

מדינת ישראל

משרד התעשייה והמסחר

הממונה על ההגבלים העסקיים

הסדר כובל בהתקשרויות
לאספקת ורכישת קמח כשר לפסח התשנ"ד :
קביעה לפי סעיף 43 (א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988

הקדמה

I.

עניינה של החלטה זו בעריכת "הסדר כובל" בין העוסקים בשוק המצות לקראת חג הפסח השנה. נפיתי לדבר בעקבות תלונה שטענה כי בידי טחנת הקמח יפו (1972) בע"מ (להלן: "טחנת יפו") מונופולין לטחינת קמח כשר לפסח לשנה זו, וכי טחנה זו מנצלת שליטתה המלאה על אספקת המוצר שבמונופולין לסרב אספקה או להתנותה בתשלום מחיר גבוה יחסית, המפלה לרעה צרכן קטן על פני צרכן גדול. משהחלה חקירה ודרישה בדבר, נמצא כי ארבעת יצרני המצות הגדולים במשק חברו ועשו יד אחת להתקשר בחוזי אספקה עם טחנת יפו, מכוחם הם יהנו מתנאי מחיר ותשלום קבועים ואחידים, בעוד שיצרני מצות אחרים לא יזכו לאספקת קמח כשר לפסח מהטחנה, אלא אם תבוא על כך הסכמת ארבעת היצרנים האמורים, הזכאים אף לקבל פיצוי כספי בגין הסכמתם זו.

בחינת המסכת באספקת לריית חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 (להלן: "חוק ההגבלים" או "החוק") מעלה כי הלכה למעשה התהווה בידי טחנת יפו מונופולין לטחינתו ואספקתו של קמח כשר לפסח לשנת התשנ"ד, וכי מונופולין זה בא במחרוזת של הסדרים כובלים בינו לבין ארבעת יצרני המצות הגדולים: מצות אביב בע"מ, מצות יהודה בע"מ, מצות ישראל בע"מ ומצות ראשון לציון בע"מ (להלן: "הארבעה"). יצרנים אלה אף באו בהסדר כובל בינם לבין עצמם לצורך המשא ומתן לכריתת ויישום ההסכמים הללו. אין צריך לומר, כי רה פגיעתם של הסדרים כובלים בכלל, ועל אחת כמה וכמה כשבא בהם מונופולין לייצור קמח המתקשר בהסדרים כאלה עם חלק הארי של צרכניו – יצרני המצות.

נושא הכרזת טחנת יפו כבעל מונופולין, כאמור, מצא ביטוי בהחלטתי בענין הכרזת מונופולין מהיום. נושא בחינת ההסדרים האמורים וסיווגם מוצא ביטוי בהחלטתי זו, לפי סעי' 43 (א) (1) לחוק ההגבלים, הקובעת קיומם של הסדרים כובלים, כמובאר בהמשך הדברים. תחילה אפנה לתיאור הענף ומבנהו, לאחר מכן אציג את התשתית העובדתית והתשתית המשפטית עליהן נשענת ההחלטה.

מעריך המצות ודברי המאפה לפסח

II.

א. עיקר ענף ייצור המצות ודברי מאפה לפסח מורכב מארבעה מפעלי מצות גדולים – מצות אביב, מצות יהודה, מצות ישראל ומצות ראשון לציון. ארבעה אלו שולטים, על פי נתוני שנים קודמות, על פלח שוק של כארבע חמישיות. יתרת השוק, כחמישית, מתחלקת בין כמה מפעלים קטנים יחסית. הקמח מהווה חומר גלם חשוב ביותר לייצור מצות. ייצור זה, מטבע חגי ישראל, מאופיין בעונתיות, הן בנוגע לחומר הגלם, קמח כשר לפסח, והן בנוגע למוצרים המוגמרים, מצות ודברי מאפה כשרים לפסח; והן בנוגע למוצרים המוגמרים, מצות ודברי מאפה כשרים לפסח; לאיסור הצגת חמץ בתקופת חג הפסח, ר' חוק חג מצות (איסור חמץ), התשמ"ה – 1985. בישראל פועלות 21 טחנות קמח, הטוחנות בכל ימות השנה, חיטים לקמח לסוגיו. בענף עצמו קיים עודף כושר ייצור; ר' הוועדה הציבורית לבדיקת ענף טחנות הקמח (דין וחשבון מלא, נובמבר 1989). עד אמצע שנת 1990, מועד החלטת הרפורמה בתחום, אופיין הענף בתכנון והתערבות ממשלתית, באמצעות מינהל הסחר

הממשלתי במשרד התעשייה והמסחר. כחלק מהתערבות זו, הוסדרה אף טחינת הקמח לפסח ואספקתו למפעלי המצות בידי מינהל הסחר הממשלתי. זה האחרון נהג לקיים מכרז, במסגרתו נבחרה מדי שנה טחנת קמח שתטחן קמח כשר לספח ותספקו לכל יצרני המצות. מסגרת זו עברה ובטלה מן העולם בעקבות הרפורמה. בדומה, היום שוב אין מחירן המירבי של מצות רגילות נקוב בצו פקוח, שכן אשתקד בוטל הפקוח עקב קשיים ביישומו.

ב. היקף הביקוש השנתי של קמח כשר לפסח בישראל עומד על כ- 10,000 טון. בין טחנות הקמח יש המסוגלות, לבדן, לייצר כדי מלוא הביקוש השנתי. לפי הנטען, טחנת קמח תגלה ענין מסחרי בטחינת קמח כשר לפסח אם תובטח לה כמות מינימאלית של כמחצית השוק, לאמור 4,000 עד 5,000 טון. טחינת כמות קטנה מזו איננה כדאית.

- ג. הסבת פעילות טחנה, מטחינת קמח רגיל לטחינת קמח כשר לפסח כרוכה בעלויות שמקורן, בין היתר, במשתנים הבאים:
- (1) השבתת הטחנה לתקופה הדרושה לצורך הכשרת הטחנה לטחינת קמח כשר לפסח, וקבלת אישור כשרות לפסח מהרבנות הראשית לישראל.
 - (2) אובדן לקוחות אשר לא ניתן לשרתם בתקופת הכשרת הטחנה ובתקופת הטחינה הכשרה.
 - (3) תשלומים למשגיחי ההכשרה, מבצעים ומשגיחי הכשרות.

אכן, הואיל ועלויות אלה הן "קבועות", הרי שעקרונית, טחנה שעברה את תהליך ההכשרה והחלה לטחון קמח כשר לפסח, ככל שתגדיל היא את הכמות הנטחנת על ידה, כן תקטן ההוצאה ליחידת תפוקה בגין ההכשר.

ד. מני תחילת הרפורמה בענף טחנות הקמח בשנת 1990, התעוררו מדי עונת פסח קשיים בנושא מוצרי החג. כבר בסמוך לצאת ענף טחינת הקמח לפסח מבין כנפי ההסדר הממשלתי, נוצרו נסיבות אשר הביאו את הממונה על ההגבלים העסקיים להכריז ביום 11.11.90 על קיומו של מונופולין בידי טחנת הקמח יזרעל עפולה בע"מ, תוך בקשה מבית הדין להגבלים עסקיים ליתן הוראות ביחס למחירו של הקמח למצות, כמויות אספקתו ומועדיה. עקב התממהות הדיון, ולאחר שהצדדים השונים הגיעו להסדר סביר, חזר בו הממונה מבקשתו למתן הוראות.

III. התלונה וממצאי חקירתה

- א. בחודש ספטמבר 1993 התלוננו באוזנינו מנהלי מפעל המצות ירושלים וכהן-הלפרין על יחס של איפה ואיפה שנהגו בהם מנהלי טחנת יפו. לדבריהם, לכאורה, מסתמן פעל מחירים ניכר בין מחיר הקמח הנדרש מהם, לעומת המחיר הנדרש מיצרני המצות הגדולים. וליתר פירוט, בעוד שהיצרן הקטן נדרש ע"י טחנת יפו לשלם סך 900 ₪ עבור טון אחד של קמח מסוג א', מפעלי המצות הגדולים שריינו אספקתם במחיר זול יותר, כשההפרש נאמד בלמעלה מ- 10%. לפי הנטען, הואיל ובעל מונופולין מחוייב, כמצוות סעי' 29 לחוק ההגבלים, שלא לסרב סירוב בלתי סביר לספק את המצרך שבמונופולין, הרי שבכלל זה אין טחנת יפו רשאית לסרב לספק קמח לפסח אלא אם ישולם לה מחיר העולה על זה הנדרש מצרכנים אחרים.
- ב. בעקבות התלונה החלה חקירה מטעמי, במסגרתה נחקרו, מנהל טחנת יפו – מר יוסף קרמר; מנהל במצות יודה – מר יחיאל לודמיר; מנהל במצות ישראל – מר ארז צוק; מנהל במצות ראשון – מר דוד זליבנסקי; מנהל במצות אביב – מר דוד וולף. כן נחקרו נוספים. מנהלו של אחד ממפעלי המצות בחר שלא לענות לשאלות החוקרים, ושמר, לכאורה, על זכותו על פי דין לשתוק שמא יפליל עצמו. עקרונית, אישורו כל שאר הנחקרים את עיקרי התשתית העובדתית שבבסיס החלטתי. מנהלי המפעלים אביב, יהודה וראשון לציון טענו בחקירתם כי ערכו את ההסכמים בצורה ובניסוח דלהלן כדי להבטיח לעצמם אספקה סדירה של קמח לפסח, במיוחד לאור נסיונם המר מן השנה שחלפה.
- ג. מסתבר, כי בתחום טחינת הקמח לפסח השנה הסתמנו שתי מועמדות אפשריות לטחינת קמח לפסח: האחת, יזרעאל, והאחרת, יפו. בחודש מאי השנה, משמיע מפעל "מצות אביב" (להלן: "אביב") את הודעת טחנת יפו בדבר נכונותה לטחון

ולספק קמח כשר לפסח התשנ"ד, השכים והזדרז להתקשר עמה בהסכם לאספקת קמח למצות. בהסכם מיום 31.5.93, התחייבה יפו לספק לאביב את כל כמות הקמח הכשר לפסח הדרושה לו לעונת הפסח, החל מ- 17.10.93 ועד 10.4.94. במקביל, התחייב אביב מציגו, לרכוש מיפו את כל כמות הקמח הדרושה לו לעונת הפסח. מחירו של הקמח מסוג א' נקבע בהסכם ל- 893.50 ₪ לטון, ומחירו של הקמח מסוג ב' אמור היה להקבע בעתיד, ומתוך הבנה שהוא יהיה נמוך מזה של סוג א' (להלן: "הסכם אביב").

ד. במעמד חתימת הסכם אביב, חתמו הצדדים גם על נספח להסכם, שנערך כמכתב מאת המפעל אל טחנת יפו (להלן: "הנספח"), ובו נכתב לאמור:

לאור העובדה כי אשתקד לא יכולתם לספק את מלוא הביקוש לקמח כשר לפסח, אי לכך נסכים להתקשר עמכם לאספקת קמח פסח תשנ"ד רק בתנאים דלקמן:

1. מוסכם כי תמכרו קמח כשר לפסח תשנ"ד... אך ורק ללקוחות להם מכרתם קמח פסח תשנ"ב. כל מכירה ללקוחות אחרים טעונה הסכמתו.
2. במידה ותמכו בהסכמתנו קמח למפעלים אחרים ומאחר וכמות זו תבוא על חשבון מכסתינו, אי לכך תפצו אותנו במחצית ההפרש בין מחיר הקמח למפעלים להם מכרתם אשתקד לבין מחיר הקמח למפעלינו.
3. אנו מתחייבים שלא למכור קמח למפעלי מצות או ביסקויטים אחרים...

ה. בהמשך, בחודשים יוני ויולי 1993, נתקיימו מגעים בין ארבעת מפעלי המצות הגדולים – אביב, יהודה, ישראל וראשון לציון, שהחלו לשאת ולתת עם טחנת יפו לגבי תנאי אספקת הקמח לפסח לכל ארבעת המפעלים. המו"מ נשא פרי וביום 13.7.93, במשרדי טחנת יפו, בפגישה בה נטלו חלק נציגי ארבעת מפעלי המצות הגדולים ונציגי טחנת יפו, התקשרו הצדדים בסידרה של ארבעה הסכמים שתבניתם אחידה וזהה. הסכמים אלה באו לקבוע את תנאי הרכישה והאספקה של קמח לפסח (להלן: "ההסכמים").

ו. ההסכמים היו זהים בצורתם ובתוכנם להסכם אביב מ- 31.5.93, למעט מחיר הקמח; ה נקבע עתה לסך 822.50 ₪ לטון קמח סוג א', בחצר המפעל. כל אחד מהמסכמים לווה בנספח שהיה זהה גם הוא בתבניתו ובלשונו לנספח מיום 31.5.93, ואשר צוטט לעיל.

ז. צא וראה כיצד התגבשו אורחותיה המוסכמות של אספקת קמח כשר לספח לשנה זו: טחנת יפו, לפחות לפי שעה, אך מן הסתם גם לצרכי עונת הפסח התשנ"ד בכלל, הפכה לספק בלעדי של קמח כשר לפסח. ספק זה רכש את מעמדן הבלעדי לאחר שארבעת המתחרים הגדולים בשוק המצות החליטו במשותף לרכוש ממנו קמח, תוך ניהול משא ומתן "מקובץ", שפריו ההסכמים המבטיחים לארבעה אפסות מלוא ביקושיהם במחיר שווה ומוסכם.

אך בכך לא די, הגדילו הארבעה בהסכמים עלי נספח לחוזה, כי חרותו של הספק – טחנת יפו – לבור דרכיו ולספק קמח לאחרים, למתחריהם, תוגבל באופן שהחלטה אם למכור קמח לאחרים לא תתקבל על ידי הספק, אלא, קודם לכל, על ידם (ככל הנראה פה אחד, או על פי רבים להטות, לארבעה פתרוניים). והיה ונאותו הארבעה לאפשר למתחרה לרכוש קמח, הרי שכמו כל גורם מאשר, רשאים הם להתנות אישורם בתנאים. בין היתר משמיענו הנספח כי מחיר הרכישה של המתחרה האחר, יהיה גבוה מזה של הארבעה, שכן חזקה שהמכירה באה על חשבון מכסתם וכי יתהווה הפרש מחירים שיחולק בין הטחנה והארבעה. כך, תוספת המחיר שתשלם על ידי אותו מתחרה ש"זכה" בחומר הגלם, בלעדיו מצות לפסח אין, תתחלק שווה בשווה בין הארבעה לבין טחנת יפו. במילים אחרות, אם מתחרה אחר יורשה על ידי ארבעת מתחריו, לקנות קמח כשר לפסח מהספק הבלעדי הקיים בשוק, כי אז יאלץ הוא לשלם מחיר גבוה יותר מארבעת השולטים בענף, תוך שהוא למעשה מוזיל את עלות הקמח לארבעה ומגדיל את מחזור מכירותיו של הספק המונופוליסטי.

א. לענין הגדרת "הסדר כובל" אימץ חוק ההגבלים את מגמת ההרחבה שנקטה על ידי החוק הקודם, חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959. במקום לתחום גדרות על ידי רשימת מקרים ספציפיים, התווה החוק הגדרה כללית שהעיקר בה הוא מניעת התחרות, הגבלתה או החשש מפני אלה; סעי' 2 (א) לחוק. לצידה של הגדרה כללית זו, נקבעה רשימה של כבילות שההסדרים הכוללים אותן יועמדו בחזקתם כי הם הסדרים כובלים. טכניקה חקיקתית זו ננקטה מתוך חשש שההגדרה הקודמת לא מיצתה את מגוון האפשרויות מבחינת העניינים שיש בכבילה לגביהם השלכה על התחרות. מטרת השינוי היתה להבטיח שכל הסדר בעל חששות תחרותיים יועמד לביקורת הרשויות הנוגעות לענין.

ר' דברי הסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983, ה"ח 1647, עמ' 39, 42; וגם, ת.א. (י"ס) 396/87 קיסין נ. פטרולגו בע"מ ואח' (9.5.90, לא פורסם) בעמ' 18.

ב. סעיף 2 (א) לחוק ההגבלים מגדיר את המונח "הסדר כובל" כ:

הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו מסכים אחד הצדדים לפחות להגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין אדם שאינו צד להסדר.

ג. סעיף 2 (ב) לחוק קובע שיראו הסדר כ"כובל" כשלעצמו, ללא בדיקת השפעתו על התחרות, אם הכבילה נוגעת לעניינים שמטבע ברייתם הם פוגעים בתחרות, שכן פגיעתם והגבלתם מתייחסת ישירות לעצב ממערכת עצביה החיוניים של התחרות המסחרית, לאמור הסדר שכבילתו נוגעת לאחד מהעניינים הבאים:

- (1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;
- (2) הריווח שיופק;
- (3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים עמם יעסקו;
- (4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם.

וראה: הצעת חוק ההגבלים, שם, בעמ' 42

בסעיף קטן (ב) באה רשימה של נושאים שבהם השלכת ההסדר בין הצדדים על צמצם התחרות אינה מוטלת בספק. הסדרים אלה ייראו כהסדרים כובלים מבלי שיהא צורך לבחנם בכל מקרה לאור המבחן הכללי האמור.

ה. אכן, נקודת המוצא היא כי מטרת החוק, לבצר ושלמר את התחרות החופשית, להסיר מכשולים הנערמים בדרכה, ובמקרים נאותים, ליתן מענה לריכוזי עוצמה כלכלית או מניעת היווצרותם מבעוד מועד. גישתו של המחוקק היא, שתחרות חופשית פועלת לטובת המדינה, יש בה כדי להעמיק את החופש המשפטי והכללי של הפרט; בג"צ 174/80 תור אויר נ. יו"ר המועצה לפקות על הגבלים עסקיים פ"ד לט (1) 169, 178; ע"א 371/89 ליבוביץ נ. א. את י. אליהו בע"מ ואח' פ"ד מד (2) 309, 327. גישה זו מבטאת את ההשקפה ממנה ינקה החקיקה המקבילה בארה"ב, שאומצה עוד בתחילת המאה, ושתוארה כך:

The Sherman Act was designed to be a comprehensive charter of economic liberty aimed at preserving free and unfettered competition as the rule of trade. It rests on the premise that the unrestrained interaction of competitive forces will yield the best allocation of our economic resources, the lowest prices, the highest quality and the greater progress, while at the same time providing an environment conducive to the preservation of our democratic political and social institutions. But even were that premise open to question, the policy unequivocally laid down by the Act is competition.

ה. מכאן, האיסור על עשיית דבר, או הימנעות מעשותו, על פי הסדר כובל, אלא אם נתקבל לכך אישור כדין; סעי' 4 לחוק ההגבלים. הפרת איסור זה, מקימה ביצוע עבירה פלילית; סעי' 47 (א) לחוק, מקימה ביצוע עוולה נזקית; סעי' 50 לחוק, וממיטה היא בטלות על ההסכם המכיל את הכבילה, אם היה הסכם כזה; סעי' 31-30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג – 1973.

ו. בנסיבות העניין, מחרוזת ההסכמות וההסכמים שתוארו לעיל, אכן מהווים "הסדר כובל" כמובנו הנכון של המושג, הן מכוח החזקה הקבועה בסעי' 2 (ב), והן ולחלופין מכוח ההגדרה האיכותית הקבועה בסעי' 2 (א). אעמוד בקצרה על היסודות הנדרשים, ודבר קיומם לענייננו:

(1) "הסדר" – הגדרתו של זה מצויה בס' 1 לחוק, והיא מיועדת לחבוק כל צורה של קשר, הסכמה והבעת רצון בין מי שמנהלים עסקים, בין אם "במפורש ובין מכללה, בין בכתב ובין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו". במקרה שלפנינו מערכת ההסכמות שבין הארבעה לבין טחנת יפו מצאה ביטוייה בחוזים על נספחים. בדומה, ההסכמות שבין הארבעה, בינם לבין עצמם, בחלקן יימצאו בנספח הקובע כי אוסרים הם על הטחנה לספק קמח לאחרים אלא אם יסכימו בצוותא חדא להתיר זאת, ובחלקן יימצאו ביסוד המפגש המשותף לניהול משא ומתן אל מול הטחנה.

(2) "בין בני אדם המנהלים עסקים" – מונח זה פורש מצודתו על כל אדם המנהל עסקים כלשהם, לרבות עסק המתנהל שלא למטרת רווח; ע"א 2768/90 פטרולגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ נ. מדינת ישראל ואח' פ"ד מו (3) 603, 599

במקרה שלפנינו, הנפשות הפועלות כולן הן בבחינת בני אדם המנהלים עסקים: הארבעה מנהלים עסק לייצור מצות ושאר מוצרי מאפה לחג הפסח ואלו טחנת יפו מנהלת עסק של טחינת חיטים לקמח.

(3) חזקת סעי' 2 (ב) בדבר הסדר כובל – יסוד "חזקת הכבילה" שבהסדר רצוף הוא ושזור במערכת ההסכמות בהם באו הצדדים נושא החלטה זו.

ראשית כבילה תמצא ביטוייה המובהק בהוראת סעיף 1 לנספח, מכוחה הגבילה עצמה טחנת יפו מלמכור קמח כשר לפסח תשנ"ד לכל דכפין, שכן סוג האנשים עמם רשאית הטחנה לעסוק הם רק אלה שנמנו על ציבור לקוחותיה בפסח התשנ"ב, אלא אם באה הסכמת הארבעה למכירה ללקוח אחר, וגם אז הסכמה זו מסתמא תלויה "בפיצוי"; סעי' 2 (3) לחוק. במקביל, כל אחד מהארבעה אף מתחייב כלפי טחנת יפו, כי לא ימכור קמח למפעלי מצות או ביסקויטים אחרים, כך שייסגר שוק הקמח כשר לפסח ומוצריו מנעול על בריח; סעי' 2 (ב) (4) לחוק (דהיינו, כמות המכירה של קמח על ידי הארבעה תהיה אפס). הסכמת הארבעה בינם לבין עצמם בדבר המחיר שישוכם עם טחנת יפו, במעמד ניהול המו"מ המשותף, יש בה, מן הסתם, רצף של הסכמות לגבי המחיר שיוצע לטחנה תמורת הקמח; סעי' 2 (ב) (1) לחוק.

(4) כבילה כמובנה בסעי' 2 (א) לחוק – "הסדר" יהיה בבחינת "הסדר כובל" אם יש בו איכותית כדי להגביל אדם המנהל עסקים באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים.

עומד על כך דר' מ' בורנובסקי במאמרו "על יסודות הכבילה שבהסדר ותוצאתה – חדש ואין חדש", מחקרי משפט ה' עמ' 125, 132:

עיקרה של כל מגבלה בצמצום חופש הבחירה של אדם המנהל עסקים. לפיכך, לכאורה, היה די בהצבת השאלה הבאה, כדי לקבוע אם קיימת הגבלה: "האם על פי ההסדר חופשי צד לנהוג כרצונו"? אם התשובה חיובית, הרי שלכאורה אין הגבלה. אם התשובה שלילית הרי שלפנינו הגבלה, וההסדר הוא הסדר כובל. אלא שהתשובה החיובית האמורה איננה מספקת, משום שיייתכן, שגם במקרה שהצד חופשי לנהוג כרצונו קיימת מגבלה! כיצד? בכך שההסדר אמנם מותיר לצד את מלוא חופש הבחירה אלא שתוצאת הכרעתו עלולה, על-פי ההסדר, להעניק לו יתרונות או לשלול ממנו הטבות או אף לגרום לו הפסד.

ר' גם James P. Cunningham, The Fair Trading Act 1973 (London, 1974) pp. 239

וגם: R. Whish, Competition Law, 2nd Ed. London (1989), P. 146

... a restriction arise where a person accepts an obligation which requires him to act in a specific way and where the commission of some other act inevitably involves a breach of the prior obligation.

אכן, במצטבר ולחילופין, יש אף לראות במערכת ההסכמות המתוארת כבילות, שביטויין הגבלה או הפחתת התחרות, בכוח ו/או בפועל. וכבר עמדנו בסעיף III (ז) לעיל על פגיעתם הממשית והמסתברת של אלו ההסדרים בתחרות, החל בניהול מו"מ משותף עם ספק הקמח לרבות סיכום המו"מ בחוזה מסכם, דרך תוכנה המגביל של ההתקשרות על נספח החוזה בין הספק לבין הארבעה, וכלה בהחלטה המשותפת להכתרת טחנת יפו כמונופולין בלעדי. אפנה עתה לנקודה אחרונה זו.

V. "המלכת" מונופול

א. עמדנו לעיל על השתלשלות הדברים וכיצד הגיעו הדברים כדי עריכת הסדרים כובלים, שפגיעתם באינטרס הציבור רעה. פגיעה זו מתגברת שעה שצד להסדר הכובל הוא המונופולין לאספקת קמח כשר לפסח לשנת התשנ"ד. פגיעה זו גדלה ומתעצמת שעה שמונופולין זה אינו אלא עוד פרי אסור של החלטת ארבעת הגדולים, שסיכמו בצוותא חדא עם טחנת יפו, תבנית חוזי הרכישה הכובלים.

כאמור, שולטים ארבעה מפעלי המצות שבהסדר על כ- 80% משוק המצות, וכנגזר שווה חלקם גם בתחום צריכת הקמח למצות. לפיכך, משחברו נציגי ארבעת המפעלים שבהסדר והתכנסו יחדיו ב- 13.7.93, במשרדי טחנת יפו, וחתמו על סידרת ההסכמים שבהם הבטיח כל מפעל לעצמו אספקת קמח למצות ובמקביל או אספקת קמח למתחרים הקטנים, למעשה היה זה גם מעמד "הכתרת" טחנת יפו כיצרן הקמח היחיד לפסח התשנ"ד. הכיצד? צר השוק מלהחיל יותר מטחנה עד שתיים אשר תטחנה קמח כשר לפסח בכל שנה נתונה. כאמור בסעי' II (ב) לעיל, היקף צריכת קמח כשר לפסח לשנה מוערך ב- 10,000 טון, כאשר סף כדאיות הטחינה עומד על כ- 5,000 טון, דהיינו כמחצית סך הצריכה. בנסיבות אלה, יכול שתתרחש אחת משתי דרכי פעולה אלה: האחת, ששתי טחנות תייצרנה כמות פחות או יותר דומה של קמח, שכן כמחצית כמות הקמח הנצרכת לפסח היא הכמות המינימלית המבטיחה לטחנה רווחיות; השנייה, שטחנה אחת תטחן את מלוא כמות הקמח, כאשר מצב זה סביר שיתהווה מנקודת הזמן שאותה טחנה באה בהסכמי מכירה מכירה עם למעלה ממחצית גורמי הצריכה. טחנה אשר באה בהסכמי מכירה המספקים למעלה ממחצית הביקוש השנתי, למעשה מבצרת מעמד של ספק יחיד, היכול למכור את המחצית השנייה של הכמות במחיר גבוה יחסית, שכן לצרכן אין אלטרנטיבה זולה יותר, אם בכלל.

ב. במעבר מייצור קמח רגיל לייצור קמח כשר לפסח קיים תחילה שלב ראשוני של תחרות בין יצרנים פוטנציאליים, בגדרה עשויות לבוא כל טחנות הקמח. תוצאותיה של תחרות זו יהיו כמות וזהות היצרנים שישתתפו בייצור קמח כשר לפסח באותה שנה. השנה, טחנת יפו וטחנת יזרעאל הודיעו על נכונותם לטחון קמח. התארגנות הארבעה יחד עם טחנת יפו היא שהקנתה לאחרונה מעמד של טוחן יחיד, תוך שלילת אפשרות של תחרות בין שתי טחנות קמח. התארגנות זו אף הבטיחה לארבעה תנאי רכישה זהים ויחסית נוחים, תוך קביעת מנגנון שיבטיח שיתרונות אלה אל יהי מנת חלקם של צרכני הקמח האחרים.

ג. זאת ועוד אחרת, בו במעמד ההכתרה, וכתנאי לה, התחייבה טחנת יפו למכור לארבעה מרבית מכולתה במחיר קבוע, ולא למכור או למכור במחיר גבוה יותר למתחרי הארבעה. במילים אחרות, מראש התחייבה טחנת יפו להפלות בין צרכניה, כל אחד מהארבעה ירכוש קמח במחיר 822 ₪ לטון, ולאילו האחר או שישורב, או שאם יאותו כל הצדדים להסדר הכובל להסכים על המכירה, כי אז יידרש הוא לשלם מחיר גבוה יותר. בנסיבות אלה, אין זאת אלא נסיון (אמנם משפטי עקר ובטל) להתנות ולקבוע מראש הפליית לקוחות על ידי מונופולין.

איסור על התנהגות מפלה כזו, הוא העומד במוקד הוראות הפיקוח על מונופולין בסעיפים 26 עד 31 לחוק ההגבלים. הפלייה בין לקוחות וצרכנים עשויה מעצם טיבה למנוע או להפחית את התחרות החופשית עליה בא חוק ההגבלים להגן. במיוחד, באה הוראת סעי' 29 לחוק ההגבלים ומצווה כי לא יסרב בעל מונופולין סירוב בלתי סביר לספק את הנכס שבמונופולין, ומה צידוק סביר ישמע בפי טחנת יפו בבואה לסרב לספק קמח, או בהעלותה דרישה למחיר מפלה וגבוה? אכן, צידוק כזה לא נשמע מפיה במהלך החקירה ואף אין לראות מה צידוק יימצא לסירוב או התנייה אשר כזו.

ד. נהפוך הוא. לאחרונה, נמצאו למדים מדברי מנהל טחנת יפו, כי לאור החקירה שהתקיימה, ראה הוא לפנות ביוזמתו, בכתב ובעל-פה, לציבור לקוחותיו ולהודיעם על כוונתו למכור לכל דורש, ובמחיר שווה ואחיד, קמח כשר לפסח לעונת תשנ"ד.

VI. ההסדר הכובל אינו נהנה מהפטור סטטוטורי

א. המסקנה כי המסכת התוארת היא בבחינת הסדר כובל כאמור בהוראת סעי' 2 לחוק ההגבלים, מחייבת פנייה להוראת סעי' 3 לחוק ההגבלים בדבר "הסדרים שאינם הסדרים כובלים", שמא יימצא ההסדר פטור מכוח אחת מתשע הוראות פטור אחת, הסטטוטוריות. מבין הוראות פטור אלה, באה בחשבון הוראת פטור אחת, שעניינה פטור במקרה של בלעדיות הדדית במכירת נכסים או שירותים, כאמור

בסעי' 3 (6) לחוק ההגבלים :

הסדר בין רוכש נכס או שירות לבין ספק, שכל כבילותיו הם התחייבות הספק שלא יספק נכסים או שירותים מסוימים, לשם שיווק, אלא לרוכש, ובהתחייבות הרוכש לרכוש אותם הנכסים או שירותים רק מהספק, ובלבד שהספק והרוכש, שניהם אינם עוסקים בייצור אותם נכסים או במתן אותם שירותים; הסדר כאמור יכול שיהיה לכל שטח המדינה או לחלק ממנו. (ההדגשה אינה במקור)

ב. מכאן, טענת אביב הנסמכת על חוות דעתו המלומדת של יועצה המשפטי, עו"ד א. הלפן, אשר בכתבו מיום 4.5.93 חיווה דעתו כי ההסדר, והכוונה להסכם אביב, אינו "הסדר כובל" שכן הוא אינו "עלול למנוע או לפחית את התחרות בעסקים", ומכל מקום ההסכם נופל בגדר הפטור הקבוע בסעי' 3 (6) לחוק ההגבלים שכן "מצות אביב מתחייבת לרכוש את כל תצרוכתה מהטחנה, ובתנאי שזו תספק לה את כל דרישתה, ולא תימנע זאת מעצמה על ידי הספקה לאחרים, אלא בהסכמת מצות אביב".

ג. טענה דומה משמיע יועצה המשפטי של טחנת יפו, עו"ד ד"ר א. ציון, במכתבו אלינו מיום 28.10.93 :

לא נעשה כל הסדר כובל, במובן חוק ההגבלים העסקיים בין מרשתי ובין יצרני המצות, שכן ההסכמים שנעשו, ואשר המקור שלהם נמסר לכם, מוגנים מכוח סעיף 3 (6) לחוק.

ד. לדעתי, בנסיבות המקרה, אין תחולה לפטור של ספק ורוכש בלעדי, שכן לא מתקיימים תנאי הסף לתחולת הפטור. כבילותו של ההסדר רחבות מאלה של יחסי ספק רוכש, במהותם אין הם נופלים בגדר יחסים אלה, ואין אף לראות הצדקה עניינית לכבילות האמורות. אבאר מסקנתי.

ה. הוראת פטור בדבר הסדר בין ספק ורוכש קבועה היתה גם בחוק הקודם, משנת התשי"ט, בסעי' 10. בדברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים הוסבר כי נוסח הוראות הפטור שונה במטרה לצמצמו :

הסדר שלא יראה כהסדר כובל הוא הסדר שבו הכבילה מתייחסת לבלעדיות הקניה והמכירה לשם שיווק בין הצדדים. מכאן, שאם מצויות בהסדר כבילות נוספות, כגון הכתבת מחירים או הגבלת מקומות עיסוק, טעון ההסדר אישור.

(שם, בעמ' 44)

ו. פטור זה בא בעיקרו ליתן מענה להסדרי בלעדיות שבין מוכר למפיץ (Exclusive dealing). ובאופן טיפוסי, הסדרים אלה עניינם התחייבות הקמעונאי, בין במפורש ובין מכללא, כי הוא יעסוק ייחודית בתוצרתו של יצרן מסוים, לעיתים תוך הגדרת תחום גיאוגרפי נתון (Exclusive territory). ובאופן טיפוסי, באמצעות הפטור מקבל הספק טובת הנאה מכך שהרוכש מתמקד במוצריו בלבד. הקמעונאי או המפיץ, מצידו הוא, מקבל טובת הנאה מבחינה זו שאין לו מתחרים במוצריו של אותו הספק. כתוצאה מהסדר מעין זה אין התחרות נפגמת בין מוצרי הספק למוצרי מתחריו (interbrand). הפגיעה בתחרות מוגבלת לזו שבין הרוכשים של מוצרים או נכסים מסוג אחד (intrabrand).

ז. הסוגייה המרכזית מבחינת דיני ההגבלים העסקיים היא האם הסכמים מעין אלה "סוגרים" (foreclose) למעשה את גישתם של מתחרים, בכוח או בפועל, לזירת התחרות, בין אם לתחום מכירת המוצרים ובין אם לתחום רכישת חומרי הגלם החיוניים למתחרים אלה.

ר' (1992) 303 Principles of Antitrust Law, Stephen F. Ross

אכן, סוגיית החלת הפטור האמור עשויה לעורר שאלות נכבדות, אלא שבנסיבות המקרה אין מקום להזקק להן, שכן מדעיקרא אין בנסיבות המקרה תחולה להוראת הפטור.

ח. ההסדר המתואר יש בו, כאמור, יסוד של הסדר אופקי בין ארבעת היצרנים המובילים לבין הספק, וכבר מטעם זה אין הוא "הסדר בין רוכש נכס לבין ספק". המרכיב האנכי בהסדר, איננו הסדר בלעדיות בין ספק לרוכש בלעדי (או בלעדי באיזורו הגיאוגרפי), אלא בין ספק לבין מספר רוכשים המבקשים יחדיו להיות רוכשים בלעדיים, ועל אלה לא חל הפטור. שנית, אפילו היה עומד כל הסכם לבדו על פי נוסחו, וכאמור עומד הוא כחלק ממסכת מוסכמת אחת, אין המדובר בהסדר לאספקה בלעדית, אלא בהסדר ל"אספקה בלעדית" ללקוחות שרכשו קמח בתשנ"ב, כך שהרוכש מסכים כי הסחורה תמכר גם לאחרים הנקובים ומוגדרים בנספח. עוד יצויין, כי נשוא ההסדר אינו אספקת קמח "לשם שיווק" אלא לצורך צריכה עצמית כתשומה בייצור המוצר הסופי, מצות כשרות לפסח.

זאת ועוד, איזה בלעדיות היא זו כאשר מראש מוסכם כי טחנת יפו תהא רשאית למכור קמח לאחרים, אם תבוא על כך הסכמה של הארבעה, כאשר לצורך הסכמה זו מניחים הצדדים הנחה חלוטה מראש – יהא המצב בפועל כאשר יהא – כי הכמות שתמכר תבוא על חשבון מכסת הארבעה, וכי מחיר המכירה יהיה גבוה ממחיר המכירה לארבעה, ועל כן יפוצו הארבעה בכדי מחצית הפרש המחיר. מה גם שההסדר כולל גם התחייבות על דרך ההיפוך של הרוכש, לפיה מתחייב כל אחד מהרוכשים כלפי הספק כי הוא לא ימכור קמח למפעלי מצות או ביסקויטים אחרים, וגם על כך לא חל הפטור הנדון. והכל שעה שהמתקשרים כולם יודעים, ובוודאי צריכים לדעת, כי טחנת יפו, כאמור לעיל, תהיה בבחינת בעל מונופולין על אספקת קמח כשר לפסח לשנת התשנ"ד, על כל הנובע מכך.

ט. יוצא איפה כי ההסדר המתואר ק"ן מטעמים ימצאו בו, מדוע איננו מלכתחילה בבחינת הסדר "שכל כבילותיו" הם התחייבות טחנת יפו לשא תספק קמח כשר לפסח תשנ"ד, לשם שיווק, אלא ליצרן מצות פלוני, בבחינת רוכש בלעדי, ועל כן אין הוא בא בגדר הפטור הקבוע בסעי' 3 (6) לחוק ההגבלים.

י. לכאורה, מסקנה זו לא היתה משתנה אפילו היה נבחן הסכם אביב לבדו ובשעת כריתתו. מכל מקום, כאמור הוחלף הסכם ראשוני זה בהסכם חדש הנשזר במסכת ההסדרים שבין הארבעה, בינם לבין אצמם, ובינם לבין טחנת יפו, וממילא מתייתר הצורך בבחינת וסיווג אותו הסכם לבדו.

VII. בקשת אביב לקבלת פטור מאישור בית הדין

א. בטרם אסיים, כאן המקום אף להזכיר כי לאחר שנפתחה החקירה מטעמי, פנתה אלי אביב ובפניה בקשה לקבלת פטור מקבלת אישור בית הדין להגבלים עסקיים ל"הסכם" הקיים בינה לבין טחנת יפו מיום 31 במאי 1993 ומיום 13 ביולי 1993. בפנייתה, באמצעות ד"ר אמנון גולדנברג, מצהירה אביב "כי היא סבורה שההסכם איננו בגדר הסדר כובל ואין בהגשת הבקשה כדי לגרוע מעמדתה זו".

ב. כאמור, מצאתי כי ההסדר האמור הוא בבחינת הסדר כובל. לא מצאתי כי מתקיים כאן תנאי הסף לסמכותי למתן פטור, דהיינו "שההסדר מגביל באופן לא משמעותי את התחרות בעסקים". לגופו של ענין, אין לראות מדוע המטרה של "הבטחת אספקה סדירה של קמח ליצור מצות על ידי טחנת יפו למצות אביב" מחייבת נקיטת האמצעים וההסדרים שתוארו. דיני החוזים הכלליים, ודיני החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), פותחים בפני כל מתקשר אפשרויות רבות ומגוונות להגן על זכויותיו הלגיטימיות מבלי שיעבור על דיני ההגבלים העסקיים, מבלי שיחבור עם שלושת מתחריו ובצוותא ינוהל מו"מ מסחרי ויסוכמו תנאי חוזה אספקה אחדי המקנה יתרונות מופלגים לארבעת המתקשרים על פני כל מתחרה אחר.

ג. עוד אעיר, כי אפילו ניתן היה לאביב הפטור כמתבקש, לא היה בכך כדי להתיר את הסבך, שכן אפילו התבקש מלכתחילה פטור מהממונה או אישור מבית הדין להגבלים עסקיים להסדר המתואר בבקשה, שונה הסדר זה מההסדר כפי שהתבקש במציאות.

ראשית, לענין הצד לבקשה, מסכים אני לגישתו של ד"ר גולדנברג, כי עקרונית רשאית מצות אביב לבדה להגיש בקשה לקבלת פטור, אפילו מתנגדים צדדים אחרים להסדר, לאישורו או להגשת הבקשה. אך בזהות הצד המבקש אין כדלי לשנות ממהות ההסדר. מהות זו נותרה בעינה: הסדר בין ארבעת היצרנים המובילים לבין טחנת יפו, לבין טחנת יפו, ולא הסדר בין מצות אביב לטחנת יפו בלבד. בנסיבות אלה, אין לראות כיצד ניתן לאשר רכיב אחד מתוך המסכת כולה, ומה יועיל הפטור לחוליה אחת האחוזה בחוליות אחרות עליהן לא התבקש כל פטור.

שנית, טענת אביב כי "הפרקטיקה שאימצה לה טחנת יפו – התחייבות לספק את מלוא הביקוש המקומי לקמח למצות למרות העדר כושר ייצור – היא פרקטיקה פסולה היות שהיא מונעת מטחנות אחרות להכנס לענף" לא תשמע מפי המשתתף בהמלכת טחנת יפו כמונופול. כאמור לעיל, משחברו הארבעה יחד לרכישת קמח מטחנת יפו כמונופול. כאמור לעיל, משחברו הארבעה יחד לרכישת קמח מטחנת יפו

הביאו הם מניה וביה לכך שלא תמצא טחנה נוספת אשר תטחן קמח כשר לפסח במחיר סביר.

ד. זאת ועוד, עיקר נימוקה של מצות אביב נשען על כך שטחנת יפו חסרה כושר ייצור מספיק; דברים אלה טעונים הוכחה מעבר לאמירה כי כך ארע בשנה שחלפה. אציין, כי מחומר החקירה עולה, כי להערכת מנהלי טחנת יפו, על בסיס הערכת הצריכה השנה, לאור נתוני הצריכה אשתקד, בשים לב למועד תחילת הטחינה ונוכח הגדלת כושר אחסון הטחנה ועבודתה בשלוש משמרות, השנה עולה כושר ייצורה של הטחנה על מלוא הביקוש הצפוי.

ה. סוף מעשה במחשבה תחילה: משבא יצרן מצות ועמד בפני מה שנחזה בעיניו כצורך לתיאום או קביעת הסדרים בענף, צריך היה לבוא ולהגיש בקשת פטור או בקשה לאישור הסדר כובל מבעוד מועד, ובהתאם ניתן היה לבור את הדרך המגנה על אינטרסיו הלגיטימיים תוך מיזעור הפגיעה בתחרות הנובעת עקב ההסדר, אם בכלל. מכל מקום, בנימוקי הבקשה לקבלת הפטור לא מצאנו נימוק אלא שדרושה סנקציה הרתעתית שתמנע מטחנת יפו התקשרות בהסכמי אספקה למעלה מכושר ייצורה, אך זאת מבלי שהונחה לכך התשתית העובדתית, מבלי שניתן מענה לאותם יצרנים אשר עקב הסדר כאמור תשלל מהם כל אפשרות לרכוש קמח כשר לפסח ומבלי שיבדקו אפיקי פעולה חלופיים להשגת אותה מטרה.

VIII. סכום

אשר על כן, ובהתאם לסמכותי לפי סעיף 43 (א) (1) לחוק ההגבלים, אני קובע שמסכת ההסדרים וההסכמות המתבטאים בגיבוש ההסכמים על נספחיהם מיום 13.7.93, הינם הסדרים כובלים, שנערכו על ידי טחנת קמח יפו (1972) בע"מ מצות אביב בע"מ, מצות יהודה בע"מ, מצות ישראל בע"מ, ומצות ראשון לציון בע"מ ומנהליהן.

כמצוות סעיף 43 (ה) לחוק ההגבלים, תהא קביעה זו ראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי. כמצוות סעיף 43 (ו) אין בקבלת החלטתי זו כדי למנוע או לעכב מלהעמיד לדין אדם שעבר על הוראות סעיף 47 (א) (1) לחוק ההגבלים.

כל אחד מהצדדים להסדר הכובל רשאי לערור על החלטתי זו, או על חלקה, תוך שלושים ימים מיום שהודעה עליה הומצאה לו.

ד"ר יורם טורבוביץ
הממונה על ההגבלים העסקיים

ניתן היום,
יב' כסלו, תשנ"ד
ט' 26-נוב-1993
בירושלים