



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

בעניין: הממונה על הגבלים עסקיים

ע"י עו"ד ב' גולן ו/או א' שוורץ

מרשות ההגבלים העסקיים

המבקשת

נ ג ד

1. פריניר (הדס 1987) בע"מ

2. בוגופן בע"מ

3. יעקב צ'סקלה

4. מילוז (1989) בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד צ' אגמון ו/או מ' מרידור

משרד צבי אגמון ושות'

המשיבים



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

תוכן עניינים

סעיפים

1-4	מהות הבקשה	1.
5-9	רקע עובדתי	2.
10	על אופן הדיון	3.
11	החששות התחרותיים	4.
12-15	המחלוקת בעניין הגדרת השווקים הרלבנטיים	5.
16-22	הכרעה בעניין השווקים והשחקנים הפעילים בהם	6.
23-24	השינוי בריכוזיות	7.
25-27	ניתוח דינאמי – בחינת פתרונות לחששות שהועלו	8.
	א. חסמי הכניסה לשוק	
28-33	(1) עודף כושר ייצור	
34-35	(2) אורך עונת קליטת העגבניות	
36-38	(3) כניסה לרשתות השיווק	
39-43	(4) כח מותגי	
44-51	(5) עלות המיכון	
52-59	ב. חסמי הכניסה – מן הכלל אל הפרט	
60-65	ג. היבוא	
66-69	ד. השפעת מגדלי העגבניות ורשתות השיווק	
	9. סיכום השיקולים הדינאמיים	
	יכולת מתחרים פוטנציאליים להיכנס לפעילות	
70-73	בענפים הרלבנטיים	
74-75	10. הטענה כי מילוז הינה פירמה כושלת	
76-80	12. טענת נטל ההוכחה	



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

ה ח ל ט ה

מהות הבקשה:

1. לפנינו בקשת הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: הממונה) להפריד חברות לפי סעיף 25 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן: החוק או חוק ההגבלים העסקיים). הבקשה הוגשה כנגד פריניר (הדס 1987) בע"מ, מילוז (1989) בע"מ (להלן: החברות המתמזגות), בוגופן בע"מ ויעקב צ'סקלה. ביסוד הבקשה מונחת טענת הממונה, כי בין החברות המתמזגות נעשה מיזוג חברות בניגוד לחוק והמיזוג מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. סעיף 25 לחוק קובע כי:

"(א) ראה בית הדין, על-פי פניה של הממונה, כי קיים חשש סביר כי

כתוצאה ממיזוג חברות, שנעשה בניגוד להוראות חוק זה, תיפגע באופן

משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור כאמור בסעיף 21,

רשאי הוא לצוות על הפרדתן של החברות שמוזגו.

(ב) הפרדת החברות שמוזגו תהא בדרך של החזרת המצב לקדמותו

או בדרך של העברת חלק מהמניות לגוף, לפי בחירתן, שאינו קשור

להן, או הקמת חברה נוספת אליה יועברו חלק מנכסי החברות או בכל

דרך אחרת שתיראה לבית הדין".

מסעיף זה עולה כי תנאי הפעלת סמכות ההפרדה הם:

א. המיזוג נעשה בניגוד להוראות החוק.



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

ב. קיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או לפגיעה בציבור כתוצאה מהמיזוג.

2. המחלוקת בין הצדדים נסובה סביב שני התנאים, הן בעניין עצם קיומו של מיזוג חברות והן בעניין המשמעות התחרותית של המיזוג.

3. הדיון בבקשה חולק בהתאם לשניים. על-פי החלטת בית הדין מיום 19.06.08. בחלקו הראשון של הדיון, נבחנה הפגיעה התחרותית בעקבות המיזוג, ובחלקו השני תיבחן השאלה האם אכן התרחש מיזוג חברות.

4. בהחלטה זו נדון בשאלת השלכת המיזוג על התחרות בלבד. לשון אחר: החלטה זו מסיימת אך ורק את השלב הראשון. בבסיס הדיון בהחלטה זו, אפוא, מונחת ההנחה כי אכן נעשה מיזוג חברות, הנחה אשר נכונותה, כאמור, תתברר רק בשלב השני, במידה ויהיה צורך לעשות כן.

רקע עובדתי

5. הגורמים הרלבנטיים לבקשה הם: "פריניר", שהינה חברה פרטית לייצור מוצרי עגבניות בבעלות מר צ'סקלה (50%) וחברת "ריאליטי נקש ברודרס" (חברה זרה). מר יעקב צ'סקלה הוא גם המנכ"ל של פריניר.

מילוז הינה חברה העוסקת בעיבוד, ייצור ושיווק של מוצרי עגבניות ובעיבוד הדירים.

6. ביום 19.9.06 נכרת הסכם למכירת כל הון מניותיה של מילוז לבוגופן. בוגופן הינה חברת פרטית בבעלות פריניר (24.8%), ושני אזרחים זרים. עסקה זו לא הוגשה לבחינת



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

הממונה. על-פי הנטען בבקשה, החל מחודש נובמבר 2006 היבטים מרכזיים בפעילותיהן של מילוז ופרינר אוחדו (ראו תצהיר אורית פרי, שתמך בבקשה).

7. בחודש נובמבר 2006 פנתה הממונה לפרינר ומילוז בבקשה להבהיר האם יש עסקה ביניהן ומהו המתווה הכללי שלה. כן ביקשה הממונה נתונים שונים. מתשובות החברות עלה, כי הן נשענות על חוות דעת של עו"ד ניב זקלר (להלן: חוות הדעת), לפיה אין מדובר במיזוג כמשמעותו בחוק, ועל כן לא היה צורך בהגשת הודעת מיזוג.

8. ביום 29.11.06 הודיעה הממונה לצדדים כי חוות הדעת השאירה שאלות פתוחות, והמליצה להם להימנע ממהלכים לקידום העסקה ביניהם, המלצה אשר לא התקבלה.

9. בעקבות אירועים אלו פתחה הממונה בחקירה סמויה כנגד המשיבים, בחשד לביצוע מיזוג שלא כדין ושורה של הסדרים כובלים. ביום 20.3.07 הפכה החקירה לחקירה גלויה. ביום 15.4.07 הגישה הממונה את הבקשה להפרדת חברות בה עסקינן, בקשה ראשונה מסוגה בישראל.

על אופן הדיון

10. כנקודת מוצא לדיון, המתמקד עתה בפגיעה התחרותית, נפנה לה"ע (י-ם) 8006/03 יהודה פלדז' בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, בו נקבע, בין השאר:

"שני מבחני משנה עיקריים משמשים אותנו לצורך בדיקת קיומו של חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. הראשון, מבחן הריכוזיות במסגרתו יש לבחון עד כמה מרוכזת השליטה בענף והאם קיים גורם דומיננטי המסוגל לפעול באופן מונופוליסטי. השני, מבחן חסמי הכניסה, במסגרתו נבחנת השפעת המיזוג על יכולתם של מתחרים



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

פוטנציאליים להיכנס לפעילות בענף הרלוונטי, ועל ידי כך לרסן את ההתנהגות המונופוליסטית של הפירמות הפועלות בשוק (ע"א 2247/99 תנובה, בעמ' 238-233).

מקובל עלינו, שיש להעמיד שני מבחנים אלה במרכז הדיון. ואולם, השלב הראשון לכל בדיקה הוא הגדרת השווקים הרלבנטיים. לאחר הדיון בחלוקת השווקים ולאורו, ייבחנו שני המבחנים. אם יתברר כי על-פי מבחנים אלו קיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות כתוצאה מהמיזוג, נעבור ונבחן האם קיימים פתרונות המאיינים למעשה חשש זה, כגון תגובה צפויה של גופים שיפעלו בשווקים. לאורך הדיון נבחן באופן קונקרטי את החששות התחרותיים המועלים על-ידי הממונה.

החששות התחרותיים

11. לטענת הממונה, מדובר במיזוג למונופולין, כאשר גם עובר למיזוג החזיקו הצדדים לו במונופולין בשווקים מסוימים. הממונה מדגישה, כי הדין הישראלי קובע זיקה ברורה וחד-משמעית בין החזקה במונופולין ובין כוח שוק. זיקה זו הינה אבן הפינה של פרק המונופולין בחוק ההגבלים העסקיים, אשר מטיל חובות ומשטר פיקוח על פירמות, אך בשל העובדה שנתח השוק שלהן בשוק רלבנטי חוצה את רף ה-50%. גישה זו נטועה בחוק, ומוצאת ביטוי מפורש בסעיפים 17(א)(1), 17(א)(3) ו-19, הקובעים כי מיזוג כגון זה מחייב קבלת אישור הממונה. כוח השוק המדובר לעיל הוא הבסיס לחששות שעליהן מצביעה הממונה.

הממונה מתרכזת בשלושה חששות עיקריים: האחד, **הרתעת מתחרים מכניסה לשוק או מהתרחבות בו**. לטענת הממונה, בשל קיומו של עודף כושר ייצור גדול יחסית הן בפרינר והן במילוז בהשוואה למתחריהן, ומכאן שבפירמה שנוצרה בעקבות המיזוג (להלן: הפירמה הממוזגת). על-פי החשש, המיזוג יוביל להרתעת מתחרים פוטנציאליים



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

מכניסה לשווקים ו/או להרתעת מתחרים קיימים מהרחבת פעילותם. זאת, מאחר ופירמה ממוזגת תוכל להגדיל את היצע המוצרים בשווקים ולהוריד מחירים באופן זמני, דבר אשר יגרע מהרווחיות של הפועלים בשווקים וימנע את כניסתם של המתחרים הפוטנציאליים ואת התרחבותם של המתחרים הקיימים. השני, **צמצום תפוקה על-ידי החברה הממוזגת אשר יוביל לעליית מחירים בשווקים**. לטענת הממונה, בעקבות המיזוג ייווצר כוח רב בידי הפירמה הממוזגת, באופן שתוכל להוביל לעליית מחירים בשווקים הרלבנטיים, וכך תיפגע התחרות. השלישי, לאור נתוני השווקים (אותם נפרט בהמשך), **בעקבות המיזוג יוקם דואופול**. לטענת הממונה, היעדר קיומם של תמריצים תחרותיים בשווקים השונים יביא את **זנבל** (המתחרה הגדולה ביותר של הפירמה הממוזגת) לכדי שיתוף פעולה עם הפירמה הממוזגת, וכך, בפועל, יוקם דואופול ותתרחש עליית מחירים. על חששות אלה נעמוד ביתר פירוט בהמשך.

המחלוקת בעניין הגדרת השווקים הרלבנטיים

12. אין מחלוקת בין הצדדים, כי בתחום מוצרי העגבניות קיימות שתי קבוצות מוצרים עיקריות: האחת, **רסק עגבניות** (להלן גם: רכו), והשניה, **עגבניות מעובדות**. (א) אשר לרסק, תהליך ייצורו הוא כדלקמן: העגבניה נקלטת במפעל, עוברת ריסוק ראשוני ובישול, סינון, ולאחר מכן ריכוז בואקום. תהליך הריכוז משמש להעלאת רמת הריכוזיות של העגבניה, הנמדדת ביחידות "בריקס", לרמה גבוהה יותר מאשר זו הקיימת באופן טבעי בעגבניה, וכך נוצר הרכז (נציין, כי הצדדים לא הקפידו על שימוש עקבי במושגים. כך, לעיתים, עסקו במונח רכו ולעיתים עסקו במונח רסק, מבלי להסביר את השוני, אם קיים. להבנתנו, מתצהיר הממונה עולה, כי רכו הינו שלב בתהליך הסופי של יצור הרסק. אנו נתייחס לשני המושגים כאחד, כאשר להערכתנו השוני בין המושגים אינו יכול להיות משמעותי (להחלטתנו). לאחר תהליך זה עובר הרכז דילול על-פי הצורך, פסטור ואריזה. 2) **עגבניות מעובדות** (כולל מוצרים כדלקמן: עגבניות מרוסקות, עגבניות בקוביות



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

או חתוכות, עגבניות מתובלות ועגבניות שלמות מתובלות). ייצור מוצרים אלו מצריך קווי ייצור וציוד ייעודיים (השונים מאלה של הרסק).

13. שני הבדלים עיקריים בין רסק עגבניות ועגבניות מעובדות: ברסק רמת הבריקס (אחוז המוצקים) בדרך כלל גבוה יותר ועומד על רמה שבין 22 ל-30 לעומת עגבניות מעובדות שרמת הבריקס בהן לרוב אינה עולה על 15; כמו כן הרסק סמיך יותר ומרקמו שונה לגמרי מעגבניות מעובדות. מוצרי הרסק ומוצרי העגבניות המעובדות משמשים כחומר גלם בסוגים שונים של מוצרי עגבניות ועוברים שיטות עיבוד ואריזה שונות. כתוצאה מכך, מחייב תהליך הייצור מיכון שונה. השוני במרקם המוצרים מוביל לשימושים שונים של הרסק והעגבניות המעובדות, והתחליפות בין שני סוגי המוצרים היא נמוכה. לא קיימת מחלוקת כי יש לשייכם לשווקים נפרדים.

14. לשיטת הממונה – שהמשיבים חולקים עליה- יש לבצע חלוקה נוספת שהיא פועל יוצא של אופן צריכת מוצרי העגבניות למיניהן. על-פי הנטען, יש לתת את הדעת לכך שכל מוצר (רסק עגבניות או עגבניות מעובדות) נארז ונצרך באופן שונה בכל מגזר ומגזר, כאשר בתחום העגבניות קיימים שלושה מגזרים עיקריים: הקמעונאי - מגזר זה כולל בעיקר את רשתות השיווק וחנויות המכולת, וגודל האריזות המשווקות דרכו בדרך כלל קטן, המוסדי - מגזר זה כולל בתי מלון, מסעדות, בתי חולים ועוד, גודל האריזות המשווקות לשוק זה הוא לרוב בין 2.6 ק"ג ל- 3.2 ק"ג, אך יכול להגיע גם ל- 25 ק"ג, והתעשייתי - מגזר זה כולל בעיקר חברות תעשייתיות הרוכשות את המוצרים כחומר גלם לייצור מוצרים שונים כגון: קטשופ, סלטים למיניהם ועוד. גודל האריזות המשווקות בשוק זה הוא לרוב בין 200 ל- 230 ק"ג. מאחר שכל מגזר מתייחס גם לרסק וגם לעגבניות מעובדות, יוצא כי לשיטת הממונה קיימים 6 שווקים שונים. נוסף, כי הממונה סבורה כי כל שוק משווקים אלו נחלק אף הוא לשני שווקים נוספים: "ייצור ושיווק" ו"שיווק".



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

15. לטענת המשיבים חלוקת השווקים שהציגה הממונה אינה ברורה בעיקר בשל הטעמים הבאים:

א. לשיטת המשיבים בתוך "שוק מוצרי העגבניות" קיימים שני מוצרים בלבד: רכוז ועגבניות מעובדות. אופן הייצור של מוצר מסוים אינו משתנה בהתאם לזהות הלקוח אליו הוא ממוען, אלא רק אופן אריזתו. כלומר, אין השפעה לעובדה שמוצר ממוען למגזר הקמעונאי, המוסדי או התעשייתי. **ההבדלים בין המגזרים נוצרים החל משלב האריזה**. חלוקת שוק למגזרים יכולה להתקיים בשוק שיווק המוצר בלבד. לשון אחר, בשלב הייצור קיימים רק שני שווקים: שוק ייצור הרכז ושוק ייצור עגבניות מעובדות ובשלב האריזה (שיווק), מאחר שהאריזה מותאמת לדרישת הלקוחות, ניתן לחלק את השוק על-פי המגזרים.

ב. המשיבים מוסיפים כי החלוקה הנוספת של הממונה: לשוק ייצור ושיווק מוצר ולשוק שיווק מוצר - שגויה. לשיטתם, לא קיים שוק ייצור ושיווק מוצר כי אם שוק אחד לייצור מוצר ושוק נוסף לשיווק מוצר.

ג. עוד טוענים המשיבים, כי שגתה הממונה גם כאשר קבעה כי קיימת בעיה תחרותית בחמישה שווקים שונים מבין ששת השווקים העיקריים בתחום העגבניות, בכך שהיא לא ייחסה חשיבות לקשר ולהשפעה הקיימים בין השווקים השונים. המשיבים סבורים כי בין השווקים השונים כפי שהגדירה אותם הממונה, קיימים יחסי גומלין המתבטאים ביכולות הסטה של ייצור משוק אחד לשני, אשר מאיינת כל יכולת להפעיל כוח שוק באחד מהשווקים בלבד. כמו כן, העובדה **שהממלאים** קונים את הרכז אותו הם מוכרים לשוק המוסדי והקמעונאי מהשוק התעשייתי, היא בגדר נתון אשר מקשה עוד יותר על הפילוח כפי שנעשה על-ידי הממונה. לטענת המשיבים, מהסיבות שצוינו אין אפשרות אמיתית לחלק את השוק כפי שחילקה הממונה במיוחד לאור העובדה כי היא לא ייחסה כלל חשיבות לגורם אשר מעביר מוצר משוק אחד לשוק אחר ובעצם מערבב בין השווקים.



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

טענות המשיבים משליכות באופן ישיר על הניתוח הדינאמי של התחרות, ונתייחס אליהן בהמשך.

הכרעה בעניין השווקים הרלבנטיים והשחקנים הפעילים בהם

16. נשוב למסלול הבדיקה. לגבי הדרך שיש לנקוט, נאמר בה"ע 506/04 שטראוס עלית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (נבו):

"הגדרת תחומי וגבולותיו של השוק הרלוונטי היא צעד ראשון בבחינת קיומו או העדרו של כל הגבל עסקי.

...

כאשר המונחים 'שוק' או 'הגדרת שוק' אינם מוזכרים או מוגדרים בחוק. כללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"ו-2006 (להלן: הכללים) קובעים כי "שוק מוצר" הוא "קבוצת הטובין התחליפיים". טובין תחליפיים מוגדרים כ"קבוצה המצומצמת של טובין שהם תחליפים ישירים ומשמעותיים בעיני הצרכן, לרבות בהיבט הגאוגרפי". הגדרות אלה מקיפות שניים מבין שלושת הרכיבים, אותם נהוג לראות כרכיבים המצטברים שבאמצעותם מוגדר שוק (ראו: Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice* (3rd ed. 2005), 84-85; יגור, 115) והם:

א. שוק המוצר;

ב. השוק הגיאוגרפי;



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

ג. חסמי כניסה לשוק (barriers to entry). (שם, פסקה

12).

17. עוד צוין שם, כי אמת המידה להגדרת שוק המוצר היא מידת התחליפיות, הנבחנת על-ידי מבחן גמישות המחיר הצולבת:

"הגדרת שוק מוצר כוללת את אותם מוצרים שהם תחליפיים במידה קרובה מספיק למוצר נשוא ההכרזה, כך שהעלאת מחירו של מוצר זה תביא למעבר קונים למוצרים תחליפיים, ועקב כך להפחתת הכמות הנמכרת ממנו, באופן שייפגע ברווחיו של הספק (ראו: ה"ע (ירושלים) 3/97 מגל מערכות ביטחון בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תק-מח 2001(3) 39047). בית המשפט העליון עמד על כך בע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים עסקיים נ' תנובה, פ"ד נב(5) 213, כאשר קבע כי:

עיקרון התחליפיות מבטא את הרעיון, על פיו פירמה צוברת כוח עוצמה ושליטה בשוק מסויים, 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 הרלבנטי, או אינם מביאים למעבר הצרכנים למוצר תחלופי, תוך הורדת הביקוש למוצר המסויים בו הועלה המחיר, או הוקטן ההיצע, והחזרת מחירו של המוצר לשיווי משקל תחרותי.

המבחן העיקרי שהוזכר בפסיקה למדידת תחליפיות הוא מבחן גמישות המחיר הצולבת (cross - price elasticity).



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

מבחן זה בודק האם העלאה מתונה במחיר של מוצר מסויים תהא כדאית עבור יצרן, או שמא בעקבות זאת יפסיקו צרכנים לרכוש את המוצר שמחירו עלה ויחליפו אותו במוצר אחר (Hovenkamp, 103). ההנחה היא, שאם בתגובה לעליית מחיר מתונה בשיעור של 5%-10% תעבור כמות גדולה של רוכשים לרכוש מוצר חלופי, בהיקף רחב מספיק כך שליצרן לא כדאי יהיה להעלות את המחיר, אזי מדובר במוצרים בעלי תחליפיות גבוהה, השייכים לאותו שוק. (שם, סעיפים 14, 15).

מאחר שבחינה בפועל של גמישות הביקוש הצולבת היא משימה קשה אומצו אמות מידה פרקטיות לבחינת התחליפיות. ביניהן ניתן למנות את הנתונים הפיזיים - אובייקטיביים של המוצרים; שימוש בטכנולוגיה דומה; בחינה פונקציונאלית של הייעוד והשימוש שנעשה במוצרים; מחיר המוצרים; הפרספקטיבה בקרב בנפשות הפועלות בשוק; מבנה הביקוש וההיצע, תוך אפיון הלקוחות והספקים המרכזיים; וכן גם מאפיינים אחרים של המוצרים המצביעים על מידת התחליפיות ביניהם (ראו: ה"ע 506/04 שטראוס עלית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, סעיף 16-17; ערר 10,11/99 תבל נ' הממונה על הגבלים העסקיים; ה"ע 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על הגבלים העסקיים).

18. מן הכלל אל הפרט.

כאמור, בתחום העגבניות המוצרים נחלקים לשניים: רסק עגבניות ועגבניות מעובדות. על ההבחנה בין שני המוצרים והיעדר התחליפיות ביניהם אין מחלוקת בין הצדדים, אך נשאלת השאלה – מנקודת ראות הצרכן - האם קיימת תחליפיות בין אותם מוצרים במגזרים השונים? כלומר, האם קיימת תחליפיות בין רסק שנועד לשיווק במגזר הקמעונאי לבין רסק שנועד לשיווק במגזר המוסדי או התעשייתי? התשובה לכך היא



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

שלילית. אמנם הרסק הוא אותו הרסק בכל מגזר ומגזר, וכך גם הטכנולוגיה המשמשת את המייצרים, אך בכל מגזר מדובר בצרכנים שונים אשר עושים במוצר שימוש לצרכים שונים. האם אין לומר כי רוכשים מהמגזר התעשייתי יראו במוצרים במגזר הקמעונאי כמוצרים תחליפיים כאשר המדובר **באותו מוצר השונה רק באריזה?** התשובה גם לכך היא שלילית, זאת, כיוון שקיים שוני מהותי בין אריזה של 80 גרם עד 2.5 קילו ובין אריזות של 200 – 230 ק"ג. לשון אחר, אותם המוצרים אף שמבחינת הרכבם הם זהים **כאשר הם נאזים באריזה שונה ומשווקים במגזרים שונים נעשים הם מוצרים שונים שאינם תחליפיים אחד לשני.** פירמה אשר מייצרת מוצרים הכוללים את מוצרי העגבניות האמורים (כגון חברה לייצור סלטים) או אפילו מסעדה גדולה (הצורכת כמות גדולה של מוצרי עגבניות) לא תראה בעשרות, מאות או אולי אלפי אריזות של מוצר כלשהו במשקלים קטנים (ממאות גרמים עד למספר נמוך של קילוגרמים) תחליף לאריזה אחת גדולה (של מאות קילוגרמים), מהטעם שסביר להניח כי לצורך עבודה עם אריזות קטנות במקום אריזות גדולות תאלץ הרוכשת להשתמש במכונות שונות או למצער בכח אדם גדול יותר לצורך פתיחת האריזות והוצאת תוכן.

19. מהאמור לעיל, עולה כי הגדרת השוק לא נקבעת רק על ידי תכונותיו הפיזיות של המוצר אלא גם על ידי תכונות המשתמש הצרכן. נבחין בין המשתמש הקמעונאי (משקי הבית), המוסדי (בתי מלון, מסעדות, בתי חולים ועוד) והתעשייתי (חברות תעשייתיות הרוכשות את המוצרים כחומר גלם לייצור מוצרים אחרים). אופי המשתמש קובע את השימוש הסופי, צורת האריזה וצינורות השיווק. משקי הבית רוכשים את מוצרי הרכז והעגבניות המעובדות באריזות קטנות באמצעות רשתות השיווק וחנויות המכולת, המגזר המוסדי משתמש באריזות מגודל בינוני (2.5 – 25 ק"ג) בשיווק ישיר, וחברות הפועלות במגזר התעשייתי רוכשות את המוצרים באריזות גדולות (200 ק"ג ויותר) במישרין מהיצרן.



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

המחיר לק"ג של מוצרי עגבניות (רסק או עגבניות מעובדות) משתנה עם גודל האריזה. ככל שהאריזה גדולה יותר המחיר ליחידה נמוך יותר. התחלופה בין סוגי האריזה המשמשים את המגזרים השונים היא קטנה. עליית מחיר אריזת רסק של 100 גר' לא תביא להסטת ביקושים של משקי בית לאריזות של 3.6 ק"ג (שאינן מוצעות כלל במרבית המרכולים).

מנקודת הראות של התחלופה בביקוש קיימים, אפוא, ששה שווקים המוגדרים על יד אופי המוצר והמשתמש. השווקים הם:

1) שוק הרסק הקמעוני. 2) שוק הרסק המוסד. 3) שוק הרסק התעשייתי. 4) שוק עגבניות מעובדות קמעוני. 5) שוק עגבניות מעובדות מוסדי. 6) שוק עגבניות מעובדות תעשייתי.

20. החברות **פריניר ומילו** פועלות בכל ששת השווקים שהוגדרו לעיל. בנוסף לשתי חברות אלה פועלות בשווקים אלה חברות נוספות, אך לא קיימת חברה נוספת הפועלת בכל ששת השווקים. החברות הנוספות הן:

זנלכל - חברה העוסקת בנוסף לייצור ושיווק מוצרי עגבניות גם בייצור ושיווק שימורי פירות וירקות, רטבים, סירופ ורכזים, פועלת בכל ששת השווקים למעט שוק העגבניות המעובדות במגזר התעשייתי. חברת זנלכל מהווה את החברה השלישית בגודלה במגזר הקמעוני.

צ'אם – חברה שהיא חלק מקבוצת חברות בינלאומיות שמוקד עיסוקה הוא בתחום אבקות המזון. המפעל בארץ מייצר מוצרי פירות וירקות, בעיקר מוצרים יבשים כאשר המוצר המוביל הינו אבקת עגבניות. הרכז המיוצר על ידי צ'אם מהווה מוצר בתהליך ייצור האבקה, ועודפים מופנים ללקוחות תעשייתיים. צ'אם אינה פועלת במגזר הקמעוני ובמגזר המוסדי ואינה מייצרת כלל מוצרי עגבניות מעובדות.



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

גן שמואל - חברה שעיקר פעילותה הוא בענף מוצרי ההדרים. פעילותה בתחום העגבניות היא פעילות משלימה לפעילות בתחום מיצי הדרים אשר מטרתה כיסוי עלויות קבועות בתקופה בה המפעל לא קולט הדרים. היא מייצרת רסק לשוק התעשייתי ולמוסדי בלבד, ואינה מייצרת מוצרי עגבניות מעובדות.

פרט לחמשת החברות הקולטות את העגבניות כחומר גלם ומעבדות אותן למוצרי עגבניות (פרינר, מילוז, זנלכל, צאם, גן שמואל), פועלות בענף מספר חברות קטנות בשוק הרסק (אך לא בשוק העגבניות המעובדות). חברות אלו, המכונות על-ידי הצדדים, **הממלאים**, רוכשות רכוז מהחברות המייצרות בשוק התעשייתי, חלקן מעבד אותו עיבוד נוסף וחלקן מסתפק באריזתו ושיווקו למגזר הקמעונאי והמוסדי.

21. שחקנים נוספים בשוק הרלבנטיים לעניינינו הם **המגדלים ורשתות השיווק**. מכירת העגבניות ליצרני מוצרי העגבניות נעשית בצורה מרוכזת על-ידי המועצה לגידול ירקות. דהיינו, על-ידי מגדלי העגבניות. המועצה קובעת במו"מ מחיר אחיד לכל היצרנים (כאשר סעיף 3(4) לחוק פוטר אותה מתחולת פרק ההסדרים הכובלים). המחיר קובע את התמורה שמקבלים המגדלים ומשליך על החלטותיהם באשר לשטח שיוקצה לגידול העגבניות התעשייתיות. על כמות העגבניות משפיעה גם העלקת – צמח טפילי אשר פוגם ביבולים, והופך חלקות מסוימות לבלתי מתאימות לגידול עגבניות. **לרשתות השיווק** משקל גדול במכירת מוצרי העגבניות במגזר הקמעונאי. חלק מהן, במסגרת המגמה לפיתוח מותג עצמאי, רוכשות מוצרי עגבניות מהיצרנים (או מיבוא) ומוכרות אותם תחת מותגם הם. בכל מקרה קיים פער משמעותי בין המחיר הסיטונאי בו נמכרים המוצרים לרשתות והמחיר לצרכן.

22. לוח 1 מסכם את הפעילות של השחקנים השונים בששת השווקים.



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

לוח 1 : פעילות החברות בשווקים ובמגזרים השונים

	שוק העגבניות המעובדות			שוק הרסק		
	מגזר תעשייתי	מגזר מוסדי	מגזר קמעונאי	מגזר תעשייתי	מגזר מוסדי	מגזר קמעונאי
פריניר	X	X	X	X	X	X
מילוז	X	X	X	X	X	X
זנכל		X	X	X	X	X
צ'אם				X		
גן שמואל				X	X	
ממלאים						X

הלוח מתאר בצורה תמציתית את זירות התחרות השונות בענף. זירת התחרות מוגבלת יותר בשוק העגבניות המעובדות שבו פועלות רק שלוש חברות, שלאחר המיזוג יצטמצמו לשניים, ורחבה יותר בחלק משווקי הרסק, בהם פעילות יותר משלוש חברות. כפי שנרחיב להלן, שאלה מרכזית בקביעת ההשפעה שיהיה למיזוג על התחרות היא תגובת המתחרים למיזוג. אי ההסכמות לגבי סוגיה זו עומדות במוקד המחלוקת בין הצדדים.

השינוי בריכוזיות

23. החשש לפגיעה משמעותית בתחרות נלמד, כמקובל בתחום בו עסקינן, על-פי שני סוגי מבחנים - מבחנים סטטיים, הבודקים את השינוי בכוח השוק של החברות המתמזגות במצב הנוכחי ומבחנים דינאמיים, צופי פני עתיד, הבודקים את השינוי בכוחן של החברות למול תגובתן הנצפית של חברות אחרות הפועלות בענף ומחוצה לו. למבחנים הדינאמיים נתייחס בשלב מאוחר יותר.

24. לוח 2 מתאר את נתח השוק של כל אחת מהחברות הפועלות בענף בשנים 2005 – 2006, התקופה שקדמה למיזוג. הלוח מצביע בצורה ברורה על המשקל הגדול שהיה לחברות פריניר ומילוז בכל אחד מהשווקים והמגזרים הנידונים, כאשר חריג יחידי הוא



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

המגזר התעשייתי בשוק הרסק והרוטב. בכל אחד מחמשת המגזרים האחרים היווה חלקן המשותף של שתי החברות יותר משני-שליש מהתפוקה.

המבחן הראשון לקיום חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות הוא מבחן סטאטי- מבחן הריכוזיות. על השאלה עד כמה מרוכזת השליטה בענף, והאם המיזוג יביא ליצירת גורם דומיננטי המסוגל לפעול באופן מונופוליסטי לא ניתן אלא להשיב בצורה חיובית. בחינת מדדי הריכוזיות (HHI) לאחר המיזוג בכל השווקים שפורטו, מלמדת שאלה עלו באופן משמעותי, כעולה מהחישובים שהובאו על-ידי הממונה, ולא נסתרו.

בבית המשפט המחוזי בירושלים

פרופ' דויד גילה, חבר

[illegible]



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

מילוח	3,951	2,820	2,011	2,412	1,457	1,553	31%	50%	29%	63%	59%	83%
פריניר	4,198	981	385	872	292	320	33%	17%	6%	23%	12%	17%
זנבל	3,063	536	26	563	708		24%	10%	0%	15%	29%	0%
צ'אם			539				0%	0%	8%	0%	0%	0%
גן שמואל		730	3,996				0%	13%	57%	0%	0%	0%
אחרים	1,542	554					12%	10%	0%	0%	0%	0%
סה"כ	12,754	5,621	6,957	3,847	2,457	1,873	100%	100%	100%	100%	100%	100%
חלקן של פריניר ומילוח	8,149	3,801	2,396	3,284	1,749	1,873	64%	68%	34%	85%	71%	100%

ניתוח דינאמי – בחינת פתרונות דינאמיים לחששות התחרותיים

25. הנתונים שפורטו לעיל מעלים לא מעט חששות תחרותיים, אך האם ניתן לקבוע כבר בשלב זה כי בעקבות המיזוג קיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות? לשון אחר, האם כבר לאחר בחינת מידת הריכוזיות בשוק ניתן להגיע לכדי החלטה בשאלה התחרותית? **התשובה לכך היא שלילית.** בחינת השלכתו של כל הגבל עסקי אינה יכולה להסתפק בניתוח סטטי - הגדרת השווקים הרלבנטיים ומאפייניהם, בחינת הריכוזיות, אלא יש לבצע גם ניתוח דינאמי. דהיינו, בחינת פתרונות דינאמיים אשר יכול שיאינו את החששות התחרותיים העולים מהניתוח הסטטי. בחינה זו נעשית על ידי ניתוח, אשר



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

באמצעותנו נבחנת השאלה האם למול הבעיות הקיימות בשוק על פניו, קיימים בשוק פתרונות שונים אשר בידם לאזן את החששות העולים מהריכוזיות הגבוהה בשוק.

26. אופן ניתוח בעל שני השלבים האמור מקובל בפסיקה בנושא זה בעולם, ואצל רשויות תחרות שונות.

על הצורך בניתוח דינאמי עמד הדין האמריקאי בין השאר בהנחיות המיזוגים של משרד המשפטים האמריקאי (DOJ):

In a variety of situations, market share and market concentration data may either understate or overstate the likely future competitive significance of a firm or firms in the market. [Guidelines at Sec. 3.2]

וכן בפסיקה:

A finding of market shares and consideration of the Philadelphia Nat Bank presumptions should not end the court's inquiry.

U.S., et al, v. Oracle Corporation No C 04-0807 VRW at p. 12. ("Oracle")

(ראה אסמכתא 1 לסיכומי המשיבים)

Evidence of market concentration simply provides a convenient starting point for a broader inquiry into future competitiveness. [At paragraph 8]

Baker Hughes, 908 F2d 981



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

(ראה אסמכתא 2 לסיכומי המשיבים).

זו גם הגישה העולה מתקנות המיזוגים של האיחוד האירופאי (ECMR), הקובעות

כי יש להתייחס למספר היבטים כאשר בוחנים מיזוג – שם, בסעיף 2(1):

(a) the need to maintain and develop effective competition within the common market in view of, among other things, the structure of all the markets concerned and the actual or potential competition from undertakings located either within or without the Community;

(b) the market position of the undertakings concerned and their economic and financial power, the alternatives available to suppliers and users, their access to supplies or markets, any legal or other barriers to entry, supply and demand trends for the relevant goods and services, the interests of the intermediate and ultimate consumers, and the development of technical and economic progress provided that it is to consumers' advantage and does not form an obstacle to competition.

(ראה אסמכתא 4 לסיכומי המשיבים)

וכן בהנחיות הנציבות האירופית למיזוגים אופקיים "Horizontal Merger Guidelines"

הקובעות כי מדד HHI הוא נקודת ההתחלה בלבד לבחינת השאלה התחרותית:

Each of these HHI levels, in combination with the relevant deltas, may be used as an initial indicator of the absence of competition concerns. However, they do not give rise to a presumption of either the existence or



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

the absence of such concerns.

C-31/5 Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2004/C 31/03]

(ראה אסמכתא 5 לסיכומי המשיבים)

על הצורך הן בניתוח סטאטי והן בניתוח דינאמי, אין מחלוקת בין הצדדים.

27. אין מחלוקת לגבי נתח השוק של פרינר ומילו ערב רכישתה של חברת מילו על ידי חברת בוגופ, ולכן לא יכולה להיות מחלוקת בין הצדדים לגבי נתח השוק של החברה הממוזגת והשינוי בריכוזיות הנובע מחבירתן של שתי החברות. המחלוקת בין הצדדים נסובה על השאלה האם כניסת חברות חדשות לענף, ולחלופין, תגובת החברות האחרות הפעילות בענף יש בהן כדי לרסן, או אף לבטל, את כוחה המונופוליסטי של החברה הממוזגת. באופן ספציפי, השאלות שבמחלוקת הן האם חברת **זנכל** הפעילה במרבית מגזרי הפעילות שבהן פעילה החברה הממוזגת תרחיב מספיק את תפוקתה נוכח כל ניסיון להעלאת מחירים על ידי המונופול, האם הממלאים הפעילים במגזר הרסק הקמעונאי צפויים להרחיב בצורה מספקת את תפוקתם באופן הממתן מספיק את כוחה של החברה הממוזגת, והאם החברות **גן שמואל וצ'אס**, הפועלות במגזר הרסק התעשייתי, תסטנה חלק מספיק גדול מתפוקתן למגזר המוסדי והקמעונאי, ותרחבנה את מגוון מוצריהן לעגבניות מעובדות? לטענת הממונה הסבירות שתהליכים דינמיים יסכלו את האיום המונופוליסטי היא נמוכה, בעוד המשיבים רואים בתגובת המתחרים גורם המצמצם (או אף מאיין) את הסכנה שבמיזוג לתחרות בענף.



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

אם כך, לאחר שהגענו למסקנה כי מהניתוח הסטאטי עולים חששות תחרותיים, נעבור לבחינת השאלה האם קיימים פתרונות המאפשרים ריסון של החששות התחרותיים? הופנינו על-ידי המשיבים למספר פתרונות כאלה, ובהם נדון להלן.

א. חסמי הכניסה

1. עודף כושר הייצור

28. לבירור היתכנות הפתרונות הדינאמיים, נקדים דיון בחסמי הכניסה לשווקים, שהעיקרי שבהם הוא עודף כושר הייצור של הפירמה המתמזגת.

תוצאתו המיידית של המיזוג בין פרינר למילו, לטענת הממונה, הינה יצירת מונופולין בכל השווקים האמורים. מצב זה כשלעצמו מספיק כדי להרתיע מתחרים פוטנציאליים מלהיכנס לכל אחד מהשווקים. חששה זה של הממונה מתעצם לנוכח היקף עודפי כושר הייצור של הפירמה המתמזגת, נתון אשר ירתיע כל מתחרה חדש מכניסה לשוק ואף ייצור איום מידי על כל מתחרה קיים. חשש זה נובע מכך שלאחר המיזוג יהיה בכוחה של הפירמה הממוזגת להגדיל את ההיצע ולהביא להורדת מחירים זמנית, עד לרמת מחירים שתהא מתחת למחיר המקובל בשוק. הורדה זו תקטין את הרווחיות בעיני המעוניין להיכנס לשוק באופן שיראה את הכניסה כבלתי כדאית, בשל ההשקעות והעלויות הכרוכות בכך. חשש זה אינו קיים רק לגבי מתחרים חדשים, כי אם גם לגבי מתחרים קיימים בשוק. (ראה: ד' גילה, "הערת פסיקה: ערר 2/94 תנובה נ' הממונה על ההגבלים העסקיים", המשפט כרך ד', 351, בע' 361 (התשנ"ט-1998)).

29. לדברי הממונה, לאחר המיזוג, מילו, שהינה החברה בעלת כושר הייצור הגדול ביותר בשוק מעבדת פחות ממחצית מכושר הייצור שלה (במונחי קליטת עגבניות) (ראה:



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

נספח ז' 8 לבקשה העיקרית, תשובתה של מילוז לדרישת נתונים), כך שבה עודף כושר הייצור עומד על בין 55,000 (שנת 2005) ל- 63,000 (שנת 2007) טון עגבניות. גם פריניר מעבדת כיום פחות ממלוא כושר הייצור שלה. אין מחלוקת בין הצדדים כי פריניר ומילוז אוחזות בכושר עיבוד משותף של כ-170,000 טון עגבניות לשנה. ואולם, הצדדים חלוקים לגבי משמעותו של נתון זה.

30. במחלוקת בהקשר זה הסתמנו הטענות הבאות: לטענת הממונה כושר הייצור של הפירמה הממוזגת מגיע לכדי סיפוק כל צריכת העגבניות בכל השווקים גם יחד. טענה זו נשללת על-ידי המשיבים, מאחר שלשיטתם ביקוש העגבניות בשוק נע בין 170,000 לבין 200,000 טון (שנת 2008), כך שאין ביכולתה של הפירמה המתמזגת לספק את כלל צרכי השוק.

כמו כן, לטענת הממונה, כושר הייצור של זנלכל, המתחרה הגדולה ביותר של הפירמה המתמזגת, נמוך בהרבה מכושר הייצור של הפירמה הממוזגת. עמד על כך מנכ"ל זנלכל בעדותו:

כב' השופטת מזרחי - אב"ד: אבל תגיד לי ההבדל בין כושר

הייצור ביניכם ובין פריניר לא נשמע לי משמעותי.

ת. בינתיים הוא עצום.

כב' השופטת מזרחי - אב"ד: למה זה עצום?

ת. כי אנחנו בכושר הייצור עד השנה הזאת היינו במכסימום בין

20 ל-22 אלף טון, שאני לא יודע מה כושר הייצור של יעקב כי

אני לא מכיר את המפעל שלו אבל להערכתי הוא בסביבות בין

70 ל-100 אלף טון. מפעל אחד של פריניר בלי מילוז.

ש. כמה זה עם מילוז בערך?



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

ת. אני חושב שמילוי זה פחות או יותר סדר גודל שלו, אולי קצת פחות, אז הם שניהם ביחד פי כמה וכמה מאיתנו. אני חייב לתקן, זה שני מפעלים שמתמחים בתחום העגבניות אנחנו יצרן העגבניות לא בסדר גודל שלהם. אנחנו לא מייצאים אנחנו לא עושים עגבניות לתעשייה, חסרות לנו חלק מהמערכות, זה בינינו הבדל גדול, אנחנו יצרן גדול של ירקות שמתעסק גם במוצרי עגבניות. זה תחום גדול גם אצלנו, תחום חשוב, אנחנו משקיעים שם הרבה כסף ומאמץ, אבל אנחנו לא בסדר גודל שלהם נכון להיום לפחות וגם נכון לתקופה הקרובה." (ההדגשה אינה במקור)

(פרו' הדיון מיום 17.6.08, עמ' 98)

כושר הייצור שיש לייחס לזנלכל הוא עצמו נתון במחלוקת. הממונה טענה כי יש לייחס לזנלכל כושר ייצור של בין 22,000 טון לבין 35,000 טון. לביסוס טענה זו היא הסתמכה על עדותו של מנכ"ל זנלכל.

"זאת אומרת, אם אתה שואל מה נקודת ההסתכלות שלנו נכון להיום, אני לא רואה שאנחנו בשנתיים הקרובות עם כל ההשקעות הנוספות, עם המוצרים שנמצאים עדיין בפיתוח נעבור את ה-30, 35 אלף טון קליטת עגבניות..."

(פרו' מיום 17.6.08, עמ' 99)

31. המשיבים טענו מנגד, כי יש לייחס לזנלכל כושר ייצור של עד 60,000 טון עגבניות (תצהירו של מר יעקב צ'סקאלה, מנכ"ל פרינר). טענה זו של המשיבים נסתרה חלקית על-ידי מנכ"ל זנלכל בעדותו:



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

"אנחנו לא מסוגלים להגיע ל-60 אלף טון עגבניות גם בעוד

חמש שנים כי אין לנו שטח תפעול מספיק רחב"

(פרו' מיום 17.6.08, עמ' 100)

עם זאת, אישר מנכ"ל זנלכל כי מאז שנמסרו הנתונים בראשונה לממונה עברה זנלכל הרחבה משמעותית של כושר הייצור שלה, וכי ביכולתה להרחיב את כושר הייצור שלה אפילו עד ל-50,000 טון קליטה בשנה:

"ש. בהנחה שקו הייצור החדש יעבוד, אז אתה תוכל להגדיל

את ייצור הרכז, איך אמרת? תעבוד עד כמה שתוכל, תוכל

להגדיל את ייצור הרכז לעומת היום בכמה?

ת. אנחנו נוכל להגיע לסדר גודל של 50 אלף טון אפילו אולי

פלוס."

(פרו' מיום 17.6.08 עמ' 120)

ואולם, גם לאחר התרחבות משמעותית של זנלכל, יעמוד כושר הייצור שלה על **פחות** משליש מכושר הייצור של הפירמה המתמזגת. במשמעות עובדה זו נעסוק להלן.

32. מקובל עלינו, כי **עודף כושר ייצור המוחזק בידי מונופולין** מהווה חסם כניסה והתרחבות משמעותי. זאת מאחר שאותו מונופולין יוכל להשתמש בכוחו כדי למנוע ממתחרים פוטנציאלים מלהיכנס לשוק, בדרך של הגברת הייצור, דהיינו הגדלת ההיצע בשוק וכתוצאה מכך הורדת המחיר. תוך שימוש באותו כוח יוכל המונופול גם "למתן" את התנהגותם התחרותית של מתחריו הקיימים. (על משמעותו של עודף כושר ייצור בידי פירמה המצויה בשוק ראה: הנחיות המיזוגים של משרד המשפטים האמריקאי ".

[5]. FTC v. ; Horizontal Merger Guidelines, section 3.3 (Revised ed., 1997).



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

[20]. Elders Grain, 868 F.2d 901, 906 (1989); ההנחיות למיזוגים האירופאיות שצורפו לסיכומים; וכן החלטות הנציבות "Commission Decision 2001/432/EC in Case IV/M.1813 - Industri Kapital Nordkem/Dyno, OJ L 154, 9.6.2001, p. 41, point 100, שצורפו גם הן לסיכומים).

במקרה דנן, מאחר שלפירמה הממוזגת כושר ייצור גדול מאוד יחסית לשוק, כושר ייצור המגיע לכלל היצע העגבניות בשוק או למצער לחלקו הארי - אין ספק כי כושר ייצור זה מהווה חסם כניסה משמעותי כלפי כל מי שינסה להיכנס לשווקים הרלבנטיים או אף להתרחב מעבר למידה הרצויה לאותה הפירמה. זאת מאחר שלפירמה הממוזגת יכולת "הענשה" גבוהה. באמצעות כוחה להוריד מחירים על-ידי הגברת הייצור והגדלת ההיצע, עד לרמת מחירים אשר תוציא את הפירמה המתחרה מן השוק או למצער תפחית משמעותית את הייצור בפועל של הפירמה המתחרה. יש מקום לציין, כי זנלכל אכן הגדילה את יכולת הייצור שבידה וכן את הייצור בפועל עד להכפלה של ממש, ולא באה תגובה "מענישה", אך כל זה התרחש בשנים האחרונות בעת בחינת המיזוג על-ידי בית הדין, ועל כן ספק אם יש בכך כדי ללמד על ההתנהגות הצפויה בשוק.

33. חשוב לציין כי אין צורך שבפועל תתרחש התנהגות דורסנית מעין זו, מספיקה הידיעה בשוק כי בכוחה של הפירמה הממוזגת לנהוג כך בכדי לקבוע כי מדובר בחסם כניסה משמעותי. דברים אלה מצאו ביטוי, כפי שהובא בבקשה, בדברי מנהל חברת פרי הגליל, אשר בחן כניסה לייצור או שיווק מוצרי עגבניות:

"... בנוסף הסתכלנו על השווקים בהיבט שלכם. הסיכוי שאכנס לתחום אם יהיה מיזוג מילוז פריניר שואף לאפס. כניסה לתחום מחייב השקעות בסדר גודל של 3-4 מליון דולר. לשאלתך למה ההשקעות אני עונה שציד. להשקיע



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

סכום כזה בשוק שנשלט 80 אחוז על ידי גורם אחד, ויכול לעשות מניפולציות עם מחיר, לעשות חסימות, סטואציות בהם אפסיד כסף רק בגלל שאני נכנס בשוק שהרווחיות הגולמית בו אינה גבוהה במיוחד. אם אני צריך להצדיק השקעה היכולת למוטט אותי הינה גדולה. מה עוד שכל ענף הירקות בסכנת קיום, כי מתעסקים בקומודיטי, הרווח הגולמי לא גדול ורוב החברות חלשות. כלומר אפשר יותר להשחק ממלחמה.

(נספח י"ט לבקשת העיקרית, ש' 116 עד 122)

ובהמשך:

"ש: פרט מה יכול לעשות גורם ששולט ב 80 אחוז מהשוק

ת: אני יודע מהשוק, סיטונאים, גורמים אחרים, לקוחות שלי שפנו אלי ואמרו אם אני יודע ליצר רכז ומוצרי עגבניות. הם פנו אלי כי המחירים עלו כתוצאה מהמיזוג הזה מילוז פרינר. אמרתי להם שאין לי היכולות. יכולתי מכסימום להיות בוטלר, ממלא, לקנות מצ'אם או שהלקוח יקנה מצ'אם או מגורם אחר, גן שמואל למשל, את הרכז ולמלא אותו. אבל אני לא תחרותי כי את הכסף עושים ביצור הרכז. בסיטואציה רגילה כשמחירים עולים כדאי להכנס. אבל בשביל להרוג אותי, הוא יכול בבת אחת להפיל מחירים במדיניות של רגע, לא לתת לי להרווח

כסף." (ההדגשה אינה במקור) (שם, ש' 130 עד 137)



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

לסיכום, מקובל עלינו כי עודף כושר הייצור של הפירמה המתמזגת מהווה חסם כניסה משמעותי בפני פירמה הרוצה להיכנס לתחום. עודף כושר ייצור זה אף מהווה חסם התרחבות משמעותי העלול להרתיע חברות המעוניינות להרחיב את פעילותן בשוק.

נעבור לחסמי הכניסה הנטענים האחרים.

2. אורך עונת קליטת העגבניות

34. לחסם זה קשר הדוק לחסם הקודם. בתקופת הקליטה, שהיא לטענת הממונה 12 שבועות בלבד, קולטות החברות העוסקות בייצור את כל העגבניות שישמשו בייצור אותה שנה. אורך העונה נקבע לפי ההיצע של המגדלים, בתקופה בה העגבניות מבשילות. לטענת הממונה העדר היכולת להגדיל את כושר הייצור על-ידי הארכת עונת הקליטה מהווה חסם כניסה משמעותי כיוון שבתקופה מוגדרת (עונת הקליטה) אין לפירמה יכולת לקלוט מעבר לכמות קליטה מסוימת, ובתקופות האחרות אין ביכולתה לקלוט בין מאחר שאין מספיק עגבניות בשוק ובין מאחר שמחיר העגבניות עולה עד לרמה של חוסר כדאיות כלכלית. חסם זה מתעצם לנוכח העובדה כי **לפירמה המתמזגת יכולת קליטה בתקופה זו, העונה על כל ביקוש מוצרי העגבניות במשק לאורך כל השנה.**

בתגובה טוענים המשיבים כי נתוני הממונה אינם מדויקים וכי החל משנת 2002 אורך עונת הקליטה של העגבניות לא ירד מ- 13 שבועות והגיע אף ל- 20 שבועות כאשר ממוצע של עונת הקליטה בשנים אלה עמד על קרוב ל- 16 שבועות, נתון אשר לא ניסתר על-ידי הממונה. משכך מסיקים המשיבים כי שוגה הממונה גם בחישוב יכולת הייצור ולכן אין מדובר בחסם כניסה שרמתו היא זו המוצגת על-ידי הממונה.



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

35. לא נראה לנו שתוצאות הויכוח על משך עונת הספקת העגבניות יש בה להחליש את טענות הממונה על עוצמת האיום של עודף כושר הייצור שבידי החברות המתמזגות כמרתיע חברות חדשות מכניסה לענף.

3. כניסה לרשתות השיווק

36. לטענת הממונה כאשר מדובר בשוק הקמעונאי קיים חסם נוסף שעומד בפני פירמה המעוניינת להיכנס לשוק והוא – כניסה לרשתות השיווק או ההגעה למדף של רשת השיווק. על-פי טענה זו מכירת מוצרי העגבניות בשוק הקמעונאי אינה נעשית על-ידי החברה המשווקת כי אם על-ידי מתווכים - רשתות השיווק או חנויות המכולת. בשל כך, שומה על כל גורם המעוניין להיכנס לתחום זה, לגרום לרשתות ולחנויות המכולת לקנות ממנו את מוצריו ולהניחם על מדפי החנות. הממונה מוסיפה כי חסם זה קיים גם לגבי פירמות קיימות הפועלות בתחום העגבניות אך אינן עוסקות כיום במגזר הקמעונאי (כגון: גן שמואל וצ'אם). על-פי הנטען, מצויים שחקנים אשר נבצר מהם להגיע למדפי רשתות השיווק, וכדוגמה למצב זה מציגה הממונה את **הממלאים** אשר אינם מצליחים לצלוח חסם כניסה זה ולהציג את מוצריהם ברשתות השיווק הגדולות ועושים זאת בחנויות הקטנות בלבד. נוסף כי לטענת הממונה, מצב בעייתי זה אינו תקף רק לגבי חברות או גופים בעלי נתח שוק קטן יחסית כדוגמת הממלאים כי אם גם לגופים בעלי נתח שוק גדול יותר, כגון **זנלכל**, שהיא בעלת נתח השוק השלישי בגודלו בתחום העגבניות. זנלכל נתקלה בקשיים רבים כאשר חפצה להעלות את מוצריה על מדפי רשתות השיווק, כעולה מעדותו של מנכ"ל זנלכל פרו' מיום 17.6.08 עמ' 116:

"ת. כמעט ולא הייתה לי כניסה לרשתות מזון. אם תיקח

דו"חות של רשתות מזון כמעט ולא החזיקו מוצרים

שלנו על המדפים, הסתפקו במילוז ופריניר, זן לכל

לפי המדפים הם אחד או שני מוצרים בודדים.



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

- ש. ואז? הם הורידו מחירים? מה הם עשו, לא הבנתי.
- ת. הם לא לקחו בכלל על המדף, לא קנו מאיתנו.
- ש. למה?
- ת. כי הם החליטו שמספיק להם שניים, קיבלו שם כנראה פתרונות כלכליים יותר טובים ברמת מחיר קנייה ובזה נגמר הסיפור.

(פרוי' מיום 17.6.08, עמ' 116)

ובהמשך:

- "ת. זה לא תיאוריה זה פרקטיקה. ממני לא קנו עגבניות, זה פרקטיקה במלוא מובן המילה, שום תיאוריה אין בזה.

פרופ' גרונאו: וזה היה מתי?

- ת. זה היה עד שנת 2005 בערך, כשאנחנו התחלנו לפעול עם המוצרים החדשניים יותר, אז המוצרים החדשניים נכנסו כנישה. בשנה האחרונה יש לי פריצת דרך מול הרשתות, מחזיקים יותר מוצרי עגבניות שלנו, עדיין לא בהיקפים שאנחנו רוצים ואני מרגיש הרבה יותר נינוח."

(שם, עמ' 117, ש' 22 ואילך)

בתגובה טוענים המשיבים, כי לרשתות השיווק כוח רב אל מול היצרנים ובכוח זה הן דואגות לשמר את התחרות בין היצרנים כדי לא לאפשר ליצרן כלשהו "להשתלט" או "לצבור כוח רב מדי" בשוק. לשיטת המשיבים, אף התרחבותה של החברה הממוזגת תלויה ביכולתה למצוא ערוצי שיווק למוצר. כדוגמה להפעלת כוח זה מציגים המשיבים



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

את **שופרסל** אשר לטענתם משתמשת בפועל בכוחה זה. שופרסל מייבאת מוצרים כדי ליצור כוח מיקוח אל מול היצרנים, כעולה מדבריו של ליאור גרטל משופרסל (נספח סה לבקשה המתוקנת), ואף דורשת השתתפות מספקים, כדברי מר גורביץ':

"יש רשת שצברה המון כוח, שמשתמשת בכוח הזה לא רק דרך המחיר, יש לה גם דרכים עקיפות. היא אומרת אני יוצאת בקמפיין עכשיו של שופרסל שלי בטלויזיה אני רוצה שהספקים יהיו שותפים לקמפיין הזה, בדרך העקיפה. אל תוריד מחירים, לא רוצה הנחות, תביא לי כסף, סכום." (פרו' מיום 17 ביוני 2008, בעמ' 138)

נוסיף, שהמשיבים עצמם מכירים בחסם זה בסיכומיהם, באומרם:

"ההשלכה שיש לכוח השוק של הרשתות הקמעונאיות על כוח השוק שנוצר במקטע השיווק היא מהותית: הרשתות הן שקובעות את המגוון, את זהות היצרנים שיעלו על מדפיהם, את מחיר המוצר לצרכן... ועוד." (עמ' 84 לסיכומי המשיבים).

37. השתכנענו, שמדיניות רשתות השיווק היא קריטית להצלחתו של ספק חדש בענף. היא בודאי קריטית לחברה כמו צ'אס או ליצרן חדש בתחום המזון המנסה לחדור לשוק הקמעונאי, אך פחות חשובה כאשר מדובר בחברה כמו זנלכל, שכבר ביצרה לעצמה מעמד על מדפי מוצרי העגבניות, או גן שמואל שהיא ספק מוביל בתחום המשקאות. קשה לנו לקבוע מה תהיה תגובת הרשתות למיזוג, האם ינצלו את ההזדמנות לפיתוח מותגים עצמאיים (יש לזכור שפתרון זה אינו מחלץ את הרשת מתלותה ביצרן), יאמצו מדיניות הפלייה מתקנת לטובת חברת זנלכל, או ישמרו על "ניטראליות" לגבי כל מאבק שיתפתח בענף מוצרי העגבניות.



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

38. פער השיווק (הפער בין המחיר לצרכן והמחיר הסיטונאי) הוא משמעותי. מהנתונים שהונחו בפני בית הדין נראה אמנם שהמתאם בעיתוי השינויים של המחיר הסיטונאי והמחיר הקמעונאי בטווח הקצר הוא קטן, אך סביר להניח שבטווח ארוך העלאת המחיר הסיטונאי "תגולגל" לצרכן. אין בידינו לקבל את הטענה שרשתות השיווק, משיקוליהן הן, מהוות קו הגנה קדמי לאינטרסים של הצרכן ומגינות עליו מהצבר כוח בענפי הייצור. אין לסמוך על רשתות השיווק שיהוו בלם לניצול כוח מונופוליסטי.

לאור האמור, אנו מגיעים למסקנה כי חסם הכניסה לרשתות השיווק הינו חסם כניסה משמעותי.

4. כח מותגי

39. לטענת הממונה למוצרים המשווקים כיום בשוק קיים כוח מותגי רב למצער בכל הקשור לשוק הקמעונאי, ועל כן, מתחרה חדש אשר ירצה להיכנס לתחום, יעמוד בפני חסם משמעותי זה ויידרש להשקיע רבות בבניית מותג אשר יוכל להתחרות במותגים הקיימים בשוק. טיעון זה נשען בעיקרו על דו"ח טל וטרי נספח פ"ד לבקשה העיקרית :

"משום שלא קיים בידול ברמת המוצר בין המותגים, והבידול מתבסס ברמת תפיסות ועמדות כלפי המותג- המלחמה האמיתית היא מלחמת תדמיות." (דו"ח "טל וטרי", נספח פ"ד לבקשה העיקרית, עמ' 11)

ובהמשך :



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

"משתתפות רבות דיווחו על הרגל לקניית מותג רסק עגבניות
עקב רמת שביעות רצון גבוהה מניסיון העבר. חלק ציינו כי
ממשיכות לרכוש את אותו המותג שאמן הייתה נוהגת לרכוש
ולהשתמש בבישוליה." (שם, עמ' 24)

הממונה גם הפנתה לדברי מנכ"ל זנלכל, כתומכים בטענת קיום חסם זה:

"אנחנו פועלים בתחום הצרכנים שיש להם רמת מיתוג
מסוימת וכל החברות גם שלנו וגם שלו משקיעה בפעילויות
של פרסום, בקידום מכירות. בחלק מהמזמן מפרסמים
בטלוויזיה, אז זה עולה לנו המון המון כסף. קמפיין פרסום
הכי פשוט על מסך של טלוויזיה מגיע ל- 2-2.5 מיליון
שקלים." (פרו' מיום 17.6.08, עמ' 94)

ובדו"ח השנתי של חברת זנלכל נכתב:

"גורמי ההצלחה הקריטיים הם: מותג בית חזק, השקה
מהירה של מוצרים חדשים, פיתוח וחדשנות של מוצרים,
חוסן פיננסי והשקעה ניכרת במותג." (עמ' 9 ס' 9.5)

"נוכח התקדמות החברה במוצרים ממותגים, חשיבות
רישומם של סימני מסחר על שמות מותגיה היא רבה." (עמ'
15 ס' 20)



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

40. בין הצדדים אין מחלוקת על עצם קיום "מותג" בתחום מוצרי העגבניות (ראה: סיכומי המשיבים עמ' 109), אך חלוקים הם על כוחו של המותג כחסם כניסה. לטענת המשיבים בתחום מוצרי העגבניות לא קיים כוח מותגי רב, עד לכדי היווצרות חסם כניסה תמיר, ולכל היותר, מדובר בחסם כניסה בלתי משמעותי. על פי המשיבים מותג יהווה חסם כניסה רק כאשר הוא יקנה למוצר אליו הוא משויך יתרון של ממש, דהיינו, יעודד חזרת לקוחות, יקנה מוניטין למוצר, ויאפשר לגבות רנטה מסוימת בגין אותו מוניטין. המשיבים סבורים כי למותג בשוק העגבניות תפקיד משני בלבד. אין הוא מקנה יתרון כמתואר ואף דו"ח טל וטרי, עליו נשענה הממונה לצורך הצגת טענה זו, אינו קובע כי קיים כוח מותגי בענייננו, שכן נאמר בו כי:

"רמת המודעות כלפי כלל הקטגוריה המכילה רסקי עגבניות, סוגים שונים של עגבניות מעובדות, ורטבי עגבניות – נמוכה. קיים בלבול רב בין המצרכים השונים, במטרת ייעודם והזדמנויות השימוש המתאימות לחוסר היכרות עם מוצרים רבים" (עמ' 5 לדו"ח).

עוד טוענים המשיבים, כי אף במיזוג גן שמואל-גניר על אף שהיה מדובר בשוק המיצים בו פועלים מותגים ותיקים וחזקים (כגון "פריגת", "ספרינג ו"פרימור"), לא ראתה הממונה את שוק המיצים כשוק ממותג, וקיומו של מותג לא נתפס על ידה כחסם כניסה, ולכן, טוענים הם, כי תמוה מדוע כאן היא מייחסת למותג כוח של חסם כניסה משמעותי.

41. בהחלטת הממונה 290775/5385 נימוקי ההתנגדות למיזוג בורגר ראנץ (1983) בע"מ – ריקמור בע"מ (הקפאת הליכים) – זכיינית בורגר קינג נאמר לגבי כוחו של המיתוג:



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

"מקור כוחו של המיתוג הוא בתיאורית המידע, לפיה הצרכנים מוכנים לשלם פרמיה מסוימת עבור מוצרים שבדיקתם על ידם קשה וכרוכה בעלויות משמעותיות ואילו המיתוג מבטיח להם איכות ידועה בהם" (שם, עמ' 6)

מסקנת הממונה שם הסתמכה על מאמרם של Png & Reitman Why Are Some Products Branded and Others Not? 38 Journal of Law and Economics, April 1995. על מסקנת מאמר זה הסתמכו גם המשיבים בטיעוניהם.

42. על-פי הראיות בהקשר זה, אנו סבורים כי בכל הקשור לשוק הקמעונאי ניתן להכיר בכוח מותגי המהווה חסם כניסה ברמה מסוימת, אך מתעורר קושי לגבי קביעת עוצמתו. ראשית, לא הוצגו בפנינו ראיות לכך שחברה כלשהי בשוק יכולה לגבות פרמיה על המותג כפי שנדרש. שנית, כפי שניתן היה להתרשם, הדברים שנכתבו בדו"ח טל וטרי אינם ברורים דים ואינם מספקים תמונה בהירה לעצם כוחו של המיתוג בשוק. שלישית, למרות היעדר מותג חזק, לממלאים נתח שוק של 20% בשוק הקמעונאי, נתון שאין להתעלם ממנו. רביעית, עצם כניסתם של מותגים ביתיים של רשתות השיווק (שופרסל ומגה) מצביע על כך שבשוק זה כוחו של המיתוג אינו מגיע לכדי חסם כניסה משמעותי. נוסף כי באשר לשוק המוסדי והתעשייתי, לא הוצגו בפנינו טיעונים אודות קיומו של חסם כניסה מיתוגי.

43. בנסיבות אלו, אנו מתקשים לקבוע את עוצמת גורם המותג כחסם לתחרות. גורם זה בודאי אינו רלבנטי בהקשר להרחבת הפעילות של זנלכל (הפועלת בענף תחת המותג המבוסס "יכין"), אך הוכח כרלבנטי לפעילות הממלאים שלא הצליחו לחדור לרשתות השיווק הגדולות (צוין בפנינו שאפילו חברה בעלת מותג מוביל כמו "אוסם" החליטה להפסיק את פעילותה בענף). גורם זה בודאי יקשה על כל ניסיון חדירה לענף של חברה



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

שאינה בעלת מוניטין בתחום המזון, במיוחד כאשר היא צריכה להתמודד עם מונופול מבוסס.

5. עלות המיכון

44. חסם כניסה נוסף, אליבא דממונה, הינו עלות רכישתו והפעלתו של מיכון חדש. מדובר ברכישה של ציוד, עלויות ההובלה שלו, הרכבה, בינוי, הכשרת כוח אדם, ולעיתים אף רכישת קרקע וכיוצ"ב. הצדדים התמקדו בהצגת קווי המילוי והאריזה. הממונה גם הציגה דו"ח שמאות שהעריך את שווי עלויות כל המיכון שיש בידי חברת מילוז בכ- 82,334,600 ₪ (דו"ח סנדובסקי) ושווי כל המיכון שיש בידי חברת זנלכל בכ- 20 מיליון ₪ (ראה: הודעה מטעם הממונה על הגבלים עסקיים מיום 22.1.09).

45. הצדדים התקשו להציג בפני בית הדין נתונים מוסכמים, וישנם פערים גדולים בין הערכות הממונה להערכות המשיבים לגבי עלות המיכון. לשיטת הממונה עלות קוו למילוי ואריזה של רסק עגבניות עומדת על למעלה מ- 4 מיליון דולר, ועלות קוו למילוי ואריזה של עגבניות מעובדות עומדת על בין 3.4 מיליון דולר לכ- 5.7 מיליון דולר (הודעה מטעם הממונה על הגבלים עסקיים מיום 15.2.09). הערכה המתבססת על דו"ח שמאות של המכונות המצויות בידי מילוז (נספח ס"ב- להלן: "דו"ח סנדובסקי"). לטענת הממונה עלות גבוהה מעין זו מהווה חסם כניסה משמעותי לשוק.

46. המשיבים הציגו נתונים שונים לחלוטין, בטענם כי עלות רכישתו והפעלתו של מיכון חדש אינה מהווה חסם כניסה משמעותי. עלות המיכון לשיטתם מגיעה לכדי מיליון דולר בלבד (פרו' מיום 29.1.09) כאשר המדובר הוא במכונות חדשות, כשעלותן של מכונות משומשות יכולה להגיע עד ל- 20% ממחירן כחדשות. כמו כן לטענת המשיבים בכל הקשור לשוק הרסק, כאשר חברה המייצרת לשוק התעשייתי כגון צ'אם או גן שמואל מעוניינת



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

בשיווק מוצריה לשוק המוסדי והקמעונאי כל שעליה לעשות הוא לרכוש קו אריזה נוסף שעלותו אינה רבה. כדוגמה לכך הם מציינים נתונים מהם עולה כי רכישת קווי אריזה מגיעה ל- 250,000 דולר לאריזות בינוניות (580 גרם ו- 800 גרם) או אריזות גדולות (5 ק"ג) ועד ל- 1,250,000 דולר לאריזות אספטיות בגדלים שונים (3, 5, 24, 230 ו- 1300 ק"ג), כאשר ביניהם עלות קו אריזה לקופסאות של 80 – 500 גרם הינו 400,000 דולר. המחירים המוצגים הינם מחירי המכונות כחדשות וכאמור, מכונות ישנות זולות בהרבה. כך, למשל, רכשה לאחרונה חברת **פרי חן** מכונת מילוי, במחיר של 70,000 דולר בלבד (ראה תצהיר משלים מס' 2 של מר צ'סקלה, מיום 22 במאי 2008, פסקה 6). בנוסף, מציינים המשיבים כי קיימת אלטרנטיבה לרכישת מכונת אריזה, והיא התקשרות עם גורם שלישי שבבעלותו מכונת אריזה: **הממלאים**. כלומר, אפשר שחברה אחת תייצר את הרסק ותתקשר בחוזה עם אחד הממלאים או יותר אשר יארזו את המוצר באריזות המבוקשות וימכרו אותו לשווקים הרלבנטיים.

באשר למיכון השלם הדרוש להרחבת ייצורו של יצרן רכו לייצור עגבניות מעובדות טוענים המשיבים כי עלותו מסתכמת בכ- 300 - 805 אלף דולר (ראה התייחסות בכתב לשאלות בית הדין מיום 25.1.09) למכונות חדשות, כשעלותן של מכונות משומשות יכולה להגיע עד ל- 20% ממחירן כחדשות.

47. ניתן אפוא להיווכח, כי קיימים פערים משמעותיים בין הנתונים שהציגו הצדדים. אפשר שהטעם העיקרי לפערים אלה הוא בהגדרה השונה לגבי המיכון הדרוש. כך לדוגמה, טוענים המשיבים, כי קו אריזה אחד יכול לשמש מספר קווי מילוי שונים (ראה מענה בכתב לשאלות בית הדין מיום 15.2.09), דהיינו, מכונות שונות בקו האריזה ניתנות לשימוש במספר קווי מילוי (כדוגמת מכונת פיסטור ומכונת אריזה). טיעונם זה מסתמך על ראיות שונות שהציגה הממונה כגון דברי סמנכ"ל הכספים של זנלכל (נספח ג' להודעת הממונה). לעומתם טוענת הממונה כי קיים צורך במספר קווי אריזה שונים. זאת היא לומדת מכך שכל החברות הפועלות במספר תחומים (פרינר, מילוז וזנלכל) משתמשות במכונות



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

פסטור שונות לגדלים שונים, הממונה מוסיפה כי באשר למכונות אריזה, ה"מתאם" אותו הציגו המשיבים כמייתר את הצורך במכונות שונות לגדלים שונים לא נמצא בנתונים שהומצאו על-ידי אף אחת מהחברות הנ"ל. ובנוסף בהישען על דו"ח סנדובסקי טוענת הממונה כי המשיבים השמיטו, בתיאור המכונות הדרושות לקו אריזה, מספר מכונות שעלותם מסתכמת בכ- 994,000 ₪. לשיטת הממונה אף סכימת הנתונים אליהם הפנו המשיבים בדבר עלויות המיכון מביאה לעלות של כ- 2 – 2.4 מליון דולר- כל זאת ללא העלויות של המכונות אותן השמיטו המשיבים בתשובתם - ולא למיליון דולר, כדברי האחרונים. בתשובה לכך טוענים המשיבים כי גם מילוז וגם פרינר מחזיקות מכונות "מיותרות" אשר מקלות על תהליך הייצור אך ניתן לייצר ולארוז גם בלעדיון.

בהתייחס לתחום העגבניות המעובדות, טוענת הממונה כי בדומה לאופן עבודתם של המשיבים בתחום רסק העגבניות הגיעו האחרונים בחישוביהם לחישוב אשר אינו תואם את הנתונים אליהם הפנו וכי חישוב נכון יראה כי העלות לקו ייצור עגבניות מעובדות ללא מילוי ואריזה עומדת על בין 818,000 דולר לבין 1,308,000 דולר. כמו כן, לשיטת הממונה השמיטו גם כאן המשיבים מכונות רבות והוספתן תציג תמונה מדויקת יותר של עלות הקו שהיא בין 3.4 לכ- 5.7 מיליון דולר. כל זאת ללא מכונות למילוי ואריזה אשר נדרשות גם לקו זה.

48. העדר הסכמה לגבי עלויות המיכון הנדרש לכניסה למגזרים הרלוונטיים הוא רק אחד הקשיים בהערכת עוצמת חסם זה לתחרות. עלות מיכון של מיליון דולר עשויה להיחשב כעלות זניחה כאשר מדובר בענף בעל רווחיות עודפת, אך ייחשב כעלות משמעותית כאשר מדובר בענף הנהנה מרווחיות שולית. אותה עלות עשויה להיחשב להוצאה שגרתית לחברה מבוססת כמו צ'אם או גן שמואל, והוצאה חריגה לפירמה המוגדרת כ"ממלאת" שהיקף פעולתה מוגבל. החברות נבדלות זו מזו בקווי האשראי הפתוחים בפניהם, ואין צורך להזכיר שמסגרות אשראי אלו משתנות מעת לעת. השינויים שחלו במספר החברות ה"ממלאות" מאז החל התהליך המשפטי, וההתדרדרות שחלה



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

במצבה של חברת מילוז, שהובילה לרכישתה על ידי חברת בוגופן, מצביעים על כך שענף מוצרי העגבניות אינו ענף שופע רווחים. שוק האשראי לעת הזאת אינו מאיר פנים לחברות קטנות המנסות להרחיב את פעילותן. להערכת בית הדין רק חברות מבוססות בענף כמו זנכל, צ'אם וגן שמואל יוכלו, אם אמנם זו כוונתן, לדלג מעל סף הכניסה שמציבות עלויות המיכון.

49. לאור האמור לעיל, הגענו למסקנה כי למצער קיימים שני חסמי כניסה עיקריים אשר המשיבים לא הניחו את דעתנו לגביהם: האחד, עודף כושר הייצור של החברה הממוזגת. והשני, הכניסה לרשתות השיווק במגזר הקמעונאי. עודף כושר הייצור של החברה הממוזגת גדול יותר מכושר הייצור של כמעט כל המתחרים האחרים יחדיו. באשר לחסם הכניסה לרשתות השיווק, כאמור, אין מחלוקת של ממש בין הצדדים, ולהערכתנו חסם הכניסה לשוק הקמעונאי הוא משמעותי. מאידך, אנו סבורים כי לא קיים חסם מיתוגי משמעותי, אשר ימנע כניסת פירמה לשוק או לחלופין ימנע את התרחבותה של פירמה קיימת בשוק. אשר למיכון - בכל הקשור לעלויות רכישה של קווי אריזה שונים, הצדדים לא הצליחו לפשט עבורנו את התמונה לכדי העדפת גישה זו או אחרת. מקשה על המסקנה גם העובדה שכל חברה קיימת בשוק זקוקה לקו אריזה שונה (חלקן ללא קווי אריזה לחלוטין (חלק מהממלאים) למול אחרות, בעלות קווי אריזה מסוימים (צ'אם, גן שמואל)), ונראה שכל חברה קיימת בשוק אשר תרצה להיכנס לשוק העגבניות המעובדות תזדקק להשקעה שונה- התלויה בשטח הפנוי שיש לה בכדי להקים קו ייצור חדש, בקווי האריזה הקיימים בה, ועוד. מאחר ורב הנסתר על הגלוי בכל הנוגע לחסם זה, מצאנו לנכון שלא לקבוע קביעה נחרצת לגביו.

50. חשוב להדגיש, כי החלטה באשר למשמעותם של חסמי הכניסה לשוק ראוי שתתקבל לאור ההכרה בקיומם המצטבר. ייתכן כי חסם מסוים אינו משמעותי בפני עצמו אך כאשר יתווספו לו חסמים נוספים ייהפך גם הוא למשמעותי. להערכתנו, כזה הוא המצב בשוק זה. נראה כי אף החסמים השונים אשר לגביהם לא יכולנו לקבוע בוודאות כי



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

המדובר בחסם משמעותי בפני עצמו (חסם המיתוג, חסם אורך הקליטה, חסם המיכון) כאשר הם מצטרפים יחדיו, ובמיוחד כאשר מחברים אותם לחסמי הכניסה המשמעותיים (חסם עודף כושר הייצור וחסם הכניסה לרשתות) יוצרים הם חומה גבוהה אשר על המבקש להיכנס לשוק או על המעוניין להתרחב, לעבור.

הנחיות המיזוגים של משרד המשפטים האמריקאי מציבות שלושה תנאים לקביעה שחסמי הכניסה לשוק אינם משמעותיים, והם שתיתכן **כניסה מהירה, סבירה ומספקת מבחינת ההשפעות התחרותיות שלה**:

"Entry is that easy if entry would be timely, likely, and sufficient in its magnitude, character and scope to deter or counteract the competitive effects of concern." Horizontal Merger Guidelines, section 3.0
(Revised ed., 1997). [5]

בחינת כל חסמי הכניסה שהוצגו בפנינו, הובילה אותנו לקביעה כי השווקים השונים על פניהם מאופיינים בחסמי כניסה משמעותיים ובראשם עודף כושר הייצור של הפירמה הממוזגת והעדר היכולת האמיתית של פירמות מסוימות לצלוח את הכניסה למדפי רשתות השיווק, חסמים אשר אינם מאפשרים כניסה מהירה, סבירה ומספקת מבחינת השפעותיה התחרותיות. קביעה זו בולטת במיוחד כאשר אנו בוחנים כניסה לשוק הקמעונאי אשר דורש כניסה למדפי רשתות השיווק.

51. לסיכום, לאחר המיזוג קיים מונופולין בכל השווקים. בשניים מהשווקים (שוק העגבניות המעובדות לתעשייה ושוק העגבניות המעובדות המוסדי) היה מונופולין גם בטרם המיזוג, אך גם בהם מידת הריכוזיות עלתה. בשוק העגבניות המעובדות לתעשייה



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

הוביל המיזוג למונופולין מושלם. בנוסף, הובהר קיומם של חסמי כניסה משמעותיים בשוק.

ב. חסמי הכניסה – מן הכלל אל הפרט

52. נדון עתה בהיתכנות הכניסה של הנכנסים הפוטנציאליים העומדים על הפרק בעניין שלפנינו.

לשיטת המשיבים, ליצרנים השונים יכולת הסטה (האפשרות לייצר מוצר אחר) בין מקטעי השיווק (האריזה) השונים ואף בין ייצור של רסק עגבניות לייצור עגבניות מעובדות. על-פי טענתם, כל יצרן מקבל החלטה איזה מוצר לייצר בהתאם לרווח הצפוי לו מייצורו, והכל לצורך מקסום רווחיו. ולכן, אליבא דמשיבים, לא ניתן לקבוע כי מידת הריכוזיות בשוק מסוים היא גבוהה או שבשוק כלשהו קיימים חסמי כניסה משמעותיים, מאחר שהתמונה עשויה להשתנות בזמן קצר לפי האינטרס האמור. מנגד, טוענת הממונה כי ליצרנים לא קיימת יכולת הסטה אמיתית בין מקטעי השיווק השונים, ובוודאי כאשר מדובר בהסטת קווי הייצור מייצור מוצר אחד לייצור מוצר אחר.

53. כאשר אנו בוחנים את יכולת ההסטה של היצרן חשוב לזכור כי, תהליכי ייצור הרסק ותהליכי ייצור העגבניות המעובדות שונים לחלוטין, להוציא פעולת קליטת העגבניות אשר מתבצעת בשניהם. שלוש חברות בלבד (פריניר, מילוז וזנלכל) מייצרות את כל מוצרי העגבניות, דהיינו, הן רכז והן עגבניות מעובדות, ולכל אחת מהן קווי ייצור נפרדים לכל מוצר. כל שאר החברות היצרניות, מייצרות רסק בלבד.



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

האם קיימת יכולת הסטה מייצור של רסק עגבניות לייצור עגבניות מעובדות? כלומר, האם חברה סבירה תסיט בטווח הקצר את ייצור הרסק שלה לטובת ייצור עגבניות מעובדות, כאשר הרווח מעגבניות המעובדות יעלה על הרווח מהרסק. אנו מתקשים לקבל טענה זו. כאמור, עלות הכניסה לתחום הינה עלות בלתי מבוטלת- בנוסף לעלויות המיכון, נדרש שטח להקמת קו ייצור חדש, וכן, קיימות עלויות נלוות למיכון כגון: הכשרת עובדים, עלויות הובלה, עלויות הקמה של קו הייצור וכו'. בנוסף, קיים קושי מהותי להעביר עגבניות מייצור רסק לייצור עגבניות מעובדות הנובע מסוגי העגבניות המתאימים לכל סוג ייצור. בעוד שכלל העגבניות לתעשייה יכולות לשמש לייצור רכוז, רק העגבניות האיכותיות ביותר עשויות לשמש לייצור מוצרי עגבניות מעובדות. בממוצע 20% עד 30% בלבד מכל העגבניות המגודלות לתעשייה יכולות לשמש לייצור מוצרי עגבניות מעובדות (ראו, למשל, נספח ז'2 לבקשת העיקרית; נספח י"ז לתגובת הממונה לתגובת המשיבים, ש' 287-289 וכן עמ' 3 לחוות הדעת מטעם המשיבים), כאשר יכולת זו משתנה בהתאם לאיכות העגבניות המוצעות ואיכות המיכון שברשות החברה.

54. באשר לחברות שהן ה"מועמדות הסבירות" ביותר לכניסה לשוק העגבניות המעובדות, **צ'אם וגן שמואל** (חברות גדולות בעלות כושר ייצור משמעותי) חשוב לציין כי בנוסף לקשיים שצינו, שתיהן הצהירו כי אין בכוונתן להיכנס לתחום זה.

כך לדברי מנכ"ל גן שמואל בהודעתו (על חקירתו הנגדית ויתרו המשיבים):

"ש: באיזו עליית מחיר של עגבניות מעובדות, תיכנס

לתחום, נכון לשנים 2006-2007?

ת: לא אכנס..."

(נספח ט"ז לתגובה לתגובה, ש' 69-70)



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

וכך לדברי מנהל מפעל צ'אם:

"מוצרי העגבניות שהייתה השאלה מופנית היא למעשה כל הקופסאות למיניהם, אם זה דיס או זה קלופות או אם זה רסק עגבניות בקופסאות קטנות והדברים האלה לפי הידוע לי, אני לא חבר דירקטוריון של החברה אבל לפי הידוע לי אין בתכנית שלנו לעשות את זה.

ש. אני שאלתי ואולי לא הובנתי נכון, לאו דווקא על התחום הקמעונאי אלא על מקטע הייצור, לייצר מוצרי עגבניות מעובדות, לייצר עגבניות מקולפות.

ת. נו, אז בשביל מי מייצרים אותם? בשביל הרשתות ואם אנחנו לא חושבים להגיע לרשתות אין סיבה לייצר אותם."

(פרו' הדיון מיום 17.6.08)

לסיכום, הסיכויים שתתקיים הסטה בין ייצור רסק עגבניות לייצור עגבניות מעובדות הם נמוכים, ממספר סיבות: ראשית, כאמור, הסטה זו אינה פשוטה וכוללת בחובה השקעות בלתי מבוטלות. שנית, לא ניתן להניח כי קיימת יכולת הסטה רחבת היקף בין שני מוצרים אלו, מאחר שאחוז קטן בלבד מהעגבניות משמש לייצור מוצרי העגבניות המעובדות. שלישית, החברות העיקריות המועמדות לבצע הסטה זו הביעו במפורש את חוסר רצון לבצעה. ויוטעם, צ'אם, שמבין החברות שאינן עוסקות בייצור עגבניות מעובדות, היא בעלת כושר הייצור התיאורטי הגבוה ביותר, הסתברות כניסתה לתחום זה היא נמוכה ביותר מאחר שליבת עסקיה מתרכזת בייצור אבקות למיניהן ובכללן אבקות עגבניות, מוצרים אשר לגבי הספקתם היא קשורה בחוזים עם גופים בכל העולם. ייצור הרסק עבורה הינו "ייצור משני" בלבד, המתרחש עקב עודפי העגבניות מייצור האבקות.



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

55. נעבור ליכולת ההסטה של אותו המוצר (רסק) בין המגזרים השונים (מוסדי, תעשייתי וקמעונאי), המשיבים טוענים כי שתי חברות הן ה"מועמדות" להסטה של ייצור בין המגזרים (מהתעשייתי למוסדי ולקמעונאי). לטענת המשיבים, גן שמואל פועלת כבר היום בשוק המוסדי (מייצרת רסק באריזות במשקל 5 קילו ו- 25 קילו השייכות לשיטת הממונה לשוק המוסדי), ולכן ההסטה שיש לבררה הינה לשוק הקמעונאי בלבד. לשיטת המשיבים, במידה ויעלה המחיר בשוק הרסק המוסדי או הקמעונאי, מבלי שתהיה עליה מקבילה בשוק הרסק לתעשייה, יסיטו הן גן שמואל והן צ'אם ממכירותיהן בשוק הרסק התעשייתי לשווקים האחרים. זאת מאחר ולהסטה זו דרושה השקעה נמוכה יחסית. על פי גישתם, כל שחברה כזו צריכה הוא לקנות מכונת מילוי מתאימה שעלות רכישתה אינה רבה. כך, כאמור, חברת פרי חן רכשה לאחרונה מכונת מילוי, במחיר של 70,000 דולר בלבד. כמו כן, מציינים המשיבים, כי לגן שמואל אין בעיית שטח להקמת קו אריזה (ראה: מענה בכתב לשאלות בית הדין מיום 15.2.09, ס' 6 ונספח ה' להודעת הממונה). המשיבים סבורים, כי קיימת דרך נוספת שתאפשר את כניסתם של גן שמואל וצ'אם לשווקים המדוברים ללא קניית המכונה הנדרשת והיא התקשרות עם גורם שלישי אשר יארוז ואף ישווק את המוצרים, קרי **הממלאים**.

על-פי המשיבים, השילוב של כל אחת מדרכי חדירה לשוק אלה, עם כושר הייצור הגבוה אותו הן גן שמואל והן צ'אם מחזיקות, מסיר את החשש מפני כל ניסיון להעלאת המחירים שתגרם בשוק המוסדי או הקמעונאי, בעקבות המיזוג.

לשיטת הממונה, הניתוח שמציגים המשיבים שגוי. זאת, מאחר שצ'אם וגן שמואל עוסקות בייצור רסק לשוק התעשייתי בלבד. שתיהן אינן פועלות בשוק הרסק הקמעונאי, ולמעט פעילות שולית וזניחה של גן שמואל (מתוך נתוני הרשות בין 1% ל- 6% מכלל הייצור למגזר התעשייתי של גן שמואל), אין הן פועלות בשוק הרסק המוסדי. לכן בפני צ'אם וגן שמואל עומדים כל אותם חסמי הכניסה שנדונו.



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

56. להערכתנו, אף אם צודקים המשיבים בטיעונם האומר שגן שמואל וצי'אם בעקבות אחיזתן בכושר ייצור משותף גבוה יוכלו לרסן ניסיון להעלאה של מחירים, שוגים הם בהשלכות פעולה זו על השווקים. זאת מהטעם שאף אם ניתן לומר כי חסם כניסה אחד אינו אפקטיבי, ואפילו הוא המרכזי שבהם (עודף כושר הייצור של הפירמה הממוזגת) עדיין על צי'אם וגן שמואל לצלוח חסמים נוספים כגון: חסם כניסה לרשתות השיווק, מיכון ומיתוג שכאמור, אף אם חלקם אינו מהווה חסם משמעותי בנפרד, הם אפקטיביים כאשר הם פועלים יחדיו. מאידך, אף בהנחת טיעון המשיבים כי ביכולתן של גן שמואל וצי'אם להיכנס לשווקים הנוספים ב"קלות" יחסית, כלומר, לצלוח את רוב חסמי הכניסה, לא ניתן לומר כי הוסר חסם עודף כושר הייצור, כאשר החברה הממוזגת מחזיקה בעודף כושר ייצור (כ- 95,000) השווה לקצת פחות מכל יכולת הייצור של צי'אם וגן שמואל יחדיו (כ- 100,000).

כמו כן, לאור המסמכים שהציגה הרשות והעדויות שנשמעו התרשמנו כי אף כי צי'אם וגן שמואל מייצרות רסק, אין בכוונתן להיכנס לשוק הקמעונאי.

כך מדבריו של מנכ"ל גן שמואל:

"ש: באיזו עליית מחירים ברכז תיכנס לשוק הקמעונאי?"

ת: לא נכנס לשוק הקמעונאי. זה לא קשור לעליית מחירים.

אני לא אהיה מפעל של מוצר אחד. אני לא חברה

קמעונאית. לא סביב מוצר כזה אני אהפוך לקמעונאי."

(נספח ט"ז לתגובה לתגובה, ש' 32-30)

וכך מדברי של מנהל מפעל צי'אם בהודעתו לרשות:



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

"ש: האם בכוונתך להיכנס למערך שיווק, להיכנס לרשתות, להכניס מותג משלך, לבנות מותג, להציע סל שלם של רכז, להקים קווי אריזה, מערך הפצה, פרסום וכדומה?
ת: אנחנו לא ערוכים ולא בנויים לזה. אין צ'אנס כזה. כל דבר נתון לשינויים במדינה שלנו, אבל איך שאנחנו רואים את הדברים, בטווח הנראה לעין – זה לא שייך. אנחנו חברה ציבורית ויכולים להתקבל החלטות שונות, אבל נכון להיום זה לא עומד על הפרק. לשאלתך, מה כוונתי שאנחנו לא ערוכים, אני עונה שכדי לעבוד עם הרשתות זה לא דבר פשוט. צריך להגיע לרשתות, לספק להם את הסחורה, לחתום על הסכמים עם הרשתות – אני מעולם לא עבדתי עם הרשתות ואני לא יודע איך עובדים איתם. לשאלתך, ומה לגבי השוק המוסדי, אני עונה שעבדנו מול השוק המוסדי בזמנו כשניהלתי את חברת הביצים. ניסינו עם ה-A10 וזה לא הלך.

ש: האם בעלית מחיר ברכז של 5%-10%, תשקול להיכנס למקטע הקמעונאי והמוסדי?
ת: לא. כל עוד מדובר באריזות חדשות שאני אצטרך לייצר – זה לא שייך. אם יבוא לקוח שירצה לקנות באריזות של 25 ק"ג או 230 ק"ג, אני אמכור לו.

(נספח י"ד לתגובה לתגובה, עמ' 2)

וכאשר נדרש להסביר את הודעתו לרשות כך העיד:

"חברה שלנו, שהיא למעשה חברה שכל הייצור שלה הוא מול התעשייה, מול התעשייה בלבד, יש לנו שיטת עבודה



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

מסוימת, צורת עבודה מסוימת שהיא גם מאוד נוחה. אנחנו קונים את העגבניות, מגזמים אותם, קונים אותם, עושים את הרסק ומחליטים איזה רסק למכור לשוק המקומי ואיזה נעשה מזה אבקה ונעשה ייצוא כי בערך 97% מהרכז שאנחנו עושים אבקה ממנו הולך לייצוא.

להיכנס לשוק הקמעונאי לעבוד מול הרשתות, לעבוד מול חנויות המכולת, זה כבר סיפור אחר לגמרי. גם השוק המקומי כמו שהוא כאשר בדקנו בזמנו לא התאים לנו מצד אחד, ומצד שני, אנחנו לא ערוכים, לא מבחינת ההשקעה ולא מבחינת המבנה הארגוני. כדי להיכנס לכזה דבר צריכה להתקבל החלטה בדירקטוריון, בדירקטוריון של צ'ם העולמי ולמיטב ידיעתי, נכון להיום החלטה כזו לא התקבלה."

(פרוי' מיום 17.6.08 עמ' 69-70)

57. גם לגבי צ'אם, אשר כטענת המשיבים היא בעלת כושר ייצור גבוה ביותר היכול לרסן את החברה הממוזגת בכל השווקים, אין אנו מקבלים את פתרון ההסטה. על-פי המשיבים, צ'אם תסיט את כושר ייצורה מיצור אבקות לייצור רסק במידה ותעריך כי כך היא תשיא את רווחיה. כדוגמאות לכך מציינים הם את ההסטה שביצעה צ'אם מייצור אבקה לייצור רכז מכ- 540 טון בשנת 2006 לכ- 3,000 טון בשנת 2007, ואת עדותו של מנהלה בהקשר זה:

"ש. אז איזה אחוז מהיקף הייצור שלכם הוא לא בר הסטה?
ת. זה תלוי, למשל בשנה שעברה היה משהו כמו 40% פנוי.
השנה ל- 2008 ההסכמים שלנו צמצמו אותם כיוון ששער הדולר הוא מאוד מאוד נמוך והעלויות בארץ עלו, אז רני מניח



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

**שהכמות הפנויה תהיה טיפה יותר גדולה, לא בהרבה אבל
היא תהיה קצת יותר גדולה."**

(פרו' מיום 17.6.08, עמ' 75)

מדברי מנהל מפעל צ'אם, עולה כי ייתכן וצ'אם עוד תגדיל את ייצור הרסק לשוק המקומי בשנה הקרובה.

אנו סבורים, כי אף כי לצ'אם יכולת הריסון הגדולה ביותר מבין המתחרים הפוטנציאליים והיא יכולה תיאורטית להיות שחקן משמעותי בשוק ולרסן במידה מסוימת את החששות העולים מהמיזוג, אין בכך כדי להוות פתרון מלא, מאחר שצ'אם, מבחינה, פועלת במידה מצומצמת בתחום הרסק (כאמור, צ'אם גם אינה מייצרת עגבניות מעובדות), הסיבה לכך נעוצה בעובדה שליבת עסקיה אינה רסק עגבניות אלא תחום האבקות בכלל ואבקות העגבניות בפרט.

חוסר הרצון או ה"יכולת" בפועל של צ'אם להסיט כושר ייצור מייצור אבקות לייצור רסק נובע מכך שצ'אם מהווה שחקן משמעותי בייצור האבקות בעולם ואינה חפצה לזנוח את תחום זה לטובת ייצור רסק עגבניות אף אם בטווח הקצר זה ישתלם לה, כעולה מדברי מנהל המפעל של צ'אם:

"ש: אז אתה בכל מקרה מעדיף למכור אבקה במחירי הפסד?

ת: אין לי ברירה. יש לי הסכמים עם החברות הכי גדולות בעולם. מה אני אגיד להם, סטופ אני לא מוכר לכם."

(נספח ט"ו לתגובת הממונה לתגובת המשיבים, עמ' 2)



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

ובעדותו אמר:

"אני רוצה להסביר. צ'אם היא חברה שנבנתה לייצר אבקות. המפעל היחידי בארץ שמייצר אבקות עגבניות זה אנחנו. אנחנו בנינו את עצמנו לייצור אבקות עגבניות ואבקות נוספות. אנחנו עושים אבקות פירות, אבקות ירקות למיניהם אבל בעיקר אבקות עגבניות, אבל למזלנו יש לנו גם את הגמישות לשחק עם זה איפה שאנחנו יכולים."

(פרו' מיום 17.6.08, עמ' 76)

"תוכל לפרט בבקשה לגבי הלקוחות של צ'אם בחו"ל והמחויבות של צ'אם כלפי אבקה בחו"ל?"

ת. אני אסביר. חברה כמו שלנו שעומדת בתחרות עולמית גדולה מאוד, במיוחד מול הספרדים שהם היצרנים הגדולים ביותר בעולם לאבקות עגבניות עובדת עם החברות הגדולות בעולם של מזון, כמו יוני ליבר, ונסטלה וג'נרל מילס וכאלה. החברות האלה לא קונים כל פעם עוד מכולה ועוד מכולה. עושים הסכמים שנתיים וברגע שעשינו הסכם שנתי עם חברה כזו על כמות מסוימת ועל מחיר מסוים, זה מה יש. זה הכמות, זה המחיר ולפחות מבחינתנו אנחנו חייבים לעמוד בהתחייבות, הם עומדים בהתחייבות על פי מה שהם חתומים ואנחנו צריכים לעשות חשבון אם חתמנו עם נסטלה עם יוני ליבר ועם עוד כמה חברות כאלו אז את כמות



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

העגבניות שצריכים בשביל אבקה צריכים לשים בצד,
לעשות את האבקה עבורם ולשווק אותם במשך השנה על פי
החוזה."

(שם, עמ' 71-72)

וכן:

"ש. ולמה שלא תגיד ללקוח כמו יוני ליבר או אחד
הלקוחות הבינלאומיים הגדולים שיש לך, תודה רבה, לא
מעוניין יותר למכור לך אבקה שנה הזאת, כי השנה יותר,
ת. אבל אנחנו לא חיים רק שנה אחת. אנחנו צריכים
להסתכל קדימה להרבה שנים. יוני ליבר היא לא חברה של
שנה, ואם אני אגיד היום ליוני ליבר לא רוצה למכור לך, כי
לא כדאי לי אולי אז מחר הוא לא יפנה אלי בכלל, ויש כמוני
עוד הרבה, אז כך שאנחנו צריכים לשמור.
אנחנו השנה כאשר שער הדולר ירד שקלית בצורה מאוד
דרמטית מצד אחד, אבל התשומות עלו כמו המזוט,
ההובלות, האריזות, אנחנו מכרנו הרבה מאות טונות של
אבקת עגבניות בהפסד.

ש. כדי לא להפסיד את אותם לקוחות?

ת. כדי לא להפסיד את הלקוח, נכון."

(שם, עמ' 72-73)

58. לאור הדברים האלה, אנו מעריכים כי קלושים הסיכויים שצ'אם תסיט את הייצור
שלה מייצור אבקת עגבניות לייצור מוצרי עגבניות לשווקים המדוברים, כך שלא תמשיך
לייצר אבקות כלל או לחלופין תייצר כמות מועטה של אבקות. צאם קשורה בחוזים לייצור
אבקות עם חברות גדולות מארצות שונות (כגון נסטלה ויוניליבר) ולא יהיה זה משתלם



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

עבורה שלא לכבדם או להימנע מלחדשם. פעולה מעין זו תפגע בשמה הטוב ובמוניטין שרכשה עד היום בתחום אבקות העגבניות בעולם, וכתוצאה מכך בהכנסותיה בטווח הארוך. להערכתנו, צ'אם אינה יכולה להרשות לעצמה שינוי מעין זה כיוון שבטווח הזמן הארוך, צ'אם, כחלק מקבוצת חברות כלל עולמית המתמחה בייצור אבקות, לא תיקח סיכון איבוד לקוחות מעין זה. אם תעשה כן, ייתכן ולא תוכל לשוב במועד מאוחר יותר לשוק האבקות כשחקנית משמעותית. לא הוכח בפנינו או למצער לא הוצגה תיאוריה אשר מקימה אפשרות סבירה לכך שצ'אם תסכן את מעמדה ותיטוש את תחום האבקות לטובת ייצור מסיבי של רסק. כמו כן, ההסתברות להתרחשות פעולה זו קטנה במיוחד, לנוכח עודף כושר הייצור של החברה הממוזגת אשר לעומתה צ'אם אף אם תייצר רסק במלוא כושר הייצור שלה, עדיין תהווה שחקן קטן (בעלת כשליש מכושר הייצור של החברה הממוזגת). במקרה מעין זה (של הסטה לייצור רסק), לאור העובדה שלא קיים עודף ביקוש בשווקים, תיאלץ צ'אם לגזול מנתח השוק שהחברה הממוזגת מחזיקה, ולכן יהא עליה להיאבק בפירמה הממוזגת בשווקים שאינם מוכרים לה או למצער מוכרים לה באופן מועט, וזאת שעה שלא יהיה בידה להבטיח את הגדלת רווחיה.

כמו כן, חשוב לציין כי מאחר ועיקר עיסוקה של צ'אם מתרכז בשוק העולמי, שער החליפין של הדולר משפיע על פעילותה. בשנים בהן שער הדולר נמוך כדאיות הייצוא קטנה ולכן צ'אם תעדיף לייצר לשוק המקומי ככל שביכולתה. כך היה המצב בשנת 2007, שבמהלכה שער הדולר היה במגמת ירידה ונעשה נמוך לכל הדעות. דבר זה מסביר מדוע ביצעה הסטה נרחבת (מכ- 540 טון ייצור רסק לכדי כ- 3,000 טון). בתקופה האחרונה אנו עדים לעלייה הדרגתית בשער הדולר ולכן גם כדאיות ההסטה פוחתת. אם כך, ניתן לומר כי אם בשנה בה כף המאזניים בין ייצור אבקה ומכירתה בשוק העולמי לבין ייצור הרסק ומכירתו בשוק הישראלי נטתה באופן מובהק לכיוון ייצור הרסק, ייצרה צ'אם כמות אשר לא תוכל לרסן את החברה המתמוזגת, לא יהא זה סביר להניח כי בשנים הבאות תגביר צ'אם את ייצור הרסק לרמה אשר תוכל לרסן את החברה הממוזגת. כמו כן, לא ניתן לדעת אם בזמן שיהא דרוש ריסון של החברה הממוזגת התנאים בשוק העולמי יהלמו פעולה כזו.



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

59. בהתייחס לעדויות של גורמים בשוק הרלבנטי, נציין כי אנו ערים למגבלות ההישענות על עדות בעלי עניין בקשר לצעדים שיינקטו נוכח המיזוג. מיזוג יוצר, מחד, איום תחרותי על החברות האחרות הפעילות בענף, אך מאידך עשויה העלאת מחירים המלווה את הגידול בריכוזיות לתרום להגדלת הרווחיות של כל השחקנים בענף. בהקשר שלנו הנפגעת (או הנהנית) העיקרית מהמיזוג היא חברת זנלכל. הפגיעה, אם בכלל, של המיזוג בחברות צ'אם וגן שמואל היא שולית. החפיפה בין פעילות החברה הממוזגת ושתי חברות אלו היא קטנה, והפעילות של שתי החברות בשוק הרסק היא שולית לפעילותן בתחומים אחרים. ההערכה שעדויות המנכ"לים של שתי חברות אלו מוכוונות על ידי הכוונה לסכל את המיזוג היא להערכתנו מופרכת. מדיניות החברות האלה לאורך זמן מצביעה על כך שאין להן עניין בחדירה לשוק הקמעונאי. חברת צ'אם לא רואה בשוק הקמעונאי בישראל זירה לפעילותה, וחברת גן שמואל, על אף פעילותה הענפה בתחום המשקאות, מעולם לא ניסתה למנף פעילות זו למגזר הקמעונאי של מוצרי העגבניות. להבנתנו, עדות מנכ"לי שתי החברות משקפת את המדיניות ארוכת הטווח של החברות. הסיכוי ששתי חברות אלו תסטנה חלק ניכר מייצור הרסק שלהן למגזר הקמעונאי כדי לנצל קוניונקטורה של עליית מחירים במגזר זה נראה לנו קלוש.

נעבור לטענה נוספת, שעניינה פתרון דינאמי.

ג. היבוא

60. לטענת המשיבים, היבוא הינו אחד מהפתרונות המאפשרים ריסון של החששות התחרותיים הנובעים מהמיזוג. הם מדגישים, כי היבוא מחזיק בממוצע כ- 10% מהשוק הקמעונאי והשוק המוסדי ומתגבר משנה לשנה (ראה חוות דעת פרופ' וייס), ולכן, לשיטתם, מהווה הוא "שחקן משמעותי" בשוק. לדברי המשיבים בשנת 2007 היבוא החזיק בנתח שוק של כ- 6.4% מכלל הרכז בשוק ובכ- 5.4% – 6% ממכלל העגבניות



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

המעובדות בשוק, בשנת 2008 הייתה עליה חדה בנתחי השוק של היבוא אשר החזיק בנתח של כ- 13% מכלל הרסק בשוק ובנתח של כ- 12% מכלל העגבניות המעובדות בשוק.

61. אכן, אחת המגבלות האפקטיביות ביותר על מימושו של כוח מונופוליסטי במשק פתוח היא היבוא. האפקטיביות של אמצעי זה נפגמת כאשר המשק מאמץ מדיניות הגנה באמצעות מכסים. במשק הישראלי מוגן ענף החקלאות מתחרות על ידי סדרה של מכסי מגן. כך לדוגמא מוגנים מגדלי העגבניות לתעשייה על ידי מכס מגן על רסק עגבניות ששיעורו הוא 20 אחוז, אך לא יפחת מ-1 ש"ח לק"ג. מאחר והפטור מהמכס חל רק על כמויות קטנות המיובאות מארה"ב, ומאחר ומחיר הרסק בחו"ל נמוך (במונחי מט"ח) מ-5 ש"ח לק"ג, שיעור המכס גבוה משמעותית מהשיעור הפורמאלי (20 אחוז). ויכוח ער התחולל בין שני הצדדים לגבי המידה בה בכח היבוא לרסן העלאת מחירים.

62. כאמור, לטענת המשיבים, היבוא הולך ותופס משקל גדול יותר ויותר, הן בשוק הרסק והן בשוק העגבניות המעובדות גם במגזר הקמעונאי וגם במגזר המוסדי. בין היבואנים נמנית רשת שופרסל, וחברת פרינר עצמה ייבאה בשנת 2008 כמויות מסחריות שנמכרו ברווח (חישובי הרווחיות הוצגו בפני בית הדין). בשנה זו הגיע פלח השוק של היבוא, כאמור, ל-12 אחוז מכלל הרכז והעגבניות המעובדות.

63. הממונה טוענת, שאין להתבסס על היבוא כבלם לכוח השוק של המונופול בשוק הרסק כי הרווחיות של פעילות זו שולית, הרווחיות בשנת 2008 היתה חריגה בשל שער החליפין הנמוך. עוד טוענת הממונה כי, פעילות פרינר לא נובעת משיקולים מסחריים אלא משיקולים הקשורים בדיון שלפנינו. היבוא מוגבל למגזר התעשייתי, ורק יבואן בעל מתקני אריזה מתאימים יוכל להשתמש באופציה זו להרחבת ההיצע במגזר הקמעונאי והמוסדי. באשר לשוק העגבניות המעובדות – היבוא אינו תחליף לייצור המקומי מאחר ומדובר במוצרי "פרמיום", שאיכותם נתפשת כגבוהה מזו של המוצרים המקומיים, ומוכוונת בעיקר למסעדות עלית שרגישותם למחירי התשומות נמוכה יותר.



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

64. הממונה מבססת את טענותיה בעיקר על עדויות ה"ממלאים" המתבססים על ייצור הרסק המקומי ונמנעים מלייבא (עדות "פרי חן" - נספח מ"א 1 לבקשה העיקרית, עמ' 1; עדות "אסם" - נספח ס"ט לבקשה העיקרית, עמ' 1; והודעתו של יבואן של מוצרי עגבניות - נספח נ"ד לבקשה העיקרית, עמ' 4; הודעתו של מנהל רכש מזון ברשת מלונות ארצית - נספח נ' לבקשה העיקרית, עמ' 1, 4). על-פי הנטען, היבוא בשנים שקדמו לשנת 2007 היה ספוראדי והיה מורכב ברובו מיבוא לשם יצוא (על ידי חברת צ'אם) ויבוא לשטחי האוטונומיה הפטורים ממכס.

65. אין אנו רואים ביבוא תרופה לגידול בריכוזיות בשוק הייצור המקומי. הניסיון רב השנים מראה שהמכס המוטל על מוצרי העגבניות הווה הגנה אפקטיבית על הייצור המקומי. היבוא היה תמיד (וגם כיום) אופציה יקרה יותר מרכישת רסק בכמויות תעשייתיות בשוק המקומי והיווה על כן רק מרכיב שולי בהיצע. יבואן שאין לו דריסת רגל במגזר הקמעונאי יתקשה לחדור לרשתות השיווק ויצטרך להסתפק בשיווק מוצריו במגזר המוסדי שהפדיון ליחידה בו יותר נמוך. פרינר, בעלת הקשרים המסועפים בשוק בישראל ומחוצה לה יכולה לנצל הזדמנויות עסקיות ולייבא, אך אין ללמוד מכך גזירה שווה לגבי יבואן המנסה לחדור לשוק, כאשר מולו ניצבת חברה השולטת בלמעלה ממחצית השוק והנהנית מעודף כושר ייצור משמעותי.

ד. השפעת מגדלי העגבניות ורשתות השיווק



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

66. כרקע לטענה זו, נזכיר כי אליבא דממונה, המיזוג עלול להוביל להרתעת מתחרים פוטנציאלים מכניסה לשווקים ו/או להרתעת מתחרים קיימים מהרחבת פעילותם בשל כוחה של החברה הממוזגת להגדיל את ההיצע ולהוריד מחירים באופן זמני, כדי להשפיע על כניסת מתחרים לשוק. למעשה, מדובר בטענת התנהגות טורפנית. חשש זה נדון בעת הצגת חסם הכניסה – עודף כושר הייצור של הפירמה הממוזגת (ראה סעיף 12 לעיל).

67. לטענת המשיבים, טענה זו שגויה, בין השאר מאחר שכושר הייצור של מילוז ופריניר יחדיו אינו יכול לספק את כל צרכי השוק, ובנוסף, אין בשווקים המדוברים חשש אמיתי לטורפנות משני טעמים:

(א) בכדי להגדיל את כושר הייצור בפועל של החברה הממוזגת עליה לרכוש עוד חומר גלם ממגדלי העגבניות (להלן: "המגדלים") שהינם מעין מונופול בהיותם פועלים תחת פטור הסוג לחקלאות שבסעיף 3(4) לחוק ההגבלים. על-פי הראיות המגדלים קובעים את מחיר העגבניות בצוותא. לשיטת המשיבים, למגדלים אינטרס ארוך טווח למנוע יצירת כוח שוק רב מדי בידיו של לקוח יחיד. זאת, כדי שאותו לקוח בעתיד לא יפעיל כוח שוק זה כנגדם. כמו-כן, לטענת המשיבים הממונה מכירה ביכולתם ובכוחם של המגדלים למנוע תרחיש של השתלטות על השוק מצד גורם אחד. כתמיכה בטענה זו מציינים המשיבים את מיזוג גניר-גן שמואל (ה"ע 608/06 עידנים נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (נבו)) שבו התייחסה הממונה לכוחם של המגדלים ככוח מרסן.

(ב) בכדי להגדיל את נתחי השוק הפירמה הממוזגת תהיה מחויבת לקבל שיתוף פעולה מצד הרשתות הקמעוניות אשר בדומה למגדלים, מחזיקות בכוח שוק גדול ואיתן אינטרס לשמר את כוח השוק שלהם מול היצרנים. כדוגמה לכך, הופנינו לשופרסל, המייבאת מוצרים כאשר המגוון אינו מספק אותה ועל מנת ליצור כוח מיקוח אל מול היצרנים.



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

68. מטענת המשיבים עולה כי חוסר היכולת לרכוש חומר גלם ללא הגבלה מחד גיסא, והתלות ברשתות השיווק לצורך השתלטות על השוק מאידך גיסא, מאיינים כל חשש להשתלטות הפירמה הממוזגת על השוק. כמו-כן טוענים המשיבים, כי אף אם תרצה בכך אין בכח הפירמה הממוזגת ל"העלים" את זנכל, צ'אם וגן שמואל, מהסיבה שהן חברות בעלות חסינות כלכלית ממשית, פעילות כל אחת מהן נפרשת על מספר תחומים, ואינה מצומצמת לתחום העגבניות בלבד. שהרי פירמה אינה יכולה להתנהג בטורפנות לאורך זמן כי אם לזמן קצר בלבד, בזמן זה, טוענים המשיבים, גם אם הפירמות האחרות לא יפעלו בתחום העגבניות או למצער יפחיתו משמעותית את נתחיהם, אין זה אומר כי הן יפשטו רגל. מאחר שלפירמות אלו עיסוקים רווחיים אחרים, הן תוכלנה "להחזיק מעמד" למשך אותה תקופה ואחר כך לחזור לפעילות סדירה בשווקים האמורים.

69. אנו סבורים כי, אף אם טענות המשיבים נכונות, אין בהן כדי לענות על החששות אותן העלתה הממונה. אכן ייתכן והן למגדלים והן לרשתות השיווק אינטרס ארוך טווח לקיום התחרות בשווקים האמורים מהטעמים אותם פירטו המשיבים, אך אין זה מבטיח שגורמים אלה ימנעו לחלוטין מהפירמה הממוזגת להפעיל את כוחה כנגד פירמות המעוניינות להיכנס לשוק או פירמות קיימות בשוק המעוניינות להרחיב את פעילותן בו. ראיה לכך היא העובדה שלגורמים אשר אינם נמצאים בשוק או שאינם עוסקים בשוק הקמעונאי כאמור, רשתות השיווק מהוות חסם כניסה ולא מגן. בנוסף, אנו סבורים שעצם העובדה שלפירמה הממוזגת כוח להתנהגות טורפנית, אף אם לזמן קצר בלבד, תגרום לכך שגורמים המעוניינים להיכנס לשוק ימנעו מלקחת סיכון כה גדול, וגורמים הנמצאים בשוק ימנעו מהרחבת פעילותן כדי שלא להוביל את הפירמה הממוזגת ל"מלחמה", אשר לבטח תפגע ברווחיותם.



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

סיכום- השיקולים הדינאמיים: יכולתם של מתחרים פוטנציאליים להיכנס לפעילות בענפים הרלוונטיים

70. לאחר שבדקנו את האפשרויות להרחבת התחרות בעקבות כניסת מתחרים חדשים מבחוץ, הגענו למסקנה שסבירות תרחיש זה היא נמוכה. מדובר בענף שעל פניו נהנה מרווחיות נמוכה. חברה חדשה תתקשה לגייס את המימון הדרוש להקמת מפעל לעיבוד העגבניות. למעלה ממחצית הכנסותיו של הענף מקורן במגזר הקמעונאי, כאשר חלק ניכר מהפדיון מקורו ברשתות השיווק הגדולות. במצב הקיים, מותג מבוסס הוא תנאי הכרחי לחדירה לאפיק שיווק זה. חברה חדשה תתקשה להתגבר על חסם זה. ייתר על כן, גם מותג מקובל אינו מבטיח נגישות לקהל צרכני הרשתות עקב המגבלות שהרשתות מטילות על מספר החברות שהן מציגות על מדפיהן, ועקב ההעדפה הטבעית שהרשתות נותנות למותגים שלהן. הסיכוי שחברה חדשה (או חברה הפעילה בענפי מזון אחרים) תראה בענף מוצרי העגבניות הזדמנות לרווחי יתר הוא אפסי.

71. באופן דומה נאלצנו לדחות את הטענה שהפתרון לגידול בריכוזיות הענף יבוא על ידי הרחבת הפעילות של חברות קיימות. שתי חברות ששמן הוזכר בהקשר זה, החברות צ'אם וגן שמואל, מתייחסות לפעילות בשוק מוצרי העגבניות בישראל כפעילות שולית לפעילותן העיקרית (צ'אם ביצוא אבקות, וגן שמואל בייצור משקאות). לשתי החברות אין דריסת רגל במגזר הקמעונאי של שוק מוצרי העגבניות, והן אינן מתכננות להתרחב בכיוון זה. הממלאים משחקים תפקיד שולי בענף. הם תלויים באספקת הרסק בחברות היצרניות, אין להם גישה לרשתות השיווק ויציבותם קטנה. באופן דומה היבוא הוא קוניונקטורלי ויבואן יידרש למערך אריזה מתאים ויתקשה להפיץ את מוצריו בשוק הקמעונאי.

72. בדרך האלימינציה, נותרת רק חברה אחת שעשויה לכאורה למתן את השלכות המיזוג על התחרות והיא חברת זנלכל. חברה זו פעילה במרבית המגזרים בהם פעילה



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

החברה הממוזגת. חברת זנלכל ניצלה את אי הוודאות ששררה בענף בעקבות שקיעתה של חברת מילוז, והתערבות הממונה על ההגבלים ברכישתה של מילוז על ידי חברת בוגופן, ואימצה מדיניות התרחבות אגרסיבית כדי לבצר את מעמדה בענף. דא עקא, התבססות על זנלכל כמגנת התחרות היא ספקולטיבית. גם לאחר ההתרחבות היקף הפעילות של חברת זנלכל בשוק מוצרי העגבניות קטנה משמעותית (הן במונחי כמויות והן במונחי הכנסות) מהחברה הממוזגת. מעל פעילותה מרחף הצל שהחברה הממוזגת תממש את עודף כושר הייצור שלה (הגדול מכלל התפוקה של זנלכל) כדי לאכוף את רצונה. הסבירות שבעקבות המיזוג הענף יפעל כענף דואופוליסטי, שבו המחירים יעלו, עולה על סבירות תרחיש תחרותי.

73. בשולי הדברים נציין, כי אנו מקבלים את טענת המשיבים לפיה הרשות להגבלים עסקיים לא ביצעה בחינה כלכלית מסודרת כפי שהייתה אמורה לבצע בשורת נושאים רלבנטיים, אך עם זאת, בשוק מעין זה, כאשר נתוני הייצור הם כל כך קיצוניים (כושר הייצור של הפירמה הממוזגת מגיע לכדי כל הביקוש הקיים בשוק או למצער 85% ממנו), אין ביכולתנו לקבוע כי לחששות הממונה מפני העליה המשמעותית בריכוזיות בשוק אין יסוד, מאחר שיש להם פתרונות דינאמיים.

בכך תם דיונינו בפתרונות הדינאמיים.

הטענה לפיה מילוז הינה פירמה כושלת

74. לסיום, נתייחס לטענה נוספת שהעלו המשיבים, ולפיה מילוז היא פירמה כושלת. לשיטת המשיבים, ניתוח הממונה מתעלם מהעובדה ש**מילוז** היתה מצויה על סף קריסה כלכלית ועצם המשך קיומה עמד בספק. זאת הם למדים מדוחותיה הכספיים לשנת 2006 (ראה נספח ס"ב לבקשה המתוקנת, עמ' 7). לפיכך, טוענים המשיבים כי בבחינת השפעת



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

המיוזג על השוק, מתחייבת המסקנה כי המיוזג היטיב עם השוק. לטענת המשיבים קריסתה של מילוז הייתה עניין שבעובדה, ואילו לא נרכשה והוזרמו לקופתה על-ידי פרינר מילוני שקלים, לא הייתה מחזיקה מעמד. הם מוסיפים, כי הממונה לא בדקה את כושר הישרדותה של מילוז (פרו' מיום 15.4.08, עמ' 45) דבר שהיה עליה לעשותו.

אליבא דמשיבים, **מילוז** עמדה בכל התנאים הנדרשים על-פי המקובל להחלת דוקטרינת הפירמה הכושלת. ראשית, **הוכחת היותה של מילוז חברה כושלת** – לטענת המשיבים ניתן לראות באזהרת הרווח שבדוחות הכספיים של מילוז (נספח סב') לבקשה המתוקנת, עמ' 7) הוכחה מספקת לכך שמילוז הייתה חברה כושלת. כך גם סכומי הכסף הגבוהים שהועברו אליה מחברת פרינר כדי לייצב את מצבה, הצביעו על מצבה הקשה. שנית, **אי אישור המיוזג אינו מיטיב עם הצרכנים** – לטענת המשיבים אי אישור המיוזג יגרור את קריסת מילוז, קריסה זו בהינתן עודף כושר הייצור של פרינר, שהרי הוא הגדול ביותר מבין כל המתחרות שיישארו בשוק, יוביל לשתי תוצאות: **אחת**, כל לקוחותיה של מילוז, או למצער רובם המכריע, יעברו לפרינר. **השנייה**, תתרחש עליית מחירים בשווקים בשל הקטנת ההיצע (הרי החברה בעלת כושר הייצור הגדול ביותר תעלם). תרחישים אלו, לשיטת המשיבים, מביאים לכדי מסקנה כי אישור המיוזג לא רק שלא ירע את המצב בשוק אלא אף ישפר אותו. והתנאי השלישי, **העדר אלטרנטיבה אחרת, פוגענית פחות, למיוזג המוצע** – לטענת המשיבים בעלי מניותיה של מילוז העמידו את החברה למכירה במשך שנים אך לא הצליחו למוכרה (ראה: נספח ה' לבקשת ההפרדה המתוקנת- הודעת עמוס כהן, סמנכ"ל מילוז, מיום 20.3.07). לאור האמור לעיל, המשיבים סבורים כי אף אם ימצא כי כל שטענה הממונה נכון בהקשר של חסמי הכניסה לשווקים ואף לגבי הריכוזיות, עדיין אין להפריד בין החברות כיוון שעל פי דוקטרינת הפירמה הכושלת החולשת על מילוז, אין אלטרנטיבה טובה יותר. עובדה זו לשיטת המשיבים מפיגה את החששות התחרותיים המדוברים.



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

75. מנגד, טוענת הממונה כי אף אם יש טעם בדברי המשיבים לעניין היותה של מילוז פירמה כושלת אין בידם להעלות את טענת הפירמה הכושלת משני טעמים מרכזיים: **המדובר בהרחבת חזית- לטענת הממונה העלאה של טענה זו מהווה הרחבת חזית,** כיוון שהמונח פירמה כושלת אינו נזכר בתגובת המשיבים לבקשה העיקרית. לשיטת הממונה, אישור מיזוג בהתבסס על דוקטרינת הפירמה הכושלת הנו אירוע חריג בו מאושר מיזוג הפוגע בתחרות, אשר אילולא הגנה זו, מחייב הדין את פסילתו. הממונה מוסיפה כי אין הלכה מסודרת של בית הדין בנוגע לתנאים הנדרשים לשם אישורו של מיזוג תחת דוקטרינת הפירמה הכושלת, אולם קיימות מספר החלטות ממונה בעניין. בהחלטות אלו נדרש רף גבוה לשם הוכחת הטענה, כאשר נטל ההוכחה מוטל תמיד על החברות המתמזגות. לחלופין, טוענת הממונה כי שאלת התקיימותה של דוקטרינת הפירמה הכושלת הינה **שאלה שניתן להכריע בה רק לאחר שמיעת החלק העובדתי,** שכן מעורבות בה שאלות עובדתיות, לא פשוטות, אשר לא לובנו כלל עד לשלב זה. לפיכך, אין לדון בשאלת הפירמה הכושלת בשלב זה אלא רק בשלב השני של הדיון במידה ויידרש. לשון אחר, אם יתברר כי קיימת פגיעה בתחרות, יקום הצורך לבחון את השאלה האם יש לאשר את המיזוג לאור דוקטרינת הפירמה הכושלת חרף הפגיעה בתחרות.

אנו סבורים, כי אכן יש טעם בטענת הממונה כי בנסיבות העניין, שלב זה אינו המסגרת הנכונה לדון בטענה זו, ויש לדחות את הדיון בה לשלב הבא. מבלי לקבוע מסמרות בדבר, אנו נוטים למסקנה כי נכון היה דווקא לברר נושא זה עד תום בשלב הראשון כשאלה הקשורה בהיבט התחרותי. עם זאת, מאחר שהשאלות העומדות בבסיס דוקטרינת הפירמה הכושלת הן שאלות אשר דורשות בירור עובדתי, אשר לא נעשה עד כה באופן מלא בתיק שלפנינו ומאחר שלשיטת הממונה נכון יהיה לבחון נושא זה בשלב הבא, אנו דוחים את הדיון לגביו לשלב הבא. לאור מסקנה זו לא מצאנו לנכון לדון בטענות הנוספות שהעלו המשיבים והממונה בהקשר זה. כך, קיימת מחלוקת בין הצדדים באשר לנטל הוכחת דוקטרינת הפירמה הכושלת, מחלוקת אשר לא מצאנו צורך לדון בה עתה מאחר שכאמור, הדיון בשאלת הפירמה הכושלת ידחה לשלב השני.



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

הטענות לעניין נטל ההוכחה

76. הממונה טענה לפנינו, כי מאחר שמדובר בהליך הפרדת חברות ראשון מסוגו, מן הראוי שבית הדין יכריע גם בשאלת נטל ההוכחה בהליך זה. לטענת הממונה, בהליך על-פי סעיף 25 לחוק, מוטל עליה רק הנטל הראשוני להוכיח כי המיזוג אינו חוקי. בשלב הראשון עליה להוכיח כי המדובר במיזוג בפועל, הן לפי מעשיהם של המתמזגים והן לפי המשמעות המשפטית של מעשיהם, ובשלב השני להוכיח את אי חוקיותו של המיזוג (אי קבלת אישור חרף הנדרש בחוק). משהרימה הממונה את הנטל עובר הנטל למשיבים להוכיח כי המיזוג אינו מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. הממונה מוסיפה כי **הטעמים להנחת הנטל החל משלב זה על כתפי המתמזגים הם שניים: האחד**, היותו של המיזוג בלתי חוקי. **השני**, העובדה שמדובר במיזוג למונופולין. על-פי גישת הממונה, בערר על החלטתה בענייני מיזוג הנטל מוטל על המתמזגים, ואין זה סביר שכאשר המשיבים אינם פועלים לפי החוק יקבלו יתרון והנטל ירבוץ על הממונה, דבר אשר יכול שיגרום לכך שתפחת המוטיבציה לפעול לפי החוק.

המשיבים חולקים על טענות אלו מכל וכל, והעלו מולן שורת טענות משלהם.

77. לא ראינו צורך לפרט טענות הצדדים בנושא זה, וזאת מהטעם שהכרעה בשאלת הנטל לא נצרכת בנסיבות המקרה. אנו נוקטים גישה זו ברוח הפסיקה, לפיה הכרעה בנושא הנטלים אינה נדרשת כאשר ממילא הראיות מובילות לקביעה הנחוצה. ראו: ע"א 78/04 **המגן חברה לביטוח בע"מ נ' שלום גרשון הובלות בע"מ** (נבו), שם נקבע כי:

"... לשאלה על מי מהצדדים מוטל נטל השכנוע חשיבות רק מקום בו

איש מבעלי הדין לא הביא ראיה או מקום בו בתום הערכת מכלול

הראיות קובע בית המשפט כי כפות המאזניים מעוינות, היינו, מקרה של

'ספק שקול' או 'תיקו ראייתי' (אליהו הרנון, דיני ראיות, חלק ראשון



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

(1979) 188 (להלן: הרנון). במקרה זה מכריע נטל השכנוע, כך שבית המשפט פוסק נגד הצד שעליו הנטל. לעומת זאת, אם לאחר הערכת מכלול הראיות מגיע בית המשפט למסקנה כי לאחד מבעלי הדין עדיפות ראייתית על משנהו, כך שהוא הצליח לשכנע בצדקת עילתו על-פי מאזן ההסתברויות, אין משמעות לשאלה על מי מוטל נטל השכנוע" (ראו והשוו: ע"א 7905/98 Aerocon C.C נ' הוק תעופה בע"מ, פ"ד נה(4) 387, 397 (2001); ע"א 5373/02 נבון נ' קופת חולים כללית, פ"ד נז(5) 35, 45-46 (2003)).

יש לציין, כי המונח "נטל השכנוע" מופיע שם במשמעות "נטל ההוכחה", כפי שמוסבר שם (בסעיף 11).

הראיות שהובאו לפנינו די בהן לקביעה כי המיזוג מעורר חשש סביר לפגיעה בתחרות.

78. למעלה מן הצורך, ברצוננו להביע את דעתנו, כי נטל השכנוע לגבי החשש הסביר לפגיעה משמעותית בתחרות צריך להיות מוטל על הממונה. הוא הדין, לדעתנו, גם במקרה שבו הפירמות המתמזגות מגישות ערר לבית הדין בעקבות התנגדות הממונה למיזוג. הסיבה העיקרית לגישתנו זו, היא שלממונה – בתוקף סמכויותיה הנרחבות לאסוף נתונים מפורטים מכלל המתחרים והמתחרים הפוטנציאליים בענף – קיימת נגישות גדולה וכמעט בלתי מעורערת למידע הרלבנטי לקביעה אם מיזוג גורם לחשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. כך למשל, מידע אודות ההיתכנות של כניסת פירמות חדשות לשוק, או אודות השאלה אם תגובה תחרותית מצד הפירמות האחרות בשוק תוכל למתן מספיק את הפגיעה של המיזוג בצרכנים, מצוי מטבע הדברים בידי הנכנסות הפוטנציאליות לשוק, ובידי הפירמות האחרות בשוק. הוא איננו מצוי בידי הפירמות המתמזגות, ואין להן אפשרות סבירה להשיג מידע זה.



בית המשפט

ה"ע 704/07

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

05/04/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרופ' ראובן גרונאו, חבר

פרופ' דויד גילה, חבר

79. לאור האמור לעיל, אנו קובעים כי המיזוג, בהנחת קיומו, מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות.

80. קדם משפט ייקבע ליום 30.6.09 בשעה 09:30, לצורך קביעת סדרי הדיון ומועדים בשאלה השנייה העומדת לפני בית הדין.

ניתנה היום, י"א בניסן תשס"ט (5 באפריל 2009), בהעדר.
המזכירות תשלח ההחלטה לצדדים.

פרופ' ד' גילה, חבר

פרופ' ר' גרונאו, חבר

מ' מזרחי, שופטת