

בית הדין להגבלים עסקיים**הע 1/99****בפני כב' השופט י. עדיאל - המשנה לאב בית הדין****עו"ד יוסי פרלוב - חבר****מר שמואל גורטלר - חבר****בעניין:****ידיעות אחרונות בע"מ****ע"י ב"כ עו"ד ש. הרוביץ ושות'****המבקשת****- נ ג ד -****הממונה על ההגבלים העסקיים****הממונה****ובעניין:****"מעריב" הוצאת מודיעין בע"מ****ע"י ב"כ עו"ד דן אבי-יצחק****המשיב****החלטה**

1. ביום 13.4.99 הכריז הממונה על ההגבלים העסקיים על-ידיעות אחרונות בע"מ (להלן: "ידיעות") כבעל מונופול בתחום הספקת עיתונים בשפה העברית (להלן: "ההכרזה"). יצוין כי היתה זו ההכרזה השניה על-ידיעות אחרונות כבעל מונופולין בתחום זה, לאחר שעל ההכרזה הראשונה, שנעשתה על-ידי הממונה ביום 12.4.95, לא הגיש ידיעות ערר.
 2. ביום 9.5.99 הגיש ידיעות בקשה למתן סעד הצהרתי, לפיו ההכרזה בטלה, וזאת משום שהממונה לא העניק לידיעות זכות טיעון לפני ההכרזה. לחילופין ביקש ידיעות באותה בקשה, להורות לממונה למסור לידו את כל הנתונים ואת כל החומר ששימשו אותו לקביעת אותה הכרזה, ובמיוחד את הנתונים שעל יסודם קבע הממונה את נתח השוק של ידיעות. עוד ביקש ידיעות באותה בקשה, להאריך את המועד להגשת ערר על ההכרזה, באופן שתקופת 30 הימים הקבועה בסעיף 33(ג) לחוק להגשת הערר. תחל להימנות מיום מתן החלטתו המחודשת של הממונה בעקבות תגובתו של ידיעות לנתונים שיימסרו לו על-ידי הממונה.
 3. בדיון מוקדם שקויים בתיק זה, ביום 14.7.99, הודיעה ב"כ הממונה: "אנו מוכנים לגלות את הנתונים שהומצאו לנו על-ידי העיתונים היומיים השונים, וזאת על-י צו שיינתן בעניין זה על-ידי בית הדין, ואני מבקשת לקבוע את אותם הסדרים שנקבעו בתיק מונופול 2/96, דהיינו. שהנתונים יועברו אך ורק לידיעת ב"כ ידיעות או המומחים מטעמם, ושכל מי שיועברו לו הנתונים, יחתום על כתב התחייבות לשמירה על הסודיות במתכונת ההתחייבות שנחתמה בעבר באותו תיק".
- עם זה, במענה לשאלתי, ציינה ב"כ הממונה: "שמסירת הנתונים אינה נעשית על דעתם של מוסרי הנתונים שהתנו את מסירת הנתונים בכך, שאלו לא יגיעו לידיעת ידיעות".
- לאור עמדה זו של העיתונים האחרים, הוחלט באותה ישיבה:
- "לאור עמדת הממונה, אך בהתחשב בכך שנציגי העיתונים התנו בכך שנציגי העיתונים התנו את מסירת המידע הנוגע לעניין בכך שזה לא יובא לידיעת

ידיעות, אני רואה לנכון לאפשר לנציגי העיתונים לנקוט עמדה באשר להעברת הנתונים לב"כ ידיעות והמומחים מטעמם"

עוד הוסכם על הצדדים באותה ישיבה, כי: "מקובל עלינו שההליך הנוכחי, בכפוף למסירת הנתונים, יועבר למסלול של ערר על קביעת הממונה, וזאת מבלי לפגוע בטענתנו (הכוונה היא לטענת ידיעות) שהקביעה בטלה".

4. יצוין כבר עתה, שנתונים אלה הנוגעים לתפוצת העיתונים, היוו את המסד העיקרי, אם לא היחיד, שעל יסודו הכריז הממונה על-ידיעות כבעל מונופולין. זאת לאור סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, הקובע:

"...יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידיו של אדם אחד (להלן – בעל המונופולין)".

לאור הוראה זו, נזקק הממונה, כדי להכריז על-ידיעות כבעל מונופולין, לנתוני התפוצה של כל העיתונים היומיים בשפה העברית, שהוא שוק המוצר שלגביו הוכרז ידיעות כבעל מונופולין (למעט העיתונים אשר הוצאו על ידו מהגדרת השוק של מוצר זה). רק על יסוד נתונים אלה יכול היה הממונה לקבוע האם מתקיים בידיעות התנאי של ריכוז "יותר ממחצית מכלל אספקת הנכסים", שהוא התנאי להכרזתו כבעל מונופולין על-פי החוק.

לצורך כך פנה הממונה לנציגי העיתונים היומיים בשפה העברית וביקש להמציא לו את הנתונים הנוגעים לתפוצתם של אותם עיתונים.

לאחר שבחן נתונים אלה הגיע הממונה למסקנה, כי ידיעות מרכז בידו למעלה ממחצית מכלל אספקת הנכסים בשוק. כי לא חל שינוי משמעותי בנתח השוק של ידיעות אחרונות מאז ההכרזה הקודמת בשנת 1995, וכי העמדה המונופוליסטית שהיתה בידו של ידיעות בעת ההכרזה הקודמת, שרירה וקיימת גם היום.

5. לאור כך, ברור שאין כל אפשרות לבחון את הכרזת הממונה בלי להיזקק לנתונים שעליהם ביסס הממונה את ההכרזה. זה הרקע לדרישת ידיעות להמציא לעיונו נתונים אלה.

6. מבין העיתונים אשר מסרו לממונה את נתוני התפוצה שלהם, רק עיתון אחד – מעריב הוצאת מודיעין בע"מ (להלן: "מעריב") – התנגד להצגת הנתונים לעיונו של ידיעות.

7. מעריב ביסס את התנגדותו על הטעמים הבאים:

א. ההליך שבו נקט ידיעות אינו ערר על ההכרזה כמשמעו בסעיף 43(ג) ו-43(ד) לחוק. לפיכך, בהדר ערר, אין סמכות לבית הדין להורות לממונה להמציא לידיעות את הנתונים.

ב. הממונה אינו רשאי להעביר את הנתונים לידיעות, שכן הנתונים נמסרו לו על-ידי מעריב מתוקף סמכותו של הממונה לפי סעיף 46(ב) לחוק, המאפשר לממונה לחייב כל אדם למסור לו מידע, שלדעת הממונה יש בו כדי להבטיח או להקל על ביצועו של החוק. אולם הוראת חוק זו אינה מאפשרת לממונה להעביר מידע זה לאחרים, במיוחד לאחר שהממונה כבר עשה בו שימוש לשם ביצועו של החוק בהכריזו על-ידיעות כבעל מונופולין. בשלב זה שלאחר ההכרזה, המידע כבר אינו נדרש לביצוע החוק, אלא כדי להקל על-ידיעות לתקוף את ההכרזה, מטרה שיאנה נופלת בגדרו של "ביצועו של החוק" כמשמעו בסעיף 46 לחוק.

ג. הנתונים מהווים סוד מסחרי של מעריב, שאין לגלותו לאחרים.

ד. מעריב מסר את המידע לממונה בתנאי שזה לא יעבירו לאחרים, וגם משום כך אין הממונה רשאי – גם לא על-פי הוראת בית הדין – להעביר מידע זה לידיעות.

8. הזכות לעיין במסמכים שבידי הרשות קבועה בסעיף 30 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992.
- החוק מבחין לעניין זה בין הזכות לעיין במסמכים שבידי הרשות קודם להגשת הערר, לבין זכות העיון הקמה לאחר הגשת הערר.
9. הזכות לעיין במסמכים שבידי הרשות קודם להגשת הערר קבועה בסעיף 30(א) לחוק בתי דין מינהליים, הקובע כי: "מי שזכאי להגיש ערר על החלטתה של רשות מינהלית, זכאי לעיין במסמכים שבידי הרשות הנוגעים להחלטה (להלן – התיק), ולהעתיק מסמכים מן התיק."
- אולם זכות זו איננה חלה על מסמכים המנויים בסעיף קטן (ב) לאותו סעיף, ובהם מסמכים ש"יש בהם סוד מקצוע או מסחרי או ידיעה סודית כמשמעותה לפי כל דין" ס' 30 (ב)(2) לחוק.
- בהקשר זה נציין כבר עתה, שמקובל עלינו כי נתוני התפוצה של עיתון מעריב מהווים סוד מסחרי של מעריב. לנושא זה נחזור בהמשך.
10. על-פי סעיף 30(ג) לחוק, רשאי בית הדין להחליט כי תיק הרשות יימסר לבית הדין, ועל-פי סעיף 30(ד) רשאי בית הדין לאפשר לעורר לעיין במסמכים שהוגשו לבית הדין, שהעיון בהם נמנע ממנו, בין היתר, משום שיש בהם סוד מסחרי, "אם לדעתו הצורך בעיון לשם עשיית צדק עדיף מן הטעם למניעת העיון". אולם סעיפים אלה חלים, על-פי לשונם, "בית הדין רשאי לאפשר לעורר לעיין במסמכים", רק בהתקיים הליך של ערר. שכן זכות העיון מוקנית לעורר, ואדם אינו יכול שיהא במעמד של עורר אלא אם הגיש ערר. זאת בניגוד לסעיף 30(T) לחוק המתייחס, על-פי לשונו, ל"מי שזכאי להגיש ערר".
11. מכאן, שסמכות בית הדין לצוות על מסירת תיק הרשות לבין הדין ועל מתן זכות עיון בתיק, חרף העובדה שזה הכולל סודות מסחריים, חלה רק לאחר הגשת הערר. מכאן, שאם אין לראות בהליך שבפני בית הדין משום ערר כמשמעו בחוק בתי דין מינהליים, אין בידי ידיעות זכות לעיין בסודות המסחריים שבמסמכים שבידי הרשות, וגם לבית הדין אין סמכות, בנסיבות אלה, להורות לממונה להעמיד מסמכים אלה לעיונו של ידיעות. על רקע זה, עולה השאלה האם יש לראות בהליך הנוכחי כהליך של ערר.
12. הקושי בנושא זה נעוץ בדרך בה בחר ידיעות לנסח את פנייתו לבית הדין. כפי שכבר צוין, ידיעות ביקש ליתן סעד הצהרתי לפיו ההכרזה בטלה. הוא אף ציין בבקשתו, כפי שטוען ב"כ מעריב, כי טרם גיבש דעתו בשאלת הגשת ערר על ההכרזה (סעיף 31 לבקשה), וביקש להאריך את המועד להגשת ערר, מה שמלמד על כך שגם לשיטתו של ידיעות, אין לראות בבקשתו משום ערר על ההכרזה.
13. חרף הקושי האמור, אנו סבורים שיש לראות בהליך זה, לפחות במתכונתו הנוכחית, משום ערר.
- ראשית, אנו סבורים שאין לייחס בהקשר זה חשיבות לכותרת "ערר", אלא כונתה כבקשה להצהיר על בטלות ההכרזה. מבחינה תוכן הפנייה, וזה הקובע לענייננו, מדובר בהליך של תקיפת ההכרזה, היינו, בערר על ההכרזה, ואין נפקא מינה לכך שתקיפת ההכרזה בוססה רק על טענת הבטלות בשל אי מתן זכות שמיעה.
- שנית, כפי שמציין הממונה בתגובתו, אף אם אין לראות בבקשתו של ידיעות משום "ערר" על ההכרזה כמשמעו בסעיף 43(ג) לחוק ההגבלים העסקיים, גם אז נופלת הבקשה

בגדרו של "ערר" לפי חוק בתי דין מנהליים, בהיותה "פנייה אל בית דין לפי הוראת חיקוק כדי שיפעיל סמכות שפיטה".

שלישית, כפי שכבר נזכר, בישיבה מיום 14.7.99 הודיעו הצדדים (הממונה וידיעות) כי: "מקובל עלינו שההליך הנוכחי, בכפוף למסירת הנתונים, יועבר למסלול של ערר על קביעת הממונה, וזאת מבלי לפגוע בטענתנו שההכרזה בטלה". איננו מקבלים את טענת מעריב, שכפיפת ההסכמה למסירת הנתונים, יוצרת מעגל שוטה, אשר מחד, איננו מאפשר, כל עוד לא החליט בית הדין על העברת הנתונים, לראות בהליך כהליך ערר, ומאידך, באין ערר, גם אינו מאפשר לבית הדין להורות על העיון בנתונים. מה גם שבינתיים הצהיר ב"כ ידיעות, בתגובה לטיעוני מעריב, באופן חד משמעי על כך שההליך "מועבר לפסים של ערר רגיל, באופן שלם, סופי, ובלתי מותנה". (סעיף 12 לתגובה).

14. לאור מסקנה זו ומשמונח בפנינו ערר, לא יכולה להיות עוד מחלוקת על סמכותו של בית הדין להורות לממונה, לפי סעיף 30(ג) לחוק בתי דין מנהליים, להעביר את תיקו ובו נתוני התפוצה של מעריב, לבית הדין, ולאפשר לידיעות, מכוח סמכותו לפי סעיף 30(ד) לחוק, לעיין בנתונים אלה, אם "הצורך בעיון לשם עשיית צדק עדיף מן הטעם למניעת העיון".

15. נציין, להשלמת התמונה, שקיימות דרכים נוספות לגלות נתונים אלה. הדרך האחת היא להורות על גילוי מסמכים, ואיננו מקבלים את טענת מעריב, שלבית הדין אין סמכות כזאת, בשל העדר הוראה מפורשת בנושא זה בסעיף 40 לחוק ההגבלים העסקיים. הדרך האחרת היא לזמן את נציגי מעריב למתן עדות. אולם, לאור הוראת סעיף 30 לחוק בתי דין מנהליים, הועסקת באופן ישיר בסיטואציה שלפנינו, דומה שהדרך היותר ראויה להשגת מטרות זו, היא הפעלת הסמכות לפי סעיף זה.

16. השאלה העיקרית העולה היא האם בנסיבות המקרה ראוי להורות על מסירת נתוני התפוצה של מעריב לבית הדין לשם העברתם לידיעות.

17. כפי שכבר צויין, מקובלת עלינו טענת מעריב שנתונים התפוצה שלו מהווים סוד מסחרי. גם ידיעות והממונה לא טענו אחרת.

18. אולם, "העובדה כי סוד מסחרי הוא אינטרס בר הגנה, בין כזכות חוזית, בין כזכות קניינית, אין בה עדיין כדי להקנות לבעליו חסינות מפני חשיפתו במהלך בירור משפטי" (תיק הע 466/95 אי.סי.פי – חברת התוכניות לכבלים בישראל בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים).

ואמנם, על-פי הוראות סעיף 30(ד) לחוק בתי דין מנהליים, רשאי בית הדין לאפשר את העיון בתיק הרשתות, גם אם זה כולל סודות מסחריים, אם "הצורך בעיון שלם עשיית צדק עדיף מן הטעם למניעת העיון". כך גם נקבע, בסעיף 23 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט – 1999, כי בית המשפט רשאי "...לתת צו בדבר אי גילוי ראיות שיש בהן סוד מסחרי, ובלבד שראה כי העניין שיש באי גילוי הראיה עדיף מן הצורך לגלות את הראיה לשם עשיית צדק..."

19. מכאן עולה השאלה העיקרית שבדיון זה: האם גילוי נתוני התפוצה של מעריב לנציגי ידיעות, במגבלות הסודיות המוצעות על-ידי הממונה והמוסכמות גם על-ידיעות, נדרש לצורך עשיית צדק, והאם אינטרס זה גובר על האינטרס של מעריב להגן על הסוד המסחרי שלו מפני גילוי.

20. האינטרסים המתנגשים במקרה זה הם האינטרס הקנייני של מעריב בהגנה על הסוד המסחרי שלו, לעומת האינטרס של ידיעות ושל הציבור כולו בעשיית המשפט צדק, תוך אכיפה ראויה של דיני ההגבלים העסקיים.

21. האינטרס האחרון של עשיית משפט צדק ואכיפה ראויה של דיני ההגבלים העסקיים, מחייב לאפשר לידיעות לבחון את השתית העובדתית שביסוד ההכרזה. בהעדרה של בדיקה כזאת, לא תהא לידיעות כל אפשרות מעשית לערור על ההכרזה. תוצאה כזאת עשויה לפגוע קשה הן באינטרס הציבור במשפט צד ובאכיפה ראויה של דיני ההגבלים העסקיים והן באינטרס של ידיעות.

22. אשר לאינטרס של ידיעות, ההכרזה על אדם כבעל מונופולין, אמנם איננה משנה, כשלעצמה, את מעמדו של בעל המונופולין, ואף אינה מטילה עליו חובות (ראה: בג"צ 326/96 כספי ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פ"ד נ(5) 133, 154). עם זה, הכרזה משמשת ראיה לכאורה בכל הליך משפטי לכך שידיעות הוא בעל מונופולין. בהנחה שידיעות מנוע מלבחון את השתית העובדתית שביסוד ההכרזה, אין מדובר, למעשה, בראיה לכאורה בלבד, שכן ידיעות יהא מנוע גם בהליכים משפטיים אחרים לסתור ראיה זו.

23. מבחינת ידיעות, אין מדובר רק בעשיית צדק, אלא גם באינטרס קנייני מובהק, של יוחלו עליו כללי ההתנהגות הקבועים בחוק ההגבלים העסקיים לגבי בעל מונופולין, כללים המגבילים את חופש העיסוק שלו, פוגעים בכושרו להתחרות בשוק ומעמידים אותו בנחיתות בתחרות עם מתחריו שאינם בעלי מונופולין. לאור כך, לא ניתן לבסס את ההכרזה על בסיס עובדתי נסתר, שידיעות מנוע מלעמוד על טיבו.

24. בעניין האחרון אין צורך להרחיק לכת. מעריב עצמו זכה לא מכבר, על-פי פסק הדין המשלים שניתן על-ידי בית הדין להגבלים עסקיים בבקשת הממונה נגד ידיעות אחרונות (תיק מונופול 2/96 (טרם פורסם) ביתרון כזה על פני ידיעות. באותו פסק דין אשר בית הדין להגבלים עסקיים על-ידיעות אחרונות, לבקשת הממונה שפעל בנושא זה על-פי תלונתו של מעריב, להתנות את אספקת העיתון ידיעות אחרונות לנקודת מכירה כלשהי בתנאי הקשור בכל דרך שהיא למכירת (ליתר דיוק – אי מכירת) עיתוני מעריב. עוד נאסר על-ידיעות אחרונות באותו פסק דין, להעניק לנקודות מכירה עמלות מוגדלות בגין מכירת העיתון ידיעות אחרונות אם הגידול בעמלה מותנה בביטול זכות ההחזרה של עיתוני ידיעות אחרונות שלא נמכרו או בגידול בכמות עיתוני ידיעות אחרונות הנמכרת באותה נקודה. (על פסק הדין הוגש ערעור שטרם נדון לבית המשפט העליון).

ההוראות האמורות ניתנו על יסוד הקביעה כי בדרכי ההתנהגות אשר נאסרו על-ידיעות בפסק הדין, יש משום ניצול לרעה של מעמדו של ידיעות כבעל מונופולין, תוך פגיעה במעריב בדרך של הקטנת כמות העיתונים הנמכרת של עיתוני מעריב באותן נקודות מכירה בהם נוקט ידיעות בשיטות מכירה אלה.

בית הדין אף דחה באותו פסק דין את הטענה שיש להתיר לידיעות לנקוט בדרכי התנהגות אלה בתגובה למבצעי שיווק דומים או אף זהים של מעריב. זאת, בין היתר, מהטעם שעל-ידיעות כבעל מונופולין מוטלות חובות שאינן מוטלות על מתחרה שאינו בעל מעמד כזה. כך הוקנה למעריב על-פי פסק הדין יתרון בתחרות עם ידיעות, זאת רק בשל כך שידיעות הוא בעל מונופולין.

25. על רקע זה, קבלת עמדתו של מעריב עשויה להביא למצב בלתי סביר, שבו מעריב נהנה מהמגבלות המוטלות על-ידיעות כבעל מונופולין, אך בה בעת הוא פטור מלשתף פעולה בהליך ההכרזה בדרך של המצאת נתוני התפוצה שלו, שיתוף פעולה שהוא חיוני כדי לאפשר לבית הדין לבחון את ההכרזה.

26. מעריב אמנם יכול לטעון כי הוא מוותר על ההגנה שמקנה לו חוק ההגבלים העסקיים מפעיל ידיעות כבעל מונופולין, בבחינת "לא מדובשך ולא מעוקצך". כך אכן טען מעריב בעבר בדיון בבקשה דומה שהגיש ידיעות לחשוף את נתוני התפוצה של מעריב, (באותו מקרה החליט בית הדין, שאין הכרח, לצורך אותו הליך, בחשיפת נתוני התפוצה של מעריב). אולם, האינטרס בהגנה על מתחריו של ידיעות מפני התנהגות שיש בה משום ניצול מעמדו כבעל מונופולין, איננו רק, גם לא בעיקר, אינטרס של מעריב. מדובר באינטרס של הציבור כולו בקיומה של תחרות הוגנת, אינטרס שמעריב אינו יכול למחול עליו.
27. בנסיבות אלה אנו סבורים, שלא ניתן לקיים הליך משפטי הוגן של ערר על ההכרזה בלא לאפשר לידיעות לעיין בנתונים של עיסודם הוא הוכרז כבעל מונופולין, בכלל זה, נתוני התפוצה של מעריב.
28. במקרה דומה שנדון בבית המשפט לצדק של הקהילייה האירופאית דחה בית המשפט לצדק של הקהילייה את עמדת נציבות הקהילייה, אשר טענה שאין בידה, בשל הסודיות המסחרית, להעביר לחברת Hoffmann-La Roche נתונים המהווים סוד מסחרי שהתקבלו ממתחרים ולקוחות של החברה, שעל יסודם חושב נתח השוק של החברה ונמצא כי היא בעלת מעמד דומיננטי (בעלת מונופולין) בשוק.
- בית המשפט קבע שבמקרה שבו הנציבות איננה יכולה, על-פי השקפתה, להמציא לבעל המונופולין הנוגע בדבר את המסמכים והעובדות הנוגעים לעניין, וכאשר אי הגילוי פוגע בזכותו של זה לבחון בצורה אפקטיבית את אמיתותן של העובדות והמסקנות שעליהן ביססה הנציבות החלטתה, לא תוכל הנציבות לעשות שימוש בעובדות אלה כנגד אותו בעל מונופולין. כלשונו של בית הדין :
29. מסקנה זו, לפיה הממונה יהא מנוע מלעשות שימוש בנתונים החסויים כנגד בעל המונופולין, עשויה להביא, לפחות ככל שמדובר בנתוני היסוד שבבסיס ההכרה, לביטול ההכרזה רק מטעם זה. תוצאה זו תפגע קשה ביישום ובאכיפה של חוק ההגבלים העסקיים.
30. מנגד יש לשקול את הפגיעה הצפויה במעריב עקב גילוי הסוד המסחרי שלו. לעניין זה, כאשר מדובר בפגיעה ממשית בהליך של בירור האמת, אין די בכך שמדובר בסוד מסחרי. כדי לשכנע את בית הדין כי "הצורך בעיון לשם עשיית צדק עדיף מן הטעם למניעת העיון". על מעריב להוכיח אפשרות מסתברת לגרימת נזק של ממש בעקבות גילוי הנתונים. (ראה גם: ABA ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS (FOURET), V L P. : 624).
31. לאחר שהממונה העלה ספק לגבי הנזק העשוי להיגרם למעריב עקב גילוי נתוני התפוצה, הגיש מעריב תצהיר שנעשה על-ידי מר רוני קליינפלד, המשמש כמנהל מעריב. מתצהיר זה עולה שעיקר הנזק לו חושש מעריב עקב גילוי נתוני התפוצה הוא בתחום הפרסום. על-פי תצהיר זה, השיקול העיקרי של מפרסמים לפרסם בעיתון מודעות פרסומת הוא שיקול התפוצה של העיתון. בנושא זה, טוען מעריב, עשוי ידיעות, עקב הגילוי, לקנות יתרון על פניו, בשל כך שברשותו של ידיעות יהיו נתוני התפוצה של מעריב, אותם הוא יכול להעמיד לרשות המפרסמים, אך בידי מעריב לא יהיו נתונים כאלה לגבי תפוצתו של ידיעות.
32. מהסברים אלה עולה, למעשה, שחששו של מעריב הוא שאנשי ידיעות יוכלו למסור למפרסמים נתוני אמת על תפוצתו של מעריב, בעוד שהוא לא יוכל לעשיות כך לגבי נתוני התפוצה של ידיעות. משמע, עשוי להיווצר מצב שבו המפרסמים ידעו את נתוני האמת על

תפוצתו של מעריב, אך הם לא ידעו מהם נתוני האמת על תפוצתו של ידיעות, אשר יוכל למסור נתוני תפוצה שאינם נתוני אמת, בלא שמעריב יוכל לסתור נתונים אלה.

33. חרף אי שוויון זה, בהנחה שמעריב אינו מוסר נתונים שאינם נתוני אמת על תפוצתו, ומעריב לא טען כך, קשה לנו לראות מה הנזק אשר יוכל להיגרם למעריב עקב כך שאחרים ימסרו נתוני אמת לגבי תפוצתו.
34. מעבר לכך, ועיקר, לא שוכנענו שקיים חשש של ממש לגילוי הסוד המסחרי על-ידי אנשי ידיעות. מעריב אמנם ער לכך שאין זה סביר שידיעות ימסור נתונים אל הבריש גלי בניגוד להתחייבות הסודיות שנטל על עצמו, אך על כך הוא משיב "כי לא כל המאמץ לשיווק שטחי פרסום נעשה בראש חוצות ובגלוי. חלק מן המאמץ השיווקי נעשה ע"י פנייה יזומה של העיתונים השונים למפרסמים הפוטנציאליים, וניהול משא ומתן עימם בחדרי חדרים. ברור שאין כל דרך לוודא איזה מידע נמסר בפגישות סגורות כאלה, הנערכות בחדרי חדרים; איש אינו יכול להבטיח כי לא יימסר בפגישות לאה גם מידע חסוי על נתוני התפוצה של מעריב אשר יתגלה למתחרהו כתוצאה מהחלטת בית הדין (וחרף כל אמצעי הביטחון עליהם עשוי בית הדין להורות).
35. אולם על-פי ההסדרים המוצעים על-ידי הממונה ומקובלים גם על-ידיעות, אין מדובר, בכל מקרה, בהמצאת הנתונים לאנשי ידיעות עצמם, אלא לבאי כוחם (והמומחים שיועסקו מטעם). פרקטיקה זו מקובלת במשפט האמריקאי, כאשר עורכי הדין המייצגים את הצדדים הם עורכי דין חיצוניים (ראה: ABA ANTITRUST LAW : DEVELOPMENTS (FOURET), V L P. 624). מכאן, שגילוי הסוד לאחרים, במיוחד לאנשי ידיעות עצמם, יוכל להיעשות רק אם באי כוח ידיעות ימעלו באימון שניתן בהם ובחובת הסודיות שקיבלו על עצמם, ויעבירו את המידע לשולחיהם. סיכויי ההתממשות של חשש זה (בלא להתייחס באופן אישי לאי שמהמערבים) נראים בעינינו נמוכים ביותר. מעבר לכך, אפילו יועברו הנתונים על-ידי נציגי ידיעות, בניגוד להתחייבותם, לאנשי ידיעות, קשר להאמיר שאלה יפקירו את סודם – הם נתוני התפוצה שהועברו אליהם שלא כדין על-ידי נציגיהם – ויעבירו אותם ללקוחותיהם (המפרסמים) שלא כדין. מה גם שכדי לשכנע את המפרסמים באמיתות המידע שבידם, יהא עליהם לגלות לאחרונים כי מקור הנתונים במידע שהעביר מעריב על-פי הוראות בית הדין, דבר שאיננו מתקבל על הדעת.
36. מעבר לכל אלה, מדובר כיום בנתוני תפוצה מראשית שנת 1999, אשר ספק אם יש להם כיום עוד משמעות, ובכל מקרה, ברור שערכו של מידע זה הולך ופוחת עם הזמן.
37. לפיכך, אנו סבורים, שבנסיבות העניין, גם אם אין לשלול בוודאות את האפשרות שייגרם למעריב נזק עקב גילוי נתוני התפוצה, מדובר בנזק בלתי מוגדר, שקשה מאוד לעמוד על ממשותו כמו גם על היקפו, כי מעריב הגזים הגזמת יתר בהערכת היקפו של הנזק, ובכל מקרה החשש להתממשותו של סיכון זה הנו חשש מרוחק.
38. לאור האמור ולאחר ששקלנו את האינטרסים הנוגדים, הגענו לכלל מסקנה שהצורך בעיון בנתונים האמורים לשם עשיית צדק עדיף מן הטעם למניעת העיון, ועל כן יש לאפשר לבאי כוח ידיעות לעיין בנתוני התפוצה של מעריב כפי שהומצאו לממונה.
39. עד כה דברנו בערוכי הדין של ידיעות. אשר למומחים, איננו רואים לקבוע לפי שעה מסקנה סופית. בשלב זה לא ברור לנו באלו מומחים מדובר, מה הנושאים שיתבקשו אותם מומחים לבדוק וגם אין ידועה זהותם של המומחים. ברור שידיעות לא יוכל להציג את הנתונים בפני מומחים הנמנים על עובדי ידיעות, בהקשר זה עשויה להיות נודעת חשיבות גם לזהותם של המומחים החיצוניים שיועסקו על ידי ידיעות לצורך כך. קיימת אף אפשרות שבית הדין ימנה לעניין זה מומחה שאינו קשור למי מהצדדים (אפשרות הננקטת לפעמים במשפט

האמריקאי. ראה: (ABA ANTITRUST LAW DEVELOPMENT (FORTH), v I, p. 623).

40. מעריב הציע מספר הצעות חלופיות, אינן מחייבות, אם תתקבלנה, להעמיד לרשות נציגי ידיעות את נתוני התפוצה של מעריב. הצעה אחת הייתה להעמיד לרשות מעריב את נתוני התפוצה של כל העיתונים היומיים האחרים (לבד מידיעות) שצירופם יחד הביא את הממונה למסקנה שנתח השוק של העיתונים האחרים קטן ממחצית כלל הנכסים בשוק. בעניין זה אנו סבורים שיש ממש בטענות ידיעות, לפיה נתון כולל זה, המתייחס לתפוצה של כל העיתונים יחד, לא יאפשר בדיקה אפקטיבית של אמיתות הנתונים. הצעה אחרת הייתה לחייב גם את ידיעות להעביר את נתוני התפוצה שלו לנציגי מעריב, זאת, כדי לשמור על האיזון בנזקים העשויים להיגרם לשני המתחרים. גם אם יש בהצעה זו כדי ליצור איזון בין שני העיתונים, אנו סבורים שלמעריב אין אינטרס לגיטימי לקבל את נתוני התפוצה של ידיעות, גם לא לצורך יצירת איזון בין שני העיתונים. יתירה מזו, מעריב עצמו מודה שיקשה ביותר לגלות הפרה של חובת הסודיות. בנסיבות אלה, איננו רואים איזו תועלת יפיק מעריב מקבלת נתוני התפוצה של ידיעות, יחליטו על דעת עצמם שידיעות הפר את התחייבות הסודיות ויראו עצמם חופשיים, על רקע זה, להעביר גם הם את נתוני התפוצה של ידיעות למרשיהם או למפרסמים. גם ההצעה למסירת מספר סדרות של נתוני תפוצה שרק אחת מהם נכונה, איננה מקובלת עלינו כהצעה מעשית, והיא עשויה לסבך את הדיון בצורה בלתי מתקבלת על הדעת. האם, על פי הצעה זו, אמור בית הדין לקיים הליך דיוני עקר של שמיעת ראיות וטיעונים בהתייחס לסדרות נתונים לא נכונות, ואולי אך לתת מספר פסקי דין שכל אחת מהם מתייחס לסדרה אחרת של נתונים, כאשר רק בית הדין יודע מהו פסק הדין הנכון? ! הצעה אחרת שהזכיר מעריב בטיעונו הייתה למסור את הנתונים לבית הדין או למומחה אובייקטיבי בלבד. אשר למומחה, כפי שכבר צויין, נהיה מוכנים לשקול פתרון זה, לאחר שהנתונים יועברו לנציגי ידיעות. אשר לב"כ ידיעות, אנו סבורים שאין לקבל הצעה זו, שכן הדבר יותיר את ידיעות במצב שבו הוא אינו יודע מה התשתית העובדתית שביסוד ההכרזה, דבר שיעביר את נטל בדיקת ההכרזה במלואו לבית הדין, בלא שב"כ ידיעות יוכלו ליטול בהליך זה חלק של ממש.

41. על פי סעיף 30 לחוק בתי דין מנהליים, העברת מסמכים מתיק הרשות, הכוללים סודות מסחריים, לעיון העורך תעשה בשני שלבים. בשלב הראשון מעבירה הרשות את תיקה, ובו המסמכים והנתונים הנוגעים לעניינים, לבית הדין. רק בשלב השני, לאחר קבלת תיק הרשות ועיון בו, רשאי בית הדין לאפשר לעורך לעיין במסמכים. במקרה זה, טרם הועבר תיק הרשות להגבלים עסקיים לבית הדין. עם זה, לאור טיעוני הצדדים, התייחסנו כבר בשלב זה ועוד בטרם הועבר התיק לבית הדין, לאפשרות של העברת התיק לנציגי ידיעות, שהרי למטרה זו בלבד מתבקשת העברת התיק לבית הדין. עם זה, הואיל ובשלב זה טרם עיינו בתיק הרשות, תהא החלטה זו כפופה לעיון בתיק, ואולי גם לקבלת הסברים מנציג הממונה לגבי תוכנו של התיק. בעקבות כך יכול שיחולו בהחלטה שינויים.

42. התוצאה היא שאנו נעתרים לבקשת ידיעות ומורים לממונה להעביר לבית הדין את תיק הרשות להגבלים עסקיים ובו נתוני התפוצה של העיתונים שעליהם ביסס הממונה את ההכרזה, לשם מסירתם של נתונים אלה, בכפוף לאמור לעיל, לערוכי הדין של ידיעות. התיק יועבר לעיונם של שני עורכי דין ממשרד עורכי הדין המייצג את ידיעות, ואלה יחתמו על התחייבות לשמור על סודיות הנתונים, לא להעבירם לאיש מלבדם (בכפוף להחלטה שתיתן בהמשך לגבי המומחים) ולא לעשות בהם כל שימוש למעט שימוש לצורך ההליך הנוכחי.

43. ניתנה היום, ל' לחודש ניסן תשס"א (23/4/2001), בהעדר הצדדים. המזכירות תמציא העתק ההחלטה לב"כ הצדדים וכן לב"כ מעריב.

ש. גורטלר

חבר

עו"ד י. פרלוב

חבר

י. עדיאל, שופט

המשנה לאב בית הדין