

קביעה לפי סעיף 43

לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח 1988-

הסדרים כובלים בין יצרני אריזות מקרטון גלי

א. פתח דבר

1. ענף הקרטון הגלי בישראל מאופיין כענף ריכוזי, לאמור שלושת המתחרים הגדולים שולטים על מרביתה המכרעת של תפוקת הענף. מבנה הענף ומאפייני הייצור, המוצר והשיווק יוצרים תמריץ למתחרים לבוא בגדרם של הסדרים כובלים שפגיעתם רעה בתחרות. בענף כזה, אינטרס הציבור מחייב את רשות ההגבלים העסקיים (להלן: "הרשות") לבחון היטב קיומן של אורחות תחרות.

2. בעקבות תלונות שנתקבלו מיישובים בערבה, חקרה הרשות הסדרים שונים בענף של שיווק אריזות מקרטון גלי למגזר החקלאי. שלושת היצרנים הגדולים של אריזות מקרטון גלי הנם קרגל בע"מ (להלן: "קרגל"), כרמל מערכות מכלים בע"מ על חברות הבת שלה (להלן: "כרמל מערכות"), ויצור מוצרי אריזה בע"מ (להלן: "י.מ.א."); דמות בולטת נוספת הינה חברת השיווק רבסל שיווק וסחר בע"מ (להלן: "רבסל") המזוהה עם י.מ.א.¹ מטעמים שיפורטו להלן, אנו קובעים כי שלושה הסדרים הקיימים בענף מהווים הסדרים כובלים לפי פרק ב' לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח 1988- (להלן: "חוק ההגבלים"). ואלה ההסדרים:

א. הסדר בין רבסל, קרגל וי.מ.א., שלפיו משמשת רבסל כמשווק משותף ובלעדי עבור י.מ.א. וקרגל במושבים עין יהב וצופר.

ב. הסדר בין רבסל, כרמל מערכות וי.מ.א., שלפיו משמשת רבסל כמשווק משותף ובלעדי עבור י.מ.א. וכרמל מערכות בנאות הככר.

¹ בסוף שנת 1993 ובתחילת שנת 1994 תכננו בעליהן של י.מ.א. ורבסל להנפיק לציבור ניירות ערך של חברה חדשה בשם י.מ.א. תעשיות (1993) בע"מ (להלן: "החברה החדשה"), שאליה יועברו רוב תחומי הפעילות של י.מ.א.; בנוסף, רבסל תהפוך לחברת-בת של החברה החדשה. ההנפקה לא יצאה אל הפועל, אך כבר בוצעו חלק משלבי ההכנה להנפקה, כך שהיום הון המניות של רבסל מוחזק בידי מנכ"ל רבסל משה קושיצקי ואשתו יהודית קושיצקי (49.5%) והחברה החדשה (50.5%), והון המניות של החברה החדשה מוחזק במלואו בידי בני הזוג קושיצקי. בנסיבות אלה, רבסל אינה חברת בת של י.מ.א. לפי הגדרת מונח זה בסעיף 1 לחוק ההגבלים.

ג. הסדר בין רבסל לבין י.מ.א., שלפיו רבסל משמשת כמשווק בלעדי של מוצרי י.מ.א., בעוד שרבסל רשאית לשווק גם מוצריהם של יצרנים מתחרים.

ב. תיאור הענף

3. היקף השוק לאריזות מקרטון גלי בארץ נאמד ב-200 מיליון דולר לשנה, כאשר כ-40% מהיקף זה, דהיינו כ-80 מיליון דולר לשנה, נמכר למגזר החקלאי, והשאר למגזר התעשייתי. חלקיהם של שלושת היצרנים הגדולים במכירות למגזר החקלאי הם בערך כדלקמן: קרגל - 35% עד 45% או אף יותר; כרמל מערכות - 30% עד 33%; וי.מ.א. - 13% עד 20%. כלומר, שלושת היצרנים הגדולים חולשים, במצטבר, על פלח שוק של כ- 80% עד 90% מהמכירות למגזר החקלאי, אם לא למעלה מכך. לצד שלושת אלה פועלים בנוסף גם יצרנים קטנים יותר, ובעיקר היצרן בסטקרטון.

4. בענף האריזות מקרטון גלי למגזר החקלאי, קיימת חלוקה בין אריזות המשמשות לשם יצוא תוצרת חקלאית לחו"ל, לבין אריזות המשמשות לשם שיווק תוצרת חקלאית בארץ. היצוא של רוב סוגי התוצרת החקלאית נמצא באופן בלעדי בידי חברת אגרסקו, והיא קובעת מפרט טכני אחיד לאריזות וכן צורת דפוס אחידה, הכוללת את השם המסחרי שלה - Carmel - Produce of Israel², עבור כל סוג של תוצרת שהיא מייצאת. היצרנים מייצרים את האריזות על-פי רשיון מאגרסקו ובהתאם לדרישותיה, כך שהאריזות ליצוא הנן אחידות עבור כל סוג של תוצרת, בלי הבדלים בין היצרנים. שיווק מקומי אינו נמצא בידי אגרסקו, והאריזות עבור שיווק מקומי עשויות להיות שונות מאלה המשמשות ליצוא לא רק בהעדרו של השם המסחרי Carmel, אלא גם בגודלן, צורתן ועוביין; למרות זאת, ברוב המקרים קיימת אחידות בין היצרנים גם באריזות המיועדות לשיווק מקומי.

5. בעבר מכרו היצרנים את האריזות המיועדות ליצוא לאגרסקו והיא מכרה אותן הלאה לחקלאים, אך היום היצרנים משווקים את האריזות המיועדות ליצוא ישירות לחקלאים. שינוי דומה התרחש גם באופן השיווק של אריזות המיועדות לשיווק חקלאי מקומי. תנובה, כמו אגרסקו, חדלה לרכוש אריזות עבור החקלאים, ועל כן החלו אז היצרנים לשווק ישירות לחקלאים את האריזות עבור שיווק חקלאי מקומי. שינוי נוסף שאירע בתחילת שנות ה-90 היה התפרקותם של מושבים חקלאיים רבים; מושב שקודם לכן היה פועל כגוף רוכש הפסיק לפעול בצורה זו, וחברי המושב מצאו את עצמם עומדים מול יצרני האריזות כיחידים הרוכשים כל אחד בנפרד. שינויים אלה הביאו להתפתחות מנגנוני השיווק של יצרני האריזות.

6. כפי שנמסר לרשות במהלך החקירה, קרגל משווקת את מוצריה למגזר החקלאי בעיקר באמצעות אנשי מכירות שלה, ואילו חלק קטן מהשיווק נעשה באמצעות סוכנים ומפיצים עצמאיים. בכרמל מערכות, לעומת זאת, רוב המכירות נעשות באמצעות סוכנים.³

² כנראה, אין קשר בין שם מסחרי זה לבין שם החברה כרמל מערכות מיכלים בע"מ.

³ הנוהג בענף הוא ככל הנראה לכוונת במונח "סוכן" מי שקונה סחורה מן היצרן ומוכר אותה הלאה, ולכנות במונח "מפיץ" מי שאינו קונה ומוכר אלא רק מקבל הזמנות עבור היצרן, ויתכן ש"מפיץ" יחזיק מלאי של אריזות במחסן שלו בהסדר של משגור (קונסיגנציה).

7. י.מ.א. משווקת את מוצריה למגזר החקלאי (למעט אריזות לסוגי תוצרת מסוימים) באמצעות רבסל, על-פי הסכם שיווק מיום 22.12.91. הסכם השיווק מעניק לרבסל בלעדיות ברוב התחומים,⁴ וקובע כי רבסל לא תעסוק בשיווק מוצרי אריזה מקרטון גלי של יצרנים אחרים, אלא אם כן קיבלה הסכמה מפורשת לכך מי.מ.א. רבסל אכן קיבלה את הסכמתה של י.מ.א. לשיווק מוצריהם של יצרנים אחרים, ובהתאם לכך רבסל מוכרת מוצרים של קרגל ושל כרמל לצד מוצריה של י.מ.א. רבסל מבצעת את פעולות השיווק הן באמצעות אנשי מכירות שלה (בעיקר ללקוחות גדולים ולבתי מסחר לתשומות חקלאיות), והן באמצעות מפעילי מחסנים מקומיים.
8. המחירונים לאריזות עבור יצוא נקבעים במעין-מכרז שאגרסקו עורכת עם היצרנים פעם בשנה.⁵ כתוצאה מתהליך זה נקבע מחירון אחיד לשלושת היצרנים עבור אריזות ליצוא, כאשר מחירי המחירון הם מחירים מרביים, ואין מניעה לכך שהיצרנים יתנו הנחות ממחירים אלה. גם בנוגע לאריזות לשיווק מקומי, אין חולק כי מחירוניהם של שלושת היצרנים הגדולים עבור אריזות לשיווק מקומי בדרך כלל דומים מאד. יחד עם זאת, חומר החקירה מגלה מקרים של תחרות במחירים בין יצרנים, בדמות מתן הנחות ממחירי המחירון או אי-מימוש העלאת מחירים עליה ניתנה הודעה, וזאת בדרך כלל על בסיס פרטני בקשר ללקוחות מסוימים.

⁴ על-פי הסכם השיווק, רבסל תשמש כמשווק הבלעדי של מוצרי י.מ.א. המיועדים לשיווק מקומי של פירות וירקות (למעט אריזות לתמרים ולארגון מגדלי הבננות) וכן ליצוא תוצרת חקלאית (למעט הדורים ואבוקדו); בנוסף, רבסל תשמש כמשווק לא-בלעדי של מוצרי י.מ.א. המיועדים למגזר התעשייתי.

⁵ לשם הנוחיות נתייחס לאגרסקו, אך בפועל מדובר בנציגים לא רק של אגרסקו, אלא גם של גופים נוספים כגון מועצת הפירות, תאגיד האבוקדו וכו', הכל לפי העניין, וכן נציגי המגדלים.

ג. מאפייני הענף מסייעים לקרטליזציה

9. לפני שנעבור לעיין בהסדרים הכובלים עצמם, נעיר מספר הערות כלליות לטיבו ואופיו של קרטל. נוכח הערות אלה נמצא כי הענף של אריזות מקרטון גלי למגזר החקלאי מאופיין במספר מאפיינים המסייעים לקרטליזציה. הקרטל הטיפוסי מבוסס על הגבלת תפוקתם של היצרנים, דבר המאפשר העלאת מחירים, ממילא נדרשים עורכי הקרטל לקבוע תנאים בדבר מידת ההגבלה בתפוקה ורמת המחירים. כמו-כן, יש להבטיח כי כל אחד מן המשתתפים יהנה מן ההסדר - אחרת הוא יפרוש - והדבר יכול להתבטא לדוגמא בקביעת יחס קבוע אך מופחת בין הכמויות שייצרו היצרנים המשתתפים בקרטל לעומת מכסת הייצור שתוקצה להם במסגרת הקרטל.

10. לאחר קביעת תנאי הקרטל, יש לפקח על קיום התנאים על-ידי כל המשתתפים בקרטל, כי בפני כל משתתף יעמוד הפיתוי להפר את התנאים בחשאי, להגדיל את תפוקתו, למכור במחירים הנמוכים במקצת מאלה שנקבעו (אם כי עדיין במחירים על-תחרותיים), ובכך להגדיל את חלקו בשוק על-חשבון שותפיו לקרטל, אשר הגבילו את תפוקתם והעלו את מחיריהם בהתאם לתנאים שסוכמו. אם המשתתפים אינם מצליחים לפקח על הנעשה ולמנוע הפרות, הקרטל עשוי לקרוס.

11. המלאכה של תיאום, פיקוח ומניעת הפרות נעשית קשה יותר ככל שמדובר במספר רב של משתתפים. לעומת זאת, כאשר רוב השוק נמצא בשליטתם של שניים-שלושה יצרנים בלבד, מלאכת עריכת הקרטל הופכת לקלה יותר. בה במידה, בדרך כלל, מלאכת הסתרת קיומו של הקרטל תהיה פשוטה יותר. בנסיבות אלה סיכויי ההצלחה גדולים יותר, כך שההסתברות של נסיונות לקרטליזציה גדלה אף היא.⁶ לעניינו - בענף של אריזות מקרטון גלי למגזר החקלאי, כפי שראינו לעיל, שלושת היצרנים הגדולים שולטים על 80% עד 90% מן המכירות או אף יותר.

12. קביעת רמת מחירים אחידה ופיקוח על שמירתה נעשים קשים יותר ככל שקיימים הבדלים בין מוצריהם של המשתתפים השונים בקרטל, ויש מקרים שבהם המבקשים לעשות קרטל קובעים אחידות במוצריהם במיוחד לצורך הקרטל; בענף שבו קיימת ממילא אחידות במוצרים, ההסתברות של נסיונות לקרטליזציה גדולה יותר.⁷ לעניינו - מוצריהם של שלושת היצרנים מאופיינים ברמת אחידות (הומוגניות) גבוהה ביותר. האריזות המיועדות ליצוא מיוצרות לפי מפרט טכני שקובעת אגרקסקו, וככל הנראה גם האריזות המיועדות לשיווק מקומי זהות ברוב-רובם של המקרים.

13. יסוד נוסף המקל במלאכת הפיקוח על יישום תנאי הקרטל הינו קביעת מחירים קמעונאים על-ידי היצרנים. אם היצרנים המשתתפים בקרטל יסכמו ביניהם רק מחירים למפיצים

⁶ ראה את ספרו של פרופ' (היום שופט) Richard A. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective* (1976), בעמ' 54-56; וכן את המאמר משנת 1964 של George Stigler (אשר לימים היה לחתן פרס נובל בכלכלה), "A Theory of Oligopoly", המופיע באוסף מאמריו: *The Organization of Industry* (1968) בעמ' 39.
⁷ ראה את ספרו הנ"ל של Posner בעמ' 59-60.

או לסיטונאים, לא יהיה בכך כדי להבטיח רמת מחירים אחידה לצרכן. בנוסף, אם יצרן יבקש להפר את תנאי הקרטל ולתת הנחות מן המחיר המוסכם, סיכוייו לעשות זאת בלי ששותפיו יגלו את דבר ההפרה טובים יותר אם מדובר במתן הנחות למפיץ או לסיטונאי. לעומת זאת, יצרן ימצא קושי גדול יותר להסתיר משותפיו מתן הנחות המתבטאות בהפחתה ממחיר הקרטל לצרכנים הסופיים, שהרי מחיר זה ידוע וגלוי לכל בר-בי-רב, או לפחות יהיה קשה יותר להסתיר מתן הנחות.⁸ לעניינו - המחירונים של שלושת היצרנים, הן מחירון אגרקסקו של אריזות המיועדות ליצוא חקלאי והן המחירונים של אריזות המיועדות לשיווק חקלאי מקומי, מפרטים את רמת המחירים לצרכן הסופי, דהיינו מחיר קמעונאי לחקלאי.⁹

14. לעתים קורה, כי המשתתפים בקרטל ימנו גורם אחר, צד שלישי, לאכוף את תנאי הקרטל או לפקח על קיומם. מועמד טבעי לתפקיד זה יהיה משווק משותף, אשר ישמור על רמת מחירים אחידה ויעקוב אחרי הכמויות שכל יצרן מוכר דרכו. כל עוד היצרנים אינם עוקפים את המשווק המשותף בדרך של מכירות ישירות, הוא יוכל לשמש כאמצעי ויסות ופיקוח עבור היצרנים, מבלי שהאחרונים יידרשו לתיאום שוטף מעבר להכתרת המשווק המשותף. לעניינו - ראוי לציין כי כבר בשנת 1991 הגה מנכ"ל רבסל, משה קושיצקי, רעיון, שלפיו תשמש רבסל כחברת שיווק משותפת ובלעדית עבור י.מ.א. וכרמל מערכות (ובשלב מאוחר יותר אולי גם קרגל), תוך שמירה על יחס כמויות קבוע בין היצרנים וחיסול התחרות ביניהם. קושיצקי הכין אז נייר עבודה כדי להציג את הרעיון. מסמך דומה בתוכנו הוכן על ידי סמנכ"ל השיווק של י.מ.א., יהודה פלור, בחודש פברואר 1992. מסמכים אלה מהווים חלק מחומר החקירה שנאסף בידי חוקרי הרשות. נאה דורשים, נאה מקיימים - ואכן התקיימה לפחות ישיבה אחת בקשר לרעיון זה של שיווק משותף, בין נציגי י.מ.א. לבין נציגי כרמל מערכות (אלה שנכחו מטעם כרמל מערכות כבר אינם קשורים לחברה). סוף מעשה במחשבה תחילה, ולפי הנטען, הרעיון הפסול נפסל ולא הוצא אל הפועל כי נתקבל יעוץ משפטי אשר קבע - ובדין קבע - שההסדר יהווה הסדר כובל על-פי חוק ההגבלים. אכן, והדבר חשוב לעניינו, קושיצקי ופלור מודעים וקשובים היו לכך שתבנית פעולה לפיה תשמש רבסל כחברת שיווק משותפת תוכל לתפקד כאמצעי ויסות ובקרה בהסדר כובל בין היצרנים.

15. הפסיקה בארצות הברית מכירה בקיומן של הזדמנויות לתיאום, לדוגמא שיחות או פגישות בין נציגי חברות מתחרות, כראיה העשויה להצטרף לראיות נוספות כהוכחה לעשיית קרטל.¹⁰ לעניינו - בנקודה זו של קיום הזדמנויות לתיאום, ממצאי החקירה עשירים הם. מנכ"לי שלושת היצרנים הודו בכך כי הם נוהגים להפגש במסעדות או בתי קפה, לפעמים שלושם ביחד אך לפי רוב בפגישות של שניים, כדי לשוחח על נושאים משותפים, אם כי הכחישו כי עסקו בפגישות אלה בקביעת מחירים או בחלוקת שווקים. חזקה שהכחשה הכחשה היא. יחד עם זאת,

⁸ ראה את ספרו הנ"ל של Posner בעמ' 67-68.

⁹ קביעת מחירים קמעונאיים על-ידי היצרן, לעיתים תכופות, עשויה להיות הסדר כובל בפני עצמו, לפי סעיף 2(ב)(1). במקרה דנן, החקירה לא התמקדה בנושא זה, ולא נדון כאן בשאלה האם היצרנים אכן קבעו מחירים קמעונאיים במובן הרלוונטי לסעיף 2(ב)(1). די לציין כאן, כי נוהג של קביעת מחירים קמעונאיים על-ידי כל היצרנים בענף יכול לסייע בידי היצרנים בעשיית קרטל ביניהם, במיוחד בענף כמו הענף הנדון כאן, שהוא בעל מספר מאפיינים העשויים להצביע על נטייה לקרטלוציה.

¹⁰ ראה לדוגמא ספר שיצא לאור מטעם ה-American Bar Association: *Antitrust Law Developments (Third)* (1992), כרך ראשון, בעמ' 7-8 וה"ש 47. שם מובאים פסקי-דין שבהם ניתן משקל ראיתי להזדמנויות לתיאום וכן פסקי-דין

הדעת נותנת, ונסיון החיים מלמד, כי מטיבן של פגישות עסקיות בין מתחרים, שהן לעתים קרובות עלולות לגלוש כדי תיאום אסור.¹¹ רמז, אם לא ראייה, לכך תמצא בדברי מנכ"ל י.מ.א שבהודעתו אמנם הכחיש כי פגישות המתחרים סבות סביב נושאים "טבעיים" כמו חלוקת לקוחות, אך הוסיף - בבחינת "שטר ושוברו בצידו" - כי "אפילו אם יש נסיון של אחד מאתנו הדבר לא מצליח כי יש אינטרס של כל מפעל להגדיל חלקו ביצור".

16. חלק מפגישות המנכ"לים התקיימו במסגרת גוף שהקימו שלושת היצרנים הגדולים - איגוד יצרני קרטון גלי בישראל (אשר כנראה אינו מאוגד) - אשר שימש אותם, בין השאר, במאבק נגד יבוא אריזות מקרטון גלי מחו"ל, כפי שניסו לקוחות שונים לעשות. מאמציהם של היצרנים אף הוכתרו בהצלחה כאשר הביאו להטלת מכס על היבוא וכן לדרישה להפקדת ערובה זמנית בגין יבוא מדרום אפריקה לפי חוק היטלי סחר, תשנ"א 1991. פעם אחת, לפחות, בשנת 1991, ניסו שלושת היצרנים הגדולים לעמוד מול אגרקסקו כגוף אחד במסגרת האיגוד, בייצוגו של עורך-דין, על-מנת לנהל משא-ומתן על תנאי ההתקשרות עם אגרקסקו.

17. טיעון המעיד על רגישות לקשר שבין כלל התפוקה בענף לבין רמת המחירים, והעולה בקנה אחד עם רצון להפחית בתחרות ולשמור על רמת מחירים גבוהה על-ידי צמצומה או הגבלתה של התפוקה בענף, יימצא לו מקופל בעתירה שהגישו קרגל וי.מ.א (ואשר נדחתה), שבה ביקשו למנוע אישור תכנית השקעה של כרמל מערכות, שלפיה תעביר כרמל מערכות פעילות ייצור למפעל גדול יותר. קרגל וי.מ.א. טענו בעתירתן, בין השאר, כי קיים עודף כושר ייצור בענף, וכי אין לעודד הגדלת כושר הייצור של כרמל מערכות על-ידי אישור תכנית ההשקעה שלה.¹²

18. מקציר האומר בדבר מאפייני הענף ותרומתם של אלה להיווצרות מבנים לא תחרותיים עולה כי ענף הקרטון הגלי בישראל הוא בבחינת "ענף מועד". החשש ללידתן של תבניות פעולה לא תחרותיות, בדמות הסדרים או הבנות וכיוצא באלה מריעין בישין, גבוה הוא.

שבהם לא נחשבו הזדמנויות כאלה כבעלות משקל ראייתי. כנראה, קיום פגישות ושיחות בין מתחרים ייחשב כראיה לתיאום אסור במיוחד כאשר קיימות ראיות נוספות לכך.

¹¹ התייחסות דומה ניתן למצוא אפילו בדברי הכלכלן הנודע Adam Smith אשר בספרו The Wealth of Nations, אשר ראה אור בשנת 1776, מציין כי "People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices" (Adam Smith, *The Wealth of Nations* (Penguin Books edition, 1970) p. 232).

¹² ראה: בג"צ 287/91, קרגל וי.מ.א. נ' מנהלת מרכז ההשקעות וכרמל מערכות, פ"ד מו(2) 852.

ד. ההסדר הכובל בעין יהב וצופר

19. בעין יהב ובצופר קיים הסדר בין רבסל לבין קרגל, בידיעתה ובהסכמתה של י.מ.א. לפי הסדר זה, קרגל מתחייבת לא לשווק את מוצריה בעין יהב ובצופר אלא באמצעות רבסל, ותמורת זאת רבסל מתחייבת לרכוש מקרגל אריזות בשווי של לפחות מחצית היקף מכירות רבסל בעין יהב ובצופר. רבסל אינה חייבת למכור את האריזות שהיא רוכשת מקרגל דווקא בעין יהב ובצופר, והיא מוכרת אותן בכל מקום בערבה.

20. הסדר זה נופל בגדרו של הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים, הקובע:

הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר.

כאן קרגל מגבילה את עצמה, בכך שהתחייבה לא לשווק את מוצריה בעין יהב ובצופר אלא באמצעות רבסל בלבד. הגבלה זו שקרגל מקבלת על עצמה מונעת את התחרות בינה לבין (בעיקר) י.מ.א., כי לולא ההגבלה, היתה קרגל חפשיה לשווק את מוצריה בעין יהב ובצופר בדרכים נוספות, ואז חלקה במכירות היה תלוי בתוצאות התחרות בינה לבין היצרנים האחרים, במקום להקבע מראש בהסכם.

21. גם י.מ.א. מגבילה את עצמה בהסדר עין יהב ובצופר, בכך שהיא מוותרת מראש על ההזדמנות למכור לרבסל את אותן האריזות (בשווי מחצית מכירות רבסל בעין יהב ובצופר) שרבסל רוכשת לפי ההסדר מקרגל; אלה אריזות שי.מ.א. היתה יכולה למכור לרבסל. יש להדגיש כאן, כי רבסל היא המשווקת הבלעדית של י.מ.א. ברוב תחומי החקלאות. אם רבסל תתחייב לרכוש כמויות מיצרנים אחרים, כפי שהיא עשתה לגבי עין יהב ובצופר, רכישות אלה עשויות לבוא על-חשבון הכמויות שהיא רוכשת מי.מ.א., דבר שיוכל להביא להגבלת התפוקה הכוללת של י.מ.א., שאין לה נתיבי שיווק מלבד רבסל. י.מ.א. למעשה משלמת מחיר מסוים עבור קיום ההסדר בעין יהב ובצופר, בכך שהמשווק הבלעדי שלה מתחייב לרכוש כמויות של סחורה מיצרן אחר במקום ממנה, אך מחיר זה כנראה מוצדק בעיני י.מ.א., כמחיר ההגנה מפני תחרות מצד קרגל ביישובים אלה.¹³

22. בנוסף להגדרת "הסדר כובל" שבסעיף 2(א) לחוק ההגבלים, ההסדר בעין יהב ובצופר נכנס גם להגדרות שבסעיפים 2(ב)(1) ו-21(ב)(3) לחוק ההגבלים. סעיף 2(ב) קובע, בחלקו:

¹³ נוסף כאן ונעיר כי בקשר לרכישותיה מקרגל, ערבה רבסל לחובותיה של קרגל כלפי בנק, עד לסכום שעמד בשלב אחד על מיליון ש"ח, וי.מ.א. ידעה על כך. נשאלת השאלה, האם מפיץ בלעדי של יצרן אחד מסוגל לייצג אותו יצרן כראוי בתחרות מול יצרן אחר כאשר המפיץ מעורב בענייניו של היצרן האחר בצורה זו; דומה, כי גם היבט זה של ההסדר עלול למנוע או להפחית את התחרות בין י.מ.א. לבין קרגל.

**מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה
נוגעת לאחד העניינים הבאים:**

(1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;

(3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג
האנשים שעמם יעסקו;

...

יש בהסדר משום כבילה הנוגעת למחיר כאמור בסעיף קטן (1). כפי שראינו לעיל, מחירוני
היצרנים בדרך כלל זהים או דומים מאד, אך קיימת אפשרות של תחרות מחירים בדמות מתן
הנחות ממחירי המחירון. אפשרות זו לתחרות מחירים נעלמת, בכל הקשור לתחרות בין י.מ.א.
וקרגל, ברגע ששתיהן משווקות באמצעות משווק בלעדי משותף. עמד על-כך אחד מחקלאי עין
יהב, אשר אמר:

**הואיל ואין בעין יהב ספקי אריזות אחרים פרט למחסן רבסל אני נאלץ לקבל מה שיש לו
ואינני מרוצה מזה. עלי לציין כי אין לי אפשרות לדרוש טיב המוצר או מחיר שונה
למרות שהיצרנים הם שונים. כך שאין באפשרותי להתמקח על המחיר וטיב המוצר.**

כמו-כן, הסדר זה, הלכה למעשה, הוא בבחינת חלוקת שוק כאמור בסעיף קטן (3). אכן,
י.מ.א. וקרגל מחלקות את עין יהב וצופר חצי-חצי, כי רבסל רוכשת אריזות מקרגל בשווי מחצית
מכירותיה ביישובים אלה. בדרך הסתכלות אחרת, קרגל מוותרת לגמרי על עין יהב וצופר לטובת
י.מ.א., כי קרגל למעשה אינה מתחרה על מכירות שם כלל, ומה שרבסל רוכשת מקרגל אינו אלא
מחיר הסכמתה של קרגל שלא להתחרות בעין יהב וצופר. בין כה ובין כה, מדובר בחלוקת שוק. יש
לציין, כי המונח "חלוקת שוק" מתאים לא רק למצב שבו שני מתחרים פועלים באותו שוק
ומחלקים אותו ביניהם לפי מפתח מוסכם, אלא גם למצב שבו מתחרה מסכים שלא להתחרות
בכלל בשוק מסוים.¹⁴

23. מנכ"ל רבסל, קרגל וי.מ.א. - משה קושיצקי, שאול קוברינסקי ותובל צור - טענו בפני
חוקרי הרשות, כי ההסדר במושב עין יהב קם לפי דרישת המושב. ספק רב אם טענה כזאת, אפילו
אם היתה נכונה מבחינה עובדתית, היתה מצילה את ההסדר מלהיות הסדר כובל. יתכן, כי לכל
היותר היתה דרישה מצד המושב מהווה רק נימוק בעד אישור ההסדר לפי סעיף 9 לחוק ההגבלים.
ואולם, אין אנו קובעים דבר לגבי שאלות אלה, כי כפי שנראה להלן, אין לקבל את טענתם של
המנכ"לים מבחינה עובדתית.

24. לאור טענת המנכ"לים, בדקנו את השתלשלות הדברים במושב עין יהב משנת 1989,
כאשר הקים המושב סככת אריזות במימון י.מ.א. בהתחלה הפעיל המושב את הסככה, אך לאחר
התפרקות המושב כגוף רוכש, התחילה רבסל להפעיל את הסככה על-פי חוזה עם המושב, כפי
שהיא עושה עד היום, ואילו קרגל שיווקה את מוצריה מסככה מרוחקת יותר, באמצעות סוכן.
כעבור זמן חדל סוכנה של קרגל לפעול, והתעוררה השאלה איך תמשיך קרגל לשווק את מוצריה

בעין יחב, כי חקלאי עין יחב לא רצו להיות תלויים בי.מ.א. בלבד כמקור יחידי לאריזות. על רקע רצון זה לא להיות תלויים רק בי.מ.א., דנו נציגי המושב באפשרות שרבסל תשווק את מוצריהם של י.מ.א. וקרגל יחד בעין יחב, ושתחזיק בסככת האריזות מלאי של שני היצרנים ביחס כמויות קבוע. ואולם, בסוף התכנסה הנהלת המושב וקיבלה החלטה לדחות את הרעיון של שיווק משותף באמצעות רבסל. נמצא איפא, כי בניגוד לנטען, המושב לא ביקש את ההסדר.

25. אפילו היה זה נכון שהמושב ביקש את ההסדר - וכאמור אין זה נכון - ההסדר שהקימו רבסל וקרגל אינו עונה על מה שנדון בשעתו עם נציגי המושב, כי נציגי המושב ביקשו להבטיח שיוחזק מלאי זמין של אריזות קרגל בסככת האריזות של עין יחב, לצד מלאי של אריזות י.מ.א., ואילו על-פי ההסדר אין רבסל חייבת למכור את האריזות שהיא רוכשת מקרגל דווקא בעין יחב, ובפועל היא מוכרת אותן בכל מקום בערבה.

26. סיבה נוספת לדחות את הטענה כי ההסדר קם לפי דרישת מושב עין יחב נעוצה בהרחבת ההסדר על-ידי רבסל וקרגל כדי שתכלול גם את צופר. איש לא טען כי גם מושב צופר ביקש הסדר מעין זה.

27. מן הסיבות שנמנו לעיל, אין לקבל מבחינה עובדתית את טענתם של המנכ"לים כי מושב עין יחב ביקש את ההסדר, וכאמור אין אנו קובעים דבר לגבי השאלה האם הסכמת המושב היתה מצילה את ההסדר מלהיות הסדר כובל.

¹⁴ ראה: *Palmer v. BRG of Georgia*, 498 U.S. 46, 111 S.Ct. 401, 112 L. Ed. 2d 349 (per curiam 1990).

ה. ההסדר הכובל בנאות הככר

28. בנאות הככר קיים הסדר בין רבסל, כרמל מערכות וי.מ.א. הדומה - אך לא זהה - להסדר שבעין יהב וצופר.¹⁵ כפי שיפורט להלן, הסדר זה מהווה גם הוא הסדר כובל על-פי סעיף 2(א), 2(ב) (1) ו-21(ב)(3) לחוק ההגבלים.
29. בעונת 1992-93, מוצרי כרמל מערכות שווקו בנאות הככר על-ידי רן שרותי חקלאות בע"מ (להלן: "רן שרותים"). בשנת 1993 נעשה הסכם בעל-פה בין קושיצקי לבין מנהל השיווק של כרמל מערכות עמוס הראלי, שלפיו כרמל מערכות תשווק את מוצריה בנאות הככר רק באמצעות רבסל, ורבסל תתחייב להיקף מכירות שאינו נופל מהיקף מכירותיה של רן שרותים בנאות הככר בעונת 1992-93. הסדר זה נעשה בידיעתה ובהסכמתה של י.מ.א.
30. הסדר זה בנאות הככר מהווה הסדר כובל בין רבסל, כרמל מערכות וי.מ.א., על-פי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים, שהוראותיו הובאו בסעיף 20 לעיל. כרמל מערכות מגבילה את עצמה על-ידי כך שהיא אינה משווקת בנאות הככר אלא באמצעות רבסל, והגבלה זו מונעת תחרות בינה לבין יצרנים אחרים, כי רבסל אינה חייבת לשווק מתוצרת כרמל מערכות אלא בהיקף מסוים. לולא הגבלה זו, היתה כרמל מערכות יכולה להתחרות גם על מכירות נוספות, מעבר להיקף שאליו התחייבה רבסל.
31. גם י.מ.א. מגבילה את עצמה בהסדר נאות הככר. כמו בהסדר עין יהב, י.מ.א. מוותרת מראש על חלק מהמכירות בנאות הככר ומסכימה לכך כי המשווק הבלעדי שלה ירכוש חלק מצרכיו מיצרן מתחרה. התוצאה של ההגבלות שכרמל מערכות וי.מ.א. לוקחות על עצמן הינה הפחתת התחרות ביניהן.
32. בנוסף להגדרה של "הסדר כובל" שבסעיף 2(א) לחוק ההגבלים, ההסדר בנאות הככר נכנס גם להגדרות שבסעיפים 2(ב)(1) ו-21(ב)(3), שהוראותיהם הובאו בסעיף 22 לעיל, בקשר לקביעת מחירים וחלוקת שוק. היות ומחירי המחירון של י.מ.א. וכרמל מערכות בדרך כלל זהים, שיווק מוצרי שתיהן בנאות הככר על-ידי רבסל באופן בלעדי מונע אפשרות של תחרות מחירים ביניהן בדמות מתן הנחות ממחיר מחירון, ולכן ההסדר למעשה קובע מחירים לפי סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים. כמו-כן, הבטחת היקף מסוים של המכירות לכרמל מערכות בנאות הככר, תוך השארת יתר המכירות לי.מ.א., הינה חלוקת שוק במובן של סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים. וראה סעיף 22 לעיל.

¹⁵ נאות הככר, עין תמר, ומספר מגדלים פרטיים מהווים ביחד את "איזור הככר". ההסדר הנדון כאן מתייחס, כנראה, לכל איזור הככר, אך הדבר אינו ברור לחלוטין. לשם הנוחיות, נשתמש כאן בשם "נאות הככר" בלי לנסות לקבוע את תחולתו הגיאוגרפית המדויקת של ההסדר.

ו. הסכם השיווק בין רבסל ל-י.מ.א.

33. כפי שהזכרנו לעיל, רבסל וי.מ.א. חתמו על הסכם שיווק מיום 22.12.91, המעניק לרבסל בלעדיות בשיווק מוצרי י.מ.א. עבור רוב סוגי התוצרת החקלאית.¹⁶ סעיף א.10 להסכם השיווק אוסר על רבסל לעסוק בשיווק מוצרי האריזה מקרטון גלי של יצרנים אחרים, אלא אם כן קיבלה רבסל את הסכמתה של י.מ.א. רבסל אכן קיבלה את הסכמתה של י.מ.א., וכפי שראינו י.מ.א. מודעת להסדרים שבעין יחב ובנאות הככר. קושיצקי העריך כי רבסל רוכשת מי.מ.א. כ-85% מן האריזות מקרטון גלי שהיא משווקת, ואת היתרה מקרגל וכרמל מערכות.

34. הענקת הבלעדיות לרבסל, אשר נעשתה לבלעדיות לא-הדדית כאשר י.מ.א. הסכימה לכך שרבסל תרכוש אריזות גם מיצרנים מתחרים, מהווה הסדר כובל בין י.מ.א. לבין רבסל על-פי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים, שהוראותיו הובאו בסעיף 20 לעיל. י.מ.א. מגבילה את עצמה בכך, שהתחייבה לא לשווק באמצעות מפיצים נוספים, אלא באמצעות רבסל בלבד, כאשר רבסל רשאית לרכוש חלק מצרכיה לא מי.מ.א. אלא מיצרנים אחרים. ראינו, כי רבסל אכן התקשרה עם יצרנים נוספים ואף התחייבה לרכוש אריזות מהם, והראינו לעיל כיצד הדבר עלול למנוע או להפחית את התחרות בין י.מ.א. לבין היצרנים האחרים, כאשר רבסל הופכת למעשה לגורם המתאם בין יצרנים.

35. הסדר זה של בלעדיות לא הדדית גם איננו נופל בגדרו של סעיף 3(6) לחוק ההגבלים, הקובע כי לא ייחשב כהסדר כובל:

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

סעיף 3(6) חל רק במקרה של בלעדיות הדדית, ולא במקרה של הענקת בלעדיות לצד אחד בלבד. יסוד ההדדיות לא הופיע בסעיף המקביל (סעיף 10) בחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959, והוא הוסף על-ידי סעיף 6 לחוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), תשכ"ג-1963. בדברי ההסבר להצעת התיקון נאמר:

סעיף 6 בא להחליף את סעיף 10 של החוק העיקרי, לפיו אין משום הסדר כובל בהסכם בין ספק לבין משווק יחיד, אם אין בו אלא כבילת הספק בהספקה לאחרים או כבילת המשווק ברכישה מאחרים. בהעדר התחייבות מצד המשווק להתקשר עם ספק אחד בלבד, נוצלו גם הוראות אלה לעקיפת החוק על ידי ריבוי הסדרים בין משווק אחד לבין מספר ספקים של מצרכים זהים או דומים.

¹⁶ לפירוש תחומי הבלעדיות, ראה ה"ש 4 לעיל. על-פי סעיף א.12 להסכם השיווק, י.מ.א. מתחייבת לא להתקשר עם מפיץ אחר בתחומים שבהם העניקה לרבסל בלעדיות.

התיקון המוצע בא לקבוע הדדיות מוחלטת בהתחייבויות הספק והמשווק. לפיכך יהיו הסדרים כאמור פטורים מהוראות החוק רק אם גם הספק וגם המשווק לא יוכלו להתקשר עם אחרים בדבר רכישת מצרכים או שירותים, או הספקתם. . . .

כך נקבע להלכה על-ידי נשיא בית-המשפט המחוזי בירושלים, השופט זיילר (לגבי סעיף 10 לחוק משנת 1959 כפי שתוקן בשנת 1963):

לחריג זה מבקשת התובעת להכניס את אותו חלק של העסקה שענינו רכישה בלעדית של גז מהתובעת. חוששני אבל שלא ניתן להחיל חריג זה על עניננו, ולו משום שכנגד ההתחייבות לבלעדיות רכישה מצד החברה המזרחית, אין התחייבות נגדית של התובעת לספק גז רק לחברה המזרחית.¹⁷

אם כן, הוראות סעיף 3(6) לחוק ההגבלים אינן מצילות את הסדר הבלעדיות מגדר סיווגו כהסדר כובל.

36. יש להדגיש, כי הדרישה של הדדיות על-פי סעיף 3(6) אינה דרישה טכנית בלבד, אלא שהיא באה לצמצם את תחולת הסעיף לאותם מקרים אשר, בדרך כלל, אינם מציבים סכנה של ממש למניעת תחרות. הסדר בין יצרן למפיץ הוא הסדר אנכי, ולעתים כבילות אנכיות כאלו מועילות לתחרות בין יצרנים (interbrand competition), למרות פגיעתן בתחרות אפשרית בין מפיצים שונים של אותו יצרן (intrabrand competition). לדוגמא, יצרן יכול לחייב את המפיץ שלו לא להפיץ את מוצריהם של יצרנים מתחרים, במטרה להביא למאמצי הפצה מוגברים מצד המפיץ, והדבר עשוי לחזק את התחרות בין מוצריו של אותו יצרן לבין מוצריהם של היצרנים האחרים. כמו-כן, יצרן יכול לקבל על עצמו התחייבות לא להתקשר עם מפיצים נוספים, וגם זאת על-מנת להביא למאמצי הפצה מוגברים מצד המפיץ, כי האחרון יידע שאם ישקיע בפרסום, קידום מכירות, וכו' הוא - ולא מפיצים אחרים של אותו יצרן - יזכה לקטוף את הפירות של השקעותיו.¹⁸ ואולם, הטלת כבילות של בלעדיות על היצרן ולא על המפיץ עלולה, בנסיבות מסוימות, לפגוע בתחרות שבין יצרנים, או אף להוות אמצעי להקמת הסדר שהוא בעיקרו אופקי ולא אנכי.

37. קושיצקי הבין את הדברים היטב כשחיבר את ניירו משנת 1991, שבו הציע שרבסל תשמש כמשווק בלעדי עבור שני יצרנים או יותר, כדי לאפשר ניהול הסדר אופקי של חלוקת שוק בין היצרנים; והוא הדין לגבי פלור, שחיבר נייר דומה אף הוא. לרעיונות מעין אלה התכוונו מחברי דברי ההסבר לתיקון משנת 1963, כשכתבו: **"בהעדר התחייבות מצד המשווק להתקשר עם ספק אחד בלבד, נוצלו גם הוראות אלה לעקיפת החוק על ידי ריבוי הסדרים בין משווק אחד לבין מספר ספקים של מצרכים זהים או דומים."**¹⁹

¹⁷ ראה: ת.א. 961/91, פגזו חברה לשיווק בע"מ נ' דור אנרגיה (1988) בע"מ ואח' (24.9.92, לא פורסם), בעמ' 17 לפסק-הדין המודפס.

¹⁸ ראה את ספרו הנ"ל של Posner, בעמ' 147 והלאה וכן בעמ' 159-60.

¹⁹ ניתן להצביע על לפחות שתי הוראות נוספות בסעיף 3 לחוק ההגבלים הבאות להבטיח כי פטור המיועד להסדרים אנכיים לא יחול על הסדרים בעלי אופי אופקי. הסיפא של סעיף 3(6) (הקובע: **"ובלבד שהספק והרוכש, שניהם, אינם עוסקים בייצור אותם נכסים או במתן אותם שירותים"**) בא למנוע אפשרות של הלבשת צורה של "הסכם הפצה" על הסדר אופקי

38. על-אף שהסדר של בלעדיות לא-הדדית בהפצה עלול למנוע או להפחית את התחרות, הוא לא בהכרח יעשה זאת. בהקשר זה מן הראוי לזכור, כי אי-החלת סעיף 3(6) על הסדרים של בלעדיות לא-הדדית אינה מהווה מניעה מוחלטת מעשיית הסדרים כאלה כאשר תהיה הצדקה לכך לאור כל נסיבות הענין: המבקשים לעשות הסדר כזה - כמו גם כל הסדר כובל אחר - הנם חופשיים לבקש מראש אישור לעשות כן מאת בית הדין להגבלים עסקיים לפי סעיף 9 לחוק ההגבלים, או פטור מאת הממונה לפי סעיף 14, כאשר כל בקשה כזאת תידון בהתאם לנסיבות המקרה באספקלריית הוראות חוק ההגבלים.

39. הליך של בקשת אישור, אם תוגש בקשה כזאת, הוא המקום המתאים לדון בטענות שונות אשר הועלו כדי להצדיק הענקת בלעדיות לרבסל, בלי שרבסל תתחייב לבלעדיות גם היא. קושיצקי הסביר שאינו רוצה להיות תלוי ביצרן אחד בלבד, וכי המוניטין של רבסל עלולים להיפגע אם רמת השרות שהיא נותנת תיפול עקב אי-עמידתה של י.מ.א. בהזמנות; ובכלל ניסה קושיצקי להציג תמונה שלפיה רבסל רוכשת אריזות מיצרנים אחרים רק **"כדי להשלים את החסר"**. ואולם, רבסל עשתה יותר מרק **"להשלים את החסר"**, ואף התחייבה לרכוש כמויות מיצרנים אחרים. י.מ.א., מצדה, הסכימה לרכישות מיצרנים אחרים, לדברי סמנכ"ל שיווק פלור, כי **"חשוב שחב' רבסל תהיה חזקה ותשמור לי על הקליינטים"**, אך לא ברור שרבסל שומרת לי.מ.א. על הקליינטים כשהיא מוכרת להם כמויות ניכרות של אריזות מיצרנים מתחרים. בכל מקרה, טענות כאלה בזכות ההסדר ראויות, אם בכלל, לשמש כנימוקים לבקשה לאישור הסדר לפי סעיף 9 לחוק ההגבלים, ובמסגרת בקשה כזאת יוכל בית הדין לשקול טענות של תועלת הצומחת מההסדר כנגד נזק אשר עלול להיגרם כתוצאה מההסדר. ואולם, אין בטענות אלה כדי לשנות את מסקנתנו כאן, כי ההסדר של י.מ.א. ורבסל של בלעדיות לא-הדדית בהפצה מהווה הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים.

ז. דברי סיום

40. אשר על כן, בהתאם לסמכותי על-פי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים, אני קובע כי ההסדרים הבאים מהווים הסדרים כובלים:

- א. ההסדר בעין יהב וצופר שתואר לעיל, שהצדדים לו הם רבסל, קרגל וי.מ.א.
- ב. ההסדר בנאות הככר שתואר לעיל, שהצדדים לו הם רבסל, כרמל מערכות וי.מ.א.
- ג. הסדר הבלעדיות בהפצה שתואר לעיל, שהצדדים לו הם י.מ.א. ורבסל.

41. כאמור בסעיף 43(ה) לחוק ההגבלים, תהיינה קביעות אלו ראייה לכאורה לנקבע בהן בכל הליך משפטי. כאמור בסעיף 43(ו) לחוק ההגבלים, אין בקבלת החלטתי זו כדי למנוע או לעכב מלעשות שימוש בכל סמכות אחרת בהתאם לדין.

42. ארבע החברות - קרגל, כרמל מערכות, י.מ.א. ורבסל - רשאיות לערור על החלטה זו או על חלק ממנה, כל אחת לגבי אותם הסדרים שהיא צד להם כפי שנקבע לעיל, לבית הדין להגבלים עסקיים, תוך שלושים יום מן היום שבו הודעה על החלטה זו תומצא לה.

ד"ר יורם טורבוביץ
הממונה על הגבלים עסקיים

ניתן בירושלים היום
יום שלישי, טבת ג', תשנ"ו
26 בדצמבר 1995

