



רשות ההגבלים העסקיים

החלטה בעניין רכישת מניות חברת נחושתן על ידי מר גרשון זלקינד

מר זלקינד, בעל השלטה בחברה המייצרת מעליות, רכש באופי אישי מניות בחברה מתחרה המייצרת מעליות. אין חולק, כי אילו ביצע מר זלקינד את העסקה באמצעות אחת החברות שבשליטתו, כי אז היתה עסקת הרכישה בבחינת "מיזוג חברות" כהגדרת המונח בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988, ולכן היה ביצועה טעון אישור מראש לש הממונה על הגבלים עסקיים. מתעוררת השאלה אם בנסיבות המקרה, רק משום שהעסקה בוצעה על ידי מר זלקינד באופן אישי, ולא באמצעות אחת החברות הנשלטות על ידו, שוב אין העסקה באה בגדר הוראות חוק ההגבלים העסקיים בדבר הפיקוח על מיזוגים. תשובתי, היא כי גם העסקה כפי שנעשתה בפועל בגדר "מיזוג חברות" תכלול. אסביר תמצית טעמי, אך קודם לכן אציג את עיקרי העובדות כפי שהן מצטיירות בפני כעת:

* התשתית העובדתית

1. ענף המעליות - בענף ייצור המעליות בישראל פועלות כתריסר חברות. שלושת החברות המובילות בענף והעוסקות בייצור, התקנה ושרות למעליות הן, על פי הערכת משקלן היחסי ובסדר יורד.

- א. נחושתן תעשיית מעליות בע"מ;
- ב. ישראלפט תעשיות (1972) בע"מ (להלן - "ישראלפט");
- ג. אלקטרה (ישראל) בע"מ (להלן - "אלקטרה").

נחושתן תעשיית מעליות בע"מ מייצגת בישראל את יצרני המעליות השוויצרי SCHINDLER, שהוא השני בגודלו בשוק העולמי. ישראלפט מייצגת בישראל את יצרן המעליות הגרמני THYSSEN, אף הוא מהמובילים בתחום. אלקטרה מייצגת בארץ את יצרן המעליות האמריקאי OTIS, שהוא היצרן הראשון בגודלו בשוק העולמי. בענף המעליות פועלות חברות נוספות, קטנות יותר, ביניהן, חרות, מגן, טל מעליות, כפיר מעליות ו-א. צום.

2. מיזוג החברות אלקט ואלקטרה - ביום 5.6.91 רכשה חברת אלקו בע"מ (להלן - "אלקו") מחברת כלל תעשיות בע"מ כ- 58% ממניות אלקטרה. אלקו, שמניותיה נסחרות בבורסה לניירות ערך, היא קבוצת חברות, הנשלטת על ידי מר גרשון זלקינד.

אלקטרה וחברות בנות שלה עוסקות בעיקר בייצור ++ של מוצרי צריכה חשמליים ובייצור ובהתקנה של מערכות אלקטר מכניות מרכזיות במבנים. התחום האחרון כולל תכנון, הקמה ++ של מערכות מיזוג אויר מרכזי, מערכות תברואה וצנרת תעשייתית, אינסטלציה חשמל, ציוד קירור ומיזוג לרכב, והחשוב לעניינינו, מעליות ++ + אלקו וחברות בנות שלה, עוסקות בעיקר בייצור מוצרי תשתית ומוצרים אחרים בענף החשמל, וביניהם: שנאים, לוחות חשמל במתח גבוה, מיישרי מתח, לוחות חשמל במתח נמוך, מוני חשמל, מזגנים ביתיים, ועוד. התחומים העסקיים החופפים בין אלקטרה לבין אלקו היו בייצור מזגני אויר ביתיים ושיווקם, ובייצור מערכות מיזוג אויר מרכזיות.

כנדרש על פי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן - "חוק ההגבלים"), פנו החברות המתמזגות לקבל את הסכמת הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן - "הממונה"), וזו אכן ניתנה ביום 24.6.91. מעיון בתיק המיזוג נמצאתי למד כי הממונה דאז, מר זאב גלמור, קודם להחלטתו, שקל את אפשרות הפגיעה בתחרות בין היתר, כתוצאה מהעיסוקים החופפים וכתוצאה מריכוז יכולתן של החברות המתמזגות להציע מערך משולב של התקנת מעליות, התקנת מערכות מיזוג אויר, התקנת אינסטלציה חשמלית וביצוע התקנות אלקטרו מכאניות. מנימוקי הממונה עולה כי

מאחר שמרבית תחומי הפעילות העסקית של שתי החברות אינם חופפים, ומאחר שהיתרונות העסקיים המתאפשרים משילוב הפעילות העסקית אינם בעלי השלכות ישירות על התחרות, לא נמצאה עילה להתנגד למיזוג.

3. עסקת נחשתן - בסיומה של שרשרת עסקאות בניירות הערך של חברת נחשתן חברת להשקעות בע"מ (להלן: "נחשתן"), חברת האם של נחשתן תעשיית מעליות בע"מ ושל נחשתן מתכות והנדסה בע"מ, הפך מר זלקינד ושני סגניו, ה"ה א. קויטאק ו-י. קלושינר לבעלי כ- 29% מזכויות ההצבעה ובכ- 18% מזכויות ההון במניות נחשתן (להלן - "עסקת נחשתן"). ניירות הערך של נחשתן נסחרים בבורסה לניירות ערך.

השתלשלות הדברים החלה בחודש מארס השנה, כאשר מר עמיהוד רבין הפעיל אופציה של 60 יום, במהלכם נדרשה גבי גליה אלבין להחליט האם היא מוכרת למר רבין את חלקה שעמד על למעלה מרבע ממניית נחשתן, או קונה את חלקו, שעמד על כ- 25% ממניות נחשתן. במחצית חודש מאי, מימשה גבי אלבין את האופציה ורכשה את אחזקות מר רבין בנחשתן, ומיד לאחר מכן מכרה את מלוא אחזקותיה בחברה למר לוי קושניר. בסוף מאי דווח בכלי התקשורת כי האחרון מכר כמחצית מאחזקותיו למר זלקינד, וכי נחתם בין השניים הסכם הצבעה באסיפות הכלליות, הקובע בין היתר, את דרך בחירת הדירקטורים לחברה. כיום, מר זלקינד מכהן הן כיו"ר מועצת המנהלים של אלקטרה והן כ- במועצת המנהלים של נחשתן.

4. תגובת הממונה - הואיל והעסקה לא הובאה לידיעתי על ידי הצדדים לה, פניתי ביום 19.5.92 במכתב אל מר זלקינד וביקשתי שימסור לי פרטים נוספים בעניין העסקאות שבוצעו במניות נחשתן, וזאת כדי לבחון אם התקיים "מיזוג חברות" הטעון אישורי מראש, ולבדוק את עמדותי בעניין השלכות העסקה על ההתחרות בענף המעליות בחינת החשש ליצירת הסדר כובל.

בהמשך למכתבי יזמתי ביום 1.6.92 פגישה ביני לבין ה"ה זלקינד, קוויאטקף ועורכי דינם, מר יהודה לוי ופרופסור לינל קסטנבאום. בפגישה זו נדון פרטי העסקה, והוצגה בפני הטענה כי העסקה אינה מהווה "מיזוג חברות" הואיל וזלקינד ביצע אותה + האישי ולא באמצעות אלקו. עוד למדתי, כ במהלך המו"מ קודם לחתימת הסכם הרכישה, נשקלה האפשרות לפנות לממונה על מנת לשמוע את עמדתו אך לבסוף הוחלט שלא לעשות כן, מחשש שעמדת הממונה תהיה שהעסקה גם במתכונתה האישית תחשב כ"מיזוג חברות" עוד שטחתי בפני מר זלקינד את הסברה, בהעדר הסבר אחר כלשהו, כי מלכתחילה בוצעה העסקה במתכונת אישית, ולא באמצעות אלקו, משום החשש הסביר שהממונה לא יאשר עריכת העסקה, או יתנה עריכתה בתנאים.

בסיכומה של ישיבה זו החלטתי לאפשר למר זלקינד להגיש עמדתו בכתב בנוגע לשאלת מעמד העסקה לעניין תחולת הוראות חוק ההגבלים בתחום הפיקוח על מיזוגי חברות. עוד התחייב מר זלקינד, על פי בשתי, במכתבו מיום 11.6.92, כי בתקופת הביניים שבה יקוים הברור, יישמר הסטטוס קוו בנחשתן, במובן זה:

- א. שלא ייעשו שינויים שאינם במהלך העסקים הרגיל בנחשתן, ובפרט שלא יוחלפו אנשי המפתח בחברה.
- ב. שלא ייערך שום תיאום, הבנה, הסדר, שיתוף פעולה או כיוצא באלה - במישרין ובעקיפין - בין נחשתן לאלקטרה.

נוכח התחייבות זו החלטתי, בנתיים שלא לשקול פנייה לאלתר לבית הדין להגבלים עסקיים בבקשה לסעד ביניים שיימנע שינוי המצב הקיים ופגיעה בתנאי ההתחרות בענף המעליות.

עוד נדונה בפגישה זו הצעתי, כי במדיה שאגיע למסקנה כי עסקת נחשתן היא בבחינת "מיזוג חברות", יגישו הצדדים למיזוג הודעת מיזוג כדין, מבלי שהדבר ייצור מניעות בנוגע לשאלת סמכות הממונה. בדרך זו, במידה שתינתן הסכמה למיזוג, כי אז יוכלו הצדדים למיזוג לתקוף את החלטתי הן בשאלת הסמכות והן בשאלת הביקורת על הפעלת שיקול הדעת.

ב- 22.6.92 הוגשה חוות דעתו המלומדת של עורך הדין יוסי לוי, ב"כ של מר זלקינד, בה הוא טוען ומסביר כי עסקת נחשתן איננה באה בגדר התיבה "מיזוג חברות" כהגדרת המונח בחוק ההגבלים. כאמור, איני מסכים לגישה זו.

2. התשתית המשפטית

5. הגדרת "מיזוג חברות" - חוק ההגבלים מקים, בין היתר, מסגרת פיקוח על מיזוג חברות. הוראות פרק ג' לחוק קובעות כי לא יתמזגו חברות שהתקיים בהן אחת מהתכונות המביאות את העסקה ב- ד' אמות הוראות תחולת החוק, אלא אם ניתנה תחילה הודעת מיזוג ונתקבלה הסכמת הממונה למיזוג. עריכת מיזוג ללא אישור מהווה עבירה פלילית, עוולה אזרחית, ועקרונית היא מקנה סמכות לבית הדין להגבלים עסקיים לצוות על הפרדתן של החברות שמוזגו.

סעיף ההגדרות בחוק, סעיף 1, מגדיר "מיזוג חברות" בזו הלשון:

לרבות רכישת עיקר נכסי חברה בידי חברה אחרת או רכישת מניות בחברה בידי חברת אחרות המקנות לחברה הרוכשת יותר מרבע מהערך הנקוב של הון המניות המוצא, או מכוח ההצבעה או מהכוח למנות יותר מרבע מהדירקטורים או השתתפות ביותר מרבע ברווחי החברה; הרכישה יכול שתהא במישרין או בעקיפין או באמצעות זכויות המוקנות בחוזה.

(ההדגשה אינה במקור)

השאלה הניצבת בפני אינה אלא בדבר מתחם התפיסות של ההגדרה הסטטוטורית, וביתר דיוק, האם המילים שהדגשתי בהגדרה המצוטטת לעיל, יוצרות מסגרת הכוללת בחובה גם את נסיבות עסקת נחושתן.

6. פירוש חוק ההגבלים - נקודת המוצא בפירוש הגדרת החוק היא, כמובן, לשון הסעיף, אך מטרת הפרשנות היא לצקת להגדרה זו את אותו תוכן המגשים בצורה מרבית את תכליתו ומטרתו של חוק ההגבלים העסקיים. הגדרת החוק מבקשת לפרוש זרועותיה, בפותחה במילה "לרבות" ובסיימה על דרך החלת מבחן המיזוג גם על רכישות שבוצעו "בעקיפין", אל עבר מתחם של עסקאות וצירופים. הגדרה זו, רחבה היא, והיא מעלה אפשרויות שונות. אין הן בלתי מוגבלות, אך הן מרובות. המחוקק לא פירט בדרך קזואיסטית את כל מגוון העסקאות והצירופים שיהוו למעשה "מיזוג חברות", ומסתמא שהותי מלאכה זו בידי הרשות השופטת שתפרש את החוק ותציב בתחומיו. עמד על כך בית המשפט העליון בפרשו את חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959, שהוחלף על ידי חוק ההגבלים, באומר:

נמצא, כי בראש ובראשונה על הפרשן לגבש את תכלית החקיקה ומטרתה. לשם כך רשאי הוא לפנות לכל מקור אמין המסייע בהגשמתה של משימה זו. משעשה כן, הוא בוחר משלל האפשרויות הלשוניות האפשריות את זו המגשימה את מטרת החקיקה ותכליתה... מטרת החוק, כפי שהיא עולה מלשונו, ממבנהו ומההיסטוריה החליקתית, היא לאסור הסדרים כובלים הפוגעים בטובת הכלל... מגמת החוק היא לפנות את הדרך לפעילות כלכלית חופשית, על ידי סילוק מכשולים המונעים פעילות כזאת... גישתו של המחוקק היא, שתחרות חופשית פועלת לטובת המדינה, ושי בה כדי להעמיק את החופש המשפטי והכלכלי של הפרט.

דברי השופט ברק בבג"צ 47/83 תור אויר (ישראל) בע"מ נ. יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים ואח', פ"ד לט (1) 169,178. וראה גם ה"ה 1647 עמ' 3940; דוד בכור, הרהורים בחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959, ספר זיסמן (דלי חו) 133 (1984).

אכן, חוק ההגבלים ניחן בהגדרה רחבה:

א. היא פותחה במילה "לרבות" דבר המלמד כי האמצעים המתוארים לאחר מכן אינם משקפים את מלוא האפשרויות הקיימות, אל נועדו לשם הדגמה בלבד ולפירוש תכליתי שנעשה בלשון הסעיף, ראה תיקי מזג 55 בעניין מעריב הוצאת מדועין בע"מ והכשרת היישוב בישראל בע"מ ו- מזג 65 בעניין מפעלי נייר אמריקאיים בע"מ וכרמל מערכות מכלים בע"מ).
ב. נאמר בה כי הרכישה יכול שתהא במישרין או בעקיפין. ביטוי זה הוא מאותם ביטויים רב משמעיים, בעלי רקמה פתוחה, המעלים מגוון אפשרויות פרשניות; ר' א. ברק, שיקול דעת שופט 77-78 (פפירוס, 1987). ביטוי זה בא למנוע בדלת הראשית, ניתן יהיה לבצעו בדלת האחורית, בין אם על ידי הסתייעות בגורם אחר, ובין אם על ידי ביצוע המהלך בדרך שונה מהמקובל בדרך כלל.

אכן, בפועל לפנינו עסקת מיזוג בין נחושתן לאלקטרה, הנשלטת על ידי אלקו, ואשר מצדה נשלטת על ידי מר זלקינד. אמנם רכישת המניות התבצעה באמצעות מר זלקינד, בשר ודם. אולם מאחר והוא בעל השליטה באלקו, המציאות העסקית היא שאלקו ואלקטרו רכשו השפעה על נחושתן, ולהפך. להתעלם מכך, משמעו להתעלם מהמציאות העסקית שנוצרה, ולסכל את מטרת חוק ההגבלים בפיקוחו על מיזוגים.

7. מגמת הפרשנות בארה"ב - מדרש פרשנות שכזה אף ננקט בפירוש חוקי ה- ANTI TRUST האמריקאיים. כך, למשל, בפסק הדין U.S. v. Columbia Pictures, 189 F. Supp 153 (1960). השאלה בקשר לפרשנות המילים "רכישה" ו"נכסים", כשהצדדים לעסקה טענו שלא מדובר על מיזוג כלל, אלא על המחאת זכויות יוצרים של חלק מהסרטים שהופקו על ידי COLUMBIA. בית המשפט שם, קבע:

Congress was painting with a brush when it prohibited the acquisition of the whole or of any part of the assets of another corporation, where the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition. the language is deliberately couched in general and flexible terms. Its vague contours are characteristic of the antitrust statutes. it is a judicial responsibility to contribute to the fashioning of a coherent body of substantive law out of the congressional policy and language.... in these circumstances and, assuming arguendo that the statute is reasonably susceptible of two interpretations, the court prefers the meaning that tends to effectuate the central purpose of the legislation

וראה גם The Act ials with competitive " שם נאמר , Times Picayune Publishing Co. v. u.s. 73 s.ct. "realities, not in words

8. פירוש המגשים את מטרות החוק - הפיקוח על המיזוגים בא להשלים את הפיקוח החוק על הסדרים כובלים ומונופולין. מטרת הפיקוח על המיזוגים להפעיל בשלב מוקדם, מערך סינון שיבחן עסקאות שפניהן איחוד פעילויות כלכליות נפרדות תחת השפעה משותפת, תוך מניעת ביצוע עסקאות שתגענה בציבור; ר' ה"ח 1647 ההגבלים העסקיים, התשמ"ד - 1984, עמ' 40; דו"ח הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים, עמ' 8. המחוקק כיוון להביא בין כנפי חוק ההגבלים מגוון רחב של פעילויות כלכליות, ולכן ננקטה לשון גמישה ורחבה: ראה סעיפים 10, 14, 11, 12, 13 וגם הגדרת "הסדר" בסעיף 1 לחוק.

אכן, בשים לב למטרות חוק ההגבלים, צופה החוק בפעילות העסקית כפי שהיא מתגבשת במציאות המשקית, תוך שהוא מטיל על אורגני החוק לפעול מקום שבו מתעוררת פגיעה, או חשש לפגיעה, בהתחרות החופשית. חוק ההגבלים אין עניינו בצורת ההתארגנות העסקית, ובוודאי שאין במטרותיו לתעל עסקאות לאפיק מבני זה או אחר, אלא לפקח, ובמקום הולמים, לאסור גיבושן של תבניות פעולה ריכוזיות. תבנית פעולה כזו נוצרה עקב עסקת נחושתן, ולכן שומא היה עליה לעבור את מבחן אישור הממונה למיזוג.

יוצא אפוא, כי הפירוש המוצע על ידי ב"כ של מר זלקינד יביא דווקא לשוני ניכר במשטרו של חוק ההגבלים רק משום צורת עריכת העסקה, הגם שכלכלית שתי צורות עריכת העסקה, לעניין מטרות חוק ההגבלים, חד המ+ תוצאה זה אינה סבירה, שהרי צורת עריכת העסקה, על ידי תאגיד או אדם, אינה ממעיניו של חוק ההגבלים. פירוש כזה יכשיל את מטרת החוק ואין הוא מסתבר מלשוננו.

9. טענת ה- LOCPHOLE - למעשה, נטען בפני כי נבעה פרצה במסכת הפיקוח על המיזוגים, וזכאי היה מר זלקינד לנצל פרצה זו לטובתו, כל עוד לא תוקן החוק. אלא שטענה זו מניחה את המבוקש; מניחה היא כי אכן נקרע שער כרוחבו של אולם בהוראות הפיקוח על המיזוגים, וכל המבקש להתמזג מבלי שיידרש להסכמת הממונה, אינו נדרש אלא לבצע את העסקה בכושרו האישי, ומבחינתו בכך ייסתם הגולל על הוראות חוק ההגבלים בדבר מיזוגים. למסקנה זו איני שותף, וכאמור, ואין לאמר כי מסקנה זו היא תולדה הכרחית של נוסח החוק, וכדי הנחה בוודאי שאינה מגעת.

וניתן לספוג השראה וללמוד כאן על דרך ההיקש מהנאמר על הדיון. הפלילי, אשר אינו כמשחק האשקוקי, ולכן אין עניין אכני-פורמאלי יכול לשחרר את הנאשם מעיצומי הדין; והשווה, ע"פ 1/48 סילווסטר נ. מדינת ישראל פ"ד לה (3) 516,505. כך גם לענייננו, מהלך טכני כזה או אחר, אינו יכול לשמש ממפלט מהחלת הוראות חוק ההגבלים.

פירושו הנכון של החוק מראש אינו יוצר פרצה, ולכן אף אינו מחייב את המחוקק להיחלץ ולסתמה. עמד על כך זקלר, הפיקוח על מיזוגים - היעדים ודרך השגתם (חלק ב'), 114 רבעון לבנקאות 91,87 (טבת, תשנ"א) באומרו כי

הפתרון המוצע למניעת התחמקות מפיקוח על התקשרות המהווה מיזוג כלכלי, אך אינה נופלת בד' אמותיה של ההגדרה הסטטוטורית הקאזואליסטית, היא מתן פרשנות שתמצה את מלוא היקפה הראוי של ההגדרה. כאשר המחוקק פותח את הגדרת המיזוג במושג "לרבות" אך טבעי הוא כי המקרים המפורטים אינם מהווים הגדרה קונקלוסיבית.

והשווה, גם הצעת החוק, שם, עמ' 50 :

מיזוג החברות יכול להתבצע במספר דרכים כפי שעולה מהגדרת "מיזוג חברות" שבסעיף 1 הכוללת פעולות שונות שיש בהן כדי להביא לאיחוד למעשה של תהליך קבלת החלטות בחברות המתמזגות.

10. אישיות משפטית נפרדת - טענה אחרת שהועלתה על ידי ב,כ של מר זלקינד נשענת על עקרון האישיות המשפטית הנפרדת, ה"נשמר, בדרך כלל, בקפדנות רבה והמחוקק ובתי המשפט הרימו את מסך החברה אך ורק במקרים קיצוניים". אכן, חרף העובדה שבשנים האחרונות חל כרסום במעמדו של עיקרון של עיקרון זה, עדיין שעונים דיני התאגידים על הפרגוד החוצץ בין התאגיד לבין מרכיביו האנושיים. אולם, כדברי פרופסור אוריאל פרוקצ'יה, בספרו דיני חברות חדשים לישראל 46-52 (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, 1989), אליו מפנה גם עו"ד לוי, "המחוקק הישראלי התערב בעבר, ובטוחני שימשיך להתערב בעתיד, במגזרים רבים שבהם אין זה מתקבל על הדעת להתעלם מזהות האינטרסים שבין התאגיד למרכיביו האנושיים". ולענייננו, זהות האינטרסים שבין התאגידים, אלקטרה ונחשתן והמרכיב האנושי, מר זלקינד, היא הקובעת.

מכל מקום, שאלת "הרמת המסך" מכוח הלכות הדין הכללי אינה מתעוררת כאן, הואיל ולפנינו הוראת חוק מיוחדת של חוק ההגבלים הקובעת כי מיזוג חברות מתרחש לא רק בהתקיים מרשם נסיבות קפוא וסגור, אלא גם, בין היתר, כאשר המיזוג נעשה בעקיפין. החוק, לאור מטרתו ותכליתו, ממקד מבטו אל אותם גורמים עסקיים, בעלי עוצמה כלכלית, אשר בכוחם להשפיע על ההתחרות. ולעניין זה, אין נפקא מינא אם היה הגורם העסקי חברה בע"מ, או אדם הפועל באמצעות חברה בע"מ. הוראות מיוחדות כגון אלה פזורות בחקיקה הישראלית; למשל, סעיף 7 לחוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג-1963; סעיף 120 לחוק הגנת הדייר [נוסח חדש].

עקרון זה, מוצא את ביטויו גם בהוראת החוק הפוטרת חברה וחברת בת מהאיסור לעשות בינהן הסדר כובל; סעיף 3 (5) לחוק, בהוראת החוק הקובעת כי בעבירה שנעברה לפי החוק, בידי חבר בני אדם, יואשם גם כל אדם אשר בשעת ביצוע העבירה היה מנהל פעיל; סעיף 48 לחוק. גם במדינות אחרות מקובל העיקרון של אישיות כלכלית כיחידה הרלוונטית בחוק ההגבלים העסקיים.

11. השינוי בחוק האמריקאי - עו"ד לוי ראה חיזוק רב לגרסתו בהוראת החוק האמריקאי, שעד שנת 1980 עת תוקן שם החוק, לא פרש החוק רשתו על רכישת מניות על ידי יחיד. אין הנדון דומה לראייה, שכן לשון סעיף 7 ל-CLAYTON ACT 1950 התייחס מפורשות אך ורק לחברות באומר כי :

Nc corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital..... and no corporation shall acquire the whole or any part of the assets of another of another corporation

הגדרת החוק האמריקאי, בטרם שינויו, אינה דומה ללשון הגדרת חוק ההגבלים. האחרון נחקק לאחר שתוקן החוק האמריקאי, והמילה CORPORATION הוחלפה שם במילה PERSON, וחזקה על המחוקק הישראלי שלא התכוון לפסוע בעקבות שגיאות שכבר תוקנו על ידי המחוקק הפדראלי. כאמור, חוק ההגבלים אינו מחייב את הפירוש המוצע על ידי עו"ד לוי, ואשר תואר במכורתו כאנומאליה, ומדוע ניצור אותה אנו, כאשר זו אינה הכרחית.

פרט לכך, קשה לגרוס אנלוגיה לחוק האמריקאי גם משום שטכניקות החקיקה שננקטה בארה"ב שונה מהטכניקה שאימץ לו המחוקק שלנו. המחוקק האמריקאי נקט לשון סעיף כוללני שאינו מונה צורות מובהקות של עשיית העסקאות, והמשלב בו מספר אלמנטים הזוכים להסדר נפרד בחוק הישראלי. מקום שהחוק הישראלי מבדיל בין הגדרת מיזוג (סעיף 1 לחוק) ומבחן לאישור מיזוג (סעיף 21 לחוק) ומוסיף תנאי סל להחלת פיקוח על מיזוגים (סעי' 17 לחוק), נוקט מחוקק ה- Clayton Act בשילוב הגדרת מיזוג וקביעת המבחן לאיסורו.

אמת, המשותף לשתי מערכות החוקים הוא גמישות לשון סעיפי החקיקה ורוחב היריעה עליה הם מתפרשים, אולם אין ספק כי דרך הטלת הפיקוח שונה. החוק הישראלי מטיל מרותו רבדים, רבדים. כדי שהמיזוג יהיה אסור הוא צריך לעבור שלוש מסננות מצטברות: סעי' 17 וסעי' 21. לעומת זאת, הסעיף האמריקאי הוא הרובד היחיד שהוקם שם. ומכאן, עולות שתי מסקנות:

- א. בפרשנות סעיף ההגדרה שבחוק ההגבלים יש לפנות בראש ובראשונה למטרת החוק, הקשר הדברים ולשון המחוקק;
- ב. סעיף ההגדרה מהווה אך את הרובד הראשון בהטלת הפיקוח על מיזוגים, וכל כן יש לפרשו באופן המגדים את תכליתו ולא באופן צר המביא להכשלת המטרה.

2. סוף דבר

נוכח מטרת החוק, מסגרת הפיקוח הכוללת, ונוסח הוראות החוק, הגעתי לכלל מסקנה כי עסקת נחושתן היא בבחינת "מיזוג חברות" כמשמעותו בחוק ההגבלים. מיזוג חברות זה נעשה מבלי שהתבקשה, וממילא מבלי שבאה עליו, הסכמת הממונה על הגבלים עסקיים.

יתרה מזאת, מקרה זה הוא מקרה אשר חיוני להעבירו בפריזמת הפיקוח על המיזוגים, שכן המדובר במיזוג בין שתי חברות מהמובילות העיקריות בענף.

אשר על כן, בהתאם לסמכותי לפי סעיף 43 (א) (3) לחוק ההגבלים, אני קובע כי עסקת נחושתן היא בבחינת "מיזוג חברות". הצדדים למיזוג מוזמנים לפעול בהתאם להוראות פרק ג' לחוק ולהגיש הודעת מיזוג, הגם שזו המועדה כבר אי אפשר שתוגש. במידה שהצדדים יבחרו לעשות כן, לא אטען שיש בכך משום הודאת הצדדים כי ערכו "מיזוג חברות". כמו כן, מנין הימים שיעמוד לרשותי לצורך ההחלטה בבקשת הצדדים למיזוג לא יבוא במניין שלושים הימים העומדים לרשות המבקש לערער על החלטתי, כאמור בסעיף 43 (ג) לחוק.

מכל מקום, אין בהחלטתי זו לפי סעיף 43 כדי לגרוע מכל הוראת דין, ובמיוחד מהוראות סעיף 47 לחוק ההגבלים, עד שאלה נוגעות לעניין.

ד"ר יורם טורבוביץ
הממונה על הגבלים עסקיים

ניתן היום, בירושלים
כ"ה בתמוז, התשנ"ב
26 ביולי, 1992