



רשות ההגבלים העסקיים

נימוקים להתנגדות למיזוג

שפית מעבדות ביולוגיות בע"מ – ביוואק בע"מ

א. מבוא

ביום 11 ביולי 2006, הוגשו הודעות מיזוג בהתאם לקבוע בסעיף 20 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988, למיזוג במסגרתו מבקשת ביוואק בע"מ (להלן: "**ביוואק**") לרכוש שליטה בחברת שפית מעבדות ביולוגיות בע"מ (להלן: "**שפית**").

בהתאם להוראות חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח–1988 (להלן: "**החוק**"), רשאית אני להסכים למיזוג רק אם אינו מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור, במחיר, בכמות או בתנאי האספקה של מוצר או שירות.¹ לאחר שהמחלקה הכלכלית ברשות ההגבלים העסקיים גיבשה את תמונת המצב התחרותית התבהרה השפעתו המזיקה של מיזוג זה על התחרות. המיזוג המבוקש הוא מיזוג אופקי, בין חברות המתחרות ישירות במספר תחומים. המיזוג יביא להוצאת שחקן משמעותי מענף בו פועלים שלושה שחקנים בלבד, וכפועל יוצא מכך המיזוג ייצור מבנה שוק דואופולי עם ריכוזיות גבוהה מאוד; המיזוג מעלה באופן משמעותי את החשש מפני **השפעות מתואמות** (coordinated effects) בענף; המיזוג יביא בסבירות גבוהה להפחתת התחרות ולפגיעה בציבור, במחיר, בכמות או בתנאי האספקה של המוצרים בשוק הרלוונטי.

מיזוג המשנה את מבנה הענף, משלושה מתחרים לשניים בלבד וגורע ספק משמעותי מכלל מקורות האספקה המצומצמים ממילא – מוקשה הוא מיסודו. וכלשונו של בית המשפט לערעורים בארה"ב בפרשת **Heinz**:

"[N]o court has ever approved a merger to duopoly under similar circumstances."²

לאור חסמי כניסה משמעותיים הניצבים בפני כניסת מתחרה נוסף לשוק בעתיד, מצאתי כי אין להתיר מיזוג שבמטענו צרורה פגיעה קשה בתחרות ובציבור.³

¹ סעיף 21(א) לחוק ההגבלים העסקיים קובע: "הממונה יתנגד למיזוג חברות או יתנה אותו בתנאים אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור באחת מאלה: (1); רמת המחירים של נכס או של שירות; (2) איכות נמוכה של נכס או של שירות; (3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה."

² **FTC v. Heinz**, 246 F.3d 708 (D.C.Cir. 2001) at 717.

³ לעניין התפקיד של חסמי כניסה בניתוח התחרותי ראה: **בורגר ראנץ' (1983) בע"מ, ריקמור בע"מ** (בהקפאת הליכים) זכיינית בורגר קינג - נימוקי התנגדות למיזוג; 2003 **הגבלים עסקיים 3019090**; וכן **פוליביד שותפות מוגבלת, קלקר עין כרמל שותפות מוגבלת, פוליביד - קלקר אגודה שיתופית חקלאית בע"מ (ביסוד)** - נימוקים

משכך, החלטתי, אחרי התייעצות עם הועדה לפטורים ומיזוגים, להתנגד למיזוג מכוח סמכותי לפי סעיף 21 לחוק. על החלטתי הודעתי לצדדים ביום 21 בספטמבר 2006. להלן פירוט עיקר טעמי להתנגדות זו.

ב. הצדדים למיזוג

ביוואק, החברה הרוכשת, הינה חברה פרטית, המוחזקת במלואה על ידי מר אריה נקש ועוסקת בייצור תרכיבים (חיסונים) וטרינריים, ובשיווקם של מוצרים וטרינריים - תרכיבים, תרופות, תוספי מזון וחומרי חיטוי עבור בעלי כנף, חיות משק וחיות בית קטנות - בין מתוצרתה ובין מתוצרת חברות אחרות המוחזקות על ידי מר אריה נקש, גלפארמה תעשיות פרמצבטיות בע"מ (להלן: "**גלפארמה**") ותעשיות כימיות תפזול בע"מ (להלן: "**תפזול**") וביחד "**קבוצת ביוואק**"). בנוסף משווקת ביוואק מוצרי יבוא שונים המיובאים על ידי חברות קבוצת ביוואק.

שפית, החברה הנרכשת, הינה חברה פרטית המוחזקת⁴ על ידי קיבוץ שפיים שיתופית (להלן: "**הקיבוץ**" - 56.82%), מר שטרייפלר חיים (בעקיפין באמצעות חברת ביו-גש - 41.12%), ומר קשת משה (2.06%). שפית עוסקת בייצור, יבוא ושיווק של תרכיבי חיסון, תרופות, תוספי מזון וחומרי חיטוי לתחום הוטרינרי.

ג. עסקת המיזוג

במסגרת המיזוג הנדון, ביקשה ביוואק לרכוש את מלוא אחזקותיו של הקיבוץ בשפית. משמע, ביוואק התעתדה לרכוש שליטה בשפית, כאשר לצידה בעל מניות נוסף אשר מחזיק בשיעור משמעותי מהון המניות המוצא, מר שטרייפלר חיים. עם מימוש העסקה, ולפי דרישת הקיבוץ, יועתק מפעל שפית מהקיבוץ למיקום אחר.

ד. הענף הרלוונטי

מדובר במיזוג אופקי בין חברות העוסקות בייצור יבוא ושיווק מגוון מוצרים וטרינריים הכוללים תרכיבים⁵, תרופות, תוספי מזון וחומרי חיטוי והדברה. לצד החברות המתמזגות פועלת חברת אביק תוצרים וטרינריים בע"מ (להלן: "**קבוצת אביק**") גם היא בייצור ושיווק מגוון המוצרים.

כפי שיפורט להלן, קבוצת אביק וקבוצת ביוואק הן החברות הדומיננטיות בענף.

המוצרים הוטרינריים משמשים בתהליך הגידול של תרנגולות, אווזים ותרנגולי הודו (להלן: "**עופות**"), בעלי חיים גדולים: צאן, בקר, סוסים וחזירים (להלן: "**חיות משק**"), כלבים, חתולים ומכרסמים (להלן: "**חב"ק**" - חיות בית קטנות).

הבעיות התחרותיות שמעורר המיזוג שלפנינו הן בעיקר בתחום התרכיבים והתרופות לעופות ובהם יעסוק הניתוח התחרותי שלהלן.

להתנגדות למיזוג; 2002 **הגבלים עסקיים** 3014931; וכן **פז-גרס מוצרי בשר אקספורט בע"מ - תעשיות אווז הכסף (1990) בע"מ** - נימוקי התנגדות למיזוג; 2003 **הגבלים עסקיים** 3017586.

⁴ חלקו של קיבוץ שפיים בשפית הינו 57% כרגע, והינו נתון לבירור משפטי, היות ומר קשת משה טוען כי חלקו בשפית גבוה מהנתון כאן. בכל מקרה אין חולק על כך שחלקה של שפיים אינו יורד מ 51% מהונה המונפק של שפית.

⁵ תרכיבים וטרינריים הם מנות חיסון הניתנות לחיות משק, עופות וחב"ק במטרה למנוע הידבקות במחלות ואילו תרופות ניתנות לטיפול בחיות שחלו.

דפוסי הרכישה של מוצרים וטרינריים

בעוד שרכישת התרכיבים והתרופות לצורכי גידול עופות נעשית על ידי המגדלים עצמם ישירות מול חברות השיווק; מגדלי חיות המשק רוכשים את רוב המוצרים מאגודת "החקלאית" המאגדת בתוכה מספר רב של וטרינרים מטפלים ומגדלי חיות הבית רוכשים את מוצריהם מחנויות לממכר מוצרים לחב"ק. לאור מאפייני הרכישה השונים נבחנה השפעת המיזוג על כל אחד מסוגי הצרכנים לחוד.

ריכוז הרכישות אצל ספק בודד הוא נוהג נפוץ במרחב המוצרים הווטרינריים בכלל, ומקורו בשיקולים מקצועיים ובקיומם של יתרונות למגוון מצד הביקוש וביתרונות לגודל ברכישה המתבטאים בהנחות כמות ומחזור. ברכישת תרכיבים וטרינריים היתרון קיים ביתר שאת שכן המכון הוטרינרי במשרד החקלאות מפרסם מידי שנה חוברת חיסונים לחיות השונות לפי גילן ו/או לפי עונות השנה. חיסונים מסוימים ביניהם הם חיסוני חובה לכל המגדלים ולגבי יתרת החיסונים יש תוכנית חיסונים מומלצת ("חיסונים מומלצים"). הווטרינר המטפל יכול להמליץ על חיסון השונה מהחיסון המומלץ, אך בפועל רוב הוטרינרים מתייחסים להמלצה בתוכנית זו, כמינימום החיסונים הנדרש. מדיניות החיסונים המוכתבים יוצרת אפקט של "סל" בתרכיבים. עניין זה נכון במיוחד בענף העופות, לגביהם מרבית החיסונים הם חיסוני חובה ידועים מראש.

בנוסף וכאמור, הלקוחות מפיקים יתרונות מהתקשרות עם ספק אחד, אשר נותן מענה למגוון הצרכים שלהם למוצרים וטרינריים. יתרון זה נכון בפרט למגוון הרחב הנדרש בסל התרכיבים לעופות אך גם בסל התרופות המשמשות בתהליך הגידול של העופות היות ובמקרה שלמרות החיסון פרצה מחלה, למגדל תהיה כתובת מוכרת לפנות אליה – הספק ממנו רכש את החיסון – וממנה יזכה לשירות ולתגובה מהירים. למעשה, סל התרופות מהווה מוצר משלים לסל התרכיבים.

בצד ההיצע, וכפועל יוצא של דפוסי הרכישה של מגדלי העופות, הרי שכושר התחרות של הספקים למגדלים האמורים תלוי באופן מהותי בהחזקה במגוון רחב ככל הניתן של תרכיבים, וכן במערך שיווק והפצה מסועף אשר יוכל לספק את מוצריו של המשווק לכל מגדל עופות. לפיכך, השחקנים המשמעותיים בענף הרלוונטי למיזוג, הם אלו המחזיקים בסל מגוון של תרכיבים בעיקר אך גם של תרופות ובמערך הפצה מפותחים. על מערך ההפצה ליתן מענה לאפלי מגדלי עופות שונים, אשר מרביתם לקוחות קטנים יחסית – בעלי משקים מושביים, שפרוסים במקומות מרוחקים על פני שטחה של מדינת ישראל, ובעיקר באזורי הספר. נוסף על כך, יש לציין כי שיווק התרכיבים למגדלי העופות מתאפיין גם במתן שירות אישי למגדל הכולל הסברים והנחיות לשימוש בחומרים, ייעוץ והכוונה לגבי דרכי החיסון, המינון הנדרש וכדו'. שירות זה נובע גם מרצונה של החברה המשווקת לצמצם למינימום את החשיפה לתביעות כתוצאה מפריצת המחלה למרות החיסון⁶.

לאור כל זאת מתאפיינת התחרות בשוק בתחרות בין סלי מוצרים.

⁶ כך למשל, ביוואק מתנה את הביטוח למוצר הפארקוקס 8 המשווק על ידה בנוכחות וטרינר מטעמה בעת מתן החיסון.

יחד עם זאת, גם למוצר הבודד ישנה חשיבות וזאת במידה ולא מתקיימת לו תחרות ממוצר תחליפי. במצב כזה למשווק התרכיב יכול להיות כוח שוק.

ה. השחקנים בענף

התבוננות במרחב הפעילות הכולל של מוצרים וטרינריים, מראה כי ישנן שלוש חברות מקומיות העוסקות בייצור תרופות, תרכיבים, תוספי מזון וחומרי חיטוי. פרט לייצור המקומי, שלושתן גם עוסקות ביבוא מוצרים וטרינריים, במישרין או בעקיפין. חברות אלו מאופיינות בהחזקת קשת רחבה של מוצרים וטרינריים למגדלים השונים. פרט להן, קיימים מספר יבואנים קטנים המייבאים מוצרים בודדים. יבואנים אלו נסמכים על החברות הגדולות בשיווק מוצריהם לתחום העופות.

להלן הפועלים בצד ההיצע בתחום:

קבוצת אביק - מייצרת תרכיבים ותרופות לעופות וחיות משק ומייבאת מוצרים משלימים מחו"ל. בתחום התרכיבים לעופות לקבוצת אביק נתח שוק של כ- 51%, ובתחום התרופות לעופות נתח שוק של כ- 50%. בסך שיווק התרכיבים והתרופות לעופות חלקה של אביק קרוב ל- 50%.⁷ בנוסף, אביק מייצרת, מייבאת ומשווקת מספר מוצרים בבלעדיות כחברה יחידה.

קבוצת ביוואק - משווקת תרכיבים ותרופות לעופות מתוצרתה ומתוצרת גלפארמה, וכן מוצרי יבוא אותם היא מייבאת בעצמה או באמצעות חברת תפזול (כ- 50% מהזכויות בחברה מוחזקות בידי ביוואק). בתחום התרכיבים לעופות לקבוצה נתח שוק של כ- 39% ובתחום התרופות לעופות נתח שוק של כ- 32%. בסך שיווק התרכיבים והתרופות לעופות חלקה של ביוואק הוא כ- 36%. בין המוצרים המיובאים ומשווקים על ידי הקבוצה, קיימים גם תרכיבים לבעלי כנף - פראקוקס 8 ופארקוקס 8⁵, אותם מייבאת תפזול בבלעדיות, ושיווקם והפצתם נעשים בבלעדיות על ידי ביוואק. למוצר פארקוקס 8 אין תחליפים של ממש, כך שלביוואק מונופולין מושלם באספקת מוצר זה.

שפית - מייצרת ומשווקת תרכיבים וטרינריים לעופות מתוצרתה וכן תרכיבים ותרופות המיובאים על ידי יבואנים קטנים המייבאים מוצרים בודדים כל אחד. הן בתחום התרכיבים והן בתחום התרופות לעופות, שפית מחזיקה בנתח שוק של כ- 10%. בסך שיווק התרכיבים והתרופות לעופות חלקה של שפית קרוב ל- 10%.

נוסף לחברות אלו פועלות בשוק חברות נוספות ויבואנים קטנים נוספים, המייבאים תרופות ותרכיבים בודדים ומשווקים אותם לבד או באמצעות שפית. לחברות אלו נתחי שוק זניחים ביותר.

לאחר המיזוג, תחזיק ביוואק בתרכיבים לעופות כ- 49% ובתחום התרופות לעופות נתח שוק של כ- 42%. בסך שיווק התרכיבים והתרופות לעופות חלקה של ביוואק הוא כ- 46% ואביק בנתח שוק

⁷ יוער, כי נתחי השוק עשויים להשתנות במידה ובחינת השוק נעשית ברזולוציה גבוהה יותר, כך שבמוצרים מסוימים נתח השוק של אביק קטן באופן משמעותי.

⁸ מיועד לחיסון בפני מחלת הקוקסידיוזיס - מחלת מעיים הפוגעת בעופות עד מוות, אם לא ניתן טיפול.

של כ 50%. בכך, המיזוג ייצור מצב בו למעלה מ- 95% מהפעילות בתחום תרוכז בידי שתי חברות בלבד.

1. חסמי כניסה והתרחבות

הפעילות בענף המוצרים הוטרינריים מאופיינת בחסמי כניסה גבוהים ביותר. חסמים אלה כוללים, בין היתר, דפוסי הרכישה המכתיבים את מבנה השיווק, מאפייני מסחר בתחום, מגבלות רגולטוריות המוכתבות על ידי משרד הבריאות ומשרד החקלאות, עלות גבוהה של הטכנולוגיה והמו"פ ועוד, כפי שיפורט להלן.

• חסמים הנובעים מדפוסי הביקוש

כפי שהוזכר לעיל, מדיניות חיסוני החובה של משרד החקלאות ופרסום רשימת חיסונים מומלצים, יוצרים אפקט של רכישת "סל" תרכיבים. בנוסף יתרונות למגוון מצד הביקוש בעיקר בענף התרכיבים והתרופות לעופות מדריך את המגדלים לרכו את רכישותיהם אצל משווק אחד, ככל שניתן.

כפועל יוצא מכך, החזקה במגוון רחב של תרכיבים ותרופות לעופות, כך שהמשווק יכול ליתן מענה לביקוש לסל, מהווה אף היא את אחד החסמים התמימים שניצבים בפניו של המתחרה הפוטנציאלי החפץ להיכנס לשוק. יכולת התחרות בענף נגזרת ממגוון המוצרים שהמשווק יכול להציע למגדל ולענות על הביקוש לסל ומהאופן שבו המשווק יכול לתמחר את סל המוצרים. מטבע הדברים, החזקה במגוון רחב של תרכיבים ותרופות תאפשר למשווק לתמחר סל מוצרים שיהיה, על-פי רוב, כדאי ומשתלם יותר למגדל מרכישת מוצר בודד.

• חסמי שיווק

כאמור לעיל, מגדלי העופות רוכשים את התרכיבים והתרופות ישירות מהיצרנים המשווקים. עובדה זאת דורשת מהיצרנים המשווקים להחזיק במערך שיווק והפצה מסועף שיהיה ביכולתו להגיע לכל אותם אלפי מגדלים הפזורים ברחבי הארץ. בנוסף, על אנשי השיווק והמכירות להיות בעלי ידע ומיומנות, כך שיהיה ביכולתם להנחות את המגדלים ולהדריכם על אופן השימוש בתרכיבים ובתרופות.

בלא מערך שיווק גדול ומסועף, כניסתו של מתחרה פוטנציאלי לשוק תהא קשה, וככל הנראה בלתי אפשרית. כך בוודאי בכל האמור למתחרה בעל נוכחות תחרותית של ממש, ויכולת בת קיימא להשפיע על אורחות התחרות בשוק. על מידת נחיצותו של מערך שיווק גדול בתחום העופות בכלל, ושל מערך השיווק של שפית בפרט, ניתן ללמוד מכך שמרבית היבואנים בוחרים לשווק את מוצריהם באמצעות אחת משלוש החברות הפעילות בשוק, ובעיקר באמצעות שפית.

חסמים רגולטוריים

חסם תמיר נוסף העומד בפני כניסתו של מתחרה פוטנציאלי לשוק הוא החסם הרגולטורי. שיווק בארץ של תרופות או תרכיבים וטרינריים, הן מייצור עצמי והן מיבוא, דורשים רישיון ממשרד החקלאות - לתרכיב, וממשרד הבריאות - לתרופה. לצורך קבלת האישור נדרש היצרן או היבואן לערוך ניסויים יקרים העורכים בין שנתיים לשלוש שנים לצורך הכנת "תיק" ובו כל המידע הדרוש

ובין היתר: יעילות התכשיר, העדר תופעות לוואי משמעותיות, זמן ההמתנה⁹ של התרופה ועוד. תהליך האישור עצמו אורך כשנתיים נוספות.

אשר על כן, כניסתו של מתחרה פוטנציאלי חדש לתחום הייצור של תרכיבים ותרופות לענף יכולה להתעכב במשך מספר שנים לא מועט שהוא הזמן שיידרש לו לקבל את האישורים הנדרשים ממשרד הבריאות וממשרד החקלאות.

• חסמי ייבוא

ככלל, החוק אוסר ייבוא של תרכיבים חיים¹⁰ לישראל בשל החשש מ"ייבוא" של מחלות חדשות לישראל¹¹. איסור זה חוסם, כמעט באופן הרמטי, את הדרך בפני כניסתו של ייבוא לשוק הישראלי, בתחום התרכיבים החיים.

נוסף על כך, גם בתחום התרכיבים המוקפאים והמומתיים¹² קיימים חסמי כניסה ליבואנים וזאת בשל אורך חיי המדף הקצרים של התרכיבים, וכן הנוהג הקיים בתעשיית הפרמצבטיקה בכללותה לייצוג בלעדי של יצרנים זרים. בשל כך, מתחרה פוטנציאלי חדש יתקשה להתקשר לצורך יבוא מגוון מספיק של מוצרים ולהרכיב את סל המוצרים הנדרש שיאפשר לו להיות גורם תחרותי בענף.

זאת ועוד, בתחום התרכיבים יש יתרון משמעותי ליצרנים המקומיים על פני היבואנים. יתרון זה נובע ממידת הגמישות והקלות היחסית שיש ליצרן המקומי בהתאמת התרכיב למחלה הספציפית שפרצה בישראל וכן היתרון שיש בתרכיב חי. יבוא מחו"ל עשוי להכיל ורסיה שונה של המחלה. מטבע הדברים, ליצרן המקומי יש גם את היתרון שבזמינות ובמהירות התגובה לביקוש המקומי לתרכיב. אמירה זו תקפה הן לתרכיבים והן לתרופות.

ז. השפעתו הרעה של המיזוג על התחרות

המיזוג דנא, בין שפית לבין ביוואק, נמנה על המקרים המובהקים בהם קמה חובה לבלום את הוצאת המיזוג מן הכוח אל הפועל. המיזוג עתיד לשנות את מבנה הענף כך שישורר בו שיווי משקל דואופולי, וזאת בענף ששחקניו הקיימים מוגנים מפני תחרות באמצעות חסמי כניסה גבוהים. בנסיבות אלה, החשש מפני פגיעה קשה בתחרות ובציבור הוא ממשי ומהותי, ומקיים על נקלה את המבחן שבסעיף 21(א) לחוק – חשש "סביר". אכן, בנסיבות המיזוג לא בחשש עסקינן, אלא בתוצאה שהיא כמעט בלתי נמנעת.

⁹ זמן המתנה- פרק הזמן הנדרש להפסקת הטיפול לפני שיווק העופות למאכל אדם על מנת שלא יוותרו שאריות כימיות של התרופה בעוף.
¹⁰ תרכיבים של המחלה המוחלשת. התרכיבים החיים מיוצרים ע"י יבוס התרבות עם מחולל המחלה במכונת ייבוס בטכניקה של הקפאה הדרגתית. התרכיבים ניתנים לעופות באמצעות החדרה למי השתייה של העופות, בריסוס בספריי, או בזריקה. תרכיבים חיים הם החיסון האפקטיבי ביותר.

¹¹ למעט במקרים בהם אין תרכיב מתוצרת מקומית.
¹² תרכיבים מוקפאים: תרכיבים מוקפאים מכילים וירוסים עדינים שיכולים לחיות רק בתוך תא חי ולכן לאחר ההקפאה והייבוס הם נשמרים בטמפרטורה של מינוס 160 מעלות עד למועד החיסון. תרכיבים מומתיים: בתהליך הייצור ממיתים את כל הגורמים האורגניים, ומשווקים אותם בתוך אמולסיה שומנית. התרכיב פועל ע"י חיזוק נוגדנים קיימים. התרכיב ניתן רק בזריקה, ובדרך כלל הוא זול לרכישה ביחס לתרכיבים האחרים. בנוסף, התרכיב אינו מקים סכנה להתפשטות של המחלה, ולכן ניתן לייבוא מחו"ל.

לפיקוח על מיזוגים תפקיד מוגדר בדיני התחרות: מניעת שינוי לרעה במבנה הענף, אם שינוי זה עלול לפגוע בתחרות ובציבור. עמד על כך בית הדין להגבלים עסקיים, בפסק דינו בפרשת לוגיסטיקה:

”ככלל, החשש לפגיעה בתחרות ובציבור בעקבות מיזוג, נובע מהחשש לשינוי מבנה השוק אשר עשוי להגדיל את הריכוזיות בשוק ולהקנות או להגביר כוח שוק בידי הגוף שקם בעקבות המיזוג.”

עמדו על כך גם המלומדים Bellamy & Child, בהבדילם את הפיקוח ההתנהגותי על מונופולים מהפיקוח על מיזוגים, שהוא מבני באופיו:

“Article 82 is designed to control market behaviour; it does not prohibit a company from holding a dominant position, but it does prohibit certain anti-competitive behaviour..**In contrast the Merger Regulation is an instrument designed to control market structure**.”¹³

בפרשת חביב, אגב התנגדות למיזוג בשוק הסופרמרקטים, תוארה דרכן של רשויות התחרות בקביעת מידת הסכנה הנובעת ממיזוג, ובראשם ההיבט המבני:

”גיבוש מענה בהיר באשר לסבירות התהוותן של סכנות תחרותיות אלה, מחייב גם בחינתם של היבטים משלימים, רבי חשיבות ובראשם מבנה השוק (אוליגופוליסטי, מבוזר) וקיומם של חסמי כניסה (Barriers to Entry) לשוק.”¹⁴

הדגש הוא אפוא על השינוי הצפוי לחול עקב המיזוג במבנה הענף (מספר השחקנים, ריכוזיות, חסמי הכניסה). הרעה הצפויה לצמוח לתחרות ממיזוגים היוצרים מבנה מונופולי, דואופולי, ולעתים גם אוליגופולי, של ענף מוכרת מאד ומבוססת היטב בדיני התחרות. נדרשים נימוקים יוצאי דופן וחריגים מאד בכדי לאשר מיזוג ממין זה.

בפסק דין מרכזי שניתן בארה"ב בשנים האחרונות נדון מיזוג מהסוג שבפניי. בפרשת Heinz דובר במיזוג בשוק שבו 3 מתחרים ארציים. שני המתחרים הנחותים בגודלם (ביחס לפירמה המובילה Gerber) ביקשו להתמזג וליצור דואופול. לבקשת רשות התחרות בארה"ב, ה-Federal Trade Commission, בית המשפט לערעורים עצר את המיזוג. Commissioner Leary ביאר במאמרו את הסיבות להתנגדות:

“The case thus looks like a 3-2 merger with a very low potential for entry, and there is a broad consensus in the economics community that 2-1 and 3-2 combinations are likely to be particularly troublesome.”¹⁵

במשפט הקהילייה האירופית הודגשה, במסגרת ניתוח ההשפעות המתואמות כמקימות כוח שוק אוליגופולי, חשיבות הגידול בנתחי השוק של השחקנים בשוק והסימטריה שתיווצר לאחר

¹³ Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 5th., Sweet & Maxwell, 2001, 405.
¹⁴ הריבוע הכחול ישראל בע"מ - ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ – התנגדות למיזוג; 2001; להגבלים עסקיים 3012217.

¹⁵ Thomas B. Leary, *An Inside Look at the Heinz Case*, www.ftc.gov/speeches

המיזוג. כך נקבע, בפרשת **Gencor**, כי היווצרות מבנה דואופולי עקב המיזוג היא נדבך חשוב ביותר בהתנגדות למיזוג, בהיעדר ראיות הסותרות מניה וביה חשש להשפעה מתואמת:

“Particularity in the case of duopoly, a large market share is, in the absence of evidence to the contrary, likewise a strong indication of the existence of a collective dominant position.”¹⁶

בהנחיות המיזוגים של רשויות התחרות בארצות הברית, ואירופה נקבע, כי בשווקים בהם מדד הריכוזיות נמוך בהרבה ייחשב השוק לריכוזי מאוד (Highly concentrated).¹⁷

בנוסף, שווקים בהם 3 החברות הגדולות (מדד CR₃)¹⁸ מחזיקות בכמעט 100% מהשוק נחשבים לשווקים ריכוזיים ביותר. קיטוב משמעותי בין מספר בודד של החברות הגדולות לבין יתר השוק על רקע שוק בעל חסמי כניסה, צריך להוביל לעצירתו של המיזוג:

“There was also general agreement [in the Supreme Court rulings] that if the CR₄ were 75% or higher, a merger in which the combined market share of the post-merger firm exceeded 12% should be illegal”¹⁹.

במקרה שלפנינו מדובר במיזוג משלושה שחקנים מרכזיים לשניים, בשוק ריכוזי מלכתחילה, ובכך הגדלת נתח השוק של ביוואק בצורה משמעותית והפיכת המתחרים לבעלי חלקים דומים מהשוק. נקל להבין עניין זה באמצעות הטבלה שלהלן:

סה"כ תרכיבים ותורפות	תרכיבים	תורפות	
4134	4265	4057	HHI לפני המיזוג
4810	5010	4679	HHI אחרי מיזוג
98%	100%	96%	מדד CR ₃

מדדי הריכוזיות מצביעים על גידול משמעותי של הריכוזיות הן בשיווק תרכיבים והן בשיווק תרופות לעופות, תחום הסובל ממבנה ריכוזי אף עובר למיזוג. שינוי זה, במצטבר ליתר הנסיבות המאפיינות את שיווק המוצרים הוטרנריים, מצדיק את התנגדות הממונה למיזוג.

¹⁶ Case T-102/96 **Gencor v. Commission** [1999] 4 CMLR 971, Sec 206

¹⁷ ראה לעניין זה הנחיות המיזוגים בארה"ב - §1.51, note 11, *Merger Guidelines, supra*. הנחיות המיזוגים של האיחוד האירופי מקלות ביחס להנחיות האמריקאיות בבדיקת מיזוגים, אולם גם בהתאם לקריטריונים שהותוו בהן, מעורר המיזוג דגא חששות תחרותיים ניכרים. בסעיף 20 להנחיות אלה נקבע, כי מיזוג המביא למדד HHI של 2,000 נקודות ומעלה לאחר המיזוג, כאשר הגידול ברמת הריכוזיות כתוצאה מהמיזוג עולה על 150 – מהווה מיזוג אשר יש לבחון את החששות התחרותיים העולים ממנו. כאמור, המיזוג דגא יעלה את רמת הריכוזיות, לכל הפחות, לשיעור של כ- 5,010 נקודות, כאשר הגידול בריכוזיות הנו, לכל הפחות, ב- 745 נקודות.

¹⁸ מדד מקובל למדידת הריכוזיות בשוק בנוסף למדד ה-HHI, ובייחוד כאשר החשש המרכזי הוא מתאום, הוא מדד CR₃. מדד זה מודד את נתח השוק המצרפי של שלוש המתחרות הגדולות בשוק, או של ארבע המתחרות הגדולות - מדד CR₄.

¹⁹ *Hovenkamp, Federal Antitrust Policy* (2nd Ed., 1999) H. Hovenkamp (להלן: "*Hovenkamp, Federal Antitrust Policy*"), בע' 511-512.

מיזוגים העלולים להגביר מאד את הריכוזיות ויוצרים מעט מתחרים, בשוק שהכניסה אליו עתירת חסמים, נחשבים כיום **לסכנה מרכזית הגלומה במיזוגים**. משימתו **העיקרית** של הפיקוח על המיזוגים היא מניעת מבנה ענף כזה. עמד על כך **Hovenkamp** :

“Today the principal concern of merger policy is that horizontal mergers may facilitate express or tacit collusion... The prevailing concern of merger law today is not to protect small business from more efficient rivals but to deter oligopolistic pricing...”²⁰.

• חשש כבד להשפעות מתואמות בשוק

השינוי המבני שצורר במענו של המיזוג מעלה חשש כבד מפני **השפעות מתואמות** בענף (**coordinated effects**). המיזוג יביא להפחתתו של מתחרה חשוב מבין שלושת המתחרים שבענף, להגדלת הריכוזיות, ובכך, ועל רקע מבנה הענף, יגביר באופן משמעותי את החשש מפני **השפעות מתואמות** בענף המאופיין כבר כיום במבנה אוליגופוליסטי :

“A merger in a concentrated market may significantly impede effective competition, through the creation or the strengthening of a collective dominant position, because it increases the likelihood that firms are able to coordinate their behaviour in this way and raise prices, **even without entering into an agreement or resorting to concerted practice...**”²¹

ההדגשות אינן במקור

כאמור, החשש מפני קיומן של השפעות מתואמות, והיכולת לממשן, מושפע ממבנה הענף. כל כך משום שתיאום משתמע יתרחש בסבירות גבוהה יותר בשווקים בהם ניתן להגיע להבנות כלליות על תנאי ההתנהגות המקבילה. במקרה דנן, מתקיימות נסיבות רבות, אשר, במצטבר, יוצרות מצע פורה להתנהגות מקבילה ומקילות מאד על התפתחותה ושימורה. אלה כוללים, בין היתר: מיעוט שחקנים; מוצרים הומוגניים; תנאי ביקוש יציבים, יחסית; לקוחות רבים וּמבוזרים; חסמי כניסה גבוהים וסביבה עסקית שאינה מורכבת, באופן יחסי. כל אלה, ולמצער – אף חלק מהם, הינם תנאים המחזקים עד מאד, בשוק ממועט מתחרים, את הנטייה להתנהגות מתואמת, בלתי תחרותית.

על רקע מאפיינים מבניים אלה של הענף, מתגבר מאוד החשש, כי לשני השחקנים שיוותרו לאחר המיזוג, כפי מתכונתם וגודלם לאחריו, תהיה יכולת משופרת לזהות האחד את התנהגותו של השני, ולהתאים את מהלכיהם בהתאם לכך. תופעה זו שכיחה במיוחד בשווקים ממועטי מתחרים, שבהם קיימת גם מידה מסוימת של תלות הדדית בין המתחרים ואשר הריכוזיות תורמת בו לשקיפות וליכולת השחקנים בו לצפות את מהלכי יריביהם. וודאות יחסית זו הקיימת בין המתחרים, המתגברת לאחר המיזוג, עלולה להביא להחלשת התחרות המועטה ממילא, בפרט בהיבט התחרות על מחיר המוצר :

²⁰ Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, בע' 494, 510.

²¹ *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the council regulation on the control of concentrations between undertakings*, Official Journal of the European Union (2004), § 39

“Thus the theory runs that in an oligopolistic market rivals are interdependent: they have a heightened awareness of each other’s presence and are bound to match one another’s marketing strategy. **The result is that price competition among them will be minimal or non-existent; oligopoly produces non-competitive stability.**”²²

ריכוזיות השוק ומבנהו לאחר המיזוג, תקל על יכולת כל שחקן לצפות את מהלכיו של יריבו, תחזק את הממשקים ביניהם, תגבש מבנה סימטרי יותר בין ביוואק לבין אביק, ובכך תאפשר את העלאת המחיר מעבר למחיר השורר בענף עובר למיזוג, ותאפשר הפעלת כוח שוק, אף ללא תיאום מפורש ביניהן. התנהגות מקבילה בלא צורך בתיאום גלוי או מפורש (Tacit Collusion), מאפיינת שווקים ריכוזיים וממועטי מתחרים. היטיב לסכם עניין זה המלומד Hovenkamp:

“An ideal antitrust policy would condemn mergers when the risk of oligopoly pricing or collusion is substantial and approve them when such risks are minimal”²³

המסקנה כי המיזוג צפוי לפגוע בתחרות ובציבור, קיבלה משנה תוקף נוכח הממצאים לפיהם שפית מהווה גורם תחרותי מרסן המקשה, ולעיתים אף מונע, התפתחותן של השפעות מתואמות. נמצא, כי במרבית המקרים בהם נמכרו אותם התרכיבים על ידי שפית והיצרן²⁴ במקביל, גידול במכירות שפית לווה בירידת המחיר של היצרן. כן נמצא כי, ישנם תרכיבים אותם רוכשת שפית מהיצרנים ומוכרת ללקוחותיה בכמויות גדולות יותר מאלו שמוכר היצרן. פשיטא כי בליעת שפית על-ידי ביוואק, תוציא מן השוק שחקן בעל חשיבות כבדת משקל לדינאמיקה התחרותית בענף. למיזוג אשר תוצאתו חיסול השפעות פרו-תחרותיות, בהכרח יש תוצאות אנטי-תחרותיות.

כללם של דברים. המיזוג דנא מקים חשש סביר – והרבה למעלה מכך – לפגיעה משמעותית בתחרות ובציבור. בנסיבות אלה, החוק מצווה לבלום את המיזוג, ובכך להגן על אינטרס הציבור שבשמירה על רמת המחירים, הכמות המסופקת, איכות האספקה וסדירותה.

ה. טענות הצדדים למיזוג

הצדדים למיזוג העלו בפני שתי טענות אשר לשיטתן מצדיקות את אישור המיזוג. לפי הטענה הראשונה, במיזוג טמונות יעילויות אשר מצדיקות את אישורו. לפי הטענה השנייה, חברת שפית הינה פירמה כושלת, ולפיכך יש לאשר את המיזוג.

מדובר בשתי טענות מוכרות בשדה המיזוגים, אשר מסווגות כהגנות על מיזוגים שבמטענם צרור חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. הגנות אלה לא באו לעקר את הפיקוח על מיזוגים מתכניו. בבסיסן עומד אותו אינטרס היסוד שחולש על כל הפיקוח על מיזוגים – מניעת פגיעה בציבור בדמות התייקרות מחירים, פגיעה באיכות, בכמות האספקה ובסדירותה. ככלל, ההגנות

²² R. Whish, *Competition Law* (5th Ed., 2003), 507.

²³ ראו Hovenkamp, ה"ש 13 לעיל, §12.3d.

²⁴ ביוואק או אביק.

האמורות עוסקות במיזוגים בהם למרות השפעתו הרעה של המיזוג על מבנה הענף ועל אורחות התחרות בו, הציבור אינו עתיד לצאת מהמיזוג כששכרו בהפסדו.

בכל האמור להגנת היעילות, הרי שהשמירה על אינטרס הציבור מצויה, בין היתר, בדרישה כי היעילויות אשר מושגות במיזוג יהיו משמעותיות דיו, כך שהשפעתן על מבנה העלויות של הפירמה הממוזגת תוביל להוזלת המחיר לצרכנים, וזאת **למרות** שהמיזוג מפחית את רמת התחרות בענף הרלוונטי.

אשר להגנת הפירמה הכושלת, הרי שהגנה זו עוסקת במיזוג שלמרות פגיעתו הרעה בתחרות, הרי שפגיעה זו היא למעשה בלתי נמנעת, וזאת גם אם המיזוג לא ייצא אל הפועל. מדובר באותו מקרה בו צד למיזוג עתיד ממילא להיפלט אל מחוץ לשוק הרלוונטי, והרכישה אינה מרעה את מצב הציבור ביחס לחלופות אחרות. לפיכך, הלכה למעשה, למיזוג עצמו השפעה ניטרלית על התחרות ועל הציבור – הפגיעה בוא תבוא, בין אם המיזוג יאושר ובין אם לאו.

הואיל ומדובר בהגנות, שבהתקיים התנאים לתחולתן ניתן אישור למיזוג המוחזק כפוגע בתחרות, הרי שקמה חובה לעמוד על משמר הציבור ולהקפיד על קיום כל התנאים לתחולתן. הצדדים למיזוג לא עמדו בנטל ההוכחה המוטל עליהם, ולא הראו כי ההגנות האמורות חלות בנסיבות המיזוג דנא. למעלה מהצורך, הרי שהליך בחינת המיזוג ממילא העלה ממצאים לפיהם ההגנות אינן חלות.

• הטענה בדבר "הגנת היעילות"

בשלהי הליך בחינת המיזוג, העלתה ביוואק טענה לקיומה של יעילות הנובעת מהמיזוג. יודגש, כי טענה זאת לא נשמעה במהלך עיקר בדיקת המיזוג אלא רק לקראת סוף התהליך. גם כשעלתה לבסוף טענה מאוחרת זו, היא הוצגה באופן רפה ובלתי מבוסס. לפי הטענה, המיזוג יגדיל את כושר הייצור של ביוואק, המצוי כיום, כביכול, במקסימום האפשרי. בכך, נטען, המיזוג יוזיל את עלויות הייצור ויאפשר הפניית כספים לאפיקים שונים, כגון מחקר ופיתוח, וכן להגברת יכולת התחרות של ביוואק מול אביק. כל אלה, כך נטען, יביאו בסופו של יום להגברת התחרותיות ולהתייעלות.

נטל ההוכחה בעניין קיומן של יעילויות הנובעות דווקא מהמיזוג, אשר אינן יכולות להוות מושגות בדרך אחרת והצפויות, להטיב גם עם הצרכן – רובץ על כתפי החברות המבקשות להתמזג.²⁵ הצדדים למיזוג לא הרימו נטל זה. על היעילויות הנטענות להיות **מוכחות**, ואין די בטענות או הערכות בעלמא כפי שהובאו בפניי באופן חלקי ולא מפורט. לא הוכח בפניי, קל וחומר במידה הדרושה, עצם קיומן של יעילויות משמעותיות המושגות במיזוג, אשר אינן יכולות להיות מושגות בדרך אחרת, שלא באמצעות המיזוג. הגנת היעילות קמה רק במקרים בהן היעילויות המושגות מהמיזוג הן משמעותיות, השגתן נעשית בטווח הקרוב, אין דרך ממשית להשיגן אלא באמצעות המיזוג, ויש בהן כדי להיטיב עם הצרכנים באותם שווקים בהם עולים החששות התחרותיים.

²⁵ ראה *Horizontal Merger Guidelines* בה"ש 5 לעיל: "the merging firms must substantiate efficiency claims so that the agency can verify by reasonable means the likelihood and magnitude of each asserted efficiency.."

מטבע הדברים, ככל שהחשש התחרותי מן המיזוג רב יותר, כך צריכה לגדול הוודאות באשר לקיומן של יעילויות במיזוג, לכך שיעילויות אלה אכן ימומשו, כי היעילויות יהיו משמעותיות וכי חלק מספק שלהן יועבר לצרכנים. עמד על כך בית המשפט לערעורים בארה"ב בפרשת **Heinz** :

"[T]he high market concentration levels present in this case require, in rebuttal, proof of extraordinary efficiencies, which the appellees failed to supply".²⁶

וכך גם נקבע בהנחיות המיזוגים האירופאיות :

"The greater the possible negative effects on competition, the more the Commission has to be sure that the claimed efficiencies are substantial, likely to be realised, and to be passed on, to a sufficient degree, to the consumer."²⁷

יתירה מכך, הבדיקות שערכה הרשות, העלו ספק רב בקיומה של יעילות במיזוג, אם בכלל. כך למשל נמצא בנתונים שנמסרו על ידי ביוואק, כי נכון להיום היא ממילא לא מנצלת את מלוא כושר הייצור העומד לרשותה.

לסיכום, המתמזגות לא הוכיחו בפניי קיומן של יעילויות מהותיות שאינן על דרך החסכון בצמצום הנהלה ומטה, ולא הוכיחו כי ניתן להשיג יעילויות אלו רק באמצעות המיזוג ולא באמצעים חלופיים אחרים, פוגעניים פחות. יתירה מכך, לא הוכח בפניי, כי היעילויות הנטענות תגולגלנה בסופו של יום לציבור הרחב, באופן שיהווה משקל נגד להשפעות השליליות הנובעות מהמיזוג.

• הטענה בדבר "פירמה כושלת"

כאמור לעיל, טענה נוספת שהעלו הצדדים למיזוג היא, כי גם אם המיזוג מקים חשש לפגיעה בתחרות, מן הראוי לאשרו, הואיל וחלה עליו דוקטרינת החברה הכושלת. יודגש, כי גם טענה זאת עלתה באופן רפה ולא מבוסס ורק לקראת תום ההליך של בחינת המיזוג.

אכן, יכול שמזיג יקבל את הסכמת הממונה על אף שעל פניו הוא מקים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, וזאת בהתקיים התנאים לתחולתה של דוקטרינת החברה הכושלת. הגנת החברה הכושלת והתנאים לתחולתה, נדונו בהרחבה בהחלטות קודמות של הממונה.²⁸

טענת הצדדים למיזוג במקרה דנן היא, כי שפית היא חברה כושלת שבלא המיזוג ובלא שיתאפשר לביוואק להשקיע בה כספים, היא תיפלט מן השוק. אלא שהצדדים למיזוג הסתפקו בטענה כי מתקיימים התנאים להחלת הדוקטרינה, מבלי שהביאו ראיות של ממש שיש בהן כדי לתמוך בטענה. בכך לא די. נטל הראייה להתקיימות התנאים לתחולת דוקטרינת החברה הכושלת רובץ על כתפי הטוען לה, ובנטל זה הצדדים למיזוג לא עמדו.

²⁶ לעיל, ה"ש 2 בעמ' 720.

²⁷ ראה הנחיות המיזוגים האירופאיות.

²⁸ ראו בפירוט אישור מיזוג בתנאים בין השמירה טכנולוגיות מיגון (1971) בע"מ לבין נוריאל – אלעזר מרכז הבטחון בע"מ, 1998, הגבלים עסקיים, 3001328; נימוקי החלטה בדבר אישור מיזוג בתנאים – קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ – החלטה בדבר אישור מיזוג בתנאים, 2005, הגבלים עסקיים, 5000155.

יצוין כי לאורך בדיקת המיזוג, העלו הצדדים עצמם טענות אשר שומטות את הקרקע תחת הגנת החברה הכושלת. בין היתר ולהמחשה, נטען כי המצב הרעוע של שפית – עניין שלא הוכח כשלעצמו – נובע מסכסוך בין בעלי המניות בה. סכסוך אשר הוביל לשיתוק ניהולי נמשך בחברה. מטענה זו לא עולה כי לשפית אין קיום מסחרי, אלא כי היחסים בין בעלי המניות בחברה מערימים קשיים על התנהלותה המסחרית. פשיטא כי לא לשם כך נועדה הגנת החברה הכושלת: לא על הציבור לשלם את שובר המחלוקות בין בעלי המניות בחברה.

סוף דבר

המיזוג שלפני הוא מיזוג אופקי בין שתיים מתוך שלוש החברות הפועלות בייצור ושיווק תרכיבים ותרופות וטרינריים. החברות מתחרות זו בזו במספר שווקים בהם שוק התרכיבים לעופות ושוק התרופות לעופות. נוכח המבנה הריכוזי של השווקים ונוכח חסמי הכניסה התמירים, הסכמה למיזוג הייתה מביאה ליצירת דואופול בענף, להגדלה משמעותית של הריכוזיות ולהגדלת ההסתברות להתנהגות מתואמת בשוק.

מול החשש הכבד מאוד לפגיעה בתחרות ובציבור, לא נמצאה כל הצדקה לאישורו של המיזוג, אם בשל הגנת היעילות ואם בשל הגנת הפירמה הכושלת.

משכך, ולאור כל האמור לעיל, באתי למסקנה כי עלי להתנגד למיזוג.

החלטתי זו נתונה לערר בפני בית הדין להגבלים עסקיים, בהתאם לסעיף 22 לחוק.

במאמר מוסגר ולמען בהירות הדברים יאמר כי במקביל לבחינת המיזוג מנהלת הרשות גם חקירה נגד הצדדים למיזוג, או מי מהם, בחשדות לעבירות על החוק. החקירה לא השפיעה על החלטתי להתנגד למיזוג. ההתנגדות עומדת על רגליה שלה, ואינה תלויה בקיום החקירה.²⁹

רונית קן

הממונה על ההגבלים העסקיים

ירושלים, י"ד חשוון, תשס"ז

5 נובמבר, 2006

²⁹ ייתכן, כי החקירה תוביל לממצאים אשר יתנו משנה תוקף להחלטתי להתנגד ל מיזוג, אולם הדבר רק יהווה חיזוק להחלטה קיימת ממילא.