

בבית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית דין להגבלים עסקיים

ה"ע 5/91

בפני: כבוד השופט ח. אבנור - אב"ד

המבקש: הממונה על הגבלים עסקיים

נגד

המשיבות: 1. עלית
2. תוצרת מזון ישראלית

החלטה

המבקשות הן שתי חברות אשר שלחו הודעת מיזוג לממונה. הממונה התנגד למיזוג בנימוק המשפטי כי קיים חשש סביר שכתוצאה מן המיזוג תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף.

המשיבות הגישו ערר לבית הדין על החלטת הממונה.

הממונה הגיש בקשה למתן צו לגילוי מסמכים ולהשיב על שאלונים המופנה למבקשות.

השאלון באופן כללי מתייחס לנקודות הבאות:

א. תאור המערכת השיווק וההפצה של המבקשות.

ב. פרוט הוצאות פרסומיות של המבקשות והנחות. הסכמים ובלעדיות.

גלוי המסמכים המתבקש הוא כוללני ואפשר לחלקו לראשי פרקים כדלהלן:

א. מסמכים ששימשו לנתונים עליהם התבסס מר עופר נאמן בתצהיר החומר בערר כגון מסמכי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ומסמכים אחרים.

ב. מסמכים שמהם אפשר ללמוד את היקף ההשקעות בפרסומות.

ג. הסכמי בלעדיות עם גורמי השוק.

ד. מסמכים המתייחסים למסמכי אשראי הניתנים ע"י המבקשת לגורמי השיווק.

ה. מסמכים שמהם ניתן ללמוד על היקף היבוא שבוצע ע"י המבקשות בדולרים וטונות בשנים 1988. 1989. 1990.

העוררות מתנגדות לגלוי מסמכים (הכנת רשימה ועיון בהם) ולמתן תשובות לשאלונים. הן מבחינה דיונית והן מבחינה מהותית.

נראה לי כי אלמלא הטענות המהותיות לא היה מושם הדגש יתר על המידה על הטענות הדיוניות.

הטענות המהותיות מתרכזות בשני נושאים עיקריים והם :

הכבדה שאינה ניתנת לביצוע - במיוחד כנגד נושא גלוי המסמכים.

לפי הטענה המדובר הוא בעשרות אלפי מסמכים, שמיונם לבדו ייקח חודשים ארוכים אם לא שנים. וכן גלוי סודות מסחריים.

דהיינו עצם התשובות לשאלות גורם לגלוי סודות מסחריים הפוגע בכח השיווק ובזכויות העוררות.

תשובת הממונה היא כי אפשר למיין המסמכים הרלבנטיים ומספרם אינו כה רב. ומבחינת "סודות מסחריים" - אין לסודות אלה חיסיון לפי דיני הראיות ואפשר למצוא דרך למסור לממונה את האינפורמציה הדרושה, בלי שיתגלו הסודות למתחרים.

הקדמתי וצינתי את ההתנגדות המהותית. למרות כך שבדעתי לדון תחילה בשאלה הדיונית ועשיתי זאת במכוון, כי סבורה אני שכאשר קובע המחוקק סדרי דין - הוא מתאים אותם לנושא המהותי הנידון, וייתכן אף ייתכן שעקב אותו נושא קשה ומסובך של סודות מסחריים והגנה עליהם. לא מצא המחוקק לנכון להזכיר בתקנות אפשרות של גלוי מסמכים ושאלונים.

במילים אחרות: עקב מהות ואופי הדיון במיזוג חברות לא נמצא לנכון להורות על פרוצדורה זו בפני בית הדין (אולם ארחיב בנושא בהמשך).

אעבור עתה איפוא לצד הדיוני :

בתקנות שהתקין שר המשפטים לפי ס' 40 (א) לחוק אין אזכור של שאלונים וגלוי מסמכים.

לעומת זאת ניתנת סמכות רחבה לבית הדין לקבוע את הדרך הנראית לו מועילה ביותר. צודקת ומהירה להכרעה.

דרך זו אינה מהירה וקל לקבוע זאת ללא מאמץ יתר. אלא להיפך:

מיון ורישום מסמכים רבים אינו יכול להיות מהיר. הדיון עצמו הוא ארוך ומסובך. כאשר המערערים עומדים להתנגד גם לגלות מסמך. שאלה או סוג שלהם ובמיוחד שהם מגינים על סודותיהם המסחריים.

אך אולי דרך זו יותר צודקת ומועילה מאשר דיון רגיל?

בתקנות סדרי הדיון האזרחי הותקנו תקנות של גלוי מסמכים ושאלונים בתובענות אזרחיות.

בתובענה אזרחית התובע מבקש לקבל דבר מהנתבע או לחייבו לפעול בדרך מסוימת. עילת התובענה מסתמכת על זכות שבחוק ותוספת העובדות היוצרות אותה. יש שבידי צד נמצאים מסמכים התומכים בעמדת הצד שכנגד, והוא נדרש לגלותם. ויש מסמכים שהוא נדרש לגלות על מנת לא להפגיע את מתנגדו.

לגבי שאלונים: מטרת השאלון היא בירור העובדות הנטענות ניסיון אולי לקבל "הודאה" בעובדה שהצד שכנגד טוען לה.

מתן גלוי מסמכים ושאלונים - מטרתם היא לקדם את ענינו של המבקש או כדי לפגוע בעמדת מתנגדו (ראה זוסמן מהדורה 5 בעמ' 396).

זה ענינו של משפט אזרחי בין צדדים יריבים.

האם ערר על החלטת הממונה. לפי אופיו יש להתייחס אליו כאל משפט בין יריבים אזרחיים?

אני סבורה כי התייחסות כזו היא קונצפציה מוטעית. אין הממונה על ההגבלים העסקיים "יריב" בסכסוך אזרחי. המחפש כל דרך אפשרית לקדם את ענינו ולהכשיל את יריבו. הממונה מופקד על אינטרס ציבורי במקרה זה של שמירה על אי פגיעה בתחרות ותפקידו הוא כפי שהוגדר בקטע שצוטט על ידי בהחלטת הקודמת בנושא צירוף הצדדים.

דהיינו מציאת איזון נאות בין התייעלות החברות המתמזגות לצורך בשמירה על האינטרס הציבורי. סוג "המלחמה הדיונית" שעניינה גלוי מסמכים ושאלונים אינו נראה כמתאים לאופיו של תפקיד הממונה והערעור.

לממונה יש סמכות לדרוש מכל אדם ידיעות מסמכים ופנקסים כדי להקל על ביצוע החוק. ס' 46 (א). אין ספק כי יש לממונה סמכות. שנמסרה לו הודעת מיזוג לדרוש כל מסמך וכל ידיעה בכדי לבחון ולהחליט בנושא המיזוג. ואין גם מחלוקת כי בענין הנדון כאן דרש הממונה וקבל ידיעות ומסמכים שונים.

לאחר מכן נתן הממונה את החלטתו על שיקוליה ונימוקיה.

הפרטים הנדרשים עתה אם הם רלבנטיים לנושא - הרי נדרשו ונשקלו ע"י הממונה.

ההליך לפני ביה"ד איננו הדיון בדרגה הראשונה שבו מתבררות העובדות. אלא הוא הליך ערעורי שבו בית הדין בודק אם העובדות שהיו בפני הממונה הצדיקו את מתן הסירוב למיזוג ואין מניעה כי מערער יביא עובדות חדשות להפריך את העובדות של הממונה.

שאלה: אם המערערים רשאים להביא עובדות חדשות שלא היו בפני הממונה. שמא רשאי גם הממונה להסתמך על עובדות חדשות על מנת להצדיק את החלטתו. ואז יש אולי להתייחס לערעור כמו למשפט אזרחי?

נראה לי כי התשובה שלילית שכן בהליך ערעורי זה על הממונה על בית הדין לבדוק אם חששו של הממונה כי תפגע התחרות באותו ענף המיזוג. היה חשש. ולקבוע אם אמנם קיים חשש סביר לפגיעה בתחרות.

ואלה הנימוקים הדיוניים הנראים לי שבעטים בהליך זה של ערר על סרוב הממונה לאשר המיזוג אין להורות על גלוי מסמכים ושאלונים המפונים לעוררים:

(א) מטרת הבקשות לשאלונים ולגלוי מסמכים היא לקדם את ענין המבקש - הממונה ולפגוע בעמדת הצד השני-העוררים.

מטרת הממונה איננה לקדם את "ענינו" כי אין לו אינטרס שיש + ומטרת הממונה איננה לפגוע בעמדת העוררים.

מטרת הדיון היא למצוא את האיזון הנכון בין האינטרס של ההתמזגות של העוררות לעומת החשש לפגיעה בתחרות.

(ב) מטרת הדיון היא בדיקת השיקול של הממונה לגופו - וקביעת ביה"ד אם השיקול נראה לו נכון.

אם הממונה סבור כי לא היה לו חומר מספיק או משכנע לבסס את שיקוליו - לא עתה הזמן לחפש חומר זה.

על ביה"ד לבחון את החומר הקיים עליו ניתנה ההחלטה.

(ג) ושמא אמר - אם כך למה יורשו העוררים להביא חומר נוסף וראיות למטרת שכנוע נגד עמדת הממונה?

ותהא התשובה: לעוררים לא היתה זכות להתייצב ולהתדיין נגד הממונה וזו הזכות שניתנה להם להביא ראיותיהם.

לממונה - כאמור - היתה אפשרות בדיקה וחקירה והחלטתו שניתנה היא נושא הדיון.

(ד) עוד טוענת ב"כ הממונה - כי כשביקשו העוררים "גלוי מסמכים" ניתן להם מבוקשם. ולמה ייגרע חלקו של הממונה.

יש שוני בין זכויות הצדדים :

העוררים זכאים לדעת איזה מסמכים היו בפני הממונה אשר שימשו בסיס להחלטתו כי "מסמכים" אלה הם למעשה חלק משיקוליו והחלטתו. + שניתן כנגד הממונה התייחס בסופו של דבר רק "למסמכים" הסטטוריים. נזכרים בחוק שהם כאמור חלק מהחלטת הממונה המסתמכת עליהם.

כאן יש להוסיף :

הדיון הערעורי בא במקום הפניה לבג"צ כנגד הגוף המנהלי + פונה האזרח כנגד הרשות והוא זכאי לדעת ולקבל את כל החומר שהיה בפני הרשות ואשר לפיו החליטה נגדו אך ללמוד מכאן כי הרשות. לאחר שהחליטה כנגד האזרח. יכולה להופיע בערכאות ולדרוש מהאזרח שיספק לה חומר נוסף לביסוס עמדתה - חוששתני כי המרחק רב למדי.

באת כח הממונה עו"ד גרשוני מסתמכת בין השאר בבקשתה על הדין וסדרי הדין בארה"ב. וטוענת כי גם בפני ה-FEDERAL TRADE וגם בפני ביהמ"ש - בדיון שבין נציגות המדינה ו/או מתדיין ובין חברות מתמזגות משתמשים בצורה משמעותית בצווים לשאלונים וגלוי מסמכים וכי ה-FEDERAL TRADE COMMISSION בסמכותה להתקין סדרי דין כמו ביה"ד כאן התקינה כללים למתן צווים כנ"ל.

יש שוני דיוני ומהותי בין החוק בארה"ב ובישראל: לפי ס' 7 של ה-CLAYTON ACT הפחתת תחרות ויצירת מונופול - היא עבירה פלילית ועוולה אזרחית.

לפי חוק אחר (כנראה חוקי שרמן) אותו הדין חל על מסחר בלתי הוגן.

אין איסור מוחלט על מיזוג. ואולם מיזוג הפועל בדרך של מסחר בלתי הוגן או הפחתת תחרות הוא עוולה אזרחית ועבירה פלילית.

חברות הממזגות חייבות לשלוח הודעה על כך לגוף הממשלתי מתאים.

המיזוג הקף כאשר החברות הסכימו עליו ואולם ה- FEDERAL TRADE COMMISSION פותח בחקירה:

ועדה זו קבעה כללים ויש לה סמכות להוציא צווים לשאלונים וגלוי מסמכים.

הועדה אם הגיעה למסקנה כי המיזוג עובר על הוראת החוק.

וכל אזרח - רשאי לפנות לבית משפט בתביעה [ובאישום פלילי] נגד החברות המתמזגות וגם לביהמ"ש הסמכות להוציא צווים לגלוי מסמכים ושאלונים.

השוני המהותי הוא בכך שגם מסחר בלתי הוגן פוסל את המיזוג האם מושג זה זהה לפגיעה בתחרות? וכן כי המיזוג הוא אסור אם פגע בהנ"ל בה בשעה שאצלנו המיזוג אינו אסור אלא יש לחפש את האיזון הנכון בין הטוב לרע (יעילות ופגיעה בתחרות) ובעקר המיזוג הוא הקף - והדיון המשפטי מתקיים לא לשם אישור המיזוג אלא בתביעה כנגד החברות המתמזגות.

תפקידה של הועדה הוא ניהול חקירה כנגד המיזוג הקיים.

כתוצאה ממסקנות הועדה יכולה המדינה להגיש אישום פלילי וגם תביעה אזרחית.

נראה הדבר כאילו סמכויות הממונה על ההגבלים דומות לסמכויות הועדה - שכן הוא זכאי לדרוש מסמכים ולחקור - אם כי זאת טרם יאשר או יסרב למיזוג.

ואולם אין להשוות את סמכויות החקירה של הועדה (פלילית ואזרחית) לסמכויות ביהמ"ד להגבלים עסקיים שתפקידו אינו חקירה אלא תפקיד ביהמ"ש ועל כן אין מקום להקבלה.

לעומת זאת בבית המשפט בארה"ב מתנהל הליך אזרחי רגיל בין אזרחים עם צווים של תקנות סדרי הדין האזרחי ואף זה שנוה מהדין בישראל.

סבורה אני אם כן כי החוק בארה"ב לא יהא לנו לעזר בנושא זה.

נראה איפוא אם הצווים הנ"ל דרושים כדרך מועילה וצודקת (לגבי דרך מהירה כבר הבעתי דעתי בשלילה) לבירור הנושא.

בדיון האזרחי הרגיל התועלת היא בכך שע"י גלוי מוקדם של כל המסמכים ותשובה לשאלות אפשר לחסוך בהבאת ראיות כי העובדות האמיתיות מתגלות (או יש סיכוי שתתגלינה).

בפני בית הדין עיקר המחלוקת אינה עובדתית אלא המסקנות הכלכליות והמשפטיות שיש להסיק מהעובדות: אותן עובדות שהיו ידועות לממונה ואשר מהן הסיק התנגדותו.

מתן צו גלוי כללי כנ"ל ושאלות - יוסיפו מספר עצום ורב של עובדות שאין יודע כלל אם יש בהן תועלת לבירור המהותי. ובכל אופן תועלתן מוטלת בספק.

האם דרך זו היא "צודקת"?

כאן יש להתייחס לטענת המבקשות כי מתן צווים הנ"ל יגרמו להן עוול.

הנתונים שנתבקשו מתייחסים לשיווק ופרסום. לטענת הממונה. נתונים אלה עוזרים להוכיח את הפגיעה בתחרות לטענת העוררות הם מהווים סודות מסחריים. שגילויים עשוי לפגוע בהן קשות.

ציינתי כבר כי אין הממונה צריך להוכיח פגיעה בתחרות אלא לשכנע כי יש חשש סביר כי כתוצאה מהמיזוג כפי שהוצע תפגע באופן משמעותי התחרות (ס' 21 (א) לחוק).

הדגש ששמתי הוא על נוסחו של הסעיף:

החשש הסביר הוא ממה שהמיזוג מציע - ולא מעסקיהן הקודמים של החברות המתמזגות.

מה שבאת כח הממונה מבקשת לעיין בו (מסמכים) ולקבל תשובות (שאלונים) מתייחסת לכל דרכי המסחר כולל שיווק ופרסום של החברות בטרם התמזגו.

אם יעתר ביה"ד לבקשה זו. יצא כי חברות המבקשות להתמזג חייבות לגלות את כל סודותיהן המסחריים הנ"ל - המתייחסים לדרך ניהול מסחרו בעבר.

דבר מעין זה חייב להרתיע חברות מעצם הגשת בקשת מיזוג ועדיין קיימת השאלה אם עסקיהן בעבר
הן נושא לדיון בקשר לבקשת המיזוג בעתיד.

חוק ההגבלים מטיל על הממונה ניהול מירשם של בקשות מיזוגים (ס' 42) ומתיר לממונה למנוע
מהצבור עיון אם הדבר פוגע בסוד מסחרי של אדם.

יש כאן הכרה מכללה בהתייחסות לסודות מסחריים.

נראה לי. איפוא. כי חיוב המערערות בגלוי דרכי שיווק הפצה ופרסום וכל הקשור לניהול עסקיהן
בטרם מיזוג. לא יעשה צדק עמם וספק אם הוא דרוש לשם דון בתוצאות האפשרויות של המיזוג.

אין דברים אלה פוסלים מראש שאלות שאולי ישאלו המצהירים מטעם המערערים או מסמכים
שידרשו מהם במהלך חקירתם. כל נושא יידון לגופו לפי הצורך והרלבנטיות שבו.

ולבסוף: יש מסמכים עליהם הסתמך מר עופר נאמן בתצהירו:
במידה והם מסמכים של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. או מסמכי יבוא - הרי אלה נמצאים דווקא
בידי המדינה. אין צורך לדרשם מידי העוררות. ואולם במידה ויש הסתמכות בתצהיר על המסמכים
השייכים לעוררות. הרי אלה הם רק מהתצהיר ואיני סבורה כי יכולה להיות מחלוקת לגבי זכות ב"כ
הממונה לעיין בהם.

סכומו של הנושא:

הבקשה לגלוי מסמכים ושאלונים היא מכבידה. בלתי צודקת ואינה מועילה לדיון ועלולה אף להאריכו
ולסבכו שלא לצורך ועל כן היא נדחית.

ואולם העוררות חייבות לספק. עוד בטרם חקירה את המסמכים עליהם מסתמכים או מתייחסים
התצהירים מטעמם.

ניתן היום, 8.12.91, והודע.