



בית המשפט

ה"ע 802/08

בית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין

- בעניין:**
1. אייס אוטו דיפו בע"מ
 2. היפר רוזנפלד בע"מ
 3. היפר רוזנפלד נ.ר. (1997) בע"מ
- ע"י ב"כ עו"ד צבי אגמון ועו"ד מתן מרידור,
משרד אגמון ושות', עורכי דין

המבקשות

נ ג ד

המשיבה-העוררת

1. הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ
- ע"י עו"ד מ. הלפרין ועו"ד עדי אנטלר
מיתר, ליקוורניק, גבע & לשם, ברנדויין ושות'

הממונה

2. הממונה על הגבלים עסקיים
- ע"י ב"כ עו"ד אבנר פינקלשטיין
הרשות להגבלים עסקיים ירושלים

פסק - דין

הבקשה

1. לפני בקשה לסלק על הסף ערר שהגישה המשיבה 1 (להלן גם העוררת). הערר מתייחס להחלטת הממונה על ההגבלים העסקיים לאשר בתנאים מיזוג בין אייס אוטו דיפו בע"מ (להלן: אייס) לבין המבקשות 1 ו-2 (להלן: רוזנפלד וגם המבקשות), וזאת מכח סמכותו לפי סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: החוק).

בגדר עסקת המיזוג, רכשה אייס את רוזנפלד, והחנות שהופעלה על-ידי רוזנפלד באזור התעשייה סגולה בפתח תקווה נעשתה חנות בבעלות אייס. בערר התבקש בית הדין לבטל החלטת הממונה וגם להורות כי אם נעשו פעולות כלשהן בקשר עם המיזוג או בקשר עם ביצועו, פעולות אלו יבוטלו והמצב יושב לקדמותו.



בית המשפט

ה"ע 802/08

בית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין

2. בבקשה לסילוק על הסף (להלן: הבקשה), נטען כי יש לסלק את הערר על הסף, מאחר שאינו מגלה עילת הגבל עסקי, ובשל אי-גילויין של עובדות מהותיות לקיום ההליך.

עובדת אי-הגילוי, בהנחת קיומה, ניתנת לתיקון, וככזו – אין היא מצדיקה סילוק על הסף. ברם, כפי שיובהר להלן, שונה הדין לעניין העדר פגיעת הגבל עסקי. כפי שיורחב להלן, דבר קיום פגיעה כזו לעוררת, נבחן על הסף.

הטענות בערר

3. הטענות בערר מופנות נגד המיזוג, שהביא לכך שחנות רוזנפלד נעשתה חנות אייס. חנויות אלו הן חנויות מסוג "עשה זאת בעצמך" ו"שיפור הבית". על-פי הנתען, אייס היתה המתחרה היחידה לרוזנפלד באזור האמור (אייס עצמה מחזיקה סניף בצומת ירקונים בפתח תקווה), ומאחר שהיא רכשה את מלוא פעילותה וחנותה היחידה של רוזנפלד, חברו יחדיו שתי המתחרות באזור ונוצר מונופול אזורי בו פועל שחקן אחד בלבד (החברה הממוזגת). עוד נטען, כי על-פי המצב הקיים והצפוי בעתיד הנראה לעין, לא קיימת כל אפשרות של כניסת מתחרה פוטנציאלי חדש באזור הרלבנטי. לסיכום, שני המתחרים היחידים באזור התמוזגו, וזאת בשעה שקיימת בו מצוקה קשה של שטחי מסחר רלבנטיים, דבר שאינו מאפשר מענה תחרותי. לכן, כך נטען, יש למיזוג השלכה קשה הן על התחרות בשוק והן על ציבור הצרכנים.

4. בערר שטחה העוררת עובדות אלו: עד לשנת 2002 היא עצמה הפעילה סניף במתחם צומת ירקונים, אך הוא נסגר בשל בעיות רישוי ויעוד הקרקע באזור. מאז 2002 חיפשה העוררת נכס להקמת חנות באזור ללא הצלחה, בשל מחסור בקרקעות המיועדות לצורכי מסחר באזור. קיימות מגבלות רגולטוריות לא מעטות המוטלות על-ידי העירייה וקיים צורך בבניה ממושכת. עוד נטען בערר, כי השטח הבנוי הנדרש עבור העוררת, כדי להוות גורם תחרותי באזור, הינו בסדר גודל של 5,000 מ"ר, ועל כן, נדרשת היא לאתר שטח קרקע בגודל של 15-20 אלף מ"ר, וזאת



בית המשפט

ה"ע 802/08

בית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין

בין היתר לצורכי חניה. העוררת בחנה במהלך השנים האחרונות אפשרויות שונות לפתרון בעיה זו. לגבי הבחינה, נכתב בסעיף 3 לערר:

"גם היום לא חדלה הום סנטר ממאמציה להשיג מקרקעין באזור הרלוונטי. בימים אלה ממש מנהלת הום סנטר כפי שניהלה במהלך השנים האחרונות משא ומתן עם מספר גורמים על אפשרות לקבל שטח באזור. עם זאת, המדובר במשאים ומתנים בשלבים ראשוניים, הנכסים עליהם מדובר ידרשו היתר שימוש חורג, אשר קיימים ספקות לגבי היכולת לקבלו, וההיתכנות של עסקאות אלה רחוקה מלהיות קרובה".

5. עוד נאמר בערר, כי שטח הסניף של העוררת שנסגר בצומת ירקונים עמד על כ- 4,000 מ"ר, וסניפיה הקרובים ביותר לסניף שהחזיקה בעבר בצומת ירקונים מצויים בבארות יצחק. (בשטח של 1,235 מ"ר), ובכפר סבא, (בשטח של 1,580 מ"ר). לגבי סניפים אלו צויין כי המדובר בסניפים קטנים יחסית, אשר מגוון המוצרים המוצע בהם למכירה מצומצם בהרבה מן המגוון שהחזיקה העוררת בשעתו בסניף ירקונים.

6. לשיטת העוררת, תוצאתו של המיזוג בו מדובר הוא פגיעה קשה בתחרות בשוק הגיאוגרפי הרלוונטי למיזוג, וכדבריה בכתב הערר:

"המיזוג מאפשר יצירת כח שוק לאייס. אייס תוכל להעלות מחירים באזור הרלוונטי ולגרוף לכיסה רווחים מונופוליסטים. הום סנטר מצידה תיוותר מתחרה נחותה אשר אינה מסוגלת להעניק כל מענה תחרותי הולם לאייס באזור זה. לפיכך מדובר בפגיעת הגבל עסקי המקנה לעוררת זכות עמידה בערר לפני בית הדין הנכבד לפי סעיף 22(ב) לחוק" (סעיף 115 לערר).

בתגובתה לבקשה הרחיבה העוררת וציינה, כי ככל שרוזנפלד היתה בוחרת להתמזג עימה או עם כל גורם אחר שאינו אייס ואשר אינו מתחרה בשוק הגיאוגרפי הרלוונטי, לא היה פוחת מספר השחקנים בשוק, וממילא לא היתה נגרמת פגיעה



בית המשפט

ה"ע 802/08

בית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין

בתחרות. העוררת הוסיפה והדגישה, שאייס ורוזנפלד הם שני "מגה" סניפים המצויים במרכזו של האזור הגיאוגרפי. לעומת זאת, הוס סנטר מחזיקה שני סניפים קטנים יחסית בשוליו של האזור הגיאוגרפי הרלוונטי, אשר אינם יכולים לתת מענה תחרותי הולם לשני ה"מגה" סניפים האמורים. החלופות שיכולה הוס סנטר להציע בשוק זה הן נחותות ומרוחקות יותר. במקרה כזה העוררת עומדת לדבריה במצב של נחיתות תחרותית שתאפשר לאייס להעלות מחירים וליהנות מכך שהמתחרה הקרוב ביותר שלה נחסם.

ויוטעם, כפי שצוין לעיל, ביסוד הטיעון האמור מונחת טענת מחסום הכניסה, הנובע ממחסור בשטחי מסחר גדולים. בטענה זו פותח הערר. בשל מחסום זה, כנטען, אין ביד אייס או ביד גורם אחר ליתן מענה תחרותי למצב שנוצר בשוק.

דרישת פגיעת ההגבל העסקי

7. הבקשה מעוררת את שאלת היקף זכותו של מי שאינו צד למיזוג - **שהוא גם מתחרה בשוק** - לבוא בשערי בית הדין. הזכות להגיש ערר על-פי סעיף 22(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח, מסורה ל"כל אדם העלול להיפגע מן המיזוג", ולגבי ביטוי זה נקבע בפסיקת בית הדין, בה"ע 5/98 **אדגר נ' הממונה ואח'** (נבו):

"הזכות להגיש ערר, כאשר מדובר במי שאינו צד למיזוג ואינו מבקש את אישורו של הממונה למיזוג, נתונה רק לאדם העלול להיפגע מן המיזוג.

השאלה העולה הינה איזו היא 'פגיעה מן המיזוג' כמשמעה בסעיף 22(ב) לחוק?

לדעתנו, פרשנותו של מונח זה של פגיעה מן המיזוג צריך שתיגזר מתכלית החקיקה. משמע, מדובר בפגיעת הגבל עסקי המתבטאת בפגיעה באותם אינטרסים שעליהם ביקש המחוקק להגן בחוק ואשר לצורך מניעת הפגיעה בהם הוא הפקיד ביד הממונה את הסמכות להתנגד למיזוג. לשון אחר, פגיעה מן המיזוג, כמשמעה בסעיף 22(ב) לחוק, היא פגיעה שאותה הוסמך הממונה למנוע על



בית המשפט

ה"ע 802/08

בית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין

דרך ההתנגדות למיזוג מכוח סעיף 21(א) לחוק" (סעיף 10)
(ההדגשה לא במקור).

...

"לא זו אף זו, לצורך הקמת עילת ערר, אין די בטענה לקיומה של פגיעה בתחרות, אלא יש להראות שהעוררת היא זו העלולה להיפגע עקב המיזוג. על כך אין בערר אפילו רמז קלוש, ולא לשווא, שכן לעוררת אין צפויה כל פגיעת הגבל עסקי מן המיזוג, והיא אינה מעוניינת למנוע את המיזוג אלא לגרום לכך שיבוצע מיזוג אחר, הוא המיזוג "שלה" (סעיף 23).

מקביעות בית הדין בעניין **אדגר**, עלה כי על העורר לעמוד בשתי דרישות:

- א. להראות כי הוא מתבסס על פגיעת הגבל עסקי.
- ב. להראות כי הוא עצמו נפגע פגיעה זו.

8. בבקשה למחיקה על הסף נטען, כי כבר בשלב זה של ההליך הובהר כי אין לעוררת עילת הגבל עסקי, וזאת, על יסוד עובדות שהעוררת הודתה בהן. לביסוס הטענה, סומכות המבקשות על עובדות המצויות בכתב הערר, וגם על דברים שנאמרו על-ידי ב"כ העוררת בתגובה בכתב לבקשה, ובעת הדיון בישיבת יום 24.11.08.

העובדות שעליהן נסמכת הבקשה הן העובדות הבאות:

- א. העוררת ניהלה מו"מ לשכירת החנות שנרכשה על-ידי אייס, אך המו"מ לא צלח בשל מחלוקת על המחיר.
- ב. העוררת מקיימת – גם במועד הגשת הערר – משאים ומתנים לשכירת שטח מתאים בשטח הגיאוגרפי הרלוונטי.



בית המשפט

ה"ע 802/08

בית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין

העובדה השניה פורטה בבירור בערר. המבקשות טוענות, כי העובדה הראשונה לא צוינה בערר, מאחר שלא צוינה בסעיף הדן במפורש באפשרויות המקרקעין שהמבקשת בחנה (סעיף 30). ואולם, להבנתי, היא עולה מסעיפים 34 ו-35 לערר. מכל מקום, העוררת הודתה בנכונותה מפורשות בדיון מיום 24.11.08, בו אמרה באת כח העוררת לפרוטוקול דברים אלה:

"אני אומרת שהיה מו"מ על שטח שבו יושבת היום רוזנפלד ונרכש ע"י אייס ומו"מ זה לא צלח למערערת על ידי סוגיית המחיר שכשל מבחינת הום סנטר לפני מספר שנים. יכול להיות שהעוררת החמיצה הזדמנות עסקית וזה רק אומר שיכול להיות שאז היתה אפשרות בודדת כלשהי לרכוש והיא הוחמצה". (פר' שם עמ' 3).

9. לשיטת המבקשות, שהממונה תומכת בה, עובדות אלו מכשילות את טענת העוררת לגבי המחסור במקרקעין מתאימים, המהווה חסם כניסה לשוק. המבקשות מדגישות, כי לעוררת עמדה האפשרות לרכוש אותם מקרקעין שנרכשו בעסקת המיזוג, אותה היא תוקפת, ומפיה ניתן ללמוד מפורשות כי עדיין מצויים מקרקעין מתאימים, שהרי אחרת לא היתה מנהלת מו"מ לגביהם. גם הממונה טענה, כי הואיל והברית התיכון של הערר היא הטענה בדבר חסמי הכניסה לשוק, אשר מונעים מהעוררת ומכל גורם אחר להתחרות בגוף הממוזג, ומאחר שהובהר מפי העוררת כבר בשלב זה כי אין קושי ממשי במציאת מקרקעין מתאימים, נשמט הבסיס לטענה האמורה. הממונה מטעימה את העובדה שהעוררת יכולה לשכור את המקרקעין בהם מצויה החנות של רוזנפלד, ומוסיפה שיש לדחות את הטענה כי המשא ומתן שניהלה העוררת אינו רלוונטי, מאחר שנערך קודם לאישור המיזוג, הואיל וכל הנתונים העובדתיים העומדים לפני הממונה בשעת אישור המיזוג אירעו קודם שהמיזוג אושר.



בית המשפט

ה"ע 802/08

בית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין

לסיכום, המבקשות והממונה בדעה שהערר אינו מגלה פגיעת הגבל עסקי.

בחינת טענת פגיעת ההגבל העיסקי על הסף

10. ב"כ הממונה הבהיר, כי הממונה סברה שבכתב הערר עצמו אין די לביסוס טענה של סילוק על הסף, ואולם, לאור מצגים של העוררת שהתבהרו אחר כך, גישתה השתנתה ועתה היא מצטרפת לעמדת המבקשות. הממונה סבורה, כי דבר העדר פגיעת ההגבל העסקי יכולה להילמד לא רק מהערר עצמו, אלא גם מהמצגים העובדתיים שנעשו בגדר הערר עד כה, בשונה מטענות עובדתיות שהועלו על-ידי המבקשות לסתור את הערר, הן טענות הוכחה. עוד טען ב"כ הממונה, שאין זה נכון שאת סוגיית פגיעת ההגבל העסקי יש לברר רק בסוף ההליך, כטענת העוררת. לדבריו, טענה זו מתעלמת מכך שהדוקטרינה עוסקת בזכות העמידה, ולכן מדובר בסוגיה שהיא **מקדמית** וראוי שתוכרע קודם ובנפרד מיתרת הערר. הדוקטרינה, כך נטען, נועדה לחסום את דרכם של עוררים שאינם משרתים בפנייתם לבית הדין את התכלית לשמה נועדו דיני ההגבלים העסקיים.

11. ב"כ העוררת טענה מנגד, כי אין ביד המבקשת להישען על אמירה כלשהי שאינה מצויה בכתב הערר עצמו, והפנה לפסיקה העוסקת במחיקה על הסף בהליך אזרחי רגיל, ואשר לפיה שאלת קיום העילה נבדקת על פני כתב הטענות העיקרי בלבד ללא חקירה ודרישה בעובדות, כעולה מע"א 35/83 **חסין פלדמן**, פ"ד לז(4) 721, ומפסיקה רבה אחרת. לדבריה, יש לפעול כך גם לגבי כתב ערר על מיזוג. ב"כ העוררת הוסיפה והפנתה להלכה, לפיה על בית המשפט לנהוג משנה זהירות בהשתמשו בכח לסלק הליך על הסף, מאחר שהשימוש בכח זה נועל את שערי בית המשפט בפני המעוניין בהכרעתו.

הממונה והמבקשות טענו בתגובה לטענות אלו, כי אין סיבה לנהל את ההליך בחוסר יעילות, כאשר כבר התבררו העובדות הרלבנטיות.



בית המשפט

ה"ע 802/08

בית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין

הטיעונים בנושא זה הפנו לסעיף 40 לחוק ההגבלים העסקיים ולתקנה 35, המלמדים כי באין סדרי דין מפורשים בית הדין ידון בדרך הנראית לו "מועילה ביותר להכרעה צודקת ומהירה" (ס' 40).

12. אני סבורה כי הגישה ההולמת ערר כלפי מיזוג שנבדק ע"י הממונה, ונמצא בלתי פוגע באופן משמעותי בתחרות, אינה יכולה להיות פורמאלית ובלתי יעילה. כנקודת מוצא לקביעת העמדה, יש לזכור את גישתו הבסיסית של המחוקק למיזוג. גישה זו אינה שלילית, כעולה מדו"ח הוועדה הציבורית למיזוגים וקונגלומרטים, בו נאמר: "אין כל מקום להתייחסות שלילית מוקדמת כלפי מיזוגים" (הפרקליט, מ' 559, 564), ומדברי בית המשפט העליון בע"א 2247/95 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בישראל**, פ"ד יב(5) 213, בו הודגש כי בגדר נוסחת האיזון שנקבעה בסעיף 21 לחוק לעניין "זכותן של חברות לפעול כהבנתן (קרי: להתמזג...)", המחוקק השמיע לנו את דעתו כי החשש צריך להיות חשש סביר והפגיעה בה מדובר היא **פגיעה משמעותית**. גישה זו – ועמה העובדה שהמיזוג כבר נבדק על-ידי הממונה – מחייבת זהירות ככל שמדובר בעיכוב המיזוג שלא לצורך, דהיינו, כאשר ניתן להעריך מראש שהפגיעה הנטענת אינה יכולה להיות **משמעותית**. הגופים העסקיים המעורבים במיזוג זכאים להבהרת מצבם המשפטי בהקדם, דבר שהוא חיוני להתנהלותם העסקית. מנקודת השקפה זו, ברור שאם ניתן לגבש דעה לגבי שאלת מעמדו של המתנגד למיזוג כבר בשלב מוקדם, מן הראוי לעשות כן.

בשל היעילות המתחייבת בנסיבות אלו, השאלה שיש לבחון היא שאלת משמעות העובדות שהתבררו, ולא שאלה פורמאלית (האם העובדות נלמדו דווקא מכתב הערר). אכן, אפשר שאין מקום לברר עובדות הנוגעות לעניין בהליך ראייתי מקדמי, אך אם מדובר בעובדות שנלמדו מפי העוררת עצמה עוד בטרם הוחל בהליך ההוכחות, דהיינו – עובדות שהעוררת הודתה בהן, אזי גם אם הן לא פורשו דיין בכתב הערר אלא



בית המשפט

ה"ע 802/08

בית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין

נמסרו מפיה בכתב בתשובה לבקשה או נאמרו בדיון המקדמי שהתנהל באותו שלב, ניתן להסיק מהן מסקנות. עובדות שהודו בהן אינן טענות בירור עובדתי, ולכן אין עוד צורך לעכב את המסקנות המתבקשות מהן. מה גם שהיה על העוררת לפרט אותן עובדות בערר בבירור, כנובע מחובת תום הלב, מאחר שמדובר בעובדות מהותיות, המלמדות על מעמדה בערר ומשליכות ישירות על טענותיה באשר לפגיעה בה.

לעיתים ניתן יהיה להגיע למסקנה סופית בדבר קיומה של פגיעת הגבל עסקי רק לאחר שמיעת ראיות. הדבר הוא פועל יוצא של הטענות העולות בערר. במקרה דנן, העובדות הרלבנטיות לטענות הפגיעה התחרותית ניתנות לבחינה בשלב מוקדם זה.

למעלה מן הצורך, אציין כי איני שוללת אף אפשרות שמיעת ראיות בנושא זה במקרה המתאים, בהליך מקדמי, שהרי אין סיבה לדחות את ההכרעה בו עד לסיומו של הליך הערר בשלמותו, וזאת כאשר הטענות ממוקדמות וניתן לנתק את הדיון בהן מהדיון בתיק בכללותו.

הטענה כי אין חובה להראות פגיעת הגבל עסקי

13. העוררת טוענת, כי דוקטרינת פגיעת ההגבל העסקי, המגבילה את זכות העורר, אינה הלכה נוהגת בארץ, ובשאלה זו אעסוק עתה. העוררת גם שוללת את הטענה כי הלכה זו מעוגנת בה"ע 5/98 **אדגר השקעות**, שהוזהר לעיל, לדבריה, פסק דין זה עסק בסיטואציה בעלת נסיבות מיוחדות וספציפיות. באותו עניין התנגדה העוררת לאישור המיזוג, בסברה שיש לה זכות חוזית קודמת וסותרת. בנסיבות מיוחדות אלה, טוענת העוררת, קבע בית הדין כי מטרת הערר היא לדון בהיבטיו התחרותיים של המיזוג ולא לטפל במימוש זכויותיהם החוזיות הסותרות של הצדדים. בענייננו, מוסיפה העוררת, הערר עוסק במצב התחרותי שיווצר בעקבות המיזוג, וכדבריה: "העוררת אינה באה בבקשה לאכוף זכות חוזית לעצמה וכל מטרת הערר למנוע פגיעה



בית המשפט

ה"ע 802/08

בית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין

תחרותית אשר תפגע גם בהום סנטר עצמה". העוררת מוסיפה, כי דוקטרינת "פגיעת הגבל עסקי" מקורה במשפט האמריקאי, שבו פרוצדורת המיזוגים שונה מאוד מהפרוצדורה הנוהגת בשיטתנו, ומן הראוי לאמץ את הגישה הנהוגה באיחוד האירופאי, שבה אליבא דעוררת, הדוקטרינה אינה מקובלת כלל.

14. אין בידי להסכים עם העוררת לגבי תיאור הדין בארץ. דוקטרינת פגיעת ההגבל העסקי נובעת היישר מתכליתו של החוק ומצאה ביטוי הלכתי ברור בעניין **אדגר**, כפי שצוין לעיל, ובפסיקה נוספת. לכן, כטענת המשיבים, אין מדובר כאן באימוץ דין כזה או אחר לפי התאמתו לדין בארץ, אלא ביישומו של הדין הקיים.

בעניין **אדגר** – וגם אם נסיבותיו היו שונות כטענת העוררת – גילה בית הדין דעתו בפירוש, שההלכה האמורה מקובלת עליו והיא חלק מהמשפט בישראל, ואף מחק את הערר בשל העדר פגיעת הגבל עסקי. דעה זו הובעה בשורה של החלטות. כך בה"פ 2/00 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ** (תקדין), שבגדרו ערך בית הדין דיון נרחב בדוקטרינה, וקבע שהטענות שהעלתה בזק אינן בגדר פגיעת הגבל עסקי. גם בערר 1/99 בקשה 20/99, **תנובה ואח' נ' פוד קלאב בע"מ** (הגבלים עסקיים), נדחתה בקשת המחיקה בעילת פגיעת הגבל עסקי לגופה, משבית הדין הגיע למסקנה שבנסיבות המקרה קיימת עילה. גם בהחלטות בית הדין בעניין **מת"ב מערכות תקשורת** (בש"א 116/05 ה"פ 604/05 תקדין), יושמה הדוקטרינה בישראל באופן עקרוני. בעניין זה הגעתי למסקנה, כי הבקשות לדחייה על הסף מוקדמות מדי, מאחר שחלק משמעותי מהטענות העולות בגדרן טעויות בירור עובדתי שאינו נעשה על הסף.

מכל מקום, מקובלת בישראל דרך הפרשנות הנשענת על תכלית החוק (ובהישען על תכלית זו למד בית הדין **באדגר** את דבר קיום המגבלה),



בית המשפט

ה"ע 802/08

בית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין

ועל כן, הטענה כי החוק אינו מגביל במפורש את זכות העמידה אין בה כדי להכשיל את הסקת המגבלה כנובעת ישירות מתכלית החוק, שאחרת ישמש החוק כלי למטרות שלא בעבורם נועד.

כמו-כן, עובדה היא שהעוררת טוענת בערר מפורשות לפגיעת הגבל עסקי כלפיה, ומלמדת כי היא עצמה מכירה בתחולת הדוקטרינה ומבקשת להיכנס לגידרה.

הדרך לבחינת טענת הפגיעה של העוררת, שהיא מתחרה של המבקשות

15. העוררת טוענת כי הראתה פגיעת הגבל עסקי: לשיטתה, טענה כי המיזוג פוגע בתחרות ובצרכנים, ובו בזמן פוגע ביכולתה להתחרות, וטענותיה בהקשר זה דינן להתברר בהליך ראייתי שטרם התקיים. מקובל עלי, שאין לדרוש בשלב זה מהעוררת את הוכחת טענת הפגיעה. הבחינה ההולמת שלב זה היא בחינה לכאורית לעניין סבירות הטענות המועלות. מכל מקום, בעת בחינת טענת הפגיעה המועלית על-ידי העוררת, אין להתעלם מכך שהיא מתחרה של המבקשות. גם כאשר הטענה המועלת בפי המתחרה היא על-פי תוכנה טענת חשש לתחרות, מטבע העניין ראוי לבדוק אם אכן על התחרות הוא בא להגן, או שעניינה אחר. זאת, במיוחד כאשר מדובר במי שהוא בעל עניין עסקי באותה עסקה שהוא בא לתקוף. צדה האחר של אותה בדיקה הוא הטלת נטל גבוה יותר על המתחרה הבא בשערי בית הדין בכל הנוגע להצגת הפגיעה הנטענת, ולקביעת אמינותה על פניה. על הטעמים לכך אעמוד להלן.

16. על-פי הניתוח הכלכלי המקובל, במצב הדברים הרגיל, המתחרה יוצא נשכר מהפגיעה התחרותית. בתגובת הממונה לבקשה לסילוק על הסף נכתבו בהקשר זה הדברים הבאים, המקובלים עלי:



בית המשפט

ה"ע 802/08

בית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין

"ערר של מתחרה עסקי, נגד מיזוג שאושר, מוחזק מלכתחילה ככזה שחותר תחת ערך התחרות לשמו נועדו דיני ההגבלים העסקיים. הטעם לדבר פשוט: אם המיזוג מגדיל את הריכוזיות ומגביל את התחרות בשוק, הרי שכל אחד מהמתחרים של הפירמה הממוזגת יצא נשכר מכך – המיזוג מעלה את המחיר ששורר בשוק, ומגדיל לכל השחקנים בשוק את הרווחים".

העוררת טוענת, כי הטענה מהסוג לפיו המיזוג מועיל לה טבולה במידה רבה של ציניות, והיא טענה עובדתית אשר יש להוכיחה. דא עקא, שאין מדובר בקביעה עובדתית, אלא בנקודת מוצא לניתוח שיסודה בשיקולים כלכליים, וההולמת את בחינת פגיעת ההגבל העסקי. השקפה זו מוצדקת כנקודת המוצא, מאחר שיסודותיה העובדתיים מאפיינים למצער את רוב מקרי המיזוג מהסוג הרלוונטי המותקפים על-ידי מתחרים, וזאת על-פי הניתוח הכלכלי המקובל. ניתוח כלכלי זה מונח ביסוד דיני ההגבלים העסקיים, ואין צורך בהוכחתו.

לתמיכה בגישה שהובאה לעיל, הפנה ב"כ הממונה למלומדים שונים, ואולם גם הוא הדגיש בצדק כי מסקנות אלו הן פועל יוצא של הנחת המוצא של דיני ההגבלים העסקיים, לפיה כל שחקן בשוק פועל להשאת רווחיו.

ב"כ הממונה הפנה גם לדברי כב' השופט Easterbrook ב-Ball Memorial (1986) 1333 F.2d 1325, Inc.v.Mutal Hospital Ins Inc. לפיהם על בתי המשפט להיזהר מתובעים שמלכתחילה אין התמריץ שלהם חופף לזה של הצרכנים, והזהיר במיוחד מפני טענות שמעלה מתחרה עסקי:

"Whenever the plaintiff and consumers have divergent rather than congruent interests there is a potential problem in



בית המשפט

ה"ע 802/08

בית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין

finding antitrust injury. If as in Brunswick itself the plaintiff and the defendant are competitors the plaintiff gains from higher prices and loses from lower prices just the opposite of consumers interest. When the plaintiff is poor champion of consumers a court must be especially careful not to grant "relief that may undercut the proper functions of antitrust (שם, בעמ' 618).

כן הפנה ב"כ הממונה לדברי H. Hovenkamp בספרו FEDERAL ANTITRUST POLICY (by Thomson West 3^{ed} ed. 2005) 612 (עמ' 618), המתייחסים לאופן ההתנהלות הראוי כלפי מתחרים התוקפים מיזוג של גורמים אחרים בשוק. הבחינה שם נעשתה גם לנוכח גישות השוללות את יכולתם של מתחרים להעלות טענות אל מול המיזוג, והמחבר מגיע למסקנה כי ראוי לאמץ דרך ביניים שהיא בגדר שימוש אגרסיבי של דוקטרינת פגיעת ההגבל העסקי. כדבריו:

"Many competitor suits are nothing more than complaints about the business methods of a more efficient rival. **The best solution to this problem is aggressive use of the antitrust injury doctrine not "total abandonment of the competitor lawsuit.**

17. גישה כזו אנקוט כאן.

גישה זו היא "אגרסיבית" רק במובן זה שהיא מונעת כבר בתחילת הדרך הפניית זמנו של בית הדין לדיון בטענות שעל פניהן אין בהן כדי להוביל להוכחת "פגיעה משמעותית בתחרות". רק על-ידי הוכחת פגיעה כזו ניתן לעצור את המיזוג ולמנעו. אם מתברר כבר בראשית ההליך כי טענתה היסודית של העוררת על חסמי כניסה לשוק נסתרת על ידי עובדות שאינן במחלוקת, אין טעם להוסיף ולדון בטענותיה.



בית המשפט

ה"ע 802/08

בית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין

העוררת טוענת, כי נקיטה בגישה כזו תוביל לכך שלעולם תיחסם הדרך למתחרים להגיש ערר כנגד מיזוג אופקי. דין טענה זו להידחות. הדבר תלוי בטיב הטענות המועלות על-ידי המתחרה, ובמקרה דנן, כפי שיוסבר, העובדות הספציפיות שהעלתה העוררת בערר אינן מבססות סיכויי הצלחה כאמור. ואולם, נכון גם לומר כי מתחרה יתקשה בהגשת ערר על מיזוג, ואין פגם בכך.

השלכת העובדות שהעוררת הודתה בהן

18. אני סבורה, כי העובדות שהעוררת הודתה בהן, כאמור, חותרות כנגד טענתה כי עומדת לה פגיעת הגבל עסקי. מעובדות אלו עולה, כי העוררת עושה בערר שימוש לקידום אינטרסים מסחריים שאינם בגדר תכליתו של החוק.

גישתי נשענת על העובדה, שאינה במחלוקת, ולפיה העוררת היא מתחרה של המשיבות. הפסיקה הבהירה, וכך עולה בבירור מעניין **אדגר** האמור, שהחוק לא בא להגן על מתחרה ככזה. לעיל גם הוצגו הטעמים לחששות שמעוררים פניות מתחרים לבית הדין. אכן, יש לומר, כי גם מתחרה יכול להצביע על בעיה תחרותית אמיתית, אבל כאמור, כשהטענה באה מפי מי שבעצמו חפץ לקבל חזקה ברוזנפלד – יש להתייחס לטענתו בספקנות מלכתחילה. במצב דברים זה, יש מקום לייחס משקל רב לעובדה שהעוררת עצמה מודה שהיא מקיימת גם במועד הגשת הערר מגעים לשכירת שטח מתאים באזור. עובדה זו אינה עולה בקנה אחד עם טענת חסמי הכניסה, שבוססה בעיקרה על העדר מקרקעין זמינים המאפשרים הפעלת חנות בסדר גודל דומה הרצוי לעוררת. עובדה זו מלמדת כי קיימים שטחים מתאימים, שאחרת לא היה מתנהל לגביהם משא ומתן. מכאן, שטענת העדר יכולת ליתן מענה תחרותי לתוצאת המיזוג שהעוררת העלתה, אינה משכנעת.



בית המשפט

ה"ע 802/08

בית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין

כבר עתה, אפוא, על-פי העובדות המקובלות על העוררת, ניתן לקבוע כי טענת הפגיעה בה אוחזת העוררת אינה אוצרת כח שכנוע, ואינה עומדת בנדרש לשלב זה.

יש להדגיש, כי העובדה שהעוררת עצמה טרם הצליחה לסיים מו"מ הנוגע למקרקעין מתאימים לשיטתה אינה מלמדת על קיומו של מחסום כניסה משמעותי. עצם העובדה שהעוררת, כדבריה שלה, נוטלת חלק במגעים מתאימים לרכישת או לשכירת מקרקעין מתאימים מלמדת כי היא עצמה סבורה שיש סיכוי להצלחתם, וזאת גם אם הדרך זרועה קשיים רגולטורים נוספים. ניתן להעריך כבר עתה, אפוא, כי הפגיעה בתחרות שהעוררת תוכל להוכיח אם יימשך הדיון, אינה משמעותית. מדובר, אפוא, באחד מאותם מקרים בהם ניתן להעריך כבר בשלב זה כי לא קיימת עילת הגבל עסקי.

בהגיעי למסקנה זו, הבאתי בחשבון גם את ההשלכה הדרסטית על ההליך שיש לקבלת הבקשה לסילוק על הסף, ואולם, על יסוד השיקולים שפורטו, הגעתי למסקנה שאין מנוס מכך.

אוסף, כי ככל שטענת הפגיעה כביכול נאחזת בגודל העצום של השטח הנדרש לעוררת, מעוררת היא, על פניה, תמיהה. קשה להבין מדוע דווקא מקרקעין בגודל זה הם המאפשרים תחרות ונדרשים לכניסה לשוק. אכן, העוררת טוענת שטרם הגיע הזמן להוכיח טענותיה, ואולם, גם בשלב זה לא ניתן להתעלם מהחולשה הלכאורית של הטענה. גם כאן מדובר בהתייחסות לכללי היגיון המקובלים בניתוח הכלכלי ולא למצב העובדתי הספציפי. מן המפורסמות שתחרות יכולה להתקיים גם כשהגוף המתחרה משתמש בדרכים אחרות למשיכת לקוחות (כגון: הורדת מחירים, שיפור השירות ועוד), ולא דווקא בהחזקת שטח אחד של מקרקעין בסדר גודל של 5,000 מ"ר. לכן, לשיטתי, גם בהקשר זה הטענות בערר חלשות, על פניהן.



בית המשפט

ה"ע 802/08

בית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין

19. מסקנתי היא על כן שהעוררת לא הראתה כי עומדת לה לכאורה עילת פגיעת הגבל עסקי.
לאור האמור אני מקבלת את הבקשה ומוחקת את הערר.
העוררת תשלם בגין הוצאות הבקשה לכל אחד מהמבקשות סכום של 18,000 ₪.

ניתן היום, כ"ז בניסן תשס"ט (21 באפריל 2009), בהעדר.

המזכירות תמציא העתקים לב"כ הצדדים.

מרים מזרחי, שופטת
משנה לאב בית הדין