

דיוור שטרומ

עורד- דין

רחוב רמות-ים 12, הוצליה פיתוח
טל: 09-9572119
פקס: 09-9579914

13 בנובמבר, 2011

לכבוד

הועדה להגברת התחרותיות במשק - מנכ"ל האוצר, מר חיים שני
משרד האוצר - רחוב קפלן 1,

ירושלים

הערות מרכזיות לדו"ח ועדת התחרותיות 2011

כללי

הועדה היטיבה לזהות בעיות ליבה בתחרותיות המשקית בישראל, בהכירה לראשונה בכך כי קיימת בעיה של תחרותיות משקית, שאינה מתמצה בנתח שוק גבוה בענף זה או אחר - אלא בתצורה הרחבה של קבוצות עסקיות בנוכחות בינו-ענפית במשק, במימשק של חלוקת שווקים סמויה בין קבוצות שונות ובניצול הקשר ההדוק בין אחזקות בשוק ההון - לאחזקות בתחום ה"ריאלי".

עם זאת, אנו סבורים כי הועדה טעתה בתפיסת הפתרונות לבעיות אלה: בתחום ההפרדה הריאלית פיננסית שבו יש להחמיר - הקלה הועדה מידי ביוצרה רשת עם "חורים" רחבים מידי. בתחום "חברות הפער", החמירה הועדה בלא צורך - גם מקום שאין היבט של בעיית תחרות או ריכוזיות משקית. התוצאה עלולה לעשות עוול עם הועדה, שכן מתקבל מטיטת הדו"ח "נוף" של מטען מסובך ומורכב של רגולציה, במקום כללי משחק פשוטים ובהירים, שבה חיוניים לתפקוד תקין ותחרותי של שוק.

לצורך שמירת המיקוד, אנו נתרכז בארבעה נושאים עיקריים בלבד: תיקונים חיוניים כחוק ההגבלים העסקיים הנדרשים להגנתה ולקידומה של התחרות במשק; נושאי ההפרדה הריאלית פיננסית ו"חברות הפער" - בהם יש מקום גיכר לשיפור תפיסת הועדה בדבר הפתרונות (Remedies) הנדרשים, ונושא האחזקות הריאליות בתחום התקשורת עליו, כך נדמה, לא נתנה הועדה את דעתה בתחום הפתרונות.

1. תיקון חוק ההגבלים העסקיים - למניעת פגיעה בתחרות המשקית:

1.1 הועדה הכירה בצורך לתקן את חוק ההגבלים העסקיים בהתאמה למימצאיה בדבר פגיעותה ומוגבלותה של התחרות המשקית, אולם יש להרחיב תיקון זה בשלוש נקודות חשובות אלה:

- הכפפת חברה זרה לפיקוח על תחרות: כיום מוגדרת "חברה" בסעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים כך שתאגיד זר אינו נכלל בה. יש לתקן ולקבוע כי "חברה" – כל תאגיד בין שנרשם בישראל ובין שלא, ולרבות תאגיד זר". כך ימנע מצב בו חברה זרה רוכשת מרובות במקום להתחרות בו.
- הרחבת מגזר ההתערבות של הממונה על ההגבלים העסקיים במיזוגי חברות - בסעיף 21 ו-25 לחוק: "הממונה יתנגד למיזוג חברות אם השתכנע כי קיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות בעסקים (ולא רק באותו ענף).
- הסמכות לתת הוראות מבניות לקבוצות ריכוז – צריכה להיות בידי הממונה ולא בית הדין להגבלים עסקיים בית הדין ממלא תפקיד חשוב בשבתו בערר על הוראות הממונה, אך אין יעילות בכך שהוא יהיה זה המוסמך לתת הוראות. מקומן של הוראות הוא במישור המנהלי.

2. ההפרדה בין אחזקות בתחום הריאלי לתחום הפיננסי:

- 2.1 הכלל בדבר הפרדה בין אחזקות ריאליות לפיננסיות הוא נכון ומחוייב המציאות לתפקוד תחרותי תקין של המשק. פעמים רבות הראו חיי המעשה כיצד (א) לא ניתן אשראי לכניסה תחרותית לשוק משום קשרים עם השחקנים הדומיננטיים הפועלים בשוק (Incumbents) וכיצד מקום בו ניתן אשראי כזה, נוצלה עובדה זו לרעה – להפחתת תחרות; וכן (ב) מקרים בהם נוצלה החזקה בשחקן בשוק זהוון והחברות ב"ועדת אשראי" בו, לשם השגת מידע פסול על מתחרים שהיו מקבלי אשראי באותו גורם.
- 2.2 הפתרון חייב להיות כלל רחב וברור של איסור על קשר צולב בין אחזקות ריאליות לפיננסיות, כאשר החריג היחיד לכלל זה (אם בכלל) צריך להיות חריג של "זוטי דברים" (De Minimis). המשמעות הנגזרת מכך פשוטה:
- במקום לבחור בכלל שבו חברה שמחזור מכירותיה נמוך מ-8 מיליארד ש"ח (וחברות משמעותיות כאלה יש רבות במשק) תוכל לשלוט בבנק, חברת ביטוח, או מנהל השקעות – על הועדה להציב כלל הפוך, לפיו אסור קשר צולב פיננסי ריאלי. למעט לגורם שמכירותיו המאוחדות נמוכות מ-1 מיליארד ש"ח.
 - אחת האינדיקציות לכך שהכלל שנבחר אינו מכוון ושגוי בעליל היא בעובדה שחלק משמעותי מהמונופולים הריאליים במשק יכולים, תחת כלל ה-8 מיליארד ש"ח, להיות בעלים בבנקים, חברות ביטוח ומנהלי השקעות – בשוק החון. כלל לפיו תנובה אוסם ועלית יוכלו להיות בעלי שליטה בבנקים בישראל וכמערכת מתן האשראי לעסקים במשק – הוא מופרך.
 - נקודה אחרונה זו מעלה ענין נוסף: יש לקבוע במפורש כי מי שהוא "בעל מונופולין" או תאגיד שהוא חבר ב"קבוצת ריכוז" (כמשמעות ביטויים אלה בחוק ההגבלים העסקיים) – לא יכול להיות בעלים של גורם בשוק החון. מי ש"יושב" על עיוות תחרותי אינו יכול להיות בעלים בשוק החון הריכוזי בישראל.
- 2.3 טיוטת הדו"ח כוללת "הוראת מעבר" של המתנה של ארבע (4) שנים עד לכניסה לתוקף של איסור על "דירקטורה צולבת" בין חברות ריאליות לחברות בשוק החון. אין כל סיבה לכלל זה. ניתן וצריך לקבוע תקופה קצרה בהרבה – שנתיים לכל המאוחר.

3.1 בנושא זה נעמוד על שני עיוותים מרכזיים שחלו, לדעתנו, בתפיסת הפתרונות של הועדה. לבסוף, נצביע על הפתרון הראוי והנכון לגבי ה"פירמידות", או כנינון בטיוטת הדו"ח – חברות הפער.

3.2 נקודה ראשונה נוגעת להגדרת מהותן חברות הפער שבהן דוח הועדה, האמונה לפי שמה ולפי המנדט שניתן לה – על תופעות ועיוותים היורדים לשורש בעיית התחרותיות במשק הישראלי. לא כל חברת פער היא מושא להתערבות המדינה – כדי שהתערבות המדינה בנעשה בחברות פער תוצדק חייבים להתקיים, לתפיסתנו, שלושה (3) תנאים מצטברים:

- חברת הפער על שלוחותיה ממוקמת בענפי משק שונים, שבאחד מהם לפחות יש בעיית תחרות (קרי, מונופולין, קבוצת ריכוז או הסדר כובל) – בלא בעיית תחרות (או לפחות צפי לבעיה כזו), אין הצדקה להתערב;
- "הפער" בחברת הפער הוא משמעותי – כלומר, שמכפלת האחזקות של בעל השליטה מביאה לכך שאדם שמחזיק בשליטה בחברת הגג של הפירמידה – מחזיק בפתות מ-35% בחברה התחתונה שלה. (כך למשל אם אדם מחזיק ב 51% בחברת אחזקות וזו רוכשת 80% בחברה אחרת – אין לראות בה חברת פער למרות שמכפלת אחזקותיו של בעל השליטה היא 40.8%);
- לפחות חברה אחת באחזקות ה"עליונות" בחברת הפער – היא חברה ציבורית או חברה שגייסה, במישרין או בעקיפין הון מהציבור (אחרת לא קמה ההצדקה להתערבות).

כל עוד מנדט ההתערבות הינו בעיית התחרות המשקית – נדרשים היסודות הללו להצדקת התערבות.

3.3 נקודה שניה, נוגעת למהות הפתרון: הועדה הטילה שורה של "כללי משילות תאגידית" על התנהלותן של חברות הפער אשר יש בהן לחזק את בעלי מניות המיעוט מקרב הציבור. ואולם, פתרון זה לוקה לפחות בשתי חולשות מרכזיות: ראשית, בשל מבנה שוק ה"מוסדיים" – המשמשים נציגי המיעוט, לא ניתן לסמוך עליהם כמי שיש לתת בידיהם כוח רב כזה. לא רק שאין להם את ה-capacity לפעול כך, אלא שבגלל מבנה החזקות הריכוזי במשק אותם מוסדיים נמצאים, פעמים רבות, בניגוד עניינים מול בעל השליטה בחברת הפער¹. לכן הם "הסוכן" הלא נכון ואין בכוחם לפתור את הבעיה. הפתרון לשיטתנו הוא לבחור בכלל הדומה לכלל שהועדה הנכבדה העמידה ל"עיון הציבור" כדלקמן:

- לבעל שליטה בפירמידה – תהיה זכות למנות דירקטורים רק לפי מכפלת אחזקותיו כך שמספר הדירקטורים שהוא ימנה יהיה כגובה ההון שהוא עצמו השקיע בחברה המזוברת (למשל אם מדובר במכפלה של 51% בשלוש חברות הוא יהיה רשאי למנות רק 12% מהדירקטורים);
- בטיסה, עסקת בעלי ענין תבוא לאישור האסיפה הכללית ושם, שוב, יהיה שיעור ההצבעה המותר לבעל השליטה – במכפלת אחזקותיו "מלמעלה למטה".

אנו מחזיקים בדעה כי שני אלה, יחד עם חיוב כל חברה ציבורית במתן זכות הצבעה לכל בעל מניה באמצעות האינטרנט, דבר מחויב המציאות כשלעצמו – פותרים את הבעיה. אין צורך ביותר מכך.

¹ למשל, משום שהם מעוניינים לשמש כמנפיקים של חברות אחרות שלו, או מעוניינים לשמש כ"מנהלי הסדר" של ועדים בחברות שכבועלותו, או פשוט משום שהם מעוניינים לשפר את תנאיהם ואת זכויותיהם, בשמם או לא בשמם של העמיתים.

3.4 שנית, אחיזה בנושא ה-Corporate Governance ככלי לפתרון בעיית תחרות משקית – מוטעית. המשקיע מן המיעוט בחברה מוגופוליסטית אינו מבקש עוד תחרות אלא עוד ערך למנייתו. מוטעה לחלוטין לחשוב שמתן כוח יתר בידי המיעוט יביא להגברת התחרות המשקית. טעות זו אף עלולה להתברר כמסוכנת למשק. מאידך, קיים חשש ממשי לכך שהניהול המקצועי של החברה יפגע יותר מאשר תחת כל פיתרון אחר כיון שהכללים לא רק ישפיעו על ניהול לא תקין אלא גם על ניהול תקין. צריך גם להיזהר ולא לקבוע בישראל כללי ניהול חברות שאינם תחרותיים משום שהם רחוקים מכללי ניהול החברות בעולם המדינות התחרותיות.

3.5 קיים, אפוא, הבדל יסודי הבדל בין פתרון בעיית תחרות לבין בעיית עושה מיעוט. מגדט הועדה, כפי שהובן על ידינו, היגו אחיזה באמצעים הנדרשים לקידום משמעותי של פתרון של בעיית התחרות. אם זהו "הערך המוגן" כי אז אין להבין מדוע מתן כוח בידי המוסדיים יפתור בעיית תחרות או אפילו יסייע בקידומה.²

3.6 מה שהיה מסייע בקידום התחרותיות ב"שוק התאגידים" היה יצירת הגבלה על השליטה בחברה בנוסח הבריטי מ-1968 ולפיו אסורה שליטה בחברה ציבורית בשיעור של מעל 30%. לפי כלל זה, המכונה Stock Exchange Rule נתונה הכרירה בידי בעל השליטה; אם הוא מעונין לשלוט בחברה ביותר מ-30% עליו להוציאה מן הבורסה ולהפסיק את סחירותה; אם הוא מעונין להנפיק ניירות ערך שלה לציבור – עליו להישאר בשליטה שאינה עולה על 30%. אימוץ כלל זה חשוב והיוני משום שהוא יוצר "שוק של שליטה בתאגידים".

4. אחזקות צולבות בין תאגידים ריאליים לגורמים הפועלים בתחום התקשורת:

4.1 הועדה לא נתנה דעתה במסקנותיה שבטיטה לסוגיית האחזקות של תאגידים ריאליים בשוק התקשורת. לסוגיה זו פנים רבות והיא מרכזית לענין התחרות. התקשורת מעצבת דעת קהל בכלל ודעתם של צרכנים בפרט. מעורבותה חשובה לשמירת התחרות ולקידומה. אחזקתם של בעלי תאגידים ריאליים שהם בעלי מוגופולים בתחומם (הריאלי) – בתאידי תקשורת נותנת להם מנוף לחץ – לא רק על עיתונאים ובכך על דעת הקהל, אלא גם על השלטון ופקידיו – דבר המוביל לעיתים ליחס שלטוני מפלה ולרגולציה בלתי יעילה ולא אופטימלית, ובסוף היום – בפגיעה באינטרס הציבור.

4.2 אנו סבורים כי ללא כיסוי נושא זה תחטא הועדה למטרותיה ולמנדט הנכבד והחשוב שהוטל עליה.

4.3 על כן אנו ממליצים כי הועדה תבחר באחד משני אלה:

- ככל שהנושא עלה בדיוניה ונשמעו לגביו הערות וטענות – המלצתנו היא כי לעת הזו תסתפק הועדה בכלל לפיו מי שהוא בעל מוגופולין או חבר בקבוצת ריכוז – לא יהיה בעל אמצעי שליטה בגוף תקשורת;

² רק לשם המחשה, אם בבעלות "חברות פער" מצויים בעלי מוגופולים – ברור שבעלי מניות המיעוט ירצו ממש כמו בעל השליטה לבצע ולממן מהלכים אנטי תחרותיים – לשם שמירת השליטה בשוק ומניעת התחרות.

▪ ככל שהועדה לא נתנה דעתה כלל לנשוא – אנו ממליצים כי הועדה תמליץ על הקמת ועדת משנה לעיין זה, אשר על חבריה יימנו: משרדי התקשורת והאוצר והממונה על ההגבלים העסקיים.

אנו עומדים לרשות הועדה למתן השלמות או הבהרות נוספות, בכתב או בעל-פה.


בבוכה,
דרור שטרם, עו"ד