



רשות ההגבלים העסקיים

החלטה בעניין רכש דקלה על-ידי הראל, המשמר ומור מכון למידע רפואי

1. הקדמה

ביום 20.5.93 הוגשו עדי הודעות מיזוג מצד מור מכון למידע רפואי בע"מ (להלן: מור), הראל המשמר השקעות בע"מ (להלן: הראל-המשמר) ודקלה חברה לביטוח בע"מ (להלן: דיקלה), כמצוות סעיף 19 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן: "החוק").

לבקשת ההסתדרות לרפואת שיניים בישראל, נפגשתי עם יו"ר ההסתדרות, ד"ר י. חן, אשר הציג דאגותיו נוכח המיזוג המוצע. כן נפגשתי ביוזמתי עם גורמים המעורים בתחומים הרלבנטיים, בכלל זה יצאתי נשכר מלימוד עמדתם של פרו' א. שטייר, דיקאן הפקולטה לרפואת שיניים באוניברסיטה העברית, ד"ר א. צוקרט, דיקאן המשנה, פרו' חיים טל - ראש בית הספר לרפואת שיניים באוניברסיטת תל-אביב, ד"ר בוכנר - יו"ר המועצה המדעית לרפואת שיניים, ד"ר משה קלמן מנהל המחלקה לבריאות השן במשרד הבריאות, מר מאיר שביט - המפקח על הביטוח במשרד האוצר, הצדדים למיזוג ונוספים.

סיוע וייעוץ רב קיבלתי מפרו' יונתן מן, מנהל המחלקה לרפואת שיניים קהילתית והגינה אוראלית בבית הספר לרפואת שיניים באוניברסיטה העברית בירושלים, אשר תרם רבות מזמנו, כשרונו ובקיאותו להצגת הענף ולגיבוש התנאים למיזוג המגנים על אינטרס הציבור על גווניו.

לאור כל אלה, לאחר לימוד המיזוג והשפעותיו האפשריות ולאחר שנטלתי את עצתה המועילה של הוועדה המייעצת לענייני המיזוגים, הגעתי לכלל החלטה לאשר את המיזוג בתנאים כפי שאלה יפורטו בגוף החלטתי זו. אבאר טעמי, תוך תיאור התשתית העובדתית החשובה לענין.

2. הצדדים למיזוג

חברת מור-הר

החברה הרוכשת את הבעלות בדקלה הינה חברת מור-הר השקעות בע"מ (להלן: "מור-הר"). חברת מור-הר הוקמה בתאריך 14.3.93 על מנת שתבצע את הרכישה הנדונה, ובעלי מניותיה הינם מור - 35% והראל-המשמר - 65%. קיימת אופציה לחברה אנגלית בשם BUPA, המתמחה בתחום הביטוח הרפואי, לרכוש עד 10% מהחזקות הראל-המשמר בחברת מור-הר.

מור

מור מקיימת פעילות ומעניקה שירותים בתחום הרפואה, לרבות בדיקות וטיפולים. מור היא חברה בבעלות מלאה (כ- 99.9%) של קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל (להלן: קופ"ח כללית).

הראל-המשמר

הראל-המשמר היא חברת השקעות ציבורית, המשמשת כחברת אחזקות וניהול, בעיקר לחברות העוסקות בביטוח בישראל, שהן: הראל חברה לביטוח בע"מ (100%), שילוח חברה לביטוח בע"מ (בבעלות מלאה של החברה החל משנת 1984), סהר חברה לביטוח בע"מ (83.7%) הנסחרת בבורסה, ואישפוז בע"מ (100%).

הראל-המשמר מחזיקה בבעלותה בשתי סוכנויות ביטוח - המשמר שרות לביטוח בע"מ (100%) ווריסט סוכנויות לביטוח בע"מ (85%) - ובשלוש חברות נוספות, שהן: הילה (המכונים לבריאות המשפחה) בע"מ (להלן: "הילה") (100%) המפעילה רשת מרפאות שיניים, אייל ניירות ערך בע"מ (60%) ואוניון שרות לביטוח בע"מ (100%).

הראל-המשמר הינה הקבוצה הביטוחית הרביעית בגודלה בישראל. היא מחזיקה בכ- 10% מכלל הביטוח האלמנטרי במשק, בכ- 10% מכלל ביטוח החיים, ובאמצעות שילוח בכ- 60% מכלל הביטוחים בתחום רפואת השיניים.

דקלה

בשנת 1980 החליטה חברת וריסט חברה לביטוח ימי בע"מ לשנות את שמה לדקלה חברה לביטוח בע"מ, ולהוסיף לתזכיר החברה את האפשרות לפעול ולעסוק כמבטח בענף מחלות ואישפוז.

דקלה הינה חברת ביטוח בבעלות חברת הסנה חברה ישראלית לביטוח בע"מ (להלן: "הסנה"). הסנה קרסה, וביום 8.12.92 מונה לה מנהל מורשה ע"פ חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981 (להלן: "המנהל המורשה"), ומאותו מועד לא עסקה הסנה בעסקי ביטוח חדשים. המצב שנוצר עם קריסת הסנה יצר מציאות חדשה, וחייב מענה מידי, עקב אפשרות לפגיעה קשה וחמורה בציבור מבוטחיה.

דקלה פועלת החל מחודש פברואר 1989, במסגרת תוכנית "שתיל", המבטחת בגין הוצאות טיפול רפואי כולל השתלות אברים, שאינו ניתן לביצוע בבתי חולים ציבוריים בישראל. התוכנית הופעלה בשיתוף עם קופ"ח כללית וכר"ם - כיסוי רפואי משלים בע"מ. ב-1.1.90 המפעילה קופ"ח באמצעות דקלה תוכנית חדשה במסגרת ביטוח "שתיל" המבטחת את כלל חבריה. הפרמיה עבור תוכנית הביטוח החדשה נגבית מדי חודש באופן שוטף באמצעות המס האחיד שגובה קופ"ח כללית. לענין המיזוג המוצע אין אנו נדרשים לתוכנית שתיל, שכן ראש האגף הכללי של קופ"ח כללית הודיע למנהל המורשה, עוד בטרם הוצעה דקלה למכירה, כי עם סיום הסכם הביטוח בסוף השנה הזו, תועבר התוכנית לקבוצת הראל-המשמר.

דיקלה פועלת בעסקי ביטוח רפואת שיניים, במסגרת תוכנית "שנהב" שאושרה ע"י האוצר, לפי סעיף 47ב (ב) לפקודת מס הכנסה. התוכנית מופעלת מאז שנת 1981 בשיתוף עם קופ"ח כללית, תוך שהוכנסו בה מספר שינויים במהלך השנים. מראשיתה, נוהלה התוכנית כמיזם משותף (Joint venture), בחלקים שווים, בין הסנה לקופ"ח. עקב חוסר הוודאות שנוצר בנוגע לעתיד החברה, נמנעו לפי שעה לקוחות שמועד חידוש חוזהן הגיע, מלחדש את הסכמי הביטוח, ולבקשת הלקוחות הוארכו הפוליסות באופן זמני עד שתתבהר הבעלות על החברה, ובהתאם יחליטו המבוטחים על המשך דרכם.

מכירת אחזקות "הסנה" בדקלה 3.

עם קריסת הסנה, נוצר צורך דחוף למצוא גורם מקצועי שירכוש את דקלה, יפעילה ויקיים התחייבויותיה למבוטחים. במסגרת המאמצים למימוש נכסיה הסנה לצרכי כיסוי התחייבויותיה למבוטחים השונים, פורסמה ברבים במרץ 93 הודעה על כוונה למכירת נכסי הסנה, לרבות האחזקות בדקלה. לאחר קבלת ההצעות לרכישת דקלה, הודיע המנהל המורשה על קיומה של התמחרות ("ליסיטציה") בין המציעים השונים. הסנה התחייבה למכור את מניות דקלה למציע ההצעה הגבוהה ביותר, במועד קיום הליסיטציה, ובלבד שהמחיר המוצע לא יפחת מ- 16 מליון ש"ח, ושלא יוודע להסנה על קיומה של מניעה מלעשות כן, עד מעוד הליסיטציה.

המפקח על הביטוח, הוציא מכתב בתאריך 9.5.93, בנושא אישור מועמדים לרכישת מניות דקלה. במכתבו הודיע המפקח, כי לא ניתן לגבש עמדה עקרונית שלמה לגבי המועמדים

שפירט בפניו המנהל המורשה, אלא יש בידו אך ליתן מספר הבהרות. עמדת המפקח היתה כי בנוגע לחברות מנורה חברה לביטוח בע"מ (להלן: "מנורה") ומור-הר, עקרונית ניתן יהיה לשקול בחיוב מתן אישור לרכישה. לעומת זאת, בנוגע למועמדות מגדל חברה לביטוח בע"מ (להלן: "מגדל"), סבר המפקח כי לאור גודלה בענף הביטוח, ובהמשך לליבון בעיית הריכוזיות ההולכת וגדלה בענף הביטוח עם הממונה על ההגבלים העסקיים, נטייתו תהא שלא להמליץ לאחרון על מתן אישור לרכישת דקלה ע"י מגדל. בנוגע לשאר המועמדים, נמנע המפקח מחוות כל דעה בענין, הואיל ואלה אינם מוכרים לו, ובדיקת כשירותם לרכוש שליטה במבטח תדרוש בדיקה שזמנה בצידה.

במועד קיום הליסיטציה הודיע המנהל המורשה כי נוכח עמדת הפקח ומטעמים נוהליים נוספים, אין הוא מאפשר למגדל להשתתף בהליך הליסיטציה. מגדל ערערה על החלטה זו, אך ערעורה נדחה בידי כבוד נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב. המנהל המורשה ביקש מהמתמודדים שנותרו את הסכמתם לכך שההצעות שיועלו במהלך הליסיטציה יהיו בלתי חוזרות לתקופה של 45 יום מתאריך הליסיטציה. כל המשתתפים הסכימו, למעט מנורה ותפארת העיר, שהודיעו כי אם לא יודיעו אחרת בתוך 48 שעות, הרי ניתנת הסכמתם מראש.

ההצעה הגבוהה ביותר בהליך היתה של מר המבורגר מחברת הראל-המשמר בסך של 17.65 מליון ש"ח. ההצעה השנייה בגובהה היתה של חברת מנורה - 17.55 מליון ש"ח, והשלישית של עו"ד פרי בסך של 16.6 מליון ש"ח.

במהלך בחינת המיזוג המוצע, נדרשתי לשאת האלטרנטיבות הזמינות לרכישת דקלה על ידי מתמודדים אחרים זולת מור-הר. לענין זה, מועמדותה של מנורה היתה בעלת חשיבות רבה. רכישת דקלה על ידי מנורה לא צפויה היתה לעורר קשיים, לא מהיבט השמירה על התחרות ולא מהיבט הפיקוח על הביטוח. ברם, ביום 2.6.93 הודיע המנהל המורשה במכתב המופנה אלי, כי מנכ"ל מנורה, מר שבתאי אנגל, הודיע שאין בדעתו לרכוש את מניות דקלה בהתאם להצעתו בליסיטציה, וכי לדעתו אין עליו אף חובה משפטית לעשות כן.

4. הסביבה העסקית

המיזוג בן עסקינן מתרחש בזירה של ביטוח רפואת השיניים במשק הישראלי. בטרם נפנה לנבכי ונפתולי הגדרת הענף הרלבנטי למיזוג, אדרש לצייר בקווים כלליים את הסביבה העסקית שבה פועלות שילוח ודיקלה. שתי החברות עוסקות, בין היתר, במכירת ביטוח רפואת שיניים, והמיזוג המוצע יביא לאיחוד השליטה המכוון את פעולותיהן, הגם שכל אחת מהחברות תמשיך לפעול באורח נפרד. בשאר תחומי פעילותן של החברות לא מתעוררות שאלות של תחרות.

(א) הנפשות הפועלות

בביטוח רפואת שיניים עוסקות כעת ארבע חברות והן: שילוח - שלפי הערכה בדידה כ- 60% מכלל השירות, דיקלה - המרכזת בדידה כ- 23%, מגדל - שבידיה כ- 15% ובידי "איילון חברה לביטוח בע"מ" (להלן "איילון") היתרה.

בתחום ביטוח רפואת השיניים שילוח היא החברה הוותיקה והמבוססת שבה. בעוד שהיא כחלוצה החלה פעילותה לפני כארבע עשרה שנים, דיקלה חנכה את עיסקה לפני כשתיים עשרה שנים, איילון לפני כשש שנים ומגדל החלה חדירתה לתחום רק לפני כשנתיים ימים.

כ- 500,000 איש מבוטחים בביטוח שיניים במסגרת חברות ביטוח אלה. מבין אלה כ- 300,000 מבוטחים באמצעות שילוח, כ- 120,000 באמצעות דיקלה וכ- 80,000 באמצעות מגדל ואיילון.

(ב) צורת מתן השירות

הביטוח הינו אמצעי לחלוקת נטל כספי בעקבות נזקים העלולים ליפול כמעמסה על היחיד. מעמסת התשלום בביטוח ריפוי השיניים מתפזרת בין מספר רב של מבוטחים

שחלקם נזקקים לטיפול ומקבלים אותו, חלקם נזקקים לטיפול אך אינם דורשים טיפול וחלקם איננו נזקק לטיפול. על מנת ליישם עקרון זה נערך הסכם הביטוח.

שורשיו של ביטוח רפואת השיניים יונקים משלהי המאה הקודמת, כאשר עובדי ה-Denver and Rio Grand Railways Company בארה"ב זכו לביטוח כזה כהטבה נוספת לשכרם. בעשורים האחרונים היה ביטוח זה לאחד מהסעיפים הגדלים בהתמדה בזירת ההטבות לעובדים בארה"ב.

וראה בנדון: H. Barry Waldman, Dental Insurance: Its Variations and Use of Dental Services, 56 Journal of the American college of Dentists, 4 (1989)

לידת מסגרת הביטוח לוותה בטרונות רבות כנגד עצם התופעה המערערת את האקויליבריום הקיים בין הרופא הבודד ומטופליו בארץ ובעולם. חרף חלוף הזמן והצלחתן המרשימה של תוכניות הביטוח, רופאי השיניים מוסיפים לראות איום כבד מצד חברות הביטוח. מומחי הרפואה הקהילתית רואים בתופעת הביטוח כורח לא יגונה וחלק מהמציאות. הביטוח מביא עמו תועלות חשובות כמו מיסוד טיפול מונע, ייצב רמת מחירים סבירה והרחבת מסגרת המטופלים הנמצאים בטיפול שיניים מסודר (בעוד שבקרב האוכלוסיה הרגילה בארץ מקובל להעריך את שיעור הפונים לטיפול שיניים בכרבע, הרי שבקרב האוכלוסיה המבוטחת ניתן להעריך שיעור זה בכמחצית). מנגד מעלה הביטוח את החשש להורדת רמת הטיפול, יצירת תגמול כספי נמוך העלול לתמרץ לטיפול יתר (over treatment) ועירוב שיקולים מסחריים עם שיקולים רפואיים. מכאן, עמדת המומחים כי לצד קיומה של תופעת ביטוח רפואת השיניים מתעורר תמיד הצורך להבטיח רמת טיפול נאותה ובקרת איכות שתשמור על אינטרס ציבור המטופלים, אשר כלשעצמו בדרך כלל איננו מסוגל לשפוט את טיב הטיפול הניתן לו.

חברות הביטוח מנהלות את עסקיהן בדרך של שתי מערכות התקשרויות השלובות זו זו, המבוטחים מחד ורופאי השיניים מאידך. חברות הביטוח מתקשרות עם המבוטחים בחוזה ביטוח לפיו, כנגד פרמיה, מקבל על עצמו המבוטח לפצות את המבוטח על ידי תשלום כספי חלקי או מלא עבור הנזקים הדנטליים או לחילופין מתן שירותים דנטליים. במקביל, מקימות חברות הביטוח מערך המיועד לוודא מתן השירות, בין באמצעות מערך הסכמים עם רופאי שיניים ובין באמצעות מרפאות שיניים ייעודיות או באמצעות מערך שיפוי מבוטחים בגין הוצאות ריפוי שיניים.

וראה בנדון: י. מן, א. מרזל, ביטוח שיניים בישראל - ניתוח מצב, רפואת השיניים, כרך ב' 19 (1984).

אכן, בתוך ענף זה פועלות שתי מערכות היונקות זו מזו - הקשר שבין חברת הביטוח למבוטח, והקשר בין אותה חברת ביטוח לרופאי ההסכם. בכך דומה המקרה שלפנינו לתחום העתונות בו העתון מעניק שירותים לשני שווקים הקשורים זה לזה קשר הדוק - שוק הקוראים ושוק הפרסומת.

וראה בנדון: Times picayune, ibid, p. 875,881

markets, "But every newspaper is a dual trader in separate though interdependent markets, it sells the paper's news and advertising content..."

בישראל, כמו במרבית המדינות המתועשות, הביטוח נשען על ביטוח מוסדי, דהיינו ביטוח של ציבור עובדים (ובני משפחותיהם), או מה שמכונה "קולקטיבים". בדרך זו משיג המבוטח פיזור נורמאלי של אוכלוסיית המבוטחים. האחרונים זוכים ליתרונות המשא ומתן הקיבוצי תוך שעלות הפרמיות מתחלקת בין העובד למעביד, ביחסים שווים או שתרומת המעביד גדולה יותר. לענין זה, מתייחסים בארץ אל קולקטיב כגורם המעסיק למעלה ממאה עובדים, אך לא מן הנמנע כי מספר זה יקטן במרוצת הזמן. ככלל, הסכמי הביטוח הם יחסית ארוכי טווח, לאמור לתקופות הנעות בין שלוש לחמש שנים.

תמורת תשלום פרמיה, מקבלים איפוא חברי הקולקטיבים ומשפחותיהם טיפול שיניים בהתאם למסגרת כיסויה של פוליסת הביטוח. כיום נמכרות בישראל תוכניות ביטוח מקיפות הכוללות טיפול משמר ו/או טיפול משקם (פרוטטי) ו/או טיפול פריודונטי. הטיפול המשמר עניינו טיפול בסיסי ושגרותי, כגון סתימות, טיפולי שורש וניקוי אבן. הטיפול הפרוטטי תכליתו שיקום הפה ועלותו כמו גם מורכבותו, רבה יחסית. טיפול זה כולל מבנים, כתרים ותותבות. הטיפול הפריודונטי מורכב אף הוא, ועניינו ניתוחי חניכיים, כגון הקצעת שורשים, כריתת חניכיים או גרידתם. אכן, מרבית תחום רפואת השיניים הוא בר-כיסוי באמצעות ביטוח, וכעת נבחנת אף כניסה לתחום יישור שיניים לילדים (אורתודונטיה).

המבוטח זכאי לכיסוי ושיפוי המבטחת בגין ההוצאות שהוציא בקרות מקרה הביטוח, דהיינו בהדרשו לטיפול שיניים מכוסה על ידי הפוליסה. המבוטח רשאי לבחור ברופא שיניים, כאשר עומדות בפיו שתי חלופות. ברצותו, יפנה המבוטח לאחד מ"רופאי ההסכם", דהיינו רופא המצוי עם המבטחת בחוזה למתן טיפול שיניים במסגרת תוכנית הביטוח. ברצותו, יפנה המבוטח ל"רופא שיניים פרטי", דהיינו שאינו קשור עם המבטחת בחוזה למתן טיפול שיניים. בוצע טיפול אצל רופא ההסכם, פטור המבוטח מתשלום, והמבטחת תשלם ישירות לרופא ההסכם את דמי הטיפול הנקוב בתעריף הנספח להתקשרות עם רופא ההסכם. לעומת זאת, בוצע טיפול אצל רופא שיניים פרטי, תשפה המבטחת את המבוטח בגין הוצאותיו, בגבולות הסכום הנקוב בתעריף האמור. בכל מקרה, טיפול פרוטטי ופריודונטי כפוף גם לקבלת אישור מראש מטעם המבטחת.

כאמור, בדרך כלל נערכת חברת הביטוח למתן השירות נשוא הביטוח גם בדרך של כניסה להסכמי מסגרת עם רופאי שיניים או מרפאות לרפואת שיניים. בהסכמים אלה נקבעים התעריפים למתן שירותים, לקבלת חולים, סוגי הטיפולים המכוסים, ועניינים שבנוהל. ככלל, תגמול רופאי השיניים על ידי חברות הביטוח יכול שיושתת על בסיס ה"תמורה בגין השירות" (fee for "FFS" - service), על פיה הרופא מקבל תשלום עבור כל טיפול שהוא מבצע. שיטה זו מופיעה במגוון אופנים, כמו and Usual customary charges reasonable תשלום מתמרץ, תשלום חלקי, השתתפות עצמית או תשלום על פי תעריף קבוע. לחלופין, יכול שהתגמול יושתת על בסיס ה"קפיטציה" (capitation), לפיה הרופאים זוכים לתשלום אחיד עבור כל חולה הנכלל ברשימת לקוחותיהם לפרק זמן נתון, ללא תלות במספר הטיפולים המתבצעים, באופן שהלכה למעשה המבטח הממשי הוא רופא השיניים.

בישראל, מתבסס ביטוח רפואת השיניים על תמורה בגין שרות (FFS) בהתאם לתעריף קבוע, המכונה "טבלת החזרים לרופאי הסכם" או "נספחי הגמלאות". כחריג לכלל, ביקשה איילון לשלב שיטה זו עם שיטת הקפיטציה. התעריף שמשלמות דיקלה ושילוח לרופאי השיניים דומה בעיקרו. נטען באוזני כי חברה אחרת נהגה בתחילה לשלם תעריף נמוך יותר, אך עקב מדיניות זו לא זכתה החברה לאותו מגוון ואיכות של רופאי הסכם ולכן העלתה תעריפה והוא התייצב על הרמה הממוצעת, דהיינו כ-30%-40% פחות מהמחירים המקובלים בשוק הפרטי. לשילוח ודיקלה כ-1,600 רופאי הסכם כל אחת, תוך חפיפה מובנת בין שתי הרשימות.

ג) סקטורים משיקים

נמצא שבביטוח רפואת השיניים שזורים שתי וערב שתי מערכות שונות, האחת הקשר הביטוחי שבין החברה המבטחת לקולקטיב המבוטח וחבריו, והשנייה - הקשר בין המבטח לרופא השיניים.

הקשר הביטוחי מושפע ומשפיע על ענף הביטוח בכללו שכן הוא מרחיב את סל המוצרים שבכוח חברת ביטוח להציע ובכך מגביר את כושר ההתחרות שלה בשוק הביטוח בכללו ומחסן את קשרי החברה עם סוכניה המקבלים הימנה את מלוא מגוון מוצרי הבטוח. עם זאת ביטוח השיניים כשלעצמו נבדל מביטוח במובנו השגור והרגיל, מבחינה זו שכאן תפקידה הדומיננטי של חברת הביטוח הוא תיווך מימוני ולא דווקא פיזור סיכונים. הסיכוי והסיכון מוערך באורח שונה מאשר בביטוח "רגיל", שכן אין המדובר באירוע ביטוחי תאונתי המתאפיין בנדירות יחסית, אלא בטיפול שיניים שהוא אירוע שכיח הקורה בדרך הטבע לכלל האוכלוסיה.

בדומה לכך, הקשר שבין המבטח, המבוטח ורופא השיניים מושפע מעצם טיבו מהקורות את ענף רפואת השיניים בכלל, ובמיוחד מהמתרחש ביחסי רופא השיניים ולקוחו הלא מבטח. הפנייה לשרות רופא השיניים תמורת תשלום מהווה חלופה מוחשית לציבור המבוטחים במידה ולא יחדשו את פוליסת הביטוח שרכשו, שכן בדרך זו האוכלוסיה הלא מבטחת מטפלת בשיניה. נפנה על כן למתוח קווי אופי כלליים של סקטור עסקי זה.

בארץ ישנם כ- 6,200 רופאי שיניים בעלי רשיון, שכ- 20% מהם הגיעו ארצה רק בגל העלייה האחרון מארצות "הגוש המזרחי". 75%-80% מרופאי השיניים עובדים בסקטור הפרטי בעוד שהיתרה עובדת בסקטור הציבורי (קופות חולים, בתי החולים וכדומה). מרבית רופאי השיניים סיימו את חוק לימודיהם באוניברסיטאות שברחבי העולם, וכחמישית מהם הוסמכו בבתי הספר לרפואת שיניים בישראל. בפועל, כמו גם בהתאם למדדים בינלאומיים, יש בישראל עודף היצע משמעותי של רופאי שיניים. עודף היצע זה מתבטא בחוסר תעסוקה יחסית, רמת מחירי טיפול, והתדפקות רופאים על דלתות חברות הביטוח על מנת להצטרף למסגרת רופאי ההסכם.

מרבית ענף רופאי השיניים מאופיין איפוא ברופאים פרטיים העובדים במרפאותיהם ומשרתים את חוג לקוחותיהם. מבנה כלכלי זה מחייב את רופא השיניים לפעול גם כיום עסקי, תוך יצירת בסיס לקוחות ומוניטין, ומבלי שעומדת לרשותו היכולת לפרסומת מסחרית: ר' פרק ז' לפקודת רופאי השיניים [נוסח חדש], תשל"ט-1979. ממילא, מסגרת רופאי ההסכם משמשת אפיק נוח לביסוס מקצועי וקבלת חוג לקוחות מבין מבטחי חברות הביטוח.

במקביל, מקיימות קופות החולים השונות, לרבות קופת חולים כללית, מרפאות שיניים בתשלום לחבריהם (ביטוח הבריאות הבסיסי אינו כולל ביטוח שיניים). מרפאות אלה פועלות בדרך כלל על בסיס "משק סגור", ולכן, לפחות להלכה, הן מאופיינות ברמת מחירים נמוכה מהמקובל בשוק הפרטי. לעת עתה, מרפאות אלה נהגו לתת שירות רק לחברי הקופה המפעילה את המרפאות. היקף מרפאות אלה הוא משמעותי, כך גם הפוטנציאל הגלום בהן.

בנוסף, בשנים האחרונות התפתחה תופעת "מרפאת שיניים של תאגיד", דהיינו מרפאות פרטיות המאגדות בהן מספר רופאי שיניים והמבקשות לנצל יתרונות גודל. מבין מרפאות אלה, המובילות הן הילה שבעלות הראל המשמר ו"שורש שרותי רפואת שיניים בע"מ". לאחרונה, התקין שר הבריאות, באישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת, את תקנות רופאי השיניים (מרפאות של תאגידים), התשנ"ג-1993 המסדירות תחום פעילות זה.

ד) העתיד הנראה לעין

מצד רוכשי השירותים, נותרו קולקטיבים שטרם ביטחו את חבריהם ומשפחותיהם במסגרת ביטוח רפואת שיניים, ולמשל קהל עובדי המדינה. גודל השוק אינו גדול, והוא נאמד בין 100,000-150,000 איש. מגזר זה עשוי לגדול אם יבוטחו גם "קולקטיבים" המונים פחות ממאה עובדים.

יש קונסנסוס רחב כי, לכאורה, אין לצפות עתיד רווחי לביטוח רפואת שיניים ליחידים, שכן מתעורר החשש לסלקציה שלילית מכוחה אותם יחידים שיפנו לביטוח כזה יהיו הסתם אלה הסובלים מרמת תחלואה גבוהה יחסית, ובהתאם תדרש פרמיה גבוהה יחסית שתרתיע מהצטרפות ותפנה את הלקוחות לטיפול שיניים רגיל. צמצום מעגל קוני השרות, יביא אף הוא להעלאת דמי פרמיה, וחוזר חלילה.

המצב השורר בארצות הברית, בו תחום ביטוח רפואת השיניים מתקדם יותר, מאמת הערכה זו. וראה בנדון:

"Any current nongroup or individual insurance plan offered in today's market has very little "real" dental coverage. This type of policy is generally considered a poor insurance risk owing to the very high rate of utilization. To successfully market this type of policy, premiums must be quite high or benefits quite limited, making this coverage unpopular".

חרף הערכה זאת, החלה מגדל למכור פוליסות ביטוח ליחידים. דקלה, אף היא נתנה ידה בתחום זה, באופן ניסיוני, בדרך של מכירת פוליסות ביטוח משפחתיות. למרבה ההפתעה, ניסוי זה שהקיף כ- 4,000 מבוטחים ואשר טרם הושלם, עלה יפה עד כה ואפשר ויהיה לו המשך.

כמו כן, במסגרת הפגישות שנתקיימו כדי לעמוד על טיבו של המיזוג, נמצאנו למדים על כוונתם של מספר גופים עיסקיים, חלקם בעלי עוצמה כלכלית רבה, להיכנס לביטוח רפואת שיניים כבר בעתיד הנראה לעין, ולכך עוד אתייחס בהמשך.

לצד עודף ההיצע ברופאי שיניים, יש אף לציין שני מרכיבים נוספים שיש בהם כדי לצמצם את הביקוש. הראשון, ירידה ברמת התחלואה עקב צמצום רמת העששת כתוצאה, בין היתר, ממודעות גוברת להיגיינת פה ותוספת פלואוריד למים. התופעה בולטת במיוחד בארה"ב, אך ראשיתה כבר מסתמן בקרב הדור הצעיר בישראל: ר'

Leif A. Heloe, Comparative Policies of Two National Dental Associations: Norway and the United States, Journal of Public Health

Policy 209 (1991). השני, השיפור הטכנולוגי המתמיד באיכות הטיפול

ובאיכות החומרים ועמידותם במבחן שיני הזמן: ר' (May 22nd, 1993) The Economist, 89. קיזוז מה יימצא בהארכת תוחלת החיים ויצירת חדשים כמו רפואת שיניים קוסמטית.

5. הענף הרלבנטי

ניתוח משפטי

(א) עקרונות מנחים

סעיף 21 לחוק מציב שני מבחנים חלופיים לבדיקת מיזוג, והם הפגיעה המשמעותית בתחרות והפגיעה בציבור. לצורך בחינת הפגיעה בתחרות, הצעד הראשון בבחינת מיזוג את הגדרת ענף המסחר שהוא זירת התחרות. מלאכת ההגדרה מותווית ומודרכת על-ידי מטרת המדידה שהיא איתור אותה קבוצה מוצרים או שירותים שביחס אליה ניתן להפעיל כוח שוק.

וראה בנדון:

ניב זקלר, "הפיקוח על מיזוגים - היעדים ודרך השגתם" (חלק ב') הרבעון לבנקאות כרך 114 (טבת תשנ"א) 87, בעמ' 92-93.

Lawrence White "Antitrust and Merger Policy - A Review and Critique" Economic Perspectives vol. 1, 13 p. 14:

"Since merger policy is concerned with the possible exercise of market power, enforcement analysis should seek a market definition that focuses on where that behaviour is possible".

וראה גם:

U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines April 2, 1992 par. 1.0

(להלן "Horizontal Guidelines")

לעומת זה, בחינת הפגיעה בציבור ספק אם היא מצריכה הגדרת הענף באורח מדויק, אלא דינו אם נסתפק בדרך הבדיקה המתבצעת באנגליה, שם ה- Commission הפשית לבחון את ההשלכות הציבוריות בתחומי ענף לפי ברירתה. וזאת במסגרת הבדיקה הנערכת לענין טובת הציבור שהיא אמת המידה לבחינת מיזוג.

וראה בנדון :

Raybould, Comparative Law of Monopolies p. 464

ומכל מקום, מכיוון שבדיקתנו מורכבת משני חלקים, שהאחד מהם היא מדידת הפגיעה בתחרות, שומא עלינו ממילא לתחום את גדרות הענף הרלבנטי, שבגבולותיו ניתן להפעיל כוח שוק.

אותה מטרה מחייבת גישה פרגמטית וגמישה, כדי לאפשר בחינת כוח שוק בכל סביבה עסקית על פי נסיבותיה המיוחדות, פעם תוך הרחבת הגדרת הענף ופעם תוך צמצומה.

וראה בנדון : Sullivan, Antitrust p. 60

“A somewhat pragmatic approach is moreover, essential. The goal is to assess power. At times it will seem sensible to expand the market, to conceptualize more widely than the product cluster achieved by a particular firm's business. At others desegregation will be indicated - a breaching down of a particular firm's business and the assignment of it to different markets”.

וראה גם : Brown Shoe Co. v. U.S. 372 U.S. 294

אין מבחן מתמטי בדוק לתיחום גבולותיו של ענף, אלא עסקינן במושג עמום שלא ניתן לפענחו בעזרת הלשון בלבד והמגלם בו "בעיה של 'גבולות' שאינה ניתנת לפתרון לשוני" (וראה ברק, פרשנות במשפט כרך ראשון בעמ' 241). אין עניינינו במושג דיכוטומי שניתן להגדירו בדרך של כן או לא אלא בעולם פרי דרגה וכמות, גרעין ומעטפת.

וראה בנדון :

Bellamy and Child, Common Market Law of Competition 3rd ed p. 392:

“There is no precise test... It is essentially a matter of fact and degree...”

וראה : Areeda, Antitrust Analysis 4th ed. P. 572,575

ובעמ' 575 : “Proper market boundaries will seldom be clear”

אכן, אין מנוס אם כן מבדיקה מדוקדקת של כל מקרה לגופו.

וראה : U.S. v. E.I. du pont de Nemours and Co. 351 u.s. 377, 395

(ב) מבחן היסוד וכלי עזר ליישומן

מבחן היסוד להגדרת הענף הוא הקבוצה הכי המצומצמת של מוצרים או שירותים שניתן לראותם כתחליפים. מבחן יסוד זה זוכה לשימוש הן בשוק המשותף, הן בארצות הברית וקנדה ובמידת מה גם באנגליה (שם כאמור לא נדרש הגוף הבדוק להגדיר את הענף הרלבנטי והוא חפשי לבחור את זירת התחרות כרצונו).

וראה בנדון :

במה שנוגע לשוק המשותף - Bael, *ibid* pp. 50-49

במה שנוגע לארצות הברית - Kintner, *Federal Antitrust Law* vol. 2 p. 326

במה שנוגע לאנגליה - Bredgade, *Merger Control in the E.E.C.* P.205

כמובן, מטבע הדברים, כמעט לכל מוצר וכל שירות יש תחליפים. אך השוק הרלבנטי כהגדרתו אינו משתרע על אותו מרחב אינסופי, אלא ענינו בתחום מוגדר שבו מידת התחליפיות משמעותית וישירה.

וראה בנדון :

Times Picayune Publishing Co. v. U.S. 345 U.S. 594 (1953) p. 612:

encompass “For every product substitutes exist. But a relevant market cannot meaningfully that infinite range”.

הנחיות המיזוגים בארצות הברית וקנדה פיתחו הגדרת שוק המרחיבה ומבהירה את מבחן היסוד של התחליפיות. לפיהן שוק רלבנטי מוגדר כקבוצת המוצרים או השירותים המצומצמת ביותר לגביה מסוגל מונופוליסט היפוטי בעל השפעה מכרעת בשוק לגרום להעלאת מחיר משמעותית של קבע ולהרוויח הימנה מבלי שלקוחות יפנו למוצרים תחליפיים ומבלי שמוכרים חלופיים יתחילו לייצר את אותו מוצר.

ככלל, הנחיות אלה רואות בהעלאה של 5% משום העלאת מחיר משמעותית ובשנה כתקופה המצביעה על קבע.

וראה בנדון :

Horizontal Guidelines,
Merger Enforcement Guidelines Under Canada's Competition Act, April 17, 1991
Antitrust and Trade Regulation Report vol. 60 No. 1513.
(להלן "Canadian Guidelines")

צא ולמד שהתחליפיות נבחנת שם הן מצד הביקוש והן צד ההיצע, תוך הדגשת צד הביקוש כאבן יסוד לבדיקה.

וראה בנדון : Whish, *Competition Law* 2nd ed. P. 281

כדי לאמוד את התחליפיות הלכה למעשה נהוג להשתמש בכלי עזר שונים שבהצטרותם משליכים על מידת התחליפיות. מצד הביקוש חשובים סממנים שונים כששאלת המפתח היא מנקודת ראותם של הרוכשים האם מוצרים או שירותים אלה או אחרים תחליפיים. ואלה הסממנים :

תחליפיות הביקוש

(1) גמישות הביקוש הצולבת של מוצר או שירות
(cross elasticity of demand)

בדיקה זו מחייבת בדיקת ההתנהגות הצפויה של צרכנים בתנאים של העלאה מחיר משמעותית שאיננה ארעית, על ידי אותו מונופוליסט אליו מתייחסות הנחיות המיזוגים בארצות הברית וקנדה. אם יש להניח שהצרכנים יפנו לשימוש במוצר אחר, המסקנה המתבקשת היא שאותו מוצר הוא, בדרך כלל, תחליפי, ובתור שכזה חלק מהשוק הרלבנטי. כלומר גמישות הביקוש הצולבת גבוהה. אם לעומת זה, אותם צרכנים לא יפנו לרכוש מוצר או שירות אחר, משמעו של דבר שלכאורה השוק מצומצם לאותם מוצרים שמחירם הועלה. כלומר גמישות הביקוש הצולבת היא נמוכה. ככל שגמישות זו גבוהה יותר, יש להרחיב את הגדרת השוק. ככל שגמישות זו נמוכה יותר, יש להצר בהגדרת השוק.

ולפסקי דין בהם נעשה שימוש בכלי עזר זה ראה : Brown shoe ibid United Brands v. Commission Case 27/76 (1978) ECR. 207, (1978) 1 CMLR 429.

(2) מחיר

בבחינת התחליפיות מהווה המחיר מימד חשוב, שכן מוצר היקר משמעותית מעמיתו עשוי שלא לשמש תחליף קרוב לו.

וראה בנדון : Whish ibid p. 282

וראה גם : Canadian Guidelines ibid par. 3.2.2.3.

(3) קשר גומלין בין מחירי מוצרים

כשקיים קשר גומלין בין המחירים של מוצרים שונים - ולמשל שמחיר מוצר X יורד כתגובה לירידת מחירו של מוצר Y עשוי הדבר ללמד על כך ששני המוצרים הינם חלק משוק אחד.

וראה : Canadian Guidelines, ibid, par 3.2.2.6

(4) הנתונים הפיזיים - אובייקטיביים

נוהגים לשקול את הנתונים הפיזיים-אובייקטיביים של מוצרים כדי לעמוד על מידת התחליפיות שבהם, וזאת מתוך הנחה שככל שמוצרים דומים יותר, כן יש סיכוי שיוכלו לשמש תחליף זה לזה.

וראה : whish, ibid 282

אולם יש לבחון סממן זה עם מבחן הפונקציה שכן יש ששני מוצרים דומים אינם יכולים לשמש אותה פונקציה ולהיפך, יש שמוצרים שונים משמשים לאותה מטרה.

וראה : Areeda, ibid, p. 575

פונקציה דומה למוצרים יוצרת קרקע פוריה לתחליפיות ביניהם.

וראה בנדון :

Whish ibid.

Bellamy an Child ibid p. 392

Canadian Guidelines ibid par, 3.2.2.3

Kintner ibid. pp. 330-331

(5) מבנה הביקוש וההיצע

הנסיבות שבהן מתנהלים המכירה והרכש של המוצר או השירות משליכות על הגדרת השוק.

הכוונה לזהות המוכרים והרוכשים, המשתמשים והמשווקים ומערכת היחסים שביניהם. על כן כדי להגדיר שוק רלבנטי, יש להתחקות אחרי תנאי התחרות ולבדוק אם הם שווים לכל נפש שמא שונים יחסית לכל מוצר.

Bellamy an Child ibid pp. 394-395

וראה בנדון :

Whish ibid pp. 283-284

Sullivan ibid p. 52

בנדון חשוב לבדוק אם אין עסקינן בקטגוריות שונות של רוכשים שהם חלק מסביבה תחרותית שונה.

וראה: Bael, *ibid* p. 51
Sullivan *ibid* pp. 61-62, 64

באותה מידה חשובה הבדיקה אם אין בנמצא קטגוריות של ספקים המתמחים במוצר או בשירות.

וראה: Brown Shoe *ibid* p. 395

(6) הפרספקטיבות בקרב הנפשות הפועלות

סממן נוסף וחשוב לתהייה על קנקנו של ענף הינו נקודת הראות של הנפשות הפועלות, הנושאות והנותנות במוצר שבמחלוקת.

וראה בנדון: Sullivan, *ibid*, p. 58

"In some cases the best perspective may be obtained by looking at another reasonably sensitive gauge of what is going on in the marketplace-the perceptions of those who trade in the market".

וראה גם: Times Picayune *ibid*

"Useful to that determination is, among other things the trade's own characterization of the products involved."

וראה: Canadian Guidelines, *ibid*, par. 3.2.2.2.

וראה גם - Whish, *ibid*, p. 284 שם מייחס המחבר חשיבות להגדרת השוק במסמכים פנימיים של הצדדים למיזוג.

וראה בנדון גם זקלר, שם בעמ' 94. וכן Sullivan, *ibid*, p. 60.

תחליפיות ההיצע

עד כאן לסממנים המשמשים לעזר בבדיקת התחליפיות מצד הביקוש, שהיא החשובה מבין הבדיקות. אך תחליפיות ניתנת למדידה אף מצד ההיצע. אלא שכאן שאלת המפתח היא אם ספקי מוצרים או שירותים אחרים מסוגלים לשנות מדרכי הייצור בקלות יחסית, במהירות מספקת ובכמויות מספיקות כדי להתאים עצמם לספק את המוצרים או השירותים הנדונים. ההדגש הוא על הקלות היחסית שמעבר ובחפזה שבה ניתן המהלך לביצוע שכן אם יש לחוש לקשיים משמעותיים באספקה או שיווק או להשקעות כבדות אין לראות את הספקים שיתקלו בהם כחלק מהשוק הקובע. במצב שכזה הם לא יוכלו להוות משקל נגד של ממש להפעלת כוח שוק.

וראה בנדון: Bael, *ibid*, p. 52
Whish, *ibid*, pp. 284-285
Bellamy and child *ibid* pp. 395-397
Kintner *ibid* p. 333

וכאן המקום לציין שהנחיות המיזוגים האפקיים בארצות הברית וההנחיות הקנדיות רואות בתקופה של שנה כתקופה העומדת במבחן המהירות המספקת.

וראה : Horizontal Guidelines ibid par. 1.32.
Canadian Guidelien ibid par. 3.2.2.7.

ג) ענפי המשנה

לצורך בחינת האפקט התחרותי של המיזוג מקובל כי ניתן למקד את המבט גם על ענפי משנה שלהם קיום נפרד בתוך ענפי מסחר רחבים.

וראה בנדון : Kinther; ibid p. 334

"The determination of the product market by the reasonable interchangeability test does not eliminate the possibility that submarkets may exist and be recognized as relevant markets for purposes of analysis".

הקריטריונים להגדרת ענפי משנה אלה דומים למבחנים לפיהם מגדירים ענף.

וראה בנדון : Brown Shoe, ibid, p. 395

דוגמה למקרה שבו שימש ענף המשנה מוקד לבחינת התחרותית של מיזוג ימצא ב- Reynolds Metals Co. v. Federal Trade Commission 309 F. 2d 223 (1962). שם הוגדר ענף המשנה הרלבנטי כנייר אלומיניום מעוטר (decorative aluminum foil) המושמש את צרכי ספקי הפרחים בלבד.

ד) הגדרת ענף ככלי ניתוח

על דרך האמת, הגדרת הענף אינה אלא כלי אנליטי שנועד להקל על איתור מוקדים לבעיות תחרותיות.

מבחינת התיאוריה הכלכלית הצרופה אין שווקים הסגורים הרמטית, אלא קיימות סדרות של שווקים הקשורים זה לזה, ומשליכים זה על זה.

וראה בנדון : Sullivan, ibid, p. 64

"Economic theory, sensitively utilized, often suggests that there is no one right market, but congeries of interlinked markets so that any seller faces competitive impacts of ever reducing significance from other firms ranged further and further away from it".

וראה שם בעמ' 49 : "There is a continuum".

כך, מקום שהוגדר ענף או ענף משנה, אין בכך כדי לקבוע שאין השפעות כלכליות מחוץ לתחום ההגדרה. אלא פירושו של דבר בחירת אותו תחום שהוא המוקד להשפעות הישירות והמשמעותיות על התחרות.

כפועל יוצא מכך, לשם הגדת ענף או ענף משנה אין סגי בתחליפיות מוגבלת בלבד אלא יש ליתן את הדעת רק לתחליפיות משמעותיות.

וראה למשל : United Brands V. Commission (1978) 1 C.M.L.R. 429, 483-484.

וראה גם - Nederlandsche Banden - Industrie Michelin N.V. v. E.C. Commission (1985) 1 C.M.L.R. 282.

ניתוח עובדתי

(א) הענף הרלבנטי

בנסיבות העובדתיות שהובאו בפני הגעתי לכלל דעה כי הענף הרלבנטי (ולכל הפחות ענף המשנה הרלבנטי) לצורך בחינת המיזוג דן הוא ענף ביטוח רפואת השיניים בישראל, המהווה מוקד ראוי לבחינת ההשפעות התחרותיות של המיזוג.

אקדים ואומר שמסקנתי זו מושתתת על שרשרת הפגישות והשיחות בקרב אנשים המעורים בתחום ואשר צוינה בראשית דבריי. נציגי הצדדים למיזוג ביקשו למתוח את יריעת הענף באופן שביטוח רפואת השיניים יהווה בו מעין "נישה" חסרת חיות משל עצמה, כדוגמת ביטוח מושבים, ביטוח עסקי יהלומים וכדומה. לגישה זו, ומבלי לנקוט עמדה בשאלת הדוגמאות, איני שותף.

במסקנתי זו בדבר קיום ענף ביטוח רפואת שיניים אני למעשה מעריך כי קיימת תחליפיות סבירה רק במסגרת השירות המכונה ביטוח רפואת שיניים בעוד שהתחליפיות המוגבלת שבין תחום זה לענף רפואת השיניים וענף הביטוח בכלל והביטוח האלמנטרי בפרט אינה משמעותית וישירה דיה כדי להוות חלק מהשוק הרלבנטי.

אעמוד על המאפיינים השונים שבמשקלם המצטבר הובילו לתיחום הענף:

(ב) תחליפיות הביקוש

(1) מבנה ההיצע והביקוש

מבחינת תחליפיות הביקוש, לימוד הסביבה העסקית מעלה בחכתו תמונה של ענף עם מבנה ייחודי של מבטח-מבוטח, הן מבחינת זהות הרוכשים והספקים (קולקטיבים מעל למאה איש מול ארבע חברות ביטוח), הן מבחינת דרך מתן השירות (בצורת תיווך בין הקולקטיב לרופאי השיניים דרך חברת הביטוח), הן מהיבט צורת השירות המוצעת (ביטוח שיניים בנפרד מסל ביטוחים, בחירה בין מרחב רופאי שיניים מתוך רשימה. חוזים ארוכי טווח) והן מצד דרך התשלום (פרמיה המתחלקת בין המעביד לעובד). מבנה זה שונה מתנאי התחרות השוררים בענף רפואת השיניים הפרטית שבו מתנהל הקשר הטיפולי בין לקוח יחיד לרופא יחיד ולכל היותר מרפאה אחת. באותה מידה שונה התמונה מזו השוררת בענף הביטוח בכללו בו מקובל להציע סל שירותים, שעה שהקשר הביטוחי הוא בין המבטח למבוטח שיכול להיות יחיד, גוף קטן יחסית או קולקטיב, ועיקר ייעודו פיזור סיכונים.

גם מצד הקשר שבין רופאי השיניים לחברת הביטוח מבנה הענף מורה על מאפייני יסוד, ולמשל בפיצול שבין הלקוח לגורם המשלם (המתרפא, לעומת חברת הביטוח), בצורת התשלום (לפי תעריפים), בדרך מתן השירות (הפניית המתרפא על ידי חברת הביטוח).

מבנה השוק הוא מימד חשוב למדידת תחליפיות הביקוש.

על כך יצביעו שלושה פסקי דין, שניתנו בארצות הברית ובשוק המשותף ושהם גם כאשר היו נתונים פיזיים-אובייקטיביים שווים או דומים למוצרים שונים, הם סווגו כשווקים נפרדים, הכל בהתאם לנסיבות.

וראה בנדון : Reynolds, ibid pp. 228-229

שם, כמוזכר לעיל, נקבע שנייר אלומיניום מעוטר המיועד לספקי פרחים מהווה שוק נפרד מנייר אלומיניום מעוטר המיועד לצרכנים אחרים. וזאת למרות הנתונים הפיזיים הדומים. הזהות הנפרדת של רוכשים וספקים הודגשה, וראה שם:

"First the identity of purchasers of florist foil is distinct and limited... Despite a clearly lower price for florist foil... other end users of decorative foil have not joined the identifiable mass of florist foil purchasers in noticeable numbers. As already noted, the identity of the florist foil converters who alone serve florist purchasers is clearly limited eight firms..."

וראה גם : Michelin, *ibid*, p. 323

שם נקבע ששוק הצמיגים לצרכי החלפה במשאיות ואוטובוסים הוא שוק נפרד, הן מהצמיגים לצרכי החלפה במכוניות והן מצמיגים חדשים לאותם כלי רכב. בקבעו כך הסתמך ה- European Court of Justice במידה רבה על מבנה התחרות בסקטורים אלה. וזאת - למרות הנתונים הפיזיים הזהים של המוצרים. וראה שם :

"... an examination limited to the objective characteristics only of the relevant products cannot be sufficient: the competitive conditions and the structure of supply and demand on the market must also be taken into consideration".

ומיכיון שלכל קבוצה של רוכשים וספקים זהות נפרדת ומערכת שיווק ייחודית, הגיע בית המשפט למסקנה שעסקינן בשווקים רלבנטיים שונים.

וראה גם :

Hugin Kassa-register AB v. E.C. Commission (1979) 3 C.M.L.R. 345

יכולתי לסיים את ניתוח הענף הרלבנטי כאן שכן בעיני היבט זה מורה בבירור על העדר תחליפיות של ממש בין ענף זה לענפים קרובים אחרים. אולם לשם שלמות הניתוח אתייחס בקצרה לסממנים נוספים המלמדים על ייחודיות הענף.

(2) המחיר

הפונקציה של השירות מגלמת בה אף את ייחודיות מחיר הפרמיה שהוא מטבע הדברים נמוך ממחיר טיפול שיניים הרווח בשוק של רפואת השיניים הפרטית, לפחות כשמסתכלים על כך במונחים סטטיסטיים יחסית לקבוצת אוכלוסין. חברת הביטוח מוזילה את תעריפי הרופאים והמרפאות.

בהקשר זה, מעניין לציין שנציגי דיקלה ושילוח טענו באזניי כי עקרונית נשמרה רמת המחירים המשתלמת לרופאי ההסכם לאורך זמן ארוך, אף בתקופות של אינפלציה דוהרת ושער דולר מוקפא. וזאת - כדי לשמור על איכות השירות ומגוון רופאי ההסכם.

(3) גמישות הביקוש הצולבת

בעקבות פגישות ושיחות שניהלתי ועיון בחומר השוואתי השאוב מארצות הברית, בה תחום ביטוח רפואת השיניים מושרש היטב, אני מתרשם כי העלאת מחיר הפרמיה עשויה לפעול בכיוונים סותרים ולא חד-משמעיים. העלאה כזו עשויה להביא לנסיגה מביטוח שיניים בכלל, לצמצום השתתפות המעביד בכיסוי דמי הפרמיה, צמצום הכיסוי של הפוליסה, פנייה להקמת "מרפאת בית" בתחומי הקולקטיב, אך גם להמשך ביטוח זהה תוך תשלום פרמיות גבוהות יותר.

וראה בנדון :

שם נאמר:

"Efforts to control health care costs caused some companies to reconsider expanding their benefit programs to include dental care".

במישור היחסים שבין רופאי השיניים לחברה המבטחת, הורדת המחירים איננה חד משמעית. מחד, לא תוביל הורדה כזו לנהירת הרופאים לאלטרנטיבה אחרת, שכן בנסיבות השוק הנדון אין בנמצא אלטרנטיבה בהיקף הדומה להתקשרות עם חברות הביטוח. מאידך, הנסיון מורה כי הורדת גמול הרופאים מביא לצמצום מעגל רופאי ההסכם, על משמעותיו בתחום איכות פוליסת הביטוח הנמכרת, וחוזר חלילה.

(4) הפרספקטיבה בקרב הנפשות הפועלות

הפרספקטיבה בקרב הנפשות הפועלות בתחום כלכלי זה ובתחומים הקרובים אליו מאמתת את הגדרת הענף במתכון המוצע. כאמור, נציגי החברות המתמזגות הגדירו את תחום רפואת השיניים "כנישה". כמו כן הם איבחנו בין ביטוחים אחרים לביטוח מיוחד זה. לבד מהגופים המתמזגים, אנשים המעורים בסקטור זה ובסקטורים הקרובים אליו נתנו ביטוי לתחושתם כי מדובר ב"ענף בפני עצמו".

(ג) גמישות ההיצע

מצד גמישות ההיצע, כאמור היו גופים ובעיקר בתחום הביטוח, שהביעו כוונתם להיכנס לתחום זה בעתיד הנראה לעין. חדירה זו תדרוש את עתותיה. לפיכך, קשה לראות בגופים הללו, בטווח הזמן הקרוב, חלק מהענף שבנדון.

מאידך, הואיל וחוזי הביטוח הם בדרך כלל לטווח ארוך, רק כרבע עד חמישית מהשוק נפתח מדי שנה, כאשר יתרתו נתונה במסגרת ביטוחית קיימת. מכאן, שמשך זמן יציאת המבוטחים מחוזיהם הקיימים תתפרש על פני תקופת זמן ממושכת יחסית, שבמהלכה כבר יוכלו השחקנים החדשים להצטרף לזירה.

(ד) קשר הגומלין שבין ענפים שונים

במסקנתי כי זירת התחרות היא ענף ביטוח רפואת שיניים, אין כוונתי לקבוע כי עסקינן בשוק הסגור ומסוגר מנעול על בריח. ברור כי תחום זה מושפע ומשפיע הן במה שנוגע לענף הביטוח והן במה שקשור לענף רפואת השיניים. והכל כמפורט בגוף החלטתי בניתוח הסביבה העסקית.

יתירה מזו, שתי המערכות או ענפי המשנה הגלומים בענף זה קשורים בקשר גומלין הדוק, כשהאחד משפיע על רעהו. כך, גביית פרמיה נמוכה מקולקטיב משפיע מן הסתם על המחיר המשתלם לרופא השיניים. וככל שמחיר זה נמוך יותר, כן על פי הנטען, יש לחוש לאיכות השירות שנותן רופא השיניים למתורפא, דבר שעשוי לגרום לקולקטיב מצידו לבטל את ההתקשרות עם חברת הביטוח, ולהיפך.

(6) בחינת השפעות המיזוג

(א) שיקול הדעת הנדרש

בבואי לבחון מיזוג זה לאור אמות המידה שבחוק, אני מודע לכך שהמקרה אינו נמנה בין הקלים. עסקינן במקרה גבולי, נסיבותיו מיוחדות, וניתן להצביע על

פגיעות אפשריות בתחרות. ברם השאלה הופכת להיות עד איזו מידה ניתן לקבוע מה מידת הפגיעה - משמעותית, שמא לא, אם ניתן לנטרל פגיעות בכוח על ידי הצבת תנאים ולבסוף מה מקומם ומשקלם על ערכים שתכליתם לשמור על אינטרס הציבור.

כלומר מידת שיקול הדעת הנדרש בהערכת מיזוגים ככלל ומיזוג זה בפרט - רבה, ואין מנוס מניתוח כל מקרה לגופו.

וראה בנדון: זקלר שם עמ' 104 וזה לשונו:

"כל מיזוג ונסיבותיו העובדתיות המיוחדות - האיזון בין האינטרסים המתנגשים צריך שיעשה ספציפית לכל מיזוג ומיזוג. קביעת משקל אפרורי לכל שיקול ושיקול, שלא בצמידות לנסיבות המיזוג, היא דרך מוטעית".

וראה גם: Raybould, ibid, p. 463

"The United Kingdom system of merger control is essentially discretion... It is essentially described as the "case by case" approach"

וראה - Horizontal Guidelines, ibid, par O:

"Although the Guidelines should improve the predictability of the Agency's merger enforcement policy, it is not possible to remove the exercise of judgment from the evaluation of mergers... Therefore the Agency will apply the standards of the Guidelines reasonably and flexibly to the particular facts and circumstances of each proposed merger".

(ההדגשה לא במקור).

אכן, שיקול הדעת המופעל לשם בדיקת מיזוג אינו יכול להיות מתמטי גרידא.
וראה בנדון, Brown Shoe, ibid,

"Couching by Congress, in general language, of standards to be applied in determining under the Clayton Act whether the effect of a merger be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly reflected conscious avoidance of exclusively mathematical tests"

(ההדגשה לא במקור).

ברוח זו אמר James Rill שכהן כראש מחלקת ה-Antitrust בארצות הברית דאז בנאום שבו סקר את ההתפתחויות בשנת 1992:

"We should not be basing decisions to challenge solely on market concentration. Instead, we should and will take market concentration into account along with the other factors set out in the evidence and base our decisions on the full range of circumstances.

וראה גם: Canadian Guidelines, ibid, par. 4.2.1 - שניתוח הריכוזיות הינו רק צעד הראשון בבדיקת מיזוג.

(ב) תפיסת היסוד של החוק

תפיסת היסוד של חוק הינה שהמיזוג ככלל הוא בגדר תופעה חיובית, שבכוחה לתרום לתועלת המשק.

וראה בנדון: דו"ח הועדה למיזוגים וקנגלומרטים בראשותו של פרופ' יוסף גרוס (להלן "הדו"ח") עמ' 4 וזה לשונו:

”חיוני במשק הישראלי לעודד מיזוגים ויצירת יחידות ייצור גדולות”.

כפועל יוצא מכך החוק בחר לצמצם את התערבות רשות הפיקוח למקרים המחייבים זאת, כהצעת הדו”ח (עמ’ 8 שבו).

וראה בנדון: הצעת חוק ההגבלים העסקיים התשמ”ד - 1983 ה”ח 39 1647, דברי ההסבר בעמ’ 51:

”מוצע לקבוע כי הממונה יהיה רשאי להתנגד למיזוג או להתנות אותו בתנאים רק כאשר קיים לדעתו חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור...” (ההדגשה לא במקור).

וראה גם הצעת החוק שם דברי ההסבר בעמ’ 52:

”יצויין כי בעוד שבהסדרים כובלים השיקול לאישורים הוא התועלת לציבור, הרי כאן השיקול הוא מניעת נזק”.

כלומר אין צורך שמיזוג יגלם בו תועלת לציבור. אף אם הוא ניטרלי מבחינת השפעותיו הציבוריות הוא יזכה לאישור. רק חשש לפגיעה משמעותית בתחרות או באינטרס הציבור יביא להתנגדות למיזוג.

וראה גם סעיף 20 (ב) לחוק - שאי מתן הודעה מצד הממונה כמוה כהסכמה למיזוג.

בגישתו זו משתווה החוק עם תפיסות יסוד הרווחות בארצות אחרות.

וראה - Horizontal Guidelines של ארצות הברית פסקה 0.1

“...The Agency seeks to avoid unnecessary interference with the larger universe of mergers which are competitively beneficial or neutral”.

וראה - Whish, *ibid*, p. 720 בהתייחסו למצב המשפטי באנגליה אומר המחבר:

“The presumption is therefore in the merger’s favor”

ג) אמות המידה שבחוק

גבולות שיקול הדעת המופקד בידי הממונה על הגבלים עסקיים נתחמים בסעיף 21 לחוק המחייב את הממונה להתנגד למיזוג או להתנותו 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 של שירות.
- 3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה”.

בקווים כלליים הסעיף מגדיר שני סוגי פגיעות, האחת - בתחרות והשנייה - בציבור. יש הרואים בשני הסוגים - פגיעה אחת ויחידה, שכן מיזוג הפוגע בתחרות פוגע מן הסתם בציבור בדרכים המנויות בסעיף.

וראה בנדון: זקלר שם בעמ' 104.

אולם לדעתי יש לראות בסעיף מעין יצור כלאיים המאגד בו שיקולים השאובים משיטות משפט שונות, והמשלב במצטבר את שני סוגי הפגיעות האמורות. בארצות הברית, למשל, השיקול היחידי המצדיק נקיטה בהליכים נגד מיזוג הוא פגיעה משמעותית בתחרות (סעיף 7 לאקט קלייטון). לעומת זאת באנגליה, ה-Monopolies and Mergers Commission רשאי להתנגד למיזוג אם הוא נוגד את אינטרס הציבור. הפגיעה בתחרות נשקלת כאחד מבין השיקולים הרלבנטיים לשם בחינת אינטרס הציבור.

וראה - Whish, *ibid*, pp. 720, 734-724.

בדברי ההסבר להצעת החוק שם עמ' 40 מתוארות שיטות שונות אלה, תוך הדגשה שבישראל -

"נוכח קיום הסכנה שהמיזוג לא יעלה בקנה אחד עם טובת הציבור, מוצע לאפשר פיקוח כבר בשלב מוקדם של יצירת המיזוג כדי שניתן יהיה למנוע, במקרה המתאים, נזק לציבור." (ההדגשה לא במקור)

אם כן מצטיירת המגמה לפיה סעיף 21 מרחיב במידת מה מעבר לשיקולי תחרות צרים ומביא במנין אף את טובת הציבור בכלל, ולו במובן החלופות במתוארות בו. פרשנות זו מתיישבת עם מגמות כלליות שבחוק ולמשל ראה סעיף 30 בענין מתן הוראות לבעל מונופולין, שם נשקלות פגיעות בציבור וסעיף 10 בענין שיקולים לטובת הציבור לענין תרומת הסדר כובל שאישורו מתבקש מאת בית הדין להגבלים עסקיים.

במקרה שלפנינו מדידת האפקטים התחרותיים של המיזוג שזורה שתי וערב עם בחינת האפקטים הציבוריים שלו. וזאת בשל קשר הגומלין ההדוק בין שתי מערכות השחקנים בשוק הרלבנטי. לפיכך, למרות נקודות ההדגש השונות בגוף הסעיף, אבחר לדון בסכנות הטמונות במיזוג במאוחד, בין שהן מתבטאות בפגיעה משמעותית בתחרות ובין שהן מתבטאות בפגיעה בציבור. לענין זה אדגיש, אותו "ציבור" המוזכר בסעיף 21 כולל בראש ובראשונה את ציבור המבוטחים, אך גם את ציבור נותני השירותים (קרי רופאי השיניים), ומימלא קשורים השניים אההדי.

ולשם השוואה, ראה בנדון: Council Regulation (E.E.C) No. 4064/89 O.J. 1989, L 395/1 שהוא מסדיר את מרבית המיזוגים בשוק המשותף - בסעיף 2 (1) שבו נמנה בין השיקולים החשובים לבחינת המיזוג:

"the interests of the intermediate and ultimate consumers".

וראה גם: Bredgade, *ibid*, p. 231 בדונו בסעיף 86 לאמנת רומא אשר הוחל על מיזוגים מסויימים נאמר:

"...the provision is not only aimed at practices which may cause damage to consumers directly, but also at those which are detrimental to them through their impact on an effective competition structure".

זאת, ההיבט הציבורי עוד ישקל בהערכה הכללית של הענף לצורך בחינת המיזוג בשלמותו.

(ד) הסכנות הטמונות במיזוג

(1) הגברת הריכוזיות והשלכותיה

שאלת השאלות במיזוג היא אם השינוי שהוא יחולל ירע את תנאי התחרות ויאפשר הפעלת כוח מונופוליסטי או חיזוקו, ואם כן, מה שיעורו ומידתו של השינוי.

וראה בנדון: Horizontal Guidelines *ibid*, par 0.1
זקלר שם בעמ' 94, *White, ibid*, p. 16.

ככלל מיזוגים אפקיים מעלים חששות תחרותיים ברורים יותר מסוגים אחרים של מיזוגים.

וראה: Bredgade, *ibid*, p. 204.

“Horizontal mergers... pose the greatest threat to competition”.

וראה: Kinther, *ibid*, vol. 4 p. 113.

ככלל, מיזוג המגביר ריכוזיות ענפית גבוהה לפני המיזוג, מעלה חששות תחרותיים.

וראה בנדון: *U.S. v. Philadelphia Bank* 374 u.s. 321, 356 (1963).

“If the concentration is already great, the importance of preventing even slight increases in concentration and so preserving the possibility of eventual deconcentration is correspondingly great”.

וראה - Horizontal Guidelines, *ibid*, par. 3.11 שככל שהריכוזיות הענפית גבוהה לפי המיזוג, כן תמעט מידת הגברת הריכוזיות הנדרשת לשם נקיטת הליכים. הווה אומר שמדידת הריכוזיות מהווה שלב ראשון בבדיקת האפקט התחרותי של מיזוג.

במקרה שלפנינו אף לפני המיזוג מידת הריכוזיות בשוק הרלבנטי היתה גבוהה, שכן נשאו ונתנו בו רק ארבעה שחקנים, הגדולה שבהן שילוח בעלת נתח שוק של כ- 60%. בעקבות המיזוג, שילוח ודיקלה ישלטו ב- 83% מהשוק הרלבנטי, לאמור גידול ניכר במידת הריכוזיות.

(2) ההיבט האנכי - הילה וקופת חולים

מעבר לממד הריכוזיות, תוספת סכנה תחרותית מרחפת מעל לראשו של מיזוג זה.

כאמור להראל המשמר בעלות על רשת מרפאות שיניים פרטיות בשם הילה. להילה עשרה סניפים ברחבי הארץ הכוללים ביחד 68 כסאות טיפול. בשעה זו הילה אינה דומיננטית בתחום רפואת השיניים בכללותו. היא עובדת ומתפרנסת ממן שירותים, לרבות למבוסחי שילוח, דיקלה ואחרים כשמרבית עיסוקה מושתת על עבודתה עם אחרים.

משיחות ופגישות שקיימתי בקרב גורמים המעוררים בענף, היתה תמימות דעים כי הבעלות על הילה מהווה אבן נגף תחרותית של ממש, או למצער, פוטנציאל כזה.

עיקר החשש טמון בכך שבתוקף קשריהן עם הילה, תפננה חברות הביטוח את מבוטחיהן רק או בעיקר להילה. בכך הן תחסומנה את שוק ביטוח רפואת השיניים לרופאי שיניים שאינם מועסקים בהילה ייצרו תנאי תחרות לא הוגנים. תיעול לקוחות למרפאות הילה משום שליטת המבטח על המרפאה עלול להביא לצמצום היקף השירות ואיכותו, שכן המבוטח שוב לא יהא חפשי לבחור רופא כלבבו.

ועוד - יש לחוש לחסימת התחרות אף בשוק חברות הביטוח, שכן אם תצליח שילוח-דיקלה להתקשר עם רופאי השיניים בחוזי בלעדיות יקשה על חברה חדשה להתחרות ולפרוץ את המחסום ולהעסיק רופאי שיניים איכותיים מצידה.

אנשי אקדמיה, עובדי מדינה ואנשי עסקים הביעו בפני מורת רוח מ"ניגוד האינטרסים" הפוקד גוף האחראי גם על ביטוח וגם על אספקת השירות. לתמיכת עמדתם הצביעו בפני על תקנה 6 (5) לתקנות רופאי השיניים (מרפאות של תאגידים) התשנ"ג- 1993 האוסרת על ניגוד אינטרסים. תקנה זו טרם יושמה לגבי מרפאות תאגיד קיימות, אך לא מן הנמנע כי יישום הוראות אלה יביא לניתוק הראל המשמר מאחזקה במניות הילה.

נטען כי מתעורר קושי מעצם קיום יחסי שליטה בין חברת הביטוח והמרפאה המספת שירותי מרפאת שיניים, שכן אינטרס הראשונה לצמצם ככל האפשר את עלות הטיפול והיקפו, לעומת זאת אינטרס האחרונה הפוך וראוי שיסוב על טובת המטופל וצרכיו הרפואיים בלבד.

אמת, נכון בשעה זו הילה אינה גדולה דיה כדי לעגן חששות שכאלה, אך עצם השליטה בה בידי חברת הביטוח הגדולה בענף עוד בטרם המיזוג, קל וחומר בעקבותיו, מחייבת התייחסות לפוטנציאל הפגיעה האפשרית, כיום ובעתיד.

וכאן המקום להעיר כי סעיף 21 לחוק אומד חששות תחרותיים וציבוריים, לא רק לטווח הקצר אלא גם הארוך.

ובהשוואה ראה בנדון : British American Tobacco Co. Led and R.J. Reynolds Industries Inc. v. E.C. Commission (1988) 4 C.M.L.R. 24

בהתייחסו לתביעה על יסוד סעיפים 85, 86 לאמנת רומא קובע בית המשפט בעמוד 59 לפסק הדין :

"Account must be taken not only of the immediate effects of the agreement. but also of its potential effects and of the possibility that the agreement may be part of a long term plan".

וראה גם - Raybould, *ibid*, p. 144 :

"Not only will the courts measure the relative product and geographic markets over the long run, but the long term shifts in competitive conditions will be given equal consideration with short term ones".

ולענין החששות הטמונים בשילוב אנכי שכזה ראה : Kintner, *ibid* vol. 4, p. 207, שם מדבר המחבר על חסימת ההתחרות הן בשוק של מספק השירות (קרי רופאי השיניים) והן בשוק של לקוח השירותים (קרי חברת הביטוח).

אמנם כבר היום טמונה סכנת בשליטת הראל המשמר על הילה, כך שחשש זה אינו חדש, וניתן לטעון כי אם הדבר אינו ראוי, הרי עניין הוא למחוקק לענות בו ולהסדירו באופן כולל ואחיד. עם זאת, ככל שהעצמה הכלכלית גדלה, כן גוברת הסכנה התחרותית.

וראה שם:

"The magnitude of the potential foreclosure effect..... is directly proportional to the market shares of the merging firms. The greater the market shares, the larger the anticompetitive effect. Similarly, the concentration level, in the merging firms markets is relevant to the determination of the anticompetitive consequences. The more concentrated the market, the more important it is to prevent foreclosure."

להערכת, ניתן להתמודד עם הקושי המוצג, הן בדרך קביעות תנאי כי הראל-המשמר תמכור את שליטתה בהילה והן בדרך קביעת מסגרת אשר תבטיח פתיחות ושקיפות במערכת רופאי ההסכם.

אגב אורחא יצויין שבמהלך לימוד הענף החשוב למיזוג, הובעו בפני חששות לגבי מעורבותה של קופת חולים כללית ברכש. נטען בפני כי קופת חולים תשמש בשלושה כובעים, כמבטחת - בתוקף חלקה בגוף המתמזג, כמבוטחת-בתוקף מאגר החולים החברים בה, וכנותנת שירותים - בתוקף מרפאות השיניים שבשליטתה. יהא משקלן של חששות אלה אשר יהא, עובדתית מסתבר כי גם היום קופת חולים כללית שותפה בתכנית "שנהב" משל דיקלה ב- 50%, כך שהמיזוג אינו מחדש בו פרובלימטיקה מההיבט זה. כמו כן לא הגיעו עדי תלויות והשגות בעניין התנהגות קופת חולים הכללית בעבר או בהווה. היו שהביעו חשש מהאפשרות כי מרפאות השיניים של קופ"ח כללית ימכרו להראל המשמר, אך צעד כזה כשלעצמו בדרך כלל ידרוש אישור מראש של הממונה בהיות המהלך בגדר "מיזוג חברות", ומכל מקום התנאים לאישורו של מיזוג זה אינן מתירים מהלך כזה ללא אישור.

ה) השלמת התמונה התחרותית

עד כאן תיאור הסכנות התחרותיות והציבוריות הטמונות במיזוג. אך בכך לא סגי. לימוד הענף והתמונה כולה חושף מערכת של קשרים פנימיים וחיצוניים המשליכים על בחינת המיזוג ועל מסקנת אישורו.

מבין הנסיבות המשלימות את התמונה התחרותית בענף ישנן כאלה הממתנות את החששות ונוסכות עליהן אור שונה, ובין היתר:

1) קלות הכניסה

מעדויות שהובאו בפני מסתבר כי הכניסה לענף ביטוח השיניים קלה יחסית. כניסה כזו אינה מחייבת השקעה הונית ניכרת, בוודאי לחברת ביטוח קיימת היכולה להעזר במאגר כוח אדם לשיווק, בנגישות לקולקטיבים ובמערך מיחשוב קיים. ההיצע הקיים בתחום רופאי השיניים יקל אף על הקמת מערך של "רופאי הסכם".

אמנם חברות הביטוח הוותיקות צברו נסיון וידע (Know How), ובין היתר סטטיסטי, המשמש אותן כנכס חשוב בניהול עסקיהן. התרשמותי שיתרון זה איננו רב משקל. אדרבא, מספר גורמים וביניהם חברות ביטוח, הביעו כוונה נחרצת, ונקטו בצעדים להיכנס לתחום תוך זמן קצר יחסית.

זאת ועוד, בהתאם למסגרת ההבנה בין המפקח על הביטוח לביני, הודיעני המפקח כי פניו להקל במתן רשיונות בכלל, ולתחום ביטוח השיניים בפרט. הוא אף הצביע בפני על חברת ביטוח ספציפית המתכוונת להקים חברת בת שתפעל בשוק ביטוח רפואת השיניים והצהיר בפני כי בכוונתו לבחון בקשה זו בחיוב. בנוסף, רשאות חברות הביטוח הקיימות לעסוק בביטוח רפואת שיניים במסגרת רשיון הכללי.

גם ההסטוריה העסקית מלמדת על קלות הכניסה, שכן חברת מגדל נכנסה לשוק זה לפני תקופה יחסית קצרה וכבר כבשה לה נתח שוק אגב תחרות נחושה. נוכחותה של מתחרה אגרסיבית בדמות מגדל, הגדולה מבין קבוצות הביטוח בישראל, ממתנת חששות ליכולת הצדדים למיזוג לנצל את כוחם ומעמדם בענף.

קלות הכניסה לענף היא שיקול נכבד בבחינת מיזוגים ברחבי העולם.

ולמשל, באנגליה סמך ה-Commission ידיו על מיזוג אפקי בהסתמכו על קולות הכניסה לענף.

וראה בנדון: Whish, *ibid*, p. 727

גם בארצות הברית מסתכלים על קלות הכניסה בשיקול לניטרול חששות תחרותיים.

וראה בנדון: Sullivan, *ibid*, pp. 51,57

וראה גם *Horizontal Guidelines* *ibid*, par. 3.0 וזה לשונו:

“A merger is not likely to create or enhance market power or to facilitate its exercise, if entry into the market is so easy that market participants after the merger... could not profitably maintain a price increase above premerger levels”.

כניסה נחשבת כקלה אם מעריכים שהיא תהיה -

“timely, likely, and sufficient in its magnitude, character and scope to deter or counteract the competitive effects of concern”

וראה שם.

מקום שתנאים אלה מתקיימים, אין לחוש לתוצאות אנטי תחרותיות. (יצוין שההנחיות רואות בתקופה של שנתיים ימים משום זמן סביר, ובהיסטוריה העסקית משום סממן המלמד על קלות כניסה, ובסיכוי ממשי לכניסה מצד מספר גורמים כדיות כניסה).

במקרה שלפנינו, לאור העדויות ששמעתי, הכניסה כבר נשקלת על ידי מספר גורמים בעלי הון שאינם רואים בה השקעה כבדה מנשוא. אי לכך התנאים שנחתמו בהנחיות אלה באו על סיפוקם.

וראה גם Canadian Guidelines, *ibid*, par 4.6.1

נסיבה רלבנטית לשקילת קלות הכניסה היא שלב ההתפתחות של הענף. אם נותר מקום לצמיחה ולהתרחבות, כניסה חדשה נראית סבירה יותר.

וראה שם.

במקרה שלפנינו, כאמור, מעריכים את תחום הקולקטיבים הנותר ב- 100,000-150,000 איש, ובתוספת העובדה שכעשרים עד עשרים וחמישה אחוז מהחוזים ארוכי הטווח נפתחים לחידוש מדי שנה, המדובר בנתח משמעותי. בכך ניתן לראות מרחב דיו לצמיחה, אף מבלי להתייחס לאפשרות הביטוח של אינדיבידואלים. זאת ועוד, רצון של חברות ביטוח קיימות להיכנס לתחום אינו נגזר רק מהתועלת הישירה שתצמח להן ממכירת ביטוח רפואת שיניים, אלא גם ובעיקר משום הצורך ליתן בידי סוכניהן יכולת מכירה של מנגנון שירותי בטוח.

חשיבותו של שיקול זה מכרעת עד כדי כך שהמלומד וייט הביע דעתו ש-

“If the entry conditions are easy any merger would be allowed”.

וראה White, *ibid*, p. 16

אסיים את הדיון בנקודה זו בהסתייגות. במה דברים אמורים שהכניסה קלה יחסית? בתנאי זה ששוק רופאי ההסכם לא ייחסם באמצעות חוזי בלעדיות עם דקלה-שילוח או הילה.

אני מוצא סימוכין להסתייגות זו ב- Horizontal Guidelines, *ibid*, par. 3.3 שם אחד מהנסיבות הפועלות נגד כניסה היא :

“the exclusion of an entrant from a portion of the market over the long term because of vertical integration...”

לצורך זה נקבעו התנאים הבאים להבטיח אי יכולת חסימת מערך רופאי השיניים.

(2) מנגנון פיקוח עצמי

נציגי החברות המתמזגות טענו בפני כי אין לחוש להעלאת מחירים למבוטחים ולהוזלת תעריפי הרופאים. וזאת משום שמערכת יונקת מרעותה וברגע שתהיה העלאה או הוזלה חריגה, יפנו הצדדים למקורות אלטרנטיביים, המבוטחים - לרופאי שיניים פרטיים, והרופאים - לרפואה פרטית או מרפאות למיניהן.

אמנם הדברים אינם יוצאים כדי פשוטם, אך עקרונית דומה כי אכן יש איזון נתון בין רמת תגמול הרופאים, גובה הפרמיות ואיכות השרות הניתן למבוטחים. אין בידי הצדדים למיזוג כוח מוחלט להעלות מחירי פרמיות ולהוזיל תעריפי רופאים, שכן במקרה הראשון הקולקטיבים יוכלו לברור דרכם, לא לחדש חוזי ביטוח בין אם משום שייסוגו ממתן הטבה זו לעובדיהם ובין אם משום שימצאו תחליף ראוי אחר. וראה בנדון Waldman, *ibid*, שם מצביע המחבר על נסיגה חלקית שחלה בארצות הברית בעקבות עליית דמי הביטוח הרפואי. ובמקרה השני, איכות השירות תרד במידה זו שאותה תוצאה עצמה עשויה לנבוע הימנה.

ומכיוון שעסקינן במבוטחים בעלי עצמה כלכלית, דהיינו קולקטיבים, יש משקל ליכולתם לוותר על השירות, ולעתים, אף להסתפק בבדיקת איכות השירות והיקפו.

וראה בנדון Bredgade, *ibid*, pp. 204-205

בין הנסיבות המפחיתות מכוח השוק של מתחרות מונה המחבר כוחם של לקוחותיהם ובמלותיו :
"Customers able to exercise countervailing power."

וראה גם : Areeda, *ibid*, p. 576 שם אומר המחבר כי יכולתם של צרכנים לוותר על השירות כליל, עשויה לרסן הפעלת כוח מונופוליסטי וזה לשונו :

"What constrains the defendant's price is not the cross elasticity of any particular product but the willingness of buyers to purchase less from it in response to its price increase - including their choice to do without the product or any of its obvious substitutes."

(3) מצבה הכלכלי של דיקלה

דיקלה הינה ענף מעץ הסנה אשר קרס תחתיו בסוף שנת 1992. בתור שכזה אין לה קיום עצמאי, אלא צריכה היא להיתלות באילן גדול אחר שיוכל לשאת את כובדה. יתירה מזו, הזמן הוא מעיקרי העניין, שכן כל יום העובר נוגס מערכה הכלכלי של החברה שלקוחותיה וסוכניה סובלים מחוסר וודאות. מצב זה עלול לגרום לנטישת לקוחות, נטישה אשר תובילם לגופים אחרים בענף, ובראש וראשונה - שילוח, הוותיקה והגדולה בתחום.

במצב העובדתי דנן שילוח מסוגלת למלא אחר דרישות המהות והזמן. וזאת - בהתייחס לעובדות שפורשו בראש החלטתי זו ושעניינן פירוט אותם גופים שהשתתפו במיקח וממכר לרכישת דיקלה.

במצב דברים זה, אם לא תתבצע הרכישה על ידי הראל המשמר, יש פנים לסברה שדיקלה תדלדל ושהיקף עסקיה יקטן. ועוד - מרבית לקוחותיה עשויים לעבור לשילוח (ולמשל קופת חולים כללית שכבר הגיעה להבנה עם הראל המשמר בעניין העברת הסכמיה האחרים). במקרה זה האפקט התחרותי יהיה ממילא חיזוק כוחה המונופוליסטי של שילוח, הגברת הריכוזיות בענף, תוך שתתכן פגיעה בציבור המבוטחים ובאינטרסים עליהם מופקד המנהל המורשה.

בכגון דא מקובלת בארצות הברית הגנת החברה הכושלת והיא : מקום שהנרכשת אינה ניתנת להחייאה באורח עצמאי ומקום שאין עומד על הפרק רוכש חלופי עדיף מבחינת קידום התחרות, ובהתקיים תנאים נוספים, המיזוג יוכל לחסות בכנפי ההגנה ולהתבצע ללא עוררין.

וראה בנדון : Kintner, *ibid*, vol. 4 pp. 280-281

שיקול דומה נשקל באנגליה על ידי ה- Monopolies and Mergers Commission בעניין - British Rail Hovercraft Ltd. and Hoverlloyd Ltd. (1980-81) H.C. 374

כפי שסוכם ב- Encyclopedia of Competition Law par. 5-059 p. 5162

שם נקבע כי מיזוג אופקי אינו פועל נגד טובת הציבור שכן שתי החברות המתמזגות כושלות כלכלית ואין סיכוי שכל אחת תוכל לשרוד בנפרד.

ההגיון המונח ביסוד שיקול זה הן בארה"ב והן באנגליה הוא שאף ללא המיזוג, לא תוכל להתקיים תחרות של ממש. אי לכך לא ניתן לקבוע שהמיזוג הוא הגורם לפגיעה משמעותית בתחרות.

הגיון זה מלמד גם לעניינינו, והוא יכול לשמש שיקול, אם כי בוודאי לא בלעדי, בתהליך השקילה והנתינה בתוצאות המיזוג.

יותר מזה, בתחום רגיש כביטוח, שלחסדיו נתון ציבור של צרכנים חפים, כשלון דיקלה עלול לגרום לפגיעה חמורה. לאור לשונו ורוחו של החוק הנותנים את הדעת לטובת הציבור, איני רואה עצמי מנוע מלהתייחס למצוקת הציבור. שיקול זה אף עמד כשיקול מכריע ביסוד החלטתי המפורטת מיום 21 לפברואר 1993, בעניין רכישת מגדל וכלל את תיקי הביטוח של הסנה, מהלך שהביא לגידול משמעותי ברמת הריכוזיות בענף. בעניין זה החלטתי, בעצה אחת עם המפקח על הביטוח, כי ראשית יש לחוש לשיקום מעמדם של מרבית מבוטחי הסנה, ובשלב שני נפנה לחיזוק התחרות בענף על ידי הקלה בתנאי הכניסה לענף, מאמץ לחיזוק כוחן היחסי של החברות הפחות גדולות, ועוד.

אפילו בשוק המשותף, שבו השיקול המנחה הוא הפגיעה בתחרות, ישנה מודעות בקרב מלומדים לכוחם המשכנע של שיקולים אחרים.

וראה Bredgade, *ibid.*, p. 239 בציטוט מנאום ללשכת עורכי הדין הבינלאומי מיום 16.9.86:

"Competition rules cannot be considered in isolation. They must be seen in a proper context, that is, as part of the entire body of policies whose ultimate objective is the creation of a real common market."

6. החלטות מקדמיות בתחום המיזוגים

בטרם אסיים, ביקשתי להבהיר את הסיבות שהניעוני בשעתו, לסרב לבקשת הצדדים למיזוג לנקוט עמדה מקדמית, ולו לכאורית, לאפשרות כי יתמזגו. פעמים הרבה אני מתבקש לחוות דעתי בנוגע לעסקה מוצעת, תכופות שעה שהעסקה עדיין בחיתוליה ועצם קיום המשא ומתן לקראת סיכומה מוחזק על ידי הצדדים כחשאי. אמנם התועלות שבמתן התייחסות מוקדמת רבות הן, אך בשים לב למאזן כולו, דומני כי מאפייניו המיוחדים של תחום המיזוגים אינם מאפשרים לעשות כן.

א. מהות ההכרעה המקדמית

בשיטתנו, לא מוסדר מוסד ההכרעה המקדמית (Pre ruling) בדרך של נורמה כללית, ומצטייר הרושם כי כלי זה טרם הכה שורש במנהל הציבורי. ניצנים לקראת מיסוד ההכרעה המקדמית יימצאו בתחום היבטי המס שבמיזוג חברות; ר' הצעת חוק 2085, חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 86), התשנ"ב-1991, הצ"ח התשמ"א עמ' 43, 50 המציעה לאפשר למי שפנה לבית המשפט בבקשה למתן צו מיזוג לפנות לנציב מס ההכנסה לפני מתן הצו ולבקש אישור כי תכנית המיזוג המוצעת עומדת בתנאים שמפרט החוק למיזוג שאינו חייב מיידית במיסוי.

בשיטות משפט אחרות עומדת לו לאזרח האפשרות לקבל מהמנהל את עמדתו בצורה של Advisory opinion, Business Review Letter, Comfort Letter ו-Application for Negative Clearance.

וראה בנדון :

Kintner, ibid, 53.54:
Code of Federal Regulations, 50-6
56 Am. Jur. (2ed) 260

למעשה ההחלטה המקדמית הינה החלטה של הרשות המנהלית בנוגע לעמדתה הצפויה בנוגע לבקשה המוצבת לפנייה על ידי אדם מעוניין. האחרון, מפרט בבקשתו מצב דברים העשוי לרקום עור וגידים ומבקש מן הרשות שתביע עמדתה בהנחה שמצב הדברים ההיפותטי יהפוך למציאות. הענות לבקשה מזכה את האזרח ברמת וודאות גבוהה בנוגע לעמדת המנהל, הוא מכלכל צעדיו בהתאם ונמנע מביצוע מהלכי סרק בזבזניים לפרט ולכלל. משנה חשיבות נודעת להכרעה כזו שעה שמדובר בבעיה חדשנית ולא מוכרת שטרם נחרשה במחרשת התקדים וניסיון החיים המצטבר.

ב. מאפייני ההחלטה בעניין מיזוג

ודוק, לעניין החלטת הממונה בשאלת מיזוג המדובר בהחלטה שנודעת לה נפקות מחייבת, בחוללה תוצאות משפטיות מוגדרות במערך הזכויות והחובות. אין זו החלטה לבר משפטית או החלטה שלפנים משורת הדין.

השווה בנדון: ע"א 831/76 יוסף לוי נ. פקיד שומה, חיפה, פ"ד לב (1) 429, 421; עמ"ה 33/87 דרעד הע"מ נ. פקיד שומה, אשקלון, פד"א ט"ו 137, ו-חיים כהן, המשפט עמ' 634.

להחלטה בדבר מיזוג השפעה קליידוסקופית על מרכיביו השונים של הציבור, כמו צרכנים, מתחרים, ספקים וסוכנים ואין היא מצטמצמת לצדדים הישירים למיזוג. בהתאם, סעיף 22 (ב) לחוק סולל דרכו של כל אדם להגיש ערר לבית הדין להגבלים עסקיים כנגד הסכמת הממונה למיזוג. לכן גם החלטה כזו, בניגוד להחלטות בתחום המס, איננה רק בין הרשות לאזרח אלא ענינה גם בין אזרח לאזרח, והשפעת ההחלטה לכאן או לכאן איננה מתפזרת באופן שווה על הכלל.

וראה בנדון: ע"א 4843/91 אסם תעשיות מזון בע"מ נ. עלית תעשיות מזון ישראליות בע"מ ואח' פ"ד מו (1) 876.

החלטה מקדמית אף איננה בגדר הנחיות מנהליות המשרתות, בדרך כלל, את טובתה של הרשות המנהלית ושל הציבור, שכן ההכרעה המקדמית אין היא כללית ובלתי מסוימת אלא תלויה היא בנסיבות המקרה המובא לשקילת הרשות.

וראה בנדון: י. זמיר, הנחיות מנהליות הפרקליט לח 18.

היתרונות והחסרונות שיצמחו מממן החלטה מקדמית בתחום המיזוגים הם מגוונים, בעיקר אציין את אלה:

ג. יתרונות ההכרעה המקדמית

1) תכנון וצפיות לאזרח

הצדדים למיזוג ידעו מראש אם יבוא על המיזוג אישור, ואם כן, באילו תנאים ובאיזו תבנית לערוך את המיזוג כך שלא התהווה פגיעה בתחרות. כך ייחסך ניהול מו"מ עקר למיזוג, על כל עלויותיו וצפיות הצדדים לו, לרבות עובדי החברות המתמזגות ובעלי מניותיהן. בדרך זו תהיה בידי האזרח ידיעה מוקדמת ורבת ערך על התוצאות המשפטיות של התנהגות מתוכננת.

(2) עיון וליבון מוקדם לממונה

הממונה יוכל לדון בעסקת המיזוג שלא בכפיפות לסך הזמנים שקצב המחוקק למתן החלטה בבקשה למיזוג, דהיינו תוך 30 ימים אלא אם הוארך המועד על ידי אב בית הדין להגבלים עסקיים; סעיף 19 (ב) ו-38 לחוק. בדרך זו הטיפול באישור בקשת המיזוג גופה יהיה קל ומהיר יותר, תוך שלעולם שמורה לממונה הזכות לסטות מעמדתו המקדמית אם הובא לידיעתו מידע המחייב לעשות כן.

ד. חסרונות ההכרעה המקדמית

(1) בסיס מידע חלקי ולעיתים חשאי

קיים קושי מובנה בקבלת החלטה על בסיס הנתונים הראשוניים הכלולים בפנייה למתן הכרעה מקדמית. במיוחד נכון הדבר בפנייה שעה שעצם המו"מ לקראת המיזוג הוא חשאי, וממילא מבקשים הפונים כי הממונה לא יסתייע במומחים וגורמים הבקאים בענף מחשש שתפגע חשאיות תוכנית המיזוג. החלטה כזו עלולה להיות מנותקת מהמציאות ומהנסיבות האופפת את הסביבה העסקית לעסקה.

(2) העדר שמיעת המתנגדים

מיזוג המעורר קשיים תחרותיים, בדרך כלל, מקים לו מתנגדים מתחומי הענף, המבקשים שדברם ישמע או ייקרא. לעתים יבקשו מתנגדים כאלה כי זהותם לא תיחשף לצדדים המתמזגים, מחשש שיבולע לעסקיהם אם ייוודע דבר התנגדותם. גורמים אלה בוודאי אינם יכולים להתייצב ולהתנגד אם ההתייעצות המתבצעת בחשאיות, ואפילו ידועה וגלויה היא, אפשרות למיזוג אינה מצטיירת באותה רמה מוחשיות כמו עסקת מיזוג שנחתמה בפועל. שכלול עמדות המתנגדים ואישוש המידע המוצג על ידם, במגבלות אילוץ הזמן וכחלק מהליך קבלת ההחלטה, עשוי להיות בעל משמעות רבה למסקנה הסופית.

(3) בזבוז משאבים הנתונים במשורה

עצם התוכנית להתמזג רק מצביעה על אפשרות שאכן מיזוג כזה יתרחש, ועדיין נדרש מערך כוח האדם המצומצם של יחידת הממונה על ההגבלים העסקיים לטרוח בלימוד תיק מיזוג, מהלך העשוי לדרשו תשומות מרובות. מאמץ זה ירד לטמיון אם לבסוף לא יתבצע המיזוג. כן מתעורר החשש כי עצם אפשרות הפניה להכרעה מקדמית תביא לריבוי פניות בוסר.

לדוגמא, אחת מני רבות, בעבר התבקשתי להביע עמדתי נוכח האפשרות שהבנק הבינלאומי הראשון בע"מ ירכוש את השליטה על בנק איגוד בע"מ, בקשה שאילו נענתה היתה מחייבת בדיקה ומאמץ רב. כידוע, באחרית דבר לא בוצע המיזוג, ובנק איגוד נמכר לגורם אחר.

4. מידע חלקי יכבול את שיקול הדעת

אמנם מטבע הדברים ההכרעה המקדימה תוגבל לעובדות המוצגות בבקשת הצדדים, אך סטייה מעמדה מקדמית לעולם תהיה יותר קשה מדיון ממצה ומקיף ובנוסף תחייב אמידת

השפעתו השולית של המידע הנוסף שהתקבל. יוצא אם כן שההכרעה המקדמית למעשה תגביל את חופש ההכרעה של הממונה והיא אף עלולה לפתוח פתח לניצול לרעה של ההליך.

יתרה מזאת, לעתים עצם ביצוע העסקה יש בה כדי להקרין על המיזוג ואופיו. לדוגמא, בתיק דנן, הוצגה הסברה כי נוכח החלטתה של קופ"ח כללית לבצע את תוכנית "שתיל" עם הראל-המשמר, הופכת האחרונה למעשה לרוכשת הריאלית היחידה של דקלה. מסתבר לאור הליך המכרז כי סברה זו בטעות יסודה, ושיקול זה לכשעצמו, עשוי לעתים להיות בר-חשיבות להערכת המיזוג.

5. משפט השוואתי

בארה"ב הניסיון מלמד כי מעטות מאד הפניות לקבלת Business Review Letters. מיעוט הפניות מוסבר בכך שקבלת התשובה מתארכת נוכח סדר העדיפות הנמוך יחסית לו זוכות הפניות הללו לעומת עניינים תלויים ועומדים, נוכח מה שמתואר כנטיית הרשות לנקוט אמת מידה קפדנית יותר שעה שהעניין מוצג תחת המסלול המקדמי, ונוכח חשש הצדדים כי חרף ה- Pre Ruling עדיין רשאית הרשות לסטות מעמדתה כל אימת שהוצג בפניה מידע חדש ובהרבה מקרים כאלה הם פני הדברים.

וראה בנדון: Von Kalinowski, Antitrust Counseling and Litigation Techniques, Vol 1 Pa. 4-52.

בקהילה האירופית מקיימת הנציבות התייעצויות עם צדדים למיזוג, מציגה היא בפניהם את עקרונות השיטה, אך קיימת הדגשה כי אף בהתאם ל"נוהל ההודעה המוקדם" אין הנציבות יכולה לקבל הודעות אלא אם יש כבר הסכם מיזוג מלא ומחייב.

וראה בנדון: Commissions Report on Competition 11 (April 1992)

אכן, גישה זוהי ננקטה על ידי הוראת תקנה 3 לתקנות ההגבלים העסקיים (מרשם, הודעות זוג, הודעות הממונה לציבור וקביעת מחזור המכירות במיזוג חברות), התשמ"ט 1989 המחייבות כי הודעת מיזוג תכלול גם "הסכם מיזוג".

6) ריקון חובת התייעצות

מתן הכרעה מקדמית על ידי הממונה עלולה לרוקן מתוכן את חובת הממונה להתייעץ עם מותב הוועדה המייעצת לעניין מיזוג חברות בטרם יסכים למיזוג חברות, בין בתנאים ובין ללא תנאים; סעיף 24 (א) לחוק. מה בצע בקיום התייעצות וחילופי דעות עם חברי הוועדה שהם בעלי ידע ומומחיות בכלכלה, אם כבר נקטה הרשות עמדה ממנה יקשה עליה הלכה למעשה לסטות.

וראה בנדון: בג"צ 628/76 לביב נ. ראש מועצת ג'וליס פ"ד לא (2) 554; בג"צ 653/79 עזריאל מנהל אגף הרישוי משרד התחבורה ואח' פ"ד לה (2) 85; ו-בג"צ 512/81 המכון לארכיאולוגיה של האוניברסיטה העברית ירושלים ואח' נ. שר החינוך והתרבות פ"ד לה (4) 533.

ה. התייעצות אך לא הכרעה

אכן, לדעתי נוטות כפות המאזניים באופן מובהק כנגד מיסודו של אפיק ההכרעה המקדמית בתחום ייחודי זה של מיזוגים, הגם שאין לשלול מראש קיומן של נסיבות מיוחדות אשר עשויות להצדיק סטייה מהכלל תוך שתקבע דרך נאותה לעשות כן. טעמים אלה, כשלעצמם, אינם ישימים לשאר ענייני ההגבלים העסקיים, ולא אחת ננקטה על ידינו עמדה במקרים שהעלו שאלות מקדמיות מתחום סבירות התנהגות מונופול או גדר המותר והאסור לעניין הסדרים כובלים.

מנגד, יש מקום למכביר כי יחידת הממונה על ההגבלים העסקיים תעמוד לרשות צדדים מתמזגים על מנת לסייע בהבנת הוראות החוק, האינטרסים המוגנים על ידו והצגת העקרונות אשר יסייעו בידי הצדדים עצמם להעריך את עמידתו של המיזוג המתוכנן במבחן הוראות המיזוגים. בדרך זו אנו נוהגים זה מכבר, ובכך נתמיד.

סיכום והתנאים

.7

בחינת המיזוג מורה על קשת של סכנות תחרותיות-ציבוריות. לחלקן ניתן למצוא מזור בקלות הכניסה לענף, במנגנון הפיקוח העצמי שבו ובשיקולים הטמונים במצבה הכלכלי של חברת דיקלה. אולם שתי סכנות נותרות, אלמלא קביעת תנאים, ללא מענה, והן הקשר עם הילה וחשש להפעלת המעמד המכריע כלפי רופאי השיניים. ויודגש, שתי הסכנות הללו סופן פגיעה בציבור בכללו, שכן אם אכן יתרחשו, איכות הטיפול והיקפו עשויים להיפגע.

הפכתי בדבר והפכתי בו בשוויי לנגד עיני את תפיסת יסוד החיובית של החוק בעניין מיזוגים, את אינטרס ציבור ואינטרס התחרות והגעתי לכלל מסקנה כי מידת האיוון מתיישבת עם אישור המיזוג בתנאים שייאמרו להן.

היטיב לתאר מצב דברים זה, השופט בלקברן אשר פסק -

"...It is something like having to draw a line between night and day. There is a great duration of twilight when it is neither night nor day. But... though you cannot draw the precise line, you can say on which side of the line the case is."

וראה ברק, פרשנות במשפט, כרך ראשון עמוד 241 בציטוט מפסק הדין *Hobbs v. L and S.W.Ry* (1875) L.R. 102.

התנאים שקבעתי תכליתם לענות על הסכנות התחרותיות הטמונות במיזוג ואשר מבלעדי התנאים יוותרו ללא מענה. דומני, כי כתוצאה מהתניית המיזוג יכול שיבוא על פתרונו מצב דברים שקדם למיזוג ושגילם בו חששות תחרותיים של ממש, ושאלמלא המיזוג ספק אם ניתן היה להסדירם באותו אופן. כוונתי לקשר שבין שילוח השולטת ב- 60% מהענף הרלבנטי לבין הילה ולחששותיהם של הסתדרות רופאי השיניים בהקשרים שהוצגו לעיל. כאמור חששות אלה מתעצמים נוכח המיזוג המרכזי בידי החברות המתמזגות כ- 83% מנתח השוק. אך חיתתם הוטלה על הנפשות הפועלות בענף אף לפני המיזוג, ואף בהעדרו היה ממשיך להוות איום.

למען הבהר, התנאים שתכליתם לענות על הבעיות התחרותיות הכרוכות בהפעלת הילה על-ידי שילוח-דיקלה אינם מתיימרים לעקור מן השורש את מצב "ניגוד האינטרסים" עליו הצביעו גורמים בקרב הענף. מטבע הדברים, זה עניין למחוקק לענות בו משיגיע עת רצון לפניו, ובאופן כולל ואחיד.

התנאי בדבר מכירת השליטה בהילה נועד ליטול את מרבית העוקץ שבין שילוח-דיקלה להילה באורח זה שיפחית את הפיתוי והיכולת לעשות שימוש בהילה בדרך לחסימת התחרות. במצב החדש שיווצר כתוצאה מהפעלת

התנאים כל הסדר בין שילוח-דקלה להילה (או כל מרפאה אחרת) העלול לפגוע בתחרות בעסקים ייחשב להסדר כובל האסור אלא אם כן זכה לאישור בית הדין להגבלים עסקיים או לפטור מהממונה. שאר התנאים שי בהם כדי להבטיח שקיפות ופתיחות המערכת על הסיס שוויוני והוגן. אין צריך לומר, כי כל הפרה של תנאי מהתנאים האמורים מהווה עבירה פלילית, על כל המשתמע מכך.

ואלה התנאים :

1. קבוצת הראל-המשמר תמכור את שליטתה בהילה (לפחות 60% ממניותיה) לצד שלישי שאינו קשור עמה במישרין או בעקיפין, בתוך זמן סביר שייקצב על ידי הממונה ובאישורו.
 2. בכפוף לסעיף 1 לעיל, קבוצת הראל-המשמר או דיקלה לא תספק, במישרין או בעקיפין, שירותי ריפוי שיניים תמורת תשלום באמצעות מרפאות בבעלותה, ולא תבוא בהסדרים להחזרת תשלומים ממרפאות שבהסכם ולא תתעל לקוחות במהלך העסקים הרגיל (להבדיל מעסקאות מיוחדות) למרפאות מסוימות.
 3. מסגרת רופאי ההסכם בחברות המתמזגות תהיה פתוחה על בסיס שוויוני, לרבות לוח תשלומים והליכי אישור טיפולים.
 4. החברות המתמזגות לא יאסרו ולא יגבילו את רופאי ההסכם, בשום דרך וצורה, מלעבוד בשירות גופים אחרים.
- התעורר ספק כלשהו בנוגע לפרשנותו או דרכי יישומו של תנאי מהתנאים האמורים, יובא הספק להכרעת הממונה.

ד"ר יורם טרובוביץ
הממונה על הגבלים עסקיים

ניתן היום, כז' סיון, תשנ"ג
16 - יוני - 1993, בירושלים.