



## רשות ההגבלים העסקיים

### נימוקים להתנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין :

### אורלייט תעשיות (1959) בע"מ - ענבר פוליאסטר משוריין בע"מ

#### א. מבוא

ביום 17 ביולי 2006, הגישו אורלייט תעשיות (1959) בע"מ (להלן: "אורלייט") וענבר פוליאסטר משוריין בע"מ (להלן: "ענבר") הודעות מיזוג לפי סעיף 20 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 (להלן: "החוק").

הודעות המיזוג הוגשו בגין עסקה לרכישת נכסי ענבר, בה התקשרו אורלייט וחמדיה קבוצת פועלים התיישבות שיתופית בע"מ (להלן גם: "קיבוץ חמדיה"), לה נתונה הבעלות המלאה בענבר.

אורלייט וענבר מתחרות זו בזו בסגמנטים שונים הנוגעים לייצור, שיווק ואספקה של מוצרים מפוליאסטר משוריין. כפי שיבואר להלן, בדיקת המחלקה הכלכלית ברשות ההגבלים העסקיים (להלן: "הרשות") העלתה, כי בכל הקשור למכירת ארונות גדולים מפוליאסטר משוריין מהוות אורלייט וענבר את **שתי המתחרות היחידות** בשוק. משכך, אישור המיזוג צפוי היה להקים לחברה הממוזגת **מונופולין מושלם**. לכך יש לצרף את חסמי הכניסה הגבוהים לשוק וחסמי ההתרחבות התמימים שקיימים בו. כל אלה במצטבר מצמיחים מסקנה ברורה וחד משמעית, לפיה המיזוג מקים חשש סביר – ולמעלה מכך – לפגיעה משמעותית בתחרות. מנגד, לא הוכח בפני שמתקיימים במקרה הנדון תנאי "דוקטרינת החברה הכושלת" או שקיימות במיזוג נושא החלטה זו יעילויות שבכוחן להצדיק את אישור המיזוג, חרף פגיעתו הרעה בתחרות.

משכך החלטתי, לאחר שנטלתי את עצת ועדת הפטורים והמיזוגים, להתנגד למיזוג בין ענבר לאורלייט מכוח סמכותי לפי סעיף 21 לחוק. על החלטתי זו הודעתי לחברות המתמזגות ביום 18 באוקטובר 2006. האמור להלן מפרט את הטעמים העיקריים להחלטתי.

## ב. הצדדים למיזוג ועסקת המיזוג

**אורלייט** היא חברה פרטית מקבוצת אורדן תעשיות.<sup>1</sup> אורלייט פעילה (במישרין ובעקיפין) בפיתוח, ייצור ושיווק של מוצרים שונים מחומרים מרוכבים ופלסטיקה. בכלל אלה, עוסקת אורלייט גם בייצור ושיווק ארונות זיוד מפוליאסטר משוריין לשימושים שונים (כגון: גינון והשקיה, תקשורת, חשמל ועוד).

**ענבר** היא חברה פרטית בבעלות קיבוץ חמדיה. עיקר עיסוקה של ענבר הינו ייצור, שיווק ומכירה של ארונות זיוד מפוליאסטר משוריין לתעשיות החשמל, התקשורת, הגינון וההשקיה. במסגרת עסקת המיזוג מבקשת אורלייט לרכוש פעילות זו של ענבר.<sup>2</sup>

המיזוג בין אורלייט לענבר הוא מיזוג אופקי, שכן שתי החברות מתחרות זו בזו במכירת ארונות זיוד מפוליאסטר משוריין, וזאת ביחס לכל ספקטרום הגדלים של ארונות אלה. כפי שיוסבר להלן, למיזוג שבין שתי החברות נודעת משמעות תחרותית שלילית ביותר, בכל הקשור למכירת ארונות גדולים מפוליאסטר משוריין.

## ג. השווקים הרלוונטיים

### ג.1. כללי

השפעותיה התחרותיות של עסקת מיזוג נבחנות בהקשרם של שווקים מוגדרים ומובחנים. צעד ראשון בבחינת ההשפעות התחרותיות של מיזוג חברות הוא מיפוי השווקים הרלוונטיים למיזוג. דהיינו: זיהוי אותן זירות תחרות שבהן עשויה הפירמה הממוזגת להפעיל כוח שוק.<sup>3</sup>

מבחן עיקרי המשתמש לאיתורם של המוצרים הנכללים בגדרי השוק הרלוונטי הוא מבחן תחליפיות הביקוש הצולבת ביחס למחיר. על פי מבחן זה, כפי שנהוג ליישמו בישראל ובעולם הרחב, שני מוצרים נכללים באותו שוק אם עלייה קטנה אך משמעותית ונמשכת במחירו של המוצר האחד, תביא לנדידת כמות כזו של לקוחות למוצר האחר, שתהפוך את העלאת המחיר לבלתי משתלמת מלכתחילה.<sup>4</sup> שיעור עליית המחיר שנחשב כאינדיקטור הולם

<sup>1</sup> אורלייט משתייכת לקבוצת חברות שנשלטות על ידי אורדן תעשיות בע"מ. לקבוצת אורדן פעילות ענפה בענפי המתכת.

<sup>2</sup> במסגרת עסקת המיזוג רוכשת אורלייט גם את פעילות ייצור בתי מנורה המנוהלת בענבר וכן את פעילות ענבר בתחום לוחות הבידוד. בתחומים אלה לא טמון פוטנציאל לפגיעה תחרותית ולפיכך החלטה זו אינה דנה בהם.

<sup>3</sup> ראה ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ, פ"ד נב(5) 213, סעיף 18 לפסק דינו של הנשיא ברק (להלן: "עניין תנובה") וכן הע 1/00 פוד קלאב נגד הממונה על הגבלים עסקיים, 2003, הגבלים עסקיים, 3017513 (להלן: "ערר פוד קלאב").

<sup>4</sup> זהו המבחן הידוע כמבחן SSNIP (Small but Significant Non h Increase in Price). למבחן זה ודרך יישומו ראה: מוני' 3/97 מגל מערכות בטחון בע"מ נ' הממונה על הגבלים העסקיים, 1999, הגבלים עסקיים, 3006703.

למידת השינוי בכמויות הנמכרות עומד, על פי הפסיקה והספרות הכלכלית, על שיעור שבין 5% ל-10%.<sup>5</sup>

עם זאת, יישום מבחן כלכלי זה מחייב ביצוע בדיקות כמותיות מורכבות שבמקרים רבים אינן מעשיות. לפיכך, בפועל נבחנת הגדרת השוק בדרך כלל בהתאם למדדים פרקטיים שנזכרים בספרות ובפסיקה.<sup>6</sup> החלתם של מבחנים אלה בענייננו מלמדת, כי את השפעותיו של המיזוג יש לבחון בשני שווקים מובחנים: שוק ארונות הזיווד הקטנים מפוליאסטר משוריין ושוק ארונות הזיווד הגדולים מפוליאסטר משוריין.

נסביר את עיקרי הדברים בקצרה.

## ג.2. ארונות מפוליאסטר משוריין מובחנים מארונות פח ונירוסטה

נקודת המוצא להגדרת השוק הרלוונטי היא במוצר אותו מספקות החברות המתמזגות. כאמור לעיל, הצדדים למיזוג עוסקים בייצור, שיווק ואספקה (להלן ביחד גם: "מכירה") של ארונות זיווד מפוליאסטר משוריין (להלן גם: "ארונות פוליאסטר"). ארונות זיווד משמשים כצמתי חיבור וסעף של מערכות שונות כגון חשמל, תקשורת וגינון. הארונות מוצבים בצמתים, פינות רחוב, גינות ומרחבים פתוחים אחרים וכן בתוך בתים וחללים פנימיים אחרים.

ארונות פוליאסטר עשויים מחומר עמיד בפני שחיקה, מים וטמפרטורות גבוהות. מלבד ארונות פוליאסטר, קיימים מארזי זיווד גם מפח ומנירוסטה. מארזים אלה נבדלים מארונות פוליאסטר הן במרכיבים ובתכונות הפיסיות והן בשימושים הנעשים בהם.<sup>7</sup> ארונות פח פגיעים לנזקי מזג אויר ורטיבות ולפיכך מיועדים לשימושים פנימיים בלבד. חדירת מים לארונות הפח עלולה לפגוע במערכות המצויות בתוך הארון ובמקרים רבים היא מקימה

---

(להלן: "ערר מגל"); R. Wish, *Competition Law* (5<sup>th</sup> ed., 2003) p.29-30; Commission notice, *guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings* (Brussels, 30.01.2004), סעיף 29 (להלן: "הנחיות המיזוגים האופקיים באירופה"); U.S Department of Justice and the Federal Trade, *Horizontal Merger Guidelines*, Commission (Issued: April 2, 1992; Revised: April 8, 1997), סעיף 1.11 (להלן: "הנחיות המיזוגים האופקיים בארה"ב").

<sup>5</sup> ראה ערר פוד קלאב, לעיל הערה 3.

<sup>6</sup> ראה ערר מגל, לעיל הערה 4, פסקה 31.

<sup>7</sup> להבדלים בנתונים הפיזיים של המוצר כאינדיקציה להיעדר תחליפיות מספקת ביניהם ראה ערר מגל, לעיל הערה 4 פסקה 32; ערר פוד קלאב, לעיל הערה 3, פסקה 11.

סיכון בטיחותי.<sup>8</sup> אין זה מפליא אפוא שלקוחות גדולים הנזקקים לארונות זיוד (כגון: חברת חשמל, בזק ומע"צ), דורשים מקבלני ביצוע להרכיב רק ארונות מפוליאסטר משוריין לצורך שימושים חיצוניים. מכאן שקיים **הבדל פונקציונלי מובהק** בין ארונות פוליאסטר לארונות פח ונירוסטה. על המשמעות שיש לייחס לשוני זה עמד בית הדין להגבלים עסקיים בפרשת **פוד קלאב** (ההדגשה הוספה):

"מדד מרכזי בין המדדים האמורים הוא המדד אשר בוחן את התחליפיות הפונקציונליות בין המוצרים. קרי, עד כמה דומים המוצרים מבחינת היעדים והשימושים הנעשים בהם. שהרי מוצר אחד יכול שיהא מוצר תחליפי למוצר אחר, רק אם שני המוצרים מספקים את אותו צורך. **בהעדר תחליפיות פונקציונליות, קשה לראות כיצד מוצר אחד יכול שיהא תחליפי למוצר האחר.**"<sup>9</sup>

בנוסף, ארון פוליאסטר יקר במידה משמעותית מארון פח. **פערי המחיר** בין המוצרים תומכים ומחזקים את המסקנה בדבר היעדר תחליפיות בין ארונות פוליאסטר לבין ארונות פח.<sup>10</sup> ארונות נירוסטה עמידים בפני פגעי מזג האוויר, אך הם יקרים באופן ניכר (פער שמגיע כדי מאות אחוזים) מארונות פוליאסטר ואינם נתפסים כחלופה רלוונטית בעיני לקוחות ארונות הפוליאסטר.

### ג.3. ארונות פוליאסטר גדולים נבדלים מארונות פוליאסטר קטנים

ארונות פוליאסטר יכולים לשמש כאמור למגוון שימושים שונים. כך למשל, ארונות פוליאסטר יכולים לשמש כארונות סעף ביתיים למערכות חשמל (ארון חשמל), כמארז זיוד למרכזי בקרה גדולים של מערכות חשמל, לצרכי גינון שונים, למערכות תקשורת ועוד.

ארונות זיוד שגובהם עד 80 ס"מ (להלן: "**ארונות קטנים**") משמשים בעיקר בכניסה לבתים. מדובר בארונות בגדלים סטנדרטיים שבדרך כלל אינם דורשים התאמה לדרישות הלקוח. הארונות הקטנים מתחברים לקיר ולכן אינם דורשים בסיס. כמו כן, לא נדרשת הרכבה של הארונות, שכן גוף הארון מיוצר כמקשה אחת.

ארונות זיוד שגובהם עולה על 80 ס"מ (להלן: "**ארונות גדולים**"), משמשים בעיקר למרכזי בקרה גדולים של חשמל, תקשורת וגינון. ארונות גדולים מוצבים, בדרך כלל, בפינות רחוב ובצמתים. הארונות האמורים מיוצרים בישראל בתור ערכת הרכבה, כאשר כל חלק מיוצר בנפרד. את החלקים השונים מרכיבים לאחר סיום שלב הכבישה. לארונות גדולים אין תחתית כיוון שהם מחוברים לרצפה באמצעות בסיסים או בטון. ארונות גדולים מותאמים, לא אחת, לדרישות מיוחדות של הלקוח.

<sup>8</sup> בארונות חשמל לא ניתן להשתמש בכלל בארונות ממתכת בגלל שהם מוליכים חשמל ולכן לא בטיחותיים. זו הסיבה שחברת חשמל משתמשת אך ורק בארונות מפוליאסטר משוריין.

<sup>9</sup> ראה ערר פוד קלאב, לעיל הערה 3, פסקה 13.

<sup>10</sup> ראה ערר פוד קלאב, לעיל הערה 3, פסקה 15.

ארונות גדולים המשווקים בארץ נבדלים אפוא מארונות קטנים הן במאפיינים ובמבנה הפיסי, הן באופן ייצורם והן בצורת השימוש בהם. חשוב מכך, ארונות גדולים נבדלים מבחינה פונקציונלית מארונות קטנים ונותנים מענה לביקושים שונים מאלה אותם מספקים הארונות הקטנים. כך למשל, לקוח הנזקק לארון זיווד למרכז בקרה גדול של חשמל זקוק לארון גדול, אינו יכול לעשות שימוש בארונות קטנים לאותה מטרה.<sup>11</sup> משמעות הדברים בהקשר של הגדרת שווקים ברורה: העלאת מחירם של הארונות הגדולים בחמישה עד עשרה אחוזים לא תביא את הלקוחות להחליף ארונות גדולים בארונות קטנים. משכך, יש לראות בארונות גדולים מוצר מובחן ונפרד מארונות קטנים.

מסקנה זו נתמכת בפרמטרים נוספים המשמשים להגדרת שווקים, בין היתר, העבודה כי הארונות הגדולים יקרים באופן משמעותי מארונות קטנים. **פער המחירים** בין ארונות גדולים לארונות קטנים הוא משמעותי ביותר ומהווה אינדקסיה להיעדר תחליפיות מספקת בין מוצרים.<sup>12</sup> בנוסף, ההבחנה בין ארונות גדולים לארונות קטנים מוצאת ביטוי גם בראיית הנפשות השונות הפועלות בענף.<sup>13</sup>

### ארונות גדולים מיוחדים

נוסף על הארונות הגדולים שמייצרות ומוכרות ענבר ואורלייט בשוק המקומי, קיים יבוא של ארונות גדולים מיוחדים, כאלה העונים על דרישות מיוחדות שהארונות המיוצרים על ידי ענבר ואורלייט אינם מתאימים להם. במקרים רבים מדובר בארונות בעלי כושר אטימות גבוה במיוחד, שנועד לתת מענה לשימושים שהארונות הגדולים הרגילים אינם מתאימים עבורם. מדובר במוצרי נישא שאינם מהווים רסן כלשהו על פעילותן התחרותית של חברות המתמזגות בשוק הארונות הגדולים. בנוסף, ארונות אלה יקרים משמעותית מארונות הפוליאסטר הרגילים, דבר שמצביע אף הוא על תחליפיות נמוכה (אם בכלל) בין השניים. ניתוח נכון של הגדרת השוק הרלוונטי, מחייב שלא לכלול ארונות אלה בגדרי שוק הארונות הגדולים. עם זאת, כפי שיוסבר להלן, גם הכללתם של מוצרים אלה בגדרי השוק הרלוונטי אינה משנה את הממצאים ואת המסקנות המתחייבות מניתוח המיזוג.

<sup>11</sup> החלפת ארון גדול בקומבינציה של ארונות קטנים אינה מעשית. יתרה מכך, גם אם היה ניתן מבחינה מעשית לעשות שימוש בחיבור של מספר ארונות קטנים, הרי שחיבור כזה פוגם באטימות הארונות שהיא סיבה עיקרית לבחירה בארונות פוליאסטר מלכתחילה.

<sup>12</sup> בעניין פוד קלאב, קבע בית הדין להגבלים עסקיים כי פער מחירים של כ- 30% מצביע על היעדר תחליפיות מספקת בין המוצרים. ראה **ערו פוד קלאב**, לעיל הערה 3, פסקה 15.

<sup>13</sup> העוסקים בענף מבחינים בין "קופסאות" (ארונות קטנים) ל- "ארונות" או "פילרים".

מסקנת הדברים היא, כי את השפעות המיזוג על התחרות יש לבחון בשני שווקים רלוונטיים: שוק ארונות הפוליאסטר הקטנים ושוק ארונות הפוליאסטר הגדולים.<sup>14</sup>

#### ד. השפעת המיזוג על התחרות

בחינת רשות ההגבלים העסקיים העלתה, כי ארונות קטנים מיוצרים בחו"ל ומיובאים לארץ על ידי מספר חברות, בהן גם ענבר ואורלייט. נתח השוק המצרפי של החברות המתמזגות בשיווק ארונות קטנים עמד בשנת 2005 על 37% בקירוב. מדובר בנתח שוק משמעותי, אולם בהתחשב בכך שקיימים יבואנים רבים של ארונות קטנים ואין כל ייחוד לארונות שמייבאים ענבר ואורלייט בכל הקשור להתאמתם לשוק המקומי, לא מצאנו שהמיזוג בין ענבר לאורלייט מקים חשש סביר לפגיעה תחרותית משמעותית בשוק זה.

#### תמונת המצב בשוק הארונות הגדולים שונה לחלוטין.

בשוק זה מקים המיזוג חשש בהסתברות גבוהה במיוחד לפגיעה תחרותית רחבת היקף. להלן אבני הדרך העיקריים המובילים למסקנה זו.

#### ד.1. כללי יסוד בניתוח מיזוגים

כאמור לעיל, המיזוג בין אורלייט וענבר הוא מיזוג אופקי.

מיזוג אופקי משפיע על מבנה השוק הרלוונטי השפעה ישירה. מיזוג אופקי מביא לגריעתו של מתחרה מהשוק, לצמצום מספר המתחרים ולהגברת הריכוזיות בשוק. מובן עם זאת, כי לא כל מיזוג אופקי מקים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. הערכת השפעתו של השינוי המבני אותו מחולל המיזוג האופקי נעשית בשני מימדים מצטברים.

**המימד הסטטי** – עניינו בתמונת המצב המבנית שתיווצר מיד לאחר המיזוג.<sup>15</sup> בחינה סטטית של מיזוגים אומדת את מידת השינוי המבני שנוצר בעקבות המיזוג. אמידה זו נעשית באמצעות מספר פרמטרים שהעיקריים בהם הם נתחי שוק ומדדי ריכוזיות. כאשר מדדים אלה מצביעים על עיוות מבני חריף מהווה הדבר אות אזהרה בדבר מסוכנות אפשרית של המיזוג לתחרות. עם זאת, מלאכת הניתוח אינה מסתיימת בבדיקת נתחי שוק וריכוזיות. הערכת השפעותיו התחרותיות של המיזוג מחייבת גם התייחסות לדינמיקה תחרותית שיכול ותפיג את החשש התחרותי.

<sup>14</sup> בנסיבות העניין, אינני נדרשת לאפשרות ולפיה ניתן להגדיר את השוק באופן מצומצם יותר מן המתואר לעיל, שכן אין בדבר לשנות מן הממצאים התחרותיים ומן המסקנות אליהן הגעתי בהחלטה זו.

<sup>15</sup> לניתוח סטטי של מיזוגים ולניתוח דינמי ראה גם **עזר פוד קלאב**, לעיל הערה 3, פסקאות 29-39.

**המימד הדינאמי** – עניינו בבחינת מאפיינים דינאמיים של השוק שבכוחם למתן ואף להפיג את החששות שהתעוררו מנקודת המבט הסטטית. במילים אחרות, המימד הדינאמי בוחן את יכולתו של השוק לתקן את עצמו ואת הפגמים המבניים שיוצר המיזוג בו. במרכז הניתוח הדינאמי ניצבים כושר הייצור ועודף כושר הייצור של מתחרי החברות המתמזגות הנמצאים בשוק הרלוונטי, חסמי המעבר אליהן הן מצד הביקוש והן מצד ההיצע וכן חסמי הכניסה לשוק.

ניתוח תחרותי של מיזוגים מושתת על שני מימדי ניתוח אלה, כאשר קיים ביניהם קשר גומלין ברור. כך, ככל שתמונת הריכוזיות ונתחי השוק חמורה ובעייתית יותר, תידרש רמת שכנוע גבוהה יותר בדבר קיומם של היבטים דינאמיים מוכחים ומשמעותיים, שביכולתם להפיג את החשש התחרותי העולה מן המיזוג. בדומה, מקום בו מאפייני השוק הם כאלה שכניסה לשוק או התרחבות בו הם קשים במיוחד, כך תתחייב גישה מחמירה וקשוחה יחסית ביחס למדדי הניתוח הסטטי של השפעות המיזוג.

בענייננו נמצא, כי המיזוג יוצר **עיוות מבני חריף במיוחד** וכי בהיבט הסטטי מעלים המיזוג את התחרות היחידה הקיימת בשוק. ניתוח ההיבט הדינאמי רק **מעצים חששות אלה** ומקנה להם משנה תוקף, שכן קיימים **חסמים מהותיים** לכניסה לשוק ולהתרחבות בו.

## 2.ד. ההיבט הסטטי: המיזוג יוצר מונופולין מושלם וריכוזיות קיצונית

ענבר ואורלייט הן שתי היצרניות היחידות של ארונות גדולים בישראל. בשנת 2005 החזיקה אורלייט בנתח שוק של כ- 70% משוק הארונות הגדולים.<sup>16</sup> נתח השוק של ענבר באותה שנה עמד על כ- 30% משוק הארונות הגדולים.<sup>17</sup>

המיזוג צפוי אפוא לסלק את הבלם התחרותי היחיד הניצב בדרכה של אורלייט. המיזוג יקים פירמה מונופוליסטית בעלת נתח שוק העומד על 100%.<sup>18</sup> מדובר במיזוג היוצר **מונופולין**

<sup>16</sup> עם כניסתו של קיבוץ חמדיה להקפאת הליכים בראשית שנת 2006 ובמקביל להתפתחות המגעים בין החברות לאורך המחצית הראשונה של שנת 2006 החלה מגמה של הגדלת חלקה היחסי של אורלייט בשוק על חשבונה של ענבר.

<sup>17</sup> גם אם נכלול בשוק הרלוונטי ארונות גדולים מיוחדים (וכאמור לא נכון לעשות כן), אין בדבר לשנות את התמונה המתקבלת. כל כך, משום שהיקף מכירות הארונות הגדולים המיוחדים בטל בשישים ביחס למכירת ארונות גדולים רגילים ועומד על כ- 3% מסך מכירות הארונות הגדולים.

<sup>18</sup> נתח שוק מצרפי של 97% אם מכלילים בשוק את הארונות הגדולים המיוחדים (וכאמור, לא נכון לעשות כן).

**מוחלט** שאין גרוע ממנו לתחרות ולציבור.<sup>19</sup> כפי שמסבירים המלומדים Areeda ו-Hovenkamp, מיזוג כזה ניתן להתיר רק בנסיבות מיוחדות ביותר:

"Among the most clearly anticompetitive of mergers is the merger creating a single monopolist or a dominant firm. Such mergers are lawful only in extraordinary circumstances".<sup>20</sup>

נציין כבר עתה, כי הנסיבות המיוחדות בהן ניתן לשקול התרת מיזוג למונופולין מוחלט, מתייחסות בעיקר לשווקים נטולי חסמי כניסה והתרחבות. בשווקים אלה העלאת מחיר מצד הפירמה המונופוליסטית הממוזגת צפויה לגרור כניסה מהירה של מתחרים חדשים לענף ובכך לנטרל את כוחו של המונופולין מלכתחילה. ברם, לא זו בלבד שאין בפנינו שוק נטול חסמי כניסה, אלא ששוק הארונות הגדולים מתאפיין בקיומם של **חסמי כניסה של ממש**, דבר שמעצים עד מאוד את האפקט האנטי תחרותי הגלום במיזוג.

**בחינת מדדי הריכוזיות מעלה אף היא תמונה עגומה.** מדד הריכוזיות לפי שיטת HHI צפוי לעלות מרמה של 5,800 נקודות (שהיא גבוהה מאוד מלכתחילה) עד לרמה המקסימלית האפשרית של 10,000 נקודות.<sup>21</sup> המשמעות היא עלייה של כ-4,000 נקודות שהיא עלייה גדולה מאוד בריכוזיות השוק.<sup>22</sup> ודוק, לא מדובר בזינוק אריתמטי בלבד, כי אם בראש ובראשונה **בקפיצת מדרגה איכותית**. לאחר המיזוג לא ימצא עוד כל רסן תחרותי, מתוך השוק או מחוצה לו, שבכוחו למנוע הפעלת כוח שוק על ידי החברה הממוזגת. בפנינו מיזוג אשר יוצר

<sup>19</sup> ראה החלטות קודמות להתנגדות למיזוג היוצר מונופולין: **מיזוג פן מדיקל סנטר (1994) בע"מ ומו"ר – המכון למידע רפואי בע"מ – החלטה בדבר התנגדות למיזוג**, 2001, הגבלים עסקיים, 3010269; **תכנה לאנשי מקצוע לירם – ט.מ.ל מיקרו מחשבים – החלטה בדבר התנגדות למיזוג**, 1998, הגבלים עסקיים, 3001313.

<sup>20</sup> P. E. Areeda & H. Hovenkamp, *Antitrust Law* (Vol. IV, Rev. Ed., 1998), ¶908b. (להלן: "P. Areeda & H. Hovenkamp").

<sup>21</sup> מרמה של 5,469 לרמה של 9,359 נקודות אם כוללים גם ארונות גדולים מיוחדים.

<sup>22</sup> להמחשת משמעות העלייה במדדי הריכוזיות נציין, כי לפי הנחיות המיזוגים בארה"ב עלייה של למעלה ממאה נקודות, בשוק שהריכוזיות ההתחלתית בו גבוהה מ-1800 נקודות, מקימה הנחה (הניתנת לסתירה) בדבר פגיעה משמעותית בתחרות. אומנם, נקבע בעבר כי בהתחשב בקוטנו של שוק הישראלי יש מקום לעיתים להגמשה מסוימת של מדדי הריכוזיות, אולם הגמשה כזו אינה מוצדקת בכל מקרה ומקרה וגם כאשר היא מוצדקת, אין היא יכולה להיות אינסופית. ראה **התנגדות למיזוג החברות בורגר ראנץ' (1983) בע"מ וריקמור בע"מ (בהקפת הליכים) זכיינית בורגר קינג**, 2003, הגבלים עסקיים, 3019090, עמוד 18 להחלטה.



**עיוות מבני חריג וחריף, כזה המקיים הנחה מוקדמת** לפיה יקים המיזוג כוח שוק לפירמה הממוזגת.<sup>23</sup>

עם זאת, ניתוח סטטי אינו סוף פסוק ואין הוא חותם את המלאכה. החשש התחרותי הכבד שעלה מהניתוח הסטטי, עשוי להיות מופג באמצעות נתונים המלמדים על החיות הדינאמית של השוק. לבחינת היבטים אלה נפנה עתה.

### 3.ד. העדר רסנים דינאמיים – שוק עתיר חסמי כניסה

#### ההיבט הדינאמי

מקום בו פירמה מונופוליסטית אינה יכולה לחסות מפני תחרות, הפעלה ממושכת של כוח שוק אינה אפשרית. בהיעדר חסמי כניסה לשוק, ניסיון של הפירמה הממוזגת להעלות באופן משמעותי ולזמן ממושך מחירים, צפוי להביא לכניסה של מתחרים חדשים לשוק. כניסה זו תביא להגדלת ההיצע בשוק, ולהשבת מחיר השוק לרמה דומה לזו ששררה בו מלפנים.

ברם, כאשר מעוניינים להפיג חששות העולים מניתוח סטטי של המיזוג בהתייחס לחסמי הכניסה לשוק, **אין די בטענות בעלמא**. הטיעון בעניין זה צריך להיות קונקרטי ומשכנע. בנסיבות בהן יוצר המיזוג מונופולין מוחלט, כבמקרה דנן, נדרשת אף הקפדה יתרה ורמת שכנוע גבוהה במיוחד באשר להיעדרם של חסמים לכניסה ולהתרחבות בשוק. בנוסף, כאשר מדברים אנו בכניסה אפשרית לשוק, אין הכוונה לכל אפשרות כניסה לשוק, תיאורטית ורחוקה ככל שתהיה. כניסה אותה ניתן לקחת בחשבון בניתוח תחרותי צריכה לעמוד בשלוש דרישות מצטברות :

א. ראשית, נדרש שכניסת המתחרים בתגובה לעליית מחיר אפשרית תהיה **סבירה**.

ב. שנית, נדרש שהכניסה תוכל להתרחש **במהירות**.

ג. נדרש שהכניסה תהיה בעוצמה כזו שתביא להפגת החשש התחרותי.

בעניינו נמצא, כי תנאים אלה אינם צפויים להתקיים, זאת נוכח החסמים לכניסה לייצור מקומי ולייבוא. נפרט.

<sup>23</sup> ראה עץ לבוד בע"מ, תעשיות והשקעות של ספן בע"מ – החלטה בדבר אישור מיזוג בתנאים, 1996, הגבלים עסקיים, 3006899 ; בדין האמריקאי ראה : 374 U.S. 321, 83 United States v. Philadelphia National Bank S. Ct. 1715. 1741 וכן החלטות מאוחרות יותר שהבהירו את טיב הנטל המוטל על החברות המתמזגות בהקשר זה.

## חסמים לייצור מקומי

### **חסמי כניסה העומדים בפני יצרן ארונות קטנים**

החברות המתמזגות טענו בפני, כי כיום פועל בארץ יצרן נוסף של ארונות גדולים הוא ארקו תעשיות חשמל בע"מ (להלן: "ארקו"). לטענתן, ארקו תוכל להרחיב פעילותה ולרסן הפעלת כוח שוק על ידן.

ברם, ארקו היא חברה בעלת פעילות זניחה בתחום מוצרי הפוליאסטר העובדת בשיתוף פעולה עם קבוצת General Electric ואשר כמעט ואינה מוכרת כיום ארונות גדולים.<sup>24</sup> ארקו מייצרת בסיסי ארונות גדולים עבור GE ומוכרת בסיסים וארונות קטנים, שאת חלקם היא מייצרת, לשוק המקומי. ארקו לא מייצרת ארונות גדולים ואין לה את הציוד הדרוש לכך.

בכדי להיכנס לשוק הארונות הגדולים, תצטרך ארקו (וכמוהו כמובן כל גוף אחר שיבקש להיכנס לענף) לרכוש תבניות ומכששים, זאת כיון שכמות התבניות והמכששים הקיימת אינה מאפשרת לה להתחרות בכוחות עצמה במגוון הארונות הגדולים שמייצרות החברות המתמזגות.<sup>25</sup> ודוק, לצורך ייצורו של כל ארון גדול דרושות מספר תבניות שונות, כך שעל מנת להתחרות במגוון הארונות הגדולים שמייצרות אורלייט וענבר נדרש מספר רב של תבניות. העלות הכוללת של ציוד זה הינה משמעותית מאוד על רקע היקפו הכספי הכולל של השוק. **שילוב זה, עלות יחסית גבוהה מחד וקוטנו של השוק מאידך – יוצרים חסם כניסה ממשי ומשמעותי.**

### **חסמי הכניסה העומדים בפני יצרנים פוטנציאליים**

החברות המתמזגות נקבו בשמן של מספר חברות שפועלות מחוץ לשוק, אך בכוחן (כך הטענה) להיכנס לשוק בקלות יחסית אם יעלה בו המחיר. טענה זו אינה מבוססת.

אין די בכך שגורם פלוני "יכול" להיכנס לשוק, בין אם מדובר ביכולתו הכספית ובין אם מדובר בטכנולוגיה קיימת או ציוד. בנסיבות דוגמת הנסיבות התחרותיות של מיזוג זה, כאשר בוחנים יכולת ריסון כוח שוק של מתחרה פוטנציאלי, יש לבחון האם יכנס לשוק בסופו של דבר. היינו, בחינת יכולתו להיכנס לשוק לצד המוטיבציות וכוונותיו הקונקרטיות.

החברות בהן מדובר הן חברות המתמחות בעיקר במכירת מוצרים לשוק הצבאי, מרביתן חברות שמוכרות מוצרים מתוחכמים לשוק הצבאי. חברות אלה מבוססות על הון אנושי

<sup>24</sup> לפי נתוני ארקו, בשנים 2004-2005 נמכרה כמות זניחה של ארונות GE, כאשר רק הדלת יוצרה והורכבה על ידי ארקו.

<sup>25</sup> ייצור המוני של ארונות גדולים עושה שימוש במספר מכששים בו זמנית. בנוסף, יש חשיבות להחזקת מספר מכששים גדולים, כדי למנוע עיכובים בייצור הנובעים מכך שחלקים מסוימים של הארון הגדול ניתנים לכבישה רק במכש גדול.

ומתמחות בפיתוח מוצרים יקרים. חברות אלה אינן מתמחות בייצור המוני של מוצרים, כך שכניסה לשוק הארונות הגדולים אינה הולמת את האוריינטציה העסקית שלהן ואינה עומדת על הפרק מבחינתן.

אם לא די בכך, הרי שחלק מחברות אלה מפעילות מכונות המבוססות על הזרקה ומיועדות ליצירת מוצרים תרמופלסטיים. המרת המוצרים למוצרים תרמופלסטיים דוגמת ארונות גדולים אינה יעילה ואינה כלכלית והיא לא נעשתה על ידן מעולם בעבר. כפי שהסבירה אורלייט עצמה לרשות:

"מוצרים תרמופלסטיים ותרמוסטים מיוצרים בטכנולוגיות ייצור שונות. מוצרים תרמופלסטיים מיוצרים בטכנולוגיית הזרקה ואילו מוצרים תרמוסטים בכבישה, אלה הן טכנולוגיות שונות והסבת מכש אשר משמש לייצור מוצרים תרמופלסטיים לייצור מוצרים תרמוסטים אינה יעילה ולפי מיטב ידיעתי גם לא נעשתה בעבר".<sup>26</sup>

### **חסמי כניסה בשל בעלות החברה הממוזגת על מקור אספקת חומר הגלם**

במסגרת חוות דעת כלכלית שהוגשה מטעמן של החברות המתמזגות נטען, כי רכישת ענבר תאפשר לאורלייט לייצר עבור עצמה חומר גלם עיקרי המשמש לייצור ארונות גדולים. כיום מייצרת ענבר את חומר הגלם לעצמה, בעוד אורלייט רוכשת אותו בעלות שלטענתה היא גבוהה משמעותית. טענה זו הועלתה על ידי החברות המתמזגות בנסיון לבסס "יעילויות" הגלומות כביכול במיזוג. ברם, משמעות טענה זו, בהקשרנו אנו, היא כי לשיטתה של אורלייט כניסה לתחרות אפקטיבית בחברה הממוזגת עשויה להצריך כניסה לשתי חוליות בשרשרת הייצור במקביל: ייצור ארונות וייצור חומר הגלם. אם כך, משמעות הדבר היא שהצורך בכניסה מקבילה לשתי החוליות, מבטא חסם כניסה משמעותי נוסף לשוק.<sup>27</sup>

### **חסמים ליבוא**

כאמור לעיל, ארונות גדולים נמכרים כמקשה אחת והם אף מיובאים כמקשה אחת. מחיר ההובלה של ארון, כמקשה אחת, הוא משמעותי והוא יוצר חסם ממשי על ייבוא ארונות גדולים לישראל.

בנוסף, מרבית הארונות הגדולים אינם נמכרים "ערומים". זיוודם והתאמתם לדרישות הלקוח המקומי מהוות חלק משמעותי מעלות המוצר הסופי. החברות המתמזגות מפעילות בתי מלאכה ובאמצעותם עורכות את ההתאמות הנדרשות. יבואני הארונות הקטנים ויבואנים של ארונות גדולים מיוחדים אינם מפעילים בית מלאכה. לפיכך, אין באפשרותם

<sup>26</sup> תרשומת שיחה שנערכה עם אהרון יעקב, כלכלן באורלייט, מיום 7 בספטמבר 2006.

<sup>27</sup> הטענה כי לא ניתן להשיג את היעילות שלא בדרך של מיזוג לא בוססה ולא הוכחה. מטעם זה, החלטתי במיזוג אינה נסמכת על חסם כניסה זה. למען הסר ספק יובהר, כי אף אם הייתה מוכחת טענה זו לא הייתה קמה בנסיבות העניין הגנת היעילות, מן הטעמים שהמפורטים להלן.

לערוך את ההתאמות הנדרשות לקהל הלקוחות ולאור קוטנו היחסי של השוק המקומי, אין כדאיות לחברות הזרות להתאים את הייצור הנעשה בחו"ל לדרישות המקומיות.

כך קורה, שייבוא ארונות גדולים לישראל אינו כלכלי ואינו מהווה רסן אפקטיבי על הפעלת כוח שוק בידי החברות המתמזגות.

פתרון אפשרי, לכאורה, לשתי הבעיות שהוצגו הוא הקמת בתי מלאכה על ידי היבואנים הרלוונטיים. בדרך זו יוכלו החברות הללו לערוך את ההתאמות הנדרשות וכן לייבא את הארונות הגדולים בחלקים מפורקים ולהרכיב את הארונות בישראל. דא עקא, שהרכבת הארון בישראל באמצעות בית מלאכה כרוכה מצדה בתוספת עלות שמצטרפת לעלויות הגבוהות של ייבוא הארון עצמו. בדיקת רשות ההגבלים העסקיים מלמדת, כי הקמת בית מלאכה אינה הופכת את הייבוא לחלופה ממשית שבכוחה לרסן הפעלת כוח שוק על ידי החברות המתמזגות. הטעם לכך הוא, שעלות הארון המיובא בפתח בית המלאכה גבוהה **פי כמה** מעלות הארון המיוצר על ידי ענבר, בפתח בית המלאכה. ואם לא די באמור, אפילו מחיר המכירה **לצרכן** של ארון גדול מתוצרת אורלייט **נמוך יותר** ממחיר עלות ארון מקביל ליבואן (לפני עלות ההרכבה בבית המלאכה). פשיטא שבנסיבות אלה לא ניתן לראות בייבוא בלם אפקטיבי על הפעלת כוח שוק מצד הפירמה הממוזגת.

ראיה מוחשית להיעדר רסן תחרותי מייבוא ניתן למצוא במכרזים אותם מקיימים גופים גדולים דוגמת חברת החשמל. בדיקת מכרזים אלה מעלה, כי כאשר היבואנים השתתפו, הצעותיהם היו **גבוהות באופן משמעותי** מהצעות החברות המקומיות. בפנינו "תצפית טבעית" המספקת התבוננות נכוחה אל מציאות החיים בשוק.

למעלה מן הצריך, נציין כי ייבוא ארונות גדולים כרוך בעלות מוגדלת של ניהול מלאי. כך הוא משום שישנם פרויקטים דחופים שלא ניתן להזמין בהם ארונות מראש, דבר שמצריך זמינות גבוהה של ארונות. בנוסף, יש צורך לעיתים להחליף מוצרים פגומים שנמכרו ללקוחות. מכיוון שההובלה מחו"ל לוקחת מספר שבועות, יש לשמור מלאי מספק בכדי שניתן יהיה לענות על ביקושים בלתי מתוכננים אלה.

סיכום הדברים, ייבוא ארונות גדולים לישראל אינו יכול לרסן הפעלת כוח שוק על ידי החברה הממוזגת.

לחסמים האמורים העומדים בפני הייבוא של ארונות יש לצרף חסמים נוספים הניצבים בפני גורמים המבקשים להיכנס לשוק. חסמים אלה יפורטו להלן.

### חסמים נוספים לכניסה לייצור וליבוא

תיאור הדברים עד כה מחייב את המסקנה ולפיה רמת חסמי הכניסה לייבוא ולייצור מקומי היא גבוהה. די בכך, בכדי לפסול את המיזוג וזאת לאור ממצאי הניתוח בהיבט הסטטי. ואולם, על כל החסמים שנזכרו עד כה יש להוסיף מספר חסמים הניצבים בפני כניסה לשוק, בין שכניסה זו נעשית בדרך של ייצור ארונות גדולים ובין שזו נעשית על דרך של ייבוא ארונות אלה.

ראשית, שוק הארונות הגדולים הוא **שוק קטן יחסית**. החברות המתמזגות אף טענו בפני, כי היקף הביקושים בשוק יכול לקיים רק פירמה אחת בשוק. טענה מרחיקת לכת זו לא בוססה בנתונים ולא הונחה לה תשתית מקצועית של ממש. ברם, אין חולק כי היקף הביקוש הכולל בשוק קטן יחסית והדבר יוצר **חסם כניסה ממש**.

שנית, ענבר ואורלייט פועלות בשוק מזה שנים רבות וקיימת להן היכרות עם צורכי השוק והדרישות המיוחדות של לקוחותיהן. בהתאם לכך, מוצרי ענבר ואורלייט מותאמים לדרישות השוק. כניסה לפעילות בשוק מחייבת יצירת קשרים עם הלקוחות והשקעה בלימוד הצרכים המיוחדים של קהל הלקוחות. השקעה זו דורשת מטבע הדברים את עיתותיה וכן השקעת משאבים מתאימים.

זאת ועוד, ברשות החברות המתמזגות נצברו לאורך השנים מוניטין וידע שעמם יצטרכו להתמודד גופים שיבקשו להיכנס לשוק. גופים אלה יצטרכו להתמודד גם עם הרגלי הרכישה של הלקוחות, אשר לא בנקל יחליפו את אורלייט או ענבר בספקי ארונות חדשים, שאיכות המוצרים שלהם ומידת התאמתם לדרישות הלקוח אינה ברורה. ואומנם, תמורת הרכישה בהסכם המיזוג מתייחסת במפורש לא רק לרכישת נכסי הייצור של אורלייט, כי אם גם לרכישת "המוניטין של המוכרת (ענבר), אשר נצבר במשך השנים בפיתוח, ייצור מכירה ושיווק של מוצריה" וכן לרכישת "כל זכויותיה של המוכרת (ענבר) בידע (Know how) הייצורי, העסקי, המסחרי והמקצועי...לרבות תיקי לקוחות...תוכנות ושרטוטים כמפורט בראשי הפרקים לחוברת הידע..."

יש לציין, כי בשיחות שנערכו עם נציגי אורלייט במסגרת השימוע הוסבר, כי בידי ענבר מועסקים עובדים בעלי ידע ייחודי בכבישת ארונות גדולים וכי תקשה על אורלייט השגתו של ידע זה, שלא על דרך מיזוג עם ענבר. אמירה זו מוצאת תימוכין בהוראות הסכם המיזוג אשר קובע הסדרים מיוחדים ביחס להעסקת מספר עובדים בעלי ידע ומיומנות ייחודית.

ניתן לחלוק על התועלת שתפיק אורלייט, שחקן ותק ומבוסס בשוק, מן הידע הייחודי המצוי ברשות ענבר. לא ניתן לחלוק, כי אמירה זו מקפלת בתוכה הודאה של החברות המתמזגות בקיומו של חסם כניסה נוסף לתחרות בשוק.

שלישית, עצם קיומה של פירמה דומיננטית, שלטת בשוק, עובר למיזוג יהווה חסם כניסה למתחרים, שכן בידי פירמה ותיקה, הנמצאת בתוך השוק, קשת אמצעים לבלום נסיונות תחרות בתחילתם.

## ה. הטענה בדבר קיומו של כוח נגד לחברת חשמל

אגב הליך בדיקת המיזוג הועלתה על ידי החברות המתמזגות הטענה, לפיה חברת החשמל היא לקוח עיקרי שלהן ומחזיקה בכוח קניה רב. לדידן של החברות, כוח זה יעמוד לה גם לאחר המיזוג ויאפשר לה להתמודד עם המציאות שתיווצר לאחר המיזוג. ברם, קיומו של כוח קנייה בידי חברת חשמל אינו יכול להכשיר מיזוג המקים כוח שוק בידי החברות המתמזגות.

טיעון זה אינו עומד במיוחד מקום בו עסקינן בצפי להיווצרות פירמה בודדת בשוק, שאין עליה איום ממשי מתוך השוק או מחוצה לו ואין צפי סביר לאיום כזה בעתיד. באין מקור אספקה חלופי זמין, זולת החברה הממוזגת, ספק רב אם תהיה בידי חברת חשמל היכולת האפקטיבית לסכל הפעלת כוח שוק מצד החבר הממוזגת.

כשל עיקרי נוסף הטמון בטענה בדבר קיומו של כוח נגד הוא, כי טענה זו מתייחסת לאחד מן הלקוחות בשוק הארונות הגדולים, בעוד שקיים בשוק עוד מספר רב של לקוחות להם תוכל החברה הממוזגת להעלות את המחיר. נזכיר, כי מחיר הרכישה של חברת חשמל נקבע במכרזים אותם היא עורכת ומחיר הארונות ללקוחות אחרים אינו נגזר ממנו. בנסיבות אלה, נשמט ערכו של הטיעון בדבר קיומו של כוח נגד. כפי שמוסבר בהנחיות המיזוגיים באירופה:

"Countervailing buyer power cannot be found to sufficiently off-set potential adverse effects of a merger if it only ensures that a particular segment of customers, with particular bargaining strength, is shielded from significantly higher prices or deteriorated conditions after the merger."<sup>28</sup>

עמדתנו דומה.

## ו. הטענה לתחולת "דוקטרינת החברה הכושלת" – לא בוססה

### ו.1. כללי

כפי שראינו, ניתוח המיזוג על בסיס המתודולוגיה המקובלת בניתוח מיזוגים מחייב מסקנה החלטית, לפיה המיזוג צפוי להקים, בהסתברות גבוהה ביותר, פגיעה משמעותית בתחרות.

<sup>28</sup> הנחיות המיזוגיים האופקיים באירופה, לעיל הערה 4, פסקה 67.

ממצא זה מחייב את הממונה, לפי הדין, להתנגד למיזוג ולעצרו.<sup>29</sup> חריג נדיר לכך מתקיים, כאשר מתברר שעקב קריסתה הפיננסית של החברה הנרכשת אין כל אפשרות להמשך קיומה כמתחרה בשוק, זולת תחת הבעלות של החברה הרוכשת, וכי פירוק החברה ויציאתה מן השוק שלא על דרך מיזוג אינו עדיף מבחינה תחרותית על פני התרת המיזוג. זוהי, על רגל אחת, הדוקטרינה הידועה בכינוי "דוקטרינת החברה הכושלת". דוקטרינה זו משמשת כטענת הגנה בפי צדדים למיזוג אשר עתיד לפגוע בתחרות ובציבור.

בנסיבות בהן יש להגנה תחולה, הפגיעה התחרותית היא למעשה תוצאה בלתי נמנעת שאינה תלויה עוד בהחלטת הממונה במיזוג. הבסיס הרעיוני והמשפטי עליו מושתתת ההגנה, הוא אפוא ניתוק הקשר הסיבתי בין ביצוע המיזוג לבין הפגיעה התחרותית.<sup>30</sup>

כבר בשלב זה אבהיר, כי רגליה של דוקטרינת החברה הכושלת נטועות בשדה התחרות. דוקטרינת החברה הכושלת אינה פתח להזרמת שיקולים חיצוניים דוגמת אינטרס הנושים והצלחת הליכי הפירוק. הפיקוח על מיזוגים בישראל נעשה באספקלריית התחרות ומונחה משיקולי תחרות. לפיכך, לא מצאתי כי יש מקום להתחשב בשיקולים חיצוניים אותם העלו החברות המתמזגות. לא כל שכן, להתיר על בסיס שיקולים חיצוניים אלה מיזוג פוגעני כל כך לתחרות.

במסגרת הליך בדיקת המיזוג ולאחר שהתברר לחברות המתמזגות שהרשות מוצאת קושי מהותי במיזוג, הועלתה על ידן הטענה כי יש להחיל את דוקטרינת החברה הכושלת בעניינן. תחילה עלתה טענה זו בהקשר של קיבוץ חמדיה הנתון בהקפאת הליכים ומחזיק בבעלות מלאה בענבר. ברם, משהוברר לחברות המתמזגות שקריסה פיננסית אפשרית של בעל מניות אינה מקיימת את דרישות דוקטרינת החברה הכושלת,<sup>31</sup> הועלתה טענת הפירמה הכושלת ביחס לענבר עצמה.<sup>32</sup> על פי הטענה, ענבר עצמה מצויה בחובות כבדים וקיים חשש לקריסתה ויציאתה מהשוק אם לא יאושר המיזוג עם אורלייט. כך הטענה.

אישור מיזוג על בסיס "דוקטרינת החברה הכושלת" שמור למקרים חריגים ונדירים. כפי שציין קודמי בהחלטה בעניין **קלאבמרקט** [ההדגשות הוספו]:

<sup>29</sup> זולת אם ניתן להפיג את החשש התחרותי בתנאים. ראה סעיף 21 (א) לחוק.

<sup>30</sup> ראה נימוקי החלטה בדבר אישור מיזוג בתנאים – קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ (הקפאת הליכים) ושופרסל בע"מ, 2003, הגבלים עסקיים, 5000155 (להלן: "החלטת קלאבמרקט") וראה גם אישור מיזוג בתנאים לפי סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח 1988 בין השמירה טכנולוגיות מיגון (1971) בע"מ לבין נוריאל – אלעזר מרכז הבטחון בע"מ, 1998, הגבלים עסקיים, 3001328 (להלן: "השמירה נוריאל").

<sup>31</sup> ראה גם: Kintner, *Federal Antitrust Law* (Vol. IV, 1984), p. 176-180.

<sup>32</sup> כבר בראשית הדרך הועלתה בפני הרשות הטענה כי ענבר מצויה בחובות כספיים. עם זאת, הצדדים למיזוג נשאלו אם נוכח קשיים אלה טוענים הם לתחולה של דוקטרינת החברה הכושלת ביחס לענבר ותשובתם לכך הייתה, בתחילה, שלילית.

"מספר המקרים בהם הותרו מיזוגים בישראל על בסיס דוקטרינה זו מועט ביותר. עניין זה מובן מאליו, בהתחשב בכך שפועלה של הדוקטרינה הוא בהתרת מיזוג שאלמלא כן היה אסור. מתן היתר לביצוע של מיזוג על בסיס דוקטרינת החברה הכושלת מחייב **בדיקה מדוקדקת וקפדנית** של תנאי הדוקטרינה **ושכנוע מלא**, כי אכן אין כל חלופה שהיא גרועה פחות מהתרת המיזוג".<sup>33</sup>

בהחלטה שנתן קודמי בעניין השמירה נוראל הוסבר גם, כי נטל הראיה לגבי תחולת הדוקטרינה רובץ על כתפי הטוען לה וכי הנטל – **משמעותי הוא**.<sup>34</sup> כך מקובל בישראל וכך נהוג גם במדינות הים.<sup>35</sup> כך הוא הדין, הן משום שפועלה של הדוקטרינה הוא בהכשרת מיזוג שנמצא כפוגעני לתחרות, והן משום שמרבית העובדות הצריכות לעניין הקריסה הצפויה של החברה, מצויות בידיעתה של החברה המבקשת להתמזג.

יאמר מיד, בענייננו לא עמדו החברות המתמזגות בנטל הגבוה הרובץ על מי שמבקש להכשיר מיזוג בהתבסס על דוקטרינת החברה הכושלת. אסביר את הדברים בקצרה.

## 2.1. תנאי "דוקטרינת החברה הכושלת"

כפי שצויין בהחלטה בעניין קלאבמרקט, "דוקטרינת החברה הכושלת" קמה בהתקיים שלושה תנאים **מצטברים** כדלקמן:

I. **החברה הנרכשת היא חברה כושלת מבחינה כלכלית ללא סיכויי תקומה, היא תיפלט מהשוק בעתיד הקרוב ללא אישור המיזוג, ואין בידיה אמצעי חלופי פרקטי אחר מלבד מיזוג היכול למנוע היפלטותה מהשוק.**

כאמור לעיל, נציגי ענבר העלו בפני הרשות את הטענה כי ענבר מצויה בקשיים כספיים וכי אם לא תמוזג לתוך אורלייט היא עשויה להיקלע לחדלות פירעון. בפני הרשות הוצגו נתונים חשבונאיים, חלקם מבוקרים וחלקם גולמיים. נתונים אלה לימדו לכל היותר על החמרה מסוימת במצבה הפיננסי של ענבר, אך לא עלתה מהם מסקנה ברורה וחד משמעית, לפיה ענבר היא חברה כושלת ללא סיכויי תקומה שרק מיזוג עם אורלייט יקיימה.

בהקשר זה נציין, כי בשנת 2003 רשמה ענבר רווחים וכי ההחמרה הניכרת במצבה, כמו גם חלק ניכר מהחוב הרובץ עליה, מקורם בקשיים הכספיים אליהם נקלע קיבוץ חמדיה. חלק גדול מהחוב הרובץ על ענבר מקורו בחובות קיבוץ חמדיה שהוסבו לענבר בעבר. עוד נזכיר, כי ענבר עצמה (להבדיל מהקיבוץ) אינה מצויה בהקפאת הליכים או בכינוס נכסים

<sup>33</sup> החלטת קלאבמרקט, לעיל הערה 30, עמוד 6 להחלטה.

<sup>34</sup> ראה: השמירה נוראל, לעיל הערה 30; P. Areeda & H. Hovenkamp ¶951, לעיל הערה 20.

<sup>35</sup> P. Areeda & H. Hovenkamp ¶915, לעיל הערה 20.



ואפשרויות שונות של הסדרי הבראה ושיקום לא נבחנו לגביה. דבר זה מעצים את הקושי שבאימוץ טענה ולפיה ענבר צפויה לקרוס, ללא תקנה, זולת אם יאושר המיזוג.<sup>36</sup>

## II. אין בנמצא רוכש חלופי אשר מיזוג עימו פוגעני פחות לתחרות.

בהקשר לדרישה זו הציגה ענבר בפני הרשות פניות שונות שנעשו מצד גופים שונים שהתעניינו ברכישתה. לטענתה, פניות אלה לא הבשילו לכלל הצעה רצינית לרכישת החברה, זאת משום שהרוכשים הפוטנציאליים לא מצאו בכך כדאיות או נרתעו מחובותיה של ענבר.

ברם, חלק מהפניות שהוצגו לרשות לא היו פניות עדכניות, כי אם פניות שנערכו לפני זמן רב, ובהכרח אין בהן להעיד על מצב הדברים העדכני. בבדיקת הרשות אף התברר, כי פניות אחרות שנעשו ביוזמת המציעים לא הבשילו משום שענבר ראתה עצמה מחויבת למצות תחילה את חלופת ההתקשרות עם אורלייט. בחומר שהעבירה ענבר לרשות אין ולו בדל ראיה המלמדת, כי נעשה ניסיון מלא, נמרץ ואמיתי למצות את הפניות שנעשו לרכישת החברה. יתרה מכך, אף אם היה מתברר כי הפניות שנעשו לענבר מוצו ללא הצלחה, בכך אין עדיין כדי ללמד שאין בנמצא רוכש אלטרנטיבי. בכדי לעמוד בדרישה זו צריכה ענבר עצמה לקיים מאמץ רציני וממצה לאתר בעצמה רוכשים אלטרנטיביים, תוך תיעוד מדוקדק של פעולותיה.<sup>37</sup> אציין, כי לבקשתן של החברות הסכמתי להשהות את מתן החלטתי לפרק זמן מסוים בכדי לאפשר להן לנקוט בפעולות למציאתם של רוכשים פוטנציאליים. לא כך קרה.

## III. יציאת החברה הנרכשת מהשוק ללא המיזוג צפויה להיות בעלת השפעה שווה ערך או אף בעלת השפעה גרועה יותר על התחרות בשוק.

החברות המתמזגות לא הביאו בפני טיעונים וראיות לעניין הוכחת התקיימותו של תנאי זה. לאור כשלון החברות לבסס את רכיביה האחרים של הדוקטרינה, אינני נזקקת לניתוחו של תנאי זה, בגדרי החלטה זו.

## ז. טענת היעילות

<sup>36</sup> מכאן אין ללמוד כי מקום בו החברה מצויה בהקפאת הליכים או בהליכי כינוס נכסים מתקיים בהכרח התנאי הראשון לתנאי הדוקטרינה. ראה השמירה נוראל, לעיל הערה 30, עמוד 19 – 18.

<sup>37</sup> חובת הממונה היא שלא להיחפז בהגעה למסקנה שמוצו כל האפשרויות למציאת אלטרנטיבה. כפי שהוסבר בעניין קלאבמרקט: "יש להפוך כל אבן, טרם התרת ביצועו של מיזוג שאינו הולם את טובת התחרות והציבור". החלטת קלאבמרקט, לעיל הערה 30, עמוד 6 להחלטה.

השאלה אם ניתן להכשיר מיזוג המקיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות על יסוד הגנת היעילות לא הוכרעה עדיין במשפט הישראלי.<sup>38</sup> עם זאת, קודמיי בתפקיד סברו וכמותם גם אני, כי שיקולי יעילות יכולים לבוא בגדרי הפעלת שיקול הדעת לפי פרק המיזוגים שבחוק.<sup>39</sup> ברם, נכון להבהיר כבר עתה כי בדומה למקובל בדין המשווה, גם בישראל יכולים יתרונות יעילות להישקל רק ככל שהם מבטאים הגדלה של רווחת הצרכן. יעילות לחברות המתמזגות שהצרכן אינה שותף לה אינה יכולה לתמוך באישור המיזוג.

בכדי שניתן יהיה להתיר מיזוג על בסיס היעילות הגלומה בו נדרש כי היעילות **תהא כזו אשר נובעת מהמיזוג** ולא ניתן להשיגה בדרך אחרת אשר פגיעתה בתחרות קטנה יותר. כמו כן, יש להראות כי היעילות שתושג **צפויה לעבור לצרכן** בדמות של מוצר איכותי יותר או במחיר נמוך יותר. יש לציין, כי אין די בטענות או הערכות בעלמא, על יעילות זו להיות **ניתנת לכימות ולאימות** על בסיס תשתית עובדתית וכלכלית.

נטל השכנוע הוא על כתפי הטוען להגנת היעילות ועליו להציג תשתית עובדתית וכלכלית מוצקה התומכת בהתקיימותה.

נציגי החברות המתמזגות העלו בפני את הטענה, כי המיזוג צפוי להביא להתייעלות ניכרת בפעילותה של אורלייט. ברם, לא נעשה ניסיון רציני לבסס את תנאי הגנת היעילות ולא הוצגה תשתית מקצועית על יסודה ניתן להסיק התקיימותה של הגנה זו. מן המידע המועט שהוצג בפני הרשות, דומה כי יקשה מאוד על החברות לבסס את תחולת ההגנה בעניינן. כך, בפרט בהתחשב בעוצמתם של החששות התחרותיים העולים במיזוג הנדון. כפי שמוסבר בהנחיות המיזוגים של נציבות התחרות האירופית (ההדגשה הוספה):

"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 realized and passed on, to a sufficient degree, to the consumer. **It is highly unlikely that a merger leading to a market position approaching that of a monopoly...can be declared compatible with the common market on the ground that efficiency gains would be sufficient to counteract its potential anti- competitive effects.**"

<sup>38</sup> ראה ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ פ"ד נב(5) 213, סעיף 18 לפסה"ד של הנשיא ברק. ראה גם **ערר פוד קלאב**, לעיל הערה 3.

<sup>39</sup> להרחבה בסוגיית ההכרה בטענת היעילות, ראה **פרק ד' לנימוקים להתנגדות למיזוג בין הריבוע הכחול ישראל בע"מ ובין ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ**, 2001 הגבלים עסקיים, 3012217. ראה גם **נימוקים להתנגדות למיזוג יהודה פלדות בע"מ, מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ (בפירוק)**, 2003 הגבלים עסקיים, 3016418.

## ח. סוף דבר

בחינת המיזוג בין אורלייט וענבר מעלה, כי מדובר במקרה מובהק של מיזוג המקיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. בספקטרום ההשפעות האפשריות של מיזוג על התחרות מצוי המיזוג הנדון בנקודת קצה וגלומות בו השפעות קשות ביותר על התחרות בשוק הארונות הגדולים מפוליאסטר משוריין.

למול החשש המוצק לפגיעה משמעותית בתחרות, לא שוכנעתי מטענות החברות המתמזגות, כי מתקיימים התנאים להחלת דוקטרינת החברה הכושלת במקרה דנן.

נוכח כל זאת, מצווה אני על פי הדין להתנגד למיזוג, וכך עשיתי.

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

רונית קן

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, י"ח בחשון, תשס"ז

9 בנובמבר 2006