

- בעניין: 1. אמנה (תש"י) חברה להחסנה וערובה בע"מ ערר 9/99
2. אורשר מחסני ערובה (1985) בע"מ
3. סלע ש.ג. מסחר בע"מ
4. סבירסקי מחסני ערובה בע"מ
5. האגוד הארצי של מחסני ערובה מסחריים
- כולם ע"י ב"כ עוה"ד בועז רווה ואח'
- המבקשות

- נ ג ד -

1. הממונה על ההגבלים העסקיים
- ע"י ב"כ עוה"ד דרור שטרום ו/או עודד פנקס ואח'
- מהרשות ההגבלים העסקיים
- המשיב

2. לוגיסטיק בע"מ
3. מזל 77 (1998) בע"מ
- שתייהן ע"י ב"כ עוה"ד ארדינסט, בן נתן ושות'
- המשיבות

פסק דין

1. לפני ערר על החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים מיום 18.11.98 שבה הוא אישר מיזוג בין חברת לוגיסטיק בע"מ לבין מזל 77 (1998) בע"מ.

חברת מזל 77 (1998) בע"מ (להלן - מזל) הינה חברה פרטית המנהלת מחסן רשוי כללי באשדוד בשטח של 12,500 מ"ר.

חברת לוגיסטיק בע"מ (להלן - לוגיסטיק) הנה חברה פרטית העוסקת במתן שירותי ניהול מלאי ושירותים לוגיסטיים אחרים למגזר העסקי. פעילותה של לוגיסטיק משתרעת על פני כל שרשרת היבוא. בכלל זה הזמנת חומרי גלם, ניהול מלאי והשבחתו, מתן פתרונות תובלה והספקה של מוצרים ללקוח וכן מתן פתרונות אחסון.

חברת לוגיסטיק נמצאת בשליטתה של חברת ממך - מסופי מטען וניטול בע"מ (להלן - ממך). חברת ממך מפעילה את מחסן-טרנזיט היחיד בישראל בהתאם לתקנות המכס (טיס) ובו מתבצעים ניטול ואחסנת טובין המיובאים לישראל בדרך האוויר. חברת ממך הוכרזה על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים כבעלת מונופולין בתחומה.

העוררות 1-4 הנן חברות פרטיות אשר מפעילות גם הן מחסנים רשויים. העוררת 5 הנה עמותה המשמשת כאיגוד וולונטרי מקצועי שבו חברים מרבית מפעילי המחסנים הרשויים הכלליים בישראל.

2. עם הגעתם ארצה בדרך האוויר מועברים הטובין לאחר פריקתם מהמטוס למסוף הטרנזיט של ממך הנמצא בשדה התעופה לוד. אולם, האחסון במסוף זה יקר מאוד. לפיכך, בשלב השני מועברות הסחורות ממסוף ממך למחסנים רשויים.

מחסן רשוי על פי פקודת המכס, הוא "מקום שהוא רשוי להפקיד בו טובין להחסנה ושבו מותר להניחם ולהבטיחם עד לשחרורם מפיקוח רשות

המכס". (סעיף 1 לפקודת המכס). היתרון הצומח ליבואנים מאחסון הטובין המיובאים במחסנים רשויים הוא הפטור מתשלום המכס כל עוד הטובין מאוחסנים במחסנים אלה. על פי סעיף 69 לפקודת המכס קיימת הבחנה בין מחסנים רשויים כלליים, אשר משמשים לאחסנת טובין של מי שאינו בעל הרשיון להפעיל את מחסן הערובה, ומחסנים רשויים פרטיים המשמשים לאחסנת טובין של בעל הרשיון בלבד. עניינו של ערר זה במחסנים רשויים כלליים, שהוא עסקן של מזל ושל העותרות.

3. ממן חולשת אפוא על החוליה הראשונה, הוא המסוף, הנמצא בפתחה של שרשרת המעבר של טובין המגיעים ארצה בדרך האוויר, מפתח המטוס ועד למזמיני הטובין. (להלן: שרשרת הייצור). החוליה השניה בשרשרת זו הם המחסנים הרשויים, אליהם מועברות הסחורות המיובאות ממסוף המטען האווירי.

מבחינת סדר הטיפול בטובין המגיעים לישראל בדרך האוויר, החל מפריקתם מהמטוס ועד הגעתם לבעליהם, ניתן לומר שעיסוקיהן של לגויסטקור וממן נמצאים בחוליות עוקבות על פני אותה שרשרת ייצור. מבחינה זו, ובכפוף להסתגלויות שיפורטו בהמשך, ניתן לומר כי מדובר במיזוג אנכי.

4. לטענת העותרות, המיזוג נשוא הדיון מעלה חשש סביר כי ממן, בהיותה בעלת עניין בגוף שיקום לאחר המיזוג, תנצל את כוחה כמי שנמצאת במעמד מונופוליסטי בחוליה הראשונה של שרשרת הייצור האמורה, לשם הפנייתן של הסחורות המיובאות למחסן הרישוי של מזל.

החשש לשיתוף הפעולה בין ממן ללוגיסטיקור באופן שיפגע במתחריה של מזל עולה, לטענת העותרות, גם מהיתרונות התחרותיים מהם נהנית ממן על פני מתחריה. יתרונות אלה נובעים, לפי הטענה, מהמידע המצוי ברשותה של ממן בנוגע לכל הטובין האוויריים המיובאים ארצה. בכלל זה מידע המתייחס לפרטים הבסיסיים של הטובין המיובאים, לרבות, תיאור הטובין, מספר שטר המטען, משקל הטובין, מספר האריזות, תיאור כללי של הטובין, ולעתים אף זהות היבואנים.

מדובר, טוענות העוררות, במידע חסוי וסודי המשמש כמכשיר המרכזי בתפקודו של מחסן רשוי. העמדתו של מידע זה לרשות אחד המתחרים בשוק, טוענות העוררות, עשויה להקנות לו יתרון גדול לעומת מתחריו ולאפשר לו לנתב את הטובין המיובאים למחסן הרשוי המועדף עליו, במקרה זה המחסן של מזל.

מעמדה המיוחד של ממן, טוענות העוררות, אף מאפשר לה לכרוך את אחסון הסחורות במסוף הטרזיט לאחסון בהמשך הדרך במחסנים הרשויים. החשש שמעלות העוררות בהקשר זה הוא שממן תוכל להציע ליבואן שטובין שלו מאוחסנים במסוף האווירי שלה, אשר משלם דמי אחסנה גבוהים, "מחילה ו/או הנחה לגבי חובות אלה או חלקם ו/או הטבות שונות אחרות כגון הבטחת מקומות אחסנה נוחים יותר במסוף האווירי ו/או אשראי, ו/או תנאי תשלום טובים יותר, כנגד התקשרות לאחסנה במחסן הרשוי של מזל".

עקב כך, טוענות העוררות, נשקפת לציבור פגיעה הן ברמת המחירים, והן באיכות השירות ותנאי אספקתו. זאת, לפי הטענה, משום ש"עצמתה הקונגלומרטית" של קבוצת ממן תאפשר לה להפחית את מחירי אחסנת הטובין במחסן הרשוי למחירים נמוכים בהרבה מן המחירים שהיו נקבעים בשוק חופשי, באופן שיקשה על יתר המתחרים ל"ישר קו" ולעמוד ב"דרישות המלאכותיות" של השוק.

באופן זה טוענות העוררות, יגביר המיזוג את הנטייה הקיימת כבר היום של "העלמות מתחרים", ויגביר את ריכוזיותו של השוק. ראייה לטווח הארוך, טוענות העוררות, "אינה מותירה מקום לספק כי עם 'בריחת המתחרים' ... תעלה קבוצת ממן את מחירי השירות למחירים גבוהים בהרבה מאלה שהיו

נקבעים בשוק החופשי. מובן כי עם עליית המחירים, אין כל תמריץ ליעל ולשפר את איכות השירות ותנאי האספקה".

בדרך זו, טוענות העוררות, תוכל ממך להגביר את כוח השוק שלה, להעתיקו גם לשוק אחסנת הטובין האוויריים, וקיים חשש סביר כי תעשה בכוח זה שימוש לרעה. עקב כך תפגע התחרות בשוק זה, דבר שיפגע בעוררות שהן מתחרה של מזל.

בהקשר זה, טוענות העוררות, יש לבחון את עסקת המיזוג בראיה לטווח ארוך בהיבט כוחה ועצמתה של קבוצת ממך, "ההולכת ומתפשטת וקונה לה אחיזה ודריסת רגל בשווקים שונים". לפיכך, הפגיעה בציבור עקב המיזוג, טוענות העוררות, אינה מתמצית בעיוות התחרות בשוק אחסנת הטובין במחסנים רשויים בלבד. לטענתן, המיזוג טומן חשש סביר להגברת כוחה של ממך גם "בשווקים קשורים ו/או משלימים". זאת, לאור מעמדה של ממך בשוק, בהיותה פעילה בחוליות שונות בשרשרת היבוא, כגון בחברת הובלה של מטענים, ובשל עצמתה הפיננסית הגדולה.

החשש לפגיעה בציבור במקרה זה גובר, לטענת העוררות, לאור העובדה כי שוק אחסנת הטובין האוויריים במחסנים רשויים הוא שוק בעל עקומת ביקוש קשיחה. דבר הנובע מכך שמדובר בשירות חיוני ביותר ליבואנים, אשר חייבים להשתמש בשירותי האחסנה כדי לדחות את תשלום המכס.

על פי טענת העותרת, המיזוג מעלה אף חשש לצבירת כוח פוליטי באמצעות "השפעה על קבלת החלטות, קביעת מדיניות וכיוצא בזה" (סעיף 29 לסיכומי בא כוח העוררות). כך עולה, לפי הטענה, מהעובדה כי ממך הצליחה לזכות בזכות סירוב ראשונה לגבי הפעלת מסוף המטענים החדש וזאת בהסכמתה של רשות שדות התעופה.

לטענת העוררות, עמדתו של הממונה שאישר את המיזוג מבוססת על שיקול דעת מוטעה. בעוד שהממונה ביסס החלטתו על ההנחה שקיים שוק ביזורי המורכב מ- 60 מתחרים, בפועל שוק המחסנים הרשויים כולל רק 22 מחסנים רשויים. גם ההיקש שביקש הממונה ללמוד משוק אחסנת הטובין הימיים, שבו אין מכשולים תחרותיים, אינו יפה לענייננו. זאת, לפי הטענה, משום שבשוק אחסנת הטובין הימיים קיימים חמישה מסופים ימיים ואילו בשוק הטובין האוויריים קיים רק מסוף אחד המופעל ונשלט בלעדית על ידי ממך. העוררות מלינות גם על כך שהממונה ביסס את החלטתו על שיחות שקיים עם גורמים שונים בשוק, אך לא מצא לנכון לפנות אל העוררות. הממונה גם לא בדק, לפי הטענה, נתונים בסיסיים, כמו מספר היבואנים בשוק.

לחילופין, מבקשות העוררות להתנות את המיזוג בתנאים כדלקמן:

- א. עיסוקיהן של לוגיסטיקרים ומזל יוגבלו לאחסנת טובין ימיים בלבד.
- ב. תעשה הפרדה בין מערכות הניהול, האדמיניסטרציה, המידע והמחשוב של לוגיסטיקרים וממך באופן שתימנע דליפת מידע בין שתי החברות.
- ג. לוגיסטיקרים תימנע מלהציג עצמה כקשורה לממך באופן אשר עשוי להקנות לה יתרונות על פני מתחריה.
- ד. תעשה הפרדה פרסונלית של האורגנים בלוגיסטיקרים ובממך.
- ה. לוגיסטיקרים לא תעסוק באופן ישיר או עקיף בעבודות, פעולות ופרויקטים השייכים לממך.
- ו. תוטל על ממך, בהיותה בעלת מונופולין, חובה כללית לנהוג בתום לב ובהגינות ולא לנצל את כוחה המונופוליסטי לרעה.

5. על פי סעיף 21 (א) לחוק ההגבלים העסקיים:

"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.

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

6. השאלה הראשונה העולה בהקשר זה נוגעת להגדרת השוק, המהווה את זירת התחרות העשויה להיות מושפעת מהמיזוג.

העוררות טוענות כי השוק הנוגע לעניין הוא שוק "אחסנת טובין אוויריים במחסן רשוי". לטענתן, אין לקבל את גישתו של הממונה, לפיה שוק האחסנה בערובה כולו הנו שוק אחד, אלא יש להתייחס לאחסנת הטובין האוויריים כאל כשוק נפרד.

העוררות מבססות טענתן זו על מבחן "התחליפיות הסבירה". לפי מבחן זה, הן טוענות, מחסני הערובה של טובין המיובאים דרך הים אינם מהווים חלופה סבירה בעיני הצרכנים למחסני ערובה של טובין המיובאים בדרך האוויר. מסקנה זו נתמכת, לפי הטענה, בשיקולים הבאים:

א. עלות היבוא הדרך האוויר גבוהה מן העלות בדרך הים. מרבית הטובין המיובאים דרך הים הם טובין בעלי נפח ומשקל גבוהים (כגון מכוונות לתעשייה וחומרי גלם), או יבוא בצובר, מכוניות וטובין שיבואם אינו דחוף. לעומת זה, הטובין האוויריים, מאופיינים לרוב במשקל ונפח נמוכים יחסית לערכם, ודחיפות הגעתם לארץ גבוהה מזו של הטובין הימיים.

ב. תעריפי האחסנה של הטובין האוויריים והטובין הימיים נגזרים מפרמטרים שונים, בכללם כמות הטובין, אופיים, ערכם ונפחם. כנגזר מפרמטרים אלה, תעריפי האחסנה של טובין אוויריים גבוהים מתעריפי האחסנה של טובין ימיים.

ג. בין שני סוגי המחסנים קיים שוני גם מבחינת הדין המסדיר את פעילותם. מסופי המטענים הימיים מופעלים בהתאם לדיני המכס, בעוד שהמסוף האווירי מופעל על פי תקנות הטיס ובהתאם להתחייבות חוזית שבין אגף המכס לבין ממך.

ד. הממונה עצמו, בעת שהכריז על ממך כבעלת מונופולין בשוק שירותי מסוף מטענים, התייחס ל"שוק שירותי מסוף מטענים באוויר" במובחן מהמסופים הימיים.

7. קיומו של שוק נפרד של "אחסנת טובין אוויריים במחסן רשוי" לא הוכח בהליך הנוכחי.

ראשית, כפי שטוען הממונה, הגדרת השוק של הטוענות העוררות עלתה לראשונה בסיכומיהן. בהודעת הערר התייחסו העוררות לשוק הרלוונטי כאל שוק המחסנים הרשויים הכלליים (סעיפים 32, 33 להודעת הערר).

שנית ועיקר, נתחלפה לעוררות ההבחנה בין שוק אחסנת הטובין לבין שוק התובלה של הטובין. כל הסממנים המאפיינים את הטובין המיובאים בדרך האוויר ומבחינים אותם מהטובין המיובאים בדרך הים, כמו משקל, נפח, ערך ודחיפות המשלוח, רלוונטיים לגבי אמצעי התובלה של הטובין ויש בהם, ככל הנראה, כדי להצדיק את ההבחנה בין שוק התובלה האווירית לבין שוק התובלה הימית. אולם, לשיקולים אלה אין כל קשר לשוק

האחסנה בערובה. לא הוכח שמאפייניו של שוק זה נגזרים או מושפעים בדרך כלשהי מאמצעי התובלה שבאמצעותם שוגרו הטובין לארץ, או מהמאפיינים המיוחדים לסחורות המובלות בדרך האוויר. כמו כן, לא הוכח שקיימים מחסני ערובה המתמחים דווקא באחסון טובין שהגיעו בדרך האוויר, להבדיל משירותי אחסון של טובין שהגיעו לארץ בדרך הים. גם לא הוכח, כי מחסנים המתמחים בטובין המגיעים ארצה בדרך אחת, ככל שקיימים כאלה, אינם יכולים לשמש, מבחינת הצרכנים, כתחליף למחסנים המשמשים בעיקר לאחסון טובין המגיעים ארצה בדרך האוויר. קשה גם לראות טעם המצדיק הבחנה כזאת בין השווקים לפי אמצעי התובלה ששימוש להובלתם לארץ.

בתמצית, לא הוכח, על פי המבחן כפי שהוגדר בע"א 2247/95 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** (פ"ד נב (5) 213), כי קיים שוק, של אחסון טובין אוויריים במחסן רשוי, שבו "שליטה של פירמה יכולה לאפשר לה להקטין תפוקה ולהעלות מחיר מעבר לעלות השולית, תוך גריפת רווח" (עמ' 232).

8. לאור כך, מקובלת עלי עמדת הממונה כי השוק הרלוונטי הנו שוק האחסנה במחסני הרשויות הכלליים.

9. על יסוד הנחה זו, שהשוק הרלוונטי הוא שוק האחסנה במחסני הרשויות הכלליים, חוזרת ועולה השאלה האם המיזוג מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות ובציבור.

העוררות מעלות חששות רבים לפגיעה בתחרות או בציבור. אולם, כדי למנוע את המיזוג אין די בחששות בלבד. לצורך כך יש להוכיח שמדובר בחשש סביר שהפגיעה העולה לצמח ממנו לתחרות ולציבור היא פגיעה משמעותית. קיומו של חשש כזה לא הוכח.

10. ככלל, החשש לפגיעה בתחרות ובציבור בעקבות מיזוג, נובע מהחשש לשינוי מבנה השוק אשר עשוי להגדיל את הריכוזיות בשוק ולהקנות או להגביר כוח שוק בידי הגוף שקם בעקבות המיזוג. במיזוג אנכי מהסוג הנדון כאן, החשש לפגיעה בתחרות הוא מפני חסימת ערוצי שיווק או מקורות האספקה בפני המתחרים עקב השתלטות של הפירמה הרוכשת על פירמה אחרת, הנמצאת במעלה או במורד שרשרת הייצור.

11. חברת לוגיסטיקה וגם חברת ממן לא פעלו לפני המיזוג בשוק המחסנים הרשויים. אין מדובר אפוא במיזוג אופקי אשר יביא, כתוצאה ישירה מן המיזוג, לגריעת מתחרה מן השוק או לשינוי מבנה השוק וכתוצאה מכך להגברת הריכוזיות של השוק.

לא הוכח קיומו של חשש כזה לשינוי מבנה השוק ולהגברת הריכוזיות של השוק, גם בטווח הארוך. זאת שכן, מחד, פלח השוק של ממן הוא קטן, ומאידך, שוק שירותי האחסון במחסנים רשויים הנו שוק תחרותי ביותר, הן מבחינת מספרם של המתחרים והן מבחינת הרמה של התחרות המתקיימת ביניהם.

מבחינת מספר המתחרים בשוק עולה מהראיות, כי בשוק זה פועלים 22 מחסני ערובה המופעלים על ידי 18 בעלים שונים שאינם קשורים זה בזה. באזור אשדוד, שבו פועלת מזל, קיימים 12 מחסנים כאלה. גם גודלם היחסי של המתחרים בשוק אינו מצביע על מכשול אשר עשוי לפגוע בתחרות בשוק. זאת, משום ששטחו של אף מחסן אינו עולה על 10% מכלל שטח האחסון. אשר למזל, מחסן הערובה שברשותה עומד על שטח של 12,500 מ"ר מתוך שטח האחסנה המקורה בכל מחסני הערובה אשר עומד על 136,148 מ"ר. משמע, חלקה של מזל בשוק עומד על 9.1% בלבד. רכישת שליטה בחלק כזה של השוק, אינו מעלה חשש לפגיעה בתחרות.

רמת התחרות בשוק זה, כנגזר ממבנה השוק, גבוהה. כך עולה מתצהירו של מר סבירסקי עצמו אשר התלונן על תחרות קבועה בין המחסנים אשר מתבטאת בירידת מחירים מתמדת. (סעיף 9.13 לתצהיר) (מ1/).

שוק זה אף מתאפיין, כפי שעולה מעדותו של מר סבירסקי, בעודף היצע וירידה משמעותית בביקוש לאחסנה במחסני ערובה. (תצהירו של מר סבירסקי מיום 15.3.99, סעיפים 9(י) ו- 9.12-9.13). כך עולה גם מתצהירה של גב' בארי-שני (סעיף 8). עודף ההיצע הקיים בשוק שולל גם הוא את החשש לפגיעה בתחרות עקב המיזוג.

מיקומו הגיאוגרפי של המחסן שבהפעלת מזל, אשר נמצא בקרבת נמל אשדוד, ומשמש עקב כך רובו ככולו לאחסון מטענים ימיים, מקשה אף הוא לראות כיצד תוכל ממך באמצעות המחסן של מזל להשתלט על אחסון הטובין המיובאים דרך האוויר.

גם החשש לדליפתו של ידע מממן למזל, אשר יקנה לאחרונה יתרונות בתחרות עם מחסנים רשויים אחרים, נראה כחשש שווא. זאת, משום שזהותם של היבואנים והגופים המסחריים האחרים המייבאים סחורות בדרך האוויר ידועה היטב. הוא הדבר בשחקנים האחרים בענף זה, בכלל זה עמילי המכס. בעניין זה אין חשיבות למידע הנוגע למשלוח ספציפי מסוים של טובין שכן התחרות אינה מתקיימת על אחסון משלוח ספציפי כזה או אחר, אלא על רכישת לקוחות קבועים, ואלה ידועים היטב לכל המתחרים, גם לעוררות שאין להן גישה למידע שברשות ממך.

לאור שיקולים אלה קשה לראות כיצד תוכל ממך (בהנחה שלצורך הדיון מזהים, בין ממך לבין לוגיסטיק) לרכוש, באמצעות המיזוג עם מזל, כוח שוק בשוק האחסון בערובה.

12. אפשרות נוספת המאפיינת פגיעה בתחרות במיזוג אנכי, אליה התייחסו גם העוררות, היא חסימת ערוצי האספקה בפני המתחרים בשוק האחסון במחסנים הרשויים. חשש זה מתבטא, לטענת העוררות, באפשרות שממן תנצל את היתרון המוקנה לה עקב שליטתה על החוליה הראשונה אשר נמצאת בפתחה של שרשרת המעבר של הטובין המיובאים לישראל בדרך האוויר, ותגרום להפניית יבואנים המאחסנים את סחורותיהם במסוף האוויר שבשליטתה למחסן של מזל תוך פגיעה במחסנים רשויים אחרים.

13. לא שוכנעתי בקיומו של חשש סביר כזה גם בתחום זה. ראשית, הטובין המיובאים, הגם שהם מאוחסנים במחסן הטרנזיט של ממך, אינם שייכים לממן אלא לבעליהם, שהם אשר קובעים היכן ואצל מי הטובין יאוחסנו. מכאן, שלממן אין שליטה על ערוצי השיווק המספקים את הטובין המיובאים למחסנים אלה. עצם העובדה שממן ולוגיסטיק נמצאות בחוליות עוקבות בשרשרת הייצור אינה הופכת את הקשר שביניהם לקשר של לקוח - ספק, שהוא סוג הקשר האופייני למיזוג אנכי.

14. על רקע זה, החשש מחסימת ערוצי האספקה של הטובין המיובאים, שלו טוענות העוררות, נעוץ בחשש לביצוע "קשירה" כמשמעה בסעיף 29א(ב)(4) לחוק ההגבלים העסקיים. לפי חשש זה ממך תתנה את "ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות". במילים אחרות, ממך תתנה את מתן השירות שבו יש לה מונופולין, הוא השירות הניתן ליבואנים במסוף המטען האווירי, ברכישת השירות של האחסון במחסן הרשוי של מזל.

15. קשה לראות כיצד תוכל ממך לבצע קשירה כזאת. ראשית, קשירה נחשבת על פי החוק כניצול לרעה של בעל המונופולין את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, והיא אף מהווה עבירה פלילית. אינני סבור שקיים במקרה זה בסיס להנחה שממן

עשויה לבצע עבירה פלילית כזו. שנית, ממן איננה יכולה להתנות את אספקת השירות שבמונופולין ברכישת שירותי האחסון בערובה. שהרי, את השירות שבמונופולין היא חייבת להעניק על פי דין ואין לה כל אפשרות להתנות אותו ברכישת שירות נוסף.

אפשרות אחרת, שהועלתה על ידי העוררות, היא של "התניה כלכלית". היינו, מכירת חבילה של שני השירותים יחד אשר תציג בפני היבואן פיתוי כלכלי לרכישתה. דינו של פיתוי כלכלי כזה אמנם עשוי שיהא כדין קשירה (ה"ע 2/96 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ** (דינים מחוזי, לב(5) 63).

אולם, גם כאן, מעבר לעובדה שמדובר בקשירה אסורה, לא הוכח קיומו של חשש סביר לביצועה של קשירה כזאת. בהתחשב בכך שלממן מונופולין על שירותי מסוף האוויר, משמעותה של הוזלת חבילת השירותים, היא הוזלה במחירי האחסון במחסן הרשוי. בעצם הוזלת מחירי האחסון במחסנים הרשויים אין כל רע. להפך, הציבור יימצא נשכר מהפחתת מחירים כזאת. ואולם, העוררות טוענות, שממן עשויה בדרך זו להפחית את מחירי האחסון בערובה ולהעמידם על מחירים שעמם המתחרים האחרים בשוק לא יוכלו להתמודד. במילים אחרות, החשש הוא שממן תפחית את מחירי האחסון ותעמידם מתחת לעלות שירותי האספקה. משמע, היא תתמחר את שירותי האחסון בערובה בתמחור טורפני. פרקטיקת התנהגות זו מהווה כשלעצמה ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי. מעבר לכך, לא הוכח גם כאן חשש סביר להתרחשות מעין זו. תנאי יסודי להנהגת טקטיקה כזאת של הנהגת מחירים טורפניים הוא שקיים סיכוי סביר לכך שבעל המונופולין אשר נוקט במהלך כזה יוכל לפצות עצמו בעתיד בגין ההוצאות שנגרמו לו עקב הפחתת המחירים בדרך של העלאת מחירים. אולם, העלאת המחיר מחייבת קיומו של כוח שוק, היינו רכישת מעמד מונופוליסטי. במבנה השוק הנוכחי, כפי שכבר צוין, אינני רואה חשש כזה של רכישת כוח שוק בעקבות המיזוג כחשש מציאותי.

אפילו כך יקרה, קיימים בידי רשויות ההגבלים העסקיים כלים מספיקים להתמודד עם תופעה כזאת.

16. בהקשר זה ראוי לציין, שעצם העובדה שממן הנה בעלת מונופולין, אין בה כדי למנוע ממנה לפעול בשווקים אחרים. גם האפשרות כי תנצל לצורך כך יתרונות הנובעים ממעמדה המונופוליסטי בשוק שירותי המסוף האווירי אינם מצדיקים, כשלעצמם, איסור על פעילות כזו (ראה פסק הדין החלקי בעניין ידיעות אחרונות).

טענותיהן של העוררות בדבר החשש להעתקת כוחה המונופוליסטי של ממן בשוק שירותי המסוף האווירי לשוק שירותי האחסנה בערובה מזכירות במידה רבה את הדוקטרינה של המינוף המונופוליסטי (Monopoly Leverage). אולם, דוקטרינה כזו, כפי שנקבע בפסק הדין החלקי בעניין ידיעות אחרונות הנזכר לעיל, 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 שכל ניסיון של בעל מעמד דומיננטי בשוק א' לחדור או לפעול גם בשוק ב' יוכל להיחשב כניצול לרעה של מעמדו הדומיננטי. על רקע זה, נקבע בפסק הדין בעניין ידיעות אחרונות, שאין לאסור, בדרך של מתן הוראות לבעל מונופולין, על כניסתו לשוק חדש שבו הוא לא היה פעיל עד כה, גם אם הוא מנצל לצורך כך יתרונות כלכליים המוקנים לו עקב מעמדו המונופוליסטי, כמו עוצמה פיננסית, מערך הפצה וכדומה. רציונל זה חל, בעקרון, גם על מינוף באמצעות מיזוג, כל עוד המיזוג אינו מעלה חשש לפגיעה בתחרות או בציבור.

בפסק הדין בעניין ידיעות אחרונות הזכיר בית הדין בהקשר זה את גישתם של המלומדים Areeda & Hovenkamp, אשר, בהעדר חשש לקיומו של ניסיון לרכישת מעמד מונופוליסטי (האסור במשפט האמריקאי), שוללים את הדוקטרינה של המינוף המונופוליסטי:

"s.2 of the Sherman Act contains no formulation that prohibits the 'abuse' of one's dominant position. That statute prohibits only acts that constitute 'monopolization' or 'attempts to monopolize'. When there is no realistic threat that the second market will become monopolized as a result of the defendant's activity, the statutory language simply does not apply. In general, we find little place for an 'abuse' category of monopolization conduct."

(P. E. Areeda, H. Hovenkamp, **Antitrust Law**, vol. III revised ed. 1996. P-83)

בהמשך הדיון בשאלה זו, מביעים מלומדים אלה את החשש, כי הרחבתו של סעיף 2 של ה - Sherman Act באופן המכיר בעילה עצמאית של מינוף מונופוליסטי, ללא דרישה להשגה של מעמד מונופוליסטי או ניסיון להשגתו בשוק הממונף, תאפשר קבלת טענותיהם של תובעים המכוונות, למעשה, כנגד היות מתחריהם יעילים או אגרסיביים יותר.

17. מסתבר שזה גם הרקע לטענותיהן של העוררות בערר שלפנינו. טענותיהן של העוררות בדבר כוח השוק של ממך בתחום המסופים האוויריים, עוצמתה הפיננסית והכוח הפוליטי שבידה, מצביעות על כך שחששן העיקרי של העוררות הוא מפני חדירתו לשוק של "שחקן" חזק, אשר עשוי להגביר את התחרות בשוק ולפגוע ברווחיהן. משיקול זה עולה חשש לפגיעה במתחרים, אך אין בו כדי לגלות חשש לפגיעה בתחרות. דיני ההגבלים העסקיים, כמאמרו הידוע של בית המשפט העליון של ארצות הברית (Brooke Group Ltd.v.Brown & Williamson Tobacco Corp., 113 S.Ct. 2578, 2588 - 2589), נועדו למנוע פגיעה בתחרות, אך הם לא נועדו למנוע פגיעה במתחרים.

18. סיכומו של דבר, לא הוכח בהליך זה קיומו של חשש סביר לפגיעה בתחרות או בציבור עקב המיזוג.

19. התוצאה היא שהערר נדחה. העוררות תשלמנה לממונה ולמשיבות 2-3 הוצאות משפט ובנוסף, שכ"ט עו"ד בסכום של 10,000 ש"ח בצירוף מע"מ (לגבי המשיבות 2, 3 בלבד) לכל אחד מהמשיבים (החיוב כלפי המשיבות 2-3 הוא ביחד).

ניתן היום, ט' באדר תשס"ב, (21 בפברואר 2002), בהעדר הצדדים.

המזכירות תמציא העתק פסק הדין לצדדים.