

		בתי המשפט

ה"ע 607/05

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

29/03/2005

לפני אב בית הדין, כב' השופטת מ' שידלובסקי-אור

בעניין: כנפיים - אחזקות ארקיע בע"מ

על-ידי ב"כ עו"ד זאב שרף

המבקשת

- נ ג ד -

הממונה על ההגבלים העסקיים

על-ידי ב"כ עו"ד מיכל הלפרין

המשיב

## ה ח ל ט ה

מבוא

1. זהו פרק נוסף בסאגת מיזוגה של כנפיים עם אל על, אשר מתגלגל לפתחו של בית-הדין להגבלים עסקיים, ועניינו עררה של חברת כנפיים – אחזקות ארקיע בע"מ (להלן: "כנפיים"), על החלטת הממונה שלא לשנות את המועד שנקבע למכירת פעילות התעופה שלה, מכירה המהווה חלק מתנאי המיזוג בינה ובין חברת אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ (להלן: "אל על"). על מועד המכירה שנקבע כחלק מתנאי הממונה למיזוג הוטל חיסיון (החלטה מיום 27.9.04 בבש"א 26/04), ועל-כן הוא יכולה להלן

"מועד המכירה". תנאי המיזוג קובעים, כי אם לא יעלה בידי כנפיים למכור את פעילות התעופה שלה עד למועד, יועברו מניותיה לידי נאמן אשר יפעל למכירתה. יחד עם כתב הערר, הגישה כנפיים "בקשה בהולה למתן צווי ביניים (במעמד צד אחד)" להשהות את העברת המניות לידי הנאמן, וכן בקשה למתן צו חיסיון ולקיום הדיון בערר ובבקשה לצו ביניים בדלתיים סגורות.

למען בהירות התמונה, נתאר בקצרה את השתלשלות העניינים.

2. כנפיים ואל על הן שתי חברות תעופה ישראליות, אשר עסקו ועוסקות, בין בעצמן ובין באמצעות חברות המוחזקות על ידן, בעיקר בהובלת נוסעים בטיסות סדירות ובטיסות שכר, וכן בהובלת מטענים בדרך האוויר ובעוד מגוון שירותים בתחום התעופה. ביום 30.5.03 יצאה מדינת ישראל בהצעה לציבור, לרכוש מניות ואופציות בחברת אל על, כחלק מהליך הפרטתה. הנפקתה של חברת אל על בוצעה ביום 10.6.03, במסגרתה ולאחריה רכשה כנפיים מניות ואופציות של החברה. ביום 29.2.04 הגישה כנפיים הודעת מיזוג לממונה, זאת לאור כוונתה לממש אופציות במניות אל על, בשיעור אשר יביא למעשה למיזוג עם חברת אל על.

3. ביום 4.8.04, הודיע הממונה על הסכמתו לאשר בתנאים את המיזוג בין כנפיים ובין אל על. תנאי המיזוג באו לאוויר העולם לאחר משא ומתן בין הממונה ובין כנפיים, וניתנו בהסכמתה המלאה של כנפיים.

לאישור המיזוג נקבעו שלושה תנאים מרכזיים, כאשר עררה הנוכחי של כנפיים נסב על התנאי הראשון, הוא "תנאי המכירה" הקבוע בסעיף 1 לתנאי הממונה. תנאי זה קובע, כי עד מועד המכירה, תמכור כנפיים את מלוא פעילות התעופה שלה, למעט פעילות החכרת המטוסים, כיחידה אחת כוללת וכעסק חי, לצד שלישי בלתי תלוי שיאושר על-ידי הממונה. "פעילות התעופה של כנפיים" מוגדרת בהחלטת הממונה והיא כוללת, בין השאר, את אחזקותיה של כנפיים, במישרין או בעקיפין, בארקיע קווי תעופה ישראליים בע"מ (להלן: "ארקיע") למעט חריגים מסוימים, וכן את אחזקותיה של כנפיים בחברות ממך מסופי מטען וניטול בע"מ, קשרי תעופה בע"מ, איסתא ליינס חברת הנסיעות של הסטודנטים בישראל בע"מ, ארנון-פז (1985) בע"מ ובעוד מספר חברות נוספות.

סעיף 5 לתנאי הממונה קובע, כי אם עד מועד המכירה לא יעלה בידי כנפיים למכור את כלל פעילות התעופה כאמור, מניותיה של כנפיים בפעילות התעופה כהגדרתה יועברו לידיה של נאמן. מעת מינויו ינהג הנאמן בפעילות התעופה של כנפיים מנהג בעלים ויפעל למכירתה.

4. ביום 5.1.05, הגישה אל על ערר על החלטת הממונה לאשר בתנאים את המיזוג בינה ובין כנפיים (ה"ע 601/05). הערר נסב על התנאים שנקבעו על-ידי הממונה ולא על עצם מתן האישור המיזוג. כנפיים הייתה שותפה להליך הערר, על תקן של "משיבה פורמלית". ביום 14.3.05 הודיעו הצדדים על הסכמתם לפשרה, שגובשה בהמלצתו של בית-הדין. על-פי פשרה זו, תנאי המכירה שהוטל על כנפיים לא ישונה, ולעומת זאת נדחה מועד כניסתם לתוקף של שני התנאים הנוספים לאישור המיזוג. פשרה זו קיבלה תוקף של פסק-דין (ראו פסק-דין מיום 20.3.05), לא לפני שכנפיים הודיעה כי דירקטוריון החברה אישר את ההסכמה, אישור שלמעשה היווה תנאי לכניסתה של ההסכמה לתוקף.

עררה הנוכחי של כנפיים וטענותיה

5. טרם יבשה הדיו על הסכם הפשרה, וביום 28.3.05 הוגש עררה הנוכחי של כנפיים (ה"ע 607/05). ערר זה נסב על החלטת הממונה, שלא לשנות את תנאי אישור המיזוג מיום 4.8.04. "החלטת הממונה" אליה מכוון הערר, היא למעשה מכתביה של היועצת המשפטית לרשות ההגבלים העסקיים, עוה"ד מ' הלפרין, מימים 20, 23 ו-27 לחודש מרץ 2005, בהם מסרה היא על דחיית בקשתה של כנפיים למתן ארכה לקיום תנאי המיזוג (נספחים ה'-ו' לכתב הערר).

6. בעררה מבקשת כנפיים, כי בית-הדין יורה, בין השאר, על הארכת המועד למכירת פעילות התעופה לפחות ב-12 חודשים נוספים ממועד המכירה, וכמו-כן לאפשר את מכירת פעילות התעופה במתכונת של "עסק חי" להבדיל ממכירת מניות.

לטענתה של כנפיים, בקשתה להארכת המועד למכירת פעילות התעופה שלה נובעת מ"שינוי נסיבות מהותי וחריג אשר לא ניתן היה לצפותו". בין אותן נסיבות אותם מונה כנפיים בעררה נזכיר את הנסיבות הבאות: עלייה קיצונית ובלתי צפויה בחודשים האחרונים במחירי הדלק למטוסים, אשר השפיעה לשיטתה של כנפיים על הרווחיות בענף התעופה, וממילא על נכונותם של רוכשים פוטנציאליים לשאת ולתת על רכישת פעילות התעופה שלה, או לרוכשה במחיר סביר והוגן; מכשלות גבוהות במכירת מניות ארקיע בשל היבטי מיסוי כבדים; קושי בקבלת אישורו של תאגיד תות – תאגיד תעופה ותיירות בע"מ, הנמצא בבעלות עובדי ארקיע והמחזיק ב-25% ממניות ארקיע, בשל סכסוך משפטי בין חבריו; חשיפתו של מועד המכירה, אשר היה חסוי בפני צדדים שלישיים. לדברי כנפיים, גורמים המצויים במשא ומתן לרכישת פעילות התעופה שלה, מבכרים להמתין עד העברת מניותיה לידי נאמן, מתוך הנחה כי יקל עליהם לנהל משא ומתן על הרכישה, וירכשו את פעילות התעופה במחיר נמוך יותר.

כנפיים טוענת, כי הנזק שייגרם לה כתוצאה מהעברת פעילות התעופה לידי נאמן הוא עצום ורב, ולו בשל העובדה כי אינטרס הנאמן למקסם את תמורת המכירה של פעילות התעופה נופל מזה של כנפיים שלה אינטרס קנייני וישיר בפעילות זו. לדברי כנפיים, העברת המניות לידי נאמן עלולה לגרום לבנקים המממנים להעמיד הלוואות לפירעון מיידי או לרעה משמעותית בתנאי ההלוואות, דבר שיביא לפגיעה בפעילותה. מנגד, לשיטת כנפיים לא צפויה פגיעה בתחרות כתוצאה מהארכת מועד המכירה, בין השאר בשל העובדה כי כיום אין זהות פרסונאלית בין מנהלי ארקיע ואל על ובין חברי הדירקטוריון של שתי החברות. מוסיפה כנפיים, כי ארקיע פועלת על-פי תוכנית עסקית, אשר תוכננה מראש וכוללת תחרות בחברות המתחרות, וכיניהן אל על.

7. כאמור, יחד עם הגשת הערר הגישה כנפיים בקשה בהולה למתן צווי ביניים (בש"א 118/05), אשר יורו על עיכוב העברת מניותיה של כנפיים לידיו של נאמן, עד למתן פסק-דין בערר. על-פי סעיף 5 לתנאי הממונה צפויות לעבור לידי הנאמן אם כנפיים לא תשלים את מכירת פעילות התעופה שלה עד עד מועד המכירה. כנפיים מבקשת בנוסף, כי הגשת הדיון בערר ובבקשה לצו ביניים יתקיים בדלתיים סגורות, וכי בית-הדין יורה על חסוי מועד המכירה החדש שייקבע על-ידי בית-הדין, על-מנת לאפשר לה ניהול משא-ומתן בתנאי שוק מקובלים.

לנוכח דחיפות העניין, נערך דיון בבקשה למתן צו ביניים בו ביום, במהלכו העלה הממונה את טיעונו בעל-פה, שכן לא היה סיפק להורות על הגשת תגובה בכתב.

#### טענות הממונה

8. בפתח דבריה, טענה באת-כוח הממונה, עוה"ד הלפרין, לחוסר סמכותו של בית-הדין לדון בהליך הערר העיקרי, דבר המשליך לשיטתה על סמכותו ליתן צו ביניים מכוח סעיף 36 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים") או מכוח סעיף 33 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992 (להלן: "חוק בתי דין מינהליים"). עוד טוענת באת-כוח הממונה, כי שינויי הנסיבות עליהם מצביעה כנפיים, אינם מחייבים את הארכת מועד המכירה, וכי מכל מקום הארכת מועד המכירה אין בה כדי לשנות את פני הדברים. עוה"ד הלפרין מציינת, כי המצב בו כנפיים שולטת הן בארקיע והן באל על אינו רצוי מבחינה תחרותית, זאת מעבר לעניין המסר הציבורי בנוגע לקיום תנאים שהושתו על-ידי הממונה.

#### דיון

9. לאחר עיון בכתב הערר ובבקשות שהוגשו על-ידי כנפיים, ולאחר ששמעתי את טענות הצדדים, הגעתי למסקנה כי יש למחוק את הערר ואת הבקשה למתן צו ביניים אשר נכרכה יחד עמו, מהטעם שבית-הדין נעדר סמכות לדון בהן.

10. סעיף 22 לחוק ההגבלים העסקיים, שעניינו זכות הערר על החלטת הממונה בקשר למיזוג חברות, קובע כלהלן:

"(א) התנגד הממונה למיזוג חברות, או התנה את הסכמתו בתנאים, רשאית כל אחת מהחברות המבקשות להתמזג להגיש ערר לבית הדין תוך שלושים ימים מיום שקיבלה את החלטת הממונה.

(ב) הסכים הממונה למיזוג חברות, בין בתנאים ובין ללא תנאים, רשאים כל אדם

העלול להיפגע מן המיזוג, איגוד עסקי וכן  
ארגון צרכנים להגיש לבית הדין ערר על  
החלטת הממונה, תוך שלושים ימים מיום  
שהודעה על החלטת הממונה פורסמה בשני  
עיתונים יומיים.

אני סבורה, כי לא ניתן לראות במכתביה של היועצת המשפטית של הרשות  
להגבלים עסקיים, אשר הופנו לבאי-כוחה של כנפיים ובהם הודיעה על דחיית בקשתה  
של האחרונה להאריך את המועד ליישום תנאי המיזוג, משום החלטה המקנה זכות ערר,  
כאמור בסעיף 22(א) לחוק ההגבלים העסקיים (השוו בקשה (י-ם) 40/98 (ערר 7/98)  
תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ ואח' נ' הממונה על  
ההגבלים העסקיים (לא פורסם); ה"ע (י-ם) 8005/03 הממונה על ההגבלים העסקיים  
נ' דובק בע"מ, דינים מחוזי, כרך לג(10) 526, סעיפים 17-19 להחלטה). בענייננו,  
החלטת הממונה לגביה קיימת זכות ערר, היא החלטתו מיום 4.8.04, בה אישר את  
המיזוג בתנאים. אכן, לממונה סמכות לעיין מחדש בהחלטתו, לבטלה, לתקנה או  
לשנותה (ראו בג"צ 326/96 כספי ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח', פ"ד  
נ(5) 133, 151-153), אולם לשונו של החוק ברורה היא, החוק לא מקנה זכות לערור על  
הימנעותו של הממונה מלשנות תנאי מיזוג אותם קבע. החלטה זו, ככל החלטה  
מינהלית, אשר ערר עליה אינה מצויה בסמכותו של בית-משפט או בית-דין אחר (סעיף  
15(ג) לחוק יסוד: השפיטה), כפופה לביקורתו של בית-המשפט העליון בשבתו כבית  
משפט גבוה לצדק, אשר יבחן את סבירותה (ראו גם ה"ע (י-ם) 1/95 הממונה על  
ההגבלים העסקיים נ' נשר מפעלי מלט ישראליים בע"מ ואח', דינים מחוזי, כרך לב(6)  
665, סעיף 10 לפסק-הדין).

עולה אפוא, כי בית-דין זה נעדר סמכות לדון בערר אותו הגישה כנפיים, ומכאן  
כי יש למוחקו על הסף, כאמור בסעיף 24 לחוק בתי דין מינהליים (בש"א (י-ם) 6/04  
(ה"ע 505/04) אוזון ישראל – לאיכות הסביבה בע"מ ואח' נ' תאגיד איסוף מיכלי  
משקה בע"מ ואח', דינים מחוזי, כרך לד(3), 1).

11. מחיקת הערר מביאה מניה וביה גם למחיקת הבקשות שהוגשו בגדרו, ואנמק. סעיף 36 לחוק ההגבלים העסקיים קובע, כי "בכל עניין שהובא לפני בית הדין או לפני אב בית הדין, רשאי בית הדין או אב בית הדין להוציא צו ביניים, אם מצאו כי מן הראוי לעשות כן בנסיבות העניין." משנמחק הערר, הרי שאין עוד בפני בית-הדין כל עניין, ולכן נעדר הוא סמכות ליתן צו ביניים (ראו בש"א (י-ם) 18/04, 19 אקו"ם בע"מ – אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי, כרך לד(4), 742).

אף בסעיף 33(א) לחוק בתי-דין מינהליים, לא ימצא מזורה של כנפיים, שהרי גם סעיף זה דורש הגשתו של ערר, כתנאי לעיכוב ביצועה של ההחלטה נשוא הערר, מה גם שהנסיבות העניין לא הסעד אותו מבקשת כנפיים, שינוי תנאי המכירה, אינו שקול לעיכוב ביצוע החלטה הדוחה בקשה זו.

אני ערה לחששה של כנפיים ומשפחת בורוביץ העומדת בראשה, מפני פגיעה בקניינם לאחר העברת מניותיה של כנפיים בפעילות התעופה שלה לידיו של נאמן, אולם כמבואר לעיל בית-דין זה אינו מוסמך להעניק להם סעד בנסיבות העניין.

12. בא-כוחה של כנפיים, עוה"ד שרף, ביקש לחילופין כי בית-הדין ייתן סעד ארעי של עיכוב כניסתו לתוקף של מועד המכירה למשך ימים מספר, זאת כדי שניתן יהיה לפנות לבית-המשפט הגבוה לצדק. איני רואה לנכון להורות כך.

כל הנסיבות עליהן הצביעה כנפיים כנסיבות מיוחדות, הגורמות לשינוי במצב שהיה בעת אישור המיזוג, היו ידועות זה מכבר: מועד המכירה נקבע בהסכמת כנפיים לאחר שהממונה הסכים כי זה יהיה מאוחר למועד המיזוג (תוך הפקדת בטחונות); עליית מחירי דלק המטוסים התרחשה באופן הדרגתי המשך מספר חודשים; בעיות המס והמימון הבנקאי היו ידועות וצפויות מאז ההסכמה על המיזוג; צו המניעה הזמני שהוצא במסגרת הסכסוך המשפטי בו נתונים העובדים (בש"א (ת"א) 1863/05 (ה"פ 139/05) חמיצר נ' תות-תאגיד תעופה ותיירות בע"מ), ואשר מקשה לדבריה של כנפיים על מכירת פעילות התעופה, ניתן עוד ביום 11.1.05 (בהערת אגב אוסיף, כי צו המניעה חל על חלקם של העובדים במניות ארקיע ולא על חלקה של כנפיים); הדלפת מועד המכירה, אשר לטענת כנפיים בוצעה על-ידי הממונה ופגעה בתהליך המכירה,

בוצעה, כך לדברי כנפיים, עוד בחודש אוקטובר 2004 (סעיף 25 לכתב הערר). אוסיף, כי לאחר קריאת מכתבה של עוה"ד הלפרין מיום 27.3.05, ובמיוחד סעיף 6 לו, לא השתכנעתי כי הממונה שינה בפתאומיות ובאופן מהותי את דרך מכירת פעילות התעופה של כנפיים.

אני סבורה, כי כנפיים יכלה, ומן הראוי כי הייתה עושה כן, להעלות את קשייה במסגרת הליך הערר אותו הגישה אל על, על החלטת הממונה, ערר לו הייתה שותפה כנפיים ואשר הסתיים בפסק-דין אשר אישר את הסכם הפשרה אליו הגיעו הצדדים ביום 14.3.05 בהמלצת בית-הדין. על-פי ההסכמה, התנאי המחייב את כנפיים למכור את פעילות התעופה שלה עד ליום 31.3.05, ככתבו וכלשונו בתנאי הממונה, נותר בעינו. בהודעה מיום 16.3.05, מסרה באת-כוח כנפיים דאז, עוה"ד ר' אמיר-יניב, כי ההסכם אושר על-ידי דירקטוריון כנפיים, אישור שהיווה תנאי לכניסת הסכם הפשרה לתוקף.

13. בשולי הדברים אעיר, כי העניין אותו מעלה כנפיים אינו מעורר סוגיות מתחום דיני התחרות המצריכים מומחיות של ממש, שכן מוסכם על הצדדים כי האינטרס הציבורי בקיומה של תחרות בענף התעופה מחייב בסופו של יום את מכירת פעילות התעופה של כנפיים, כתנאי לשליטתה באל על.

14. לאחר שדבר הגשת הערר והבקשות שבגדרו פורסמו באמצעי התקשורת, לא מצאתי לנכון להורות על חיסוי החלטה זו.

לאור האמור לעיל, אני מורה על מחיקה על הסף של הערר (ה"ע 607/05) ושל הבקשה למתן צו ביניים (כש"א 118/05), ודוחה את הבקשה למתן סעד ארעי.

ניתנה היום, י"ח באדר ב' תשס"ה (29 במרץ 2005), בהעדר הצדדים.  
המזכירות תמציא העתקים לב"כ הצדדים, בפקס.



---

מיכאלה שידלובסקי-אור, שופטת  
אב בית הדין