

בתי המשפט

<u>הע 803/08</u>		בבית המשפט המחוזי בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים בירושלים	
05/05/2009		כבוד השופטת יהודית צור – סגנית נשיא אב בית הדין	בפני:

בעניין:

טרפלקס קומפאונדס (1994) בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד אביתר קנולר ו/או עמי ורוד ואח'

המבקשת

נ ג ד

1. הממונה על ההגבלים העסקיים

ע"י ב"כ עוה"ד קובי גולדברג ואח'

עו"ד מרשות ההגבלים העסקיים

2. כפרית תעשיות (1993) בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד פישר, בכר חן וול אוריון ושות' עו"ד

המשיבים

החלטה

1. לפני בקשה שהגישה טרפלקס קומפאונדס (1994) בע"מ (להלן – המבקשת) להגיש, באיחור, חוות דעת של מומחה מטעמה.

2. ביום **16.6.08** הגישה המבקשת ערר על החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן – הממונה) מיום 20.5.08, לאשר בתנאים את עיסקת המיזוג מושא ההסכם שנחתם ביום 24.10.07 בין המבקשת לבין חברת כפרית תעשיות (1993) בע"מ (להלן – המשיבה). בהתאם להסכם, התחייבה המשיבה למכור למבקשת את כל נכסיה וזכויותיה בתחום פעילות ה-PVC תמורת סכום של 2,250,000 מליון דולר. התנאי המרכזי שהציבה הממונה לאישור בקשת המיזוג הוא כי נוסחאות יצור החומרים שבידי המשיבה יועברו לידי נאמן שיעבירן ללקוחותיה של המשיבה,

ללא תמורה (החלטת הממונה; נספח א' לערר). על החלטה זו הגישה כאמור המבקשת ערר.

3. עם הגשת הערר הגישה המבקשת בקשה במעמד צד אחד להצהיר או להורות על עיכוב ביצוע החלטת הממונה, עד למתן פסק דין בערר.

הדיון בבקשה התקיים במעמד הצדדים ביום 13.8.08, וביום 26.8.09 ניתנה החלטה הדוחה את הבקשה לעיכוב ביצוע החלטת הממונה. על החלטה זו הגישה המבקשת ערעור לבית המשפט העליון.

ביום 14.1.09 הודיעה המבקשת לבית המשפט העליון כי היא חוזרת בה מן הערעור. לטענתה, בשל חלוף הזמן, המיזוג לא יוכל להתבצע ולפיכך הדיון בבקשה לעיכוב ביצוע החלטת הממונה הפך אקדמאי גרידא (נספח א' לתגובת הממונה).

4. רק ביום 15.1.09, כחצי שנה לאחר הגשת הערר וכ-4 וחצי חודשים לאחר החלטת בית הדין הדוחה את הבקשה לעיכוב ביצוע, הגישה המבקשת את הבקשה שלפני להתיר לה להגיש חוות דעת של מומחה מטעמה במסגרת הערר.

5. המבקשת מנמקת את בקשתה בארבעה טעמים:
האחד, בשום שלב שלפני החלטת הממונה לא נטען על ידי הממונה או המשיבה כי הנוסחאות אינן לב ליבו של ההסכם ולכן הופתעה המבקשת כאשר הממונה והמשיבה עוררו בפני בית הדין מחלוקת בנושא זה.
שנית, הערר הוגש בבהילות רבה יחד עם הבקשה לסעד זמני ולא ניתן היה להמציא חוות דעת מעמיקה.

שלישית, הגשת חוות הדעת לא תעכב את הדיון הקבוע בערר לסוף מאי 2009.
רביעית, אי הגשת חוות הדעת תפגע באופן מהותי בזכויותיה של המבקשת שכן, לטענתה, לא יכולה להיות מחלוקת באשר לרלוונטיות ולחשיבות חוות הדעת לעניין הערר.

המבקשת הוסיפה וטענה כי היא אינה חולקת על ניתוח הפגיעה בתחרות כתוצאה מן המיזוג שהעלתה הממונה. עם זאת, לטענתה, נושא הנוסחאות ושוויון הכלכלי הוא עיקרי ומהותי בערר ומהווה מרכיב חשוב בהחלטת הממונה.

6. הממונה והמשיבה מתנגדים לבקשה. הממונה טוענת כי המבקשת לא עמדה בנטל המוטל עליה על פי החוק, שכן הנימוקים שהעלתה בבקשתה אינם בבחינת טעמים מיוחדים המצדיקים את קבלת הבקשה. הממונה טוענת כי, ככלל, נימוקי הממונה בהחלטתה מושא הערר אינם מתייחסים לסוגיית כדאיות העסקה עבור מי מהצדדים לעיסקאות המיזוג הבאות בפניה. לטענתה, היא אינה מוסמכת לבחון את שיקולי הרווח וההפסד של הצדדים ואין היא שוקלת אותם בבואה לבחון חשש לפגיעה בתחרות ותנאים אפשריים להפגת חשש זה. לטענתה, לו סברה המבקשת כי היה על הממונה להכריע בסוגייה מהו עיקר הממכר, היה עליה להדגיש עניין זה כבר בהודעת המיזוג מטעמה, דבר שלא נעשה.

הממונה טוענת עוד כי הבקשה הוגשה בשיהוי ניכר מצד המבקשת ולתכלית זרה. לטענתה, מבחינה מהותית, אף אם תוגש חוות דעת ואף אם יוכח כי תנאי המיזוג שינו את מאזן הכדאיות של הצדדים לעסקה, לא יהיה בכך כדי לשנות את תוצאות הדיון בערר. הממונה טוענת כי מאזן הכדאיות שבין הצדדים להסכם אינו מעניינה של הממונה, האמונה על הגנת התחרות והעניין הציבורי. הממונה טוענת כי היא אינה יודעת מהו "שינוי מהותי" בעסקה המבטא את מפגש הרצונות בין הצדדים ואין זה מעניינה להיכנס לנעלי הצדדים ולקבוע מהו שינוי מהותי זה ומהו מאזן הכדאיות של הצדדים בביצוע העסקה בכפוף לתנאים. לטענתה, המבקשת מנסה לשרבב את הממונה לסכסוך המסחרי עם המשיבה, דבר שאין לו כל הצדקה.

7. המשיבה טוענת כי המבקשת נהגה בניגוד לכלל המחייב לפיו יש לצרף לכתב הערר את כל המסמכים הרלבנטיים, לרבות חוות דעת. לטענתה, המבקשת פעלה בניגוד לסדרי הדין ולהנחיות בית הדין כפי שהותוו בפסיקה כשבחרה שלא לצרף חוות דעת מטעמה לערר שהגישה וגם לא טרחה להגיש חוות דעת, או חוות דעת חלקית

עם הגשת הערר. לטענתה, גם בבחינת הבקשה לגופה לא מתקיימים המבחנים להוספת הראיה בשלב זה שכן המבקשת ידעה, או למצער היה עליה לדעת, כי חוות דעת המומחה תידרש כבר עובר להגשת הערר, שכן היא ידעה על המחלוקת בנוגע לחשיבות הנוסחאות.

8. לאחר שבחנתי את נימוקי הבקשה, את טענות הצדדים ואת המצב המשפטי הגעתי למסקנה כי דין הבקשה להידחות.

9. סעיף 23 (א) לחוק בתי דין מינהליים, התשכ"ב-1992 (להלן – חוק בתי דין מינהליים או החוק), קובע:

**"ערר יוגש בכתב ויכלול את הטענות והעתקי המסמכים עליהם
בדעת העורר להסתמך".**

חוות דעת מקצועיות אף הן בגדר "מסמכים עליהם בדעת העורר להסתמך", כמשמעותו של ביטוי זה בסעיף 23(א) לחוק בתי דין מינהליים ולכן יש לצרף גם אותן לכתב הערר. אכן, לעיתים אין סיפק בידו של בעל דין להצטייד בחוות דעת ולצרפה לערר שהגיש, אולם במקרה כזה עליו לנמק את בקשתו ולהציג בפני בית הדין טעמים מיוחדים ומהותיים מדוע לא פעל בהתאם להוראת החוק. יצויין כי המבקשת לא טרחה להגיש בקשה להארכת מועד להגשת חוות הדעת ובחינת הנימוקים שהעלתה מעלה כי היא לא עמדה בחובה המוטלת עליה ולא העלתה טעמים מיוחדים המצדיקים קבלת בקשתה. כבר עתה ראוי לציין כי בנסיבות העניין אין מדובר בפגם פורמאלי או פרוצדוראלי גרידא אלא בפגם מהותי שיש בו כדי להצדיק את דחיית הבקשה.

10. ביסוד הוראות חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן – חוק ההגבלים העסקיים) בכלל ובתחום המיזוגים בפרט, עומדת תכלית של הכרעה מהירה ויעילה

של הדיון, על מנת למנוע עיכוב מיותר הפוגע ביעילות הכלכלית של החברות המתמזגות וביציבות העסקאות שמטבע הדברים נוצרת לאחר החלטת המיזוג. הוא הדין בענייננו. לא בכדי, עם הגשת הערר, פנתה המבקשת לבית הדין וביקשה, במעמד צד אחד, להורות על עיכוב ביצוע החלטת הממונה. ואכן, בית הדין קבע דיון דחוף בבקשה ליום 13.8.08 והחלטה לדחות את הבקשה ניתנה עוד ביום 26.8.08. הדיון בערר נקבע ליום 25.5.09, לאחר שרק ביום 17.12.08 הודיעה המבקשת לבית הדין כי היא עומדת על המשך ההליכים בתיק לאחר שהודיעה לבית המשפט העליון (ביום 14.10.08) כי המיזוג כפי שהיה אמור להתבצע על פי ההסכם בין הצדדים לא יוכל להתבצע מאחר והמשיבה הפסיקה את פעילותה בתחום התערובות עוד בסוף שנת 2008.

11. יש לדחות את טענת המבקשת כי היא הופתעה מהתעוררות המחלוקת בנוגע לחשיבות הנוסחאות שכן (כך לטענתה) החלטת הממונה לא נומקה ובשום שלב לא נאמר על ידי מי מהמשיבים כי הנוסחאות אינן לב ליבו של המימכר. כפי שנקבע בהחלטת בית הדין מיום 26.8.08, הנימוקים שעמדו ביסוד החלטת הממונה הובאו לידיעת המבקשת בשלבים מוקדמים לפני מתן ההחלטה. עיון בפרוטוקולים של הישיבות שהתקיימו בין המבקשת לממונה מעלה כי הממונה חזרה והבהירה למבקשת מספר פעמים את הטעמים העומדים ביסוד כוונתה לקבוע את התנאים לאישור המיזוג וכי התנאי בנוגע למסירת הנוסחאות הינו הכרחי, כך לדעתה המקצועית של הממונה, לשם הבטחת העקרון החשוב של מניעת הפגיעה בתחרות. עוד באפריל 2008 קיבלה המבקשת מהממונה את טיוטת התנאים לאישור המיזוג ובכלל זה את התנאי הנוגע לשחרור הנוסחאות ולמרות זאת היא לא הציגה בפני הממונה תשתית עובדתית לביסוס טענתה בדבר איון הממכר הנגרם לטענתה כתוצאה מהשחרור. אם סברה המבקשת כי התנאי שהממונה עומדת לקבוע מאיין את ההסכם, חייבת היתה למצער להתכבד ולהציג בפני הממונה את מכלול הנתונים העובדתיים והמקצועיים לעניין זה, במיוחד כשמדובר בנתונים המצויים בידעיתה וברשותה. לעניין זה נאמר בהחלטה מיום 26.8.08 כדלקמן:

42" למרות שזו היא הטענה המרכזית ולמעשה היחידה של המבקשת, הרי גם בעניין זה, הבקשה, הערר והתגובה לוקים לכאורה בהעדר תשתית ראייתית ועובדתית מבוססת. למרות שהמבקשת טוענת כי הנוסחאות הן "לב ליבו" של הממכר שרכשה, היא כאמור לא טרחה לצרף את נספח א' להסכם בין הצדדים, המגדיר ומפרט את מיגוון האלמנטים השונים שנכללו בממכר שרכשה. המבקשת גם לא צירפה ראיות אחרות כלשהן היכולות לתמוך בטענתה, כגון - חוות דעת מקצועית של מומחה בתחום, הערכת שווי לפיה נקבעה התמורה בעסקה (ממנה ניתן היה ללמוד כיצד תומחרו הפריטים השונים) או תזכירים פנימיים שנערכו על ידה לקראת המיזוג שיכולים היו להסביר את הבסיס לחישוב התמורה המשולמת. מן העבר השני יש מקום לציין, כי משיבה 2 צירפה לתשובתה לבקשה חוות דעת מקצועית של מומחה (נספח ב' לתשובת משיבה 2 לבקשה), ממנה עולה כי החשיבות המסחרית של הנוסחאות אינה רבה והתנאי שנקבע על ידי הממונה אינו מאיין את הממכר ואינו מפחית את שווי הפעילות הנמכרת באופן מהותי.

43. זאת ועוד, גם בפני הממונה לא הציגה המבקשת תשתית ראייתית כלשהי שיש בה כדי לבסס את טענתה החוזית בדבר איון הממכר. כך, למרות שהמבקשת ידעה היטב על התנאי של הממונה (עוד באפריל 2008 קיבלה מהממונה את טיוטת התנאים ובכלל זה התנאי בנוגע לשחרור הנוסחאות), היא לא הציגה בפני הממונה כל תשתית לביסוס טענתה בדבר איון הממכר. אין לקבל דרך זו. צד המבקש לתקוף החלטה של רשות מינהלית – והממונה בכלל זה - חייב להתכבד ולהציג בפני הרשות את מכלול טענותיו ובעיקר את מכלול הנתונים העובדתיים והמקצועיים שיש בידיו. הדבר נכון במיוחד כאשר מדובר בנתונים שמטבע הדברים מצויים בידיעתו וברשותו. המבקשת לא עשתה כן וגם בפני הממונה הסתפקה באמירה סתמית ולאקונית בדבר פגיעה בלתי הפיכה בקניינה. אולם - וזה העיקר - גם בערר לא היה בידי המבקשת להציג תשתית עובדתית מסודרת ומלאה המבססת את טענותיה בעניין זה, וגם כאן הראייה היחידה עליה היא מתבססת היא אמירותיה בתצהיר של ממלאת מקום מנכ"ל המבקשת, וברי כי אין בהן כדי לבסס ולו לכאורה את טיעוניה. זאת ועוד, מעיון בנספח א' להסכם המהווה את פירוט רשימת הממכר, עולה כי הוא כולל כ-60 פריטים שונים אותם רוכשת המבקשת ממשיבה 2, מהם רק שלושה מתייחסים לנוסחאות, דבר שלכאורה מטיל ספק ממשי בטענה כי הנוסחאות מהוות את עיקר ההסכם. בנסיבות אלה, לכאורה לא ניתן לומר כי המבקשת תמכה את טענתה המרכזית בתשתית עובדתית ומקצועית מספקת ומשכנעת".

12. זאת ועוד, לא ניתן לומר כי המבקשת הגישה את הערר בבהילות וכי בשל כך לא

היה סיפק בידה להגיש את חוות הדעת, כפי שטענה. המבקשת הגישה את הערר כמעט כחודש לאחר החלטת הממונה, שאת תוכנה ידעה כאמור כבר לפני כן. זאת ועוד, גם במסגרת הבקשה לעיכוב ביצוע שהגישה המבקשת היה בידה זמן די והותר להגשת חוות הדעת שכן לאחר שהוגשו תגובות הממונה והמשיבה לבקשתה, איפשר לה בית הדין, למעלה מן הצורך, גם להשיב לתגובות אלה והיא

עשתה כן ביום 10.8.08.

לא למותר לציין כי בתגובתה של המשיבה לערר מיום 28.7.08 היא חלקה במפורש על הטענה כי שחרור הנוסחאות מהווה איון של הממכר והיא אף צירפה לתגובתה חוות דעת מקצועית התומכת בטענתה, ועל כן ברי כי בשלב זה, לכל המאוחר, ידעה המבקשת כי מדובר בסוגיה הנמצאת במחלוקת עובדתית. למרות זאת, לתשובתה לתגובות הממונה והמשיבה אותה הגישה ביום 10.8.08, לא צירפה המבקשת חוות דעת של מומחה מטעמה, לפחות על בסיס הנתונים שהיו בידה ואף לא ביקשה ארכה לשם הגשת חוות דעת כזו.

13. הלכה היא כי כללי הפרוצדורה אינם "מיטת סדום" ומטרתם היא ליצור את המסגרת הראויה שבה ישמרו זכויותיהם המהותיות של הצדדים להליך המשפטי ולאפשר לבית הדין לפסוק ביעילות על פי הנתונים, הכללים ואמות המידה המקובלות בעניין שבפניו. בענייננו, גם לגופם של דברים אין כל הצדקה להתיר את הגשת חוות דעת בשאלת כדאיות העסקה באיחור כה רב, כאשר על פני הדברים עולה ספק רב בנוגע לרלבנטיות שלה להחלטת הממונה מושא הערר בעניין אישור המיזוג והתנאים שנקבעו לגביו.

14. התכלית המרכזית של סמכות הפיקוח של הממונה על מיזוג חברות היא הבטחת פעילות כלכלית חופשית שנועדה להגן על האינטרס הציבורי מפני עיוותים כלכליים שמקורם בפגיעה בתחרות. בניגוד לטענת המבקשת, החלטת הממונה אינה מבוססת על שאלות הנוגעות למאזן הכדאיות הכלכלית של הצדדים לעסקה או על כוונותיהם הגלויות או המשתמעות של הצדדים בהסכם שנחתם ביניהם. נראה כי החלטת הממונה מבוססת על מטרות חוק ההגבלים העסקיים ואין זה מתפקידה לבדוק את מאזן הכדאיות הכלכלית של הצדדים כפי שעוצב במסגרת המשא ומתן שהתנהל ביניהם ואת היחסים החוזיים שנוצרו ביניהם. אדרבה, על פני הדברים, נראה כי גם המבקשת היתה מודעת לעניין זה ולזירת המחלוקת האמיתית שבינה לבין המשיבה, שהרי היא עצמה הודיעה למשיבה על ביטול הסכם המיזוג ביניהם בשל שינוי המהותי ולחילופין בשל הפרתו הצפויה ועל אי

נכונותה לבצעו. כיום מתנהלים בין המבקשת למשיבה הליכים אזרחיים, שם יש להניח תתברר אל נכון המחלוקת האזרחית ביניהם הנוגעת בעיקרה לפרשנות ההסכם שבין הצדדים ולשאלות הכלכליות של כדאיות העסקה והמחיר הכלכלי של תנאי ההסכם שנחתם ביניהם. חוות הדעת שהמבקשת ביקשה להגיש לבית הדין, באיחור כה רב, רלבנטית באופן אמיתי למחלוקת האזרחית שבין הצדדים, לכדאיות העסקה ולפרשנות ההסכם שביניהם. עניינים אלה אינם בתחום המקצועי של הממונה ונראה כי חוות הדעת נועדה להסיט את הדיון מהתחום עליו מופקדת הממונה של שמירה על תחרות כלכלית ועל האינטרס הציבורי - לתחום אחר הנוגע רובו ככולו למחלוקת האזרחית שבין הצדדים, העומדת לדיון ולהכרעה בהליכים האזרחיים המתנהלים ביניהם.

15. לסיכום, המבקשת לא פעלה בהתאם להוראת החוק ולא הגישה חוות דעת מטעמה במועד, בקשתה לוקה באיחור מהותי וגם לגופה אינה מבוססת על טעמים מיוחדים. בית הדין חזר וקבע כי לשאלת הזמן נודעת חשיבות מיוחדת בתחום ההגבלים העסקיים בכלל ובנוגע למיזוגים בפרט וכי בתחום זה קיימת חשיבות מיוחדת למהירות, ליעילות ולעמידה מדוקדקת בהוראות החוק שנועדו, בין השאר, לשמור על היעילות הכלכלית, הוודאות ויציבות העסקאות. לא בכדי ציין ב"כ הממונה כי החלטת הממונה, המאשרת את המיזוג בתנאים, אף היא מוגבלת בזמן ותוקפה הוא לשנה בלבד מיום מתן ההחלטה (20.5.08).

לאור כל האמור דין הבקשה להידחות.

המזכירות תעביר החלטה זו לצדדים.

ניתנה היום, י"א באייר תשס"ט (5 במאי 2009) בהיעדר הצדדים.