

בתי המשפט

בש"א 116/06 בש"א 117/06 (ה"ע 606/06)	בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים בפני כב' השופטת מ' שידלובסקי-אור -אב"ד

17/10/2006

בעניין: 1. פיזור פרמצבטיקה ישראל בע"מ
ע"י עו"ד תדמור ושות'

2. אוניפארם בע"מ
ע"י עו"ד פישר ושות'

המבקשות

נ ג ד

הממונה על ההגבלים העסקיים
ע"י ב"כ עו"ד אבנר פינקלשטיין
מרשות ההגבלים העסקיים

הממונה

ה ח ל ט ה

1. עניינה של החלטה זו הוא בבקשת המבקשות, פיזור פרמצבטיקה ישראל בע"מ ואוניפארם בע"מ (להלן - פיזור ו-אוניפארם או המבקשות) להורות על שמירת סודיות ההסכם ביניהן, אשר הוגש לאישור בית-הדין, מפני עיונם של צדדים שלישיים, למעט הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן - הממונה), ולהוצאתו ממרשם ההסדרים הכובלים המתנהל על-ידי האחרונה (בש"א 116/06).

הרקע לבקשה

2. במסגרת ההליך העיקרי (ה"ע 606/06), פנו שתי המבקשות לבית-הדין בהתאם להוראת סעיף 7 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן - חוק ההגבלים העסקיים), בבקשה לאישור ההסכם בין מיום 18.9.05 על תיקוניו (נספח א' לבקשת האישור, להלן - ההסכם) כהסדר כובל. הוראות הסכם זה מסדירות את ההתקשרות בין השתיים, במהלכה תעניק אוניפארם לפיזור שירותי הפצה, שיווק ותועמלנות עבור תרופה המיוצרת על-ידי חברת פיזור העולמית ומשווקת תחת השם Lipitor ®, והמיועדת להתאמת רמת השומנים בדם (להלן - התרופה). שירותים אלו אמורים להינתן

בישראל ובשטחי הרשות הפלסטינית באופן בלעדי על-ידי אוניפארם. יחד עם זאת, על-פי ההסכם פייזר רשאית להודיע לאוניפארם כי היא מבכרת להעביר את שירותי ההפצה לקבלן משנה אחר, כפי שאכן עשתה בפועל (נספח ז' לבקשת האישור). במקרה כזה זכאית אוניפארם לעמלה מופחתת בגין שירותיה.

3. על-פי האמור בבקשת האישור, התרופה הנה תרופת מותג, הנהנית מהגנה פטנטית חזקה במדינות רבות בעולם. לדבריה של פייזר, ללשכת הפטנטים בישראל הוגשה לפני זמן רב בקשה לרישום פטנט על האמצאה לפיה מיוצרת התרופה, ולהערכתה קרוב לודאי כי יוענק פטנט גם בישראל. כתימוכין לכך צורפה לבקשת האישור חוות-דעתו של מומחה לדיני פטנטים (נספח ג'), אשר גם לגביה הוגשה בקשה לשמירת סודיות (בש"א 117/06).

4. על-פי המבקשות, במסגרת ההסכם מתחייבת אוניפארם למשוך את התנגדותה לרישום פטנט על האמצאה, וכן היא מתחייבת שלא לייצר או לשווק תרופות גנריות המכילות atorvastatin, הוא החומר הפעיל בתרופה, כפי שעשתה בעבר עת שיווקה תחליף המכונה Torid. ואכן, בהודעה מיום 27.6.06, מסרה אוניפארם לבית-הדין, כי היא הודיעה לרשם הפטנטים על הסרת התנגדותיה וכי אלו נמחקו.

לנוכח צעדה זו של אוניפארם, הודיעה פייזר במסגרת תשובתה מיום 9.7.06 לתגובת הממונה לבקשות לשמירת סודיות ההסכם וחוות הדעת של המומחה לדיני פטנטים, כי בדעתה לתקן את הבקשה העיקרית "כך שכל הנראה תתייחר חוות הדעת ותמשך מן ההליך" - ובצד זאת ביקשה להורות על שמירת סודיות חוות הדעת עד למועד תיקון הבקשה העיקרית. לאור הודעה זו של פייזר, איני נדרשת במסגרת החלטה זו לעניין הבקשה סודיות חוות הדעת (בש"א 117/06), ומורה על שמירת סודיותה עד לתיקון הבקשה העיקרית כאמור בהודעתה של פייזר.

5. בבקשתן מסבירות המבקשות מדוע, לשיטתן, אין בהתחייבויות הללו של אוניפארם כדי לפגוע בתחרות בייצור ושיווק תרופות המנצלות לכאורה את האמצאה. בין השאר הן מדגישות את ההערכה, שהתרופה תזכה בסופו של דבר בהגנה פטנטית ולכן ממילא אוניפארם, כמו חברות אחרות, נמנעת מייצור או שיווק תרופה מתחרה המנצלת את האמצאה. לדבריהן, אין מניעה כי אוניפארם תמשיך להפיץ ולשווק מוצרים אחרים להתאמת רמת השומנים בדם. המבקשות מוסיפות שניתוח השוק הרלוונטי מוליך למסקנה שיש בנמצא תחליפים גנריים לתרופה, המיועדים להתאמת רמת השומנים בדם,

וכי נתח השוק המצרפי שלהן אינו גדול. כן מציינות המבקשות, כי הצרכנים הסופיים אינם צפויים להיפגע כתוצאה מההסכם, וכי טמונות בו תועלות, ובהן התמריץ לפתח תרופות לרווחת הציבור כולו והגדלת כושרה התחרותי של אוניפארם.

6. לטענת המבקשות, כפי שהן ציינו בבקשת האישור, בבסיסו של ההסכם עומדים רציונלים עסקיים לגיטימיים בדבר מתן שירותי קידום מכירות ותועמלנות על-ידי אוניפארם, תוך סיום ההליכים המשפטיים הנוגעים לרישום הפטנט. לדידן, תניית אי-התחרות הכלולה בהסכם בינן נחוצה ולגיטימית, להסדרת יחסי ההפצה הבלעדית.

ומכאן לבקשה לשמירת סודיות ההסכם (בש"א 116/06).

טענות הצדדים בבקשה

7. המבקשות עותרות לבית-הדין בבקשה לשמור על סודיות ההסכם ביניהן, במובן זה שלא יתאפשר לצדדים שלישיים, למעט הממונה, לעיין בו, לרבות לצדדים שצורפו להליך בדבר אישורו של ההסכם כהסדר כובל. כמו-כן מבקשות הן, כי בית-הדין יורה כי ההסכם לא ייכלל במרשם ההסדרים הכובלים המתנהל על-ידי הממונה. הטעם לבקשה נעוץ בטענת המבקשות, לפיה ההסכם כולל סודות מסחריים-עסקיים, אשר גילויים ברבים יסב להן נזק של ממש. הסודות המסחריים להן טוענות המבקשות הם ההסכמות המסחריות ביניהן, אשר הושגו לאחר משא ומתן ממושך. במיוחד הפנו המבקשות לפריטי המידע הבאים (סעיף 7.1 לבקשתן): סוגי התשלומים להן תהא זכאית פייזר וגובהם (סעיף 7(b) להסכם); תנאי התשלום לאוניפארם (סעיף 11); חלוקת האחריות בין הצדדים להסכם (סעיפים 7(a)(v) ו-9(b)); החזר ההוצאות להן תהיה זכאית אוניפארם (סעיף 6 להסכם).

לשיטת המבקשות, מלבד האינטרס הציבורי שבשמירה על סודות מסחריים, בפרט במסגרת הליכים לאישור הסדרים כובלים, גילוי ההסכם לכולי עלמא אינו נדרש במקרה זה, שכן עיקרי ההסכם והכבילות הכלולות בו פורטו בהרחבה בבקשת האישור, וכמו-כן ההסכם עצמו מונח בפני בית-הדין ובפני הממונה, המייצג את אינטרס הציבור.

8. הממונה מתנגדת לבקשה להטלת חיסיון מוחלט וגורף על ההסכם כפי שביקשו המבקשות. לטענתה הדבר אינו מוצדק בנסיבות העניין ויש בו לפגוע באינטרס הציבורי שבשקיפות ההליך וביכולתם של צדדים שלישיים להעלות את טענותיהם ביחס להסכם. הממונה מדגישה, כי ההסכם עומד במוקד הליך אישורו בבית-הדין, וכי תנאיו והתמורה

שתוענן לאוניפארם קשורים בקשר הדוק עם הכבילות הכלולות בו. מוסיפה הממונה, כי סעיפי ההסכם אליהם הפנו המבקשות אינם מכילים סודות מסחריים, אלא המדובר בתנאי התקשרות עסקיים כלליים מקובלים, ואין יתרון כלכלי בחיסוים. מכל מקום, כך לטענת הממונה, אין לחסות בשל סעיפים אלו את ההסכם בכללותו.

דיון

9. כעולה מסעיפים 42(א) ו-7(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, על הממונה לנהל מרשם בו יעמדו לעיון הציבור, בין השאר, בקשות להסדרים כובלים שהוגשו לאישורו של בית-הדין (ראו גם תקנות 3 ו-8 לתקנות ההגבלים העסקיים (מרשם, פרסום ודיווח על עסקאות) (התשס"ד - 2004). לפי סעיף 7(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, על הממונה אף לפרסם הודעה ברשומות ובשני עיתונים יומיים אודות הגשת בקשות לאישור הסדרים כובלים, ועל-ידי כך להביאן לידיעת הציבור הרחב.

חשיבותו של המרשם המנוהל על-ידי הממונה ברורה. מרשם זה מאפשר למעשה את מימושה של הזכות להגיש ההתנגדות לאישורו של ההסדר, הקבועה בסעיף 8(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, הקובע כי "אדם העלול להיפגע מהסדר כובל, איגוד עסקי וכן ארגון צרכנים רשאים להגיש לבית הדין התנגדות מנומקת בכתב תוך שלושים ימים מיום פרסום ההודעה ברשומות לפי סעיף 7(ב)". הודעת הממונה יחד עם המרשם הפתוח לעיון הציבור, מבטיחים ליבון ענייני ומלא של הבקשה, ועל-ידי כך שמירה על הערכים והאינטרסים הניצבים ביסוד חוק ההגבלים העסקיים, במיוחד בכל הקשור לאישורם של הסדרים כובלים. שכן, יידוע הגורמים הרשאים להגיש התנגדות לאישורו של ההסדר בדבר הגשת הבקשה לאישורו, יחד עם העמדת פרטיה לעיונם, מבטיחים כי במידת הצורך, אם ימצאו לנכון, אלו יבקשו לשטוח את טענותיהם, העובדתיות והמשפטיות, בפני בית-הדין, וכך תתפרש בפניו התמונה המלאה הצריכה לעניין, על-יסודה ייתן הוא את החלטתו (השוו בש"א 3/04 (ה"ע 503/04) יהודה פלדז' בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פורסם באתר המשפטי "נבו" (2004)).

10. בצד הכלל של פומביות המרשם המתנהל אצל הממונה קיים חריג הקבוע בסעיף 42(ב) סיפא, לפיו רשאי בית-הדין להורות כי עניין מסוים לא יהיה פתוח לעיון הציבור, בין השאר מהטעם של סוד מסחרי. חריג דומה קיים ביחס לכלל פומביות הדיון בבית-הדין (ראו סעיף 25 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב - 1992). סעיף 23(ג) לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, קובע כי בית-משפט, לרבות בית-דין, רשאי ליתן צו בדבר אי גילוי ראיות שיש בהן סוד מסחרי "ובלבד שראה כי העניין שיש באי גילוי הראיה עדיף

מן הצורך לגלות את הראיה לשם עשיית צדק וכי במתן הצו לפי סעיפים קטנים (א) ו-(ב) [צו איסור פרסום סוד מסחרי וצו בדבר דרכי הגשת ראיות שיש בהן סוד מסחרי – מ.ש.א.] אין כדי להגן על הסוד המסחרי".

טרם אבחן האם קיימת במקרה זה הצדקה להטלת חיסיון על ההסכם בין המבקשות, אדרש לשאלה האם כלל עניין לנו ב"סוד מסחרי".

11. "סוד מסחרי" מוגדר בסעיף 5 לחוק עוולות מסחריות כ"מידע עסקי, מכל סוג, שאינו נחלת הרבים ושאנו ניתן לגילוי כדין בנקל על ידי אחרים, אשר סודיותו מקנה לבעליו יתרון עסקי על פני מתחריו, ובלבד שבעליו נוקט אמצעים סבירים לשמור על סודיותו". כעולה מנוסח ההגדרה, זו אינה מפרטת את סוגי האובייקטים המוגנים, אלא מדגישה את כוללניות סוגי המידע העשויים לשמש מושא להגנה. גם בפסיקה שקדמה לחוק עוולות מסחריות ננקטה גישה מרחיבה ביותר, לפיה כל סוגי המידע עשויים, כעקרון, להיחשב כסוד מסחרי (מיגל דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר 413-415) (2002).

בענייננו, ההסכם בין המבקשות כולל מידע עסקי אודות תנאי ההתקשרות בין המבקשות. המבקשות הפנו בבקשתן לסעיפים מסוימים בהסכם, אף שביקשו לשמור את סודיות כל סעיפיו. דא עקא, לא די בכך. על המבקשות מוטל הנטל להתייחס לכל פריט מידע בהסכם, ולנמק מדוע נופל הוא להגדרת "סוד מסחרי". כך לדוגמא, חלק מתוכן הסעיפים מפורט בבקשה לאישורו, עליה לא ביקשו המבקשות להטיל חיסיון, ולכן אינו בגדר "סוד מסחרי". משכך, אתייחס אך לפריטי המידע שפורטו בבקשה והם: סוגי התשלומים להן תהא זכאית פייזר וגובהם (סעיף 7(b) להסכם); תנאי התשלום לאוניפארם (סעיף 11); חלוקת האחריות בין הצדדים להסכם (סעיפים 7(a)(v) ו-1(vi)), 9(b); החזר ההוצאות להן תהיה זכאית אוניפארם (סעיף 6 להסכם).

מקבלת אני את טענת המבקשות לפיה, מידע זה אינו נחלת הכלל ולא ניתן לו, או לפרטים הכלולים בו, ביטוי פומבי, וממילא הוא אינו צפוי להגיע לידיהם של צדדים שלישיים. בתשובתה לתגובת הממונה מסרה פייזר, כי היא מבקשת לשמור לעצמה את תנאי ההתקשרות בינה ובין מפיציה השונים, וכי הסכמים אלו אינם בבחינת "מוצר מדף" או "הסכם סטנדרטי", הידוע לכל. עיון בהסכם מעלה, כי הוא אף כולל בסעיף 22 לו תניית סודיות רחבה, המקיפה גם את תנאי ההתקשרות בין המבקשות. בסעיף זה מפורטים בנוסף הצעדים הנדרשים מצד אוניפארם לשם הבטחת שמירת הסודיות. סביר

גם, כי כפי שמסרו המבקשות, חשיפת המידע העסקי הנ"ל תפגע במידה מסוימת בהתנהלותן העסקית העתידית ביחס למתחרותיהן. שכן, עלויות מערך ההפצה והשיווק ודרך התנהלותן העסקית יהיו ידועות לכל, דבר שעשוי לפגום בכושרן התחרותי כגון ביכולת מיקוח ותמחור במסגרת ניהול משא ומתן עם גופים שונים. גם אם, בשלב זה, לא ברורה מידת הנזק הצפוי למבקשות כתוצאה מחשיפת המידע.

המסקנה העולה מן האמור, היא כי המידע הכלול בסעיפי ההסכם שפורטו לעל הם בבחינת "סוד מסחרי".

12. בזאת לא תמה מלאכתנו. העובדה כי הסעיפים האמורים בהסכם מכילים סודות מסחריים, אינה מוליכה בהכרח למסקנה כי יש להורות על שמירתם בסודיות. בסופו של יום, ההכרעה בבקשה הנה נגזרת של איזון הערכים והאינטרסים המתנגשים (ראו ע"א 4524/01 "מעריב" הוצאת מודיעין בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פ"ד נז(4) 521 (2003); רע"א 918/02 ויטלזון נ' פנטאקום בע"מ, פ"ד נו(4) 865 (2002); רע"א 3638/03 ביטום תעשיות פטרוכימיות בע"מ נ' כמיפרן – ישראל בע"מ, פ"ד נח(1) 97 (2003)). בצד האחד של המתרס עומד אינטרס המבקשות בשמירת סודותיהן המסחריים. שיקול נוסף שניצב לצדו, הוא הרצון שלא להניא גופים עסקיים מלהתקשר בהסכמים, אשר ייתכן ויש בהם להגדיל את התחרות והיעילות הכלכלית, בשל החשש מחשיפת סודות מסחריים מהלך הליכי אישור הסכמים אלו בפני הממונה או בית-הדין. חשש נוסף הוא, שבשל אותה סיבה, גופים יתקשרו בהסדרים כובלים מבלי לקבל פטור מאת הממונה או את אישורו של בית-הדין. בעברו השני של המתרס ניצב האינטרס לקיום הליך הוגן וצודק בעניין אישורו של ההסכם כהסדר כובל, בסופו תינתן הכרעה על סמך תשתית עובדתית ומשפטית מלאה, ובכך לשמור על טובת הציבור כמובנה בסעיף 10 לחוק ההגבלים העסקיים. שמירת סודיות ההסכם מונעת מצדדים שלישיים הזכאים להתנגד לאישורו, ליתן התייחסותם לתנאיו.

13. לאחר בחינת מכלול השיקולים העולים בעניין הגעתי לכלל מסקנה, כי בשלב זה, יש להורות על שמירת סודיות סעיפי ההסכם שפורטו בבקשת המבקשות, וכי די בגילוי סעיפים אלו בפני בית-הדין והממונה על-מנת שהליך אישורו של ההסכם יהיה הוגן וצודק. אנמק.

14. לשיטת הממונה, התרומה העיקרית של חשיפת הפרטי ההסכם לעיני הציבור, היא בבחינת התמורה שתשולם לאוניפארם במסגרת ההסכם עבור שירותי התועמלנות

וההפצה. לאמור, האם תמורה זו "הינה תמורה העומדת בקריטריון של מחיר השוק", שאם לא כן הרי שאין בפנינו כבילות סבירות ולגיטימיות מבחינה מסחרית, כפי שטוענות המבקשות (סעיפים 14, 22 לתגובת הממונה). אכן, זוהי סוגיה שלכאורה, בשלב זה, נראה כי היא צפויה להיות נדונה במסגרת בקשת האישור. שכן, לטענת המבקשות עצמן, הכבילות הכלולות בהסכם הן בעלות רציונלים מסחריים עסקיים לגיטימיים. אולם, אני סבורה, כי בשלב זה חשיפת פרטי המידע הנוגעים לתמורה שתקבל אוניפארם במסגרת ההתקשרות עם פייזר אינה הכרחית, וכי בחינת סוגיית סבירות תנאי ההתקשרות יכולה להיעשות גם ללא חשיפת תנאי ההתקשרות הנוגעים לתמורה.

על-פי סעיף 8(א) לחוק ההגבלים העסקיים, הממונה, כמי שמייצגת את אינטרס הציבור, מוזמנת להשמיע את עמדתה וטענותיה בעניין הבקשה לאישורו של ההסכם. במסגרת הכנת עמדה זו, יכולה הממונה לעשות שימוש בסמכויותיה לשם אסוף מידע אודות התקשרויות דומות להתקשרות שבין המבקשות. באם תמצא, כי אכן תנאי ההתקשרות בין המבקשות אינם סבירים, יכולה היא לפרט זאת במסגרת עמדתה. כזכור, מלוא תנאי ההסכם עומדים גלויים בפני בית-הדין והממונה.

בשלב זה אני רואה לנכון לקבוע, כי אי-חשיפת סעיפי ההסכם האמורים מונעת מצדדים שלישיים, אשר רואים עצמם נפגעים מהכבילות הכלולות בו, להגיש את התנגדותם. עיקרי ההסכם והכבילות הכלולות בו חשופים לעיונם. רק הסעיפים הנוגעים לעניין התמורה שעתידה להשתלם לאוניפארם במסגרת ההתקשרות עם פייזר, יהיו חסויים. וכאמור, שאלת סבירות התמורה יכולה להיות מוצגת על-ידי הממונה במסגרת עמדתה בצורה ממצה. באם צד שלישי כלשהו, סבור כי נבצר ממנו להגיש התנגדות ללא חשיפת סעיפים אלו, יגיש בקשה מתאימה ומנומקת לבית-הדין, בה יסביר את העניין.

התוצאה

15. בש"א 116/06 – כעולה מן האמור, אני מורה על חיסיון הסעיפים הבאים בהסכם בין המבקשות: סעיף 7(b); סעיף 11; סעיפים 7(a)(v) ו-9(vi), 9(b); וסעיף 6. חיסיון זה יחול ביחס לצדדים שלישיים, למעט הממונה. המבקשות ימציאו לבית-הדין ולממונה בהקדם, נוסח של ההסכם ממנו יושמטו סעיפים אלו (להלן - הנוסח המתוקן). הנוסח המתוקן יופיע במרשם ההסדרים הכובלים.

המועד להגשת התנגדות לבקשה לאישור ההסכם כאמור בסעיף 8(ב) לחוק
ההגבלים העסקיים, יימנה מיום פרסום הנוסח המתוקן במרשם ההסדרים הכובלים.
הממונה יפרסם הודעה מתאימה על מתן החלטה זו.

בש"א 117/06 - המבקשות יודיעו תוך 7 ימים, עמדתן הסופית ביחס למשיכת
חוות-הדעת שצורפה כנספח ג' לבקשת האישור. הצו הארעי לשמירת סודיות חוות הדעת
יישאר על כנו.

ניתנה היום, כ"ה בתשרי תשס"ז (17 באוקטובר 2006), בהעדר הצדדים.
המזכירות תמציא העתק החלטה זו לב"כ הצדדים.