

בבית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית דין להגבלים עסקיים

בפני: כבוד השופט ע. נתן

העוררת: תעשיות אלקטרו-כימיות (פרוטארום) בע"מ

נגד

המשיב: הממונה על ההגבלים העסקיים

פסק דין

1. רקע

1.1 המשיב הכריז ביום 5.2.89 על העוררת כבעלת מונופולין באספקת כלור, סודיום היפוכלוריד וסודה קאוסטית.

1.2 במהלך הדיון נטשו באי כוח הצדדים את הטענות שהתייחסו להספקת סודה קאוסטית בשנת 1988, אך המציאו נתונים מוסכמים לגבי האספקה לשנת 1990, ועקב כך, הורחבה מסגרת הדיון והוחלה גם לגבי שנה זו.

1.3 העוררת לא עררה על ההכרזה לגבי כלור, וממילא לא התייחסו טיעוניהם של באי-כוח הצדדים למוצר זה. ואנו מחליטים לאשר את הכרזת המשיב לגביו.

2. גדר המחלוקת

2.1 החברות המספקות סודה קאוסטית וסודיום היפוכלוריד (מלבד העוררת) הן חברת מכתשים מפעלים כימיים בע"מ (להלן: מכתשים) וחברת ברום ים המלח בע"מ (להלן: חברת הברום).

מכתשים מספקת הנכסים הנ"ל לאגן יצרני כימיקלים בע"מ (להלן: אגן), ואילו חברת הברום מספקת הנכסים הנ"ל למפעלי ים המלח בע"מ (להלן: מפעלי ים המלח), לפריקלאס ים המלח בע"מ (להלן: פריקלאס), לדשנים וחומרים כימיים בע"מ (להלן: דשנים), לפוספטים בנגב בע"מ (להלן: פוספטים), לרותם דשנים בע"מ (להלן: רותם) ולתרכובות ברום בע"מ (להלן: תרכובות).

2.2 המשיב טוען, כי יש לקבוע את המבחן לקיום המונופולין על-פי המחזור הכספי של אספקת הנכסים, ולחלופין, על-פי הכמויות המסופקות לשוק, ובשני המקרים כאחד עולה חלקה של העוררת על 50%.

2.3 העוררת טוענת, כי אין מקום להחיל את מבחן המחזור הכספי, ובאשר למבחן הכמויות, טוענת העוררת, כי הספקת נכסים על-ידי מכתשים לאגן ועל-ידי חברת הברום (למעט ספקה לפריקלאס ולתרכובות). הינה אספקה בתנאי שוק לכל דבר, ועל-כן יש לכלול את הכמויות המסופקות לחברות אלה בגדר הכמויות המסופקות לשוק על-ידי החברות הנ"ל.

2.4 לעומת זאת, טוען המשיב, כי אספקת הנכסים, כאמור, הינה בגדר העברה פנימית בין חברות קשורות, בה נשלל מרכיב התחרות עקב האינטרס הכלכלי המשותף, הקיים בין הספק לבין הקונה, והתלות ההדדית שביניהן עקב קירבתן המשפטית.

2.5 מחלוקת נוספת מתייחסת לשאלה, אם בשנת 1989 יש לכלול באספקת הנכסים על-ידי העוררת את המכירות של העוררת, כסוכנת של חברת הברום (כטענת המשיב). או שמא יש לכלול מכירות כאלה בגדר מכירותיה של חברת הברום (כטענת העוררת), והאם יש לכלול שיווק של סודה-אש כמוצר חלופי בגדר השוק הרלוונטי וכן יבוא פוטנציאלי של סודה קאוסטית, כטענת העוררת.

3. מבחן המחזור הכספי

3.1 סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים תשמ"ח – 1988 (להלן: החוק), מגדיר מונופולין כדלקמן:

"לעניין חוק זה יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידיו של אדם אחר (להלן: בעל המונופולין). על קיומו של מונופולין, כאמור, יכריז הממונה בהודעה ברשומות...".

3.2 טוען המשיב, כי לעניין סעיף 26(א) הנ"ל מוסמך הממונה למדוד את היקף "האספקה" לשוק, לפי הכמות בטונות, או לפי המחזור הכספי, לפי שיקול דעתו.

3.3 אין לקבל טענה זו.

אילו היה בדעת המחוקק להשאיר בידי הממונה את המבחן לצורכי החלתו של סעיף 26, היה מורה על כך בלשון מפורשת, כפי שנקבע, למשל, בסעיף 6(10) ל- FAIR TRADING ACT האנגלי משנת 1973, המובא על-ידי בא-כוח המשיב בסיכומיו.

3.4 אשר להחלת מבחן המחזור הכספי, הרי שמבחן זה אינו מתיישב לא עם משמעותו של סעיף 26(א) לחוק, כפי שהוא עולה מהסעיף עצמו, ולא עם פרשנותו של סעיף זה לאור הוראות סעיף 26(ג) לחוק.

3.5 הדיבור "מחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם" (ההדגשה אינה במקור), הקובע קיומו של מונופולין, אינו מתיישב, בדרך כלל, עם קביעה על-פי מחזור כספי. שכן הביטוי "אספקת נכסים" מצביע לכאורה על מבחן של כמות (של נכסים). אילו המחוקק היה מתכוון לקביעת אספקה על-פי השווי של כמויות הנכסים המסופקים, היה מורה על-כך בלשון מפורשת.

בהמשך זה יש להפנות גם לסעיף 17(א) (2) לחוק, המאמץ במפורש את מבחן מחזור המכירות לגבי חברות המתמזגות ביחד.

3.6 זאת ועוד: קביעת המבחן על-פי המחזור הכספי, יכול שתביא, ובמקרים שלפנינו בוודאי תביא, לתוצאה כלכלית מעוותת.

3.7 בנושא זה אנו מאמצים את מסקנתו של פרופ' ח' בן-שחר בחוות-דעתו שהוגשה לנו מטעם העוררת (סעיף 3 עמ' 14), כי על-פי המחזור הכספי של המכירות, נוצר עיוות הנובע מהוצאות ההובלה הגבוהות, הגורמות להפרש גדול בין המחיר "בשער המפעל" לבין המחיר לצרכן הסופי, כאשר חלק מהמפעלים מפרסמים את נתוני המכירות שלהם על פי מחירים הכוללים הובלה ליעד המכירה, וחלקם מפרסמים את הנתונים על-פי מחירים בשער המפעל.

בפועל, עולה מהראיות שבאו לפנינו, כי המחיר הוא תמיד המחיר בשער המפעל ומחיר זה אינו כולל הובלה וכי הוצאות הובלה מסדום לעכו (שהיא הנקודה הרלוונטית), מסתכמות בסכום שבין 100 עד 110 ש"ח לטון (בערך 100%) (עמ' 13).

מאחר שהמחירים אינם כוללים הובלה (כפי שמציין בא-כוח העוררת בסיכומיו), א והקונה הוא אשר נושא בהוצאות ההובלה, בנוסף למחיר המוצר, הרי שבפועל יעניק לו היצרן הנחה, כאשר המרחק למפעלו הינו מרחק גדול, שכן אחרת לא יוכל לעמוד בתחרות עם יצרן הקרוב אליו יותר.

3.8 העולה מהמקובץ הוא, שלעניין קביעת קיומו של מונופולין לפי סעיף 26(א) לחוק. יש להחיל, לגבי מוצר סטנדרטי, דוגמת סודה קאוסטית, שנבחן לפי קנה מידה אחיד, מבחן של אספקת נכסים על-פי כמויות ולא על-פי המחזור הכספי, וכך אנו מחליטים.

4. מדידת כמות אספקת הנכסים

4.1 המחלוקת בין הצדדים לגבי השיטה למדידת כמות אספקתה של סודה קאוסטית, מתמקדת בשתי נקודות:

(א) האם יש לראות בהספקת סודה קאוסטית של מכתשים לאגן ושל חברת הברוס לחברות קשורות (למעט פריקלאס ותרכובות ברום), מכירות שוק לכל דבר ועניין, שיש לכלול אותן בסך כל מכירותיהן של חברות אלה (כטענתה של העוררת), או שמא אין לכלול מכירות אלה, מהטעם שאין המדובר כאן בעסקות שוק אלא בהעברות פנימיות גרידא בין חברות בנות או בין חברות שלובות (כטענת המשיב).

(ב) האם (לגבי שנת 1989) יש לכלול במכירותיה של העוררת מכירות שביצעה כסוכנת של חברת הברוס (בטענת המשיב).

4.2 בנושא זה, של מדידת מכירותיהן של חברות-בנות וחברות שלובות, אין לנו הנחיה ישירה של המחוקק ויש לפתור את השאלה העומדת להכרעה, לאור מטרתו של החוק לעודד תחרות בין הגורמים בשוק, למנוע שליטה מונופוליסטית העלולה לסכל תחרות חופשית ולהגביר את הפיקוח על פעולות מונופולין כדי למנוע תופעה זו.

4.3 סעיף 26(ו) לחוק מגדיר את משמעותו של המונח "אדם" כ"בעל מונופולין" על-פי סעיף 26(א), לאמור:

"26(ו)בסעיף זה 'אדם' - לרבות חברה ובנותיה, בנות של חברה אחת וכן אדם וחברה שהוא שולט בה".

4.4 מבחן זה הוא רחב מהמבחן שנקבע בסעיף 5(3) לחוק, על-פיו נקבע שהסדר שהצדדים לו הם חברה וחברת-בת שלה, לא ייחשב כסדר כובל.

4.5 ואולם, סעיף 26(ו) אין לו השלכה ישירה לענייננו, שכן הוא בא להרחיב את משמעות המונח "בעל מונופולין" ולכלול בו גם חברת-בת וגם חברות אחרות. הוא מתייחס לזהותו של בעל המונופולין, ואין הוא מתייחס לזהותו של מי שמספק נכסים מהסוג המהווה את נושא המונופולין.

אולם הסעיף נותן ביטוי למגמת החוק לפרוץ את מעטה התאגיד ולראות, לצורך החוק, כ"אדם" גם יחידה כלכלית המורכבת מתאגידים שונים ועצמאיים מבחינה משפטית, כאשר תאגידים אלו קשורים אלה באלה.

מאידך גיסא, אין כל מניעה להרחיב את הקשר בין תאגידים, מעבר למה שנקבע בסעיף 26(ו), כאשר שני תאגידים משתייכים לתשלובת אחת, הפועלים במקרה הנדון באופן מתואם ולפי הנחיותיה של 4.6 ואולם, אין אנו חושבים שעצם היותם של תאגידים חברה וחברת-בת או חברות אחרות, מחייב מאליהם את המסקנה שיש לראות תאגידים כאלה בכל הנסיבות כגוף אחד לכל דבר ועניין.

4.7 מטרת החוק היא למנוע פגיעה בחופש התחרות. ועל-כן השאלה תהיה תמיד אם עסקאות בין חברות לבין חברות-בנות או חברות שלובות, נעשות במסגרת של תחרות חופשית, בתנאי שוק ומתוך שיקולים עצמאיים.

המבחן נראה, אפוא, כמבחן על-פי מהות הפעולות העסקיות, לאור הקשר המשפטי שבין התאגידים הקשורים בעסקאות אלה, כאשר ככל שהקשר המשפטי בין הצדדים המתקשרים יהיה קרוב יותר, תגבר הנטייה לראות בפעולה העסקית העברה פנימית ולא מכירת שוק רגילה.

4.8 גישת משפט התחרות של הקהילייה האירופית, כפי שמצאה ביטוי בפסיקתו של בית הדין האירופי (EUROPEAN COURT OF JUSTICE) היא גישה כלכלית ולא גישה משפטית צרופה.

כך נקבע בפסקי הדין CASE 96/84 ו- CASE 96/25 שחזקה היא, שחברה וחברת-בת שלה מהוות יחידה כלכלית אחת, אם חברת הבת, אינה מחליטה על התנהגותה בשוק באופן עצמאי אלא מבצעת בכל הנושאים המהותיים את ההוראות הניתנות לה על-ידי החברה האם (אם החברה האם מחזיקה ברוב המניות, או הייתה לה שליטה מוחלטת על חברת הבת).

בפסק הדין בעניין BEGUELIN IMPORT CO. AND OTHERS V. S.A.G.R.L (172) (1791) IMPORT EXPORT AND OTHERS (CASE דן בית הדין בשאלה, אם העברת זיכיון מחברה לחברת-בת מהווה הפרה של סעיף 1(85) של אמנת רומא, שהקימה את השוק האירופי המשותף. אשר אסר הסכמים שמטרתם לפגוע בתחרות.

כלשון בית הדין (בעמ' 959):

"PROHIBITS AGREEMENTS WHICH HAVE AS THEIR OBJECT OR (1)58 ARTICLE EFFECT AN IMPEDIMENT TO COMPETITION. THIS IS NOT THE

POSITION IN THE CASE OF AN EXCLUSIVE SALES AGREEMENT WHEN IN FACT THE CONCESSION GRANTED UNDER THAT AGREEMENT IS IN PART TRANSFERRED FROM THE PARENT COMPANY TO A SUBSIDIARY WHICH, ALTHOUGH HAVING SEPARATE LEGAL PERSONAILITY, ENJOYS NO ECONOMIC INDEPENDENCE."

בפסק-הדין (4791) CENTRAFARM V. STERLING נאמר על-ידי בית הדין באותו נושא (בעמ' 1168):

"IS NOT CONCERTED WITH AGREEMENTS OR CONCERTED PRACTICES 58 ARTICLE BETWEEN UNDERTAKINGS BELOGING TO THE SAME CONCERN AND HAVING THE STATUS OF PARENT COMPANY AND SUBSIDIARY, IF THE UNDERTAKINGS FROM AN ECONOMIC UNIT WITHIN WHICH THE SUBSIDIARY HAS NO REAL FREEDOM TO DETERMINE ITS COURSE OF ACTION ON THE MARKET, AND IF THE AGREEMENTS OR PRACTICES ARE CONCERNED MERELY WITH THE INTERNAL ALLOCATION OF TASKS AS BETWEEN THE UNDERTAKINGS."

בפסק הדין בעניין של (5891) HYDROTHERM GEREATELAU דן בית הדין בשאלה, אם יש להחיל את תקנה 67/67 של הוועדה האירופית, הפוטרת הסכמים מסוימים מהוראות האיסור הנ"ל של סעיף 85 לאמנת רומא, אם רק שני מפעלים הינם צד להסכמים כאלה.

בלשון בית הדין:

"IN COMPETITION LAW, THE TERM 'UNDERTAKING' MUST BE UNDERSTOOD AS DESIGNATING AN ECONOMIC UNIT FOR THE PURPOSES OF THE SUBJECTMATTER OF THE AGREEMENT IN QUESTION EVEN IF IN LAW THAT ECONOMIC UNIT CONSISTS (1)1 OF SEVERAL PERSONS, NATURAL OR LEGAL. THE REQUIREMENT OF ARTICLE IS THEREFOR FULFILLED IF ONE OF THE PARTIES TO THE 76/76 OF RESOLUTION AGREEMENT IS MADE UP TO UNDERTAKINGS HAVING IDENTICAL INTERESTS AND CONTROLLED BY THE SAME NATURAL PERSON, WHO ALSO PARTICIPATES IN THE AGREEMENT. FOR IN THOSE CIRUMSTANCES COMPETITION BETWEEN THE PERSONS PARTICIPATING TOGETHER, AS A SINGLE PERTY, IN THE

AGREEMENT IN QUESTION .IS IMPOSSIBLE MUST BE APPLIED EVEN IF SEVERAL LEGALLY INDEPENDENT 76/76 RESOLUTION...

UNDERTAKINGS PARTICIPATE IN THE AGREEMENT AS ONE CONTRACTING PARTY PROVIDED THAT THOSE UNDERTAKINGS CONSTITUTE AN ECONOMIC UNIT FOR THE AGREEMENT."

4.9 בפסק-הדין COMMERCIAL SOLVENTS CORP. V. E.C. COMMISSION, קבע בית הדין האירופי, כי לחברה וחברת הבת שלה, הפועלות מתוך תיאום לגבי מוצר מסוים, הרי בשים לב לשליטתה על החברה הבת, יש לראות את שתי החברות - לגבי המוצר הנדון - כיחידה כלכלית אחת והן אחראיות ביחד ולחוד למעשים נושא התלונה.

4.10 מפסיקה זו עולה, ששני תאגידים שקיימת ביניהם קירבה (כגון, חברה וחברת-בת), ייראו כיחידה כלכלית אחת, אם לגבי ייצור אותו מוצר קיימים בין שני התאגידים אינטרסים זהים, תאגיד אחד נשלט בידי התאגיד האחר ושני התאגידים פועלים לקידום אינטרס כלכלי משותף.

ואולם, גם בהקשר זה עדיין פתוחה הדרך לחברת הבת להראות שבעניין הנדון פעלה היא מתוך שיקולים עצמאיים ושלא על-פי הוראותיה של החברה האם (או החברה השלטת בתשלובת), ועל-כן יש לראות בה יחידה עצמאית.

4.11 בעמוד 15 לחוות-דעתו (שנמסרה מטעם העוררת), סבור פרופ' בן-שחר, כי לצורך מיון העסקאות של חברות קשורות, בין עסקאות שוק ובין עסקאות פנימיות, יש להחיל שני מבחנים מצטברים :

(א) מבחן התחרות - לאמור, האם יכולה חברת הבת או החברה האחות לקנות מוצרים ממתחרה של החברה הקשורה. אם התשובה חיובית - הרי שהקנייה מהחברה הקשורה תהיה בתנאי תחרות (ב) מבחן המחיר - שלדעתו של פרופ' בן-שחר הוא מבחן מסייע, נועד לבדוק האם העסקה בין החברות הקשורות נעשתה במחיר הנהוג בשוק.

4.12 אנו סבורים, כי "מבחן התחרות", כפי שנוסח על-ידי פרופ' בן-שחר, הוא צר מדי, שכן ייתכן, שחברת הבת או החברה האחות יכולה לקנות מוצרים ממתחרה של החברה הקשורה, אך בכפוף להעדפה הניתנת לחברת הבת או לחברה הקשורה.

4.13 זאת ועוד: כאשר אין מקום למבחן התחרות, מאחר שהספקתו של מוצר לשוק צומצמה או נשללה, אין עוד נפקות למבחן המחיר, דבר אשר עולה מדברי פרופ' בן-שחר, עצמו, הרואה במבחן המחיר מבחן מסייע בלבד, וכאשר נופל המבחן הראשי, הוא מבחן התחרות, נופל מאליו מבחן המחיר.

5. אספקת סודה קאוסטית ממכתשים לאגן

5.1 אשר למדידת חלקן של הכמויות של סודה קאוסטית שסופקו על-ידי העוררת, הרי השאלה הראשונה נוגעת לאספקת סודה קאוסטית על ידי מכתשים לאגן, שהסתכמה בשנת 1989 ב-2,250 טון ובשנת 1990 ב-3,200 טון.

5.2 טוען בא-כוח העוררת, כי יש להביא מכירות אלה בחשבון כמכירות רגילות משני טעמים :

(א) לא הוכח שאגן היא חברת-בת של מכתשים ;

(ב) מכירותיה של מכתשים לאגן נחשבו בעיניה של מכתשים כמכירות רגילות, שלא נקבע לגביהן מחיר מיוחד.

5.3 אמת נכון הדבר, שממוצג מש/3, שהופק על-ידי רשם החברות, לא עולה בידי מי השליטה באגן. ואולם, במכתבי מכתשים אל המשיב מ-26.3.90 ומ-11.7.90, נאמר במפורש, כי אגן היא חברת-בת של מכתשים וחזקה על מכתשים שידעה את טיב היחסים בינה לבין אגן.

5.4 גם בא-כוח המשיב לא חלק על טענתה של העוררת, כי אספקת סודה קאוסטית על-ידי מכתשים לאגן מתבצעת במחירי שוק.

ואולם, המשיב טוען, כי אין די בכך, שכן מאחר שהמדובר הוא בעסקאות שבין חברה לחברת-בת, המדובר הוא על העברה פנימית גרידא, המוצרים המסופקים אינם זמינים לשוק ולאספקה הזאת אין השפעה על האספקה ועל רמת המחירים בשוק התחרותי.

5.5 אכן, גם פרופ' בן-שחר מכיר בכך, שמבחן המחיר הוא מבחן מסייע בלבד, וכי המבחן הראשי הוא מבחן התחרות.

5.6 מהנתונים שנמסרו למשיב עולה, שאספקת סודה קאוסטית לאגן בשנת 1989 הסתכמה בסך של 2,250 טון בלבד מתוך אספקה כוללת של 6,954 טון (כלומר, שליש אחד בלבד), ואילו בשנת 1990 המכירות לשוק הסתכמו ב-9,000 טון והאספקה לאגן הסתכמה ב-3,200 טון.

אילו אגן הייתה רוכשת סודה קאוסטית באופן בלבדי ממכתשים, היה מקום לראות באספקה זו העברה פנימית לחברת-בת. אולם, בעמ' 15 לחוות-דעתו של פרופ' חיים בן-שחר (שבא-כוח המשיב נמנע מלחקור עליה), נאמר, כי אגן רוכשת סודה קאוסטית גם מ"פרוטארום". בכך נסתרת האפשרות שקיימת כאן אספקה בתוך שוק סגור בין שתי החברות הנ"ל.

5.7 על-פי נתונים אלה, הרי גם בהנחה (כאשר המדובר הוא בעסקאות בין חברה לחברת-בת), שנטל השכנוע על העוררת להוכיח כי העסקאות נקשרו שלא מתוך כוונה להעדיף העסקאות עם חברת הבת ולמנוע תחרות חופשית על-ידי מניעת הספקה מהשוק, יצאה העוררת ידי חובה זו.

5.8 אשר-על-כן, אנו קובעים, שיש לכלול את מכירותיה של מכתשים לאגן בשנים 1989 ו-1990 בגדר כלל מכירותיה לשוק המסחרי.

6. אספקת סודה קאוסטית על-ידי חברת הברום לחברות קשורות.

6.1 השאלה השנייה מתייחסת למכירותיה של חברת הברוס לחברות האחיות. המדובר הוא כאן במכירות לחברות האחיות דשנים, פוספטים בנגב, רותם דשנים והחברה האם, מפעלי ים המלח (ראה מש'1, מכתב החברה אל משרד מסחר והתעשייה, מיום 4.91.2).

אספקת סודה קאוסטית לפריקלאס ולתרכובות ברום לא הובאה בגדר אספקה לשוק (ראה חוות-דעתו של פרופ' בן-שחר, בעמ' 15).

6.2 כאן יש לתת את הדעת למבנה הכלכלי-משפטי, שבתוכו פועלת חברת הברוס.

חברת הברוס מהווה חלק מתשלובת כימיקלים לישראל בע"מ (להלן: כי"ל). היא הינה חברת-בת של מפעלי ים המלח, שהינה חברת-בת של כי"ל. לשון אחר, כי"ל הינה "חברת סבא" לגבי חברת הברוס, ויש לה שליטה עקיפה בחברה זו, באמצעות השליטה שיש לה במפעלי ים המלח, אשר לה השליטה בחברת הברוס.

6.3 אנו דוחים את טענתה של העוררת, כי אין להתייחס למעמדה של כי"ל, באשר המחוקק לא הרחיב בחוק את תורת הקונצרן, כדי לכלול בתוכה יחסים בין חברה לחברת-בת של חברת-בת.

כאמור, סעיף 26(ו) לחוק אינו עניין לכאן כלל ועיקר, כפי שגם טענה העוררת, ויש להחיל על מכירותיה של חברת הברוס את מבחן השליטה. לעניין זה, אין נפקא מינה אם המדובר הוא בשליטה ישירה של חברה בחברת-בת לבין שליטה עקיפה של חברה באמצעות חברת הבת שלה, כמו במקרה דנן, ובלבד שיוכח, כי אותה חברה פועלת בפועל על-פי הנחייתה של החברה השלטת בקונצרן. בלשונו של Prof. L.C.B. Gower, The Principles of modern Company Law (London 612 (1969), RD ED3 :

"...INDEED THERE IS EVIDENCE OF A GENERAL TENDENCY TO IGNORE THE SEPARATE LEGAL ENTITIES OF VARIOUS COMPANIES WITHIN A GROUP, AND TO LOOK INSTEAD AT THE ECONOMIC ENTITY OF THE WHOLE GROUP."

6.4 אין להניח, שבחוק הנועד לעודד תחרות ולפקח על מונופולין, יתעלם המחוקק מהמציאות הכלכלית במשק המודרני וממעמדו של הגורם השליט בתשלובת כלכלית (קונצרן) ליתן הוראות לגופים בתוך התשלובת, באמצעות השליטה העקיפה אשר הוא מחזיק בה, ואין בחוק שום הוראה השוללת הנחה זו.

ייאמר, ולא דרך אגב בלבד, שהמחוקק הישראלי כבר הכיר ב"תורת קונצרן" מורחבת הכוללת חברת בת של חברת בת בסעיף 1 לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה – 1975, ואף בסעיף 1 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח – 1968.

6.5 בעמ' 15 לחוות-דעתו של פרופ' בן-שחר נאמר, כי הנהלת כי"ל מסרה לו, כי הכלל, המנחה את החברות הקשורות בה, הוא לנהל מדיניות של רכש חופשי, ללא מתן עדיפות לחברה קשורה אחרת, כדי לעודד תחרות והתייעלות מתמדת, ולהביא את עלויות הייצור למינימום.

6.6 בסעיף 11 להודעה שנמסרה לבית הדין מטעם חברת הברוס נאמר: "זאת ועוד: כפי שנמסר לי ע"י חברת הברוס, מדיניות קונצרן כ"ל בפועל מובילה להעדפה ברורה של רכישות מחברות קשורות על חברות מן השוק המסחרי, וזאת על אף האמור בחוות-דעתו של פרופ' בן-שחר, לפיה נמסר לו כביכול כי חברות קונצרן כ"ל מנהלות מדיניות של רכש. כפועל יוצא מכך, על-פי המבחנים שקבע פרופ' בן-שחר עצמו, אין רלבנטיות לנתונים ספציפיים לגבי חברות קשורות של חברת הברוס, שכן, באופן היפותטי, בין אם המכירות לחברות קשורות הן במחירים נומינליים או במחירי שוק, המדיניות הכללית היא הנותנת כי המדובר בהעברות פנימיות בלבד".

6.7 מסביר הד גולדפרב (מנהל יחידת השיווק בחברת ברוס), עמ' 36:

"הנושא הוא קצת בשטח האפור. אין כללים ברורים. בתנאים שווים יש הפניות חומרי גלם בתוך הקונצרן".

למטה מהעניין מבהיר העד כי כשאין בעיה בקנייה ובמכירה האספקה מתנהלת יותר קרוב לשוק החופשי, אבל בזמן האחרון המצב היה יותר מצב של מחסור בסודה קאוסטית ואז, "במקרים מסוימים יש התערבות שהיא הנחייתית, נאמר. זה לא בא כהנחתה, אלא מביאים את שני הצדדים בתוך הקונצרן לשבת לשולחן. יש יד מכוונת".

והעד מוסיף ואומר, כי בשנים 1989-1990 היה מצב של מחסור בסודה קאוסטית ולא יכלו לספק את הדרישה, ואז קנו מחוץ לקונצרן.

לדברי העד:

"אני אתן לך דוגמא, אם אני רוצה למכור לחברה איקס מחוץ לקונצרן. ויש תקופת מחסור או יש חשש שחברה בתוך הקונצרן תישאר ללא חומרי גלם, יש אבחנה לקנייה מתוך הקונצרן, זאת אומרת יש איזו שהיא עדיפות, ב' אבל עוד פעם, זה לא משהו שבאים ומנחיתים. יבואו אז שני הצדדים לשולחן".

ובתשובה לשאלה "מי מכתוב זאת" משיב העד:

"כימיקלים לישראל, חברת האם".

ובעמ' 38 מבהיר העד:

"הקונצרן מנסה לצמצם את השטחים והחברות הבנות מנסות להרחיב את השטחים האפורים...".

6.8 תיאור מצב זה מפי העד אינו עולה בקנה אחד עם "מבחן התחרות". אף לא כפי שהוגדר על-ידי פרופ' בן-שחר בחוות-דעתו. המדובר הוא על הנחיות לגבי מדיניות השיווק באמצעות הגורמים השליטים בקונצרן, ולא בפעילות חופשית ובלתי מתואמת על-ידי חברת הברוס.

6.9 ואולם גם הנתונים המוסכמים לגבי שיווק סודה קאוסטית בשנים הרלוונטיות מאשרות את ההנחה שקיימת הכוונה; בעוד אשר בשנת 1988 סופקה על-ידי חברת הברוס סודה קאוסטית לשוק מסחרי בכמות של 22,190 טון מתוך 46.758 טון, סופקה בשנת 1989 לשוק כמות של 12.761 טון מתוך 65,378 טון בלבד ובשנת 1990 סופקו 13.725 טון מתוך 64,336 טון. לא ניתן הסבר להתפתחות זו.

6.10 גם נתוני המחירים אינם מתיישבים עם המבחנים שנקבעו בחוות-דעתו של פרופ' בן-שחר לעניין זה. בעוד אשר לא סופקו נתונים לגבי השנים 1988 ו-1989, הרי שבשנת 1990 מחיר ממוצע לטון סודה קאוסטית, שסופקה לשוק המסחרי. הסתכם ב- 339 ש"ח לטון, והמחיר של סודה קאוסטית שסופקה לחברות האחיות הסתכם ב- 126.90 ש"ח לטון. לא ניתן הסבר מניח את הדעת לפערים משמעותיים אלה, ואף לא לגידול משמעותי באספקת סודה קאוסטית לחברות האחיות, לעומת כמויות סודה קאוסטית שסופקו לשוק המסחרי.

6.11 מסקנתנו היא, אפוא, כי יש לראות במכירותיה של חברת הברוס לחברות האחיות העברות פנימיות, שאין להביאן בחשבון במדידת הכמויות שסופקו על-ידי חברה זו.

7. סודה קאוסטית שסופקה על-ידי פרוטארום כסוכנת של חברת הברוס

7.1 שאלה נוספת הטעונה הכרעה - לגבי שנת 1989 בלבד - היא אם לעניין אספקת סודה קאוסטית, יש לכלול במדידת הכמויות המסופקות על-ידי העוררת. גם סודה קאוסטית המיוצרת על-ידי חברת הברוס, ומשווקת על-ידי העוררת.

7.2 טענת העוררת היא, כי אין להביא כמויות אלה בחשבון הכמויות המסופקות על-ידי העוררת, ואילו המשיב טוען, כי יש להביאן בחשבון.

7.3 בעניין זה הדין הוא עם המשיב. המבחן לעניין קיום מונופולין, על-פי סעיף 26(א), לחוק, הוא "אספקת נכסים" ולא ייצורם.

החוק אינו מתמקד בייצור, אלא באספקה לשוק בפועל, כבסיס ליצירת המונופולין. ייצור כשלעצמו של נכסים שאינם מסופקים לשוק, אינו יכול להקים מונופולין (השווה COMPETITION LAW (ND. 921 WHISH (ED2).

הגורם הדומיננטי בהקמת המונופולין, הלכה למעשה, הוא מי שבידו מקור המרכזי לאספקת הנכסים, וזה אינו זהה בהכרח עם היצרן (אלא אם כן היצרן, הוא עצמו, הינו גם הספק לפי המבחן הנ"ל).

8. יבוא פוטנציאלי

8.1 טענה נוספת בפי העוררת היא - בהסתמך על חוות-דעתו של פרופ' בן-שחר - כי השוק הרלוונטי לקביעת קיומו של מונופולין כולל גם את היבוא הפוטנציאלי. או, כי קיומה של אלטרנטיבת יבוא שוללת את הכוח המונופוליסטי.

8.2 דין הטענה להידחות משני טעמים :

(א) סעיף 26(א) לחוק מבסס קיומו של מונופולין על אספקה בפועל ולא על אפשרות היפותטית של אספקה.

אילו היה קיים יבוא בפועל של סודה קאוסטית, היה מקום להביא יבוא זה בחשבון ולקבוע את חלקו בשוק.

אולם, כפי שעולה מחוות-דעתו של מר חיים שרת (עד מומחה מטעם המשיב, עמ' 3), היקף היבוא בפועל לשנים 1988 ו-1989 היה בשיעור מזערי של 0.2% - 0.3% ממחזור המכירות הכללי של השוק המקומי.

(ב) מחירים מקומיים של סודה קאוסטית תמיד נמוכים ממחירי יבוא, וזאת, עקב עלות ההובלה המהווה 25% לפחות מערך החומר ועקב הוצאות שינוע, הנובעות מפירוק ומהעברת החומר מן האוניה ליבשה, ומהוצאות באחסון החומר, כאשר. מאידך גיסא, קיימת אפשרות לאספקה מיידית מייצור מקומי לכל מקום בארץ.

מכאן עולה, כי לא רק שבפועל היבוא הוא מזערי, אלא, שכשלב זה אין היבוא יכול להיחשב כאלטרנטיבה אפקטיבית סודה קאוסטית מייצור מקומי (השווה חוות-דעתו של מר חיים שרת).

9. סודה-אש כאלטרנטיבה

9.1 עוד טוענת העוררת, כי יש להביא בחשבון. בכמויות שיובאו ארצה, גם סודה-אש המהווה, לטענת העוררת, ייצור חלופי לסודה קאוסטית.

9.2 דין הטענה להידחות.

אין מחלוקת בין באי-כוח הצדדים, כי סודה-אש אינה יכולה לשמש תחליף לסודה קאוסטית בכל השימושים (ראה סעיף 5(ו) לתצהירו של מר דנקונה מטעם המשיב).

ממוצג מש/6 עולה, אמנם, כי בשנת 1989 יובאה ארצה סודה-אש בשווי של 7.000,000 דולר בקירוב, אולם לא סופקו שום נתונים מהו השווי הכספי של סודה-אש, היכולה לשמש תחליף לסודה קאוסטית מתוך היבוא הנ"ל.

העד סלומון (מטעם העוררת) השיב (עמ' 5.7.91 - 7), כי חיפה כימיקלים מייבאת סודה-אש מעל ל-1,000 טון לחודש. ולא נמסר פירוט כלשהו איזו כמות שימשה בפועל כתחליף לסודה קאוסטית.

זאת ועוד: מעדותו של העד סלומון (עמ' 7) עולה. שהמחיר העולמי של סודה קאוסטית הוא 350 דולר בקירוב, ומחיר סודה-אש הוא 220 - 190 דולר. בצדק טוענת באת כוח המשיב, שעצם העובדה שמחיר סודה-אש זו בהרבה ממחיר סודה קאוסטית, מצביע. לכאורה. על כך שסודה-אש אינה מהווה תחליף לסודה קאוסטית.

9.3 בסיכום: לא הובאו ראיות מספיקות מהי הכמות של סודה-אש המשמשת בפועל תחליף לסודה קאוסטית. ועל-כן אין מקום להתייחס למוצר זה בקשר לקביעת כמויות סודה קאוסטית המסופקות לשוק.

10. סיכום - סודה קאוסטית.

10.1 חלקה של העוררת באספקה כוללת של סודה קאוסטית יימדד על-פי העקרונות המפורטים להלן:

(א) המדידה תיעשה על-פי הכמויות שסופקו (ולא על-פי מחזור כספי).

(ב) אספקה של העוררת תכלול מכירות של העוררת כסוכנת של חברת הברום.

(ג) מכירותיה של מכתשים תכלולנה מכירות "לאגן".

(ד) מכירותיה של חברת הכרם לא תכלולנה את המכירות לחברות הקשורות.

(ה) לא ייכללו נתונים כלשהם לגבי יבוא וסודה-אש.

(ו) לא תיעשה מדידה לגבי שנת 1988.

10.2 על-פי עקרונות אלה תהיה התוצאה לגבי השנים 1989 ו-1990 כדלקמן :

שנת 1989 המשווק חלק יחסי - אחוז מכירה בטונות

פרוטארום	25,261 53.49
----------	--------------

מכתשים	9,204 19.49
--------	-------------

חברת הברום	12,761 27.02
------------	--------------

	47.226
--	--------

שנת 1990 המשווק חלק יחסי - אחוז מכירה בטונות

פרוטארום	23.151 47.17
----------	--------------

מכתשים	12.209 24.86
--------	--------------

חברת הברום	13,725 27.97
------------	--------------

	49.076
--	--------

10.3 התוצאה היא, שהערר נדחה לגבי שנת 1989 ומתקבל לגבי שנת 1990.

לא נוכל לסיים פרק זה מבלי להתייחס לבעייתיות מסוימת, העלולה להיווצר לגבי הכרזת הממונה על מונופולין.

הכרזת הממונה על קיומו של מונופולין, לפי סעיף 26(א) לחוק, אינה חייבת, על-פניה, להתייחס לשנה מסוימת, אך אין ספק, שהיא מתבססת על נתונים של תקופה מסוימת בעבר, לגבי אספקת נכסים או מתן שירותים, והיא צופה פני עתיד.

גם במקרה שלפנינו לא התייחסה ההכרזה לשנה מסוימת. אך היא התבססה בפועל על הנתונים לשנת 1988. במהלך הדיון סופקו נתונים לגבי השנים 1989 ו-1990. הנתונים לשנת 1990 הביאו לשינוי אפקטיבי בריכוז אספקת הנכסים על-ידי העוררת עד כדי הפחתה מתחת למחצית מכלל האספקה. ובכך הפכה הכרזת הממונה, במידה שהיא התייחסה לנתונים של השנים 1988 ו-1989, לנחלת העבר, כאשר הערר לגבי הנתונים לשנת 1990 נתקבל.

לגבי כל אחת מהשנים הללו, המדובר הוא על נתונים שוליים ביותר, המתבטאים בתנודות של פחות מ-5% לכאן ולכאן, במצב שהוא לכל הדעות מאוד נזיל.

במצב עניינים מסוג זה, רצוי היה שהממונה ישקול הפעלת סמכותו על-פי סעיף 26(ג) לחוק, אם קיימים היסודות להפעלת סמכות זו. ובכך יימנע מצב של חוסר ודאות לגבי עצם קיומו של המונופולין בהווה והמשך קיומו בעתיד.

11. סודיום היפוכלוריד

11.1 בסיכומיה של העוררת אין כל התייחסות לשאלת קיום של מונופולין לגבי אספקה של סודיום היפוכלוריד.

12. לפיכך, יש לראות את העוררת כמי שזנחה את הערר בנושא זה.

13. מהנתונים המוסכמים שסופקו לנו עולה, כי גם כשרואים באספקה של מכתשים לאגן אספקה לשוק המסחרי, מסתכם חלקה של העוררת באספקה הכוללת ב- 50.2% בשנת 1989 וב- 54.7% בשנת 1990.

14. אנו דוחים, אפוא, את הערר לגבי סודיום היפוכלוריד ומאשרים את הכרזתו של הממונה.

ניתן היום, 19.7.92, והודע.