

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 10026/04

בפני : כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופט י' עדיאל

העותרת : פועלים אי.בי.אי - חיתום והנפקות בע"מ

נ ג ד

המשיב : הממונה על הגבלים עסקיים

עתירה למתן צו על-תנאי

פסק-דין

השופטת ד' ביניש:

העותרת בעתירה שבפנינו היא חברה ציבורית הפועלת בשוק ההון בתחום ניהול הנפקות. בעתירתה תוקפת העותרת הודעה שהוציא הממונה על הגבלים עסקיים (להלן: הממונה) ואשר בה הובאה עמדתו של הממונה לפיה, שיתוף פעולה בניהול הנפקה בין מנהלי הנפקות מתחרים עולה כדי "הסדר כובל" כהגדרתו בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: החוק). העותרת מבקשת שבית משפט זה יוציא צו על-תנאי המורה לממונה להתייצב וליתן טעם מדוע לא יוצהר כי הודעתו הנ"ל בטלה ועימה גם המדיניות החדשה הננקטת על ידו בענין זה.

ביום 8.12.03 הודיע הממונה לעותרת ולחברות האחרות הפועלות בתחום ניהול ההנפקות בישראל כי לאחר בדיקה שערך, הוא הגיע למסקנה כי חבירה בין מנהלי הנפקה היא הסדר כובל כהגדרתו בסעיף 2 לחוק. עם זאת, הוסיף הממונה, חרף האמור לעיל, בנסיבות מסוימות, תוכל חבירה בין מנהלי הנפקה להינות מפטור סוג, היתר או אישור פרטני (סעיף 10 להודעת הממונה). בעקבות פניות שנעשו אל הממונה בתגובה להודעה הנ"ל ערך הממונה בחינה מחודשת של האמור בהודעתו וביום 4.2.04 הוציא הממונה הודעה מתקנת. בהודעה המתקנת ציין הממונה כי נוכח מצבו של השוק אכן אין צורך בהפעלת מערך האכיפה של החוק בכל מקרה של חבירה בין מנהלי

הנפקות ולפיקח, בשורה של מקרים שפורטו בהודעה אין צורך בהגשת בקשות למתן אישור או פטור. כן ציין הממונה כי ניתן יהיה לקבל אישור או פטור גם במקרים שאינם באים בגדר המקרים שפורטו בהודעה ובמקרים אלו ייבחנו הנסיבות הספציפיות, לכשיוגשו הבקשות המתאימות. הממונה ציין כי האמור בהודעה זו יעמוד בתוקף למשך שנה.

ביום 4.11.04 הוגשה העתירה שבפנינו בה טענה העותרת כנגד הודעות המשיב והמדיניות הנשקפת מהן. לטענת העותרת, אין מקום לקביעתו של הממונה לפיה בכל מקרה בו חוברים ביחד מספר מנהלי הנפקה מדובר ב"הסדר כובל". העותרת טוענת כי "הסדר כובל" כאמור יתקיים במקרים מסוימים בלבד בהם, למשל, מנהלי ההנפקה הם אלו שיזמו את החבירה. עם זאת, טוענת העותרת, במקרים אחרים – ובמיוחד במקרה שבו התאגיד המנפיק הוא יוזם החבירה – הקביעה כי מדובר ב"הסדר כובל" היא קביעה בלתי סבירה. עוד טוענת העותרת כי גישתו של הממונה הינה שגויה משום שאין היא מביאה בחשבון מצב שבו התאגיד המנפיק הינו "לקוח שבוי" של מנהל הנפקה אחר עמו נעשית החבירה. במצב כזה, לגישת העותרת, התאגיד המנפיק חייב, הלכה למעשה, לשכור את שירותי מנהל ההנפקה אליו הוא קשור ובנסיבות אלו האפשרות לשכור את שירותיו של מנהל הנפקה נוסף דווקא מגינה על התחרות ואינה פוגעת בה. אלו הן טענותיה העיקריות של העותרת ובנוסף אליהן מעלה העותרת טענה נוספת המופנית כנגד האופן בו העריך הממונה את חלקה של העותרת בשוק ההנפקות. לטענת העותרת, הממונה העריך כי חלקה של העותרת בשוק ההנפקות הוא כ- 24% ואילו לשיטתה, חלקה קטן יותר. יש לציין, כי להערכת גודל חלקה של העותרת בשוק ההנפקות עשויה להיות השפעה על המגבלות שהממונה יטיל עליה. עוד יצוין, כי העותרת מוסיפה וטוענת שמכיוון שהודעת הממונה אינה בגדר קביעה לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 אין בית הדין להגבלים עסקיים מוסמך לשמש כערכאת ערעור על האמור בהודעה ועל כן, הערכאה היחידה אשר בפניה יכולה העותרת לשטוח את טענותיה היא בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק.

ביום 21.12.04 התקבלה תגובתו של הממונה לעתירה בה נטען כי דין העתירה להידחות על הסף מחמת היותה תיאורטית. לטענת הממונה, העתירה אינה מסיבה עצמה אודות סכסוך ספציפי בין הממונה לעותרת ולמעשה, כך על פי הטענה, העותרת מבקשת כי בית משפט זה יחוות את דעתו בסוגיה תיאורטית לגבי מקרה שאולי יתרחש בעתיד. לגופו של ענין, ובתשובה לטענות שהועלו בעתירה, פרט הממונה בתגובתו מקצת מן הנתונים אשר עמדו ברקע ההודעות שהוזכרו לעיל. לטענת הממונה, בבדיקה שנערכה מטעמו בשוק מנהלי ההנפקות נמצא כי לנוכח מספרם וגודלם של ה"שחקנים"

בשוק זה וכן לנוכח דפוסי הפעולה של שחקנים אלו, קיימת הצדקה לקבוע כי חבירה בין מנהלי הנפקות היא "הסדר כובל". עוד הוסיף הממונה וטען, כי הכללים שקבע היו סבירים ביותר ולראיה: מאז שפורסמו ההודעות האמורות הוגשו 16 בקשות לחבירה בין מנהלי הנפקות אשר כולן, למעט אחת, אושרו. בנוסף לאמור לעיל הדגיש הממונה כי בהודעתו המתקנת מיום 4.2.04 נאמר שהאמור בהודעה יעמוד בתוקף למשך שנה אחת ולנוכח העובדה שתקופה זו מסתיימת בקרוב נערכת בימים אלו עבודת מטה שבסיומה תיקבע המדיניות החדשה. הממונה הודיע כי במסגרת עבודת המטה הוא מוכן להפגש עם נציגי העותרת ולשמוע את עמדתם ביחס למדיניותו. הממונה טען, איפוא, כי לנוכח העובדה שתוקף ההודעה עומד לפוג בעוד תקופה קצרה וכן לנוכח העובדה כי בימים אלו מתבצעת בחינה מחודשת של המדיניות אין מקום לדון בעתירה.

לאחר שעיינתי בעתירה ובתגובה לה הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות. לנוכח מסקנה זו לא ראינו להעתר לבקשת העותרת להגיב לתגובת הממונה ומכל מקום עיקרי התגובה הובאו בבקשה עצמה. עמדתו של הממונה לפיה העתירה שבפנינו היא עתירה תיאורטית אשר אין מקום כי בית משפט זה יידרש אליה מקובלת עלינו. הלכה היא שבית משפט זה אינו נדרש לעתירות תיאורטיות שכן "הניסיון השיפוטי מרתיע את בית המשפט מקביעת הלכה שהיא כביכול מרחפת באוויר. בית המשפט צריך תשתית של עובדות, במקרה נתון, כדי לבנות עליה הלכה" (בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 250; להלן: פסק דין צמח). אכן, להלכה זו קיים חריג ובית משפט זה יסכים לדון גם בעתירה תיאורטית ב"מקרים שבהם העתירה העלתה שאלה חשובה, ונתברר כי מבחינה מעשית אין בית המשפט יכול לפסוק בה הלכה אלא כאשר היא מוצגת כשאלה כללית שאינה קשורה למקרה מסוים" (פסק דין צמח, שם). ואולם, המקרה שלפנינו אינו נמנה עם אותם מקרים חריגים. העתירה שבפנינו אינה עוסקת במקרה ספציפי ואינה מבוססת על תשתית עובדתית אלא מועלות בה שאלות כלליות ביחס למדיניותו של הממונה. בנסיבות הענין אין מקום להידרש לעתירה כללית כאמור שכן מהעתירה עצמה עולה כי בהחלט ייתכנו מקרים בהם תוכל העותרת להביא בפני הערכאה השיפוטית המתאימה סכסוך ספציפי עם הממונה. סכסוך כזה יתעורר כאשר הממונה ידחה בקשה של העותרת לחבור למנהל הנפקה אחר. העותרת טוענת אמנם כי לנוכח העובדה שקצב ההתרחשות בביצוע הנפקות הינו מהיר מאוד היא לעולם לא תוכל להביא מקרה רלוונטי לדיון אולם ספק אם אכן זהו המצב לאשורו וממילא, אם אלה יהיו הנסיבות, לא בהכרח תחסם דרכה של העותרת. מבלי לקבוע עמדה בדבר, נציין כי במקרה שבו תעתור העותרת כנגד סירוב ספציפי מצד הממונה כי אז העובדה שהנפקה בוצעה כבר (או לחלופין נתבטלה) לא בהכרח תחסום את העתירה שכן אם מדובר בסוגיה שמטבעה יש לה "אורך חיים קצר"

(פסק דין צמח, שם) ומעלה היא ענין עקרוני, יטה בית המשפט לבחון אותה על אף שנעשתה תיאורטית. בנוסף לאמור לעיל יש לציין כי לא פחות חשוב מכך הוא האמור בתגובת הממונה, כי תוקף המדיניות כנגדה מופנית העתירה עומד לפוג בתוך תקופה קצרה והממונה שוקד בימים אלו על גיבוש המדיניות העתידית. נסיבות אלו אף הן תומכות במסקנה כי אין מקום להידרש לעתירה. באשר לטענות העותרת בענין הפניה לבית משפט זה ולא לבית הדין להגבלים עסקיים הרי שנראה כי הטענות שמעלה העותרת ראוי שתתבררנה, בשלב הראשון, בפני בית הדין להגבלים עסקיים שכן בית הדין הוא הערכאה שבידה המומחיות הספציפית בתחום זה. בידי בית הדין הכלים לבחון את טענותיה העובדתיות של העותרת, למשל, ביחס לגודלו של נתח השוק שלה, וכן באפשרותו לברר באופן טוב יותר את השאלות שמעלה העותרת, למשל, בענין ההתייחסות הראויה למקרים של "לקוח שבוי". אמנם, בענייננו לא עשה הממונה שימוש בסמכותו לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים אך נראה כי, אם תבקש העותרת להעמיד את עמדתו של הממונה בענין מסוים לביקורת שיפוטית אפשר כי ראוי יהיה לעותרת לפנות אל הממונה ולבקשו כי יפעיל את סמכותו הנ"ל וכך תוכל העותרת לערור לבית הדין להגבלים עסקיים, כאמור בסעיף 43(ב) לחוק ההגבלים העסקיים.

אשר על כן, העתירה נדחית.

ניתן היום, כ"ז בשבט התשס"ה (6.2.2005).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט