



## רשות ההגבלים העסקיים

### עסקת מיזוג בין החברות תנובה ואסם השקעות בע"מ: אישור מיזוג בתנאים

#### א. הקדמה

מיזוג החברות נשוא החלטה זו עניינו מיזם משותף של תנובה ואסם לייצור גלידה. מיזוג זה עתיד לשנות את פני הענף ואת אורחותיו. ענף הגלידה בישראל מאופיין בתחרות מועטה יחסית וריכוזיות גבוהה. הגורם הדומיננטי בענף היא חברת שטראוס-יוניליבר שחלקה מגיע כדי מחציתו, אם לא למעלה מכך. לצידה של חברת שטראוס, פועלים מפעלי הגלידה של תנובה (טנא נוגה ו-סנוקרסט) שחלקם מגיע כדי רבע, והרבע הנותר נחלק בין קומץ יצרנים קטנים יחסית, כמו קולורדו, ריאו ופלדמן.

עתה מבקשות החברות אסם השקעות בע"מ (להלן: "אסם") ותנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (להלן: "תנובה") להקים תאגיד משותף לשתייהן אשר ירכוש מתנובה את מלוא הציוד והפעילות העסקית של מפעלי הגלידה. מכאן, בקשת הצדדים לאישור עסקת מיזוג, בהתאם לסעיף 17 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן: "חוק ההגבלים").

לאחר שנטלנו את עצת הוועדה המייעצת לענייני מיזוגים, ולאחר שלבקשתנו השלימו החברות מידע שנדרש לצורך ליבון בקשת המיזוג, ולאחר שהפכנו ודרשנו בעניין, הגענו לכלל מסקנה כי ראוי לאשר את המיזוג בכפוף לתנאים שיפורטו להלן. נתאר בקצרה את ענף הגלידה, את מבנה עסקת המיזוג, נעמוד על זהות הצדדים לה, ונסיים בהצגת השיקולים העומדים ביסוד אישור העסקה בכפוף לתנאים שיפורטו.

## ב. הצדדים למיזוג

### אסם השקעות

1. אסם השקעות בע"מ עומדת בראש קבוצת אסם, המתארת את עצמה, ובצדק, "כנמנית עם יצרני ומשווקי המזון הגדולים בישראל".<sup>1</sup> הקבוצה פועלת בעיקר בתחומי החטיפים, מרקים, מוצרי מאפה, פסטה, רטבים, מיצים ותרכיזים, אבקות מתוקות, ממתקים, קפה ושימורים. הקבוצה מייצרת למעלה מ- 1,000 פריטי מזון שונים, המיוצרים בעשרה אתרי ייצור הפזורים ברחבי הארץ והמשווקים באמצעות מרכזי הפצה של אסם.

2. בעת האחרונה, מתוך מטרה להרחיב את הפעילות בענף המזון נכנסה אסם לתחום הייצור והשיווק של מוצרי מזון קפואים. בשלהי שנת 1994 נרכשה מלוא השליטה והבעלות בחב' מילי מזון איכות בע"מ, יצרנית מעדני בשר ושניצלים קפואים, תמורת השקעה בהון והלוואת בעלים בסך כולל של 8,750 אלף דולר.<sup>2</sup> בתחילת שנת 1995 נרכשה מחצית מהשליטה בחב' טבעול (1993) בע"מ, יצרנית מזון קפוא מן הצומח על בסיס חלבון צמחי, תמורת השקעה בהון והלוואות בעלים. במסגרת זו הועברה הבעלות על מילי לטבעול וכן נרכשו הפעילות והמוניטין של טבעול מקיבוץ לוחמי הגטאות תמורת סך של כ- 8,324 אלפי דולר.

3. בהמשך לכניסתה לתחום המוצרים הקפואים, ייסדה אסם את חב' פרוסטיב בע"מ. חברה זו הקימה רשת שיווק והפצה למוצרים קפואים, המפיצה בעיקר את מוצרי מילי וטבעול. 26% ממניות פרוסטיב הונפקו לחברת קירור ואספקה דרך חברת תפוד, יצרנית תפוחי אדמה קפואים. בנוסף לכך, חב' פרוסטיב היא בעלת הזיכיון להפצת גלידות האגן דאז בישראל.

4. עוד שינוי כביר שעבר לא מכבר על אסם, ואליו עוד נייחד דברינו בהמשך, עניינו בתהליך מיזוגה עם החברה הרב-לאומית Societe Des Produits Nestle S.A. (להלן: "נסטלה"), שמרכז עסקיה בשוויצריה ועסקיה חובקים עולם ומלואו. במהלך החודשים יולי - אוגוסט 1995 נחתמו מספר הסכמים בין אסם לבין נסטלה לפיהם הוענקה לאסם הזכות לשווק ולהפיץ את מוצרי נסטלה בישראל. עוד הקנתה נסטלה לאסם, תמורת תמלוגים, רשיון לשימוש בידע ובטכנולוגיה של נסטלה לייצור מוצרי מזון.

<sup>1</sup> ראה: אסם השקעות בע"מ - דוחות כספיים ליום 31 בדצמבר 1995 עמ' א' (29 במרץ 1996).

<sup>2</sup> ראה: תיק מיזוג 292/94 מילי מזון איכות בע"מ וטבעול מזון מן הצומח (מרשם המיזוגים, ט"ו בשבט תשנ"ה, 16.1.1995).

5. לצד הסכמים אלה, ביום 18 ביולי 1995 הקנתה אסם לנסטלה כתבי אופציות שיקנו לאחרונה, במקרה של מימוש, 10% מהון מניות אסם.<sup>3</sup> ואכן, זה לא מכבר, ביום 18 ביולי 1996, מימשה נסטלה את האופציות שעמדו לזכותה. במקביל, רכשה נסטלה מניות אסם נוספות, כך שאחזקותיה מגיעות עתה ל - 39.66% מהון מניות אסם. נסטלה היא בעלת המניות הגדולה באסם, וככזו היא מיוצגת במועצת המנהלים של אסם על ידי 7 נציגים מתוך סך של 13 חברי דירקטוריון.

נציג אפוא, בקליפת אגוז, קווים לדמותה של נסטלה, כאשר בהמשך עוד נתייחס לסוגיית מעמדה ביחס לעסקת מיזוג זו ובכלל.

### נסטלה

6. נסטלה הינה חברת המזון המדורגת כגדולה בעולם. ניתן לאתר את שורשי נסטלה כבר בשנת 1867 עת הוקם בצ'אם שבשווייצריה מפעל לחלב משומר. מפעל זה מוזג בשנת 1905 עם מפעל נסטלה. תחילת המפעל בייצור המוצר החדשני דאז, תחליף חלב אם לתינוקות, תוך שבמרוצת השנים הלכו ונוספו מוצרי מזון מגוונים. כיום, עומד מחזור מכירותיה השנתי של נסטלה על 50 מיליארד דולר, כשמחזור זה מופק מתפוקתם של כ- 500 מפעלים הפזורים ב- 74 מדינות. התפלגות מחזור המכירות של נסטלה בתחומי ענף המזון הינה: משקאות (לרבות קפה) (28.7%), מוצרי חלב, מוצרי דיאטה וגלידות (27%), ארוחות מוכנות ופעילויות דומות (25.9%), שוקולד וממתקים (14.6%) ותרופות ופרמצבטיקה (3.8%).

7. לנסטלה מותג עולמי מוביל בשוק הקפה, הרי זה המותג המוכר של Nescafe (יותר מ- 3,000 ספלי קפה נלגמים מדי שניה). לחברה גם מעמד נכבד בתחום המים המינרליים, בזכות רשימה של שמות מותג חזקים, הידועים באירופה בתור Vittel, Contrex, Perrier, Valvert, Fuerst Bismarck ו- Vera, ובארה"ב: Ozarka ו- Arrowhead, Poland Spring.

8. בנוסף, נסטלה הינה יצרנית מובילה במשקאות על בסיס שוקולד ובמשקאות לתה. תחום המשקאות בנסטלה אף כולל: קפה קלוי, מיצי פירות ומשקאות מוכנים של החברה (Nestea ו- Nescafe) הנמכרים במגוון אריזות וטעמים, כחלק מסל המשקאות המשווק על ידי חב' קוקה קולה.

9. הקבוצה נחשבת כמובילה בעולם גם בתחום השוקולד והממתקים, וגם בתחום מוצרי חלב משומר, חלב מרוכז ואבקת חלב. ניסיונה בתחום זה הביאה לייצר מגוון רחב של מוצרי חלב, לרבות יוגורטים, מעדני חלב וגבינות. למשל, אשתקד רכשה נסטלה רבע ממניות Miss Dairy, המחלבה המובילה בשוק התורכי, תוך נטילת אופציה לרכישת השליטה במחלבה.

<sup>3</sup> ראה: אסם השקעות בע"מ - דו"ח מיידי על פי תקנות ניירות ערך (19 ביולי 1995).

10. מוצרים נוספים המיוצרים על ידי נסטלה הנם: מוצרי מזון לתינוקות, חלב תינוקות; מוצרים קפואים (בעיקר ארוחות מוכנות); מרקס; רטבים; אטריות; פיצות; מזון לכלבים ולחתולים; ומוצרים רפואיים (משנת 1977).

11. בתחום הגלידה, נסטלה היא החברה השניה בגודלה בעולם, לאחר חב' יוניליבר.<sup>4</sup> הידע הטכנולוגי והשיווקי הקשור לגלידות מתרכז במפעלי נסטלה הפזורים בעולם ומתמחים בייצור גלידות. המותגים המובילים של נסטלה בתחום זה כוללים את Extreme באירופה, Kit-Kat בבריטניה, La Cremeria ו-Mastellino באיטליה, Merenda בספרד, וכן שלגון הפירות Fruit Pastil-Lolly. במסגרת התרחבותה הבי"ל בתחום הגלידה, כמו בתחומים אחרים, נוהגת נסטלה לרכוש מפעל גלידה מקומי, בדרך כלל המוביל בענף, ולהסב אותו למערך נסטלה העולמי.<sup>5</sup> כך, רכשה נסטלה את מפעל הגלידות האוסטרי Pacific Dunlop, מפעל הגלידות האוסטרלי Peter's, מפעל הגלידות התאילנדי Ducky, מפעל הגלידות הסיני בפרובינציית Guangzhou ואת מפעל הגלידות המצרי Dolce.

### תנובה

12. תנובה הינה אגודה שיתופית שנוסדה בשנת 1929 ומאגדת בתוכה את מירב הקיבוצים, המושבים והמושבים השיתופיים בישראל. תנובה היא המשווק הוותיק והמאורגן של כל התוצרת החקלאית, למעט תוצרתן של התאחדות האיכרים והאיחוד החקלאי. תחום פעילותה העיקרי של תנובה הינו שיווק התוצרת החקלאית של חבריה, אשר הם מצדם מחויבים בהתאם לתקנון תנובה לשווק תוצרתם דרכה. מחזור מכירותיה השנתי של תנובה, לפי הערכות, עולה על מיליארד וחצי דולר.

13. הפעילות התעשייתית של תנובה, בעיקר בענף החלב, מנוהלת החל משנת 1978 במסגרת אגודה נפרדת - תעשיית מזון תנובה (להלן: "תעמ"ת"), שהיא בבחינת אגודה אחות לתנובה המרכזת את הפעילות התעשייתית של תנובה, כאשר האחרונה משווקת כ- 85% מתוצרת תעמ"ת.

14. פעילותה של תנובה חובקת את סל המזונות כולו ומהווה נתח משמעותי ודומיננטי של רבים ממרכיביו. תנובה היא מונופולין מוכרז בתחום החלב ומוצריו; היא קולטת כ- 95% מתוצרת

<sup>4</sup> יוניליבר היא חברה אנגלו-הולנדית, הפועלת בתחום חומרי הניקוי, סבונים, תכשירים לטיפול העור, תה, מרגרינה וגלידה. מחזור מכירותיה לשנה עולה על 40 מיליארד דולר.

<sup>5</sup> ראה: Condensed Description of Nestle's Activities שהומצא כחלק מהודעת המיזוג, שם מצוין בעמוד 4 כי "In Ice Cream, the group continued to expand and strengthen its presence throughout the world, combining internal growth with acquisitions".

החלב הגולמי בישראל, והיא מעבדת ומשווקת למעלה משני שליש מכמות החלב המעובד ומוצריה. לתנובה חלק משמעותי בהפצת פירות, ירקות, בשר קפוא, פטס, הודו, דגים קפואים ודגים טריים. תעשיות הגלידה של תנובה - סנוקרט וטנא נוגה - מהוות חלק ממערך תנובה הכולל, אולם לכל אחד ממפעלי הגלידה מערך הפצה עצמאי משלו.<sup>6</sup> אכן, לצורך ענייני חוק ההגבלים העסקיים, יש לראות את מערך תנובה כולו, על זרועותיו השונות, כישות אחת רבת פנים, שכן כדברי בית הדין להגבלים עסקיים:

נאמר בקצרה כי מקובלת עלינו טענת הממונה כי מבחינה כלכלית יש לראות את תנובה על כל זרועותיה המשפטיות, ובכלל זה תעמ"ת, כיחידה כלכלית אחת לצורך דיני ההגבלים העסקיים .... כן מקובלת עלינו טענה נוספת שהועלתה, כי עצמתה השיווקית של תנובה, ובכלל זה מערך ההפצה שהיא מציעה ללקוחותיה, היא ראשונה במעלה במשק הישראלי ואין משווק בעל חוסן פיננסי כמו תנובה. דברי הממונה בדבר עוצמה קונגלומרטית של "תנובה" בכל עסקיה, מקובלים עלינו.<sup>7</sup>

ומכאן, לתיאור העסקה העומדת ביסוד הודעת המיזוג, נקבע עמדה מנומקת בשאלת זהותם של הצדדים הנכונים לעסקת המיזוג, ולאחר מכן נפנה לניתוח השפעת העסקה על התחרות.

## ג. העסקה

15. אסם ותנובה יקימו תאגיד חדש, בהשקעה משותפת של אסם (51%) ושל תנובה (49%) אשר ירכוש מתנובה, תמורת 27 מיליון דולר, את הציוד והפעילות של מפעלי הגלידה שלה. במקביל, מתחייבות אסם ותנובה להעמיד לרשות השותפות הלוואות בעלים בסך כולל של 29 מיליון דולר. התאגיד החדש יעסוק בלעדית בייצור, שיווק והפצה של מוצרי גלידה לצד מחקר ופיתוח של מוצרים חדשים. מוצרי הגלידה יכללו את המגוון כולו, לרבות חבילות, שלגונים וחיטיפי גלידה. אסם ותנובה לא יעסקו בתחום הגלידה אלא באמצעות התאגיד המשותף.

16. לבושו הפורמאלי של המיזם המשותף בהקמת מסגרת של שותפות מוגבלת. בשותפות זו יהיו אסם ותנובה השותפים המוגבלים, וחברה בע"מ שאסם ותנובה יהיו בעלי מניותיה, תהיה השותף הכללי. השותפות תנוהל על ידי השותף הכללי, דהיינו על ידי החברה בע"מ. בדירקטוריון החברה יכהנו 6 דירקטורים. תנובה ואסם תהיינה רשאיות, כל אחת, למנות 3 דירקטורים לדירקטוריון החברה. החלטות דירקטוריון החברה יתקבלו ברוב קולות, כאשר במקרה של שוויון קולות, תהא לאחד הדירקטורים שמונו על ידי אסם, זכות לדעה מכרעת.

17. הצדדים מתנים בדבר אפשרות פירוק השותפות החל משנת 2001 ובדבר מתן זכות קדימה לאחד השותפים במקרה של מכירת אחזקות על ידי השותף האחר. השותפות תנהל מערכת

<sup>6</sup> ראה לשם הרחבה לתיאור תנובה: החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בבקשת מיזוג: רכישת עוף הנגב על ידי תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית (6.7.94), ההגבלים העסקיים, כרך א', עמ' 249, 255 (הוצאת ועד מחוז תל-אביב, תשנ"ה - 1994).

<sup>7</sup> ראה: ערר מס' 2/94 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, ההגבלים העסקיים, כרך ב', עמ' 159, 179 (הוצאת ועד מחוז תל-אביב, תשנ"ו - 1996) (פסק הדין הפך את החלטת הממונה לעיל, להתנגד לעריכת המיזוג בעניין עוף הנגב, והתיר את המיזוג. כנגד פסק הדין תלוי ועומד ערעור לבית המשפט העליון).

כספית וחשבונאית נפרדת ועצמאית מזו של החברות המייסדות. החברה והשותפות יירשמו כעוסק מורשה עצמאי ונפרד מאסם או מתנובה.

18. עוד צופים הצדדים לעסקה אפשרות להתרחבות המיזם המשותף לתחומים נוספים, תוך שמוסכם עליהם כי "השותפות המוגבלת תעסוק בפיתוח, יצור, שיווק והפצה של מוצרי הגלידה וכן בכל תחום פעילות אחר עליו יסכימו אסם ותנובה מעת לעת, מראש ובכתב"; סעי' 5.2 לחוזה מייסדים.

19. תנאי נקבע לביצוע העסקה כולה, והוא שעד יום 1.1.97 ייחתם חוזה שיתוף פעולה עם נסטלה, לפיו תעמיד האחרונה לרשות השותפות סיוע טכני וטכנולוגי, בידע, כוח אדם וייעוץ, וכן רשיון לשימוש במותגים ובסימנים מסחריים של נסטלה בתחום הגלידות. אסם מצידה מתחייבת כי תעשה כמיטב יכולתה לגרום לחתימת הסכם כאמור; סעי' 9.6 להסכם המייסדים.

20. השותפות תרכוש מתנובה את החלב הדרוש לצורך ייצור מוצרי הגלידה במחירי שוק תחרותיים ובתנאים המקובלים בשוק. השותפות תהיה רשאית לרכוש חלב גם ממקורות אחרים, אם איכות החלב ו/או אספקת החלב על ידי תנובה תהיה לקוייה ו/או שלא תהיה במחיר תחרותי.

21. אין חולק על כך כי העסקה דנן מהווה מיזוג חברות, כמשמעות הדיבור בחוק ההגבלים העסקיים, הן משום שהתאגיד החדש רוכש את מלוא נכסי מפעלי הגלידה של תנובה והן משום שהתאגיד החדש מקצה לכל צד כמחצית ממניותיו. אמנם, המיזם המשותף מהווה גם "הסדר כובל", כמשמעות הדיבור בחוק ההגבלים העסקיים, שכן תנובה ואסם מתחייבות הדדית לא לעסוק בתחום הגלידה אלא באמצעות התאגיד המשותף, אך מרכיב זה של המיזם נבלע במסגרת אישור המיזוג כולו.<sup>8</sup>

#### ד. ענף הגלידה

22. כמותית, מוערך כלל שוק הגלידה בישראל ככולל 40 עד 45 אלף טון. כספית, מוערך תחום הגלידה כמגיע כדי 550 מליון ש"ח. התחום עצמו מכיל בקרבו מספר ענפי משנה, חלקם

<sup>8</sup> השווה: *United States v. Penn-Olin Co.*, 378 U.S. 158, 168-9 (1964), שם מציין בית המשפט כי "Certainly the formation of a joint venture and purchase by the organizers of its stock would substantially lessen competition - indeed foreclose it - as between them, both being engaged in commerce.... Realistically, the parents would not compete with their progeny.... If the parent companies are in competition, or might compete absent the joint venture, it may be assumed that neither will compete with the progeny in its line of commerce."

קשורים זה בזה,<sup>9</sup> כשהעיקריים שבהם הם אריזות מוסדיות לבתי אוכל וגלידריות (כ- 1/6 מהשוק), חבילות גלידה הנרכשות לצריכה ביתית במועד מאוחר למועד הקניה (למעלה מ- 1/4), שלגונים וחטיפי גלידה לצריכה במועד הרכישה (למטה מ- 2/3). מבחינת החלוקה לפי מקום רכישת המוצרים, ההערכה היא כי למעלה מ- 1/3 מן המכירות מתבצעות בנקודות קרות - מזנונים וקיוסקים, למעלה מ- 1/4 מתבצעות במכולות ומינימרקטים, כ- 1/5 מתבצעות ברשתות שיווק וכ- 1/6 מתבצעות בדרך של אספקה לקונים מוסדיים.

23. מערך שיווק הגלידה אצל כל הגורמים הפועלים בענף נפרד משאר מערכי השיווק שהם מקיימים בתחום המזון (במידה שהם מקיימים כאלה). היקף נקודות המכירה הקמעונאיות לגלידה, לפי הערכה, עולה על 20,000 נקודות מכירה, המכילות למעלה מ- 30,000 מקררים (יש נקודות המצוידות ביותר ממקרר אחד).

24. עד לא מכבר היה שוק הגלידה כולו על טהרת הייצור המקומי, אך בעקבות חשיפת התחום ליבוא אפקטיבי נמצא היבוא במגמת עלייה. התפתחות זו הביאה לחדירתם של מותגי גלידה בינלאומיים מובילים, דוגמת בן אנד ג'ריס, האגן-דאז ומרס. לעתים תיובא הגלידה ישירות ממדינות הים, ולעתים היא תיוצר בארץ מכוח הסכמי ידע ומותג. מוצרים המיובאים מהקהילה האירופית ומארה"ב פטורים מתשלום מכס. מוצרים המיובאים מארצות אחרות מחויבים בתשלום מכס בשיעור של 17% מן הערך הכספי של הגלידה המיובאת. היקף היבוא בשנה החולפת התקרב כדי עשירית מהתחום.

25. משהחל היבוא נזעקו היצרנים המקומיים וביקשו הטלת היטל בטחה מטעמי הגנה על תוצרת הארץ. בקשתם נענתה בחיוב ובדמות היטל בסכום קבוע לק"ג, בהתאם לאחוז השומן בגלידה. עת הוטל ההיטל בשלהי שנת 1994 עמד ההיטל על סך של 73 סנט לקילו, כאשר כיום הוא עדיין עומד בשיעור של 55 סנט לקילו.

26. בשים לב לריכוזיות הייצור המקומי, ההגנה הטבעית ממנה נהנים היצרנים, היתרון לגודל במערך שיווק של מוצרים קפואים, מאפייני הביקוש המקומי ורמת המחירים הגבוהה יחסית,

<sup>9</sup> שאלת השווקים הרלבנטיים, כמו גם נוהגי השיווק בענף והסדרי הבלעדיות לסוגיהם, מעוררים שאלות מורכבות, אך אין מקום עתה להידרש להן לצורך הדיון בבקשת המיזוג שבנדון; השווה:

; Commission Decision of 23 December 1992 against Langnese-Iglo GmbH O.J. No L 183/19 (26.7.93)  
Mars GmbH v. Scholler Lebensmittel GmbH, C.M.L.R. January 1994 (European Court of First Instance)  
Ice Cream, A report on the supply in the U.K. of ice cream for immediate consumption, ; Monopolies and Mergers Commission (March 1994)

והשווה:

A. Robertson & M. Williams, An Ice Cream War: The Law and Economics of Freezer Exclusivity I  
 .16 European Competition Law Review 7 (January/February 1995)

הדעת נותנת כי פגיעתו של היטל בטחה זה רעה היא. חזקה על הגורמים המוסמכים במשרד התעשייה והמסחר שישבו ויעיינו ביקורתית בהמשך הצידוק לקיומו של היטל בטחה זה, ויבטלוהו, או למצער, יצמצמו שיעורו.

27. אם נתבונן על החברות המתמודדות בזירת הגלידה נמצא כי זה מכבר כבשה לעצמה שטראוס את המעמד המוביל בתחום, כאשר לפי הערכות היא שולטת על למעלה ממחצית השוק. שטראוס פועלת בתחום הגלידות באמצעות גלידת שטראוס בע"מ, כשהבעלות על מחצית ממניותיה מצויה בבעלות חברת הגלידה המובילה בעולם - יוניליבר (Unilever).<sup>10</sup> תנובה הפועלת בתחום הגלידה באמצעות החברות טנא נוגה וסנוקרסט היא היצרן השני בגודלו, כאשר נתח שוק הגלידה הנשלט על ידה מסתכם אך בכמחצית מגודלה של שטראוס, דהיינו כרבע מהשוק כולו. לצד שתי החברות הדומיננטיות פועלים מספר יצרנים ויבואנים, שחלקם המצרפי מסתכם בכרבע מן השוק, כאשר לכל יצרן יש נתח שוק בטל בשישים. יצרנים אלה כוללים יצרנים כמו פלדמן, גלידות קולורדו, ריאו נתניה, גלידה באר שבע, גלידה חרמון, אסקימה בע"מ, החברה האמריקאית לייצור גלידות, סקופס גלידה ו - בן אנד ג'ריס או יבואן כמו האגן דאס. בניטרול משקלה של הגלידה היוקרתית (super premium) מסך מכירות הגלידה, נמצא כי משקלן של שתי החברות המובילות עולה על שלושה רבעים, כאשר ברשתות השיווק המובילות נמכרות, למעשה, כמעט רק הגלידות של שטראוס ותנובה.

28. ברמה הבסיסית, חומרי הגלם העיקריים הנחוצים לייצור מוצרי גלידה הם אבקת חלב וחמאה. תשומות אלו מיוצרות מעודפי חלב גולמי ונמכרות בלעדית על ידי המועצה לענף החלב בישראל. עקרונית, עומד בתוקפו איסור ייבוא של תשומות אלה (שמחירם הבי"ל נופל משמעותית מן המחיר המקומי). המייצר גלידה יידרש גם לחלב גולמי, תמציות, רכזים, פירות (לייצור שרביטים), מיץ וסירופ (לייצור קרחונים) וחומרי אריזה.

## ה. נסטלה היא בבחינת "צד נכון" למיזוג

29. בטרם אפנה לדון בניתוח השפעותיה האפשריות של עסקת המיזוג אדרש לטענה שהושמעה על ידי אסם והמתמקדת במשמעות הנודעת לעובדה כי נסטלה היא בבחינת חברה נוכרית. לפי הנתען, אילו היתה נסטלה לבדה צד למיזוג עם תנובה, כי אז לא היה מתעורר כלל הצורך בקבלת אישור הממונה. העדר הצורך באישור מוסבר בכך שאחד הצדדים לו אינו בבחינת "חברה" שנוסדה ונרשמה לפי פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג - 1983, ועל כן לא חלות על עסקה כזו הוראות הפקוח על מיזוגים. בהתבסס על הנחה זו, מוסיפה אסם וטוענת כי אם ממילא ניתן היה לממש את העסקה מבלי שהיא תידרש לעבור בפריזמת מערך הפקוח על ההגבלים העסקיים, ובלבד שתבוצע על ידי נסטלה-שוויץ ללא שיתופה של החברה הישראלית

<sup>10</sup> ראה: החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים, מיזוג חברות: קבוצת שטראוס - עלית תעשיות בע"מ (טרם פורסם, כ"ז אדר תשנ"ו - 18 במרץ 1996).



אסם, כי אז מה הועילו חכמים בתקנתם שהתנגדות הממונה למיזוג שכזה (או אישורו בתנאים) משמעותה אך זאת שחברה ישראלית יגרע חלקה מעסקה העתידה להתבצע ממילא. ולא היא! משרכשה נסטלה שוויץ יותר מרבע ממניות אסם, הפכה אסם ל"צד נכון" לכל עסקה שמבצעת נסטלה, ולהפך.<sup>11</sup> אבאר את הדברים שחשיבותם חורגת מ-ד' אמותיה של עסקה זו למצבים דומים שבהם שולט או משפיע תאגיד זר על חברה מקומית והוא מבקש לרכוש שליטה או השפעה על חברה מקומית נוספת.

30. משטר פיקוח על הגבלים עסקיים נדרש להתמודד עם מגוון צורות של הסדרים בין בני אדם המנהלים עסקים והעשויים להשפיע על התחרות, לרבות מיזוגי חברות.<sup>12</sup> חוק ההגבלים העסקיים קובע מנגנון פקוח מוקדם על ביצוע עסקאות מיזוג תוך הטלת החובה ליתן מראש הודעת מיזוג לממונה על ההגבלים העסקיים שיבחן השפעת כל עסקה ועסקה על התחרות.<sup>13</sup> ברי כי קשת מצבי האיחוד והחיבור היא מגוונת. המפתח ימצא תמיד סביב שאלת השליטה או ההשפעה על החברה נשוא הבדיקה.<sup>14</sup>

31. מבנה הפיקוח על מיזוגי חברות המפורט בחוק ההגבלים העסקיים הוא דו-שלבי: שלב הפיקוח הראשון הוא שלב סינון וזיקוק מתוך כלל העסקאות את אותן עסקאות לגביהן תחול חובת מתן הודעת מיזוג. החוק קובע כי עסקה העונה על שני תנאי סף יחולו עליה הוראות פרק ג' לחוק (העוסק בפיקוח על מיזוגי חברות), ועריכתה טעונה הודעה מוקדמת לממונה וקבלת אישורו. שלב הפיקוח השני הוא השלב הערכי - החוק קובע כי עסקה אשר מתקיימים בה שני תנאי הסף תבחן ותאושר אם ורק אם אין בה כדי לפגוע משמעותית בערכים עליהם מבקש להגן חוק ההגבלים.<sup>15</sup> כמוכן, הערכת ההשפעה על התחרות, תחייב שרטוט מעגל החברות הלוקחות חלק במיזוג. מכאן, גם דרישת סעי' 20 לחוק ההגבלים העסקיים ותקנה 3 לתקנות ההגבלים העסקיים (מרשם, הודעת מיזוג, הודעות הממונה וכו'), התשמ"ט - 1989 כי חברה

<sup>11</sup> טענה מסונפת לטענה זו הועלתה על ידי אסם והיא כי קודם לרכישת דבוקת השליטה באסם על ידי נסטלה נשקלה על ידי מנהלי אסם ונסטלה העסקה עם תנובה; אילו ידעו כי הממונה עתיד לשלול את ביצוע העסקה עם תנובה, כי אז היו מנהלי נסטלה מקדימים את העסקה עם תנובה בתחום הגלילה ורק אח"כ פונים לרכישת מניות אסם, וכך היתה מתעכבת השקעה זרה וחשובה למשק. טענה זו לאיו טענה היא, שהרי אילו ביצעה נסטלה קודם את עסקת תנובה, היתה היא הופכת בכך לחברה הכפופה למערך הפקוח הישראלי על ההגבלים העסקיים, ועסקת רכישת מניות אסם היתה צריכה אף היא לעבור את מבחני חוק ההגבלים העסקיים.

<sup>12</sup> ראה: Butterworths Competition Law, Vol. 2, Pa VII/1 (Issue 21 - July 1996) המציין כי "In any developed competition law regime, the relevant authorities must be able to ensure that merger activity does not distort competition ...".

<sup>13</sup> השווה, הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד - 1983, הצ"ח 1647 (א' כסלו התשמ"ד, 7.11.1983) ("הפרק החדש העוסק במיזוגי חברות מאפשר פיקוח בשלב שלפני ביצוע המיזוג על אותם מיזוגים שהשפעתם על התחרות במשק עלולה להיות משמעותית.... במשק הישראלי מסתמן תהליך של גידול בריכוזיות עקב מיזוגים ... ואולם רצוי יותר להפעיל את הפיקוח בשלב מוקדם דהיינו בתהליך ההיווצרות של ריכוז הכוח הכלכלי. המיזוג הוא תהליך מורכב, והשבת המצב לקדמותו לאחר שבוצע היא מסובכת ויקרה, ולכן רצוי להפעיל את הפיקוח מראש").

<sup>14</sup> השווה: Rochester Telephone Corp. v. United States 307 U.S. 125, 139-40 (1939) שם מתייחס ביה"מ העליון של ארה"ב למושג "שליטה" כאל "practical concept ... to be determined by a regard for the actualities of intercorporate relationships .... to encompass every type of control in fact."

<sup>15</sup> ראה: נ' זקלר, הפיקוח על המיזוגים - היעדים ודרך השגתם, 114 רבעון לבנקאות עמ' 87, 88.

המוסרת הודעת מיזוג תפרט את חברות האם וחברות הבת שלה.

32. סעיף 1 לחוק ההגבלים מגדיר מיזוג חברות כדלקמן:

**"מיזוג חברות" - לרבות רכישת עיקר נכסי חברה בידי חברה אחרת או רכישת מניות בחברה בידי חברה אחרת המקנות לחברה הרוכשת יותר מרבע מהערך הנקוב של הון המניות המוצא, או מכח ההצבעה או מהכוח למנות יותר מרבע מהדירקטורים או השתתפות ביותר מרבע ברווחי החברה; הרכישה יכול שתהא במישרין או בעקיפין או באמצעות זכויות המוקנות בחוזה;".**  
**"חברה" - חברה שנוסדה לפי פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג - 1983, לרבות חברת חוץ שנרשמה כאמור....**

מה דינה איפה של חברת חוץ שלא נרשמה כחברה ישראלית (נסטלה), השולטת יחד עם אחרים על חברה ישראלית (אסס) והמבקשת לרכוש את מניותיה או פעילותה של חברה ישראלית נוספת (מחצית ממפעלי הגלידה של תנובה)?

33. פשיטא, לאחר שרכשה החברה הזרה חברה ישראלית, רואים את החברה הזרה, לצורך המוגבל של דיני הפיקוח על מיזוגי חברות בישראל, בעקיפין, כחברה ישראלית. אם תבקש החברה הזרה לרכוש חברה מקומית נוספת, תהא העסקה כפופה תמיד למנגנון מתן הודעת מיזוג (ובהתקיים שאר התנאים), וזאת בין אם העסקה תבוצע ישירות באמצעות החברה המקומית או בעקיפין באמצעות חברת האם הזרה. מה לי אם תשלוט החברה הזרה בחברה המקומית שתשלוט בחברה מקומית אחרת (חברות בת), מה לי אם תשלוט החברה הזרה בחברה מקומית אחת ולאחר מכן תשלוט בחברה מקומית אחרת (חברות אחיות). אחת היא התוצאה: שליטה או השפעה של החברה הזרה בשתי החברות המקומיות, ובעינו עומד הצורך לבחון השפעותיו התחרותיות של חיבור השליטה על שתי החברות המקומיות. גישה אחרת, למעשה היתה מתעלמת מהמציאות כהווייתה, מקנה יתרון בלתי מוצדק לחברה זרה בבואה לערוך עסקאות מיזוג בשוק המקומי ופוערת פרצה רחבה בכל מערך הפיקוח על מיזוגי חברות.<sup>16</sup>

34. מסקנה פרשנית זו נגזרת בהכרח מתכליתו של החוק להביא לבחינת כלל הפעולות העסקיות המובילות בדרך אורגנית לאיחוד הליכי קבלת החלטות של שני תאגידים או יותר.<sup>17</sup> שעה שנערך איחוד למעשה של תהליך קבלת החלטות של שתי חברות, מתעורר הצורך בהגשת

<sup>16</sup> השווה: P. Blumberg, *The Multinational Challenge to Corporation Law* 192 (1992), המציין כי "Extraterritorial application of national law is an inevitable response to the problems presented by world business. It has occurred in a wide range of areas, including antitrust and restrictive trade practices, securities, and tax laws...It is a phenomenon that is occurring across the world in nations in which components of multinational groups conduct business."

<sup>17</sup> ראה ביתר פירוט: מימוש אופציות למניות כור תעשיות בע"מ ע"י קבוצת בנק הפועלים מהווה עיסקת מיזוג חברות, הודעת הממונה על ההגבלים העסקיים לפי סעי' 43 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (טרם פורסם, מרשם המיזוגים, ל' חשון תשנ"ז - 12 בנובמבר 1996).

הודעת מיזוג, כשלב מקדים לבחינת השפעתו של האיחוד המתבקש על התחרות בענף.<sup>18</sup> עמדה על כך הועדה שהכינה את "דו"ח הועדה למיזוגים וקונגלומרטים", שעבודתה שימשה כחומר רקע להכנת הצעת החוק בנושא הפקוח על מיזוגי חברות:

המינוח מיזוג (merger) מתאר איחוד יציב בין שני גופים או יותר, אשר קודם לכן פעלו כגופים נפרדים. פנים רבות למיזוג ולדרכי יצירתו וחוקים שונים קובעים את מושגי השליטה והמיזוג בצורות שונות.... מאחר ומיזוג דה-פקטו יכול שיעשה במספר רב של דרכים, הרי לצורך הנושא הנדון, אין כל חשיבות אם הגופים המתמזגים ממשיכים להתקיים בנפרד מבחינה משפטית או חדלו להתקיים. המיזוג לצורך הנושא הנדון בדו"ח זה חייב להיות מוגדר בצורה רחבה כאשר מגמת ההגדרה היא לבחון אם בעקבות הפעולות שננקטו נוצרו מאפיינים של מיזוג לצורותיו השונות....<sup>19</sup>

35. הגדרת "מיזוג חברות" פותחת בביטוי "לרבות" ללמדך כי המחוקק בא להרחיב את המשמעות המקובלת של הביטוי אליו מתייחס המונח.<sup>20</sup> עמד על כך בית הדין להגבלים עסקיים, בראשות השופטת מ' נאור, באומרו כי:

המחוקק תיאר התנהגויות ומבנים כלכליים (הסדר כובל, מונופול, מיזוג) שנדרש פיקוח עליהם בשל חשש לפגיעה בתחרות חופשית. הצורך בפיקוח אין משמעותו מניעה מוחלטת או ריסון בכל מקרה ומקרה אלא יש לשקול כל מקרה לגופו. לשם הגנה על התחרות ראה המחוקק להקנות לחוק תחולה רחבת היקף על עסקאות רבות במשק, באופן שהחוק יחבוק סיטואציות שונות בהן תיתכן פגיעה בתחרות. זו הסיבה לכך שהמונח "מיזוג חברות" אינו מוגדר בהגדרה ממצה.<sup>21</sup>

בדומה, נעלת הגדרת המונח "מיזוג חברות" בהוראה המרחיבה את תחומי התפרסותה של ההגדרה, לא רק בנוגע לרכישה ישירה אלא גם בנוגע לרכישה בעקיפין,<sup>22</sup> או באמצעות זכויות המוקנות בחוזה.<sup>23</sup> גישה דומה מצאנו גם בשיטות פיקוח אחרות.

<sup>18</sup> השווה: הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד - 1983, הצ"ח 1647 (א' כסלו התשמ"ד, 7.11.1983).

<sup>19</sup> ראה: דו"ח הועדה למיזוגים וקונגלומרטים, עמ' 9 (1977), עיקרי הדו"ח פורסמו ב דו"ח הועדה למיזוגים וקונגלומרטים, הפרקליט ל"ב 559 (תשל"ח - 1978). דומה כי בנושא הגדרת "מיזוג חברות" אימץ מציע החוק, והמחוקק את המלצות הועדה, כביטויין בסעיפים 1 ו- 17 לחוק ההגבלים העסקיים. בנושאים אחרים, ובהם עצם אמת המידה להתנגדות לעסקת מיזוג, נדחו במשמע חלק מהמלצות הועדה.

<sup>20</sup> השווה: ע"א 149/89 עיזבון המנוח הרצל בורנשטיין נ' יעקובי, פ"ד מז(2) 630, 636 (נמצא שכאשר המחוקק מרחיב את גדר תחולתו של כלל, על דרך השימוש ב"לרבות" אין כל הגיון בטענה כי מותר לכלול את הדבר הנוסף רק אם על-פי מהותו או תכונותיו מהווה הוא חלק מן הכלל. גישה כזו מסכלת את עצמה, שהלוא חזקה על הדבר הנוסף שהוא שונה במהותו או בתכונותיו מן הכלל, שאלמלא כן לא היה מתעורר כל צורך לצינו במפורש. ("); בג"ץ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר התחבורה, פ"ד לו(3) 350, 337 [ב'3] ("נקיטת לשון "לרבות" באה להבהיר כאן, כי מבקשים להוסיף על המשמעות הרגילה ולצרף משמעויות גם כאלה, שלא היו נובעות מן הפרוש כפשוטו. ("); רע"א 3577/93 הפניקס נ' מוריאו (טרם פורסם) בעמ' 21 לנוסח המודפס [ב'4].

<sup>21</sup> ראה: ערר ביה"ד להגבלים עסקיים 2/94 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ. הממונה על ההגבלים העסקיים (27.2.95) ההגבלים העסקיים, כרך ב', עמ' 159, 165 (הוצאת ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, תשנ"ו - 1996).

<sup>22</sup> השווה, למשל, ת"פ (תל-אביב) יונה נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות ואח' (21.12.92) (לא פורסם, תקדין מחוץ, כרך 92 (4) תשנ"ב/תשנ"ג - 1992) עמ' 15 "מטרת המחוקק היתה לאסור על רופא לפרסם עצמו בכל דרך ולשם כך צוינו המילים "במישרין או בעקיפין"; והשווה: Central Bank of Denver v. First Interstate Bank of Denver 114 S.Ct. 1439, 1447, 114 S.Ct. 1439, 128 L.Ed.2d 119 (1994)

<sup>23</sup> ראה: קביעת הממונה בדבר קיומה של עיסקת "מיזוג חברות" - בעניין רכישת מניות "נחושתי" (כ"ה בתמוז תשנ"ב, 26.7.92) ההגבלים העסקיים, כרך א', עמ' 113, 120-1 (הוצאת ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין,

36. דיני ההגבלים העסקיים של האיחוד האירופי קובעים כי עסקת מיזוג (concentration) תתרחש, לצד תנאים אחרים, כאשר שני תאגידים נפרדים מתמזגים, או כאשר תאגיד אחד או יותר רוכשים שליטה משמעותית (decisive control) בתאגיד אחר.<sup>24</sup> הרכישה של התאגיד האחר יכול שתהיה במישרין או בעקיפין.<sup>25</sup> פעילות חברת בת תיוחס גם לחברת האם, יהיה מיקומה הגיאוגרפי אשר יהיה, שכן:

**The "economic unit doctrine" has been used to establish jurisdiction over parent companies based in third countries with subsidiaries operating in the Community, by imputing the behavior of one part of an economic unit (the subsidiary) to the others (the parent).<sup>26</sup>**

37. דיני ההגבלים העסקיים באנגליה קובעים כי עסקת מיזוג תתרחש, לצד תנאים אחרים, כאשר שני תאגידים "מפסיקים להיות נפרדים" ("Cease to be distinct"). מבחן זה מתקיים בכל מקרה של היווצרות יחסי משפחה תוך תאגידים, כמו חברות אם ובת או חברת אחות, כמו גם במקרה של שליטה משותפת של אותו אדם בתאגידים השונים. בנוסף להתייחסות כללית זו, זכתה סוגיית המיזוג בין תאגיד מקומי לתאגיד זר להסדר מפורש, לפיו יתקיים קשר בריטי (The UK Link) המקנה סמכות מקומית, גם כאשר רק אחד מהצדדים לעסקת המיזוג מנהל עסקים בבריטניה, או שעסקיו בשליטה של תאגיד כזה.<sup>27</sup>

---

תשנ"ה - 1994) "פירושו הנכון של החוק מראש אינו יוצר פירצה, ולכן אף אינו מחייב את המחוקק להיחלץ ולסלמה.... שאלת 'הרמת מסך' מכוח הלכות הדין הכללי, אינה מתעוררת כאן, הואיל ולפנינו הוראת חוק מיוחדת של חוק ההגבלים, הקובעת כי מיזוג חברות מתרחש לא רק בהתקיים מרשם נסיבות קפוא וסגור, אלא גם, בין היתר, כאשר המיזוג נעשה בעקיפין".

<sup>24</sup> ראה: Council Regulation (EEC) 4064/89 on the control of concentration between undertakings, OJ [1990] L 257/14.

<sup>25</sup> ראה: (1996) 34 E.C. Merger Control, C.J. Cook, C.S. Kerse, המציניים כי "This reference in Article 3(1) to the possibility that control may be acquired indirectly is of considerable practical importance. The undertaking actually purchasing shares or assets may itself be controlled by one or more other undertakings and in certain circumstances they will thereby acquire indirect control over the target undertaking".

<sup>26</sup> ראה: (1996) 455 International Mergers - The Antitrust Process, J.W. Rowley & D.I. Baker, Case Imperial Chemical Industries Ltd. v. E.C. Commission (1972) ECR 619, 663, שם מצויין כי "the formal separation between those companies, resulting from their separate legal personality, cannot overweight the unity to their conduct for the purposes of applying the rules of competition". J.E. Antunes, Liability of Corporate Groups 429 (1994).

<sup>27</sup> ראה: (Issue 21 - July 1996) 92 Butterworths Competition Law, Vol. 2, Pa VII/90, עוד מודגש שם כי "the statutory control thresholds may be reached without any ordinary equity holding at all. Material

38. דיני ההגבלים העסקיים בארה"ב נוקטים אף הם בגישה מרחיבה, הבוחנת עסקאות מיזוג ואת הצדדים להן באופן מעשי, לרבות הכללתו כצד לעסקה גם של מי שהוא רק באופן עקיף צד לה.<sup>28</sup> טענות פורמאליות כמו אי ייחוס פעולות חברת הבת לחברת האם נדחו גם משום שדיני ההגבלים העסקיים, לעולם, יסתכלו אל ליבת הדברים ולא אל המעטפת, וגם משום שפירוש אחר אך יסלול בפני העסקים דרך לעקיפת מערך הפיקוח על ההגבלים העסקיים.<sup>29</sup> לשון חוק הפיקוח על מיזוגי חברות, ה - Clayton Act, זכתה לפרשנות תכליתית, שכן :

**As used here, the words "acquire" and "assets" are not terms of art or technical language. In the context of this statute, they are generic, imprecise terms encompassing a broad spectrum of transactions ... The test is pragmatic. The final answer is not in the dictionary. The statute ... is primarily concerned with the end result of a transfer of sufficient part of the bundle of legal rights and privileges from the transferring person to the acquiring person to give the transfer economic significance and the proscribed adverse "effect".... The language was deliberately couched in general and flexible terms. Its vague contours are characteristic of the antitrust statutes.<sup>30</sup>**

לצד תחולה ישירה וטבעית זו של הוראות הפיקוח על ההגבלים העסקיים על כל פעילות עסקית המתבצעת בתחומי ארה"ב, יחולו הוראות אלה גם על פעילות המתבצעת מחוץ לארה"ב ואשר נודעת לה השפעה על אורחות המשק המקומי, שכן :

**The reach of the U.S. antitrust laws is not limited, however, to conduct and transactions that occur within the boundaries of the United States. Anticompetitive conduct that affects U.S. domestic or foreign commerce may violate the U.S. antitrust laws regardless of where such conduct occurs or the nationality of the parties involved.<sup>31</sup>**

---

influence over policy may be derived, for example, from contractual arrangements or from protective rights attaching to convertible securities for financial instruments."

<sup>28</sup> ראה: H.R.Rep. No 1191, 81st Cong. 1st Session at 8-9, *reprinted in* 7 E. Kintner, Federal Antitrust Laws and Related Statutes 3468 (1980) "the Clayton act covers not only purchase of " שם מצויין כי " assets or stock but also any other method of acquisition, such as for example, lease of assets. It forbids not only direct acquisitions but also indirect acquisitions ...."

<sup>29</sup> השווה, לביטול הדוקטרינה הרואה בחברה אם וחברת בת כצדדים להסדר כובל: Copperweld Corporation v. Independence Tube Corp. 104 S.Ct. 2731, 467 U.S. 752, 81 L.Ed. 2d 628, at 2741 (1984) "the Sherman Act ... is aimed at substance rather than form.... For similar reasons, the coordinated activity of a parent and its wholly owned subsidiary must be viewed as that of a single enterprise for purposes of Sec. 1 of the Sherman Act."

<sup>30</sup> ראה: Clifford E. United States v. Columbia Pictures Corp. 189 F. Supp. 153, 181-2 (1960) "Section 7 was enacted as " שם נקבע כי " remedial legislation, designed to curtail the harm to a competitive economy caused by the concentration of economic power ... harm to the plaintiff and to the economic system might have resulted from a less formal arrangement under which a single corporation achieved control of the decision making processes of the two largest air passenger carriers..."

<sup>31</sup> ראה: Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, Issued by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission 12 (April, 1995) ; ובאיחוד האירופי, שם נהוגה גישה דומה, Van Gerven, EC Jurisdiction in Antitrust Matters: the Wood Pulp Judgment (1989) Fordham Corp. L. Inst. (Ed. Hawk) Pa. 451, 465.

39. אמור מעתה, נוכח לשון הגדרת המונח "מיזוג חברות", מטרת החוק ורוחו, ובשים לב להשראה הפרשנית שניתן ללמוד ממקורות המשפט ההשוואתי, ככלל, יש לראות הן בחברה זרה הפועלת בארץ באמצעות חברה מקומית, והן את החברה המקומית, כצדדים לכל עסקת מיזוג המתבצעת על ידי מי מהשתיים. לעניין זה, יראו חברה זרה כפועלת באמצעות חברה מקומית, אם התמזגה הראשונה עם האחרונה, בהתאם למבחן המהותי של "מיזוג חברות" הנקוט בסעי' 1 לחוק ההגבלים העסקיים. בפרט, יש לראות כל עסקה שמבצעת אסם בישראל, כעסקה שצד לה היא גם חברת נסטלה, ולהפך. בהתאם יש לבחון את עסקת המיזוג דנן.

## ו. ניתוח השפעותיה של עסקת המיזוג

40. לשיטתם של הצדדים הישירים למיזוג, אסם ותנובה, אין העסקה דנן מעוררת כל חשש לפגיעה בתחרות. כל כך למה? הואיל והמדובר אך במיזוג קונגלומרטי, שכן בין הצדדים הישירים לו אין יחס אופקי-תחרותי ואין יחס אנכי של ספק-לקוח. אסם, הגם שהיא כמתואר תאגיד מזון מגוון המייצר ומשווק מוצרי מזון "יבשים" ומוצרי בשר, אינה עוסקת, ומעולם לא עסקה, בתחום הגלידה. תנובה, הגם שהיא כמתואר גדול תאגידי המזון בישראל, העוסקת ומשווקת מגוון מוצרי חלב, בשר, פטם, דגים, פירות, ירקות וגלידה אין היא בבחינת מתחרה ישיר של אסם בשום גזרה מוגדרת ותחומה.

41. טענה זו, לשיטת הצדדים נותרת בעינה, אף נוכח מסקנתי כי נסטלה היא בבחינת צד נכון לעסקת המיזוג. אמנם נסטלה, כאמור, פעילה בהרבה ממדינות העולם בתחום מוצרי המחלבה, אך בשלב זה טרם הוחלט על ידה אם לפתח בישראל פעילות כזו, ואם כן, עם מי וכיצד. בדומה, אמנם נסטלה פעילה בהרבה ממדינות העולם בתחום הגלידה, ויתכן מאד כי אסם-נסטלה מחליטות היו להיכנס באופן עצמאי לתחום הגלידה בישראל, אך הדבר כלל אינו וודאי ומועדו אינו נקוב ותחום. לשון אחר, זירת הגלידה התעשייתית, כמו ברבות ממדינות הים, אחת דינה, שתישלט בידי חברות המשלבות חברות רב-לאומיות, ואלו הן בראש ובראשונה, יוניליבר ונסטלה; כך התם וכך התא. בכל הנוגע לחששות קונגלומרטיים מציינים הצדדים כי בנסביות המקרה, אלה לאיו חששות הם.

42. האמנם, כנטען, מיזוג אשר כזה, המחבר בין שני "ענקי מזון" בתחום מוגדר של תעשיית הגלידה, אין בו כדי לעורר שום חשש לפגיעה בתחרות? עמדתי שונה. מיזוג זה מעורר חששות תחרותיים. אלא מאי, שבנסיבות העניין, ניתן להסתפק בהתנאות תנאים שיבואו ליתן מענה לחששות הללו, ואין מקום להתנגד מניה וביה לעצם עריכת המיזוג מדעיקרא.

43. המיזוג שלפנינו איננו מיזוג אופקי "טהור" שכן אין המדובר בחיבור של שני מתחרים הפועלים באותו ענף.<sup>32</sup> מנגד, חרף העובדה שאין בין תנובה לבין אסם תחומי חפיפה, ברי כי יש משמעות לכך ששתי הקבוצות פועלות בתחום המזון ולשתיהן מערכי שיווק רבי זרועות המשרתים את אותה אוכלוסיית יעד של רשתות מזון ונקודות מכירה קמעונאיות. יפים לתיאור מצב דברים כגון זה, דברי פרו' Sullivan המציין כי :

**Suppose the acquired and acquiring firms ... operate in the same industry but ... in different but adjacent product markets which utilize closely related technologies or distribution facilities or both. Such an acquisition, which the Supreme Court has labeled a market extension merger, has affinities not only with horizontal mergers but also with conglomerate mergers.**<sup>33</sup>

44. מיזוג הנופל בגדרו של הרחבת שוק המוצר מחייב הליך בחינה מורכב יותר מזה הנדרש במיזוג אופקי רגיל. באחרון, נקודת המוצא תהא סכימת נתחי השוק של הצדדים בשים לב לריכוזיות הענפית. לעומת זאת, בראשון עשוי מבנה התחרות בענף להיפגע למרות שהריכוזיות בענף נתון לא בהכרח תגדל כלל ועיקר.<sup>34</sup> כמובן, כמו בכל מיזוג, ראשית יש להגדיר את השוק הרלבנטי ואת חלקם היחסי של המתחרים בשוק זה; תחמתו של השוק הרלבנטי תוביל למסקנה אם לפנינו מיזוג אופקי או מיזוג הרחבת המוצר. הגדרת שוק רחבה תביא לניתוח המיזוג כאופקי, למשל בעניינו שוק מוצרי המזון הקפואים. לעומת זאת, הגדרת שוק צרה, תביא לניתוח המיזוג כהרחבת שוק המוצר, למשל - כפי שאכן קבענו לעניינו - שוק הגלידה לסוגיה.

45. במיזוג הרחבת המוצר חשיבותם של נתוני הריכוזיות פחות מובהקת מאשר במקרה של מיזוג אופקי, אך השפעתם דומה. אם אף אחד מהשווקים הנוגעים למיזוג איננו ריכוזי אז, בדרך כלל, אין יסוד לחשש מפני פגיעה בתחרות. רק אם יש חשש לתלות הדדית, תיאום, או צורת התנהגות אחרת שיש בה כדי להשפיע על לפחות אחד מן השווקים המעורבים, יש מקום לבחון את המיזוג בעין חשדנית. במילים אחרות, למרות שרמת הריכוזיות הענפית אינה עתידה להשתנות כתוצאה מן המיזוג, הוא עדיין יכול להגדיל את החשש לתיאום או תלות הדדית באופן הדומה אנליטית לחיבור אופקי רגיל.<sup>35</sup> עמדתנו על סוג חששות כזה, שעה שנדרשנו לעסקת המיזוג של קבוצת שטראוס עם חב' עלית תעשיות בע"מ, שהיו בה סממנים הדומים לעסקה דנן, באומרנו כי :

<sup>32</sup> השווה, למשל: החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בענין רכש כ"ל בידי קבוצת ש' אייזנברג (כ"ד באדר א' תשנ"ה - 24.2.95) ההגבלים העסקיים, כרך ב', עמ' 107, 112 (הוצאת ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין בישראל, תשנ"ו - 1996).

<sup>33</sup> ראה: Lawrence A. Sullivan, *Handbook of the Law of Antitrust* Pa. 631 (1977).

<sup>34</sup> השווה: החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים במיזוג חברות קבוצת חברת מאיר עזרא ובנו (1980) בע"מ 4.2.94, (ההגבלים העסקיים, כרך א', עמ' 211, 242-3) (הוצאת ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין בישראל, תשנ"ה - 1994). כמובן, מיזוג אופקי, פגיעתו המסתברת בתחרות תהיה גבוהה יותר יחסית לעסקאות מיזוג אחרות.

<sup>35</sup> השווה: החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים במיזוג חברות: קבוצת שטראוס - עלית תעשיות בע"מ עמ' 7 (טרם פורסם, כ"ז אדר תשנ"ו - 18 במרץ 1996).

לעומת זאת, חיבור שליטה זה, בהנחה שאיננו משנה צורתו ומתרחב לכדי איחוד מעמיק יותר, עשוי לעורר פגיעה בתחרות עקב משקלם המצרפי של שתי הקבוצות בענף המזון. לכל אחת מהן: מעמד מוביל בתחומי פעילותה; מוניטין ושמות מותג עתירי יכולת; מערכי שיווק והפצה למזון מהיעילים והפרוסים בארץ; פוטנציאל חדירה לתחומי מזון המשיקים למערכי הייצור והשיווק הקיימים; כוח קנייה של תשומות, במיוחד שטחי זמן פרסום; ו - כוח מכירה של מוצרים שהביקוש להם גבוה. ראשית, הועלה החשש בדבר אובדן תחרות פוטנציאלית.... שנית, הועלה החשש בדבר העצמה המשותפת שתיוודע לשתי החברות בבואן כאיש אחד אל הדרג הקמעונאי.... שלישית הועלה החשש בדבר היתרונות שיהיו לקבוצה במשותף בתחום רכישות שטחי זמן פרסום, בהיותם תאגידים עתירי רכש פרסום.

46. בהקשר דנן מתעוררת גם שאלת האפשרות לנזק תחרותי כתוצאה מאובדן תחרות

פוטנציאלית. נסטלה ואסם, לכאורה, מגלמות את המקרה של מתחרה פוטנציאלי ( potential entrant).<sup>36</sup> בעוד שהדעת נותנת כי מרבית אלו שישקלו כניסה לענף הגלידה, יירתעו מלעשות כן, עקב מחסומי הכניסה לענף, הרי שלאסם-נסטלה הכישורים, הטכנולוגיה, המשאבים והידע להיכנס באופן עצמאי לענף. הסתברות כניסתם העצמאית לענף איננה מן הנמוכות - ברוב מדינות העולם בהן פועלת נסטלה, והן רבות, פועלת נסטלה בענף הגלידה (כמו גם בענף מעדני החלב). בדומה, אסם מצויה בשוק המזון הישראלי, יש לה מערך שיווק מפותח, נגישות לשווקי חומרי הגלם ולשווקים הסופיים, הידע הניהולי והכושר הלוגיסטי. השילוב, כמו מזמין מאליו כניסה לשוק הגלידה.

47. מכאן, יטען הטוען, כי התנגדות לעריכת עסקת המיזוג, אפשר שתביא להורדת הריכוזיות הגבוהה בשוק הגלידה, באופן שלצד שטראוס-יוניליבר, ותנובה, יקום מתחרה חדש בדמות אסם-נסטלה. הצדדים לעסקה שכנעו אותנו, והנטל עליהם, כי לא היא. לשיטתם, מפעלי הגלידה של תנובה סובלים זה זמן מהפסד נתח שוק, הפסדים כספיים כבדים, ואם לא יתאפשר השילוב המבוקש עשויה התחרות דווקא להיפגע. הכיצד? שטראוס-יוניליבר, המהווה כבר היום גורם דומיננטי בעל נתח שוק העולה על מחציתו, בהעדר מיזוג, אך תוסיף ותתחזק על חשבון תנובה, שאך עתידה להוסיף ולאבד את מעמדה הבכיר יחסית בענף. למעשה, הטענה הינה כי המיזוג בעצם יאפשר תחילתה של תחרות ראויה לשמה בין יצרני הגלידה. מחד, שטראוס-יוניליבר, ומאידך אסם-נסטלה-תנובה, כאשר כוחה של האחרונה יהווה משקל נגד לכוחה ההולך ומתעצם של הראשונה. הצרכן הישראלי יזכה במגוון של מוצרים ולאורך מדרג המחירים כולו.

48. מנגד, בהעדר "כרטיס כניסה" לענף בדמות מפעלי הגלידה של תנובה, טוענת אסם-נסטלה כי ספק גדול בעיניה אם אמנם היא תחליט עתה על כניסה. כניסה ראשונית מעין זו, תדרוש את עתותיה. הקמת מערך ייצור, מערך שיווק, בניית שם מותג לגלידה, חדירה לנקודות המכירה שמרביתן כבר קשורות עם שטראוס-יוניליבר יאריך להערכת אסם-נסטלה, לפחות כשלוש שנים, יחייב השקעת דמים הרבה, תוך שאובדן הזמן אך יפעל לטובת התבצרותה הנוספת של שטראוס הדומיננטית ממילא. עוד טוענת אסם-נסטלה כי אין לומר כי אפשרות כניסתה

<sup>36</sup> השווה: United States v. El Paso Natural Gas Co., 376 U.S. 651, 84 S.Ct. 1044, 12 L.Ed.2d 12 (1964); United States v. Penn Olin Chem. Co., 378 U.S. 158, 84 S.Ct. 1710, 12 L.Ed.2d 775 (1964)



לתחום הגלילות מהווה כבר היום מקור ללחץ תחרותי על הפועלים בענף עתה, באופן שהתמזגותה עם תנובה תביא להעלם מקור תחרותי זה.<sup>37</sup>

## ז. אישור מותנה למיזוג

49. מקציר האומר עולה, לדעתי, המסקנה כי יש מקום לאשר את המיזוג תוך התניית תנאים. תנאים אלה מטרתם לצמצם את אפשרות הפגיעה בתחרות עקב החששות הקונגלומרטיים המקופלים בעסקה, ולצורך מניעת פגיעה בתחרות פוטנציאלית של אסם-נסטלה מול תנובה בתחום מעדני החלב:

א. פעילות הגלילה המשותפת לתנובה ולאסם-נסטלה תרוכז בלעדית בתאגיד חדש (להלן: "תאגיד הגלילה"). פעילותו השוטפת של תאגיד הגלילה תהיה נפרדת ועצמאית מהקבוצות תנובה ואסם-נסטלה (להלן: "חברות האם"), בין במישרין ובין בעקיפין, לרבות בתחום השיווק, הפרסום, המדיה, האספקה וניהול הכספים.

ב. הצוות הניהולי של תאגיד הגלילה לא ישמש במקביל בשום משרה או תפקיד בחברות האם.

ג. אסם ונסטלה לא יקימו שום מיזם עסקי, במישרין או בעקיפין, עם תנובה, בשום תחום נוסף מתחומי המזון, לרבות תחום מוצרי המחלבה, אלא אם בא על כך מראש אישור מערך הפקוח על ההגבלים העסקיים; תאגיד הגלילה לא ירחיב את פעילותו לתחומי פעילות חדשים, אלא אם בא על כך מראש אישור כאמור.

ד. אם תמכור תנובה חומרי גלם ליצרני גלילה, תתבצע המכירה כך שבשום מקרה תנאיה לא יהיו נחותים מאלה לפיהם רוכש ממנה תאגיד הגלילה חומרי גלם, אם בכלל; במקרה של מחסור בחומרי גלם כאמור, תחולק הכמות הנמכרת בהתאם למפתח הוגן ושוויוני, שייקבע בהסכמת הממונה על ההגבלים העסקיים.

ה. לא תתקיים, במישרין או בעקיפין, שום התניה או כריכה בין אספקת מוצר ממוצרי חברות האם, ביחד או לחוד, לאספקת מוצרי תאגיד הגלילה; אספקה, לרבות תנאי אספקה, שטחי מדף, מיקום המוצרים וכל היבט אחר הקשור במכירת המוצרים.

ו. מערך ההטבות של חברות האם לסיטונאים ולקמעונאים, לרבות בונוסים, מבצעי מכירות והעמדת מתקנים לסוגיהם, לא יתייחס, במישרין או בעקיפין, למכירות מוצרי

<sup>37</sup> השווה: United States v. Falstaff Brewing Corp. 410 U.S. 526, 93 S.Ct. 1096, 35 L.Ed.2d 475 (1973); FTC v. Procter & Gamble Co. 386 U.S. 568, 87 S.Ct. 1224, 18 L.Ed.2d 303 (1967);

תאגיד הגלידה, ולהפך; אחת לשנה יומצא לרשות להגבלים עסקיים אישור רואה חשבון, על בסיס מדגמי נאות, המאשר כי מבחינה חשבונאית קוים תנאי זה הלכה למעשה.

במקרה של ספק בנוגע לפרשנותו של תנאי מתנאים אלה, או בנוגע ליישומו של תנאי מתנאים אלה, יובא הספק לידיעת הממונה.

כל אדם העלול להיפגע מן המיזוג, איגוד עסקי, ארגון צרכנים וכל אחת מהחברות המבקשות להתמזג רשאים להגיש ערר על החלטתי זו, תוך שלושים ימים מיום שהודעה על ההחלטה תפורסם בשני עיתונים יומיים, והכל כאמור בהוראות חוק ההגבלים העסקיים.<sup>38</sup>

ד"ר יורם טורבוביץ  
הממונה על ההגבלים העסקיים

ניתן היום, בירושלים,  
ירושלים, י"ב טבת, תשנ"ז  
יום ראשון, דצמבר 22, 1996

<sup>38</sup> הגשת ערר על עצם ההחלטה או הגשת ערר על תנאי מתנאיה משמעה שבית הדין רשאי לאשר את החלטת הממונה, לבטלה או לשנותה. ראה סעי' 22 לחוק ההגבלים; ב"ש 1/95 תנובה מרכז שיתופי נ. הממונה על ההגבלים העסקיים ואח' (החלטת אב בית הדין להגבלים עסקיים מיום 16.06.95), והכל כאמור בהוראות חוק ההגבלים העסקיים.