

## בתי המשפט

<u>ערר 1/00</u>		<u>בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים</u>	
29/05/2003		לפני: כבוד השופט יהונתן עדיאל - אב בית הדין מר יאיר רוטלוי - חבר	

**בעניין:** פוד קלאב בע"מ  
ע"י ב"כ עו"ד פירון, קרני, סרוב ושות'

**העוררת**

- נ ג ד -

1. **הממונה על ההגבלים העסקיים**  
ע"י ב"כ עו"ד אריאל כץ מרשות ההגבלים העסקיים

2. **עוף הגליל בע"מ**  
3. **עופקל, שותפות מוגבלת**  
ע"י ב"כ עו"ד צבי טמיר ושות'

4. **תנובה - גליל, שותפות מוגבלת**  
5. **תנובה גליל בע"מ**  
6. **תנובה - אגודה שיתופית לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ**

ע"י ב"כ עוה"ד יוסי לוי, אורן בר ומיכל שוורץ

**המשיבים**

## פסק דין

### מבוא

1. לפנינו ערר שהגישה פוד קלאב בע"מ (להלן: "העוררת") על החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים, שבה הוא אישר, בתנאים, את המיזוג בין תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (להלן: "תנובה") לבין עופקל, שותפות מוגבלת (להלן: "עופקל") (להלן: "המיזוג" או "החלטת המיזוג", לפי העניין).

2. אלה עיקרי העובדות הנוגעות למיזוג שלפנינו.  
העוררת הנה חברה פרטית העוסקת בייצור ושיווק של מוצרי מזון קפואים ומצוננים ונוהגת להתקשר עם יצרנים בארץ ובחו"ל לשם שיווק והפצת מוצריהם.

עופקל הנה שותפות מוגבלת, שהשותף הכללי היחיד בעל השליטה המלאה בה הוא עוף הגליל בע"מ (להלן: "עוף הגליל"). עד למיזוג הפעילה עופקל מפעל לייצור של מוצרי עוף מסוגים שונים. המיזוג נועד להקנות לתנובה את הבעלות והשליטה במפעלה של עופקל.

תנובה הנה תאגיד העוסק בשיווק תוצרת חקלאית טרייה, בכלל זה, חלב, פירות, ירקות, פטם, הודו ודגים של הקיבוצים והמושבים החברים בה. תנובה עוסקת באמצעות אגודות אחרות גם בענף המשחטות ותעשיית הבשר.

עד למיזוג נשוא הדיון הייתה העוררת קשורה עם עוף הגליל ועופקל בקשר עסקי כמשווקת של מוצרי העוף המיוצרים על-ידי עופקל. התקשרות זו החלה עוד בשנת 1992, אז התקשרה העוררת עם עופקל כדי שזו תייצר עבורה מוצרי עוף תחת שם המותג של העוררת. שיתוף פעולה זה נחל, לטענת העוררת, הצלחה רבה, אשר באה לידי ביטוי בתפיסת נתח שוק של כ-30% מכלל שיווק מוצרי העוף בארץ.

ביום 14.3.99 הודיעה עופקל לעוררת על הפסקת ההתקשרות ביניהן החל מיום 14.6.99. בכך בא לקיצו הסכם השיווק בין הצדדים. דומה שהפסקת התקשרות זו היא שהייתה המניע הישיר להגשת הערר הנוכחי.

המפעל של עופקל, שהוא הנכס אשר נרכש על-ידי תנובה בעסקת המיזוג, עסק, כאמור, בייצור מוצרי פטם והודו מצופים, אפויים ומטוגנים (להלן: "המפעל").

בהקשר זה יש להבחין בין "מוצרי עוף" לבין "עוף מעובד". "עוף מעובד", כמובנו של מונח זה בהליך שלפנינו, הנו פטם או הודו אשר עבר תהליך של שחיטה, פירוק, הכשרה, או עיבוד אחר במשחטה. "מוצרי עוף" הם עופות מעובדים אשר עברו תהליך נוסף, לרבות ציפוי, טיגון או תיבול.

המיזוג שלפנינו בוצע בשלבים. בשלב הראשון הגישו תנובה, עופקל ועוף הגליל, ביום 19.1.99, הודעה לממונה על מיזוגן. על-פי עסקת מיזוג זו, הוקמה בין תנובה לבין עוף הגליל שותפות בחלקים שווים (50% לכל אחת), שנועדה להפעיל במשותף את מפעל עופקל. בגין עסקה זו התחייבה תנובה לשלם לעוף הגליל 4.25 מיליון דולר. זאת, על בסיס הערכת שווי המפעל בסכום של 8.5 מיליון דולר. ביום 4.3.99 אישר הממונה מיזוג זה.

על החלטה זו של הממונה הגישה העוררת ערר לבית הדין להגבלים עסקיים (ערר 1/99).

עסקת המיזוג המתוארת לעיל לא יצאה אל הפועל וביום 26.12.99 הגישו תנובה, עופקל ועוף הגליל לממונה הודעת מיזוג חדשה. על-פי עסקת מיזוג זו (השנייה)

הוסכם, כי תנובה תרכוש את מלוא נכסיה של עופקל, לבד מהקרקע וחלק מהציוד, אשר הושכרו לה על-ידי עוף הגליל. במסגרת עסקה זו אף התחייבה עוף הגליל לספק לתנובה שירותים מסוימים. בתמורה שילמה תנובה לעוף הגליל סכום של 21.5 מיליון ש"ח עבור הציוד ששימש את המפעל בייצור מוצרי העוף, וסכום נוסף של 10 מיליון ש"ח עבור זכויות הקניין הרוחני והפעילות העסקית של המפעל.

ביום 6.2.00 הודיע הממונה על הסכמתו למיזוג השני, בכפוף לתשעה תנאים שקבע בהחלטתו.

על רקע זה ביטלה העוררת את עררה הקודם והגישה ערר חדש על החלטת הממונה לאשר את המיזוג השני.

חשוב לציין כבר עתה, שלאחר ביטול הסכם השיווק בין עופקל לבין העוררת הקימה האחרונה במפעל "שף הים" מפעל לייצור מוצרי עוף משל עצמה, והיא תופסת כיום נתח שוק של כ-7%.

### 3. העוררת מעלה בערר שלל טענות נגד החלטת המיזוג:

לטענתה, המיזוג יגביר את כוח השוק של תנובה, שכבר כיום שולטת על שוק מוצרי העוף והעוף המעובד, הוא יצור ויגביה את חסמי הכניסה העומדים בפני מתחרים פוטנציאליים המבקשים לחדור לשוק זה, יסייע לתנובה לדחוק את מתחריה מן השוק ויביא ליצירת שוק אוליגופולי תוך פגיעה במתחרים ובצרכן.

על-פי טענת העוררת, תנובה שולטת כבר כיום על שחיתת העוף באמצעות מערכת של הסדרים כובלים, שבמרכזם הסדרי שיווק, תיאומי מלאי ותיאום מחירים, אשר נעשית על-ידי תנובה בשיתוף פעולה עם כל המשחטות הפועלות בשוק. תנובה מונעת מהעוררת, לטענתה, הספקה של חלקי עוף מעובד, בעיקר חזה עוף, ופוגעת קשה בכושר הייצור שלה. שליטתה של תנובה בשוק משתרעת, לפי הטענה, גם על מקטע השיווק. זאת תוך שיתוף פעולה עם רשתות השיווק אשר מגבילות את מספר המותגים המתחרים שהן משווקות ומותירות על מדפיהן, בנוסף על המותגים של הרשתות עצמן, מותגים של תנובה ושל אסם/נסטלה בלבד.

### 4. סעיף 21(א) לחוק ההגבלים העסקיים מציב את אמות המידה שלפיהן יפעל הממונה בבואו לבחון אישור מיזוג:

"הממונה יתנגד למיזוג חברות או יתנה אותו בתנאים אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע

תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או יפגע הציבור באחת מאלה:  
(1) רמת המחירים של נכס או של שירות;  
(2) איכות נמוכה של נכס או של שירות;  
(3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה".

השאלה העולה בערר זה היא, האם המיזוג נשוא הדיון מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור בהיבטים המנויים בחוק.

#### שוק המוצר

5. השאלה הראשונה העולה בהקשר זה נוגעת להגדרת השוק המהווה את זירת התחרות העשויה להיות מושפעת מהמיזוג. זאת, לאור הוראת סעיף 21 לחוק אשר מורה שהפגיעה בתחרות הנבחנת בהקשר זה היא הפגיעה בתחרות בענף הרלוונטי. התייחס לכך בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין **תנובה** (ע"א 2247/95 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ** פ"ד נב(5) 213, 231):

"התנאי העיקרי המאפשר לממונה להתנגד למיזוג, כאמור בסעיף 21(א) לחוק, הוא חשש סביר בדבר התקיימותה של פגיעה משמעותית בתחרות החופשית. אין המדובר בפגיעה בתחרות החופשית בכל ענפי המשק. סעיף 21(א) לחוק מצמצם את הבחינה לפגיעה משמעותית בתחרות בענף הרלוונטי".

6. העוררת טוענת בסיכומיה, כי השוק הנוגע לעניין הוא "כלל ענף העוף, ולכל הפחות, תחום המשחטות התעשייתיות". "כלל ענף העוף", אליבא העוררת, כולל הן את העופות המעובדים והן את מוצרי העוף.

המשיבים טוענים, שהשוק הנוגע לעניין הוא שוק מוצרי העוף. העוף המעובד, לגישתם, אינו נכלל בשוק נשוא המיזוג.

7. מבחינה מעשית, עניינה של המחלוקת שלפנינו בשאלה, האם מדובר בשוק שבו תנובה פעלה, ולטענת העוררת אף שלטה, עוד קודם למיזוג, שעל מוצריו נמנים העופות המעובדים ומוצרי העוף, או שמדובר בשוק שבו לא קיימה תנובה פעילות קודם למיזוג, הוא שוק מוצרי העוף.

אם תאמר שהשוק הרלבנטי כולל, לבד ממוצרי העוף, גם את העופות המעובדים, משמעות הדבר הנה שמדובר במיזוג אופקי בין מתחרים הפועלים באותו שוק. במקרה כזה, טוענת העוררת, מדובר במיזוג שצד לו הוא "שחקן" ראשי בשוק זה, אשר חולש על חלק נכבד של השוק, והוא אף בעל מונופולין (לא מוכרז) בשוק זה. אם תאמר, מאידך, ששוק המוצר מצומצם יותר, וכולל רק את מוצרי העוף, משמעות הדבר היא שמדובר במיזוג אנכי בין פירמות שאינן מתחרות ביניהן. שכן, העוף המעובד שאותו תנובה מייצרת ומשווקת, מהווה תשומה עיקרית בייצור מוצרי העוף.

8. הגדרת שוק המוצר כוללת, כידוע, את אותם מוצרים שהם תחליפים למוצר נשוא הדיון במידה קרובה מספיק, כך שהעלאת מחירו של המוצר תביא למעבר של קונים למוצרים התחליפיים ועקב כך להפחתת הכמות הנמכרת באופן שיפגע ברווחיו של הספק.

כפי שהגדיר זאת בית המשפט העליון בפסה"ד בעניין **תנובה** הנזכר לעיל:

"עיקרו של תיחום הענף הרלבנטי, והרציונל שמאחוריו, הם זיהוי אותם מוצרים תחליפיים, שהגם ששונים הם מן המוצר הנבחן במסגרת המיזוג, ניתן לראות – וצריך לראות – את הריכוזיות והשליטה בהם, כחלק מהריכוזיות והשליטה במוצר הנדון. על כן, מוצר חליפי הוא, למעשה, מוצר מתחרה. לפיכך, הגדרתו של ענף היא בתיחומה של קבוצת העוסקים המתחרים ביניהם. בדיקה זו נדרשת משעה שהפגיעה בתחרות נבחנת בגידול בכוחו של מתחרה אחד (או יותר) על חשבון מתחרים אחרים. עיקרון התחליפיות מבטא את הרעיון, על-פיו פירמה צוברת כוח עוצמה ושליטה בשוק מסוים, מקום בו יכולה היא להעלות את המחיר או להקטין את היצע המוצר מבלי שהביקוש למוצר ירד. מצב כזה יתכן, לרוב, כל עוד העלאת המחיר או הקטנת ההיצע אינם גוררים מתחרים פוטנציאליים להיכנס לענף הרלוונטי, או אינם מביאים למעבר הצרכנים למוצר תחליפי, תוך הורדת הביקוש למוצר המסוים בו הועלה המחיר, או הוקטן ההיצע, והחזרת מחירו של המוצר לשיווי המשקל התחרותי".

(שם, בעמ' 232).

ועוד ציין בית המשפט העליון בעניין זה באותו פסק דין:

"למעשה, השוק הרלבנטי הנו אותו שוק שבו שליטתה של פירמה יכולה לאפשר לה להקטין תפוקה ולהעלות מחיר מעבר לעלות השולית, תוך גריפת רווח".

(שם, בעמ' 232).

9. נקודת המוצא בקביעת השוק הרלבנטי, היא במוצר המסופק על-ידי הפירמה. על בסיס נקודת מוצא זו, תיבדק האפשרות להרחיב את הגדרת השוק תוך בחינת קיומם של מוצרים תחליפיים, שהם קרובים למוצר, שאליהם עשויים הצרכנים לעבור עקב העלאת המחיר, ובכך לפגוע ברווחיו של הספק. (ראה לעניין זה: הנחיות הגדרת השוק של הנציבות האירופאית - Commission Notice On The Definition Of The Relevant Market For The Purpose of Community Competition Law, at section II; וכן הגדרת השוק בהנחיות המיזוגים של רשויות האכיפה בארה"ב - Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines 1992 at para 1.11 (להלן - "הנחיות המיזוגים האופקיים").

שיעור העלאת המחיר אשר נחשב כאינדיקטור מספיק לשם מדידת השינוי בכמויות הנמכרות של המוצרים התחליפיים עומד, על-פי הפסיקה והספרות הכלכלית, על שיעור שבין 5% ל-10%.

10. המבחן העיקרי המשמש לאיתורם של המוצרים אשר עשויים ליפול בגדרו של השוק הרלבנטי הוא מבחן תחליפיות הביקוש. מידת התחליפיות נמדדת על-פי גמישות הביקוש הצולבת ((cross elasticity of demand) ביחס למחיר. (ראה: ערר 7/95 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי, לב(1)66; ה"ע 3/97 מגל מערכות ביטחון בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי לג(3)770).

11. יישום מבחן גמישות הביקוש מחייב ביצוע בדיקות אקונומטריות על בסיס נתונים אמפיריים אודות השינויים בביקושים עקב העלאות מחירים. אולם, ביצוע בדיקה כזאת בשטח איננו, בד"כ, מעשי (ראה: H.Hovenakmp בספרו **Federal Antitrust Policy**, 2<sup>nd</sup>, ed p.90).

לפיכך, בפועל נבחנת הגדרת השוק, בד"כ, על-פי אמות מידה פרקטיות (ולא כמותיות) שנועדו ליתן תשובה מקורבת למידת התחליפיות בין המוצרים (ראה: פסק הדין בעניין **Brown Shoe Co. v. U.S.A.**, 370 U.S. 294, 325);

מדדים פרקטיים אלה כוללים, בין היתר, את אמות המידה הבאות:

- |    |    |  |
|----|----|--|
| א. | א. | הייעוד והשימוש אשר נעשה במוצרים;                                       |
| ב. | ב. | הנתונים הפיזיים-אובייקטיביים של המוצרים;                               |
| ג. | ג. | מחיר המוצרים;  |
| ד. | ד. | מבנה הביקוש וההיצע, תוך אפיון הלקוחות והספקים המרכזיים;                |
| ה. | ה. | הפרספקטיבה בקרב הנפשות הפועלות;  |
| ו. | ו. | מאפיינים אחרים של המוצרים, אשר יכולים להצביע על מידת התחליפיות ביניהם. |

(ראה: החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין רכש דקלה על-ידי הראל, המשמר ומור, מכון למידע רפואי, **קובץ ההגבלים העסקיים**, כרך א', עמ' 158).

12. בחינתן של אמות מידה אלה, תומכת בגישתו של הממונה, לפיה השוק הרלוונטי הנו שוק מוצרי העוף. מסקנה זו הייתה מקובלת, למעשה, גם על מר טנצר, מנהל העוררת עצמו, אשר העיד:

"ש. או קיי. תגיד לי רק, יש משהו שאני צריך להבין, בסעיף 21.3 לתצהיר שלך, אתה מדבר שם שתנובה מציגה תמונה לא נכונה של השוק.

ת. כן.

ש. על איזה שוק מדובר?

ת. שוק השניצלים.

ש. מוצרי העוף מה שאנחנו מגדירים.

ת. כן.

ש. עכשיו ב – 21.4 כשאתה מדבר בסעיף הבא על השוק הרלבנטי לענייננו זה גם אתה מדבר על אותו שוק?

ת. כן.

ש. עכשיו מקודם, בתצהיר מקודם דיברת בחקירה, דיברת בעצם שהשוק הרלבנטי הוא לא שוק מוצרי העוף אלא שוק הפטם וההודו בכללותו ודיברת על התחליפיות שבין החזה העוף הגולמי.

.....

ת. השוק שאני מדבר פה בסעיף הזה השוק הרלבנטי למיזוג, זה שוק של מוצרי העוף."

(פ. 15.4.01, עמ' 91-92).

13. מדד מרכזי בין המדדים האמורים הוא המדד אשר בוחן את התחליפיות הפונקציונלית בין המוצרים. קרי, עד כמה דומים המוצרים מבחינת היעדים והשימושים הנעשים בהם. שהרי מוצר אחד יכול שיהא מוצר תחליפי למוצר אחר, רק אם שני המוצרים מספקים את אותו צורך. בהעדר תחליפיות פונקציונלית, קשה לראות כיצד מוצר אחד יכול שיהא תחליפי למוצר האחר. (ראה: R. Whish, *Competition Law*, 3<sup>rd</sup>, ed, p.251).

מוצרי העוף והעוף המעובד נבדלים במספר מאפיינים פונקציונליים חשובים. מוצרי העוף על סוגיהם השונים הנם מוצרי מזון מוכנים שהכנתם לאכילה מצריכה בד"כ חימום בלבד, ומשך הזמן הדרוש לשם כך עומד על מספר דקות בלבד. הכנת המוצר לאכילה אינה דורשת בישול, גם לא מיומנויות מיוחדות, וניתן להכשיר את המוצר לאכילה בהכנסתו למיקרו-גל, טוסטר אובן וכיו"ב.

לעומת זאת, הכנת חזה העוף הגולמי לאכילה מצריכה בישול, בכלל זה תיבול, ציפוי טיגון וכיו"ב.

מבחינה פונקציונלית קשה, לאור כך, לומר כי מדובר במוצרים תחליפיים. גם העדויות שהוצגו לפנינו מלמדות, שמבחינה פונקציונלית אין לראות בעוף המעובד ובמוצרי העוף מוצרים תחליפיים.

העיד על כך מר גדיש, הכלכלן המומחה מטעם עוף הגליל:

"ש. תגיד לי, האם חזה עוף גולמי לפי דעתך הוא תחליפי לשניצל מוכן של עוף טוב או של תנובה הגליל?  
ת. תראה, אם אתה מסתכל על זה מנקודת ראות פאסט פוד, מה שנקרא להכין לתוך המיקרו שלוש דקות השניצל הגולמי הוא לא מתחרה.  
האם החומר הוא דומה, זהה? זאת אומרת אפשר לעשות משניצל גולמי גם שניצל אחר, אבל מנקודת ראות הצרכן, אם הוא נניח רוצה, גם התייחסתי לזה נדמה לי פה, שהביקוש למוצרים האלה הוא ביקוש של אותה אוכלוסייה ששני בני הזוג עובדים ורוצים להשקיע פחות זמן מסביב לכיריים במטבח".

(פ. 9.5.01 בעמ' 25).

מסקנה דומה עולה גם מעדותו של מנהל העוררת, מר שיעה טנצר (פ. 15.4.2001 עמ' 94-95).



14. 14. חיזוק נוסף למסקנה שאין מדובר במוצרים תחליפיים ניתן למצוא בהבדלים הפיסיים המבחינים בין שני המוצרים, כאשר מוצרי העוף מורכבים, בנוסף על העוף המעובד, גם משאריות עוף שונות כגון עורות, פסטה וכדומה.

שני המוצרים נבדלים זה מזה גם מבחינת הטעם. ממחקרו של ד"ר היימן "מחקר תפיסות צרכנים: כיצד תופסים הצרכנים את העוף, הודו, ותחליפים אחרים, בניית מפה תפיסתית" (עוררת/52, עמ' 8), עולה כי הטעם הנו מרכיב מרכזי אשר מבדיל, מבחינת הצרכנים, בין מוצרי העוף לעוף המעובד. עמד על כך בעדותו גם מר טנצר (פ. 15.4.01 בעמ' 95).

15. 15. שיקול חשוב בהקשר זה הוא שיקול המחיר. הפער בין מחירו של העוף המעובד לבין מחיר מוצרי העוף עומד על 30% (ראה: עדותו של טנצר, פ. 15.4.01, עמ' 20, ועדותה של גב' זאורבך בסעיף 19 לתצהירה). פער זה במחיריהם של שני המוצרים מחזק אף הוא את המסקנה שהתחליפיות בין המוצרים מועטה.

16. 16. אינדיקציה נוספת בעלת משמעות בנושא התחליפיות, היא התייחסותן של הנפשות הפועלות בשוק לתחליפיות בין המוצרים. בנושא זה, עולה מתצהירה של גב' זאורבך, הכלכלנית מטעם הממונה, כי מוצרי העוף ברשתות השיווק מוצגים למכירה בין מוצרי מזון מוכן קפוא אחרים, להבדיל מהעוף המעובד אשר מוצע למכירה במחלקות הבשר והעוף. מנהלי רשתות השיווק אף אישרו, בשיחות עם כלכלנית הרשות להגבלים עסקיים, שמיקומם של המוצרים על מדפי המכירה תואם את תפיסת הצרכנים לגבי סיווגם של מוצרים אלה בין מוצרי המזון המוכן (סעיף 20 לתצהיר המשלים של הגב' זאורבך מיום 7.5.00).

עוד עולה מתצהירה של גב' זאורבך, שגורמים ברשתות השיווק העריכו כי ירידה במחיר השניצל המוכן בשיעור של 10%, לא תביא להקטנת הכמות הנרכשת של חזה העוף הגולמי (סעיף 18 לתצהיר מיום 7.5.00).

17. 17. לעניין יחסי הגומלין בין המחירים והכמויות המבוקשות של שני המוצרים העיד מנכ"ל תנובה, מר אריק רייכמן:

"לעניין ההבחנה בין שוק מוצרי העוף לבין שוק העוף המעובד יצוין, כי חלה ירידה של ממש במחירו של העוף המעובד, אולם ירידה זו לא לוותה בירידה מקבילה בכמות המבוקשת של מוצרי העוף. דו"ח נילסן, נספח א', מצביע על כך שלא חל שינוי במשקל מוצרי העוף שנמכרו

בין ספטמבר 1999 לספטמבר 2000 לעומת שנים עשר  
החודשים שקדמו להם".

(סעיף 12.2 לתצהיר מיום 10.4.00).

מנגד, טען מר טנצר, שכתוצאה מירידת מחיר העוף המעובד חלה ירידה של 3.6% במכירת מוצרי העוף (סעיף 46 לתצהירו מיום 24.9.00), דבר המצביע, לשיטתו, על קיומה של תחליפיות בין המוצרים. בשוק המוסדי, טען מר טנצר באותו תצהיר, כתוצאה מירידה במחירו של העוף המעובד, חלה, ירידה במחירי מוצרי העוף בכ – 14% (סעיף 1.9.2 לתצהיר).

18. לטענתו האחרונה של מר טנצר בדבר ירידה של 14% במחירו של העוף המעובד, לא מצאנו תמיכה בחומר הראיות (ראה עדותו – פ. 15.4.01, עמ' 24). בכל מקרה, הואיל והעוף המעובד מהווה תשומה בסיסית דומיננטית בייצור מוצרי העוף, סביר להניח שירידה במחירי התשומות (העוף המעובד) תוזיל את הוצאות הייצור של מוצרי העוף ותביא לירידה מסוימת במחירים של מוצרים אלה. במקרה כזה, ירידה במחיר מוצרי העוף יכול שתוסבר בשינוי מצד ההיצע, ואין בה כדי להעיד, בהכרח, על קיומה של תחליפיות בין המוצרים מצד הביקוש.

אין בידנו לקבוע מסמרות גם לגבי טענות הצדדים ביחס להשפעת הירידה במחיר של העוף המעובד על הכמויות הנמכרות של מוצרי העוף. שני הצדדים ביססו טענותיהם בעניין זה על סקרי נילסן ושניהם הגיעו לתוצאות שונות (בהפרש קטן) משום שבסיס ההשוואה התייחס לתקופות שונות (מר רייכמן התייחס בתצהירו להשוואת בין 9/99-9/00 ל - 9/98-9/99), בעוד שמר טנצר התייחס להשוואה בין 7/99-7/00 ל - 7/98-7/99). עצם העובדה שהפרש כה קטן בתקופות המשוות מביא לתוצאות שונות, מלמדת שלא ניתן לקבוע מסקנה חד משמעית על יסוד נתונים אלה. מכל מקום, גם אם תאמר שחלה ירידה של 3.6% בכמות הנמכרת של מוצרי העוף עקב ירידת מחירו של העוף המעובד (כפי שטוען מר טנצר), גם אז לא ברור ששיעור זה של הפחתה במחיר מוצרי העוף מצביע על קיומה של תחליפיות מספקת בין המוצרים, אשר עשויה לרסן הפעלת כוח שוק.

19. העוררת טוענת, שבקרב הצרכנים קיימת רגישות גבוהה למחיר לגבי מוצרי העוף והעוף המעובד. זאת, במיוחד בקרב בעלי הכנסה נמוכות, אצלם קיימת רגישות רבה לכל שינוי במחיר. העוררת מפנה בהקשר זה למחקרו של ד"ר היימן הנזכר לעיל, לפיו מבין הנשאלים שהשיבו כי הם צורכים מוצרי עוף, 42.4% הם בעלי הכנסות נמוכות (טבלה 14 לעוררת/50). הואיל וצריכת מוצרי העוף נפוצה בקרב בעלי הכנסות נמוכות, נטען, הרי שאלה מושפעים במידה רבה יותר ממחירו של

המוצר וככל שמחירם של מוצרי העוף ירד כך תגדל הכמות שתירכש על-ידי אותם צרכנים ותקטן בהתאמה כמות העוף המעובד שתירכש על ידם. עובדה זו מצביעה, לדעת העוררת, על קיומה של תחליפיות ביקוש גבוהה בין שני המוצרים.

20. איננו מקבלים טענה זו. גם אם חלק ניכר מבין צרכני מוצרי העוף הם בעלי הכנסות נמוכות וגם אם נניח כי רגישותה של אוכלוסייה זו לשינוי במחיר גדולה, אין ללמוד מכך על קיומה של תחליפיות בין מוצרי העוף לעוף המעובד. גם במחקר עצמו אין למצוא תמיכה בדבר קיומה של תחליפיות כזו. מעבר לכך, כפי שמציין הממונה בסיכומיו, העובדה שחלק ניכר מצרכני העוף הם בעלי הכנסה נמוכה, אינה מלמדת על חלקם של צרכנים אלה בכלל צריכת מוצרי העוף. עובדה היא שד"ר היימן מציין במחקרו, ש"הנטייה של מעוטי הכנסה היא למעט בקניית מוצרים מוכנים בעיקר מאחר והם יקרים וכסף חשוב בקבוצה זו יותר מאשר זמן" (עמ' 26). על רקע זה, הוא גם קובע ש"צרכנים בעלי הכנסה נמוכה אינם קהל יעד למוצרי המוזן המוכן ברמות המחירים הנוכחיות" (עמ' 27).

21. לטענת העוררת, בשוק המוסדי אשר מתאפיין בצרכנים שהם מוסדות גדולים כדוגמת צה"ל, מלונות, חברות קייטרינג וכיו"ב, קיימת תחליפיות גבוהה בין העוף המעובד לבין מוצרי העוף, כאשר כל שינוי במחירו של מוצר אחד, יביא לתגובה מיידית ומשמעותית בהיקף הצריכה של המוצר האחר. העיד בעניין זה מר טנצר:

"ת. בשוק המוסדי זה מייד מגיב בהתאם. אם אתה תעלה את המחיר בחצי שקל בשניצל המעובד, אז מיד ירצו למצופה, לשניצל המטוגן. אם אתה תוריד את המחיר במטוגן באותה מידה יקנו ממנו יותר, אם תוריד בגולמי אז ירצו חזרה לגולמי".

(פ. 15.4.01, עמ' 22).

22. איננו מקבלים גם טענה זו. ראשית, לגבי שוק זה, בניגוד לשוק המבורקד (בעיקר רשתות השיווק), שלגביו הוצגו בפנינו נתונים מתוך סקרי נילסן, לא הוצגו לפנינו נתונים כלשהם, וכל שנאמר בעניין זה על-ידי העדים השונים, מקורו בהשערות או הערכות (ראה: עדותו של מר מרגלית (פ. 16.4.01, עמ' 91), שבסיסן העובדתי לא הוברר. כך, למשל, לא ברור היקפו של שוק זה, וגם לא ברור עד כמה בדפוס ההתנהגות של לקוחות אלה יש כדי להשפיע על מידת התחליפיות הכוללת שבין המוצרים. מר טנצר טען שהיקפו של שוק זה, מבחינת הביקוש למוצרי עוף, דומה להיקפו של השוק המבורקד (פ. 15.4.01, עמ' 22, 131). אולם, על-פי עדותו של מר רייכמן, מנכ"ל תנובה, היקף הרכישה מתנובה של כל בתי המלון בארץ, הנמנים על מגזר הנחשב כמגזר מרכזי בשוק המוסדי, עמד בשנת 2000 על כ-30 טון לשנה

בלבד (פ. 7.5.01, עמ' 221). שנית, לא הוכח שהשוק המוסדי מהווה שוק נפרד. מכאן, שהטעמים התומכים בהעדר תחליפיות בין המוצרים חלים, על פניהם, גם בפלח שוק זה. מסתבר, שגם כאן, לכל צרכן קיימים מאפיינים והעדפות משל עצמו (ראה עדותה של רונית זאורבך (פ. 7.5.01, עמ' 85) ועדותו של מר גדיש (פ. 9.5.01, עמ' 98)), אשר משפיעים על מידת התחליפיות של מוצרים אלה לגביו. גם אם תאמר שצרכנים בפלח שוק זה רגישים לשינויים במחיר יותר מצרכנים אחרים. ברגישות מוגברת זו אין כדי להצביע, בהכרח, על תחליפיות משמעותית בין המוצרים. דווקא הרגישות הרבה למחיר בקרב לקוחות אלה עשויה להביא לכך, שבהתחשב בפער המחיר הגדול בין שני המוצרים, אותם לקוחות המסוגלים לבשל או לטגן את העוף בעצמם, ודומה שלרשותם של רוב הלקוחות המוסדיים עומדים אמצעי בישול, ימעיטו ברכישת מוצרי עוף (ראה עדותה של גבי זאורבך (פ. 7.5.01, עמ' 79, 82). שלישית, כפי שטוען הממונה בסיכומיו, ככל שקיימת רגישות גבוהה למחיר בשוק המוסדי, הדבר עשוי ללמד על כך שפירמה מונופוליסטית הייתה יכולה להפעיל במקטע זה של השיווק כוח שוק, בדרך של הפליית מחירים, דבר שעשוי להביא להגדרת שוק נפרדת לפלח זה של השוק. אולם, בכך אין כדי להצביע על קיומה של תחליפיות בין המוצרים בשוק זה.

23. העוררת סומכת את טענת התחליפיות בין המוצרים גם על כך שמוצרי העוף והעוף המעובד עשויים מאותו חומר גלם, ובסופו של יום שניהם מגיעים לצלחת.

בנימוק זה אין כל ממש. העובדה שמדובר בשני מוצרים שמגיעים לצלחת של הלקוח, אינה מלמדת דבר על התחליפיות בין המוצרים.

24. הוא הדבר בטענת העוררת, אשר נסמכת על עדותו של מר גדיש, המומחה הכלכלי מטעם עוף הגליל, לפיה העוף המעובד מהווה חומר גלם בייצורם של מוצרי העוף. גם בעובדה זו אין כדי להשליך על התחליפיות בין המוצרים. כך עולה גם מעדותו של מר גדיש (פ. 9.5.01 בעמ' 24).

25. סימוכין נוסף לקיום תחליפיות בין העוף המעובד לבין מוצרי העוף, מוצאת העוררת בעובדה שמוצרי העוף והעוף המעובד משווקים על-ידי תנובה תחת שם אותו מותג- "מאמא עוף".

כפי שטוען בצדק ב"כ הממונה, השיווק של מוצרי עוף ועוף מעובד תחת אותו שם מותג הנו עניין שבמדיניות שיווקית. הדבר עשוי לנבוע מרצון לחסוך בעלויות

פרסום, או מניצול הצלחתו של מותג קיים והמוניטין שצבר לשם החדרת מוצר חדש. בכך אין ללמד על מידת התחליפיות בין המוצרים.

26. 26. לאור השיקולים האמורים, אנו סבורים שהשוק הרלוונטי במקרה שלפנינו הוא שוק מוצרי העוף.

27. 27. מסקנה זו אינה שוללת קיומה של תחליפיות כלשהי בין העוף המעובד לבין מוצרי העוף. התייחסה לכך בעדותה הכלכלנית שהגישה חוות דעת מטעם תנובה, גב' בורושק:

”ש. המחיר הוא בודק ומה שיותר כדאי לו הוא קונה נכון?

ת. בוודאי.

ש. אז זה תחליפיות נכון?

ת. במובן מסוים כן.”

(פ. 24.5.01 עמ' 81).

אלא שלצורך תיחומה של הגדרת השוק אין די בקיומה של תחליפיות כלשהי בין המוצרים, אלא נדרשת תחליפיות אשר תוכל לרסן כוח שוק. תחליפיות כזו לא הוכחה.

28. 28. על יסוד הנחה זו, שהשוק הרלוונטי הנו שוק מוצרי העוף ולאור הוראת סעיף 21(א) לחוק ההגבלים העסקיים, לפיו הפגיעה בתחרות או בציבור תבחן ”באותו ענף”, עולה השאלה האם המיזוג מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק מוצרי העוף.

השפעת המיזוג על שוק מוצרי העוף תיבחן, על רקע טענות הצדדים, מההיבט האופקי, ההיבט האנכי וההיבט הקונגלומרטי.

-

-

#### ההיבט האופקי

29. 29. כאשר מדובר במיזוג אופקי, החשש העיקרי הוא מפני הגדלת הריכוזיות בשוק בשל הפחתת מספר המתחרים והגדלת נתח השוק של הגוף הממוזג אשר מורכב מנתח השוק המצרפי של שני המתחרים שהתמזגו.

תנובה לא פעלה עובר למיזוג בשוק מוצרי העוף (בעבר היא הייתה שותפה ב-50% במפעל עוף טוב ובשיעור דומה במפעל טיבון ויל). מכאן, שאין מדובר במיזוג אופקי אשר עלול להביא לגריעת מתחרה מן השוק או לשינוי מבני הכרוך, כשלעצמו, בהגברת הריכוזיות. המיזוג שלפנינו הנו מיזוג אנכי (ראה בהמשך) וככזה אין בו,

כשלעצמו, כדי להשפיע על ריכוזיות השוק. עם זה, גם למיזוג אנכי יכול שתהיינה השלכות אופקיות על התחרות בשוק המיזוג בשלבים מאוחרים יותר, עקב השפעת השילוב האנכי על התחרות בשוק זה, כמו, למשל, פגיעה במתחרים שאינם משולבים אנכית, הגבהת חסמי כניסה או התנהגות אנטי תחרותית המתאפשרת עקב עוצמתו הכלכלית (מונופוליסטית או קונגלומרטית) של הגוף שנוצר עקב המיזוג (תנובה). (ראה: Areeda, Hovenkamp ו-Solow במהדורה המחודשת של ספרם של Areeda ו-Turner: **Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application** (Revised Edition) Vol IVA, p. 137-138 (להלן: Areeda (המהדורה המחודשת)).

30. ערב המיזוג פעלו בשוק שלושה מתחרים. בעקבות המיזוג נכנס לשוק

מתחרה חדש: תנובה. העוררת אשר שיווקה ערב המיזוג את תוצרתו של מפעל עופקל, לא פרשה עקב הפסקת ההתקשרות עם עופקל מהשוק אלא הקימה מפעל מוצרי עוף משל עצמה. מכאן, שבעקבות המיזוג עלה מספר המתחרים בשוק משלושה לארבעה (לא כולל מותגי הרשת המשווקים על-ידי רשתות השיווק).

31. עם זה, טוענת העוררת, שעוצמתה הכלכלית של תנובה ושליטתה בחוליות

הייצור הנמצאות במעלה ובמורד שרשרת הייצור (המשחטות ורשתות השיווק) הביאה כבר עתה, או למצער תביא בעתיד, להגדלת הריכוזיות של השוק.

32. הממונה טוען, שמהנתונים שקיבלה הכלכלנית זאורבך מרשתות השיווק

עולה שמידת הריכוזיות של השוק לא עלתה, ואף פחתה, עקב המיזוג.

על-פי נתונים אלה, טוען הממונה, מתקבלת התמונה הבאה לגבי נתחי השוק של המתחרים, לפני המיזוג ולאחריו:

חלקה של חברת "עוף טוב" בבעלות "אוסם"- "נסטלה" בשוק עמד בחודש ינואר '99 על 79.1%, בחודש ינואר 2000 על 60.8% ובחודש אוקטובר 2000 על 50.3%. נתח השוק של העוררת באותם חודשים (בהתאמה) עמד על 6.7%, 16.8% ו-11.1%. נתח השוק של "טיבון ויל" במועדים אלה עמד על 14.2%, 18.1% ו-14.2%, ואילו תנובה, אשר לא פעלה בשוק בשני המועדים הראשונים (ינואר '99 וינואר 2000) השיגה בחודש אוקטובר 2000 נתח שוק של 17.7%.

על יסוד נתונים אלה, טוענת גב' זאורבך בתצהירה, שמדד הריכוזיות לפי שיטת HHI, המודדת את ריכוזיות השוק על-פי חיבור ריבועי נתחי השוק של המתחרים, ירד מ- 4,679 בינואר 2000 ל- 3,215 בחודש אוקטובר 2000, לאחר המיזוג (ראה סעיף 12 לתצהירה המשלים מיום 3.12.2000).

33. העוררת טוענת, מנגד, שלאחר המיזוג חלה החמרה במדד הריכוזיות של שוק מוצרי העוף, והיא מבססת טענה זו על נתונים חודשיים כפי שמופיעים בסקרי נילסן.

34. בעקרון, מקובלת עלינו עמדת הממונה, שנתוני האמת אשר לוקטו על-ידי כלכלנית הרשות מרשתות השיווק עדיפים על נתוני הסקרים (סקרי נילסן). מאידך, אנו סבורים, שבנתונים שהציג הממונה אין כדי ליתן תמונה מלאה על נתחי השוק של המתחרים, כמו גם על ריכוזיות השוק, לאחר המיזוג. זאת, משום שלגבי התקופה שלאחר המיזוג הציג הממונה נתון בודד אשר מתייחס לחודש אחד, הוא חודש אוקטובר 2000. בנתונים אלה, אשר מתייחסים לחודש אחד בלבד (לאחר המיזוג), אין כדי ליתן תמונה מהימנה על מצב הריכוזיות בשוק לאחר המיזוג. גם הטבלה המתייחסת למדידת נתחי השוק של המתחרים במונחים כספיים על פני זמן שהוצגה בתצהירה של גב' זאורבך מתייחסת לארבעה חודשים בלבד לאחר המיזוג (6/2000-10/2000), וגם בה אין די כדי ליתן תמונה מלאה על מצב הריכוזיות בשוק לאחר המיזוג.

35. הנתונים היחידים שהוצגו לפנינו אשר נותנים תמונה על נתחי השוק של המתחרים על פני תקופת זמן משמעותית, הם נתוני סקרי נילסן. הממונה אמנם טוען שעורכי הסקר לא מסרו עדות בתיק זה ולא ידועה השיטה בה נערכו הסקרים. עם זה, הממונה לא התנגד להצגתם של סקרים אלה כראיה וגם לא ביקש לחקור את עורכי הסקרים. מנגד, מר גדיש העיד, שמבחינה סטטיסטית מספר נקודות המדידה עליו מבוססים סקרים אלה (2,300) הוא מספר גדול מאד (פ. 9.5.01, עמ' 103). לאור כך, והואיל ומדובר בסקרים אובייקטיביים שלא הוכנו במיוחד לצורך התדיינות זו, אנו סבורים שניתן לבסס את ממצאינו על יסוד סקרים אלה.

36. בדיקת הריכוזיות בשוק על-פי נתחי השוק של המתחרים על פני תקופת זמן לפי סקרי נילסן, תוך השוואת השנה שקדמה למיזוג לשנה שלאחריה מעלה, שבעוד שבשנת 99 (12/98-12/99) עמד מדד הריכוזיות הממוצע לאורך השנה כולה על 4,030 נקודות, בשנה שלאחר המיזוג (6/2000-6/2001) עמד מדד הריכוזיות השנתי הממוצע על 4,147 נקודות.

השוואה זו מלמדת, שלאחר המיזוג לא חלה ירידה במדד הריכוזיות בשוק מוצרי העוף, ואף חלה עלייה, גם אם קטנה, במדד זה.

גם בנתח השוק של מפעל "עוף טוב", בעל המונופולין בשוק זה, לא חלה, על-פי סקרי נילסן, ירידה של ממש לאחר המיזוג. בדיקת נתח השוק של עוף טוב מעלה, כי בעוד שנתח השוק הממוצע שלו בשנה שקדמה למיזוג (5/99 עד 5/2000) עמד על 61.8%, נתח השוק של יצרן זה בשנה שלאחר המיזוג (6/2000 עד 6/2001) עמד בממוצע על 60.3%.

מכאן, שהמיזוג לא הביא, לפחות בשלב זה, לפגיעה של ממש במעמדו של בעל המונופולין בשוק מוצרי העוף, כמו שגם לא הביא להפחתת הריכוזיות של השוק.

מנגד, חלקה של תנובה בשוק מוצרי העוף גדל בהתמדה, החל מ-4.4% בחודש יוני 2000, אז היא נכנסה לראשונה לשוק, עד לכ-22% בחודש יוני 2001.

אשר לחלקה של העוררת בשוק. כפי שכבר נאמר, עופקל הפסיקה את הסכם השיווק עם העוררת ביוני '99. בעקבות כך הקימה העוררת מפעל לייצור מוצרי עוף משל עצמה, וברבע האחרון של שנת '99 היא החלה לשווק את מוצריה. במחצית הראשונה של שנת 2000 הצליחה העוררת לתפוס נתח שוק שבין 11% ל-14%. בחודש יוני 2000, עם כניסתה של תנובה לשוק, חלה ירידה דרסטית בנתח השוק של העוררת אשר ירד לשיעור של 4.8%. בחודשים אוקטובר ונובמבר של אותה שנה חלה עלייה בהיקף השיווק של העוררת, אשר הגיע לכ-12%-11%, שהוא נתח שוק דומה לזה שבו החזיקה העוררת קודם לכניסתה של תנובה לשוק (ראה עדותה של רונית זאורבך פ. 7.5.01, עמ' 24). לקראת סוף שנת 2000 ובמחצית הראשונה של שנת 2001 חלה שוב ירידה בנתח השוק של העוררת, אשר התייצב על שיעור ממוצע של כ-7%. יצוין, שהנתונים דלעיל מתייחסים לשוק המבורקד בלבד, הם אינם כוללים את השיווק לשוק המוסדי וגם לא את כמות מוצרי העוף המיוצרת על-ידי העוררת תחת שם המותג של רשת שופרסל.

37. כפי שראינו, בעקבות המיזוג חלה עלייה של כ-100 נקודות במדד HHI אשר עלה, מ-4,030 נקודות בשנה שקדמה למיזוג, ל-4,147 נקודות בשנה שלאחר המיזוג. בגידול זה של 100 נקודות במידת הריכוזיות בשוק אין כדי להצדיק, לדעתנו, את פסילת המיזוג.



בפסק הדין בעניין **תנובה (תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים)**, דינים מח' לב(6), 668, קבע בית הדין להגבלים עסקיים, שעלייה של 300 נקודות במדד הריכוזיות (שעלה מ- 1,700 ל- 2,000 נקודות), אינה מצדיקה לפסול את המיזוג. בית הדין דחה את טענת הממונה, שיש להפעיל לצורך בחינת המיזוג את אמות המידה הנוהגות במשפט האמריקאי, לפיהן עלייה של 100 נקודות במדד הריכוזיות, כאשר זה עולה על 1,800 נקודות, מעלה חשש לפגיעה בתחרות (סעיף 1.5 להנחיות המיזוגים האופקיים האמריקאיות), תוך שציין כי:

"בכך מתעלם אפוא, המשיב מממדיו הקטנים של המשק הישראלי ומהצורך הנובע ממנו לאזן את החתירה לתחרות על-ידי שיקולי יעילות. ... מדד ה-HHI הנו מדד אוניברסלי לבחינת הריכוזיות. הממונה ביקש בהליך זה לאמץ את דרגות הסף של המבחן האמריקאי. המעט שנוכל לומר הוא כי אין לאמץ דרגות סף אלה בצורה גורפת בתנאי הארץ, שהם שונים".

(סעיף 2 לפסה"ד).

למסקנה דומה הגיעה ד"ר מיכל גל בספרה **Competition Policy for Small**

**Market Economies** בהוצאת Harvard University Press:

"Apart from these general criticism that apply in jurisdictions of any size, the small size of a market and the resulting need to enable firms to grow relatively large in order to realize scale economies require the rejection of the U.S. concentration threshold in small economies. Adoption of the U.S. HHI levels will result, for example, in a presumption of illegality in a merger between the two smaller firms in a market with six businesses, four holding approximately 20 percent market shares and two holding approximately 10 percent each. Objection to such a merger will not comply with the special economic conditions of a small economy".

(p. 233).

38. מעבר לכך, במקרה שלפנינו כניסתה של תנובה לשוק מוצרי העוף, הנה, כלשונו של הממונה, בגדר "מחולל תחרות" אשר אמור ליצור לחץ תחרותי על בעל המונופולין בשוק. שינוי מבנה השוק במקרה כזה עשוי להגביר את התחרות חרף העלייה הקטנה במדד הריכוזיות. התייחסה גם לכך ד"ר גל בספרה הנזכר:

"In still other situations increased levels of concentration may even facilitate competitive conduct. Consider, for example, a merger that creates a second large firm more able to compete with the existing dominant incumbent ...".

(p. 235).

39. עד כה התייחסנו לשיקול הסטטי הנוגע לנושא הריכוזיות. שיקול זה, הגם שהוא שיקול מרכזי בחשיבותו, אינו השיקול היחיד לעניין הפגיעה בתחרות העשויה להיגרם עקב המיזוג. שיקולים חשובים נוספים בהקשר זה, שלחלקם ניתן להתייחס גם כשיקולים התנהגותיים או כשיקולים דינמיים, הם, בין היתר: חסמי כניסה, ריכוזיות ומידת התחכום של הלקוחות, ההטרוגניות של המוצרים, מבנה ההוצאות של הפירמות המתחרות, עודף כושר ייצור, האופי התחרותי של הפירמות המתמזגות שינויים בביקוש ובהיצע בשוק ושיקולים נוספים (ראה Areeda (מהדורה מחודשת) כרך IV עמ' 84; התוספת לספר זה משנת 1997 (1997 Supplement), עמ' 520-536; וכן בספרה של ד"ר גל לעיל, בעמ' 235). לחלק מהשיקולים האמורים נתייחס בהמשך.

40. היבטים נוספים הקשורים למיזוג, תומכים גם הם בהחלטת הממונה. בעניין זה מקובלת עלינו טענת הממונה, שבעקבות המיזוג גדלה כמות מוצרי העוף שנמכרה בשוק בהשוואה לכמות שנמכרה קודם למיזוג. כך, בחודש ינואר 2000 עמדה הכמות הכוללת של מכירות השניצלם על 163,000 ק"ג בעוד שבחודש אוקטובר 2000 עלתה מכירת מוצרי העוף הקפואים ל- 189,000 ק"ג. לאחר המיזוג חלה אפוא עלייה של 16% במכירת מוצרי עוף קפואים. לאחר המיזוג החלה תנובה לשווק מוצרי עוף מצוננים תחת המותג "מאמא עוף". היקף המכירות של כלל מוצרי העוף, הן מוצרי העוף הקפואים והן המצוננים, עמד בחודש אוקטובר 2000 על 229,000 ק"ג, נתון המשקף עלייה של 40% בהיקף המכירות בשוק. השוואה בין השנה שקדמה למיזוג לשנה שלאחריה (על-פי נתוני סקרי נילסן) מלמדת, שבעוד שבשנה אשר קדמה למיזוג (5/99-5/00) עמדה סה"כ הכמות המשווקת של מוצרי עוף על 3,838 טון, בשנה שלאחר המיזוג (6/00-6/01) הגיעה הכמות המשווקת הכוללת של מוצרי העוף ברשתות השיווק ל- 4,950 טון, היינו, גידול של כ- 29%.

41. אגב כך חל גידול גם במגוון מוצרי העוף. שכן, מוצרי העוף המצוננים אותם משווקת תנובה הם מוצרים חדשים שלא היו קיימים קודם לכן בשוק, ואין

ספק כי הם הגדילו את המגוון והאיכות של המוצרים בשוק. מר רייכמן, מנכ"ל תנובה, הסביר בעניין זה בעדותו :

"אנחנו פתחנו קטגוריה חדשה במדינת ישראל שקוראים לה עופות מצוננים שהם מופיעים תחת השם מאמא-עוף ... שזה שונה במהות, אמנם זה אותו חומר, אבל הטעם שונה, צורת האריזה, הכל שונה ובזה אנחנו מתחרים, אנחנו באים אחרת ממה שהמתחרים עושים".

(פ. 7.5.01, עמ' 134-135).

גם המומחה מטעם העוררת, מר מרגלית, הסכים שהמוצרים החדשים של תנובה שיפרו את איכות המוצרים בשוק :

"אז היום נגיד לזכותו [של מר רייכמן] אני מוכרח לציין דבר אחד, הוא משקיע באיכות, כי עד שהוא הגיע גם איכות הייתה לא בסדר".

(פ. 16.4.01 עמ' 15).

הגדלת המגוון והאיכות נעשו תוך מיתוג המוצרים ובידולם, מהלך אשר תרם לתחרות גם לשיטתו של המומחה מטעם העוררת :

" לצרכן זה טוב כי המוצר מקבל זהות, הוא יוצר לו ערכים נתפסים הוא יודע מה לצפות, לאיזה טעם, לאיזה אמינות, לאיזה רמת היגיינה, זה נותן לו את הביטחון שהוא קונה מוצר עם בטחון גבוה, שהוא יודע בדיוק מה הוא יקבל כל פעם שקונה אותו .... כך שזה טוב לצרכן".

42. בה בעת חלה ירידה במחיר מוצרי העוף. בעוד שערב המיזוג, בינואר 2000, המחיר הממוצע של סל מוצרי העוף (שכלל אז מוצרי עוף קפואים בלבד) עמד על כ- 24.9 ₪ לק"ג, באוקטובר 2000 עמד המחיר הממוצע של מוצרי העוף הקפואים על 23.9 ₪ לק"ג. מוצרי העוף המצוננים של "מאמא עוף" יקרים יותר ממחירי העוף הקפואים, ויחד אתם עמד המחיר הממוצע לסל מוצרי עוף קפואים ומצוננים על כ- 25.6 ₪.

מסקנה דומה עולה גם מעדותו של הכלכלן מטעם העוררת, מר מרגלית. על-פי עדותו (עוררת/5), עולה שבין הרבעון הרביעי של שנת 99 לבין הרבעון הרביעי של שנת 2000 חלה ירידה במחירי מוצרי העוף של עוף טוב (בשיעור של 2.2%) וכן חלה ירידה במחירי המוצרים של פוד-קלאב (14.7%) וטיבון ויל (6.9%). מר מרגלית אמנם טוען, שהמחיר הממוצע הכולל של מוצרי העוף בשוק עלה בשיעור של 9%. מסקנה זו

נסמכת על העלייה במחיר מוצריה של תנובה בשיעור של 61.4%. אלא שעלייה זו נובעת ממחירו של העוף המצונן, שהוא, כאמור, מוצר חדש שאיכות גבוהה ומחיר יקר יותר ממוצרי העוף הקפואים שנמכרו בשוק קודם למיזוג, ולא ניתן לכלול בחישוב השינוי במחיר השוק של מוצרי העוף הקפוא שנמכרו קודם למיזוג.

-

-

#### השפעת המיזוג על התחרות הפוטנציאלית

43. 43. שיקול נוסף שגם לו השלכה על ההיבטים האופקיים של המיזוג, עניינו בהשפעת המיזוג על התחרות הפוטנציאלית. קרי, האפשרות שגם אלמלא המיזוג הייתה תנובה נכנסת לשוק זה באופן עצמאי.

44. 44. חשש לפגיעה בתחרות הפוטנציאלית עשוי להתעורר כל אימת שמדובר במיזוג שאינו מיזוג אופקי, היינו במיזוג בין מתחרים פוטנציאליים. (ראה: Antitrust Law Developments (Fourth) Association (להלן - ABA) כרך ראשון בעמ' 312, 342; וכן: הנחיות המיזוגים שאינם מיזוגים אופקיים (non-horizontal merger guidelines) האמריקאיות משנת 1997 (להלן הנחיות המיזוגים שאינם מיזוגים אופקיים), סעיף 4.11 והערה 25). במקרה שלפנינו מדובר במיזוג אנכי, מה שמעלה את השאלה, האם יש במיזוג זה כדי לפגוע בתחרות הפוטנציאלית.

45. 45. העוררת טוענת בסיכומיה, כי "העובדה שאין מתחרים פוטנציאליים נוספים בסדר הגודל של תנובה מהווה שיקול נוסף לשורת השיקולים כנגד אישור המיזוג הקיימים ממילא". לטענתה, תנובה הייתה "ערב המיזוג שחקן פוטנציאלי בתחום מוצרי העוף ... והיא היוותה איום שריסן כוחות אנטי תחרותיים שהיו קיימים בשוק, וכעת לאחר שהתמזגה עם מפעל קיים בשוק, נעלם כוח זה". העוררת מפנה בהקשר זה להנחיות המיזוגים של משרד המשפטים האמריקאי הקובעות, כאמת מידה למיזוג מותר, שיש להוכיח קיומם של לפחות שלושה מתחרים נוספים, בעלי יתרונות כניסה לשוק כמו אלה של המתחרה (הפוטנציאלי) המתמזג. כפי שנראה בהמשך, גם יישום אמות המידה הנוהגות במשפט האמריקאי לגבי הפגיעה בתחרות הפוטנציאלית, אינו מביא למסקנה שיש לפסול את המיזוג שלפנינו.

46. 46. המשפט האמריקאי מבחין בעניין זה בין שתי דוקטרינות: האחת, התחרות הפוטנציאלית בכוח (perceived potential competition), והאחרת, התחרות הפוטנציאלית בפועל (actual potential competition). (ראה: הנחיות המיזוגים שאינם מיזוגים אופקיים, סעיפים 4.111-4.112).

47. עניינה של הדוקטרינה הראשונה - הפגיעה בתחרות הפוטנציאלית בכוח -

בפגיעה בתחרות הפוטנציאלית, המתרחשת בהווה, והנובעת מהסרת איום כניסה לשוק ריכוזי עקב קיומו של מתחרה פוטנציאלי המרסן את כוח השוק של הפירמות הפועלות בשוק. בהעדר מתחרים פוטנציאליים דומים, כניסה לשוק של מתחרה פוטנציאלי כזה באמצעות מיזוג, עשויה להסיר את איום הכניסה לשוק של אותו מתחרה, ובכך להפחית מהלחץ התחרותי המופעל עקב איום זה על המתחרים הפועלים בשוק. (ראה: סעיף 4.111 להנחיות המיזוגים שאינם מיזוגים אופקיים; ABA, עמ' 342; Areeda & Turner, **Antitrust Law An Analysis of** Antitrust Principles and Their Application, Vol V, P. 69 (להלן: Areeda ו-Turner).

עם זאת, בפועל, ריסון של התנהגות אנטי תחרותית עקב חשש מפני תחרות פוטנציאלית בכוח מתקיים לעיתים רחוקות ובנסיבות חריגות. כך מציינים המלומדים Areeda ו-Turner בספרם לעיל:

"The threat of entry might influence present market occupants to behave more competitively than they otherwise would. But the circumstances in which that would occur are limited and perhaps exceptional".  
(Vol V, p. 101).

בכל מקרה, הוכחת הפגיעה בתחרות עקב שיקול זה מחייבת, בין היתר, הצגת ראיה על כך שהפירמה המתמזגת אכן נתפסת על-ידי המתחרים בשוק כמתחרה פוטנציאלית:

"The outside firm is perceived as a likely entrant by one or more substantial existing sellers. Otherwise, the presence of that outside firm could not have affected the behavior of such firms in the market and its elimination through merger could have no present effect on competition".

(Areeda & Turner Ibid, Vol V, p. 71).

דרישה נוספת שמציב המשפט האמריקאי בעניין זה, היא שקיומו של המתחרה הפוטנציאלי, אכן מרסן את ההתנהגות העסקית של השחקנים הקיימים בשוק. כך מציינים בעניין זה מחברי ה- ABA :

"The perceive potential competition theory requires proof of the impact of the potential entrant on incumbent firm's current behavior."

(Vol. 1, P. 344).

תנאי נוסף אשר נדרש במשפט האמריקאי, לשם פסילת מיזוג בשל הפגיעה בתחרות הפוטנציאלית בכוח, הוא ששימור התחרות בכוח על-ידי פסילת המיזוג והותרתה של הפירמה (החיצונית) המתמזגת כמתחרה פוטנציאלית מחוץ לשוק, עדיפה, מבחינה תחרותית, על פני כניסתה לשוק כמתחרה בפועל :

"Preservation of the outside firm as a potential entrant must contribute more to competition than the actual merger, Otherwise, there would be no reason to interfere, for preventing the merger would benefit competition no more than allowing it".

(Areeda & Turner Ibid, vol 5, p. 72)

48. גם אם נניח, חרף העדר ראיות ישירות, שתנובה נתפסה על-ידי המתחרים בשוק מוצרי העוף, קודם למיזוג, כמתחרה פוטנציאלית, לא הוכחו שתי הדרישות האחרות. ראשית, לא הוכח שתנובה ריסנה, בשל האיום הכרוך בכניסתה לשוק, התנהגות אנטי תחרותית של המתחרים האחרים בשוק, בעיקר את התנהגותו של בעל המונופולין – "עוף טוב". שנית, לא הוכח, שהותרתה של תנובה מחוץ לשוק, כמתחרה פוטנציאלית בכוח, עדיפה על פני כניסתה לשוק כמתחרה בפועל. להפך, בהתחשב בכך שהעוררת לא פרשה בעקבות המיזוג מהשוק, אלא הקימה מפעל מוצרי עוף משל עצמה, הדעת נותנת שתרומתו של המיזוג לתחרות בשל כניסתה של תנובה לשוק, עולה על התרומה הנגזרת מהותרתה מחוץ לשוק כמתחרה פוטנציאלית בכוח.

49. כדי לפסול את המיזוג על יסוד הדוקטרינה של הפגיעה בתחרות הפוטנציאלית בפועל, מציב הדין האמריקאי, בין היתר, שתי דרישות. על-פי הדרישה הראשונה, יש להוכיח שלמתחרה שנכנס לשוק בדרך של מיזוג יכולת, עניין ומניע, כמו גם אפשרות מעשית, לכניסה לשוק שלא בדרך של מיזוג.

אשר לדרישה זו, מקובל עלינו, שלאור העניין שגילתה תנובה ברכישת מפעל מוצרי עוף והשקפתה בדבר היתרונות שבשילוב האנכי (סעיף 15.3 לתצהירו של רייכמן), סביר להניח שתנובה הייתה נכנסת בשלב זה או אחר לשוק מוצרי העוף גם שלא בדרך של מיזוג. גם ב"כ תנובה מודה בכך בסיכומיו (עמ' 21 לחלק הכללי של הסיכומים). חסמי הכניסה הנמוכים (ראה בהמשך) ועוצמתה הכלכלית של תנובה מצביעים על כך שלתנובה הייתה גם יכולת מעשית להיכנס לשוק שלא בדרך של מיזוג.

הדרישה השנייה שמציב המשפט האמריקאי בהקשר זה, הנה הוכחה שלכניסה חלופית לשוק, שלא בדרך של מיזוג, יתרונות תחרותיים על פני המיזוג:

"The alternative route of entry would have a significant pro-competitive effect as compared with entry by the acquisition in question. Otherwise, preventing the merger would contribute no more to competition than allowing it".

(Areeda & turner Ibid, vol 5, p. 71)

(וראה לעניין זה גם: ABA, עמ' 346).

בעניין זה, איננו רואים יתרונות תחרותיים הכרוכים בכניסה של תנובה לשוק שלא בדרך של מיזוג. היתרון המרכזי בכניסה לשוק שלא באמצעות מיזוג, עשוי לקום עקב מניעת ההפחתה במספר המתחרים בשוק (לא כולל הפירמה החיצונית) עקב המיזוג. אולם, העוררת הקימה בעקבות המיזוג מפעל מוצרי עוף משל עצמה. מכאן, שהמיזוג לא הפחית ממספר המתחרים בשוק, גם בהתחשב בכניסה אפשרית של תנובה לשוק זה בעתיד, שלא בדרך של מיזוג. מבחינת ההיבטים התחרותיים האחרים הכרוכים בכניסתה של תנובה לשוק, כמו הגדלת כמות מוצרי העוף המשווקת והגדלת המגוון ואיכותו, ברור שכניסה לשוק שלא בדרך של מיזוג הייתה דורשת את עתותיה ומעכבת ניצולם של יתרונות תחרותיים אלה שבמיזוג.

50. מעבר לאלה, מהראיות שלפנינו עולה שקיימים שני מתחרים נוספים, "זוגלובק" ו"מעדני יחיעם", שגם הם מתחרים פוטנציאליים אשר עשויים להיכנס לשוק מוצרי העוף (עדותה של רונית זאורבך, פ. 7.5.01, עמ' 121).

51. לאור האמור, איננו מקבלים את הטענה שהמיזוג פגע בתחרות הפוטנציאלית בשוק מוצרי העוף.

## אוליגופול

52. 52. לטענת העוררת, המיזוג יצר שוק אוליגופולי ובו שני שחקנים עיקריים,

עוף טוב ותנובה, בעוד שחלקיהם של שאר המתחרים בשוק, ביניהם העוררת וטיבון ויל, הצטמצמו לנתחי שוק מינימליסטיים. לטענת העוררת, יכולתם של המתחרים הקטנים להתחרות במתחרים הגדולים הולכת ונעלמת, כאשר השוק האוליגופולי שנוצר יציב הרבה יותר מהשוק שקדם לו, עקב הגבהת חסמי הכניסה לשוק.

העוררת סומכת את טענותיה בעניין זה על סקרי נילסן אשר מלמדים, לגישה, על כך שתוך זמן קצר תפסה תנובה נתח שוק משמעותי על חשבון היצרניות הקטנות, אשר חלקן בשוק פחת בעשרות אחוזים. נתונים אלה מצביעים, נטען, על העלייה המטאורית בנתח השוק של תנובה, יציבות בנתח השוק של עוף טוב, ולעומת אלה - קריסתן של פוד קלאב וטיבון ויל.

העוררת מסכימה, שגם קודם למיזוג התאפיין השוק במספר קטן של מתחרים. אלא שאותה עת, היא טוענת, נחשפה עוף טוב ללחצים תחרותיים רבים יותר מטיבון וייל ומהעוררת מאשר (כיום) מתנובה.

בנסיבות אלה, סבורה העוררת, עשוי להיווצר, או כבר נוצר, בשוק מוצרי העוף שיווי משקל אוליגופולי, שבו שתי הפירמות הגדולות, המחזיקות יחד נתח שוק של כ - 85%, שומרות על מחיר על תחרותי.

53. 53. מקובל עלינו ששוק מוצרי העוף הוא שוק של מעטים. מקובל עלינו, כמו כן, שבשוק כזה קיימת אפשרות לתיאום אוליגופולי, שאינו כרוך בעשיית הסדרים כובלים ואינו נוגד את החוק, אך עלול, גם כך, לפגוע בתחרות בדרך של קביעת מחיר על תחרותי.

54. 54. עם זה, מיעוט מתחרים כשלעצמו, אינו מחייב יצירת תיאום אוליגופולי. שהרי קיימת אפשרות שהפירמות הפועלות בשוק, גם אם מספרן קטן, תקיימנה ביניהן תחרות על מנת להגדיל את מכירותיהן האחת על חשבון השנייה, דבר שימנע יצירת שיווי משקל כזה.

55. 55. חשיבות רבה נודעת, בהקשר זה, לסימטריה בנתחי השוק של המתחרים. במקרה שלפנינו קיים פער גדול בין נתחי השוק של עוף טוב ותנובה, פער אשר יוצר ניגוד אינטרסים השולל, או מפחית עד מאוד, את החשש ליצירת תיאום אוליגופולי.



**France v. Commission** (C-68/94&C-82/95) [1998] 4 CMLR 829 עניין דומה נדון בפסק הדין בעניין **France v. Commission** (C-68/94&C-82/95) [1998] 4 CMLR 829 שניתן על-ידי בית המשפט לצדק של הקהיליה האירופאית. בפסק דין זה ביטל בית המשפט את החלטת נציבות השוק האירופאי אשר פסלה מיזוג בשל נתח השוק הגדול של הגופים המתמזגים (60%), הגדלת הריכוזיות בשוק עקב המיזוג והחשש ליצירת שיווי משקל אוליגופולי (joint dominant position). סיבה מרכזית לפסילת ההחלטה, הייתה חוסר הסימטריה בין נתחי השוק של המתחרים (23% ו-37%) אשר הפחית את הסיכוי ליצירת תיאום אוליגופולי, בדרך של התנהגות מקבילה מודעת, בשל ניגודי האינטרסים ביניהם. לעניין זה, קבע בית המשפט (בסעיף 226 לפסה"ד):

"As points 51 and 52 of the contested decision show, K+S/MdK and SCPA will hold shares of the relevant market, after the concentration, of 23% and 37% respectively, calculated on the basis of sales. A market share of approximately 60%, subdivided in that way, cannot of itself point conclusively to the existence of a collective dominant position on the part of those undertakings".

56. מעבר לשיקולים הסטטיים הנוגעים למספר המתחרים בשוק, ריכוזיות השוק והסימטריה בין נתחי השוק של המתחרים, נודעת חשיבות, בהקשר זה, לשיקולים דינמיים, בכלל זה: חסמי כניסה לענף; מידת ההומוגניות של המוצרים המיוצרים על-ידי הפירמות המתחרות; גמישות הביקוש ויציבותו; נגישות המתחרים למידע אודות תנאי השוק, העסקות המתבצעות בו והמתחרים האחרים, מידת התחכום של הלקוחות, קיומם של עודפי כושר ייצור ודפוסי ההתקשרות בשוק (ראה: **Economics of E.C. Competition law**, S.Bishop and M. Walker (Sweet& Maxwell, 1999, 151-152)).

57. השוק שלפנינו מתאפיין בחסמי כניסה נמוכים (ראה להלן), הטרוגניות ובידול בין המוצרים, המבטאים במיתוג המוצרים ופערי איכות ומחיר, והעדר סימטריה בנתחי השוק של המתחרים. המיזוג עצמו כרוך בכניסתו לשוק של מתחרה חזק בדמותה של תנובה, אשר מאיימת על מעמדו של בעל המונופולין בשוק. כל אלה שוללים, או למצער מפחיתים במידה ניכרת, את החשש לתיאום אוליגופולי בשוק זה. התגברות התחרות בשוק מאז המיזוג, שהתאפיינה בהגדלת הכמות המשווקת והגדלת מגוון המוצרים ואיכותם, תוך הפחתת מחירים, שוללת, או מפחיתה אף היא, את החשש מפני תיאום אוליגופולי בשוק זה.

58. 58. ראוי לציין, שהעוררת לא הביאה ראיות על כך שעד כה נוצר בשוק מצב של שיווי משקל אוליגופולי, שבו גובים היצרנים מחיר על תחרותי העולה על הוצאה השולית בייצור. לאי הצגת ראיות בעניין זה משמעות מיוחדת לאור העובדה שהעוררת עצמה הנה אחת המתחרות בשוק, וחזקה עליה שהיא יודעת אם המחיר שהיא גובה עבור מוצריה עולה על הוצאות הייצור.

59. 59. מעבר לכל אלה, וגם אם קיים חשש לתיאום אוליגופולי בשוק מוצרי העוף, חשוב לזכור שקודם למיזוג (ולמעשה גם כיום) מבנה השוק היה מונופוליסטי. עקב המיזוג גדל מספרם של המתחרים בשוק משלושה מתחרים לארבעה (לא כולל מותגי רשתות השיווק) וקיים סיכוי שכניסתה של תנובה לשוק תפגע בעתיד במעמד המונופוליסטי של עוף טוב. בנסיבות אלה, העובדה שהשוק נמצא עדיין בשליטת מעטים אינה נובעת מהמיזוג. מבחינת מבנה השוק, המיזוג שיפר את רמת התחרותיות בשוק וודאי לא פגע בה. העוררת לא הביאה כל סימוכין לטענתה, שהלחצים התחרותיים מצדן של טיבון וייל והעוררת להם נחשף "עוף טוב" קודם למיזוג היו חזקים מאלה שלהם ייחשף "עוף טוב" מתנובה. הדעת אף נותנת, שמעמדה של תנובה בשוק, היתרונות לגודל מהם היא נהנית וכושר התחרות הגדול שלה יפעילו על "עוף טוב" לחצים תחרותיים חזקים מאלה שהפעילו מתחריה קודם למיזוג.

60. 60. לאור האמור אנו סבורים שהמיזוג אינו מקים חשש ממשי ליצירת תיאום אוליגופולי.

#### המעמד המונופוליסטי של תנובה והשפעתו על המיזוג

61. 61. העוררת טוענת, כי יש לאסור על המיזוג, גם מהטעם שתנובה הנה בעלת מונופולין. חששה של העוררת, הוא שתנובה תנצל את מעמדה כבעלת מונופולין בשוק החלב ובשוק שיווק מוצרי העוף המעובד מול רשתות השיווק על מנת לדחוק את העוררת ומתחרים פוטנציאליים של תנובה מן השוק. כלשונה של העוררת, "אחיזתה הכלכלית של תנובה במשחטות, יכולתה הפיננסית הגבוהה, עוצמתה השיווקית ואחיזתה בחלק משמעותי של גורמי הייצור והשיווק בענף, יצרו לתנובה מעמד דומיננטי לכל אורך שרשרת ייצור ושיווק הפטס, ומעמד זה, ובכללו כוחה המונופוליסטי בתת ענף המשחטות, משפיעים ומקרינים גם על שוק מוצרי העוף".

62. תנובה הנה מונופול מוכרז בשוק החלב. העוררת טוענת כי תנובה הינה בעלת מונופולין (לא מוכרז) גם בשוק "מוצרי הפטם התעשייתיים". הטענה האחרונה, לפיה תנובה הנה בעלת מונופולין (לא מוכרז) בשוק שיווק העוף המעובד לא הוכחה ונדון בכך בהמשך.

63. עצם העובדה שתנובה הנה בעלת מונופולין (בשוק החלב), אין בה כשלעצמה, כדי לפסול את המיזוג. אכן, על-פי סעיף 17(א) לחוק ההגבלים העסקיים, הוראות פרק המיזוג שבחוק חלות במקום שבו אחת החברות המתמזגות הנה בעלת מונופולין, גם בהעדר תחולה לעילות האחרות הקבועות בחוק לפיקוח על מיזוגים (חלקן של החברות המתמזגות בשוק, או מחזור המכירות שלהן). אולם, בכך אין כדי לשנות את המבחן המהותי לפסילת מיזוג הקבוע בחוק, אשר נעוץ בחשש לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור. עצם היותה של תנובה בעלת מונופולין, אינו מקים חזקה שכל מיזוג שהיא צד לו, דינו שיפגע בתחרות או בציבור, ואין בה כדי להקים כשלעצמה, עילה להתנגדות הממונה למיזוג.

64. לטענת העוררת, כניסתה של תנובה לשוק מוצרי העוף מעלה חשש לביצוע מינוף מונופוליסטי (Monopoly Leverage). מינוף מונופוליסטי מאפשר לבעל מונופולין בשוק אחד לנצל כוחו המונופוליסטי בשוק זה, על מנת לרכוש יתרונות תחרותיים בשוק האחר, שבו אין לו מעמד דומיננטי. בית הדין להגבלים עסקיים התייחס לטענה מסוג זה בפסק הדין החלקי בעניין ידיעות אחרונות (ה"ע 2/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות פס"מ תשנ"ט (2) 529). באותו פסק דין נקבע, כי דוקטרינת המינוף המונופוליסטי אינה מוכרת כדוקטרינה עצמאית במשפט המשווה וגם לא במשפט הישראלי. דחייתה של דוקטרינה זו בוססה על החשש שהיא תביא, למעשה, למניעת פעילותו של בעל מונופולין בתנאי שוויון למתחרים אחרים בשווקים שבהם אין לו מונופולין. זאת, משום שעל-פי דוקטרינה זו, כל ניסיון של בעל מעמד דומיננטי בשוק א' לחדור או לפעול גם בשוק ב' יוכל להיחשב כניצול לרעה של מעמדו הדומיננטי. בהקשר זה הזכיר בית הדין גם את החשש הנזכר בספרו של Areeda (מהדורה מחודשת, כרך 3 עמ' 83), כי הרחבתו של סעיף 2 ל-Sherman Act על-ידי הכרה בעילה עצמאית של מינוף מונופוליסטי, שאינה מבוססת על השגת מעמד מונופוליסטי או ניסיון להשגתו של מעמד כזה בשוק הממונף, תאפשר קבלת טענותיהם של תובעים המכוונות, למעשה, כנגד היות מתחריהם יעילים יותר או אגרסיביים יותר. על רקע זה סבורים המלומדים מחברי הספר, שגם אם יוחלט בסופו של דבר להכיר במשפט האמריקאי בעילה של מינוף מונופוליסטי (שאינה מוכרת בו כיום), עילה זו תוכל להתקיים רק במקום שבו מעשיו הנטענים של בעל המונופולין בשוק הממונף מביאים או מאיימים להביא

לעליית מחירים והקטנת התוצר או לפגיעה באיכות המוצרים בשוק זה. אולם, לגישתם, בהתקיים תנאים אלה, ממילא מדובר בעבירה אשר נופלת בגדרו של סעיף 2 ל-Sherman Act, וזאת גם בהעדר נתח שוק מונופוליסטי.

על רקע זה, נקבע בפסק הדין החלקי בעניין **ידיעות אחרונות**, שאין לאסור, בדרך של מתן הוראות לפי סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים, על כניסתו של בעל מונופולין לשוק חדש שבו הוא לא היה פעיל עד כה, גם אם הוא מנצל לצורך כך יתרונות כלכליים הנובעים ממעמדו המונופוליסטי בשוק האחר, כגון עוצמה פיננסית, מערך הפצה וכדומה.

65. דברים אלה נאמרו בקשר לטענת הניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי על-פי סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים ומתן הוראות למניעת ניצול כזה מכוח סעיף 30 לחוק. אולם, העדר ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי בדרך של מינוף מונופוליסטי לפי סעיף 29א לחוק, אינו מכשיר רכישת כוח שוק בדרך זו במסגרת מיזוג. בתחום הפיקוח על מיזוגים, על הממונה לאסור על מיזוג המקים חשש לרכישת כוח שוק על-ידי מינוף מונופוליסטי, גם כאשר אין בו משום ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי מכוח סעיף 29א לחוק. אולם, אין לאסור על מיזוג, גם במקום שהוא מאפשר ניצול יתרונות לגודל או יתרונות אחרים בדרך של מינוף מונופוליסטי, שאינו כרוך בחשש ממשי לרכישת כוח שוק. בתחום שלפנינו, יפים, ביתר שאת, הדברים הנזכרים בספרו של Areeda לעיל, לפיהם ניתן להכיר בעילה של מינוף מונופוליסטי, רק במקום שבו מעשיו הנטענים של בעל המונופולין בשוק הממונף מעלים חשש לעליית מחירים, הקטנת התוצר או לפגיעה באיכות המוצרים בשוק, שהרי אלה הן בדיוק העילות להתנגדות למיזוג הקבועות בסעיף 21 לחוק.

66. מכאן, שמינוף מונופוליסטי כשלעצמו אינו אסור גם כאשר הוא מתבצע במסגרת מיזוג וגם כאשר הוא כרוך בניצול יתרונות לגודל מהם נהנה בעל המונופולין בשל מעמדו, כל עוד הוא אינו מעלה חשש לרכישת כוח שוק ופגיעה בתחרות או בטובת הציבור באחד ההיבטים הנזכרים בסעיף 21 לחוק. דומה שהערר הנוכחי מדגים בדיוק את אותו חשש הנזכר לעיל, שהאיסור על מינוף מונופוליסטי יאפשר קבלת טענותיהם של תובעים המכוונות, למעשה, כנגד היות מתחריהם יעילים יותר או אגרסיביים יותר.

67. לאור האמור לעיל בנוגע להשפעת המיזוג על ריכוזיות השוק, מגוון המוצרים איכותם ומחיריהם, ולאור חסמי הכניסה הנמוכים בשוק זה, לא שוכנענו שהמיזוג מעלה חשש לרכישת כוח שוק על-ידי תנובה בשוק מוצרי העוף. גם לא בהתחשב בהיותה של תנובה הנה בעלת מונופולין בשוק החלב.

ראוי להזכיר גם בהקשר זה את דבריהם של המלומדים Hovenkamp, Areeda ו- Solo, כי רוב המיזוגים האנכיים הנם מיזוגים רצויים מבחינת תרומתם לתחרות, גם כאשר מדובר במיזוגים שצד להם הוא בעל מונופולין (שם, כרך IVA עמ' 149).

68. אחת הטענות שהעלתה העוררת בהקשר זה עניינה בחשש, כי תנובה תקשור בין הספקת החלב, מוצר שלגבי היא מוכרזת כבעלת מונופולין, לבין הספקת מוצרי העוף ובדרך זו תמנף את כוחה המונופוליסטי בשוק החלב אל שוק מוצרי העוף.

69. 69. בפן העובדתי הנוגע לטענה זו נעסוק בהמשך. מבחינה משפטית, מדובר בטענה לביצוע קשירה אסורה לפי סעיף 29ב לחוק ההגבלים העסקיים, המוחזקת כניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי. ניצול לרעה כזה אף מהווה, מקום שהדבר נעשה בכוונה "להפחית את התחרות בעסקים ולפגוע בציבור", עבירה פלילית (סעיף 47(א)(4)(א) לחוק).

אולם, עצם העובדה שלתנובה יכולת לבצע עבירה פלילית, אינה מלמדת על קיומו של חשש ממשי שכך היא תעשה. לשם ביסוסו של חשש כזה, גם אין די בהנחה שפירמה עסקית מוחזקת כשואפת להשיא את רווחיה, אלא יש להוכיח התנהגות בפועל אשר עולה כדי קשירה כמשמעותה בחוק. התנהגות כזו לא הוכחה. (וראה בהמשך, לגבי הדיון העובדתי בנושא זה).

#### ההיבט הקונגלומרטי

70. 70. העוררת טוענת, שהמיזוג שלפנינו הוא מיזוג קונגלומרטי. לאור עוצמתה הקונגלומרטית של תנובה, עוצמתה השיווקית ואחידותה בחלק משמעותי של גורמי הייצור והשיווק בענף, טוענת העוררת, אין לאשר את המיזוג.

71. 71. מיזוג קונגלומרטי הנו מיזוג שאינו מיזוג אופקי או אנכי, היינו מיזוג שהצדדים לו אינם מתחרים ביניהם בכוח או בפועל (מיזוג אופקי) והשווקים בהם הם פועלים אינם מצויים בחוליות עוקבות של שרשרת הייצור, באופן שאין ביניהם, בפועל או בכוח, יחסי ספק – לקוח. (ראה: H. ABA, Vol.1, P. 357; Hovenkamp **Federal Antitrust Policy** (By West Group. 2nd. Ed, 1999) 551-552).

הואיל והמיזוג שבפנינו הנו מיזוג אנכי, הוא אינו יכול להיות מוגדר, בה בעת, כמיזוג קונגלומרטי. לעניין זה אין כל קשר להיותה של תנובה קונגלומרט, שהרי מיזוג קונגלומרטי אינו מוגדר כמיזוג שצד לו הוא קונגלומרט.

72. גם אם אין מדובר במיזוג קונגלומרטי, עדיין עולה השאלה האם ראוי לאשר מיזוג שאחד הצדדים לו הנו קונגלומרט. בדו"ח הועדה למיזוגים ולקונגלומרטים (הפרקליט ל"ב (תשל"ט-1979) 559) הוגדר קונגלומרט כ"חברה השולטת בחברות רבות שאינן מייצרות בהכרח מוצרים דומים והינה בעלת סדר גודל משמעותי".

תנובה טוענת שהיא אינה קונגלומרט והיא סומכת טענה זו על הגדרתו של פרופ' ידידיה שטרן לפיה: "קונגלומרט היא חברה המרכזת את מאמצי הצמיחה החיצונית שלה כלפי גופים כלכליים המתמחים ביצור מוצרים או במתן שירותים שונים, אשר אינם דומים או קשורים לתחום התמחותה של החברה הרוכשת ואשר אין ביניהם מכנה משותף – כגון התבססותם על טכנולוגיות יצור דומות או על מקורות תשומה זהים וכדומה – המצדיק את כינוסם תחת גג משפטי, ארגוני וניהולי אחד". ("רכישת חברות - המניעים והערכותם", מחקרי משפט ח', תש"ן, 273-255).

תנובה, לטענתה, "אינה פורסת זרועותיה לכל עבר במשק הישראלי. תנובה היא חברת מזון, המרכזת את פעילותה בתחום זה", ועל כן היא אינה קונגלומרט.

אולם, בהקשר שלפנינו נתפס קונגלומרט כגוף בעל עוצמה כלכלית אשר פועל בשווקים אחרים (בד"כ מספר שווקים) שאינם קשורים לשוק המיזוג. כך התייחס בית הדין להגבלים עסקיים בפסק הדין בעניין **תנובה** לעוצמתה הקונגלומרטית של תנובה:

"עוד מקובלת עלינו טענת הממונה, כי לתנובה יכולת פיננסית גבוהה וכי, כעיקרון, יכולה היא לשרוד ואף לספוג הפסדים בענפי הפטם וההודו, אם ברצונה לנהל 'מלחמת מחירים' במטרה להתחזק ולהתרחב על חשבון מתחריה. כן מקובלת עלינו טענה נוספת שהועלתה, כי עוצמתה השיווקית של תנובה ובכלל זה מערך ההפצה שהיא מציעה ללקוחותיה, היא ראשונה במעלה במשק הישראלי ואין משווק בעל חוסן פיננסי כמו תנובה. דברי הממונה בדבר עוצמה קונגלומרטית של תנובה בכל עסקיה, מקובלים עלינו".

(סעיף 5ז(א) לפסק הדין).

מסקנה זו הייתה מקובלת גם על בית המשפט העליון :

"אכן, אין חולק כי המשיבה הינה מן הגורמים החזקים ביותר במשק החקלאי ובידה אמצעים ועתירות הון, כמו גם מעורבות בענפים רבים מלבד הענף הרלבנטי למקרה שבפנינו".

(שם, בעמ' 237).

73. ככל שהחשש מפני מיזוג שצד לו קונגלומרט הוא מניצול העוצמה הקונגלומרטית בשוק המיזוג, חשש זה דומה לחשש העולה בעניין המינוף המונופוליסטי, שגם שם עולה השאלה, האם ניצול עוצמתו של אחד הגופים המתמזגים והיתרונות לגודל מהם הוא נהנה עקב המעמד הדומיננטי שלו בשוק אחר, צריך שיביאו, כשלעצמם, לפסילת המיזוג. כמו בנושא המינוף המונופוליסטי, גם כאן אנו סבורים, שעוצמתו הכלכלית של הגוף המתמזג, בין שהיא נובעת ממעמדו המונופוליסטי בשוק אחר, ובין שהיא נובעת מהתפרשות פעילותו על שווקים נוספים, גם כאשר יש בה כדי להקנות לגוף זה יתרונות לגודל ויתרונות תחרותיים על פני המתחרים האחרים, אינה מחייבת לפסול את המיזוג. העוצמה הקונגלומרטית אמנם יכולה להקים חשש לרכישת כוח שוק והיא מחייבת זהירות באישור המיזוג. זה גם הרציונאל המונח ביסודו של סעיף 17(א) לחוק ההגבלים העסקיים. אולם, בהעדר הוכחה שעוצמתו הכלכלית של הגוף המתמזג עשויה לגרום לפגיעה ממשית בתחרות בשוק הרלוונטי, אין בעוצמתו הכלכלית של הקונגלומרט (או בעל המונופולין), כשלעצמה, כדי להקים חשש לפגיעה בתחרות או בציבור עקב המיזוג. בנושא זה מקובלת עלינו גישתו של הממונה, כי "אין בדיני ההגבלים העסקיים כל אשם, פסול או הנחה מוקדמת כנגד מיזוג שצד לו פועל במגוון שווקים. השאלה היא תמיד האם חיבור פעילויות אלה לפעילות הצד השני למיזוג יקים או יחזק כוח שוק". (עמ' 98 לסיכומיו).

ככל שהחשש מפני מיזוג שצד לו קונגלומרט, הוא מפני עצם חיזוק העוצמה הכלכלית של אותו קונגלומרט, גם אם אין לה קשר דווקא לשוק המיזוג, כבר נקבע בפרשת **תנובה**, שבסעיף 21 לחוק, "אין מדובר בפגיעה בתחרות החופשית בכל ענפי המשק. [אלא ב] פגיעה משמעותית בתחרות בענף הרלוונטי". אכן, באותו פס"ד נבחנה השפעת העוצמה הקונגלומרטית של תנובה בשוק המיזוג ולא בשווקים אחרים.

זה גם הכלל הנוהג במשפט האמריקאי :

"Despite congressional concerns regarding the amounts of assets and sales controlled by large corporations generally, challenges to conglomerates mergers have been limited to cases where an anticompetitive effect was alleged in one of the markets affected by the merger".

(ABA, p. 357).

74. לאור השיקולים שזכרו לעיל, בנוגע להשפעת המיזוג על ריכוזיות השוק ועל התחרות בו ולאור חסמי הכניסה הנמוכים בשוק זה, לא השתכנעו שהמיזוג שלפנינו מעלה חשש לרכישת כוח שוק על-ידי תנובה בשוק מוצרי העוף ופגיעה בתחרות או בציבור בשל כוחה הקונגלומרטי של תנובה.

75. נציין, שגם בפסק הדין בעניין **תנובה**, אישר בית המשפט העליון את עמדתו של בית הדין להגבלים עסקיים, שלא ראה לפסול את המיזוג רק בשל עוצמתה הקונגלומרטית של תנובה. בית המשפט העליון אמנם ציין בפסק הדין, שבעוצמתה הכלכלית של תנובה כשלעצמה, יש לכאורה משום מחסום כניסה. עם זה, בהעדר ראיות של ממש לפגיעה משמעותית בתחרות בשל הגברת הריכוזיות, לא ראה בית המשפט לפסול את המיזוג רק בשל טעם זה:

"במצב דברים זה, אישורו של המיזוג שבפנינו עורר בקרבנו מידה רבה של חוסר נוחות וחשש באשר לתחרות העתידית בענף הרלבנטי. אולם באי נוחות זו כשלעצמה אין די בכדי לפסול המיזוג. כך, נוכח ממצאנו בדבר העדר הפגיעה המשמעותית בתחרות לאור מדדי הריכוזיות; כך נוכח הנתונים שהובאו בתצהירים השונים בדבר התחרותיות הקיימת בענף הרלבנטי; כך, נוכח מסקנותינו באשר למחסומי הכניסה האחרים. אכן, אין לחדד כי תיתכן פגיעה בתחרות עקב המיזוג המוצע... בה בעת, לא שוכנענו, כאמור לעיל, כי קיים במיזוג המוצע חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות ומטעם זה, לא מצאנו עילה להתערב בממצאיו של בית הדין בעניין זה".

(שם, בעמ'

237).

76. העוררת מבססת טענותיה בהקשר זה על פסק הדין בעניין **Federal Trade Commission v. Procter & Gamble Co.**, 386 U.S. 568 (1967). באותו פסק-דין נדון מיזוג (שלא היה מיזוג קונגלומרטי טהור) בין P&G לבין



Clorox שהייתה ספק דומיננטי של חומר ניקוי מלבין ביתי. בית המשפט פסל את המיזוג בשל הפגיעה בתחרות הפוטנציאלית וכן בשל החשש מפני חיזוק מעמדה הדומיננטי של Clorox בשל הגבהת חסמי כניסה כתוצאה מהמיזוג. החשש מהגבהת חסמי הכניסה בוסס על יכולתה של P&G לקבל הנחות כמות על פרסום מוצרים בשל היקף הפרסום הגדול שלה, יתרון שלא עמד למתחריה, שהיקף הפרסום שלהם היה קטן בהרבה, וכן על הרתעת מתחרים בכוח מכניסה למאבקי פרסום עם P&G.

אולם, נראה שהגישה העולה מפסק דין זה, לפיה יש לפסול את המיזוג בשל הגברת היעילות של הפירמה המתמזגת כתוצאה מיתרונות לגודל שיוקנו לה עקב היקף פעילותה בשווקים אחרים, אינה נוהגת עוד במשפט האמריקאי. כך מציינים מחברי ה-ABA:

"Several early cases held that conglomerate mergers could violate Section 7 by entrenching the position of a dominant firm in a market [Procter & Gamble]. However, more recently the courts and the FTC have applied this theory very cautiously, with no cases finding liability on this theory since the 1970".

(p. 357-358).

גם ד"ר גל מציינת בספרה, שגישתו של המשפט האמריקאי בנושא זה השתנתה בשני הדורות האחרונים שם, בעמ' 212).

מעבר לכך, דומה שגישתו של בית המשפט בפס"ד בעניין **Procter & Gamble**, לפיה הגברת היעילות של הגוף המתמזג יכול שתהא שיקול לפסילת המיזוג, מוסברת על רקע גישתו העקרונית לגבי היעילות כשיקול בבחינת כשירותו של המיזוג. על-פי גישה זו, אין להכיר ביעילות כטענת הגנה נגד פגיעתו של המיזוג בתחרות. כך ציין בית המשפט בנושא זה:

"Possible economies cannot be used as a defence to illegality. Congress was aware that some mergers which lessen competition may also result in economies but it struck the balance in favour of protecting competition".

בפסק הדין בעניין **תנובה** קבע בית הדין להגבלים עסקיים, שנושא היעילות הנו שיקול לגיטימי במסגרת שיקוליו של הממונה ועליו להביאו בחשבון כשהוא שוקל את היתרונות הכרוכים במיזוג מבחינת הגברת היעילות (סעיף ג' לפסק הדין). בית המשפט העליון השאיר שאלה זו בצריך עיון. (סעיף 18 לפסה"ד של כב' הנשיא ברק)

בענייננו איננו רואים צורך להיזקק לשאלה העקרונית הנוגעת למקומה של הגנת היעילות בתחום הפיקוח על המיזוגים. מכל מקום, גם בלא לאמץ את עילת היעילות כטענת הגנה נגד פגיעה בתחרות עקב המיזוג, ודאי שאין לפסול מיזוג רק בשל הגברת היעילות הכרוכה בו. גישה זו נתמכת על-ידי המלומדים Areeda ו-Turner אשר מציינים, תוך התייחסות לפסק הדין בעניין **Procter & Gamble**:

"A few cases have stressed concern that a merger would enhance the position of an already dominant firm.... Such concerns have been pressed primarily by the Federal Trade Commission, but even the FTC has declared that improved efficiencies.. are certainly no reason to condemn a merger not otherwise shown to be anticompetitive. This point is absolutely central. Whatever one is to make of the entrenchment concern, as we discuss shortly, the doctrine does not condemn efficiencies as such".

(Vol. V, p. 5-6).

#### ההיבט האנכי - חסימת שוק

77. הואיל ותנובה פעילה בתחום המשחטות, בבעלותה החלקית (50%) שתי משחטות (עוף הנגב ומעוף) ושתי משחטות נוספות שנסגרו (עוף ירושלים וקורניש) והיא משווקת תוצרתן של ארבע משחטות נוספות (עוף טוב, עוף הגליל, עוף העמק, ומילועוף), והואיל והעוף המעובד המיוצר ומשווק על-ידי משחטות אלה מהווה תשומת ייצור מרכזית במפעלי מוצרי העוף, הרי שהמיזוג שלפנינו הוא מיזוג אנכי.

78. ככלל, מיזוג אנכי נתפס בספרות ובפסיקה כתופעה כלכלית רצויה. כך נאמר בעניין זה בספרו של Areeda (מהדורה מחודשת):

"As will become clear from this discussion, we believe that the great majority of vertical mergers are procompetitive, consistent with our belief that

most instances of vertical integration, even by a monopolist, are competitive".

(Vol. IVA, p. 149)

79. עם זה, מיזוג אנכי עשוי שיהא כרוך גם בחסרונות אשר עשויים לפגוע בתחרות. החשש העיקרי במיזוג אנכי הוא מפני חסימת שווקים (foreclosure).

התייחס לכך בית הדין בפסק הדין בעניין **תנובה** :

"שילוב אנכי מהווה חסם כניסה במידה שהוא מונע כניסה לשלב בודד בשרשרת הייצור והשיווק וכופה על מי שחפץ להיכנס לענף אף להיכנס בו-זמנית לשורה של שלבים עוקבים, על כל המשתמע מכך לגבי דרישות ההון".

(שם, סעיף טו).

גם בית המשפט העליון קבע באותה פרשה, כי שילוב אנכי עשוי להוות מחסום כניסה. (שם, בעמ' 237).

80. במקרה שלפנינו החשש שמעלה העוררת, הוא מפני חסימת ההספקה של עופות מעובדים, המשמשים כתשומה עיקרית בייצור מוצרי עוף, בפני המתחרים בשוק מוצרי העוף. חשש זה נעוץ באפשרות שתנובה תנצל את היתרון המוקנה לה מכוח מעמדה בשוק שיווק העוף המעובד למניעת הספקת חומרי גלם ליצרנים אחרים של מוצרי עוף אשר מתחרים בה.

זה גם היה החשש שהדריך את הממונה בקביעת תנאי המיזוג, הגם שלא הייתה לפניו כל אינדיקציה המבססת חשש זה, מעבר לתלונתה של העוררת (ראה עדותה של רונית זאורבך, פ. 7.5.01, עמ' 18).

81. על רקע זה, טוענת העוררת, שכל יצרני מוצרי העוף קשורים בקשרי בעלות או הפצה בלעדיים עם משחטה, וכי "המשחטות שלהן צמוד מפעל מוצרי עוף מספקות את תצרוכת חזה הפטם של אותם מפעלים ואינן זמינות למפעלי מוצרים אחרים, כדוגמת פוד קלאב, או מתחרה פוטנציאלי חדש". כתוצאה מן המיזוג, נטען, על מתחרה המבקש להיכנס לשוק מוצרי העוף להיכנס בו זמנית לשני שלבי הייצור – השחיטה וייצור מוצרי העוף, אם בדרך של רכישת משחטה ואם בדרך של התקשרות קבועה עם משחטה צמודה למפעל לשם קבלת אספקה קבועה של חומרי גלם איכותיים במחירי שוק. מכאן, לפי הטענה, שמבנה השוק אשר נוצר עקב המיזוג

גורם להגבהתם של חסמי הכניסה לשוק עד כדי כך, שכניסתו של מתחרה חדש לשוק הופכת, כלשונה של העוררת, להתאבדות של ממש.

82. בפסק הדין בעניין **תנובה**, לא ראה בית הדין להגבלים עסקיים, וכמוהו בית המשפט העליון, בשילוב האנכי של תנובה בתחום הפטס, כמחסום כניסה המצדיק לפסול את המיזוג. כך קבע בעניין זה בית המשפט העליון:

"אשר לשילובה האנכי של המשיבה (שאינו שנוי במחלוקת לגופו), הרי שגם בו לא מצאנו במקרה שלפנינו מחסום כניסה שיש בו כדי להביא לפסילת המיזוג. אכן, מקובל לראות בשילוב אנכי ומערך הפצה מפותח מחסום כניסה רלבנטי. אולם לא מצאנו בנתונים שהובאו בפנינו יסוד לסטייה ממסקנתו של בית הדין ולפיה לא הוכח כי יש בשילוב אנכי זה כדי לפסול המיזוג. מקובל עלינו, כי יש בשילוב אנכי זה כדי להקשות על מתחרה פוטנציאלי מלהיכנס לענף הרלבנטי. ייתכן שיהא בעובדה זו כדי לייקר את עלות הכניסה לענף. בה בעת, לא שוכנענו כי קושי זה כשלעצמו צריך להוביל במקרה שבפנינו לפסילת המיזוג כולו".

(שם, בעמ' 237).

83. גם במקרה שלפנינו, לא הוכח שהמיזוג מקים, בשל פעילותה של תנובה בתחום שיווק העוף המעובד, מחסום כניסה המצדיק את פסילתו.

84. מבחינה עובדתית, מחייבת הטענה בדבר חסימת שוק, לבחון, תחילה, את היקפם של ערוצי השיווק אשר עשויים להיחסם בפני העוררת עקב המיזוג. לצורך כך יש לעמוד על חלקה של תנובה בכלל ערוצי השיווק המספקים, או מסוגלים לספק, חומרי גלם (עוף מעובד) לתעשיית מוצרי העוף.

85. העוררת טוענת, כאמור, שתנובה היא בעלת מונופולין בשוק שיווק העוף המעובד, והיא מצמצמת שוק זה לשוק שיווק העוף המעובד המיוצר במשחטות התעשייתיות. העוררת מבססת טענה זו על חוות הדעת של הכלכלן מרגלית, לפיה סך השחיטה של העוף החי עמדה בשנת 1998 על 229,000 טון, מתוכה 166,000 טון שחיטה במשחטות התעשייתיות וחלקן של המשחטות התעשייתיות הנשלטות על-ידי תנובה, בין מכוח בעלות ובין מכוח הסכמי שיווק, עמד על 121,000 טון, שהם כ-73% מתוך כלל השוק. תוצאה דומה, טוענת העוררת, עולה מחוות דעתו של הכלכלן גדיש. לפי חוות-דעת זו, סך כמות העוף החי בשנת 1999 עמדה על 238,000 טון,

מתוכה 171,000 טון נשחטו במשחטות התעשייתיות וחלקן של המשחטות הנשלטות על-ידי תנובה מתוך אלה עמד על 107,600 טון.

86. בנושא זה נפלו בין הצדדים שלוש מחלוקות עיקריות. האחת, נתח השוק של תנובה יחושב מתוך השיווק של המשחטות התעשייתיות בלבד, או מתוך כלל שיווק העוף המעובד, אשר כולל גם את המשחטות העירוניות. המחלוקת השנייה, היא האם יובא בחישוב לצורך זה גם השיווק הלא מדווח, העומד על-פי הערכה על כ- 10% מכלל השיווק. הנושא השלישי הנתון במחלוקת בין הצדדים בהקשר זה, הוא האם, בחישוב נתח השוק של תנובה יובא בחשבון, לגבי המשחטות המשווקות על-ידי תנובה אך אינן בבעלותה, כלל השיווק של אותן משחטות, או רק אותו חלק של התוצרת שלהן המשווק על-ידי תנובה (כ- 87%).

87. אשר למחלוקת הראשונה, טוען מר מרגלית המומחה מטעם העוררת, שאין לכלול בחישוב היקפם של ערוצי השיווק הנחסמים בפני העוררת את המשחטות העירוניות. זאת, לטענתו, משום שמשחטות אלה משווקות:

"בד"כ לשוק החם, שזה המגזר החרדי, זה השווקים הפתוחים וזה מפעלים ללא אישור וטרינריים. זה נמכר ברמת איכויות ללא פיקוח וטרינר, וזה רמה שמפעלים תעשייתיים לא יכולים להשתמש בהם ורשתות שיווק לא תכנסנה את זה לחנות".

(פ. 16.4.2001, עמ' 113).

מנגד, העיד מר חלבי:

"למה דווקא להיטפל למשחטות התעשייתיות, יש משחטות שהם לא תעשייתיות, משווקות חזה, ואפשר לקנות גם מהם. אין בלעדיות, למעט מה שעלה פה, מבחינה וטרינרית ומבחינת כשרויות, עדיין ניקח נגיד משחטה שהלכה וגדלה בתקופה האחרונה, משחטת אטיאס באזור חיפה, והיא שוחטת כבר כמויות גדולות. אפשר לקנות גם ממנה, זה רק בשנתיים האחרונות שהיא גדלה כך, אפשר גם לקנות ממנה חזה, כמו פסטה, כמו חזה, כמו עוף, כמו כל דבר אחר. יש לה את האישורים הוטרינרים, והיא מוכרת גם ברשתות".

(פ. 16.4.01, עמ' 117).

הממונה טוען, שאין מקום לצמצם את השוק הרלוונטי בו נבחן חלקה של תנובה, ל"תוצרת המשחטות התעשייתיות" תוך התעלמות מהשחיטה הנעשית במשחטות

העירוניות. כדי להגיע לתוצאה כזו, הוא טוען, היה על העוררת לנמק ולהוכיח כי מדובר בשוק מוצר רלוונטי נפרד, דבר שלא נעשה. עוד טוען הממונה, על יסוד עדותו של מר חלבי, כי מהראיות עולה כי משקלן של המשחטות העירוניות בכלל שחיטת הפטם הולך וגדל וכי חלקן שוחטות בהיקפים המתקרבים לאלה של משחטות תעשייתיות (עמ' 50 לסיכומיו).

88. לעניין חישוב שיעור החסימה הקמה עקב המיזוג, יש להביא בחשבון רק את אותם ערוצי שיווק של חומרי גלם הפתוחים בפני יצרני מוצרי העוף. לצורך כך, מקובל עלינו, שהשיקולים שהזכיר מר מרגלית בחוות דעתו, עשויים להצביע על כך, שאותן משחטות שהשחיטה בהן נעשית ללא פיקוח וטרינרי וברמות איכות ירודות, אינן באות בחשבון כמקור הספקה למפעלי מוצרי העוף או לרשתות השיווק. מסיבה זו אנו סבורים, שאין להביא בחשבון גם את השחיטה הלא מדווחת. מאידך, עולה מעדותו של מר חלבי, שלפחות חלק מהמשחטות העירוניות יכולות לספק, מבחינת איכות המוצרים והפיקוח הוטרינרי, חומרי גלם לתעשיית מוצרי העוף. לאור האמור, ובהעדר נתונים טובים יותר, נביא בחישוב היקפם של ערוצי השיווק הפתוחים בפני תעשיית מוצרי העוף, רק מחצית מהיקף השחיטה העירונית.

89. אשר למחלוקת השלישית, מקובלת עלינו עמדתם של הממונה ושל תנובה, שיש לכלול בחישוב הנתח של תנובה בשיווק העוף המעובד, רק את כמות העוף המעובד המשווקת על-ידי תנובה, אשר עומדת, בהתייחס למשחטות שאת תוצרתן היא משווקת, על 87% מתוך כלל כמות העוף המעובד המיוצרת על ידן (ראה: סעיף 6 לתצהירו של מר רייכמן שאושר על-ידי מר מרגלית, עמ' 28). זאת, גם לאור העובדה, שמקטע זה של השיווק (שאינו מתבצע על-ידי תנובה) כולל את ההספקה למפעלי מוצרי העוף, אשר מתבצעת על-ידי המשחטות באופן ישיר, ולא באמצעות תנובה.

הכלכלן מרגלית ביסס את הטענה, שיש לחשב את נתח השוק של תנובה על-פי היקף השיווק הכולל של המשחטות עמן היא קשורה ולא על-פי השיווק בפועל של אותן משחטות על-ידי תנובה, על הטענה, ששיווק בשיעור כה גבוה, יוצר תלות של המשחטות בגוף המשווק (פ. 16.4.01, עמ' 28).

אולם, הגדרת מונופולין שבחוק ההגבלים העסקיים מבוססת על נתח שוק ולא על כוח שוק. גם בהיבט של כוח שוק, נודעת חשיבות לכך שהספקת חומרי הגלם למפעלי המוצרים מתבצע על-ידי המשחטות באופן ישיר, ולא הוכח שתנובה מגבילה את המשחטות המשווקות על ידה (שאינן בבעלותה) בהספקת חומרי גלם לעוררת או

ליצרני עוף אחרים. הנחה בדבר קיומה של הגבלה כזאת ודאי אינה סבירה לגבי משחטת "עוף טוב" הנמצאת בבעלות משקי עמק בית שאן ואסם, אשר משווקת את תוצרתה לקמעונאים ולשוק המוסדי באמצעות תנובה, ובה בעת, מספקת את חומרי הגלם הנדרשים למפעל "עוף טוב", הנמצא בבעלות משותפת של בעלי המשחטה, וטבעול (שבבעלות אסם/נסטלה), שהוא המתחרה העיקרי של מפעל מוצרי העוף של תנובה. ברור, שלתנובה אין שליטה על הספקת העוף המעובד על-ידי משחטה זו למפעל מוצרי העוף של "עוף טוב". חרף זאת, חישוב נתח השוק הנחסם בעקבות המיזוג כולל, לשיטתה של העוררת, גם את אותו חלק של כמות העוף המעובד המיוצרת על-ידי משחטת "עוף טוב" ואינה משווקת על-ידי תנובה.

90. על יסוד ההנחות דלעיל עולה, שחלקה של תנובה בשיווק העופות המעובדים (פטים והודו) עומד על כ- 46% לפי החישוב הבא:

היקף השחיטה הכוללת של פטים בשנת 1999 עמד, על-פי חוות דעתו של מר גדיש, על 238,000 טון. בניכוי מחצית השחיטה העירונית (33.5000) וההפחתה הצפויה בייצור של משחטת עוף קור לאחר העברתה לשיווק דרך קב' מאיר עזרא (7,000), עומד הייצור הכולל של הפטים על בסיס נתוני אותה שנה, על 197,500 טון.

חלקה של תנובה בשיווק הפטים עמד על 117,600 טון. לכמות זו יש להוסיף כשליש (3,460 טון) מהייצור של משחטת עוף חיפה שנסגרה ונקלט על-ידי משחטת מילועוף המשווקת על-ידי תנובה (ראה עדותו של מר רייכמן, פ. 7.5.01, עמ' 240). מכמות זו יש להפחית את השיווק (17 אלף טון) של משחטת עוף קור (שעברה לשווק, כאמור, באמצעות קבוצת מאיר עזרא). בנוסף, יש להפחית מכמות זו את אותו חלק מהייצור של המשחטות המשווקות על-ידי תנובה (ואינן בבעלותה) שלא משווק על-ידי תנובה (13%), בהיקף של 9,980 טון. כמות הפטים הכוללת המשווקת על-ידי תנובה, על בסיס נתוני אותה שנה, עומדת, לפיכך, על כ- 94,000 טון. זאת, מתוך ייצור בהיקף כולל של 197,500 טון. מכאן, שחלקה של תנובה מתוך כלל ערוצי השיווק הרלוונטיים לענייננו, כמקור להספקת פטים לתעשיית מוצרי העוף, עמד, על בסיס נתוני שנת 1999, על כ- 47.6%.

חלקה של תנובה בשיווק ההודו עמד על 43,100 טון מתוך שיווק כולל של כ- 103 אלף טון (לאחר ניכוי מחצית השחיטה במשחטות העירוניות), והוא מהווה כ- 41.8% מתוך כלל תפוקת ההודו.

סה"כ שיווק העופות המעובדים על-ידי תנובה (פטם והודו) עמד על 137,100 טון, כמות המהווה כ- 45.6% מתוך כלל השיווק, שהיקפו עומד על כ- 300 אלף טון.

(כל הנתונים דלעיל, הם במונחי עוף חי).

91. חשיבות מיוחדת, בהקשר שלפנינו, נודעת לחזה הפטם, שהוא המוצר היחיד אשר הספקתו נחסמה, לטענת העוררת, בפניה עקב המיזוג.

על-פי הראיות, שיעור הפסולת בשחיטה הוא כ- 30%, דהיינו, משקל העוף המעובד השחוט עומדת על כ- 70% ממשקל העוף החי. מתוך כמות זו, מרכיב חזה העוף (לאחר פירוק העוף) עומד על כ- 19%.

מכאן, שכמות חזה העוף שניתן להפיק מתוך כלל כמות העוף המעובד המסופקת לשוק (197,500 טון), עומדת על 26,267 טון. בהתחשב בכך שרק מחצית מכמות העופות מופנית לפירוק, בעוד שחלקה האחר נמכר כעופות שלמים, כמות חזה העוף המיוצרת בפועל עומדת על כ- 13,130 טון. עם זה, למשחטות קיים פוטנציאל ייצור גבוה יותר (עד כ- 26 אלף טון), בשל היכולת, בהינתן ביקושים מתאימים, להגדיל את היקף הפירוק על חשבון מכירת העופות השלמים (ראה עדותם של רייכמן, פ. 7.5.01, עמ' 231 וגדיש, פ. 9.5.01, עמ' 17).

צריכת חזה הפטם של כל מפעלי מוצרי העוף יחד עומדת על כ- 4,000 טון לשנה עדות מר רייכמן (פ. 7.5.01, עמ' 227-228) ו- מוצג תנובה 4). בעוד שצריכת חזה הפטם של מפעל עופקל עומדת על כ- 400 טון לשנה (עדויות של מר רייכמן, פ. 7.5.01, עמ' 236, והמוצג ממונה/3).

92. מבחינה משפטית, נבקש לעמוד, בהקשר זה שעניינו בחסימת שוק, על מספר כללים, בעיקר כאלה הנוהגים במשפט המשווה, שיש להם רלוונטיות למקרה שלפנינו. (הציטוטים שבסעיף זה להלן, אם לא נאמר אחרת, הן מהנחיות המיזוגים, שאינם מיזוגים אופקיים, של משרד המשפטים האמריקאי. בפרק זה להלן, גם – "הנחיות המיזוגים").

ראשית, כדי לפסול מיזוג אנכי על רקע הקושי הכרוך בשילוב אנכי, יש להוכיח שהמיזוג עצמו, הוא שיוצר או מגביה חסם כניסה זה. כך עולה מסעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים, הקובע שהממונה יתנגד למיזוג אם לדעתו קיים חשש סביר כי



**כתוצאה מן המיזוג** תפגע באופן משמעותי התחרות. כך גם קובעות הנחיות המיזוגים של משרד המשפטים האמריקאי :

"In certain, circumstances, the vertical integration resulting from vertical mergers could create competitively objectionable barriers to entry".

(Para 4.21).

כדי לפסול מיזוג על רקע זה, יש להוכיח שרמת השילוב האנכי הקיימת בשוק הנה כה גבוהה, עד שהיא מחייבת כניסה מקבילה לשני שלבי הייצור :

"The degree of vertical integration between the two markets must be so extensive that entrants to one market (the 'primary market') also would have to enter the other market (the 'secondary market') simultaneously".

(Para 4.21).

רמת שילוב גבוהה כזו, מתקיימת רק במקום שבו לא קיימים בשוק, במידה מספקת, מקורות הספקה "חופשיים" שאינם משולבים אנכית.

"If there is sufficient unintegrated capacity in the secondary market, new entrants to the primary market would not have to enter both markets simultaneously".

(Para 4.211).

על מקורות ההספקה ה"חופשיים" שאינם "כבולים" לשילוב האנכי, יימנו לצורך כך גם מקורות הספקה משולבים (אנכית), ככל ועד כמה, שהשילוב האנכי אינו חוסם את מלוא תפוקתם ומותיר חלק ממנה זמינה גם למתחרים אחרים. גם לעניין זה מתייחסות הנחיות המיזוגים האמריקאיות :

"Ownership integration does not necessarily mandate two-level entry by new entrants to the primary market. Such entry is most likely to be necessary where the primary market uses all of the capacity of its associated firm in the secondary market. In many cases of ownership integration, however, the functional fit between vertically

integrated firms is not perfect, and an outside market exists for the sales (purchases) of the firms in the secondary market".

(Para 4.211, foot not 11).

והמלומדים Areeda, Hovenkamp ו- Solow מציינים בעניין זה בספרם :

"Where integrated suppliers have regularly produced and sold supplies in excess of their fabricating needs, there is no reason to assume that they will cease to do so: supply or price squeezes are possible but improbable".

(V. IVA, P. 9).

אשר לשיעור החסימה המקים חשש לפגיעה משמעותית בתחרות, המצדיקה לפסול מיזוג, נקבע בעבר במשפט האמריקאי, שגם בחסימת נתח שוק קטן, של 1.5% בלבד, די כדי לפסול מיזוג (**Brown Shoe Co. v. United States**, 82 S. Ct. 1502). בפסקי דין מאוחרים יותר שונתה גישה זו, ונקבע, שבחסימת שוק אין כדי להצביע על פגיעה בתחרות, אלא אם מדובר בחסימה המתקרבת לשיעור מונופוליסטי. ברוח זו נקבע בפסק הדין בעניין **Fruehauf Corp. v. FTC**, 603 F2d 345 (2d Cir. 1979):

"No such per se rule has been adopted, except where the share of the market foreclosed reaches monopoly proportions".

כך גם נקבע במהדורה המחודשת של ספרו של Areeda :

"Only where foreclosure has reached monopolistic proportions, or threatens to do so, does it become troublesome, and even then the effects will not be detrimental unless entry barriers are increased or competitive pricing is threatened".

(V. IVA, p. 143).

המלומד Hovenkamp משווה בספרו לעיל <sup>2nd</sup>,ed **Federal Antitrust Policy**, (p.90) את שיעור החסימה הנחשב כאנטי תחרותי בהסדרים כובלים היוצרים שילוב אנכי, כגון הסדרי קשירה או הסדרי בלעדיות, לשיעור החסימה אשר עלול לפגוע בתחרות עקב מיזוג אנכי. לדעתו, במיזוג אנכי יש לאמץ אמת מידה קשיחה במקצת מזו שנוהגת בהסדרים כובלים אנכיים. שכן פגיעתו של מיזוג אנכי בתחרות עשויה להיות גדולה יותר, בשל אופיו היציב והממושך יותר, ובשל העדר התנגדות אשר יכולה לקום כלפי הסדר כובל כזה מצד הפירמה שבמורד שרשרת הייצור, עקב כך שבמיזוג היא נבלעת בגוף הממוזג. לאור כך, הוא סבור, שיש להעמיד את שיעור חסימה הנחשב כפוגע בתחרות במיזוגים אנכיים על שיעור שבין 20% ל – 25%. אך זאת, רק בהתקיים חסמי כניסה גבוהים או בהינתן סממנים אנטי תחרותיים אחרים (תיאום אוליגופולי, הסדרים כובלים) בשוק הרלוונטי:

"Since the Supreme Court's decision in *Jefferson Parrish*, courts have tended to approve tying and exclusive dealing arrangements when the upstream firm's market share is less than 30%. A slightly more aggressive standard seems appropriate for vertical mergers.

...

As a result, condemnation on market shares of 25% or perhaps even 20% might be appropriate, provided that economies of scale are significant, entry barriers into both markets are high, and other market factors indicate that collusion or oligopoly is likely".

(p. 387).

93. לרקע האמור, אנו סבורים, שהשילוב האנכי אשר נוצר עקב מיזוג שלפנינו, אינו מקים חסימת שוק העלולה לפגוע בעוררת או באחרים. זאת, לאור השיקולים הבאים:

ראשית, בשוק שלפנינו, לא היה זה המיזוג אשר הקים את חסם הכניסה הכרוך בשילוב אנכי של מפעל מוצרי עוף עם משחטה. שהרי גם קודם למיזוג היה מפעל עופקל משולב אנכית עם משחטת עוף הגליל. גם שאר מפעלי המוצרים היו משולבים עם משחטה. מבחינה זו, המיזוג לא יצר שילוב אנכי חדש, אלא החליף את השילוב האנכי שהיה קיים קודם למיזוג בשילוב אנכי חדש, בין עופקל לבין משחטות הקשורות עם תנובה.

שנית, בשוק קיימים מקורות הספקה, שאינם משולבים בקשר אנכי עם משחטות, אשר יכולים לספק כרבע מתפוקת הפטם וכשליש מתפוקת ההודו עוף (משחטת הוד חפר ומחצית מהמשחטות העירוניות).

שלישית, גם המשחטות המשולבות עם מפעלי מוצרי עוף מספקות את רוב תפוקת חזה הפטם שלהן לביקושים שאינם קשורים למפעלים אלה. מסקנה זו נלמדת מכך, שתעשיית מוצרי העוף כולה נזקקה (בשנת 2001) לכ - 4,000 טון חזה עוף, בעוד שתפוקת המשחטות של חומר גלם זה עמדה על כ - 13,130 טון לשנה. מכאן, שהתעשייה כולה צרכה רק כ - שליש מהייצור של חזה עוף במשחטות. זאת בלא להביא בחשבון את פוטנציאל הייצור הגבוה בהרבה של המשחטות. מכאן, שהשילוב האנכי של המשחטות המשולבות כולן חוסם רק חלק קטן מתפוקתן.

רביעית, **ועיקר**, ככל שמדובר בחשש לחסימת שוק מבנית אשר קמה עקב המיזוג, חסימה זו נוגעת רק לחלקו של הגוף הממוזג - עופקל - בשוק. שהרי, כפי שראינו, לצורך חישוב שיעור חסימת השוק אשר קמה עקב המיזוג, יש להביא בחשבון גם מקורות אספקה משולבים, ככל ועד כמה שהשילוב האנכי אינו חוסם את מלוא תפוקתם ומתיר את חלקה זמין לצורכיהם של לקוחות אחרים. היקף צריכת חזה העוף השנתית הכוללת של מפעל עופקל עומדת, כאמור לעיל, על כ - 400 טון. כמות זו מהווה כ - 3% בלבד מתוך תפוקת חזה הפטם במשחטות. מדובר אפוא בשיעור שולי, שאינו נחשב, על-פי כל אמת מידה, כחסימה של ממש.

חמישית, נתח השוק של תנובה, מתוך כלל שיווק העוף המעובד עומד, כפי שהוסבר לעיל, על כ - 45.6%.

אילו נחסם נתח שוק זה, המתקרב לממדים מונופוליסטיים, עקב המיזוג במלואו בפני העוררת, היה בכך כדי לפסול את המיזוג. אלא שלאור האמור, החסימה אשר קמה עקב המיזוג עומדת על שיעור זניח, שאין לו כל קשר לנתח השוק הכולל של תנובה בשיווק העוף המעובד.

בהקשר זה יש להביא בחשבון גם את העובדה שמבין המשחטות עמן תנובה קשורה, רק שתי משחטות נמצאות בבעלותה (החלקית), בעוד ששאר המשחטות אינן בבעלותה, וקשריה עמן הם קשרי שיווק. כפי שעולה מעדותו של רייכמן, לתנובה אין הסכם המחייב את המשחטות לספק את תוצרתן באמצעות תנובה, ואלה יכולות להפסיק את קשריהן עמה בכל עת (פ. 7.5.01, עמ' 239). קשר מסוג זה, אינו מקנה לתנובה שליטה קבועה ומתמשכת על שיווק התוצרת של אותן משחטות, ומשמעותו, מבחינת השיקול הנוגע להפעלת כוח שוק, מוגבלת. התייחס לכך בית הדין להגבלים עסקיים גם בפרשת **תנובה** :

"יש ליחס משמעות גם לעובדה שישנן, כמפורט, משחטות שתנובה משווקת את תוצרתן לפי חוזים ארוכי טווח, אך הן אינן בבעלותה. מטבע הדברים אנו צופים בהערכותינו את פני העתיד. העתיד הוא דינמי בעניינים שונים. המובליות בעניינים השונים משנה כליל את התוצאה".

(סעיף ט 6 לפסק הדין).

העוררת טוענת, שחסימת השוק אשר תקום עקב המיזוג לא תצטמצם לכמות העוף המעובד הנדרשת למפעל עופקל, והיא תעלה כדי ניסיון לחסום בפני העוררת כליל את הספקת העוף המעובד, בייחוד חזה העוף, המשווקת על-ידי תנובה.

טענות אלה של העוררת, אינן טענות מבניות, שכן הן אינן נגזרות ממבנה השוק אשר נוצר בעקבות המיזוג, אלא טענות התנהגותיות, שעניינן בחשש מפני דחיקת מתחרים. לטענות אלה נתייחס בהמשך.

שישית, הוצגו לפנינו ראיות המצביעות על כך שבפועל, הספקת עוף מעובד אינה מחייבת רכישת משחטה, והיא עשויה להתאפשר גם מכוח הסכמי רכישה. כך עולה מתצהירו של מר כהן, מנכ"ל משחטת עוף העמק :

"למשחטה אין כל קושי להתקשר עם מפעל למוצרי עוף בהתקשרות חוזית לצורך אספקה סדירה של חומרי גלם, לרבות חזה עוף".

(וראה גם עדותו של מר כהן (פ. 24.5.2001, עמ' 8)).

מר קרייטי העיד אף הוא, כי אין הכרח שמפעל מוצרי עוף יחזיק בבעלותו משחטה :

"ת. אילו הייתי מפעל, הייתי יכול בהחלט לקבל איכויות וגם מחירים לפי מחירי שוק, לפעמים השוק יורד, לפעמים השוק עולה והייתי יכול לבחור, כשאני כבול למשחטה מבחינה זאת, אז מצד אחד יש היתרון של הערך הנחסך של העלויות, לעומת החיסרון שאתה תמיד צריך מאותה משחטה, גם מפעל תעשייתי לא כל הזמן מקבל, לאורך כל התקופה מייצר בצורה שווה. אם יש לו פיק והמפעל הזה שהוא צמוד לו לא מסוגל לספק. יש דוגמא, זוגלובק יש לו משחטה והוא הקניין הגדול ביותר של חומר גלם בארץ למרות שיש לו משחטה".

(פ. 9.5.01 בעמ' 147-148).

ברוח דומה העידה גם כלכלנית הרשות להגבלים עסקיים :

י"ש. אפשר להתקשר בהסכמים לטווח ארוך נכון?  
 ת. כן. נאמר לי על-ידי מנהלי המשחטות שאפשר להתקשר  
 בהסכמים לטווח ארוך, כלומר מנהלי המשחטות מוכנים  
 להתקשר בהסכמים לטווח ארוך גם עם מפעלים שלא  
 קשורים אליהם בבעלות.  
 ש..ולמה הם לא התקשרו עם פוד קלאב בהסכמי שכר  
 כאלה?  
 ת. לטענתם או שפוד קלאב בכלל לא פנתה אליהם, או שהם  
 כנראה לא הגיעו להסכמות מסחריות על מחיר, על תנאים  
 וכו', אבל הם מוכנים למכור".

(פ. 7.5.00 בעמ' 49).

וראה, בדומה, עדותו של מר חלבי, מנכ"ל עוף הגליל (פ. 16.4.01, עמ' 117).

שביעית, עובדה היא שהעוררת עצמה הקימה מפעל לייצור מוצרי עוף והצליחה  
 לרכוש נתח שוק משמעותי גם בלא לרכוש משחטה משלה. גם מכאן ניתן ללמוד,  
 ששילוב של מפעל מוצרי עוף עם משחטה, אינו חיוני להפעלת מפעל מוצרי עוף.

שמינית, חלקו של חזה העוף בסך מכירותיה של העוררת עמד קודם למיזוג על 10%  
 בלבד (עדותו של מרגלית, פ. 16.4.01, עמ' 77). מכאן, שאפילו פוגע המיזוג בהספקת  
 חזה העוף לעוררת, מדובר בפגיעה שהיקפה, יחסית להיקף הייצור של העוררת  
 בתחום זה, קלה.

94. 94. המסקנה העולה מכל אלה, הנה שמבחינה מבנית, המיזוג שלפנינו אינו  
 מעלה חשש סביר לחסימת ההספקה של חומרי גלם לעוררת והוא אינו מחייב כניסה  
 מקבילה לשוק העוף המעובד, בדרך של רכישת משחטה.

95. 95. בכך איננו מבקשים לומר שהשילוב האנכי עם משחטה אינו מקנה  
 לתנובה יתרונות על פני יצרנים (ובשלב זה מדובר רק בעוררת) שאינם משולבים.  
 אכן, מקובל עלינו ששילוב האנכי מביא ליעול הייצור ומקנה ליצרן המשולב יתרון  
 על פני יצרנים שאינם משולבים אנכית. אלא, שיעול הייצור כשלעצמו, אינו יכול  
 לשמש עילה להתנגד למיזוג.

-  
 -

#### טענות התנהגותיות

96. 96. עד כאן דנו בטענות מבניות המבוססות על מבנה השוק שנוצר עקב  
 המיזוג.

בנוסף על טענות אלה, מעלה העוררת טענות התנהגותיות שאינן קשורות למבנה השוק. עניינן של טענות אלה בחסמי כניסה שנוצרו, לפי הטענה, עקב התנהגותה של תנובה, במורד שרשרת הייצור, אל מול הלקוחות בשוק המוסדי וברשתות השיווק. טענות התנהגותיות נוספות שמעלה העוררת, עניינן בדחיקת מתחרים על-ידי אימוץ פרקטיקות התנהגות בלתי תחרותיות, בכלל זה עשיית הסדרים כובלים וסירוב לספק חומרי גלם.

-

97. בטרם נדון בפן העובדתי של טענות אלה, נבקש להתייחס למספר כללים הנוהגים בנושאים אלה במשפט המקומי ובמשפט המשווה.

כדי לפסול מיזוג על רקע חשש להתנהגות אנטי תחרותית, יש להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין המיזוג לבין אותה התנהגות. לצורך כך יש להראות, שהמיזוג עלול להקל על הנהגת פרקטיקות התנהגות אנטי תחרותיות או לעודד התנהגויות כאלה.

מסקנה זו עולה, מלשון החוק עצמו, אשר קובעת כי הממונה יתנגד למיזוג "אם לדעתו קיים חשש סביר כי **כתוצאה מן המיזוג** ... תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור ...".

התייחס לכך בית הדין להגבלים עסקיים בפרשת **תנובה**, שגם שם עלתה טענה כי תנובה הייתה צד להסדרים כובלים בנוגע למחיר העוף המעובד:

".... אנו סבורים כי טיפול נאות בנושא הסדרים כובלים (בין אלה הנהנים בינתיים מפטור ובין אחרים) עשוי להפחית, ובצורה משמעותית, את יכולתה של תנובה לעצב את המחירים בענף. עם זאת, הקשר בין נושא זה לבין סוגיית אישורו או פסילתו של המיזוג, אינו קשר הדוק. לא רכישתה או אי רכישתה של משחטה נוספת היא שתהא משמעותית בשאלת יכולתה של תנובה לעצב מחירים בענף".

ב.ד (סעיף

לפסה"ד).

מכאן, שעצם העובדה שאחת הפירמות המתמזגות נהגה בעבר, או אף נוהגת בהווה, בפרקטיקות התנהגות אנטי תחרותיות, בכלל זה התנהגות בלתי חוקית, אינה יכולה, כשלעצמה, לשמש שיקול לאסור על המיזוג. שכן, הפיקוח על המיזוגים אינו מבוסס על שיקולי ענישה. לשון אחר, טענה התנהגותית שאין לה קשר למיזוג, לא

תביא, בד"כ, לפסילת מיזוג. לצורך כך יש להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין המיזוג לבין ההתנהגות האנטי תחרותית.

ככלל, טענות בדבר חששות להתנהגות אנטי תחרותיות עקב מיזוג, צריך שתתמכנה בשיקולים מבניים (בצירוף שיקולים נוספים עליהם עמדנו לעיל). כלומר, יש להראות, שמבנה השוק שנוצר בעקבות המיזוג, עשוי להקל על הפירמה המתמזגת או פירמות אחרות לנקוט בפרקטיקות התנהגות בלתי תחרותיות או לעודד התנהגויות כאלה. כך נאמר בעניין זה בספרו של Areeda (מהדורה מחודשת):

"The inquiry whether a merger should be condemned on such grounds is 'objective', in that it tries to determine likelihood of anticompetitive behavior on the basis of the structure of the market and the evident structure and nature of the market's individual firms; it rarely or never considers the merging firms' manifested subjective intentions. To that end, firms are assumed to be profit maximizers within whatever environment they happen to find themselves".

(Vol IV, p. 84).

עם זה, וגם בהינתן הצורך בהצגת ראיות מבניות, קיומן של ראיות התנהגותיות עשוי להקל על הדרישה הראייתית בנושא המבני. כך, למשל, היסטוריה של התנהגות אנטי תחרותית בעבר, עשויה לשמש ראיה לכך שמבנה השוק שבו התקיימו הסדרים אלה מקל על עשייתם של הסדרים כובלים (סעיף 2 להנחיות המיזוגים האופקיים של משרד המשפטים האמריקאי וכן Areeda (מהדורה מחודשת), כרך 4, בעמ' 90). ראיות בדבר עשיית הסדרים כובלים בעבר או בהווה, אף עשויות לחזק שיקולים מבניים ולהביא לפסילת מיזוג במקום שאלמלא התנהגות כזאת, לא היה בשיקולים הנוגעים למבנה השוק, כשלעצמם, כדי להביא לפסילת המיזוג. (Areeda (מהדורה מחודשת), כרך 4, בעמ' 90). הוכחה בדבר קיומה של התנהגות אנטי תחרותית פלילית, תקשה מאוד לסתור חזקה, אשר עשויה לקום בהינתן ראיות מבניות בדבר ריכוזיות השוק, לפיה המיזוג עשוי לפגוע בתחרות (ABA, כרך 2, בעמ' 1597).

אולם, גם בשיקולים מבניים אין די, בהכרח, כדי לפסול מיזוג. פעמים, כאשר מדובר בחשש שהפירמה המתמזגת תנקוט בפרקטיקות התנהגות אנטי תחרותיות הכרוכות



ביסודות פליליים, נדרשת הוכחה שהגוף המתמזג נקט או נוקט בפועל בפרקטיקות התנהגות כאלה. שהרי אפילו תאמר ששינוי במבנה השוק עשוי להקל על התנהגות פלילית הפוגעת בתחרות, עצם העובדה שקיימת אפשרות בידי מתחרים לנהוג בדרך זו, אינה מקימה חזקה עובדתית שכך הם ינהגו. לצורך כך גם אין די בהנחה כי פירמות עסקיות מוחזקות כשואפות להשיא את רווחיהן. כפי שנאמר בהקשר זה בספרו של Areeda (מהדורה מחודשת), עצם העובדה שבפני אדם עומדת אפשרות להרוויח מרצח או ממעשה שוד, עדיין אינה מחייבת את המסקנה שבפועל כך הוא ינהג. בדומה, העובדה שפירמות עשויות לצאת נשכרות מתיאום מחירים בעל מאפיינים פליליים, אינה מלמדת שכך הן יעשו בפועל:

"As a third proposition, however, likelihood of express collusion should not be predicted on the basis of structural factors alone.

The reason, quite simply, is that while mere oligopoly coordination of prices is generally legal under the antitrust laws, explicit price fixing is not merely illegal, but is also a felony. The possibility of criminal penalties not limited to fines for corporations but also including prison sentences for managers entails that different criteria for assessing probabilities must be employed. Or, to say it differently, just as not every person in a position to profit from robbery or murder actually commits robbery or murder, not every group of firms in a position to profit from criminal price fixing will actually do so".

(Ibid, Vol IV, p. 89-90).

כאשר מדובר בהתנהגות אנטי תחרותית אשר נעדרת יסודות פליליים, ניתן, בד"כ, להסתפק בשיקולים מבניים. כך, בהתקיים חשש לתיאום אוליגופולי (שאינו בגדר הסדר כובל), די, ככלל, בשיקולים מבניים (בצירוף שיקולים דינמיים עליהם עמדנו לעיל), המצביעים על כך שהמיזוג עשוי להקל על נקיטה בפרקטיקות התנהגות כאלה, או אף לעודדן. זאת, על יסוד ההנחה שפירמות עסקיות שואפות להשיא את רווחיהן, ובהעדר מניעה חוקית, חזקה עליהן שכך יתנהגו.

עם זאת, גם במקרים שבהם מדובר בהתנהגות אנטי תחרותית שאינה כוללת יסודות פליליים, עשויות להידרש ראיות נוספות, מעבר לראיות מבניות. כך הדבר במקום שבו מדובר בחשש מפני התנהגות אנטי תחרותית אשר כרוכה בהוצאות או אף בהפסדים, כמו התנהגות של דחיקת מתחרים על-ידי הנהגת מחירים טורפניים או

סירוב למכור חומרי גלם (שאינה מיוחסת לבעל מונופולין, שאז היא עשויה לעלות כדי עבירה פלילית). הואיל וחשש כזה מבוסס על ההנחה שפירמות עסקיות שואפות להשיא את רווחיהן, ומאידך, בטווח הקצר, מדובר בהתנהגות הכרוכה בהוצאות או אף בהפסדים, יש להוכיח קיומה של תוחלת רווח עקב אותה התנהגות. לשון אחר, יש להוכיח שהגוף שינקוט בפרקטיקות התנהגות כאלה וישא בהוצאות ובהפסדים הכרוכים בכך, עשוי לצאת נשכר (לרבות החזר ההוצאות) מהתנהגות זו בשלב השני, לאחר דחיקת המתחרים מן השוק. כך מציינים Areeda ו-Turner בספרם לעיל:

"Predation cannot be considered significant likelihood where the market circumstances preclude a payoff substantially exceeding the losses suffered in the course of destroying rivals".

(Vol V, p. 223).

אולם, גם במקרה שבו קיימת תוחלת רווח, אין הכרח להניח שהגוף המתמזג ינקוט בפרקטיקה של דחיקת מתחרים:

"Even where predation might pay off, it need not occur. Managements may not perceive that possibility or may be unwilling to take the moral, economic, or legal risk".

(Areeda & Turner, *ibid*, Vol V, p. 223).

ככלל, מציינים מחברי המהדורה המחודשת של ארידה, קשה לחזות מראש את ההסתברות להתממשותם של חששות מפני התנהגות אנטי תחרותית של דחיקת מתחרים. זו גם הסיבה, הם מסבירים, בשלה הנחיות המיזוגים של משרד המשפטים האמריקאי (משנת 1992) אינן מתבססות עוד על שיקולים התנהגותיים של דחיקת מתחרים, כעילה לפסילת מיזוגים. מנגד, מרבית התביעות הפרטיות מבוססות על טענות התנהגותיות מעין אלה, דבר המסביר מדוע הצלחתן של תביעות פרטיות מסוג זה הנה כה נדירה (שם, כרך 4, עמ' 12).

על רקע זה נדון בהמשך בטענות ההתנהגותיות הנטענות על-ידי העוררת לגופן.

חסמי כניסה בשוק המוסדי

98. טוענת העוררת, כי ל"תנובה השפעה ועוצמה שיווקית אדירות והיא מנצלת את השפעתה זו בענפים אחרים אלו יחד עם השפעתה המכרעת בענף הפטם, על מנת לשלוט בשוק המוסדי ובמקביל לדחוק משם את העוררת ולמנוע כניסתו של מתחרה פוטנציאלי לשוק המוסדי".

על-פי הטענה, בעוד שלפני המיזוג היה על מתחרה חדש המעוניין להיכנס לשוק להתמודד עם יצרני מוצרי עוף אחרים, הרי שבעקבות המיזוג נדרש מתחרה חדש להתמודד גם עם כוחה של תנובה המספקת ללקוחות המוסדים מגוון של מוצרים ביניהם מוצרים בהם יש לתנובה מעמד מונופוליסטי.

בתצהירו של מר טנצר מיום 24.9.00 נטען, כי טרם המיזוג מכרה העוררת למלונות פרדייז הים האדום, הרודס ומוריה אילת, המנוהלים כולם על-ידי רשת מלונות שרתון, מגוון של מוצרים. לאחר המיזוג החליטה רשת שרתון, לפי הטענה, להתקשר בהסכם בלעדיות ו/או שיתוף פעולה עם תנובה, תוך שזו כורכת את שיווק מוצרי העוף עם שיווק מוצריה האחרים, לרבות מוצרים שבהם היא בעלת מונופולין. בעקבות כך, נטען, נתקלה העוררת בקשיים רבים במכירת מוצריה לרשת שרתון והיקף מכירותיה לרשת זו ירד בצורה ניכרת.

מר טנצר מוסיף וטוען בתצהירו, כי בחודש ינואר 2000, הודיע קניין רשת שרתון למנהל המכירות של פוד קלאב, מר מאיר פרץ, כי הרשת ערכה הסכם רכישה עם תנובה ועל כן היא מצמצמת את רכישת מוצרי העוף של העוררת, שבהם תנובה מתחרה בהיקף ניכר ומותירה על כנם מוצרים שתנובה אינה מתחרה בהם. קניין הרשת אף הבהיר, כי הסיבה לכך היא הסדרי הבלעדיות של רשת שרתון עם תנובה. גם כאשר פנה מנהל סניף אילת של פוד קלאב אל רשת שרתון והציע לה מוצרים מסוימים במחירים זולים ממחיריה של תנובה, סירבה הרשת להצעה בשל הסכמי הבלעדיות שלה עם תנובה.

99. סדרת טענות אלה של העוררת, כורכת טענות מטענות שונות בכפיפה אחת. הטענה האחת עניינה בניצול הכוח הקונגלומרטי של תנובה, אליה כבר התייחסנו לעיל. טענות אחרות עניינן בדחיקת מתחרים. לעניין האחרון יש להבדיל בין דחיקת מתחרים, שיסודה בפרקטיקות התנהגות אנטי תחרותיות, לבין דחיקה שהיא תוצאה של תחרות לגיטימית אשר נובעת מהצלחתו של מתחרה אחד לכבוש לעצמו נתח שוק על חשבון מתחריו. שהרי כניסה מוצלחת של מתחרה חדש לשוק עשויה להיות כרוכה בהגברת התחרות בשוק תוך החדרת מוצרים חדשים באיכות גבוהה, ואלה יביאו, בהכרח, לנגיסה בנתחי השוק של המתחרים האחרים. בתוצאה

זו, כשלעצמה, אין משום דחיקת מתחרים אנטי תחרותית ואין בה להצדיק את פסילתו של המיזוג. מתייחסים לכך המלומדים Areeda ו-Turner בספרם :

"The increase might have been relatively passive result of the declining effectiveness of rivals. Or the defendant might have competed more vigorously and effectively... . . . antitrust policy favoring competition would be frustrated by punishing an apparently lawfully merged firm with sanctions for competing effectively enough to increase its market share".

(Vol V, 344-345).

100. נותר לדון בהקשר זה בטענות העוררת בדבר התנהגות אנטי תחרותיות, שעניין בהסכמי בלעדיות והסכמי קשירה עם לקוחות מוסדיים. עניין של שתי הטענות בהתנהגות בלתי חוקית. לפיכך, הן מחייבות, כפי שנאמר לעיל, הצגת ראיות קונקרטיות, ואין יכולות להתבסס על טענות מבניות בלבד, גם לא על ההנחה, שחזקה על תנובה, כגוף עסקי, שתנקוט בדרכי התנהגות כאלה כדי להשיא את רווחיה.

101. העוררת לא הוכיחה טענות אלה. ראשית, הגם שטענת העוררת לגבי חסמי כניסה בשוק המוסדי מתייחסות לשוק המוסדי כולו, בפועל היא ממקדת את טיעוניה בהסדרי בלעדיות שנעשו על-ידי תנובה עם רשת מלוונות שרתון בלבד.

טענות אלה של העוררת מבוססות כולן על עדות שמיעה. כך עולה מעדותו של מר טנצר :

"ש. מי הודיע לך שצמצום או בעצם ביטול הרכישה, של המוצרים שבגלל שחתמו עם תנובה על בלעדיות אז בגלל זה לא רוכשים ממך, מי הודיע לך על זה בשרתון שזה בגלל תנובה?  
ת. קודם כל לא לי אלא למי מטעמי מנהל המכירות של החברה ... הוא ישב עם הקניין של מלוונות שרתון, זה היה באילת ואני אביא את השם שלו, אין לי כרגע את השם בפני".

(פ.15.4.01, עמ' 70-71).

בית הדין להגבלים עסקיים אמנם אינו כבול לדיני הראיות, והוא רשאי לקבל גם עדויות שמיעה. אולם, משהעוררת לא הציגה עדות מפי נציגי רשת שרתון, גם לא עדות מפי אותו נציג מטעמה שלו נאמרו הדברים, אין לייחס לעדותו של מר טנצר בנושא זה משקל ראייתי של ממש.

מנגד, מר רייכמן שלל בעדותו קיומם של הסכמי בלעדיות מכל וכל:

"ש. האם יש לכם הסכם בלעדיות עם רשת בתי מלון כל שהיא?  
ת. אני לא מכיר בלעדיות, אני מכיר הסכמים עם הרשתות, לא בלעדיות.  
ש. אני מדבר על בתי מלון?  
ת. אין לנו בלעדיות".

(פ. 7.5.01 בעמ' 247).

גם בדיקה שערכה מחלקת האכיפה של רשות ההגבלים העסקיים בעקבות טענות העוררת, לא העלתה ממצאים התומכים בטענות אלה. כך עולה מעדותה של גבי זאורבך:

"ש. והבדיקה הזאת נגמרה? בדיקת האכיפה נגמרה?  
ת. למיטב ידיעתי בהקשר הזה נגמר, כלומר האכיפה ממשיכה כל שנה, בהקשר הזה של שרתון הייתה איזו תלונה שהועלתה על-ידי מר טנצר בתצהיר שלו, הבדיקה העלתה שלפחות על פניו שאין הפרה של הוראות החוק או הוראות הממונה במיזוג הזה ולכן החליטו לסיים אותה בשלב הזה".

(פ. 7.5.01 בעמ' 50).

102. גם הטענה בדבר קיומם של הסכמי קשירה בשוק המוסדי, בין הספקת חלב, מוצר שבו תנובה הנה בעלת מונופולין, לבין הספקת מוצרי עוף לא הוכחה.

העוררת לא הביאה בנושא זה ראיות כלשהן, ואילו מנכ"ל תנובה שלל טענה זו בעדותו:

"ש. האם נכון שבאילת אתם משווקים את כל המוצרים שלכם לרשתות המלונות כחבילה אחת, על-ידי נציג אחד?  
ת. קודם כל אנחנו משווקים, יש לנו הסכם עם כמה רשתות, עם ישרוטל, עם שרתון, בהסכם הזה יש לו תנאים ואנחנו, את החלב מוצרי החלב אנחנו משווקים ביד אחת ולגבי המוצרי בשר אינני זוכר כרגע אבל למיטב זכרוני הם לא הולכים יחד.  
ש. אתה בדקת את זה?

ת. כן. אני עברתי על ההסכמים אתמול ולא ראיתי שם שום דבר משותף בין החטיבות. כי כללית גם הן מוכרות כל אחת לחוד. לכל אחת יש שיטה שונה לגמרי של מכירות. הן לא מוכרות יחד הרשתות, החטיבות שלה".

(פ. 7.5.01 בעמ' 220).

וכן :

"ש. תאמר לי בבקשה האם בהסכמים שיש לכם עם בתי מלון אתם קושרים בין האספקות של החלב לבין האספקות של הבשר?  
ת. לא".

(פ. 7.5.01, עמ' 247).

103. 103. לאור האמור, יש לדחות את טענות העוררת בדבר הקמת חסמי כניסה במגזר המוסדי, עקב הנהגת פרקטיקות התנהגות אנטי תחרותיות על-ידי תנובה.

#### חסמי כניסה ברשתות השיווק

104. 104. לטענת העוררת, המיזוג מקים או מגביה חסמי כניסה גם ברשתות השיווק.

לפי הטענה, מדיניות הרשתות הנה לצמצם את מספר היצרנים לשני מותגים מעבר למותגי הרשת. העוררת סומכת טענה זו על תרשומת שיחה של נציגי הממונה עם עברי גורן מתנובה מיום 18.1.00 בה נאמר :

"הרשתות נמצאות בתהליך של צמצום מס' היצרנים והן מנסות להגיע בכל קטגוריה ל-2 מותגים+מותג רשת".

(עוררת 53).

בחירת היצרנים שמוצריהם יוצגו על מדפי הרשתות, איננה נעשית, לטענת העוררת, על-פי היצרן הזול או האיכותי בין היצרנים, כי אם על-פי היצרן הגדול והחזק ביותר בשוק, תוך שהרשתות גובות מהספקים תשלום עבור שטחי מדף.

עוד טוענת העוררת, שרשתות השיווק דורשות מהספקים תשלום עמלת החדרה על מנת לקבל את הזכות לשווק את מוצריהן ברשתות, התחייבות להשתתפות בהוצאות הפרסום הכלליות של הרשת ומתן בונוסים עבור מכירת מוצריהן

ברשתות. תשלומים אלה, נטען, מעלים את עלות החדירה לענף ומהווים חסם כניסה נוסף העומד בפני מתחרה המעוניין להיכנס לשוק.

על רקע זה, טוענת העוררת, מבנה השוק "יוצר יתרון אדיר לגוף קונגלומרטי ומונופוליסטי כגון תנובה, המסוגל לקנות את שטח המדף בהטבות שונות שניתנה לרשת, ובכך לדחוק בקלות רבה מתחרים, וזאת מכיוון שהרשת אינה שוקלת מיהו היצרן הטוב או הזול, אלא מי יביא לה את מקסימום הרווח."

105. מהבחינה הראייתית, נסמכת טענה זו רק על הערכתו של מר עברי גורן מתנובה, הערכה שאין בה די כדי להוכיח את מדיניות צמצום המותגים של רשתות השיווק. מה גם שהוכח שהרשתות עדיין מוכרות 5 מותגים (עוף טוב, טיבון ויל, מאמא עוף, פוד קלאב ומותג של הרשת). בכל מקרה, ככל שקיימת אצל רשתות השיווק מדיניות של צמצום מספר המותגים הנמכרים על ידן, לא הוכח שמקורה של מדיניות זו בדחיקת מתחרים על-ידי תנובה או שהיא נובעת מהעדפות לא ענייניות של רשתות השיווק, וודאי שאין לה קשר למיזוג. בנוסף, כפי שמציין ב"כ הממונה בצדק, הואיל והעוררת מייצרת את המותג הפרטי של רשת שופרסל, מדיניות צמצום מספר המותגים ברשתות עשויה דווקא להואיל לה.

106. הטענות בדבר תשלומים עבור רכישת שטחי מדף בוססו על שיחות עם מקורות שזהותם לא הובהרה ומשקלן הראייתי קלוש.

אשר לתשלום בונוסים, לא הוברר טיבה המדויק של שיטת תשלום זו, ואין להוציא מכלל אפשרות כי מדובר בהנחות כמות, שאין בהן כדי לפגוע בתחרות (ראה פסה"ד המשלים בעניין ידיעות אחרונות, דינים מחוז', כרך לב, (7) 297).

107. גם הטענות בדבר דחיקתה של העוררת מרשתות השיווק לא הוכחו. לגבי רשת שופרסל הוברר, שהוצאת מוצריה של העוררת מרשת זו הייתה זמנית ונבעה מהצורך לצמצום ב"מוצרים אשר אינם מאפיינים את מכירות החג ולהרחיב תצוגה של מוצרים למכירות מוגברות בחג". (נספח 1/).

עוד הוברר, שהטענה כי מוצרי העוררת, בניגוד לחברות אחרות, הוצאו מרשת שופרסל לתמיד (פ. 15.4.01 בעמ' 138), איננה נכונה (ראה חקירתו הנגדית של מר טנצר במסגרתה הוצגו לפניו אריזות של מגוון מוצרי עוף של העוררת אשר נקנו ברשת היפר-נטו בחודש אוקטובר 2000 (פ. 15.4.01 בעמ' 145-144)).

גם ההשוואה שערך מר טנצר בתצהירו בין היקפי המכירות של העוררת בחודשים יוני-אוגוסט 1998 לעומת יוני-אוגוסט 1999, אינה מלמדת על דחיקתה של העוררת

משוק מוצרי העוף על-ידי תנובה. שכן בתקופות אלה תנובה עדיין לא החלה בשיווק מוצריה לשוק.

טענתה של העוררת, כי הוצאת מוצריה מהרשת נעשתה בשל העדפתה של הרשת את תנובה, לא הוכחה אף היא. שכן מדובר גם כאן בעדות שמיעה, המבוססת על שיחות עם נציגים לא מזוהים של רשת שופרסל, שלא זומנו למתן עדות.

גם העובדה שרשת שופרסל בחרה בעוררת כדי לייצר את המותג הפרטי שלה (סופר קלאס), אינה מתיישבת עם טענת הדחיקה של העוררת מרשת זו.

במקרים אחרים נמצא, שהוצאת מוצריה של העוררת נבעה משיקולים לגיטימיים, כמו חוסר במוצרים (עדותו של מר טנצר, פ. 15.4.01 בעמ' 76, ונספח 2/ לתצהירו) או בשל "חוסר מקום על המדף או משיקולים מסחריים המצביעים על חוסר כדאיות בהמשך שיווקם בסניפים אלה". כך עולה ממכתב הנהלת רשת קו-אופ מיום 30.7.99 (נספח יא לתצהירו של מר טנצר). לגבי רשת זו אף הוברר, שבין המוצרים של העוררת שהוצאו ממדפי הרשת מצויים מוצרים כדוגמת חמין קפוא, לטקס ולביבות, שבהם תנובה אינה מתחרה בעוררת.

108. מעבר לאלה, גם אם חל צמצום במכירת מוצריה של העוררת ברשתות השיווק לעומת גידול במכירותיה של תנובה (שלא שיווקה מוצרי עוף עד המיזוג) וגם אם נניח שצמצום זה נבע, לפחות בחלקו, מכניסתה של תנובה לשוק, אין בכך כדי לפסול את המיזוג. שהרי ממצאים אלה יכולים להצביע, כפי שנאמר לעיל, על הגברת התחרות בעקבות כניסתה של תנובה לשוק תוך החדרת מוצרים חדשים באיכות גבוהה, ואין בהם להעיד על פגיעה בתחרות.

-  
-  
-

#### סירוב לספק חומרי גלם

109. העוררת טוענת שתנובה מונעת מהמשחטות שאת תוצרתן היא משווקת לספק לה חומרי גלם, בעיקר חזה עוף. כלשונה של העוררת, "בהוראתה הישירה ו/או עקיפה של תנובה, מסרבות באופן שיטתי כל המשחטות הנמצאות בשליטתה של תנובה ו/או הקשורות אליה למכור לעוררת חזה עוף לייצור שניצלים".



110. 110. כפי שצוין לעיל, ככל שמדובר בחסימת שוק מבנית אשר קמה עקב המיזוג, עניינה של זו בצריכת העוף המעובד הנדרשת למפעל עופקל בלבד, וזו עומדת, ככל שמדובר בחזה עוף, על שיעור של כ - 3% בלבד, מתוך כלל הכמות המיוצרת. ממילא היקפו של חסם כניסה זה אשר קם עקב המיזוג שולי.
111. 111. אלא שהעוררת טוענת, שחסימת השוק שתקום עקב המיזוג לא תצטמצם להספקת העוף המעובד הנדרשת למפעל עופקל בלבד, והיא תשתרע על מלוא ערוצי השיווק של העוף המעובד שבשליטתה של תנובה אשר ייחסמו בפני העוררת. לשון אחר, הטענה היא שתנובה תמנע מהעוררת הספקת חומרי גלם, לא משום שהעוף המעובד נדרש לה לצורך ייצור מוצרי העוף במפעל שבשליטתה, אלא כדי לדחוק את העוררת מהשוק.
112. 112. לגבי טענה זו, יש לציין, ראשית, כי לא הוכח שלתנובה או למשחטות הקשורות עמה בקשרי שיווק אינטרס כלכלי לחסום את הספקת העוף המעובד לעוררת.
113. 113. הדיון בטענה זו מבוסס על ההנחה, שאלמלא המגבלה המוטלת לפי הנטען על-ידי תנובה על המשחטות שאת תוצרתן היא משווקת, אשר מונעת מהאחרונות לספק חומרי גלם לעוררת, המשחטות היו מעונינות למכור לעוררת את מוצריהן. לשון אחר, השיווק של העוף המועבד למפעלי המוצרים בכלל, ולעוררת בפרט, הנו רווחי עבור המשחטות. בהנחה זו, מניעתן של המשחטות מלשווק את תוצרתן לעוררת תגרום למשחטות הפסד. הדעת נותנת שבהפסד זה תשא תנובה שהיא אשר מונעת מהמשחטות למכור עוף מעובד לעוררת.
114. 114. לצורך ביסוס טענה בדבר דחיקת מתחרים הכרוכה בהוצאות, יש להוכיח, שהוסבר לעיל, קיומה של תוחלת רווח (Recoupment) עקב אותה התנהגות. היינו, שתנובה תמצא נשכרת מדחיקתה של העוררת ותחזיר לעצמה את ההוצאות הכרוכות בדחיקתה מהשוק.
115. 115. לא הוברר כיצד תוכל תנובה לצאת נשכרת מדחיקתה של העוררת משוק מוצרי העוף. כפי שמציין הממונה בסיכומיו, פרקטיקה התנהגותית כזאת, של דחיקת מתחרים, נוהגת בעיקר בשווקים מונופוליסטיים, שם היא ננקטת על-ידי בעל המונופולין. אולם, תנובה אינה בעלת מונופולין בשוק מוצרי העוף, שכן חלקה בשוק עומד על כ - 22% בלבד. חלקה של העוררת בשוק קטן עוד יותר ועומד על כ - 7% בלבד. משמע, העוררת אינה מתחרה משמעותית של תנובה בשוק זה. גם אם

תנובה תחסום את הספקת חומרי הגלם לעוררת ותצליח להוציאה מן השוק, יש להניח שנתח השוק שישתחרר עקב דחיקתה של העוררת יתחלק בין כל היצרנים בשוק, הוא ייקלט ברובו על-ידי "עוף טוב", שהוא בעל המונופולין בשוק זה, ולא ייפול דווקא בחלקה של תנובה. בנסיבות אלה קשה לראות איזה תמריץ יהא לתנובה לחסום את הספקת חומרי הגלם לעוררת ולשאת לבדה בהוצאות הכרוכות בכך.

116. הטענה בדבר דחיקתה של העוררת מהשוק על-ידי תנובה לא הוכחה גם מהבחינה העובדתית. לעניין זה הוצגו לפנינו ראיות רבות, אך לא שוכנענו שתנובה מנסה לדחוק את העוררת מהשוק על-ידי מניעת הספקת חומרי גלם למפעלה. בהמשך נבחן את טענות העוררת ביחס לכל אחת מהמשחטות בנפרד.

117. 117. משחטות מילועוף ועוף העמק: לטענת העוררת, משחטות אלה סירבו לספק לעוררת חומרי גלם או הערימו קשיים אשר הפכו את הרכישה, כלשונה של העוררת, לבלתי כדאית ובלתי אפשרית. כך למשל, טענה העוררת, כי משחטות אלה אינן נושאות תעודת כשרות "מהדרין" וכי הן סירבו לדרישתו של הרב קלר, הרב הממונה על תעשיית המזון מטעם הרבנות של נהריה, לקבלת אישור כשרות "מהדרין" למרות שדרישות אלה היו לטענתה, סבירות ומקובלות. (ראה סעיף 7 לתצהירו של מר טנצר מיום 5.4.01 וכן תצהירו של הרב קלר מיום 5.4.01).

עוד טענה העוררת, כי משחטות אלה אינן עומדות בסטנדרטים לקבלת אישור USDA וכי משחטת מילועוף אף נפסלה לייצוא על-ידי השירותים הוטריןריים של משרד החקלאות.

לבסוף, טוענת העוררת, כי גם כאשר רכשה חומרי גלם מהמשחטות, התנו אלה את רכישת חומרי הגלם במחירים גבוהים בהרבה ממחיר השוק תוך חיוב העוררת לרכוש חזה עוף בצירוף חלקים נוספים אשר אינם דרושים לה וכי חזה העוף שסופק לה היה באיכות ירודה (סעיף 7 לתצהיר מר טנצר מיום 5.4.01).

118. 118. טענת העוררת לפיה משחטות אלה סירבו לספק לה חומרי גלם נסתרת למקרא עדויות מנהלי המשחטות, מר מקס כהן, מנכ"ל משחטת עוף העמק (פ. 24.5.01 בעמ' 10, 17-18), ומר קרייתי מנכ"ל, מנכ"ל משחטת מילועוף (פ. 9.5.01 בעמ' 157).

גם עיון בחשבוניות המכירה של משחטת עוף העמק לעוררת (הממונה 4) מעלה כי העוררת רכשה ממשחטה זו משך תקופה ארוכה חומרי גלם שונים וביניהם חזה עוף.

טענת העוררת, לפיה חומרי גלם שסופקו לה על-ידי משחטות אלה, היו באיכות ירודה אינה עולה בקנה אחד עם עדויותיהם של מר קרייטי (פ. 9.5.01 בעמ' 156-157) ומר כהן (פ. 24.5.01 בעמ' 19). העובדה שאין בידי העוררת להציג תלונה כלשהי בכתב אודות איכות חומרי הגלם שנמכרו לה על-ידי אותן משחטות תומכת בעדויותיהם של מנהלי המשחטות הכופרים בטענה זו. גם טענת העוררת לפיה משחטת עוף העמק התנתה את רכישת חזה העוף ברכישת תשומות נוספות כגון סחוסים ופסטה נשללה בעדותו של מר כהן (פ. 24.5.01, עמ' 16-17). בכל מקרה, גם אם יש ממש בטענות העוררת לגבי איכות חומרי הגלם שסופקו לה על-ידי משחטות אלה, לא הוכח שהדבר קשור לתנובה, שכזכור אינה משווקת את תוצרתן של משחטות אלה למפעלי מוצרי העוף.

הוא הדין בטענות העוררת באשר לאי עמידתן של אותן משחטות בדרישות כשרות ואישורי ייצוא. מכתבים של רבני המשחטות מילועוף ועוף העמק (ממונה 6 ותנובה 9) מאשרים כי משחטות אלה הנן בעלות תעודת כשרות למהדרין. הוצגו גם אריזות מוצרים של אותן משחטות הנושאות את הכותרת "כשר למהדרין".

אשר לטענת העוררת לפיה משחטת מילועוף נפסלה לחלוטין על-ידי השירותים הוטרינריים, מוצג הממונה 7 מעלה כי למשחטת מילועוף אישור לייצוא מוצרי עוף לשוק האירופאי, ליפן ולדרום אפריקה (ראה גם עדותו של קרייטי, פ. 9.5.01 בעמ' 150). גם למשחטת עוף העמק אישורים וטרינריים לייצוא (ראה תנובה/8 ועדותו של מר כהן מיום 24.5.01 בעמ' 20).

למשחטת אלה אמנם אין אישור ייצוא לארה"ב (USDA). אלא שהדבר נובע, כעולה מהעדויות, מהעלויות הכרוכות בהשגת אישור זה ולא מאי עמידה בדרישות השירותים הוטרינריים (ראה עדותו של מר קרייטי, פ. 9.5.01 בעמ' 151).

לטענת העוררת גם משחטת עוף טוב מסרבת לספק לה חזה עוף. העוררת סומכת טענתה על מכתב מיום 21.7.00 אשר נשלח ממשחטת עוף טוב אל העוררת בו היא מודיעה כי לא תוכל לספק לעוררת חזה פטם, כנף פטם ושניצל (עוררת 17).

עיון במכתב זה אכן מעלה כי עוף טוב לא נענתה לבקשת העוררת לספק לה חומרי גלם הדרושים לה, ביניהם חזה פטם, כנף פטם ושניצל, אך הסכימה לספק חומרי גלם אחרים, ביניהם עורות, פסטה וחזה הודו חצוי.

אולם, הסיבה לסירוב למכור לעוררת חזה עוף נעוצה בצורך לספק מוצר זה למפעל מוצרי העוף - "עוף טוב", והיא אינה נובעת מרצון לפגוע בעוררת או לדחוק אותה מהשוק, וודאי שאינה קשורה לתנובה. כך עולה מעדותו של מר טנצר עצמו:

י"ש. תגיד לי לאיזה חומרי גלם אתה נזקק במפעל שלך?  
 ת. לפסטה מעט מאוד, עורות שזה הפאזה השומנית. פסטה  
 זה מה שנקרא בשר מגורם, עורות זה שזה הפאזה השומנית  
 במוצרי השניצל הטחונים ולחזה, חזה ונתחים.  
 ש. תגיד לי בבקשה ממי אתה רוכש היום את החומרים  
 האלה?  
 ת. היום את מירב חומרי הגלם אני רוכש ממשחטת עוף  
 טוב.

..  
 כ.ה עדיאל: איך זה עולה בקנה אחד עם העובדה שמשחטת  
 עוף טוב למרות שהיא שולטת המשחטה כן מוכרת לך?  
 ת. אז המשחטה היא בעל בית לעצמה.  
 ש. היא לא שולטת תנובה?  
 ת. אז אני אבהיר את עצמי. אני קונה היום ממשחטת עוף  
 טוב רק בשר של הודו, הם מוכרים לי רק בשר הודו, פסטה  
 ועורות, אני לא יכול להשיג פטם, פטם זה לא, המשחטה  
 מאוד משתפת פעולה איתי, כל הפטם נצרך במפעל  
 המוצרים שלה, ואני לא יכול להאשים אותה".

(פ. 15.4.01, עמ' 39-40).

-  
 משחטת עוף הגליל: לטענת העוררת, גם משחטת עוף הגליל סירבה למכור לה חומרי  
 גלם, והיא מפנה בעניין זה למכתב מיום 28.7.00 בו מודיעה לה המשחטה כי אין לה  
 אפשרות לספק לעוררת חזה עוף. זאת, להבדיל מעורות ופסטה אשר לגביהם ניתנה  
 לעוררת הצעת מחיר. (עוררת 16)

אמנם, עולה מאותו מכתב כי משחטת עוף טוב הודיעה לעוררת שאין באפשרותה  
 לספק לה שניצל פרוס. אולם, הסיבה לסירוב, עולה מאותו מכתב, מקורה במחסור  
 במוצר זה אצל המשחטה ולא מרצון לפגוע בעוררת, גם לא מהוראותיה של תנובה.  
 כך גם עולה מעדותו של מנכ"ל משחטת עוף הגליל, מר חלבי (פ. 16.4.01, עמ' 118)  
 ומתמליל שיחה טלפונית בין מר טנצר לבין מר חלבי מיום 25.8.00.

כפי שעולה מתצהירו של מר חלבי מיום 1.11.00, משחטת עוף הגליל הציעה לעוררת  
 לאחר המיזוג לרכוש ממנה סחורה, למעט חזה עוף שלא היה ברשותה, אך האחרונה  
 סירבה להצעה זו.

-  
 משחטת עוף הנגב: לטענת העוררת, גם משחטה זו סירבה לספק לה חומרי גלם.  
 היא מפנה בהקשר זה לתרשומת שיחה בין מר גיורא לוי, מנהל הרכש של שף הים  
 (חברת בת של העוררת) לבין זאב, מנהל השיווק של משחטת עוף הנגב (נספח ו3  
 לתצהירו של מר טנצר). כן הוצגו תמלילי שיחות שערך מר טנצר עם מר זאב ועם

ישקה, מנהל חטיבת בשר ועוף בתנובה, על-פי הטענה, סירבה משחטת עוף הנגב לספק לעוררת חומרי גלם ביניהם, חזה פטם חצוי, נתחי חזה פטם ושניצל 50 גרם.

העיון בתמליל השיחה עם זאב אכן מעלה, כי זה סירב לספק לעוררת חזה עוף ואף טען כי "אסור" לו לעשות כן. אולם, גם כאן לא שוכנענו שמקורו של הסירוב ברצונה של תנובה לפגוע בעוררת ולדחוק אותה מהשוק. מתמליל השיחה עולה, שהמשחטה אינה מוכרת חזה עוף לתעשייה בכלל, ולא דווקא לעוררת. זאת, משום שכל הייצור של המשחטה בתחום זה מסופק לתנובה. מעדותו של זאב, אף עולה, שעוף הנגב יכולה למכור למפעלי המוצרים המאושרים ליצוא רק פסטות, ואיננה יכולה למכור להם חזה עוף, משום שתוצרת המשחטה אינה מאושרת ליצוא על-ידי השירותים הוטרנריים (פ. 24.5.01 בעמ' 144).

גם מהשיחה עם ישקה, מנהל השיווק של תנובה, עולה שתנובה סירבה לספק לעוררת חומרי גלם, אך זאת, משום שתנובה אינה מספקת חומרי גלם לתעשייה, ולא בשל סירוב לסחור דווקא עם העוררת.

119. לאור ראיות אלה, איננו מקבלים את טענת העוררת, כי תנובה מונעת מהמשחטות שאת תוצרתן היא משווקת לספק לה חומרי גלם.

-  
-

#### הסדרים כובלים

120. לטענת העוררת, תנובה שולטת כבר כיום על שיווק העוף המעובד באמצעות מערכת של הסדרים כובלים, שבמרכזם הסדרי שיווק בלעדיים, קביעת מכסות שיווק ותיאום מחירים.

ההסדרים הכובלים נעשים, לפי טענת העוררת, בשלושה מישורים. המישור האחד הוא הסדרי בלעדיות, לפיהם תנובה מבטיחה לעצמה בלעדיות ברכישת תוצרת המשחטות ושיווקה. עניינו של המישור השני בקביעה מתואמת של היקף הייצור והשיווק של כל המשחטות שאת תוצרתן תנובה משווקת, ובעקבות כך, הפחתת כמות העוף המעובד הכוללת המשווקת על-ידי תנובה לשוק. הרובד השלישי של ההסדרים הכובלים מתבטא, לפי הטענה, בתיאום המחיר שבו רוכשת תנובה את העוף המועבד מהמשחטות ושמירה על רמת מחיר גבוהה בשוק באמצעות ויסות מלאי שמחזיקה תנובה לצורך כך.

121. תנובה כופרת בקיומם של ההסדרים הנטענים. בכל מקרה, היא טוענת, כי שיווק העוף המעובד נופל בגדרו של הפטור החקלאי הקבוע בסעיף 3(4) לחוק

ההגבלים העסקיים, אשר מוציא מגדר תחולת החוק הסדר שכל כבילותיו נוגעות לגידול ושיווק של תוצרת חקלאית, בכלל זה גידול עופות.

122. הממונה נוקט בעניין זה עמדה זהירה. בסיכומיו מיום 16.9.2001 הודיע הממונה, ש"כמי שאמון על אינטרס הציבור בתחרות בעסקים", הוא החל "בבדיקת המשמעויות המשפטיות והכלכליות של אורחות השיווק המשותף שעלו במהלך הדיון". לצורך כך, הסביר הממונה בסיכומיו, הוא "עשה שימוש בסמכויות הנתונות לו בחוק ההגבלים העסקיים על מנת לברר עד תום את הנפקות המשפטיות והתחרותיות של השיווק המשותף. ברור זה לא מוצה עדיין מהפן העובדתי, ובהכרח לא בשלו התנאים להגיע למסקנות. בכוונת הממונה למצות מהלך זה ולגבש עמדה בהתאם להוראות הדיון". מטבע הדברים, הוסיף הממונה והסביר בהודעתו, "אין בדעת הממונה לקבוע לעת הזו דבר ביחס לחוקיות השיווק המשותף או למשמעויות הכלכליות של ההסדר אצל קמעונאים ולקוחות מוסדיים. מסקנות הממונה יגובשו לאחר סיום הבדיקה".

123. ביום 17.9.02 פנה הממונה לתנובה והודיע לה כי הוא שוקל לפנות לבית הדין או לבית המשפט בבקשה להורות לה לחדול מהשיווק המשותף. באותו מכתב הודיע הממונה, כי על-פי בדיקות שנערכו ברשות ההגבלים העסקיים, הוא סבור כי ההסדרים אשר את הפסקתם או מניעתם הוא מבקש, עשויים להיות הסדר כובל. לאור כך הודיע הממונה לתנובה, כי הוא שוקל לבקש מבית הדין או מבית המשפט המחוזי בירושלים ליתן צו המורה על:

"א. הפסקת קיומה של כל הסכמה בדבר שיווק, הפצה או רכישה בלעדיים של תוצרתן של המשחטות על-ידי תנובה.

ב. איסור על קיום פגישות משותפות בין תנובה לבין המשחטות או מי מהן הנוגעות לשיווק, הפצה או רכישה של תוצרתן של המשחטות על-ידי תנובה.

ג. איסור על כל הסכמה או קיום הסכמה בין תנובה לבין המשחטות לגבי המחירים, התנאים והכמויות בהם תנובה תרכוש או תפיץ את תוצרתן של המשחטות וכן איסור על כל הסכמות בין תנובה לבין המשחטות בדבר שיעורי התוצרת שתפיץ תנובה עבור כל אחת מאותן משחטות, בדבר המחירים עבורם תעשה כן, או בדבר התנאים המסחריים בהם תפיץ תנובה תוצרתן כאמור".

בטרם ינקוט בהליך כזה, הודיע הממונה לתנובה, כי בדעתו ליתן לתנובה אפשרות להגיב על כוונתו לפתוח בהליכים כאמור.

124. 124. בעקבות השתלשלות דברים זו, הגישה העוררת לבית הדין ביום 2.10.02 "בקשה דחופה לגילוי מסמכים" בה היא ביקשה להורות לממונה להעביר לעיונה ולעיון בית הדין את כל המסמכים הקשורים להודעתו זו. עוד טענה העוררת בבקשתה, כי אילו ידע הממונה בעת אישור המיזוג על ההסדרים הכובלים האמורים, הוא כלל לא היה מאשר את המיזוג, וגם משום כך יש לבטל את המיזוג.

125. 125. הממונה ותנובה התנגדו לבקשת גילוי המסמכים, והם תלו התנגדות זו בעיכוב העלול להיגרם עקב כך בסיום ההליך הנוכחי ובכך שמכתבו האמור של הממונה אינו רלוונטי, לגישתם, להליך זה. שכן, לשיווק המשותף, גם אם הוא מהווה הסדר כובל, אין השפעה על שוק מוצרי העוף, ובכל מקרה, הוא אינו תוצאה של המיזוג.

126. 126. טענתה הראשונה של תנובה בהקשר זה, הנה שההסדרים הנטענים על-ידי העוררת, נופלים תחת הפטור החקלאי לפי סעיף 3(4) לחוק ההגבלים העסקיים ועל כן הם אינם בגדר הסדרים כובלים. סעיף זה קובע:

"על אף האמור בסעיף 2, לא ייחשבו כהסדרים כובלים ההסדרים הבאים:

....  
(4) הסדר שכל כבילותיו נוגעות לגידול ושיווק של תוצרת חקלאית מגידול מקומי מסוגים אלה: פירות, ירקות, גידולי שדה, חלב, ביצים, דבש, בקר, צאן, עופות או דגים, אם כל הצדדים להסדר הם המגדלים או המשווקים בסיטונות. הוראה זו לא תחול על מוצרים שיוצרו מתוצרת חקלאית כאמור. ...."

127. 127. לטענת תנובה, פטור זה חל על עופות חיים או מתים הבאים בשערי המשחטה ועל עופות היוצאים מפתחה, לאחר שעברו שחיטה, ניקוי ופירוק. השחיטה המתבצעת במשחטה, טוענת תנובה, אינה הופכת את העוף היוצא מפתח המשחטה למוצר תעשייתי, שכן בלא שהעופות יעברו במשחטה הם אינם מוכנים לשיווק על-ידי הסיטונאים אליהם מתייחס הפטור החקלאי.

תנובה תומכת עמדתה, בהוראות חוק נוספות, מהן עולה, לטענתה, ש"תוצרת חקלאית" כמשמעותה בחוק, כוללת גם עוף מעובד. כך, היא טוענת, על-פי סעיף 9 לחוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ס – 1980, "תוצרת חקלאית" שעליה החוק לא חל, כוללת "תוצרת חקלאית אחרת שאינה מעובדת". לעניין זה, נקבע בחוק, "ניקוי, בירור, הבחלה, אריזה, החסנה וקירור לא ייחשבו כעיבוד". מכאן עולה, לפי הטענה, שפעולות מסוימות בתוצרת חקלאית, כדוגמת השחיטה, אינם בגדר עיבוד וחל עליהם הפטור החקלאי. חוק נוסף אליו מפנה תנובה בהקשר זה, הוא חוק עידוד

הון בחקלאות, התשמ"א–1980. בסעיף 4 לחוק מוגדר "יצרן חקלאי", בין היתר, כ" בעל מערכות ומתקנים המשמשים, כולם או בעיקרם, לטיפול בתוצרת חקלאית בצורתה הטבעית, לרבות מיון, אריזה, קילוף וקירור". תוצרת חקלאית מוגדרת בחוק זה כ" מוצרים מן החי או מן הצומח שנוצרו בתהליך הגידול, לרבות חומרי ריבוי המיועדים בעיקרם ליצוא". גם מחוק זה עולה, לפי הטענה, שטיפול בתוצרת חקלאית, כגון פעולות מיון, אריזה, קילוף וקירור, שהן פעולות דומות, מבחינה פונקציונלית, לפעולת השחיטה, אינן משנות את אופייה של התוצרת החקלאית, ואת אופיו של העוסק בתוצרת זו שהוא "יצרן חקלאי". עוד מפנה העוררת בהקשר זה, לחוק המועצה לענף הלול (ייצור ושיווק), התשכ"ד–1963, אשר מבחין, לצורך קביעת סמכויות המועצה, בין עיבוד עופות לבין התקנתם. בסעיף 3(6) לחוק נקבע, כי תפקידי המועצה הם "לתת שירותים בכל הנוגע לעופות ולתוצרת הלול, למעט שירותים בעת עיבוד של עופות שנעשה לאחר התקנתם". "התקנה" הוגדרה לצורך כך, כ"שחיטת עופות, הכשרתם, ביתורם, הקפאתם, החסנתם והטענתם לצורך הובלה". מכאן עולה, לפי הטענה, ששלב "ההתקנה" של העופות, שעליו חל החוק, כולל את השחיטה, ההכשרה וכל הכרוך בכך. זאת, לעומת שלב העיבוד, הוא שלב ייצור מוצרי העוף, שעליו חוק המועצה לענף הלול, וכמוהו חוק ההגבלים העסקיים, אינו חל.

העוררת מפנה בהקשר זה גם לפסה"ד בד"נ 17/80 **אגודת הכורמים הקואופרטיבית של יקבי ראשון לציון וזכרון יעקב בע"מ נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים** (פ"ד לו (1) 729), שבו נקבע, כי תוצרת יקב אינה מופקת למען המשק החקלאי, כמשמעו של ביטוי זה בסעיף סעיף 1 (2) לחוק מס רכוש, והיא מהווה מוצר חדש שאינו מוצר חקלאי. זאת משום:

"...שהתהליך המתקיים ביקב אינו מתמצה בכבישה, בהפרדת הזגים ובתסיסה הטבעית של התירוש ובהפרדת השמרים הטבעיים הנוצרים בעת התסיסה אלא הוא כולל גם פעולות נוספות, שאינן נלוות לעיקר, אלא הן עצמן הן חלק חיוני מן התהליך כולו, כגון הוספת חומר כימי – SO<sub>2</sub> – למיץ הענבים ובעיקר, בשלב הסופי, מיזוג היין ממיכלים שונים ומשנות יצור שונות, כדי ליצור את סוגי היין השונים הידועים בשוק, וטיפול כימי נוסף לשם ייצוב היין ושימורו ... פעולות אלה משוות ליקב אופי של מתקן תעשייתי, בדומה לבית חרושת לתעשיית שימורים מפרות וירקות שהוא לכל הדעות מחוץ לתחום אותם מתקנים שפעולתם היא "למען המשק החקלאי".

(שם, בעמ' 749).

גם מפסק דין זה, עולה, לגישתה של תנובה, שהשחיטה אשר נעדרת מרכיבים תעשייתיים כגון אלה המתבצעים ביקב, אינה משנה את אופיו של המוצר החקלאי, ואינה בגדר ייצור תעשייתי.



128. הממונה לא נקט עמדה במחלוקת זו. אולם, מסתבר שלגישתו, ההסדרים בהם מדובר אינם נופלים בגדר הפטור החקלאי, שאחרת לא היה שוקל לנקוט בפעולות הנזכרות במכתבו לתנובה מיום 17.9.02.

129. בית הדין להגבלים עסקיים נזקק לסוגיה זו בפסק הדין בעניין **תנובה** וקבע, שעוף מעובד היוצא מפתחה של משחטה אינו בגדר תוצרת חקלאית והפטור החקלאי אינו חל עליו :

"ענף השחיטה מצוי בקו התפר שבין החקלאות לבין התעשייה. למשחטות מוכנסים עופות שהם, לכל הדעות, מוצר חקלאי. העוררת טוענת כי גם המוצר היוצא מפתח המשחטה הוא בגדר "תוצרת חקלאית". ... אם תאמר שהשחיטה היא בגדר החוליה האחרונה של המגזר החקלאי, תתעורר שאלה נוספת והיא ההשלכה של פטור זה בנושא המיזוג. ... אנו סבורים כי המשחטה מצויה בתחום המגזר התעשייתי. ממילא אין אפוא הכרח להחליט בשאלה, אם הוראות הפטור לתוצרת חקלאית אוצלות על שאלת המיזוג. לעניין זה נזכיר כי בסעיף 3(4) שהוזכר לעיל נקבע שהוראתו לא תחול על מוצרים שיוצרו מתוצרת חקלאית כאמור. "המוצר" לעניין עופות הוא תוצאת העיבוד במשחטה. גם על-פי הסיווג הסטטיסטי המקבל נחשב ענף המשחטות לענף תעשייתי ....".

(סעיף ד לפסה"ד).

נציין, עם זה, כי דומה שבית הדין לא קבע באותה פרשה עמדה חד משמעית בסוגיה זו. כך עולה מהמשך אותו פסק דין בו צוין כי: "מן הראיות שלפנינו עולה כי לתנובה השפעה על קביעת המחיר הנוהג בשוק כולו. אלמלא הפטור, אפשר שפרסום מחירים מטעמה היה עולה כדי הסדר כובל". משמע, חרף המסקנה דלעיל, לפיה המשחטה מצויה בתחום המגזר התעשייתי, בית הדין לא שלל את האפשרות, שהפטור החקלאי חל על מחיר העוף המעובד שנקבע על-ידי תנובה, ומוציא אותו מגדר הסדר כובל.

130. העוררת טוענת בתשובתה, שעוף מעובד אינו בגדר "תוצרת חקלאית" כמשמעותה בסעיף 3(4) לחוק, אלא בגדר "מוצרים שיוצרו מתוצרת חקלאית", שעליהם הפטור אינו חל.

עוד טוענת העוררת, כי הפטור חל רק על הסדרים שבין מגדלים למשווקים, והוא אינו חל על ההסדרים שלפנינו.

131. 131. לגבי הטענה האחרונה, נציין כבר עתה, שהפטור על-פי סעיף 3(4) לחוק אינו מוגבל להסדרים בין משווקים לבין מגדלים. שכן הפטור חל על הסכמים שכל הצדדים להם "הם מגדלים או המשווקים בסיטונות". משמע, בהנחה שמדובר בהסדרים הנוגעים לשיווק תוצרת חקלאית, די לענייננו בכך שכל הצדדים להסדר הם בגדר "משווקים" ולא נדרש שגם המגדלים יהיו צד להסדרים אלה.

132. 132. השאלה הראשונה העולה בעניין זה, הנה האם העוף המעובד היוצא מפתח המשחטה הנו בגדר "תוצרת חקלאית" או שהוא "מוצר אשר יוצר מתוצרת חקלאית" כמשמעותם של ביטויים אלה בסעיף 3(4) לחוק ההגבלים העסקיים.

133. 133. ההסתמכות בהקשר זה על חוקים אחרים אינה מקדמת, בהכרח, את הדיון בסוגיה שלפנינו. זאת, משום שהפרשנות תיגזר בכל מקרה לפי תכליתו של החוק הרלוונטי.

כך, אנו סבורים, יקשה ללמוד היקש מחוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ס–1980, או מהחוק לעידוד השקעות הון בחקלאות, התשמ"א–1980, שכן תכלית החקיקה בחוקים אלה שונה. בחוק האחריות למוצרים פגומים אף צוין, באופן מפורש, שחוק זה לא חל על "בהמות, עופות ודגים חיים" (סעיף 9(א)(1), משמע החוק חל על עופות מעובדים, והוא איננו פוטר מוצרים אלה (עופות מועבדים) מתחולת החוק.

גם החוק לעידוד השקעות הון בחקלאות, אינו תורם להבהרת הסוגיה שלפנינו. להפך, דומה שגם חוק זה אינו חל על תהליך השחיטה, שכן הוא מגדיר כ"תוצרת חקלאית", מוצרים מן החי או מן הצומח שנוצרו בתהליך הגידול "...". העוף המעובד ודאי אינו מוצר אשר נוצר בתהליך הגידול. גם ההרחבה הנזכרת בסעיף 4(2) לחוק, החלה על "מערכות ומתקנים המשמשים לטיפול בתצורת חקלאית בצורתה הטבעית, לרבות, מיון, אריזה, קילוף וקירור" אינה חלה במקרה שלפנינו. שהרי לא ניתן לומר שעוף מעובד היוצא מפתח המשחטה שומר על צורתו הטבעית וכי תהליך העיבוד במשחטה דומה בטבעו לפעולות כגון מיון, אריזה, קילוף וקירור.

תכליתו של חוק המועצה לענף הלול (ייצור ושיווק), התשכ"ד–1963 קרובה יותר לענייננו. שכן גם חוק זה, בדומה לחוק ההגבלים העסקיים, מתמודד עם ניגוד העניינים שבין קידום התחרות לבין קידום עניינו של הסקטור החקלאי, ואף הוא, בדומה לחוק ההגבלים העסקיים (כעולה מהפטור החקלאי), מעדיף את טובתו של

הסקטור החקלאי על קידום התחרות, בין היתר על-ידי קביעת מכסות ייצור ושיווק והבטחת רמת מחירים שתענה על ציפיות החקלאים. חוק זה אף מסמך את המועצה לטפל בכל הנוגע לעופות ולתוצרת הלול, בכלל זה עיבוד העופות הנעשה במהלך השחיטה ושיווק בשר העוף, למעט עיבוד הנעשה לאחר השחיטה (למשל, מוצרי העוף). עם זה, תכליתו של חוק המועצה לענף הלול היא להגן על הסקטור החקלאי – המגדלים – ולא על המשווקים.

134. כפי שציין בית הדין בפרשת **תנובה**, "ענף השחיטה מצוי בקו התפר שבין החקלאות לבין התעשייה". על רקע זה אנו סבורים, שהכרעה בעניין היקף תחולתו של הפטור אינה יכולה להתבסס רק על טיבו ואופיו של המוצר – העוף המעובד – או על טיבו של תהליך השחיטה. בהיבט פרשני זה, שיסודו באופי המוצר או טיבו של תהליך הייצור, ייתכן שניתן להשוות, כפי שטוענת תנובה, את תהליך השחיטה לתהליך של "כבישת הענבים (במקום דריכתם בגת), הפרדת הקליפות (הזגים) של הענבים ותסיסת התירוש המופק מהם", שהוא, לדעת בית המשפט העליון בפסה"ד בד"נ 17/80 הנזכר לעיל, הליך המשלים את פעולת החקלאי בגידול ענבי היין ומהווה חלק מהייצור החקלאי.

135. על רקע זה ובהתחשב בכך שמדובר במוצר "גבולי", אנו סבורים, שיש להכריע בשאלה שלפנינו על-פי תכלית החקיקה. בהיבט זה, הטענה כי עוף מעובד אינו מוצר חקלאי החוסה בצילו של הפטור, מעוררת קושי. שכן, המחוקק ביקש לפטור את ההסדרים בתחום החקלאי, לא רק במגזר הגידול החקלאי, אלא גם במגזר השיווק החקלאי, ולא רק כאשר השיווק מתבצע על-ידי המגדלים, אלא גם כאשר הוא נעשה על-ידי המשווקים בסיטונות. המחוקק גם לא הגביל את הפטור, כפי שטוענת העוררת, להסדרים בין המשווקים לבין המגדלים, שכן הוא קבע במפורש שלצורך החלת הפטור, די בכך שהצדדים להסדר יהיו "המגדלים או המשווקים".

גם ניסיון שנעשה בעבר לצמצם את הפטור החקלאי למגזר הגידול בלבד לא צלח. כך, בהצעת חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב), התשנ"ו–1995 הוצע להוציא מתחולת הפטור החקלאי את מגזר השיווק הסיטונאי ולהותיר את מגזר הגידול בלבד. אלא שהצעה זו לא התקבלה והפטור החקלאי הקיים נותר על מכונו, כשהוא חל, גם כיום, הן על הגידול החקלאי והן על השיווק הסיטונאי של תוצרת חקלאית.

136. 136. בהקשר זה נודעת חשיבות לכך ששיווק העוף בישראל הוא בעיקר שיווק של עופות מעובדים ולא של עופות חיים. מכאן, שאי החלת הפטור על עופות מעובדים, בשל כך שאלה אינם מוצרים חקלאיים כמשמעותם בחוק, תמנע מראש את החלת הפטור על חלקו הגדול של השיווק הסיטונאי של עופות. תוצאה זו נוגדת את תכלית החקיקה, אשר ביקשה להגן גם על המשווקים בסיטונות.
137. 137. גם אם תאמר שהעוף המעובד הנו בגדר "תוצרת חקלאית" כמשמעותה לעיל, עולה השאלה האם הפטור החקלאי חל גם על הצדדים שלפנינו, והאם עניינם של אלה נופל בגדרם של אותם אינטרסים עליהם ביקש המחוקק להגן.
138. 138. מנוסח הפטור עולה, שזה נועד להגן על מגזר המגדלים ועל מגזר המשווקים בסיטונות. אין חולק על כך שהפטור חל על תנובה, בהיותה "משווק בסיטונות". אלא שלשם החלת הפטור נדרש שכל הצדדים להסדר יהיו משווקים בסיטונות (או מגדלים). השאלה הנה האם המשחטות נמנות גם הן על המגזרים המוגנים בחוק.
139. 139. לדעתנו, המשחטות אינן נמנות על המגזרים עליהם ביקש המחוקק להגן בפטור החקלאי. הפעילות המתבצעת במשחטות הנה אמנם חלק מתהליך הייצור של העוף המעובד, וככזו ניתן לומר שהיא מהווה חלק מהייצור החקלאי. אולם, המחוקק ביקש להגן רק על מגזרים מסוימים מתוך כלל העוסקים בחקלאות. זאת, למשל, בניגוד לחוק עידוד הון בחקלאות, התשמ"א-1980, שבו ביקש המחוקק להטיב עם כלל היצרנים החקלאיים, בהם גם ענפים נלווים לחקלאות. חוק ההגבלים העסקיים בחר, באופן ברור, להגן רק על מגזר מסוים מכלל העוסקים בתחום החקלאי, הוא מגזר הגידול, אליו צירף המחוקק גם את המשווקים בסיטונות, בשל רצונו להגן גם על השיווק החקלאי הסיטוני.
- המשחטות ודאי אינן בגדר "מגדלים", אך הן גם אינן בגדר "משווקים בסיטונות" כמשמעותו של ביטוי זה בחוק. זאת, משום שפעילות המשחטות שבה מדובר במקרה שלפנינו, משתרעת על תחום הייצור, בעוד שהשיווק הסיטונאי של תוצרתן מתבצע על-ידי תנובה. המשחטות אמנם מספקות את העוף המעובד לתנובה לשם הפצה לשווקים, אולם הספקה זו אינה בגדר שיווק סיטוני. הבחנה זו עולה גם מלשון החוק המדבר (בסעיף 3(6), על "הסדר בין רוכש נכס לבין ספק שכל כבילותיו הם התחייבות הספק שלא יספק נכסים או שירותים מסוימים, לשם שיווק, אלא לרוכש".

אמנם, גם המשחטות משווקות חלק (קטן) מתוצרתן למפעלי המוצרים. אולם, בכך אין כדי להחיל עליהן את הפטור החקלאי כמשווקים בסיטונות. זאת, ראשית, משום שבהסדרים שלפנינו המשחטות אינן פועלות כמשווקות, והעובדה שהן פועלות ככאלה בהסדרים אחרים (בין לבין מפעלי המוצרים) אינה מקימה להם פטור לגבי הסדרים שבהם הן אינן עוסקות בשיווק. שנית, השיווק למפעלי המוצרים אינו שיווק סיטונאי. שכן שיווק סיטונאי הוא שיווק המתבצע על-ידי "מי שעסקו או חלק מעסקו, הוא למכור אותו מצרך לקמעונאי" (ראה סעיף 1 לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957), ואילו השיווק למפעלי המוצרים אינו שיווק המתבצע לקמעונאי.

140. המסקנה המתבקשת לאור האמור, הנה שהפטור החקלאי אינו חל על ההסדרים נשוא הדיון שלפנינו.

141. בטרם נדון בהסדרים עצמם, נבקש להעיר שתי הערות מקדימות. ראשית, נציין, שהשאלה האם ההסדרים שלפנינו הנם הסדרים כובלים אינה חורצת, בהכרח, את גורלו של המיזוג. גם אם תאמר שההסדרים בהם מדובר אינם הסדרים כובלים, בין בשל העדר תחולה לפטור החקלאי ובין משיקולים אחרים, אין בכך, בהכרח, כדי להכשיר מיזוג המקל או מעודד עשייתם של הסדרים כאלה. שהרי מצוות המחוקק היא שהממונה יתנגד למיזוג כל אימת שקיים חשש סביר שכתוצאה מן המיזוג תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או יפגע הציבור. פגיעה בתחרות או בציבור אינה מחייבת, בהכרח, עשיית הסדר כובל, והיא עשויה לצמוח גם ממעשים שאין בהם משום עבירה על חוק ההגבלים העסקיים. כך, למשל, רכישת מעמד מונופוליסטי, אינה נוגדת את החוק בישראל, אך היא מקימה חשש לפגיעה בתחרות ובציבור, ועל הממונה להתנגד למיזוג המקים חשש כזה. הוא הדבר במקום שבו מתעורר, עקב המיזוג, חשש ליצירת תיאום אוליגופלי הכרוך בהתנהגות מקבילה מודעת שאינה בגדר הסדר כובל, ואף על-פי כן, חשש כזה עשוי למנוע את אישור המיזוג.

ודוק, העובדה שהמחוקק פטר הסדרים הנופלים בגדרו של הפטור החקלאי מתחולת החוק, שוללת את הפן הפלילי הכרוך בעשייתם של אותם הסדרים, כמו גם את בטלותם במישור האזרחי. אולם, בכך אין כדי לעקר את הפגיעה בתחרות או בציבור הנשקפת מהסדרים אלה, כמו גם את ההשלכות האנטי תחרותיות העלולות לצמוח ממיזוג המעודד או מקל על עשייתם.

מכאן, שאם המיזוג עשוי לעודד או להקל על עשייתם של ההסדרים המיוחדים על-ידי העוררת לתנובה, ואם הסדרים אלה עשויים לפגוע בתחרות, הדבר עשוי להביא לפסילת המיזוג, גם אם אין מדובר בהסדרים (כובלים) העומדים בניגוד לחוק.

הערה שנייה: הסקת מסקנות לעניין קיומם של הסדרים כובלים במסגרת ההליך הנוכחי, שלא התמקד מלכתחילה בסוגיה זו (הנושא עלה לראשונה בתצהירו המשלים של מר טנצר מיום 24.9.01 (סעיף 30.4), וגם אז לא נטען באופן מפורש כי מדובר בהסדרים כובלים), מחייב זהירות רבה. זאת, לאור הפן הפלילי המובנה בו, ככל שנשללת התחולה של הפטור החקלאי. (וראה לעניין זה את גישתו של בית הדין בפרשת **תנובה**).

142. בפסה"ד בעניין **אהליך יעקב** (ת"פ 209/96 **מדינת ישראל נ' אהליך יעקב ואח'** (טרם פורסם), נקבע, כי שיווק משותף עשוי לשמש כטכניקה קרטליסטית המהווה הסדר כובל:

"לשיווק משותף (Joint Selling) נודעת השלכה שלילית על התחרות. הפגיעה בתחרות עקב השימוש בטכניקה זו, נובעת מעצם שיתוף הפעולה בין המתחרים, אשר עשוי להביא לכך שמתחרים אלה מפסיקים להתחרות זה בזה בכל התחומים המוסדרים על-ידי המשווק המשותף, ובמקום זה הם מתחילים לשתף פעולה זה עם זה. שיתוף פעולה כזה עשוי להפוך את המשווק המשותף לכלי לתיאום בין המתחרים. התיאום היותר שכיח הוא תיאום מחירים, הנובע מכך שהמשווק המשותף הוא אשר קובע עתה מחיר אחיד לכל היצרנים, זאת בניגוד למצב שקדם לשיווק המשותף, שבו כל יצרן קבע את מחיריו באופן עצמאי. בנוסף להיותו מכשיר לתיאום מחירים, יכול המשווק המשותף לשמש גם ככלי לויסות כמויות היצור של כל אחד מהיצרנים המתחרים אשר משווקים דרכו. זאת באמצעות הסכמים המסדירים את הכמויות שיירכשו על-ידי המשווק המשותף מכל אחד מהיצרנים ומתן בלעדיות ברכישת המוצרים למשווק זה.

...

עולה מן האמור, שהטכניקה של שיווק משותף אשר כוללת אלמנטים של תיאום בין מתחרים, הנה טכניקה קרטליסטית מובהקת המהווה הסדר כובל".

(וראה: ABA, עמ' 406).

זה גם החשש העולה במקרה שלפנינו - שהשיווק המשותף הפך, למעשה, כלי לתיאום מחירים וכמויות ייצור ושיווק בין המשחטות המשווקות על-ידי תנובה באמצעות המשווק המשותף – תנובה.

עם זה, שיווק שבו משווק אחד משווק תוצרתם של מספר ספקים אינו נוגד, בהכרח, את דיני ההגבלים העסקיים. הפסול שבשיווק המשותף קם בהתקיים יסוד התיאום. התיאום יכול שיהא תיאום ישיר, בין הספקים לבין המשווק ובינם לבין עצמם, או תיאום עקיף, על-ידי הסמכת המשווק לקבל עבורם את ההחלטות החשובות הנוגעות לייצור ולשיווק אשר מאיינות את התחרות בין הספקים.

התייחס לכך בית המשפט לערעורים (FOURTH CIRCUIT) של ארה"ב בפסק הדין **VIRGINIA EXCESIOR MILIS, Inc v. FEDERAL TRADE COMMISSION**, 256 בעניין : F. 2d 538

"... however, in some businesses, it is common practice for several producers to utilize the services of one sales agency, and there is nothing unlawful in such an arrangement when each producer reserves, and exercises, independence in pricing, acceptance of orders, production and other material matters".

(p. 9-10).

בהמשך נבחן את ההסדרים הכובלים הספציפיים המיוחסים על-ידי העוררת לתנובה ולמשחטות המשווקות על ידה באמצעות השיווק המשותף. לצורך כך, נתמקד באלמנטים של התיאום הנטענים, היינו, בטענה, שהשיווק המשותף הוא פרי הסכמה או הבנה משותפת בין המשחטות לבין תנובה לתיאום השיווק, שבאה לידי ביטוי במתן בלעדיות לתנובה בשיווק המשחטות, בתיאום הכמויות שתיוצרנה ותשווקנה על-ידי כל אחת מהמשחטות ובתיאום מחירים.

-

-

#### הסדרי בלעדיות

143. הסדר כובל של בלעדיות מחייב קיומו של הסכם, או הבנה בין הצדדים, גם אם אינה מחייבת מבחינה משפטית, על מתן זכות בלעדיות. לצורך כך אין הכרח בהוכחת קיומו של הסכם מפורש. בית המשפט עשוי ללמוד על קיומו של הסדר בלעדיות גם על יסוד ראיות נסיבתיות (ראה ABA, עמ' 221).

144. מהראיות עולה, שבפועל תנובה משווקת באופן בלעדי את מוצריהן של ארבע משחטות (פרט לאלה שבבעלותה) למגזר הקמעונאי והמוסדי ואילו המכירה

לתעשייה נעשית במישרין על-ידי המשחטות. (ראה מכתבה של תנובה לממונה, עוררת 35).

145. 145. קיומה של בלעדיות בפועל אמנם יכול שתשמש ראיה נסיבתית לקיומה

של הסכמה או הבנה בנושא הבלעדיות. אולם, בראיה נסיבתית כזו אין די לשם הוכחת קיומו של הסדר כובל. שהרי משחטה יכולה להחליט, משיקוליה היא, שעדיף לה לשווק את כל תוצרתה באמצעות משווק אחד, בלא להגיע עם אותו משווק להסכמה או להבנה, האוסרת עליה לשווק את תוצרתה שלא באמצעותו. ברוח זו טוען ב"כ תנובה, שלמשחטות יש עניין להפיץ את כל מוצריהן (למעט הפצה לתעשייה) באמצעות תנובה. זאת, לאור התחייבותה של תנובה לרכוש את כל התוצרת שהמשחטות מבקשות למכור לה. לאור התחייבות זו, נטען, אין כל טעם, מבחינתן של המשחטות, בהפצת תוצרתן במקביל גם על-ידי גורם אחר, שכן בהפצה מקבילה כזאת לא יהא כדי לשנות את התמורה שמקבלות המשחטות עבור תוצרתן.

146. 146. האם נסיבות כאלה, שבהן התמריץ הניתן על-ידי תנובה למשחטות

(רכישת מלוא הכמות המוצעת על ידן) מביא בפועל לקיום קשרי מסחר בלעדיים, די בהן כדי להקים הסדר כובל?

147. 147. בפסיקה האמריקאית בנושא זה נקבע, שמתן תמריצים המעודדים סחר

בלעדי, שאינו מלווה בסנקציות המוטלות על קיום קשרי מסחר עם מתחרים, אינו מקים הסדר כובל של בלעדיות. כך נקבע, שמתן הנחות כמות, אינו מקים הסדר כובל של בלעדיות, גם אם בפועל הוא יוצר בלעדיות. מאידך, נקבע, שהנהגת תכנית תמריצים אשר מביאה בפועל ליצירת בלעדיות, עשויה להיחשב כהסדר כובל במקום שהיא מביאה לכך שמתן בלעדיות היא דרך ההתנהגות הסבירה היחידה הפתוחה בפני מקבל התמריץ. הוא הדבר במתן הנחות מיוחדות המותנות באי קיום קשרי מסחר עם מתחרים. (ABA, עמ' 221, הערה 1236).

148. 148. שיקוליהן של המשחטות בשלהם הם מוסרות את הפצת העופות

המעובדים באופן בלעדי לתנובה לא הובהרו במסגרת ההליך הנוכחי. ככל שהדבר נעשה עקב הבטחת הרכישה של כל כמות העוף הנשחטת במשחטות, אין לפנינו ראיה (גם לא טענה) שהבטחה זו הנה כה משמעותית עד כדי כך שהיא אינה מותירה בפני המשחטות דרך פעולה סבירה אחרת למעט הפצה בלעדית באמצעות תנובה. גם טענת העוררת בדבר מתן הטבות למשחטות על-ידי השגת מחיר גבוה עקב ויסות כמויות העוף המעובד הנמכרות בשווקים, לא הוכחה (ראה להלן).



149. הראיות הנוספות (על קיומה של בלעדיות בפועל) שהוצגו בנושא זה לפנינו, אינן חד משמעיות.

מר קרייתי, מנכ"ל משחטת מילועוף, העיד על קיומה של הסכמה בין תנובה לבין משחטת מילועוף בדבר מתן בלעדיות לתנובה בהפצת תוצרתה של משחטה זו:

"ת. הכמות, המשחטה יכולה למכור כל כמות שהיא יכולה לייצר. המשחטה יש לנו, אנחנו משווקים באמצעות תנובה ותנובה קולטת מאתנו את כל הייצור, היא רק לא מבטיחה לנו מחיר.  
כ.ה רוט-לוי: אתה חייב לעשות הכל דרך תנובה?  
ת. מה זה הכל.  
כ.ה רוט-לוי לשווק את הכל.  
ת. לא, אני יכול, כל מה שנוגע למוצרים תעשייתיים אני יכול לשווק למי שאני רוצה. קמעונאים, סיטונאים, לא, אמנם אין לנו הסכם עם תנובה, אבל יש הסכמה ואנחנו משווקים את כל התוצרת, אי אפשר לנסוע על העגלה וללכת לידה".

(פ. 9.5.00 בעמ' 135).

בעדות זו אמנם מדובר על קיומה של הסכמה בנושא הבלעדיות. עם זאת, תוכנה המדויק של אותה הסכמה, מתי, בין מי למי, וכיצד היא הושגה, האם מדובר בהסכמה מפורשת או בהסכמה מכללא, או שמא מדובר רק בהבנתו של מר קרייתי ש"אי אפשר לנסוע על העגלה וללכת לידה", וכיוצא באלה שאלות, לא הובהרו גם בעדותו זו.

עדויותיהם של העדים האחרים אליהם מפנה העוררת בסיכומיה, אמנם מלמדות על קיומה של בלעדיות דה-פאקטו, אך אין בהן ראיה לקיומה של הסכמה, קל וחומר התחייבות, על מתן בלעדיות. (ראה עדויותיהם של חלבי, מנכ"ל משחטת עוף הגליל (פ. 16.4.01, עמ' 121-122); מקס כהן, מנכ"ל משחטת עוף העמק (פ. 24.5.00, עמ' 42-43); ורייכמן (פ. 7.5.01, עמ' 144). כך עולה גם ממכתבה האמור של תנובה לממונה מיום 9.11.99 (עוררת/35).

150. סיכומו של נושא זה: הראיות שהוצגו אינן מאפשרת לקבוע ממצא חד משמעי, בדבר קיומם של הסכמי בלעדיות, המהווים הסדרים כובלים, בין תנובה לבין המשחטות המשוקות על ידה.

-

הסדר בדבר מכסות שיווק

151. מהראיות עולה, שנציגי המשחטות ונציגי תנובה מקיימים ביניהם פגישות אשר זכו לכינוי "פגישות יום ד'", ואשר במהלכן מודיעה תנובה למשחטות מהי כמות העוף המעובד אשר רכשה מכל אחת מהמשחטות (וכן מה המחיר שהיא משלמת למשחטות עבור תוצרתן). כך עולה מעדותו של מר רייכמן :

"ש. אז מה אתה רוצה אתה מחלק את זה במידה שווה בין כולם?  
 ת. סליחה, יש ביקושים של השוק. למשל יש משחטות שהן יותר מבוקשות מאחרות. אז בוודאי חד משמעית ואנחנו גם כפופים לכללי שקיפות מלאים.  
 ש. כלפי מי?  
 ת. כלפי המשחטות.  
 ש. מה זאת אומרת, כל משחטה יודעת כמה אתה קונה מהמשחטה האחרת?  
 ת. חד משמעית.  
 ש. באופן שוטף?  
 ת. כן פעם בשבוע מציגים את התוצאות של המכירות את החלוקה של המכירות הכל מוקרן -  
 ש. ביום ד'.  
 ת. כן.  
 ש. אתם נפגשים פעם בשבוע ביום ד' במשרדי תנובה בתל-אביב.  
 ת. נכון.  
 ש. וכשאני אומר אתם, הכוונה היא ל... מנהל החטיבה...  
 ...  
 ש. יחד עם מנהלי חמשת המשחטות, ששת המשחטות שאתם מייצגים.  
 ת. כן.  
 ש. כל יום רביעי יש לכם פגישה קבועה.  
 ת. נכון.  
 ש. ובפגישה הזאת אתם מראים להם איך הייתה החלוקה.  
 ת. נכון.  
 ש. איך היו המחירים.  
 ת. נכון.  
 ש. המחירים הם אותם מחירים לכולם.  
 ת. כן, חד משמעית".

(פ. 9.5.01, עמ' 175-176).

וכן :

"ש. ... זה נכון שאתה קובע כמה עוף, כמה פטם יגיע מצוון וכמה פטם יגיע קפוא מכל אחת מהמשחטות שאתה -  
 ת. כן כן.  
 ...  
 ש. זה קביעה שלך?  
 ת. נכון".

(פ. 7.5.01, עמ' 202).

מקס כהן העיד גם הוא בנושא זה :

י"ש. עכשיו אתה דואג שהחלק שלך במצוון לא ירד נכון?  
ת. בוודאי.

...

ת. אני לא רק אני נשאר, אני רוצה לגדול.  
ש. אבל אם אתה תגדל אתה תגדל על חשבון מישהו אחר,  
זה קשה לגדול נכון?  
ת. זה קשה, אז צריך לגדול לא על חשבון מישהו אחר, אלא  
על חשבון פלח שוק של מישהו אחר.  
ש. מה, להגדיל את החלק של תנובה,  
ת. להגדיל את המכירות.  
ש. של תנובה?  
ת. של תנובה.  
ש. אבל בעצם אפשר לומר שאתם שומרים בקנאות, אתה  
שומר בקנאות על החלק שלך במצוון נכון?  
ת. כן.  
ש. וגם החברים שלך עושים אותו דבר?  
ת. כן."

(פ. 24.5.01 עמ' 56-57).

152. 152. ראיות אלה, בדבר המידע הנמסר על-ידי תנובה בישיבות משותפות  
המתקיימת באופן סדיר וממוסד, במעמד נציגי כל המשחטות, כאשר לאלה עניין  
לשמור בקנאות על חלקן בכמות הכוללת המשוקת על-ידי תנובה, עשויות ללמד על  
קיומה של הסכמה או הבנה, בין המשחטות לבין עצמן ובין לבין תנובה, על כמויות  
התוצרת הנרכשות על-ידי תנובה מכל מהמשחטה, תוך הבנה שתנובה לא תחרוג  
מחלוקת הכמויות הנרכשות כפי שהיא נוהגת בפועל ולא תגדיל את חלקה של  
משחטה אחת על חשבון הכמות הנרכשת ממשחטה אחרת.

153. 153. מאידך, הוצגו לפנינו ראיות אחרות לפיהן, מצד אחד, כמות השחיטה  
לא נקבעת על-ידי תנובה, אלא על-ידי המגדלים, ומהצד האחר, תנובה מתחייבת  
לרכוש או לקלוט מהמשחטות כל כמות של עופות מעובדים שאלה מבקשות להעביר  
לה. כך העיד מר רייכמן :

"ת. ... עכשיו, מי קובע את הכמות? הסברתי כבר קודם,  
שמי שקובע את הכמות זה יצרני הפטם שמכניסים את  
האפרוחים למשחטות שלהם, ברגע שהם מכניסים את  
האפרוחים למשחטות הדבר הזה רץ עד שהוא מגיע לעקרת  
הבית".

וכן :

"אני אומר שבלי שום מגבלה אנחנו אחראים במסגרת  
ההבנות שלנו עם המשחטות לקנות את כל מה שהן לא  
מסלקים קודם".

(פ. 7.5.01, עמ' 199).

ומר קרייתי העיד :

"המשחטה יש לנו, אנחנו משווקים באמצעות תנובה ותנובה קולטת מאתנו את כל הייצור, היא רק לא מבטיחה לנו מחיר".

(פ. 9.5.01, עמ' 135).

וראה בעניין זה גם עדותו של חלבי (פ. 16.4.01, עמ' 167).

154. 154. על רקע ראיות אלה, לא ברורה כל צרכה טיבה של חלוקת מכסות השיווק שקובעת תנובה עבור המשחטות. שהרי קביעת מכסות כאלה אינה מתיישבת עם התחייבות לרכוש או לקלוט כל כמות שמבקשות המשחטות למכור לתנובה.

155. 155. בנסיבות אלה, לא נוכל לקבוע גם כאן, שהוכחו בפנינו הסדרים כובלים שעניינם ב"כמות הנכסים שבעסק" כמשמעה בסעיף 2(ב)(4) לחוק.

#### תיאום מחירים

156. 156. רובד ההסדרים הכובלים הבא, לפי הטענה, הוא זה המתייחס למחיר. לעניין זה יש להבחין בין המחיר אשר נגבה על-ידי תנובה מהלקוחות לבין המחיר המשתלם על ידה למשחטות. לעניין המחיר האחרון, העיד מר קרייתי :

"ש. המחיר שאתה מקבל מתנובה זה המחיר שכל האחרים מקבלים, שכל שאר המשחטות מקבלות מתנובה?

ת. הוא זהה.

ש. חשבת פעם להציע לתנובה לקנות ממך לא 60% מצוון אלא שמונים אחוז מצוון ולתת לה הנחה של 20 אג' על מחיר שהיא רוצה?

ת. במערכת היחסים שלנו זה בלתי אפשרי.

..

ש. אסור לך?

ת. לא, המחיר הוא אחיד כלפי כל המשחטות.

ש. יש לך הסכם עם המשחטות האחרות שאסור לך להוריד את המחיר?

ת. לא, אין לי הסכם.

ש. אבל הסכמה כזו, הבנה?

ת. כן.

ש. יש הבנה כזאת שלא מתחרים מול תנובה?

ת. לא, לא מתחרים מול תנובה.

ת. תנובה לא יכולה לשווק שתי משחטות, שאחת תתחרה בשנייה, אני לא הייתי עובד עם משווק שהיה עושה את זה".

(פ. 9.5.01, עמ' 175-176).

גם מעדותו של רייכמן עולה :

"ש. אתם נפגשים פעם בשבוע ביום ד' במשרדי תנובה בתל-אביב.  
ת. נכון.  
ש. כל יום רביעי יש לכם פגישה קבועה?  
ת. נכון.  
ש. ובפגישה הזאת אתם מראים להם איך הייתה החלוקה.  
ת. נכון.  
ש. איך היו המחירים.  
ת. נכון.  
ש. המחירים הם אותם מחירים לכולם.  
ת. כן, חד משמעית".

(פ. 7.5.01, עמ' 204).

ומר חלבי העיד :

"ש. פער השיווק שאתה משלם לתנובה הוא עשרה עד שנים עשר אחוז, נכון? זה כתוב בסעיף 4  
ת. כן  
ש. זה פער השיווק המקובל בענף?  
ת. זה פער השיווק שהיה מקובל באותה תקופה.  
...  
ש. אבל האם זה היה מקובל בין תנובה למשחטות אחרות?  
ת. כן, אני עבדתי בדיוק כמו כל האחרים...  
ש. כל האחרים משלמים את אותו פער שיווק?  
ת. פחות או יותר.  
ש. וכמה זה עולה אצל דודי עזרא, אתה בדקת?  
ת. אני לא יודע, אני לא בדקתי, מפני שאי אפשר להלביש את זה אחד על אחד. אני יודע, תשמע פה בית משפט, אסור לי להתבטא מה שאני רוצה, אבל גם אני טוען שתנובה גובה יותר מידי, אבל זה לא לעניין הזה. להציף [צ.ל – להציג] את דודי עזרא, שמשווק בשבעה אחוז ונותן את אותם שירותים כמו תנובה, גם זה לא נכון".

(פ. 16.4.01, עמ' 162).

157. בפרשת **תנובה** טען הממונה בפני בית הדין להגבלים עסקיים, כי  
157. "פרסום מה שמכונה "מחיר קליטה" על-ידי תנובה הוא בגדר הסדר כובל (שלא בתחום החקלאי) שלא קיבל אישור מבית הדין להגבלים עסקיים". אלא שבית הדין נמנע מלקבוע בעניין זה ממצא, בשל כך שסוגיה זו לא התלבנה די הצורך באותו

הליך, וראוי שתבחן, גם בהתחשב בהשלכות הפליליות הנובעות לקביעה מעין זו, בהליך הולם ונפרד.

158. בהליך שלפנינו הביע הממונה דעתו, שהראיות שהוצגו אינן מאפשרות קביעת מסקנות חד משמעיות בנושא זה. גם בעקבות הראיות שבאו לפני הממונה בחקירה שניהל בעניין זה בעקבות העדויות שנשמעו בהליך זה, ואשר אינן מצויות בפנינו, כל שהיה הממונה מוכן לומר, גם זה ללא פירוט, הוא שלכאורה מדובר בהסדרים כובלים.

159. תנובה טוענת בסיכומיה, שמחיר העוף החי אשר נקבע על ידה, איננו מחיר העוף החי בכניסה למשחטות. המחיר האחרון נקבע, לפי הטענה, במשא ומתן בין המגדלים למשחטה, ולתנובה אין עליו כל שליטה. לטענת תנובה, המחיר שנקבע על ידה, ביחסים שבינה לבין המשחטות, בשלב ראשון, הוא מחיר הקליטה. מחיר זה משקף את הערכתה של תנובה לגבי המחיר אותו תצליח לגבות עבור התוצרת בשוק והוא משולם על ידה למשחטות כמקדמה בלבד. המחיר הסופי המשתלם על-ידי תנובה למשחטות, נטען, הוא מחיר השוק הנגבה על ידה בניכוי עמלה של 11%. עמלה זו מחושבת לפי הפדיון המתקבל מהמכירות, ואין לה כל קשר למחיר הקליטה. לאור כך, טוענת תנובה בסיכומיה, "ברור כי למחיר הקליטה שנקבע בין תנובה לבין המשחטות אין כל השפעה לגבי המחיר בשוק, אלא הוא אך ניסיון לחזות אותו מראש. ... מחיר השוק נקבע באופן בלעדי על-פי הכמות המוכתבת על-ידי המגדלים".

160. העובדה שמחיר הקליטה אינו מחיר סופי והוא מהווה מקדמה בלבד על חשבון המחיר הסופי, אינה שוללת את האפשרות שמדובר בתיאום מחירים. שכן, "מחיר" כמשמעו בחוק, כולל "שיעורי תשלום ותנאי תשלום אחרים". לפיכך, גם הסדר מתואם לגבי מקדמה על חשבון המחיר, הוא הסדר בדבר "המחיר שיוצע או שישולם" כמשמעו בסעיף 2(ב) לחוק. גם בפרשת הפניקס (ת.פ. 417/97 **מדינת ישראל נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ ואח'** (דינים-על' כרך לב(10) 808) נקבע, כי: "אין כל צורך שהסדר בדבר תיאום מחירים 'יסגור' את המחיר הסופי לצרכן כדי שיפגע בתחרות" (פרק פד, סעיף 76 לפסה"ד).

161. מעבר לכך, התיאום בו עסקינן אינו מתבטא דווקא בגובה המחיר (הזמני או הסופי) אלא בהסכמה או בהבנה שהמחיר, יהא גובהו אשר יהא, הוא מחיר אחיד לכל המשחטות. לעניין זה איננו רואים הבדל בין המחיר הסופי אשר משתלם על-ידי תנובה למשחטות לבין התשלום שתנובה משלמת למשחטות

כמקדמה על חשבון מחיר זה. מכל מקום, ההסדר הכובל הנטען על-ידי העוררת עניינו במחיר הסופי אשר משתלם על-ידי תנובה למשחטות (שיכונה בהמשך "מחיר הקליטה").

162. 162. על-פי הסבריה של תנובה, המחיר הסופי המשתלם על ידה למשחטות נגזר ממחיר השוק שהיא מקבלת עבור מכירת העופות המעובדים בניכוי העמלה הנגבית על ידה עבור ההפצה. מכאן, שהסדר מתואם לגבי העמלה גם הוא בגדר הסדר כובל. כך, בין משום שמדובר במחיר שגובה תנובה עבור שירותי ההפצה שהיא נותנת למשחטות, ובין משום שלגובה העמלה נגיעה ישירה למחיר הסופי המשתלם על-ידי תנובה למשחטות, כך שכבילה לגבי העמלה, מקיימת את התנאי הדרוש, שהכבילה תהא נוגעת "נגיעה ממשית וישירה" למחיר (בג"צ 47/83 **תור אויר (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים ואח'** (פ"ד לט(1) 169).

163. 163. כפי שצוין לעיל, עצם העובדה שמשווק אחד משווק את תוצרתם של מספר ספקים, אינה מעידה, בהכרח, על קיומו של הסדר כובל. שיווק כזה יכול שיהא שיווק לגיטימי מבחינת דיני ההגבלים העסקיים, אם ההחלטות המרכזיות בנושא השיווק נקבעות על-ידי כל אחד מהספקים באופן עצמאי וללא תיאום עם הספקים האחרים, לרבות תיאום הנעשה באמצעות המשווק המשותף (ראה: פסק הדין בעניין **VIRGINIA EXCESIOR MILIS, Inc v. FEDERAL TRADE COMMISSION**, 256 F. 2d 538 הנזכר לעיל).

164. 164. בעניינו אין טענה לקיומו של הסדר כובל לגבי מחיר השוק אשר נגבה על-ידי תנובה מהקמעונאים ובמגזר המוסדי (למעט הטענה בדבר השפעה על המחיר באמצעות ויסות מלאי בה נדון בהמשך). גם בפרשת **תנובה**, כפי שניתן ללמוד מפסק הדין, הגביל הממונה את טענותיו לגבי קיומו של הסדר כובל לגבי מחיר הקליטה, ולא טען לקיומו של הסדר כובל גם לגבי המחיר הקמעונאי. עם זה, לאור הראיות עולה שאלה גם בדבר קיומו של הסדר כובל לגבי המחיר הקמעונאי. אמנם, לא הוכח שבישבות המשותפות, או באופן אחר, המשחטות ותנובה מתאמות ביניהן את המחיר הקמעונאי שיידרש או שייגבה על-ידי תנובה. אולם, גם בהעדר תיאום ישיר, עצם מסירת שיקול דעת למשווק המשותף להחליט על המחיר שייגבה על ידו עבור כל הספקים, עשוי שייחשב כהסדר כובל. עם זה, בהעדר טיעון בנושא זה מטעם הצדדים, לא נכריע בעניין זה, ולצורך ההליך הנוכחי נצא מההנחה שהמחיר הנגבה על-ידי תנובה מהלקוחות איננו פרי הסדר כובל.

165. 165. אשר למחיר שתנובה משלמת למשחטות, אין מחלוקת על כך שמחיר זה הוא מחיר זהה לכל המשחטות המשווקות על ידה.

166. 166. לא הוצגו לפנינו ראיות ישירות על כך שתנובה והמשחטות מתאמות ביניהן במשותף את גובה העמלה הנגבית על-ידי תנובה או את מחיר הקליטה. אולם, מקובל עלינו כי ניתן להוכיח תיאום לא רק באמצעות ראיות ישירות, שפעמים רבות לא תמצאנה, אלא גם באמצעות ראיות נסיבתיות. ראיות נסיבתיות כאלה עשויות להתייחס לסממנים, אשר בהצטרפם לראיות אחרות, עשויים לשמש אינדיקציה להתנהגות מתואמת בין מתחרים.

במקרה שלפנינו סממנים אלה עשויים להתבטא במחיר הקליטה הזהה ובעמלות הזהות הנוהגים בשיווק תוצרתן של כל המשחטות המשווקות על-ידי תנובה. סממנים נוספים אשר עשויים להצביע במקרה זה על התנהגות מתואמת, הם הפגישות המשותפות בין תנובה לבין נציגי המשחטות והחלפת מידע לגבי מחירים וכמויות שיווק המתקיימת באותן פגישות.

167. 167. תנובה גובה, כאמור, עמלה זהה מכל המשחטות המשווקות על ידה ומשלמת להן מחיר זהה עבור העופות המעובדים. אולם, עצם העובדה שמשווק גובה ממספר ספקים שאת תוצרתם הוא משווק עמלה זהה, אינה מעידה, בהכרח, על קיומו של הסדר כובל. אמנם, מדובר בהתנהגות מקבילה מודעת conscious (parallelism), אשר עשויה, בהצטרפה לראיות אחרות, להצביע על קיומו של הסדר כובל (ABA, עמ' 8-9). אולם, התנהגות מקבילה מודעת עשויה להצביע על קיומו של הסדר כובל, בעיקר כאשר מדובר בהתנהגות, שבהעדר תיאום, איננה התנהגות סבירה. התנהגות מקבילה מודעת אינה יכולה ללמד על קיומו של הסדר כובל, כאשר קיימים שיקולים עסקיים העשויים להביא לאותה התנהגות גם ללא תיאום (ABA, עמ' 9-11).

במקרה שלפנינו, גביית עמלה זהה מהמשחטות איננה התנהגות שלא ניתן להסביר באופן סביר, ללא תיאום. שכן קיימים שיקולים עסקיים אשר עשויים להביא את תנובה והמשחטות לנהוג על פי דפוס התנהגות זה גם ללא עשיית הסדר כובל.

מבחינתה של תנובה, דומה שמדובר בהתנהגות מתבקשת. שכן, כל הפלייה בין המשחטות בנושא העמלה עשויה, מטבע הדברים, לגרור קשיים ניכרים ביחסיה של תנובה עם המשחטות "המופלות". כך העיד מר קרייטי, כפי שזכר לעיל, "תנובה לא יכולה לשווק שתי משחטות, שאחת תתחרה בשנייה, אני לא הייתי עובד עם משווק



שהיה עושה את זה". מבחינתן של המשחטות, ייתכן שניתן היה לראות בעמלה האחידה משום התנהגות בלתי סבירה, אילו תנובה הייתה מגבילה את כמות העופות המעובדים שהיא מוכנה לקלוט מהמשחטות, שאז, בהתקיים עודפי היצע, עשוי היה להיות לאלה עניין להגדיל את מכירותיהן, האחת על חשבון השנייה באמצעות תחרות על המחיר, היינו על-ידי הגדלת העמלות. אולם, במצב דברים שבו תנובה מוכנה לקלוט מהמשחטות כל כמות שאלה מפנות אליה לשיווק, ובהעדר הוכחה בדבר קיומם של יתרונות מהם נהנות חלק מהמשחטות על פני משחטות אחרות (כמו איכות גבוהה יותר של המוצר) אין לראות בנכונותן של המשחטות לשלם לתנובה עמלה זהה משום התנהגות בלתי סבירה, שאין להסבירה אלא בתיאום.

פגישות בין מתחרים וחילופי מידע בין מתחרים נחשבים כפרקטיקות התנהגות אשר עשויות להקל על עשיית הסדרים כובלים (Facilitating Practices) והם יכולים, בהינתן ראיות נוספות, להצביע על קיומם של הסדרים כאלה.

עם זה, ראיה בדבר קיומן של פגישות בין מתחרים, יכול שתוכיח רק קיומן של הזדמנויות לתיאום, והיא נחשבת כראיה חלשה, שבהעדר ראיות ישירות וחזקות יותר, לא ניתן ללמוד ממנה על קיומו של הסדר כובל (ABA, עמ' 12).

גם החלפת מידע על מחירים בין מתחרים בשוק של מתחרים מעטים, מעלה חשד בדבר תיאום מחירים. התייחס לכך בית המשפט בהכרעת הדין בעניין **אהליך יעקב**:

"החלפת מידע בין מתחרים בתחום המחירים, אף שאינה מקימה חזקה חלוטה בדבר יצירתו של הסדר כובל, מעלה לפחות חשד בדבר האפשרות לקיומו של הסדר כזה, והיא עשויה ללמד, בהצטרפה לראיות אחרות, על קיומו של הסדר כזה".

(סעיף 94 להכרעת הדין).

וראה לעניין זה גם בפסק הדין בעניין **הפניקס** הנזכר לעיל, בסעיף 54 לפסה"ד.

אולם, גם בראיה זו, כשלעצמה, אין די לשם הוכחת הסדר כובל. על-פי הראיות, המידע אשר מוחלף בפגישות יום ד' בין תנובה לבין המשחטות מתייחס למחירים הקמעונאים שתנובה גובה עבור מכירות העוף. אולם, לגבי מחירים אלה, כאמור, אין טענה לקיומו של הסדר כובל. אשר למחיר הקליטה, זה נגזר, כאמור, מגובה העמלה (בנוסף על מחיר השוק) ואין לפנינו טענה, גם לא ראיה, על כך שבאותן פגישות מתאמים הצדדים ביניהם את גובה העמלות.

למעשה, אין לפנינו ראייה כלשהי לגבי הדרך שבה נקבעו העמלות בין תנובה לבין המשחטות. איש מהעדים גם לא נשאל על כך. בהתחשב בכך שמחיר הקליטה נגזר מגובה העמלה ובהעדר ראיות (גם לא התייחסות) לגבי דרך קביעת העמלה, לא ניתן לקבוע מסקנה בדבר קיומו של הסדר כובל לגבי מחיר הקליטה וגובה העמלה.

168. 168. אנו ערים לעדותו של מר קרייטי, לפיה יש הבנה או הסכמה בין המשחטות שאסור להוריד את המחיר כלפי תנובה. זה הייתה העדות היחידה ממנה עלה קיומה של הסכמה או הבנה בין המשחטות בנושא זה. בהמשך עדותו העיד מר קרייטי, במענה לשאלה האם "יש הבנה כזאת שלא מתחרים מול תנובה": "לא, לא מתחרים מול תנובה". התשובה האחרונה מתייחסת למצב הקיים בפועל ואין בה משום אישור מפורש לקיומה של הסכמה או הבנה שלא מתחרים מול תנובה. אולם, גם אם ניתן להבין מעדותו שקיימת הבנה בין המשחטות ובין לבין תנובה, שלא מתחרים מול תנובה, אין לפנינו גם כאן פרטים מספיקים, בכלל זה, מקורה של אותה הבנה, תוכנה המלא וכיצד ובין מי למי הוא הושגה. מהמשך תשובתו של העד עולה האפשרות שמקור אותה הבנה הוא בגישה ש"תנובה לא יכולה לשווק שתי משחטות, שאחת תתחרה בשנייה, אני לא הייתי עובד עם משווק שהיה עושה את זה". גם אם רציונאל זה הוא שעמד ביסוד אותה הבנה, וגם אם תנובה נתנה למשחטות להבין שזו היא גישתה בנושא זה, ספק אם בכך בלבד די כדי להקים הסדר כובל. בפסיקה האמריקאית, למשל, נקבע שכדי לבסס ממצא בדבר קיומו של הסדר כובל (אנכי) בין ספק לבין מפיצו בדבר מחירי הסחורה המופצת, נדרשת הוכחת יסודות תיאום נוספים על המדיניות הנקוטה בידי אותו ספק לגבי מחירי ההפצה והבאתה של מדיניות זו לידיעתם של המפיצים (ABA, עמ' 14-20).

169. 169. לאור השיקולים האמורים, אנו סבורים, שאין לפנינו ראיות מספיקות כדי לבסס עליהן ממצא בדבר קיומו של הסדר כובל לגבי מחיר הקליטה והעמלות.

#### השפעה על מחיר השוק באמצעות ויסות המלאי

170. 170. השפעתה של תנובה על מחיר השוק (להבדיל מהמחיר שתנובה משלמת למשחטות) נעשית, לטענת העוררת, באמצעות ויסות כמות המלאי המוחזק על ידה למטרה זו. על-פי הטענה, תנובה מחזיקה בהקפאה מלאי של כ-4,000 טון פטם קפוא, והיא שומרת על מחיר שוק גבוה באמצעות ויסות כמות המלאי. לטענת העוררת, גם המשחטות נוטלות חלק בפעילות זו של תנובה, בכך שהן ממנות את החזקת המלאי (מעבר לרמת מלאי מסוימת) על-פי חלקן במכירות, ובכך הן מתאמות ביניהן את מחיר השוק הנגבה ע"י תנובה עבור העוף המעובד.

171. הראיות מלמדות שתנובה מחזיקה במלאי של עוף מעובד קפוא. העיד על כך מר קרייתי :

י"ש. ומי מחלק, מי קובע את החלוקה, אני אקפיא ארבע מאות טון מזה ו-320 טון מזה, ושמונה מאות טון מזה?  
ת. תנובה מחזיקה מלאים עד 3,500 עכשיו יש יותר, אז זה על חשבון המשחטות יחסית למכירות, להיקף המכירות הכולל שלה.  
ש. מה זאת אומרת?  
ת. אם אני מכרתי בעשרה מיליון שקל לחודש הזה לדוגמא, וסך הכל המכירות של כל המשחטות ביחד נניח 50 מיליון, אז אני 20%.  
ש. מה-3,500?  
ת. לא,  
ש. אלא מה שמעבר?  
ת. מה שמעבר. עד ה-3,500 אין חישוב. אין התחשבות פרטנית למשחטות.  
ש. זאת אומרת היא לוקחת 3,000 היא לוקחת מלאי?  
ת. כן.  
ש. אחר כך בסוף השבוע עושים חשבון כמה מלאי יש לה?  
ת. נכון.  
ש. עכשיו אם יש לה 5,000 טון מלאי, אז אלף וחמש מאות הם מחלקים בין המשחטות, לפי היחס שלהם?  
ת. נכון.  
ש. בלי שום קשר אם הם קנו מהם בפועל או לא קנו מהם בפועל.  
ת. נכון".

(פ. 9.5.01 בעמ' 179-180).

ברוח זו העיד גם מר כהן (פ. 24.5.01, עמ' 48-49).

מעדותו של מר חלבי ממשחטת עוף הגליל אף עולה קיומו של קשר בין רמת המלאי המוחזק על-ידי תנובה לבין מחיר השוק :

י"ת. ... אנחנו מוכרים בסדר הזה : מצונן, תעשיה, תנובה. מה שלא מוכר מצונן ותעשיה מוקפא, הולך למכירה לתנובה. בתנובה מצטברים, אם מצטברים מלאים, מצטברים מלאים, ומחכים לתקופות יותר נוחות, והמלאים האלה נמכרים".

(פ. 16.4.01, בעמ' 121).

וכן :

י"ש. תאמר לי תנובה מקפיאה לפעמים סחורה.  
ת. כן.

ש. כשיש עודף היצע בשוק, נכון?  
ת. כן.

...  
ת. שלושת אלפים חמש מאות טון שלה.  
ש. שלה?

ת. כן. אנחנו חמש משחטות שם, יש איזה סידור בינינו  
שהיא מחזיקה מלאי ומשלמת עבורו. היא משלמת שבוע  
שוטף פלוס שבועיים".

(פ. 16.4.01, בעמ' 164).

172. 172. השאלה הנה, לאיזה מטרה מוחזק מלאי זה על-ידי תנובה, והאם תנובה  
משפיעה על מחיר השוק, כפי שטוענת העוררת, באמצעות ויסות המלאי.

173. 173. מר רייכמן טען בעדותו, שהמלאי מוחזק על-ידי תנובה לצרכים  
אופרטיביים בלבד, ולא לשם שמירה על מחיר השוק:

"ת. ואני יכול להגיע גם ל-4,000 טון אבל זה מלאי  
אופרטיבי, אם אתה תיקח מול זה את היקפי השיווק  
שלנו, זה מהווה 5 אחוז מכלל השיווק".

(פ. 7.5.01 בעמ' 191,205).

עדויות אחרות מלמדות גם הן, שכמות המלאי שבה מדובר (כ – 4,000 טון) קטנה  
מדי כדי להשפיע השפעה של ממש על מחיר השוק של העוף המעובד.

מעדותה של גב' בורושק, הכלכלנית מטעם תנובה, עולה, שעל מנת להשפיע על מחיר  
השוק יש להקפיא כמות של 20,000-25,000 טון:

"ש. כמה באופן תיאורטי, נניח שאדם קם משוגע בבוקר  
ורוצה להקפיא כדי להשפיע על המחירים. מה לפי דעתך,  
כמות ההקפאה שהייתה עושה משהו למחירים במדינת  
ישראל?  
ת. מאוד גבוהה, לדעתי לפחות למעלה מ-20-25 אלף טון  
במונחי מעובד וקפוא".

(פ. 24.5.01)

גם על-פי עדותו של מר גדיש עולה, שכדי להשפיע על מחיר השוק באמצעות ויסות  
כמויות המלאי, נדרש מלאי בהיקף של כ – 30 אלף טון, שהיא כמות גדולה בהרבה  
מזו המוחזקת במלאי על-ידי תנובה. מעדותו אף עולה, שלא זו בלבד שבכמות  
המלאי המוחזקת על-ידי תנובה אין כדי להשפיע על מחיר השוק, אלא שאסטרטגיה

כזו הנטענת על-ידי העוררת, גם אם יהא בה כדי להשפיע, באמצעות ויסות מלאי בכמויות גבוהות בהרבה, על מחיר השוק בטווח הקצר, לא תביא למשווק הנוקט בה תועלת בטווח הארוך :

”ש. במילים אחרות אם הבנתי נכון על מנת להשפיע על המחיר אתה אומר צריך משהו כמו 30 אלף טון? ת. זה ישפיע באופן מהיום למחר, אבל מחרתיים שכרו יצא בהפסדו באופן מובהק, זה לא, הרי ניסו את הדברים האלה”.

(פ.9.5.01 בעמ' 14-16).

ברוח דומה העידו גם רייכמן (פ. 7.5.01 בעמ' 191) וכהן (פ. 24.5.01 בעמ' 6)).

174. גם בניסיונה של העוררת להיבנות ממדיניות מועצת ענף הלול, אשר

נהגה בשנת 1999

לקלוט מלאי של עופות קפואים, אין כדי להוכיח את טענתה.

לטענת העוררת, מועצת ענף הלול החזיקה בשנת 1999 מלאים בהיקף של 1,500 טון, בסכום של 2 מיליון ₪ בלבד, דבר המלמד, לשיטתה, על כך שמלאי של 3,500 טון ודאי עשוי להשפיע על המחיר.

אולם, כפי שטוענים בצדק ב"כ הממונה והמשיבות, עיון בדו"ח המועצה מעלה, כי מדיניות השיווק בה נקטה המועצה לא נשאה פרי ולא השפיעה על מחיר השוק של העוף (ראה עמ' 12 לאותו דו"ח).

175. לאור ראיות אלה לא שוכנענו שמלאי העוף המעובד המוחזק על-ידי

תנובה איננו מלאי אופרטיבי וכי מדובר במלאי שבאמצעותו שומרת תנובה על מחיר השוק.

176. סיכומו של נושא ההסדרים הכובלים המיוחסים לתנובה על-ידי העוררת

הוא, שהראיות שהוצגו לפנינו אינן מאפשרות לקבוע כי הוכח שתנובה והמשחטות המשווקות על ידה היו צדדים להסדרים כובלים שעניינם הסדרי בלעדיות בהפצת תוצרת המשחטות, תיאום מכסות ייצור ושיווק, תיאום מחירי הקליטה והעמלות והעלאת מחיר השוק של העוף המעובד באמצעות ויסות מתואם של כמויות המלאי. לאור כך מקובלת עלינו מסקנתו של הממונה, כי המצע העובדתי שהונח בפני בית הדין בנושא זה אינו ברור כל צרכו ואינו מאפשר הסקת מסקנות חד משמעיות, כפי שנטען על-ידי העוררת.

177. 177. מכל מקום, גם אם טעינו במסקנה זו, וגם אם ניתן לייחס לתנובה ולמשחטות המשווקות על ידה הסדרים כובלים כפי שנטען על-ידי העוררת, גם אז איננו סבורים שבכך יש כדי לשנות את התוצאה הסופית בתיק זה.

178. 178. כפי שראינו לעיל, פסילת מיזוג על בסיס טענה בדבר התנהגות אנטי תחרותית - במקרה זה עשיית הסדר כובל - צריך שתיתמך בשיקולים מבניים הקשורים למיזוג. לצורך כך יש להוכיח, שמבנה השוק שנוצר בעקבות המיזוג, עשוי לעודד את הפירמה המתמזגת או פירמות אחרות לנקוט בפרקטיקות התנהגות בלתי תחרותיות, או להקל על הנהגתן של פרקטיקות התנהגות כאלה.

179. 179. במקרה הנוכחי לא שוכנענו בקיומו של קשר בין המיזוג לבין ההסדרים הכובלים הנטענים. מדובר בהסדרים כובלים אשר נעשו, לפי הטענה, בשוק העוף המעובד, ולא בשוק המיזוג, שהוא שוק מוצרי העוף. אמנם, מדובר בשווקים קרובים, שכן העוף המעובד הוא חומר הגלם המשמש את תעשיית מוצרי העוף. אולם, גם בהנחה שהסדרים אלה עשויים לפגוע בתחרות בשוק מוצרי העוף, בהביאם, למשל, להעלאת מחיר חומרי הגלם לתעשייה זו (נניין שאליו נתייחס בהמשך), לתוצאה אין זו קשר למיזוג. תנובה פעלה בשוק העוף המעובד על-פי ההסדרים הנטענים זמן רב לפני כניסתה לשוק מוצרי העוף, וללא קשר למעמדה בשוק זה, וקשה לראות שכניסתה של תנובה לשוק מוצרי העוף, היא שתעודד עשייתם של הסדרים כובלים אלה או תקל על עשייתם.

בפרשת **תנובה** דחה בית הדין קיומו של קשר סיבתי בין המיזוג לבין אותו הסדר כובל שלקיומו נטען גם לפנינו (תיאום המחיר שמשלמת תנובה למשחטות). בית הדין קבע, כי "הקשר בין נושא זה לבין סוגיית אישורו או פסילתו של המיזוג, אינו קשר הדוק. לא רכישתה או אי רכישתה של משחטה נוספת היא שתהא משמעותית בשאלת יכולתה של תנובה לעצב מחירים בענף". זאת.

אם ברכישת משחטה בדרך של מיזוג, שהוא מיזוג אופקי הכרוך בהגברת הריכוזיות בשוק המיזוג עצמו, אין כדי להשפיע השפעה ממשית על עיצוב מחירים בשוק העוף המעובד, מקל וחומר שאין לצפות להשפעה כזאת בשל מיזוג אשר מתקיים בשוק המשיק של מוצרי עוף.

180. 180. שאלה נוספת שהעלו הצדדים בהקשר זה בסיכומיהם, נוגעת להשפעת ההסדרים הכובלים הנטענים על שוק מוצרי העוף. נציין, שלשאלה זו חשיבות

משנית. שכן אפילו תאמר שלהסדרים בהם מדובר השפעה על שוק מוצרי העוף, אין בכך כדי להקים קשר סיבתי בין אותם הסדרים לבין המיזוג.

181. 181. העוררת טוענת, שההסדרים הכובלים בין המשחטות לבין תנובה משפיעים ישירות גם על מחיר חומרי הגלם לתעשיית מוצרי העוף. זאת, משום שמחיר חומרי הגלם למפעלי התעשייה נגזר ממחיר העוף המעובד אשר נקבע בשוק שיווק העוף המעובד.

182. 182. אולם, לא הוכח שלתנובה כוח שוק המאפשר לה לגרום להעלאת המחיר בשוק שיווק העוף המעובד. גם לא הוכח, כפי שנאמר לעיל, שתנובה מקטינה את היצע העוף המעובד לשוק, הן בדרך של הקטנת הכמות המשווקת ע"י קביעת מכסות שיווק והן בדרך של ויסות כמויות המלאי.

183. 183. אפילו נקבל (מה שלא הוכח) שתנובה מקטינה את היצע העוף המעובד לקמעונאים וללקוחות המוסדיים, ומעלה בדרך זו את המחיר לפלח זה של השוק, פעולה זו אמורה לגרור אחריה השפעה הפוכה על מחיר העוף המעובד לשוק מוצרי העוף. שכן, הקטנת הכמות הנמכרת ללקוחות הקמעונאים והמוסדיים אמורה להגדיל את ההיצע לתעשייה ולהביא, עקב כך, להפחתת המחיר ללקוחות אלה. ברוח דברים אלה העידה גב' זאורבך :

"ש. נשאלת שאלה לגבי ויסות השוק לכאורה על-ידי תנובה

...

ת. ואם תקטן הכמות שנמכרת לשוק הקמעונאי איך זה ישפיע על הכמות שתהיה זמינה לתעשייה?

...

ת. מן הסתם הכמות שנמכרת לתעשייה תגדל".

וכן :

"ש..ואת חושבת שיש איזה שהוא קשר ביניהם?  
ת. סביר להניח שיש איזה קשר, לא יודעת מה הקשר, מאוד יכול להיות שגם הקשר יכול להיות הפוך. שאם מווסתים את הכמות לשוק הקמעונאי אז נשאר יותר כמות לשוק התעשייתי".

(פ. 7.5.01 בעמ' 119).

מסקנה זו עולה גם מעדותו של מר גדיש :

”ש.. שאלתי אותך אם יש קשר בין מחיר חזה העוף  
המשווק לשוק המבורקד למחיר חזה העוף המשווק  
למפעלי התעשייה...”

ת. אני אמרתי שזה ודאי מהווה פקטור, הוא לא פקטור  
יחיד, הוא חלק מסך כל השיקולים ויכול להיות  
שתמונת המצב תהיה הפוכה במצבים ספציפיים.”

(פ.9.5.01.9 בעמ' 87-86).

184. 184. הראיות שהוצגו לפנינו אינן מאפשרות, לפיכך, לקבוע עמדה חד  
משמעית לגבי השפעתם של ההסדרים הכובלים הנטענים על-ידי העוררת על שוק  
מוצרי העוף.

185. 185. לאור השיקולים האמורים, בהעדר קשר סיבתי בין מבנה שוק מוצרי  
העוף שנוצר עקב המיזוג לבין ההסדרים הכובלים הנטענים על-ידי העוררת, בהעדר  
הוכחה בדבר פגיעתם של הסדרים אלה בשוק מוצרי העוף ולאור העובדה שהממונה  
מטפל בסוגיה זו בכלים אחרים, ולאחרונה אף הגיש לבית הדין בקשה לפי סעיף  
50א' לחוק, אנו סבורים שגם בטענות העוררת בעניין ההסדרים הכובלים, אין כדי  
להביא לביטול החלטת הממונה. מסיבה זו גם לא ראינו להיזקק, לבקשת העוררת,  
להצגת ראיות נוספות בנושא זה.

186. 186. התוצאה היא שהערר נדחה.

העוררת תשלם לכל אחת מקבוצות המתדיינים המיוצגות בנפרד, שכ”ט עו”ד  
בסך 10,000 ₪ בצירוף (למעט הממונה) מע”מ.

פסק-דין זה ניתן, בהסכמת הצדדים, במותב קטוע, לאחר שהסתיימה תקופת  
כהונתו של חבר בית הדין, עו”ד יוסי פרלוב.

**ניתן היום, כ”ז באייר תשס”ג (29 במאי 2003), בהעדר ב”כ הצדדים.**

**המזכירות תמציא עותק מפסק הדין לב”כ הצדדים.**

---

י’ רוטלוי  
חבר

---

י’ עדיאל, שופט  
אב בית הדין