



רשות ההגבלים העסקיים

נימוקי התנגדות למיזוג:

פו גרס מוצרי בשר אקספורט בע"מ – תעשיות אווז הכסף (1990) בע"מ

מבוא

ביום 30.12.02 הגישו פו גרס מוצרי בשר אקספורט בע"מ (להלן: "פו גרס") ותעשיות אווז הכסף (1990) בע"מ (להלן: "אווז הכסף") הודעת מיזוג לפי סעיף 19 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק"). ביום 23.3.2003 הודעתי לצדדים על התנגדותי למיזוג.

פו גרס ואווז הכסף הן מתחרות ישירות העוסקות בשחיטה ומכירת בשר אווזים. המיזוג המבוקש כאן מצטרף לשרשרת של עסקות אחרות שנעשו בין הצדדים, שבאמצעותם רכשה פו גרס שליטה באווז הכסף ואחזקות בשיעור של 57.5%. עסקות קודמות אלה לא דווחו כנדרש לממונה אך עניין זה מתברר ויוסדר בנפרד. במסגרת המיזוג הנדון כאן מבקשת פו גרס להגדיל את אחזקותיה באווז הכסף ל-90% ובכך להביא למעשה לאיחוד מלא כמעט בין החברות המתחרות.

בדיקת המחלקה הכלכלית ברשות ההגבלים העסקיים העלתה כי חלקן המצרפי של החברות מבקשות המיזוג בשווקי מוצרי האווז עולה על מחצית, לעתים באורח ניכר. הסכמה למיזוג מלא בין החברות תביא אפוא לצמצום מספר השחקנים בשוק משלושה לשניים, להגדלה משמעותית של הריכוזיות בשוק, להיווצרות גוף בעל נתח שוק מונופוליסטי ולעיוות מבנה התחרות.

כאשר מוסיפים לכך את חסמי הכניסה לשוק ואת מערכת הקשרים העניפה הקיימת בין השחקנים הפועלים בו, מתחזקת ביתר שאת המסקנה כי קיים חשש סביר שכתוצאה מן המיזוג תיפגע באופן משמעותי התחרות בשווקי מוצרי האווז. בנוסף, לא הוכח במקרה זה כי יש להחיל את "דוקטרינת החברה הכושלת" ואף בהתייחסות לה טוענים הצדדים אין כדי להצדיק, לא כל שכן לחייב, מיזוג למונופולין בשוק זה.

משכך, החלטתי, אחרי התייעצות עם הועדה לפטורים ומיזוגים, להתנגד למיזוג זה מכוח סמכותי לפי סעיף 21 לחוק. המפורט להלן מהווה את עיקרי טעמי להתנגדות זו.

1. הצדדים למיזוג

פו גרס היא חברה פרטית שבבעלותה משחטה לבשר אווזים, ברווזים ומולרדים. החברה עוסקת בשחיטת עופות המים האמורים לשם מכירתם בישראל ולייצוא.

אווז הכסף היא חברה פרטית שבבעלותה משחטה לבשר אווזים. החברה עוסקת בשחיתת אווזים לשם מכירתם בישראל וכן לייצוא. אווז הכסף נשלטת על ידי פו גרס, המחזיקה בעקיפין, באמצעות איי. די. בי. וי. ייזום והשקעות בע"מ (להלן: "**איי. די. בי. וי.**"), ב-57.5% מההון, מזכויות ההצבעה בה ומהזכות להשתתף ברווחיה. שליטתה זו של פו גרס באווז הכסף באה לה, כפי שיפורט להלן, בעקבות שתי עסקות מיזוג שנעשו שלא באישור. 7.5% מהזכויות באווז הכסף מוחזקים על ידי בכור דעדיש, שהוא הבעלים של אווזי הזהב 1999 בע"מ (להלן: "**אווזי הזהב**"), חברה פרטית שאף בבעלותה משחטה לבשר אווזים. 10% נוספים מוחזקים בידי שרה יצחקי (להלן: "**יצחקי**"), שהיתה בעבר בעלת השליטה באווז הכסף. יתרת 25% מוחזקים על ידי מרדכי עבדה (15%) וצבי שלו (10%).

2. הרקע למיזוג - עסקות מיזוג קודמות שנעשו שלא כדין

עסקת המיזוג נשוא ההחלטה דנן איננה הפעם הראשונה בה רוכשת פו גרס אינטרס כלכלי באווז הכסף. קודם לעסקה זו נעשו בין פו גרס לבין אווז הכסף שני מיזוגים שלא כדין, בלא שבאה עליהם הסכמתו של הממונה על הגבלים עסקיים (להלן: "**הממונה**"). נעמוד בקצרה על הרקע לעסקה הנוכחית ובכלל זאת על עסקות המיזוג הקודמות, באשר לאלה יש חשיבות בבואנו לבחון את עסקה המיזוג שלפנינו.

בראשית הדברים החזיקה יצחקי 75% מהון המניות של אווז הכסף. בהסכם למכירת מניות מיום 20.8.00 (להלן: "**המיזוג הראשון**") רכשה איי. די. בי. וי., חברה שהוקמה לצורך העסקה, מחצית ממניותיה של יצחקי באווז הכסף. רכישת המניות נעשתה בעבור פו גרס ומכספי הלוואה שנתנה פו גרס לאיי. די. בי. וי. לצורך זה¹. בעקבות המיזוג הראשון החזיקה פו גרס, באמצעות איי. די. בי. וי., ב-37.5% מההון והזכויות באווז הכסף.

סמוך אחרי המיזוג הראשון, ובהתאם למוסכם בין הצדדים לו, מכרה יצחקי 7.5% נוספים ממניות אווז הכסף שבהחזקתה לבכור דעדיש, בעליה של אווזי הזהב. ביום 1.2.01 משכן דעדיש מניות אלה לטובת פו גרס להבטחת חובותיו כלפיה שהיקפם עמד על כ-2 מיליון ש"ח.

המיזוג הראשון הושלם מבלי שהצדדים לו קיבלו את הסכמת הממונה. רק אחרי שחלפו למעלה מחודשיים מעשייתו, הובא העניין לידיעת הממונה על דרך של הגשת הודעת מיזוג על ידי אווז הכסף לבדה. פו גרס לא הגישה הודעת מיזוג אלא אחרי שחלפו כמעט שנתיים מיום שהמיזוג בוצע בפועל.

בין לבין, ביום 13.6.01 נעשתה עסקה שניה שבה רכשה פו גרס, באמצעות איי. די. בי. וי., מניות נוספות באווז הכסף, בשיעור כולל של 20% (להלן: "**המיזוג השני**"). הרכישה נעשתה מבעלי מניות אשר רכשו בעצמם את המניות ארבעה חודשים קודם לכן מידי יצחקי. בעקבות המיזוג השני עלה שיעור ההחזקות של פו גרס באווז הכסף, באמצעות איי. די. בי. וי., מ-37.5% ל-57.5%².

¹ כך עולה ממכתב באת כוחה של איי. די. בי. וי. עו"ד ורד אופנהיים, מיום 19.11.00, ממכתבה מיום 20.8.00 שצורף כנספח להסכם המיזוג הראשון, וממכתבו של עו"ד ערן לב, בא כוחן של איי. די. בי. וי. ופו גרס מיום 13.6.02.

² וזאת בנוסף למניותיו של דעדיש, בשיעור של 7.5%, ששועבדו לטובתה של פו גרס כאמור לעיל.

המיזוג השני הושלם בלא שדבר עשייתו הובא לידיעת הממונה וממילא בלא שנתקבלה הסכמתו למיזוג.³ יתרה מזאת, למעשה, לא טרחו הצדדים למיזוג להודיע לרשות על המיזוג השני אלא במסגרת ההודעה שהגישו בגין עסקת המיזוג הנוכחית.

סיכומם של דברים הוא, כי קודם להגשת הודעת המיזוג בגין העסקה הנוכחית רכשה פו גרס, באמצעות איי. די. בי. וי., שליטה באוון הכסף על דרך של עשיית מיזוגים שלא כדין, כך שאחרי המיזוג הראשון החזיקה ב- 37.5% מההון והזכויות באוון הכסף ובעקבות המיזוג השני הגדילה את שיעור החזקותיה ל - 57.5%.

3. עסקת המיזוג

עסקת המיזוג הנוכחית כוללת שני הסכמי רכישה ומימוש שעבוד, המהווים חלק מעסקה אחת, באמצעותה מבקשת פו גרס לרכוש החזקות נוספות בשיעור כולל של 32.5% באוון הכסף. לפי ההסכמים מבקשת פו גרס לרכוש את חלקם של מרדכי עבדה וצבי שלו באוון הכסף, בתמורה לשחרורם מערבותם האישית לחובותיה של חברה זו. כמו כן כוללת העסקה את מימוש המשכון שנעשה לטובת פו גרס על מניותיו של בכור דעדיש באוון הכסף אחרי שהאחרון לא פרע את חובותיו כלפי פו גרס. תוצאת ביצועה של עסקת המיזוג תהיה הגדלת חלקה של פו גרס, בין בעצמה ובין באמצעות איי. די. בי. וי., מ- 57.5% ל- 90%. נוסף על כך, בכוונתה של פו גרס, כפי שמסרה לנציגי הרשות, לאחד בעקבות המיזוג את הליכי הייצור בתחום האוונים כך שייעשו במשחטה שבבעלות אוון הכסף.

על רקע הדברים האמורים יש להשקיף על עסקת המיזוג הנוכחית כעל חלק ממכלול שלם שבמסגרתו רכשה פו גרס שליטה באוון הכסף. בנסיבות העניין, יש לבחון גם את השלכותיו של המכלול כולו על התחרות. גישה המסתפקת בבחינה צרה ומתמקדת אך ורק בהשפעה המסתברת של החוליה האחרונה במכלול זה על התחרות, עלולה לאפשר לצדדים למיזוג שפעלו שלא כדין לקבוע עובדות בשטח, להעמיד בפני הממונה עובדות מוגמרות על אף שלידתן בחטא, ולהביא לתוצאה לפיה יצא חוטא נשכר.

אעבור עתה לעיקרם של דברים: השווקים המושפעים מעסקת המיזוג והחששות התחרותיים הנוגעים להם.

³ בהודעת המיזוג שהגישה פו גרס בגין המיזוג הראשון ביום 13.6.02, שנה אחרי המיזוג השני, לא צויין דבר המיזוג השני. כלומר, גם משהגישה פו גרס הודעת מיזוג בגין המיזוג הראשון, גם זאת באיחור רב ואחרי שהמיזוג בוצע בפועל, הציגה בפני הרשות מצג שווא והצהירה על רכישת החזקות באוון הכסף במסגרת המיזוג הראשון בלבד.

4. השווקים הרלוונטיים למיזוג

4.1 כללי - שרשרת הייצור והאספקה של מוצרי האווז

המיזוג שבפני הוא מיזוג אופקי בין שתי חברות הפועלות בענף האווזים. החברות המתמזגות, פו גרס ואווז הכסף, הן בעלות משחטות לבשר אווזים, כאשר פו גרס עוסקת בנוסף גם בשחיטת עופות מים אחרים.⁴

המשחטות אחראיות לחולייה האחרונה בשרשרת הייצור של מוצרי האווז. זו כוללת חמש חוליות ייצור נפרדות: מכוני הרבייה, המדגרות, המגדלים, המפטמים והמשחטות. למרות שמדובר בחוליות נפרדות, הרי שבפועל נראה כי המשחטה שולטת על הליך הייצור: היא האחראית לקביעת כמויות הייצור; לא אחת היא מעמידה לחלק מהחוליות האחרות אשראי לצורך פעילותן; היא מסייעת להן ברכישת תשומות ומשמשת למעשה כחולייה המקשרת בין כל יתר החוליות; היא מפקחת על הליך הייצור. יתר על כן, מוקד הרווח של הליך הייצור מצוי במשחטה והיא זו האחראית על חלוקת הפדיון, על פי מפתח עלויות קבוע, בין החוליות השונות.

המשחטות מוכרות את מוצרי האווז המתקבלים בסיומו של הליך השחיטה, בשוק המקומי ולייצוא. ככל שעסקינן בשוק המקומי, פו גרס ואווז הכסף מוכרות את מרבית מוצרי האווז שלהן לסיטונאים, בתי מלון, אולמות אירועים, מסעדות, שירותי קייטרינג ואיטליזים. ככל שמדובר במכירה לייצוא, פועלות שתי החברות באמצעות אגרקסקו חברה ליצוא חקלאי בע"מ (להלן: "אגרקסקו").

4.2 מוצרי האווז – שווקים נפרדים

מוצרי האווז הם החלקים השונים של האווז המתקבלים כתוצר של הליך השחיטה. מוצרים אלה נחלקים לשלוש קטגוריות עיקריות: האחת, כבד אווז; השנייה, חלקים "עיקריים" המהווים מוצרים למאכל בפני עצמם, ובעיקר חזה אווז ושוק אווז; והשלישית, חלקים "משניים" המיועדים לשמש רכיב במוצרים אחרים, כגון שומנים ועורות. מכירות מוצרי הקטגוריה האחרונה מהוות פחות מ-5% מסך מכירותיהן של פו גרס ואווז הכסף בשוק המקומי. לפיכך אתמקד במוצרים מהקטגוריה הראשונה והשנייה.⁵

א. כבד אווז – נהוג לחלק את כבד האווז, בהתאם לאיכותו, לרמות שונות. כבד אווז מהסוג האיכותי ביותר נמכר כמאכל יוקרה למסעדות ולבתי מלון בעוד שכבד אווז מהסוגים הפחות איכותיים נמכר בעיקר לשיפודיות ולמפעלי בשר. באשר לכבד אווז מהסוג האיכותי, טענו הצדדים למיזוג כי הוא נמנה על קבוצה של מוצרי עילית הכוללת גם פילה/סיניטה עגל חלב, צלעות טלה, פירות ים וקויאר, המהווים, לפי הטענה, תחליפים לכבד אווז. בהתייחס לכבד אווז מהסוגים

⁴ ברווזים ומולרדים.

⁵ למעשה ניתן לחלק כל אחת משלוש הקטגוריות חלוקת משנה נוספת למוצרים כשרים ומוצרים לא כשרים. אולם הנתונים שלפנינו מלמדים שאין לפיכך נוסף זה כל השלכה על תוצאות הניתוח הכלכלי ולפיכך אין צורך לעמוד עליו בפירוט לצורך החלטה זו.

האיכותיים פחות טענו הצדדים, כי מוצרי בשר יוקרתיים ובהם חוט שדרה, שקדים ואשכים מהווים תחליפים קרובים לו.

מבדיקת המחלקה הכלכלית של הרשות עולה כי כבד אווז מהווה שוק נפרד ממוצרי בשר אחרים וכי המוצרים האמורים אינם מהווים תחליפים קרובים לו. שיחות עם גורמים בתעשיית המזון ומוצרי האווז מלמדות, כי התעשייה אינה רואה במוצרים הנזכרים משום תחליף ממשי לכבד אווז. כבד אווז נתפס כמוצר איכותי ויוקרתי. הוא נחשב למוצר בעל טעם ייחודי שאין לו תחליף קרוב. בעלי מסעדות אף ציינו, כי כבד אווז מהווה מרכיב חיוני בסל המוצרים שהם נדרשים להציע ללקוחותיהם, ולפיכך המוצרים הנזכרים לא יכולים להוות תחליף לכבד אווז ולמעשה הם משלימים אותו. עוד עולה מהשיחות עם הגורמים בתעשייה, כי להערכתם כבד אווז נהנה מביקוש קשיח, יחסית, כך שאף אם מחירי כבד האווז יאמירו בצורה ניכרת, במידה המשמשת אמצע לעליית מחירים היפותטית לבחינת תחליפיות, אין מסתבר שינוי של ממש בביקושים לכבד אווז ולא צפוי מעבר משמעותי לצריכת המוצרים האחרים על ידי הגורמים בתעשייה. משכך, נמצא כי עסקין בשוק נפרד, מושא להפעלת כוח בנפרד ממוצרי בשר אחרים.

ב. חזה אווז ושוק אווז – המוצרים העיקריים בקטיגוריה של חלקי אווז המהווים מוצרים למאכל בפני עצמם הם חזה ושוק אווז. גם מוצרים אלה, בדומה לכבד אווז, מהווים, כל אחד, שוק נפרד באשר אין להם תחליפים קרובים. טענת הצדדים למיזוג, לפיה מוצרי בשר רבים אחרים, ובהם שוקיים וחזה עוף, שוקיים וחזה הודו, שוקי כבש, שוק עגל וחזיר, מהווים תחליפים לשוקיים וחזה אווז, נבדקה ונמצאה חסרת בסיס. משיחות עם גורמים בתעשייה עולה כי, כמו כבד האווז, גם חזה ושוקי אווז הם בעלי מאפיינים שונים וטעם ייחודי בהשוואה למוצרי הבשר האחרים וכי גם עליה ניכרת במחיריהם לא תביא להסטת ביקושים אל המוצרים האחרים. גם נתונים חלקיים בדבר התנהגות המחירים של חזה אווז ושוק אווז בהשוואה למחירים של המוצרים האחרים בשוק הקמעונאי תומכים במסקנה כי מדובר בשווקים נפרדים.⁶

למעלה מן הצריך אוסיף כי גם הצדדים למיזוג סברו, בזמנים שונים טרם הגשת הודעת המיזוג הנוכחית, כי מוצרי הבשר האחרים שנזכרו לעיל אינם תחליפיים למוצרי האווז ולא כללו אותם בהגדרת השוק לה טענו.⁷ הגדרת השוק הרחבה הכוללת את כל מוצרי הבשר לא היתה, אם כן, ההגדרה שאימצו הצדדים למיזוג בראשיתם של דברים.

משמצאנו כי מוצרי האווז מצויים בשווקים נפרדים ממוצרי בשר אחרים, נפנה לבחינת השלכותיו המסתברות של המיזוג על התחרות בענף השחיטה והמכירה של מוצרי האווז, הוא הענף בו פועלות החברות המבקשות להתמזג.

5. השפעת המיזוג על התחרות

5.1 הגדלה משמעותית של הריכוזיות בענף

⁶ כך לדוגמא בבדיקת מחירי הקנייה ברשת שופרסל לא נמצאה התאמה בהתנהגות המחירים של שוק אווז ושוק הודו.

⁷ בהודעת מיזוג מיום 1.11.00, שהוגשה על ידי אור הכסף, הוגדר השוק ככולל מוצרי בשר וכבד של עופות מים בלבד. במכתב מיום 19.11.00, שנשלח מטעמה של פו גרס, עלה כי זו רואה את השוק ככולל "מוצרים הקשורים בעופות מים,

מחוץ לחבורת המבקשות להתמזג קיימת בישראל כיום רק עוד חברה אחת המפעילה משחטה לבשר אווזים ומוכרת מוצרי אווז – חברת אווזי הזהב. מבקשות המיזוג, פו גרס ואווז הכסף, מוכרות את מוצרי האווז שלהן הן בשוק המקומי והן לייצוא. מאידך, אווזי הזהב מוכרת את מוצרי האווז שלה אך ורק לשוק המקומי. שלוש החברות האמורות אחראיות לשחיטת רובם המכריע של האווזים בשוק המקומי והן מספקות את החלק הארי של מוצרי האווז בישראל⁸.

חלקן המצרפי של מבקשות המיזוג בשוק מוצרי האווז עומד על בין כ- 55% ל- 75% בהתאם לחלק האווז בו מדובר⁹. עסקינן איפוא במיזוג בין מתחרים המהווים יחדיו חלק עיקרי של השוק. הסכמה למיזוג המבוקש תביא להיווצרותו של גוף בעל נתח שוק דומיננטי מאד בשוק. קיומו של נתח שוק גדול בידי גורם אחד ממוזג מהווה אינדיקציה להקמת כוח שוק עקב המיזוג:

“Marginal cost and firm elasticity of demand are extraordinarily difficult to measure. For most markets, they cannot realistically be measured in the courtroom. Courts rely instead on the fact that there is a positive correlation between market share and market power...This correlation of market power and market share has permitted courts to use market share as a qualified proxy for market power in antitrust cases.”¹⁰

כן צפוי המיזוג להגדיל באופן משמעותי את הריכוזיות בשוק – תוצאתו הישירה היא צמצום מספר השחקנים בשוק משלושה לשניים. צמצום זה אינו אריתמטי גרידא אלא איכותי: ספק רב אם אווזי הזהב, שתיוותר המתחרה היחידה של הגוף הממוזג, היא אכן מתחרה עצמאית ואפקטיבית בהווה ואם תוכל לתפקד ככזו בעתיד, באופן שירסן את החברות המתמזגות וימנע מהן להפעיל כוח שוק. ראשית, וכפי שעולה משיחות עם גורמים בתעשייה, מוצריה של אווזי הזהב נתפסים כמוצרים שאיכותם נופלת מזו של מוצרי פו גרס ואווז הכסף. משכך, לפחות עבור חלק מהצרכנים, מוצריה של אווזי הזהב אינם מהווים תחליף ממשי והסכמה למיזוג לא תותיר בפניהם אלא ברירה אחת. שנית, וכפי שיפורט בהמשך הדברים, בחינת מאפייני הפעילות בענף ומארג היחסים בין אווזי הזהב לבין פו גרס ואווז הכסף, מטילה צל כבד על האפשרות שאווזי הזהב תהווה גורם תחרותי משמעותי לחברה הממוזגת.

אכן, מיזוג של שני מתחרים ליישות אחת שחלקה בשוק עולה על מחצית מכלל אספקת המוצרים – כמיזוג שבפני – מקים הנחה מוקדמת, הניתנת לסתירה, בדבר היות היישות הממוזגת בעלת

לרבות מוצרי אווז שונים ומורכבים. באופן דומה, בהודעת מיזוג שהוגשה כשנתיים לאחר מכן, ביום 13.6.02, על ידי פו גרס, תואר השוק הרלבנטי, אמנם תוך הסתייגות, ככולל את מוצרי עופות המים המפוטמים.

⁸ קיימת גם תופעה של שחיטה ומכירה של מוצרי אווז הנעשית ישירות על ידי החקלאים-המגדלים ושלא באמצעות החברות האמורות. הצדדים למיזוג העריכו כי היקפה של השחיטה הישירה הוא כ-10% מכלל שחיטת האווזים בישראל. אולם, היות ושחיטה זאת לא נעשית תחת פיקוח וטרינרי והאספקה איננה מסודרת ואמינה, לא ניתן לראות בתוצרי שחיטה זו כתחליפיים לאלו הנמכרים על ידי החברות האמורות.

⁹ נתח השוק המצרפי של פו גרס ואווז הכסף הוא כ- 55%-60% ככל שמדובר בכבד אווז, וכ- 70%-75% ככל שמדובר בחזה האווז ושוק אווז.

כוח שוק מונופוליסטי באספקת המוצר. אולם בכך לא תם הניתוח התחרותי. על מנת ללמוד על מידת הסתברותן של הסכנות התחרותיות יש לבחון היבטים נוספים, ובהם חסמי הכניסה לשוק והמגמות הדינמיות שבו.¹¹ היבטים אלה יש בהם כדי לשפוך אור על יכולתו של גוף הממוג להפעיל כוח שוק באורח חד צדדי ועל המידה בה השוק עשוי להוות קרקע פורייה לפעילות מתואמת בין מתחרים. לבחינת היבטים אלה נעבור עתה.

5.2 חסמי הכניסה לענף גבוהים

בחינת חסמי הכניסה מגלה כי לא בנקל יוכל עסק חדש המבקש להשתלב בענף שחיטת ומכירת מוצרי אווז להיכנס לשוק. להלן נתייחס לחסמי הכניסה העיקריים.

חסם כניסה אחד הוא תוצאה של האינטגרציה האנכית הקיימת בין החוליות השונות בשרשרת הייצור של מוצרי האווז. כאמור לעיל, שרשרת הייצור של מוצרי האווז כוללת חמש חוליות: מכוני הרבייה, המדגרות, המגדלים, המפטמים והמשחטות, כאשר הלכה למעשה המשחטה משמשת כחולייה המקשרת בין יתר החוליות. על פי נתוני המועצה לענף הלול פועלים בישראל שנים עשר מכוני רבייה, שתי מדגרות וכשמונים מגדלים ומפטמים.¹² לכאורה, יכולה כל משחטה להתקשר באופן חופשי עם כל אחד מהשחקנים הפועלים בכל אחת מן החוליות האחרות, וכל אחד מאלה חופשי להתקשר עם כל אחת מן המשחטות לפי בחירתו. בפועל לא כך הם פני הדברים. החוליות בשרשרת הייצור פועלות בשילוב אנכי מלא, המשתרע החל משלוחת הרבייה ועד לשלוחת המשחטה. כל משחטה קשורה עם שחקנים מסוימים בכל אחת מן החוליות האחרות במורד שרשרת הייצור מבלי שמתקיים בפועל מעבר של שחקנים ממשחטה אחת לאחרת. קיומה של אינטגרציה אנכית מהווה חסם כניסה משמעותי. אכן, לא בנקל יאותו מכוני הרבייה, המדגרות והמגדלים, שההתקשרות עמם מטבעה היא ארוכת טווח באופן יחסי, לוותר על הוודאות הקיימת בהתקשרות עם המשחטה עמה הם משולבים אנכית, ולהתקשר עם משחטה חדשה שאיתנותה הכלכלית טרם הוכחה. משכך, משחטה חדשה המבקשת להיכנס לשוק יכול שתיאלץ לפעול בכל החוליות המשולבות אנכית, תחת כניסה לחולית השחיטה בלבד תוך רכישת תשומות מהחוליות במעלה שרשרת הייצור. ההכרח להיכנס בו בזמן לכל השווקים המצויים באינטגרציה מקים, אם כן, חסם כניסה לשוק. אכן, בית המשפט העליון עמד כבר על הקשיים העומדים בפני גורם חדש המבקש להיכנס לשוק בו קיימת אינטגרציה אנכית וציין כי "אכן, מקובל לראות בשילוב אנכי ומערך הפצה מפותח מחסום כניסה רלבנטי"¹³.

דברים אלה מקבלים משנה תוקף נוכח התנהגות השחקנים בענף בעבר. מאלה עולה כי החשש שהשילוב והקשרים הקיימים בין החוליות בשרשרת הייצור של מוצרי האווז יקשו על כניסה לשוק איננו תיאורטי. לפי הנתונים שבפני עולה, כי בעבר, נוכח ניסיונותיה של משחטה חדשה להיכנס לשוק ולהתקשר לשם כך עם אחת המדגרות, פעלו המשחטות הקיימות – אווז הכסף

¹¹ ראו אישור מיזוג בתנאים עץ לבד ו-תעשיות והשקעות של ספן בע"מ, "ההגבלים העסקיים" בהוצאת ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין בישראל, כרך ג', 104, 119-120, וכן נימוקים להתנגדות למיזוג בין הריבוע הכחול ישראל בע"מ ובין ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ, 2001, הגבלים עסקיים, 3012217, פרק ג'.

¹² נתוני המועצה לענף הלול, שלוחת האווזים, נתונים לשנת 2002, <http://www.epb.org.il/goose.html>.

¹³ ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה פ"ד נב(5) 213, 239-240, וראו גם נימוקים להתנגדות למיזוג בין ישראל איצקוביץ י.א. (1989) בע"מ לבין אמבר מכון לתערובות אגודה שיתופית חקלאית מרכזית בע"מ, 2002, הגבלים עסקיים, 3014929.

ופוגרס - לחסימת דרכה של המשחטה החדשה אל המדגרה על דרך של איום להפסיק את התקשרותן שלהן עם אותה המדגרה. בפועל, אחרי שהמדגרה חויבה, בצו של בית המשפט, לתת שירותים למשחטה החדשה, מימשו המשחטות הקיימות את איומיהן וחדלו מלעבוד עמה¹⁴. התנהגות זאת מהווה, לכאורה, התנהגות פסולה שיש בה משום הפרה של הוראות חוק ההגבלים העסקיים. נוסף על כך, יש בה כדי ללמד על הקשיים שיעמדו בפניה של משחטה חדשה שתבקש להיכנס לשוק.

חסם כניסה אחר שיעמוד בדרכו של עסק המבקש להיכנס לשוק נובע מעודף כושר הייצור המאפיין את הענף. גם אווז הכסף וגם אווזי הזהב פועלות בתת ניצול של כושר הייצור שלהן ואינן ממצות ולו מחצית ממנו. ברי כי עודף כושר ייצור, ובפרט בהיקפים כאלה, מהווה גורם המרתיע שחקנים חדשים מלהיכנס לשוק¹⁵. דברים אלה מקבלים משנה תוקף בענף האווזים בו, כפי שמסרו הצדדים, קיימים יתרונות לגודל וייצור בהיקף גדול מביא להוזלה ממשית של עלות הייצור הממוצעת¹⁶. השילוב של עודף כושר ייצור בענף מחד גיסא, והצורך לכבוש נתח שוק משמעותי על מנת להגיע ליעילות תפעולית מאידך גיסא, מקשה אף הוא על הכניסה לענף.

לחסמי הכניסה האמורים יש להוסיף את הדימוי השלילי שנקשר לפעילות בענף האווזים וזאת בשל הסבל הרב שנגרם לאווזים בשלב הפיטום. ארגונים שונים, הפועלים למען בעלי חיים בישראל, מנהלים מזה כעשור מאבק ציבורי ומשפטי שתכליתו להביא לאיסור מוחלט על פיטום אווזים בישראל. מאבק זה, שטרם בא אל קיצו, וההדים הציבוריים שבאים בעקבותיו, מרתיעים אף הם גורמים שונים שבידיהם היכולת והאפשרות להיכנס לשוק. גורמים אלה, שבנסיבות אחרות היו שוקלים כניסה לענף, חוששים מהתדמית שעלולה לדבוק בהם במידה וייכנסו לפעילות בתחום האווזים ומהנזק שתגרום תדמית זאת לכלל פעילותם.

נוכח הדברים האמורים לא ייפלא כי בשנים האחרונות לא נכנס אף שחקן עצמאי לשוק השחיטה והמכירה של מוצרי האווז, וכי ניסיונות כניסה שנעשו נדונו לכישלון. אכן, המגמה הבולטת בענף בשנים האחרונות היא של יציאת שחקנים מהשוק, צמצום מספר המשחטות הפעילות והגדלת הריכוזיות.

מהנתונים שבפני עולה עוד כי קיימים גם חסמים המערימים קשיים על יבוא מוצרי אווז לישראל. בכלל זאת ניתן להזכיר את המכסים המוטלים על היבוא ואת מגבלת הכשרות. ואכן, בפועל אין יבוא ממשי של מוצרי אווז.

בנסיבות אלה ניכר כי חסמי הכניסה הם גבוהים יחסית וכניסה של שחקן חדש לענף אשר יהווה גורם בעל משקל תחרותי תוך פרק זמן סביר, איננה מסתברת כלל וכלל.

5.3 התוצאה – המיזוג מקים חשש לפגיעה משמעותית בתחרות

¹⁴ ראו פרוטוקול הדיון מיום 21.1.01 בה"פ 172/01 בש"א 3148/01 ש.ש. דגש בע"מ נ' מדגרות שמואלי את קרנר.
¹⁵ ראו נימוקים להתנגדות למיזוג בין אי.א.א.ל תעשיות פלסטיק בע"מ לבין וולפמן פלסטיק בע"מ, מרש פלסט תעשיות בע"מ ופייפלסט (ישראל) בע"מ, 1999, הגבלים עסקיים, 3008761; וכן ערר 2/94 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, "ההגבלים העסקיים" בהוצאת ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין בישראל, כרך ב', 159, 187.
¹⁶ למסקנה דומה הגיע גם אייל שפירא "סקר ענף האווזים" (יוני 1998) בעמ' 21.

כמוכח לעיל, הסכמה למיזוג היתה מביאה להגדלה משמעותית של הריכוזיות בענף שחיתת ומכירת מוצרי האווז, שהיתה גבוהה מאד גם עובר למיזוג המבוקש, בצד קיומם של חסמי כניסה גבוהים. צירוף של שניים אלה לבדו, ובפרט נוכח העדרם של מתחרים של ממש לצדדים בישראל, די בו כדי להקים חשש ממשי לפגיעה משמעותית בתחרות בענף זה. בנסיבות העניין יאפשר המיזוג לצדדים לרכוש נתח שוק מונופוליסטי ויתן בידם את האפשרות להפעיל, באורח חד צדדי, כוח שוק כלפי לקוחותיהם. אכן, ראש וראשון למיזוגים שעל רשות תחרות לעוצרם בדרך של התנגדות, הוא "המיזוג למונופולין" – הממזג שני גופים לכדי בעל מונופולין בשוק. בתרחיש מעין זה באה לידי ביטוי התכלית היסודית המונחת ביסוד דיני המיזוג: למנוע התהוותם של מונופולים מבעוד מועד ולא להסתפק בפיקוח שבדיעבד על מעשיהם. לא בכדי נחשב המיזוג למונופולין למקרה "קלאסי" להתנגדות למיזוג:

"The 'classic' example of a merger facilitating a unilateral price increase is the merger to monopoly. Such mergers deserve the highest level of antitrust scrutiny, and generally should be condemned even if barriers to entry are low. The need for rivals to be permitted to exist and grow is simply too important in such a market."¹⁷

כאשר מוסיפים לכך את מאפייני הפעילות בענף ואת מארג הקשרים בין אווזי הזהב – שבבעלות המשחטה הנוספת בענף – לבין החברות המבקשות להתמזג, שעליהם נעמוד להלן, התמונה המצטיירת היא של ענף המועד גם לפעילות מתואמת בין הגורמים הפעילים בו.

מאפייני הפעילות בענף, ובהם הריכוזיות הגדולה, מיעוט השחקנים, חסמי הכניסה הגבוהים, וההומוגניות של מוצרי האווז הופכים את התיאום בין הגורמים הפועלים בענף לקלים ונוחים יחסית.¹⁸ נוסף על כך, חלק מן החוליות האחרות במעלה שרשרת הייצור של מוצרי האווז, רשאויות, בהתקיים תנאים מסוימים, לשתף פעולה ולתאם את פעילותן, בחסות הפטור הקבוע בסעיף 3(4) לחוק. הסדרת שוק מעין זו נעשית בפועל, בין במישרין ובין בעקיפין, באמצעות גורמי פיקוח שונים ובהם המועצה לענף הלול והועדה המייעצת – ענף עופות המים הפועלת במועצה. שיתוף הפעולה בין החוליות השונות במעלה שרשרת הייצור מהווה כר נוח להתנהגות מתואמת בחוליית המשחטה. פעילות המשחטות מול גורמי הפיקוח האמורים ומול אגרקסון, מקלה על החלפת מידע, ומגדילה אף היא את ההסתברות לפעילות מתואמת.

יתר על כן, בחינת היחסים בין השחקנים מגלה כי ענף השחיטה והמכירה של מוצרי האווז איננו חף מקשרים הפוגמים בתחרות. כך לדוגמא, מחזיקה אווזי הזהב, באמצעות בעליה, ב-7.5% ממניותיה של אווז הכסף. בנוסף, וכפי שעולה מן הנתונים שבפני, בעבר התקיים שיתוף פעולה בין אווזי הזהב לבין פו גרס שבמסגרתו, בין היתר, סייעה פו גרס לאווזי הזהב ברכישת תשומות

¹⁷ H. Hovenkamp *Federal Antitrust Policy* (2nd ed., 1999) p. 505-506

¹⁸ על מאפייני השוק המשפיעים על מידת ההסתברות להתנהגות מתואמת ראו נימוקים להתנגדות למיזוג בין הריבוע הכחול ישראל בע"מ ובין ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ, 2001, הגבלים עסקיים, 3012217, פרק ג', בעמ' 28.

להליך הייצור של מוצרי האווז. כתוצאה מהקשרים העסקיים ביניהן ובשל האשראי שהעמידה לה פו גרס, עומד כיום חובה של אווזי הזהב לפו גרס על כ-2 מליון ש"ח. מארג הקשרים האמור על הזיקות הכלכליות שהוא מקים, במצטבר למיעוט השחקנים בענף ולחסמי הכניסה אליו, מפחית אף הוא את התמריץ של החברות האמורות להתחרות זו בזו ומגדיל את החשש להתנהגות אוליגופוליסטית מתואמת.¹⁹

מן האמור לעיל עולה כי המיזוג המוצע מקים חשש סביר וממשי לפגיעה משמעותית בתחרות בענף השחיטה והמכירה של מוצרי האווז.

יוער כי טענת הצדדים כי התנהגות מחירי מוצרי האווז בתקופה שבאה אחרי שנעשה המיזוג הראשון מעידה כי המיזוג לא מקים חשש לפגיעה בתחרות, נבדקה ונמצא כי אין בה ממש. בחינת התנהגות המחירים מלמדת כי לגבי חלק מהמוצרים נצפתה בתקופה שאחרי המיזוג הראשון עליית מחירים. משכך, נשמט הבסיס העובדתי לטענה האמורה.²⁰ מכל מקום גם אם לא היה זה המצב אין בכך להעיד על דבר, שכן תוצאותיו של כוח שוק אינן חייבות לבוא מייד לידי ביטוי. בפרט כך בעת בה נבחנת השפעת המיזוג על ידי רשות התחרות. למיזוג השלכות על מבנה הענף ומיזוג למונופולין סופו שישפיע לרעה על מצבו של הצרכן. עיתוי הפגיעה אינו סוגייה מהותית במיזוג אשר כזה.

אעבור עתה לבחון טענות נוספות שהעלו הצדדים שיש בהן, לשיטתם, להצדיק מתן הסכמה למיזוג.

6. טענת החברה הכושלת

אחת הטענות שהעלו הצדדים למיזוג היא, כי אפילו היה המיזוג מקים חשש לפגיעה בתחרות, מן הראוי ליתן לו את הסכמת הממונה באשר במקרה שלפנינו חלה דוקטרינת החברה הכושלת.

אכן, יכול שמזיג יקבל את הסכמת הממונה על אף שעל פניו הוא מקים חשש לפגיעה בתחרות וזאת בהתקיים התנאים לתחולתה של דוקטרינת החברה הכושלת. עיקרם של תנאים אלה הוא: כי אלמלא המיזוג תיפלט החברה שבקשיים מן השוק בטווח הזמן הנראה לעין; כי אין בנמצא עסקת מיזוג חלופית שפגיעתה בתחרות פחותה; וכי אילו נפלטה החברה שבקשיים מהשוק ממילא היה עובר עיקר נתח השוק שלה לידי הרוכשת.²¹

טענת הצדדים למיזוג במקרה דנן היא כי אווז הכסף היא חברה כושלת שבלא המיזוג ובלא שיתאפשר לפו גרס להשקיע בה כספים תיפלט מן השוק. אולם, הצדדים למיזוג הסתפקו בטענה כי מתקיימים התנאים להחלת הדוקטרינה, מבלי שהביאו ראיות של ממש שיש בהן כדי לתמוך

¹⁹ בנסיבות העניין אין בעודף כושר הייצור בענף כדי להקשות על יצירת תיאום וכדי להפיג את החשש מפני התנהגות מתואמת. לכאורה, בהתקיים כושר ייצור עודף גדל התמריץ של כל אחד מן השחקנים לייצור תוך סטייה מהכמות המתואמת בעוד שהסטייה קשה יותר לגילוי על ידי יתר השחקנים בענף. עם זאת, נוכח מאפייני הענף, ובכלל זאת גם הפלטפורמה הנוחה שמספקים גורמי הפיקוח והנתונים שהם מרכזים בדבר היקף הייצור ומבנה העלויות בשרשרת הייצור, הופכים את הגילוי ועמו את התיאום לפשוט וקל.

²⁰ יוער עוד כי לא נמצא בסיס ממשי לטענה גם באשר לאותם מוצרים שבהם נצפתה ירידה מסוימת של המחירים בתקופה שאחרי המיזוג הראשון.

²¹ ראו בפירוט אישור מיזוג בתנאים בין השמירה טכנולוגיות מיגון (1971) בע"מ לבין נוראל – אלעזר מרכז הבטחון בע"מ, 1998, הגבלים עסקיים, 3001328.

בטענה. בכך לא די. נטל הראייה להתקיימות התנאים לתחולת דוקטרינת החברה הכושלת רובץ על כתפי הטוען לה. בנטל זה לא עמדו. דברים אלה יפים ביחס לכל התנאים המנויים לעיל. בפרט, לא הניחו הצדדים תשתית לכך שאוון הכסף עשתה מאמצים סבירים לקבלת הצעות חלופיות לעסקה עם אחרים זולת פו גרס. ממכלול הנתונים שהונחו בפני ומשיחות שנערכו עם גורמים שונים בשוק, לא שוכנעתי כי אין בנמצא רוכש פוטנציאלי שעסקה עמו תהיה פחות פוגענית מבחינה תחרותית. משכך, בנסיבות העניין אין בידי לקבל את הטענה בדבר תחולת דוקטרינת החברה הכושלת.

7. טענת ההתייעלות

בין יתר הטענות שהעלו הצדדים בזכות המיזוג ניתן היה למצוא גם טענה לפיה המיזוג יביא להתייעלות הליך השחיטה בשל איחוד מערכי פעילות מסוימים של אוון הכסף ושל פו גרס. טענה זו, שלא עמדה במוקד טענות הצדדים למיזוג, מצאה לה תימוכין בעמדת משרד החקלאות לפיה "איחוד המשחטות ייעל את תהליך השחיטה ופירוק העופות, יחסוך בעלויות כלליות ובהוצאות על פיקוח וטרינרי..."²².

אכן, ניתן לשקול שיקולי יעילות בעת בחינת השלכותיו של מיזוג המקיים חשש לפגיעה בתחרות. שיקולי יעילות פרו-תחרותיים יכול שישקלו על כף המאזנים האחת, כאשר על הכף השניה מונחת הפגיעה התחרותית המסתברת. אולם, שיקול התייעלות יהיה רלבנטי רק אם הראו הצדדים למיזוג כי היתרון עליו הצביעו הוא כזה הנובע מן המיזוג, ולא ניתן היה להשיגו בדרך אלטרנטיבית שפגיעתה הצפויה בתחרות קטנה יותר. כן נדרשים הם להניח תשתית עובדתית וכלכלית מוצקה המוכיחה כי המיזוג אכן יביא להתייעלות הנטענת וכי זו צפויה להיטיב עם הצרכן על דרך של הוזלת מחירים או שיפור האיכות.²²

במקרה זה אין בטענת ההתייעלות כדי להצדיק הסכמה למיזוג. ראשית, לא הוכח כי לא ניתן להשיג את ההתייעלות הנטענת בדרך אחרת שפגיעתה בתחרות פחותה. ההתייעלות עליה מצביעים הצדדים נובעת מכך שניתן יהיה לחלק את ההוצאות הקבועות, דוגמת עלויות הפיקוח הוטרינרי, על פני היקף מכירות גדול יותר (של החברה הממוזגת). אולם, כל אחד מהצדדים למיזוג יכול לחתור ולהשיג את אותה התייעלות ממש בכל דרך אחרת שתביא להגדלת היקף מכירותיו, ובכלל זאת על דרך של התחרות בצד השני למיזוג. נוסף על כך לא הוכח כי ההתייעלות הנטענת תעבור לצרכנים. גם משרד החקלאות, שלא ראה מקום להביע התנגדותו למיזוג, לא הצביע על רווח כלשהו שיצמח לצרכן כתוצאה ממנו. כל שציין בהקשר זה הוא שהחסכון בעלויות השחיטה ייטיב עם ציבור החקלאים שכן הוא יביא להגדלת שיעור התמורה לחקלאים על חשבון חלקה של המשחטה. בכך, כאמור, לא די. שנית, וזה העיקר, בנסיבות המקרה שלפנינו, כשעסקינן במיזוג שתוצאתו צמצום מספר השחקנים בשוק לשניים, הגדלה משמעותית בריכוזיות והיווצרות

²² לדיון בטענות התייעלות, ראו נימוקים להתנגדות למיזוג בין הריבוע הכחול ישראל בע"מ ובין ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ, 2001 הגבלים עסקיים, 3012217, פרק ד'; ולאחרונה נימוקים להתנגדות למיזוג בין יהודה פלדות בע"מ, מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ (בפירוק), 2003, הגבלים עסקיים, 3016418.

בעל מונופולין בשוק, לא די בהתייעלות הנטענת – גם לו היה בה ממש – כדי לאזן את החשש הכבד לפגיעה בתחרות שמעלה המיזוג.

גם לו שוכנעתי, שנוכח המצב הכלכלי הקשה בשוק ייתכן שיהיה בשיתוף פעולה מסוים בין המשחטות כדי להביא להתייעלות שתאפשר להן לצלוח את התקופה הקרובה ולהתגבר על צוק העתים, לא היה בכך כדי להצדיק מתן הסכמה למיזוג. אין הצדקה ליתן הכשר למהלך עסקי דרסטי כמיזוג שמביא לאיחוד קבוע של המשחטות, להתלכדות מבנית ולעיוות בלתי הפיך של מבנה התחרות בשוק בשל קושי ארעי.

סוף דבר

המיזוג שלפני הוא השלב האחרון במערכת מיזוגים שנעשו שלא כדין. הסכמה למיזוג היתה מביאה ליצירת בעל מונופולין בענף השחיטה והמכירה של מוצרי אווז, להגדלה משמעותית של הריכוזיות בענף ולצמצום מספר המתחרים בשוק משלושה לשניים. נוכח חסמי הכניסה לענף ולאור הקשרים הקיימים בין השחקנים בענף היה המיזוג נותן בידי הגוף המתמזג את האפשרות להפעיל כוח שוק באורח חד צדדי והיה מגדיל את ההסתברות להתנהגות מתואמת בשוק.

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

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

דרור שטרם

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, י"ח בסיוון תשס"ג

18 ביוני 2003