



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

בפני אב בית הדין להגבלים עסקיים, כבוד השופטת נאוה בן אור

העוררת

יהודה ברמן בע"מ
על ידי ב"כ עו"ד בועז גולן ועו"ד נטלי מיכאלוב

נגד

המשיב

הממונה על ההגבלים העסקיים
באמצעות ב"כ עו"ד יונתן צויקל ועו"ד טובי הריס

פסק דין

ערר על החלטת הממונה על הגבלים עסקיים מ-30.11.2015, בגדרה עשה שימוש בסמכותו לפי סעיף 50ד(א)(2) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: **החוק**), והטיל עיצום כספי על העוררת בגין עשיית מעשים שיש בהם משום מיזוג חברות, שלא בהתאם להוראות פרק ג' לחוק.

בהסכמת ב"כ הצדדים נדון הערר לפניי כדן יחיד.

רקע עובדתי

1. העוררת, יהודה ברמן בע"מ (ולהלן: **ברמן**), היא חברה פרטית שעיקר עיסוקה בייבוא, בשיווק ובמכירה סיטונאית של מכשירי כתיבה וציוד משרדי. לברמן אחזקות בחברה ושמה "אטלס מכשירי כתיבה ומחשוב בע"מ" (כ-69%), העוסקת אף היא בייבוא, בשיווק ובמכירה סיטונאית של מכשירי כתיבה. בעקבות עסקת מיזוג קודמת, שאושרה על ידי הממונה על



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

הגבלים עסקיים (ולחלן: **הממונה**) במרץ 2014, מוחזקת ברמן על ידי שתי חברות: חגים נחלים בע"מ (כ-67%) ו-Pilot Corporation (כ-33%).

מכלול – חברה למתן שירותים לסטודנטים בטכניון ובמוסדות אקדמיים אחרים בע"מ (ולחלן: **מכלול**), אף היא חברה פרטית. מכלול ניהלה והפעילה חנויות לממכר קמעונאי של ספרים, מכשירי כתיבה, ציוד משרדי וכדומה בקמפוסים של הטכניון ובמוסדות אקדמיים נוספים.

ברמן הייתה אחד הספקים של מכלול.

2. מכלול נקלעה לקשיים כלכליים. עובר להסכם המיזוג נשוא דיונונו, עמדה לפני אזהרת עסק חי בשל גירעונות שהלכו ותפחו ובשל סירובו של הטכניון, שהחזיק ב-10% מהזכויות בה, להמשיך ולהזרים לה כספים על מנת שתוכל להמשיך בפעילותה. חובותיה של מכלול לספקים עלו על 4 מיליון ₪ וברמן הייתה אחת מנושיה הגדולים. בשל חובות שלא נפרעו חדלו ספקים מלספק לה סחורה, ומדפיחן של החנויות הלכו והתרוקנו. אגודת הסטודנטים של הטכניון, שהחזיקה ב-90% מזכויותיה, שקלה, כנטען בערר, לאפשר לה לקרוס. אולם בשל העובדה שפרנסתן של 30 משפחות, רובן קשות יום, תלויה בה, הוחלט לעשות כל מאמץ לשמר את מכלול כעסק חי.

3. על רקע קשיים אלה נחתמה עסקת מיזוג בין ברמן לבין מכלול. על פי ההסכם, שנחתם ב-26.8.2014, ניהול החנויות שנותרו בידיה באותה עת, ארבע במספר, יועבר מידי מכלול לידי ברמן לתקופה של שבע שנים (עם אופציה שניתנה לברמן להאריכה לתקופה של שבע שנים נוספות). בתמורה תקבל ברמן את כלל ההכנסות מן החנויות, בניכוי דמי הרשאה שנתיים, הנגזרים כאחוז מההכנסות החנויות ולכל הפחות 720,000 ₪ לשנה, שישולמו למכלול. הסכם המיזוג הותנה באישור הממונה ונקבע בו, כי עד ל"מועד הקובע" (15 ימים מיום שיתקבל אישור הממונה) תמשיך מכלול לשאת לבדה בעלויות ניהול החנויות ולקבל את התקבולים.

באותו יום ובמקביל, נחתם הסכם הלוואה בין שתי החברות, ולפיו תלווה ברמן למכלול סכום של 720,000 ₪ (סכום השווה לדמי ההרשאה השנתיים המינימאליים), על מנת שתהא למכלול יתרת מזומנים שתאפשר את המשך פעילותה כעסק חי (לחלן: **הסכם המיזוג והסכם הלוואה**, בהתאמה). יישום הסכם הלוואה החל במעמד החתימה עליו.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

בהמשך, ואף זאת קודם לכניסת הסכם המיזוג לתוקף, הגיעו הצדדים להבנות בקשר עם המשך הפעלת החנויות. במסגרת הבנות אלה לקחה ברמן על עצמה את רכישת הסחורות עבור החנויות והתשלום בעדן. בהתאם לכך, החל מ-1.10.2014 לא רכשה עוד מכלול ציוד חדש באופן ישיר בעצמה והוא נרכש על ידי ברמן. ולכל המאוחר החל מ-15.11.2014, הועבר פדיון החנויות במלואו לידי ברמן (להלן: **מתווה ההבנות**).

4. רק ב-23.10.2014 הגישו הצדדים הודעת מיזוג לרשות ההגבלים העסקיים (להלן: **הרשות**). הייתה זו "הודעת מיזוג מקוצרת", על פי תקנה 4(ג) לתקנות ההגבלים העסקיים (מרשם, פרסום ודיווח על עסקאות), התשס"ד-2004 (להלן: **תקנות הדיווח**). ב-27.10.2014 הודיעה הרשות לצדדים, כי עליהם להגיש "הודעת מיזוג ארוכה" (תקנה 4(ד) לתקנות הדיווח).

ההודעה הנדרשת הוגשה ב-17.11.2014, ובסופו של דבר, ב-7.1.2015, אישר הממונה את המיזוג ללא כל תנאי, לאחר שמצא כי אין בו כדי להקים חשש תחרותי.

5. הפעולות השנויות במחלוקת, ואשר בגין הוטל העיצום הכספי, הן הסכם החלואה בגדרו נתנה ברמן למכלול החלואה בסכום השווה לתמורה המינימאלית לשנה הראשונה בגין המיזוג, ומתווה ההבנות, בגדרו רכשה ברמן את הסחורה עבור החנויות, נשאה בעלות הרכישה וקיבלה את פדיון החנויות. הסכם החלואה נחתם ויושם עוד בטרם הוגשה הודעת המיזוג הראשונה ("המקוצרת"), וכך גם החלה רכישת הסחורות על ידי ברמן עבור מכלול, בהתאם למתווה ההבנות, טרם הוגשה הודעה זו. פדיון החנויות החל להיות מועבר לידי ברמן טרם הוגשה הודעת המיזוג השנייה ("הארוכה").

הממונה, שמצא כי פעולות אלה הפרו את חובת ההמתנה, הקבועה בסעיף 19 לחוק, עד לקבלת אישורו למיזוג, הודיע לברמן ולמכלול ב-31.5.2015, כי בכוונתו לעשות שימוש בסמכות המוקנית לו בחוק, ולהטיל על ברמן עיצום כספי בסכום של 200,000 ₪ ועל מכלול עיצום כספי



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

בסכום של 20,000 ₪. לאחר שימוע ולאחר שנועץ בוועדה לפטורים ולמיזוגים, החליט להפחית את סכום העיצום ולהעמידו על 80,000 ₪ לברמן ועל 5,000 ₪ למכלול.

מכאן הערר, בגדרו חולקת ברמן על קיומו של בסיס עובדתי ומשפטי להטלת העיצום הכספי.

עיקר הטענות בערר

לברמן מספר טענות עיקריות.

6. הטענה האחת, שבנסיבות העניין השתת עיצום כספי משקפת מדיניות סבירה ובלתי מידתית.

במסגרת ראש פרק זה טוענת ברמן, כי לא ניתן להפריז בחשיבות של הצלת חברה מקריסה, וכי מניעת פעולה "מצילה חיים" בתקופת הביניים שבין הגשת הודעת מיזוג לבין החלטת הממונה בדבר אישור המיזוג תסכל את התועלות הצומחות ממניעת הקריסה. על אחת כמה וכמה, כאשר הפעולות הננקטות לשם הצלת החברה הקורסת הן פעולות הפיכות, אינן מערבות בין נכסי החברות המתמזגות וניתנות להפסקה ככל שיחליט הממונה להתנגד למיזוג.

7. הטענה השנייה, שלרשות אין סמכות להתיר פעולות המפרות את חובת ההמתנה ומשכך אין לה סמכות להעניש בגין אי קבלת היתר כאמור. מכל מקום, ככל שגובשה על ידי הרשות מדיניות בנוגע לפעולות להן יינתן היתר בתקופת ההמתנה, הרי שהמדובר בהנחיות מנהליות הטעונות פרסום על פי כללי המשפט המינהלי ובפרט לנוכח הנחיות היועץ המשפטי לממשלה בעניין זה. לטענת ברמן, אי פרסום כללי המדיניות הוא שהביא להפרה מטעמה, ומשכך אין עליה לשאת בתוצאות.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

8. הטענה השלישית, שהרשות חרגה מסמכותה, שכן אין היא מוסמכת לאסור את הפעולות בהן ראתה את מעשה ההפרה. על פי הנטען, סעיף 19 לחוק אוסר על פעולות המהוות מיזוג חברות בפני עצמן ולכל הפחות על פעולות שאינן הפיכות, כל זמן שלא ניתן אישור הממונה למיזוג (במיזוגים הטעונים אישור). אולם אין בסעיף זה כל איסור על ביצוע פעולות שאינן מהוות מיזוג חברות בפני עצמן, או על כאלה שניתן להפסיקן בקלות ולהחזיר את הגלגל אחור. לטענת ברמן, מתן ההלוואה לא היה בבחינת פעולת מיזוג כשלעצמה והרשות טעתה, הן מן הבחינה העובדתית והן מן הבחינה המשפטית בקביעתה כי העמדת ההלוואה הייתה בבחינת העברה בעקיפין של התשלום הראשון בגין עסקת המיזוג. כל כך, משום שהסכם ההלוואה קובע מפורשות כי ההלוואה תעמוד גם אם המיזוג לא ייצא לפועל. הוא הדבר גם ביחס למתווה ההבנות. לנוכח הקריסה המידית הצפויה, נטלה ברמן על עצמה את "הפעולה הטכנית" של הזמנה מן הספקים (שסירבו לספק סחורה למכלול), וממילא, כמי שביצעה את ההזמנות, היא גם שילמה עליהן. עם זאת, במקביל, חייבה ברמן את מכלול בגין הסחורה שסופקה. המדובר, אפוא, בפעולות תפעוליות המבוצעות על ידי ספקים חיצוניים כעניין שבשגרה. ברמן מבקשת ללמוד גזירה שווה בין פעולותיה אלה לבין, על פי הדוגמא, ביצוע הזמנות לבתי מלון על ידי ספקי שירותי הזמנה, פעולה שאינה מהווה מיזוג בין המלונות לבין ספקים כאלה.

9. הטענה הרביעית, שהמיזוג כלל לא היה טעון אישור מלכתחילה, שכן מבחן מחזור המכירות אינו מתקיים במיזוג הנדון. על מנת שהמיזוג יהיה טעון אישור הממונה נדרש כי מחזור המכירות המצרפי של החברות המתמזגות, בשנה שקדמה למיזוג, יעלה על 150 מיליון ₪ וכי מחזור המכירות של לפחות שתיים מבין החברות המתמזגות, בשנה שקדמה למיזוג, יעלה על 10 מיליון ₪. לשיטתה של ברמן, התנאי הראשון אינו מתקיים, שכן מחזור המכירות המצרפי של החברות המתמזגות, בשנה שקדמה למיזוג, היה נמוך מ-150 מיליון ₪ ואם כך, המיזוג לא היה טעון אישור והחברות המתמזגות לא הפרו את חובת ההמתנה. הודעות המיזוג שהוגשו מקורן בטעות של עורכי דינם של הצדדים לעסקה (שעל פי הנטען אינם מומחים בדיני הגבלים עסקיים), אולם טעותם אינה מקנה לרשות סמכות מקום שלא התחייבה הגשת הודעת מיזוג.

בהקשר זה טוענת ברמן, כי הרשות טעתה בכך שתחת בחינת מחזור המכירות המצרפי של החברות המתמזגות, בחנה את מחזור המכירות של "ישות היולית בשם 'צד למיזוג'", כלשונה.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

בדרך זו ביקשה הרשות לתפוס את המיזוג שבין ברמן לבין חגים נחלים בע"מ, שהתרחש בשנת 2014 ולפיכך אינו מהווה חלק מן הדו"חות הכספיים של ברמן לשנה שקדמה למיזוג – 2013. אלא שלטענת ברמן לא ניתן להוסיף לדו"ח הכספי אירועים שהתרחשו לאחר שנת הכספים, וכללי החשבונאות אינם מאפשרים פיקציה של איחוד דו"חות כספיים בדיעבד, כתוצאה משינויים שאירעו לאחר שנת המס. מכל מקום, אם עורכים התאמות בדיעבד יש להביא בחשבון את העובדה שמכלול סגרה חנויות בשנת 2013 ובשנת 2014. ואם כך, הדו"חות הכספיים שלה לשנת 2013 כללו פעילויות שכבר לא היו בה, כיוון שהחנויות נסגרו. מחזור המכירות שלה לשנת 2014 היה נמוך, אפוא, מ-10 מיליון ₪. ואם כך, התאמה בדיעבד של מחזור המכירות לחנויות שנסגרו מלמדת שמבחן מחזור המכירות אינו מתקיים, גם אם מאחדים את מחזור המכירות של ברמן עם זה של חגים נחלים בע"מ.

10. עוד טוענת ברמן כי הרשות הפרה את חובת ההיוועצות עם ועדת הפטורים והמיזוגים, שכן עיון בפרוטוקול הדיון שהתנהל לפני הוועדה מעלה כי לא הובאו לפני כלל העובדות הרלוונטיות וגם הניתוח המשפטי שהוצג לפני היה מטעה.

11. ולבסוף נטען, כי גם אם החוק הופר, הסנקציה שהוטלה על ברמן אינה סבירה ואינה מידתית. כל כך, משום שהמדובר בהפרה פעוטה ביותר, ההפרה שירתה אינטרס ציבורי וחברתי ראשון במעלה, ובהתאם לתזכיר חוק שהפיצה הרשות, מיזוג מן הסוג הנדון לא יבוא לפתחה בעתיד שכן יגדל הסכום המחייב דיווח על עסקת מיזוג והמתנה לאישור הממונה על פי חלופת מחזור המכירות.

תמצית תשובת הממונה

12. הממונה טוען כי טענתה הראשונה של ברמן, לפיה היה עליו להימנע מנקיטת צעדי אכיפה שכן הפעולות נועדו "להציל את חייה" של מכלול, עומדת בסתירה לטענתה האחרת, ולפיה אין הממונה רשאי להימנע מלנקוט צעדי אכיפה בגין פעולות "מצילות חיים", הגם שאלה הובאו לידיעתו ולאישורו מראש.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

13. מכל מקום ולגופו של עניין, נתונה לממונה הסמכות להימנע מנקיטת צעדי אכיפה בגין פעולה אסורה כחלק מסמכותו ומחובתו הכללית להפעיל שיקול דעת באכיפת החוק. לטענתו, אין כל פסול בכך שהממונה יודיע כי לא יאכוף את החוק במקרה פרטני שהובא לאישורו מראש, שהרי אין חולק כי לעיתים מחייב האינטרס הציבורי אישורה של פעולה "מצילת חיים" כדי למנוע קריסתה של חברה במהלך תקופת ההמתנה לאישור המיזוג. אלא שתנאי לכך שהפעולה הנדרשת תובא מראש לאישורו, ואין המדובר בעניין שבפרוצדורה גרידא. על הממונה לשקול במסגרת זו האם הפעולות המתוכננות נחוצות, האם הן מקימות חשש לפגיעה בתחרות ובציבור ומהו המתווה הראוי לשם עריכת איזון בין כלל השיקולים הצריכים לעניין.

בענייננו, לו היו הצדדים באים בדברים עם הרשות מבעוד מועד ייתכן וניתן היה להגיע לפתרון משפטי שהיה מאפשר הזרמת כספים למכלול בתקופת הביניים. עובדה זו, קרי, האפשרות שאכן ניתן היה למצוא פתרון שהיה מאפשר הזרמת כספים כאמור, נשקלה לקולה על ידי הממונה בקביעת גובה העיצום הכספי.

הממונה דוחה את הטענה לפיה אי פרסום כללים בעניין אופן הפנייה לרשות גרם להפרה. ככל שנאסר על פי חוק לעשות פעולות מסוימות, היה על ברמן להימנע מעשייתן. מכל מקום, האפשרות לבוא בדברים עם הרשות על מנת לקבל היתר להזרמת כספים לחברה במצוקה קבועה מפורשות בהנחיות הדיווח המפורסמות באתר האינטרנט של הרשות. בנוסף פרסמה הרשות כללים לפי סעיף 43 לחוק: "כללי מתן חוות דעת מקדמיות מטעם הממונה על הגבלים עסקיים (5.8.2014)", המפרטים את אופן הפנייה לממונה על מנת לקבל חוות דעת מקדמית ביחס לחוקיות של עסקה או של פעולה, לרבות חוות דעת מקדמית באשר להימנעות מנקיטת פעולות אכיפה לגבי העסקה או הפעולה. בנסיבות אלה סבור הממונה כי אין יסוד לטענה בעניין הפרת חובת הפרסום גם לגופה.

14. גם את הטענה, כי לא היה בפעולות הנדונות משום מיזוג ומשכך לא היה מוסמך לאסור אותן, דוחה הממונה. המעשים הנדונים יצרו זיקות חזקות בין מנגנוני קבלת ההחלטות וקרבו בין התמריצים של הצדדים להסכם המיזוג. אין המדובר בפעולות "זמניות" או "אד הוקיות



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

מעצם טבעו כפי שנטען בערר. ההיפך הוא הנכון. הפעולות לא פסקו עם השלמת יישום ההסכם לניהול החנויות ונבלעו בעסקת המיזוג העיקרית שאושרה לבסוף. כך גם דוחה הממונה את הטענה לפיה אין מקום לאסור פעולות הפיכות. טענה זו, לטעמו, מתעלמת מלשונו המפורשת של החוק, לפיה גם פעולות שמעצם טיבן ניתנות ל"החזרה לאחור" ואף בקלות יחסית, עולות כדי מיזוג חברות.

15. אשר לטענה לפיה לא היה המיזוג טעון אישור מלכתחילה ואך טעות של עורכי דיין של החברות המתמזגות הובילה אותן להגשת הודעות מיזוג משיב הממונה כי טענה זו סותרת חזיתית את מצגיהן של ברמן ושל מכלול כפי שהובאו לפניו בעת הדיווח על עסקת המיזוג העיקרית ואין היא אלא ניסיון מאולץ של ברמן להתנער בדיעבד מהחובה שהובילה את הצדדים להגיש את ההודעות האמורות.

לגופו של עניין סבור הממונה, כי טענת ברמן לפיה יש להתעלם ממחזור המכירות של חגים נחלים בע"מ, שכן המיזוג ביניהן התרחש רק בתחילת 2014 עומדת בסתירה מוחלטת ללשון החוק ולתקנות הדיווח עד כדי ריקון הוראות אלה מתוכן.

16. כך גם דוחה הממונה את טענותיה של ברמן לעניין הליך ההיוועצות. עיון בפרוטוקול מלמד על כך שהמסגרת העובדתית והמשפטית נפרשה לפני הוועדה, וככל שבמהלך הדיון נפל אי דיוק נקודתי בדברי אחד המשתתפים, הוא תוקן והובהר בהמשך הדברים. כך גם מדגיש הממונה כי לפני הוועדה עמדו טענותיהן של ברמן ומכלול ונערך בהן דיון של ממש.

17. הממונה סבור, כי העיצום הכספי שהוטל הינו סביר ומידתי. העיצום מצוי ברף הנמוך ביותר בתוך מתחם העיצום האפשרי, והובאו בחשבון השיקולים המקלים הרלוונטיים תוך מתן משקל נאות לכלל השיקולים הצריכים לעניין.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

דין

אפרוש תחילה את הרקע הנורמטיבי בנוגע למשטר הפיקוח על מיזוג חברות ובנוגע לעיצום כספי. לאחר מכן אדרש לטענות הספציפיות שהועלו בערר.

א. משטר הפיקוח על מיזוג חברות

18. פרק המיזוגים שבחוק לא היה קיים בחוק ההגבלים העסקיים, התשי"ט-1959, שקדם לו. דו"ח הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים (פורסם ב"הפרקליט" לב 559, התשל"ט-1979), ששימש תשתית לחקיקתו של החוק הקיים, ראה במיזוגים תופעה חיובית על דרך העיקרון, תופעה המשרתת תכליות של יעילות, המרצת הכלכלה ופיתוח המשק. עם זאת, היה ער לחששות כי בהתקיים נסיבות מסוימות עלולות להיווצר תוצאות שליליות של ריכוז כוח כלכלי. וכך נאמר בדברי החסבר להצעת החוק:

"הצורך לפקח על מיזוגים התעורר בישראל, כבארצות אחרות, בשלב מאוחר יחסית, לאחר שהפיקוח על הסדרים כובלים ומונופולים מופעל כבר זמן ניכר. במשק הישראלי מסתמן תהליך של גידול בריכוזיות עקב מיזוגים: חברות נבלעות באחרות באופן שענפים רבים – אשר בהם לפני שנים לא רבות עדיין פעלו מספר חברות – נשלטים כיום בידי חברה אחת. החוק הקיים מאפשר פיקוח על התנהגות של מונופולין, וניתן באמצעותו לפתור בעיות של ריכוז כוח כלכלי. ואולם רצוי להפעיל את הפיקוח בשלב מוקדם דהיינו בתהליך ההיווצרות של ריכוז הכוח הכלכלי. מיזוג הוא תהליך מורכב, והשבת המצב לקדמותו לאחר שבוצע היא מסובכת ויקרה, לכן רצוי להפעיל את הפיקוח מראש" (הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983, ה"ח 1647, 40).

כך עומדת המלומדת מיכל (שיצר) גל על מנגנון ההסדרה של המיזוגים:

"מנגנון ההסדרה של המיזוגים הוא בעיקר פיקוח מונע, הפועל כחסם בפני יצירת מבני שוק ריכוזיים שמקורם אינו בצמיחה פנימית של חברות, אשר עלולים להוביל לצבירת כוח שוק שיפגע ברווחה החברתית. החשש העומד בבסיס החוק הוא כי השינויים במבנה השוק עלולים לפגוע בתחרות או בתוצאותיה בלא יתרונות מאזנים. ... לפיכך קובע חוק ההגבלים העסקיים כי מיזוג חברות העומד בספי החוק מותנה בקבלת הסכמת הממונה עובר למיזוג..." (מי' (שיצר) גל, לקחו של יוסטיניאנוס:



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

רפורמות נדרשות בחוק ההגבלים העסקיים, המשפט י"ג (תשס"ח) 67, 81-
(80).

תפיסת היסוד הינה, אם כן, כי מיזוג, גם כזה המגביר את כוח השוק של המתמזגים, אינו פסול תמיד ויש למצוא את האיזון הנכון בין החשש מפני הגברת הריכוזיות והגדלת כוח השוק של החברות המתמזגות לבין שיקולי יעילות העשויים להגדיל את הרווחה החברתית המצרפית במשק (ראו, למשל, ערר 5/91 עלית תעשיות בע"מ ותוצרת מזון ישראלית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (24.10.1991)).

הנחות יסוד אלה באות לידי ביטוי בסעיף 17 (א) לחוק, הקובע מהו אותו מיזוג "חשוד", היינו אותו מיזוג שיש עניין לציבור לבחון את השלכותיו התחרותיות. זו לשונו:

"(א) הוראות פרק זה יחולו על מיזוג חברות שמתקיים בהן אחד מאלה:

- (1) כתוצאה מהמיזוג חלקן של החברות המתמזגות בכלל הייצור, המכירה, השיווק או הרכישה של נכס מסוים ונכס דומה או מתן שירות מסוים ושירות דומה, יעלה על מחצית, או על שיעור נמוך ממנה אם קבע כך השר, לעניין מונופולין, לפי סעיף 26(ג);
- (2) מחזור המכירות של החברות המתמזגות ביחד, בשנת המאזן שקדמה למיזוג, עולה על סכום של 150 מיליון שקלים חדשים; השר רשאי, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, לשנות את הסכום האמור;
- (3) אחת החברות המתמזגות היא בעלת מונופולין כמשמעותו בסעיף 26."

19. הפיקוח על המיזוג מורכב משלושה נדבכים.

הנדבך האחד הוא סיווג העסקה, היינו האם המדובר בעסקה שהיא בבחינת "מיזוג חברות". סעיף 1 לחוק מגדיר "מיזוג חברות" כך:

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



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

הנדבך הבא הוא ניפוי אותן עסקאות מיזוג שאינן מעניינן של החוק, בין בשל נפח הפעילות הכלכלית שלהן בין בשל מעמדן התחרותי. החלופות מופיעות בסעיף 17 שהובא לעיל. עסקה שמתקיימת בה חלופה מן החלופות הללו מקימה חובת דיווח לממונה.

במקרה כזה מגיע הנדבך השלישי, והוא בחינת הממונה את הפגיעה בתחרות הצפויה מן העסקה. לאחר השלמת הבחינה ומתן האישור (עם או בלי תנאים), יהיו הצדדים למיזוג רשאים לבצעו. החוק קובע, כאמור, בסעיף 19, איסור על מיזוג חברות שחל עליו סעיף 17, בלא שניתנה תחילה הודעת מיזוג ומבלי שנתקבל אישור הממונה לכך. אי מתן הודעה, או עשיית מעשה שיש בו משום מיזוג, מלא או חלקי, בניגוד להוראות פרק ג', מהווה עבירה פלילית לפי סעיף 47(א)(3) לחוק. העונש המרבי על עבירה זו הוא שלוש שנות מאסר (ובנסיבות מחמירות – חמש שנות מאסר) וקנס כספי.

20. הממונה פרסם הנחיות לגבי "הליכי הדיווח והבדיקה של מיזוגי חברות לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (9.1.2008)" (להלן: **הנחיות הדיווח**). במבוא להנחיות (עמ' 3) עומד הממונה על כך שלשון החוק מרחיבה ותכליתה להכפיף לפיקוח מקדים את כלל העסקאות העלולות, על פניהן, להשליך על התחרות בענף הרלוונטי. עם זאת, מאחר שעשויים להתעורר קשיים פרשניים במצבי ביניים, רשאים הצדדים לפנות לרשות ולשאול לעמדתה. לגופו של עניין מבהיר הממונה כי מיזוג חברות מתבטא באיחוד, מלא או חלקי, שמהותו ותוצאתו יצירת זיקה מבנית של עסק אחד במשנהו. הכוונה להקניה או לחיזוק אחיזה או דריסת רגל לעסק הרוכש במנגנוני קבלת ההחלטות בעסק האחר, שהיה נפרד ועצמאי ממנו עובר לרכישה. הזיקה המבנית מקנה לבעליה יכולת להשתתף בהליך פנימי של קבלת החלטות של העסק האחר, או השפעה על הליך זה. ההנחיות ממשיכות ומסבירות מה נחשב למעשה של "מיזוג בפועל". על פיהן "כל מעשה שיש בו משום הקניית דריסת רגל לרוכש בעסק הנרכש, איחוד מלא או חלקי של פעילות או אקט הצפוי להשפיע השפעה ממשית על התנהלות התאגיד הנרכש. בין אלה: העברת התמורה למוכר או עבורו; העברת ניירת הערך לרוכש או למי מטעמו; העברת הסיכון הכלכלי הכרוך בהחזקה בניירות הערך..." ועוד.

הממונה מעיד על עצמו כי יקפיד הקפדה יתירה על מילויין של חובות הדיווח וההמתנה, בהינתן שעליהן מושתת הפיקוח ובהינתן שתכלית הפיקוח היא ניטור ומניעה מראש. הפרתן של חובות



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

אלה מסכלת את תכלית החקיקה ו"מביאה להעתקת מרכז הכובד של הפעלת שיקול הדעת ממישור מתן ההיתר למישור הטלת הסנקציה" (שם, עמ' 8).

לנוכח תכליתן של חובות הדיווח וההמתנה, אין הפרתן נבחנת בדיעבד, על פי תוצאות ההפרה, היינו האם בעקבותיה נגרמו תוצאות שליליות (הגם שפוטנציאל הפגיעה כתוצאה מן ההפרה (להבדיל מן התוצאה בפועל) עשוי לשמש שיקול לעניין גובה העיצום – סעיף 50ה(2) לחוק).

21. כאן המקום לציין, כי בעניין דומה, קיבל בית המשפט העליון את עמדת רשות ניירות ערך לפיה אין בכך שמינויו של פלוני כדירקטור חיצוני לחברה התברר בדיעבד כמשולל תוקף, כדי להוביל למסקנה שלא הופרה חובת הדיווח על מינויו (ע"מ 6999/12 יו"ר הרשות לניירות ערך נ' מנועי בית שמש אחזקות (1997) בע"מ (7.11.2013)).

22. משטר הפיקוח על מיזוג חברות אינו ייחודי לישראל, כמובן. כך, למשל, קיימת חובת דיווח מוקדמת לנציבות האירופית מכוחה של תקנה 4 ל- European Merger Regulation (Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the ECMR) [2004] OJ L24, 1-22).

גם התקנות האירופאיות אוסרות על הצדדים למיזוג ליישמו עד לאישורו, ויוטל עיצום כספי בשיעור של עד 10% ממחזור המכירות המצרפי של הצדדים למיזוג היה והופרה חובת הדיווח. הנציבות מוסמכת לאשר פעולות שונות בתקופת ההמתנה (סעיפים 7 ו-14(2) לתקנות) (ראו: Ariel Ezrachi, EU Competition Law, An Analytical Guide to the Leading Cases, (2014, 4th ed., pg.361-363 Case T-332/09 Electrabel v. Commission,) והמתנה לא תבחן על פי תוצאות ההפרה (EU:C:2014:2040(3.7.2014), בו הובהר (פסקה 246 לפסק הדין), כי "The Commission is correct to maintain that the ex post analysis of the lack of effect of a



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

concentration on the market cannot reasonably be a decisive factor for the
"characterisation of the gravity of the breach of the system of ex ante control"

ב. עיצום כספי

23. עד תיקונו של החוק ב-2012, עמדו לרשות הממונה שני כלי אכיפה עיקריים. האחד, אכיפה פלילית (סעיף 47(א)(3) לחוק) והאחר, אכיפה אזרחית-מנהלית, שעיקרה פרסום קביעה לפי סעיף 43(א)(3) לחוק ופנייה לבית הדין על מנת שיורה על מתן צווים ובכללם צו להפרדת חברות שמוזגו שלא כדין (סעיף 25 לחוק), בהתקיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג תיפגע התחרות באופן משמעותי או ייפגע הציבור באחד המובנים המנויים בסעיף 21 לחוק, היינו ברמת המחירים של נכס או שירות, באיכות נמוכה של נכס או שירות, או בכמות המסופקת של נכס או היקף השירות או סדירות האספקה ותנאיה.

24. פרק 1 לחוק, שכותרתו "עיצום כספי", נחקק ב-2012. הפרק מסמך את הממונה להטיל עיצום כספי על מי שהפר הוראה מהוראות החוק, כמפורט בסעיף 50(א). הסכום המרבי שניתן להטיל על אדם הוא מיליון ₪, ואילו על תאגיד שמחזור המכירות שלו בשנה שקדמה להפרה עלה על 10 מיליון ₪ רשאי הממונה להטיל עיצום כספי בשיעור של עד שמונה אחוזים מן המחזור ובלבד שהסכום לא יעלה על 24 מיליון ₪. בין יתר ההפרות המסמיכות את הממונה להטיל עיצום כספי, עשיית מעשה שיש בו משום מיזוג, מלא או חלקי, שלא בהתאם להוראות פרק ג' (סעיף 50(א)(2)).

כך מתוארת תכלית התיקון לחוק בדברי ההסבר שקדמו לו:

"מנגנוני האכיפה האזרחית-מנהלית הקבועים כיום בחוק אינם מספקים ואינם נותנים מענה שלם למגוון הרחב של הפרות החוק האפשרויות. אימוצו של מנגנון להטלת עיצום כספי בחוק יהווה כלי משלים למנגנוני האכיפה האמורים, שיאפשר מתן מענה אפקטיבי, מהיר ויעיל למגוון ההפרות כאמור.

אכיפה באמצעות עיצומים כספיים הפכה בעשור האחרון לרווחת בחקיקה הישראלית, ובמיוחד בחוקים העוסקים בתחומים כלכליים. העיצום

13 מתוך 25



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

הכספי הוא אמצעי אכיפה רגולטורי יעיל ומהיר, המוטל על ידי הרשות המנהלית ומטרתו להביא להגברת הציות של ציבור המפוקחים. לנוכח העובדה שמדובר בהליך מנהלי, עשויה יעילותו ומהירותו לשמש גורם מרתיע ולהביא להקטנת השכיחות של הפרת החובות שבגינן ניתן להטילו..." (הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 14) (עיצום כספי), התשע"ב-2011, ה"ח 637, 240).

העיצום הכספי הינו, אם כן, מנגנון אכיפה חלופי עקב הפרת חוק, והוא מבטא, כמנגנונים חלופיים אחרים (כגון "עבירות קנס" ועבירות מנהליות), מגמה הולכת וגוברת להעביר את הטיפול בהפרות מסוימות של החוק מן ההליך הפלילי "הקלאסי" אל המישור המנהלי. מנגנוני אכיפה חלופיים אלה נוצרו מאחר שההליך הפלילי הוא הליך עתיר משאבים ומסורבל, ומאחר שהחקיקה המודרנית מכילה עבירות רבות שהן עבירות של *mala prohibita*, עבירות אסדרתיות (רגולטוריות) שתכליתן לאכוף הסדרים מנהליים. בנוסף, במקרים רבים מתעוררת שאלת ההצדקה שבהכתמת אדם בכתם של עברייני פלילי מקום שמעשהו אינו נגוע באנטי-חברתיות מובהקת. המנגנון החלופי מאפשר בחירה באמצעי אכיפה מידתי והולם יותר. העיצום הכספי יכול שיוטל חלף נקיטת הליך פלילי, ויכול שיוטל בגין הפרת חוק שאינה מהווה כשלעצמה עבירה פלילית. בדומה לקנס "אזרחי", המדובר באמצעי אזרחי או מנהלי לאכיפת החוק (ר"ע 277/82 נירוסטה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 826 (1983)). בניגוד לעבירות קנס או לעבירות מנהליות, אין לפרט זכות להישפט בפלילים חלף תשלום העיצום. ההשגה על הטלתו נעשית באמצעות מנגנוני השגה מנהליים (ככל שנקבעו כאלה בחוק), ולאחר מיצויים - באמצעות פנייה לבית המשפט המוסמך (רע"פ 3515/12 מדינת ישראל נ' שבתאי, פסקאות 24 ו-28 (10.9.2013)). בענייננו, נקבעה בחוק זכות טיעון לפני הממונה משמסרה על ידו הודעה למפר בדבר הכוונה להטיל עליו עיצום כספי (סעיף 50 לחוק), ועל הממונה מוטלת חובת היוועצות עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים בטרם יחליט סופית בדבר הטלת העיצום ובאשר לסכומו (סעיף 50ח). למפר נתונה הזכות לערור לפני בית הדין להגבלים עסקיים על החלטה המטילה עליו עיצום כספי (סעיף 50 לחוק).

25. בעקבות חקיקת פרק ז'1 לחוק, פרסם הממונה גילוי דעת, שכותרתו "הנחיות רשות ההגבלים העסקיים בדבר השימוש בהליכי אכיפה של עיצומים כספיים" (24.7.2012) (גילוי דעת 1/12). בגילוי דעת זה מפרט הממונה את סוגי ההפרות ואת הנסיבות בהן ייעשה שימוש בעיצום הכספי ככלי אכיפה, חלף כלי אכיפה אחרים. בהתייחס למיזוגים נאמר בגילוי הדעת כי מעשה שיש בו משום מיזוג, מלא או חלקי, שלא בהתאם להוראות פרק ג' לחוק, כאשר



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

המיוזוג אינו אופקי, ייאכף באכיפה מנהלית. זה עניינו של המיוזוג שלפנינו, שהוא מיוזוג אנכי בין ספק לבין לקוח.

משבאנו עד הלום, נפנה עתה לבירור טענות הצדדים.

ג. "פעולות מצילות חיים"

26. בהקשר זה טוענת ברמן, כזכור, כי אין זה סביר ויהיה זה בלתי מידתי להטיל עיצום כספי בגין פעולה שאין חולק כי הייתה פעולה "מצילת חיים" ואשר נועדה למנוע את קריסתה של מכלול. באותה נשימה טוענת ברמן כי הרשות כלל אינה מוסמכת להתיר נקיטת פעולות כלשהן, המפרות את חובת ההמתנה. הטענה האחת אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם השנייה. ככל שהיה על הרשות לשקול את טיבה של הפעולה כ"מצילת חיים", ומשלא שקלה, על פי הנטען, פעלה באופן בלתי סביר ובלתי מידתי, ממילא רשאית הייתה להתירה. ואם לא רשאית הייתה להתירה, לא צריכה הייתה כלל ועיקר לשקול אותה.

27. גם לגופן אין לקבל טענות אלה. נקודת המוצא היא, שבעל סמכות אכיפה על פי חוק רשאי, שלא לומר חייב, להפעיל את שיקול דעתו. מכאן, שבתקופת ההמתנה, רשאי הממונה להתיר פעולות מפעולות שונות, גם אם יש בהן משום תחילת מעשה המיוזוג. בכך מתבטאת סמכותו וחובתו של אוכף החוק להפעיל שיקול דעת ולשקול אימתי יימנע מאכיפת החוק. שיקול הדעת יכול להתבסס על שיקולים כלליים, כגון כמוות המשאבים העומדת לרשותו וקביעת סדרי עדיפויות המתחייבים מנתון זה, ועל שיקולים פרטניים הנוגעים לעניין המסוים העומד לבחינתו (ראו והשוו בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג(3) 289 (1999); בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (5.2.2012)). התוצאה הפרשנית לפיה אין בידי הממונה שיקול דעת בתקופת ההמתנה הינה תוצאה קשה, בלתי רצויה, ואינה עולה בקנה אחד עם התפיסה היסודית לפיה תופעת המיוזוג כשלעצמה (להבדיל מהסדר כובל) אינה פסולה על דרך העיקרון. הטלת חובת המתנה מבלי שניתן יהיה להפעיל שיקול דעת בצידה ולהתיר פעולות העשויות להיחשב לתחילת יישום עסקת המיוזוג,



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

תהיה בלתי מידתית והיא עלולה למנוע עסקאות מיזוג לגיטימיות ואף רצויות. הנה כי כן, ביצוע פעולה במהלך תקופת ההמתנה, לאחר שניתן לה היתר, לא תחשב עוד פעולה "מפרה".

28. אשר לגופו של שיקול הדעת, יקשה על ברמן להישמע בטענה בעניין זה, משלא פנתה כלל לממונה בבקשה כי יתיר לה פעולה זו או אחרת בתקופת ההמתנה. אין לקבל גישה האומרת כי מאחר שנראה כי הממונה לא היה מתיר את הפעולה המתבקשת, לא הייתה חובה לפנות אליו בבקשה מתאימה וכי על כן את ההצדקה לפעולה שבוצעה יש לבחון בדיעבד ולא מלכתחילה. קבלת גישה זו שומטת את הבסיס מתפישת הפיקוח על עסקאות מיזוג ומתכליתו.

ועוד יש להוסיף, כי לנוכח הטענה בדבר ההכרח הדחוף בביצוע הפעולות הנדונות, מתבקש היה כי הצדדים להסכם המיזוג יפנו לממונה סמוך לאחר כריתתו, הן לשם קבלת אישורו מוקדם ככל הניתן והן לשם קבלת היתר לביצוע פעולות "מצילות חיים" בתקופת ההמתנה. לא כך נהגו. כפי שראינו, בעוד שהסכם המיזוג נחתם בשלהי אוגוסט 2014, הודעת המיזוג המקוצרת הוגשה רק כחודשיים לאחר מכן, ב- 23.10.2014. הממונה הודיע לצדדים בעבור ארבעה ימים בלבד כי עליהם להגיש הודעות מיזוג מלאות, אולם הודעות כאלה הוגשו על ידם רק בעבור שלושה שבועות נוספים (17.11.2014). התנהלות זו אינה מתיישבת עם תחושת דחיפות.

29. גם לטענה לפיה כשלה הרשות במילוי חובתה לפרסם את כללי המדיניות שלה לעניין מתן היתרים לפעולות מסוימות בתקופת ההמתנה, לא מצאתי יסוד.

ראשית, אין לתלות באי הפרסום כשלעצמו (ככל שיש ממש בטענה בנוגע לאי עמידה בחובת הפרסום) את התנהלותה של ברמן. לא למותר להזכיר כי מרבית הפעולות בגינן הוטל העיצום הכספי נעשו עוד בטרם דווחו הצדדים למיזוג דיווח כלשהו על העסקה, וכולן בוצעו בטרם הוגשה על ידן הודעת המיזוג המלאה, כפי שנדרשו. ממילא לא העסיקה אותם שאלת המותר והאסור במהלך תקופת ההמתנה. שנית, וזה העיקר, אין לומר כי הממונה נמנע מלפרסם את מדיניותו, ולפרטה באופן מתקבל על הדעת. הנחיות הדיווח מבהירות באופן חד משמעי כי הרשות מקפידה הקפדה יתרה על קיומן של חובות הדיווח המוקדם ושל חובת ההמתנה. הנה לפנינו הצהרת מדיניות שיש בה כדי להדריך צדדים למיזוג לנהוג בזהירות מוגברת בכל הנוגע



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

למיליון של חובות אלה. בצד זאת, וכפי שראינו, הממונה הבהיר בהנחיות הדיווח שלנוכח קשיים פרשניים במצבי ביניים רשאים הצדדים לעסקת מיזוג לפנות לרשות ולשאול לעמדתה, ואף התייחס במפורש לאפשרות לקבל היתר להזרמת כספים בתקופת ההמתנה מקום שהעיכוב בהזרמתם עלול לסכל הליכי מכירה של חברה בפירוק (עמ' 10 להנחיות, ה"ש 13). הממונה מוסיף ומפנה, בגוף ההנחיות, להחלטות שניתנו על ידו בסוגיות אלה, בהן ניתנה התייחסות מפורטת לפעולות שביצוען ייחשב הפרת חובת ההמתנה. בין היתר הפנה לקביעה בעניין מיזוג בפועל של גולקל 1992 בע"מ וצובר חברה למסחר בע"מ, 1998, הגבלים עסקיים 3001329 (עמ' 9 להנחיות) (להלן: **עניין גולקל**). המעניין בהחלטה בעניין גולקל יכול למצוא בה הנחייה מפורטת עד מאוד באשר למועד הראשון בו יקום מיזוג חברות ובאשר לפעולות שביצוען ייחשב כהפרת חובת ההמתנה. בין השיקולים שנמנו בעניין גולקל הייתה השאלה האם בפועל הועברה, באופן מלא או חלקי, היכולת לכוון את פעולותיו של התאגיד או להשפיע עליהן, למשל על דרך של העברת זכויות או על דרך של העברת סיכון כלכלי ובמילים אחרות המועד בו קמה זיקה בין תהליכי קבלת החלטות בחברות המתמזגות. בנוסף פרסם הממונה באתר האינטרנט של הרשות החלטות שונות, בגדרן התאפשרה הזרמת כספים לחברה במצוקה במהלך תקופת ההמתנה (נספח 11 לכתב התשובה).

התמונה המצטיירת מכל אלה יש בה כדי להדריך את הצדדים לעסקת מיזוג באשר לאופן בו עליהם לנהוג. על אחת כמה וכמה כאשר, כפי שנראה להלן, המדובר בפעולות המצויות בלב עסקת המיזוג, עד כי קשה להניח שבהיעדר התייחסות מפורשת לפעולות אלה בהנחיות הדיווח לא יכולים היו הצדדים להבין כי במעשיהם מפרים הם את חובת ההמתנה.

ד. מהות הפעולות שבוצעו

30. כאמור, ברמן ביצעה שתי פעולות קודם לדיווח "המקוצר" על עסקת המיזוג: חתימה על הסכם ההלוואה והעברת סכום ההלוואה לידי מכלול, וגיבוש מתווה ההבנות בגדרו החלה לרכוש סחורה במקום מכלול. לאחר הגשת הודעת המיזוג המקוצרת ובטרם הוגשה ההודעה המלאה, כפי שנדרשו הצדדים לעשות, החל פדיון החנויות להיות מועבר לידי ברמן.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

31. עיון בהסכם החלואה אינו מותיר מקום לספק כי הוא נעשה בזיקה להסכם המיזוג. סכום החלואה, 720,000 ₪, זהה לסכום המינימאלי של דמי ההרשאה השנתיים שעל ברמן לשלם למכלול תמורת העברת ניהול החנויות לידיה. הסכם החלואה נחתם ביום בו נחתם הסכם המיזוג. בסעיף 2.4 להסכם החלואה נקבע, כי "ככל שההסכם המותלה (קרי: הסכם המיזוג) ייכנס לתוקפו, החלואה תוחזר לאלתר בדרך של קיזוז החלואה מן המקדמה על חשבון השנה הראשונה, שהמלווה אמורה לשלם ללווה, כאמור בהסכם המותלה, ויראו את סך החלואה כבא במקום המקדמה על חשבון השנה הראשונה". סעיף 2.5 קובע, כי ככל שהתנאי המותלה בהסכם המותלה לא יתקיים (קרי: שלא יתקבל אישור להסכם המיזוג), אזי תוחזר החלואה ב-60 תשלומים חודשיים, ללא ריבית, היינו שלא בתנאי השוק. המסקנה כי מכוח הסכם החלואה הועבר לידי מכלול התשלום הראשון בגין הסכם המיזוג היא בלתי נמנעת. ממילא הועבר חלק מן הסיכון הכרוך בניהול החנויות לידי ברמן ועובדה זו היה בה, כשלעצמה, כדי להשפיע על התנהלות העסקית של ברמן כלפי מכלול כמו גם כלפי הספקים האחרים של מכלול, שהם גם מתחריה של ברמן.

לכך מתווסף גם מתווה ההבנות שהוחל ביישומן בראשית אוקטובר 2014. אין לקבל את הטענה לפיה רכישת הסחורה על ידי ברמן היא בגדר "פעולה טכנית" בלבד, משל הייתה ברמן במעמד זהה לזה של ספק שירותי הזמנה עבור בתי מלון. ברמן ביצעה עבור מכלול את כל הזמנות הסחורה, לרבות ממתחריה שלה (של ברמן), מימנה את ההזמנות מכיסה ולא דרשה ממכלול תמורה עבור שירותי ההזמנה. בצדק טוען הממונה כי בכך הקנתה לעצמה ברמן דריסת רגל של ממש בניהול החנויות ופוטנציאל שליטה (לכל הפחות) על סוג ועל היקף המוצרים שנמכרו בהן והכל בטרם הוגשה הודעת המיזוג ולו זו המקוצרת. ואין צריך להכביר מילים על ההשלכה הפוטנציאלית על התחרות מקום שהספק נכנס בנעלי הלקוח ואמור לרכוש עבורו סחורה גם מספקים-מתחריים. על אחת כמה וכמה התחזקה הזיקה בין ברמן לבין מכלול עם תחילת העברת פדיון החנויות – כולו או חלקו – לברמן. גם אם, כטענת ברמן, נועדה העברת הפדיון לכסות את החוב שנוצר כתוצאה ממימון ההזמנות (ולטענת הממונה טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם המידע שנמסר על ידי הצדדים להסכם המיזוג, ולפיו לא הקפידו על שמירת קשר בין התשלומים ששילמה ברמן בגין הזמנות מספקים לבין הפדיון שהתקבל מן החנויות), הרי שבנסיבות אלה נשאה ברמן בחלק משמעותי מן הסיכונים והסיכויים שבהפעלת החנויות. ככל שפדיון החנויות עלה על ההוצאות שהוציאה ברמן לרכישת הסחורה, נהנתה מכך ברמן, ולהיפך.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

32. הנה כי כן, מתן ההלוואה (המהווה, למעשה, תשלום ראשון של דמי ההרשאה השנתיים המינימאליים) ומתווה ההבנות אשר לפיו החלה ברמן לרכוש סחורה עבור החנויות ולאחר מכן גם לקבל את הפדיון מן החנויות, כל אלה יצרו זיקה בין שני הצדדים לעסקת המיזוג "שיש בה כדי להשפיע על עצמאות תהליך קבלת ההחלטות בכל אחד מאותם עסקים" (עניין גולקל, עמ' 7). הפעולות המדוברות מצויות באופן מובהק על הציר שיש בו "כדי להביא לאיחוד למעשה של תהליך קבלת ההחלטות בחברות המתמזגות" (הצעת חוק ההגבלים העסקיים התשמ"ד-1983, ה"ח 1647, 39, 50), ועם אישור הסכם המיזוג נבלעו במסגרתו. נראה כי לא יהיה זה רחוק מן המציאות לומר, כי בפועל בוצע המיזוג במהלך תקופת ההמתנה (אם לא קודם לכן, עוד בטרם מתן הודעת הדיווח הראשונה), גם אם נותרו פעולות שונות להשלמתו ואלה נעשו לאחר קבלת האישור.

33. הטענה כי פעולות אלה הפיכות אינה יכולה להועיל. והלא גם לו הושלם הסכם המיזוג בין ברמן לבין מכלול בטרם ניתן לו אישור הממונה, ניתן היה לבטלו ולהחזיר את זכויות ניהול החנויות למכלול. ברמן אינה טוענת בהקשר זה, ולא בכדי, כי השלמת הסכם המיזוג בטרם התקבל אישור הממונה לא היה בו משום הפרה של חובת ההמתנה אך משום שהיה הפיך. בצדק טוען, אפוא, הממונה כי "הפיכותה" של פעולה שבוצעה קודם לקבלת אישור לעסקת מיזוג הטעונה אישור אינה מהווה קנה מידה על פי החוק. עניין גולקל (שם) נרכשו בנאמנות מניות של חברה א' עבור חברה ב', על ידי מנהלים בחברה ב' שאף החזיקו במחצית מניותיה) יכול לשמש דוגמא למקרה בו הפיכותה של הפעולה אין בה כדי לאיין את היותה פעולה מפרה.

ה. המיזוג לא היה טעון אישור מלכתחילה

34. טענה זו, הנטענת בדיעבד על ידי ברמן, אינה עולה בקנה אחד עם הודעות המיזוג, תחילה זו המקוצרת ולאחר מכן ההודעה המלאה, שהגישו הצדדים להסכם המיזוג. בהודעת המיזוג (נספח 10 לתשובת הממונה) ציינה ברמן מפורשות כי היא מוגשת משום שמחזור המכירות המאוחד של החברות המתמזגות ביחד, בשנת המאזן שקדמה למיזוג, עולה על הסכום שנקבע בסעיף 17(א)(2) לחוק או לפיו.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 49471-12-15 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

35. לגופו של עניין, ברמן מבקשת להיאחז בלשון תקנה 9 לתקנות הדיווח, שזו לשונה:

"לעניין סעיף 17(א)(2) לחוק, יהיה מחזור המכירות של חברות מתמזגות כמפורט להלן:

(1) מחזור המכירות של כל חברה מתמזגת יכלול את ערך מכירותיה לפי דוחות כספיים מבוקרים, בלא מס ערך מוסף ובלא מס קניה; היו לחברה המתמזגת חברות-אם או חברות-בת, ייקבע מחזוריה על פי הדוחות הכספיים המאוחדים;

(2) מחזור המכירות של שתיים לפחות מן החברות המתמזגות לא יפחת מ-10 מיליון שקלים חדשים לכל אחת, ומחזור המכירות המצרפי של כל החברות שהן צד למיזוג לא יפחת מ-150 מיליון שקלים חדשים."

לטענת ברמן, תקנה 9 הנ"ל מתייחסת למחזור המכירות של מגישות הודעות המיזוג בלבד, אלא אם כן היו למגישות ההודעה חברות אם או חברות בת בשנה שקדמה למיזוג. מאחר שהמיזוג בין ברמן לבין חגים נחלים בע"מ אירע רק בתחילת 2014, הרי שלא היה מקום לכלול במחזור המכירות שלה גם את זה של חגים נחלים בע"מ.

ברמן ערה להגדרה שבתקנה 1 לתקנות הדיווח, ולפיה "חברה מתמזגת – לרבות אדם הקשור לה", ו"אדם קשור" הוא "אדם השולט בצד למיזוג, תאגיד הנשלט בידי צד למיזוג וכל תאגיד הנשלט בידי מי מהם". אלא שלטעמה, המונח "חברה מתמזגת" המופיע בתקנה 9 חל רק על החברות המעורבות באופן ישיר בעסקת המיזוג. על מנת "להימלט" מן ההגדרה שבתקנה 1 טוענת ברמן כי תקנה 9 היא בבחינת "נורמה מיוחדת" (lex specialis), הגוברת על הנורמה הכללית.

36. אין בידי לקבל טענה זו. כלל הפרשנות לפיו גוברת נורמה מיוחדת על נורמה כללית נועד לסייע מקום שקיימת סתירה בין שתי הנורמות. לא כך הוא בענייננו. ההגדרה של החברות המתמזגות, המופיעה בתקנה 1 לתקנות הדיווח, תכליתה לקבוע מי הן החברות המתמזגות שאת מחזור המכירות שלהן יש לבחון. ואילו תקנה 9 תכליתה לקבוע את אופן בחינת מחזור המכירות האמור. מאחר שבעת ביצוע המיזוג שלטה ברמן בחברת אטלס ונשלטה על ידי חגים נחלים בע"מ, היו אטלס וחגים נחלים בע"מ בבחינת "אדם קשור", ויש לראות בשלושתן כ"חברה מתמזגת" לצורך חישוב מחזור המכירות. על פי הדיווחות הכספיים לשנה שקדמה



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

למיזוג (2013), עמד מחזור המכירות של חברות אלה גם יחד על כ-220 מיליון ₪, ואילו מחזור המכירות של מכלול עמד על כ-13.6 מיליון ₪. מכאן, שהתקיימו שני התנאים הנדרשים בתקנה 9 לתקנות הדיווח, היינו שמחזור המכירות של לפחות שתיים מן החברות המתמזגות לא יפחת מ-10 מיליון ₪, ושהמחזור המצרפי של כל החברות המתמזגות לא יפחת מ-150 מיליון ₪.

גם פרשנות תכליתית תוביל למסקנה זוהה. תכליתו של החוק להגן מפני פגיעה בתחרות ולשם כך יש לבחון את מהותה הכלכלית של הפעולה. על מנת שניתן יהיה לבחון זאת, יש לזהות את החברות המתמזגות בעת ביצוע המיזוג ובכלל זאת את זהות בעל השליטה בהן באותו מועד. זיהוי בעל השליטה במועד המיזוג אינו צריך להיות תלוי בביטוי שניתן לכך, אם ניתן, בדו"חות הכספיים של השנה שקדמה למיזוג. אם לא תאמר כן, ניתן יהיה לבצע "תכנוני מיזוג" שיהיה בהם משום הכשלת תכלית החוק. כך, למשל, כפי שמראה הממונה בתשובתו, כאשר חברה א', בעל מחזור מכירות של מיליארדי ₪ בשנה, תרכוש בתחילת שנה את חברה ב', שלה מחזור מכירות קטן, בן מיליוני שקלים בודדים. משיטתה של ברמן יוצא, כי החברה הממוזגת תוכל, במהלך אותה שנה, לבצע עסקאות מיזוג בלא שתהא מוטלת עליה חובה להביאן לאישור הממונה מכוח חלופת היקף המכירות, ובלבד שתקפיד על כך שהעסקה תבוצע, באופן פורמאלי, באמצעות חברה ב'. כך גם לשיטת ברמן יוצא, כי "אדם קשור" שאינו בגדר חברת-אם או חברת-בת, כמו למשל "חברה אחות" שבשליטת אותו יחיד, כלל אינו צריך להיות מובא בחשבון. בעל שליטה כזה יוכל, אפוא, לתכנן מיזוג שיוצא לפועל באמצעות חברה אחת שבשליטתו, אשר היקף מכירותיה קטן, ולהימנע, על פי הפרשנות המוצעת על ידי ברמן, מן הצורך שבדיווח ובקבלת אישור מן הממונה, שהרי הדו"חות הכספיים של החברה האחת אינם נותנים ביטוי ואינם צריכים לתת ביטוי למחזור המכירות של החברה האחרת.

ברמן סבורה, כי הקושי הנובע מן האופן בו מבקשת היא לפרש את תקנה 9 לתקנות הדיווח ימצא את פתרונו בכך ש"מיזוגים אשר מעוררים קושי תחרותי ממילא נתפסים בחלופות האחרות". ובמילים אחרות, חלופת היקף מחזור המכירות מיותרת, משום שניתן לתפוס כל מיזוג שיש לו השפעה תחרותית בלתי רצויה באמצעות החלופות האחרות שבסעיף 17 לחוק. פרשנות כזו אין לקבל.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

37. עוד טוענת ברמן, בשם "הסימטריות", כי ככל שיש לקבל את פרשנות הממונה לתקנה 9 לתקנות הדיווח, יש להפחית ממחזור המכירות של מכלול את מחזור המכירות של החנויות שנסגרו בשנים 2013 ו-2014. אלא שגם כאן מערבת ברמן מין בשאינו מינו. זיהוי החברות המתמזגות לחוד, ומחזור המכירות לחוד. כיצד יש לזהות את החברות המתמזגות – על כך עומדת תקנה 1 לתקנות הדיווח. כיצד יש לחשב את מחזור המכירות של החברות המתמזגות – על כך עומדת תקנה 9, המתמודדת עם הקושי להעריך את מחזור המכירות של חברה מתמזגת בשנה בה נערכת העסקה. לפיכך נקבע, כי החישוב ייעשה על פי הדו"ח הכספי המבוקר לשנת המאזן שקדמה למיזוג.

כפי שמראה הממונה בתשובתו, כך או כך, גם אם יופחת מחזור המכירות של החנויות שנסגרו, עדיין יעמוד מחזוריה של מכלול על למעלה מ-10 מיליון ₪ בשנת המאזן שקדמה למיזוג. ברמן אינה כופרת בכך. כדי להגיע לתוצאה לפיה המחזור של מכלול נמוך מ-10 מיליון ₪ טוענת היא, כי הסכום הרלוונטי אינו זה הקבוע בתקנה 9 לתקנות הדיווח אלא הסכום שהיה מתקבל לו עדכן השר את הסכום בהתאם למנגנון הקבוע בסעיף 17(ב)(1) לחוק. או אז היה הסכום המינימאלי לפי תקנה 9 עומד על 12.4 מיליון ₪, העולה על מחזור המכירות של מכלול לשנת 2013. לא למדתי מכוח מה סבורה ברמן כי יש להחיל את מנגנון העדכון הקבוע בסעיף 17(ב)(1) לחוק על תקנה 9 לתקנות הדיווח, אולם גם אם צודקת היא בכך, תוקפו של הסכום המעודכן עם פרסום הודעה על כך ברשומות (סעיף 17(ב)(3) לחוק). אין חולק כי הודעה כזו לא פורסמה.

ו. עמידה בחובת ההיוועצות

38. אין חולק, כי סמכותו של הממונה להטיל עיצום כספי מותנית בקיום שימוע (שאכן נערך לברמן) ובהיוועצות עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים, הן בשאלה אם להטיל עיצום כספי והן בדבר שיעורו (סעיף 50ח(א)).

ברמן טוענת בהקשר זה כי נציגי הרשות הטעו את חברי הוועדה באשר לדין, כאילו מבחן מחזור המכירות שבסעיף 17(א)(2) לחוק זהה למבחני נתח השוק שבסעיפים 17(א)(1) ו-17(א)(3) לחוק. ועוד הטעו הם את חברי הוועדה, כך על פי הטענה, בהציגם שהתראה בלבד,



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

להבדיל מעיצום כספי, היא בבחינת "מכתב שילך בסוף למגירה ולא יעשו אתו כלום", בעוד שעל פי סעיף 50 לחוק, ככל שיבוצעו בעתיד הפרות נוספות על ידי אותו אדם יוכל הממונה להביא את ההפרות הקודמות בחשבון לעניין גובה העיצום, ואף להחליט על נקיטת הליכים פליליים. בנסיבות אלה, לא קוימה חובת ההיוועצות שכן לא הוצגה לפני חברי הוועדה תשתית עובדתית ומשפטית נכונה.

39. גם טענה זו אין בידי לקבל. עיון בפרוטוקול מעלה כי המשפט שצוטט על ידי ברמן, והמהווה, לטענתה, השוואה לא נכונה בין מבחן היקף המכירות לבין מבחן נתח השוק, הוא משפט אחד מני רבים, וכי השקפת הממונה בדבר המצב המשפטי, היינו האבחנה בין זיהוי החברות המתמזגות ("אדם קשור") לבין בחינת היקף המכירות (על פי דו"חות כספיים מבוקרים לשנת המאזן הקודמת למיזוג) הובהרה היטב לחברי הוועדה. כך, למשל, עמד הממונה בפועל (עו"ד אורי שוורץ) על כך ש"השאלה היא מי הן החברות המתמזגות והאם להתעלם ממיזוג קודם שנעשה בשנה נוכחית. יש כאן שתי שאלות נפרדות – מי החברות המתמזגות ואיך אני יודע מה המחזור שלהן. אם המחזור שלי קפץ באותה שנה עקב איזשהי המצאה חדשה אז אני לא יכול לבוא ולטעון שבשנה נוכחית המחזור של החברה גבוה משמעותית משנה שעברה ועליה לפנות בבקשה לקבל אישור למיזוג" (עמ' 7 לפרוטוקול, נספח 8 להודעת הערר). מחילופי הדברים בין חברי הוועדה לבין נציגי הרשות ניתן להתרשם בבירור כי הסוגיה הובהרה כראוי ובהגינות רבה.

הוא הדבר גם באשר לציטוט בעניין "המכתב שילך למגירה". קדמו לאותם דברים הסברים מפורטים, מדוע לדעת הרשות יש להטיל עיצום כספי ולא להסתפק במכתב התראה. בין היתר נאמר כי חשוב לרשות לבסס פרקטיקה, על מנת שהתנהגות כזו לא תחזור על עצמה, כי חשוב להגן על משטר הפיקוח, ועל מנת להבהיר כי "בגלל הערך של התחרות והסיכון שמיזוג פוטנציאלי יפגע בתחרות אנחנו לא רוצים שיפעילו שיקול דעת", בעוד ש"בשאר התחומים אנחנו יותר פתוחים לתת לצדדים להפעיל שיקול דעת עצמאי, self assessment, אבל לא במיזוגים (עמ' 9 לפרוטוקול)". ועוד הוסבר כי "צריך שיהיה מחיר לטעות ... אנחנו רואים שכשמוציאים החלטה על עיצום או צו מוסכם שהשוק עושה ניקיון שולחן. לתת החלטה בלי עיצום זה כמו שוטר שעוצר אותך ולא נתן לך קנס" (שם). יצוין, כי הובהר לוועדה שהוצע לצדדים להגיע לפשרה בדרך של צו מוסכם, אולם הם סרבו.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

על כל אלה יש להזכיר, כי טענותיהן של ברמן ומכלול עמדו לפני חברי הוועדה, והמעין בפרוטוקול יכול להתרשם כי חברי הוועדה הכירו אותן והתנהל בהן דיון משמעותי וענייני.

מסקנתי הינה, אפוא, כי חובת ההתייעצות מולאה כראוי.

ז. בהינתן שהייתה הפרה, האם נכון היה להטיל עיצום כספי

40. טענתה של ברמן בהקשר זה היא כי בנסיבות העניין, הטלת העיצום אינה סבירה ואינה מידתית. כל כך, משום שהמדובר בהפרה פעוטה ביותר, ההפרה שירתה אינטרס ציבורי וחברתי ראשון במעלה, ובהתאם לתזכיר חוק שהפיצה הרשות, מיזוג מן הסוג הנדון לא יבוא לפתחה בעתיד שכן יגדל הסכום המחייב דיווח על עסקת מיזוג והמתנה לאישור הממונה על פי חלופת מחזור המכירות.

41. בראש פרק זה מתחייבת בחינת שיקול דעתו של הממונה בהטלת העיצום הכספי, לאחר שדחיתי את טענותיה של ברמן בנוגע לסמכותו לעשות כן בנסיבות המתוארות.

אסיר תחילה מן הפרק את הטענה הנוגעת לשינוי הצפוי של החוק. המדובר בתזכיר שהופץ ב-2015, שאף לכלל הצעת חוק טרם הגיע, ואין לדעת מה תהיה תוצאתו בסופו של דבר. אכן, על פי התזכיר המוצע, יעלה הרף של חלופת היקף מחזור המכירות המצרפי של החברות המתמזגות ל-250 מיליון ₪. איני סבורה כי יש להביא נתון זה בחשבון, ויש לבחון את ההפרה על פי החוק היום. לא למותר לציין, עם זאת, כי בשים לב לכך שמחזור המכירות של ברמן עמד על 220 מיליון ₪ וזה של מכלול עמד על 13.6 מיליון ₪, ניתן להתרשם כי ההיקף המצרפי אינו רחוק מן ההיקף המחייב דיווח גם על פי התזכיר, ככל שיהפוך אי פעם לחוק.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים

42. הממונה הבהיר בהחלטתו כי הביא בחשבון את כלל השיקולים לקולה, ובחם העובדה שההפרה התמשכה על פי פרק זמן קצר יחסית; העובדה שלמפרות אין הפרות קודמות; המצב הכלכלי הקשה של מכלול אשר מקים את האפשרות שלו נעשתה פנייה לרשות בתקופת ההמתנה ניתן היה להגיע לפתרון משפטי שהיה מאפשר הזרמת כספים מברמן למכלול. כך גם הובאה בחשבון העובדה שהמיזוג אושר בסופו של דבר ללא תנאי, ולא נגרמה פגיעה תחרותית. כל אלה היה בהם כדי להשפיע על גובה העיצום (0.5% מסכום העיצום המרבי).

השיקולים שהביאו את הממונה להטיל עיצום כספי על ברמן, על אף השיקולים לקולה, נראים בעיני שיקולים נכוחים. תכלית הטלת העיצום הכספי בענייננו היא הגנה על משטר הפיקוח, המושתת על דיווח מראש ועל מניעה. המסר בעניין זה צריך להיות ברור וחד משמעי. ההימנעות מהטלת עיצום כספי, בנסיבות שהתבררו, יש בה כדי לעמעם את המסר ועלולה ליצור תובנה – בלתי ראויה – שחובות הדיווח וחובות ההמתנה מצויות במתחם רחב של שיקול דעת מצדם של הצדדים המתמזגים, ולא היא. אוסיף כי לטעמי, ההפרות, ובפרט זו המגולמת במתווה ההבנות, אינן רחוקות מביצוע המיזוג בפועל. אין המדובר, אפוא, בהפרות שוליות.

הערר נדחה.

העוררת תשלם למשיב הוצאות ושכ"ט עו"ד בסכום כולל של 15,000 ₪.

המוזכירות תמציא העתק מפסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, ח' אייר תשע"ו, 16 מאי 2016, בהעדר הצדדים.

נאוה בן אור, שופטת