

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 3398/06

ע"א 4364/06

בפני :

כבוד הנשיא (בדימ') א' ברק  
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה  
כבוד השופטת ע' ארבל

המערערת בע"א 3398/06 :

הרשות להגבלים עסקיים

המערערת בע"א 4364/06 :

סוכני דלק ושמונים בע"מ

נ ג ד

המשיבות :

1. דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ  
2. סונול ישראל בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית הדין להגבלים עסקיים מיום  
09/04/2006 בתיק ה"ע 613/05 שניתן על ידי כבוד השופטת  
מ' מזרחי, והחברים פרופ' ר' גרונאו ו-נ' ליסובסקי

בשם המערערת בע"א  
: 3398/06

עו"ד ענת קליין ; עו"ד אלעד בנבגי

בשם המערערת בע"א  
: 4364/06

עו"ד בועז בן-צור ; עו"ד פרופ' זוהר גושן ; ועו"ד קרן  
שמש

בשם המשיבה 1 :

עו"ד ניב זקלר ; עו"ד עופר ארגוב ; ועו"ד שרון  
מרקוביץ

בשם המשיבה 2 :

עו"ד ד"ר אביגדור קלגסבלד ; ועו"ד אמיר שרגא

## פסק - דין משלים

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. הסוגיה שהועמדה להכרעתנו בהליך זה הינה, האם המיזוג שנתבקש על-ידי החברות המשיבות עולה בקנה אחד עם אמות המידה הקבועות בסעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן - חוק ההגבלים העסקיים או החוק) שתכליתן למנוע פגיעה בתחרות ולהגן על האינטרס הציבורי, והאם יש להותיר בעינה את החלטת בית הדין להגבלים עסקיים (להלן - בית הדין) אשר ראה לאשר את המיזוג המבוקש בכפוף לתנאים, וזאת בניגוד להחלטת הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן - הממונה).

2. דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ (להלן - דור-אלון) וסונול ישראל בע"מ (להלן - סונול) ביקשו להתמזג. הממונה דחה את בקשתן ביום 2.11.05 (להלן - החלטת הממונה). החלטת הממונה מתבססת על הקביעה כי אין לאשר את המיזוג, שכן קיים חשש סביר כי כתוצאה מכך תיפגע באופן משמעותי התחרות בענף הדלק, והציבור עלול להיפגע מכך. החברות עררו לבית הדין, והשיגו בפניו על החלטת הממונה. בית הדין, בפסק דין מפורט, קיבל את הערר, ביטל את החלטת הממונה, ואישר את המיזוג בין החברות בכפוף לשורה של תנאים.

3. על פסק דינו של בית הדין ערערו בפנינו בשני ערעורים נפרדים הרשות להגבלים עסקיים (להלן - הרשות) וכן סוכני דלק ושמנים בע"מ (להלן - סד"ש). סד"ש לא היתה בעלת דין בהליך בפני בית הדין. היא ביקשה ליטול חלק בדיון, אולם בקשתה הראשונה נדחתה על-ידי בית הדין ביום 28.12.05. לאחר מכן, הגישה סד"ש בקשה נוספת לבית הדין להצטרף להליך, וגם בקשתה זו לא נתקבלה, אולם בית הדין התיר לה להשמיע את טיעוניה במסגרת סיכומי הצדדים. בערעוריהן, מבקשות הרשות וסד"ש לבטל את פסק דינו של בית הדין, ולהחזיר על כנה את החלטת הממונה, הדוחה את בקשת החברות להתמזג. החברות המשיבות ביקשו לדחות את הערעורים, ולקיים את החלטת בית הדין במלואה.

4. ביום 12.6.06 קיימנו דיון בערעורים, ושמענו את טיעוניהם של הצדדים. ביום 15.6.06 ניתן על-ידינו פסק דין, בו קבענו כי יש לקבל את ערעור הרשות, לבטל את פסק דינו של בית הדין, ולהחזיר על כנה את החלטת הממונה. משמעות הדבר היתה כי המיזוג המבוקש בין החברות לא יזכה לאישור הממונה, ולא יוכל להתממש. בשל גורם הזמן שהיה אז ממהותו של הענין, ולאור נסיבות מיוחדות לחברות עצמן ולמהלכים כלליים במשק, הודענו על תוצאת פסק הדין בלא נימוקים, וציינו כי נימוקינו יינתנו בנפרד.

להלן, נפרט את נימוקינו, אחד לאחד.

## רקע והליכים

### בקשת המיזוג

5. המשיבות, דור-אלון וסונול, פועלות בתחומי היבוא, השיווק וההפצה של תזיקי נפט. הן נימנות על החברות הגדולות בישראל, המתחרות זו בזו במכירת בנזין וסולר בתחנות התידלוק שלהן, ובכלל זה באמצעות התקני תידלוק אוטומטיים, וכן במכירת תזיקים מחוץ לתחנות. על-פי הנתונים במועד הקובע להגשת בקשת המיזוג, דור-אלון הינה חברה פרטית המצויה בשליטתם של מר שרגא בירן, מר דוד ויסמן וחב' אפריקה ישראל בע"מ. סונול היא חברה פרטית בשליטת גרנית הכרמל השקעות בע"מ (להלן - גרנית הכרמל), הנשלטת במשותף על-ידי קונצרן הסחר Glencore International A.G. וקבוצת בורוביץ'.

בתאריך 22.9.2005, הוגשו הודעות המיזוג של החברות בהתאם לסעיף 20 לחוק ההגבלים העסקיים, לקראת מיזוגן של דור-אלון וסונול. במסגרת עסקת המיזוג, ביקשה דור-אלון לרכוש מידי גרנית הכרמל את מלוא הון המניות המונפק (100%) של סונול, את מלוא הון המניות המונפק (100%) של חברה מאוגדת לשמנים וכימיקלים בע"מ, את מלוא אחזקות גרנית הכרמל (כ-9.5%) בחברת שמנים בסיסיים חיפה בע"מ, ואת מלוא אחזקות סונול בפי גלילות מסופי נפט וצינורות בע"מ (כ-13%).

המיזוג שנתבקש הוא מיזוג אופקי בין חברות המתחרות ביניהן בתחרות ישירה במספר תחומים, ביניהם - שיווק תזיקים בתחנות תידלוק לצרכנים מזדמנים, שיווק תזיקים באמצעות התקני תידלוק אוטומטיים, שיווק ישיר של תזיקים (שלא באמצעות תחנות תידלוק) ושיווק שמנים.

### החלטת הממונה

6. החלטת הממונה בנובמבר 2005 פותחת בתיאור הרקע הכללי למשק האנרגיה בישראל, המשמש תשתית למסקנותיו בבקשת המיזוג. ההחלטה מתארת את המבנה הריכוזי של משק הדלק מאז קום המדינה, אשר התאפיין בחסמי כניסה תמירים אשר בלמו את היסוד התחרותי במשק הדלק. משק זה הצטיין לאורך שנים רבות במעורבות ממשלתית גבוהה, שהתבטאה הן בפיקוח מחירים במרבית מוצרי הדלק, והן בבעלות ממשלתית בחברות שונות במקטעים מסויימים של שוק הדלק, אשר חלקן בעלות מעמד

מונופוליסטי. בחלק מענפי משק הדלק ישנן החזקות משותפות של חלק מהגורמים הפעילים, ושיתוף פעולה ביניהם. במשק האנרגיה הישראלי ישנו בית זיקוק אחד לנפט גולמי המוכרז כמונופול, ומחיריו אחידים ומפוקחים. בשיווק התזקיקים באמצעות תחנת תידלוק, ושלא באמצעותן, קיימות ארבע חברות מרכזיות - פז חברת נפט בע"מ (להלן - פז); דלק, חברת הדלק הישראלית בע"מ (להלן - דלק); סונול ודור-אלון. פז, דלק וסונול הן שלוש חברות הדלק הוותיקות. מאז קום המדינה ועד הרפורמה במשק הדלק ב-1988 נוהל הענף בפיקוח ממשלתי. לאור הריכוזיות הרבה במשק הדלק, שררה תחרות מועטה בין החברות הגדולות. החל מ-1988, החלה הממשלה בניסיונות לפתוח את משק הדלק לתחרות באמצעות רפורמות שונות, וביניהן פתיחת ענף שיווק הדלקים לחברות חדשות, וביניהן - חברת דור אנרגיה בע"מ ואלון, חברת הדלק הישראלית בע"מ, אשר נתמזגו במהלך הזמן לחברה אחת במיזוג שקיבל הכרה ואישור. חרף המאמצים לפתוח את השוק לתחרות, הוא נותר במיקטעים רבים ריכוזי וחסר תחרות. במסגרת הסדרים שונים בין הממונה לחברות פז, דלק וסונול, שוחררו בשנים 1995 ו-1997 כ-35 תחנות בכל חברה מהתקשרויות ארוכות טווח עם כל אחת מהחברות. הבעלות המשותפת של החברות בחלק מהתאגידים המשותפים הופרדה. עם זאת, כ-18 שנים אחרי תחילת הרפורמה, עדיין סובל הענף מבעיה של חוסר תחרות, אף כי כמו חברות קטנות שתרמו תרומה מסוימת להגברת התחרות. הגדולה והבולטת מביניהן היא דור-אלון.

הממונה מנה בהחלטתו את הטעמים שאינם תומכים במיזוג דור-אלון וסונול:

#### **מקטע שיווק התזקיקים בתחנות תידלוק לצרכנים מזדמנים - המישור הארצי**

7. לדעת הממונה, במיקטע זה, מגביר המיזוג את החשש מפני השפעות מתואמות בענף. המיזוג עלול להביא להורדת מתחרה מרכזי מבין ארבעת המתחרים העיקריים, ולהגביר את הריכוזיות בענף המתאפיין גם כיום במבנה ריכוזי. החברות המתמזגות תרכזנה לאחר המיזוג כ-38% מנתח השוק בשיווק הבנזין, ותהפוכנה לחברה הגדולה בשוק. לענין סולר, נתח השוק המצרפי של החברה הממוזגת יעמוד על 43%, וחברה זו תהיה המובילה בשיווק סולר. מצבו הריכוזי הכללי של שוק הדלק מקשה על קביעת תנאים למיזוג שימתנו את פגיעת המיזוג. מיעוט הגורמים הפעילים בשוק מגדיל את החשש מפני החלשת התחרותיות המועטה הקיימת בו ממילא. העובדה כי קיימים גורמים מעטים הפועלים בשוק הדלק ועוסקים במספר רב של תחומים, מגבירה עוד יותר את החשש מפני שיתוף פעולה ביניהם העלול לפגוע בתחרות. בנסיבות אלה,

מיזוג המקטין את מספר המתחרים עוד מתחת למספר הקטן הקיים כיום הינו צעד אנטי-תחרותי מובהק.

#### מקטע שיווק התזקיקים לצרכנים מזדמנים - היבט איזורי

8. ממשיך הממונה וקובע כי המיזוג מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות במספר רב של איזורים גיאוגרפיים. הוא מגביר חשש לשיתוף פעולה בין מעט מתחרים באותו איזור, ולהגדלת כוח השוק לחברה הממוזגת, שיאפשר לה להעלות מחירים ולהוריד תפוקה. הקטנת מספר המתחרים באיזור אחד מעלה חשש להשפעות מתואמות.

#### מקטע שיווק התזקיקים באמצעות התקני תידלוק אוטומטיים

9. במקטע שיווק זה, מעלה המיזוג חשש לפגיעה בתחרות כלפי חלק מהלקוחות בהתאם לגודל צי הרכב שלהם. המיזוג מקטין את מספר המתחרים מארבעה לשלושה, כאשר נתח שוק גבוה במיוחד מתרכז בתאגיד הממוזג, ומגביר חשש להשפעות מתואמות.

#### מקטע שיווק ישיר של תזקיקים שלא באמצעות תחנות תידלוק

10. גם בתחום זה קיים חשש לפגיעה בתחרות עקב גריעת מתחרה מרכזי מבין ארבעה מתחרים הפועלים בשוק, והגדלת הריכוזיות בו בשיווק ישיר של בנזין, מזוט וזפת. לחברה הממוזגת צפוי נתח שוק של מעל 40% בכל אחד מאלה, ובשיווק של דלק סילוני יהיה לחברה הממוזגת למעלה מ-70% נתח שוק. גם בתחום זה ישנה היסטוריה של שיתוף פעולה בין גורמים שונים המקשים על חברות קטנות להתפתח. אלה מגבירים חשש להשפעות מתואמות בעקבות המיזוג.

#### מחולל תחרות בשוק (maverick)

11. דור-אלון הינה חברה "מחוללת תחרות" בשוק. יש לה תמריץ חזק להתחרות בשווקים הרלבנטיים. קיומו של גורם מחולל תחרות בשוק מקשה, ולעיתים מונע, התפתחות השפעות מתואמות בתחום מחירים. היעלמותו של מחולל תחרות, למשל בדרך של מיזוג חברות, מקילה על קיומן של השפעות מתואמות. דור-אלון נקטה באסטרטגיה תחרותית בולטת בשל רצונה לכבוש נתחי שוק, ולהעצים את תחום

פריסתה באזורי הארץ השונים. המיזוג עלול להשפיע לרעה על מעמדה זה, ועל התמריצים המכוונים את פעילותה. ובלשון הממונה בהחלטתו (עמ' 6):

"המיזוג מקים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות כתוצאה מהתעצמות החשש מפני התנהגות מתואמת בענפים השונים הן בשל הגדלת הריכוזיות בענפים שמאפייניהם מעודדים התנהגות מתואמת, ואף יותר, ככל שעסקינן בהעלמת אחד ממחוללי התחרות, ככל שדור-אלון אכן עונה על הגדרה זו".

12. הממונה סקר טענות שהועלו, לפיהן המיזוג עשוי להגדיל יעילויות, למשל - על דרך שיפור פריסה שתאפשר יכולת תחרותית גדולה יותר; והגדלת יעילות ביבוא תזקינים ובניצול מתקני הניפוק והתשתית. הוא קבע כי מבדיקות שנערכו, לא הוכח במידה הנדרשת כי המיזוג עשוי להשיג יעילויות משמעותיות שלא ניתן להשיג בדרכים אחרות, והנטל המוטל על החברות להראות כי המיזוג ייטיב עם ציבור הצרכנים בשוק שיש בו חשש מובנה מפגיעה בתחרות לא הוסר. לאור זאת, החשש מפגיעה בתחרות עקב המיזוג רב מן התועלת הבלתי מוכחת העשויה לצמוח ממנו.

13. בסיום החלטתו, מתייחס הממונה לשינויים עתידיים הצפויים להתרחש במשק האנרגיה. לדבריו, משק הדלק עומד בפני מספר תמורות עתידיות, אשר אילו היו מתממשות בתכיפות זמנים למתן ההחלטה הן היו עשויות להוביל לניתוח תחרותי שונה. הוא מתייחס להחלטת הממשלה להביא לפיצול בתי הזיקוק בחיפה ובאשדוד לשני גופים נפרדים, ולאפשר להם להתחרות בשוק הדלקים. אולם, לדבריו, אין לתהליך זה לוחות זמנים ברורים; לא ברור אם החלטת הממשלה תקרום עור וגידים, וממילא, השפעתה על מצב התחרות במקטע השיווק עודנה לוטה בערפל. המהלך לתיקון תמ"א 18 כדי לאפשר הקמת תחנות זעירות לשם הגדלת ערוצי שיווק טרם הבשיל, ולא ברור מתי תיקון זה יעבור, וכן לא ברור אם תחנות כאלה תהוונה גורם תחרות משמעותי לתחנות התידלוק הקיימות כיום. לאור זאת, כל עוד המצב הקיים נותר על כנו, בלא שהמהלכים האמורים יצאו לפועל באופן ממשי, אין מקום לסטות מקו הניתוח התחרותי שהובא לעיל.

עד כאן לעיקרי החלטת הממונה.

עיקרי פסק הדין של בית הדין

14. בית הדין מגדיר את גדר המסגרת להתערבותו בהחלטת הממונה. הנחתו הינה כי הדיון בשאלת אישור או דחיית המיזוג המבוקש הוא דיון de-novo קרי: הליך בחינה מחדש (ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פד"י נב(5) 213; להלן - פרשת תנובה). בהתאם לכך, הוא אינו בוחן את הנמקותיו של הממונה, אלא פונה לבחינה מקורית משלו, שהיא ראשונית ביסודה. הוא מנתח תשתית נתונים רחבה, ובכלל זה את עיקרי ההיסטוריה של הענף, ותנאי התחרות המיוחדים השוררים בו.

15. בית הדין מניח כנקודת מוצא כי נטל ההוכחה מוטל על המתנגד למיזוג להוכיח כי המיזוג פוגע באופן משמעותי בתחרות. הטעם לכך הוא כי התערבות בזכות להתמזג מהווה פגיעה בזכות יסוד. אמת המידה לבחינת תקפות סירוב של הממונה למיזוג טמונה בהוראות סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים, המעגן את המבחן לכך "בקיום חשש סביר" לפגיעה משמעותית בתחרות באותו ענף, או פגיעה בציבור. קיום חשש סביר מוכח על-פי מאזן הסתברות אזורי.

16. בפני בית הדין הוגשו תצהירים וחומר מקצועי רב מטעם שני הצדדים. כן הוגשה חוות דעת כלכלית. בית הדין ניתח את החומר העובדתי שהוגש בפניו, והתחקה אחר ההיסטוריה התחרותית של הענף. הוא סקר את 40 השנים הראשונות לקיום המדינה, בהן נשלט ענף הדלק על-ידי שלוש החברות הגדולות, ותאר את הרפורמה במשק הדלק ב-1987 ולאחר מכן, שמטרתה היתה לשבור את שליטת חברות הדלק הוותיקות במשק הדלק. המאמצים שנעשו זכו להצלחה מוגבלת במגזר הקמעונאי. מאמץ רב הושקע בהסרת חסמים שהאטו כניסת תחנות חדשות לענף. על רקע זה חוקק חוק משק הדלק (קידום התחרות), התשנ"ד-1994 (להלן - חוק משק הדלק), שתכליתו לעודד הקמת תחנות תידלוק, ותמ"א 18 שונתה כדי להשיג תכלית זו. בכך, נסללה הדרך להקמת תחנות תידלוק זעירות. בשנת 1993 הוחל במהלך של שחרור תחנות מהחוזים הקושרים אותן לרשת, והמאמצים להגדיל את מספר התחנות נשאו פרי, אולם גם כך משק הדלק נותר ריכוזי. אמנם, חסמי הכניסה במקטע השיווק הישיר (הסיטונאי) הוסרו, אך עיקר בעיית התחרות נותרה במגזר התחנות, המקרינה על בקשת המיזוג. לפי קביעתו, ההישגים במגזר התחנות מעטים ושבריריים, חרף ניסיונות הממשלה להעמיק את התחרות. אם היו הישגים בתחום התחרות וההישגים לצרכן, היה זה ביוזמת הגורם השלטוני ולא ביוזמה שמקורה בענף, אולם דור-אלון היתה חריג לתופעה זו בהיותה "מחוללת תחרות" בשוק, בין היתר, בהקמת חנויות נוחות, שילוב משאבות לשימוש עצמי ומבצעי הנחות. בית הדין מציין (פסקה 38):

”החריג היחיד למגמה זו היא חברת דור-אלון, שהיתה מאז היווסדה גורם תוסס ומתסיס את הענף. דרך התנהלותה של החברה הקרין על שאר המתחרות, וסייע למפקח להחיל על הענף כללי התנהגות מעודדי תחרות.”

17. מסקנת בית הדין היא כי המיזוג המבוקש ישפיע בצורה משמעותית על הריכוזיות בשני מקטעים: מקטע ציי הרכב הקטנים, ומקטע הצרכנים המזדמנים, הן במכירת בנזין והן במכירת סולר. אלה מהווים 90 אחוז מהמכירות בתחנות. לדבריו, מדד הריכוזיות יעלה בצורה ניכרת עקב המיזוג: בשיווק בנזין בתחנות תידלוק לצרכנים מזדמנים - מ-700 נקודות ל-2867 נקודות; בשיווק סולר לצרכנים מזדמנים - מ-700 נקודות ל-2503 נקודות; בשיווק בנזין לצרכנים מזדמנים - מ-900 נקודות ל-2970 נקודות; ובשיווק סולר לצי רכב קטנים - מ-400 נקודות ל-3331 נקודות, כל זאת בעקבות המיזוג. וכך קובע בית המשפט (פסקה 52):

”פלח השוק של שתי החברות המתמזגות הוא 38 אחוז בשיווק לצרכנים מזדמנים, ו-31 ו-41 אחוז במכירות בנזין וסולר למקטע הציים, בהתאמה. גם אם לא ישתנו פלחי שוק אלה, תהיה הפירמה הממוזגת הפירמה הגדולה בשלושה מתוך ארבעת המקטעים. בהיבט של מספר התחנות, מחזיר המיזוג את הריכוזיות בענף לרמה ששררה בו לפני עשור (הדגשה לא במקור).

מוסיף בית הדין וקובע (פסקה 56) כי חלקן של שתי החברות המתמזגות בתפוקת הענף עולה על שליש, רגישות הביקוש למחיר נמוכה, והיתרונות העשויים לצמוח מן המיזוג (כגון יתרון גודל או תהליך לימוד הדדי) אינם שקולים כנגד הסיכון הטמון בהעלאת מחירים העלול להיגרם עקב כך.

בית הדין הביע את העמדה כי שינויים חדים במדדי הריכוזיות כאשר מדובר ברמות גבוהות הם תמרור אזהרה מפני גלישה למשטר מחירים אוליגופוליסטי. הוא בחן את טענת החברות כי המיזוג ביניהן יביא להשפעה חיובית על התחרות ביחס לחב' פז, שהיא בעלת מעמד דומיננטי במגזר התחנות, ודחה טענה זו באומרו:

”חיזוק התחרות מול חברה זו, כשלעצמו, אינו מצדיק את המיזוג, מאחר שניתן להעריך כי גם ללא המיזוג היו תמריציה של דור-אלון מביאים אותה לרמת התמודדות טובה מול פז” (פסקה 78).



18. בית הדין הסכים עם חששו של הממונה לפיו המיזוג יביא להיעלמות דור-אלון כ"מחוללת התחרות בשוק", וישפיע השפעה ממשית על המוטיבציה שלה להמשיך ולהשפיע על התחרות. בניתוח מפורט שעשה, הגיע למסקנה כי המיזוג עלול להביא בסבירות גבוהה להגדלת מירווח השיווק בתחנות לצרכנים מזדמנים, ואולי אף לציים קטנים, שהם הנהנים העיקריים ממדיניות השיווק האגרסיבית של דור-אלון. מסקנות אלה מבוססות על העלייה במירווח השיווק הריאלי בענף בעשור האחרון, דרך התנהלותן של החברות הוותיקות בענין המירווח הראוי, והחשש כי המיזוג יאט את קצב גידול התחנות, ויגביר את הריכוזיות במשק. ההתייעלות הצפויה מהמיזוג לא תועיל לצרכן, וספק אם חברה חדשה שתחדור לענף תוכל לתפוס את מקומה של דור-אלון כמחוללת תחרות, אם המיזוג יצא לפועל. מסכם בית הדין את הדברים באומרו (פסקאות 7-86):

"בנסיבות הנוכחיות - לו השיקולים שצוינו היו כלל השיקולים שיש לשקול - במאזן שבין הטובה שתצמח לעוררות והנזק שעשוי להיגרם לכלל הצרכנים הנדרש לתחנות הדלק, הכף נוטה לטובת הצרכנים, ולא היינו רואים מקום לאישור המיזוג. לשון אחרת, במבט צופה פני עבר, היו מאפייני ענף התחנות וההתפתחויות בענף זה בעבר הרחוק והקרוב מקשים על מתן החלטה המאשרת את המיזוג. ואולם... החלטה מעין זו לא ניתן לקבל מבלי להתייחס לשינויים בענף שבפתחם אנו עומדים, שהחשוב בהם הוא פיצול בז"ן והפרטת בז"ן אשדוד... אלמלא הנימוק הנוגע להפרטת בית הזיקוק אשדוד, לא היה בידינו לאשר את המיזוג" (הדגשה לא במקור).

19. וכאן באה תפנית בהכרעת בית הדין, כדלקמן:

בית הדין התבסס על החלטת ועדת שרים לענייני הפרטה מיום 26.12.04 בענין פיצול חברת בתי הזיקוק (להלן - בז"ן) לשתי ישויות נפרדות - בית הזיקוק בחיפה ובית הזיקוק באשדוד, והסיק מתכנית זו כי השינויים שיתחוללו במשק הדלק בעקבותיה ימתנו באופן ניכר את החשש מפגיעה בתחרות עקב המיזוג המבוקש. על-פי החלטת הממשלה, בית הזיקוק באשדוד יורשה להתמזג עם רשת שיווק קמעונאי; בית הזיקוק בחיפה יורשה להתמזג כאמור, בתנאי שרשת השיווק תהיה בעלת משקל קטן במערך השיווק הארצי. לדעת בית הדין, מיזוג מקטעי הזיקוק והשיווק יחדיו יביאו להתייעלות שתפעל לטובת הצרכן. הוא התרשם מראיות שהובאו בפניו כי חלה התקדמות משמעותית בהליך ההפרטה, גם אם "לא ידועה בשלב זה באופן סופי תמונת השוק שתתקבל, דהיינו - מי יהיה הרוכש ואיזה פוטנציאל תחרותי מדויק יהיה למצב החדש" (פסקה 90). בעת מתן פסק הדין, הליך המכירה של בית הזיקוק באשדוד הגיע לשלב הצעות הגופים המעוניינים להתמודד על הרכישה. מחד, היו ראיות להתקדמות

משמעותית בתהליך המכירה; מאידך, נצפו גם מהמורות אפשריות להשלמתו של התהליך. ובית הדין קבע:

"גם אם אין אנו יכולים לערוב לכך שהתהליך יעבור בשלום עד תומו, אין אנו סבורים שיש סיבה להתייחס לאפשרות התרחשותו עד תום כתיאורטית גרידא. נוסף, כי אין אנו סבורים שהערכת המצב בשלב זה צריכה להתבסס על תהליכים וודאיים. די בכך שההסתברות לכך שהתהליך יסתיים בשלום היא גבוהה" (פסקה 91; הדגשה לא במקור).

בית הדין העיר כי קשה להתנבא בשלב זה לגבי מבנה משק הדלק העתידי; לא ברור מי יזכה במכרז לבז"ן אשדוד, ולא ברור אם חברת שיווק תזכה בו; ואם כן - לא ברור אם חברת שיווק גדולה או בינונית; לא ברור אם בז"ן חיפה ינסה להיכנס לשיווק הקמעונאי, או יסתפק בשוק הסיטונאי. כן לא ברור אם גם בעתיד יחול איסור על בז"ן חיפה להתמזג עם חברה בינונית, והדבר תלוי בהתפתחויות בקשר לבז"ן אשדוד. על יסוד אמת מידה של "סבירות סיכויי ההתרחשות בלבד" בנוגע להפרטת בז"ן והשפעת ההפרטה על הגברת התחרות במשק הדלק, הגיע בית הדין למסקנה כי בתנאים אלה המיזוג המבוקש לא יגרום לפגיעה משמעותית בתחרות. עם זאת, הוא מציין כי מדובר בהערכה בלבד, ללא כושר ניבוי, וכל ההערכות אפשר שיתבדו (פסקה 94).

בית הדין קבע כי על-פי ההערכה, פני שוק הדלק עתידיים להשתנות בעקבות פיצול בתי הזיקוק, הפרטתם, וכניסתם העתידית לתחום השיווק. חברתם של בתי הזיקוק לרשתות השיווק תשנה את יחסי הכוחות במגזר התחנות, והיא מצדיקה חיזוק של גורמים אחרים בשוק, שאינם קשורים בבתי הזיקוק להבטחת התחרות. תנאי שחרור התחנות תורם לאיזון הכוחות בשוק העתידי, ופותח פתח לרשת חדשה או חיזוק הרשתות הקיימות, ובכללן החברות הקטנות בשוק. על בסיס שיקולים אלה הגיע למסקנה כי המיזוג המבוקש לא יגרום לפגיעה משמעותית בתחרות, ואישר אותו בכפוף למספר תנאים. בין תנאים אלה - איסור על רכישת בז"ן אשדוד על-ידי החברה הממוזגת; שחרור 25 תחנות באיזורים בהם המיזוג מגדיל את הריכוזיות; שחרור תחנות נוספות באופן שנתח השוק של החברה הממוזגת במכירות בניזין וסולר בתחנות לא יעלה על 33 אחוזים מהמכירות בכלל התחנות בארץ, לפי נתוני שנת 2005. לגבי תנאי אחרון זה נקבע כי הוא לא יחייב אם פז או דלק תרכושנה את בז"ן אשדוד.

על פסק דין זה נסבו הערעורים שבפנינו.

## טענות הצדדים בערעור

### טענות הממונה

20. עיקר השגות הממונה על פסק דינו של בית הדין הוא כי על-פי מבחני חוק ההגבלים העסקיים, מקום שבו מיזוג בין חברות מתחרות מקים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, אין לאשר את המיזוג על-סמך תרחישים עתידיים אשר מידת וודאותם אינה ברורה והשלכותיהם על מפת התחרות אינה ידועה אף היא. תרחיש עתידי, אפילו הוא וודאי ומהלכו ברור, הינו רלבנטי רק אם יש בו כדי לענות על החשש לתחרות הנובע מהמיזוג. במקרה זה, לא רק שאין וודאות לגבי תהליך השינוי העומד להתרחש במשק הדלק, אלא התהליך עצמו, אפילו יתרחש, אינו מהווה מענה לפגיעה בתחרות.

לטענת הממונה, יש להתייחס למידת הוודאות הנמוכה בה לוקה תרחיש הפרטת בז"ן, על שני חלקיו, מכוח החלטת הממשלה על השינויים במשק הדלק. וודאות נמוכה זו, די בה בלבד כדי שלא להתחשב בגורם זה במסגרת שיקולי המיזוג. יתר על כן, אפילו יתקבל תרחיש ההפרטה כתרחיש וודאי, גם אז אין בטחון באשר לתוצאותיה ומשמעויותיה של הפרטה זו, וחסרים נתונים שניתן להסתמך עליהם באשר למראה פני משק האנרגיה בישראל לאחר השלמת המהלך, גם בהנחה שאכן יושלם בהתאם להחלטת הממשלה. בהיבט זה, מדגיש הממונה כי בית הדין בחר בתרחיש אפשרי, אחד מיני רבים, ועל בסיסו אישר את המיזוג בלא תשתית נתונים ברורה. לבסוף, יוצא הממונה כנגד קביעות בית הדין, לפיהן הליך הפרטת בז"ן עשוי להביא את החברות המשיבות לנחיתות תחרותית. לעמדתו, מניתוח השוק גם בעקבות הליך ההפרטה, המשיבות תוכלנה להתמיד בפעילותן העסקית, ולהתגבר על נחיתות תחרותית כלשהי, בדרכים שפגיעתן בתחרות תהיה פחותה מאשר על דרך המיזוג. במידת הצורך, יוכל אף הממונה להציב תנאים לפעילות המתחרות בשוק, אשר יגנו על התחרות בענף.

### טענות סד"ש

21. סד"ש טוענת כי להחלטת בית הדין השלכות מרחיקות לכת. מן הפן המשפטי, החלטה זו עשויה לשמש אמת מידה חדשה לבחינת מיזוגים בעתיד לבוא, ולהפחית במידה ניכרת את ההגנה הראויה על התחרות; אשר לענין העומד לדיון, יש בהחלטה כדי להשפיע השפעה מכרעת על מבנה התחרות בענף שיווק הדלק, על הצרכנים, על חברות דלק נוספות, ועל סד"ש עצמה. על-ידי המיזוג תיווצר חברת ענק, הגדולה ביותר במשק הדלק, והענף יחזור למבנהו ההיסטורי, שבו היו קיימות שלוש חברות

דלק גדולות, ללא גורם מחולל תחרות משמעותי. ההישגים המתונים שהושגו במשק הדלק במהלך השנים ייעלמו. סד"ש חוזרת על טענותיה של הממונה בדבר חוסר הוודאות בהליך ההפרטה הצפוי ותוצאותיו, חוסר הידיעה בדבר זהות הרוכש העתידי של כל אחד מבתי הזיקוק שיפוצלו, והשפעת נתון זה על התחרות. כן נטען, כי פסק הדין נשוא הערעור לא נותן ביטוי מיוחד לפגיעה הצפויה מהמיזוג לחברות הדלק הקטנות. המיזוג הצפוי יגדיל את הריכוזיות במידה כזו שהחברות הקטנות ייהרסו, וגם הצרכנים ייפגעו מכך. בהיבט הדיוני, טוענת סד"ש כי עומדת לה זכות ערעור מאחר שבית הדין התיר לה לטעון טיעונים במסגרת הסיכומים בהליך שהתנהל לפניו.

### טענות המשיבות - דור-אלון וסונול

22. המשיבות בתשובתן ביקשו להותיר את פסק דינו של בית הדין על כנו. לגופם של דברים הן טוענות: ענף הדלק בישראל מורכב משני מקטעים מרכזיים: האחד - מקטע השיווק הישיר של הדלקים (המגזר הסיטונאי) בגדרו נמכרים דלקים לצרכנים גדולים, והשני - מקטע השיווק של דלקים באמצעות תחנות תידלוק. בית הדין, בהסכמת הממונה, קבע כי נתח השוק המצרפי של דור-אלון וסונול בשיווק ישיר של דלקים הוא נמוך יחסית, ואין במיזוג כדי לפגוע בתחרותיות בשוק זה, והממונה לא ערער על קביעה זו. כן קבע בית הדין כי למיזוג אין השפעה של ממש על הקטנת התחרות בשוק ציי הרכב הגדולים. ביחס לציי רכב קטנים נקבע כי המיזוג יצמצם את מספר השחקנים האקטיביים התורמים לתחרות, אך מדובר בירידה מ-6 גורמים ל-5 גורמים בעקבות המיזוג, ואין בכך שינוי ממשי ביחס למצב התחרות. המיזוג לא יפגע בתחרות במרבית השווקים הרלבנטיים: בשיווק הישיר לא תיפגע התחרות; שיווק דלקים באמצעות תחנות תידלוק לציי גדולים גם הוא לא ייפגע; אשר לציי קטנים, נקבע שאולי תיפגע התחרות, אולם עצם קיומה של אפשרות כזו אינה מספקת לשלול את המיזוג על-פי חוק ההגבלים העסקיים. אשר למכירת דלקים באמצעות תחנות תידלוק לצרכנים מזדמנים נקבע כי המיזוג אינו מעלה חשש לפגיעה משמעותית בתחרות. פיצול בז"ן, וכניסת בז"ן אשדוד ובז"ן חיפה למיקטע השיווק באמצעות תחנות התידלוק מחזקים את המסקנה האמורה.

מוסיפות המשיבות וטוענות כי גישתו של בית הדין, המשקללת את הפרטת בז"ן אל תוך מערך התחרות הצפוי במשק הדלק, היא הגישה הראויה במקרה זה. בהתייחס להפרטה ולשינויים המבניים שיבואו בעקבותיה, אין לדרוש וודאות מוחלטת, ודי בקיום סבירות גבוהה כי השינויים הצפויים אכן יתרחשו. על-פי הנתונים הקיימים, ניתן להעריך בהסתברות גבוהה, כי לאחר השלמת הליכי ההפרטה, הן בית הזיקוק באשדוד

והן בית הזיקוק בחיפה יהפכו לשחקנים בתחום שיווק הדלק הקמעונאי. במסגרת תנאי שוק חדשים אלה, אין המיזוג בין המשיבות מעורר עוד חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות בענף שיווק הדלקים, ולפיכך יש לאשרו.

עוד טוענות המשיבות כי המהפך הצפוי בשוק הדלק מעורר חששות תחרותיים חדשים לגמרי, שונים מאלו שידע משק הדלק הישראלי בעשורים שחלפו. כניסתם של בתי הזיקוק אל תחום שיווק הדלקים עלול להוביל לדחיקתן של חברות הדלק המסורתיות לטובת חברות דלק המצויות באינטגרציה אנכית עם בית זיקוק. במצב דברים זה, אין למעשה משמעות לקיומה של שחקנית רביעית בשוק הדלק, שכן זו עלולה להיעלם ממילא בשל כוחם המוגבר של השחקנים החדשים, שעברו, כאמור, אינטגרציה אנכית. בשל מערך הכוחות האמור, מיזוגן של המשיבות לכדי חברה שלישית חזקה, אשר אינה מחזיקה בבעלותה בית זיקוק, אינו מעורר חשש לפגיעה בתחרות; אדרבא, חברה ממוזגת זו היא שיכולה להושיע את המשק ממצב בו מתקיים דואופול בדמות שתי חברות דלק הנמצאות באינטגרציה אנכית עם שני בתי הזיקוק היחידים בישראל.

בדומה לכך, אין להעריך כי לאור מיזוגן של המשיבות יגדל מרווח השיווק הקמעונאי, כפי שחושש הממונה. זאת, בשל העובדה כי כניסת בתי הזיקוק לתחום השיווק תהפוך את מרווח השיווק לבלתי רלוונטי בעליל. בשלב זה, התחרות המרכזית תתרחש בתחום מרווח הזיקוק, כאשר החברה המזקקת והחברה המשווקת - אחת הן. אף מספר החברות המצויות בתחרות במשק לא יפחת, שכן, כאמור, יתווספו שתי שחקניות חדשות, בדמות בתי הזיקוק בחיפה ובאשדוד, לשוק המשווקים. לאור כל האמור, ונוכח המבנה החדש של משק הדלק כפי ששורטט בידי בית הדין, המיזוג אינו מעלה חשש לפגיעה משמעותית בתחרות במובן סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים.

סונול התנגדה במישור הדיוני לערעור שהוגש מטעם סד"ש, בטענה כי אין לה מעמד כ"בעלת דין" בהליך זה.

### הכרעה

23. הערעורים שבפנינו מעלים סוגיות במספר מישורים. נלך בענין זה מן הקל אל הכבד:

### המישור הדיוני - הצדדים לערעור

### מעמד סד"ש בערעור

24. החלטת הממונה קבעה בשעתו כי המיזוג בין דור-אלון וסנוול לא יאושר. חברות אלה עררו על החלטה זו במסגרת הזכות הנתונה להם בסעיף 22 לחוק ההגבלים העסקיים. סד"ש ביקשה ליטול חלק בהליך הערר על-פי תקנה 27 לתקנות ההגבלים העסקיים (סדרי דין בבית הדין ובערעור), התשמ"ט-1988 (להלן - תקנות סדרי הדין). בית הדין דחה את הבקשה. לאחר מכן, הגישה סד"ש בקשה נוספת להצטרף כמשיבה לערר, וגם בקשה זו לא נתקבלה על-ידי בית הדין, אך נקבע כי תינתן לה רשות להשמיע את טיעוניה בקצרה בפני בית הדין במסגרת סיכומי בעלי הדין. בפסק הדין (פסקה 3) נאמר:

"יש לציין כי ארגון סוכנים ובעלי תחנות דלק שביקש להצטרף והוזמן להשמיע טענות בסיום ישיבת הסיכומים, בחר שלא לעשות כן, בהודיעו באמצעות אחר כי "הואיל וניתנה לו אפשרות מוגבלת עד בלתי קיימת, אז אין מקום שהארגון יציג את העמדה שלו בהליך שמתנהל בפני בית הדין" (פרוטוקול מיום 7.3.06, עמ' 319).

וממשיך בית הדין וקובע:

"כתוצאה מכך, נמנעה מאתנו האפשרות לברר האם יש לארגון "תרומה מיוחדת" בנושא מכירת התחנות שמפניה חש, תרומה שאבדה בשל אי צירופו כבעל דין. נבהיר, כי אף בשלב זה, אילו היתה מועלית טענה המלמדת שלארגון תרומה מיוחדת כאמור, היינו פותחים את הפתח הדיוני הדרוש".

הווי אומר, סד"ש לא צורפה כבעל דין להליך בפני בית הדין, ואף שהותר לה בלא צירוף כאמור להשמיע את טיעוניה בסיום ישיבת הסיכומים, היא בחרה שלא לעשות כן. חרף זאת, הגישה לבית משפט זה ערעור על פסק הדין שניתן בידי בית הדין, בלא שהיתה בעלת דין.

25. דין ערעורה של סד"ש להימחק, משאין היא בעלת דין בהליך זה, ולא עומדת לה זכות ערעור.

סעיף 39 לחוק ההגבלים העסקיים קובע:

"בעל דין שנפגע מהחלטת בית הדין, לרבות החלטה לפי סעיף 30 וצו ביניים, או מהיתר זמני שנתן אב בית הדין לפי סעיף 13, רשאי לערער עליהם לפני בית המשפט העליון תוך ארבעים וחמישה ימים מיום שהודעו לו..."

תקנה 27 לתקנות סדרי הדין דנה בצירוף בעלי דין וקובעת:

"בית הדין רשאי, בכל שלב של הדיון, לצרף כבעל דין מי שימצא לנכון, ובתנאים שייראו לו".

(הדגשות לא במקור).

ממשקלן המצטבר של הוראות אלה עולה, כי זכות ערעור לבית המשפט העליון שמורה, מטבע הדברים, ל"בעל דין". "בעל דין" כעולה מן החוק והתקנות, הוא מי שהיה צד מקורי להליך, וכן בעל דין שצורף להליך, בין בתנאים ובין בלא תנאים. פועל יוצא מכך הוא כי מי שלא צורף כבעל דין להליך, לא רכש מעמד דיוני המזכה אותו בהגשת ערעור, והוא בבחינת צד זר להליך שלא קנה זכויות דיוניות (ראו התייחסות לשאלה זו בע"א 4843/91 אוסס, תעשיות מזון בע"מ נ' עלית, תעשיות מזון ישראליות בע"מ, פד"י מו(1) 876). כזה הוא מעמדה של סד"ש, אשר בקשותיה לבית הדין להצטרף כבעלת דין נדחו פעמיים. חרף זאת, פנתה סד"ש לבית משפט זה ב"הודעת ערעור", משל עומדת לה זכות ערעור בתורת בעלת דין, ואף בלא בקשה מיוחדת להיתר להצטרף לערעור, אשר ספק רב אם היה מקום להיענות לה לגופה אילו הוגשה. משלא קנתה לה סד"ש מעמד דיוני בהליך בערכאה הדיונית, ממילא לא עומדת לה כל זכות בהליך הערעור שבפנינו. דין ערעורה להימחק.

#### היקף התערבות בית הדין בהחלטת הממונה

26. בענייננו, פעל הממונה בגדרו של סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים כאשר התנגד לבקשת החברות להתמזג, לאחר שמצא כי קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג התחרות בענף תיפגע באופן משמעותי. בהחלטתו, הניח הממונה הנמקה מקצועית מפורטת שנכללה בה פרישה רחבה של נתוני שוק, וניתוח כלכלי של הסיכונים לתחרות הצפויים מאישורו של המיזוג המבוקש.

בפסק דינו, מתייחס בית הדין לאופי תפקידו שלו בבחינת סוגיית המיזוג,

באומרו (פסקה 9):

”אין מחלוקת שתפקידנו אינו לבחון את סבירות החלטת הממונה באופן בו נבחנת, כמקובל, החלטה מינהלית. הדיון בשאלת אישור המיזוג לפני בית הדין הוא דיון *de novo*, דהיינו, הליך של בחינה מחדש. אין על כך מחלוקת, וכך גם נקבע לא פעם בפסיקה... במצב זה, גם אין אנו רואים צורך להתעכב על פרטי החלטת הממונה להתנגד למיזוג...” (הדגשה לא במקור).

אמת הדבר, כי בערר על החלטת הממונה שלא לאשר בקשה למיזוג חברות רשאי בית הדין, כאמור בסעיף 22(ג) לחוק ההגבלים העסקיים, “לאשר את החלטת הממונה, לבטלה או לשנותה”. משכך, ניתנה לבית הדין סמכות רחבה לבחון את החלטת הממונה מחדש, ובמקרה הצורך גם לבטלה או לשנותה (פרשת תנובה, 228; כן ראה י’ זמיר השפיטה בעניינים מינהליים (תשמ”ח), 5-8; ל’ א’ קסטנבאום “פיקוח על מיזוגים - הלכה ומעשה” הפרקליט מ (תשנ”א) 395, 412). מסקנה זו משתלבת גם עם סעיף 37 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ”ב-1992, הקובע סמכות רחבה דומה בכלל בתי הדין המינהליים.

בצד היקף הפרישה הרחב של סמכות בית הדין, היקף התערבותו בפועל בהחלטת הרשות המוסמכת נגזרת לעולם מטיבו של הנושא העומד לדיון, ממעמדו של הגורם שהחלטתו עומדת לבחינה שיפוטית, מהרקע המקצועי ומידת המומחיות העומדים לרשות מקבל ההחלטה, וממכלול עניינים נוספים. אף שהיקף התערבות בית הדין רחב יותר מן המקובל בביקורת שיפוטית על מעשי המינהל בעתירות מינהליות, הדעת נותנת כי מקום שבית הדין נזקק לערר על החלטת הממונה, תהווה החלטה זו בסיס ונקודת מוצא להפעלת שיקול הדעת השיפוטי, תוך מתן מלוא המשקל לידע, לשיקול הדעת, למומחיות ולניסיון המצטבר המצויים בידי הרשות המוסמכת שהחלטתה עומדת לביקורת שיפוטית. לענין זה, יש להבחין בין סמכויות ראשוניות של בית הדין המסורות לו באופן בלעדי לבין סמכויותיו כערכאת ערר על החלטות הממונה (י’ יגור דיני הגבלים עסקיים (מהדורה שנייה, תש”ס), 562). החלטת הגורם המוסמך העומדת לביקורת ערר בפני בית הדין ראוי שתיבחן מתוך הנחה כי היא נערכה על-פי מיטב שיקול הדעת המקצועי, וכי חלה עליה חזקת התקינות. במיוחד כך הדבר כאשר מדובר בממונה על ההגבלים העסקיים, המהווה גורם מקצועי מובהק, המתמנה לתפקידו בידי הממשלה, ולרשותו צוות נרחב של עובדים מקצועיים ברמה גבוהה ביותר בתחומים רלבנטיים שונים, ובכלל זה בתחומי הכלכלה והמשפט. לרשות מוסמכת זו עומדים הן ידע תיאורטי נרחב ומעמיק בתחומי ההגבלים העסקיים על גווניהם השונים, וכן ניסיון מצטבר רב שנים הנצמח מפעילות פיקוח ענפה בשטח.



סמכויותיו של הממונה הן נרחבות ביותר, והידע והמומחיות העומדים לו בתחום פעולתו הם בעלי משקל מיוחד.

על רקע דברים אלה, הדעת נותנת, כי בחינת החלטתו של הממונה במסגרת ערר בפני בית הדין תיחס לעמדתו המקצועית משקל רב הן במישור התיאורטי והן במישור המעשי. יש ערך רב לנתונים העובדתיים הכלולים בהחלטת הממונה, כמו גם להערכותיו הכלכליות ביחס להשפעת המיזוג המבוקש על התחרות בענף. בהינתן נקודת מוצא זו, בכוחו של בית הדין לסטות מהחלטת הממונה אם מצא כי היא לוקה בטעות, ולקבל החלטה אחרת על-פי מיטב שיקול דעתו הענייני, אולם לעולם אין מדובר בפתיחת דף חדש בהליך השיפוטי, כאילו אין בנמצא החלטה העומדת לערר, וכאילו לא ארע דבר קודם לדיון השיפוטי. לאור האמור, אני רואה קושי ראשוני בהתייחסות בית הדין להחלטת הממונה, ובהנחתו, כנקודת מוצא, שאין "להתעכב על פרטי החלטת הממונה להתנגד למיזוג" כלשונו, ועל הקו השיפוטי שנקט בו, שהתאפיין במידה רבה בניתוק מהנתונים, ההערכות והקביעות של הממונה, אגב בחינה ראשונית-מקורית של הסוגיה.

בגדרו של ערעור זה אניח, לצורך הענין, כי להחלטת הממונה שלא לאשר את המיזוג משקל מקצועי רב כעמדה של רשות מוסמכת סטטוטורית המופקדת על נושא המיזוגים במשק הישראלי. על רקע הנחה זו יש לבחון האם צדק בית הדין כאשר החליט לבטל החלטה זו, ולאשר את המיזוג המבוקש בכפוף לתנאים.

### נטל ההוכחה

27. עלתה בעבר, ועשויה לעלות גם בהקשר שלפנינו, שאלת נטל ההוכחה באשר לתנאים הנדרשים לקבלת החלטת הממונה להתנגד למיזוג על-פי סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים. בית הדין בפסק דינו (פסקה 16) הניח לצורך הענין כי נטל ההוכחה בסירוב לאשר מיזוג רובץ על הממונה, משסירוב כזה משמעו התערבות בזכות החברות להתמזג, המהווה הגבלה על האוטונומיה שלהן בפעילותן העסקית, השקולה כזכות יסוד, ובהינתן גישתו החיובית של המחוקק כלפי המיזוג. בפרשת תנובה הושארה שאלת נטל ההוכחה בהקשר זה בלא הכרעה (שם, 231).

שאלת נטל ההוכחה בענין מיזוג חברות היא, אכן, שאלה טעונה ומורכבת. החופש העסקי של החברות לפעול בשוק, להתמזג, להתפרק, לשנות מבנה ולשנות כיווני פעילות עסקית, הוא חלק מזכות היסוד לחופש עיסוק המוגנת בחוק-יסוד: חופש

העיסוק. חוק ההגבלים העסקיים מפעיל אמצעי פיקוח על מיזוגי חברות, בהציבו כיעד ותכלית עיקריים את ההגנה על הצרכן. האינטרס הציבורי להגן על התחרות החופשית כאמת מידה לכלכלה חופשית, שבה יישמרו חופש העיסוק למבקש לעסוק במשלח יד ודאגה לצרכן הנזקק לשירות ולנכס מפני שרירות גופים מונופוליסטיים, הוא העומד ביסוד תפיסתו של החוק. תשתית העקרונות שביסוד חוק ההגבלים העסקיים מצביעה על הנחת המחוקק כי מיזוג חברות פוגע בתחרות, בחופש העסקי של גורמים המבקשים לחדור לשוק, ובטובת הצרכן. נקודת המוצא של החוק היא כי חברות שמתקיימים בהן תנאי התחולה בפרק המיזוג שבחוק, מיזוגן אסור, אלא אם כן הותר בידי הרשות המוסמכת (סעיפים 17 ו-19 לחוק). בהודעת המיזוג, על החברות לפרט את הנתונים הנדרשים לענין החלטת המיזוג. על-פי תקנות ההגבלים העסקיים (מרשם, פרסום ודיווח על עסקאות), התשס"ד-2004, חייבים הצדדים המבקשים להתמזג לפרט פרטים שונים כגון, חלקן המצרפי של החברות בשוק המוצר נושא עסקת המיזוג, העדר מונופולין בשוק מוצר משיק, והעדרו של הסדר עם צד שלישי מתחרה בשוק המוצר, נושא עסקת המיזוג (תקנה 4). סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים קובע כי הממונה יתנגד למיזוג אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג המוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות בענף או יפגע הציבור, ואינו מנוסח על דרך החיוב, כי הממונה יאשר את המיזוג, אלא אם כן יוכח כי הוא עלול לפגוע בתחרות. חשוב עוד לציין כי התנגדותו של הממונה למיזוג אינה טעונה התייעצות עם הוועדה למיזוגים, בעוד הסכמתו למיזוג, בתנאים או בלעדיהם, טעונה התייעצות כזו בוועדה (סעיף 24(א) לחוק).

מבנה חקיקתי זה מרמז לכאורה על נקודת מוצא של החוק לפיה חברות שחל עליהן פרק המיזוג לא תתמזגנה אלא אם כן הוכח כי למיזוג זה לא תהיה השפעה מהותית שלילית על התחרות. מבנה זה, לרבות העובדה כי הנתונים הספציפיים למבקשות להתמזג מצויים בדיעתן המיוחדת, מצביע, לכאורה, על כך שנטל ההוכחה לשכנע בדבר עמידתו של המיזוג במבחן תנאי החוק חל על החברות המבקשות, ולא על הממונה.

עשויה לעלות שאלה האם תפיסה זו של החוק בהקשרה לשאלת נטל ההוכחה, עומדת במבחן החוקתי של חוק יסוד: חופש העיסוק. מענה אפשרי לכך הוא כי פגיעת החוק בחופש ההתקשרות ובאוטונומיה העסקית של החברות המבקשות להתמזג מוגנת מכוח פסקת ההגבלה שבסעיף 4 לחוק-היסוד, משהיא מציבה כנגד הפגיעה האמורה את אינטרס הציבור ואינטרס הצרכן לחירות כלכלית, ולחופש בחירה של העוסק ושל הצרכן במשק השירותים והמצרכים. הפגיעה בחופש המיזוג מקדמת כנגדה הן את

זכותו לחופש עיסוק של מי שמבקש לחדור לשוק הנשלט על-ידי גופים כלכליים גדולים, והן את טובתו של הצרכן ליהנות מהישגיה של התחרות החופשית בהליכי הצריכה של מוצרים ושירותים. כנגד הפגיעה בחופש המיזוג, עומדים, אפוא, אינטרסים נוגדים של כלל הציבור, ושל פרטים בתוכו. משכך, לכאורה, העמדת הליך מיזוג חברות לפיקוח הרשות המוסמכת, והאיסור על המיזוג אלא אם כן הוא מקיים את התנאי של אי-פגיעה בתחרות, משקפים עקרון מוגן מבחינה חוקתית, בהינתן האינטרס החברתי-כלכלי הרחב אותו הוא משרת. ייחוס נטל ההוכחה למבקשות המיזוג לבסס את התנאים לאישורו של מיזוג, מתיישב, אפוא, עם התפיסה החוקתית שברקע הסוגיה.

אולם, אפילו רובץ נטל ההוכחה הסופי על הממונה לבסס קיום חשש משמעותי לתחרות מהמיזוג המבוקש, שאם לא כן עליו לאשר את המיזוג, גם אז הנטל הטקטי להפריך קיומו של חשש כזה שהוכח לכאורה בידי הממונה, עשוי לחייב את החברות המבקשות בהצגת תשתית ראיות חזקה ומשכנעת, תוך שימוש בנתונים שונים שבידיעתן המיוחדת הרלבנטיים לענין.

בצד כל האמור, ניתן גם הפעם להשאיר את שאלת נטל ההוכחה בלא הכרעה, שכן, לטעמי, אפילו רובץ הנטל העיקרי על הממונה לבסס את השפעתו השלילית של המיזוג המבוקש על התחרות, גם אז דינו של ערעור זה להתקבל, משהממונה עמד בנטל זה, ולא נתקיימו טעמים כבדי משקל אחרים המצדיקים תוצאה אחרת.

### תשתית העקרונות

28. חוק ההגבלים העסקיים אוסר על מיזוג חברות העונות לתנאים מסוימים כאמור בסעיפים 17 ו-18 לחוק, אלא אם כן נתקיימו התנאים המוקדמים לכך על-פי החוק. סעיף 19 קובע:

#### "איסור מיזוג חברות

לא יתמזגו חברות אלא אם כן ניתנה תחילה הודעת מיזוג ונתקבלה למיזוג הסכמת הממונה, ואם היתה הסכמתו מותנית - לפי התנאים שקבע, הכל לפי האמור בסימן זה."

מיזוג החברות אסור מקום שהוא פוגע בתחרות, ובכך פוגע באינטרס הציבורי של הגנה על הצרכן. סעיף 21 לחוק מורה בהקשר זה:

#### "החלטת הממונה

(א) הממונה יתנגד למיזוג חברות או יתנה אותו בתנאים, אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג, כפי שהוצע, תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור באחת מאלה:

(1) רמת המחירים של נכס או של שירות;

(2) איכות נמוכה של נכס או של שירות;

(3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה.

(ב) על החלטת הממונה להסכים למיזוג חברות, להתנגד לו או להתנותו בתנאים יפרסם הממונה הודעה ברשומות ובשני עתונים יומיים.

תכליתה של סמכות זו, היא הבטחת פעילות כלכלית חופשית שנועדה להגן על האינטרס הציבורי מפני עיוותים כלכליים שמקורם בפגיעה בתחרות ויתר ריכוזיות במשק (פרשת תנובה, 230-228). חופש התחרות הוא אינטרס ציבורי מובהק; הוא מבטיח הקצאה יעילה של משאבים, חופש בחירה של הצרכן, והגברת התמריצים לייעול, לפיתוח, וחדשנות כלכלית וחברתית. התחרות משמשת מנוף לצמיחה כלכלית ולשיפור ברמת החיים ואיכות החיים:

"תחרות חופשית מהווה גם תנאי הכרחי לקיומו של משק יעיל ובריא, ואף לצמיחה כלכלית. התחרות מעודדת יזמות, גורמת לשיפור מתמיד של היצע המוצרים בשוק, ולהדרתם של יצרנים בלתי יעילים ממנו" (ע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל, הנדסת חשמל ומזורים ובקרה בע"מ, תק-על 2005(3), 420, פסקה 13).

(ראו גם בג"צ 588/84 ק.ש.ר. סחר אזבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פד"י מ(1) 29, 37-38).

29. בישראל נוצר צורך מיוחד בהגנה על התחרות בשל ריכוזיות ענפית גדולה עקב ממדיו הקטנים של השוק, ומעורבות עמוקה של הממשלה בכלכלה. ישנה חשיבות מיוחדת בהגברת מאמץ השוק המקומי להתחרות בשווקי העולם, המצריך מצידו הגנה על הגברת התחרות במדינה פנימה (ת"א (י-ם) 1000/95 פז, חברת נפט בע"מ נ' עמוס, פ"מ תשס"ב (1) 337, 363-364). חופש התחרות הוא חלק מחירות היסוד של העיסוק (דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פד"י נו(1) 56, 78-79; ופרשת תנובה, שם). חופש התחרות נועד להגן על יכולתו של גורם אחר להיכנס בשערי העיסוק, וככזה הוא משתלב עם הזכות לחופש העיסוק. הוא נועד בד בבד גם להגן על

הצרכן. דיני ההגבלים העסקיים והפיקוח על מיזוג חברות נועדו להגשים את ההגנה על זכויות הצרכן בדרך של שמירה ופיתוח חופש התחרות (בג"צ 47/83 תור אור (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פד"י לט(1) 169, 178). התחרות מגבירה את יעילות פעילותם של גופי המשק היצרניים באמצעות שימוש יעיל במשאבים הכלכליים העומדים לרשותם וניצולם המיטבי (ז' גלמור "גישתו של הממונה לפיקוח על הגבלים עסקיים - סוגיות נבחרות" עיוני משפט טו (תש"ן) 589). גורם התחרות, מעבר לחשיבותו המכרעת בכלכלת השוק, משתלב היטב גם בתפיסת זכויות האדם והפרט במבנה המשטר הדמוקרטי. הוא "סממן בולט של חירות הפרט להגשמת האוטונומיה שלו" (הנשיא ברק בפרשת תנובה). הוא מדגיש את כוחו וזכותו של הפרט, במונעו ריכוזיות יתר של כוח בידי גופים מונופוליסטיים.

30. מטרתו העיקרית של הסדר הפיקוח על מיזוגי חברות בחוק היא למנוע היווצרות תופעה של היעדר תחרות בשווקים היוצרת כוח שוק (Market Power). כוח זה נבחן ביכולתה של פירמה לגבות עבור מוצר או שירות מחיר גבוה מזה שהיה נגבה בתנאי תחרות. הוא נבחן ביכולת להעלות מחירים בלא לאבד לקוחות בהיקף כזה שיהפוך את ההעלאה במחיר לבלתי משתלמת (P.E. Areeda & H. Hovenkamp) *Fundamentals of Antitrust Law* (vol. 1) p. 131. כוח שוק עלול לשלול את פירות התחרות החופשית, לפגוע בצרכן במחירים הנגבים, ולהוריד את רמת השירות. הקו המנחה בסעיף 21 לחוק הוא כי הממונה יתנגד למיזוג חברות או יתנה אותו בתנאים, אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע, תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור ברמת המחיר, באיכות נמוכה של נכס או שירות, או בכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות הניתן או סדירות אספקתו או תנאיה. המבחן לשימוש בסמכות הממונה מתמקד בקיומו של "חשש סביר". אין מדובר בדרישת וודאות לקיומו של מחסום תחרותי, אלא בהערכה הסתברותית מראש להתממשות חשש כזה. נקודת הזמן שהמחוקק הציב בפני הפיקוח לבחינת המיזוג הצפוי והשלכותיו, קודמת למועד ביצוע המיזוג. מדובר בפיקוח בטרם מעשה, להבדיל מפיקוח בדיעבד, שהפעלתו עלולה להיות מסובכת ויקרה (הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983, ה"ח 1647, התשמ"ד, עמ' 40).

31. החשש מפני פגיעה בתחרות העלולה להיגרם עקב מיזוג תאגידים, אינו גורע מן העובדה כי מיזוגים כאלה עשויים במצבים מסויימים לקדם מטרות חברתיות חשובות. מיזוג גופים כלכליים עשוי לקדם גורמים של יעילות עסקית, ופעמים, הוא עשוי אף לתרום לקידום התחרות ולהיטיב עם הצרכן (יגור לעיל, 363). מיזוג עשוי להוביל

לחסכון בעלויות, העשוי, מצדו, להביא להוזלת המחיר הסופי לצרכן, ולהגביר את כושר התחרות עם שווקי חו"ל (דו"ח הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים הפרקליט לב (תשל"ט-תש"ס) 559, עמ' 578). על שאלת היחס הראוי בין גורם התחרות לבין הגדרת היעילות הכלכלית באמצעות מיזוג חברות ראו: *Horizontal Merger Guidelines* § 4.0 (1994) § 12.2 *Federal Antitrust Policy* (H. Hovenkamp, Rev. in 1997; 1992).

שאלת היחס בין גורם התחרות לבין גורם היעילות הכלכלית במיזוג תאגידיים כתכליות שונות המתחרות ביניהן, או המשלימות זו את זו - עלתה בפרשת תנובה, אך לא הוכרעה שם, שכן לא נדרשה לענין. גם בענייננו אין להידרש לה. בית הדין קבע בענין זה (בפסקה 87 לפסק הדין) כדלקמן:

"העוררות העלו טענות בענין הגברת יעילותן באמצעות המיזוג, אשר, על-פי הנטען, תביא בסופו של יום להגברת התחרות. מדובר בטענת הגנה שהנטל להוכיחה מוטל על הצדדים העומדים להתמזג. אין אנו רואים צורך לדון בטענות אלו, מאחר שאלמלא הנימוק הנוגע להפרטת בית הזיקוק אשדוד לא היה בידינו לאשר את המיזוג".

בית הדין לא מצא, אפוא, בגורם היעילות הנטען שבמיזוג בין המשיבות, משום נימוק המצדיק, כשלעצמו, את המיזוג. לפיכך, בנסיבות אלה, גורם זה לא ישמש גורם בר-משקל גם בפנינו בבחינת השפעת המיזוג המבוקש על התחרות.

32. קיומו של חשש לפגיעה בתחרות נגזר מתנאי השוק בענף הרלבנטי, בשים לב למבנהו, למאפייניו המיוחדים, ולהשפעת הרקע וההתפתחות ההיסטורית המיוחדת אותו. כן יש לבחון את היקפם של חסמי הכניסה למקטעים שונים בענף, השפעת המיזוג על מדדי הריכוזיות בענף או במקטעים מסוימים שבו, והקרנתם על משטר המחירים, וכן את השפעת המיזוג על חברה "מחוללת תחרות" במשק המבקשת להתמזג, ומשקלו של גורם זה בראייה הכוללת של השפעת המיזוג על השוק.

#### הערכת השפעתו של מיזוג תאגידיים על רקע ציפייה לשינויים עתידיים במבנה הענף

33. שאלה מכרעת בענייננו הינה באיזו מידה רשאי גורם הפיקוח על המיזוג להתחשב בגדר שיקוליו אם לאשר מיזוג או לסרב לו בשינויים צפויים עתידיים בענף הרלבנטי שטרם התממשו, בחלקם או במלואם, ולהכריע על-פיהם את גורלו של המיזוג.

סעיף 21 לחוק השתית את אמת המידה לשיקולו של הממונה בענין מיזוג על קיומו של "חשש סביר" לפגיעה משמעותית בענף או בציבור. מבחן זה מעצם טיבו משלב אל תוכו מימד הערכתי-הסתברותי, להבדיל ממבחן הבנוי על נתונים מוכחים. אולם בדרך כלל, בחינת קיומו של חשש סביר לפגיעה בתחרות מביאה בחשבון את מבנהו של השוק בהווה, ואת ההשפעה הצפויה של המיזוג על מבנה נתון זה. אין היא לוקחת בחשבון אפשרות עתידית לשינוי מבנה השוק, כל עוד שינוי כזה לא קרם עור וגידים. השאלה הניצבת בפנינו היא, האם יש מקום, לצורך החלטה בדבר מיזוג, להתחשב בשינויים מיבניים מתוכננים בענף הנוגע בדבר, אף שטרם התרחשו, בחלקם או במלואם, ומהו המשקל הראוי, אם בכלל, שיש לתת לציפייה לשינויים כאלה, שטרם התרחשו בפועל.

נראה כי התשובה לשאלה זו טמונה בבחינת סבירותה של ההחלטה בענין המיזוג, ובכלל זה בסבירות המשקל שאותה החלטה נתנה להערכות בדבר שינויים צפויים בענף בעתיד, והשפעתם על המיזוג.

34. על מבחן הסבירות בבחינת החלטה מינהלית, מעין-שיפוטית או שיפוטית, כבר נאמר:

"משמעותה... [של הסבירות – א"פ] נורמטיבית ... מהותה של הסבירות היא איזון ראוי בין הערכים והעקרונות הנאבקים על הבכורה... היא מחייבת איתור השיקולים הרלבנטיים ואיזון ביניהם על-פי משקלם... 'סבירות היא לעולם פועל יוצא של הגורמים הרלבנטיים ושל המשקל הראוי שיש ליתן להם ביחסיהם הפנימיים. מושג הסבירות מניח תפיסה פלורליסטית, המכירה בקיומם של מספר שיקולים ראויים, והמבקשת לאזן ביניהם על-ידי מתן משקל 'ראוי' ליחסים הפנימיים שביניהם'" (דברי הנשיא ברק בבע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, תק-על 2005 (4) 387, פסקה 19).

החלטה סבירה מן הבחינה המשפטית מחייבת שיקולו ראוי של הגורמים הרלבנטיים "על-פי כוחם לקדם את המטרות העומדות ביסוד הפעולה (או ההחלטה) אשר סבירותה עומדת לבחינה" (שם, פסקה 20), וחשובים לענין זה דבריו של McCormick שהובאו על-ידי בית המשפט באותו ענין:

"What justifies resort to the requirement of reasonableness, is the existence of a plurality of factors required to be evaluated in respect of their relevance to a common focus of

concern" (McCormick *On Reasonableness*, in H. Perelman and R. Vander Elst (ed.), *Les Notions A Contenu Variable En Droit* 131, 136 (1984)).

(ראו גם בג"צ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פד"י מז(2) 229, 264-263; בג"צ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י מד(2) 485, 513-514).

35. שאלת מידת הסבירות בהתחשבות בשינויים אפשריים או צפויים בענף המשקי הרלבנטי למיזוג אינה פשוטה כלל ועיקר. היא, ביסודה, תלוית-נסיבות. היא נגזרת, בראש ובראשונה, ממידת ההסתברות שהציפייה לשינוי אכן תתממש; היא מושפעת מהזמן המשווער הצפוי להתממשות השינוי; היא נלמדת ממשקלה של הציפייה ביחס ליתר הגורמים הרלבנטיים, ובהם, הנתונים הקיימים והמוכחים, שיש להתחשב בהם לצורך ההחלטה בסוגיית המיזוג. שנית, נדרשת התייחסות גם לשאלה האם, גם בהנחה שהשינוי המבני הצפוי יתממש, ניתן לצפות נכון לעת הזו את מלוא משמעויותיו מבחינת השפעתו על המשק ועל היבט התחרות בו, או האם הערכת השלכות השינוי צריכה להמתין לשעתה, כאשר הנתונים יובררו. ושלישית, היא מחייבת התייחסות גם למשקלה של האפשרות כי בסופו של יום, השינוי הצפוי לא יתרחש, בחלקו או במלואו, או שיתרחש באופן אחר, ומידת הנזק הצפויה לתחרות מהמיזוג שיאושר, אם אכן אפשרות זו תאיר; הערכת מערכת הסתברויות זו מחייבת התייחסות להקשר הדברים המיוחד בו מדובר, לאופיו של הענף, לטיבן של החברות בהן מדובר, ולהשפעה שיש לכל אלה על האינטרס הציבורי הרחב. היא מחייבת שקילה זהירה של היחס הראוי בין הנתונים הידועים והמוכחים לבין משקל ההסתברות לשינויים הצפויים בשוק, בהתייחס לנסיבות הספציפיות לענף, למיזוג המבוקש ולתנאיו הכלליים של המשק.

36. יוער בהקשר זה, ולמען הסר ספק: אנו עוסקים בענייננו ב"סבירות" כמושג משפטי-נורמטיבי, ובצורך לעמוד בתנאי זה בהקשר המשפטי של הפעלת סמכות הממונה על-פי סעיף 21 לחוק. אין בהכרח זהות בין מושג הסבירות כמבחן משפטי שנועד לבחון החלטה בענין מיזוג, בין היתר בהקשר למשקל שראוי לייחס לתחזית כלכלית עתידית שטרם התממשה כולה או בחלקה, לבין מושג הסבירות בהקשר הכלכלי ורמת המשקל הניתנת בהקשר זה לתחזיות כלכליות עתידיות ברמת הסתברות כזו או אחרת.

החלטת בית הדין בדבר מיזוג החברות המבקשות



37. הן הממונה והן בית הדין ניתחו את בקשת המיזוג על רקע נתוני השוק כפי שהיו בפניהם נכון למועד מתן החלטותיהם. שניהם כאחד הגיעו למסקנה חד-משמעית כי על בסיס נתוני השוק הקיימים, המיזוג בין דור-אלון לסונול עלול לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות.

הממונה קבע בסעיף ד' עמ' 8 להחלטתו:

"המיזוג מקים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות כתוצאה מהתעצמות החשש מפני התנהגות מתואמת בענפים השונים, הן בשל הגדלת הריכוזיות בענפים שמאפייניהם מעודדים התנהגות מתואמת, ואף יותר, ככל שעסקינן בהעלמת אחד ממחוללי התחרות, ככל שדור-אלון אכן עונה על הגדרה זו".

בית הדין מצידו קבע את הערכתו על בסיס נתוני השוק הקיימים, כדלקמן:

"בשל השיקולים שפורטו בפרק זה, נטינו לדעה שהמיזוג עלול בסבירות גבוהה להביא להגדלת מירווח השיווק בתחנות לצרכנים מזדמנים, ואולי גם לצייס קטנים. צרכנים אלה הם הנהנים העיקריים ממדיניות השיווק האגרסיבית של חברת דור-אלון. למסקנות אלה הגענו על סמך העלייה במירווח השיווק הריאלי בענף בעשור האחרון, דרך התנהלותן של החברות הוותיקות מול המפקח בוויכוח על המירווח הראוי, החשש שהמיזוג יאט את קצב גידול התחנות, והשלכת הגברת הריכוזיות בשוק" (פסקה 86 לפסק הדין).

בית הדין הוסיף והתייחס לקשר שבין מדד הריכוזיות למדד הסיכון בהעלאת מחירים מתואמת בענף אוליגופוליסטי. הסכנה גדלה ככל שגמישות הביקוש בענף קטנה. גם אם יתממש החסכון בעלויות כתוצאה מהמיזוג, הצרכן לא ייהנה מהתייעלות זו, והובע ספק אם חברה חדשה שתיכנס לענף תוכל להחליף את דור-אלון כמעוררת תחרות בנסיבות כאלה. ומסכם בית הדין ואומר (שם):

"בנסיבות הנוכחיות - לו השיקולים שצויינו היו כלל השיקולים שיש לשקול במאזן שבין הטובה שתצמח לעוררות והנזק עשוי להיגרם לכלל הצרכנים הנדרש לתחנות הדלק, הכף נוטה לטובת הצרכנים, ולא היינו רואים מקום לאישור המיזוג. לשון אחרת, במבט צופה פני העבר, היו מאפייני ענף התחנות וההתפתחויות בענף זה בעבר הרחוק והקרוב מקשים על מתן החלטה המאשרת את המיזוג".

38. הפער העיקרי בין עמדת הממונה לעמדתו הסופית של בית הדין הוא במשקל שכל אחד מהם ייחס לציפייה בדבר שינויים מבניים בענף הדלק עקב ההפרטה הצפויה של בתי הזיקוק ופתיחתם למעורבות אפשרית בתחום שיווק דלקים. הממונה סירב בשעתו לייחס משקל לציפייה זו, שלטענתו טרם קרמה עור וגידים, ולכן סבר כי בטרם ייצאו מהלכי השינוי מן הכוח אל הפועל, אין לסטות מניתוח מצב השוק העכשווי, ולקבל החלטה על יסוד השערות והסתברויות שדבר מימושן אינו ברור.

בית הדין, לעומתו, הסתמך על המהלכים הצפויים ושינויים מיבניים של משק הדלק בהסתמך על החלטת הממשלה מיום 26.12.04 בדבר הפרטת בז"ן. הוא השתית את החלטתו לאשר את המיזוג על ההנחה כי ההפרטה כולה, על שני חלקיה (בז"ן חיפה ובז"ן אשדוד), תתבצע כמתוכנן ובסדר הזמנים הצפוי; הוא בנה תרחיש משוער של מראהו של משק הדלק לאחר ההפרטה על-פי עיקרי החלטת הממשלה. על יסוד הערכות אלה, ועל בסיסן בלבד, הגיע למסקנה כי יש לאשר את המיזוג בכפוף לתנאים. בית הדין מסכם את עמדתו (פסקה 98):

"על יסוד ניתוח תחרותי המבוסס על מכלול הנתונים לגבי העבר, וההתפתחויות הצפויות בענף תחנות התדלוק בשנים הקרובות, אין בידינו לקבוע כי המיזוג יגרום לפגיעה משמעותית בתחרות. השיקול המכריע המוביל אותנו למסקנה זו הוא הערכתנו שפני השוק הקיים עתידים להשתנות בעקבות פיצול בתי הזיקוק, הפרטתם וכניסתם העתידית לתחום השיווק" (הדגשה לא במקור).

39. במערך המאפיינים והנתונים המיוחדים של משק הדלק, ובשים לב לאופי החברות מבקשות המיזוג, כעולה מקביעות בית הדין, מתן אישור למיזוג המבוקש על יסוד הסתמכות מכרעת בדבר צפי לשינויים מיבניים בענף הדלק שטרם התממשו במלואם או בחלקם, חורג ממתחם הסבירות, ואין לקבלו. ככל שעוצמת החשש לפגיעה ממשית בתחרות עקב המיזוג חזקה יותר על-סמך נתוני השוק הקיימים, כך נדרשת ראייה בעלת עוצמה מוגברת להטות את הכף לכיוון האחר:

"The less controversial the government case is, the stronger the evidence that the defendant must produce to rebut it" (P.E. Areeda & H. Hovenkamp *Antitrust Law*, 1997 Supplement (1997) p. 516).

במשטר הפיקוח הישראלי, בדומה לאמריקאי, החשש לפגיעה משמעותית בתחרות עקב המיזוג צריך להיות חשש סביר ולא וודאי. מקום שנותר ספק בדבר, הוא

פועל כנגד התרת המיזוג. כדבריו של השופט R. Posner בפסק הדין F.T.C. v. Elders :  
Grain Inc. 868 F2d 901, 906 (7<sup>th</sup> cir., 1989)

"Section 7 of the Clayton Act (sec 7) forbids mergers and other acquisitions the effect of which "may" be to lessen competition substantially. A certainty, even a high probability, need not be shown. Of course, the word "may" should not be taken literally, for if it were, every acquisition would be unlawful. But the statute requires a prediction, and doubts are to be resolved against the transaction"

(הדגשה לא במקור).

40. בענייננו, מאוחדים הממונה ובית הדין בעמדה כי על-פי נתוני השוק הקיימים, המיזוג המבוקש יפגע באופן משמעותי בתחרות בענף הדלק. משקל ההערכה ההסתברותית לשינויים עתידיים בענף זה עקב הפרטת בז"ן, שטרם הוחל במימושה בעת מתן ההחלטות של הממונה ושל בית הדין, אינו מספיק כדי להצדיק את החלטת המיזוג חרף הנתונים השוללים זאת על-פי נתוני השוק הקיימים. מסקנה זו מתחזקת לאור טעמים מיוחדים האופייניים למשק הדלק בישראל, על רקע ההיסטוריה המיוחדת לו ומקומו של ענף זה בכלכלה הישראלית; מבין הטעמים המיוחדים, יש למנות בעיקר את אלה: אופיו וייחודו של משק הדלק כמשק סגור ואנטי-תחרותי לאורך שנים רבות מאז קום המדינה, וניסיונות רפורמה לפתוח את השוק לתחרות; מקומה המיוחד של דור-אלון כחברה מחוללת תחרות בשוק, שנותר ביסודו, שוק אוליגופוליסטי; העדר צפי ברור לעצם התקיימותו של השינוי המיבני המתוכנן על כל חלקיו; העדר אפשרות ממשית לצפות את משמעות השינוי המתוכנן ואת תוצאותיו, גם בהנחה שהוא יתרחש בפועל, כמתוכנן.

על רקע שיקולים אלה, שינותחו לפרטיהם בהמשך, המסקנה המתבקשת היא כי משקל השיקולים כנגד המיזוג הוא כה רב-עוצמה, עד כי לא היה מקום לתת משקל מכריע למערך הסתברויות עתידיות שטרם התממשו בדבר הפרטת בז"ן, ולהתיר על יסודו את המיזוג המבוקש. מכלול הגורמים הפועלים כנגד המיזוג על-פי נתוני שוק קיימים מביא למסקנה כי השיקול שערך בית הדין בין נתוני השוק העכשוויים, השוללים בבירור את המיזוג, לבין משקלה של הציפייה לשינויים מיבניים בענף, והשפעתם על אופיו של משק הדלק בעתיד, נגוע באי-סבירות. השיקול הראוי במשמעותו המשפטית, אמור היה להביא לתוצאה כי יינתן משקל מכריע לניתוח הכלכלי של משק הדלק על-פי נתונים מוכחים, המצביעים על פגיעה בתחרות עקב המיזוג, ולהסתברות בדבר שינויים צפויים במבנה המשק שטרם התממשו וטרם ניתנים

להערכה סבירה, יינתן אך משקל מישני-נלווה בלבד. שיקלול זה מביא לתוצאה המתבקשת כי יש לאמץ את החלטת הממונה ולשלול את המיזוג.

הרי פירוט הדברים:

### אופיו וייחודו של משק הדלק

41. משק הדלק בישראל נושא אופי ייחודי למן קום המדינה. מאז הקמת המדינה התנהל משק הדלק כמבנה ריכוזי מובהק שפעלו בו מספר קטן של גורמים, אשר פעילותם נשלטה באופן מלא בידי המדינה. שוק הדלק התנהל לאורך מספר עשורים בפיקוח ממשלתי הדוק, כאשר מכסות היבוא, השיווק והמחירים של שלוש חברות הדלק הגדולות - פז, סונול ודלק - נקבעו על-ידי צו ממשלתי, אשר חילק בעקיפין את שוק הדלק ביניהן. חברות הדלק הגדולות שימשו ספקיות הדלק היחידות בשיווק סיטונאי וקמעונאי לציבור, ופעילותן הכלכלית התאפשרה על-ידי כיסוי עלויותיהן בתוספת רווח מוגדר מראש (פרשת פז, חברת נפט בע"מ, 355-356). נוסחת הפיקוח הממשלתי קבעה אף את חלוקת הרווח בין החברות הגדולות (45% לפז, 30% לדלק ו-25% לסונול). הממשלה, באמצעות מינהל הדלק, השתלבה בניהול משק הדלק על כל מקטעיו. היא זו שקבעה את מדיניות רכישות חומרי הגלם; על-פי קביעתה אמדו החברות את היקפי המלאי שהחזיקו ואת הרכבו; בעידודה נחתמו הסכמים עם הגופים השונים הפועלים בענף, ובפיקוחה נקבעו המחירים לצרכן של מוצרי הדלק, וכן המסים וההיטלים המוטלים עליהם (דו"ח מבקרת המדינה מס' 40 (1990) 106).

בשנת 1987 הונהגה רפורמה במשק הדלק, אשר תכליתה הייתה לפתוח את השוק לתחרות בכל מקטעיו, על-ידי הקטנה משמעותית של מעורבות הממשלה בענף הדלק וקביעת מחירים בשער בז"ן על-פי תימחור בינלאומי באיזור הים התיכון. רפורמה זו, על-פי מתכונתה, נועדה בראש ובראשונה לשבור את שליטתן המוחלטת של חברות הדלק הגדולות בצינוורות השיווק הסיטונאיים והקמעונאיים על-ידי הגדלת מספר המתחרים בענף. לשם כך, עוצבו הליכי הרישוי לפעילות בענף, הוסרו מגבלות מינהליות על פתיחתן של תחנות חדשות, ושונתה מתכונת ההסדרים שבין חברות השיווק. במחצית השנייה של שנת 1993 בוטל הפיקוח על מרבית מוצרי הנפט הנמכרים בתחנות, תוך השארת פיקוח על בנזין מסוג 95 ו-96 אוקטן, שהם החלק הארי של מוצרי הנפט הנרכשים על-ידי הציבור. קביעת המחירים במוצרי הנפט הלא מפוקחים הושארה לתחנה האינדיבידואלית על-פי ביקוש והיצע, והפכה חופשית.

42. אמצעים שונים אלה, אף שתרמו לפיתוח גורמי תחרות במגזר השיווק הסיטונאי, הביאו אך להצלחה חלקית בשוק הקמעונאי. עם זאת, במסגרת הרפורמה, נפתח משק הדלק בהדרגה לתחרות, ומאז הוא נע באיטיות ממסגרת פיקוח ממשלתית הדוק לכיוון יעד של תחרות חפשית. בעקבות הרפורמה, נכנסו חברות דלק חדשות לשוק, וניכרו ניצנים ראשונים של תחרות בין תחנות הדלק, אולם הדברים לא הגיעו לכדי תחרות ממש (דו"ח מבקרת המדינה מס' 43 (1993) 88-89, 96, 99; זמיר דו"ח על הרפורמה במשק הדלק: תחנות תידלוק (1991) 14-21, 70-78, 99-100). הרפורמה הביאה בהדרגה לתחילת קיומה של תחרות וצמצום המרווחים במיקטע הסיטונאי, שכן חסמי הכניסה לתחום זה היו גמישים וקלים יותר. אולם, במגזר תחנות הדלק ההצלחה היתה מוגבלת בלבד. הושקע מאמץ רב בהסרת חסמים שהאטו את כניסת התחנות לענף, רוככו מגבלות שהיו קיימות עד אז בתחום איכות סביבה, ניתנו הקלות רישוי, הופשרו קרקעות, וננקטו צעדים נוספים במטרה להגביר את התחרות. בשנת 1994 חוקק חוק משק הדלק, שמטרתו גם היא להביא להקטנת חסמי הכניסה למקטע השיווק באמצעות הקמתן של תחנות תידלוק נוספות. לשם כך הוסרו מגבלות תכנוניות בתמ"א 18, אשר חייבו מרחק מזערי בין תחנות תידלוק, והוטלו מגבלות על יכולת חברת-דלק להקים תחנות דלק בסמוך לתחנות בהן נמכר דלק ממקורותיה. במסגרת תיקון התמ"א, נסללה הדרך להקמת תחנות דלק זעירות. המאמצים להקלה על הרישוי להקמת תחנות נתנו את אותותיהם, וכתוצאה מכך, בעשור שבין 1995 ו-2005 גדל מספר התחנות בשיעור של כ-60%. את הגידול העיקרי הובילה דור-אלון שמספר התחנות שלה גדל ב-130 - היקף כפול מהגידול של האחרות.

43. בשנת 1993, קבע הממונה כי מערכת ההסכמים בין שלוש חברות הדלק הגדולות - פז, דלק וסונול - לבין מפעיליהן של 400 תחנות "עצמאיות", שאינן בבעלותן או בחכירתן, היא בגדר הסכם כובל הפוגע בתחרות. קביעה זו הובילה למשא ומתן ממושך בין הגורמים המעורבים, אשר בסיומו הגיעו הממונה וחברות הדלק להסכם על שינוי "הסכמי המסגרת" הקנייניים והסכמי האספקה בין בעלי התחנות לבין החברות, כך שתקופת תחולתם של חוזי ההפעלה לגבי התחנות העצמאיות קוצרה באופן משמעותי. כמו כן הוסכם כי כ-100 תחנות עצמאיות תשוחררנה מחוזי ההפעלה שקשרו אותן לרשת. אולם, בסופו של יום, חזרו מרבית התחנות "המשוחררות" אל חברות השיווק עימן היו קשורות בעבר, וחידשו עימן את הקשרים החוזיים.

ספיחי פרשת הסכמי ההפעלה הכובלים נדונו בפרשת דלק בבית הדין להגבלים עסקיים, שם תואר מצב התחרות במשק הדלק נכון לשנת 2001, בדרך הבאה:

"משק הדלק בישראל הנו גם היום, חרף היותו נתון ברפורמה מאז שנת 1988, ולמרות הניסיונות לקדם את הרפורמה ולהגביר את התחרותיות בשוק, משק ריכוזי ביותר, הנמצא עד היום תחת שליטה של מעטים. במקטע של חברות הדלק, ניתן למצוא לא יותר מארבעה שחקנים גדולים (לאחר רכישתה של חברת "דור" על-ידי חברת "אלון"), אשר חולשים על רובו המכריע של שוק מכירות הדלקים בתחנות התדלוק, כאשר שלוש חברות הדלק הותיקות שולטות על החלק הארי של השוק (נכון לשנת 1998, כ-86% מהשוק)" (ה"ע (י-ם) 469/98 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תק-מח 2001(1), 3669, בפסקה 119).

במסגרת מאמצי הרפורמה להגביר את התחרות, החליטה ועדת שרים לענייני הפרטה ביום 26.12.04 על פיצול בתי הזיקוק ומתן היתר ליחידות שתתפצלנה להתמזג עם רשת שיווק קמעונאית בכפוף לתנאים מסוימים.

44. על רקע תיאור מצב דברים זה, הגיע בית הדין למסקנות הבאות (פסקה 36): המגזר הסיטונאי בשוק הדלק נפתח לתחרות ואינו מציב קושי בתחום זה. לעומת זאת, התחרות במגזר השיווק הסיטונאי עדיין כושלת. ההישגים שהושגו במישור זה הם "מעטים ושבריריים", כלשון בית הדין, אף שחלו שינויים תכנוניים, וניתנו הנחות לצרכנים. אין זה ברור שמרווח השיווק הקמעונאי קטן, ועל אף הירידה במכירות, לא ברור כי רווחיות התחנות נפגעה. הוכח גם שמרבית ההישגים שהושגו בתחום זה מקורם בגורמי הפיקוח שהופעלו, ולא ביוזמות הענף עצמו. נותרה לדעת בית הדין בעיה קשה של העדר תחרות במגזר התחנות, ובאופן מיוחד במקטע הציים ובמקטע הצרכנים המזדמנים.

45. פועל יוצא מניתוח זה הוא כי ענף הדלק בכלכלה הישראלית מתאפיין גם כיום, ובמיוחד בתחום הקמעונאי, ביסוד של ריכוזיות מובנית, שהתהליכים לפתיחתו לתחרות נתקלים בקשיים ובמורכבות מיוחדת. מצד אחד, מדובר במוצרים ובשירות חיוני לציבור, שהביקוש בו הוא קשיח. מצד שני, הפיקוח הממשלתי ההדוק שאפיין את משק הדלק לאורך עשורים של שנים, קיומם של גורמים מעטים שפעלו בו, שרווחיהם שוריינו באמצעים צווים, ומערכות ההסכמים הכובלים עם בעלי התחנות, חדרו כמאפייני התנהגות לענף זה, והקשו עד מאוד על פתיחתו של הענף לתחרות אמיתית. הדפוסים המשקיים הנוקשים שדבקו בשוק זה פוגעים בציבור ככלל, ובצרכן כפרט, והשתחררות מהם נתקלת בקושי מהיבטים כלכליים, חברתיים ואפשר אף התנהגותיים.

על רקע מאפיינים אלה, מיזוג שתי חברות בסדר גודל ניכר לחברת ענק אחת ממוזגת, טומן בחובו סיכון מיוחד. הוא מהווה פעולת-נגד, הפועלת כמשקולת, להסיט את תנועת המטוטלת במשק הדלק מדינמיקה עיקבית רוויית קושי לשחרר את הענף לתחרות אמיתית, לכיוון של הגברת הריכוזיות, צמצום הגופים המתחרים הפועלים בענף, וגריעה ממשית מהישגים מוגבלים שהושגו במאמץ רב במסגרת הרפורמה במשק הדלק.

#### היסטוריה אנטי-תחרותית של ענף מישקי כמאפיין חשוב בשיקולי מיזוג

46. בהקשר לענייננו, חשוב להצביע על גישה מקצועית המייחסת חשיבות להיסטוריה אנטי-תחרותית בענף כלכלי, כשיקול שיש לקחתו בחשבון במסגרת הערכת ההשפעה של מיזוג מבוקש, על התחרות באותו ענף.

47. על-פי הנחיות המיזוגים האמריקניות, היסטוריה אנטי-תחרותית בענף כלכלי הינה מאפיין-שוק חשוב אשר יש לקחתו בחשבון במסגרת הערכת התחרותיות של מיזוג מבוקש. בעניין זה ראוי להתייחס ל-2.1 § Horizontal Merger Guidelines, שהוצאו על-ידי משרד המשפטים האמריקאי והרשות הפדרלית למסחר ב-1992 (ותוקנו ב-1997). מטרתן העיקרית של הנחיות אלה היא לאתר מקרים בהם השוק הרלבנטי שלגביו מתבקש המיזוג, התאפיין בעבר בגילויים של תיאומים מפורשים בין גופים הפועלים בענף. במצבים כאלה, קיימת ציפייה כי שוק זה יוביל אף בעתיד למאמצי תיאום דומים, אשר יקבלו חיזוק משמעותי עם הקטנת מספר השחקנים בשוק עקב המיזוג המבוקש:

"It is likely, that market conditions are conducive to coordinated interaction when the firms in the market previously have engaged in express collusion and when the salient characteristics of the market have not changed appreciably since the most recent such incident" (Horizontal Merger Guidelines § 2.1).

(ראו גם:

*Commentary on the Horizontal Merger Guidelines* (2006) p. 22;  
(Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy, supra*, at pp. 484-485).

נתונים היסטוריים מסוג שונה, העשויים להשפיע על הערכת התחרותיות בענף בהקשר למיזוג מבוקש, נוגעים למגמות ריכוזיות שהראה השוק בעבר. במספר החלטות

של בתי משפט אמריקניים נקבע כי יש להתייחס למיזוגים בחשדנות יתרה, מקום שהם מתבקשים ביחס לענף שהראה בעבר נטייה לעבר ריכוזיות (*United States v. Brown*) *Shoe Co.*, 370 U.S. 294, 332 (1962); *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270, 277 (1966); P.E. Areeda, J.L. Solow & H. Hovenkamp *Antitrust Law* (vol. IV, Rev. ed., 1998) § 932e; והשוו: ד' גילה "הערת פסיקה: ערר 2/94 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים" המשפט ד (תשנ"ט) 351, 357-359). עם זאת, לשיטתם של ארידה, סולו והובנקמפ, אין לייחס לנטייה לריכוזיות בעבר משקל מכריע בהערכת הפגיעה בתחרותיות של מיזוג מבוקש, ויש ליתן תשומת לב מיוחדת למצבו הערכני של השוק עובר למיזוג (Areeda, Solow & Hovenkamp (vol. IV) *supra*, at pp. 163-165).

גם אם עשויה להיות מחלוקת מהו המשקל שיש לתת להיסטוריה האנטי-תחרותית של הענף בעבר, אין ספק כי לגורם זה יש לייחס משמעות מסוימת, ככל שהיא מצביעה על נטייה מובנית לריכוזיות בענף, העשויה שלא להתיישב עם מיזוג מבוקש מבחינת החשש לפגיעה בתחרות.

48. בענייננו, חרף מאמצי הרפורמה, נותרה ריכוזיות ניכרת במשק הדלק, וחסמי הכניסה התמירים נותרו בעינם. באשר למידת הריכוזיות במשק הדלק, מצביע בית הדין על כך כי ענף זה מגלה מידת ריכוזיות גבוהה, כאשר המיזוג בין המשיבות עשוי להביא לעליה חדה נוספת במדר. כך למשל, בשיווק בנזין בתחנות תידלוק לצרכנים מזדמנים ביא המיזוג לעליית מדר הריכוזיות HHI בכ-700 נקודות, ויעמוד לאחר המיזוג על 2867 נקודות. בשיווק סולר בתחנות תידלוק לצרכנים מזדמנים יעלה מדר הריכוזיות HHI בכ-700 נקודות, ויעמוד על 2503 נקודות לאחר המיזוג. בשיווק בנזין לציי רכב קטנים עתיד מדר הריכוזיות HHI לעלות בכ-900 נקודות, ויעמוד על 2970 נקודות לאחר המיזוג. בשיווק סולר לציי רכב קטנים עשוי מדר הריכוזיות HHI לעלות בכ-400 נקודות, ולעמוד לאחר המיזוג על 3331 נקודות.

49. לענין חסמי הכניסה, פתוח שוק הדלק למיעוט אפשרויות לכניסת גורמים פוטנציאליים נוספים לענף. לטענת הממונה, מתחרה חדש יתקשה להקים 150-200 תחנות חדשות שיוכלו לקיים בסיס לרשת ארצית נוספת. כמו כן, קשיים בירוקרטיים הקשורים בהקמתן של תחנות תידלוק מביאים את הממונה למסקנה כי פרק הזמן הנדרש משלב איתור קרקע מתאימה לתחנה ועד להקמתה בפועל, הוא כ-7 שנים במוצע. לזאת יש להוסיף את עלותה של תחנת תידלוק, הנעה בין חצי מיליון למיליון



וחצי דולר ארה"ב (ללא הקרקע). מעבר לעלויות הכרוכות בהקמתן של תחנות חדשות, קיים אף הקושי בהתקשרות עם תחנות קיימות. חברה המבקשת לחדור לשוק באמצעות תחנת תידלוק תגלה כי יותר מ-80% מתחנות התידלוק קשורות בהסכמים קצרי טווח או ארוכי טווח, אשר במעטות מתוכן מגיעים ההסכמים לסיום בתום שנה.

בענין זה קבע בית הדין, על בסיס הנתונים שהובאו בפניו, כי הסיכוי להקמתה של רשת שיווק דלקים ארצית מתחרה הוא זעום ביותר. ספק אם משקיע מחוץ לענף יהיה מעוניין להשקיע סכומים בסדר הגודל המדובר (כ-150-75 מיליון דולר), ולהמתין זמן כה רב עד כי תוכניתו העסקית תתגבש. נתונים אלה מצביעים עוד ביתר שאת על אופיו האנטי-תחרותי של משק הדלק גם כיום, לאחר מאמצי הרפורמה, ועל ההשפעה הצפויה על התחרות מהמיזוג המבוקש.

#### דור-אלון - מאפיינים מיוחדים

50. בגדר השיקולים לענין המיזוג המבוקש, נודעת חשיבות מיוחדת לאופייה של דור-אלון, אחת ממבקשות המיזוג, ותרומתה הייחודית להגברת התחרותיות בענף הדלק. על-פי קביעות בית הדין, בשנת 1999 עלתה אפשרות מיזוג חברת דלק עם חברת דור, שתחילה הממונה התנגד לו, ולאחר מכן אישרו. על-פי קביעת בית הדין, מיזוג זה נתן דחיפה של ממש להתפתחות דור-אלון כשחקנית רביעית בגודלה בשוק הדלק. בית הדין מייחד דברים לתרומתה הייחודית של דור-אלון להגברת התחרות בשוק הדלק. הוא מתארה כ"מחוללת תחרות" בענף, ומתאר את יוזמותיה ותמריציה החזקים להתחרות בשוק כגורם בעל השפעה, ועל הצלחתה להשפיע על מתחרים אחרים להוריד מחירים. במצב הריכוזיות הקשה של ענף הדלק, שימשה דור-אלון בפעילותה הייחודית להגברת התחרות פתח לתקווה. היא היוותה מאז היווסדה "גורם תוסס ומתסיס את הענף" כלשון בית הדין בפסקה 38 לפסק הדין. בדרך פעילותה התחרותית, הקרינה דור-אלון על שאר החברות הפעילות בשוק, וסייעה לממונה להחיל על הענף כללי התנהגות מעודדי תחרות. פעילותה התחרותית של דור-אלון התבטאה בכמה אופנים: ראשית, היתה זו היא אשר שילבה לראשונה את חנויות הנוחות במתחם תחנת הדלק, שילוב המאפשר לבעל התחנה חסכון בעלויות תפעוליות, וניצול יעיל יותר של השטח המסחרי. מהלך זה הוביל לפעולות חיקוי על-ידי שאר המתחרות. שנית, דור-אלון היתה הראשונה שהטמיעה את השימוש במשאבות לשירות עצמי בתחנות דלק, עוד קודם שיצאו הצווים המחייבים את כלל הגורמים בשוק לעשות כן. לבסוף, יצאה דור-אלון במבצעי הנחות תכופים אשר סייעו בהפיכתה לגורם תחרותי, למרות פריסתה הארצית המוגבלת, ולמרות שלא היוותה גורם תחרותי משמעותי במקטע ציי הרכב

הגדולים. נחיתותה במקטע אחרון זה היא שהביאה לתחרותיות הרבה שהיא הפגינה במקטע השיווק ללקוחות מזדמנים. היקף מכירותיה לצרכנים כאלה הוא הגדול מבין הרשתות הפועלות בענף. בית הדין קבע כי אישור המיזוג עשוי להשפיע באופן ישיר על תמריצי דור-אלון להתחרות בשוק. נמרצותה של דור-אלון בתחרות על קהל הצרכנים המזדמנים ועל הציים הקטנים נובעת, על-פי ניתוחו של בית הדין, מחולשתה במגזר הציים הגדולים. חולשה זו עומדת מאחורי התרחבותה המהירה של הרשת ומדיניות השיווק שלה. בית הדין הביע חשש כי מיזוגה של החברה עם סונול תתן לה דריסת רגל בתחרות על ציי הרכב הגדולים, ותפגע בתמריציה להתחרות בשוק הצרכן הקטן. הצרכן המזדמן ובעל צי הרכב הקטן עשויים להיפגע. חשש נוסף שהובע על-ידי בית הדין נוגע לאפשרות כי המיזוג עלול לפגוע בתמריץ דור-אלון הקיים כיום להגדיל את מספר תחנותיה. מרכיב חשוב בתחרות בענף הוא הגדלת מספר התחנות, ומאמץ ממשלתי רב הושקע בהסרת חסמי הכניסה שיאפשרו חדירת תחנות דלק חדשות לענף. החשש הוא כי במסגרת המיזוג תצטרך דור-אלון לקלוט בבת אחת כ-200 תחנות, והדבר עלול לבלום את הצמיחה הטבעית של החברה, שהיתה הגבוהה ביותר בענף. החברה הממוזגת תעסוק בתיאום בין המרכיבים החדשים והישנים של הגוף שהתמזג, ואילו תכניות הרחבה תידחנה למועד מאוחר יותר.

51. מן הניתוח שהובא בידי בית הדין עולה כי המיזוג הנדון יביא בפועל להיעלמותה המעשית של "מחוללת התחרות" היחידה בשוק עד כה - חברת דור-אלון. זאת, בשל העובדה כי מבנה תמריציה הכלכליים, כפי שבא לידי ביטוי עד כה בהתנהגות תחרותית ותוססת, ישתנה לבלי הכר. במובן זה, מהווה המיזוג פגיעה ברורה בתחרות, עקב שינוי מהותי בתמריצים הכלכליים שכיוונו עד כה את פעילותה של דור-אלון כגורם מחולל תחרות בענף. בית הדין אימץ את עמדת הממונה כי למיזוג תהיה השפעה שלילית על התחרות מבחינת תמריציה של דור-אלון לפעול כגורם תחרותי ממריץ בשוק.

52. בספרות המקצועית מובעת עמדה לפיה מיזוג שמעורב בו תאגיד בעל מאפיינים תחרותיים ייחודיים, עשוי להיחשב עקב כך כנושא פגיעה מיוחדת ומשמעותית בתחרות (*Commentary on the Horizontal Merger Guidelines, supra*, p. 24; Areeda, Solow & Hovenkamp (vol. IV), *supra*, at pp. 213-214; *Federal Antitrust Policy, supra*, at pp. 485-486). חברה מחוללת תחרות (Maverick Firm), מוגדרת כחברה אשר לה תמריצים כלכליים מוגברים להתמודד כנגד תנאי התיאום ושיתוף הפעולה השוררים בין יתר הגורמים הפועלים בשוק. נקל להסיק, כי רכישתה של חברה מעין זו על-ידי חברה

מתחרה תמתן את התחרותיות בשוק נתון, ותגביר את החשש לתיאום מחירים בין הגורמים הנותרים בשוק.

53. החשש ממיזוגן של דור-אלון וסונול הוא ללא ספק חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק הדלק במקטע הצרכנים המזדמנים ובמקטע הציים הקטנים. המדובר בשוק ריכוזי בעל מספר קטן של מתחרים ממילא; בהיסטוריה אנטי-תחרותית מובהקת, וארוכת שנים של הענף; ובאובדן חברה מחוללת תחרות בענף שיש בו חסמי כניסה תמירים. משקלם של טעמים אלה הוא בעל עצמה מיוחדת בגדר הטעמים לשלילת המיזוג.

מנגד - הטעמים שהובאו בידי בית הדין לתמיכה במיזוג ולהתרתו מתבססים על הערכות לשינויים מיבניים שלא ברור אם, כיצד ומתי יתממשו; כן אין זה ברור מה תהיה השפעתם על משק הדלק אם וכאשר יתממשו.

#### **הערכות לשינויים מבניים צפויים - משקלן היחסי בהחלטה בדבר מיזוג**

54. הליך זה מעלה את השאלה עד איזה גבול רשאית הרשות המוסמכת להתחשב בהערכות עתידיות לשינויים צפויים העשויים להתחולל בשוק, בבואה להחליט בדבר מיזוג המתבקש כיום. התשובה לשאלה זו מצויה במבחן הסבירות המשקלל את מידת ההסתברות שהשינויים אכן צפויים להתממש, ומידת השפעתם על התחרות באם יתממשו. שיקולים אלה יש להעמיד כנגד עצמת הפגיעה בתחרות הצפויה מהמיזוג על-פי נתוני השוק העכשוויים. בהערכת הסתברותם של השינויים הצפויים ומידת השפעתם הצפויה על התחרות, ראוי להבדיל בין תהליכי שוק טבעיים הצפויים להתרחש בשים לב לאופיו של השוק בעת הדיון במיזוג, לבין תהליכים שכל כולם מותנה במדיניות מכוונת של השלטון. התהליכים האחרונים מעצם טבעם נושאים מימד של חוסר וודאות, שכן שלטון בא ושלטון הולך, ומדיניות כלכלית משתנה לא אחת על-פי רוחו של השלטון הקיים ועל-פי נתונים מתחדשים בשטח. מה שהייתה החלטת הפרטה של בז"ן בדצמבר 2004, אינה בהכרח מדיניות שתאומץ בחלקה או במלואה שנים לאחר מכן.

55. הדעת נותנת כי מתן משקל משמעותי להערכה בדבר שינויים צפויים בשוק לצורך החלטת מיזוג יעמוד במבחן הסבירות המשפטית בנסיבות בהן הצפי לשינוי מצוי בדרגה גבוהה של הסתברות להתממשותו. הוא מותנה בכך שהנתונים בדבר השינוי הצפוי ידועים מראש וברורים. לפיכך, רק שינויים שהתממשותם ניתנת לצפייה

במידה הקרובה לוודאות, ואשר תוצאותיהם לגבי התחרות עומדות ברמה גבוהה של הסתברות, הם בעלי מעמד בעל משקל במערכת השיקולים הבוחנת את מידת הפגיעה הצפויה בתחרות ממיזוג מבוקש ( Areeda, Sollow & Hovenkamp (vol. IV), *supra*, at pp. 168, 220-221). וכך מסכמים גישה זו ארידה, סולו והובנקמפ בספרם :

"Many things are "relevant" to a merger's likely competitive effects. It must also appear that consideration of a particular additional factual issue will indeed promote rational decision making, without excessive costs, in enforcement resources and predictability. This is unlikely unless the facts are more or less readily determinable and their consequences reasonably clear... The only facts with a serious claim to attention are those rather clearly indicating that a firm's market share substantially misrepresents its present or future competitive position" (Areeda, Sollow & Hovenkamp (vol. IV), *supra*, at p. 221; **הדגשות לא במקור**).

**ובמקום אחר אומרים אותם מחברים :**

"In general, we conclude that, in principle, such factors cannot reasonably be disregarded, but that the practical and other reasons dictate that attention be limited to claims clearly indicating that market share figures significantly overstate a firm's competitive impact either currently or in the reasonably near future" (P.E.Areeda, J.L.Sollow & H.Hovenkamp, *Antitrust Law* (vol. IVA, Rev. ed., 1998) p. 3).

56. בהינתן תכליתו של חוק ההגבלים העסקיים לעודד את התחרות ולהגן על הצרכן, עשויה להיות חשיבות לציפייה ממשית לשינוי עתידי בשוק הרלבנטי במסגרת הערכת אופיו התחרותי של שוק זה לימים יבואו. אולם נדרש יחס סביר בין נתוני השוק המוכחים ומידת ריכוזיותו הנוכחית, לבין מידת ההסתברות להתרחשותם של שינויים עתידיים ואופי תוצאותיהם ביחס לגורם התחרות בהתייחסותו למיזוג המבוקש. במסגרת הסתברות זו יש לייחס משמעות גם לאלמנט התמשכות הזמן של תהליך השינוי הצפוי, וככל שהזמן צפוי להתארך, כך הנטייה להתחשב בשינוי הצפוי תיפחת. לזמן הנדרש למימוש תהליך השינוי משקל ניכר בפני עצמו (השווה"ע (ירושלים) 7014/02 עמינח, רשתות שיווק בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תק-מח 2005(3) 1819, פסקה 46; וכן :

*Federal Antitrust Policy*, at pp. 463-4

Horizontal Merger Guidelines § 1.522;

.(*U.S. v. General Dynamics Corp.* 415 U.S. 486 (1974)

57. נוסחת איזון סבירה בגדרם של השיקולים לצורך מיזוג מצריכה מתן משקל יחסי ראוי לנתונים המוכחים בדבר מצב השוק הנתון, על רקע מאפייניו וההיסטוריה המיוחדת לו, אל מול הסתברות השינויים המבוססים על הערכה לעתיד בלבד. ככל שחומרת הפגיעה הכרוכה במיזוג גדולה יותר על-סמך נתוני שוק קיימים, כך הסבירות שבהיזקקות להערכות על שינויים עתידיים שטרם ברור אם יתממשו, ומה תהיה השלכתם על התחרות באם יתממשו, קטנה יותר.

אל מול החשש הסביר מפני פגיעה ממשית בתחרות כפי שמגלה הבחינה שביצעו הן הממונה על ההגבלים העסקיים והן בית הדין, הועמד תרחיש עתידי מורכב, הכולל את הפרטתם של בתי הזיקוק על דרך פיצולם, ובסופו של יום, אף את אפשרות כניסתם לתחום השיווק, כשהם נהנים מיתרון האינטגרציה האנכית הייחודי להם.

שינוי עתידי אפשרי זה הינו רב משמעות, והוא מגלם בחובו פוטנציאל הפגה של הפגיעה התחרותית שמעלה המיזוג בהתבסס על נתוני השוק הקיימים. על-פי התחזית, חבירתה של חברת שיווק לבית זיקוק עשויה להקנות יתרון מובנה לחברה המאוחדת. בשל כך, תנאי התחרות לחברות שיווק הדלק שלא תצורפנה לבית הזיקוק המפורט עשויים להיות קשים יותר מאשר במצב הנוכחי. נטענה טענה כי מצב זה עלול להקשות על דור-אלון, המבקשת להתמזג, ולהשיג את אספקת הדלק הדרושה לה במחירים תחרותיים. טענה זו עשויה לתמוך בצדקת המיזוג (Areeda, Solow & Hovenkamp (vol. IVA), *supra*, at pp. 8-9).

בעניין זה קובע בית הדין (פסקה 93) כי תנאי התחרות לחברת שיווק שלא תצורף לבית זיקוק יהיו קשים יותר מאשר במצב הנוכחי, ואם הממונה ירצה להבטיח שכושר התחרות של גופים כאלה לא ייפגע, הוא יצטרך להבטיח שאספקת דלק סדירה לרשתות אלה לא תיפגע. ככל שעוצמתן הכלכלית של הרשתות תגדל, כך מלאכה זו תוקל. מיזוג בין החברות עשוי לחזק את התחרות כנגד הגוף החזק העומד לקום.

#### הערכות בדבר שינויים צפויים במשק הדלק עקב הפרטת בז"ן - מן הכלל אל הפרט

58. ביום 26.12.04 החליטה ועדת השרים לענייני הפרטה על פיצול בתי הזיקוק, על הרשאה לבז"ן אשדוד להתמזג עם רשת שיווק דלק קמעונאית, ועל היתר לבז"ן חיפה להתמזג באופן דומה עם רשת בעלת משקל קטן במערך השיווק הארצי. בית הדין היה

נכון לצורך הדיון לפניו להתייחס למעשה הפיצול וההפרטה כ"מעשה מוגמר" (פסקה 91 לפסק הדין). בית הדין אף מניח מנקודת מוצא של מעשה מוגמר, כי פני השוק הקיים עתידים להשתנות בעקבות פיצול בתי הזיקוק, הפרטתם, וכניסתם לתחום השיווק. חבירתם של בתי הזיקוק לרשתות השיווק תשנה, על-פי גישתו, את יחסי הכוחות במגזר התחנות, ותאפשר חיזוק של גורמים אחרים בשוק שאינם קשורים בבתי הזיקוק, באופן שיבטיח את התחרות. תנאי של שחרור תחנות על-ידי החברות המתמזגות יביא לאיזון כוחות בשוק העתידי, יחזק את הרשתות הקיימות, ואף יפתח פתח להקמת רשת חדשה. על רקע זה התיר את המיזוג בתנאים.

59. חשוב לציין כי בצד התייחסותו לשינויים המבניים הצפויים בענף הדלק כ"מעשה מוגמר", מעלה בית הדין יסודות שונים הקשורים בתהליך ההפרטה שאינם ידועים בעת מתן החלטתו. הוא אומר (פסקה 90):

"הוכחה התקדמות משמעותית בהליך ההפרטה האמור, אם גם לא ידועה בשלב זה באופן סופי תמונת השוק שתתקבל - דהיינו - מי יהיה הרוכש ואיזה פוטנציאל תחרותי מדויק יהיה למצב החדש".

בית הדין היה מוכן להניח כי גם אם לא ניתן לערוב לכך שתהליך ההפרטה יעבור בשלום עד תומו, אין סיבה להתייחס להתרחשותו עד תום כתיאורטית, וסבר כי אין צורך שהערכת המצב תתבסס על תהליכים וודאיים. "די בכך שההסתברות לכך שהתהליך יסתיים בשלום היא גבוהה" (פסקה 91). אולם, באותה נשימה הבהיר בית הדין כי קשה להתנבא באשר למבנה משק הדלק העתידי בעקבות השינוי הצפוי; אין לדעת מי מהמועמדים יזכה בז"ן אשדוד, ואם תזכה במכרז רשת שיווק, אין זה ברור אם תהא רשת גדולה או בינונית. אין גם וודאות שבית הזיקוק חיפה ינסה לחדור לתחום השיווק הקמעונאי או שיסתפק בפעילות בשוק הסיטונאי. כן אין זה ברור איך ההתפתחויות בהפרטת בז"ן אשדוד ישפיעו על הפרטת בז"ן חיפה. וממשיך בית הדין ואומר (פסקה 94):

"לא ניחנו ברוח נבואה לגבי וודאות התרחישים העתידיים אותם הבאנו בחשבון. ואולם, דרכן של הערכות כלכליות שהן מתייחסות לסיכויי קרות האירועים בעתיד, מבלי שהן מתיימרות להיות וודאיות כשאמת הבחינה היא סבירות סיכויי ההתרחשות בלבד".

בית הדין ער גם לגורם הזמן, וקשוב לכך שצפוי לחלוף זמן ניכר עד לכניסת בתי הזיקוק המופרטים לשוק הדלק באמצעות תחנות תידלוק. משך התהליך קשור לא רק בתהליך הפרטת בז"ן אשדוד, אלא חשוב מכך - אופיו ומשך הזמן להפרטתו של בז"ן חיפה. "ברי לנו שמדובר בתהליך ממושך" אומר בית הדין, והוא מסכם את תהייתו שלו עצמו אם התרחישים שהניח אכן יתאמתו באומרו (פסקה 94):

"אנו סבורים כי בסופו של תהליך, תתבהר התמונה שציינו כענין הנובע מהיתרונות והאינטרסים הכלכליים. אכן, מדובר בהערכה בלבד, ללא כושר ניבוי, אך גם הטוענים אחרת יכולים להישען על הערכות בלבד וכל ההערכות אפשר שיתבדו".

60. ואכן, כדברי בית הדין עצמו, לא ניתן היה להעמיד כל תחזית ברורה באשר לשינויים המבניים שמשק הדלק עשוי לעבור בזמן הקרוב. בעת מתן פסק הדין בידי בית הדין, ואף במועד שמיעת הערעורים ומתן ההחלטה האופרטיבית בערעורים בבית משפט זה, לא ניתן היה לנבא מי מהמועמדות שניגשו למכרז לרכישת בז"ן אשדוד אכן תזכה במכרז; לא היתה כל הערכה ביחס לאפשרות כי הזוכה במכרז זה תהא חברה שאינה עוסקת בשיווק, אשר יכולתה לנצל את יתרונותיה של אינטגרציה אנכית נמוכים יותר, ואם תזכה במכרז חברת שיווק - האם תהיה זו חברת שיווק גדולה או בינונית; למותר לומר כי לנתונים אלה משקל רב לגבי משמעות שינויי המבנה במשק הדלק והשפעתם על התחרות. לענין בית הזיקוק בחיפה, הליך הפרטתו כלל לא נכנס להילוך כלשהו בעת שהליכי הדיון בבית הדין ובערעורים נתקיימו. לא ברור אם הפרטת בז"ן חיפה אכן תתממש כמתוכנן, ומה תוליד הפרטה זו מבחינת השפעתה על השוק. גם אם הליך ההפרטה יתקיים, לא ברור אם בז"ן חיפה יחדור לשוק הקמעונאי, והאפשרות כי יסתפק באספקה לשוק הסיטונאי ולייצור הפטרוכימי אינה נטולה הסתברות. כמו כן, בית הדין לא לקח בחשבון את תגובותיו האפשריות של הממונה, באם תחזית המשיבות תתממש, ובית הזיקוק באשדוד אכן יירכש על-ידי חברת שיווק דלק גדולה. כיום, ההשתתפות במכרז על בז"ן חיפה נאסרה על חברות הדלק הגדולות והבינוניות (ובהן דור-אלון וסונול), ואולם שינוי במצב השוק לאור זהות הרוכש של בז"ן אשדוד עשוי לשנות אף הוראת רגולציה זו, לשם עידודה של התחרות בתחום השיווק.

61. בעת מתן פסק הדין טרם הוחל בביצוע החלטת ההפרטה. במהלך הדיון בערעור, הוחל בהליכי ההפרטה של בז"ן אשדוד. בינתיים, ב-3.10.06 הודיע דובר משרד האוצר כי הושלמה הפרטת בית הזיקוק אשדוד והשליטה בו הועברה לחב' פז. השלב הבא של ההפרטה טרם בוצע, ועל-פי אותה הודעה, הנפקת בתי הזיקוק חיפה

תתבצע בשנת 2007. על-פי הנתונים האמורים, לא נבחנה משמעות רכישת בז"ן אשדוד על-ידי פז, משהדבר ארע לאחר מתן פסק הדין בבית הדין. אשר להפרטת בז"ן חיפה, מדובר בתהליך מורכב שתואר כ"הנפקה הגדולה שעשתה בישראל". אין בשלב זה וודאות כיצד ומתי תהליך זה יתבצע, ובמיוחד - אין לדעת מיהו הגורם שירכוש את בז"ן חיפה ומה משמעות תהיה לדבר על מבנה משק הדלק ועל התחרות. כן לא ברור האם בז"ן חיפה תתקשר עם גורם שיווקי, ומה השפעה תהא לכך על התחרות בשוק. להערכות בדבר השינויים הצפויים בשוק הדלק לא היה ביסוס מספיק בעת מתן פסק הדין, וגם כיום, לאחר שחלק מהשינויים התממשו, עדיין תמונת השוק לא התייצבה, ואין תחזית ברורה מה יהיו פניו של משק הדלק בעתיד הנחזה לעין.

62. יתר על כן, אפילו יתממשו התרחישים המשווערים, כפי שצייר בית הדין בפסק דינו, עדיין מדובר בתהליך ארוך אשר יחלוף זמן רב עד השלמתו. אמנם, הפרטת בית הזיקוק באשדוד הושלמה בינתיים, ונראה כי מרבית המשוכות שעמדו בפני מהלך זה הוסרו, אך הפרטת בז"ן חיפה, שהינה משמעותית ביותר באשר למבנהו העתידי של משק הדלק בישראל, טרם נתממשה, ולא ברור כמה זמן ייארך תהליך הפרטתה, ומה יהיו תוצאותיו.

מן האמור לעיל עולה כי התרת המיזוג בין החברות המשיבות בתנאי אי-וודאות כמתואר לעיל, אינה סבירה ביחס השקלול עליו היא מתבססת, בין הנתונים המוכחים של המשק בדבר הפגיעה הצפויה בתחרות בעקבותיו, לבין משקלו של תרחיש עתידי, שגם אם הוא טומן בחובו פוטנציאל מסוים להגברת התחרות המקרין על משמעות המיזוג בין החברות המבקשות, עדיין אינו עולה לכדי רמת ההסתברות הנדרשת לצורך אישורו של המיזוג. משך הזמן הנדרש מכל מקום להימשכותו של תהליך ההפרטה עד להשלמתו מוסיף מימד להיקף הפגיעה בתחרות העומד להיגרם עקב המיזוג, ולו בתקופת ביניים ארוכה עד השלמת התהליך.

63. הנעלמים ביחס לשינויים המיבניים במשק הדלק עדיין לא נחשפו. במצב זה שבו רב הנסתר על הידוע, מתן אישור למיזוג בהסתמך על הערכה בדבר תחזית שינויים שטרם אירעה במלואה, חורג ממתחם הסבירות. גם היום, לאחר מתן פסק הדין, אף ששלב אחד של ההפרטה התממש, עדין השפעת השינויים המיבניים - בין אלה שכבר אירעו ובין אלה שטרם אירעו - לוטה בערפל. צפוי זמן רב עד שהשינויים יתממשו בשלמותם, אם בכלל, והזמן יתארך עוד יותר עד שניתן יהיה להסיק מסקנות מקצועיות ראויות מהשינויים והשפעתם על התחרות בשוק הדלק. מסקנה זו מתחזקת לאור



העובדה כי משק הדלק סובל מתסמונת היסטורית של ריכוזיות אנטי-תחרותית רבת דורות, ונוכח הקשיים העמוקים בפתיחת השוק לתחרות גם במסגרת רפורמות רחבות היקף שנוהלו לאורך שנים. בנסיבות מיוחדות אלה, התרת מיזוג חברות הפוגע באורח מוכח בתחרות בהינתן מבנה השוק הקיים, על יסוד תחזית הסתברויות בלתי מוכחת ובלתי ברורה בהשלכותיה המקצועיות, אינה יכולה לעמוד.

64. אכן, ככל שסכנת הפגיעה בתחרות עקב המיזוג גדולה יותר, כך הטעמים המיבניים הצפויים, ההופכים את המיזוג לנסבל ואפשרי, צריכים להיות ברורים, קרובים לוודאות ובעלי עוצמה גדולה. נדרש איזון של כלים שלובים שבו כגודל צורכי ההגנה על השוק והתחרות בו, כך עוצמת הביסוס המתבקש למתן היתר למיזוג העשוי מעצם טיבו לפגוע בתחרות. התייחס לכך השופט פוזנר בפרשת *F.T.C. v. Elders Grain* Inc (עמ' 906):

"The theory of competition and monopoly that has been used to give concrete meaning to section 7, teaches that an acquisition which reduces the number of significant sellers in a market already highly concentrated and prone to collusion by reason of its history and circumstances is unlawful in the absence of special circumstances".

במקרה זה, לאור רקעו המיוחד של משק הדלק ומורכבותו, דרישת ההגנה על הישגי התחרות המוגבלים שנקנו בקושי רב ברפורמות ארוכות שנים, הינה בעלת עוצמה מיוחדת. נוכח המאמצים המיוחדים שנעשו על-ידי המדינה לאורך שנים לפתוח את שוק הדלק לתחרות, קיים אינטרס ציבורי ברור שלא להסיג אחורנית את תוצאות התחרות המוגבלות שהושגו בהיתר למיזוג שזו עלולה להיות תוצאתו. אין וודאות שתרחיש הפרטת בז"ן יתרחש במלואו. לעומת זאת, קיימת וודאות בדבר הפגיעה המיידית בתחרות עקב המיזוג על-פי הנתונים הקיימים כיום. גם אם יושלם הליך ההפרטה כאמור, לא ברור מה יהיו תוצאותיו, ומה יהיו פני משק האנרגיה לאחר השלמת המהלך. אישור מיזוג בלא שכנגדו עומד תרחיש ברור שיענה לחשש הפגיעה בתחרות - אינו קביל, מחמת אי סבירותו.

## סוף דבר

65. מקרה זה מעמיד למבחן החלטה בענין מיזוג חברות, והשפעתה על התחרות במשק. אמת המידה למבחן זה היא סבירות במובנה הנורמטיבי-משפטי, להבדיל ממבחן ההסתברות הכלכלית, הנדרש לניתוח כלכלי. החלטת בית הדין בענין בקשת המיזוג של דור-אלון וסונול אינה עומדת במבחן הסבירות הנורמטיבית. היא מייחסת

משקל בלתי-סביר להערכות הסתברות בדבר שינויים צפויים במשק שטרם נתממשו בעת נתינתה, והשלכותיהן רחבות ההיקף מטבע הדברים לא נתבררו. כנגד זה, לא יוחס משקל מכריע לנתונים מוכחים של מצב שוק הדלק הקיים, שעל-פיהם למיזוג תהא השפעה פוגענית על התחרות בענף, שאך מעט ממנה הושג לאורך שנים במאמץ ומשאבים ציבוריים ניכרים של המדינה והציבור. חוסר האיזון בין הידוע לבין הנסתר פוגם בסבירותה של ההחלטה לאשר את המיזוג. החשש לפגיעה באינטרס הציבורי מהמיזוג המבוקש גובר באופן מכריע על החשש לפגיעה בחברות המשיבות, אם וכאשר בזמן מן הזמנים יתברר כי ההפרטה של בז"ן הושלמה כמתוכנן, וגם אם תוצאותיה יתאמו בסופו של יום את השערותיו של בית הדין, שהוא עצמו לא שלל את אפשרות התבדותן. מסקנות אלה עומדות בעינן, הן ביחס למועד מתן פסק הדין של בית הדין, שבו טרם נתבצעה הפרטת בז"ן אשדוד, והן עתה, לאחר ביצוע חלק מהפרטה זו, ובטרם נתבצעה ההפרטה העיקרית של בז"ן חיפה. לאור זאת, החלטת בית הדין אינה יכולה לעמוד.

#### תוצאה

66. על יסוד האמור החלטנו כדלקמן: למחוק את ערעורה של סד"ש; לקבל את ערעור הרשות להגבלים עסקיים, לבטל את פסק הדין של בית הדין, ולהותיר על כנה את החלטת הממונה, השוללת את מיזוג דור-אלון וסונול כפי שנתבקש.

כאמור בפסק דיננו מיום 15.6.06, אין צו להוצאות.

#### **ש ו פ ט ת**

#### השופטת ע' ארבל:

אני מצטרפת לפסק דינה המשלים, מאיר העיניים, של חברתי, השופטת פרוקצ'יה, ולכל טעמיה המובילים למסקנה המתבקשת שלא לאשר את המיזוג בין שתי החברות, דור אלון וסונול, וכי לא היה מקום לתת משקל מכריע לתמורות הצפויות בענף הדלק שטרם התממשו, בדמות פיצול והפרטת בז"ן (בתי הזיקוק לנפט).

חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן: החוק) שם לו למטרה להבטיח תחרות חופשית שיש בה להניב יתרונות לפרט ולכלל, לייעול היצור והשיווק, לעידוד חדשנות טכנולוגית ולמניעת ניצול לרעה של כוח כלכלי תוך פגיעה בצרכן או בעסק

מתחרה. חופש התחרות הוא אינטרס ציבורי מובהק שלכלל ולפרט הבודד גם יחד עניין בהגנה עליו. ככזה, הוא מהווה נדבך חשוב של רשת הגנה על הציבור שפורשים דיני הגנת הצרכן. אכן, לא בכדי תוארו דיני ההגבלים העסקיים כ"מגנה כרטה" של זכויות הצרכן, שהתחרות החופשית היא תנאי חיוני למימושן (ראו: *United States v. Topco Associates Inc.* 405 u.s 596, 610; וכן ראו: ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213). בלא תחרות חופשית נפגעת יכולתו של הפרט הבודד, כמו גם של ציבור הצרכנים, ושל גופים שונים לקבל החלטות שונות בעלות אופי כלכלי ונפגעת יכולתם לקבל החלטה מושכלת שהיא פרי בחירה בין חלופות כלכליות שונות. עם זאת, ראוי לציין כי את התכלית בדבר שיפור התחרות במשק ניתן להשיג בדרכים שונות על פי נתוניו של כל מקרה ומקרה, וייתכנו מקרים שבהם יהיה דווקא במיזוג כדי להגדיל את רמת התחרות במשק (ראו למשל: דיויד גילה "הערת פסיקה: ערר 2/94 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים", המשפט ד, 351, 361 (1998), שבו מדגים הכותב כיצד מיזוג בין פירמות קטנות יכול להיות משקל נגד מחולל תחרות לדומיננטיות של פרימה מובילה).

במוקד הערעור עמדת הממונה כי יש להתנגד למיזוג המוצע. סמכות זו של הממונה באה להגשים את עקרון התחרות החופשית. הרשות להגבלים עסקיים מופקדת על אינטרס הכלל וזכותה וחובתה להתערב כאשר קיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, שאז גובר אינטרס הצבור.

במיזוג שתי החברות בסדר גודל כה ניכר, כמו בעניינו, גם אם כטענת המשיבות מדובר בהמשכה של רפורמה שעצירתה עלולה להכשילה, יש כדי להסביר את הריכוזיות בשוק. מיזוג שכזה טומן בחובו סיכון של פגיעה משמעותית בתחרות, צמצום מספר הגופים המתחרים בענף ונטרול ההישגים שאליהם הגיע הענף במסגרת הרפורמה רבת השנים במשק הדלק, ובכלל זה אובדן חברה מחוללת תחרות בענף.

המשיבים שבו והדגישו כי בית הדין להגבלים עסקיים הינו בית דין מקצועי, אשר הוקם במטרה להתמחות בפתרון של שאלות בנושא ההגבלים עסקיים. על כך אין חולק וגם לא על הטענה שיש לנהוג ריסון בהתערבות בהחלטותיו של בית הדין. עם זאת, עמדתנו מבוססת על ממצאיו העובדתיים ועל התשתית הראייתית כפי שתוארה בפסק דינו המפורט של בית הדין. יודגש, כי בית הדין לא דחה את טענות הממונה באשר לחשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, ואף קיבל את הניתוח הכלכלי שהציג,

הגם שהגיע למסקנה שונה בשל התפתחויות עתידיות הצפויות בענף תחנות התדלוק בשנים הקרובות.

מששוכנענו שקיים חשש סביר כי כתוצאה מהמזוג תפגע באופן משמעותי התחרות בענף הדלק והציבור עלול להיפגע הוחלט לקבל הערעור ולהחזיר את החלטת הממונה על כנה.

ש ו פ ט ת

הנשיא (בדימ') א' ברק:

אני מסכים לפסק דינה של חברתי, השופטת פרוקצ'יה, ולהערוותיה של חברתי, השופטת ארבל.

ה נ ש י א (בדימ')

לפיכך, התוצאה היא כאמור בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ניתן היום, ט"ו בכסלו תשס"ז (6.12.06).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ה נ ש י א (בדימ')