



רשות ההגבלים העסקיים

ירושלים, ט"ו בסיוון תשס"ג

15 ביוני 2003

פטורים: 5260, 5262

5264 (5263)

בפקס: 03-5102493

לכבוד

עו"ד יוסי לוי ושות'

רחוב קויפמן 4

תל-אביב 68012

הנדון: החלטה בעניין אי-מתן פטור מאישור הסדר כובל בין: תנובה-מרכז שיתופי לשיווק
תוצרת חקלאית בישראל בע"מ לבין אגודות שיתופיות כמפורט בהחלטה

הנני מתכבדת להעביר אליכם את החלטת הממונה על הגבלים עסקיים, לפי סעיף 14 לחוק
ההגבלים העסקיים התשמ"ח - 1988, בדבר אי-מתן פטור מהחובה לקבל את אישור בית הדין
להסדר כובל שבין הצדדים בנדון.

בכבוד רב ובברכה,

צפורה נחמו, עו"ד

רשמת הגבלים עסקיים



רשות ההגבלים העסקיים

החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בדבר אי מתן פטור מאישור בית הדין להסדר כובל

בין תנובה לבין קואופרטיבים להובלת חלב

1. פתח דבר

ביום 12 בינואר 2003 הוגשה בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, לארבעה הסכמים בין תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (להלן: "תנובה") לבין אגודות שיתופיות, שיפורטו להלן, שעניינם הסדרת הובלת החלב עבור תנובה בכל אחד מן האזורים הגיאוגרפיים אשר הוגדרו בהסכמים.¹

לאחר שבחנה הרשות את ההסדר והכבילות בו, ונפרשה מוטת השפעתם של אלה על התחרות מצאתי כי אלה מתפרשים על חלק ניכר מאד מן השוק הרלבנטי. עוד נמצא כי ביסוד ההסדרים מצוי מהלך שתוצאתו בריכוז החלק הארי של צריכת שירותי ההובלה – ביד אחת. מטעמים מצטברים אלה באתי למסקנה כי אין הליך הפטור שבסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים") מתאים לבקשה שבפני, וכי מתחייב כי עניין זה, על השלכותיו הענפיות הרחבות, יבוא לבחינה שיפוטית בפני בית הדין להגבלים עסקיים בהליך שיפוטי מלא, להבדיל מההליך בפני הממונה בבקשת פטור שהוא מנהלי באופיו.²

2. ההסכם

2.1 כללי

באוגוסט 1998 החליטה הממשלה לייעל את תחום הרפת בישראל.³ בהחלטתה ביקשה הממשלה לתמרץ את יצרני החלב, בעלי הרפתות ומפעיליהן, "להפנים יתרונות לגודל, לעודד את ההתייעלות ולשמור על איכות הסביבה ברפתות" – כך לפי ההחלטה. בעקבות ההחלטה נקבעו, ביום 18 בנובמבר 1998, בהסכמתם של משרד החקלאות, משרד האוצר והמועצה לענף החלב בישראל

¹ הסכם א' – באזור הצפון: בית שאן חרוד אגודה שיתופית חקלאית של משקי עובדים להובלה בע"מ; הסכם ב' – באזור הצפון: הגליל העליון אגודה שיתופית חקלאית של משקי עובדים להובלה בע"מ; עמק הירדן אגודה שיתופית חקלאית של משקי העובדים להובלה בע"מ; הסכם ג' – באזור המרכז: התבור אגודה שיתופית חקלאית של משקי העובדים להובלה בע"מ; עמק חפר אגודה שיתופית חקלאית של משקי עובדים להובלה בע"מ; הסכם ד' – באזור הדרום: הנגב והערבה – חברה להובלה בע"מ (להלן: "מובילי החלב").

² השווה אי מתן פטור מאישור הסדר כובל בין שוברי בר חברה ליבוא מספוא, אמבר ואח'; 2002 הגבלים עסקיים 3013444.

³ החלטת ממשלה 4173 מיום 12.8.1998.

(ייצור ושיווק) (להלן: "מועצת החלב"), עקרונות מוסכמים ל"רפורמה בענף הרפת". עקרונות אלה, אשר תוקנו ביום 8 בינואר 2001, יכוננו להלן "הסכם הרפורמה".

עד עובר ליישומו של הסכם הרפורמה, נפלה על כתפיו (וכיסו) של היצרן האחריות להובלתו של חלב גולמי ממנו אל המחלבה (המפעל המייצר מן החלב מוצרי חלב שונים). עלות הובלת החלב תוקנה אפוא בסל העלויות שגולם במחיר אחיד שקבעה מועצת החלב ואשר אותו שילמה המחלבה ליצרן החלב בעבור החלב הגולמי (להלן: "מחיר המטרה"). הסכם הרפורמה בא לשנות מציאות זו ולהעביר את האחריות לרכיב הובלת החלב מן היצרן לכתפי המחלבה, בקובעו: "מרכיב ההובלה יעבור מתחשיב מחיר המטרה לתחשיב המחלבות. מחיר חומר הגלם למחלבה לצורך חישוב מחיר מוצרי החלב לצרכנים יכלול את עלות ההובלה."

כפי שאפרט בהמשך, כפועל יוצא מיישום הסכם הרפורמה תהפוך תנובה באחת למונופסון ברכישת שירותי הובלת חלב. בהתאם, מבקשת תנובה בהסדרים נשוא בקשה זו להסדיר את הובלת החלב עבורה (אשר תהווה את החלק הארי מכלל הובלת החלב הגולמי במשק) מול המובילים השונים. הסדרים אלה של תנובה מול המובילים, הנעשים במסגרת יישומו הצפוי של הסכם הרפורמה – הם נושא הבקשה שבפניי.

2.2 הצדדים להסכם

תנובה היא אגודה שיתופית העוסקת בעיקר בשיווק והפצת תוצרת חקלאית טרייה – חלב, פרות, ירקות, פטם הודו ודגים – של הקיבוצים, המושבים והמושבים השיתופיים החברים בה ושל חברות נוספות הקשורות בה. תנובה הוכרזה בעלת מונופולין בענף החלב לשתיה ומוצרי החלב.⁴ על פי הנתונים שהועברו לידינו על ידי מועצת החלב ואשר תנובה לא חלקה עליהם, רוכשת כיום תנובה כ- 80% מכלל תוצרת החלב והיא, כענין שבחיי המעשה, מונופסון ברכישת חלב גולמי.

המובילים הם שישה תאגידים נפרדים העוסקים בתחומי הובלה שונים ובהם הובלת חלב.⁵

2.3 ההסדר המובל

בעקבות הסכם הרפורמה מבקשת תנובה להסדיר את הובלת החלב על ידי המובילים השונים לחצרותיה. לשם כך, התקשרה בהסכמים נשוא בקשה זו עם המובילים, אשר בפיקוחה ובהתאם לשיטה ותוכנית האיסוף שתקבע יאספו את החלב מן היצרנים ויובילו אותו אל מחלבותיה.

במסגרת ההסדרים מבקשת תנובה גם למכן את המכליות של המובילים בצידוד שאיבה ומדידה של חלב. צידוד זה מבצע, על פי הנטען, גם דגימה של החלב, בחינת איכותו, כמותו, וידוא סניטציה של המכלית והעברת מכלול נתונים משוקלל לידי המחלבה (להלן: "המכשור"), כל זאת, בזמן אמת, עוד בחצר יצרן החלב. למטרה זו התקשרה תנובה מבעוד מועד בהסכם מסגרת עם חברת Diessel מגרמניה ומדנמרק אשר ממנה ירכשו המובילים את המכשור. בכוונת תנובה להמחות למובילים בהסדר שלפנינו את כלל התחייבויותיה וזכויותיה כלפי ספק המכשור ככל הנוגע להתקנתו, תחזוקתו וביטוחו.

⁴ י.פ. 3640, י"ט באדר ב' התשמ"ט, 26.3.88, עמוד 2365.

⁵ הובלה בתפזורת, הובלת מטען כללי, הובלת דלק, הובלה פנאומטית, ותחומים נוספים כגון הובלת כימיקלים, הובלת מים, הובלה בקירור או הובלה כבדה.

ההסכמים המוצעים בין תנובה למובילים לובשים אופי אחיד והם מכילים מספר כבילות:

א. **בלעדיות המוביל באזור ההובלה** – בכל ההסכמים נקבע כי תנובה מזמינה באופן בלעדי שירותי הובלת חלב, בטריטוריה מוגדרת, רק מהמוביל עמו נערך ההסדר.

ב. **בלעדיות השימוש של תנובה במכליות עליהן הותקן המכשור** – בכל ההסכמים נקבע כי המוביל לא ישתמש במכליות שלו עליהן הותקן מכשור של תנובה – לאיסוף חלב מיצרנים שאינם מנויים בסל היצרנים שהוקצה לו; ובנוסף כי לא יפרוק או ימכור חלב שלא במחלבות תנובה, אלא לאחר קבלת אישורה של תנובה, מראש ובכתב.⁶

ג. **התחייבות המוביל לרכישה התקנה ושירות של המכשור מאת הספק** – התחייבות המוביל לרכוש את המכשור מאת ספק המכשור עמו התקשרה תנובה וכפיפותו לתנאי הסכם המסגרת לרכישת המכשור שבין תנובה לספק המכשור. משך תקופת ההתקשרות על פי ההסכמים בין תנובה לבין המובילים הוא 5 שנים. עם סיומה של ההתקשרות רשאי המוביל להעביר את המכשור לידי תנובה ולקבל בתמורה את השקעתו במכשור בניכוי פחת בגין תקופת השימוש.

הסכמים אלו נופלים בגדרם של העניינים המפורטים בסעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים בדבר "חלוקת השוק, כולו או חלקו, ... לפי האנשים ... שעמם יעסקו". הסעיפים מגבילים את תנובה בבלעדיות, היינו כי בכל אחד מן האזורים תוביל רק באמצעות אותו מוביל ולא תרכוש שירותים של גורם עסקי אחר מלבדם. ההסכמים אף מצרים את מרחב פעולתם של המובילים. הסכמים אלה מיועדים להיחתם לתקופה ממושכת. יוצא אפוא כי בהסכמים בין תנובה לבין מובילי החלב הוראות המהוות הסדרים כובלים.⁷

לכך מתווסף מחולל השינוי התחרותי העיקרי בשוק הובלת החלב – הסכם הרפורמה עצמו. לא ניתן לבחון, בראי ההשפעה התחרותית, את ההסכמים דלעיל במנותק מהסכם הרפורמה עצמו וגם לו היה הדבר ניתן – אין זה נכון לעשות כן. ההסכמים שבפני אינם אלא נדבך עוקב להסכם הרפורמה ולמעשה מבטאים את יישומה של הרפורמה הלכה למעשה. לא ניתן אפוא לדון כהלכה בהשפעתם על התחרות בלא להביא בחשבון את הפגיעה התחרותית הניבטת מן האדן עליו מושתתים ההסכמים. נמצא אפוא כי אף שהשלכותיו התחרותיות של הסכם הרפורמה עצמו לא הובאו בבקשה הן ניצבות בטבורה. יהא זה מלאכותי להתעלם מהשפעת הסכם זה על התחרות אך בשל העובדה כי לא הוא נושא הבקשה לפטור. זו דרכו של מערך הפיקוח על הגבלים העסקיים. כך, קבע עוד כב' השופט עדיאל בהחלטתו בעניין **גדות**⁸ –

⁶ תנובה מתחייבת בסעיף זה כי יינתן אישור כאמור אם יימצא להנחת דעתה פתרון טכני המעניק את התמיכה הנדרשת. נציגי תנובה פרשו בפגישתם עמנו כי הכוונה לתמיכה טכנית אשר תאפשר שלא תנוטרל המערכת הממוכנת ולא יופסק המנגנון האוטומטי אשר אמור לוודא כי המכלית נוקתה בטרם השימוש בה.

⁷ ת"א (י-ם) 1000/95 פז **חברת נפט בע"מ נ' דוד עמוס**; 2003 **הגבלים עסקיים** 3016095; ת"א (י-ם) 961/91 פז-גז **חברה לשיווק בע"מ נ' דור אנרגיה (1988) בע"מ**, דינים מחוזי, כרך לב (6), 660. הי"ע 491/98 **חברת חשמל לישראל נ' הממונה על הגבלים עסקיים**; 1999 **הגבלים עסקיים** 3002628, פסקה 121; קביעה לפי סעיף 43(א) לחוק ההגבלים העסקיים: הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות תדלוק, 1993, **הגבלים עסקיים** 3003595. קביעה לפי סעיף 43(א) לחוק ההגבלים העסקיים: הסדרים כובלים בין יצרני אריזות מקרטון גלי, 1995, **הגבלים עסקיים** 3001361.

⁸ הי"ע 468/95 **גדות מסופים נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, תק-מח (1)96, 514, 527.

"מבלי למצות את המבחנים הגודרים את היקפו של ההסדר שיעמוד לדיון בפני בית הדין, דומה שהמבחן הינו מבחן תוכני-ענייני... באם הכבילות ושאר הוראות ההסדר קשורות זו לזו במובן זה שעניינית הן מהוות חלק מאותו הסדר ולא ניתן לעמוד על משמעותה, השפעתה, תועלתה או נזקה של כבילה אחת בלא לעמוד גם על מהותן ותועלתן (או נזקן) של הכבילות והוראות ההסדר האחרות, כי אז, פשיטא שעל בית הדין לדון בכל הוראות ההסדר וכבילותיו, בין שהמבקש כרך כבילות אלה בבקשתו ובין שלא עשה כן."

לו היה הסדר הרפורמה מעוגן בדין מחייב המהווה הסדר "שלם ומלא"⁹, קונקלוסיבי בהיבטי התחרות שבו, והמחייב מונופסוניזציה של הענף – כי אז ניתן היה לראות בו הסדר כובל הבא בגדרו של סעיף 13(1) לחוק ההגבלים העסקיים, הקובע כי הסדר שכל כבילותיו על פי דין אינו מחויב באישור או בפטור. ברם, לא זה המצב כאן. אין לפני אלא הסכם שמשרדי ממשלה הם צד לו, אך ודאי שזה אינו דין מחייב ואין עסקינן בכבילה על פי דין.

3. השפעת ההסכם על התחרות

בהחלטתי באחרונה בבקשת תשעה מובילי חלב לנהל משא ומתן משותף אל מול תנובה¹⁰ התייחסתי באריכות לשוק הובלת החלב. כך, פורט שם כי מדובר בשוק הובלה נבחן ונבדל בו נעשה שימוש במכלית מיוחדת השונה מן הגוררים המשמשים להובלות בצובר ואף להובלת נוזלים אחרים (דלק וכיוצא באלה). יישומו של הסדר הרפורמה והעמדת דרישות נוספות כלפי מובילי חלב (כגון הוספת מיכון וציוד ייחודי על המכלית) יובילו להאמרת חסמי הכניסה לשוק זה. ציוד מיכון זה לו ידרשו מובילי החלב יעלה את עלות התאמת המכלית להובלת חלב¹¹ עבור המחלבה והיבטים מסוימים בו אף צפויים להקשות על מעבר של מובילים בין מחלבות מתחרות ויריבות.

בנוסף, שינוי משמעותי ביותר שהוא תוצאה ישירה של יישום ההסכם הרפורמה הוא הפיכתה של תנובה באחת למונופסון ברכישת שירותי הובלת חלב. כפי שצינתי לעיל, מן הנתונים שנתקבלו מידי מועצת החלב רוכשת תנובה כיום כ- 80% מן החלב הגולמי בישראל¹². פשיטא כי הפקדה בידי תנובה של הובלת חלב תביא לכך כי שיעור דומה של נתח משוק ההובלה יהא בידה¹³.

להסכם הרפורמה נוסף את הכבילות הקיימות בהסכמים בין תנובה לבין המובילים בהם מעניקה תנובה למובילי החלב בלעדיות בארבע אזורים שונים ונפרדים גיאוגרפית. מנקודת מבטה של תחרות, חשש מרכזי בהסדרי בלעדיות אנכיים טמון באפשרות כי חובתה של תנובה על פי תניית

⁹ ראו ערר 7/95 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, תק-על (2)97, 5, 15.

¹⁰ החלטה בדבר אי מתן פטור להסדר כובל בין תשעה מובילי תוצרת חלב לניהול משא ומתן משותף עם תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, 2002 הגבלים עסקיים 3016214.

¹¹ עלות התקנת המיכון הנה כ- \$50,000 על גבי מכלית קיימת. אולם, הרפורמה תדרוש החלפתן של חלק מן המכלית אשר לא יעמדו בדרישות הסף כך שהמוביל יידרש לעלות של \$125,000 לרכישת המיכון ומיכל או לרכישת מכלית בשלמותה בתוספת המיכון המגיעה לכדי \$220,000.

¹² כמות החלב שנקלטה על ידי כל מחלבה קולטת בשנת 2002 במיליוני ליטר הם – תנובה: 905 (77.54%); טרה: 145.25 (12%); שטראוס ויוטבתה: 61.82 + 30.9 (7.9%); רמת הגולן 14.61 (1.25%); גד 8.81 (0.75%).

¹³ מתוך שוק שבו ישנן 122 מכליות להובלת חלב התקשרה תנובה בהסכמים לעיל עם מובילים אשר יש להם יחדיו כיום למעלה מ- 50% מן המכליות באזורים מסוימים למעלה מכך. לבד ממובילים אלו פעילים בשוק הובלת החלב גם הגליל המערבי אגודה שיתופית חקלאית של משקי עובדים לתנובה בע"מ (להלן: "הגליל המערבי") ועוד כ- 30 מובילי חלב פרטיים הפזורים באזורים השונים אשר לכל אחד מהם מספר מכליות בודדות (להלן: "המובילים הפרטיים").

הבלעדיות להוביל חלב רק על ידי המובילים הללו, תביא לחסימת גישתם של מתחרים לזירת התחרות של המובילים (Foreclosure). נקודת המוצא בהקשר זה היא כי מתן זכות בלעדיות לכשעצמה אינה פסולה מעיקרא ולעיתים היא פרו-תחרותית:

“Exclusive dealing arrangements, like tying arrangements, foreclose competitors of the supplier from marketing their products to that buyer for the period of time involved... Exclusive dealing arrangements have been treated more leniently by the Supreme Court than tying arrangements. The court recognized that these arrangements may have procompetitive effects and may be motivated by other than anticompetitive desires on the part of the seller, and it has not considered them to be per se unlawful.”¹⁴

הפגיעה התחרותית עקב בלעדיות אנכית קמה בעיקר כאשר עקב מעמדו הדומיננטי של מעניק הבלעדיות (במקרה זה – תנובה) יוצרת הוראת הבלעדיות חסימה של נתח מהותי מאד של השוק, עד כדי כך שקיום הבלעדיות עלול לגרום ליציאתם של מתחריו של מקבל הבלעדיות מן השוק. יציאה כזו עלולה להמיט נזק מבני מהותי לתחרות באותו שוק, הנותר ללא מתחרים של ממש. בנוסף עלול הדבר ליצור כוח שוק של מקבל הבלעדיות כלפי שאר הנדרשים לשירות מן הסוג המוענק על ידו. קיום חסמי כניסה מהותיים לשוק בו עוסק מקבל הבלעדיות יחזק מאד חשש זה.

לטענת תנובה מתן זכות בלעדית במקרה זה, למובילי החלב בכל אחד מן האזורים נועדה למעשה להבטיח להם כי יזכו להחזר עבור השקעותיהם והיערכויותיהם לדרישות החדשות אשר מציבה בפניהם תנובה. אך כאמור אין לכחד כי ישנו חשש ממשי, כפי שטענו בפני מובילי חלב, כי ההסדר כאמור יוביל ליציאתם מן השוק של מתחרים ולהגדלה משמעותית של הריכוזיות בשוק הובלה.

בנוסף התברר כי תנובה לא ערכה כל התחרות בין מובילי החלב השונים ובחרה לה בכל אחד מן האזורים את הקואופרטיבים להובלה עמם היא מבקשת לעבוד. כך יוצא כי לא זאת בלבד שתמנע תחרות בנתח מכריע של השוק בעקבות תניות הבלעדיות, אלא אף זו: לא התקיימה כל תחרות על נתח גדול זה השבוי בידי תנובה, בטרם ההתקשרות. יוצא מכך כי מובילי חלב מסוימים על אף יעילותם או יכולותיהם יפלטו מן השוק בעוד יוותרו מובילים אשר זכו להתקשר עם תנובה לאו דווקא מפאת יעילותם או יכולותיהם. נראה כי בנסיבות השוק ובהתחשב במעמדה של תנובה בו, עלול הדבר להוביל לחסימת שוק ההובלה (foreclosure) בפני מובילים מתחרים לא בשל יכולותיהם התחרותיות הדלות, אלא בשל תניית הבלעדיות עצמה. הוצאת מתחרים מן השוק בנסיבות אלה, אינה עניין של מה בכך ואינה יכולה לזכות בפטור מן הממונה.

מן האמור עולה החשש כי ההסדרים שבפני על הסדר הרפורמה, משנים באורך משמעותי ומהותי את שוק הובלת החלב והם עלולים להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק הובלת החלב וכתוצאה מכך אף להשפיע על שווקי החלב ומוצריו. כבר מטעם זה סברתי כי צריך העניין להידון בבית הדין להגבלים עסקיים.

¹⁴ ראה ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments (5th ed. 2002) p. 216.

תנובה העלתה בפני שלושה טעמים למתן הפטור, לתחולת סעיף 14 לחוק ולכך כי לא תארע פגיעה של ממש בתחרות בשוק –

ראשית, לדידה, שוק הובלת החלב אינו מצוי בתחרות מלכתחילה. על כן, טוענת תנובה, אין לומר כי תתקיים פגיעה של ממש בשוק זה עקב ההסכמים. כך, התחרות על הובלת החלב במגזר הקיבוצים והמושבים השיתופיים מועטה. ההובלה מתבצעת, לטענת תנובה, על ידי קואופרטיבים הפרוסים באזורים שונים ברחבי הארץ. קואופרטיבים אלה קשורים למשקי המגזר השיתופי בקשרי בעלות. בדומה, התחרות להובלת החלב במגזר המושבים והמשקים הפרטיים הינה מועטה לאור ריבוי המשקים ולאור תלותם במוביל חלב האוסף מסביבתם. העברת האחריות לידי תנובה תוביל לדידם, לשיפור כוח המיקוח אל מול מובילי החלב.

שנית, טענה תנובה, יש ברפורמה ובהסכמים על פיה ייעול שוק הובלת החלב ואף הטבה באיכות החלב אשר יגיע לפתח המחלבה. מיכונה של ההובלה והצבת דרישות איכות מאת המובילים יובילו לטענת תנובה לתוצרת חלב באיכות טובה יותר שתתקבל במחלבתם. תנובה תוכל לוודא כי חלב שאינו ראוי לא יובל, וזה הראוי יובל ביעילות אשר תוסיף לאיכותו.

שלישית, טוענת תנובה כי צפויה פתיחת שערי ישראל בפני סחר בינלאומי בענפי החקלאות. תחרות זו מן החוץ היא שתחייב בעתה, את שכלולה של כל שרשרת התשומות ביצור מוצרי חלב ובין היתר גם את מקטע ההובלה. מטרת הרפורמה לדידה של תנובה, היא לייעל את שווקי ייצור מוצרי החלב על מנת להכין את המשק בישראל לקראת פתיחה זו לתחרות "מן החוץ".

4. גדר סמכויות הממונה

סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים קובע, כי הממונה רשאי לפטור צדדים להסדר כובל מהחובה לקבל את אישור בית הדין, אם שוכנע כי התקיימו כל אלה:

"(1) הכבילות שבהסדר הכובל אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק כאמור;

(2) ..."

כמוסבר לעיל, ההסדרים נשוא החלטה זו נוגעים לחלק ניכר משוק הובלת החלב ויש בהם להשפיע גם על שווקים נוספים אנכיים לשוק זה.

ההסדרים שבפני נועדו בעיקרם, לפי לשונה של הרפורמה ואף אליבא דתנובה, לרכז בידיה של תנובה כוח קנייה מונופסוני. כל זאת בהסדר כובל¹⁵. הלכה ולמעשה מבקשת תנובה בהסדרים אלו להתקשר עם מספר מצומצם ומוגבל של מובילים, אשר יקבלו כל אחד בלעדיות באזורו.

גם אם צודקת תנובה בטענתה כי כיום מרכזים בידיהם המובילים כוח שוק, הרי שאין הדבר מצדיק כשלעצמו, מבחינה תחרותית, יצירת "כוח מאזן" בדמות מונופסון מנגד. התמודדות עם כוחם של אלו באמצעות יצירת עיוות איננה בהכרח פתרון אופטימלי ולעתים אף טמון בה נזק:

¹⁵ השווה החלטה בדבר מתן פטור להסדר בין מהדרין בע"מ, אגרוסקו חברה ליצוא חקלאי בע"מ ואח', 2001 הגבלים עסקיים 3012306.

"When it is realized that market power may be enhanced or eroded over time, it must also be recognized that structure concentrated at two levels may be more difficult to rectify through market development than structure concentrated at only one level."¹⁶

מאידך, אין לכחד כי שוקי החלב ומוצריו אינם שווקים תחרותיים במלואם, בעיקר בשל אופי ההסדרים בהם נתון משק החלב והיוצרים משטר של תכנון. על הפיקוח החל על משק החלב עמד בית המשפט העליון בבג"צ בק:¹⁷

"ייצור החלב בישראל אינו חופשי. הוא מוסדר בחוק תכנון משק החלב בישראל, תשנ"ב-1992..., ובצו הפיקוח על מצרכים ושירותים (ייצור חלב), תשכ"ז-1967... על-פי סעיפים 3 ו-4 לחוק החלב קובע שר החקלאות מדי שנה את היקף הייצור המקומי של חלב על-פי הצריכה השנתית החזויה, ומכסות הייצור השנתיות הנקבעות בעקבות זאת מחולקות מכוח הצו בין יצרני החלב כהגדרתם בצו. חלוקת המכסות השנתיות בין היצרנים השונים נעשית על-ידי "מנהל" שהוסמך לעניין זה על-ידי שר החקלאות"

אכן ספק הוא, לאור ההסדרים המצויים בשווקים המקבילים לשוק הובלת החלב, עד כמה יכולה להתקיים תחרות משוכללת בשוק זה. ברם, מבלי להיקלע לשאלה אם מוצדק התכנון במשק החלב אם לאו – הלכה היא עמנו כי אם הותיר המחוקק או מחוקק המשנה מרווח של תחרות, ולו מועטה, בחלק מן השוק – כי אז חובה היא לשומרה כ- Effective Competition, אפילו מסויגת היא ומתוחמת¹⁸. הכחדתה של תחרות זו לרוחבו של ענף שלם – ענף הובלת החלב – עניין הוא לבית הדין לענות בו בהליך שיפוטי, ולא לממונה, המכריע במסגרת המוגבלת של הליך מנהלי, בבקשת פטור. תמורה שכזו, המיושמת בהסדרים כובלים שעורכת תנובה מייצגת פגיעה ממשית בתחרות בין המובילים. עדיין נותר לבחון האם מייצגת היא פגיעה משמעותית בתחרות על ליבו וכיסו של הצרכן הסופי, תחרות שהיא ביסודו של חוק ההגבלים העסקיים. ברם, משנפגעת תחרות בענף מסוים באורח מהותי ושורשי – כדי יצירת מונופסון – חייב העניין להידון בבית הדין. אם מטרתו הראשית של חוק ההגבלים העסקיים היא למנוע השתלטות של אדם על שוק, הרי שמתן שליטה כזו בהסדר אינו יכול להיחשב בשום אופן כפגיעה שאינה "פגיעה של ממש" במובן סעיף 14 לחוק.

תנובה הדגישה בפני לא אחת וביקשתני כי אשקול את היתרונות והתועלות למשק ולצרכן הישראלי הגלומים בהסדר, כדוגמת: ייעול אופן הובלת החלב, ייעול איכות ההובלה וכתוצאה מכך ייעול איכותו של החלב בהגיעו אל המחלבה. בעבר, טרם תיקון החוק, קבע הדין כי קשת זו

¹⁶ L. A. Sullivan, *Antitrust*, (west, 1977) p. 288.

¹⁷ בג"ץ 1963/97 אליעזר בק נ' ועדת הערר על פי צו הפיקוח על מצרכים ושירותים, תקדין עליון (3)98, 1175.

¹⁸ ראה ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה, פ"ד (5) 213, 240; השווה ערר 7/95 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, תק. עליון (2)97, 5, 14: "החלטתם של דיני ההגבלים העסקיים כהסדר משלים (להסדר הסטטוטורי המיוחד) נדרשת דווקא במקום שבו מדובר בתחום הנתון לפיקוח והנפתח לתחרות". וראה גם הי"ע 491/98 חברת חשמל לישראל נ' הממונה על הגבלים עסקיים ואח'; 1999 הגבלים עסקיים 3002628.

של שיקולים שעניינם תועלות לצרכן ולמשק הישראלי, היא עניין לבית הדין להגבלים עסקיים לענות בו ולא לממונה על ההגבלים העסקיים.¹⁹

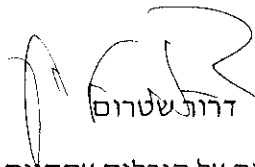
בנוסף קבע בית הדין כי מתן הפטור אינו מחויב גם אם התקיימו תנאי סעיף 14 – היינו גם אם תאמר כי הפגיעה אינה פגיעה של ממש בתחרות בשוק כלשהו – גם אז עשוי אופיו של העניין לגרום לכך כי הממונה יעדיף כי העניין יידון בבית הדין. על שיקול הדעת הקיים בידי הממונה במסגרת סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים עמד אב בית הדין בעניין **איסכור**:²⁰

"גם אם התקיים תנאי זה, אין בכך כדי לחייב את הממונה לפטור את הצדדים מאישור ההסדר על ידי בית הדין, ואין בו, בהכרח, כדי למצות את שיקולי הממונה במתן הפטור. "רשאי" נאמר בחוק, לא "חייב". משמע, גם בהתקיים התנאי הסטטוטורי וגם אם שוכנע הממונה שאין בהסדר כדי להגביל את התחרות בעסקים באופן משמעותי, אין הוא חייב לפטור את הצדדים מהחובה לקבל את אישורו של בית הדין להסדר, ומסור לו שיקול הדעת לסרב לתת את הפטור. סמכותו של הממונה היא סמכות שבשיקול דעת, ושיקול הדעת איננו מתמצה רק בכך שאין מדובר בהסדר המגביל את התחרות באופן לא משמעותי. במסגרת שיקול דעת זה רשאי הממונה לשקול גם את התועלות הכרוכות בהסדר ואת תרומתו לטובת הציבור."

לפיכך גם אם אקבל במלואן את טענותיה של תנובה, הרי שלמצער יש לומר כי קיים ספק ניכר בדבר התקיימות דרישותיו של סעיף 14 (א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים במקרה זה. בנסיבות אלה, וכאשר יש בהסכמים שבפני להוביל לתמורות אל-חוזר בשוק הובלת החלב ולפגיעה ממשית בתחרות בין המובילים בו, סבור אני כי חייבים ההסדרים לבוא בפני בית הדין להגבלים עסקיים, להחלטתו בהתאם לסעיף 7 לחוק ההגבלים העסקיים.

5. סוף דבר

מן הטעמים האמורים לעיל מצאתי כי אין הדבר נכון להפעיל את סמכותי שבסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים ולהעניק את הפטור המבוקש. בפני המבקשים עומדת האפשרות לפנות לבית הדין להגבלים עסקיים בבקשה לאישור הסדר כובל בהתאם לסעיף 7 לחוק ההגבלים העסקיים. בדיון כאמור יהא על המבקשים להראות כי ריכוז ההובלה בידי תנובה והפחתת התחרות בין מובילי החלב הצפויה עקב ההסכמים שבפני, אינה צפויה להזיק לצרכן הסופי של החלב.


ד"ר שטרומ

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ט"ו בסיוון התשס"ג

15 ביוני 2003

¹⁹ ערר 1/97 **איסכור שירותי פלדות בע"מ נ' הממונה על הגבלים**, תק-על 97(4) 1, 8. פסק הדין בעניין איסכור מתייחס לסעיף 14 בנוסחו הישן. כיום, לאחר שתוקן בחוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 6, התש"ס-2000) מקנה סעיף 14 לממונה מרחב גדול יותר של שיקול דעת במתן פטורים אך שיקול הדעת עודו ממוקד בשיקולי תחרות. אע"פ עוד כי לא תמיד ברור ששיקולי יעילות ותחרות הם נפרדים זה מזה ונראה כי במקרים רבים יהיו אלה שיקולים שבמארג אחד של תועלות שנפקותן הגברת התחרותיות בענף. ברם, נראה כי לא זה המצב כאן.

²⁰ שם, 9.

5263 116
278622

חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988

בקשת פטור מאישור הסדר כובל

בהתאם לסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן: "החוק"), מוגשת בזה בקשה לפטור מאישור בית הדין להגבלים עסקיים, הסדר כובל שפרטיו כדלקמן:

1. הצד להסדר הכובל המבקש את הפטור

1.1. שם: תנובה - מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (להלן: "תנובה")

מען: רב-מכר צומת גלילות, רמת השרון 47100

מען למסירת מכתבים: אצל עו"ד יוסי לוי ושות' מרחוב קויפמן 4, תל-אביב 68012;

טל. 03-5102491; פקס. 03-5102493

2. הצדדים האחרים להסדר

2.1. שם: הגב ונערה - חברה להובלה בע"מ (להלן: "המוביל")

מען: ד.נ. שקמים 79835

3. צורת ההסדר

ההסדר בין תנובה המוביל נעשה בכתב ונחתם.

4. תיאור המסמכים הקובעים את ההסדר

הסכם לאיסוף, הובלה, פריקה ומכירה של חלב על צרופותיו (להלן: "ההסכם"), שעליו חתומות תנובה והמוביל קובע את ההסדר נשוא הבקשה. העתק ההסכם נשלח למשרדי הרשות ביום 31.12.2002 ומהווה נספח א' לבקשה זו.

5. הנכס או השירות נושא ההסדר

הובלת חלב בקר.

6. מהות הכבילה ופרטים עליה

תניה לפיה תנובה שוכרת את שירותיו של המוביל להוביל את כל החלב הנרכש על ידי תנובה מסל יצרנים מוגדר לתקופה של חמש שנים, באמצעות מיכליות ממוכנות, עליהן תותקן מערכת לאיסוף, קליטת ומכירת חלב. בשל דרישות תאימות יתכנו מקרים בהם יוגבל השימוש של המוביל במיכלית ממוכנת ובה בלבד.

7. תקופת ההסדר

חמש שנים ממועד כניסתו לתוקף של ההסכם.

8. הנימוקים המצדיקים פטור מאישור בית הדין

8.1. הרפורמה בענף החלב

8.1.1. החסכם האמור בא בעקבות החלטת הממשלה 4173 מיום 12.8.98 והסכמת משרדי החקלאות והאוצר ומועצת החלב לנכות את מרכיב ההובלה מחישוב מחיר החלב הגלמי ולהעביר את נושא ההובלה לאחריות המחלבה. המחלבה יכולה לעשות כן בשתי דרכים: באמצעות מיכליות להובלת חלב שבבעלותה או באמצעות אחרים עמם תתקשר המחלבה ותורה להם מאלו יצרנים עליהם לאסוף חלב. תנובה, אשר לא עסקה בהובלת חלב, מעדיפה להתקשר בהסכמים עם גופים אשר להם מומחיות בעניין.

8.1.2. בהתאם, מבצעות תשלובת החלב בתנובה, בשיתוף התאחדות מגדלי חבקר ומועצת החלב, שינוי מהותי ותפעולי בתהליך ההתקשרות הקיים בין תנובה, המובילים והיצרנים, לפיו רכישת וקליטת החלב תתבצע על תנאי בחצרי היצרן; הובלת החלב למחלבות תעשה באחריות ועל-ידי מובילים עצמאיים שיפעלו בפקוחה של תנובה; ותקבע שיטת איסוף ותוכנית איסוף חדשות במטרה ליעל את איסוף החלב.

8.2. מודרניזציה בהובלה

8.2.1. הרפורמה בענף חרפת, שבבסיסה רצון לעודד את התייעלותו של הענף ושמירה על איכות הסביבה, לא תהא שלמה ללא שחובלה עצמה תעבור שיפור משמעותי (קפיצת מדרגה). ההובלה היא החוליה החלשה בשרשרת האיכות של החלב ולכן נדרש שידרוג אמיתי במיכליות המובילות חלב לרבות על ידי התקנת מערכות שונות עליהן.

8.2.2. תנובה הגדירה את הדרישות בהן על מכלית להובלת חלב לעמוד כדי שתגובה תסכים לכך שחלב ירכש בחצרי היצרן ויובל לתנובה באמצעות אותה מיכלית. תנובה עומדת על כך, שהגוף או הגופים עמם תתקשר לצורך הובלת החלב מן היצרנים אליה, יפעילו מכליות הובלת חלב, הכוללות מערכת חדשה לאיסוף, קליטת ומכירת חלב ("מערכת"). מערכת זו תותאם לציווד המותקן במחלבות תנובה. תנובה אף התקשרה עם חברת Diessel ("חברת דיזל") בחוזה ליצור ציוד תעונה לדרישות תנובה. חברת דיזל גם התחייבה באותו חוזה לספק לתקופה של 17 שנים תמורת סכום שנתי, שכבר הוסכם עליו, שירותי אחזקה למערכת.

8.2.3. המערכת מאפשרת מדידה מדויקת של החלב המוזרם למיכלית, הנרכש על ידי תנובה והנמכר על ידה. המערכת מאפשרת דגימה אוטומטית ומייצגת של החלב

והזרמת נתונים אלקטרונית שתחסוך כח אדם רב. המערכת תמנע באופן אוטומטי כניסתו של חלב חם למיכלית ותמנע איסוף נוסף של חלב באמצעות המיכלית ללא שזו עברה תהליכי ניקוי קפדניים (CIP).

8.2.4. תנובה נערכה להתאמה מקיפה של מערכותיה הממוחשבות למערכת המחשב המהווה חלק מהמערכת אשר תותקן על המכלית. התוכנה והממשקים שבין המכליות הממוכנות לבין מחלבות תנובה אינן תומכות ברכישת חלב מיצרנים שאינם מפורטים בסל היצרנים ובפריקת חלב שאינה נתמכת על-ידי המחשב המרכזי של תנובה.

בהקשר זה יודגש, כי הגבלה זו חלה רק ביחס לשימוש הנעשה במיכלית ממוכנת והמוביל רשאי להוביל חלב מכל יצרן לכל מחלבה באמצעות מיכלית שעליה לא הותקנה המערכת. אין בהתקשרות בין תנובה לבין המוביל או בין תנובה לבין מספר מובילים כדי להקשות על מחלבות קולטות אחרות להתקשר עם גופים שיובילו למען חלב ובכללם המובילים עמם התקשרה תנובה.

למיטב ידיעתה של תנובה, בכוונת מחלבות קולטות אחרות להתקשר בהסכמים לרכישת מערכת, הדומה לזו של תנובה, ככל הנראה עם החברה עמה התקשרה תנובה ועל בסיס אותם מפרטי מערכת. התאמת מערכותיהן הממוחשבות של מחלבות קולטות כאמור יהיה בה כדי להסיר לחלוטין את המגבלה האמורה.

8.3. תקופת ההתקשרות

8.3.1. לנוכח העלות הגבוהה הכרוכה ברכישת המערכת החדשה והתקנתה, על תנובה להבטיח לגוף או לגופים אשר יבצעו את ההשקעות הנדרשות כי תנובה תוביל את החלב באמצעותם לתקופה ממושכת, עד שהשקעתם תוחזר בצירוף רווח סביר. ככל שתקופת ההתקשרות בין תנובה למוביל קצרה יותר, כן קצר יותר הזמן להפחית את ההון ומחיר ההובלה (שהינו חלק מסל העלויות הנלקח בחשבון בקביעת מחיר החלב) יגדל.

8.3.2. יעילותו של תהליך הובלת החלב יגבר אם תנובה תתקשר עם מספר מצומצם של גופים להובלת חלב. כך יחסכו עלויות עסקה ופקוח על המובילים השונים.

8.4. סיכום

8.4.1. ההסכם בין המוביל לבין תנובה הוא פועל יוצא של עקרונות הרפורמה, פרי יוזמתה ותכתיביה של מדינת ישראל, והוא תנאי להוצאתה לפועל של הרפורמה בענף הרפת.

8.4.2. אין התניה לפיה יוביל המוביל את כל החלב הנרכש על ידי תנובה מסל יצרנים מסויים לתקופה של חמש שנים מגבילה או עלולה להגביל את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר ועיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה.

התניה בה מדובר אינה אלא, לכל היותר, כבילה נילונית לחסדר שכולו לטובת משק החלב והצרכן.

8.4.3. הסכם זה תואם את עמדתו המקדמית של הממונה על ההגבלים העסקיים כפי שחובעה במכתבכם מיום 4.9.2002.

חנני מצהיר כי כל הפרטים האמורים לעיל הם מלאים ונכונים, שהמסמכים המצורפים הם נכונים ומלבדם אין כל מסמך הקובע את החסדר או הנוגע לו.


חתימת חותמת

י. א. ו
שם

8/1/03
תאריך

דני נאור
סגן מנהל אגף כלכלה
בקרה ותכנון
תשלובת החלב

תנובה
מרכז היתופ לשיחוק
תוצרת חקלאית
בישראל בע"מ