



## רשות ההגבלים העסקיים

### פרסום טיוטה להערות הציבור – גילוי דעת בעניין ביצוע בפועל של

### מיזוגים שאינם מעלים חשש תחרותי

מפורסמת בזאת להערות הציבור טיוטה של גילוי דעת שבכוונתי לפרסם בנוגע לביצוע בפועל של מיזוגים שאינם מעלים חשש תחרותי.

כל אדם המעוניין להעיר ביחס לטיוטה מוזמן לעשות כן. את ההערות ניתן להעביר לרשות ההגבלים העסקיים, לידי גב' דנה טירנגל, רחוב כנפי נשרים 22, ת.ד. 34281 ירושלים 91341, או באמצעות פקס שמספרו 02-6515330, וזאת לא יאוחר מיום 15 בנובמבר 2011.

פרופ' דיויד גילה

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, כח באלול תשע"א  
27.9.2011

## גילוי דעת 11/ – ביצוע בפועל של מיזוגים שאינם מעלים חשש

### תחרותי

חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, אוסר על מיזוגי חברות החייבים בדיווח על-פיו "אלא אם כן ניתנה תחילה הודעת מיזוג ונתקבלה למיזוג הסכמת הממונה" (סעיף 19 לחוק). אף על פי כן, לעתים מופר סעיף חוק זה ומיזוגים יוצאים אל הפועל (באופן מלא או חלקי) מבלי קבלת אישור מוקדם לכך. יש שמדובר במיזוגים המעוררים קושי מבחינה תחרותית.<sup>1</sup> דרך המלך לטיפול במיזוגים מעין אלה היא באמצעות אכיפה פלילית, וגילוי דעת זה לא יעסוק בהם.

עניינו של גילוי דעת זה ביצירת נתיב בטוח מפני נקיטת מהלכי אכיפה (למעט צו מוסכם) ביחס לתאגידים ונושאי משרה בהם שהיו מעורבים בביצוע מיזוג בלא הגשת הודעת מיזוג או בלא קבלת אישור מראש מאת הממונה על הגבלים עסקיים. יודגש, כי גילוי דעת זה נוגע אך ורק למיזוגים שאינם מעלים חששות תחרותיים ממשיים.

#### א. רקע – הפיקוח על מיזוגים

בשנת 1988 חוקק חוק ההגבלים העסקיים הנוכחי חלף קודמו – חוק ההגבלים העסקיים משנת 1959. אחד השינויים המשמעותיים שהוכנסו לחוק החדש, אם לא החשוב שבהם, הוא יצירתו של משטר הפיקוח על מיזוגים. הגיונו של פיקוח זה נעוץ בהכרה כי מיזוג חברות עלול לעיתים להוביל ליצירה או לשימור של כוח שוק, ועל כן מוצדק לפקח ולמנוע מראש מיזוגים המעלים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור.

חוק ההגבלים העסקיים מתווה שלוש מסננות לפיקוח על מיזוגים. הראשונה, הקבועה בהגדרת המונח "מיזוג" בסעיף 1 לחוק, מגדירה מהן מלכתחילה אותן פעולות אשר תחשבנה בגדר מיזוג חברות. הדוגמאות המופיעות בהגדרה זו, שהנה הגדרה על דרך הריבוי, אינן ממצות את כל אותן פעולות אשר תחשבנה למיזוג חברות. ליבה של פעולת מיזוג החברות מצוי ביכולת לכוון (במובן הרחב של המילה) את פעילותו של תאגיד.<sup>2</sup>

המסננת השנייה קבועה בסעיף 17(א) לחוק, והיא שקובעת מהם אותם מיזוגי חברות שיחייבו קבלת אישור מראש על ידי הממונה. הסעיף קובע שלוש חלופות, האחת מבוססת על היקף הפעילות הכספית של הצדדים למיזוג, והשתיים האחרות על חלקם המצרפי בשוק מושא המיזוג ועל חלקם בשווקים אחרים.

<sup>1</sup> הסמכות להתנגד למיזוג חברות או להתנותו בתנאים (להבדיל מהחובה המוטלת על הצדדים למיזוג למסור הודעות מיזוג) אמנם יוחדה לאותם מיזוגים המעוררים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, אולם אין בכך כדי למנוע מהממונה לנקוט באמצעי אכיפה מקום בו מומש מיזוג המעורר חשש לפגיעה כלשהי בתחרות ללא אישור.

<sup>2</sup> ראו, למשל: ת"א (מחוזי חיפה) 1114/99 Tower Air נ' שירותי תעופה בע"מ, תק-מח 2007(2) 4102, ס' 84 לפסק הדין (2007) וההפניות המופיעות שם.

המסננת האחרונה מופיעה בסעיף 21(א) לחוק ומגדירה את אמת המידה המהותית להערכה התחרותית של מיזוג חברות, אמת המידה שעל פיה יחליט הממונה אם לאשר את המיזוג אם לאו.

מאז נחקק החוק החדש התבסס הפיקוח על המיזוגים, והועמקה ההיכרות של המגזר הפרטי עמו. מרבית המיזוגים המובאים לאישור הממונה כיום אינם מעלים קושי תחרותי. להמחשה, בשנת 2010 הוגשו לאישור הממונה הודעות מיזוג בגין 149 מיזוגים, כאשר למעלה מ-92% מהן אושרו כפי שהוגשו, ועוד כ-6% אושרו בכפוף לתנאים.<sup>3</sup> מצב דומה שרר גם בשנים 2009<sup>4</sup> ו-2008.<sup>5</sup>

ואף על פי כן, מעת לעת קורה שמזוגים המחייבים קבלת אישור מבוצעים בפועל, באופן מלא או חלקי, בלא שניתן להם אישור מראש. ככלל ניתן לומר שמזוגים המעלים חשש תחרותי מטופלים במלוא חומרת הדין,<sup>6</sup> בעוד שמזוגים שבהם ברור כי אין חשש תחרותי מטופלים בדרכים שונות.<sup>7</sup> גילוי דעת זה מתייחס לתת קבוצה בסוג השני של המיזוגים, אותם המיזוגים שבוצעו שלא כדין מחמת טעות בתום לב.

על פי גילוי דעת זה, נגד חברות שביצעו מיזוג בלא קבלת אישור מיזוג מראש, ואשר מיזוגן עומד באמות המידה המפורטות במסמך זה, לא ינקטו צעדי אכיפה, וזאת בכפוף לאישורו של צו מוסכם בעניין על ידי בית הדין להגבלים עסקיים.

## **ב. התנאים המצטברים לתחולת גילוי הדעת**

### **1. המיזוג אינו מעלה חשש תחרותי**

התנאי הראשון הוא שהמיזוג המדובר אינו מעלה על פני הדברים חשש תחרותי. חשוב להבהיר, כי בחינתו של תנאי זה לא תיעשה על פי אמת המידה המוגדרת בסעיף 21(א) לחוק, היא אמת המידה המצדיקה את הטלת תנאים על המיזוג או עצירתו כליל, שכן מדובר לעתים בשאלה כלכלית מורכבת, אשר לא ניתן להתייחס אליה טרם עריכת בדיקה כלכלית. תחת זאת, די בכך שממבט ראשון ניתן להעריך באופן סביר כי המיזוג מעלה חששות תחרותיים על מנת שהמיזוג המדובר לא יוכל ליהנות מהנתיב הבטוח המוצע בגילוי הדעת.

במילים אחרות, לא כל מיזוג אשר יימצא בדיעבד ככזה שאינו מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות יוכל ליהנות מהנתיב הבטוח שמציע גילוי הדעת. אך ורק מיזוגים אשר על פני הדברים ובאופן ברור אינם מעלים כל חשש תחרותי הם אלה שאליהם מתייחס גילוי דעת זה.

<sup>3</sup> ראו דו"ח רשות ההגבלים העסקיים לשנת 2010, 2011, **הגבלים עסקיים** 5001718.

<sup>4</sup> בשנת 2009 הוגשו 157 הודעות מיזוג, מתכן אושרו 91% ועוד 8% אושרו בתנאים; ראו דו"ח רשות ההגבלים העסקיים לשנת 2009, 2010, **הגבלים עסקיים** 5001616.

<sup>5</sup> בשנת 2008 הוגשו 181 הודעות מיזוג, מתכן אושרו 93% ועוד 7% אושרו בתנאים; ראו דו"ח רשות ההגבלים העסקיים לשנת 2008, 2010, **הגבלים עסקיים** 5001419.

<sup>6</sup> ראו, למשל, באפיק המנהלי: הי"ע 704/07 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' פריינר (הדס 1987) בע"מ**, תק-מח 2009(2) 374 (2009); ובאפיק הפלילי: ת"פ (מחוזי ירושלים) 1268/01 **מדינת ישראל נ' אהוד פרידלנדר**, תק-מח 2004(3) 4353 (2004).

<sup>7</sup> ראו, למשל: בש"א (הגבלים עסקיים) 113/05 **שטראוס עלית נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, תק-מח 2005(2), 348 (2005).

הטעם לתנאי זה הוא בקושי להעריך מראש את הסכנה התחרותית הטמונה במיזוג פלוני. ככל שקיימת אפשרות סבירה כי המיזוג לא יאושר כפי שהוגש, הרי שיש מקום להקפיד הקפדה יתרה בעניינו.

למען הסר ספק אבהיר, כי ככל שיארע תרחיש בלתי צפוי במובן זה שהתמונה הראשונית תתברר כלא נכונה, ובדיקת המיזוג תגלה בסופה כי המיזוג דווקא מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, התוצאה המתבקשת תהא התנגדות למיזוג או התנייתו בתנאים על פי החוק.

## 2. תום לבם של הצדדים

עניינו של גילוי דעת זה אינו ביצירת נתיב מקביל לאישור מיזוגים. הדרך הבלעדית לקבלת אישור מיזוג על פי דין היתה ונשארה פניה מסודרת ומראש לממונה. דא עקא שטעויות קורות לעתים, ועניינו כאן הוא בהסדרה של התייחסות הרשות לטעויות, ולהן בלבד.

לפיכך, תנאי לתחולתו של גילוי הדעת הוא התנהגות בתום לב של הצדדים, וזאת הן מראש, קרי כי ביצוע המיזוג ללא קבלת אישור נעשה מתוך טעות בתום לב, והן בדיעבד, כלומר כי מיד לאחר שהתברר למי מהצדדים הדבר נהגו הם בתום לב להסדרת מצבם מול הרשות. בכלל זה, נמנעו הצדדים מלנקוט מעשים שיש בהם כדי הסתרה או טשטוש של ביצוע המיזוג, ושיתפו פעולה באופן מלא עם הרשות.

## 3. דבר ביצועו של המיזוג הבלתי מאושר הובא לידיעת הרשות בסמוך לאחר ביצועו והמצב הוקפא

אחת הסיבות המובהקות לצורך בפיקוח על מיזוגים *ex ante* נעוצה בקושי להפריד חברות מתמזגות בדיעבד.<sup>8</sup> משמומש המיזוג נפתחת הדרך בפני שני תאגידיים להפוך אחד, וכל יום שנוקף מקשה על החזרת המצב לקדמותו. נכונותה של הרשות לאפשר לצדדים לחסות תחת גילוי דעת זה תלויה אפוא במתן שימת הלב לכך שמימוש המיזוג אשר בוצע ללא קבלת אישור עודו בשלב מוקדם.

תנאי, אם כן, לתחולת גילוי הדעת הוא כי כאשר שמו הצדדים לב לכך שהמיזוג בוצע ללא אישור הממונה נמנעו מהמשך מימושו (ככל שניתן לעשות כן בשלב בו התגלה הדבר) והודיעו על כך לרשות, וזאת אף מבלי פעולה כלשהי מצדו של הממונה. כמו כן, על דבר המיזוג להיודע לרשות בסמוך לביצועו.

## 4. צו מוסכם

ביצוע מיזוג חברות בלא שניתן לכך אישור הממונה מראש מהווה הפרה של חוק ההגבלים העסקיים. על פי סעיף 47(א)(3) לחוק מדובר בעבירה שבצידה עונש מירבי של עד שלוש שנות מאסר.<sup>9</sup> אפילו נניח כי התקיימו כל התנאים שפורטו עד כה, ביצוע מיזוג בלא קבלת אישור הממונה מראש מהווה הפרה של החוק. יחד עם זאת, בהינתן התנאים שפורטו לעיל יוכלו הדברים לבוא לידי סיום במסגרת של צו מוסכם על פי סעיף 50ב' לחוק.

<sup>8</sup> ראו בעניין זה בש"א 3215/06 הממונה על הגבלים עסקיים נ' דור-אלון, תק-על 2006(2) 1201, ס' 11 להחלטה (2006).

<sup>9</sup> על פי סעיף 47 עשוי העונש על עבירה זו להגיע כדי חמש שנות מאסר בו נעברה העבירה בנסיבות מחמירות.

עיקרו של צו מוסכם כאמור יכלול תשלום סכום כסף לאוצר המדינה, אשר ככלל הוא נגזרת של היקף העסקה המדוברת, ויעמוד, ככלל, על 1% מההיקף הכספי הכולל של עסקה אך לא יותר מאשר מליון ₪. יחד עם זאת, הרשות לא תתנגד לכך שהצו המוסכם ייעשה מבלי שהחברות המתמזגות תודינה בכך שהפרו את החוק. רכיב נוסף של הצו המוסכם יכלול מחויבות של הצדדים להגיש הודעת מיזוג<sup>10</sup> ולפעול בהתאם להחלטת הממונה.<sup>11</sup>

### ג. סיכום

עמידה באמות המידה המפורטות בפרק ב' לעיל תזכה את הצדדים בהתחייבות של הרשות להימנע ממהלכי אכיפה כנגדם (למעט הצו המוסכם), וזאת למרות שעל פי דין ולשיטת הרשות היה במעשיהם משום מיזוג בלתי חוקי מלא או חלקי.

מנגד, ביצוע מיזוג בלתי חוקי ללא עמידה בתנאים המפורטים לעיל תקטין מאד את הנכונות מצדה של הרשות לשתף פעולה עם החברות המתמזגות לשם מציאת פתרון לבעיה שבה הן מצויות בקשר עם המיזוג, ותחשוף אותן ואת מנהליהן לאפשרות נקיטה של צעדי אכיפה על פי שיקול דעתו של הממונה.

במאמר מוסגר אעיר, כי אילו מצוי היה בחוק ההגבלים העסקיים מנגנון של עיצום כספי בגין ביצוע מיזוג בלתי חוקי שאינו מעלה חששות תחרותיים יתכן והיה זה הכלי המתאים לטיפול במקרים מעין אלה. יחד עם זאת, נוכח היעדר מנגנון כאמור בעת הזו ומתוך רצון לבחון יישום מנגנון אשר מבוסס על הסכמה ולא על כפייה, מצאתי לנכון לפרסם גילוי דעת זה.

<sup>10</sup> לעניין זה הגשת הודעת מיזוג – לרבות אישור הרשות על היעדר צורך בהגשת הודעת מיזוג על פי הנחיות הממונה על הגבלים עסקיים לגבי הליכי הדיווח והבדיקה של מיזוגי חברות לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, 2008 **הגבלים עסקיים** 5000763.

<sup>11</sup> כמובן שאין באמור לעיל כדי למחסום את הצדדים מהגשת ערר על החלטת הממונה.