

1. עלית תעשיות בע"מ
ע"י עו"ד דן אבי יצחק
2. תוצרת מזון ישראלית בע"מ
ע"י עו"ד ח. צדוק

נ ג ד

הממונה על ההגבלים העסקיים
ע"י עו"ד רחל גרשוני

ה ח ל ט ה

ב"כ המערערות עוררו בקדם המשפט את שאלת חובת ההוכחה. בהיות ערעור זה ראשון מסוגו, יש מקום לבדיקת הנושא.

הערר הוא על החלטת הממונה המתנגד למיזוגן של שתי החברות המבקשות (ס' 22 לחוק).

בכדי להשיב על השאלה שהתעוררה יש לבדוק את אופי מהות ההתנגדות, גם בהשוואה לדיון בנושא ההסדר הכובל.

השוני בחוק לגבי שני דיונים אלה הוא בכך :

בהסדר כובל : המבקש לעשות הסדר כובל יגיש בקשה לאישור לבית הדין, והמשיב הוא הממונה. דהיינו יש מבקש ויש משיב וכדרכם של סדרי הדין - חובת הראיה היא על המבקש.

במיזוג חברות : החברות שולחות הודעה לממונה ואם התנגד הממונה מגישות החברות ערר לביה"ד. בקשה וערר מבחינה דיונית אינן הליך זהה. הערר הוא על התנגדות הממונה.

כאן עלינו לפנות למהות הנושא בכדי לבדוק אימתי יתנגד הממונה למיזוג, ומהו הנושא שבית הדין צריך לשקול בדיון בהתנגדות.

בדו"ח הועדה למיזוגים וקונגלומרטים, תמצא שתי נקודות העוזרות לפתרון השאלה שהוצגה כאן :

(א) יש הרחבה של הפקוח על יצירת הגבלים עסקיים שבדרך התנהגותם מנצלים את העוצמה הכלכלית לרעת הצרכן, ואולם יש צמצום של הפקוח על המיזוג והוא קיים רק משום שקיים קושי בפקוח על ההגבל העסקי.
וביתר בהירות : כיון שקשה לפקח על דרך ההתנהגות (ההגבל העסקי) מוטב להתחיל בפקוח על המבנה (המיזוג) וכיוון שכך הפיקוח על המיזוג הוא מוגבל ביותר והוא יתייחס לחשש הסביר של מה שעתיד לקרות ע"י המיזוג. מכאן מסקנתי הראשונה : אין אנו דנים במצב קיים אלא במצב שעלול להיווצר בעתיד, לפי מבחן בין השאר, של הגיון כלכלי. מי שטוען כי זה מה שעלול לקרות בעתיד עליו חובת הראיה.

(ב)

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.

בשני מקומות נוספים אני מוצאת חיזוק למסקנתי זו :

בהצעת חוק ההגבלים העסקיים בדברי ההסבר - מוסבר לפי מה רשאי הממונה להתנגד להגבל ושיקולו הוא מניעת נזק.
(הצעות חוק 1647 מ-7/11/83).

דהיינו: לא המתמזגים צריכים להראות במה המיזוג ראוי לאישור, אלא המתנגד צריך להראות מה הנזק שיגרם ע"י המיזוג.

וכן: כאשר הוצג החוק בפני הכנסת ע"י שר התעשייה והמסחר אשר אמר בין השאר

"... לגבי הסדר כובל עול ההוכחה בפני בית הדין, שהשלכות ההסדר תהיינה חיוביות מבחינת טובת הכלל, מוטל על מבקשי ההסדר. לעומת זאת, במיזוג עול ההוכחה שהשלכות המיזוג מבחינת טובת הכלל תהיינה שליליות, או מזיקות מוטל על הממונה על הגבלים עסקיים".
(הצעת חוק להגבלים עסקיים חוברת ה' ישיבה רמו' עמ' 214).

עד כאן דברים כלליים בנושא, ועתה הבה ואבדוק את החומר שהוגש בפני לדיון זה:
על החלטת הממונה שהיא תמציתית ובלתי מפורטת הוגש הערר.
לערר צורפו שני תצהירים:

תצהיר של עופר נאמן, שהוא משנה למנהל כללי בחברת עלית.
היינו ההסבר של המיזוג הדרוש לחברות מבחינת יעילותן הכלכלית, ראשית כל, ושנית: טענות כנגד ובתשובה לטענות הממונה.

התצהיר השני הוא תצהירו של משה לנדאו, סמנכ"ל כספים ב- תמ"י בעל תואר בכלכלה והנדסה כימית, ואף תצהירו מתייחס לרמת היעילות והרווחיות של החברות.
דהיינו: שני תצהירים אלה תומכים בצד העובדתי של אותו חלק שעל החברות להוכיח בכדי לשכנע את ביה"ד שבמבחן האיזון (שצוין לעיל) האיזון הוא לטובתן.

לתשובת הממונה על ההגבלים העסקיים צורף תצהירו של הממונה, שהוא חוות דעת כלכלית שמטרתה לשכנע בהגברת כח השוק של החברות המתמזגות - והפחתת התחרות. ובין נימוקיו הטענה כי היבוא אינו חופשי, ומשום כך אינו מתחרה בחברות המתמזגות (יחסית). כן צורפו תצהירים עובדתיים המתייחסים כולם לנושא היבוא:

(1) דניאל רייכמן, מנהל שירות המזון הטוען כי יש פיקוח על היבוא באמצעות רשיונות יבוא שאינם ניתנים אם אין הסחורה עומדת בדרישות התקן באשר לצבע, משקל וסימון.

(2) ארנון יוסף, סגן ממונה בחטיבת המזון המתייחס לכמויות וסוג של יבוא שאינו גדול יחסית.

(3). יוסף גול סגן ממונה בחטיבת המזון המתייחס לכמויות וסוג של יבוא שאינו גדול יחסית.

4. אריה זקס מטעם משרד האוצר אגף המכס העוסק בסיווג מוצרי מזון בקשר עם רשיונות יבוא ומכס.

5. הרב איתן איזנמן המתייחס לתעודות כשרות ואופן הנפקתן בין לתוצרת המקומית ובין לתוצרת מיובאת, ואף מעריך כי היבוא הבלתי כשר הוא מועט וכי רוב הקונים בישראל דורשים מוצרים כשרים.

מתוך רבוי תצהירים זה המתייחס לנושא היבוא יש להבין כי קיימת מחלוקת בין הצדדים אם היבוא של מוצרים מאותו הסוג או סוגים דומים המיוצרים ע"י החברות המתמזגות אינו רב ואינו מהווה גורם בתחרות בשוק ומשום כך המיזוג אינו דרוש (טענת הממונה) לשם יצירת כח תחרותי יעיל עם היבוא.

ציינתי את החומר שהוגש עד כה, ולחומר זה יש להוסיף חוות דעת כלכלית שתוגש ע"י העוררות, וזאת על מנת לקבוע מה נראה לי כנקודות במחלוקת וחובת ההוכחה לגביהן:

- (א) הגדרת ענף המזון.
- (ב) חלוקה מספרית נכונה של "נתח שוק" היא חלק מהנושא של פגיעה ממשית בתחרות.
- (ג) ההגדרה ב- (א) חשובה על מנת לנתח למה מתייחסת טענת הריכוזיות, והאם הריכוזיות פוגעת בתחרות.
- (ד) האם העלייה בנתח השוק גוררת עליה קורלטיבית מיידית בתחרות בשוק הספציפי הנבדק.
- (ה) האם עליה בנתח השוק - כחה להכתיב תנאים למשווקים והאם יש מקום להתעלם מהשפעת רשתות השיווק.
- (ו) האם קיימת, או תתקיים בתקופת העתיד הקרובה, תחרות משמעותית עם היבוא כאשר עמדת העוררות היא כי ההצטרפות לשוק האירופי המשותף פותח את שערי ישראל ליבוא מתחרה. ועמדת הממונה היא כי עדין נשארו ויישארו הגבלות על היבוא עקב רשיונות יבוא הנדרשים ודרישות הכשרות, ומגבלות אלה מפחיתים את הכח התחרותי של היבוא.
- (ז) האם המיזוג דרוש להגברת היעילות הכלכלית של החברות המתמזגות ובין השאר ואולי בעיקר עקב כח התחרות העולה של היבוא (לאור ההצטרפות לשוק האירופי המשותף).

הנקודות במחלוקת שציינתי, אולי אינן ממצות, ואין מניעה להוסיף עליהן. ציינתי את הדברים על מנת להראות כי 6 הנקודות הראשונות - חובת הראיה והשכנוע לגביהן היא על הממונה ורק הנקודה השביעית השכנוע לגביה הוא על העוררות.

לאור מסקנתי זו אני קובעת את סדר הבאת הראיות כדלקמן: הממונה יחקר על חוות דעתו כעד ראשון. לאחר מכן, אם ימצאו העוררות צורך לחקור את העדים האחרים לגבי ממצאים עובדתיים יוכלו לנהוג כך.

העוררות ימציאו חוות דעת כלכלית מטעמן והמשיב יוכל לחקור את נותן חוות הדעת. לאחר מכן יעמדו לחקירה שני המצהירים מטעם העוררות שכן תצהיריהם מתייחסים ליעילות הכלכלית שבמיזוג המסתמכת על נתונים הידועים להם מתוך עבודתם בחברה.

בנושא חוות הדעת המקצועיות הכלכליות סבורה אני כי די בחוות דעת אחת מכל צד.

הבאת ראיות נוספות, פרט לאמור לעיל - תורשה רק לפי בקשה מיוחדת, אם ביה"ד ישתכנע בצורך בהתייחסות לנושאים אחרים, ואולם כקו מנחה, אין להביא ראיות חוזרות באותם נושאים או עובדות שהובאו קודם לכן.

היום 29/10/91
בנוכחות הצדדים

ח. אבנור.