

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**בג"ץ 2859/20**

לפני:

כבוד המשנה לנשיאה נ' הנדל
 כבוד השופט ד' מינץ
 כבוד השופט א' שטיין

העותרת:

התאחדות הקבלנים בוני הארץ

נגד

המשיבים:

1. הוועדה לצמצום הריכוזיות - רשות התחרות
2. הממונה על התחרות
3. איגוד החברות הסיניות בישראל

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה:

י"ב באב התשפ"א (21.07.2021)

בשם העותרת:

עו"ד אלדד כורש; עו"ד שחק דוידזון

בשם המשיבות 1-2:

עו"ד מוריה פרימן; עו"ד יובל שפיצר

בשם המשיבה 3:

עו"ד אילן בומבך; עו"ד מירי בומבך

חקיקה שאזכרה:

חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, תשע"ד-2013: סע' 2, 3, 4(א), 4(א)(1), 4(א)(1)(א), 4(א)(2), 4(א)(1)(ב), 4(ג), 4(ד), 4(ו), 5(ב), 28, 30, 30(א), 30(ב), 40(א), ב' ב', פרק ד' לחוק

חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968: סע' 1

חוק הבנקאות (רישוי), תשמ"א-1981: סע' 1

מיני-רציו:

* בג"ץ דחה עתירה כנגד החלטת הממונה על התחרות והוועדה לצמצום הריכוזיות שלא לכלול תאגידיים ממשלתיים בשליטת ממשלת סין ברשימת הגורמים הריכוזיים וברשימת התאגידיים הריאליים המשמעותיים לפי החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות. נפסק כי לא ניתן לראות במדינה זרה או בישות מדינתית זרה "גורם ריכוזי" בהתאם לחוק הנ"ל, וכי ההחלטה הנדונה סבירה ועניינית באופן שאינו מצדיק התערבות בה.

* פרשנות – דין – כללי פרשנות

* משפט מינהלי – בגץ – ביקורת על עניין מקצועי שבסמכות הרשות

* משפט מינהלי – שיקול-דעת – סבירות

עתירה כנגד החלטת הוועדה לצמצום הריכוזיות לא לכלול תאגידים ממשלתיים בשליטת ממשלת סין ברשימת הגורמים הריכוזיים וברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים, בהתבסס על החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות. הדיון נסב אודות השאלות הבאות: האם ניתן לראות במדינה זרה או בישות מדינתית זרה "גורם ריכוזי" בהתאם לחוק; האם הממונה על התחרות והוועדה לצמצום הריכוזיות נדרשות לכלול את התאגידים תחת נציבות ניהול הנכסים של סין, בפני עצמם, ברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים וברשימת הגורמים הריכוזיים.

בג"ץ (מפי המשנה לנשיאה הנדל ובהסכמת השופטים מיניץ ושטיין) דחה את העתירה ופסק כי:

בג"ץ עמד על התשתית הנורמטיבית הקבועה בחוק ביחס ל"שיקולי ריכוזיות כלל משקית בהקצאת זכויות" בציינו כי, גורם המהווה תאגיד ריאלי משמעותי, מרכז בידיו כוח רב והשפעה על המאסדרים בתחומים שבהם הוא פועל ולכן הוא נחשב "גורם ריכוזי". לפיכך, מאסדר המבקש להקצות לו זכויות בנכסים ציבוריים, חייב לשקול שיקולי ריכוזיות כלל משקית ולהתייעץ עם הוועדה לצמצום הריכוזיות לגבי השלכות ההקצאה.

בג"ץ דן בשאלה האם ניתן לראות במדינה זרה או בישות מדינתית זרה "גורם ריכוזי" לפי החוק בציינו כי אין בלשון החוק כדי להגיע לתוצאה ברורה, שכן החוק שותק לגבי אפשרות החלתו על מדינות וישויות מדינתיות זרות. לכן, על מנת להכריע בין החלופות הלשוניות בג"ץ פנה לפרשנות תכליתית של החוק וקבע כי זו מובילה למסקנה כי מדינות וישויות מדינתיות זרות לא נועדו להיכלל ברשימת הגורמים הריכוזיים, כך שעל ממשלת ישראל להתמודד באמצעים אחרים עם כוח המיקוח שלהן.

נוכח קביעה זו, בג"ץ קבע כי נשמטה הקרקע מתחת לטענות העותרת בדבר קיומה של "קבוצת מחזיקים" כהגדרתה בחוק, הכוללת את קבוצת ברייטפוד-תנובה, נציבות ניהול הנכסים של שנגחאי, נציבות ניהול הנכסים של סין, התאגידים הכפופים לה וממשלת סין כשולטת בכל הגופים הללו. אי החלת סעיפי החוק על מדינות זרות ועל ישויות מדינתיות מובילה לניתוק בין הענפים השונים של נציבויות ניהול הנכסים. לפיכך, לא ניתן לעלות מרובד התאגידים בקבוצת ברייטפוד-תנובה אל רובד נציבות ניהול הנכסים של שנגחאי, ולא ניתן להרחיב את הבחינה אל נציבות ניהול הנכסים של סין ואל התאגידים תחתיה. כלומר, לא ניתן לייחס את כל הגורמים הללו לקבוצת מחזיקים אחת, באופן בו כלל חבריה מהווים גורמים ריכוזיים לפי סעיף 4(א)(1) לחוק. כמו כן, לא ניתן לייחס את מחזור המכירות של קבוצת ברייטפוד-תנובה כחלק ממחזור המכירות של התאגידים תחת נציבות ניהול הנכסים של סין, לפי סעיף 30(א)(1) לחוק. לכן, גם מטעם זה לא ניתן להגדיר את התאגידים הללו כתאגידים ריאליים משמעותיים וכגורמים ריכוזיים. אולם, מאחר שתכלית החוק חלה במישור התאגידי, תאגיד הנשלט על ידי נציבות ניהול נכסים ומהווה חברת אחות של "גורם ריכוזי", ייכנס גם הוא לרשימת הגורמים הריכוזיים.

בג"ץ דן בשאלת סבירות ההחלטה לא להכליל את התאגידים הנשלטים על ידי נציבות ניהול הנכסים של סין ברשימת הגורמים הריכוזיים בציינו כי העותרת מבקשת להתערב בשיקול הדעת המקצועי של הממונה על התחרות ושל הוועדה לצמצום הריכוזיות ולהחליפו בשלו, אולם לכך אין להיעתר. העותרת לא הוכיחה כי משיבות 1 ו-2 לא יצרו תשתית עובדתית מתאימה או חרגו באופן בוטה ממתחם הסבירות, באופן המצדיק התערבות. עסקינן בשאלה מקצועית רגולטורית, הכרוכה בשיקולים

מקצועיים מובהקים המצריכים מומחיות מיוחדת ולפיכך נמצאים בשיקול הדעת הרחב של הרשות המוסמכת - הממונה על התחרות והוועדה לצמצום הריכוזיות.

לסיכום, הכללת מדינות וישויות מדינתיות זרות ברשימת הגורמים הריכוזיים הינה מעבר לדלת אמות החוק. יש להפריד בין הטיפול בריכוזיות של תאגידים ואנשים לבין הטיפול בכוח המיקוח של מדינות זרות אל מול ממשלת ישראל; אף לא נפל פגם בשיקול הדעת המקצועי של הממונה על התחרות והוועדה לצמצום הריכוזיות, המצדיק התערבות בהחלטתן לא לכלול ברשימת הגורמים הריכוזיים את התאגידים תחת נציבות ניהול הנכסים של סין, בהיותה סבירה ועניינית.

פסק-דין

המשנה לנשיאה נ' הנדל:

1. מונחת לפניי עתירה המבקרת את החלטת הוועדה לצמצום הריכוזיות לא לכלול תאגידים ממשלתיים בשליטת ממשלת סין ברשימת הגורמים הריכוזיים וברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים. זאת, בהתבסס על [החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013](#) (להלן: חוק הקתצ"ר או החוק).

העותרת, התאחדות הקבלנים בוני הארץ, היא הארגון היציג של העוסקים בבנייה, בתשתיות, בפיתוח ובעבודות הנדסה במשק הישראלי. ועדת הריכוזיות, היא משיבה 1 ובראשה עומדת הממונה על התחרות, היא משיבה 2. משיבה 3 היא איגוד החברות הסיניות בישראל – עמותה המייצגת תאגידים סיניים אשר רובם נרשמו בישראל ומטרתה לסייע לחברי העמותה בפעילותם בארץ.

רקע נורמטיבי

2. התשתית הנורמטיבית העומדת בבסיס העתירה נטועה [בסימן ב'](#) בפרק ב' לחוק הקתצ"ר, שעניינו "שיקולי ריכוזיות כלל משקית בהקצאת זכויות".

שיקולי ריכוזיות כלל משקית בוחנים את כוח המיקוח וההשפעה העודפת של גורם ריכוזי מול מקבלי החלטות בדרג המאסדר ובדרג הפוליטי, כתוצאה מהרחבת פעילותו. זאת, על מנת שהרחבת פעילות של גורם ריכוזי אל תשתית חיונית נוספת לזו שבה הוא פועל תיעשה באופן מבוקר ותוך שקילת ההשלכות על המשק ועל האינטרס הציבורי (ראו דברי הסבר להצעת חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ב-2012, ה"ח הממשלה 1084, 1085 (להלן: דברי הסבר להצעת החוק); הוועדה לצמצום הריכוזיות מתודולוגיה לבחינת ריכוזיות כלל-משקית 3-4 (3.3.2019) (להלן: מתודולוגיה

לבחינת ריכוזיות כלל-משקית)). על מנת לממש תכלית זו, מאסדר המבקש להקצות לגורם ריכוזי זכות כגון מתן רישיון בתשתית חיונית, או להפריט חברה ממשלתית לידי, חייב לשקול שיקולי ריכוזיות כלל משקית ולהתייעץ עם הוועדה לצמצום הריכוזיות ([סעיף 5\(ב\)](#) לחוק).

“גורם ריכוזי” מוגדר [בסעיף 3](#) לחוק כגורם המנוי ברשימת הגורמים הריכוזיים, אותה מגבשת ומפרסמת הוועדה לצמצום הריכוזיות, בהתאם להסדר הקבוע [בסעיף 4\(ד\)](#) לחוק. לפי הסדר זה, הממונה על התחרות קובעת מי הם הגורמים הריכוזיים, בוחנת את קביעתה אחת לשנה ומוסרת את רשימת הגורמים הריכוזיים וכל עדכון שלה לוועדה לצמצום הריכוזיות.

“רשימת הגורמים הריכוזיים” מוגדרת [בסעיף 4\(א\)](#) לחוק, המונה שלוש חלופות לקביעת גורם כ”גורם ריכוזי”. החלופה הרלוונטית לענייננו קבועה [בסעיף 4\(א\)\(1\)](#) לחוק וכוללת שני תנאים חלופיים להכללת גורם ברשימה: התנאי הראשון הוא היותו גורם ריכוזי בזכות עצמו, בשל הגדרתו כתאגיד ריאלי משמעותי, גוף פיננסי משמעותי או גורם בעל השפעה בתחום השידורים או העיתונות הכתובה ([סעיף 4\(א\)\(1\)\(א\)](#) לחוק). התנאי השני הוא השתייכותו של הגורם ל”קבוצת מחזיקים”, הכוללת לפחות אחד מהגורמים המנויים [בסעיף 4\(א\)\(1\)\(א\)](#) לעיל. במקרה זה, כל גורם השייך לקבוצת המחזיקים ייחשב לגורם ריכוזי, אגב בחינת הקבוצה הן כלפי מעלה, תוך התחקות אחר בעל השליטה הסופי בתאגיד הנבחן והן כלפי מטה, תוך איתור החברות הנשלטות על ידי השולט בתאגיד הנבחן ועל ידי התאגיד הנבחן עצמו ([סעיף 4\(א\)\(1\)\(ב\)](#) לחוק והגדרת “קבוצת מחזיקים” [בסעיף 4\(ו\)](#) לחוק).

“תאגיד ריאלי משמעותי” מוגדר [בסעיף 4\(ו\)](#) לחוק כתאגיד ריאלי המנוי ברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים. רשימה זו מוגדרת [בסעיף 30](#) לחוק, לפיו הוועדה לצמצום הריכוזיות תגבש ותפרסם את רשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים, לאחר קביעתם בידי הממונה על התחרות. קביעה זו תעשה בין היתר על בסיס בחינת מחזור המכירות של התאגיד. אם מחזור המכירות עובר את הסף הקבוע בסעיף, התאגיד ייחשב לתאגיד ריאלי משמעותי. מחזור המכירות יחושב כסך מחזור המכירות של התאגיד הנבחן, של השולט בו ושל כל התאגידים הריאליים שבשליטתו ובשליטת השולט בו ([סעיף 30\(א\)\(1\)](#) לחוק).

אם כן, גורם המהווה תאגיד ריאלי משמעותי, מרכז בידי כוח רב והשפעה על המאסדרים בתחומים שבהם הוא פועל ולכן הוא נחשב "גורם ריכוזי". לפיכך, מאסדר המבקש להקצות לו זכויות בנכסים ציבוריים, חייב לשקול שיקולי ריכוזיות כלל משקית ולהתייעץ עם הוועדה לצמצום הריכוזיות לגבי השלכות ההקצאה.

להשלמת התמונה יצוין כי רשימת הגורמים הריכוזיים ורשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים לא כוללות את מדינת ישראל, אשר הוחרגה מהן [בסעיפים 4\(ג\)](#) ו-[30\(ב\)](#) לחוק, בהתאמה.

העובדות הצריכות לעניין

3. התאגידים הממשלתיים בסין נשלטים על ידי ממשלת סין באמצעות נציבות פיקוח וניהול הנכסים של מועצת המדינה (State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council) (להלן: נציבות ניהול הנכסים של סין) וכן באמצעות נציבויות מקומיות, כאשר הרלוונטית לענייננו היא נציבות פיקוח וניהול הנכסים של הממשל המוניציפלי של שנגחאי (State-owned Assets Supervision and Administration Commission of Shanghai Municipal Government) (להלן: נציבות ניהול הנכסים של שנגחאי).

התאגידים בשליטת נציבות ניהול הנכסים של שנגחאי כלולים ברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים. הסיבה לכך היא כי חברת תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נמצאת בבעלות קבוצת Bright-Food, הכפופה לנציבות ניהול הנכסים של שנגחאי (להלן: קבוצת ברייטפוד-תנובה). לכן, תאגידים אלו מופיעים גם ברשימת הגורמים הריכוזיים, בהתאם [לסעיף 4\(א\)\(1\)\(א\)\(2\)](#) לחוק. זאת, בשונה מנציבות ניהול הנכסים של סין והחברות הממשלתיות הכפופות לה, שאינן כלולות ברשימות הללו.

בשלב זה יש לציין כי בעת הגשת העתירה, ביום 5.5.2020, נראה כי גם נציבות ניהול הנכסים של שנגחאי נחשבה "תאגיד ריאלי משמעותי" ו"גורם ריכוזי", כפי שטוענת העותרת (ראו רשימות הגורמים הריכוזיים שפורסמו בתאריכים 7.1.2019 ו-28.10.2018 בהתאמה: י"פ התשע"ט 5015, 5208 ו-5956; י"פ התשע"ט 1057, 1273 ו-2072). רק ביום 26.4.2021 פורסמו רשימות שאינן כוללות את נציבות ניהול הנכסים של שנגחאי (ראו י"פ התשפ"א 5175). אף על פי כן, משיבות 1 ו-2 מציינות כי נכון

ליום הגשת תגובתן, 24.3.2021, נציבות ניהול הנכסים של שנגחאי אינה נכללת ברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים וברשימת הגורמים הריכוזיים. ברם, משיבות 1 ו-2 אינן מתייחסות לכך שהיא נכללה ברשימות בעבר. לא אותר אזכור לגריעת נציבות ניהול הנכסים של שנגחאי מהרשימות בהודעות עדכון המפורסמות ברשומות ובאתר רשות התחרות.

טענות הצדדים

4. התזה הבסיסית עליה נשענת העותרת היא כי מדינה זרה וישויות מדינתיות זרות כגון נציבות ניהול נכסים של מדינה או של מחוז, יכולות להוות גורם ריכוזי לפי לשון חוק הקתצ"ר. מלשון הגדרת "קבוצת מחזיקים" [שבסעיף 4\(1\)](#) לחוק מסיקה העותרת כי המושג "השולט בתאגיד" יכול לכלול גם מדינות זרות וישויות מדינתיות. כמו כן, לטענת העותרת השלטון המרכזי בסין הוא בעל יכולת להכווין את פעילותה של כל חברה ממשלתית. לפיכך, מדובר ב"שליטה" כהגדרתה [בסעיף 1 לחוק ניירות ערך](#), התשכ"ח-1968, אליה מפנה חוק הקתצ"ר. העותרת מסיקה כי ניתן להכליל מדינות זרות ברשימת הגורמים הריכוזיים גם מכך שמדינת ישראל הוחרגה במפורש [בסעיפים 4\(ג\) ו-30\(ב\)](#) לחוק.

לטענת העותרת, התאגידים הממשלתיים הסיניים משתייכים כולם לקבוצת מחזיקים אחת, שבראשה עומדת ממשלת סין. מאחר שתאגידי קבוצת ברייטפוד-תנובה, תחת נציבות ניהול הנכסים של שנגחאי, מהווים תאגידים ריאליים משמעותיים, יש לכלול ברשימת הגורמים הריכוזיים גם את נציבות ניהול הנכסים של סין ואת התאגידים בשליטתה, בהתאם להוראות [סעיף 4\(א\)\(1\)\(ב\)](#) לחוק. כלומר, במסגרת הבחינה אם גורם הוא ריכוזי יש לנוע במעלה ובמורד עץ האחזקות ולבחון את כל ענפיו כחלק מקבוצת מחזיקים אחת. מאחר שלתפיסת העותרת מדובר בקבוצת מחזיקים שענף שנגחאי בתוכה הוגדר "גורם ריאלי משמעותי", כלל המשתייכים לקבוצה מהווים "גורם ריכוזי".

נוסף על כך, העותרת טוענת כי לפי [סעיף 30\(א\)\(1\)](#) לחוק יש להכליל את התאגידים הממשלתיים הסיניים ברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים. מאחר שנמצא על ידי משיבות 1 ו-2 כי מחזור המכירות של קבוצת ברייטפוד-תנובה עובר את סכום הסף שנקבע בסעיף, יש לייחס מחזור מכירות זה לכל אחד מחברי קבוצת המחזיקים. לכן, יש לכלול את כל חברי הקבוצה, על ענפיה השונים, בכללם נציבות

ניהול הנכסים של סין והתאגידים בשליטתה, ברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים. הגדרתם כתאגידים ריאליים משמעותיים תוביל בתורה להכללתם ברשימת הגורמים הריכוזיים.

לחלופין, טוענת העותרת כי נציבות ניהול הנכסים של סין והתאגידים הכפופים לה מעורבים במיזמים העוסקים בתשתיות חיוניות בישראל, בהיקף של מיליארדי שקלים. לכן, יש לכלול אותם בפני עצמם ברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים וברשימת הגורמים הריכוזיים.

העותרת גורסת כי משיבות 1 ו-2 אינן פועלות בהתאם לחובתן לפי חוק הקתצ"ר וכי החלטתן לא לכלול ברשימות את התאגידים המדוברים התקבלה בהיעדר תשתית ראויה, בהיעדר הנמקה ובחוסר סבירות, באופן המחייב את התערבותו של בית משפט זה.

ההחלטה לא לכלול את נציבות ניהול הנכסים של סין והתאגידים בשליטתה ברשימת הגורמים הריכוזיים משמעה כי מאסדר המבקש להקצות זכות לגורמים אלו לא נדרש לשקול שיקולי ריכוזיות כלל משקית ולהתייעץ עם הוועדה לצמצום הריכוזיות. אם אכן מדובר בגורמים ריכוזיים במהותם, הרי שאי הכללתם ברשימה מאיינת את חובת המאסדרים ופוגעת בתכלית חוק הקתצ"ר.

5. בתגובתן לעתירה, משיבות 1 ו-2 מציינות כי בעקבות הגשתה נערכו מספר דיונים בהם נכחו משרדי ממשלה שונים. ביניהם, ניתן למנות את רשות התחרות, משרד האוצר, משרד הכלכלה, משרד החוץ, משרד ראש הממשלה, המועצה הלאומית לכלכלה, המטה לביטחון לאומי ומשרד המשפטים. בעקבות הדיונים גובשה עמדת המדינה, לפיה תכלית חוק הקתצ"ר היא טיפול בריכוזיות כלל משקית של תאגידים ואנשים בשר ודם, לא בהשפעה של מדינות וישויות מדינתיות זרות. לטענתן, פרשנות תכליתית לחוק הקתצ"ר מוליכה למסקנה זו. מכאן העמדה לפיה אין לכלול מדינה, מחוז או נציבות ניהול נכסים ברשימת הגורמים הריכוזיים או ברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים. משיבות 1 ו-2 מציינות כי מאחר שתכלית החוק חלה במישור התאגידי, כאשר תאגיד אשר נשלט על ידי נציבות ניהול נכסים עונה על הגדרת "גורם ריכוזי", חברות אחיות אשר נשלטות על ידי אותה נציבות ייכנסו גם הן לרשימת

הגורמים הריכוזיים. ברם, מאחר שנציבות ניהול נכסים לא נכללת ברשימה, בשל היותה ישות מדינתית, קשרי השליטה מעליה אינם נבחנים.

אשר לטענה כי יש להכליל את התאגידים תחת נציבות ניהול הנכסים של סין ברשימת הגורמים הריכוזיים בשל פעילותם העצמאית, משיבות 1 ו-2 מציינות כי בהתבסס על הנתונים המצויים בידי חטיבת הריכוזיות, הללו אינם עונים על הקריטריונים הנדרשים ולכן אין מקום להכלילם ברשימה.

6. משיבה 3 משליכה את יהבה על מגוון טענות סף. כך למשל, היא טוענת כי לא צורפו משיבים רלוונטיים, בכללם התאגידים הסיניים שהוזכרו בגוף העתירה, נציבויות ניהול הנכסים של סין ושל שנגחאי, המועצה הלאומית של סין וממשלת סין. כמו כן, נטען כי בשל פוטנציאל הפגיעה ביחסי החוץ של המדינה, נדרש היה לצרף כמשיבה גם את ממשלת ישראל. נוסף על כך, משיבה 3 טוענת לחוסר ניקיון כפיים מצד העותרת. זאת, שכן העותרת לא גילתה כי שני תאגידים החברים בה, חברים גם במשיבה 3, ולפיכך הגשת העתירה גם סותרת את תקנון העותרת. זאת ועוד, טוענת משיבה 3 כי מדובר בעותרת ציבורית חסרת מעמד, כי העתירה תיאורטית, כי המסכת העובדתית עליה היא מבוססת לוקה בחסר וכי לא הוכח הדין הזר עליו היא נשענת.

דיון והכרעה

7. גבולות הגזרה של המחלוקת בין הצדדים נקבעים למעשה בתגובת משיבות 1 ו-2 לעתירה. תגובה זו מעידה על מספר דיונים שהתקיימו בפורום רחב של משרדי ממשלה, בעקבותיהם גובשה המדיניות שהוצגה בטענות משיבות 1 ו-2. לפיכך, כפי שציינו בדיון שנערך לפנינו, נבחן את העתירה לגופה, על אף טענות הסף שהעלתה משיבה 3.

המחלוקת בין הצדדים מבוססת על שתי שאלות עיקריות: השאלה הראשונה היא אם ניתן לראות במדינה זרה או בישות מדינתית זרה "גורם ריכוזי" בהתאם לחוק הקתצ"ר. השאלה השנייה היא אם הממונה על התחרות והוועדה לצמצום הריכוזיות נדרשות לכלול את התאגידים תחת נציבות ניהול הנכסים של סין, בפני עצמם, ברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים וברשימת הגורמים הריכוזיים. עניינה של השאלה הראשונה בפרשנות החוק ואילו השאלה השנייה עוסקת בכללי התערבות בג"ץ בהחלטה מנהלית.

8. האם ניתן לראות במדינה זרה או בישות מדינתית זרה "גורם ריכוזי" לפי חוק הקתצ"ר? לשון הגדרת "קבוצת מחזיקים" [בסעיף 4\(ו\)](#) לחוק הקתצ"ר ("תאגיד, השולט בתאגיד או תאגיד בשליטת מי מהם") יכולה לשאת הן פרשנות לפיה "השולט בתאגיד" יכול להיות מדינה או ישות מדינתית והן פרשנות לפיה החוק עוסק אך בשולט בשר ודם או בשולט תאגיד. באופן דומה, גם הגדרת "שליטה" [בסעיף 1 לחוק ניירות ערך](#), אליה מפנה [סעיף 2 לחוק הקתצ"ר](#) ("היכולת לכוון את פעילותו של תאגיד...") – אינה מכריעה בעניין. כך גם הגדרת "שליטה" [בסעיף 1 לחוק הבנקאות \(רישוי\)](#), התשמ"א-1981 ("היכולת – בין לבד ובין יחד עם אחרים – לכוון את פעילותו של תאגיד..."), החולשת על [פרק ד' לחוק הקתצ"ר לפי סעיף 28 לחוק](#), ובכללו על הגדרת "רשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים". אמנם נכון הוא כי מדינת ישראל הוחרגה [בסעיפים 4\(ג\) ו-30\(ב\)](#) לחוק, כך שלא יראו בה בעלת שליטה לעניין "קבוצת מחזיקים" ולעניין תאגיד ריאלי משמעותי. החרגה זו עשויה על פניו להלוס גם תוצאה לפיה החוק חל על מדינות זרות, אשר לא הוחרגו ממנו במפורש. אולם מטרת ההחרגה היא למנוע מצב בו חברות ממשלתיות נחשבות לחברות אחרות השייכות לאותה קבוצת מחזיקים בראשה מדינת ישראל, כך שיראו בכל החברות הממשלתיות גורמים ריכוזיים, ללא קשר לתחום פעילותן (ראו דברי הסבר להצעת החוק, בעמ' 1090). מבחינה מהותית, החרגת מדינת ישראל מבהירה כי חוק הקתצ"ר לא נועד לטפל בכוח המיקוח של המדינה מול עצמה. כלומר, ניתן להבין את הצורך להחריג את מדינת ישראל בצורה מפורשת, מבלי שקיים הכרח להניח כי כל מדינה אחרת נכנסת תחת כנפי החוק. לפיכך, החרגת המדינה אינה מטה את הכף לכיוון פרשנות לשונית לפיה מדינות זרות יכולות להיכלל ברשימת הגורמים הריכוזיים.

כפי שניתן להיווכח, אין בלשון החוק כדי להגיע לתוצאה ברורה. האמת תאמר, כי הקושי בפרשנות הלשונית הוא שהחוק אינו מביע עמדה מפורשת, ולמעשה שותק לגבי אפשרות החלתו על מדינות וישויות מדינתיות זרות. אילו נועד החוק לכלול גורמים מעין אלו, היה נכון לציין זאת מפורשות. ברם, לא ניתן להסתפק במה שלא כתוב בכדי להכריע.

לכן, על מנת להכריע בין החלופות הלשוניות, אנו נדרשים להיעזר בתכלית חוק הקתצ"ר. כידוע, תכלית החוק מורכבת משני יסודות: התכלית הסובייקטיבית – שהיא כוונת המחוקק, והתכלית האובייקטיבית – שהיא כוונת החוק ([רע"פ 2696/17](#) שור נ' מדינת ישראל, [פורסם בבנו] פסקה 16 לחוות דעתו של השופט ג' קרא

(17.6.2021); [דנג"ץ 5026/16](#) גיני נ' הרבנות הראשית לישראל, [פורסם בבנו] פסקה 17 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור (12.9.2017).

בחינת ההיסטוריה החקיקתית של חוק הקתצ"ר מובילה למסקנה כי התכלית הסובייקטיבית של החוק היא התמודדות עם הקצאת נכסי מדינה לידיים פרטיות. כלומר, לתאגידים ולאנשים, ולא למדינות ולישויות מדינתיות זרות. עיון בפרוטוקולים של ועדת הכספים בכנסת, אשר דנה בהצעת חוק הקתצ"ר, מעלה כי לא נערך דיון בנוגע לריכוזיות של מדינות זרות ולהשפעה הנגרמת כתוצאה מהקצאת זכויות לידיהן. כמו כן, דברי ההסבר להצעת החוק מלמדים כי הוא נועד לטפל בריכוזיות המתבטאת בשליטת מספר מצומצם של אנשי עסקים בשיעור ניכר מהמשק (דברי הסבר להצעת החוק, בעמ' 1084) וכי פרק ב' עוסק בהקצאת זכויות על ידי המדינה לגורמים פרטיים (שם, בעמ' 1085 ו-1087). היעדר ההתייחסות למדינות זרות ולישויות מדינתיות יכול להעיד כי המחוקק לא התכוון לטפל בכוח המיקוח שלהן אל מול מדינת ישראל באמצעות חוק הקתצ"ר. לו התכוון המחוקק לכלול "מדינה" במסגרת התיבה "השולט בתאגיד", ניתן להניח כי נושא זה היה דורש דיון נרחב.

התכלית האובייקטיבית בענייננו משתלבת עם התכלית הסובייקטיבית. דרכי הטיפול בכוח המיקוח של מדינה זרה אל מול ממשלת ישראל הן סוגיה מורכבת ורגישה מבחינה מדינית. כוח המיקוח של מדינות זרות הוא רחב ובעל היבטים שונים לעומת כוח המיקוח אותו צוברים תאגידים ואנשים. כאשר אנו עוסקים בכוח מיקוח של מדינה זרה אל מול קובעי מדיניות בישראל, על כף המאזניים עומדים ריבונות מדינת ישראל, יחסי החוץ והאינטרסים הלאומיים שלה. זאת, לעומת השפעה של אנשי עסקים ותאגידים על קובעי מדיניות, לה השלכות פנים מדינתיות, בדמות שבי רגולטורי וכשלי שוק. נוסף על השוני באופי ובהיקף ההשפעה, גם המקור לכוח המיקוח שונה. לעומת כוח המיקוח של תאגידים ואנשים, אשר נגרם כתוצאה מהצטברות נכסים בידיהם, כוח מיקוח של מדינה זרה יכול לנבוע ממגוון מקורות, בכללם מקורות צבאיים, גיאופוליטיים, כלכליים ומדיניים. השוני בין כוח מיקוח של גורם מדינתי לבין כוח מיקוח של גורם עסקי שאינו מדינה מחייב טיפול שונה. קצרה יריעתו של חוק שנועד להתמודד עם השפעה של גורמים עסקיים, מלהתמודד עם השפעה של מדינה זרה. לשון אחר, לא נראה כי החוק נועד להתמודד עם סוגיה כה רחבה ורבת רבדים במסגרת חוק הקתצ"ר.

מסקנה זו מתבקשת גם מבחינת החוק ומאופי המשאבים והכלים שהוא מקצה לטיפול בריכוזיות כלל משקית. כך למשל, החוק לא מציין כי בסמכות הוועדה לצמצום הריכוזיות לשקול שיקולים מתחום יחסי החוץ והוא לא הציב בה גורמים בעלי מומחיות רלוונטית לנושא, אלא גורמים כלכליים בלבד: הממונה על התחרות, מנכ"ל משרד האוצר וראש המועצה הלאומית לכלכלה (סעיף 40(א) לחוק). על כך יש להוסיף כי ניתוח ריכוזיות כלל משקית של גורמים מדינתיים שונה לאין ערוך מניתוח ריכוזיות כלל משקית של תאגידים ואנשים. ניתוח מעין זה יצריך בחינה של תחומי הפעילות החיוניים בהם עוסקת המדינה הזרה, נתוני הפעילות המאקרו כלכלית שלה, הקשרים שלה עם קובעי מדיניות בישראל, היקף הסחר של המדינה הזרה עם ישראל, השפעתה בזירה הבין-לאומית ואופי יחסי החוץ בינה לבין ישראל. ניתוח זה ואיסוף המידע הנדרש על מנת לממשו מורכבים הרבה יותר מאלו הנדרשים בנוגע לתאגידים ולאנשים, ובעלי השלכה על היחסים בין המדינות. לכן, תכלית חוק הקתצ"ר חלה במישור תאגידים ואנשים ואינה חלה במישור מדינות וישויות מדינתיות זרות.

כפי שניתן לראות, פרשנות תכליתית של חוק הקתצ"ר מובילה למסקנה כי מדינות וישויות מדינתיות זרות לא נועדו להיכלל ברשימת הגורמים הריכוזיים, כך שעל ממשלת ישראל להתמודד באמצעים אחרים עם כוח המיקוח שלהן. מסקנה זו שומטת את הקרקע מתחת לטענות העותרת בדבר קיומה של "קבוצת מחזיקים" כהגדרתה בחוק, הכוללת את קבוצת ברייטפוד-תנובה, נציבות ניהול הנכסים של שנגחאי, נציבות ניהול הנכסים של סין, התאגידים הכפופים לה וממשלת סין כשולטת בכל הגופים הללו.

על אף טענת העותרת, שניתן לנסח "כל הדרכים מובילות לבייג'ינג" השולטת בתאגידים הממשלתיים בסין, אי החלת סעיפי החוק המדוברים על מדינות זרות ועל ישויות מדינתיות מובילה לניתוק בין הענפים השונים של נציבויות ניהול הנכסים. לפיכך, לא ניתן לעלות מרובד התאגידים בקבוצת ברייטפוד-תנובה אל רובד נציבות ניהול הנכסים של שנגחאי, ולא ניתן להרחיב את הבחינה אל נציבות ניהול הנכסים של סין ואל התאגידים תחתיה. כלומר, לא ניתן לייחס את כל הגורמים הללו לקבוצת מחזיקים אחת, באופן בו כלל חבריה מהווים גורמים ריכוזיים, לפי סעיף 4(א)(1)(ב) לחוק. כמו כן, לא ניתן לייחס את מחזור המכירות של קבוצת ברייטפוד-תנובה כחלק ממחזור המכירות של התאגידים תחת נציבות ניהול הנכסים של סין, בהתאם לסעיף

30(א)(1) לחוק. לכן, גם מטעם זה לא ניתן להגדיר את התאגידים הללו כתאגידים ריאליים משמעותיים וכגורמים ריכוזיים.

אולם, מאחר שתכלית החוק חלה במישור התאגידי, תאגיד הנשלט על ידי נציבות ניהול נכסים ומהווה חברת אחות של "גורם ריכוזי", ייכנס גם הוא לרשימת הגורמים הריכוזיים.

9. השאלה השנייה העומדת לפתחנו היא סבירות ההחלטה לא להכליל את התאגידים הנשלטים על ידי נציבות ניהול הנכסים של סין ברשימת הגורמים הריכוזיים. כאמור, העותרת מבקשת להכליל תאגידים המצויים תחת נציבות ניהול הנכסים של סין בשל פעילותם הם. מנגד, טוענות משיבות 1 ו-2 כי הנתונים המצויים בידי חטיבת הריכוזיות מלמדים שתאגידים אלו אינם עונים על הקריטריונים של "תאגיד ריאלי משמעותי". העותרת מבקשת להתערב בשיקול הדעת המקצועי של הממונה על התחרות ושל הוועדה לצמצום הריכוזיות ולהחליפו בזה של בית המשפט, אולם לכך אין להיעתר. לא עלה בידי העותרת להוכיח כי משיבות 1 ו-2 לא יצרו תשתית עובדתית מתאימה או חרגו באופן בוטה ממתחם הסבירות, באופן המצדיק התערבות. עסקינן בשאלה מקצועית רגולטורית, הכרוכה בשיקולים מקצועיים מובהקים המצריכים מומחיות מיוחדת ולפיכך נמצאים בשיקול הדעת הרחב של הרשות המוסמכת – הממונה על התחרות והוועדה לצמצום הריכוזיות (ראו בגץ 6274/11 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר, [פורסם בבנו] פסקה 11 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן ((26.11.2012)).

בהקשר זה, יש לציין כי משיבות 1 ו-2 מתייחסות בתגובתן לכך שדלתן פתוחה לשמיעת טענות בדבר הכללת תאגיד זר ברשימת הגורמים הריכוזיים. זאת, במקרה בו תהיה לפני הוועדה לצמצום הריכוזיות פנייה קונקרטית להתייעצות ביחס להקצאת זכות לתאגיד זר שאינו כלול ברשימה. אולם, נעיר כי לפי סעיף 5(ב) לחוק, חובתו של המאסדר להתייעץ עם הוועדה נובעת מעצם הכללת גורם ברשימת הגורמים הריכוזיים. מכאן כי בכדי לממש את תכלית החוק, על הממונה על התחרות ועל הוועדה לצמצום הריכוזיות לגבש את רשימת הגורמים הריכוזיים ולעדכנה מעת לעת על מנת שתתאם את המצב בשטח, כאמור בסעיף 4(ד) לחוק.

10. הינה כי כן, שתי השאלות אשר מסגרו את דיוננו כאן, באו על פתרון. חוק הקתצ"ר מטיל תפקיד מאתגר ורחב ודורש להיכנס לעובי הקורה ולבחון שיקולים כלל משקיים, תוך בחינת הכוח שצוברים גורמים עסקיים אל מול קובעי מדיניות בישראל. הרחבת המבט לבחינת הכוח שצוברת מדינה זרה, דוגמת סין, הינה אתגר מסוג אחר, שכאמור כולל שיקולים של מדיניות חוץ וקשר בין מדינות. על כן, לא נראה כי יש לפרש את עמדת המחוקק, תכלית החוק ולשונו באופן המרחיב את הבחינה למדינות זרות. הרחבה מעין זו והכללת מדינות וישויות מדינתיות זרות ברשימת הגורמים הריכוזיים הינה מעבר לדלת אמותיו של החוק והיא תהא בבחינת עירוב מין שאינו במינו. המנדט אותו קיבלה הוועדה לצמצום הריכוזיות אינו מאפשר לה לפרוש כנפיים ולעסוק בשיקולים של מדיניות חוץ. על כן, יש להפריד בין הטיפול בריכוזיות של תאגידים ואנשים לבין הטיפול בכוח המיקוח של מדינות זרות אל מול ממשלת ישראל.

נוסף על כך, לא הוכח בענייננו כי נפל פגם בשיקול הדעת המקצועי של הממונה על התחרות ושל הוועדה לצמצום הריכוזיות, המצדיק התערבות בהחלטתן לא לכלול ברשימת הגורמים הריכוזיים את התאגידים תחת נציבות ניהול הנכסים של סין. החלטה זו סבירה ועניינית דיה באופן שאינו מצדיק התערבות של בית המשפט.

סוף דבר, דין העתירה להידחות. לאור העובדה כי העתירה הובילה להבהרת מדיניות הוועדה לצמצום הריכוזיות, אין צו להוצאות.

משנה לנשיאה

השופט א' שטיין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ד' מין:

טרוניותיה של העותרת אינן טרוניות של מה בכך. ברם, הזירה לבירורן כפי שהצביע חברי, המשנה לנשיאה נ' הנדל, היא אצל הרשות המבצעת. על כן, מצטרף אני לחוות דעתו של חברי.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה נ' הנדל.

ניתן היום, כ"ו בכסלו התשפ"ב (30.11.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

מא 20028590_Z13.docx

מרכז מידע, טל' 077-2703333 *3852; אתר אינטרנט, <https://supreme.court.gov.il>

ד' מינץ 54678313-2859/20

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)