



בתי המשפט

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

הע 803/08

בפני: כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')
אב בית דין

בעניין: טרפלס קומפאונדס (1994) בע"מ
ע"י ב"כ אביתר קנולר ו/או ליאת קינן ואח'

המבקשת

נ ג ד

1. הממונה על ההגבלים העסקיים

ע"י ב"כ עו"ד קובי גולדברג ועו"ד בועז גולן

2. כפרית תעשיות (1993) בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד ראובן בכר, עו"ד טליה סלומון ואח'

המשיבות

פסק דין

1. לפניי ערר שהגישה חברת טרפלס קומפאונדס (1994) בע"מ (להלן – העוררת) על החלטת הממונה על הגבלים עסקיים (להלן – הממונה) מיום 20.5.08, לאשר בתנאים את הסכם המיזוג בין העוררת לבין חברת כפרית תעשיות (1993) בע"מ (להלן – כפרית או משיבה 2).

כבר עתה ראוי לציין כי הערר שלפניי הינו יוצא דופן וחריג, לאור העובדה שצד לבקשה לאישור המיזוג טוען כי היה על הממונה לדחות את בקשתו במקום לאשרה בתנאים.

רקע עובדתי ודיוני

2. העוררת ומשיבה 2 היו שתי היצרניות היחידות בישראל של תערובת PVC לשיווק.

ביום 4.9.07 נחתם ביניהן הסכם (נספח ב' לערר) וביום 24.10.07 תוקן ההסכם



בתי המשפט

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

הע 803/08

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')
אב בית דין**

(להלן – הסכם השינויים, נספח ג' לערר). בהתאם להסכם הסופי, התחייבה משיבה 2 למכור לעוררת את כל הנכסים והזכויות שלה בתחום פעילות ה-PVC בתמורה לתשלום סכום של 2.250 מיליון דולר. רשימה הכוללת פירוט מדויק של הממכר צורפה כנספח להסכם (נספח ב' לתשובת הממונה לערר).

3. סמוך לאחר החתימה על ההסכם הגישה העוררת לממונה הודעה על מיזוג, בה הודיעה על ההסכם עם משיבה 2 (נספח ד' לערר). בעקבות ההודעה, קיימה הממונה מספר דיונים עם הצדדים בעניין הבקשה לאישור הסכם המיזוג, ובכלל זה בנוגע לאפשרויות לאשרו בתנאים שונים (תרשומות הישיבות שקיימה הממונה עם הצדדים למיזוג צורפו כנספחים 12-22 לתיק המיזוג, כרך 2).

4. ביום 20.5.08 החליטה הממונה לאשר את בקשת המיזוג בתנאים שיעקרו את יכולתה של העוררת להפעיל כוח שוק בשוק התערובות ויבטיחו שלא תיפגע אספקת חומרי גלם למתחריה של חברת האם בענף הפלסטיקה (החלטת הממונה, נספח א' לערר). התנאי המרכזי שהציבה הממונה הוא כי נוסחאות ייצור החומרים שבידי משיבה 2 - שאמורות היו לעבור לידי המבקשת בהתאם להסכם - יועברו לידי נאמן, שיודיע על כך ללקוחותיה של משיבה 2. לקוחות אלו יוכלו לפנות אל הנאמן בתוך 15 חודשים מיום השלמת המיזוג ולקבל לידיהם, ללא תמורה, את אותן נוסחאות אשר יוצרו עבורן על ידי משיבה 2 (תנאי זה יכונה להלן – תנאי שחרור הנוסחאות). בנוסף קבעה הממונה כי כתנאי לאישור המיזוג, תמשיך



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')
אב בית דין**

העוררת, במהלך תקופת מעבר, לספק ללקוחותיה וללקוחות משיבה 2 את המוצרים באותם תנאים מסחריים בהם סופקו טרם המיזוג וכן כי העוררת לא תקבע לאחר המיזוג תנאי התקשרות שונים לעסקאות דומות להספקת המוצרים.

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

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

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

6. ביום 16.6.08 הגישה העוררת את הערר שלפניי ולצידו בקשה לעיכוב הביצוע של הסכם המיזוג. ביום 13.8.08 הסכימו הצדדים כי הדיון בבקשה לצו הביניים ובערר יערך ויוכרע על ידי אב בית הדין לבדו.

ביום 26.8.08 דחה בית הדין את הבקשה לעיכוב ביצוע וקבע, בין השאר, כי:

"הערר והבקשה שלפניי נעדרים, על פניהם, תשתית עובדתית, מקצועית ומבוססת הנוגעת לתכלית ולמהות תפקידו של הממונה, שהיא לוודא כי הסכם המיזוג בין הצדדים אינו מקים



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות ובציבור. יתרה מכך, הבקשה אינה מכוונת – למעשה – כלפי החלטת הממונה אלא כלפי צד לחוזה (משיבה 2) עימה התקשרה המבקשת בהסכם, ויש בה למעשה כדי להסיט את הדיון למישור המשפט הפרטי-הסכמי שבין הצדדים, שאינו בתחום המקצועי והציבורי המיוחד עליו מופקד הממונה" (בש"א 515/08, סעיף 57 להחלטה).

העוררת הגישה לבית המשפט העליון ערעור על החלטה זו, אולם ביום 14.1.09 הודיעה לבית המשפט העליון כי היא חוזרת בה מן הערעור נוכח העובדה שבשל חלוף הזמן המיזוג ממילא לא יכול להתבצע, כך שהדיון בבקשה לעיכוב ביצוע החלטת הממונה הפך אקדמי גרידא.

בימים 30.4.09 ו-1.6.09 התקיימו דיונים בערר במהלכם נחקרו המצהירים מטעם הצדדים והמומחה מטעם משיבה 2. בימים 29.7.09, 24.9.09 ו-18.10.09 הוגשו סיכומים מטעם העוררת והמשיבות וסיכומי תשובה מטעם העוררת (בהתאמה).

טענות העוררת

7. העוררת טוענת כי בהחלטת הממונה נפלגו פגמים מנהליים חמורים וכי ההחלטה אינה סבירה וניתנה תוך חריגה מסמכות. לטענתה, תנאי שחרור הנוסחאות שקבעה הממונה עיקר את הסכם המיזוג מתוכנו, וההחלטה להטילו יצרה ניגוד בלתי נתפס ובלתי סביר המביא לכך שעליה לשלם סכום של 2.25 מיליון דולר תמורת ממכר שלמעשה יימסר לצדדים שלישיים. העוררת טוענת כי החלטת הממונה התקבלה למרות שהנתונים והעובדות שנשקלו על ידה אמורים היו להביאה להחלטה אחרת, דבר שיכול להצביע על חוסר תום לב. העוררת טוענת כי הנוסחאות נשוא תנאי השחרור מהוות למעשה את מהות הממכר שבעסקת



בתי המשפט

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

הע 803/08

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

המיוזוג, וכוללות את כל הידע הסודי המצוי אצל משיבה 2 שהושג בפיתוח ועבודה של עשרות שנים.

8. העוררת טוענת כי במהלך הדיונים עם הממונה שקדמו להחלטה היא הודיעה לה על סירובה לקבל את התנאי האמור הנוגע לשחרור הנוסחאות. לטענת העוררת, בעקבות סירוב זה שינתה הממונה את גישתה והחליטה, בעידודה של משיבה 2, להטיל עליה (על משיבה 2) את התנאי הפוגע, וזאת על רקע פרשנותם של הממונה ושל משיבה לסעיף 15 להסכם לפיה העוררת מחויבת לבצעו בתנאים אלה. לטענת העוררת, המניע שעמד מאחורי החלטת הממונה הוא הרצון לרפא כשלי שוק שהיו קיימים בשוק ללא קשר להסכם המיוזוג, בעוד משיבה 2 שאפה לקבל את התמורה הכספית. העוררת טוענת כי מהלך זה גובש מאחורי גבה בין הממונה לבין משיבה 2.

9. העוררת טוענת כי בהסכם המיוזוג היא התחייבה לשלם עבור רכישת שוק לקוחותיה של משיבה 2 בתחום תערובות ה-PVC. לטענתה, שליטה זו נועדה להתבצע באמצעות רכישה בלעדית של הידע הנדרש לשם ייצור המוצרים של לקוחות משיבה 2, באופן שיאפשר את המשך ייצור המוצרים של משיבה 2 עבור לקוחותיה. העוררת טוענת כי בהסכם המיוזוג נרכש ידע בלבד, ללא נכסים מוחשיים, מלאי או ציוד, והיא מפנה אל העדויות השונות התומכות בטענתה זו. העוררת טוענת כי הנוסחאות שהגדירה הממונה בהחלטתה ונספח א' להסכם המפרט את הממכר, הם מהות הידע המועבר ממשיבה 2 בכדי שניתן יהיה לייצר את המוצר, ועל כן הם מהווים את הממכר עליו הוסכם בהסכם המיוזוג. העוררת



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')
אב בית דין**

דוחה את טענת הממונה לפיה מתוך 45 פריטים הכלולים בהסכם רק שלושה נוגעים לנוסחאות, וטוענת כי מרבית הפריטים הכלולים בו עונים להגדרת הנוסחאות כפי שקבעה הממונה בתנאי שהטילה. העוררת טוענת כי ההסכם (נספח א') אינו כולל מוניטין או חוזים עם לקוחות.

10. העוררת טוענת כי יש לדחות את המסקנות המופיעות בחוות דעת המומחה שהגישה משיבה 2. לטענתה, חוות הדעת נעדרת כל דיון וניתוח ממשי שיתמכו במסקנותיה, אינה מתייחסת ספציפית לנספח א' המהווה את הממכר, אינה נתמכת באסמכתאות וכן קובעת מסקנות שהן משפטיות ולא עובדתיות. העוררת מתייחסת לדבריו של המומחה מטעם משיבה 2 בחקירתו בבית הדין, לפיהם הנוסחאות אינן סודיות אלא קלות לפיתוח וניתן להרכיבן תוך מספר ימים, וטוענת כי אם כך הדבר, לא ברורה דרישתה של הממונה להעבירן ללקוחות כתנאי לאישור המיזוג. העוררת טוענת כי במקרה כזה הנוסחאות כלל לא מהוות חסם שוק ועל כן החלטת הממונה שגויה מעיקרה ודינה להתבטל.

11. העוררת טוענת כי החלטת הממונה נעשתה תוך חריגה מסמכות, מאחר וסעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים, מתייחס להתנגדות למיזוג או להתנאותו בתנאים רק אם התחרות תיפגע באופן משמעותי כתוצאה מהמיזוג. העוררת טוענת כי במקרה שלפנינו הממונה שקלה שיקולים הנוגעים למצב התחרות בשוק במועד ההתקשרות וליציאת משיבה 2 מהשוק ללא הסכם המיזוג, ושיקולים אלה אינם נוגעים לתוצאת המיזוג ולכן הם אינם ממין העניין. לטענת העוררת, הממונה ביקשה לפתור בהחלטתה כשל שוק אינהרנטי שהיה קיים משום שחששה כי משיבה 2 תצא מהשוק ללא הסכם מיזוג וכך תיוותר העוררת כמונופול יחיד בשוק.



בתי המשפט

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

הע 803/08

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

לטענת העוררת, הממונה סברה כי נקרתה בדרכה הזדמנות לאשר את המיזוג בדרך שתראא מצב עתידי זה באמצעות הטלת התנאי הפוגע ותוך מודעות לסעיף 15 להסכם. העוררת טוענת כי בעשותה כך שקלה הממונה שיקול זר וחרגה מהסמכות המוקנית לה בחוק.

12. העוררת טוענת כי החלטת הממונה אינה סבירה, כי התנאי שנקבע בה פוגע קשות בזכויותיה החוקיות וכי לא היה עוד דוגמתו בהחלטות הממונה. לטענת העוררת, מההחלטות האחרות שניתנו על ידי הממונה עליהן היא ביקשה להתבסס, עולה כי נדרשת הסכמת הצדדים להטלת התנאי הפוגע, ובהיעדר הסכמה כזו מתנגדת הממונה לעסקה. העוררת מוסיפה כי הממונה בהחלטתה להטיל תנאים פוגעים גם ללא הסכמת הצדדים, שינתה את דעתה הקודמת שלפיה האפשרויות הקיימות הן הסכמה לתנאים או התנגדות למיזוג בלבד. העוררת טוענת כי לשיטת הממונה, אלמלא מצבה הכלכלי הבעייתי של משיבה 2, המיזוג לא היה מאושר כלל וזאת בהתאם לדוקטרינת הפירמה הכושלת. לטענת העוררת, המצהיר מטעם הממונה הודה בחקירתו כי דוקטרינת הפירמה הכושלת לא התקיימה במקרה זה, ועל כן הבסיס להחלטת הממונה כלל לא היה קיים. העוררת מוסיפה כי מבחינה עובדתית חטיבת מוצרי ה-PVC של כפרית אינה כושלת ונתוניה הכספיים הלכו והשתפרו עם השנים ואף הגיעו לרווח בשנת 2008. העוררת טוענת כי בנסיבות אלה היה על הממונה להתנגד למיזוג ולא לאשרו בתנאים.

13. העוררת טוענת כי החלטת הממונה אינה מנומקת וכי אין בידה כל נימוק או הסבר היכול להצדיקה. העוררת טוענת כי הממונה לא נימקה מדוע המיזוג אושר



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')
אב בית דין**

בתנאים למרות שלא התקיימו תנאי דוקטרינת הפירמה הכושלת ומדוע לא קיים תנאי אחר ודרסטי פחות להשגת המטרה. העוררת טוענת כי אם החלטת הממונה היתה מנומקת ייתכן וההליך הנוכחי היה נמנע, משום שהיה באפשרותה להוכיח לממונה כי שיקוליה שגויים. העוררת מוסיפה כי בהיעדר הנמקה עובר נטל ההוכחה אל כתפי הממונה להסביר את החלטתה ולטענתה הממונה לא עמדה בנטל זה.

14. לאור האמור לעיל טוענת העוררת כי יש את לבטל את התנאי שהוטל או את החלטת הממונה כולה ולהצהיר כי החלטת הממונה מהווה למעשה התנגדות למיזוג.

טענות הממונה

15. הממונה טוענת כי כפי שנקבע בהחלטת הביניים של בית הדין בבקשה לעיכוב הביצוע, תכליתה האמיתית של הפנייה לבית הדין זרה לעניין ונועדה לקדם את עניינה של העוררת במחלוקת המסחרית-הסכמית בינה למשיבה 2, ומשקפת רצון אמיתי של העוררת לחמוק מהתחייבות שלקחה על עצמה במסגרת הסכם המיזוג. לטענת הממונה, כאשר צד למיזוג מבקש סעד של מניעת המיזוג חלף אישורו בתנאים, מעמיד הדבר בספק את כנות פנייתו אל בית הדין.

16. הממונה טוענת כי יש לבחון את סבירות החלטת הממונה ללא קשר לסעיף 15 להסכם המיזוג שנועד לכבול את הצדדים להסכם. לטענתה, התחשבות בסעיף הכבילה העצמית מקנה לצדדים את הכוח לשנות בעצמם את המבחן בו תשתמש



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

הממונה כדי להחליט בעניינו של מיזוג, וכך תגרום לצדדים אפשרות לערוך מניפולציות חוזיות שיזכו אותם בתנאים מקלים.

17. הממונה טוענת כי טענות העוררת בדבר חריגה מסמכות מהוות הרחבת חזית בלתי מותרת מאחר ולא נזכרו כלל בערר. לטענתה, משמעות טענתה של העוררת היא כי על הממונה להתנגד למיזוג גם מקום בו היא יכולה להפיס את החששות העולים ממנו באמצעות הטלת תנאים, דבר שאינו סביר או מידתי ומנוגד לפסיקה המפורשת בעניין זה. הממונה מוסיפה כי היא מחויבת לבחון את המצב התחרותי בשוק ואת המגמות הצפויות בו טרם קבלת החלטתה וכי אירוע של יציאת מתחרה מהשוק - בין אם באמצעות המיזוג או באופן עצמאי - הוא שיקול שהממונה חייבת להביאו בחשבון לצורך קבלת החלטתה. הממונה מוסיפה כי שיקול הדעת הנתון לה להתנות אישור מיזוג בתנאים הינו רחב וכי החשש לפגיעה בתחרות משתנה ממיזוג למיזוג, כמו גם הכלים המתאימים למניעת הפגיעה, ומכאן שיקול הדעת הרחב המוקנה לה. לטענת הממונה, התנאים שבסמכותה לקבוע יכולים להיות גם כאלו המשנים את העסקה, והיא מפנה בעניין זה אל פסק הדין בפרשת **בראון-פישמן** (בש"א (הגבלים עסקיים) 916/03 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' בראון-פישמן תקשורת**).

18. הממונה טוענת כי קיומה של סמכות התניית המיזוג בתנאים מאפשרת לה להימנע מלהתנגד לעסקה כולה, ומהווה ביטוי לאיזון נכון בין חופש העיסוק והקניין של הצדדים להסכם מחד והאינטרס הציבורי בקיומה של תחרות חופשית מאידך. הממונה טוענת כי בהתאם לחוק ההגבלים העסקיים, תהא ידו של האינטרס הציבורי על העליונה בעת התנגשות חזיתית בין יסודות אלה. לטענתה, במידת



בתי המשפט

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

הע 803/08

**בפני: כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')
אב בית דין**

האפשר היא מחויבת למצוא סעד מידתי שיאפשר ליישב בין האינטרסים המתנגשים, באמצעות אישור העסקה בתנאים. הממונה מוסיפה כי מדובר בסעד גמיש המתאים למקרים מסוימים שחומרתם אינה מצדיקה את מניעת העסקה כולה אך דורשת קביעת הגבלות מסוימות.

19. הממונה טוענת כי סמכותה לאשר מיזוג, להתנגד לו או לאשרו בתנאים אינה תלויה כלל בהסכמת הצדדים, כפי שניתן ללמוד מלשון החוק הברורה, מהפסיקה, ומהגיונם של הדברים.

20. הממונה טוענת כי שינוי מאזן הכדאיות של הצדדים לעסקה אינו מעניינה. לטענתה, כדאיות העסקה אינה ממין השיקולים הרלוונטיים להבנת תמונת התחרות ולאיתור החששות העולים ממנה והיא זרה במהותה למערך התנאים שנועדו להפיש את אותן חששות. לטענתה, תנאי שחרור הנוסחאות כשלעצמו אינו מפקיע את קניינו של מי מהצדדים, אלא רק קובע את המסגרת המותרת לביצוע המיזוג ומותיר בידי הצדדים את ההחלטה על המשך צעדיהם. הממונה מוסיפה כי הנזק החמור ביותר שהתנאי יכול לגרום הוא פגיעה בכדאיותה של העסקה לצדדים, ומכאן שכל אחד מהם יכול לבטלה אם הוא סבור כי היא אינה כדאית עבורו. הממונה טוענת כי מבחינה עובדתית, טענת העוררת לפיה התנאי שהוטל מביא לאיון העסקה כלל לא הוכחה, מאחר והנוסחאות הן רכיב אחד בשורה ארוכה של פריטים שהוזכרו בנספח להסכם שבין הצדדים. הממונה מוסיפה כי התנאי שנקבע אינו שולל מהעוררת את עצם הבעלות בנוסחאות המועברות ממשיבה 2 אלא את ההחזקה ויכולת השימוש הבלעדי בהם, ועל כן אין מדובר בהפקעת קניין אלא במניעת הבלעדיות בהחזקה או בשימוש לפרק זמן מוגבל.



בתי המשפט

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

הע 803/08

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

הממונה טוענת כי משמעות רכישת הנוסחאות על ידי העוררת אינה עצם ההחזקה הקניינית בהן אלא הבטחת נתח מכירות עתידי באמצעותן (שוק לקוחות), כלומר - הן מהוות אמצעי להתקשרות עם לקוחות משיבה 2 ולא מטרה בפני עצמה. מכאן - כך לטענתה - עצם ההחזקה בנוסחאות, גם אם אינה בלעדית, יכולה לאפשר לעוררת להבטיח את נתח השוק המבוקש על ידה בעסקה. הממונה מוסיפה כי גם העוררת אינה טוענת שעצם ההחזקה בנוסחאות מקימה לה מוקד רווח עצמאי, כגון - באמצעות סחר בנוסחאות או תוך שימוש בידע לצורך פיתוח מוצרים חדשים וכי ממילא שימושים אלה אינה נשללים מהעוררת כתוצאה מהתנאי שנקבע. הממונה מפנה בעניין זה אל סיכומי העוררת, עדויות הצדדים ונוסח הסכם המיזוג עצמו. לטענת הממונה, העברת הנוסחאות לידי הלקוחות מצמצמת את מקצת עלויות המעבר ובכך מגבירה את הלחץ על העוררת לשמור על רמת מחירים סבירה, בעוד שאלמלא התנאי היתה בידי העוררת האפשרות לגבות מחיר שאינו תחרותי.

21. הממונה טוענת כי התנאי שקבעה אינו תקדימי ואינו גורם לפגיעה בלתי מידתית בעוררת, אלא מקובל ונפוץ בהחלטות רבות שעניינן אישור מיזוג. הממונה מוסיפה כי העוררת לא הציעה תנאי חלופי לתנאי שנקבע ונמנעה מכל דיון לגופו של התנאי ושל המצב התחרותי שבעטיו הוטל, נוכח העובדה כי גם היא אינה חולקת על הניתוח התחרותי של הממונה ועל התאמתו של התנאי שנקבע לחששות התחרותיים הנובעים מהמיזוג. הממונה מדגישה כי מדובר בתנאי המפחית את החשש להפעלת כוח שוק בכך שהוא מנמיך את חסמי המעבר של הלקוחות ביחס לרכישה מיצרנים אחרים וכן מנמיך את חסמי הכניסה של יצרנים חדשים לתחום



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')
אב בית דין**

ייצור התערובות, ובנוסף מקל על לקוחות לפנות ליצרנים בחו"ל. לאור האמור טוענת הממונה כי מדובר בתנאי המתאים ביותר להבטיח את ריסון יכולתה של החברה הממוזגת להפעיל כוח בשוק התערובות.

22. הממונה טוענת כי התייחסותה של העוררת לדוקטרינת הפירמה הכושלת מהווה הרחבת חזית אסורה משום שהיא לא הוזכרה בערר ואף לא בתשובה שהגישה העוררת לתשובת הממונה לערר. לגוף העניין טוענת הממונה כי ההערה לפיה משיבה 2 לא תמשיך לפעול לאורך זמן בתחום ייצור התערובות חברה לנסיבות אחרות הנוגעות להפחתת החשש לפגיעה בתחרות והוסיפה להן נדבך נוסף.

23. לעניין ההנמקה טוענת הממונה כי במסגרת המגעים שהתקיימו בינה לבין העוררת, היא פרשה בפניה בהרחבה את התמונה התחרותית המלאה כהווייתה, את החששות התחרותיים העולים לדעתה מהמיזוג ואת האמצעים שיש לדעתה לנקוט בכדי להפיסם. הממונה מוסיפה כי בהתאם לחוק לא מוטלת עליה חובה לנמק הנמקה פורמלית בכתב את החלטותיה בדבר אישור מיזוגים.

טענות משיבה 2

24. משיבה 2 טוענת כי מטרתה היחידה של העוררת היא להתנער מהתחייבויותיה בהתאם להסכם המיזוג ולהכשיל את ביצועו, זאת בחוסר תום לב ותוך שימוש לא ראוי בהליכי משפט. לטענתה, במהלך המשא ומתן הממושך שקדם להסכם המיזוג נדונה במפורש האפשרות כי הממונה תטיל תנאי שיחייב את שחרור הנוסחאות, ועל כן אפשרות זו תומחרה על ידי הצדדים במסגרת ההסכם ולא נקבעה כתנאי המהווה עילה לביטול ההסכם. לטענתה, העוררת היתה מודעת היטב לאפשרות



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

שהממונה עשויה לקבוע תנאי המחייב את שחרור הנוסחאות, נוכח העובדה שתנאים מעין אלה הוטלו מספר פעמים בעבר על ידי הממונה. משיבה 2 מוסיפה כי העוררת גילתה פסיביות במהלך המגעים שנערכו עם הממונה לאישור הסכם המיזוג ולא פעלה כדי לשכנע את הממונה לוותר על תנאי שחרור הנוסחאות באמצעות הצגת ניתוח כלכלי תחרותי או הצעת תנאים חלופיים. משיבה 2 מבקשת ללמוד מכך על חוסר תום ליבה של העוררת ועל רצונה להתנער מההסכם המחייב עליו חתמה עימה.

25. משיבה 2 טוענת כי המצהירה מטעם העוררת אינה בקיאה בעובדות ואינה יכולה לעמוד מאחורי התצהיר שנתנה. לטענתה, הערר נעדר נתונים עובדתיים וכלכליים ואינו כולל ניתוח תחרותי כלשהו היכול לבסס את טענת העוררת כי התנאי שהטילה הממונה אינו מידתי ונחוץ, או חוות דעת מקצועית היכולה לתמוך בטענה כי הנוסחאות הן עיקר ההסכם. משיבה 2 מוסיפה כי העוררת ממילא הצהירה כי היא מסכימה לכל קביעותיה העובדתיות של הממונה וכי היא אינה חולקת על הניתוחים הכלכליים והעובדתיים שבבסיס ההחלטה. לגופם של דברים טוענת משיבה 2 כי התנאי שנקבע אינו מאיין את הממכר עליו הוסכם, מאחר ונוסחאות הייצור מהוות חלק קטן בלבד מהפעילות הנמכרת במסגרת ההסכם, וממילא חשיבותן המסחרית אינה רבה. משיבה 2 מפנה בעניין זה אל עדויות שונות שניתנו על ידי מומחים בתחום התערובות, כמו גם אל שיחות שערכה הממונה עם לקוחות ומתחרים בשוק זה. משיבה 2 מוסיפה כי גם במהלך עריכת ההסכם לא ייחסה העוררת כל חשיבות לנוסחאות ולערכן.



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

26. משיבה 2 חוזרת על טענותיה של הממונה ככל שהן נוגעות למישור המינהלי-חוקתי (חוסר סמכות, חוסר סבירות והיעדר הנמקה).

דיון והכרעה

27. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, את המסמכים שהוגשו ואת המצב המשפטי, הגעתי למסקנה כי דין הערר להידחות, וכי אין כל מקום להתערב בהחלטת הממונה לאשר את המיזוג בתנאים.

28. ראשית נראה כי כיום ניתן לדחות את הערר על הסף משום שהדיון בו הפך תיאורטי ואקדמי בלבד. בהודעתה לבית המשפט העליון מיום 14.1.09 ציינה העוררת כי היא חוזרת בה מהערעור שהגישה על החלטת בית הדין הדוחה את בקשתה לעיכוב ביצוע, נוכח העובדה שבשל חלוף הזמן המיזוג אינו יכול להתבצע יותר. בנוסף יש לציין כי ביום 1.1.09 הפסיקה משיבה 2 את פעילות חטיבת התערובות שלה, עימה אמורה היתה העוררת להתמזג. בנסיבות אלה, בהן ברור כי לא ניתן יותר לקיים את המיזוג בפועל, אין למעשה כל טעם לדון בהחלטת הממונה לאשר את המיזוג בתנאים, משום שמדובר בהכרעה בבקשה שממילא אינה יכולה עוד לצאת אל הפועל.

בית הדין להגבלים עסקיים, בדומה לערכאות שיפוטיות אחרות המפעילות ביקורת שיפוטית על החלטות של רשויות ציבוריות, מחויב מבחינה עקרונית לדון במקרים קונקרטיים בלבד ולא במקרים הנעדרים משמעות מעשית מבחינת הערר או



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')
אב בית דין**

הבקשה המקורית אליה מתייחסת החלטת הרשות. נראה כי התעקשותה של העוררת להמשיך בהליך זה נובעת אך ורק מכוונתה לנסות ולעשות בו שימוש במסגרת הסכסוך האזרחי בינה לבין משיבה 2 בנוגע להסכם המיזוג ולסעיף 15 שבו (שקבע כי אישור המיזוג בתנאים, שאינם כוללים את תנאי שחרור הנוסחאות, לא יהווה עילה לאי יישום של ההסכם), וודאי שאין היא נוגעת עוד לעצם הבקשה לאישור המיזוג לגביה ניתנה החלטת הממונה. הסעד העיקרי אותו מבקשת העוררת בערר הוא ביטול החלטת הממונה לאשר את המיזוג בתנאים, אולם משעה שהמיזוג ממילא אינו יכול להתבצע עוד, אין למעשה כל משמעות אופרטיבית לסעד זה (מלבד כאמצעי במסגרת הסכסוך הפרטי שבין הצדדים). זאת ועוד, העוררת אף ביקשה בערר לאשר את המיזוג ללא התנאי של שחרור הנוסחאות, סעד שאינו בר ביצוע יותר. בנסיבות אלה דין הערר להידחות על הסף. דברים אלה נאמרים מעבר לצורך, משום שממילא יש לדחות את הערר גם לגופו.

29. טענתה העיקרית של העוררת היא כי החלטת הממונה והתנאי הנכלל בה אינם סבירים וניתנו תוך חריגה מסמכות, מאחר והם פוגעים בה פגיעה קשה ובלתי מידתית ומאיינים את הסכם המיזוג. דין הטענה להידחות, הן במישור המשפטי והן במישור העובדתי.

30. במישור המשפטי אין כל בסיס לקבוע כי החלטת הממונה אינה סבירה. ברי כי שאלת סבירות החלטת הממונה - כמו שאלת סבירותה של כל החלטה מנהלית -



בתי המשפט

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

הע 803/08

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')
אב בית דין**

אינה נבחנת בחלל ריק אלא על רקע התכליות המהותיות של החוק המסמך (במקרה שלפנינו - חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988; להלן – החוק), אופי ההחלטה וכלל הנסיבות המיוחדות של המקרה. במקרה שלפנינו מטרתו של החוק המסמך הינה לקדם את התחרות החופשית, ותכליתו של סעיף 21(א) לחוק שמכוחו פעלה הממונה, הינה למנוע פגיעה בתחרות באמצעות יצירת מונופולין בשוק. גם העוררת אינה חולקת למעשה על העובדה כי המיזוג, כפי שאמור היה להתבצע בהתאם להסכם המיזוג, היה מביא ליצירת מונופולין בשוק הרלוונטי הכרוך בחשש ממשי לפגיעה בתחרות, וכי החלטת הממונה, על התנאי שקבעה, מפיגים בצורה משמעותית חששות אלה. התנאים שקבעה הממונה בהחלטתה, ובמיוחד תנאי שחרור הנוסחאות, הנמיכו את חסמי הכניסה של יצרנים חדשים לתחום התערובות בכך שחסכו מהם את השקעת המשאבים הנדרשים לשם פיתוח הנוסחאות עבור הלקוחות, הנמיכו את חסמי המעבר של הלקוחות הקיימים ביחס לרכישה מיצרנים אחרים והקלו על לקוחות לפנות אל יצרני תערובות בחו"ל שאינם מגלים עניין בפיתוח נוסחאות עבור לקוחות ישראליים עקב מימדיו הקטנים (יחסית) של השוק הישראלי. לפיכך ברור כי החלטת הממונה והתנאי שנקבע בה נועדו להפחית ולצמצם את הפגיעה בתחרות שהיתה צפויה להיגרם לציבור בתחום זה. עוד יש לציין בעניין זה כי הממונה ערכה בדיקות יסודיות ומקיפות במסגרת תהליך קבלת ההחלטה והיא התייעצה בעניין זה עם שורה ארוכה ביותר של מומחים מקצועיים, יצרנים נוספים ומנהלי חברות שהן לקוחות של העוררת ומשיבה 2 בתחום התערובות (ראו נספחים 30-36, 61-65, 67, 75-82, 84-108 לתיק המיזוג, כרך 2). לאור האמור לעיל אין למעשה מחלוקת כי החלטת



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

הממונה והתנאי הנכלל בה סבירים וראויים מבחינה זו שהם אכן מקדמים מבחינה מקצועית ועניינית את התכליות המהותיות של החוק שמכוחו הם ניתנו.

31. בעניינינו החליטה הממונה לאשר את המיזוג בשלושה תנאים: שחרור הנוסחאות, הבטחת/הספקה לתקופת המעבר ואיסור אפליה וסירוב בלתי סביר לספק את המוצרים. ראשית יש לומר כי מבחינה עקרונית, כל עוד ניתן לאשר בקשה בתנאים ואין הכרח, מבחינה מקצועית ועניינית, לסרב לה כליל, הרי שיש לנקוט בדרך זו, שהינה מידתית יותר מאשר דחיית הבקשה באופן מוחלט. מידתיותה של ההחלטה מעידה כמובן גם על סבירותה, נוכח העובדה שהמידתיות היא אחד מהיסודות החשובים ביותר של הסבירות. החלטה הדוחה את הבקשה היא סוף פסוק מבחינת המבקש (מלבד הליכי ערעור), לעומת החלטה המאשרת את הבקשה בתנאים, המאפשרת לו לקבל את מבוקשו במידה ויעמוד בדרישות מסוימות התלויות למעשה רק בו. בכל הנוגע להחלטות הממונה, סעיף 21 לחוק מסמיך את הממונה להתנגד למיזוג או לאשרו תוך הצבת תנאים שמשמעותם עשויה לעיתים להביא לשינוי משמעותי בעיסקה שבין הצדדים. אישור המיזוג בתנאים מאזן בצורה נכונה בין האינטרסים והערכים הנוגעים לעניין, שהם התחרות החופשית מחד וחופש העיסוק של הצדדים מאידך. ככלל, אישור המיזוג בתנאים עדיף לצדדים שכן הוא מאפשר להם חופש בחירה בין אי ביצוע המיזוג – כאשר הם סבורים שהעיסקה הופכת להיות בלתי כדאית כלכלית עבורם – לבין ביצועו. יש לזכור כי אישור מיזוג בתנאים כלל אינו מחייב את הצדדים לבצע את המיזוג, שהרי בין



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')
אב בית דין**

הצדדים מתקיימים יחסים הסכמיים שהם עיצבו מרצונם על פי שיקולים כלכליים ועסקיים שהינחו אותם. לפיכך ברי כי כל עוד אין הכרח מבחינה מקצועית לסרב לבקשת המיזוג וניתן (מבחינה מקצועית ועניינית) לאשר את המיזוג בתנאים, הרי שיש להעדיף דרך זו על פני סירוב כולל לבקשה. בעניין זה קבע בית המשפט העליון (מפי כב' השופטת חיות):

"העיקרון הנוהג עימנו לעניין הסעד הוגדר היטב על ידי בית הדין מפי כבוד השופטת מ' שידלובסקי-אור בעניין יהודה פלדות, באומרו: "יש למצות את האפשרות להתנות את המיזוג בתנאים לפני קבלת המסקנה שאין לאשרו, מכוח עקרון הפגיעה המידתית בזכויות יסוד, במקרה זה חופש העיסוק וחופש הקניין" (עניין יהודה פלדות, פסקה 70). על כן, יש לבחון האם ניתן להימנע מתוצאה של פסילת המיזוג בדרך של התניית אישורו בתנאים ועוד יש לבחון האם ניתן לאמץ לעניין זה את התנאים שקבע בית הדין. (ע"א 2082/09 יורקום די.בי.אס נ' בזק חברת התקשורת הישראלית, 2009).

32. במקרה שלפנינו, האם היה הכרח מבחינה מקצועית ועניינית לסרב לבקשת המיזוג? יש להשיב על שאלה זו בשלילה. העוררת לא חלקה בערר שהגישה על הניתוח המקצועי-תחרותי של הממונה, ולא טענה בערר שהגישה כי היה על הממונה לדחות את הבקשה לגופה ולשלול את המיזוג (יש לציין כי גם בבית הדין חזר ב"כ העוררת על הסכמתו לניתוח התחרותי של הממונה ואישר כי "אין לנו ויכוח בנושא התחרות" (ראה עמ' 2 לפרוטוקול מיום 30.4.09)). מובן גם כי העלאת טענה מעין זו על ידי העוררת, שהיא צד להסכם המיזוג - והיא שהגישה את הבקשה לאשרו - היא בבחינת דבר והיפוכו ואינה מתיישבת עם שורת ההיגיון. ואכן, הטענה שהעלתה העוררת בערר שונה במהותה ונוגעת באופן ספציפי לתנאי



בתי המשפט

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

הע 803/08

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')
אב בית דין**

שקבעה הממונה (ולא לבקשת המיזוג עצמה). העוררת טוענת כי התנאים שקבעה הממונה בהחלטתה הם כה נוקשים ופוגעניים, עד כדי כך שהם מעקרים את הבקשה מתוכנה. לפיכך, לטענתה, במקרה כזה על הרשות לדחות את הבקשה מכל וכל, גם אם מדובר בתנאים שנועדו לצמצם את הפגיעה בתחרות. טיעון זה דינו להידחות. כאמור לעיל, אישור בקשה בתנאים כאשר ניתן לעשות כן, עדיף על פני דחייה כוללת של הבקשה, שכן במצב דברים זה קיים פתח למימוש העיסקה ולא לסיכולה. כך גם בנוגע להחלטה של הממונה בבקשת מיזוג: החלטה לאשר את המיזוג בתנאים (כאשר הדבר ניתן), הינה סבירה ומדתית יותר מהחלטה הדוחה לחלוטין את הבקשה, שכן גם אם היא עשויה להפחית מערכה של הבקשה המקורית, אין היא שוות ערך במהותה לסירוב מוחלט, ובכל מקרה היא עדיפה בהרבה מבחינת המבקש משום שהיא מותירה בידיו את האפשרות לקבוע בעצמו עד כמה ובאיזו מידה פוגעים התנאים במהות בקשתו. אם המבקש סבור כי התנאים מרוקנים את הבקשה מכל תוכן, הוא רשאי לוותר על הבקשה או על העסקה או להגיש ערר על החלטת הסירוב. אם הוא סבור כי הוא מעוניין בסעד המבוקש, גם בתנאים שנקבעו, הוא יכול לקבלו במידה ויעמוד בתנאים. במקרה כזה אפשרות הבחירה של המבקש רחבה יותר מאשר במצב שבו בקשתו מסורבת כליל.

33. במקרה שלפנינו טוענת עתה העוררת, שהגישה את הבקשה לאשר את המיזוג, כי בנסיבות המקרה היה על הממונה לסרב לבקשה ולא לאשרה בתנאים כפי שעשתה.



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

במילים אחרות, העוררת ביקשה מהממונה סעד מסוים (אישור המיזוג) וטוענת עתה כי הממונה שגתה כאשר איפשרה לה לקבל את אותו סעד בתנאים מסוימים. עצם העלתה של טענה מעין זו על ידי העוררת, שהיתה צד לבקשה, הינה תמוהה, ומעידה כי ההליך שנקטה נגד הממונה מאולץ ותכליתו זרה להליכים בבית הדין להגבלים עסקיים. הממונה בחנה את בקשת המיזוג לגופה והגיעה למסקנה כי אין הכרח לסרב לה כליל, אלא ניתן לאפשר לעוררת ולמשיבה 2 לבחור האם לקיים את הסכם המיזוג ביניהם בתנאים מסוימים, אם לאו. ברי כי החלטה מעין זו הינה סבירה ומידתית יותר מאשר החלטה הדוחה לחלוטין את בקשת המיזוג. יתרה מכך, נראה כי בנסיבות אלה החלטה של הממונה לסרב לבקשה כליל לא היתה יכולה להיחשב כסבירה. כך או כך, במצב עניינים רגיל ואלמלא סעיף 15 להסכם המיזוג בין הצדדים, שלכאורה מחייב את העוררת לבצע את ההסכם לאור התנאים שקבעה הממונה, ברי כי העוררת היתה חופשית להחליט כי היא אינה מעוניינת ליישם את ההסכם בתנאים שנקבעו, וערר זה לא היה בא לעולם. מכאן שטענותיה של העוררת צריכות להיות מופנות כלפי עצמה, היינו - כלפי סעיף 15 להסכם עם המשיבה 2 שהיא צד לו, ולא למישור המנהלי ולהחלטת הממונה.

34. בסיכומים ביקשה העוררת שלא לערב בין הערר, המתמקד לטענתה בטענות מתחום המשפט המינהלי-חוקתי, לבין המערכת החוזית שבין הצדדים להסכם. בפועל לא נהגה העוררת כך. אדרבה, נראה כי העוררת ניסתה להכניס את הממונה לשדה לא לה בכך שבדרך מלאכותית העבירה לפיתחה של הממונה ולפיתחו של



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

בית הדין את המחלוקת שנתגלעה במערכת החוזית שבין הצדדים להסכם (העוררת ומשיבה 2). נראה שהעוררת היתה מודעת לזירת המחלוקת האמיתית שבינה לבין משיבה 2 ועל כן הודיעה למשיבה זו על ביטול הסכם המיזוג ביניהם בשל שינוי המהותי או בשל הפרתו הצפויה ועל אי נכונותה לבצעו. למרות זאת היא ביקשה בערר שלפניי להעביר באופן מלאכותי מחלוקת עסקית זו שבין הצדדים להסכם המיזוג לעניין ציבורי-מינהלי מתחום דיני ההגבלים העסקיים. השאלות האמיתיות שמעלה העוררת במקרה שלפנינו נוגעות בעיקרן לפרשנות סעיפי ההסכם, לתימחורו ובעיקר לכדאיותה הכלכלית של העסקה, ואלה אינן רלוונטיות להחלטתה של הממונה, הפועלת בתפקידה מכוח הסמכות והמטרות שנקבעו לה בחוק.

35. בסיכום טענותיה הוסיפה העוררת וטענה כי היה על הממונה לדחות את בקשת אישור המיזוג לגופה, מאחר ומשיבה 2 אינה פירמה כושלת ועל כן תנאי דוקטרינת הפירמה הכושלת, עליה - כך לטענתה - התבססה הממונה בהחלטתה, לא התקיימו במקרה זה. דין טענה זו להידחות. ראשית, מדובר בטענה חדשה שלא הועלתה בערר ומשיבה זו בלבד דינה להידחות על הסף. שנית, מדובר בטענה חסרת בסיס ותמוהה הנטענת על-ידי צד לבקשת המיזוג, אשר קודם לכן ביקש את אישורו של המיזוג וכעת טוען שעל הממונה היה לסרב לבקשתו מבחינה עניינית ומקצועית. עניין זה מדגים היטב את אופיו המלאכותי של ההליך בו נקטה העוררת, ויש בו כדי להצביע על חוסר תום לב בהגשת הערר זה ועל השימוש הלא ראוי שהיא עושה בהליך המשפטי הנוכחי. שלישית, דין הטענה להידחות גם



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')
אב בית דין**

לגופה: העוררת מסתמכת בעניין זה על דבריה של מירב בארי, כלכלנית ראשית של הממונה, במהלך המגעים עם הממונה עוד לפני שהתקבלה ההחלטה, לפיהם "אם לא הבעיות בכפרית המיזוג לא היה מאושר" (מסמך 16 לתיק המיזוג). עוד מסתמכת העוררת על הירידה בהפסדיה של משיבה 2 בשנים שנבחנו ורווחיה בשנת 2008 ועל דבריו של אלי בריסקין, כלכלן של הממונה, בחקירתו הנגדית בבית הדין, בה הודה, כך לטענת העוררת, כי דוקטרינת הפירמה הכושלת לא התקיימה במקרה זה. בעניין זה העיד בריסקין:

"ש. ... מדוע בכל-זאת הגעתם למסקנה שחלה דוקטרינת המפעל, הפירמה הכושלת בעניין שבפנינו?
ת. אנחנו לא הגענו למסקנה שחלה דוקטרינת הפירמה הכושלת. אנחנו הגענו למסקנה שיש סבירות שאכן חטיבת התערוכות (של משיבה 2 – י.צ.), חטיבת התערוכות היא חטיבה כושלת. לא קיבלנו את הדוקטרינה as is כי גם אנחנו סברנו שכפרית לא הרימה את הנטל במאה אחוז כפי שנדרש על פי הדוקטרינה."
(עמ' 7 בחלק ב' של פרוטוקול הדיון מיום 1.6.09, שורות 24-27).

ובמקום אחר:

"ת. חיפשנו את הרוכש האלטרנטיבי האחר, על-מנת שכפרית תרים את הנטל כמו, כנדרש, לפירמה כושלת. והיא לא הרימה את הנטל הזה, לטעמנו."
(עמ' 3 בחלק ב' של פרוטוקול הדיון מיום 1.6.09, שורות 19-20).

מדברים אלה עולה כי בניגוד לטענת העוררת, המסקנה המקצועית אליה הגיעה הממונה היתה שאכן הפעילות הכלכלית של משיבה 2 בתחום התערוכות היא כושלת והפסדית, ועל כן ניתן לאשר את בקשת המיזוג ואין הכרח לסרב לו. יתרה מכך - וזה העיקר - מדברים אלה, כמו גם מתשובת הממונה לערר, עולה כי בניגוד



בתי המשפט

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

הע 803/08

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')
אב בית דין**

לטענת העוררת, הממונה אמנם בחנה את שאלת קיומם של תנאי דוקטרינת הפירמה הכושלת, אך לא טענה כי ההצדקה לאישור המיזוג מבוססת על דוקטרינה זו וכי תנאיה מתקיימים במלואם, אלא להיפך, כי משיבה 2 לא עמדה בנטל להוכיח שכל תנאי הדוקטרינה מתקיימים בעניינה. מסקנתה של הממונה היתה כי פעילותה של משיבה 2 בתחום התערובות גרמה לה הפסדים ניכרים לאורך השנים וכי קיימת אפשרות ממשית שהיא לא תישאר שחקנית פעילה בשוק זה לאורך זמן, דבר שיש בו כדי להצדיק מבחינה תחרותית את אישור המיזוג בתנאים (סעיפים 99-102 לתשובת הממונה לערר). בהקשר זה יש לדחות גם את טענתה הנוספת של העוררת כי מצבה הכלכלי של משיבה 2 הלך והשתפר וכי בשנת 2008 חטיבת התערובות שלה אף היתה רווחית. העוררת הפנתה בעניין זה לחקירתו הנגדית של מר בריסקין (עמ' 22-23 לחלק א' של הפרוטוקול ועמ' 1-3 לחלק ב' של הפרוטוקול), אולם מחקירה זו ניתן ללמוד כי בכל השנים אותן בחנה הממונה, חטיבת התערובות של משיבה 2 אכן צברה הפסדים מתמשכים, גם אם הם פחתו עם הזמן. באשר לשנת 2008, שהיתה לטענת העוררת רווחית לחטיבת התערובות במשיבה 2, יש לזכור כי החלטת הממונה התקבלה ביום 20.5.08, ולכן הנתונים שיכלה הממונה לבחון ביחס לשנה זו הם חלקיים בלבד. העוררת הפנתה בעניין זה גם אל דבריו של מר הדומי (מנכ"ל משיבה 2) לממונה לפיהם "אני לא במצב קטטוני אני יכול לפעול עוד 3 שנים" (מסמך מס' 13 בתיק המיזוג). אולם מדברים אלה ניתן דווקא להסיק, בניגוד לטענת העוררת, כי גם אם מצבה של משיבה 2 אינו "קטטוני" הוא גם לא שפיר, וכי ביכולתה לפעול עוד שלוש שנים נוספות בלבד. לבסוף יש לציין כי בפועל, משיבה 2 אמנם הפסיקה את פעילותה בתחום



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

התערובות ויצאה משוק זה, כך שהניתוח הכלכלי-מקצועי של הממונה התברר כנכון. לאור כל האמור לעיל יש לדחות את טענותיה של העוררת כי היה על הממונה לדחות את בקשת המיזוג לגופה.

36. העוררת טוענת כי החלטת הממונה ניתנה בחוסר סמכות מאחר והממונה שקלה את המצב העתידי בשוק התערובות ואת כשלי השוק הקיימים בו, בלא קשר למצב הצפוי כתוצאה מהמיזוג עצמו, זאת בניגוד להוראת סעיף 21 לחוק, ועל כן – כך לטענתה - שקלה הממונה שיקול זר וחרגה מסמכותה. גם טענה זו דינה להידחות. גם כאן מדובר בטענה שלא נזכרה בערר עצמו ומטעם זה בלבד ניתן לדחותה. בנוסף יש לדחות את הטענה גם לגופה. סעיף 21(א) לחוק קובע לאמור:

21. "החלטת הממונה
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: "...".

על החלטת הממונה, בהיותה רשות ציבורית, חלים כללי המשפט הציבורי, והחלטתה חייבת להיות סבירה ומידתית. אולם, כללי המשפט המינהלי אינם פועלים בחלל הריק וביסודם עומדים החוקים, המטרות והמאטריה הרלבנטיים לעניין. שאלות של סבירות ומידתיות נבחנות תמיד על פי התכלית שהאמצעי עליו הוחלט מבקש להגשים. יש לבחון את מידת ההסתברות של הגשמת תכלית החוק ואת מידת התאמתו של האמצעי שנבחר להשגת תכלית זו, בהתחשב בקיומם של



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')
אב בית דין**

תנאים או אמצעים חלופיים אחרים. בחינה זו הינה פועל יוצא של האינטרס והערכים הרלוונטיים לעניין ואין לנתקה מהמאטריה המיוחדת של העניין. האינטרסים עליהם מופקדת הממונה נקבעו בחוק ההגבלים העסקיים והם אלה הצריכים להוות את נקודת המוצא של הדיון בשאלת הסבירות והמידתיות של התנאים שקבעה הממונה בהחלטתה.

37. יש להבחין בין החלטת הממונה והתנאים הכלולים בה, הנוגעים במישרין לתוצאת המיזוג, לבין השיקולים והנתונים אותן בחנה הממונה לצורך קבלת החלטתה. לעניין השיקולים והנתונים, יש לזכור כי תכלית הסעיף והחוק כולו היא להגן על ערכי התחרות החופשית ולמנוע או לצמצם את הפגיעה בה. תכלית זו, העומדת בבסיס החוק כולו, כמו גם האיוון שעל הממונה לערוך במקרים המתאימים בין חופש החוזים והקניין של הצדדים למיזוג מחד והאינטרס הציבורי בשמירה על התחרות מאידך, מחייבים את הממונה לשקול קשת רחבה של שיקולים ונתונים, הכוללים גם את ההתפתחויות התחרותיות הצפויות בשוק הרלוונטי, ללא קשר למיזוג הקונקרטי ולהשלכותיו. בחינה רחבה של השוק הרלוונטי בהווה ובעתיד הנראה לעין היא אחת מחובותיה היסודיות של הממונה כרשות מנהלית, ויש בה כדי לסייע לה לקבל החלטה מושכלת המבוססת על כלל הנסיבות והנתונים. לפיכך ברי כי בעת בחינת בקשת המיזוג, על הממונה להביא בחשבון את המצב התחרותי בשוק כפי שהוא בעת הגשת הבקשה ואת המגמות העתידיות שנצפות בו, כפי שאכן עשתה הממונה במקרה שלפנינו. אירוע כגון יציאת מתחרה מהשוק, בין אם



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

כתוצאה מהמיזוג ובין אם באופן עצמאי, הינו שיקול ענייני שהממונה מורשית ואף חייבת לשיקול, וודאי שאין מדובר בשיקול זר.

באשר לתנאים שנקבעו בהחלטה, הרי שאין למעשה מחלוקת כי אלה נועדו להגן על התחרות כתוצאה מהפגיעה שהמיזוג הצפוי היה עלול לגרום לה. הממונה הגיעה למסקנה כי המיזוג עתיד להעביר את השוק ממצב דואופוליסטי, של שתי מתחרות גדולות, למצב מונופוליסטי שבו מתחרה אחת (העוררת) שולטת במרבית השוק. גם העוררת עצמה אינה חולקת על החששות התחרותיים הנובעים מן המיזוג ועל העובדה שהתנאים שקבעה הממונה - ובכללם תנאי שחרור הנוסחאות - נועדו לצמצם את מידת הפגיעה בתחרות שצפויה היתה להיגרם לצרכנים בענף כתוצאה ישירה מהמיזוג. לפיכך אין כל מקום לומר שהחלטת הממונה והתנאים שנקבעו בה חורגים מסמכותה הקבועה בסעיף 21(א) לחוק.

38. יש לדחות גם את טענת העוררת כי החלטת הממונה ניתנה בחוסר סמכות מאחר והיא נועדה לפתור כשלי שוק קיימים שאינם נובעים מהמיזוג. מדובר בטענה בלתי מבוססת המייחסת לממונה התנהלות בלתי מקצועית וחסרת תוס לב. מעבר לעובדה שהממונה היתה מודעת לקיומו של סעיף 15 להסכם, כפי שעולה מעדותו של מר בריסקין, המצהיר מטעמה, העוררת לא הצביעה על ראיה כלשהי עליה ניתן לבסס את הטענה החמורה לפיה הממונה ומשיבה 2 עשו יד אחת כנגדה על מנת להחליש את מעמדה בשוק. העובדה שהממונה היתה מודעת לקיומו של סעיף 15 להסכם ברורה מאליה נוכח חובתה להכיר היטב את הסכם המיזוג הבא לאישורה, על כלל הסעיפים המרכזיים שבו, וודאי שלא ניתן להסיק מעצם ידיעתה של



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

הממונה על הסעיף שהיא שואפת לנצלו בהתאם לפרשנות מסוימת על מנת לכפות על העוררת את המיזוג בתנאים שקבעה, בכדי לרפא כשלי שוק קיימים. יתרה מכך, מעיון בתרשימי השיחות שהתקיימו בין נציגי העוררת לנציגי הממונה עולה כי נציגי הממונה כלל לא התייחסו לסעיף 15 בהסכם המיזוג כשיקול בהחלטתם לאשר את המיזוג בתנאים, אלא הבהירו לעוררת כי מישור היחסים הפרטי בינה לבין משיבה 2 אינו מעניינם ואינו נוגע להחלטתם. כך, למשל ציין נציג הממונה במהלך הפגישה בין הצדדים מיום 28.4.08:

"רועי (נציג הממונה: י.צ.): בהינתן עמדה שלכם, יש לנו 2 אפשרויות:
(1) אם אתם לא מסוגלים לעמוד בתנאים – לכן נתנגד למיזוג
(2) התנאים שהצבנו – מפיגים את החשש לכן נטיל אותן בצורה חד צדדית ואתם תחליטו אם להמשיך עם העסקה...
חגית (נציגת העוררת – י.צ.): שיהיה בדור לא נמסור נוסחאות ואנחנו נעמוד על הגנת זכויות הקנייניות בכל דרך אפשרית העומדת לזכותה. ניסיון לכפות עלינו מסירת נוסחאות יפגע קודם כל בלקוחות. לבוא ולכפות עלינו תנאי חד צדדי – נתנגד לזה.
רועי: מה ההבדל מבחינתכם בין התנגדות שלנו לאישור בתנאי.
חגית: לא נוכל לחיות עם תנאי של איבוד קניין רוחני ועל זה נגן בכל כלי משפטי.
רועי: כאשר אנחנו מטילים תנאי – לא כופים לבצע את התנאי, אלא אם כן אתם ממשיכים במיזוג". (נספח 19 לתיק המיזוגים, כרך 2, ההדגשות שלי – י.צ.).

גם בפגישה הבאה שקיימו נציגי העוררת עם הממונה ביום 29.4.08 ציינה הנציגה מטעמו, הכלכלנית מירב בארי:

"אני לא מסתכלת על צד המסחרי. אם נכון לאשר בתנאים – נאשר, אם נתנגד – אז מכיוון שנכון להתנגד". (נספח 20 לתיק המיזוג, כרך 2, ההדגשות שלי – י.צ.).

וגם בפגישה האחרונה שהתקיימה בין הצדדים ביום 6.5.08 נאמר:

"אביתר (קנולר, בא כוח העוררת – י.צ.): אז תגידו שאתם לא מסכימים למיזוג, אל תאשרו. אמירה של תפרסם נוסחאות = אי אישור.



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

מירב (בארי, נציגת הממונה – י.צ.): אני לא חושבת. אתם יכולים להחליט אם לבצע את המיזוג. את המחלוקת העסקית תפתרו ביניכם. (נספח 21 לתיק המיזוג, כרך 2, ההדגשות שלי – י.צ.).

לאור האמור לעיל יש לדחות את טענותיה של העוררת גם בעניין זה.

39. יש לדחות את טענות העוררת בנוגע להתנהלותה של הממונה ולשינוי שחל לכאורה בעמדתה ביחס לצורך בהסכמת העוררת לשם אישור הבקשה בתנאים. העוררת מסתמכת בעניין זה בעיקר על דבריה של הכלכלנית מטעם הממונה גב' מירב בארי בעת פגישתה מיום 10.4.08 עם נציגי העוררת, לאמור:

"אם לא בעיות בכפריט – המיזוג לא היה מאושר. אנחנו מוכנים לשקול אישור בתנאים לא פשוטים. רצינו ליידע אותכם על תנאים ולקבל אישורכם העקרוני. ... זה לא כ"כ למו"מ, כי האופציה אחרת זה התנגדות. נוכל להתדיין על תנאים" (נספח 16 לתיק המוצגים, כרך 2).

בהקשר זה יש תחילה להבהיר, למרות שהדבר אינו נתון במחלוקת של ממש, כי סמכותה של הממונה לאשר את הבקשה בתנאים, אינה מצריכה את הסכמת הצדדים ויכולה להיקבע גם באופן חד צדדי. הדבר נלמד מלשונו המפורשת של הסעיף כמו גם משורת ההיגיון, שהרי אישור הבקשה בתנאים אינו כופה על הצדדים לבצע את המיזוג בתנאים שנקבעו אלא מותיר להם את האפשרות לקבוע את המשך צעדיהם ואת ההחלטה אם לבצע את המיזוג בתנאים שנקבעו או לבטלו. אשר להתנהלות הממונה, הרי שאין לקבל את טענת העוררת כי היא שינתה את עמדתה בכך שבתחילת המגעים ראתה בהסכמת הצדדים הכרח לאישור ההחלטה בתנאים ולבסוף קבעה את התנאי באופן חד צדדי. מתרשומת הדיונים שנערכו עם הממונה עולה כי הממונה אמנם שאפה לקבל את הסכמתם של הצדדים



בתי המשפט

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

הע 803/08

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

להחלטתה, ובצדק עשתה כן משום שבמידת האפשר מוטב תמיד לקבל החלטה על בסיס מוסכם. ייתכן שהעוררת הבינה מכך בטעות כי הסכמתה נדרשת לשם אישור העיסקה בתנאים. אולם, הבנתה המוטעית של העוררת אינה מעידה על התנהלות לא סבירה של הממונה: ראשית, כאשר צד חותם על הסכם מיזוג, מגיש בקשה לאישורו ומתייצב אצל הממונה לשם דיונים בעניין, מוטב שיכיר היטב את החוק שמכוחו הוא מבקש את אישור הבקשה ואת הסמכויות הנתונות לממונה בעניין זה (נראה כי לא כך היה במקרה זה; ראו למשל שורה ראשונה בעמוד השלישי של נספח 20, בה ציין יו"ר העוררת כי הוא אינו מכיר את החוק). כאמור, סמכויותיה של הממונה לאשר את הבקשה בתנאים, ללא צורך בהסכמת הצדדים, קבועות בלשון ברורה ומפורשת בסעיף 21 לחוק ועיון פשוט בחוק יכול היה להבהיר זאת. שנית, נציג הממונה הבהיר לנציגי העוררת בהמשך המגעים ביניהם כי הסכמתם לתנאי אינה הכרחית וכי במקרה הצורך היא תטיל אותו גם בצורה חד צדדית:

"אנחנו לא מוצאים תרופה אחרת לבעיה שנוצרה עקב המיזוג. אם יש לכם – נשמח לשמוע. אנחנו, במידה ולא תסכימו, נשקול להטיל תנאים חד צדדיים, ואנחנו לא נרצה את התסריט הזה. אך אם נגיע לשם – נקח מרווח ביטחון – יכול להיות שנאשר רק לאחר מסירת הנוסחאות. יכול להיות שנדרוש שחרור נוסחאות גם של כפריית ושל טרפלקס. אם אין לכם שום תרופות נוספות ואתם לא מסכימים אנחנו נשקול את הפעולה חד-צדדית"
(פרוטוקול ישיבה מיום 27.4.08, נספח 18 לתיק המוצגים).

מדברים אלה אף עולה בבירור כי בניגוד לטענת העוררת, הממונה לא ויתרה על השגת הסכמה לתנאי שחרור הנוסחאות אחרי שמשיבה 2 התנדבה לקחת אותו על עצמה (דבר שנעשה לכאורה רק לאחר מכן, ביום 29.4.08, ראו נספח 20 לתיק המיזוג, כרך 2), אלא סברה כי מדובר בתנאי הכרחי מבחינה תחרותית ואם לא



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')
אב בית דין**

ניתן להגיע להסכמה לגביו אין מנוס מקביעתו באופן חד צדדי. כאמור לעיל, במידה והממונה יכולה מבחינה מקצועית ועניינית לאשר בקשה בתנאים במקום להתנגד לה כליל, עליה לעשות כן, שאם לא כן, ההחלטה להתנגד למיזוג עלולה להיות לא מידתית. נציגי הממונה אף הזכירו עניין זה לנציגי העוררת במהלך הישיבה שהתקיימה ביניהם ביום 28.4.08:

"רועי (נציג הממונה - י.צ.): מה ההבדל מבחינתכם בין התנגדות שלנו לאישור בתנאי.
חגית (נציגת העוררת - י.צ.): לא נוכל לחיות עם תנאי של איבוד קניין הרוחני ועל זה נגן בכל כלי משפטי.
רועי: כאשר אנחנו מטילים תנאי - לא כופים לבצע את התנאי, אלא אם כן אתם ממשיכים במיזוג.
אביב (נציג העוררת - י.צ.): אנחנו רוצים או כן או לא, אבל לא חצי הריון.
חגית: נכון ועדיין אנחנו רוצים מאוד את העסקה. עבדנו עליה חודשים רבים.
רועי: אנחנו נבדוק מה עדיף מ-2 אופציות - יש גם דוקטרינה שאומרת שאם תנאים מפגיגים חשש - תטיל אותם ועל (צ"ל: אל) תתנגד."
(נספח 19 לתיק המיזוג, הדגשות שלי - י.צ.).

לאור האמור לעיל יש לדחות את טענות העוררת בנוגע לדרך התנהלותה של הממונה.

40. בנוסף לכך יש לומר כי על דרך הכלל, שינוי במאזן הכדאיות הכלכלית של הצדדים לעסקה במסגרת תנאי ההסכם שביניהם אינו מעניינה של הממונה, הפועלת על בסיס הסמכות והמטרות שנקבעו בחוק. מעבר לכך, במישור העובדתי, יש לדחות גם את טענת העוררת כי הנוסחאות (אליהן נוגע התנאי) הן בעלות חשיבות מסחרית מכרעת ומהוות את עיקר הממכר עליו הוסכם. בעניין זה יש לציין כי למרות שהעוררת ידעה היטב על התנאים שהממונה מבקשת לקבוע וביניהם התנאי הנוגע לנוסחאות, היא לא טרחה להציג בפני הממונה תשתית ראייתית לביסוס טענתה המרכזית בדבר איון הממכר. אין לקבל דרך זו. צד המבקש לתקוף



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

החלטה של רשות מינהלית (הממונה), חייב להתכבד ולהציג בפני הרשות את מכלול טענותיו ובכלל זה את הנתונים העובדתיים שמטבע הדברים מצויים בידיעתו וברשותו. העוררת לא עשתה כן והסתפקה באמירות סתמיות ובלתי מבוססות. זאת ועוד, למרות שמדובר בטענה שהיא עובדתית במהותה, העוררת לא צרפה לערר שהגישה חוות דעת מקצועית של מומחה לתמיכה בטענתה (ראו החלטת בית הדין מיום 5.5.09). לא כך נהגה המשיבה 2, שצירפה לתשובתה לערר חוות דעת מקצועית של מומחה בתחום - פרופ' שמואל קניג - אשר סתרה את טענתה של העוררת, וממנה עולה כי התנאי של שחרור הנוסחאות אינו מאיין את העיסקה ואף אינו מפחית את שוויה באופן מהותי. זאת, משום שמדובר בתעשייה ותיקה והטכנולוגיה המשמשת את העוסקים בה היא טכנולוגיה "בוגרת", מה גם שניתן לבצע הנדסה חוזרת למוצר המאפשרת להתחקות אחר נוסחאות הייצור (נספח ב' לתשובת משיבה 2 לערר). בהקשר זה יש להפנות גם אל השיחות שערכו נציגי הממונה עם מומחים בתחום התערובות ועם מנהלים בחברות הפעילות בתחום לשם קבלת ההחלטה (נספחים 75-108 לתיק המיזוג, כרך 2). כך למשל ציין ד"ר חיים אלקלאי, מומחה בתחום התערובות, בשיחה שערך עימו נציג הממונה:

"אידן ניתן לבצע בדיקה של נכונות הנוסחאות, כמה זמן זה יכול לקחת, מה מידת הדיוק לגבי הקביעה?"

הנוסחאות של הלקוחות זה דבר חשוב, אך הן לא הדברים הייחודיים בעולם. הערכה שלי שצריך להסתכל על הנושא הזה מעבר לישראל. ברור, שהכי נח לעבוד עם יצרן ישראלי. אני חושב שרוב הנוסחאות ידועות בבסיס, אך בוצעה התאמה סופית ללקוח. ... אין חשיבות רבה לנוסחאות. זה כמו גנן שאומר לך להוסיף משהו לנוסחאות, על מנת שפרחים יגדלו



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

טוב יותר. זה לא משהו סודי. (נספח 79 לתיק המיזוג, כרך 2, ההדגשות שלי – י.צ.).

מהאמור לעיל ניתן להסיק כי חשיבותן המסחרית של הנוסחאות אינה כה קריטית ומכרעת כפי שהעוררת מבקשת לייחס לה, ואין מדובר בידע שהינו סודי במיוחד אלא בידע הניתן לגילוי באמצעות טכנולוגיה של הנדסה חוזרת תוך פרק זמן של מספר שבועות (בהתאם לכמות הנוסחאות).

41. יתרה מכך, מעיון בחומר הראיות עולה כי תכלית העיסקה שבין הצדדים אינה מכירת הנוסחאות, ובכל מקרה אין לומר כי תנאי שחרור הנוסחאות, כפי שנקבע, מאיין את הסכם המיזוג מתוכנו. אין למעשה מחלוקת כי תכלית העיסקה ומהותה, כפי שמצהירה העוררת עצמה, הינה רכישת נתח שוק הלקוחות הפעיל של משיבה 2 על ידי העוררת. רכישת הנוסחאות של משיבה 2 על ידי העוררת היא אמנם אמצעי חשוב ומשמעותי לשם השגת תכלית זו, אך יש להדגיש כי זהו אמצעי בלבד ולא המטרה עצמה. באמצעות השליטה בנוסחאות יכולה העוררת להמשיך ולספק ללקוחותיה של משיבה 2 את אותם מוצרים שהיו רגילים לרכוש ממנה בעבר, וכך לשלוט למעשה בנתח שוק זה. יש לזכור כי בנוסף לנוסחאות אלה, רכשה העוררת ממשיבה 2 על פי נספח א' להסכם המפרט את הממכר, גם את הרשימה המלאה של לקוחות משיבה 2 (בצירוף אנשי קשר), את דרישותיהם של הלקוחות ביחס למוצרים, את השימושים שהם עושים באותם מוצרים, את המידע המסחרי ביחס לכל לקוח (כגון ניסיונות העבר והיסטורית הקשר ביחס לכל לקוח, ובכלל זאת התמיכה הטכנית לה הוא נזקק, מוסר התשלומים שלו, מידת האשראי



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

שברשותו, תלונות שהגיש בעבר וכו') וייתכן שאף את המוניטין הנלווה לשמה של משיבה 2, שהוא מהגורמים החשובים שבזכותם בוחרים הלקוחות לקנות ממנה את המוצרים. כלל המידע והנתונים הללו מאפשר לעוררת לפנות בקלות ללקוחות המתאימים ולהמשיך להציע להם את המוצרים אותם רכשו קודם ממשיבה 2. בהקשר זה יש להדגיש כי העוררת אינה נזקקת לנוסחאות עצמן (במנותק מלקוחות משיבה 2 המשתמשים בהן), כגון לשם מסחר בהן עם צדדים שלישיים או ייצור מוצרים שאינם ללקוחותיה של משיבה 2, ובכל מקרה הדבר כלל אינו נמנע ממנה על פי התנאי שנקבע. על כן אין מקום לומר כי מטרת העיסקה היחידה היא עצם העברת השליטה בנוסחאות.

42. בהקשר זה יש מקום להדגיש, כי התנאי שהציבה הממונה כלל אינו קובע כי העוררת לא תקבל את הנוסחאות לידיה, וגם לא כי הנוסחאות ישוחררו בפומבי ולכל דורש, ואף לא כי הנוסחאות יינתנו אוטומטית לכל לקוחותיה של משיבה 2. התנאי קובע רק, כי במידה ואחד מלקוחותיה (לשעבר) של משיבה 2 יהיה מעוניין בנוסחה המשמשת אותו - וזאת תוך חמישה עשר החודשים הראשונים ממועד השלמת העסקה - יעביר אליו הנאמן את אותה נוסחה. מכאן שאין מקום לקבל את טענת העוררת כי קבלת התנאי משמעה שעליה לשלם סכום כסף גדול עבור מידע המועבר חינם לכל דורש. נוכח העובדה שהעוררת היתה צפויה להיוותר (ונוותר בפועל) יצרנית יחידה (שלא לצרכים עצמיים) של התערובות בארץ, הרי שסביר להניח כי שליטתה בנתח שוק הלקוחות של משיבה 2, שליטה שהיא כאמור



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

תכלית העסקה, ממילא היתה מושגת, גם תוך קבלת התנאי. תנאי שחרור הנוסחאות כפי שנקבע, נועד אמנם להקל על הלקוחות המעוניינים בכך לפנות אל יצרנים אחרים ולרכוש מהם את המוצרים המתאימים להם, וכך מאפשר להם שלא להיות כבולים בלעדית לעוררת, אך נוכח העובדה כי אין יצרנים אחרים של התערובות (שלא לצריכה עצמית) בישראל, וכן לאור העובדה שממילא מדובר בנוסחאות הניתנות לגילוי פשוט יחסית, נראה כי בפועל לא היה בכך כדי למנוע מהעוררת להשתלט גם על שוק לקוחותיה של משיבה 2, או למצער על מרביתו, בדיוק כפי שביקשה לעשות בהסכם. בעניין זה יש להזכיר כי כפי שנאמר לעיל, העוררת גם התכוונה לרכוש על פי ההסכם, בנוסף לנוסחאות, גם את רשימת הלקוחות המלאה של משיבה 2, את המידע המסחרי הרלוונטי לגבי כל אותם לקוחות ובכלל זאת את ניסיון העבר והיסטורית היחסים של משיבה 2 ביחס לכל לקוח, התמיכה הטכנית לה הוא זקוק ודרישותיו המיוחדות מהמוצרים, וככל הנראה גם את המונופול הנלווה לשמה של משיבה 2, דברים שכמובן מחזקים מאוד את יכולתה לפנות אל אותם לקוחות ולהמשיך להציע להם את אותם מוצרים בתנאים דומים. לאור כל האמור לעיל יש לדחות את טענת העוררת כי התנאי שקבעה הממונה מאיין לחלוטין את ההסכם המיוזג.

43. יש לדחות את טענת העוררת כי תנאי שחרור הנוסחאות שקבעה הממונה הינו יוצא דופן ולא נקבע בעבר תנאי דוגמתו. מדובר בתנאי השייך לקשת רחבה של תנאים מבניים שבהם מוטל על צד להסכם מיוזג – כתנאי לאישור ההסכם – לוותר על



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

אחזקותיו בחברה מסוימת או למכור נכס מנכסיו. סבירותם של תנאים מסוג זה נבחנת על פי מידת התאמתם להתמודדות נכונה עם החשש לפגיעה התחרותית שיוצר המיזוג. כך בענייננו, הממונה בחנה את הסכם המיזוג שבין הצדדים והתנאים נקבעו על פי שיקול דעתה המקצועי של הממונה ועל בסיס מכלול הנתונים שעמדו בפניה במטרה להבטיח את ריסון יכולתה של העוררת להפעיל כוח שוק בשוק התערובות. בהקשר זה יש לציין כי העוררת לא הציגה בפני הממונה תנאים חלופיים אפקטיביים אחרים שהיה בהם כדי למנוע את החשש התחרותי שעלה מהסכם המיזוג מושא הבקשה.

44. העוררת טוענת כי החלטת הממונה אינה מנומקת כנדרש, דבר שיש בו לטענתה כדי להצדיק את ביטולה. דין הטענה להידחות. עיון במסמכים שהוגשו מעלה כי מבחינה מהותית הממונה הבהירה ופירטה לעוררת במהלך המגעים שהתקיימו ביניהן את הבעייתיות שהמיזוג יוצר מבחינה תחרותית והדגישה כי הוא לא יאושר ללא תנאי שחרור הנוסחאות. כך למשל ציינה נציגת הממונה מירב בארי בעת פגישה עם נציגי העוררת ומשיבה 2 ביום 9.3.08:

"המיזוג יוצר מונופול מושלם בשוק, לפני העלאת המיזוג לוועדת המיזוגים רצינו להעלות את התנאים שאנחנו חושבים שרק עימם ניתן יהיה לאשר את המיזוג. מדובר בהעברת הנוסחאות ללקוחות באופן חד פעמי עבור הלקוחות הקיימים וכל נוסחה עבור הלקוח שלה. ... אורן (שפיזר, בא כוחה לשעבר של העוררת – י.צ.): הנוסחות הן קניין רוחני שלנו. מירב (בארי – י.צ.): אין ספק שזה קניין שלכם. אבל זה גם מהווה חסם שאנחנו רוצים למזער ככל הניתן. ... התנאי על הנוסחאות הוא בכל מקרה. אנחנו צריכים להשתכנע שאין אלטרנטיבה." (נספח 14 לתיק המיזוג, כרך 2).



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')
אב בית דין

בפגישה נוספת שנערכה בין נציגי הממונה לנציגי העוררת מיום 10.4.08 פירטה גב' בארי את עמדת הממונה והסבירה את הנימוקים העומדים בבסיס הכוונה להטיל את תנאי שחרור הנוסחאות:

"מרב (בארי – י.צ.): אנחנו עברנו תהליכים רבים מול כפרית. הבדיקה העלתה שמיזוג בעייתי מבחינה תחרותית. בדקנו האם יש תנאים שיכולים להפיג את החששות ולוקחים בחשבון את מצב כפרית. אם לא בעיות בכפרית – המיזוג לא היה מאושר. אנחנו מוכנים לשקול אישור בתנאים לא פשוטים. רצינו ליידע אותכם על תנאים ולקבל אישורכם העקרוני. התנאים המשמעותיים ביותר – שחרור נוסחאות. זאת מכיוון שאתם הופכים להיות הגוף היחיד שמספק את התערובות ללקוחות שאין להם מכון. אנחנו רוצים להקל להם מעבר לספק אחרים במידה ויצרנו. בנינו מנגנון שמאפשר ולא לעקב (כך במקור – י.צ.) את המיזוג, אך גם מוודא שלקוחות מקבלים את הנוסחאות. לדוגמה, במיזוג פרוטרום-ריחן דרשנו שקודם יועברו נוסחאות, ואז יתבצע מיזוג. כאן 2 צעדים לכיוונכם. אנחנו רוצים שתציעו מנגנון שיועברו נוסחאות נכונות. אנחנו רוצים לדון על תקופת מעבר – בה צרכנים יקבלו את האספקה וגם יוכלו לדרוש את הנוסחאות. סוג נוסף של תנאים – מכיוון שאתם תהיו היחידים אנחנו רוצים שתקחו על עצמכם את תנאים של בעל המונופול (אי אפליה, אספקה) ללא צורך בהכרזתכם כמונופול בתקופת המעבר. לא רוצים שתתאפשר עליית מחיר, מעבר לעליית חו"ג. זה לא כל כך למו"מ, כי האופציה אחרת זה התנגדות. נוכן להתדיין על תנאים ולשחרר את הנוסחאות רק ללקוחות של טרפלס. (נספח 16 לתיק המיזוג, כרך 2).

גם בפגישה הבאה שקיימו נציגי העוררת עם נציגי הממונה מיום 16.4.08 הבהירו האחרונים את עמדתם ביחס להחלטת המיזוג ולתנאי הנדרש:

"אנו רוצים להסביר שוב למה נדרשים התנאים. המיזוג הופך להיות שוק של 2 שחקנים למונופול. ללא סיבות נוספות היינו מתנגדים למיזוג. קיימות סיבות מגוונות, ועדיין אנחנו חושבים שגם למרות הסיבות תהיה פגיעה בתחרות. אנחנו מעוניינים להנמיך חסמים ללקוחות שיחפשו אלטרנטיבות. ... הנוסחאות



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')
אב בית דין

הן לא חסם מוחלט, אם כי הן מקשות על המעבר. החסם קיים, אבל אנחנו מעוניינים לקזז השפעה של המיזוג. ...

מרב (בארי – י.צ.): המיזוג הוא בעייתי – 2 יצרנים יחידים מתמזגים, וזה ישפיע על תעשייה שלמה. לא מספיק שיהיה יצרן אלטרנטיבי כדי לאשר, יבוא בעייתי אם אתם יודעים יצרנים אחרים שמוכרים לאחרים – נשמח לדעת. יצרן חדש לא יכול לתת מענה ללקוחות רבים. אם משהו ישתנה נשקול. כרגע לא נוכל לאשר ללא שחרור נוסחאות.
(נספח 17 לתיק המיזוג, כרך 2).

ולבסוף, בפגישה שהתקיימה ביום 27.4.08 עם נציגי העוררת ציין נציג הממונה:

"רועי: ברור שתנאי פוגע בחברה ובקניין, אבל העיסקה עשויה לפגוע בתחרות. לכן אנחנו מנסים לקזז את ההשפעה התחרותית ע"י פגיעה בקניין שלכם, אבל זה יוריד את החסמי המעבר ללקוחות. זה "הרע במיעוטו" לא נוכל לאשר את המיזוג ללא פגיעה. אתם יכולים לא להסכים לתנאים, אבל אז לא נוכל לאשר.

חגית (נציגת העוררת – י.צ.): העברנו בצורה ברורה את ההתנגדות שלנו לתנאים. לא נרצה וגם אתם לא תרצו שיהיו תנאים שלא נעמוד בהם. האם לרשות יש תנאים אחרים שאפשר להטיל ועדיין לאשר את המיזוג.

רועי: אנחנו לא מוצאים תרופה אחרת לבעיה שנוצרה עקב המיזוג. אם יש לכם – נשמח לשמוע. אנחנו, במידה ולא תסכימו, נשקול להטיל תנאים חד צדדיים, ואנחנו לא נרצה את התסריט הזה. אך אם נגיע לשם – נקח מרווח ביטחון – יכול להיות שנאשר רק לאחר מסירת הנוסחאות. יכול להיות שנדרוש שחרור נוסחאות גם של כפריית ושל טרפלקס. אם אין לכם שום תרופות נוספות ואתם לא מסכימים אנחנו נשקול את הפעולה חד-צדדית." (נספח 18 לתיק המיזוג, כרך 2).

מכל האמור לעיל עולה בבירור כי הממונה נימקה בפני נציגי העוררת במהלך הפגישות שהתקיימו ביניהם את טעמיה להחלטה לאשר את המיזוג בתנאים, ובאופן ספציפי לתנאי שנקבע בדבר שחרור הנוסחאות. הממונה הבהירה לעוררת בפרוטרוט את הסיבות לחששות התחרותיים העולים מהמיזוג, את האפשרות לאשרו בכל זאת, בתנאים, נוכח מצבה הכלכלי הבעייתי של משיבה 2, את תכליתו



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

של התנאי שנקבע לשחרור נוסחאות כמפחית של החששות התחרותיים ואף את שיקוליה השונים בנוגע לאופן האישור בתנאים (בהסכמה, בצורה חד צדדית, תוך הטלת חובת השחרור על משיבה 2 בלבד או גם על העוררת, וכו'). יש לציין כי העוררת לא העלתה במסגרת המגעים הללו כל תנאי אפשרי אחר במקום תנאי שחרור הנוסחאות, אלא רק הביעה בעקביות את התנגדותה לתנאי זה. בנסיבות אלה, דין טענת העוררת גם בעניין זה להידחות.

45. **לסיכום**, הפיקוח והסמכויות שהוקנו לממונה והביקורת שעל בית הדין להפעיל על החלטותיה נועדו להבטיח את עניינו של הציבור בשמירה על האינטרסים הציבוריים והערכים עליהם ביקש החוק להגן ולשמר. אך ברור הוא כי על הפיקוח והביקורת להעשות על פי כללי המשפט המינהלי. עם זאת, התוכן והמהות שיש לצקת למסגרת הפיקוח חייבים להיות מבוססים על העקרונות, הערכים והאינטרסים שעליהם בא להגן החוק. זוהי מהות תפקידה הציבורי של הממונה האחראית לפקח על ביצועו והגשמתו הלכה למעשה של חוק ההגבלים העסקיים. זוהי גם מהות הביקורת שמפעיל בית הדין על תיפקודה והחלטותיה של הממונה. ככלל, הממונה מופקדת על שמירת עקרון התחרות החופשית ובמסגרת זו מוקנה לה מרחב של שיקול דעת מקצועי. כך החלטה על אישור הסכם מיזוג בתנאים צריכה להבחן על פי מידת התאמתם של התנאים למטרות ולתכלית של החוק, על בסיס איזון ראוי בין האינטרסים והערכים הרלוונטיים ועל פי עקרון המידתיות.



בתי המשפט

הע 803/08

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

בפני: **כבוד השופטת יהודית צור, סגנית נשיא (בדימ')**
אב בית דין

בענייננו, החלטת הממונה מאוזנת וראויה ומשרתת נכונה את האינטרס הציבורי של השמירה על התחרות העסקית. הערר שבפני לא העלה פגם שנפל בהחלטת הממונה שפעלה כדין ובמקצועיות במסגרת סמכותה כחוק. ניכר היה כי המערערת ניסתה להסיט את הממונה ואת בית הדין לסכסוך האזרחי שבינה לבין המשיבה 2 ובעיקר לשאלות הנוגעות לתמחור ולכדאיות הכלכלית של העיסקה שביניהם. נושאים אלה זרים במהותם לשאלת התחרות העסקית ולאיתור התנאים שנועדו למנוע את הפגיעה בעקרון חשוב זה. יש להניח כי עניינים אלה יידונו ויוכרעו בין הצדדים בהליכים האזרחיים המתנהלים ביניהם.

לאור כל האמור הגעתי לכלל מסקנה כי יש לדחות את הערר. העוררת תישא בהוצאות ושכר טרחת הממונה והמשיבה בסכום של 40,000 ש"ח לכל משיבה.

המזכירות תמציא העתק פסק הדין לצדדים.

ניתן היום, ד' אדר תש"ע (18/02/2010) בהיעדר הצדדים.

(-)

יהודית צור, ס. נשיא (בדימ')

בית המשפט המחוזי בירושלים

אני מאשר

שהעתק זה נכון ומתאים למקור

18.2.10 42 תאריך
מזכיר ראשי