

בתי המשפט

ה"ע 808/08		בית הדין להגבלים עסקיים י-ם	
02/07/2009		כבוד השופטת יהודית צור – סגנית נשיא אב בית הדין	בפני:

בעניין:

1. הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

2. נענע דיסק בע"מ

3. עננה בע"מ

כולן ע"י ב"כ וינשטוק-זקלר ושות', עורכי דין

העוררות

נ ג ד

1. שידורי קשת בע"מ

2. מוסיקה 24 בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד רון גזית, רוטנברג ושות'

המשיבות

הממונה על הגבלים עסקיים

ע"י ב"כ עו"ד מרשות ההגבלים העסקיים

הממונה

ה ח ל ט ה

1. לפניי בקשה שהגישו הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ, נענע

דיסק בע"מ ועננה בע"מ (להלן – המבקשות) נגד שידורי קשת בע"מ ומוסיקה 24

בע"מ (להלן – המשיבות), להתיר להן להגיש ראיות מטעמן וכתב ערר מתוקן, ככל

שיידרש, בתוך 60 ימים מהמועד בו יועברו לידיהן מסמכי תיק המיזוג.

2. ביום 9.11.08 פנו המבקשות לממונה על הגבלים עסקיים (להלן – הממונה)

בבקשה לעיין במסמכים ובמידע הנמצאים בתיק המיזוג בין המשיבות, לקראת

הגשת ערר נגד החלטת הממונה לאשר את המיזוג. ביום 26.11.08 הודיעה הממונה

למבקשות כי החומר אשר שימש כבסיס לאישור המיזוג עומד לעיון המבקשות

במשרדי הממונה, אך אינו כולל מסמכים שהגישו צדדים שלישיים. ביום 27.11.08

ניתנה למבקשות אפשרות להעתיק חלק מאותם מסמכים, תוך שקטעים בהם

הושחרו טרם ניתנה למבקשות האפשרות להעתיקם. ביום 30.11.08 הגישו המבקשות את הערר על החלטת הממונה לאשר את המיזוג בין המשיבות. בכתב הערר ביקשו המבקשות להתיר להן לתקנו לאחר שיתאפשר להן לעיין במלוא המסמכים המצויים בתיק הרשות. בהחלטה מיום 26.5.09 התרתי לבאי כח המבקשת לעיין בקטעים החסויים במסמכים שביקשו לעיין בהם.

3. 3. הממונה טוענת כי יש לדחות את הבקשה מאחר והיא נעדרת פירוט מינימלי של הראיות שהגשתן מתבקשת, ובכלל זה הרלוונטיות שלהן לפלוגתאות הקיימות, כמו גם בשל העדר הסבר מפורט מגובה בתצהיר לגבי הסיבה מדוע לא הוגשו יחד עם הערר. הממונה טוענת כי בהתאם לחוק ולפסיקה, אין למבקשות זכות שבדין להגיש כתב ערר מתוקן, חוות דעת של מומחה וראיות נוספות מבלי שיינתן לכך אישור של בית הדין. לטענת הממונה, בהיעדר פירוט ובשל היותה של הבקשה כוללת וסתמית, לא ניתן להתייחס לגוף הבקשה, לעמוד על מידת הרלוונטיות של הראיות המבוקשות ולבחון אם אין מדובר בניסיון פסול להרחבת חזית.

4. 4. המשיבות מצטרפות לעמדת הממונה ולנימוקיו ומתנגדות להגשת חוות דעת של מומחה מטעם המבקשות בשלב זה של ההליך. לטענתן, במרבית העררים הנוגעים לאישור מיזוג, כמו גם בענייננו, עיקר המידע הרלוונטי להגשת חוות דעת מומחה מצוי אצל העוררים המכירים את השווקים הרלוונטיים ומאפייניהם. המשיבות מוסיפות כי הן יסכימו לתיקון הערר אם יתברר שהתיקון נובע במישרין מהחומר שנחשף במהלך הליכי הגילוי והעיון שהתקיימו לאחר הגשת הערר.

5. 5. בתגובה שהגישו המבקשות לתשובות הממונה והמשיבות, נטען כי נסיבות הגשת הערר מיוחדות מאחר והחלטת הממונה לאשר את המיזוג לא נומקה כלל, ועל כן לא היה להן ברור כלל על מה הן נדרשות לערור. המבקשות מוסיפות כי לא ניתנה להן אפשרות לעיין בתיק המיזוג לפני הגשת הערר, וכי בקשת הארכת

המועד להגשת הערר עד לאחר העיון בתיק המיזוג נענתה בשלילה על ידי הממונה והמשיבות. המבקשות טוענות כי בהתאם לפסיקה, יש לדחות את הטענה כי מלכתחילה היו בידיהן הראיות הנדרשות מאחר והן פועלות בשוק. המבקשות טוענות כי יש להבחין בין ההלכה החלה בעניין הגשת ראיות, הגשת חוות דעת ותיקון כתב הערר. לעניין הגשת ראיות נוספות, המבקשות טוענות כי בהתאם לפסיקה עומדת להן זכות להגיש ראיות נוספות בתוך המועד שקובע לכך בית הדין, מבלי שהן נדרשות להגיש בקשה מפורטת ומנומקת בקשר לכך. המבקשות מוסיפות כי הן רשאיות להגיש ראיות רק בנוגע לפלוגתאות שהתגבשו בערר וכי אם הן יגישו ראיות החורגות מגדר הפלוגתאות, המשיבות והממונה יוכלו לבקש את מחיקתן. לטענת המבקשות, דרישתן של הממונה ושל המשיבות עומדת בניגוד לפרוצדורה הנוהגת, מכבידה לשווא ויש בה כדי להביא לבזבוז זמן שיפוטי. המבקשות טוענות כי בערר הן פירטו בהרחבה את הפגיעה התחרותית שעשוי להסב להן המיזוג, אולם באותו מועד טרם היה ידוע להן מכלול הראיות שיש בו כדי להוכיח את טענותיהן. המבקשות מוסיפות כי מלבד העובדה שנימוקי ההחלטה לא פורסמו, נמנע מהן העיון בחומר המצוי בתיק המיזוג. כמו כן מציינות המבקשות כי בהתאם לחוק, בית הדין אינו כבול בדיני הראיות, ורשאי להתיר הגשתן של ראיות במועד מאוחר יותר, זאת גם אם ניתן היה להגישן במועד מוקדם יותר, שלא כמו במקרה שלפנינו.

6.6. המבקשות מציינות כי הראיות הנוספות אותן הן מבקשות להגיש כוללות מסמכים מתיק המיזוג שנמסר לעיון רק 6 חודשים לאחר הגשת הערר, וכן ראיות שונות בנוגע לתוצאותיו בשטח של המיזוג, אשר יצא אל הפועל לאחר הגשת הערר. המבקשות טוענות כי ראיות אלה נוגעות לכוח השוק של המשיבות ולפגיעה שמסב המיזוג לשווקים בהן הן פועלות וכן לשווקים משיקים, כגון השוק בו פועלות המבקשות. המבקשות מוסיפות כי מניעת האפשרות להגיש ראיות נוספות תפגע באופן מהותי ביכולתן לברר כראוי את החלטת הממונה. לטענתן, חוות דעת כלכלית היא ראיה ככל שאר הראיות, ודינה אינו שונה מהן ועל כן יש להתיר את

צירופה כל עוד היא נמצאת בגדר הפלוגתאות העולות מהערר. המבקשות טוענות כי בשלב זה אין הן מבקשות את תיקונו של כתב הערר ועל כן הדיון בעניין זה מתייטר בשלב זה.

7.7. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, את המסמכים שבתיק והמצב המשפטי, באתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה להתקבל וכי יש לאפשר למבקשות להגיש ראיות נוספות מטעמן תוך 60 ימים מן היום שיועברו לידיהן המסמכים מתיק המיזוג.

8.8. סעיף 23 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992 (להלן – החוק) קובע לאמור:

23. כתבי טענות

(א) ערר יוגש בכתב ויכלול את הטענות והעתקי המסמכים עליהם בדעת העורר להסתמך.

:

(ג) לא צורף מסמך כאמור, לא יסתמך עליו בעל דין בדיון בערר אלא ברשות בית הדין, מטעמים מיוחדים שיירשמו.

בהתאם להוראה זו, יש לצרף לערר את עיקר המסמכים שעליהם מתכוון העורר להסתמך. בפסיקת בית הדין להגבלים עסקיים נקבע כי בכך לא תם הליך הצגת הראיות, שכן לאחר הגשת כתבי הטענות רשאים בעלי הדין להגיש ראיות נוספות, כל עוד הן נוגעות לעובדות ולפלוגתאות הכלולות בערר ונתמכות בתצהירים (ה"ע 9/97 בזק בינלאומי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, החלטה מיום 11.5.98, להלן – פרשת בזק בינלאומי, וכן מונופול 2/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות, החלטה מיום 20.4.97). מכאן, שבכל הנוגע לראיות נוספות, עומדת למבקשות הזכות להגישן בשלב המתאים, גם לאחר הגשת הערר. למעשה, גם הממונה והמשיבות אינן חולקות על מסקנה זו.

9.9. ההלכה בעניין הגשת חוות דעת מקצועית שונה. בעניין זה נקבע בפסיקת בית הדין כי חוות דעת היא מסמך שעליו מבקש העורר להסתמך, בהתאם להגדרה

המופיעה בסעיף 23(א) לחוק, ועל כן יש לצרפו לערר בעת הגשתו או לאחר קבלת

רשות לכך מבית הדין. הלכות אלו סוכמו בפרשת **בזק בינלאומי**, לאמור:

"... חוות דעת הינה, כאמור, "מסמך" כמשמעותו בסעיף 23 לחוק בתי דין מנהליים ועל כן חייב בעל הדין לצרפו לכתב טענותיו, או לאחר קבלת רשות, בשלב מאוחר יותר. בכך אין כדי לקבוע כי בזק בינלאומי חייבת להגיש כבר עתה את כל ראיותיה. כפי שנקבע בערר 2/96 הנ"ל "ההליך של הגשת הראיות לא תם עם הגשת הבקשה והתשובה. בעקבות החלפת כתבי הטענות מתגבשות הפלוגתאות שבין הצדדים, ורק בעקבות כך יוגשו על ידי הצדדים ראיותיהם, בהליך עצמו...".
אולם, האמור לעיל אינו חל על התצהיר התומך בעובדות הנזכרות בערר והוא גם אינו חל על מסמכים, לרבות חוות דעת, שעליהם סומכת העוררת את עררה, שאותם על העוררת לצרף לערר."

10.10. המבקשות טוענות כי לפי הפסיקה, אין היא נזקקת לרשות בית הדין לצורך

הגשת חוות דעת מקצועית לאחר הגשת הערר, כל עוד זו נוגעת לעובדות

ולפלוגתאות הכלולות בערר. דין הטענה להידחות. כאמור, חוות דעת מקצועית

היא בגדר מסמך שמטרתו לבסס ולהוכיח את הטענות העובדתיות שבערר,

בהתאם לסעיף 23 לחוק ועל כן יש לצרפה לערר בעת הגשתו או לאחר קבלת רשות

לכך מבית הדין. בתיק אחר קבעתי בעניין זה:

"חוות דעת מקצועיות אף הן בגדר "מסמכים עליהם בדעת העורר להסתמך", כמשמעותו של ביטוי זה בסעיף 23(א) לחוק בתי דין מנהליים ולכן יש לצרף גם אותן לכתב הערר. אכן, לעיתים אין סיפק בידו של בעל דין להצטייד בחוות דעת ולצרפה לערר שהגיש, אולם במקרה כזה עליו לנמק את בקשתו ולהציג בפני בית הדין טעמים מיוחדים ומהותיים מדוע לא פעל בהתאם להוראת החוק." (ה"ע 803/08 טרפלס קומפאונדס נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, החלטה מיום 5.5.09).

11.11. מן הכלל אל הפרט –

במקרה שלפנינו, המבקשות פירטו בתגובתן לתשובות המשיבים כי הן מבקשות

להגיש כעת מסמכים ותצהירים הנוגעים למסמכים שנמסרו להן רק עם קבלת

בקשת העיון שהגישו וכן לתוצאותיו בשטח של המיזוג, שיצא אל הפועל לאחר

הגשת הערר. כאמור, למבקשות יש זכות להגיש ראיות מעין אלה, ועל כן יש להתיר

להן הגשת ראיות כאמור, לאחר קבלת מסמכי העיון.

למותר לציין כי אם יוגשו ראיות החורגות מגדר הפלוגתאות שגובשו בין הצדדים או שאינן רלבנטיות לפלוגתאות אלה ניתן יהיה לבקש מחיקתן או חלקים מהן. אין כל הצדקה למנוע כבר עתה מהמבקשות הגשת ראיות שיש בהן לטענתן כדי לבסס את טענותיהם בערר.

12. לעניין הגשת חוות הדעת המקצועית, כפי שהוסבר, למבקשות אין זכות קנויה להגישה לאחר הגשת הערר, אולם בבחינת נסיבות העניין שבפניי אני מוצאת שיש להעניק להן רשות להגישה כעת. מסמכי תיק המיזוג הועברו למבקשות זמן רב לאחר שהגישו את הערר ובשלבם שונים, לאחר שהצדדים השלישיים הנוגעים בדבר הודיעו לממונה כי הם מסירים את התנגדותם לגילוי החומר (ראו פרוטוקול הדיון מיום 26.2.09) ולאחר שהתקבלה החלטת בית הדין בעניין (ביום 26.5.09), בעקבות בקשות ותגובות שהגישו הצדדים. זאת ועוד, בענייננו מדובר בערר שהוגש על ידי חברות שלא היו צד למיזוג עצמו ומטבע הדברים המידע אודות המיזוג, ההליכים שהתקיימו בפני הממונה והנימוקים שעמדו ביסוד ההחלטה לאשר את המיזוג לא היו בידיעתם. החלטת הממונה לאשר את המיזוג מושא הערר ניתנה ללא נימוקים והמבקשות, שלא היו צד לאישור המיזוג, למדו על הנימוקים הללו רק בעקבות הגשת כתבי התשובה לערר על ידי הממונה והמשיבות. בנסיבות אלה יהיה זה נכון לומר כי בפני המבקשות לא עמדה, בעת הגשת הערר, אפשרות מלאה לבססו על חוות דעת מקצועית יסודית ומקיפה, משום שחלק ניכר ומשמעותי מהנתונים והמסמכים לא היו באותה עת בידיהן. זאת ועוד, העוררות מבקשות להגיש את חוות הדעת כדי לבסס בצורה כלכלית ומקצועית את טענתן כי יש באישור המיזוג כדי להביא לפגיעה בתחרות בשווקים הנוגעים למיזוג. עניין זה הוא העילה המרכזית הרלבנטית לערר ולפיכך יש הצדקה להתיר למבקשות להגיש את חוות הדעת המקצועית כמבוקש.

13.13. בכל הנוגע לתיקון כתב הערר, הרי שהמבקשות הבהירו כי הן אינן מבקשות לתקן את כתב הערר בשלב זה ועל כן הדיון בשאלה זו מתייתר. יחד עם זאת יש לומר, בניגוד לטענת המבקשות, כי תיקון כתב הערר – גם אם כתוצאה ממימוש זכות העיון לאחר הגשת הערר – נעשה רק לאחר קבלת רשות מבית הדין. מסקנה זו מבוססת על לשונו של סעיף 23 לעיל, ואף על ההחלטה בבש"א 310/07 **צנורות המזרח התיכון נ' הממונה על הגבלים עסקיים** (החלטה מיום 22.3.07), אליה היפנו המבקשות ובה נקבע:

"נראה כי ניתן ליישב בין האינטרסים השונים על ידי מתן רשות לתקן את הערר שיוגש על פי המידע הגלוי לפני העוררות, אם יתעורר צורך בכך על פי החומר שלא גולה במועד, יחד עם הגבלת הארכת המועד להגשת הערר לתקופה קצובה, לא ארוכה".

כאמור, המבקשות הודיעו כי הן אינן מבקשות לתקן את הערר ולפיכך הדיון בשאלה זו מתייתר.

14.14. לאור כל האמור החלטתי להתיר למבקשות להגיש את הראיות הנוספות, ובכלל זאת חוות דעת מקצועית, בתוך 60 ימים מיום גילוי המסמכים שהותרו לגילוי.
המזכירות תעביר החלטה זו לצדדים.

ניתנה היום, י' בתמוז תשס"ט (2 ביולי 2009), בהיעדר הצדדים.

יהודית צור, סגנית נשיא