



## רשות ההגבלים העסקיים

**התנגדות למיזוג לפי סעיף 21 (א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988 -  
תוכנה לאנשי מקצוע לירם בע"מ - ט.מ.ל מיקרו מחשבים בע"מ<sup>1</sup>**

### 1. מבוא

#### 1.1. כללי

יותר מכל עת אחרת, מאופיין העידן המודרני בהתמחות ובהתמקצעות. מגמת ההתמחות וההתמקצעות באה, בין היתר, לממש יתרונות יחסיים ולהביא לחסכון בעלויות באמצעות ניצול יתרונות לגודל.<sup>2</sup> מגמה זו ברוכה היא, שכן נושאת היא בכנפיה שיפור בהקצאת המשאבים בחברה ובכך גם את הגדלת הרווחה החברתית.<sup>3</sup>

רכישת תשומות ושירותים נלווים מבעלי מומחיות ומבעלי מקצוע (outsourcing) יכולה להוזיל את עלויות הייצור, ולעיתים אף מהווה חובה שבחוק.<sup>4</sup> מגמת ההתמחות וההתמקצעות אכן הביאה לפיזור הליכי הייצור השונים, באמצעות האפשרות לרכוש בשווקים תשומות ייצור ושירותים נלווים.

---

<sup>1</sup> ביום 7 ביולי 1998, העברתי לצדדים את התנגדותי למיזוג נשוא החלטה זו. בהנמקתי זו מובאים טעמיה של ההתנגדות האמורה.

<sup>2</sup> ראה למשל: R.L. Abel, **American Lawyers** (Oxford University Press: 1989); דו"ח הועדה למיזוגים ולקונגלומרטים (ירושלים, תשל"ט).

<sup>3</sup> תכופות התמחות והתמקצעות אינן רק תוצר נגלה של שיפור בהקצאת המשאבים בחברה אלא מצוות המחוקק. אולם גם התערבות זו בשווקים, על המשמעויות השונות שהיא נושאת עמה, נשענת על אותה הנחת מוצא: התמחות והתמקצעות יכולות להביא לשיפור הרווחה החברתית. לחיקוקים בהם מסדיר המחוקק התמחויות, ראה למשל: חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א 1961; חוק רואי-חשבון, תשט"ו 1955, פקודת הרופאים [נוסח חדש], תשל"ז 1976, חוק הפסיכולוגים, תשל"ז 1977; חוק הצלילה הספורטיבית, תשל"ט 1979; חוק העיסוק באופטומטריה, התשנ"א 1991; חוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו 1996.

<sup>4</sup> ראה לעיל.

אחת הדוגמאות המובהקות לתשומות ולשירותים המוזילים משמעותית את עלויות הייצור היא תוכנות מחשב ושירותי תמיכה להן. מחשובם של הליכי ייצור עשוי, אף צפוי, לחסוך משאבים לחברה המסחרית ובכך לייעל את תפקודה. עלויות מחשוב עצמי של חברה מסחרית צפויות, ככלל, לעלות משמעותית על התועלת שבמחשוב. לפיכך, דומה כי כל חברה מסחרית רוכשת תוכנות ושירותי תמיכה; צורך זה הביא להקמת בתי תוכנה רבים, לסיפוק צרכי הפעילות העסקית.

דוגמא נוספת לתשומות ושירותים שרכישתם ממקור חיצוני מהווה יתרון לחברה המסחרית היא שירותים חשבונאיים. מורכבות הפעילות העסקית ומורכבות הכללים החשבונאיים וכללי המס הופכים את ניהול העניינים החשבונאיים למסובכים וליקרים, ועל כן במקרים רבים נרכשים אלה מאת ספקי שירותים חשבונאיים. יתרה מכך, בנסיבות שונות מצוות המחוקק היא לרכוש שירותי רואה-חשבון ושירותים חשבונאיים אחרים.<sup>5</sup>

הזרמים המתוארים של ביקושי תשומות ושירותים, מחד, והיצעי תשומות ושירותים, מאידך, יוצרים עם הזמן שווקים חדשים. לכאורה, ככל שהביקושים למוצרים בשווקים אלה קשיחים יותר, כך עולה ערכם וגוברת חשיבות תפקודם התקין. בהקשרן של הדוגמאות שהובאו לעיל, קשיחות הביקושים לתוכנות ולשירותים חשבונאיים מסבירה את מרכזיות שוקי התוכנה ושוקי השירותים החשבונאיים בחיי הכלכלה המודרניים.

מיזוגים בין בתי תוכנה ולחלופין בין משרדי רואי-חשבון כבר הובאו בעבר לא אחת בפני רשות ההגבלים העסקיים, ועד היום לא מצא הממונה על הגבלים עסקיים טעם להתנגד להם. עתה ניצב לבחינה מיזוג בין שני בתי תוכנה, המתמחים בין היתר בתוכנות לצרכים חשבונאיים ובשירותי תמיכה לתוכנות אלה.

נושא החלטה זו הודעת מיזוג מיום 3 במרץ 1998, אשר הוגשה לפי סעיף 20(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "**חוק ההגבלים העסקיים**"). המבקשות הן החברות תוכנה לאנשי מקצוע לירם בע"מ (להלן: "**לירם**") וט.מ.ל. מיקרו מחשבים בע"מ (להלן: "**טמל**").

המיזוג המבוקש בא למזג את הפעילויות העסקיות של שתי חברות קטנות יחסית, אשר ביקשו לאחד את מערכי השיווק, המכירה והפיתוח שלהן.<sup>6</sup> עם תחילת הבדיקה, התברר כי המיזוג מעלה חששות משמעותיים לפגיעה בתחרות. על כן, התעורר הצורך בבדיקות ובבחינות רבות עם גורמים מסחריים וציבוריים שונים. לצדן של אלה, נערכו מגעים רבים עם החברות המבקשות להתמזג

<sup>5</sup> ראה סעיפים 215-222 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983.

<sup>6</sup> הגם שהחברות המבקשות להתמזג קטנות אולי בערכים מוחלטים, הרי כפי שפורט עוד להלן, חלק בשווקים בהן הן פועלות אינו מבוטל. לפיכך, הגודל כאן אינו משנה לצרכי בדיקת המיזוג. ראה בעניין זה את החלטת הממונה במיזוג החברות גרלן בע"מ ו-א.ב. אלקטרוניקה בע"מ. באותו מקרה נדון מיזוג בשוק המונים למוניות. החברות ביקשו להוציא את המיזוג הנדון מגדרו של הפיקוח על המיזוגים בשל היקפו המצומצם של השוק. הממונה על הגבלים עסקיים, הבהיר באותו עניין, כי היקפו המוחלט של השוק אינו מקרין על בקשת המיזוג, ואת מוקד הבחינה יש למצוא בחלקן היחסי של החברות בתוך השוק.

ועם באי כוחן, אשר ביקשו להוסיף פרטים לשם הסרת החששות שהתעוררו מהמיזוג המבוקש, ולכן בדיקת המיזוג ארכה עתותיה. אקדים ואומר: הגעתי לכלל מסקנה, כי יש להתנגד למיזוג.

## 2. הצדדים למיזוג המבוקש

### 2.1. תוכנה לאנשי מקצוע לירם בע"מ

**לירם** חברה פרטית בבעלות מר רמי לבנת ומר אבי בן יצחק, האוחזים - כל אחד - 50% מהון המניות המונפק של החברה. לירם היא בית תוכנה המתמחה בפיתוח, ייצור, שווק ותמיכה של תוכנות לצרכים חשבונאיים שונים, ובכלל זה תוכנות להפקת דו"חות שנתיים למס הכנסה.

### 2.2. ט.מ.ל. מיקרו מחשבים בע"מ

**טמל** חברה פרטית בבעלותו המלאה של מר פליקס זיסמן. טמל היא בית תוכנה המתמחה בפיתוח, ייצור, שווק ותמיכה של תוכנות לצרכים חשבונאיים שונים, ותוכנות עזר נוספות לצורך ניהול מערכים עסקיים. בנוסף לאלה, משווקת החברה שעוני נוכחות עבור בתי עסק.

## 3. הסכם המיזוג וסיווג המשפטי

### 3.1. תיאור ההסכם

ביום 22 בינואר 1998 נערך ונחתם הסכם בין לירם לטמל (להלן: "**הסכם המיזוג**") נשוא החלטה זו. בבסיס הסכם המיזוג ניצבות שתי מטרות לפעולה בצוותא חדא של השתיים בתחום התוכנות לצרכים חשבונאיים:<sup>7</sup> האחת, הקמת מסגרת לשיווק, מכירה ותמיכה בלעדיות של תוכנות טמל ולירם;<sup>8</sup> והשנייה, פיתוח תוכנות לסביבת Windows95, שתשדרגנה תוכנות קיימות של השתיים.

לצורך השגת מטרות אלה, מכונן הסכם המיזוג שתי מסגרות לשיתוף הפעולה בין החברות:

- **שיווק, מכירה ותמיכה בלעדיים של תוכנות קיימות ואלה שתפותחנה.** הסכם המיזוג בא להקים תאגיד משותף - שיתוף פעולה עסקי - למטרה זו, אשר שמו בישראל **טמלירם בע"מ** (להלן: "**טמלירם**"). טמלירם יוחזק בחלקים שווים בידי החברות, אשר תעברנה אליו חלקים מהותיים מפעילויותיהן (כ-98% מפעילות לירם,<sup>9</sup> וכ-35% מפעילות טמל<sup>10</sup>). החברות התחייבו

<sup>7</sup> נספחים א' ו-ב' להסכם המיזוג מפרטים את רשימת התוכנות לצורך שיתוף הפעולה האמור.

<sup>8</sup> בלעדיות זו חלה גם כלפי טמל ולירם אשר מיום 1.1.99 תפסקנה לשווק בעצמן את התוכנות ולהעניק להן שירותי תמיכה. סעיפים 5.4, 6.4, 19.1 ו-19.2 - להסכם המיזוג.

<sup>9</sup> מכתבו של ר"ח שמשון מנורי מיום 4.5.98. מנכ"ל לירם, מר אבי בן יצחק, העריך את היקף הפעילות שיועבר לטמלירם ב-95% (מכתבו מיום 5.4.98).

<sup>10</sup> מכתבי ר"ח שלמה פלדמן מתאריכים 5.4.98 ו-8.4.98. היקף הפעילות האמור כולל 29% מהיקף ההכנסות ממכירת תוכנות ו-40% מהיקף ההכנסות משירותי תמיכה.

להימנע מתחרות בטמלירס, מייסודו ועד לתקופה של 3 שנים מיום שתפסקנה להיות בעלות מניות בו. באשר לזכויות היוצרים בתוכנות, הרי שאלה לסוגיהן תשארנה בבעלות החברות ולא תועברנה לטמלירס.<sup>11</sup>

• **פיתוח משותף של תוכנות לסביבת Windows95.** הפיתוח יבוצע על-ידי החברות,<sup>12</sup> כאשר הקצאת המטלות תקבע בהסכמה בין השתיים.<sup>13</sup> החברות תחזקנה בכל זכויות היוצרים של התוכנות שתפותחנה,<sup>14</sup> על אף שהאחריות על ההגנה המשפטית על זכויות אלה מוטלת לפי ההסכם על התאגיד המשותף.<sup>15</sup>

לצד כוונות שיתוף הפעולה, צופים הסכם המיזוג ומסמכי ההתאגדות של טמלירס פני "מצבי קיפאון".<sup>16</sup> מצב קיפאון מוגדר, כנסיבות בהן יהיה שוויון קולות בהצבעות בעלי המניות או בישיבות הדירקטוריון, או כל מקרה אחר בו מסיבה כלשהי יגיעו נושאי המשרה בתאגיד המשותף לחוסר הסכמה מהותי. במטרה למנוע הפסדים ונזקים לטמלירס ולבעלי מניותיו נקבע בהסכם המיזוג ובמסמכי המיזוג הליך בן שלושה שלבים, שנועד להחזיר את טמלירס למסלול של תפקוד. שלבים אלה הם כדלקמן: (א) תקופת 21 יום לשם הגעה ל"פתרון חברי" בין בעלי המניות; (ב) פישור שיערך על-ידי רואה החשבון ועורך הדין של טמלירס; ו-(ג) הפעלת מנגנון buy me/buy you (להלן: "מנגנון BMBY"), במסגרתו אחד מבעלי המניות ירכוש את המניות של רעהו.<sup>17</sup>

### 3.2. סיווג המשפטי של הסכם המיזוג

#### 3.2.1 כללי: סיווגי חוק ההגבלים העסקיים

בבסיס ההסכם ניצב, כאמור, שיתוף פעולה עסקי של טמל ולירס - טמלירס. דומה כי ב"כ החברות, עו"ד רוני גולן, התלבט באשר לסיווג המשפטי של ההסכם: אם הסדר כובל הוא או מיזוג.<sup>18</sup> ואכן, סיווג המשפטי של עסקאות אינו תמיד קל.

<sup>11</sup> סעיפים 5.2 ו-6.2 להסכם המיזוג.

<sup>12</sup> כאמור, הסכם המיזוג נערך ונחתם ביום 22 בינואר 1998. יחד עם זאת, סעיף 16.1 להסכם קובע כי המועד הקובע לתחילת פעילות הפיתוח המשותפת הוא 1.1.98. זאת ועוד, החברות אף התחייבו לנקוט את כל הצעדים הדרושים על מנת לאפשר את תחילת הפעילות המשותפת במועד הקובע.

<sup>13</sup> סעיף 7.1 להסכם המיזוג.

<sup>14</sup> סעיף 7.4 להסכם המיזוג.

<sup>15</sup> סעיף 7.6 להסכם המיזוג.

<sup>16</sup> סעיף 10 להסכם המיזוג.

<sup>17</sup> מנגנון BMBY בא להסדיר הפרדת החזקות בנכס משותף. הפרדת ההחזקות מתבצעת באופן שאחד הצדדים (כאן, מציע ההצעה הגבוהה) רוכש את החזקותיו של רעהו.

<sup>18</sup> ההסכם הוגש בצירוף השאלה "האם גם בנסיבות אלו יש צורך לקבל את אישור הממונה או פטור מקבלת אישור בית הדין", ובצירוף הודעות מיזוג.

חוק ההגבלים העסקיים הוא חוק כלכלי במהותו, ועל כן במרבית המקרים מתעלם מסיווגים משפטיים ומאדורות אחרות.<sup>19</sup> ברם, לצורכי הפעלת החוק ויישומו נדרשת מידה מסוימת של סיווג. הסיווג המשפטי הנדרש להפעלת חוק ההגבלים העסקיים נערך על בסיס אבחון מהות כלכלית ("הסדר כובל", "מיזוג", "מונופולין", אחד מהם או יותר). כך, מכיר חוק ההגבלים העסקיים בסיווגים משפטיים בתחומיו, שאבחונם נערך תוך התעלמות לכאורה מסיווגים משפטיים אחרים.

סעיף 43(א) לחוק ההגבלים העסקיים מעניק לממונה על הגבלים עסקיים סמכות לקבוע, בין היתר, אם נסיבות מסוימות עולות כדי "הסדר כובל" או "מיזוג חברות".<sup>20</sup> הממונה על הגבלים עסקיים משתמש בסמכות זו גם לבקשת צדדים להסדר כלשהו, וכך נעשה כדבר שבשגרה.<sup>21</sup> אשר על כן, מקום בו מבקשים שניים, או יותר, להגיע להסדר שסיווגו לצורך חוק ההגבלים העסקיים אינו בהיר, יכולים הם לפנות לממונה על הגבלים עסקיים לשם קבלת קביעתו. בדרך זו, וודאות משמעויות ההסדר יכולה לעלות, תוך חסכון עלויות עסקה ישירות ועקיפות לצדדים להסדר.

### 3.2.2. סיווגו של הסכם המיזוג

שיתופי פעולה עסקיים נבחנו לא אחת על-ידי מערכי ההגבלים העסקיים בישראל,<sup>22</sup> על-פי רוב בהקשרים של הסדרים כובלים, אולם גם בהקשרים של מיזוגים.<sup>23</sup> ההבחנה בין שיתופי פעולה עסקיים המהווים מיזוג לכאלה שעלולים לרסן את התחרות, ולעיתים אף לעלות כדי הסדר כובל, היא משפטית בעיקרה ואינה חדשה. באיחוד האירופי, למשל, מבחינים בין "מיזם מיזוגי"

<sup>19</sup> ראה למשל: עה"ע (י-ם) 1/89 תעשיות אלקטרו-כימיות (פרוטארום) בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פ"מ תשנ"ב(ג) 190; ת.פ. (ת"א) 4783/93 הממונה על הגבלים עסקיים נ' גיבור סברניה מפעלי טקסטיל בע"מ, פס"מ תשמ"ט(א) 229.

<sup>20</sup> קיומו של מונופולין, למעט קבוצת ריכוז, הוא עניין עובדתי, והכרזתו של הממונה על קיומו של מונופולין לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים היא בעלת תוקף דקלרטיבי בלבד. ראה: ערר 7/95 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (8.5.97, טרם פורסם). קביעת קיומה של קבוצת ריכוז היא מכוח סעיף 43(א) לחוק.

<sup>21</sup> ראה, למשל: קביעת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין רכש מניות בנק ברקליס-דיסקונט בע"מ על-ידי בנק דיסקונט לישראל בע"מ (8.4.92).

<sup>22</sup> אודות שיתופי פעולה עסקיים בפריזמת דיני ההגבלים העסקיים בישראל, ראה: ערר 1/97 איסכור שירותי פלדות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (11.12.97, טרם פורסם); תה"ע 465/96 דטה-קאר בע"מ נ' הממונה על הגבלים העסקיים (טרם פורסם); החלטת הממונה על הגבלים עסקיים על אי-מתן פטור מאישור בית הדין להסדר כובל: אנרגיית המזרח-התיכון (13.5.97, טרם פורסם); החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין Columbus Capital Corporation מקבוצת קלרידג' - כור תעשיות בע"מ (5.1.98, טרם פורסם); וכן: מ' מזרחי, "מיזם משותף כהסדר כובל", משפטים כ"ג (תשנ"ו), 213.

<sup>23</sup> ראה, למשל: התנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג הקבוצות אופק ואירופן; וכן: קביעת הממונה על הגבלים העסקיים בעניין מימוש אופציות למניות כור תעשיות בע"מ על-ידי קבוצת בנק הפועלים (12.11.96), 10:

"מטרת הגדרת "מיזוג חברות" היא ללכוד את כל אותן פעולות המביאות לאיחוד חלקי או מלא של תהליכי קבלת ההחלטות של שתי חברות, כאשר ההכרעה הערכית בדבר השפעתו של איחוד זה על התחרות יעשה רק בשלבי הפיקוח הבאים."

(concentrative joint venture) "ל"מיזם משותף" (cooperative joint venture).<sup>24</sup> בעבר התמקדו המבחנים השונים באיחוד האירופי לסיווגם של שיתופי פעולה עסקיים במאפייני ההחזקה ובהשפעות על התחרות בין המחזיקים בשיתוף פעולה עסקי. כיום, מושם הדגש באיחוד האירופי מושם על מאפייני שיתוף הפעולה העסקי, כאשר נבחנת השאלה האם מדובר בישות כלכלית עצמאית. מקום בו מדובר בישות כלכלית עצמאית, מדובר במיזם מיווגי.<sup>25</sup> מבלי לקבוע מסמרות במבחני הסיווג, מקובלת עלי ההבחנה בין מיזם מיווגי למיזם שיתופי.<sup>26</sup>

ענייננו כאן אינו סבוך בהקשר הנדון ואינו נזקק לניסוח מבחנים. הסכם המיזוג בא לאחד חלק מהותי מהפעילויות העסקיות של טמל ולירס. ייסוד שיתוף הפעולה העסקי, טמלירס, נוטל למעשה את יכולת הפעולה העצמאית של החברות, ובפרט את זו של לירס שאמורה להעביר כ-98% - מפעילותה לטמלירס. די בכך, כדי לסווג את העסקה הנדונה כ"מיזוג חברות" כמשמעות המונח בסעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים. זאת ועוד: מבחינה פורמאלית, לאחר השלמת עסקה כאמור

---

<sup>24</sup> ראה: Commission Notice on the Distinction between Concentrative and Cooperative Joint Ventures Under Council Regulation (EEC) 4064/89; עדכון של גילוי דעת זה: Commission Notice on the Concept of Full-Function Joint Ventures Under Council Regulation (EEC) 4064/89 (2.3.98). וכן: A. Brown, "Distinguishing between Concentrative and Co-operative Joint Ventures: Is it Getting any Easier," 17 *European Competition Law Review* (1996) 240.

<sup>25</sup> ביולי 1997 תוקנו תקנות המיזוגים של האיחוד האירופי, תוך החלפת חלק מההוראות הדנות בסיווג שיתופי פעולה עסקיים כמיזוג. עד לתיקון האמור, שיתוף פעולה עסקי נבחן כמיזוג רק אם לא הביא לריסון התחרות בין המחזיקים בו; בנסיבות בהן שיתוף הפעולה העסקי הביא לריסון תחרות כאמור, הבחינה היתה במסגרת הפיקוח על הסדרים כובלים. חידושו של התיקון מיולי 1997 הוא במיקוד הבחינה רק בדפוס הפעילות של שיתוף הפעולה העסקי. ראה:

**Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, Article 3.**

**Council Regulation (EEC) No 1310/97 (9.7.1997).**

<sup>26</sup> משקי ארצות הים, כמו גם דיניהם, אינם זהים לשלנו, ולכן אין זה ברור כלל ועיקר שמבחינה ישימים אצלנו. היטיב לתאר זאת כב' השופט מישאל חשין בע"א 1186/93 **מדינת ישראל נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ**, פ"ד מח(5) 353, 379:

"מקום שהמדובר הוא בעיקר-יסוד במשפט, רשאים אנו ללכת אצל שיטות-משפט אחרות ולהביא בושם ולבונה אל שיטתנו-שלנו: מכל מלמדי השכלתי, וכל שיעשיר את רוחנו וירחיב את דעתנו יבורך. ואולם בבוחנו את ההסדרים הטכניים והמפורטים הנוהגים בשיטות משפט אחרות, נדע כי יקשה עלינו עד-למאוד ללמוד מהתם להכא. יתירה מזאת: נושא הפיקוח... גם אם בנוי הוא במדינות שונות על עקרונות דומים - או אף על עקרונות זהים - קשור הוא בנימי-נפשו לחיי הכלכלה של כל מדינה ומדינה... ומשלא נוכל לשאוף את אוויר שיטת המשפט הנוכרית בכללה, ממילא לא יהיה זה ראוי לנסות וללמוד מהסדרים טכניים אלה ואחרים - או מטכניקות חקיקה - לענייננו-שלנו..."

עם זאת, בתחום ההגבלים העסקיים, בזהירות התלויה בהבחנות הנכונות, נזקקים אנו רבות לשיטות משפט זרות, ושואבים אנו מהן, שאף אם שונות הנסיבות, עקרונות הכלכלה והמשפט אינם משתנים רק מטעמים של גיאוגרפיה.

תחזיק טמל בכ-49% מנכסי של לירם, שכן יהיו בידה 50% מהון המניות בטמלירם; בכך נופלת העסקה גם בגדר הדוגמא הקבועה בהגדרת המונח "מיזוג חברות" בחוק ההגבלים העסקיים.<sup>27</sup>

#### 4. השוק הרלוונטי: הגדרה, מאפיינים ומשמעויות

##### 4.1. כללי: שוק תוכנות ושוק שירותי התמיכה לתוכנות

החברות המבקשות להתמוגג הן בעיקרן בתי תוכנה, העוסקים במגוון פעילויות הקשורות לתוכנות אותן הם מפתחים, ובכלל זה עדכון ותחזוקה, שירותי תמיכה וכיוצא באלה. מגוון הפעילויות האמור ניתן לחלוקה עיקרית בין שני שווקים: שוק התוכנות, מחד, ושוק שירותי התמיכה, מאידך.

שוק שירותי התמיכה לתוכנות הוא "שוק המשך" (aftermarket) לשוק התוכנות; קרי, המוצרים בשוק שירותי התמיכה משלימים את המוצרים שנמכרו זה מכבר בשוק התוכנות.<sup>28</sup> ככזה, אין שוק שירותי התמיכה לתוכנות ייחודי וקיימים עוד שווקים בעלי מאפיינים דומים. כך, למשל, רוכשי מכוניות צילום נזקקים תכופות לחלפים עבור המכוניות ולסיוע בהפעלתן, כשם שרוכשי תוכנות מחשב נזקקים תכופות לשירותי תמיכה.<sup>29</sup>

לעתים, מאופיינים דפוסי הצריכה בשוקי המשך בכבילת הצרכן לספק מוצר שנרכש זה מכבר. בנסיבות אלה, בהן הצרכן תלוי בספק מוצר, שוק ההמשך הוא "שוק שבוי" (captive market) בידי שוק המוצר שנרכש.<sup>30</sup> זהו המצב בענייננו: שירותי התמיכה ניתנים אך ורק על-ידי ספקי התוכנות, ועל כן שוק שירותי התמיכה של תוכנה Z שבוי בידי ספק תוכנה Z. עולה, אפוא, כי גם אם דגן קיימת תחרות בשוק מכירת התוכנות, נעדרת זו בשוקי שירותי התמיכה, הם שוקי ההמשך.

<sup>27</sup> הדוגמא האמורה מבהירה כי רכישה של 25% או יותר מנכסי חברה, או מזכות אחרת בה, מהווה מיזוג חברות.

<sup>28</sup> אין לבלבל בין "שוק המשך" ל"שוק משני" (secondary market). בשוק משני נסחרים המוצרים שנמכרו בשוק הראשוני (primary market), כגון מוצרים משומשים, ולא מוצרים משלימים להם. מוצרי שוק ההמשך משלימים, אם כן, את המוצרים הן בשוק הראשוני והן בשוק המשני.

<sup>29</sup> ראה: *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Service*, 504 U.S. 451 (1992). דוגמא נוספת היא שוק המעליות. ראה הערה 30 להלן.

<sup>30</sup> ראה, למשל: מונ' 343 הממונה על הגבלים עסקיים נ' אלקטרה (ישראל) בע"מ (9.7.82), לא פורסם). בעניין זה קבעה המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, כי משווקות המעליות בישראל הן, כל אחת כשלעצמה, בעלות מונופולין בחלקי חילוף למעליות מתוצרתן. מקרה אחר של שוק שבוי הוא שוק צריכת הגז לשימוש ביתי. משנקשר צרכן גז בספק פלוני תלוי הוא בשירותיו. המחוקק נתן דעתו לבעייתיות הגלומה ביחסים בין ספק גז לצרכן גז. ראה: חוק המקרקעין (תיקון מס' 13), התשנ"א-1991; חוק המקרקעין (החלפת ספק גז בבית משותף), התשנ"א-1991; הצעת חוק המקרקעין (תיקון מס' 13), התש"ן-1990, הצ"ח 1992, 194. ראה עוד בהערה 51 להלן וטקסט לה.

למאפיינים האמורים השפעה משמעותית על מסגרת הניתוח של המיזוג המבוקש, במיקוד הניתוח בשוק התוכנות.<sup>31</sup>

#### 4.2. תוכנות חשבונאיות

המיזוג המבוקש בא למזג את פעילויות השיווק, המכירה, התמיכה והפיתוח של טמל ולירם בתוכנות העונות על צרכים חשבונאיים. לשון אחר, מיזוג פעילויות בתחום התוכנות החשבונאיות. תוכנות חשבונאיות עונות על מגוון צרכים של היחיד, של התאגיד ושל ישויות משפטיות אחרות. כך, למשל, ניהול חשבונות, מעקב לקוחות, חישובי מס וכיוצא באלה. רבים ומגוונים הצרכים, וכך גם רבים ושונים פתרונות המחשב המוצעים עבורם.

בהודעות המיזוג נערכה הבחנה בין ענפי תוכנות חשבונאיות שונים. החברות הבחינו בין שלושה ענפים בהם הן מתחרות: ענף התוכנות לניהול ספרי תקבולים ותשלומים, ענף התוכנות להפקת תיעוד פנים וענף "תוכנות מס הכנסה"<sup>32</sup>. להצהרת החברות, בהודעות המיזוג, חלקן בענף "תוכנות מס הכנסה", באמצעות התוכנות "חיסולית" של טמל ו"רמניהול" של לירם, הוא כ-56% אשר על כן, סברו החברות - ובצדק - כי מעמדן בענף האמור מעבירן את המסננת הקבועה בסעיף 17(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, ובכך מעמידן בשערי הפיקוח על הגבלים עסקיים.<sup>33</sup>

#### 4.3. ענף התוכנות להפקת דו"חות מתואמים ("ענף תוכנות מס הכנסה")

##### 4.3.1. דו"חות מתואמים ודרכי הגשתם לנציבות מס הכנסה

עולה, אפוא, מהודעות המיזוג, כי במוקד בחינת המיזוג נמצא ענף תוכנות מס הכנסה, שהמוצרים בו הן תוכנות להפקת דו"חות שנתיים למס הכנסה, ובפרט דו"חות מתואמים.

<sup>31</sup> החשיבות בניתוח שוק שירותי התמיכה פחותה, שכן ממילא שוק זה שבוי בידי שוק התוכנות ועל כן מאפייניו נגזרים מזה האחרון.

<sup>32</sup> "תוכנות מס הכנסה" הוא כינוי הענף בפי הנהלות החברות, כפי שעולה מהפרוטוקולים של ישיבות ההנהלה של כל אחת מהחברות מיום 22.1.98 (נספח ה' להסכם המיזוג).

<sup>33</sup> לא כל "מיזוג" נדרש לעבור את הליכי הפיקוח על מיזוגים הקבועים בפרק ג' לחוק ההגבלים העסקיים. על מנת לצמצם את מעורבות מערכי הפיקוח על הגבלים העסקיים בפעילות עסקית במשק, קבע המחוקק שתי מסננות מקדמיות. מסננות אלה הן הגדרת המונח "מיזוג חברות" בסעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים, ומסננת סעיף 17 לחוק המתייחסת להיקף המיזוג (נתחי שוק והיקפים כספיים). רק עסקה העוברת את שתי המסננות האמורות נדרשת להליכי הפיקוח על מיזוגים. לענייננו כאן, קובע סעיף 17(א)(1) כי מיזוג חברות בו חלקן של החברות המתמזגות בכלל הייצור, השיווק, המכירה או הרכישה עולה על 50% מעביר את המיזוג אלי שערי הפיקוח.

לדיון במסננות הקבועות בחוק ההגבלים העסקיים, ראה: קביעת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין רכש מניות בנק ברקליס-דיסקונט בע"מ על-ידי בנק דיסקונט לישראל בע"מ; קביעת הממונה על הגבלים עסקיים בדבר מיזוג החברות גולקל 1992 בע"מ וצובר חברה למסחר בע"מ (טרם פורסם); נ' זקלר, "הפיקוח על המיזוגים - היעדים ודרך השגתם" 114 רבעון לבנקאות 87 (1990) 88.



דו"חות מתואמים ערוכים בהתאם לפרקים ב' ו-ג' לחוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), התשמ"ה-1985 (להלן: "**חוק התיאומים**"). פרק ב' לחוק התיאומים עוסק בתיאום הכנסות לגביהן נוהלו פנקסים לפי שיטת החשבונאות הכפולה. כל התאגידים שאינם שותפויות חבים לנהל פנקסים לפי שיטה זו, וכן יחידים ושותפויות שנקבע בעניינם כך. פרק ג' לחוק התיאומים עוסק בתיאום הכנסות לגביהן אין חובת ניהול פנקסים לפי שיטת החשבונאות הכפולה, קרי, תיאום הכנסות של יחידים ושותפויות שאין מוטלת עליהם חובה כאמור.

הגשת הדו"חות מוטלת על נישומים, על-פי הוראות פקודת מס הכנסה ועל-פי המתכונת שנקבעה. נציבות מס הכנסה מחייבת את הגשת הדו"חות באחת מאלה: על-גבי טפסיה, באמצעות שידור נתונים,<sup>34</sup> או באמצעות פלט תוכנה שנוציב מס הכנסה אישר למטרה זו. קבלת אישור הנציב אינה כרוכה בתשלום או בדרישות מכבידות. מבירורים שנערכו עם נציבות מס הכנסה עולה כי הרוב המכריע של הדו"חות המתואמים המוגשים לנציבות מופקים באמצעות אחת התוכנות המאושרות.

עד כה אושרו אך חמש תוכנות להפקת הדו"חות.<sup>35</sup> מחמש אלה, תוכנה אחת מפקה דו"חות רק לפי פרק ג' לחוק התיאומים. עולה, כי בשוק קיימות ארבע תוכנות בלבד להפקת כל סוגי הדו"חות המתואמים, מהן שתיים של החברות המבקשות להתמזג.

#### 4.3.2. מדוע ממוחשב תהליך הפקת הדו"חות המתואמים?

הפקת דו"חות מתואמים לשם הגשתם לרשויות המס כוללת מספר שלבים. בין שלבי ההפקה נמנים עריכת הנתונים השונים, ביצוע החישובים הנדרשים ומילוי הטפסים. שלבים אלה נשזרים בחלקם זה בזה, ולכן נדרשים קישורי נתונים. כך, למשל, בחלק מהחישובים נדרשות תוצאות חישובים קודמים, ועל כן במהלך הפקת הדו"ח נדרשות עריכות נתונים משניות. אין זאת אלא לומר כי מורכבות הפקת דו"ח מתואם כוללת חישובים רבים ומסובכים ומספר עריכות של נתונים, וכל אלה מעלים חשש לטעויות. זאת ועוד, גם בשלב האחרון של הפקת הדו"ח - מילוי הטופס - יכולות ליפול טעויות קולמוס ואחרות, נוכח ריבוי הפרטים הנדרשים.

טעויות בהפקת דו"חות יכולות, אפוא, לנבוע ממספר גורמים ובהם: (א) טעויות אנוש בעריכת הנתונים (או בהזנתם למחשב); (ב) טעויות בכללים החשבונאיים ובכללי המס ובעדכוניהם; (ג) טעויות חישוב; (ד) טעויות אנוש במילוי הטפסים. טעויות כאלה יכולות לשאת עמן "נזקים" הן לנישום והן למי שערך את הדו"חות עבורו, שכן האחריות בגין הטעויות מוטלת על שניהם, ולכן

<sup>34</sup> ניתן לשדר נתונים לש.ע.ג. - שירות עיבוד נתונים, יחידה במשרד האוצר; שידור הנתונים אינו תחליף לעיבוד הנתונים, אלא רק למילוי דו"ח. עלות שידור הנתונים גבוהה יחסית, וכוללת דמי מינוי שנתיים ועלויות שימוש שוטפות, ועל כן מעטים יחסית הם הנוקטים דרך זו. לעניין הפרשי מחיר כאמצעי להבחנה בין שווקים ראה, למשל: U.S. v. Aluminum Co. of America, 377 U.S. 276-277, 271 (1964); החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין רכש "דקלה" על-ידי "הראל", "המשמר ו"מור".

<sup>35</sup> בנוסף לחמש התוכנות האמורות, אושרו עוד שתי תוכנות להפקת נספחים 2 ו-2א לדו"חות המתואמים, שעניינם ניירות-ערך.

לשניהם תמריץ שלא לטעות. נזקי הטעויות מתבטאים בעיקר בשלושה מישורים: הצורך לערוך את הדו"ח מחדש; האפשרות להטלת אחריות אזרחית ופלילית; והאפשרות לפגיעה במוניטין של הנישום ושל עורך הדו"ח. מטבע הדברים, ההסתברות לטעות גדלה ככל שעריכת החישובים מורכבת יותר, תוך קישורי נתונים רבים יותר והתערבות יד-אדם רבה יותר. לפיכך, מחשוב תהליכי הפקת הדו"ח המתואם מקטין משמעותית את ההסתברות לטעות. בנוסף, מחשוב התהליך מוזיל את עלויות הפקת הדו"ח מהיבטים שונים. ואכן, הרוב המכריע של הדו"חות המתואמים המוגשים לנציבות מס הכנסה אינם מופקים ידנית, אלא באמצעות אחת מהתוכנות המאושרות.

#### 4.3.3. בחינת תחליפים לתוכנות להפקת דו"חות מתואמים

באו וטענו בפני החברות המבקשות להתמזג כי קיימות תוכנות רבות, באמצעותן ניתן לבצע חישובים דומים ואף זהים לאלה המבוצעים על-ידי התוכנות המאושרות. לכן, לשיטתן, קיימות תוכנות תחליפיות לתוכנות המאושרות.<sup>36</sup>

אין חולק כי תוכנות שונות יכולות לבצע חלק מהחישובים הדרושים להפקת דו"ח מתואם. ברם, עריכת החישובים באמצעות תוכנות אחרות אינה תחליף לשימוש בתוכנה ייעודית להפקת דו"חות מתואמים: עריכת החישובים באמצעות תוכנות אחרות כאמור נופלת באיכותה ועולה בעלויותיה מעריכתם באמצעות תוכנה ייעודית ומאושרת.

הטענה לקיומם של תחליפים למוצרי החברות המבקשות להתמזג אינה נכונה במובן זה שאין התוכנות האחרות חלק מהשוק הרלוונטי. ההוכחה הפשוטה לכך נעוצה במציאות בשוק: תוכנות חישוב ותוכנות חשבונאיות מצויות בשימוש רבים מהמשתמשים במוצרי החברות המבקשות להתמזג ושבהם אנו דנים כאן. מנקודת המבט של המשתמשים יש לתוכנות שמציעות החברות המבקשות להתמזג קיום נפרד ושימוש נפרד מאלה של מוצרים אחרים שיעודם כללי יותר או שונה. לולא כן, לא היו מחזיקים המשתמשים גם בתוכנות שמציעות החברות. מציאות השוק הגיונית היא ומתבהרת עוד יותר מהצגת הנסיבות הבאות:

(א) תוכנות אחרות אינן ערוכות לקליטת כל הנתונים הנחוצים או שהזנתם מורכבת יותר. אחד היתרונות של התוכנות להפקת דו"חות מתואמים הוא אפיון לקליטה "ידידותית" של נתוני הנישום ועדכון נתונים אקסוגניים על-ידי בתי התוכנה. בנוסף, ברי כי ממשק המשתמש של תוכנה לא ייעודית נוח פחות, קשה יותר ללימוד, ודורש משאבים רבים יותר.

(ב) עבודה עם תוכנה אחת או יותר שאינן מבצעות במישרין את החישובים הנדרשים מחייבת קישורי נתונים רבים, הכרוכים בעלויות יצירתם ותחזוקתם. יתרה מכך, כפי שעמדתי לעיל, אחת הסיבות העיקריות בהעלאת ההסתברות לטעות היא הגדלת מספר קישורי הנתונים.

<sup>36</sup> החברות לא טענו כי קיימת תוכנה באמצעותה ניתן להפיק דו"ח מתואם. טיעון היה מצומצם יותר: חלק מהחישובים הנדרשים להפקת דו"ח ניתן לביצוע באמצעות תוכנות שונות. גם בדיקותינו העלו כי אין תוכנות שיכולות לבצע את כל החישובים הנדרשים.

(ג) דו"ח מתואם יכול להיות מוגש באמצעות פלט מחשב רק באמצעות תוכנה מאושרת. מילוי טפסים ידני דורש משאבי כוח אדם לא מעטים, כמו גם שנושא עמו חשש לטעויות קולמוס.

אכן, שימוש בתוכנה שאינה ייעודית יש בו יסוד של עלות גדולה יותר ונוחות מועטה יותר למשתמש. ממילא אין מדובר במוצרים תחליפיים. העובדה שניתן לכבס בסבון כלים, או לשנות מים מינרליים במקום קולה שחורה, אינה מאחדת בין שוקי המוצרים השונים. תחלוף אינו עניין רק של אפשרות צינית, אלא של מציאות שוק, הפרשי עלות, שוני בשימוש, הפרשי נוחות וכיוצא באלה.<sup>37</sup>

#### 4.4. השחקנים בענף התוכנות להפקת דו"חות מתואמים

ענף התוכנות להפקת דו"חות מתואמים הוא שוק פשוט יחסית, מבחינת מאפייני תפקודו, היקפו הקטן יחסית (הן במחזור והן במספר השחקנים הפועלים בו), דפוסי ההתנהגות בו והיחסים בין השחקנים. בענף זה הבחנה ברורה בין צד ההיצע לצד הביקוש. בצד ההיצע פועלים בתי התוכנה, שהם יצרני התוכנות, משוקיהן, ספקיהן, וספקי שירותי התמיכה להן.<sup>38</sup> לצורכי הניתוח כאן, תכונה קבוצה זו "היצרנים". לפי הנתונים שנמסרו לנו מידי החברות נמצאים בצד הביקוש כ-30,600 צרכנים בפועל ובכוח (להלן: "הצרכנים"). אלה נחלקים לשתי קבוצות נבדלות: ספקי שירותים ונישומים.<sup>39</sup> "ספק שירותים" הוא מי שהפקת דו"חות מתואמים מהווה חלק אינהרנטי ממהלך העסקים הרגיל שלו. לעומתו, "נישום" הוא מי שהפקת הדו"חות אינה בהכרח מבוצעת על-ידו.<sup>40</sup>

לספק השירותים יתרון יחסי, בהשוואה לנישום, בהפקת דו"חות מתואמים, שכן בכך התמקצע וזו התמחותו. לפיכך, שכירת ספק שירותים יכולה להוזיל לנישום את העלויות הכרוכות בהגשת דו"ח מתואם, כנדרש בחוק. זאת ועוד, במקרים שונים נישום אף מחויב לשכור ספק שירותים לשם הגשת דו"חותיו.<sup>41</sup> יתרונות וחובות אלה מסבירים את קיומו של ביקוש לספקי שירותים.

<sup>37</sup> ראה בעניין זה: הכרזת הממונה בדבר קיום מונופולין - החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ Re the concentration ;F.T.C. v. Coca Cola Co., 641 F. Supp. 1128 (1995) ; (24.3.97) U.S. v. E.I. dupont de ;between Nestle and Source Perrier SA IV/M [1993] 4 CMLR M17 .Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956).

<sup>38</sup> חריגה לאפיון זה היא חברת מ.ת.י. - מערכות תומכות ידע בע"מ, שמשווקת תוכנה שאינה מתוצרתה.

<sup>39</sup> התוכנות להפקת דו"חות מתואמים משמשות מספר בעלי מומחיות ומקצוע: רואי-חשבון, יועצי מס, מנהלי חשבונות וחשבים. ההבחנה בין אלה אינה העיקר כאן, אלא התפלגותם בין ספקי השירותים והנישומים. חלק מבעלי מומחיות ומקצוע אלה משמשים כספקי שירותים וחלקם כשכירים של נישומים.

<sup>40</sup> סעיף 131(ג) לפקודת מס הכנסה קובע כי דו"ח של חבר-בני-אדם, למעט דו"ח של שותפות יהיה מאושר בידי רואה חשבון ומותאם בידי לצרכי המס. סעיף 131(ו) לפקודה קובע, כי חבר בני אדם שלא הגיש דו"ח כאמור, יראוהו כמי שלא הגיש דו"ח.

<sup>41</sup> ראה סעיפים 215-222 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, וסעיף 131 לפקודת מס הכנסה.

ספקי השירותים מתחרים מצדם על מתן שירותים לנישומים, ובכלל זה הפקת דו"חות מתואמים.<sup>42</sup> כמו בכל תחרות, גם בתחרות זו, יש כדי לתמרץ את המתחרים (כאן, ספקי השירותים) לשפר איכותם ולהוריד מחיריהם.

חובת הנישום להגיש דו"חות באמצעות ספקי השירותים יוצרת ביקוש לשירותיהם שיש בו מימד של קשיחות. יתרונות התוכנות הייעודיות בהפקת דו"חות אלה מביאים לכלל ביקוש לתוכנות שאף בו מימד ניכר של קשיחות: הפקת הדו"חות מהווה חלק בלתי נפרד ממהלך העסקים הרגיל של ספקי השירותים. השימוש בתוכנה ייעודית מאפשר לספק שירותים לייעל פעילותו, וכך לצמצם עלויותיו לשפר איכות שירותיו ולזכות ביתרון על מתחריו. לראיה, לפי נתוני החברות עצמן כ-80% מספקי השירותים רכשו זה מכבר תוכנות להפקת דו"חות מתואמים, ושיעור זה אף מגיע כדי 90% בקרב משרדי רואי-החשבון.<sup>43</sup> דפוסי הביקוש של הנישומים לתוכנות שונים. למעט מספר קטן של נישומים לגביהם יש תחלוף בין רכישת שירות מספקי השירותים, לבין רכישת תוכנה והפקת הדו"ח בעצמם, רוב הנישומים אינם שוק רלוונטי לתוכנה. מכאן, ברור כי נישומים אינם באים, בדרך כלל, בצד הביקוש בשוק הרלוונטי. ואכן, בפועל, בעוד שהרוב המכריע של ספקי השירותים רכשו זה מכבר תוכנות להפקת דו"חות מתואמים, רק מיעוט קטן של נישומים רכשו תוכנות.

המסקנה המתבקשת היא כי **ספקי השירותים מהווים קבוצת צרכנים בעלת מאפייני ביקוש ייחודיים, המגדירים אותם בשוק נפרד**, למרות שספקי השירותים אינם היחידים הרוכשים תוכנות להפקת דו"חות מתואמים.<sup>44</sup>

## 5. מעמדן של טמל ולירם בשוק הרלוונטי

### 5.1. נתחי השוק של טמל ולירם בשוק הרלוונטי

השוק הרלוונטי מאופיין במיעוט שחקנים, הן מצד הביקוש, והן - במיוחד - מצד ההיצע. בישראל פחות מ-4,000 ספקי שירותים: כ-1,860 משרדי רואי-חשבון וכ-2,000 יועצי מס פעילים. באשר לצד ההיצע, הרי יש בו כאמור ארבעה או חמישה שחקנים בלבד. הערכות החברות המתמזגות באשר למספר השחקנים בצד הביקוש היו נדיבות יותר מהנתונים שבידינו, ברם, גם לפי הערכות

<sup>42</sup> דרך אחרת לתאר את הדברים האמורים היא באמצעות הצגת שרשרת הייצור של דו"חות מתואמים. שרשרת ייצור זו קיימת, נוכח חובת נישומים להגיש דו"חות מתואמים. אחת החוליות ההכרחיות בשרשרת זו היא אישור רואה חשבון (ראה הערה 40 לעיל), ומכאן כי מתקיימים יחסים אנכיים בין ספקי השירותים לנישומים.

<sup>43</sup> ראה הערות 46-47 להלן וטקסט להן.

<sup>44</sup> להגדרת שווקים לפי הצרכנים בהם, ראה למשל: מונ' 343 הממונה על הגבלים עסקיים נ' אלקטרה (ישראל) בע"מ (9.7.82, לא פורסם); עה"ע (י-ם) 1/89 תעשיות אלקטרו-כימיות (פרוטארום) בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פ"מ תשנ"ב (ג) 190; החלטת הממונה בעניין מיזוג בין ידיעות תקשורת בע"מ ונכסי ברי תקשורת (1984) בע"מ (24.6.1994, לא פורסם). וכן: Eastman Kodak Co. v. Image Technical Service, 504 U.S. 451 (1992).

אלה מצטיירת שליטתן בשוק הרלוונטי.<sup>45</sup> שליטה זו מתבטאת, כפי שמציגה הטבלה להלן, בהחזקת נתח שוק של כ-94% בשוק הנדון על ידי טמל ולירם אילו מתמזגות.

| יועצי מס |                     | רואי חשבון |                     | צרכנים     |
|----------|---------------------|------------|---------------------|------------|
| נתח שוק  | כמות                | נתח שוק    | כמות                |            |
| 94.5%    | 1,200 <sup>46</sup> | 93.5%      | 2,250 <sup>47</sup> | היצרן      |
| 5.5%     | 69                  | 6.5%       | 156                 | טמל ולירם  |
| 100%     | 1,269               | 100%       | 2,406               | המתחרות    |
|          |                     |            |                     | סך התוכנות |

רואות העיניים, כי שתי החברות המבקשות להתמזג מחזיקות יחדיו כמעט את כל השוק הרלוונטי. מצב זה כשלעצמו מעורר חשש ממשי לפגיעה משמעותית בתחרות, ובהעדר נסיבות מיוחדות אשר היו שוללות כוח שוק מהמחזיק בנתח שוק כה דומיננטי, די בו כדי למנוע את אישור המיזוג לפי מבחני סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים. ואולם, תמונת החששות אף מקדירה כאשר רואים עד כמה יהיה, לאחר המיזוג המבוקש, לערער את מעמד החברות בשוק. לשון אחר, בנסיבות ענייננו, חסמי הכניסה לשוק, אם יתממש המיזוג המבוקש, יהיו תמירים עד מאוד, וממילא יהיה רב כוח השוק של החברות לאחר מיזוג כמבוקש. כך, מכל מקום, סביר להניח על-פי הנתונים שבידינו וניתוח השוק, כמפורט להלן.

## 5.2. מעמדן המבוזר של החברות בענף הרלוונטי

### 5.2.1. כללי

עד כה הוצג מבנה ענף התוכנות להפקת דו"חות מתואמים, אותו חולקות טמל ולירם כמעט לבדן. המיזוג המבוקש ייצור לא רק נתח שוק ניכר, אלא יקנה גם לחברות כוח שוק רב. תמונת הענף שנפרסה לעיל גילתה כי בשלב זה שוק התוכנות להפקת דו"חות מתואמים מאופיין **במיצוי יחסי**

<sup>45</sup> החברות לא הבחינו בין צרכנים בפועל לצרכנים בכוח בהערכת נתחי השוק שלהן. זו טעות, שכן המבחן הרלוונטי בחוק ההגבלים העסקיים מתייחס אך ורק לפעילות עסקית בפועל. כך, למשל, הגדרת מונופולין, הקבועה בסעיף 26 לחוק: "ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידיו של אדם אחד." למעשה, מהנתונים שבידינו עולה כי טמל היא בעלת מונופולין בשוק הרלוונטי.

<sup>46</sup> מנתונים שהועברו לידינו על-ידי החברות עולה: מספר יועצי המס הפעילים בישראל - 2,000; מספר התוכנות שטמל ולירם מכרו ליועצי מס - 1,200 (60% מ-2,000); מספר התוכנות שמכרה לירם ליועצי מס - 326; מספר התוכנות שמכרה טמל ליועצי מס - 874 (=1,200-326).

<sup>47</sup> מנתונים שהועברו לידינו על-ידי החברות עולה: מספר משרדי רואי החשבון בישראל - 2,500; מספר התוכנות שטמל ולירם מכרו לרואי חשבון - 2,250 (90% מ-2,500); מספר התוכנות שמכרה לירם לרואי חשבון - 756; מספר התוכנות שמכרה טמל לרואי חשבון - 1,494 (=2,250-756).

חברת טמל לא העבירה לידינו נתונים מדויקים אודות כלל מכירותיה, ובפרט מכירותיה למשרדי רואי-חשבון, חרף בקשותינו. די בכך היה בכדי לסרב ליתן אישור מיזוג. אך לא נזקקנו לתגובה קשה כזו כאן.

של השוק הפוטנציאלי. מהנתונים שהועברו על-ידי החברות עולה כי כ-80% מכלל ספקי השירותים בפועל רכשו זה מכבר תוכנה להפקת דו"חות מתואמים. מבנה שוק כאמור, שעוד יורחב בו בהמשך, מבצר את מעמדן של החברות ומעניק בידיהן כוח שוק משמעותי לעומת כוחות חדשים שיבקשו לפעול בשוק.

### 5.2.2. מאפייני השוק הרלוונטי

שתי תכונות חשובות מאפיינות שוקי תוכנות בכלל, ואת השוק הנדון בפרט: האחת, ניידות נמוכה של צרכנים בין תוכנות תחליפיות; והשניה, חסרון לכמות בצריכה. תכונה נוספת שאינה מאפיינת את כלל שוקי התוכנות אך בולטת בהקשרו של השוק הרלוונטי היא היותו שוק מקומי. שלושת תכונות אלה מבהירות את המעמד המבוצר שיהיה לטמל ולירם בשוק הרלוונטי, אם יאושר מיזוגן:

**ניידות נמוכה של צרכנים בין תוכנות תחליפיות.** ככלל, צרכנים אינם נוטים לעבור מתוכנה אחת לתחליפית לה, בשל האפשרות לשימוש חוזר ונשנה בתוכנה, מחד, ועלויות המעבר הגבוהות הכרוכות בהחלפת תוכנות. אבהיר דבריי.

אפשרות שימוש חוזר ונשנה: תוכנה היא **מוצר שאינו מתכלה** (durable good). על כן, שוק התוכנות אינו מאופיין ברכישות חוזרות (repeated purchases). שונה הדבר במוצרים מתכלים, כמו מוצרי מזון; משנצרכו אלה, יש לרכשם מחדש.<sup>48</sup> בהקשרה של התחרות, ניתן לומר באופן כללי כי התחרות בשוקי מוצרים שאינם מתכלים מרוסנת יותר מזו שבשוקי מוצרים מתכלים. הסיבה לכך היא שהתחרות בשוקי מוצרים שאינם מתכלים מרוסנת בפלח הצרכנים שרכשו מוצר.<sup>49</sup> כאמור, בשוק הנדון כ-80% מהצרכנים רכשו זה מכבר תוכנות, ועל כן לפחות בפלח זה, התחרות מרוסנת.

עלויות מעבר (switching costs) גבוהות: לעתים המעבר מצריכת מוצר A לצריכת מוצר תחליפי B כרוך בעלויות שונות (התאמה, הסתגלות וכיוצא באלה). בהקשרם של מוצרים שאינם מתכלים, עלויות המעבר גבוהות במיוחד. רכישת המוצר הראשון מהווה הוצאה שקועה (sunk cost), והמעבר לצריכת מוצר תחליפי לו כרוך בהוצאה שקועה נוספת. שונה הדבר במוצרים מתכלים, כגון משקאות, בהם עלויות הרכישה מהוות חלק מעלויות השימוש.

<sup>48</sup> מבחינה כלכלית נכון יותר להבחין בין מוצרים שצרכתם אינה מכלה אותם למוצרים שצרכתם מכלה אותם. אורך החיים של "מוצר שאינו מתכלה" מוגבל אף הוא אך מגורמים שונים, שמשקל הצריכה בהם נמוך. גורמים אלה יכולים להיות שינויים טכנולוגיים, שינויי אופנה וסביבה, שחיקה ובלאי משימוש חוזר ונשנה או משימוש נמשך וכיוצא באלה. כך, למשל, בנסיבות רגילות, "צריכה" של רהיט לא תכלה אותו, אלא שינויי אופנה, נזקים חיצוניים וכיוצא באלה.

<sup>49</sup> ראה: R. ;J. Tirole, *The Theory of Industrial Organization* (MIT Press, 1988), at pp. 79-87; S. Coase, "Durability and Monopoly," 15 *Journal of Law and Economics* (1972) 143; וכן: S. Liebowitz, "Durability, Market Structure and New-Used Goods Models," 72 *American Economic Review* (1982) 816.

בשוק התוכנות להפקת דו"חות מתואמים עלויות המעבר ניכרות, ובכלל זה עלויות רכישת תוכנה, עלויות הסבת נתונים, עלויות הכשרת כוח אדם ורכישת מיומנות ועוד.<sup>50</sup> נקודה זו חשובה במיוחד בהקשר ענייננו. עלות המעבר מתוכנה לתוכנה, בעיקר עד כמה שמדובר בהכשרת כוח-אדם ובהסבת נתונים, גבוהה יחסית. סביבת העבודה בה פועלות התוכנות כיום - DOS - אף מקשה מעבר זה, שכן בסביבה זו ממשקי המשתמש מגוונים יחסית. השימוש אינטואיטיבי פחות והסבת הנתונים קשה יותר מאשר בסביבת Windows. כל אלה פועלים לשימור מעמדם של השחקנים הקיימים בשוק מפני תחרות מצד מתחרים בפועל ובכוח.<sup>51</sup>

**חסרון לכמות בצריכה.** תכונת החסרון לכמות מאפיינת מצב בו קיימת תועלת שולית שלילית (negative marginal utility) בצריכת מספר מוצרים תחליפיים (או בצריכת אותו מוצר). תועלת שולית שלילית בצריכה מאפיינת מצב בו תועלתו של הצרכן יורדת עם רכישת כל מוצר נוסף.<sup>52</sup> רכישת מספר מוצרים תחליפיים והחזקתם כרוכות בעלויות קבועות (בעיקר רכישת המוצרים) ובעלויות משתנות (בעיקר עלויות שירות, תחזוקה ועדכון). במקרה הנדון מדובר בעיקר בעלויות המשתנות. העלויות המשתנות העיקריות, הכרוכות בהחזקת תוכנות אלה הן עלויות עדכון התוכנות והחזקתן, עלויות הזנה שוטפת של נתונים כספיים למספר מערכות, עלויות הכשרת כוח אדם ועלויות טעות.<sup>53</sup>

**שוק מקומי.** ייחודה של תוכנה להפקת דו"חות מתואמים היא התאמתה לכללי תיאום המס בישראל. כללים אלה הונהגו כחלק מהתכנית הכלכלית לבלימת האינפלציה בשנת 1985, ואין להם אח ורע בעולם. לפיכך, גם אם ייפתר מחסום השפה העברית, סבירות הכניסה של מתחרים מחו"ל לענף הנדון נמוכה. לא ארחיב בנקודה זו, אף שחשיבותה הכלכלית, כחסם כניסה לשוק, מרחיקת לכת.

<sup>50</sup> מנכ"ל לירם במכתבו מיום 5.4.98 לכלכנית רשות ההגבלים העסקיים עמד על עלויות המעבר בהרחבה, כצידוק למיזוג המבוקש. להערכתו רק עלויות הסבת הנתונים מתוכנה אחת לתוכנה מתחרה יכולות להגיע ל-\$1,500. לפי שיטה זו, אם תהיה חברה אחת בשוק לא תהייה לכאורה עלויות מעבר.

<sup>51</sup> עלויות המעבר הן הגורם המרכזי לכך ששוק שירותי התמיכה בתוכנות מהווה שוק שבוי. ראה: G. Gilbert, "Mobility Barriers and the Value of Incumbency," **Handbook of Industrial Organization**, (ed. By Schmalensee & R. Willing, 1989) 475; J. Farrell and C. Shapiro, **Organization**, 19 **Rand Journal of Economics** (1988) 123. "Dynamic Competition with Switching Costs,"

<sup>52</sup> כך, למשל, אם  $x$  מסמן כמות מוצרים ו- $u(x)$  מסמן את התועלת מצריכת  $x$  מוצרים; אזי יתקיים  $u(x) > u(x+1)$  וכן הלאה. הנסיבות המתוארות מאפיינות מצב בו הצרכן צורך מספר מוצרים תחליפיים, ולא בהכרח מצב בו ברשות הצרכן מספר מוצרים כאלה.

<sup>53</sup> ניתן להציג חלק מעלויות הטעות דרך עלויות רכישת המיומנות. בהנתן הוצאה קבועה לרכישת מיומנות, הגדלת המגוון מקטינה את המיומנות בהפעלת כל תוכנה, וכך גדלה הסתברות הטעות. הסברים נוספים לעלויות הטעות קשורים בקישורי נתונים וגורמים אחרים. ראה גם פסקה 4.3.2 לעיל.

על רקע הפגיעה בתחרות, כפועל יוצא של אישור המיזוג המבוקש, ויצירת גוף בעל כוח שוק ניכר בשוק שחסימי הכניסה לו תמירים, ברצוני להוסיף עוד מספר דברים באשר לחשיבות שימור התחרות הקיימת בענף זה, של תוכנות להפקת דו"חות מתואמים.

נקודת המוצא של הדיון כאן מתמקדת בעוגן המרכזי המבצר את מעמדן של טמל ולירס בשוק הנדון: ניידות נמוכה של צרכנים בין תוכנות תחליפיות. עוגן זה אינו מקובע במקומו לנצח ובנסיבות שונות הוא עשוי להיות מורס.<sup>54</sup> ככלל, צרכן יחליף את התוכנה בה הוא משתמש אם התועלת שתצמח לו מכך גבוהה מהעלות. כך, למשל, מקום בו תרד איכות השירות לתוכנה אחת או תעלה איכות השירות לאחרת, או יקום שוני בטיב התוכנות, עשויים צרכנים להגביר מעבר מבין תוכנה לתוכנה.

אפשרות זו, של ניידות צרכנים, שומרת על תחרות בין היצרנים ומתמרצת אותם לשפר את איכות השירות ולשקוד על פיתוח מוצריהם. אכן, בנסיבות של מיעוט שחקנים יכול להיווצר מצב של שיווי משקל לא תחרותי, בו השחקנים לא ישקדו על שיפור איכות השירות ועל פיתוח.<sup>55</sup> שיווי משקל כזה, על אף שיכול להמשך שנים ארוכות,<sup>56</sup> נוטה שלא להיות יציב. מידת יציבותו של שיווי משקל לא תחרותי כאמור מושפעת ממשתנים שונים, וביניהם הדינמיות המאפיינת את השוק בכללותו. ככל שהשוק הרלוונטי דינאמי יותר, התמורות שפוקדות אותו מאיימות יותר על האיזון בין השחקנים, ולכן גדלה האפשרות להגברת התחרות. בשוק הרלוונטי, בו חסמי הכניסה בפני שחקנים חדשים כה גבוהים, התחרות הממשית היא זו שבין טמל ולירס. מיזגת שתיים אלה - ונותרת בלא תחרות קיימת, ובלא תחרות בכוח באופק הנראה לעין.

ניתן היה לצפות, לכאורה, שהשוק הרלוונטי יהיה שוק דינאמי בהיותו שוק של תוכנות. השינויים הטכנולוגיים המהירים בחומרה ובתוכנה אינם מאפשרים, לכאורה, לשחקנים בשוקי התוכנות לקפוא על שמריהם, מחשש שידחקו מהשוק משתוחדר אליו תוכנה חדשה.<sup>57</sup> על אף האמור, מאפייני השוק הרלוונטי, ובפרט היקפו הקטן, מרתיעים שחקנים חדשים מכניסה לשוק. גם אם נניח כי טמל ולירס אינן מספקות שירות איכותי ואינן שוקדות על שיפור המוצר, הרי ששחקן בכוח חושש שיעשו כן משיזהו כוונותיו לחדור לשוק. חדירה לשוק, מעצם טיבה, אורכת זמן. אחד הגורמים אשר משפיעים על משך זמן החדירה הוא עלויות המעבר של הצרכנים; ככל שעלויות המעבר של הצרכנים גבוהות יותר, כך מתארכת תקופת החדירה.<sup>58</sup> אשר על כן, מאפייני

<sup>54</sup> ראה דיון בפסקה 6 להלן.

<sup>55</sup> ראה: 44 (1964) *Journal of Political Economy*, "A Theory of Oligopoly", G. Stigler.

<sup>56</sup> ראה, למשל: קביעת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין הסדר כובל בהסכמי בלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות הדלק.

<sup>57</sup> בספרות הכלכלית מוכרת תופעת גלישה (spillover effect) של חידושים טכנולוגיים משוק לשוק. באופן כללי, תופעה זו מתבטאת בהאצת חידושים טכנולוגיים בשווקים הקרובים לשווקים אליהם חדרו זה מכבר חידושים. הצפי לחדירת תוכנה להפקת דו"חות מתואמים בסביבת Windows95 ממחיש תופעה זו.

<sup>58</sup> מקרה בו חברות חדרו לשוק עם עלויות מעבר זניחות של הצרכנים הוא מקרה שוק השיחות הבינלאומיות. שפ במקרה זה חדרו שתי חברות חדשות לשוק במהירות מרשימה, הגם שבסיוע



השוק הנדון מעניקים לטמל ולירם מרווח זמן מספיק מעת התרעה ועד לקרב הבלימה על מעמדן בשוק.<sup>59</sup> כיוון שכך, הגברת התחרות צפויה לכאורה בעיקר מכיוונם של השחקנים הקיימים בשוק ולא מכיוונם של שחקנים חדשים, ולכאורה לדינמיות המאפיינת שוקי תוכנה השפעה נמוכה בשוק.

זאת ועוד: במצב הקיים ולעת שיפורים עתידיים צפויים, אין השחקנים הגדולים (טמל ולירם) שקולים בתרומתם בכוח לתחרות לשחקנים הקטנים (המתחרות). יכולת ההתמודדות של שחקנים גדולים לעומת זו של שחקנים קטנים היא תובנה פשוטה ולא נדרש להרחיב עליה. על פי רוב, היכולת של שחקן גדול לשפר איכות ולהוריד מחירים תהיה טובה מזו של שחקן קטן, ועל כן ב"חילופי מהלומות" ביניהם צפוי השחקן הגדול לנצח. לכן, ברי כי אין קיומן של המתחרות

## 6. השפעת המעבר הצפוי ל-Windows95 על התחרות בין החברות

### 6.1 כללי

כפי שעולה מהדברים לעיל, צפוי המיזוג המבוקש לפגוע בתחרות. הואיל ואין בסיס לטיעון החברות לפיו עסקינן במונופול טבעי, הרי המיזוג המבוקש, תהא מטרתו הסובייקטיבית אשר תהא, תוצאתו האובייקטיבית תהא מניעת תחרות בין טמל ולירם, הדרת רגלי התחרות מהשוק הרלוונטי, וחסימתו מפניה. המיזוג המבוקש בין טמל ולירם יוצר כוח שוק מרתיע כניסת מתחרים, וממילא מבטיח העדר תחרות בין השתיים. כך באופן כללי, אך במיוחד נוכח מעברן הצפוי של החברות לסביבת Windows95.

החברות ביקשו להצדיק את חבירתן באמצעות העלויות הגבוהות הדרושות בפיתוח תוכנה לסביבת Windows95. עלויות אלה מגיעות, כך טענו החברות, כדי \$900,000. ביסוס לסכום המופלג לא העבירו החברות, על אף שנתבקשו ואף שהבטיחו לספק. גורמים מקצועיים, ובכלל זה המתחרות הפועלות בענף, העריכו את ההשקעה הדרושה בסכומים צנועים בהרבה - בסך 25% ופחות מהערכת החברות המבקשות להתמזג. המעבר הצפוי של התוכנות בשוק, ובכלל זה החברות המבקשות להתמזג, לסביבת Windows95 לא זו בלבד שאינו טעם לאישור המיזוג, אלא שהוא טעם חשוב להתנגד לו. אבהיר דבריי.

### 6.2 החששות לפגיעה בציבור כתוצאה מהמיזוג המבוקש

התפתחות הטכנולוגיה ועדכון סביבות העבודה אצל המשתמשים, הופכים את מעבר החברות לסביבת Windows95 לבלתי נמנע. מעבר זה ישנה את מידת התחרות הקיימת בין החברות –

---

רגולטורי ניכר. ראה: קביעת הממונה על הגבלים עסקיים בדבר ניצול מעמד לרעה על-ידי בזק בינלאומי (9.11.97, טרם פורסם).

<sup>59</sup> ראה עוד בפסקה 6.2 להלן.

צפוי הוא להגבירה. תוצאה זו צפויה, ובעוד שהיא לתועלת המשתמשים והשוק, היא מקשה על החברות. במיזוג המבוקש יש כדי למונעה ואף להוסיף נזק ופגיעה לתחרות.

המעבר לסביבת Windows95 צפוי לערער את האיזון הקיים בשוק ולהגביר בו תחרות. במובן זה, מיזוג החברות יסכל את ערעור האיזון ויבטיח להן את השוק בעתיד. לזכות החברות ייאמר, כי לא ניסו להסתיר הדבר, ובין הטיעונים שטענו למיזוג נמנה הסיכון הכרוך במעבר מסביבת DOS.

עמדתי לעיל כי למעבר צרכן מתוכנה לתוכנה עלויות גבוהות: אמירה זו נכונה פחות בסביבת עבודה של Windows95, בה ממשק המשתמש ידידותי ביותר ועלויות הסבת הנתונים נמוכות יותר מאשר בסביבת DOS. כך צפויה התחרות בין שתי החברות לגבור לאור הפחתת עלויות המעבר ביניהן. החברות צופות פני מצב זה, בו הצרכנים יוכלו ביתר קלות לנוע מתוכנה אחת לאחרת. הן אינן מעונינות בו. אינטרס הציבור מחייב שלא לנהוג לפי רצון.

בכך, אין מתמצה השפעת המעבר ל-Windows95 על התחרות בשוק. ההבנה כי פני השוק לסביבת Windows95, תפתח במרוץ עדי הפיתוח המבוקש. כל בר דעת ידע כי הראשון שישלים את פיתוח המוצר יזכה בנקודות, שכן צרכנים רבים יעברו אליו, ומתחריו יאלצו לעמוד קשה להדביקו. תוצאות הדברים אינה מתבטאת רק בציר הזמן, אלא גם בציר האיכות: בהעדר ערובה בידי שחקן פלוני להיותו ראשון במרוץ, עליו לצפות כי יגיע אל קו הגמר עם שחקן נוסף, או אף באחד המקומות המאספים. כיוון שכך, יידרש להיאבק על השוק באמצעות איכות. יתרה מכך, גם אם היה שחקן הבטוח בניצחונו במרוץ, הרי שאם איכותו תהא נמוכה מאלה שיגיעו לקו הגמר אחריו, מתיקות הניצחון תהפוך חיש לטעם התבוסה.<sup>60</sup>

פיתוח משותף הוא "תרופת פלא" מוכרת כנגד ערעור האיזון הקיים; פיתוח כאמור מבטיח כי שתי החברות הגדולות בשוק הרלוונטי לא תתחרנה וגם תבצרנה את חסמי הכניסה לשוק. כך תוכלנה השתיים לשקוד פחות הן על ציר הזמן והן על ציר האיכות.<sup>61</sup> כך בכלל, וכך במיוחד נוכח המעבר הצפוי לסביבת Windows95.

המעבר לסביבת Windows95 חושף את החברות למספר קשיים: הקלת המעבר בין החברות, הגברת התחרות ביניהן והסיכון של כל חברה כי תצא שניה במרוץ ולכן תאבד נתח שוק ניכר. לסיכונים אלה מצטרף סיכון נוסף: התמורות בשוק תקלנה, לפחות בקצת, כניסת מתחרים.

<sup>60</sup> נוכח מאפייני הניידות בשוק הרלוונטי בסביבת Windows95, אין הכרח כי הראשון יצליח לכבוש מיד את כל השוק, ועל כן ניתן עולה הסבירות לתחרות של ממש באיכות. תולדות המאבק בין מעבדי התמלילים ל-Word Perfect ל-Word מהוות דוגמה נאה לסיכון הגלום עבור החברות במעבר לסביבת Windows95.

<sup>61</sup> "המצאה" שכזו אינה חדשה ואובחנה לא פעם בערכאות שונות. ראה, למשל, בג"צ 588/84 ק.ש.ר. סחר אזבסט נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד מו(1) 29:

"התארגנות חברות לקרטל או למונופול נותנת להם כוח כלכלי רב ושוללת את היתרון שצומח לו, לצרכן, מתחרות חופשית שכן הכח יכול להיות מנוצל לרעה לקביעת מחירים כרצונם של הנהנים מההסדר, להימנעות מנקיטת אמצעים להתייעלות וקידום, ולאי הקפדה על איכותו של המוצר." (הדגשה לא במקור)

האסטרטגיה הטובה ביותר עבור החברות, עבור המעבר לסביבת Windows95 בלתי נמנע, תהא ליצור גוף אחד שיחזיק ב-95% מהשוק, ויהפוך לסטנדרט המוחלט בו על כל המשמעויות הדבר בשירותי מחשוב כגון דא. בכך, יורם חסם הכניסה לשוק בפני צדדים שלישיים, בנוסף להכחדת התחרות בין החברות, דווקא בנסיבות בהן היתה צפויה זו לגבור. תוצאת המיזוג תהא פגיעה של ממש בתחרות בענף, שאין הצדקה עניינית לה ואין סמכות להרשותה.

אכן, שינויי נסיבות של ממש בסביבה בה התחרות מועטה מהווים תמריץ של ממש לשחקנים הקיימים לפעול במשותף, אם על דרך מיזוג ואם על דרך הסדר כובל. כך היה, למשל, בפרשת הבנקים אשר ביקשו להתמודד עם הקושי העסקי שנוצר עם המעבר הצפוי לשבוע עבודה בן חמישה ימים, על דרך הסדר כובל.<sup>62</sup> רב המשותף על ההסדר הכובל באותו עניין עם המיזוג המבוקש כאן, בשני המקרים מבקשים מתחרים אותה "תרופת הפלא" לעת שינוי נסיבות.<sup>63</sup> בשני המקרים קשה התוצאה לתחרות, בשני המקרים אסורה היא. הידיעה מה יעשה המתחרה עת תשתננה נסיבות, פוגעת בתחרות. טובת התחרות מחייבת כי התמודדות עם שינויים כגון דא תהיה באופן עצמאי ולא בתיאום או בצוותא חדא.

## 7. סוף דבר

מתחם הפעילות של המיזוג המבוקש הוא בשוק קטן, שתמורות משמעותיות צפויות בו. החברות המבקשות להתמזג מחזיקות יחדיו כמעט בכל השוק הנדון. משאבים רבים הושקעו בבחינת המיזוג המבוקש, מאפייניו הייחודיים של השוק הרלוונטי, מיקומן של החברות המבקשות בו, ולטענות שונות של החברות. חקירות ודרישות אלה הביאו למסקנה, כי המיזוג נושא עמו חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות.

בנסיבות אלה, אני נדרש להתנגד לביצוע המיזוג. לא ראיתי אף כי באמצעות קביעת תנאים סבירים ניתן יהיה למצוא מזור לחששות הגלומים במיזוג המבוקש. בהתאם לסעיף 22(א) לחוק ההגבלים העסקיים, רשאית כל אחת מהחברות המבקשות להתמזג להגיש ערר לבית הדין להגבלים עסקיים תוך 30 ימים מיום שקיבלה את החלטתי בעניין זה. לעניין זה, יראו את מועד קבלת החלטתי כמועד קבלת נימוקיי להחלטה.

ניתן היום, 9 באוגוסט 1998.

ד"ר דוד תדמור

הממונה על הגבלים עסקיים

<sup>62</sup> ראה: ה.ע. 1393 בנק אדנים למשכנתאות נ' המועצה הישראלית לצרכנות (טרם פורסם).

<sup>63</sup> ראה הערה 61 לעיל וטקסט לה.