

מיזוגים על פי חוק ההגבלים העסקיים—ניתוח בקורתי

פרופסור דיויד גילה*

מבוא

- פרק א : המסננת הראשונה-הגדרת מיזוג
פרק ב : המסננת השניה : האם החוק חל על המיזוג?
פרק ג : המסננת השלישית-החלטת הממונה

תקציר

מאמר זה מציע כי מיזוג יוגדר אך ורק על פי מבחן יכולת החברה האחת לכוון את הפעילות העסקית של חברה אחרת, שהוא שורש ההבדל בין מיזוג להסדר ושורש ההצדקה לטיפול משפטי שונה בשתי סוגי העסקאות הללו. בהתאם, גם השקעות פאסיביות במניות יידונו כהסדרים, גם אם הן מהוות השתתפות של מעל 25% מהרווחים. לעניין חובת ההודעה על מיזוג, מוצע לבסס אותה אך ורק על מחזור המכירות של החברות המתמזגות ולא על מבחנים חלופיים הנוגעים למחזור מכירות ונתחי שוק. לחילופין, 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 מטילים נטל לא פרופורציונאלי לבדיקות כלכליות מקדמיות דווקא על חברות שמחזור המכירות שלהן קטן. לעניין החלטת הממונה אם לאשר את המיזוג, להתנגד לו או להתנותו בתנאים, מוצע כי החוק יבהיר במפורש כי שיקולים לבר-תחרותיים יכולים להצדיק אישור מיזוג, אך לא יכולים להיות שיקול להתנגות 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.

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

מבוא

חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988,¹ (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 הינה 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 היא מבטיחה "לצרכנים את המוצר בעל האיכות הטובה ביותר במחיר הסביר ביותר, המשקף בצורה המדויקת ביותר את הביקוש שלו. כמו כן, תחרות מהווה תמריץ לייעול, לפיתוח ולחדשנות, דבר שיביא לירידה בהוצאות הייצור ולעלייה באיכות המוצר".² בתחרות חופשית יש לעתים קרובות גם כדי לשפר את מגוון המוצרים או השירותים ואת איכות המוצר או השירות, ששניהם, כמו גם מחיר המוצר או השירות, משפרים את רווחת ציבור הצרכנים.

כדי להשיג את המטרות העומדות בבסיס החוק, דיני ההגבלים העסקיים מטפלים בתופעות עסקיות-כלכליות שונות אשר יש בהן להגביל את התחרות ולהביא לנזק 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 יצור שינוי במבנה השוק באופן שתיגרם פגיעה בתחרות החופשית ובאינטרסים כלכליים חברתיים. יחד עם זאת, החוק תופס את המיזוג כתופעה כלכלית חשובה היכולה להביא ליעילות, באמצעות ביטול כפילויות, יתרונות לגודל, חסכון בעלויות, הגדלת תמריצים להשקעה, וכד', מכאן שיש לערוך איזון עדין בבואנו להגדיר את הכללים המשפטיים המסדרים את הטיפול במיזוגים בחוק ההגבלים העסקיים.

המאמר עורך ניתוח ביקורתי של הטיפול במיזוגים בחוק ההגבלים העסקיים, ובסיווג הראוי של עסקאות שמעלות שאלות של הגבלים עסקיים למיזוגים מחד ולהסדרים כובלים מאידך. הוא מציע לשנות את ההגדרה הקיימת של "מיזוג" לצורך חוק ההגבלים באופן שרק עסקה שמאפשרת לפירמה אחת לכוון את הפעילות העסקית של פירמה אחרת תיחשב כ"מיזוג" לצורך החוק, וכל שאר העסקאות תיחשבנה כהסדרים, ובהתאם, במקרה מתאים, תידונה כהסדרים כובלים. לגבי חובת ההודעה על מיזוגים לצורך קבלת אישור הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן-"הממונה"), המאמר מציע לשנות את החוק באופן המצמיח חובת הודעה רק בתלות במחזור המכירות המשותף של הפירמות המתמזגות, תוך הסרת החלופות

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

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

האחרות, התלויות בנתחי השוק של הצדדים למיזוג, המצמיחות על פי החוק הקיים חובת הודעה. אשר לסמכות הממונה לאשר או להתנגד למיזוג, המאמר מבקר את הנטייה הקיימת, שלא לקחת בחשבון יתרונות לציבור שהם לבר-תחרותיים על מנת להצדיק מיזוגים, להבדיל מהמצב בהסדרים 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 לתנאים הנחוצים על מנת להקטין את הפגיעה בתחרות או הפגיעה בציבור הצרכנים הגלומות במיזוג עצמו. חוק ההגבלים העסקיים מטפל בנושא המיזוגים בפרק ג' לחוק ההגבלים, בעזרת שלוש מסגרות הקבועות בחוק:

1. בדיקה האם מדובר במיזוג לצורך חוק ההגבלים.
 2. אם נקבע כי אכן מדובר במיזוג, האם המיזוג מספיק "משמעותי" על פי פרמטרים טכניים מסוימים, כדי שהחוק יחול עליו.
 3. החלטת הממונה אם לאשר את המיזוג, לאשרו בתנאים או להתנגד לו. רק עסקה שעברה את 2 המסגרות הראשונות הצדדים לה חייבים להודיע עליה לממונה והיא מחליטה אם לאשר את המיזוג, להתנותו בתנאים או להתנגד לו, במסגרת המסגרת השלישית.
- הביקורת שלי והערותיי נוגעות לכל 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

א.1: הגדרת מיזוג הקיימת

מיזוג מוגדר בחוק ההגבלים בשתי דרכים חלופיות אפשריות:

1. מיזוג לפי ס' 1 לחוק. ס' 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 ס' 1 לחוק ההגבלים, העסקה עדיין תהווה מיזוג לפי הפסיקה אם פירמה אחת רכשה יכולת לכוון את הפעילות של הפירמה השנייה. לדוגמה, אם פירמה אחת רוכשת רק 20% מהפירמה השנייה, אבל דה-פקטו יכולה כתוצאה מכך לכוון את הפעילות העסקית של

הפירמה השנייה, העסקה נחשבת מיזוג.³ אף החזקה בזכות וטו מכוח היותה של פירמה בעל מניות מיעוט, לעניין הקשור לפעילות העסקית השוטפת של החברה שהוא מחזיק את מניותיה, מהווה מיזוג חברות לפי גישה זו של הפסיקה, באשר בעל מניות המיעוט רכש יכולת לכוון את הפעילות של החברה שהוא מחזיק בה, באמצעות זכות הוטו. הכוונה כאן ליכולת לכוון את הפעילות העסקית דרך שליטה באורגנים של הפירמה השנייה, להבדיל מאשר באמצעות הסדר המכתיב ישירות את התנהגותה של הפירמה השנייה. כך, למשל, הסדר המכתיב לפירמה השנייה לרכוש מוצר רק מספק מסוים ולא מספקים אחרים, יידון כהסדר ולא כמיזוג ועשוי, במקרה מתאים, להיות הסדר כובל על פי חוק ההגבלים. לעומת זאת, רכישה על ידי פירמה אחת של מניות מיעוט בפירמה השנייה, המקנות לפירמה הרוכשת זכות וטו לעניין זהות הספקים שיספקו מוצר מסוים לפירמה השנייה, מהווה מיזוג, משום שהיא נותנת לפירמה הראשונה יכולת לכוון את הפעילות של הפירמה השנייה (לעניין הספקים עימם היא תעסוק) דרך האורגנים של הפירמה השנייה – האסיפה הכללית של בעלי המניות, הדירקטוריון, או המנכ"ל, וכיוצא באלה.

2.א הבעיה בהגדרה הקיימת של מיזוג והאבחנה בין מיזוג להסדר כובל

לדידי, הבעיה עם המסננת הראשונה היא היותה רחבה מדי. בפרט, מסננת זו, של הגדרת "מיזוג מהו" לצורך החוק, כוללת גם עסקאות שכלל אינן מביאות ליכולת של פירמה אחת לכוון את הפעילות של פירמה שנייה, שהיא התכונה המייחדת מיזוגים מהסדרים כובלים והיא המצדיקה טיפול מיוחד במיזוגים. מדוע מיזוגים נתפסים על ידי החוק כתופעה יעילה ביחס להסדרים כובלים, ומדוע החוק מטפל במיזוגים, מהרבה בחינות, באופן מקל יותר מאשר בהסדרים? מה שמייחד מיזוג מהסדר (שאיננו מיזם משותף) הוא השליטה המשותפת על משאבים או על אורגנים. אותה שליטה משותפת, לצד הפוטנציאל שלה לפגוע בתחרות,⁴ יכולה להביא לייעילות, באמצעות ביטול כפילויות, יתרונות לגודל, חסכון

3 ראו, למשל, ערר 2/94 (י-ם) תנובה נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין, הוצאת ועד מחוז ת"א, כרך ב', 159 (להלן: "ערר תנובה").

4 אכן, יתכן שדווקא בגלל השליטה המשותפת על משאבים או על אורגנים, הפגיעה בתחרות שבמיזוג היא אף יותר בלתי הפיכה מאשר הפגיעה בתחרות שבהסדר. כך, למשל, קרטל מחירים, ההסדר הכובל הבוטה ביותר, הוא רעוע, מהבחינה שכל פירמה יכולה וגם מתומרצת, לעתים קרובות, לסטות מן הקרטל בכל רגע ולגרום לקריסתו. לא כך מיזוג שגורר שליטה משותפת על משאבים או על אורגנים. הניהול המשותף לא יאפשר ל"צד" למיזוג לסטות מהמבנה האנטי-תחרותי. בעובדה זו יש רק כדי לחזק את המחשבה שהמחוקק אכן חושב שמיוזגים הם תופעה יעילה במיוחד, שהרי הוא מוכן לטיפול מקל יחסית במיזוגים, למרות האופי הבלתי הפיך של הפגיעה בתחרות.

בעלויות, הגדלת תמריצים להשקעה, וכד'. אולם, אם כך הדבר, יש גם להגדיר מיזוג מהו, במסגרת המסנת הראשונה, על פי אותו פרמטר שמבחין בין מיזוג (כתופעה יעילה יותר מהסדר) לבין הסדר, הנדון לפי פרק ההסדרים בחוק, הוא פרק ב'.⁵ כדי להבהיר נקודה זו, ראשית, ברצוני להבהיר את נקודת המוצא שלי, לפיה כל עסקה שהיא בגדר מיזוג, כלומר עוברת את המסנת 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) קובע כי הסדר כובל הוא:

"הסדר 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 כולל רשימה של מקרים בהם יראו כהסדר כובל הסדר בו הכבילה נוגעת לעניינים המנויים בסעיף, וזאת בלי קשר לפגיעת ההסדר בתחרות.⁶ כבילות אלה כוללות:

(1) המחיר שיידרש, שיוצא 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."

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

⁵ יש להעיר שאינני מתיימר במאמר זה לבחון את נכונותה של הנחת המחוקק כי מיזוגים הם תופעה יעילה יותר מהסדרים. המטרה היא לקחת הנחה זו של המחוקק כנקודת מוצא לניתוח. עובדה היא כי המחוקק ביקש לטפל במיזוגים בפרק נפרד מזה של הסדרים כובלים, ועובדה נוספת, שמובהרת בהמשך, היא שהטיפול של החוק במיזוגים, מבחינות רבות, מקל יותר עם הפירמות מאשר הטיפול בהסדרים. מכאן שכדי ליישם בצורה הטובה ביותר את כוונת המחוקק, יש להתחקות, כפי שאני מראה במהשך, בהגדרת המיזוג, אחרי אותו הפרמטר שבאמת מבחין בין הסדר למיזוג.

⁶ כלומר, מדובר בחזקות חלוטות להיות הכבילות הנכנסות לגדר סעיף 2(ב) לחוק בגדר הסדר כובל. ראו למשל ע"א 6222/97 טבעול (1933) בע"מ נגד מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 145, 178-176 (1998) שאושר בדנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (2001).

גם היסוד של פגיעה מסתברת בתחרות, המצוי בסעיף 2(א) הנ"ל. יתרה מזו, מיזוג גם עשוי לכאורה להיות בגדר הסדר כובל לפי סעיף 2(ב) לחוק, באשר אם הצדדים מתמזגים, בפרט כאשר המיזוג כרוך בהשפעה של פירמה אחת על פעילויות האחרת, מן הסתם הצדדים גם "מסכימים" כי תהיה ביניהם הכרעה משותפת לגבי המחיר, הריווח, חלוקת השוק, כמות הנכסים, איכותם או סוגם, הכל לפי העניין ולפי טבעו של הסכם המיזוג וטבעה של השליטה המשותפת שהמיזוג מאפשר.

אולם, למרות שכל מיזוג עשוי לכאורה להיות הסדר כובל לפי סעיף 2 כלשונו, אם עסקה מהווה מיזוג, כלומר, עוברת את המסננת הראשונה הנ"ל, אז הדעת נותנת שלא ניתן לתקוף אותה, בדלת האחורית, גם כהסדר כובל.⁷ אחרת, גרוקן מתוכן את כוונתו של המחוקק לטפל במיזוגים בפרק מיוחד, הוא פרק ג' לחוק. אכן, ההיסטוריה החקיקתית לחקיקת פרק ג' לחוק אומרת לנו מדוע מטפלים במיזוגים בצורה אחרת: מיזוגים נתפסים כתופעה יעילה, יותר מאשר הסדרים.⁸ לשון אחר, חל בעניין זה הכלל הידוע לפיו הוראה ספציפית גוברת על הוראה כללית. אילו היינו מאפשרים תקיפת מיזוג כהסדר כובל, הרי שהיינו מרוקנים מתוכן את ההסדר הספציפי החל לגבי מיזוגים. זאת במיוחד לאור העובדה, שתובהר מיד, שמבחינות רבות הטיפול של חוק ההגבלים במיזוגים הוא מקל יותר עם הפירמות מאשר הטיפול בהסדרים כובלים.

לפני שנמשיך, ברצוני להבהיר שלעובדה שמזוגים מטופלים אך ורק דרך פרק ג' לחוק, ולא דרך פרק ב', העוסק בהסדרים כובלים, משמעות פרקטית אדירה. לאור הגישה האמורה לפיה מיזוגים מהווים תופעה יעילה ביחס להסדרים כובלים, החוק,

7 זהו המצב, למשל, בידי ההגבלים העסקיים של הקהילייה האירופית. אם עסקה היא מיזוג על פי התקנה האירופאית העוסקת במיזוגים, אין אפשרות לתקוף אותה כהסדר כובל מכוח סעיף 81 לאמנת רומא, העוסק בהסדרים. ראו Council Regulation 139/2004, on the control of concentrations between undertakings, art. 22, 2004 O.J.(L 24/1). (EC)

8 ראו: "דו"ח הוועדה למיזוגים וקונגלומראטים" הפרקליט לב (תשל"ח) 559, 578 (1979). קיימים, אמנם, הסדרים בעלי ערך פרודוקטיבי לא פחות ממיזוגים, ובפרט מיזמים משותפים בין פירמות. העובדה שמיזמים משותפים גם הם לעתים קרובות בגדר תופעה יעילה קבלה "אוזן קשבת" בדמות כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים), התשס"ו-2006, ק"ת 6483. הפוטרים מיזמים משותפים, בתנאים מסוימים, מעולו של החוק, גם אם המיזם מהווה לכאורה הסדר כובל, בין היתר, בתלות במבנה השווקים הרלוונטיים ומעמדם של הצדדים למיזם בשווקים אלה. אם כך, מיום משותף הנהנה מפטור הסוג נהנה מפטור מוחלט, להבדיל ממיזוג, שבכל מקרה יזכה ליתוח פרטני של הממונה (אם הוא עובר את המסננת השנייה). הטיפול המרוכך עוד יותר שזוכה לה מיזם משותף הנהנה מפטור הסוג נעוץ הן בעובדה שפטור הסוג מראש מכניס לגדרו מיזמים שבהם מעמדם של הצדדים למיזם בשווקים הרלוונטיים קטן מספיק, ושווקים אלה תחרותיים מספיק, והן בעובדה שמיזם משותף, שלא כמו מיזוג, יוצר יש מאין – הפירמות החברות במיזם עושות משהו חדש ביחד, להבדיל מבלבוע זו את זו. בדרך כלל, הוספת פירמה חדשה לשוק היא יותר פרו-תחרותית מאשר בליעת פירמה קיימת.

מבחינות חשובות, מטפל במיזוגים באופן יותר מקל עם הפירמות מאשר בהסדרים. ראשית, לא קיימת כלל חובה להודיע לממונה על המיזוג, ומכאן שהמיזוג פטור מדיני ההגבלים העסקיים, אם הוא לא "משמעותי" מספיק על מנת לעבור על המסנת השנייה הנ"ל.

שנית, הממונה מוסמכת לעצור מיזוג, במסגרת המסנת השלישית, רק אם קיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או פגיעה בציבור באופן הקבוע בסעיף 21 לחוק. זאת להבדיל מהעוגן להתערבות כנגד הסדר כובל, שהוא מחמיר יותר עם הפירמות: בהליך של פטור להסדר כובל מהממונה, לפי סעיף 14 לחוק, די שתהא "פגיעה של ממש" בתחרות, כדי שלא תהיה לממונה סמכות ליתן פטור. בהליך של אישור ההסדר הכובל בפני בית הדין להגבלים עסקיים, לפי סעיף 9 לחוק, די שמידת הפגיעה בתחרות תעלה אף במקצת על היתרונות לציבור שבהסדר על מנת שבית הדין לא יהא מוסמך לתת אישור להסדר. להבדיל, במיזוגים העוגן לעצירת העסקה מותנה ב-"חשש סביר לפגיעה משמעותית" כאמור לעיל, כך שייתכנו מיזוגים שיש בהם פגיעה של ממש בתחרות, ושהפגיעה שלהם בתחרות עולה על יתרונותיהם לציבור הצרכנים, ובכל זאת לא תהא לממונה סמכות לעצור אותם.

שלישית, זמן התגובה שהחוק מקצה לממונה על מנת לבחון מיזוג הוא קצר משמעותית מזה של הסדר כובל. זמן זה מוגבל ל-30 יום, במקרה של מיזוגים,⁹ בעוד שהוא מתחיל מ-90 יום, שניתנים להארכה על ידי הממונה עצמה ב-60 יום נוספים, במקרה של פטור להסדר כובל מאת הממונה,¹⁰ ויכול לקחת שנים, במקרה של אישור הסדר כובל מאת בית הדין להגבלים עסקיים.

רביעית, התוצאה המשפטית של מיזוג שנעשה בניגוד לחוק היא רכה יותר מאשר זו של הסדר שנעשה בניגוד לחוק. כאשר מיזוג נעשה בניגוד לחוק, הסכם המיזוג לא נתפס כבטל ומבוטל. המיזוג התרחש מבחינה משפטית, ויש לעשות פעולה פרויטיבית להפרדת החברות המתמזגות, בהליך מורכב בפני בית הדין להגבלים עסקיים, לפי סעיף 25 לחוק.¹¹

יצוין כי משמעות הפסקאות הקודמות היא שכאשר בידי הצדדים לעסקה ברירה אם העסקה תהיה עסקת מיזוג או הסדר גרדא, 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 מהות 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

9 ראו סעיף 20(ב) לחוק ההגבלים.

10 ראו סעיף 14 לחוק ההגבלים.

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

ההגבלים העסקיים.

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 מיזוג. למשל, חברת הדלק יכולה לשכור את מקרקעי תחנת הדלק מבעליה הנוכחיים, ולהפעיל את תחנת הדלק בעצמה. אם מדובר בשכירות ארוכת טווח (למשל של יותר מ-7 שנים) הממונה קבע בעבר כי מדובר במיזוג חברות, משום שהשכירות ארוכת הטווח כמוה, במקרה מתאים, כרכישת "עיקר נכסי תחנת הדלק" על ידי חברת הדלק.¹³ אפשרות אחרת היא שחברת הדלק תרכוש, למשל, 20% ממניות תחנת הדלק, ובהסכם בעלי המניות ייקבע שלבעל 20% מהמניות יש זכות וטו לעניין הספקים שעומם תעבוד תחנת הדלק. עסקה מעין זו מהווה מיזוג, ולא הסדר, וזאת על פי הפסיקה הקובעת שכאשר פירמה אחת רוכשת יכולת לכוון את עסקי הפירמה השנייה, דרך האורגנים של הפירמה השנייה, היא מהווה מיזוג.

קיימים רק שלושה מצבים שבהם עדיף יהיה לצדדים, מבחינת תחולת דיני ההגבלים העסקיים, שהעסקה שלהם תהיה הסדר ולא מיזוג.

מצב אחד הוא כאשר העסקה, כהסדר, בכלל לא מהווה הסדר כובל, בעוד שכמיזוג היא כן מהווה מיזוג, הדורש הודעה לממונה אם העסקה עברה את ה-"מסנת השנייה". כך, למשל, נניח שיצרן מנעולים חפץ להקים מיזם פלסטיק אם יצרן יוגורט. אם הצדדים אינם מתחרים או מתחרים פוטנציאליים זה של זה באף שוק, ובהיעדר כבילות של חופש הפעולה העסקי של הצדדים מעבר לשיתוף הפעולה הנ"ל, אין מדובר כלל בהסדר היכול להוות הסדר כובל.¹⁴ מבחינת תחולת דיני ההגבלים על העסקה, עסקה מעין זו עדיפה על מיזוג, שבו פירמה אחת "בולעת" או "משלתט" על פירמה אחרת. או אז, למרות שהצדדים לעסקה אינם מתחרים או מתחרים פוטנציאליים, העסקה היא מיזוג, ואם היא עוברת גם את ה-"מסנת השנייה" יש חובת הודעה עליה לממונה, ואין לבצע אותה ללא אישור הממונה.

מצב שני שבו הטיפול בהסדרים מקל יותר עם הפירמות מאשר הטיפול במיזוגים 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,

12 ראו, למשל, החלטת הממונה בעניין הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק-קביעה ע"פ ס' 43 (ההגבלים העסקיים-החלטות הממונה ופסקי דין, הוצאת ועד מחוז תל אביב, כרך א', 19).

13 כך אכן עולה מהצו המוסכם בין הממונה לחברת דלק בעניין הסכמי שכירות בין חברת דלק לתחנות תדלוק. ר' הי"ע 8001/03 הממונה על הגבלים עסקיים נ' "דלק" תברת הדלק הישראלית בע"מ, הגבלים עסקיים, 2003, מספר פרסום 3019279.

14 השווה כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים), התשס"ו-2006, ק"ת 6483. החל על מיזם משותף בין מתחרים או מתחרים פוטנציאליים, מתוך נקודת מוצא שמיזם משותף בין מי שאינם מתחרים או מתחרים פוטנציאליים כלל איננו הסדר כובל, ועל כן איננו נזקק לפטור סוג.

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 בפני רשות כלשהי. לא כך מיזוג, שכאמור, אם הוא עובר את ה- "מסנת השנייה" בכל מקרה יש חובה להעבירו תחת שבט בקורת הממונה לפני שינתן הכשר לעסקה.

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

3.א ההגדרה המוצעת

אם כך, ההגדרה של מיזוג צריכה להישען על השליטה המשותפת ומכאן שכל החלק הטכני האמור, של ס' 1 לחוק ההגבלים, הוא מיותר: היה צריך להגדיר מיזוג

15 ראו, למשל, את הדוגמאות לשיקולים לטובת הציבור הנקובות בסעיף 10 לחוק ההגבלים, וכן ה"ע 508/04 תאגיד איסוף מיכלי משקה בע"מ ריבוע כחול-ישראל בע"מ.

16 בית המשפט העליון בעניין ע"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 שבית הדין להגבלים עסקיים באותו עניין, לעיל הערה 3, גורס שהממונה רשאי לשקול שיקולים לבר-תחרותיים (אם כי בית המשפט העליון קובע כי בית הדין לא הכריע על סמך גרסתו זו). גישה הפוכה, לפיה הממונה איננה מוסמך לשקול שיקולים לבר-תחרותיים במסגרת אישור מיזוג עולה מהחלטת בית הדין העסקיים בעניין עמינח רשתות שיווק בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, הגבלים עסקיים, 2005, מספר פרסום 5000123, www.antitrust.gov.il, בפסקה 58 לפסק הדין. עם זאת, למיטב ידיעתי לא קיימת החלטה אחת של הממונה שבה היא שוקלת שיקולים לבר תחרותיים לצורך אישור מיזוג. לדיון בשאלה זו ראו מיכל שיצר גל "לקחו של יוטיניאנוס: רפורמות נדרשות בחוק ההגבלים העסקיים, המשפט 24, 30-31 (2007).

רק כרכישה על ידי חברה אחת של היכולת לכוון את פעילותה העסקית של החברה האחרת.¹⁷ הווה 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 הפעילות העסקית של הפירמה השנייה, במישרין או בעקיפין, אזי מדובר במיזוג. שאר העסקאות, גם אלה שנכנסות כיום לגדר סעיף 1, אם אין בהן כדי לאפשר לפירמה אחת לכוון את הפעילות העסקית של פירמה אחרת, לא יהוו מיזוג. בהתאם, פתוחה הדלת לטעון כי עסקאות מעין אלה במקרה מתאים הן בגדר הסדר כובל, ובצדק: הן לא נהנות מהתכונה שמייחדת מיזוגים מהסדרים כובלים – שליטה משותפת על משאבים או על אורגנים – והמצדיקה טיפול מיוחד בהן כמיזוגים להבדיל מהסדרים.

כמובן, עסקאות רבות שמקנות לפירמה אחת יכולת לכוון את הפעילות 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 הנכסים של פירמה אחרת, מן הסתם היא גם רוכשת את היכולת לכוון את עסקיה. אם לא כך הוא הדבר, גם אין הצדקה שהעסקה תוכתר כמיזוג. כך, למשל, אם לחברה א' יש נכסי נדל"ן בברזיל ששווים עולה על מחצית שוויה של חברה א', וחברה ב' רוכשת נכסי נדל"ן אלה, 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 הנכסים של חברה א' בשוק מסוים, כגון שוק היוגורט. בהנחה ששוק היוגורט הוא שוק רלוונטי, מבחינת המבחנים להגדרת השוק,¹⁸ הרי שלדידי מדובר במיזוג. זאת משום שחברה ב' רכשה יכולת לכוון את עסקיה של חברה א' בשוק רלוונטי – שהוא הוא מושא מאווייו של חוק ההגבלים – הצופה לעודד תחרותיות בכל שוק רלוונטי. מסקנה זו גם מתאימה לרציונאל שמאחורי תפיסת מיזוגים כתופעה יעילה יחסית להסדרים: האלמנט של שליטה משותפת על משאבים – בדוגמא זו – 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, במישרין או בעקיפין, באמצעות הסכם בעלי מניות או

17 זהו גם המצב בדיני ההגבלים העסקיים של הקהילייה האירופאית. "מיזוג" להבדיל מהסדר כובל, מוגדר כמצב שבו פירמה אחת רוכשת decisive influence על החברה השנייה. ראו Council Regulation 139/2004, „ לעיל ה"ש", 6, 3.art.

18 הגדרת השוק מבוצעת לפי מבחן התחליפיות הסבירה בעיני הצרכנים. אם צרכנים אינם רואים, למשל, מעדני חלב אחרים כתחליף סביר ליוגורט, 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 עיסקיים, 3012217.

בלעדיו, לחברה הרוכשת את היכולת לכוון את פעילותה העסקית של החברה שמניותיה נרכשו. לצורך כך אין חשיבות לגודלה של ההשקעה במניות, אלא ליכולת לכוון שנובעת מן ההשקעה. מכאן, שוב, שהמבחן הטכני של סעיף 1, הנוקב דווקא ברכישה המקנה זכויות העולות על רבע מזכויות מסוימות בחברה שמניותיה נרכשו, איננו מועיל. מועיל המבחן המהותי, של היכולת לכוון את פעילותה העסקית של החברה.

לעניין זה בולט במיוחד סוג מסוים של עסקה שאין בו יכולת לכוון פעילות אבל בכל זאת הוא יכול להיות מיזוג על פי ההגדרה הקיימת כיום: השקעה פסיבית – מצב שבו פירמה אחת משקיעה במניות של פירמה אחרת, אבל ההשקעה היא פסיבית – היא לא מקנה לחברה המשקיעה יכולת לכוון את פעילותה העסקית של החברה השנייה. כלומר, ההשקעה רק גורמת, דה פאקטו, להשתתפות של הפירמה המשקיעה ברווחים של הפירמה השנייה. הגדרת מיזוג בסעיף 1 כוללת גם השקעה פאסיבית, ובלבד שהיא מקנה למשקיע מעל 25% מרווחי הפירמה שהשקיע בה. מכאן גם עולה שאם ההשקעה הפסיבית מהווה השתתפות ברווחים של 25% ומטה, אזי אין מדובר במיזוג. אם אין מדובר במיזוג, הרי ההשקעה הפאסיבית האמורה, של 25% ומטה, היא הסדר, והיא עשויה בהתאם להיחשב הסדר כובל.

אכן, כפי שהראיתי במקומות אחרים, גם השקעה פאסיבית (בין מתחרים) עלולה, במקרים מסוימים, לפגוע משמעותית בתחרות.¹⁹ בהתאם, היא יכולה, במקרים מתאימים, להיחשב כהסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק, בפרט כאשר המוכר והקונה של המניות נשוא ההשקעה, שהם הצדדים להסדר, מנהלים עסקים, כנדרש על ידי הוראת סעיף 2(א). במקרה של השקעה פאסיבית, הבעייתיות של ההגדרה הנוכחית של מיזוג מומחשת היטב. השקעה פאסיבית של מעל 25% מהווה, לפי סעיף 1 "מיזוג" ועל כן זוכה לטיפול מקל יחסית, כפי שהראינו לעיל, מצד חוק ההגבלים. מאידך, השקעה פאסיבית קטנה יותר, של 25% ומטה, תסווג כהסדר העשוי להיות הסדר כובל, ואז תקבל טיפול מחמיר יותר מן הבחינות האמורות לעיל. הטיפול בהסדר כובל מעין זה אף חמור במיוחד, לאור העובדה שכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), התשס"ו-2006, מסייגים, בסעיף 3(2) לפטור הסוג, את תחולת פטור הסוג הזה להשקעות בין מתחרים, אף אם נתחי השוק שלהם קטנים מאוד ואף אם ההשקעה קטנה מאוד. אילו היה המחוקק מאמץ את המלצתי במאמר זה, השקעה פאסיבית היתה נידונה כהסדר, בין אם היא מעל 25% ובין אם היא 25% ומטה. אכן, העובדה שהשקעה פאסיבית עולה על 25% אין בה כדי להצדיק סיווג מחדש של העסקה כמיזוג,

ראו: David Gilo, *The Anticompetitive Effect of Passive Investment*, 99 MICH. L. REV. 1 (2000); David Gilo Yossi Moshe and Yossi Spiegel, *Partial Cross Ownership and Tacit Collusion*, 37 RAND Journal of Economics 81-99 (2006); דייוויד גילה, "השקעות פאסיביות בין מתחרים בישראל", *משפטים* לוו(1) (2006); Ariel Ezrachi & David Gilo, *EU Competition Law and the Regulation of Passive Investments Among Competitors*, 26 OJLS, 327 (2006).

המקבל טיפול מיוחד, משום שאין בהשקעה פאסיבית את המרכיב המיוחד מיזוגים ומצדיק את הטיפול המיוחד בהם: שליטה משותפת על משאבים או אורגנים. אם כך, אילו נשמעה דעתי, סעיף 1 היה מתוקן, ומיזוג 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". אמנם הגדרה מעין זו יותר נתונה לפרשנויות ומחלוקות, ועשויה להיות התדיינות, במקרים מסוימים, לגבי השאלה אם נרכשה או לא נרכשה יכולת לכוון את הפעילות העסקית כאמור בהגדרה הנ"ל. עם זאת, ניתן להיעזר בפסיקה האירופאית הענפה הדנה בהגדרה דומה של מיזוגים באירופה, ופרשה, במקרים רבים, את פשר המושג decisive influence הגורם לעסקה להיות מיזוג.²⁰ יתרה מזו, ההגדרה המוצעת באה אך להצר את ההגדרה הקיימת. כאמור לעיל, כל עסקה שאיננה "מיזוג" עשויה להיות הסדר כובל. בהתאם, ניסיונם של צדדים לעסקה לשכנע שהעסקה שלהם, למשל, איננה "מיזוג" על פי ההגדרה המוצעת, יכול לחשוף את העסקה לדין החל על הסדרים כובלים. בהתאם, התמריץ של צדדים לעסקה להתדיין ארוכות סביב הגדרת מיזוג המוצעת הוא מוגבל. לבסוף, השכר שבצידה של הפיכת הגדרת מיזוג להגדרה שנתונה יותר למחלוקת במקרים מסוימים הוא התאמת ההגדרה למטרותיו של המחוקק, שהיא לדידי מטרה חשובה מאוד. כך, למשל, הגדרה פשוטה עוד יותר מזו הקיימת תומר שמיזוג הוא "כל עסקה ששמות הצדדים לה מתחילים באות א'". המחיר (המוקצן כאן) של הפיכת ההגדרה לפחות נתונה למחלוקת הוא כמובן אי התאמתה למטרותיו של המחוקק.

פרק ב: המסננת השניה: האם החוק חל על המיזוג?

כזכור, מטרת המסננת השנייה לבדוק אם המיזוג הוא מספיק משמעותי כדי שצדדיו יהיו חייבים להודיע עליו לממונה. המסננת השניה בנויה משלוש חלופות אלטרנטיביות, שדי שאחת מהן תתקיים כדי שתהיה חובת הודעה לממונה על המיזוג –

1. החלופה הראשונה נוגעת לנתח השוק המשותף של הצדדים – אם הוא מספיק גדול, חייבים להודיע לממונה, ובפרט אם כתוצאה מן המיזוג נתח

20 ראו: Ezrachi and Gilo, שם, בפסקה IIIa, והאסמכתאות המובאות שם. בקהילייה האירופית למבחן מחזור המכירות חשיבות נוספת, והיא הצורך לבחון אם למיזוג יש מימד הרלוונטי לדיני הקהילייה בכללותה או שמא הרשות שצריכה לבחון אותו היא אך ורק הרשות המדינתית המקומית. עם זאת, עדיין הדין הישראלי יכול ללמוד מהיעדר מבחנים של נתחי שוק לעניין חובת ההודעה על המיזוג בקהילייה האירופית.

השוק המצרפי של הצדדים עולה על 50% מאיזשהו שוק רלוונטי. זוהי חלופה שרלוונטית למיזוגים אופקיים – 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 המסנת השנייה. על פי התקנות שהוצאו מכוח החוק, אזי יש, במצטבר, גם לבדוק את מחזור המכירות הפרטני של החברות המתמזגות, ואם המחזור הפרטני של שניים לפחות מהחברות המתמזגות אינו עולה על 10 מיליון ₪ כל אחת, לא תהיה חובת הודעה על המיזוג, גם אם מחזור המכירות המשותף הוא מעל 150 מיליון ₪.²¹

3. החלופה השלישית עניינה מיזוג עם בעל מונופולין – כל מיזוג שאחד הצדדים לו הוא בעל מונופולין באיזשהו שוק, כלומר, בעל נתח שוק העולה על 50% מאיזשהו שוק רלוונטי, עובר את המסנת השנייה.

לידי, עיקר הבעיות במסנת השנייה נוגעות לחלופה הראשונה והשלישית. שתי בעיות נובעות מהחלופה הראשונה – הבעיה הראשונה היא שמבחינת נתחי השוק מקלים מדי מבחינות מסוימות. הבעיה השנייה היא שמבחינת נתחי השוק מחמירים מדי מבחינות אחרות. המבחינים מקלים מדי מן הבחינה שיתכנו הרבה מיזוגים שבהם נתחי השוק יותר קטנים מהסף המחייב הודעה ובכל זאת הפגיעה בתחרות היא משמעותית. נסתכל, למשל, על המיזוג של דור-אלון עם סנוול שנדון לאחרונה. אם היינו מסתמכים רק על נתחי השוק, המיזוג לא היה מחייב כלל הודעה לממונה, משום שנתחי השוק המשותפים של סנוול ודור אלון אינם עולם על 50% מאף שוק רלוונטי. מאידך, קיטון מספר הפירמות המשמעותיות בשוק ריכוזי, שיש בו ממילא מעט שחקנים משמעותיים, מ-4 פירמות ל-3 פירמות, לדעת כל הערכאות שטפלו במיזוג הזה -- הממונה, בית הדין להגבלים עסקיים, ובית המשפט העליון -- עלול לפגוע משמעותית בתחרות.²² זאת בפרט כאשר אחת מן הפירמות המתמזגות נתפסת כמחוללת התחרות בשוק, כלומר, כפירמה עם הנטייה החזקה ביותר לסטות מ-"קרטלים סמויים" (תנאים קרטליסטיים ללא קומוניקציה בין הצדדים), כפי

²¹ כך, למשל, אם מתמזגות שתי חברות, אזי צריך שכל אחת מהן תעלה על מחזור מכירות של 10 מיליון ₪ על מנת שתהא חובת הודעה. ראו סעיף 9 לתקנות ההגבלים (מרשם פרסום ודיווח על עסקאות) תשס"ד 2004, ק"ת 6330.

²² 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(הגבלים עסקיים) 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 משמעותית בתחרות, אלא שהוא חפץ לאשר את המיזוג על סמך צפי לשינוי עתידי של מבנה השוק, עקב הפרטת ופיצול בתי הזיקוק. בית המשפט העליון, מצידו, הסתמך על החששות לפגיעה בתחרות הנובעים ממבנה השוק הקיים, והחליט לתת משקל קטן מאוד לצפי לשינוי העתידי האמור של מבנה השוק.

שנתפסה דור-אלון על ידי ערכאות אלה.

אם כך, החלופה הראשונה האמורה מקלה מדי, מן הבחינה שמיוזג מעין זה היה עובר "מתחת לרדאר" של חוק ההגבלים, אלמלא מחזור המכירות הגבוה של הפירמות המתמזגות. דוגמה אחרת היא כאשר פירמה דומיננטית בשוק, אבל לא בעלת מונופולין, קרי לא מעל 50%, בולעת פירמה קטנה יותר עם פוטנציאל צמיחה. כזה היה המיזוג בין עוף הנגב, משחטה קטנה שעמדה למכירה, לתנובה, שהיתה דומיננטית, אם כי לא בעל מונופולין, בשוק הרלוונטי. כפי שאני מראה במקום אחר,²³ מיזוג מעין זה יכול לפגוע במגמת מבנה השוק בטווח הארוך, כאשר הוא מונע תהליך ארוך טווח שבו הפירמה הקטנה (כגון עוף הנגב) צומחת לכדי פירמה משמעותית (למשל באמצעות צמיחה פנימית או מיזוג עם פירמות קטנות אחרות) היכולה לעזור לרסן את כוחן של פירמות דומיננטיות בשוק (דוגמת תנובה) לפגוע בתחרות. גם מיזוג זה היה עובר "מתחת לרדאר" של חוק ההגבלים העסקיים אילו היינו מסתמכים על החלופה הראשונה הנ"ל או השלישית הנ"ל בלבד.²⁴ נפקות העובדה שהחלופה הראשונה היא מקלה מדי היא שאם המחוקק חפץ לשמרה, היה ראוי שייעדנה באופן שתתפוס בחקתה גם מיזוגים שבהם נתחי השוק של הפירמות המתמזגות קטנים יותר, אך בכל זאת השוק הוא ריכוזי, והמיזוג מעלה את רמת הריכוזיות של השוק באופן המעורר לכאורה צורך בבחינה יותר פרטנית.

כאמור, מבחינות אחרות, המבחינים שבמסגרת השנייה מחמירים מדי. הם מחמירים מדי עם הפירמות משום שהם מאוד קשים ליישום: כך, כדי לדעת את נתחי השוק של הפירמות המתמזגות, הן צריכות להגדיר את השוק הרלוונטי, או את השווקים הרלוונטיים, שבהם הן פועלות, וזאת כשלעצמה מלאכה מאוד מורכבת. בנוסף כדי לדעת מה נתחי השוק של הפירמות המתמזגות הן יצטרכו לדעת מה נתחי השוק של המתחרים שלהן, ומידע זה בדרך כלל איננו מצוי בידי הפירמות. אינני טוען, כמובן, שפירמות לעולם אינן יודעות את נתח השוק שלהם בשוק הרלוונטי. הטענה היא שהטלת חובת הודעה עליהן, שהפרתה הינה עבירה פלילית, על סמך נתונים שלא נמצאים בהכרח ברשותן, אלא מהווים סודות מסחריים של מתחריהן, הינו גזירה מחמירה מדי. במסגרת המסגרת השלישית, שבה בודקת הממונה את השפעת המיזוג, הממונה יכולה להשתמש בכוחותיה מרחיקי הלכת לקבל נתונים מכל הפירמות בשוק או בשווקים משיקים, והתמונה בסופו של דבר תתבהר על סמך נתוני אמת. בשלב של תהייה אחר השאלה אם קיימת או לא קיימת חובת הודעה על המיזוג, הפירמות המתמזגות לא יכולות, כמובן, להיעזר בכוחותיה אלה של הממונה להשגת נתונים מן הפירמות היריבות. יתר על כן, הנטל לעניין בדיקת נתחי

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

24 אמנם, מיזוג תנובה עם עוף הנגב אושר, בסופו של דבר, על ידי בית הדין להגבלים עסקיים, באישור בית המשפט העליון, למרות התנגדותו של הממונה. עם זאת, אין חולק שמיוזג מעין זה ראוי, לכל הפחות להיות כפוף לחובת הודעה, כך שיעבור תחת עינו הברחנת של הממונה.

השוק מקבל חשיבות דווקא באותם המיזוגים האיזוטריים יותר, שבהם מחזור המכירות נופל מזה הקבוע בחלופה השנייה. אם כך, דווקא פירמות נשוא מיזוג איזוטרי יחסית הן אלה שעליהן נטל בדיקת נתחי השוק, שהוא כאמור לא טריויאלי. מדובר בפירמות קטנות יחסית, שיכולתן לממן בדיקה כלכלית של השוק שלהן מוגבלת יחסית לפירמות גדולות, שלהן ממילא חובת הודעה מכוח החלופה השנייה. אמנם, גם במקרה של הסדרים כובלים, לעתים 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 תתקבל הצעתי לפרש את סעיף 2(א) לחוק באופן הדורש ניתוח כלכלי מעמיק לצורך הכרעה אם הסדר הוא כובל על פי סעיף זה,²⁵ או אם וכאשר תתקבל הצעת חוק המדגישה כי זוהי דרישתו של סעיף 2(א) לחוק,²⁶ הצדדים ייצטרכו לברר, בין היתר, את נתחי השוק שלהם, על מנת להכריע אם ההסדר שלהם הוא בכלל כובל על פי סעיף 2(א).

יחד עם זאת, במקרה של הסדרים כובלים, כלל הפירמות, כולל אלה עם מחזור המכירות הגבוה, כפוף לנטל זה של בדיקת נתחי שוק על מנת לברר שהסדר איננו כפוף לעולו של החוק. במקרה של מיזוגים, כמובהר לעיל, נטל זה נופל, דפאקטו, רק על כתפיהן של פירמות עם מחזור מכירות קטן. המסקנה שלי מן האמור לעיל היא שראוי היה 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 המיזוג ואם לא, אין צורך להודיע על המיזוג. ישאל השואל מה הדין כאשר מחזור המכירות קטן אבל נתחי השוק גדולים? לדעתי מצבים מעין אלה לא מעוררים חשש משמעותי. מחזור המכירות הוא אמד ראוי למימדים של המיזוג ולחששות שעולים ממנו. אם קיימת הגדרת שוק צרה כלשהי שלפיה נתחי השוק של הצדדים למיזוג גדולים, למרות שמחזור המכירות שלהם הוא מתחת לסף הקבוע בחוק, אזי, לכל הפחות, ניתן לטעון כי המיזוג הוא איזוטרי מבחינת סדרי העדיפויות להפניית המשאבים

²⁵ 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 כרך כ"ז (2004) 751-786; דיויד גילה "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו", עתיד להתפרסם, עיוני משפט, כרך כ"ח (2004) 517-553; דיויד גילה "חשיבותה של ההצעה לתיקון מספר 9 לחוק ההגבלים העסקיים, הדקלרטיביות שלה, והצעה להסרת נטל הניתוח הכלכלי מכתפי בתי המשפט האזרחיים", עיוני משפט כ"ט(3) 641-675 (2006); דיויד גילה, "תמורות בהתייחסות להסדרים כובלים אנכיים", המשפט 24 (2007).

²⁶ גילה, "חשיבותה של ההצעה לתיקון מספר 9 לחוק ההגבלים העסקיים, הדקלרטיביות שלה, והצעה להסרת נטל הניתוח הכלכלי מכתפי בתי המשפט האזרחיים", שם.

המוגבלים של רשות ההגבלים.

היתרון באמד של מחזור המכירות הוא שהוא יותר וודאי וקל ליישום. לפירמות אין בדרך כלל בעייה לחשבו, וכך לדעת בוודאות האם קיימת חובת הודעה על המיזוג. כפי שראינו לעיל, בפרקטיקה, ממילא זוהי החלופה שמצמיחה חובת הודעה למיזוגים רבים.²⁷

אמנם, יתכנו מיזוגים מסוימים שבהם באופן אינהרנטי לא קיים מחזור מכירות, משום שאין "מכירות". כזה הוא למשל מיזוג בין פירמות העוסקות אך ורק במחקר ובפיתוח, וטרם מכרו דבר. מקרה המעורר בעיות קשורות הוא זה של חברות שפיתחו שוק חדש, ולמרות שהתחילו למכור, מחזור המכירות שלהם איננו משקף את פוטנציאל המכירות בטווח הנראה לעין, ובכל זאת המיזוג עלול לפגוע משמעותית בתחרות בטווח הנראה לעין. ניתן למצוא מזור למקרים מעין אלה על ידי קביעת חובת הודעה על המיזוג 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 איננו משתקף עדיין במחזור מכירותיהן, הדבר אמור להשתקף בגובה הוצאותיהן.

אם המחוקק אכן מבסס את חובת ההודעה רק על החלופה של מחזור מכירות, ראוי לשקול שאת מחזור המכירות המחייב חובת הודעה יעדכן, גוף מקצועי שאיננו פוליטי במהותו. על פי סעיף 17(ג) לחוק הקיים, את מחזור המכירות קובע "השר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת." כיון שגופים פוליטיים אלה לעיתים קרובות עלולים להיות נתונים ללחצים מצד התעשייה להעלות את מחזור המכירות שמצריך הודעה, היה ראוי שאת מחזור המכירות שמחייב הודעה תקבע, למשל, הוועדה לפטורים ולמיזוגים, המוגדרת בסעיף 23 לחוק, ושרוב חבריה נציגי ציבור מקצועיים, ולא עובדי מדינה.

אפשרות אחרת שעומדת בפני המחוקק היא לבסס את חובת ההודעה על מיזוג רק על נתחי שוק, כלומר, רק על החלופה הראשונה והשלישית, ולוותר על החלופה השנייה, של מחזור מכירות. ויתור מעין זה לפחות יסיר את הנטל הלא פרופורציוני שהחוק במתכונתו הנוכחית מטיל על פירמות מתמזגות שמחזור המכירות שלהן נמוך במיוחד, ויהפוך את חובת ההודעה למבוססת על מבחן פחות שרירותי ויותר יתאים לשאלת הפגיעה המסתברת בתחרות, כשם שהדבר נעשה לגבי הסדרים כובלים. אם זו תהא החלופה המועדפת, כפי שעולה מן הניתוח בתחילתה של פסקה זו, היה ראוי להרחיב את החלופה הראשונה כך שתחול גם על מיזוגים שבהם נתח השוק המשותף של הפירמות המתמזגות קטן מ-50%, ומגיע, למשל, כדי 30%. בכך יהיה כדי "לתפוס" במסגרת חובת ההודעה גם מיזוגים בשווקים אוליגופוליטיים שעלולים להיות מסוכנים לתחרות, הגם שאינם יוצרים פירמה שיש לה נתח של יותר ממחצית השוק.

27 גם בדיני ההגבלים העסקיים של הקהילייה האירופאית, חובת ההודעה על מיזוג מסתמכת רק על מחזור המכירות המשותף. ראו Commission Notice on Calculation of

.Turnover [1998] OJ C66/25; Council Regulation 139/2004, Article 1

פרק ג: המסנתת השלישית- החלטת הממונה

לגבי המסנתת השלישית: שבה הממונה מפעילה את הסמכות שלה להתנגד למיזוג או לאשר אותו, בעיה אחת היא הדיסוננס שבין הסדרים כובלים למיזוגים לעניין השיקולים לאישורם. בהסדר כובל, כפי שגם נרמז לעיל, כל היתרונות לציבור רלוונטיים לצורך אישורו בפני 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, וכד'. באישור מיזוג על ידי הממונה, לעומת זאת, נראה, כאמור לעיל,²⁸ שהנטייה לקחת בחשבון יתרונות לציבור להצדקת המיזוג היא צרה יותר, וכוללת כפי הנראה רק יתרונות פרו-תחרותיים, קרי, יתרונות שאפשר להראות כי הם ייטיבו עם ציבור הצרכנים, כגון הוזלת המוצר, שיפור איכותו, זמינותו, שיפור מגוון המוצרים, וכד'. דיסוננס זה איננו מתיישב עם נקודת המוצא של החוק לפיה מיזוגים ראויים לטיפול מקל יותר מאשר הסדרים כובלים, בגלל שהם נתפסים כיעילים יותר.²⁹ ראוי היה אם כך שהחוק יבהיר כי גם הממונה, בדונה באישור מיזוג, כשם שבית הדין להגבלים עסקיים דן באישור הסדר כובל, תיקח בחשבון שיקולים של טובת הציבור שהם לבר-תחרותיים, וכי סוגיית השיקולים הלבר-תחרותיים לא תישאר בגדר נושא פרשני אמופרי, שאיננו עולה מלשון החוק.

מנגד, בעוד שזה ראוי שהממונה יאשר מיזוג על סמך שיקולים לבר-תחרותיים, אין זה ראוי כי הממונה יוכל להתנגד למיזוג משיקולים לבר-תחרותיים. כך, למשל, מיזוג שאינו עלול לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות, אך כן עלול לפגוע באיכות הסביבה, אמור לקבל את ברכתו של הממונה, ואין הממונה מוסמך לשקול שיקולים של איכות הסביבה בחוסמו מיזוג. זוהי גם גישתו של הממונה עצמו, כפי שעולה, למשל, מפסק דינו של בית הדין להגבלים עסקיים בעניין הע' 000005/98 אדגר השקעות ופיתוח בע"מ הממונה על ההגבלים העסקיים³⁰. כפי שמציין הממונה:

"התנגדותו [של] הממונה למיזוג 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).

²⁸ לעיל הערה 16.

²⁹ אכן, הוועדה שניסחה את תיקון החוק שכלל את הטיפול במיזוגים היתה בדעה שניתן לקחת בחשבון שיקולים לבר-תחרותיים לצורך אישור מיזוג. ר' ערר תנובה, שם.

³⁰ הגבלים עסקיים, מספר פרסום 3001816 (1998), בפסקאות 12-13.

בעיה שנייה עם המסננת השלישית, חמורה עוד יותר לדעתי, נוגעת לסמכות מרחיקת הלכת של הממונה להתנות את אישור המיזוג בתנאים. בפרט, נשאלת השאלה אם הממונה מוסמכת להתנות את אישור המיזוג בתנאים שאין בהם כדי להקטין את הפגיעה בתחרות או בציבור שנובעת מהמיזוג? לדעתי התשובה צריכה להיות בשלילה. הווה אומר, הממונה מוסמכת להתנות תנאי לאישור המיזוג רק אם תנאי זה יש בו כדי להקטין את הפגיעה המסתברת בתחרות או בציבור הנובעת מהמיזוג עצמו. היא איננה מוסמכת להתנות מיזוג בתנאי שאין בו כדי להקטין את הפגיעה בתחרות או בציבור שבמיזוג עצמו, גם אם תנאי זה משפר את התחרותיות או מועיל לציבור הצרכנים מבחינות אחרות.

ניתן להדגים נקודה זו באמצעות שתי דוגמאות מן הפסיקה:

1. המיזוג בין כור לקלארידג'³¹ – חברת כור ביקשה להתמזג עם קבוצת קלארידג'. הממונה קבע כתנאי לאישור המיזוג כי כור תדווח לממונה על הגבלים עסקיים על כל שיתופי הפעולה של כור עם הקונצרנים הגדולים האחרים – אי.די.בי, אריסון וכו' – גם כאשר שיתוף הפעולה הוא בשווקים אחרים לגמרי מאשר השווקים המושפעים מן המיזוג בין כור לקלארידג'. ניתן לטעון כי אין בתנאי האמור כדי להשליך על או להפחית את השפעת המיזוג על התחרות, שהרי השלכתו על התחרות נעוצה בשווקים שבהם פועלים כור וקלארידג' ובממשק ביניהם, ולא בכלל השווקים ושיתופי הפעולה העסקיים שבהם פועל או יפעל קונצרן כור. אמנם, תמיד ניתן לטעון שאם החשש מפני המיזוג הוא חשש מפני צבירת כוח גרדא, בלי זיקה לשוק רלוונטי כלשהו, אזי כל הקטנת כוח של קונצרן כור תוכל להקטין את החשש האמור מן המיזוג. אולם, לדעתי גישה מעין זו היא מרחיבה מדי: החששות מפני מיזוג צריכים להתמקד בשווקים רלוונטיים מסוימים, והתנאים למיזוג צריכים להקטין את החששות הללו.
2. מיזוג חברות הכבלים³² – 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 הטלביזיה הרב-ערוצית. אמנם, בראייה של הטווח הרחוק, לאור ההאחדה (convergence) של טלביזיה רב-ערוצית, טלפוניה, ואינטרנט, ניתן לחשוב אולי שכניסה של חברות הכבלים לטלפוניה יכולה להשליך לטובה גם על שוק הטלביזיה הרב-ערוצית. אולם, ללא הנחה מעין זו, גם זוהי דוגמא שבה הממונה השתמש בסמכותו להתנות תנאים מעבר למה שראוי.

31 אישור מיזוג בתנאים לפי סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988: בין Columbus Capital Corporation מקובצת קלריג' – כור תעשיות בע"מ, 1998, **הגבלים עסקיים**, 3001322.

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

תנאים מעין אלה, שאינם קשורים למיזוג, יכולים כמובן לשפר את התחרות כשלעצמם. אולם אין זה ראוי לאפשר לממונה, באמצעות הכוח שלה לאשר מיזוגים, להכתיב התנהגויות (פרו-תחרותיות ככל שיהיו) כאשר אלמלא הכוח לאשר את המיזוג החוק לא היה מסמיך את הממונה להכתיב תנאים אלה. יש לזכור שהתמריץ של הצדדים למיזוג לקרוא תגר על תנאים מרחיקי לכת, במסגרת ערר לבית הדין להגבלים עסקיים, עשוי להיות קטן. זאת משום שלגבי עיקר העסקה שצדדים אלה בקשו – המיזוג – הם קיבלו את ברכת הממונה. מכאן עולה החשש שהם לא יערערו על התנאים, גם אם הוצאו שלא בסמכות, משום שהם מקבלים את אישור המיזוג, על תנאיו, כמעין "עסקת חבילה".

יש לציין כי לא קיים מתח בין הצעתי הראשונה בפרק זה, לאפשר אישור מיזוג משיקולים לבר-תחרותיים, לבין הצעתי השנייה לעיל, שלא לאפשר לממונה להתנות אישור מיזוג בתנאים שאין בהם להקטין את הפגיעה בתחרות שנובעת מן המיזוג. כאמור לעיל, אין חולק שהממונה איננו מוסמך להתנגד למיזוג על סמך שיקולים לבר-תחרותיים. הצעתי השנייה, לפיה אין הממונה מוסמך להתנות מיזוג בתנאי שאינם מקטין את הפגיעה בתחרות נשוא המיזוג, עקבית עם עובדה זו. התנגדות למיזוג, כמו גם התנייתו בתנאים, פוגעים משמעותית בחופש העיסוק וההתקשרות של הפירמות המתמזגות. על כן ראוי שההתנגדות, כמו גם ההתנייה בתנאים, יהיו רק על סמך שיקולים של פגיעה מסתברת בתחרות הנובעים מן המיזוג.

סיכום

מטרתו של מאמר זה היתה להביא מספר הערות בקורתיות לעניין טיפול חוק ההגבלים העסקיים במיזוגים. עיקר הבקורת נוגע להגדרת מיזוג. מוצע כי מיזוג יוגדר אך ורק על פי מבחן יכולת החברה האחת לכוון את הפעילות העסקית של חברה אחרת, משום שרק בפרמטר זה נעוץ ההבדל בין מיזוגים להסדרים המצדיק טיפול שונה של החוק במיזוגים יחסית לטיפולו בהסדרים. אחת מן המשמעויות החשובות של שינוי מעין זה תהא שהשקעה פאסיבית בין חברות, לרבות השקעה במעל 25% מהמניות, תידון אך ורק כהסדר כובל, במקרה מתאים, ולא כמיזוג. לעניין חובת ההודעה על מיזוג, מוצע לבסס אותה אך ורק על מחזור המכירות של החברות המתמזגות ולא על מבחנים חלופיים הנוגעים למחזור מכירות ונתחי שוק, כפי שקיימים בחוק הנוכחי. לחילופין, 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 מטילים נטל לא פרופורציונאלי לבדיקות כלכליות מקדמיות דווקא על חברות שמחזור המכירות שלהן קטן. לעניין החלטת הממונה אם לאשר את המיזוג, להתנגד לו או להתנותו בתנאים, מוצע כי החוק יבהיר במפורש כי שיקולים לבר-תחרותיים יכולים להצדיק אישור מיזוג, אך לא יכולים להוות שיקול להתנגות 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.