, על הממונה לבחון גם שיקולים מאזנים ובכללם, למשל, הגברת היעילות של החברות הפועלות בשוק בעקבות המיזוג, בין היתר בשל הפחתת עלויות הייצור, פיתוח תהליכי ייצור חדשים וכד' (ראו מ' גל, לקחו של יוסטיניאנוס הנ"ל, בעמ' 83-84). זו הייתה עמדת בית הדין גם בערר 2/94 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, מיום 27.2.95. בערעור על פסק דין זה, הותר בית המשפט העליון את השאלה בצריך עיון, באומרו:

"הכל מסכימים, אפוא, כי מגיעת הפגיעה בתחרות מונחת ביסוד החוק. גדר הספקות הוא, אם מניעת הפגיעה בתחרות הוא השיקול היחיד אותו רשאי לשקול הממונה, או שמא הוא רשאי לשקול שיקולים אחרים, כגון הגברת היעילות הבאה בעקבות המיזוג. ... אכן, שאלת היחס בדבר התחרות והיעילות כתכליות מתחרות - או משלימות - בדיני ההגבלים העסקיים הקשורים במיזוג, הינה שאלה מהותית ורחבה. התלבטו בה בעבר, הן בארץ ... והן מעבר לים ..." (ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ, פ"ד נב(5), 213, פסקה 18 ולהלן: פרשת תנובה).

7. נראה, כי בשאלה שהושארה בצריך עיון בפרשת תנובה לעיל, הביע בית המשפט העליון עמדה מפורשת יותר בע"א 3398/06 הממונה על הגבלים עסקיים נ' דור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ ואח' (מיום 6.12.06, ולהלן: פרשת דור אלון), ולפיה שיקולי תחרות הם השיקולים המכריעים. עם זאת, אין לומר כי ננעלה הדלת מפני שיקולים אחרים, הגם שמעמדם בשורה השנייה:

"סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים קובע כי הממונה יתנגד למיזוג אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג המוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות בענף או יפגע הציבור, ואינו מנוסח על דרך החיוב, כי הממונה יאשר את המיזוג, אלא אם כן יוכיח כי הוא עלול לפגוע בתחרות. חשוב עוד לציין כי התנגדותו של הממונה למיזוג אינה טעונה התייעצות



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

עם הוועדה למיזוגים, בעוד הסכמתו למיזוג, בתנאים או בלעדיהם, טעונה התייעצות כזו בוועדה (סעיף 24(א) לחוק).
מבנה חקיקתי זה מרמז לכאורה על נקודת מוצא של החוק לפיה חברות שחל עליהן פרק המיזוג לא תתמזגנה אלא אם כן הוכח כי למיזוג זה לא תהיה השפעה מהותית שלילית על התחרות" (פסקה 27 לפסק הדין).

ועוד נראה, כי זו גם דעתו של כב' המשנה לנשיא א' ריבלין, כעולה מדבריו בע"א 2982/09 יורוקום די.בי.אס בע"מ נ' בזק חברת התקשורת הישראלית בע"מ והממונה על הגבלים עסקיים (מיום 20.8.09, ולהלן: פרשת יורוקום):

"אכן, מיזוגים מסויימים עשויים לתרום מבחינה כלכלית במשק שמימדיו קטנים כדוגמת המשק הישראלי; אך נראה כי דווקא בשל התוצאות הקשות הכרוכות באפשרות המסתברת של פגיעה בתחרותיות במשק שכזה ראוי להגביר את משקלו של מבחן הפגיעה, בפועל או בפוטנציה, בתחרות - כאמת מידה ראויה לאישור או פסילה של מיזוגים ... חוק ההגבלים העסקיים משנת 1988 אימץ מפורשות את עקרון התחרות העסקית כקריטריון מנחה לבחינת מיזוגי חברות (סעיף 21 לחוק). ... בהקשר של מיזוגי חברות לא אימץ חוק ההגבלים העסקיים אמת מידה של יעילות כלכלית וספק אם יש לדאוגה כאמת מידה מתחרה לעקרון התחרות".

גם כב' השופטת א' חיות עומדת בפרשת יורוקום על כך שהתכליות העומדות ביסוד דיני ההגבלים העסקיים הן "עידוד התחרות והגנה על הצרכן" (פסקה 27 לפסק דינה), וכאלה היו גם דבריו של כב' השופט א' רובינשטיין באותה פרשה:

"סטנדרט הפגיעה בתחרות הוא שביסודו אומץ בסעיף 21 לחוק, אשר העמיד נושא זה כשיקול שביראש הקרואים' כעילת התנגדות למיזוג ... לדידי במדיניות שיפוטית של סופו-של-יום, מקום בו יש חשש ממשי לפגיעה בתחרות - לא יעלה הדבר בקנה אחד עם כוונת המחוקק, אם לא יינתן לכך ביטוי בהחלטות הרלוונטיות. ואעז ואומר, אף כשכפות המאזניים מעוינות או קרובות לכך - ... אך החשש נותר - על ההכרעה צריכה להיות לטובת אינטרס התחרות" (פסקאות ו' וז' לפסק דינו).

8. כך עומד גם המלומד ברק אורבך על מיקוד דיני ההגבלים העסקיים בסטנדרט הפגיעה בתחרות, על מרכזיותו של סטנדרט זה ועל עליית מעמדו עם השנים (ברק אורבך, "מטרות דיני ההגבלים העסקיים: הלכה למעשה", בתוך: ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים הנ"ל, עמ' 110-63).

9. ואכן, הממונה הנחה עצמו במקרים קודמים, כי בשל הנזק התחרותי הגלום במיזוג למונופולין (וכאמור, בענייננו המדובר במיזוג למונופולין שיחלוש על 90% מייצור אריזות הפח), מיזוגים כאלה יאושרו בנסיבות חריגות ומיוחדות, היינו בשווקים נטולי חסמי כניסה והתרחבות, שבהם העלאת מחיר מצד הפירמה המונופוליסטית צפויה להביא לכניסה של



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

מתחרים חדשים לענף (נימוקי ההתנגדות של הממונה למיזוג בין אורלייט תעשיות (1959) בע"מ לבין ענבר פוליאסטר משוריין בע"מ, פורסמו ביום 9.11.06; נימוקי ההתנגדות של הממונה למיזוג בין אי-אונליין קפיטל (אי.או.סי) בע"מ לבין קו מנחה שירותי מידע ותקשורת בע"מ וקו מנחה לט מי נו טכנולוגיה בע"מ, 2010, הגבלים עסקיים 5001609, פרק 2ד). שיקולי יעילות כלכלית יוכלו להישקל, על פי הנחייתו, "רק ככל שהם מבטאים הגדלה של רווחת הצרכן. יעילות לחברות המתמזגות שהצרכן אינה שותף לה אינה יכולה לתמוך באישור המיזוג" (עניין אורלייט תעשיות הנ"ל). עם זאת, וכפי שמבהיר ברק אורבך במאמרו הנ"ל, אין בדברים אחרונים אלה כדי לאמץ את מה שמכונה "הגנת היעילות", היינו, אותו טיעון לפיו ניתן להצדיק חבירת כוחות כלכליים המביאים לירידה ברווחת הצרכן, מקום שחבירת כוחות אלה מביאה לעלייה ברווחה החברתית המצרפית (סכום רווחת הצרכן ורווחת היצרן). אורבך עומד על כך שהפחתת התחרות מביאה לעלייה במחיר, ואילו היעילות המושגת על ידי החוברים אינה מושגת על ידי השחקנים האחרים הפועלים בשוק. עוד מעיר הוא, כי "הגנת היעילות" אינה רגישה להבחנה בין שיקולים סטטיים לבין שיקולים דינאמיים, ו"כאשר היעילויות הנטענות קשורות ליתרונות בגודל הייצור או באספקה, הרווחה החברתית ההיפותטית היא בעיקרה סטטית, שכן אין היא מתמקדת בתמורות הזמן בענף" (שם, בעמ' 109). גם כאשר היעילויות הנטענות קשורות ליתרונות במחקר ופיתוח, הרי שבעוד שהפגיעה בתחרות היא ודאית, היתרונות החברתיים הגלומים במחקר ובפיתוח אינם ודאיים. לדבריו, "הפעלת עקרון היעילות הכלכלית מחייבת יכולת אמידה של השפעת פעילות עסקית מסוימת או מיזוג חברות על הרווחה של כלל המגזרים במשק. במקרים מועטים בלבד אמידה שכזו אפשרית או שנוטית כפות המאזניים ברורה, ברם במרבית המקרים, אמידה שכזאת עדיין לא אפשרית" (שם).

וכך מסכם הוא את עמדתו:

"לסיכומו של דיון זה, עד כמה שקיימת הצדקה לסטנדרט היעילות הכלכלית, הרי שאין הוא חלופה לסטנדרט התחרות אלא סטנדרט משלים. חשיבותו המרכזית של סטנדרט היעילות הכלכלית הוא בהדגשת העובדה שמספר המתחרים בשוק אינו קשור תמיד לאמת התחרותיות ביניהם ובהדגשת העובדה שהתחרות העסקית אינה ערך חברתי עצמאי אלא מאפיין התנהגותי, שבמרבית המקרים קשור לרווחה חברתית בהשפיעו על רמות המחיר, על איכות המוצר ועל תנאי השירות. מבחינת הדין הנוהג בישראל, במרבית המקרים ההתייחסויות לשיקולי יעילות במיזוגים אינן מאמצות את הגנת היעילות, שכן במקביל ההכרה האפשרית בשיקולי יעילות מלווה בהדגשת הצורך למנוע פגיעה ברווחת הצרכן" (שם).

דברים אלה, כפי שראינו לעיל, עולים בקנה אחד עם עמדת בית המשפט העליון בסוגיה.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

10. נסכם כאן סיכום ביניים ונאמר, כי הן על פי פסיקת בית המשפט העליון מן השנים האחרונות והן על פי כתיבתם של מלומדים, נראה כי על הממונה להדריך עצמו בשיקול של שמירה על התחרות - שתכליתה הסופית היא הגנה על רווחת הצרכן - כשיקול המכריע, בבואו לשקול בקשה למיזוג שחלים עליה אחד הקריטריונים הקובעים בהוראת סעיף 17 לחוק, היינו אותם קריטריונים ההופכים את הבקשה ל"חשודה" בעיני המחוקק, ובראשם - מיזוג למונופולין (ראו דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד (נו1), 56, פסקה 21 לפסק דינו של כב' השופט מ' חשין). זו תהיה, אפוא, נקודת המוצא בבחינת עמדות הצדדים ובניתוח העובדות והטענות שהוצגו לפנינו.

ב. טיב הביקורת השיפוטית על החלטת הממונה המתנגדת למיזוג

11. את סמכויותיו של בית הדין להגבלים עסקיים ניתן לחלק לשני סוגים עיקריים: האחד, מקום בו בית הדין משמש כערכאת ערר על החלטות הממונה (כגון, ערר על מתן פטור מאישור הסדר כובל, סעיף 15 לחוק; ערר על החלטה בעניין מיזוג חברות, סעיף 22 לחוק, ערר על החלטה להכריז על בעל מונופולין, סעיף 26(א) בצרף סעיף 43 לחוק, ועוד); האחר, מקום בו בית הדין הוא בעל סמכות ההכרעה הראשונית בהליך שבין הממונה לבין גורם אחר, מבלי שנתקבלה קודם להליך החלטה של הממונה בסוגיה (אישור הסדר כובל, סעיף 7 לחוק; הפרדת חברות, סעיף 25 לחוק, ועוד. ראו בעניין זה: מ' הלפרין, פרשת דור אלון - סונול לעיל, בעמ' 62).

ענייננו בסמכותו של בית הדין כערכאת ערר על החלטת הממונה המתנגדת למיזוג המבוקש שבין העוררות. אין חולק, כי בית הדין אינו מהווה ערכאת ערעור המפעילה ביקורת ערעורית על בית משפט נמוך יותר.

12. סעיף 22(ג) לחוק, העוסק בסמכותו של בית הדין בכל הנוגע להחלטת הממונה בקשר עם מיזוג, קובע כי בית הדין מוסמך "לאשר את החלטת הממונה, לבטלה או לשנותה". נוסח זה הביא את בית הדין לקבוע עוד בפרשת תנובה, כי לבית הדין סמכות ביקורת רחבה על החלטות הממונה, וכי הוא רשאי לבחון אותן בחינה מחדש ("de novo"). בית המשפט העליון קיבל את עמדת בית הדין בעניין זה בערעור שהוגש על החלטתו, וקבע כי לנוכח הנוסח האמור, "מוסמך היה בית הדין לבחון במקרה שלפנינו את החלטת הממונה מחדש" (פסקה 16 לפסק הדין). כך אכן התנהל בית הדין בעררים שבאו לפניו ובחן את החלטות הממונה בחינה מלאה מחדש (ערר 1/01 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים; הי"ע 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים).



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

13. אלא שבסוגיה זו נפל דבר משניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת דוד אלון. בית הדין, בפסק דינו נשוא הערעור, יצא מנקודת הנחה לפיה הדיון בפניו הוא דיון de novo, כפי שנקבע לא פעם בפסיקה. בית המשפט העליון לא קיבל עמדה זו. לדבריו:

"אמת הדבר, כי בערר על החלטת הממונה שלא לאשר בקשה למיזוג חברות רשאי בית הדין, כאמור בסעיף 22(ג) לחוק ההגבלים העסקיים, 'לאשר את החלטת הממונה, לבטלה או לשנותה'. משכך, ניתנה לבית הדין סמכות רחבה לבחון את החלטת הממונה מחדש ... בצד היקף הפרישה הרחב של סמכות בית הדין, היקף התערבותו בפועל בהחלטת הרשות המוסמכת נגזרת לעולם מטיבו של הנושא העומד לדיון, ממעמדו של הגורם שהחלטתו עומדת לבחינה שיפוטית, מהיקף המקצועי ומידת המומחיות העומדים לרשות מקבל החלטה, וממכלול עניינים נוספים. אף שהיקף התערבות בית הדין רחב יותר מן המקובל בביקורת שיפוטית על מעשי המינהל בעתירות מינהליות, הדעת נותנת כי מקום שבית הדין נזקק לערר על החלטת הממונה, תהווה החלטה זו בסיס ונקודת מוצא להפעלת שיקול הדעת השיפוטי, תוך מתן מלוא המשקל לידע, לשיקול הדעת, למומחיות ולניסיון המצטבר המצויים בידי הרשות המוסמכת שהחלטתה עומדת לביקורת שיפוטית ... החלטת הגורם המוסמך ... ראוי שתיבחן מתוך הנחה כי היא נערכה על פי מיטב שיקול הדעת המקצועי, וכי חלה עליה חזקת התקינות. במיוחד כך הדבר כאשר מדובר בממונה על ההגבלים העסקיים, המהווה גורם מקצועי מובהק ... על רקע דברים אלה הדעת נותנת כי בחינת החלטתו של הממונה במסגרת ערר בפני בית הדין תיחס לעמדתו המקצועית משקל רב הן במישור התיאורטי והן במישור המעשי. יש ערך רב לנתונים העובדתיים הכלולים בהחלטת הממונה, כמו גם להערכותיו הכלכליות ביחס להשפעת המיזוג המבוקש על התחרות בענף. בהינתן נקודת מוצא זו, בכוחו של בית הדין לסטות מהחלטת הממונה אם מצא כי היא לוקה בטעות, ולקבל החלטה אחרת על פי מיטב שיקול דעתו הענייני, אולם לעולם אין מדובר בפתיחת דף חדש בהליך השיפוטי, כאילו אין בנמצא החלטה העומדת לערר, וכאילו לא ארע דבר קודם לדיון השיפוטי" (פסקה 26 לפסק הדין).

14. לעמדה זו, כפי שנראה בהמשך, הייתה השלכה על עמדת בית המשפט העליון באותה פרשה גם בסוגיית נטל השכנוע. בעניין העומד על הפרק עתה, נראה בעינינו שלא יהיה זה נכון לומר, שכוונת בית המשפט העליון הייתה לצמצם את היקף הביקורת השיפוטית לביקורת "חיצונית" של סבירות, של מידתיות וכיוצא באלה מבחנים מתחום המשפט המינהלי, אשר נקודת המוצא להפעלתם היא שאין בית המשפט מחליף את שיקול דעתה של הרשות המינהלית המוסמכת בשיקול דעתו (ראו לדוגמא ע"מ 2418/05 מילגרום נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז ירושלים, מיום 24.11.05). ואכן, בניגוד לביקורת השיפוטית המאפיינת את המשפט המינהלי, בית הדין שומע עדים, ובין חבריו אנשי מקצוע שהם לא דווקא משפטנים. לא לחינם הדגיש בית המשפט העליון, כמצוטט לעיל, כי לבית הדין



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

מוקנית סמכות רחבה לבחון את החלטת הממונה העומדת לביקורת בפניו, וכי היקף התערבותו רחב יותר מהיקף הביקורת המקובל בעתירות מינהליות התוקפות את מעשי המינהל. עם זאת מבהיר בית המשפט העליון, כי ההליך המתנהל בפני בית הדין אינו יכול לצאת מנקודת הנחה לפיה החלטת הממונה והנמקותיה נעדרות משקל. אין בית הדין דן בערר כאילו יושב הוא כערכאה מינהלית ראשונה, כגון במקרים של אישור הסדר כובל או הפרדת חברות. נראה, כי כך ביקשה עו"ד מ' הלפרין, במאמרה על פרשת דור אלון - סוגול לעיל, להציג את תפישתו של בית המשפט העליון בפסק הדין האמור, וכדבריה: **"ביקורת רחבה - כן, אך בהתייחס אל ההחלטה המקורית שניתנה על ידי רשות התחרות בלבד"** (שם, בעמ' 68).

ג. נטל השכנוע

15. משהגענו עד הלום, מתעוררת השאלה על מי רובץ נטל השכנוע בערר על החלטת הממונה, הדוחה בקשה לאישור מיזוג, דוגמת ההחלטה שלפנינו. בעניין זה יש להקדים ולהבהיר, כי נטל השכנוע הוא הנטל העיקרי, הנבחן בסיומו של ההליך. רוצה לומר, הנושא בנטל השכנוע, אשר כשל בהבאת ראיות שיש להעניק להן משקל ראיתי בדרגה הנדרשת, כנגזר מטיב ההליך, ייצא וידיו על ראשו (י' קדמי, **על הראיות**, מהדורה משולבת ומעודכנת תש"ע-2009, חלק רביעי, עמ' 1647). להבדיל, נטל הבאת הראיות, הלא הוא החובה על בעל דין להביא את ראיותיו, הוא נטל משני.

16. השאלה מי נושא בנטל השכנוע בהליך דוגמת זה שלפנינו עמדה לדיון בבית המשפט העליון במספר פסקי דין. בפרשת **תנובה** הושארה השאלה בצריך עיון. ואילו בפרשת **פרשת דור אלון** נאמר כך:

"שאלת נטל ההוכחה בעניין מיזוג חברות היא, אכן, שאלה טעונה ומורכבת. החופש העסקי של החברות לפעול בשוק, להתמזג, להתפרק, לשנות מבנה ולשנות כיווני פעילות עסקית, הוא חלק מזכות היסוד לחופש עיסוק המוגנת בחוק יסוד: חופש העיסוק. חוק ההגבלים העסקיים מפעיל אמצעי פיקוח על מיזוגי חברות, בהציבו כיעד ותכלית עיקריים את ההגנה על הצרכן. ... תשתית העקרונות שביסוד חוק ההגבלים העסקיים מצביעה על הנחת המחוקק כי מיזוג חברות פוגע בתחרות, בחופש העסקי של גורמים המבקשים לחדור לשוק, ובטובת הצרכן. נקודת המוצא של החוק היא כי חברות שמתקיימים בהן תנאי התחולה בפרק המיזוג שבחוק, מיזוגן אסור, אלא אם כן הותר בידי הרשות המוסמכת (סעיפים 17 ו-19 לחוק). ... מבנה חקיקתי זה מרמז לכאורה על נקודת מוצא של החוק לפיה חברות שחל עליהן פרק המיזוג לא תתמזגנה אלא אם כן הוכח כי למיזוג זה לא תהיה השפעה מהותית שלילית על התחרות. מבנה זה, לרבות העובדה כי הנתונים הספציפיים למבקשות להתמזג מצויים בידיעתן המיוחדת,



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

מצביע, לכאורה, על כך שנטל ההוכחה לשכנע בדבר עמידתו של המיזוג במבחן תנאי החוק חל על החברות המבקשות, ולא על הממונה" (פסקה 27 לפסק הדין).

בהמשך עומד בית המשפט העליון על השאלה האם התפישה המתוארת לעיל עומדת במבחן החוקתי של חוק יסוד: חופש העיסוק ועונה עליה בחיוב, ומוסיף ואומר כך:

"אולם, אפילו רובץ נטל ההוכחה הסופי על הממונה לבסס קיום חשש משמעותי לתחרות מהמיזוג המבוקש, שאם לא כן עליו לאשר את המיזוג, גם אז הנטל הטקטי להפריך קיומו של חשש כזה שהוכח לכאורה בידי הממונה, עשוי לחייב את החברות המבקשות בהצגת תשתית ראיות חזקה ומשכנעת, תוך שימוש בנתונים שונים שבידיעתן המיוחדת הרלבנטיים לעניין".

עם זאת, ועל אף כל האמור, סבר בית המשפט העליון כי גם הפעם ניתן להותיר את השאלה בלא הכרעה, משהגיע למסקנה שהממונה עמד בנטל להוכיח את השפעתו השלילית של המיזוג המבוקש על התחרות.

נראה כי בפרשת יורוקום, שבאה לאחר פרשת דור אלון, הביעה כב' השופטת א' חיות עמדה אחרת:

"לבסוף, אקדים ואומר כי נוטה אני לדעה שהממונה המבקש להתנגד למיזוג בשל חשש סביר לפגיעה בתחרות, עליו הנטל להראות כי חשש כזה אכן מתקיים ... דומני שגישה זו יפה ואולי ביתר שאת מקום שהממונה מבקש ליישם את דוקטרינת המתחרה הפוטנציאלי בפועל, הנוגעת להערכות בדבר פגיעה עתידית בתחרות. ודוק - בעניין דור אלון נטה בית המשפט לגישה לפיה מוטל נטל ההוכחה על מבקש המיזוג להראות בהערכות מטעמו כי נוכח מצב השוק בעתיד המיזוג יועיל לתחרות וזהו נטל להוכחת הערכות פוזיטיביות התומכות בעמדת מבקש המיזוג. לעומת זאת בענייננו טוענת הממונה כי פסילת המיזוג תועיל לתחרות בעתיד ודומני כי הנטל להוכיח טענה זו מוטל עליה. כך או כך, המקרה דנן כקודמיו אינו מצריך קביעת מסמרות בסוגיה זו של נטל ההוכחה, אשר כבר נפסק כי 'פנים בה לכאן ולכאן' ... משום שבניגוד לקביעת בית הדין וכפי שיפורט להלן, הוצגו לדעתי על ידי הממונה ראיות מספיקות המבססות חשש סביר לפגיעה בתחרות, כטענתה" (פסקה 28 לפסק דינה).

עם זאת, כב' המשנה לנשיאה א' ריבלין, שהצטרף לפסק דינה של כב' השופטת חיות העיר, כי לדעתו מוטל נטל השכנוע "על מי שמבקש אישור פעולה החשודה בפגיעה בתחרות".

17. לעמדת בית המשפט העליון בפרשת דור אלון בסוגיית נטל השכנוע התייחסו ד"ר שלומי פריזט, היום הכלכלן הראשי של רשות הגבלים עסקיים ('פס"ד דור אלון סונול: תוצאה ראויה - רציונל מסוכן', דה מרקר מיום 11.12.05), ועו"ד הלפרין במאמרה על פרשת



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"פ 36014-12-10

דור אלון - סונול הנ"ל. יוער, כי לשני מקורות אלה מפנה כב' השופטת חיות במסגרת הציטוט המובא לעיל. ד"ר פריזט סבור, כי הטלת נטל השכנוע על כתפי מבקש המיזוג, מהווה תמריץ שלילי לרשות לשאוף למצוינות בניתוח המשפטי והכלכלי ולבחון כל מיזוג בשבע עיניים. ואילו עו"ד הלפרין סבורה כי מאחר שתופעת המיזוגים נתפשת, ככלל, כתופעה חיובית הטומנת בחובה יעילות, וכי המיזוג הפוגע בתחרות הוא החריג ולא הכלל, יש להטיל את נטל השכנוע על מי שטוען כנגד המיזוג (שם, בעמ' 79-78).

עם זאת נראה, כי אליבא דכל הדעות, משהוכח קיומו של חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, על המבקש לגייס לטובתו את "הגנת היעילות", ככל שיש לה מקום, הנטל עליו לשכנע כי היא גוברת על השיקולים התחרותיים.

18. לצורך בחינת הערר שלפנינו נצא, אפוא, מן הגישה המחמירה עם הממונה, והמטילה עליו את הנטל לשכנע כי קיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות כתוצאה מן המיזוג. אולם על העוררות מוטל הנטל לשכנע, כי גם אם מתקיימת פגיעה בתחרות, עומדת להן מה שמכונה בספרות "הגנת היעילות".

ד. סיכום

19. ראינו, כי אמת המידה המהותית על פיה תבחן בקשה למיזוג, שחל עליה תנאי מן התנאים המפורטים בסעיף 17, היא קיומו של חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. ככלל, מיזוג למונופולין יאושר בנסיבות חריגות, של שווקים נטולי חסמי כניסה והתרחבות. על פניו, מקום שיימצא כי יש להביא בחשבון שיקולים של "הגנת היעילות", יהיה על הממונה להיווכח ברווחה שתצמח לצרכן כתוצאה מכך, להבדיל מחבירת כוחות כלכליים המביאים לירידה ברווחת הצרכן, הגם שהם מביאים לעלייה ברווחת החברתית המצרפית.

היקף הביקורת השיפוטית של בית הדין הינו רחב יותר מהיקף הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל, ועל בית הדין לבחון את החלטת הממונה לגופה ולא רק את סבירותה ואת מידתיותה, אם כי אין זו בחינה מחדש, משל כאילו לא ניתנה. לצורך הדיון שלפנינו, נצא מגקודת הנחה לפיה נטל השכנוע בערר מוטל על הממונה, אולם על העוררות להראות כי היעילות הכלכלית שתושג כתוצאה מן המיזוג תשרת את רווחת הצרכן, כשיקול משלים להתרת המיזוג.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

20. מצוידים בתובנות אלה, נפנה עתה לדון בערר עצמו. המבחן להפעלת סמכותו של הממונה הוא מבחן דו שלבי: עליו לזהות ולהגדיר את השוק הרלוונטי, ולאחר מכן עליו לבחון האם קיים חשש סביר שהמיוזג יביא לפגיעה משמעותית בתחרות באותו שוק, או לפגיעה בציבור באחד העניינים המפורטים בסעיף 21 לחוק (רמת המחירים של נכס או של שירות; איכות נמוכה של נכס או של שירות; הכמות המסופקת של נכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה, ראו: פרשת ירוקום, פסקה 17).

3. השוק הרלוונטי ומאפייניו

21. כאמור, אריזות הפח, המיוצרות ומשווקות על ידי העוררות, משמשות את תעשיית שימורי המזון ואת תעשיית הכימיה. העוררות מייצרות אריזות פח חלקות ומודפסות. אריזות חלקות מיוצרות ללא כיתוב, והלקוח מוסיף מדבקה העוטפת את האריזה, לאחר תהליך המילוי. באריזות מודפסות, מוטבעת ההדפסה על גבי הפח במסגרת תהליך הייצור. מרבית האריזות המיוצרות על ידי העוררות הן אריזות מודפסות (עמ' 4 לנימוקי ההתנגדות). המדובר בתעשייה מסורתית (Low Tech), ובמוצר המהווה תשומת ביניים במוצר הסופי. עוד יש לומר, כי המדובר במוצר נפחי, וכפי שנראה בהמשך לעובדה זו יש משמעות בכל הנוגע לשאלת היות הייבוא גורם מרסן על כוח השוק שיווצר אם יאושר המיוזג.

עוד יש להקדים ולומר, כי השוק הגיאוגרפי הרלוונטי מוגדר כאזור הגיאוגרפי הקטן ביותר, בו מונפול היפותטי, שהוא הספק היחיד של המוצרים הנכללים בשוק המוצר באותו אזור צפוי להגדיל את רווחיו אם יעלה את מחירו של אחד מהם לפחות בחלק מסוים של אותו אזור או בכלולו, בשיעור קטן אך משמעותי ולתקופה שאינה בת חלוף (ראו גילוי דעת 1/11 בעניין ניתוח תחרותי של מיוזגים אופקיים, פרק ב3, עמ' 10).

בהינתן יבוא, בתחילת השוק הגיאוגרפי נתחשב באופן יבוא אריזות הפח, היינו האם המדובר ביבוא עצמי (על ידי יצרני השימורים עצמם) או שמא מדובר ביבוא מסחרי, הנעשה על ידי יבואן המוכר את האריזות המיובאות על ידו ליצרנים השונים.

בענייננו אין חולק, כי עיקר יבוא אריזות הפח נעשה על ידי היבואן [REDACTED] ולא על ידי יצרני השימורים עצמם (סעיפים 96-97 לתשובת הממונה לערר). לפיכך, השוק הגיאוגרפי הרלוונטי הוא ישראל, כאשר יבוא מסחרי של אריזות פח ייחשב, במסגרת הניתוח התחרותי, ככל ספק אחר (הנחיות המיוזגים האופקיים, פרק ב2).



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

22. התרשמנו, כי שוק אספקת אריזות הפח לתעשיית המזון מובחן משוק אספקת אריזות הפח לתעשיית הכימיה בשני היבטים:

עונתיות ורגישות גבוהה לזמינות המוצר
הביקוש לאריזות הפח בתעשיית שימורי המזון מאופיין בעונתיות וברגישות גבוהה לזמינות המוצר. עיקר הביקוש הוא בעונה החקלאית של הירקות הארוזים, במהלכה קיימת רגישות גבוהה של הלקוחות לזמינות האריזות. יצרני השימורים נדרשים לארוז את הירק בתוך פרק זמן קצר ממועד קטיפתו, שאם לא כן ייאלצו להשמידו (עמי' 4 לנימוקי ההתנגדות). גם אם קיים צפי לגבי כמות היבול החקלאי הרי שלא ניתן לצפות את גודל הירקות הנקטפים (לדוגמא, גודל המלפפונים בקופסת שימורים), ונתון זה ישפיע על רגישות הביקוש הגבוהה לקופסאות מודפסות, המתארות את תכולת הקופסא. רגישות גבוהה זו לזמינות האריזות אינה מאפיינת את תעשיית הכימיה, בה ניתן לצפות מראש את גודל ואת כמות האריזות הדרושות להליך הייצור.

מאפיינים פיזיים

אריזות הפח לתעשיית המזון ואריזות הפח לתעשיית הכימיה נבדלות אלה מאלה בקוטר ובגובה האריזה, ובסוג הציפוי הפנימי והחיצוני שלה. להבדיל מתעשיית הכימיה, כל יצרן שימורים נדרש למגוון רחב מאוד של אריזות פח המשתנות בגודל, בסוג הציפוי (כרום/בדיל, לבן/זהב וכו'), במכסה, ובהדפסה (סעיף 18 לתשובת הממונה לערר).

23. כך גם הגענו למסקנה, כי מבחינת המאפיינים הפונקציונאליים, אריזות העשויות פלסטיק או זכוכית, והמיועדות לתעשיית המזון, אינן תחליפיות לאריזות פח, ולפיכך אין לכלול אותן בשוק הרלוונטי, וזאת מן הטעמים הבאים:

חוסר התאמה פונקציונאלי

באריזות פלסטיק, הרגישה ללחץ ולחום, לא ניתן לארוז שימורים המכילים מוצקים, והמצריכים תחליף של עיקור חיידקים. באופן דומה, אריזות זכוכית אינן מהוות תחליף קרוב בעיני הצרכנים, מכיוון שאינן עמידות בפני מכות ושברים (סעיפים 25 ו-31 לתשובת הממונה לערר).

אורך חיי מדף

בעוד אורך חיי המדף של אריזות פח עומד על שנתיים-שלוש, אורך חיי המדף של האריזות האחרות קצר יותר (סעיף 26 לתשובת הממונה לערר).



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

אפשרות מעבר של היצרנים לאריזות מסוג אחר, מוגבלת מעבר לאריזות מסוג אחר דורש השקעה גדולה מצד היצרנים, כגון השקעה בציוד ובמעבר לשימוש בטכנולוגיה אחרת שעלותה גבוהה (סעיף 27 לתשובת הממונה לערר; תרשומת שיחה [REDACTED] מיום 13.7.10 – נספח 2 לתשובה לערר).

הרגלי צרכנים

אפשרות מעבר לאריזות מסוג אחר מוגבלת גם בשל הרגלי הצרכנים והצורך בהשקעות לשם הרגלתם לאריזות חדשות (סעיף 28 לתשובת הממונה לערר; תרשומת שיחה מיום 14.7.10 עם [REDACTED] נספח 1 לתשובת הממונה; תרשומת שיחה מיום 18.7.10 עם [REDACTED] נספח ו' לתשובה).

פערי מחיר משמעותיים

פערי מחיר משמעותיים בין אריזות הפח, הפלסטיק והזכוכית מלמדים אף הם על קיומם של שווקים נפרדים עבור כל אחד מסוגים אלה (סעיף 30 לתשובת הממונה לערר; תרשומת שיחה מיום 13.7.10 עם יו"ר לגין, נספח ז' לתשובה; תרשומת שיחה מיום 13.7.10 עם יו"ר קניאל, נספח ח' לתשובה).

24. המסקנה היא, כי השוק הרלוונטי לדיון הוא שוק אריזות הפח לתעשיית המזון, ונראה, כי גם העוררות אינן חולקות על כך (סעיף 18 להודעת הערר). הדיון בפנינו אכן התמקד בשוק זה. עם זאת, העוררות חלוקות על הממונה בכל הנוגע לתיאור העובדתי ולניתוח שערכה ביחס לרלוונטיות של אריזות העשויות מחומרים אחרים לעניין בחינת השפעתו התחרותית של המיזוג (סעיף 45.5 להודעת הערר). לטענתנו, שגתה הממונה בהעניקה משקל מועט, אם בכלל, להשפעה התחרותית המרסנת שיש לייחס לעובדת קיומן של אריזות העשויות מחומר אחר, "אף אם יתכן שאלה אינן מקיימות בכל המקרים תחליפיות מלאה בטווח הקצר", וכי לפחות בחלק מסוגי המוצרים קיימת תחליפיות רבה בין סוגי האריזות השונות (שם). כפי שהקדמנו ואמרנו, מסקנתנו היא כי לנוכח השיקולים שפורטו לעיל אין האריזות העשויות מחומרים אחרים באות בגדרו של השוק הרלוונטי. מסקנת הממונה מקובלת עלינו במלואה, ובצדק לא העניקה משקל לעובדת קיומן של אריזות מסוג אחר. לא למותר להוסיף, כי העוררות לא הציגו בפנינו כל ראיות שיש בהן כדי לסתור עמדה זו, המבוססת הן על שיחות עם גורמים המעוררים בתחום, הן על העובדה שמרבית יצרני השימורים אורזים את מוצריהם באריזות פח ואינם עוברים לאריזות אחרות, והן על כך



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

שעיון בהכנסות העוררות מן השנים האחרונות מלמד כי סך שוק אריזות הפח אינו במגמת ירידה (סעיף 34 לתשובת הממונה לערר).

25. יוער, כי לשיטת הממונה ניתן היה לחשוב על שווקים רלוונטיים מובחנים לאריזות פח, לפי השימושים השונים, הגדלים השונים, והציפויים השונים, וכי יתכן כי גם אריזות מודפסות וחלקות אינן באות בגדרו של אותו שוק רלוונטי. אולם, לדעתה, מאחר שהשפעתו של המיזוג דומה בכל אחד מן השווקים הללו, "ניתן לאגדם לכלל שוק רלוונטי יחיד במסגרתו ינותחו השפעות המיזוג" (סעיף 22 לתשובה לערר).

כאמור, התמקדות הדיון בשוק אריזות הפח לתעשיית המזון מקובלת עלינו (יהיו אשר יהיו גדלי האריזות השונות והציפויים השונים), אולם נראה כי האבחנה בין אריזות מודפסות מראש לבין אריזות חלקות עשויה להיות אבחנה מהותית בענייננו. ההכרעה האם אריזות חלקות או מודפסות תחליפיות אלה לאלה, ולפיכך ייבחנו במסגרת אותו שוק, או שהן שני שוקי מוצר מובחנים, עשויה להשפיע על התשובה לשאלה האם יש בידי הייבוא ליתן מענה מלא לצרכי חלקות, בעיקר במקרים של הזמנות דחופות, והאם יש בכוחו להוות רסן תחרותי להפעלה חד-צדדית של כוח שוק על ידי החברה הממוזגת.

משהגדרנו את השוק, נפנה עתה לניתוח התחרותי.

4. השינוי בריכוזיות - הניתוח הסטטי

26. בטרם נצא לדרכנו נזכיר, כי החידוש שבהכללת פרק המיזוגים בחוק החדש נועד לשמש פיקוח מונע, חסם מפני יצירת מבני שוק ריכוזיים. הדברים יפים מקל וחומר כאשר בעקבות המיזוג בו מדובר הינו מיזוג היוצר מונופולין, ובענייננו, מונופולין כמעט מושלם (למעלה מ-90% מנתח השוק). על כגון דא נאמר:

"Among the most anticompetitive consequences of mergers is the creation of monopoly or a dominant firm where none had existed before" (Philip E. Areeda and Herbert H. Hovenkamp, *Fundamentals of Antitrust Law*, 347 (2002))

(אסמכתא II לתשובת הממונה לערר)

וכן:

"The classic example of merger facilitating a unilateral price increase is the merger of a monopoly. Such mergers deserve



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

the highest level of antitrust scrutiny, and generally should be condemned even if barriers to entry are low. The need for rivals to be permitted to exist and grow is simply too important in such a market" (Herbert H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Law*, 3rd Ed. 2005)

(אסמכתא III לתשובת הממונה לערר)

27. בענייננו אין חולק, כי המדובר במיזוג אופקי בין שתי היצרניות היחידות של אריזות פח לתעשיית המזון ולתעשיית הכימיה. המיזוג המבוקש הוא לחברה אחת, מונופולין, שיהיה בידיה - כתוצאה מן המיזוג - נתח שוק של 90% מכלל אספקת אריזות הפח לשוק הרלוונטי. המדובר, אפוא, במיזוג אשר נתפס אפריורי כמיזוג שהשלכותיו אנטי תחרותיות, גם כאשר חסמי הכניסה לשוק נמוכים.

בשל המגוון הרחב של האריזות המיוצרות על ידי העוררות, נעשה חישוב נתח השוק עבור סוג אריזות הפח הנפוצה ביותר, A2, המהווה כמחצית מכלל אריזות הפח המסופקות עבור תעשיית שימורי המזון בישראל. בשנת 2009 עמד נתח השוק המצרפי של העוררות על כ- 90% מאספקת קופסאות אלה. השאר סופק על ידי יבוא. בחינת מדד הריכוזיות (HHI), הן לפני המיזוג והן לאחריו, מצביעה על ריכוזיות גבוהה במיוחד בשוק אריזות הפח לשימורי המזון, ועל עלייה משמעותית במדד הריכוזיות לאחר המיזוג. חישוביה של הממונה (סעיף 58 לתשובה לערר), לא נסתרו על ידי העוררות.

נתח שוק משמעותי עשוי להוות אינדיקציה לקיומו של כוח שוק, וכאשר שני מתחרים מתמזגים לחברה אחת שחלקה בשוק עולה על מחציתו, מתעורר חשש להפעלת כוח שוק בידי החברה הממוזגת. בהקשר זה לא למותר להפנות לכך שאין החוק דורש, כתנאי למתן הוראות למונופולין לפי סעיף 30, הוכחת קיומו של כוח שוק ודי בקיומו של נתח שוק על מנת להקים את סמכותו של הממונה ליתן הוראות כאמור (ראו בהקשר זה הי"ע 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות, מיום 7.6.2000).

5. בחינת פתרונות לחששות שהועלו - ניתוח דינאמי

28. הניתוח הדינאמי בוחן האם יש ביכולתו של השוק לתקן את עצמו ואת הפגמים המבניים פרי המיזוג שנוצרו בו. במרכז הניתוח מצויים חסמי הכניסה והמעבר המצויים בשוק. העוררות טוענות, כי בתנאי השוק הקיימים (היקף הביקוש) אין כדאיות לקיומם של



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

שני יצרנים, לא כל שכן כניסתו של יצרן מקומי חדש. לפיכך, במאפייני השוק שלפנינו, בהיעדר תחרות מקומית פוטנציאלית, יתמקד הדיון בשאלה האם יש בכוחו של הייבוא להפיג את החששות התחרותיים העולים מן המיזוג.

א. מאפייני הייבוא, היקפו ומקורותיו

29. אחת המגבלות האפקטיביות ביותר על מימושו של כוח מונופוליסטי במשק פתוח הוא הייבוא. מן הנתונים שהובאו בפנינו למדנו, כי יבוא אריזות הפח מתבצע בשני ערוצים: על ידי יבואנים, המוכרים את האריזות המיובאות ליצרני המזון השונים, המייבאים למלאי או על בסיס הזמנות מלקוחות; או יבוא ישיר, על ידי יצרני המזון עצמם, ללא שימוש בחוליית ביניים. יבוא עצמי הנעשה ישירות על ידי היצרנים על בסיס אד-הוק, אינו מהווה נתח משמעותי מכלל יבוא אריזות הפח. יבוא עצמי מחייב יכולת אחסון וצפייה מראש של היקף האריזות הנדרש [REDACTED] לדרישת הנתונים מיום 18.10.10, נספח 5 לכרך נספחים ב' מטעם הממונה; תרשומת שיחה עם [REDACTED] מיום 13.7.10, נספח 2 לכרך נספחים ב' מטעם הממונה; העתק תשובה לדרישת נתונים של [REDACTED] מיום 17.10.10, נספח 3 לכרך נספחים ב' מטעם הממונה; מכתבה של [REDACTED] מיום 16.11.10, נספח 4 לכרך נספחים ב' הנ"ל, וכן מחייב הוא איתנות פיננסית הנובעת מתנאי התשלום השונים. ייתכן כי מרבית יצרני המזון אינם עומדים בכך (סעיף 35 לסיכומי הממונה, תשובת [REDACTED] לדרישת הנתונים מיום 18.10.10, נספח 5 לכרך נספחים ב' מטעם הממונה: "קיימים פערים בין תנאי האשראי של הספקים, כאשר תנאי האשראי בארץ הינם טובים משמעותית מאלו המוצעים על ידי הספקים בחו"ל", מכתב [REDACTED] מיום 31.10.10, נספח 6 לכרך נספחים ב' מטעם הממונה, תרשומת שיחה מיום 1.11.10 עם [REDACTED] נספח 7 לכרך הנ"ל. לעומת זאת, [REDACTED] טוענת כי אין הבדל בתנאי האשראי (נספח 3 לכרך הנ"ל)).

30. יצוין, כי אין בנמצא יצרן מזון המסתמך אך ורק על יבוא. כל הלקוחות המייבאים אריזות פח, רוכשים גם אריזות מייצור מקומי (פרק ד.3 לנימוקי ההתנגדות). יצרני המזון פונים ליצרני אריזות הפח בחו"ל או לסוכניהם בארץ על מנת לקבל הצעות מחיר. הצעות אלה מהוות בסיס למשא ומתן עם העוררות. מחיר אריזות הפח נקבע לפי מחיר הייבוא בתוספת פרמיה של [REDACTED] לאריזות מייצור מקומי, המגלמת את התועלת לצרכן, הגלומה ברכישת המוצר בשוק המקומי (נוחות, שירותי אחסון וזמינות).



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

31. לטענת הממונה, "יבוא אריזות הפח מהווה באופן עקבי בין 5%-10% מהשוק הרלוונטי על פי חישובי נתחי השוק של העוררות, היקף היבוא, והערכות גורמים שונים בענף" (סעיף 42 לסיכומי הממונה). לדוגמא, על פי חישוב נתחי השוק בשנת 2009, עמד נתח השוק המצרפי של העוררות באספקת קופסאות A2, על כ- 90%, כאשר היתרה סופקה על ידי יבוא (סעיף 44 לתצהיר פרידמן, סעיף 42 לסיכומי הממונה). עיקר הייבוא (95%-90%) הינו של אריזות פח מודפסות (נספח יג לתשובת הממונה).

על פי נתוני המכס, יבוא אריזות פח נכלל במסגרת פריט מכס 732021, הכולל סוגים שונים של פחיות, שנפחן קטן מ- 50 ליטר, לסגירה בהלחמה ובכיווץ. במסגרת פריט מכס זה, נכללים מוצרים שונים, אשר אינם חלק משוק המוצר הרלוונטי. כך, לדוגמא, קניאל אריזות משקה, העוסקת בייצור ובשיווק פחיות משקה ושפופרות לניפוח בקבוקי פלסטיק, ואינה עוסקת כלל בייצור אריזות פח, מייבאת חלק ניכר מן המוצרים השייכים לפריט מכס זה. בהתאמה, בשנת 2010 ייבאה קניאל אריזות משקה כ- [REDACTED] מכלל הייבוא (סעיף 51 לסיכומי הממונה, עדות עברי גורן מיום 2.10.11, עמ' 8). המסקנה המתבקשת היא, כי היקף הייבוא של אריזות פח על ידי יבואנים או על ידי יצרני שימורי המזון בעצמם נמוך מזה המתקבל בהתבסס על פריט המכס האמור, ואינו מגיע ל- 17% מן השוק הרלוונטי, בניגוד לטענת העוררות בחוות הדעת הכלכלית מטעמן.

כעולה מ/מ/15, בשנים 2009-2010 חלה עלייה משמעותית בהיקף יבוא פריט המכס שלעיל, אולם בשנת 2011 חזר הייבוא לשיעורים שהיו נהוגים בשנת 2008 (עדות פרידמן מיום 4.10.11, עמ' 160, סעיפים 48-50 לסיכומי הממונה).

בשוק אריזות הפח פועל יבואן אחד, [REDACTED], אשר ייבא בשנת 2010 כ- [REDACTED] מכלל אריזות הפח המיובאות (תצהיר פרידמן, סעיף 77). יבואנים אחרים שהוזכרו, [REDACTED], אינם שחקנים משמעותיים בייבוא אריזות פח לתעשיית המזון ([REDACTED] - נספח 3 לתשובת הממונה וסעיף 73 לתשובה לערר), או שחדלו להיות פעילים בשוק [REDACTED] - נספחים ט' ו-י1 ו-י2 לתשובה לערר). עוד יש לציין, כי הייבוא אינו מספק תחליף מלא ושלים ליצרני קופסאות השימורים מבחינת מגוון האריזות (קטרים, גדלים וציפויים), זמינות, ושירותי אחסנה (מ/5, נספחים י"ג וי"ח לתשובת הממונה, סעיף 34 לסיכומי הממונה).

אין חולק, כי מקור מרבית אריזות הפח המיובאות לישראל הוא בטורקיה (פרופ' פרשטמן, עמ' 67). על פי פילוח גיאוגרפי, כ- 80% מהייבוא נעשה מטורקיה, והיתרה ממדינות אחרות, ביניהן איטליה וספרד (פרידמן, עמ' 227).



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

32. למחיר אריזות הפח המיובאות, הנגזר ממחיר המוצר במדינת המקור, מעלות ההובלה וממכסים (ככל שחלים), השפעה משמעותית על כדאיותו של הייבוא בהיקפים משמעותיים, וכפועל יוצא מכך על התשובה לשאלה האם יהא בכוחו להוות רסן על כוח השוק של החברה הממוזגת.

ב. בחינת נימוקי הממונה לפיהם אין בכוחו של הייבוא להפיג את החששות התחרותיים הנובעים מן המיזוג.

33. עיקר הדיון שלפנינו התמקד בבחינת נימוקי הממונה להחלטתה לפיה אין בכוחו של הייבוא לרסן את כוח השוק של הפירמה הממוזגת. נימוקים אלה נסמכים על חמישה אדנים:

1. עלויות הובלה משמעותיות; 2. אי יציבות האספקה בשל שינויים באקלים הפוליטי; 3. זמינות האספקה; 4. איכות המוצר; 5. אפשרות מתן תמיכה טכנית.

נפנה עתה לבחינתם של נימוקים אלה.

עלויות הובלה משמעותיות

34. אריזות פח הן מוצר נפחי (לא ניתן להכניס אריזה אחת לתוך השנייה על מנת לחסוך בנפח), המאופיין בעלויות הובלה גבוהות. מאחר שכדאיות הייבוא קטנה ככל שגודל האריזה גדל, סבורה הממונה כי עלויות ההובלה הגבוהות מספקות ליצרנים המקומיים הגנה טבעית מפני יבוא. בנסיבות אלה, יבוא עשוי להיות כדאי רק כאשר ארץ המקור קרובה גיאוגרפית לישראל. ואכן, כפי שכבר הזכרנו, בשנים האחרונות מדינת הייבוא העיקרית היא טורקיה.

העוררות מסכימות כי אריזות פח הן מוצר נפחי בעל עלויות הובלה משמעותיות (תרשומת שיחה בין קניאל לד"ר אריה שטרן מיום 13.7.10, נספח ח' לתשובה לערר: "אנחנו לא מייצאים כי המוצר נפחי ולכן עלויות ההובלה גבוהות"). עם זאת טוענות הן, כי עלות ההובלה אינה מהווה מרכיב משמעותי בעלות אריזות פח מיובאות, כאשר מדובר בהובלה ימית קרובה ממדינות הים התיכון (סעיף 110.3 לערר).

הנה כי כן, עלויות הובלת אריזות פח מושפעות מעלות ההובלה הימית. גודלן ואופן אריזתן משפיע על מספר האריזות שייכנסו למכולה, וממילא על עלות ההובלה לאותו סוג אריזה. לכך יש להוסיף מכס (ככל שחל), עלות שחרור מהנמל ועלות הובלה יבשתית לנמל וממנו.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

לעלויות הייבוא מתווספת לעיתים עלות אחסנה, הדרושה לשם הבטחת רציפות האספקה. עלות זו משפיעה אף היא על המחיר הסופי (נספח ו' לכרך נספחים א' מטעם הממונה - תרשומת שיחה מיום 18.7.10 עם [REDACTED]; מ/5 - תרשומת שיחה מיום 13.7.10 עם [REDACTED]).

35. לעוררות מספר השגות על אופן בדיקת הממונה את עלויות ההובלה.

הטענה האחת היא, כי הממונה לא בדקה באופן עצמאי עלויות אלה, והסתפקה באמירות של צדדים שלישיים, אשר ציינו את עלויות ההובלה כמשמעותיות או העריכו אותן בכ- 30%-40% מעלות המוצר, בלא כל תשתית עובדתית. לשיטת העוררות, הצורך בעריכת בדיקה עצמאית של גובה העלויות מתחדד לאור החשיבות הרבה שייחסה הממונה לנימוק זה במסגרת נימוקי ההתנגדות למיזוג, ולנוכח העובדה שבפניה היה מצוי מידע סותר, שנמסר הן על ידי צדדים שלישיים (ע/23) והן על ידי העוררות (ע/1), ולפיו עלויות ההובלה אינן משמעותיות (סעיפים 124-133 לסיכומי העוררות). הממונה יכולה הייתה לדרוש מידע מצדדים שלישיים ומן העוררות לגבי מספר אריזות הפח (מן הסוגים הנפוצים ביותר), הנכנסים לכל מכולה. או אז יכולה הייתה לחלץ ממידע זה את מחיר ההובלה לאריזה. הטענה השנייה היא כי לאור נימוקי הממונה בדבר אי יציבות הייבוא מטורקיה בשל האקלים הפוליטי, היה עליה לבדוק באופן עצמאי את פערי עלויות ההובלה מן המדינות השונות באגן הים התיכון, ולא להסתפק באמירות של צדדים שלישיים לפיהן הפער בין עלות ההובלה מטורקיה לבין עלות ההובלה מאיטליה ומספרד עומד על 30%.

36. אכן, הממונה לא בדקה באופן אמפירי את עלות הובלת מכולה מן המדינות השונות, ואיזה אחוז מהווה עלות זו ממחיר האריזות השונות. יתרה מזאת, עמדתה, כפי שהובעה על ידי המומחית הכלכלית מטעמה הייתה, כי גם לו מחיר ההובלה היה אפס ההחלטה בתיק לא הייתה משתנה (עמ' 328-329 לפרוטוקול). טענה זו עוררה בנו תמיהה לנוכח העובדה שעלות מחירי ההובלה היוותה אחד הטעמים העיקריים להתנגדות הממונה למיזוג. מכל מקום, גם אם נכון היה לבדוק את עלות ההובלה ולא להסתפק באמירות של צדדים שלישיים, התרשמנו, כי ממצאי הממונה לפיהם עלויות ההובלה גבוהות, ולפיכך אין כדאיות לייבא את כל המגוון, וכי ככל שארץ הייבוא קרובה יותר כך עולה כדאיות הייבוא - מגובות באמירות רבות של צדדים שלישיים (יצרני שימורים ויבואנים), אשר התייחסו גם לעלות רכיב ההובלה ממחיר המוצר. ראו, למשל, תרשומת שיחה מיום 13.7.10 עם [REDACTED] (נספח יא' לתשובה לערר) שציין כי "אריזות גדולות אין כדאיות לייבא כי הן נפחיות"; תרשומת שיחה מיום 13.7.10 עם [REDACTED] (נספח 2 לתשובת הממונה) "הבעיה היא שקופסא היא



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

מוצר נפחי ולכן עלויות ההובלה גבוהות מאוד". כך גם נספח 6 לתשובת הממונה - מכתבה של [REDACTED] לרשות ההגבלים העסקיים מיום 31.10.10; נספח 7 לתשובת הממונה - העתק תרשומת שיחה מיום 1.11.10 עם [REDACTED] לקוחות אחרים ציינו כי "לא ניתן לייבא את כל המגוון" (מ/9 תרשומת שיחה מיום 21.10.10 עם [REDACTED] דוגמאות לאומדן צדדים [REDACTED] שלישיים את עלות ההובלה ראה: "מחיר ההובלה הינו 40%-30% ממחיר המוצר" (תרשומת שיחה מיום 1.9.10, עם [REDACTED] נספח 1 לתשובה לערר, ע/9), וכן ע/23 נספח 8 לתשובת הממונה - תרשומת שיחה מיום 19.7.10, בין אריה שטרן [REDACTED] "עלות ההובלה מייקר ב- 30% ממחיר CIF"; נספח ו' לתשובת הממונה לערר, תרשומת שיחה בין ד"ר אריה שטרן [REDACTED] "אפשר לייבא מעשית רק מטורקיה כי היא קרובה. מאיטליה ומספרד רק עלות ההובלה יקרה בכ- 30% יותר מאשר טורקיה. ההובלה היא מרכיב חשוב מאוד בעלות. לא כדאי לייבא ממדינות רחוקות. בנוסף, המחיר שם יקר יותר".

37. עם זאת, היו בפני הממונה גם אמירות אחדות אחרות של צדדים שלישיים, ושל העוררות עצמן, אשר טענו כי עלות ההובלה אינה משמעותית: ע/16, תרשומת שיחה מיום 19.7.10 עם [REDACTED] "עלות ההובלה היא לא קריטית"; ע/1, פגישה מיום 16.11.10 ברשות ההגבלים עם מר עברי גורן: "עלות ההובלה היא זניחה, אם מחיר הקופסא שקל אז ההובלה 2 אג". לא למותר להזכיר כאן, כי דבריו אלה של מר גורן עומדים בסתירה חזיתית לדברים אחרים שהשמיע והמתועדים בתרשומת שיחה מיום 13.7.10 (נספח ח') לכרך א' מטעם הממונה), ולפיהם אין קניאל מייצאת את מוצריה משום ש"המוצר נפחי ולכן עלויות ההובלה גדולות".

38. המסמך היחיד שהיה בפני הממונה, ואשר כלל עלויות הובלה בפועל, הוא תשובת [REDACTED] לדרישת הנתונים מיום 7.9.10 (ע/7), ממנה עולה כי עלות הובלת מכולה מהודו היא 3,750 דולר, בעוד שמרבית הייבוא נעשה ממדינות אגן הים התיכון, ובפרט טורקיה. על פי מסמך זה מרכיב ההובלה הוא 16% מעלות האריזה. כמו כן עמד לנגד עיני הממונה דו"ח צים לשנת 2010 (נספח יח לכרך א' מטעם הממונה). משני מסמכים אלה חילצה הממונה, לטענתה, את עלויות ההובלה (עדות פרידמן מיום 1.11.11 בעמ' 290; עמ' 103 לסיכומי הממונה). על פי הדו"ח, עלות הובלה ממוצעת מטורקיה ("אזור פנים אירופה" בדו"ח צים), של מכולה בת 20 רגל הינו 1,000 דולר, וכפול מזה עבור מכולה בת 40 רגל (סעיף 105-106 לסיכומי הממונה, עדות פרידמן מיום 4.10.11 בעמ' 252-253, ומיום 1.11.11 עמ' 290, עמ' 306 ועמ' 309). בהתבסס על חישוב עלויות ההובלה שצוינו לעיל, טוענת הממונה כי



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

מרכיב עלות ההובלה במחיר אריזה של 160 גר' (האריזה הקטנה ביותר) הוא 9% ; עלות הובלה של אריזות פח 9 ליטר מגיעה לכדי 24% ממחיר האריזה, ובקופסאות של גלון - 37% (סעיף 115 לסיכומי הממונה).

העוררות מצידן טענו, כאמור, כי עלות ההובלה זניחה וכי מחירה מהווה אחוזים בודדים ממחיר אריזת הפח (ע"ל הני"ל ; עדות עברי גורן מיום 2.10.11 עמ' 23 ועמ' 40 ; עדות דורון סט מיום 2.10.11 עמ' 143-141). עוד לטענת העוררות, אשר לא נתמכה בתצהיר המומחה מטעמן, עלות הובלת מכולה ממוצעת בת 40 רגל מטורקיה היא כ- 1000 דולר (עמ' 291 לפרוטוקול הדיון מיום 1.11.11).

39. עיון בע/17 ובע/18 (נתוני מכירות אריזות פח של לגין וקניאל לפי סוגים, במונחים כספיים וכמותיים) מעלה, כי 4 סוגי אריזות מרכזיים (בהתעלם מסוגי הציפויים השונים) מהווים כ- [REDACTED] מכלל המכירות במונחים כמותיים, וכ- [REDACTED] מכלל המכירות במונחים כספיים. גם אם נלך לשיטת העוררות, ונניח לצורך הדיון כי עלות מכולה של 40 רגל מטורקיה היא 1,000 דולר, ניתוח הנתונים הגולמיים כפי שנעשה על ידינו מעלה תמונה שונה מזו שהציגו העוררות בע/14 (ניתוח רגישויות למחירי הובלה) ונראה כי רכיב ההובלה שונה וגבוה מעט ממה שהוצג על ידן.

מן החישוב שערכנו עולה כי :

- א. מחיר ממוצע של אריזות פח A2 הינו [REDACTED] ₪ (ולא [REDACTED] ליחידה כפי שהוצג) וכתוצאה מכך עלות מרכיב ההובלה על בסיס \$ 1,000 למכולה 6% ולא 5% כפי שהוצג.
- ב. מחיר ממוצע של אריזות פח 160 גר' הינו [REDACTED] ₪ (ולא [REDACTED] ליחידה כפי שהוצג). כתוצאה מכך עלות ההובלה על בסיס \$ 1,000 למכולה, הינו 6% ולא 4.2% כפי שהוצג.
- ג. מחיר ממוצע של אריזות פח A10 הינו [REDACTED] ₪ (ולא [REDACTED] ₪ כפי שהוצג) וכתוצאה מכך עלות רכיב ההובלה על בסיס \$ 1,000 למכולה הוא 10% ולא 7.5% כפי שהוצג.
- ד. מחיר ממוצע של אריזות פח 9 ליטר הינו [REDACTED] ₪ (ולא [REDACTED] ₪ כפי שהוצג) וכתוצאה מכך עלות ההובלה על בסיס \$ 1,000 למכולה הוא 15% ולא 12.5% כפי שהוצג.
- ה. על בסיס נתונים אלה, מרכיב ההובלה המשוקלל מגיע לכדי 7.1% עבור [REDACTED] מכלל אריזות הפח.
- ו. הסטה אפשרית של הייבוא מטורקיה למדינות אחרות באגן היס התיכון (איטליה וספרד) עלולה לייקר את עלות ההובלה לכ- \$ 1,200 למכולה (כפי שהוצג על ידי ב"כ



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

העוררות, פרוטוקול הדיון מיום 1.11.11 עמ' 304 ש' 20, עמ' 291 ש' 18). תוספת של 20% לעלות ההובלה תגרום לכך שרכיב ההובלה יעמוד על 8.5% ממחירה הממוצע המשוקלל של כל אריזת פח.

ז. בנוסף, מהנתונים שבפנינו (ע/17 וע/18) עולה, כי לקוחות גדולים, הרוכשים כמויות גדולות, זוכים להנחה של כ- [REDACTED] ממחיר אריזות הפח, וכי מחירי אריזות הפח ללקוחות כאלה מטים את המחיר הממוצע לאריזת פח כלפי מטה, כך שיחסית למחירי המכירה של העוררות רכיב ההובלה גבוה יותר מעלות ההובלה הממוצעת לאריזת פח שצוינה לעיל (7.1%). זאת כיוון, שבעוד שעלות ההובלה לא משתנה, מחיר האריזה הממוצע יורד, ובהתאמה החלק היחסי של רכיב ההובלה גדל. בהתחשב בהנחות הכמות המשמעותיות הניתנות ללקוחות הגדולים, עלות ההובלה הממוצעת מטורקיה מהווה כ 8%-10% ממחיר אריזת פח.

40. מן האמור לעיל עולה, כי גם אם נלך לפי שיטת העוררות (בכל הנוגע לעלות הובלת מכולה, המהווה כמחצית מעלות ההובלה כפי שעולה מדו"ח צים וניתוחו על ידי הממונה), עלות ההובלה אינה זניחה והיא מהווה מרכיב משמעותי ממחיר המוצר. כאמור לעיל, רכיב ההובלה עלול אף לגדול ככל שייבוא אריזות הפח ייעשה ממדינות אחרות באגן הים התיכון מהן עלות ההובלה גבוהה יותר. כך, לדוגמא, ככל שעלות הובלת מכולה בת 40 רגל מטורקיה הינה \$ 2,000, רכיב ההובלה באריזת 9 ליטר מתקרב ל- 30% (על פי חישובי ב"כ העוררות בסעיף 153.3 לסיכומים - 25%, על פי מחיר מכירה ממוצע של [REDACTED], בעוד שהמחיר הממוצע הוא [REDACTED]).

41. לסיכום, מצאנו כי עלות ההובלה מטורקיה מהווה רכיב משמעותי ממחיר אריזת הפח (כ- 8%-10% בממוצע, ויותר באריזות בעלות הנפח הגדול). רכיב ההובלה אף עלול לגדול ככל שייבוא אריזות הפח ייעשה ממדינות אחרות באגן הים התיכון, שעלות ההובלה מהן גדולה יותר. עלות ההובלה עשויה אם כן להוות חסם משמעותי לייבוא, ככל שנדרש יבוא בפועל לריסון כוח השוק של החברה הממוזגת.

החשש מפני אי יציבות האספקה לנוכח האקלים הפוליטי

42. לטענת הממונה, לא ניתן להסתמך על הייבוא בשל תנודתיות הנובעת ממצב בטחוני, מצב כלכלי-פוליטי, שינוי בשער החליפין, ובשל החשש מפני שביתות בנמלי הים. לפיכך, אין בכוחו של הייבוא להוות רסן לכוח השוק של החברה הממוזגת (סעיף 63 לתצהיר פרידמן).



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

אכן, שינויים בשער החליפין למטבע חוץ עשויים להשפיע על כדאיות הייבוא ועל עלות המוצר מייצור מקומי בשל העובדה שחומר הגלם, המהווה כ- [REDACTED] מעלות המוצר, מיובא אף הוא (עדות עברי גורן מיום 2.10.11, עמ' 27). עם זאת נראה, כי יבוא מוצרים מוגמרים (אריזות פח) רגיש יותר לשינויים בשער החליפין מייבוא חומרי גלם, מכיוון שבנוסף לחשיפה לעליית מחירי המוצרים, הוא חשוף יותר לשינויים במחירי ההובלה, שהרי עלות הובלת אריזות פח מוגמרות גבוהה מעלות הובלת חומרי גלם.

אלא שמן הנתונים שהוצגו בפנינו עולה תמונה, ולפיה בין השנים 2003-2010 התקיים יבוא עקבי לארץ, ואף במגמת עלייה, אשר בניגוד לגישת הממונה לא הצטמצם או נפסק עם עליית שער החליפין (ע/11, מ/15, פרוטוקול הדיון מיום 4.10.11, עמ' 241-240).

עם זאת, בשנת 2011 ניכרת מגמת ירידה בייבוא מטורקיה (מ/15).

43. נראה, כי לא הוצגו בפנינו נתונים בעלי מובהקות מספקת על מנת שנוכל להגיע למסקנה חד משמעית, ולפיה האקלים הפוליטי עלול לפגוע ביציבות האספקה. מ/מ 15 עולה, כי דווקא בשנת 2010, השנה בה נוצרו קשיים ביחסי ישראל - טורקיה, חל גידול בהיקף היבוא.

זמינות האספקה

44. בקרב יצרני קופסאות השימורים רגישות רבה לזמינות אספקת אריזות הפח, שכן עיכוב באספקה משמעו אובדן של התוצרת החקלאית. בעיית הזמינות נובעת מקיומן של סטיות בלתי צפויות מן התכנון המקורי של היבול החקלאי, בכל הנוגע להיקפו, לתמהילו ולגודל הירקות השונים. לטענת הממונה, זמינות הייצור המקומי מאפשרת גמישות באספקת כמויות מתאימה של אריזות הפח ושל סוג ההדפסות המוטבעות על גבי הפח (לדוגמא: מלפפונים גדולים או קטנים, סעיף 84 לתשובת הממונה לערר; סעיף 20 לתצהיר פרידמן; מכתב [REDACTED] מיום 8.10.10, נספח 6 לתשובת הממונה: "הבעייתיות הינה זמינות הספק לתגובה לשינויים בגרפיקות של המוצרים בהתאם להתפלגות היבול החקלאי. היכולת של ספק הייבוא להגיב לשינויים מסוג זה נמוכה מאוד". כן ראו תרשומת שיחה עם [REDACTED] מיום 27.10.10, נספח ט"ו לתשובת הממונה: "למפעל המקומי תמיד יש יתרון זמן תגובה. בעונה הם עובדים 24 שעות וזמן תגובה של יום יומיים. אם המפעל לא יקבל קופסאות הייצור נעצר - זהו נזק עצום. לזמינות ערך כלכלי").



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

45. הדרישה לזמינות גבוהה של אריזות פח מודפסות תחייב לקוח - יצרן קופסאות שימורים, המבקש להסתמך על יבוא, לשאת בעלויות מימון ובעלויות החזקת מלאי משמעותי של אריזות פח. הסיבה לכך נעוצה בעובדה שהיבואן היחיד [REDACTED] מספק שירותי אחסון לאריזות פח לתעשיית המזון רק בעונת הקיץ, שכן אין לו מחסנים מקורים. כמו כן, שירותי האחסון הניתנים על ידו הם רק עבור אריזות חלקות ולא עבור אריזות מודפסות, המהוות למעלה מ- 90% מהשוק (מ/5, נספח י"ג לתשובת הממונה, תרשומת שיחה עם [REDACTED] מיום 7.11.10, סעיפים 83-84 לתשובה לערר). לפיכך, לקוח המסתמך על יבוא, נדרש להחזיק במפעל מלאי המתאים לפחות לשבועיים, ואילו ברכישה מיצרן מקומי יידרש להחזיק מלאי ליומיים בלבד (נספח 6 לתשובת הממונה, מכתבה של [REDACTED] מיום 31.10.10. עם זאת, יש להעיר כי [REDACTED] מייבאת קופסאות חלקות).

בנוסף, מכיוון שלא ניתן לייבא את כל מגוון אריזות הפח (ברזולוציה של הציפויים השונים), הרי שעל מנת ליהנות מגמישות מרבית בניהול המלאי, מזמינים חלק מן הלקוחות את הגימור העמיד ביותר, המתאים לסוגי המזון השונים, מה שמייקר עוד יותר את עלות אריזות הפח המיובאות לעומת אריזות מייצור מקומי (מ/6, שיחה עם [REDACTED] מיום 21.10.10).

46. להבדיל מעלויות אחסנה גבוהות הכרוכות בייבוא מוצרים מוגמרים, נושאים היצרנים המקומיים בעלות אחסנה נמוכה משמעותית של חומרי הגלם (גיליונות הפח. ראו דו"ח ביקור במפעלי קניאל מיום 19.9.10, נספח י"ד לתשובת הממונה לערר; סעיף 91 לתשובה לערר). בנוסף, אחסון גיליונות הפח מאפשר ליצרניות המקומיות ליצר בהתראה קצרה יחסית מגוון רחב של מוצרים על פי דרישת הלקוח (סעיף 65 לסיכומי הממונה).

זמן אספקת אריזות פח מייבוא

47. לטענת הממונה, קיימים פערי זמן משמעותיים בין זמן אספקת אריזות פח מייצור מקומי, העומד על ימים ספורים (בעונה), לבין זמן אספקת אריזות פח מייבוא, העשוי להגיע לכדי שבועות אחדים. פערי זמן אלה משמעותיים במיוחד בכל הנוגע להזמנות דחופות (עמ' 9 לנימוקי ההתנגדות; תרשומת שיחה מיום 27.10.10 עם [REDACTED] נספח ט"ו לתשובת הממונה; תרשומת שיחה מיום 18.7.10 עם [REDACTED] נספח ו' לתשובת הממונה: "מלגין מקבל בהתראה קצרה, מחו"ל יכול לקחת חודש";



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

שיחה מיום 14.7.10 עם [REDACTED] נספח 1 לתשובת הממונה: "זמן האספקה מטורקיה הוא כ- 3-4 שבועות"; תשובת [REDACTED] לדרישת הנתונים מיום 31.10.10, נספח 6 לתשובה לערר; תצהיר פרידמן, סעיפים 63-64; עדות פרידמן מיום 1.11.11, עמ' 315-314).

העוררות חולקות על עמדת הממונה. לטענתן, פער הזמן בין קבלת הזמנה מייבוא לבין קבלת הזמנה מייצור מקומי מסתכם בלילה אחד ולכל היותר בימים בודדים (תצהיר גורן, סעיף 70.2; תצהיר סט, סעיף 68.2; עדות פרופ' פרשטמן מיום 2.10.11, עמ' 78; עדות סט מיום 2.10.11 עמ' 143; עדות גורן מיום 2.10.11, עמ' 24). בנוסף טוענות הן, כי פער הזמן בין אספקת אריזות פח מודפסות מייצור מקומי לבין אספקת אריזות מייבוא אינו משמעותי, נוכח הזמן הנדרש לכיול קווי הייצור של אריזות פח מייצור מקומי, בהתאם לקטרים המבוקשים (set-up), אשר לטענתן יכול לקחת אפילו 3 ימים (סעיף 181 לסיכומי העוררות), בעוד שיצרנים זרים אינם נדרשים לבצע כיול מחדש של קו הייצור.

48. נראה, כי גם אם ליצרנים הזרים זמן תגובה מהיר בייצור אריזות הפח, הרי שמן הנתונים עולה כי זמן אספקת האריזות המיובאות ארוך יותר מזמן אספקת האריזות בייצור מקומי, שכן הוא כולל, בנוסף לזמן הייצור, גם את זמן הובלת המוצר ושחרורו מן הנמל.

מהנתונים שהובאו בפנינו עולה, כי זמן אספקת הזמנות דחופות מייבוא הוא למעלה מ- 10 ימים (מ/9, תרשומת שיחה עם [REDACTED] מיום 21.10.10; ע/16, תרשומת שיחה עם [REDACTED] מיום 19.7.10, שטען כי זמן יבוא מטורקיה הוא שבוע ימים, וממקומות אחרים כשלושה שבועות). לפיכך, גם אם לשיטת העוררות, פער הזמן בין אספקת מוצר מייבוא לבין אספקת מוצר מייצור מקומי עומד על מספר ימים בתרחיש האופטימאלי, פער זה הינו משמעותי במיוחד בכל הנוגע ליכול חקלאי, העלול להתכלות (עדות פרידמן מיום 4.10.11, עמ' 279).

היקף ההזמנות הדחופות מכלל ההזמנות

49. בנימוקי ההתנגדות למיזוג לא אמדה הממונה את היקף בעיית הזמינות ולא התייחסה לסוג האריזות לגביהן מתעוררת בעיה זו, אולם קיימת התייחסות לגמישות הייצור המקומי בסוג ההדפסות המוטבעות על גבי האריזות, הרלוונטי במיוחד נוכח סטיות בלתי צפויות מן התכנון המקורי.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"פ 36014-12-10

50. מן הנתונים שהובאו בפנינו עולה, כי בעיית הזמינות בהזמנות דחופות מתעוררת בעיקר בכל הנוגע לאריזות מודפסות, המהוות כ- 90% מהשוק (עדות פרידמן מיום 1.11.11, עמ' 316, עמ' 354; ע/18; עמ' 4 לנימוקי ההתנגדות; סיכום ביקור בקניאל מיום 19.9.10, נספח י"ד לתשובת הממונה לערר).

בהתבסס על מועדי ההזמנה והאספקה של אריזות פח על ידי קניאל (ע/18 ו-ע/19), היקף ההזמנות, המסופקות בין 10 ל-14 יום, עומד על [REDACTED] מכלל ההזמנות (עדות פרידמן מיום 1.11.11 בעמ' 321-322; עדות גורן מיום 2.10.11 בעמ' 26; תצהיר דורון סט סעיף 68.3 ותצהיר משלים של דורון סט, סעיף 24).

לטענת העוררות (בהתבסס על ע/18 וע/19), יתכן שבעיית הזמינות מתעוררת לגבי נתח שוק קטן יותר, שכן לא מן הנמנע שחלק מן ההזמנות שסופקו תוך 14 יום, נתקבלו בחודשים נובמבר-מרץ, שאינם העונה הבווערת של גידולי עגבניות ומלפפונים. מכאן, שיתכן שחלק מן ההזמנות קצרות המועד כלל לא היו הזמנות דחופות אלא הזמנות רגילות שסופקו בתוך פרק זמן קצר, למשל משום שהסחורה הייתה במלאי (סעיף 209 לסיוכומי העוררות).

האם קיימים פתרונות מספקים באמצעותם ניתן להתגבר על בעיית הזמינות בהזמנות הדחופות?

51. העוררות טענו, כי ככל שקיימת בעיית זמינות בכל הנוגע להזמנות הדחופות בעונת הקטיפה החקלאי, קיימים פתרונות שונים באמצעותם ניתן להתגבר על בעיה זו. לדידן, מדובר בשלושה פתרונות אפשריים: שימוש באריזות חלקות; אחסון ביניים של הירקות במיכלים גדולים עד להגעת האריזות המודפסות; הגדלת שטחי האחסון שברשות הלקוחות. כך, למשל, טענו הן, כי במקרים של חריגה בכמות או בגודל היבול החקלאי, כשלא ניתן לספק את הביקוש לאריזות פח מודפסות באמצעות יבוא, ניתן להתגבר על בעיית הזמינות על ידי שימוש באריזות פח חלקות (לגביהן אין בעיית זמינות ומגוון), והדבקת תוויות מתאימות לאחר מילוי.

52. העובדה ששוק אריזות הפח המודפסות מהווה כ- 90%-95% מהשוק מלמדת, כי ללקוחות העדפה ברורה לשימוש באריזות פח מודפסות, הנחשבות איכותיות יותר (מ/9, תרשומת שיחה עם [REDACTED] מיום 21.10.10, ובלשונה של גב' פרידמן: "זה שוק של מודפסות" (עדות פרידמן בעמ' 316). אכן, חלק מן הלקוחות משתמשים באריזות פח חלקות וברשותם מכונה להדבקת תוויות. בעובדה זו יש כדי להעיד על



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

תחליפיות מסוימת בעיני חלק מן הלקוחות. עם זאת, השימוש באריזות חלקות כרוך בעלויות נוספות, כגון הוספת מכונה להדבקת תוויות לקו הייצור הקיים והדפסת התוויות. בנוסף, בעיני חלק מן הלקוחות (■), (תרשומת מ/9 לעיל), אריזות פח חלקות אינן תחליפיות לאריזות מודפסות. לקוחות אלה מחוייבים בדרישות איכות מחמירות שאינן מאפשרות שימוש באריזות חלקות שהודבקו עליהן תוויות.

53. אשר לפתרונות האחרים, ולפיהם יאחסנו הלקוחות את הירקות אחסון ביניים במיכלים גדולים עד להגעת אריזות הפח המודפסות, או שיגדילו את שטחי האחסון על מנת שיוכלו לאחסן מלאי שייתן פתרון לבעיית הזמינות של הזמנות דחופות, הרי שגם אלה אינם יכולים לעמוד במבחן הביקורת. הפתרון של אחסון ביניים נטען כלאחר יד, לא עלה בשיחות עם הממונה וממילא לא בשיחות עם צדדים שלישיים. יתרה מזאת, הצעה זו עומדת בסתירה חזיתית לדברים שהשמיעה קניאל בשיחה מיום 13.7.10 (נספח ח' לתשובת הממונה): **"ההזמנות הן לטווח קצר. משתדלים שישב שבועות ויש גם ימים בודדים - בעיקר בחקלאות. הם לא יודעים כמה יצטרכו ואיזה סוג. בנוסף, הם חייבים מיד את הקופסאות כי הם לא יכולים לשמור את הסחורה"**.

54. בבחינת ההשפעות התחרותיות של מיזוג, יבחן הממונה את המצב ערב המיזוג ואת השינוי הצפוי לאחריו, על פי מאפייני הביקוש וההיצע הקיימים בשוק ערב המיזוג. הפתרון המוצע, לפיו יאחסנו הלקוחות מלאי של אריזות פח במפעליהם, או יקימו שטחי אחסון ייעודיים לצורך אחסון כמות משמעותית של אריזות פח מייבוא במטרה למנוע מחסור כשקם הצורך לאריזות דחופות, אינו סביר. משמעותו הטלת נטל נוסף על הלקוחות, הנובע מן הצורך בהגדלת שטחי אחסון וניהול מלאי, כמו גם הטלת העלויות הכרוכות בכך. הפתרון מרע, אפוא, את מצב הלקוחות יחסית למצבם ערב המיזוג. כך גם אין אנו סבורים, כי היה על הממונה לבדוק את פרק הזמן המרבי שיכול לעבור עד שיסופקו אריזות פח, שלאחריו צריך יהיה להשמיד את היבול החקלאי, ומה זמן ההתראה המינימאלי שבו לומדים על הצורך בביצוע הזמנה דחופה בשל חריגה בצפי כמות היבול החקלאי או גודלו (כפי שטענו העוררות). מן המידע שהובא בפנינו עולה, כי הזמנת המסגרת נעשית בתחילת כל שנה, והיא מתבססת על צפי של הכמות ושל הגודל. ההזמנות הדחופות דרושות במקרים של סטייה מצפי זה.

55. לסיכום, השתכנענו כי הייבוא אינו מספק תחליף מלא ושלם לאספקת אריזות פח מודפסות מייבוא, בהזמנות הדחופות הנובעות מחריגה בכמות או בגודל היבול החקלאי. לא שוכנענו כי הפתרונות שהוצעו על ידי העוררות מספקים, בשל הנטל



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

הנוסף שהם מטילים על הלקוחות. עם זאת, כפי הנראה היקף בעיית הזמינות בהזמנות דחופות נמוך מ- [REDACTED] מכלל ההזמנות, בשל העובדה שבראיית חלק מן הלקוחות (לדוגמא, [REDACTED] אריזות פח חלקות תחליפיות לאריזות פח מודפסות, ומכיוון שייתכן כי חלק מההזמנות שסופקו בתוך 14 יום היו הזמנות רגילות שסופקו בתוך זמן קצר.

איכות המוצר ואפשרות מתן תמיכה טכנית

56. איכות אריזות הפח עשויה להשפיע על איכות המזון הנארז בתוכן ועל שימורו לאורך זמן. לטענת הממונה, לייצור המקומי איכות מוכחת לעומת איכות האריזות המיובאות (סעיף 92 לתשובה לערר; תרשומת שיחה מיום 27.11.10 עם [REDACTED] נספח ט"ו לתשובה לערר; תרשומת שיחה מיום 18.7.10 עם [REDACTED] נספח ו' לתשובה לערר; תרשומת שיחה מיום 21.10.10 עם [REDACTED] מ/9; תרשומת שיחה מיום 27.10.10 עם [REDACTED] ע/21). אכן, בצד אותן אמירות המגבות את טענת הממונה האמורה, קיימות אמירות אחרות לפיהן אין פערי איכות משמעותיים בין אריזות פח מייצור מקומי לבין אריזות מיובאות (ע/3, [REDACTED] מכתב מיום 11.10.10), אולם נראה כי העמדה הכללית היא כעמדת הממונה.

57. סגירת אריזות הפח לאחר מילויין וחיבור המכסה, נעשה במפעל הלקוחות. אלו זקוקים מעת לעת לתמיכה טכנית בתפעול מכונת הסגירה. לטענת הממונה, ליצרן המקומי עדיפות על פי הייבוא, שכן יש באפשרותו לספק תמיכה טכנית מהר יותר ובשפה העברית (תרשומת שיחה מיום 1.11.10 עם [REDACTED] נספח 7 לתשובה לערר; תרשומת עם [REDACTED] מיום 24.10.10, ע/24; תרשומת שיחה עם [REDACTED] מיום 18.7.10, נספח ו' לתשובה לערר).

העוררות טוענות, כי אריזות הפח מייצור מקומי נופלות באיכותן מאלה המיובאות, וכי לקוחות הרוכשים אריזות מייבוא אינם נתקלים בבעיות בכל הנוגע לקבלת תמיכה טכנית (עדות גורן, עמ' 34-33).

58. נראה, כי לנוכח האמירות שפורטו לעיל, רשאית הייתה הממונה להגיע למסקנה כי קיימים פערי איכות בין אריזות פח מייצור מקומי לבין אריזות מיובאות, לטובת הייצור המקומי. הוא הדבר גם ביחס ליתרון הצומח מתמיכה טכנית מן היצרן המקומי. מאפיינים אלה עשויים לתמוך בעמדה בדבר היעדר תחליפיות הייבוא לייצור



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

המקומי. עם זאת, נראה כי עיקר העניין מצוי בבעיית הזמינות ובעלויות ההובלה, עליהן עמדנו לעיל.

59. כפי שראינו, מסקנתנו היא שקיימת בעיית זמינות בנוגע לכ- [REDACTED] מן ההזמנות, וכן ראינו, כי יצרן שימורי מזון ייאלץ, כתוצאה מן המיזוג, להשתמש במקרי קיצון של הזמנות דחופות באריזות פח חלקות, ולהדביק עליהן תוויות.

על רקע האמור, נבחן עתה האם מהווה הייבוא רסן אפקטיבי למחיר אריזות הפח.

ג. האם מהווה הייבוא רסן אפקטיבי למחיר אריזות פח

60. לא הייתה מחלוקת בין הצדדים, כי מחירי אריזות הפח מייצור מקומי נקבעים על פי מחיר הייבוא, בתוספת פרמיה של [REDACTED] המגלמת את התועלת שברכישה מיצרן מקומי (שירותי אחסון, מלאי וזמינות). פרופ' פרשטמן לומד מכך, ומן העובדה שלקוחות שונים הבהירו כי הם "מייבאים על מנת לשמור על רמת מחירים" (תרשומת שיחה מיום 14.7.10 עם [REDACTED] נספח ב1 לתשובת הממונה), שהייבוא מהווה רסן אפקטיבי למחיר אריזות הפח, גם כאשר נתח השוק של היבוא קטן (סעיפים 1-4 לתצהיר המשלים של פרופ' פרשטמן, סעיף 91 לערר).

לעומת זאת, לטענת הממונה, אין ללמוד מכך שתמחור המוצר המקומי נקבע על פי מחיר הייבוא, שייבוא אכן מרסן את מחיר אריזות הפח. לטעמה, ההיפך הוא הנכון. העובדה שהיצרן המקומי, שאינו נושא בעלויות הובלה, גובה פרמיה על המחיר המופיע בהצעת המחיר לרכישת אריזות פח מייבוא, מעידה על כך שהמדובר במחיר שאינו תחרותי (סעיף 122 לסיכומי הממונה; חקירת פרופ' פרשטמן מיום 2.10.11, עמ' 82-83; שיחה עם [REDACTED] מיום 24.10.10, ע/24: "אצל קניאל המחיר לא כולל הובלה ואילו ביבוא זהו המחיר של שער המפעל שלנו").

לשיטת הממונה, אישור המיזוג יביא לתוצאה לפיה מחיר הייצור המקומי ייקבע על פי מחירי הייבוא ולא על פי עלות הייצור של היצרניות המקומיות כבשוק תחרותי. לפיכך, ככל שתחול עלייה במחיר אריזות הפח המייבאות (כתוצאה משינוי בשער החליפין; במחירי הובלה וכד'), לא תהיה אלטרנטיבה ריאלית של ייבוא ללקוחות החברה הממוזגת, והיא תוכל להפעיל מולם כוח שוק (סעיף 125-126 לסיכומי הממונה; תרשומת שיחה מיום 19.7.10 עם [REDACTED] ע/23: "השנה הייבוא מרסן אבל זה השנה. זה לא המצב כל שנה",



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"פ 36014-12-10

"לגין וקניאל מתאימים את עצמם לייבוא. ב- 2009 העלו ב- 30% טענו שמחיר הפח התייקר. אנחנו לא יודעים לבדוק את הטענות שלהם. יודע שמחיר הייבוא לא התייקר באותו שיעור"; תרשומת שיחה מיום 21.10.10 עם [REDACTED] מ/6: "לגין התחילו מעל \$800 וירדו בגלל הייבוא ... היום לא רוכשים כלום כי קניאל הורידה מחירים"; וראו לעניין זה גם ה"ע 8006/03 יהודה פלדות נ' הממונה על הגבלים עסקיים, מיום 11.4.2007, פסקה 44, ולהלן: פרשת יהודה פלדות).

בנוסף, לשיטת הממונה, גם אם בתנאי השוק הנוכחיים (בשנים האחרונות) מהווה הייבוא רסן למחיר האריזות מייצור מקומי, קיים חשש כי החברה הממוזגת תוכל להפעיל כוח שוק חד צדדי במוצרים רגישים לייבוא: הזמנות דחופות בהן קיימת חשיבות לאספקה מהירה של אריזות פח, מחשש לפגיעה בתוצרת החקלאית, ואריזות פח גדולות, אשר בהיותן מוצר נפחי רגישות יותר לעלות ההובלה (סעיף 56 לתצהיר פרידמן).

61. העוררות והמומחה הכלכלי מטעמן, פרופ' פרשטמן, טענו כי במאפייני הצריכה של הלקוחות לא תוכל החברה הממוזגת להפעיל כוח שוק במוצר אחד (אריזות נפחיות או הזמנות דחופות) ולהעניש בדרך זו לקוחות הרוכשים חלק מתצרוכתם מייבוא. לטענתו, הצרכנים, הרוכשים מגוון רחב של אריזות פח, יוכלו להסיט את הביקושים לסוג האריזות הנפוצות (A2), אותן קל יותר לייבא, ולהעניש בדרך זו את היצרן המקומי שהפעיל כלפיהם כוח שוק. לטענת העוררות, מאחר שהמדובר במשחק בין שחקנים חוזרים, הקונים מגוון של אריזות פח, פגיעה ביצרן המקומי כתוצאה מ"פעולות ענישה" או חשש מפני פגיעה כזו, תרתיע את החברה הממוזגת מפני גביית מחירים על תחרותיים במוצרים בהם יש יתרון משמעותי לייצור המקומי על פני הייבוא. זאת במיוחד בשל תלותם הרבה של היצרנים המקומיים בלקוחותיהם, לרבות הקטנים שבהם (תצהירו המשלים של פרופ' פרשטמן, סעיפים 6-11). לדברי מר סט, די בהסטה של [REDACTED] מהזמנות לקוח גדול לייבוא, על מנת לגרום לזעזוע ולהפסדים לספק המקומי (סעיף 14 לתצהירו המשלים של מר סט). לחיזוק עמדתן מביאות העוררות את המקרה של [REDACTED] שהענישה את הספק המקומי [REDACTED] בעקבות מחלוקת שנגעה לתנאים המסחריים הקשורים בייבוא אריזות פח גדולות (סעיף 10 לתצהיר המשלים של פרופ' פרשטמן; סעיפים 15, 30-35 לתצהירו המשלים של דורון סט). במקרה אחר, ייבאה [REDACTED] מכולה של אריזות A2, כרמז לבאות, כחלק מטקטיקת ניהול משא ומתן עם לגין (סעיף 16 לתצהירו המשלים של דורון סט).



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

62. נראה, כי העובדה [REDACTED] נאלצה "להעניש" את לגין על ידי הסטת הייבוא, יש בה כדי ללמד כי כבר קודם המיזוג מפעילות העוררות (כל אחת בנפרד) כוח שוק כלפי לקוחותיהן. כוח שוק זה צפוי להתחזק לאחר המיזוג. הנה כי כן, היבוא אינו מהווה אף היום רסן משמעותי כנגד הפעלת כוח שוק, ודאי לא עבור כלל הלקוחות ועבור כלל סוגי האריזות. יתרה מזאת, ככל שכדאיות הייבוא תפחת (בין בשל ייקור עלויות ההובלה, בין בשל שינויים בשער החליפין, וכד'), הרי שכוחו הפוטנציאלי כרסן מפני כוח השוק של החברה הממוזגת, ככל שהוא קיים, יעוקר לחלוטין.

זאת ועוד. מחירי אריזות הפח נקבעים במשא ומתן עם יצרני השימורים השונים, וקיימת שונות במחיר הנדרש מן הלקוחות למיניהם, על פי גודלם (ע/20, תרשומת פגישה מיום 6.9.10 עם נציגי קניאל, עדות פרופ' פרשטמן מיום 2.10.11, עמ' 82-83). מכאן יש ללמוד, כי המיזוג עשוי להשפיע באופן שונה על הלקוחות השונים, וכי המחיר יושפע מיכולת הייבוא של הלקוחות השונים, ומן האפשרות להציג הצעות מחיר נמוכות מייבוא (עדות פרופ' פרשטמן יום 2.10.11, בעמ' 47). גם לשיטת העוררות "אפשרות הייבוא הינה המחיר שקובע את מחיר קופסאות הפח" (סעיף 2.1.ד לערר). הווה אומר, ככל שאפשרויות הייבוא מצומצמות, כפי שעשוי להיות המקרה של לקוחות קטנים, כך גדלה תועלתו של לקוח כזה מרכישה מייצור מקומי, וכך גם עשויה לגדול הפרמיה, הנגבית ממנו על רכישה מייצור מקומי, באופן ישיר. בעוד שלחלק מהלקוחות הגדולים עשוי להיות כוח קנייה נגדי (countervailing power) כנגד היצרנים המקומיים, טרם המיזוג ואף לאחריו, וזאת על ידי הסטת מרבית תצרוכתם לייבוא, אין זה המצב בנוגע ללקוחות קטנים או לכאלה הזקוקים בעיקר לאריזות מודפסות. בהיעדר יכולת להסיט את מרבית הרכישות לייבוא, עלול המיזוג למנופולין להפוך לקוחות אלה ללקוחות שבויים בידי כוח השוק של החברה הממוזגת, החשופים לעליית מחירים על תחרותית. זאת במיוחד לאור העובדה שביחס לחברה הממוזגת כוח הקנייה של הלקוחות הקטנים צפוי להיות אף פחות משמעותי מהמצב טרם המיזוג.

63. מן האמור לעיל עולה, כי גם אם אין לשלול, כי יהיו מקרים בהם הייבוא יחוה רסן אפקטיבי לכוח השוק של החברה הממוזגת, אין בכך כדי ללמד על יכולתם של כלל הלקוחות לנקוט צעדי "ענישה" בדמות הסטת מרבית רכישותיהם לייבוא, במקרה של הפעלת כוח שוק בידי החברה הממוזגת. [REDACTED] היא לקוח גדול יחסית, אשר מבחינה תפעולית ומבחינת עלויות המימון יכולה הייתה להסיט את מרבית רכישותיה [REDACTED] לייבוא. בנוסף, במובחן מלקוחות אחרים, [REDACTED] גמישות יחסית בניהול מלאי ובהתבססות על יבוא, לאור העובדה שמרבית תצרוכתם הינה של אריזות פח חלקות, אשר לגביהן ניתנים שירותי אחסון על ידי היבואן. אין זה המצב לגבי אריזות פח מודפסות, שלהן אין היבואן מספק



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

שירותי אחסנה (תרשומת שיחה מיום 21.10.10 עם [REDACTED] מ/6: "לנו אין מקום אחסון. [REDACTED] החזיקו מלאים על חשבונם 3-4 שבועות. כך שהיה דומה למקומי. אנחנו לא מזמינים מודפס לכן יש גמישות ויש להם מוכנות ויכולת להחזיק מלאים בשבילנו" וכן "לנו [REDACTED] יש את היתרון הזה, לאחרים אין. עדיין יש מגוון גדול בלי הדפסה"; תרשומת שיחה עם [REDACTED] מיום 7.11.10, נספח י"ג לתשובת הממונה: "בקופסאות מודפסות אני לא מתחייב להחזיק מלאי. הלקוח צריך לקחת את הכל. המודפס הוא 90-95% מההזמנות").

הנה כי כן, להבדיל [REDACTED] יצרני שימורים אחרים אינם יכולים, בהכרח, לייבא בהיקפים משמעותיים, בין בשל היותם קטנים יחסית, בין בשל היעדר הון משמעותי, בין בשל תנאי תשלום שונים (לעניין ההבדלים בתנאי התשלום בין רכישה מייבוא לבין רכישה מייצור מקומי ראו נספח 5 לתשובה לערר, [REDACTED] לדרישת נתונים מיום 18.10.10; עדות פרופ' פרשטמן מיום 2.10.11, בעמ' 129: "יכול להיות שהלקוח הקטן שאין לו יחסים ארוכי טווח עם אותו יצרן טורקי, אז הוא יקבל בטיפה מחיר שונה, אבל הפרמיה היא עדיין אותה פרמיה כי היא פרמיה שקשורה במשלוח ואחסון, כך שהפרמיה לא קשורה כל כך לגודל"), בשל היעדר שטחי אחסון מתאימים (ע/21, תרשומת שיחה מיום 27.10.10 עם [REDACTED]: "אין הרבה חברות עם שטח אחסון גדול כזה"), או בשל העובדה שהם רוכשים בעיקר אריזות מודפסות ולכן הייבוא לא יספיק להם פתרון מלא בכל הנוגע לזמינות ולאחסון.

לעליית המחירים האפשרית של אריזות הפח, כתוצאה מהפעלת כוח שוק בידי החברה הממוזגת, עלולה להיות השפעה משמעותית על יצרני שימורי המזון וייתכן כי גם על הצרכן הסופי, שהרי עלות האריזה מהווה מרכיב משמעותי במחירו של המוצר הסופי (ע/23, דו"אל של [REDACTED] מיום 17.10.10; [REDACTED] באריזה קמעונאית, [REDACTED] באריזה למוסדות - נספח 4 לתשובת הממונה לערר, מכתב [REDACTED] מיום 16.11.10).

64. לא למותר להפנות, בסיכומי של פרק זה, להנחיות המיזוגים האוסטרליים (Australian Merger Guidelines, November 2008, pg. 41-42), מהן עולה כי יבוא עשוי להוות רסן על כוח שוק של חברה ממוזגת בהתקיים כל אלה:

א. יבוא עצמאי (ללא קשר לצדדים למיזוג) מהווה כ- 10% מסך המכירות בכל אחת משלוש השנים האחרונות.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

- ב. היעדר חסמים לאספקה מהירה של מוצרים מייבוא עצמאי, באופן שיימנע תחרות אפקטיבית של יבוא בחברה הממוזגת בתוך שנה עד שנתיים (כגון, האפשרות להטיל היטלי סחר).
- ג. המוצר המיובא מהווה תחליף קרוב בכל המובנים (איכות, כמות, מחיר, מגוון וכו') למוצר המקומי, תוך שקלול הסדרים לוגיסטיים עם לקוחות, התארכות זמני הובלה, עליית עלויות הובלה ושינויים בשער החליפין.
- ד. מחיר המוצר המיובא (כולל מיסים והיטלים אחרים ככל שיחולו) קרוב למחיר המוצר המקומי בהיעדר מיזוג.
- ה. יבואנים יכולים להגדיל את הכמות המיובאת בעלות מינימאלית או ללא עלייה במחיר המוצר.
- ו. ליצרנים המקומיים הגדולים ולחברה הממוזגת אין קשר עם ספקי מוצרים מיובאים בפועל או בכוח.

בחינת התקיימותם של תנאים אלה בעניינו מלמדת, כי אין בכוחו של הייבוא להוות רסן אפקטיבי לכוח השוק של החברה הממוזגת, מן הטעמים הבאים:

- א. היקף הייבוא בשלוש השנים האחרונות (ללא קשר לצדדים למיזוג) אינו עולה על 10%. כפי שראינו, העוררות עצמן מייבאות חלק משמעותי מן המוצרים המופיעים תחת פריט המכס הרלוונטי. בשנת 2010, שהייתה שנת שיא בשיעור הייבוא, עמד שיעורו על כ- 10% מכלל השוק, אולם שיעורי הייבוא בשנים שקדמו לה ובשנת 2011, היו נמוכים מ- 10%. המסקנה הבלתי נמנעת היא, שההעדפה הנגלית של הלקוחות היא של אריזות פח מייצור מקומי, וכי שיעור יבוא העומד, באופן עקבי, על בין 5%- 10% מכלל התצרוכת יוצר חזקה להיעדר תחליפיות.
- ב. אריזות פח מייבאות אינן מהוות תחליף קרוב בכל המובנים, מכיוון שאין אפשרות לייבא את כל המגוון (קטרים, נפחים וציפויים); יש רגליים לסברה כי איכות האריזות המייבאות אינה טובה כאריזות מן הייצור המקומי; קיימת בעיית זמינות בהזמנות דחופות; יבוא אריזות הפח חשוף לשינויים בעלויות ההובלה, העלויות להיות משמעותיות; יבוא אריזות הפח דורש היערכות לוגיסטית לצורך אחסנתן.
- ג. העוררות מייבאות מכסי פתח-קל עבור לקוחותיהן, ומכאן שהן בעלות קשר עם ספקי מוצרים מוגמרים מיובאים.

65. מן האמור לעיל נובע, לטעמנו, כי הממונה עמדה בנטל להוכיח כי המיזוג המבוקש מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. נזכיר, כי הנחת המוצא של דיני ההגבלים



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

העסקיים היא, כי תחרות תיטיב עם ציבור הצרכנים. בענייננו ראינו כי מתעורר חשש סביר כי לקוחות מסוגים שונים ייפגעו. כך, למשל, לקוחות קטנים נעדרים יכולת יבוא עלולים לסבול מהפעלת כוח שוק כלפיהם, אשר יביא להעלאת עלות התשומות (אריזות הפח) בתהליך הייצור. עלולה להיווצר פגיעה באיכות, כאשר לקוחות הנזקקים לאריזות מודפסות ייאלצו להסתפק באריזות חלקות, או שהם יסבלו ממצוקת זמינות. במקרה זה הנזק עלול להתבטא בהשמדת היבול החקלאי. זהו נזק משמעותי גם אם לנתח שוק קטן יחסית. מכאן החשש לפגיעה משמעותית בתחרות, ובסופו של דבר לפגיעה ברווחת הצרכן. הנה כי כן, מתקיים חשש סביר לפגיעה ברכיב הזמינות והאיכות בהזמנות דחופות, ובנוסף מתקיים חשש כי הייבוא יהווה רסן אפקטיבי על כוח השוק של החברה הממוזגת רק עבור לקוחות גדולים, המסוגלים לנקוט צעדי "ענישה" כנגד החברה הממוזגת, בעוד שלקוחות קטנים יהיו חסרי יכולת לעשות כן ומצבם יורע יחסית למצב שהיה טרם המיזוג. עמדנו על כך שגם אם בעיית הזמינות מתעוררת רק ביחס ל-10% משוק אריזות הפח, וגם אם ניתן להציע פתרונות שונים לפתרון בעיה זו (כגון הדבקת תוויות או אחסון ביניים במיכלים), עדיין המדובר בפגיעה משמעותית בתחרות. ודוק, החשש לפגיעה ביצרני השימורים נובע מן החשש לפגיעה בתחרות בשוק המזון וכתוצאה מכך בציבור הצרכנים הסופיים. המיזוג המבוקש, כאשר הפירמה הממוזגת צפויה לחלוש על 90% מן השוק המקומי, מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור, ואין בייבוא כדי להפיג חששות אלה.

ד. האם ניתן להפיג את החששות התחרותיים בתנאים

66. משהגענו עד הלום, עלינו לבחון האם ניתן להפיג את החששות התחרותיים בתנאים, מכוח עקרון המידתיות בפגיעה בזכויות יסוד, שבענייננו הן חופש העיסוק וחופש הקניין של העוררות (ראו לעניין זה פרשת יהודה פלדות ופרשת יורוקום).

ככלל, רשויות התחרות בעולם נוטות להעדיף תנאים מבניים על פני תנאים התנהגותיים כדי לענות על חשש לפגיעה בתחרות (ראו: UK Merger Remedies: Competition Commission Guidelines, para. 2.14 (Nov. 2008); EU Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, Official Journal C 267, 22.10.2008, pg. 1-27; U.S. Department of Justice Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies (2011), at pg. 6-7), גם אם אין זה כלל בל יעבור (Katri Paas, Implications of the Smallest Economy for Merger Remedies, Juridica International XV



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

(2008). הדברים עולים גם מגילוי דעת 2/11, הנחיות בדבר תרופות למיזוגים המעלים חשש לפגיעה משמעותית בתחרות. לעניין זה התייחס גם בית המשפט העליון בפרשת **יורקום**, בעומדו על המדיניות של רשויות התחרות בעולם להעדיף תנאים מבניים על פני תנאים התנהגותיים, כאמור, ועל הקושי שבפיקוח על תנאים התנהגותיים, במיוחד כאלה הנשענים על קביעות רגולטוריות עתידיות של גורמים מוסמכים (שם, פסקה 37 לפסק דינה של כב' השופטת א' חיות).

67. בענייננו, אין בנמצא תנאים מבניים אותם ניתן להטיל על מנת להפיג את החששות התחרותיים. במהלך הדיונים הועלתה על ידינו הצעה ולפיה יתחייבו העוררות להשקיע סכומי כסף משמעותיים, הנדרשים לשם התייעלות, וזאת כתנאי למיזוג, כמו גם ליתן התחייבות כי יימנעו מבקשה להיטלי סחר שיגנו על החברה הממוזגת מפני יבוא. ההצעה נדחתה על ידי הממונה, מן הטעם שלא ניתן יהיה לפקח פיקוח יעיל על עצם ההשקעה הכספית הנדרשת וכך גם לא ניתן יהיה לאכוף את ההתחייבות להימנע מבקשה להיטלי סחר. לאחר ששקלנו את טעמי התנגדותו של הממונה לתנאים האמורים, הגענו לכלל מסקנה כי הם מקובלים עלינו, ונראה כי אכן אין תנאים אלה בני אכיפה ופיקוח. משכך, אין בהם כדי להפיג את החששות שתוארו לעיל. בנסיבות אלה, אין בידינו להסכים לתנאים המוצעים על ידי חברנו, מר טמיר, כתנאים שניתן להפיג, באמצעותם, את החששות התחרותיים העולים מן המיזוג.

ה. הגנת היעילות

68. בקשת המיזוג מבוססת על כך שהוא יביא להתייעלות של העוררות, אשר אינן מסוגלות להשקיע, כל אחת במפעלה, את ההשקעות הנדרשות על מנת לשדרג את קווי הייצור. על פי הנטען, ועל כך אין חולק, המדובר בתעשייה מסורתית, המתאפיינת בניצולת נמוכה של אמצעי הייצור (בשל מאפייני ביקוש נמוכים). העוררות משתמשות במכונות ישנות, ולטענתן, במצבן הנוכחי לא כדאי להן להשקיע במכונות חדשות ובקווי ייצור משלימים, בשל חוסר היכולת להחזיר את ההשקעה. עוד טוענות העוררות, כי בשל היקפי הביקוש המצומצמים, אין ביכולת כל אחת מהן בנפרד להקצות קווי ייצור של קוטר מסויים לכל קו ייצור, ולכן ייצור קופסאות בקטרים שונים כרוך במרכיב עלות משמעותי נוסף, של כיול המכונות מחדש (set-up) בקווי הייצור וההדפסה (סעיף 25 לערר). לעומת זאת, יצרנים בחו"ל אינם נזקקים לכיול מחדש ולפיכך חוסכים עלות זו ממרכיב התשומות של אריזות הפח שהם מייצרים (סעיפים 34 ו-106 לערר). לטענתן, קיומן של שתי חברות בשוק הישראלי נובע מטעמים היסטוריים, ובתנאי השוק היום אין הצדקה כלכלית להמשך



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

פעילותן במתכונת זו. מיזוג יאפשר להן, אפוא, להשקיע את ההשקעות הנדרשות לשם התייעלות. אלא שבכך לא די. כפי שראינו, משהוכח חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, אין חשש זה ניתן לאיזון עם טענות העוררות בדבר התייעלותן.

יתרה מזאת. אין ספק, כי המחיר לצרכן לא ירד לאחר המיזוג, והעוררות לא טענו אחרת. המומחה מטעמן אף הודה בגילוי לב כי כך לא יקרה (עמ' 11 לחוות דעת פרשטמן, עמ' 99 לעדותו מיום 2.10.11). אכן, לעיתים, בצד החששות התחרותיים הנובעים מן המיזוג, עשוי מהלך של מיזוג להביא לידי מיצוי יתרונות לגודל וחסכון בעלויות, וכל אלה עשויים להביא בתורם להורדת המחיר לצרכן (דו"ח הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים הנ"ל). אלא שבענייננו אין חולק כי לא זה יהיה המצב, ולפיכך נותרנו עם ריכוז כוח שוק בידי מונופול, הקרוב להיות מונופול מושלם, עם חששות סבירים לפגיעה משמעותית בתחרות.

69. עמד על כך בית הדין בפרשת יהודה פלדות, באומרו כדברים הבאים:

"השאלה אם ניתן לאשר מיזוג המקיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות על יסוד הגנת היעילות לא הוכרעה בפסיקה. עם זאת, בפסיקת בית הדין הובהר, כי להבדיל משימוש ביעילות כטענת הגנה, זו לא תשמש עילה לפסול מיזוג שמלבד התייעלות שמביאה ליתרון תחרותי אין בו כדי לפגוע בתחרות ... במספר החלטות של הממונה שעסקו בבחינת מיזוגים מוצעים, הובעה הדעה כי ניתן להביא בכלל חשבון שיקול של יעילות, כשיקול נגדי לפגיעה בתחרות הצפויה מן המיזוג. יעילות זו נדרש שתבוא לידי ביטוי בהגדלת רווחת הצרכן, אם על ידי ירידה במחיר ואם על ידי שיפור איכות המוצר או השירות. בנוסף, נדרש שהיעילות תנבע מהמיזוג עצמו, ולא ניתן להשיגה בדרך אחרת שפגיעתה בתחרות קטנה יותר. נטל השכנוע מוטל על הטוען להגנת היעילות ועליו להציג תשתית עובדתית וכלכלית מוצקה התומכת בטענתו..."

יש להזכיר, בהקשר זה, כי פסק הדין בפרשת יורוקום ניתן לאחר פסק דינו של בית הדין בפרשת יהודה פלדות, וספק אם בפסק הדין המאוחר מוצא בית המשפט העליון מקום להגנת היעילות. מכל מקום, ככל שהגנה זו קיימת, על הטוען לה להראות כי רווחת הצרכן תגדל בעקבות המיזוג, והעוררות לא עמדו בנטל זה.

1. תחרות נכה בין העוררות

70. טענה נוספת שחזרה ונשנתה במהלך הדיונים לפנינו, ואשר דומה כי אין הצדדים להליך חלוקים על נכונותה, עניינה בכך שהתחרות בין שתי החברות המבקשות להתמזג הינה תחרות "נכה". ואכן התרשמנו, כי העוררות פועלות בשיווי משקל דואופולי, תוך שמתקיימת



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

ביניהן חלוקה מסורתית ברורה (קניאל מייצרת אריזות פח עבור שימורי מלפפונים, ואילו לגין עבור שימורי תירס. ראו ע/23, תרשומת שיחה מיום 19.7.10 עם [REDACTED] מ/6, תרשומת שיחה מיום 21.10.10 עם [REDACTED]: "לגין וקניאל לא התחרו שנים, לא הציעו הצעות אטרקטיביות ללקוחות של השני"). העוררות טוענות כי הדבר נובע מהעדפת לקוחות, הרואים לגד עיניהם רק תחרות מייבוא ולא בין שתי היצרניות המקומיות (סעיפים 5-11 לתצהיר המשלים של סט).

לא נוכל לקבל את הטענה לפיה מכיוון שממילא התחרות בין שתי החברות כמעט ואינה קיימת ("נכח"), ממילא אין מתעורר חשש כי כתוצאה מן המיזוג תיפגע התחרות. טענה זהה נדחתה על ידי בית המשפט העליון בפרשת תנובה, בה נאמרו הדברים הבאים:

"טרם נסיים את פסק דינו נבקש להעיר את ההערה הבאה:
בית הדין קבע, כי לא נתקיימה במקרה דנן פגיעה משמעותית בתחרות, בין היתר בשל העובדה, כי התחרות בענף הרלוונטי פגומה ולקויה ממילא, בין היתר עקב כוחה של המשיבה ועוצמתה, ולפיכך אין במיזוג המוצע אלא משום תוספת קטנה לריכוזיות גדולה. תוספת מעין זו, קבע בית הדין, אינה מהווה 'פגיעה משמעותית' בתחרות החופשית. קביעה זו, אין בידינו לקבל. משמעותה המעשית היא, כי גוף השולט בענף מסוים, או מהווה מרכיב דומיננטי בו, 'חסין' מביקורת הממונה בשל כוח השוק הנתון בידי. מסקנה מעין זו עומדת בהתנגשות חזיתית עם מטרות דיני ההגבלים העסקיים, שעליהן עמדנו לעיל. אכן, סמכותו של הממונה והכוח המופקד בידי אינם אך למניעת שליטה בענף מסוים ככזו, אלא אף למניעת חיזוקה של שליטה קיימת, מקום שבו חיזק זה יכול להביא לפגיעה משמעותית בתחרות. כך, לדוגמא, יכול שמיזוג מסוים לא יביא לעלייה משמעותית בריכוזיות בענף הרלוונטי - בשל הריכוזיות הגבוהה הקיימת בו ממילא ערב המיזוג, אך תהא בכל זאת פגיעה משמעותית בתחרות עקב קיומם ויצירתם של מחסומי כניסה משמעותיים למתחרים חדשים, מחסומים שיקומו עקב חיזוקו של הכוח הדומיננטי בשוק, ולא דווקא עקב יצירתו של כוח מעין זה..." (וראו לעניין זה גם פרשת יורוקום, בפסקה 30 לפסק דינה של כב' השופטת א' חיות).

71. לכך יש להוסיף, כי למרות שאין מתחוללת תחרות עזה בין שתי החברות, הרי שתחרות מסוימת קיימת. גם אם לשיטת העוררות נובע המצב הנוכחי מהעדפת הלקוחות לעבוד עם יצרן אחד, הרי שבמקרים מסויימים נהנים הלקוחות מקיומם של שני יצרנים מקומיים. כך היה, לדוגמא, כאשר נתקלה קניאל בבטיה בייצור אריזות פח גדולות, רכשה [REDACTED] את אריזות הפח מלגין (מ/9): "... לגין איבדה נתח שוק משמעותי והתחילה להתחרות בקניאל. כך נוצרה תחרות מקומית. [REDACTED] עד לפני שנתיים כלל לא קיבלה מלגין הצעות תחרותיות ... לפי תחשיב שעשינו כיום יש תחרות מקומית. לפי דעתנו יש ללגין תרומה למצב הזה ולא רק לייבוא"; סעיף 7 לתצהירו המשלים של סט: "שני ספקים מונע הפסקת עבודה".



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

קבלת הטענה ולפיה ממילא אין מתקיימת היום תחרות (או כמעט ולא) תוביל, אפוא, לטעות של התבססות על ניתוח סטטי של השוק, וחוסר התייחסות להתפתחות דינאמית אפשרית.

נוכח כל האמור לעיל, הגענו למסקנה כי לא נמצאה לנו עילה להתערב בהחלטת הממונה ולשנותה, וכי דין הערר להידחות.

ד"ר אורית דייגי-אפשטיין
חברת בית הדין

נאוה בן-אור, שופטת
אב בית הדין

מר דורון טמיר, חבר בית הדין

1. המסגרת העובדתית והמשפטית כפי שהוצגה ע"י חברותיי להרכב, מקובלת עלי, אלא שהמונח "ציבור" כפי שמופיע (אך לא מוגדר) בחוק ההגבלים העסקיים, מתייחס לציבור הרחב, הצרכני, עליו חובה להגן מהסיבה הפשוטה, שיכולתו של הצרכן הבודד להתמודד עם מונופול או אפילו דואופול, מוגבלת מאוד, והרגולטור הוא זה שצריך לעמוד על משמר האינטרסים שלו.

2. בערר שלפנינו מדובר בשני יצרנים הפועלים כדואופול, אשר גם פעלו בעבר משך שנים רבות במסגרת הסדר כובל (אשר בוטל ביוזמת הרגולטור מחוסר הצורך בו עקב האפקטיביות של התחרות מיבוא), אלא שמולם עומדת שורה מכובדת אך מצומצמת במספרה, של יצרני מזון גדולים וחזקים, אשר יכולת ההתמודדות שלהם עם הדואופול אינה מוטלת בספק, כפי שהדברים באים לביטוי בהצהרותיהם ובמעשיהם. כפועל יוצא, הצורך בהגנה עליהם, גם אם הוא קיים, הוא בעצמה נמוכה יותר מהצורך להגן על הצרכן הבודד, והפער בן הצרכים ראוי לו שיילקח בחשבון במכלול השיקולים לכאן או לכאן.

3. בדברי ההסבר לחוק אשר נכתבו בשנת 1983, קיימת אמנם התייחסות לבעייתיות המובנית בקיומם של מיזוגים היוצרים מונופולין וריכוז כוח כלכלי, אלא שיש לראותם בקונטקסט של צרכי המדינה באותה התקופה. המשק הישראלי של ראשית שנות ה-80, היה משק סגור לייבוא וזאת כתוצאה משילוב מספר גורמים כמו: מכסי מגן בגובה עשרות ומאות אחוזים, מכסות יבוא אשר לא אפשרו יבוא גם עם מכסי מגן גבוהים, פיקוח הדוק על נפח ומקורות היבוא באמצעות החיוב ברישיונות יבוא אשר ניתנו במשורה, שימוש בתקנים ייחודיים (NTB'S) להגבלת היבוא ממדינות השוק המשותף במסגרת ההסכם עם השוק, מקורות יבוא מוגבלים (מדינות אסיה עדין לא מהוות פקטור בסחר העולמי) וכדומה.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

4. באותן שנים סבל המשק הישראלי מאינפלציה גבוהה אשר הגיעה בשיאה לקצב של 400% בשנה, ואשר בלימתה בשנים 86-1985, אפשרה לממשלת ישראל לקדם מדיניות לחשיפת המשק ליבוא, תהליך אשר הואץ מאד בראשית שנות ה-90 במקביל להתפתחויות המדיניות במזרח התיכון, ולעלייתה של אסיה כספקית מוצרי צריכה זולים.

5. העובדה הכלכלית היא שבכל התחומים בהם נפתח המשק ליבוא חופשי ללא מכס מגן, גם תוך קיומה של הגנה טבעית מסוימת עקב מרכיב ההובלה ארצה, חלו שני תהליכים, מנוגדים לכאורה, בעת ובעונה אחת – חיסול תעשיות שלמות, בין אם באופן מלא ובין אם באמצעות מיזוגים, וירידות מחירים מהותיות באותם תחומים, מהן נהנה הצרכן הישראלי, כפי שגם נראה בברור מבחינה מעמיקה של השינויים במרכיבי מדד המחירים לצרכן.

6. בעיית הריכוזיות, מחירים גבוהים יחסית למקובל במדינות המערב, ועליות מחירים חריגות במוצרים ושירותים, באים לביטוי בתחומים בהם קיים מונופול טבעי או מונופול הנובע מרגולציה, או מקיומה של רגולציה הפוגעת בתחרות החופשית, או מקיומם של מכסי מגן גבוהים (בעיקר בתעשיית המזון המבוססת על מוצרי החקלאות המקומית).

7. לאור כל האמור לעיל, מן הראוי לבחון את המיזוג המוצע, בראיה של שלושת המרכיבים של סעיף 21(א) לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח - 1988 כפשוטם:

"הממונה יתנגד למיזוג חברות או יתנה אותו בתנאים אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או יפגע הציבור באחת מאלה:

(1) רמת המחירים של הנכס או השירות.

(2) איכות נמוכה של נכס או שירות.

(3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה".

8. רמת המחירים של המוצר או השרות

א. כידוע, מבחן הפודינג באכילתו, וכל החלטה בעניינו ראוי שתביא בחשבון את המצב בשטח בעבר ובהווה ותנתח את המצב שיוצר בעתיד כתוצאה מקבלת ההחלטה. בין אם היבוא בעבר ובהווה שולי בהיקפו, מהותי בהיקפו או אפילו לא קיים בפועל אלא רק כאיום פוטנציאלי בר מימוש, העובדה היא כי המחירים בשוק נקבעים על פי המחיר האלטרנטיבי



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

של היבוא, כולל מרכיב ההובלה מאירופה. היבוא מהמזרח קיים כפוטנציאל לא ממומש, למרות המחירים הנמוכים המוצעים ע"י היצרנים שם, עקב השילוב בין מחיר ההובלה הגבוה ממחירו באגן הים התיכון ומכסי המגן המשמעותיים הקיימים על יבוא מהמזרח הרחוק.

ב. עובדה זו הוכחה לדעתי בתחקירים, בתצהירים ובעדויות שנשמעו בפנינו, ואינה זקוקה להוכחה נוספת לאור העובדה, שההסדר הכובל שהיה בתוקף בזמנו בוטל לפני שנים רבות, השוק פועל ללא פיקוח מחירים למרות חלוקתו הברורה בין שתי העוררות, ולא ידוע לנו על מקרה בו אחד מלקוחותיהן של העוררות הגיש תלונה בנושא ניצול ע"י הדואופול, למשרד התמי"ת או לממונה על ההגבלים העסקיים.

ג. למרות האמור לעיל, כיון שמיזוג, משנעשה, אינו ניתן פרקטית לביטול, חובה עלינו לנתח את תוצאותיו האפשריות, להעריך את הסיכויים שיוביל להעלאות מחירים, ולהתנותו בקיומם, ואם צריך, ביצירתם של תנאי שוק, אשר יבטיחו שהמונופול ביצור המקומי שיוצר כתוצאה מהמיזוג, יפעל בתנאי תחרות אשר יבטיחו, ללא פיקוח אקטיבי של הרגולטור, רמת מחירים נאותה.

ד. כפי שעולה מהחומרים אשר הוגשו לנו והוצגו בפנינו, חייבת החלטתנו להביא בחשבון מספר מרכיבים ולמצוא להם פתרון נאות אם יתעורר הצורך לכך:

- 1) מרכיב ההובלה והשפעתו על מחיר המוצר ביבוא.
- 2) יכולתו של המונופול להכתיב את מחירים של מוצרים שצריכתם נמוכה.
- 3) כוחו של המונופול להכתיב מחירים ותנאים מסחריים ליצרנים/צרכנים קטנים.
- ה. ניתוח מעמיק של מרכיב ההובלה באגן הים התיכון מעלה את התוצאות הבאות:

1) 4 מוצרים מקיפים ■ מהמכירות הכמותיות ו - ■ מהמכירות בשווי כספי. לאור זאת ניתן לומר בביטחון יחסי כי 4 קופסאות אלו מייצגות את הנושא.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

(2) מחירי המכירה הממוצעים חושבו על ידי על בסיס הנתונים של היצרנים והתוצאה שונה קצת מהנתונים שהוצגו לנו במצג ע-14 כדלקמן:

(א) **קופסא A2** - לעומת המחיר המוצג של [REDACTED] ליחידה בממוצע, מראים הנתונים מחיר ממוצע של [REDACTED] כתוצאה, עלות ההובלה על בסיס \$1000 למכולה היא 6% ולא 5%.

(ב) **קופסא 160 גר'** - הוצג מחיר ממוצע של [REDACTED] ליחידה ואילו הנתונים מראים מחיר ממוצע של [REDACTED] כתוצאה, עלות ההובלה על בסיס \$1000 למכולה היא 6% ולא 4.2%.

(ג) **קופסא A10** - הוצג מחיר ממוצע של [REDACTED] ליחידה בעוד הנתונים מראים מחיר ממוצע של [REDACTED] כתוצאה, עלות ההובלה על בסיס \$1000 למכולה היא 10% ולא 7.5%.

(ד) **קופסא 9 ליטר** - הוצג מחיר ממוצע של [REDACTED] ליחידה בעוד הנתונים מראים מחיר ממוצע של [REDACTED] כתוצאה, עלות ההובלה על בסיס \$1000 למכולה היא 15% ולא 12.5%.

(3) על בסיס מספרים אלו יוצא שמרכיב ההובלה המשוקלל עבור [REDACTED] מהסחורה מגיע ל- 7.1%, כאשר סביר להניח שהוא גבוה יותר עבור ה- [REDACTED] האחרים.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

4) יתרה מזאת, אם עלות מכולה תגיע ל- \$1200 (והגדלת היבוא מאיטליה ומספרד ע"ח היבוא מטורקיה עלולה לגרום לכך), אזי מרכיב ההובלה עבור ■ מהסחורה יעלה ב- 20% ויגיע ל- 8.5% בממוצע משוקלל.

5) מנגד, כפי שרואים מהנתונים, וכמצופה, הלקוחות הגדולים משלמים עבור קופסא מייצור מקומי ■ פחות מהלקוחות הקטנים, ויחסית למחירי הרכישה שלהם מרכיב ההובלה גבוה יותר. במקרה זה, הפגיעה ביבוא דווקא אצל לקוחות קטנים נמוכה יותר.

ו. אין עוררין על העובדה שכל ייצור מקומי נהנה בדרך כלל מיתרון יחסי במרכיב ההובלה של יבוא חומרי גלם, לעומת עלות ההובלה של מוצרים מוגמרים בעלי נפח, אך כל עוד מרכיב זה, גם אם הוא משמעותי, הוא עדין בסדרי גודל סבירים, ניתן לדעתי לחיות אתו בשלום. עלות הובלה בגבולות 10%, ממנה יש לנכות את עלות ההובלה של חומרי הגלם, יכולה להיחשב כסבירה, מה גם שמדובר בתוספת לעלות האריזה, המהווה בפני עצמה מרכיב לא מרכזי אחד מני רבים בעלות המוצר, ולא בתוספת מלאה למחירי המוצרים לצרכן, אשר מצידם נהנים מהגנה מכסית משמעותית ביותר.

ז. באשר למוצרים שצריכתם נמוכה יחסית, אין כל ספק שיבואם יקר יותר כתוצאה מחוקי ההיצע והביקוש, וכתוצאה, גם יכולתו של המונופולין לדחוף את מחירים כלפי מעלה. אלא שכאן יש להביא בחשבון שכמעט כל הלקוחות צורכים מגוון של קופסאות, חלקן סטנדרטיות לחלוטין והמיוצרות בייצור המוני, וכמקובל ביחסי מסחר, המחירים השונים נקבעים במו"מ, בו מביא גם הספק (המונופולין במקרה שלנו) בחשבון את מכלול יחסיו עם הלקוח, והמחירים המוסכמים במו"מ עבור כל המוצרים, נקבעים בדרך כלל כתבילה ולא בהכתבה.

ח. כלל זה נכון גם לגבי יבוא, וגם אם כיום אין יבוא משמעותי, הרי שהדבר נעשה מרצון ולא מחוסר יכולת לייבא. יצרן/צרכן אשר יהיה מוכן לרכוש את כל תצרוכתו מיצרן זר, יוכל לנהל מו"מ על חבילת מוצרים, וכך להתגבר על בעיית המוצרים בצריכה נמוכה.

ט. עם זאת, יש צורך בהרחבת המעגל הפוטנציאלי של יבוא מתחרה, בעיקר מהמזרח הרחוק, והמלצה בתחום זה תינתן בהמשך.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

י. מובן מאליו שכוחו של המונופולין מול לקוחות קטנים גבוה יותר, למרות שכוח זה כבר בא כיום לידי ביטוי בעצם העובדה שהקטנים משלמים מהותית יותר מהגדולים (כפי שהדבר קיים בפועל בכל ענפי המשק, בין אם הם פועלים בשוק תחרותי מלא, חלקי או אפילו בשוק הפועל בתנאי רגולציה נוקשים).

יא. עם זאת, החשש של הקטנים והחלשים יותר מפני מונופולין הוא אכן אמיתי, ואם יתקבל הערר ויאושר המיזוג המבוקש בניגוד להחלטתו של הממונה, יש מקום להתניה מסוימת בתחום הסטייה המותרת מהמחיר הממוצע, **כפי שיפורט בהמשך**.

9. איכות נמוכה של המוצר או השרות

א. קופסת פח היא מוצר טכני אשר לצורך ייצורו יש הכרח בשימוש בחומרי גלם נאותים, בצידוד אמין בעל יכולת לייצר ביעילות מוצרים אחידים באיכות גבוהה, ובכל אדם מיומן המסוגל להפעיל ולתחזק את ציוד הייצור והציוד הנלווה לאורך זמן.

ב. כפי שהוצג לנו ע"י העוררות, טכנולוגיית הייצור בה הן משתמשות מבוססת על מכונות ישנות יחסית, אשר כתוצאה מחוסר כדאיות, לא שודרגו כפי שנכון היה לעשות. חוסר הכדאיות הוא פועל יוצא של רמת מחירים נמוכה משמעותית ממחירי הפיקוח על המחירים, אשר מבוסס על תשואה מובטחת להון לאורך זמן, תשואה המעודדת בצוע השקעות הוניות מהותיות.

ג. השתכנעתי כי השארת המצב הקיים, בו ימנע המיזוג ולא ניתן יהיה להשיג יתרונות לגודל, אשר יעודדו בצוע השקעות מהותיות בשדרוג מערך הייצור של החברה הממוזגת, יביא בהכרח לירידה איטית ומתמשכת באיכות המוצרים מיצור מקומי, לפגיעה במערכי הייצור של לקוחות העוררות עקב עליה בתדירות התקלות אצלם, בירידה באיכות השרות והגדלת התלות בייבוא.

ד. מאידך גיסא, התופעה המקובלת אצל מונופולים קלסיים, לפיה היעדר התחרות מביא בהכרח לירידה באיכות המוצר לצרכן, אינה סבירה לדעתי במקרה שלפנינו, מהטעם הפשוט שהדרישות הטכניות ומערכי אבטחת האיכות הקיימים אצל הלקוחות הגדולים, לא יאפשרו ירידה באיכות, והסבירות שיהיה כדאי



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

למונופולין לנהל שתי רמות איכות במערך ייצור אחד, על מנת לחסוך לכאורה בעלויות הייצור עבור לקוחות קטנים, נמוכה מאד. העלויות והנזקים הפוטנציאליים מניהול מקביל של שתי רמות איכות בייצור, גם לו היה מעשי, גבוהים יותר מכל חיטכון תיאורטי הניתן להשגה באופן זה.

ה. נושא אחר שעלה בדיונים, הנוגע לעניין איכות המוצר בעיקר בכל הקשור לאיכות השרות, הוא נושא ההדפסה ישירה על גבי הקופסאות לעומת עטיפתן בניר מודפס, ואין עוררין על הגישה הגורסת שהדפסות ישירות על הקופסא הן הרצויות, וכי הן מהוות בבחינת הנורמה או הסטנדרט הרצוי.

ו. הדפסה מראש על גבי הקופסא מחייבת כמובן ידיעה מראש של הכמות הדרושה, ויכולת התארגנות מהירה של היצרן להתאמת הגלופה לדרישות הלקוח, ואין כל ספק שביצור מקומי יש ללקוח גמישות גבוהה יותר, שכן גם אם זמני התגובה בארץ ובחו"ל דומים, עדין קיים פער זמן של 10 ימים בממוצע לטובת היצרן המקומי, בהיעדר הצורך בהובלה ימית של התוצרת הגמורה.

ז. למיטב הבנתי, האפשרות של שימוש בעטיפת נייר במקום הדפסה ישירה אינה ישימה כמדיניות רק אצל לקוח אחד, גדול וחשוב אמנם, אך אין זה סביר למנוע מהלך כלכלי נכון, לפחות מנקודת מבטן של העוררות, בגלל החלטה פנימית של לקוח אחד. אותו לקוח יכול לממש את המדיניות הוולונטרית שלו ע"י הסתמכות על ייבוא באמצעות הגדלת מלאים מסוימת, ובהיעדר אלטרנטיבה זו, תוך שימוש מוגבל בהובלה אווירית יקרה, אם יוצרו נסיבות קריטיות אשר יצדיקו החלטה חריגה ויקרה מעין זו.

ח. עם זאת, הובהר לנו ע"י העוררות, כי דווקא המיזוג יאפשר ארגון מחדש של קווי הייצור, באופן אשר יצדיק השקעה במכונת הדפסה חדישה, וזו תאפשר התאמת גלופות מהירה וזמן הכנה (SET-UP) קצר יחסית, וכפועל יוצא תביא לשיפור ברמת השרות, והעלאת הסטנדרטים של כל התעשייה המקומית.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

ט. נקודה נוספת שהוצגה לנו ע"י העוררות, ואשר יש לה השפעה על שלושת המרכיבים הרלוונטיים להחלטתנו – מחיר, איכות, זמינות - היא חומר הגלם המשמש לייצור הקופסאות. מדברי העוררות, הטכנולוגיה המיושנת יחסית של ציוד הייצור הקים, מחייבת שימוש בלוחות פח בודדים ולא בסרטים באורך אינסופי. כפועל יוצא, תלויות העוררות במספר מצומצם יחסית של ספקי חומר גלם, ובהתאם, עלות חומרי הגלם גבוהה יותר, וזמינותם נמוכה יותר. בנוסף, גמישות הייצור של העוררות נמוכה יותר עקב הצורך להחזיק במלאי מגוון גדול של סוגי חומרים חתוכים מראש במידות שונות, ובנוסף, קיימת הסתברות גבוהה יותר לסטיות במפרט חומר הגלם ופגיעה ברמת האיכות עקב הצורך בעוד שלב ייצור (חיתוך מראש).

י. לטענת העוררות, מיזוג הפעילות, תאפשר לעבוד באופן רציף על סדרות ייצור גדולות, וכך תהפוך לכדאית, השקעה בציוד חדיש המבוסס על חומר גלם רציף, כמקובל במרבית התעשייה לקופסאות פח.

יא. לאור כל האמור לעיל, ועל מנת להבטיח כי העוררות יממשו את הבטחותיהן לבצע שורת השקעות מהותיות בציוד ייצור, יש מקום להתנות את המיזוג בביצוע השקעות בהיקף מוגדר ובפרק זמן נתון, תוך קבלת ערבויות נאותות מבעלי החברות הממוזגות להבטחת קיומן של התחייבויות אלו, כפי שיפורט בהמשך.

10. זמינות המוצר

א. מהעדויות ששמענו נראה שרובן המכריע של ההזמנות, למעלה מ- 90%, ידוע מראש, וכמעט כל הלקוחות מבססים את יחסי המסחר שלהן עם העוררות על הסכמים שנתיים המגדירים, בבחינת תחזית, את מגוון המוצרים להם יודקו, היקפי הצריכה הצפויים, זמני האספקה המוסכמים וכמובן גם את המחירים.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

כיון שמרכיב חומרי הגלם משמעותי, מבוססים המחירים על נוסחאות כאלו ואחרות אשר אינן רלוונטיות לנושא זמינות המוצר.

ב. עם זאת, הוצגה לנו תמונה, לפיה מדובר בחלק מהמקרים במוצרים חקלאיים אשר קשה לאמוד מראש את כמוותם ועיתוי הגעתם למפעלי עיבוד המזון, גם אם היקף היבול ועונת השנה ניתנים להערכה, ולא תמיד אחזקת מלאי מגוון וגדול יותר היא פתרון מעשי או כלכלי. כיון שכך, קיימת תלות גבוהה בין הלקוח לבין ספק הקופסאות, תלות, אותה יכול ספק הקופסאות לתרגם להתנהגות מונופוליסטית, בעיקר אם הוא יצרן מקומי.

ג. למרות האמור לעיל, השתכנעתי כי גם אם תיאורטית קיים מצב כזה, הרי שהוא קיים כבר היום עקב קיומו בפועל של דואופול, אך היעדר, או נדירות מעבר לקוחות בין שני היצרנים המקומיים, למרות שברור כי קיימת יכולת מסוימת לאיים במעבר שכזה, מעיד יותר מכל כי יכולת השימוש בכוח זה מוגבלת מאד, בעיקר בגלל שלא מדובר בצרכן קטן ובודד אלא בגופים תעשייתיים בעלי יכולת תגובה הולמת.

ד. אין כל ספק שבכל הקשור לזמינות המוצר ולזמני תגובה, יש ליצרן המקומי יתרון מובנה על פני כל אלטרנטיבה ביבוא. עם זאת, מניסיוני אני יכול להעיד כי במערכת יחסי מסחר מתמשכים בין ספק ולקוח, בעיקר במוצרים תעשייתיים המשמשים שלב בתהליך ייצור, ולצורך זה אין משמעות אם מדובר בספק מקומי או זר, יעשה הספק כל מאמץ אפשרי לספק את צרכיו של הלקוח הקבוע שלו. לספקים גדולים ואמינים, בארץ ובעיקר בחו"ל, אשר להם מערך ייצור בעל תפוקה גבוהה, קיימת תמיד האפשרות לקדם את הייצור עבור לקוח קבוע שלהם, באופן אשר יגשר על הפער בזמני הובלה, וכתוצאה, פרק הזמן ממתן התראה ועד להגעת התוצרת לפתח המפעל, בין אם מיבוא ובין אם מייצור מקומי, אינו גדול בהכרח.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

ה. יתרה מזאת, מן העדויות של צרכני הקופסאות, לא עולה באופן חד משמעי כי היבוא אינו אופציה בכל הקשור לזמינות, והעובדה היא שהם משתמשים באופציית היבוא כאלמנט חשוב במו"מ המסחרי שלהם מול כל אחת מהעוררות, וחזקה עלי שלו היתה אופציה זו בלתי סבירה, והניסיון פה ושם הוכיח שהיא בהחלט אפשרית אם כי פחות נוחה, לא ניתן היה להשתמש בה, אפילו כאיום בלבד, בודאי לא לאורך זמן.

בבואנו לבחון את הערר מנקודת המבט המשקית, והצורך להבטיח אספקה מקומית של אריזות לתוצרת חקלאית אשר אורך חיי המדף שלה ללא עיבוד ואריזה, נמדד ברוב המקרים בימים או במספר שבועות לכל היותר, יש בהחלט מקום לפעול להבטחת ייצור מקומי של קופסאות פת. המצב הנוכחי, לפיו קיימים שני יצרנים לא יעילים, אשר כפי שהוצג לנו ולא נסתר ע"י הממונה, רווחיותם שולית, אשר נמנעים שנים ארוכות מבצוע השקעות בציוד ייצור מודרני מחוסר כדאיות כלכלית, דווקא הוא עלול להוביל לתוצאה הפוכה מזו הרצויה. סביר להניח כי לו הגיע אחד היצרנים למסקנה כי יוכל להוציא את מתחרהו מהשוק באמצעות התייעלות דרך בצוע השקעות הון משמעותיות ופתיחה במלחמת מחירים, כבר היה עושה זאת מזמן. יתרה מזאת, יכול להיות כי אם ידחה הערר, ולא יהיה מיזוג, יגיע אחד היצרנים למסקנה כי כדאי לו לצאת למערכה כזו, הרי שאם יצליח, בסופה של מערכה זו ולאחר הקזת דמים מרובה, יישאר על רגליו רק יצרן אחד, הפעם מונופול כוחני, אשר יהיה חייב לפעול לקבלת פיצוי על שנות "המלחמה" שלו, ולא בטוח שמצב זה עדיף על פני מונופול ברשות.

ז. אין עוררין על העובדה כי מכל הסיבות נוח יותר לעבוד עם יצרן מקומי, וגם אם היצרן המקומי הוא מונופול, אבל כזה הפועל תחת האיום של תחרות חופשית מיבוא, אזי קיימת הסתברות גבוהה מאד כי לא יוכל להתנהג כמונופול טבעי לכל עניין ודבר, ואם ינסה לחרוג מהגבולות הסבירים במו"מ מסחרי עם לקוחותיו, ימצא עצמו מהר מאד בסיטואציה בה עליו להתמודד בעת ובעונה אחת עם תחרות מיבוא ועם הרגולטור.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

11. מסקנותיי והמלצותיי

א. המחוקק הסמיך את הממונה על ההגבלים העסקיים לפעול למען תחרות חופשית במשק הישראלי, אך הגביל את סמכותו למנוע מיזוגים ע"י קביעת שלושה קריטריונים אשר על פיהם יבחן הממונה את המיזוג המוצע.

ב. למרות הרתיעה הטבעית מאישור מיזוג ויצירת מונופולין, חובה על הממונה לבחון את המיזוג המוצע לאור הקריטריונים כפי שהוגדרו, ורק אם קיים חשש סביר שהמיזוג יפגע באופן משמעותי בתחרות באותו ענף (כלשון החוק), יתנגד הממונה למיזוג.

ג. בחנתי את המיזוג המוצע ואת הנימוקים נגדו ובעדו, והגעתי למסקנה כי במצב הקיים זה שנים רבות, פועל כבר דואופול, ושינוי המצב למונופול, גם אם הוא מעורר חששות, אין בו כדי חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, ולכן אין להתנגד לו.

ד. עם זאת, על מנת להקטין את החששות במידה מסוימת, ולהפיק מספר יתרונות משקיים מהצעד הזה, צריך להתנות אישור זה בקיומם של מספר תנאים וכללי עבודה מוסכמים עם העוררות, אשר ישמשו את הממונה לאורך זמן בבואו לבחון את התנהגות המונופול שיוצר כתוצאה מהמיזוג, ואלו הם:

1) ביצוע המיזוג ידחה בהסכמה עד ליישום בפועל של הורדת המכס הקיים על יבוא קופסאות פח מכל המקורות ל- 50% מגובהו כיום, והמשך הורדתו באופן הדרגתי במשך 5 שנים נוספות עד לביטולו המוחלט.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

(2) טווח מחירי המכירה של כל המוצרים וקבוצות המוצרים, אשר ישווקו ע"י המונופול, ישירות או בעקיפין, בין אם מייצור מקומי ובין אם מיבוא, יוסכם במו"מ עם הממונה לפני אישור המיזוג, ויקבע באופן אשר יבטיח כי הפער בין המחיר הגבוה ביותר ללקוח והמחיר הממוצע בו נמכר המוצר או קבוצת המוצרים, לא יעלה על אחוז מסוים.

(3) העוררות יתחייבו לבצע תוך 3-5 שנים שורת השקעות בציוד ייצור במגוון ובהיקף רלבנטי לנשוא המיזוג, כפי שהציגו בפני בית הדין, וכפי שיוסכם מראש עם הממונה, על מנת להבטיח כי המיזוג יביא תועלת משקית, ישפר את יעילות הייצור, יקטין את זמני התגובה של אספקת המוצרים, יתרום להעלאת איכותם ויגדיל את זמינותם. התחייבויות אלו יגובו בערבויות נאותות של בעלי החברה הממוזגת, כאשר היקפן ונסיבות מימושן יוסכמו עם הממונה.

ה. בתנאים אלו יש לדעתי לקבל את הערר ולאשר את המיזוג.

דורון טמיר,
חבר בית הדין

לפיכך, הוחלט ברוב דעות אב בית הדין השופטת נ' בן-אור וחברת בית הדין ד"ר א' דייגי-אפשטיין, לדחות את הערר.

בנסיבות העניין, לא נעשה צו להוצאות.

המזכירות תשלח העתק פסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, כ' סיון תשע"ב, 10 יוני 2012, בהעדר הצדדים.

דורון טמיר
חבר בית דין

ד"ר אורית דייגי-אפשטיין
חברת בית דין

השופטת נאוה בן-אור
אב בית הדין



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 10-12-36014

המחלקה הכלכלית
משרד המשפטים
בית הדין להגבלים עסקיים
ירושלים

המחלקה הכלכלית
משרד המשפטים
בית הדין להגבלים עסקיים
ירושלים