



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 2893/10

לפני :

כבוד המשנה לנשיא א' ריבלין
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט י' עמית

המערערת :

טרפלס קומפאונדס (1994) בע"מ

נ ג ד

המשיבים :

1. הממונה על ההגבלים העסקיים
2. כפרית תעשיות (1993) בע"מ

ערעור על פסק-דין של בית-הדין להגבלים עסקיים
בירושלים מיום 18.2.10 בה"ע 803/08 שניתן על-ידי
סגנית-הנשיא י' צור

תאריך הישיבה :

ל' בניסן התשע"א (4.5.11)

בשם המערערת :

עו"ד אביתר קנולר ; עו"ד עמי ורוד ;
עו"ד רונן נאוי

בשם המשיבה 1 :

עו"ד קובי גולדברג ; עו"ד בועז גולן

בשם המשיבה 2 :

עו"ד טליה סולומון ; עו"ד זיו שוורץ

פסק-דין

המשנה לנשיא א' ריבלין:

1. לפנינו ערעור על פסק-דינו של בית הדין להגבלים עסקיים (כבוד השופטת י' צור), שבמסגרתו נדחה הערר שהגישה המערערת על החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים (היא המשיבה 1, ולהלן: הממונה) לאשר בתנאים את המיזוג בין המערערת לבין המשיבה 2 (להלן: המשיבה).

2. המערערת והמשיבה היו, בעת הרלבנטית, שתי החברות היחידות בישראל שעסקו בייצור תערובות PVC לשיווק (להלן: תערובות). בשנת 2007 נחתם ביניהן הסכם למכירת כל הנכסים והזכויות של המשיבה בתחום ייצור התערובות, תמורת סכום של 2.25 מיליון דולר. הסכם זה מהווה מיזוג המצריך אישור מאת הממונה על ההגבלים העסקיים. משכך, הותנה ההסכם בקבלת אישור כנדרש. כמו-כן נקבע בהסכם כי:

הותנה האישור בתנאים, לא יהיו התנאים עילה לביטול ההסכם על ידי מי מן הצדדים ובלבד שהתנאים לא אוסרים על טרפלקס [המערערת – א' ר'] לרכז את כל פעילות הייצור שלה באתר הייצור שלה בקבוץ רשפים.

הממונה אישרה את המיזוג, בתנאים אשר המרכזי שבהם הוא כי המשיבה תעביר לידי נאמן את כל הנוסחאות לייצור תערובות עבור לקוחותיה, וכי לקוחותיה יהיו רשאים לקבל את הנוסחאות ללא תמורה, במשך תקופה של 15 חודשים.

3. המערערת עררה על החלטה זו לפני בית הדין להגבלים עסקיים (להלן: בית הדין) וכן ביקשה לעכב את ביצוע ההחלטה. הבקשה לעיכוב ביצוע נדחתה, והמערערת עררה על דחייתה לבית המשפט העליון. אלא שטרם שנידון הערעור על דחיית הבקשה לעיכוב ביצוע, הודיעה המערערת כי בשל חלוף הזמן המיזוג אינו יכול להתבצע עוד ועל-כן מתייתרת הבקשה לעיכוב ביצוע.

4. בית הדין להגבלים עסקיים דחה כאמור את הערר שהגישה המערערת על החלטת הממונה. עיקר טענותיה של המערערת לפני בית הדין היה כי התנאי המרכזי לאישור המיזוג – מסירת הנוסחאות ללא תמורה ללקוחות המשיבה – מעקר מתוכן את הסכם המיזוג, שכן הנוסחאות האלה הן למעשה מהות הממכר בעסקה. בית הדין קבע גם כי הערר הפך תיאורטי ואקדמי, שכן אין חולק כי המיזוג אינו יכול עוד לצאת אל הפועל. עמידתה של המערערת על עררה, כך נקבע, נועדה לשרת את טענותיה במסגרת הסכסוך האזרחי בינה לבין המשיבה בנוגע להסכם – סכסוך שנדון בהליך נפרד. במסגרת סכסוך זה נדונה, כך ניתן להבין, גם שאלת פרשנותו של ההסכם בין המערערת לבין המשיבה, ובמיוחד השאלה אם בעקבות החלטת הממונה קמה עילה לביטול ההסכם.

בית הדין קבע כי יש לדחות את הערר גם לגופו. במישור המשפטי, קבע בית הדין כי החלטת הממונה סבירה, באשר הטלת התנאי של שחרור הנוסחאות נדרשת

לשם מניעת פגיעה קשה בתחרות בשוק ייצור התערובות, והיא מבוססת על בדיקות מקיפות והתייעצות עם מומחים מקצועיים ועם גורמים נוספים בשוק. כן נקבע כי אישור בתנאים הוא מידתי תמיד יותר מדחיית הבקשה באופן מוחלט, שכן הוא מאפשר לצדדים למיזוג לבחור בין ביצוע המיזוג תוך עמידה בתנאים לבין אי ביצוע המיזוג. דחיית הבקשה, לעומת זאת, מובילה בהכרח לאי ביצוע המיזוג. לפיכך, באם התנאי שנקבע הוא הכרחי, במובן זה שבלעדיו לא היה מנוס מדחיית הבקשה, אין לבוא חשבון עם הממונה על הטלת התנאי. במקרה זה, כך קבע בית הדין, לא חלקה המערערת על הניתוח המקצועי-תחרותי של הממונה, ולפיכך אין לקבל את טענותיה ביחס להטלת התנאי.

יתרה מכך, גם במישור העובדתי דחה בית הדין את הטענה כי הנוסחאות הן בעלות חשיבות מסחרית מכרעת ומהוות את עיקר הממכר. זאת, כיוון שהנוסחאות ניתנות לגילוי בתוך פרק זמן לא ארוך, וכיוון שמטרת העסקה הייתה רכישת נתח השוק של המשיבה, והנוסחאות הן רק אחד האמצעים להוצאת תכלית זו אל הפועל. אמצעים נוספים שקיבלה המערערת במסגרת ההסכם הם רשימת הלקוחות ואנשי הקשר; דרישות הלקוחות ביחס למוצרים; השימושים שעושים הלקוחות השונים במוצרים; ומידע מסחרי ביחס לכל לקוח (כגון מוסר התשלומים של כל לקוח או מידת התמיכה הטכנית שלה הוא נזקק). עוד הדגיש בית הדין כי לפי החלטת הממונה יהא כל לקוח זכאי לנוסחה המשמשת אותו בלבד, והנוסחאות לא ישוחררו לכל דורש. לבסוף, התייחס בית הדין גם לעובדה שהחלטת הממונה ניתנה ללא הנמקה בגוף ההחלטה. בית הדין קבע כי מבחינה מהותית, פירטה הממונה את עמדתה ואת הטעמים לה לפני המערערת בפגישות שנערכו ביניהן לפני מתן ההחלטה הסופית.

5. המערערת טוענת כי לא כל תנאי שהוטל במסגרת החלטה על אישור מיזוג הוא תנאי סביר, מעצם כך שהוא מקטין את הפגיעה המסתברת בתחרות עקב המיזוג. לעמדתה, ישנם מקרים שבהם מתן אישור מותנה הוא פוגעני יותר מאשר דחיית הבקשה, במיוחד כאשר לצדדים ישנה ציפייה לגיטימית כי לא יוטלו עליהם תנאים בלתי סבירים. יתרה מכך, טוענת המערערת, הטלת תנאים בלתי סבירים ובלתי צפויים תפגע פגיעה מיותרת ביחסים החוזיים שבין הצדדים ותוביל לחוסר ודאות ולסכסוכים.

התנאי שהוטל בעניינה בנוגע לשחרור הנוסחאות ללקוחות המשיבה – כך טוענת המערערת – אינו תנאי סביר. עם זאת, המערערת אינה חולקת על כך שהמיזוג היה צפוי לפגוע בתחרות או על כך שהטלת התנאי מקטינה או מונעת פגיעה זו; אלא שלעמדתה, מן הראוי היה שלא לאשר את המיזוג כלל. המערערת טוענת כי תכלית

רכישת המשיבה, מבחינתה, הייתה לרכוש את שוק ייצור התערוכות כולו, כך שללקוחות המשיבה לא תהא אפשרות נגישה אלא לרכוש את התערוכות מן המערערת. משכך, מאיין תנאי שחרור הנוסחאות את מהות העסקה. בעניין זה, גורסת המערערת כי חשיבותן המרכזית של הנוסחאות ניכרת בכך שאלמלא גילויין לא ניתן היה לאשר את הסכם המיזוג.

המערערת טוענת עוד כי ביסוד הטלת התנאי עמד שיקול זר – והוא רצונה של הממונה לפתור כשל שוק שהיה מתקיים אף אלמלא המיזוג. לטענת המערערת, הממונה חששה כי המשיבה תיפלט מהשוק אם לא יינתן אישור למיזוג, ואז תיוותר המערערת יצרנית התערוכות היחידה. להבנתה, הסתמכה הממונה בהחלטתה על דוקטרינת "הפירמה הכושלת", אף שאין חולק כי תנאיה לא התקיימו במלואם.

לבסוף טוענת המערערת כי החלטת הממונה ניתנה ללא הנמקה בגוף ההחלטה, ובין היתר לא הוסבר לה מדוע לא ניתן להטיל תנאי פוגעני פחות, כגון שחרור הנוסחאות תוך תשלום תמורה בעדן על-ידי הלקוחות. המערערת סבורה גם כי הערעור אינו אקדמי או תיאורטי, שכן הסעד שביקשה – הצהרה על בטלות החלטת הממונה – ניתן למימוש בפועל. המערערת משיגה גם על החלטת ביניים שנתן בית הדין, אשר במסגרתה נדחתה בקשת המערערת להגיש חוות דעת מומחה להוכחת טענתה כי הנוסחאות מהוות את מהות הממכר.

6. הממונה מצידה טוענת כי התנאים שבהם התנתה את המיזוג נועדו כדי למנוע מן המערערת יכולת להפעיל כוח שוק בענף התערוכות ומדגישה כי גם המערערת אינה חולקת על הניתוח התחרותי שעמד בבסיס ההחלטה. לעמדתה, פניית המערערת לבית הדין נועדה לתכלית זרה, שכן מהותו האמיתית של הסכסוך היא המחלוקת המסחרית בין המערערת לבין המשיבה. מחלוקת זו, כך טוענת הממונה, באה לעולם עקב תנאי ההסכם כפי שהצדדים בחרו לנסח אותם ולא עקב החלטתה לאשר את המיזוג בתנאים. המלאכותיות הטמונה בהליך שבו נוקטת המערערת, כך טוענת הממונה, נשקפת מן הסעד העיקרי שביקשה – ביטול החלטת הממונה ודחיית בקשת המיזוג. עוד טוענת הממונה כי קביעת בית הדין, שלפיה אין הנוסחאות מהוות את מהות העסקה, היא קביעה עובדתית אשר אין מקום לחרוג ממנה במסגרת הערעור. בדומה, סבורה הממונה כי אין להתערב בקביעתו של בית הדין שלפיה הנימוקים להחלטת הממונה נמסרו למערערת בהרחבה.

הממונה טוענת כי ככלל, אין מקום לשקול שיקולים שעניינם בכדאיות העסקה עבור הצדדים, במסגרת דיון בבקשת אישור למיזוג. הסמכתה לאשר מיזוג בתנאים כורך בחובו, מיניה וביה, ביצוע המיזוג בתנאים שונים מאלה שעליהם הסכימו הצדדים. הממונה מדגישה כי מתן האישור בתנאים אך קובע את המסגרת המותרת לביצוע המיזוג, והצדדים רשאים להחליט כי בגדרי מסגרת זו אינם מעוניינים במיזוג. החלטת הממונה, כך נטען, היא במהותה מתן רישיון לפעולה ואילו החובה לבצע את המיזוג, ככל שזו קיימת, נובעת מן היחסים החוזיים בין הצדדים, כפי שהם בחרו לעצבם.

ביחס לטענה כי החלטת הממונה ניתנה ללא הנמקה, טוענת הממונה כי אפילו תתקבל טענה זו, אין בה כדי להוביל לסעד ממשי לאחר שעמדתה נבחנה לפני בית הדין ואושרה. יתרה מכך, הממונה עומדת על כך שהמערערת ממילא אינה חולקת על הניתוח התחרותי שערכה.

7. המשיבה טוענת כי המערערת נקטה גישה פסיבית ביותר במהלך הדיונים מול הממונה, ואף לא ניסתה לשכנע את הממונה לוותר על התנאי בדבר שחרור הנוסחאות או לצמצמו באמצעות הצגת טיעונים כלכליים-תחרותיים כלשהם. המשיבה מדגישה כי לטעמה הערעור הוא תיאורטי-אקדמי ומשאין המיזוג יכול עוד לצאת אל הפועל, אין עוד טעם לדון בהחלטת הממונה לגופה. המשיבה מוסיפה וטוענת כי הנוסחאות היו חלק קטן בלבד מן הפעילות שנמכרה למערערת, ולא "מהות הממכר".

8. דין הערעור להידחות.

לכאורה, משמיט התנאי, אותו הציבה הממונה לאישור המיזוג בין המערערת למשיבה, את הקרקע מתחת להסכם המיזוג שנחתם בין השתיים. העמדת הנוסחאות ליצור תערובת ה-PVC לרשות לקוחות המשיבה בלא תמורה הוא תנאי שסבירותו, על פניו, מוטלת בספק. לכאורה, משמשות אותן נוסחאות את עיקר העסקה שבמסגרתה נמכרו למערערת כל הנכסים והזכויות של המשיבה בתחום יצור התערובות. אלא שבית הדין סבר אחרת וציין כי במסגרת העסקה רכשה המערערת נכסים וזכויות נוספים ובהם רשימת הלקוחות, דרישותיהם ביחס למוצרים שרכשו ומידע מסחרי נוסף. בקביעה זו יש קושי להתערב במסגרת הערעור. אין גם מחלוקת כי בכוחה של הממונה היה לסרב לאשר את המיזוג כליל. במקרה הרגיל אין נפקות, מבחינת הצדדים, לבחירת הממונה להתנות את המיזוג בקיום תנאי ולו גם תנאי בלתי סביר מבחינתם – המשמיט את ההגיון המסחרי שביסוד העסקה; שהרי יכולים מבקשי המיזוג תמיד שלא לקבל את

התנאי שהציב הממונה, והתוצאה תהא אז דומה לתוצאה שהייתה מתקיימת לו סורבה הבקשה.

בענייננו, נוצר שוני בין שתי החלופות האלה בשל ההוראה המיוחדת בהסכם שבין המערערת לבין המשיבה, ואשר לפיו כל תנאי שאינו אוסר על המערערת לרכז את פעילותה בקיבוץ רשפים – לא יוכל לשמש לביטול ההסכם על-ידי מי מן הצדדים. בשל התנאי המוסכם הזה, קמה או עשויה לקום נפקות של ממש לצדדים בשל אופיו של התנאי שהציבה הממונה. ספק הוא אם ראוי לבחון את סבירותן של הדרישות אותן הציבה הממונה כתנאי לאישורו של המיזוג – לאורו של הסכם מיוחד שנחתם בין הצדדים לאותו מיזוג. אלמלא תנאיו המיוחדים של ההסכם היה נבחן התנאי שהציבה הממונה לאור השפעתו על התחרות בשוק ובמבחן זה, כך קבע בית הדין, הוא עומד.

9. אכן, הצבת התנאי האמור על-ידי הממונה, בהצטרפה אל המוסכם בין המערערת לבין המשיבה, הביאה לתוצאה קשה. יתכן כי טוב היה לה למערערת שהייתה הממונה מסרבת כליל לבקשת המיזוג – שאז אולי לא הייתה חבה בקיום ההסכם עם המשיבה – משאשר המיזוג בתנאי החריג הזה. ספק גם אם יש לאמץ את גישתה הגורפת של הממונה כי, ככלל, אין מקום לשקול שיקולים שעניינם בכדאיות העסקה. בהחלט יתכנו מקרים בהם מהות העסקה ותנאיה עשויים להפוך את התנאי שמוצב לאישורה לתנאי בלתי סביר.

אלא שבית הדין קבע כי הממונה שקלה היטב שיקולים רלבנטיים להחלטה ולא חרגה מן הסמכות הנתונה לה בחוק. בית הדין קבע גם ממצאים עובדתיים השוללים את הטענה שהנוסחאות היוו את עיקר הממכר. בממצאים אלה לא נוכל להתערב. אין להתעלם גם מן העובדה כי שאלת המיזוג שוב אינה אקטואלית, ונותר אך סכסוך כספי הנסוב על הוראות ההסכם בין השתיים. עצם העובדה שהחלטת הממונה, בהצטרפה לתנאים המיוחדים בהסכם, עשויה להשפיע על הסכסוך הכספי, אין בה, כשלעצמה, כדי להביא לבחינת ההחלטה במשקפיים חריגים.

התוצאה מכל אלה שאין, היום, להתערב בפסק דינו של בית-הדין. בכך אין אנו מביעים עמדה לגבי טענות המערערת והמשיבה, בכל הנוגע לנפקות החלטת הממונה בכל הנוגע לפרשנותו של ההסכם בין השתיים.

הערעור נדחה.

בנסיבות העניין, לא הייתי עושה צו להוצאות.

המשנה-לנשיא

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה-לנשיא א' ריבלין.

ניתן היום, כ"ז בניסן התשע"ב (19.4.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה-לנשיא