

**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים**

**ע"א 2247/95**

**בפני :**

כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד השופט י' קדמי  
כבוד השופט י' זמיר

**המערער :**

הממונה על הגבלים עסקיים

**נ ג ד**

**המשיבה :**

תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ

ערעור על החלטתו של בית הדין להגבלים  
עסקיים בערר 2/94 מיום 27.2.95, שניתנה  
על ידי כבוד השופטת מ' נאור, עו"ד א'  
פודמסקי וד"ר מ' שפר

**תאריכי הישיבות :**

ב' באלול התשנ"ה (28.8.95)  
י"ב בחשון התשנ"ח (12.11.97)

**בשם המערער :**

עו"ד ניב זקלר ; עו"ד דורית גילת ;  
עו"ד דורין קליר

**בשם המשיבה :**

עו"ד אורי ינובסקי ; עו"ד שרית מולכו

## פסק-דין

### הנשיא א' ברק:

### העובדות

1. משחטת "עוף הנגב" שוכנת בסמוך לעיירה אופקים. המשחטה היא הנכס העיקרי של חברת "עוף הנגב" (מפעל למוצרי בשר, אגודה חקלאית שיתופית בע"מ). מצויות בה שלוש יחידות עיקריות: קו ייצור לפטמים (עופות); קו ייצור להודים ומכון פסדים (מתקן לטיהור ועיבוד פסולת המשחטה). החל משנת 1990 פעלה המשחטה תחת פיקוחו של כונס נכסים. בחודש אפריל 1994 נערך מכרז למכירת השליטה במשחטה. למכרז ניגשו ארבעה מציעים. כונסי הנכסים הביאו בפני בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, את ההצעות. לאחר דיון שנערך בעניין, נקבע כי המשיבה היא שהגישה את ההצעה הגבוהה ביותר, ולפיכך, כי היא הזוכה במכרז.

2. בעקבות זכייתה במכרז, הגישה המשיבה לממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: "הממונה") הודעת מיזוג, כאמור בסעיף 19 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 (להלן: "החוק"). במכתב לוואי שצרפה המשיבה להודעת המיזוג צויין, כי הודעת המיזוג מוגשת למען הזהירות בלבד, זאת לאור עמדת המשיבה, לפיה אין רכישת משחטת "עוף הנגב" מהווה מיזוג כמשמעו בחוק, ולפיכך לא נדרש כלל אישורו של הממונה לרכישה.

### החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים

3. בהחלטתו (מיום 6.7.94) קבע הממונה, כי המדובר במקרה דנן במיזוג חברות, מיזוג, המחייב אישור מקדמי של הממונה כאמור בחוק. לגוף העניין קבע הממונה כי הוא מתנגד למיזוג המוצע בין המשיבה לבין משחטת "עוף הנגב". לדעתו, המיזוג יפגע פגיעה משמעותית בתחרות החופשית בענף הרלבנטי. הממונה ציין, כי המשיבה הינה מן החברות הגדולות ביותר במשק הישראלי, המאגדת ומשווקת את מרבית התוצרת החקלאית בארץ. כן צויינה מעורבותה של המשיבה בבעלות ובשותפות במיזמים שונים העוסקים בייצור ושיווק בשר קפוא ובשר מעובד, לרבות שליטתה והחזקתה של המשיבה בחלק מן המשחטות האחרות הקיימות בענף. צויין, כי משחטת "עוף הנגב" הינה מן המשחטות התעשייתיות הגדולות בארץ, וכי לאור התחרות בענף והדרישות המחמירות מטעם גורמי איכות הסביבה, יגדל בעתיד חלקה היחסי של משחטה זו

בענף. על מנת לבחון את מידת הפגיעה בתחרות עקב המיזוג, בחן הממונה את מבנה השליטה בענף הרלבנטי לענייננו. בחינת מבנה השוק ו"שרשרת הייצור" בענף זה, לרבות שלבים שונים בו (רבייה, שיווק חומרי גלם למשחטות, שחיטה ושיווק התוצרת) הובילה את הממונה למסקנה, כי המשיבה הינה גורם דומיננטי במרבית שלבי הייצור. לפיכך המיזוג עם משחטת "עוף הנגב" יביא לפגיעה משמעותית בתחרות, בכל הענף, ולא רק בשלב השחיטה. הממונה קבע, כי המיזוג המוצע יגדיל את הריכוזיות בענף הרלבנטי באופן שיש שבו כדי להביא לפגיעה משמעותית בתחרות. בהחלטתו הדגיש הממונה את עוצמתה הכלכלית והמשקית של המשיבה, את חוסנה הכלכלי, את מערך השיווק וההפצה הרב שבידיה, ואת השתלטותה ההדרגתית על תחום הפטס וההודו. הממונה ציין בהחלטתו, כי בענף הנדון, קיימים כעת, ויתקיימו בעתיד ביתר שאת, "מחסומי כניסה", שימנעו כניסתם של מתחרים חדשים לענף הרלבנטי וגם מטעם זה, אין לאשר את המיזוג המוצע. כך הדבר בייחוד לאור מעורבותה של המשיבה בכל שלבי הייצור והשיווק בענף הרלבנטי, דבר שיחייב כל מתחרה פוטנציאלי להיכנס לא רק לשלב השחיטה אלא גם לשלבים אחרים. שיקול נוסף בהחלטת הממונה היה מכון הפסדים המצוי במשחטה, והמהווה אחד משני מכונים יחידים בארץ לעניין זה. לדעת הממונה, רכישת מכון הפסדים על ידי המשיבה תביא לפגיעה משמעותית בתחרות. הטעם לכך הוא בהכרח בהיזקקות למכון פסדים בכל משחטה תעשייתית קיימת או כזו שתפתח בעתיד. מטעמים אלה, התנגד הממונה לאישור המיזוג האמור.

4. בין לבין קבע בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, כי על המשיבה להשיג אישור מטעם גופי הפיקוח על ההגבלים העסקיים, שאם לא כן, תתבטל זכייתה של המשיבה במכרז.

#### **החלטת בית הדין להגבלים עסקיים**

5. על החלטתו של הממונה הגישה המשיבה ערר לבית הדין להגבלים עסקיים (סעיף 22(א) לחוק). בהחלטתו (מיום 27.2.95), קיבל בית הדין את הערר ברובו. בית הדין חזר וקבע, כי העיסקה דן הינה מיזוג כמשמעו בחוק. בית הדין הדגיש, כי שיקול דעתו של הממונה בבואו לסרב לאשר מיזוג צריך שיונחה על יסוד קיומו של חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות בענף. גם אם מתקיימת פגיעה כאמור, הוסיף בית הדין, עדיין אין חובה על הממונה לפסול את המיזוג, שכן שומה עליו לאזן בין פגיעה משמעותית זו בתחרות לבין אינטרסים אחרים, כגון התועלת שבגידול היעילות הכלכלית או כוח התחרות של החברה לאחר המיזוג. לדעת בית הדין, ההגנה על התחרות הינה אינטרס חיוני וחשוב, אך לא אינטרס בלעדי. אשר להגדרת הענף הרלבנטי, אימץ בית הדין

את מסקנתו של הממונה (כפי שראה אותה), לפיה הענף הינו ענף ההודו והפטם בכללותו, ללא חלוקה לתתי ענפים (ענף מצונן, קפוא וחם). בכך דחה בית הדין את עמדת המשיבה, לפיה הענף הרלבנטי לבדיקת הריכוזיות (והפגיעה הנטענת בתחרות) הוא ענף השחיטה, להבדיל משאר שלבי הייצור (הרבייה, שיווק חומרי הגלם והשיווק). לפיכך קבע בית הדין, כי ההשפעה על התחרות עקב המיזוג, מן הדין שתיבחן לא רק בשלב השחיטה, אלא בכל שלבי הייצור המובילים לשיווק לצרכן הסופי. בבחינה זו התחשב בית הדין בעובדה, כי בשל עוצמתה הכלכלית ומעורבותה הרבה של המשיבה בכל שרשרת הייצור והשיווק בענף הפטם וההודו עוד טרם המיזוג, יתכן ולא יהא ברכישת "ענף הנגב" משום השפעה משמעותית על התחרות. נקודת המוצא היא, כך נקבע, כי התחרות בענפים אלה מוגבלת ממילא ורכישת "ענף הנגב" לא תשנה באופן משמעותי מצב זה. בית הדין בחן את היקף הייצור הממשי והפוטנציאלי בענף הרלבנטי הוא ענף הפטם וההודו (הקפוא, המצונן והחם). כן בחן את חלקה היחסי של כל משחטה בשלבי הייצור והשיווק. על יסוד נתונים אלה נבחנה הריכוזיות הקיימת בענף הרלבנטי טרם המיזוג ולאחריו. ניתוח זה הוביל את בית הדין למסקנה, כי הגם שהמיזוג המוצע יפגע בתחרות, פגיעה זו אינה משמעותית. כך קבע בית הדין בייחוד לאור השקפתו, לפיה אין לאמץ בארץ את מדדי הריכוזיות שנקבעו בארצות הברית ובמשקים גדולים אחרים, אלא מדדים "מקילים" יותר, המביאים לידי ביטוי את היתרון הכלכלי הגלום במיזוג (ההתייעלות), לאור גודלו הקטן (יחסית) של המשק הישראלי. בית הדין הוסיף, כי אין הוא מוצא כי קיימים בענף הרלבנטי "מחסומי כניסה" גבוהים, מחסומים, שיסכלו בעתיד כניסה של מתחרים פוטנציאליים לענף. בית הדין לא ראה במעורבותה של המשיבה במספר שלבים בשרשרת הייצור בענף הרלבנטי, משום מכשול לכניסתם של מתחרים לענף הרלבנטי. לפיכך קבע בית הדין, כי אין במיזוג המוצע משום פגיעה משמעותית בתחרות. בית הדין הוסיף וקבע בהחלטתו, כי דווקא בעניין מכון הפסדים, המצוי אף הוא בגידרה של משחטת "ענף הנגב" והמיזוג האמור, יש קושי. קושי זה נובע, אליבא דבית הדין, מן העובדה כי בארץ ישנם רק שני מכוני פסדים, וכי המכון האחר (מלבד זה של "ענף הנגב") מצוי ממילא בשליטתה של המשיבה. עקב חיוניותו של מכון הפסדים בשרשרת הייצור, והמניעה להפעיל משחטה ללא מכון פסדים, התנה בית הדין את אישור המיזוג בקביעת הוראות על ידי הממונה, לעניין דרכי הפעלתו של מכון הפסדים שבמשחטת "ענף הנגב" על ידי המשיבה.

#### **הערעור שבפנינו**

6. על החלטתו זו של בית הדין, הוגש ערעור לבית משפט זה. טענותיו של המערער (הממונה) הן ארבע: ראשית, כי עיקר הנטל להוכיח היעדר פגיעה בתחרות רבץ על כתפיה של המשיבה. זאת, בשל חזקת התקינות המינהלית של הממונה, נסיונו ומומחיותו המקצועית, וכן בשל נגישותה של המשיבה למידע עיסקי פנימי שלה. לפיכך טוען הממונה, כי שגה בית הדין משקבע כי נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות בהליך ערר בעניין מיזוג חברות, מוטלים על הממונה. לחלופין נטען, כי גם אם הנטל הוא על הממונה, הוא עמד בו; שנית, כי בית הדין לא תיחס נכונה את תכליתו של החוק וגדרי שיקול הדעת של הממונה, בבואו לאשר או לסרב למיזוג. אליבא דממונה, בית הדין לא נתן משקל ראוי לאינטרס הציבורי בדבר ההגנה על התחרות החופשית, ובה בעת העניק משקל יתר לשיקולים ואינטרסים אחרים, שאינם עולים בקנה אחד עם תכלית זו. כן הדגיש הממונה, כי לא הוכח קשר הכרחי בין מיזוג לבין הגברת היעילות הכלכלית, ולפיכך שגה בית הדין באשרו את המיזוג על בסיס יעילותו הלכאורית של המיזוג, תוך אי מתן משקל מספיק לפגיעה המשמעותית בתחרות, הטמונה במיזוג זה. כך הדבר בייחוד שעה שלא הוכח, אליבא דממונה, כי אכן המיזוג האמור יגביר את היעילות. שלישית, הממונה טען כי שגה בית הדין שעה שקבע כי שליטה הקיימת בענף מסויים, עוד טרם המיזוג, שוללת למעשה את מניעת חיזוקו של השולט בענף על ידי אי אישור מיזוגו עם חלק אחר בענף. לבסוף, שגה בית הדין משקבע כי המיזוג האמור לא יפגע בתחרות. אליבא דממונה, בחינת הענף הרלבנטי לאור מדדים שונים מובילה למסקנה, כי המיזוג האמור יגדיל את הריכוזיות בענף, יחזק את כוחה של המשיבה בו עד מאוד ויפגע בתחרות החופשית ובציבור הצרכנים. הממונה מדגיש, כי בית הדין שגה הן בתיחומו וזיהויו של הענף הרלבנטי, הן בבחינת נתחי השוק של המשיבה והן בבחינת ריכוזיות הענף טרם המיזוג ולאחריו. מכאן, ששגה בית הדין במסקנתו לגבי תוצאות המיזוג. כך הדבר בייחוד לאור כוחה הכלכלי ועוצמתה הפיננסית של המשיבה טרם המיזוג ולאחריו. אליבא דממונה, המיזוג המוצע הינו חלק מ"השתלטות זוחלת" של המשיבה על הענף הרלבנטי, ואישורו של המיזוג יציב "מחסומי כניסה" גבוהים יתר על המידה בפני מתחרים פוטנציאליים.

#### **טענות המשיבה**

7. המשיבה דוחה את טענותיו של הממונה תוך שהיא תומכת יתדותיה בפסק דינו של בית הדין. היא טוענת, ראשית, כי למרות שערעור הממונה לובש איצטלה של שאלות משפטיות תיאורטיות נכבדות, הרי שבלב העניין אין בערעור זה אלא השגה על ממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי בית הדין, ועיקרם מידת הפגיעה בתחרות. לפיכך, אין להתערב בממצאים אלה ויש

להשאיר את החלטת בית הדין על כנה. שנית, כי חוק ההגבלים העסקיים והתכלית המונחת ביסודו, אינם מוגבלים אך לבחינת קיומה של תחרות חופשית וההגנה עליה, כטענת הממונה, אלא לאיזון בין הפגיעה האפשרית בתחרות לבין אינטרסים אחרים, שלעתים מבוכרים הם על פני התחרות החופשית. שלישית, כי התכלית שצריך הממונה לראות לנגד עיניו בבואו לדון באישור מיזוג, צריך שתהא מניעת פגיעה משמעותית בתחרות הקיימת בענף רלבנטי כתוצאה ממיזוג, כאשר פגיעה זו אינה מתאינת או נדחית מפני יתרונותיו של המיזוג המוצע. לפיכך אין מקום לגישה המוצעת על ידי המערער, לפיה תכליתו של החוק - כמו גם של פעולת הממונה - היא רק למנוע יצירתו של כוח שוק כשלעצמו או חיזוקו של כוח שוק קיים. אליבא דמשיבה, מיזוג הוא תופעה חיובית בהיותו מגביר יעילות ולכן הנחת היסוד צריכה להיות כי יש לאשר מיזוגים, תוך מתן משקל ראוי לזכויות היסוד - כחופש העיסוק, חופש ההתקשרות וזכות הקניין - של הגופים המתמזגים. מכאן גם, כי הנטל בהליכי אישור המיזוג רובץ על כתפיו של הממונה ולא כתפיה של המשיבה. המשיבה מדגישה כי טענותיו של המערער - כמו גם המדדים הכלכליים העומדים ביסוד עמדתו - נסמכים על המשפט האמריקאי והאירופאי, שעה שתנאי השוק והמשק בארץ אינם זהים או דומים לתנאים מחוץ לישראל, ולפיכך הסטנדרטים והמדדים שיש לאמץ במשק הישראלי שונים המה. רביעית, כי המיזוג האמור לא יביא לפגיעה משמעותית בתחרות, ולכן יש לאשרו, ומכל מקום, התועלת שבמיזוג מאינת כל פגיעה אפשרית בתחרות במקרה דנן. חמישית, טוענת המשיבה, כי גדרי שיקול הדעת והביקורת השיפוטית של בית הדין ביושבו בערר על החלטת הממונה הם רחבים, ובדין התערב בית הדין בממצאים העובדתיים ובתשתית שקבע הממונה במקרה דנן. לבסוף, משיגה המשיבה כנגד הממצאים העובדתיים המונחים, כביכול, ביסוד טענותיו של הממונה בערעור, ובייחוד לעניין הגדרת הענף, כמו גם כוחה ושליטתה הלכאוריים של המשיבה בשוק ובענף הרלבנטי. אליבא דמשיבה, הממצאים שקבע בית הדין - כמו גם המבחנים שאימץ לצורך קביעת נתונים אלה - נכונים הם, ואין להתערב בהם.

#### טענות מקדמיות

8. נפתח בשתי טענות סף של המשיבה, ובטענת סף אחת של המערער. המשיבה טענה ראשית, כי כלל אין למערער (הוא הממונה) מעמד בדין וזכות ערעור על החלטתו של בית הדין, ביושבו כערכאת ערר על החלטתו של הממונה עצמו. לדעת המשיבה הממונה אינו יכול להיחשב כ"בעל דין הרואה עצמו נפגע" (כדרישת סעיף 39 לחוק). זאת ועוד: הממונה - בהינתן זכותו לערער - לא הצביע על כל פגיעה, שיש בה להקנות לו זכות ערעור במקרה דנן. שנית, כי כלל לא מדובר

במיזוג ולפיכך מלכתחילה לא היה כל מקום להתנגדות הממונה לרכישת "עוף הנגב" על ידי המשיבה ולערעור שבפנינו. הממונה, מאידך, טען מקדמית, כי בית הדין חרג מסמכותו שעה שהתערב בהחלטתו לגופה תוך החלפת שיקול דעתו בשיקול הדעת של הממונה. נדון בטענות אלה כסידרן.

### זכות הערעור של הממונה

9. סעיף 39 לחוק קובע:

"בעל דין, הרואה עצמו נפגע מהחלטת בית הדין... רשאי לערער [...] בפני בית המשפט העליון".

לדעתי, הממונה הוא "בעל דין הרואה עצמו נפגע" מהחלטת בית הדין, ועל כן נתונה לו זכות הערעור. הטעם לגישתי זו הוא כפול: ראשית, הממונה הינו "בעל דין" כמשמעו בסעיף 39 לחוק, שכן הוא המשיב בערר לפי סעיף 22(א) לחוק (ערר על התנגדות הממונה למיזוג) (ראה תקנה 9 לתקנות ההגבלים העסקיים (סדרי דין בבית הדין ובערעור), התשמ"ט 1988). לפיכך נחשב הממונה כ"בעל דין" לצורך סעיף 39 לחוק. אך במבחן דיוני בלבד לא סגי. יש לבחון, שנית, אם בפן המהותי יש מקום למעמד של הממונה כמערער על החלטת בית הדין (ראה: ע"א 173/84 יהושוע בן ציון נ' אוריאל גורני, פ"ד לט(3) 757, 762-763). בחינה כאמור תיעשה על יסוד לשון החוק ותכליתו (ראה: ע"א 77/88 צימרמן נ' שרת הבריאות, פ"ד מג(4) 63, 72, והשווה: ע"א 4843/91 אסם תעשיות מזון בע"מ נ' עלית תעשיות מזון ישראליות בע"מ, פ"ד מו(1) 876). על פי החוק, הממונה הוא המופקד על אישור המיזוג או ההתנגדות לו (סעיף 21 לחוק). לו מוגשת הודעת המיזוג (סעיף 19 לחוק). על הממונה לבחון את השפעת המיזוג על התחרות בענף או על הפגיעה בציבור בתנאים האמורים בסעיף 21(א) לחוק. אכן, אף המשיבה אינה חולקת על תפקידו של הממונה בעניינים אלה ועל היות הממונה מייצג האינטרס הציבורי בדבר שמירה על התחרות החופשית בהליכים אלה. מטעם זה נראה, כי יש טעם והגיון במסקנה, כי מקום בו הממונה סבר, כי החלטת בית הדין פוגעת באותו אינטרס ציבורי עליו מופקד הממונה, יהא הוא בעל זכות ערעור בפני בית משפט זה. לעניין זה הכבירה המשיבה מילים על מעמדו של הממונה ביחס למעמדו של בית הדין, ובעיקר על אי התקינות בכך שחוליה אחת "בשרשרת המינהלית", משיגה על החוליה שמעליה. דומני, כי בכך נתפסה המשיבה לכלל טעות. אין לראות בבית הדין חוליה הזזה במהותה המוסדית למהות תפקידו ומעמדו של הממונה. עצם העובדה כי ניתן לערור על החלטת הממונה

בפני בית הדין אינה הופכת את בית הדין לחלק אינטגרלי של הרשות המינהלית. אין זהות פונקציונלית - כמו גם מוסדית - בין הממונה לבין בית הדין. מטעם זה, אין לקבל את טענת המשיבה לפיה הממונה מערער על החלטתו של אורגן בכיר ממנו באותה מערכת. הממונה, "כבעל דין", מערער על הפגיעה הלכאורית באינטרס הציבורי בדבר קידום ושמירה על התחרות, אינטרס עליו הוא מופקד. הערעור הינו בפני מוסד שהוא חיצוני ל"שרשרת המינהלית" (ראה חוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב 1992 - (סעיף 4(א) והתוספת לחוק בתי דין מינהליים). מטעמים אלה, דין טענה זו להידחות.

### **ההיה מיזוג?**

10. טענת המשיבה הינה כי ברכישת משחטת "עוף הנגב", לא היה משום מיזוג כמשמעו בחוק. מכיוון שכך, כל ההליך בדבר אישור המיזוג או ההתנגדות לו אינם מן העניין. עיינו בטענה זו של המשיבה. נחה דעתנו, כי הן מטעמים שבסדרי הדין, והן מטעמים שבמהות, דינה להידחות.

11. מן ההיבט הדיוני, יצוין, כי בית הדין קבע בהחלטתו, כי אכן המדובר במיזוג. המשיבה לא הגישה ערעור לבית משפט זה, ולא ערעור שכנגד, על קביעה זו. משכך הדבר, אין היא יכולה, לכאורה, לטעון במסגרת סיכומי התשובה שהגישה, כי אין המדובר במקרה דנן במיזוג. כך הדבר, בייחוד לאור משמעות קבלתה של טענה זו לעניין החלטת בית הדין בעניין מכון הפסדים. כאמור, החליט בית הדין כי אישור המיזוג יותנה במתן הוראות על ידי הממונה לעניין הפעלתו של מכון הפסדים במשחטת "עוף הנגב", על ידי המשיבה. אם אכן היתה מתקבלת טענת המשיבה, לפיה כלל אין מדובר במיזוג, היתה אף קביעה זו נהפכת. משכך הדבר, אין טענתה של המשיבה אך חיזוק לפסק דינו של בית הדין (השווה: י. זוסמן, סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, 1995), בעמ' 840), אלא טענה שמשמעותה שינוי בתוצאה האופרטיבית של החלטת בית הדין. די היה בטעם זה כדי לבסס את המסקנה בדבר דחיית טענת המשיבה לעניין זה.

12. טענתה של המשיבה במישור המהותי הינה, כי יש לפרש פעולת רכישה כ"מיזוג", רק מקום בו מועברים כל הנכסים וההתחייבויות מחברה מעבירה לחברה קולטת, כך שנוצר איחוד יציב בין גופים עסקיים אשר קודם איחודם פעלו כגופים נפרדים ועצמאיים. לטענת המשיבה, מיזוג מתקיים רק מקום בו תוצאת הרכישה היא האחדה של תהליכי קבלת ההחלטות בחברות, כאשר בעלי המניות בחברה המעבירה נעשים לבעלי מניות בחברה הקולטת. מטעם זה, ממשיכה



המשיבה, אין ברכישת משחטת "עוף הנגב" (שהיא אמנם נכס עיקרי אך לא כל החברה) משום מיזוג. לטענתה, הפירוש המוצע על ידי המערער, לפיו גם רכישת נכס עיקרי כאמור מהווה מיזוג, פוגעת באינטרס הציבורי, ביעילות הכלכלית וביציבות העסקית. כן טוענת המשיבה, כי משמעות מיוחדת יש בענייננו לעובדה, כי עוף הנגב מצויה בהליכי כינוס נכסים, ולפיכך אין ברכישתה אלא רכישת ציוד ולא רכישתו של עסק פעיל. רכישה כאמור, במצב של כינוס נכסים, אינה כלל בגדר "מיזוג". יתר על כן: אליבא דמשיבה, החלת דיני ההגבלים העסקיים על רכישת חברה בפיקוח כונס נכסים, תוביל לפגיעה בזכויות הנושים של החברה, זאת משעה שערך הרכישה של נכסיה יגלם בתוכו סיכון של ביטול העסקה על ידי הממונה. בכך תיגרם הכבדה על משק האשראי והשיעבודים. כן מדגישה המשיבה את הבעיה הטמונה בכך, שהרשות המינהלית (הממונה) תפסול החלטה של בית המשפט, המחליט על מכירת נכס במסגרת הליך של כינוס נכסים.

13. המונח "מיזוג" הוא בעל משמעויות שונות בהקשרים שונים. אין לו משמעות אחת ויחידה החלה בכל הנסיבות. מובנו נקבע על פי הסדרו החקיקתי; היקף פריסתו נקבע על פי הקשרו. כך, למשל, סעיף 234 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, מגדיר מיזוג כ"העברת המפעל, הנכסים או החיובים, כולם או מקצתם, של החברה המעבירה לחברה הנעברת". הגדרה זו שונה מזו המצויה בסעיף 103 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] לפיה מיזוג, הוא "העברת כל הנכסים וכל ההתחייבויות של חברה או מספר חברות... לחברה אחרת".

14. ההגדרה לקיומו של מיזוג לצורך חוק ההגבלים העסקיים מצויה בסעיף 1 לחוק, הקובע:

"מיזוג חברות" - 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 החברה; הרכישה יכול שתהא במישרין או בעקיפין או באמצעות זכויות המוקנות בחוזה".

על פי הגדרה זו, מתקיים מיזוג גם אם אין איחוד משפטי או העברת שליטה. די לעניין המיזוג כי החברה הרוכשת תרכוש את עיקרי נכסי החברה האחרת, בלא שהדבר יהיה כרוך ברכישת שליטה (בכוח הצבעה, זכות למנות דירקטורים או השתתפות ברווחים). על כן, משעה שרכישת משחטת "עוף הנגב" היוותה רכישת עיקר נכסי חברת "עוף הנגב", יש לראות בעסקת רכישה זו משום

מיזוג. לעניין זה, אין נפקא מינה אם החברה מצויה בהליכי פירוק או כינוס נכסים. מצב זה של החברה עשוי להשפיע על השיקולים אם המיזוג משפיע על התחרות. מצב זה אין בו כדי להשפיע על השאלה אם לפנינו "מיזוג" כמשמעות בחוק.

15. בגירסה הראשונה של החקיקה בתחום ההגבלים העסקיים בישראל (חוק ההגבלים העסקיים, התשי"ט 1959-), לא הופיעה כל הוראה שעניינה מיזוג חברות או פיקוח על פעולה מסוג זה על ידי הממונה. בחוק החדש, משנת 1988, הוכנס פרק העוסק במיזוגים. הבסיס להוספה זו נעוץ היה בהכרה בכך, שמיזוג יכול, בצד התועלת והיתרון בגודל הפירמה, להביא גם לפגיעה בתחרות ולכן מן הראוי לפקח אף על מיזוגים, במקביל לפיקוח על הסדרים כובלים ומונופולים (ראה: דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד 1983-, הצ"ח 1647 (תשמ"ד) בעמ' 39-40). המנגנון שנקבע בחוק לעניין זה הוא מנגנון של אישור מראש של מיזוגים על ידי הממונה. כך, חברות המבקשות להתמזג חייבות, אם הן ממלאות אחר תנאי הסף הקבועים בסעיף 17 לחוק, לקבל קודם המיזוג את אישורו של הממונה (סעיף 19 לחוק). סעיף 21 לחוק קובע באלו מקרים יתנגד הממונה למיזוג, שכן כתוצאה ממנו תיפגע באופן משמעותי התחרות או ייפגע אינטרס הציבור. מכאן, שעניין לנו במנגנון דו שלבי: ראשית יש לקבוע אם אכן מדובר במיזוג, ורק לאחר מכן, לבחון אם המיזוג האמור צריך שיאסר עקב התקיימות תנאיו של סעיף 21 לחוק. קביעת מנגנון דו-שלבי זה מצדיקה את המסקנה לפיה אין ליתן לדיבור "מיזוג" בחוק, פירוש מצמצם (ראה גם: ל.א. קסטנבאום, "פיקוח על מיזוגים - הלכה ומעשה" הפרקליט מ (תשנ"א) 395, 398). מתן פירוש מצמצם להגדרת "מיזוג", תסכל את מטרת החוק בכך שתמנע א-פריורית את סמכותו של הממונה לבדוק את מידת הפגיעה בתחרות כאמור בסעיף 21 לחוק (ראה: דו"ח הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים (1977), הפרקליט לב (תשל"ח) 559, עמ' 561-560). יצוין כי אף במשפט המשווה מצאנו, כי המגמה בדיני ההגבלים העסקיים היא להגדיר בצורה רחבה פעולות כ"מיזוג" (ראה בקנדה: Art. 91 (1986) Competition Act; בארה"ב: Areeda and C.A. Sullivan, Turner, Antitrust Law (Little Brown Co. (1980)) p. 900; H. Hovenkamp, Federal Handbook of the Law of Antitrust (1977), 577; Council Regulation EEC (1994) Antitrust Policy p. 442; בקהילה האירופאית: (No. 4064/89 on the control of concentrations between undertakings, Art. 3;

Fair Trading : באנגליה ; J. Cook, C. Kerse, EEC Merger Control (1991) 14-16  
 Act (1973), Art 64-65; R. Findow, N. Parr, U.K. Merger Control: Law and  
 : באוסטרליה ; R. Wish, Competition Law (3<sup>rd</sup> ed. 1993) 679. (Practice (1995) 5-6  
 S.G. Cornes, Competition Law and : Trade Practices Act, 1974, Art 50(1)  
 101-102 Policy in Australia (1990) ; בגרמניה : סעיף 23(2) לחוק להגנה מפני פגיעה  
 בתחרות (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) ; M. Heidenhain, H.  
 81-84 Schneider, German Antitrust Law (1991). העולה מן המקובץ הוא, כי בדין  
 קבעו הממונה ובית הדין כי המדובר במקרה דנן במיזוג כמשמעו בחוק.

### היקף הביקורת השיפוטית על ידי בית הדין

16. המערער טען, כטענה מקדמית, כי שגה בית הדין משהתערב בשיקול דעתו של המערער  
 במקרה דנן. אליבא דמערער, מוגבל ומצומצם היקף הביקורת השיפוטית של בית הדין על  
 החלטותיו של הממונה, כך שבית הדין יתערב רק מקום בו ייוכח בקיומה של טעות מהותית  
 בהחלטת הממונה. בית הדין, אליבא דמערער, לא יחליף באופן עקרוני את שיקול דעתו שלו  
 בשיקול הדעת של הממונה. במקרה דנן, הוסיף המערער, החליט למעשה בית הדין מחדש בתיק  
 כולו, תוך שינוי התשתית העובדתית והמשפטית. עיינו בטענה זו. נחה דעתנו, כי דינה להידחות.  
 אכן, בית הדין להגבלים עסקיים הוא בית דין מינהלי, כמשמעו בחוק בתי דין מינהליים,  
 התשנ"ב-1992. ככזה, נתונה לו, כאמור בסעיף 37 לחוק, סמכות רחבה, "לאשר את ההחלטה עליה  
 עוררים, לשנותה, לבטלה ולקבל החלטה אחרת במקומה או להחזיר את העניין עם הוראות  
 לרשות שהחליטה". אכן, היקף ההתערבות של בית דין מינהלי בהחלטה של הרשות המינהלית  
 אינו בהכרח זהה לגבי כל בתי הדין ואפילו לא לגבי בתי הדין, שחוק בתי דין מינהליים חל עליהם.  
 היקפה של ההתערבות יכול להיות תלוי במהות הנושא, בכשירות המיוחדת של הרשות המינהלית,  
 בהרכב בית הדין ובשיקולים עניינים נוספים. עם זאת, בהקשרו של חוק ההגבלים העסקיים,  
 מוסמך בית הדין "לאשר את החלטת הממונה, לבטלה או לשנותה" (סעיף 22(ג) לחוק). על כן  
 מוסמך היה בית הדין לבחון במקרה שבפנינו את החלטת הממונה מחדש (ראה : ל.א. קסטנבאום,  
 "פיקוח על מיזוגים - הלכה ומעשה", הפרקליט מ (התשנ"א) 395, 412, וכן : י" זמיר, השפיטה  
 בעניינים מינהליים (1987) עמ' 5-8).

### המסגרת הנורמטיבית

17. לב ליבו של ערעור זה היא החלטתו של הממונה, מכוח סעיף 21(א) לחוק, כי יש להתנגד למיזוג המוצע בין המשיבה לבין משחטת "עוף הנגב". סעיף 21(א) לחוק קובע:

"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 יפגע הציבור באחד מאלה:

(1) רמת המחירים של נכס או שירות.

(2) איכות נמוכה של נכס או שירות.

(3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות או סדירות ההספקה ותנאיה".

סמכות זו, כמו גם סמכויות אחרות הנתונות בידיו של הממונה, באה להגשים את התכלית המונחת ביסוד החוק. תכלית זו היא הבטחת פעילות כלכלית חופשית (השווה: בג"ץ 47/83 תור אוויר (ישראל) בע"מ נ' יושב-ראש המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד לט(1) 169, 178). מטרת החוק הינה ההגנה על הציבור הרחב מפני עיוותים כלכליים שמקורם בריכוזיות יתר בשוקים מסוימים. ביסוד החוק מונחת התחרות, אשר נועדה להבטיח הקצאה יעילה של משאבים והגברת היעילות (השווה: 12-16 (3<sup>rd</sup> ed. 1993) R. Wish, Competition Law וכן: 33 (4<sup>th</sup> Ed. 1993) Bellamy & Child, Common Market Law of Competition והשווה: ע"א 2768/90 פטרולגו חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 599, 603-604). יפים לעניין זה דבריו של השופט ד. לוי, בבג"ץ 588/84 ק.ש.ר. סחר אזבסט בע"מ נ' יושב ראש המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד מ(1) 29, 37-38:

"תחרות בריאה וחופשית בין יצרנים מבטיחה לצרכנים את המוצר בעל האיכות הטובה ביותר במחיר הסביר ביותר, המשקף בצורה המדויקת יותר את הביקוש שלו. כמו כן, תחרות מהווה תמריץ ליעול, לפיתוח ולחדשנות, דבר שיביא לירידה בהוצאות הייצור ולעליה באיכות המוצר".

אכן, חופש התחרות הוא אינטרס מובהק של הציבור (ראה: בג"ץ 344/89 ח.ס.ה. סחר בינלאומי בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פד מד(1) 456, 470). התחרות החופשית היא אבן יסוד בכל שיטת משטר דמוקרטי, בהיותה סממן בולט של חירות הפרט להגשמת האוטונומיה שלו. בהגשמת

התחרות החופשית ובשמירה עליה יש משום ביזור מוקדי ההכרעה החברתיים ומניעת ריכוז יתר של כוח בידי השלטון או גופים מונופוליים פרטיים. היו שראו בשמירה על התחרות החופשית, כמנגנון הכרעה דמוקרטי בקבלת החלטות חברתיות בתחום הכלכלי, כאשר שמירת כוחו של הצרכן להכריע בין אלטרנטיבות כלכליות מקנה לו, למעשה, כוח להשפיע ולהכריע גם בהכרעות כלכליות כלליות של החברה (ראה: K.J. Arrow, Social Choice and Individual Values 1-2 (1963)). ההגנה על התחרות החופשית עומדת גם ביסוד ההגנה על זכויות יסוד אחרות. כך, לדוגמא, אין לנתק בין חופש התחרות לבין חופש העיסוק (ראה: בג"ץ 3544/94 שחף נתיבי אוויר בע"מ נ' שר התחבורה (טרם פורסם)). קיומו של מונופולין או היעדר זכות שווה לעסוק, פוגעת בחופש העיסוק (ראה: מ. גולדברג "חופש העיסוק: מזכות יסוד לחוק יסוד", הפרקליט מא (תשנ"ד) 291, 304-5; בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 471). כך, מצב בו שוק מסוים נשלט על ידי יצרן בודד יכול למנוע לעתים את יכולתו של פרט אחר להיכנס בשעריו של העיסוק האמור. מטעם זה בחן בית משפט זה בקפדנות מיוחדת מצב בו הרשות העניקה זיכיון בלעדי - גם כאשר הענקה זו נומקה בקיום "טובת הציבור" (ראה: בג"ץ 125/57 אניות מיכל ומשא בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד יא 1490, 1499-1501). חופש התחרות ויתרונותיו אינם אך יתרונות של היצרנים המתחרים זה מול זה. תחרות חופשית וההגנה עליה באים גם להגן על הצרכן. דיני ההגבלים העסקיים, הם ה"מגנא כרטא" של זכויות הצרכן והתחרות החופשית (ראה: United States v. Topco Associates Inc., 405 U.S. 596, 610).

### תחרות, יעילות והיחס ביניהן

18. הכל מסכימים, איפוא, כי מניעת פגיעה בתחרות מונחת ביסוד החוק. גדר הספיקות הוא, אם מניעת הפגיעה בתחרות הוא השיקול היחיד אותו רשאי לשקול הממונה, או שמא הוא רשאי לשקול שיקולים אחרים, כגון הגברת היעילות הבאה בעקבות המיזוג. המשיבה, כמו גם בית הדין, היו בדעה, כי בהחלטה לעניין מיזוג אין די בבדיקת הפגיעה בתחרות החופשית, אלא יש לאזן פגיעה כאמור - במידה והיא מתקיימת - כנגד שיקולים ואינטרסים ציבוריים אחרים (כגון שיקולי יעילות), מפניהם ייסוג עקרון התחרות החופשית. אכן, שאלת היחס בדבר התחרות והיעילות כתכליות מתחרות - או משלימות - בדיני ההגבלים העסקיים הקשורים במיזוג, הינה שאלה מהותית ורחבה. התלבטו בה בעבר, הן בארץ (ראה: דו"ח הועדה למיזוגים וקונגלומרטים (1977), הפרקליט לב (התשל"ח) 559, 562-563) והן מעבר לים (ראה למשל: T.E. Kauper,

"The 1982 Horizontal Merger Guidelines: of Collusion, Efficiency and Failure", 71 California L.R. (1983) 497; E. M. Fox, L. A. Sullivan, "Antitrust-Retrospective and Prospective: Where are we coming from? Where Are We going?", 62 N.Y.U.L.R. (1987) 936; H. First, "Structural Antitrust Rules and International Competition: The Case of Distressed Industries", 62 N.Y.U.L.R. (1987) 1055; W. F. Baxter, "Responding to the Draft man's View", 71 California L.R. (1983) 618; A. A. Fisher, R. H. Lande, "Efficiency Consideration in Merger Enforcment", 71 California L.R. (1983) 497. בחלק מן המדינות שמעבר לים נקבע, כי שיקול היעילות כלול במסגרת החלטה על אישור מיזוג והפגיעה בתחרות (ראה, למשל, בארה"ב: Department of Justice and Federal Trade E. T. Sullivan, J. Comission Horizontal Merger Guidelines (1992), Sec. 4 L. Harrison, Understanding Antitrust and Its Economic Implications (2<sup>nd</sup>. Ed. 1994) 295-296; S. Stockum, "The Efficiency Defense for Horizontal Merger: What is the Government's Standard?"; 61 Antitrust L.J. (1992-1993) 829 M. Heidenhaim, H. באנגליה - Fair Trading Act 1973, Art. 84 ; בגרמניה - (Schneider, German Antitrust Law (1991) 117, 125-126). אולם, נחה דעתי, כי אין אני נצרך להכריע בסוגיה זו במקרה דנן ועל כן משאיר אני את ההכרעה בה לעת מצוא. הסיבה לכך נעוצה בכך שלמרות שבית הדין אכן הזכיר את שיקול היעילות כשיקול רלבנטי לעניין המיזוג, ואף קבע, כי יש לאזן בין שיקול התחרות לשיקול היעילות, הרי שבסופו של דבר, נסמכה הכרעתו בנסיבות המקרה דנן לא על התועלת והיעילות שבמיזוג המוצע, אלא על קביעתו, כי אין במקרה דנן פגיעה משמעותית בתחרות החופשית. על כן נראה, כי בית הדין כלל לא איזן את הפגיעה בתחרות החופשית עם שיקולי יעילות הטמונים במיזוג עצמו, ולפיכך, לא מצאתי בסיס להתערבותנו והכרעתנו בשאלה הנכבדה שעורר בפנינו המערער. מטעם זה, משאיר אני סוגיה זו בצריך עיון, מבלי להביע בה כל עמדה לגופו של עניין. משכך קבענו, אין אנו נצרכים גם להכריע בטענת המערער ולפיה לא הוכח במקרה שבפנינו כי אכן המיזוג המוצע יגביר את היעילות. אכן, הכרעתו של בית הדין נסמכה על יסוד בחינת הריכוזיות בענף, מחסומי הכניסה טרם המיזוג ולאחריו, ועוצמתה הכלכלית של המשיבה. לבחינה זו נעבור עתה.

## נטל ההוכחה

19. טרם נבחן את עובדות המקרה לגופו, יש להתייחס לסוגיית נטל ההוכחה בהליך שבפנינו. הצדדים בערעור זה הכבירו טיעונים ואסמכתאות בשאלה, מיהו הנושא בנטלי הראיה והשכנוע, הן בהליך המתנהל בפני הממונה, והן בהליך הערר בפני בית הדין. עיינו בטענות אלה. נחה דעתנו, כי אין לנו צורך להכריע בהן בנסיבות המקרה דנן. כך הדבר, היות וגם אם נקבל את עמדת המערער, לפיה נטל ההוכחה והשכנוע מוטל כל כולו על כתפיה של המשיבה - ומבלי להכריע בעניין זה - הרי שבית הדין קבע, למעשה, כי המשיבה עמדה בנטל זה, שעה שהוכיחה כי המיזוג המוצע לא יפגע פגיעה משמעותית בתחרות. מטעם זה לא מצאנו צורך והכרח לקבוע מסמרות בסוגיה זו, שפנים בה לכאן ולכאן.

## הפגיעה בתחרות

20. התנאי העיקרי המאפשר לממונה להתנגד למיזוג, כאמור בסעיף 21(א) לחוק, הוא חשש סביר בדבר התקיימותה של פגיעה משמעותית בתחרות החופשית. אין המדובר בפגיעה בתחרות החופשית בכל ענפי המשק. סעיף 21(א) לחוק מצמצם את הבחינה לפגיעה משמעותית בתחרות בענף הרלבנטי. עיקרו של תיחום הענף הרלבנטי, והרציונל שמאחוריו, הם זיהוי אותם מוצרים תחליפיים, שהגם ששוניים הם מן המוצר הנבחן במסגרת המיזוג, ניתן לראות - וצריך לראות - את הריכוזיות והשליטה בהם, כחלק מן הריכוזיות והשליטה במוצר הנדון. על כן, מוצר חליפי הוא, למעשה, מוצר מתחרה. לפיכך, הגדרתו של ענף היא בתיחומה של קבוצת העוסקים המתחרים ביניהם. בדיקה זו נדרשת משעה שהפגיעה בתחרות נבחנת בגידול בכוחו של מתחרה אחד (או יותר) על חשבון מתחרים אחרים. עיקרון התחליפיות מבטא את הרעיון, על פיו פירמה צוברת כוח עוצמה ושליטה בשוק מסויים, מקום בו יכולה היא להעלות את המחיר או להקטין את היצע המוצר מבלי שהביקוש למוצר ירד. מצב כזה יתכן, לרוב, כל עוד העלאת המחיר או הקטנת ההיצע אינם גוררים מתחרים פוטנציאליים להיכנס לענף הרלבנטי, או אינם מביאים למעבר הצרכנים למוצר תחלופי, תוך הורדת הביקוש למוצר המסויים בו הועלה המחיר, או הוקטן ההיצע, והחזרת מחירו של המוצר לשיווי משקל תחרותי. עמד על כך Sullivan בספרו, בצינו :

"To define a market... is to say that if prices were appreciably raised or volume appreciably curtailed for the product within a given area, while demand

held constant, supply from other sources could not be expected to enter promptly enough and in large enough amounts to restore the old price or volume".

ראה: L.A. Sullivan, Handbook of the Law of (Antitrust, (1977) 41.

למעשה, השוק הרלבנטי הינו אותו השוק, בו שליטתה של פירמה יכולה לאפשר לה להקטין תפוקה ולהעלות מחיר מעבר לעלות השולית, תוך גריפת רווח (ראה: H. Hovenkamp, 83 (1994) Federal Antitrust Policy). אכן, תיחומו של הענף הרלבנטי אינו תמיד משימה פשוטה (ראה: Sullivan הנ"ל, מעמ' 41 ואילך; וכן: א. צדקה, א. רזין, י. שיינין, מ. פרלמן, "מונופולים ומיזוגים בתנאי חשיפה", הרבעון לכלכלה (חוברת 152 - 1992, 53, 60-62). בה בעת, תיחום הענף הרלבנטי הינו צעד הכרחי לשם קביעת הפגיעה בתחרות עקב המיזוג (ראה: R. Pitofsky, "New Definitions of Relevant Market and The Assault on Antitrust", 1805, 1806-1807 (1990) Col. L.R. 90). בענייננו, הגדיר בית הדין את הענף הרלבנטי כענף הפטס וההודו. בית הדין ציין (בעמ' 20 לפסק הדין), כי לא הובאו בפניו נתונים אימפיריים בדבר מידת התחליפיות ומעבר הצרכנים (הגמישות הצולבת) בין סוגי העופות השונים, לבין עצמם, וביניהם לבין מיני בשר אחר. בית הדין הוסיף, כי החלטת הממונה מתייחסת להגדרת שני שווקים רלבנטיים ראשיים - שוק הפטס ושוק ההודו - ואינה תוחמת שווקי משנה המבדילים בין עוף קפוא ועוף טרי (מצונן וחם). לשון אחר: בבדיקת שליטתה ועוצמתה של המשיבה, תבחן זו בשוק הכולל בתוכו פטס עוף והודו, בין קפוא, בין מצונן ובין חם, שכן כל קטיגוריות משנה אלה מהוות יחד ענף רלבנטי אחד לענייננו. לא מצאנו עילה להפריד בשלב זה של הדיון בין שוק הפטס הקפוא, לבין העוף החם והמצונן, תוך שינוי הגדרתו של הענף הרלבנטי, כפי שמבקש המערער בטיעונו לעשות (השווה: 325 (1984) Federal Antitrust Law (E. W. Kinter). הדין עם המשיבה בטענתה, כי בהחלטתו של הממונה לעניין המיזוג נטענה ההבחנה האמורה בין תתי הענפים בשפה רפה, וללא בסיס מספיק. מטעם זה, יש לראות במקרה דנן את תיחומו של הענף הרלבנטי - כפי שקבע בית הדין - כענף הפטס וההודו, ללא חלוקה לעוף קפוא, מצונן וחם.



21. משעמדנו על זיהוי וגדריו של הענף הרלבנטי, יש לבחון האם המיזוג המוצע יביא לפגיעה משמעותית בתחרות בענף זה. בהחלטתו בעניין זה, התבסס בית הדין על מספר מבחנים: המבחן הראשון הוא מבחן הריכוזיות. מבחן זה בודק עד כמה מרוכזת השליטה בענף הרלבנטי בידי יצרן אחד או יצרנים בודדים, לעומת פיזור מוקדי השליטה בין מספר גדול יחסית של מתחרים, כך שלא ניתן לראות גורם דומיננטי, שיש בכוחו לפעול באופן מונופוליסטי. קיימים מספר מדדים לבחינת הריכוזיות. בית הדין בחר, בעקבות הממונה (המערער) במדד HHI (הירפנדראל - הירשמך), המבטא סיכום מספרי של ריבועי אחוזי השליטה של הפירמות המתחרות בענף (על המדד עצמו, ראה: H. Hovenkamp, Federal Antitrust Policy (1994) 457-463). חשיבותו היחסית של מבחן זה היא בכך שהוא מאפשר להבחין, לדוגמא, בין מצב בו קיימות בשוק ארבע פירמות, שכל אחת מהן שולטת ב-25% מן השוק, לבין מצב בו קיימות שתי פירמות, שכל אחת מהן שולטת ב-50% מן השוק. במקרה הראשון, יורה מדד ה-HHI על ריכוזיות של 2,500, ובמקרה השני, 5,000. במובן זה, ככל שתוצאת מדד ה-HHI גבוהה יותר, כך בפנינו שוק ריכוזי יותר. בית הדין קבע, לאחר שבחן את חלקה היחסי של המשיבה בענף הרלבנטי, ואת חלקה היחסי של עוף הנגב כאמור, כי עקב המיזוג המוצע תשתנה הריכוזיות הממוצעת בענפי הפטם וההודו, מרמה של 1,700 נקודות, טרם המיזוג, לרמה של 2,010 נקודות לאחר המיזוג, קרי, תוספת של 310 נקודות עקב המיזוג עצמו. מסקנת בית הדין היתה, לאור חישוב זה, כי המיזוג המוצע לא יפגע בתחרות באופן משמעותי. כך, בייחוד לאור הנחת היסוד, לפיה אין לאמץ בארץ את אותם המדדים לקביעת ריכוזיות "אסורה", הנוהגים במדינות גדולות, כמו ארצות-הברית (בה נוהג, לדוגמא, מדד HHI האוסר ריכוזיות שמעל 1,800 נקודות - ראה בהרחבה צדקה, רזין, שיינין ופלמן הנ"ל). בית הדין ציין, כי שומה על הרשויות המפקחות על נושא ההגבלים העסקיים לנהוג בגמישות יחסית באשר לקביעת אותה ריכוזיות, שתהא "אסורה" ותביא לפסילתם של מיזוגים מוצעים. כך הדבר, בשל היתרון הכרוך בגודל הפירמה (לאחר המיזוג) ובעובדה, שקוטנו היחסי של המשק הישראלי מצדיק - ומאפשר, ריכוזיות גבוהה יחסית למדינות אחרות, בין היתר, על מנת להגביר את יכולתו וסיכוייו של המשק הישראלי ופירמות הפועלות בו, להתחרות בשווקים בינלאומיים.

22. בערעור בפנינו שטח המערער בהרחבה טיעון, שעיקרו טעות בחישוב הריכוזיות על ידי בית הדין. אליבא דמערער, הריכוזיות הממוצעת בענף הרלבנטי טרם המיזוג המוצע, עומדת על

5,640 נקודות, ותוספת הריכוזיות הממוצעת לאחר המיזוג, תהא בשיעור של 723 נקודות. לא מצאנו עילה להתערבותנו בממצאים עובדתיים אלה של בית הדין. חישוב זה של המערער מבוסס בעיקרו על שינויה של הגדרת הענף הרלבנטי, וצמצומו של הענף לשוק הפטס וההודו הקפוא והמצונן בלבד, ללא העוף החם. שינוי זה גרר אחריו, אליבא דממונה, גם שינוי במידת השליטה של המשיבה בכל אחד מן השווקים. משקבענו כי אין לשנות את תיחומו של הענף הרלבנטי, הרי שממילא אין בידינו לקבל את השגותיו של המערער לעניין חישוביו של בית הדין והשינוי בריכוזיות במקרה דנן. אכן, קביעת הריכוזיות היא שאלה מעורבת של דין ועובדה. השגותיו של המערער יורדות לשורש הנתונים העובדתיים שעמדו בפני בית הדין ובפני המערער בהחלטתו. לא מצאנו עילה להתערבותנו בנתונים אלה בערעור שבפנינו. כך הדבר, משעה שעיקר השגותיו של המערער אינם על עצם השימוש במבחן ה-HHI אלא לעניין התוצאות שנתקבלו מן השימוש בו. גם בערכאה זו, כמו גם בפני בית הדין, לא הובאו נתונים שיש בהם כדי לבסס ולעגן החלטה עקרונית בדבר סף הריכוזיות הרצוי לאימוץ בארץ, כמבחין בין מיזוג "אסור" למיזוג "מותר". מטעם זה, דין טענתו זו של המערער להידחות. יודגש, כי אין בהכרעתנו זו כדי להביע עמדה, בשאלת אימוצו של מדד ה-HHI כמדד בלעדי לשם בדיקת הריכוזיות והפגיעה בתחרות. הכרעה מעין זו אינה נצרכת במקרה דנן לאור יריעת המחלוקת שבין הצדדים ועל כן ניתן להשאירה בצריך עיון.

### מחסומי הכניסה

23. המבחן השני לבחינת הפגיעה בתחרות, אותו בחן בית הדין, הוא מבחן "מחסומי הכניסה". על פי מבחן זה יש לבחון את השפעותיו בכוח של המיזוג על הפגיעה בתחרות, על דרך של מניעה או הערמת קשיים על מתחרים פוטנציאליים, להיכנס לפעילות בענף הרלבנטי, תוך איזון או מיתון התנהגות מונופוליסטית של פירמות הקיימות בשוק והחזרת מחיר המוצר לשיווי משקל תחרותי (ראה למשל: Hovenkamp ה"ל, בעמ' 466). מחסומי כניסה אלו יכול שינבעו מקשיים "אובייקטיביים" בכניסה לענף הרלבנטי, קשיים, שגם הפירמות הקיימות כבר בענף נאלצות להתמודד עימם, כגון דרישות רישוי וטכנולוגיה. יכולים הם גם לנבוע מקשיים שאינם "אובייקטיביים", אלא מקשיים שמקורם דווקא בהתנהגות מונופוליסטית של הפירמות הקיימות בשוק, כגון טכנולוגיה בלעדית או זיכיון ממשלתי. או אז, יהא הקושי קיים רק לגבי הפירמה המבקשת להיכנס לענף הרלבנטי, שעה שפירמות קיימות בשוק לא יאלצו להתמודד עימו ויהנו מיתרון מיקדמי על פני כל מתחרה. ואכן, בספרות המשווה מצאנו מחלוקת בשאלה אם גם קשיים שאינם נובעים מהתנהגות מונופוליסטית של הפירמות הקיימות בשוק טרם כניסת המתחרים,

ראוי שיחשבו - לאור תכליתם של דיני ההגבלים העסקיים - כמחסומי כניסה רלבנטיים לצורך ההחלטה אם לאשר מיזוג אם לאו (ראה: Hovenkamp הנ"ל, בעמ' 468-470; Wish הנ"ל, בעמ' 263-264; Finbow הנ"ל, בעמ' 217). לא זו אף זו: אין קיימת אחידות דעים בשאלה באיזה שלב נבחנים מחסומי הכניסה - ועל מי נטל הראיה להוכיח קיומם - האם כחלק מהוכחת הריכוזיות והדומיננטיות של הגוף המתמזג (כפי המצב בקהילה האירופאית - ראה: Wish הנ"ל, בעמ' 263), או כטענת הגנה שעניינה קיומם של מחסומי כניסה נמוכים הממתנים את הפגיעה בתחרות והריכוזיות (כפי המצב בארצות-הברית - ראה: Hovenkamp הנ"ל, בעמ' 474 ואילך).

24. המערער טען, הן בפני בית הדין והן בפנינו, כי קיימים במקרה שבפנינו שורה של מחסומי כניסה, שיש בהם כדי להביא לפסילת המיזוג. כך נטען, ראשית, כי קיים בענף הרלבנטי עודף כושר ייצור. מטעם זה, יתקל מתחרה פוטנציאלי שירצה להיכנס לענף, להתמודד עם יכולתן של הפירמות הקיימות להגדיל את הייצור בזמן קצר ובעלות נמוכה יחסית וכן להתמודד עם ביקוש נמוך ביחס לכושר הייצור. שנית, כי צפויה בעתיד החמרה בתקנות איכות הסביבה הנוגעות לענף הרלבנטי ובעיקר לשחיטה ותוצריה. החמרה כאמור, תקשה על כניסתו של מתחרה פוטנציאלי לענף. שלישית, כי בענף הרלבנטי נדרשת עתירות הון גבוהה במיוחד לשם כניסה לענף. כך, הן לעניין הקמתה של משחטה חדשה והן לעניין רכישתה של משחטה קיימת. רביעית, כי בשל שילובה האנכי של המשיבה, קרי, מעורבותה בכל שרשרת הייצור של העוף והפסם (רביה, שיווק למשחטות, שחיטה ושיווק לסיטונאים), יהא על מתחרה פוטנציאלי להיכנס לא רק לשלב השחיטה אלא גם לשלבים האחרים או למצער, להתחרות עם כוחה של המשיבה בשלבים אחרים אלה. חמישית, כי למשיבה נתונה עוצמה פיננסית רבה וכוח קונגלומרטי גדול - הנתון לה בשל פעולתה וחוסנה בשווקים אחרים שאינם דווקא הענף הרלבנטי - ועל כן תוכל המשיבה להכניע כל מתחרה פוטנציאלי ב"תחרות דורסנית". ששית, כי בשל כוחה של המשיבה כלפי מגדלי העוף וההודו (הכוח המונופסוני) תוכל המשיבה להשיג מהם מחירים בלעדיים ורווחיים ביותר, דבר שלא יתאפשר למתחרה חדש שייכנס לשוק.

25. בית הדין קבע, כי מחסומי הכניסה בענף לאחר המיזוג אינם גבוהים במידה המצריכה לפסול את המיזוג. כך, משעה שקיומו של עודף כושר ייצור בענף יכול להיות מנוטרל על ידי מתחרה פוטנציאלי שירכוש משחטה פעילה (להבדיל מכניסה לענף על דרך של הקמת משחטה

חדשה). על כן, אין בעודף כושר הייצור כיום בענף הרלבנטי משום מחסום כניסה אפקטיבי; כך, בשל החמרה עתידית של תקנות בנושא איכות הסביבה - החמרה, שבמידה ותצא לפועל, תקטין את עודף הייצור בענף עקב הפלטות של משחטות עירוניות ומפעלי פירוק (להבדיל ממשחטות תעשייתיות כדוגמת "עוף הנגב") - שלא יעמדו בתקנים מחמירים אלה - מן הענף, ותקל על הכניסה של מתחרים פוטנציאליים לענף; כך, בשל קביעת בית הדין כי עלותה של משחטה קיימת או הקמת משחטה חדשה אינה דורשת עתירות הון גבוהה יתר על המידה; כך, בשל היעדרם של מכשולים ומחסומים הנובעים משילובה האנכי של המשיבה, כלומר ממעורבותה בחוליות נוספות בשלבי הייצור והשיווק בענף הרלבנטי. לעניין זה ציין בית הדין, כי פועלים כיום משווקים רבים של העופות למשחטות ועל כן לא תהיה מניעה להשתלב גם בשלב זה. הוא הדין לעניין השלב שעניינו שיווק תוצרת המשחטה. בית הדין מצא, כי גורם חדש שיפעל בענף הרלבנטי, לא יתקשה למצוא גורם סיטוני המסוגל ליטול על עצמו את שיווק תוצרת המשחטה לקמעונאים. על כן, אליבא דבית הדין, לא היה בכל הקריטריונים הללו בכדי להביא ליצירתם של מחסומי כניסה, שימנעו בעתיד ממתחרים פוטנציאליים להיכנס לענף. בית הדין החליט לאשר את המיזוג גם על יסוד דחיית עמדת המערער, לפיה עוצמתה הפיננסית הרבה של המשיבה וכוחה הקונגלומרטי (הכוח הנתון למשיבה מעצם פעולתה וחוסנה הכלכלי בשווקים אחרים שאינם הענף הרלבנטי דווקא), יביאו בנסיבות המקרה לפגיעה משמעותית בתחרות. בית הדין דחה את הטענה לפיה בשל עוצמתה זו של המשיבה תוכל היא להכניע ב"תחרות דורסנית" את מתחריה בכל ענף בודד בו היא פועלת, על יסוד היעדר נתונים וראיות למגמת השתלטות של המשיבה על השוק תוך רצון לדחוק מתחרים אחרים מחוץ לשוק. כן נדחתה טענת המערער לעניין כוחה המונופסוני של המשיבה, כלומר, כוחה כלפי מגדלי העוף וההודו לעניין מחירי המוצר טרם שחיטתו.

26. לאחר שעיינו בחומר שבפנינו ובטענות הצדדים לעניין מחסומי הכניסה, נחה דעתנו, כי אין בסוגיה זו כשלעצמה בנסיבות המקרה שלפנינו, בכדי להביא לקבלת ערעורו של הממונה ולהחלטה על פסילת המיזוג. לא שוכנענו, כי בוססה במקרה דנן אותה התשתית הראייתית שיש בה כדי להביא לפסילת המיזוג המוצע בשל קיומם של מחסומי כניסה גבוהים לענף הרלבנטי. אכן, דיון בסוגיית מחסומי הכניסה מחייב קיומה של תשתית ראייתית מספקת, שיש בה כדי ללמד הן על המציאות בהווה והן לשמש יסוד למסקנות ותחזיות באשר לעתיד. נציין, כי תשתית מעין זו לא הובאה בפנינו. בבחינת מחסומי הכניסה הנטענים על יסוד התשתית שבפנינו, לא נמצא יסוד לפסילת המיזוג. אשר לעודף כושר הייצור, הרי שגם על המערער מקובל, כי זה צפוי

להצטמצם בעתיד עקב הפלטות משחטות שאינן עומדות בתקנות איכות הסביבה וכי כניסה לענף על דרך של רכישת משחטה קיימת תנטרל במידת מה מחסום זה. ואכן, למכרז למכירת עוף הגנג ניגש מציע נוסף (חברת "כור מזון") שהיה מעוניין בכניסה לענף על דרך של רכישת משחטה קיימת. אשר לעתירות ההון, הרי שבעצם הסכום הנדרש לכניסה לענף על דרך של רכישת משחטה קיימת או הקמת משחטה חדשה, אין משום מחסום כניסה כשלעצמו (ראה: Hovenkamp הנ"ל, בעמ' 470). יש לבחון את מידת הסיכון שבהשקעה מעין זו ויכולתו של המשקיע לעשות שימוש אלטרנטיבי בהשקעתו במקרה של כשלון בחדירה לענף הרלבנטי (Sunk Cost). הממונה לא התייחס לסוגיה זו בהחלטתו שלא לאשר המיזוג, כמו גם בטיעונים בפנינו ובהיעדר מידע לעניין זה, לא נוכל במסגרת הערעור הנדון לקבוע כי אכן יש בעלות זו משום מחסום כניסה אפקטיבי. אשר לשילובה האנכי של המשיבה (שאנינו שנוי במחלוקת לגופו), הרי שגם בו לא מצאנו במקרה שלפנינו מחסום כניסה שיש בו כדי להביא לפסילת המיזוג. אכן, מקובל לראות בשילוב אנכי ומערך הפצה מפותח מחסום כניסה רלבנטי (ראה: Wish הנ"ל, בעמ' 265-266). אולם לא מצאנו בנתונים שהובאו בפנינו יסוד לסטיה ממסקנתו של בית הדין ולפיה לא הוכח כי יש בשילוב אנכי זה כדי לפסול המיזוג. מקובל עלינו, כי יש בשילוב אנכי זה כדי להקשות על מתחרה פוטנציאלי מלהיכנס לענף הרלבנטי. יתכן שיהא בעובדה זו בכדי לייקר את עלות הכניסה לענף. בה בעת, לא שוכנענו כי קושי זה כשלעצמו צריך להוביל במקרה שבפנינו לפסילת המיזוג כולו.

27. בעייתית היתה בעינינו קביעת בית הדין לעניין כוחה הקונגלומרטי של המשיבה ועוצמתה הפיננסית (לרבות כוחה המונופסיני כלפי המגדלים). אכן, אין חולק כי המשיבה הינה מן הגורמים החזקים ביותר במשק החקלאי ובידה אמצעים ועתירות הון, כמו גם מעורבות בענפים רבים מלבד הענף הרלבנטי למקרה שבפנינו. בעוצמה זו כשלעצמה יש משום מחסום כניסה לכאורה, הגם שלא הובאו ראיות של ממש להשתלטותה של המשיבה ב"תחרות דורסנית" על הענף הרלבנטי (ראה: Wish הנ"ל, בעמ' 266). במצב דברים זה, אישורו של המיזוג שבפנינו עורר בקירבנו מידה רבה של חוסר נוחות וחשש באשר לתחרות העתידית בענף הרלבנטי. אולם, באי נוחות זו כשלעצמה אין די בכדי לפסול המיזוג. כך, נוכח ממצאינו בדבר היעדר הפגיעה המשמעותית בתחרות לאור מדדי הריכוזיות; כך נוכח הנתונים שהובאו בתצהירים השונים בדבר התחרותיות הקיימת בענף הרלבנטי; כך, נוכח מסקנותינו באשר למחסומי הכניסה האחרים. אכן, אין לחדד כי תיתכן פגיעה בתחרות עקב המיזוג המוצע (ראה: ד' גילה, "מיזוג חברות השתלטות

עסקית ותחרות חופשית", המשפט (1998)). אף בית הדין אינו חולק על קביעה זו. בה בעת, לא שוכנענו, כאמור לעיל, כי קיים במיזוג המוצע חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות ומטעם זה, לא מצאנו עילה להתערב בממצאיו של בית הדין בעניין זה. על כן, דין טענותיו של הממונה, לעניין מחסומי הכניסה, להידחות.

### מכון הפסדים

28. כפי שציין בית הדין, בתהליך הייצור במשחטה נוצרת פסולת, שיש בה כדי לזהם את הסביבה (פסדים). לשם הקטנת מפגע סביבתי זה, נעשה עיבוד תעשייתי לפסולת המשחטה במכון. במובן זה, ועקב תקנות איכות הסביבה בנדון, לא יכולה, למעשה, משחטה תעשייתית לפעול, ללא היזקקות לשירותיו של מכון פסדים. בסמוך למשחטת "עוף הנגב", וכחלק ממנה, מצוי מכון פסדים שהוא בין המשוכללים כיום. בית הדין ציין בהחלטתו, כי לאחר אכיפת תקנים מחמירים של איכות הסביבה ותוכניות של משרד איכות הסביבה, יוותרו בארץ רק שני מכוני פסדים: האחד בצפון ("פסדי העמק"), והשני בדרום ("עוף הנגב").

29. המשיבה אינה חולקת על העובדה, כי היא שותפה במכון הפסדים שבצפון הארץ ("פסדי העמק"). כן ברור הוא, כי ברכישת משחטת "עוף הנגב" (ומכון הפסדים שבה), תשלוט למעשה המשיבה בכל מכוני הפסדים בארץ. בהתייחסו לתוצאה זו של המיזוג המוצע קבע בית הדין, כי נוכח החשש מפיתוח תלות במשיבה, על ידי כל מתחרה חדש בענף הרלבנטי, הרי שיש להתנות את המיזוג נשוא המקרה שבפנינו במתן הוראות על ידי הממונה, כאמור בסעיף 21(א) לחוק. בית הדין קבע, כי הגיע למסקנה זו שכן לשיטתו, לא היה בשליטה זו של המשיבה במכוני הפסדים משום טעם מספיק לשם מניעת המיזוג כולו.

30. בסוגיה זו, אין בידינו להסכים עם הנמקתו של בית הדין. מקובלת עלינו עמדת המערער, ולפיה עניין לנו בנקודה זו במיזוג אופקי, המקנה למשיבה שליטה כמעט מוחלטת בשלב הכרחי בשרשרת הייצור. ללא שירותיו של מכון פסדים לא יוכל מתחרה עתידי לפתוח משחטה חדשה או להפעיל משחטה קיימת. לשיטתנו, בסוגיה זו התקיים לכאורה חשש משמעותי לפגיעה בתחרות. זו היתה גם מסקנתו של בית הדין. אולם, בית הדין לא החליט לפסול את המיזוג אלא לאשר את המיזוג כולו תוך שהוא מאפשר קביעת תנאים למיזוג על ידי המערער. אכן, על פי סעיף 21(א) לחוק, מקום בו נתקיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, ניתן להתנגד למיזוג או להתנותו

בתנאים. כאמור, בית הדין בחר שלא לפסול את המיזוג כולו אלא להתנותו בתנאים. בה בעת, לא נימק בית הדין בפסק דינו מדוע בוחר הוא שלא לפסול את המיזוג כולו, על אף הפגיעה בתחרות כתוצאה ממיזוג מכון הפסדים; או, לחלופין, לפסול את מיזוגו של מכון הפסדים להבדיל ממיזוגה של המשחטה עצמה. בפנינו לא הובאו טיעונים וראיות לעניין זה. אף התנאים שיכול היה המערער לקבוע בנוגע למכון הפסדים, על פי פסק דינו של בית הדין (וסעיף 21א) (לחוק), לא הובאו בפנינו. אין בידינו לדעת אם ניתן לקבוע תנאים שיבטלו את החשש מפגיעה בתחרות כתוצאה ממיזוג מכון הפסדים. על כן אין בידינו לקבוע ממצא בסוגיה זו ובהתאם לממצא להורות אם על פסילת המיזוג של מכון הפסדים ואם על אישורו של מיזוג זה. אשר על כן, נראה לנו, כי מן הראוי יהיה, כי טענות המערער לעניין מכון הפסדים תתבררנה שוב באופן יסודי וממצה בפני בית הדין, הן בשאלה אם אכן מתקיימת בעניין זה פגיעה משמעותית בתחרות (עניין המצוי במחלוקת עובדתית בין הצדדים שבפנינו, לרבות הבקשה להוספת ראיה בערעור); הן בשאלה אם ניתן כלל להתנות את מיזוג מכון הפסדים בתנאים (עליה משיב הממונה, המופקד על קביעת התנאים, בשלילה) והן בשאלה אם ניתן וצריך להפריד את מכון הפסדים מן המשחטה, הן מן הבחינה העסקית והן מן הבחינה המעשית, זאת במידה שיתברר כי במיזוגו של מכון הפסדים קיים חשש ממשי לפגיעה משמעותית בתחרות, ובהתאם לכך לאשר את מיזוג המשחטה ללא מכון הפסדים. על כן החלטנו, כי יש לקבל את הערעור של הממונה בסוגיה זו ולהחזיר הדיון בעניין מכון הפסדים בלבד לבית הדין להגבלים עסקיים. בית הדין ישקול ויחליט, לאור הדיון, אם קיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות כתוצאה מן המיזוג של מכון הפסדים, ואם התשובה חיובית, יחליט גם על התוצאה הנובעת מכך. יתר חלקיו של פסק דינו של בית הדין, לרבות ממצאיו לעניין הפגיעה בתחרות בשאר חלקי המיזוג, יותרו על כנם. מטעם זה גם אין אנו נצרכים להחליט בבקשה להוספת ראיה בערעור (בש"א 6609/98).

### **הערות סיום**

31. טרם נסיים את פסק דינו, נבקש להעיר את ההערה הבאה: בית הדין קבע, כי לא נתקיימה במקרה דנן פגיעה משמעותית בתחרות בין היתר בשל העובדה, כי התחרות בענף הרלבנטי פגומה ולקויה ממילא, בין היתר עקב כוחה של המשיבה ועוצמתה, ולפיכך, אין במיזוג המוצע אלא משום תוספת קטנה לריכוזיות גדולה. תוספת מעין זו, קבע בית הדין, אינה מהווה "פגיעה משמעותית" בתחרות החופשית. קביעה זו, אין בידינו לקבל. משמעותה המעשית היא, כי גוף השולט בענף מסוים, או מהווה מרכיב דומיננטי בו, "חסין" מביקורת הממונה בשל כוח השוק

הנתון בידיו. מסקנה מעין זו עומדת בהתנגשות חזיתית עם מטרות דיני ההגבלים העסקיים, עליהן עמדנו לעיל. אכן, סמכותו של הממונה והכוח המופקד בידיו אינם אך למניעת שליטה בענף מסוים ככזו, אלא אף למניעת חיזוקה של שליטה קיימת, מקום בו חיזוק זה יכול להביא לפגיעה משמעותית בתחרות. כך, לדוגמא, יכול שמיזוג מסוים לא יביא לעלייה משמעותית בריכוזיות בענף הרלבנטי - בשל הריכוזיות הגבוהה הקיימת בו ממילא ערב המיזוג אך תהא בכל זאת פגיעה משמעותית בתחרות עקב קיומם ויצירתם של מחסומי כניסה משמעותיים למתחרים חדשים, מחסומים, שיקומו עקב חיזוקו של הכוח הדומיננטי בשוק, ולא דווקא עקב יצירתו של כוח מעין זה. דא עקא, כי לאור העובדה, כי לא קביעה זו היא שעמדה ביסוד הכרעתו של בית הדין, אלא הקביעה כי אין חשש לפגיעה משמעותית בתחרות אף לגופו של עניין, הרי שלא מצאנו עילה להתערבותנו, כאמור לעיל, במסקנת בית הדין למרות האמור בהערה זו.

32. העולה מן המקובץ הוא כי, להוציא עמדתנו בעניין מכון הפסדים, החלטת בית הדין עומדת על כנה היא, ואין בסיס להתערבותנו בממצאיו העובדתיים של בית הדין, כמו גם באיזון האינטרסים שערך הוא בעניין המיזוג. על כן מסקנתנו היא, כי דין הערעור להידחות, בכפוף לאמור בפיסקה 30 לפסק הדין בנוגע למכון הפסדים.

בנסיבות העניין, אין צו להוצאות.

ה נ ש י א

#### השופט י' קדמי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

#### השופט י' זמיר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא.

ניתן היום, כ"ד בכסלו התשנ"ט (13.12.98).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א