

מיזוגים על-פי חוק ההגבלים העסקיים – ניתוח ביקורתי

דיויד גילה*

מאמר זה מציג שמיזוג יוגדר אך ורק על-פי מבחן יכולתה של חברה אחת לכוון את פעילותה העסקית של חברה אחרת, זאת משום שהוא שורש ההבדל בין מיזוג לבין הסדר ושורש ההצדקה לטיפול משפטי שונה בשני סוגי העסקות הללו. בהתאם, גם השקעות פסיביות במניות יידונו כהסדרים, אף אם הן מהוות השתתפות של יותר מ-25% ברווחים. לעניין חובת ההודעה על מיזוג, מוצע לבססה אך ורק על מחזור מכירות של החברות המתמזגות, ולא על מבחנים חלופיים הנוגעים במחזור מכירות ונתחי שוק. לחלופין, ניתן לשקול אך ורק מבחנים המבוססים על נתחי שוק, ללא תלות במחזור המכירות. קיומם של מבחנים חלופיים של מחזור מכירות ושל נתחי שוק זה לצד זה מטיל נטל לא-פרופורציונלי של בדיקות כלכליות מקדמיות דווקא על חברות שמחזור המכירות שלהן קטן. לעניין החלטת הממונה אם לאשר את המיזוג, להתנגד לו או להתנותו בתנאים, מוצע שהחוק יבהיר במפורש כי שיקולים לבר-תחרותיים יכולים להצדיק אישור מיזוג, אך אינם יכולים להוות שיקול להתנגדות למיזוג. עוד מוצע להבהיר כי הסמכות של הממונה להתנות מיזוג בתנאים מוגבלת לתנאים הדרושים על-מנת להפחית את מידת הפגיעה המסתברת של המיזוג המוצע בתחרות.

מבוא

פרק א: המסננת הראשונה – הגדרת מיזוג

1. ההגדרה הקיימת של מיזוג
2. הבעיה בהגדרה הקיימת של מיזוג וההבחנה בין מיזוג לבין הסדר כובל
3. ההגדרה המוצעת

פרק ב: המסננת השנייה – האם החוק חל על המיזוג?

פרק ג: המסננת השלישית – החלטת הממונה

פרק ד: סיכום

* פרופסור-חבר, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב, gilod@post.tau.ac.il

מבוא

חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988¹ (להלן: "חוק ההגבלים או החוק"), הוא כלי מרכזי המבטיח פעילות כלכלית חופשית ושוק תחרותי. בבסיס החוק עומדת התפיסה כי תחרות אמיתית מבטיחה הקצאה יעילה של משאבים ומגבירה את היעילות והרווחה המצרפית. מטרת החוק היא הגנה על ציבור הצרכנים מפני כשלי שוק הנוצרים עקב ריכוזיות יתר בשווקים מסוימים או תיאום אסור בין גופים מסחריים. החוק מעמיד במרכזו את התחרות החופשית. התחרות החופשית אינה מטרה בפני עצמה, אלא נועדה להבטיח "לצרכנים את המוצר בעל האיכות הטובה ביותר במחיר הסביר ביותר, המשקף בצורה המדויקת ביותר את הביקוש שלו. כמו כן, תחרות מהווה תמריץ ליעול, לפיתוח ולחדשנות, דבר שיביא לירידה בהוצאות הייצור ולעלייה באיכות המוצר".² בתחרות חופשית יש לעיתים קרובות גם כדי להגדיל את מגוון המוצרים או השירותים ולשפר את איכות המוצר או השירות, אשר שניהם, כמו גם הוזלת מחירו של המוצר או השירות, משפרים את רווחתו של ציבור הצרכנים.

כדי להשיג את המטרות העומדות בבסיס החוק, דיני ההגבלים העסקיים מטפלים בתופעות עסקיות כלכליות שונות אשר יש בהן כדי להגביל את התחרות ולגרום נזק כלכלי וחברתי. החוק מטפל בשלושה תחומים עיקריים: הסדרים כובלים, מונופולים ומיזוגים. מאמר זה מתמקד בהסדר המצוי והרצוי של חוק ההגבלים העסקיים במיזוגים. החוק מסדיר את נושא המיזוגים בשל החשש שהמיזוג ייצור שינוי במבנה השוק באופן שיגרום פגיעה בתחרות החופשית ובאינטרסים כלכליים חברתיים. עם זאת, החוק תופס את המיזוג כתופעה כלכלית חשובה היכולה להגביר את היעילות באמצעות ביטול כפילויות, יתרונות לגודל, חיסכון בעלויות, הגדלת תמריצים להשקעה וכדומה. מכאן שיש לערוך איזון עדין בבואנו להגדיר את הכללים המשפטיים המסדירים את הטיפול במיזוגים בחוק ההגבלים העסקיים.

המאמר מנתח באופן ביקורתי את הטיפול במיזוגים בחוק ההגבלים העסקיים, ובוחן את הסיווג הראוי של עסקות שמעלות שאלות של הגבלים עסקיים למיזוגים, מחד גיסא, ולהסדרים כובלים, מאידך גיסא. הוא מציע לשנות את ההגדרה הקיימת של "מיזוג" לצורך חוק ההגבלים באופן שרק עסקה שמאפשרת לפירמה אחת לכוון את פעילותה העסקית של פירמה אחרת תיחשב "מיזוג" לצורך החוק, וכל שאר העסקות ייחשבו הסדרים, ובהתאם, במקרים המתאימים, יידונו כהסדרים כובלים. לגבי חובת ההודעה על מיזוג לצורך קבלת אישור מהממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: "הממונה"), המאמר מציע לשנות את החוק באופן שיצמיח חובת הודעה רק בתלות במחזור המכירות המשותף של הפירמות המתמזגות, תוך הסרת החלופות האחרות, התלויות בנתחי השוק של הצדדים למיזוג, המצמיחות על-פי

1 חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ס"ח 1258.

2 בג"ץ 588/84 ק.ש.ר סחר אובסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד מ(1) 29, 37 (1986).

החוק הקיים חובת הודעה. באשר לסמכות של הממונה לאשר מיזוג או להתנגד לו, המאמר מבקר את הנטייה הקיימת לא להביא בחשבון יתרונות לציבור שהם לבר-תחרותיים על-מנת להצדיק מיזוגים, להבדיל מהמצב לגבי הסדרים כובלים, שאותם ניתן לאשר על-סמך שיקולים לבר-תחרותיים מעין אלה. עוד מציע המאמר להבהיר כי הסמכות של הממונה להתנות את אישור המיזוג בתנאים נוגעת רק בתנאים הנחוצים על-מנת להקטין את הפגיעה בתחרות או את הפגיעה בציבור הצרכנים הגלומות במיזוג עצמו.

חוק ההגבלים העסקיים מטפל בנושא המיזוגים בפרק ג לחוק, בעזרת שלוש מסגרות הקבועות בו:

1. בדיקה אם מדובר במיזוג לצורך חוק ההגבלים;
2. אם נקבע כי אכן מדובר במיזוג – בדיקה אם המיזוג "משמעותי" דיו, על-פי פרמטרים טכניים מסוימים, להחיל עליו את החוק;
3. החלטת הממונה אם לאשר את המיזוג, לאשרו בתנאים או להתנגד לו.

רק אם העסקה עברה את שתי המסגרות הראשונות, הצדדים לה חייבים להודיע עליה לממונה, אשר מחליטה, במסגרת המסגרת השלישית, אם לאשר את המיזוג, להתנותו בתנאים או להתנגד לו.

הביקורת שלי והערותיי נוגעות בכל אחת משלוש המסגרות. אפרט לגבי כל מסגרת בנפרד: פרק א עוסק במסגרת הראשונה – הגדרת מיזוג; פרק ב עוסק במסגרת השנייה, היא השאלה אם יש להודיע לממונה על המיזוג; ולבסוף פרק ג עוסק במסגרת השלישית – החלטת הממונה אם לאשר את המיזוג.

פרק א: המסגרת הראשונה – הגדרת מיזוג

1. ההגדרה הקיימת של מיזוג

מיזוג מוגדר בשתי דרכים חלופיות אפשריות:

1. מיזוג לפי סעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים – סעיף 1 לחוק הוא סעיף טכני במהותו, שמגדיר מיזוג כ"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 מכוח ההצבעה או מהכוח למנות יותר מרבע מהדירקטורים או השתתפות ביותר מרבע ברווחי החברה; הרכישה יכול שתהא במישרין או בעקיפין או באמצעות זכויות המוקנות בחוזה".
2. גם אם עסקה אינה מהווה מיזוג לפי סעיף 1 לחוק ההגבלים, היא תהווה עדיין מיזוג לפי הפסיקה אם פירמה אחת רכשה יכולת לכוון את פעילותה של הפירמה האחרת. לדוגמה, אם פירמה אחת רוכשת רק 20% מהפירמה האחרת, אבל דה-פקטו יכולה

כתוצאה מכך לכוון את פעילותה העסקית של הפירמה האחרת, העסקה נחשבת מיזוג.³ אף החזקה בזכות וטו – מכוח היותה של פירמה בעלת מניות מיעוט – לעניין הקשור לפעילותה העסקית השוטפת של החברה שהיא מחזיקה את מניותיה מהווה מיזוג חברות לפי גישה זו של הפסיקה, באשר בעלת מניות המיעוט רכשה, באמצעות זכות הוטו, יכולת לכוון את פעילותה של החברה שהיא מחזיקה בה. הכוונה כאן היא ליכולת לכוון את הפעילות העסקית על-ידי שליטה באורגנים של הפירמה האחרת, להבדיל מהסדר המכתיב ישירות את התנהגותה של הפירמה האחרת. כך, למשל, הסדר המכתיב לפירמה האחרת לרכוש מוצר רק מספק מסוים, ולא מספקים אחרים, יידון כהסדר, ולא כמיזוג, ועשוי, במקרה מתאים, להיות הסדר כובל על-פי חוק ההגבלים. לעומת זאת, כאשר פירמה אחת רוכשת מניות מיעוט בפירמה אחרת המקנות לפירמה הרוכשת זכות וטו לעניין זהותם של הספקים שיספקו מוצר מסוים לפירמה האחרת, הדבר מהווה מיזוג, משום שהפירמה הרוכשת השיגה יכולת לכוון את פעילותה של הפירמה האחרת (לעניין הספקים שעמם היא תעסוק) דרך האורגנים של הפירמה האחרת – האספה הכללית של בעלי המניות, הדירקטוריון, המנכ"ל וכיוצא בהם.

2. הבעיה בהגדרה הקיימת של מיזוג והבחנה בין מיזוג לבין הסדר כובל

לדידי, הבעיה עם המסגרת הראשונה היא היותה רחבה מדי. בפרט, מסגרת זו, של הגדרת "מיזוג" לצורך החוק, כוללת גם עסקות שאינן מקנות כלל לפירמה אחת יכולת לכוון את פעילותה של פירמה אחרת, קרי, עסקות שאינן מתאפיינות באותה תכונה אשר מייחדת מיזוגים מהסדרים כובלים ומצדיקה טיפול מיוחד במיזוגים.

מדוע מיזוגים נתפסים על-ידי החוק כתופעה יעילה ביחס להסדרים כובלים, ומדוע החוק מטפל במיזוגים, מבחינות רבות, באופן מקל יותר מאשר בהסדרים? מה שמייחד מיזוג מהסדר (שאינו מיוזם משותף) הוא השליטה המשותפת במשאבים או באורגנים. אותה שליטה משותפת, לצד הפוטנציאל שלה לפגוע בתחרות,⁴ יכולה גם להגביר את היעילות באמצעות ביטול כפילויות, יתרונות לגודל, היסכון בעלויות, הגדלת תמריצים להשקעה וכדומה. אולם אם כך הדבר, אזי יש להגדיר מיזוג מהו, במסגרת המסגרת הראשונה, על-פי

3 ראו, למשל, ערר 2/94 תנובה נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא פורסם, 27.2.1995).
4 אכן, ייתכן שדווקא בגלל השליטה המשותפת במשאבים או באורגנים, הפגיעה בתחרות הגלומה במיזוג הפיכה אף פחות מזו הגלומה בהסדר. כך, למשל, קרטל מחירים – ההסדר הכובל הבוטה ביותר – הוא רעוע, משום שכל פירמה יכולה, וגם מתמרצת לעיתים קרובות, לסטות מן הקרטל בכל רגע ולגרום לקריסתו. לא כך מיזוג שגורר שליטה משותפת במשאבים או באורגנים. הניהול המשותף לא יאפשר ל"צד" למיזוג לסטות מהמבנה האנטי-תחרותי. בעובדה זו יש רק כדי לחזק את המחשבה שהמחוקק אכן חושב כי מיזוגים הם תופעה יעילה במיוחד, שהרי הוא מוכן לנקוט טיפול מקל יחסית במיזוגים, למרות האופי הבלתי-הפיך של הפגיעה בתחרות.

משפט ועסקים ח, התשס"ח מיזוגים על-פי חוק ההגבלים העסקיים – ניתוח ביקורתי

אותו פרמטר שמבחין בין מיזוג (כתופעה יעילה יותר מהסדר) לבין הסדר, הנידון לפי פרק ההסדרים בחוק, הוא פרק ב.⁵ כדי להבהיר נקודה זו, ברצוני לחדד תחילה את נקודת המוצא שלי, שלפיה כל עסקה שהיא בגדר מיזוג – כלומר, עוברת את המסננת הראשונה הנ"ל – אי־אפשר לתקוף אותה כהסדר כובל. חוק ההגבלים העסקיים מאפשר תקיפה של הסדרים כובלים, של מיזוגים ושל התנהגויות מסוימות של בעל מונופולין. סעיף 2(א) לחוק קובע כי –

"הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר."

סעיף 2(ב) לחוק קובע כי יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת בעניינים המנויים בסעיף, וזאת בלי קשר לפגיעת ההסדר בתחרות.⁶ כבילות אלה כוללות:

- (1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;
- (2) הריווח שיופק;
- (3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;
- (4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם."

לנוכח ההגדרה הנ"ל של הסדר כובל, היה אפשר לכאורה לטעון כי כל מיזוג עשוי בהכרח להיות גם הסדר כובל. כך, מיזוג בין שתי פירמות עשוי להיות הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק, באשר הסכם המיזוג הוא בדרך־כלל הסדר בין בני־אדם המנהלים עסקים. לנוכח השלכותיו של המיזוג על התחרות, עשוי להתקיים לגבי המיזוג גם היסוד של פגיעה

5 יש להעיר שאיני מתיימר במאמר זה לבחון את נכונותה של הנחת המחוקק כי מיזוגים הם תופעה יעילה יותר מהסדרים. המטרה היא לאמץ הנחה זו של המחוקק כנקודת מוצא לניתוח. עובדה היא שהמחוקק ביקש לטפל במיזוגים ובהסדרים כובלים בפרקים נפרדים, ועובדה נוספת, שמובהרת בהמשך, היא שהטיפול של החוק במיזוגים מקל יותר עם הפירמות, מבחינות רבות, מאשר הטיפול בהסדרים. מכאן שכדי ליישם בצורה הטובה ביותר את כוונת המחוקק, יש להתחקות בהגדרת המיזוג, כפי שאראה בהמשך, אחר אותו פרמטר שבאמת מבחין בין הסדר למיזוג.

6 כלומר, מדובר בחוקות חלוטות שהסדר הכולל כבילות הנכנסות לגדר ס' 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים הוא בגדר הסדר כובל. ראו, למשל, ע"א 6222/97 טבעול (1933) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד (נב) 145, 176-178 (1998), שאושר בדנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף־הים (1994) בע"מ, פ"ד (נו) 56 (2001).

מסתברת בתחרות, המצוי בסעיף 2(א) הנ"ל. יתרה מזו, מיוזג עשוי לכאורה להיות בגדר הסדר כובל גם לפי סעיף 2(ב) לחוק, באשר אם הצדדים מתמזגים – בפרט כאשר המיוזג כרוך בהשפעה של פירמה אחת על פעילויותיה של האחרת – אזי מן הסתם הצדדים "מסכימים" גם להכרעה משותפת לגבי המחיר, הריווח, חלוקת השוק, כמות הנכסים, איכותם או סוגם, הכל לפי העניין ולפי טבעו של הסכם המיוזג וטבעה של השליטה המשותפת שהמיוזג מאפשר.

אולם אף-על-פי שכל מיוזג עשוי לכאורה להיות הסדר כובל לפי סעיף 2 כלשונו, אם עסקה מהווה מיוזג – כלומר, עוברת את המסגרת הראשונה הנ"ל – אזי הדעת נותנת שאי-אפשר לתקוף אותה, בדלת האחורית, גם כהסדר כובל.⁷ אם לא כן, נרוקן מתוכן את כוונתו של המחוקק לטפל במיוזגים בפרק מיוחד, הוא פרק ג לחוק. אכן, ההיסטוריה החקיקתית של פרק ג לחוק אומרת לנו מדוע מטפלים במיוזגים בצורה אחרת: מיוזגים נתפסים כתופעה יעילה, יותר מאשר הסדרים.⁸ לשון אחר, בעניין זה חל הכלל הידוע שלפיו הוראה ספציפית גוברת על הוראה כללית. אילו אפשרנו תקיפת מיוזג כהסדר כובל, אזי היינו מרוקנים מתוכן את ההסדר הספציפי החל לגבי מיוזגים. זאת, במיוחד לנוכח העובדה – שתובהר מייד – שמבחינות רבות הטיפול של חוק ההגבלים במיוזגים מקל יותר עם הפירמות מאשר הטיפול בהסדרים כובלים.

לפני שנמשיך, ברצוני להבהיר כי לעובדה שמיוזגים מטופלים אך ורק דרך פרק ג לחוק, ולא דרך פרק ב, העוסק בהסדרים כובלים, יש משמעות מעשית אדירה. כאמור,

7 זה המצב, למשל, בדיני ההגבלים העסקיים של הקהילייה האירופית. אם עסקה היא מיוזג על-פי התקנה האירופית העוסקת במיוזגים, אין אפשרות לתקוף אותה כהסדר כובל מכוח ס' 81 לאמנת רומא – Treaty of Rome establishing the European Community (Nice – consolidated version), Nov. 10 1997, 1997 O.J. (c340) 208 ראו: Council Regulation 139/2004, on the Control of Concentrations Between Undertakings, art. 22, 2004 O.J. (L 24/1) (EC).

8 "דו"ח הוועדה למיוזגים וקונגלומראטים" הפרקליט לב (תשל"ח) 559, 578 (1979). קיימים אומנם הסדרים בעלי ערך פרודוקטיבי לא-פחות ממיוזגים, ובפרט מיזמים משותפים בין פירמות. העובדה שגם מיזמים משותפים הם לעיתים קרובות תופעה יעילה זכתה ל"אוזן קשבת" בדמות כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים), התשס"ו-2006, ק"ת 6483, אשר פוטרות מיזמים משותפים, בתנאים מסוימים, מעולו של החוק, גם אם המיזם מהווה לכאורה הסדר כובל, בין היתר בתלות במבנה השווקים הרלוונטיים ובמעמדם של הצדדים למיזם בשווקים אלה. אם כך, מיזם משותף הנהנה מפטור סוג נהנה מפטור מוחלט, להבדיל ממיוזג, אשר בכל מקרה יזכה בנייתו פרטני של הממונה (אם הוא עובר את המסגרת השנייה). הטיפול המרוכך עוד יותר שבו זוכה מיזם משותף הנהנה מפטור סוג נובע הן מהעובדה שפטור סוג מכניס לגדרו מלכתחילה מיזמים שבהם מעמדם של הצדדים למיזם בשווקים הרלוונטיים קטן מספיק ושווקים אלה תחרותיים מספיק, והן מהעובדה שמיוזם משותף, להבדיל ממיוזג, יוצר יש מאין – הפירמות החברות במיזם עושות יחדיו משהו חדש, ולא סתם בולעות זו את זו. בדרך-כלל הוספת פירמה חדשה לשוק היא פרו-תחרותית יותר מאשר בליעת פירמה קיימת.

לנוכח הגישה האמורה, שלפיה מיזוגים מהווים תופעה יעילה ביחס להסדרים כובלים, החוק מטפל במיזוגים, מבחינות חשובות, באופן שמקל יותר עם הפירמות בהשוואה לטיפול בהסדרים.

ראשית, אין כלל חובה להודיע לממונה על המיזוג – ומכאן שהמיזוג פטור מדיני ההגבלים העסקיים – אם הוא אינו "משמעותי" דיו לעבור את המסגרת השנייה הנ"ל. שנית, הממונה מוסמכת לעצור מיזוג, במסגרת המסגרת השלישית, רק אם קיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או לפגיעה בציבור באופן הקבוע בסעיף 21 לחוק. זאת, להבדיל מהעוגן להתערבות נגד הסדר כובל, אשר מחמיר יותר עם הפירמות: בהליך של פטור להסדר כובל מהממונה לפי סעיף 14 לחוק, די שתהא "פגיעה של ממש" בתחרות להביא לידי כך שלא תהיה לממונה סמכות ליתן פטור; ואילו בהליך של אישור ההסדר הכובל לפני בית-הדין להגבלים עסקיים לפי סעיף 9 לחוק, די שמידת הפגיעה בתחרות תעלה אף במקצת על היתרונות לציבור הגלומים בהסדר להביא לידי כך שבית-הדין לא יהא מוסמך לתת אישור להסדר. במיזוגים, לעומת זאת, העוגן לעצירת העסקה מותנה ב"חשש סביר לפגיעה משמעותית" כאמור לעיל, כך שייחכנו מיזוגים שיש בהם פגיעה של ממש בתחרות, ושפגיעתם בתחרות אף עולה על יתרונותיהם לציבור הצרכנים, ובכל-זאת לא תהא לממונה סמכות לעצור אותם.

שלישית, זמן התגובה שהחוק מקצה לממונה על-מנת לבחון מיזוג קצר באופן משמעותי מזה המוקצה לבחינת הסדר כובל. זמן זה מוגבל לשלושים יום במקרה של מיזוגים,⁹ ואילו במקרה של פטור להסדר כובל מאת הממונה הוא מתחיל מתשעים יום, שניתנים להארכה על-ידי הממונה עצמה בשישים יום נוספים,¹⁰ ויכול להימשך שנים במקרה של אישור הסדר כובל על-ידי בית-הדין להגבלים עסקיים.

רביעית, התוצאה המשפטית של מיזוג שנעשה בניגוד לחוק רכה מזו של הסדר שנעשה בניגוד לחוק. כאשר מיזוג נעשה בניגוד לחוק, הסכם המיזוג לא נתפס כבטל ומבוטל. המיזוג התרחש מבחינה משפטית, ויש לעשות פעולה פוזיטיבית לשם הפרדת החברות המתמזגות, בהליך מורכב לפני בית-הדין להגבלים עסקיים, לפי סעיף 25 לחוק.¹¹ יצוין כי משמעותן של הפסקאות הקודמות היא שכאשר הצדדים לעסקה יכולים לבחור אם לעצב את העסקה כעסקת מיזוג או כהסדר גרידא, קיימים שיקולים כבדי-משקל לעיצוב העסקה כמיזוג דווקא. זאת, משום שאם תעוצב העסקה כהסדר, הטיפול בו דרך דיני ההגבלים העסקיים עלול להיות מחמיר יותר. עסקינן, כמובן, בעיצוב מהותה של העסקה, להבדיל משימוש בתוויות סמנטיות לשינוי דמותה של העסקה. כך, אם עסקה היא הסדר, עצם שינוי הכותרת שלה לעסקת מיזוג לא יהפוך אותה למיזוג בעיני דיני ההגבלים העסקיים.

9 ראו ס' 20(ב) לחוק ההגבלים העסקיים.

10 ראו ס' 14 לחוק ההגבלים העסקיים.

11 כך, למשל, רכישתה של חברת ערוצי זהב על-ידי קבוצת פישמן מאת קבוצת עורק נקבעה על-ידי הממונה כמיזוג אסור, אולם איש לא טען כי עובדה זו הפכה את עסקת המיזוג לבטלה ומבוטלת. ראו הצו המוסכם בין רשות ההגבלים העסקיים לקבוצות פישמן ועורק בעניין רכישת ערוצי זהב על-ידי קבוצת פישמן, 2003, הגבלים עסקיים, 3018510.

כך, למשל, אם חברת דלק חפצה לקבל בלעדיות מתחנת דלק עצמאית, הצדדים יכולים לעצב את העסקה כהסדר בלעדיות, ואז היא עשויה להיות בגדר הסדר כובל.¹² אולם הצדדים יכולים גם לעצב את יחסיהם במסגרת הסכם מיווג. למשל, חברת הדלק יכולה לשכור את המקרקעין של תחנת הדלק מבעליה הנוכחיים, ולהפעיל את תחנת הדלק בעצמה. אם מדובר בשכירות ארוכת-טווח (למשל, למשך יותר משבע שנים), אזי מדובר במיווג חברות, כפי שקבע הממונה בעבר, משום שהשכירות ארוכת-טווח, במקרה מתאים, כמוה כרכישת "עיקר נכסי תחנת הדלק" על-ידי חברת הדלק.¹³ אפשרות אחרת היא שחברת הדלק תרכוש, למשל, 20% ממניותיה של תחנת הדלק, ובהסכם בעלי המניות ייקבע שלבעלים של 20% מהמניות יש זכות וטו לעניין הספקים שעומדים תעבור תחנת הדלק. עסקה מעין זו מהווה מיווג, ולא הסדר, וזאת על-פי הפסיקה הקובעת שכאשר פירמה אחת רוכשת יכולת לכוון את עסקי הפירמה האחרת דרך האורגנים של הפירמה האחרת, העסקה מהווה מיווג.

קיימים רק שלושה מצבים שבהם יהיה עדיף לצדדים, מבחינת תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים, שהעסקה שלהם תהיה הסדר, ולא מיווג.

מצב אחד הוא כאשר העסקה, כהסדר, אינה מהווה הסדר כובל כלל, בעוד כמיווג היא עוברת את המסגרת השנייה ולכן מחייבת הודעה לממונה. למשל, נניח שיצרן מנעולים חפץ להקים מיוג פלסטיק עם יצרן יוגורט. אם הצדדים אינם מתחרים או מתחרים פוטנציאליים זה של זה בשום שוק, ובהעדר כבילות של חופש הפעולה העסקי של הצדדים מעבר לשיתוף-הפעולה הנ"ל, אין מדובר כלל בהסדר היכול להוות הסדר כובל.¹⁴ מבחינת תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים על העסקה, עסקה מעין זו עדיפה על עסקה שבה פירמה אחת "בולעת" פירמה אחרת או "משתלטת" עליה, שכן אז, אף שהצדדים לעסקה אינם מתחרים או מתחרים פוטנציאליים, העסקה היא מיווג, ואם היא עוברת גם את המסגרת השנייה, חובה להודיע עליה לממונה, ואין לבצעה ללא אישור הממונה.

מצב שני שבו הטיפול בהסדרים מקל יותר עם הפירמות מאשר הטיפול במיווגים הוא כאשר ההסדר פטור אוטומטית מכוח החוק או מכוח פטורי הסוג שהוצאו על-ידי הממונה. כך, אם ההסדר נכנס לגדר אחד הסייגים של סעיף 3 לחוק, הוא פטור מעולו של החוק. באופן דומה, אם ההסדר נהנה מתנאיו של אחד מפטורי הסוג שהוציא הממונה מכוח סעיף 15א, ההסדר פטור, ללא צורך להגישו להכשר ספציפי לפני רשות כלשהי. לא כך מיווג, אשר כאמור, אם הוא עובר את המסגרת השנייה, אזי בכל מקרה חובה להעבירו תחת שבת הביקורת של הממונה לפני שיינתן הכשר לעסקה.

12 ראו, למשל, קביעה לפי ס' 43(א) לחוק ההגבלים העסקיים: הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות תדלוק, 1993, הגבלים עסקיים, 3003595.

13 כך אכן עולה מהצו המוסכם בין הממונה לבין חברת דלק בעניין הסכמי שכירות בין חברת דלק לבין תחנות תדלוק. ראו ה"ע 8001/03 הממונה על הגבלים עסקיים נ' "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ (פורסם בנבו, 20.11.2003).

14 השוו לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים), התשס"ו-2006, ק"ת 6483, החלים על מיוג משותף בין מתחרים או מתחרים פוטנציאליים, מתוך נקודת מוצא שמיוג משותף בין מי שאינם מתחרים או מתחרים פוטנציאליים אינו הסדר כובל כלל ועל-כן אינו נוקף לפטור סוג.

מצב שלישי שבו הטיפול בהסדרים מקל יותר מבחינה מסוימת מאשר הטיפול במיזוגים הוא כאשר העסקה פוגעת פגיעה של ממש בתחרות אך יש בה יתרונות לציבור המצדיקים אותה למרות זאת, ויתרונות אלה הם לבר-תחרותיים. כלומר, אין מדובר ביתרונות שאפשר לטעון כי הם מיטיבים עם ציבור הצרכנים, אלא ביתרונות לציבור מסוגים אחרים, כגון מניעת אבטלה, שיפור מאזן התשלומים של המדינה, מניעת פגיעה באיכות הסביבה וכדומה. אין חולק כי שיקולים מעין אלה יכולים להוות שיקול לאישור ההסדר הכובל לפני בית-הדין להגבלים עסקיים.¹⁵ מאידך גיסא, אם העסקה מהווה מיזוג, נראה שהממונה אינה רואה את עצמה כמוסמכת להביא בחשבון יתרונות לציבור שהם לבר-תחרותיים לצורך אישור מיזוג. כך, אם ההצדקה החברתית היחידה שמאזנת חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או לפגיעה בציבור כאמור בסעיף 21 לחוק היא מניעת פגיעה באיכות הסביבה, שיפור מאזן התשלומים של המדינה או מניעת אבטלה, לא נראה שהממונה תאשר את המיזוג. נטייתה היא לשיקול לטובת המיזוג רק טענות לשיפור התחרות או רווחת הצרכנים.¹⁶

3. ההגדרה המוצעת

אם כך, ההגדרה של מיזוג צריכה להישען על השליטה המשותפת, ומכאן שכל החלק הטכני האמור, של סעיף 1 לחוק ההגבלים, הוא מיותר: היה צריך להגדיר מיזוג רק כעסקה שבה חברה אחת רוכשת את היכולת לכוון את פעילותה העסקית של חברה אחרת.¹⁷ הוה אומר, היה צריך לשמר רק את ההגדרה המהותית, שהיא כיום תוצרת הפסיקה, לשלב אותה בחוק, ולהסיר את ההגדרה הטכנית המצויה כיום בסעיף 1 לחוק. על-פי גישה זו, אם פירמה אחת רוכשת יכולת לכוון את פעילותה העסקית של פירמה אחרת, במישרין או בעקיפין, אזי מדובר במיזוג. לגבי שאר העסקות, גם אלה שנכנסות כיום לגדר סעיף 1, אם אין בהן כדי

15 ראו, למשל, את הדוגמאות לשיקולים לטובת הציבור הנקובות בס' 10 לחוק ההגבלים העסקיים, וכן ה"ע 508/04 תאגיד איסוף מיכלי משקה בע"מ נ' אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה (פורסם בנבו, 13.9.2005).

16 בית-המשפט העליון בע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, 230 (1998), משאיר שאלה זו בצריך עיון, בעוד בית-הדין להגבלים עסקיים בעניין תנובה, לעיל ה"ש 3, גורס כי הממונה רשאי לשיקול שיקולים לבר-תחרותיים (אם כי בית-המשפט העליון קובע שבית-הדין לא הכריע על-סמך גרסתו זו). גישה הפוכה, שלפיה הממונה אינו מוסמך לשיקול שיקולים לבר-תחרותיים במסגרת אישור מיזוג, עולה מהחלטת בית-הדין בה"ע 7014/02 עמינח רשתות שיווק בע"מ נ' הממונה על הגבלים העסקיים, פס' 58 (פורסם בנבו, 21.1.2004). עם זאת, למיטב ידיעתי לא קיבלה הממונה עד היום החלטה לאשר מיזוג על-סמך שיקולים לבר-תחרותיים. לדיון בשאלה זו ראו מיכל שיצר גל "לקחו של יוסטיציאנוס: רפורמות נדרשות בחוק ההגבלים העסקיים" המשפט 24, 30–31 (2007).

17 זה גם המצב בדיני ההגבלים העסקיים של הקהילייה האירופית. "מיזוג", להבדיל מהסדר כובל, מוגדר כמצב שבו פירמה אחת רוכשת decisive influence על החברה האחרת. ראו: Council Regulation 139/2004, לעיל ה"ש 7, ס' 3.

לאפשר לפירמה אחת לכוון את פעילותה העסקית של פירמה אחרת, הן לא יהוו מיזוג. בהתאם, פתוחה הדלת לטעון כי עסקות מעין אלה, במקרים המתאימים, הן בגדר הסדר כובל: הן אינן נהנות מהתכונה שמייחדת מיזוגים מהסדרים כובלים – שליטה משותפת במשאבים או באורגנים – ואשר מצדיקה טיפול מיוחד בהן כמיזוגים, להבדיל מהסדרים. כמובן, עסקות רבות אשר מקנות לפירמה אחת יכולת לכוון את פעילותה העסקית של פירמה אחרת – ועל-כן מהוות מיזוג לפי הגישה המוצעת – ייכנסו גם לגדר ההגדרות הטכניות של סעיף 1 לחוק. כך, אם פירמה אחת רוכשת את עיקר נכסיה של פירמה אחרת, היא רוכשת מן הסתם גם את היכולת לכוון את עסקיה. אם לא כך הדבר, אזי אין הצדקה להכרת העסקה כמיזוג. כך, למשל, אם לחברה א יש נכסי נדל"ן בברזיל ששוויים עולה על מחצית שווייה של חברה א, וחברה ב רוכשת את נכסי הנדל"ן הללו, אזי נראה כי מכל הבחינות הרלוונטיות לחוק ההגבלים הישראלי, חברה ב לא תוכל לכוון את פעילותה העסקית של חברה א. אכן, לא ראוי שעסקה כזו תוכתר כמיזוג לצורך חוק ההגבלים הישראלי.

היפוכו של דבר חל כאשר חברה א פועלת בכמה שווקים בישראל, וחברה ב רוכשת את עיקר נכסיה של חברה א בשוק מסוים, כגון שוק היוגורט. אם שוק היוגורט הוא שוק רלוונטי מבחינת המבחינים להגדרת השוק,¹⁸ אזי לדידי מדובר במיזוג. זאת, משום שחברה ב רכשה יכולת לכוון את עסקיה של חברה א בשוק רלוונטי, שהוא-הוא מושא מאוויי של חוק ההגבלים, אשר נועד לעודד תחרותיות בכל שוק רלוונטי. מסקנה זו גם מתאימה לרציונל שמאחורי תפיסת מיזוגים כתופעה יעילה יחסית להסדרים: המרכיב של שליטה משותפת במשאבים – בדוגמה שלנו בשוק היוגורט – קיים בעסקה הנ"ל, ומכאן שמוצדק לנתח אותה כמיזוג.

גם רכישת מניות, כמובן, יכולה להיות בגדר מיזוג על-פי הגישה המוצעת, ובלבד שרכישה זו מקנה לחברה הרוכשת, במישרין או בעקיפין, באמצעות הסכם בעלי מניות או בלעדיו, את היכולת לכוון את פעילותה העסקית של החברה שמניותיה נרכשו. לצורך כך אין חשיבות לגודלה של ההשקעה במניות, אלא רק ליכולת לכוון שנובעת מן ההשקעה. מכאן, שוב, שהמבחן הטכני של סעיף 1 – המציין דווקא רכישה המקנה זכויות העולות על רבע מזכויות מסוימות בחברה שמניותיה נרכשו – אינו מועיל. המבחן המועיל הוא המבחן המהותי, של היכולת לכוון את פעילותה העסקית של החברה.

לעניין זה בולט במיוחד סוג מסוים של עסקה אשר אין בו יכולת לכוון פעילות אבל יכול בכל-זאת להיות מיזוג על-פי ההגדרה הקיימת כיום: השקעה פסיבית – מצב שבו השקעתה של פירמה אחת במניותיה של פירמה אחרת אינה מקנה לחברה המשקיעה יכולת לכוון את פעילותה העסקית של החברה האחרת, אלא רק גורמת, דה-פקטו, להשתתפותה של הפירמה המשקיעה ברווחיה של הפירמה האחרת. הגדרת מיזוג בסעיף 1 כוללת גם

18 הגדרת השוק נעשית לפי מבחן התחליפיות הסבירה בעיני הצרכנים. אם הצרכנים אינם רואים מעדני חלב אחרים, למשל, כתחליף סביר ליוגורט, אזי השוק הרלוונטי יהיה שוק היוגורט, לא כולל מעדני חלב אחרים. ראו, למשל, נימוקים להתנגדות למיזוג הריבוע הכחול ישראל בע"מ – ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ, 2001, הגבלים עסקיים, 3012217.

השקעה פסיבית, ובלבד שהיא מקנה למשקיע יותר מ-25% מרווחי הפירמה שהשקיע בה. מכאן גם עולה שאם ההשקעה הפסיבית מהווה השתתפות ברווחים של 25% ומטה, אזי אין מדובר במיוזג. אם אין מדובר במיוזג, אזי ההשקעה הפסיבית האמורה, של 25% ומטה, היא הסדר, ועשויה בהתאם להיחשב הסדר כובל.

אכן, כפי שהראיתי במקומות אחרים, גם השקעה פסיבית (בין מתחרים) עלולה, במקרים מסוימים, לפגוע בתחרות באופן משמעותי.¹⁹ בהתאם, היא יכולה, במקרים מתאימים, להיחשב הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק, בפרט כאשר המוכר והקונה של המניות מושא ההשקעה, שהם הצדדים להסדר, מנהלים עסקים, כנדרש על-ידי הוראת סעיף 2(א). במקרה של השקעה פסיבית, הבעייתיות של ההגדרה הנוכחית של מיוזג מומחשת היטב. השקעה פסיבית של יותר מ-25% מהווה "מיוזג" לפי סעיף 1, ועל-כן זוכה, כפי שהראינו לעיל, בטיפול מקל יחסית מצד חוק ההגבלים. מאידך גיסא, השקעה פסיבית קטנה יותר, של 25% ומטה, תסווג כהסדר, שעשוי להיות הסדר כובל, ואז היא תקבל טיפול מחמיר יותר מן הבחירות האמורות לעיל. הטיפול בהסדר כובל מעין זה אף חמור במיוחד, לנוכח העובדה שסעיף 3(2) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך),²⁰ קובע כי פטור הסוג הזה לא יחול על השקעות בין מתחרים, אף אם נתחי השוק שלהם קטנים מאוד ואף אם ההשקעה קטנה מאוד. אילו אימץ המחוקק את המלצתי במאמר זה, אזי השקעה פסיבית הייתה נידונה כהסדר, בין שהיא גבוהה מ-25% ובין שהיא 25% ומטה. אכן, העובדה שהשקעה פסיבית עולה על 25% אין בה כדי להצדיק סיווג מחודש של העסקה כמיוזג, המקבל טיפול מיוחד, משום שאין בהשקעה פסיבית את המרכיב אשר מייחד מיוזגים ומצדיק את הטיפול המיוחד בהם: שליטה משותפת במשאבים או באורגנים.

אם כך, אילו נשמעה דעתי, היו מתקנים את סעיף 1, ומיוזג חברות היה מוגדר כ"רכישת נכסים או מניות של חברה על-ידי חברה אחרת, המקנה לחברה הרוכשת, במישרין או בעקיפין, את היכולת לכוון את עסקיה של החברה הנרכשת". אומנם, הגדרה מעין זו נתונה יותר לפרשנויות ולמחלוקות, ובמקרים מסוימים עשויה להתעורר התדיינות לגבי השאלה אם נרכשה יכולת לכוון את הפעילות העסקית כאמור בהגדרה הנ"ל אם לאו. עם זאת, ניתן להיעזר בפסיקה האירופית הענפה הדנה בהגדרה דומה של מיוזגים באירופה, אשר פירשה במקרים רבים את המושג *decisive influence*, ההופך עסקה למיוזג.²¹ יתרה מזו, ההגדרה

19 ראו: David Gilo, *The Anticompetitive Effect of Passive Investment*, 99 MICH. L. REV. 1 (2000); David Gilo, Yossi Moshe & Yossi Spiegel, *Partial Cross Ownership and Tacit Collusion*, 37 RAND J. ECON. 81–99 (2006); דיויד גילה "השקעות פאסיביות בין מתחרים בישראל" משפטים לו 119 (2006); Ariel Ezrachi & David Gilo, *EU Competition Law and the Regulation of Passive Investments Among Competitors*, 26 OXFORD J. LEGAL STUD. 327 (2006).

20 כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), התשס"ו-2006, ק"ת 6483.

21 ראו: Ezrachi & Gilo, לעיל ה"ש 19, פס' IIIa והאסמכתות המובאות שם. בקהילייה האירופית יש למבחן מחזור המכירות חשיבות נוספת, והיא הצורך לבחון אם למיוזג יש מימד אשר רלוונטי לדיני הקהילייה בכללותה או שמא הרשות שצריכה לבחון אותו היא אך ורק

המוצעת באה אך להצר את ההגדרה הקיימת. כאמור לעיל, כל עסקה שאינה "מיזוג" עשויה להיות הסדר כובל. בהתאם, נסיונם של צדדים לעסקה לשכנע שהעסקה שלהם אינה "מיזוג" על-פי ההגדרה המוצעת יכול לחשוף את העסקה לדין החל על הסדרים כובלים. לפיכך התמריץ של צדדים לעסקה להתדיין ארוכות סביב הגדרת המיזוג המוצעת הוא מוגבל. לבסוף, לצד חסרונה של הגדרת המיזוג המוצעת – היותה נתונה יותר למחלוקת במקרים מסוימים – שכרה הוא התאמתה למטרותיו של המחוקק, שהיא לדידי מטרה חשובה מאוד. כך, הגדרה פשוטה עוד יותר מזו הקיימת תאמר, למשל, כי מיזוג הוא "כל עסקה ששמות הצדדים לה מתחילים באות א". המחיר (המוקצן כאן) של הפיכת ההגדרה לנתונה פחות למחלוקת הוא כמובן אי-התאמתה של ההגדרה למטרותיו של המחוקק.

פרק ב: המסננת השנייה – האם החוק חל על המיזוג?

כזכור, מטרת המסננת השנייה היא לבדוק אם המיזוג משמעותי דיו לחייב את צדדיו להודיע עליו לממונה. המסננת השנייה בנויה משלוש חלופות, שדי בקיומה של אחת מהן לחייב הודעה לממונה על המיזוג:

1. החלופה הראשונה נוגעת בנתח השוק המשותף של הצדדים – אם הוא גדול מספיק, חייבים להודיע לממונה, בפרט אם כתוצאה מן המיזוג נתח השוק המצרפי של הצדדים עולה על 50% מאיזושהו שוק רלוונטי. חלופה זו רלוונטית למיזוגים אופקיים, קרי, למיזוגים בין מתחרים.
 2. החלופה השנייה עניינה מחזור המכירות המשותף בשנה החולפת של הצדדים למיזוג. אם הוא עובר סף הקבוע בחוק – כיום 150 מיליון ש"ח – המיזוג עובר את המסננת השנייה. על-פי התקנות שהוצאו מכוח החוק, יש לבדוק גם את מחזור המכירות הפרטני של החברות המתמזגות, ואם המחזור הפרטני של שתיים לפחות מבין החברות המתמזגות אינו עולה על 10 מיליון ש"ח כל אחת, לא תהיה חובת הודעה על המיזוג, אף אם מחזור המכירות המשותף גדול מ-150 מיליון ש"ח.²²
 3. החלופה השלישית עניינה מיזוג עם בעל מונופולין – כל מיזוג שאחד הצדדים לו הוא בעל מונופולין באיזושהו שוק – כלומר, בעל נתח שוק העולה על 50% משוק רלוונטי כלשהו – עובר את המסננת השנייה.
- לדידי, הבעיות העיקריות במסננת השנייה נוגעות בחלופות הראשונה והשלישית. שתי

הרשות המדינתית המקומית. עם זאת, הדין הישראלי יכול עדיין ללמוד מהעדר מבחנים של נתחי שוק לעניין חובת ההודעה על המיזוג בקהילייה האירופית.

22 כך, למשל, אם מתמזגות שתי חברות, אזי צריך שמחזור המכירות של כל אחת מהן יעלה על 10 מיליון ש"ח על-מנת שתהא חובת הודעה. ראו ס' 9 לתקנות ההגבלים העסקיים (מרשם, פרסום ודיווח על עסקאות), תשס"ד-2004, ק"ת 6330.

בעיות נובעות מהחלופה הראשונה: הבעיה הראשונה היא שהמבחנים של נתחי השוק מקילים מדי מבחינות מסוימות; והבעיה השנייה היא שאותם מבחנים מחמירים מדי מבחינות אחרות. המבחנים מקילים מדי מן הבחינה שייכתנו מיזוגים רבים שבהם נתחי השוק קטנים מן הסף המחייב הודעה ובכל זאת הפגיעה בתחרות היא משמעותית. נסתכל, למשל, על המיזוג של דור אלון עם סנוול שנידון לאחרונה. אילו הסתמכנו רק על נתחי השוק, המיזוג לא היה מחייב כלל הודעה לממונה, משום שנתחי השוק המשותפים של סנוול ודור אלון אינם עולים על 50% משום שוק רלוונטי. מאידך גיסא, קיטון מספר הפירמות המשמעותיות בשוק ריכוזי, אשר ממילא מספר השחקנים המשמעותיים בו מועט, עלול לפגוע בתחרות באופן משמעותי. אכן, זו הייתה דעתן של כל הערכאות – הממונה, בית הדין להגבלים עסקיים ובית המשפט העליון – שטיפלו במיזוג בין סנוול ודור אלון, אשר הקטין את מספר הפירמות המשמעותיות בשוק הרלוונטי מארבע לשלוש.²³ הסיכוי לפגיעה בתחרות גדול במיוחד כאשר אחת מן הפירמות המתמזגות נתפסת כמחוללת התחרות בשוק, כלומר, כפירמה עם הנטייה החזקה ביותר לסטות מ"קרטלים סמויים" (תנאים קרטליסטיים ללא תקשורת בין הצדדים), כפי שנתפסה דור אלון על-ידי ערכאות אלה. אם כך, החלופה הראשונה האמורה מקילה מדי, מן הבחינה שמיוזג מעין זה היה עובר "מתחת למכ"ם" של חוק הגבלים אלמלא מחזור המכירות הגבוה של הפירמות המתמזגות.

דוגמה אחרת היא כאשר פירמה דומיננטית בשוק, אבל לא בעלת מונופולין (קרי, לא בעלת נתח שוק העולה על 50%), בולעת פירמה קטנה יותר עם פוטנציאל צמיחה. כזה היה המיזוג בין עוף הנגב – משחטה קטנה שעמדה למכירה – לבין תנובה, שהייתה דומיננטית בשוק הרלוונטי אך לא בעלת מונופולין בו. כפי שאני מראה במקום אחר,²⁴ מיזוג מעין זה יכול לפגוע בתחרות בטווח הארוך, באשר הוא מונע תהליך ארוך-טווח שבו הפירמה הקטנה (כגון עוף הנגב) צומחת לכלל פירמה משמעותית (למשל, באמצעות צמיחה פנימית או מיזוג עם פירמות קטנות אחרות), היכולה לעזור בריסון כוחן של פירמות דומיננטיות בשוק (דוגמת תנובה) לפגוע בתחרות. גם מיזוג זה היה עובר "מתחת למכ"ם" של חוק הגבלים העסקיים אילו הסתמכנו רק על החלופות הראשונה או השלישית הנ"ל.²⁵

23 ראו נימוקים להתנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין: דור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ – סנוול ישראל בע"מ, 2005, הגבלים עסקיים, 5000139; ה"ע 613/05 דור אלון אנרגיה ישראל (1988) בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (טרם פורסם, 9.4.2006); ע"א 3398/06 הרשות להגבלים עסקיים נ' דור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ (טרם פורסם, 6.12.2006). בית הדין, שהפך את החלטת הממונה להתנגד למיזוג, לא סתר את הטענה כי מיזוג מעין זה, בשוק מעין זה, עלול לפגוע בתחרות באופן משמעותי, אלא חפץ לאשר את המיזוג על-סמך צפי לשינוי עתידי של מבנה השוק, עקב הפרטתם ופיצולם של בתי-הוויקוק. בית המשפט העליון, לעומת זאת, הסתמך על החששות לפגיעה בתחרות הנובעים ממבנה השוק הקיים, והחליט לתת משקל קטן מאוד לצפי לשינוי העתידי האמור של מבנה השוק.

24 ראו דויד גילה "הערת פסיקה: ערר 2/94 תנובה נ' הממונה על הגבלים העסקיים" המשפט ד 351 (1998).

25 המיזוג של תנובה עם עוף הנגב אומנם אושר בסופו של דבר על-ידי בית הדין להגבלים

משמעות העובדה שהחלופה הראשונה מקילה מדי היא שאם המחוקק הפך לשמרה, ראוי שיעדנה באופן שתתפוס בחתה גם מיוזגים שבהם נתחי השוק של הפירמות המתמוגות קטנים יותר אך השוק ריכוזי והמיוזג מעלה את רמת הריכוזיות בו באופן שמעורר לכאורה צורך בבחינה פרטנית יותר.

כאמור, מבחינות אחרות המבחנים שבמסגרת השנייה מחמירים מדי. הם מחמירים מדי עם הפירמות משום שהם קשים מאוד ליישום: כך, כדי לדעת את נתחי השוק של הפירמות המתמוגות, הן צריכות להגדיר את השוק הרלוונטי או את השווקים הרלוונטיים שבהם הן פועלות, וזאת כשלעצמה מלאכה מורכבת מאוד. נוסף על כך, כדי לדעת מהם נתחי השוק של הפירמות המתמוגות, הן יצטרכו לדעת מהם נתחי השוק של המתחרים שלהן, ומידע זה אינו מצוי בדרך-כלל בידי הפירמות. איני טוען, כמובן, שפירמות לעולם אינן יודעות את נתח השוק שלהן בשוק הרלוונטי. טענתי היא כי הטלת חובת הודעה עליהן, שהפרתה הינה עברה פלילית, הינה גזירה מחמירה מדי בהינתן שהנתונים אינם נמצאים בהכרח ברשותן, אלא מהווים סודות מסחריים של מתחריהן. במסגרת המסגרת השלישית, שבה הממונה בודקת את השפעת המיוזג, היא יכולה להשתמש בכוחותיה מרחיקי-הלכת כדי לקבל נתונים מכל הפירמות בשוק או בשווקים משיקים, ולהבהיר את התמונה בסופו של דבר על-סמך נתוני אמת. אולם בשלב התהייה אם קיימת בכלל חובת הודעה על המיוזג אם לאו, הפירמות המתמוגות אינן יכולות כמובן להיעזר בכוחותיה אלה של הממונה לשם השגת נתונים מן הפירמות היריבות. יתר על כן, הנטל של בדיקת נתחי השוק מקבל חשיבות דווקא במיוזגים השוליים יותר, שבהם מחזור המכירות נופל מזה הקבוע בחלופה השנייה. אם כך, דווקא פירמות המשתתפות במיוזג שולי יחסית הן אלה שמוטל עליהן נטל הבדיקה של נתחי השוק, אשר אינו טריוויאלי כאמור. מדובר בפירמות קטנות יחסית, שיכולתן לממן בדיקה כלכלית של השוק שלהן מוגבלת יחסית לפירמות גדולות, שלגביהן קיימת ממילא חובת הודעה מכוח החלופה השנייה.

אומנם, גם במקרה של הסדרים כובלים מוטל לעיתים קרובות על הפירמות עצמן לבדוק את נתחי השוק שלהן. כך, למשל, על-מנת להיווכח אם הסדר כובל מסוים נהנה מפטור סוג (פטור לסוג שלם של הסדרים שמוצא על-ידי הממונה מכוח סעיף 15א לחוק ההגבלים), על הצדדים לברר לעצמם אם נתחי השוק שלהם עומדים בדרישות פטור הסוג הרלוונטי. באופן דומה, אם וכאשר תקבל הצעתי לפרש את סעיף 2(א) לחוק כמחייב ניתוח כלכלי מעמיק לצורך הכרעה אם הסדר הוא כובל על-פי סעיף זה,²⁶ או אם וכאשר תקבל הצעת החוק המדגישה כי זו דרישתו של סעיף 2(א) לחוק,²⁷ יצטרכו הצדדים לברר,

עסקיים, באישורו של בית-המשפט העליון, למרות התנגדותו של הממונה. עם זאת, אין חולק כי ראוי שמיוזג מעין זה יהיה כפוף לכל-הפחות לחובת הודעה, כך שיעבור תחת עינו הבוחנת של הממונה.

26 ראו דיויד גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוקיים? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" עיוני משפט כו 751 (2004); דיויד גילה "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו" עיוני משפט כח 517 (2005); דיויד גילה "תמורות בהתייחסות להסדרים כובלים אנכיים" המשפט 24 (2007).

27 דיויד גילה "חשיבותה של ההצעה לתיקון מס' 9 לחוק ההגבלים העסקיים, ההצהרות שלה,

בין היתר, את נתחי השוק שלהם, על-מנת להכריע אם ההסדר שלהם הוא בכלל כובל על-פי סעיף 2(א).

עם זאת, במקרה של הסדרים כובלים, כל הפירמות, כולל אלה עם מחזור המכירות הגבוה, כפופות לנטל זה של בדיקת נתחי השוק על-מנת לברר שהסדר מסוים אינו כפוף לעולו של החוק. במקרה של מיוזגים, כמובהר לעיל, נטל זה נופל, דה-פקטו, רק על כתפיהן של פירמות עם מחזור מכירות קטן. מסקנתי מן האמור לעיל היא שהיה ראוי להתייחס במסגרת השנייה רק למחזור המכירות, ולוותר על החלופות שתלויות בנתחי השוק של הצדדים. כלומר, אם שתי הפירמות עברו סף מסוים של מחזור מכירות בשנה החולפת, אזי חובה להודיע על המיוזג, ואם לאו – אין צורך להודיע על המיוזג. ישאל השואל מה הדין כאשר מחזור המכירות קטן אבל נתחי השוק גדולים? לדעתי, מצבים מעין אלה אינם מעוררים חשש משמעותי. מחזור המכירות הוא אומדן ראוי לממדי המיוזג ולחששות שעוליים ממנו. אם קיימת הגדרת שוק צרה כלשהי שלפיה נתחי השוק של הצדדים למיוזג גדולים אף שמחזור המכירות שלהם נמוך מהסף הקבוע בחוק, אזי לכל-הפחות ניתן לטעון כי המיוזג הוא שולי מבחינת סדרי העדיפויות להפניית משאביה המוגבלים של רשות ההגבלים. היתרון באומדן המתבסס על מחזור המכירות הוא שהוא ודאי יותר וקל יותר ליישום. לפירמות אין בדרך-כלל בעיה לחשבו, וכך לדעת בוודאות אם קיימת חובת הודעה על המיוזג. כפי שראינו לעיל, במציאות ממילא זו החלופה שמצמיחה חובת הודעה למיוזגים רבים.²⁸

ייתכנו אומנם מיוזגים מסוימים שבהם באופן אינהרנטי אין מחזור מכירות, משום שאין "מכירות". כזה הוא, למשל, מיוזג בין פירמות שעוסקות אך ורק במחקר ובפיתוח, ואשר טרם מכרו דבר. בעיות קשות עולות במקרה של חברות שפיתחו שוק חדש, ואשר אף-על-פי שהתחילו למכור, מחזור המכירות שלהן אינו משקף את פוטנציאל המכירות בטווח הנראה לעין, ובכל-זאת מיוזגן עלול לפגוע בתחרות באופן משמעותי בטווח הנראה לעין. ניתן למצוא מזור למקרים מעין אלה על-ידי קביעת חובת הודעה על מיוזג לא רק כאשר מחזור המכירות המשותף של החברות המתמזגות עובר סף מסוים, אלא גם כאשר הוצאותיהן המשותפות השנתיות של החברות המתמזגות עובר סף מסוים. באופן זה, כאשר החברות המתמזגות הן משמעותיות מבחינת היקף פעילותן, ובכל-זאת הדבר אינו משתקף עדיין במחזור מכירותיהן, הדבר אמור להשתקף בגובה הוצאותיהן.

אם המחוקק אכן מבסס את חובת ההודעה רק על החלופה של מחזור מכירות, ראוי לשקול את האפשרות שאת מחזור המכירות המחייב חובת הודעה יעדכן גוף מקצועי שאינו פוליטי במהותו. על-פי סעיף 17(ג) לחוק הקיים, את מחזור המכירות קובע "השר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת". מכיוון שגופים פוליטיים אלה עלולים להיות חשופים ללחצים

והצעה להסרת נטל הניתוח הכלכלי מכתפיהם של בתי-המשפט האזרחיים" עיוני משפט כט 641 (2006).

28 גם בדיני ההגבלים העסקיים של הקהילייה האירופית חובת ההודעה על מיוזג מסתמכת רק על מחזור המכירות המשותף. ראו: Commission Notice on Calculation of Turnover [1998]; Council Regulation 139/2004; OJ C66/25, לעיל ה"ש 7, ס' 1.

מצד התעשייה להעלות את מחזור המכירות שמצריך הודעה, ראוי שאת מחזור המכירות שמחייב הודעה תקבע, למשל, הוועדה לפטורים ולמיוזגים, המוגדרת בסעיף 23 לחוק, אשר רוב חבריה הם נציגי ציבור מקצועיים, ולא עובדי מדינה.

אפשרות אחרת שעומדת לפני המחוקק היא לבסס את חובת ההודעה על מיוזג רק על נתחי שוק – כלומר, רק על החלופות הראשונה והשלישית – ולוותר על החלופה השנייה, של מחזור המכירות. ויתור מעין זה יסיר לפחות את הנטל הלא-פרופורציוני שהחוק במתכונתו הנוכחית מטיל על פירמות מתמזגות שמחזור המכירות שלהן נמוך במיוחד, ויהפוך את חובת ההודעה למבוססת על מבחן שרירותי פחות, אשר יתאים יותר לשאלת הפגיעה המסתברת בתחרות, כשם שהדבר נעשה לגבי הסדרים כובלים. אם זו תהא החלופה המועדפת, ראוי להרחיב את החלופה הראשונה כך שתחול גם על מיוזגים שבהם נתח השוק המשותף של הפירמות המתמזגות קטן מ-50%, ומגיע, למשל, ל-30%. בכך יהיה כדי "לתפוס" במסגרת חובת ההודעה גם מיוזגים בשוקים אוליגופוליסטיים, שעלולים להיות מסוכנים לתחרות הגם שהם אינם יוצרים פירמה שיש לה נתח של יותר ממחצית השוק.

פרק ג: המסננת השלישית – החלטת הממונה

הבעיה הראשונה עם המסננת השלישית, שבה הממונה מפעילה את סמכותה להתנגד למיוזג או לאשרו, היא הדיסוננס שבין הסדרים כובלים לבין מיוזגים לעניין השיקולים לאישורם. בהסדר כובל, כפי שכבר נאמר לעיל, כל היתרונות לציבור רלוונטיים לצורך אישורו לפני בית-הדין להגבלים עסקיים על-פי סעיף 9 לחוק, לרבות שיקולים לבר-תחרותיים, כגון מניעת אבטלה, שיפור מאזן התשלומים של המדינה, מניעת פגיעה באיכות הסביבה וכדומה. לעומת זאת, באישור מיוזג על-ידי הממונה נראה, כאמור לעיל,²⁹ כי הנטייה להביא בחשבון יתרונות לציבור להצדקת המיוזג היא צרה יותר, וכוללת ככל הנראה רק יתרונות פר-תחרותיים, קרי, יתרונות שאפשר להראות כי ייטיבו עם ציבור הצרכנים, כגון הוזלת המוצר, שיפור איכותו, הגדלת זמינותו, הרחבת מגוון המוצרים וכדומה. דיסוננס זה אינו מתיישב עם נקודת המוצא של החוק, שלפיה מיוזגים ראויים לטיפול מקל יותר מאשר הסדרים כובלים משום שהם נתפסים כיעילים יותר.³⁰ היה ראוי, אם כך, שהחוק יבהיר כי גם הממונה, בדונה באישור מיוזג, תביא בחשבון – כפי שעושה בית-הדין להגבלים עסקיים כאשר הוא דן באישור הסדר כובל – גם שיקולים של טובת הציבור שהם לבר-תחרותיים, וכי סוגיית השיקולים הבר-תחרותיים לא תישאר בגדר נושא פרשני אמורפי שאינו עולה מלשון החוק.

29 עניין עמינח, לעיל ה"ש 16.

30 אכן, הוועדה שניסחה את התיקון לחוק שכלל את הטיפול במיוזגים הייתה בדעה כי ניתן להביא בחשבון שיקולים לבר-תחרותיים לצורך אישור מיוזג. ראו עניין תנוכה, לעיל ה"ש 3.

לעומת זאת, בעוד ראוי שהממונה יוכל לאשר מיוזג על-סמך שיקולים לבר-תחרותיים, אין זה ראוי שהוא יוכל להתנגד למיוזג משיקולים לבר-תחרותיים. כך, למשל, מיוזג אשר אינו עלול לפגוע באופן משמעותי בתחרות אך עלול לפגוע באיכות הסביבה אמור לקבל את ברכתו של הממונה, ואין הממונה מוסמך לשקול שיקולים של איכות הסביבה בחוסמו מיוזג. זו גם גישתו של הממונה עצמו, כפי שעולה, למשל, מפסק-דינו של בית-הדין להגבלים עסקיים בעניין אדגר.³¹ כפי שמציין הממונה:

"התנגדותו [של] הממונה למיוזג תבוסס, ככלל, על השיקולים המנויים בסעיף 21(א) לחוק. פרשנות זו, בנוסף על כך שהיא עולה מלשון החוק, מתחייבת לדעתנו גם מהצורך לכבד את זכות היסוד של חופש העיסוק, תוך הימנעות מהרחבת האינטרסים שההגנה עליהם מצדיקה פגיעה בזכות יסוד זו, מעבר לאינטרסים המנויים באופן מפורש וממצה בחוק (ר' לעניין זה גם פסק הדין בתיק מונופול 1/93 הממונה על ההגבלים העסקיים נגד חברת דובק בע"מ ואח', ההגבלים העסקיים, עמ' 194, בעמ' 206–209).

בעיה שנייה עם המסגרת השלישית, שהינה חמורה אף יותר לדעתי, נוגעת בסמכות מרחיקת-הלכת של הממונה להתנות את אישור המיוזג בתנאים. בפרט, נשאלת השאלה אם הממונה מוסמכת להתנות את אישור המיוזג בתנאים שאין בהם כדי להקטין את הפגיעה בתחרות או בציבור שנובעת מהמיוזג. לדעתי, על שאלה זו יש להשיב בשלילה. הוזה אומר, הממונה מוסמכת להתנות תנאי לאישור המיוזג רק אם יש בתנאי זה כדי להקטין את הפגיעה המסתברת בתחרות או בציבור הנובעת מהמיוזג עצמו. היא אינה מוסמכת להתנות מיוזג בתנאי שאין בו כדי להקטין את הפגיעה בתחרות או בציבור הגלומה במיוזג עצמו, אף אם תנאי זה משפר את התחרותיות או מועיל לציבור הצרכנים מבחינות אחרות.

ניתן להדגים נקודה זו באמצעות שתי דוגמאות מן הפסיקה:

1. המיוזג בין כור לקלרידג³² – חברת כור ביקשה להתמזג עם קבוצת קלרידג. הממונה קבע כתנאי לאישור המיוזג כי כור תדווח לממונה על כל שיתופי-הפעולה של כור עם הקונצרנים הגדולים האחרים – אי.די.בי., אריסון וכולי – גם כאשר שיתוף-הפעולה הוא בשווקים שאינם מושפעים כלל מן המיוזג בין כור לקלרידג. ניתן לטעון כי אין בתנאי האמור כדי להפחית את השפעת המיוזג על התחרות, שהרי השלכתו של המיוזג על התחרות נעוצה בשווקים שכור וקלרידג פועלים בהם ובממשק ביניהם, ולא בכלל השווקים ושיתופי-הפעולה העסקיים שקונצרן כור פועל או יפעל בהם. ניתן אומנם לטעון שאם החשש מפני המיוזג הוא חשש מפני צבירת כוח גרידא, בלי זיקה לשוק

31 ה"ע 5/98 אדגר השקעות ופיתוח בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פס' 12–13 (פורסם בנבו, 26.10.1998).

32 אישור מיוזג בתנאים לפי סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988: בין Columbus Capital Corporation מקבוצת קלרידג' – כור תעשיות בע"מ, 1998, הגבלים עסקיים, 3001322.

רלוונטי כלשהו, אזי כל הקטנת כוח של קונצרן כור תוכל להקטין את החשש האמור מן המיזוג. אולם גישה מעין זו היא מרחיבה מדי, לדעתי: החששות מפני מיזוג צריכים להתמקד בשווקים רלוונטיים מסוימים, והתנאים למיזוג צריכים להקטין את החששות הללו.

2. מיזוג חברות הכבלים³³ – הממונה קבע כי חברות הכבלים יורשו להתמזג בתנאי שייכנסו לתחום שירותי הטלפוניה. אולם ניתן לטעון כי ההשלכות האנטי-תחרותיות של המיזוג הן בשוק אחר לגמרי משוק הטלפוניה: שוק הטלוויזיה הרב-ערוצית. אומנם, בראייה לטווח הרחוק – לנוכח ההאחדה (convergence) של טלוויזיה רב-ערוצית, טלפוניה ואינטרנט – ניתן לחשוב אולי שכניסה של חברות הכבלים לטלפוניה יכולה להשליך לטובה גם על שוק הטלוויזיה הרב-ערוצית. אולם ללא הנחה מעין זו, לפנינו דוגמה נוספת שבה הממונה השתמש בסמכותו להתנות תנאים מעבר למה שראוי.

תנאים מעין אלה, שאינם קשורים למיזוג, יכולים כמובן לשפר את התחרות כשלעצמם. אולם אין זה ראוי לאפשר לממונה – באמצעות כוחה לאשר מיזוגים – להכתיב התנהגויות (פרו-תחרותיות ככל שיהיו) אשר אלמלא כוחה זה לא היה החוק מסמך אותה להכתיבן. יש לזכור כי התמריץ של הצדדים למיזוג לקרוא תיגר – במסגרת ערר לבית-הדין להגבלים עסקיים – על תנאים מרחיקי-לכת שהציבה הממונה עשוי להיות קטן. זאת, משום שלגבי עיקר העסקה – המיזוג – הם קיבלו את ברכת הממונה. מכאן עולה החשש שהם לא יעזרו על התנאים, אף אם הוצאו לא בסמכות, משום שהם מקבלים את אישור המיזוג, על תנאיו, כמעין "עסקת חבילה".

יש לציין כי אין מתח בין הצעתי הראשונה בפרק זה, לאפשר אישור מיזוג משיקולים לבר-תחרותיים, לבין הצעתי השנייה לעיל, לא לאפשר לממונה להתנות אישור מיזוג בתנאים שאין בהם כדי להקטין את הפגיעה בתחרות שנובעת מן המיזוג. כאמור לעיל, אין חולק שהממונה אינו מוסמך להתנגד למיזוג על-סמך שיקולים לבר-תחרותיים. הצעתי השנייה, שלפיה אין הממונה מוסמך להתנות מיזוג בתנאי שאינו מקטין את הפגיעה בתחרות הנובעת מהמיזוג, עולה בקנה אחד עם עובדה זו. התנגדות למיזוג, כמו-גם התנייתו בתנאים, פוגעות באופן משמעותי בחופש העיסוק וההתקשרות של הפירמות המתמזגות. על-כן ראוי שההתנגדות, כמו-גם ההתניה בתנאים, יהיו רק על-סמך שיקולים של פגיעה מסתברת בתחרות כתוצאה מן המיזוג.

33 אישור מיזוג בתנאים בין: תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ ואח', 2002, הגבלים עסקיים, 3014119.

פרק ז: סיכום

מטרתו של מאמר זה הייתה להציג כמה הערות ביקורתיות לעניין הטיפול של חוק ההגבלים העסקיים במיזוגים. עיקר הביקורת נוגעת בהגדרה של מיזוג. מוצע כי מיזוג יוגדר אך ורק על-פי מבחן היכולת של חברה אחת לכוון את פעילותה העסקית של חברה אחרת, משום שרק בפרמטר זה נעוץ ההבדל בין מיזוגים להסדרים המצדיק טיפול שונה של החוק במיזוגים בהשוואה לטיפולו בהסדרים. אחת המשמעויות החשובות של שינוי מעין זה תהא שהשקעה פסיבית בין חברות, לרבות השקעה ביותר מ-25% מהמניות, תוכל להידון אך ורק כהסדר כובל, במקרה המתאים, ולא כמיזוג.

לעניין חובת ההודעה על מיזוג, מוצע לבססה אך ורק על מחזור המכירות של החברות המתמזגות, ולא על מבחנים חלופיים הנוגעים במחזור מכירות ובנתחי שוק, כפי שקיימים בחוק הנוכחי. לחלופין, ניתן לשקול אך ורק מבחנים המבוססים על נתחי שוק, ללא תלות במחזור המכירות. המאמר מראה שקיום מבחנים חלופיים של מחזור מכירות ושל נתחי שוק זה לצד זה מטיל נטל לא-פרופורציונלי של בדיקות כלכליות מקדמיות דווקא על חברות שמחזור המכירות שלהן קטן.

לעניין החלטת הממונה אם לאשר את המיזוג, להתנגד לו או להתנותו בתנאים, מוצע שהחוק יבהיר במפורש כי שיקולים לבר-תחרותיים יכולים להצדיק אישור מיזוג, אך אינם יכולים להוות שיקול להתנגדות לו. עוד מוצע להבהיר כי הסמכות של הממונה להתנות מיזוג בתנאים מוגבלת לתנאים הדרושים על-מנת להפחית את מידת הפגיעה המסתברת של המיזוג המוצע בתחרות.

