

ערר 10/99

ערר 11/99

בית הדין להגבלים עסקיים

בבית המשפט המחוזי בירושלים

כב' השופט י. עדיאל - המשנה לאב בית הדין

לפני

בעניין:

1. תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ

2. ערוצי זהב ושות'

ע"י ב"כ עוה"ד אביטל, דרומי ושות'

3. מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר י. שגב ושות'

העוררות

- נ ג ד -

הממונה על ההגבלים העסקיים

ע"י ב"כ עוה"ד מהרשות להגבלים עסקיים

הממונה

החלטה

החלטה זו מתייחסת למספר בקשות שהוגשו על-ידי הצדדים, אליהן אתייחס בהמשך כסדרן.

בקשת העוררות לקבוע על מי נטל ההוכחה בהליך זה ובהתאם לקבוע את סדר הצגת הראיות.

1. העוררות ביססו בקשתן על פסיקה ואסמכתאות המתייחסות לתהליך קבלת ההחלטה על-ידי הרשות, בכלל זה איסוף החומר הנוגע לעניין, לימודו, הבאה בחשבון של כל השיקולים הנוגעים לעניין וכיוצא בזה כללים המסדירים את תהליך קבלת ההחלטה על-ידי רשות מנהלית. כאשר נפגם תהליך זה, נקבע בפסיקה, ו"משהרים העותר את הנטל הראשוני המוטל עליו והראה כי לכאורה מתקיימת אי חוקיות או נפל פגם במעשה הרשות העלול להצביע על אי חוקיות, יעבור הנטל אל הרשות המנהלית להראות כי לא נפל במעשיה ובהחלטותיה פסול מן הסוג שיש בו כדי להשפיע על תוקפה של ההחלטה או להשפיע באופן אחר על תוצאות הדיון". עוד נקבע בעניין זה כי: "אפשר שבמהלך ההתדיינות הנטל יעבור מצד אל צד פעם ועוד פעם, לפי העניין ועל-פי החלטת בית המשפט, שיכול לבקש מכל צד ראיות וטענות נוספות, כדי להבהיר את המצב בעניין הנדון, מבחינה עובדתית ומבחינה משפטית.., ככל שניתן ונדרש לצורך הכרעה. ההכרעה הסופית בהליך תלויה בשאלה אם בסופה של ההתדיינות, לאחר שהצדדים הביאו ראיות וטענות ככל שיכלו ביחס לחוקיות פעולתה של הרשות, ניתן לקבוע שהעותר הוכיח כי נפל פגם משמעותי במעשה המנהלי, פגם מן הסוג שיש בו כדי לפסול את מעשה הרשות או להשפיע בדרך אחרת על חוקיות החלטתה". (בג"צ 8150/98 תיאטרון ירושלים לאמניות הבמה נ' שר העבודה והרווחה, תקדין-על 2000 (3) 953).

2. במקרה שלפנינו, לא הוכח בשלב זה, שהממונה על ההגבלים העסקיים לא הפעיל שיקול דעת נאות בטרם הכריז על העוררות כבעלות מונופולין. כן לא הוכח שההליך

המנהלי שעל יסודו בוצעה ההכרזה נפגם באי חוקיות. עניין זה, כפי שנקבע בבג"צ 8150/98 לעיל יוכל להיקבע רק בסופו של ההליך. ואין מקום לקבוע בעניין זה מסמרות בשלב זה.

3. מעבר לכך, אפילו היה מוכח כבר בשלב זה שההליך המנהלי שעליו בוססה ההכרזה פגום, לא היה בטענה זו כשלעצמה כדי לשנות את סדר הבאת הראיות. הטעם לכך הוא שהנטל שבו דובר בבג"צ 8150/98 הנ"ל, הנגזר מקיומו של פגם במעשה המנהלי, הוא נטל הבאת הראיות. לעניין זה יש כידוע להבחין בין נטל הבאת הראיות לבין נטל השכנוע. כפי שנקבע בעניין ארד (רע"א 1436/90 **ג'ורא ארד חברה לניהול נ' מנהל מס ערך מוסף**, פ"ד מו (5) 101, תוך ציטוט מספרו של פרופ' הרנון דיני ראיות, חלק ראשון, עמ' 189: "... נטל השכנוע הוא הנטל העיקרי, ובדרך כלל הוא קבוע ועומד ואינו עובר במהלך המשפט מבעל דין אחד למשנהו. נטל הבאת הראיות הוא הנטל המשני ועשוי להתחלף במהלך המשפט...").

4. אשר לסדר הבאת הראיות, נקבע בפסק דין ארד, גם זה בהתבסס על ספרו הנזכר של פרופ' הרנון: "ככלל, רובץ נטל הבאת הראיות בתחילתו של המשפט על מי שנושא בנטל השכנוע" (סעיף 8 לפסק הדין). לפיכך, כפי שנקבע שם: "נמצא כי דרך כלל, וכל עוד לא התעוררה טענה מהותית של הנתבע כנגד התביעה, רובץ נטל השכנוע על התובע, אשר נחשב "כמוציא מחברו" ולכן "עליו הראיה". מכאן בתחילת המשפט ירבוץ על התובע נטל הבאת הראיות, נטל אשר אם לא יעמוד בו התובע, תביעתו תידחה משום נטל השכנוע".

5. עוד נקבע בפסק דין ארד, כי "היותה של רשות המס בגדר נתבעת, המתגוננת והנישום בגדר "תובע" נובע מהחזקה שפעולתה של הרשות כדין היא, וכי פעולתה מעוגנת במקור סמכויותיה הסטטוטוריים. כל המבקש להתנגד להפעלת סמכות זו, עליו נטל הראיה ונטל השכנוע. ... עם הוצאת הצו נוצר מצב מסוים, שאת שינויו מבקש המערער, ומי שמבקש את השינוי - עליו נטל השכנוע זולת אם קיימת הוראה מיוחדת בחוק לעניין נטל השכנוע ו/או נטל הבאת הראיות" (שם, סעיף 12 לפסק הדין). דברים אלה יפים גם לענייננו.

הוראה מיוחדת כזאת, המשנה את נטל השכנוע, מצויה בתקנה 159 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד - 1984, ההופך את סדר הבאת הראיות במקרה של הודאה והדחה. הוראה נוספת מסוג זה מצויה בסעיף 83(ד) לחוק מס ערך מוסף הקובע, כי "חובת הראיה היא על המערער, אם הדו"ח אינו נתמך בפנקסי חשבונות שנוהלו כדין".

6. במקרה שלפנינו אין הוראת חוק המעבירה על הממונה על ההגבלים העסקיים את נטל השכנוע, וממילא נטל זה מוטל על המערערים שעליהם, לפיכך, לפתוח בהבאת ראיותיהם. העוררות טענו שהממונה לא נימק את החלטתו. אך העדר הנמקה, אין בו, ככלל, כדי להעביר את נטל השכנוע, למעט במקום שהדבר נקבע בדין. כך נקבע, למשל, בסעיף 6(א) לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והמנקות), התשי"ט - 1958, המעביר בנסיבות מסוימות על עובד הציבור אשר לא מילא אחר הוראותיו של אותו חוק, את נטל הראיה כי פעולתו נעשתה כדין. אולם הוראה זו אינה חלה על הכרזת הממונה.

7. לאור כך, תפתחנה העוררות בהבאת הראיות.

בקשה 8/2001 - בקשת מתב למחיקת סעיפים מתצהירה של הגב' שטרק, ולחלופין מתן

פרטים נוספים לתצהיר

8. כפי שמציין הממונה בתשובתו, הגשת בקשה מעין זו 8 חודשים לאחר הגשת תצהירה של הגב' שטרק וזמן קצר לפני תחילת שמיעת הראיות היא בקשה מכבידה, ובחלקה אף טורדנית. כך, לגבי בקשתה של מתב, המבקשת מבית הדין מזה שנים לאשר לה שיתוף פעולה עם חברות הכבלים האחרות, למחוק את סעיף 9 לתצהירה של הגב' שטרק משום שלא פורט בו מקור ידיעתה כי בין העוררות מתקיים מזה שנים שיתוף פעולה ברכישה, הפקה ותרגום של ערוצים. כך גם לגבי סעיף 19 לתצהיר, שלגביו, עולה מהבקשה, לא ברור לעוררת מהי אותה חוות דעת שנערכה לבקשתה על-ידי הכלכלן דוד בועז ולאילו מטרה הדבר נעשה, ודווקא המצהירה היא שצריכה להבהיר זאת לעוררת.

9. יתר על כן, ההליך של מתן פרטים נוספים נועד להבהרת כתבי טענות, אך הוא אינו חל על שלב הבאת הראיות. מכאן שלא ניתן במסגרת זו לבקש פרטים נוספים לגבי תצהיר, בדיוק כפי שלא ניתן לעשות כן במהלך החקירה הראשית. כל שניתן במסגרת זו הוא להורות על תיקון התצהיר, ככל שזה נוגד את הדין. למשל, ככל שיש בו עדות מכלי שני שאינה מפרטת את מקור הידיעה של המצהיר.

10. עם זה, וחרף האיחור בהגשת הבקשה, אני סבור שעל הממונה לתקן את הפגמים שנפלו בתצהירה של הגב' שטרק. הטעמים לכך הם, ראשית, שגם אם מתב איחרה בהגשת הבקשה, אין בכך עדיין כדי להכשיר תצהיר לקוי. שנית, ממילא לא יהיה מנוס מהבהרת נושאים אלה במהלך החקירה הנגדית. טול למשל את סעיף ג (עמ' 1) לתצהיר שבו מצהירה גב' שטרק, בין היתר, כי: "... המסקנות הנובעות מן העובדות הן נכונות לפי מיטב הבנתי ... הנסמכת, בין היתר, על עיון במסמכים שהועברו לרשות ההגבלים העסקיים ולממונה מגורמים שונים, ולפי מידע שבידי רשות ההגבלים העסקיים והממונה על ההגבלים העסקיים".

אם לא תסביר גב' שטרק מהם אותם "מסמכים שהועברו לרשות ההגבלים העסקיים ולממונה מגורמים שונים" ומה הוא המידע "שבידי רשות ההגבלים העסקיים והממונה על ההגבלים העסקיים" שעל יסודם היא עשתה את תצהירה, לא יהא מנוס במקרה כזה מלחקור את הגב' שטרק על נושאים אלה. נמצא שאי הגשת תצהיר מתוקן תביא בסופו של יום לסיבוך החקירה והארכתה, כאשר ההסברים בעניינים אלה יינתנו על ידי העדה בצורה לא מסודרת, על דוכן העדים. תוצאה זו יש למנוע, גם אם הבקשה הוגשה באיחור.

11. לאור כך, אני מורה לממונה לתקן את תצהירה של הגב' שטרק בהתייחס לסעיפים הבאים:

סעיף ג' רישא

12. על המצהירה להבהיר אלו חלקים מתצהירה נסמכים על עיון במסמכים או על מידע שבידי הרשות להגבלים עסקיים (כמפורט בסיפא לסעיף זה לתצהיר), וכן לפרט באלו מסמכים ובאיזה מידע מדובר. אם, כפי שטוען ב"כ הממונה, מדובר בסעיף כללי בלבד, שאין בו להוסיף על מקורות הידיעה המפורטים באופן נפרד בהתייחס לכל סעיף וסעיף שבתצהיר (מסקנה שאינה עולה באופן חד משמעי מטיעונו של הממונה), יוכל הממונה להבהיר זאת בתשובתו, ואז הוא יהיה פטור ממתן הפירוט.

סעיף 7(ג)

13. ככל שהאמור בסעיף זה, לגבי התנהגותן של העוררות לקראת כניסת הלווין לשוק, מבוססים על האמור בעניין זה בפסק הדין (תיק ה"ע 3276/99), אין צורך בפירוט נוסף. ככל שהמצהירה מתייחסת בתצהירה להתנהגות נוספת של העוררות, אשר לא פורטה בפסק הדין, עליה לפרט התנהגות זו, כמו גם המקור עליו היא סומכת את טענתה.

סעיף 11

14. ככל שהאמור בסעיף זה איננו נסמך על ידיעה אישית, על המצהירה לפרט את מקור המידע שעל יסודו הצהירה את שהצהירה בסעיף זה. אין מקום לבקשת פרטים נוספים במסגרת זו.

סעיף 30

15. לאור הבהרתו של הממונה כי הרשויות הנזכרות בסעיף זה הן אלה המפורטות בסעיף 31 לתצהיר, אינני רואה מקום לפירוט נוסף בעניין זה.

סעיף 39

16. על המצהירה לפרט מי הם "אותם גורמים הפועלים בענף" שעל יסוד דבריהם מבוסס האמור בפסקה הראשונה לעמ' 18 לתצהיר. טענת הממונה לפיה הביטוי "גורמים הפועלים בענף" די בו לשם ציון מקור המידע של המצהירה, אינה מקובלת עלי. אני דוחה את הבקשה להשיב על הפרטים האחרים: מתי פנתה הגב' שטרק לגורמים אלה, מתי ערכה את הבירורים, מה כללו הבירורים, אילו שאלות הציגה המצהירה בפני הגורמים השונים ומה היתה תשובתם. כפי שצינתי, אין מקום לדרישת פרטים נוספים לגבי עדות (ראשית), ויש להשאיר עניין זה לחקירה הנגדית. בנוסף, על המצהירה לפרט מה הם "הבירורים הנוספים אשר נערכו על-ידי הרשות" הנזכרים בפסקה השלישית ("חמישית") לאותו עמוד ועם מי הם נערכו. הממונה הסכים בעקרון למסור פירוט זה, אך סייג את הסכמה זו, "ככל שאין מדובר במידע חסוי". בשלב זה, בטרם הועלתה על-ידי הממונה טענת חסיון קונקרטי, אינני רואה לחייב את הממונה ליתן פרטים שלהשקפתו הם חסויים. אולם שימת ליבו של הממונה בעניין זה מופנית לאמור בסעיף 28 להחלטה זו. דברים אלה יפים גם לגבי ההחלטה בעניין סעיף ג' רישא לתצהיר לעיל.

סעיף 41

17. הממונה יתן פירוט נוסף כפי שמוצע על-ידי בא כוחו (סעיף 42 לתגובה). זאת בכפוף לטענת החסיון, אם תעלה, שלגביה יחול האמור בסעיף 16 לעיל.

סעיפים 42 - 44

18. הממונה יתן פרטים לגבי השיחות אשר נערכו עם "מתחרים רבים" ("חמישית") ולגבי הערכת "המתחרים בענף" (הערת שוליים 29). גם זה בכפוף לאמור לעיל בנושא החסיון.

19. על הגב' שטרק לתקן את תצהירה לאור האמור לעיל בתוך 10 ימים.

20. אינני רואה מקום להורות על תיקון התצהיר כמתבקש בסעיפי הבקשה האחרים.

גילוי ועיון במסמכים

21. לעניין זה הוגשו בקשות על-ידי מתב והממונה כאחד.
22. גם בקשות אלה הוגשו באיחור רב - למעלה משנה לאחר הגשת העררים, וכבר מטעם זה היה ראוי לדחות את שתי הבקשות. בהקשר זה, יש לציין שבקשות לגילוי ולעיון במסמכים המוגשות לבית הדין להגבלים עסקיים כרוכות בד"כ בפגיעה בסודיות מסחרית, נושא שהוא בעייתי במיוחד במקום שבו מדובר בפגיעה בצדדים שלישיים, שאין להם קשר ישיר להתדינות. בנסיבות כאלה, עשוי בית הדין להידרש גם לשמיעת אותם צדדים שלישיים העשויים להיפגע עקב חשיפת סודותיהם, דבר שדורש את עיתותיו. גם מטעם זה אין להיעתר, ככלל, לבקשות מעין אלה המוגשות באיחור.
23. עם זה, גם כאן מתעורר קושי, ככל שמדובר במסמכים עליהם ביססו המצהירים או עושי חוות הדעת מטעם הצדדים את עדויותיהם. אי מתן זכות עיון במסמכים כאלה, עלול לפגוע בחקירה הנגדית ובבירור ההליך כולו. בנוסף, וכפועל יוצא מהאמור, אין מניעה, בכל מקרה וגם ללא מתן צו עיון במסמכים, לדרוש מהמצהיר או מעושה חוות הדעת להמציא, במהלך חקירתו את המסמכים שעליהם הוא ביסס את חוות דעתו או את תצהירו. אולם, דרך זו של עיון במסמכים, המתבצעת בעת שהעד ניצב על דוכן העדים, אינה יעילה, יש בה כדי לסרב את הדיון, ויש לעשות מאמץ להימנע מכך, תוך מתן אפשרות לעיין במסמכים קודם לחקירה הנגדית.
24. בקשת מתב נסבה על שני סוגי מסמכים. המסמכים מהסוג האחד הם הסכמים אשר נחתמו בין חברות תבל וערוצי זהב לבין צדדים שלישיים. לאור הבהרת הממונה, כי הוא לא סמך את ההכרזה על מסמכים אלה, בהעדר טעם המבסס את הרלבנטיות של אותם מסמכים לעררים שלפנינו, ולאור האמור בסעיף 22 לעיל, אני סבור שאין להיעתר לבקשה, ככל שהיא מתייחסת למסמכים אלה.
25. הסוג השני של מסמכים שהעיון בהם מתבקש על ידי מתב, הם מסמכים בהם מפורטים הנתונים והמידע שעליהם ביססה המצהירה מטעם הממונה, הגב' שטרק, את תצהירה. לגבי מסמכים אלה, טען הממונה בתגובתו למחיקת תצהירה של הגב' שטרק, כי הוא מוכן לגלותם, ככל שאין מדובר במידע חסוי.
- אולם, הממונה לא השיב לבקשתה הנוכחית של מתב לגלות מסמכים אלה, שכן לשיטתו, יש בבקשה משום עקיפה של ההליך המקדמי האחר, שבו ביקשה מתב למחוק את תצהירה של הגב' שטרק.
26. עמדה זו של הממונה איננה מקובלת עלי. אינני רואה כל קשר בין הבקשה למחיקת תצהירה של הגב' שטרק לבין הבקשה הנוכחית. שהרי, כפי שהוסבר לעיל, גם אם תדחה בקשת המחיקה, אין בכך למנוע את חקירתה הנגדית של הגב' שטרק על תצהירה, ובמסגרת זו ישוב ויעלה נושא החסיון.
27. לאור כך, אני מורה לממונה להגיש בתוך 10 ימים רשימה של אותם מסמכים שלגביהם הוא טוען לחסיון, תוך פירוט עילת החסיון.
28. לפיכך, לא אקבע בשלב זה מסמרות לגבי טענת החסיון, אם תועלה כזאת על ידי הממונה. עם זה, אציין שאת דעתי העקרונית בנושא זה הבעתי לאחרונה בתיק הע

1/99 ידיעות אחרונות נגד הממונה ומעריב וכן בבקשה 47/00 (ערר 1/00) פוז קלאב

בע"מ נ' הממונה, תנובה ואח'. בהחלטה האחרונה נקבע כי :

"עם זה אני רואה צורך לציין כבר עתה, שביסוס תצהירי הממונה על מסמכים חסויים... מעורר קושי. שהרי עניין אחד הוא אי מתן זכות עיון במסמכים חסויים, וגם כאן הכלל הוא, שצד אינו יכול להציג כראיה מסמך לגביו טען לחיסיון. עניין שונה הוא הצגת ראיה שהיא, למעשה עדות שמיעה, הנסמכת על מסמכים ומידע חסויים, כאשר אין לעוררת אפשרות לעמוד על מקור המידע, כמו גם לוודא את אמיתותו. מבחינה זו דומה שיש טעם בטענתו של ב"כ העוררת, כי הממונה, המעוניין בהצגת העדות הנסמכת על מידע זה, הוא שצריך לפעול להסרת החיסיון".

29. אשר לבקשת הממונה :

באשר לסעיפים 2-3 וסעיף 6 לתצהירו של מר גבעון, הואיל והמצהיר אינו סומך את תצהירו על מסמכים קונקרטיים ולאור תגובת מת"ב, אני סבור שאין להורות על גילויים של מסמכים אלה.

עם זה, תשומת לבו של ב"כ מת"ב מופנית לכך, שככל שקיימים מסמכים התומכים באמור בתצהירו של העד, אשר ניתן באופן סביר להציגם בפני בית הדין, על העד להביא אותם לחקירתו.

לגבי המסמכים הנזכרים בסעיפים 3-4, 5 ו-7 לתצהירו של מר זיידמן (סעיפים 2.1, 2.2 ו-2.3 לרשימת המסמכים המצורפת לבקשת הממונה), אני מתרשם שמדובר במסמכים מוגדרים, אשר לא צריך להתעורר קושי בהצגתם לעיונו של הממונה. תגובתה של מת"ב בעניין זה (סעיף 8 לתגובה) אינה מפורטת כל צרכה ואין בה כדי לבסס את הטענה שאין מקום לאפשר לממונה לעיין באותם מסמכים. עצם העובדה שמדובר בבדיקות רבות "ונתונים רבים" שערך מר זיידמן והחברה שהוא עומד בראשה במשך חודשים רבים", אין בה, כשלעצמה, למנוע את העיון באותם מסמכים.

ככל שישתברר (מה שלא נטען בבקשה במפורש) כי מדובר ב"מאות אלפי נתונים ומסמכים" (סעיף 4 לתגובה), גם אז אני סבור שעל העוררת להמציא לפחות את המסמכים המסמכים נתונים אלה.

על מת"ב לאפשר לממונה לעיין במסמכים עד ליום 6.5.01.

ניתנה היום, ו' באייר תשס"א (29 באפריל 2001), בהעדר הצדדים.

המזכירות תמציא העתק ההחלטה לב"כ הצדדים.

י. עדיאל, שופט

המשנה לאב בית הדין