



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ

ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיזוני:

נוסח לפרסום (כולל השחרות)

לפני כבוד השופט יחזקאל קינר

המבקשת בת"צ 6298-09-15 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת
ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר אורי ברעם ויעקב סבו

התובעת בת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד דרור שטרומ, גל רוזנט, רן כרמי ואלישע
הרלב

נגד

הנתבעת והמשיבה בתיקים הנ"ל
נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד אייל רוזובסקי, גיורא ארדינסט, דן סלע,
טל ארד, דורון לוי, אפרת רוזנר

החלטה

(בשאלת האחריות)

1

2

האם מתן הנחות גבוהות על ידי מונופול ללקוחותיו הגדולים על מנת למנוע מצב בו ינטשו אותו

3

ויתחילו לייבא את המוצר הנרכש על ידם ממנו, מהווה, על פי דיני התחרות, הפליה אסורה של

4

לקוחותיו האחרים, הקטנים יותר? זו השאלה העיקרית הנדונה בשתי התובענות שבכותרת.

5

6

התביעות שהוגשו, ההסדר הדיוני בין הצדדים והתנהלות ההליך

7

8

1. עסקינן בתביעה כספית אזרחית ובתביעה ייצוגית שאוחדו בהחלטת סגן הנשיא, כב'

9

השופט שינמן מיום 6.1.17, ואשר עילותיהן נעוצות בחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-

10

1988, שנקרא קודם לכן חוק ההגבלים העסקיים (להלן: "חוק התחרות").

11

12

2. הנתבעת והמשיבה בשתי התביעות המאוחדות היא חברת נשר (להלן: "נשר"), העוסקת

13

בייצור ובשיווק מלט, ובשנת 1988 הוכרזה כמונופול בתחום המלט (למען הסדר הטוב יצוין



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיזוני:

- 1 כי ביום 2.9.20 ביטלה הממונה על התחרות את הכרזתה הנ"ל של נשר כמונופול - ר' בקשה
2 110 בתיק). בתקופה הרלוונטית לתובענה הייתה נשר יצרנית המלט היחידה בישראל.
3
- 4 .3. התובעת בתביעה האזרחית, ת"א 41214-04-15 (להלן: "אביעד בטון"), היא יצרנית בטון,
5 אשר בבעלותה מספר מפעלי בטון. המלט הוא רכיב מהותי ביותר בייצור הבטון, ואביעד
6 בטון הייתה אחת מלקוחות נשר אשר רכשו ממנה מלט בתקופה הרלוונטית.
7 בתביעתה טענה אביעד בטון כי נשר העניקה הנחות ניכרות במחיר המלט לשני לקוחותיה
8 הגדולים, יצרניות הבטון רדימיקס והנסון (להלן: "היצרניות הגדולות"), הנמצאות
9 בשליטה או באחזקה של יצרניות מלט מהגדולות בעולם (שילוב אנכי). זאת, על מנת
10 שהיצרניות הנ"ל לא יבאו מלט מחו"ל, דבר שיגדיל את התחרות בנשר ויפגע ברווחיה.
11 לעומת זאת, אביעד בטון לא זכתה בהנחות דוגמת אלה שזכו להן היצרניות הגדולות,
12 וטענתה הייתה כי בכך נפגעה יכולתה להתחרות באותן יצרניות, שכן היא משלמת עבור
13 המלט, שהוא רכיב מהותי ועיקרי בבטון המיוצר על ידה, הרבה יותר מאשר משלמות עבורו
14 היצרניות הגדולות.
- 15 אביעד בטון התבססה בעיקר על עילה לפי הוראות סעיף 29א לחוק התחרות (יפורטו
16 בהמשך), וטענה כי נגרמו לה נזקים בהיקף של 127,423,000 ₪, עקב התנהגות מפרה
17 ומעוותת של נשר.
- 18
- 19 .4. בתובענה הייצוגית שהוגשה (ת"צ 6298-09-15) יצאה אף המבקשת בבקשת האישור (להלן:
20 "הצלחה") נגד התנהלותה של נשר, כפי שתוארה לעיל. הקבוצה שהוגדרה בבקשת האישור
21 כללה לא רק את לקוחות נשר שאינם היצרניות הגדולות, אשר כונו "הנפגעים הישירים",
22 אלא גם את כל מי שרכש בישראל מלט או מוצרי מלט (כגון בטון) מהנפגעים הישירים או
23 מלקוחותיהם במורד שרשרת הייצור (קבוצה זו כונתה "הנפגעים העקיפים"). נטען על ידי
24 הצלחה כי הנפגעים הישירים מגלגלים את תוספת העלות הנגרמת להם עקב אפליית
25 המחירים על לקוחותיהם, וכן הלאה במורד שרשרת הייצור עד הצרכן הסופי, ולכן כוללת
26 הקבוצה גם את הנפגעים העקיפים.
- 27 הצלחה התמקדה בעילות המבוססות על הוראות סעיפים 29א(ב) (3) (עילה ספציפית) ו-
28 29א(א) (עילה כללית) שבחוק התחרות.
- 29
- 30 .5. למותר לציין כי נשר דחתה בכתב ההגנה בתביעת אביעד בטון ובתשובה לבקשת האישור
31 מכל וכל את טענות אביעד בטון והצלחה.
32



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ

ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

6. בדיון שהתקיים ביום 19.2.17 בפני כב' השופט גרוסקופף, הגיעו הצדדים להסכמות
הדיוניות הבאות:

"מקובל עלינו כי בשלב הראשון יצומצם הדיון אך ורק לשאלות האחריות
המשותפות לשני התיקים. דהיינו, שאלת אחריותה של הנתבעת על פי סעיף
29 לחוק ההגבלים העסקיים, על מכלול הטענות שהועלו על ידי הצדדים
בהקשר זה לרבות טענות ההגנה שהועלו על ידי נשר. במסגרת השלב הראשון
לא יידונו שאלות הנוגעות לנזק וכן לא יידונו שאלות הנוגעות באופן פרטני
לכל אחת מהתביעות, כגון: טענת השיהוי שהועלתה כנגד תביעת "אביעד
בטון" או התנאים לאישור תובענה כייצוגית הרלבנטית לתובענת "הצלחה".
מובהר בזאת כי ההכרעה בשאלת האחריות תהיה סופית לערכאה הדיונית
הן לענין תביעת אביעד בטון והן לענין תביעת הצלחה. כנגזר מכך, נטל
ההוכחה בתביעת הצלחה לענין שאלת האחריות יהיה כנטל ההוכחה
בתביעת אביעד בטון ולא כנטל הדרוש לצורך אישור תובענה כייצוגית.
ההחלטה בשאלה כיצד ינוהלו ההליכים לאחר ההכרעה בשאלת האחריות,
תינתן אם וכאשר יהיה בכך צורך לאחר שתינתן החלטה על ידי ביהמ"ש
בשאלת האחריות, ולאחר שישמעו עמדות הצדדים בענין".

7. הראיות שהוגשו על ידי הצדדים כללו תצהירים וחוות דעת לרוב, וכן מאות מוצגים. דיוני
ההוכחות נפרשו על פני 12 ישיבות ולמעלה מ-1,700 עמודי פרוטוקול, ונשמעו בהם 15
עדים, מתוכם 8 מומחים (אשר רובם הגישו מספר חוות דעת). כאן המקום גם להתנצל על
העיכוב הניכר במתן פסק הדין, אשר נגרם מסיבות שונות, חלקן אישיות.

8. להלן יובאו בתמצית, ככל הניתן, טענות הצדדים בסיכומיהם.

טענות אביעד בטון והצלחה (להלן גם: "התובעות")

9. נשר יצרה אפליה קשה בין לקוחותיה, בכך שהעניקה ליצרניות הגדולות הנחות בשיעור של
פי 4 מההנחות שקיבלו מתחרותיהן.

10. נשר טענה שמדובר בהנחות כמות לגיטימיות, אך סעיף איסור האפליה בחוק התחרות אינו
תלוי בסוג ההנחה ובסיווגה. בנוסף, הכמות כשלעצמה לא הייתה ההצדקה האמיתית



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1 להנחה, שכן לקוחות שרכשו מנשר כמויות דומות של מלט שנרכשו על ידי היצרניות
2 הגדולות, לא היו זכאים להנחות שקיבלו היצרניות הגדולות. ההנחות ליצרניות הגדולות
3 היו לגיטימיות, רק אם היו משקפות חיסכון בעלויותיה המשתנות של נשר, אך לא כך היה
4 המצב בענייננו.
5
- 6 11. ההנחות היו "סודיות" והדבר מצביע על חוסר הלגיטימיות שלהן, ועל אופיין הסובייקטיבי,
7 שכן **למונופול החפץ לפעול באופן לגיטימי ולהעניק הנחות אובייקטיביות, יש אינטרס**
8 **לגלות את מדרגות ההנחות**, משום שבכך יתמרצו הלקוחות, לבד או בשיתוף עם אחרים,
9 לרכוש כמות גדולה יותר ולזכות בהנחה גדולה יותר. כשהמחירון חסוי, לקוח אינו יכול
10 כלל לשקול להעלות או להפחית את כמות המלט הנרכשת מנשר, שכן אינו יודע מהן
11 המדרגות של ההנחות, ומהו שיעור ההנחה בכל מדרגה. ההנחות ניתנו רטרואקטיבית בסוף
12 השנה, על מנת ליצור נאמנות לאורך כל השנה. ההנחות היו סובייקטיביות ומדרגות
13 ההנחות הותאמו לרכישותיהם של הלקוחות הגדולים. ההנחות בפועל נקבעו במשא ומתן
14 פרטני ולא לפי המחירון.
15
- 16 12. ההטבות שהעניקה נשר ליצרניות הגדולות לא היו הנחות כמות, שכן היו "סודיות" בעוד
17 שהנחת כמות אמיתית היא שקופה וגלויה; כמו כן, הן ניתנו לפי גמישות הביקוש של
18 הלקוחות, ולפי כוח המיקוח שלהם, ולפיכך מוציאות עצמן מהגדרת הנחות כמות; בנוסף,
19 סיטונאים ויצרני בטון שרכשו אותה כמות שילמו מחיר שונה; ועוד, בניגוד להנחת כמות
20 שבה לפירמה אין מידע מוקדם על מקבלה, לנשר היה מידע מוקדם על הלקוחות ולפיו נתנה
21 היא את ההטבות; הנחת כמות צריכה לשקף חיסכון בעלויות עקב רכישת כמות מוגדלת,
22 דבר שאינו מתקיים בענייננו. ככל שההטבות מבוססות על עלויות קבועות, הרי העלות
23 הקבועה של נשר נשארת זהה עם או בלי ההטבה, וכמו כן, העלויות הקבועות אינן ניתנות
24 לייחוס ללקוח זה או אחר, ולא ניתן לתת הטבות על בסיסן.
25
- 26 13. בענייננו התקיימו התנאים להחלת סעיף 29א(ב)(3) לחוק התחרות, שכן העסקאות שעשתה
27 נשר עם יצרניות המלט הגדולות דומות לעסקאות שנעשו על ידה עם יצרני המלט האחרים
28 (הבדלי כמויות אין משמען שהעסקאות שונות), אך נקבעו בהן תנאי התקשרות שונים
29 (ההנחות המפלות) שעשויים להעניק ללקוחות מסוימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים
30 בהם. עצם הפער במחיר מהווה יתרון בלתי הוגן, עקב התלות ההדדית בין צרכני המלט,
31 המביאה לכך שכאשר גדל חלקו בשוק של אחד מהם, בא הדבר על חשבון האחרים. יתרון
32 זה קיים גם אם היצרניות הגדולות נמנעו מגלגול ההטבה ללקוחותיהם.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1
2 14. כן התקיימו התנאים להחלת סעיף 29א(א) לחוק התחרות, שכן נשר ניצלה לרעה את
3 מעמדה בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. הפגיעה
4 האמורה מתבטאת בכך שאלמלא ההפליה שבוצעה על ידי נשר, מחיר המלט היה יורד, בין
5 אם היצרניות הגדולות לא היו נוטשות את נשר, ובין אם היו נוטשות אותה, ובכך נפגעו
6 הצרכנים של המלט ומוצריו, והיו יורדים גם מחירי מוצרי המשך של המלט, כמו מחירי
7 הבטון ומחירי הדירות והבתים בישראל.
8
9 15. נשר פנתה לרשות להגבלים עסקיים (להלן: "הרשות") כדי לקבל היתר להנחות המפלות,
10 אך היתר כזה לא ניתן, וטענת נשר כאילו ההיתר החרגי, המסויג והזמני שניתן לה ביום
11 11.3.02 (מכתבו של מר פרלמן ת/42 שנכתב בתוקף תפקידו ברשות), מהווה אישור להנחות
12 הסודיות שלה - אינה נכונה. הרשות עצמה הודיעה לנשר כי המכתב מיום 11.3.02 חסר
13 תוקף. נשר לא עדכנה את הרשות בשינויים שחלו בהנחות, והרשות לא הייתה מודעת לנושא
14 ההנחות. נשר לא קיבלה אישור רגולטורי למתן ההנחות, ואין עומדת לה הגנת סעיף 6
15 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הנזיקין").
16
17 16. נשר לא הביאה איש מהעדים הרלוונטיים לסוגיית הליבה, כשהעדה העובדתית שהובאה
18 על ידי נשר אישרה כי לא הייתה מעורבת בתחילת קביעת מדיניות ההנחות, וכי אינה יודעת
19 מי קבע את ההנחות וכיצד חושבו.
20
21 17. נשר הסתירה מסמכים רבים מאביעד בטון ומבית המשפט.
22
23 18. המומחה פרלמן שהובא על ידי נשר אינו אובייקטיבי, שכן תחילה טיפל כמשנה לממונה על
24 ההגבלים העסקיים בבקשת נשר מהרשות ליישום מדיניות ההנחות, ולאחר סיום עבודתו
25 ברשות נשכר על ידי נשר כדי לתת בדיעבד חוות דעת לסבירות ההנחות המפלות, ובכך
26 הכשיר מבחינת נשר את המשך מתן הנחות מפלות אלה.
27
28 19. הרשות פתחה בשנת 2011 בשימוע נגד נשר בעניין ההנחות ופועלן האנטי-תחרותי (להלן:
29 "השימוע"). מכתב השימוע (נספח 10 לתצהיר אביעד בטון) הוא המסמך הראשון אי פעם
30 שבו הרשות הביעה עמדה בנושא ההטבות הסודיות, ועמדתה הייתה נחרצת נגדן: ההטבות
31 הסודיות פוגעות בתחרות (ס' 2.10); מהוות תמריץ שלילי לייבוא (ס' 3.1); וביטולן נחוץ
32 למניעת פגיעה בתחרות בענף הבטון (ס' 3.2.3). בסיומו של הליך השימוע הוציאה הרשות



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיזוני:

- 1 בשנת 2014 מכתב הוראות לנשר (נספח 7 לבקשת האישור, להלן: "הוראות הממונה" או
2 "ההוראות" או "החלטת ההוראות"), במסגרתו כפה הממונה על ההגבלים העסקיים
3 (להלן: "הממונה") על נשר סעד מרחיק לכת של פירוק מבני, באופן בו הסכימה נשר למכור
4 את אחד ממפעליה (המפעל בהרטוב) על מנת שיוקם לה מתחרה, יצרן מלט מקומי נוסף.
5 רק משום כך נמנע הממונה ליתן הוראות לנשר לבטל את ההנחות על מנת למנוע פגיעה
6 בתחרות ובציבור.
7
8 20. נשר איימה על אביעד בטון איומים לא חוקיים, על מנת שתותר על התביעה.
9
10 21. טענת נשר ל"צידוק" להנחות המפלות בכך שאלמלא הנחות אלה היה נגרם לה נזק כבד של
11 התמוטטות או לפחות סגירת המפעל, אינה יכולה להתקבל. הדין הישראלי אינו מכיר
12 בצידוק למונופול לנצל את מעמדו לרעה. הצידוק הנטען לא נדון כלל על ידי נשר
13 במוסדותיה בזמן אמת, ונשר לא הציגה כל ראיה ולא עמדה בנטל להוכיח קשר סיבתי בין
14 אותו צידוק נטען לבין מדיניות ההנחות המפלות. הצידוק הנטען אינו קביל ואינו מעוגן
15 בעובדות. גם ניתוחו של הצידוק על ידי נשר שגוי וחסר בסיס, שכן היצרניות הגדולות לא
16 היו נוטשות; אילו היו נוטשות לא היו מייבאות לעצמן בלבד; נשר הייתה מתאימה את
17 תפוקתה ואת עלויותיה, כך שאין הכרח שהעלות הממוצעת לייצור טון מלט הייתה עולה;
18 עלות קבועה אינה משפיעה על המחיר אלא על הרווח; גם העלות הקבועה הממוצעת של
19 נשר הייתה עולה, נשר לא הייתה מעלה מחירים אלא מורידה אותם; לתרחיש נשר כאילו
20 במקרה הנ"ל היא תפסיד ותפשוט את הרגל אין כל בסיס.
21
22 22. על מנת לקרב את תוצאות חישוביו של פרלמן לאלה הרצויות לנשר, נוטרלו מכירות נשר
23 לרשות הפלסטינית (להלן: "הרש"פ"), למרות שבתקופה הרלוונטית הסתכמו רכישותיו
24 בסך של 21-26 אחוזים מכלל הרכישות מנשר, ולכן גם התוצאות בחישוביו של פרלמן
25 שגויות.
26
27 23. נשר ניפחה את סעיף העלויות הקבועות (לעומת המשתנות), כדי להצדיק הענקת הנחות
28 גדולות יותר ללקוחות הגדולים, ובין היתר, העמיסה את ה"רווח" כעלות קבועה, בניגוד
29 לכל היגיון חשבונאי וכלכלי.
30
31 24. תרחישיו של פרלמן להפסקת המדיניות המפלה כללו רק בחינת תרחישים של הכל או לא
32 כלום, תוך התעלמות מהאפשרות שנשר תמתן את ההנחות.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-41214 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 15-09-6298 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

1

2 25. הפליה יעילה מחייבת גידול בתפוקה המשקית, אך ההפליה שמבצעת נשר פוגענית, שכן
3 היצרניות הגדולות היו קוננות בלאו הכי, גם אלמלא ההטבות שקיבלו מנשר.

4

5

טענות נשר

6

7 26. ההנחות המותקפות בתובענות הן הנחות כמות שניתנו בידיעת הממונה, בפיקוחו
8 ובאישורו. הממונה ידע על ההנחות מראשית הדרך, ואישר אותן. מכתבו של פרלמן, ככלכלן
9 ראשי וכמשנה לממונה על הרשות, מ-11.3.02 (ת/42) הוא היתר למתן הנחות מעבר לאלו
10 הניתנות לפי צו פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים (מחירי צמנט) התשנ"ח-1988 (להלן:
11 "צו הפיקוח"), והתנאים הנזכרים בו מתייחסים להנחות דיפרנציאליות ונקודתיות, ולא
12 להנחות הכמות. ההנחות שניתנו בפועל על ידי נשר לא היו מנוגדות למצגים שהוצגו על ידי
13 נשר לממונה.

14

15 27. נקודת המוצא בשימוע שנערך לנשר הייתה שההנחות חוקיות. הממונה בחר שלא לפתוח
16 בהליך נקיטת סמכויות אכיפה כנגד הפרת חוק, אלא שקל לעשות שימוש בסמכותו לפי
17 סעיף 30 לחוק התחרות, הליך רגולטורי המאפשר לממונה הסדרת פעילות מונופולין, גם
18 כשהיא חוקית לחלוטין. הדבר מעיד על כך שמלכתחילה לא סבר הממונה שההנחות
19 הניתנות על ידי נשר אינן חוקיות.

20

21

22

23

24

25

26 28. מכלל פעולות הממונה עולה שלדידו לא נפל פגם ואין אי-חוקיות בהנחות הכמות של נשר.
27 יש להעניק משקל מכריע לעמדתו זו. לחלופין, החלטות ופעולות הממונה מקימות לנשר
28 הגנה מכוח סעיף 6 לפקודת הנוזיקין.

29

30 29. הנחות כמות הן פרקטיקה רצויה, מקובלת ופרו' תחרותית, עד כי הפיקוח על המחירים
31 חייב את נשר להעניקן ולהבחין בין לקוח הרוכש עד 1,000 טון לחודש לבין לקוח הרוכש
32 10,000 טון לחודש.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ

ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1
2 הפסיקה בישראל אישרה כי אין פסול בהנחות כמות הניתנות על יד מונופול, וגם בדין
3 האירופי, הנחות כמות מהסוג שהעניקה נשר הן חוקיות. בענף המלט הפרקטיקה של הנחות
4 כמות מקובלת ונפוצה.
5
6 הנחות הכמות הניתנות על ידי נשר הן אובייקטיביות ושוויוניות. הן ניתנות לכל לקוח סופי
7 (לא לסיטונאים) לפי היקף רכישותיו, וללא קשר לזהותו. רק הכמות קובעת. ההנחות
8 ניתנות ללקוחות בדומה לאופן שבו ניתנות ההנחות לפי צו הפיקוח (להלן: "הנחות
9 הפיקוח"). כך, חישוב הכמות הנרכשת נעשה על בסיס שנתי ובסוף השנה נערכת
10 התחשבנות, ככל שנדרש. שיעור ההנחות לא הותאם ללקוחות מסוימים. המדרג ושיעורי
11 ההנחות לא השתנו באופן משמעותי מראשית הדרך ב-2002. שינויים קלים במדרג, ככל
12 שנעשו, הוחלו על כל הלקוחות. לא חל שינוי במדרגות ההנחה הגבוהות ביותר להן זכאיות
13 היצרניות הגדולות. נשר, ככלל, לא סטתה משיעור ההנחות הקבוע במדרג.
14
15 חוות הדעת ניתנו על ידי פרלמן בתקופה הרלוונטית לבקשתה של נשר כדי לבחון את מדרג
16 ההנחות ולוודא את סבירותן. פרלמן יצא מנקודת הנחה שנשר היא מונופול עם כוח שוק
17 משמעותי ובחן את המשמעות התחרותית וההיגיון אל מול החיסכון בהוצאות קבועות.
18 מסקנתו הייתה שההנחות סבירות ביחס לתרומת הלקוחות לכיסוי עלויות קבועות.
19
20 הטענות כלפי נשר כאילו נתנה לרדימיקס ולהנסון הנחות כמות נוספות של כ-20 אחוז,
21 וכאילו העניקה הנחות שלא לפי המדרג. מדרג הנחות שונה לסיטונאים אינו מעיד על הפליה
22 לא שוויונית של המדרג, שכן הם אינם מתחרים בלקוחות קצה, ואין איסור למכור להם
23 במחיר שונה. אין הצדקה לתת לסיטונאים הנחה שווה לזו המוענקת ללקוחות הגדולים,
24 שכן הנזק מנטישת סיטונאי קטן מהנזק מנטישת יצרן בטון.
25
26 אין יסוד לטענה כאילו ההנחות צריכות לשקף חיסכון בעלויות ייצור, שיווק והפצה.
27 ההנחות משקפות יתרונות לגודל, צורך להבטיח כיסוי עלויות קבועות ואפשרות לתכנון
28 לטווח ארוך. אלה הם שיקולים עסקיים לגיטימיים.
29
30 יש לדחות את הטענות בנוגע לסודיות ההנחות, ולכך שהסודיות העניקה יתרון בלתי הוגן
31 ללקוחות שקיבלו אותן. נשר לא הסתירה את עצם העובדה שמוענקות הנחות כמות;
32 סודיות ההנחות היא נוהג מסחרי מקובל בתעשיית המלט; דווקא פרסום ההנחות עלול



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיזוני:

- 1 לפגוע בתחרות, לאפשר ללקוחות לדעת מה מבנה העלויות של מתחריהם ולהקל על תיאום
2 ביניהם, וזו גם הייתה עמדת הרשות שמעולם לא הורתה לנשר לפרסם את המדרג; לקוחות
3 ידעו היכן הם נמצאים במדרג, ואם היו פונים לנשר ומבררים איזו הנחה יקבלו אם תגדל
4 הכמות, היו מקבלים תשובה.
5
6 36. יש לדחות את הטענה כאילו נשר לא הביאה עדים רלוונטיים. נשר הביאה שלושה עדים
7 עובדתיים. הגב' אבידור (להלן: "אבידור") עובדת 25 שנה בנשר, היא משנה למנכ"ל, מסי'
8 2 בנשר, והיא הצהירה והשיבה מידיעה אישית על כל הנושאים הרלוונטיים.
9
10 37. הטענה כאילו נשר הסתירה מסמכים היא כוזבת ובלתי מבוססת. נשר "התפשטה" לחלוטין
11 בהליך וגילתה את כל המסמכים בהתאם לצווי המשפט.
12
13 38. יש לדחות את הטענה שנשר איימה על אביעד בטון. בית המשפט אסר הגשת הקלטה בעניין
14 זה כראיה, לאחר שאביעד יעיש (להלן: "יעיש") מטעם אביעד בטון הסתיר את ההקלטה
15 וגרם לכך שתצהירי גילוי המסמכים מטעם אביעד בטון יהיו שקריים. אביעד בטון לא
16 ביססה את טענת האיומים, ולכן נשר לא הייתה צריכה להביא עדים כדי לסתור אותה
17
18 39. יש לדחות את הטענות בדבר חוסר האובייקטיביות של פרלמן, שאינו מצוי בקשרי עובד-
19 מעביד עם נשר, שכר טרחתו אינו תלוי בתוצאות ההליך, והוא לא היה שותף ביצירת
20 ההנחות. פרלמן העיד מתוך מומחיותו, וחוות הדעת שלו עקביות לחוות דעת אחרות שנתן
21 בנושא הנחות הכמות.
22
23 40. באשר לעדי התובעות יש לדחות את מלוא עדות מרב בארי (להלן: "בארי") שהגישה 3 חוות
24 דעת מטעם אביעד בטון, והייתה מגויסת נגד נשר, ושללה כל אמירה שהוצעה לה, כשהיא
25 נאלצת לחזור בה לאחר מכן. בארי הייתה מוכנה לאמץ כל נתון והסבר מטעם אביעד בטון
26 מבלי לבצע בדיקות מינימליות, והרבתה להתחמק ממתן תשובות ענייניות. כמו כן, עדי
27 אביעד בטון הוכנו לחקירתם הנגדית ביחד באופן פסול, והסתירו הקלטה של עובד נשר.
28
29 41. הוכח שהנחות הכמות אינן מהוות הפליה פסולה לפי סעיף 29א(ב)(3) לחוק התחרות.
30 העסקאות אינן זומות, לאור הבדלי הכמויות העצומים ולאור מאפייני העסקאות
31 הייחודיים ללקוחות גדולים, שכן הם לקוחות עוגן המאפשרים תכנון לטווח ארוך, כיסוי
32 חלק משמעותי מהעלויות הקבועות ומיצוי כושר הייצור, עניינים קריטיים להשרדות יצרן.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-41214 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 15-09-6298 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1 ללקוחות גדולים יש גם כוח מיקוח לדרוש הנחות-כמות, שהספק נותן כדי למנוע את
2 אובדנם.
- 3 **תנאי ההתקשרות אינם שונים**, שכן ההנחות שהעניקה נשר היו אובייקטיביות ושוויוניות.
4 **לא הוכח יתרון בלתי הוגן**, שכן התובעות לא הוכיחו בראיות מהו קו הגבול ופער המחירים
5 המבדילים בין הנחה הוגנת לכזו שמקנה יתרון בלתי הוגן, וכן לא הוכיחו קשר סיבתי בין
6 ההנחות ליתרון הבלתי הוגן. אין שחר לטענת התובעות כי עצם הפער במחיר מקנה יתרון
7 בלתי הוגן.
- 8 נשר הוכיחה, בניתוח כלכלי ובהתבסס על ראיות, היעדר קשר סיבתי בין ההנחות לבין
9 מעמדן התחרותי של רדימיקס, הנסון ואביעד בטון: נתח השוק של היצרניות הגדולות לא
10 גדל כתוצאה מההנחות. כמו כן, היצרניות הגדולות נהנו מיתרונות שונים שאינם קשורים
11 להנחות (בעלות במחצבות אגרגטים ובמפעלי מוספים, טיב השירות וזמינות ואיכות
12 המוצר, פריסה גיאוגרפית ומיקום של המפעלים באזורי הביקוש, נגישות למכרזי תשתיות
13 גדולים; מבנה עלויות שונה; שילוב אנכי עם צרכן בטון). כל אלה הם יתרונות טבעיים לגודל
14 שאינם "בלתי הוגנים".
- 15 אביעד בטון זנחה את טענתה לאבדן רווחים.
16 לא הוכח יתרון עקב הפליית מחירים של היצרניות הגדולות כלפי מתחרים.
17
- 18 42. אין להחיל את סעיף 29א(ב)(3) כשלמונופולין אין אינטרס בשוק המשך, ובענייננו לנשר
19 אין אינטרס בשוק הבטון.
20
- 21 43. ההנחות אינן מפרות את סעיף 29א(א) לחוק התחרות (המצריך הוכחה של שני תנאים
22 מצטברים: "ניצול מעמד לרעה" "באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע
23 בציבור").
- 24 הנחות כמות שנותן מונופול אינן מהוות ניצול מעמד לרעה אלא חלק מתחרות לגופו של
25 עניין.
26 הוכח כי ההנחות לא פגעו ואינן עלולות לפגוע בתחרות או בציבור.
27 המציאות העכשווית מוכיחה זאת, שכן לשוק המקומי, נכנסו לשוק מספר יבואני מלט
28 חדשים ויצרן מקומי, שמתחרים בנשר, כאשר נשר מוסיפה להעניק הנחות כמות ללא שינוי.
29 לא חל כל שינוי שאיפשר כניסת מתחרים שלא הייתה אפשרית קודם לכן. אין יסוד לטענה
30 שבעבר היו מגבלות על היבוא, וגם אם היו, המגבלות לא נגרמו על ידי נשר. מכל מקום,
31 ההנחות לא מנעו יבוא.
32



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1 44. חוות הדעת של חנן שרון (להלן: "שרון") מטעם הצלחה עוסקות בנזק, ואינן יכולות להוכיח
2 חבות. הן גם הופרכו לעניין הנזק הנטען בהן.
3
- 4 45. לחלופין, ההנחות חוסות תחת דוקטרינת הצידוק העסקי, הבוחנת האם לפרקטיקה
5 שעלולה להיחשב ניצול מעמד לרעה, הייתה הצדקה כלכלית-עסקית, וככל שהתשובה
6 חיובית, קמה הגנה מפני טענת הפליית מחירים. הגנה זו הוכרה בישראל במפורש (בפרט
7 לגבי כיסוי הוצאות קבועות).
8
- 9 46. ההיגיון הכלכלי והעסקי בהנחות-הכמות הוא הכורח של נשר לשמר את לקוחותיה
10 הגדולים, לקוחות העוגן. ללא ההנחות, לקוחות העוגן היו נוטים ונטישתם פירושה גזר-
11 דין מוות לנשר. קיטון בתפוקה גורם לכך שההוצאות הקבועות צריכות להיות מחולקות על
12 פחות טונות. במפעל עם הוצאות קבועות משמעותיות, משמעות הדבר עלייה חדה בעלות
13 הייצור הממוצעת לטון. ההצדקה העסקית למתן ההנחות הוא הצורך להפעיל את אמצעי
14 הייצור שלה ביעילות, כדי להבטיח כיסוי העלויות הקבועות.
15 ללא ההנחות, יעילות נשר הייתה נפגעת, מבלי שהיה נוצר יתרון תחרותי כלשהו. מי שהיו
16 נאלצים לשאת בנטל ההוצאות הקבועות היו הלקוחות הנותרים, ואם אלה לא יכולים
17 לשאת במחיר הגבוה, נשר תפשוט רגל, דבר שיפגע בציבור ובתחרות (היעדר יצרן מקומי
18 של מוצר אסטרטגי). ההנחות אפשרו לנשר תכנון ארוך-טווח של השקעה במתקני הייצור,
19 שמירה על תפוקה גבוהה וחלוקת העלויות הקבועות על-פני כמות גדולה יותר, באופן
20 שהגדיל, ולבטח לא הקטין, את הרווחה החברתית הכוללת במשק.
21
- 22 47. החשש של הנהלת נשר בזמן-אמת היה שרדימיקס והנסון ייבאו לעצמן ולא החשש הבלתי-
23 סביר שהן ימכרו לאחרים ויהפכו לספק של מתחריהם. העובדה שרדימיקס והנסון הן
24 חברות בנות של יצרני מלט בינלאומיים (בחלק מהתקופה), אינה מבססת את ההנחה שהן
25 מעוניינות להפוך ליבואניות המתחרות בשוק המלט בישראל.
26
- 27 48. תרחישי פרלמן למקרה בו לא יינתנו עוד ההנחות על ידי נשר היו ריאליים ומבוססים.
28 התובעות לא התמודדו עם החישובים, המראים שאם נשר לא תעלה מחירים, היא תקרוס.
29 הטענה שנשר תוכל להתייעל ולהימנע מהפסדים, נטענה כספקולציה ואין לה היתכנות
30 בתעשייה שמבוססת על כבשן שפועל בטמפרטורה קבועה 24/7.
31



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1 פרלמן לא היה צריך להתחשב בצריכת הרש"פ, אשר נשר ראו בה שוק עוֹדְפִים, ולכן קיים
2 הגיון כלכלי להקצות את כלל העלויות הקבועות לשוק המקומי. בנוסף, פרלמן ערך בדיקות
3 רגישות, במסגרתן חושב, בין היתר, הגידול בעלות לטון במקרה שהעלויות הקבועות
4 מתחלקות על הצריכה הכוללת את הרש"פ, וניתן לראות שלא חל שינוי משמעותי
5 בתוצאות.
- 6
- 7 50. סיווג העלויות בנשר נעשה בהתאם לעובדות ולמקובל בתעשייה, ואין שחר לטענות
8 שהושמעו נגד סיווג זה. חוות דעת רו"ח עליזה שרון (להלן: "רו"ח שרון") מטעם אביעד
9 בטון בסוגיית העלויות נזנחה בסיכומים, וגם הופרכה לגופה.
- 10
- 11 51. התייחסותו של פרלמן לעלויות הקבועות ככוללות את עלות ההון (הרווח) ראויה ונכונה.
12 הסיבה לכך היא שנשר חייבת לכסות את עלות ההון (בתוספת תשואה ראויה). כפי שהמחיר
13 המפוקח מביא לידי ביטוי בחישובים אלה את הרווח כעלות קבועה, כך יש לראות ברווח
14 כעלות קבועה גם כשבוחנים האם המחיר ללקוחות הגדולים (כולל ההנחה) מכסה את
15 העלויות הקבועות, ובכמה יעלו העלויות הקבועות הממוצעות אם הלקוחות הגדולים
16 ינטשו.
- 17
- 18 52. פרלמן ערך את התרחישים לאחר שהתבקש על-ידי בית-המשפט לבחון את השפעת המכירה
19 במחיר אחיד (רדימיקס) לכלל הלקוחות על תוצאותיה הכספיות של נשר. במסגרת זו
20 פרלמן בדק מהו ה-WACC (מחיר ההון המשוקלל), מהי התשואה להון (בשני התרחישים)
21 ומה היחס ביניהם. חוות דעת מופקדי מטעם אביעד בטון התייחסה רק לסוגיה זו, ויצאה
22 נגד כל תג ותג בחישוב פרלמן את ה-WACC, אך בסיכומי אביעד בטון נותרו שתי טענות:
23 האחת, שיטת ה-WACC "אינה רלוונטית למקרה שמונופול מתכנן את צעדיו"; השנייה:
24 פרלמן כלל בנכסי ההון הפעיל נכסים שאינם משמשים לייצור מלט. יש לדחות שתי טענות
25 אלה.
- 26 הטענה הראשונה כבושה והועלתה לראשונה בסיכומים. בחוות דעת מופקדי נטען בדיוק
27 ההיפך.
- 28 גם דין הטענה השנייה (לגבי נכסי ההון הפעיל) – דחיה.
- 29



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

29

30

31

32

טענות אביעד בטון והצלחה בסיכומי התשובה

53. אין זה נכון שאיסור ההפליה אינו חל מקום בו נרכשות כמויות שונות. על ההנחות לשקף מאפיין אובייקטיבי כחיסכון בעלויות הנובע מאספקה ללקוח אחד על פני לקוח אחר. בכל מקרה, טענת נשר כאילו הנחותיה היו הנחות כמות פשוטות נסתרת על ידי היחס השונה לסיטונאים. תירוצי נשר לאבחון סיטונאים מיצרנים הקונים אותה כמות, רק מחזקים את המסקנה שלא "רק הכמות קובעת", כטענת נשר.

54. טענת נשר כי אין לה אינטרס בשוק הבטון (שוק ההמשך) ולכן סעיף 29א(ב)(3) אינו חל, חסרת תימוכין ונסתרת מלשון הסעיף, העוסקת בבירור בשוק ההמשך. כמו כן, מונופולין יכול לנצל את מעמדו לרעה גם ללא אינטרס בשוק ההמשך. בנוסף, לנשר יש אינטרס בשוק הבטון הנובע מהתלות ההדדית בביקושים של צרכני מלט. נשר מעוניינת בהפרד ומשול. לנשר יש אינטרס שרדימיקס והנסון יקבלו את ליטרת הבשר שלהן ולא ייבאו מלט, ושלנשר ייוותרו די לקוחות קטנים שאותם ניתן להפלות.

55. אין בסיכומי נשר מענה לקושי העצום הטמון ברטרואקטיביות ההנחות שהנהיגה, בניגוד למצג שהציגה לרשות, דבר שגרם להפליה מהותית כבר מהטון הראשון, תוך הפרה בוטה של צו הפיקוח.

56. ההטבות הסודיות אינן הנחת כמות כנה. בניגוד לטענת נשר, אין קביעה בדין הישראלי שהנחות כמות הן חוקיות. רק הנחות כמות המבוססות על חיסכון באספקת הכמות המוגדלת, שכלכלית אינן הפליה, נחשבות לחוקיות. גם הדין האירופי דורש שהנחת כמות תתבסס על אותו חיסכון שנובע מאספקת הכמות המוגדלת. נשר מודה שההטבות הסודיות חורגות מהחיסכון באספקת הכמות המוגדלת, ודי בכך כדי לדחות את טענת נשר לגיטימיות של ההפליה.

57. נשר טוענת כי יעילות ההפליה נמדדת בהגדלת תפוקת היצרן המקומי (ולא הצריכה המצרפית שכוללת יבוא), אך זו טעות, שכן המדד ליעילות ההפליה אינו התועלת ליצרן (נשר), אלא לצרכן. הפליה שמסכלת יבוא זול פוגעת בצייבור, ומהווה דוגמא להפליה בלתי-יעילה שאותה אוסרים דיני התחרות, אף אם חסימת היבוא טובה לנשר.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1
2 58. אין הפליה יעילה שאינה מגדילת תפוקה. ההטבות הסודיות אינן יעילות, אלא ניצול מעמד
3 לרעה. מחיר אחיד היה בהכרח מביא להוזלת המלט, בין אם רדימיקס והנסון היו נותרות
4 לקוחות נשר, ובין אם נוטשות. בשני המקרים התפוקה המצרפית הייתה גדלה והמחירים
5 היו יורדים, בהתאם למודל שהציגה הצלחה, לקביעת הממונה, למציאות ולספרות.
6
7 59. הדיון בסיכומי נשר ברווחיות אביעד בטון אינו רלוונטי לשלב החבות.
8
9 60. בארי ניתחה את ההשפעה השלילית המשמעותית של ההנחות לאורך השנים. טענותיה לא
10 נסתרו ונשר נמנעה מלחקור אותה גם בעניין זה.
11
12 61. בניגוד לטענת נשר, ההלכה קבעה כי גם פער קטן במחיר תשומה בין מתחרים מקנה יתרון
13 לא הוגן. הטבה של עשרות % לטון לבטח מעניקה יתרון לא הוגן.
14
15 62. נשר לא פעלה לפי הרשאה חוקית, ואין היא חסינה מתביעת ניזוקי הפרת החוק על ידי נשר.
16 אלמלא נשר הפרה את החוק הממונה לא היה מוסמך לתת לה הוראות, שתנאי להן הוא
17 שההטבות הסודיות פגעו או הקימו חשש לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור. הרשות
18 לא אישרה את כשרות ההנחות המפללות. הפשרה אליה הגיעה עם נשר (מכירת המפעל בהר
19 טוב) בלא למנוע את הפרקטיקה הבלתי חוקית, נעשתה על מנת להגיע להישגים אחרים
20 שהרשות סברה שיכולים לנטרל את השפעת הפרקטיקה. הממונה סבר כי מכירת הרטוב
21 תתמרץ תחרות, ותרפא את הפגיעה התחרותית. מההפליה, אלא שהרטוב פעל בטכנולוגיה
22 מיושנת, וסברת הממונה נכזבה. אלמלא מכירת הרטוב, הממונה התכוון להגביל את
23 ההטבות הסודיות כדי 4% (פרשנות נשר כי הממונה העניק לה הנחה נוספת של 4% נדונה
24 לדחייה). הפשרה שהושגה עם הממונה אינה מונעת אכיפה פרטית, היא אינה אישור לפי
25 סעיף 6 לפקודת הניזקין, ואי-העמדה לדין על-ידי הרשות אינה מלמדת על היעדר אחריות,
26 ובוודאי שאינה מעניקה תעודת הכשר.
27
28 63. טענת נשר כי הביאה שלושה עדים עובדתיים ובכך פרשה את מלוא התמונה העובדתית בפני
29 בית המשפט אינה נכונה. שניים מהשלושה זומנו חרף התנגדות נשר, והעדה השלישית,
30 העדה העובדתית היחידה (אבידור), נעדרה כל ידיעה אישית על סוגיות הליבה בתיק. נשר
31 נמנעה מלהביא עדים שלקחו חלק בהחלטות על שיעור ההנחות, ולא הציגה כל תשתית
32 עובדתית לגבי ה"צידוק" הנטען על ידה למתן ההנחות. לפיכך, חוות הדעת של פרלמן אינן



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיזוני:

- 1 קבילות, שכן היה עליו להתבסס על עובדות ולא לייצרן. נשר טענה שחלק מהנחותיה היו
2 סבירות, אך סבירות יש לבסס בעדויות מכלי ראשון, שהם מקבלי ההחלטות שיעמדו
3 במבחן החקירה הנגדית, אך נשר לא עשתה כן. בנוסף, על פי הדין האירופי יש להראות כי
4 העובדות המבססות את הצידוק הנטען נלקחו בחשבון על ידי החברה בזמן אמת, אך
5 עובדות בעניין זה לא הוצגו ולא הוכחו כדין.
6
- 7 64. בנוסף, באשר לצידוק העסקי הנטען על ידי נשר, סעיף 29א(ב)(3) מקים חזקה חלוטה לניצול
8 המעמד לרעה, והוכחת יסודותיו אינה מאפשרת כל הגנה "חיזונית" לו. בנוסף, הן בארה"ב
9 והן באירופה, צידוק אפשרי רק כשהוא משפר את רווחת הצרכן (ארה"ב) או כאשר
10 ההתנהגויות המסוימות פועלות אובייקטיבית לטובת הצרכנים ולא לטובת המונופול
11 (אירופה). נשר זנחה את טענת הטבת מצב הצרכנים, ובכך הודתה שאין צידוק לטובת
12 הצרכנים, אלא שמדובר בדרך שנועדה להעשיר את כיסיה.
13
- 14 65. נשר מבקשת הכרה בצידוק לשמירת מעמדה ורווחיה, אך מונופול אינו רשאי ליצור נחיתות
15 תחרותית לחלק מלקוחותיו כדי למנוע פגיעה במונופול וברווחיותו. נשר מודה למעשה
16 שהנחות ניתנו בשיעור שנועד למנוע כל שינוי ברווחיותה, ושההפליה לא נועדה למנוע
17 קריסה, אלא להבטיח המשך רווח מונופוליסטי תוך שימור מפעל לא יעיל, על חשבון חלק
18 מלקוחותיה.
19
- 20 66. הנחת היסוד של נשר ושל פרלמן היא שנשר רק יכולה להשוות הנחות לאלה של רדימיקס
21 ושל הנסון (אין מצב ביניים), אך המציאות אינה בינארית, ורק בסיכומיה הודתה נשר
22 לראשונה שיש אפשרויות אחרות. כמו כן, רק בסיכומיה הודתה נשר לראשונה שגם אם
23 רדימיקס והנסון יעזבו, יש אפשרויות אחרות (מלבד העלאת המחיר ב-44% לכל יתר
24 הלקוחות, כמו העלאה חלקית של המחיר). אי ציון אפשרות זו בתרחישי פרלמן שומט את
25 תקפותם.
26
- 27 67. חישובי נשר היו מוטעים ומניפולטיביים. כך, פרלמן הודה שאי הכללת הרש"פ משנה את
28 ההנחה המירבית "הסבירה" ב-5%; הכללת הרווח בעלויות; הכללת נכסים לא פעילים
29 ב"הון פעיל".
30
- 31 68. נשר כשלה לעמוד אפילו בצידוק שלה, והעניקה הנחות שחרגו מעל הטווח שקבע פרלמן.
32



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיזוני:

- 1 69. נשר נמנעה מהתמודדות עם ליבת חוות הדעת של בארי, כשנמנעה לחקור אותה לגבי
2 נושאים מהותיים שונים שנכללו בחוות הדעת.
3
4 70. טענת נשר כי הרשות ידעה על ההטבות הסודיות ואישרה אותן אינה נכונה.
5 טענת נשר כי שיעורי ההנחות לא השתנו באופן משמעותי מ-2002 היא טענה מטעה, שכן
6 הם עלו מכ-13 ₪ לטון בשנת 2002 לכמעט 50 ₪ לטון בשנים 2014-2018.
7
8 71. פרלמן כבול לעצותיו, ומגן עליהן בכל מחיר; הוא אינו עובד של נשר, אך יש לו עניין ישיר,
9 אם כי לא כספי, בתוצאות המשפט, ולכן לחוות דעתו ולעדויותו משקל נמוך, אם בכלל.
10
11 72. בניגוד לטענת נשר, הרשות שמעה לראשונה על ההטבות הסודיות רק בשנת 2008, מצאה
12 בהן פגם, ולכן ניהלה מאז בדיקה ארוכה שהסתיימה ב-2012 במכתב השימוע, בו קבעה
13 שההטבות הסודיות פוגעות בתחרות.
14
15 73. התובענה לא התמקדה בעילת מחיר לא הוגן לפי ס'29א(ב)(1), אלא בהפליה לפי סעיפים
16 29א(ב)(3) ו-29א(א), שלגביה נקבע במפורש שאין דרישה להראות שהמונופולין מוכר מתחת
17 לעלויות. לכן, לא היה צורך להראות שנשר תמחרה מתחת לעלויותיה במטרה לסלק
18 מתחרה יעיל באותה מידה.
19
20 74. נשר טענה שההפליה לא מנעה יבוא ושאין קשר סיבתי בין ההטבות הסודיות ליבוא, אך
21 היא מושתקת מלהעלות טענות אלה, שכן קו הגנתה מבוסס כולו על הטענה שללא הפליה
22 רדימיקס והנסון היו נוטשות את נשר ומתחילות לייבא.
23

האסמכתאות הנוספות שהוגשו לאחר הסיכומים וטענות הצדדים ביחס אליהן

- 24
25
26 75. לאחר שהוגשו הסיכומים הוגשו שלוש בקשות להגשת מסמכים שונים. לבקשות אלה לא
27 הייתה התנגדות, והצדדים טענו את טענותיהם באשר לאותם מסמכים במסגרת טענותיהם
28 לגוף הבקשה. להלן נפרט את המסמכים שהתקבלו ואת הטענות שנטענו לגביהם.
29

א. ביטול הכרזתה של נשר כבעל מונופולין

- 30
31
32 76. מועד ביטול ההכרזה – 2.9.20, בהחלטה מנומקת של הממונה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

1 בין הקביעות שבהחלטה על ביטול ההכרזה:
2 חלקה של נשר ירד מתחת ל-50% במהלך 2019, והמגמה נמשכת.
3 בין 2014 ל-2019 ירדו מחירי המלט ב-20%, וכמויות המלט הנצרכות בישראל עלו ב-20%.
4 קיים יבוא של מלט מטורקיה, יון, ירדן, קפריסין
5 כמו כן, יש שני מפעלים בישראל שטוחנים קלינקר, ומוכרים מלט (מתחרים של נשר).
6 נשר איבדה כוח שוק. לקוחות רבים עזבו אותה, הורידה מחירים, הוסרו מגבלות שהיו
7 קיימות על יבוא מלט, הוסרו חסמי כניסה, ולא הוטלו היטלי היצף.

טענות נשר

10
11 77. ביטול ההכרזה מוכיח שהנחות הכמות של נשר לא הדירו איש מהשוק, לא מנעו תחרות,
12 ובפרט לא מנעו תחרות מיבוא בהיקפים משמעותיים (הנסון, שנהנתה מהנחות-כמות
13 בשיעור גבוה והמשיכה להיות זכאית להן, בחרה לעבור ליבוא).

טענות אביעד בטון

16
17 78. החלטת הממונה שומטת את הקרקע מתחת לצידוק היחיד של נשר למשטר ההנחות, דהיינו
18 כאילו נטישת הלקוחות וצניחה בנתח השוק שלה ייאצו את נשר להעלות מחירים
19 ללקוחותיה הנותרים. המציאות המתוארת בהחלטת הממונה היא שכניסת תחרות לשוק
20 המלט ואיבוד נתח שוק משמעותי אילצו את נשר להוריד מחירים, ואף בשיעור משמעותי,
21 ולא להעלותם.
22 הטעם האמיתי להפליה בהנחות הכמות היה ניסיון לבצר את המעמד המונופוליסטי של
23 נשר ולמנוע הורדת מחירים.
24 יש לדחות את טענת נשר שההחלטה מוכיחה שאפליית המחיר על ידה לא מנעה תחרות
25 מיבוא, שכן התחרות מיבוא התאפשרה בזכות תשתיות חדשות שהוקמו ליבוא מלט,
26 והסרת חסמי הכניסה ליבוא מלט שאירעה לאחר תקופת התביעה (בשנים האחרונות),
27 והיא אפשרה לפתוח את השוק לתחרות.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

1

2

טענות הצלחה

3

4 79. המשמעות האופרטיבית היחידה של ביטול הכרזת נשר כמונופול היא התייתרות הסעד

5 העתידי (סומן בבקשת האישור באות ז') ליתן צו האוסר על נשר להמשיך ולנצל לרעה את

6 כוחה המונופוליסטי.

7 התברר שנשר לא מעלה מחירים לפי תסריט האימה שלה אלא מורידה אותם, כלומר,

8 מפשילה שרוולים, מתחרה ומתמודדת, ואינה קורסת. כך צפה הממונה וכך צופה

9 התיאוריה הכלכלית.

10 הודעת ביטול ההכרזה מדגישה את ניצול המעמד לרעה של נשר בטרם קמו התשתיות

11 החדשות ליבוא מלט לישראל, ומבליטה את העובדה שהפליית המחירים שללה

12 מרדימיקס והנסון את התמריץ לייבא מלט.

13

14

תשובת נשר

15

16 80. הצלחה הכניסה עובדות להודעתה. לא ניתן לעשות זאת. אין שום ראיה בפני בית המשפט

17 כיצד נשר מתמודדת עם המצב, והאם היא נמצאת בסכנת קריסה או לא. הטענה שתשתיות

18 היבוא לא היו רלוונטיות בשנות התביעה וכי לא היו יכולות לקום בעבר, אינה מוכחת.

19 פרלמן טען כי קיימים שני תרחישים לנטישת לקוחות (רדימיקס והנסון), העלאת מחירים

20 או מעבר להפסד, ולא רק העלאת מחירים.

21

22

ב. רע"א 3336/22 יורו מחלבות אירופה בע"מ נ' סבטוב

23

24 81. ההחלטה הנ"ל ניתנה על ידי בית המשפט העליון ב-12.9.22 ועסקה בסוגיה של גילוי

25 מסמכים בתביעה ייצוגית. הבקשה להגיש החלטה זו כאסמכתא הוגשה על ידי הצלחה.

26

27

טענות הצלחה

28

29 82. בהחלטה נקבע בניגוד לטענותיה של נשר, כי עצם קיומה של רגולציה בתחום מסוים אינה

30 שוללת כשלעצמה אפשרות קיומו של הליך ייצוגי. כן נקבע כי הליכי פיקוח שלטוניים לא

31 נועדו לחסום אפשרות להגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית. גם אם רגולטור פועל נגד



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיזוני:

1 הגוף המפוקח, הדבר אינו מביא מזוור וסעד לצרכן שנפגע מהפרת הדין, וגם מטעם זה אין
2 באכיפה מנהלית כדי לחסום הליך ייצוגי.

טענות נשר

3
4
5
6 83. לשיטת הצלחה, האסמכתא עוסקת בתנאים לאישור תביעה כייצוגית, אך לפי ההסדר
7 הדיוני לא יידונו בשלב זה תנאים אלה. בנוסף, טענות נשר סולפו. נשר לא טענה מעולם כי
8 באופן עקרוני לא ניתן לנהל נגדה תובענה ייצוגית בתחומים בהם הייתה נתונה לפיקוח
9 הרגולציה. בנוסף, הנסיבות מושא החלטה הנ"ל שונות לחלוטין מנסיבות המקרה הנדון
10 בתביעה הנוכחית, והיא אינה רלוונטית לענייננו. ועוד, מדובר בבקשת רשות ערעור על
11 החלטה בנושא גילוי מסמכים, והתייחסות ערכאת הערעור לשאלה שזכרה לעיל נעשתה
12 למעלה מן הצורך, כאמרת אגב.

ג. ע"א 8387-20 חברת נמל אשדוד נ' הממונה על התחרות

13
14
15
16 84. פסק דין מקיף זה (להלן: "עניין חברת נמל אשדוד") ניתן על ידי בית המשפט העליון
17 ביום 8.1.24, והוא עסק בערעורה של חברת נמל אשדוד על פסק דינו של בית הדין
18 לתחרות שדחה בעיקרו עררים שלה ושל נושאי משרה בה, על החלטת הממונה
19 להטיל עליהם עיצומים כספיים. העיצומים הכספיים הוטלו בעקבות הכרזת הממונה
20 על חברת נמל אשדוד כבעלת מונופולין בשלושה קווי ספנות, אשר כל אחד מהם מהווה שוק
21 נפרד בתחום פריקת הרכבים המיובאים לישראל מאירופה ומארה"ב, וקביעת הממונה כי
22 היא ניצלה לרעה את מעמדה בשלושת השווקים הללו בכך שאימצה מדיניות הנחות
23 העלולה להפחית את התחרות.

24
25 85. נוכח היקפו ועומקו של פסק הדין בעניין חברת נמל אשדוד, כולל הוא קביעות שונות, שיש
26 בהן כדי להשליך על ענייננו (גם כאשר מדיניות ההנחות שנדונה שם אינה זהה ואינה דומה
27 לזו שנקבעה על ידי נשר).

28 כל אחד מהצדדים ביקש למצוא בפסק הדין את הקביעות ואת האמירות הנוחות לו, והם
29 פירטו את טענותיהם בעניין זה במסגרת הבקשה שהוגשה לצירוף פסק הדין כאסמכתא
30 בתיק זה.

31 לא אפרט כאן את טענות הצדדים בעניין זה, אלא אדון בהן במסגרת הדיון שיתקיים
32 בהשלכות אותו פסק דין על ענייננו.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1

2

דיון והכרעה

3

4

מהלך הדיון

5

6

86. סדר הדיון יהיה כדלקמן: תחילה, תוצג תכלית חוק התחרות הכלכלית, תוך התייחסות להוראות החלות על בעל מונופולין. בהמשך, נתמקד בהוראות סעיף 29א לחוק התחרות הכלכלית, ובשתי החלופות שאביעד בטון והצלחה התבססו עליהן, לרבות בטענתה של נשר כי על פי הקביעות בפסק הדין בעניין חברת נמל אשדוד, החזקה הקבועה בסעיף 29א(ב)(3) אינה רלוונטית לענייננו. לאחר מכן נבחן את החלופות הנ"ל ואת הדין החל לגביהן, ובהמשך ניישם דין זה על ענייננו. לסיום נבחן את טענות ההגנה של נשר המבוססת על ההוראות המוסכמות שניתנו בעניינה על ידי הממונה ועל הוראות סעיף 6 לפקודת הנוזיקין.

13

14

87. עוד אציין כי נוכח היקף התיק והיקף הטענות שהועלו בו, לא תידון כאן כל טענה וטענה, ואף לא יידונו כל חוות הדעת שהוגשו בתיק, שלא כולן נדרשות לצורך הכרעה בו. מכל מקום, לא היה בטענות או בחוות דעת שאינן נדונות בהחלטה זו כדי לשנות את ההכרעה בתיקים שבכותרת.

17

18

19

תכלית הוראות חוק התחרות הכלכלית

20

21

88. נביא בעניין זה את דבריו הנכוחים של כב' השופט גרוסקופף בפסק הדין בעניין חברת נמל אשדוד (שם, פסקה 49):

22

23

24

25

26

27

28

29

30

31

"חוק התחרות הכלכלית הוא חוק צרכני במהותו. תכליתו היא להגן על הציבור מפני פרקטיקות עסקיות הפוגעות ביעד של השאת הרווחה החברתית. הכלי העיקרי להגשמת תכלית זו הוא שימור וקידום התחרות החופשית במשק, וזאת על בסיס התפיסה כי תחרות משוכללת היא זו שתביא להשאת הרווחה החברתית. ההבנה היא כי תחרות חופשית מקדמת יעילות בהקצאה, בניצול ובפיתוח משאבים, וכן יוצרת תמריצים להתייעלות, פיתוח וחדשנות, אשר מפחיתים את עלויות הייצור. כפועל יוצא, התועלת החברתית המצרפית גדלה ומצבם של הצרכנים טוב יותר – בין היתר,



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

1 באמצעות הפחתת מחירים, לצד הגדלת מגוון המוצרים ושיפור איכות המוצר
2 או השירות המסופק לצרכנים".
3

4 89. השופט גרוסקופף הוסיף כי הגם שהוראות החוק שמות דגש נרחב על המונח "תחרות",
5 שימור וקידום התחרות החופשית הם רק כלי להשגת היעד של השאת הרווחה החברתית
6 המצרפית, ואינם מהווים מטרה בפני עצמה. לכן כוללים דיני התחרות הכלכלית גם
7 התייחסות לפרקטיקות עסקיות הגורמות נזק לרווחת הציבור שלא על דרך של פגיעה
8 בתחרות.
9

10 90. עוד הוסיף כב' השופט גרוסקופף כי חוק התחרות הכלכלית מקנה לרשות התחרות ולבתי
11 המשפט כלים המאפשרים להתמודד עם פרקטיקות עסקיות הפוגעות ברווחה החברתית,
12 וככלל, "מזובר בכלים שנועדו להגן מפני פרקטיקות שיוצרות מכשולים לקיומה של
13 תחרות חופשית, ובראשן הסדרים שיש בהם כדי להביא לריכוזיות יתר בשוק מסוים"
14 (שם, פסקה 50).
15

בעל מונופולין

16
17
18 91. עניינו מתמקד באיסורים ובהגבלות המוטלים על פעילותו של בעל מונופולין.
19 ודוק: הדין בישראל אינו אוסר קיומו של מונופול. לעתים, כוחות השוק אינם מצליחים
20 לשנות את עובדת קיומו של המונופול, ולעתים קיומו נגזר מתנאי השוק (חסמי כניסה
21 גבוהים במיוחד) או מהסדרים משפטיים (למשל, פטנט או זיכיון)
22 גם לבעל מונופולין יש זכות לנהל את ענייניו כהבנתו, אך בשל החשש כי ריכוז משמעותי
23 של נתח שוק או כוח שוק בידי גוף אחד עלול להביא לפגיעה אפשרית בתחרות או בציבור,
24 קבע המחוקק הישראלי כללי התנהגות אשר יחולו על בעל מונופולין, במטרה לפקח על
25 פעילותו ולהבטיח כי לא ישתמש בכוחו ובמעמדו בשוק באופן שיפגע יתר על המידה ברווחה
26 החברתית, דהיינו מוטלת עליו אחריות מיוחדת [(מוני' (י-ם) 1/93 הממונה על ההגבלים
27 העסקיים נ' חברת דובק בע"מ עמ' 11, 36, 38 (17.1.95) (להלן: "עניין דובק"); עניין חברת
28 נמל אשדוד פסקה 51].
29



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1

2

3

ניצול מעמד לרעה

4

92. האיסורים וההגבלות המוטלים על פעילותו של בעל מונופולין, מוסדרים בפרק ד' לחוק התחרות, ואנו נתמקד בהוראות העוסקות בניצול מעמד לרעה. בדברי ההסבר להוספת סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים, כשמו דאז, צוין כי "אינטרס הציבור מחייב ריסון ותיעול עוצמת בעל המונופולין", וכי הניסיון שהצטבר מאז חוק החוק מלמד כי הכלים הקיימים בו שמטרתם לוודא כי בעל המונופולין לא ינצל את מעמדו לרעה, אינם יעילים דיים. לכן הומלץ לאמץ את תכנית הפיקוח הקבועה בדיני הקהילה האירופית המשותפת, בסעיף 86 של אמנת רומא (קודמו של סעיף 102 לאמנת ליסבון), ולהגדיר באופן ברור את כפיפות בעל המונופולין להתנהגות המותרת [הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1995, ה"ח 2446, עמ' 228 (14.11.95)].

13

יצוין כי סעיף 29 לחוק התחרות מבוסס באופן מוצהר, כנזכר לעיל, על הוראות סעיף 86 לאמנת רומא, קודמו של הסעיף הרלוונטי הנוכחי, סעיף 102 לאמנת ליסבון, ולכן זהים פרטיו לפרטי סעיף 102 הנ"ל.

16

17

93. סעיף 29א(א) בחוק התחרות קובע את האיסור הכללי על ניצול מעמד לרעה כדלקמן:

18

19

"בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את

20

התחרות בעסקים או לפגוע בציבור".

21

22

94. בצד האיסור הכללי נקבעו בסעיף 29א(ב) לחוק התחרות 4 התנהגויות ופעולות של בעל מונופולין, המקימות חזקה כי ניצל את מעמדו לרעה, באופן הנזכר בסעיף 29א(א) לעיל. החזקה הרלוונטית לענייננו היא החזקה השלישית, הקבועה בסעיף 29א(ב)(3) כדלקמן:

24

25

"29א(ב) יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול

26

להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים

27

האלה:

28

(1) ...

29

(2) ...

30

(3) קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק

31

ללקוחות או לספקים מסויימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם;

32



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ

ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1 (4) ...

2

3 95. אביעד בטון והצלחה מבססות את טענותיהן, הן על האיסור הכללי שבסעיף 29א(א) שבחוק
4 התחרות והן על החזקה הקבועה בסעיף 29א(ב)(3), ולשיטתן, כל אחד מהסעיפים הנ"ל
5 בנפרד (ושניהם ביחד) מקים עילה קונקרטית נגד נשר, ומחייב הכרעה לטובתן בשלב דיוני
6 זה של ההליך.

7

8

האם יש תחולה בענייננו לסעיף 29א(ב)(3) לחוק התחרות?

9

10 96. נשר טוענת כטענה מקדמית, כי אין בענייננו תחולה לסעיף 29א(ב)(3) שבחוק התחרות, ולכן
11 אין צורך לבחון את הוראותיו לגופן.

12 טענה זו לא נטענה על ידי נשר בסיכומיה, אלא רק במסגרת הבקשה להגשת פסק הדין
13 בעניין חברת נמל אשדוד, שכן, את טיעונה זה מבססת נשר על פסק הדין הנ"ל.

14 לטענתה, נקבע בפסק הדין כי מתן הנחות כלשהן (לאו דווקא הנחות כמות) אינו פרקטיקה
15 המקימה את אחת מחזקות ניצול מעמד לרעה הקבועות בסעיף 29א(ב) לחוק התחרות, ולכן
16 המסגרת המשפטית לבחינת הפרקטיקה של מתן הנחות על ידי מונופולין היא סעיף 29א(א)
17 לחוק האמור והמבחנים הקבועים בו בלבד.

18

19 97. אין בידי לקבל את טענתה זו של נשר.

20

21 98. אמנם, בראשית סעיף 106 לפסק הדין בעניין חברת נמל אשדוד קבע השופט גרוסקופף כי
22 המסגרת המשפטית לבחינת הפרקטיקה של מתן הנחות על ידי בעל מונופולין היא סעיף
23 29א(א) לחוק התחרות הקובע את האיסור **הכללי** על ניצול מעמד לרעה, והוסיף כי מכלל
24 ההן נלמד גם הלאו, דהיינו שהפרקטיקה מושא אותו דיון איננה אחת מהפרקטיקות
25 הספציפיות המקימות חזקה של ניצול מעמד לרעה הקבועות בסעיף 29א(ב) לחוק התחרות.
26 עם זאת, סייג השופט גרוסקופף את דבריו אלה והוסיף בסוגריים את המשפט "**בהיעדר**
27 **טענה לתמחור מפלה לפי סעיף 29א(ב)(3) לחוק**". ומכלל הלאו של המשפט שבסוגריים
28 ניתן ללמוד גם על ההן, דהיינו מקום בו קיימת טענה לתמחור מפלה לפי סעיף 29א(ב)(3),
29 יהא מקום לבדוק טענה זו גם לפי אמות המידה להקמת החזקה הקבועה באותו סעיף.

30

31 99. חיזוק לאמור לעיל קיים גם בהערה שבסוף סעיף 62 לפסק הדין הנ"ל שם נכתב כך:

32



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1 "קושי אחר העשוי להתעורר בקשר למתן הנחות על ידי בעל מונופולין נוגע
2 להפליה בין ספקים או לקוחות, באופן העלול להביא לפגיעה בתחרות בשוק
3 בו פועלים הספקים או הלקוחות (וראו סעיף 29א(ב)(3) לחוק התחרות).
4 בעניין שלפנינו לא נטען כי הפרקטיקה הייתה פסולה מהיבט זה, ועל כן הוא
5 נזכר בהמשך הדברים רק בשולי הדיון, בהיותו משיק לקושי של הדרת
6 מתחרים בו מתמקד דיונונו" (ההדגשה אינה במקור).

7
8 אף מהערה זו ניתן ללמוד כי מקום בו נבחנות הנחות הניתנות על ידי בעל מונופולין ונטען
9 להפליה בין ספקים או לקוחות באופן העלול להביא לפגיעה בתחרות בשוק בו הם פועלים,
10 ולהתקיימות התנאים הקבועים בסעיף 29א(ב)(3) לחוק התחרות, יש לבחון האם מתקיימת
11 החזקה הקבועה באותו סעיף.

12
13 100. סעיף 29א(ב)(3) נמצא, אפוא, בהחלט על הפרק בענייננו.
14 עתה נפנה לשאלה האם החזקות הקבועות בסעיף 29א(ב) לחוק התחרות, ובכללן זו הקבועה
15 בסעיף 29א(ב)(3) הרלוונטית לענייננו, הן חזקות חלוטות, או שמא מדובר בחזקות הניתנות
16 לסתירה.

17 האם החזקות שבסעיף 29א(ב) לחוק התחרות הן חזקות חלוטות

18
19
20 101. הדיון בסוגיה הנ"ל יהיה קצר, מאחר שנשר לא חלקה על טענות אביעד בטון והצלחה
21 בסיכומיהן כי החזקה שבסעיף 29א(ב)(3) היא חזקה חלוטה.

22
23 102. מאחר שהסוגיה הוזכרה על ידי השופט גרוסקופף והשופטת ברון בפסק הדין בעניין חברת
24 נמל אשדוד (אך לא נדונה שם לגופה, מכיוון שלא היה צורך בכך), אחזור רק על עיקרי
25 דבריהם, כי בית הדין לתחרות הכיר בחזקות שבסעיף 29א(ב) כחזקות חלוטות, כי מפסקי
26 דין של בית המשפט העליון שניתנו בעת האחרונה עלתה הכרה בכך שאכן מדובר
27 בחזקות חלוטות, וכי היו מי שיצאו נגד קביעה זו.

28
29 103. נוכח האמור בסעיפים הקודמים, מקובל עלי כי החזקה שבסעיף 29א(ב)(3) היא חזקה
30 חלוטה.

31



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1

2

מה משמעות היות החזקה שבסעיף 29א(ב)(3) חלוטה

3

4 104. בעוד שבסעיף האיסור הכללי 29א(א) לחוק התחרות נדרש התובע להוכיח ניצול מעמד
5 לרעה על ידי מונופול, וכן כי ניצול לרעה זה עלול להביא לתוצאה של הפחתת התחרות
6 בעסקים או לפגיעה בציבור, פוטרת אותו החזקה הקבועה בסעיף 29א(ב)(3) לחוק האמור
7 מלהוכיח הן את ניצול המעמד לרעה והן את התוצאה הפוטנציאלית שעלולה לקרות עקב
8 כך, שכן די בהתקיימות תנאי הסעיף, על מנת להקים חזקה כי התקיים האמור לעיל (ר' גם
9 פסקה 54 בפסק הדין בעניין חברת נמל אשדוד).

10

11 105. נבחן, אפוא, את תנאי הסעיף הנ"ל.

12

13

התנאים הקבועים בסעיף 29א(ב)(3)

14

15 106. על מנת להקים את החזקה הקבועה בסעיף 29א(ב)(3) לחוק התחרות, מוטל על הטוען
16 לתחולתו להוכיח כי מתקיימים חמשת היסודות הקבועים בסעיף כדלקמן:
17 א. העסקאות דומות;
18 ב. תנאי ההתקשרות שונים;
19 ג. התנאים השונים עשויים להעניק יתרון ללקוח;
20 ד. היתרון בלתי הוגן;
21 ה. היתרון הוא כלפי מתחריו של הלקוח.
22 הערות: 1. ההתייחסות לעיל היא ללקוחות בלבד ולא לספקים (הנוכרים אף הם בסעיף),
23 שכן ענייננו נסב על לקוחותיה של נשר ולא על ספקיה.
24 2. איחדתי את הדיון ברכיבים ג' וה' לתנאים הנ"ל.

25

26

עסקאות דומות

27

28

האם השוני בכמות מביא לכך שהעסקאות אינן דומות

29

30 107. אביעד בטון והצלחה (אביא את טענות שתיהן יחדיו, הגם שנטענו בנפרד) טענו כי על מנת
31 שעסקאות תהיינה דומות, די בכך שסוג המוצר זהה ועלויות האספקה דומות.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1 עוד טענו הן, כי גם אם הכמות הנמכרת מהווה שוני בין העסקאות, אין בשוני זה כדי
2 להוציא את העסקאות מגדר היותן דומות, מכיוון שכל תכלית איסור ההפליה בסעיף
3 29א(ב)(3) היא למנוע ממונופולין להפלות לטובה לקוחות גדולים רק בשל גודלם.
4 עוד נטען כי כדי לקבוע אם עסקאות דומות, יש לבחון את כלל הנסיבות, וכי הגורמים
5 הרלוונטיים הם ההרכב הכימי והפיזי של המוצר, הפונקציונליות, השימושים, ומידת
6 התחלפיות.
7
8 108. מנגד, טענה נשר כי כמות היא קריטריון המבחין בין עסקאות, ולפיכך עסקאות בהן קיימת
9 שונות בכמות המוצר הנמכרת הן עסקאות שונות ולא דומות. לטענתה, כך קובעים הן הדין
10 הישראלי והן הדין האירופאי.
11 בנוסף, טענה נשר כי צו הפיקוח חייב את נשר להבחין בין לקוחות על בסיס כמותי, והחויב
12 בצו האמור לתת הנחות כמות ללקוחות, משמעו שמדובר בעסקאות שונות.
13 עוד טענה נשר כי עסקאות בעלות מאפיינים שונים אינן עסקאות דומות במובן סעיף
14 29א(ב)(3). כך, לעסקאות עם לקוחות גדולים יש מאפיינים ייחודיים (למשל, הם לקוחות
15 עוגן, המאפשרים תכנון לטווח ארוך, כיסוי חלק משמעותי מהעלויות הקבועות ומיצוי
16 כושר הייצור, עניינים קריטיים לשרידות היצרן). בנוסף, ללקוחות גדולים יש כוח מיקוח
17 לדרוש הנחות כמות, שהספק נותן כדי למנוע את אובדנם). מאפיינים ייחודיים אלה
18 מביאים לכך שהעסקאות איתם אינן דומות לעסקאות עם לקוחות אחרים.
19
20 109. לעניין הכמות כקריטריון מאבחן בין העסקאות, טענו אביעד בטון והצלחה בסיכומי
21 תשובתן כי פרשנות נשר לפיה רכישת כמויות שונות מביאה לכך שהעסקאות אינן דומות,
22 היא פרשנות שאינה מתקבלת על הדעת, המאפשרת למונופול להפלות בכל שיעור שיבחר,
23 כל אימת שישנו שוני כלשהו בכמויות הנרכשות.
24 עוד נטען כי קיום לקוחות "עוגן" אינו מביא לכך שהעסקאות עימם שונות מהעסקאות עם
25 הלקוחות האחרים, וכי עמדת נשר סותרת את החוק, תכליתו, הדין והפסיקה.
26 כן נטען כי בדין האירופי נקבע שהנחות כמות יכולות לעלות כדי תנאים שונים לעסקאות
27 דומות (quantity discounts leads to the application of dissimilar conditions), אם
28 אינן מוצדקות, וכי כמות גדולה אינה פרמטר מִבְדֵּל בין עסקאות.
29
30 110. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים הגעתי לכלל מסקנה כי כמויות שונות אינן מביאות
31 כשלעצמן לכך שעסקאות יהיו שונות, במובן סעיף 29א(ב)(3) לחוק התחרות.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ

ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1 זכור, תכליתו של החלק בחוק התחרות העוסק באיסור ניצול מעמד לרעה על ידי בעל
2 מונופולין היא לפקח על פעילותו של בעל המונופולין ולהבטיח כי לא ישתמש בכוחו
3 ובמעמדו בשוק, באופן שיפגע יתר על המידה ברווחה חברתית.
4 קבלת פרשנותה של נשר מביאה לכך, שהנחות כמות המפלות בין לקוחות שונים, לא ייכנסו
5 לעולם למסגרתו של סעיף 29א(ב)(3), מהטעם שהנחות כמות, מטבען, ניתנות לגבי עסקאות
6 בהן נמכרות כמויות שונות, ואלה, לפי פרשנות זו, יוגדרו תמיד כעסקאות שונות. יש לזכור
7 את שנקבע בעניין חברת נמל אשדוד כי "… הנחת כמות אינה חפה מקשיים, באשר היא
8 טומנת בחובה הפליה בין צרכנים על בסיס גודל… החשש העיקרי הטמון בכך הוא כי בעל
9 מונופולין מעוניין להפלות באופן פסול בין לקוחות במסווה של הנחת כמות, וזאת באותם
10 מקרים בהם לבעל המונופולין יש אינטרס מיוחד בהעדפת הלקוח הגדול" (שם, פסקה 64).
11 הגם שלהנחות כמות יש מוניטין של הנחות מקובלות ואובייקטיביות, עדיין קיים בהן גם
12 פוטנציאל להפליה ולפגיעה בתחרות, ובעקבותיהן אף לפגיעה ברווחה חברתית, וחסימה
13 מראש של עריכת בירור בעניין זה גם לפי סעיף 29א(ב)(3), אינה נראית כמתישבת עם
14 תכליותיו של חוק התחרות.
15
16 111. תכלית החוק האמור תומכת, אפוא, בפרשנותם של המבקשים לפיה כמויות שונות אינן
17 שוללות את הדמיון בין עסקאות ואינן הופכות אותן כשלעצמן לעסקאות שונות.
18 פרשנות זו נתמכת גם באסמכתאות שונות כדלקמן:
19
20 O'Donoghue, ו-Padilla בספרם (2013) *The Law and Economics of Article 102 TFEU*
21 מציינים בעמ' 789-790 כי כדי לקבוע אם עסקאות הן דומות, צריך לבחון את כלל
22 הנסיבות, וכי אלה כוללות את ההרכב הכימי והפיזי של המוצר, הפונקציונליות,
23 השימושים והתחליפיות בין המוצרים. כזכור, O'Donoghue הוא אחד המומחים מטעמה
24 של נשר, וכשנשאל על כך בחקירתו, השיב כי יש להתייחס גם להקשר המסחרי. איני סבור
25 כי יש בתשובה זו כדי לשנות טת הפרשנות המועדפת.
26 מכל מקום, מקובל עלי כי על פי הספר הנ"ל, העובדה כי עסקאות במוצר נעשות בכמויות
27 שונות בכל פעם, אינן הופכות את העסקאות לעסקאות שונות במונן סעיף 29א(ב)(3) לחוק
28 התחרות.
29
30 בספרם של Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, 198 (9th ed., 2018) (להלן:
31 "Whish"), נכתב כי הגורמים אותם יש להביא בחשבון בקביעה אם עסקאות הן שוות ערך
32 זו לזו, כוללים את אופי המוצר שסופק ואת עלויות האספקה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1

2 ובספרם של Jonathan Faull & Ali Nikpay, The EU Law Of Competition, 529 (3rd ed. 2014)
3 (להלן: "Faull") נכתב כי כאשר בעל המונופולין מספק את אותו מוצר למפעלים שונים
4 באותה עלות, העסקאות הן לכאורה שוות ערך.

5

6 לאמור לעיל יש להוסיף את שנכתב בספרם של דייוויד גילה ואריאל אזרחי **דיני התחרות**
7 **האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים** 305 (2019) (להלן: "גילה
8 ואזרחי"):

9

10 "לכאורה ניתן לטעון כי העסקה עם לקוח גדול היא שונה מעסקה עם לקוח
11 קטן, ומכאן שאין מדובר באפליה. מאידך, אם העלויות במכירת המוצר
12 ללקוח הקטן דומות לעלויות במכירתו ללקוח גדול ואין פרמטר אובייקטיבי
13 אחר שמצדיק את המחיר השונה, הרי שהפרש המחירים בין שני סוגי
14 הלקוחות נובע מהבדלים בכוח מיקוח גרידא ונפתחת הדלת לטענת
15 ההפליה".

16

17 אם כך, אף כאן סבורים המחברים כי היקפה של העסקה אינו הופך אותה לשונה.

18

19 112. לנשר היו לא פחות מי"ג טענות מדוע, כאשר הכמויות שונות, אין מדובר בעסקאות דומות.
20 **איני מקבל טענות אלה.** אתייחס אליהן להלן, וארחיב מעט לגבי העיקריות שבהן.

21

22 113. נשר טענה כי מאחר שהדין הישראלי מתיר הנחת כמות בידי מונופולין, ולעתים אף מחייב
23 לתיתה, אזי כמות בהכרח מהווה גורם מבחין בין עסקאות.
24 אין בידי לקבל טענה זו. העובדה כי הנחת כמות יכולה להיות מותרת במקרים המתאימים,
25 ולעתים אף קיימת חובה לתיתה (ר' **צו הפיקוח**), אינה מביאה לכך שמדובר בעסקאות
26 שונות. סעיף 29א(ב)(3) קובע חמישה תנאים הצריכים להתקיים על מנת שתקום החזקה
27 הקבועה בו של ניצול מעמד לרעה. באשר להנחת כמות, התנאי הראשון (עסקאות דומות)
28 יכול להתקיים, ותנאי אחר יכול שלא להתקיים, על מנת שלא תקום החזקה הנ"ל, ולפיכך
29 טיעון נשר שנזכר לעיל אינו יכול לעמוד.

30

31 כך גם צו הפיקוח המחייב מתן הנחות לפי היקף הכמות הנרכשת, אינו מלמדנו כי מדובר
בעסקאות שונות, שכן החיוב ליתן הנחות אלה באופן ובמדרגים הנקובים בו, יכולים להביא



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1 למסקנה כי תנאי אחר מחמשת התנאים שבסעיף 29א(ב)(3) אינו מתקיים, ולא דווקא
2 התנאי הראשון.
3
4 114. נשר טענה כי עמדת הרשות הייתה כי כמות שונה משמעותה עסקה שונה. את טענתה זו
5 ביססה על עדותו של פרלמן (סעיפים 195 ו-196 לסיכומיה), שהיא למעשה עדותו העובדתית
6 של המומחה על תקופת עבודתו ברשות. אין ספק כי קיים קושי בהבאתו של פרלמן כמומחה
7 מטעם המשיבה, וזאת משטיפל בעת עבודתו ברשות בענייני נשר בנושא הנדון כאן, בתקופה
8 רלוונטית לתובענה. דומה כי אין צורך להרחיב על כך את הדיבור, והדברים מובנים
9 מאליהם. כך גם לגבי סדרת חוות הדעת שנתן פרלמן לנשר בתקופה שלאחר סיום עבודתו
10 ברשות, כאשר ברי כי קיים אינטרס של המומחה להגן בחוות הדעת הנוכחיות שלו, על חוות
11 הדעת אותן הכין עבור נשר כאמור לעיל בתקופה הרלוונטית לתובענה.
12 איני חפץ לקבוע כי חוות הדעת הנוכחיות של פרלמן פסולות בשל כך, אך משקלן פחות, ויש
13 להתייחס אליהן בזהירות. ודאי שכך הדבר לגבי עדות עובדתית של פרלמן באשר לעמדת
14 הרשות, המבוססת על דברים שבעל-פה וללא תימוכין בכתב.
15 גם התרשומת שערך עו"ד טולדנו לגבי שיחתו עם דרור שטרומ (אז הממונה על הגבלים
16 עסקיים והיום אחד ממייצגי אביעד בטון בהליך) מה-19.3.03 (מב/128), אינה מהווה ראיה
17 לעמדת הרשות בשאלה שבנדון, הן מאחר שקיים קושי מובנה לקבוע כי דברים שנשמעו
18 בשיחות שבעל פה עם אנשי הרשות, לרבות הממונה, מייצגות עמדה סדורה של הרשות, וגם
19 מאחר שבתרשומת השיחה אין התייחסות לשאלת היות העסקאות שונות, נוכח הכמויות
20 השונות.
21 לעניין עמדתה הנטענת של הרשות יש להוסיף את טענת נשר כי הרשות ידעה לאורך כל
22 השנים שנשר מעניקה הנחות-כמות נוספות בהתבסס על הכמות הנרכשת, ולא טענה מעולם
23 שכמות אינה קריטריון המבחין בין עסקאות. גם אם ידעה הרשות על כך (וקיימת מחלוקת
24 בשאלה באיזה שלב נודע לה הדבר), אין בכך כדי ללמד על שונות העסקאות, וזאת
25 מהטעמים הנזכרים בסעיפים הקודמים 3 לעיל. ברור גם כי אי העלאת טענה על ידי הרשות
26 אינה יכולה להוות תמיכה בטענות שונות העסקאות.
27 כך גם לגבי טענת נשר כי הממונה אישר לה להמשיך את הנחות הכמות לאחר השימוע.
28 מעבר לטענות שנטענו על ידי הצדדים בעניין זה, הקשורות להגנה המתבקשת על ידי נשר
29 לפי סעיף 6 לפקודת הנזיקין, אשר ייבחנו בהמשך, אין בטענה זו כדי להצביע על שונות
30 עסקאות בהן הכמויות שונות.
31



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיזוני:

- 1 115. עוד טענה נשר כי אביעד בטון והצלחה הודו בשונות עסקאות אשר בהן הכמויות המסופקות
2 שונות. לא מצאתי בציטוטים שהובאו הודאה כאמור.
3
- 4 116. כן הפנתה נשר לחיבוריהם של יצחק יגור ושל הממונה לשעבר דייויד גילה, המחזקים
5 לדעתה את עמדתה.
6 דא עקא, אמירתו של יגור [יצחק יגור **דיני ההגבלים העסקיים** 597-596 (מהדורה שלישית,
7 2002)] כי רכישת כמות גדולה ורכישת כמות קטנה של אותו מוצר לא ייחשבו "עסקאות
8 דומות" סוגיה במילים "בכפוף למקרים חריגים".
9 באשר לדברי גילה בחיבורו [דייויד גילה "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים,
10 ומונופולין" דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג' 635, 699 (2003) (להלן: "חוזים"),
11 הדברים שצוטטו שם מסויגים באמצעות המילים "ניתן לגרוס", "לכאורה", ו"ספק אם
12 ניתן". לא כל שכן שכך הדבר, כאשר בסעיף 111 לעיל, הובא ציטוט עדכני הרבה יותר
13 מספרו של גילה משנת 2019, הנוטה לטובת אביעד בטון והצלחה. בנוסף, בראש עמ' 699
14 מובאת על ידי גילה דוגמא, היכולה לשקף את ענייננו, ובה עמדה ברורה בדבר ניצול לרעה
15 של כוחו של בעל המונופולין, אם היתרון התחרותי שנוצר הוא בלתי הוגן. האם נשר מקבלת
16 את האמור שם?
17 פסקי הדין אליהם הפנתה נשר (בעניין שיאי אופיר ובעניין ידיעות אחרונות), אינם תומכים
18 בטענתה שבפרק זה (בעניין שיאי אופיר, עוד בטרם נתייחס לכך שמדובר בפסק דין קצר
19 שאישר הסדר פשרה).
20
- 21 117. באשר לטענותיה האחרונות של נשר בעניין זה, לא מצאתי בחוות דעתה של בארי לחברת
22 החשמל, אליה הפנתה נשר, כל תמיכה בעמדת נשר; גם טענה מס' 12 לפיה בתעשיות מלט
23 בכל העולם עסקאות בהיקף גדול מזכות בהנחות כמות, אינה מועילה לנושא ענייננו שהוא
24 הדמיון הקיים בין עסקאות, גם כשהכמויות הן שונות; באשר לטענה כי התובעות לא הפנו
25 לאסמכתאות, בסעיף 111 לעיל נזכרות האסמכתאות אליהן הפנו התובעות.
26
- 27 מאפייני העסקה כגורם מבחין בין עסקאות
28
- 29 118. טענה נוספת של נשר היא כי עסקאות בעלות מאפיינים שונים אינן עסקאות דומות במובן
30 סעיף 29א(ב)(3). לדבריה, לקוחות גדולים הם לקוחות עוגן המאפשרים תכנון לטווח ארוך,
31 כיסוי חלק משמעותי מהעלויות הקבועות ומיצוי כושר הייצור, עניינים קריטיים לשרידות
32 היצרן. בנוסף, ללקוחות גדולים יש כוח מיקוח לדרוש הנחות כמות, שהספק נותן כדי למנוע



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

1 את אובדנם. כל אלה מביאים לכך שעסקאות עם לקוחות גדולים שונות מעסקאות עם
2 לקוחות קטנים יותר, ולא ניתן להגדירן כעסקאות דומות במובן סעיף 29א(ב)(3) לחוק
3 התחרות.
4
5 119. האמירה הכללית כי יש לבחון את מאפייני העסקאות על מנת להחליט אם הן דומות [כמו
6 זו שבת"א (מחוזי ת"א) 3031/00 סיגומט בע"מ נ' דובק, פסקה 9 (21.12.2003)] היא נכונה,
7 אך את טענתה של נשר הנזכרת לעיל לא ניתן לקבל, שכן אין היא מצביעה על שונות
8 בעסקאות אלא על שונות בלקוחות, בכוח המיקוח שלהם, ובהשפעתם על נשר. גורמים אלה
9 יש לבחון במסגרת בדיקת התנאים הנוספים הקבועים בסעיף 29א(ב)(3) לחוק התחרות ולא
10 במסגרת התנאי של "עסקאות דומות".
11

תנאי התקשרות שונים

12
13
14 120. הבחינה האם תנאי ההתקשרות הם שונים נעשית לגופה של התקשרות, ותיבחן ספציפית
15 לגבי התקשרויות נשר עם לקוחותיה. מכל מקום, על פניו, תנאי מחיר שונים גורמים לכך
16 שתנאי ההתקשרות אכן יהיו שונים.
17

התנאים השונים עשויים להעניק יתרון ללקוח על פני מתחריו

18
19
20 121. אף שני התנאים הנ"ל (שאוחדו), שהם עובדתיים בעיקרם, ייבחנו במסגרת הבחינה
21 הפרטנית של עסקאות נשר.
22

יתרון בלתי הוגן

23
24
25 122. דומה כי שאלת הוגנות או אי הוגנות היתרון היא אחת השאלות המרכזיות בהליך. כמו יתר
26 התנאים, אף תנאי זה צריך להיות מוכח על ידי התובעות.
27

28 123. מהי אותה אי הוגנות שיכולה להביא בסופו של דבר לקביעה כי מונופול ניצל את מעמדו
29 לרעה באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור?
30

31 124. נשר טענה כי לשיטת התובעות לא כל פער במחיר מקנה יתרון בלתי הוגן למתחרה אחד על
32 פני מתחריו האחרים. לפיכך, השאלה מתי יהפוך יתרון לבלתי הוגן תלויה בקו הגבול



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ

ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

1 המבדיל בין הנחה הוגנת לבין הנחה המקנה יתרון בלתי הוגן ללקוח על פני מתחריו, דהיינו
2 מהו אותו פער מחירים בין לקוח א' ללקוח ב', אשר יש בו אי הוגנות. כמו כן טענה נשר כי
3 יש להוכיח קשר סיבתי בין ההנחות ליתרון הבלתי הוגן.

4

5 125. התובעות טענו כי עצם הפער במחיר מהווה יתרון בלתי הוגן, עקב התלות ההדדית בין
6 צרכני המלט, המביאה לכך שכאשר גדל חלקו בשוק של אחד מהם, בא הדבר על חשבון
7 האחרים, ובנוסף לכך, קיים גם היתרון "הרגיל" הנובע ממחיר זול יותר.

8

9 126. אף אחד מהצדדים אינו חולק על כך שבעל מונופולין רשאי ליתן הנחות כמות. גם אם הנחות
10 הכמות נותנות יתרון ללקוח הרוכש כמות גדולה במחיר מופחת, עדיין רחוקה הדרך
11 מקביעה כי היתרון אינו הוגן.

12 הטעם לכך הוא שהנחת כמות "ניתנת על ידי הספק על פי אמות מידה אובייקטיביות
13 הנוהגות במתן הנחות וחלות לגבי כלל הרוכשים, ללא הבחנה ביניהם, על פי השאלה איזה
14 כמות הלקוח רוכש מהספק" (גילה, עמ' 288; עניין חברת נמל אשדוד סעיף 63).

15 כעקרון, הנחת הכמות נחשבת כרצויה וכמועילה, כפי שהוסבר בעניין חברת נמל אשדוד:

16

17 "הנחת כמות הניתנת על ידי בעל מונופולין נתפסת על פי רוב כרצויה, באשר
18 היא מאפשרת לבעל מונופולין, הנהנה מיתרון לגודל (economies of scale),
19 לחלוק עם הלקוח את החיסכון בעלויות שנוצר עקב אספקה או רכישה של
20 כמות גדולה יותר. לשון אחרת, ככל שהעוסק מגדיל את היקף מכירותיו, כך
21 פוחתות עלויות הייצור או האספקה שלו, ועל כן הוא יכול להציע ללקוחות את
22 המוצר בעלות נמוכה יותר" (שם, פסקה 64).

23

24 גם כבי' השופטת רונן מסכמת נושא זה בקצרה, אף זאת בפסק הדין בעניין חברת נמל
25 אשדוד:

26

27 "הנחת כמות משקפת אפוא חסכון בעלויות הנובע מהגדלת הביקוש ועל כן
28 מקדמת מדיניות תחרותית של העוסק" (פסקה 3 לפסק דינה).

29

30 הסבר מפורט באשר לתועלת שניתן להפיק מהנחות כמות, באספקט של עידוד התחרות
31 ומדיניות תמחור שראוי לעודד מונופולים לנקוט בה, מופיע בסעיף 115 בעניין חברת נמל
32 אשדוד:



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1

2

"כאשר עוסק, ומונופול בכלל זה, נותן ללקוח הנחה בהתאם לכמות האבסולוטית של המוצרים או השירותים שהוא מזמין ממנו בתקופה נתונה (קרי, הנחת כמות), הרי שעל פני הדברים, עשויה להיות לכך הצדקה כלכלית, המבוססת על עלויות העסקה הקונקרטיות מבחינת העוסק. מכירת כמות גדולה יותר ללקוח בודד עשויה להצדיק גביית מחיר נמוך יותר, מהטעם שהעלות השולית לעוסק עשויה להיות נמוכה יותר, בשל שיקולים שונים, כגון עלויות שיווק ואספקה פוחתות ביחס לכל מוצר נוסף הנמכר לאותו לקוח. מכאן, שמתן הנחת כמות עשוי להתיישב עם השאיפה לגרום למונופול לעשות שימוש בתמחור המבוסס על עלויות הייצור שלו (תמחור מבוסס עלויות), ולא בתמחור המבוסס על נכונות הלקוחות לשלם (תמחור מבוסס ביקושים). הצדקה שכזו לא רק שהיא מעודדת תחרות ביחס למוצר (או השירות) מושא ההנחה, אלא שהיא משקפת את מדיניות התמחור שראוי לעודד מונופולים לנקוט בה... כזו, התערבות שיפוטית במדיניות של מתן הנחות כמות מעוררת קושי ניכר, ומחייבת הבאת ראיות לכך שההנחה אינה מייצגת חיסכון בעלויות, אלא נובעת מטעמים אחרים (כגון, ניסיון להסוות הנחות נאמנות, כפי שנקבע בעניין Michelin השני, המתואר בפסקה 79 לעיל; או העדפה לעסקים גדולים, בשל כוח השוק שלהם או בשל סיבות אחרות. ראו פסקה 64 לעיל, וההפניות שם, וכן עניין Portugal הנסקר בפסקה 78 לעיל)".

21

22

127. מנגד, מתאר כב' השופט גרוסקופף בהמשך פסקה 64 שנזכרה לעיל גם את הקשיים שמעוררת הנחת הכמות:

23

24

25

"עם זאת, הנחת כמות אינה חפה מקשיים, באשר היא טומנת בחובה הפליה בין צרכנים על בסיס גודל. טלו לדוגמה מצב שבו חברה המייצרת מוצרי חלב מציעה ללקוחותיה הנחה של 15% במחיר החלב בהזמנה של 500 יחידות חלב. על פניו, הן רשת קמעונאית גדולה והן מרכול שכונתי אשר ירכשו בכמות האמורה יהיו זכאים להנחה. ואולם, בהינתן שהיקף רכישותיהם הוא שונה, סביר להניח כי בעוד שהרשת הקמעונאית תזכה להנחה ובכך תשלם מחיר מוזל יותר, המרכול השכונתי לא יוכל לממש את זכאותו, לנוכח מגבלת הקיבולת שלו, ועל כן ישלם מחיר גבוה יותר מהרשת הקמעונאית. החשש

32



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1 העיקרי הטמון בכך הוא כי בעל מונופולין מעוניין להפלות באופן פסול בין
2 לקוחות במסווה של הנחת כמות, וזאת באותם מקרים בהם לבעל המונופולין
3 יש אינטרס מיוחד בהעדפת הלקוח הגדול" (שם, פסקה 64).

4
5 בסיכום סקירת דין האיחוד האירופי, לגבי הפרקטיקה של מתן הנחות על ידי בעל מונופולין
6 בעניין חברת נמל אשדוד, נכתב כי:

7
8 "על דרך הכלל, הנחת כמות נתפסת כמותרת כל אימת שהיא קשורה אך ורק
9 לכמות הנרכשת וניתנת על בסיס שוויוני (עניין Michelin הראשון), זולת אם
10 היא יוצרת תוצאה מפלה בפועל (עניין Portugal) או שיש במכלול מאפייניה
11 כדי ליצור השפעה המעודדת נאמנות (עניין Michelin השני)" (שם, פסקה
12 86).

13
14 128. ניתן ללמוד מהאמור, לעיל כי הנחת כמות היא הנחה מקובלת, גם כשהיא ניתנת על ידי
15 מונופול, וזאת על בסיס לכאורי, כי מדובר בהנחה המבוססת על קריטריונים
16 אובייקטיביים, אשר חלים לגבי כלל הלקוחות.
17 עוד מצופה כי הנחת הכמות תנבע מכך שעלויות הייצור או האספקה של הספק יהיו
18 מופחתות יותר כאשר הכמות הנרכשת היא גדולה, וכך תהיה סיבה מספקת הקשורה
19 בעלויות, למתן ההנחה ללקוח.
20 כמו כן, יכולים להיות טעמים אחרים להענקת הנחת הכמות, כאשר יש למונופול אינטרס
21 מסוים להעדיף את הלקוח הגדול, ואז יכולה להיווצר הפליה פסולה ובלתי הוגנת המעדיפה
22 שלא מטעמים מוצדקים את הלקוח הגדול על פני הלקוח הקטן ומפחיתה את התחרות
23 ביניהם.

24
25 129. מכאן נובע כי אין בסיס לטענת הצלחה כי די בפער בין המחירים ללקוח הגדול לבין
26 המחירים ללקוח הקטן על מנת לקבוע כי היתרון ללקוח הגדול הוא בלתי הוגן. אם היינו
27 אומרים כך, הרי כל הנחת כמות שהיא הייתה נחשבת כמעניקה יתרון בלתי הוגן, וברור לנו
28 שלא זה המצב לגבי הנחות כמות. לגבי הנחות אלה נקודת המוצא היא, כי הן תקינות ואף
29 מומלצות לעתים. בנוסף, ברור כי הנחות הכמות שקבע צו הפיקוח, לא היו נקבעות, אם היו
30 מעניקות יתרון בלתי הוגן לחלק מהלקוחות.

31



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ

ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

130. בצד זאת, ברור כי על מנת להגיע למסקנה בדבר הוגנות או אי הוגנות היתרון המוענק במסגרת הנחות הכמות, יש לבחון את **כלל נסיבות המקרה**, וגם את הפער הקיים בין המחירים במדרגות השונות, וזאת על מנת לדעת כיצד להתייחס להנחות כמות אלה, לפי שורה של פרמטרים, שאין צורך למנותם בשלב זה, שכן חלקם אינם רלוונטיים בענייננו, וברור גם שאינם מהווים רשימה סגורה.
רק לדוגמא, התובעות טוענות כי ההנחות מושא דיוננו אינן כלל הנחות כמות, וברור שיש לבדוק טענתן זו.

131. כלל האמור לעיל ייבדק במסגרת **הבחינה הקונקרטית** האם התקיימו התנאים שבסעיף 29א(ב)(3) **בעניינה של נשר והנחות שהעניקה**.

האם מתקיימים בענייננו התנאים הקבועים בסעיף 29א(ב)(3)

עסקאות דומות

132. לאור הניתוח העקרוני המפורט שנערך לעיל, אשר מסקנתו הייתה כי כמויות שונות אינן מביאות כשלעצמן לכך שהעסקאות לא יהיו דומות, יש לדחות את טענות נשר כי העסקאות בהן אנו עוסקים היו **שונות**, בשל הכמויות השונות שהבדילו בין הלקוחות.
יש לזכור גם כי סעיף 29א(ב)(3) אינו דורש שהעסקאות תהיינה **זהות** אלא **דומות** בלבד, ואף מטעם זה, אין הכמויות השונות הופכות את העסקאות לשונות.
מבחינת המוצר הנמכר במסגרת העסקאות, אין למעשה מחלוקת כי הוא אינו רק דומה, אלא אפילו זהה, מבחינת הרכבו הכימי והפיזי של המוצר, הפונקציונליות, השימושים, ומידת התחליפיות, ואין צורך להידרש לפיכך לפירוט בעניין זה.

133. באשר לטענתה הנוספת של נשר כי יש לבחון את מאפייני העסקאות, על מנת להחליט אם הן דומות, טענה זו התקבלה עקרונית, אך בד בבד נקבע כי טענותיה הפרטניות והספציפיות בעניין זה, אינן מצביעות על שונות בעסקאות אלא על שונות בלקוחות, בכוח המיקוח שלהם, ובהשפעתם על נשר, וכי טענות אלה אינן מתאימות להיבחן במסגרת הדיון בהיותן או אי היותן של העסקאות "דומות".



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ

ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

תנאי התקשרות שונים

134. בחינת תנאי ההתקשרות של נשר עם לקוחותיה, מעלה כי יש שוני בין לקוחותיה הגדולים לבין לקוחותיה הקטנים. קיים גם שוני בין תנאי ההתקשרות עם לקוחותיה הסיטונאים לבין אלה עם לקוחותיה יצרני הבטון. השוני הוא במחיר המלט הנגבה על ידי נשר ולעתים גם בתנאי האשראי. לפיכך מתקיים התנאי דלעיל.

האם התנאים השונים עשויים להעניק יתרון ללקוח על פני מתחריו

135. מדובר בבחינה עובדתית. אקדים ואומר כי התשובה לשאלה דלעיל היא חיובית.

136. יש לשים לב כי הדרישה אינה כי התנאים השונים יעניקו בפועל יתרון ללקוח מסוים על פני מתחריו, אלא כי קיים פוטנציאל חיובי שאכן כך יהיה. מכשול זה אינו מכשול גבוה במיוחד. בענייננו, פערי המחירים בין המחירים שהוענקו על ידי נשר לרדימיקס ולהנסון, לבין המחירים שהוענקו על ידה ללקוחותיה האחרים המתחרים עימה, מהווים יתרון ברור המוענק ליצרניות הגדולות על פני היצרנים הקטנים יותר. השאלה הקרדינלית שתיבחן בפרק הבא היא האם מדובר ביתרון בלתי הוגן.

137. הבחינה דלעיל נעשית גם בהשוואת העסקאות של מכירת מלט ליצרניות הגדולות לבין העסקאות של מכירת מלט לסיטונאיות (שם התנאים נחותים יותר גם בעסקאות עם כמויות דומות), שכן לעסקאות עם הסיטונאיות קיימת השפעה מיידיית וישירה על היצרנים הקטנים, אשר באפשרותם לרכוש מלט מהסיטונאיות, ואילו היו הסיטונאיות מקבלות תנאים דומים לאלה שמקבלות היצרניות הגדולות על רכישת כמויות מלט דומות, היה מצבם של היצרנים הקטנים משתפר, והיה ביכולתם לרכוש את המלט מהסיטונאיות (שרכשו מנשר), בתנאים קרובים יותר לאלה הניתנים ליצרניות הגדולות.

138. עניין נוסף בהקשר זה הוא הוויכוח בין הצדדים בשאלה האם היצרניות הגדולות מגלגלות את ההנחות ללקוחותיהן בשוק הבטון.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיזוני:

- 1 טענת נשר, היצרניות הגדולות אינן מבצעות את הגלגול האמור, ולפיכך המחירים
2 הנמוכים יותר בהם הן רוכשות את המלט מנשר, אינם מקנים להן יתרון על פני מתחריהן,
3 היכולים להתחרות איתן באותו אופן בו היו מתחרים איתן אלמלא ההנחות.
4
5 השאלה העובדתית תוכרע להלן, אך אני סבור כי אין בהכרעה זו כדי להשפיע על שאלת
6 היתרון. זאת, מאחר והיתרון קיים (או עשוי להיות קיים) ליצרניות בין אם הן מגלגלות את
7 ההנחות ללקוחותיהן ובין אם לאו. אם מגלגלות הן את ההנחות, היתרון ברור, שכן
8 למתחרים יש קושי גדול יותר להתמודד מול היצרניות הגדולות על ליבם וכיסם של
9 הלקוחות, בהינתן התנאים הטובים יותר שיכולות היצרניות הגדולות להעניק להם. אם
10 אינן מגלגלות את ההנחות, עדיין עשוי להיות להן יתרון, בין אם מבחינה זו שמצבן הפיננסי
11 משתפר ורווחיהן גדלים, לאו דווקא כתוצאה מתחרות אלא כתוצאה מרווח גדול יותר, ובין
12 אם מאחר והן יכולות לנצל את התעצמותן הכספית, לרכישת מכונות חדשות יותר או
13 להגדיל את כוח האדם שלהן, ובכך לשפר את המוצר, את זמינותו, ואת השירות הניתן
14 ללקוחות, באופן שכושר ההתחרות שלהן אל מול היצרנים הקטנים יותר גדל, לאו דווקא
15 באספקט המחיר אלא באספקטים אחרים.
16
17 139. באשר לשאלה העובדתית בנושא הגלגול:
18 הממונה ציין בהוראות (המוסכמות) שניתנו על ידו בשנת 2014 לנשר כי היצרניות הגדולות
19 טענו בפניו כי אינן מגלגלות ללקוחותיהן את ההטבות המפליגות שהן מקבלות מנשר. לא
20 ברור אם הממונה בדק טענה זו, שנשר התנגדה לה בזמנו (ר' מצגת נשר לממונה ת/145 עמ'
21 122), אך הוא ציין כי לפי טענות אלה "רדימיקס והנסון בוחרות שלא לנצל את מלוא
22 המרווח הניתן להן על ידי התנאים המועדפים על מנת להתחרות זו בזו או ביצרניות הבטון
23 האחרות" (עמ' 7).
24 לפי הכתוב בהוראות עולה כי הממונה סבר שהיצרניות הגדולות אינן מנצלות את **מלוא**
25 המרווח, אלא רק חלק ממנו, ודברים אלה מתיישבים עם הדברים הכתובים בסעיף 43
26 לתצהירו של אלברט בן שושן (להלן: "בן שושן") מטעם אביעד בטון, לפיהם: "...אמנם
27 להנסון ורדימיקס עלויות נמוכות בהרבה כתוצאה מההפליה לטובה, אך הן מעדיפות
28 לשמור על מחיר גבוה ביחס להנחות שהיו יכולות לתת בשוק (אך נמוך מאביעד בטון בטון)
29 וכך להרוויח רווח גדול יותר עבור כל קוב".
30 ניתן לסכם, אפוא, את הנושא בכך שהיצרניות הגדולות מנצלות את ההטבות המתקבלות
31 מנשר, הן על מנת להציע ללקוחות מחירים נמוכים מאלה של יצרני הבטון האחרים,
32 הקטנים יותר, והן על מנת להגדיל את רווחיהן.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

1 אם כך, אפוא, בפן העובדתי הגלגול ללקוחות על ידי היצרניות הגדולות קיים, גם אם באופן
2 חלקי, ובהינתן האמור לעיל וכן הקביעה לעיל כי גם רווח גדול יותר מהווה יתרון, ברור
3 שנשר אינה יכולה להסתמך על נושא אי הגלגול הנטען על ידה, לתמיכה בטענותיה בשאלת
4 היתרון.
5

האם היתרון של נשר הוא בלתי הוגן

6
7
8 140. זהו הרכיב האחרון והמהותי ביותר בסעיף 29א(ב)(3), שכן הוא משקף אספקט של הוגנות,
9 שנמדד לא רק באמצעות חישובים מתמטיים, אלא גם על פי ערכים, תכליות, וכד'.

10
11 141. בטרם נבחן רכיב זה, אשר ההכרעה בו תקבע אם מתקיימים כל תנאיו של סעיף 29א(ב)(3),
12 נסקור את מדיניות ההנחות של נשר, ואת התנהלותה מול לקוחותיה השונים, שכן גם
13 בנושא זה התגלעו מחלוקות עובדתיות לא מעטות בין הצדדים.
14

מדיניות ההנחות של נשר

15
16
17 142. בראשית, היה צו הפיקוח על מחירי מצרכים ושירותים (מחירי צמנט), התשנ"ח-1998, אשר
18 היה צו ייחודי לנשר, וקבע מחיר מירבי לצמנט (צמנט פורטלנד, שהוא המלט המופק
19 במפעלי החברה).
20 באותו צו חויבה נשר לתת הנחה וימי אשראי ללקוחות הרוכשים מלט בכמות של מעל 100
21 טון לחודש, ולעניין זה נקבעו 4 מדרגות של כמויות רכישה, המפורטות בטבלה הבאה:
22

מספר ימי אשראי	סכום ההנחה (שקלים חדשים לטונה)	היקף המכירה (טונה בחודש)
24	9.0	מעל 10,000
17	6.7	מ-4,000 עד 10,000
14	5.9	מ-1,000 עד 4,000
10	3.6	מ-100 עד 1,000

23
24 המחירים המרביים שהיו קבועים בצו הסתכמו (בהתאם לסוג הצמנט ולתקופות השונות
25 שהיו קבועות בצו) בין כ-210 ₪ לכ-260 ₪ לטונה. בהתאמה, קיבלו הלקוחות הקטנים



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ

ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר - מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1 ביותר הנקובים בצו הנחה בשיעור שנע בין 1.4% ל-1.7%, ואילו הלקוחות הגדולים ביותר
2 (רוכשי מעל 10,000 טון לחודש) קיבלו הנחה בשיעור שנע בין 3.5% ל-4.3%.
3
4 143. החל משנת 2002 העניקה נשר ללקוחותיה הנחות נוספות לאלה הנקובות בצו הפיקוח
5 (להלן: "ההנחות הנוספות"). השאלות השנויות במחלוקת בין הצדדים אינן מתייחסות
6 להנחות אשר ניתנו לפי צו הפיקוח (להלן: "הנחות צו הפיקוח"), אלא להנחות הנוספות,
7 שהן לב ענייננו. מחלוקות אלה לא יידונו בפרק זה, שבו נבקש לכמת את ההנחות הנוספות
8 שניתנו ללקוחות נשר, שכן גם בעניין זה נטושה מחלוקת בין הצדדים.
9
10 144. מאז האישור שניתן לנשר על ידי המפקחת על המחירים בנובמבר 2007 להעלות את המחיר
11 המרבי של הצמנט (מב/109), לא בוצעו העלאות נוספות של מחיר מרבי זה עד שנת 2014
12 (מב/110, תשובות אבידור בעמ' 1291 ש' 16-4).
13
14 להלן אישור המפקחת על המחירים המפרט את המחיר המרבי ואת שיעורי ההנחות
15 (באחוזים) החל מ-5.11.07:
16

בתוקף סמכותי לפי סעיף 15 (ה) לחוק פקוח על מצרכים ושירותים התשנ"ו 1996, אני
מתירה לתברת נשר מפעלי מלט בע"מ להעלות את מחירי צמנט מעל מחיריהם הקובעים,
שנקבעו ביום י"ד אב תשס"ו 8 אוגוסט 2006, בשיעור שאינו עולה על 7.93%.

1. המחיר המרבי של צמנט יהיה כמפורט להלן:

מחיר טון אחד בשקלים חדשים	צמנט 250 בתפוזות
365.05	צמנט 300 בתפוזות
400.10	צמנט 350 בתפוזות
414.76	צמנט 250 בשקים
410.14	

2. שיעורי ההנחה מתמחיר בפועל יהיו כמפורט להלן:

צמנט 250 בשקים	צמנט 350	צמנט 300	צמנט 250	הנחה המכירה (טון בחודש)
1.44%	1.38%	1.43%	1.57%	מ 100 עד 1000
2.28%	2.25%	2.34%	2.56%	מ 1000 עד 4000
2.6%	2.56%	2.66%	2.91%	מ 4000 עד 10,000
3.48%	3.44%	3.56%	3.91%	מעל 10,000

3. תחילתו של היתר זה ביום כ"ד בתשוון התשס"ז 5.11.07.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר - מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1 145. עד כאן ההנחות לפי צו הפיקוח, אשר הייתה חובה לתיקן ללקוחות נשר, על פי הכמויות
2 הנרכשות.

3 ועתה, נפנה להנחות שהוענקו בפועל על ידי נשר ללקוחותיה.

4

5 146. לתיק הוגשו שני מחירונים של נשר ללקוחותיה הגדולים, המפרטים את הנחות הכמות
6 הניתנות על ידה.

7 ת/49 הוא מחירון נשר הנכון ליום 1.7.08, וכך נקבע בו:

8

ימי אשראי	הנחה אחוזית	היקף המכירה (טון בחודש)
35	5.66%	בין 10,000 ל-20,000
35	6.02%	בין 20,000 ל-40,000
45	10.97%	בין 40,000 ל-50,000
57	13.32%	מעל 70,000

9

10 ת/65 הוא מחירון נשר הנכון ליום 1.1.2011, וכולל שינויים קלים בהשוואה לת/49. כך נקבע
11 בו:

12

מחירון נשר ללקוחות גדולים

נכון ליום - 1.1.2011

ימי אשראי	הנחה אחוזית	היקף מכירה (טון בחודש)
35	5.66%	בין 10,000 ל-20,000
35	7.45%	בין 20,000 ל-30,000
		בין 30,000 ל-40,000
45	10.97%	בין 40,000 ל-50,000
		בין 50,000 ל-70,000
57	13.32%	מעל 70,000

14

ההערות בשני המחירונים הנ"ל זהות כמובא להלן:

15



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר - מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

הערות:

1. ההנחות מתייחסות ללקוחות סופיים בלבד ולא לסיטונאים או לסוחרי מלט.
2. חישוב הכמות הנרכשת ייעשה על בסיס שנתי, על פי נתוני שנה קודמת או על פי הערכות של הצריכה הצפויה לשנה הקרובה. במקרה של הערכה צפויה, אם יתברר בסוף השנה כי הצריכה בפועל שונה מן הצפי - תערך התחשבות כספית לגבי הפער.
3. ההנחות הנייל תתווספנה להנחות הכמות שנקבעו על פי חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים למכירת מלט בכמות שעד 10,000 טון לחודש (לדוגמא: לקוח הרוכש 15,000 טון לחודש של צמנט 250 בתפזורת יהיה זכאי להנחה כוללת של: $5.66\% + 3.91\% = 9.57\%$).
4. ההנחה האחוזית נגזרת ממחיר המכירה בפועל (של המוצר העיקרי צמנט 250) ללא מעיימ וללא מחירי ההובלה.
5. הנהלת נשר תהיה רשאית לאשר הנחות מיוחדות ללקוחות הרוכשים מלט לצרכים מיוחדים, כגון רכישה לייצור מוצרים תחליפיים למוצרי מתכת או עץ, המגדילים את צריכת המלט או לפרויקטים מיוחדים בכמות מוגדרת.

2

147. הכמויות שנרכשו על ידי לקוחותיה הגדולים של נשר בשנים 2008-2014 מופיעות

4

במוצג מב/129 (ר' בסעיף הבא להלן).

5

הכמות החודשית הנרכשת הממוצעת בתקופה זו הייתה כדלקמן:

6

רדימיקס - טון

7

הנסון - טון

8

מגריזו (סיטונאי) - טון

9

שמשון (סיטונאי) - טון

10

אשטרום - טון

11

שפיר - טון

12

בלסקי (סיטונאי) - טון

13

אקרשטיין - טון

14

15 מובן, שכאשר מדובר בממוצע, היקף הרכישות בכל אחת מהשנים הנייל היה שונה

16

מהממוצע.

17

18 148. אותו מוצג מב/129 הוא מסמך שנערך על ידי מר פרלמן מטעמה של נשר, אשר מציג

19

בטבלאות אקסל את מחירוני נשר לשנים 2008 עד 2014, ואת ההנחות שקיבל כל אחד



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר - מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

1 מעשרת לקוחותיה הגדולים של נשר בשנים אלה, הן את ההנחות לפי צו הפיקוח, והן את
 2 ההנחות הנוספות, מעבר לצו הפיקוח (ר' גם חקירתו של מר פרלמן בעמ' 1370-1372).
 3 לפי הטבלאות במוצג זה זכו היצרניות הגדולות בהנחות משמעותיות מעבר לצו הפיקוח.
 4 כך, למשל, בשנת 2008 הייתה הנחת רדימיקס 47.36 ₪ לטון והנחת הנסון הייתה 38.95 ₪
 5 לטון, ואילו בשנת 2014 הייתה הנחת רדימיקס 42.80 ₪ לטון והנחת הנסון הייתה 36.28
 6 ש"ח ₪ לטון.
 7 מנגד, שתי הסיטונאיות הגדולות, מגריזו ושמשון, שכל אחת מהן ביצעה רכישות מלט
 8 מנשר בהיקף המתקרב לרכישותיה של הנסון, קיבלו הנחה (מעבר להנחת צו הפיקוח) של
 9 כ-5 ₪ בלבד לטון בשנת 2008, והנחה של קרוב ל-13 ₪ לטון בשנת 2014.
 10 ניתן לסכם, אפוא, כי במהלך מרבית התקופה הרלוונטית בה ניתנו ההנחות הנוספות על
 11 ידי נשר, הסתכמו ההנחות לסיטונאים בכרבע עד שליש מההנחה שניתנה להנסון, הגם
 12 שכמויות המלט שרכש כל אחד מהסיטונאים הגדולים מנשר, היו קרובות מאד להיקף
 13 רכישותיה של הנסון.
 14 הנחותיהם הנוספות של הלקוחות האחרים (הבינוניים), יצרני הבטון, היו נמוכות מאלה
 15 של רדימיקס והנסון, אך היו גבוהות בין פי 2 לפי 3 מהנחותיהם הנוספות של הסיטונאים.
 16 למען בהירות התמונה, מצורפת טבלה המדגימה את ההנחות הנוספות כשיעורן באחוזים
 17 בכל אחת מהשנים בתקופה הנ"ל, עבור כל אחד מהלקוחות שברשימה:
 18

שם הלקוח/שנה	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
שיעור ההנחה הנספת ממחיר הברוטו	13.6%	12.8%	12.8%	12.2%	12.2%	12.2%	12.1%
רדימיקס	11.2%	10.8%	10.8%	10.7%	10.3%	10.2%	10.2%
הנסון	1.4%	1.8%	2.3%	2.5%	2.5%	2.5%	3.6%
מגריזו	1.5%	1.8%	2.3%	2.5%	2.5%	2.5%	3.6%
שמשון	5.5%	5.4%	5.4%	6.6%	7.1%	7.0%	7.1%
אשטרום	5.3%	5.3%	5.5%	6.4%	7.0%	6.9%	7.1%
סולי בונה	4.8%	0.7%	5.2%	1.0%	5.2%	5.1%	5.1%
שפיר	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%
בלסקי	4.6%	4.6%	4.5%	4.5%	4.5%	4.6%	4.6%
אקרשטין	0.8%	0.8%	1.3%	1.3%	1.3%	1.3%	1.3%
חידר	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%
יתר הלקוחות	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%

21
 22
 23 149. בנוסף, טענה אביעד בטון כי ההנחות הוענקו על ידי נשר לא רק לפי המחירון וכי סכומי
 24 ההנחות בפועל ליצרניות הגדולות (ולאחרים) היו גדולים יותר: רדימיקס והנסון מסרו
 25 לוועדה הבין משרדית לקידום התחרות בענף המלט (להלן: "ועדת הרשקוביץ") שיש להן
 26 הסכמי מסגרת שנתיים שבהם "נקבעים המחירים, ההנחות ותנאי התשלום" [ת/70,
 27 ת/71]. אבידור לא ידעה להסביר את ההנחות ואת תנאי התשלום הנוספים
 28 [אבידור/6-1126/24-1127], ואף הודתה שאינה מכירה התקשרויות מסחריות עם



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1 הלקוחות. ר' גם מוצגים ת/72 ות/73 המשקפים הסכמות בין נשר לבין רדימיקס והנסון
2 בדבר מתן הנחה נוספת ליצרניות הגדולות. נשר לא הביאה עד שיעיד על-כך מידיעה אישית.
3
4 150. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים בסוגיה הנ"ל הגעתי למסקנות הבאות:
5 א. אכן, בדו"ח ועדת הרשקוביץ מחודש יוני 2013 (נספח 2 לתביעת אביעד ונספח 9 לבקשת
6 האישור של הצלחה) נכתב שהיצרניות הגדולות מסרו לוועדה כי קיימים הסכמי
7 מסגרת שנתיים בינם לבין נשר, ובהם נקבעים המחירים, ההנחות ותנאי התשלום
8 (ת/70 ות/71). אבידור הכחישה קיומם של הסכמי מסגרת כאמור לעיל, וטענה כי אינה
9 אחראית למה שאמרו רדימיקס והנסון לוועדת הרשקוביץ.
10 אמנם, קשה למצוא הסבר מדוע יימסרו דברים אלה על ידי היצרניות הגדולות לוועדת
11 הרשקוביץ אם אינם נכונים, אבל לא די בכתוב מְפָּלִי שני בעניין עובדתי זה בדו"ח
12 הוועדה, ולאור הכחשת נשר, התובעות לא הרימו את הנטל הנדרש להוכחת קיומם של
13 הסכמי המסגרת הנזכרים לעיל ושל תוכם.
14 ב. הוגשו מוצגים ת/72 ות/73 שהם מכתבים שנשלחו ביום 26.12.10 על ידי נשר
15 לרדימיקס ולהנסון, ובהם מצוינות הנחות נוספות שניתנו ליצרניות הגדולות על ידי
16 נשר.
17 מדובר בהנחות נמוכות הן אבסולוטית (1.63% לטון ו-0.55% לטון לרדימיקס, ו-1.8
18 % לטון להנסון) והן שיעורית (פחות מ-1%), אך נוכח היקפי הרכישות הגדולים של כל
19 אחת מהיצרניות הגדולות ותקופת ההנחה הנוספת, מדובר בהנחות נוספות
20 המסתכמות במיליוני שקלים.
21 אבידור מטעם נשר טענה כי מדובר בתיקון עיוותים שנוצרו, אך היא לא השתתפה
22 במו"מ בעניין זה (עמ' 1229 ש' 3), ואישרה כי אינה יודעת מה היה העיוות (עמ' 1229
23 ש' 20-21), וכי אינה יודעת מדוע ניתנו ההנחות הנוספות הנ"ל (עמ' 1230 ש' 7).
24 עולה מכך כי התובעות הוכיחו כי לפחות פעם אחת בתקופה הרלוונטית ניתנו לשתי
25 היצרניות הגדולות הנחות נוספות להנחות צו הפיקוח ולהנחות לפי מחירון נשר.
26 ג. לטענות נוספות שנטענו על ידי אביעד בטון, אשר עניינן מתן הנחות נוספות על ידי נשר
27 ליצרנים נוספים "בינוניים", ניתנו תשובות מספקות על ידי האחרונה.
28
29 מהו חלקו של המלט בעלויותיו של הבטון המובא
30
31 151. הנחות הכמות שמעניקה נשר ללקוחותיה הרוכשים ממנה מלט, משפיעות לכאורה על שוק
32 הבטון המובא המיוצר על ידם, בין היתר, מאותו מלט הנרכש מנשר. לכן נקבע לעיל כי



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-41214 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 15-09-6298 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיזוני:

- 1 קיימת משמעות לפערים הקיימים בין מדרגה למדרגה, שכן אלו קובעים איזו הנחת כמות
2 יקבל כל אחד מהלקוחות, אם בכלל, ומה יהיה שיעורה.
3 שאלה הקשורה לסוגיה הנ"ל ולסוגיית הוגנות או אי הוגנות היתרון, היא מהו שיעור חלקו
4 של המלט בעלויות הבטון המובא. ברור שההתייחסות אמורה להיות שונה לחלק של 5%
5 מעלויות הבטון המובא, לבין חלק של 50% מעלויות הבטון המובא.
6
7 גם לגבי נושא זה, כמו לגבי מרבית הנושאים האחרים בהליך, לא הייתה הסכמה בין
8 הצדדים.
9
10 153. בעמ' 5 להוראות הממונה משנת 2014 (מב/16) נכתב כי "המלט משמש כחומר גלם עיקרי
11 בייצור בטון, ועלותו מהווה כ-50% מעלות הבטון".
12 בעמ' 30 למצגת שהגישה נשר לממונה (מב/127) במסגרת השימוע שהתקיים, נכתב לגבי
13 המצב העובדתי בפועל, בין היתר, כך: "הנחה של 10% במחיר המלט מהווה יתרון במחיר
14 הבטון של 3.5%". חשבון פשוט מגלה כי נשר טענה בפני הממונה כי עלות המלט היא 35%
15 מעלות הבטון. גם בחו"ד רובינפלד מטעם נשר מיום 8.5.12 (מב/112) שהוגשה לממונה
16 נכתב בסעיף 29 כי מחיר המלט הוא כ-35% ממחיר הבטון, וזאת בהסתמך על דו"ח פרלמן
17 מחודש מאי 2012.
18 נספח 6 לתצהירו של בן שושן מטעם אביעד בטון מפרט את עלויותיה של אביעד בטון לייצור
19 הבטון המובא, ולפיהן, עלות המלט מהווה כ-46% מעלות הבטון המובא (ר' גם חקירת בן
20 שושן בעמ' 358-357).
21
22 154. נשר טענה בסעיף 231 לסיכומיה כי לפי נתוני אביעד בטון עלות המלט היא 25% מעלות
23 הבטון המובא (אך לא הפנתה לכל אסמכתא לטענתה זו). לפיכך, הוסיפה וטענה כי כל הנחה
24 של 10% במחיר המלט מביאה להנחה של 2.5% "בלבד" במחיר הבטון המובא, וכי אין
25 באחוז נמוך זה כדי להשפיע על ההליך התחרותי או ליצור יתרון בלתי הוגן.
26
27 155. בהינתן האמור בסעיף 153 לעיל, אין מקום לקבלת טענתה זו של נשר.
28 אין צורך לקבוע ערך מוחלט של עלות המלט מתוך עלות הבטון, אך ניתן לקבוע כי היא נעה
29 בין 35% ל-50% מהן, כך שלהנחה במחיר המלט בהחלט יש פוטנציאל משמעותי להשפיע
30 על מחיר הבטון המובא.
31



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיזוני:

1

2

הוגנות או אי הוגנות היתרון

3

4

156. ועתה נעבור לטענות לגבי הוגנות או אי הוגנות היתרון.

5

6

תלות הדדית בשוק המלט

7

8

157. הצלחה טענה כי קיימת **תלות הדדית** בשוק המלט באופן שהביקוש של צרכן מלט אינו תלוי רק במחיר עברו אלא גם במחיר שמקבלים מתחריו.

9

10

הצלחה הוסיפה וטענה כי בשוק המלט בישראל מתקיימים שלושה מאפיינים התורמים לתלות ההדדית כדלקמן:

11

12

א. הביקוש למלט הוא קשיח יחסית (ר' חוות הדעת של פרלמן מספטמבר 2017 ה"ש 30; חוות דעת רובינפלד מב/112 סעיף 23; תשובותיו של פרלמן בחקירתו עמ' 1377 ש' 30, עמ' 1610 ש' 25).

14

15

ב. הביקוש למלט תחום ונגזר מהביקוש לבניה ולתשתיות (סעיף 40 לחו"ד פרלמן מאפריל 2017; עמ' 1378 ש' 18-19 (פרלמן); עמ' 1283 ש' 28 – עמ' 1284 ש' 1 (Akram); מב/112 (רובינפלד) סעי' 23).

17

18

ג. הפרופורציות של המלט בבטון (ביחס לחומרים האחרים מהם עשוי הבטון) הן קבועות במידה רבה עמ' 1378 ש' 20-26; עמ' 1379 ש' 7-9 (פרלמן).

19

20

21

158. לא למותר יהיה לציין כי נשר הכירה למעשה באותה תלות הדדית נטענת במסמך ת/61 שהוציאה תחת ידה ואשר כותרתו "עצירת נטישת לקוחות".

22

23

נכתב שם כי בעקבות הנחות מדרגות הכמות "כוחם של מפעלי הבטון הגדולים עלה בצורה ממשית לעומת כוחם של מפעלי הבטון הקטנים", וכי "חלק ממפעלי הבטון הקטנים והבינוניים התקשו להתמודד עם הגדולים ונרכשו על ידם".

25

26

27

159. על יסוד האמור לעיל, טענת הצלחה כי מחיר זול של מלט ליצרן אחד, אמור להביא להגדלת חלקו של אותו יצרן על חשבון יצרן אחר המשלם יותר עבור המלט, היא **טענה נכונה עקרונית**, אך לא לחלוטין, מהטעמים הבאים:

29

30

א. יש חשיבות לפערים הקיימים במחירים. ככל שהפערים קטנים יהא באפשרות משלם המחיר הגבוה להתמודד טוב יותר עם משלם המחיר הנמוך. לעומת זאת, אם הפערים

31

32

יהיו גדולים, תקשה עליו מאד להתמודדות האמורה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

1 ב. קיימת גם שאלה של גלגול ההנחה על ידי יצרני הבטון המובא לצרכני הבטון המובא.
2 נקבע לעיל כי הגלגול נעשה באופן חלקי לכל היותר (ר' סעיף 139 לעיל), כך שהפערים
3 בין המחירים שבאפשרות כל אחד מהיצרנים להציע לצרכנים הם נמוכים יותר
4 מהפערים בין המחירים בהם הם רוכשים את המלט.
5 ג. יש לזכור גם כי הפערים במחירי המלט משתקפים רק בחלקם במחירי הבטון המובא,
6 ולמעשה משפיעים על 35-50 אחוז ממחיר זה (ר' סעיף 155 לעיל).
7 ד. למרות הביקוש היחסית קשיח, התברר כי כמויות המלט הנצרכות בישראל עולות עם
8 השנים, ולפי החלטת הממונה מיום 2.9.20 בדבר ביטול הכרזת נשר כמונופולין, כמויות
9 המלט הנצרכות בישראל עלו ב-20% בין השנים 2014-2019.

10
11 160. ועדיין, אין ספק כי בשל הפרמטרים המנויים בסעיף 157 לעיל, לפערים במחירי המלט בין
12 צרכני השונים יש יכולת השפעה ממשית על חלקם של רוכשי המלט, יצרני הבטון המובא,
13 בשוק זה, בכפוף לאמור בסעיף 159 לעיל.
14 לכן, הפערים האמורים, בין אם כשלעצמם, אם מדובר בפערים גדולים מאד, ובין אם
15 בצירוף פרמטרים נוספים, יכולים להצביע על יתרון בלתי הוגן שעשוי להיות מוענק
16 ליצרניות הגדולות עקב ההנחות.

17
18 האם בהנחות כמות עסקינן, ובנוסף – בחינת פרמטרים אופייניים להנחות הניתנות על ידי נשר

19
20 161. התובעות יצאו חוצץ נגד הגדרת ההנחות שניתנו על ידי נשר כהנחות כמות וטענו כי אין
21 כאלה. לפיכך, מעניקות הן לטענתם יתרון בלתי הוגן למקבליהן. מאחר והנחות כמות
22 נבחנות בעין אוהדת יחסית, להבדיל מהנחות נאמנות או מטרה, יכולה להיות נפקות
23 לקביעת סיווג המדויק של ההנחות, אך חשוב לציין, שגם אם סיווג של ההנחות נותר
24 כהנחות כמות, יש בפרמטרים שייבחנו להלן כדי ללמד על הוגנות או אי הוגנות היתרון
25 שנזכר לעיל, ועל מידת החשדנות שבה עלינו לבחון הנחות אלה. נבחן את טיעוני התובעות.

26
27 סודיות ההנחות

28
29 162. התובעות טענו כי הנחת כמות "אמיתית" היא שקופה וגלויה, ואילו ההנחות שהעניקה נשר
30 היו סודיות.

31 נשר דחתה את טענות התובעות וטענה כי אין זה נכון שההנחות היו סודיות וכי אין זה נכון
32 שסודיותן העניקה יתרון בלתי הוגן ללקוחות שקיבלו אותן.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר - מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1
2 **163. השאלה הראשונה** היא שאלה עובדתית – האם ההנחות היו אכן סודיות, או שהיו ידועות
3 ללקוחות נשר.
4 עיון במחירוני נשר משנת 2008 ומשנת 2011 שכללו את שיעורי ההנחות, מגלה כי נכתב בהם
5 במפורש – **"סודי ביותר"**. דומה כי כיתוב זה מדבר בעד עצמו.
6 לא רק זאת אלא שבמכתב השימוע מיום 15.2.12 ששלחה הרשות לנשר (נספח 10 לתצהירי
7 אביעד בטון) נכתב כך:
8
9 **"נשר נוהגת לתת הטבות נוספות על פי שיקול דעתה, מעבר לאלה הקבועות**
10 **בהתאם לחוק הפיקוח. לטענת נשר, הטבות אלה אינן פומביות, ואינן ידועות**
11 **לכלל לקוחותיה של נשר"** (ההדגשה אינה במקור).
12
13 **164.** לאור ראיות אלה ברי כי לנשר יש קושי לטעון כי ההנחות לא היו סודיות, וטענותיה בעניין
14 זה הסתכמו בשתיים:
15 א. **נשר לא הסתירה את עצם העובדה שמוענקות הנחות כמות** – על כך יש להשיב כי גם
16 אם כך הדבר, ואין לכך אישוש מספיק, ברי כי החשיבות היא ליידוע מפורט אודות
17 מדרגות הנחות הכמות הניתנות על ידה ושיעוריהן, ואלה לא נעשו על ידי נשר.
18 ב. **יעיש הצהיר שידע על ההנחות, ביקש לקבלן, וכי נשר לא הכחישה את הענקתן** –
19 יעיש אכן אישר בחקירתו כי ידע שרדימיקס והנסון מקבלים הנחות, וכי הידיעה נבעה
20 מכך שלא יכול היה להתמודד איתם ולתת אפילו הצעה נגדית להצעתם הראשונית (עמ'
21 245). בתצהירו ציין יעיש כי שנים קיים "באזז" בשוק על הנחות מפליגות הניתנות
22 לחלק מלקוחותיה של נשר, כי פנה מספר פעמים לנשר וביקש לקבל את ההנחות
23 שמקבלים האחרים, אך סורב, תוך שאנשי נשר **סירבו תמיד לחשוף את מדרג ההנחות**
24 **שלה** (סעיף 12 לתצהיר יעיש).
25
26 **165.** אני קובע, אפוא, כי נשר לא פרסמה את ההנחות שהיא מעניקה מעבר להנחות צו הפיקוח,
27 לא את מדרגותיהן, ולא את שיעור ההנחה בכל מדרגה.
28 דבר קיומן של הנחות אלה ופרטיהן היו ידועים ללקוחותיה הגדולים, יצרני הבטון המובא,
29 אך לא ללקוחותיה האחרים, לבד ממידע כללי כי הלקוחות הגדולים מקבלים הנחות
30 משמעותיות.
31



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיזוני:

- 1 **166. השאלה השנייה** היא מה המשמעות שיש ליתן לשמירת ההנחות בסוד מפני חלק לפחות
2 מלקוחותיה.
3 הרציונל של הנחות הכמות הוא לעודד לקוחות לרכוש כמות גדולה יותר, וכך לזכות בהנחה
4 (בענייננו, הנחה נוספת להנחות הפיקוח). ברור כי על מנת שלקוחות המונופול (הוא נושא
5 הדיון בענייננו), יוכלו לנצל את יתרונות הנחות הכמות, או לפחות לשקול אם יש בידם
6 לנצלן, עליהם לקבל פרטים מלאים אודות הנחות אלה.
7 כך אמורים להיות הדברים לגבי הנחת כמות המבוססת באופן אובייקטיבי על כמויות
8 בלבד, ולא על שיקולים נוספים.
9 כאשר רק ללקוחות הגדולים נמסר מידע אודות הנחות אלה ופרטיהן, ושאר הלקוחות אולי
10 מודעים במעורפל לקיומן, אך לא לפרטיהן, קיימת סיבה להניח כי אין מדובר בהנחות כמות
11 במובן הרגיל, ומתקיים בסיס לחשד כי קיימות מטרות אחרות לגבי הנחות אלה, זרות
12 לעתים למטרותיה הרגילות והאובייקטיביות של הנחת הכמות.
13
- 14 **167.** נשר ביקשה להראות בסיכומיה כי אין שחר לטענה כי "סודיות" ההנחות העניקה למקבלי
15 ההנחות יתרון בלתי הוגן על מתחריהם, ונסקור להלן את טענותיה בקשר לכך.
16
- 17 **168. נשר: סודיות ההנחות היא נוהג מסחרי מקובל בתעשיית-המלט. גם יצרנים אירופים**
18 **אינם מפרסמים את המדרג (אקרים/ספטמבר/9/2017, 16, 58); בהליך ההיצף הנחות**
19 **היצרנים הזרים קיבלו חסיון. בארי אישרה שהסודיות כשלעצמה חוקית.**
20 לא השתכנעתי מטענות אלה. אין בהן כדי ליתר את הצורך להביא לידיעת הלקוחות את
21 דבר קיומן של ההנחות ואת שיעורן. אי פרסום מדרגות ההנחה באירופה (יש לציין את
22 המשקל הנמוך יותר שיש לתת לחוות דעתו של אקרים, כפי שיפורט בסעיף 208 להלן), אינו
23 מביא למסקנה שהתנהלות זו תקינה. הליך ההיצף הוא נושא שונה.
24 בארי לא אמרה דבר סותר, שכן השאלה אינה חוקיות או אי חוקיות הסודיות, אלא
25 השתלבותה במושג שנקרה "הנחות כמות". בחוות דעתה ובחקירתה חזרה בארי ואמרה כי
26 סודיות ההנחות מלמדת על כך שלא מדובר בהנחת כמות אובייקטיבית ולגיטימית, ונצטט
27 קטע מדבריה:
28
- 29 **"... במצב בו הנחות אובייקטיביות, לנשר אמור היה להיות מניע שהמדרגות**
30 **יהיו גלויות...ועצם הסודיות זה אומר שלא היה לה מניע שהן יהיו גלויות**
31 **מפני שהנחות כמות, ברגע שהן גלויות הן מעודדות בעצם את הגדלת הכמויות**
32 **של הצרכן. אם הן סודיות והצרכן לא יודע איזה הנחה הוא יקבל במידה**



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1 והכמויות שלו יגדלו, אז בעצם התכלית של הצד החיובי של הנחות כמות,
2 שהוא לעודד צרכן לקנות יותר בעצם מוסתר מפניו...
3 ... עצם הסודיות זה אחד המאפיינים של הנחות שאינן אובייקטיביות, כי
4 אחרת לא היה סיבה להסתיר אותן כי זה נוגד את הרציונל הכלכלי של הנחות
5 כמות לגיטימיות" (עמ' 695 ש' 3-1).

6
7 גם תשובתה של בארי כי הסודיות אינה בלתי חוקית כשלעצמה, אליה מפנה נשר, מלווה
8 בהסבר של בארי כי "מכלול הנסיבות כאן ועצם הסודיות שלהן בעצם מראה שהמניע לא
9 היה כמו בהנחות כמות לגיטימיות שזה בעצם עידוד הצרכן לקנות יותר" (עמ' 693 ש' 31
10 – עמ' 694 ש' 1).

11
12 הדברים שצוטטו לעיל מפיה של בארי מקובלים עלי לחלוטין.

13
14 169. נשר: הפרסום עלול לפגוע בתחרות, לאפשר ללקוחות לדעת מה מבנה העלויות של
15 מתחריהם ולהקל על תיאום ביניהם.

16 נשר הביאה את דבריו של או'דונהיו בחקירתו כי פרסום ההנחות עלול ליצור בעיה
17 תחרותית (עמ' 855 ש' 21-15) כתנא דמסייע. דא עקא, דבריו אלה של או'דונהיו לא נאמרו
18 בתשובה לשאלה (ר' עמ' 855 ש' 12-6), וגם לא היו מנומקים.

19 לעומת זאת, או'דונהיו הוסיף והביע עמדה, שבעיני נראתה מתמיהה. הוא שב וחזר על כך
20 שהלקוחות הגדולים הנהנים מן ההנחות מודעים לכל תנאיהן, ולכן לדבריו קיימת שקיפות
21 לגבי ההנחות, אך הן אינן מתפרסמות לקהל הרחב (עמ' 855 ש' 31-25; עמ' 857 ש' 12).

22 כשהועמד בפני השאלה המתבקשת האם הוא מודע לכך שההנחות לא היו שקופות
23 ללקוחות הקטנים יותר, לא השיב לשאלה, אלא אמר כי ידוע לו ש-5 חברות גדולות ידעו
24 על ההנחות ונהנו מהן (עמ' 858 ש' 1 – עמ' 859 ש' 7). כאשר נשאל שוב ושוב, האם לא יהיה
25 זה הוגן להניח כי לקוח קטן יותר הקרוב למדרגה הראשונה למתן ההנחה הנוספת צריך
26 לדעת לאיזה הנחות יהיה זכאי אם יעבור את הרף המזכה אותו בהנחה, ויוכל לכוון את
27 התנהגותו, חזר או'דונהיו שוב ושוב על כך כי כל מי שרוכש מעל 10,000 טון, זכאי להנחה,
28 ולא השיב למעשה על השאלה.

29 וזו בדיוק הבעיה, שכן יידוע הלקוחות הגדולים בדבר ההנחות ופרטיהן ואי יידוע הלקוחות
30 הקטנים יותר, מהווה הפליה בוטה, יש לומר, בין שני סוגי הלקוחות, שאיני מוצא לה
31 הצדקה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ

ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיזוני:

- 1 טענת נשר כי פרסום ההנחות עלול לגרום לתיאום בין הלקוחות היא טענה כללית, בלתי
2 מפורטת ובלתי מוכחת, ונשר לא ניסתה אף לבחון אותה אף פעם בפועל באמצעות פרסום
3 ההנחות, הנדרש והחיוני לגבי הנחות כמות אובייקטיביות ו"נקיות" משיקולים זרים.
4 איני מסכים גם לטענת נשר כי דחיית פניית לפארג' ב-2017 (חברה מובילה בעולם לייצור
5 מלט) לקבלת מחירון נשר הכולל הטבות ללקוחותיה הגדולים על ידי הרשות, משקפת
6 עמדה ברורה של הרשות, התומכת בסודיות ההנחות.
7 בהחלטת הרשות מיום 24.8.17 (נת/44) נקבע בראש ובראשונה כי מבקשת המידע היא
8 חברה יוונית, ולכן חוק חופש המידע אינו חל לגביה, והיא אינה זכאית לקבל מידע מרשות
9 ציבורית. הטעמים הנוספים הובאו למעלה מהצורך, והאחרון שבהם היה כי "גילוי המידע
10 הרגיש עלול להביא אף לפגיעה בתחרות בין לקוחותיה של נשר או בין נשר למתחרותיה.
11 כך לא ניתן לשלול את האפשרות שחשיפת מידע על אודות הנחותיה של נשר, עלולה להקל
12 על תיאום בין מתחרים".
13 יש לזכור כי החלטה זו ניתנה בפנייתה של חברה זרה, וכי הדברים נכתבו בצורה מסויגת
14 ("עלול להביא", "לא ניתן לשלול").
15 בניגוד לכך, כאשר מדובר בהסתרת המידע החיוני הנ"ל של פרטי ההנחות מפני לקוחות
16 שעשויים להיות זכאים להן, הובעה על ידי הרשות עמדה שלילית ברורה במכתב השימוע
17 לנשר מיום 15.2.12. לאורך כל מכתב השימוע כונו ההנחות הנוספות ללקוחות הגדולים
18 בשם "ההטבות הסודיות" כקונוטוציה שאינה משתמעת לשתי פנים. לא רק זאת אלא
19 שבסעיף 3.1.1 למכתב השימוע נכתב כי "סודיות ההטבות מאפשרת ללקוחות המועדפים,
20 ובפרט לרדימיקס ולהנסון ליהנות ממרווח גבוה יחסית ליתר יצרני הבטון המובא"
21 (ההדגשה אינה במקור). בהמשך נכתב כי דווקא מתן ההטבות המפליגות לרדימיקס
22 ולהנסון עלול לייצב שיווי משקל מתואם ביניהן (סעיף 3.2.2), וכי "ביטול ההטבות
23 הסודיות ומתן פומבי למחירי המלט הנוהגים עשוי לפגוע ביכולת ההתאמה וביכולת
24 הפיקוח עליה ולמנוע פגיעה בתחרות בענף הבטון המובא" (סעיף 3.2.3).
25
26 170. סודיותן של ההנחות הנוספות (סודיות חלקית למעשה, שכן היו ידועות ללקוחות
27 הגדולים/הבינוניים של נשר) מהווה, אפוא, פגיעה ברורה באובייקטיביות שלהן, והענקת
28 יתרון בלתי הוגן ללקוחות אלה על פני הלקוחות האחרים.
29
30 171. נשר: אפקט הסודיות מוגבל. לקוחות ידעו היכן הם נמצאים במדרג ואם היו פונים לנשר
31 ומבררים איזו הנחה יקבלו אם תגדל הכמות, היו מקבלים תשובה. לקוחות כמו אשטרום
32 וסולל בונה איחדו רכישות כדי לעלות מדרגה ולקבל הנחה גבוהה יותר.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

1 איני מקבל טענות אלה של נשר. אני מעדיף את דברי יעיש כי נשר סירבה לחשוף את מדרג
2 ההנחות שלה בפניו (ר' סעיף 164(ב) לעיל), במיוחד כאשר נשר לא הציגה כל ראיה לכך
3 שמסרה לאביעד בטון וללקוחות קטנים אחרים את מדרג ההנחות הנוספות. דברי אבידור
4 בעניין זה אינם מספיקים, ובנוסף, דווקא תשובותיה בבית המשפט כי על מנת לקבל את
5 המידע בדבר מדרגות הנחות הכמות ושיעורי ההנחות על הלקוח הקטן לפנות לדרגים
6 הבכירים (סמנכ"ל, מנכ"ל) ולבקש זאת (עמ' 1250-1248), מעוררים שאלות בדבר הפליה
7 נוספת הקיימת במקרה זה.
8 כך גם לגבי המקרה שהובא על ידי אבידור, לפיו אשטרום וסולל בונה איחדו רכישות כדי
9 להגיע למדרגה המזכה אותם בהנחה נוספת. הדבר מעיד על ההפליה הקיימת, שכן אשטרום
10 וסולל בונה הן חברות גדולות ולקוחות בינוניים לפחות של נשר. המידע בדבר
11 אפשרויותיהם לאחד רכישות נמצא בידם, אך מידע זה לא נמצא בידי הלקוחות הקטנים,
12 ולא הייתה בידם האפשרות לשקול איחוד רכישות כנוכח לעיל.

13
14 **נשר: הרשות מעולם לא הורתה לנשר לפרסם את המדרג ובהוראות מ-2014 התחייבה לא**
15 **להתערב ב"סודיות" למשך חמש ואף תשע שנים. אם היה ממש בטענות התובעות,**
16 **הרשות היתה דורשת את פרסום המדרג במיוחד לאור כניסת מתחרה (הר-טוב).**
17 אף כאן, איני מקבל את טענות נשר. כפי שעוד נראה להלן, הממונה העדיף את הדרך
18 המוסכמת עם נשר של מכירת מפעל הר טוב לייצור מלט של נשר, על פני מתן הוראות בכפיה
19 לנשר. להבנתו, הסכמות אלה יביאו לשכלול התחרות בענף המלט, ולהפחתת מחירו.
20 בהעדפת דרך זו, ויתר הממונה על מתן הוראות כופות, הן לגבי שיעור הנחות הכמות והן
21 לגבי פרסומן, אך בהוראות שנקבעו על ידו למקרה שההסכמות למכירת מפעל הרטוב לא
22 ייצאו אל הפועל נכללו הן הוראות לגבי ההנחות והגבלתן, והן הוראות לפרסם את המחירון
23 הכולל הנחות אלה.

סיכום פרק סודיות ההנחות

24
25
26
27 173. אני קובע, אפוא, כי ההנחות הנוספות לא פורסמו על ידי נשר, ופרטיהן לא היו ידועים
28 ללקוחותיה הקטנים, כך שהן היו אכן "הנחות סודיות".
29 אני דוחה את טענותיה של נשר בדבר הלגיטימיות של סודיות ההנחות, וקובע כי סודיותן
30 אינה מתיישבת עם הנחות כמות אובייקטיביות.
31



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר - מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

רטרואקטיביות ההטבות

174. אין מחלוקות כי ההנחות הנוספות חושבו על ידי נשר על בסיס שנתי. ר' למשל הנוסח
האחיד בת/49 ובת/65 – מחירוני נשר "ללקוחות גדולים" בשנים 2008 ו-2011 (ר' סעיף 146
לעיל). בגוף המחירוני חושבו היקפי הרכישה הנדרשים לצורך קבלת ההנחות הנוספות
בחישוב חודשי, אך בהערה מס' 2 נכתב כך:

"חישוב הכמות הנרכשת ייעשה על בסיס שנתי, על פי נתוני שנה קודמת או
על פי הערכות של הצריכה הצפויה לשנה הקרובה. במקרה של הערכה
צפויה, אם יתברר בסוף השנה כי הצריכה בפועל שונה מן הצפי – תיערך
התחשבות כספית לגבי הפער".

כמו כן, בהערה 3 צוין כי ההנחות הנוספות מתווספות להנחות הפיקוח, ולפי הדוגמא
שהובאה שם, ההנחה הכוללת תחושב מהטון הראשון. למשל, הנחת הפיקוח לרוכשי כמות
חודשית מעל 10,000 שם היא 3.91%. ההנחה הנוספת לרוכשי כמות של 10,000 עד 20,000
טון לחודש (120,000-240,000 טון לשנה) היא 5.66%, ולפיכך, ההנחה הכוללת על כלל
הכמות (השנתית), החל מהטון הראשון היא 9.57% (3.91%+5.66%).

175. האמור לעיל משמיע לנו תחילה כי בניגוד לטענת נשר, ההנחות הנוספות אינן צועדות באופן
מלא בעקבות הנחות הפיקוח. זאת, מאחר שצו הפיקוח קובע כי הנחות הפיקוח יינתנו למי
שרוכש מעל 100 טון לחודש בהתאם למדרגות שנקבעו שם (ר' סעיף 142 לעיל), בעוד
שהזכאות להנחות הנוספות נקבעת לפי היקף הרכישות השנתי.
לא רק זאת, אלא שהתווספותן של ההנחות הנוספות להנחות הפיקוח, באופן שההנחה
המצטברת ניתנת מהטון הראשון, גורמת לכך שבניגוד להוראות צו הפיקוח, אותה הנחה
מצטברת, הכוללת גם את הנחת הפיקוח, ניתנת לפי ההיקף השנתי ולא ההיקף החודשי.

176. על הבעייתיות שבחישוב ההנחות לפי היקף שנתי הנחשבת כתקופה ארוכה לצורך זה,
להבדיל מתקופה קצרה דוגמת חודש, עמד כב' השופט גרוסקופף בפסק הדין בעניין חברת
נמל אשדוד:

"היבט המחמיר את הפגיעה בהליך התחרותי הוא כאשר ההנחות כוללות
מנגנון רטרואקטיבי – בין אם ההנחות ניתנות מהמוצר הראשון ובסוף



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1 התקופה עורכים התחשבות, אשר יכולה להביא לשלילת ההנחה למפרע אם
2 הלקוח לא עמד ביעד שנקבע לו; ובין אם ההנחות מוענקות רק לאחר שהלקוח
3 הגיע אל היעד הכמותי. לאור קיומו של מנגנון מעין זה, המתחרים ניצבים
4 בפני מכשול נוסף, משום שהלקוחות יירתעו מלרכוש מוצרים אצל המתחרים
5 בטרם יידעו כי עמדו ביעד, שאחרת ההנחה תישלל מהם על כלל המוצרים
6 שרכשו" (פסקה 65).

7
8 "לעובדה כי ההנחות ניתנות כמכלול, באופן רטרואקטיבי, קיימת גם השלכה
9 אנטי-תחרותית נוספת, המכונה "אפקט יניקה" (suction effect). ככל
10 שלקוח כבר הזמין מהמונופול מוצרים או שירותים במהלך התקופה
11 הרלוונטית, הרי שגורם המבקש להתחרות במונופול על המוצרים שבגינם
12 ניתנת ההנחה יידרש להציע הנחה המפצה את הלקוח לא רק על אובדן
13 ההנחה שהמונופול מעניק ביחס למוצר עליו מתחרים (קרי, ההנחה
14 שהמונופול נותן על ההזמנה הנוכחית), אלא גם על הסיכון של אובדן הנחות
15 המונופול ביחס למוצרים שהוא כבר סיפק (קרי, ההנחה שהמונופול נותן על
16 הזמנות העבר). כתוצאה מכך, מי שמבקש להתחרות במונופול יתקשה
17 לעשות כן לאחר שהמונופול כבר סיפק חלק מהמוצרים, וזאת גם אם הוא
18 יצרן יעיל באותה מידה. לקושי זה משמעות מיוחדת (שאינה תלויה בעיתוי
19 כניסת המתחרה לשוק) אם מלכתחילה אין ללקוח ברירה אלא לרכוש חלק
20 מהסחורה מהמונופול. במצב דברים זה, על מנת להתחרות במונופול, נדרש
21 המתחרה להעניק לא רק את ההנחות שהמונופול מוכן לתת על הסחורה
22 לגביה קיימת תחרות, אלא גם על מה שהמונופול מגדיר כהנחה ביחס
23 לסחורה לגביה לא קיימת תחרות" (פסקה 120).

24
25 "כאשר הנחה ניתנת כמכלול באופן רטרואקטיבי, דהיינו ביחס למכלול
26 עסקאות כמקשה אחת, הרי שבמנותק מהשאלה אם מדובר בהנחה מבוססת
27 כמות או בהנחה מבוססת שיעור, קיים חשש להשפעה אנטי-תחרותית בשל
28 כך שהיא, כשלעצמה, עלולה למנוע תחרות לגופו של עניין ביחס לעסקה
29 הבודדת, ולחייב תחרות הכורכת יחדיו את מכלול העסקאות" (פסקה 122).

30
31 177. הדברים ברורים. קביעת הנחת הכמות לפי היקף רכישות בתקופה ארוכה של שנה, עלול
32 להביא לתוצאה של פגיעה משמעותית בתחרות. הלקוח שכבר רכש מהמונופול, יתקשה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1 לבחון במהלך התקופה הנ"ל את אפשרויותיו לרכישה שלא מהמונופול, בשל חשש כי
2 הסטת הרכישות מהמונופול תביא לכך שיפסיד הנחה משמעותית על כל הכמות שנרכשה
3 על ידו מתחילת התקופה.
4 מובן כי בעייתיות זו אינה קיימת מקום בו ההנחה מחושבת באופן שוטף פר הזמנה או
5 באופן חודשי.

6

7

הבחנה בין סוגי לקוחות והדרת לקוחות מסוימים מהנחות הכמות

8

9 178. הנחות כמות אובייקטיביות אינן מבחינות בין הלקוחות השונים. כל מי שרוכש סחורה
10 בהיקף מסוים הקבוע במדרגות ההנחות, זכאי לקבל את ההנחה הקבועה למדרג האמור.

11

12 179. ואולם, מדיניות ההנחה של נשר שונה, שכן נשר קבעה, ככתוב במחירון, כי "הנחות
13 מתייחסות ללקוחות סופיים בלבד ולא לסיטונאים או לסוחרים מלט" (הערה מס' 1
14 במחירוני נשר; ר' גם סעיף 108 לסיכומי נשר, בו מאשרת היא כי ההנחות הנוספות אינן
15 ניתנות לסיטונאים).

16

17 180. כך נוצר מצב בו סיטונאים הרוכשים מנשר מלט בהיקפים המזכים אותם בהנחות הנוספות,
18 אינם מקבלים הנחות אלה, אלא הנחות נמוכות בהרבה.

19 למותר לציין כי הפליה זו של הסיטונאים פוגעת גם בלקוחותיה הקטנים של נשר, אשר יכלו
20 לבצע רכישת מלט מהסיטונאים במחירים שהיו יכולים להיות נמוכים מאלה המשולמים
21 על ידם ישירות לנשר (אילו היו הסיטונאים מקבלים את ההנחות הנוספות שמקבלים
22 לקוחות סופיים), בעוד שבפועל, אם יקנו מהסיטונאים, ההנחה שיקבלו תהיה מעט גדולה
23 יותר מזו שתוענק להם אם יבצעו רכישות ישירות מנשר, כשמדובר בהפרש זניח למדי (של
24 כחצי אחוז – ר' עדות יעיש עמ' 233 ש' 24-26).

25

26 181. נשר טענה כי סיטונאים אינם מתחרים בלקוחות קצה, ולכן אין איסור למכור להם במחיר
27 שונה, וכי ממילא לקוחות הקצה לא זכו ליתרון תחרותי על הסיטונאי כתוצאה מקבלת
28 הנחות גדולות יותר, ואין נפקות תחרותית לקיום מדרג שונה לסיטונאים.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ

ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

1 נשר הוסיפה וטענה כי אמנם קיימת הצדקה כלכלית למתן הנחה לסיטונאים, כיוון שהם
2 נושאים בסיכוני האשראי של הלקוח ובעלויות שיווק והפצה, אך אין הצדקה להעניק
3 לסיטונאים הנחה זהה לזו של הלקוחות הגדולים, משום שהנזק מנטישת סיטונאי קטן
4 מהנזק מנטישת יצרן. אם סיטונאי גדול יעזוב את נשר, הלקוחות הסופיים שרוכשים ממנו,
5 עשויים להמשיך ולרכוש מלט מנשר (במישרין או מסיטונאי אחר), ועל-כן השלכות עזיבת
6 סיטונאים לעומת עזיבת לקוחות גדולים אינן זהות.

7
8 182. איני מוצא מקום לקבל את טענותיה אלה של נשר.

9 ראשית, נשר בעצמה מתחרה באופן מסוים בסיטונאים, שכן היא תעדיף למכור את המלט
10 ישירות ללקוח הסופי, במחיר גבוה יותר, מזה שהיא גובה מהסיטונאי (שבכל זאת מקבל
11 הנחה גדולה יותר מהלקוח הקטן, נוכח הכמויות הנרכשות על ידי הסיטונאי, סיכוני
12 האשראי ועלויות השיווק וההפצה בהן הוא נושא).

13 שנית ועיקר, כפי שצוין לעיל, אי מתן הנחות הכמות לסיטונאים מונע מהלקוחות הקטנים
14 לרכוש את המלט מהסיטונאים במחיר הנמוך משמעותית מזה שהם משלמים לנשר, ובכך
15 נפגעת התחרות בין לקוחותיה הגדולים של נשר, לבין לקוחותיה הקטנים יותר.
16 עוד יש להוסיף כי גם הנחות הפיקוח אינן מבדילות בין לרוחות ישירים לבין סיטונאים.

17
18 183. זאת ועוד, טענת נשר כי הפליית הסיטונאים אינה פוגעת בתחרות נהדפת, לא רק לגופה,
19 אלא גם מהטעם העיוני כי הפרקטיקות העסקיות עימן מתמודדים דיני התחרות הכלכלית,
20 אינן מוגבלות רק לאלה הפוגעות בתחרות החופשית, אלא גם לכאלה הפוגעות ברווחת
21 הציבור שלא על דרך של פגיעה בתחרות, כפי שנקבע במפורש בעניין חברת נמל אשדוד:

22
23 **"ודוק, הגם שהוראות החוק (חוק התחרות הכלכלית – י.ק.) שמות דגש נרחב**
24 **על המונח "תחרות" (המאוזכר עשרות פעמים בחוק, והחל משנת 2019 החוק**
25 **אף נזכר בכותרתו), שימור וקידום התחרות החופשית אינם מהווים מטרה**
26 **בפני עצמה, אלא הם רק כלי להשגת היעד של השאת הרווחה החברתית**
27 **המצרפית... משכך, דיני התחרות הכלכלית אינם מוגבלים להתמודדות עם**
28 **פרקטיקות עסקיות הפוגעות בתחרות החופשית גרידא, אלא כוללים הם**
29 **התייחסות גם לפרקטיקות עסקיות הגורמות נזק לרווחת הציבור שלא על**
30 **דרך של פגיעה בתחרות" (פסקה 49).**

31



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

184. באשר לטענת נשר כי הנזק מנטישת סיטונאי קטן מהנזק מנטישת יצרן, נשר לא הבהירה
מהן האפשרויות של סיטונאי לעזוב את נשר, להבדיל מאלה של יצרן, ובנוסף, נשר לא
הצביעה על מקור חוקי המאפשר לה להבחין בין סוגי לקוחות באופן שימנע מלקוח פלוני
לקבל את הנחת הכמות אותה מקבל לקוח אחר, הגם ששניהם רוכשים כמויות דומות.
מִשְׁנֵשֶׁר מבחינה בין סוגי הלקוחות השונים לעניין ההנחות הנקראות על ידה הנחות כמות,
שומטת היא את בסיסן של הנחות אלה, שההפליה המותרת לכאורה על פיהן בהן היא לפי
יחידות, להבדיל מהפליה אסורה לפי פרטים, המתחשבת במאפייניו של לקוח לצורך
קביעת ההנחה המגיעה לו.

185. המסקנה היא כי ההפליה בין לקוחותיה של נשר הרוכשים את המלט לצורך ייצור בטון,
לבין לקוחותיה הסיטונאים, מצביעה על כך כי אין מדובר בהנחות הכמות הקלאסיות
האובייקטיביות, אלא בהנחות שיש להן מניעים אחרים שאינם המניעים הלגיטימיים של
מתן הנחות כמות.
גם בכך מתקיים יתרון בלתי הוגן המוענק ללקוחותיה הגדולים של נשר על פני הרוכשים
האחרים של המלט, בין אם ישירות מנשר, ובין באמצעות הסיטונאים.

הנחות פרטניות ללקוחות מועדפים

186. לאמור בפרק הקודם לעיל יש להוסיף את שנקבע בסעיף 150(ב) לעיל, כי נשר ניהלה בשנת
2010 מו"מ פרטני עם היצרניות הגדולות והעניקה להן הנחות בשווי של מיליוני שקלים,
שהתווספו להנחות הפיקוח ולהנחות הנוספות.
הובאו שני מקרים ממוסמכים, האחד לגבי רדימיקס, והאחר לגבי הנסון, שניהם מאותם
תקופה.
בשני מקרים אלה יכול ויש ללמד על קיומם של מקרים נוספים כאלה, גם בהתחשב בדברי
נציגי רדימיקס והנסון לממונה (ר' סעיף 149 לעיל), וגם מאחר שלתובעות אין שליטה
ממשית על היקף המסמכים המגולים להן.
למותר לציין כי על מנת שהנחות הכמות ייהנו מהחזקה כי הן לגיטימיות ומותרות, עליהן
להינתן באופן אחיד ושוויוני לכל אחד ואחד מהזכאים להן, לפי מחירון ההנחות. ככל
שמוכח שהן אינן ניתנות באופן זה, נסתרת החזקה הנזכרת לעיל, והן הופכות את ההנחות
הנ"ל לא רק לחשודות, אלא גם לאסורות, נוכח ההפליה הברורה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1

2

הצורך כי הנחת הכמות תוענק בהתאמה לחיסכון בעלויות

3

4

187. מטרת הנחת הכמות חשובה לאפיונה כהנחת כמות.

5

קיימות מטרות לגיטימיות המשקפות הנחות כמות אובייקטיביות, ומנגד, קיימות מטרות

6

שאינן נחשבות ככאלה, ומעלות חשד לכך שההפליה הנגרמת עקב מתן הנחות הכמות אינה

7

לגיטימית.

8

אף בעניין זה חלוקים הצדדים ביניהם.

9

10

188. לשיטת התובעות, על מנת שהנחות הכמות ייחשבו כאובייקטיביות ולגיטימיות, עליהן

11

להיות אחידות ומוענקות באופן שוויוני ונטול פניות לכל לקוחות המונופול, כשבנוסף עליהן

12

להיות מבוססות ומותאמות לחיסכון הנוצר בעלויות הייצור, השיווק וההפצה, עקב הכמות

13

המוגדלת הנרכשת על ידי הלקוח, כמות שבגינה ניתנת ההנחה.

14

15

בכל הנוגע לאחידות ולשוויוניות, נדונו בפרקים הקודמים סוגיות שונות הקשורות בכך.

16

בפרק זה נדון בטענת החיסכון בעלויות.

17

18

189. נשר חולקת על טענתן של התובעות כי יש צורך שההנחות ישקפו חיסכון בעלויות, וטוענת

19

כי אין לה סימוכין, וכי האסמכתאות בדין הישראלי והאירופי הן הפוכות דווקא.

20

21

190. למחלוקת זו חשיבות ניכרת להכרעה בשלב זה של ההליך, שכן נשר אינה טוענת כי הנחות

22

הכמות ניתנו על ידה עקב ובהתאם לחיסכון הנוצר עקב רכישת כמויות מוגדלות של מלט,

23

אלא מטעמים אחרים, שעוד ייסקרו להלן.

24

25

לפיכך, ככל שתקבל טענת התובעות, אנו מתקרבים עוד יותר לקביעה כי ההנחות שניתנו

26

על ידי נשר ליצרניות הגדולות היו מפלות והעניקו להן יתרון בלתי הוגן על פני צרכנים

27

אחרים.

28

29

191. התובעות הפנו לאסמכתאות הבאות להוכחת טענתם שנוכרה לעיל:

30

31

א. ת/142 – עמדת הרשות במכתבה מיום 16.5.05 בעניין החברה המרכזית לייצור

32

משקאות קלים ומשקר לפיה: "הנחת כמות, המבוססת ומותאמת לחיסכון ברור



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1 בעלויות הייצור, השיווק וההפצה של כמות מוגדלת של יחידות מוצר (שבגינה ניתנת
2 הנחת הכמות) לא תיחשב לפוגענית או לניצול מעמד לרעה, ובלבד שהיא ניתנת באופן
3 אחיד ושווה לכל אדם הרוכש כמויות דומות".
- 4 יש לציין כי עמדה זו סויגה במידה מסוימת במכתב נוסף של הרשות מיום 17.12.06
5 (נת/57), ולפיו "המכתב (הקודם – י.ק.) קצר, ומטבע הדברים אין באמור בו כדי למצות
6 את הדיון המורכב ורב הפנים בסוגיית יחסם של דיני ההגבלים העסקיים אל הנחות
7 כמות או הנחות אחרות הניתנות על ידי בעל מונופולין".
- 8 ב. הודעת הממונה על ההגבלים העסקיים מיום 8.7.04 בעניין כללים שיחולו על בתי זיקוק
9 לאחר פיצול, שם נקבע בסעיף 3.2 כך:
10 "הנחות כמות – לא תהיה למי מבתי הזיקוק מניעה להנהיג כלפי לקוחותיהם הנחות
11 כמות, היינו הנחות המבוססות על חיסכון מוכח בעלויות הנובע במישרין מגודל
12 הרכישה".
- 13 ג. הפניות לפסיקה אירופית ענפה אשר קבעה כי הנחת כמות לגיטימית צריכה לשקף
14 חיסכון בעלויות. אציין רק הפניה אחת ל-
15 *Royal Mail Plc v. Office of Communications* 1299/1/3/18 (2019) para. 427
16 (בהמשך יוסבר מדוע אין צורך לסקור פסיקה נוספת).
- 17 ד. ב-Whish נכתב כי הגורמים אותם יש להביא בחשבון בקביעה אם עסקאות הן שוות
18 ערך זו לזו, כוללים את אופי המוצר שסופק ואת עלויות האספקה.
- 19 ה. בגילה נכתב כי "אם העלויות במכירת המוצר ללקוח הקטן דומות לעלויות במכירתו
20 ללקוח גדול ואין פרמטר אובייקטיבי אחר שמצדיק את המחיר השונה, הרי שהפרש
21 המחירים בין שני סוגי הלקוחות נובע מהבדלים בכוח מיקוח גרידא ונפתחת הדלת
22 לטענת ההפליה" (עמ' 305, ההדגשות אינן במקור).
- 23
- 24 192. מנגד, נשר נסמכה על אסמכתאות כדלקמן:
- 25 א. חוות דעתו של או'דונהיו, המומחה לשוק האירופי, אשר טען כי בפסיקה האירופית
26 קיימת חזקת חוקיות להנחת כמות, וכי אין בסיס לטענה כי על מנת שהנחה תוגדר
27 כהנחת כמות, יש צורך כי ההנחה תשקף חיסכון בעלויותיו של המונופול.
- 28 ב. חוות דעת פרלמן, על פיהן, בספרות הכלכלית, הגדרת המונח "הנחת כמות", אינה
29 דורשת שההנחה תשקף חיסכון בעלויות.
- 30 ג. פסק הדין ה"ע 2/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"מ
31 תשנט (2) 529 (2000) הבהיר שהנציבות האירופית "נמנעה מלאסור על הנחות כאלה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ

ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1 [הנחות-כמות] גם במקום שבו לא ניתן היה להסביר את מלוא ההנחה בחיסכון
2 בעלויות" (כל עוד ההנחה אובייקטיבית והמחירים לא טורפניים).
3 ד. מאמר הממונה לשעבר גילה [דיויד גילה חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים,
4 ומונופולין דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג' 635, 699 (2003) תומך במתן הנחות-
5 כמות על-ידי מונופול, ללא דרישה לחיסכון בעלויות ייצור [נת/34]
6 ה. פסק-הדין בת"א 3249-04 שיאי אופיר השקעות בע"מ נ' החברה המרכזית לייצור
7 משקאות קלים בע"מ (15.10.12) (לעיל ולהלן: "עניין שיאי אופיר"). נטען על ידי נשר
8 כי פסק הדין אימץ את עמדת פרלמן לפיה הנחות-כמות מותרות לפי הדין בישראל,
9 ללא קשר לשאלת החיסכון בעלויות ייצור.
10 ו. צו שניתן בהע (י-ם) 28/01 הממונה על הגבלים עסקיים נ' בני משה קרסו מפיצי
11 מכוניות בע"מ (22.12.02). נטען כי הצו הדגיש שהנחות-הכמות, ככלל, רצויות, נפוצות
12 ומקובלות. עוד נטען כי אמירה בצו האמור, שהנחות מועילות לצרכן כשהן משקפות
13 חיסכון בעלויות-ייצור, אינה יכולה להיקרא כאוסרת על הנחות שאינן משקפות
14 חיסכון בעלויות.
15 ז. נטען, על פי פרלמן, כי באינספור החלטות הביעה הרשות עמדה שהנחות שנותן
16 מונופולין לגיטימיות גם בהעדר חיסכון בעלויות-ייצור.
17
18 193. שקלתי את טענות הצדדים ועיינתי באסמכתאות אליהן הפנו. אני סבור כי תחילה יש
19 להסיר מעל הפרק, את אחת המחלוקות הקלות לפתרון, על מנת להגיע למחלוקת האמיתית
20 בין הצדדים.
21 ובכן, איני סבור כי יש מחלוקת על כך שכעקרון, וככלל, הנחות כמות הן הנחות תקינות,
22 רצויות ומקובלות. ודאי שאין לקבל גישה כאילו הנחות אלה פסולות על פניהן. לכן גם נקבע
23 בעניין נמל אשדוד, כי "הנטל לשכנע כי הנחה המבוססת על כמות הזמנות היא פרקטיקה
24 פסולה, צריך שיהיה מוטל על הטוען לכך" (פסקה 115).
25 בנוסף, איני סבור כי הנחות כמות הניתנות שלא על בסיס חיסכון בעלויות, מאבדות בשל
26 כך את מעמדן כהנחות כמות. יכולות להיות הנחות כמות שוויוניות ואחידות שניתנות על
27 בסיס שיקולים אחרים.
28 לפיכך השאלה אינה האם הנחות שניתנות שלא על בסיס חיסכון בעלויות אינן הנחות כמות
29 כלל, אלא האם הנחות כמות, הניתנות שלא על בסיס חיסכון בעלויות, יכולות לאבד בשל
30 כך את חזקת תקינותן, לה טוענת נשר, וניתן יהיה להגיע למסקנה כי הן מעניקות יתרון
31 בלתי הוגן ומהוות ניצול מעמד לרעה, ולפיכך הן אסורות ופסולות.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

1 בהינתן השאלה הנ"ל, מתייטר הצורך לדון בהגדרותיהן השונות של הנחות הכמות בהקשר
2 זה.

3
4 194. עניינית, אני סבור כי פסק הדין בעניין **חברת נמל אשדוד** מכריע בסוגיה זו הכרעה ברורה.
5 לא פעם אחת, אלא מספר פעמים, חוזר כב' השופט גרוסקופף בפסק הדין הנ"ל על כך
6 שביסוס הנחות הכמות על **חיסכון בעלויות** מְקַנָּה **לגיטימיות** להנחות אלה, ומהווה את
7 ההצדקה הכלכלית הנדרשת לכך שלא ייחשבו הן כהפליה פסולה (בכפוף כמובן
8 להתקיימותם של רכיבים נוספים נדרשים בהנחות אלה).

9
10 כך למשל בפסקה 115 בפסק הדין:

11
12 "כאשר עוסק, ומונופול בכלל זה, נותן ללקוח הנחה בהתאם לכמות
13 האבסולוטית של המוצרים או השירותים שהוא מזמין ממנו בתקופה נתונה
14 (קרי, הנחת כמות), הרי שעל פני הדברים, עשויה להיות לכך הצדקה
15 כלכלית, המבוססת על עלויות העסקה הקונקרטיות מבחינת העוסק. מכירת
16 כמות גדולה יותר ללקוח בודד עשויה להצדיק גביית מחיר נמוך יותר,
17 מהטעם שהעלות השולית לעוסק עשויה להיות נמוכה יותר, בשל שיקולים
18 שונים, כגון עלויות שיווק ואספקה פוחתות ביחס לכל מוצר נוסף הנמכר
19 לאותו לקוח. מכאן, שמתן הנחת כמות עשוי להתיישב עם השאיפה לגרום
20 למונופול לעשות שימוש בתמחור המבוסס על עלויות הייצור שלו (תמחור
21 מבוסס עלויות), ולא בתמחור המבוסס על נכונות הלקוחות לשלם (תמחור
22 מבוסס ביקושים). הצדקה שכזו לא רק שהיא מעודדת תחרות ביחס למוצר
23 (או השירות) מושא ההנחה, אלא שהיא משקפת את מדיניות התמחור שראוי
24 לעודד מונופולים לנקוט בה".

25
26 ובפסקה 64:

27
28 "הנחת כמות הניתנת על ידי בעל מונופולין נתפסת על פי רוב כרצויה, באשר
29 היא מאפשרת לבעל מונופולין, הנהנה מיתרון לגודל (economies of scale),
30 לחלוק עם הלקוח את החיסכון בעלויות שנוצר עקב אספקה או רכישה של
31 כמות גדולה יותר. לשון אחרת, ככל שהעוסק מגדיל את היקף מכירותיו, כך



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיזוני:

1 פוחתות עלויות הייצור או האספקה שלו, ועל כן הוא יכול להציע ללקוחות את
2 המוצר בעלות נמוכה יותר".

3
4 בפסקה 79 בפסק דין בעניין חברת נמל אשדוד, ואגב סקירת הדין האירופי מתייחס כבי
5 השופט גרוסקופף ל- Case T-203/01 Manufacture française des pneumatiques Michelin v.
6 Commission, 2003 E.C.R. II 4071, paras 59-62, 65, 95 (להלן: עניין Michelin השני), ובין היתר
7 מצייין כך:

8
9 "בית המשפט האירופי הכללי חזר באותו עניין על ההלכה שנקבעה בעניין
10 Portugal, לפיה, ככלל, הנחות כמות הניתנות על ידי חברה דומיננטית
11 מותרות, בהינתן שהן מבוססות על חיסכון בעלויות המועבר ללקוחות
12 החברה".

13
14 בעניין Portugal שנוכר לעיל נקבע, בין היתר, כי בהנחות הכמות נדרשת הצדקה כלכלית
15 אובייקטיבית למתן ההנחות הנ"ל.

16
17 195. המסקנה היא כי ככל שהמונופול חפץ כי הנחות הכמות הניתנות על ידו ייחשבו להנחות
18 כמות לגיטימיות, עליו לבססן על חיסכון בעלויות.

19 בענייננו, לא טענה נשר כי ביססה את הנחות הכמות על חיסכון בעלויות, אלא על שיקולים
20 אחרים (שייסקרו בהמשך), ולכן יש לבחון אותן בקפידה על מנת להגיע למסקנה אם היתרון
21 שהן מעניקות הוגן או בלתי הוגן, והאם תקינות הן או פסולות.

22
23 196. מאחר שפסק הדין בעניין חברת נמל אשדוד הכריע כאמור לעיל בסוגיה הנ"ל, לא מצאתי
24 צורך בסקירת הפסיקה האירופית בעניין זה, וכן אני סבור כי מתייטר הצורך לבחון
25 באריכות את טענות נשר, שאינן מתקבלות.

26 אתייחס אליהן, אפוא, בקיצור נמרץ כדלקמן:
27 **לסעיפים 192(א) ו-192(ב)** – ההבהרה בסעיף 193 לעיל ייתרה את הצורך לעסוק בסעיפים
28 אלה.

29 **לסעיף 192(ג)** – הצו בה"ע 2/96 ניתן לפני קרוב ל-25 שנה. הפסיקה האירופית התפתחה
30 בינתיים, כנזכר בפסק הדין בעניין חברת נמל אשדוד. בנוסף, בצו צוין כי הנחות הכמות לא
31 נאסרו "גם במקום שבו לא ניתן היה להסביר את מלוא ההנחה בחיסכון בעלויות", ומכאן
32 כי היה צורך להסביר לפחות חלק מההנחה בחיסכון בעלויות, דבר שלא נעשה בענייננו.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ

ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר - מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1 **לסעיף 192(ד) –** לא מצאתי בהפניית נשר למאמרו של גילה משנת 2003 כי הוא תומך במתן
2 הנחות כמות על ידי מונופול ללא דרישה לחיסכון בעלויות ייצור (כטענת נשר), ומנגד –
3 בספרו המאוחר, גילה ואזרחי משנת 2019 קיימת קביעה שונה מזו הנטענת, כדלקמן:
4 **"אם העלויות במכירת המוצר ללקוח הקטן דומות לעלויות במכירתו ללקוח**
5 **גדול ואין פרמטר אובייקטיבי אחר שמצדיק את המחיר השונה, הרי שהפרש**
6 **המחירים בין שני סוגי הלקוחות נובע מהבדלים בכוח מיקוח גרידא ונפתחת**
7 **הדלת לטענת ההפליה"** (עמ' 305).

8 **לסעיף 192 (ה) –** פסק הדין בעניין שיאי אופיר לא התייחס כלל לשאלת החיסכון בעלויות
9 ולא דן בסוגיה זו. פסק הדין אישר בקצרה הסדר פשרה, והביע בסעיף 8 באופן מסויג את
10 עמדתו לגבי התובענה, למעשה ללא הנמקה או כמעט ללא הנמקה. לא ניתן לראות בו
11 אסמכתא לטענות נשר או לתמיכה בהן.

12 **לסעיף 192(ו) –** איני רואה כי הצו שניתן בהע (י-ם) 28/01 תומך בטענת נשר, משנכתב בו
13 כך:

14 **"מתן הנחות מוגברות הנו צעד רצוי, נפוץ ומקובל בשוק תחרותי, אשר עשוי**
15 **להביא תועלת לצרכן, במיוחד אם מדובר, כפי שמציין הממונה, בהנחות**
16 **כמות, העשויות להיות יעילות, ככל שהן משקפות חסכון אמיתי בעלויות"**
17 כאשר הנחות הכמות אינן משקפות חיסכון אמיתי בעלויות, נפתח הפתח לראותן כהנחות
18 מפלות המעניקות יתרון בלתי הוגן למקבליהן.

19 **לסעיף 192(ז) –** קיימת הסתמכות על עדות אישית של פרלמן מתקופת עבודתו ברשות, דבר
20 המשקף חלק מהבעייתיות שנזכרה בסעיף 114 לעיל בשכירת שירותיו על ידי נשר. בנוסף,
21 ככל שקיימות החלטות רשות שאין נזכרת בהן סוגיית החיסכון בעלויות בהנחות כמות (ולא
22 ראיתי כי קיימות החלטות הקובעות שהעדר חיסכון בעלויות ייצור הוא תקין או לגיטימי),
23 הרי לכל יותר משקפות החלטות אלה עמדה שונה מזו הקיימת בהחלטות אחרות של
24 הרשות.

25

26 **הפער שנוצר בין המחירים השונים בעקבות ההנחות**

27

28 197. הפער בין המדרגות השונות לפי חוק הפיקוח וצו הפיקוח (הנחות הפיקוח) היה פער
29 מצומצם, הן שיעורית והן אבסולוטית.

30

31 198. להלן טבלה המדגימה זאת (השיעור האחוזי לצמנט 250 נלקח מהטבלה שבסעיף 77 לחו"ד
32 פרלמן משנת 2005. באשר לסוגי מלט אחרים השיעורים דומים מאד):



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר - מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

1

שיעור ההנחה (בהתייחס לצמנט 250)	סכום ההנחה (שקלים חדשים לטונה)	היקף המכירה (טונה בחודש)
3.91%	9.0	מעל 10,000
2.91%	6.7	מ-4,000 עד 10,000
2.56%	5.9	מ-1,000 עד 4,000
1.57%	3.6	מ-100 עד 1,000

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

199. פער זה שיקף לטענת נשר את יוקר הטיפול בלקוחות גדולים לעומת לקוחות קטנים (סעיף 69 לחו"ד פרלמן משנת 2008). על פניו, אין בפער זה כדי להקנות לרוכשי המלט הנהנים מההנחה הגבוהה ביותר שבו, יתרון בלתי הוגן על פני הלקוחות האחרים.

200. נשר טענה בסיכומיה כי לשיטת התובעות (ובצדק), לא כל פער במחיר מקנה יתרון בלתי הוגן, וכי עליהן הנטל להוכיח, בראיות, מהו **קו הגבול ופער המחירים** המבדילים בין הנחה הוגנת לכזו שמקנה יתרון בלתי הוגן, בתעשייה ובהקשר התחרותי הספציפי.

201. חילוקי הדעות בין הצדדים בנוגע לפער הנ"ל המתקיים בעקבות מתן ההנחות הנוספות, הם מזעריים.

לשיטת נשר, ההנחות ליצרניות הגדולות בשנים 2008-2015 היו כדלקמן:

רדימיקס – בין 12.5% לבין 13.8% (בממוצע).

הנסון – בין 10.3% לבין 11.4% (בממוצע).

נתונים אלה מופיעים בסעיף 184 לחוות דעת פרלמן מאפריל 2016 (צורפה לתשובה לבקשת האישור), וצוין שם כי מדובר בשיעורי הנחות **מעבר** להנחות צו הפיקוח.

הנתונים האבסולוטיים של סכומי הרכישות וסכומי ההנחות (מנתונים אלה ניתן לחשב את שיעורי ההנחות) מופיעים בסעיף 65 לתצהירה של אבידור מאפריל 2016).

לשיטת אביעד בטון, ההנחות ליצרניות הגדולות בשנים 2008-2015 מעבר להנחות חוק הפיקוח היו כדלקמן:

רדימיקס – בין 12.17% ל-13.95%

הנסון – בין 10.32% ל-11.47%

נתונים אלה מופיעים בנספח 2 לחוות דעתה של בארי מאפריל 2017.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיזוני:

- 1 לשיטת הצלחה, ההנחות (לטענת נשר) ליצרניות הגדולות בשנים 2008-2015 מעבר להנחות
2 חוק הפיקוח היו בשיעור מקסימלי של 13.32% ולשיעור זה יש להוסיף 0.64% הטבת ימי
3 אשראי לרדימיקס, כשהשיעור המקסימלי הסתכם בסך הכל ב-13.96% (סעיף 58 לסיכומי
4 הצלחה).
- 5
- 6 202. מבחינה אבסולוטית הסתכמו ההנחות הנוספות ליצרניות הגדולות, על פי שיטת נשר,
7 בעשרות רבות של שקלים, למעשה בסדרי גודל של בין 50-35 שקל לטון (ר' סעיף 148 לעיל,
8 מוצג מב/129, חקירת פרלמן בעמ' 1371-1370), וסכומים אלה מהווים את הפער בין המחיר
9 בו נמכר המלט על ידי נשר ליצרניות הגדולות, לבין המחיר בו נמכר המלט על ידי נשר
10 ליצרנים הקטנים, דוגמת אביעד בטון, שלא זכו להנחה נוספת מעבר להנחת הפיקוח.
11 למעשה הפער היה גדול יותר, שכן יש להוסיף 1% פער בהנחת הפיקוח (אביעד בטון הייתה
12 במדרגה שזיכתה אותה בהנחה של 2.91% בעוד היצרניות הגדולות נמצאו במדרגה המזכה
13 אותם בהנחה של 3.91%), אך מאחר ואין טענה לגבי המדרגות הקובעות את הנחות הפיקוח
14 ואת שיעוריהן, אין גם מקום להגדיל את הפער ב-1%. לעומת זאת, ככל שבחרו היצרנים
15 הקטנים לרכוש את המלט מהסיטונאיות, זכו להנחה נוספת של 0.6% המצמצמת את הפער
16 בכ-2 שקלים, אך גם בצמצום זה אין להתחשב, שכן הוא מקוזז כנגד ההטבה הנוספת
17 שקיבלו היצרניות הגדולות במספר ימי האשראי, שוות ערך לכ-0.64%.
- 18
- 19 203. מדובר בפערים משמעותיים ביותר במחירי המלט, במיוחד בשוק בו יצרני הבטון מגישים
20 הצעות ומתמודדים במכרזים, ופערים של שקלים בודדים במחיר הבטון יכולים להביא
21 להפסד או לזכייה במכרז.
- 22 לפיכך, וגם כאשר אני מביא בחשבון שהשפעת מחיר המלט על מחיר הבטון המובא היא
23 בשיעור של בין 35% ל-50% (ר' סעיף 153 לעיל) הפער הנזכר לעיל בהחלט מצוי בקטגוריית
24 היתרון הבלתי הוגן, כנזכר לעיל.
- 25
- 26 טענת נשר כי שיעורי ההנחות אינם חריגים ומקובלים גם במדינות האיחוד האירופי
- 27
- 28 204. צו הפיקוח קבע כי תינתן הנחה של 3.91% לכל הרוכש מנשר כמות חודשית של מלט העולה
29 על 10,000 טון. ביחד עם הנחות הכמות לפי מחירון נשר, קיבלו היצרניות הגדולות הנחה
30 של כ-17-18% על מחיר המחירון, שכ-4% ממנה היא הנחת צו הפיקוח.
- 31



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ

ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1 נשר הגישה חוות דעת של מר Imran akram (לעיל ולהלן: "אקרם") שהוא מנכ"ל ובעלים
2 של חברת ייעוץ בלונדון, המספק שירותי ייעוץ לתעשיית המלט הגלובלית ולחברות
3 בינלאומיות לחומרי בניין, ובעל ניסיון רב כאנליסט מחקר בתעשיית המלט העולמית.
4 אקרם התבקש לתת חוות דעת על מנגנון תמחור המלט באירופה, ובפרט על השימוש
5 בהנחות כמות בתעשיית המלט במדינות אירופיות, ויישום הנחות כמות בתחרות בין
6 יצרנים מקומיים ויבואנים של מלט. הוא בחן פרקטיקות הנהוגות ב-11 מדינות אירופיות,
7 מתוכן שלוש מתאפיינות ביצרן מקומי יחיד המחזיק בלמעלה ממחצית השוק, כאשר יתר
8 השוק קונה מייבוא. במדינה נוספת קיים יצרן מקומי עם נתח שוק של יותר מ-50%.
9 אקרם ציין כי ארבעת היצרנים המחזיקים בנתח שוק של יותר מ-50% מעניקים הנחות
10 ללקוחות הרוכשים כמויות גדולות.
11
12 206. עיקרי קביעותיו של אקרם בחוות הדעת היו כדלקמן:
13 א. הנחות כמות ללקוחות הרוכשים כמויות גדולות קיימות בכל שוקי המלט שנבחנו, והן
14 יכולות לנוע בין 4% ל-25%.
15 ב. ההנחות תהיינה גדולות יותר במצבים שבהם קיים פוטנציאל יבוא, כשהתחרות רבה
16 יותר, וכאשר יש ללקוחות כוח קניה רב יותר ואופציות מיקור רבות יותר.
17 ג. בנוסף לכמות המהווה את גורם המפתח בקביעת רמת ההנחות המוצעת ללקוחות, יש
18 גם מספר גורמים 'רכים' אחרים הקובעים את סדר הגודל של ההנחה המוצעת
19 לקבוצות שונות של לקוחות, כגון: איום היבוא, מיקום הלקוח, סיכוני אשכנז, הקשר
20 עם הלקוח ופוטנציאל הצמיחה של הלקוח.
21 ד. יצרנים ולקוחות בתעשיית המלט שומרים בסודיות את גובה ההנחות ללקוחות
22 גדולים, ואינם מפרסמים אותן בציבור.
23 ה. מאז 2007, מגזר המלט הגלובלי סובל מעודפי קיבולת משמעותיים, בפרט באזור הים
24 התיכון, אשר סבל במידה הרבה ביותר מההאטה הכלכלית, בפרט בשווקים כמו ספרד
25 ויוון. שלושת יצרני המלט הרב לאומיים הגדולים הם סוחרים חשובים באזור זה,
26 וקיימים אצלם עודפי ייצור משמעותיים הניתנים ליצוא למקומות שונים. מאז 2007,
27 כמה משווקי המלט האירופאים נתונים בלחץ מחירים נוסף עקב עודפי הייצור
28 במדינות אחרות. בזירה הגלובלית, מחירי היבוא צנחו בחדות מאז 2014, ככל שעודפי
29 הייצור המשיכו לגדול.
30



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ

ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיזוני:

- 1 207. באמצעות חו"ד אקרים ביקשה נשר להראות כי היתרון שמעניקות הנחות הכמות
2 המוענקות על ידי נשר אינו בלתי הוגן, שכן מצב דומה להנחות אלה מתקיים גם במדינות
3 האיחוד האירופי.
4
- 5 208. איני יכול לקבל טענה זו מהטעמים הבאים:
6 א. מן הבחינה העובדתית, נפגע משקלה של חוות הדעת לאור סירובו של אקרים לגלות את
7 מקורותיו. אקרים ציין בין מקורותיו בחוות הדעת "שיחות עם מנהלים רמי דרג
8 בתעשיית המלט ובתעשיית והבטון המובא. אלה כללו אנשים מתחומי השיוק,
9 המסחר ובדרג המנכ"ל. מאחר שפרקטיקות תמחור נשמרות בסודיות בדרך כלל,
10 הניתוח שלי בעניין פרקטיקות אלה מסתמך על נתונים שהתקבלו באופן אנונימי
11 ממספר מקורות מהימנים שעמם עבדתי בעבר, ביניהם הן יצרנים והן לקוחות.
12 הסתמכתי רק על מידע שיכולתי לאמת על ידי יותר ממקור אחד...".
13 כאן המקום לציין כי בהחלטה שניתנה ביום 10.11.17 בתיק זה, הורה כבי' השופט
14 גרוסקופף לנשר להגיש מסמך חתום על ידי אקרים, בו יפרט מיהם הגורמים אשר
15 שיחות עימם שימשו לו כמידע בו נעזר לצורך כתיבת חוות הדעת. ההחלטה נומקה בכך
16 שמידע זה עשוי להיות נחוץ לצד שכנגד, על מנת שישקול זימון גורמים אלה כעדים.
17 בעקבות החלטה זו הגישה נשר הודעה בה כתבה כי פנתה בעניין זה למומחה, אך
18 המומחה חזר על עמדתו כי הגורמים עמם שוחח התנו את מסירת המידע בכך שזהותם
19 לא תיחשף.
20 לאחר שאביעד בטון הגישה בקשה לחייב את נשר לקיים את ההחלטה הקודמת
21 ולחלופין להורות על הוצאת חוות הדעת, ונשר הגישה תשובה לבקשה זו, ניתנה ביום
22 23.11.17 החלטת כבי' השופט גרוסקופף לפיה:
23

החלטה	23/11/2017
	תיק 41214-04-15
	ש' עופר גרוסקופף
לאחר עיון בהודעה, ובתגובות לה (הן מצד אביעד והן מצד נשר) הריני להורות כדלהלן:	
1. בית המשפט אינו יכול לכפות על מומחה לגלות את מקורות המידע שלו, בוודאי כשמדובר במומחה המצוי מחוץ לתחום השיפוט (ואולם גם אם המומחה היה בתחום השיפוט, לא הייתי סבור שיש לכפות עליו לפעול בניגוד לחובת סודיות שהוא סבור שהוא מחויב בה).	
2. העובדה שמומחה מסרב לגלות את מקורות המידע שלו היא בעלת השפעה על משקלה של חוות הדעת ובנסיבות המומחה מתאימות עלולה להביא לכך שהמשקל שייחס לחוות הדעת יהיה אפסי. עם זאת, אין לומר כי סירוב מומחה לגלות מקורות מידע מצדיק סנקציה של פסילת חוות הדעת או קביעה כי אין היא קבילה, בוודאי כאשר הסירוב נובע מעמידת המומחה על חובת סודיות שהוא חב למקורות המידע.	
3. משמעות הדברים היא כי בנסיבות שמצרו אין תועלת במתן הוראה נוספת למומחה, וגם אין מקום להוצאת חוות הדעת לעי מהתיק. הצדדים יהיו רשאים כמובן לטעון למשקל חוות הדעת במסגרת סיכומיהם, והעובדה שמקורות המידע נותרו חסויים תובא בחשבון במסגרת ההחלטה על המשקל הראוי שיש לייחס לחוות הדעת. נוסף שחברות שומרות בסודיות ואינן כפופות - הסתמך על מידע שנמסר לו תחת התחייבות לשמירת סודיות וסירב לחשוף את	



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1 איסוף מידע על ידי מומחים ממקורות שונים – מקובל, לרבות מאנשים המחזיקים
2 בתפקידים שונים ובידם המידע האמור, ובלבד שהדבר צוין בחוות הדעת.
3 שונה המצב מקום בו מסרב המומחה לגלות את זהותם של מקורות המידע, שכן הדבר
4 פוגם ביכולתו של הצד שכנגד, לזמן אותם מקורות כעדים, או לאסוף ראיות הקשורות
5 לאותם גורמים אשר יש בהן כדי לפגום באמיתות הדברים שמסרו למומחה, או לנסות
6 לסתור את טענת המומחה כי אלה הדברים שנמסרו לו על ידם.
7 בכך אין די כדי לפסול את חוות הדעת ולהוציאה מהתיק, במיוחד כשהמומחה העיד
8 שאותם גורמים התנו את מסירת המידע בכך שזהותם לא תיחשף. עם זאת, יש בכך
9 כדי להחליש את משקלה של חוות הדעת, באשר נפגמת יכולת התמודדותן של התובעות
10 עם הכתוב בחוות הדעת, וכך אני קובע.
11
12 ב. אקראם תיאר מצב במדינות האיחוד האירופי, תוך שהוא מציין נקודות בהן לשיטת
13 המשיבה קיים דמיון בין המצב בישראל לבין המצב במדינות אלה. עם זאת, לא בוססה
14 זהות בין מצב השוק שם למצב השוק בישראל, כולל המאפיינים הספציפיים. למשל,
15 באירופה קיים יבוא יבשתי, זול הרבה יותר מיבוא ימי, וזה אינו קיים בישראל
16
17 ג. בפועל, לא מסרה נשר לאקראם מידע על מצב שוק המלט בישראל על היבטיו השונים.
18 אקראם לא קיבל מסמכים כלשהם מנשר, ולגבי ישראל נמסר לו רק "מידע רקע כללי"
19 (עמ' 1263 ש' 33 – עמ' 1264 ש' 9). כך, לא נמסר לו במפורש כי אין בישראל יבוא מלט
20 דרך היבשה (עמ' 1274 ש' 14-17).
21
22 ד. תיאור מצב קיים במדינות אירופאיות, כפי שנעשה בחוות דעת אקראם, אינו יכול
23 לבסס מסקנה כי הנעשה שם הוא חוקי ומקיים את הוראות סעיף 102 לאמנת ליסבון,
24 האוסר על ניצול מעמד דומיננטי לרעה. בחוות דעתו של אקראם, אין התייחסות לכך.
25
26 209. לפיכך, לא מצאתי כי חווי"ד אקראם יכולה להטות את הכף ולהביא לקביעה כי הנחותיה
27 הנוספות של נשר מעניקות ללקוחות המועדפים יתרון שניתן לראותו כהוגן.
28
29



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31

סיכום סעיף 29א(ב)(3)

210. מצאתי לעיל כי התקיימו ארבעה מבין חמשת התנאים הנזכרים בסעיף הנ"ל להקמת החזקה הקבועה בו (יראו את בעל המונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור:
- העסקאות בהן עסקינן הן עסקאות דומות תנאי ההתקשרות שונים תנאים שונים אלה עשויים להעניק יתרון ללקוח על מתחריו
211. באשר לתנאי החמישי (היותו של היתרון בלתי הוגן), הרי ממכלול הנסיבות שפורטו בהרחבה לעיל, נקל לקבוע כי אף הוא התקיים.
- בשורה ארוכה של נושאים שנבחנו בסוגיית ההנחות הנוספות, התנהלותה של נשר עוררה חשד כי הנחות הכמות אינן הנחות כמות "טהורות" ובחלק מהמקרים, ייתכן שהתנהלות זו אף מוציאה אותן מהגדרת הנחות כמות.
- כל הנושאים שנבחנו מביאים למסקנה כי היתרון שניתן בהענקת ההנחות הנוספות ליצרניות הגדולות אינו הוגן.
212. ממעוף הציפור ניתן למנות בכותרות את הנושאים הבאים:
- א. סודיות ההטבות וגילוי פרטיהן רק ללקוחות הגדולים (ואולי גם לבינוניים), אך לא לקטנים).
- ב. קביעת הזכאות להנחות על פי היקף הרכישות במשך תקופה ארוכה (שנה), דהיינו ההנחות נקבעו וניתנו רטרואקטיבית.
- ג. ההנחות לא היו אחידות לגבי כלל הלקוחות לפי היקפי הכמויות של המלט שנרכשו על ידם. לסיטונאים ניתנה הנחה פחותה בהרבה מזו המגיעה להם לפי טבלת המדרגות הנוספות והיקפי רכישותיהם.
- ד. נשר העניקה הנחות פרטניות נוספות להנחות הנוספות, דבר המעיד על כך שלא פעלה בעניין זה באופן שוויוני כלפי כלל הלקוחות.
- ה. ההנחות לא ניתנו כמקובל בהנחות כמות על בסיס חיסכון בעלויות לנשר ברכישת כמויות גדולות על ידי הלקוחות, אלא על בסיס שיקולים אחרים שעוד ייבחנו.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1 ו. ההנחות מביאות לקיומו של פער משמעותי בין המחיר בו נמכר המלט ליצרניות
2 הגדולות, לבין המחיר בו נמכר הוא על ידי נשר ללקוחות הקטנים.
3
4 213. מצאתי, אפוא, כי גם התנאי החמישי בסעיף 29א(ב)(3) מתקיים בענייננו.
5
6 214. לפיכך מתקיימים כל תנאי הסעיף הנ"ל, וקמה חזקה חלוטה כי **נשר ניצלה לרעה את**
7 **מעמדה בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור.**
8
9 **מהן הצדקות נשר לניצול מעמדה לרעה**
10
11 215. המניע העומד לשיטת נשר מאחורי מתן הנחות הכמות, החל משנת 2002, הוא חששה
12 מנטישת שני לקוחותיה הגדולים ביותר, היצרניות הגדולות רדימיקס והנסון, באופן
13 שבמקום לרכוש את המלט מנשר, יתחילו הן לייבא את המלט מחו"ל.
14 נשר ביקשה לשמר לקוחות אלה, שכן לגישתה, נטישתם פירושה "גזר דין מוות" לנשר.
15 נשר מסבירה כי מפעלה הוא מפעל עתיר הוצאות קבועות המחייב הפעלה רצופה של כבשן
16 בטמפרטורה קבועה 24 שעות ביממה, 7 ימים בשבוע. ההצדקה העסקית למתן ההנחות
17 היא הצורך להפעיל את אמצעי הייצור שלה ביעילות, כדי להבטיח את **ביסוי העלויות**
18 **הקבועות.**
19 ללא ההנחות, יעילות נשר הייתה נפגעת, מבלי שהיה נוצר יתרון תחרותי כלשהו. מי שהיו
20 נאלצים לשאת בנטל ההוצאות הקבועות היו הלקוחות הנותרים, וכתוצאה מכך, ייאלצו
21 הם לשלם מחירים גבוהים באופן משמעותי על המלט הנרכש על ידם מנשר. אם לקוחות
22 אלה לא יוכלו לשלם את המחיר הגבוה, נשר תפשוט רגל, דבר שיפגע בציבור ובתחרות
23 (היעדר יצרן מקומי של מוצר אסטרטגי). ההנחות אפשרו לנשר תכנון ארוך-טווח של
24 השקעה במתקני הייצור, שמירה על תפוקה גבוהה וחלוקת העלויות הקבועות על-פני כמות
25 גדולה יותר של לקוחות, באופן שהגדיל, ולבטח לא הקטין, את הרווחה החברתית הכוללת
26 במשק.
27 זהו הצידוק העסקי להנחות נשר, כנטען על ידה בסיכומיה.
28



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ

ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1

2

האם ההצדקות הנ"ל יכולות לשמש לנשר הגנה מפני החזקה שקמה לפי סעיף 29א(ב)(3)

3

4

השאלה העקרונית

5

6

216. התובעות טענו כי מאחר שסעיף 29א(ב)(3) לחוק התחרות מקים חזקה חלוטה לניצול מעמד לרעה, הוכחת יסודותיו אינה מאפשרת כל הגנה "חיצונית" לו.

7

8

כן נטען על ידי התובעות כי בישראל לא הוכרה האפשרות להצדיק ניצול מעמד לרעה, כי בארה"ב צידוק אפשרי רק כאשר הוא משפר את רווחת הצרכן, וכי בדין האירופי צידוק אובייקטיבי (ולא צידוק עסקי) יכול להצדיק תיאורטית התנהגויות מסוימות הפועלות אובייקטיבית לטובת הצרכנים, ולא לטובת המונופול, וכי מדובר בנסיבות חריגות עד שאין מקרה אחד שבו התקבלה טענת יעילות כצידוק אובייקטיבי.

11

12

13

14

217. נשר טוענת מנגד כי צידוק עסקי (ובפרט כיסוי עלויות קבועות) מהווה הגנה מוכרת בדין האירופי מפני טענת הפליית מחירים, על-פי הסעיפים המקבילים שם לסעיפים 29א ו-29א(ב)(3) לחוק התחרות. דוקטרינה זו הוכרה גם בישראל (בפרט בקשר לכיסוי עלויות קבועות), מה גם שהפסיקה הישראלית, אימצה לדין הישראלי את ההלכות האירופיות על ניצול מעמד לרעה, ואין לתובעות הסבר הגיוני מדוע דווקא הגנת הצידוק העסקי, המהווה חלק אינטגרלי מההלכה באירופה, לא "יובאה" לדין בישראל.

18

19

20

21

218. אני מקבל את טענת נשר לגבי הדין האירופי והכרתו בצידוק "אובייקטיבי" (ולא "עסקי") כהגנה אפשרית תיאורטית כנגד טענת ניצול מעמד לרעה. זאת, לאור המקורות אליהם הפנתה, ותשובת או'דונהיו לטענות התובעות שהפנו לפסיקה אירופית. בד בבד, צידוק אובייקטיבי אשר יכול להאפיל על ניצול מעמד לרעה **צריך להגדיל את רווחת הצרכן**, ואף פרלמן הסכים כי צידוק אובייקטיבי צריך להיות כזה "המועיל למשק, לתחרות, לציבור" (עמ' 1407 ש' 10).

25

26

27

28

29

30

31

צוין לעיל כי ההגנה היא תיאורטית, ואכן, באשר לטענה המרכזית של נשר, כי ההנחות המפלולות (כך ניתן לקרוא להן מעתה) נדרשו על מנת להבטיח את כיסוי העלויות הקבועות, לא הובאה פסיקה המציגה מקרה בו התקיימו התנאים הנ"ל והוכרה הגנת כיסוי העלויות הקבועות.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-41214 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 15-09-6298 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

1 219. באשר להסתמכות על הדין האירופי, צוין בעניין **חברת נמל אשדוד** כי החשיבות של אופן
2 פירוש ויישום ההסדר שבסעיף 102 לאמנת ליסבון כמקור השראה לפרשנות הדין הישראלי,
3 היא רבה, **הגם שאינה מוחלטת**.
4 מתעוררת שאלה מדוע דווקא בעניין זה ניתן להכיר בהגנת הצידוק האובייקטיבי, שעה
5 שהגנה זו אינה מוכרת ואינה מקובלת לגבי הפרות חוק אחרות. כך, למשל, בגילוי דעת 1/18
6 של הרשות, העוסק בהסדרים כובלים, נכתב במפורש כי **"מניע הישרדותי" על רקע טענה**
7 **של מחירי הפסד, אינו מצדיק תיאום מחירים או חלוקת שוק בין מתחרים**". עם זאת, לא
8 נעמיק חקר בסוגיה זו, נוכח התוצאה אליה נגיע בהמשך, כאשר לצורך הדיון נצא מנקודת
9 הנחה של אימוץ הדין האירופי בעניין זה, כדין החל גם במסגרת הדין הישראלי.

10
11 220. עדיין נזכיר כי אימוץ הדין האירופי, אין משמעותו כי מעתה תוכר כל הצדקה עסקית שהיא
12 כמקימה הגנה מפני ניצול מעמדו של מונופול לרעה. ההצדקה צריכה להיות כאמור
13 **אובייקטיבית ולטובת הציבור ורווחתו**. נביא את הדברים שנכתבו בפסק הדין בעניין **דובק**
14 כדלקמן:

15
16 **"לדובק יש תועלת עסקית מסוימת מן המהלך אך אין די בהצבעה על תועלת**
17 **עסקית כלשהי, כדי להשתחרר מכל וכל מאותה חובה מוגברת המוטלת על**
18 **המונופולין. אנו סבורים, כי "הצדקה עסקית" אינה מילת קסם**" (עמ' 49).

19
20 האם הצידוק הנטען על ידי נשר נדון על ידה בזמן אמת

21
22 221. הצידוק הנטען על ידי נשר, כפי שתואר לעיל, מופיע (עם התפתחות מסוימת) בחוות הדעת
23 של פרלמן, אשר תחילתן בשנת 2005, או אז שימשו את נשר לצרכיה הפנימיים. בהמשך
24 הוכנה חוות דעת לפי דרישת הרשות, ובהמשך הוגשו מספר חוות דעת לבית המשפט.
25 סך הכל הוגשו 7 חוות דעת על ידי פרלמן, לפי הפירוט הבא של מועדיהן:
26 נובמבר 2005 (חו"ד פנימית), יולי 2008 (חו"ד פנימית), מאי 2012 (חו"ד לרשות), אפריל
27 2016 (לבית המשפט), נובמבר 2016 (לבית המשפט), ספטמבר 2017 (לבית המשפט), מרץ
28 2018 (לבית המשפט).

29
30 222. בהינתן חשיבותן המכרעת של ההנחות עבור נשר, והיקפיהן הגדולים, מצופה היה כי נשר
31 תגיש לתיק בית המשפט מוצגים המתארים את הדיונים שהתקיימו בחוות הדעת הנ"ל, את
32 ההחלטות שהתקבלו על ידי דרגי נשר בעניין ההנחות, וכן את הנושאים הבאים:



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1 דרכי חישוב ההנחות בתקופה שקדמה לחוות דעתו הראשונה של פרלמן (שכן ההנחות החלו
2 בשנת 2002), וכן בתקופה שלאחר מכן, מי ביצע את החישובים, ההחלטות כי הסיטונאים
3 לא יהיו זכאים להנחות הנוספות לפי מחירון נשר, אלא להנחות קטנות בהרבה, ההחלטות
4 בדבר הרטרואקטיביות של ההנחות וסודיותן, החלופות שנדונו, ככל שנדונו.
5 כך עוד כהנה וכהנה נושאים הקשורים להנחות, בהיותם נושאים אקוטיים, לפי חוות
6 הדעת, להישרדותה של נשר, ובהיותה של נשר חברה גדולה, בבעלות ציבורית, אשר אמורה
7 להתנהל בשקיפות ובאופן מסודר, והחלטות מסוג זה ובסדרי גודל כאלה, אמורות להתקבל
8 על ידה בדירקטוריון החברה, לאחר דיון מסודר, או לכל הפחות על ידי דרגי החברה
9 הבכירים ביותר.

10
11 223. והנה, התברר כי נשר לא הציגה ולו מסמך אחד מכלל המסמכים הנ"ל.

12
13 224. לא רק זאת, אלא שנשר לא הביאה עדים אשר יידעו לפחות לספר על אופן קבלת ההחלטות
14 בקשר להנחות, על הדיונים שהתקיימו בעניין זה, על השיקולים שעמדו מאחורי ההחלטות
15 שהתקבלו ועוד (אין באמור לעיל כדי להביע דעה כי די היה בעדויות בעל פה בנושא זה).

16
17 225. אבידור, העדה העובדתית המרכזית והיחידה מטעמה של נשר (עד שנוספו לבקשת התובעות
18 ולא ביוזמת נשר שני עדים, מר דותן ועו"ד טולדנו) אישרה שאינה יודעת איך חושבו
19 ההנחות, מי קבע אותן, ועל-בסיס איזו מתודולוגיה (עמ' 1160 ש' 22 – עמ' 1161 ש' 5; עמ'
20 1161 ש' 28 – עמ' 1162 ש' 14), שאינה יודעת מדוע לא הועברו במסגרת גילוי המסמכים
21 הנתונים שהוצגו לפרלמן לצורך הכנת חוות דעתו ב-2005 (עמ' 1163 ש' 18-25), אינה יודעת
22 מה היו ההנחות בשנים 2003 ו-2004 (עמ' 1164 ש' 20-26) ואיזה עלויות חושבו בשנים אלה
23 ומי הכלכלן שטיפל בכך, ואם היה חיצוני או פנימי (עמ' 1165 ש' 1-9), ושלא ידוע לה על
24 בחינה של לגיטימיות ההנחות בתקופה שקדמה לחו"ד פרלמן מ-2005 (עמ' 1166 ש' 3-5).

25
26 226. פרלמן, שהכין את חוות-הדעת העיד כי לא בנה את מדיניות ההנחות של נשר, וכי מנהלי
27 החברה בנו מדיניות הנחות שלמה, והוא בחן אותה באספקלריה של התחרות ושל הגבלים
28 עסקיים (עמ' 1501 ש' 13-17). כן העיד כי הערכת נשר הייתה כי אם לא יתנו הנחות
29 לרדימיקס ולהנסון, הן לא תקנינה ממנה מלט בסבירות גבוהה, אך הוא לא קיבל כל מסמך
30 על כך מנשר (עמ' 1502 ש' 27 – עמ' 1503 ש' 6).

31



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1 227. אוסיף כי גם במכתבי נשר לרשות בשנים 2001-2002, בה ביקשה לאשר לה את מדיניות
2 ההנחות, לא נטען לכך שקיים צידוק למתן הנחות מפלות ללקוחות גדולים בשל תרומתם
3 להפחתת עלויות קבועות או על מנת למנוע צורך בהעלאת מחיר ללקוחות קטנים, אם יעזוב
4 לקוח גדול.
5
- 6 228. ההיגיון והשכל הישר מצביעים על כך שהצידוק הנטען למתן ההנחות, צריך היה לעמוד
7 בבסיס ההחלטה או ההחלטות לתת את ההנחות, דהיינו **בזמן אמת**.
8 הדברים הנ"ל נכתבו גם ב-Whish, בעמ' 220 כדלקמן:
9
- 10 **“It is not sufficient to put forward justification that did not**
11 **form any basis for the dominant undertaking’s conduct at the time”**
12
- 13 229. מהאמור עד כאן עולה כי לא הוצגו על ידי נשר ראיות נדרשות וחיוניות, אשר יציגו לבית
14 המשפט תמונת מצב של ההחלטות שהתקבלו בעניין ההנחות, של השיקולים שעמדו בקבלת
15 החלטות אלה, וכן לגבי כל אותם נושאים נוספים הנזכרים בסעיף 222 לעיל.
16
- 17 230. בהעדר ראיות כאמור לעיל, התמונה המצטיירת היא כי הצידוק מופיע רק בחוות הדעת של
18 פרלמן, ואין כל ראיה כי שיקולי הצידוק למתן ההנחות הנזכרים בחוות הדעת, הם
19 השיקולים שעמדו בבסיס ההחלטות למתן ההחלטות.
20 כך לגבי כל השנים בהן ניתנו ההנחות החל מ-2002, כאשר לגבי התקופה מ-2002 ועד המועד
21 בו הוכנה חוות הדעת של פרלמן בשנת 2005, אישרה אבידור בעדותה, כי הצידוק לגבי
22 תקופה זו נבדק רק בדיעבד (עמ' 1166 ש' 8-3).
23
- 24 231. לפיכך, **אין מקום לקבל את טענת הצידוק שנטענה על ידי נשר**.
25
- 26 232. כאן אמור להסתיים הדיון בנושא הצידוק, אך למען השלמת התמונה, אתייחס להלן,
27 בקצרה ככל הניתן, לטענות שהועלו בקשר אליו.
28
- 29 הצידוק הנטען אינו צידוק אובייקטיבי
30
- 31 233. צידוקיה של נשר מתייחסים לרווחיותה ולהישרדותה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ

ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיזוני:

- 1 לשיטתה, במצב בו תמכור את המלט לכלל לקוחותיה במחיר בו היא מוכרת את המלט
2 לרדימיקס (הפסקת ההפליה) התוצאות נעות בין הפסדים כבדים לנשר עד כדי אפילו
3 פשיטת רגל שלה (במקרה בו רדימיקס והנסון מפסיקות לרכוש מלט מנשר ומתחילות
4 לייבא מלט), לבין ירידה בשיעור התשואה על ההון הפעיל לשיעור שנמוך ממחיר ההון של
5 נשר ולהפסד שנתי ממוצע של 107 מיליון שקל (במקרה שרדימיקס והנסון ממשיכות לרכוש
6 מלט מנשר). ר' לעניין זה חוות דעתו של פרלמן מספטמבר 2017, עמ' 21-24.
- 7 הצידוקים הנ"ל המתייחסים כולם למעמדה של נשר אינם יכולים להיחשב לצידוקים
8 אובייקטיביים, ואינם יכולים להיחשב לצידוקים המאפשרים לה לנצל את מעמדה
9 כמונופול לרעה, על מנת להפלות בין לקוחותיה.
- 10
- 11 234. אל לנו לשכוח כי מטרתה של נשר היא למנוע מרדימיקס ומהנסון להפסיק לרכוש ממנה
12 מלט, ולייבא מלט בעצמן.
- 13 אפשרות זו אינה קיימת מבחינת לקוחותיה הקטנים יותר, והיא יכולה להתקיים לגבי
14 רדימיקס והנסון בתקופה הרלוונטית (בכפוף למגבלות לא מעטות שהיו קיימות באותה
15 תקופה), מכיוון שיצרניות מלט אלה משולבות אנכית בקונצרנים בינלאומיים המייצרים
16 מלט בחו"ל.
- 17 מאחר שהאפשרות להקים על ידי אחרים מפעלים נוספים לייצור מלט בישראל לא הייתה
18 ריאלית נוכח ההשקעה העצומה הנדרשת לכך, נשר ביקשה למעשה להבטיח באמצעות
19 ההנחות ליצרניות הגדולות את המשך היותה מונופולין בישראל. ודאי שאין בכך משום
20 צידוק אובייקטיבי המאפשר לה להפלות באופן זה בין לקוחותיה.
- 21
- 22 235. בחוות הדעת של פרלמן נכתב כי נטישתן של רדימיקס והנסון את נשר והתחלת יבוא מלט
23 על ידן, לא יותיר לה ברירה אלא להעלות את מחיר המלט ללקוחותיה האחרים, הקטנים
24 יותר, בשיעורים ניכרים, מעבר לסכומים אותם שילמו לנשר במצב הקודם. בכך מבקשת
25 נשר להראות כי אותן הנחות מפלות מביאות לשיפור מצבם של הלקוחות הקטנים, כי
26 אלמלא היו ניתנות אותן הנחות, היו הם משלמים מחירים גבוהים יותר. בכך יש לכאורה
27 כדי להוות צידוק אובייקטיבי להנחות מפלות אלה.
- 28 אלא שלא השתכנעתי מטיעון זה, שכן הנחתו של פרלמן היא שהיבוא העתידי של מלט
29 לישראל יתבצע על ידי רדימיקס והנסון רק למפעליהן לייצור בטון בארץ, ומלט זה לא
30 יימכר לאחרים. נימוקו הוא שרדימיקס והנסון יימנעו מלמכור מלט למתחריהן בייצור
31 הבטון. אלא שהנחה זו אינה בהכרח נכונה. לרדימיקס ולהנסון יוכל להיות מקור רווח
32 נוסף, ומכיוון שממילא ייבאו מלט לישראל לפי אותו תרחיש, ייתכן מאד כי חישוביהן יעלו



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ

ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

1 כי מכירה ליצרני המלט הקטנים משתלמת וכדאית מבחינתן, שאם לא כן, אותם יצרנים
2 יוכלו ממילא להמשיך לרכוש מלט ממקורות אחרים ובעיקר מנשר. יש לזכור כי **מצב דומה**
3 קיים בתחום **האגרגטים**, המהווים אף הם חלק חשוב מייצור המלט, שעה שלרדימיקס
4 ולהנסון יש בעלות במחצבות בהן נכרים אגרגטים, והן מוכרות אגרגטים אלה למתחריהן,
5 יצרני הבטון (סעיף 236.1 לסיכומי נשר).
6 בנוסף משמעות יבוא על ידי רדימיקס ו/או הנסון היא כי הוסרו חסמי יבוא קיימים,
7 וכתוצאה מכך סביר שיתאפשר יבוא גם ממקורות אחרים, כך שאפילו יבוא רדימיקס
8 והנסון לעצמן בלבד, לא יהיו תלויים יצרני הבטון האחרים רק בנשר. ר' בעניין זה את
9 הוראות הממונה, שם שלל את טענות היצרניות הגדולות כי יבוא רק לעצמן, והציג את
10 אפשרויות היצרנים הקטנים יותר לרכוש מלט מהן או ממקורות אחרים (עמ' 10-11).
11 באשר לשאלה אם היבוא על ידי רדימיקס או הנסון יהיה יבוא עצמי, עבור צרכיהן בלבד,
12 או גם יבוא עבור יצרני בטון אחרים, שאלה זו הוכרעה על ידי צד שלישי, שכן במסגרת
13 המכרז להפעלת רציף 30 יבוא המלט באשדוד, נקבע שככל שהזוכה תהיה חברת בטון, היא
14 תחויב למכור 400,000 טון מלט בשנה לגורם שאינו בעל זיקה מבנית אליה (סעיף 351.4.1
15 לסיכומי נשר). השאלה אם הוראה זו נקבעה מאחר שהנסון לא התכוונה לייבא מלט
16 ולמוכרו לאחרים (כטענת נשר) או שהוראה זו קיבעה את הצפוי מלכתחילה (כטענת
17 התובעות) אינה שאלה מהותית, שכו בפועל, הייתה יכולת להעריך ולצפות כי הרגולטור לא
18 יאפשר יבוא מלט על ידי חברת בטון לצריכה עצמית בלבד.
19 העולה מכלל האמור לעיל הוא, שבתקופה הרלוונטית, האפשרות שרדימיקס והנסון
20 יתחילו לייבא מלט בישראל, טמנה בחובה אפשרות סבירה כי ייבוא מלט בכמויות
21 שיאפשרו גם מכירתו ליצרני מלט אחרים. במצב זה, אין ספק שהיו מתקיימים תנאי
22 תחרות אמיתית על מכירת המלט, ובמצב דברים זה מחירי המלט של נשר אמורים לפי כל
23 תרחיש **לרדת ולא לעלות**, כפי המצב הנכון והרצוי בתנאי תחרות.
24 לפיכך, טיעונה של נשר כי ההנחות המפלות טובות ללקוחות המופלים, שכן אלמלא אותן
25 הנחות היו הם משלמים מחירים גבוהים יותר עבור המלט, אינו יכול להתקבל.
26
27 236. עוד עניין אחד הקשור לכיסוי העלויות הקבועות, שאף הוא אינו צידוק אובייקטיבי. באשר
28 אליו אומר פרלמן בחוות דעתו מאפריל 2016 כך:

29
30 **"בתעשיות שבהן עלויות הייצוק מורכבות משיעור גבוה של עלויות קבועות,**
31 **ובהן צעשיית המלט, הנחות כמות עשויות לסייע ביצירת מבנה מחירים**
32 **שיאפשר את כיסוי ההוצאות הקבועות, תוך גידול בתפוקה, בהשוואה למצב**



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיזוני:

1 ללא הנחות כמות. זאת משום שבמקרים רבים, ההנחות מאפשרות להגדיל
2 את המכירות ע"י כך שהן מאפשרות למכור את המוצר ללקוחות שמקבלים
3 את ההנחות, ושלולא ההנחות לא היו רוכשים את המוצר, ובכך להגדיל
4 תפוקה בהשוואה למצב של תמחור אחיד" (סעיף 95 לחוה"ד).

5
6 גם בנספח ח' לחוות דעת זו (טיוטת מסמך ה-OFT בעניין Assessment of conduct מחודש
7 אפריל 2004), נכתב בסעיף 3.7 כך:

8
9 **"In this case, price discrimination can be beneficial if it leads to a**
10 **sufficiently large increase in output in relation to the output level**
11 **that would have pertained if there was no price discrimination".**

12
13 כלומר, הפליה יעילה מחייבת גידול בתפוקה הכוללת בהשוואה למתב הקיים לפני ההנחות
14 המפלות, ותוצאה זאת רינה מתקיימת בענייננו.

15
16 237. סיכום פרק זה הוא, אפוא, כי הצידוק הנטען על ידי נשר אינו אובייקטיבי ולכן אינו יכול
17 להוות הגנה.

18
19 ההנחות ניתנו בשל נתוני היצרניות הגדולות ובשל חשש עזיבתן

20
21 238. כבר ציינו לעיל כי נשר הפלתה לטובה את היצרניות הגדולות, מחשש כי יעזבו את נשר
22 ויתחילו לייבא לישראל מלט בעצמן (עם אפשרות כי אף יתחרו בנשר). על כך יש להעיר את
23 הדברים המהותיים הבאים.

24
25 239. כפי שצוין בעניין חברת נמל אשדוד השאיפה הכלכלית היא כי בעל מונופולין יפעל על פי
26 שיקולי עלות הנוגעים לפונקציות הייצור שלו ולא על פי שיקולים הנוגעים לצד הביקוש
27 (סעיף 118 לפסק הדין).

28 בסעיף 116 לפסק הדין הנ"ל בוחן כב' השופט גרוסקופף מקרה של "הנחות שיעור", דהיינו
29 כאשר המונופול מעניק הנחה ללקוחותיו לפי שיעור רכישותיהם אצלו מכלל רכישותיהם.
30 במקרה זה עולה שאלה מדוע יהיה שיעור ההנחה שונה כאשר יש שני לקוחות הרוכשים
31 אותה כמות, אך שיעורי הרכישות שלהם מכלל רכישותיהם – שונים. בית המשפט קובע

32 כך:



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1

2 "אם בכל זאת מונופול מבקש להתייחס בצורה שונה לשני הלקוחות הללו,
3 הרי שיש לבחון מהי הסיבה לכך, והאם סיבה זו מצדיקה את הפרקטיקה
4 האמורה. כך, למשל, סיבות אפשריות למדיניות שכזו הן רצון לדחוק את
5 המתחרים מהשוק (ובאמצעות כך לחזק או לשמר את נתח השוק של
6 המונופול בעתיד) או ליצור הפליית מחירים בין לקוחות גדולים ללקוחות
7 קטנים (שכן ללקוח הגדול, במקרה הרגיל, חלופות טובות יותר, ועל כן נכונות
8 נמוכה יותר לשלם). מבחינת המונופול אלה כמובן תמריצים טובים לנקוט
9 בפרקטיקה של הנחה המבוססת על שיעור הרכישות. עם זאת, מבחינת דיני
10 התחרות, המדובר בהסברים בעייתיים, בשל כך שאין הם בגדר תחרות ביחס
11 למוצר (או השירות) מושא ההנחה, אלא הם מבוססים על שיקולים הנוגעים
12 לצד הביקוש למוצרי המונופול (שימור כוח שוק לעתיד או נכונות שונה של
13 הלקוחות לשלם בהווה), העלולים ללמד, בראי האיסור החל על מונופול לנצל
14 את מעמדו לרעה, כי המדובר בפרקטיקה פסולה (ההדגשות אינן במקור –
15 י.ק.).

16

17 אפנה גם למאמרם של Nicolas Petit ו-Damien Geradin **Price Discrimination under**
18 **124 EC Competition Law: The Need for a Case-by-Case Approach** (2007):

19

20 "Indeed, quantity rebates can create serious secondary line
21 injuries, notably when they are a reflection of buyer market power.
22 One or several large buyers might indeed be able to extract such
23 rebates from a (dominant) supplier, thereby creating the risk of
24 harming the competitive position of smaller competitors. In such
25 cases, the quantity rebates would in fact fulfil the conditions of
26 Article 82(c) and should thus be prohibited under this provision".

27

28 המחברים מתארים את הסכנה הקיימת לשוק המשני מהנחות כמות, כאשר הן משקפות
29 כוח שוק (ובעקבותיו כוח מיקוח) של הקונים הגדולים, היכולים לפגוע במעמדם התחרותי
30 של המתחרים הקטנים, ובעקבות כך ייפסלו הנחות אלה בהתאם להוראות סעיף 82(c)
31 לאמנת רומא שקדמו להוראות סעיף 102 לאמנת ליסבון.

32



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיזוני:

1 241. בענייננו מתקיימים אותם רציונלים הנזכרים בפסקה הנ"ל.

2

3 פרלמן מציין בסעיף 7 לחוות דעתו מחודש נובמבר 2016 (ר' מב/11) כי נשר בחרה בדרך בה
4 הלקוחות הגדולים יותר, שגמישות הביקוש שלהם מול נשר היא הגדולה ביותר
5 (ושתרומתם לכיסוי הפער בין העלות השולית לעלות הממוצעת היא הגדולה ביותר) ישלמו
6 סכום נמוך יותר מהסכום אותו משלמים הלקוחות הקטנים.

7

8 אבידור העידה כי: "אני מניחה שכשנתנו את ההנחות לקחו בחשבון את כוח המיקוח של
9 הלקוח, את גודל הלקוח" (עמ' 1169 ש' 7-8).

10

11 ופרלמן מעיד כך:

12

13 "ש: אתה טוען שנשר נותנת את ההנחות ללקוחות שגמישות הביקוש שלהם

14

למלט של נשר היא הגדולה ביותר, נכון?

15

16 ת: כן, במונח של כוח המיקוח" (עמ' 1393 ש' 5-7).

17

18 נשר ביקשה למנוע עזיבת היצרניות הגדולות שביכולתן התיאורטית לייבא מלט, ובכך
19 ביקשה לשמר את כוחה כמונופול ולמנוע כניסת יבוא היכול להתחרות בה. היא התבססה
20 על נתוני הלקוחות הגדולים הנ"ל, ועל שיקולים הנוגעים לצד הביקוש וגמישותו וכן כוח
21 המיקוח של הלקוחות, דהיינו נכונות הלקוחות הגדולים לשלם מחיר נמוך יותר בשל
22 יכולתם לייבא מלט. מכאן נובעת המסקנה כי גם בענייננו הפרקטיקה של נשר – פסולה.

23

24 אי קבלת הצידוק גם לגופו

25

26 242. על מנת לשכנע בצדקת הצידוק, על נשר להראות ולהוכיח כי החשש מעזיבתן של רדימיקס
27 והנסון היה ממשי, וכן כי קיימת סבירות רבה לכך שכל אותם תרחישים אפוקליפטיים לגבי
28 נשר אכן יתקיימו.

29

30 243. דא עקא, איני סבור כי נשר עמדה בנטל זה.

31

32 נוכח ההכרעה שכבר התקבלה בעניין זה, אשר לאורה אין צורך בפרק זה, אציין להלן מספר
הנמקות לכך, מבלי למצות את כלל ההנמקות הקיימות בעניין זה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ

ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיזוני:

- 1 **244. סבירות היבוא** – על פי המצטייר מהראיות, בתקופה הרלוונטית הסבירות להתפתחות של
2 יבוא מתחרה בהיקפים משמעותיים הייתה נמוכה. החששות ממעבר היצרניות הגדולות
3 מאפיק רכישת המלט מנשר לאפיק היבוא של המלט מחו"ל לא נתמכו בראיות, פרט
4 להיתכנות התיאורטית בשל היותן משולבות אנכית בקונצרנים בינלאומיים המייצרים
5 מלט. פרלמן אישר כי קיבל מנשר הערכה לפיה אם לא תיתן הנחות ותקבל מחיר אחד
6 מכלל לקוחותיה, יש אפשרות "סבירה ויותר מסבירה שרדימיקס והנסון יפסיקו לרכוש
7 ממנה" (עמ' 151 ש' 9-7). לא הייתה לו תשתית עובדתית ספציפית לגבי היצרניות הגדולות,
8 אם הם החליטו לעבור ליבוא מתי הם יעברו ליבוא, באיזה תרחיש הם יעברו ובאיזה מחיר
9 (עמ' 1500 ש' 29 – עמ' 1501 ש' 4).
- 10
- 11 **245.** את גישת נשר בדבר חשש העזיבה של היצרניות הגדולות הפריך למעשה דותן. אמנון דותן
12 כיהן כמנכ"ל רדימיקס משנת 1987 ועד 2003. בחלק מתקופה זו כיהן גם במקביל כיו"ר
13 הדירקטוריון של רדימיקס, ומשנת 2008 ועד 2016 כיהן כיו"ר דירקטוריון נשר.
14
- 15 **246.** בסעיף 13 לתצהירו ציין דותן כי לאורך שנות עבודתו ברדימיקס, גישתה הכללית הייתה
16 להעדיף רכישה של מלט מנשר, בשל יתרונות שהיו לה בפרמטרים שונים, וכי לא הייתה לה
17 סיבה לרכוש מלט מיובא. מספר פעמים נבדקה אפשרות לייבא מלט, אך פערי המחיר לא
18 היו משמעותיים, והיה חשש לייבא מלט ממדינות שקשריהן הפוליטיים עם ישראל אינם
19 יציבים, כשכאמור, פערי המחיר לא הצדיקו ויתור על היתרונות הגלומים ברכישה מנשר.
20 כמו כן, עד 2006 בעלת המניות של רדימיקס הייתה חברה בריטית שלא עסקה בייצור מלט,
21 למעט מפעל אחד בגרמניה, ולכן לרדימיקס לא הייתה אופציה לייבוא מלט מחברת האם.
22 בעדותו בבית המשפט העיד דותן כי בתקופת כהונתו כיו"ר הדירקטוריון של נשר (2008-
23 2016) גדלו הביקושים לצמנט מדי שנה, נשר התקשתה לספק את הביקושים ונאלצה לייבא
24 בהיקפים גדולים קלינקר שהוא חומר גלם, כך שהייתה אדישה לתחרות. מה שהעסיק את
25 נשר היה איך לספק את הביקושים ללקוחות הקיימים ונושא התחרות לא העסיק אותה
26 (עמ' 1690 ש' 22-10).
- 27 עדותו זו של דותן שוללת את טענת נשר בדבר חששותיה מיבוא, הן לגבי הלקוחה הגדולה
28 ביותר שלה, רדימיקס, שלא התכוונה כלל לעזוב את נשר, הן לגבי ההערכות שנמסרו
29 לפרלמן לדבריו על ידי נשר (מסמכים כתובים – לא גולו או הוגשו, ובאלה שגולו לא נזכרו
30 חששות נשר ודיונים שהתקיימו עקב חששות אלה בהנחות הכמות אשר נוצרו עקב חששות
31 אלה), והן לגבי חששותיה של נשר ממעבר היצרניות ליבוא מלט, משהתברר כי נושא תחרות
32 אפשרית באמצעות יבוא מלט כלל לא העסיק אותה בתקופה הרלוונטית.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיזוני:

- 1
2 247. מקור נוסף לעניין החששות מיבוא הוא דו"ח הרשקוביץ, המקיף והמעמיק, מחודש יוני
3 2013, המפרט בעמ' 94-95, כי היקף הפריקה השנתי המעשי ברציף 20 בנמל אשדוד שהוא
4 הרציף היחיד אשר שימש בתקופה הרלוונטית לפריקת מלט הוא 850,000 טון לשנה (רק
5 לדוגמא, כמות המלט השנתית שנרכשה על ידי רדימיקס מנשר בשנת 2012 הייתה גבוהה
6 הרבה יותר והסתכמה ב- [REDACTED] טון – ר' מב/129). מאחר ונכון לשנת 2012 נפרקו ברציף
7 30 750,000 טון מלט בשנה, צוין בדו"ח כי היקף הפריקה בפועל ברציף קרוב להיקף
8 הפריקה המקסימלי, ולא ניתן יהיה להגדיל את הכמויות המיובאות דרך רציף זה אלא אם
9 ישודרגו מתקני הפריקה.
10 בעמ' 100-101 לדו"ח הרשקוביץ מציינת הוועדה כי בשל העדר היכולת ליבוא יבשתי,
11 מגבלת הקיבולת של רציף 30, והמגבלות על הקצאת רציפים נוספים, היבוא אינו יכול
12 להיות תחרות אפקטיבית לנשר ואינו יכול לשמש רסן תחרותי על מחירי החברה. לכן גם
13 לא נאלצה נשר להגיב בהורדת מחירים על הירידה במחיר היבוא ועליית שיעורו, בידועה כי
14 היקפו מוגבל באופן אפקטיבי. בהמשך מפורטים חסמים לא מעטים נוספים העומדים בפני
15 הגבלת היקף היבוא.
16
17 248. המסקנות אותן ניתן להסיק הן מעדותו של דותן והן מהאמור בדו"ח ועדת הרשקוביץ הן,
18 כי לא היה כל איום מיידי למעבר של מי מהיצרניות הגדולות ליבוא עצמאי, וכי מעבר ליבוא
19 כאמור לעיל היה מתבצע רק אם היו מוסרים החסמים הרבים שניצבו בפני מי שחפצים
20 לייבא, כפי שאירע בסופו של דבר בשנים 2016-2017.
21 נשר הציגה את חששותיה מיבוא בצורה מוגזמת ומופרזת, ללא כל תימוכין, כאשר בפועל,
22 נראה שמטרת הנהגת התמחור המפלה שתואר לעיל הייתה ליצור מצב קבוע בו לא יהיה
23 ליצרניות הגדולות מניע ממשי לנטוש את נשר ולעבור ליבוא.
24
25 249. עזיבת רדימיקס והנסון את נשר לא תביא בהכרח לעליית מחיר המלט ללקוחות הקטנים
26 והבינוניים (ר' סעיף 235 לעיל).
27 יש להוסיף למה שנאמר לעיל, שסביר להניח כי מאחר שמחיר המלט היה מפוקח, גם אם
28 הייתה רוצה נשר להעלותו, שיעור ההעלאה היה מוגבל עקב הפיקוח על מחיר המלט.
29
30 250. בחישובים ובתרחישים שערך פרלמן בחוות הדעת שלו (פרט לראשונה), התעלם פרלמן כליל
31 ממכירות המלט של נשר לרש"פ (הרשות הפלסטינית). מדובר במכירות בהיקף גדול



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיזוני:

1 ובמחיר נמוך. לא מצאתי כמספקים את ההסברים שניתנו להתעלמות זו מהמכירות
2 לרש"פ.
3
4 251. מצאתי כי בחוות הדעת של פרלמן נבחנו שני קצוות: השארת מדרג ההנחות בעינו, מול
5 הנהגת מחיר אחיד לכלל לקוחותיה של נשר.
6 אני סבור כי היה מקום לבחון גם אפשרויות נוספות של צמצום הפערים בין המדרגות ו/או
7 צמצום הפערים בין שיעורי ההנחות, באופן שהיה מאפשר לבחון מה מידת הפגיעה של
8 המחירים המפלים בלקוחותיה האחרים של נשר. תיאורטית, ומבלי לקבוע מסמרות, יכול
9 וניתן היה להגיע במקרה זה למסקנה כי הפערים מצומצמים, ואינם מגיעים כדי הפליה
10 שיש בה להצדיק התערבות.

11
12 252. הצידוק שהציגה נשר אינו מוצדק, אפוא, גם לגופו.
13

טענות הגנה נוספות של נשר

14
15
16 אין להחיל את סעיף 29א(ב)(3) כשלמונופולין אין אינטרס בשוק ההמשך

17
18 253. נשר טענה כי סעיף 29א(ב)(3) נועד למנוע ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי בשוק אחד,
19 על-מנת לזכות ביתרונות בשוק ההמשך, וכי מאחר שנשר אינה פעילה בשוק ההמשך (שוק
20 הבטון) ההנחות אינן מקנות לה יתרון בשוק זה.

21
22 254. איני מקבל את טענתה של נשר בעניין זה. סעיף 29א(ב)(3) עוסק במפורש בשוק ההמשך,
23 כאשר הוא מתאר הענקת יתרון בלתי הוגן ללקוחות כלפי המתחרים בהם. פשיטא שעסקינן
24 בשוק ההמשך, והשאלה אם יש לנשר אינטרס בשוק ההמשך אם לאו, אינה משנה לצורך
25 הקביעה אם מתקיימים התנאים שבאותו סעיף.

26
27 קיום יתרונות אחרים ליצרניות הגדולות בשוק הבטון שאינם נובעים מהנחות נשר

28
29 255. נשר טענה כי קיימים יתרונות ליצרנים הגדולים בשוק הבטון שאינם קשורים בהנחות אותן
30 הם מקבלים מנשר, ובראשם נושא האגרטים. אגרטים נדרשים אף הם על מנת לייצר
31 בטון, וקיימים יצרני בטון גדולים ובתוכם רדימיקס והנסון, המחזיקים בבעלות במחצבות
32 בהם חוצבים אגרטים, ומוכרים אותם ליצרני בטון אחרים. נשר הראתה באמצעות



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1 חשבוניות שהוציאה הנסון לאביעד בטון (ת/27 ות/28) כי מחיר האגרגטים שרכשה אביעד
2 בטון מהנסון ב-2014 עלה בכ-43% לעומת מחיר הרכישה בשנת 2008.
3
4 256. אני מקבל עקרונית את טענת נשר כי ליצרן בטון המחזיק במחצבה בה נְכָרִים אגרגטים
5 אמור להיות יתרון על פני יצרן בטון אחר שאין לו מחצבה כאמור, והוא נאלץ לרכוש את
6 האגרגטים מהיצרן האחר או מבעל מחצבה אחר.
7 עם זאת, להבדיל משוק המלט, בשוק האגרגטים לא קיים מונופול, והשוק תחרותי.
8 חשוב מכך, אין באותו יתרון מדובר בשוק האגרגטים כדי לגרוע באופן כלשהו מהיתרון
9 הבלתי הוגן הקיים ליצרניות הגדולות בשוק הבטון כתוצאה מהנחותיה המפלות של נשר.
10 לכל היותר, יהיה צורך להידרש ליתרון האחר בעת כימות הנזק שגרם ניצול המונופול את
11 מעמדו לרעה.
12 כך גם הדבר לגבי יתרונות אחרים נטענים על ידי נשר כגון פריסת מפעלי רדימיקס והנסון
13 בכל הארץ לעומת פריסה מוגבלת יותר של אביעד בטון, וקיום מפעלי מוספים (המייצרים
14 כנראה חומרי גלם אחרים) בבעלות רדימיקס והנסון. ככל שגורמים אלה מהווים יתרון
15 (הדבר לא אושר על ידי אביעד בטון), אין בו כדי לגרוע מהיתרון הבלתי הוגן שנגרם עקב
16 הנחות הכמות המפלות של נשר.
17
18 השינויים שחלו בשוק המלט והשלכותיהם על טענות הצדדים
19
20 257. השינויים שחלו בשוק המלט בישראל מפורטים בהחלטת הממונה מיום 2.9.20 בדבר ביטול
21 הכרזת נשר כמונופולין כלהלן:
22
23



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

ביום 25 בדצמבר 1988 הוכרזה נשר מפעלי מלט ישראליים בע"מ (להלן נשר) כבעלת מונופולין בתחום המלט.¹

נשר נוסדה בשנת 1925, ופעלה בשוק המלט באמצעות אתרי הייצור שלה ברמלה, נשר חיפה והר טוב. עד לשנת 2015 נשר הייתה היצרן המקומי היחיד של מלט בישראל ובהדרגה יבוא משמעותי הרי שברב שנות קיומה היא החזיקה בכוח שוק משמעותי ובנתחי שוק העולים על 90% מהשוק.²

בשנים האחרונות חלו שינויים משמעותיים בשוק המלט בישראל, הנובעים בעיקרם מתשתיות היבוא שפותחו בעקבות הסרת חסמי היבוא ובכלל זאת היטלי ההיצף המשמעותיים שהוטלו על הענף מעת לעת. פתיחת הענף לתחרות מיבוא הביאה בתורה לגידול משמעותי במספר ספקי ויבואני המלט לישראל והתחרות בענף. כך, בעוד שבעבר מלט מיובא נפרק רק ברציף 30 בנמל אשדוד, כיום מלט מיובא באמצעות רציפים נוספים בנמל אשדוד וכן בנמלי חיפה ומספנות ישראל, וזאת באמצעות תשתיות חדשות שהוקמו ליבוא מלט. כמו כן, הוקמו מפעלי טחינת קלינקר³ חדשים המייצרים מלט. פירות התחרות לא איחרו לבוא. ממצאי הרשות מלמדים כי בין השנים 2014 ל-2019 ירדו מחירי המלט בשיעור של כ-20% ואילו כמויות המלט הנצרכות בישראל עלו באותה תקופה בכ-20%.⁴



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

נכון למועד כתיבת החלטתי זאת, בנוסף לנשר ישנם שני מתחרים מקומיים המחזיקים במפעלי טחינת קלינקר המייצרים מלט שמתחרה בנשר.⁵ בנוסף מיובא מלט לישראל מטורקיה, מיוון, מקפריסין ומירדן.

בהתאם למגמות של הגדלת יבוא המלט והקלינקר לישראל חלה ירידה מתמשכת בנתחי השוק של נשר ובכוח השוק שלה. כך לצורך ההמחשה, בשנת 2006 עמד נתח השוק של נשר על כ-92%; בשנת 2014 עמד נתח השוק של נשר על כ-89%; בשנת 2016 עמד נתח השוק של נשר על כ-74% ובשנת 2018 פחת נתח השוק של נשר אל מתחת ל-60%. בתקופה האחרונה, לאור האצת היבוא צנח נתח השוק של נשר אף יותר, הכל כפי שיפורט להלן.

- 2
3 258. בהמשך ההחלטה הנ"ל ציינה הממונה כי במהלך שנת 2019 ירד לראשונה נתח השוק של
4 נשר אל מתחת ל-50% וכי מגמת הירידה נמשכה בשנת 2020.
5 בהמשך ציינה הממונה כי יחד עם הירידה בנתח השוק של נשר, ירדו אף מחירי המלט שלה,
6 כך שמשנת 2014 עד שנת 2019 ירדו הם בשיעור דומה לירידת המחיר בשוק. הממונה
7 הוסיפה וציינה את הסרתן של המגבלות על יבוא מלט וחסמי כניסה נוספים שהוטלו על
8 הענף, ובפרט ההימנעות מהטלת היטל היצף. כל אלה הביאו לגדילת שיעורי היבוא, גיוון
9 מקורות היבוא וליצירת רסנים תחרותיים על פעילותה של נשר.
10
11 259. כל אחד מהצדדים רואה בשינוי המצב של שוק המלט תמיכה בעמדותיו.
12
13 260. נשר טענה כי החלטת הביטול מוכיחה כי הנחות הכמות של נשר לא מנעו תחרות, ובפרט
14 לא מנעו תחרות מיבוא בהיקפים משמעותיים, בניגוד לנטען על ידי התובעות.
15 איני מקבל טיעון זה, שכן כפי שציינה הממונה, היבוא בהיקפים משמעותיים התאפשר רק
16 כאשר הוסרו המגבלות על יבוא מלט וחסמי כניסה נוספים שהוטלו על הענף, ובעקבות
17 ההסרה כאמור.
18 מכאן, אפשר גם להסיק כי חששה של נשר מיבוא מתחרה שיבוצע על ידי לקוחותיה
19 הגדולים, אשר בעקבותיו הנהיגה את הנחות הכמות המפלות משך תקופה ארוכה, היה
20 מופרז, וממילא לא היה קיים איום מיידי של יבוא כנזכר לעיל כל עוד לא הוסרו החסמים



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ

ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1 הנ"ל. ממילא לא היה הכרח בהנהגתן של הנחות הכמות אשר היו עשויות לגרום, וככל
2 הנראה אף גרמו בפועל לפגיעה בתחרות ובציבור.

3
4 261. התובעות טענו כי החלטת הביטול מוכיחה את טענתה כי בעקבות תחרות של יבוא יירדו
5 מחירי המלט ללקוחות הקטנים של נשר, וכפי שאמר בעדותו המומחה שרון מטעם
6 התובעים:

7
8 **"בכל מקרה נשר תוריד את המחירים לקטנים. זאת הנקודה.**
9 **אנחנו רואים ניסוי טבעי מקסים שקורה לנגד עינינו ממש בימים אלו, היבוא**
10 **נכנס לישראל, צמנט (צ"ל סימנט – י.ק.) נכנסה כיבואנית ונשר נאלצת**
11 **להוריד מחירים" (עמ' 488 ש' 31 – עמ' 489 ש' 1).**

12
13 התובעות הוסיפו כי פתיחת השוק ליבוא ואיבוד נתח שוק משמעותי, לא הביאו להעלאת
14 מחירים על ידי נשר, כפי שנצפה על ידי פרלמן, אלא להיפך, הביאו לירידת מחירים
15 משמעותית, שכן נשר נאלצה להתחרות ולהתמודד, וכך הוגברה התחרות ושופרה רווחת
16 הצרכן.

17
18 262. אני סבור כי ההתרחשויות בשוק המלט המתוארות בהחלטת הביטול אכן תומכות בעמדת
19 התובעות, ומחזקות את טענתן כי ביטול ההנחות המפלות, אפילו יגרום לעזיבת היצרניות
20 הגדולות או מי מהן את נשר, לא יביא לעליית מחירים ללקוחותיה הקטנים של נשר, אלא
21 יביא לירידת מחירים בעקבות התחרות שתתפתח, ומכאן שאין בהנחות המפלות כדי לשפר
22 את רווחת הצרכן אלא להיפך.
23 בפועל, הנסון עזבה את נשר והחלה לייבא, נתח השוק של נשר ירד בהדרגה עד כדי פחות
24 מ-50%, אך מחירי המלט ירדו, ונשר לא קרסה.

25
26 263. השינויים שחלו בשוק המלט תומכים, אפוא, בטענות התובעות ולא בטענותיה של נשר.

סעיף 29א(א) לחוק התחרות

27
28
29
30 264. משנקבע לעיל כי התקיימו תנאיו של סעיף 29א(ב)(3) לחוק התחרות, אין צורך לדון עוד
31 בסעיף 29א(א) באותו חוק. אמסור, אפוא, בקצרה להלן את התייחסותי לסעיף הנ"ל.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1 265. נוסחו של סעיף 29א(א) הובא לפני סעיפים רבים ונשוב ונביאו עתה:
- 2
- 3 **"בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את**
- 4 **התחרות בעסקים או לפגוע בציבור".**
- 5
- 6 266. התקיימות תנאיו של סעיף 29א(ב)(3) מביאה לכך שחלה חזקה חלוטה כי התקיימו גם
- 7 תנאיו של סעיף 29א(א) לחוק התחרות.
- 8
- 9 267. הבחינה שלהלן תיעשה רק למצב בו לא היה נקבע לעיל כי התקיימו תנאיו של סעיף
- 10 29א(ב)(3).
- 11
- 12 268. כל שנכתב ונקבע לעיל באשר לסעיף 29א(ב)(3), והאמור שם יוסיף לחול.
- 13 די באמור שם כדי להגיע למסקנה בדבר ניצול המעמד לרעה על ידי נשר, בעלת המונופולין.
- 14 הנושא האחד בו נותר לדון הוא האם קיים חשש כי אותו ניצול מעמד לרעה יפחית את
- 15 התחרות בעסקים או יפגע בציבור, דהיינו החשש מפני התוצאה במורד הזרם.
- 16
- 17 269. גם בהקשר לתוצאה התחרותית במורד הזרם נאמרו דברים רבים לעיל, אשר המסקנה
- 18 העולה מהם היא כי מתקיים אכן חשש, שאותן הנחות מפלות אשר ניתנו תוך ניצול המעמד
- 19 לרעה, יביאו להפחתה בתחרות בעסקים ו/או לפגיעה בציבור.
- 20
- 21 270. נתעכב, אפוא, בקצרה על החשש התוצאתי הנ"ל.
- 22
- 23 271. הפליית המחירים באמצעות ההנחות שניתנו על ידי נשר, עלולה להביא בנקל לפגיעה
- 24 ביכולתם של הלקוחות הבינוניים ובעיקר הלקוחות הקטנים להתחרות בשוק הבטון.
- 25 הגם שנדרשת לפי סעיף 29א(א) רק עלילות להפחתת התחרות ולהקמת החשש ממנה, נראה
- 26 כי למעשה תוצאה זו התקיימה בפועל.
- 27
- 28 272. שמעתי את דברי מצהירי אביעד בטון, ואת טענותיהם כי לאחר שהונהגו ההנחות המפלות
- 29 נפגעה יכולתם להתמודד במכרזים מול היצרניות הגדולות בעיקר. טענות אלה הובאו
- 30 בתצהיריהם בפירוט רב (סעיפים 30-45 לתצהיר בן שושן, סעיפים 7, 10-23 לתצהיר אביעד
- 31 בטון).
- 32 גם עדויותיהם נשמעו אמינות ונאמרות מהלב, והתרשמתי מכנותן. למשל:



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר - מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1 מחקירת בן שושן

2 "...אנחנו חברה קטנה. אנחנו עוסקים כל היום בלשרוד בשוק... אנחנו כל הזמן עסקנו
3 בלשרוד מול המתחרים שכל הזמן לקחו לנו עבודות ולא הבנו מדוע (עמ' 341 ש' 25-23);
4 "מ-2002 לא הבנו למה אנחנו לא יכולים להתחרות יותר" (עמ' 346 ש' 29-28);
5 "מאז אותה החלטה אומללה, אנחנו לא יכולנו להתחרות יותר" (עמ' 347 ש' 5).

6

7 מחקירת יעיש

8 "המתחרים שלי באים ונותנים כאן מחיר ראשוני, מחיר ראשוני, בלי מו"מ, בלי שום דבר,
9 אני לא יכול לתת" (יעיש-245/8).
10 "הייתי בא לקוחות לא יכול לקבל עבודה" (יעיש-245/19).

11

12 273. בה בעת אפשר היה לחוש את אנתח הרווחה של אביעד בטון כאשר השוק נפתח ליבוא,
13 ונביא את דברי בן שושן בעניין זה:

14

15 "מ-1.2.2017 אני קורא לזה - יום העצמאות שלנו...סוף סוף יש
16 תחרות...המחירים ירדו...נכנס יבואן חדש...הקימו חברה משותפת בשם
17 סימנט והם מייבאים מלט לארץ, עושים את זה באופן מאוד מקצועי, ברמה
18 מאוד גבוהה, במחירים זולים הרבה יותר מנשר, באיכות הרבה יותר טובה,
19 אין לנו עוד כשל לקוחות אדוני. פעם כל הזמן היינו צריכים להתנצל בפני
20 הלקוחות, למה הבטון לא בסדר. היום אין לנו כשל אחד... אנחנו צמחנו בשנה
21 ב-20%... זה מה שאני מכיר, זה מה שאני מרגיש. אני מרגיש שאנחנו צירפנו
22 אלינו מלא לקוחות שכל הזמן סירבו לנו... אדוני, זה עולם אחר. אנחנו
23 מרוויחים פי 10, פי 10 אנחנו מרוויחים." (עמ' 386 ש' 25 - עמ' 387 ש' 23).

24

25 274. ניתן לסכם נושא זה בכך שהעלילות לפגיעה בתחרות עקב ניצול המעמד לרעה מוחשית
26 ביותר, וכפי שמצטייר הייתה גם פגיעה ממשית בתחרות.
27 מובן כי כל הקשור לנזקים הנטענים אינו מתברר בשלב זה של בירור החבות, אלא בשלב
28 הבא.

29

30 275. לפיכך, איני רואה מקום להתייחס בהחלטה זו לטענת הפגיעה ברווחיות שנטענה על ידי
31 אביעד בטון, ובסיכומיה נזנחה למעשה, ולטענותיה המפורטות של נשר בעניין זה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1 בסיכומיה, שכן כפי שאמרתי אף בדיון ובחקירתו של רו"ח צנוע מטעמה של אביעד בטון,
2 עניין זה אינו צריך להתברר במסגרת בירור סוגיית החבות, אלא בשלב בירור הנזק.

3
4 276. מסקנת האמור לעיל היא כי גם אלמלא היה נקבע כי מתקיימים התנאים הדרושים לחזקה
5 לפי סעיף 29א(ב)(3) לחוק התחרות, היה נקבע כי מתקיים האמור בסעיף 29א(א) לחוק.

הגנה נטענת לפי סעיף 6 לפקודת הנזיקין

6
7
8
9 277. סעיף 50 לחוק התחרות קובע כי דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות החוק, כדין עוולה לפי
10 פקודת הנזיקין.

11 נשר טענה לקיומה של הגנה לפי סעיף 6 לפקודת הנזיקין, הקובע כך:

12
13 **"בתובענה שהוגשה על עוולה, חוץ מרשלנות, תהא הגנה שהמעשה**
14 **שמתלוננים עליו היה לפי הוראות חיקוק ובהתאם להן או שנעשה בתחום**
15 **הרשאה חוקית או מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה**
16 **חוקית; בסעיף זה, "מעשה" – לרבות מחדל".**

17
18 278. נשר טענה כי הממונה ידע על ההנחות, אישר לנשר להעניקן, בדק אותן ואת השפעתן על
19 שווקי המלט והבטון בזמן-אמת לאורך השנים, ובחר שלא להתערב ולא לתת הוראות
20 האוסרות אותן. ב-2014 אישר הממונה שנשר תוכל להמשיך במתן ההנחות לעוד תשע שנים
21 (כוונת נשר היא להוראות המוסכמות).

22 נשר הוסיפה כי הסתמכה על הרשאת הממונה במתן הנחות הכמות, ועל ההסדר עם
23 הממונה ופעלה לאורו. עתה מבוקש להשית על נשר "סיכון כפול" ולהתגונן שוב מפני טענות
24 בנוגע להנחות. אין כל הצדקה שבדין למצב בו הממונה יכשיר מתן ההנחות לתשע שנים,
25 ובד בבד בית-המשפט יקבע שאותן הנחות (המותרות כיום ובעתיד), אשר ניתנו בעבר,
26 מנוגדות לדין.

27 לפיכך, טענה נשר כי מדובר במקרה מובהק בו יש לראות בנשר כמי שפעלה בתחום הרשאה
28 חוקית מטעם הממונה (הן עובר להוראות והן לאחריהן), וממילא למצער הוכח שלנשר
29 נוצרה "אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית", שמקימה הגנה בניזיקין.

30
31 279. מנגד, טענו התובעים כי אין לקבל את תחולתה של ההגנה הנ"ל על סעיף 29א לחוק
32 התחרות, הן בשל הסדר שלילי להכשרת ניצול מעמד לרעה בחוק, אך בעיקר מהטעם



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיזוני:

1 שמאסדר אינו מוסמך להתיר ביצוע עוולה שיכולה לעלות כדי עבירה פלילית. עוד טענו
2 התובעים כי הטענה אינה נכונה לגופה. הפליית המחירים הפוגענית שנשר מבצעת, מעולם
3 לא אושרה ע"י מאסדר ולנשר לא היה שמץ של יסוד להאמין שיש לה הרשאה. נשר הייתה
4 חייבת להוכיח כי קיבלה אישור מפורש לכשרות פעולתה ולא עשתה זאת. ההוראות
5 המוסכמות משנת 2014 שהיוו מעין פשרה, אינן מהוות אישור לפי סעיף 6 לפקודת הנזיקין.
6 גם מודעות נטענת של רשות להנחות הסודיות אינה יכולה להוות היתר, מה גם שהרשות
7 פעלה נגד אותן הנחות.

8

9 280. ברע"א 7115/14 סירוגה-ברניר נ' סלקום ישראל בע"מ (3.7.17) נקבע תוך אזכורם של
10 פסקי דין קודמים כי סעיף 6 מסיר אחריות נזיקית ממי שפעל או חדל מלפעול אם עשה כן
11 על פי הרשאה הקבועה בחיקוק או על פי הרשאה חוקית הניתנת על ידי גורם המוסמך
12 לתיתה, ולמצער אם האמין באופן סביר ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית כזו, למעט
13 אם נהג ברשלנות. עוד נקבע שם כי כוחה של הגנה זו יפה גם בתביעות המבוססות על עוולות
14 הקבועות מחוץ לפקודת הנזיקין, וכי פעולות שנעשו תחת פיקוח הדוק של רשות מוסמכת
15 תוך דיאלוג מתמשך עמה, חוסות אף הן תחת כנפיה של הגנה זו. עוד נקבע, בהסתמך על
16 ע"א 4154/14 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' כהן, פסקאות 33-
17 28 (להלן: "עניין הצלחה") כי במקרים שבהם הציגה הרשות עמדה לגבי פעולה
18 מסוימת במסגרת הליך של "פרה רולינג" אין בכך כדי להקים למבצע הפעולה הגנה מפני
19 תביעה נזיקית מכוח סעיף 6 הנ"ל.

20 כאן המקום להביא את שנקבע בנוסף בעניין הצלחה הנ"ל, כי להבדיל מפרה רולינג, ההגנה
21 מכוח סעיף 6 לפקודת הנזיקין תחול במקרה של "אישור מפורש הניתן על ידי הרגולטור
22 במסגרת חובה המוטלת עליו, למשל כמפקח על הביטוח, לאשר תנאים של פוליסה (עניין
23 דיקלה), או מפיקוח צמוד והנחיות אקטיביות וכתובות הניתנות על ידי הרגולטור
24 בעניינים שעליהם הוא מופקד (עניין קול ברמה)" (פסקה 32). ובהמשך לכך, ברע"א
25 9771/16 נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד נ' נזרי (28.9.17) שעסק אף הוא בסעיף 6 לפקודת
26 הנזיקין, נכתב כי "לא די בכך שרשות מודעת לפרקטיקה כלשהי ואינה מונעת אותה"
27 (פסקה 21).

28

29 281. עת באים אנו ליישם קביעות אלה על ענייננו, מסקנה ברורה היא כי נשר אינה יכולה למצוא
30 מפלט והגנה בהוראות סעיף 6 לפקודת הנזיקין, ואפרט.

31



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 15-04-41214 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ

ת"צ 15-09-6298 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1 נשר מבקשת למצוא אישור להנחות הכמות החל משנת 2002, במכתבו של פרלמן מיום
2 9.3.02 (ת/42). פרלמן היה אז הכלכלן הראשי של הרשות. מכתבו הנ"ל לנשר עוסק בהנחות
3 דיפרנציאליות שהתבקשו על ידי נשר, ולא בהנחות כמות, וזאת לכל אורכו של המכתב
4 (אגב, נשר טוענת בסיכומיה דבר והיפוכו: בסעיף 23 היא טוענת כי "ת/42 עוסק בשתי
5 הגישות להנחות שהציגה נשר: הגישה הדיפרנציאלית וגישת הנחות-הכמות". כך גם
6 בסעיף 28 לסיכומים טענה נשר כי "שטרונס כממונה היה שותף לניסוח ת/42 וסבר
7 שבעקבות פסק-דין ידיעות-אחרונות, מונופולין רשאי להעניק הנחות-כמות". לעומת
8 זאת, בהמשך הסיכומים, טוענת נשר כי תנאי ת/42 לא חלו על הנחות כמות (סעיף 37
9 לסיכומים).
- 10 נשר מפנה לסעיף 6 למכתב ת/42. במשפט הראשון בסעיף זה ניתן האישור להנהגת תמחור
11 דיפרנציאלי שהתבקש על ידי נשר, נוכח היבוא הגואה לטענתה (תופעה שנפסקה כעבור זמן
12 לא רב נוכח היטל היצף שהוטל), וזאת בהתקיים התנאים שנקבעו בסעיפים הקודמים
13 למכתב, ובלשון המכתב: "בכפוף לאמור להלן, בהתקיים כל התנאים והמצגים דלעיל,
14 ובהסתמך על יתר המצגים שהצגתם בפנינו בנושא זה, כגישה טנטטיבית בלבד, הניתנת
15 לשינוי כאמור להלן, לא תראה הרשות את הנהגתו של תמחור דיפרנציאלי כפרקטיקה
16 אשר בהכרח מפרה את הוראות חוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח-1988".
- 17 המשפט השני בסעיף הוא המשפט הבא: "על מנת להסיר ספק, נבהיר כי הרשות רואה את
18 המחירים הקבועים בצו פיקוח על מצרכים ושירותים (מחירי צמנט), התשמ"ח-1988
19 כמחירים מרביים (וכהנחות מינימליות), ולא כמשקפים, במצב הנוכחי, מדרגות הנחה
20 מרביות המותרות לצורך חוק ההגבלים העסקיים".
- 21 לשיטת נשר, משפט זה מבהיר כי הנחות כמות אינן מותנות בתנאים כלשהם ומבחינת
22 הרשות הנחות הפיקוח הן הנחות מינימליות (ניתן לתת עוד הנחות).
- 23 ובכן, פרשנות זו אינה יכולה להתקבל. ההבהרה כי ניתן לתת הנחות נוספות על אלו
24 הקבועות בצו הפיקוח, אינה מתייחסת בהכרח להנחות כמות, ומאחר שכל המכתב מתייחס
25 להנחות הדיפרנציאליות, סביר כי אף משפט זה מתייחס אליהן (לרבות שתי המילים
26 הכלולות בו – במצב הנוכחי).
- 27 אך אם כוונת הכותב הייתה להנחות כמות, ברי כי הפרשנות שהעניקה נשר למשפט כאילו
28 הנחות כמות אינן מותנות בתנאים כלשהן, היא פרשנות בלתי אפשרית, הן מאחר שמדובר
29 בתוספת שאינה מצויה בו ולא הייתה כוונה שתהיה מצויה בו, והן מאחר שבהמשך המכתב
30 בסעיף 8, מופיע המשפט הבא:
- 31 "למעלה מן הצורך, יובהר כי אין באמור לעיל כדי לגרוע מחובותיה של נשר על פי כל דין,
32 לרבות חובותיה כבעלת מונופולין. בפרט אני מבקש להסב את תשומת הלב לסעיף



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר - מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1 29א(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ולאיסור שהוא מקים על אפליה
2 בין מתחרים, העלולה לגרום לפגיעה משמעותית בתחרות".
3

4 דומה כי דברים אלה מדברים בעד עצמם. לא הייתה כל כוונה ליתן לנשר פטור כלשהו
5 ממילוי חובותיה על פי כל דין, ובכלל זה איסור להפלות בין מתחרים, העלולה לגרום
6 לפגיעה בתחרות. בין אם הכוונה הייתה להנחות כמות שלא ניתן פירוט שלהן במכתביה של
7 נשר שקדמו למכתבו של פרלמן, ובין אם לאו, אין לראות במכתב זה אישור של הרשות
8 להנחות הכמות שנקבעו על ידי נשר אחריו, ובוודאי שאינו מקים לנשר הגנה לפי סעיף 6
9 לפקודת הנזיקין.

10
11 אוסיף עוד כי במכתבה של נשר לרשות מיום 20.1.02 (ת/41) מפרטת היא מערך של הנחות
12 כמות שהיא מבקשת להתחיל בו (נוספות להנחות לפי צו הפיקוח), ובסוף המכתב, בסעיף 3
13 נכתב "נבקש את אישורכם למערך ההנחות הנ"ל". אישור כזה לא ניתן על ידי הרשות,
14 ובוודאי שהמכתב ת/42 הנזכר לעיל אינו מהווה אישור כזה.

15
16 ועוד, פרלמן התייחס אף הוא למכתב בעדותו (עם כל אי הנחות, שלא לומר ניגוד עניינים
17 קיים כאשר מומחה מטעם נשר מעיד על מכתב שנשלח על ידו לנשר במסגרת עבודתו
18 ברשות), ואמר כי המשפט שצוטט לעיל מחלקו השני של סעיף 6 במכתב ת/42 "היה כדי
19 להבהיר שאנחנו לא רואים שום דבר ממה שקבוע בצו או ממה שנאמר כאוסר על הנחות
20 כמות כל זמן שהן עומדות בדיני ההגבלים העסקיים" (עמ' 1540 ש' 14-12).

21 אם כך, ברור כי גם פרלמן לא ראה במכתבו ת/42 אישור לנשר לתת הנחות כמות ללא
22 תנאים כלשהם, אלא רק בכפוף לכך שהן עומדות בדיני ההגבלים העסקיים.

23
24 למעלה מהצורך, שכן הדבר אינו דרוש, לאור האמור לעיל, איני מקבל את טענת נשר כי
25 התנאים הקבועים במכתב ת/42 לא חלו על הנחות הכמות, ככל שהמכתב כלל אותן. אין
26 סיבה שתנאים הקבועים במכתב יחולו לגבי חלק מההנחות הנזכרות בו לשיטת נשר,
27 ובמיוחד כאשר המשפט שבסעיף 6 עליו מסתמכת נשר כמתייחס להנחות כמות, מציין
28 במפורש כי מה שנכתב שם מתייחס ל"מצב הנוכחי" (המתאפיין בהגדלת היקף היבוא
29 המגיע לישראל). גם התרשומת שערך עו"ד טולדנו לשיחתו על הממונה דאז שטרם
30 (מב/128) תומכת בתחולת התנאים על הנחות הכמות, שכן טולדנו השיב שם כי ת/42 תקף,
31 לאור העובדה שהיבוא עומד על השיעור שנקבע במכתב.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1 מאחר שאין מחלוקת שבשלב מסוים התנאים שבמכתב לא התקיימו, הרי גם אין תוקף
2 לאישור שנשר מתייחסת אליו כמעניק לה הגנה לפי סעיף 6 לפקודת הנזיקין. במאמר מוסגר
3 יצוין כי ללא קשר לכתוב במכתב, איני סבור שיש מחלוקת כי נשר רשאית לתת הנחות
4 כמות בנוסף להנחות הפיקוח, אך זאת בתנאי שיעמדו בתנאים הקבועים בחוק התחרות,
5 ולא יפרו את האיסורים הקבועים בו.
6
7 283. טענה נוספת של נשר הייתה כי התקיים בינה לבין הרשות דיאלוג שוטף וכי הייתה נתונה
8 לפיקוח כמעט יום יומי של הרשות.
9 למותר לציין כי עדות בעל פה על פיקוח יום יומי אינה מספקת, ויש להציג אסמכתאות
10 בכתב.
11 נשר הפנתה ל-12 מסמכים בסעיף 14 לסיכומיה, כמשקפים אותו פיקוח הדוק, אך עיון בהם
12 מגלה תכתובות משתי תקופות בלבד, 2002 ו-2009, כאשר חלקם מתייחס למיזוג שהתבקש
13 בין משאב להנסון, וחלקם פניות יזומות של נשר לרשות.
14 הוברר גם כי נשר לא ביקשה את אישור הרשות, גם כאשר ביצעה שינויים בהנחות הכמות
15 שנתנה ללקוחותיה.
16 נשר לא הוכיחה דיאלוג שוטף ופיקוח של הרשות על הנחות הכמות שהעניקה ללקוחותיה,
17 ובוודאי שאין היא יכולה לסמוך על טענה זו כדי לקבל את הגנת סעיף 6 לפקודת הנזיקין.
18
19 284. נשר טענה עוד כי הרשות ידעה לאורך השנים לאחר הוצאת המכתב ת/42 על הנחות הכמות
20 הניתנות על ידה ולא הסתייגה מהן, תוך שהיא מפרטת מדוע היא סבורה כך.
21
22 285. איני רואה טעם לחקור טענה זו לעומקה, שכן אין בה כדי להקנות לנשר הגנה לפי סעיף 6
23 לפקודת הנזיקין. משנקבע שלא התקיים דיאלוג שוטף ופיקוח הדוק על הנחותיה של נשר
24 (וכפי שנראה, כשהתגלו הנחות אלה, החלה הרשות לבדוק את הנושא ולאחר מכן החל
25 להתנהל הליך השימוע לנשר שהסתיים במתן ההוראות המוסכמות), על נשר להוכיח כי
26 ניתן אישור מפורש וברור של הרשות (כמובן בכתב) לכך שההנחות שניתנו על ידה אינן
27 מפרות את הוראות חוק התחרות. בנטל זה לא עמדה נשר. מודעות וחוסר הסתייגות
28 כשלעצמם – אינם מספיקים.
29 יותר מכך, על מנת לקבל אישור אשר יקנה לנשר את ההגנה המבוקשת על ידה, עליה
30 להראות כי מסרה לרשות פרטים מלאים ונכונים, וכי עדכנה אותה גם בשינויים שחלו
31 במתווה ההנחות, תוך ציון מהות השינוי שנעשה על ידה. כפי שנראה – נשר לא עשתה כן.
32



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1 נעיר, אפוא, רק מספר הערות קצרות בעניין זה, בהתייחס לאופן בו הציגה נשר את טיעונה,
2 באופן כרונולוגי. אגב, כבר מהצגה זו ניתן לראות לאור הפערים בין השנים, כי לא היה
3 פיקוח הדוק ובוודאי שלא היה דיאלוג יום יומי.
- 4 א. במכתב ת/41 מיום 20.1.02 מנשר לרשות, תיארה נשר מערך הנחות נוספות ללקוחותיה
5 שהיא מבקשת לאשר. במסגרת תיאור המערך ציינה נשר כי היא מבקשת לקבוע 6
6 מדרגות הנחת כמות חדשות ללקוחות הרוכשים כמויות גדולות, וציינה במפורש כי
7 מדרגות הנחת הכמות החדשות יופעלו **אך ורק ביחס לכמות הנוספת הנרכשת על ידי**
8 **כל לקוח ולא על כלל הכמות הנרכשת**, ואף הדגימה זאת בסעיף נפרד במכתב.
9 חרף האמור לעיל, וכפי שאנו יודעים, בפועל, ההנחה הכוללת שהוענקה על ידי נשר
10 (דהיינו הנחת הפיקוח + ההנחה הנוספת) חושבה למן הטון הראשון, ולא רק לגבי
11 הכמות הנוספת הנרכשת. למותר לציין כי יש בכך כדי להגדיל את ההנחות וגם את
12 הפער בין המחיר ללקוחות הגדולים למחירים ללקוחות הקטנים. לא הוצג יידוע של
13 הרשות אודות שינוי זה.
- 14 ב. בת/41 צוין כי על פי המצב הקיים באותה עת, יזכה הלקוח הגדול ביותר של נשר להנחת
15 כמות ממוצעת על סך כל רכישותיו (דהיינו הנחת הפיקוח + ההנחה הנוספת) שתגיע
16 לשיעור שבין 10% ל-11% ממחיר המלט באותה עת. כפי שראינו, הנחת הכמות
17 הממוצעת של הלקוח הגדול ביותר הגיעה לשיעור שבין 17% ל-18% ממחיר המלט (ר'
18 סעיף 204 לעיל). לא הוצג מסמך שבו מבקשת נשר את אישור הרשות לשינוי משמעותי
19 זה.
- 20 ג. בת/41 התייחסה נשר אל ההנחות הנוספות כאל הנחות חודשיות, כפי שנקבע גם בצו
21 הפיקוח. כך, בסעיף 2.4 לאותו מכתב נכתב "**...שכל לקוח שירכוש בחודש מסוים**
22 **כמות מלט המזכה בהנחה הנוספת יינה מן ההנחה האמורה**". אף כאן התנהלותה
23 של נשר הייתה שונה, והתייחסותה אל ההנחות הנוספות (ובכלל זה גם להנחות
24 הפיקוח) הייתה התייחסות **שנתית**, המקרבת הנחות אלה להנחות נאמנות, כפי
25 שהוסבר בפסק הדין בעניין חברת נמל אשדוד (ר' סעיפים 177-174 לעיל). אף כאן לא
26 הוצגה בקשה של נשר לרשות לאשר שינוי משמעותי מאד זה, אשר יש לו השלכה
27 מהותית על התייחסות להנחות.
- 28 ד. לגבי שנת 2002 – העברת נתונים שהתבקשו על ידי הרשות אינה מלמדת על אישור
29 שניתן למחירים או להנחות. בנוסף, השוני בטבלאות של ת/45 לעומת אלה של ת/47
30 (בעיקר בחודשים 2/2002 – 5/2002 בהם נהגו כבר כנראה ההנחות המפלגות), מצביע על
31 בעייתיות מסוימת, אך מאחר שלא זכור לי שהגב' אבידור נחקרה על כך, וממילא הדבר
32 אינו דרוש, לא אפרט ולא אתייחס לכך.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר - מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1 ה. לגבי שנת 2003 – תרשומת עו"ד טולדנו על כך שהממונה דאז שטרום אמר לו בשיחה
2 בעל פה כי הוא מסכים שנשר רשאית לתת הנחות כמות מעבר להנחות הקבועות בצו
3 המחירים, ודאי אינה יכולה לשקף עמדת רשות, ובנוסף, אמירה כללית מעין זו, שאין
4 מחלוקת לגבי תוכנה, ללא התייחסות למתווה המפורט של ההנחות שניתנו על ידי נשר
5 ועמידתן בהוראות חוק התחרות, אינה מהווה אישור למתן אותן הנחות מפלות.
6 ו. לגבי שנת 2005 – ניסיון נשר להפוך שאלה של מייצג (עו"ד שטרום) במהלך החקירה
7 לעובדה – לא יצלח.
8 ז. לגבי שנים 2008 – 2011 – נשר העבירה נתונים לרשות במסגרת בדיקת הבקשה לאשר
9 את המיזוג בין משאב להנסון, ולא בהקשר קונקרטי של בדיקת ההנחות. בנוסף,
10 במב/126 (תרשומת פגישה מ-16.10.09, בנושא מיזוג משאב – הנסון), ציין הכלכלן
11 הראשי של הרשות, שלומי פריזט, כי נשר חשבה שההנחות הן חוקיות והרשות שמעה
12 על כך פעם ראשונה (עמוד רביעי למב/128). אני מודע לטענות נשר כנגד אמירה זו של
13 פריזט (למשל, עו"ד טולדנו מחה ואמר כי זו פעם רביעית (לא ברור למה הכוונה), וכי
14 זה היה בידיעה מוחלטת של הרשות על בסיס מכתב מהרשות. בהפנותו למכתב התכוון
15 עו"ד טולדנו למכתב פרלמן, שברור שאין בו כל הרשאה למתווה הנחות מפורט של נשר,
16 מעבר לכך שתוקפו פקע בשלב מסוים מוקדם). מה שחשוב הוא שנשר לא ביקשה את
17 אישור הרשות למתווה ההנחות המפורט שלה (פרלמן אף אמר שהרשות לא הייתה
18 מאשרת אותו, ובלשונו: "לאורך כל השנים היה ברור לנשר' שהרשות לא תיתן לה
19 חוות דעת אם מבנה ספציפי של הנחות, הוא בסדר או לא בסדר" עמ' 1644 ש' 29-28),
20 ויידוע כלשהו, ככל שהיה, אינו מספיק.
21 ח. משנת 2008 או 2009 הרשות ידעה על ההנחות המפלות (פריזט אף אמר באותה פגישה
22 מ-16.10.09 כי "אתם הגשתם את הנימוקים שלכם לשאלה למה מתחרים מקבלים
23 מחירים שונים דרמטית"). בעקבות הידיעה החלה בדיקת וחקירת הרשות שהסתיימה
24 בשימוע ובהוראות המוסכמות, כשעמדת הרשות היא שההנחות המפלות אינן חוקיות.
25

משמעות הותרת ההנחות המפלות במתווה ההוראות המוסכמות

- 26
27
28 287. נשר טענה כי הליך השימוע הסתיים בהוראות אשר קבעו שנשר רשאית להמשיך במתן
29 ההנחות במתכונת בה נהגה, ללא התערבות הממונה. לדבריה, מדובר בראיה חזקה לכך
30 שהממונה לא ראה פסול בפרקטיקת ההנחות, קל וחומר שלא ראה בה "פרקטיקה
31 עבריינית", כנטען על-ידי התובעות. בנוסף, טענה נשר כי עמדת הממונה ויתר הרגולטורים
32 מעניקה לנשר הגנה לפי סעיף 6 לפקודת הנזיקין.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1
2 288. איני מקבל את טענות נשר בנושא זה.
3
4 289. במכתב השימוע ששלחה הרשות לנשר ביום 15.2.12 (בו הודיעה הרשות על כך שהיא שוקלת
5 להורות לנשר לחדול ממתן ההנחות), הביעה הרשות לראשונה את עמדתה בנושא ההנחות
6 המפלות (אשר כונו באותו מכתב שימוע "ההטבות הסודיות"). עמדה זו הייתה נחרצת,
7 ונקבע בה כי פערי המחירים בין לקוחות שונים של מלט, ובמיוחד בין רדימיקס והנסון לבין
8 יתר יצרני הבטון המובא הם משמעותיים ובעלי השפעה ניכרת על התחרות בשוק הבטון
9 המובא (סעיף 2.10 למכתב); כי הן מהוות תמריץ שלילי ליבוא (סעיף 3.1 למכתב); כי הן
10 מקלות על יצירת שיווי משקל על תחרותי בשוק הבטון המובא, בפרט בין רדימיקס והנסון,
11 וביטולן עשוי למנוע פגיעה בתחרות בענף הבטון המובא (סעיף 3.2 למכתב).
12
13 290. בהחלטת ההוראות משנת 2014 חוזר הממונה על העמדה דלעיל, ובהסבר מפורט, מציין כי
14 רדימיקס והנסון, לקוחותיה הגדולים ביותר של נשר, נהנות מתנאים מועדפים במיוחד
15 **"באופן שמחירי המלט שהן רוכשות מנשר נמוכים בפער ניכר ביותר מאלו שמשלמות**
16 **יצרניות הבטון האחרות"**. הממונה סוקר בהמשך את הפגיעה בתחרות הנגרמת עקב מתן
17 התנאים המועדפים על ידי נשר לרדימיקס ולהנסון, וקובע כי נוכח כך מתקיימים תנאי
18 סעיף 30 לחוק התחרות. וזאת לדעת, מתן הוראות לפי סעיף 30 לחוק אפשרי בהתקיים
19 אחד משני תנאים: (א) כתוצאה מקיום המונופולין או מהתנהגותו של בעליו נפגעת (בפועל)
20 התחרות בעסקים או נפגע הציבור (ב) כתוצאה מהתנהגות בעל המונופולין קיים חשש
21 (עתידי) לפגיעה משמעותית בתחרות או לפגיעה משמעותית בציבור.
22 הממונה מציין כי במסגרת השימוע טענה נשר נגד ההוראות וסמכותו של הממונה לתיתן,
23 אך משהושגה הסכמה עם נשר בנוגע לתוכן ההוראות ותחולתן, לא מצא הוא לנכון להוסיף
24 ולפרט בעניין זה (עמ' 7 להוראות).
25
26 291. מכל מקום, הממונה נותר בעמדתו המקורית לפיה התנאים המועדפים הניתנים לרדימיקס
27 ולהנסון על ידי נשר, דהיינו הנחות המחיר, פוגעות בתחרות, וכי מתקיימים תנאי סעיף 30
28 לחוק התחרות, המאפשרים לו לתת הוראות לנשר בשל כך.
29
30 292. איני מקבל את טענות נשר כאילו הממונה בחר לפתוח בהליך לפי סעיף 30 לחוק התחרות,
31 כיוון שלא ראה אי חוקיות בהתנהגותה של נשר, וכי סעיף 30 הוא הליך שנועד להסדרת
32 פעילות חוקית.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיזוני:

- 1 לא ראיתי כל קביעה של הממונה כי פעולתה של נשר במתן ההטבות הסודיות כשמן במכתב
2 השימוע, או במתן התנאים המועדפים כשםם בהוראות הממונה, היא חוקית ואינה מפרה
3 את הוראות חוק התחרות. איני מקבל את טענתה הלא מוכחת של נשר כי נקודת המוצא
4 בשימוע הייתה שההנחות חוקיות ולאורך השימוע הרשות לא טענה אחרת. דרך הפעולה
5 שנבחרה על ידי הממונה – מתן הוראות לפי סעיף 30 לחוק התחרות, אפשרית **הן במקרה**
6 **שהפעילות חוקית והן במקרה שהפעילות אינה חוקית**. בחירתו של הממונה לבחור בדרך
7 פעולה זו ולא בדרך פעולה אחרת, היא הפעלה של שיקול דעתו שיכולות להיות לה מספר
8 סיבות, אשר ניתן לחשוב עליהן, אך אין צורך להיכנס לכך. הדבר החשוב הוא קביעתו
9 שמתקיימים תנאיו של סעיף 30, הסבריו מדוע מתקיימים הם, והעדר קביעה שלו בדבר
10 חוקיות פעולותיה של נשר.
11
12 293. נותרה טענה אחרונה של נשר והיא כי תוצאות השימוע היו שנשר רשאית להמשיך ולהעניק
13 אותן הנחות בדיוק, ולכן הדבר מהווה הוכחה ניצחת לחוקיותן, ולחלופין הגנה לפי סעיף 6
14 לפקודת הנזיקין.
15
16 294. נשר טועה בהציגה את תוצאות השימוע כראיה לחוקיות ההנחות המפלות.
17 הליך השימוע הסתיים בהסכמה של נשר למכור את מפעל ייצור המלט שלה בהר טוב,
18 פעולה דרסטית של מכירת אחת מיחידות הייצור שלה, על מנת שיקום מתחרה מקומי
19 לנשר. גם בא כוחה של נשר (עו"ד סלע) הציג פעולה זו כך:
20
21 **"נשר עשתה דבר שאני לא חושב שיש לו תקדים. שחברה פרטית, זה בעצם**
22 **סוג של הפקעה, מכרה מפעל שלה במסגרת הסדר עם המדינה, בכדי ליצור**
23 **לעצמה מתחרה"** [נת/55 (דיון בוועדה לעניין היטלי היצף) עמ' 28].
24
25 הממונה מסביר **בהחלטת ההוראות** בפירוט רב, מדוע יש לייצור מקומי של מלט יתרוונת
26 ברורים על פני יבוא מלט (עמ' 7 פסקה לפני אחרונה), ולאחר מכן מסביר מדוע העדיף
27 חלופה זו על פני מתן הוראות התנהגותיות לנשר (עמ' 7 פסקה אחרונה), לרבות בשל הצפי
28 לכניסת יצרן מלט נוסף לישראל **בזמן הקרוב** עקב מכירת מפעל הר טוב (עמ' 9 פסקה
29 אחרונה). הממונה צפה כי ככל שיתפתח ייצור מקומי רציף ומובטח של מלט, נוסף על ייצור
30 המלט של נשר, אזי תתקיים תחרות בפועל, שתהווה חלופה ממשית ללקוחות נשר (עמ' 8
31 למעלה).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראלים בע"מ

ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ

תיק חיצוני:

- 1 הממונה מוסיף ומסביר בפסקה הבאה, כי נוכח העובדה שנשר הסכימה למכור את מפעל
2 הר טוב בתנאים שיבטיחו כי רוכש המפעל יוכל לייצר או להפיק מלט שישווק בישראל
3 כתוספת למקורות האספקה הנוכחיים של נשר, מצא הוא לנכון שלא להטיל על נשר
4 הוראות נוספות ככל שהמכירה תתבצע בתנאים ובלוחות הזמנים שנקבעו על ידי הממונה.
5 הממונה קבע באופן מפורש כי אם לא תתבצע מכירה של מפעל הר טוב כאמור לעיל, ולא
6 תתאפשר התפתחות תחרות בענף המלט בדרך זו, אזי באמצעות ההוראות בדבר קביעת
7 מרווח הנחות מירבי של 4%, ניתן יהיה להפחית את הפגיעה בתחרות ובציבור (עמ' 2 פסקה
8 חמישית). בהתאם לכך ניתנו ההוראות בסוף ההחלטה.
9 (יצוין כי מפעל הר טוב אכן נמכר, אך ציפיית הממונה להיווצרות תחרות בין שני יצרני מלט
10 בישראל לא התממשה כנראה בשל כך שהרטוב ייצר מלט בטכנולוגיה ישנה התחרות
11 התאפשרה בסופו של דבר כתוצאה הסרת חסמי יבוא).
12
13 295. הדברים הנ"ל מצביעים באופן ברור על כך שהממונה סבר שההנחות מפלות ופוגעות
14 בתחרות, אך ראה בהסכמת נשר למכירת מפעל הר טוב הישג העולה על כל הוראה שתינתן
15 לביטול ההנחות המפלות, עקב יצירת תחרות באופן "רגיל" ולא באמצעות מתן הוראות,
16 ולכן העדיף מתן הוראות מוסכמות כנזכר לעיל, כאשר רק אם מכירה זו לא תתבצע, ייכנסו
17 לתוקף הוראות בדבר ההנחות הניתנות על ידי נשר.
18
19 296. דרך זו בה נקט הממונה מופקרת ואין בה כדי להצביע על חוקיותן של ההנחות. נשר הורשתה
20 על ידו להמשיך ולהעניקן רק בשל הערכת הממונה כי כניסתו של יצרן מלט מקומי נוסף
21 לשוק המלט, תאפשר היווצרותה של תחרות, שבמסגרתה המשך מתן ההנחות במתכונתן
22 הנוכחית לא יפגע בתחרות.
23
24 כך נקבע באופן דומה ע"י כב' השופט סולברג בבג"צ 4501/04 עו"ד פרסקי נ' הממונה על
25 ההגבלים העסקיים (23.7.15):
26
27 **"...הודעת הממונה מיום 14.12.1995 על עדכון הקביעה (להלן: הודעת**
28 **העדכון) ביטאה לכאורה השלמה, פרי תחשיב תועלתני שערך הממונה**
29 **בשעתו, עם מציאות שבה ימשיכו להתקיים לאורך זמן התקשרויות אשר**
30 **לשיטת הממונה (כאז כן עתה) מהוות הסדרים כובלים. התפשרותו היתה**
31 **תולדה של ראייה פרגמטית שביקשה להימנע ממציאות של "תפסת מרובה**
32 **לא תפסת". הממונה העדיף שלא להתמהמה עד לליבון הקביעה המקורית**



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1 משנת 1993 (להלן: הקביעה המקורית) בבית הדין להגבלים עסקיים,
2 כשברקע צעדי מנע בהן נקטו חברות הדלק אשר נתפסו על-ידו ככאלה
3 שיכולים לעקר את תוצאותיה של הקביעה בדבר הסדר כובל. שיקול נוסף
4 לבחירתו של הממונה – רצונו להשיג פירות תחרותיים בטווח הקצר עם
5 "שחרור" היקף ממשי של תחנות תדלוק מהסדרי הבלעדיות וקביעת תנאים
6 להתקשרות עתידית... הבחירה להימנע מעמידה על הקביעה המקורית,
7 היתה אפוא טקטית. מבחינה מהותית, לא חזר בו הממונה מעמדתו"
8 (ההדגשות אינן במקור – י.ק.).

9
10 אף בענייננו כך הדבר. הממונה נותר בעמדתו בדבר אי חוקיותם של התנאים המועדפים
11 שניתנו על ידי נשר לרדימיקס ולהנסון, והיה נכון לתת את ההוראות אשר יאסרו על מתן
12 תנאים מועדפים אלה, אך העדיף את הפתרון המוסכם, המביא למכירת מפעל הר טוב של
13 נשר, באופן המשנה את המצב בו קיים יצרן מלט יחיד בישראל, למצב בו יהיו שני יצרני
14 מלט בישראל, באופן אשר צפוי שיגביר את התחרות בשוק המלט, ובעקבות כך גם את
15 התחרות בשוק הבטון המובא.
16 אין בכך כדי להוות אישור של הממונה לחוקיותם של התנאים המועדפים, ובוודאי שאין
17 בכך משום אישור להתקיימות תנאיו של סעיף 6 לפקודת הנזיקין.

עולות

אי הבאת עדים רלוונטיים על ידי נשר

23 297. מקובל עלי כי היה ביכולתה של נשר להביא עדים רלוונטיים, אך היא לא עשתה זאת.
24 הגב' אבידור, העדה העובדתית היחידה שהובאה מטעם נשר (העדים הנוספים, מר דותן
25 ועו"ד טולדנו הובאו ביוזמת התובעות), היא בהחלט עדה ראויה, ואין להפנות טענה כלפי
26 נשר על כך שבחרה בה כמצהירה ראשית מטעמה.
27 עם זאת, נכון הדבר כי ביחס לסוגיות חשובות שונות לאבידור לא היה ידע אישי, ולא הייתה
28 יכולה לתת מענה להן (ר' פירוט בסעיף 37 לסיכומי אביעד בטון). ביחס לסוגיות אלה היה
29 מקום להביא כעדים חלק מאלה הנזכרים בסעיף 38 לסיכומי נשר.
30



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29

האיומים הנטענים כלפי אביעד בטון

298. בסעיף 28 לתצהירו ציין יעיש איומים תמורים שהופנו אליו על ידי סמנכ"ל בנשר לאחר שהוגשה התביעה, וזאת במסגרת פגישות איתו ועם אדם נוסף מנשר, כשהמטרה הייתה שימשוך את התביעה.

סמוך לאחר שנחקר יעיש בישיבה מיום 16.12.18 הגישה אביעד בטון בקשה להגיש כראיה בתיק הקלטה של השיחות שתוארו בתצהיר, מזכר שנערך על ידו לאחר הפגישה וכן את תמליליהן (בקשה מס' 80). יצוין כי ההקלטה והמסמכים לא נזכרו בתצהיר גילוי מסמכים כללי מטעם אביעד בטון, ואף לא בתצהיר עדותו הראשית של יעיש. עוד יצוין כי נושא ההקלטה עלה בתכתובות בין הצדדים סמוך לפני מתן עדות יעיש, וכן בדיון באותו יום, אך הבקשה הוגשה כאמור ביום 20.12.18, ארבעה ימים לאחר מתן עדותו.

הבקשה נדחתה בהחלטה מיום 30.12.18 מ-3 טעמים:

א. אי גילוי ההקלטה והמסמכים במכוון בתצהירי גילוי המסמכים מטעם יעיש.

ב. השיהוי בהגשת הבקשה.

ג. מהות העניין אודותיו מבוקש להגיש את המסמכים הנוספים, בהתייחס להיבט הכולל של המחלוקות בין הצדדים.

מובן שהאמור לעיל אינו משקף את כלל הנסיבות וטענות הצדדים, אך ניתן להסתפק בכך.

299. בהינתן האמור לעיל, ומשקבלת או אי קבלת הטענות בדבר האיומים לאחר הגשת התביעה, אינה אמורה להשפיע על ההכרעה בתיק, לא מצאתי כי היה על נשר להגיש תצהירי עדות ראשית מטעם המעורבים בהקשר של האיומים הנטענים. לא ניתן לקבל נוכח כך את הטענה בדבר האיומים משמדובר בעדות יחידה של בעל דין, נטולת סיוע, כשממילא לא היה בקבלתה כדי להוות שיקול לטובת קבלת התביעה.

300. עניין נוסף הוא שבתצהירו של יעיש נטען בסעיף 22 כי בשנים 2001-2004 הפעילה נשר לחץ על אביעד בטון באמצעות יעיש, שלא להמשיך לרכוש מלט מיבוא, כפי שעשתה באותן שנים. בחקירת יעיש התברר כי לא היה מדובר בלחץ פסול.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיזוני:

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27

רעא 3336/22 יורו מחלבות אירופה בע"מ נ' סבטוב

301. לא מצאתי כי יש באסמכתא זו שהוגשה לאחר הגשת הסיכומים כדי להשפיע על ההכרעה בתיק זה.

סיכום

302. בהתאם להסדר הדיוני שאושר על ידי בית המשפט צומצם הדיון בשלב זה רק לשאלות האחריות המשותפות לשני התיקים.

303. בהתאם לכך, נקבעה על פי המפורט לעיל אחריותה של נשר, הן לפי סעיף 29א(ב)(3) לחוק התחרות והן לפי סעיף 29א(א) לאותו חוק, דהיינו נקבע כי בתנאים המועדפים שהעניקה נשר ליצרניות הגדולות רדימיקס והנסון, ניצלה נשר לרעה את מעמדה בשוק, באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור.

304. אחריות זו נקבעה הן בת"א 41214-04-15 והן בת"צ 6298-09-15, כאשר הבאתי בחשבון כי הנטל בשני התיקים הנ"ל הוא הנטל "הרגיל" בתביעה אזרחית, ולא הנטל המופחת הנדרש לצורך אישור תובענה כייצוגית.

305. עם זאת, אין לטעות ולסבור כי התקבלה הבקשה לאשר את התובענה בת"צ 6298-09-15 כייצוגית, וזאת נוכח ההסכמה בהסדר הדיוני כי לא יידונו במסגרת החלטה זו התנאים הנדרשים לאישור התובענה כייצוגית.

306. נוכח תוצאות החלטה זו, אני מחייב את נשר לשלם לתובעת (אביעד) ולמבקשת (הצלחה) הוצאות ההליך הנוכחי בסך כולל של 100,000 ₪ לכל אחת מהן.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 41214-04-15 אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ נ' נשר - מפעלי מלט
ישראליים בע"מ
ת"צ 6298-09-15 הצלחה נ' נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ

תיק חיצוני:

1
2
3
4
5
6
7
8
9

307. מאחר שכהונתי הסתיימה, תדאג המזכירות להעביר תיקים אלה לכב' השופט חיימוביץ,
על מנת שיקבע את המותב שימשיך לדון בהם.

ניתנה היום, כ"א סיוון תשפ"ד, 27 יוני 2024, בהעדר הצדדים.

הערה: החלטה זו ניתנה ביום ד' בסיוון תשפ"ד, 10 יוני 2024. נוסח ההחלטה אשר נחתם היום
הוא נוסח לפרסום לציבור, הכולל השחרות בסעיפים 147 ו-247 בהתאם להחלטה מיום 26.6.24.

יחזקאל קינר, שופט

10
11