

## בית הדין להגבלים עסקיים

בקשה 35/00

בפני כב' השופט יהונתן עדיאל, אב בית הדין

ערר 2/00

### **בעניין: הממונה על ההגבלים העסקיים**

ע"י ב"כ עוה"ד מרשות ההגבלים העסקיים

הממונה

- נגד -

#### **1. בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**

ע"י ב"כ עוה"ד וינשטוק – זקלר ושות'

העוררת

#### **2. בזק בינלאומי בע"מ**

מרח' השחם 40, פתח תקווה

#### **3. וואלה!! תקשורת בע"מ**

מרח' הקישון 10, בני ברק

המשיבות

### פסק-דין

1. העוררת - בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן - העוררת או בזק) הגישה ערר על החלטת הממונה על הגבלים עסקיים להסכים בתנאים למיזוג חברות בין המשיבה מס' 2 - בזק בינלאומי בע"מ (להלן - בזק בינלאומי) לבין המשיבה 3 - ואללה! תקשורת בע"מ (להלן - וואלה).

2. הממונה על הגבלים עסקיים מבקש בבקשה זו לסלק את הערר על הסף מטעמים שיפורטו בהמשך.

מכוח סמכותי לפי סעיף 33 לחוק ההגבלים העסקיים ולאחר ששמעתי את עמדות הצדדים החלטתי לדון בבקשה בדרך יחיד.

3. זו השתלשלות העניינים הנוגעת לעניין. בחודש יולי 1999 התקשרו בזק וחברת וואלה בהסכם, לפיו הוענקו לבזק שני כתבי אופציה בלתי סחירים המאפשרים לה לרכוש מניות של וואלה. על יסוד כך מסרו בזק וחברת וואלה הודעת מיזוג בגין עסקה זו לממונה על ההגבלים העסקיים (תיק מיזוג מס' 3180).

ביום 10.10.99 החליט הממונה על ההגבלים העסקיים לאשר את המיזוג בין וואלה לבין בזק, בכפוף למספר תנאים שקבע בהחלטתו, אשר הגבילו את פעילותה של בזק בתחומים שונים הקשורים לתחומי העיסוק של וואלה.

כך למשל קבע הממונה, שעל בזק:

לאפשר לכל מתחרה של וואלה גישה לשירותי התשתית המסופקים על ידה, בתנאים שלא יפלו - בנסיבות העניין - מהתנאים שמעניקה בזק לוואלה;

להציע לכל מתחרה של וואלה תנאים שווים לאלה המופיעים בכל הסכם או התקשרות עסקית כלשהי בין בזק לבין וואלה למתן שירותי בזק לוואלה;

אסור להתנות, במישרין או בעקיפין, אספקה של שירות כלשהו שלה, בהתחייבות מצד כל אדם להשתמש בשירותי וואלה או בהתחייבות שלא להשתמש בשירותי כל מתחרה של וואלה;

אסור לכרוך, במישרין או בעקיפין כלפי כל אדם, אספקת שירות מטעמה, בשימוש בשירותי וואלה, באופן שיש בו כדי להעדיף את וואלה על פני כל מתחרה אחר של וואלה, ותנאים נוספים.

להשקפתה של בזק, התנאים שהושתו עליה על ידי הממונה במסגרת אישור המיזוג, היו בלתי נסבלים. לפיכך, ביום 2.12.99, הודיע מנכ"ל בזק, מר אילן בירן, לממונה כי בזק החליטה שלא לממש את העסקה, אלא לעניין בכך את חברת הבת שלה - בזק בינלאומי. בזק ציינה באותו מכתב, שהיא יוצאת מהנחה שעל בזק בינלאומי לא יושתו תנאים מגבילים כפי שהושתו על בזק. בהמשך, החליטה בזק בינלאומי לבצע את עסקת המיזוג עם וואלה, והמציאה על כך הודעת מיזוג לממונה (תיק מיזוג מס' 3412).

ביום 30.12.99 החליט הממונה לאשר את המיזוג בין בזק בינלאומי לבין וואלה, אך הוא התנה גם הסכמה זו באותם התנאים שבהם הותנתה הסכמתו למיזוג בין בזק לבין וואלה. משמע, גם אישור המיזוג בין וואלה לבין בזק בינלאומי הותנה על ידי הממונה בתנאים המגבילים את פעילותה של בזק בכל הקשור לתחומי העיסוק של וואלה. זאת, חרף העובדה שבזק לא הייתה, לכאורה, צד למיזוג זה. החלטת הממונה פורסמה בשני עיתונים יומיים ביום 4.1.00.

ביום 26.1.00 תיקן הממונה את החלטתו האחרונה (בתיק מיזוג 3412), כך שהסעיף העוסק בהגדרת "שירותי בזק בינלאומי" תוקן באופן שהתנאים החלים על בזק בינלאומי יחולו רק בתחומי פעילותה כספקית בזק

בינלאומי ולא בתחום פעילותה כספקית שירותי גישה לאינטרנט. תיקון זה נעשה לבקשתה של בזק בינלאומי.  
ביום 16.2.00 פורסמה ההחלטה על התיקון בשני עיתונים יומיים.

בזק טוענת, כי חרף פרסום ההחלטה בתיק מיזוג 3412 בשני עיתונים יומיים, היא לא ידעה על התנאים שבהם אושר אותו מיזוג, המגבילים, למעשה, את פעילותה, והדבר נודע לה רק במחצית השניה של חודש ינואר 2000.

ביום 17.1.00, הגישה בזק לבית הדין בקשה להארכת מועד להגשת ערר על החלטת הממונה עד ליום 25.3.00 (בקשה 15/00).

ביום 6.3.00 נדחתה בקשתה של בזק להארכת המועד. עם זה, נקבע בהחלטה כי "אין בהחלטה זו, כמובן, כדי למנוע מהמבקשות להגיש את הערר ולעמוד על דעתן, כי התקופה להגשת הערר צריך שתימנה מיום פרסום ההחלטה השניה (ההחלטה מיום 26.1.00, המתקנת את החלטת המיזוג בתיק מיזוג 3412). בעקבות כך הגישה בזק ביום 16.3.00 את הערר הנוכחי.

4. הממונה על ההגבלים העסקיים מבקש לסלק את הערר על הסף. זאת, בשל שלושה טעמים: הטעם הראשון הוא, שהערר הוגש באיחור, בלא כל נימוק או טעם, לא כל שכן טעם מיוחד לאיחור. הטעם השני הוא, שהערר מהווה שימוש לרעה בהליך משפטי. זאת, לטענת הממונה, מאחר ובזק אשר הסכימה בשעתו לתנאים שהוטלו עליה במסגרת המיזוג הראשון, מנסה כיום לחמוק מאותם תנאים בדרך של "המחאת המיזוג" לחברת בת שלה הנמצאת בשליטתה המלאה. הטעם השלישי הוא, שבזק אינה "נפגעת מן המיזוג" במשמעות האמור בסעיף 22(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח – 1988 (להלן - החוק), ועל כן אין לה זכות להגיש את הערר מכוח סעיף זה.

5. אפתח בטעם הראשון, הוא הטעם שהעוררת איחרה את המועד להגשת הערר.

סעיף 22 לחוק ההגבלים העסקיים, שעניינו בהגשת ערר על החלטת הממונה בעניין של מיזוג, נחלק לשני סעיפי משנה: סעיף משנה (א) מקנה זכות ערר על החלטה של הממונה הדוחה את הבקשה למיזוג או מתנה אותה בתנאים,

ל"כל אחת מהחברות המבקשות להתמזג". סעיף משנה (ב) מקנה זכות ערר על החלטת הממונה המאשרת מיזוג, בין בתנאים ובין ללא תנאים, ל"כל אדם העלול להיפגע מן המיזוג".

זה נוסח הסעיף:

22. (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.

#### סעיף 22(א) לחוק ההגבלים העסקיים

6. שני הצדדים מסכימים, כל אחד מטעמים שונים, שעל הערר חל סעיף 22(א) לחוק. זאת, חרף העובדה שלכאורה בזק אינה "אחת מהחברות המבקשות להתמזג".

7. הממונה תולה את עמדתו בכך, שבזק מהווה, בנסיבות המקרה, "צד למיזוג". זאת, מכוח היותה "ישות מהותית אחת" עם צד למיזוג - בזק בינלאומי.

הממונה מבסס את טענת ה"ישות המהותית האחת" על ההשקפה שדיני ההגבלים העסקיים אינם בוחנים את המעטפת המשפטית-פורמלית של ישויות, אלא את סביבתן ופעילותן הכלכלית. על יסוד רציונל זה, נטען, שיש לראות בבזק כ"ישות מהותית אחת" עם בזק בינלאומי לאור העובדות הבאות: בזק מחזיקה ב-100% ממניות בזק בינלאומי; כל הדירקטורים היושבים בדירקטוריון בזק בינלאומי מונו על-ידי בזק וחלקם אף עובדים של בזק או נושאי משרה בה; יו"ר הדירקטוריון של בזק ישב, נכון ליום 26.12.99, בדירקטוריון בזק בינלאומי; לבזק, בניגוד למהלך העסקים הרגיל בין שתי ישויות נפרדות, מידע עסקי על פעולותיה של בזק בינלאומי; אין כל תחרות עסקית בין בזק לבין בזק בינלאומי.

לפיכך, טוען הממונה, המצאת החלטת המיזוג לבזק בינלאומי דינה כדין המצאתה לבזק. בנסיבות אלה, נטען, יש לראות את בזק כמי שקיבלה את החלטת המיזוג ביום 30.12.99, הוא המועד שבו הומצאה ההחלטה לבזק

בינלאומי. מכאן, שהמועד להגשת ערר על ההחלטה תם ביום 29.1.00. בזק הגישה את הערר רק ביום 16.3.00, היינו, באיחור של כחודש וחצי.

הממונה חולק גם על טענתה העובדתית של בזק, כי קיבלה לראשונה את החלטת הממונה רק במחצית השנייה של חודש ינואר 2000. אולם, לטענתו, לנושא זה אין כל חשיבות שכן יש לראות את בזק, כפי שנאמר לעיל, כמי שקיבלה את הערר כבר ביום 30.12.99.

8. גם בזק מבקשת לחסות בצלו של סעיף 22(א) לחוק, אולם, זאת מטעם שונה. לטענתה, כאשר הטיל עליה הממונה תנאים במסגרת החלטתו המאשרת את המיזוג, הוא הפך אותה בכך לצד למיזוג. בהיותה צד למיזוג, מוסיפה בזק וטוענת, יש לראותה כ"אחת החברות המבקשות להתמזג", כמשמעותו של ביטוי זה בסעיף 22(א) לחוק, ומכאן צומחת זכותה להגיש ערר על החלטת הממונה מכוח סעיף זה.

לפי סעיף 22(א) לחוק, ממשיכה בזק וטוענת, יש למנות את המועד להגשת הערר מהיום שבו היא קיבלה את החלטת הממונה. הואיל ובזק לא קיבלה אף פעם את החלטת הממונה, נטען, היא גם לא איחרה את המועד להגשת הערר.

בזק כופרת בטענת הממונה, לפיה היא ובזק בינלאומי מהוות "ישות מהותית אחת". לטענתה, קביעתו של הממונה בדבר הישות המהותית האחת, אינה יכולה לעמוד, הן מההיבט העובדתי והן מההיבט המשפטי. מההיבט העובדתי, טוענת העוררת, "קביעה שכזו דורשת דיון עובדתי מקיף ולכן אין מקומה במסגרת בקשה למחיקה על הסף" (סעיפים 68 ו 69 לתשובה). מההיבט המשפטי הטענה אינה יכולה לעמוד, לגישתה של בזק, משום ש"צמד המילים 'מיזוג חברות' אליו מתייחס סעיף 22(א) לחוק, מתייחס לחברה ולא ליחידה כלכלית", ומכאן, "שבהתאם ללשון החוק מיזוג הוא בין חברות בלבד המשפטי, ולא בין ישויות אחרות" (סעיפים 96, 97 לתשובה). צד למיזוג בהתאם לחוק, נטען, הוא כל מי שהגיש הודעת מיזוג, או כל מי שנשלחה אליו הודעה על החלטת הממונה, כי הממונה רואה בו צד למיזוג בהתאם לסמכותו של הממונה לפי סעיף 43 לחוק. לפיכך, בזק איננה צד למיזוג מכוח דוקטרינה זו של הישות המהותית האחת.

בכל מקרה, טוענת בזק, גם אם מבחינה מהותית מהוות שתי החברות ישות מהותית אחת, אין לעניין זה כל נגיעה לנושא הפרוצדורלי המוסדר בסעיף 22(א) לחוק, הדורש המצאת ההחלטה לכל אחת מהחברות המבקשות להתמזג.

9. הטעם הנטען על ידי בזק, לפיו היא הפכה לצד למיזוג מכוח התנאים שהטיל עליה הממונה בהחלטתו המאשרת את המיזוג, אינו מקובל עלי.

הדיון בטענה זו יערך על יסוד הנחת המוצא של בזק, לפיה היא אינה צד למיזוג מכוח עיקרון הישות המהותית האחת, וכי זכותה להגיש את הערר לא קמה מכוחה של דוקטרינה זו אלא מכוח התנאים שהטיל עליה הממונה בהחלטה. לטענת הישות המהותית האחת הנטענת על ידי הממונה אתייחס בהמשך.

אכן, פעמים יכול שתוקנה זכות ערעור גם למי שלא היה צד להליך נשוא הערעור. תנאי לכך הוא שאותו אדם נטל בפועל חלק בהליך והוא נפגע עקב ההחלטה שנפלה בו. כך נקבע על ידי כב' השופט ש. לוי (כתוארו אז) בבש"פ 658/88 מחמוד סארי חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה (1) 670 :

"המציאות היא שבגדר התדיינות בין בעלי דין פורמליים בעניין אזרחי או פלילי יש ובית המשפט מכריע גם בזכויות אדם אחר הניצב לפני בית המשפט ומשמיע לפניו טענותיו. כך, למשל, יכול ובית המשפט הדן בבקשה לפירוק חברה יפסוק גם, במסגרת בקשה למתן הוראות, בעניינו של אדם אחר שדין ודברים לו עם החברה וכבר פסקנו שבמקרה כזה נתונה למתדיין האחר זכות ערעור על ההחלטה שניתנה. .... הרעיון העומד בבסיס התיזה אותה פרטתי לעיל, הוא שכל מקום שבו נתקיים "הליך" יש לאפשר לבעל הדין "בפועל" שנפסק נגדו להשיג על ההחלטה".

(סעיף 4 לפסק הדין).

וכב' השופט ברק (כתוארו אז) קבע בפסק דינו באותו עניין:

"מכאן הנטייה, בארץ ומחוצה לה, להגדיר באופן רחב את מהותו של ה"צד", אשר לו נתונה אפשרות הערעור. הגדרה זו זונחת את המבחן הפורמלי ומתמקדת במבחן פונקציונלי. צד אינו רק מי שעל פי המסמכים הפורמליים הוא בעל דין. צד הוא גם מי שנתקיים בעניינו הליך אשר הכריע בדבר זכותו "ההופלדיאנית". ... גישה זו ראויה היא מבחינת המדיניות המשפטית, שכן היא מאפשרת למי שזכותו נפגעה בהיותו צד להליך

שנוהל בעניינו, "בעל דין בפועל", במינוחו של חברי, השופט ש. לוי - ולא לכל אדם שנפגע כתוצאה מהלך שנוהל בעניינו, גם אם אינו צד פורמלי לערער על הפגיעה בו".

(סעיף 4 לפסק הדין).

פסיקה זו אמנם התייחסה להחלטות שיפוטיות, אך אני סבור שהרציונל שביסודה ראוי שיחול גם במקרה שלפנינו. זאת משום שהמחוקק ייחד את זכות הערר שנקבעה בסעיף 22(א) לחוק ל"כל אחת מהחברות המבקשות להתמזג", והוא לא ראה, במסגרת סעיף קטן זה, להעניק זכות ערר גם לצדדים שלישיים, שאינם צד להליך.

10. במקרה שלפנינו, לא התקיימו בבזק שני התנאים הנזכרים. ראשית, בזק לא הייתה צד להליך שקוים בפני הממונה. היא לא הגישה לממונה הודעת מיזוג בקשר למיזוג זה וגם לא קיימה עם הממונה מגעים בקשר להחלטתו ולתנאים שנקבעו בה. שנית, ועיקר, בזק גם לא נפגעה מן ההחלטה, שכן התנאים שנקבעו על ידי הממונה במסגרת האישור של מיזוג זה, אינם מחייבים אותה. תנאים אלה הוטלו על הצדדים למיזוג - בזק בינלאומי וואלה - שהן החברות אשר ביקשו להתמזג והן אלה אשר צריכות לעמוד בתנאי הממונה לאישור המיזוג. העובדה שתנאים אלה נוגעים לפעילותה של בזק, אין פירושה שתנאים אלה מוטלים עליה, או מחייבים אותה. יתכן שבזק מעוניינת לקיים תנאים אלה כדי לאפשר את המיזוג בין בזק בינלאומי לוואלה. אולם עניין זה שיש לבזק בקיום התנאים שקבע הממונה, אין משמעו שמדובר בתנאים המחייבים אותה ואין בו כדי להקנות לה זכות לערור על ההחלטה.

במסקנה דלעיל, כפי שכבר צוין, אין משום התייחסות לטענת הישות המהותית האחת שמעלה הממונה, כמו גם לטענתו הנוספת של הממונה, לפיה בזק נתנה הסכמתה למיזוג. לטענות אלה ולהשלכה העולה מהן לגבי חיובה של בזק בתנאי המיזוג אתיחס בהמשך.

11. המסקנה דלעיל, לפיה אין לקבל את הטעם שעליו מבססת בזק את זכותה לערור על החלטה הממונה מכוח סעיף 22(א) לחוק, מביאה לתוצאה שזכותה של בזק להגיש את הערר מכוחו של סעיף זה מותנית, למעשה, בקבלת עמדתו של הממונה, לפיה יש לראות בבזק ובבזק בינלאומי כישות מהותית אחת. קבלת עמדתה של בזק הכופרת בטענה זו של הממונה, הייתה

מחייבת את המסקנה, כי לבזק כלל אין מעמד לערור על המיזוג מכוח סעיף זה.

12. גם טעמו של הממונה, הסומך את גישתו, לפיה לבזק זכות ערר מכוחו של סעיף 22(א) לחוק, על העיקרון של "ישות מהותית אחת", מוטל בעיני בספק.

13. הדוקטרינה של הישות הכלכלית האחת (Single Economic Unit) מוכרת בספרות ובפסיקה במשפט המשווה. הרציונאל העומד ביסודה של דוקטרינה זו, הוא שאם מדובר בישות כלכלית מהותית אחת, שאין למרכיביה קיום כלכלי - עסקי נפרד, אין להתייחס ליחסים שבין מרכיביה של אותה ישות כאל יחסים בין ישויות נפרדות. על פי רציונל זה אכן נקבע, שחברת אם וחברת בת הן ישות כלכלית אחת, ולכן הסדר בין השתיים אינו הסדר בין בני אדם (שונים) המנהלים עסקים, ועל כן אינו בגדר הסדר כובל. (ראה: **Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.** 467 U.S. 771).

במשפט הישראלי באה דוקטרינה זו לידי ביטוי בפרק ההסדרים הכובלים ובפרק המונופולין שבחוק ההגבלים העסקיים. כך נקבע בסעיף 3(5) לחוק, כי הסדר שהצדדים לו הם חברת אם וחברת בת אינו נחשב כהסדר כובל, וסעיף 26(ו) לחוק, מגדיר אדם שהוא בעל מונופולין: "לרבות חברה ובנותיה, בנות של חברה אחת וכן אדם וחברה שהוא שולט בה".

בפרק המיזוגים שבחוק ההגבלים העסקיים אין למצוא הוראה דומה. כך הוגדר מיזוג, כפי שנוזכר לעיל, בין היתר, כ"רכישת עיקר נכסי חברה בידי חברה אחרת או רכישת מניות בחברה בידי חברה אחרת המקנות לחברה הרוכשת יותר מרבע מהערך הנקוב של הון המניות המוצא ... בחברה".

על פי סעיף 19 לחוק, "לא יתמזגו חברות אלא עם כן ניתנה תחילה הודעת מיזוג ונתקבלה למיזוג הסכמת הממונה ..".

על פי סעיף 20 לחוק, כל אחת מהחברות שבכוונתן להתמזג תודיע על כך לממונה ...".

ועל פי סעיף 22(א) לחוק, ניתנה זכות ערר לכל אחת מהחברות המבקשות להתמזג.

כל הוראות החוק הנזכרות מתייחסות לחברות, ולא ל"ישויות מהותיות".



לאור כך, ספק בעיני אם העובדה שהחברה הרוכשת מהווה בעצמה חברת בת של חברת אחרת (חברת האם), די בה כדי להפוך את חברת האם עצמה לצד למיזוג.

התייחס לסוגיה זו הממונה עצמו בהחלטתו בעניין **עסקת רכש מניות בנק ברקליס דיסקונט בע"מ על ידי בנק דיסקונט בע"מ** (ההגבלים העסקיים, בהוצאת ועד מחוז תל אביב של לשכת עורכי הדין, כרך א' עמ' 123):

"אין חולק כי, ככלל, עסקינן בחוק כלכלי אשר לדידו המעטה המשפטי של ישויות משפטיות אינו הקובע (כפי שקבעתי גם בהחלטה בעניין רכישת מניות חברת "נחשת" על ידי מר גרשון זלקינד). אך בעניין ההגדרה בה עסקינן מילות המפתח הן מיזוג **חברות**" כשהמונח "חברה" מוגדר כ -

חברה שנוסדה ונרשמה לפי פקודת החברות'.

אין להלום מילים מפורשות אלה עם פרשנות, לפיה יש לראות בחברת-אם וחברת בת ישות אחת לצורך הגדרת 'מיזוג חברות'.

אמת, המחוקק חופשי היה לברור לעצמו הגדרה שונה שתשים את הדגש אך על היחידה הכלכלית, להבדיל מהישות המשפטית. אילו עשה כן, היה משתווה מצבנו למצב המשפטי בארצות שונות, בהן דבר החקיקה מבהיר כי השחקנים במיזוג הם אותן ישויות המנהלות עסקים.

אילו ברר המחוקק במינוח כזה, הייתה הגדרת המיזוג מתקרבת להגדרות החוקיות בעניין הסדרים כובלים ומונופולין, לדידן השתמש המחוקק בלשון שאינה מותירה מקום לספק שמוקד העניין בישויות הפעילות בבמת הכלכלה ואין בילתן; בהסדר כובל 'בני אדם המנהלים עסקים' ובמונופולין 'אדם' כשאותו אדם כולל:

'לרבות חברה ובנותיה, בנות של חברה אחד וכן אדם וחברה שהוא שולט בה'. (סעיף 26(ו) לחוק).

אלא שהמחוקק לא בחר מינוח כזה בעניין מיזוגים, וכנדבך היסוד למיזוג השתמש במונח 'חברה' דווקא.

יקשה המקשה: אם כך הדבר, היאך מתיישבת הגדרת המיזוג עם הוראות סעיף 3(5) בעניין הסדר כובל, ועם הוראות סעיף 26(ו) בעניין בעל מונופולין, בהן התייחסות לחברה ובנותיה כאל יחידה כלכלית אחת? (ראה הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד - 1983).

כלומר - כיצד מתיישבת הפרשנות המילולית המוצעת עם מטרת החוק, הרואה ביחידה הכלכלית אבן פינה להחלת הוראותיה?

אלא שכאן נכנסת מטרת החוק ותכליתו לניתוח הפרשני כשמילות החוק ומטרתו שזורות שתי וערב".

(שם, עמ' 125-127).

ובהמשך:

"בעוד שבסעיף 3(5) לחוק, פירש המחוקק בעניין פטור מהסדר כובל לחברת-אם וחברת-בת, בעניין מיזוגים אין בנמצא פטור שכזה. וזאת - למרות המלצה מפורשת של דו"ח הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים בראשותו של פרופ' יוסף גרוס ...

קשה שלא לראות בשתיקה זו משום "שתיקה רועמת" או 'הסדר שלילי'. אך אין זאת אלא שהבחנה זו טמונה באופי השונה של הסדר כובל לעומת מיזוג ובדרך ההסתכלות השונה שהניב כל אחד מהצירופים."

(עמ' 136).

פרשנותו של הממונה באותה החלטה אמנם נועדה להרחיב את סמכות הפיקוח על מיזוגים באופן שאלה יחולו גם על מיזוג בין חברת אם וחברת בת. אולם, אם לצורך מיזוג בין השתיים יש לראות בחברת אם וחברת בת ישויות מהותיות נפרדות, קשה לראות כיצד ניתן להחיל רציונל שונה, ולמעשה הפוך, במקום שבו מדובר במיזוג של חברת הבת לבדה, ולגרוס שבמקרה האחרון יש לראות בחברת האם ובחברת הבת ישות מהותית אחת.

אמנם, הממונה סייג את החלטתו האמורה בכך שבמקרה שבו מדובר בחברת בת הנמצאת בשליטה מלאה של חברת האם (מה שלא התקיים באותו מקרה, אך מתקיים במקרה שלפנינו), מתייחסים דיני ההגבלים בדרך כלל לשתי החברות כאל ישות מהותית אחת. אולם, לאור מבנה החוק ולשונו, ספק בעיני אם ניתן להחיל רציונל זה במשפט הישראלי.

בכל מקרה, גם במשפט המשווה, למשל, בשוק המשותף, כפי שמציין הממונה באותה החלטה, "אין חזקה חלוטה שחברות אם ובת לעולם ובכל הנסיבות הן בגדר יחידה אחת, לצורך סעיף 85 לאמנת רומא והפטורים על פיו". בהמשך החלטתו מצטט הממונה מפסק דין שניתן על ידי בית המשפט לצדק של הקהילייה האירופאית (*Geratebau v. Compact de hydrotherm* v. *Andreoli* (1985) 3 C.M.L.R. 224, 242) לפיו, כדי שניתן יהיה לראות באדם ובשתי חברות שבשליטתו יחידה כלכלית אחת, נדרש כי לשתי החברות אינטרסים זהים, והן נשלטות על ידי אותם אנשים אשר גם נטלו חלק בעסקה נשוא הדיון.

על רקע זה, אני סבור שיש ממש בטענתו של ב"כ העוררת, כי טענת הממונה בדבר הישות המהותית האחת, גם אם ניתן לקבלה מהבחינה העקרונית, מצריכה שמיעת ראיות ולא ניתן להכריע בה במסגרת הבקשה הנוכחית. זאת, במיוחד לאור טענות העוררת בדבר "הפרדה קשיחה באופן חריג הקיימת בינה לבין החברות הבנות, בהתאם לאילוצי הרשיון הכללי שניתן לחברה על ידי משרד התקשורת ... [המתבטאים] בהפרדה נכסית, בהפרדה פרסונלית ובהפרדה עסקית". גם היריעה הרחבה שפרש בנושא זה הממונה בבקשתו (סעיפים 46-58), בכלל זה טענותיו בדבר הדרך שבה רואה העוררת עצמה את מערך היחסים שלה עם חברות הבת והטענה כי העוררת רואה בחברות הבת כאמצעי לביצוע האסטרטגיה שלה-עצמה, אינה מתאימה להכרעה במסגרת זו של הבקשה לסילוק על הסף.

14. במקרה זה אני סבור שאין הכרח להכריע בסוגייה זו במסגרת הבקשה הנוכחית, ויש לצאת מההנחה הנטענת על ידי הממונה, בלא לקבוע בעניין זה מסמרות, כי חברת בזק וחברת בזק בינלאומי הנן ישות מהותית אחת.

ראשית, הדיון בסוגייה זו מצריך, כפי שהוסבר לעיל, בירור שאלות של עובדה, שהמקום הראוי לדון בהן הוא במסגרת הערר עצמו. שנית, היקף היריעה שנפרסה בנושא זה על ידי שני הצדדים בסיכומיהם, אינו מצדיק דיון רחב בסוגייה זו, אשר טרם נדונה בפסיקה. שלישית, ועיקר, אני סבור שלא יהא זה ראוי לדחות את הערר על הסף בשל העדר זכות להגיש את הערר, כאשר הממונה עצמו מוכן להניח שלעוררת עומדת זכות לערור על ההחלטה לפי סעיף 22(א) לחוק. (במאמר מוסגר, אציין שגם עמדתו של הממונה בנושא זה, כעולה מסעיף 19 לסיכומיו, אינה החלטית).

בזק אמנם כופרת בטענה שהיא ובזק בינלאומי מהוות ישות מהותית אחת. אולם קבלת עמדתה זו, בהעדר טעם אחר המבסס את זכותה לערור על ההחלטה מכוח סעיף זה, תביא למסקנה שלבזק כלל אין זכות לערור על ההחלטה מכוח סעיף 22(א) לחוק. לטובתה של העוררת אני מוכן אפוא להניח, לצורך הדיון הנוכחי, שיש להעדיף בנושא זה את עמדתו של הממונה.

15. לאור כך, יש לדון בטענת הממונה כי העוררת איחרה את המועד להגשת הערר. הטענה מבוססת על כך שהמועד להגשת הערר לפי סעיף 22(א) לחוק, לגבי כל אחת מהחברות המבקשות להתמזג, הוא שלושים ימים מיום

שקיבלה את החלטת הממונה. החלטת הממונה הומצאה לבזק בינלאומי ביום 30.12.99. ההמצאה לבזק בינלאומי, טוען הממונה, גם זאת על יסוד הדוקטרינה של הישות המהותית האחת, דינה כהמצאה לבזק. מכאן, שהמועד להגשת הערר תם ביום 29.1.2000, בעוד שהערר הוגש רק ביום 16.3.2000, היינו, כחודש וחצי לאחר תום המועד להגשתו.

העוררת טוענת גם כאן, על יסוד הנימוקים שפורטו לעיל, שקביעתו של הממונה בדבר הישות המהותית האחת, אינה יכולה לעמוד, הן מההיבט העובדתי והן ההיבט המשפטי. לפיכך היא טוענת, כי "המועד בו מתחילה תקופת 30 הימים להגשת ערר בהתאם לסעיף 22(א) הוא המועד בו קיבלה החברה, ולא 'הישות המהותית' את החלטת הממונה", ועל כן אין לראותה כמי שקיבלה את החלטתה הממונה בתיק מיזוג 3412 כנדרש בסעיף 22(א) לחוק.

16. שאלה נוספת העולה בהקשר זה נוגעת להיקף התחולה של עקרון הישות המהותית האחת. בעניין זה טוענת בזק, שגם אם ניתן לראות בה ובבזק בינלאומי ישות מהותית אחת, דוקטרינה זו חלה רק בתחום המשפט המהותי של דיני ההגבלים העסקיים, אך היא אינה חלה בתחום הפרוצדורלי, שהוא הנושא הנדון בהקשר שלפנינו. לדוקטרינה של הישות המהותית האחת, נטען, נודעת חשיבות בהקשר לבחינת השפעתו של המיזוג על התחרות. אך בחינה זו, טוענת בזק, נעשית בשלב מאוחר יותר של ההליך, לאחר שהממונה מודיע לכל הצדדים העשויים להיפגע מהחלטתו על כוונתו לראות בהם צד למיזוג ולהשית עליהם תנאים כתנאי להסכמתו למיזוג. בדרך זו, נטען, הממונה מגשים את מטרת החוק, מניעת "תוצאות אנטי תחרותיות באיבן, עוד בשלב היווצרותן". (עניין **רכש מניות ברוקליס דיסקונט** הנ"ל ...), תוך שמירה על כללי (Due Process) מינימליים אשר במקומנו מקובל לכנותם אין מענישים אלא אם כן מזהירים.

לפי טענה זו של בזק, "בעוד אשר ההתייחסות לישות המהותית להבדיל מהישות המשפטית, נועדה לשרת את מטרת החוק בהגנה על התחרות, נועדו מעשי הרשות במישור הפרוצדורלי להבטיח מטרות אחרות בתכלית, כגון מתן זכות טיעון והבטחת ודאות ויציבות. קידומן של אלה, ייעשה דווקא בדרך של הקפדה על פרוצדורה ופורמליות". כך נהג, לפי הטענה, גם הממונה עצמו בהליך זה. שהרי חרף טענתו כי שתי החברות הן למעשה ישות אחת, בפועל הוא התייחס לכל אחת מהן כאל ישות נפרדת, ודרש

הגשת הודעת מיזוג מחברת בזק בינלאומי, לאחר שהייתה בידו הודעת מיזוג מטעם בזק בגין אותה עסקה ממש.

לפיכך, מסכמת בזק את טיעונה בנושא זה, "אף אם סבור היה הממונה כי במהות, אין כל מקום להבחין בין החברות, במישור המינהלי, כפי שאף מורה החוק במפורש, היה על הממונה להתייחס אל כל ישות משפטית באופן נפרד ולהודיע לכל אחת מהן כי הוא רואה בה צד למיזוג לפני מתן החלטתו ובפרט היה עליו להודיע לכל אחת מהן בנפרד כי הוא משית עליהן תנאים. כאשר נמנע הממונה מלשלוח החלטתו לחברת בזק, כמו גם להודיע לה לפי סעיף 43 לחוק כי הוא רואה בה צד למיזוג, או למצער להתייחס אליה כצד למיזוג בהודעות שפרסם בעיתון, ... אין רואים את החברה, כמי שקיבלה את ההחלטה, ולכן אין כל מקום לטענה כי חלף המועד להגשת ערר".

עמדתו של הממונה בנושא זה, הנה שיש להחיל דוקטרינה זו של הישות המהותית האחת, הן במישור המשפט המהותי של דיני ההגבלים העסקיים והן במישור הדיוני. הן במישור הדיוני-מהותי, שבו רוכשת בזק מכוח היותה ישות מהותית אחת עם בזק בינלאומי את עצם הזכות להגיש את הערר, והן במישור הדיוני שעניינו בסדרי דין, שבו נחשבת מסירת ההחלטה לבזק בינלאומי כמסירתה לבזק.

מאידך, גם הממונה טוען שאין לדוקטרינה זו תחולה בהיבטים פרוצדורליים אחרים של הליך המיזוג, כמו הגשת הודעת המיזוג. שכן לדעתו, בזק אינה נדרשה להגיש הודעת מיזוג, חרף היותה ישות מהותית אחת עם בזק בינלאומי וככזו צד למיזוג.

אשר לחיובה של בזק בתנאי המיזוג, דומה שגם הממונה אינו טוען כי תנאים אלה מחייבים את בזק רק מכוח הדוקטרינה של הישות המהותית האחת. מטיעונו של הממונה עולה, כי הוא נזקק לצורך כך לטענה כי בזק הסכימה לתנאי המיזוג, במפורש או ו/או מכללא ואף יצרה בעניין זה מצגים המונעים ממנה לתקוף את תנאי המיזוג.

17. במישור המשפט המהותי של דיני ההגבלים העסקיים, לא יכולה להיות מחלוקת על כך שהממונה רשאי וצריך להביא בחשבון שיקוליו את העובדה כי מדובר בשתי חברות המהוות ישות מהותית אחת (ואינני נוקט כאן עמדה לגבי הטענה לגופה). בחינה כזאת, עשויה להביא, למשל, לאי אישורה של הודעת המיזוג בשל החשש לפגיעה בתחרות מצד "חציה" השני של אותה

ישות מהותית, היא חברת האם - בזק, או להתנאת ההסכמה למיזוג, כפי שנעשה במקרה זה, בתנאים הנוגעים לפעילותה.

18. הספק עולה לגבי השימוש בדוקטרינה זו בתחומים שמחוץ למשפט דיני ההבלים העסקיים המהותי, כמו בנושא הזכות להגיש את הערר ובנושא של סדרי דין.

19. בנסיבות העניין, כפי שכבר צוין, אני סבור שיש לקבל בשלב זה את עמדתו של הממונה, לפיה חברת בזק וחברת בזק בינלאומי הנן ישות מהותית אחת. זאת, גם לעניין הזכות להגיש את הערר. שאם לא תאמר כן, יביא הדבר לשלילת זכותה של בזק לערר על החלטת הממונה מכוחו של סעיף זה.

20. אולם, אם מרחיבים את הדוקטרינה של הישות המהותית האחת מעבר לתחומי המשפט המהותי של דיני התחרות, גם למישור הדיוני, ואם מקנים מכוחה לבזק זכות לערר על החלטת הממונה, כי אז אני סבור שלא ניתן להחיל עיקרון זה על זכות הערר בלבד, ולשלול את תחולתו במישור של סדרי הדין. טענתה של בזק, לפיה החלטתו של עיקרון הישות המהותית האחת יכול להתקבל רק במישור המהותי של בחינת השפעתו של המיזוג על התחרות, מתעלמת מכך שעיקרון זה, הוא אשר מבסס, כפי שהוסבר לעיל, גם את זכותה של בזק להגיש את הערר. שהרי לכאורה, בזק אינה אחת החברות המבקשות להתמזג, ואם יש בידה זכות להגיש את הערר מכוח סעיף 22(א), זו יכול שתקום רק בשל היותה ישות מהותית אחת עם בזק בינלאומי. במילים אחרות, אם בזק קונה את זכותה להגיש את הערר מכוח זיהויה המהותי עם בזק בינלאומי, לא ניתן לקבל את הטענה שזיהוי זה בין שני הגופים יחול לגבי עצם הזכות להגיש את הערר, אך יידחה ככל שמדובר במניין התקופה להגשתו או בנושא המסירה, כאשר בהקשר האחרון, תידרש מסירה נפרדת של ההחלטה לבזק, ולא יהא ניתן לראות במסירה לבזק בינלאומי כמסירה לבזק.

בהקשר זה התייחסתי לזכות הערר כאל זכות דיונית. לעניין זה יש להעיר, שזכות זו אמנם נתפסת כזכות מהותית, אך זה רק בהקשר לחשיבותה של הזכות ולכך שהקנייתה צריך שתעוגן בחקיקה ראשית. מעבר לסממנים אלה, מדובר בזכות דיונית, שנועדה לממש את הנורמות הקבועות בדין המהותי (ראה: כב' המשנה לנשיא, השופט לוין, בספרו **תורת הפרוצדורה האזרחית מבוא ועקרונות יסוד**, עמ' 16, 42).

21. לאור האמור, יש לקבל את טענת הממונה כי בזק איחרה את המועד להגשת הערר מכוח סעיף 22(א) לחוק.

22. עד כאן טענות הצדדים בעניין המועד להגשת הערר, בהנחה שהנושא מוסדר במקרה שלפנינו על ידי סעיף 22(א) לחוק ההגבלים העסקיים.

#### סעיף 22(ב) לחוק ההגבלים העסקיים

23. אם הערר אינו נופל בגדרו של סעיף 22(א) וחל עליו סעיף 22(ב) לחוק, טוען הממונה, גם אז בזק איחרה את המועד להגיש את הערר. זאת, משום שהמועד להגשת ערר לפי סעיף זה הוא 30 יום מיום שההודעה על החלטת הממונה פורסמה בשני עיתונים יומיים. במקרה זה, טוען הממונה, פורסמה ההודעה על החלטה בשני עיתונים יומיים ביום 4.1.00 וממועד זה ועד למועד הגשת הערר חלפו למעלה מחודשיים.

מעבר לכך, טוען הממונה, לבזק כלל אין זכות לערור על ההחלטה מכוח סעיף 22(ב) לחוק, שכן פגיעתה מן המיזוג, ככל שנגרמה לה פגיעה כזאת, אינה פגיעת הגבל עסקי, ועל כן היא איננה בגדר "אדם העלול להיפגע מן המיזוג", שרק לו הוקנתה זכות לערור על ההחלטה מכוחו של סעיף זה.

24. בזק טוענת, מאידך, שגם אם חל על הערר בנסיבות העניין סעיף 22(ב) לחוק, טרם חלף המועד לערור על החלטה. שכן את המועד להגשת הערר לפי סעיף זה יש למנות ממועד פרסום ההחלטה המתקנת את החלטת המיזוג, ביום 16.2.2000, ולא ממועד מתן ההחלטה המקורית. בנוסף טוענת בזק, שהפרסום שנעשה על ידי הממונה היה פרסום פגום, ועל כן טרם בוצע פרסום כדין של ההחלטה וממילא טרם החל מניין התקופה להגשת הערר.

לעניין 'הפגיעה מן המיזוג', טוענת בזק, כי היא נפגעת עקב המיזוג ופגיעתה היא פגיעת הגבל עסקי, המקנה לה זכות ערר מכוחו של סעיף 22(ב) לחוק.

25. אפתח בשאלה מהו המועד הקובע לתחילת מרוץ התקופה להגשת הערר. האם תחילתה של תקופה זו, כפי שטוען הממונה, במועד מתן ההחלטה המקורית, שאז בזק אחרה את המועד להגשת הערר, או שתחילתה במועד תיקון ההחלטה, כפי שטוענת בזק, שאז, הערר הוגש במועד?

26. לטענת בזק, יש למנות את המועד להגשת הערר (30 ימים) ממועד פרסום ההחלטה המתקנת, דהיינו מיום 16.3.00. על פי השקפתה של בזק, שאלת המועד להגשת ערר על ההחלטה המתקנת של הממונה, שלגביה לא נקבעה הוראה מפורשת בחוק או בתקנות, היא שאלה של סדרי דין. בהעדר קביעה מפורשת בעניין זה בחוק ההגבלים העסקיים או בתקנות, סבורה בזק, חל הסיפא של סעיף 40 לחוק ההגבלים העסקיים הקובע, כי באין סדרי דין ידון בית הדין בדרך הנראית לו "מועילה ביותר להכרעה צודקת ומהירה". במקרה שלפנינו, נטען, הדרך המועילה והצודקת לשם קבלת הכרעה מהירה היא אימוץ, בשינויים המחוייבים, של הדרך המותווית בסעיף 81 לחוק בתי המשפט ובסעיף 43 לחוק בתי דין מנהליים. על פי סעיפים אלה: "תוקנה ההחלטה כאמור בס"ק (א) יראו לעניין ערעור, את מועד התיקון כמועד מתן ההחלטה".

ההגיון העומד ביסוד ההסדר הקבוע בהוראות חוק אלה, טוענת בזק, הוא לאפשר לצדדים במשך תקופת זמן קצרה לאחר מתן פסק הדין, לבקש מבית המשפט (או מבית הדין) לתקן טעויות טכניות אשר נפלו בפסק הדין, ובד בבד, לאפשר לכל מי שיש לו זכות ערעור על פסק הדין, להגיש ערעור על הנוסח הסופי מבלי שתפגע תקופת הזמן שעמדה לרשותו מלכתחילה להגשת הערעור. הוראה זו, טוענת בזק, מספקת פתרון מועיל וצודק לשאלה בדבר תחילת מניין התקופה להגשת ערעור על ההחלטה שתוקנה, היא מאזנת כראוי בין האינטרסים המתחרים השונים, וראוי לאמצה גם לגבי תיקון החלטותיו של הממונה.

27. הממונה סבור שההחלטה שלפנינו, בהיותה החלטה מינהלית, כפופה מעצם טבעה לשינויים, ועל כן היא איננה יכולה להיות נתונה כל העת ל"איום" של הגשת ערר רק משום שחלו בה תיקונים. לעניין זה, סבור הממונה, לא ניתן ללמוד היקש מסעיף 81 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, גם לא מסעיף 43 לחוק בתי דין מנהליים, התשנ"ב-1992. הוראות חוק אלה אכן קובעות שהמועד להגשת ערעור מתחיל עם תיקון ההחלטה. אולם, מדובר בתיקון החלטות שיפוטיות ולא בתיקון החלטות מינהליות. בהיבט של סופיות הדיון, טוען הממונה, קיים הבדל מהותי בין ההחלטות שעליהן חלות הוראות החוק הנזכרות, שהן החלטות שיפוטיות, לבין החלטות הממונה, שהן החלטות מינהליות. החלטה שיפוטית, הנה ככלל, החלטה סופית שניתן לשנותה רק במקרים חריגים ובדרך כלל בתוך פרק זמן קצוב. לפיכך, ההוראה המתירה הגשת ערעור בתוך תקופה שתחילתה במועד התיקון, אינה פוגעת פגיעה של ממש בסופיותה של



ההחלטה ואין בה כדי להכפיף את ההחלטה למספר אינסופי ובלתי מוגבל בזמן של עררים. שונה הדבר לגבי החלטות מינהליות. לגבי אלה, לא חל הכלל של סופיות המעשה והרשות יכולה, ולעתים אף חייבת, לעיין מחדש בהחלטתה ולשנותה, פעמים אף בתדירות גבוהה. בנסיבות אלה, טוען הממונה, אין זה סביר שכל תיקון של ההחלטה יאפשר לפתוח את נושא ההחלטה, להבדיל מנושא התיקון, מראשיתו. במקרים כאלה, נטען, יש להגביל את הערעור לתיקון עצמו.

דברים אלה יפים, טוען הממונה, לגבי החלטותיו של הממונה על ההגבלים העסקיים, הדורשות תדיר שינויים ועדכונים בהתאם למצב השוק, בכלל, ולגבי החלטות הנוגעות למיזוגים, שלגביהן קיימת חשיבות רבה ליצירת וודאות עסקית, בפרט.

הממונה מצביע בהקשר זה גם על הביקורת שנמתחה בפסיקה על הנוסח של סעיף 81 לחוק בתי המשפט, בשל כך שהוא מאריך אוטומטית את מועד הערעור על פסק הדין המקורי, ללא קשר לנושא התיקון, ואפילו מדובר בפסק דין שניתן לפני שנים רבות ונושא התיקון הוא נושא טכני בלבד (ראה ד"נ 29/83 סהר חברה לביטוח בע"מ נ' מריו כהנקה פ"ד לט(4) 433).

28. לדעתו, המועד להגשת הערר צריך שיימנה ממועד הפרסום של ההחלטה המקורית, ולא ממועד התיקון. מועד התיקון עשוי להיות רלבנטי רק לגבי ערר המתייחס לתיקון עצמו, אך הוא אינו יכול להצדיק פתיחת הדיון במסגרת הערר בהחלטה כולה, בכלל זה, בעניינים שאין להם כל קשר לתיקון. תוצאה כזאת, המאפשרת לפתוח את הדיון בהחלטה מחדש כל אימת שחל בה תיקון, ויהא זה תיקון פורמלי שאין לו כל קשר לערר, פוגעת ביציבות ההסדר שנקבע בהחלטה ובוודאות העסקית לגבי המציאות הנוצרת בעקבות ההחלטה.

29. בנושא זה אני סבור שאין לאמץ, מהטעמים עליהם הצביע הממונה, את הפתרון שנקבע בסעיף 81 לחוק בתי המשפט ובסעיף 43 לחוק בתי דין מינהליים. ראשית, הוראות חוק אלה אינן חלות על החלטות הממונה. שנית, מקובלת עליי טענתו של הממונה כי הוראות אלה דנות במטריה שונה, שעניינה בהחלטות שיפוטיות, והן אינן עוסקות בהחלטות מינהליות. בעניין זה אכן קיים הבדל מהותי בין החלטות שיפוטיות, שעליהן חל הכלל של סופיות המעשה השיפוטי, לבין החלטות מינהליות אשר פתוחות בעיקרון לשינויים. במצב דברים זה, שבו לא חל על ההחלטה המינהלית

עיקרון הסופיות, אין זה סביר לכפוף את ההחלטה המינהלית לסיכון מתמיד של תקיפתה בערר, ללא קשר למהותו של התיקון. תוצאה כזו הנה בלתי סבירה במיוחד בתחום המיזוגים, שבו נודעת חשיבות מיוחדת להבטחת היציבות הכלכלית והעסקית של המציאות הנוצרת בעקבות ההחלטה, באופן המונע הכפפתה של מציאות זו לשינויים חדשות לבקרים.

בעניין זה, אני סבור שראוי ללמוד גם מהביקורת שנמתחה בפסיקה על הנוסח של סעיף 81 לחוק בתי המשפט (ד"נ 29/83 לעיל). אם ראה בית המשפט העליון לקבוע לגבי סעיף זה, כי "אין בו מתום וכולו פצע וחבורה ומכה טרייה", קשה לראות מדוע יש לאמץ סעיף זה בענייננו, שבו אין לו תחולה מלכתחילה ופגיעתו עשויה להיות רעה, אף יותר מפגיעתו בתחומי תחולתו.

30. טענה נוספת שהעלתה העוררת, היא שההודעה שפורסמה במקרה זה על ידי הממונה אינה תואמת את פרטי הפרסום המתחייבים מכוח תקנה 6 של תקנות ההגבלים העסקיים (מרשם, הודעות מיזוג ...), התשמ"ט 1989- (להלן - "תקנות המרשם").  
על פי תקנה זו :

- "ההודעה שעל הממונה לפרסם ברשומות ובשני עיתונים יומיים לפי סעיף 21 לחוק תכלול פרטים אלה :
- (1) שמות החברות המתמזגות ;
  - (2) הנכס או השירות שבו עוסקות החברות המתמזגות ;
  - (3) עיקרי החלטת הממונה ; ... "

לטענת בזק, ההודעה שפרסם הממונה במקרה זה כללה את שמות החברות המתמזגות, העיסוק העיקרי של החברות המתמזגות (שירותי תקשורת בינלאומיים וגישה לאינטרנט - לגבי בזק בינלאומי, והפעלת שערי כניסה לאינטרנט - לגבי וואלה) והסכמתו של הממונה "בתנאים למיזוגים".  
אולם, "עיקרי החלטת הממונה", טוענת בזק, מתבטאים במקרה זה בהשתתפות תנאים על בזק. לפיכך, כדי לעמוד בדרישות התקנה, היה על הממונה, לציון בפרסום כי המיזוג אושר בתנאים שאותם על בזק לקיים. בהעדר פרסום כזה, המפרט את העובדה שהתנאים שנקבעו על ידי הממונה כתנאי להסכמתו למיזוג, הושתו על חברת בזק ולא על החברות המתמזגות, טוענת בזק, מדובר בפרסום שלא כלל את עיקרי החלטת הממונה כנדרש בתקנה 6(ב) לתקנות המרשם ואין לו תוקף. בהעדר פרסום כדיון, נטען, המועד לתחילת מניין התקופה להגשת הערר כלל לא החל.

העוררת מסבירה, שאין מדובר בטענה פורמלית אלא בטענה מהותית. זאת, משום שקביעת מועד הפרסום בעיתונות כמועד שבו מתחיל מניין התקופה להגשת הערר, מבוססת על ההנחה שאדם שאליו יגיע דבר מתן ההחלטה בעקבות הפרסום, יוכל לעמוד בעקבות העיון בפרסום על קיומו של חשש לפגיעה מן המיזוג. חשש כזה, טוענת העוררת, לא יכול היה לעלות אצלה, שכן הפגיעה בה טמונה בהטלת המגבלות ועל אלה היא לא יכולה הייתה לעמוד מהפרסום.

בטיעוני הממונה לא מצאתי התייחסות לטענה זו של בזק.

31. התנאים שבהם התנה הממונה את אישור המיזוג, מהווים חלק חשוב מההחלטה, ועל כן הם נופלים בגדר "עיקרי החלטת הממונה" כמשמעותו של ביטוי זה בתקנות המרשם. לאור כך אני סבור, שהיה על הממונה לכלול בהחלטה התייחסות תמציתית גם לתוכנם של תנאים אלה ולכך שמדובר בתנאים הנוגעים לפעילותה של בזק. כך, למשל, ניתן היה לציין שתנאי ההחלטה מתייחסים לפעילותה של בזק בנוגע לתחומי הפעילות של וואלה ומתחריה, הכל כפי שפורט בהחלטה עצמה.

32. מאידך, עצם קיומו של פגם בפרסום אינו חייב להביא למסקנה כי הפרסום בטל. כך נקבע בפסיקה, כי מקום שבו העותר ידע על ההחלטה חרף אי פרסומה או חרף הפגם שנפל בפרסום, או כאשר לא היה בפגם שנפל בפרסום כדי לסכל את תכליתו, אין בפגם כזה כדי להביא לבטלות המעשה המינהלי נשוא הפרסום. (ראה: בג"צ 527/74 חנה ח'לף ואח' נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז הצפון, פ"ד כט(2) 319; רע"א 2837/98 שלום ארז ואח' נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נד(1) 600).

33. במקרה שלפנינו, בזק ידעה, על פי האמור בעתירה, על תנאי הממונה כבר במחצית השנייה של חודש ינואר, עוד לפני תום המועד להגשת הערר, והיא יכולה הייתה להגיש את הערר במועד.

אין גם טענה שהפגם בפרסום גרם לכך שבזק לא הייתה מודעת במועד שבו הפרסום הגיע לידיעתה על כך שמדובר בתנאים הנוגעים לפעילותה. בזק אמנם טוענת, כי במקרה זה עקב תוכנו של הפרסום לא יכול היה לעלות אצלה חשש לפגיעה, שכן הפגיעה בה טמונה בהטלת המגבלות ועל אלה היא לא יכולה הייתה לעמוד מהפרסום. אולם, הטענה הועלתה במישור התיאורטי בלבד. בהתייחס קונקרטי לנסיבות המקרה, כל שנאמר בעניין

זה בערר, היה כי "רק במחצית השנייה של חודש ינואר 2000 נודע לממונה על אכיפה פנימית בחברה על דבר קיום הסייגים" (סעיף 30 לערר). מכאן, שבזק אינה טוענת שהפרסום הגיע לידיעתה עוד קודם למחצית השנייה של חודש ינואר (שאז נודע לממונה על אכיפה פנימית בבזק על כך שמדובר בתנאים אשר נוגעים לבזק), אלא שבשל תוכנו של הפרסום היא לא עמדה על תנאי הממונה. מכאן, שאין טענה, שאי פרסום העובדה שמדובר בתנאים הנוגעים לפעילותה של בזק, מנע בפועל מבזק לדעת על תנאים אלה. אפשרות כזאת גם איננה סבירה. שכן, בנסיבות העניין היה על בזק להיות ערה לאפשרות שגם במיזוג שבין בזק בינלאומי לבין וואלה ייקבעו תנאים הנוגעים לפעילותה. עובדה היא שבמכתבו של מנכ"ל החברה, מר בירן, לממונה מיום 2.12.1999, שבו הוא דחה את התנאים שקבע הממונה לגבי המיזוג הראשון, הודיעה בזק כי החליטה "להעביר את זכויותיה לחברת הבת בזק בינלאומי אשר תבחן ותשלול ביצוע העסקה, בין היתר מתוך הנחה שלא יושתו עליה תנאים מגבילים כפי שהושתו על בזק".

34. בנסיבות אלה, אני סבור שאין בפגם שנפל בפרסום כדי להביא לבטלותו של הפרסום ולהכשיר את הערר בשל הטעם שבהעדר פרסום טרם חלף המועד להגשת הערר.

#### פגיעת הגבל עסקי

35. טענה נוספת שמעלה הממונה, היא כי העוררת אינה בגדר "אדם העלול להיפגע מן המיזוג", במשמעות האמור בסעיף 22(ב) לחוק. שכן פגיעתה, ככל שנגרמה לה פגיעה, אינה "פגיעת הגבל עסקי" המקנה לה זכות ערר מכוחו של סעיף זה.

פגיעת הגבל עסקי, טוען הממונה, בהתבסס על פסק הדין בעניין אדגר (ה"ע 5/98) **אדגר השקעות ופיתוח בע"מ נגד הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'** (דינים מחוזי, לב (3) 310) היא פגיעה באותם אינטרסים שעליהם ביקש המחוקק להגן בחוק ואשר לצורך מניעת הפגיעה בהם הוא הפקיד ביד הממונה את הסמכות להתנגד למיזוג.

העיון בערר, טוען הממונה, מעלה, "ראשית, כי מרבית טענותיה [של בזק] בעניין זה אינן מתייחסות לפגיעה מן המיזוג אלא לפגיעה מתנאי המיזוג", פגיעה שאינה עולה בקנה אחד עם דרישת סעיף 22(ב) לחוק. שנית, העוררת מלינה על פגיעה כלכלית בה עצמה, אשר "תפחית את כושרה להתחרות

במתחריה" (סעיף 48 לערר). אולם, טוען הממונה, העוררת לא ביססה את טענתה בדבר פגיעה זו. יתירה מכך, פגיעה זו שלה טוענת בזק, טוען הממונה, אינה נמנית על הפגיעות שאותן ביקש המחוקק למנוע בחוק ההגבלים העסקיים. שכן החוק לא נועד למנוע פגיעה עסקית בעוררת, אלא למנוע פגיעה בתחרות. העוררת אמנם טענה, כי הפחתת כושרה להתחרות במתחריה "תוביל מצדה לפגיעה בתחרות ואגב כך לפגיעה בציבור" (סעיף 48 לערר). אולם טענה זו, סבור הממונה, חסרת כל ביסוס ואין בה כדי להצביע על קיומה של פגיעת הגבל עסקי. הממונה סבור, שהעוררת אף מנועה מלהעלות טענה זו, שכן היא הסכימה למיזוג ולתנאיו, פעמיים. בפעם הראשונה כאשר דובר בתיק מיזוג 3180 שבו היא עצמה הייתה המבקשת, ופעם נוספת לגבי המיזוג הנוכחי (תיק מיזוג 3412). מעבר לכך, טוען הממונה, בערר ובתצהירים התומכים בו, אין כל התייחסות לפגיעה בתחרות, שכן העוררת לא הראתה כיצד פוגע המיזוג בתחרות ובציבור בהיבטיו של חוק ההגבלים העסקיים. ולהפך, בהיבט זה, המיזוג כלל אינו פוגע בתחרות.

36. בזק טוענת, כי עקב המיזוג נגרמה לה פגיעת הגבל עסקי קשה כפי שנטען בסעיפים 47 עד 53 ונספחים יא' ו-יב' לכתב הערר. במסגרת זו, טוענת בזק, היא תבקש להראות שכתוצאה מן המיזוג תיפגע יכולתה להתחרות, באופן אשר יוביל לפגיעה בתחרות בענף, ולפגיעה בציבור.

בכל מקרה, טוענת בזק, המסגרת המתאימה לניתוח התנאים אשר הושתו עליה במסגרת המיזוג בין וואלה לבין בזק בינלאומי, והשלכותיהם על התחרות בשוק, היא בדיון בערר לגופו, ולא במסגרת הבקשה לסילוק על הסף.

בהמשך טיעונה מסבירה בזק שקיומו של המיזוג, כפי שאושר על ידי הממונה, מגביל את כושר התחרות שלה בענפים בהם היא פעילה, בזמן שמתחריה, בפועל ובכוח, שאף הם בעלי מונופולים בענפים אחרים, אינם כפופים למגבלות דומות. מדובר, טוענת בזק, בעיקר במגבלות שהשית הממונה על יכולתה למכור חבילות של שירותים בתחום התקשורת, מגבלות שאינן חלות, למשל, על החברות בעלות הזיכיון לשידורי טלוויזיה בכבלים. כך, למשל, במידה שבזק תבקש לערוך מבצע עם וואלה היא תהיה חייבת לערוך מבצע זהה עם כל מתחרה של וואלה, תוך מתן אפשרות לאותו מתחרה לבדוק את ספריה על מנת לוודא את מימוש הזכות. מתחריה של בזק, לעומת זה, שגם הם בעלי מונופולין, עורכים מבצעי מכירות ופרסום

של מספר שירותי תקשורת יחדיו מבלי שקיימת עליהם חובה לשתף את כל מתחריהם באותם מבצעים ומבלי שספריהם ייחשפו בפני מתחריהם. לדוגמה, מזכירה בזק מבצע שערכה לאחרונה תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ, אשר היה מוגבל ללקוחות תבל, שכותרתו "גולשים חינם באינטרנט ומדברים חינם לחו"ל כל השנה". במבצע הוצע למנויי תבל 8 שעות גלישה לחודש חינם באמצעות נטויז'ן או ברק וכן 9 דקות בחודש שיחת חינם לחו"ל באמצעות ברק או קווי זהב.

חוסר שוויוניות זו, טוענת בזק, היא פגיעת הגבל עסקי קשה בה, אשר תפחית את כושרה להתחרות במתחריה ותוביל לפגיעה בתחרות ובציבור.

אשר לנימוק שהעלה הממונה, לפיו אין די בטיעון האמור כדי להוכיח פגיעת הגבל עסקי, טוענת בזק, שאפילו יש בו ממש, אין לדון בכך במסגרת הבקשה הנוכחית. זאת, משום שהערר והתשובה לערר הם בגדר כתבי טענות בלבד אשר נועדו לגבש את הפלוגתאות בין הצדדים, כאשר לאחר גיבוש הפלוגתאות ניתן יהיה להביא ראיות נוספות (ראה ההחלטה בעניין זה בתיק מוני' 2/96 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ ואח'** (לא פורסם)). באותה החלטה אף נקבע, כי העובדות שיש לכלול בכתבי הטענות אינן חייבות להשתרע על כל הפסיפס העובדתי שיוכח על ידי הצדדים במשפט, אלא על הרצאת העובדות המהותיות בלבד. הנה כי כן, טוענת בזק, טענתו של הממונה כי טענת ההגבל העסקי חסרת ביסוס מספיק היא מוקדמת שכן כתב הערר הוא בגדר כתב תביעה שאינו אמור להציג את מלוא הראיות הדרושות לצורך הוכחת טענותיה. בכל מקרה, טוענת בזק, העיון בכתב הערר ובנספחים יא' ו-יב' המצורפים אליו, מעידים בבירור כי בזק ביססה כדבעי את טענת פגיעת ההגבל העסקי.

בזק מוסיפה וטוענת שאין ממש גם בטענת הממונה, כי פגיעת ההגבל העסקי היא פגיעה הנוגעת למיזוג עצמו, ולא לתנאי המיזוג. זאת, משום שהמיזוג שבו מדובר הוא המיזוג כפי שאושר על ידי הממונה וזה כולל את כל התנאים שקבע הממונה במסגרת אישורו.

בזק אף כופרת בטענת הממונה כי נתנה הסכמתה לתנאי המיזוג, הן במיזוג הראשון והן במיזוג השני.

37. מקובל עלי שהפגיעה מן המיזוג יכול שתהא, בעיקרון, גם פגיעה מתנאי המיזוג, שכן תנאים אלה מהווים חלק בלתי נפרד מן המיזוג עצמו. כמו כן

מקובלת עלי טענת בזק, שהראיות שהציגה בזק בשלב זה אינן ממצות את המטען הראייתי שבזק רשאית להביא בפני בית הדין. עם זה, היה על בזק, כפי שנקבע בהחלטה בעניין ידיעות אחרונות הנזכרת לעיל, כבר בשלב, זה לפחות לתחום ולהגדיר את טענותיה בערר. זאת גם אם התמיכה הראייתית המלאה בטענות אלה תושלם בשלב מאוחר יותר. בעניין זה אני סבור שיש בערר ובתצהירים התומכים בו ראיות די הצורך, ככל שנדרש להליך הנוכחי, בתמיכה לטענה שתנאי הממונה עשויים להגביל את כושר התחרות של בזק.

לאור כך, אני סבור, שלצורך בקשה זו יש לצאת מן ההנחה שההגבלות שקבע הממונה על פעילותה של בזק בתנאי המיזוג, אכן עשויות להגביל את כושר התחרות של בזק.

38. את טענת המניעות מבסס הממונה על כך ש"העוררת יצרה כלפי הממונה וכלפי השוק מצג של הסכמה לתנאים ולמצג זה מנועה היא מלהתכחש כעת". הסכמתה של העוררת לתנאים אלה ניתנה, לטענת הממונה, "הן בצורה מפורשת והן בהתנהגותה. לפיכך יש לראותה כמי שויתרה על טענות בעניין זה". (סעיף 65 לבקשה).

הסכמה מפורשת נתנה בזק, לטענת הממונה, רק לגבי המיזוג הראשון. לגבי מיזוג זה, הוגשו תצהירים על ידי שני הצדדים.

עורך דין רוזנט, מרשות ההגבלים העסקיים, טען בתצהירו כי בשיחת טלפון שנוהלה ביום 10.10.99, נתנו נציגי בזק הסכמתם לתנאים בהם אושר המיזוג בין בזק לבין וואלה.

בתצהירה של עורכת הדין אלינור ניסנסון מהלשכה המשפטית של בזק, נאמר, כי אותה שיחת טלפון התייחסה רק לאחד מהסעיפים שבאותם תנאים, הוא הסעיף המתייחס להגדרת המונח "חברת וואלה". לטענתה, היא לא נתנה הסכמה בשיחה זו לתנאי הממונה, והיא גם לא הייתה מוסמכת ליתן הסכמה כזאת בשם בזק.

עם זה, אני סבור כי העובדה שאותה שיחה התייחסה לתנאי המיזוג ובה העלו נציגי בזק ביחס לתנאים אלה הסתייגות רק בנושא אחד, ובתום אותה שיחה אף ביקשו לשלוח אליהם נוסח סופי של האישור כשהוא חתום על ידי הממונה, יכולה הייתה בהחלט להתפרש בעיניו של עו"ד רוזנט, גם על פי גרסתה של עו"ד ניסנסון, כהסכמה לתנאי המיזוג.

מכל מקום, גם אם בזק נתנה בשעתו הסכמתה למיזוג הראשון, אין בכך כדי ליצור מצג של הסכמה מצדה גם לגבי המיזוג השני. שכן ביום 2.12.99, כחודש לפני מתן ההחלטה בעניין המיזוג השני, הודיע מנכ"ל בזק במכתבו הנזכר, שתנאי המיזוג אינם מקובלים על בזק, ואף הביע תקוותו שעל בזק בינלאומי לא יוטלו תנאים כפי שהושתו על בזק.

לגבי המיזוג השני, אין טענה מצד הממונה כי בזק נתנה הסכמה מפורשת לתנאי המיזוג. טענתו של הממונה, היא שהתנהגותה של בזק בינלאומי, אשר פנתה ביום 24.1.00 לממונה וביקשה לתקן את תנאי ההחלטה, "הבהירה היטב כי קבוצת בזק מסכימה לתנאים שהוטלו במיזוג בין בזק בינלאומי לבין המשיבה 3". לא יעלה על הדעת, מוסיף וטוען הממונה, "כי קבוצת בזק, באמצעות זרוע אחת שלה, תסכים לתנאים ולאחר מכן תבוא אותה קבוצה באדרת אחרת ותערור על אותם תנאים". עוד טוען הממונה בהקשר זה, כי "בזיקה ההדוקה והאינטנסיבית בין החברות בקבוצת בזק, כפי שתוארה לעיל, כאשר אין לעוררת אינטרס מנוגד בגוף המתחרה לבזק בינלאומי, כאשר בידי הדירקטורים בעוררת מידע על פעולותיה של בזק בינלאומי ובידי דירקטורים בבזק בינלאומי מידע עסקי על פעולותיה של העוררת, לא ניתן לומר, כי הסכמתם של נושאי משרה בבזק בינלאומי לתנאים שהוטלו עליה אינה מחייבת את העוררת".

39. אין ספק שהשתלשלות הדברים בנושא זה מעלה על פניה תמיהות. מצד אחד, נטען בערר ובתצהיר התומך בו כי:

"במשך הזמן שחלף ממועד מסירת הודעת המיזוג על ידי בזק בינלאומי ועד למועד הגשת ערר זה, לבזק, או למי מנציגיה לא היה כל שיח ושיג עם אנשי רשות ההגבלים העסקיים או עם אנשי בזק בינלאומי בנוגע לתנאים בהם יאושר המיזוג בין בזק בינלאומי לבין וואלה. ודוק: בזק בינלאומי לא התייעצה עם בזק וממילא לא קבלה את אישורה או את הסכמתה של בזק, במישרין או בעקיפין, לנהל בשמה ועבורה משא ומתן עם הממונה בנוגע לתנאים בהם יאושר המיזוג בין בזק בינלאומי לבין וואלה. למיטב ידיעתה של בזק, בזק בינלאומי גם לא התיימרה להציג מצב כלשהו בשמה של בזק בפני רשות ההגבלים העסקיים". (סעיף 25 לערר).

מאידך, מר אורי יוגב, מנכ"ל בזק בינלאומי כותב במכתבו לרשות ההגבלים העסקיים מיום 30.12.1999, כי "כמוסכם בינינו אנו מאשרים את קבלת החלטתכם ומסכימים לאמור בה". הסכמה זו של בזק בינלאומי כללה, בהכרח, גם הסכמה לתנאי המיזוג. אולם כיצד זה יכולה בזק בינלאומי



לתת הסכמתה למיזוג ולתנאיו כאשר מדובר בתנאים אשר חלים בעיקרם על בזק, בלא להודיע על כך לבזק ובלא להתייעץ עמה?

על קושיה זו אין למצוא תשובה בערר ובתצהירים התומכים בו. טענותיה של בזק, לפיהן, לבזק, או למי מנציגיה לא היה כל שיח ושיג אם אנשי רשות ההגבלים העסקיים או עם אנשי בזק בינלאומי בנוגע לתנאים בהם יאושר המיזוג בין בזק בינלאומי לבין וואלה, מתייחסים ל"משך הזמן שחלף ממועד מסירת הודעת המיזוג על ידי בזק בינלאומי ועד למועד הגשת ערר זה". אולם, הודעת המיזוג נמסרה על ידי בזק בינלאומי לממונה ביום 27.12.1999 והחלטת הממונה בעניין זה ניתנה כעבור שלושה ימים בלבד, ביום 30.12.1000.

בנסיבות אלה נשאלת השאלה, מה אירע בין המועד שבו החליטה בזק להעביר את המיזוג לבזק בינלאומי, במועד לא ידוע אשר קדם למכתבו הנזכר של מנכ"ל בזק מיום 2.12.1999, לבין הגשת הודעת המיזוג על ידי בזק בינלאומי ביום 27.12.99. האם במהלך המגעים שקוימו בין בזק לבין בזק בינלאומי בקשר להעברת המיזוג, כלל לא נדונה האפשרות שהממונה יתנה את הסכמתו למיזוג החדש באותם תנאים שבהם הוא התנה את הסכמתו למיזוג הקודם? על כך לא נאמר בערר ובתצהירים התומכים בו דבר.

40. בסיכומו של נושא זה אני סבור, שחרף סימני השאלה הנזכרים, לא ניתן לקבוע, על יסוד הראיות החלקיות שהוצגו בהליך זה, שבזק נתנה הסכמתה לתנאי המיזוג (השני), או שהיא מנועה, מכוח התנהגותה היא או התנהגותה של בזק בינלאומי, לחלוק על תנאי המיזוג הנוגעים אליה. בדוקטרינה של הישות המהותית האחת בלבד, אני סבור שאין די כדי לחייב את בזק בתנאים אלה. הראיות הנוספות שהוצגו בעניין הסכמתה של בזק לתנאי המיזוג והמצגים המיוחסים לה בנושא זה, אינן חד משמעיות. זאת, במיוחד לאור מכתבו הנזכר של מנכ"ל בזק מיום 2.12.1999, שבו הוא דחה את תנאי הממונה והביע תקוותו שעל בזק בינלאומי לא יושתו תנאים מגבילים כפי שהושתו על בזק. ראוי גם להזכיר, כי מדובר בתנאים שהפרתם מהווה עבירה פלילית (סעיף 47(א)(4) לחוק ההגבלים העסקיים), דבר המקשה לבסס הטלתם של תנאים כאלה על הסכמה מכללא או על עיקרון הישות המהותית האחת.

41. עדיין עולה השאלה, האם הפגיעה שלה טוענת בזק, היא בגדר "פגיעת הגבל עסקי". בזק טוענת שהפגיעה בתחרות הנובעת מתנאי המיזוג, מתבטאת בהפחתת כושר התחרות שלה, פגיעה אשר "תוביל מצידה לפגיעה בתחרות ואגב כך לפגיעה בציבור". הממונה חולק על טענה זו, הן מהפן העובדתי והן מהפן המשפטי. לשיטתו: "טענה זו חסרת כל ביסוס ולא די בה כדי להראות פגיעת הגבל עסקי" (וראה לעניין זה, עניין אדגר).

42. לצורך הדיון הנוכחי אני מוכן להניח, חרף העובדה שהתשתית שהונחה לכך בערר ובתצהיר התומך בו קלושה, שהפגיעה בכושר התחרות של בזק עשויה לגרור אחריה פגיעה בתחרות בשוק. עם זה, אני סבור שאין בטענה זו כדי להצביע על פגיעת הגבל עסקי בבזק.

43. הפגיעה בכושר התחרות של בזק, כדי שתהא פגיעת הגבל עסקי, צריך שתגרם, כפי שנקבע בפסק הדין בעניין אדגר, מפגיעה "באותם אינטרסים שעליהם ביקש המחוקק להגן בחוק, ואשר לצורך מניעת הפגיעה בהם הוא הפקיד ביד הממונה את הסמכות למנוע על דרך ההתנגדות למיזוג מכוח סעיף 21(א) לחוק". מדובר, כפי שעולה מסעיף 21(א) לחוק, במניעת הפגיעה בתחרות, ופגיעה בטובת הציבור בהיבט של הפגיעה ברמת המחירים, באיכות, בכמות ובתנאי ההספקה של נכסים או שירותים.

זה הדין גם במשפט המשווה. כך נקבע בפסק הדין בעניין **Brunswuck v. Pueblo Bowl-O-Mat**, 429, U.S. 477 :

"Every merger of two existing entities into one, whether lawful or unlawful, has the potential for producing economic readjustments that adversely affect some persons. But Congress has not condemned mergers on that account; it has condemned them only when they may produce anticompetitive effects ... plaintiffs must prove antitrust injury. Which is to say injury of the type the antitrust laws were intended to prevent and that flows from that which makes defendants' acts unlawful. The injury should reflect the anticompetitive acts made possible by violation". (p. 487-489).

הפגיעה באינטרסים אלה, שעליהם מבקש המחוקק להגן, עקב המיזוג נגרמת, ככלל, בשל צבירת כוח שוק בידי הגוף שקם בעקבות המיזוג, המאפשר לו לפגוע בתחרות. כך עולה מהצעת חוק ההגבלים העסקיים (ה"ח 1647, תשמ"ד עמ' 51-50) :

"המיזוגים אשר מוצע לפקח עליהם הם מיזוגים שתוצאתם שלטיה צפויה של החברות המתמזגות בשוק במידה העלולה לפגוע בתחרות, והם:

1. מיזוגים שבהם גלום כוח מונופוליסטי, דהיינו -
- א. מיזוגים שכתוצאה מהם ישלטו החברות המתמזגות על יותר ממחצית מכלל הייצור, האספקה או הרכישה של טובין או שירותים מסוימים;
- ב. מיזוגים שבהם אחת החברות המתמזגות היא בעלת מונופולין
2. מיזוג של חברות שהיקף פעילותן הצפוי בשוק לאחר המיזוג הוא משמעותי, אפילו לא נוצר מונופולין".

זו גם הגישה במשפט המשווה. כך קבע בית המשפט העליון של ארצות הברית בהתייחסו לפיקוח על מיזוגים מכוח סעיף 7 ל - Clayton Act :

"Section 7 of the Clayton Act was intended to arrest the anticompetitive effects of market power in their incipency. The core question is whether a merger may substantially lessen competition, and necessarily requires a prediction of the merger's impact on competition, present and future"

(**FTC v. Procter & Gamble Co**, 386, U.S. 568, 577).

בעניין זה קיימת הבחנה בין מיזוג אופקי לבין מיזוג אנכי. במיזוג אופקי, עשוי השינוי במבנה השוק הנגרם עקב המיזוג להגדיל את הריכוזיות בשוק, תוך גריעת מתחרה ורכישת כוח שוק או הגברתו על ידי הגוף החדש אשר קם עקב המיזוג. התייחסו לכך המלומדים Areeda ו - Hovenkamp בספרם **Antitrust Law** (Revised Edition, v. 5, p. 54) :

"The antitrust concern with horizontal mergers is that they "may" "substantially ... lessen competition", in the language of s. 7 of the Clayton Act, ... . A merger might do this in a number of ways. First, it may make unilateral exercises of market power more likely or more significant by (a) creating a monopoly or dominant firm; (b) perpetuating a monopoly or dominant firm by eliminating a nascent rival;© giving one firm stronger control of its "niche" in a product-differentiated market; or (d) strengthening a firm's power to make noncompetitive bids that buyers will be unabel to refuse. Second, a merger may make collusion or other coordination of prices more likely or more

successful by (1) reducing the number of firms in the market; (2) eliminating a “maverick” firm previously unwilling to cooperate with a cartel or oligopoly; or (3) minimizing the amount of effects of product differentiation”.

במיזוג אנכי, החשש לפגיעה בתחרות הוא מפני חסימת ערוצי שיווק או מקורות ההספקה בפני המתחרים עקב השתלטות הפירמה הרוכשת על פירמה אחרת הנמצאת במעלה או במורד שרשרת הייצור. (ראה: ערר 2/94 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי, לב (6) 668).

44. הפגיעה עליה מתלוננת בזק במקרה זה אינה נובעת מהחשש להתרחשותו של איזה מהתהליכים המתוארים לעיל המאפיינים את מנגנוני הפגיעה בתחרות העשויה להיגרם עקב מיזוג.

בזק אינה מלינה על שינוי במבנה השוק שנוצר עקב המיזוג תוך הגברת הריכוזיות בשוק, או על כך שהגוף שקם בעקבות המיזוג עשוי לרכוש כוח שוק אשר עלול לפגוע בה. גם אם כך יקרה, קשה לראות כיצד יפגע הדבר בבזק, שהיא חברת האם של בזק בינלאומי אשר יזמה את המיזוג ויש לה אינטרס ברור בטובתה של בזק בינלאומי. בזק גם אינה טוענת לחסימת ערוצי שיווק או אספקה. למעשה, הערר כולו נודע להראות שאין במיזוג כדי לפגוע בתחרות, מה שאינו עולה בקנה אחד עם הטענה שבזק נפגעת מהמיזוג פגיעת הגבל עסקי.

למעשה, בזק אינה טוענת לפגיעה אשר עשויה להיגרם לה עקב הפגיעה בתחרות, אלא לפגיעה בתחרות העשויה להיגרם עקב הפגיעה בכושר התחרות שלה. טענה זו הופכת את היוצרות ומטשטשת את האבחנה בין סובב למסובב. שהרי בפגיעת הגבל עסקים נדרש שמקורה של הפגיעה יהא בפגיעה בתחרות, ואילו בענייננו, כאמור, המצב הוא הפוך.

בזק אינה בגדר מי שנפגע מן המיזוג גם משום שהיא לא הייתה חייבת לקבל על עצמה מלכתחילה את תנאי המיזוג. לעניין זה אני סבור, אין חשיבות לשאלה אם בזק נתנה הסכמתה למיזוג אם לאו.

אם בזק הסכימה למיזוג, כי אז היא אינה יכולה לאחוז בחבל בשתי קצותיו. מצד אחד להסכים לתנאי המיזוג כדי לקדם את עניינה של חברת

הבת שלה, ובה בעת לערור על תנאים אלה, בטענה שהיא נפגעת מתנאי המיזוג. בכל מקרה, פגיעתה של בזק במקרה כזה, אינה פגיעה עקב המיזוג אלא פגיעה אשר נובעת מהסכמתה לקבל עליה את תנאי הממונה. פגיעה כזאת, ודאי אינה בגדר פגיעת הגבל עסקי.

אם בזק לא הסכימה לתנאים אלה, היא אינה קשורה בהם וממילא היא אינה נפגעת מתנאים אלה. סירובה של בזק לקבל על עצמה את תנאי הממונה, אמנם עשוי להביא לפגיעת האישור של הממונה למיזוג או לאי כניסתו של האישור לתוקף מלכתחילה, תוצאה שבה בזק, כפי שאני מבין, אינה מעוניינת. אולם, עניינה של בזק בכך שהמיזוג יצא לפועל והפגיעה אשר עשויה להיגרם לה אם המיזוג לא יתממש עקב סירובה לקיים את תנאי הממונה, אינם בגדר פגיעת הגבל עסקי.

45. בקשתה החלופית האחרונה של בזק היא שבית הדין, אם ידחה את כל שאר טענותיה, יאות לעיין מחדש בהחלטה הקודמת שבה נדחתה בקשתה להארכת המועד להגשת הערר.

46. בנושא זה עומדת על דרכה של בזק לרועץ, בראש ובראשונה, ההחלטה הקודמת שבה כבר נדחתה בקשתה להארכת המועד להגשת הערר.

לאור החלטה זו טוען הממונה, שאין לבית הדין סמכות לשקול מחדש את החלטתו בנושא זה. הממונה מבסס עמדה זו על הטעם ש"בחינה מחדש של החלטה שיפוטית הוא עניין **שבמהות** כדוגמת ערעור ... לפיכך, טוען הממונה, סמכותו של בית הדין לעיין מחדש בהחלטתו יכולה להילמד אך ורק מהוראת חוק מפורשת ... העוררת לא הצביעה על כל הוראת חוק מפורשת לפיה רשאי בית הדין הנכבד לעיין מחדש בהחלטתו".

העוררת טוענת, מאידך, כי החלטה שיפוטית בעניין הארכת מועד היא החלטה דיונית באופייה (רע"א 5679/99 **ועקנין נ' רומנקו**, תקדין עליון כרך 99(3) 928), ועל כן היא נופלת בגדר סמכותו של בית הדין מכוח סעיף 40 לחוק, המאפשר לבית הדין לדון בכל עניין של סדרי דין בדרך הנראית לו מועילה ביותר להכרעה צודקת.

47. הסמכות לשנות החלטה על ידי אותה ערכאה אשר נתנה את ההחלטה, היא פועל יוצא של השאלה האם מדובר בהחלטת ביניים או בהחלטה סופית המסיימת את הדיון. כפי שקובע זוסמן בספרו **סדרי הדין האזרחי** (מהדורה

שביעית בעריכת ד"ר ש. לוי, עמ' 767), "בקשה להאריך את מועד הערעור היא בקשת ביניים".

באשר לעיון מחדש בהחלטת ביניים, "הלכה פסוקה היא כי החלטת ביניים אינה יוצרת מעשה בית-דין, ועל כן גם ניתן להביאה מחדש בפני אותה ערכאה שהחליטה בה לראשונה, וזו רשאית לשנותה אם השתנו הנסיבות מאלו שהיו קיימות עת ניתנה ההחלטה הראשונה" (ע"א 6146/00 רע"א 648/00, **עיריית תל אביב יפו ואח' נ' בצלאל אהובה ואח'** (טרם פורסם), פסקה 6 לפסק הדין; ע"א 9396/00 **קרנית קרן לפיצוי נפגעי דרכים נ' אלי זנגי**, פ"ד נה (3) 537). עוד נקבע כי:

"בעקרון אין מניעה שבית המשפט יעיין מחדש בהחלטת ביניים שנתן שעניינה צו זמני בהתקיים טעמים מיוחדים המצדיקים זאת. יודגש כי המקרים בהם ישנה בית המשפט מהחלטה ביניים שנתן ללא שינוי בנסיבות הם נדירים ביותר ובית המשפט לא יתן ידו לשימוש לרעה בהליך החריג של עיון חוזר, אך אין לומר כי אין בידי בית המשפט סמכות לשוב ולעיין בהחלטתו - הדבר נתון לשיקול דעתו של בית המשפט. כך, למשל, רשאי בית המשפט לחזור בו מהחלטת ביניים, ובכלל זה החלטת ביניים שעניינה מתן סעד זמני, אם נוכח לדעת שטעה",

(ע"א 9396/00 הנ"ל, סעיף 3 לפסק הדין).

48. במקרה זה אני סבור, שלא הוצג על ידי העוררת טעם מספיק לשינוי ההחלטה הקודמת, בה נדחתה בקשתה להאריך את המועד להגשת הערר.

בזק לא הציגה נסיבות חדשות אשר לא היו קיימות או לא היו ידועות לה בדיון הקודם, אשר יצדיקו דיון נוסף כזה בבקשה. כל שנטען לעניין זה בתשובתה של בזק היה "כי העובדות אשר נפרשו לפני בית הדין מצדיקות משיקולים של עשיית צדק שימוש בסמכות זו (וכי) בעת מתן החלטתו בבקשת בזק להארכת מועדים (בקשה 15/00) לא נפרשה בפני בית הדין כל התמונה העובדתית. תמונה עובדתית זו אף לא הייתה לפני בזק בעת הגשת הבקשה, שכן החברה כלל לא ידעה כי לשיטת הממונה היא בבחינת צד למיזוג. על כן סבורה בזק כי בנסיבות אלה, המסגרת הנכונה לדון בה היא מסגרת העיון מחדש" (סעיף 161 לתגובה).

49. הטעם הקונקרטי היחיד בשלו מבקשת בזק לפתוח את הדיון בבקשה מחדש, הוא הטעם שבזק לא ידעה בעת הדיון בבקשה הקודמת כי לשיטתו של הממונה היא בבחינת צד למיזוג.

אין לקבל טעם זה. בבקשה הקודמת לא ניתן, למעשה, טעם של ממש להארכת המועד המבוקשת. כל שנטען באותה בקשה היה שהתקופה להגשת הערר צריך שתמנה ממועד פרסום ההחלטה המתקנת, אך "בשל העדרה של פסיקה בנוגע למועד הגשת הערר על החלטה מתוקנת של הממונה על הגבלים עסקיים לאשר מיזוג חברות ובשים לב לכך שבזק מבקשת שהות נוספת, עד ליום 25.3.2000, לצורך בחינת שאלת תגובתה להחלטת הממונה בתיק 3412 היא מבקשת הארכת מועד כאמור בכותרת בקשה זו".

לא נטען בבקשה, דבר לגבי המועד שבו נודע לבזק על תנאי הממונה. זאת, כאשר בבקשה הנוכחית טוענת בזק, שנודע לה על תנאי הממונה רק במחצית השנייה של חודש ינואר. עובדה זו הייתה צריכה להיות ידועה לבזק כבר בעת הגשת הבקשה הקודמת, ואילו ראתה בנימוק זה טעם להארכת המועד, היה עליה להזכיר אותו בבקשתה.

אשר לטענה כי בעת הגשת הבקשה הקודמת בזק לא ידעה שלטעמו של הממונה היא מהווה צד למיזוג, אני סבור כי עמדה זו של הממונה איננה יכולה להפתיע את בזק, שהרי לשיטתה של בזק עצמה היא מהווה צד למיזוג, הגם מטעם שונה מטעמו של הממונה. על כן, גם לשיטתה של בזק, זכותה לערור על החלטת הממונה קמה (בעיקר) מכוחו של סעיף 22(א) לחוק. לפיכך, ככל שהיו לבזק טעמים התומכים בבקשה להארכת המועד להגשת הערר מכוחו של סעיף זה, כמו הטענה שהחלטת הממונה לא נמסרה לה וכי נודע לה על תנאי הממונה בשלב מאוחר יותר, היה עליה לטעון לקיומם של טעמים אלה בבקשה הקודמת. לא ניתן כל הסבר מדוע טעמים אלה לא הוצגו על ידי בזק בפני בית הדין בבקשה הקודמת.

50. גם אם היה מקום לקיים בבקשה דיון חדש, לא שוכנעתי שיש מקום להיענות לבקשה.

בתגובתה של בזק לבקשה נטען בעניין זה כי: "השתלשלות האירועים כפי שתוארה במהלך תגובה זו מלמדת על קיומם של מספר טעמים כבדי משקל, חריגים באופיים, המצדיקים כל אחד בפני עצמו, הארכת המועד להגשת הערר על ידי חברת בזק. כאמור בניגוד לנדרש על פי חוק ההגבלים העסקיים, לבזק לא נשלחה הודעה על היותה צד למיזוג בתיק מז' 3412; חברת בזק לא נדרשה להגיש הודעת מיזוג בתיק מיזוג 3412 כמחויב על פי סעיף 22(א) של חוק ההגבלים העסקיים; ההודעה אשר פרסם הממונה בעיתונות היא הודעה שאיננה מקיימת את הוראות הדין ובפרט לא מצוין

בה כי בזק היא צד למיזוג או כי הושתו עליה תנאים במסגרת אישור המיזוג. כל אלה הביאו לכך, כי בפועל בזק ידעה על כך כי הושתו עליה סייגים רק במחצית השנייה של חודש ינואר 2000, וגם זה שלא בדרך של הודעה מהרשות להגבלים עסקיים". (סעיפים 167, 168 לתשובה).

51. אין באלה משום "טעם מיוחד" המצדיק את הארכת המועד. לדעתי, גם אם בזק הנה צד למיזוג מכוח היותה ישות מהותית אחת עם בזק בינלאומי, אין בכך כדי לחייב אותה, מבחינה פורמלית, להגיש הודעת מיזוג נפרדת, וכי ללא הודעה נפרדת כזאת הממונה היה מנוע מלהתייחס לבזק ולבזק בינלאומי כאל ישות מהותית אחת. אינני מקבל גם את הטענה שהממונה היה חייב, קודם שיתייחס לבזק כאל צד למיזוג מכוח הדוקטרינה של הישות המהותית האחת, להוציא קביעה כי בזק היא צד למיזוג לפי סעיף 43 לחוק. לפגם בפרסום כבר התייחסתי לעיל.

אשר לפגם בפרסום, כפי שכבר נאמר, לא הוכח שפגם זה הביא בפועל לכך שבזק לא ידעה על קיומם של תנאי הממונה הנוגעים אליה עד למחצית השנייה של חודש ינואר 2000.

בתצהירה של עו"ד שלוש אשר תמך בערר אין התייחסות למועד המדויק שבו נודע לבזק על תנאי הממונה, פרט לאמירה הכללית שהדבר היה במחצית השנייה של חודש ינואר. אין בתצהיר גם הסבר מדוע לאחר שנודע לבזק על תנאים אלה לא הוגש הערר במועד, שכן באותה העת (במחצית השנייה של חודש ינואר) הייתה לבזק עדיין שהות להגיש את הערר. ככל שהטעם לאי הגשת הערר במועד הוא ה"בחינה המדוקדקת" של ההחלטה, אין בפני התייחסות של ממש לאותה בחינה, לשאלה מדוע היה צריך לקיים בחינה זו, לאחר שעוד קודם לכן הודיעה בזק שתנאי הממונה (במיזוג הקודם) אינם מקובלים עליה. כן לא הוברר מתי קוימה בחינה זו ומדוע הדבר חייב את האיחור בהגשת הערר. בעיקר אין בתצהיר התייחסות לשאלה מתי נודע לבזק על עצם אישור המיזוג (להבדיל מתנאיו), למי נודע הדבר, ומדוע לא נעשתה בעקבות כך בדיקה של תנאי האישור.

52. טענה נוספת שהעלתה בזק, הייתה שבית הדין אינו רשאי להיעתר לבקשה, שכן מדובר בבקשה לדחיית הערר על הסף ולא למחיקתו, שלכך אין לבית הדין סמכות לאור סעיף 24 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב - 1992. סעיף זה קובע:



"בית דין רשאי למחוק על הסף ערר, כולו או מקצתו, אם שוכנע שאין לבית הדין סמכות או שהערר אינו מגלה עילה, או שהוא טורדני או קנטרני"

סעיף זה אינו מתייחס לסמכות הדחייה על הסף, ואת סמכות המחיקה על הסף הוא מגביל לעילות הנקובות בו, שהאיחור בהגשת הערר אינו נמנה עליהן. העובדה שבהצעת החוק (הצ"ח 2073, 333,341) נכללה, בין סמכויות בית הדין לפי סעיף זה, גם הסמכות לדחות ערר על הסף וכי סמכות זו נגרעה מהנוסח הסופי של החוק מחזקת גם היא, לטענת בזק, את הפרשנות לפיה אין לבית הדין סמכות לדחות ערר על הסף, אלא למוחקו בלבד.

53. אינני מקבל גם טענה זו. העובדה שבנוסח הסופי של סעיף 24 לחוק לא נכללה התייחסות מפורשת לסמכות בית הדין לדחות ערר על הסף, אינה מחייבת את הפרשנות לפיה מדובר בהסדר שלילי. שהרי אין חולק על כך שבית הדין מוסמך לדון בטענת הממונה בדבר האיחור בהגשת הערר. מבחינה זו בית הדין איננו קונה לעצמו סמכות שאינה נתונה בידו ממילא ואיננו דן בטענה שאין לו סמכות לדון בה. כל שעושה בית הדין כאשר הוא דן בבקשה לדחיית ערר על הסף, הוא להקדים את הדיון באחת מטענות התשובה במקום לדחות את ההכרעה בה עד לסיום הדיון בערר. מדובר, לדעתי, בסמכות טבועה שאף אינה מחייבת הסמכה מפורשת בחוק או בתקנות. ככל שבית הדין נזקק להסמכה כזאת, אני סבור שזו מצויה בסעיף 40 לחוק ההגבלים העסקיים.

לגופו של עניין, התוצאה לפיה בית הדין לא יוכל לדחות על הסף ערר בשל האיחור בהגשתו, ויהא נאלץ לקיים בפניו הליך סרק של שמיעת הערר רק כדי שיוכל בסופו של ההליך, ולא בתחילתו, לדחות את הערר בשל האיחור בהגשתו, אינה מתקבלת על הדעת, ואין לקבל פרשנות התומכת בתוצאה כזאת. תוצאה כזו ודאי אינה עולה בקנה אחד עם הוראת סעיף 40 לחוק ההגבלים העסקיים, לפיה על בית הדין לדון בדרך הנראית לו מועילה ביותר להכרעה צודקת ומהירה.

54. התוצאה היא שאני דוחה את הערר על הסף.

בזק תשלם לממונה הוצאותיו בהליך זה, ובנוסף שכ"ט עו"ד בסכום של 10,000 ש"ח.

ניתן היום, י' באב תשס"ב (31 בינואר 2002), בהעדר הצדדים.

המזכירות תמציא העתק פסק הדין לב"כ הצדדים.

---

י. עדיאל, שופט