

הסיכון בהפרת כללי הגבלים עסקיים בעסקאות מיזוגים ורכישות / דורון אפיק, עו"ד¹

עסקת מיזוג מחייבת במקרים מסוימים דיווח לרשות ההגבלים העסקיים ובמקרים מסוימים אף קבלת אישור של הממונה על ההגבלים העסקיים. החוק ההגבלים העסקיים יוצר גם אחריות אישית לדירקטורים ונושאי משרה במקרה של הפרתו והחל משנת 2012 גם מאפשר הליכים מינהליים של הטלת עיצומים כספיים על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים. לא פחות חשוב מכך, אי עמידה בתנאי החוק עשויה להפוך עסקת מיזוג לבלתי חוקית ואף לסכל אותה.

הגדרת מיזוג בחוק ההגבלים העסקיים רחבה הרבה יותר מההגדרה הקיימת למושג בחוקים אחרים והיא כוללת גם רכישה ישירה או עקיפה (לרבות באמצעות חוזה המקנה זכויות שאינן בפועל רכישת מניות) של עיקר נכסי חברה או רכישת מניות בחברה המקנות לרוכש מעל רבע מכוח ההצבעה בחברה, הכוח למנות דירקטורים או הזכות לרווחי החברה.

החוק דורש אישור הממונה על ההגבלים העסקיים לעסקה (והממונה יכול לאשר מיזוג, להתנגד לו או להתנותו בתנאים) מקום בו כתוצאה מהמיזוג נוצר נתח שוק מונופוליסטי לצדדים למיזוג. אותו מנופול יכול שיווצר בכלל הייצור, המכירה, השיווק או הרכישה של נכס מסוים ונכס דומה או מתן שירות מסוים ושירות דומה או כשצד למיזוג הוא בעל מונופולין (בין מונופולין מוכרז ובין מונופולין בפועל), כלומר הינו בעל ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בין בכל הארץ ובין באזור מסוים. כמובן שלהגדרת השוק ישנה משמעות גדולה בקביעת שיעור הריכוז בידי הצדדים המתמזגים. מכאן שישנו מקום לפרשנות, ולחשיבות בחינת העסקה מראש בפן של ההגבלים העסקיים, ולוודא שככל שהעסקה דורשת אישור כאמור, אין לבצעה בכל צורה שהיא כל עוד לא התקבלה החלטת רשות ההגבלים העסקיים.

החוק דורש אישור למיזוג לא רק במקרה של מונופולין אלא גם כשמחזור המכירות המצרפי המאוחד של הצדדים למיזוג עולה על מאה וחמישים מליון ש"ח ומחזור המכירות של כל אחד מהצדדים למיזוג עולה על עשרה מליון ₪ (כשסכומים אלה מתעדכנים בהתאם לעליית מדד המחירים לצרכן).

הפרת כללי הדיווח שבחוק ההגבלים העסקיים מהווה עבירה פלילית וכך גם אי קיום תנאי שנקבע באישור המיזוג. העבירה היא לא רק של החברה המפרה את החוק אלא עשויה להיות מיוחסת גם לכל מי שמשמש (או שימש) מנהל פעיל בחברה ואף עובד מינהלי בכיר האחראי לאותו תחום, וזאת מקום בו אותו בעל תפקיד לא הוכיח שהעבירה נעברה שלא בידיעתו ושישקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של החוק. כאמור, החל משנת 2012, ניתנה לרשות ההגבלים העסקיים גם הסמכות להורות על הטלת עיצום כספי שעשוי במקרים מסוימים להגיע לכמליון ₪ לנושא משרה בחברות קטנות ועד לסכום של קרוב ל-25 מליון ₪ בחברות גדולות.

לפיכך, קיימת חשיבות גבוהה ביותר להוועץ בעורך דין המתמחה בתחום ההגבלים העסקיים כבר מהשלבים הראשונים של כל עסקה אשר עשויה להבשיל ולהיות כפופה להוראות חוק ההגבלים העסקיים ולוודא עמידה מלאה בדרישות חוק ההגבלים העסקיים.

¹ עו"ד דורון אפיק הינו שותף בכיר במשרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) המתמקד בדיני חברות, דיני מקרקעין, עסקאות בינלאומיות ופיננסיות, לרבות עסקאות מיזוג ורכישה, ומימון ואף מרצה בתחום במסגרת תואר מנהל עסקים Executive MBA באוניברסיטה העברית בירושלים. עו"ד אפיק בוגר הכשרה של האיחוד האירופי ביישוב סכסוכים בינלאומיים מחוץ לכותלי בית המשפט (גישור ובוררות). לפרטים נוספים: 03-609.3.609 או במייל: afiklaw@afiklaw.com.

The Risk in Breach of M&A Transactions Antitrust Obligations / Doron Afik, Esq.²

A merger transaction may require to be reported to the Israeli Antitrust Authority and in some cases the actual approval of the Antitrust Commissioner. The Antitrust law may also create a personal liability for directors and senior officers in the company in the event of a breach of the law, and from 2012 also allows administrative procedures of imposing financial sanctions by the Antitrust Commissioner. Not less important, non-compliance may sometimes render a transaction illegal and prevent it.

The definition of a "merger" in the Israeli Antitrust Law is much broader than the equivalent definition in other legislation and also includes the purchase, directly or indirectly (including through a contract that does not contain any acquisition of shares) of the main assets of the company or the acquisition of company shares which gives the purchaser more than a quarter of the voting power in the company, the power to appoint directors or the right to the company's profits.

The law requires an antitrust pre-approval (and the Commissioner may approve the merger, oppose it or set preconditions thereto) when the merger creates a monopolistic market share to the parties to the merger, including in the production, sale, marketing or purchase of certain assets and similar assets or the provision of a particular service and a similar service or when a party to the merger is a monopoly (whether a declared monopoly or a monopoly in fact), i.e has a share of more than half of the total supply or demand of certain assets, or more than half of the supply or demand of certain services, whether in the whole country or in a particular region. Naturally, the definition of the market has a large influence in determining the size of the market share of the merging parties and may be subject to interpretation, which makes it vital not only to review in advance the antitrust angles of the transaction but also to ensure that if the transaction requires antitrust approval, it is not carried out in any manner until approved by the Antitrust Authority.

The law requires an antitrust pre-approval not only in the case of a monopoly, but also when the combined sales turnover of the merging companies is higher than ILS 150 million (about USD 40 million) and the sales turnover of each of the parties to the merger exceeds ILS 10 million (about USD 3.5 million) (which amounts are updated to reflect increases in the Consumer Price Index).

Breach of the reporting obligations under the antitrust law is a criminal offense as so is the non-compliance with preconditions stipulated in a merger approval. In case of a corporation, the offence may also be deemed a personal offence of any active manager and any senior managerial employee responsible for the relevant field if such manager cannot prove that the offence was committed without such manager's knowledge and that such manager took all reasonable steps to ensure compliance with the law. As mentioned, as of 2012 the Israeli Antitrust Authority is also empowered to order monetary sanctions in certain, which may reach up to an ILS 1,000,000 (about USD 260,000) in case of a senior manager in a small corporation and up to about ILS 25 million (about USD 66 million) in case of large corporations.

Thus, it is crucial to consult a lawyer specializing in the Israeli antitrust law at the early stages of any transaction that may be subject to antitrust law issues and to ensure full compliance with the antitrust requirements.

² Doron Afik is the managing partner of Afik & Co., Attorneys and Notaries (www.afiklaw.com). He is admitted to practice law both in Israel and in New York and is also a licensed Notary Public in Israel. Doron is an adjunct professor at Hebrew University Doron teaches Mergers and Acquisitions as part of the EMBA program. Doron's practice focuses primarily on international transactions, including mergers and acquisitions, dispute resolution and issues of public law. For additional details: +972-3-6093609 or at the e-mail: afiklaw@afiklaw.com.