



רשות ההגבלים העסקיים

החלטה בעניין

רכישת מניות נחושתן חברה להשקעות בע"מ על ידי

קיטאל השקעות ופיתוח בע"מ

ביום 11 בנובמבר 1992 באה חברת קיטאל השקעות ופיתוח בינלאומי בע"מ (להלן - "קיטאל") בהסכם רכישת מניות עם מר גרשון זלקינד. לפי הסכם זה רכשה קיטאל 9195.10 ש"ח ע.ג. מניות רגילות 0.0001 ש"ח ע.ג. - כ"א בנחושתן חברה להשקעות בע"מ (להלן - "נחושתן"). עוד באה קיטאל בהסכם דומה עם מר לוי קושניר, לרכישת חבילת מניותיו בנחושתן. צמד עסקאות זה, המקנה לקיטאל את השליטה בנחושתן מהווה "מיזוג חברות" כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן - "חוק ההגבלים"). בהתאם הותנה תוקפם של החוזים האמורים בתנאי מתלה כי יבוא עליהם אישור הממונה על ההגבלים העסקיים. כמו כן, ניהלה עמי קיטאל באמצעות מר לוי קושניר מגעים מוקדמים בנוגע למהות העסקה ודרכי ביצועה.

ביום 25 בנובמבר 1992 הוגשו הודעות מיזוג בעניין "מיזוג חברות" בין קיטאל ונחושתן. ביום 17 לדצמבר 1992 נטלתי את עזת הוועדה המייעצת לעניין מיזוג חברות בראשות מר נחמיה חסיד, ולאחר ששקלתי והפכתי בדבר, החלטתי לאשר את המיזוג בתנאים הבאים:

1. קיטאל לא תעביר זכויות במניות נחושתן שיוחזקו על ידה לאדם שעיסוקו ייצור ו/או התקנת מעליות (או לאדם הקשור לאדם כאמור), והכל בין משרין ובין בעקיפין, אלא אם באה על כך הסכמה מראש של הממונה על ההגבלים העסקיים.

2. בכל חוזה העסקה שייחתם בין נחושתן לבין נושאי משרה או עובדים בחברה, תכלול תניה יסודית, המוסיפה על כל הוראת דין, והקובעת איסור מפורש מתאום ישיר או עקיף עם מתחרים בענף המעליות והמדגישה כי בכל מגע עם מתחרים, הכלל הוא להימנע מלדון בעניינים כגון מדיניות מחירים, תנאים ותניות, ומחקרי שוק, תוכניות שיווק ותכנון מוצרים, סקרי שוק עלויות, ממלאים, תוכניות שיווק ותכנון מוצרים, סקרי שוק אחר. במידת האפשר, יתוקנו חוזי העסקה קיימים כך שיכללו את התניה האמורה.

3. דירקטוריון קיטאל ודירקטוריון נחושתן יאמצו החלטה הצהרתית האוסרת על כל תיאום כאמור בסעיף 2 לעיל. החלטה זו תובא לידיעת כל עובדי החברות.

אציג בתמצית את היסודות העובדתיים והמשפטיים עליהם נשענת החלטתי:

א. התשתית העובדתית

לו המיזוג בו עסקינן היה מתבצע בחלל ריק, הרי שאישורו לא היה מעורר כל חשש לפגיעה בהתחרות, ועל כן היה מקום לאשרו ללא תנאים. למעשה, מיזוג זה אינו אלא חוליה בשלשלת של פעולות שנעשו על ידי הנפשות הפועלות, ואשר משליכות על המיזוג ומהוות חלק אמיץ הימנו. וליתר פירוט:

1. בחודש מאי 1992 או בסמוך לכך, הגיע לידי מידע על פיו מר גרשון זלקינד, בעל השליטה בקבוצת "אלקו בע"מ" ומר לוי קושניר, השולט בקיטאל פועלים לרכישת השליטה בנחושתן.

נחושתן הינה חברת אם של "נחושתן מעליות בע"מ" (להלן "נחושתן מעליות") העוסקת בייצור, התקנה ושירות למעליות ודרגנועים.

מידע זה עורר בי דאגה לגורל התחרות בענף המעליות, שכן "אלקו בע"מ" שבשליטת מר זלקינד שולטת ב"אלקטרה בע"מ" ("להלן "אלקטרה"), חברה העוסקת באמצעות חברת בת באותם תחומי עיסוק שבהם עוסקת נחושתן מעליות. דאגתי התעצמה נוכח נתחי השוק המשוערים של נחושתן מעליות ואלקטרה הנחשבות יחד עם חברת ישראלפט בע"מ לשלוש החברות המובילות בשוק. אלקטרה מייצגת בישראל את יצרנית המעליות אוטיס האמריקאית, שהינה היצרן הגדול בעולם, שחלקו בשוק העולמי מוערך ברבע מהיקף השוק כולו. נחושתן מייצגת בישראל את חברת שינדלר השוויצרית, שהיא היצרן השני בגודלו בעולם, שחלקו בשוק העולמי נאמד בכ - 15% מהשוק.

2. מכיוון שהצדדים לעסקה לא פנו אלי כדי ליידע אותי בדבר התרחשותה, התחלתי בתהליך איסוף מידע, דבר שכלל ניהול פגישות, התכתבות עם הצדדים לעסקה ונציגיהם ופתיחת תיק חקירה. וכל זאת כדי לבחון את הסוגייה מכל היבטיה - דהיינו אם התקיים "מיזוג חברות" הטעון אישורי מראש. במהלך הבירור, התעורר החשש שפני הצדדים ליצירת הסדר כובל (קרטל) בענף המעליות. בהתאם, נפתח תיק חקירה גם בכיוון זה.

3. הבדיקה העלתה כי בתום שרשרת העסקאות במניות נחושטן, תהליך שהחל עם רכש מניות נחושטן שבידי הגברת גליה אלבין על ידי מר לוי קושניר ונסתיים עם מכר כמחצית אותן מניות למר גרשון זלקינד ומקורביו, נותרו בידי מר קושניר ומקורביו כ - 29% אחוז מכח ההצבעה וכ- 18% מ 20 ובידי מר זלקינד ומקורביו כ - 29% מכח ההצבעה וכ - 20% מסך ההון של נחושטן.
4. במהלך המגעים אשר קיימתי עם הצדדים לעסקה ועל פי בקשתי התחייב מר זלקינד בכתב כי לא ייעשו שינויים שאינם במהלך העסקים הרגיל בנחושטן, ובפרט שלא יוחלפו אנשי מפתח בחברה וכי לא ייערך שום תיאום, הבנה, הסדר, שיתוף פעולה או כיוצא באלה - במישרין ובעקיפין - בין נחושטן לאלקטרה.
5. עוד הוסבר לי, במהלך המגעים שהתקיימו ביני לבין קבוצת זלקינד, כי ה"ה זלקינד וקושניר פעלו באורח עצמאי הן בשלב רכש נחושטן והן בשלב שלאחריו. בפני הועמדו פני הדברים כך שלוי קושניר פעל לרכש מניות נחושטן מגליה אלבין מתוך יזמתו הוא ובנפרד ממר זלקינד. רק בשלב מאוחר יותר הוצע למר זלקינד לרכוש את חבילת המניות בנחושטן. בפגישותיי עם מר זלקינד ובאי כוחו, הודגש על ידם כי בין החברות אלקטרה ונחושטן נשמרה, נשמרת ותשמר בהקפדה "חומה סינית" שתמנע התממשותו של בדל חשש תיאום והחלפת מידע בין החברות. כי רכש מניות נחושטן על ידי מר זלקינד.
6. טענתם המשפטית של הצדדים היתה כי אין מדובר ב"מיזוג חברות" שכן מר זלקינד רכש את המניות בכושרו האישי ולא באמצעות "אלקו בע"מ". טענה משפטית זו עוגנה בחוות דעת שהוגשה לידי על ידי פרקליטו של מר זלקינד ביום 22.6.92.
7. לאחר ששמעתי את מר זלקינד ובאי כוחו, קבעתי ב"החלטה בעניין רכישת מניות חברת נחושטן על ידי מר זלקינד ומיום הינו בבחינת "מיזוג חברות" כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים, השתמ"ח ביולי - 1988. החלטה זו התמקדה בפרשנות הוראות חוק ההגבלים והחלתן על התשתית העובדתית שתוארה לעיל.
- (וכאן המקום לציין כי העובדות אשר פורטו בהחלטה קודמת זו ממשיכות לשמש יסוד אף להחלטתי זו מהיותן שזורות ושלוכות בו באורח אינטגרלי.
8. לאחר מתן ההחלטה האמורה חלו התפתחויות בשני מישורים שונים. במישור האחר באי כוחו של מר זלקינד פתחו במגעים אתי שבמהלכם הועלו מספר אפשרויות להעברת המניות שבידי מר זלקינד לגורמים שונים. בין האפשרויות, נדונה אפשרות העברת המניות לאלקו בע"מ, דבר - שלכל הדעות היה מחייב הגשת הודעות מיזוג. לצורך התמיכה במהלך זה, הוגשה לידי חוות דעת כלכלית

בה הובעה העמדה כי מיזוג בין אלקו בע"מ לנחושטן לא יפגע משמעותית בתחרות בענף המעליות. לאור מידע שהיה בידי, לא היה לאל להסכים למסקנות שבחוות הדעת. אשר על כן הודעתי לנציגי מר זלקינד כי נטייתי תהיה להתנגד למיזוג שכזה. משאפשרות זו לא עלתה יפה, הציעו נציגיו של מר זלקינד שהוא ימכור את החזקתו בנחושטן לצד אחר שאינו קשור למר זלקינד.

9. במישור השני התנהלה חקירה מאומצת בחשד לעבירות על חוק ההגבלים העסקיים. חקירה זו, שתואמה עם פרקליטת המדינה, פרקליט מחוז ירושלים וראש אגף החקירות במשטרת ישראל, התמקדה בחשש לכאורה כי הולך ונרקם הסדר כובל בענף המעליות.

10. במסגרת החקירה נתפס, בין היתר, הסכם בין לוי קושניר לגרשון זלקינד מיום 20.4.92 שענינו פעילות משותפת של הצדדים לו ברכישת השליטה בחברת נחושטן. נוסח ההסכם ומטרתו המוצהרת, הפכו על פיו את המצג שהוצג בפני כאילו לוי קושניר פעל באורח עצמאי ברכישת מניות נחושטן. המצב העובדתי האמיתי בא לידי ביטוי בהקדמה להסכם ובסעיף 2 (ו) שלו וזה לשונם:

הקדמה: **"הואיל והצדדים חפצים לרכוש, במישרין ובעקיפין, את השליטה בחברת נחושטן חברה להשקעות בע"מ".**

סעיף 2 (1): **"קושניר לבדו ינהל את המשא ומתן הקשור ברכישת המניות, בהוועצות שוטפת עם זלקינד ובתיאום מוקדם עמו..."**
(הדגשה לא במקור)

ועוד - בהסכם היו תניות לפיהן הצדדים יפעלו במשותף ותוך תיאום מרבי כעל הקשור לניהול החברה ובין היתר, ברמה האקזקוטיבית. עוד קבעו הצדדים כי המנהל הכללי של נחושטן ימונה על ידי הדירקטורים מטעם זלקינד, ואילו מנהל פיתוח מקרקעין של החברה ימונה בהמלצת מר קושניר.

הסכם זה העמיד בסימן שאלה ראשון חלק מהמצגים שהוצגו בפני ע"י מר זלקינד.

11. עוד ביססה החקירה בראיות את החשד כי לכאורה נוצר הסדר כובל בענף מעליות, ולמצער, ניסיון לעשותו, כשעל פני הדברים נמנים בין המשתתפים בדבר העבירה נחושטן, אלקטרה וישראלפוט. שלוש חברות אלה, הגדולות בענף, כשאחריהן חברות קטנות יחסית אליהן, שולטות על פי הערכה, על כשני שליש מענף המעליות. במיוחד חזק כוחן של חברות אלה בתחום "המעליות

הפרוייקטאליות", דהיינו מעליות תפורות לפי מידת הפרוייקט שבו הן נועדו לשמש, כמו בתי מלון, מגדלי משרדים, מבני ציבור וקניונים.

12. ענף המעליות נהנה מני אמצע שנות השמונים מהתחרות מסחרית המשמנת את גלגליו. החברות נטו למכור מעליות ולהתקינן במחיר זול יחסית, תוך שעיקר רווחיהן צמחו מחוזי שירות למעליות.

13. נטען באזני כי ניסיונות וגישושים להקמת קרטל בצבצו מדי פעם. אכן, תחום המעליות תואר בפניי כענף המזמין חלוקה והסדרה: הביקוש למעליות הוא קשיח יחסית, שהרי הוא נגזר בעיקרו מהנעשה בענף הבנייה. מכאן, שהביקוש למעליות באופן יחסי אינו רגיש לתנודות במחיר המוצר. זאת ועוד, בהתאם לגובה הבניין מחייב החוק התקנת מעלית אחת או יותר. רוכש המעלית הוא בדרך כלל קבלן הבניין, הרואה בקניית המעלית חלק מעלות הקמת הבית. חוזי השירות בענף נחתמים על ידי נציגויות בתים משותפים, או על ידי הגורם המחזיק בבתי מידות לעסקים ולשימוש הציבור. מספר החברות המייצרות ומתקינות מעליות בישראל עומד על 14 חברות, כאשר ה"שחקניות" העיקריות בזירה הן הגדולות. כידוע, מספר יחסית קטן של יצרנים עלול לשמש קרקע פורייה להסדרים והבנות.

14. מחומר החקירה עולה כי לכאורה, הבחנה דרך פעולה להקמת קרטל שישכיל להעלות את שיעורי הרווח בתחום ההתקנות, בדרך של קביעת מחירי מינימום למעליות סטנדרטיות וחלוקת פרויקטים בין החברות המתחרות. מימוש תבנית פעולה זו, לפי הערכה, עלולה היתה לגרום לכך שהוצאות ורכשי המעליות בישראל יאמירו באופן ישיר בלפחות עשרים מיליון דולר בשנה, לצד הוצאות עקיפות נוספות.

15. במהלך החקירה הושמעו גרסותיהם של החשודים, אשר טענו לניקיון כפיהם. איש איש והסברו השונה למפגשים המשותפים של אנשי הענף, למסמכים השונים שנתפסו ולגרסאות שנמסרו - לאחר עיון בכובד ראש בגרסותיהם של המעורבים, הגעתי - בשים לב למבחן הראייתי שיש לנקוט בו בהליך בחינת בקשה למיזוג - למסקנות שתוארו לעיל.

16. במהלך פרשת החקירה הודיעוני נציגי מר זלקינד בהודעה מיום 26.10.92 כי בכוונת מר זלקינד למכור את מלוא החזקותיו בנחשתן לקיטאל או למר לוי קושניר.

17. אחרי קבלת ההודעה, במהלך חודש נובמבר 1992, נפגשתי לראשונה על מר לוי קושניר, על פי בקשתו, ושמעתי מפיו הסברים ופירוט בעניין הרכש המתכוון ע"י

קיטאל. מר קושניר יזם הצעה לפיה אתנה את הסכמתי למיזוג בתנאים שיבטיחו את עתיד התחרות בענף.

ב. התשתית המשפטית

18. על פני הדברים אם נבחן את תחומי העיסוק של חברות קיטאל ונחושטן ואת אופי קשריהן המסחריים המיזוג בו עסקין אינו מעלה חששות תחרותיים. ברם, ההסטוריה העסקית כפי שפורטה בחלק העובדתי של החלטה זו מעמידה הנחה זו בסימן שאלה.

19. אותה ההסטוריה עסקית מראה קשר ברור והדוק בין ה"ה זלקינד וקושניר, בין בתכנון הרכש הראשוני של מניות נחושטן ובין בכל הקשור לתכנון ניהול החברה. חשוב יותר - בעוד שבפני הוצהר על כוונה לשמור על הפרדה קפדנית בין אלקטרה ונחושטן, ממצאי החקירה מעלים תמונה שונה לכאורה, של שימוש ברכש ככלי ליצירת הסדר כובל או לפחות ניסיון לעשותו. במילים אחרות, החשש הורא מהמשך התיאום כל עוד מוחזקות מניות נחושטן בידי אחד מהצדדים לפעולה האמורה, בין במישרין ובין בעקיפין.

20. מוסכם ומנוי ומקובל כי ההסטוריה עסקית יכול שתשמש כלי לבדיקת תוצאות עסקה או הסדר על מצב התחרות. בכוחה לזרות אור על מטרת עסקה או הסדר, על אופיו ועל מניעי הנפשות הפועלות לקידומו. דברים אלה נכונים בין אם מדובר בתחום ההגבלים העסקיים בכלל, בין בתחום ההסדרים הכובלים, ובין בנושא המיזוגים.

Federal Trade Commission v. Cement Institute : והשווה בנדון

333 U.S. 683, S.Ct. 793, 805

"... testimony of prior or subsequent transactions, which for some reason are barred from forming the basis for suit, may nevertheless be introduced if it tends reasonably to show the purpose and character of the particular transaction under scrutiny..."

23. ההיבטים העובדתיים והמשפטיים שפורטו בגוף החלטי הקימו אבני פינה לחששות בעניין השלכות אנטי תחרותיות הטמונות במיזוג. עם זאת הצבתי לנוכח עיני את הנחת היסוד של החוק כי מיזוג הינו תופעה חיובית ככלל.

וראה בנדון :

דברי ההסדר להצעת חוק ההגבלים העסקיים התשמ"ד - 1983 ה"ח 1647 מא' בכסלו התשמ"ד, 7 בנובמבר 1983, 39 בעמ' 40 :

"המשק הישראלי זקוק גם למפעלים גדולים בעלי יעילות כלכלית אשר יוכלו להתחרות בשוקי העולם ולתרום בכך גם לשיפור מאזן התשלומים"

וראה שם דברי ההסבר לסעיף 21 לחוק בעמ' 51 :

"מוצע לקבוע כי הממונה יהיה רשאי להתנגד למיזוג או להתנות אותו בתנאים רק כאשר קיים לדעתו חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג תיפגע באופן משמעותי התחרות באתו ענף..."
(הדגשה לא במקור).

וראה גם דו"ח הוועדה למיזוגים וקונגלמטים בראשותו של פרופסור יוסף גרוס, שהגישה המלצות בדבר הסבר פיקוח על מיזוגים .
בעמ' 16 נאמר :

"להבדיל מקרטל, אין כל מקום להתייחסות שלילית מוקדמת כלפי מיזוגים. במצב המשק הישראלי כפי שתואר לעיל, יש במיזוג משום תוצאות חיוביות."

24. אין אף להתעלם מכך שעסקת המיזוג מקפלת בחובה את קיצה, בוודאי הפרומאלי, של הברית בין בעלי השליטה בחברה אלקטרה שחברו עם מר קושניר וביחד רכשו שליטה במתחרתה העיקרית, נחושתן. סיומו של קשר זה - אשר השפעתו על ההתחרות בענף מטבע ברייתו אינו בריא - רצוי הוא.

25. השקלא וטריא בין שיקולים נוגדים אלה הובילה לניסיון מצדי לנתב דרך ביניים סלולה שתאפשר הנאה מהטוב והמועיל שבמיזוג תוך כדי ניטרול החששות

התחרותיים. דרך זו הובילה אותי להתנאות תנאים למיזוג, אפשרות המוצאת ביטויה בסעיף 21 לחוק.

26. אלטרנטיבה זו נראית לי מועילה וצודקת הן כלפי הצדדים למיזוג, וחשוב יותר, הן כלפי הציבור. בבחרי בה שקלתי אף את יוזמתו של מר קושניר שהציע עוד לפני הגשת הודעות המיזוג כי אסכים למיזוג בתנאים. (וראה סעיף 17 לעיל). אשר על כן אני מאשר את המיזוג, בכפוף לתנאים שהוצבו בראש החלטתי זו. באמצעות התנאים הללו, יוצבו גדרות שיקשו על פתיחת פתחים להסדרים כובלים בענף המעליות. בכך ניתן יהיה ליהנות בכל העולמות תוך שאיננו פוסחים על שתי הסעיפים.

27. כמובן אין בכל האמור כדי להקרין, להשפיע או לגרוע בכל הנוגע להמשך הטיפול בתיק החקירה הנסב סביב עסקת נחושתן הראשונה והחשד לכאורה בדבר עבירות על חוק ההגבלים העסקיים.

ד"ר יורם טרובוביץ

הממונה על הגבלים עסקיים

ניתן היום, 20 בדצמבר 1992