

09/12/91

בית הדין הגבולים עסקיים

=====

כבי הש' בדימו' ה. אבנור.

בפני:

הממונה על הגבולים עסקיים.

- נגד -

1. עררה.
2. תוצרת מדור ישראלית.

ה ח ס ה

=====

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

המבקשות הגישו ערר לבית הדין על החלטת הממונה.

הממונה הגיש בקשה למחן צו הגירוי מסמכים להשיב עד  
שאלונים המופנה למבקשות.

השאלון באופן כללי מתייחס לנקודות הבאות:

- א. תאור המערכת השיווק וההפצה של המבקשות.
- ב. פרט הוצאה פרסומית של המבקשות והנחות. הסרמים  
ובלעדיות.

גלוי מסמכים  
מסמכים  
מסמכים  
מסמכים  
מסמכים

גלוי המסמכים המתבקש הוא כוללני ואפשר יחלקו לראשי פרקים

להלן:

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

ב. מסמכים שמהם אפשר ללמוד את היקף ההשקעות בפרסומת.

ג. הסכמי בלעדיות עם גורמי השוק.

ד. מסמכים המחייבים למסמכי אשראי הניתנים ע"י המבקשת לגורמי  
השירות.

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

העוררות מחנגדות 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 מחרכות בשני נושאים עקריים והם:  
הכבדה שאינה ניחנת לביצוע - במיוחד כנגד נושא גלוי המסמכים.

לפי הטענה המדובר הוא בעשרות אלפי מסמכים. שמיונם לבדו  
יקח חודשים ארוכים אם לא שנים. וכו' גלוי סודות מסחריים:

09/12/91

09:15

BET MISHPAT MEHOZI T.A. 03-436239

003

09/12/91

09:16

BET MISHPAT MEHOZI T.A. 03-436239

006

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

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

במלים אחרות: עקב מהות ואופי הדיון במידוג חברות לא נמצא  
 לנכון להורות על פרוצדורה זו בפני בית הדיון, ואולם ארחיב בנושא  
 בהמשך.

מעבור עתה איפוא, לצד הדיוני:

בתקנות שהתקיו שר המשפטים רפי סי' 140 ואז לחוק אין אזכור ש-  
שאלונים וגלוי מסמכים.

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

דרך זו אינה מחירה. וקל לקבוע זאת ללא מאמץ יוצר. אלא

להיפך:

- 4 -

מיון ורישום מסמכים רבים אינו יכול להיות מהיר. הדיון  
הוא ארוך ומסובך. כאשר המערערים עומדים להתנגד גם לכל ומסמך.  
זה 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 לקרל דרך מהוחלע או לחיבו  
לפעול בדרך מסויימת. 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.

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

מתן גלוי מסמכים ושאלונים - מותרת היא לקדם את ענינו ש  
המבקש או כדי לפגוע בעמדת מתנגדו (ראה זוסמן מוזורה 5 בעמ' 1396).

זה ענינו של משפט אזרחי ביו צדדים יריבים.  
האם ערר על החלטת הממונה. לפי אופיו יש להתייחס אליו כאילו משפט ביו  
יריבים אזרחיים?

ידי סבורה כי התיחסות כזו היא קונצפציה מוטעית. אין  
להגבילים העסקיים "יריב" בסכסוך אזרחי. המחפש כל זרר  
אח ענינו ולהכשיל את יריבו. הממונה מופקד על אינטרס  
ה זה של שמירה על אי פגיעה בתחרות ותפקידו הוא כפי שהוגדר  
על ידי בהחלטתי הקודמת בנושא צירוף הצדדים.

דהיינו מציאת איזור נאות ביו התיעלות החברות המתמזגות  
בשמירה על האינטרס הצבורי. סוג "המלחמה הדיונית" שענינה גלוי  
ושאלונים אינו נראה כמתאים לאופיו של תפקיד הממונה והערעור.

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

לאחר מכן נתן הממונה את החלטתו על שקוליה ונמוקיה.

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

ההליר לפני ביה"ד. איזור הדיון בדרגא הראשונה שבו מונחו  
העובדות. אלא הוא הליך ערעורי שבו בית הדין בודק אם העובדות שהיו  
בפני הממונה הצדיקו את מתן הסירוב למיזוג ואין מניעה כי המערער יביא  
עובדות חדשות להפריק את העובדות של הממונה.

אלה: אם המערערים רשאים להביא עובדות חדשות שלא היו בפני  
שמו רשאי גם הממונה להסתמך על עובדות חדשות על מנת להצדיק  
טתו. ואז יש אולי להתייחס לערעור כמו למשפט אזרחי.

(ג)  
וי

נראה לי כי התשובה שלילית. שכן בהליך ערעורי זה על הממונה  
על בית הדין לבדוק אם חששו של הממונה כי תפגע התחייבות נאותו ענה  
ע"י המיזוג. היה חשש סביר. ולקבוע אם אמנם קיים חשש טתו לפגיעה  
בתחרות.

ואלה הנמוקים הדינמיים הנראים לי שבעטים בהליך זה של עור  
על סרוב הממונה לאשר המיזוג אין להורח על גלוי מסמכים ושאלונים  
המופנים לעוררים:

מטרת הבקשות לשאלונים ולגלוי מסמכים היא לאוט את ענין  
המבקש - הממונה ולפגוע בעמדה הצו ושני-העוררים.

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

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

מטרת הדיון היא בדיקת השיקול של הממונה לגורו - וקביעת  
ביה"ד אם השיקול נראה לו נכון.

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

על ביה"ד לבחור את החומר הקיים (שליפו ניתנה ההחלטה).

09/12/91 09:17

BET MISHPAT MEHOZI T.A. 03-436239 007

09/12/91 09:17

BET MISHP

ושמא תאמר - אם כך למה יורשו העוררים להביא חומר נוסף  
וראיוח 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 בדיוק להגיש תחלטה  
שניתנה היא נושא הדיון.

עוד טוענת ג"כ הממונה - כי כשבקשו העוררים "גלו" מטמנים  
ניתן להם מבוקשם. ולמה יגרע חלקו של הממונה.

יש שונה בין וכויות הצדדים:

העוררים זכאים לדעת איזה מסמכים היו בפני הממונה אשו  
שימשו בסיס להחלטתו כי "מסמכים" אלה הם למעשה חלק משקולתו והחלטתו.  
הצו שניתן כנגד הממונה התייחס בסופו של דבר רק ל"מטמנים" הסטטוריים.  
הנזכרים בחוק שהם כאמור חלק מהחלטת הממונה המסתמכות עליהם.

כאו יש להוסיף:

הדיון הערעורי בא במקום הפניה לבג"צ כנגדו והגוף המנהלי ובו  
פונה האזרח כנגד הרשות והוא זכאי לדעת ולקבל את כל החומר שהיה בפני  
הרשות ואשר לפיו החליטה נגדו או ללמוד מכאן כי הרשות. לאזן 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 ביו השאר בבקשתה על  
הדיו וסדרי הדיו בארה"ב. וטוענת כי גם בפני  
ה-FEDERAL TRADE COMMISSION וגם בפני ביהמ"ש - בדיו שבין  
נציגות המדינה ו/או מתדיו ובין חברות מתמזגות משתמשים בצורה  
משמעותית בצוים לשאלונים וגלוי מסמכים. וכי  
ה-FEDERAL TRADE COMMISSION בסמכותה להתקין סדרי דיו וכמו  
ביח"ד כאן) התקינה כללים למתן צוים 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  
ועולה אזרחית.

לפי חוק אחר (וכנראה חוקי שרמון) אותו הדיו חל על מסחר בלתי  
הוגן.

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

חברות מתמזגות חייבות לשלוח הודעה על כך לגוף הממשלתי  
המתאים.

המיזוג חקף ראשון החברות הסכימו עליו ואולם  
ה-FEDERAL TRADE COMMISSION פותח בחקירה:

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

הועדה. אם הגיעה למסקנה כי המיזוג עובר על הוראות החוק.  
וכל אחר - רשאי לפנות לבית משפט בתביעה (ובאשום פלילי) נגד  
החברות המתמזגות וגם לביהמ"ש הסמכות להוציא צוים נגדו מטעמים  
ושאלונים.

השוני המהותי הוא בכך שגם מסחר בלתי הוגו פוסל את המיזוג  
והאם מושג זה זהה לפגיעה בתחרות? וכו' 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 חוקי - והדיון  
המשפטי מתקיים לא לשם אישור המיזוג אלא בתביעה כנגד החברות  
המתמזגות.

תפקידה של הועדה הוא ניהול חקירה כנגד המיזוג הקייט.

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

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

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

לעומת זאת בבית המשפט בארה"ב מחנהל הליו אזרחי רגיל בין  
אזרחים עם צוים של תקנות סדרי הדיו האזרחי ואף זה שונה מהדיו  
בישראל.

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

זה.

נראה. איפוא. אם הצוים הנ"ל דרושים כדרך מועילה וצודקת  
(לגבי דבר מהירה כבר הבעתי דעתי בשליחה) לבירור הנושא.

במה יועיל מתו הצוים לגלוי ושאלונים 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 סכוי שתתגלינה).

בפני בית הדיו עיקר המחלוקת אינה עובדתית אלא המסקנות  
הכלכליות והמשפטיות שיש להסיק מהעובדות: אותו עובדות שהיו ידועות  
לממונה ואשר מהו הסיק התנגדותו.

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

האם דרך זו היא "צודקת"?

כאן יש להתייחס לטענת המבקשות כי מתו צוים הנ"ל יגרמו לזו  
עוד.

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

צינתי כבר כי אין הממונה צריך להוכיח פגיעה בתחרות אלא  
לשכנע כי יש חשש סביר כי כתוצאה מהמיווג נפץ שהוצע תפגע באופן  
משמעותי החחרות (ס' 21 נא) לחוק).

הדגש ששמתי הוא על נוסחו של הסעיף:

החשש הסביר הוא ממה שהמזוג מציע - ולא מעסקיהם הקודמים של החברות המתמזגות.

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

אם יעתר היה"ד לבקשה זו, יצא כי חברות המבקשות להתמזג חייבות לגלות את כל סודותיהן המסחריים הנ"ל - המתייחסים לדרך ניהול מסחרן 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 חירוש של רקעות ומיזוגים (ס' 42) ומחיר לממונה למנוע מהצבור עיון אם הדבר פוגע בסוד מסחרי של אדם.

יש כאן הכרה מכלילה בהתייחסות לסודות מסחריים.

נראה לי, איפוא, כי חוב המערערות בגלוי דרכי שיווק הפצה פרסום וכל הקשור לניהול עסקיהן בטרם מיזוג, לא יעשה צו"ק עמט וספק אם הוא דרוש לשם דיון בחוצאות 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.

ורבסוף: יש מסמכים עליהם הסתמך מר עופר נאמן בתצהירו:  
במידה ולם מסמכים של הלשכה המוכזת לסטטיסטיקה. או מסמכי יבוא - הרי  
אלה נמצאים דוקא בידי המדינה. אין צורך לדרשם מידי העוררות. ואולם  
במידה ויש הסתמכות בתצהיר על מסמכים השייכים לעוררות. הרי אלה הם  
חלק מהתצהיר ואיני סבורה כי יחולק להיות מחלוקת לגבי זכות ב"כ  
הממונה לעיין בהם.

סכומי 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 לטפח. ענף בטרם הקירה את המסמכים  
עליהם מסתמכים או מתייחסים התצהירים מטעמם.

ניתן היום 8.12.91

נ.ס.א. 333

ח.א.ב. 1/2

ח. אבנור. אב ביה"ד.