

בתי המשפט

בש"א 7528/03	<u>בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים</u> לפני: כבוד השופט יהונתן עדיאל - אב בית הדין
בש"א 7532/02	
ה"ע 7013/02	
23/06/2003	

בעניין: 1. הממונה על ההגבלים העסקיים

ע"י ב"כ עו"ד ניבה לבנת-ברג
 מרשות ההגבלים העסקיים

המבקש בבש"א 7528/02

2. פודהורצר החזקות (1993) בע"מ

3. אייל פודהורצר

4. נתלי פודהורצר

5. דנה גרמן

ע"י ב"כ עוה"ד פישר, בכר, חן ושות'

המבקשים בבש"א 7532/02

- נ ג ד -

1. טמפו תעשיות בירה בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד צבי אגמון ואח'

המשיבה

2. החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ

3. נביעות טבע הגליל בע"מ

משיבים פורמליים

החלטה

1. טמפו תעשיות בירה בע"מ (להלן – "טמפו") הגישה ערר על החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים, בה שונו תנאי המיזוג שבין החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (להלן – קוקה-קולה) לבין נביעות טבע הגליל בע"מ (להלן – נביעות).

2. על-פי ההחלטה המקורית של הממונה, אושר המיזוג בין קוקה-קולה לבין נביעות על-פי עסקה, שבה רכשה קוקה-קולה כ-40% ממניות נביעות מידי משפחת פודהורצר.

3. על-פי הנטען בערר, אחת הבעיות המרכזיות אשר עורר המיזוג מבחינת דיני התחרות, הייתה נעוצה בכך שקבוצת פודהורצר אשר החזיקה 85% ממניות נביעות, החזיקה בה בעת גם בכ-45% ממניות טמפו. בהיות טמפו וקוקה-קולה מתחרות עיקריות בתחום המשקאות הקלים, העלה המיזוג חשש מפני שיתוף פעולה אפשרי בין קוקה-קולה לבין קבוצת פודהורצר, אשר יביא לניצול כוחה של קבוצה זו מכוח אחזקותיה במניות טמפו על מנת להשפיע על פעילותה של טמפו בתחומים בהם היא מתחרה בקוקה-קולה ובדרך זו לפגוע בתחרות בין טמפו לבין קוקה-קולה.

כדי להפיג חשש זה נקבעו בהחלטת הממונה מספר הוראות. בין היתר נקבע, שקבוצת פודהורצר תמנה נאמן ותעביר לו (לפי בחירתה) את מניותיה בנביעות או את מניותיה בטמפו וכי הנאמן יפעל באופן עצמאי בהתחשב בטובת החברה והאינטרסים של פודהורצר בכשירותו כבעל מניות בה, מבלי להיוועץ בפודהורצר בכל דבר ועניין. משפחת פודהורצר בחרה להעביר לנאמן את מניותיה בחברת טמפו. עוד נקבע בהחלטה המקורית של הממונה אשר אישרה את המיזוג בתנאים, כי פודהורצר ימנע מניצול כוחו כבעל מניות בטמפו ובנביעות באופן שיש בו כדי להשפיע, במישרין או בעקיפין, על התחרות בין טמפו או בעלי מניותיה האחרים לבין קוקה-קולה או על התחרות שבין טמפו או בעלי מניותיה האחרים לנביעות ובעלי מניותיה האחרים.

4. ביום 8.8.2002 החליט הממונה לשנות את תנאי המיזוג במובן זה, שעל אף האמור בתנאים שנקבעו בהחלטתו המקורית, יוכלו שניים מבני משפחת פודהורצר, אייל ונתלי פודהורצר להחזיק יחדיו, שלא באמצעות נאמן, ב-200,000 ממניות טמפו (שהם 1% ממניות טמפו) ודנה גורמן, גם היא בת למשפחת פודהורצר, תוכל להחזיק ב-200,000 מניות נוספות של חברת טמפו. בסה"כ הותר לקבוצת פודהורצר על-פי החלטה זו, להחזיק, שלא באמצעות נאמן, ב-2% ממניות טמפו.

5. הקלה זו ניתנה, לפי החומר שלפני, כדי למנוע מחיקת הרישום של מניות טמפו מהמסחר בבורסה.

6. טמפו טוענת בעררה, שהמצג אשר הוצג בפני הממונה, לפיו עסקה זו נדרשה לצורך מניעת מחיקת מניותיה של טמפו מהמסחר בבורסה אינו נכון וכי עמדו בפני פודהורצר אמצעים אחרים למנוע את המחיקה. אולם טענה זו אינה עומדת לדיון בהליך הנוכחי.

7. לטענת טמפו, הקלה זו שנתן הממונה בהחלטתו על תיקון תנאי המיזוג עשויה לפגוע בה ובתחרות, בכך שהיא תאפשר לקבוצת פודהורצר להשפיע על פעילותה של חברת טמפו בדרך הפוגעת בכושרה של חברה זו להתחרות בקוקה-קולה.

הפגיעה הצפויה נעוצה, לטענת טמפו, באפשרות שההעברה תעניק לנעברים זכות וטו על תהליכים עסקיים רבים של החברה ובעיקר על תהליכים עסקיים הקשורים בשותף האסטרטגי בחברה – חברת היינקן. על-פי דין, מסבירה חברת טמפו בעררה, כל עסקה בין חברת טמפו לבין חברת היינקן הינה עסקה שניתן להגדירה כעסקה עם בעל שליטה, או כעסקה עם בעל עניין. עסקאות אלה מחייבות, לעיתים, אישורים של האסיפה הכללית ככלל, ובפרט של בעלי מניות שאינם "נגועים". זאת, אם מדובר בעסקה חריגה כמשמעה בסעיף 270(4) לחוק החברות, אשר דורשת, מכוח סעיף 275(א)(3) לחוק, שבמניין קולות הרוב המאשרים את העסקה באסיפה הכללית יכללו לפחות שליש מכלל קולות בעלי המניות שאינם בעלי עניין אישי באישור העסקה, הנוכחים באסיפה.

לטענת טמפו, חלק ניכר מעסקי החברה כרוך באישורים כאמור לעיל. לעניין זה נודעת חשיבות מיוחדת, לפי הטענה, על רקע קשריה של חברת טמפו עם חברת היינקן, שהינה שותף אסטרטגי בחברת טמפו. מדובר בחברה אדירת מימדים עם פוטנציאל עסקי עצום שלחברת טמפו תוכניות לשיתופי פעולה עימה אשר יעמיקו וירחיבו את מגוון המוצרים המיוצרים ומשווקים על-ידי חברת טמפו, וממילא את התחרות בשווקים הרלוונטיים.

מתן זכות וטו לקבוצת פודהורצר לכל עסקה הכרוכה באישור בעלי מניות "בלתי נגועים", כאשר קבוצת פודהורצר קשורה במיזם משותף מהותי עם חברת קוקה-קולה, נטען, מאפשרת למי שיש לו קשרים עסקיים מהותיים עם חברה מתחרה - קוקה-קולה - לחסום פעילות עסקית זאת והינה מתכון בדוק לפגיעה בתחרות.

על רקע זה מבקשת טמפו בערר לבטל את החלטת הממונה ולמנוע את העברת המניות על-פי בקשת קבוצת פודהורצר. לחילופין, מתבקש בית הדין, להוסיף לתנאי המיזוג תנאי, לפיו לילדי קבוצת פודהורצר לא תהא זכות הצבעה מכוח המניות שהועברו אליהם ו/או זכות לקבלת מידע ו/או השתתפות באסיפות הכלליות של החברה, כל עוד לקבוצת פודהורצר קשרים עסקיים עם חברת קוקה-קולה.

8. הממונה וקבוצת פודהורצר מבקשים לסלק את הערר על הסף.

הבקשה מבוססת בעיקר על הטענה, שהערר אינו מגלה פגיעת הגבל עסקי. על-פי טענה זו, גם אם נניח לטובתה של טמפו, כי חששותיה בדבר ניגוד העניינים של ילדי פודהורצר אינם חששות רחוקים ומופרכים, וגם אם נניח לטובתה של טמפו, כי ייגרם לה נזק כתוצאה מהצבעתם

הנגועה של ילדי פודהורצר, עדיין לא ברור במה תינזק התחרות. שהרי, מזכיר הממונה בבקשתו, פגיעה במתחרה אינה פגיעה בתחרות. לטענת הממונה, העובדה שבעלי המניות בטמפו מצויים במאבקי שליטה ביניהם אינה נוגעת לענייננו ואינה צריכה להביא להפעלת דיני ההגבלים העסקיים כדי לסייע לצד זה או אחר בסכסוכים שבין קבוצת השליטה בטמפו לבין בעלי מניות המיעוט בה. אם סבורה העוררת שקבוצת פודהורצר תעשה שימוש שלא כדין בזכותה במניות החברה, מוסיף וטוען הממונה, עליה למצוא את סעדיה בתחום דיני התאגידים ולא בתחום דיני ההגבלים העסקיים. הממונה סומך את טענתו, בין היתר, על פסיקה אמריקאית אשר קבעה, שהחשש כי רכישת מניות בחברה (בנק) על ידי אדם שיוכל מכוח המניות שבידו לכפות על הבנק עסקאות הנוגדות את טובתו, בהעדיפו אינטרסים אישיים שלו על פני אינטרסים של הבנק, אינה פגיעת הגבל עסקי (Central National Bank v. H.E., Rainbolt, 720 F.2d 1183(1983)).

9. בשלב זה אינני רואה צורך לצלול לעומקה של שאלת המעמד הנדרש ממי שמבקש לתקוף את החלטת הממונה המאשרת מיזוג, גם לא לשאלה הנוגעת לפגיעת ההגבל העסקי. לענייננו די בכך שהחלטתו (המקורית) של הממונה עצמה בוססה על ההנחה שמבנה אחזקות שבו בעל מניות מהותי בטמפו קשור בשותפות עסקית עם המתחרה העיקרי של טמפו הוא בעייתי ומצדיק הגבלת זכויותיה של קבוצת פודהורצר בחברת טמפו. שיקול זה חל, בעקרון, גם לגבי ההחלטה המתקנת, ודי בו כדי לדחות את הבקשה למחוק את הערר על הסף. מעבר לנדרש אציין, שהפסיקה האמריקאית בנושא זה אינה אחידה. כך, מציינים מחברי Antitrust Law Developments בהוצאת ה-American Bar Association :

"Although the Supreme Court's discussion of the foregoing factors has brought greater uniformity to the lower courts' standing analyses, unresolved conflicts remain over...

(6) Whether a takeover target has standing to challenge the takeover".

(p. 778-780).

וכן :

"Since *Cargill*, several decisions have denied standing, finding that the target's injuries did not result from the impact of the acquisition on competition, but rather from the change in corporate control, and emphasizing the tendency of target management to use antitrust defenses to entrench themselves rather than protect

competition. However, several post-*Cargill* courts have grants standing to targets on the ground that their loss of ability to compete in the market constituted antitrust injury".

(p. 384)

10. בתגובתו של הממונה לתשובת טמפו לבקשה למחיקת הערר הממונה איננו חוזר עוד על טענתו המקורית אלא מעלה שלוש טענות חדשות. הטענה האחת היא, שגם אם ההקלה בתנאי המיזוג תביא לצמצום התחרות בין טמפו לנביעות בשוק המים המינרליים ובין טמפו לקוקה-קולה בשוק המשקאות כולו, הדבר לא יגרום לפגיעה בטמפו. זאת, משום שריסון התחרות אך מיטיב עם המתחרים ומאפשר להם לצמצם תפוקה ולהעלות מחיר. טענה נוספת שמעלה הממונה בתשובתו, היא שעל מנת להראות פגיעת הגבל עסקי על העוררת להראות כי כתוצאה מהמיזוג נוצר כוח שוק שבעטיו נגרמה פגיעתה של העוררת.

11. טענות אלה שעניינן בהשפעת התיקון (של ההחלטה) על כוח השוק של קוקה-קולה ונביעות ועל יכולתן לפגוע בטמפו, כמו גם בהשפעת הפגיעה בתחרות עקב התיקון (אם תגרם פגיעה כזאת) על רווחיה של טמפו, תדונה במסגרת בירור הדיון בערר לגופו, ואין מקום לדון בהן בשלב מקדמי זה של דחיית הערר על הסף.

12. טענה נוספת של הממונה, שגם היא עלתה לראשונה בסיכומי התשובה שלו, היא שהחלטתו האחרונה של הממונה בדבר ההקלה בתנאי המיזוג לא שינתה לגבי העניין נשוא הערר דבר. זאת, משום שעוד בהחלטתו המקורית הגביל הממונה את קבוצת פודהורצר במימוש זכות ההצבעה שלה באסיפות הכלליות לגבי אישור עסקאות עם בעלי עניין רק בנוגע לעסקאות בתחום המים המינרליים ולא הגביל זכות הצבעה זו לגבי עסקאות אחרות (סעיף 3ג) (להחלטה).

מכאן, טוען הממונה, שהתרחיש אשר עומד בבסיס הערר של טמפו, לפיו ילדי פודהורצר יוכלו לסכל עסקאות בין טמפו לבין חברת היינקן, באמצעות הצבעה באסיפה הכללית בה יובאו עסקאות אלה לאישור - אינו תוצאה של ההקלה בתנאי המיזוג. ככל שתרחיש זה אפשרי כיום, הוא היה אפשרי גם במסגרת התנאים שנקבעו בהחלטה המקורית. לטענת הממונה, משנמנעה טמפו לערור על ההחלטה המקורית ועל התנאים שנקבעו בה, ומשקיבלה את קביעת הממונה כי אין בתרחיש עליו מיוסד הערר כדי להקים חשש מפגיעה בתחרות, עררה היום על ההקלה בתנאי המיזוג איננו אלא ניסיון לנצל את ההזדמנות שנקרתה לה, על מנת לערור על התנאים המקוריים ולגייס את דיני ההגבלים העסקיים ככלי במאבק השליטה בין בעלי מניותיה, וזאת אין בידה לעשות.

13. כאמור, טענה זו עלתה לראשונה בטיעוני התגובה של הממונה, היא אינה נזכרת בבקשתו המקורית של הממונה ועל כן גם אין בפני תשובתה של טמפו לטענה זו. די בכך כדי לדחות את הטענה. מעבר לכך, גם מטיעון זה של הממונה עולה שהחלטת התיקון שינתה מההחלטה

המקורית לגבי השימוש בזכות ההצבעה של קבוצת פודהורצר לפחות בנוגע לעסקאות בתחום המים המינרליים וגם בכך די כדי לדחות את הבקשה.

14. הממונה וקבוצת פודהורצר טוענים שכתב הערר אינו מכיל פירוט מינימלי בדבר הפגיעה בתחרות בשווקים הרלוונטיים הנשקפת, לטענת העוררת, מההחלטה.

לעניין זה מקובל עלי שהערר נעדר פירוט מספיק בדבר השווקים בהם מדובר, חלקן של העוררת, קוקה-קולה, נביעות ומתחרים אחרים באותם שווקים, ומאפייני התחרות באותם שווקים, כמו חסמי כניסה וגורמים אחרים העשויים להיות רלבנטיים לצורך הערכת הפגיעה בתחרות או בציבור הנשקפת מההחלטה. עם זאת, אני סבור שאין מקום בשלב זה למחוק את הערר בשל העדר הפירוט, ויש לאפשר לעוררת, אם רצונה בכך, לתקן את הערר. לפיכך, העוררת תוכל להגיש כתב ערר מתוקן בתוך 20 יום. הממונה וקבוצת פודהורצר יוכלו לתקן את תגובותיהם לערר בתוך 20 יום ממועד קבלת הערר המתוקן. תקופת הפגרה תמנה במניין הימים.

15. התוצאה היא שבכפוף לעניין תיקון הערר, הבקשה נדחית.

אין צו להוצאות.

ניתנה היום, כ"ג בסיון תשס"ג (23 ביוני 2003), בהעדר.

המזכירות תמציא העתק ההחלטה לב"כ הצדדים.

י' עדיאל, שופט

אב בית הדין