

נובמבר 2019

לכבוד: רשות התחרות

לידי: הממונה על התחרות עו"ד מיכל הלפרין
היועצת המשפטית עו"ד מיכל כהן

מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה

נייר עמדה בנושא: טיוטת תקנות ההגבלים העסקיים (מרשם, פרסום ודיווח על עסקאות)
(תיקון מס' 2), התשע"ט–2019

רשות התחרות פרסמה לעיון הציבור טיוטה של תקנות ההגבלים העסקיים (מרשם, פרסום ודיווח על עסקאות) (תיקון מס' 2), התשע"ט–2019 (להלן: "טיוטת התקנות").¹ בנייר עמדה זה נתייחס להצעת הרשות להעלות את רף הסכום המינימלי הקובע לצורך דיווח וקבלת אישור למיזוג. לדעתנו, אמנם נכון להעלות את רף הדיווח המינימלי כמוצע, ובכך להקטין את הנטל הרגולטורי המוטל על חברות פעילות במשק, וכן להקל על העומס המוטל על הרשות – כל זאת במיזוגים שאינם מעלים חשש תחרותי.

טיוטת התקנות מתייחסת לשני עניינים מרכזיים:

1

1) הגדלת מחזור המכירות הקובע

כידוע, חוק התחרות הכללי, התשמ"ח–1988, מטיל חובה לקבל אישור למיזוג חברות מהממונה על התחרות, בתנאים הקבועים בחוק. בטיטת התקנות מוצע לערוך שינוי בסעיף 17(א) (2) לחוק בנוגע למחזור המכירות המצרפי המאוחד של החברות המתמזגות: מסכום של 10 מיליון ש"ח לסכום של 20 מיליון ש"ח וזאת ביחס לשתיים מהחברות המתמזגות לפחות. לצורך חישוב מחזור המכירות של כל צד למיזוג, נדרש להתחשב במחזורי מכירות של חברות המוחזקות של הצדדים, שקודם לכן לא אוחדו.

2) הכנסת המונח "שליטה"

כיום, המונח "שליטה" מוגדר בסעיף 1 לחוק התחרות הכלכלית כ: "החזקה של יותר ממחצית באחד מאמצעי השליטה הבאים: (1) זכות ההצבעה באסיפה כללית של חברה או בגוף מקביל של תאגיד אחר; (2) הזכות למנות דירקטורים של התאגיד". ההגדרה המצויה בסעיף 1 לחוק חלה גם על התקנות ומשפיעה על משמעות ההגדרות "אדם קשור", "חברת בת" ו"חברה מתמזגת".

¹ ראו טיוטת תקנות ההגבלים העסקיים (מרשם, פרסום ודיווח על עסקאות) (תיקון מס' 2), התשע"ט–2019, www.nevo.co.il/law_html/Law11/45218.htm.

בתקנות החדשות מוצע להוסיף את הגדרת המונח "שליטה" כפי שמופיע בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968. מטרת השינוי המוצע בהגדרת "שליטה" היא מעבר ממבחן "מספרי כמותיים" שמבוסס על המונח "שליטה" הקבוע בחוק התחרות, להגדרת "שליטה" רחבה יותר הבוחנת מהותית את יכולתו של אדם להכווין את עסקי החברה המתמזגת. אנו מחייבות מהלך זה, בהיותו קוהרנטי לחוק ניירות ערך, ומעוגן ברציונל כלכלי.

הגדת מחזור המכירות הקובע

תקנה 9(2) לתקנות ההגבלים העסקיים (מרשם, פרסום ודיווח על עסקאות), התשס"ד-2004 קובעת כי "מחזור המכירות של שתיים לפחות מן החברות המתמזגות לא יפחת מ-10 מיליון שקלים חדשים לכל אחת, ומחזור המכירות המצרפי של כל החברות שהן צד למיזוג לא יפחת מ-150 מיליון שקלים חדשים. בטיטת התקנות מוצע לערוך שינוי ברף הסכום לדיווח מ-10 מיליון ש"ח ל-20 מיליון ש"ח.

מבחן מחזור המכירות של החברות המתמזגות הוא מבחן נוח ליישום, הן לרשות התחרות והן לשחקנים הפועלים בענף.² יש בו כדי להקנות ודאות, והוא מייצר מעין מסננת ראשונית המסוגלת לנפות החוצה מיזוגי חברות שאינם מולידים חשש לנזק תחרותי. אין תמה, לכן, כי במדינות רבות בעולם מקובל לקבוע רף של סכום מינימלי לצורך אישור מיזוגים, וזאת בהתאם למחזורי המכירות של החברות הפועלות. לשם המחשה נציג את הדוגמאות הבאות: לפי סעיף 1 ל- COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 במדינת האיחוד האירופי, רף מחזור המכירות העולמי המצטבר המשולב של שתי החברות צריך לעלות על 5,000 מיליון אירו, ומחזור המכירות של כל אחת מהחברות בתחומי פעילותה צריך לעלות על 250 מיליון אירו.³ גם דיני התחרות בקנדה דורשים עמידה ברף מספרי: על המיזוג להיות מאושר אם סך המכירות השנתי של שתי החברות עולה על 400 מיליון דולר קנדי, ואם החברה הנרכשת היא בעלת מחזור מכירות של יותר מ-92 מיליון דולר קנדי (בהשוואה ל-88 דולר קנדי שהיה נהוג בעבר).⁴

2

באופן דומה, בשוויץ נדרש אישור למיזוג אם מחזור המכירות העולמי של החברות יחד עולה על 2 מיליארד פרנק שוויצרי או מחזור מכירות בשוויץ של 500 מיליון פרנק שוויצרי לפחות.⁵ אישור בשוויץ נדרש גם אם החברה הנרכשת היא בעלת מחזור מכירות עולמי העולה על 100 מיליון פרנק שוויצרי.⁶ באנגליה, מבחן מחזור המכירות מחייב לאשר מיזוגים שמחזור המכירות של החברה הנרכשת עולה על 1 מיליון לירות שטרלינג באנגליה עצמה (זאת בהשוואה ל-70 מיליון לירות

² הממונה על התחרות לשעבר, פרופ' דיויד גילה, מתייחס לרף הסכום כאל אמת מידה נוחה לשימוש. ראו: "מיזוגים על פי חוק ההגבלים העסקיים – ניתוח בקורת", זמין ב: www.tau.ac.il/law/members/gilo/Gilo_Mizugim.pdf.
³ ראו Article 1 of COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004, זמין ב: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=EN>, וכן http://ec.europa.eu/competition/mergers/procedures_en.html; להרחבה על מדינות החברות באיחוד האירופי ראו: <https://www.slaughterandmay.com/media/64572/the-eu-merger-regulation.pdf>, בעמ' 29-34.
⁴ ראו <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-34/FullText.html>, וכן <https://mcmillan.ca/2018-Canadian-Merger-Notification-Threshold-Increases>.
⁵ ראו ס' 2, <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19950278/index.html>.
⁶ ראו, בעמ' 311 <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/2089960.pdf>.

שטרלינג באנגליה עצמה שהיה נהוג בעבר).⁷ בגרמניה יש צורך באישור אם מדובר בחברות שמחזור המכירות העולמי המצטבר שלהן עולה על 500 מיליון אירו, ואם מחזור המכירות המקומי של חברה אחת עולה על 25 מיליון אירו ושל החברה האחרת עולה על 5 מיליון אירו.⁸ במדינות אמריקה הלטינית הוגדר רף לפיו מחזור המכירות של חברה אחת או של שתי החברות עולה על כ-57.5 מיליון דולר, וכן, פטור מאישור מיזוג יינתן לחברות אשר מחזור המכירות המקומי שלהן לא עולה על כ-11.5 מיליון דולר.⁹

סקירה השוואתית זו מעלה כי מחזור המכירות מהווה מדד עולמי מקובל לאישור מיזוגים. לדעתנו, נכון להעלות את רף הסכום המינימלי של מחזור המכירות של החברות המתמזגות כחלק מהתייעלות רגולטורית, וזאת מתוך ניסיון להקל על חברות בבואן להתמזג. ככלל, מיזוג חברות נתפס כמהלך עסקי לגיטימי, בו חברות מאחדות כוחות לצורך צמיחה והתייעלות. צמצום הנטל הרגולטורי בנקודה זו צפוי להביא להקטנת מספר העסקאות הטעונות אישור של הממונה, ויסיר תנאי מתלה לביצוע עסקאות שאין להן השלכות תחרותיות פוגעניות. הרעיון המנחה לדעתנו הוא לקצר תהליכים רגולטוריים, מקום בו הדבר אינו פוגע באינטרס הציבורי: כאשר מדובר במיזוג חברות בסכומים שאינם גבוהים, ובמצב שבו לא קיים חשש מהותי להיווצרות מונופול.

לשם קביעה ועדכון של רף הסכום המינימלי, מוצע לערוך בדיקה כמותנית המציגה את המיזוג ביחס לנתוני הענף: כמות המיזוגים המגיעים לאישור באותו ענף בפרק זמן נתון; פילוח המיזוגים לפי סכומי המיזוגים; ביצוע הבחנה לפי מיזוגים שאושרו וכמה נדחו; מתוך המיזוגים שאושרו – לבדוק באילו מיזוגים דובר בסכום נמוך יחסית, ובאילו מקרים החברה המתמזגת הייתה חברה "קטנה". אפשרות נוספת היא השוואה בין סכום המיזוג להיקף הפעילות בענף הרלוונטי או לתוצר המקומי הגולמי. דהיינו, בדיקת הערך של המיזוג ביחס למחזור הענפי הידוע וביחס לת"ג המדינתי. אם המיזוג תופס נתח שוק קטן ביחס להיקף העסקאות בענף שבו מדובר, כלומר האחוז הוא אחוז נמוך, אזי ניתן להניח שמדובר במיזוג זניח.

לפי הנתונים הידועים, מדי שנה מוגשות כ-200 בקשות שנתיות למיזוגים של חברות שמחזור המכירות המשותף שלהן הוא עד כ-150 מיליון \$, וכ-90% מהן מאושרות בידי הרשות לאחר שהבדיקה מעלה כי אין בעייתיות בהליך המיזוג.¹⁰ כ-2% מכלל הבקשות למיזוג חברות לא אושרו, בעוד שבשנים קודמות מספר הסירובים לאישור מיזוגים של חברות היה אף נמוך מכך.¹¹ מתוך דוח רשות התחרות לשנת 2018 עולה כי מתוך 205 בקשות מיזוג, התנגדה הרשות לארבעה מיזוגים

⁷ ראו ס' 3.3, בעמ' 16, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284449/OFT1254.pdf; ראו גם <https://www.gov.uk/government/news/new-merger-and-takeover-rules-come-into-force>.

⁸ ראו ס' 35, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html.

⁹ ראו Clifford Chance, Merger Control in Latin America: Thresholds and Guidance for Antitrust Filings (2019), זמין ב: <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/PDFDocuments/merger-control-in-latin-america-thresholds-and-guidance-for-antitrust%20Filings.pdf>.

¹⁰ ראו למשל יובל אזולאי "מהפכה: מיזוגים של עד 350 מיליון שקל יאושרו אוטומטית" גלובס (7.9.2017) www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001204380.

¹¹ שם.

בלבד, ול-37% מבקשות המיזוג שהוגשו נתנה הרשות פטור.¹² בשנת 2017 הוגשו 161 בקשות מיזוג והרשות לא התנגדה אף לא לאחד מהם ובשנת 2016 הוגשו 192 בקשות מיזוג, והרשות התנגדה לארבעה.¹³ בין השנים 2016 ל-2017 הוגשו 57 ו-79 בקשות פטור.¹⁴

מתוך ממצאים אלה ניתן להסיק כי מרביתן של בקשות המיזוג זוכות לברכת הדרך של רשות התחרות – ממצא התומך בהעלאת רף הסכום המינימלי לאישור מיזוגים.

לעניין זה מתווסף שיקול הזמן: תקופת הביניים שבמהלכה חברות מחכות לאישור המיזוג עלולה להיות קריטית. החברות נתונות למצב של חוסר ודאות, שעה שברוב המוחלט של המקרים יתקבל האישור המיוחל. לרוב, החברות שנפגעות מעיכובים כאלה הן חברות קטנות ובינוניות. על פי סעיף 20(ב) לחוק התחרות הכלכלית, על הממונה על התחרות לאשר או לדחות מיזוג של חברות בתוך 30 יום. כידוע, בינואר 2019 הוארך משך הזמן שעומד לרשות הממונה לבדיקת מיזוגי חברות, מ-30 יום ל-150 יום.¹⁵ זמן הטיפול הממוצע ב-192 בקשות למיזוג שהוגשו לרשות ב-2016 עמד על 26.3 יום לבקשה; ואילו בשנת 2015 זמן הממוצע של טיפול בבקשת מיזוג בין חברות היה 29.2 יום. בשנת 2013 עמד משך הזמן הממוצע לטיפול בבקשות כאלה על 31.4 יום; וב-2012 היה משך זמן הטיפול הממוצע בבקשות אלה 27.5 יום.¹⁶ העלאת רף הסכום לאישור המיזוג תקטין את כמות הבקשות המוגשות, וממילא תאפשר לרשות לקצר את זמן ההמתנה של החברות המחויבות באישור.

כמובן, העלאת הרף המינימלי לא פוטר מהצורך לבדוק בנפרד היווצרות של מונופול או קיומו של הסדר כובל. כאשר הרשות בוחנת מיזוג, עליה להביא בחשבון אם "קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור באחת מאלה: (1) רמת המחירים של נכס או של שירות; (2) איכות נמוכה של נכס או של שירות; (3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה".¹⁷ נוסף לכך, נבחנת השאלה אם "כתוצאה מהמיזוג יהפכו החברות המתמזגות לבעל מונופולין",¹⁸ אם "אחת החברות המתמזגות היא בעל מונופולין",¹⁹ ומהו מחזור המכירות של החברות המתמזגות גם יחד.²⁰ כלומר,

¹² ראו דו"ח רשות התחרות לשנת 2018, דו"ח רשות התחרות לשנת 2018, www.gov.il/BlobFolder/reports/annualreport2018/he/publications_Rashut%20Taharut_2018.pdf. יצוין כי מתוך דוח הרשות המיזוגים שלא אושרו הם: התנגדות למיזוג בין בנק מזרחי-טפחות לבנק אגוד; אי-מתן פטור לשיתוף פעולה של חברות רכש המדיה פובליסיס ומדיה קום; התנגדות למיזוג בין חברות רכש המדיה ויניון ו-TMF; התנגדות למיזוג בין אל על לישראיר.

¹³ ראו דו"ח רשות התחרות לשנת 2018, שם, בעמ' 18.

¹⁴ ראו דו"ח רשות התחרות לשנת 2016, דו"ח רשות התחרות לשנת 2016, www.gov.il/BlobFolder/reports/freedominformationact/he/rashut%20hegbelim_2016.pdf, בעמ' 35; ראו גם www.gov.il/BlobFolder/reports/annualreport2017/he/publications_Rashut%20Hegbelim_2017.pdf, בעמ' 26.

¹⁵ ס' 14 א לחוק התחרות הכלכלית, הסיפא לסי' הוספה בחוק התחרות הכלכלית (תיקון מס' 21), התשע"ט-2019.

¹⁶ ראו דו"ח רשות התחרות לשנת 2018, לעיל ה"ש 12, בעמ' 17.

¹⁷ ס' 21(א) לחוק התחרות הכלכלית, השתמ"ח-1988.

¹⁸ ס' 17(א) לחוק התחרות הכלכלית.

¹⁹ ס' 17(א) לחוק התחרות הכלכלית.

²⁰ ס' 17(א) לחוק התחרות הכלכלית.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

לפי תקנות ההגבלים העסקיים (מרשם, פרסום ודיווח על עסקאות), על החברות לפרט את מטרת המיזוג ולצרף תרשים לתיאור מצב האחזקות לפני המיזוג ולאחריו, אם הוגשה בקשת מיזוג במדינות נוספות, אם מבוקש אישור לאופציה המוענקת בעסקה, ועוד. הטופס הקיים כיום מחייב פירוט מועט יחסית שמטרתו לבחון אם החברות עומדות בתנאי תקנה 4(ג) לתקנות ההגבלים העסקיים (מרשם, פרסום ודיווח על עסקאות).²⁸ על בסיס המידע הראשוני שהצדדים מספקים, וככל שהרשות זקוקה למידע נוסף, היא מבקשת מהצדדים לספקו. לעומת זאת, בטופס שלפי התקנות המוצעות, החברות נדרשות לספק מידע רב, בין אם המיזוג הוא מורכב מבחינה תחרותית, ובין אם לאו. כל החברות צריכות לספק את מלוא המידע, גם עם נתח השוק שלהן הוא זניח, וכולל מידע על היקפי מכירות, פרטי לקוחות וספקים, ונתונים אודות הדינמיקה התחרותית בשוקים.²⁹

שינוי דרישות הגילוי שלפי הטופס הוא משמעותי. לשם המחשה: לפי הדרישות החלות כיום, מיזוג בין חברות שחלקן המצרפי בשוק המוצר הרלוונטי נמוך מ-30%, מאפשר להגיש הודעת מיזוג מקוצרת, בה נכללים פרטים כלליים על החברות וחלקן בשוק. הליכי אישור מיזוג כאלה עתידים להיות מושלמים בממוצע תוך כשבועיים ימים.³⁰ טיוטת התקנות המוצעות מבטלת את טופס הודעת המיזוג הקצרה ומחייבת את הצדדים למיזוג למלא הודעה בנוסח אחיד, בין שמדובר במיזוג בעל השפעה משמעותית על התחרות, ובין שמדובר במיזוג זניח וחסר השפעה על התחרות. היקף המידע שאותו נדרשים הצדדים למסור לרשות הורחב דרמטית.

6

באופן דומה, חברות וקרנות זרות וחברות ישראליות שפועלות בחו"ל יידרשו לספק פרטים רבים על פעילותן ואחזקותיהן בחו"ל.³¹ לדוגמה, במיזוג בין חברות רב-לאומיות שפועלות גם בישראל, תידרש כל אחת לספק בהודעת המיזוג פירוט על מחזורי המכירות העולמיים והמקומיים (בישראל), ושל כל תאגיד שיש לה קשרי שליטה עימו, במישרין ובעקיפין; פירוט כל המוצרים והשירותים של החברה וכל תאגיד עם קשרי שליטה, שמתחרים למוצרים או לשירותי הצד השני למיזוג, או שמשמשים כתשומה, או שמשלימים או שנמכרים לאותו סוג לקוחות; פירוט הגשות בהתאם לדיני הפיקוח על מיזוגים במדינות אחרות; בעסקה בין מתחרים, פירוט כל תחומי פעילות החברה, לרבות כל תאגיד עם קשרי שליטה כלשהם; ובתנאים מסוימים, גם פירוט בנוגע לתאגידים (ובעלי השליטה בהם) שהחברה ובעל השליטה הסופי בה מחזיקים בהם, או בעלי זכות למנות נושאי משרה.

²⁸ תקנה 4(ג): "התקיים כל התנאים המנויים להלן, יהיו צדדים למיזוג רשאים להגיש הודעת מיזוג בנוסח הקבוע בטופס 3 שבתוספת (להלן – הודעה מקוצרת):

- (1) חלקן המצרפי בישראל של החברות המתמזגות, לרבות כל אדם קשור למי מהן, בשוק המוצר נושא עסקת המיזוג – אינו עולה על שלושים אחוזים;
- (2) אף אחת מהחברות המתמזגות, לרבות כל אדם קשור למי מהן, אינה בעל מונופולין בשוק מוצר משיק לשוק המוצר נושא עסקת המיזוג;
- (3) אף אחת מהחברות המתמזגות, לרבות אדם קשור למי מהן, אינה צד להסדר עם צד שלישי המתחרה בה בשוק המוצר נושא עסקת המיזוג."

²⁹ ראו פרק ב': עסקת המיזוג ופרטים נוספים על אודותיה לטיטת התקנות, זמין ב: www.nevo.co.il/law_html/Law11/45208.htm

³⁰ אלה לוי-וינריב "מומחי הגבלים עסקיים מזהירים: 'הליכי מיזוג צפויים להתייקר ולהפוך לסייט בירוקרטי מתמשך'" **גלובס** (1.8.2019) www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001295677

³¹ להודעת המיזוג יצורף תצהיר, כמצוין באתר רשות התחרות: <http://hegbelim.bvtech.co.il/Approval%20of%20transactions/Tfasim/onlinereport.aspx>

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה לחינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

עמדתנו היא, שדרישה למסור פרטים כה רבים עם הגשת הבקשה צפויה להקשות על החברות המתמזגות ולהכביד את הנטל הרגולטורי, שאותו הרשות דווקא מבקשת להקל. אמנם, יש בכך כדי לסייע לרשות לאסוף מידע רב על הענף הרלוונטי, אך ספק אם נכון לבקש את כל המידע מראש באופן גורף. לדעתנו, מטעמים של הקלת הנטל הרגולטורי, ראוי להשאיר את דרישות המידע במתכונת הקיימת והמצומצמת, תוך שהרשות תוכל לדרוש פרטים נוספים ככל שיידרש.

נשמח לעמוד לרשותכם בכל שאלה.

בברכה,

ד"ר איריס סורוקר, שופטת בדימוס, מנהלת

עו"ד ענבר גוטליב ריבקין, עוזרת משפטית

מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל