

בתי המשפט

ה"ע 515/04		בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים
17/03/2005		
		לפני כב' אב בית הדין, השופטת מ' שידלובסקי-אור

בעניין: סלקום ישראל בע"מ

על-ידי ב"כ פישור בכר חן ושות', עורכי-דין

העוררת

נ ג ד

1. הממונה על ההגבלים העסקיים

הממונה

על-ידי ב"כ עו"ד תמר דולב

2. בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ

על-ידי ב"כ קנטור אלחנני טל, עורכי-דין

3. פלאפון תקשורת בע"מ

על-ידי ב"כ וינשטוק-זקלר ושות', עורכי-דין

המשיבים

החלטה

כללי

1. בעקבות החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: "הממונה") מיום 26.8.04, לאשר בתנאים מיזוג בין חברת "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן: "בזק") ובין חברת פלאפון תקשורת בע"מ (להלן: "פלאפון"), הגישה חברת סלקום ישראל בע"מ (להלן: "סלקום") ערר לפי סעיף 22(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים"). בפתח עררה, מבקשת סלקום מספר סעדי ביניים, בהם תעסוק החלטה זו.

2. הסעד הראשון לו עותרת סלקום, הוא כי הממונה ינמק את החלטת המיזוג נשוא הערר. לחילופין, סלקום מבקשת כי הממונה ינמק את דחיית בקשתה להימנע מאישור המיזוג או להתנותו במספר תנאים נוספים אשר יקטינו את הפגיעה התחרותית הצפויה, לשיטת סלקום, מאישורו של המיזוג. הסעד השני לו עותרת סלקום, הוא עיון בתיק המיזוג והעתקת מסמכים, כאשר בסופו של דבר עניין זה התמצה בעיון בחוות הדעת הכלכלית אותה הציג הממונה בפני הוועדה לפטורים ולמיזוגים, עת קיים הוא את חובת ההתייעצות עמה. כמו-כן ביקשה סלקום לדעת את שמות חברי הוועדה, אשר דנו במיזוג. לבסוף, סלקום מבקשת לאשר לה את הגשת חוות הדעת הכלכלית מטעמה, במועד מאוחר להגשת הערר, כפי שיפורט בהמשך.

עמדת הממונה בתמצית, היא כי יש לדחות את בקשתה של סלקום בנוגע לנימוק החלטת המיזוג ועיון במסמכי הרשות להגבלים עסקיים. הממונה מסכים לקבלת חוות-הדעת הכלכלית, אשר הוגשה באיחור על-ידי סלקום. הממונה מבקש למחוק את הערר על הסף, באם לא יותר לסלקום להגיש חוות דעת כלכלית מטעמה.

3. טרם אדרש לבקשותיה של סלקום ולטענותיה, כמו גם לטענות הממונה, בזק ופלאפון, הם המשיבים, אציין כי ביום 28.10.04 אישרתי הסכמה דיונית של הצדדים, לפיה יוארך המועד להגשת תשובת המשיבים לערר, על-פי החלטתי בבקשה לסעדי הביניים האמורים. אוסיף גם כי אכן, ביסוד הוראות חוק ההגבלים העסקיים בתחום המיזוגים עומדת תכלית של הכרעה מהירה ויעילה על-מנת למנוע עיכוב מיותר אשר יפגע בפעילות הכלכלית של החברות המתמזגות וביציבות העסקית אשר נוצרת לאחר החלטת המיזוג (ראו הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983, הצעות חוק מס' 1647, בעמ' 51-52; ע"א 4843/91 אסם תעשיות מזון בע"מ נ' עלית תעשיות מזון ישראליות בע"מ ואח', פ"ד מו (1) 876). אולם יחד עם זאת, יש לאפשר למי שעשוי להיפגע מן המיזוג למצות את זכותו לערור על ההחלטה לפני בית-הדין להגבלים עסקיים. איזון עדין זה, שבין הצורך בניהול מהיר של הליך משפטי, המעמיד בספק את הוודאות שבאישור המיזוג ותנאיו, ובין הגשמת זכות הערר על החלטת הממונה, לרבות מתן כלים נאותים לשם כך, מלווה את בית-הדין בהחלטות מסוג זה (ראו המ' (י-ם) 15/98, 16, אמינות מוקד ארצי (1978) בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח', דינים מחוזי, כרך לב(6), 663).

מתן נימוקים להחלטת המיזוג

4. כאמור, הסעד הראשון אותו סלקום מבקשת, הוא כי הממונה ינמק את החלטתו לאשר את המיזוג בתנאים שקבע. לחילופין היא מבקשת כי ינמק את דחיית בקשתה להימנע מאישור המיזוג או אישורו בתנאים נוספים, שיש בהם כדי להקטין את הפגיעה התחרותית הנשקפת, לדעתה של סלקום, מהמיזוג. סלקום מבקשת להתיר לה לתקן את עררה, במידת הצורך, לאחר קבלת נימוקי הממונה.

לא ראיתי לנכון להתייחס ל"דחיית הבקשה" של סלקום, כי הממונה יימנע מאישור המיזוג או כי יתנה אותו בתנאים אותם הציעה סלקום במכתבה אליו, 9 ימים קודם החלטתו (נספח יב' לערר), כעניין נוסף הדורש נימוק. פנייתה של סלקום נראית, על פניה, כפנייה של גורם הפועל בענף הרלוונטי למיזוג לממונה, במסגרתה הוא מעלה את טענותיו והשגותיו בקשר למיזוג. משנתן הממונה את החלטתו בעניין מיזוג בזק ופלאפון, הרי שהחלטה זו "בולעת" את ההליכים שקדמו לה, בהיבט זה שהיא נתונה לביקורת של בית-הדין, באם הוגש ערר על-ידי מי שזכאי לכך על-פי החוק, בהליך של "שמיעה מחדש" (De Novo). איני רואה לנכון, במסגרת הליך בעל אופי זה, לחייב את הממונה לנמק את אופן התייחסותו לפניות גורמים בענף הרלוונטי למיזוג, כאשר ממילא החלטתו נתונה לביקורת, במהלכה יועלו השיקולים הרלוונטיים הדרושים.

5. הממונה סבור, כי לא מוטלת עליו חובה בדיון לנמק את הסכמתו למיזוג. הממונה מעלה את הקושי המעשי שבהטלת חובה לנמק כל החלטת מיזוג שיוצאת תחת ידיו, חובה, אשר מעמיסה עליו נטל בלתי סביר, ועשויה לעכב את הליך אישורם של מיזוגים ולהביא לפגיעה בצדדים המבקשים להתמזג, במיוחד כאשר בקשת ההנמקה מופנית מטעמו של צד שלישי שאינו צד למיזוג.

פלאפון אינה מתנגדת לכך, כי הממונה ינמק את החלטתו למיזוג, אך בה בעת מציינת כי לשיטתה על סלקום לבסס את התנגדותה להחלטת הממונה, גם ללא נימוקיו. פלאפון גם מביעה את חששה מעיכוב ההליך. בזק מותירה את עניין ההנמקה לשיקול דעתו של בית-הדין, אך מעלה את החשש מסרבול ההליך, כתוצאה מחיוב הממונה הן לנמק את החלטתו והן ליתן תשובה מנומקת לערר אותו הגישה סלקום.

6. שאלת חובתו של הממונה לנמק את החלטתו לאשר מיזוג בתנאים, כאשר בקשת הנימוק מופנית על-ידי צד שלישי המבקש לערר על ההחלטה אינה פשוטה כלל ועיקר. סעיף 2(א) לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958 (להלן: "חוק ההנמקות"), קובע כי "עובד הציבור" על-פי הגדרתו בחוק, יחליט בבקשה

שאלת הרחבת החובה, מעבר לקבוע בחוק ההנמקות מחייב ליבון משפטי ועובדתי, החורג מעובדות מקרה זה, בין השאר בנושא ההשלכה של הטלת חובה כאמור על עבודת הרשות להגבלים עסקיים בבואה לאשר מיזוגים. איני סבורה כי זוהי המסגרת והשעה המתאימות לדון בשאלה האמורה, במיוחד כאשר נראה לכאורה, כי לבית-הדין אין סמכות לחייב את הממונה במתן נימוקים להחלטתו. כאמור לעיל, הדיון בבית-הדין בערר על החלטת הממונה במיזוג נעשה במתכונת של "שמיעה מחדש". במתכונת זו הממונה עתיד לפרוש בפני בית-הדין והצדדים עצמם, ובהם סלקום, את מלוא שיקוליו באישור המיזוג והטלת תנאיו. במצב דברים זה, איני רואה מקום לחייבו, גם אם ניתן היה לעשות כן, במתן נימוקים, דבר שיביא להכבדה על עבודת הממונה ולסרבול ההליך. אני מודעת לקושי של סלקום בגיבוש הערר ומיצוי זכויותיה מבלי שמצויים בפניה נימוקים סדורים להחלטת נשוא הערר. לאור זאת, האפשרות לתקן את כתב הערר לאחר קבלת תשובת הממונה, תישקל לאחר פנייה מנומקת של סלקום, תוך הפנייה נקודתית לעניינים העולים מתגובת הממונה, ואשר נעדרים התייחסות בכתב הערר, תוך הסבר מדוע יש להשלים טיעון ביחס לעניינים אלו. בכפוף לכך, בקשתה של סלקום למתן נימוקים להחלטת הממונה נדחית.

בקשת העיון

7. לאחר שהממונה העמיד לעיונה של סלקום את המסמכים המצויים בתיק המיזוג, לגביהם, לדעת הממונה, עומדת לה זכות עיון בהתאם לסעיף 30 לחוק בתי דין מנהליים, התשנ"ב – 1992 (להלן: "חוק בתי דין מנהליים"), בקשתה של סלקום בעניין זה התמצתה לעיון בחוות הדעת הכלכלית אשר הוצגה בפני הוועדה לפטורים ולמיזוגים עובר לדיון במיזוג נשוא הערר, וכן לחשיפת שמות חברי הוועדה (עמ' 15 ואילך לתגובתה של סלקום מיום 12.12.04).

איני רואה לנכון בשלב זה להידרש לשאלה העקרונית אם חוות הדעת הכלכלית אשר הוכנה ברשות להגבלים עסקיים והוצגה בפני הוועדה לפטורים ולמיזוגים כחלק מקיום חובת ההתייעצות עמה, הנה בבחינת "חומר פנימי", שאין לגביו זכות עיון כאמור בסעיף 30(ב)(5) לחוק בתי דין מנהליים. מצאתי לנכון לנקוט בהסדר בו נקטתי בעבר (ראו החלטה מיום 21.2.05 בה"ע (י-ם) אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' הממונה ואח' (לא פורסם) סעיפים 5-6 להחלטה), לפיו חוות הדעת שהוצגה בפני הוועדה תועבר לעיונו של בית-הדין, יחד עם תשובת הממונה לערר. לאחר עיון אחליט בשאלה.

8. אשר לעיון בשמות חברי הוועדה, אשר השתתפו בדיון בעניין המיזוג שבין פלאפון לבזק, הרי שסלקום מעלה חשש כי אלו היו נגועים בניגוד עניינים בעת מתן החלטתם. הממונה מצדו סבור, כי אין כל חובה לחשוף את שמות חברי הוועדה שהשתתפו בדיון. הממונה מדגיש את היעדר הרלוונטיות של שמות החברים לבירור הערר, וכן את החשש לפגיעה בעבודת הוועדה לפטורים ולמיזוגים, כתוצאה מחשיפת שמות החברים שהשתתפו בדיון מסוים, וכן את החשש לפגיעה בעניינם האישי.

לאחר עיון בטענות הצדדים, אני סבורה כי אין מקום לחשיפת שמות חברי הוועדה, אשר השתתפו בדיון במיזוג. שמות חברי הוועדה לפטורים ולמיזוגים מפורסמים ברשומות, כנדרש בסעיף 23(ג) לחוק ההגבלים העסקיים. סלקום תעיין ברשימת החברים, ותעביר תוך 7 ימים לבית-הדין ולממונה את שמות חברי הוועדה, אשר היא סבורה כי הם נגועים בניגוד עניינים, וכן את הנימוקים לסברתה. לאחר הודעת סלקום, אשוב ואתייחס לעניין.

הגשת חוות-הדעת הכלכלית

9. סלקום מבקשת הארכת מועד להגשת חוות דעת כלכלית בתמיכה לטענותיה בערר, זאת, בין השאר, בשל העובדה שלא היו בפניה נימוקי הממונה ומלוא המסמכים הרלוונטיים למיזוג, ובהם חוות-הדעת הכלכלית שהציג הממונה בפני הוועדה לפטורים ולמיזוגים. ביני לביני, סלקום הגישה ביום 22.2.05 חוות דעת כלכלית, בכפוף למגבלות המידע בהן היא נתונה, לדבריה. הממונה הסכים להגשת חוות הדעת, לאור השלב בו מצוי ההליך. פלאפון ובזק מתנגדות להגשת חוות הדעת באיחור, מהטעם שהיה ניתן להגישה עם הגשת הערר, וכן מהטעם שיש בה לעכב את ההליך.

10. סעיף 23(א) לחוק בתי דין מנהליים, אשר חל גם על הליכים בפני בית-הדין להגבלים עסקיים, קובע כי ערר צריך שיכלול את העתקי המסמכים עליהם בדעת הערר להסתמך. סעיף 23(ג) מורה, כי במקרה שלא צורף מסמך כאמור, "לא יסתמך עליו בעל דין בדיון בערר אלא ברשות בית הדין, מטעמים מיוחדים שיירשמו." מסמכים כאמור כוללים גם חוות דעת כלכליות (ראו בקשה 1/98 (ה"ע (י-ם) 9/97) בזק בינלאומי בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי, כרך לב(6), 676). כך גם עולה מתקנה 18 לתקנות ההגבלים העסקיים (סדרי דין בבית הדין ובערר), התשמ"ט – 1988.

אמנם, הארכת מועד להגשת חוות דעת צריך שתיעשה מנימוקים מיוחדים שיירשמו (ראו סעיף 38 לחוק ההגבלים העסקיים; בקשה 1/98 בזק בינלאומי הנ"ל). נימוקים כאמור ספק אם ימצאו במקרה זה. על סלקום היה להגיש חוות דעת כלכלית עם הגשת הערר, על בסיס הנתונים שבידיה, כפי שאכן עשתה בסופו של דבר. במקרה הצורך, לאחר קבלת תשובת הממונה וחוות הדעת הכלכלית מטעמו, היה עליה לבקש מבית הדין להגיש חוות דעת משלימה, תוך נימוק הבקשה. יחד עם זאת, בהתחשב בנסיבות העניין, כאשר טרם הוגשו תשובות המשיבים ולא הוחל בשמיעת הערר, בין השאר בשל ההסכמה הדיונית של הצדדים, נראה לי לנכון לקבל את חוות הדעת שהוגשה. לאור זאת, אין מקום למחיקת הערר על הסף. הגשת חוות דעת משלימה תישקל בהמשך, לאחר קבלת בקשה מנומקת של סלקום בעקבות קבלת חוות דעתו הכלכלית של הממונה.

11. הממונה, פלאפון ובזק יגישו את תשובותיהם לערר תוך שלושים ימים מהיום.

ניתנה היום, ו' באדר ב' תשס"ה (17 במרץ 2005), בהעדר הצדדים.
המזכירות תמציא העתקים לב"כ הצדדים, בפקס.