



בית המשפט

בש"א 113/05
ה"ע 602/05

בית הדין להגבלים עסקיים י-ם

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

בעניין: **שטראוס עלית**
ע"י ב"כ עו"ד נ' זקלר

העוררת

נ ג ד

1. **הממונה על הגבלים עסקיים**
ע"י עו"ד מ' רוטשילד
2. **קופי טו גו שיווק (1997) בע"מ**
ע"י עו"ד מ' עמבר

המשיבים

פסק - דין

1. לפני בקשת הממונה לסילוק הערר על הסף בשל חוסר סמכות. ביסוד הערר מונחת החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים, מיום 24.10.04, שלא לבחון את הודעות המיזוג (להלן – ההודעות) שנשלחו ע"י העוררת וע"י המשיבה 2, קופי טו גו שיווק 1997 - החלטה עליה הודיע במכתב מאותו היום (להלן – המכתב), שבו נכתב: "במהלך הבחינה שנערכה ברשות, עלה כי כתוצאה משורת הסכמים שנחתמו בשנת 2002 כבר בוצע מיזוג בפועל בין החברות לאור כך לא תיבדקנה הודעות המיזוג שהוגשו לאחרונה".

לטענת הממונה, זכות ערר קיימת אך ורק במקום שבו היא מוענקת בחוק ולא נקבעה בחוק זכות ערר על האמור במכתב, דהיינו, על החלטת הממונה **שלא לדון** בהודעות המיזוג. לשיטת הממונה, אין זו התנגדות למיזוג, וגם לא הסכמה למיזוג המותנית בתנאים, כאשר רק במקרים אלו הוקנתה לצדדים למיזוג זכות ערר לבית הדין להגבלים עסקיים, על פי סעיף 22 לחוק ההגבלים העסקיים הקובע בס"ק(א):



בית המשפט

בש"א 113/05
ה"ע 602/05

בית הדין לחגבלים עסקיים י-ם

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

"התנגד הממונה למיזוג חברות או התנה את הסכמתו בתנאים,
רשאית כל אחת מהחברות המבקשות להתמזג להגיש ערר לבית
הדין..."

ב"כ העוררת טוען מנגד כי החלטת הממונה שלא לדון בהודעות המיזוג
כמוה כהתנגדות למיזוג, ולחלופין, כמוה כהסכמה למיזוג.

2. דומה שהטיעון החלופי הננקט ע"י ב"כ העוררת יש בו כדי להכביד על
טענתו האחרת, לפיה החלטת הממונה כמוה כהתנגדות, בהבליטו את
הקשיים בראיית ההחלטה כנכנסת לאחת האפשרויות (התנגדות או
הסכמה). לענין ראיית ההחלטה כהתנגדות, מטעים ב"כ העוררת כי
בפועל החלטה זו מונעת את המיזוג. לדבריו, בפועל עוצרת ההחלטה את
המיזוג, מאחר שבהעדר הסכמה למיזוג תפרנה החברות את הוראות
חוק החגבלים העסקיים בביצועו, ותמצאנה עוברות עבירה פלילית. עוד
טוען ב"כ העוררת כי מתגובת הממונה עולה כי הממונה החליט
ל"העניש" את החברות על כך שלא מסרו הודעת מיזוג לגבי הסכמי
שיתוף פעולה שהיו קיימים ביניהן בעבר (אשר לדעת החברות הם אינם
בגדר מיזוג חברות), וזה הטעם לסירובו להסכים למיזוג שלגביו נמסרו
ההודעות. ב"כ העוררת מוסיף וטוען כי על פי ס' 20, 21, 22 ו-22(א)
לחוק, הממונה חייב להודיע הודעה שהוגדרה במדויק בחקיקה "אם
הוא מסכים למיזוג או מתנגד לו או מתנה אותו בתנאים", ואם כך,
ממשיך הוא וטוען, הממונה לא הוסמך להודיע לצדדים הודעה אחרת,
ובפרט לא הודעה מהסוג שהוא לא דן בבקשת המיזוג.

לענין ראיית האמור במכתב כהסכמה, מפנה ב"כ העוררת לעובדה
שהחוק קבע סנקציה ברורה למחדל של הממונה באי-מתן הודעה כאמור
– בקובעו, בסעיף 20(ב), כי אי-מתן ההודעה דינו כהודעה על הסכמה.



בית המשפט

בש"א 113/05
ה"ע 602/05

בית הדין להגבלים עסקיים י-ם

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

3. אין בידי לקבל את הטענה שההחלטה שלא לדון זהה להתנגדות או זהה להסכמה. גם בעובדה שחברות המעוניינות לכבד את החוק יראו בהחלטת הממונה שלא לדון במיזוגן משום מעצור למיזוג, אין די כדי להביא לקביעה שהחלטת הממונה שלא לדון בו שקולה להתנגדות. אני סבורה כי לא די בתוצאה דומה להתנגדות כדי להביא למסקנה שהחלטה שלא לדון היא למעשה התנגדות. לשיטתי, הקובע לענין זכות הערר הוא, שאין בהחלטה שלא לדון משום התייחסות לגופו של ענין, לחיוב או לשלילה. באופן כזה, גם אין בה התייחסות כלשהי לנושא התחרות. ויוטעם, אפשר שהחלטה מעין זו פסולה, למשל בשל ההיבט ה"עונשי" שלה, או משיקולים מינהליים אחרים, ואולם, אין די בכך כדי להצמיח זכות ערר בגדרו של סעיף 22. לכך, שני טעמים מרכזיים:

א. אכן, כטענת באת-כח הממונה, זכות ערר קיימת אך ורק במקום שבו היא מוענקת מפורשות בחוק. ראו: זוסמן, **סדרי הדין האזרחי** מהדורה שביעית, 1995, עמ' 751, וספרו של ד"ר ש' לוי, **תורת הפרוצדורה האזרחית 1999**, עמ' 30, בו נאמר:

"שהרי – כך נקבע – אין זכות הערעור זכות טבעית המובנת מאליה ואין היא מוקנית אלא בהוראת חוק. הלכה זו צועדת בתלם של הלכות קודמות של בית המשפט העליון, הקובעת שהערעור הוא זכות מהותית שאינה מוענקת אלא בגזירת החוק".

ובע"א 4843/91, **אוסם תעשיות מזון בע"מ נ' עלית תעשיות מזון ישראליות בע"מ ואח'**, פ"ד (מו) 1, 876, בעמ' 878, נאמר מפי כב' השופט (כתוארו אז) א' ברק –

"זכות הערעור אינה זכות טבעית והיא מוענקת רק מכח הוראת חוק. על המערער לעגן את ערעורו בהוראת חוק כלשהי".



בית המשפט

בש"א 113/05
ה"ע 602/05

בית הדין להגבלים עסקיים י-ם

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

וכפי שהדגישה באת-כח הממונה, בית הדין להגבלים עסקיים הבהיר לא פעם כי לא קיימת לפניו זכות ערר כללית על החלטות הממונה על הגבלים עסקיים. ראו למשל, תיק מוני' 1/95, **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' נשר מפעלי מלט ישראליים ואח' – שבו קבע בית הדין: "מקום שהמחוקק ביקש לכפוף החלטות מסוימות של הממונה לביקורתנו הוא קבע זאת במפורש (ראו, למשל, סעיפים 15, 22, 28, 43 לחוק)".**

אוסף כי, גם לא מצאתי מקור אחר לזכות הערר לפני בית הדין להגבלים עסקיים, כך גם לא בחוק בתי דין מנהליים, שטיעונה של העוררת עשה בו שימוש.

ב. לשיקול האמור, שעניינו מהותה של זכות הערעור, חובר שיקול נוסף, הקשור למהות תפקידו של בית הדין להגבלים עסקיים. מקובל עלי כי מן הראוי שתופעל ביקורת שיפוטית על החלטת הממונה שבה מדובר. ואולם, מקובלת עלי עמדת הממונה, שהמקום הנכון להפעלת הביקורת אינו בית הדין להגבלים עסקיים. הקשיים שמעוררת ההחלטה בה מדובר הם קשיים מינהליים באופיים: האם החלטת הממונה "שלא להחליט" היא סבירה ועומדת בדרישות שבהן אמורה לעמוד החלטת רשות מינהלית. שאלה מעין זו אינה צריכה להיבחן דווקא ע"י בית הדין, שמומחיותו היא "התחרות": ראו, החלטת כב' השופטת מ' שידלובסקי-אור, בה"ע 607/05, כנפיים – אחזקות ארקיע בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, סעיף 13. אמנם, לא ניתן להתעלם מכך שבפועל אף לאי-התייחסות למיזוג יש תוצאה תחרותית, ואולם, לפי שעה, הממונה לא נקטע עמדה בהיבט התחרותי. יתר על כן, באת-כח הממונה מדגישה בהקשר זה כי הממונה הבהיר שבדעתו לפרסם קביעה על פי סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים, לפיה פעולות שטראוס-עלית וקופי טו גו בשנתיים שקדמו למסירת ההודעה הם מיזוג בפועל. באת-כח הממונה טוענת כי, סוגיה זו היא לב המחלוקת בין



בית המשפט

בש"א 113/05
ה"ע 602/05

בית הדין להגבלים עסקיים י-ם

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי


הצדדים ועל החלטה מעין זו מוקנית זכות ערעור לבית דין. ברם, הודעה זו בדבר כוונה עתידית של הממונה לא נוקבת זמן, ולכן אין בידי לקבלה כנתון ממשי היכול להסיר את הנושא מעל הפרק. ברם, גם כך, עדיין נותרת החלטת הממונה כקביעה שאינה מתחום התחרות ושאינה מעמידה זכות ערר לבית הדין. ויוטעם, אין לחשוש שמא בהחלטה לפיה לא עומדת לעוררת זכות ערר לפי סעיף 22 לחוק נמנעת זכותה היסודית של העוררת לפנות לערכאות, וראו גם בהקשר זה החלטת כב' השופטת שידלובסקי-אור בה"ע 607/05, הנזכר לעיל, שבה ציינה כי הסמכות לבחון החלטה מנהלית אשר ערר עליה אינו מצוי בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר, כפופה לביקורתו של בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ. אוסיף כי, איני רואה צורך בגדר החלטה זו להכריע אם גם לבית המשפט המחוזי – בהבדל מבית הדין להגבלים עסקיים – מסורה לענין זה סמכות מקבילה.

3. לאור האמור, אני מקבלת את הבקשה ומורה על מחיקת הערר.

אין צו להוצאות.

המזכירות תמציא ההחלטה לצדדים.

ניתנה היום, ב' בניסן תשס"ה (11 באפריל 2005), בהעדר.


מרים מזרחי, שופטת

הוקלד ע"י נעמי ביטון