

## הערת פסיקה: ערר 2/94 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

ד"ר דיויד גילה\*

### 1 מבוא

מאמר זה בוחן באופן ביקורתי את החלטתו של בית הדין להגבלים עסקיים (להלן: בית הדין) בערר 2/94 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: ערר תנובה)<sup>1</sup>. בהחלטתו זו, אישר בית הדין את המיזוג בין תנובה מרכז שיתופי לשיווק (להלן: תנובה) לבין משחטת עוף הנגב (להלן: עוף הנגב), שאירע בתחילת 1994. עיקר הביקורת מתמקד בשניים: ראשית, בית הדין הסתמך במשתמע על ניתוח "סטטי" של השפעת המיזוג, מבלי לקחת בחשבון את המיזוג כחוליה בהתפתחות מבנה השוק לטווח ארוך. שנית, בית הדין לא בחן את המיזוג עם תנובה באספקלריה של הרוכשות האלטרנטיביות, למרות שעולה מהנתונים שהיו בפני בית הדין כי מיזוג עוף הנגב עם רוכשות אלטרנטיביות אלה היה עדיף באופן משמעותי, מבחינת הפגיעה בתחרות, על פני מיזוג עם תנובה.

סעיף 3.2 למאמר מראה כי על פי ניתוח סטטי של השפעת המיזוג, שאינו לוקח בחשבון את מגמת התפתחות מבנה השוק לטווח ארוך, מיזוג של תנובה עם פירמה קטנה יחסית כמו עוף הנגב, אכן אינו פוגע באופן משמעותי בתחרות. אולם, כפי שסעיף 3.3 מראה, ניתוח מגמת ההתפתחות של מבנה השוק לטווח ארוך מגלה כי קיים חשש סביר שמיזוג תנובה עם עוף הנגב יפחית באופן משמעותי את התחרות, וזאת למרות נתח השוק הקטן יחסית של עוף הנגב. הסיבה לכך, היא שלתנובה – כפירמה המובילה בענפי שיווק עוף והודו חיים למשחטות, שחיטתם ושיווק תוצרת המשחטות – קיים אינטרס לבלוע באופן הדרגתי מתחרות קטנות שלה, על מנת למנוע את צמיחתן או ריכוזן של אותן מתחרות בטווח הארוך. אם כך,

\* מרצה, המסלול האקדמי של המכללה למינהל, בית הספר למשפטים.  
1 ההגבלים העסקיים (ט' אולשטיין עורכת, תשנ"ו, כרך ב) 159.

אף רכישת פירמה קטנה יחסית עשויה לתרום להאדרת כוחה של תנוכה ולביצור מעמדה הדומיננטי. יתרה מזו, כפי שמובהר בסעיף 3.4, ברכישת עוף הנגב על ידי מתחרה קטנה או על ידי נכנסת חדשה לשוק, היה כדי לתרום בטווח הארוך למגמה של איוון מעמדה הדומיננטי של תנוכה, וכך לתרום ליצירת חסם לכוחה של תנוכה להעלות מחירים בענף. בית הדין טעה כאשר הסיק כי מחסומי-הכניסה לענפים הרלבנטיים הם לא משמעותיים. למעשה, עולה מהנתונים שהיו בפני בית הדין כי היו מחסומים תמירים מפני כניסה חדשה או התרחבות של פירמות קטנות קיימות. על כן, רכישה של עוף הנגב על ידי נכנסת חדשה או על ידי מתחרה קטנה מתנוכה, תוך התגברות על מחסומי-הכניסה הגבוהים, הייתה חשובה אף ביתר שאת לקידום התחרותיות בענף, והייתה עדיפה באופן משמעותי, מבחינה תחרותית, על פני רכישה על ידי תנוכה. כיוון שמן הנתונים שהיו בפני בית הדין עולה כי הן נכנסת חדשה לשוק והן מתחרה קטנה קיימת, חפצו לרכוש את עוף הנגב, הרי שבאספקלריה של רוכשות אלטרנטיביות אלה, ומתוך מבט אל מגמת מבנה השוק לטווח ארוך, טעה בית הדין כאשר את המיזוג עם תנוכה.

## 2 עובדות המקרה

בהחלטת בית הדין מתוארות העובדות הבאות:

משחטת עוף הנגב הופעלה משנת 1990 על ידי כונס נכסים. בשנת 1994 נערך על פי הוראות בית המשפט המחוזי בבאר-שבע מכרז למכירת המשחטה. למכרז ניגשו שלוש מציעות: תנוכה, נכסי משקי הנגב בע"מ וכור מזון בע"מ. תנוכה, שהציעה את המחיר הגבוה ביותר עבור המשחטה, זכתה במכרז. אולם, עוד בדיון במכרז הופיע נציגו של הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: הממונה), וטען כי רכישה של עוף הנגב על ידי תנוכה הנה עסקת מיזוג חברות הטעונה אישור של הממונה על פי חוק ההגבלים העסקיים<sup>2</sup>. ואכן, בעקבות הזכייה במכרז הגישו תנוכה ועוף הנגב הודעת מיזוג, כנדרש בחוק ההגבלים, על מנת לקבל את אישור הממונה למיזוג. הממונה, בהחלטתו<sup>3</sup>, התנגד למיזוג מכוח סמכותו בסעיף 21(א) לחוק ההגבלים<sup>4</sup>, בקובעו כי קיים חשש ממשי שהמיזוג יפגע בתחרות. על החלטה זו של הממונה הגישה תנוכה ערר לבית הדין להגבלים עסקיים — הערר נשוא ההחלטה הנידונה. בית הדין הפך את החלטת הממונה ואישר את המיזוג. הנמקות בית הדין וביקורת עליהן — יובאו להלן.

2 חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח — 1988 (להלן: חוק ההגבלים).

3 החלטת הממונה בבקשת מיזוג: רכישת עוף הנגב מפעל למוצרי עוף אגודה חקלאית שיתופית בע"מ (בכינוס נכסים) על ידי תנוכה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (להלן: החלטת הממונה), ההגבלים העסקיים (ט' אולשטיין עורכת, תשנ"ה) 249.

4 סעיף 21(א) לחוק ההגבלים קובע כי "הממונה יתנגד למיזוג חברות... אם לדעתו קיים חשש סביר כי בתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף...".

## 3 השיקולים לעניין אישור המיזוג

## 3.1 פתח דבר

עסקת המיזוג שנידונה בערר תנובה הנ"ל כורכת בתוכה הן אלמנטים של מיזוג אופקי (קרי, מיזוג בין מתחרים) והן אלמנטים של מיזוג אנכי (קרי, מיזוג בין ספק ללקוח). הממד האנכי של המיזוג נובע מכך שתנובה השתתפה (וגם הייתה הפירמה הדומיננטית) בשלוש חוליות עוקבות בשרשרת הייצור והאספקה של עוף והודו: שיווק עוף והודו חיים למשחטות<sup>5</sup>, שחיטה ושיווק תוצרת המשחטות לסיטונאים. עוף הנגב מצדה, עסקה אף היא בשלושת שלבי האספקה הנ"ל: היא הייתה "משווקת מורשה" של עוף והודו חיים למשחטה, עסקה בשחיטה ובנוסף, גם בשיווק תוצרת המשחטה<sup>6</sup>.

אם כך, לרכישת עוף הנגב על ידי תנובה היו שלל היבטים אנכיים הנוגעים למיזוג בין ספק לבין לקוחו. זאת משום שתנובה, ככובעיה השונים, היא גם ספק פוטנציאלי וגם לקוח לעוף הנגב, ככובעיה השונים. האספקט של האינטגרציה האנכית בענפים הרלבנטיים יידון להלן, כאשר נתמקד במחסומי הכניסה לענפים אלה<sup>7</sup>.

כיוון שתנובה, כאמור, עסקה הן בשיווק עוף והודו חיים למשחטות, הן בשחיטה והן בשיווק תוצרת המשחטות, וגם עוף הנגב עסקה בשלושת שלבי הייצור והאספקה הללו, הרי שהמיזוג בין תנובה לעוף הנגב הוא גם מיזוג אופקי (קרי, מיזוג בין מתחרים). הסיבה לכך, היא שלפני המיזוג תנובה ועוף הנגב התחרו פוטנציאלית זו בזו, הן בתחום שיווק עוף והודו חיים למשחטות, הן בשחיטה והן בשיווק תוצרת המשחטות<sup>8</sup>.

5 על פי סעיף 46 לחוק המועצה לענף הלול (חוק המועצה לענף הלול [ייצור ושיווק], תשכ"ד – 1963), מגדלי העופות ותרגולי ההודו אינם רשאים לשווק את תוצרתם בעצמם. על שיווק זה להיעשות באמצעות "קבלנים מורשים" (בהחלטת הממונה נטבע המושג "משווקים מורשים", לעיל הערה 3, בע' 259). תנובה הייתה המשווקת המורשה הגדולה ביותר (גדולה בהרבה ממתחריה), לעיל הערה 3, בע' 263.

6 לעיל הערה 1, בע' 179, 183–184.

7 להלן פסקה 3.4.1 לטקסט.

8 מיזוג בין שתי פירמות יהיה אופקי אם שתי הפירמות שייכות לאותו השוק הרלבנטי. המבחן המרכזי לבחינת השאלה אם הפירמות שייכות לאותו השוק הוא מבחן התחליפיות של מוצרי הפירמות בעיני הקונים (לעיל הערה 3, בע' 257; לעיל הערה 1, בע' 172). כך למשל, ההנחה העובדתית שהנחתה את הממונה ואת בית הדין בפרשה שלפנינו, הייתה כי מיזוג עוף הנגב עם תנובה הוא מיזוג אופקי בענף שחיטת העוף וההודו. הסיבה לכך, היא שהעוף וההודו השחוטים שמכרו משחטות תנובה, תחליפיים מספיק, בעיני קוני העוף וההודו השחוטים, לעוף ולהודו השחוטים שמכרה משחטת עוף הנגב. בנוסף, ההנחה הייתה כי מיזוג עוף הנגב עם תנובה הוא גם מיזוג אופקי בענף שיווק העוף וההודו השחוטים לסיטונאים. הסיבה לכך,

### 3.2 מיזוג אופקי עם פירמה קטנה יחסית – ניתוח "סטטי"

בפסקה זו נראה, כי אם נסקור את השווקים הנידונים במבט סטטי, שאינו לוקח בחשבון מגמות ושינויים במבנה השוק לטווח ארוך, ניתן להצדיק, לכאורה, את קביעתו של בית הדין באשרו את המיזוג הנידון. עם זאת, כפי שיתבהר לנו בפסקה 3.3 להלן, יש לקחת בחשבון לא רק ניתוח סטטי מעין זה של השוק, אלא גם את המגמות לשינויים לטווח ארוך במבנה השווקים הרלבנטיים. ניתוח דינמי מעין זה, מצדיק לדעתנו מסקנה הפוכה לפיה לא היה מוצדק לאשר את המיזוג. על מנת להבין את דרך המחשבה של בית הדין באשרו את המיזוג, חשוב לפרוש תחילה את מסקנותיו העובדתיות באשר לריכוזיות בענפים הרלבנטיים.

על פי הניתוח של בית הדין, בענף שיווק ההודו לסיטונאים, חלקה של תנובה היה 38.7%, בעוד שהמתחרה הגדולה ביותר של תנובה בתחום זה – הוד חפר, הייתה בעלת נתח שוק של 17.8% בלבד. המתחרה הגדולה השנייה – זוגלובק, תפסה 9.6% מן השוק. אחריה, עוף הנגב שחפסה 4.7% מן השוק, ושאר המתחרות היו קטנות בהרבה – עם נתחי שוק שבין 2.1% ל-1.3%<sup>9</sup>.

בענף שיווק העוף לסיטונאים, חלקה של תנובה, על פי ממצאי בית הדין, היה 37.7% המתחרה הגדולה ביותר של תנובה – עוף חפר, הייתה בעלת נתח שוק של 6.5%. אחריה, עוף חיפה ועוף עוז עם נתחים של 4.6% ו-4.4% בהתאמה, ואחריהן, עוף הנגב עם נתח שוק של 3%. שאר המתחרות היו קטנות מאוד – עם נתח שוק של לא יותר מ-1.1% כל אחת<sup>10</sup>.

נראה כי מסקנתו של בית הדין לפיה אין חשש סביר כי המיזוג יפגע באופן משמעותי בתחרות, מבוססת על כך שהפירמה הנרכשת – עוף הנגב, הייתה בעלת נתח שוק קטן יחסית (4.7% בשיווק הודו, ו-3% בשיווק עוף). מכאן הסיק בית הדין כי למרות מעמדה הדומיננטי של תנובה בשווקים הרלבנטיים, המיזוג לא יכול לפגוע באופן משמעותי בתחרות, שהרי המיזוג מוסיף לתנובה נתח שוק קטן

היא שהעוף וההודו השחוטים המשווקים על ידי תנובה, תחליפיים מספיק, בעיני הסיטונאים, לעוף ולהודו השחוטים המשווקים על ידי עוף הנגב.

יש לציין, כי בית הדין לא קבע מסמרות בשאלה אם שחיטת הודו (או שיווק הודו) היא בגדר ענף נפרד משחיטת עוף (או שיווק עוף). התשובה על שאלה זו תהיה שלילית אם נגיע למסקנה כי התחליפיות בין הודו לעוף, בעיני הקונים של מוצרים אלה, די גדולה עד כי מוצדק לכוללם באותו השוק.

9 לעיל הערה 1, בע' 184.

10 לעיל הערה 1, בע' 183. ההתמקדות בטקסט היא בנתוני הריכוזיות בשיווק לסיטונאים. נתונים בעלי מגמה דומה, אם כי מתונים יותר (במיוחד בשוק העוף), היו קיימים בענף השחיטה (לעיל הערה 1, בע' 183–184). מכל מקום, כפי שבית הדין מצייין במפורש, מבחינת דיני ההגבלים העסקיים, די להראות כי קיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות בשלב מסוים בשווקים האספקה, כגון בשלב השיווק לסיטונאים במקרה דנן (לעיל הערה 1, בע' 184–185).

יחסית. כך למשל, ניתן לטעון כי כוח השוק של תנובה לדרוש מחירים גבוהים לא יכול להיות מושפע באופן משמעותי ממיזוג עם פירמה שנתח השוק שלה כה קטן<sup>11</sup>.

כאן המקום לפרט מהם החששות המרכזיים לפגיעה בתחרות הטמונה במיזוגים אופקיים, ומדוע סבר בית הדין כי חששות אלה אינם משמעותיים במקרה שלפנינו. החששות המרכזיים לפגיעה בתחרות כאשר מדובר במיזוג אופקי, נוגעים לתכונותיו של שוק שבו מספר הפירמות הוא קטן (שוק אוליגופוליטי). בתחרות בין מעטים (תחרות אוליגופוליטית), בהרבה מקרים אף אם הפירמות אינן מתאמות ביניהן מחירים, המחיר יהיה גבוה מן המחיר התחרותי<sup>12</sup>. כך למשל, אם כל אחת מן הפירמות בשוק הרלבנטי ממוקמת באזור גיאוגרפי אחר של המדינה, ייתכן כי קונים יעדיפו לרכוש את מוצריה של פירמה הקרובה אליהם, גם אם המחיר של הפירמה הקרובה אליהם גבוה במידת מה ממחירי הפירמה הרחוקה<sup>13</sup>. כפי שניתן להראות, במקרה כזה המחיר בשוק יהיה גבוה מן העלות השולית לייצור המוצר<sup>14</sup>.

אלא מאי? בשוק מעין זה, ככל שמספר המתחרות המשמעותיות קטן יותר, הרי כפי שניתן להראות<sup>15</sup>, המחיר בשוק יהיה גבוה עוד יותר<sup>16</sup>. המושג "מתחרה משמעותית" חשוב לענייננו, ומכוון לכל מתחרה שנתח השוק וכוח הייצור שלה גדולים דיים על מנת שמתחרה זו תרגיש את השפעת התנהגותה (כגון המחירים שהיא גובה) על השוק ועל מתחרותיה. נראה כי בית הדין הסיק, אם כי לא כלל

11 ייתכן כי בית הדין הושפע גם מכך שנוף הנגב הייתה ערב הרכישה בכינוס נכסים, וייתכן שלא הייתה מחזיקה מעמד לאורך זמן אלמלא הייתה נרכשת.

12 במושג "המחיר התחרותי" – הכוונה כאן למחיר השווה לעלות השולית לייצור המוצר.

13 יש להבחין בין סיטואציה מעין זו לבין סיטואציה קיצונית יותר, שבה שתי פירמות הן כה רחוקות גיאוגרפית זו מזו, עד כי מוצריהן אינם תחליפיים זה לזה, והן אינן מתחרות זו בזו (השווה להערה 8 לעיל). בסיטואציה המתוארת בטקסט, אם פירמה א', למשל, תנסה לגבות מחירים הגבוהים משמעותית ממחירי פירמה ב', אף הצרכנים הממוקמים בסמוך לפירמה א' יעברו לרכוש את מוצרי פירמה ב', כך שגביית המחיר המוגדל לא תהיה רווחית לפירמה א'. על כן, על פי הטרימינולוגיה של הערה 8 לעיל, פירמה א' ופירמה ב' בדוגמא זו, שייכות לאותו השוק. אך עדיין, עקב מיקומן הגיאוגרפי השונה, שתי הפירמות מסוגלות לגבות מן הצרכנים הקרובים אליהן מחירים הגבוהים במידת מה מן העלות השולית לייצור המוצר.

14 ראו למשל, J. Tirole *The Theory of Industrial Organization* (Cambridge, Massachusetts, 1988) 277-303

15 *ibid.*, at p. 283.

16 נסיבה נוספת שבה המחיר בשוק עשוי להיות גבוה מן העלות השולית, אף אם פירמות לא מתאמות מחירים ביניהן, היא כאשר כוח הייצור של הפירמות המעורבות מוגבל. במקרה מעין זה, קיימת הגבלה למספר הצרכנים שפירמה הדורשת מחירים נמוכים ממתחרותיה יכולה לשרת. עובדה זו, שוב מעניקה לפירמות בשוק את הכוח לדרוש מחירים הגבוהים מן העלות השולית. גם במקרה מעין זה, הקטנה של מספר הפירמות תביא להגדלת כוחן של הפירמות הנותרות להעלות מחירים; Department of Justice, Federal Trade Commission, 1992 *Horizontal Merger Guidelines* 57 FR 41552, 41560-41561 (sec. 2.2). (Hereinafter — "Horizontal Merger Guidelines").

בהחלטתו ניתוח כלכלי מהסוג שהובא לעיל, כי עוף הנגב לא הייתה בגדר מתחרה משמעותית לצורך הניתוח הנ"ל, משום נתח השוק הקטן יחסית שלה<sup>17</sup>.

חשש נוסף לפגיעה בתחרות הגלומה במיזוג אופקי בשוק ריכוזי, הוא כי לאחר המיזוג, משום שמספר הפירמות הרציניות בשוק קטן יותר, יהיה קל יותר להחזיק קרטל בשוק<sup>18</sup>.

הסיבה לכך היא כדלהלן: ככל שמספר הפירמות קטן יותר – חלקן ברווחים הקרטליסטיים גדול יותר, התמשכות הקרטל קוסמת להן יותר, וחיתוך מחירים הופך לפחות אטרקטיבי עבורן. מנגד, ככל שמספר הפירמות בענף רב יותר – חלקה של כל פירמה ברווחים הקרטליסטיים קטן יותר. על כן, ככל שמספר הפירמות בענף רב יותר, יש לכל פירמה פחות מה להפסיד אם תחתוך במחיר ותוביל למלחמת מחירים ולקריסת הקרטל. לפירמה בודדת, בשוק בו מספר הפירמות גדול, יש גם יותר מה להרוויח אם תחתוך במחיר: הפירמה החותכת, המתחלקת בשוק עם מתחרותיה הרבות, תוכל, דרך החיתוך במחיר, להגדיל באופן משמעותי את נתח השוק שלה על חשבון מתחרותיה, לפחות בטווח הקצר.

מכאן, שהקטנת מספר "השחקניות הרציניות" בענף, למשל על דרך מיזוג שתיים מהן, פוגעת בתחרות, מפני שהיא הופכת קרטל לקל יותר להשגה. אולם, מיזוג פירמה גדולה עם פירמה קטנה שאינה בגדר שחקנית רצינית בשוק, השפעתו על קלות השגת קרטל – זניחה. בענייננו, השאלה שיש לשאול הנה, עד כמה קיומה העצמאי של פירמה קטנה, כגון עוף הנגב, סיכנה את קיומו המוצלח של קרטל בשווקים הרלבנטיים. במילים אחרות, במידה שקיים היה קרטל (בין סמוי ובין גלוי)<sup>19</sup>, עד כמה חזק היה החשש שעוף הנגב תחתוך מחירים ותגרום לקריסת הקרטל ולמלחמת מחירים.

על מנת שחיתוך במחיר המתבצע על ידי עוף הנגב יגרום לקריסת קרטל, צריך להראות שחיתוך כזה יאפשר לעוף הנגב לחטוף נתחי שוק משמעותיים ממתחרותיה. במקרה כזה, המתחרות תשכנה מלחמה שערה ותתחכנה גם הן במחיר, על מנת להשיב לעצמן את נתחי השוק שעוף הנגב חטפה להן. תגובות נגד אלה תבאנה למלחמת מחירים ולקריסת הקרטל. אולם, אם כושר הייצור של עוף הנגב הוא קטן יחסית, הרי שעוף הנגב לא תהיה מסוגלת לחטוף נתחי שוק משמעותיים ממתחרותיה גם אם תחתוך במחיר. במקרה כזה, קיומה העצמאי של

<sup>17</sup> Horizontal Merger Guidelines, *ibid.*, at p. 41560 (sec. 2.21)

<sup>18</sup> המושג "קרטל" – מכוון לתיאום מחירים בין המתחרות באוליגופול. אולם הכוונה גם ל"קרטל סמוי" ("tacit collusion"). התיאוריה הכלכלית של אוליגופולים מראה כי תוצאה המשולה למחירים קרטליסטיים ניתנת להשגה גם ללא כל תיאום בין הפירמות. בקליפת אגוז, הסיבה לכך היא שכל מתחזה חוששת לחתוך במחיר, מתוך ידיעה שהחיתוך יגרור מלחמת מחירים אשר תזיק לווחחיות כלל הפירמות, כולל הפירמה שחתכה במחיר (Tirole, *supra*)

note 14, at pp. 239-276)

*Ibid.*, *ibid.* 19

עוף הנגב לא יכול להוות איום לקיומו של קרטל סמוי או גלוי. בהתאם, בליעתה של עוף הנגב על ידי תנוכה לא יכולה להקל באופן משמעותי על קיומו של קרטל. בית הדין מציין כי חלקה של עוף הנגב בכושר הייצור הכולל בענף היה 9.2% בשחיטת הודו ו-4.3% בשחיטת עוף<sup>20</sup>. אם כך, על פי הנתונים שפרש בפנינו בית הדין, אכן, כושר הייצור של עוף הנגב היה מוגבל יחסית, למרות שכושר הייצור עלה בהרבה על רמת הייצור שלה בפועל, במיוחד בתחום ההודו. מכל מקום, נראה כי בית הדין הסיק, אם כי (שוב) לא אמר זאת במפורש, שנתח השוק ושכושר הייצור של עוף הנגב קטנים מכדי שרכישתה תקל על קיומו של קרטל.

3.3 התעלמות בית הדין מן ההיבט הדינמי — מגמת מבנה השוק לטווח ארוך בפסקה הקודמת הראינו כי אם נתעלם ממגמות של התפתחות מבנה השוק לטווח ארוך, יש לכאורה ביסוס כלכלי להחלטת בית הדין לאשר את המיזוג הנידון. אולם, בפסקה זו נצביע על היבט נוסף — דינמי, הנוגע למגמה לטווח ארוך של התפתחות מבנה השוק. ניתוח דינמי מעין זה מצדיק, לדעתנו, מסקנה הפוכה מזו שאליה הגיע בית הדין.

על פי נתוני הריכוזיות אליהם הגיע בית הדין, נראה כי תנוכה היא הפירמה הדומיננטית הקובעת את כללי המשחק בשוקים הנידונים, שבהם שאר המתחרות קטנות מכדי להוות כוח תחרותי משמעותי. כאשר שאר המתחרות קטנות מדי, אין מי שיחסום את כוחה של תנוכה לגבות מחירים גבוהים, משום שאין מתחרה עם כושר ייצור או שיווק גדולים דיים, שיכולה לגבות מחירים נמוכים יותר משל תנוכה ולחטוף לה נתחי שוק משמעותיים. לו קמו לתנוכה מתחרות עם כושר ייצור משמעותי, המסוגלות לחתוך ממחיריה ולחטוף לה נתחי שוק משמעותיים, היא הייתה נרתעת מלגבות מחירים גבוהים מחשש לפגיעה בנתח השוק שלה. האפשרות שלא היו לתנוכה מתחרות רציניות מסוג זה, נראית סבירה לאור נתח השוק המשמעותי שלה ביחס למתחרותיה. כזכור, נתח השוק של תנוכה בשיווק הודו לסיטונאים היה 38.7%, בעוד שהמתחרה הגדולה ביותר שלה הייתה קטנה ממנה ביותר מאשר פי שניים, עם נתח שוק של 17.8%. באופן דומה, בשיווק עוף לסיטונאים היה לתנוכה נתח שוק של 37.7% בעוד שלמתחרה הגדולה ביותר שלה היה נתח שוק של 6.5% בלבד<sup>21</sup>. הניתוח הסטטי של פסקה 3.2 לעיל, מראה כי לכאורה, אם תנוכה רוכשת מתחרה קטנה שלה, שלא היוותה לפני המיזוג חסם אפקטיבי מפני יכולתה של תנוכה להעלות מחירים, הרי שאין במיזוג כדי להוריד את רמת התחרותיות בשוק, הנמוכה ממילא. כיוון שתנוכה היא הפירמה המובילה

20 לעיל הערה 1, בע' 179, 183.

21 העובדה שנתחי השוק של תנוכה הם קטנים ממצצית השוק, אין בה בלבד כדי למנוע את האפשרות שתנוכה היא הגורם המוביל בשוק ללא מתחרות רציניות. מה שחשוב לעניין זה אינו נתח השוק המוחלט של תנוכה, אלא גודלו היחסי הרב בהשוואה לנתחי השוק של כל אחת ממתחרותיה.

בשוק, כוחה לגבות מחירים גבוהים נשאר כשהיה גם אחרי המיזוג. מכאן לכאורה, שהמיזוג לא פגע בתחרות.

למרות אינטואיציה זו, גם מיזוג בין פירמה מובילה לפירמה קטנה יעלה חששות לפגיעה בתחרות, אם נבחן גם את ההיבט הדינמי הנוגע למגמת התפתחות מבנה השוק לטווח ארוך. פירמה מובילה בשוק עשויה למצוא את עצמה בטווח הארוך במצב שבו הבכורה נשללת ממנה, וכוח השוק שלה לדרוש מחירים גבוהים קמל. כך יהיו פני הדברים אם מספר מתחרות קטנות שלה תתאחדנה עם הזמן, או שפירמה חיצונית לענף בעלת עוצמה פיננסית תיכנס אליו ותצליח להתרחב (למשל, דרך רכישה של מתחרות קטנות בענף). במקרים כאלה, הפירמה המובילה תמצא את עצמה מול מתחרה או מתחרות רציניות, היכולות לדלל את כוח השוק שלה<sup>22</sup>, וכדי למנוע מראש תהליך זה, הפירמה הדומיננטית עלולה לרצות לבלוע את הפירמות הקטנות אחת אחת. על כן, גם אם מיזוג בודד בין פירמה דומיננטית לפירמה קטנה לא משנה את מצב השוק באופן משמעותי, לסדרה של מיזוגים כאלה בין הפירמה הדומיננטית לפירמות קטנות יש לאורך זמן השפעה אנטי תחרותית מצטברת. מהחלטות הממונה ובית הדין בפרשה נשואת חיבור זה, אכן הצטיירה מגמה של "השתלטות וזחלת" מצד תנובה על הענף<sup>23</sup>. השאלה היא אם כן, מתי יש להפסיק מגמה זו, המשולבת בשריון ובהעצמת הדומיננטיות של תנובה. הממונה סבר במקרה שלפנינו, שיש לעצור תהליך זה באותו השלב בו עמד התהליך בפניו<sup>24</sup>. השאלה — מתי יש לעצור את מסכת הרכישות המשריינות ומעצימות את מעמדה הדומיננטי של הפירמה המובילה — היא קשה. אולם, נראה כי צדק הממונה בכך שעצר את התהליך בשלב רכישת עוף הנגב.

כבר לפני הרכישה, כאמור לעיל, תנובה הייתה בעלת מעמד דומיננטי בשלב שיווק העוף וההודו החיים למשחטות, בשלב השחיטה ובשלב השיווק לסיטונאים. הפירמה הנרכשת — עוף הנגב, למרות נתח השוק הלא גדול שלה, הייתה המתחרה השלישית בגודלה של תנובה בענף שיווק ההודו, והרביעית בגודלה בענף שיווק העוף. עוף הנגב הייתה משחטה מהמשוכללות בענף, עם כושר ייצור העולה בהרבה, כאמור לעיל, על רמת הייצור בפועל<sup>25</sup>. על כן, בהסתכלות על המגמה המסתברת של מבנה הענף לטווח ארוך, עוף הנגב הייתה פירמה שעשויה, אם תירכש על ידי הגורם המתאים, להתרחב בעתיד ולהוות חסם לכוחה של תנובה להעלות מחירים. יתר על כן, בית הדין קבע כי קיים צפי לפיו תקנות איכות הסביבה תגרומנה

22 השווה F.M. Scherer & D. Ross *Industrial Market Structure and Economic Performance* (Iowa City, 1994) 81 (3rd ed., 1990) 221-226; H. Hovenkamp *Federal Antitrust Policy* (Iowa City, 1994) 179.

23 לעיל הערה 3, בע' 252, 264, 269; לעיל הערה 1, בע' 179.

24 כאן המקום לציין כי ברכישה קודמת של משחטה על ידי תנובה, אישר הממונה את המיזוג: עוד ביוני 1992, כשנה וחצי לפני רכישת עוף הנגב, רכשה תנובה את משחטת עוף ירושלים בע"מ, והעסקה קיבלה את אישורו של הממונה (לעיל הערה 3, בע' 251).

25 לעיל הערה 1, בע' 179, 183.



להפסקת פעולתן של משחטות עירוניות (משחטות קטנות יותר הפועלות בערים). על כן, בטווח הארוך ניתן להניח כי שוק השחיטה יתפס כולו על ידי המשחטות התעשייתיות הגדולות שאינן פועלות בערים<sup>26</sup>. על פי ממצאי הממונה, עוף הנגב הייתה בין המשחטות התעשייתיות הגדולות ביותר אחרי המשחטות שבשליטת תנובה. על כן, השתלטות על עוף הנגב יכולה לשמש לתנובה בטווח הארוך כמנוף לשריון ולהעצמת הדומיננטיות שלה בשוק, כאשר המשחטות התעשייתיות נתפסנה את חלקן של המשחטות העירוניות.

אספקט אנטי-תחרותי זה של המיזוג מקבל משנה תוקף לאור הנקודה הבאה: בית הדין טעה כאשר בחן את רכישת עוף הנגב על ידי תנובה כעסקה המתבצעת בחלל הריק, מבלי להשוות אותה לאלטרנטיבות שעמדו על הפרק. מן הנתונים המסתמנים בהחלטותיהם של הממונה ושל בית הדין, אלטרנטיבות אלה כללו רכישה של עוף הנגב על ידי גורם חיצוני לענף או על ידי מתחרה קטנה. רכישה על ידי גורמים אלטרנטיביים מעין אלה הייתה יכולה לקדם באופן משמעותי את התחרות. אם כך, לא רק שברכישת מתחרה קטנה יש כדי לשריין, בהסתכלות לטווח הארוך, את מעמדה המוביל של תנובה בענף, אלא שרכישה זו מונעת, מטבע הדברים, רכישה על ידי גורם אחר, שהייתה יכולה לתרום, בהסתכלות לטווח הארוך, לשיפור משמעותי של התחרות בענף. במלים אחרות, לא רק שחסימת המיזוג עם תנובה תתרום לשימור הסטטוס קוו של המצב התחרותי הירוד שהיה קיים בשוק, אלא שהיא גם תאפשר רכישה על ידי גוף אחר, שתניע את השוק לתחרותיות גדולה משהייתה לפני המיזוג. עניין זה ינותח בפרוטרוט להלן.

#### 3.4 בחינת המיזוג באספקלריה של רוכשות אלטרנטיביות

את שאלת הפגיעה בתחרות אין לבחון בחלל הריק אלא באספקלריה של מכלול הנסיבות. אם הייתה קיימת רוכשת פוטנציאלית אחרת שהפגינה רצון ויכולת כנים לרכוש את עוף הנגב, ורכישה זו הייתה עדיפה באופן משמעותי, מנקודת ראות דיני ההגבלים העסקיים, מן הרכישה על ידי תנובה, הרי שלא היה מקום לאשר את המיזוג<sup>27</sup>. הווה אומר, יש לבחון את המיזוג דרך ראי האלטרנטיבות למיזוג, בדמותן של רוכשות חלופיות, ולא באופן מבודד כאילו אלטרנטיבות מעין אלה

26 לעיל הערה 1, בע' 187-188.

27 דרך מחשבה זו דומה להלכה האמריקאית הקשורה להגנה שניתנת לרכישה של פירמה שנכשלה פיננסית ("*the failing company defense*"). על פי הלכה זו, ההגנה לא תוענק, בין השאר, אם לא נעשו על ידי הפירמה הנכשלת מאמצים כנים לקבל הצעות סבירות מפירמות אחרות, שרכישתה על ידן תהווה פגיעה פחות חמורה בתחרות. *Citizen Publishing Co. v. United States* 394 U.S. 131, 138 (1969); Hovenkamp, *supra* note 22, at p. 496; Horizontal Merger Guidelines, *supra* note 16, at p. 41563).

אכן, הממונה מתייחס במפורש להלכה זו ומיישם אותה בהחלטתו, לעיל הערה 3, בע' 266-267.

כפי שמוכר בטקסט להלן ויפורט בהרחבה ברשימה נפרדת של המחבר, הצורך להשוות בין

אינן קיימות. קונקרטיזציה של דרך מחשבה זו תביאנו למסקנה כי במקרה שלפנינו, הניתוח של בית הדין אינו לוקח בחשבון את מכלול העובדות הרלבנטיות. אלמלא הרכישה על ידי תנובה, עוף הנגב, שהייתה בכינוס נכסים, הייתה נרכשת בוודאי על ידי גורם אחר. אם רכישת עוף הנגב על ידי הגורם האחר עדיפה באופן משמעותי מבחינת התחרות בשוק או מבחינת יתרונות המיזוג על פני רכישה על ידי תנובה, הרי שיש לדעתנו לשלול את המיזוג עם תנובה, וכך לאפשר את המיזוג עם אותה רוכשת חלופית<sup>28</sup>.

אכן, במכרז שנערך למכירת עוף הנגב השתתפו עוד שתי פירמות מלבד תנובה: האחת — חברת נכסי משקי הנגב בע"מ, שעל פי הנתונים העולים מהחלטת הממונה הייתה אחת המתחרות בענף; והשנייה — חברת כור מזון בע"מ, שהייתה חיצונית לענף. נראה, כי כל אחת מהרוכשות האלטרנטיביות הללו שהשתתפו במכרז לרכישת עוף הנגב והביעו רצון לרכוש, הייתה עדיפה באופן משמעותי מבחינה תחרותית, על פני תנובה. כפי שצוין לעיל, רכישת עוף הנגב על ידי תנובה במסגרת מגמה של רכישת פירמות מתחרות בענף זה, יש בה כדי לבצר, בטווח הארוך, את מעמדה הדומיננטי של תנובה בענף ואת יכולתה להעלות מחירים. מנגד, רכישת עוף הנגב — משחטה מודרנית עם פוטנציאל להתרחבות — על ידי מתחרה קטנה יותר מתנובה (כגון נכסי משקי הנגב) או על ידי נכנסת חדשה לענף (כגון כור מזון), יכולה הייתה לשמש כמנוף ליצירת מתחרה רצינית בטווח הארוך, אשר תוכל לחסום את כוחה של תנובה להעלות מחירים, ולהחליש את מעמדה הדומיננטי.

אמנם, על פי ניתוח סטטי שאינו לוקח בחשבון מגמות של התפתחות מבנה השוק לטווח ארוך, ניתן לטעון שעוף הנגב הייתה בעלת נתח שוק קטן מכדי שתוכל לשמש כמנוף בידי פירמה קטנה או בידי נכנסת חדשה, אשר בעזרתו תוכל לעלות למדרגת מתחרה רצינית שתוכל לחסום את כוח השוק של תנובה. אולם, יש לקרוא את הנקודה המובהקת בפסקה זו יחד עם הנקודה המובהקת בפסקה 3.3 לעיל: הניתוח הרלבנטי, מבחינת דיני הגבלים עסקיים, צריך לקחת בחשבון לא רק את השפעתו הסטטית של המיזוג, אלא גם את השפעתו במסגרת מגמות לטווח ארוך. על כן, גם אם על פי ניתוח סטטי, רכישה על ידי רוכשת חלופית אינה משפרת באופן משמעותי את התחרותיות העכשווית בשוק, יש לבדוק אם היא

המיזוג המוצע לבין האלטרנטיבות העומדות על הפרק, ישים לא רק במישור רכישת פירמה נכשלת, אלא גם לגבי רכישת פירמה שאינה בגדר פירמה נכשלת.

28 דרך ניתוח זו מתיישבת עם לשון סעיף 21 לחוק ההגבלים (לעיל הערה 4): נניח כי אלמלא מיזוג תנובה עם עוף הנגב, עוף הנגב הייתה נרכשת על ידי גורם אחר, ורכישה על ידי גורם אלטרנטיבי זה עדיפה משמעותית, מבחינה תחרותית, על פני מיזוג עם תנובה. אם כך הם פני הדברים, קיים חשש סביר כי המיזוג עם תנובה יפחית באופן משמעותי את התחרות בענף, ביחס למצב אלמלא המיזוג.

תורמת למגמה לטווח ארוך של יצירת מבנה שוק תחרותי יותר. אכן, רכישת עוף הנגב על ידי נכנסת חדשה לשוק או על ידי מתחרה קיימת (אך קטנה מתנובה), תוכל לתרום למגמה ארוכת טווח של כינון מבנה שוק תחרותי יותר. כפי שצוין בפסקה 3.3 לעיל, הדומיננטיות של הפירמה המובילה עשויה להיחלש בטווח הארוך, אם מתחרות קטנות או נכנסות חדשות לשוק תצלחנה להתרחב ולחסום את כוחה של הפירמה המובילה. רכישת עוף הנגב על ידי מתחרה קטנה או על ידי נכנסת חדשה, יכולה להוות נדבך חשוב במגמת התרחבות מעין זו. גם אם ברכישה זו בלבד אין כדי להפוך מתחרה קטנה או נכנסת חדשה, מיידית, למתחרה רצינית לתנובה, הרי שרכישה זו הנה צעד חשוב בכיוון הפיכתן למתחרות רציניות מעין אלה. את המשך ההתרחבות ניתן לבצע בין על ידי רכישות נוספות של מתחרות קטנות, דוגמת רכישת עוף הנגב, ובין על ידי הרחבה פנימית של פעילות הפירמה. מכל מקום, איסור רכישת עוף הנגב על ידי תנובה, תוך מתן אפשרות לרכישת עוף הנגב על ידי מתחרה קטנה או נכנסת חדשה, הוא חוליה הכרחית בהבטחת מגמה חיובית למבנה שוק תחרותי יותר.

3.4.1 נפקות מגבלות הכניסה ומגבלות ההתרחבות בענפים הרלבנטיים הדברים שנאמרו עד עתה מקבלים משנה חשיבות לאור העובדה שכניסה של מתחרה חדשה לענפים הרלבנטיים, כמו גם התרחבות של מתחרה קטנה — היו קשים לביצוע.

כך, בית הדין ציין בהסכמה את עודף כושר הייצור בענף כחסם-כניסה אל השוק<sup>29</sup>. הסיבה שעודף כושר ייצור עלול להוות חסם-כניסה, היא שכושר ייצור עודף של הפירמות הקיימות מסמן לנכנס פוטנציאלי שכניסתו עלולה להיות לא רווחית<sup>30</sup>. עם הכניסה, הפירמות הקיימות בשוק (ובמקרה שלנו, במיוחד תנובה עצמה) תהיינה מסוגלות לחתוך מחירים תוך שימוש בכושר הייצור העודף שלהן. הפירמה הנכנסת תצטרך גם היא לחתוך מחירים, על מנת לשמור על נתח שוק מינימלי. רווחיה הצפויים עשויים עקב כך להיות כה קטנים, עד כי לא יצדיקו את ההשקעה הקבועה הדרושה לצורך כניסה לשוק.

מאותה סיבה ממש, קיימת מגבלה לא רק על כניסה של פירמה חדשה, אלא גם על התרחבות של פירמה קטנה שכבר קיימת בשוק. למרות שבית הדין לא התייחס לסוגיית ההתרחבות של פירמה קיימת, סוגיה זו חשובה לא פחות לניתוח התחרותיות בשוק. כך, אם פירמה קטנה מצליחה להגדיל את כושר הייצור ואת מערך השיווק שלה ולהתרחב, גם היא יכולה לאזן את מעמדה הדומיננטי של תנובה, ולהוות חסם טוב יותר נגד כוחה של תנובה לדרוש מחירים גבוהים.

29 לעיל הערה 1, בע' 187.

A. Dixit "The Role of Investment in Entry — Deterrence" 90 *The Economic J.* (1980) 30  
85; Tirole, *supra* note 14, at p. 320

למעשה, כמעט כל האלמנטים המהווים חסם־כניסה לפירמות חדשות, מהווים גם חסם להתרחבות של פירמות קיימות<sup>31</sup>. כך, עודף כושר הייצור בענף מרתיע גם פירמה קיימת מלהתרחב. נניח כי משחטה קטנה חפצה להתרחב ולהשקיע בהגדלה משמעותית של כושר הייצור שלה (על ידי הגדלת המשחטה, הוספת פסי ייצור וכד'). התרחבות מעין זו דורשת חיתוך במחיר, על מנת לנסות ולחטוף נתח שוק מן הפירמות המתחרות. אולם, הפירמות המתחרות, לרבות תנוכה, תשבנה מלחמה שערה, תורדנה מחירים ותשתמשנה בעודף כושר הייצור שלהן על מנת לשרת את הביקושים המוגדלים ולמנוע מעבר של קונים אל הפירמה שהתרחבה. התנהגות זו פוגעת ברווחיותה הצפויה של הפירמה שהתרחבה, אשר עלולה להיות כה קטנה, עד כי הפירמה הקטנה תירעע מלכתחילה מלהתרחב (על ההשקעה הקבוצה הכרוכה בכך).

אולם, בית הדין השתכנע כי עודף כושר הייצור במקרה שלפניו לא יהווה חסם־כניסה לפירמה הנכנסת בדרך של רכישת משחטה קיימת<sup>32</sup>. קביעה זו של בית הדין בעייתית משתי בחינות: ראשית, עודף כושר ייצור עשוי להוות חסם־כניסה גם כאשר הכניסה לשוק היא על דרך רכישת משחטה קיימת. כל עוד כניסה על דרך רכישת משחטה קיימת כרוכה גם היא בהשקעה קבוצה לא מבוטלת, וכל עוד קיים איום כי המשחטות האחרות (ובמיוחד תנוכה) ישתמשו בעודף כושר הייצור שלהן על מנת לחתוך מחירים ולהפוך את הכניסה או ההתרחבות לפחות רווחית, הרי שעודף כושר הייצור בשוק עדיין עלול להרתיע כניסה או התרחבות, גם על דרך רכישת משחטה קיימת. אמנם, רכישת משחטה קיימת מעבירה חלק מעודף כושר הייצור לידי הפירמה הנכנסת, ובכך נחלש קמצא האפקט של עודף כושר ייצור כחסם־כניסה, אולם אין בכך כדי לבטל לחלוטין אפקט חוסם־כניסה זה.

שנית, גם אם נאמץ את דרך המחשבה של בית הדין, לפיה עודף כושר הייצור בשוק אינו מרתיע פירמות מלהיכנס אליו בדרך של רכישת משחטה קיימת, עצם ההליך וההחלטה בפרשה שלפנינו, מצביעים על החשש כי כל אימת שמשחטה קיימת תעמוד למכירה, תנוכה היא זו שתצליח לרוכשה. היא תצליח לעשות זאת על אפן ועל חמתן של פירמות חיצוניות לענף החפצות להיכנס אליו, או פירמות קטנות הקיימות בענף וחפצות להתרחב דרך רכישתה של המשחטה העומדת למכירה. הראיה: גם בהליך הנידון כאן, כור מזון בע"מ — שתפצה להיכנס לענף, ונכסי משקי הנגב — שחפצה להתרחב, היו בין המציעות במכרז למכירתה של עוף הנגב. אולם תנוכה, שגם היא השתתפה במכרז, זכתה בו משום שהצעתה הייתה הגבוהה ביותר<sup>33</sup>. הדעת נותנת שגם כאשר תעמוד משחטה אחרת למכירה,

31 Scherer & Ross, *supra* note 22, at p. 374.

32 לעיל הערה 1, בע' 187.

33 כפי שיובהר להלן, עצם העובדה שהצעתה של תנוכה הייתה הגבוהה ביותר, אינה כהכרח פועלת לטובת אישור המיווג עם תנוכה. ייתכן שתנוכה מציעה מחיר גבוה יותר דווקא משום

תנובה תתחרה על רכישה על מנת לבצר ולהאדיר את הדומיננטיות שלה בשוק, ותזכה (אלא אם הממונה על ההגבלים העסקיים ימנע זאת).

עוד חסם-כניסה שנידון על ידי בית הדין, הוא האינטגרציה האנכית בענף. אם רבות מהפירמות בענף מסוים משולבות אנכית עם חוליות עוקבות להן בשרשרת הייצור והאספקה, הדבר עלול להרתיע כניסה חדשה לענף, כמו גם התרחבות של פירמות קיימות. למשל, משחטה המשולבת אנכית עם פירמה המשווקת את תוצרתה, תעדיף כמובן למכור בראש ובראשונה למשווקת המשולבת עמה. משווקת חדשה שתרצה להיכנס לשוק או משווקת קיימת שתרצה להגדיל את מערך השיווק שלה, תצטרך פעמים רבות להסתפק ברכישה ממשחטות שאינן משולבות עם משווקות אחרות. ככל שנתח המשחטות המשולבות עם משווקות קיימות גדול יותר, כך משווקת חדשה או משווקת החפצה להתרחב, עלולות למצוא עצמן פועלות בהיקף קטן יותר. אולם, היקף פעילות קטן מדי עלול להיות לא רווחי, וכתוצאה מכך הפירמה תירתע מלהשקיע את ההשקעה הקבועה הכרוכה בכניסה או בהתרחבות<sup>34</sup>. מנגד, כניסה לענף השיווק ולענף השחיטה יחדיו או התרחבות בשני ענפים אלה יחדיו, כרוכות בהשקעה קבועה גבוהה עוד יותר, המהווה כשלעצמה מחסום-כניסה, כפי שיובהר להלן.

בית הדין פסל את הטענה כי אינטגרציה אנכית מהווה מחסום-כניסה בענפים הרלבנטיים. בית הדין נימק את החלטתו זו בתרומתו הצנועה יחסית של המיזוג עצמו לרמת האינטגרציה האנכית בשווקים הרלבנטיים<sup>35</sup>. אולם, מחסומי-הכניסה לשוק אינם פונקציה של תרומתו הנקודתית של המיזוג לאינטגרציה האנכית. הם פונקציה של מידת האינטגרציה האנכית בכללותה בשווקים הרלבנטיים.

מן הנתונים שפורש לפנינו בית הדין, עולה כי האינטגרציה האנכית בין החוליות של שיווק העופות החיים, השחיטה ושיווק תוצרת המשחטות — היא רבת היקף. כך, כל הפירמות שנוקב בהן בית הדין כמשווקות של עוף תוצרת המשחטות, למעט אחת, עסקו גם בשחיטת העוף<sup>36</sup>. מכאן, כי בעוד שהמיזוג בין תנובה לעוף הנגב תרם לאינטגרציה האנכית של תנובה בתחומי שחיטת העוף ושיווקו רק 3%, הרי שמידת האינטגרציה האנכית בכללותה, בין שלב השחיטה לשלב שיווק תוצרת המשחטות, הייתה גדולה הרבה יותר: לפחות 52.5% מכלל שיווק תוצרת המשחטות נעשה על ידי פירמות המשולבות אנכית עם משחטה זו או אחרת; יתר על

שבזכותה יש כדי לבצר את מעמדה הדומיננטי בשוק ואת כוחה להעלות מחירים (להלן פסקה 3.4.2 לטקסט; לעיל הערה 3, בע' 267).

34 Scherer & Ross, *supra* note 22, at p. 97; O. Hart & J. Tirole "Vertical Integration and Market Foreclosure" *Brookings Papers: Microeconomics 1990* (1990) 205, 212; M. H. Riordan & S. C. Salop "Evaluating Vertical Mergers: A Post — Chicago Approach" 63 *Antitrust L.J.* (1995) 513, 554.

35 לעיל הערה 1, בע' 189.

36 שם, בע' 183.

כן, לפחות 29.3% משחיטת העוף נעשתה על ידי משחטות הממוזגות עם משווקת זו או אחרת.<sup>37</sup>

מצב דומה ואף קיצוני יותר, היה קיים בתחום ההודו. ראשית, כל הפירמות שנוקב בהן בית הדין כמשווקות של הודו תוצרת המשחטות, עסקו גם בשחיטת ההודו.<sup>38</sup> שנית, בעוד שהמיוזג בין תנובה לעוף הנגב מוסיף נקודתית לאינטגרציה האנכית של תנובה רק 4.7% בתחומי שחיטת ההודו ושיווק תוצרת המשחטות, הרי שלפחות 72.9% משיווק ההודו נעשה על ידי פירמות הממוזגות עם משחטה זו או אחרת; יתרה מזו, לפחות 64.2% משחיטת ההודו נעשתה על ידי משחטות הממוזגות עם משווקת זו או אחרת.<sup>39</sup>

מהחלטת הממונה עולה כי הייתה קיימת אינטגרציה אנכית משמעותית גם בממשק שבין שיווק העופות החיים למשחטות לבין שלב השחיטה. מהניתוח העובדתי של הממונה עולה כי לפחות ארבע משחטות (המחזיקות כנתח שוק של 26.4% מכלל שחיטת העוף ו-37.4% מכלל שחיטת ההודו) עסקו גם בשיווק העופות החיים למשחטות.<sup>40</sup>

אם כן, עיינינו הרואות כי מידת האינטגרציה האנכית בכללותה בשווקים הרלבנטיים הייתה גדולה, ויכולה הייתה, בהחלט, להוות חסם-כניסה או חסם-התרחבות משמעותיים. לבסוף, חסם-כניסה נוסף שבית הדין דן בו היה עתירות הון. ככל שההשקעה הקבועה השקועה (sunk investment)<sup>41</sup> הדרושה על מנת להיכנס לשוק או להרחיב הפעילות בו — גבוהה יותר, כך גדל החשש שפירמות תרתענה מלהיכנס לענף או מלהרחיב פעילותן בו.<sup>42</sup> הסיבה לכך, בקליפת אגוז, היא שפירמות השוקלות כניסה או התרחבות, תחששנה שרווחיהן לאחר הכניסה או ההתרחבות יהיו קטנים מכדי שההשקעה הקבועה השקועה תהיה כדאית. בהינתן צפי לרווחיות הפירמה לאחר כניסה או התרחבות, הרי שככל שההשקעה הקבועה השקועה גדולה יותר, כך סביר יותר כי הפירמה תירתע מלהיכנס לשוק או מלהתרחב בו. בית הדין מסיק שחסם-כניסה זה אינו משמעותי, לאור העובדה שרכישתה של משחטה קיימת אינה כרוכה בהשקעה משמעותית.<sup>43</sup> אולם, לאור האינטגרציה האנכית המשמעותית

37 שם, בע' 183.

38 שם, בע' 184.

39 שם, בע' 184.

40 לעיל הערה 3, בע' 263; לעיל הערה 1, בע' 179, 183. יש לציין, כי אחת מהמשחטות הנ"ל (העוסקות גם בשיווק עופות חיים) — היא תנובה עצמה, התופסת על פי הנתונים הנזכרים בהחלטת הממונה נתח המתקרב ל-40% משיווק העוף וההודו החיים למשחטות (החלטת הממונה, שם).

41 המונח השקעה "שקועה" (sunk investment) — כוונתו השקעה שלא ניתן לקבל עליה תשואה או החזר של רוב ערכה, אלא אם תשמש לתפקוד הפירמה בשוק הנידון, (Tirole, *supra* note 14, at p. 308).

42 Tirole, *supra* note 14, at pp. 315-317

43 לעיל הערה 1, בע' 188.

בשווקים הרלבנטיים, ייתכן, כאמור לעיל, שכניסה לאחד הענפים או התרחבות בו, תצרכנה כניסה או התרחבות מקבילות לחוליה אחרת בשרשרת הייצור והשיווק. כך למשל, לאור השילוב האנכי המשמעותי בין משחטות למשווקי תוצרתן, ייתכן כי כניסה חדשה לענף השחיטה, או התרחבות בענף, אינן אפשריות ללא כניסה או התרחבות מקבילות בתחום שיווק תוצרת המשחטות. לאור זאת, ההשקעה הקבועה הנדרשת אינה מסתכמת בעלות רכישתה של משחטה, כפי שמניח בית הדין, אלא גם ביצירת מערך שיווק עצמאי<sup>44</sup>. גם סוגיה זו לא נלקחה בחשבון על ידי בית הדין. לאור מגבלות הכניסה וההתרחבות בענפים הרלבנטיים, רכישת עוף הנגב על ידי פירמה חיצונית לענף (כגון כור מזון) או על ידי מתחרה קטנה (כגון נכסי משקי הנגב), יכולה הייתה ליצור אפיק חשוב לכניסה חדשה או להתרחבות בענף. והנה, בשוק אליו הכניסה כה קשה, קמה הזדמנות פז לאפשר כניסה או התרחבות של פירמה קטנה קיימת, דרך רכישת משחטה תעשייתית מודרנית בעלת פוטנציאל להתרחבות, כמו עוף הנגב. יתרה מזו, לעוף הנגב היה מערך שיווק לסיטונאים משלה, מן המוכן, והיא הייתה משווקת מורשה של עופות חיים<sup>45</sup>. על כן, רכישת עוף הנגב אפשרה, ברכישה אחת, כניסה סימולטנית לשלוש החוליות שבשרשרת האנכית: שיווק העוף וההרוו החיים למשחטה, שחיטה ושיווק תוצרת המשחטה. לאור מגבלות הכניסה וההתרחבות הכרוכות באינטגרציה האנכית רבת ההיקף בשווקים אלה, רק מתחזקת הטענה כי רכישת עוף הנגב על ידי גורם חיצוני לענף או על ידי מתחרה קטנה יותר מתנובה, יכולה הייתה לתרום למגמה לטווח ארוך של איזון מעמדה המוביל של תנובה. מובן שכניסה מעין זו נוגדת את האינטרסים של תנובה להישאר המובילה בשוק ולגרוף רווחים הנובעים, בין היתר, מיכולתה לדרוש מחירים גבוהים. אין פלא אפוא, שתנובה השתתפה במכרז והציעה את המחיר הגבוה ביותר. מחיר זה יכול להיות מוסבר ברצונה של תנובה לבצר את מעמדה הדומיננטי בשוק, וכך בכך לחזק את יכולתה לגבות מחירים מעל ומעבר לעלות השולית. בית הדין היה צריך לקחת גורמים אלה בחשבון במסגרת הניתוח שלו. במקום זאת, הוא דן ברכישת עוף הנגב על ידי תנובה כעסקה המבוצעת בחלל הריק, כאילו אלמלא הרכישה על ידי תנובה, עוף הנגב לא הייתה נרכשת על ידי פירמה כלשהי.

3.4.2 יתרונו המיזוג עם תנובה מול יתרונו המיזוג עם רוכשת חלופית  
כשם שיש לבדוק את הפגיעה בתחרות שברכישה על ידי תנובה באספקלריה של

44 במידה שקיימת גם אינטגרציה אנכית רבת היקף בין משווקות העופות החיים (המשווקות המודרשות) לבין המשחטות (לעיל הערה 40 והטקסט הנלווה אליה), הרי שמסיבות דומות, ייתכן כי כניסה לענף המשחטות תחייב את הנכנסת להיות גם משווקת מורשה של עופות חיים למשחטות. גם במקרה כזה, ההשקעה הקבועה הדרושה לכניסה כרוכה ביותר מעלות רכישת המשחטה.

הרוכשות החלופיות, כך גם יש לבדוק אם קיימים יתרונות או יעילויות למיזוג עם תנובה, שלא קיימים ברכישה על ידי הרוכשות החלופיות. גם אם במישור ניתוח התחרות גרידא הגענו למסקנה שרוכשת חלופית (כגון מתחרה קטנה או נכנסת חדשה) עדיפה באופן משמעותי על תנובה, ייתכן שתנובה עדיפה על רוכשות חלופיות עקב יעילויות או יתרונות לציבור, שקיימים במיזוג עם תנובה ולא קיימים במיזוג עם הרוכשת החלופית. כך למשל, בית הדין מציין שכיוון שתנובה היא משווקת מורשה גדולה של עופות חיים למשחטות, וגם משווקת גדולה של תוצרת המשחטות, קיימת יעילות משמעותית במיזוגה עם משחטה. יתרון זה, כלשון בית הדין, "נובע מן הצורך בתיאום הדוק בין גידול העוף לשחיטתו, ובין שני אלה לשיווק התוצרת לקמעונאים"<sup>46</sup>. במקרה כזה, יש לאזן בין עדיפותה של תנובה במישור היתרונות המיוחדים האלה, לבין עדיפות הרוכשת החלופית במישור התחרותיות בשוק. לצורך איזון זה יש גם לבדוק אם אותם יתרונות עצמם לא קיימים ברכישה על ידי הרוכשת החלופית. כך, אין נתונים בהחלטות הממונה ובית הדין שבעזרתם נוכל לברר אם נכסי משקי הנגב — כרוכשת חלופית, לא עסקה גם בשיווק העופות החיים ו/או בשיווק תוצרת המשחטות, כך שיתרונות התיאום האנכי היו קיימים באותה מידה גם במיזוג עמה. אך גם לגופו של עניין, יתרון זה — של מיזוג בין משחטה לפירמה העוסקת גם בשיווק העוף החי ובשיווק תוצרת המשחטות — לא הוברר כל צרכו על ידי בית הדין. כך למשל, לא הוברר אם אותו יתרון ממש ניתן להשגה שלא על דרך מיזוג, אלא על דרך חוזים בין המגדל, משווקת העוף החי והמשחטה לבין עצמם, ובין המשחטה לבין המשווקת של תוצרתה, גם בלי צורך שכל אלה יתמזגו ויעברו לשליטה משותפת.

תנובה טענה, בעיקר בהליך בפני הממונה, ליתרון נוסף במיזוג עמה. על פי טענת תנובה, כיוון שהיא הציעה את המחיר הגבוה ביותר לרכישת עוף הנגב, הרי שרכישה על ידה תזרים כסף רב יותר לקופת כינוס הנכסים של עוף הנגב, וכך, הנושים המשתתפים בהליך כינוס הנכסים יוכלו להיפרע בחלק גדול יותר של החובות המגיעים להם. הממונה, בהחלטתו, דווקא נתן לטיעון זה משקל, אולם הכריע כי משקל זה קטן ממשקל הפגיעה בתחרות, ועל כן אינו מצדיק את אישור המיזוג<sup>47</sup>. אולם מבחינת היעילות הכלכלית, היתרון הצומח לנושים מרכישה על ידי תנובה — כמי שהציעה את המחיר הגבוה ביותר — אינו רלבנטי. ככלות הכול, מדובר בכספים היוצאים מקופת תנובה ונכנסים לכיס הנושים (דרך קופת כינוס הנכסים). אין ביתרון זה של הנושים, מבחינת כלל הרווחה החברתית, משום יעילות או יתרון (שלא כמו חיסכון בעלויות ייצור, תיאום אנכי אופטימלי יותר וכד'). זאת משום שמחד, תנובה מאבדת כספים אלה, ומאידך, הנושים מקבלים אותו הסכום ממש. אם נכלול גם את תנובה במסגרת התחשיב של הרווחה החברתית,

46 שם, בע' 189.

47 לעיל הערה 3, בע' 267.



הרי שחסרונה בתשלום הכספים מתקזז עם יתרונם של הנושים בקבלת הכספים<sup>48</sup>. יתרה מזו, כפי שכבר הוזכר לעיל, גובה המחיר שתנוכה הציעה עלול להיות תוצאה של רצונה לשריין ולהעצים את מעמדה הדומיננטי בשוק, ולבצר את יכולתה לנצל את כוח השוק שלה ולהעלות מחירים. ניתן לטעון כמובן כי המחיר הגבוה אותו הציעה תנוכה, הוא בין היתר תוצר של יתרונות המיזוג, ולא רק של הרווחים האנטי-תחרותיים שתנוכה ציפתה להם. אולם כאמור לעיל, לא נתבררה באופן רציני השאלה אם היתרונות שנטען להם הם משמעותיים, ואם אינם בני השגה בענפים הרלבנטיים גם שלא על דרך מיזוג עם תנוכה או עם רוכשת חלופית.

#### 4 סיכום

החלטת בית הדין בערר תנוכה – לאשר את המיזוג בין תנוכה לעוף הנגב, התבססה על נתח השוק הקטן יחסית של עוף הנגב. שגיאת בית הדין נוגעת בעיקר בשני אספקטים: ראשית, בית הדין מתבסס במשתמע על ניתוח סטטי של השוק, ומתעלם מהשפעת המיזוג עם תנוכה על מגמות לטווח ארוך בהתפתחות מבנה השוק. שנית, בית הדין שוגה בהתעלמותו מן הרוכשות האלטרנטיביות של עוף הנגב. בין הרוכשות האלטרנטיביות שחפצו גם הן לרכוש את עוף הנגב, היו פירמה חיצונית לענף ומתחרה קטנה מתנוכה. רכישה על ידי כל אחת מהן הייתה יכולה לפתוח לרוכשת צוהר כניסה או התרחבות בשוק שחסימי-הכניסה וההתרחבות בו תמירים. כניסה של פירמה חדשה או התרחבות של פירמה קיימת, בדרך זו, היו יכולות, במסגרת מגמה לטווח ארוך של התפתחות מבנה השוק, לתרום לאיזון מעמדה הדומיננטי של תנוכה בענפים הרלבנטיים, וכך לשפר משמעותית את התחרותיות. בית הדין היה צריך לתת דעתו לסוגיות אלה. במקום זאת, הוא התעלם מהן.

48 גם מבחינת צדק חלוקתי, לא נראה שיש להעדיף דווקא את רווחתם של נושי עוף הנגב שחלקם גדולים ומתוחכמים (כגון: בנקים, ספקים גדולים וכו'), על פני רווחת ציבור הצרכנים. זאת יש לזכור: אישור המיזוג עלול לפגוע באופן משמעותי, כפי שהראינו לעיל, בתחרות, והקרבת העיקרי יהיה ציבור הצרכנים – רוכשי העוף והודו.