



רשות ההגבלים העסקיים

אישור מיזוג בתנאים לפי סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988:

Columbus Capital Corporation מקבוצת קלרידג' - כור תעשיות בע"מ¹

1. מבוא

1.1 כללי

את גדולי הקונצרנים בישראל פקדה לעת האחרונה שורה של מיזוגים, המביאה לכדי גידול משמעותי בהיקפם ובכוחם. מיזוגים אלה צופנים בחובם השפעה ניכרת מאד על המשק הישראלי בשנים הבאות. כך כשלעצמם, וכך במשולב עם תהליכים אחרים במשק. בכלל אותם מיזוגים, זה הנדון כאן: רכישת השליטה בקונצרן כור תעשיות בע"מ שהוא - על פי עדותו שלו - הגדול בישראל.

ביום 19 באוגוסט 1997 פנו אלי Columbus Capital Corporation מקבוצת קלרידג' (להלן ביחד: **"קלרידג'"**)², וכור תעשיות בע"מ (להלן: **"קונצרן כור"**), בבקשה כי אתן הסכמתי לעסקה בה רוכשת קלרידג' את השליטה בקונצרן כור, באמצעות רכישת אחזקות Shamrok Holdings בקונצרן כור ואיסוף מניות נוספות.³ בעלת השליטה בקלרידג' היא משפחת ברונפמן, ושותפה לה בעסקיה כאן משפחת קולבר.

¹ ביום 5 באוקטובר 1997 אישרתי את המיזוג נשוא החלטה זו, כאשר האישור צמוד בקשר בל יינתק למכלול של תנאים מגבילים, הכל כמפורט להלן. בהנמקתי זו מובאים טעמי של האישור דלעיל.

² מהעובדות שהוצגו בפני ביחס לבעלויות ב-Columbus Capital Corporation וב-Claridge Israel Inc., עולה כי החזקות Columbus Capital Corporation בישראל נמנות על החזקות קבוצת קלרידג', וכי עסקת הרכש האמורה מהווה "מיזוג חברות" בין כור לבין בעלי השליטה בקלרידג' וקלרידג' עצמה. ראה: **החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין רכישת מניות "נחושת" על ידי מר גרשון זלקינד**, הגבלים עסקיים (הוצאת ועד מחוז תל אביב, לשכת עוה"ד, 1994); **החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בדבר עסקת מיזוג בין החברות תנובה ואסם השקעות בע"מ**, הגבלים עסקיים (הוצאת ועד מחוז תל אביב, לשכת עוה"ד, 1997), ע"מ 76.

³ להגדרת המונח **"שליטה"** ראה פרק 8 להלן. בהסכם הרכישה שנכרת בין קבוצת שמרוק לקלרידג' רכשה קלרידג' 10.22% מהון המניות המונפק של כור ואופציה לרכישת 10.22% נוספים מהון מניותיה של כור. במקביל לכריתת הסכם הרכישה רכשה קלרידג', בבורסות לניירות ערך בניו יורק ובתל אביב, עוד 3.13% מהון מניות כור. בנוסף, בהודעת המיזוג שלה הודיעתני קלרידג' כי היא מתעתדת לרכוש מניות נוספות בכור, כך ששיעור אחזקותיה יעלה על 25% מהון מניותיה של כור. לבקשת הצדדים - ועל-אף האמור בהערות השוליים בטופס אישור המיזוג - אני מחיל אישור זה גם על מיזוג בשיעור העולה על 25% מזכות בתאגיד בכור, לרבות רכישת 50% או יותר מזכות כאמור.

משפחת ברונפמן, בראשות מר צ'ארלס רוזנר ברונפמן, עתירת נכסים ועסקים בקנדה, בארצות הברית ובמדינות אחרות. מזה שנים היא משקיעה ממון רב בתעשייה בישראל, תחת ניהול מר יונתן קולבר, ובהצלחה ניכרת. פעולות משפחת ברונפמן בארץ מתבצעות באמצעות Claridge Israel Inc, בה היא מחזיקה ביחד עם משפחת קולבר, ובאמצעות קרן רנסנס אשר קלרידג' משקיעה בה, משמשת יועצת לפעולותיה העסקיות, ומהווה בה גורם מרכזי ביחד עם הפרטים הפועלים במסגרתה.

המיזוג בין כור לקלרידג' נבחן בהשפעתו על התחרות ועל טובת הציבור, הן במישור השפעתו האופקית על ענפים בהם קיימת חפיפה בפעילות בין קונצרן כור לבין קלרידג', והן במישור השפעתו על התחרות בכוח ובפועל בין קונצרן כור ובין קלרידג' לבין גופים מרכזיים אחרים במשק, בענפי פעילותם השונים. בחינה זו אינה מתבצעת בחלל ריק. השליטה בקונצרנים הגדולים בישראל, ובראשם קונצרן כור, קבוצת אי.די.בי.-כלל וקונצרן בנק הפועלים, מתאפיינת בתקופה של שינויים גדולים. ראשית, רכישת מניות בהיקפים ניכרים ביותר בעקבות חקיקת תיקון 11 לחוק הבנקאות (רישוי), הביאה לאי.די.בי., שבשליטת משפחת רקנאטי,⁵ את השליטה בכלל (ישראל) בע"מ (להלן: "קונצרן כלל"). בכך מוזגה השליטה בקונצרן אי.די.בי., המחזיק בין היתר בחברת השקעות דיסקונט ובפי.אי.סי. החברה הכלכלית לישראל, עם השליטה בקונצרן כלל, ובא למשק קונצרן תעשייתי ששלוחותיו מגיעות מקצה המשק ועד קצהו (להלן, ביחד: "קבוצת אי.די.בי.-כלל").⁶ שנית, השליטה בבנק הפועלים על אחזקותיו הריאליות נמכרה לקבוצת משקיעים בראשות מר תד אריסון ומשפחת דנקנר (להלן: "קבוצת אריסון-דנקנר-בנק הפועלים"). בכך מוזגה שליטה באלה. שלישית, השליטה בקונצרן כור עוברת במיזוג זה מידי משפחת רוי דיסני, שמעורבותה בעסקים בישראל (מחוץ לקונצרן כור) מוגבלת, לידי משפחות ברונפמן וקולבר, המקיימות פעילות עסקית נרחבת בישראל. בכך מוזגה שליטה גם באלה.

מכלול שינויי שליטה בגדולי הקונצרנים בישראל יהפוך על פיהן אמיתות, שנראו כחוק. ריכוזי עוצמה תעשייתית ופיננסית אינם זרים לנוף המקומי, אך טיבם של אלה המתגבש שונה משקדם לו. שלא כבעבר, לא בשליטה ציבורית או ממשלתית מדובר, אף לא בשליטה מעין-ציבורית. ריכוזי השליטה והכוח נעים לבעלים פרטיים, מקומיים וזרים. על המעבר לבעלות פרטית יש לברך, לא להלין, שהרי העברת השליטה בנכסי ייצור מידי המדינה לידיים פרטיות תופעה חיובית היא, מטעמים רבים. עם זאת, תופעה זו מחייבת

⁴ קונצרן כור, וקלרידג', מהווים כל אחד **חברה רב-ענפית**, המכונה כאן **קונצרן** או **קונגלומרט**: חברה הפועלת בכמה ענפים שונים, אשר פעילותה בכל אחד מהם היא בעלת היקף משמעותי. דוגמא להגדרת קונצרן בחקיקה הישראלית ניתן למצוא בתיקון 11 לחוק הבנקאות (רישוי), התשנ"ו-1996: "תאגיד שהונג... עולה על 1250 מיליון שקלים חדשים, הפועל במישרין או בעקיפין ביותר משלושה ענפי משק שונים... וששווי סך כל השקעותיו בכל אחד מהם עולה על 12.5 מיליון שקלים חדשים..." הסכומים אמורים להתעדכן ב-1 בינואר בכל שנה."

⁵ יחידי משפחת קרסו שותפים מרכזיים למשפחת רקנאטי באי.די.בי.-כלל. לא ראיתי צורך, בשלב זה, לפרט את החזקות משפחת קרסו בהקשר הדיון הנערך כאן או את השפעתן על הנושאים הנדונים בהחלטה זו.

⁶ ראה **החלטת הממונה על הגבלים עסקיים על אי-מתן פטור מאישור בית הדין להסדר כובל: אנרגית המזרח התיכון** (13.5.97), טרם פורסם. ראה שם, בעמ' 27-28: "זה משכבר היוו כור, כלל ואי.די.בי., את שלושת הקונצרנים הריאליים הגדולים במשק; אך מעת שרכשה אי.די.בי. שליטה בקבוצת כלל... התעצמה בהרבה מידת הריכוזיות במשק ונגרע חלקה של התחרות. המיזוג דה-פקטו שבין קבוצת אי.די.בי. לבין קונצרן כלל... צובע באור בעייתי מיזמים משותפים... של כור ושל אי.די.בי.-כלל..."

היערכות נכונה מצד מערך הפיקוח על הגבלים עסקיים, לוודא שאין שכרנו בהיבט אחד יוצא בהפסדנו בהיבט אחר.

מכך, שהמיוזג הנדון כאן אינו עניין של יום ביומו. מורכבות השאלות המתעוררות קראה לבדיקה ובחינה, החורגות בהיקפן מאלה המאפיינות רבות מעסקאות המיוזג בהן דנה רשות ההגבלים העסקיים.⁷ אף פרישת הנימוקים למיוזג ארכה עתותיה. אקדים ואומר: הגעתי לכלל מסקנה כי יש לאשר את המיוזג, אולם לא כפי שהוצע, אלא בתנאים אשר יקטינו את ההסתברות לפגיעה בתחרות ובציבור כתוצאה מהמיוזג, ואת שיעור הנזק לתחרות העלול לנבוע ממנו.

2.1 מפת דרכים

1	מבוא
1.1	כללי
1.2	מפת דרכים
2	הצדדים למיוזג
2.1	כור תעשיות בע"מ
6	(א) אלקטרוניקה וטלקומוניקציה
7	(ב) חומרי תשתית ובניה
7	(ג) כימיה ואגרוכימיה
8	(ד) תחומי פעילות נוספים
2.2	קלרידג'
3	כמה הערות על מסגרת שיקול הדעת באישור מיוזג
4	השפעת המיוזג על התחרות במישור האופקי
4.1	תחום האנרגיה
4.2	טלקומוניקציה
4.3	בנייה ונדל"ן
5	חשש לפגיעה בתחרות בין הקונצרנים הגדולים כתוצאה מהמיוזג
5.1	שלושה חששות לפגיעה בתחרות
5.2	שיתופי פעולה עסקיים כחשש לפגיעה בתחרות - מסגרת הניתוח

⁷ המיוזג המוצע בין קלרידג' לבין כור הוא מיוזג בין שני קונצרנים (או שני קונגלומרטים - מונחים בהם אני משתמש כחלופיים זה לזה); לשון אחר, זהו מיוזג "בין-קונצרני". יש להבחין מיוזג בין-קונצרנים, ממונח דומה - אך שונה בתוכנו - "מיוזג קונצרני" או "מיוזג קונגלומרטי", המתאר מצב בו החברות המתמזגות עוסקות בתחומים נטולי זיקה זה לזה, ללא קשר לשאלת היותו של מי מהצדדים קונצרן בעצמו. ראה P. Areeda & D.F. Turner, *Antitrust Law*, (Little Brown & Co., 1994), ch. 13; 1980, vol. V §1100 H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy* (West Publishing Co., 1994), ch. 13; 1980, vol. V §1100 A pure conglomerate "v. The Procter & Gamble Company, 386 U.S. 568, 87 S.Ct. 1224, 1229, fn. 2. "merger is one in which there are no economic relationships between the acquiring and the acquired firm למיוזג בין קונצרנים, ככלל, הסתברות גבוהה יותר לפגיעה בתחרות.

17	(א) כללי
18	(ב) החשש לפגיעה בתחרות בין השותפים לבין שיתוף הפעולה העסקי
20	(ג) החשש לפגיעה בתחרות בין החוברים בשיתוף פעולה עסקי לבין עצמם
22	(ד) החשש כי שיתוף הפעולה העסקי יהווה תחליף לפעילות עצמאית של החוברים בו
22	(ה) החשש כי הצבר שיתופי פעולה עסקיים הנוצר במיזוג יפגע בתחרות
24	(ו) כאשר עצם המיזוג מקים אי-חוקיות בדמות הסדר כובל
26	5.3 שיתופי פעולה עסקיים כחשש לפגיעה בתחרות - ניתוח עובדתי ויישום
26	(א) הקונצרנים הגדולים
31	(ב) שיתופי פעולה עסקיים בין גדולי הקונצרנים
33	(ג) ניתוח העובדות
36	6. חששות נוספים לפגיעה בתחרות בגין המיזוג בין כור לבין קלרידג'
36	6.1 היעלמות קלרידג' כשחקן במשק הישראלי כתוצאה מהמיזוג
37	6.2 הגדלת הריכוזיות במשק כתוצאה מהמיזוג
39	7. דיון בתנאים שראוי להציב למיזוג
42	7.1 החשש האופקי
42	7.2 החששות משיתופי פעולה עסקיים
45	8. תנאי המיזוג
45	8.1 חלק ראשון: הגדרות
47	8.2 חלק שני: הוראות כלליות
47	8.3 חלק שלישי: תנאים מהותיים למיזוג

2. הצדדים למיזוג

2.1 כור תעשיות בע"מ

כור נחשבה בשנת 1996 הקונצרן התעשייתי הגדול במשק הישראלי, עת עמדה תרומתה לתוצר התעשייתי בישראל על כ-7%, לפי הדו"ח השנתי של כור לבורסה לניירות ערך בניו-יורק.⁸ קונצרן כור הוא בעל אחזקות דומיננטיות, מגוונות ומסועפות המתפרסות אלי ענפים רבים במשק; בליבת פעילותו שלושה תחומים: חומרי תשתית ובניה, אלקטרוניקה וטלקומוניקציה, וכימיה ואגרוכימיה. הכנסות הקונצרן בתחומי פעילות אלה יחדיו היוו בשנת 1996 77% מההכנסות המאוחדות של הקונצרן ו-89% מהרווח התפעולי שלו. בחלק ניכר מתחומי פעולתו מוקנה לכור מעמד דומיננטי בשוק הישראלי, המגיע תכופות כדי מעמד של "בעל מונופולין" בו. ביטוי לממדי הפריסה של הקונצרן ועוצמת שלוחותיו נמצא גם בעובדה, כי כיום מוכרזות שבע חברות שבשליטת הקונצרן כבעלות מונופולין:

⁸ Koor Industries Limited, Annual Report (1996), at p. 2.

1. **נשר מפעלי מלט ישראליים בע"מ** (להלן: "**נשר**") – החברה חולשת על כ-95% משוק המלט המקומי, היא יצרנית המלט היחידה בישראל, וגם היבואנית העיקרית שלו.⁹

2. **מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ** – החברה מוכרזת כמונופול (מונופסון) ברכישת גרוטאות ברזל. נוסף לאלה מוקנה לחברה מעמד דומיננטי בייצור מוצרי מתכת ופלדה שונים.

3. **צינורות המזרח התיכון בע"מ** – היצרנית והמשווקת הגדולה בישראל של צינורות פלדה מרותכים, ומונופולין מוכרז בייצור קטגוריות מסוימות של צינורות פלדה.

4. **פניציה מפעלי זכוכית בע"מ** – יצרנית מכלי הזכוכית היחידה בישראל.¹⁰

5. **מסופי מטען וניטול בע"מ (ממ"ן)** – בעלת מונופולין בניהול, תפעול ואספקת שירות של מסוף מטענים בהובלה אווירית.¹¹

6. **ת.מ.ן תעשיית מוצרי נייר בע"מ** – בעלת מונופולין בייצור שקי נייר.¹²

7. **חרושת חומרי נפץ בע"מ** – בעלת מונופולין בחומרי נפץ.¹³

הכרזות מונופולין אלה אינן משקפות את מכלול פעילויות קונצרן כור. רשימת החברות הדומיננטיות הנמנות על הקונצרן ושלוחותיו ארוכה בהרבה. אם קצרה היריעה מלפרט את מלוא מבנה אחזקותיו המסועף של קונצרן כור בכל אחד מענפי המשק השונים, אזכיר בקצרה את אחזקותיו המשמעותיות. בחלק מהמקרים מדובר במונופול בפועל, אף אם אין הוא מוכרז ככזה לפי החוק.

(א) אלקטרוניקה וטלקומוניקציה

תחום פעילות מרכזי של קונצרן כור, שהניב לאחרונה את התשואה הגבוהה ביותר על אחזקותיו, הוא תחום האלקטרוניקה והטלקומוניקציה. בשנת 1996 היוו ההכנסות מתחום זה 44.3% מההכנסות המאוחדות של הקונצרן ו-50.1% מהרווח התפעולי שלו. ענפי הטלקומוניקציה, לבדם, תרמו 26.8% להכנסות המאוחדות. שתי החברות העיקריות בתחום זה בקונצרן כור הן תדיראן בע"מ וטלרד בע"מ.

⁹ השליטה בנשר מוקנית לכור דרך שליטה במשאב ייזום ופיתוח בע"מ (להלן: "**משאב**"). לקונצרן 50% מזכויות ההצבעה וההון במשאב. יתרת הזכויות במשאב מוחזקות בידי קונצרן כלל. משאב, כשלעצמה, היא חברת החזקות רב-ענפית המאגדת בתוכה מספר חברות דומיננטיות בתחומן, בהן ידובר בהמשך. בנוסף לשבעה אלה יש לקונצרן כור החזקות במונופולים נוספים, דוגמת **טמבור בע"מ**, אשר משאב מחזיקה בו כ-23%.

¹⁰ מפעל החברה לייצור זכוכית שטוחה (פניציה אמריקה-ישראל בע"מ) נמכר לענק הזכוכית העולמי Guardian Industries Ltd.

¹¹ השליטה בממ"ן מוחזקת באמצעות משאב.

¹² השליטה בת.מ.ן מוחזקת באמצעות משאב.

¹³ השליטה בחרושת חומרי נפץ מוחזקת באמצעות משאב.

אף שאין החברות מוכרזות כמונופולין, הרי במכלול פעולתן מחזיקות טלרד ותדיראן יותר ממחצית בחלק ניכר מהשווקים בהם הן פועלות, ולעתים מגיע נתחן בשוק המקומי כדי 100%.¹⁴

תדיראן בע"מ – חברת אחזקות, הכוללת מספר חברות,¹⁵ שרובן מתמקדות בענפי התקשורת והטלקומוניקציה השונים. תדיראן היא גורם מרכזי בתחומי פעילותה. היא המובילה בפיתוח, בייצור ובשיווק מגוון מערכות, ציוד בזק, תקשורת ורכיבים אלקטרוניים לשווקים אזוריים וצבאיים. תדיראן אף משווקת מוצרי צריכה חשמליים באמצעות חברה בת שלה. היא עוסקת בין היתר בשיווק, פיתוח וייצור ציוד תקשורת מתקדם לרשתות תקשורת ציבוריות, עסקיות ופרטיות. לחברה כמה קווי מוצרים, לרבות ציוד מיתוג פרטי וציבורי, מוצרי תמסורת, ציוד ריבוב, רשתות תמסורת, מערכות גישה, ותקשורת נתונים. תדיראן נסחרת בבורסה לניירות ערך בניו יורק.

טלרד החזקות בע"מ – זו כוללת קבוצת חברות בענפי תקשורת מידע אלקטרונית ומערכות מיתוג פרטיות וציבוריות. טלרד היא היצרן הגדול ביותר של מערכות מיתוג פרטיות בישראל, ומספקת כ - 60% מציוד המיתוג הציבורי בישראל, כאשר את היתרה מספקת תדיראן תקשורת. לטלרד מספר חברות בנות והשקעות עיקריות, ובין טלרד טלקומוניקציה ואלקטרוניקה, כור מולטימדיה, וחברת גוונים טלוויזיה בכבלים בע"מ, המפעילה שירותי טלוויזיה בכבלים. חלק חשוב מפעילות החברה הוא בהספקת ציוד מיתוג ציבורי למדינות שונות (צ'ילה, רוסיה, בוליביה, אתיופיה ועוד).

טלרד ותדיראן, שתיהן בשליטה מלאה של קונצרן כור, מספקות זה שנים את עיקר ציוד התקשורת של בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן: "**בזק**"). בתחומי פעילות מסוימים, דוגמת המיתוג הציבורי, מהוות שתי החברות את הספקיות הבלעדיות של בזק. ישנם תחומי פעילות אחרים בהם אחת משתי החברות מהווה ספק בלעדי של בזק. בנוסף, לחברות גם פעילות נרחבת מאד מול מערכת הביטחון.

(ג) **חומרי תשתית ובניה**

אחזקות קונצרן כור במגזר פעילות זה מייצרות מגוון רחב של מוצרי בנייה ותשתית. הן כוללות את **נשר**, **מפעלי פלדה מאוחדים**, **צינורות המזרח התיכון**, וחברות נוספות. קונצרן כור מחזיק בנתח משוק ההובלה וההעברה, באמצעות אחזקותיו בחברת **תעבורה מכלי מלט בע"מ**, שלה נתח דומיננטי משוק ההובלה (בישראל).¹⁶ השליטה, באמצעות משאב, בענפים אלה הנמצאים על חוליות עוקבות בשרשרת הייצור, עלולה לכאורה לעורר חשש להגברת חסמי הכניסה באותם ענפים ובענפים קרובים. על משמעות האחזקות המונופוליסטיות והדומיננטיות בענפי התשתית וההובלה נאמר בהדו"חות הכספיים של כור לשנת 1996:

¹⁴ ראה: 9: Koor Industries LTD, U.S. Securities and Exchange Commission, Form 20-F, 1996, at p. 9.

¹⁵ בין החברות נמנות "החטיבות": **תדיראן תקשורת**, **תדיראן קשר**, **תדיראן סוללות**, **תדיראן מערכות**, **תדיראן טלמטיקס** ו**תדיראן ספקטלנק**; וכן **אלישרא מערכות אלקטרוניות**, **טכנולוגיה מתקדמת**, **קונתהל**, ו- **Talla-comm, Tallahassee Communication Industries**.

¹⁶ ההחזקה בתעבורה נעשית באמצעות משאב. כור מעורבת בשוק ההובלה גם באמצעות **שותפות תובל הובלות מ.כ. (1974)** (להלן: "**שותפות תובל**"). השותפות מובילה כ - 30% מהמלט המשווק בישראל בשקים. שותפות תובל מצויה בבעלות ובשליטה משותפים של קונצרן כור ושל כלל מימון מרכזי לתעשיות (1962) בע"מ, מקבוצת אי.די.בי.-כלל.

"תחומי פעילותה של קבוצת תעבורה הם סינרגטיים ומשלימים את מגזר חומרי הבנייה והתשתית של כור...".¹⁷

תרומת החברות בתחום פעילות זה, להכנסות כור לשנת 1996, עמדה על 17.2% מההכנסות המאוחדות ו 18.9% מהרווח התפעולי.

(ג) כימיה ואגרוכימיה

שתי חברות האגרוכימיה הגדולות בישראל, **מכתשים מפעלים כימיים בע"מ ואגן יצרני כימיקלים בע"מ**, נשלטות בידי קונצרן כור. חברות אלה הן ספקיות בינלאומיות ומקומיות מובילות של מוצרים אגרוכימיים גנריים, ובינם חומרי הדברה ומוצרים כימיים נוספים. פעילויות שתי החברות שלובות זו בזו, הן על דרך אחזקות מכתשים באגן, והן על דרך פרויקטים משותפים שונים.¹⁸

הכנסות הקונצרן מתחום פעילות זה היוו בשנת 1996 15.7% מההכנסות המאוחדות ו 20.2% מהרווח התפעולי של הקונצרן.

(T) תחומי פעילות נוספים

שלוחות הקונצרן משתרעות גם לענפי משק רבים אחרים, מחוץ לליבת פעילותו. אזכיר, בהקשר זה, את תחומי האנרגיה, התיירות והמזון.

1. **אנרגיה** - תחום חשוב בפעילות הקונצרן (7.3% מההכנסות המאוחדות, 4.9% מהרווח התפעולי בשנת 1996). לקונצרן כור שליטה משותפת, עם קבוצת אי.די.בי. כלל,¹⁹ בשתי חברות מרכזיות בתחום האנרגיה: **סונול ישראל בע"מ** (להלן: "**סונול**"), החברה השלישית בגודלה בענף שיווק תזקיית דלק ומוצרי נפט; ו**סופרגז החברה הישראלית להפצת גז בע"מ** - אחת החברות המרכזיות בענף שיווק הגז הפחמני המעובה (גפ"ם).

2. **תיירות** - בתחום התיירות מחזיק קונצרן כור בחברת **כור מפעלות תיירות**. זו פעילה בתחום המלונאות (דוגמת רשת מלונות שרתון), בתחום הליסינג (באמצעות **י.ד. כלי רכב ותחבורה**), בתחום התיירות (בית היתר באמצעות **היסתור-אלטיב**, חברה קמעונאית המפעילה סוכנויות תיירות),²⁰ ובתחום התעופה (באמצעות חברת **כנפיים-ארקיע**).

¹⁷ **כור תעשיות בע"מ, דו"חות כספיים לשנת 1996**, בעמ' 8.

¹⁸ לקונצרן כור כוונה למזג את שתי החברות. פעילות משולבת של שתי החברות קיבלה גם בעבר את אישור מערך ההגבלים העסקיים: **החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין ייצור לצורך ייצוא ושיווק משותף בחו"ל - אגן ומכתשים** (23.7.95, לא פורסם).

¹⁹ השליטה בחברות אלה נעשית באמצעות משאב, דרך חברת ההחזקות גרנית הכרמל בע"מ. במבנה זה שולט קונצרן כור במשותף גם על **וולקן מצברים בע"מ** - אחת משתי החברות המובילות בתחום מצברי הרכב בישראל.

²⁰ **היסתור-אלטיב** פועלת בשוק תחרותי ביותר, אף שבידיה כ- 15 משרדי תיירות. בהתחשב בנתוני הענף כולו - המכיל למעלה מ-5000 סוכנויות (וכמות משרדים גדולה יותר - אין לומר כי יש לקונצרן עמדה משמעותית בתחום זה.

3. מזון - בענפי המזון מחזיק קונצרן כור מספר חברות: הוד לבן, יונה, ופרי-הגליל.

עיון ברשימה זו - שאינה ממצה - ממחיש במידת מה את ממדי עצמתו של הקונצרן במשק הישראלי, ואת השפעתו הגדולה על המשק. אין (כמעט) מקבילה בשוק הישראלי לגוף אשר משקלו בתוצר התעשייתי המקומי כה גדול, ואשר משקלו בכל אחד מתחומי פעילותו כה דומיננטי. לפחות בתחום ליבת העסקים רחבת ההיקף בה פועל הקונצרן, יש באפשרותו להתחיל ולפעול בכל ענף המציג לדעת קברניטיו הזדמנות עסקית. בחינת מאפייני ההשקעה של כור בשנים האחרונות מלמדת כי לצד התמקדות, וצמצום פעילות בתחומים שונים, פעל קונצרן כור להרחבת פעילותו בתחומים אחרים.²¹

2.2 קלרידג'

קלרידג' היא חברת אחזקות רב-ענפית, בשליטת משפחת ברונפמן. משפחת ברונפמן עתירת נכסים וממון. עסקיה בישראל והשקעותיה מהווים אך חלק ממכלול פעילותה והשקעותיה, שהם חובקי עולם. עם זאת, יש לישראל מקום גדל והולך וגדל בעסקי הקבוצה. בעשור האחרון מנוהלות השקעות משפחת ברונפמן בישראל בידי מר יונתן קולבר, ומשפחת קולבר שותפה למשפחת ברונפמן בעסקיה כאן. בעשור זה - ועוד בטרם רכישת קונצרן כור - בוסס מעמד קלרידג' כגורם עסקי משמעותי וחשוב במשק הישראלי, והיא אף התמודדה זמן מה על רכישת בנק הפועלים במסגרת קבוצות משקיעים. קונצרן כור הוא מוקד הפעילות התעשייתי הראשון בישראל בו רוכשת קלרידג' שליטה, לאחר שנים בהן השקיעה ברכישת אחזקות מיעוט בענפים מגוונים במשק. כך, ממעורבות מוגבלת בדרך כלל בניהול שוטף של אחזקותיה, עוברת קלרידג' לעמדת ההגאי, המנווט את ספינת הדגל ומתווה אורחותיו של הצי. לאחר רכישת השליטה בו, אמור קונצרן כור להוות עוגן לנוכחות קלרידג' בישראל, ומרכז לפעילותה ואחזקותיה.²²

קלרידג' פועלת בישראל בשתי צורות. ראשית, יש לה אחזקות ישירות בחברות שונות במשק.²³ שנית, קלרידג' היא הגוף המרכזי בקרן רנסנס - Renaissance Fund LDC (להלן: "רנסנס"),²⁴ שהיא קרן השקעות לזמן קצוב בבעלות קונסורציום של משקיעים מקומיים וזרים.²⁵ קלרידג' מהווה את אחד המשקיעים העיקריים ברנסנס. במקביל מכהנת קלרידג' כיועצת ההשקעות (investment advisor) לפעולותיה העסקיות של קרן רנסנס בישראל, בנסיבות הסכמיות ואחרות מהן הסקתי כי יש לראות, בהקשר החלטה זו, את אחזקות רנסנס כחלק מאחזקות קלרידג' לצורך בחינת השלכות המיזוג.

²¹ אחד מהיעדים האסטרטגיים של הקונצרן הוא להרחיב את ליבת פעילותו לתחום נוסף.

²² ראה לדוגמא תחילת הליכים להעברת החזקות קלרידג' באי.סי.איי. טלקום לידי קונצרן כור, כנגד הקצאת מניות כור לידי קלרידג', בתקופה שבין מתן אישור המיזוג לבין פרסום ההנמקה לו.

²³ בדפוס זה נחלקות ההחזקות, כך שלמשפחת ברונפמן כ-85% מהזכויות ולמשפחת קולבר היתרה.

²⁴ קלרידג' מחזיקה 14.5% מהזכויות בקרן.

²⁵ החזקות קרן רנסנס הן לתקופה מוגבלת של שבע שנים, החל מאפריל 1994, בכפוף לאופציה להארכת התקופה עד שלוש שנים נוספות. קרי, החזקות הקרן מוגבלות עד לאפריל 2001, ואם תמומש האופציה - עד אפריל 2004, והכל בכפוף לתנאי אישור מיזוג זה.

חשיבות קבוצת קלרידג' במשק הישראלי ומעמדה בו כחברת אחזקות רב-ענפית גדלים בהתמדה זה מספר שנים. המיזוג המוצע ממחיש היטב את משקלה המאמיר, ואת עוצמת הגופים עתירי הממון, הידע, המשאבים והניסיון העומדים מאחוריה. עוצמה זו מאפשרת לקלרידג' להפוך באבחה אחת - העסקה הנדונה בהחלטתי כאן - לשחקן מוביל במשק הישראלי.

עיקר אחזקותיה הישירות והעקיפות של קבוצת קלרידג' הן בענפי הטלקומוניקציה (אי.סי.איי טלקום - 11.1%; כללקום - 24.3%; פרמצבטיקה (טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ - 4.2%); אנרגיה ("פז" חברת נפט בע"מ - למעלה מ-30% במישרין ובעקיפין) בניה ונדל"ן (שיכון ופיתוח כ-24.9%); סחר בינלאומי (ישראלקס - 71.5%) ועיתונות באנגלית (Jerusalem Report - 71.5%).²⁶

3. כמה הערות על מסגרת שיקול הדעת באישור מיזוג

אמת המידה. סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים מעניק לממונה על הגבלים עסקיים, עת נדרש הוא לבחינתו של מיזוג מוצע, סמכות מפורשת להתנגד למיזוג או להגבילו בתנאים, אם מצא כי קיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או לפגיעה בציבור:

"הממונה יתנגד למיזוג או יתנה אותו בתנאים אם לדעתו 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 שירות;
- (3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה."

זוהי אמת המידה החקיקתית לבחינתן של עסקאות מיזוג, ותכליתה לגונן על התחרות בעסקים ועל הציבור מפני פגיעה אפשרית. פגיעה בתחרות צפויה לפגוע בציבור, שכן פירות התחרות מחיר זול יותר, ייצור כמות "נכונה" יותר, איכות גבוהה יותר, גיוון רב יותר ושירות טוב יותר.

ככלל, תחרות מביאה להקצאת משאבים יעילה יותר ובכך היא מאפשרת לנצל את הקיים בצורה המיטבית.²⁷ גם בית המשפט העליון עמד כבר על הקשר האמור בין הפגיעה בתחרות לפגיעה בציבור, למשל בבג"צ 588/84 ק.ש.ר. סחר אזבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים:²⁸

"תחרות בריאה וחופשית בין יצרנים מבטיחה לצרכנים את המוצר בעל האיכות הטובה ביותר, במחיר הסביר ביותר, המשקף בצורה המדויקת ביותר את הביקוש שלו. כמו כן, תחרות מהווה תמריץ ליעול, לחדשנות ולפיתוח, דבר שיביא להורדה בהוצאות הייצור ולעלייה באיכות המוצר... התארגנות חברות לקרטל או למונופול

²⁶ בענפי הטלקומוניקציה והאנרגיה גם לקונצרן כור מאחז משמעותי.

²⁷ ראה באופן כללי: 49 *Economic Journal* 549 (1939) J. Vickers, ; N. Kaldor, "Welfare Propositions in Economics," 47 *Oxford Economic Papers* 1 (1995) "Concepts of Competition,"

²⁸ פ"ד מ(1) 29, 37-38; וראה גם: ע"א 371/89 ליבוביץ נ' אליהו, פ"ד מד(2) 309, 327; בג"צ 174/80 תור אויר נ' יו"ר המועצה להגבלים עסקיים, פ"ד לט(1) 169, 178.

נותנת להן כוח כלכלי רב ושוללת את היתרון שצומח לו, לצרכן, מתחרות חופשית, שכן הכוח יכול להיות מנוצל לרעה לקביעת מחירים לרצונם של הנהנים מההסדר, להימנעות מנקיטת אמצעים להתייעלות ולקידום ולאי הקפדה על איכותו של המוצר.²⁹

אמר בהקשר אחר בית הדין להגבלים עסקיים:³⁰

"התחרות הנה ערך מוגן ששיטת המשפט שלנו שמה לה למטרה לשמרו. תכליתו של חוק ההגבלים העסקיים היא להסיר מכשולים הנערמים על דרכה של תחרות חופשית. מטרה זו תואמת את התיאוריה הכלכלית כמו גם את הניסיון האמפירי, המלמדים כי תחרות חופשית מהווה בסיס הכרחי לקידום הרווחה הכלכלית המצרפית לאורך זמן...

גישתו של המחוקק לגבי חשיבותה של התחרות תואמת את התיאוריה הכלכלית הליברלית, אשר... הכירה בכך שמנגנון השוק התחרותי, כשהוא חופשי... יביא לתוצאות טובות יותר מאשר שיטות כלכליות חלופיות."

פגיעה בתחרות ופגיעה בציבור.³¹ אין זהות בין מבחן הפגיעה בתחרות למבחן הפגיעה בציבור, הן בהקשר אישור מיזוגים והן בהקשרים אחרים. למשל, כעולה מסעיפים 9 ו-10 לחוק ההגבלים העסקיים, ניתן מטעמים של טובת הציבור לאשר הסדר הפוגע בתחרות.³² הפגיעה בציבור מהווה עילה שלא לאשר מיזוג לפי סעיף 21 לחוק; הפגיעה בציבור בשימוש בכוח מונופוליסטי מהווה הפרת סעיף 29 לחוק³³ - במקרים אלה יש זיקה משמעותית, אך לא זהות, בין פגיעה בתחרות לבין פגיעה בציבור. בכל מקרה, מובן כי את הביטוי "פגיעה בציבור" יש לפרש נוכח מטרות חוק ההגבלים העסקיים ויעדיו.³⁴

מבחן תוצאתי. המבחן הקבוע בסעיף 21 תוצאתי באופיו: האם קם חשש סביר כי המיזוג המוצע עלול לפגוע בתחרות או בציבור? אם מתקיימת תוצאה אסורה זו, של פגיעה בתחרות או בציבור, על הממונה להתנגד למיזוג, או למנוע את התוצאה האסורה על דרך התניית תנאים למיזוג. כך הדבר, בין אם הפגיעה הצומחת מן המיזוג עולה מהתחייבויות חוזיות למניעת תחרות, או מחבירת מתחרים תחת קורת גג אחת,

²⁹ חשוב לענייננו כי בעקבות חוק-יסוד: חופש העיסוק, עקרון התחרות החופשית הפך בישראל לעקרון חוקתי. ראה: נ' כהן, "תחרות מסחרית וחופש העיסוק" **עיוני משפט** יט (תשנ"ה) 353, 368.

³⁰ ה.ע. 1393/95 **בנק אדנים למשכנתאות נ' המועצה הישראלית לצרכנות** (טרם פורסם), 13.

³¹ על הזיקה שבין פגיעה בתחרות לפגיעה בציבור, ראה גם ערר 7/95 **בזק החברה הישראלית לתקשורת נ' הממונה על הגבלים עסקיים** (טרם פורסם), בעמ' 8-10. הפגיעה בציבור, כמשמעה בסעיף 21 ובסעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים, מתפרשת על רקע עקרון היסוד בחוק, של הזיקה בין פעולה עסקית או מצב עסקי לבין הפגיעה בתחרות, ועניינה - בין היתר - הנזק הצפוי להיגרם לציבור כתוצאה מפגיעה בתחרות או מהיעדרה של תחרות. ראה להלן.

³² שם, בעמ' 35-43. ברור כי הנטל שיש להרימו אגב אישור הסדר כזה כבד במיוחד, נוכח גישת המחוקק לפיה כל הסדר הפוגע בתחרות נושא בכניסו נזק לציבור.

³³ ראה גם סעיפים 30 ו-31 לחוק ההגבלים העסקיים.

³⁴ כך לדוגמא, נראה מהאמור בהחלטה זו כי ריכוז אחזקות צולבות בין גדולי הקונצרנים במשק אינו מהווה רק פגיעה בתחרות, אלא גם פגיעה בציבור העומדת על רגליה שלה. ראה להלן.

או מיצירת מבנה אחר העלול לפגוע בתחרות.³⁵ אסורה התוצאה - פגיעה בתחרות או בציבור - תהא הדרך עדיה אשר תהא.

פיקוח מראש. אחד מחידושי המרכזיים של חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988, אשר החליף את החוק מתשי"ט, היה בהוספת פרק לפיקוח על מיזוגים.³⁶ כפי שנקבעה החובה לקבל אישור מראש לכל הסדר כובל, כך נקבע הפיקוח על מיזוגים להיעשות בטרם מיזוג, ex ante, ולא בדיעבד, ex post. בחוק גלומה הנחה כי פיקוח יעיל על כוח שוק צריך להיעשות **טרם** היווצרותו, ולא לאחר התהוות הפגיעה ממנו. שני טעמים עיקריים לכך: יעילות הפיקוח מראש בהשוואה לפיקוח בדיעבד, ולכן המעטת הפגיעה בתחרות ובציבור; וכן העלאת סף הוודאות עסקית, ובכך הפחתת הסיכון הכרוך בעסקה והוזלת עלויותיה.

טיבו של הפיקוח על מיזוגים, ככזה הצופה פני עתיד, קובע את אופי שיקול הדעת שמפעיל הממונה בהקשרו. פיקוח מראש על מיזוגים מתבסס על הערכות באשר להשפעות עתידיות שלהם, ואין הממונה נדרש - אף אין הוא יכול - לבסס הערכתו בדבר הפגיעה הצפויה אך על נתונים עובדתיים אמפיריים.³⁷ על הממונה לגבש הערכה ברורה בדבר הפגיעה בכוח הטמונה במיזוג לתחרות או לציבור. עליו לשקול, מחד, את היתרונות לתחרות הגלומים במיזוג, דוגמת היתרון לגודל, התייעלות החברות המתמזגות, או יכולתן להתחרות בשחקנים אחרים בשוק. עליו לשקול, מאידך, גם את הפגיעה בתחרות שצופן המיזוג בחובו, ובכלל זה את ההשלכה שתהיה להפחתת מספר השחקנים בשוק - בפועל או בכוח - על התחרות בו. תחרות משוכללת מחייבת מתחרים במספר מספיק. הפחתת מספר המתחרים בשוק על דרך המיזוג עלולה להפחית תחרות בו באופן משמעותי.

סבירות החשש לפגיעה ומידת הפגיעה הצפויה. במיוחד גובר החשש מפני פגיעתו של מיזוג בתחרות או בציבור, כאשר מביא המיזוג ליצירת מבנה שוק מונופוליסטי או אוליגופוליסטי, או כאשר הוא מקבע מבנים קיימים כאלה או מפחית באופן משמעותי את הסיכוי ליצירת תחרות בהם. אם מיזוג מקדם את השוק באופן משמעותי לכיוונים אלה, עלול לקום חשש סביר לפגיעה בתחרות או בציבור, שאז על הממונה להתנגד למיזוג, או להציב לו תנאים אם יש בהם כדי להפריך את סבירותו של אותו חשש או להקטין באורח משמעותי את מידת הנזק לתחרות או לציבור העלול להיגרם מהמיזוג.

לכן שני יסודות כאן, שחייב הממונה לבחון בכל בקשת מיזוג: **סבירות החשש לפגיעה בתחרות, ומידת הפגיעה הצפויה בה. שקלול ההסתברות לפגיעה בתחרות, עם מידת הפגיעה הצפויה, מהווה את תוחלת**

³⁵ ראה, למשל, החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעיסקת **המיזוג בין עץ לבד בע"מ ותעשיות והשקעות של ספן בע"מ**, ההגבלים העסקיים, הוצאת ועד מחוז תל - אביב לשכת עורכי הדין, כרך ג', 104, בע"מ 112.

³⁶ ראה דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד 1983, הצ"ח 1647, הצ"ח תשמ"ד, 39, וכן ל.א. קסטנבאום, "הערות והרהורים על הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד 1983", **משפטים** טו (תשמ"ו), 453, 462-470.

³⁷ ראה ערר 2/94 **תנובה עוף הנגב נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, הגבלים עסקיים (הוצאת ועד מחוז ת"א, לשכת עוה"ד), כרך ב' 159, 167: "לעניין הפגיעה ראוי לציין כי כאשר מדובר במיזוג - מטבע הדברים אנו עוסקים בפגיעה עתידית, כלומר בפגיעה צפויה, להבדיל מפגיעה קיימת... את תוצאותיו של המיזוג כפי שהוצע (או כפי שאושר על ידי הממונה בתנאים...) ניתן אך להעריך".

הפגיעה האפשרית של המיזוג בתחרות או בציבור.³⁸ בבחינת ההסתברות לפגיעה יש להביא בחשבון מגוון שיקולים, תמיד מתוך נקודת הנחה לפיה מטרתו של גוף עסקי היא להשיא את רווחיו (או את שוויו) לאורך זמן, על כל המשתמע מכך. גם בבחינת מידת הפגיעה בתחרות יובאו בחשבון שיקולים שונים, לרבות זהות הגופים המתמזגים, מעמדם ועצמתם בשוק לפני המיזוג ולאחריו; התחרות הקיימת או האפשרית בין הגופים המתמזגים לבין עצמם; דפוס התחרות שהיה מתקיים בשוק אלמלא המיזוג; ההשפעה שתהיה למיזוג על דפוסי הביקוש וההיצע בשווקים הרלוונטים, ועל מחירי המוצר או השירות, כמותו, איכותו, גיוונו או השירות הניתן בהקשרו; נחיצות המיזוג להשגת המטרה הכלכלית עברה נרקם, לעומת ההשלכות שצפוי כי יהיו לו, למיזוג, על התחרות בענף; וכיוצא באלה.³⁹

4. השפעת המיזוג על התחרות במישור האופקי

בראשית נבחן את הממד האופקי בין אחזקות בפועל של הגופים המתמזגים: האם נוצר בשל המיזוג קשר בין מתחרים, אשר יש בו כדי להפחית את התחרות? שלושה היבטים אופקיים בתחרות **בפועל** מתקיימים במיזוג המוצע: תחום האנרגיה, תחום הטלקומוניקציה ותחום הנדל"ן. קיום היבט אופקי, כשלעצמו, אינו מלמד בהכרח על פגיעה בתחרות או בציבור. לראיה, מבין שלושה התחומים בהם קיים ממד אופקי במיזוג זה, רק בתחום האנרגיה עלול לקום חשש משמעותי של פגיעה בתחרות בפועל. במקביל מעלה המיזוג חששות משמעותיים לפגיעה בתחרות **בכוח** בענפים אחרים, ועל כך ארחיב בהמשך הדברים.

4.1 תחום האנרגיה

החברות המבקשות להתמזג מחזיקות בחברות מתחרות בענפי שיווק תזקי הדלק והגפ"ם. אלה שני ענפים נפרדים, חשובים וריכוזיים בלב משק האנרגיה בישראל. קבוצת קלרידג' מחזיקה במישרין ובעקיפין בלמעלה מ-30% מהון המניות המונפק של פז חברת נפט בע"מ (להלן: "פז"), היא חברת שיווק תזקי הדלק הגדולה בישראל. קונצרן כור שולט ביחד עם קבוצת אי.די.בי-כלל בסונול, החברה השלישית בגודלה בענף זה. תמונה דומה משתקפת באחזקות קלרידג' וכור בשתיים מחברות שיווק הגפ"ם המובילות בישראל - פזגז (1993) בע"מ וסופרגז בע"מ, בהתאמה.

משקי הדלק והגז במדינת ישראל היו בעבר הלא רחוק שוק סגור וריכוזי. במשך השנים קם מבנה אוליגופוליסטי בשני הענפים, בהם פעלו שלוש חברות גדולות: פז, סונול, ודלק חברת הדלק הישראלית. בעקבות רפורמות שהונהגו בענפי שיווק תזקי הדלק והגפ"ם הצטרפו חברות חדשות לענפים אלה. לענף שיווק תזקי הדלק נוספו דור אנרגיה (1988) בע"מ, אלון חברת הדלק לישראל בע"מ, ואחרות. לענף שיווק הגפ"ם נוספו דורגז בע"מ, גז-גל בע"מ, ואחרות. הרפורמה במשק הדלק נועדה, בין היתר, לאפשר חופש כניסה לגורמים נוספים בענף וליצור תנאים לקיומה של תחרות חופשית. ברם, חברות הדלק החדשות התקשו לחדור לענף שיווק הדלק, וזאת בין היתר בשל התקיימותם של הסדרים קובלים ענפיים

³⁸ בכל מקרה, כדרישת סעיף 21 לחוק, חייב להתקיים לפחות "חשש סביר" לפגיעה "משמעותית" בתחרות בענף או בציבור - משמע, נדרש רף מינימלי הן של הסתברות והן של נזק בכדי לבוא בגדר האמור לעיל.

³⁹ P. Areeda & D.F. Turner, **Antitrust Law**, (Little Brown & Co., 1980), vol. IV, ¶907

בין חברות הדלק הגדולות לבין תחנות תדלוק. רשות ההגבלים העסקיים נדרשה לא אחת לבדיקת ענפי שיווק הדלק והגפ"ם. כמה מבדיקות הרשות הסתיימו בקביעות הממונה לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים.⁴⁰ סוגיות אחרות מצאו דרכן לבתי משפט שונים,⁴¹ לבית הדין להגבלים עסקיים,⁴² ולבית המשפט העליון.⁴³

בעקבות המיזוג המוצע צפויה קבוצת קלרידג' לחלוק (באמצעות שליטתה בקונצרן כור) את השליטה בסונוול ובסופרגז, ובמקביל להיות בעלת השפעה משמעותית במתחרותיהן, פז ופזגז. קשרים צולבים אלה, אם יוותרו לאורך זמן, יעצימו את אי-התחרותיות שבמבנה האוליגופוליסטי בענפי שיווק תזקי הדלק ושיווק הגפ"ם. קיומם של קשרים צולבים אלה מעלה חשש ניכר כי כתוצאה מהמיזוג, לאורך זמן תופחת באופן משמעותי התחרות בפועל בין חברת הדלק הגדולה ביותר לבין אחת משתי מתחרותיה הגדולות (חלק השוק המצטבר של שתי החברות עולה על 50%), וכן כי תופחת התחרות בין שתיים מחברות שיווק הגפ"ם הגדולות.⁴⁴ לכן המיזוג המוצע, בקושרו בין חברות מובילות בשווקים ריכוזיים, שממילא התחרות בהם מוגבלת, מאיים לפגוע באופן משמעותי בתחרות. בעיה אופקית זו מונעת את אישור המיזוג כפי שהוצע, ומחייבת, לכל הפחות, את התנייתו בתנאים. תנאי נדרש במקרה דנן, שיש בו כדי להתיר את הקשרים האופקיים בין החברות המתחרות, הוא הפסקת האחזקה של קבוצת קלרידג'-כור באחת משתי חברות שיווק תזקי הדלק ובאחת משתי חברות שיווק הגפ"ם.

4.2 טלקומוניקציה

השלכות אופקיות למיזוג יש גם בענף הטלקומוניקציה. המיזוג המוצע יוצר קשר בין טלרד ותדיראן מחד, לבין אי.סי.איי. טלקום בע"מ מאידך,⁴⁵ שהרי כור שולטת בתדיראן ובטלרד, ואילו קלרידג' מחזיקה בגוש

⁴⁰ קביעת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין הסדר כובל בין חברות הדלק "דלק ו"סונוול" לשיווק משותף של מערכת "דלקן 2000" (26.1.97, טרם פורסם); קביעת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין הסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות תדלוק, הגבלים עסקיים (הוצאת ועד מחוז תל-אביב, לשכת עוה"ד, 1994), 19; הודעת הממונה על הגבלים עסקיים בדבר עדכון קביעתו מיום 28.6.93 בנוגע להסדרים כובלים בין חברות הדלק לתחנות התדלוק (כ"א כסלו, תשנ"ה, 14.12.95; החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בנוגע להסדרים כובלים בין חברת דלק לבין מפעילי תחנותיה (28.1.97, טרם פורסם); החלטת הממונה על הגבלים עסקיים על אי מתן פטור מאישור בית הדין להסדר כובל: אנרגיה המזרח התיכון, 13.5.97, טרם פורסם).

⁴¹ ראה, למשל: ת.א. (י-ם) 161/94 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' תחנת דלק עיר שלם (לא פורסם); ת.א. (ת"א) 1350/96 פז חברת נפט בע"מ נ' משה רסקס (לא פורסם).

⁴² ערר 1,2,3/93 דלק חברת הדלק הישראלית נ' הממונה על הגבלים עסקיים, הגבלים עסקיים (הוצאת ועד מחוז תל-אביב, לשכת עוה"ד, כרך א', 1994), 283.

⁴³ בג"צ 326/96 יוסף כספי נ' הממונה על הגבלים עסקיים (טרם פורסם); בג"צ 1896/95 החברה להובלת דלק בע"מ נ' שר התחבורה (לא פורסם).

⁴⁴ תוצאה זו בעייתית גם נוכח זיקת הבעלות (דרך קבוצת אי.די.בי.-כלל) הקיימת בין סונוול לבין חברת דלק.

⁴⁵ אי.סי.איי. טלקום נסחרת בבורסה לניירות ערך בניו יורק לפי שווי שוק של יותר משני מיליארד דולר. מוקד תחום של החברה בדחיסת נתונים, והיא מהמובילות בתחומה בעולם. לחברה ארבעה קווי מוצרים עיקריים, ביניהם מוצרי גישה, מערכות ריבוב סינכרוניות (SDH) ומערכות תקשורת אסינכרוניות (ATM) ותקשורת נתונים. מרבית פעילות החברה מופנית למכירות לשווקי העולם. בשוק המקומי היא מוכרת רק כ-5% מתוצרתה.

המניות השני בגודלו באי.סי.איי. טלקום,⁴⁶ חברה מהמובילות בתחומה בעולם (קבוצת אי.די.בי.-כלל שולטת באי.סי.איי. טלקום).⁴⁷

בבקשת המיזוג כאן, כמו גם בבקשות מיזוג אחרות שהוגשו לרשות ההגבלים העסקיים על-ידי תדיראן תקשורת, מוצגת אי.סי.איי. טלקום כמתחרה. זאת ועוד, לשתי החברות שיתופי פעולה עסקיים לקידום שיווק מוצריהן בצוותא.⁴⁸ לאחרונה אף חברו השתיים במיזם משותף, **תדיראן-אי.סי.איי מערכות סינכרוניות** שמו,⁴⁹ ובאמצעותו זכו במכרז גדול של בזק. משמע, יש והן עוסקות באותם תחומי פעולה ויכולות להציב תחרות זו לזו. בנוסף, יש לתדיראן וטלרד מחד, ולאי.סי.איי. טלקום מאידך, מוצרים משלימים על שרשרות ייצור שונות.

חרף אלה, בפועל מצומצמת התחרות בין תדיראן או טלרד מחד, לבין אי.סי.איי. טלקום מאידך. בעיקר מהוות החברות מתחרות בכוח זו לזו. לכן, לאחר שבחנתי את תחומי פעילות החברות, את מידת החפיפה בין מוצריהן השונים, את מידת היותן מתחרות בכוח, את השווקים בהם הן פועלות, ואת מידת הפעילות של אי.סי.איי. טלקום בישראל, הגעתי לכלל מסקנה כי חרף ההשלכה האופקית בתחום הטלקומוניקציה שיש למיזוג, אין בה כשלעצמה וכשהיא לבדה, כדי להקים במישור האופקי - בהיבט זה של תחום התקשורת - חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור כתוצאה מהמיזוג.

4.3. בנייה ונדל"ן

הבט אופקי נוסף במיזוג המוצע מצוי בענפי הבנייה והנדל"ן. **כור נכסים**, חברה בת של קונצרן כור, עוסקת ברכישת נדל"ן ובפיתוחו. החברה כרתה מספר הסכמים לבניית פארקים תעשייתיים ומסחריים וכן בניינים באתרים שונים בישראל.⁵⁰ אחזקות בנדל"ן יש גם למשאב, המצויה בשליטה משותפת של קונצרן כור עם קבוצת אי.די.בי.-כלל. קבוצת קלרידג', מצדה, מחזיקה במניות **שיכון ופיתוח**, חברה בת של אזורים חברה להשקעות בפתוח ובבניין בע"מ אשר בשליטת קבוצת אי.די.בי.-כלל. שיכון ופיתוח עוסקת בייזום, תכנון, ארגון, פיקוח וניהול של פרויקטים; היא אחת החברות הגדולות העוסקות בתחום זה. היא

⁴⁶ קבוצת קלרידג' מחזיקה 11.1% מהמניות באי.סי.איי. טלקום. מר יונתן קולבר מכהן כיו"ר הדירקטוריון של אי.סי.איי. טלקום. מאז אישור המיזוג הודיע קונצרן כור-קלרידג' כי החזקות קלרידג' באי.סי.איי. יועברו לכור, כנגד הקצאת מניות חדשות בכור לידי קלרידג'. אם תמומש העסקה, יתחזקו בכך הן הקשר האופקי בין טלרד ותדיראן לבין אי.סי.איי., והן אחיזת קלרידג' בכור.

⁴⁷ לקבוצת אי.די.בי. מוקנית השליטה בחברת אי.סי.איי. טלקום מכוח החזקתה בגוש המניות הגדול בה; קרי, המיזוג יוצר קורת גג משותפת לשלוש חברות ציוד התקשורת הגדולות בישראל, ובמקביל מקים קשר כבד משקל (נוסף) בין קונצרן כור-קלרידג' לקבוצת אי.די.בי.-כלל.

⁴⁸ בהחלטה זו, שיתוף פעולה עסקי - במובנו הרחב, לרבות מיזמים משותפים, החזקה של מניות או זכויות אחרות בתאגיד, ושיתופי פעולה כלכליים ועסקיים אחרים.

⁴⁹ החברה האמורה בוצעה באמצעות ייסודן של שתי מסגרות משפטיות: תדיראן - אי.סי.איי. מערכות סינכרוניות (1992) בע"מ ותדיראן - אי.סי.איי. מערכות סינכרוניות שותפות מוגבלת. כאשר בחברה בע"מ שותפות החברות בחלקים שווים, ואילו בשותפות החברה מהווה שותף כללי.

⁵⁰ לדוגמא, כור נכסים מעורבת גם באלה: פרויקט חוצות הכרמל - פרויקט משרדים גדול; הקמת גן תעשיות ביקנעם לתעשייה ומסחר; בניית גן תעשייה חדש בקרית הפלדה בעכו; הקמת אתרי נופש לתיירות בסמוך לעתלית.

מחזיקה בשטחי נדל"ן רבים, בעיקר במשרדים וחנויות אותם היא משכירה, וכן בקרקעות המשמשות אותה לצורך פעילותה העסקית.

לכאורה, עיקר פעילותה של כור נכסים בפרוייקטים תעשייתיים ומסחריים באמצעות בניה בשטחי נדל"ן שברשותה, ואילו שיכון ופיתוח מתמקדת בתחום הבנייה למגורים. ברם, בהזדמנויות שונות התבטאו ראשי כור נכסים כי החברה לא תימנע מלהיכנס גם לתחום הבנייה למגורים בהינתן הזדמנויות כדאיות מבחינה כלכלית. עולה מן האמור כי כור נכסים ושיכון ופיתוח הן לכל הפחות מתחרות בכוח. עם זאת, נוכח משקלה הנמוך יחסית של כור נכסים בענפים אלה, מחד, ומידת התחרותיות הגבוהה בהם, מאידך, מצאתי כי אין בהיבט זה של המיזוג המישור האופקי - בתחום הנדל"ן - כדי להקים בפני עצמו חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור.

5. חשש לפגיעה בתחרות בין הקונצרנים הגדולים כתוצאה מהמיזוג

5.1 שלושה חששות לפגיעה בתחרות

המיזוג, כפי שהוצע, מקים חשש לפגיעה בתחרות ובציבור על רקע שיתופי הפעולה העסקיים הקיימים בין כור לבין קבוצת אי.די.בי.-כלל, שיתופי הפעולה העסקיים הקיימים בין קלרידג' לבין קבוצת אי.די.בי.-כלל, והשלכתם המצטברת על התחרות.

הסביבה העסקית לפעילות שלוש הקבוצות הנזכרות כאן מלמדת על מעמדן המרכזי במשק הישראלי. מתוך מעמד זה נגזר הצורך החיוני בקיום פוטנציאל הולם לתחרות בין הגופים לבין עצמם, בענפי פעולתם השונים. שיתופי פעולה עסקיים משמעותיים בין שניים או שלושה הגופים העסקיים הרב-ענפיים הגדולים ביותר במשק, פוגעים בסיכוי לתחרות בין גופי ענק אלה לבין עצמם, ואף מקום בו הסיכוי לתחרות אינו נשלל, צפויים אותם שיתופי פעולה, באופן סביר, להשפיע על מידת התחרות בענפים השונים ועל עצמתה. הסביבה העסקית בה פועלות הקבוצות הנזכרות כאן כוללת שיתופי פעולה עסקיים, ובינם אחזקות צולבות של הקבוצות. **ככל שצפוי המיזוג בין קלרידג' לבין כור להגדיל באופן משמעותי שיתופי פעולה כאלה, הפוגעים בתחרות בענפים שונים, כך רב הסיכוי כי הוא עלול להביא לפגיעה בתחרות או בציבור.**

אבחן להלן את השלכות המיזוג על התחרות בין גדולי הקונצרנים במשק. תחילה אנתח את השאלה מהפן המשפטי שלה, ואחר-כך אעבור לניתוח הפן העובדתי וליישום הניתוח המשפטי.

5.2 שיתופי פעולה עסקיים כחשש לפגיעה בתחרות - מסגרת הניתוח

(א) כללי

תחרות מחייבת נוכחות מספר מספיק של מתחרים בכל אחת מחוליות הפעילות (ייצור, שיווק, רכישה, וכיוצא באלה). מספר המתחרים יפחת כאשר קמים שיתופי פעולה עסקיים בין המתחרים. שיתופי פעולה עסקיים בין מתחרים משמעם, בדרך כלל, חשש לפגיעה בפעולתם העצמאית והבלתי תלויה, וממילא עלול הדבר, במקרים רבים, לעלות כדי חשש של ממש לפגיעה בתחרות. הפגיעה יכולה להתבטא בהפחתת התחרות בין הגופים החוברים לבין עצמם, או בהפחתת התחרות בין הגופים החוברים לבין שיתוף הפעולה

העסקי בו חברו. שיתוף פעולה עסקי יפגע בתחרות במידה גדולה יותר ככל שהגופים עליהם הוא משפיע - הגופים שהתחרות בינם לבין עצמם נפגעת כתוצאה מקיום שיתוף הפעולה העסקי - מרכזיים יותר לתחרות בפועל או בכוח בענפי המשק הרלוונטיים.

אין חולק גם כי שיתופי פעולה עסקיים, שצפונה בהם פגיעה מסוימת בתחרות, עשויים לשאת בכנפיהם יתרונות רבים,⁵¹ לרווחת הציבור ואף לקידום התחרות. יתכן שיתוף פעולה עסקי בין מתחרים בפועל או בכוח, שהתועלת הגלומה בו עשויה לעלות על נזקו. במקרה כזה קובע חוק ההגבלים העסקיים הליכים לאישור שיתוף הפעולה העסקי, אם באמצעות אישור הסדר כובל אפילו גלומה בו פגיעה בתחרות,^{52, 53} ואם באמצעות אישור מיזוג.

(ג) החשש לפגיעה בתחרות בין השותפים לבין שיתוף הפעולה העסקי⁵⁴

כאשר גופים חוברים בשיתוף פעולה עסקי, הם אינם צפויים להתחרות בו. ממילא הקמת שיתוף פעולה עסקי עלולה לפגוע בתחרות, לעומת מצב בו כל אחד מהגופים היה פועל בעצמו באותו התחום.⁵⁵ תחרות כזו, בין הצדדים לשיתוף הפעולה העסקי לבינו, אינה צפויה לקום כי היא תקטין, ככלל, את רווחי כל הנוגעים בדבר. החיובים הכרוכים בשיתוף הפעולה העסקי גם יבלעו חלק ממשאבי השותפים, וממילא תופחת יכולתם להתחרות בשיתוף הפעולה העסקי.⁵⁶ שיתוף הפעולה העסקי, מצדו, לא ייטה להתחרות בבעליו, נוכח יכולתם לכוון את פעילותו, המידע שבידם על פעילותו, תלות מנהליו בבעלים, וכיוצא באלה. עמד על כך בית-המשפט העליון בארצות הברית, באחת מההלכות המנחות בעניינם של שיתופי פעולה עסקיים, **Penn-Olin**:⁵⁷

⁵¹ דוגמאות ליתרונות היכולים לצמוח משיתופי פעולה עסקיים הם, לדוגמא, יתרונות לגודל ולהיקף (economies of scale and scope), צבירת מסה מינימלית הנדרשת לביצוע השקעה או פעילות, יתרונות חיצוניים (external economies), וגיוון סיכונים.

⁵² מ' מזרחי, "מיזם משותף כהסדר כובל", **משפטים** כג' (תשנ"ו), 213. ראה גם: **Timken Roller Bearing Co. v. U.S.**, 341 U.S. 598 (1951): "Nor do we find any support in reason or authority for the proposition that agreements between legally separate persons and companies to suppress competition among themselves and others can be justified by labeling the project a 'joint venture.' Perhaps every agreement and combination to restrain trade could be so labeled".

⁵³ לשיקול דעת הממונה במתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, ראה **החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין אי-מתן פטור מאישור הסדר כובל לאנרגיית המזרח התיכון** (13.5.97, טרם פורסם); וראה פסק דינו של המשנה לאב"ד להגבלים עסקיים, כב' השופט עדיאל, בערר 1/97 **איסכור שירותי פלדות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים** (11.12.97, טרם פורסם).

⁵⁴ ראה: **Re agreement between British Telecommunication and MCI** (Case IV/34.867) [1994].

⁵⁵ שונה המסקנה מקום בו אף אחד מהגופים לא יכול היה לפעול בתחום, בעצמו או ביחד עם אחרים, אלמלא הוקם שיתוף הפעולה העסקי בין הצדדים לו. שילוב סינרגטי בין שתי טכנולוגיות משלימות הוא דוגמא לכך.

⁵⁶ ראה: מזרחי, הערה 52 לעיל, בעמ' 223: "כל התקשרות מגבילה את העסק במידה כזו או אחרת, אפילו אם נשמר חופש הפעולה המשפטי שלו בשוק. יש טעם בכך שכל עסקה, שיש לה חשיבות מבחינת גריעה ממשאביו החופשיים של העסק, לא תצא מעגל הפקוח, והשפעתה על התחרות תיבחן."

⁵⁷ **U.S. v. Penn-Olin Chemical Co.**, 378 U.S. 158 (1964), 169-170.

"If the parent companies are in competition, or might compete absent the joint venture, it may be assumed that neither will compete with the progeny in its line of commerce. Inevitably, the operations of the joint venture will be frozen to those lines of commerce which will not bring into competition with the parents, and the latter, by the same token will be foreclosed from the joint venture's market."

וכך אצלנו, מפי המשנה לאב"ד להגבלים עסקיים, כב' השופט עדיאל, בעניין **איסכור שירותי פלדות בע"מ** נ' **הממונה על הגבלים עסקיים**:

"...למיזם משותף, מעצם טבעו, עלולה להיות השפעה שלילית על התחרות, שכן כל שיתוף פעולה עסקי, גם בלא שיכלול כבילה משותפת, עלול לפגוע בתחרות."⁵⁸
(הדגשה אינה במקור)

מסקנה זו, המבוססת על ניתוח תמריצים כלכליים, הפכה בדיון הישראלי לחובה משפטית להימנע מתחרות, לפחות לגבי סוגים מסוימים של שיתופי פעולה עסקיים. בית המשפט העליון קבע, למשל, כי אסור לצד למיזם משותף להתחרות בו.⁵⁹ איסור כזה קיים אפילו לא כללו אותו הצדדים בהסכם ביניהם.⁶⁰ חובת ההימנעות מתחרות נגזרת מן התכלית המשותפת לצדדים למיזם; הפרתה דינה כפעולה שלא בתום לב. הקמת מיזם משותף כורכת עמה התחייבות של כל אחד מהשותפים למיזם שלא להתחרות בו.⁶¹ עמד על כך בית-הדין להגבלים עסקיים בעניין **דטה קאר**, מפי אב"ד להגבלים עסקיים, כב' השופט נאור:⁶²

"כעקרון... כל מיזם משותף שולל מהצדדים את החופש להתחרות בו אף אם אין בהסכם ההקמה הגבלה מפורשת על התחרות."

⁵⁸ **איסכור שירותי פלדות בע"מ** נ' **הממונה על הגבלים עסקיים**, (11.12.97, טרם פורסם), בעמ' 7.

⁵⁹ ע"א 415/88 **החברה הכלכלית לאילת (חכ"א) בע"מ** נ' **ברטון תכנון וייצור בע"מ**, פ"ד מג(4), 672, 678: "המדובר היה בהקמתו וניהולו של עסק למטרות רווח של שני הצדדים. בעת כריתת החוזה צפה כל אחד מהצדדים שהצד השני יעשה להגדלת ההכנסות של העסק וממילא של כל אחד מהם. מכך משתמע שכל אחד מהם צפה, כדבר המובן מאליו, שהצד השני לא יעשה במתכוון כל פעולה שיהיה בה כדי להפחית הכנסות אלה. נמצא שהקמתו וניהולו של עסק מתחרה על אחד הצדדים - על אותו שטח ממש - העלולה לגרום להפחתת ההכנסות מהעסק הקיים, הינה פגיעה במטרה המשותפת והמוסכמת ופוגעת בזכויות שרכש הצד האחר על פי החוזה. למעשה, עצם פנייה של המערער אל המשיבה בהצעה שתשתתף עמה בהקמת החניון בנוסף, מעידה על כך שאף היא הכירה בזכותה זו של המשיבה. המסקנה המתבקשת היא, איפוא, שלא בחיוב חדש עסקינן אלא באחד מהחיובים שהצדדים קבלו על עצמם במסגרת החוזה, חיובים שהחוק מחייב אותם לקיים בדרך המקובלת ובתום לב. מה שעשתה המערערת הוא הפרה של חובה זו ובדין פסק השופט המלומד כפי שפסק."

⁶⁰ שם. וראה גם סעיף 39 לפקודת השותפויות [נוסח חדש], התשל"ה-1975.

⁶¹ התחייבות כאמור היא הגבלה במובן סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, מן הטעם הפשוט שהתקשרות בשיתוף פעולה עסקי "עלולה למנוע" תחרות בין הצדדים לבין שיתוף הפעולה העסקי. יוער, כי בנסיבות מסוימות התחייבות זו יכולה לעלות גם כדי כבילה לפי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים. כך, למשל, בנסיבות מסוימות ניתן לראות את אי-התחרות כסוג של חלוקת שוק בין הצדדים לבין שיתוף הפעולה העסקי. נמצא, כי כניסה של מתחרים (בפועל ובכוח) לשיתוף פעולה עסקי עלולה להוות הסדר כובל כשלעצמה. להלן מובהר הקשר בין הסתברות הפגיעה בתחרות להסדרים כובלים.

⁶² ה"ע 465/95 **דטה קאר** נ' **הממונה על הגבלים עסקיים** (טרם פורסם).

התוצאה היא כי בין בהתקיים חובה משפטית ובין בהעדרה, אין צפויה תחרות בין שיתוף פעולה עסקי לבין השותפים בו. הגבלת התחרות עשויה לנבוע גם משותפות במניות בחברה, במיוחד בחברה פרטית שבעלי מניותיה ספורים.⁶³

(ג) החשש לפגיעה בתחרות בין החוברים בשיתוף פעולה עסקי לבין עצמם

שיתופי פעולה עסקיים, מעצם מהותם, רוקמים "יחסי קרבה" בין הצדדים החוברים בשיתוף הפעולה האמור. קרבה זו עלולה לרסן את התחרות בפועל ובכוח בין הצדדים.

יפים בעניין זה הדברים שנפסקו בארצות-הברית בפרשת **Northern Natural Gas Company**:⁶⁴

"The joint venture puts the parents, particularly if they are competitors, in dangerous proximity to discuss and act jointly on aspects of their business apart from the joint venture and creates an aura of cooperative team spirit which is apt to dampen competitive fires between the firms involved." (emphasis added)

לענייננו, נדרש חשש סביר לפגיעה בתחרות בין הצדדים לבין עצמם, או בין צד לשיתוף הפעולה העסקי לבין צד ג', אם בהסדר כובל מדובר, או פגיעה בתחרות או בציבור, אם במיזוג מדובר. **בשני המקרים אין המבחן מניעתה של תחרות - די בפגיעה בה.** כאן אנו שואלים האם שיתוף הפעולה העסקי יפגע בתחרות באופן משמעותי: ירסן אותה, יתחום את היקפה, יביא לשיתוף פעולה בין מתחרים, יביא לתיאום בין מתחרים, או יביא לשינוי דפוס התחרות בין הגופים בתחומים נוספים.⁶⁵

אמרתי על כך עוד בהחלטתי בעניין אנרגיית המזרח התיכון:

"שיתוף פעולה - מיזמים משותפים - בין הקונגלומרטים מגדיל את החשש לריסון התחרות בינם לבין עצמם. אינטרס מהותי משותף בין גופים עסקיים צפוי להקטין ולעתים אף למנוע תחרות ביניהם; מיזם משותף הוא דוגמא מוכרת לאינטרס מהותי משותף כזה, הן בעצם קיומו, והן במסגרת לשיתוף פעולה שהוא יוצר, ואשר עלולה להוות בתנאים מסוימים אמצעי לתיאום בין-קונגלומרטי בהיותו תווך נוח להעברת מידע... אין לצפות בשום אופן כי שני גופים, החולקים בינם לבין עצמם אינטרסים כלכליים משותפים, שהיקפם ניכר ושתרומתם לרווחיות כל קבוצה משמעותית ביותר, יתחרו זה בזה בתחומי פעולה אחרים, באותו האופן בו היו מתחרים זה בזה אלמלא חלקו ביניהם עסקים משותפים מרכזיים כל-כך."

⁶³ ראה, למשל: ע"א **הסס נ' לסלו**, פ"ד יז(2) 758; סעיף 230 להצ"ח חוק החברות החדש, התשנ"ו-1995, הצ"ח 2432, תשנ"ו, בעמ' 2; א' פרוקציה, **דיני חברות חדשים לישראל** (ירושלים, 1989), בעמ' 352-357.

⁶⁴ **Northern Natural Gas Co. v. FTC**, 399 F.2d 953, 972. דברים אלה נאמרו בהקשרם של מיזמים משותפים ונכונים הם גם לשיתופי פעולה עסקיים אחרים.

⁶⁵ "שיתוף פעולה בין שני הקונגלומרטים הגדולים במשק הישראלי עלולות להיות לו השלכות בתחום התחרות, שאין לומר עליהן כי הן מגבילות באופן "לא משמעותי" את התחרות בעסקים..." **החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין אי-מתן פטור לאנרגיית המזרח התיכון** (13.5.97, טרם פורסם).

החשש לפגיעה בתחרות בין החוברים בשיתוף פעולה עסקי לבין עצמם אינו מתייחס רק לפגיעה בתחרות בפועל, אלא גם לפגיעה בתחרות בכוח. זהו ממד חשוב של פגיעה בתחרות. גם במשפט האמריקאי מושם דגש גם על הפגיעה בתחרות בכוח, לסוגיה השונים, בין החוברים בשיתוף פעולה עסקי לבין עצמם.⁶⁶ לתחרות בכוח, לסוגיה השונים, הוקנתה בארצות-הברית חשיבות רבה, עד כי החשש לפגיעה בתחרות בכוח נתפס שם, בנסיבות מסוימות, כשקול לפגיעה בתחרות בפועל.

החשש לפגיעה בתחרות בכוח גובר מקום בו מהווים החוברים גורמים דומיננטיים בענפים הרלוונטיים,⁶⁷ לא כל שכן במשק בכלל. בתנאי המשק הישראלי, ובמיוחד נוכח ריכוזיות גבוהה בענפים רבים מחד, וגיוון ההשקעות והאחזקות של הקונצרנים מאידך, יש לייחס משקל רב ליכולתם של גורמים דומיננטיים להיכנס לשווקים חדשים, לרבות שווקים בהם פועל הקונצרן הגדול האחר, ובמיוחד שווקים בהם הוא פועל באופן כמונופול.

ברור כי ההסתברות להשפעת שיתוף פעולה עסקי על החוברים בו, אם לעניין תחרות בפועל ואם לעניין תחרות בכוח, עולה ככל שעולה משקל שיתוף הפעולה העסקי במכלול עסקי החוברים, ככל שמספר שיתופי הפעולה העסקיים המשותפים רב יותר, או במידה שמתקיימות במיזם נסיבות אחרות המקימות חשש לפגיעה בתחרות, דוגמת הפיכת שיתוף פעולה עסקי פורום מפגש משותף בין עובדים בכירים של השותפים. לא כל שיתוף פעולה עסקי בין שותפים יפגע בתחרות, בעיקר אם יתלוו לו תנאים ראויים. בוודאי לא כל שיתוף פעולה עסקי בין קונצרנים ענקיים יפגע בתחרות ביניהם. ואולם קיים החשש כי שיתופי פעולה עסקיים גדולים מאד, או כי הצבר של שיתופי פעולה עסקיים קטנים יותר, או כי היווצרות דפוסי עבודה משותפים המתפתחים כתוצאה מקיום שיתופי פעולה עסקיים, או נסיבות אחרות, יביאו לאורך זמן לפגיעה משמעותית בתחרות בפועל ובכוח בין הגופים. בהתקיים נסיבות חריגות - ובמיוחד כאשר לצדדים לשיתוף הפעולה העסקי משקל חריג בעצמתו ובהיקפו במשק - עלול הדבר לעלות כדי פגיעה משמעותית בתחרות בעסקים או בציבור.

(T) החשש כי שיתוף הפעולה העסקי יהווה תחליף לפעילות עצמאית של החוברים בו

חשש מרכזי לפגיעה בתחרות כתוצאה מקיומו של שיתוף פעולה עסקי הוא כי שיתוף הפעולה יהווה תחליף לפעילות עצמאית של החוברים בו.⁶⁸ עקב חשש זה, והפגיעה בתחרות הנגזרת ממנו, נקבע במשפט המשווה

⁶⁶ D.F. Turner, "Conglomerate Mergers and Section 7 of the Clayton Act," 78 **Harvard Law Review** 1313 (1965) ; T. Dunfee ; J. Brodley, "Potential Competition Mergers: A Structural Synthesis" 87 **Yale Law Journal** 1 (1977) & L. Stern, "Potential Competition Theory as Antimerger Tool under Section 7 of the Clayton Act: A Decision Model," 69 **Northwestern University Law Review** 821 (1975).

⁶⁷ Yamaha Motor Co., LTD. v. FTC, 657 F.2d 971 ; U.S. v. Falstaff Brewing Corp., 410 U.S. 526 (1973), 559-562 1984 U.S. Department of Justice, Merger Guidelines, ¶2, 4 ; (1981).

⁶⁸ ראה: **U.S. v. Penn-Olin Chemical Co.**, 378 ; **U.S. v. Penn-Olin Chemical Co.**, 378 ; **Re agreement between British Telecommunication and MCI**, supra note ; U.S. 158 (1964).

כי על השותפים לשיתוף הפעולה העסקי להראות שלא היה באפשרותם להיכנס לשוק ולהישאר בו, אלמלא חברו להם בשיתוף פעולה עסקי.⁶⁹

(ה) החשש כי הצבר שיתופי פעולה עסקיים הנוצר במיזוג יפגע בתחרות

כאשר מיזוג חברות יוצר הצבר של שיתופי פעולה עסקיים בין הגוף הממוזג לבין גוף אחר, עלול הדבר לעלות כדי "פגיעה משמעותית בתחרות" או "פגיעה בציבור", כמשמעות מונחים אלה בסעיף 21 לחוק. כך, כאשר לחברה א' שיתופי פעולה עסקיים עם חברה ג', ולחברה ב' שיתופי פעולה עסקיים עם חברה ג', וחברות א' ו-ב' מתמזגות כך שלגוף הממוזג (א'+ב') קם הצבר שיתופי פעולה עסקיים עם חברה ג' הצפוי באופן סביר להשפיע על התחרות בין הגוף הממוזג לבין חברה ג', עשוי הדבר בתנאים מסוימים להקים עילה להתנגד למיזוג או להתנותו בתנאים. הקושי לתחרות שמציבים שיתופי פעולה עסקיים מוחמר מאד כאשר אלה באים לעולם **בענפים ריכוזיים ביותר** - כפי שהדבר בענייננו.

מתי יהפוך הצבר שיתופי פעולה עסקיים, הנוצר אגב מיזוג, לכדי פגיעה משמעותית בתחרות או לפגיעה בציבור? בכדי להשיב לשאלה זו יש לבחון את נסיבות המקרה, לרבות זהות הצדדים לשיתוף הפעולה העסקי, מעמדם, כוחם ואורחות התנהגותם בשוק;⁷⁰ קיומם של גורמים "משותפים" לשיתופי הפעולה העסקיים של הצדדים למיזוג, וקיומה של "מסורת" שיתופי פעולה עם גורמים משותפים אלה והשלכותיה התחרותיות;⁷¹ קיומם של שיתופי פעולה עסקיים עם מתחרים בכוח או בפועל של הצד האחר למיזוג; הצטברות של שיתופי פעולה עסקיים לאחד הצדדים למיזוג עם מתחרה כאמור; ההשפעה המצטברת של שיתופי הפעולה העסקיים של שני הצדדים למיזוג; וכן מידת הכרחיות החבירה בכל שיתוף פעולה עסקי לקיום הפעילות בשווקים האמורים, ויכולתם של הצדדים לשיתוף הפעולה העסקי לפעול באופן עצמאי באותם שווקים אלמלא קיומו.

אין זו רשימה סגורה של פרמטרים, אך יש בה לבטא אמת פשוטה: בעידן בו תאגידים עסקיים, ודאי קונצרנים כאלה המתמזגים כאן, פועלים בסביבה עסקית רב ענפית, מגוונת ומשתנה, ונתונים במסכת של שיתופי פעולה עסקיים מסוגים שונים - בעידן כזה שוב אין די, לצורך בחינתו של מיזוג, בבדיקת אחזקותיהם של הצדדים למיזוג ובסכימתן. כאן מתחייבת בדיקת הסביבה העסקית במסגרתה פועלים

⁶⁹ הרציונל מאחורי גישה זו הוא, כי רק בידי החוברים המידע באשר ליכולתם האמור. ראה בעניין גישה זו: **Re agreement** "It has not been demonstrated", at p. 30554 **between British Telecommunication and MCI**, supra note conclusively that the creation of Newco is the only objective means for parent companies to enter and stay in the market..."

⁷⁰ בחינת הגישה במשפט המשווה לעניין בעייתיות שיתופי פעולה עסקיים וחוקיותם, מגלה כי הקביעות השיפוטיות נעשו שם מתוך מבט רחב, בהתחשב בהיבטים השונים של השוק הרלוונטי, מעמד הצדדים לשיתוף הפעולה העסקי ביחס לנעשה בשוק, והשפעתם בפועל או בכוח על הנעשה בשוק. ככל שמשקלם של הצדדים לשיתוף הפעולה העסקי בשוק הרלוונטי היה גדול יותר, זוהתה סכנה גדולה יותר שטומן שיתוף הפעולה העסקי לתחרות. בהקשר זה נלקחו בחשבון גם נתוני השוק ובכללם: מידת הריכוזיות בו, תנאי הכניסה והיציאה ממנו, גמישות הביקוש של המוצר או השירות נשוא שיתוף הפעולה העסקי, וכיוצא באלה נתונים המלמדים על מכלול הנעשה בשוק.

⁷¹ לעתים תעיד העובדה כי שיתוף הפעולה העסקי מהווה הסדר כובל על השימוש שעשוי הגוף הממוזג לעשות בכוחו המאוחד, פרי המיזוג. היסטוריה עסקית משמשת כלי לבחינת תוצאות עסקה או הסדר על מצב התחרות, במיוחד בתחום המיזוגים. ראה החלטת הממונה בעניין **רכישת מניות נחשת חברה להשקעות בע"מ על ידי קיטאל השקעות ופתוח בינלאומי בע"מ**, "ההגבלים העסקיים", הוצאת ועד מחוז תל אביב לשכת עורכי הדין בישראל, בעמוד 143.

הצדדים למיזוג, ובחינת ההשלכות שתיוודענה לקשרים כאלה בשדה התחרות ובפריזמת התמריצים לתחרות.

ברור כי הצבר שיתופי פעולה עסקיים, כשלעצמו, אין בו די לבסס פגיעה משמעותית בתחרות. ברם, בהיעדר טעמים עצמאיים לקיום שיתוף הפעולה העסקי שאין בהם פגיעה בתחרות, וככל שלצדדים לשיתוף הפעולה העסקי מעמד, יכולת ועתירות הון, ככל שכוחו של שיתוף הפעולה (או הגוף המכיל אותו) גדול יותר והוא חולש על תחומים וענפים משמעותיים ואף ריכוזיים, וככל שבידי כל אחד מהצדדים היכולת לקיים בעצמו את הפעילות נשוא שיתופי הפעולה - כן עלולה לגדול ולהעצים הסתברותה, ממשותה ומידתה של הפגיעה הצפויה בתחרות ובציבור.

ביטוי לחשש לפגיעה בתחרות כתוצאה משיתופי פעולה עסקיים בא לכלל ביטוי גם בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים. הואיל ושיתופי פעולה עסקיים עלולים להפחית את התחרות ולרסנה בין החוברים לבין עצמם, ובין החוברים לבין שיתוף הפעולה העסקי, עלול שיתוף פעולה עסקי להקים חשש סביר לפגיעה בתחרות. על רקע האמור לעיל, ברור כי חבירה בשיתוף פעולה עסקי עלולה בנסיבות שונות להביא לכך ש"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."

מה הדין כאשר עצם ביצוע המיזוג מקים הסדר כובל, שלא התקיים קודם לכן?

אין כל הסכם בלעדיות והיא מוכרת לגורמים רבים. במקרה כזה, אם נמזג את חברה א' עם חברה ב', יפסיק הסכם הבלעדיות להיות הדדי שהרי חברה ב' - עתה חלק מהגוף הממוזג - מוכרת לגורמים רבים, ולא רק לחברה ג'. במקרה כזה נוצר קשר בין סוגיית ההסדר הכובל לבין סוגיית המיזוג, אשר תמנע את אישור המיזוג עד קבלת היתר להסדר הכובל, או שתביא להצבת תנאי לו - דרישה כי חברה א' תסיים את הסכם הבלעדיות שלה עם חברה ג' כתנאי למיזוג - מיד או לאורך זמן, לפי אופי הכבילה וטיבה. **מיזוג היוצר הסדר כובל ראוי ככלל שלא לאשרו עד להכשרת ההסדר הכובל, או שיש להתנותו בתנאים שימנעו את היווצרות ההסדר הכובל.**

דוגמא אחרת לכך היא במיזוג בין שתי חברות, חברה א' הפועלת בענף פלוני, וחברה ב' הפועלת בענף אלמוני, כאשר לחברה א' מסכת של שיתופי פעולה עסקיים עם חברה ג' הפעילה בתחום אלמוני. אם יצא המיזוג לפועל, עלולות אחזקות חברה א' בחברה ג' להפוך להיות הסדר כובל בגין השפעתן על התחרות בין החברה הממוזגת (א+ב) לבין חברה ג'. גם כאן ראוי ככלל להתנגד למיזוג עד לאישור ההסדר הכובל, או להתנותו בתנאי לפיו תיפטר חברה א' מאחזקותיה בחברה ג' - מיד או לאורך זמן, כאמור לעיל, או להתנות תנאי אחר למניעת הפרת הוראות סעיף 2 לחוק.

לא כאן המקום לדון בפרוטרוט מהן הנסיבות ההופכות שיתוף פעולה עסקי לכדי הסדר כובל. אעיר לעניין זה כמה הערות קצרות.

ראשית, סעיף 2 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".⁷² בכדי לבוא בגדר הסעיף די בחשש לפגיעה בתחרות. אין נדרשת ודאות לפגיעה, ואין נדרשת פגיעה משמעותית בפועל בתחרות. לעומת זאת, סעיף 21 לחוק (הצופה פני עתיד) דורש (א) קיומה של ציפיה סבירה כי התחרות אכן תיפגע, (ב) כי התחרות תיפגע באופן משמעותי.⁷³

שנית, סעיף 2 לחוק בוחן האם עלול ההסדר להפחית את התחרות בין הצדדים להסדר - בינם לבין עצמם או בינם לבין אחר. התמקדות הדין הישראלי בתחרות בין צדדים להסדר, מלמדת על החשיבות המיוחדת אצלנו לחשש כי ההסדר יביא לריסון התחרות בין הצדדים להסדר - ריסון כזה מפחית את מספר המתחרים, ועלול להקים פגיעה בתחרות. לא כך סעיף 21 לחוק, שעניינו פגיעה משמעותית בתחרות באותו

⁷² ראה, למשל: ה.ע. 1393/95 בנק אדנים למשכנתאות נ' המועצה הישראלית לצרכנות (טרם פורסם).

⁷³ השוואת סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים לסעיף המקביל בדין האמריקאי מלמדת על רוחב הסעיף המקומי. הסעיף ב - Sherman Act האמריקאי, הקובע כי הסדר כובל יהא כל הסדר או מבנה המגביל את המסחר או את הסחר בין מדינות או בין ארה"ב לבין מדינה אחרת, פוסל מלכתחילה כל הסדר הבא בגדרו, ואין הוא מאפשר לאשר הסדרים כאלה חרף פגיעתם בתחרות. סעיף 1 ל-Sherman Act קובע: "Every Contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several states, or with foreign nations, is hereby declared illegal". הדין הישראלי - בדומה לזה האירופי - נוקט גישה אחרת. הוא מאפשר לפטור הסדרים כאלה מהאיסור בחוק, וממילא נוסחו רחב ומקיף יותר מזה האמריקאי. הדין האמריקאי בוחן האם הסדר כובל מגביל בפועל את התחרות, בעוד שהדין הישראלי מסתפק בקיומו של חשש לפגיעה כזאת. אבחנה זו מובנת היטב על רקע ההבדל בין הדינים. הואיל ואין בדין האמריקאי מנגנון אישור להסדרים הבאים בגדר האיסור הסטטוטורי הקבוע בו, נדרשת פגיעה בפועל בתחרות לתחולתו. הואיל ובדין הישראלי קבוע מנגנון לאישור הסדרים כובלים, מסתפק הסעיף בחשש לפגיעה בתחרות כתנאי לתחולתו.

ענף או פגיעה בציבור באחד הנושאים המנויים בו. בהקשר סעיף 2 לחוק הסתפק המחוקק בשאלה האם מגביל ההסדר את התחרות בין הצדדים להסדר לבין עצמם - האם מפחית ההסדר את עוצמת התחרות בין הצדדים להסדר או את היקפה, או האם מפחית ההסדר את מספר המתחרים בשוק - ולא דרש כי תוכח מניעה או הפחתה של התחרות בכללותה.

התוצאה היא כי סעיף 2 לחוק רחב בהיקפו, ומסתפק במבחן של חשש והשפעה לכאורה על התחרות שבין הצדדים להסדר, בלא צורך להוכיח פגיעה של ממש במכלול התחרות, בפועל או בכוח, בשוק הרלוונטי.⁷⁴ החששות לפגיעה בתחרות מקיום שיתופי פעולה עסקיים נובעים במידה רבה מהחשש לריסון התחרות בין הגופים החוברים בשיתוף פעולה עסקי לבין עצמם או בינם לבין צדדים שלישיים. שיתוף פעולה כזה מקים הסתברות לפגיעה בתחרות, שהיא מהנחות המוצא של חוק ההגבלים העסקיים בישראל.

יש חשיבות לזיקה הנוצרת בין הוראות סעיף 2 לחוק להוראות סעיף 21 לו. כאשר מיזוג יוצר חשש לפגיעה בתחרות בין הצדדים למיזוג לבין צד שלישי, למשל מקום בו הוא הופך הסכם בלעדיות הנהנה מפטור סטטוטורי להסכם בלעדיות האסור לפי החוק, או מקום בו המיזוג מוליד אחזקות צולבות בין מתחרים (וראה הדוגמא לעיל) שיסוד כבילה בצדן, נוצר קושי בפני אישור המיזוג. כאשר ניתן לפתור קושי זה על דרך הצבת תנאי מבני (בדוגמא שלנו - על דרך ביטול הסכם הבלעדיות במקרה אחד, או מכירת אחזקות במקרה אחר), ראוי להציבו. בין אם נופלת אי-החוקיות לסייג של "פגיעה בציבור", ובין אם מקורה בעקרונות כלליים לפיה אין ליתן אישור סטטוטורי להסדר שיצירתו מקימה אי-חוקיות לפי סעיף אחר בחוק ההגבלים העסקיים, ספק האם ראוי, ככלל, לאשר מיזוג שעצם יצירתו מקימה אי-חוקיות, מבלי להציב תנאים למניעתה.

5.3 שיתופי פעולה עסקיים כחשש לפגיעה בתחרות - ניתוח עובדתי ויישום

כמוסבר לעיל, חייב הממונה לבחון שני יסודות נפרדים בכל בקשת מיזוג: סבירות הפגיעה בתחרות (ההסתברות לקרות הנזק), ומידת הפגיעה הצפויה בה (שיעור הנזק); שקלול ההסתברות לפגיעה בתחרות, עם מידת הפגיעה הצפויה בה, מהווה את תוחלת הפגיעה האפשרית של המיזוג בתחרות או בציבור. מובן כי ככל שהפגיעה הצפויה בתחרות גדולה יותר, כך יש לבחון בשבע עיניים את ההסתברות לכך כי הנזק אכן יקרה. אם צפוי נזק גדול מאד, מחייב הדבר משנה זהירות. בענייננו, מקום בו מדובר בגופי ענק בעלי נוכחות דומיננטית בענפים רבים ומרכזיים במשק, פגיעה בתחרות בינם לבין עצמם - בטיבה או בהיקפה - תישא עמה נזק מהותי לתחרות ולציבור. הדבר משליך, כמובן, על רף ההסתברות שאנו נדרשים לו אגב בדיקת המיזוג והשלכותיו.

(א) הקונצרנים הגדולים

המיזוג, כפי שהוצע, עלול לפגוע באופן משמעותי בתחרות ובציבור משום שהוא יעצים באופן ניכר את מסכת שיתופי הפעולה העסקיים שבין קונצרן כור לבין קונצרן אי.די.בי.-כלל, ואת מסכת שיתופי הפעולה

74 ת.א. (י-ם) 396/87 אורי קיסין נ' פטרולוג חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ (לא פורסם), 20-18.

העסקיים שבין קונצרן כור לבין קבוצת אריסון-דנקר-בנק הפועלים, ובכך יפגע בתחרות האפשרית בין גופים אלה, ויפחית את ההסתברות לקיום תחרות מלאה ואינטנסיבית בין גדולי הקונצרנים בישראל.

מובן כי במשק הישראלי גופים נוספים רבים מאד, מהם חברות אחזקה גדולות. עם זאת, קו מפריד בין כור-קלרידג', אי.די.בי.-כלל, ואריסון-דנקר-בנק הפועלים, לבין גופים אחרים הפועלים במשק. קונצרן כור (אף לפני המיזוג עם קלרידג'), וקבוצת אי.די.בי.-כלל, הם שני הקונצרנים הגדולים במשק. בנפח פעולתם, מגוון אחזקותיהם וחלקם בתוצר התעשייתי, אין להם מקבילה. קבוצת אריסון-דנקר-בנק הפועלים היא הקבוצה הפיננסית הגדולה ביותר בישראל, המחזיקה גם שפע נכסים ריאליים, ובהם - וחשיבות רבה לכך בענייננו - שיעור מניות ניכר הן בכור והן בכלל.

תיארנו לעיל את קונצרן כור, ואת קבוצת קלרידג'. נתאר להלן בקצרה את קבוצת אי.די.בי. ואת קבוצת אריסון-דנקר-בנק הפועלים. לאחר מכן נתאר בקליפת אגוז את מסכת הקשרים הצולבים בין אלה לבין עצמם.

(א) קבוצת אי.די.בי

קבוצת אי.די.בי.-כלל מהווה את הקונצרן הגדול במשק, הן בהיקף פעילותו, והן בגיוון אחזקותיו. הקבוצה בולטת במספר הענפים בהם היא פועלת. היא בולטת גם במספר הגופים בהם היא מעורבת באופן משמעותי או אף מחזיקה שליטה, תכופות בשרשור אחזקות המקנה לה השפעה ניכרת או שליטה מכוח אחוזי הון מעטים. קבוצת אי.די.בי.-כלל נשלטת בעיקר משלושה מוקדים תאגידיים: כלל (ישראל) בע"מ; השקעות דיסקונט בע"מ; ופי.אי.סי. החברה הכלכלית לישראל בע"מ.⁷⁵

זרועותיה של קבוצת אי.די.בי.-כלל אוחזות עמדות דומיננטיות בענפי משק מרכזיים ורבים. בליבת הפעילות של הקבוצה טכנולוגיה מתקדמת ותקשורת, נדל"ן ותשתית, ביטוח, ושוק ההון - אך רוחב אחזקות הקבוצה רחב בהרבה מליבה זו.

קבוצת אי.די.בי.-כלל שולטת על מספר בעלי מונופולין שאין לו מקבילה:^{76,77}

1. נשר - שליטת הקבוצה בנשר היא באמצעות משאב, במשותף עם קונצרן כור.
2. מפעלי נייר אמריקאים ישראלים בע"מ - בעלת מונופולין בענפי נייר שונים ובעלת השליטה בחברת חוגלה בע"מ, מבין היצרניות הגדולות במשק של מוצרי נייר, ובחברת כרמל מערכות מכלים בע"מ.

⁷⁵ אי.די.בי. החזקות בע"מ מחזיקה ב-71% מהבעלות על אי.די.בי. חברה לפיתוח בע"מ. האחרונה מחזיקה ב-55% מהבעלות וזכות ההצבעה של השקעות דיסקונט בע"מ, ב-71% בפי אי סי החברה הכלכלית לישראל ובכמעט 50% בכלל (ישראל) בע"מ. שליטה מחזיק קונצרן אי.די.בי.-כלל בכל שלושת הזרועות העיקריות שלו, כלל, דסק"ש ופי.אי.סי..

⁷⁶ חמישה מבין תשעת המונופולים שבשליטת קבוצת אי.די.בי. הם בהחזקה משותפת עם קונצרן כור.

⁷⁷ לחברה החזקות נוספות בחברות השולטות בענפי פעילותן דוגמת, קניאל חברה ישראלית לקופסאות פח בע"מ (קופסאות פח), שאף הוכרזה בעלת מונופולין.

3. **טמבור בע"מ** - מוכרזת כמונופול בייצור צבעים ביתיים ותעשייתיים. לקבוצה אחזקות ישירות ועקיפות (דרך משאב) בטמבור, ומוקנית לה השליטה בה.

4. **ת.מ.ן - תעשיית מוצרי נייר בע"מ** - שליטת הקבוצה בת.מ.ן. היא באמצעות משאב, במשותף עם קונצרן כור.

5. **מסופי מטען וניטול בע"מ (ממ"ן)** - שליטת הקבוצה בממ"ן היא באמצעות משאב, במשותף עם קונצרן כור.

6. **חרושת חומרי נפץ בע"מ** - שליטת הקבוצה בחרושת חומרי נפץ היא באמצעות משאב, במשותף עם קונצרן כור.

7. **גדות מסופים לכימיקלים** - בעלת מונופולין בפירוק, שינוע ואחסון של כימיקלים נוזליים בנשפך (היינו בצובר).⁷⁸

8. **סנפרוסט** - בעלת מונופולין בירקות קפואים.

רשימה זו אינה ממצה את כוחה של קבוצת אי.די.בי-כלל ואת השפעתה. אמנה בקצרה כמה מהענפים בהם יש לקבוצה מעמד מרכזי:

1. **תקשורת וטכנולוגיה מתקדמת** - לחברה אחזקות בענף בחברות שחלקן מובילות בתחומן. בין אלה: סאיטקס בע"מ, אלרון תעשיות אלקטרוניות בע"מ, אלביט מערכות בע"מ, אלסינט בע"מ, אי.סי.אי. טלקום, כללקום בע"מ, ברק אי.טי.סי. בע"מ, סלקום בע"מ, טלעד אולפני ירושלים ותבל תשדורת בינלאומית. חלק מהגופים האמורים מהווים בעצמם חברות אחזקה. אחזקות אלה מקנות לקבוצה עוצמה ניכרת, הן בצידוד תקשורת, הן בשירותי תקשורת, והן בתחום המדיה.

2. **ביטוח** - הקבוצה מחזיקה בארבע חברות ביטוח: כלל חברה לביטוח, אריה חברה לביטוח, איתן חברה לביטוח ואררט חברה לביטוח. לקבוצת אי.די.בי-כלל מעמד מרכזי בענף הביטוח בישראל.

3. **תשתיות והובלה** - נתח משמעותי מהפעילות המשקית בתחום זה נשלט במשותף על-ידי קונצרן כור וקבוצת אי.די.בי-כלל. בין החברות (שכבר הוזכרו) נמנים נשר, ממ"ן, ת.מ.ן, תעבורה ושותפות תובל. כן מחזיקה הקבוצה מניות באל-ים אוניות.

4. **נדל"ן ובנייה** - הקבוצה שולטת בחברות מרכזיות בענפים אלה במשק: גב ים לקרקעות, אזורים בע"מ, שיכון ופיתוח בע"מ, איטונג בע"מ ותשלובת ח. אלוני בע"מ.

⁷⁸ גדות היא צד להסדר כובל, לגביו מתנהל הליך בבית הדין להגבלים עסקיים: ה.ע. 468 הממונה על הגבלים עסקיים נ' גדות מסופים לכימיקלים.

5. **אנרגיה** - לחברה שליטה בחברות השנייה והשלישית בגודלן בישראל בענפי שיווק תזקי הדלק ושיווק הגפ"ם: דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ; סונול; החברה האמריקאית-ישראלית לגז בע"מ; וסופרגז.⁷⁹

6. **שוקי ההון** - לקבוצה פעילות ניכרת במגזר שוק ההון החוץ-בנקאי, לרבות באמצעות בטוחה, כלל מנפיקים, י.ל.ר שוקי הון, ואילנות.

7. **בנקאות** - הקבוצה מחזיקה ב-13% מהון המניות של בנק דיסקונט.

8. **תיירות** - הקבוצה מחזיקה בחברות דיזנהויז וכלל תעופה, ויחד עם קונצרן כור מחזיקה בחברת היסטור-אלטיב.

9. **רשתות שיווק** - לקבוצה אחזקות בתחום המסחר הקמעונאי בחברות שופר-סל על אחזקותיה, כלל פארם, ורשתות קנה ובנה ואייס. שופר-סל היא אחת משתי רשתות שיווק המזון הגדולות בישראל, והשפעתה גדולה מאוד, הן כלפי ציבור הלקוחות והן כלפי ציבור יצרני המזון.

10. **טקסטיל** - הקבוצה שולטת בין היתר בחברות פולגת וכיתן.

11. **מוצרי מתכת** - החברה שולטת בקליל, רב-בריה,⁸⁰ וכבלי ציון.

12. **נייר, קרטון ומוצריהם** - החברה שולטת ומחזיקה בחברות מרכזיות בתחום זה, ובינן מפעלי נייר אמריקאים ישראליים, חוגלה, קרגל וכרמל מערכות מכלים.

13. **מזון** - לחברה אחזקות בסנפרוסט, וביפאורה-תבורי שלה מעמד מוביל בשוק המיצים.

בחינת מצבת התאגידים העיקריים בשליטת קבוצת אי.די.בי.-כלל אינה מותירה ספק באשר למרכזיותה של הקבוצה ולעצמתה בענפי משק רבים ומגוונים.

(ב) קבוצת אריסון-דנקנר-בנק הפועלים

בקבוצת אריסון-דנקנר חברו יחדיו כמה כוחות כלכליים משמעותיים,⁸¹ בראשם מר תד אריסון ומשפחת דנקנר, לרכוש את גרעין השליטה בבנק הפועלים מידי המדינה. לחלק מהכוחות הכלכליים בקבוצה, כמו גם לבנק הפועלים, אחזקות חשובות במשק.

⁷⁹ השליטה בחברות אלה היא דרך השליטה במשאב, באמצעות חברת ההחזקות גרנית הכרמל בע"מ. תחת מבנה שליטה זה, שולט הקונצרן גם על **וולקן מצברים בע"מ** - אחת משתי החברות המובילות בתחום מצברי הרכב בישראל.

⁸⁰ לרב-בריה ולכור מתכת בע"מ חברה משותפת, שנוסדה במהלך שנת 1996: **רב בריח כור מיכלים מוגנים בע"מ**.

⁸¹ השותפים בקבוצה הם: אזורי בע"מ ואזורי (97) בע"מ (להלן: קבוצת אריסון) - 39.68%, תעשיות מלח לישראל בע"מ (להלן: "קבוצת דנקנר" - 25.58% ו-Madlen LLC ו-Whitecaps Investments Company LLC בשליטת ליאונרד אברמזון (להלן: "קבוצת אברמזון") - 10.24% ו-BH Israel LLC ו-BH Israel II LLC בשליטת מר צ'רלס שוסטרמן (להלן: "קבוצת

כיום מחזיק בנק הפועלים ב-22.7% ממניות קונצרן כור, ב-25% ממניות קונצרן כלל, וכן ב-25% ממניות דלק החברה הישראלית לדלק בע"מ, שני האחרונים בשליטת אי.די.בי.-כלל.⁸² בנק הפועלים בעצמו הוא גוף עתיר עוצמה במשק הישראלי, בהיותו המוסד הפיננסי הגדול ביותר בישראל, המחזיק בהקשרים שונים קרוב לשתי חמישיות משוק הבנקאות בישראל.

החברות העיקריות שבאחזקת מר אריסון הן **שיכון ובינוי בע"מ**, **נירלט בע"מ** ו**יורוקום תקשורת בע"מ**.⁸³ החברות העיקריות שבאחזקת משפחת דנקנר בישראל הן **דור אנרגיה בע"מ**, **דור גז בע"מ**, **דור כימיקלים** (שהיא בעלת מונופולין במתנול ופורמלין), **תעשיות מלח לישראל בע"מ**, **דנקנר החזקות ומת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ**.

כפולה חשיבות קבוצת אריסון-דנקנר-בנק הפועלים בהקשר הדיון שלנו כאן. ראשית, אחזקות בנק הפועלים בקונצרנים כור-קלרידג', אי.די.בי.-כלל ודלק, ביחד עם מגוון אחזקות בעלי השליטה בו, ובהינתן עצמתו הרבה של בנק הפועלים כמוסד פיננסי, הופכות את הקבוצה לשחקן מרכזי ביותר במשק. שנית, וכמפורט להלן, עשה המחוקק הישראלי בשנים האחרונות מאמצים אדירים להקטין את אחזקותיו הריאליות של בנק הפועלים, ואת השפעתו במשק הישראלי, בין היתר בחיוב בנק הפועלים למכור אחזקותיו בכור או בכלל, ולהפחית אחזקותיו בקונצרן שבמניותיו יוסיף להחזיק. לנוכח זאת, על רקע המיזוג בין קבוצות אריסון, דנקנר ושותפיהם לבין בנק הפועלים, ועל רקע המיזוגים בין אי.די.בי. לבין כלל ובין קלרידג' לבין כור, קם הצורך לבחון גם את הזיקה בין קבוצה זו, לבין שתי הקבוצות המרכזיות האחרות במשק הישראלי.

(ג) שיתופי פעולה עסקיים בין גדולי הקונצרנים

(א) כור - אי.די.בי.-כלל

הזרוע המרכזית הקושרת את קבוצת כור-קלרידג' עם קבוצת אי.די.בי.-כלל היא קונצרן בפני עצמו, **משאב**. חשיבות אחזקה צולבת זו נלמדת מהשוואת רווחיה בשנת 1996 לרווחי כור (22.5%) וקבוצת כלל (ישראל) (כ-75.1%). משאב מחזיקה בחברות רבות כוח ועוצמה במשק, לרבות נשר, תעבורה, סונול, סופרגז, וולקן, וגרנית הכרמל. בין אחזקותיה של משאב נמנים חמישה מונופולים, כמשמעם בחוק ההגבלים העסקיים: נשר, טמבור, ממ"ן, ת.מ.ן. וחרושת חומרי נפץ. משאב אינה רק שיתוף פעולה עסקי היסטורי ואינה מהווה מסגרת לפעילות מצומצמת: קונצרן כור וקבוצת אי.די.בי.-כלל מתמודדים על

שוסטרמן") - 8.94%; BH Investments LLC ו-BH Co - Investments LLC בשליטת מיקל שטיינהרדט (להלן: "קבוצת שטיינהרדט") - 8.94%; Hyperyon Partners II LP קרן נאמנות (להלן: "היפיריון") - 6.62% (מניות חופשיות בלבד).

⁸² מכוח תיקון 11 לחוק הבנקאות (רישוי) חייב בנק הפועלים, עד לסוף שנת 1999, למכור את אחזקותיו במניות קונצרן כור או במניות קונצרן כלל, ולהפחית את אחזקותיו בקונצרן שהוא מותיר בבעלותו כדי 20% בלבד.

⁸³ ליורוקום תקשורת ולקונצרן כור חברה משותפת בהחזקות שוות: **יורוקום תעשיות בע"מ**.

ביצוע פרויקטים לאומיים באמצעות משאב. כך, לדוגמא, במשק הגז הטבעי,⁸⁴ בפרויקט כביש חוצה ישראל, ובפרויקט מנהרות הכרמל.

התייחסות מערך ההגבלים העסקיים לקשר בין שני הקונצרנים באמצעות משאב עוד תדרוש עתותיה.⁸⁵ בהחלטה זו, בין היתר לאור הודעות הצדדים בעניין האפשרות כי משאב תוכרז כעל הסדר כובל, לא מצאתי לנכון להרחיב את האמור בנושא זה.

נוסף למשאב, יש לקונצרן כור ולקבוצת אי.די.בי-כלל אחזקות צולבות נוספות, שאין לייחס להן, כשלעצמן, השפעה של ממש על התחרות בעסקים בפועל ובכוח בין הקונצרנים. בין אלה: שותפות תובל, היסתור-אלטיב, קרן פרימוורה השקעות בע"מ, ורב-בריה - כור מכלים מוגנים.

(ב) קלרידג' - אי.די.בי.

שלוש אחזקות משמעותיות של קבוצת קלרידג' מצויות בשליטת קבוצת אי.די.בי-כלל: אי.סי.אי. טלקום, כללקום, ושיכון ופיתוח ישראל. אחזקות אלה נמצאות במרכז ליבת העסקים של קבוצת אי.די.בי-כלל. ענף הטלקומוניקציה נמצא גם במרכז ליבת העסקים של קונצרן כור.

בנוסף, אי.די.בי-כלל היא עצמה אחת ממשקיעי קרן רנסנס (3.7%). כזכור, קלרידג' מהווה את אחד המשקיעים העיקריים ברנסנס, ואף מכהנת בקרן כיועצת ההשקעות לפעולותיה העסקיות בישראל, בנסיבות מהן הסקתי, כאמור לעיל, כי יש לראות - בהקשר החלטה זו - את אחזקות רנסנס בישראל כחלק מאחזקות קלרידג'. עובר למיזוג בין קלרידג' לבין כור, לא התחרתה קלרידג' בקבוצת אי.די.בי-כלל, ואף לא החזיקה בגוף שהתחרה בקבוצה זו.

מכאן וכמפורט להלן, מעת שיצא לפועל המיזוג המוצע בין כור לבין קלרידג', הוא עלול לעבות במידה משמעותית את הצלע המקשרת בין קונצרן כור לקבוצת אי.די.בי-כלל, ואת הנדבך המכביד על תחרות בין שני הקונצרנים הגדולים במשק הישראלי.

(ג) קבוצת אריסון-דנקר-בנק הפועלים - קונצרן כור וקבוצת אי.די.בי-כלל

קבוצת אריסון-דנקר רכשה בימים אלה מידי ממשלת ישראל את השליטה בבנק הפועלים. היסטוריה ארוכה לבנק הפועלים עם הקונצרנים התעשייתיים הגדולים, כור וכלל. תולדות הדברים נסקרו ונותחו בדו"ח ועדת ברודט,⁸⁶ מסמך מרכזי וחשוב בניתוח הקשיים המבניים לתחרות במשק הישראלי, אשר אומץ בידי ממשלת ישראל, ושעל בסיסו נחקק תיקון 11 לחוק הבנקאות (רישוי).

⁸⁴ ראה: החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין אי-מתן פטור לאנרגיית המזרח התיכון (13.5.97, טרם פורסם).

⁸⁵ החשש לפיו השפעה מרסנת זו עולה כדי הסדר כובל, במשמעותו בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, נבחן מזה חודשים רבים ברשות ההגבלים העסקיים. ברם, שיתוף הפעולה בין הקונצרנים הגדולים במשק, הגלום במשאב, במידה שעלול הוא לכאורה להפחית את התחרות בין שני הקונצרנים הגדולים, קדם למיזוג בין קלרידג' לבין כור ואינו נובע ממנו.

⁸⁶ ראה: דו"ח הוועדה לבחינת ההיבטים של אחזקות בנקים בתאגידים ריאליים (תשנ"ו-1995), בעמ' 67-76.

כיום מחזיק בנק הפועלים 22.7% במניות קונצרן כור. במקביל מחזיק בנק הפועלים 25% במניות קונצרן כלל וכן 25% במניות דלק, שניהם תאגידים המצויים בשליטת קבוצת אי.די.בי.-כלל. **מובן כי בכך קמה זיקה מהותית ביותר בין קבוצת אריסון-דנקר-בנק הפועלים, לבין קבוצת אי.די.בי.-כלל וקבוצת קלרידג'-כור.**⁸⁷ בנוסף, בין קלרידג' לבין לקבוצת אריסון-דנקר היסטוריה של שיתופי פעולה עסקיים, לרבות חבירה להתמודדות על בנק הפועלים עצמו (אותה זנחה קלרידג' לטובת רכישת השליטה בכור). לבסוף, קבוצת דנקר חברה לקונצרן כור וקבוצת אי.די.בי.-כלל בשותפות אנרגיית המזרח התיכון.⁸⁸

בנוסף, בין קבוצת אי.די.בי.-כלל לקבוצת אריסון-דנקר-בנק הפועלים מתחם שיתופי פעולה עסקיים, שבמרכזם ניצבות קבוצת כלל וחברת דלק שבנק הפועלים מחזיק במניותיהן. רבות מאחזקות קונצרן כלל מצויות בליבת העסקים של קבוצת אי.די.בי.-כלל. מצידה של קבוצת אריסון-דנקר-בנק הפועלים, מרכזת כלל את גוש האחזקות הריאליות השני בגודלו של הקבוצה. ענפי האנרגיה הם ענפים מרכזיים בפעילות העסקית של כור וכלל (בהם לבנק הפועלים אחזקות משמעותיות), של קבוצת דנקר ושל קבוצת אי.די.בי.-כלל

תיקון 11 לחוק הבנקאות (רישוי), הנזכר לעיל, מהווה חוליה מקשרת חשובה בין קבוצת אריסון-דנקר-בנק הפועלים, קבוצת אי.די.בי.-כלל וקבוצת כור-קלרידג'. שם ציווה המחוקק על בנק הפועלים למכור עד סוף שנת 1999 את אחזקותיו בקונצרן כור או בקונצרן כלל, ולהפחית את אחזקותיו בקונצרן שאת מניותיו לא מכר לכדי 20%. **בכך גילה המחוקק דעתו כי אחזקות צולבות של שלושה גופים אלה מזיקה למשק הישראלי.** לכך השלכה גם על הדיון שאנו מקיימים כאן, וראה להלן.

(ג) ניתוח העובדות

(א) כללי

גדול מאד משקלן של חברות אחזקה קונצרניות במשק הישראלי.⁸⁹ מבין הגופים הקונצרניים יבלטו שלושה לאחר המיזוג: קבוצת קלרידג'-כור; קבוצת אי.די.בי.-כלל; וקבוצת בנק הפועלים בשליטת ארבעה משקיעים, מהם שניים - משפחות אריסון ודנקר - בעלי מעורבות עמוקה במשק הישראלי. קבוצות קלרידג'-כור ואי.די.בי.-כלל הן הקונצרנים התעשייתיים הגדולים בישראל. קבוצת אריסון-דנקר-בנק הפועלים היא הקבוצה הפיננסית הגדולה בישראל, המחזיקה גם בנכסים ריאליים רבים. עצמתם של גופים אלה והיקפם גדולים מאלה של גופים אחרים במשק.⁹⁰

⁸⁷ לבנק הפועלים, על מעמדו המרכזי בבנקאות בישראל, קשרים עסקיים ענפים בתחום הבנקאות עם כל אחד המגופים האמורים.

⁸⁸ ראה: החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין אי-מתן פטור לאנרגיית המזרח התיכון (13.5.97, טרם פורסם).

⁸⁹ ראה: דו"ח הוועדה לבחינת ההיבטים של אחזקות בנקים בתאגידים ריאליים (תשנ"ו-1995), בעמ' 44-48.

⁹⁰ כך - למשל - בתרומתם לתוצר הלאומי, במספר המועסקים על-ידם, בהיקף נכסיהם הריאליים, במגוון תחומי פעילותם, בשליטתם בענפי משק רבים ובדומיננטיות שלהם בענפים אחרים.

דיון ציבורי בריכוזיות המשק הישראלי מתקיים זה שנים.⁹¹ כאמור, אנו למדים כי המשק הישראלי היה ונותר משק ריכוזי מאוד. גופים ספורים מחזיקים חלקים גדולים מאד מהתוצר התעשייתי בישראל. מספר קטן עוד יותר של בנקים מחזיק במרבית השוק הבנקאי. בתחומים רבים מוגבלת החשיפה ליבוא, והגופים המקומיים עדיין דומיננטיים. המשק עתיר הזדמנויות עסקיות חדשות, אולם הקונצרנים הגדולים במשק נוגסים באופן טבעי נתחים גדולים מהן, וגדלים עמן. במשק התרבו לאחרונה, ובאופן משמעותי, איכותן של ההשקעות הזרות וכמותן, אולם אלה נעשות במידה גדולה בשיתוף פעולה עם הקונצרנים הגדולים, להבדיל מיצירת יריבות תחרותית עימם. בנוסף, המשק עובר תהליך הפרטה, ועם זאת חלק מהחברות המופרטות בידי הממשלה מוצאות עצמן בחיק קונצרנים גדולים.

בנסיבות הגיאופוליטיות של המשק הישראלי מוחמר מצב דברים זה. זהו משק מבודד גיאוגרפית. בשונה ממשקים בקנה מידה מקביל, המשולבים קרקעית במערכות גדולות בהרבה, יש למשק הישראלי מאפיינים של **כלכלת אי**: יבוא ויצוא בים ובאוויר, חשיפה מינימלית לתחרות מצד השכנים. יש חסמים טבעיים לתחרות בשירותים המקומיים, וחסמים טבעיים - מעטים בהרבה - לתחרות בתעשייה המקומית. לאלה נוספים חסמים מלאכותיים לתחרות, דוגמת היטלי מגן, תקנים מפלים, דרישות רישוי מיותרות, העדר מתקנים או עלויות מופקעות, וגם הם פוגעים מאוד ברמת התחרות המקומית.

עוד יש לזכור כי **הקונצרנים הגדולים במשק מצויים בידי משקיעים פרטיים ספורים**. בכך הם שונים מרוב הגופים הגדולים בשוק האמריקאי או האירופאי, בהם מבוזרת הבעלות בקרב ציבור משקיעים פרטי ומוסדי גדול. **עובדה זו מחריפה את בעיית הריכוזיות במשק, והיא משנה את השלכות העדר ביזור הבעלות בו.**

בין הקונצרנים הגדולים במשק קיימת כבר היום מסכת של שיתופי פעולה עסקיים, שיש בהם לכאורה חשש משמעותי לפגיעה בתחרות. **המיזוג, אם יאושר ללא תנאים, יחריף מצב דברים זה**. המיזוג כפי שהובא בפני יעצים באופן ממשי, יסמך ויחזק, את הקשרים הצולבים בין קונצרן כור (שללאחר המיזוג), לבין קבוצת אי.די.בי-כלל. מכאן קם חשש כי המיזוג בין קלרידג' לבין כור - אם לא יותנה בתנאים הולמים - יחריף את בעיית התחרות בין כור (הממוזגת) לבין קבוצת אי.די.בי-כלל ובנותיו בענפי פעולתם השונים.

קלרידג', הרוכשת את השליטה בכור, אף מביאה עמה מסורת של שיתוף פעולה עם קבוצת אי.די.בי-כלל ועם קבוצת אריסון-דנקר-בנק הפועלים. היא גם מביאה עמה באמתחתה אחזקות משותפות עם אי.די.בי-כלל: באי.סי.איי טלקום, כללקום, ושיכון ופיתוח לישראל. אחזקות אלה מצויות בליבת העסקים של אי.די.בי-כלל. בחלקן (בתחום התקשורת) הן מצויות בליבת העסקים של כור עצמה. אי.די.בי-כלל עצמה היא מבעלי רנסנס (באחוז אחזקה נמוך). מיקום שיתופי הפעולה העסקיים בפעילויות השחקנים, היקפם ומשמעותם בענפים הרלוונטיים, הם בין הגורמים המשפיעים על מידת החשש להיווצרות פגיעה בתחרות, ועל מידת הפגיעה הצפויה. תוצאת המיזוג, אם יאושר ללא תנאים, תהיה שבעל השליטה בקונצרן כור (קלרידג') יהא מעתה גוף שיש לו היסטוריה של שיתופי פעולה עסקיים

⁹¹ ראה: דו"ח הוועדה לבחינת ההיבטים של אחזקות בנקים בתאגידים ריאליים (תשנ"ו-1995), וכן א.ל. בבצוק, ל. קפלו וג'מ. פריד, "ריכוזיות במשק הישראלי והשקעות בנקאיות בתאגידים ריאליים", **הרבעון לכלכלה** 43 (1996), 643.

עם הקבוצות אי.די.בי.-כלל ואריסון-דנקר-בנק הפועלים, ואחזקות משותפות משמעותיות עם אי.די.בי.-כלל. כך, למשאב, שהיא מרכז שיתוף הפעולה בין קונצרן כור לבין קבוצת אי.די.בי.-כלל, יתווספו מוקדים חדשים ובעלי עוצמה של שיתוף פעולה אצל בעלי המניות בקונצרן כור או אף בכור עצמה.

בנוסף, מארג שיתופי הפעולה והאחזקות המשותפות בין קלרידג' לבין קבוצת אי.די.בי.-כלל, מקים חשש סביר כי ייפגעו יתרונות ותמריצים לתחרות שהיו נובעים באופן אחר מהמיזוג, לרבות המינוף הכספי הטמון בכניסת קלרידג' לכור, אופן ניצולו ויעדי הפנייתו, במסגרת זירת התחרות המצומצמת בישראל.

זאת ועוד: שילוב אחזקותיה המשותפות של קלרידג' עם קבוצת אי.די.בי.-כלל, אל תוך הקונצרן המשולב כור-קלרידג', מחזק את החשש מפני פגיעה בתחרות גם במובן סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים. ציינתי בקצרה כי קיים חשש לפיו עלולות אחזקות משותפות בין גדולי הקונצרנים במשק לפגוע בתחרות במשק, לפחות במובן סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים. אעיר כי גם על קלרידג' מקובלת התיזה, כי השותפות בין אי.די.בי.-כלל לבין קלרידג'-כור, כביטוי בקונצרן משאב, אכן עלולה לפגוע בתחרות. ממילא מגדיל חיזוק הקשרים שבין כור-קלרידג' לבין אי.די.בי.-כלל, בגין מערך האחזקות המשותפות לקלרידג' ולא.די.בי.-כלל, את הסתברות הפגיעה בתחרות גם במובן זה.

מכל אלה תפגע התחרות **בפועל** בין כור לבין אי.די.בי.-כלל מחד, ואריסון-דנקר-בנק הפועלים מאידך, אך גם התחרות **בכוח** בין הגופים השונים. השפעת המיזוג כאיום על התחרות אינה מוגבלת לענפי תחרות קיימים; היא משתרעת גם על תחרות בכוח בין גדולי הגופים העסקיים במשק הישראלי. במשק הישראלי מעט גופים גדולים. גופים גדולים כאלה - שהם בעלי ממון, היקף פעילות ניכר, יכולת פעילות בתחומים שונים, קשרים עם גופים בארץ ובחו"ל, מוניטין, ניסיון, מאגר ניהולי, וכיוצא באלה - הם נדבך חיוני בכלכלה המקומית. קיומם של שחקנים גדולים במשק הישראלי חשוב גם בשל יכולתם להיכנס לפעולה כמעט בכל ענף - כמעט בכל מקום בו נפתח חלון הזדמנויות עסקי, בין בשווקים חדשים ובין בשווקים לא-תחרותיים.

המתחרים בכוח העיקריים במשק הישראלי, לענפיו השונים, הם הקונצרנים הגדולים; טול מאלה את החירות להתחרות זה בזה במלוא יכולתם ומשאביהם, ולאורך זמן נטלת מהתחרות בארץ חלק חשוב מעוקצה. במיוחד הדבר כך נוכח המספר הרב של מונופולים, שמחזיק כל אחד משני הקונצרנים הגדולים. שיתופי פעולה עסקיים בין גדולי הקונצרנים עלולים לפגוע באופן משמעותי בתחרות בענפים שונים.⁹²

עצמתם של שלושת השחקנים הגדולים - קונצרן כור, קבוצת אי.די.בי.-כלל וקבוצת אריסון-דנקר - אינה מתבטאת רק במאפייני פריסתם, אלא גם בהימצאותם "בירכתי הבמה", בשווקים בהם אין הם פעילים עדיין, ואשר בהם יש באפשרותם לממש הזדמנויות עסקיות על רקע ניצול כוח מונופוליסטי בידי הקונצרן האחר. לעובדה זו חשיבות רבה. כנזכר לעיל, כל אחד מהקונצרנים הגדולים מחזיק בשורה ארוכה של

⁹² דוגמא הולמת לחשש האמור היא התמודדות משותפת של קונצרן כור וקבוצת אי.די.בי.-כלל בפרוייקטים לאומיים שונים, באמצעות משאב. יוער כי מכרזים אינם הזירה לבחון מניעתה של תחרות. כאשר נערך מכרז אשר אמות המידה לזכייה בו אינן מתמצות בסכום הכסף אשר ישולם, ובמיוחד כאשר צפויים גופים נוספים להתמודד במכרז, תהא זו אסטרטגיה רציונלית לאפשר לגופים שונים להתמודד במכרז (לעתים גופים שונים בבעלות אותו קונצרן), שכן יהא בכך - חרף הגידול בהוצאות ההתמודדות - כדי להגדיל את תוחלת הזכייה בו.

מונופולים, מוכרזים ושאינם מוכרזים, במשק הישראלי. נכונותו של קונצרן אחד לפעול בתחומים בהם גובה השני רנטה מונופוליסטית, מוגבלת ממילא במידת מה בחשש מפני "פעולות גומלין" של הקונצרן האחר כנגד "חדירה לטריטוריה שלו". משוכה נוספת לקיומה של תחרות - היא שיתופי הפעולה העסקיים בין גדולי הקונצרנים - צפויה לאורך זמן לפגוע בתחרות פגיעה של ממש.

המיזוג בין קלרידג' לכור, כפי שהוצע, מקדם שיתופי פעולה כאלה, ובכך הוא פוגע לא רק בתחרות בפועל במשק, אלא גם בתחרות בכוח השוררת בה. הפגיעה בתחרות בכוח כתוצאה מקיומם של שיתופי פעולה עסקיים בין כור-קלרידג' שלאחר המיזוג לבין הגופים האחרים שהוזכרו כאן, מתחזקת בזיקה ישירה לגידול בכוחה של כור כתוצאה מהמיזוג עם קלרידג'. פגיעה כזאת בתחרות בכוח, על רקע נסיבותיו המיוחדות של המשק הישראלי, בהיותו משק קטן יחסית ובעל מאפיינים של "כלכלת אי", צפויה באופן סביר לפגוע במידה משמעותית בתחרות בענפים שונים במשק, כמו גם בטובת הציבור.

גם יישומם של מבחני הפסיקה האמריקאית בנסיבות המיזוג הנדון יכול להצביע על פגיעה בתחרות בכוח.⁹³ אפילו שונה היה המצב, הרי הנסיבות שהזכרתי - "תנאי הארץ ותושביה" בתחום ההגבלים העסקיים - מצדיקות גישה מרחיבה בהרבה מזו הנקוטה בארה"ב, באשר לפגיעה בתחרות הנגרמת מאבדן תחרות בכוח והמבססת חשש סביר לפגיעה משמעותית. וראה להלן.

במשק בו יש רק כמה קונצרנים דומיננטיים, שאף הולכים וגדלים על דרך המיזוגים, תפקידו של מערך ההגבלים העסקיים לוודא - מבעוד מועד - כי בין הגופים הגדולים לבין עצמם ישררו, לאורך זמן, תנאים לקיום תחרות בענפי פעולתם השונים בפועל ובכוח. אם במגרש המשחקים שחקנים רבים, אולם רק מעט שחקני ענק שאף ההולכים וגדלים, יש לפעול לקיום פוטנציאל מלא לתחרות בין הגדולים לבין עצמם. פוטנציאל לתחרות בין הגופים הגדולים המעטים לבין עצמם חיוני למשק הישראלי. הוא חיוני לתפקוד תקין של המשק, והוא הכרחי בכדי להבטיח את זכותם של הרבים להתחרות וליהנות מתנאים של משק תחרותי. החששות שמקים המיזוג מצדיקים - מחייבים - עמידה על המשמר מצד מערך ההגבלים העסקיים, בעיקר על רקע נסיבות המשק הישראלי, ונוכח תפקידו של הממונה על הגבלים עסקיים לשמר את התחרות במובנה הרחב. על כך אמר בהקשר אחר המשנה לאב"ד להגבלים עסקיים, כב' השופט עדיאל:

"מסקנה זו עולה גם מתכליתו של החוק, זאת על רקע תפקידו של הממונה האמון על השמירה של התחרות בעסקים מנקודת ראות רחבה, המשתרעת על התחרות בשוק כולו, וחורגת מהפגיעה הפרטנית במישור היחסים שבין הצדדים לבין עצמם".⁹⁴

⁹³ P. Areeda & D.F. Turner, *Antitrust Law*, (Little Brown & Co., 1980), vol. V, at pp. 48-230.

⁹⁴ ערר 1/97 איסכור שירותי פלדות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (11.12.97, טרם פורסם), עמוד 10.

6. חששות נוספים לפגיעה בתחרות בגין המיזוג בין כור לבין קלרידג'

6.1 היעלמות קלרידג' כשחקן במשק הישראלי כתוצאה מהמיזוג

קלרידג' מהווה שחקן חשוב במשק הישראלי, הן בגין השקעותיה המגוונות במשק, והן נוכח משאביה הרבים המאפשרים לה להיכנס לפעילות עסקית ברוב ענפי המשק. מעמדה זה של קבוצת קלרידג' הפך אותה לגורם בעל תרומה חשובה לתחרות, בפועל ובכוח. המיזוג בין כור לבין קלרידג' יעלים את קלרידג' כגורם עצמאי במשק הישראלי, ובכך עלול המיזוג לפגוע בתחרות או בציבור. נוכח האיום הנשקף מהמיזוג המוצע, בין היתר, גם על התחרות בכוח בין כור לקבוצות אי.די.בי.-כלל ואריסון-דנקר-בנק הפועלים, מתרחב היקף הפגיעה האמורה. עתירות ההון והנחישות למצות הזדמנויות עסקיות עשויים היו להפוך את קלרידג' למתחרה בכוח ברבים מענפי השוק: תקשורת, היי-טק, אנרגיה, נדל"ן ובינוי, ושאר תחומים שבלבית העסקים של הקונצרנים הגדולים ביותר. העובדה כי קלרידג' לא תפנה ממשאביה באופן עצמאי לפעולה תחרותית אל מול הקונצרנים הללו נוכח חברתה עם קונצרן כור, מהווה לכאורה פגיעה בתחרות שבכוח.

כך, לכאורה, יכול היה מעמדה של קלרידג' במשק הישראלי ערב המיזוג לאפשר לה להיכנס לפעילות בחלק מהענפים בהם פועלים שלושת השחקנים הגדולים, בין באופן עצמאי, ובין בדרך של רכישת אחזקות בגופים אחרים. עובר למיזוג, היתה קלרידג' בעלת אחזקות בחלק מהענפים האטרקטיביים בהם פועלת כור, דוגמת ענף התקשורת (אי.סי.איי. טלקום וכללקום) ובתחום האנרגיה (פז ופזגו).⁹⁵ בנוסף, שיתופי הפעולה בין קלרידג' לבין קבוצת אי.די.בי.-כלל יהפכו להיות, בעקבות המיזוג, לנכס אסטרטגי הן עבור אי.די.בי.-כלל והן עבור קלרידג'-כור. בכך עלול המיזוג, אם יאושר ללא תנאים, להביא לחיזוק שיתוף הפעולה בין שני גדולי הקונצרנים במשק, ואף לניצול משאבי קלרידג' באופן שאינו עולה בהכרח בקנה אחד עם הצורך לקדם את התחרות.

עם זאת, הגעתי למסקנה כי בנסיבות העניין אין חשש לפגיעה האמורה כשלעצמה כדי להצדיק התנגדות למיזוג, נוכח התנאים שהחלטתי כי יותנו לו. כנגד היעלמות קלרידג' כמתחרה מהשוק באה החלטתה האסטרטגית לסטות ממדיניות השקעות המיעוט שלה בחברות המנוהלות בידי אחרים, ולהפוך להיות גורם מוביל במשק הישראלי, על דרך רכישת שליטה באחד משני הקונצרנים הגדולים בו. בהינתן תנאים לתחרות בין קונצרנים, עשויה רכישת כור בידי קלרידג', במובן זה, דווקא לתרום לאורך זמן לתחרות במשק. הואיל והוצבו למיזוג תנאים, הבאים להפחית את הזיקה בין קבוצת קלרידג'-כור לבין קבוצת אי.די.בי.-כלל, יש בפוטנציאל לתחרות הגלום במיזוג, כמו גם בנסיבות פעילות קלרידג' טרם המיזוג, כדי לאזן את החשש לפגיעה בתחרות הנובע מאבדן קלרידג' כגוף עצמאי.

⁹⁵ עד למיזוג בין כור לבין קלרידג' בחרה האחרונה - חרף הפוטנציאל העסקי הגלום בפעילותה כאן - להשקיע בחברות השקעות מיעוט. היא גם בחרה לעשות כן בנסיבות אשר הקטינו את ההסתברות לתחרות בינה לבין קבוצת אי.די.בי.-כלל. עובדות אלה אינן שוללות את כוחה של קלרידג' כמתחרה בכוח לגופים הגדולים במשק - היא הרי החלה פעמיים בהתמודדות על רכישת גרעין השליטה מבנק הפועלים, עד שפרשה מהתמודדות זו - אולם הן משפיעות על ההסתברות להפיכתה לכזו, אלמלא המיזוג.

6.2 הגדלת הריכוזיות במשק כתוצאה מהמיזוג

כפי שכבר צוין, המשק הישראלי ריכוזי מאוד. מספר קטן של גופים גדולים מאד מחזיק בנתחים גדולים מהתוצר התעשייתי, בחלק משמעותי מהמונופולים המקומיים, ובנפח הפעילות המשקית בכללותה. פעילות הקונצרנים הגדולים נפרסת אלי רוב ענפי המשק, וכוחם דומיננטי בחלק ניכר מתחומי פעילותם. מעטות המדינות בהן קבוצת עסקים אחת או חזות במספר רב כל כך של תאגידים מונופוליסטיים, כפי שתואר לעיל לגבי כור, ועוד יותר מכך לגבי קבוצת אי.די.בי.-כלל. על רקע זה, המיזוג בין כור לבין קלרידג' מגדיל את אחד משני הגופים התעשייתיים הגדולים ביותר במשק, ובאופן משמעותי.

לא ארחיב בשאלת הריכוזיות במשק. אפנה - שוב - לדיון המנחה בסוגיה זו בדו"ח ועדת ברודט, אשר הוגש לממשלה בדצמבר 1995. דו"ח ועדת ברודט דן בריכוזיות המשק הישראלי בפריזמת אחזקות הבנקים בתאגידים ריאליים בישראל.⁹⁶ אופי הבחינה נבע מהיות הבנקים בישראל בעלי השליטה בתאגידים הריאליים הגדולים, וכן מהבעיות הייחודיות הנובעות מאחזקות בנקים בתאגידים ריאליים. המלצות ועדת ברודט אומצו על-ידי הממשלה,⁹⁷ שיזמה והביאה לעיגון עיקריהן בתיקון 11 לחוק הבנקאות.⁹⁸

ברור כי גופים כלכליים גדולים הם נדבך חיוני ביותר במרקם חייה הכלכליים של המדינה. האם חרף זאת ייתכן גוף קונצרני גדול מדי, בנסיבות המשק הישראלי? האם ראוי להתנגד למיזוג בין קונצרנים ולו מהטעם שהוא מגדיל באופן משמעותי את אחד משני הגופים הגדולים ביותר במשק, ובכך מגדיל את הריכוזיות ופוגע בתחרות?

על הסכנה הטמונה בריכוזיות ובגודל בגודל העירה ועדת ברודט:⁹⁹

"היווצרות חברות קונגלומרטיות המרכזות כוח כלכלי רב בידי מעטים, להבדיל מפזורים, משמעותה שהרבה יותר עובדים, בעלי מניות, צרכנים והמשק כולו הופכים לכפופים לטעמיהם של קומץ בעלי שליטה בתאגידי ענק. בדומה, נטען כי מספר גדול של עובדים ובעלי מניות, כמו כוח קנייה גדול של סחורות ושירותים, מקנה לפירמות ענקיות אלה יכולת להפעיל כוח פוליטי משמעותי. כוח זה יכול לשמש לבעליו קרדום לחפור בו, למשל כדי לאלץ את הממשלה לסייע בשימור כוח מונופוליסטי, להימנע מהפעלת מערכי פיקוח המיועדים להגן על הצרכן, ולהגן על התאגיד מפני כשלון עסקי. במקרים קיצוניים הדברים יכולים להגיע כדי יכולת השפעה על החלטות מדיניות וחברתיות של הריבון..."

שאלה היא, אם כן, מתי הופך יתרון הגודל להיות מכשלה בנתוני המשק הישראלי, נוכח גודלו המצומצם, ביודוד הגיאוגרפי, והמספר הקטן של שחקנים גדולים מאד בו. התשובה לשאלה זו אינה פשוטה. ברור כי

⁹⁶ ראה: א.ל. בבצוק, ל. קפלו וג'מ. פריד, "ריכוזיות במשק הישראלי והשקעות בנקאיות בתאגידים ריאליים", **הרבעון לכלכלה** 43 (1996), 643. לחקירת הקשר בין ריכוזיות לרמת מחירים, ראה: L.W. Weiss, ed., **Concentration and Price** (MIT Press, Cambridge, 1989).

⁹⁷ החלטת הממשלה מספר 212 מיום 24.12.95.

⁹⁸ חוק הבנקאות (רישוי)(תיקון מספר 11), התשנ"ו-1996.

⁹⁹ דין וחשבון הוועדה לבחינת ההיבטים של החזקות בנקים בתאגידים ריאליים, בעמ' 37.

נסיבותיה אינן מעוגנות רק בעולמה של תחרות, אלא גם במישור השלטוני-חברתי. אינני רואה צורך להביע עמדה בשאלה זו, שכן סבור אני שאין היא מתעוררת בנסיבות ענייננו.

7. דיון בתנאים שראוי להציב למיזוג

סעיף 21(א) לחוק ההגבלים העסקיים קובע:

הממונה יתנגד למיזוג חברות או יתנה אותו בתנאים אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מהמיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או יפגע הציבור באחת מאלה..."

תנאים המוצבים למיזוג צריכים להיות תחומים למסגרת המיזוג ולהשפעתו האפשרית על התחרות ועל טובת הציבור. התנאים צריכים להיות מופנים כלפי הצדדים למיזוג, למרות שמטבע הדברים הם ישפיעו גם על צדדים שלישיים, שאינם שותפים להליך; תנאי מיזוג המשפיעים על צדדים שלישיים הם עניין של יום ביומו. מטרת התנאים למנוע את ההסתברות לפגיעה בתחרות כתוצאה מהמיזוג (היינו להפחית את סבירותו של החשש כי התחרות תיפגע), וכן להפחית את מידת הפגיעה בתחרות או בטובת הציבור העלולה לנבוע מהמיזוג (היינו להפחית את "משמעותיות" הפגיעה בתחרות או בציבור).

במיזוג המוצע מבקשת קבוצת קלרידג', אשר לזכותה עתירות הון, ידע, ומסכת הצלחות עסקיות בישראל, לרכוש שליטה בכור, שהוא אחד משני הקונצרנים התעשייתיים הגדולים בישראל. קלרידג' מבקשת לאחוז בהגאי הקונצרן ולכוון את פעילותו. השילוב בין שתי החברות מגדיל את הריכוזיות במשק ומעלים מתחרה פוטנציאלי ממנו, אולם הוא עשוי להיות בעל ערך מוסף, בדמות תרומה להתייעלות במגזר העסקי,¹⁰⁰ ואולי אף בדברון התחרות בפועל ובכוח בענפי משק שונים.

יתרונות אפשריים אלה למיזוג יוכלו לבוא לכלל ביטוי רק אם יוצבו תנאים להסרת החששות לתחרות המתלווים אליו: חששות במישור התחרות האופקית בפועל בענפי שיווק הדלק ומוצריו ובענף שיווק הגפ"ם ומוצריו (תחום האנרגיה), חששות במישור התחרות בפועל ובכוח בין קבוצת קלרידג'-כור לבין קבוצת אי.די.בי.-כלל וקבוצת אריסון-דנקר-בנק הפועלים, וחששות במובן הזיקה בין סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים לבין סעיף 21 לו.

לאחר בחינת העובדות הגעתי לכלל מסקנה כי אין לאשר את המיזוג כפי שהוצע, ואולם כי ניתן לאשרו, חרף הקשיים האמורים, אם יוצבו לו תנאים.

אדגיש כי הבעייתיות במיזוג המוצע אינה נובעת מכוונה כלשהי מצד גופים או אנשים כלשהם לחבור בתחבולות ובמזימות, כדי להגדיל את רווחיהם על חשבון הציבור. לא בכך מדובר. במדובר בשאלה איזה מערך תמריצים כלכליים יוצר המיזוג לגופים המתמזגים, ואלו סכנות לתחרות הוא מקים וכיצד ראוי למנוע אותן. התנאים שיוצבו למיזוג מתייחסים, לכן, לשינוי אותם תמריצים כלכליים. כך, אם החזקה משותפת קימת יוצרת תמריץ שלא להתחרות, יש בנסיבות העניין להתנות את המיזוג בהפסקתה. ואם

¹⁰⁰ בהנתן גודלו של כור ומעמדה, ובהנחה שהקונצרן יפעל בתנאים תחרותיים, התייעלותו תחייב גם את מתחריו להתייעל.

החזקה משותפת עתידית עלולה ליצור תמריץ שלא להתחרות, יש להתנות את המיזוג לכל הפחות בחובה להודיע מראש את דבר יצירתה.

התנאי הרצוי לקבוע, לצורך פתרון בעיה מבנית שיוצר מיזוג, הוא תנאי מבני - תנאי המשפיע על מערכי התמריצים הכלכליים של הצדדים לעסקה, להבדיל מתנאי המפקח על אופן הפעלתן. דוגמא לתנאי מבני כזה תהא הפרדה בין תאגיד, לבין נכס או תחום פעילות שלו. הסמכות להטיל על צדדים למיזוג חובת הפרדה (divestiture) של נכס מנכסיהם או של תחום מתחומי פעילותם, כמו גם הגבלות המוטלות אגב מיזוג על התקשרויות עם צדדים שלישיים - ובכלל זה גם התקשרויות עתידיות - היא חלק בלתי נפרד מן הסמכות להתנות אישורי מיזוג, הקבועה בחוק ההגבלים העסקיים. כך במשפט האמריקאי, כך במשפט האיחוד האירופי, וכך במשפט ההגבלים העסקיים בישראל.

אעיר שלוש הערות על תנאים מבניים, המחייבים צד למיזוג להיפרד מנכס או מתחום פעילות, בגין המיזוג.

ראשית, תנאי מבני של הפרדה, שעניינו סיום שיתוף פעולה עסקי קיים (לרבות במכירת אחזקות), משמעו בדרך-כלל חיוב במכירת נכס. הואיל וחיוב למכור נכס מעמיד את מוכרו, בדרך הדברים הרגילה, בסיטואציה עסקית שאינה נוחה לו, ראוי במידת האפשר ובכפוף לשיקולים של פגיעה בתחרות או בציבור, לקצוב למכירה פרק זמן סביר. ברור כי לעיתים לא יתאפשר הדבר; אולם אם מאפשרים זאת תנאי התחרות וטובת הציבור, ראוי להביא בחשבון, בקביעת החובה למכור נכס הנקבעת כתנאי למיזוג, את פרק הזמן הסביר לביצועה - כמובן במגבלות הצורך שלא לפגוע בתחרות או בציבור גם בתקופה שעד ביצוע המכירה.

שנית, בתקופת הביניים עד ביצוע המכירה, ניתן לנסות ולמזער את הפגיעה בתחרות או בציבור על-ידי הצבת תניות של הפרדה פנימית בתוך הגוף הממוזג. הפרדה כזאת - "חומה סינית" - אינה מהווה לעתים תכופות פתרון לטווח ארוך מקום בו נדרש תנאי מבני למניעת פגיעה בתחרות.¹⁰¹ מטרת החומה הסינית, בין היתר, למנוע העברת מידע בין גופים עסקיים; להפריד בין ניהולו הפעיל של גוף אחד לניהולו של גוף אחר; להבטיח שעובדים, מנהלים או דירקטורים בגוף אחד לא ימלאו תפקיד בגוף האחר; להבטיח קיום נפרד של מערכות ניהול, הפצה, מכירה, קנייה או העסקה; וכיוצא באלה. החומה הסינית לסוגיה באה במקרה דנן לקבוע תנאים להתנהגותו של תאגיד, בתקופה שעד לקיום התנאי המבני.

חומות סיניות, לעתים תכופות, אינן תחליף לתנאים מבניים. הצורך בתנאים מבניים נובע מסיטואציה מסחרית, השוחקת תמריצים לתחרות. חומות סיניות - תנאים התנהגותיים - אינן יכולות במקרים רבים לפתור מכשול כזה לאורך זמן. תכופות יכול השימוש בהן יכול להיות רק אמצעי להקטנת הפגיעה בתחרות, בתקופת ביניים. בנוסף, חומות סיניות הן תנאי המחייב פיקוח ובקרה לאורך זמן; תנאי מבני, מעת שבוצע, אינו מחייב כל פיקוח, וגם בכך יתרונו.

¹⁰¹ ראה, H.L. Hayden Co. v. Siemens Medical Systems, Inc., 672 F.Supp. 724 (1987), 737 "Judicial construction of a fictitious 'Chinese wall' preventing communication between manufacturers and distributors would not only be virtually impossible to police, but it would be economically counterproductive to enforce" ראה גם בבציק, קפלו ופריד, הערה 91 לעיל, בעמ' 656.

שלישית, החשש משיתופי פעולה עסקיים מתפוגג, במידה רבה, כאשר אין באלה כדי להשפיע על התמריצים הכלכליים בגופים הרלוונטיים. כל אחזקה של זכות בתאגיד, של נכס או של תחום פעילות, יוצרת אינטרס עסקי; אולם לא כל אינטרס עסקי משנה תמריצים כלכליים אצל בעליו, במידה שיש בה משמעות לעניין התחרות. מתי הופכת אחזקה של זכות בתאגיד, של נכס או של תחום פעילות, רלוונטית בהקשר זה? בהקשרים אחרים, דוגמת חוק ניירות ערך, יצר הדיון סף מינימלי לדיווח ולפעולה, מתוך הנחה כי מעל לסף האמור קם עניין כלכלי לאדם באחזקה, ולציבור בידיעה את דבר קיומה. אמות המידה המקובלות בארץ ובמדינות אחרות רבות מגדירות "בעל עניין" כמי שמחזיק 5% או יותר בזכות כלשהי בתאגיד,¹⁰² ו"בעל השפעה מהותית" כמי שמחזיק 20% בזכות כלשהי בו.^{103:104} בקביעת תנאי המיזוג לקחתי קווי סף אלה בחשבון.¹⁰⁵

אפרט להלן את עיקרי התנאים שנקבעו למיזוג, ואשר באו לענות על חששות מהותיים ביותר לתחרות ולטובת הציבור. **לא למותר לציין כי תנאים אלה נקבעו לאחר התדיינות אינטנסיבית עם הצדדים למיזוג, במאמץ להביא בחשבון הדברים את צורכיהם העסקיים, הן בממד המהותי והן במישור הזמן.** בעוד שאין לומר כי הצדדים ששו לקיומם של תנאים למיזוג - שום גוף מתמזג אינו שש לתנאים שיוצבו לו - אין התנאים צפויים לפגוע במהלך עסקיהם המתוכנן של הצדדים המתמזגים. חלק משמעותי מהתנאים מתמקד ביצירת בסיס לבחינה עתידית של עסקאות בין גדולי הקונצרנים. בכך קם איזון ראוי בין צרכי התחרות לבין האינטרס העסקי של הגופים המתמזגים.

7.1 החשש האופקי

החשש האופקי צומח מאחזקות קבוצת קלרידג'-כור בחברות בענף שיווק תזקי הדלק ובענף שיווק הגפ"ס, המתחרות בגופים אחרים הפועלים בענפים אלה ושהם יש לקונצרן כור השפעה מהותית. כך, לכל אחד מהצדדים המתמזגים השפעה מהותית על מתחרה אחר בענפים אלה, ולמתחרים נתחי שוק משמעותיים ביותר בענפי פעולתם. מכאן, ועל רקע הנסיבות שתוארו לעיל בתחום האנרגיה בישראל, תנאי לאישור המיזוג יהא מכירת אחזקות הגוף הממוזג באחת משתי המתחרות בכל ענף.¹⁰⁶

¹⁰² ראה סעיף 1 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968.

¹⁰³ ראה: א. כהן, י. סוארי, א. סולגניק, **עיון מחדש בחשבונאות על בסיס השווי המאזני** (מכון י. קסירר, תשנ"ז), 8-9, 27-57. ראה גם: סעיף 8 לגילוי דעת 68 של מועצת רואי-החשבון; חוק הבנקאות (רישוי), התשנ"ו-1996.

¹⁰⁴ הגדרות אלה עוברות מעת לעת שינויים ותמורות, מתוך מגמה להתמקד בקריטריונים מהותיים ולא במבחנים פורמליים.

¹⁰⁵ החזקות מצטברות של הצדדים הרלוונטיים בתאגיד אחד הן שיתוף פעולה עסקי. משמעות שיתוף הפעולה העסקי גוברת כאשר לכל אחד מהצדדים קיימת האפשרות להשפיע על פעילות התאגיד. אשר על כן, מבחן ההשפעה המהותית עשוי לחול גם על נסיבות בהן לכל אחד מהצדדים 20% או יותר מזכות כלשהי בתאגיד. קיום החזקות ברמה כזאת, בכל צד, מקים חזקה בדבר משמעות שיתוף הפעולה העסקי, שהרי לכל אחד מהצדדים השפעה מהותית על התאגיד. מובן כי מגבלה לתחרות עלולה לקום גם ברמת החזקה נמוכה יותר של אחד הצדדים או אף שניהם. כמו כן מובן כי החזקה ברמה של 20% מכל צד במקרים רבים לא תקים פגיעה בתחרות. כל מקרה לפי נסיבותיו.

¹⁰⁶ ראה סעיף 6 לתנאים להלן.

לנוכח האמור לעיל בדבר פרק הזמן שיחול עד ביצוע מכירה כאמור, הסכמתי לדחות את ביצוע המכירה לתקופה בת שנתיים מיום ביצוע המיזוג (6.10.1997), כאשר בשנתיים אלה יוצבו "חומות סיניות" בין החברות המתחרות (פז-סונול, פזגז-סופרגז).¹⁰⁷ תקופה זו ארוכה מאד, אך בנסיבותיו המיוחדות של המקרה דנן היה קיצורה יוצר קושי משמעותי לצדדים המתמזגים. מאידך, אין בדחיה זו, נוכח התנאים שנקבעו לתקופה האמורה ובנסיבותיו המיוחדות של העניין, משום פגיעה משמעותית בתחרות או בציבור. הסכמתי, לכן להאריכה כדי שנתיים ימים.

7.2 החששות משיתופי פעולה עסקיים

מהניתוח שהובא לעיל למדנו כי שיתופי פעולה עסקיים בין גדולי הקונצרנים במשק עלולים לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות בענפי הפעולה השונים של קונצרנים אלה, ובטובת הציבור - נוכח מעמדם הבכיר ומשקלם של גופים אלה במשק, נוכח כוחם המונופוליסטי ברבים מענפי פעולתם, ונוכח ההסתברות לכך כי שיתוף פעולה עסקי יפגע בתחרות בינו לבין שותפיו ובינם לבין עצמם. ראינו כי בין קונצרן כור לבין קבוצת אי.די.בי.-כלל מסכת קיימת של שיתופי פעולה אשר תוספת עליה עלולה להחריף את הפגיעה בתחרות בעסקים. ראינו כי לקלרידג' מסכת של שיתופי פעולה עם קבוצת אי.די.בי.-כלל, ומסורת של שיתוף פעולה עם קבוצת אריסון-דנקר-בנק הפועלים. עוד ראינו כי על רקע הגידול בהיקפה של כור כתוצאה מהמיזוג, ועל רקע השילוב שקם בינה לבין קבוצת קלארידג', מתחזק החשש גם מפני שיתופי פעולה עתידיים בין גדולי הקונצרנים. אמרנו כי בעת בה הולכים וגדלים על נתיב המיזוגים גדולי הקונצרנים, ובנסיבות המשק הישראלי קם הצורך לכל הפחות לבחון מראש התגבשות שיתופי פעולה עסקיים בין גדולי הקונצרנים לבין עצמם.

אכן, בהעדר תנאים למיזוג יהא בהצבת קלרידג' בהגה השליטה של כור כדי להעצים ולחזק באופן משמעותי את כמותם של שיתופי הפעולה העסקיים בין שלושת השחקנים הגדולים במשק הישראלי ואת משקלם, וממילא להקים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות - טיבה, היקפה, שיעורה - בפועל ובכוח בענפי הפעילות השונים של קונצרנים אלה. המיזוג יביא לאבדן קלרידג' כמתחה עצמאי בשני הקונצרנים הגדולים, בחלק מענפי פעילותם. הוא יחזק את מוקד הבעייתיות הטמון בקשרי כור - אי.די.בי.-כלל: תחרות מועטה בין הקונצרנים, התערבות מועטה זה בשוקי הריכוזיים של זה, ושיתוף פעולה בינם לבין עצמם במישורים אסטרטגיים מסוימים. המנוף הפיננסי והיתרון היחסי שמביאה קלרידג' לכור יתרמו לחיזוק שיתופי הפעולה הקיימים בין גדולי הקונצרנים, ואף ליצירת שיתופי פעולה חדשים ביניהם. גם הבעיות האופקיות שמציב המיזוג, אשר אינן מבססות כשלעצמן עילה להתנגד לו, יהיו תמריץ נוסף להגבלה, הצרה או הקלה של התחרות בפועל ובכוח בין גדולי הקונצרנים. בכך יקובעו תוצאות המיזוג העלולות לפגוע בתחרות, ותוגבהנה החומות המבצרות את גבולות כל קונצרן מפני תחרות בענפי פעילותו המונופוליסטיים, תיפגע התחרות, ויפגע הציבור.

חששות אלה מביאות לכלל מסקנה כי יש להתנות את המיזוג בתנאים, אשר יסירו במידה סבירה את החששות האמורים. שני התנאים המתחייבים הם אלה: (א) פירוק שיתופי פעולה עסקיים קיימים בין קלרידג' לבין אי.די.בי.-כלל, במהלך פרק זמן ארוך דיו בכדי להימנע מפגיעה שמעבר לנדרש בקלרידג',

¹⁰⁷ סעיפים 7-8 לתנאים להלן.

כמוכרת; (ב) העלאת רף הפיקוח מראש על שיתופי פעולה עסקיים עתידיים בין הקבוצות, כמובן באמות המידה המהותיות שקובע החוק.

הפרדת שיתופי הפעולה העסקיים הקיימים - על רקע הניתוח שהובא לעיל, מצאתי לנכון להתנות את המיזוג בהפחתת ממד שיתופי הפעולה בין קלרידג' לבין אי.די.בי.-כלל, הן בכללקום, והן בשיכון ופיתוח.¹⁰⁸ בעניינה של אי.סי.איי טלקום השתכנעתי כי מאפייני פעילותה של החברה ומאפייני האחזקות בה, מאפשרים קביעת רף גבוה יותר. לכן קבעתי כי אם וכל עוד תחזיק קבוצת אי.די.בי.-כלל בשיעור שאינו עולה על 15% מזכות כלשהי באי.סי.איי טלקום, תהיה קלרידג' רשאית להחזיק עד 20% מכל זכות בתאגיד זה. עלו אחזקות קבוצת אי.די.בי על 15% בזכות כלשהי באי.סי.איי טלקום - לא תהיה קבוצת קלרידג'-כור רשאית להחזיק בכל זכות שהיא בתאגיד זה בשיעור העולה על 10%.

ביצוע הליכי הפרדה אלה מצדיק, בנסיבות העניין על מורכבותן המיוחדת, פרק זמן ארוך דיו. קבעתי את המועד לביצוע התנאים המבניים במיזוג להיות **ארבע שנים**. בתקופת הביניים תישמר הפרדה בין החברות, כך שלא ימונו דירקטורים מטעם קלרידג' בכל תאגיד באחזקה צולבת, בו לקבוצת אי.די.בי.-כלל 10% או יותר מזכות כלשהי. ברם, נוכח מחויבות קלרידג' לקרן רנסנס, ההפרדה בכהונת הדירקטורים אינה מוחלטת.

(ב) דרישת יידוע מראש ואישור מראש לשיתופי פעולה עתידיים. לאחר בחינת החששות העולים לתחרות מן המיזוג המוצע, מצאתי כי יש להתנות תנאים לעניין יצירת שיתופי פעולה עתידיים בין קבוצת קלרידג'-כור לקבוצת אי.די.בי.-כלל וקבוצת אריסון-דנקר-בנק הפועלים. תנאים אלה יחולו לפרק זמן מוגבל בן 5 שנים מיום ביצוע המיזוג, זולת אם שונו קודם לכן. בחינה **מראש** של שיתופי פעולה עסקיים בין הקונצרנים היא הדרך הראויה לפקח על יצירת שיתופי פעולה עסקיים כאמור.¹⁰⁹ לכן הוטלה בתנאים למיזוג חובת הודעה מראש על עסקאות בין הקונצרנים. בחינה מראש ממזערת את הפגיעה בצדדים המתמזגים ובצדדים אחרים. **התניית אישור מיזוג ב"יידוע מקדמי" ובקבלת "אישור מקדמי" לביצוע עסקאות מסוגים מסוימים היא פרקטיקה מקובלת וסדירה בארצות-הברית, באירופה וגם כאן.**¹¹⁰ המניעים שביסוד התניות מסוג אלה והגיונם הוסברו בעניין **American Medical International**:¹¹¹

"Yet the simple fact is that 143 of the 157 litigated or settled Section 7 orders issued by the commission in the past 20 years contain prior approval relief. The almost routine entry of this relief (91% of the orders entered, 1964-1984) has occurred because an antitrust case both aims to restore competition where it already has been lost and seek to insure against its loss through similar means in the future. **Such ancillary "fencing in" relief,**

¹⁰⁸ סעיף 1 לתנאים להלן.

¹⁰⁹ בחריגים מועטים ביותר, הסתמכות על חובת ההודעה מכוח סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים לא הוכיחה עצמה עד היום בבסיס למניעת פגיעה בתחרות כתוצאה מהתקשרויות בין-קונצרניות.

¹¹⁰ בארצות הברית, נטל ההוכחה בדבר כשרות העסקה מוטל על מבקש האישור המקדמי. ראה: **Dr. Pepper/Seven Up Co. v. FTC**, 991 F.2d 859 (D.C. Cir. 1993).

¹¹¹ **American Medical International, and AMISUB**, 104 F.T.C. 1 (July 2, 1984).

prospective in nature, is typically broader in coverage than the specific violation and relief involved in a specific case." (emphasis added)

נוכח אמות המידה הקיימות, ונוכח מאפייני הקשרים בין קבוצת כור-קלרידג', מחד, וקבוצות אי.די.בי-כלל. ואריסון-דנקנר-בנק הפועלים, מאידך, מצאתי לנכון לחייב מתן הודעה מראש, לפני יצירת שיתוף פעולה עסקי בין קבוצת כור-קלרידג' לבין אחת משתי הקבוצות האחרות, ובתנאי שכל אחד מהצדדים לשיתוף הפעולה העסקי הוא בעל עניין בו. נוכח הקשרים המיוחדים בין קבוצת אי.די.בי-כלל לבין קלרידג' וכור, ועל רקע מעמדם הבכיר של גופים אלה, נדרש אישור מראש לעסקה כאשר שתי הקבוצות בעלות עניין בשיתוף הפעולה העסקי, ולכל אחת מהן השפעה מהותית עליו.¹¹²

הצבת תנאים אלה, למתן הודעה מראש, ובנסיבות מסוימות לאישור מראש, אינה באה לשנות את הדין המהותי החל לפי חוק ההגבלים העסקיים, כאמור, אלא לאפשר למערך ההגבלים העסקיים תגובה בעתה. לא כל שיתוף פעולה עסקי בין הגופים הגדולים פוגע בתחרות. עם זאת, נוכח הפגיעה האפשרית בקיום, בהיקף או בטיב התחרות בין הגופים הגדולים במשק, או הפגיעה בציבור, העלולה להיגרם בנסיבות מסוימות כתוצאה משיתופי פעולה עסקיים בין שניים או שלושה הגופים הגדולים ביותר במשק, מוצדק לקבוע בתנאי המיזוג חובת הודעה מראש, ובנסיבות מוגבלות גם חובת קבלת אישור מראש, לשיתופי פעולה עסקיים כאלה עוד בטרם מומשו. מובן כי שיקול הדעת שיופעל בהקשר לכל הודעה או בקשה כאמור יסתמך על עקרונות הדין, כפי שיהיה אותה העת. התנאים שנקבעו למיזוג בהקשר זה, ואשר מקובלים על הצדדים לו, אינם מוסיפים דבר על הדין המהותי.

8. תנאי המיזוג

אלה התנאים אשר מצאתי להתנות בהם את אישורי למיזוג, בהתאם לאמור בסעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, לאחר שמצאתי כי אם לא יקוימו קם חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות ובציבור:¹¹³

8.1 חלק ראשון: הגדרות¹¹⁴

"במישרין או בעקיפין" - לרבות ביחד עם קרוב או באמצעותו; ולרבות עם אחר הפועל באופן קבוע או מזדמן בשיתוף פעולה, לפי הסדר, הסכם או הבנה בכתב או בעל-פה; ולרבות באמצעות תאגיד אחד או יותר.

"החזקה" - במישרין או בעקיפין, לרבות באמצעות זכויות המוקנות לפי הסכם, ולרבות מכוח החזקה או רכישה בידי שלוח או נאמן, חברת נאמנות או חברת רישומים; מבלי לגרוע מכלליות האמור לעיל, רואים

¹¹² סעיף 5 לתנאי המיזוג להלן. הסעיף שונה לעומת נוסחו באישור המיזוג.

¹¹³ תנאי המיזוג הועברו לצדדים ביום 5 באוקטובר 1997, במסגרת הודעת הממונה על הגבלים עסקיים על הסכמתו לאישור המיזוג בתנאים, כנדרש בסעיף 20(ב) לחוק ההגבלים העסקיים. יש לראות בתנאים ובהנמקה להם כחלקים בלתי נפרדים מהחלטת אישור המיזוג בתנאים.

¹¹⁴ תשומת הלב מופנית, בקריאת ההגדרות, גם להוראות הכלליות שבחלק השני להלן.

אדם כמי שמחזיק בעצמו ובמישרין בכל החזקות כל תאגיד בשליטתו, וכן בכל החזקות כל תאגיד שבשליטת תאגיד שבשליטתו, וכן הלאה.

"הקבוצה" - אלה, כל מי מטעם אחד או יותר מהם, והכל במישרין או בעקיפין, ורואים כל התייחסות לקבוצה גם כהתייחסות לכל אחד מיחידה בנפרד והתייחסות לכל אחד מיחידה בנפרד גם כהתייחסות לקבוצה:

- (א) מר צ'ארלס רוזנר ברונפמן,
- (ב) מר יונתן קולבר ;
- (ג) Columbus Capital Corporation , או כל אדם או תאגיד שיבוא במקומה ;
- (ד) כור תעשיות בע"מ.

"זכות בתאגיד" - כל אחד מאלה : בעלות במניות או החזקה בהן או זכות להן, זכות הצבעה, זכות למנות דירקטור או מינויו בפועל, זכות למנות מנהל כללי או מינויו בפועל, זכות לרווחים או קבלתם בפועל, זכות לעודפי פירוק או (בפירוק מרצון) קבלתם בפועל - ולרבות זכויות מקבילות לפי הסכם.

"קבוצת אי.די.בי." - אי.די.בי. חברה להחזקות וכל אדם השולט בה, אי.די.בי. חברה לפתוח, חברת השקעות דיסקונט, פי.אי.סי. החברה הכללית לישראל, כלל (ישראל), ורואים כל התייחסות לקבוצת אי.די.בי. גם כהתייחסות לכל אחד מיחידה בנפרד והתייחסות לכל אחד מיחידה בנפרד גם כהתייחסות לקבוצת אי.די.בי.

"קבוצת אריסון" - חברי קבוצת השליטה בבנק הפועלים, ובכלל זה - תד אריסון, קבוצת "דנקנר" (בשליטת יחידי משפחת דנקנר), קבוצת "אברמזון" (בשליטת ליאונרד אברמזון), קבוצת "שוסטרמן" (בשליטת צ'ארלס שוסטרמן), קבוצת "שטיינהרדט" (בשליטת מייקל שטיינהרדט), היפריון (קרן נאמנות), ורואים כל התייחסות לקבוצת אריסון גם כהתייחסות לכל אחד מיחידה בנפרד והתייחסות לכל אחד מיחידה בנפרד גם כהתייחסות לקבוצת אריסון.

"קרוב" - "בן משפחה", כהגדרתו בחוק ניירות ערך, התשכ"ח 1968-.

"שליטה" - היכולת, במישרין או בעקיפין, לכוון פעילותו של תאגיד.¹¹⁵ מבלי לגרוע מכלליות האמור לעיל, (1) חזקה על אדם שהוא בעל השליטה בתאגיד אם בידיו, במישרין או מכוח הגדרת החזקה, החלק הגדול ביותר בזכות אחת או יותר באותו תאגיד, בין פרטי ובין ציבורי ; (2) חזקה על אדם שהוא שולט בנאמנות שהוא הנהנה בה, לבד או עם אחרים, במישרין או בעקיפין ; (3) חזקה על אדם שהוא בעל השליטה בתאגיד אם הוא מחזיק במישרין או בעקיפין ביכולת למנוע קבלת החלטה עסקית מהותית של תאגיד או על החלטה כלשהי של אורגן בתאגיד, למעט אם מקור הזכות בהסכם המסדיר תנאי הלוואה

¹¹⁵ לעניין תנאים אלה רואים את קרן רנסנס כמצויה בשליטת כל אחד מאלה : מר צ'ארלס רוזנר ברונפמן, מר יונתן קולבר.

שנתן תאגיד בנקאי במהלך עסקיו הרגילים, ולמעט החלטות שעניינן הנפקת אמצעי שליטה בתאגיד או החלטות שעניינן מכירה או חיסול של רוב עסקי התאגיד או שינוי מהותי בהן.

"תאגיד" - לרבות חברה, שותפות, נאמנות, קרן להשקעות, חבר בני אדם וכל ישות אחרת, בין שרשמו ובין אם לאו, בין מקומיים ובין אם לאו; התייחסות לאדם משמעה גם התייחסות לתאגיד, והתייחסות לתאגיד משמעה גם התייחסות לאדם.

"תאגיד בהחזקה צולבת" - תאגיד בו הן לקבוצה, מחד, והן לקבוצת אריסון או לקבוצת אי.די.בי. או לשתייהן, מאידך, החזקה בזכות כלשהי.

8.2 חלק שני: הוראות כלליות

1. זולת אם נקבע במסמך זה במפורש אחרת, כל מגבלה החלה על תאגיד מכוח מסמך זה, לרבות ההגדרות שלעיל, זולת מגבלה שעניינה איסור החזקות צולבות, חלה גם על כל נושא משרה בתאגיד, על כל עובד בתאגיד, על כל שלוח של תאגיד ועל כל יועץ לו, ועל כל שלוח או חליף של מי מאלה - והכל בין מכוח דין או הסכם ובין בפועל.

2. לצורך קביעת מגבלות שבהחלטה זו או לצורך פרשנותן, לרבות לעניין ההגדרות שלעיל, אך לא לצורכי הקניית זכות כלשהי - דינו של אדם כדין מי ששולט באותו אדם, כדין תאגיד בשליטת אותו אדם, וכדין תאגיד המצוי בשליטת מי ששולט באותו אדם; דין כל אחד מאלה כדינו של אותו אדם; דין אדם כדין קרובו, ודין קרובו כדינו; והכל בין במישרין ובין בעקיפין.

8.3 חלק שלישי: תנאים מהותיים למיזוג

1. (א) על הקבוצה לגרום לכך כי בתום תקופה של 48 חודשים ממועד מתן אישור זה לא יהיה לה כל תאגיד בהחזקה צולבת עם קבוצת אי.די.בי., ללא אישורו המוקדם של הממונה על הגבלים עסקיים,¹¹⁶ אם לקבוצה ולקבוצת אי.די.בי., כל אחת בנפרד, שליטה בתאגיד, או החזקות של 20% או יותר בזכות אחת או בכמה זכויות באותו תאגיד.¹¹⁷

(ב) מבלי לגרוע מכלליות האמור לעיל, בהעדר קביעה אחרת של הממונה על הגבלים עסקיים, על הקבוצה - למעט כור תעשיות בע"מ - לגרום לכך כי בתום תקופה של 48 חודשים ממועד מתן אישור זה: (1) החזקות הקבוצה בכל זכות בתאגיד בחברות שיכון ופיתוח לישראל בע"מ וכללקום בע"מ תהיינה פחות מ- 5% כל עוד מחזיקה קבוצת אי.די.בי. יותר מאשר 5% מזכות כלשהי באותו תאגיד; (2) אם וכל עוד תחזיק קבוצת אי.די.בי. בשיעור שאינו עולה על 15% מזכות כלשהי

¹¹⁶ במסמך זה, כל מקום בו נקב סף באחוזים לזכות בתאגיד, תראה כל זכות למנות דירקטור או מינויו בפועל, וכל זכות למנות מנהל כללי או מינויו בפועל, כנמצאת מעל אותו הסף.

¹¹⁷ האמור בסעיף 1 זה ובסעיף 2 להלן - ובהם בלבד - אינו חל על תאגידים המצויים בהחזקה צולבת עובר למתן אישור זה בידי כור תעשיות בע"מ מחד וקבוצת אי.די.בי. מאידך, כשיעור ההחזקה בהם במועד מתן אישור מיזוג זה; וראה הדיון בהחלטה המפורטת בעניין זה. סעיף 1 זה חל על כל תאגיד אחר המנהל עסקים, להבדיל ממיזמים חדשים - הנדונים בסעיפים (ב) 4 ו-5 להלן. שיעורי האחזקה בסעיף זה עודכנו מאז אישור המיזוג המקורי. בסעיף זה, כבסעיפים אחרים בתנאים אלה למיזוג, אין הכרח כי האחזקה בשיעורים הנקובים תהא באותה זכות בתאגיד מכל צד.

בתאגיד באי.סי.איי טלקום בע"מ תהיה הקבוצה רשאית להחזיק עד ל-20% מכל זכות בתאגיד זה.¹¹⁸ עלו החזקותיה של קבוצת אי.די.בי על 15% בזכות כלשהי באי.סי.איי טלקום - לא תהיה הקבוצה רשאית להחזיק בכל זכות שהיא בתאגיד זה בשיעור העולה על 10%.

2. יחידי הקבוצה לא ישמשו כדירקטורים ולא ישמשו כנושאי משרה, בתאגיד בהחזקה צולבת עם קבוצת אי.די.בי. בו מחזיקה אי.די.בי. 10% או יותר מזכות כלשהי, ולא ישפיעו ולא ינסו להשפיע במישרין או בעקיפין על קבלת כל החלטה בידי תאגיד כזה, בידי דירקטור בו, בידי אורגן שלו, בידי נושא משרה בו או בידי עובד בו ; והוא הדין בכל תאגיד שבשליטת תאגיד כאמור.¹¹⁹

3. על אף האמור בסעיף 2 לעיל -

(א) מר אהרון צוקר יוכל לשמש כדירקטור בחברות שיכון ופיתוח לישראל בע"מ, כללקום בע"מ ואי.סי.איי טלקום בע"מ, ואולם מר צוקר לא יקבל במישרין או בעקיפין כל הוראה או הנחיה שהיא מהקבוצה בהקשר לתפקידיו כאמור, והוא אף לא ימלא כל תפקיד אחר בקבוצה ולא תהא לו כל מעורבות אחרת בה, בענייניה או בהחזקותיה זולת כהונתו כדירקטור כאמור לעיל וזולת פעילותו במסגרת Renaissance Fund LDC דרך ר.מ. רנסנס מנג'מנט (1993) בע"מ.

(ב) מר דני בירן יוכל לשמש כדירקטור בחברת ברק אי.טי.סי. בע"מ.

(ג) כל חריגה מהאמור בס"ק (א) או (ב) לעיל, לרבות כל האצלה או העברה של סמכויות או מינוי חליף (למעט חליף זמני ארעי), צריכים לאישור מראש של הממונה על הגבלים עסקיים.

4. (א) הקבוצה תודיע לממונה על הגבלים עסקיים 30 יום מראש על כל עסקה שתוצאתה תאגיד בהחזקה צולבת של הקבוצה עם קבוצת אריסון, בו לכל אחת מהקבוצות 5% או יותר מזכות כלשהי באותו תאגיד, על כל הגדלת שיעור החזקותיה בהחזקה צולבת כאמור, ועל כל שיתוף פעולה או מיזם עסקי חדש שיש בו כדי להשפיע על התחרות, אם בענף אחד או יותר ואם באופן כללי, עם קבוצת אריסון.

(ב) הקבוצה תודיע לממונה על הגבלים עסקיים 30 יום מראש על כל עסקה שתוצאתה תאגיד בהחזקה צולבת של הקבוצה עם קבוצת אי.די.בי., בו לכל אחת מהקבוצות 5% או יותר מזכות כלשהי באותו תאגיד, אשר אינה אסורה או חייבת באישור מכוח הוראה אחרת במסמך זה.

¹¹⁸ האמור לגבי אי.סי.איי מותנה בכך שקבוצת אי.די.בי. אינה מחזיקה יותר מאשר 15% באי.סי.איי טלקום. כל עוד ממנה קבוצת אי.די.בי דירקטור מטעמה באי.סי.איי. טלקום תהא זהות הדירקטורים שימונו ע"י הקבוצה באי.סי.איי טלקום טעונה אישורו המוקדם של הממונה על הגבלים עסקיים.

¹¹⁹ האמור בסעיף זה, תחולתו מיום 9 בדצמבר 1997 (תאריך זה עודכן מאז מתן אישור המיזוג). אין האמור לעיל חל לגבי החזקות כור תעשיות בע"מ על מי שהוא נושא משרה, עובד, שלוח או יועץ בכור תעשיות בע"מ ושאינו קשור בכל דרך שהיא ליחידי הקבוצה האחרים.

5. (א) הקבוצה לא תתקשר בכל שיתוף פעולה עסקי חדש או מיזם משותף חדש ולא תיצור כל תאגיד חדש בהחזקה צולבת עם קבוצת אי.די.בי., ללא אישורו המוקדם של הממונה על הגבלים עסקיים, אם כל אחת מהן תחזיק בעצמה - לאחר ביצוע העסקה - בשליטה בו, או ב-20% או יותר מזכות כלשהי בו.
- (ב) הקבוצה לא תגדיל את שיעור החזקותיה בכל זכות בתאגיד שבהחזקה צולבת קיימת עם קבוצת אי.די.בי., זולת הגדלת החזקה דרך רכישת זכות באותו תאגיד מידי אי.די.בי., ללא אישורו המוקדם של הממונה על הגבלים עסקיים.
6. בתום תקופה של 24 חודשים ממועד מתן אישור זה תחדל הקבוצה מלהחזיק בכל זכות בתאגיד, לפחות באחד משני התאגידים הבאים: פז חברת נפט בע"מ ופזגז 1993 בע"מ (להלן, ביחד: "פז"); סונול ישראל בע"מ (להלן: "סונול"); והוא הדין בכל תאגיד בשליטת מי מאלה. כל עוד לא קוים התנאי האמור לא ישמש איש מבין יחיד הקבוצה דירקטור, נושא משרה, עובד, שלוח או יועץ במשאב ייזום ופיתוח בע"מ, על החזקותיה.¹²⁰
7. עד לביצוע האמור בסעיף 6 לעיל, תמנע מהקבוצה כל גישה למידע בנוגע לחברת סונול, זולת מידע המתפרסם ברבים ורק לאחר פרסומו כאמור; כמו כן, לא תהיה הקבוצה מעורבת בכל דרך שהיא בעניין הקשור בהפעלת כל זכות בסונול או מטעמה; והוא הדין בכל תאגיד בשליטת סונול.¹²¹
8. לגבי החברות פז וסונול, ולגבי כל תאגיד בשליטת האחת כלפי האחרת וכל תאגיד בשליטתה, יחולו ההגבלות הבאות:¹²²
- (א) אסור כל שיתוף פעולה, במישרין או בעקיפין, בין מי מהחברות הללו לבין עצמן, בתחומי הפיתוח, היצור, השיווק או ההפצה.
- (ב) אסורה כל העברת מידע, במישרין או בעקיפין, בין מי מהחברות הללו לבין עצמן בתחומי עיסוקן או פעולתן, ולרבות בתחומים מקבילים, קשורים או דומים.
9. הקבוצה תמנע מכל פעולה, מעשה או מחדל, שתוצאתם הפרת הוראה מהוראה תנאים אלה או תוצאה שקולה להפרה כזאת.
10. לא התקיים תנאי מן התנאים המנויים בסעיפים (1) ו(6) לעיל, רשאי הממונה על הגבלים עסקיים, מבלי לגרוע מכל סעד או תוצאה אחרת בדין, לקבוע כי יופקדו בבית המשפט המחוזי בירושלים

¹²⁰ אין האמור לעיל חל על מי שהוא נושא משרה, עובד, שלוח או יועץ בכור תעשיות בע"מ ואינו קשור בכל דרך שהיא ליחיד הקבוצה האחרים.

¹²¹ אין האמור לעיל חל על מי שהוא נושא משרה, עובד, שלוח או יועץ בכור תעשיות בע"מ ואינו קשור בכל דרך שהיא ליחיד הקבוצה האחרים.

¹²² אין באמור בסעיף זה כדי לגרוע מההסדר בין חברות הדלק הוותיקות, המכונה "הסדר מוסכם בתיק ערר 2/93, 3/93 סונול ו-פז", לבין הממונה, או כדי לגרוע מאותו הסדר המשלים בעניין הסדרים כובלים בין חברות דלק לתחנות תדלוק, בין הממונה לבין דלק, חברת הדלק הישראלית בע"מ.

מניות הקבוצה בתאגיד לגביו לא התקיים תנאי כאמור, בצירוף יפויי כוח בלתי הדירים ושטרי העברת מניות חתומים שכל הפרטים הנדרשים בהם והידועים אותה עת מלאים כנדרש, ובצירוף בקשה חתומה בידי הקבוצה כי בית המשפט ימנה נאמן אשר יקבל להחזקתו אותן מניות וינהג בהם מנהג בעלים, וימכור אותן - לפי הנחיות בית המשפט ובכפוף לכל דין - לגוף שאינו קשור לקבוצה. הנאמן יעביר את תמורת המכירה, בניכוי הוצאות כפי שיאושרו בידי בית המשפט, לידי הקבוצה. הנאמן יהיה בנק השקעות בינלאומי גדול, או משרד רואי חשבון בינלאומי שהוא אחד מחמשה משרדי רואי החשבון הגדולים בעולם, שאין לו קשר עסקי ישיר או עקיף עם הקבוצה, והכל זולת ככל שיקבע בית המשפט אחרת.

ד"ר דוד תדמור

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ז' טבת, תשנ"ח

5 ינואר, 1998