

פרשת דור אלון-סונול - כיצד צריכה להיראות ההתדיינות בבית הדין להגבלים עסקיים

מאת

מיכל הלפרין, עו"ד¹

א. מבוא

ביום 6 בדצמבר 2006 פורסמו נימוקי בית המשפט העליון לפסק דינו מיוני 2006 בעניין המיזוג שבין דור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ ובין סונול ישראל בע"מ.

בכך באה לסיומה פרשה אשר הסעירה את שוק האנרגיה, כמו גם את עולם התחרות הישראלי, החל מראשית ספטמבר 2005, כאשר נודע לראשונה על הסכם המיזוג. במהלך מעט יותר משנה, בה עמד המיזוג שבין דור אלון ובין סונול על הפרק, התהפך גורלה של העיסקה שלוש פעמים: הממונה על הגבלים עסקיים התנגד לעסקת המיזוג והביא לחסימתה. כעבור כשבועיים הוגש ערר על החלטת הממונה על הגבלים עסקיים לבית הדין להגבלים עסקיים. בראשית אפריל 2006 ניתן פסק דינו של בית הדין להגבלים עסקיים, אשר הופך את החלטת הממונה על הגבלים עסקיים ומאשר את המיזוג, בכפוף לשורה של תנאים. על פסק דינו של בית הדין להגבלים עסקיים הוגש לבית המשפט העליון ערעור על ידי הממונה על הגבלים עסקיים. הערעור התקבל ביום 15 ביוני 2006 והעיסקה נחסמה פעם נוספת.² נימוקי בית המשפט העליון לפסק דינו ניתנו לאחר ששקע האבק התקשורתי מעל העיסקה. התהפוכות הרבות של פרשת דור אלון-סונול, דרך הערכאות השונות, אשר בחנו את העיסקה, מעניקות הזדמנות לדון בהיקף הביקורת ובמידת ההתערבות שיש להטיל על החלטות הממונה על הגבלים עסקיים והנטל המוטל בהליכים מעין אלה.

באופן כללי, מספר ההתדיינויות בבית הדין להגבלים עסקיים הוא מצומצם. מדובר בכ-10 הליכים שנפתחים בכל שנה, ולעיתים פחות מכך, ובהם עררים ספורים בקשר למיזוגים, עררים על קביעות הממונה, עררים על הכרזת מונופול, בקשות לאישור הסדר כובל, בקשות לאישור צווים מוסכמים ומספר הליכים נוספים. לבית הדין

1. הכותבת שותפה במשרד מיתר, מיתר, ליקוורניק, גבע & לשם, ברנדווין ושות' עורכי דין. הכותבת שימשה כיועצת משפטית של רשות הגבלים עסקיים בעת החלטת הממונה על הגבלים עסקיים במיזוג הנדון ובעת הדיון בערר שהוגש בעניין מיזוג זה לבית הדין להגבלים עסקיים. תודתי נתונה ללירן סהר ולטניה סרבריאניק שסייעו לי בהכנתו של מאמר זה.

2. הי"ע הגבלים עסקיים 613/05 דור אלון אנרגיה ישראל (1988) בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, תק-מח 2006(2) 889, תאגידים ג/2 (2006), 583 וע"א 3398/06 הממונה על הגבלים עסקיים נ' דור אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ ואח', תק-על 2006(4) 3300 (2006), תאגידים ג/6 (2006), 522. למען הנוחות יכונה להלן כל השלבים שבהם נדון המיזוג האמור "פרשת דור אלון-סונול".

תדפיס מתוך
תאגידים ה/2 (מאי 2008) • 61

להגבלים עסקיים סמכות לדון כמעט בכל ההתדיינות שבין הממונה על הגבלים עסקיים ובין גורמים עסקיים בשוק. חורגים מעניין זה הם ההליכים הפליליים, בהם מאשימה רשות הגבלים עסקיים, בשם מדינת ישראל, ואשר נדונים בפני בית המשפט המחוזי בירושלים,³ ועתירות מינהליות המוגשות כנגד רשות הגבלים עסקיים לבית המשפט הגבוה לצדק.⁴

הגם שההליכים המתנהלים בפני בית הדין להגבלים עסקיים אינם רבים, נדרש בית הדין להגבלים עסקיים, פעם אחר פעם, לשאלות שעניינן גבולות היקף הביקורת הראוי על החלטות הממונה על הגבלים עסקיים ושאלות בקשר לנטל השכנוע (על מי מוטל הנטל לשכנע את בית הדין להגבלים עסקיים בצדקת טענותיו). שאלות אלה, פרוצדורליות, כביכול, באופיין, חודרות ונוגעות בליבת מערך הפיקוח על ההגבלים העסקיים בשיטתנו ויש להן השלכה ישירה על שאלות של מהות.

בפרשת **דור אלון-סונול** עלו וצפו שתי שאלות אלו וזכו להתייחסות בפסקי הדין של בית הדין להגבלים עסקיים ושל בית המשפט העליון.

שתי השאלות משיקות זו לזו והתשובות להן אינן מנותקות זו מזו.

במאמרנו זה ניחד מספר מילים מקדימות למהותו של בית הדין להגבלים עסקיים כבית דין מינהלי, תפקידיו, סמכויותיו ומטרותיו. על רקע זה נתייחס אל כל אחת משתי השאלות המפורטות לעיל, תוך התייחסות להשפעה ההדדית שלהן.

ב. בית הדין להגבלים עסקיים

בית הדין להגבלים עסקיים הוקם מכוח סעיף 32 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.⁵ על בית הדין להגבלים עסקיים חלות ההוראות המסדירות את פעולתו בחוק ההגבלים העסקיים (סעיפים 32 עד 40), התקנות שהותקנו מכוח סעיפים אלה⁶ וכן חלות עליו הוראות חוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992.⁷

בית הדין הוא בית דין מתמחה, אשר בו מכהנים, בנוסף לשופטים מחוזיים המשמשים כאב בית הדין ומשנהו, גם נציגי ארגוני צרכנים ונציגי ארגונים כלכליים. במהלך השנים הוציא בית הדין להגבלים עסקיים תחת ידיו עשרות רבות של פסקי דין והחלטות בתחומים שונים של דיני ההגבלים העסקיים, תוך שהוא מעמיק את הדין הישראלי ומפתח אותו.

-
3. ראו צו הגבלים עסקיים (קביעת בית משפט לעניין הגבלים עסקיים), התשנ"ד-1994, ק"ת 5575, 502.
 4. ראו הייע הגבלים עסקיים 607/05 **כנפיים - אחזקות ארקיע בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, תק-מח (1)2005 6499 (2005); בש"א 113/05 (הייע 602/05) **שטראוס עלית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, תק-מח (2)2005 348 (2005); בש"א 111/06 (הייע (הגבלים עסקיים) 115/06) **אוטולין בע"מ נ' יוברסל מוטורס ישראל בע"מ ואח'**, תק-מח (1)2007 8009 (2007).
 5. חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1984, ס"ח 1258, 128 (להלן - "**חוק ההגבלים העסקיים**").
 6. תקנות ההגבלים העסקיים (סדרי דין בבית הדין ובערעור), התשמ"ח-1988 ק"ת 5124 98.
 7. חוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992, ס"ח 1385 (להלן - "**חוק בתי דין מינהליים**").

תדפיס מתוך
תאגידים 2/ה (מאי 2008) • 62

סמכויותיו של בית הדין להגבלים עסקיים הן מגוונות ופזורות על פני חוק ההגבלים העסקיים כולו וניתן לחלק אותן לשני סוגים עיקריים:

הסוג הראשון, בו בית הדין יושב כערכאת ערר על החלטות הממונה על הגבלים עסקיים.

הסוג השני, בו בית הדין הוא בעל סמכות הכרעה ראשונית בהליך שבין הממונה על הגבלים עסקיים ובין גורם אחר כלשהו, מבלי שהממונה על הגבלים עסקיים הכריע בסוגייה.

על הסוג הראשון ניתן למנות את סמכותו של בית הדין לדון בערר על מתן פטור מאישור הסדר כובל (סעיף 15 לחוק ההגבלים העסקיים), בערר על החלטה בעניין מיזוג חברות (סעיף 22 לחוק ההגבלים העסקיים), בערר על החלטה להכריז על בעל מונופולין (סעיף 26א) בצירוף סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים, בערר על קביעה של הממונה על הגבלים עסקיים (סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים). על הסוג השני ניתן למנות את סמכויותיו של בית הדין להגבלים עסקיים לאשר הסדר כובל (סעיף 7 לחוק ההגבלים העסקיים), להפריד חברות (סעיף 25 לחוק ההגבלים העסקיים) ולהפריד מונופולין (סעיף 31 לחוק ההגבלים העסקיים).⁸

בעוד שבסוג הראשון של סמכויות מונחת בפני בית הדין החלטה סופית וגמורה של הממונה על הגבלים עסקיים, אשר עומדת לביקורתו של בית הדין להגבלים עסקיים, הרי שבסוג השני, אמור בית הדין לבחון את עמדות הצדדים ולהכריע בהן לראשונה. בין יתר עמדות הצדדים מובאת גם עמדתו של הממונה על הגבלים עסקיים, אך היא מובאת כעמדה של מתדיין המציג עמדתו בפני בית הדין ככל מתדיין אחר.⁹

המקרים בהם בית הדין פועל כערכאה המעניקה הכרעה ראשונה בסכסוך (הסוג השני) הם מקרים בהם קיימת מעט התלבטות באשר לסמכויותיו של בית הדין, לרובח הביקורת שלו ולסוגיית הנטל. הדין החל על ערכאות שיפוטיות המכריעות בסכסוך אזרחי בין צדדים אמור לחול במידה שווה גם על התדיינויות אלה. המדובר

8. הבחנה זו בין סוגי הסמכויות של בית הדין להגבלים עסקיים נעשתה על ידי בית המשפט העליון בפרשת **דור אלון-סונול**. ראו: פסקה 26 לפסק הדין.

9. ישנם שני סעדים המצויים בסמכותו של בית הדין להגבלים עסקיים, אשר אינם מתאימים במובהק לאף אחד מסוגי ההליכים המצויים בעליו: הליך אישורו של צו מוסכם בהתאם לסעיף 350 לחוק ההגבלים העסקיים והליך ערר על הוראות שניתנו על ידי הממונה על הגבלים עסקיים לבעל מונופולין. בצו מוסכם מאשר בית הדין מערכת של הסכמות שגובשו עם הממונה על הגבלים עסקיים חלף נקיטת הליכים. ההסכמה מגובשת עם הממונה על הגבלים עסקיים טרם הגשתה לאישור בית הדין להגבלים עסקיים והוא אמור לבחון רק את סבירותה. למרות שמדובר בהחלטה ראשונית ולא בביקורת על החלטת ממונה, היקף הביקורת של בית הדין על צו מוסכם הוא מוגבל ומתוחם. ראו: הי"ע הגבלים עסקיים 28/01 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' בני משה קרסו מפיצי מכוניות בע"מ**, תק-מח 2002(4) 15369, פס"י 13 (2002). באשר להוראות לבעל מונופולין, הממונה על הגבלים עסקיים מוסמך לתת הוראות לבעל מונופולין ואילו בית הדין להגבלים עסקיים יושב כערכאת ערר על החלטתו של הממונה על הגבלים עסקיים. אך הגשה של ערר על הוראות כאמור, מעכבת באופן אוטומטי את תוקפן של ההוראות עד להכרעתו של בית הדין להגבלים עסקיים. ראו הוראת סעיף 30(ז) לחוק ההגבלים העסקיים.

תדפיס מתוך
תאגידים 2/ה (מאי 2008) • 63

בפלוגתה המובאת בפני בית הדין לצורך הכרעתו הראשונית. לצדדים השונים עמדות שונות וטיעונים שונים והם אמורים לברר את עמדותיהם בפני בית הדין להגבלים עסקיים. במקרים אלה, אין החלטה קודמת של הממונה על הגבלים עסקיים העומדת בביקורת שיפוטית. הממונה על הגבלים עסקיים מביע את עמדתו בבית הדין ככל בעל דין אחר ולעמדתו אין משקל רב או פחות מעמדתו של כל מתדיין אחר בהליך זה.

בסוגיית הנטל, אין כל סיבה שעל מקרים כגון אלה לא יחול הכלל הראייתי הרגיל לפיו "המוציא מחברו עליו הראיה". אם מבקש מאן דהוא לאשר הסדר כובל, יתכבד וישכנע את בית הדין להגבלים עסקיים, כי ההסדר ראוי לאישור. אם הממונה על הגבלים עסקיים מבקש להפריד חברות מכוח סעיף 25 לחוק ההגבלים העסקיים או להפריד בעל מונופולין, עליו הנטל לשכנע את בית הדין להגבלים עסקיים, כי התקיימו כל התנאים והנסיבות המצדיקים סעד מעין זה. מי שפותח בהליך ומבקש מבית הדין להגבלים עסקיים את הסעד, אמור לשאת בנטל להוכיח, כי הוא ראוי לסעד.¹⁰

לפיכך, נדון במאמרנו זה בשתי הסוגיות המפורטות לעיל בהקשר של ערר שהוגש כנגד החלטה של הממונה על הגבלים עסקיים בלבד.

ג. מהו רוחב הפיקוח ומידת ההתערבות בהחלטת הממונה על הגבלים עסקיים

כללי

ישנם שלושה סוגים עיקריים של ביקורת שיפוטית:

- ביקורת שיפוטית מהסוג המוטל, בדרך כלל, על ידי בית המשפט הגבוה לצדק על החלטות מינהליות. באופן מסורתי, ביקורת זו היא ביקורת צרה הבוחנת את חוקיותה של ההחלטה, את התקיימותם של עקרונות מינהל תקין, את סבירותה ומידתיותה. פעם אחר פעם גזר על עצמו בית המשפט הגבוה לצדק, כי לא יחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתה של הרשות המינהלית.¹¹
- ביקורת שיפוטית המוטלת על הכרעתו של בית משפט נמוך יותר על ידי ערכאת ערעור. ביקורת זו רחבה יותר מהביקורת המוטלת על ידי בג"צ, שכן אם סבורה

10. ראו: ערר (הגבלים עסקיים) 5/91 עלית תעשיות בע"מ ותוצרת מזון ישראלית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים נב(2) 419 (1991).

11. ראו: א. רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 235 (מהדורה שלישית מורחבת, הוצאת שוקן, 1980) וכך בג"צ 100/63 אל פהום נ' האפורופוס לנכסי נפקדים פד"יי יז 2271 (1963); בג"צ 348/70 כפיר נ' המועצה הדתית של אשקלון פד"יי כה(1), 685 (1970). הכלל בדבר היקף ביקורת מצומצם של בית המשפט הגבוה לצדק נשחק במהלך השנים באופן ניכר ובית המשפט העליון נוטה לא אחת להתערב גם בעניינים שבהם שיקול הדעת מסור לרשות המבצעת, אפילו שלא נפל פגם חיצוני בפעולתה. חרף השחיקה הברורה שחלה בכלל הביקורת המצומצמת של בג"צ, מעולם לא נטש בג"צ את הכלל העקרוני, לפיו לא יחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתה של הרשות המינהלית.

תדפיס מתוך
תאגידים 2/ה (מאי 2008) • 64

ערכאת ערעור, שהפרשנות המשפטית שניתנה בדין אינה נכונה, רשאית היא ואף מחויבת, להפוך את הכרעתו של בית משפט קמא ולתקנה. עם זאת, הכלל הוא, שערכאת ערעור אינה מתערבת בממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי ערכאה ראשונה, אלא בנסיבות מסוימות וחרוגות.¹²

• ביקורת שיפוטית המהווה בחינה מחדש של ההחלטה המובאת בפני ערכאה שיפוטית - בחינה de novo. ביקורת זו היא הרחבה ביותר, ולפיה רשאית הערכאה השיפוטית לבחון מחדש את חומר הראיות ולהחליט החלטה ראשונית, חלף ההחלטה הקודמת שניתנה, לאשרה או לשנותה.

עמדתם של בית המשפט העליון ובית הדין להגבלים עסקיים, כפי שנקבעה בע"א 2247/95 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ**¹³ קובעת, שלבית הדין להגבלים עסקיים סמכות ביקורת רחבה על החלטותיו של הממונה על הגבלים עסקיים. על פי ההלכה, רשאי בית הדין להגבלים עסקיים, ואף צריך, לבחון את החלטות הממונה על הגבלים עסקיים בבחינה מחדש.¹⁴ העוגן המשפטי לגישה זו מצוי בסעיף 37 לחוק בתי דין מינהליים ובסעיף 22(ג) לחוק ההגבלים העסקיים אשר קובע, כי **"בית הדין רשאי לאשר את החלטת הממונה, לבטלה או לשנותה"**. מנוסח זה של המחוקק למדו בתי המשפט, כי סמכות הביקורת של בית הדין להגבלים עסקיים על החלטות הממונה היא רחבה.

בפסק דין **תנובה** דחה בית המשפט העליון את עמדת הממונה על הגבלים עסקיים, לפיה התערבות בית הדין להגבלים עסקיים צריכה להיות מצומצמת, בג"צית באופיה, וכי בית הדין לא יחליף את שיקול דעתו בשיקול דעת הממונה על הגבלים עסקיים.

בעקבות ההלכה שנקבעה בפסק דין **תנובה**, קבע בית הדין להגבלים עסקיים פעם אחר פעם, בשורה ארוכה של פסקי דין והחלטות מטעמו, כי ביקורתו על החלטות הממונה היא הליך של בחינה מלאה מחדש.¹⁵ גם בפועל, נהג בית הדין להגבלים עסקיים להיכנס לליבת הסוגיות העולות בערר, תוך שהוא מעמיד לבחינה את הגדרות

-
12. ראו: י. זוסמן, **סדר הדין האזרחי** 857 (מהדורה שביעית, ש. לוי עורך 1995) וכן ע"א 558/96 **חברת שיכון עובדים נ' רוזנטל ואח' פד"י** נב(4) 563 (1998). גם כלל זה הוא כלל גמיש המותיר שיקול דעת רב לבתי המשפט להרחיב את היקף התערבותם. ראו: ח. בן נון, **הערעור האזרחי** 222 ואילך (תשס"ד-2004).
13. ע"א 2247/95 **הממונה על הגבלים העסקיים נ' תנובה פד"י** נב(5) 213 (1998) (להלן - **פסק דין תנובה**).
14. עמדה זו הובעה עוד קודם לפסק הדין **תנובה** על ידי השופטת אבנור בערר (הגבלים עסקיים) 5/91 **עלית תעשיות בע"מ ותוצרת מזון ישראלית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים** נב(2) 419 (1991), בהחלטת ביניים שניתנה על ידה בקשר עם הערר האמור. ראו גם ל. קסטנבאום, "פיקוח על מיזוגים - הלכה למעשה" **הפרקליט** מ' 395, 412 (1991).
15. ראו למשל, ערר (הגבלים עסקיים) 1/01 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים** תק-מח 2)2003 (2) 34398 (2003); הי"ע (הגבלים עסקיים) 515/04 **סלקום ישראל בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, תק-מח 1)2005 (1) 13522 (2005); הי"ע (הגבלים עסקיים) 7014/02 **עמינח רשתות שיווק בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, תק-מח 3)2005 (3) 1819 (2005).

תדפיס מתוך
תאגידים 2/ה (מאי 2008) • 65

השוק של הממונה על הגבלים עסקיים, את החששות התחרותיים שנבחנו על ידו ואת התנאים שבחר להטיל על המיזוג.¹⁶

עמדת בית המשפט העליון בפרשת דור אלון-סונול

עמדה זו של בית המשפט העליון ובית הדין להגבלים עסקיים, כפי שבאה לידי ביטוי בפסקי הדין שנסקרו לעיל, קיבלה מפנה בפסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת **דור אלון-סונול**. בפסק דינה של השופטת פרוקצ'ה, היא קובעת:

"אמת הדבר, כי בערר על החלטת הממונה שלא לאשר בקשה למיזוג חברות רשאי בית הדין, כאמור בסעיף 22(ג) לחוק ההגבלים העסקיים, "לאשר את החלטת הממונה, לבטלה או לשנותה". משכך, ניתנה לבית הדין סמכות רחבה לבחון את החלטת הממונה מחדש, ובמקרה הצורך גם לבטלה או לשנותה... מסקנה זו משתלבת גם עם סעיף 37 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992, הקובע סמכות רחבה דומה בכלל בתי הדין המנהליים.

בצד היקף הפרישה הרחב של סמכות בית הדין, היקף התערבותו בפועל בהחלטת הרשות המוסמכת נגזרת לעולם מטיבו של הנושא העומד לדין, ממעמדו של הגורם שהחלטתו עומדת לבחינה שיפוטית, מהרקע המקצועי ומידת המומחיות העומדים לרשות מקבל החלטה, וממכלול עניינים נוספים. אף שהיקף התערבות בית הדין רחב יותר מן המקובל בביקורת שיפוטית על מעשי המינהל בעתירות מינהליות, הדעת נותנת כי מקום שבו בית הדין נזקק לערר על החלטת הממונה, תהווה החלטה זו בסיס ונקודת מוצא להפעלת שיקול הדעת השיפוטי, תוך מתן מלוא המשקל לידע, לשיקול הדעת, למומחיות ולניסיון המצטבר המצויים בידי הרשות המוסמכת שהחלטתה עומדת לביקורת שיפוטית. ... החלטת הגורם המוסמך העומדת לביקורת ערר בפני בית הדין ראוי שתיבחן מתוך הנחה כי היא נערכה על-פי מיטב שיקול הדעת המקצועי, וכי חלה עליה חזקת התקינות. במיוחד כך הדבר כאשר מדובר בממונה על הגבלים עסקיים, המהווה גורם מקצועי מובהק, המתמנה לתפקידו בידי הממשלה, ולרשותו צוות נרחב של עובדים מקצועיים ברמה גבוהה ביותר בתחומים רלבנטיים שונים, ובכלל זה בתחומי הכלכלה והמשפט. לרשות מוסמכת זו עומדים הן ידע תיאורטי נרחב ומעמיק בתחומי ההגבלים העסקיים על גווניהם השונים, וכן ניסיון מצטבר רב שנים הנצמח מפעילות פיקוח ענפה בשטח. סמכויותיו של הממונה הן נרחבות ביותר, והידע והמומחיות העומדים לו בתחום פעולתו הם בעלי משקל מיוחד.

על רקע דברים אלה, הדעת נותנת, כי בחינת החלטתו של הממונה במסגרת ערר בפני בית הדין תיחס לעמדתו המקצועית משקל רב הן במישור התיאורטי והן במישור המעשי. יש ערך רב לנתונים העובדתיים הכלולים

16. ראו למשל, פסק דינו של בית הדין להגבלים עסקיים בה"ע (הגבלים עסקיים) 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, תק-מח 2/2003 (2) 5587 (2003) וכן ה"ע (הגבלים עסקיים) 7014/02 עמינח רשתות שיווק בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, תק-מח 3/2005 (3) 1819 (2005).

בהחלטת הממונה, כמו גם להערכותיו הכלכליות ביחס להשפעת המיזוג המבוקש על התחרות בענף. בהינתן נקודת מוצא זו, בכוחו של בית הדין לסטות מהחלטת הממונה אם מצא כי היא לוקה בטעות, ולקבל החלטה אחרת על-פי מיטב שיקול דעתו הענייני, אולם לעולם אין מדובר בפתירת דף חדש בהליך השיפוטי, כאילו אין בנמצא החלטה העומדת לערר, וכאילו לא ארע דבר קודם לדיון השיפוטי. לאור האמור, אני רואה קושי ראשוני בהתייחסות בית הדין להחלטת הממונה, ובהנחתו, כנקודת מוצא, שאין "להתעכב על פרטי החלטת הממונה להתנגד למיזוג" כלשונו, ועל הקו השיפוטי שנקט בו, שהתאפיין במידה רבה בניתוק מהנתונים, ההערכות והקביעות של הממונה, אגב בחינה ראשונית-מקורית של הסוגיה.¹⁷

מלשון פסק הדין נראה, שבית המשפט העליון לא ביקש לנטוש לחלוטין את ההלכה הקובעת, כי לבית הדין להגבלים עסקיים סמכות רחבה לשנות את החלטת הממונה "אם מצא כי היא לוקה בטעות". בית המשפט מקבל את ההלכה שלפיה, לבית הדין להגבלים עסקיים נתונה סמכות ביקורת רחבה. כמו כן, חוזר בית המשפט העליון על ההלכה לפיה, בית הדין להגבלים עסקיים רשאי לסטות מהחלטת הממונה על הגבלים עסקיים, אם הוא סבור שנפלה בה טעות. נראה, כי בית המשפט העליון ביקש לחדד את ההלכה הקיימת ולקבוע, כי חרף שיקול הדעת הרחב שניתן לבית הדין להגבלים עסקיים בביקורת שהוא מטיל על החלטת הממונה, עליו לראות בהחלטת הממונה על הגבלים עסקיים נקודת פתיחה לדיון שבין הצדדים. לגישתו של בית המשפט העליון, על בית הדין להגבלים עסקיים להניח, כהנחת פתיחה, שהחלטת הממונה על הגבלים עסקיים המונחת בפניו, היא נכונה וראויה וכי חלה עליה "חזקת התקינות". לפיכך, כך נראה, מבקש בית המשפט העליון לקבוע, שעל מנת שיסטה בית הדין להגבלים עסקיים מהחלטת הממונה על הגבלים עסקיים ויתקנה, יש להציג בפניו דבר-מה בעל משמעות המצדיק סטייה מהחלטתו המקצועית של הממונה על הגבלים עסקיים. כפי שנראה להלן, לעמדה זו של בית המשפט העליון השלכה גם על סוגיית הטלת הנטל בהליכים מעין אלה.¹⁸

בפועל, בית המשפט העליון יישם את ההלכה שחודדה על ידו באופן מצמצם בהרבה מכפי שניתן להבין מן ההנמקה שניתנה על ידו. כאשר בוחנים את המשקל שניתן להחלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעת הדיון בערעור על החלטת בית הדין להגבלים עסקיים בפרשת **דור אלון-סונול**, נראה כי בית המשפט העליון בחר לצמצם את היקף הביקורת שלו, להיקף הביקורת המצומצם ביותר המקובל על רשות מינהלית.¹⁹

בעת הניתוח של השיקולים התחרותיים נתן בית המשפט העליון משקל רב מאוד לעובדה, שהממונה בחן את העובדות הרלוונטיות, ניתח את השוק הרלוונטי באמצעות אנשי מקצוע מיומנים ושקד על טובתו של הציבור. על רקע כל אלה, העניק

17. ראו ה"ש 8 לעיל.

18. ראו דיון בשאלת חזקת התקינות המנהלית להלן.

19. ראו למשל, פסקאות 34 ואילך לפסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת **דור אלון-סונול**.

תדפיס מתוך
תאגידים ה/2 (מאי 2008) • 67

בית המשפט העליון משקל רב לעמדתו של הממונה על הגבלים עסקיים וניכר היה, שלא על נקלה יהין להתערב בשיקול דעתו של הממונה. נראה, אם כן, שלפנינו ביקורת מינהלית בגישתה השמרנית ביותר. לא זו בלבד שאין כאן בחינה מחדש של החלטת הממונה על הגבלים עסקיים, אלא יש כאן גישה המצמצמת את היקף הביקורת לביקורת צרה, אף יותר מכפי שמקובל היום אפילו בבית המשפט הגבוה לצדק עצמו, אשר מרבה להחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתה של הרשות המינהלית. הנחת המוצא של בית המשפט העליון היא, שלממונה על הגבלים העסקיים המיומנות הטובה ביותר ועימה גם הסמכות להגיע להכרעה נכונה באשר לגורלו של המיזוג, וכי לממונה על הגבלים עסקיים הידע העודף באשר לשווקים הרלוונטיים והקשיים התחרותיים. כל עוד פועל הממונה על הגבלים עסקיים לטובת הציבור ואין פגם חיצוני בהחלטתו, בית המשפט העליון מעדיף שלא להיכנס לעובי הקורה ולבחון, האם הניתוח התחרותי שגוי או נכון.

האם ראוי היה להפוך את ההלכה המקובלת בדבר סמכותו הרחבה של בית הדין להגבלים עסקיים לבחון מחדש את החלטות הממונה? נקדים את המאוחר ונציין, כי לעניות דעתנו, היקף ביקורת מצומצם, כפי שהותווה ב**פועל** על ידי בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין **דור אלון-סונול**, הוא צר מדי, מהווה נסיגה משמעותית וסותר את כוונת המחוקק בהקימו בית דין מתמחה.

עם זאת, גם ההלכה הגורפת, לפיה בית הדין להגבלים עסקיים בוחן מחדש את החלטת הממונה, מעוררת קשיים לא מעטים, כפי שיוצג להלן, והיא הכבידה במידה רבה על ההתדיינות בבית הדין להגבלים עסקיים. לפיכך, אנו סבורים, כי קביעתו של בית המשפט העליון בפרשת **דור אלון-סונול**, לפיה "**בכוחו של בית הדין לסטות מהחלטת הממונה אם מצא כי היא לוקה בטעות, ולקבל החלטה אחרת על-פי מיטב שיקול דעתו הענייני, אולם לעולם אין מדובר בפתחת דף חדש בהליך השיפוטי, כאילו אין בנמצא החלטה העומדת לערר, וכאילו לא ארע דבר קודם לדיון השיפוטי**", היא, בכל הכבוד, קביעה נכונה וראויה בנסיבות העניין.

מדוע בית המשפט העליון מצא לנכון לחדד את סוגיית היקף הביקורת של בית הדין להגבלים עסקיים על החלטות בית המשפט העליון? להבנתנו, צורך זה נבע מתחושתו של בית המשפט העליון, שהליך הבחינה מחדש הורחב יתר על המידה. אמירתו של בית הדין להגבלים עסקיים, בפרשת **דור אלון-סונול**, לפיה הוא אינו נדרש כלל לדון בהחלטת הממונה ובנימוקים שהעסיקו אותו, שכן הוא בחן את מכלול הראיות בעצמו,²⁰ הביאה את בית המשפט העליון להבהיר, כי הליך בחינה מחדש אין משמעו,

20. כלשון בית הדין להגבלים עסקיים: "אין מחלוקת שתפקידנו אינו לבחון את סבירות החלטת הממונה באופן בו נבחנת כמקובל החלטה מינהלית. הדיון בשאלת אישור המיזוג לפני בית הדין הוא דיון DE NOVO, דהיינו, הליך של בחינה מחדש. אין על כך מחלוקת, וכך גם נקבע לא פעם בפסיקה... במצב זה גם אין אנו רואים צורך להתעכב על פרטי החלטת הממונה להתנגד למיזוג, וגם לא על הטענה כי הממונה הקודם, דרור שטרום, הבטיח לעוררות לאשר את המיזוג. ממילא גם אין חשיבות לעובדה שטעמי הממונה מאז החלטה השתנו. כך, באי-כח הממונה לא הוסיפו לטיעון לפנינו כי קיימת למיזוג השלכה שלילית בשיווק הישיר של תזקינים ובדס"ל. כפי שכבר נאמר, השאלה עתה אינה אם הממונה מדד ובחן כדבעי את הנחוץ, אלא אם הנתונים שלפנינו תומכים בטיעון צד זה או הצד האחר."

תדפיס מתוך
תאגידים 2/ה (מאי 2008) • 68

שלהחלטת הממונה וההנמקות בהחלטה זו אין משקל. ואמנם, יש טעם רב בעמדה זו של בית המשפט העליון. הליך הערר כשמו כן הוא - הליך ערר על החלטה קיימת. בית הדין אמנם רשאי להעמיד את ההחלטה לבחינה רחבה ומחודשת, אך הפיכת ההליך לכזה שבו בית הדין דן, כערכאה מינהלית ראשונה, בגורלו של המיזוג, היא גישה מרחיקת לכת. בכך שונה הליך הערר על מיזוג מהליך של אישור הסדר כובל, הפרדת מיזוג או הפרדת מונופולין, אשר בהם דן בית הדין להגבלים עסקיים כמכריע ראשון בסכסוך שבין צדדים.²¹

שיטת המשפט הישראלית הולכת אחר השיטה הנהוגה באירופה לעניין ביקורת על מיזוגים, והיא סירבה לאמץ את הגישה האמריקאית בנושא זה. בארצות הברית, כאשר אחת מרשויות התחרות מבקשת להתנגד למיזוג, היא נדרשת לפנות לבית המשפט על מנת לבקש צו מניעה כנגד המיזוג. בפני בית המשפט מתנהל הליך אדוורסרי מלא, שבסיומו מוסר בית המשפט את החלטתו, האם להתנגד למיזוג או לאפשר את קיומו.²² לכן, הליך ההתנגדות למיזוג בשיטה האמריקאית דומה להליך של אישור הסדר כובל בבית הדין להגבלים עסקיים בארץ. כתוצאה מכך, אין מדובר בשיטה האמריקאית על הליך של ביקורת על החלטת רשויות התחרות, אלא על הליך, שבו צריכה רשות התחרות להוכיח חשש לפגיעה בתחרות, שאם לא כן, לא תזכה בצו המניעה המבוקש על ידה.²³ זו גם היתה גישתו בפועל של בית הדין להגבלים עסקיים בפרשת **דור אלון-סונול**. אלא, שכאמור, המחוקק הישראלי בחר במודל הנהוג באיחוד האירופי. על פי מודל זה, רשות התחרות היא אשר מחליטה במיזוג, והחלטתה נתונה לערעור בפני ה-Court of First Instance ולאחר מכן בפני ה-High Court of Justice. פסקי הדין האירופים שניתנו בקשר למיזוגים בשנים האחרונות, מסמנים הליך ביקורת הולך ומתרחב על רשות התחרות האירופית. בית הדין האירופי בוחן את החלטת רשות התחרות לעומקה ונכנס בעוביין של ההחלטות בעניין הגדרת שווקים ובעניין חששות תחרותיים. עם זאת, גם לאחר שאימץ בית הדין האירופי, במהלך השנים האחרונות, הליך ביקורת רחב על רשות התחרות האירופית,²⁴ לעולם נעשית הביקורת ביחס להחלטה הבסיסית שניתנה על ידי רשות התחרות. נראה, אם כן, שזהו המודל אליו חתר בית המשפט העליון. **ביקורת רחבה - כן, אך בהתייחס אל ההחלטה המקורית שניתנה על ידי רשות התחרות בלבד.**

יתר על כן - הליך הבחינה מחדש הרחב, כפי שהופעל על ידי בית הדין להגבלים עסקיים לאורך השנים, עורר לא אחת קשיים. ראשית, הצדדים מצאו עצמם מנהלים הליכים בפני בית הדין להגבלים עסקיים על בסיס עובדתי וראייתי שונה מזה שהובא

21. ראו הבחנה שנעשתה לעיל.
22. ראו: (5th ed. 2002, ABA) vol. I 389 **Antitrust Law and Development**.
23. ראו: **FTC v. H.J. Heinz Co.**, 345 U.S. , **United States v. Oracle Corp.**, 331F. Supp. 2d 1098 (2004).
United States v. Baker Hughes, Inc., 285 U.S. App.D.C. 222 App. D.C. 364 (2001).
24. המדובר במגמה חדשה. עד לפני פסקי הדין בעניין: **Airtour plc v. Commission of the European Communities**, ECJ[Rec.2002, p.2585]. Case T-342/99-ו Case -12/03 **European Communities v. Tetra Laval**, ECJ [Rec.2005, p.987]. נתונה היתה רשות התחרות האירופית בביקורת צרה בהרבה. פסקי דין אלה הרחיבו את מידת הביקורת וגילו נכונות להתערב בעובי השיקולים התחרותיים שהנחו את רשות התחרות.

תדפיס מתוך
תאגידים ה/2 (מאי 2008) • 69

בפני הממונה על הגבלים עסקיים. **שנית**, הן הצדדים והן בית הדין להגבלים עסקיים מצאו את עצמם, נדרשים לשינויי נסיבות ושינויים בשווקים, שהצריכו פתיחה מחודשת של הבחינה העובדתית.

הליך הבחינה מחדש על ידי בית הדין להגבלים עסקיים וגורלן של ראיות חדשות

בפסק הדין בעניין **בזק בינלאומי**, שעסק בערר על קביעה שפירסם הממונה על הגבלים עסקיים בהתאם לסעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים, קבע בית הדין להגבלים עסקיים, כי במסגרת בחינה רחבה של החלטות הממונה ושיקול הדעת הרחב שניתן לו להתערב בהחלטות הממונה, רשאי בית הדין להגבלים עסקיים לשמוע אף ראיות שלא היו בפני הממונה על הגבלים עסקיים.²⁵

לפרשנות זו של בית הדין להגבלים עסקיים היתה השפעה משמעותית על אופן התנהלות ההליכים בבית הדין להגבלים עסקיים בכלל, והליכי ביקורת על מיזוגים בפרט. בעררים על מיזוגים, שני הצדדים לערר²⁶ העניקו לעצמם חירות להביא בפני בית הדין ראיות, אשר כלל לא עמדו לנגד עיני הממונה בעת בחינת המיזוג. הממונה ראה לעיתים בהגשת ערר אות לפתיחה של בדיקות כלכליות רבות נוספות, בין אם משום שלא היה סיפק בידו לבצע את כל הבדיקות בפרק הזמן שנקצב לו על פי הוראות סעיף 20(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, ובין אם משום שמצא צורך להשיב לגופן לכל הטענות שהועלו בערר שהוגש על החלטתו. סטייה בולטת מהתשתית הראייתית כפי שהונחה בפני הממונה על הגבלים עסקיים, מתרחשת במקרים בהם מוגשים עררים על מיזוג שאושר על ידי הממונה על הגבלים עסקיים וזאת על ידי צדדים שלישיים המתנגדים לאישורו של המיזוג. במקרים כגון אלה, לעיתים הממונה על הגבלים עסקיים מאשר מיזוג לאחר בחינות כלכליות מצומצמות יחסית, כיוון שסבר שהמיזוג אינו מעורר קושי תחרותי ממש. לאחר שנתן הממונה על הגבלים עסקיים את הסכמתו למיזוג, פונה צד שלישי בערר כנגד החלטת הממונה על הגבלים עסקיים וטוען טענות שונות כנגד המיזוג בפני בית הדין להגבלים עסקיים. במקרים כאלה נאלץ הממונה, לאחר שנתן כבר החלטתו במיזוג, לפתוח בסידרה של בדיקות עובדתיות וכלכליות על מנת להדוף את הטענות בערר, ותוצאות הבדיקות העובדתיות והכלכליות מובאות לפני בית הדין כחלק מן המסכת העובדתית, למרות שלא עמדו כלל לנגד עיני הממונה על הגבלים עסקיים בעת קבלת החלטתו.²⁷

-
25. ראו בש"א 51/98 (ערר (הגבלים עסקיים) 9/97) **בזק בינלאומי בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, תק-מח 12000(1), 583 (2000).
26. הממונה לא תמיד מתנגד למיזוג הנדון בערר. למעשה, רבים יותר המקרים בהם מוגש ערר דווקא במקרה של אישור מיזוג, כאשר צד שלישי חש עצמו נפגע מן המיזוג חרף אישורו, והוא פונה לבית הדין בניסיון לעצור מיזוג אשר אושר על ידי הממונה, כל זאת בהתאם להוראות סעיף 22(ב) לחוק ההגבלים העסקיים.
27. ראו למשל, פסקי הדין המצויינים בה"ש 15 וכן ה"ע (הגבלים עסקיים) 506/04 **שטראוס עלית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, תק-מח 2007, 1677 (2007) אשר עסק, אמנם, בערר על הכרזת מונופול, אך הוא מהווה דוגמה למקרה בו התשתית העובדתית, שעל פיה ניתנה החלטת הממונה, היתה שונה מן התשתית העובדתית שעל פיה הכריע בית הדין להגבלים עסקיים.

תדפיס מתוך
תאגידים ה/2 (מאי 2008) • 70

וכך, הממונה על הגבלים עסקיים, לאחר שנתן את החלטתו במיזוג, ובשעה שהחלטתו נבחנת בערר שהוגש לבית הדין להגבלים עסקיים, מוצא עצמו עושה שימוש בסמכותו לפי סעיף 46(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, מוציא דרישות נתונים, אוסף עובדות ופרטים ועורך נתונים כלכליים - הכל לאחר שהחלטתו הסופית כבר ניתנה.

אף העוררים על החלטת הממונה, בין אם היו צד למיזוג ובין אם היו צד שלישי למיזוג, מוצאים לנכון להגיש לבית הדין להגבלים עסקיים חומר ראייתי רב, אותו לא הגישו לממונה בעת בחינת המיזוג, ובכלל זה חוות דעת כלכליות מפורטות, בדיקות אקונומטריות, ראיות על נוהגי השוק וכיו"ב. יכולתם של העוררים להציג בפני בית הדין ראיות שלא הובאו בפני הממונה על הגבלים עסקיים מלכתחילה, גררה מצידה צורך של הממונה על הגבלים עסקיים לערוך בדיקות נוספות על מנת להדוף טענות אלה. כך מצאו עצמם הצדדים ובית הדין להגבלים עסקיים במעגל שוטה, שבו הם הולכים ומתרחקים מהחלטתו הראשונית של הממונה על הגבלים עסקיים. המצע העובדתי כבר לא היה אותו מצע עובדתי. הפלוגתאות כבר לא היו אותן פלוגתאות. נימוקים להחלטת הממונה שונו והתעדכנו. הליך זה התאפשר מכוח ההלכה הקובעת, שלבית הדין להגבלים עסקיים סמכויות בחינה מחדש, וכי במסגרת זו רשאי הוא גם לקבל ראיות אשר לא עמדו לנגד עיני הממונה על הגבלים עסקיים.²⁸

הבחינה המקורית של המיזוג, שנערכה על ידי הממונה על הגבלים עסקיים, הפכה בהתדיינות בפני בית הדין להגבלים עסקיים לחלק שולי וכמעט בלתי רלוונטי בהליך, ובפני בית הדין להגבלים עסקיים נפרסה לרוב יריעה רחבה בהרבה. סוגיות כלכליות חדשות התעוררו, עובדות אשר לא נדונו ופלוגתאות משפטיות, אשר לא היוו חלק מהשאלות המשפטיות הפתוחות בעת בחינת המיזוג, הועמדו לעיונו של בית הדין.

דוגמה מובהקת למקרה כגון זה ניתן למצוא בפסק דינו של בית הדין להגבלים עסקיים בעניין ה"ע (הגבלים עסקיים) 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים.²⁹ באותו מקרה הוגש ערר על הסכמתו של הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג שבין תנובה לבין מפעל לייצור מוצרי עוף - עוף קל. הערר הוגש על ידי פוד קלאב בע"מ, אשר הציגה שורה של טענות כנגד המיזוג. בין היתר גוללה העוררת שורה של הסדרים, אשר נהגו בין משחטות הפטס השונות, לפיהן היו נפגשות בכל יום ד' על מנת לסכם את מכסות הייצור שלהן ואת מחירי הפטס. עובדות אלה, אשר בקשר אליהן הובאו ראיות מפורטות במסגרת הערר, לא היוו חלק ממסכת העובדות שעמדה לנגד עיני הממונה בשעה שבחן את המיזוג, ובעקבות כך נערכה על ידו שורה של בדיקות לבירור מהותם וחוקיותם של הסדרים אלה.³⁰ הסדרים אלה וכן חוקיותם

28. ההליך בבית הדין להגבלים עסקיים, כפי שהתנהל בפרשת **דור אלון-סונול**, משקף היטב את הדינמיקה המתוארת לעיל. לממונה על הגבלים עסקיים לא ניתנה הארכה שהתבקשה על ידו לצורך השלמת בחינת המיזוג. לפיכך, הוא המשיך באיסוף הנתונים מטעמו אף לאחר מתן החלטתו, תוך שהוא מגיש נתונים אלה לבית הדין להגבלים עסקיים. העוררות אף הן הגישו לבית הדין להגבלים עסקיים חוות דעת מומחים, בדיקות אקונומטריות וראיות נוספות, אשר לא הוגשו לממונה בעת שבחן את המיזוג.

29. ראו ה"ש 16 לעיל.

30. שם, פסקה 120-184.

תדפיס מתוך
תאגידים ה'2/ (מאי 2008) • 71

נדונו בהרחבה יתרה על ידי בית הדין לראשונה בפסק דינו האמור, וכל זאת אגב בירור ערר על מיזוג שאושר על ידי הממונה על הגבלים עסקיים.

אמירתו של בית הדין להגבלים עסקיים בפרשת **דור אלון-סונול**, לפיה, "במצב זה גם אין אנו רואים צורך להתעכב על פרטי החלטת הממונה להתנגד למיזוג" באה, אם כן, על רקע פרקטיקה שהתגבשה בבית הדין להגבלים עסקיים, על פיה הליך הבחינה מחדש מאפשר לצדדים (לממונה ולצדדים הטוענים נגד החלטתו, כאחד), להביא כל ראייה הנראית להם רלוונטית לעניין, בין אם זו עמדה לנגד עיני הממונה על הגבלים עסקיים בעת החלטתו ובין אם לאו.

לפרקטיקה זו קושי כפול: ראשית, היא מטשטשת את הגבול שבין ניהול הליך של ערר על החלטה קיימת ובין התדיינות ראשונית בסכסוך שבין צד לבין הממונה על הגבלים עסקיים כערכאה ראשונה.³¹ שנית, היא מאריכה ומסרבלת את הליך הערר. ודוק. יעילות הדיון ומציאת כלים אשר יאפשרו לבית הדין להגבלים עסקיים להגיע להכרעה מהירה בערר המוגש על מיזוג, מצויים בליבת ההליך. יכולתו של בית הדין להגבלים עסקיים להכריע בערר ביעילות משפיעה על האפקטיביות של הליך הערר כולו. בדינמיקה של חיי המסחר, לרוב אין צדדים מסוגלים להמתין פרק זמן ארוך להכרעתו של בית הדין להגבלים עסקיים באשר לגורלו של המיזוג. יכולתו של בית הדין להגבלים עסקיים לבקר באופן ממשי את החלטותיו של הממונה על הגבלים עסקיים תלויה, אם כן, בצורה ישירה ביכולתו להכריע בפלוגתאות שמובאות בפניו באופן מהיר.³² הפרקטיקה, לפיה הגשת ערר על ידי הצדדים היא יריית פתיחה להצגה של מסכת עובדות רחבה בהרבה מכפי שנדונה בפני הממונה על הגבלים עסקיים, האריכה את הליך הביקורת השיפוטית על החלטות הממונה על הגבלים עסקיים וסירבלה אותו.

הליך הבחינה מחדש על ידי בית הדין להגבלים עסקיים וגורלן של נסיבות חדשות

קושי נוסף שהתעורר בעקבות ההלכה, לפיה יש לבחון את החלטת הממונה מחדש, היה שינויי נסיבות שפקדו את השווקים עם חלוף הזמן. חרף ההלכה העקרונית, לפיה עררים צריכים להתברר במהירות, אורכת התדיינות בקשר עם מיזוגים חודשים ארוכים ולעיתים גם שנים. במהלך חודשים ושנים אלה משתנים לעיתים פני השוק והנסיבות. האם יש לדבוק בנסיבות שאפפו את ההחלטה בעת קבלתה על ידי הממונה על הגבלים עסקיים, או האם בעקבות ההלכה לפיה יש לבחון את החלטות הממונה מחדש, על בית הדין לבחון את הדברים על רקע מערכת הנסיבות הקיימת בעת מתן פסק הדין? באיזו מידה רשאי בית הדין להגבלים עסקיים לשקול שינוי נסיבות שאירע לאחר מתן החלטת הממונה על הגבלים עסקיים? ואם אמנם חל שינוי בנסיבות, וחלו שינויים בתנאי השוק, אשר מן הראוי להתייחס אליהם, מהו המועד

31. ראו הבחנה לעיל.

32. ע"א 4843/93 אוסם תעשיות מזון בע"מ נ' עלית תעשיות ישראליות בע"מ, פד"י מו(1) 876 (1992) המ' (הגבלים עסקיים) 15/98 אמינות מוקד ארצי (1978) בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים דינים מחוזי כרך לב(6) 663 (1998); הי"ע (הגבלים עסקיים) 515/04 סלקום ישראל בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, תק-מח 13522 (1)2005 (2005).

הרלוונטי לבחינת שינוי נסיבות זה? האם יש לבחון את הדברים בעת הגשת תשובת הממונה לערר, או אולי בעת שמיעת הראיות או בעת מתן פסק הדין? המציאות מלמדת, כי חודשים רבים מפרידים לא אחת בין מועדים אלה.³³

בערר (הגבלים עסקיים) 1/01 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים**³⁴ נדון ערר על הכרזתה של בזק כבעלת מונופולין בתשתית בזק למתן שירותי גישה בקצב מהיר באמצעות ספקי אינטרנט. בין מועד ההכרזה למועד בירור הערר על ידי בית הדין להגבלים עסקיים, משרד התקשורת העניק גם לחברות הכבלים רשיונות לספק שירות דומה לשירות הניתן על ידי בזק. התעוררה אם כן השאלה, מהו המועד הרלוונטי לבחינת החלטתו של הממונה על הגבלים עסקיים. בית הדין להגבלים עסקיים קבע:

"ככלל, בכפוף לאמור בהמשך ובהעדר הסכמה בין הצדדים לגבי מועד שונה, תבחן ההכרזה על פי נתח השוק של בעל המונופולין המוכרז והתשתית העובדתית הנוספת הנוגעת לעניין לעת ההכרזה. אנו ערים לכך, שנושא זה מעורר קושי בשל חלופי הזמן בין ההכרזה לבין בירור הערר ומתן פסק הדין. אולם, בקושי זה אין כדי להצדיק בירור הערר על בסיס תשתית עובדתית שונה מזו שהייתה קיימת במועד ההכרזה. זאת, משני טעמים. ראשית, הערר מוגש על ההכרזה, וזו מושתתת על המצב העובדתי נכון למועד נתינתה. לפיכך, איננו רואים כיצד ניתן לתקוף את ההכרזה על יסוד תשתית עובדתית שאינה רלבנטית למועד ההכרזה. שנית, בהעדר הסכמה בין הצדדים, יקשה על בית הדין לקבוע נקודת זמן שונה ממועד ההכרזה, שבה ייבחן נתח השוק של בעל המונופולין המוכרז. קיימות בעניין זה מספר אפשרויות: מועד הגשת הערר, מועד הצגת הראיות על ידי הצדדים (שאף הוא עשוי להתמשך על פני תקופה ארוכה ולאפשר הצגת ראיות, למשל סקרי שוק, המתייחסות למועדים שונים), ואולי אף מועדים נוספים. הבחירה בכל אחד ממועדים אלה, עשויה להביא, לפחות במקרים גבוליים, למדידת נתחי שוק שונים."

בהמשך החלטתו מציין בית הדין להגבלים עסקיים, כי אין כל קשר בין השאלה בדבר המועד הרלוונטי לבחינת החלטת הממונה על הגבלים עסקיים לבין היקף הביקורת השיפוטית המוטל על החלטת הממונה על הגבלים עסקיים ויכולתו של בית הדין להביא החלטתו לבחינה מחדש. בית הדין להגבלים עסקיים מבהיר, כי ניתן להביא ראיות חדשות, אשר לא עמדו לנגד עיני הממונה על הגבלים עסקיים בעת מתן החלטתו, אך ראיות אלה צריכות להתייחס למצב העובדתי כפי שהיה במועד ההכרזה על המונופול.

33. סוגייה זו שונה ומובחנת מן הסוגייה שהתעוררה בפרשת **דור אלון-סונול** ואשר עניינה מידת יכולתו ואפשרותו של הממונה על הגבלים עסקיים להתחשב, בעת הניתוח התחרותי, בשינויים הצופים פני עתיד. כאן עסקין בשינוי נסיבות שהתרחש בפועל מעת מתן החלטת הממונה על הגבלים עסקיים, ולא בשינויים מבניים אשר עשויים להתרחש.

34. ערר (הגבלים עסקיים) 1/01 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים** תק-מח 2003(2) 34398 (2003), (להלן - "**פסק הדין בעניין בזק**").

תדפיס מתוך
תאגידים 2/ה (מאי 2008) • 73

עם כל הכבוד, אנו סבורים שיש קשר הדוק בין ההלכה הקובעת את היקף הביקורת השיפוטית המוטלת על ידי בית הדין להגבלים עסקיים על החלטות הממונה, לבין השאלה העוסקת במועד הרלוונטי לביקורת החלטת הממונה על הגבלים עסקיים.

אם אמנם נקבל את הגישה, אותה אימץ בית הדין להגבלים עסקיים בפרשת **דור אלון-סונול**, לפיה החלטת הממונה על הגבלים עסקיים אינה רלוונטית, ועל בית הדין מוטלת החובה לשמוע את כל מסכת הראיות מחדש ולהחליט במיזוג כערכאה ראשונה, הרי שאין גם כל סיבה להיצמד דווקא למועד שבו נתן הממונה על הגבלים עסקיים את החלטתו. לכאורה, על בית הדין להגבלים עסקיים להכריע במיזוג בהתאם לנסיבות הקיימות בעת מתן החלטתו, או למצער בעת שמיעת הראיות על ידו. ואמנם, בפרשת **דור אלון-סונול**, הירבה בית הדין להגבלים עסקיים להתייחס לנסיבות חדשות אשר התרחשו לאחר מתן החלטת הממונה על הגבלים עסקיים. למרות הבירור המהיר של הערר, אשר ארך כחמישה חודשים, הובאו בפני בית הדין להגבלים עסקיים ראיות רבות חדשות, אשר העוררות טענו כי יש בהן כדי להצדיק את אישור המיזוג.³⁵ בית הדין להגבלים עסקיים ראה לנכון להתייחס לנסיבות חדשות אלה במלואן ואף מצא, כי יש בהן כדי להביא לשינוי החלטת הממונה על הגבלים עסקיים. בית הדין להגבלים עסקיים בפרשת **דור אלון-סונול**, סבר, כי תפקידו לתת את ההחלטה הנכונה ביותר במיזוג לגופו בעת מתן פסק דינו.

גישתו של בית הדין להגבלים עסקיים בפרשת **דור אלון-סונול**, הולכת יד ביד עם הגישה, לפיה מוטלת עליו האחריות להכריע במיזוג כערכאה ראשונה ומבלי להידרש להחלטת הממונה על הגבלים עסקיים. עם זאת, גישה זו מקשה על ניהולו של הליך יעיל וממוקד. הליכי הערר בפני בית הדין להגבלים עסקיים אורכים לרוב הרבה יותר מחמישה חודשים, כפי שהיה בפרשת **דור אלון-סונול**, והאפשרויות לשינויים שיתרחשו בשווקים הרלוונטיים הן רבות. אילולא ייקבע מועד זמן ברור, אשר ביחס אליו תיבחן החלטת הממונה על הגבלים עסקיים, יידרש בית הדין להגבלים עסקיים לנהל הליך מודולרי, בו עליו להתמודד בכל עת עם התאמת מערכת הראיות המצויות בפניו למצב המשתנה. גישתו של בית הדין להגבלים עסקיים בפסק הדין בעניין **בזק** מביאה עימה ודאות ויעילות בהליך המשפטי, ולפיכך יש הצדקות לעמדה זו. דווקא הצורך בהתדיינות יעילה ומהירה מחייב קביעת מועד זמן שרירותי, אשר ביחס אליו תיבחן מידת נכונותה של החלטת הממונה.

חסרונה העיקרי של הגישה שהובעה בפסק הדין בעניין **בזק** הוא, שהיא שרירותית ופורמליסטית. על פי גישת בית הדין להגבלים עסקיים, כפי שמשקפת בפסק הדין בעניין **בזק**, אם חל שינוי נסיבות משמעותי, מן הראוי לפנות לממונה על הגבלים עסקיים על מנת שיבחן את החלטתו מחדש. בהיבט הפרוצדורלי, קיים היגיון פנימי בגישה מעין זו, אלא שכאמור, בעולם המיזוגים יש משמעות רבה לחלוף הזמן. לפיכך,

35. הנסיבות החדשות העיקריות אשר נדונו על ידי בית הדין להגבלים עסקיים בפרשת **דור אלון-סונול**, היו התקדמות הליכי הפרטה של בתי זיקוק אשדוד. ראו פסקאות 88 עד 91 לפסק דינו של בית הדין להגבלים עסקיים.

תדפיס מתוך
תאגידים 2/ה (מאי 2008) • 74

ניתן גם להבין, מדוע יבקשו הצדדים לנצל את ההתדיינות התלויה ועומדת בפני בית הדין להגבלים עסקיים על מנת לשטוח בפניו את הנסיבות החדשות שנוצרו.³⁶

מסקנה

היקף הראיות אותן ניתן להביא בפני בית הדין להגבלים עסקיים במסגרת ערר המתנהל בפני בית הדין להגבלים עסקיים והמועד הנכון לבחינת נכונות החלטת הממונה על הגבלים עסקיים, הן שתיים מן השאלות המתחדדות לאור ההלכה המרחיבה את היקף ביקורתו של בית הדין להגבלים עסקיים על החלטות הממונה על הגבלים עסקיים. נראה בבירור, שהרחבת הביקורת של בית הדין להגבלים עסקיים על החלטות הממונה על הגבלים עסקיים, גררה עימה הרחבה בחזית ההתדיינות המתנהלת בבית הדין להגבלים עסקיים ובעקבות כך, לסירבול הדיונים ולהתארכותם.

האם משמעות הדבר, כי מן הראוי להחיל את היקף הביקורת ה"בג"צ" המצומצם, שהופעל על ידי בית המשפט העליון בפרשת **דור אלון-סונול** על החלטות הממונה על הגבלים עסקיים?

אנו סבורים, שהתשובה לשאלה זו היא שלילית. בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **דור אלון-סונול** יוחסה חשיבות מרובה לעובדה, שהממונה על הגבלים עסקיים הוא רשות מקצועית, בה פועלים אנשי מקצוע מיומנים, בעלי היכרות רבת שנים עם השווקים הרלוונטיים. דברים אלה, נכונים ונכוחים ככל שיהיו, אינם מצדיקים את המרת היקף הביקורת הנהוג בבית הדין להגבלים עסקיים בהיקף הביקורת המקובל בבג"צ. אף בית הדין להגבלים עסקיים מתפקד כבית דין מתמחה, אשר לו שופטים שפיתחו מומחיות בתחום ההגבלים העסקיים. אין כל סיבה, ששופטים אלה לא יוכלו לבצע ביקורת מקיפה ומעמיקה על החלטתו של הממונה על הגבלים עסקיים. ביקורת רחבה זו היא שהביאה במהלך כ-15 שנה לפיתוח משמעותי של דיני ההגבלים העסקיים בארץ, תוך שהיא מחייבת את הממונה על הגבלים עסקיים לסטנדרטים גבוהים של ניתוח משפטי וכלכלי. צמצום היקף הביקורת על החלטות הממונה על הגבלים עסקיים לביקורת חיצונית של סבירות, הגינות, שוויון וכיו"ב, תהווה נסיגה ותותיר את פיתוח תחום ההגבלים העסקיים והדינים מכוחו כמעט בידי הממונה על הגבלים עסקיים בלבד. מלשוננו של חוק ההגבלים העסקיים נראה גם, שזו לא היתה כוונתו של המחוקק.³⁷

כמפורט לעיל, אנו סבורים שבית המשפט העליון, למרות שהחיל גישה ביקורתית מצמצמת ביותר על החלטות הממונה על הגבלים עסקיים, הרי שלמעשה, לא ביקש

36. בהקשר זה שונה מעט ההכרעה בערר על מיזוג מההכרעה בערר על הכרזת מונופול או על קביעה שקבע הממונה על הגבלים עסקיים. דחיפות בירור ההליך והצורך לנהל הליך יעיל ומקוצר בולטת יותר בעררים שהוגשו בקשר להחלטות הממונה על הגבלים עסקיים במיזוגים מאשר בעררים על הכרזות מונופול ועל קביעות שפרסם הממונה על הגבלים עסקיים.

37. ראו י. זמיר, **השפיטה בעניינים מנהליים** 7-9 (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, ירושלים, תשל"ה).

לזנוח לחלוטין את ההלכה הקיימת בדבר בחינה מחדש של החלטות הממונה על הגבלים עסקיים, אלא רק לתקנה ולחדדה.³⁸

חידוד זה, אנו סבורים, הוא במקומו.

אנו סבורים, שהיקף הביקורת על החלטות הממונה על הגבלים עסקיים - מן הראוי שיהיה רחב ומקיף. יש לאפשר לבית הדין להגבלים עסקיים לבקר את עמדתו המקצועית של הממונה ולבחון מחדש את הראיות שעמדו בבסיס החלטתו. עם זאת, רצוי שבהליך מעין זה יחולו מגבלות על שני הצדדים באשר לאפשרותם להביא ראיות חדשות, אשר לא הובאו בפני הממונה על הגבלים עסקיים בעת מתן החלטתו ובאשר לאפשרותם לטעון לנסיבות חדשות, אשר לא התקיימו בעת בחינת המיזוג על ידי הממונה על הגבלים עסקיים. מגבלות אלה יעודדו מתדיינים פוטנציאלים לאסוף את מלוא ראיותיהם (ובכלל זה חוות דעת מומחים) ולהביאן בפני הממונה עוד קודם למתן החלטתו והן אף ימריצו את הממונה על הגבלים עסקיים להעניק החלטתו במיזוג על סמך תשתית ראייתית מלאה ורחבה ככל שרק ניתן במגבלות הזמן המוטלות עליו. במקרים שבהם מדובר בערר על מיזוג המוגש על ידי צד שלישי, אשר לא היה שותף בהליך בחינת המיזוג על ידי הממונה על הגבלים עסקיים, מן הראוי לאמץ גישה מקילה יותר, כלפי שני הצדדים, באשר לאיסופן של ראיות חדשות. שהרי אין זה מובן מאליו שלכל צד שלישי תינתן הזדמנות מלאה להביא את ראיותיו בפני הממונה על הגבלים עסקיים בעת המיזוג ואף אין זה מובן מאליו, כי הממונה על הגבלים עסקיים יכיר כל מידע המצוי בידי צד שלישי כאמור. אך גם במקרה שכזה, בו מוגש הערר על המיזוג על ידי צד שלישי, מן הראוי שתחול מגבלה כלשהי על רוחב איסוף הראיות החדשות.

ד. על מי מוטל נטל השכנוע

כללי

האם כאשר מוגש ערר על התנגדותו של הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג, מוטל הנטל על העורר, בבחינת "המוציא מחברו עליו הראיה", או שמא דווקא הממונה, כמי שהתנגד למיזוג, אמור להוכיח, שהיתה הצדקה להתנגדות? האם דין אחד חל על מקרה שבו הערר מוגש על ידי צד שלישי בגין מיזוג שאושר ועל מקרה שבו הערר מוגש על ידי הצדדים למיזוג עצמו בגין התנגדותו של הממונה למיזוג שביניהם?³⁹

38. גם בית הדין להגבלים עסקיים לא פירש את החלטתו של בית המשפט העליון בפרשת **דור אלון-סונול** כמצמצמת את היקף הביקורת המסור לו להיקף ביקורת "בג"צי". ראו למשל: הי"ע (הגבלים עסקיים) 506/04 **שטראוס עלית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, תק-מח 2007, 1677 (2007) וכן הי"ע (הגבלים עסקיים) 8006/03 **יהודה פלדות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, תק-מח 2007 (2) 2052 (2007).

39. בהתייחסותנו לסוגיית הנטל אנו עוסקים בנטל השכנוע בלבד, שהוא הנטל הראשי הנבחן בסיומו של ההליך, ולא בנטל הבאת הראיות. על ההבחנה שבין נטל השכנוע לנטל הבאת הראיות ראו י. קדמי **על הראיות חלק שלישי 1508-1543** (מהדורה משולבת, 2004) וכן: נ. קנת וח. קנת **נטל ההוכחה וחזקות במשפט האזרחי ובמשפט הפלילי** 20-27 (2002). באשר לנטל הבאת הראיות, שהוא כאמור הנטל המשני, נראה כי זה מוטל תמיד בשלב ראשון על העורר כנגד החלטת הממונה מכוח הוראת תקנה 7 לתקנות בתי דין מנהליים (סדרי דין), התשנ"ב-1992 ק"ת 5448.

תדפיס מתוך
תאגידים 2/ה (מאי 2008) • 76

סוגיית נטל השכנוע הושארה כסוגייה בלתי מוכרעת בשורה ארוכה של פסקי דין.⁴⁰ גם בפרשת **דור אלון-סונול** לא הכריעו בית הדין להגבלים עסקיים ובית המשפט העליון בסוגייה זו, אם כי מהנמקותיהם נראה בעליל, כי עמדותיהם היו הפוכות.

בחינה מעמיקה יותר של ההיסטוריה של הפסיקה מלמדת, כי דווקא בערר 5/91 **עלית תעשיות בע"מ ותוצרת מזון ישראלית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים**,⁴¹ בהחלטת ביניים שניתנה עוד בראשית דרכו של בית הדין להגבלים עסקיים, הוכרעה סוגייה זו. וכך קבע בית הדין באותו מקרה:

"השיקול שביה"ד צריך לשקול בערר על התנגדות הממונה למיזוג הוא לבחון בכל מקרה את האיזון שבין היעילות הכלכלית של הפירמה וכח תחרותה כנגד הגברת כח השוק הפוגע בתחרות.

הועדה הטילה על ביה"ד לבחון את האיזון בין שני כוחות אלה, לעומת גישה שנדחתה על ידה לפיה ריכוז של כח כלכלי מפחית תמיד את כח התחרות לרעת הצרכן.

דהיינו, הועדה דחתה את ההנחה שהמיזוג פסול תמיד (אם הוא מגביר את כח השוק של המתמזגים). אילו בחרה הועדה את הגישה הזו, היתה חובת הראיה על החברות המתמזגות כי למרות המיזוג אין פגיעה בתחרות.

כיון שבחרה בגישה של מציאת האיזון הנכון בין שני כוחות מתנגדים הנובעים מהמיזוג, חובת הראיה היא על מי שטוען כי אין מקום למיזוג.

אנו סבורים, שעמדה זו של בית הדין להגבלים עסקיים, כפי שהובעה עוד בשנת 1991, היא העמדה הנכונה ביותר. כנגזר מעמדה זו, אם מוגש ערר על ידי הצדדים למיזוג כנגד החלטתו של הממונה על הגבלים עסקיים להתנגד למיזוג, מן הראוי להטיל את נטל השכנוע על הממונה על הגבלים עסקיים, ואילו במקום שבו צד שלישי מבקש להתנגד למיזוג שאושר על ידי הממונה על הגבלים עסקיים, מן הראוי כי הנטל יוטל על אותו צד שלישי.

זו לא היתה עמדתו של בית המשפט העליון בפרשת **דור אלון-סונול**. השאלה הושארה אמנם בצריך עיון, אך קודם לכן אמר בית המשפט העליון את הדברים הבאים:⁴²

"מבנה חקיקתי זה מרמז לכאורה על נקודת מוצא של החוק לפיה חברות שחל עליהן פרק המיזוג לא תתמזגנה אלא אם כן הוכח כי למיזוג זה לא תהיה השפעה מהותית שלילית על התחרות. מבנה זה, לרבות העובדה כי הנתונים הספציפיים למבקשות להתמזג מצויים בידיעתן המיוחדת, מצביע, לכאורה,

40. ראו ע"א 2247/95 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה** פד"י נב(5) 213 (1998) ו-7014/02 **עמינח רשתות שיווק בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, תק-מח 2005(3) 1819 (2005).

41. ראו ה"ש 10 לעיל.

42. ראו פסקה 27 לפסק הדין.

תדפיס מתוך
תאגידים 2/ה (מאי 2008) • 77

על כך שנטל ההוכחה לשכנע בדבר עמידתו של המיזוג במבחן תנאי החוק חל על החברות המבקשות, ולא על הממונה."

ובהמשך :

"ייחוס נטל ההוכחה למבקשות המיזוג לבסס את התנאים לאישורו של מיזוג, מתיישב, אפוא, עם התפיסה החוקתית שברקע הסוגיה.

אולם, אפילו רובץ נטל ההוכחה הסופי על הממונה לבסס קיום חשש משמעותי לתחרות מהמיזוג המבוקש, שאם לא כן עליו לאשר את המיזוג, גם אז הנטל הטקטי להפריך קיומו של חשש כזה שהוכח לכאורה בידי הממונה, עשוי לחייב את החברות המבקשות בהצגת תשתית ראיות חזקה ומשכנעת, תוך שימוש בנתונים שונים שבידיעתן המיוחדת הרלבנטיים לענין."

עמדתו של המחוקק וחוק ההגבלים העסקיים ביחס למיזוגים

לא בכדי הגיעו בית הדין להגבלים עסקיים ובית המשפט העליון לעמדות הפוכות זו לזו בשאלת נטל הראיה. הנחת המוצא של בית הדין להגבלים עסקיים היתה, שהמחוקק וחוק ההגבלים העסקיים רואים במיזוג תופעה חיובית, אשר יש לעודדה, ומקרים בהם יש צורך להתנגד למיזוגים בשל חששות תחרותיים, הם החרוג. לעומת זאת, בית המשפט העליון, בפסק דינו בפרשת **דור אלון-סונול**, מאמץ עמדה הפוכה. על פי גישתו :

"תשתית העקרונות שביסוד חוק ההגבלים העסקיים מצביעה על הנחת המחוקק כי מיזוג חברות פוגע בתחרות, בחופש העסקי של גורמים המבקשים לחזור לשוק, ובטובת הצרכן."

אנו סבורים, שעמדתם של המחוקק ושל חוק ההגבלים העסקיים דומה יותר לאופן שבו תיאר אותה בית הדין להגבלים עסקיים. להלן נפרט את טעמינו :

ראשית, כעולה מן ההליך החקיקתי של חוק ההגבלים העסקיים, אשר הוסיף בשנת 1988 את הפיקוח על מיזוגים, המחוקק לא ביקש להניח שהמיזוגים הם תופעה שלילית, אשר בהכרח כרוכה בסכנות לציבור ולצרכן. ועדת הקונגלומרטים והמיזוגים, אשר ישבה על המדוכה והכינה את התשתית החקיקתית לחוק ההגבלים העסקיים ראתה במיזוגים ככלל תופעה חיובית, אשר ממריצה ומפתחת את המשק והכלכלה ומאפשרת יעילויות. בצד היתרונות של התופעה ראתה הוועדה לנכון לשלב בחוק הליך של ביקורת על מיזוגים על מנת למנוע התממשותם של מיזוגים, אשר יש בהם גם חששות תחרותיים ואשר יש בהם פוטנציאל ליצירת כוח שוק ופגיעה בצרכן. העובדה שפיקוח הוטל על כל המיזוגים, העומדים בדרישות סעיף 17, אין משמעה שכל המיזוגים הללו בחזקת פסולים (אלא אם כן מובאות ראיות המלמדות ההיפך). מטרתו של הפיקוח הגורף היא לאפשר בדיקה פרטנית של כל מיזוג ומיזוג על מנת

תדפיס מתוך
תאגידים ה/2 (מאי 2008) • 78

לאתר את המקרים בהם קיים חשש תחרותי כתוצאה מן המיזוג.⁴³ כמקובל במדינות רבות בעולם, בחר המחוקק לאמץ שיטת בחינה לכתחילה, טרם ביצוע המיזוג, וזאת על מנת להימנע מהצורך להפריד חברות, כתוצאה מחששות תחרותיים, לאחר שכבר מוזגו.

שנית, גם הספרות הכלכלית והמשפטית המקובלת מתייחסת אל המיזוגים ככלל כתופעה פרו-תחרותית ומועילה.⁴⁴ עמדה זו אומצה באופן גורף גם בפסיקת ארצות הים וגם בפסיקה הישראלית.⁴⁵

שלישית, בית המשפט העליון בפרשת **דור אלון-סונול** למד ממבנה החוק, כי הנחת המוצא היא, שהמיזוג פוגע בתחרות. בין היתר הסתמך בית המשפט העליון על העובדה, שכל המיזוגים הנופלים בגדרו של סעיף 17(א) לחוק מחייבים אישור למפרע; כי על הצדדים למיזוג למסור פרטים בקשר למיזוג ולספק מידע בקשר לשווקים הרלוונטיים; כי סעיף 21 לחוק מציב, כברירת מחדל, דווקא התנגדות למיזוג ולא אישורו, וכי הממונה רשאי להתנגד למיזוג מבלי להתייעץ בוועדת הפטורים והמיזוגים, בעוד אישורו של מיזוג מחייב התייעצות עם הוועדה הזו. סימנים אלה, שמצא בית המשפט העליון בחוק, הם במקרה הטוב חלק מן התמונה בלבד. אמנם נכון, כי הפיקוח על מיזוגים הוא גורף, אך קיימים גם סימנים בחוק המלמדים, כי ברירת המחדל בעיני המחוקק היא דווקא אישורו של המיזוג ולא התנגדות לו. כך למשל, הוראת סעיף 20(ב) לחוק, קוצבת לממונה פרק זמן של 30 יום על מנת לתת את החלטתו במיזוג. אם הממונה לא מוציא תחת ידיו החלטה במיזוג בתוך 30 יום, רואים את המיזוג כמאושר. יתר על כן, החלטה המאשרת את המיזוג אינה מחייבת נימוקים ואילו החלטתו של הממונה להתנגד למיזוג מנומקת.⁴⁶ לפיכך נראה, שמבנה החוק אינו מלמד דווקא את שמבקש בית המשפט העליון ללמוד ממנו.

רביעית, גם בהיבט "הסטטיסטי" נראה שאין הצדקה לגישה הרואה במיזוג תופעה הפוגעת בתחרות. מתוך עשרות רבות של בקשות מיזוג המוגשות בכל שנה לממונה על

43. ראו "דו"ח הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים" הפרקליט לב 559, 562-564 (התש"ט-1979). כך מסבירה הוועדה את הנחות היסוד שלה: "בבואנו להמליץ המלצותינו בכיוון הפיקוח הרצוי, אנו יוצאים ממספר הנחות יסוד: 1. להבדיל מקרטל, אין כל מקום להתייחסות שלילית מוקדמת כלפי מיזוגים. במצב המשק בישראל כפי שתואר לעיל, יש במיזוג משום תוצאות חיוביות. 2. קיימים מיזוגים הרצויים למשק. 3. קיימים מיזוגים ובעיקר קונגלומרטים שאין להם השפעה הדורשת התערבות מבחוץ. 4. קיימים מיזוגים אשר אינם רצויים עקב התוצאות השליליות העוללות לנבוע מעצם ריכוז הכח הכלכלי הניתן להם. ..." וכן הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1984, ה"ח 1647, 39.

44. ראו: H. Hovenkam, Federal Antitrust Policy 491-494 (2nd. ed.. 1999); H. Hovenkamp and P. E. Areeda, Antitrust Law (2nd ed. 2006) vol. IV sec. 9017; R. Wish, Competition Law 783-786 (5th ed. 2003).

45. ראו למשל פסק הדין, *Airtour plc v. Commission of the European Communities*, ECJ (Rec.2002, Case T-342/99 p.2585) וע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה פד"י (נב) 213 (1998) דיון כלכלי בשאלה, מדוע יש לראות במיזוגים, ככלל, תופעה חיובית, חורג מגבולותיו של מאמר זה.

46. ראו סעיף 2(א) לחוק לתיקון סדרי מנהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1959 וכן ל. קסטנבאום, "פיקוח על מיזוגים - הלכה למעשה" הפרקליט מ' 395, 403 (1991) ה"ע (הגבלים עסקיים) 515/04 סלקום ישראל בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, תק-מח 13522 (1)2005 (2005).

הגבלים עסקיים, מאשר הממונה על הגבלים עסקיים את רוב הבקשות.⁴⁷ הממונה על הגבלים עסקיים מתנגד רק לבקשות ספורות בכל שנה. ישנן גם מספר בקשות אשר מאושרות בכפוף להתקיימותם של תנאים מסוימים, אך רובן המוחלט של בקשות המיזוג מאושרות על ידי הממונה על הגבלים עסקיים ללא תנאי. על רקע נתונים אלה, ברי כי אין הצדקה תחרותית להתנגד לרוב רובם של המיזוגים המובאים בפני הממונה על הגבלים עסקיים, וברובם לא נשקפת סכנה לתחרות ולציבור. היחס שבין המיזוגים שמעוררים חשש תחרותי לבין המיזוגים המאושרים ללא קושי, מחייב את המסקנה שהמיזוג הוא, ככלל, תופעה חיובית ורק במקרים חריגים יש בצידה חשש תחרותי.

מכל המקובץ לעיל עולה, שגישת המחוקק ודיני ההגבלים העסקיים באופן כללי תומכים במיזוגים וביעילויות שהם טומנים בחובם. בצד תמיכה זו הוקם מנגנון בקרה ופיקוח על מנת לתפוס ברשת את המיזוגים הספורים, אשר יש בהם פוטנציאל לפגיעה תחרותית. אך רוחבו של מנגנון הבקרה שהוקם אינו משנה את הגישה הבסיסית המצדדת במיזוגים ומאפשרת אותם.

אם אמנם, כפי שאנו טוענים, דיני ההגבלים העסקיים תומכים, ככלל, במיזוגים ורואים במיזוגים הפוגעים בתחרות תופעה חריגה יחסית, ואם אמנם גישתו של המחוקק זהה, יש בכך כדי להשפיע על הניתוח של בית המשפט העליון בפרשת **דור אלון-סנוול** בסוגיית נטל ההוכחה. שהרי בבסיס מסקנתו של בית המשפט העליון עמדה ההנחה, שמיזוג חברות, ככלל, פוגע בתחרות.

מכאן שאנו שבים לניתוח הראשוני והקצר המצוי בפסק הדין בעניין **עלית**, הקובע כי כיוון שעמדתו של המחוקק היתה שהמיזוג אינו פסול תמיד, הנטל צריך לרבוץ על מי שטוען נגד המיזוג.

הנטל על מי שבידיו המידע

זו אינה ההנמקה היחידה בגינה מן הראוי להשית את הנטל על מי שמתנגד למיזוג. מתווסף אליה הנימוק, שהמידע בקשר לסיבות שבגינן יש להתנגד למיזוג מצוי בידי המתנגד למיזוג.

47. בהתאם לנתונים שפרסמה רשות הגבלים עסקיים בשנת 2006 החליטה הממונה על הגבלים עסקיים בכ-220 מיזוגים. רק לשלושה מתוכם התנגדה הממונה וב-24 מיזוגים נוספים הושתו תנאים. 193 מיזוגים אושרו ללא תנאים. בשנת 2005 הכריע הממונה על הגבלים עסקיים ב-194 מיזוגים. מתוכם אושרו 159 מיזוגים; ב-26 מיזוגים הושתו תנאים והממונה התנגד רק למיזוג אחד. בשנת 2004 נדונו 125 מיזוגים, מתוכם אושרו 114 מיזוגים. 11 מיזוגים אושרו בכפוף לתנאים והממונה לא התנגד אף למיזוג אחד. הנתונים באשר לשנים קודמות יותר אינם שונים באופן מהותי. ראו:

Annual Report on Competition Policy Development in Israel - January 2006 through April 2007 (filed to the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), available at www.antitrust.gov.il).

גם אם ניקח בחשבון, כי חלק מבקשות המיזוג אשר נתקלות בהתנגדות מטעם הממונה על הגבלים עסקיים, נמשכות על ידי הצדדים מבלי שהממונה מכריע בהן, עדיין מדובר במיעוטם של המיזוגים הבאים בפני הממונה על הגבלים עסקיים. מרבית המיזוגים מאושרים ללא תנאי.

תדפיס מתוך
תאגידים 2/ה (מאי 2008) • 80

אמירה זו אינה מובנת מאליה. ניתן להניח שצדדים המבקשים להתמזג, מכירים את השווקים שבהם הם פועלים בצורה טובה יותר ומעמיקה יותר מאשר רשות הגבלים עסקיים, שהיא רשות מינהלית בעלת מומחיות מוגבלת בשווקים השונים אותם היא בוחנת.⁴⁸ חרף זאת, אנו סבורים שבנסיבות של התנגדות למיזוג, התמונה מורכבת יותר.

התנגדות למיזוג נעשית לרוב לאחר שהממונה על הגבלים עסקיים בחן את השווקים לעומקם. בידי הממונה על הגבלים עסקיים סמכויות רחבות לאסוף מידע מן הצדדים למיזוג ומצדדים שלישיים בהתאם לסעיף 46 לחוק ההגבלים העסקיים, והניסיון מלמד שהממונה על הגבלים עסקיים מרבה לעשות שימוש בסמכות זו. לפיכך, בידי הממונה על הגבלים עסקיים מצטיירת תמונה כוללת של היקפי השוק, נתחי השוק, חסמי כניסה ועוד נתונים שונים אשר יש בהם כדי לשפוך אור על המיזוג. נתונים מדויקים אלה אינם מצויים תמיד בידיהם של המתחרים עצמם, אשר עשויים ליהנות מהערכה מושכלת על נתחי השוק של הצדדים הרלוונטיים ועל מידת התחרותיות בו, אך לרוב הערכות אלה אינן נשענות על מידע אובייקטיבי לחלוטין.

זאת ועוד, כאשר הממונה על הגבלים עסקיים מתנגד למיזוג, הוא עושה כן על סמך תיזה ברורה מדוע יש במיזוג כדי לפגוע בתחרות. תיזה זאת נשענת על המידע שנצבר אצלו. אין כל סיבה שלא להשית על הממונה על הגבלים עסקיים את הנטל להוכיח את התיזה התחרותית שלו ואת החשש שלו לפגיעה בתחרות. במובן זה, החשש לפגיעה בתחרות הוא יסוד שלילי, אשר לצדדים למיזוג קשה להוכיח שאינו מתקיים.⁴⁹ הוכחת העדר פגיעה בתחרות היא מכבידה וקשה.

כלל ידוע הוא בפסיקה, כי כאשר המידע הדרוש להוכחת יסוד שלילי מצוי בידי אחד הצדדים להליך, מטילים את עיקר הנטל עליו להוכיח את התקיימות היסוד השלילי, שכן העניין מצוי בידיעתו המיוחדת.⁵⁰

הכלל הרגיל של דיני הראיות מתאים גם לענייננו. אין זה סביר לדרוש מצדדים למיזוג, אשר הממונה התנגד למיזוג שלהם, להוכיח כי המיזוג אינו מקים חשש תחרותי. אם הממונה מצא לנכון להתנגד למיזוג, משמע היה לו יסוד סביר לעשות כן וניתן להטיל עליו את הנטל להוכיח את נימוקי התנגדותו.⁵¹

48. דברים ברוח זו אף נאמרו על ידי בית המשפט העליון בפסק דינו בפרשת **דור אלון-סונול**.
49. על מהותו של יסוד שלילי ועל הקשיים בהוכחתו ראו: י. קדמי **על הראיות** 1492 (חלק שלישי, מהדורה משולבת, תשס"ד-2004).
50. ראו: שם בעמ' 1496; וכן ע"א 73/86 **שטרנברג נ' עיריית בני ברק**, פד"י מג(3) 348 (1989); ד"נ 28/84 **זידאן נ' עזיזי**, פד"י מה(2) 674 (1988).
51. הגישה האמריקאית בהקשר זה היא חד-משמעית ואף נובעת מן המסגרת הדיונית שבה נדונים מיזוגים בבתי המשפט. כמוסבר לעיל, בארצות הברית, על מנת לעצור מיזוג יש לפנות לבית המשפט על מנת שזה יוציא צו מניעה כנגד המיזוג. בהליך זה מוטל נטל השכנוע באופן ברור על מי שמבקש לעצור את המיזוג. ראו: **United States v. Oracle Corp.**, 331F. Supp. 2d 1098 (2004).

תדפיס מתוך
תאגידים 2/ה (מאי 2008) • 81

הדברים יפים במידה שווה גם במקרה שבו הערר על החלטתו של הממונה לאשר מיזוג מוגש על ידי צד שלישי. הצד המבקש להתנגד למיזוג מגיע לבית הדין להגבלים עסקיים כשבידו עילת התנגדות מגובשת למיזוג. מן הראוי שיטל עליו הנטל להוכיח את העילה שבגינה הוא מתנגד למיזוג. אם אמנם ברירת המחדל שמציב החוק היא אישורו של המיזוג ולא התנגדות לו, הרי שבהעדר עילה ספציפית להתנגד למיזוג, על הממונה על הגבלים עסקיים לאשרו.⁵² במצב שבו אישר הממונה על הגבלים עסקיים מיזוג, מכיוון שלא מצא כל סיבה להתנגד לו, אין זה סביר להטיל עליו את הנטל להוכיח את היסוד השלילי, שעניינו העדר כל חשש תחרותי כתוצאה מן המיזוג.⁵³

ראוי לציין, כי צד שלישי המגיש ערר כנגד אישורו של מיזוג, אינו נהנה מיתרון המידע שממנו נהנה הממונה על הגבלים עסקיים כאשר הוא מתנגד למיזוג. שיקול זה מטה את הכף כנגד הטלת הנטל על צד שלישי כאמור. עם זאת, לצד שלישי, כאמור, יש אפשרות לעיין בתיקי הממונה בהתאם להוראות סעיף 30 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992, אשר קובע, כי מי שיש לו זכות להגיש ערר על החלטת רשות הגבלים עסקיים, רשאי לעיין במסמכים הנוגעים להחלטה האמורה. זכות העיון הקבועה בסעיף 30 האמור אינה מזוהר מלא לקשיי חוסר הידיעה של צד שלישי, שכן זכות העיון מוגבלת במספר סייגים הקבועים בסעיף 30(ב) לחוק בתי דין מינהליים, שהעיקרי שבהם הוא סוד מסחרי או מקצועי או ידיעה סודית. עם זאת, יש בכך משום הקלה לצד שלישי, אשר מבקש להרים על כתפיו את הנטל להראות, שיש במיזוג משום קושי תחרותי.

לפיכך, העדר חשש תחרותי מן המיזוג הוא יסוד שלילי, אשר אין להטיל את הנטל להוכיח אותו על מי שמסכים למיזוג. הנטל להוכיח את החשש התחרותי הנובע מן המיזוג מוטל על מי שטוען לקיומו של חשש תחרותי. לרוב, הוא גם בעל המידע הדרוש להוכחת חשש תחרותי, כאמור, וגם מטעם זה מוצדק להטיל את הנטל עליו.

52. בפועל, כך גם נהג בית הדין להגבלים עסקיים כאשר הוגש ערר על ידי צד שלישי כנגד מיזוג שאושר. הנטל הוטל במלואו של העורר. ראה: בה"ע (הגבלים עסקיים) 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, תק-מח 2003(2) 5587 (2003) וה"ע (הגבלים עסקיים) 9/99 אמנה (תש"י) חברה נ' הממונה על הגבלים העסקיים תק-מח 2002(1), 12943 (2002).

53. לתוצאה מעט שונה הגיע בית הדין האירופי בפרשת *Case T-464/04 Independent Music Impala Publishers and Labels Association (Impala, Association Internationale) v. Commission Of the European Communities*, ECJ (Rec.2006, p.2289). באותו מקרה נדון המיזוג שבין חברת Sony לחברת BMG, שתיהן חברות העוסקות בהפקת מוסיקה. הנציבות האירופית בדקה את המיזוג והודיעה לצדדים, כי בדעתה להתנגד למיזוג בשל החששות התחרותיים שהוא מעורר. בעקבות הליך שימוע שנערך, שינתה הנציבות האירופית את עמדתה והחליטה לאשר את המיזוג. על החלטתה זו הוגש ערעור לבית הדין האירופי. כעולה מפסק הדין, סבור היה בית הדין האירופי, שעל הנציבות להסביר ולשכנע שהמיזוג אינו מקים חשש תחרותי וכן לתת הסבר משכנע מדוע חל שינוי בעמדתה. עמדתו של בית הדין האירופי בסוגיית נטל השכנוע אינה תמיד אחידה. לכאורה, נראה שהיקף הביקורת הרחב יותר שהוטל על ידו אמור היה להוביל הטלת נטל רחב יותר על רשות התחרות האירופית, כפי שאף נעשה בפרשת *Impala* לעיל. מצד שני, ניכרים גם סימנים למגמה הפוכה. כך למשל, בפסק הדין בעניין *Case T- 209/01 Honeywell International, Inc. v Commission of the European Communities*, ECJ (Rec.2005, p.5527).

חזקת התקינות המינהלית

חזקת התקינות המינהלית, אשר מכונה לעיתים גם חזקת הכשרות או חזקת החוקיות, היא חזקה המעוגנת במשפט המינהלי. בבסיסה, החזקה שכל מה שנעשה על ידי הרשות, נעשה באופן תקין.⁵⁴

בית המשפט העליון הסתמך על חזקת התקינות המינהלית בשעה שדן דווקא במידת הביקורת והפיקוח שעל בית הדין להטיל בבואו לבקר את החלטת הממונה על הגבלים עסקיים.⁵⁵

אנו סבורים, שחזקת התקינות המינהלית עניינה בסוגיית הנטל יותר מאשר בסוגיית מידת הפיקוח. רשות מינהלית זכאית ליהנות מחזקת התקינות המינהלית, בין אם הביקורת עליה רחבה ביותר ובין אם היא ביקורת בג"צית מתוחמת. כאשר קבע בית הדין להגבלים עסקיים, שאין הוא מחוייב להתייחס אל החלטת הממונה על הגבלים עסקיים, הוא לא עשה כן משום שסבר שיש פגם בהתנהלותה של רשות הגבלים עסקיים או משום שאינה זכאית ליהנות בנסיבות העניין מחזקת התקינות המינהלית, אלא משום שסבר, שהמשימה המוטלת עליו היא לבחון את המיזוג כערכאה ראשונה, תוך שמיעה ראשונית של כל הראיות הרלוונטיות שיובאו בפניו.

חזקת התקינות המינהלית, אשר הוכרה בשורה של פסקי דין, מסווגת בספרות ובפסיקה כחזקה שבעובדה.⁵⁶ חזקה שבעובדה היא החזקה החלשה והמוחלשת ביותר בהשוואה לחברותיה - החזקה שבדין והחזקה החלוטה. חזקה שבעובדה נחשבת כראיה נסיבתית ולפיכך, אין היא אלא בבחינת ראיה נסיבתית נוספת לתקינות החלטת הממונה על הגבלים עסקיים. חזקה זו ניתנת, כמובן, לסתירה באמצעות ראיות המלמדות על פגם בהליך המינהלי.

אנו סבורים, שמן הדין שרשות הגבלים עסקיים תוכל ליהנות מחזקת תקינות המעשה המינהלי. אם זה היה השיקול היחיד המטה את כף הנטל, סבורים היינו שיש בחזקה זו כדי להטיל את נטל השכנוע על מי שמבקש לתקוף את החלטתה של רשות הגבלים עסקיים. אלא שכאמור, שיקולים נוספים מצדיקים, לדעתנו, את החלטת הכלל לפיו, מי שמתנגד למיזוג הוא אשר יישא בנטל השכנוע בעת הדיון בבית הדין להגבלים עסקיים. לדעתנו, שיקולים אלה חזקים וחשובים יותר מחזקת תקינות המעשה המינהלי ולפיכך, הם שצריכים לקבוע את נטל השכנוע. בכך אין כדי לגרוע מהמשך תחולתה של חזקת תקינות המעשה המינהלי כחזקה שבעובדה העומדת לרשות הגבלים עסקיים אם לא יוכח אחרת בהליך בבית הדין להגבלים עסקיים.

54. ראו: נ. קנת וח. קנת **נטל ההוכחה וחזקות במשפט האזרחי ובמשפט הפלילי 129** (התשס"ב-2002) עמ' 129, י. קדמי **על הראיות 1563** (חלק שלישי, מהדורה משולבת, תשס"ד-2004), וכן בג"צ 139/79 **יהודה אריש נ' שר הפנים והמשטרה ואח'**, פד"י לג(2) 378 (1979); בג"צ 393/82 **גמעית איסכאן אל מועלימון נ' מפקד כוחות צה"ל פד"י ל"ז(4) 810** (1983); ע"א 19/54 **גורלי יעקב ואלכסנד נ' שמעון דיסקין ואח'**, פד"י ח(1) 521 (1954).

55. ראו ניתוח דבריו של בית המשפט העליון בפרשת **דור אלון-סונול** בעמ' 7 לעיל.

56. ח. קנת ונ. קנת **נטל ההוכחה וחזקות במשפט האזרחי ובמשפט הפלילי 129-132** (התשס"ב-2002), י. קדמי **על הראיות 1565-1561** (חלק שלישי, מהדורה משולבת, תשס"ד-2004).

ה. סיכום

בית הדין להגבלים עסקיים מהווה נדבך חשוב במערך הפיקוח על הגבלים עסקיים, לא רק במקרים בהם הוא משמש כערכאה ראשונה בסכסוך שבין צד לבין הממונה על הגבלים עסקיים, אלא גם כערכאת ערר על החלטות הממונה על הגבלים עסקיים.

לבית הדין חלק משמעותי ביצירת הדין ובפיתוחו. כמו כן קיומה של ערכאת ערעור מתמחה, הבקיאה בדינים הרלוונטיים, מבטיח, כי החלטות רשות ההגבלים העסקיים יהיו מדודות, שקולות, מנומקות ומבוססות.

אלא שכדי שהליך הערר יקיים את שני היסודות הללו - פיתוח הדין וביקורת אמיתית על החלטות רשות הגבלים עסקיים, מן הראוי להתוות את דרך אופן ניהול ההליכים בו בצורה שתאפשר דיון אפקטיבי.

לצורך כך, מן הראוי להותיר בידי בית הדין להגבלים עסקיים סמכויות ביקורת רחבות על החלטות הממונה על הגבלים עסקיים. אך בצד סמכויות ביקורת אלה, יש לגדור את הדיון בפני בית הדין להגבלים עסקיים בתוך מסגרת המאפשרת ניהול ממוקד ויעיל.

ברשימה זו העלינו מספר הצעות, כיצד לאפשר ביקורת רחבה ומקיפה על החלטות הממונה על הגבלים עסקיים מחד ולנהל הליך יעיל וממוקד, מאידך. הרשימה אינה ממצה את כל הבעיות המתעוררות בהתדיינות בבית הדין להגבלים עסקיים. אלה ודאי יזכו לבירור בפסקי דין רבים שעוד יבואו ובכתיבה שתיכתב לגביהם.