



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
 בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
 בש"א 515/08
 ה"ע 803/08
 26/08/2008

בעניין: **טרפלס קומפאונדס (1994) בע"מ**
 ע"י ב"כ עו"ד אביתר קנולר ועו"ד ליאת קינן
המבקשת

נ ג ד

1. הממונה על הגבלים עסקיים
 ע"י עו"ד קובי גולדברג ועו"ד בועז גולן
 ב"כ רשות ההגבלים העסקיים
2. **כפרית תעשיות (1993) בע"מ**
 ע"י ב"כ עו"ד ראובן בכר, עו"ד טליה סלומון ועו"ד זיו שוורץ
 ממשד פישר בכר ושות'

המשיבות

ה ח ל ט ה

1. לפניי בקשה שהגישה טרפלס קומפאונדס (1994) בע"מ (להלן – המבקשת) נגד הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן – הממונה) וחברת כפרית תעשיות (1993) בע"מ (להלן – משיבה 2 או כפרית; וביחד – המשיבות) להצהיר או להורות, במעמד צד אחד, על עיכוב ביצוע החלטת הממונה מיום 20.5.08, עד לקבלת החלטה בערר שהגישה המבקשת.

2. בקשה זו הינה יוצאת דופן וחריגה, בהיותה מוגשת על ידי צד להסכם מיזוג המבקש למעשה לעכב את ביצוע הסכם המיזוג ואף להשתחרר ממנו בדרך של תקיפת החלטת הממונה.



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
בש"א 515/08
ה"ע 803/08
26/08/2008

3. בד בבד עם הגשת הבקשה הגישה המבקשת ערר על החלטת הממונה. בהחלטה מיום 17.6.08, שניתנה במעמד צד אחד, הוריתי על עיכוב ביצוע החלטת הממונה עד למתן החלטה בבקשה או בערר. בהחלטה מיום 30.7.08 אפשרתי למבקשת להגיש תגובה לתשובות המשיבות לבקשה ולערר. ביום 10.8.08 הגישה המבקשת תגובה לתשובות המשיבות המתייחסת לבקשה ולערר כאחד. הדיון בבקשה במעמד הצדדים התקיים ביום 13.8.08. הצדדים הסכימו כי הדיון בבקשה ובערר יערך ויוכרע על ידי מותב של אב בית הדין לבדו.

רקע עובדתי

4. ביום 4.9.07 נחתם הסכם (נספח ב' לערר) בין המבקשת ובין משיבה 2. ביום 24.10.07 תוקן ההסכם (להלן – הסכם השינויים, נספח ג' לערר). בהתאם להסכם הסופי, התחייבה משיבה 2 למכור למבקשת את כל הנכסים והזכויות שלה בתחום פעילות ה-PVC בתמורה לתשלום סכום של 2.250 מיליון ₪.

5. סמוך לאחר החתימה על ההסכם הגישה המבקשת לממונה הודעה על מיזוג, בה הודיעה על ההסכם עם משיבה 2 (נספח ד' לערר). בעקבות ההודעה, קיים הממונה מספר דיונים עם הצדדים בנוגע לאישור הסכם המיזוג, ובכלל זה בנוגע לאפשרויות לאשרו בתנאים שונים (הפרוטוקולים של הישיבות שערך הממונה בנוכחות נציגי המבקשת, צורפו כנספחים ב, ג ו-ד לתשובת הממונה לבקשה).



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
 בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
 בש"א 515/08
 ה"ע 803/08
 26/08/2008

6. ביום 20.5.08 החליטה הממונה לאשר את בקשת המיזוג בתנאים (נספח א' לערר). התנאי המרכזי שהציבה הממונה הוא כי נוסחאות ייצור החומרים שבידי משיבה 2 - שאמורות היו לעבור לידי המבקשת בהתאם להסכם - יועברו לידי נאמן שיעבירן ללקוחותיה של משיבה 2 ללא תמורה. בנוסף קבעה הממונה כי כתנאי לאישור המיזוג, תמשיך המבקשת, במהלך תקופת מעבר, לספק ללקוחותיה וללקוחות משיבה 2 את המוצרים באותם תנאים מסחריים בהם סופקו טרם המיזוג, וכן כי המבקשת לא תקבע לאחר המיזוג תנאי התקשרות שונים לעסקאות דומות להספקת המוצרים.

7. להשלמת התמונה יש לציין כי בסעיף 15 להסכם בין הצדדים, תחת הכותרת "תנאים מתלים ו-CLOSING", נקבע:

"15. ה-CLOSING מותנה אך ורק בקיום ומילוי כל אחד מהתנאים הבאים:
 (א) קבלת אישור רשות ההגבלים העסקיים לביצוע העסקה.
 הותנה האישור בתנאים, לא יהיו התנאים עילה לביטול ההסכם על ידי מי מהצדדים ובלבד שהתנאים לא אוסרים על טרפלקס לרכז את כל פעילות הייצור שלה באתר הייצור שלה בקבוץ רשפים".

אין מחלוקת כי התנאים שהציבה הממונה בהחלטתה אינם כוללים את התנאי המיוחד שפורט בסעיף 15(א) להסכם הנ"ל ומכאן שלכאורה, על פי ההסכם בין הצדדים, החלטת הממונה אינה צריכה למנוע את קיום הסכם המיזוג.



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
בש"א 515/08
ה"ע 803/08
26/08/2008

8. המבקשת אינה מרוצה מהחלטת הממונה ומהתנאי שנקבע בה בדבר שחרור הנוסחאות ללקוחות משיבה 2 ללא תמורה. לטענתה, תנאי זה מאיין למעשה את ההסכם בין הצדדים. לפיכך, ביום 26.5.08 הודיעה המבקשת למשיבה 2 על ביטול ההסכם ביניהם בשל שינויו המהותי ולחילופין בשל הפרתו הצפויה. בנוסף, ביום 16.6.08 הגישה לבית הדין ערר על החלטת הממונה ולצידו את הבקשה שלפני.

עיקר טענות הצדדים

טענות המבקשת

9. המבקשת טוענת כי הבקשה לעיכוב ביצוע הוגשה לשם הזהירות בלבד משום שעצם הגשת הערר מעכבת באופן אוטומטי את החלטת הממונה. לטענתה, סעיף 22(ד) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן – החוק או חוק ההגבלים העסקיים) הקובע כי הגשת ערר לא תעכב את החלטת הממונה, נוגע רק לצדדים שלישיים המגישים את הערר ומכאן שקיים הסדר שלילי במצב של ערר המוגש על ידי אחד הצדדים לבקשת המיזוג עצמה, שאז – כך לטענת המבקשת – החלטת הממונה מעוכבת מאליה. לטענת המבקשת, הכלל המשפטי העקרוני הוא כי הגשת ערר אינה מעכבת את ההחלטה שעליה מערערים, ולפיכך העובדה שהמחוקק קבע במפורש בסעיף 22(ד) לחוק כי כאשר הערר מוגש על ידי צדדים שלישיים המיזוג אינו מעוכב, יש בה כדי ללמד שכאשר מוגש ערר על ידי אחד מהצדדים למיזוג – הערר יעוכב, לאור העיקרון הפרשני שלפיו המחוקק אינו משחית מילותיו



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
בש"א 515/08
ה"ע 803/08
26/08/2008

לריק. לטענת המבקשת, התכלית שביסוד הנחה זו היא כי מאחר והליך המיזוג הוא וולונטרי והחברות המתמזגות נכנסות אליו מרצון החופשי, הרי שכאשר החלטת הממונה אינה מקובלת על אחת החברות או שתיהן, מעוכבת החלטת הממונה כדי שלא לחייב את החברות להתמזג בעל כורחן.

10. לחילופין טוענת המבקשת כי, במידה וייקבע שהחלטת הממונה אינה מעוכבת באופן אוטומטי בעקבות הגשת הערר, יש להורות על עיכובה לאור הכללים המקובלים בעניין סיכויי הערעור ומאזן הנוחות.

11. לעניין מאזן הנוחות, המבקשת טוענת כי אי עיכוב החלטת הממונה יוביל למצב בלתי הפיך לפיו המיזוג בין החברות ייכפה על הצדדים בתנאים שקבעה הממונה. לטענתה, נוסחאות הייצור הן לב ליבו של ההסכם, כך שחשיפתן לציבור תאיין את הממכר ותביא להפקעת קניינה של החברה הממוזגת. המבקשת מוסיפה כי מרגע שהנוסחאות ישוחררו לכלל הציבור, לא ניתן יהיה להשיב את המצב לקדמותו מאחר והנוסחאות תיהפכנה לפומביות והיא תמצא עצמה עומדת מול שוקת שבורה לאור חשיפת הסוד המסחרי שהוא לב ליבו של ההסכם.

12. לעניין סיכויי הערר, המבקשת טוענת כי סיכויי טובים מאחר ותנאי שחרור הנוסחאות שקבעה הממונה מפקיע את קניינה באופן בלתי סביר ובלתי מידתי ועל כן דינו להתבטל. המבקשת מוסיפה כי בפועל, אישור המיזוג בתנאי כפי שנקבע, אינו אלא שלילת המיזוג כולו באצטלה של אישורו בתנאים.



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
 בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
 בש"א 515/08
 ה"ע 803/08
 26/08/2008

טענות הממונה

13. הממונה טוענת כי הפגיעה אליה מתייחסת המבקשת כלל אינה נובעת מההחלטה ומהתנאים שנקבעו בה וכי כל תכליתה של הבקשה היא לחלץ את המבקשת מההסכם הפרטי שהיא חתמה עליו. לטענת הממונה, במישור הציבורי של הגבלת הפגיעה בתחרות בו עוסקים הממונה ובית הדין, אין לבקשה כל מקום, משום שכל מטרתה להשתחרר מהתחייבות חוזית פרטית שהמבקשת קיבלה על עצמה.

14. הממונה טוענת כי הבקשה כלל אינה לעיכוב ביצוע משום שהממונה אינה ערכאה שיפוטית. לטענתה, הבקשה היא למעשה לצו מניעה זמני נגד החלטה של רשות מנהלית מוסמכת.

15. הממונה טוענת כי הבקשה לוקה בחוסר ניקיון כפיים מהותי בכך שלמרות שהוגשה במעמד צד אחד, לא צורפו לה פרטים יסודיים הנוגעים לליבת הטענות, כשהכוונה בעיקר לנספח א' להסכם המיזוג בו מפורטת רשימת הממכר. לטענת הממונה, עיון בנספח זה מעלה כי הנוסחאות מהוות רק פריט אחד מתוך רשימה ארוכה של פריטים שרכשה המבקשת. הממונה מוסיפה כי בעל דין אינו יכול לבקש סעד זמני במעמד צד אחד בטענה כי הופקע ממנו לב ליבו של הממכר נשוא ההסכם מבלי שהוא מצרף את החלק בהסכם הכולל פירוט מלא של הממכר. הממונה מוסיפה כי המבקשת גם התעלמה בבקשתה מההסברים שניתנו לה על ידי הממונה במהלך הישיבות בהן השתתפה מהם עולה כי - בניגוד לטענתה - הממונה הבהירה לה את הנימוקים לנחיצותו של התנאי שנקבע. לטענתה, התנהלות זו של המבקשת מהווה פגם מהותי ומחייבת את דחיית הבקשה מכוח עקרונות דיני היושר.



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
 בית המשפט המחוזי בירושלים
 בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
 בש"א 515/08
 ה"ע 803/08
 26/08/2008

הממונה מוסיפה כי בנוסף להיעדר המסמכים, אין בבקשה ובערר תשתית עובדתית מבוססת שיש בה כדי להוכיח את טענת המבקשת. עוד טוענת הממונה כי הסעד הזמני המבוקש על ידי העותרת זהה לסעד הסופי בערר, וזאת בניגוד להלכה העקרונית שנקבעה בעניין זה.

16. הממונה טוענת כי סיכויי הערר קלושים. לטענתה, אין בערר כל ניתוח תחרותי של המיזוג שיכול לבסס את טענת העותרת כי התנאי שנקבע הוא בלתי מידתי ואינו נדרש. הממונה מדגישה כי מבחינה עקרונית יש מקום להעדיף את אישור המיזוג בתנאים, כאשר הדבר ניתן, על פני התנגדות וסירוב למיזוג. לטענתה, ברי כי לצדדים למיזוג עדיף כי הממונה תאשר אותו בתנאים מאשר תתנגד לו, משום שכך הם יכולים לבחור בין ביצועו בתנאים ובין אי ביצועו. הממונה מוסיפה כי ההחלטה לאשר את המיזוג בתנאים גם מפחיתה את הפגיעה בזכויות החוקתיות של הצדדים משום שהיא מידתית ומאוזנת יותר מאשר סירוב מוחלט.

17. לעניין מאזן הנוחות טוענת הממונה כי למבקשת לא נגרם כל נזק כתוצאה מהחלטת הממונה, וכי כל הנזק שהיא טוענת לו נובע מהסכם המיזוג עליו חתמה בעצמה. הממונה מוסיפה כי טענת הנזק הבלתי הפיך צריכה להתברר בדיון אזרחי בין הצדדים ולא במסגרת בית הדין. הממונה מוסיפה כי בכל הנוגע לסעדים זמניים בתחום ההגבלים העסקיים נקבע בפסיקה כי יש לתת משקל מהותי לאינטרס הציבור, ובתחום הספציפי של מיזוגים נקבע כי יש צורך בהחלטות מהירות על מנת לאפשר למיזוג להתבצע מבלי לגרום לנזק.



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
 בית המשפט המחוזי בירושלים
 בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
 בש"א 515/08
 ה"ע 803/08
 26/08/2008

18. הממונה מתנגדת לטענת המבקשת לפיה הגשת הערר מעכבת באופן אוטומטי את ההחלטה. לטענתה, פרשנות זו אינה נובעת מלשון הסעיף, אינה עומדת במבחן ההיגיון ואף אינה נתמכת בהחלטה כלשהי של בית הדין.

טענות משיבה 2

19. משיבה 2 טוענת כי תנאי שחרור הנוסחאות אינו מאיין את הממכר, מאחר והנוסחאות מהוות רק חלק מהממכר וחשיבותן אינה רבה ובוודאי שאינה מכרעת. בעניין זה צירפה כפרית חוות דעת של מומחה בתעשיית ה-PVC (נספח ב' לתשובת כפרית לבקשה). לטענתה, הסעיף בהסכם שלפיו הצבת תנאים לאישור המיזוג על ידי הממונה לא תהווה עילה לביטול ההסכם (מלבד תנאי ספציפי אחד שלא הוטל על ידי הממונה), הוכנס על מנת להקנות ודאות לכך שהעסקה תצא אל הפועל. משיבה 2 טוענת עוד כי מאחר והיא והמבקשת הן יצרניות ה-PVC היחידות בישראל, היא חששה כי משעה שייודע בפומבי דבר העסקה הצפויה וכוונתה – על פי ההסכם – להפסיק את פעילותה, ייחלש מעמדה בענף ולקוחותיה יחפשו לעצמם חלופות אחרות, שהן בעיקרן מעבר ופנייה אל המבקשת. לטענתה, בנסיבות אלה היא ביקשה להבטיח לעצמה את סופיות העסקה על מנת למנוע מצב בו תנאים שיוטלו על ידי הממונה ישמשו כעילה לביטול העסקה. משיבה 2 מדגישה כי ההסכם בין הצדדים, ובכללו הסעיף המפורש הנוגע לאפשרות הטלת תנאים לעסקה על ידי הממונה, גובש לאחר משא ומתן ארוך בו יוצגה המבקשת על ידי עורכי דין המכירים את תחום ההגבלים העסקיים. משיבה 2 מוסיפה כי במהלך



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
 בית המשפט המחוזי בירושלים
 בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
 בש"א 515/08
 ה"ע 803/08
 26/08/2008

המשא ומתן נדונה במפורש האפשרות כי הממונה תטיל תנאי שיחייב את שחרור הנוסחאות, ואף על פי כן נקבע בסופו של דבר כי רק הטלתו של תנאי אחר תוכל לשמש עילה לביטול העסקה.

20. משיבה 2 חוזרת על הטענות שהעלתה הממונה לפיהן תכליתה האמיתית של הבקשה היא להתנער מההסכם המחייב בין הצדדים באמצעות פניה להליך ההגבלים העסקיים שאינו ממין העניין. היא מוסיפה כי טענת המבקשת לפיה ההחלטה מותלית באופן אוטומטי בעקבות הגשת הערר הינה שגויה ובלתי מבוססת. לגופה של הבקשה טוענת כפרית כי בחינת סיכויי הערר ומאזן הנוחות צריכים להביא לדחייתה. בעניין מאזן הנוחות טוענת כפרית כי כל עוד המיזוג מעוכב היא נאלצת להמשיך ולשאת בהפסדים מתמשכים, מאחר ועם פרסום העסקה ברבים החלו לקוחותיה לנטוש אותה לטובת המבקשת, שהיא מתחרתה היחידה בישראל. היא מוסיפה וטוענת כי לעומת פגיעה זאת, הפגיעה שתיגרם למבקשת כתוצאה מדחיית בקשת העיכוב אינה בלתי הפיכה משום שניתן יהיה לכמת את נזקה ולפצותה.

טענות המבקשת בתגובה לתשובות המשיבות

21. המבקשת טוענת כי היא אינה חולקת על סמכותה של הממונה לקבוע תנאים למיזוג, ואף לא על העמדה לפיה קביעת תנאים עדיפה על סירוב מוחלט. לטענתה, אישור המיזוג עם או בלי תנאים חייב לאפשר את מימוש הסכם המיזוג בין



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
בש"א 515/08
ה"ע 803/08
26/08/2008

הצדדים, בעוד שבמקרה זה התנאי שנקבע מאיין את ההסכם כולו, ולכן הינו בלתי סביר ודינו להיפסל.

22. המבקשת מוסיפה כי נספח א' להסכם הוא בגדר טיוטה בלבד ומעולם לא היווה נספח להסכם, וכי גם אם המפורט בו מהווה את תיאור הממכר כפי שנטען על ידי המשיבות, הרי שהדבר תומך דווקא בטענתה לפיה התנאי שנקבע בהחלטת הממונה מאיין את העסקה כולה.

23. המבקשת מפנה אל מספר סעיפים בהסכם וכן אל הדו"ח השנתי של כפרית משנת 2006 מהם ניתן ללמוד, כך לטענתה, כי מהותו של הממכר היא רכישת הנוסחאות. בעניין זה מפנה המבקשת גם אל מכלול הפריטים הכלולים בנספח א' להסכם, המחזקים מסקנה זו. בנוסף לכך טוענת המבקשת כי גם מעמדת הממונה עצמה הקובעת את שחרור הנוסחאות כתנאי למימוש המיזוג, ניתן ללמוד על חשיבות רכישת הנוסחאות. כמו כן תוקפת המבקשת בעניין זה את הקביעות והמסקנות המופיעות בחוות הדעת שהוגשה מטעם כפרית.

24. המבקשת טוענת כי החלטת הממונה נעדרת כל הנמקה ברורה ומפורטת. לטענתה, הממונה לא פירטה ולא הסבירה מדוע המיזוג פוגע באופן מהותי בתחרות וכיצד התנאי שנקבע מסיר חשש זה. לטענת המבקשת, זכות הבלעדיות בנוסחאות אינה תוצאה של המיזוג כי אם זכותה של כפרית נוכח היות הנוסחאות פרי פיתוחה, כאשר הסכם המיזוג רק מעביר את הזכות מחברה אחת (כפרית) לידי חברה אחרת (המבקשת) ואין בו כדי ליצור מונופולין שלא היה קיים קודם למיזוג. המבקשת טוענת כי קביעת תנאי שמטרתו לפרוץ בדיעבד מונופולין שלא הוגבל טרם המיזוג,



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
 בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
 בש"א 515/08
 ה"ע 803/08
 26/08/2008

אינה לגיטימית בעת בחינת בקשת המיזוג, משום שהפגיעה בתחרות קיימת טרם המיזוג ולא מהווה תוצאה שלו.

25. לעניין מאזן הנוחות טוענת המבקשת כי אם תידחה בקשתה ותבוצע עסקת המיזוג יהיה זה קשה ביותר להשיב את המצב לקדמותו. המבקשת מוסיפה כי טענות משיבה 2 לדחיפות ביצוע המיזוג אינן מסתברות לאור העובדה כי משיבה 2 התדיינה עם הממונה במשך שישה חודשים מיום הגשת הבקשה למיזוג ועד שהממונה החליטה לאשרו בתנאים לשביעות רצונה של משיבה 2.

דיון והכרעה

26. תחילה יש לדון בטענה המקדמית שהעלתה המבקשת לפיה עצם הגשת הערר מעכבת באופן אוטומטי את החלטת הממונה.
 סעיף 22 לחוק קובע לאמור:

22. ערר על החלטת הממונה
- (א) התנגד הממונה למיזוג חברות, או התנה את הסכמתו בתנאים, רשאית כל אחת מהחברות המבקשות להתמזג להגיש ערר לבית הדין תוך שלושים ימים מיום שקיבלה את החלטת הממונה.
 - (ב) הסכים הממונה למיזוג חברות, בין בתנאים ובין ללא תנאים, רשאים כל אדם העלול להיפגע מן המיזוג, איגוד עסקי וכן ארגון צרכנים להגיש לבית הדין ערר על החלטת הממונה, תוך שלושים ימים מיום שהודעה על החלטת הממונה פורסמה בשני עתונים יומיים.
 - (ג) בית הדין רשאי לאשר את החלטת הממונה, לבטלה או לשנותה.
 - (ד) הגשת ערר לפי סעיף קטן (ב) לא תעכב את המיזוג אלא אם כן ניתן צו לפי סעיף 36."



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
 בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
 בש"א 515/08
 ה"ע 803/08
 26/08/2008

המבקשת טוענת כי הוראת סעיף 22(ד) לחוק יוצרת הסדר שלילי ביחס לערר שהוגש על ידי צד למיזוג, כך שערר כזה יעוכב אוטומטית. דין הטענה להידחות.

27. ראשית יש להדגיש כי, באופן עקרוני, החלטת הממונה לאשר את עיסקת המיזוג בתנאים היא בגדר הנחיה שאינה מחייבת את הצדדים להתקדם ולבצע את המיזוג בפועל. כל שהממונה קבעה הוא כי במידה והצדדים אכן ירצו להתמזג כפי שביקשו, יהיה עליהם לעשות כן בהתאם לתנאים שנקבעו (ראה סעיף 19 לחוק). במידה והצדדים אינם מעוניינים להתמזג בתנאים שקבעה הממונה, אין הם חייבים לעשות כן והכל תלוי במה שסיכמו ביניהם. החלטת הממונה כשלעצמה אינה כופה ואינה מחייבת אותם להתמזג או להתמזג בתנאים. הדבר דומה להחלטה של רשות מינהלית להתנות מתן רישיון בתנאים מוקדמים (ראו יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית**, כרך א', עמ' 175-176).

28. מסקנה זו נכונה כמובן גם כשמדובר בתקופת הביניים עד לבירור הערר. אם הצדדים למיזוג מעוניינים לעכב את המיזוג עד לבירור הערר, הדבר תלוי בהם, והחלטת הממונה ודאי שאינה כופה עליהם אחרת ולמעשה אין מדובר בעיכוב ההחלטה של הממונה. מסיבה זו סעיף 22(ד) לחוק, שאמנם מורה על עיכוב לגבי ערר שהוגש על ידי צדדים חיצוניים למיזוג, אינו מתייחס לעיכוב החלטת הממונה



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
 בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
 בש"א 515/08
 ה"ע 803/08
 26/08/2008

אלא לעיכוב המיזוג - מאחר והחלטת הממונה היא הנחיה שאינה כוללת מועד תחולה כלשהו לביצוע המיזוג ולכן למעשה אין בה דבר שניתן לעכב.

29. יש לזכור כי הנחת המוצא הברורה העומדת בבסיס סעיף 22 לחוק היא כי הצדדים למיזוג, שהסכימו ביניהם על ביצועו והגישו את ההסכם ביניהם לממונה, מעוניינים בקיום המיזוג ולא בעיכובו ומכל מקום הם הסדירו ביניהם – ועל פי רצונם – את מכלול התנאים הקשורים למיזוג שביניהם. אם הממונה התנגד למיזוג או הציב תנאים לאישורו, ניתנת לצדדים אפשרות לערור על החלטתו, על מנת שיוכלו להשלים את המיזוג. אולם גם אם הצדדים אינם מעוניינים לבצע את המיזוג, בכלל או בשל התנאים שנקבעו, הרי שהם חופשיים ורשאים להסכים על כך ביניהם. כך או כך, ההתקדמות בביצוע המיזוג אם אושר או אושר בתנאים, תלויה כולה בהסכמת הצדדים ואינה נובעת מהחלטת הממונה. אין כל היגיון בטענה כי הגשת הערר על ההחלטה על ידי אחד מהצדדים למיזוג תעכב אוטומטית את ביצועו, מפני שכאמור, המיזוג אינו פרי החלטת הממונה, כך שאין כל צורך בהסדר חוקי לעיכובו. החלטת הממונה רק קובעת את התנאים בהם יעשה המיזוג - אם אמנם הצדדים ירצו לבצעו. אם אחד הצדדים אינו מעוניין לבצע את המיזוג בתנאים או מעוניין לעכבו עד לבירור הערר, הדבר תלוי בו והוא חופשי לקבוע כך בהסכם עם הצד השני, כך שאין הוא יכול לבוא בטרוניה כי הממונה כופה עליו מיזוג בו אין הוא מעוניין.



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
בש"א 515/08
ה"ע 803/08
26/08/2008

30. שונים לחלוטין הם פני הדברים כאשר מדובר בערר שהוגש על ידי צדדים חיצוניים למיזוג. במקרה כזה קובע סעיף 22(ד) לחוק כי הגשת הערר לא תעכב את המיזוג אלא אם ניתן צו המורה אחרת על ידי בית הדין. במקרה מעין זה, לאחר שהממונה אישר את המיזוג או אישרו בתנאים ולאור הנחת המוצא לעיל לפיה הצדדים למיזוג מעוניינים בביצועו, קבע המחוקק כי הגשת ערר לא תעכב את המיזוג, בשל החשש שצדדים שלישיים יבקשו לסכל את המיזוג באמצעות הגשת ערר. בסיטואציה כזו, ההתקדמות בביצוע המיזוג כלל אינה תלויה במגיש הערר שהוא חיצוני להסכם, והיה צורך להבהיר כי עצם הגשת ערר על ידו לא תיצור זכות לעכב את ביצוע המיזוג לו הוא מתנגד (ובכך גם להביא לסיכולו). זאת, בניגוד גמור למצב בו מגיש הערר הוא אחד הצדדים למיזוג, שאז הוא כאמור מוחזק כמעוניין במיזוג ובכל מקרה חופשי שלא לבצע את המיזוג או לעכב אותו אם הוא מעוניין בכך, כשהדבר תלוי רק בו.

31. המבקשת מפנה לסעיף 30(ז) לחוק הקובע כי תוקפן של הוראות לבעל מונופולין שהוציא הממונה יותלה, אם בעל המונופולין הגיש התנגדות להוראות. סעיף זה אין בו כדי להועיל למבקשת. הוא עוסק בסיטואציה שונה לחלוטין בה הממונה מוציא הוראות ביצוע שונות לבעל המונופולין המתנגד להן. הוראות אלה מחייבות את בעל המונופולין לפעול, ואם לא מוגשת לגביהן התנגדות הן נכנסות לתוקף לאחר 30 ימים ובעל המונופולין מחויב לבצען. לפיכך נקבעה בסעיף 30(ז) הוראה מיוחדת לפיה אם בעל המונופולין מגיש התנגדות להוראות אלה, תוקפן יותלה עד



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
 בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
 בש"א 515/08
 ה"ע 803/08
 26/08/2008

לבירור ההתנגדות. הוראות הביצוע מכוח סעיף 30 אינן דומות כלל להחלטה לפי סעיף 22 בדבר אישור המיזוג בתנאים כמו בענייננו, המהווה הנחיה שכלל אינה מחייבת את הצדדים למיזוג להתקדם ולבצע אותו בפועל, אלא רק קובעת שאם הצדדים אמנם ירצו לבצע את המיזוג כפי שביקשו, הרי שיהיה עליו להיעשות בהתאם לתנאים שנקבעו. בנסיבות אלה לא ניתן ללמוד מסעיף 30 לחוק כי ברירת המחדל הנובעת מהגשת ערר היא עיכוב ההחלטה כפי שטוענת המבקשת.

32. לאור כל האמור לעיל, אין לקבוע כי הגשת ערר על ידי צד למיזוג מעכבת באופן אוטומטי את החלטת הממונה ודין טענות המבקשת בעניין זה להידחות.

סעד זמני המוגש במעמד צד אחד

33. הלכה היא כי על הפונה לבית משפט בבקשה לסעד זמני, במיוחד בבקשה במעמד צד אחד, כפי שהיה בענייננו, מוטלת חובה מוגברת לנהוג בתום לב ובסבירות, ובכלל זה לפרט את כל העובדות העשויות להיות רלוונטיות לבקשה וכן לצרף לה את כל המסמכים הנוגעים בדבר. חובה זו נבחנת בצורה אובייקטיבית, ואינה מותנית בגישתו הסובייקטיבית של בעל הדין ביחס למה שנכון וראוי על פי הבנתו שלו (רע"א 8113/00 **שפר תרבות לעם (1995) בע"מ**, פ"ד נה(4) 433, 439-440). במקרה שלפנינו נראה כי המבקשת לא עמדה בחובות אלה ומטעם זה בלבד ניתן היה למחוק את בקשתה על הסף.



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
 בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
 בש"א 515/08
 ה"ע 803/08
 26/08/2008

34. הטענה העיקרית של המבקשת היא כי התנאי שקבעה הממונה בהחלטתה מביא לאיון הממכר. למרות זאת, המבקשת לא צירפה לבקשה ולערר שהגישה את נספח א' להסכם המיזוג (נספח א' לתשובת הממונה לערר). מדובר במסמך שצורף להסכם ומפרט את רשימת הממכר עליה הוסכם בין הצדדים. יש לציין כי סעיף 1 להסכם בין הצדדים מיום 4.9.07 קובע: **"טרפלקס תרכוש מכפרית את כל הפעילות המפורטת בנספח א' המצורף להסכם זה..."** (נספח ב' לערר, ההדגשה במקור), וסעיף 1 להסכם התיקונים מיום 24.10.07 קובע: **"להסכם יצורף נספח א', המפרט את הפעילות הנמכרת, חתום על ידי שני הצדדים"** (נספח ג' לערר).

על פניו ברור, כי נספח א' המפרט את מהות הממכר הוא חיוני והכרחי לשם הבנת העסקה כולה בכל תביעה או בקשה שהיא המבוססת על ההסכם, לא כל שכן כאשר טענתה המרכזית של המבקשת היא כי התנאי שנקבע בהחלטת הממונה מאיין את הממכר עליו הוסכם. כיצד ניתן לברר את נכונות הטענה ולהתרשם ממנה, כאשר אין מצרפים את הנספח להסכם הכולל את פירוט הממכר? הדברים חמורים עוד יותר אם נזכור שהמבקשת הגישה את בקשתה במעמד צד אחד, במצב שבו לא ניתן לבחון את הדברים גם מפי המשיבים לבקשה אלא כאשר בית הדין חייב לסמוך על הגינותה של המבקשת לבדה לקיים את חובתה ולפרוס בפניו מצג עובדתי מלא ומקיף, הכולל את כל העובדות והמסמכים הנוגעים לעניין, ובוודאי שאת המסמך המרכזי הנוגע לליבת טענותיה. בנסיבות אלה, וגם אם מדובר בטעות שנעשתה בתום לב, מדובר בפגם חמור בהתנהלות המבקשת שדי בו, כשלעצמו, כדי



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
 בית המשפט המחוזי בירושלים
 בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
 בש"א 515/08
 ה"ע 803/08
 26/08/2008

להביא למחיקת בקשתה על הסף. לא למותר לציין בהקשר זה כי בית הדין אכן נעתר לבקשת המבקשת ונתן לה סעד כבקשתה – במעמד צד אחד.

35. בתגובה לתשובות המשיבות טענה המבקשת בשפה רפה כי הצגת נספח א' על ידי המשיבות בתור חלק מההסכם המחייב בין הצדדים מטעה, משום שמדובר בנספח שאינו אלא טיוטה שטרם נחתמה על ידי הצדדים, וזאת בניגוד לנדרש בסעיף 1 להסכם השינויים. טענתה של המבקשת בעניין זה, על פניה, נראית תמוהה ודינה להידחות. ברי כי בהתאם להסכם בין הצדדים, העסקה כולה תלויה ונסמכת על פירוט רשימת הממכר בנספח א' להסכם. הדבר מצוין במפורש בסעיפים 1 של ההסכם המקורי ושל הסכם השינויים, ונובע גם מההיגיון הבסיסי שלפיו לא תיתכן עסקת מכר מבלי שידוע וברור מהו הממכר. ודוק: המבקשת לא טענה לקיומו של מסמך אחר המפרט את הממכר, אלא התעלמה כליל מקיומו של מסמך יסודי שעליו מבוסס ההסכם. יתרה מכך, ממסמכים שהציגו המשיבים עולה כי ההסכם ובכלל זה נספח א' עצמו הועברו לממונה במסגרת הבקשה לאישור המיזוג, והממונה הסתמכה גם על נספח זה בעת שבחנה את הבקשה והחליטה על קביעת התנאים לאישור ההסכם. נראה כי הממונה כלל לא היתה יכולה לבחון את הבקשה לאישור המיזוג ללא נספח א', משום שרשימת הממכר המפורטת מהווה חלק מההסכם המפנה אליו בסעיף 1 שלו. טענת המבקשת בעניין זה, על פניה, מעוררת קושי נוסף ואינה ברורה. האם המבקשת טוענת היום כי הסכם המיזוג שהגישה לאישור הממונה לא היה שלם שכן חלק מהותי ממנו (נספח א') עדיין היה



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
 בית המשפט המחוזי בירושלים
 בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
 בש"א 515/08
 ה"ע 803/08
 26/08/2008

בגדר טיוטה בלתי מחייבת את הצדדים? המבקשת השתתפה בניסוחם של ההסכמים ושל נספח א' ודאגה להעבירם לממונה על מנת לאשר את המיזוג. לפיכך, טענתה כיום כי נספח א' הוא בגדר טיוטה בלבד שאינה מחייבת תמוהה ובודאי שאין בה כדי להצדיק את המחדל החמור הנובע מאי צירופו של הנספח לבקשה שהגישה במעמד צד אחד. יודגש כי גם אם נספח א' אינו חלק מחייב מההסכם – למרות שהדבר לכאורה אינו נראה סביר – הרי שעולה בבירור כי הוא נערך על ידי המבקשת והוגש לממונה וכי היא הסתמכה עליו בהחלטתה מושא הבקשה והערר, כך שבנסיבות אלה היתה חובה על המבקשת לצרף אותו לבקשה שהגישה במעמד צד אחד.

36. נוסף על כך נראה, כי המבקשת לא הציגה לבית הדין את הנימוקים שעמדו בבסיס החלטת הממונה והובאו לידיעתה בשלבים מוקדמים יותר. עיון בפרוטוקולים של הישיבות שהתקיימו בין המבקשת לממונה מעלה כי הממונה הבהירה למבקשת מספר פעמים את הטעמים העומדים בבסיס כוונתה לקבוע את התנאים לאישור ההסכם. כך, לדוגמא, הוסבר למבקשת על ידי גב' מרב בארי, מנהלת המחלקה הכלכלית של הרשות להגבלים עסקיים, במהלך פגישה עם נציגי המבקשת שנערכה ביום 10.4.08, כי הצבת התנאי הכרחית לשם הבטחת התחרות:

"הבדיקה העלתה שמיזוג בעייתי מבחינה תחרותית. בדקנו האם יש תנאים שיכולים להפיג את החששות ולוקחים בחשבון את מצב כפרית. אם לא בעיות בכפרית – המיזוג לא היה מאושר. אנחנו מוכנים לשקול האישור בתנאים לא פשוטים. רצינו ליידע אתכם על תנאים ולקבל אישורכם העקרוני.



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
 בית המשפט המחוזי בירושלים
 בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
 בש"א 515/08
 ה"ע 803/08
 26/08/2008

התנאים המשמעותיים ביותר – שחרור נוסחאות. זאת מכיוון שאתם הופכים להיות הגוף היחיד שמספק את התערובות ללקוחות שאין להם מכון. אנחנו רוצים להקל להם מעבר לספקים אחרים במידה וירצו. בנינו מנגנון שמאפשר ולא לעקב (כך במקור – י.צ.) את המיזוג, אך גם מוודא שלקוחות מקבלים את הנוסחאות."
 (ההדגשה שלי – י.צ.; נספח ב' לתשובת הממונה לבקשה).

ובפגישה מאוחרת יותר מיום 16.4.08 עם נציגי המבקשת הסביר רועי רוזנברג, סגן מנהל המחלקה הכלכלית ברשות את הצורך בתנאי הנדרש:

"אנו רוצים להסביר שוב למה נדרשים התנאים. המיזוג הופך להיות שוק של 2 שחקנים למונופול. ללא סיבות נוספות היינו מתנגדים למיזוג. קיימות סיבות מגוונות, ועדיין אנחנו חושבים שגם למרות הסיבות תהיה פגיעה בתחרות. אנחנו מעוניינים להנמיך חסמים ללקוחות שיחפשו אלטרנטיבות. אם יש טענה שתנאים על טרפלקס (המבקשת – י.צ.) חורגים מעצם המיזוג. הנפגעים הם לא רק לקוחות של כפרית אלא גם של טרפלקס."
 (ההדגשות שלי – י.צ.; נספח ג' לתשובת הממונה לערר).

ישיבות אלו נערכו בנוכחות המבקשת ועולה מהן כי הממונה הבהירה למבקשת את הנימוקים המקצועיים להחלטה.

37. לסיכום נושא זה, המבקשת לא צירפה לבקשתה את נספח א' להסכם עליו מתבססת טענתה המרכזית כי התנאי שנקבע על ידי הממונה מביא לאיון הממכר. למסמך זה היתה חשיבות מהותית נוכח טענותיה של המבקשת נגד החלטת הממונה והוא הוגש על ידה לממונה שהסתמכה עליו בהחלטתה לאשר את ההסכם בתנאים. נוסף לכך, המבקשת לא גילתה את דבר קיומן של מספר ישיבות עם הממונה בהן הוסברו לה הטעמים לקביעת התנאי. בנסיבות אלה יש לקבוע כי נפלו



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
 בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
 בש"א 515/08
 ה"ע 803/08
 26/08/2008

פגמים חמורים בהתנהלותה של המבקשת שהגישה את בקשתה לעיכוב ביצוע ההחלטה במעמד צד אחד, אשר די בהם כדי להביא לדחיית בקשתה על הסף.

בחינת הבקשה לסעד זמני לגופה

38. בבוא בית הדין לבחון בקשה לסעד זמני עליו לשקלל ולאזן בין שני יסודות עיקריים: הראשון נוגע לטיב הערר וסיכוייו והשני למאזן הנוחות בין הצדדים. שני שיקולים אלה אינם מנותקים זה מזה וקיימים ביניהם יחסי גומלין במובן זה שמשקלו של התנאי האחד עשוי להיות מושפע ממשקלו של התנאי האחר. בענייננו, בחינת שני השיקולים שנזכרו לעיל – ביחד ולחוד – על בסיס נסיבות המקרה, המסמכים שהוגשו והמצב המשפטי, מביאה למסקנה כי הם אינם נוטים לטובת המבקשת ולפיכך דין הבקשה לצו מניעה זמני להידחות גם לגופה.

סיכויי הערר

39. בחינת טיבו ונימוקיו של הערר מעלה כי סיכוייו להתקבל אינם גבוהים. יש להדגיש כי כל האמור בהחלטה בעניין זה הוא לכאורי בלבד, כמקובל בהחלטה בהליך ביניים של בקשה לסעד זמני.

40. ראשית, בחינת הבקשה והערר מעידה כי הם אינם כוללים התייחסות לשאלה המרכזית עליה מופקד הממונה על פי חוק והיא - הפגיעה בתחרות ובציבור. המבקשת הטוענת כי החלטת הממונה בנוגע לתנאי שנקבע, אינה סבירה ואינה



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
 בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
 בש"א 515/08
 ה"ע 803/08
 26/08/2008

מידתית חייבת להתכבד ולהציג בפני בית הדין תשתית עובדתית, מקצועית ומבוססת הכוללת ניתוח כלכלי ומתייחסת לשאלה המרכזית שעמדה לפתחו של הממונה. הערר שבפני חסר פירוט מינימלי בעניין זה, כגון - מהו השוק הרלוונטי למיזוג, זהות השחקנים הפועלים בו, חלקם של השחקנים מכלל השוק, ניתוח השוק של החברות המתמזגות ביחד ולחוד, חסמי הכניסה לשוק הרלוונטי או לכל משתנה תחרותי אחר ועוד. אם נדמה היה כי חסר זה בערר נובע מטענת המבקשת כי אינה יודעת במדויק מה היה הבסיס הכלכלי להחלטת הממונה נוכח טענתה כי ההחלטה אינה מנומקת, נראה כי לא כך הוא. בתגובה לערר הציגה הממונה פירוט כולל של התשתית העובדתית והנתונים הכלכליים המלאים ובכלל זה את העובדה שהמבקשת ומשיבה 2 הן שתי היצרניות היחידות בישראל של תערובות P.V.C. המשווקות את מוצריהן לשוק וכי המיזוג שביניהן העלה חשש של ממש לפגיעה משמעותית בתחרות הן בשוק תערובות ה-P.V.C. (היבט אופקי) והן בענף הפלסטיקה (היבט אנכי). הממונה הסבירה כי על רקע זה לא ניתן היה לאשר את המיזוג אלא בכפוף לתנאים שיעקרו את יכולתה של החברה הממוזגת להפעיל כח כלכלי בשוק התערובות ויבטיחו שלא תיפגע אספקת חומרי גלם למתחריה של החברה.

41. למרות שלמבקשת ניתנה הזכות להגיש תגובה לתשובת הממונה, הרי שגם מתגובה זו נעדר בסיס של ממש שיכול היה להסיר או לסתור את החשש התחרותי העולה מן המיזוג, ובמיוחד את התאמתם של התנאים שהציבה הממונה לאישור המיזוג



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
בש"א 515/08
ה"ע 803/08
26/08/2008

להפחתה משמעותית לפגיעה בתחרות. למעט אמירות כלליות וסתמיות נראה לכאורה כי הערר והתגובה נעדרים בסיס רציני – עובדתי וכלכלי – להתמודדות בחזית הרלוונטית לענייננו והיא שאלת התחרות בשוק.

יתירה מכך, המבקשת מאשרת כי היא אינה חולקת על הקביעות העובדתיות של הממונה אלא רק ובעיקר על מסקנותיה המשפטיות. טענתה המרכזית של המבקשת היא כי התנאי שהציבה הממונה בנוגע לנוסחאות מאיין את ההסכם שבין הצדדים, שכן לטענתה הנוסחאות הן סוד מסחרי של משיבה 2 והן מהוות כלשון המבקשת את "לב ליבו" של ההסכם שבין הצדדים.

42. למרות שזו היא הטענה המרכזית ולמעשה היחידה של המבקשת, הרי גם בעניין זה, הבקשה, הערר והתגובה לוקים לכאורה בהעדר תשתית ראייתית ועובדתית מבוססת. למרות שהמבקשת טוענת כי הנוסחאות הן "לב ליבו" של הממכר שרכשה, היא כאמור לא טרחה לצרף את נספח א' להסכם בין הצדדים, המגדיר ומפרט את מיגוון האלמנטים השונים שנכללו בממכר שרכשה. המבקשת גם לא צירפה ראיות אחרות כלשהן היכולות לתמוך בטענתה, כגון - חוות דעת מקצועית של מומחה בתחום, הערכת שווי לפיה נקבעה התמורה בעסקה (ממנה ניתן היה ללמוד כיצד תומחרו הפריטים השונים) או תזכירים פנימיים שנערכו על ידה לקראת המיזוג שיכולים היו להסביר את הבסיס לחישוב התמורה המשולמת. מן העבר השני יש מקום לציין, כי משיבה 2 צירפה לתשובתה לבקשה חוות דעת מקצועית של מומחה (נספח ב' לתשובת משיבה 2 לבקשה), ממנה עולה כי



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
בש"א 515/08
ה"ע 803/08
26/08/2008

החשיבות המסחרית של הנוסחאות אינה רבה והתנאי שנקבע על ידי הממונה אינו מאיין את הממכר ואינו מפחית את שווי הפעילות הנמכרת באופן מהותי.

43. זאת ועוד, גם בפני הממונה לא הציגה המבקשת תשתית ראייתית כלשהי שיש בה כדי לבסס את טענתה החוזית בדבר איון הממכר. כך, למרות שהמבקשת ידעה היטב על התנאי של הממונה (עוד באפריל 2008 קיבלה מהממונה את טיוטת התנאים ובכלל זה התנאי בנוגע לשחרור הנוסחאות), היא לא הציגה בפני הממונה כל תשתית לביסוס טענתה בדבר איון הממכר. אין לקבל דרך זו. צד המבקש לתקוף החלטה של רשות מינהלית – והממונה בכלל זה – חייב להתכבד ולהציג בפני הרשות את מכלול טענותיו ובעיקר את מכלול הנתונים העובדתיים והמקצועיים שיש בידיו. הדבר נכון במיוחד כאשר מדובר בנתונים שמטבע הדברים מצויים בידיעתו וברשותו. המבקשת לא עשתה כן וגם בפני הממונה הסתפקה באמירה סתמית ולאקונית בדבר פגיעה בלתי הפיכה בקניינה. אולם – וזה העיקר – גם בערר לא היה בידי המבקשת להציג תשתית עובדתית מסודרת ומלאה המבססת את טענותיה בעניין זה, וגם כאן הראייה היחידה עליה היא מתבססת היא אמירותיה בתצהיר של ממלאת מקום מנכ"ל המבקשת, וברי כי אין בהן כדי לבסס ולו לכאורה את טיעוניה. זאת ועוד, מעיון בנספח א' להסכם המהווה את פירוט רשימת הממכר, עולה כי הוא כולל כ-60 פריטים שונים אותם רוכשת המבקשת ממשיבה 2, מהם רק שלושה מתייחסים לנוסחאות, דבר שלכאורה מטיל ספק ממשי בטענה כי הנוסחאות מהוות את עיקר ההסכם. בנסיבות אלה, לכאורה



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
 בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
 בש"א 515/08
 ה"ע 803/08
 26/08/2008

לא ניתן לומר כי המבקשת תמכה את טענתה המרכזית בתשתית עובדתית ומקצועית מספקת ומשכנעת.

44. לגופם של דברים יש לזכור כי תכליתה של סמכות הפיקוח של הממונה על מיזוג חברות היא הבטחת פעילות כלכלית חופשית שנועדה להגן על האינטרס הציבורי מפני עיוותים כלכליים שמקורם בפגיעה בתחרות. סעיף 21 לחוק מסמך את הממונה להתנגד למיזוג או לאשרו תוך הצבת תנאים שמשמעותם עשויה לעיתים להביא לשינוי משמעותי בעיסקה שבין הצדדים. אישור המיזוג בתנאים מאזן בצורה נכונה בין האינטרסים והערכים הנוגעים לעניין, שהם התחרות החופשית מחד וחופש העיסוק של הצדדים מאידך. ככלל, אישור המיזוג בתנאים עדיף לצדדים שכן הוא מאפשר להם חופש בחירה בין אי ביצוע המיזוג (אם הם סבורים כי התנאים קשים עבורם או שהעסקה הופכת להיות לבלתי כדאית כלכלית) לבין ביצועו. כאמור, אישור המיזוג בתנאים אינו מחייב את הצדדים לבצע את המיזוג שהרי בין הצדדים מתקיימים יחסים הסכמיים אותם עיצבו מרצונם, על פי שיקולים כלכליים ואחרים שהינחו אותם.

45. נראה כי המבקשת מנסה להכניס את הממונה ואת בית הדין לשדה לא להם, בכך שהיא מבקשת – בדרך מלאכותית – להעביר לפתחו של הממונה את המחלוקת האזרחית שהתעוררה במערכת ההסכמית שהצדדים עיצבו לעצמם. ואכן, נראה כי גם המבקשת מודעת לזירת המחלוקת האמיתית בינה לבין משיבה 2 שכן היא



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
בש"א 515/08
ה"ע 803/08
26/08/2008

עצמה הודיעה למשיבה 2 על ביטול הסכם המיזוג ביניהם בשל שינויו המהותי ולחילופין בשל הפרתו הצפויה ועל אי נכוונתה לבצעו (ראה נספח ד' לתגובת המבקשת לתשובות המשיבים). מהודעה זו ניתן ללמוד על הזירה הנכונה, האמיתית והמתאימה למחלוקת שבין הצדדים, היא - המערכת החוזית שביניהם. אם אכן עומדת העוררת על עמדתה בדבר ביטול ההסכם, היה עליה להביא מחלוקת זו לדיון בבית משפט אזרחי. נראה לכאורה כי לא היתה כל הצדקה להעביר מחלוקת אזרחית הנוגעת לפרשנות ההסכם שבין הצדדים לעיסקה ולהפוך אותה, בצורה מלאכותית, לעניין ציבורי מינהלי מתחום ההגבלים העסקיים. טענותיה האמיתיות של המבקשת אינן צריכות להיות מופנות כלפי החלטת הממונה אלא כלפי הסכם המיזוג עליו חתמה מרצונה. כאמור, החלטת הממונה להורות על שחרור הנוסחאות כתנאי לאישור המיזוג לא חייבה את ביצועו של ההסכם אלא איפשרה למבקשת ולמשיבה 2 להחליט אם לבצע את המיזוג בתנאים שקבעה הממונה או שלא לבצעו. מההודעה ששלחה המבקשת למשיבה 2 נראה כי בשלב זה היא סבורה כי ההסכם שביניהם בטל וכי אין בכוונתה לבצעו.

46. השאלות שמעלה המבקשת בדבר כדאיותו הכלכלית של ההסכם לכל אחד מהצדדים, אינן נראות רלוונטיות להחלטתה של הממונה, הפועלת בתפקידה מכח הסמכות והמטרות שהציב החוק. נראה כי המבקשת ניסתה להכניס את הממונה לזירה לא לה וצודקת הממונה בגישתה העקרונית כי אין זה מעניינה לבדוק את מאזן הכדאיות הכלכלית של הצדדים במסגרת היחסים החוזיים שביניהם. מדובר



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
בש"א 515/08
ה"ע 803/08
26/08/2008

בעניינים המסורים לשיקול דעתם ולרצונם של הצדדים, במסגרת המשא ומתן שניהלו ביניהם וההסכמות אליהם הגיעו בהתאם לחוזה שנכרת ביניהם. במקרה שלפנינו, העובדה שהמבקשת כבלה עצמה לכאורה בהסכם שלפיו יש לבצע את המיזוג גם אם הממונה תתנה את האישור בתנאים ובכך שללה מעצמה מראש את אפשרות הבחירה, אינה מעניינת של הממונה, ואין בה כדי להשפיע על סבירות התנאי שקבעה. נראה כי המבקשת אינה יכולה להלין אלא על עצמה, ובכל מקרה אין היא יכולה לבוא בטענות בעניין זה אל הממונה, שהחלטתה דווקא העניקה למבקשת (ולמשיבה 2) את הבחירה בין ביצוע המיזוג בתנאי שנקבע ובין אי ביצועו.

47. ההחלטה לאשר את המיזוג בתנאים מחלישה גם את טענתה של המבקשת לפיה התנאי שקבעה הממונה פוגע בחופש העיסוק ובזכות הקניין שלה. כאמור, החלטת הממונה אינה כופה על המבקשת את המיזוג אלא מעניקה לה את חופש הבחירה בין ביצועו בתנאים שנקבעו ובין אי ביצועו. נראה כי הפגיעה בחופש העיסוק שנגרמה למבקשת, אם בכלל, נובעת מההסכם בו התקשרה מרצונה.

48. המבקשת טוענת כי הממונה כפופה לכללי המשפט המינהליים וכי החלטתה חורגת ממתחם הסבירות ולוקה בחוסר מידתיות קיצוני. אין כל ספק כי על הממונה - בהיותה רשות ציבורית - חלים כללי המשפטי הציבורי והחלטתה חייבת להיות סבירה ומידתית. אולם, כללי המשפט המינהלי אינם פועלים בחלל ריק וביסודם עומדים החוקים, המטרות והמאטריה הרלבנטיים לעניין. שאלות של סבירות



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
בש"א 515/08
ה"ע 803/08
26/08/2008

ומידתיות נבחנות תמיד על פי התכלית שהאמצעי עליו הוחלט (ובענייננו - התנאי שקבעה הממונה) מבקש להגשים. יש לבחון את מידת ההסתברות של הגשמת תכלית החוק ואת מידת התאמתו של האמצעי שנבחר להשגת תכלית זו, בהתחשב בקיומם האפשרי של תנאים או אמצעים חלופיים להשגתה. בחינה זו הינה תמיד פועל יוצא של האינטרסים והערכים הרלוונטיים לעניין ולא ניתן לנתק מהמאטריה המיוחדת של העניין.

49. האינטרסים עליהם מופקד הממונה נקבעו בחוק ההגבלים העסקיים והם מהווים את נקודת המוצא לדיון בשאלת הסבירות והמידתיות של התנאים שקבעה הממונה בהחלטתה.

בענייננו, המבקשת הסיטה את הטיעון בנוגע לסבירות התנאי לתחום אחר ונמנעה מלהתמודד עימו במישור הרלוונטי עליו מופקדת הממונה – דיני התחרות העסקיים.

ברי כי כל החלטה של הממונה לאסור או להגביל מיזוג גורמת מטבעה לפגיעה מסוימת בחופש העיסוק ובקניין של הצדדים למיזוג, אולם בכך כשלעצמו אין די כדי להביא לפסילתה. על המבקשת מוטלת החובה להראות כי ההחלטה היא בלתי סבירה בכך שהיא לא מגשימה בצורה מידתית את תכלית החוק, שהיא שמירה על הפגיעה בתחרות ו/או בציבור (בהתאם לסעיף 21 לחוק). במקרה שלפנינו נראה לכאורה כי המבקשת לא עמדה בחובה זו ולא הציגה תשתית עובדתית ומקצועית



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
 בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
 בש"א 515/08
 ה"ע 803/08
 26/08/2008

שיש בה כדי לשכנע כי החלטת הממונה אינה סבירה ומידתית בהתאם לדיני התחרות.

50. כאמור, הבקשה והערר אינם כוללים התייחסות כלשהיא לניתוח התחרותי והכלכלי של המיזוג. קיומו של חשש לפגיעה בתחרות נגזר מתנאי השוק בענף הרלוונטי, בשים לב למבנהו, למאפייני המיוחדים ולהשפעת הרקע וההתפתחות ההסטורית המיוחדת אותו. בנוסף יש לבחון את היקפם של חסמי הכניסה למקטעים שונים בענף, השפעת המיזוג על מדדי הריכוזיות בענף והשפעתם על משטר המחירים וכן עניינים מקצועיים נוספים שנבחנו על ידי הממונה. הנטל על המבקשת להציג תשתית עובדתית ומקצועית, מבוססת ומשכנעת, תוך שימוש בנתונים שבידיעתה המיוחדת, שיש בהם להראות כי החלטת הממונה אינה מוצדקת מבחינת דיני התחרות ואינה מגשימה את תכלית החוק של מניעת הפגיעה בתחרות הכלכלית ובציבור. נראה לכאורה כי המבקשת לא עמדה בנטל זה. היא לא העלתה בפני הממונה או בבקשה לבית הדין, תשתית לכאורית שיש בה כדי להצביע על העדר הסבירות של התנאי בהתאם לתכלית ולמטרת החוק, ואף לא הצביעה על תנאים חלופיים אחרים שיש בהם לתת מענה לחששות לתחרות שנבעו מהסכם המיזוג.

51. המבקשת אמנם העלתה טענה לפיה סודיות הנוסחאות אינה פרי המיזוג שהתבקש אלא קניינה הבלעדי של משיבה 2, ומכאן שהשינוי היחיד בהקשר זה הנובע



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
בש"א 515/08
ה"ע 803/08
26/08/2008

מהמיזוג הוא זהות בעלי הנוסחאות, כך שהפגיעה בתחרותיות היתה קיימת גם עובר למיזוג ואינה נובעת ממנו. אולם, בכך נראה לכאורה כי המבקשת התעלמה מהעובדה המשמעותית ביותר והיא שבהתאם למיזוג, החברה בעלת הנוסחאות (משיבה 2) נרכשה על ידי מתחרתה (היא המבקשת) שהופכת לבעלת מונופולין בשוק, בעוד הראשונה חדלה להתחרות בו. לכאורה נראה כי טענת המבקשת לפיה הנוסחאות הסודיות רק מחליפות בעלים, אינה מדויקת. אין מחלוקת כי בהתאם למיזוג, אמורות היו הנוסחאות לעבור מידי של שחקן מרכזי אחד בשוק תחרותי של שני שחקנים מרכזיים לידי של שחקן אחד ויחיד בשוק בעל סממנים מונופוליסטיים. כפי שקבעה הממונה, מעבר בעלות מעין זה עלול, במידה גבוהה של הסתברות, להשפיע באופן שלילי על התחרות בשוק הרלוונטי. לפיכך, גם הטענות החלקיות שהעלתה המבקשת בהקשר זה לכאורה אינן מבוססות והסיכוי שיתקבלו אינו גבוה.

52. זאת ועוד, מדבריו של מר אביב אלגור, בעל השליטה במבקשת, עולה כי הבעלות בנוסחאות אכן תחזק מאוד את כוחה של המבקשת, מעבר לעובדה כי בעקבות המיזוג היא תהפוך להיות בעלת מונופולין בשוק. וכך נאמר על ידו בישיבה שנערכה עם נציגי הממונה:

"אנחנו רוצים להיות דומיננטים בשוק, ולשלוט בנוסחאות זה הכוח שלנו." (עמ' 3 לפרוטוקול הישיבה מיום 29.4.08, נספח ד' לתשובת הממונה לערר).



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
 בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
 בש"א 515/08
 ה"ע 803/08
 26/08/2008

מדברים אלה נראה לכאורה כי גם המבקשת עצמה מודה כי רכישת הנוסחאות על ידה תביא לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק הרלוונטי, דבר התומך לכאורה במסקנה כי התנאי שקבעה הממונה לשחרור הנוסחאות סביר ונועד להגשים את התכלית של צמצום הפגיעה בתחרות.

53. אשר לבחינת המידתיות של ההחלטה - כפי שצוין, הממונה אינה כופה על המבקשת את ביצוע המיזוג אלא מאפשרת לצדדים לבחור האם הם מעדיפים לבצע את המיזוג בהתאם לתנאים או לסגת מהעסקה. תוצאה זו, בניגוד לאפשרות לסרב למיזוג באופן מוחלט, מגשימה את עיקרון המידתיות ומאזנת נכונה בין הזכויות החוקתיות של המבקשת ומשיבה 2 (הצדדים למיזוג) לבין ההגנה על זכויות הקניין וחופש העיסוק של לקוחותיהן, של המתחרים בהן ושל הציבור בכללותו (בהקשר זה ראו גם ה"ע (י-ם) 8006/03 יהודה פלדות נ' הממונה על ההגבלים העסקיים וכן ה"ע (י-ם) 613/05 דור אלון אנרגיה לישראל (1988) נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פסקה 18).

מאזן הנוחות

54. אשר למאזן הנוחות, על המבקשת להראות כי הנזק שייגרם לה כתוצאה מאי העיכוב של ההחלטה, גדול מהנזק שייגרם למשיבות אם ההחלטה תעוכב. במקרה שלפנינו, הנזק שעלול להיגרם למבקשת אינו נובע מהחלטת הממונה מושא הערר, אלא, אם בכלל, מהסעיף בהסכם בין הצדדים שלפיו אישור המיזוג על ידי הממונה



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
בש"א 515/08
ה"ע 803/08
26/08/2008

בתנאים לא יהיה בו כדי למנוע את מימוש החוזה. ביצוע המיזוג בין הצדדים אינו מתחייב מכוח החלטת הממונה אלא מההסכמה החוזית שבין הצדדים. גם לאחר החלטת הממונה, יש בידי הצדדים להחליט שלא לבצע את המיזוג בתנאי שנקבע, וההחלטה אינה כופה עליהם לבצעו אלא אך ורק את התנאים שיחולו עליו במידה ואכן יחליטו להתקדם בתכנית ולממשו בפועל. לפיכך, הנזק שלכאורה עלול להיגרם למבקשת אינו נובע באופן ישיר מהחלטת הממונה אלא מההסכם החוזי בו היא התקשרה מרצונה החופשי.

55. צודקת הממונה בטענתה כי העמדת פגיעה שמקורה בהסכם בין הצדדים כעילה למתן סעד זמני נגד החלטת רשות, מנתקת את הזיקה הנדרשת בין ההחלטה הנתקפת לבין הסעד המתבקש. צדדים לחוזה אינם יכולים להסכים ביניהם כי החלטה של רשות בעניינם תחייב אותם לבצע פעולה מסוימת, ואז לבוא ולטעון כלפי הרשות על הנזק שגרמה להם אותה החלטה, משום שהנזק, אם קיים כזה, הוא פועל יוצא של ההתקשרות החוזית. לפיכך, מקומה של הטענה על נזק הוא במסגרת דיון אזרחי בין הצדדים בשאלת ביצוע ההסכם, ולא במסגרת הליך נגד החלטת הממונה. בהקשר זה יצויין כאמור כי בעקבות החלטת הממונה הודיעה המבקשת למשיבה 2 ביום 26.5.08 על ביטול ההסכם ביניהם (נספח ד' לתגובת המבקשת לתשובות המשיבות). אם אכן התנאי שקבעה הממונה מקשה על המבקשת או הופך את הממכר לבלתי כדאי עבורה, עליה לפעול במסגרת ההסכם שבינה לבין משיבה 2 ובהתאם למבחנים ולכללים המקובלים במשפט הפרטי.



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
בש"א 515/08
ה"ע 803/08
26/08/2008

56. ולבסוף, ולא פחות חשוב, דיני המשפט הציבורי בכלל ודיני ההגבלים העסקיים בפרט נועדו לשרת ולבחון את האינטרס הציבורי שבתחרות העסקית. בענייננו, מתן הצו הזמני ישרת לכאורה את האינטרס של החברה המבקשת במישור המשפט הפרטי, בדרך הנותנת למעשה היתר להימנע או להשתחרר מביצוע הסכם חוזי ולאכוף זכויות במישור המשפט הפרטי.

57. לסיכום, הפיקוח הסטטוטורי שהמחוקק הפקיד בידי הממונה ובידי בית הדין להגבלים עסקיים נועד להבטיח את עניינו של הציבור בשמירה על האינטרסים הציבוריים והערכים עליהם ביקש המחוקק להגן בחוק ההגבלים העסקיים. אך ברור הוא שפיקוח זה חייב להיעשות על פי כללי המשפט המינהלי. עם זאת, התוכן והמהות שיש לצקת למסגרת הפיקוח חייבים להיות מבוססים על העקרונות, הערכים והאינטרסים המפורטים בחוק. זהו תפקידו הציבורי המהותי של הממונה כמי שמפקח על ביצועו של חוק ההגבלים העסקיים, וזוהי גם מהות הביקורת שמפעיל בית הדין על החלטותיו ותיפקודו. ככלל, הממונה מופקד על מניעת הפגיעה בתחרות ובציבור, ובתפקידו זה נתון לו מרחב של שיקול דעת. החלטת הממונה בעניין אישור הסכם המיזוג בתנאים צריכה להיבחן על פי מידת התאמתם של תנאים אלה למטרות ולתכליות של החוק, על בסיס איזון ראוי בין האינטרסים והערכים הרלוונטיים.



בתי המשפט

בבית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
בית המשפט המחוזי בירושלים
 בפני: אב בית דין, השופטת יהודית צור – סגנית נשיא
 בש"א 515/08
 ה"ע 803/08
 26/08/2008

הערר והבקשה שלפניי נעדרים, על פניהם, תשתית עובדתית, מקצועית ומבוססת הנוגעת לתכלית ולמהות תפקידו של הממונה, שהיא לוודא כי הסכם המיזוג בין הצדדים אינו מקים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות ובציבור. יתרה מכך, הבקשה אינה מכוונת – למעשה – כלפי החלטת הממונה אלא כלפי צד לחוזה (משיבה 2) עימה התקשרה המבקשת בהסכם, ויש בה למעשה כדי להסיט את הדיון למישור המשפט הפרטי-הסכמי שבין הצדדים, שאינו בתחום המקצועי והציבורי המיוחד עליו מופקד הממונה.

58. לאור כל האמור הגעתי למסקנה כי אין הצדקה להורות על עיכוב ביצוע ההחלטה של הממונה שעל פניה נראית מאוזנת וראויה. המבקשת לא הציגה תשתית עובדתית, מקצועית וכלכלית הנוגעת לתחום המיוחד והמקצועי בו אנו מצויים שיש בה כדי לעורר ספק ענייני בנוגע לסבירות ההחלטה ולאינטרס הציבורי המוצדק לכאורה, העומד בבסיסה. לאור כל האמור, החלטתי לדחות את הבקשה. המבקשת תישא בהוצאות ושכ"ט המשיבות בסכום של 40,000 ₪ לכל משיבה. המזכירות תעביר החלטה זו לצדדים.

ניתנה היום כ"ה באב תשס"ח (26 באוגוסט 2008) בהעדר הצדדים.