

סדרי הדין, גילוי מסמכים וזכויות צדדים בהליכים מנהליים, אזרחיים ופליליים העוסקים בתחום דיני התחרות

חגית בולמס וליאור פרנק*

לסדרי הדין ולהליכים הפרוצדורליים בבית הדין לתחרות ובבתי המשפט הרגילים השפעות שונות על ההליך והצדדים. חלק מההליכים הנוגעים לסדרי הדין הם טכניים גרידא, ואין להם השפעה על ההליך המהותי, חלק מסדרי הדין הם משמעותיים ומשפיעים על מהות ההליך וחלקם כה מהותיים עד כי הם יכולים להשפיע על זכויות חוקתיות ונוגעים לזכויות הכלל, בין היתר לאור השפעתם הרוחבית של דיני התחרות. במאמר זה נבקש להגדיר את השפעותיהם של סדרי הדין בבית הדין ובבתי המשפט בסוגיות הגבליות. כפי שנראה, לסדרי הדין יש השפעה על מהות דיני התחרות, הן נקודתית – בהתייחסות שלפני בית הדין ובתי המשפט, הן באופן רחב יותר – בשמירה ובהגנה על התחרות ועל הצרכן. הפרוצדורה משתתפת באופן פעיל בעיצוב הזכויות המהותיות וקובעת את היקפן, הן בהליכים פליליים והן בהליכים אזרחיים.

המאמר ידון באיזון שבין זכות הגישה לערכאות, לבין הצורך להקפיד על סדר וכללים, תוך שמירה על המטרות שלשמן הוקם בית הדין ושלשמן חוקקו חוקי התחרות. איזון לא ראוי בין מהות ליעילות עלולים לגרום במקרים מסוימים לפגיעה תחרותית בלתי הפיכה והרתעת יתר או חסר – בהתאם לתוצאות ההליך.

א. תחרות חופשית מול סדרי הדין. 1. זכויות מהותיות במסגרת סדרי הדין בדיני תחרות. 2. מטרות דיני התחרות והשפעתן על הכרעות שיפוטיות בסדרי דין ופרוצדורות. 3. האיזון בין השיקולים בעת הכרעה בענייני סדרי דין. **ב. סדרי הדין בבית הדין לתחרות.** 1. המסגרת החוקית לסדרי הדין בבית הדין. 2. הצדדים להליך בבית הדין. 3. צדדים לבקשה למתן תוקף לצו מוסכם לפי סעיף 50 לחוק. 4. הליכי מיזוג. 5. הסמכות השירות – צירוף צד להליך לפי סעיף 27 לחוק. **ג. איזון בין אינטרסים מתנגשים – תחרות, פומביות הדיון וחשיפת מידע מסחרי רגיש.** 1. אינטרסים מתנגשים בהליכים מתחום דיני התחרות. 2. המידע הרב שבידי הרשות – סמכויות איסוף המידע ומסירתו לצדדים שלישיים

* ד"ר חגית בולמס, שופטת, בית משפט השלום בכפר סבא.
ליאור פרנק, תלמיד לתואר שלישי (Ph.D), הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.
המחברים מבקשים להודות לשופט רם וינוגרד, לעו"ד תומר דגני, לד"ר איתי פלדור ולעו"ד מתן מרידור על הערותיהם החשובות. כן תודות לעורכת הלשונית טלי פלד ולמרכז חת לחקר התחרות והרגולציה, המכללה למנהל.

וההשלכות על תיקים אזרחיים. 3. התנגשות בין זכות הציבור לדעת לבין חשש מחשיפת המידע ותיאום התנהגות בין מתחרים. 4. חשיבות חשיפת המידע לצורך יצירת דין אחד ויצירת ודאות משפטית. 5. היעדר מידע זמין – השלכות על בחינת הפגיעה התחרותית בשל הטלת חיסיון על המידע המצוי בידי הרשות ובית הדין וכן המגבלות מניהול הליכים בדלתיים סגורות וללא הנמקה. 6. שלב גילוי מסמכים בתביעות פרטיות בתחום התחרות – השלכות גם על שיקולי תחרות ואינטרס הציבור. 7. גילוי המידע לצדדי ג' לצורך הגשת צווי מניעה בתיקים אזרחיים **ד. סיכום.**

א. תחרות חופשית מול סדרי הדין

1. זכויות מהותיות במסגרת סדרי הדין בדיני תחרות

הליכים העוסקים בשאלות מתחום דיני התחרות יכולים להתקיים בבתי המשפט הרגילים (קרי, בבתי משפט השלום ובבתי המשפט המחוזיים) וכן בבית הדין לתחרות (להלן: בית הדין; לשעבר: בית הדין להגבלים עסקיים), והכול בהתאם למקור הסמכות של בתי המשפט בנוגע לנושא שנדון.

בית הדין הוקם מכוח פרק ה' לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן: החוק או חוק התחרות; לשעבר: חוק ההגבלים העסקיים), כאשר סמכויותיו שזורות בחוק בהתאם להגבל העסקי שנדון לפניו ולסעד המבוקש. בתוך כך מהווה בית הדין ערכאה שיפוטית מיוחדת המתמחה בתחום דיני התחרות.

בתי המשפט הרגילים דנים בהליכים פליליים כגון בענייני עבירות "קרטל" (נכון להיום, הסמכות הייחודית לדון בתיקים פליליים נתונה לבית המשפט המחוזי מרכז – לוד)¹ ובהליכים אזרחיים שבהם מתעוררות שאלות מתחום דיני התחרות (בתי משפט השלום ובתי המשפט המחוזיים, בהתאם לסעדים המבוקשים במסגרת התביעה). נוסף על כך, במקרים מסוימים שבהם בית הדין נעדר סמכות לדון בנושא, תקיפת החלטות מנהליות שמתקבלות ברשות התחרות (לשעבר: רשות ההגבלים העסקיים) יכולה להתבצע בבתי המשפט המנהליים, בדומה לתקיפת החלטות של כל רשות מנהלית אחרת.²

לסדרי הדין ולהליכים הפרוצדורליים בבית הדין ובבתי המשפט הרגילים השפעות שונות על ההליך והצדדים. חלק מההליכים הנוגעים לסדרי הדין הם טכניים גרידא, ואין להם השפעה

1 סמכותו הייחודית של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד לדון בעניינים פליליים בתחום התחרות נקבעה בצו סדר הדין הפלילי (קביעת בית משפט לעניין חוק התחרות הכלכלית) (תיקון), התשפ"ד – 2024, ק"ת 11261, עמ' 2372.

2 כך למשל, בעניין ע"מ 11120/08 **אטר נ' רשות ההגבלים העסקיים** (נבו 17.11.2010), הוגשה עתירה מנהלית נגד החלטת רשות התחרות שלא לאפשר לעותר לקבל מידע בהתאם לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 בדבר הסדרי בלעדיות במקרקעין. בבג"ץ 4836/17 **החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים** (נבו 17.7.2017), העותרים הלינו, בין היתר, על כך שרשות התחרות לא פירטה כדבעי את האירועים אשר בגינם היא עתידה להטיל עליהם עיצומים כספיים, דבר הפוגע לידם בזכותם להליך הוגן.

על ההליך המהותי, חלק מסדרי הדין הם משמעותיים ומשפיעים על מהות ההליך וחלקם כה מהותיים עד כי הם יכולים להשפיע על זכויות חוקתיות ונוגעים לזכויות הכלל, בין היתר לאור השפעתם הרוחבית של דיני התחרות. במאמר זה נבקש להגדיר את השפעותיהם של סדרי הדין בבית הדין ובבתי המשפט בסוגיות הגבליות, וזאת באמצעות כמה דוגמאות. בכל אחת מהדוגמאות ייבחנו האיוונים שנדרשים להם בית הדין ובתי המשפט בעת דיון בסדרי דין, ודרך יהיה ניתן להדגים עד כמה להחלטות אלה יש השפעה על מהות דיני התחרות, הן נקודתית – בהתדיינות שלפני בית הדין ובתי המשפט, הן באופן רחב יותר – בשמירה ובהגנה על התחרות ועל הצרכן.³ כפי שציין השופט לוין בספרו: "בעידן המודרני אין קיימת אפשרות להתעניין במשפט המהותי ללא התייחסות לדין הפרוצדורלי ומי שמתעלם מכך, כאילו למד מוסיקה מתווים והוא מעולם לא ניגן בכלי נגינה".⁴

חשיבותו של מאמר זה נובעת גם מההכרה שהפרוצדורה משתתפת באופן פעיל בעיצוב הזכויות המהותיות וקובעת את היקפן, הן בהליכים פלייליים והן בהליכים אזוריים. המערכת הפרוצדורלית מבוססת על תפיסה נורמטיבית בנוגע לסדר החברתי הראוי והאיזון בין זכויות האזרחים לבין כוחה של המדינה, וכדברי כבוד השופט יצחק עמית בספרו בנוגע להליכי גילוי ועיון והשלכת הפרוצדורה על זכויות יסוד: "הליכי הגילוי המוקדם תופסים כיום נתח נכבד של זמן ומשאבים במסגרת ההתדיינות האזורית, עד כדי כך שיש הרואים הליכים אלה כהיבט המכביד ביותר של הליטיגציה כיום. עם זאת, אין חולק על חשיבותם של הליכי הגילוי והעיון, ויש הרואים בהם נגזרת של זכות היסוד של הגישה לערכאות, הכוללת בחובה גם את הזכות להליך ראוי, את זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית המעוגנת בכבוד האדם, יש המענגים בזכות הקניין, ויש הגורסים כי מדובר בנורמה מעל הנורמות, ממסדר נורמות אחר, נעלה אף על זכות יסוד, כי זכות הגישה לערכאות כשלעצמה הינה תנאי לאפשרות המימוש של זכויות יסוד אחרות".⁵ לאור חשיבותם של סדרי הדין לקביעת הדין המהותי, קביעתם של סדרי דין ברורים וראויים מהווה צורך חיוני של ממש.

3 להרחבה על אודות מטרות דיני התחרות וסקירת פסיקת בית המשפט בעניין זה ראו חגית בולמס **הגבלים עסקיים, מערכות היחסים בערוצי השיווק וההפצה** 31–36 (2013). היעדים המרכזיים שמגדירים את מטרותיהם של כללי הפרוצדורה האזורית מפורטים אצל שלמה לוין **תורת הפרוצדורה האזורית, מבוא ועקרונות יסוד** 22–23 (מהדורה שניה, 2008).

4 לוין, שם, בעמ' 29.

5 יצחק עמית **חסיונות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזורי והפליילי** 29 (2021). להרחבה על אודות אופן ביצוע איזון בין האינטרסים השונים במסגרת הליכי גילוי ועיון בדין הכללי בהליכים פלייליים ואזוריים, בשים לב, בין היתר, לחסיונות על פי דין ויצירי פסיקה ואינטרסים מנוגדים, ראו שם, שער שלישי פרק ב', בעמ' 361. ראו דברים דומים גם ביששכר רוזן-צבי **ההליך האזורי** 32–33 (נבו 2015): "סדרי הדין מבטאים אפוא תפיסות עומק באשר למערכת היחסים הראויה בין הפרטים בחברה וביחס למקומו של השלטון בחיי האזרחים, ובה בעת הם מכוננים תפיסות אלה". לפיכך ראה רוזן-צבי בפרוצדורה כבעלת משמעות לא פחותה מהמהות, וכדבריו: "כשם שהפרוצדורה היא בעלת משמעות רק ככל שיש זכויות מהותיות שמנסים לאכוף באמצעותה, כך הזכויות המהותיות הן בעלות משמעות רק ככל שקיימת פרוצדורה אפקטיבית המאפשרת את מימושו... לסדרי הדין יש אפוא השפעה מרחיקת לכת הן על

כפי שהראינו בעבר, קיים צורך באיזון בין תחום דיני התחרות לבין תחומי משפט נוספים (כגון דיני ניירות ערך, דיני חוזים ורגולציות אחרות),⁶ כאשר ניסיון להפריד בין התחומים ולבחון כל אחד במנותק מרעהו תוך התמקדות במטרות המיוחדות של אותו דין, ללא בחינה רחבה של יתר ההשפעות, עלול להוביל לתוצאה בלתי רצויה. כך אמור להיות הדבר, לדעתנו, גם ביחס שבין הפרוצדורה לבין דיני התחרות, קרי: תחומים משפטיים אלה אף הם שלובים זה בזה, כאשר על בית הדין ובתי המשפט לערוך דיון משותף לגביהם, מתוך הכרה כי מדובר בתחומים משיקים ובלתי נפרדים שיש לאזן ביניהם. זאת, כדי להגיע לתוצאה האופטימלית אשר תטיב באופן רחב לא רק עם הצדדים להליך הנדון, אלא עם הציבור בכללו ועם עקרונות היסוד הכוללים הן את ערכי התחרות והן ערכי-על נוספים.

חשיבות נוספת למאמר נובעת גם מעצם העובדה שדיני התחרות החלו להתפתח בישראל רק בעשורים האחרונים וקיבלו תאוצה במיוחד במהלך שלושת העשורים האחרונים, משנת 1993, לאחר שקיבלה רשות ההגבלים העסקיים מעמד עצמאי והחלה באכיפה ובפיקוח משמעותיים יותר מכוח החוק. הדין המתפתח והשינויים התכופים בדין המהותי משפיעים גם על התפתחות דיני התחרות בכל הנוגע לסדרי הדין וזכות הגישה לערכאות. סדרי הדין בתחום התחרות משליכים על זכויותיו המהותיות של כלל הציבור, ולא רק של ציבור המתדיינים בהליך שנדון. סדרי הדין בהליכים מתחום דיני התחרות מעצבים אפוא את זכויות כלל הפרטים בחברה ומבטאים את התפיסות הראויות באשר לתחרות, היחסים בין רשות התחרות לבין הפרטים הכפופים למרותה וכן היחסים התחרותיים בין הפרטים לבין עצמם והשפעת יחסים אלה על הצרכן.

נוסף על כך, לאור מורכבותה של שאלת הפגיעה התחרותית והתוצאה שנובעת מהעסקה והפעולה הנבחנות, ההליכים הפרוצדורליים מכריעים, במקרים רבים, גם בשאלה המהותית. כפי שיפורט בהרחבה בהמשך, סדרי הדין משפיעים על יכולתם של צדדים לגשת למערכות השיפוט, ובכך קיימת השפעה על הגישה לצדק (access to justice). המחוקק, בית הדין והרשות הגבילו לא אחת את יכולתם של צדדים לבוא בשערי בית המשפט ולממש את זכויותיהם המשפטיות, וגם כאשר אפשרו גישה זו, הגבילו אותה בתנאים.⁷

אפשרות המימוש של זכויות מהותיות והן על עיצובן של זכויות אלה". להרחבה על אודות החשיבות של סדרי הדין למהות הזכויות ראו גם פרק שלישי לספרו.

6 בולמס, לעיל ה"ש 3, בעמ' 37–38 לעניין האיזונים בין חופש החוזים לבין דיני התחרות. כאשר לאיזונים בין דיני התחרות לבין דינים נוספים ראו גם חגית בולמס "התנגשות אפשרית בין הגבלים עסקיים לניירות ערך – חובת הגילוי כהסדר כובל" **משפטים** 349 (2017).

7 זכות הגישה לערכאות אינה מעוגנת בהוראת חוק מפורשת כזכות חוקתית. להרחבה על אודות מעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות ראו לוין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 33. ראו גם בהקשר זה אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" **ספר שלמה לוין** 31 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013); וכן בש"א (מחוזי י-ם) 928/03 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' פלדור**, פס' 8 (נבו 24.10.2004); "זכות הגישה לערכאות משפטיות מוכרת במשפטנו כזכות יסוד חוקתית על-חוקית, ממנה נגזר כוח הפניה לבית-המשפט. הכרה זו הולידה את הכלל, כי אין לשלול את הגישה לערכאות, אלא מטעמים כבדי משקל".

המאמר ידון אפוא באיזון שבין זכות הגישה לערכאות, אשר הוגדרה כזכות עצמאית, לבין הצורך להקפיד על סדר וכללים, תוך שמירה על המטרות שלשמן הוקם בית הדין ושלשמן חוקקו חוקי התחרות, שכן פגיעה בפרוצדורה ואיזון לא ראוי בין מהות ליעילות עלולים לגרום במקרים מסוימים לפגיעה תחרותית בלתי הפיכה והרתעת יתר או חסר – בהתאם לתוצאות ההליך.⁸

2. מטרות דיני התחרות והשפעתן על הכרעות שיפוטיות בסדרי דין ופרוצדורות

דיני התחרות מתמקדים בטובת הציבור בכללותו באמצעות שמירה על התהליך התחרותי מפני חסמים מלאכותיים יצירי השחקנים בשוק.⁹ מכיוון שבחוק התחרות לא הובהר מהי מטרת החוק הכללית, עסקו בתי המשפט אד הוק בערכים ובשיקולים נקודתיים של תכלית החוק, כאשר דיונים על אודות מטרות דיני התחרות וחשיבותה של התחרות התקיימו גם אגב הליכים הנוגעים לסדרי דין. כדי לשמור על התהליך התחרותי, למנוע היווצרות כוח שוק או ניצול מעמד לרעה של כוח זה, נחקקו דיני התחרות שנועדו לוודא שתאגידים לא ינקטו פעולות פוגעניות או יערימו מכשולים אסורים בפני תאגידים אחרים. ההגנה על התחרות החופשית התפרשה כהגנה על ערכי יסוד כגון חופש הביטוי, חופש הפרט להגשמת האוטונומיה הפרטית וחופש העיסוק. קיומם של "כשלי שוק", דוגמת תחרות בלתי מושלמת, חסמי כניסה, טובין

8 להשוואה לשיטת המשפט וסדרי הדין בארצות הברית Harry First, Eleanor M. Fox & Daniel E. Hemli, *Procedural and Institutional Norms in Antitrust Enforcement: The U.S. System, in THE DESIGN OF COMPETITION LAW INSTITUTIONS: GLOBAL NORMS, LOCAL CHOICES* 329 (Eleanor M. Fox & Michael J. Trebilcock, eds., 2013). סדרי הדין בבית הדין האדמיניסטרטיבי שדן בהליכים של רשות התחרות בארצות הברית, ה-FTC, מפורטים ב-Rules of Practice for Adjudicative Proceedings, 15 U.S.C. § 45 (b), § 53 בישראל, בית הדין בארצות הברית אשר דן בהליכי ערר על החלטה של הטריבוטל האדמיניסטרטיבי ב-FTC הוא בית המשפט הפדרלי לערעורים (Federal Circuit Court of Appeals). הערר נדון על פי סדרי הדין הקבועים לבתי משפט לערעורים פדרליים The Federal Rules of Appellate Procedure, 28 U.S.C. ערעור על החלטה של בית המשפט הפדרלי נעשית ברשות בלבד של בית המשפט העליון. להשוואה לשיטת המשפט וסדרי הדין באיחוד האירופי ראו מסמך אשר פורסם על ידי רשות התחרות האירופית: DG Antitrust Manual of Procedures, Competition's manual of procedure for the application of Articles 101 and 102 TFEU (November 2019). מסמך זה כולל הסבר מקיף וסודור לגבי סדרי הדין הרלוונטיים להליכים המתנהלים לפי ס' 101 (העוסק בהסדרים כובלים) ו-102 (העוסק בניצול מעמד דומיננטי לרעה) של האמנה האירופית – TFEU. כך, על החלטות של הנציבות האירופית ניתן לערור לפני ה-GENERAL COURT, ולאחר מכן ניתן להגיש ערעור לבית המשפט האירופי לצדק (European Court of Justice) (בשאלות משפטיות בלבד). המסמך אף מציין את מקור הסמכות של כל אחד מהגורמים האמורים ואת סדרי הדין הרלוונטיים. המסמך זמין בקישור: <https://bit.ly/3gOTsSw>.
9 "התהליך התחרותי" הוא תהליך שבמסגרתו פירמות מנסות "לחטוף" צרכנים זו מזו. ראו למשל בהקשר זה דיויד גילה "פרק טז: ניתוח כלכלי של הגבלים עסקיים" **הגישה הכלכלית למשפט** 853, 854 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012). כן ראו מיכל גל והילה נבו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן בניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" **משפטים** מה 278 (2015): "חוק ההגבלים העסקיים נועד לקדם את הרווחה החברתית בדרך של מניעת יצירתן של מכשלות מלאכותיות לתחרות בידי גופים עסקיים הפועלים בשוק".

ציבוריים (public goods), משאבים חיוניים וקיומם של מונופולים טבעיים, הוא שמקים את הצורך להגן על הפרט באמצעות הוראות החוק.¹⁰

על שמירת מטרות אלה אמונים בית הדין, הממונה על התחרות (לשעבר: הממונה על הגבלים עסקיים), בית המשפט המחוזי מרכז בשבתו כבית משפט פלילי ובמקרים מסוימים גם בתי משפט מנהליים הדנים בבקשות שאינן בסמכות בית הדין ובתי משפט אזרחיים הדנים בהליכים אזרחיים מכוח החוק. בהקשר זה חשוב לציין כי מארג היחסים בין המוסדות השיפוטיים השונים – בית המשפט האזרחי, בית המשפט הפלילי, בית המשפט המנהלי ובית הדין – נותר, במקרים רבים, ממשק "התנדבותי" שבו כל גוף בוחר כרצונו את אופן הממשק, אם בכלל, מול מוסדות השיפוט האחרים. החקיקה הנפרדת והפרדת הרשויות שחלה על בית הדין ובתי המשפט מאפשרות לכל גוף שיפוטי לפעול לשם מטרות שונות בפיקוח על השוק והתחרות וכן בפיקוח על הרשות המנהלית האחראית: רשות התחרות.

הדגש בבסיס מטרות דיני התחרות הוא האינטרס הציבורי, שבו נבחנים רצונותיהם של הצדדים להסכם אל מול האינטרס של תקנת הציבור.¹¹ בכך מתערבים דיני התחרות ביחסים שבין הצדדים לחוזה ובטובתם האישית של אותם צדדים, לטובת ציבור רחב ובלתי מסוים. המונח "צרכנים" שבו משתמשים דיני התחרות מצביע על שיקול כללי ורחב של המחוקק. הדבר מבטא העדפה להגן על ציבור אנונימי בלתי מוגדר על פני הגנה על חברות מוגדרות.

10 בולמס, לעיל ה"ש 3, בעמ' 31–36. ס' 9–10 לחוק התחרות מבטאים רצון של המחוקק לכלול שיקולים ומטרות נוספים שהוא מבקש להשיג, והם מאפשרים לבית הדין לשקול שיקולים לבר-תחרותיים בעת בחינת אישורו של הסדר כובל כך שהוא רשאי לאשר הסדר כובל אם הוא סבור כי הדבר פועל לטובת הציבור ואם התועלת הצפויה לציבור תעלה באופן ממשי על הנזק העולל להיגרם לציבור או לחלק ממנו או למי שאינו צד להסדר. כן ראו ה"ע (מחוזי י-ם) 13/93 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' המועצה הישראלית לצרכנות** (נבו 27.1.1997); וכן בג"ץ 358/61 **ו.ס.ט. תוצרת יין ומשקאות חריפים בע"מ ואחרים נ' יו"ר המועצה לפי חוק ההגבלים העסקיים** (התשי"ט–1959, פ"ד טז 1317, 1319 (1962); בג"ץ 4374/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל** (נבו 27.3.2016), דן במטרות דיני התחרות והאיזונים בין שיקולים תחרותיים לבין שיקולים לבר-תחרותיים וציטט לעניין זה את ספרה של בולמס, שם, בנוגע למטרות דיני התחרות (פס' 12).

11 ראו בולמס, לעיל ה"ש 3, בעמ' 24. מפסיקת בית המשפט ניתן ללמוד כי התחרות מהווה אמצעי להשגת מטרה – הגנה על הציבור, ולא הגנה על צרכן אחד או עסק אחד בודד. כדברי השופט גולדברג: "האינטרס הדומיננטי בדיני ההגבלים העסקיים הינו, אם כן, האינטרס הציבורי ולא אינטרס הפרט, אשר אינו זוכה להגנה, אלא כתוצר לוואי ממימוש האינטרס הציבורי בקידום התחרות". ראו ע"א 6222/97 **טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הביטחון, מינהל ההרכשה והייצור**, פ"ד נב(3) 145, 171, 172 (1998); דנ"א 4465/98 **טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ**, פ"ד נו(1) 56 (2001). להרחבה על אודות משמעותו של פסק דין טבעול והתפתחות ההגנה על ערכי התחרות ראו מאמרה של בולמס "פסק הדין בעניין טבעול: בין הגנה על תחרות להגנות עסקית" 75 **שנות עצמאות במשפט, שופטים מספרים על פסקי דין משבעים וחמש שנות שפיטה** 499 (דפנה ברק-ארוז עורכת ראשית, 2023). פסקי הדין בעניין טבעול (החל בבית המשפט המחוזי וכלה בשני הגלגולים של הפרשה בבית המשפט העליון) היו תקדימיים ומהפכניים והם דוגמה לאיזונים שנדרשים בתי המשפט לבצע בין ההיבט הפרטי לבין ההיבט הציבורי; בין אינטרסים מתנגשים ובין דינים מתנגשים (כדוגמת דיני חוזים מול דיני תחרות); בין ערכי-על של מדינת ישראל (תום לב של בעל דין וצד לחוזה מול ערך התחרות החופשית); ובין הפרוצדורה למהות.

בכך, דיני התחרות במרבית המקרים מתמקדים בקידום רווחת הצרכן (Consumer-welfare) על פני קידום הרווחה הכוללת (Total-welfare). כלומר, דיני התחרות אינם מביאים בחשבון את האינטרסים של התאגידים ככל שציבור הצרכנים עשוי להיפגע כתוצאה מהתנהלותם.¹² לפיכך, הרגולציה בתחום התחרות היא אקטיבית יותר, והחוק אינו פועל לאסדרת-על (super-regulation), אלא לקביעת כללי התנהגות ומסגרת חוקית, כאשר תפקידה של רשות התחרות הוא בראש ובראשונה לאכוף את החוק, קרי, אכיפה נגד התנהגויות העלולות לפגוע בצרכן. הרשות ובית הדין יוצאים מנקודת הנחה שתיתכן פגיעה בציבור רחב שאינו יכול להגן על עצמו וכי יש להתערב מקום שבו קיים חשש ממשי שהתחרות בין החברות במשק תיפגע, וכתוצאה מכך ייפגע הצרכן, אשר ישלם מחיר גבוה יותר עבור מוצר באיכות נמוכה יותר.

3. האיזון בין השיקולים בעת הכרעה בענייני סדרי דין

מעצם טבען, לא אחת נוצרות התנגשויות בין המטרות של דיני התחרות לבין המטרות הפרטיות של הצדדים שמעוגנות בדיני החוזים. אלה האחרונות מעודדות חופש פעולה של הצדדים, ובכלל זה חופש שלא להתקשר, הן מותרות שיקול דעת רחב בעת ההתקשרות ומעניקות מסגרת כללית בלבד שתגדיר את "כללי המשחק". לפיכך, צדדים המגיעים לבית הדין מעוניינים לוודא שהאינטרס החוץ-קנייני שלהם יישמר ויוגן והם אינם פועלים להגן על האינטרס הכללי של הציבור.

12 ההגנה על התחרות החופשית התפרשה כהגנה על ערכי יסוד כגון חופש הביטוי, חופש הפרט להגשמת האוטונומיה הפרטית וחופש העיסוק. להרחבה על אודות מטרות דיני התחרות ראו ע"א 2247/95 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ**, פ"ד נב(5) 213 (1998); בג"ץ 471/83 **תור אור (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים**, פ"ד לט(1) 169, 178 (1985). במהלך השנים נוספו למטרות דיני התחרות ערכים נוספים העומדים כערכים בפני עצמם, ובהם שיקולים לבריאות תחרותיים כגון שמירה על עסקים קטנים; הגנה על הצרכן מפני עסקים גדולים; צדק חלוקתי; ושוויון. לניתוח מורחב בדבר הזכויות המעוגנות בבסיסו של חוק התחרות והשמירה על האוטונומיה של הפרט שהתחרות החופשית היא סממן בולט שלה, ולעיגון ערכים אלה כערכי יסוד במדינת ישראל, ראו ה"ע (מחוזי י-ם) 2/96 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ** (פס"ד חלקי), פ"מ התשנ"ט(2) 529 (1999); מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן "חשיבות הניתוח המשפטי והכלכלי של חוק הגבלים העסקיים" **ניתוח כלכלי ומשפטי של הגבלים עסקיים** א' 63, 193, 272 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008). סיכום של מטרות דיני התחרות בארצות הברית ניתן למצוא בפסק הדין המנחה בעניין זה בדין האמריקאי, *U.S. v. Topco Associates Inc.*, 405 U.S. 596 (1972). לצורך הניתוח החוקתי בדבר הכללתם של תאגידים כבעלי זכויות חוקתיות ובכלל זה הכללתה של התחרות החופשית כזכות יסוד חוקתית הנכללת במסגרת זכות היסוד לחופש העיסוק, ראו עדי אייל **המונופוליסט כקרבן: על זכויות חוקתיות בדיני ההגבלים העסקיים** 7 (נייר עמדה 47, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2004). סיכום של מטרות החקיקה בתחום דיני התחרות בארצות הברית וההגנה על עסקים קטנים ניתן למצוא ב-, *Herbert Hovenkamp, Antitrust Policy After Chicago*, 84 MICH. L. REV. 213, 234 (1985) אינטרסים של הפירמות הפועלות ראו למשל *Einer Elhauge, Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, 123 HARVARD L. REV. 397, 435–439 (2009); *John B. Kirkwood, The essence of antitrust: protecting consumers and small suppliers from anticompetitive conduct*, *FORDHAM L. REV.* 81 (2013).

כפי שיפורט במאמר זה, במקרים רבים האינטרס הפרטי של כיבוד חופש הרצון של הצדדים להסכם וההגנה על האוטונומיה הפרטית אינם עולים בקנה אחד עם ההליכים בבית הדין. עשיית צדק בין הפרטים להסכם אינה המטרה העיקרית של בית הדין, אף לא מטרה משנית. דיני התחרות נועדו כאמור להגן על ציבור בלתי מסוים מפני התנהגויות רחבות ולעיתים בלתי מוגדרות, אשר חורגות משמעותית ממערכת יחסים אחת מוגדרת שבין הצדדים. כך לדוגמה, בהליכים נגד מונופולין קיימים צדדים נוספים בלתי מסוימים שיושפעו מהחלטת הממונה ומהערר על החלטה זו בבית הדין. צדדים אלה אינם מיוצגים, ובית הדין נדרש להגן עליהם גם מבלי שיגיעו לבית הדין ויציצו לפניו כיצד האינטרס הפרטי שלהם מושפע מהחלטת הממונה.

המתח בין האינטרס הפרטי של הצדדים לבין המטרות הציבוריות של דיני התחרות יידון בהרחבה בסוגיות שיעלו במאמר זה, שכן מתח זה בא לידי ביטוי בהחלטות השיפוטיות של בית הדין ובתי המשפט בבואם להכריע בשאלות של סדרי דין בהליכים בתחום דיני התחרות.¹³ בית הדין ובתי המשפט נדרשים לדון לא אחת, במסגרת החלטות שבענייני סדרי דין, במטרות המתנגשות שפורטו לעיל לצורך קבלת החלטה. זאת נוסף על שיקולים כלליים שחלים על כל בתי המשפט. מטרתם המרכזית של סדרי הדין היא לסייע לבית המשפט להגיע לחקר האמת, ובענייננו – אותה מחלוקת שבה נדרש בית המשפט להכריע שתעמוד בדרישות המחקר, הן מהפן העובדתי – הנתונים הכלכליים והראייתיים שסייעו להבין מהי ההשלכה התחרותית של ההליך, הן מהפן המשפטי – מהי המדיניות התחרותית המשפטית הראויה והרצויה בסוגיה שנבחנת.¹⁴

סדרי הדין נועדו לסייע לברר שני נדבכים אלה באמצעות כתבי טענות, גילוי מסמכים, מומחים, הליכי איסוף מידע בתיקים אחרים ובבתי משפט אחרים ועוד. כל אלה מאפשרים לבית המשפט להגיע לאותה אמת עובדתית ומשפטית.¹⁵

13 לסקירה של השיקולים בתביעה אזרחית בדיני תחרות והשלכת מאפייני ההליך על הצדדים ראו בולמס, לעיל ה"ש 3, בעמ' 77–80. בעניין **טבעול** (הן בערעור והן בדיון הנוסף), לעיל ה"ש 11, הציפו שופטי בית המשפט העליון את הקושי להכריע בין ערכי התחרות לטובת כלל הציבור לבין חובת תום הלב של הצדדים, והמאבק הערכי בהכרעה בין ערכים מתנגשים אלה. ראו את עמדת שופטי הרוב אל מול דעתו החולקת של השופט טירקל לעניין האיזון בין הערכים המתנגשים. להרחבה על אודות תכלית סדרי הדין על פי התאוריה הכלכלית של המשפט, שהיא למזער עד למינימום האפשרי את הסך הכולל של שני סוגי העלויות הכרוכות בהליך האזרחי: עלות הטעות ועלות ההליך, ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 44, וכן RICHARD POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (6th ed. 2003).

15 רוזן-צבי, שם, בעמ' 37–38. כפי שפירט: "גילוי האמת אמור להביא לא רק לפתרון הסכסוך העומד להכרעת בית המשפט, אלא גם לסייע בהשגת מטרותיו של הדין המהותי, כגון צדק מתקן, אוטונומיה וקיום הבטחות, הסדרת גישה למשאבים המספקים רצונות או צרכים אנושיים ושלטיה בהם, צדק חלוקתי והרתעה יעילה". עמית, לעיל ה"ש 5, בעמ' 34: "חשוב להדגיש כי הערך של חקר האמת אינו רק מנת חלקם של בעלי הדין. חשיפת האמת משרתת הן את אינטרס הצדדים לעשיית משפט צדק והן את אינטרס הציבור בכללותו בהבטיחו את תקינות פעילותה של המערכת המשפטית עבור החברה כולה. לחברה יש אינטרס בחקר האמת. ללא גילוי האמת, בית המשפט עלול לשלוח לכלא אדם חף מפשע (פגיעה בזכות לחירות), לדחות תביעה כספית מוצדקת או לקבל תביעה כספית לא מוצדקת (פגיעה בזכות הקניין). טעות עובדתית של בית המשפט פוגעת

בית הדין ובתי המשפט בוחנים את החלטת רשות התחרות, בהיותה רשות ציבורית, על פי כללי המשפט הציבורי, ובהתאם לכך נבחן אם ההחלטה סבירה ומידתית כנדרש. אולם, בשל ייחודו של התחום, בית הדין ובתי המשפט יבחנו את החלטת הרשות על פי המטרות והמטרייה של דיני התחרות. כך, תיבחן מידת ההסתברות של הגשמת תכלית החוק ומידת התאמתו של האמצעי שנבחר להשגת תכלית זו, בהתחשב באינטרסים שעליהם מופקדת הרשות כפי שנקבעו בחוק התחרות. מטרות אלה של דיני התחרות מהוות את נקודת המוצא של הדיון בשאלת הסבירות והמידתיות של ההליך שנדון לפני בית הדין.

כך לדוגמה, במסגרת התנגשות מטרות החקיקה, ניתן לדאוג כי אחד המוקדים המהותיים שבהם דיני התחרות מתנגשים עם האינטרס הפרטי של צדדים הוא בנוגע לחובת הגילוי של מידע סודי הנדרש לצורך ניהול הליכים מלאים בבית הדין ובבית המשפט בהליך הפלילי. כפי שנפרט במאמר זה, בעימות שבין אינטרס הפרט לשמירת סודותיו לבין מטרות דיני התחרות, יצרו לעצמם הרשות, בית הדין ובתי המשפט מנגנונים פרוצדורליים שנועדו להתגבר על התנגשות זו. לאור התנגשות זו ננגסת לא אחת הזכות של הציבור לשקיפות של המידע שנועד לסייע להגביר את התחרות ולמנוע פגיעה תחרותית.¹⁶

ההליך הפלילי אינו פטור מהבעיות האמורות ומהמתחים בין האיזונים השונים. ניהול תיקים בענייני תחרות נמשך זמן ממושך ביותר מרגע הגשת כתב האישום ועד לסיומו, אם אינו מסתיים במסגרת הסדר טיעון. עבירות מתחום דיני התחרות נכללות בקבוצה המכונה "עבירות צווארון לבן" או עבירות כלכליות. ההליכים הפליליים הננקטים נגד עברייני הגבלים עסקיים יתייחסו לרוב לעבירת הסדר כובל ("קרטל"), שהיא מטבעה עבירה מרובת משתתפים. הגילוי, החקירה וההוכחה בבית משפט של עבירת הגבל עסקי דורשים משאבים עצומים מרשויות החקירה והתביעה. החשודים והנאשמים נדרשים להתגונן ממסכת רחבת היקף של מסמכים ועדויות, והכול נמשך לאורך שנים רבות.

בהכרעת הדין בעניין קרטל הגז¹⁷ בית המשפט המחוזי תיאר את ההליך שהתנהל לפניו

כך:

באמון הציבור, שהרי יש אנשים היודעים את האמת. טעות עובדתית של בית המשפט תביא את השקרנים לפתח יחס של זלזול כלפי מערכת המשפט, הציבור עלול לייחס לבית המשפט שיקולים זרים או גישה מגמתית מודעת או לא מודעת. החברה אינה מבקשת להכריע את הדין על ידי הטלת מטבע או קובייה, אף על פי שזו דרך ניטרלית ומהירה. החברה מעוניינת בהכרעה המבוססת על חקר האמת העובדתית. עם זאת, הדין מכיר בכך שיש אינטרסים ושיקולים, מלבד האינטרס המרכזי של חקר האמת, שעבורם יש להקריב את גילוי האמת העובדתית."

16 George Stigler, *The Economics of Information*, 69 J. POL. ECON. 213 (1961). שאלה בדבר שימוש בסודות מסחריים של צד זר להליך המתנהל בבית הדין עולה חדשות לבקרים בעניינים הנדונים בבית הדין, שכן הסקירה הכלכלית והמעשית המוגשת לבית הדין כוללת נתונים שהם סודות מסחריים של גורמים אחרים. ראו לדוגמה ע"א 4524/01 **מעריב נ' הממונה וידיעות אחרונות**, פ"ד נז(4) 521 (2003); ערר (מחוזי י-ם) 1/01 **בזק נ' הממונה על הגבלים עסקיים** (נבו) (7.3.2001).

17 ת"פ (מחוזי י-ם) 366/04 **מדינת ישראל נ' בירדמן** (נבו) (20.1.2010).

מימדיו של ההליך חריגים בהיקפם. התקיימו בו 136 ישיבות הוכחות, חלקן בקצב של שלוש ישיבות בשבוע, וזאת בנוסף לישיבות מקדמיות ולישיבות הסיכומים. במסגרת פרשת התביעה העידו 58 עדים, חלקם במשך ימים ארוכים, והוגשו בהסכמה הודעותיהם של עשרות עדים נוספים. התביעה הגישה 1,617 מוצגים, ואילו ההגנה הגישה 618 מוצגים. חלק מהמוצגים מחזיקים עשרות עמודים ויותר. הפרוטוקול, שנערך בהקלדה, מחזיק יותר מ-5,000 עמודים. תיקים המגיעים למימדים חריגים שכאלה מכונים בספרות המשפטית: 'תיקי דינוזאור' וכבר נאמר עליהם, כי ספק אם ניתן לבררם במסגרת סדרי הדין ודיני הראיות המסורתיים... האם מוצדק להקצות לתיק בודד כגון זה זמן שיפוטי כה רב על חשבון כלל ציבור המתדיינים הממתין לבירור דינו? כיצד יתנהל בית המשפט אם יהא עליו לדון בו זמנית במספר תיקים בסדר גודל דומה? שאלות אלו יורדות לשורשיה של המינהל השיפוטי והדיון בהן חורג מגדרו של תיק זה.

גם בפרשת הרמזורים בית המשפט תיאר את התמשכות ההליכים כדלקמן:

עניינם של המשיבים מתנהל זה כ-10 שנים. אי הוודאות והמתח שסביר כי נגרמו להם במהלך תקופה ארוכה זו – יש בהם בוודאי משום עונש חמור בפני עצמו, שלעיתים הוא קשה לא פחות מכל עונש שמטיל בית המשפט עם סיום בירורו של התיק. בדיון לפנינו לא הובהר מדוע זה נתארכו ההליכים בתיק זמן כה רב. מדובר בתיק מורכב, רווי מסמכים ורווי קושיות, אשר התנהל בשתי ערכאות, הן בשאלת הכרעת הדין והן בשאלת גזר הדין נגד המשיבים. על רקע זה, ובהינתן העומס הרב המוטל על בתי המשפט, עשויה התארכות ההליכים להפוך לכורח מציאות.¹⁸

נראה כי סדרי הדין בתיקים הפליליים היו קושי של ממש בניהול ההליך, עד כי בית המשפט בעניין קרטל הגז תהה אם סדרי הדין הרגילים אכן מתאימים לניהול הליכים פליליים בתחום דיני התחרות. שאלות על אודות היקף סדרי הדין והמשאבים העצומים שהם דורשים מבית המשפט, הרשויות והצדדים – מהוות חלק נכבד מהדיון במאמר זה. שאלות "קיומיות" אלו של בית המשפט המחוזי בעניין קרטל הגז נשארו תלויות באוויר. מאז הכרעת הדין בעניין קרטל הגז, התגבר קצב חשיפת הקרטלים והוגשו כתבי אישום רבים (קרטלים בשווקים כמו לחם, מדי מים, מטאורולוגיה, גיזום, קבלני בניין, ספרי לימוד, מחשוב, מעליות ועוד). פרשות הקרטל המתנהלות בבית המשפט המחוזי בשנים האחרונות משקפות מצד אחד התגברות האכיפה הפלילית ומצד שני ממחישות את היעדר המענה לשאלות ששאל בית המשפט בפרשת קרטל הגז.

18 ע"פ 7068/06 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים, פס' 19 (נבו 31.5.2007), כן ראו שם לעניין מקומן של עבירות מתחום דיני התחרות במארג העבירות הכלכליות.

כך לדוגמה, פרשת קרטל מדי המים עוסקת במעשים שהחלו בשנת 2004 והסתיימו בסוף שנת 2009; כתב אישום נגד 18 נאשמים הכולל 21 אישומים הוגש בסוף שנת 2011; והכרעת הדין בערכאה הראשונה התקבלה רק באפריל 2017.¹⁹ ודוק: גם בעניין קרטל מדי המים עמד בית המשפט המחוזי על כך שההליך הנדון התפרס על פני תקופה ארוכה, וכלשונו: "במקרה זה מדובר בפרשיה מרובת אישומים ונאשמים, אשר חקירתה הצריכה משאבים וזמן רבים, ואשר התפרשה על פני תקופה ארוכה. אף ההליך נוהל מתוך תשומת לב לצורך לסיימו בהקדם".²⁰

השיקולים השונים בטרם הכרעה:

לאור המטרות המשולבות שפורטו לעיל, במסגרת השיקולים שנדרשים הטריבוטלים השיפוטיים לאזן מצויים בעיקר הפרמטרים הבאים:

סדר: סדרי הדין בבית הדין מכוונים לקבוע אם וכיצד יוכלו צדדים לערור על החלטת הממונה או לפנות לבית הדין כאשר לממונה אין את הסמכות להיענות למבוקשם. במסגרת זו יקבע בית הדין אם הוא ידון בבקשה או יפנה את הצדדים לאפיקים אחרים למימוש זכויותיהם, כגון הפניה לממונה לטיפול בבקשתם או הפניה לבתי משפט מנהליים ואזוריים. בכך שומר בית הדין על סדר בנוגע לאופן התנהלותו. בית הדין קבע לא אחת שהסדר בבית המשפט אינו עניין פרוצדורלי גרידא, אלא עניין מהותי. בשל כך המאמר ידון בהרחבה בשאלת זכויות הצדדים וסדרי הדיון של צדדים בהליך בבית הדין.

בהליך הפלילי סדר הנאשמים נקבע על ידי רשות התחרות בעת הגשת כתב האישום, אשר בדרך כלל ממקמת את הנאשמים הבכירים ביותר מבחינת מעמדם ההיררכי בתאגידים בראש רשימת הנאשמים, ולא בהכרח על פי מעורבותם בביצוע ההסדר. לקביעת סדר הנאשמים יש חשיבות ממעלה ראשונה באופן שבו יתנהל ההליך הפלילי בבית המשפט והיא משפיעה על אופן ניהול הגנתם. כך, לדוגמה, בעקבות קביעת סדר זה על ידי רשות התחרות, הנאשמים הבכירים ביותר הם שזכאים לחקור ראשונים את עדי התביעה בפרשת התביעה, אולם הם גם הנאשמים הראשונים שמעידים במסגרת פרשת ההגנה. לעיתים נאשמים אלה נדרשים להעיד על אחריותם הניהולית (בהתאם לסעיף 48 של חוק התחרות) מבלי שהם נחשפו לגרסה העובדתית של יתר הנאשמים שהם המבצעים המרכזיים, הנאשמים באחריות ישירה. מכאן שקביעת סדרי הדין בהליך האזורי והפלילי אינה עניין פרוצדורלי גרידא, כי אם מהותי עבור המתדיינים.

ודאות וצפיות: ודאות חשובה בתחום דיני התחרות מכיוון שהיא מאפשרת לציבור רחב מאוד של גופים ואנשים הכפופים לחוק התחרות לכלכל את צעדיהם בביטחון ולדעת מהם המגבלות והגבולות על פי החוק. בית הדין ובתי המשפט נדרשים לייצר ודאות בהליכים שהם, מעצם טבעם, ממושכים ומורכבים מהליכים רבים אחרים, וכאשר דיני התחרות מורכבים יותר ליישום מאשר חוקים רבים אחרים. לא בכדי נקבעו לסדרי הדין בבית הדין תקנות התחרות הכלכלית (סדרי דין בבית הדין ובערעור), התשמ"ט-1988 והוקנו לבית הדין סמכויות רחבות לקביעת סדרי הדין וההליכים, בשונה מהליכים מנהליים אחרים. במסגרת סמכויות רחבות אלה

19 ת"פ (מחוזי י-ם) 49529-12-11 מדינת ישראל נ' בן דרור (נבו) (30.4.2017).

20 שם, פס' 369.

נדרש בית הדין לבנות ודאות בעת ניהול ההליכים לפניו, ולכן למאמר זה חשיבות רבה בניסיון להגביר את הוודאות בעת פנייה לבית הדין.

בהליך הפלילי, אשר בוחן, מעצם טבעו, את מעשי הנאשמים רק בדיעבד (ולעיתים שנים לאחר ביצוע העבירה), קיימת בעיה ביצירת ודאות וצפיות. הדין המתפתח בתחום דיני התחרות, ההלכות המשתנות, השינויים בשווקים הרלוונטיים לכתב האישום ונסיבות נוספות גורמים לחוסר ודאות באשר למצב המשפטי הקיים. ההליכים הפליליים בדיני התחרות ופסקי הדין של בית המשפט העליון בערעורים על פסקי דין פליליים הפכו לא אחת למקור לפרשנות דיני התחרות וקביעת נורמות התנהגות מקובלות ורצויות. לכן, דווקא בהליך הפלילי שמירה על ודאות וצפיות בכל הנוגע להתפתחות הדין מחייבת שימוש זהיר בהלכות חדשות, ויש לוודא שזכויות הנאשם להליך הוגן, וכחלק מכך זכותו לוודאות ולצפיות בנוגע לפרשנות דיני התחרות, לא ייפגעו.

יעילות: בית הדין ובית המשפט מודעים באופן מיוחד לצורך בהליכים יעילים, בפרט במקרים שבהם להחלטתם יש השלכה משמעותית על הצרכן ועל התחרות. להחלטה יעילה יש השלכה גם בפן ההרתעתי, שכן להחלטות לא יעילות בנוגע לסדרי הדין יכולה להיות השלכה על העלויות האישיות והחברתיות של ניהול ההליך. כך, לדוגמה, איסוף ראיות בהליכים מתחום דיני התחרות כרוך בהשקעת משאבים כלכליים ניכרים וחריגים, שכן חלק מהראיות מחייבות ניתוח כלכלי, ולא ניתן להציגן בצורתן הגולמית. איסוף הראיות ועלותן עלולים להרתיע צדדים מלפנות לבית הדין או לבתי משפט בתביעות אזרחיות נגד פעולה פוגענית או נגד החלטה שגויה של הרשות. לכן, בית הדין ובית המשפט ינסו להקל על איסוף הראיות במקרים מסוימים. לעומת זאת, היעדר ראיות מספיקות עלול לגרום להחלטות לא יעילות שיגרמו לעלויות חברתיות בהכשרה או במניעה של מעשה לא תחרותי.

המחוקק, בסעיף 40(א) לחוק, שם גם הוא דגש על הצורך בהכרעה מהירה. לכן, במקרים רבים, מבקש בית הדין לקדם את יעילות הדיון כחלק מהותי מההתדיינות גם על חשבון זכויותיהם הדיניות של המתדיינים. כך לדוגמה, במקרים רבים נקבע חיסיון גורף על מסמכים וחוות דעת, על מנת להימנע מדיונים ארוכים וממושכים על אודות הצורך בקיומו של חיסיון לגבי מסמך כזה או אחר ולמנוע דיונים ארוכים על אודות הסרת החיסיון על כל מסמך ומסמך.²¹ במקרים רבים בית הדין מעניק עדיפות לשאלת יעילות הדיון על פני האיוון בין הזכות לחיסיון לבין זכות בעלי הדין והציבור להיחשף למידע רב ככל הניתן.

21 ראו לדוגמה ה"כ (הגבלים עסקיים י-ם) 26594-02-11 מליסרון נ' הממונה על הגבלים עסקיים (אתר רשות התחרות, בקשה 38 מיום 11.4.2002). בהליך זה הוטל חיסיון על כתבי בית הדין וחוות הדעת שהוגשו בהליך וכן על הסדר הפשרה שאליו הגיעו הצדדים בשל הסודות המסחריים שבו. חיסיון זה הוא גורף ביותר ואינו מעניק כל יכולת לבחון את הסדר הפשרה שאליו הגיע הממונה. כך גם בעניין נמל אשדוד, להלן ה"ש 28, פס' 191 לפסק הדין: בית המשפט ציין כי במסגרת ההליכים השונים נמסרו נתונים מסחריים רבים של גורמים שונים, לרבות אלה שאינם מעורבים בהליך, וניתנו צווי חיסיון על ידי בית הדין. מטעם זה, ועל מנת לאפשר את פרסום פסק הדין במלואו, בית הדין הותיר את צו החיסיון בעינו, ומנגד מיעט להתייחס לנתונים פרטניים במסגרת פסק הדין, על מנת לאפשר את פרסומו באופן מלא.

כפי שנראה, במקרים מסוימים הרצון לשמור על יעילות הדיון מוביל לתוצאה של פגיעה בזכות הציבור לדעת, שכן מרביתם של הדיונים בבית הדין נערכים בדלתיים סגורות, לצדדים לא ניתנת אפשרות להעתיק את החומר החסוי והגישה למידע ניתנת לבאי כוח הצדדים בלבד. קיים חשש מהצפת בית הדין בבקשות הצטרפות להליכים ובבקשות לעיון במסמכים או מהערכת קשיים באיסוף מידע העלולים לעכב במידה ניכרת את הפתרון התחרותי שאליו שואפים להגיע באמצעות ההליך בבית הדין. מכיוון שלתוצאות ההליך יש השפעה על התחרות ועל הציבור בכללותו, השיקולים של יעילות במקרה זה הם שיקולים מהותיים ומשמעותיים יותר לעומת הליכים חוזיים אזוריים שנשקלים על ידי בתי משפט אזוריים בתביעות חוזיות. ניהול יעיל של ההליך הפליילי בגין עבירות על חוק התחרות הפך לשיקול מרכזי (אך לא יחיד) של בתי המשפט בהפניית נאשמים להליכי גישור פלייליים. ריבוי הנאשמים והאישומים בצד מורכבות ההליך והיקפי חומרי החקירה מקשים על קיומו של הליך יעיל, ולפיכך בתי המשפט מבקשים מהצדדים לבחון אם ניתן להגיע להבנות בין הצדדים הן בנוגע למהות התיק והן בנוגע לאופן ניהול ההליך בבית המשפט. שיקול היעילות מהווה גורם משמעותי גם מבחינת רשות התחרות, אשר מעדיפה, במקרים המתאימים, להגיש כתבי אישום בגין האישומים המרכזיים, תוך הותרת חלק מהמעשים וחלק מהמעורבים מחוץ לכתב האישום.²² זאת, במקביל לשיקולי יעילות אשר מובילים את הרשות להפנות חלק מההליכים לאכיפה מנהלית-כספית, חלק ההליך פליילי.²³

חוקתיות: בית הדין ובתי המשפט מקפידים לאזן בין זכות הגישה לערכאות של הצדדים המבקשים להתדיין לפנייהם לבין מטרות דיני התחרות וחוק התחרות. במקרים רבים בית הדין מסרב לדון בטענות של צדדים בדבר זכויותיהם החורגות מהמטרות של דיני התחרות ומפנה את הצדדים להליכים מנהליים ואזוריים למיצוי זכות הגישה לערכאות. כמו כן, בית הדין משמש ערכאת ערר על החלטות של רשות מנהלית ייחודית – רשות התחרות, ומשכך הוא עוסק בחוקיות ההחלטות של הרשות על פי דיני המשפט המנהלי. באופן דומה, בתי המשפט האזוריים איזנו בין זכות הגישה לערכאות בתביעות ייצוגיות לבין מורכבות ההליך, הזכות לסודיות המידע של הנתבעים וקניינם במידע וזכות הציבור לדעת.

בית המשפט בהליך הפליילי דן לא אחת בשאלות חוקתיות הנוגעות לזכויות נאשמים, ובכלל זה בטענות הנוגעות ל"הגנה מן הצדק",²⁴ וכן בממשק שבין זכויות הנאשם לקבלת כל החומר הרלוונטי בעניינו לבין זכותם של צדדים נוספים שלא לחשוף מידע סודי מסחרי שנאסף

22 כך למשל, בת"פ (מחוזי מרכז) 34706-06-18 **מדינת ישראל נ' פור** (נבו 12.4.2021), הוגשו כתבי אישום רק נגד נאשמים אשר מעורבותם בפרשה הייתה הגדולה והדומיננטית ביותר.

23 כך למשל, בגילוי דעת 2/12 של רשות התחרות "הנחיות הרשות בדבר השימוש בהליכי אכיפה של עיצומים כספיים" **רשות התחרות** 5001998 (24.7.2012), נקבעו בפרק ב' מקרים מסוימים אשר לגביהם הרשות תנקוט הליכים מנהליים חלק פלייליים. באופן דומה, לעיתים במסגרת ההחלטה להעמיד לדין שוקלת הרשות שיקולי יעילות וחסכון במשאבי ציבור ובוחרת להעמיד לדין רק את מחוללי העבירות, את המשתתפים המרכזיים, ולא את כל חברי הקרטל. בית המשפט דן בתעודת זה וקבע כי אין מדובר באכיפה בירנית, כי אם בשיקולים סבירים ומקובלים שאין בהם כדי להוות אכיפה אסורה. ראו, לדוגמה, עניין **פור**, שם, פס' 69–72.

24 ס' 149(10) לחוק סדר הדין הפליילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982 (להלן: "החסד").

על ידי הרשות במסגרת יתר סמכויותיה האזרחיות והמנהליות. כך, טענת "הגנה מן הצדק" צמחה במשפט הישראלי, בין היתר, במסגרת תיקים פליליים בתחום דיני התחרות.²⁵ אחת מהשאלות המורכבות שעלו בהקשר זה נגעה לנפקות הייעוץ המשפטי שניתן לנאשמים בנוגע למעשים, וזאת, בין היתר, לאור הקשיים בפרשנותו של החוק ומורכבות דיני התחרות.²⁶ באופן דומה, נאשמים המבקשים מהרשות לחשוף מידע המצוי בידיה בטענה כי מידע זה מהווה חומר חקירה רלוונטי להליך (לפי סעיף 74 לחסד"פ) נאלצים לפנות לבית המשפט בבקשה לקבלת המידע, על מנת שזה יאזן בין זכויות הנאשמים לבין זכויות צדדים שלישיים שחשפו את המידע בפני רשות התחרות.²⁷ פנייה זו מאריכה את ההליך הפלילי, שכן היא מחייבת איזון בין זכויות חוקתיות של הנאשמים לבין זכויות חוקתיות של צדדים נוספים, ובכלל זה זכותם לסודיות וחסינות המידע.

צדק: בית הדין ובתי המשפט נדרשים לאזן בין זכויות הצדדים לבין ההגנה על הצרכן ועל התחרות. איזון זה חורג מהאיזון המקובל בין זכויות המתדיינים. שיקולי הצדק הנוגעים לתחרות רחבים משמעותית מאלה המקובלים בתחומי משפט אחרים. הציבור הרחב שאינו מיוצג, ועליו נדרשים בית הדין ובתי המשפט להגן, משפיע רבות על התוצאה שאלה מגיעים הטריבוטלים השונים והוא אף המטרה העיקרית (וכמעט היחידה) שלשמה מתקיימים הדיונים בבית הדין. מכאן, שמונח הצדק שונה בהקשר של דיני התחרות בהשוואה למונחי צדק פרטי בין מתדיינים.

ב. סדרי הדין בבית הדין לתחרות

1. המסגרת החוקית לסדרי הדין בבית הדין

המחוקק היה ער לקשיים ולמורכבות של ניהול הליכים לפני בית הדין ולפיכך קבע מנגנון גמיש אשר מותיר לבית הדין את מרבית הסמכות לקבוע בעצמו את סדרי הדין והראיות.²⁸

25 מכוח דוקטרינת "ההגנה מן הצדק" הנאשמים טוענים כי יש לבטל את כתב האישום בשל פגיעה בתחושת הצדק מצד הרשות. פרשנות ה"הגנה מן הצדק" נדונה בהרחבה בע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוכין**, פ"ד נט(6) 776, 808 (2005); ע"פ 5672/05 **טגר נ' מדינת ישראל** (נבו) 21.10.2007; ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרץ** (נבו 10.9.2013); ת"פ (מחוזי י-ם) 13298-12-17 **מדינת ישראל נ' בר אור** (נבו 6.9.2018).

26 עניין **טגר**, שם.
27 מידע זה נדרש פעמים רבות לשם ביסוס טענה של "הגנה מן הצדק". בנוגע לחומר ומידע שאינו מהווה "חומר חקירה", הצדדים רשאים לבקשו מכוח ס' 108 לחסד"פ. ראו למשל בהקשר זה: ת"פ (מחוזי מרכז) 17540-08-20 **מדינת ישראל נ' גרידינגר** (נבו 18.4.2021). גם בהקשר זה בית המשפט יידרש לאזן בין זכויות הנאשמים להליך הוגן לבין הזכויות של צדדים שלישיים שמסרו את המידע המבוקש.

28 ראו בהקשר זה: ע"א 8387/20 **חברת נמל אשדוד בע"מ נ' הממונה על התחרות**, פס' 39–40 (נבו 8.1.2024), שם נאמר כך: "סמכויותיו של בית הדין לתחרות הוגדרו במספר הוראות הפזורות בחוק התחרות. ניתן לחלק סמכויות אלה לשלושה סוגים עיקריים: מתן הוראות לגורמים הפועלים בשוק... אישור פעולות בין גורמים הפועלים בשוק... והכרעה בערר על החלטות

הדגש של המחוקק בסעיף 40 לחוק היה **ניהול הליך צודק ומהיר**. שני השיקולים האמורים נקבעו בחוק והם שמנחים את בית הדין בעת השימוש בסמכויותיו הפרוצדורליות. לפני בית הדין מובאים הליכים בנושאים שונים אשר מהותם משפיעה על ניהולם. כך לדוגמה, בהליכים לתקיפת החלטת מיזוג, לצדדים למיזוג בדרך כלל יש רצון לקדם את ההליכים בצורה המהירה ביותר ולהגיע להכרעה סופית שתאפשר להם ודאות בנוגע לעסקת המיזוג. דוגמה בולטת לכך היא עניין מי עדן, שבו העוררות עמדו על הדחיפות שבמתן הכרעה בערר והדגישו כי ככל שלא יינתן אישור למיזוג תוך פרק זמן קצר, הרי שעסקת המיזוג תבוטל. הצדדים אף ביקשו לקיים דיון דחוף, וזאת עוד בטרם עיינו בכל המסמכים הרלוונטיים, ובטרם התבררו טענות צדדים שלישיים באשר לעיון במסמכים הנוגעים להם.²⁹ הדבר נכון במקרים מסוימים גם בהליכים לצו מוסכם ולאישור הסדר כובל, שבהם הצדדים אשר פנו לבית הדין לקבל את אישורו מעוניינים להגיע להסכמות ולוודאות בנוגע למצב המשפטי ולהסדרים בהקדם האפשרי ולכן יסייעו לבית הדין לקדם את הדיון בצורה הטובה ביותר.³⁰

הממונה. הסעיפים המרכזיים בחוק התחרות הרלוונטיים לעניין סדרי הדין בבית הדין הם: ס' 35, המאפשר לבית הדין אשר מחליט בהגבל עסקי ליתן צווים וסעדים שנראים לו על מנת שניתן יהיה להבטיח את קיום החלטתו: "החליט בית הדין בעניין הגבל עסקי, רשאי הוא, באותה החלטה או בהחלטה נוספת, ליתן כל צו הנראה לו דרוש כדי להבטיח שהחלטתו תקיפה". ס' 36, המסמך את בית הדין להוציא צווי ביניים בכל נושא שהובא לפני בית הדין. סמכות זו היא רחבה בהרבה מזו שקיימת לבתי משפט אזוריים: "בכל ענין שהובא לפני בית הדין או לפני אב בית הדין, רשאי בית הדין או אב בית הדין להוציא צו ביניים, אם מצאו כי מן הראוי לעשות כן בנסיבות הענין". ס' 37, שמעניק לבית הדין סמכות נרחבת לקבוע את סדרי הדין והראיות בהתאם לשיקול דעתו. ס' 37(א) קובע כי בכל הנוגע לדיני ראיות "בית הדין ואב בית הדין לא יהיו קשורים בדיני הראיות, פרט לדינים בדבר חסינות עדים ובדבר ראיות חסיות כאמור בפרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971". ס' 37(ב) מסדיר את אופן הזמנת עדים, גביית ראיות וביצוע צווים של בית הדין: "לענין הזמנת עדים וגביית ראיות יהיו לאב בית הדין הסמכויות שיש לבית משפט מחוזי בענין אזורי; ולענין ביצוע הצווים ובזיון בית המשפט דין צו בית הדין כדין צו בית משפט מחוזי בענין אזורי". גם לענין המועדים העניק המחוקק לבית הדין סמכויות רחבות. כך בס' 38 נקבע כי: "מועד שנקבע לפי חוק זה, רשאי אב בית הדין לפי בקשת הממונה או אדם מעונין, להאריך אף שנסיבות המועד, אם ראה שקיימים טעמים מיוחדים לעשות כן". ודוק: סדרי הדין בבית הדין הם גמישים ביותר וקבועים בתקנות התחרות הכלכלית (סדרי דין בבית הדין ובערעור), התשמ"ט-1988. התקנות נקבעו בהתאם לסמכות שהוענקה לשר המשפטים בס' 40 לחוק שלפיו: "בית הדין ואב בית הדין ידונו לפי סדרי הדין שהתקין שר המשפטים לפי סעיף קטן (ב)". התקנות קבעו את הפרוצדורות להגשת בקשה והתנגדות לאישור הסדר כובל לבית הדין, זהות הצדדים בהליכים אלה, אופן הדיון בבית הדין בנוגע למיזוג חברות, מונופולין וקבוצת ריכוז וכן סמכויות בית הדין לענין הראיות וסדרי הדין. תק' 26 חוזרת על סמכותו של בית הדין שלא להיות קשור בדיני ראיות, פרט לדינים בדבר חסינות עדים ובדבר ראיות חסיות כאמור בפרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971.

29 ה"ע (בית הדין לתחרות) 43441-04-16 מי עדן בר – שירות מחלקה ראשונה בע"מ נ' הממונה על הרשות להגבלים עסקיים, פס' 19 (אתר רשות התחרות, 20.11.2016). ראו גם מיכל הלפרין "פרשת דור אלון-סונול – כיצד צריכה להיראות ההתדיינות בבית הדין להגבלים עסקיים" **תאגידים** 60, 71 (2008), וכן את הפסיקה המובאת בה"ש 32 למאמרה.

30 ראו למשל, דברי בית הדין בה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 29767-12-12 **קבוצת עזריאלי בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, פס' 18 (נבו 9.8.2013), בדבר התמשכותם של ההליכים:

מנגד, בהליכים אחרים בבית הדין אין לכל הצדדים את אותו תמריץ בנוגע לניהול ההליך המשפטי בבית הדין, ולכן ניתן יהיה למצוא מקרים שבהם לחלק מהצדדים יש רצון לקיים הליך מהיר ויעיל, גם אם הדבר בא על חשבון זכויותיהם לביטול מלא וממזה של ההליך, ואילו לצדדים אחרים יש רצון לעכב את ההליך המשפטי ככל הניתן, להערים קשיים בהגעה לתוצאה סופית ולמצות את מלוא זכויותיהם בהליך. במקרים אלה יידרש בית הדין לאזן בין האינטרסים של הצדדים השונים. לעיתים תיקים הגבליים עלולים להתמשך שנים רבות עד כי מתרוקן מתוכן תפקידו של בית הדין בנושא הנדון, והסוגיה המתבררת עשויה להפוך לתאורטית במועד מתן פסק דין סופי.³¹

הבחנה נוספת בין ההליכים השונים המתקיימים בבית הדין נוגעת לסוג ההליכים המתקיימים לפניו. בית המשפט העליון בעניין **דור אלון** הבחין בהקשר זה בין סמכויות ראשוניות של בית הדין, המסורות לו באופן בלעדי, לבין סמכויותיו כערכאת ערר על החלטות הממונה. כאשר בית הדין משמש ערכאת ערר על החלטת רשות מנהלית, היקף התערבותו בהחלטה של רשות מנהלית נגזר תמיד מטיבו של הנושא העומד לדיון, ממעמדו של הגורם שהחלטתו עומדת לבחינה השיפוטית, מהיקף המקצועי, ממידת המומחיות של מקבל ההחלטה וכן ממכלול של עניינים נוספים. במקרים שבהם דן בית הדין בקביעה של הממונה, הרי שבית המשפט העליון ראה את מומחיותו של הממונה בתחום התחרות ככזו המאפשרת לבית הדין לתת את מלוא המשקל לידע, לשיקול הדעת, למומחיות ולניסיון שמצויים בידי רשות התחרות.

דיון מעניין של שופטי בית המשפט העליון בנוגע לסמכויות בית הדין התקיים בעניין נמל אשדוד הנזכר לעיל. כב' השופט גרוסקופף חזר על ההלכות שלפיהן בית הדין לתחרות הוא בית דין מנהלי שהוקם מכוח חוק התחרות הכלכלית והוא מאופיין במומחיות של חברי בית הדין, בעל ידע מקצועי ומיוחד ובידיו כלים רבים לצורך עריכה של ביקורת שיפוטית מנהלית

“...התמשכות ההליכים בפני בית הדין בסוגיה מן הסוג שלפנינו (ערר על החלטת ממונה שלא לאשר מיזוג – ח.ב. ו-ל.פ.) תלויה לא במעט בהתנהלות הצדדים, והעוררת בכלל זה. רוחב גילוי המסמכים המתבקש גורר אחריו דיונים מורכבים בהם משתתפים הצדדים השלישיים מהם נאספו המסמכים על ידי הממונה בהליך הבדיקה”. לערעור על החלטת בית הדין בעניין זה ראו ע”א 6426/13 **קבוצת עזריאלי נ’ הממונה על הגבלים עסקיים** (נבו 25.8.2014).

31 הבעייתיות בהתמשכותם של תיקי הגבלים עסקיים אינה ייחודית רק לישראל. כך לדוגמה, בארצות הברית, בהליך אזרחי בין צדדים שבו הועלו טענות להפרת דיני התחרות, Bristol Steel & Iron Works v. Bethlehem Steel Corp., 41 F.3d 182 (4th Cir. Va. 1994), הליך גילוי המסמכים כשלעצמו נמשך חמש שנים. התמשכות ההתדיינות בבית המשפט והטריבונילים המדינתיים גורמת להגדלת ההוצאות המשפטיות של הצדדים. נוסף על כך, עדויות המומחים מורכבות ולכן דורשות הסברים בנוגע למתודולוגיה הכלכלית של החישוב, לאופן החישוב ולתוצאותיו, וזאת מעבר לחוות הדעת הכלכלית עצמה. לא אחת ניתן למצוא מקרים שבהם אותה מתודולוגיה הביאה לפסיקות שונות של סכום הפיצוי בעבור אותה מסכת עובדתית, הן על ידי המושבעים והן על ידי בית המשפט. כך לדוגמה, בעניין Schwartz v. Sun Co., 276 F.3d 900 (6th Cir. 2002), בעמ’ 903 ציין בית המשפט כי “This case is extraordinarily fact intensive”. אמירות דומות מושמעות תדיר על ידי בתי המשפט בעת דיונים בקשר לטענות להפרת דיני התחרות. להרחבה בהקשר זה, ראו בולמס, לעיל ה”ש 3, בעמ’ 79–81. כן ראו, בהקשר של הליכי גילוי ועיון בהליך הפלילי לפי ס’ 74 לחסד”פ; עמית, לעיל ה”ש 5, פרק יז.

הדוקה יותר מזו הנוהגת בדרך כלל. בית הדין הוסמך בחוק לאשר החלטת ממונה, לבטלה או לשנותה, למעט חריגים. בשונה מביקורת שיפוטית "רגילה" לפי כללי המשפט המנהלי, ובכלל זה הביקורת שמפעיל בית המשפט העליון על החלטות הממונה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, הוראות חוק התחרות והכלים המסורים בידי בית הדין מצביעים על כך אופן בחינת החלטותיו של הממונה על ידי בית הדין לתחרות הוא רחב יותר, שעה שבסמכותו אף לתת החלטה אחרת, חלף החלטת הממונה, ולא רק לבטלה או לאשרה.

כפי שהוגדר, מדובר בהתערבות שהיא שילוב, שכן הגם שלבית הדין לתחרות ישנם הכלים והמומחיות לערוך בחינה לגופו של עניין, אין מדובר בהליך של שמיעה מחדש, ולהחלטת הממונה שהובאה לפניו יש משקל נכבד, בהינתן הידע, הכלים, המומחיות והניסיון המצטבר המצויים ברשותו. דברים אלה עולים בקנה אחד עם הוראת סעיף 43(ה) לחוק התחרות, שלפיה "קביעת הממונה תהא ראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי". משכך, בחינת החלטת הממונה תיעשה בשים לב להחלטת הממונה והניתוחים שהובאו במסגרתה, תוך מתן משקל רב להם, כאשר בירורו יתמקד בשאלה האם נפלו טעות או פגם מהותי אחר בהחלטת הממונה המצדיקים התערבות.

לעומת בית הדין לתחרות והיקף התערבותו הרחב, בית המשפט העליון אינו יושב כערכאה מנהלית, אלא כערכאת ערעור רגילה על בית הדין, וגדר התערבותו היא כשל ערכאת ערעור, ובכלל זה כפוף בית המשפט העליון לכלל אי-ההתערבות בממצאי עובדה ומהימנות.

כב' השופט עמית הוסיף לעניין זה את התייחסותו להוראת סעיף 37 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992, שמסדירה את סמכות בתי הדין המנהליים לדון בעררים, לרבות סמכותו של בית הדין לתחרות, שלפיה "בית הדין מוסמך לאשר את ההחלטה שעליה עוררים, לשנותה, לבטלה ולקבל החלטה אחרת במקומה, או להחזיר את הענין עם הוראות לרשות שהחליטה". הוראה זו זהה להוראה המעוגנת בתקנה 146 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, המסדירה את סמכותה של ערכאת הערעור לדון בערעור אזרחי. הביקורת השיפוטית של בית הדין לתחרות על החלטות הממונה מהסוג שלפנינו היא חריגה בהיקפה, שכן מתקיים הליך הוכחות ושמיעת עדים, לרבות עדים מומחים. הביקורת השיפוטית אינה ביקורת מנהלית רגילה, והיא אף אינה ביקורת ערעורית רגילה, אלא מעין שעטנו בין סוגי הבחינה והביקורת השונים, ובגדרה בית הדין אומנם מעניק משקל נכבד למומחיות הממונה, אך אינו כבול לשיקול דעת הממונה. ערכאת הערעור, היא בית המשפט העליון, אליה מגישים ערעור בזכות, מבקרת את החלטת בית הדין כביקורת ערעורית קלסית, מצומצמת יותר. יש לכך חשיבות הן להיקף התערבותו של בית הדין בהחלטת הממונה והן להיקף התערבות בית המשפט העליון בפסק דינו של בית הדין.

היקף ההתערבות של בית הדין בהחלטה להטיל **עיצומים כספיים** ובהיקפם נדונה אף היא בפסק הדין בעניין נמל אשדוד, ונדמה כי דיון זה בין השופטים ממחיש את המחלוקות שנוותרו עד היום באשר להיקף ההתערבות של בית הדין. כב' השופט גרוסקופף ציין כי לדידו, אמת המידה להתערבות שיפוטית בהחלטת הממונה להטיל עיצום כספי אינה שונה מזו המיושמת בביקורת שיפוטית של בית הדין לתחרות בדונו בעררים אחרים על החלטות הממונה, אולם הפעלתה של הביקורת השיפוטית נדרשת להיות קפדנית יותר, על דרך של בחינה יסודית של דיות הראיות שעמדו לפני הממונה והקפדה על קיומה של חובת ההנמקה. בית הדין אינו נדרש

להיכנס בנעלי הממונה שאת החלטתו הוא מבקר ולקבוע האם בהתבסס על התשתית העובדתית והראייתית שהונחה היה מגיע לקביעה אחרת או האם הממונה יכול היה לקבל החלטה טובה יותר. עליו לבחון האם ההחלטה נופלת בגדר מתחם ההחלטות שניתן היה לקבל בהינתן מכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין. לעומתו, כב' השופט עמית סייג כי הסמכות להטיל עיצום כספי אינה סמכות של מה בכך, כאשר שיעורו המקסימלי עומד כיום על למעלה מ־111 מיליון ש"ח לתאגיד ולמעלה מ־1.11 מיליון ש"ח ליחיד. לאור דברי הממונה על התחרות והיועץ המשפטי של התחרות דאז בישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת שבה נדונה הוספת העיצום הכספי, ספק אם ניתן ליישב דברים אלה, באשר לביקורת השיפוטית המשמעותית של בית הדין "שאין לה אח ורע" עם העמדה המושמעת כעת שגורסת כי הביקורת של בית הדין לגבי העיצום הכספי היא ביקורת מנהלית גרידא שמוגבלת לבדיקת סבירותו. לדעתו, בית הדין מוסמך לבחון אם לנוכח התשתית העובדתית והראייתית שהונחה לפניו הוא סבור אחרת מכפי שסבר הממונה בנוגע להטלת העיצום הכספי ושיעורו. שונה הדבר מהיקף הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון כבקורת ערעורית קלסית על החלטת בית הדין. בהיקש זהיר, כשם שאין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בחומרת העונש, אלא במקרים חריגים שבהם נפלה טעות מהותית בפסק הדין או כאשר יש סטייה ברורה ממדיניות הענישה הנוהגת, גם היקף התערבותו של בית המשפט העליון בגובה העיצום הכספי שקבע בית הדין הוא מוגבל. השופט ברוך הצטרפה לעמדת שני חבריה שבית הדין נדרש להפעיל ביקורת שיפוטית דקדקנית במיוחד בכל הנוגע להחלטת הממונה בדבר הטלת עיצום כספי, וכן הצטרפה לדעתו של כב' השופט עמית שלפיה הביקורת אינה מוגבלת לסבירות קבלת ההחלטה, אלא על בית הדין לבחון אם לנוכח התשתית העובדתית והראייתית שהונחה לפניו מתחייבת החלטה אחרת בנוגע להטלת העיצום ושיעורו. לשם השוואה, בדיון מורחב בבית המשפט העליון באשר למשמעות עמדתו של מאסדר נפסק, בדעת רוב, כי אין מקום לאמץ את עמדתו הפרשנית של המאסדר ביחס להנחיות שיצאו תחת ידו כברירת מחדל וכי יש לשמוע את עמדת המאסדר ולבחון אותה בהתאם להלכה הפסוקה באשר לבחינת העמדה הפרשנית של רשות מנהלית ביחס להסדר נורמטיבי שעל ביצועו היא אמונה ולפי אמות מידה ייחודיות, ורק אז להכריע בדבר המשקל שיש ליתן לה. דברים אלה משנים את עמדות בתי המשפט לעניין קבלת עמדת המאסדר ואף עשויים להשליך בענייננו על קבלת עמדת רשות התחרות כאשר זו תוצג לבית המשפט, בין אם על ידי הרשות כבעלת דין ובין אם כעמדה בהיותה הרשות המאסדרת, וכדברי בית המשפט העליון בעניין

זליגמן:³²

32 דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פס' 52 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר (נבו 4.7.2021). קדמה לפסק דין זה הגישה הרחבה יותר, שהקנתה משקל רב יותר לעמדת רשות מאסדרת מתמחה, כפי שבאה לידי ביטוי בע"א 4364/06 הרשות להגבלים עסקיים נ' דור אלון אנרגיה בישראל (1988), פס' 26 (נבו 6.12.2006). "החלטת הגורם המוסמך העומדת לביקורת ערר בפני בית הדין ראוי שתיבחן מתוך הנחה כי היא נערכה על-פי מיטב שיקול הדעת המקצועי, וכי חלה עליה חזקת התקינות. במיוחד כך הדבר כאשר מדובר בממונה על ההגבלים העסקיים, המהווה גורם מקצועי מובהק, המתמנה לתפקידו בידי הממשלה, ולרשות צוות נרחב של עובדים מקצועיים ברמה גבוהה ביותר בתחומים רלבנטיים שונים, ובכלל זה בתחומי הכלכלה והמשפט. לרשות מוסמכת זו עומדים הן ידע תיאורטי נרחב ומעמיק בתחומי ההגבלים העסקיים

יש לקחת בחשבון שעל אף שיש לייחס למאסדר, כמו לכל גורם מנהלי, את חזקת תקינות המנהל – לא ניתן להתעלם מהרגישות המובנית בתחום הפעילות של רשויות רגולטוריות מגוונות, ודאי כאלה העוסקות בפקוח אחר סקטורים שונים בתחומי הכלכלה והשוקים הפיננסיים וכן בענפי המסחר והתעשייה, כך שהמאסדר עלול לסבול מכשל המוגדר בספרות (כחלק מתאוריית הבחירה הציבורית, ה-Public Choice) כ"שבי רגולטורי". מדובר במקרים בהם קיים חשש שמא המאסדר "שבו" בידי הגורם עליו הוא מפקח, ומזדהה עמו ועם מטרותיו. מכאן עולה החשש כי המאסדר יבקש לסייע לגורם זה, למעלה מן הדרוש, מתוך רצון לרצות אותו. התופעה נובעת, בין היתר, מקירבה של המאסדר לשוק המפוקח, ומקשר ארוך טווח שהוא מקיים עם "השחקנים החוזרים" בשוק זה.

במצב הדברים המתואר, החשש הוא כי הרגולציה מעוצבת באופן שמיטיב עם הגורמים המפוקחים, על חשבון טובת הציבור (ראו: שרון ידין רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים 156–157 (2016) (להלן: ידין); מיכל (שיצר) גל והילה נבו "אסדרה של קבוצת ריכוז" דין ודברים י 281, 237 (2017)). מסיבה זו, יש לבחון, לגישתי, בזהירות ראויה כל פרשנות שאותה מציע המאסדר להוראותיו, הניתנת אגב סכסוך פרטני, כאשר הצדדים למחלוקת הם "שחקנים חוזרים" הנתונים לפיקוחו. כמו כן יש לבדוק בתשומת לב מירבית אם המאסדר לא כלל, במסגרת פרשנותו, שיקולים החורגים מהסכסוך הפרטני שלגביו בית המשפט נדרש להכריע.

ובהמשך, בפסקה 62 הרחיב כי:

ההלכה הפסוקה קובעת כי יש ליתן משקל מסוים (ולעיתים אף מוגבר) לעמדה המוצעת מטעם רשות מינהלית בהקשר לפרשנות דבר חקיקה שעל ביצועו היא אמונה (להבדיל מהמקרה שלפנינו, העוסק בפרשנות הרשות המינהלית את כלליה שלה), זאת כאשר ישנן כמה פרשנויות אפשריות, ואולם גם במקרה כזה – אין לייחס לעמדתה משקל מכריע. כפי שנקבע בעבר, על בית המשפט להטות אוזן לפרשנות הרשות המינהלית ולהתחשב בה, שכן היא איננה בעלת

על גווניהם השונים, וכן ניסיון מצטבר רב שנים הנצמח מפעילות פיקוח ענפה בשטח. סמכויותיו של הממונה הן נרחבות ביותר, והידע והמומחיות העומדים לו בתחום פעולתו הם בעלי משקל מיוחד. על רקע דברים אלה, הדעת נותנת, כי בחינת החלטתו של הממונה במסגרת ערר בפני בית הדין תיחס לעמדתו המקצועית משקל רב הן במישור התיאורטי והן במישור המעשי. יש ערך רב לנתונים העובדתיים הכלולים בהחלטת הממונה, כמו גם להערכותיו הכלכליות ביחס להשפעת המיזוג המבוקש על התחרות בענף. בהינתן נקודת מוצא זו, בכוחו של בית הדין לסטות מהחלטת הממונה אם מצא כי היא לוקה בטעות, ולקבל החלטה אחרת על-פי מיטב שיקול דעתו הענייני, אולם לעולם אין מדובר בפתיחת דף חדש בהליך השיפוטי, כאילו אין בנמצא החלטה העומדת לערר, וכאילו לא ארע דבר קודם לדין השיפוטי".

דין רגילה, אלא שנתונה לה מומחיות בתחום עליו היא אמונה, נוכח היכרותה עם השוק הרלבנטי והניסיון המעשי שלה באותו מגזר פעילות. עם זאת, התפקיד הפרשני הסופי נותר בידי בית המשפט, ועליו לבחור מבין הפרשנויות המוצעות – את זו הראויה ביותר לשיטתו, כך שאין הוא מחויב לאמץ את עמדתה הפרשנית של הרשות המינהלית, אם מצא כי אין לקבלה.

מפאת חשיבות פסק הדין לעניינה של רשות התחרות, בהיותה מאסדר מתמחה, ראוי גם להפנות לפסקה 68 שבה נבחנה שאלת מומחיות המאסדר כחלק מהשיקולים כיצד להתייחס לעמדתו ומעמד עמדתו בעת בחינתה על ידי בית המשפט:

מומחיות המאסדר – האם העמדה הפרשנית שהציג המאסדר היא טכנית ומקצועית, שאז יתרון המומחיות שלו עשוי לבוא לידי ביטוי, או שמא מדובר בעמדה נורמטיבית, שאז המומחיות נתונה לבית המשפט כפרשן המוסמך? האם המאסדר שהגיש את עמדתו הפרשנית ניסח בעצמו את ההנחיות, או שמדובר בהנחיות ישנות שהוא רק מביע את עמדתו לגביהן כפרשן חיצוני? ככל שהמאסדר הנוכחי רחוק, מבחינה כרונולוגית, ממועד ניסוח ההנחיות – יתרון "המומחיות" שלו הולך ופוחת. בנקודה זו יש לבחון גם האם המאסדר הביא לידי ביטוי את מומחיותו בעמדה הפרשנית המוצעת על ידו. הכוונה היא כי אין די בכך שלמאסדר נתונה מומחיות מסוימת, אלא שיש לבדוק האם המומחיות שלו נדרשה בפועל לצורך גיבוש העמדה הפרשנית ביחס להנחיות הנדונות.

באופן דומה, יש להפנות לפסקה 13 לעמדתה של השופטת ברק-ארז, אשר הצטרפה לעמדתו של המשנה לנשיאה, וכדבריה:

שיקולי מומחיות של הרשות – בשלב זה שומה עלי להתמודד עם שיקול מרכזי שעליו הצביעה חברתי השופטת וילנר: מתן משקל למומחיות ולניסיון של הרשות המאסדרת. אף אני מייחסת לאלה משקל של ממש. אולם, משמעותו של משקל זה היא שעל בית המשפט לברר מהי פרשנותה של הרשות המאסדרת ומהם הטעמים שנתנה לפרשנות זו. עליו לשקול אותם בכובד ראש. אולם, ההכרעה הסופית היא בידי, ללא העדפה מקדמית של עמדתה הפרשנית של הרשות. לא זו אף זו: במקרים מסוימים יכולה להתעורר שאלה שכלל אינה מתחום מומחיותה של הרשות, כדוגמת פרשנותו של מונח משפטי כללי שבו היא עושה שימוש. יש להיזהר אפוא ממתן משקל עודף לפרשנותה של הרשות המאסדרת גם משום שהפרשנות עשויה לאצול על נושאים החורגים מתחום מומחיותה. יש להעיר גם, כי כגורמים בעלי ניסיון ומומחיות, המלווים בין היתר בייעוץ משפטי – יש לצפות מרשויות מינהליות בכלל, ומרשויות מאסדרות בפרט, לערוך ולפרסם את הנחיותיהן באופן בהיר ומובן ככל האפשר. ככל שייעשה כן – יצטמצמו למינימום המחלוקות הפרשניות

האפשרויות סביב יישום ההנחיות, ולמעשה בתי משפט כלל לא יידרשו לשאלה שבה אנו דנים כעת.

מאמר זה יסקור דוגמאות להחלטות בעניין סדרי דין המשפיעות על המהות. מטבע הדברים, לא נוכל לסקור את כל סדרי הדין האפשריים בבית הדין, ולפיכך יוצגו דוגמאות בלבד. דוגמאות אלה נועדו לסייע בבחינת השיקולים המנחים הקיימים והרצויים, היכולים לחול, בהתאמות המבוקשות, גם על סדרי דין נוספים שמתקיימים בבית הדין, ואף היכולים לסייע לשיקולים בהליכים אזרחיים, מנהליים ופוליטיים בתחום דיני התחרות.

2. הצדדים להליך בבית הדין

מיהותם של הצדדים בבית הדין והזכויות שיש לכל אחד מהם הן בין הנושאים המרכזיים ביותר שבהם עוסק בית הדין בכל תיק. מורכבות נושאים אלה הובילה לפיתוח מסגרת דיונית שמשליכה על ההליך כולו. בהתאם לכך ידון המאמר בזכויות הצדדים בעת שהם פונים לבית הדין לערור על החלטת הממונה בעניינם. כן ידון המאמר בהסדרים כובלים שמובאים לאישורו של בית הדין ומעמדו של הממונה בהליכים אלה. נוסף על כך ידון המאמר בהסדרי פשרה מסוג "צו מוסכם" בין חברות לממונה. לבסוף ידון המאמר במעמד צדדים שלישיים המבקשים להצטרף להליך או לערור נגד החלטת הממונה שאינה מכוונת ישירות אליהם.

בכל אחד מהנושאים יידונו סוגיות בסדרי דין, כגון: גילוי מסמכים, זכויות הצדדים בהליך המשפטי, השפעת ההליך עליהם, מעמד הממונה וחובותיו, מטרות ההליך המשפטי בבית הדין ומעמד ההחלטה של בית הדין ביחס להליכים בבתי משפט אחרים.

(א) צירוף צד להליך הגבלי – כללי

שאלת הצטרפותו של צד להליכים בבית הדין, או סירוב מתן גישה לבית הדין, היא שאלה מורכבת. זאת בפרט לאור המנגנון המשולב הקבוע בחוק ובתקנות, שלפיו בחלק מהמקרים ההצטרפות להליך תיעשה בהתאם להוראות חוק התחרות, ובחלק אחר נותר שיקול דעת לבית הדין להכריע בסוגית ההצטרפות להליך.

בכל הנוגע להסדרים כובלים, על פי הוראות סעיפים 8(ב) ו-15(א) לחוק הוקנתה זכות עמידה לפני בית הדין לאדם העלול להיפגע מהסדר כובל, לאיגוד עסקי וכן לארגון צרכנים. במקרים אלה, הם רשאים להגיש התנגדות מנומקת לבקשה לאישור הסדר כובל או להחלטה למתן פטור מאישור הסדר כובל לפי סעיף 14 לחוק.³³

בתחום המיזוגים, סעיף 22(ב) לחוק מקנה זכות ערר על החלטת הממונה אשר הסכים למיזוג ל"כל אדם העלול להיפגע מן המיזוג, איגוד עסקי וכן ארגון צרכנים".

33 כך, בה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 6576-12-16 בניון נ' הממונה על הגבלים עסקיים (נבו 17.3.2017), נקבע כי רק מי שנפגע פגיעת הגבל עסקי רשאי לערור לפני בית הדין על החלטת הממונה ליתן פטור להסדר כובל. בעניין זה העורר לא הצליח להצביע על פגיעה שכזו, ומשכך הערר סולק על הסף.

אשר למונופולים, סעיף 30(ו) לחוק מקנה זכות התנגדות להוראות שנתן הממונה לבעל מונופולין ל"ארגון צרכנים וכל אדם אחר הנפגע מהוראות אלה".
נוסף על כל אלה, קבע המחוקק תקנת סל המעניקה לבית הדין סמכות לצרף כל אדם להליכים המתנהלים לפניו בדרך שנראית לבית הדין. תקנה 27 קובעת כי: "בית הדין רשאי, בכל שלב של הדיון, לצרף כבעל דין מי שמצא לנכון ובתנאים שייראו לו". אולם, סעיף זה לא נועד לפתוח מסלול חלופי למקרים שפורטו לעיל לעניין צירוף צדדים להליך.³⁴
ניתוח הצטרפותו של צד להליכים משפטיים ראוי שיתבצע לצד ההכרה של בית המשפט העליון בדבר חשיבות מתן גישה לערכאות כזכות חוקתית, והכלל שלפיו שערי בית המשפט לא יינעלו בפני מי שמבקש סעד מרשות שיפוטית, אלא מטעמים כבדי משקל.³⁵
להלן ננתח את הדרך לצירוף צדדים להליך המשפטי בהתאם למנגנון שנקבע בחוק ובתקנות.

(ב) צירוף צד להליך אישור הסדר כובל

(1) הליך אישור הסדר כובל בבית הדין

על פי סעיף 7 לחוק: "המבקש לעשות הסדר כובל יגיש לבית הדין בקשה". לפי נוסח הסעיף, החובה להגיש בקשה לאישור ההסדר חלה על כל מי שמבקש לעשות הסדר כובל. הממונה גם הוא צד להליך לפני בית הדין, מתוקף ההוראה הקובעת שהוא נדרש להביע את עמדתו ביחס לבקשת אישור ההסדר הכובל בהתאם למנגנון שנקבע בסעיף 8(א) לחוק. סעיף 8(ב) לחוק מאפשר לכל אדם שעלול להיפגע מההסדר, לאיגוד עסקי ולארגון צרכנים להגיש לבית הדין התנגדות מנומקת בתוך 30 ימים מיום פרסום הודעה על הגשת בקשת אישור הסדר כובל.

(2) מיהם הצדדים לבקשת אישור ההסדר הכובל ומה מעמדו של צד להסדר שלא הצטרף לבקשה

מבקשי האישור אינם חייבים להיות כל הצדדים להסדר. על פי תקנה 4 לתקנות "המבקש לעשות הסדר כובל שלא צויין בבקשה לאישור כמבקש, רשאי להודיע לבית הדין כי הוא מצטרף לדיון; מיום שהצטרף יראוהו, לכל עניין, כמבקש". תקנה זו מבהירה שמלכתחילה אין

34 וכדברי בית הדין בה"כ (הגבלים עסקיים י-ם) 601/06 איגוד חברות הנפט בישראל נ' הממונה על הגבלים עסקיים (נבו 7.7.2010): "תכלית תקנה 27 לתקנות איננה לאפשר מסלול אלטרנטיבי למועד שנקבע בחוק להגשת התנגדויות".

35 ע"א 6426/13 קבוצת עזריאלי בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (נבו 11.6.2014). בהליך זה נדונה בהרחבה זכות הגישה לבית הדין. לתחולת זכות הגישה לערכאות במשפט בישראל ובארצות הברית ראו גם ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד נו(5) 444, 433 (2003).

חובה לצרף את כל הצדדים להסדר הכובל כצדדים לבקשה, וכי צד להסדר שלא צורף לבקשה, הבחירה בידו אם להצטרף להליך אם לאו.³⁶

על פי סעיף 8(ב) לחוק, אדם העלול להיפגע מהסדר כובל רשאי להגיש לבית הדין התנגדות מנומקת בכתב תוך 30 ימים מיום פרסום ההודעה ברשומות על הגשת הבקשה לאישור ההסדר הכובל. בכדי להיכלל בסעיף 8(ב) לחוק, יש להראות שהמבקש עלול להיפגע ("פגיעת הגבל עסקי") מאישור ההסדר הכובל על ידי בית הדין לפי סעיף 7 לחוק (ובפרט, כי אישור ההסדר עלול לפגוע באינטרסים הקנייניים והמסחריים שלו), ולפיכך הוא מתנגד לאישור. אם יראה זאת, יצורף כמתנגד להליך לפי סעיף 8(ב) כמבקש בהליך.³⁷

בהתאם לפרשנות בית הדין, הממונה רשאי לבחון ולפטור הסכם מאישור בית הדין גם אם הבקשה מוגשת על ידי צד אחד בלבד להסדר, וחרף התנגדותו של הצד האחר. במקרה זה המתנגד רשאי להביע את עמדתו להסדר בפני הממונה. באופן דומה, גם בית הדין מוסמך לאשר הסדר שהוגש לבקשת צד אחד בלבד, והמתנגד לאישור יכול להגיש את התנגדותו לבקשה האמורה לבית הדין לפי סעיף 8(ב) לחוק.³⁸

פרשנות זו של בית הדין נכונה גם במקרה של החלטה בבקשה למתן היתר זמני לפי סעיף 13 לחוק. בית הדין התבסס על החלטות הנוגעות לאישור קבוע של הסדר כובל וקבע כי אין מניעה לתת היתר זמני חרף התנגדותו של צד להסדר.³⁹

אולם אם לא ביקש להצטרף להליך, אין בכך כדי להכשיל את ההליך או למנוע את הדיון בבית הדין על אודות אישור ההסדר הכובל. צד להסדר המתנגד לביצועו יכול להתנגד לאישור ההסדר לפי סעיף 8(ב) לחוק, שכן "הרואה עצמו נפגע מהסדר כובל" רשאי להגיש התנגדות לבקשה, ואין מניעה שהנפגע יהיה גם מי שהוא צד להסדר הכובל.

ההחלטה לקיים את הדיון בבקשה לאישור הסדר כובל גם בהיעדר כל הצדדים להסדר מצביעה פעם נוספת על מטרות הדיונים בבית הדין בהשוואה למטרות בתי משפט אזוריים. בית הדין ידון בהסדר בהתאם לערכים החברתיים הכלליים והאינטרסים הציבוריים שלשמן

36 ראו ה"ע (תחרות) 469/98 דלק – חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' תחנת דלק שחר בית חנן בע"מ (נבו) 22.10.1998). בית הדין דן בבקשת צד להסדר להימנע מדיון בבקשת אישור במקרה שאותו צד להסדר מתנגד לו. בית הדין דחה את הבקשה בציינו כי לא ניתן למנוע מבית הדין לדון בבקשת אישור הסדר כובל ולהכשיל בקשה לאישור כאמור על ידי צד שלא מצטרף לבקשת האישור. תמיכה לכך מצא בית הדין בתקנות. בית הדין סקר את התקנות שחלות על הצדדים לבקשת אישור הסדר כובל, תק' 6, 7 ו-8 הקובעות שבהליכים הנדונים בהן יהיה משיב כל מי שהוא צד להסדר הכובל. תקנות אלה עוסקות בבקשה לביטול היתר זמני (תק' 6), בערר על מתן פטור לפי ס' 14 לחוק (תק' 7) ובבקשה לבטל או לשנות אישור להסדר כובל שניתן (תק' 8). מכך למד בית הדין כי המחוקק במכוון נמנע מקביעת הוראה דומה בתקנות בנוגע לבקשה לאישור הסדר כובל (תק' 4) ובבקשה למתן היתר זמני (תק' 5). המחוקק בתק' 4 ו-5 לא חייב את צירופם של כל הצדדים להסדר לבקשה לאישור הסדר כובל.

37 ה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 610/06 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (נבו) 7.2.2007).

38 ה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 2/97 מזרחי נ' הממונה על הגבלים עסקיים (נבו) 22.6.1999).

39 עניין דלק, לעיל ה"ש 36, וכן עניין מזרחי, שם, פס' 11.

הוקם מערך דיני התחרות.⁴⁰ לכן, בית הדין יבחן באופן ממוקד אם ההסדר שהוגש לאישורו מגן על ערכים אלה במנותק מהשאלה אם להחלטת בית הדין תהיה השפעה במישור האזרחי בין הצדדים להסדר. כך, בית הדין לא ייתן את ידו לטענות של צד המתנגד לאישור ההסדר כאשר התנגדותו תאפשר לו להתחמק מביצוע ההסדר. שלילת סמכותו של בית הדין לדון בבקשה שאינה מוגשת ואינה נתמכת על ידי כל הצדדים להסדר תיתן ביד המתנגדים לביצוע ההסדר את הכוח לסכל את ביצועו רק בשל אי-הצטרפותם לבקשה, וללא כל קשר לנימוקי ההתנגדות.⁴¹

40 וכדברי בית הדין בעניין דלק, שם, פס' 25: "בית הדין ישמע את הצדדים להסכם המתנגדים לאישור ההסדר הכובל, אך עילת ההתנגדות תהא נעוצה בשיקולים שבטובת הציבור, ולא בשיקולים מתחום המשפט הפרטי. צד החפץ לפטור עצמו מביצוע ההסכם על יסוד שיקולים מתחום המשפט הפרטי, צריך שימצא את תרופתו במישור זה, היינו בפני בתי המשפט. מכאן עדיין אין עולה המסקנה לה טוען ב"כ 'דלק', כי אין לתחנות התדלוק מעמד בבקשה מכיוון שהן מנסות, כלשונו, 'להתנער מהסכם אספקת הדלקים, בטענות שכולן חוזיות, ושאינן אחת מהן לא מתמודדת עם נימוקיה של חברת דלק לאישור ההסכם'. לא אערוך כאן מיון של כל טענות התחנות. אולם ברור שהטענות העיקריות המועלות על ידי התחנות לפיהן מתן ההיתר הזמני יפגע במטרת ההסדרים שעשה הממונה עם חברות הדלק, שהיא שחרור מרבי של תחנות תדלוק מכבלי ההסכמים הכובלים על מנת להרחיב ולהעמיק את התחרות בענף הדלק, וכי ההסדר ימנע את פתיחת התחרות לגבי אותן תחנות שלא תשחררנה או שיינתן לגביהן היתר זמני תוך הנצחת מחירי הדלק הגבוהים והעמלות הגבוהות של חברת 'דלק' בתחנות אלה על חשבון הציבור, הן טענות מתחום דיני התחרות שמקומן במסגרת דיון זה. זכותן של התחנות להעלות טיעונים אלה אינה נפגעת רק משום שבעקבות כך עשוי גם 'אינטרס הפרט (בעלי התחנות) לזכות בהגנה כתוצר לוואי ממימוש האינטרס הציבורי בקיום תחרות'".

41 לכאורה, ניתן היה לטעון כי התנגדות של צד להסכם לאישור הסדר כובל היא טענה שלא בתום לב, בדומה לצד להסדר כובל המבקש להשתמש באי-חוקיות ההסדר על מנת להתחמק מביצוע ההסדר. אולם לעיתים אין הדבר כך. ייתכן שצד להסדר יעדיף את ביטולו של ההסדר מאשר לפנות לבית הדין לצורך אישורו מטעמים פרוצדורליים. קיומו של הליך בבית הדין אווירי מן ממושך והוא מטיל על הצדדים עלויות כספיות משמעותיות של ניהול הליך משפטי מורכב שדורש במקרים רבים חוות דעת כלכליות, הוצאות משפטיות כבדות והשקעת משאבים וזמן לא מבוטלים במסגרת ניהול ההליך עד להכרעתו. הליכים כאמור יכולים להימשך שנים רבות ולהשאיר את הצדדים עד לסיום ההליכים במצב של חוסר ודאות או ספקות בנוגע לתוצאה שתתקבל בסופו של יום. ראו לדוגמה את ההליכים שפורטו בבג"ץ 326/96 **כספי נ' הממונה על הגבלים עסקיים** (נבו 2.12.1996). במקרה זה הוגשו עשרות בקשות הצטרפות להליך, חברי המותב התחלפו ועיכבו את המשך ההליכים בבית הדין, ומשכך ההליכים שבחנו הסדרים חוזיים נמשכו שנים ארוכות. על כן, החלטת בית הדין לקיים דיון בבקשה לאישור הסדר כובל רק במעמד חלק מהצדדים להסדר משליכה מטבעה על הפן האזרחי של ההסכם, ולא ניתן לטעון כי החלטת בית הדין לדון במסגרת חלקית זו היא למטרות החוק בלבד. זוהי ראייה צרה שאינה נכונה, שכן מהותה של בקשת אישור ההסדר היא הסכם בין בעלי דין שבחרו מיוזמתם ולמטרותיהם האישיות-מסחריות להתקשר בינם לבין עצמם בהסכם. הכנסת אלמנטים ציבוריים להסכם וחייב צדדים להעביר את ההסכם לבית הדין לבחינתו למשך כמה שנים מהווה התערבות משמעותית בשיקול הדעת של הצדדים אם להתקשר. משכך, החלטת בית הדין לדון בבקשה במעמד רק חלק מהצדדים אינה זהה לדיון בטענת צד להסדר כנגד חוקיות הסכם במסגרת סכסוך אזרחי. בית הדין קבע כי הוא יתקשה להכריע ללא חוות דעת כלכלית בדבר אישורו של הסדר כובל שהובא לפניו. ה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 610/06 **בנק לאומי נ' אייס רשתות שיווק מוצרי צריכה בע"מ** (נבו 11.11.2007): "ואולם, אף כי אנו מכירים בכך שמעלותיו של ההסדר רבות, לא נוכל לאשרו מבלי

(3) צירוף הממונה כצד להליך אישור הסדר כובל

סעיף 8(א) לחוק קובע בכל הנוגע לבקשה לאישור הסדר כובל כי "הממונה יוזמן להשמיע בפני בית הדין את עמדתו וטענותיו בעניין הבקשה". מכאן עולה השאלה מהו מעמדו של הממונה בעת דיון בבקשת אישור להסדר כובל שמוגשת על ידי הצדדים מכוח סעיף זה.

תקנה 17ג לתקנות, אשר קובעת כי תשובה לבקשה המוגשת לבית הדין תוגש בתוך 30 ימים מיום שהומצאה הבקשה למשיב, חלה גם על הממונה, ולפיכך עליו להגיש את תגובתו לבקשה לאישור הסדר כובל יחד עם המתנגדים והמשיבים האחרים, ולא לאחריהם.

אין כל ספק שמבחינת הרשות, לממונה יש רצון להגיש את טענותיו ותגובתו אחרון, לאחר קריאת עמדות כל הצדדים והמתנגדים בתיק, ולכן בהליך זה יבקש הממונה מבית הדין שלא לראות בו צד לתיק, גם אם במסגרת גיבוש ההסכם שהוגש לאישור בית הדין הביע הממונה את עמדתו ואף היה מעורב באופן פעיל בגיבושו.

הגם שאין מחלוקת שהממונה במקרים רבים אינו צד להסדר הכובל המוגש לאישורו של בית הדין, עדיין עולה השאלה אם נכון להקנות לו מעמד שונה מיתר הצדדים לתיק, בכדי לאפשר לו להגיש את תגובתו לאחר שיתר הצדדים עשו כן.⁴² בפרט, עולה השאלה אם ראוי לאפשר לממונה להגיש את תגובתו לאחר תגובת המתנגדים להסדר, או שמא ראוי לאפשר למתנגדים להיחשף לעמדת הממונה בטרם יגישו את תגובתם. המתנגדים לא היו חלק מגיבוש ההסדר ולפיכך הם מעוניינים לדעת מה עמדת הממונה, כמי שאמון על אינטרס הציבור, בטרם יגישו את עמדתם. מנגד, הממונה כאמון על השיקול הציבורי וכמי שנעדר אינטרס מסחרי מעוניין לקבל לידיו את מלוא המידע בנוגע להסדר בטרם יעביר את תגובתו לבית הדין. בית הדין נדרש לא אחת לשאלות אלה ונוהג להעניק לממונה אפשרות להגיש את עמדתו אחרון.

כך, בית הדין קבע שהממונה אינו צד להסדר, גם אם היה מעורב בהליך גיבושו. עצם מעורבותו של הממונה נעשה למען שמירה על האינטרס הציבורי כגוף מפקח ותועלת ההליך לפני בית הדין. במסגרת כך בית הדין ראה במעורבות הממונה והבעת עמדתו תועלת לקיצור הדיון לפניו והעמדת מלוא העמדות בנוגע להסדר, ובכלל זה עמדות המתנגדים. העובדה שלממונה אין אינטרס מסחרי בהסדר, בשונה מהצדדים להסדר והמתנגדים לו, היוותה שיקול מבחינת בית הדין שלא לראות את הממונה כצד.⁴³

שהעמלה המתואמת תיבדק כדבעי. מבקשות האישור לא תמכו את הבקשה בחוות דעת כלכלית מתאימה...."

42 מעמד הממונה כמשיב לפי תק' 17 לתקנות נדון בה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 611/06 **שוברי בר יבוא מספוא אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים** (נבו 16.7.2007), ונקבע כי אם לא הוגשה בקשה של הממונה להארכת המועד ולא ניתנה החלטה של בית הדין בבקשה זו, על הממונה להגיש את תגובתו במועד הקבוע בתק' 17ג לתקנות. ראו גם בהקשר זה הלפרין, לעיל ה"ש 29, בעמ' 62. כך גם מפסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת **תנובה**, לעיל ה"ש 12, פס' 9, עולה כי ככלל מעמדו של הממונה הוא כשל "בעל דין".

43 בש"א (הגבלים עסקיים י-ם) 610/06 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ** (נבו 17.7.2007).

לשיטת בית הדין, מתן אפשרות לממונה להגיב לאחר יתר המבקשים והמתנגדים מאפשרת לממונה, במסמך המוגש מטעמו, להציג את התמונה המלאה של המחלוקת. תגובה כוללת כזו יש בה כדי לסייע לבית הדין בקביעת עמדתו. לכן ניתן לחרוג מהמסגרת הקבועה בתקנה 17ג לתקנות, ועצם האפשרות של בית הדין לקבל תגובה של הממונה למכלול תגובות המשיבים מהווה, לשיטת בית הדין, "טעם מיוחד" להיענות לבקשת הממונה לעניין מועד הגשת תגובתו. בכך החליט בית הדין כי תכלית סעיף 8(א) לחוק אינה לייחד את זמן התגובה של הממונה, אלא להבהיר כי הממונה גם יישמע בבית הדין, וכי לבית הדין יש את הסמכות להאריך את מועד תגובתו כך שזו תוגש לאחר שהוגשו יתר תגובות הצדדים בתיק.

מנגד, ראוי לזכור שהגשת בקשת אישור הסדר כובל לבית הדין אינה תקיפת החלטה מנהלית של הממונה שבה פרוסה המסכת העובדתית והמשפטית שהיוותה בסיס להחלטה. המבקשים נאלצים פעמים רבות להציג מידע על אודות השוק, התחרות בו, ההצדקות לאישורו של ההסדר הכובל והחששות התחרותיים שעלולים לעלות, וזאת בהתבסס על מידע שמצוי בידיהם בלבד. משכך, דווקא במקרה של בקשה לאישור הסדר כובל חשוב לאפשר למבקשים לקבל לידיהם את המסמכים שבידי הממונה ואת תגובתו מוקדם ככל האפשר, ולעיתים אף בטרם הגשת הבקשה לבית הדין. מתן אפשרות לממונה להגיב אחרון מציבה קושי ממש בפי המבקשים, ואין להקל בהיענות לבקשה זו של הממונה. ייתכנו מקרים נדירים שבהם אין בידי הממונה מידע בנוגע לשוק ו/או לצדדים באופן שיש בו כדי להוסיף על הדיון והניתוח שבידי בית הדין. במקרים אלה ניתן לראות בכך "טעם מיוחד" המצדיק את דחיית תגובת הממונה עד שיציגו הצדדים את המידע העובדתי והמשפטי בנוגע לשוק מושא הבקשה.

המסגרת לבקשה לעיין במסמכים המצויים בידי הממונה כבר בתחילתו של הליך בקשה לאישור הסדר כובל מבוססת על האינטרס לקיים הליך צודק והגון, מההיבט הפרטי של הצדדים הפונים בבקשה כאמור ומההיבט הציבורי שעניינו באינטרס שבקיום הליך ממצה, צודק ושלם, על מנת שתוגשם כראוי תכלית דיני התחרות, והיא שמירה על התחרות החופשית במשק ואכיפת דינים אלה.

כאשר בחן בית המשפט העליון בעניין **מעריב** שני אינטרסים אלה במסגרת ערר על החלטת הממונה והכרעה בשאלת גילוי מסמכים שבידי הממונה למגישי הערר, העדיף בית המשפט העליון את חובת גילוי המידע שבידי הממונה, תוך סיוג זכות העיון לבאי כוחה של העוררת והחתמתם על התחייבות לשמירת סודיות.⁴⁴ יש לזכור כי העיון הוא במסמכים שנאספו על ידי הממונה מכוח סמכותו שבחוק לצורך קבלת החלטתו, ולפיכך מדובר על נתונים מהווים חלק משמעותי מבדיקת הממונה וקבלת החלטה על ידו. בית הדין הביע את עמדתו שעל אף

44 ההסדר הדיוני בהליכים המתנהלים לפני בית הדין שלפיו מידע סודי של צדדים שלישיים עובר לעיון באי כוח העורר בלבד, ולא לעיון העורר עצמו, בכפוף לחתימתם על כתב התחייבות לסודיות, אומץ בע"א 4524/01 **"מעריב" הוצאת מודיעין בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים וידיעות אחרונות בע"מ** (נבו 4.6.2003). יצוין, כי בתזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' --) (עיון בתיק הרשות וסודיות המידע), התשע"ו-2016 (אשר נכון למועד כתיבת מאמר זה, טרם התקבל), המחוקק ביקש לעגן את הסדר העיון באמצעות בא כוח ומומחה כלכלי בחוק, ולהפוך הסדר זה לברירת המחדל ביחס למידע מסחרי רגיש של צדדים שלישיים, באופן שיהיה זה ההסדר שיחול בהיעדר החלטה אחרת של הממונה או של בית הדין.

שהוראת סעיף 30 ל-בתי דין מינהליים, התשנ"ב–1992 לא חלה על ההליך הנדון, מכיוון שאין תקיפה של החלטה מנהלית, אלא בקשה לבית הדין לאישור הסדר כובל, הרי שיש לשאוב מסעיף 30 השראה לבקשה לגילוי המידע, כפי שיש להביא בחשבון את הוראותיו הרלוונטיות של חוק התחרות הכלכלית, התשנ"ח–1998.

3. צדדים לבקשה למתן תוקף לצו מוסכם לפי סעיף 50ב לחוק

סעיף 50ב(א) לחוק קובע כי:

בית המשפט המוסמך לדון בעבירות לפי חוק זה או בית הדין... רשאי, לפי בקשת הממונה וחלף הליכים לפי סעיפים 26, 43, 47, 48 או 50א, או לפי פרק 1'ז, לתת להסכמה בין הממונה לבין אדם אחר תוקף של צו (להלן – צו מוסכם).

הצו המוסכם מעגן בפסק דין, לאחר בחינת בית הדין ואישורו, הסדרים מוסכמים בין הממונה על התחרות לבין כל אדם, חלף נקיטת הליכים אחרים מכוח החוק. מכיוון שמדובר בהסכמה בין צדדים שזוכה לתוקף של פסק דין, יש לה השלכות והשפעות משמעותיות יותר מהסדר שלא עבר את אישורו של בית הדין. נוסף על כך, הסדר של צו מוסכם מהווה מעין פשרה שאלה הגיעו הממונה והצדדים חלף נקיטת הליכים פליליים ומנהליים, אולם עצם קיומו של הצו המוסכם אינו מהווה הודאה של מי מהצדדים באשר לעמדה המשפטית הנכונה והמקובלת לפרקטיקה שלגביה מבוקש הצו המוסכם.

כמו כן, במרבית מהמקרים הממונה שותף לצו מוסכם כאשר קיימים קשיים ראייתיים בתיק והצו המוסכם מהווה איזון מבחינת הממונה בין הצורך להסדיר את התחום לבין הרצון להימנע מהליך משפטי מורכב ובלתי ודאי. כך, למשל, בעניין הצו המוסכם שגובש בין הרשות לבין חברת שטראוס, בית הדין ציין כי צו מוסכם מהווה דרך מיטבית לסיום ההליכים, בשים לב לכך שלרשות לא היו די ראיות כדי לבסס הליך משפטי נגד שטראוס. בית הדין הדגיש כי הליכים פליליים מתנהלים במשך זמן רב וגוזלים זמן שיפוטי יקר.⁴⁵

45 ה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 612/06 הממונה על הגבלים נ' שטראוס עלית בע"מ (נבו 10.1.2007) בנוגע לצו מוסכם בין הממונה לבין שטראוס עלית, הנוגע להתנהגות שנקטה עלית בעת כניסת מוצרי "קדבורי" לשוק על ידי חברת כרמית תעשיות ממתקים בע"מ. לצו המוסכם התנגדה חברת כרמית, בין היתר בטענה שהצו אינו כולל פיצוי לה כנפגעת העיקרית וכן אינו כולל התחייבות מפורשת כי עלית לא תפעל נגד מוצרי כרמית ו/או קדבורי בכל דרך שהיא. נוסף על כך התנגדו לצו ארגוני צרכנים ועמותת אומ"ץ. בית הדין דחה את טענות הצדדים השלישיים, ובכלל זה את טענות כרמית בדבר היותה הנפגעת הישירה אשר מגיע לה פיצוי במסגרת הצו המוסכם. יצוין, כי בית הדין שב ועמד על העדיפות והיעילות שבהגעה לצו מוסכם חלף נקיטת הליכים אחרים הכרוכים בהשקעת משאבים רבים, בה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 37104-01-17 רשות ההגבלים העסקיים נ' אליהר הנדסה ובניין בע"מ (נבו 3.4.2017), וכן בעניין ה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 54041-05-17 רשות ההגבלים העסקיים נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ (נבו 18.6.2017).

חשוב לציין, כי ההחלטה של הממונה להגיע עם הצדדים לצו מוסכם חלף נקיטת הליכים מנהליים ופוליטיים משאירה את התובעים הפרטיים שמבקשים לתבוע בגין ההפרה ללא מסכת ראייתית ראויה שעליה הם יכולים להתבסס בהליך הפרטי.⁴⁶

נוסף על כך, הצו המוסכם שאושר אינו יכול להשתנות, אלא בהסכמת הצדדים ואישור של בית המשפט, ולכן מרגע שניתן האישור, ההסכם שאושר הוא כמעט מוחלט ואינו נתון לשינויים. משכך, חשוב להעניק לצדדים שלישיים אפשרות הוגנת להביע את דעתם בטרם יחליט בית המשפט בצו המוסכם המובא לאישורו.

הסדרים כאמור יכולים להשפיע הן על החברות שכפופות להסדר ולהוראות שבו והן על צדדים שלישיים. מכאן רצונם של צדדים שלישיים, כדוגמת נפגעים ישירים, ארגוני צרכנים ותובעים ייצוגיים, להצטרף כצד להליך לפי סעיף 50 ולהביע את עמדתם באשר לצו המוסכם ישירות לפני בית המשפט, ולא באמצעות הממונה. צדדים אלה יכולים להיפגע באופן ממשי מעצם קיומו של ההליך של הצו המוסכם והבחירה של הממונה שלא לנקוט הליכים פוליטיים או מנהליים, וכן מתוכן הצו שאליו הגיעו הצדדים. זאת, בפרט כאשר מדובר בהתנהגות המהווה הסדר כובל בין מתחרים, הידועה כ"קרטל". הקרטל הוא עבירת קשר.⁴⁷ כל הקושרים נהנים מקשר השתיקה, והקורבן כלל אינו יודע שקשרו נגדו. עבירות מסוג זה הן כמעט בלתי אפשריות לחשיפה ולגילוי. הצו המוסכם חושף למעשה התנהגות מוסתרת שפעמים רבות לא הייתה ידועה כלל לקורבן.

אולם, אותם צדדים המבקשים להצטרף להליך ולהביע את עמדתם והתנגדותם באשר להסכם המוצע ייתקלו בקושי ממשי, שכן המחקק יצר פרוצדורה מיוחדת המאפשרת להם להביא את דברם לפני בית הדין מבלי להפוך אותם לצדדים להליך. בכך נוצר חייץ בינם לבין בית הדין, על אף הפגיעה הישירה שיתכן שתגרם להם עם אישור הצו המוסכם על ידי בית הדין.

על פי הפרוצדורה שנקבעה בסעיף 50 לחוק, על הממונה לפרסם את כוונתו להגיע לצו מוסכם עם הצדדים ולאפשר לציבור להביע את עמדתו באשר לצו המוסכם. כל אדם העלול להיפגע מהצו המוסכם וכן ארגון צרכני או איגוד עסקי זכאים להביא את טענותיהם בקשר לצו בפני הממונה, ועל הממונה לצרף לבקשה לאישור הצו המוסכם את פירוט הטענות שהובאו בפניו ואת תגובתו לטענות אלה.

משכך, לכאורה לא נחסמת זכות העמידה של צד המתנגד להליך או מבקש להוסיף עליו, שכן יש לו את זכות ההתייחסות מול הממונה. על כן, תידרש סיבה טובה לכך שצד זה לא הציג

46 סקירה של הביקורת במשפט האמריקאי על מנגנון הצו המוסכם בהגבלים עסקיים ניתן למצוא אצל Robert W. Stedman, *Consent Decrees and the Private Action: An Antitrust Dilemma*, 53 CAL. L. REV. 627 (1965); John J. Flynn, *Consent Decrees in Antitrust Enforcement*, 53 IOWA L. REV. 983 (1968). ראו גם בהקשר זה: מיכל (שיצר) גל ואמיר ישראלי "דלות הסעדים ההגבליים – ניתוח מצבת הסעדים הקיימים והצעות לשיפור" **עיוני משפט** לה 5, 29 (התשע"ב).
47 מיכל גל, אמיר ישראלי ומנחם פרלמן "הסדרים כובלים – יסודות האיסור" **ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים** 193, 210 (מיכל גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008).

את נימוק ההתנגדות לממונה במועד או שמבקש ההצטרפות כלל לא הגיש את תגובתו לממונה בטרם הוגשה הבקשה לאישור הצו המוסכם בבית הדין.

(א) הבאת מידע לבית הדין על ידי צדדי ג' לאחר הגשת הבקשה לאישור הצו המוסכם לבית הדין?

בית הדין נדרש לשאלה זו בעניין **איגוד המוסכים** וקבע⁴⁸ כי גם במקרה זה אין הצדקה לצירוף של המבקש כצד להליך. ניתן להתגבר על המכשול הפרוצדורלי על ידי הבאת המידע לממונה, כאילו הובא מידע זה לממונה במועד הקבוע בחוק, והממונה יגיש לבית הדין את המידע ואת תגובתו עליו. במצב דברים זה יוכל בית הדין, אם יראה לנכון לעשות כן, להתייחס לטענה לגופה, מבלי שיהיה צורך בצירוף של המתנגד כצד לדיון.

יש להניח שככל שיצליח הצד המבקש להצטרף להראות שהתנגדותו או הסתייגותו מהצו המוסכם היא מהותית ומשמעותית, כך תהא לבקשת ההתנגדות משקל משמעותי יותר בהליך הסופי, גם מבלי שתינתן לו זכות הצטרפות. כך, בבקשה של איגוד המוסכים להצטרף לצו מוסכם סירב בית הדין להעניק למבקש זכות להצטרף להליך הצו המוסכם, בין היתר מהטעם שהאיגוד הביע תמיכה בהליכי הצו המוסכם וההגעה להסדר, אולם בית הדין הבהיר כי הוא יחליט לאשר לעשות שימוש – במסגרת ההליך העיקרי – בחומרים שהוצגו לפניו על ידי איגוד המוסכים בבקשה להצטרפות להליך.⁴⁹

נציין בתמצית, שבמשפט האמריקאי, החוק מקנה לצדדים שלישיים אפשרות להצטרף להליך לאישור צו מוסכם, אולם בית המשפט משתמש בזכות זו במשורה ואינו נוהג, ככלל, לאשר הצטרפות להליך מסוג זה. כך מסבירים מחברי ה- ABA Section of Antitrust Law, "ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS":

Intervention in a consent Decree Proceeding

The Tunney Act allows a district court to "authorize full or limited participation in proceedings before the court by interested persons of agencies". Although courts may authorize intervention, they almost always deny motions to intervene in a government proceeding that involves the initial entry of a consent decree due to the potential for delay and prejudice to the parties to the suit. The government routinely opposes intervention. Intervention has, however, been allowed in a few cases. In Cascade Natural

48 ה"ע (מחוזי י-ם) 28/01 **איגוד המוסכים בישראל נ' בני משה קרסו מפיצי מכונות בע"מ** (נבו) (30.7.2002).

49 ראו את פתרון בית הדין לבקשה בעניין זה בעניין **איגוד המוסכים**, שם. ראו גם את החלטת בית הדין לתחרות בערר (י-ם) 2, 3/93 **דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, קובץ ההגבלים העסקיים 283 (להלן: **ערר דלק**). בהליך זה קבע בית הדין כי הימנעותו של המבקש להצטרף מלפרט את טענותיו שוללת מלכתחילה את האפשרות לבחון את תרומתו האפשרית של הצירוף.

Gas Corp. v El Paso Natural Gas Co., the Supreme Court held that private parties directly affected by the violation were entitled to intervene as of right and to participate in the formulation of suitable relief. Cascade has generally not been followed by the lower courts. Although the number of cases is limited, courts appear more receptive to intervention upon the modification of termination of decrees.⁵⁰

(ב) האם ההסדר שנקבע בסעיף 50 לחוק שולל צירוף צדדים להליך?

ההסדר הקבוע בסעיף 50 שונה מהסדרים אחרים שנקבעו בחוק בנוגע למיזוגים, הסדרים כובלים ומונופולין, שבהם המחוקק העניק זכות הצטרפות להליך לבני אדם שעלולים להיפגע מההליכים המתנהלים לפני בית הדין בעניינים אלה.

מכאן עולה לכאורה המסקנה, שבהליך לפי סעיף זה לא ביקש המחוקק להקנות זכות עמידה לפני בית הדין למי שרואה את עצמו נפגע מהצו המוסכם, אלא העניק מסלול חלופי להצגת עמדתו לבית הדין באמצעות הממונה.

אולם, לבית הדין הוקנתה גם סמכות על בתקנה 27 לתקנות בנוגע לאפשרות צירוף צדדים נוספים להליך. עם זאת, אין ספק שכאשר מדובר בבקשה להצטרפות להליך לפי סעיף 50 בחוק, על בית הדין לעשות שימוש בסמכות הצירוף המסורה לו בתקנה 27 בזירות רבה מזו שננקטת בבקשות צירוף בהליכים שבהם הוענקה זכות צירוף מכוח סעיף מסוים בחוק. זאת משום שבית הדין שיצרף אדם כצד להליך מרחיב את המנגנון שקבע המחוקק בנוגע לזכות העמידה של מי שעשוי להיפגע עקב מתן הצו. ככלל, הדיון בבקשה למתן צו מוסכם על פי סעיף 50 לחוק אמור להיערך במעמד הממונה והצדדים לצו המוסכם בלבד, כאשר צירופם של בעלי דין נוספים להליך זה ייעשה בנסיבות מיוחדות ובהינתן טעם מיוחד המצדיק את הצירוף.

ראוי לציין שהליך לפי סעיף 50 אינו כולל בדרך כלל הצגת ראיות סותרות על ידי צדדים, חקירות, גילוי מסמכים והליכים אדוורסריים אחרים. זאת, מאחר שהצדדים מגישים לבית הדין את הצו המוסכם ואת ההתנגדויות שהוגשו לממונה בנוגע לצו זה.⁵¹ משכך, ניתן דגש מיוחד ליעילות הדיונית המתחייבת בהליך מסוג זה, שאינה מתיישבת עם פתיחתו של ההליך בפני צדדים אחרים שאינם צדדים טבעיים להליך.

(ג) הפרת הצו המוסכם – מעמדו של צד המבקש לפנות לבית הדין נגד הפרת צו מוסכם שאושר על ידי בית הדין

לאחר שאושר צו מוסכם על ידי בית הדין, צד שלישי עשוי לבקש לטעון לפני בית הדין שהצו שאושר אינו מבוצע בהתאם להוראות שנקבעו, ולפיכך הצדדים להסכם מפירים את הצו שאושר.

50 ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS 695 (4th ed. American Bar Association, 1997).

51 עניין איגוד המוסכים, לעיל ה"ש 48.

בעניין נאור,⁵² בית הדין קבע שעם אישורו של הצו המוסכם מסתיים הדיון בעניין זה ולבית הדין אין סמכות לדון בבקשה של צד המבקש לבחון את הפרת הצו שאושר.

בית הדין קבע כי הממונה הוא הגורם אשר אמור לאכוף את הוראות הצו המוסכם. רק לאחר שיינקטו פעולות על ידי הממונה בנוגע להפרה וייקבעו המסקנות המשפטיות בעניין קיומה או היעדרה של הפרה של הצו המוסכם, יוכל הצד המבקש לשקול אם יש מקום להגיש ערר על החלטת הממונה. בית הדין קבע כי אין לו סמכות להטיל צווי עשה נגד הממונה וצווים המצהירים על כך שעמדותיה המשפטיות של הרשות שגויות, שכן החוק אינו מסמיך את בית הדין לדון בהליך מסוג זה, וממילא ליתן סעדים אלה.

בית הדין ראה בחוק רשימה סגורה של מקרים שבהם החלטות הממונה כפופות לביקורת בית הדין (ראו למשל סעיפים 15, 22, 28, 30(ו), 43 לחוק), ואין לו לבית הדין זכות כללית להוות ערכאת ערר על פעולות והחלטות של הממונה בטיפול בתלונות המוגשות לרשות. החלטות הממונה שלא נכללו ברשימה סגורה זו מהוות החלטות מנהליות אשר בית הדין אינו מוסמך לדון בהן, והן יהיו ככל החלטה מנהלית אחרת.⁵³

בכל הנוגע להפרת הצו המוסכם, לשיטת בית הדין ההסכמה בין הצדדים היא בסיסו של הצו המוסכם, ואין בית הדין או בית המשפט מוסמכים לכפות על הצדדים צו שהוראותיו שונות מההסכמה שאלה הגיעו.⁵⁴ מתן אפשרות לתקוף את אופן אכיפת הצו המוסכם וביצועו בבית

52 ה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 10540-01-13 נאור נ' הממונה על הגבלים עסקיים (נבו 15.1.2013). בהליך זה קבע בית הדין כי אין זו מסמכותו להורות לממונה לדון לגופן בטענות שהוגשו לממונה במסגרת ההתנגדויות לצו מוסכם שאותו ביקש הממונה להגיש לבית המשפט לאישור. ראו בהקשר זה גם ההחלטה בה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 8001-03 עצמון נ' הממונה על הגבלים עסקיים (נבו 21.12.2015), שבמסגרתה נטען כי הופרו הוראות הצו המוסכם בעניין דלק. בית הדין קבע, בעמ' 2 להחלטה, כי הוא אינו מוסמך, לבקשת צד שלישי, ליתן הוראות לממונה לאכוף את הוראות הצו המוסכם שהופר.

53 שם. רשימה סגורה זו מהווה, לשיטת בית הדין, איזון שיוצר החוק בין עבודת הממונה לבין הפיקוח של בית הדין עליו, איזון נאות בין הצורך בטיפול מנהלי אינטנסיבי בתופעות של הגבל עסקי על ידי הממונה לבין הצורך לבקר את החלטותיו בבית הדין בעניינים מסוימים הקבועים בחוק. חריגה מגדר הסמכויות הקבועות בחוק עלולה להפר איזון זה ולכפות את פעילות הממונה לביקורת בית הדין כמעט ביחס לכל פעולה שלו. לשיטת בית הדין, דבר זה עלול להביא לתוצאה לא רצויה של פגיעה בעבודתם התקינה של בית הדין ושל הממונה, בניגוד לאיזון שביקש המחוקק להשיג.

54 למסקנה דומה הגיע בית הדין גם כאשר ביקש הממונה למשוך את בקשתו לאישור צו מוסכם לאחר שבקשה זו הוגשה על ידי הממונה והצדדים לבית הדין לצורך אישורו. בית הדין נדרש לשאלה אם ניתן לסרב לבקשת הממונה למשיכת בקשתו שכן החקיקה (החוק והתקנות) אינה מסדירה סוגיה זו. בית הדין אינו בוחן את עצם סיבת הבקשה ואם בבקשת המשיכה הממונה הפר את ההסכמה בינו לבין הצדדים לצו המוסכם. לשיטת בית הדין, משעה שביקש הממונה לסגת מבקשתו, שוב לא ניתן לומר כי לפני בית הדין מונחת בקשה הכוללת הסכמה שעליה ניתן לבסס צו מוסכם, שכן בקשת הממונה וההסכמה הגלומה בתוכה, שתיהן הן תנאי לקיומו של הליך למתן צו מוסכם. משכך, בית הדין אינו יכול לכפות על הצדדים, ובהם הממונה, תוכן הסכמה שאינו מקובל עליהם. הדבר נכון גם להסכמה שהייתה מקובלת על אחד הצדדים בשעתו, וכעת הוא חוזר בו ממנה. ניהול דיון שמהותו אכיפת הסכמים במסגרת בקשה למתן צו מוסכם אינו עולה בקנה

הדין חוטא לאופיו היעיל והמהיר של ההליך של אישור צו מוסכם לפי סעיף 50ב לחוק ועלול להביא לריבוי פניות לבית הדין בקשר לצו לאחר שזה אושר, וכך למעשה לתקוף "בדלת האחורית" את אישור הצו. תקיפת הצו בדיעבד אף עלולה ליצור חוסר ודאות משפטית ולהרתיע גופים מלהתקשר בצווים מוסכמים, וכך לפגוע במערך האכיפה הכולל של דיני התחרות על ידי הממונה.⁵⁵

4. הליכי מיזוג

(א) הצטרפות צד ג' והגשת ערר בהליכי מיזוג

סעיף 22 לחוק, שעניינו הגשת ערר על החלטת הממונה לעניין מיזוג, נחלק לשני סעיפי משנה: סעיף משנה (א) מקנה זכות ערר על החלטה של הממונה הדוחה את הבקשה למיזוג או מתנה אותה בתנאים ל"כל אחת מהחברות המבקשות להתמזג". סעיף משנה (ב) מקנה זכות ערר על החלטת הממונה המאשרת מיזוג, בין בתנאים ובין ללא תנאים, ל"כל אדם העלול להיפגע מן

אחד עם תכלית הוראות ס' 50ב. ראו ה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 7011/02 **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' בנק הפועלים בע"מ** (נבו 14.8.2006).

55 בש"א (הגבלים עסקיים י-ם) 115/06 **אוטו ליין בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, פס' 24 (נבו 22.2.2007): "לבסוף, אני סבורה שאוטו-ליין לא תוכל להיבנות מפסה"ד האמריקאי בעניין Cascade אליו הפנתה 386 U.S.129 (1967). עניינו של פסק דין הוא צירופם של צדדים שלישיים להליך אישורו של צו מוסכם בבית המשפט המחוזי. זאת, מכוח הוראת Rule 24(a) of the Federal Rules of Civil Procedure ובשל נסיבותיו המיוחדות של המקרה בהן הניח בית המשפט שרשות התחרות אינה מייצגת נאמנה את האינטרס הציבורי בפועלה בניגוד לפסיקה מוקדמת שלו. (P.E. Areeda, H. Hovenkamp & R.D. Blair, Antitrust Law, Vol. II 266–267 (2nd ed. 2000)). עולה אפוא, כי בניגוד למקרה שלפנינו לא דובר בהליך, אותו יוזם הצד השלישי, לאכיפת צו מוסכם שכבר אושר, כפי שמבקשת אוטו-ליין לעשות. כמו כן, בעניינו לא נסתרה החזקה שהממונה פועלת נאמנה לייצוג האינטרס הציבורי. לכן, אין ללמוד גזירה שווה מפסק הדין לעניינו. אזכיר, כי במקרה דנן אוטו-ליין לא צורפה כצד להליך אישורו של הצו המוסכם, וכאמור טענותיה הובאו בפני בית הדין באמצעות הממונה. בנוסף, בקשתה להצטרף בדיעבד להליך מכוח תקנה 27 לתקנות ההגבלים העסקיים, לצורך אכיפת הצו, נדחתה. זאת ועוד. כפי שציינה הממונה בתגובתה, במשפט האמריקאי, ככלל, אין זכות לבעלי דין שאינם צד לצו המוסכם לעתור לאכיפת קיומו של הצו המוסכם, והסמכות לכך נתונה בידי רשויות ההגבלים העסקיים, המייצגות את האינטרס הציבורי: 'Each section of the Antitrust Division is responsible for enforcement of consent and litigated decrees in industries within its expertise. A violation of a judgment, whether a judgment or consent, is punishable as contempt of court for which severe penalties may be imposed. Although private parties have no right of action for a defendant's violation of a decree entered in a government case, courts have considered parties' obligations under government decrees in private litigation involving causes of action related to, but independent of, the government decree.' (ABA Section of Antitrust Law, ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS Vol. I 761 (5th ed. 2002); see also: P.E. Areeda, H. Hovenkamp & R.D. Blair, ANTITRUST LAW Vol. II 264–265 (2nd ed. 2000)).

המיזוג.⁵⁶ הליך ערר על החלטת מיזוג שונה מהליך אישור הסדר כובל בכך שהראשון נערך לאחר שניתנה החלטה סופית על ידי הממונה בעניין המיזוג, ולפיכך, בשונה מאישור הסדר כובל, עומדת לפני בית הדין החלטה סופית וגמורה של הממונה וכן המידע שעליו התבססה הרשות בעת קבלת ההחלטה.

נוסחו של סעיף 22(ג) לחוק, שלפיו הוקנתה לבית הדין הסמכות לדון בערר על החלטת מיזוג של הממונה, קובע: "בית הדין רשאי לאשר את החלטת הממונה, לבטלה או לשנותה". בית המשפט העליון היה ער לכך שסמכות זו של בית הדין היא סמכות רחבה מביקורת שיפוטית רגילה על החלטה מנהלית של רשות שלטונית. זאת מאחר שניתנה לבית הדין סמכות לבחון מחדש את החלטת הממונה ולסטות ממנה, אם לשיטתו יש לעשות כן, גם מבלי שהחלטה נגועה בפגם מן הפגמים המצדיקים התערבות בהחלטה על פי כללי המשפט המנהלי. הטעם שבהקניית סמכות רחבה מסוג זה לבית הדין נעוץ במומחיותו ובמקצועיותו בתחום דיני התחרות.⁵⁷

לאור הסמכות הרחבה שניתנה לבית הדין לבחון את החלטות הממונה בענייני מיזוג, קבע בית המשפט העליון כי יש לנקוט גישה מצמצמת בהחלת מבחני סף השוללים את הדיון בערר לגופו.⁵⁸

להלן נסקור את סדרי הדין וזכויות הצדדים בהליכים בבית הדין בערר על החלטת הממונה למיזוג חברות: ערר על החלטה לאשר מיזוג; ערר על החלטה להתנגד למיזוג; וערר על החלטה להטיל תנאים על מיזוג שאושר.

חשוב להבהיר כי קיים מצב ביניים נוסף שטרם נבחן: החלטת מיזוג שמאשרת את המיזוג בהסכמת הצדדים לאחר שאלה שינו את תנאי ההסכם לאור הערות הממונה, ורק לאחריה אושר

56 נוסח ס' 22(א) לחוק התחרות – "התנגד הממונה למיזוג חברות, או התנה את הסכמתו בתנאים, רשאית כל אחת מהחברות המבקשות להתמזג להגיש ערר לבית הדין תוך שלושים ימים מיום שקיבלה את החלטת הממונה".

נוסח ס' 22(ב) לחוק התחרות – "הסכים הממונה למיזוג חברות, בין בתנאים ובין ללא תנאים, רשאים כל אדם העלול להיפגע מן המיזוג, איגוד עסקי וכן ארגון צרכנים להגיש לבית הדין ערר על החלטת הממונה, תוך שלושים ימים מיום שהודעה על החלטת הממונה פורסמה בשני עיתונים יומיים".

57 ראו בהקשר זה פרשת **תנובה**, לעיל ה"ש 12; ע"א 3398/06 **הרשות להגבלים עסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בישראל בע"מ**, פס' 26 (נבו 6.12.2006). ראו גם הלפרין, לעיל ה"ש 29, בעמ' 62.

58 ראו עניין **עזריאלי**, לעיל ה"ש 35, פס' 12 להחלטה. ראוי לציין, כי בהליכי מיזוג, שבהם ניתנה לממונה האפשרות בחוק לבחון את המיזוג בתקופה שהוקצבה לכך ולקבל לידיו את כל המסמכים שנדרשו לו לצורך כך, ראוי לחייב את הממונה להגיש את עמדתו לפני עמדתם של יתר הצדדים. במיזוגים, להבדיל מהליכי אישור הסדר כובל, לממונה יש את כל המידע שהיה נחוץ לו לצורך קבלת ההחלטה, ובסמכותו על פי חוק לקבל מידע רב לצורך קבלת החלטה מושכלת. משכך, קבלת בקשה של הממונה להגיש את עמדתו לאחר ששמע את יתר הצדדים נראית לכאורה חריגה, שכן היה בידיו לגבש את עמדתו המקצועית עוד בטרם יקבל את עמדת הצדדים. דווקא הצדדים הם שזקוקים לעמדות הממונה על מנת להיחשף למידע בנוגע לענף והתחרות, שכן להם לא נתונה כל סמכות לקבל מידע זה.

המיזוג ללא תנאים. במקרים אלה המיזוג מוצג כמיזוג שאושר ללא תנאים, אם כי בפועל התנאים של הממונה התקבלו על ידי הצדדים מראש, ולא באו לידי ביטוי בהחלטת המיזוג.⁵⁹

(ב) ערר על החלטת התנגדות למיזוג – זכויות הצדדים למיזוג וזכויות צדדים שלישיים

בהתאם לסעיף 22 לחוק, הממונה הוא המתנגד למיזוג, ולפיכך לצדדים שלישיים לא מוקנית זכות להתנגד למיזוג או להצטרף להליך שעניינו אי-מתן אישור למיזוג. החברות שביקשו להתמזג, הן בלבד, רשאיות לערור נגד החלטת ההתנגדות. דהיינו, בסעיף 22 לחוק המחוקק לא העניק זכות הצטרפות עצמאית לצדדים שלישיים, אלא רק אם הממונה אינו מתנגד למיזוג. נטל השכנוע בהליכי ערר המוגש כנגד אי-אישור מיזוג בשל קיומו של חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות הוא על הממונה. נטל זה חל על הממונה גם כאשר הוא מגיש בקשה לבית הדין כנגד מיזוג שבוצע ללא אישורו (בהתאם לסעיף 25 לחוק). בית הדין הדגיש את הגישה המלאה שיש לממונה לנתונים בנוגע לענף והמתחרים בו, כך למשל מידע על אודות ההיתכנות של כניסת פירמות חדשות לשוק או על אודות השאלה אם תגובה תחרותית מצד הפירמות האחרות בשוק תוכל למתן מספיק את הפגיעה של המיזוג בצרכנים. לממונה יש יתרון משמעותי, שכן ביכולתו לאסוף נתונים גם מחברות שאינן צדדים למיזוג, וזאת בהשוואה לצדדים למיזוג או למתנגדים להחלטת הממונה שאין להם אפשרות סבירה להשיג מידע זה.⁶⁰ כפי שיפורט בהמשך, ראוי להחיל קביעה זו של בית הדין גם על מקרים שבהם הממונה נמנע מלפרט את טענותיו במסגרת החלטתו, דוגמת אישור מיזוג בתנאים או אישור מיזוג, וכן

59 בהקשר זה ראוי להזכיר את אופן בחינת המיזוגים באיחוד האירופי. בשונה מהמצב בישראל, בעת בחינת מיזוגים על ידי רשויות התחרות באיחוד האירופי, הצדדים פונים לרשות לבקש את אישורה למיזוג והם אלה אשר מציעים לרשות את התנאים העשויים לפתור את הבעיה התחרותית שנוצרת כתוצאה מהמיזוג. רשות התחרות באירופה נמנעת מלהיכנס לעומק דעת הצדדים באשר לכדאיות התנאים שיוטלו ביחס למיזוג המבוקש והיא מצפה מהצדדים למיזוג לעמוד מאחורי הצעותיהם לתנאי המיזוג הראויים כפי שהוצעו על ידם, אשר נועדו להסיר את החששות התחרותיים העולים מהמיזוג. באופן פרוצדורלי, באירופה, לאחר הגשת המיזוג, הממונה ברשות התחרות פונה אל הצדדים ומביע את חששו התחרותי מהמיזוג, על מנת לאפשר לצדדים להציע לו תנאים שיוטלו על המיזוג, שאותם הם יהיו חייבים לבצע על מנת לקבל את האישור. הממונה באיחוד האירופי אינו בעל סמכות לכפות על הצדדים באופן חד-צדדי תנאים, אלא רק לאחר קבלת הסכמתם והתחייבותם לביצוע התנאים שהוצעו על ידם. רק במקרה שבו הצדדים למיזוג לא התאימו את תנאיהם לעמדתו המקדמית של הממונה, יהיה הממונה רשאי לפסול את המיזוג. ראו חגית בולמס "על הצורך במידג נורמטיבי פומבי ומוסכם לתנאי מיזוג שנקבעים על ידי הממונה ובית הדין" **תאגידים** 1/105, 112 (2009), והמלצותיה בעמ' 115 למאמר זה לפיהן: "אימוץ הגישה האירופאית כמפורט לעיל, עשוי למנוע בעתיד מצבים דומים לאלו שהתקיימו במיזוג **אל-על כנפיים** ומיזוג **טרפלס-כפרית**, לפיהם הצד הנרכש הסכים לוותר על חלק מקניינו, בעוד הצד הרוכש התנגד להטלת תנאי זה. כך, יימנע מצב שבו החברה הרוכשת תמצא עצמה, בסופו של דבר, קשורה בעסקה שספק אם היא מעוניינת בה, במחיר שנקבע בהסכם". וכן Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004 (2008).

60 ה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 704/07 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' פרינר** (נבו 5.4.2009).

בהליכים נוספים שבהם מבקש צד להתנגד לקביעת הממונה ללא נימוקים, בין אם יש בה כדי לאשר פעולה מסוימת ובין אם יש בה כדי למנוע פעולה.

בכל הנוגע לזכויות צדדים שלישיים עולה השאלה אם מי שרואה את עצמו נפגע ממיזוג יכול להצטרף להליך ערר על החלטת הממונה להתנגד למיזוג. האם במקרה זה תינתן זכות ערר לצד שלישי או זכות למי שלא היה צד למיזוג להצטרף להליך בבית הדין בנוגע להחלטה של הממונה שלא לאשר מיזוג?

בית הדין נדרש לשאלה זו במקרים שבהם הוגשה בקשה להתנגד לאישור מיזוג של הממונה. מצד אחד בית הדין ביקש להעניק משקל לדברי המחוקק בסעיף 22 לחוק בכל הנוגע להבחנה בין התנגדות למיזוג שאושר לבין ערר על אי-אישור מיזוג. הבחנה זו נכללת במסגרת השיקולים שישקול בית הדין לצורך יישום תקנה 27 לתקנות.

בעניין **בזק** הסכים בית הדין להרחיב את פרשנותו של סעיף 22 לעיל ולהקנות זכות ערר גם לאדם שנטל בפועל חלק בהליך אצל הממונה והוא נפגע עקב ההחלטה שנקבעה. בהתאם להרחבה זו, זכות הערר תוענק למי שזכותו נפגעה בהיותו צד להליך שנוהל בעניינו – "בעל דין בפועל" – ולא לכל אדם שזכותו נפגעה בהליך שנוהל בעניינו, גם אם אינו צד פורמלי. הרחבת סעיף 22, אשר מקנה זכות ערר לבעלי דין "בפועל", הסתמכה על הלכות בית המשפט העליון, אשר הרחיבו את זכות הערר במקרים דומים.⁶¹

על מנת להיחשב כ"בעל דין בפועל" על המבקש להראות כי התקיימו בו שני תנאים: ראשית, עליו להראות כי היה צד להליך שקיים בפני הממונה. גם אם לא הגיש המבקש את בקשת המיזוג, הרי שיש להראות כי קיים מגעים עם הממונה בקשר להחלטתו ולתנאים שנקבעו בה. בהקשר זה ראוי לציין, כי הצדדים למיזוג הם אותן חברות שהגישו את הודעת המיזוג, ולא חברות קשורות. בניגוד לפרק ההסדרים הכובלים ופרק המונופולין, הרי שבכל הנוגע למיזוגים, חברות קשורות אינן מהוות "צד למיזוג".⁶² אם צד יבקש להגיש ערר בהסתמך על היותו חברה קשורה לצד מבקש אישור המיזוג, עליו להוכיח כי הוא ומבקש האישור הם "יישות משפטית אחת", ומשכך פעולת מבקש אישור המיזוג כמוה כפעולת מבקש זכות הערר.⁶³

61 ראו לדוגמה, החלטת בית הדין בבקשת בזק להגיש ערר על החלטת הממונה בעניין מיזוג בתנאים בין חברת בזק בינלאומי לחברת וואלה – החלטה בעניין צירופה של בזק – ערר 2/00 (בקשה 35/00) (מחוזי י-ם) **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ מיום** (נבו, 31.1.2002). במקרה זה עלתה השאלה אם בזק, אשר הייתה מעורבת במגעים מוקדמים מול הממונה, אולם לא הייתה צד להליך המיזוג, זכאית להגיש ערר על התנאים שאותם הטיל הממונה על הצדדים במסגרת עסקת המיזוג, וזאת על אף שבזק לא הייתה צד להודעת המיזוג שהוגשה. בית הדין הסתמך בעניין זה על החלטותיהם של השופט לוין והשופט ברק (כתוארם דאז) בפסק הדין בש"פ 658/88 **סארי חסן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(1) 670 (1991). בית הדין אימץ את העקרונות שנקבעו על ידי בית המשפט, אולם קבע כי בזק לא עמדה בתנאים האמורים.

62 ראו ערר בזק, לעיל ה"ש 61, פס' 13 להחלטה, וכן החלטת הממונה בעניין: **עסקת רכש מניות בנק ברקליס דיסקונט בע"מ על ידי בנק דיסקונט בע"מ** (הגבלים העסקיים, כרך א', עמ' 123, 125–127).

63 ראו ערר בזק, שם, פס' 13–15.

שנית, ועיקר, המבקש צריך להראות שהוא נפגע מן ההחלטה. כך לדוגמה, אם הטיל הממונה תנאים במסגרת האישור של המיזוג, על המבקש להראות כי התנאים שנקבעו על ידי הממונה מחייבים אותו או משפיעים עליו באופן ישיר.⁶⁴

(ג) הצדדים לערר על החלטת אישור מיזוג ואישור מיזוג בתנאים

סעיף 22(ב) לחוק מקנה זכות לערור גם למי שלא היה צד להליך מושא הערר, אולם במקרה זה הוא נדרש להגיש ערר על החלטה המאשרת מיזוג, בין בתנאים ובין ללא תנאים. לצורך הגשת ערר על פי סעיף זה, על הנפגע להראות כי הפגיעה בו היא בגדר "פגיעת הגבל עסקי" ("Antitrust Injury"). פגיעת הגבל עסקי הוגדרה בעניין אדגר כפגיעה באותם אינטרסים שעליהם ביקש המחוקק להגן בחוק ואשר לצורך מניעת הפגיעה בהם הוא הפקיד בידי הממונה את הסמכות להתנגד למיזוג.⁶⁵ משכך, עצם פגיעה אזורית בצד הנפגע ממיזוג, כדוגמת פגיעה בהתקשרות החוזית בין הצדדים, אינו מהווה עילה המצדיקה מתן זכות ערר על החלטת אישור המיזוג כאמור בסעיף 22(ב) לחוק.

קביעה זו נשענת על סעיף 21(א) לחוק, שלפיו "הממונה יתנגד למיזוג חברות או יתיר אותו בתנאים אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור באחת מאלה: (1) רמת המחירים של נכס או שירות; (2) איכות נמוכה של נכס או שירות; (3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות ההספקה ותנאיה".

שיקוליו של הממונה בעת שהוא מתנגד לבקשת מיזוג הם שיקולים מתחום דיני התחרות. דהיינו, שיקולים של פגיעה בתחרות, או פגיעה בציבור מבחינת רמת המחירים, איכות הנכסים או השירותים והיקף הספקתם, סדירותה ותנאיה.⁶⁶

מכאן עולה כי הזכות להגיש ערר, כאשר מדובר במי שאינו צד למיזוג ואינו מבקש את אישורו של הממונה למיזוג, נתונה רק לאדם העלול להיפגע מן המיזוג "פגיעת הגבל עסקי". כשם ששיקוליו של הממונה בבואו להחליט בדבר מיזוג הם כולם בתחום התחרות והפגיעה בציבור, כך יהיו גם שיקוליו של בית הדין בבואו לבחון בקשה של צד המבקש לערר על

64 שם.

65 ה"ע (מחוזי) 5/98 אדגר השקעות ופיתוח בע"מ נגד הממונה על ההגבלים העסקיים (נבו 1.10.1998). ראו בהקשר זה גם ה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 15629-06-18 הממונה על התחרות נ' גמא ניהול וסליקה בע"מ (נבו 12.8.2019), ממנו עולה כי ללא פגיעת הגבל עסקי, אין זכות ערר. על פי חוק התחרות, הגורם היחיד המוסמך כיום לשקול שיקולים לבר-תחרותיים הוא בית הדין, במסגרת אישור הסדרים כובלים (ר' ס' 9-10 לחוק). ראו גם בהקשר זה דיניד גילה "מיזוגים על פי חוק ההגבלים העסקיים, ניתוח ביקורתי" משפט ועסקים ח 333, 341 (2008); בולמס, לעיל ה"ש 3, בעמ' 32, שלפיהם ניתן לכלול שיקולים לבר-תחרותיים בהליכי הסדר כובל רק אם אלה יאשרו על ידי בית הדין. ראו בג"ץ 358/61 ו.ס.ט תוצרת יין ומשקאות חריפים בע"מ נ' יו"ר המועצה לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשי"ט-1959, פ"ד טז 1317, 1319 (1962). לניתוח השיקולים של הממונה בעת בחינת דוקטרינת הפירמה הכושלת בעת אישור מיזוגים והכללת שיקולים לבר-תחרותיים ראו, מיכל הלפרין "דוקטרינת הפירמה הכושלת" תאגידים ג/21, 21 (2006).

החלטת מיזוג של הממונה בהתאם לסעיף 22(ב) לחוק. בית הדין יבחן אם העורר עלול להיפגע באותם אינטרסים שעליהם ביקש המחוקק להגן בחוק ואשר לצורך מניעת הפגיעה בהם הוא הפקיד ביד הממונה את הסמכות להתנגד למיזוג.

לשון אחר, פגיעה מן המיזוג כמשמעה בסעיף 22(ב) לחוק היא פגיעה שאותה הוסמך הממונה לבחון מכוח סעיף 21(א) לחוק.⁶⁷ סעיף 21 אינו מדבר על טובת הציבור ככלל, אלא, נוסף על הפגיעה בתחרות, על פגיעה בציבור בנושאים מוגדרים שנקבעו בחוק. מטרתו של הפיקוח הסטטוטורי שהופקד בידי הממונה ובית הדין היא להבטיח את עניינו של הציבור בשמירה על אינטרסים ציבוריים שהמחוקק ביקש להגן עליהם בחוק. פיקוח זה לא נועד לסייע באכיפת זכויות במישור המשפט הפרטי, ואין לנצלו למטרה זו.

מכאן, שכל עוד מדובר בפגיעה בזכויות בתחום המשפט הפרטי, שעלולה להיגרם כתוצאה מהחלטת הממונה בעניין המיזוג ושבגינה מוגש הערר, אין בטענה זו כדי לגלות "פגיעה הגבל עסקי" המקימה לעוררת זכות ערר מכוח סעיף 22(ב) לחוק התחרות. לשיטת בית הדין מקומה של טענה זו, שהיא טענת לוואי לטענות העוררת כלפי המשיבות, הוא לפני הערכאה הדנה בסכסוך האזרחי שבין הצדדים, ועל כל פנים אין מקומה להידון לפני בית הדין.⁶⁸

על מנת להצביע על פגיעת ההגבל העסקי שבגינה מבוקש הערר, יש צורך לפרט כיצד ובאיזה אופן יפגעו החלטת הממונה ואישור המיזוג בתחרות. בתוך כך יש לפרט מהו הענף שבו מדובר, מהם מאפייני השוק של אותו ענף, כמה מתחרים נוספים פועלים בשוק, מהי מידת התחרותיות הקיימת בשוק, אם החברות המתמזגות עוסקות באותו ענף – ואם כן מה מעמדן בשוק, ואם קיים חשש שעקב המיזוג (אם נתקבלה החלטת אישור מיזוג על ידי הממונה) יגדלו השליטה והדומיננטיות של הגוף המאוחד בשוק עד כדי סיכון התחרות בו. מידע זה יש לפרט ולתמוך כבר במועד הגשת הערר לפי סעיף 22(ב), כלומר, יש להראות בכתבי הטענות, לרבות בחוות הדעת המצורפות אליהם, כי העורר נפגע "פגיעה הגבל עסקי".⁶⁹

בעניין **בנק ירושלים**,⁷⁰ בית הדין דן בבקשת סילוק על הסף של ערר שהוגש על ידי מתנגד (בנק ירושלים) שלא היה צד למיזוג וקבע כי על העורר להראות בכתבי הטענות כיצד הוא עצמו

67 ראו החלטות בית המשפט בארצות הברית בעניין זה, כפי שהובאו בעניין **אדגר**, לעיל ה"ש 65: Brunswick v. Pueblo Bowl-O-Mat, 429 U.S. Reports 477, 487-9 (1977). בהחלטה זו נקבע כי על המבקשים לתקוף מיזוג מוטל הנטל להראות פגיעה הגבלית, שמשמעותה פגיעה מהסוג שלשמו נחקקו חוקי התחרות ושהופכים את המיזוג לבלתי חוקי. לצורך כך על התובע להראות מהם אותם מעשים המפירים את דיני התחרות ושבגללם הופך המיזוג לבלתי חוקי.

68 ראו עניין **אדגר**, שם.

69 שם.

70 ת"כ (הגבלים עסקיים י-ם) 65239-07-19 **בנק ירושלים בע"מ נ' הממונה על התחרות** (נבו 25.2.2020). בעניין זה, בנק ירושלים הגיש ערר נגד אישור המיזוג בין בנק מרכנתיל דיסקונט לבין בנק מוניציפל (דקסיה). לטענת בנק ירושלים, המיזוג הציב בפניו חסמי כניסה אשר אינם מאפשרים לו להיכנס לשוק מתן האשראי לרשויות מקומיות. לטענתו, היה באפשרותו להיכנס לשוק זה רק באמצעות רכישת בנק מוניציפל בעצמו, וכאשר האחרון נרכש על ידי בנק דיסקונט, אשר מהווה חלק מהאוליגופול הבנקאי בישראל, הרי שנפגעה התחרות, וגם בנק ירושלים עצמו נפגע בגין אי-יכולתו להיכנס לשוק הרלוונטי. ערר בנק ירושלים סולק על הסף, שכן בית הדין קבע שכשל מלהראות באיזה אופן הוא עצמו נפגע פגיעה הגבל עסקי, ולא רק כיצד הוא ייפגע,

נפגע "פגיעת הגבל עסקי". לדברי בית הדין, לא די בטיעון כללי שלפיו התחרות נפגעה כתוצאה מאישור המיזוג, אלא יש להראות שגם העורר עצמו נפגע כפועל יוצא מאישור המיזוג. אחרת, כל מי שאינו צד למיזוג יוכל להתנגד לו מבלי שהוא נפגע פגיעת הגבל עסקי (באופן אישי), אלא נפגע פגיעה מסחרית, אשר אינה עניין לדיון לפני בית הדין. כבר בתחילת ההליך על העורר להבחין בין טענות לפגיעה מסחרית בו, שאינן מקימות פגיעת הגבל עסקי, לבין טענות מתחום דיני התחרות, שנטענות בנוגע לתחרות בכללותה, ולא כהגנה על מתחרה. למעשה, בית הדין הציב רף גבוה ביותר בפני העורר כבר בעת הגשת עתירתו לבית הדין. כפי שעולה מפסקה 23 להחלטת בית הדין, על העורר להראות (לרבות באמצעות הצגת חוות דעת כלכלית מפורטת) כיצד "עשוי המיזוג לפגוע בתחרות, לרבות תחרות פוטנציאלית, בפועל". על העורר להצביע באיזה אופן יפגע המיזוג בתחרות, לרבות על ידי תימוכין כלכליים בחוות הדעת. יש לקשור בין המיזוג לבין הפעולות שיינקטו ויפחיתו, לשיטת העורר, את התחרות ויגבירו את החשש לפגיעה משמעותית בתחרות בעקבות המיזוג. זאת, על מנת שבית הדין יוכל לבחון את סבירות החשש ומידת ביסוס הטענה (פסקה 25 לפסק הדין). בכך מבקש בית הדין להבחין בין עררים המוגשים על ידי מי שפגיעתו היא פגיעה מסחרית בלבד, להבדיל מפגיעת הגבל עסקי כמשמעה בסעיף 22(ב) לחוק, לבין עררים שבהם מגיש הערר עומד בשתי הדרישות: הוא מתבסס על פגיעת הגבל עסקי והוא אכן נפגע פגיעת הגבל עסקי כתוצאה מהמיזוג שאושר.

נדמה כי קביעה זו מהווה נדבך נוסף והעלאת הרף הראייתי הנדרש מהעורר כבר בהגשת ערר, שעה שזה מוגש על ידי מתחרה לצדדים למיזוג המבקש להתנגד למיזוג. בעניין איס, נדמה כי בית הדין לא דרש מהעורר להוכיח את טענותיו, אלא סמך ידו על עובדות שאינן במחלוקת ושהן אשר מאפשרות את המסקנה שלפיה סיכויי הוכחת פגיעת הגבל עסקי נמוכים ביותר.⁷¹ נדמה כי הרף שנדרש מהעורר בעניין **בנק ירושלים** נועד לסנן ולהקשות על הגשת עררים נגד מיזוגים שאושרו על ידי הממונה, כאשר אלה מוגשים על ידי מתחרה. מאחר שחלקם הגדול של העררים מוגשים על ידי מתחרים למיזוג שאושר, יש לבחון ולשקול בהיבט הרחב אם הגבהת רף הכניסה לשערי בית הדין, בשלב הגשת הערר, לא תמנע בפועל ביקורת שיפוטית נחוצה וראויה על עסקאות מיזוג ובחינת ההיבטים התחרותיים של המיזוג. ככל שיקבע בית הדין כי די בטיעון מקדמי מבוסס המצביע על אפשרות סבירה לפגיעת הגבל עסקי כתוצאה מהמיזוג באופן לכאורי, כך תרבה הביקורת השיפוטית על החלטות הממונה, ותהיה עין שיפוטית נוספת, חשובה ביותר, על החלטות הממונה הנוגעות לתחרות בשווקים ממועטי מתחרים, בפרט כאשר המיזוג עשוי להשליך על כלל הציבור. לאור כך, יש

באופן לכאורי, מפגיעת הגבל עסקי כללית כתוצאה מהמיזוג. בית הדין דחה את הטענה כי קיומה של עסקה תאורטית חלופית שעשויה לעודד את התחרות מהווה טענה בדבר "פגיעת הגבל עסקי".

71 ה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 802/08 איס אוטודיפו בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (נבו) בדומה לעניין **בנק ירושלים**, שם, בית הדין הבחין בין שימוש שעושה מתחרה צד שלישי בערר לצרכיו המסחריים לבין טענות לפגיעת הגבל עסקי. עצם רצונו של צד לבצע עסקה חלופית לזו שאושרה אינו מקים טענה לפגיעת הגבל עסקי. זאת, מאחר שדיני התחרות נועדו להגן על התחרות עצמה, ולא על המתחרים.

לבחון אם נכון להתיר לברר לגופם את הטיעונים הנוגעים לפגיעת ההגבל העסקי בתחרות במסגרת ההליך לפני בית הדין, לרבות באמצעות חקירת מומחים והצגת ראיות. זאת, בדומה למבחני הסף שנקבעו בהליכים אזרחיים, המקשים עד מאוד על סילוק תביעה על הסף בטענה המבוססת על מחלוקת עובדתית. והרי ההליך בבית הדין, במהותו, נועד לטובת הציבור בכללותו, על מנת לבחון את השמירה על התחרות ומניעת פגיעה בה.

(ד) קשיי ההוכחה של צד שלא היה מעורב במיזוג והמנגנון להתגבר על כשלים אלה

בפני העורר המתנגד לאישור מיזוג ניצב קושי אמיתי אשר טרם נדון באופן מעמיק דיו בפסיקה בישראל. בעת אישור מיזוג, הממונה, ככלל, אינו מנמק את החלטת האישור, בשונה מהחלטות על אישור מיזוג באיחוד האירופי, שהן מפורטות ביותר; לעיתים אורכן של החלטות אלה מגיע למאות עמודים, והן כוללות, בין השאר, פירוט בנוגע לשוק הרלוונטי (לרבות פירוט על אודות זירת התחרות מבחינה גאוגרפית) וכן כיצד המיזוג הנדון עשוי להשפיע על התחרות בשוק. לעומת זאת בישראל, רק כאשר הממונה מסרב לאשר מיזוג (או במקרים מסוימים כאשר הוא מתנה אותו בתנאים) הוא פורס בפני הצדדים והציבור את שיקוליו ומפרסם. משכך, כאשר מבקש אדם לערור כנגד החלטת אישור מיזוג מבלי שמונחים לפניו השיקולים של הממונה לאישור המיזוג, הוא מגשש את דרכו באפלה ונדרש לערור מבלי לדעת על מה התבססה החלטת הממונה.⁷²

גם בית הדין הבין שהיעדר נימוק מצד הממונה בהחלטתו לאשר מיזוג בתנאים, כאשר הנימוק נדרש על ידי צד שלישי המבקש לערור על ההחלטה, אינו פשוט כלל ועיקר.⁷³ גם במקרה זה לבית הדין אין סמכות לחייב את הממונה במתן נימוקים להחלטתו, בפרט כאשר

⁷² בעניין זה ניתן להקביל את היעדר הנימוק לאישור מיזוג להיעדר נימוק של הממונה בהחלטה שלא לנקוט הליכים. בעוד באיחוד האירופי החלטה שלא לנקוט הליכים בנוגע למיזוג מחייבת את הממונה לנמק את החלטתו, הרי שבארצות הברית רשות התחרות אינה מחויבת לנמק את החלטתה שלא לתקוף מיזוג. ההבחנה בין האיחוד האירופי לארצות הברית בהקשר זה נגרמת כתוצאה מאיזון שונה בנוגע לצורך של הרשויות ביכולות וגמישות בהליך המשפטי וכן מהתייחסות שונה לסודיות המידע לעומת הצורך בשקיפות ההליך. ראו First, Fox & Hemli, "The 63–62, 8, בעמ' 25, והביקורת על היעדר השקיפות שהובעה במאמר זה בעמ' 62–63, "The main transparency issue our study has identified centers around decisions not to bring cases. Explanation of such decisions would be consistent with the goals of transparency, particularly in cases where the decision not to go forward is controversial, but there is no formal mechanism in the U.S. system for requiring either the Antitrust Division or the FTC to justify failures to act". ראו גם Impala v. Commission (Sony/BMG), 118 במאמר זה: Case T-464/04, [2006] ECR II-2289.

⁷³ ס' 2 (א) לחוק לחיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958 קובע כי "עובד הציבור" על פי הגדרתו בחוק זה יחליט בבקשה שהופנתה אליו להשתמש בסמכותו על פי דין וישיב למבקש בכתב. ס' 2 א לחוק זה קובע כי במקרה שעובד הציבור סירב לבקשה, עליו להודיע למבקש בכתב את נימוקי סירובו. מכאן עולה שחובת ההנמקה חלה רק כאשר סירב הממונה להפעיל סמכותו על פי דין – לאשר את המיזוג, לאחר שנתבקש לעשות כן. ייתכן שאישור בתנאים מסוימים יהיה שקול לסירוב לצורך הנמקה. לדיון בנושא זה ראו ה"ע (מחוזי י-ם) 515/04 סלקום ישראל בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (נבו) 17.3.2005).

הדין בבית הדין בערר על החלטת הממונה במיזוג נעשה במתכונת של "שמיעה מחדש". לפיכך, בהליך של ערר על החלטת אישור מיזוג נדרש הממונה, ממילא, לפרוס לפני בית הדין והמתנגד את מלוא שיקוליו באישור המיזוג והטלת תנאיו.

לאור הקושי של המתנגד להגיש ערר מלא בהיעדר נימוקים, מצא בית הדין מנגנון מתקן שלפיו תינתן למתנגד, במקרים מסוימים, אפשרות לתקן את כתב הערר לאחר קבלת תשובת הממונה או להגיש את חוות דעתו הכלכלית רק לאחר שיועברו אליו מסמכי הממונה הנוגעים למיזוג, על מנת להעניק לעורר תמונה שלמה יותר של העובדות שהיוו בסיס להחלטת אישור המיזוג.⁷⁴

בכך חרג בית הדין מהכלל שלפיו על מגיש הערר להגיש את כל מסמכיו במועד הגשת הערר ומהאמור בסעיף 23(א) לחוק בתי דין מינהליים הקובע כי "ערר יוגש בכתב ויכלול את הטענות והעיתקי המסמכים עליהם בדעת העורר להסתמך".

לאור הקשיים המפורטים לעיל, המסלול שבו פועלים צדדים המבקשים להגיש ערר נגד החלטת הממונה המאשרת מיזוג הוא פנייה לממונה בטרם הגשת הערר בבקשה להעמיד לעיונם מסמכים ומידע שנמצאים בתיק המיזוג. ככלל, הממונה מעניק למבקשים אלה זכות עיון במסמכי התיק, למעט במסמכים ומידע שהוגשו לרשות על ידי צדדים שלישיים. בשל המועדים הקבועים בחוק, קורה לא פעם שרק לאחר חודשים מהמועד הקבוע בחוק להגשת הערר מועברים מלוא המסמכים לעיון המתנגד, ובמקרים רבים קיים צורך בהתערבותו של בית הדין בהכרעה אילו מסמכים יועמדו לעיון המתנגד ובאיזה אופן (השחרת המידע הרגיש, עיון רק לבאי כוח, חדרי מידע וכיוצא בזה). משכך, במועד שבו נדרש העורר להגיש את עררו על אישור המיזוג הוא מצוי בחיסרון אינהרנטי אל מול הצדדים למיזוג והממונה.

לאור קשיים אלה בפסיקת בית הדין, נקבע כי מועד הגשת הערר אינו חותם את הליך הצגת הראיות, שכן לאחר הגשת כתבי הטענות רשאים בעלי הדין להגיש ראיות נוספות, כל עוד הן נוגעות לעובדות ולפלוגתאות הכלולות בערר ונתמכות בתצהירים.⁷⁵ העורר יוכל להגיש, באישור בית הדין, חוות דעת וראיות נוספות במהלך הדיון בבית הדין, אולם במקרה כזה עליו

74 ראו לדוגמה ה"כ (הגבלים עסקיים י-ם) 25966-03-11 סופרבוס בע"מ נ' הרשות להגבלים עסקיים (נבו 23.6.2011). בהליך זה ביקש העורר לדחות את הגשת חוות הדעת הכלכלית מטעמו עד לאחר שהמשיבים לבקשה – הממונה והצדדים למיזוג – יגישו את תגובותיהם לערר. זאת, על מנת להעניק לעורר את מלוא המידע הנחוץ לו בנוגע לאישור המיזוג, שכן החלטת אישור המיזוג לא כללה כל פירוט על אודות השיקולים שעמדו בבסיס החלטת הממונה. בית הדין קבע מנגנון ביניים שלפיו העורר יהא רשאי להגיש את חוות הדעת הכלכלית לאחר קבלת עיקר המסמכים של הממונה שנוגעים למיזוג, אולם לפני שיתר הצדדים יגישו את עמדתם. לעורר ניתנה אפשרות לפנות לבית הדין בבקשה לתקן את חוות הדעת הכלכלית אם יהיה צורך בכך לאחר שיוגשו יתר עמדות הצדדים. החלטה זו, עם כל הכבוד, עדיין מותירה את העורר מגושש באפלה שכן המסמכים אינם כוללים את כל שיקולי הממונה והניתוחים המשפטיים שביצע, והעורר נדרש לנחש מהם הנתונים והעובדות שעמדו בבסיס השיקול המכריע של הממונה לאשר את המיזוג. ראוי היה שלכל הפחות תינתן לעורר אפשרות להגיש את חוות דעתו הכלכלית הראשונית לאחר הגשת עמדת הממונה בערר.

75 ה"ע (תחרות) 9/97 בזק בינלאומי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא פורסם 11.5.1998); מונופול 2/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות (לא פורסם 20.4.1997).

לנמק את בקשתו ולהציג לפני בית הדין טעמים מיוחדים ומהותיים מדוע לא פעל בהתאם להוראת החוק.⁷⁶

נוסף על כך, בית הדין מאפשר, במקרים חריגים, לקבל מסמכים מהממונה עוד בטרם הוגש ערר וכן להורות על עיון במסמכים על פי סעיף 30(ב) לחוק בתי דין מינהליים על מנת לאפשר לצדדים לבחון את אפשרות הגשת הערר. בהחלטה בעניין מיזוג סלקום וגולן טלקום, לאחר שבית הדין קבע כי בסמכותו להורות על עיון במסמכים גם בטרם הגשת ערר (סוגיה שעמדה בבסיס המחלוקת), קבע בית הדין כי השימוש בסמכות זו ייעשה במשורה, כעניין חריג ביותר, מתוך חשש שפנייה כזו תנוצל לרעה מבלי שעומדת מאחוריה כוונה להגיש ערר. מעניין לציין בהקשר זה, שבית הדין קרא לחקיקה שתסדיר באופן מפורט, ממצה ומובנה את הליך העיון במסמכים הנאספים בידי הרשות, על מנת שיהיה אפשר להקדיש את מלוא הזמן השיפוטי לשם בירור העררים לגופם.⁷⁷

בית הדין הבחין בין ראיות נוספות שנתגלו רק לאחר הגשת הערר לבין הגשת חוות דעת כלכלית באיחור. בכל הנוגע לראיות נוספות עומדת למבקש הזכות להגישן בשלב המתאים, גם לאחר הגשת הערר, שכן הליך הגשת הראיות לא תם עם הגשת הבקשה והתשובה. כפי שקבע בית הדין, בעקבות החלפת כתבי הטענות מתגבשות הפלוגתאות שבין הצדדים, ורק בעקבות כך יוגשו על ידי הצדדים ראיותיהם, בהליך עצמו.⁷⁸

לצורך האיזון, דרך המלך הראויה היא הגשת בקשה להארכת מועד להגשת חוות הדעת או להגשת ערר כשיש להעלות כבר בבקשה זו את הטעמים המיוחדים המצדיקים את קבלת הבקשה.⁷⁹ בהיעדר בקשה להארכת מועד, בית הדין יכול מטעם זה בלבד לדחות את הבקשה להגשת חוות דעת בשלב מאוחר יותר, שכן לשיטת בית הדין אין מדובר בפגם פורמלי או פרוצדורלי גרידא, אלא בפגם מהותי שיש בו כדי להצדיק את דחיית הבקשה.

נראה כי בית הדין ייעתר לבקשות להגיש חוות דעת כלכלית לאחר הגשת הערר או בקשות לתקן את הערר או לדחות הגשת תצהירים כאשר בקשות אלה נובעות מהעובדה שבעת הגשת הערר לא הועברו לעיון המבקשים כל המסמכים שהיו בידי הממונה בתיק המיזוג, וכן במקרים שבהם קיים מידע על אודות תוצאותיו בשטח של המיזוג, שיצא אל הפועל לאחר הגשת הערר. הגשת מסמכים אלה אינה בזכות, אלא נדרש אישור של בית הדין.

גם כאן נותן בית הדין משקל לכך שהחלטת הממונה לאשר את המיזוג מושא הערר (או לאשרו בתנאים) ניתנה ללא נימוקים, והמבקשות, שלא היו צד לאישור המיזוג, למדו על הנימוקים הללו רק בעקבות הגשת כתבי התשובה לערר על ידי הממונה והמשיבות. בנסיבות אלה בית הדין הכיר בכך שבעת הגשת הערר לא עמדה בפני העורר אפשרות מלאה לבסס את

76 ה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 803/08 טרפלס קומפאונדס נ' הממונה על הגבלים עסקיים (נבו) 21.5.2009.

77 ה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 61660-05-16 סלקום ישראל בע"מ נ' רשות ההגבלים העסקיים (נבו) 13.11.2016.

78 עניין ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 75.

79 ה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 808/08 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' שידורי קשת בע"מ (נבו) 2.7.2009.

הערר על חוות דעת מקצועית יסודית ומקיפה, משום שחלק ניכר ומשמעותי מהנתונים והמסמכים לא היו באותה עת בידיו. מכיוון שבית הדין רואה בחוות הדעת מסמך מהותי שנועד לסייע לצדדים לבסס בצורה כלכלית ומקצועית את טענתם בדבר הפגיעה בתחרות בשווקים הנוגעים למיזוג, הרי שזהו מסמך חיוני שיש הצדקה להתיר למבקש להגישו לאחר שיהיו בפניו כל מסמכי תיק המיזוג.⁸⁰

גם בבקשה לתיקון הערר לאחר קבלת מלוא המסמכים בית הדין יאזן בין מתן רשות לתקן ערר לאחר שהועברו לעורר המסמכים שלא גולו במועד לבין הצורך להגביל את הארכת המועד להגשת ערר.⁸¹

אולם, בית הדין אינו מעניק זכות תיקון אוטומטית, אלא שוב מוטל העול על המתנגד לפנות לבית הדין ולהצביע על המקומות שבהם נדרש התיקון, תוך הפנייה נקודתית לעניינים העולים מתגובת הממונה ואשר נעדרים התייחסות בכתב הערר ותוך הסבר מדוע יש להשלים טיעון ביחס לעניינים אלו.⁸²

(ה) פנייה לבית הדין במקרה של אישור מיזוג בתנאים

ככלל, לממונה ולבית הדין יש סמכות להטיל תנאים המפגינים את החששות התחרותיים העולים מהמיזוג. כעולה מסעיף 21 לחוק, לממונה מוקנה שיקול דעת רחב בבואו להפעיל את סמכותו להטיל תנאים במסגרת אישור עסקת מיזוג.⁸³ כל מיזוג מעלה חששות תחרותיים שונים, ולכן הכלים שמעמיד החוק לרשות הממונה הם רחבים. זאת, על מנת לאפשר לו להתאים את התנאים שיוטלו לחששות התחרותיים הנובעים ממאפייניו הייחודיים של כל אחד מהמיזוגים המובאים לאישורו.⁸⁴ הממונה רשאי להציב תנאים למיזוג, ובלבד שהמיזוג הקים חשש

80 מעניין לציין שגם הצדדים הפונים לבית הדין, ולא רק הממונה, מחויבים להעמיד לעיון הצד השני את החומר המקצועי והעובדתי שעליו הסתמכה חוות הדעת מטעמם. לפיכך, ככל שבעל דין מגיש לבית הדין חוות דעת מטעמו, עליו להעביר לרשות הצד השני גם את האסמכתאות שבידיו לצורך בדיקת הנטען בחוות הדעת. כך, חויב תאגיד איסוף המשקה להעמיד לרשות הממונה את האסמכתאות והמסמכים שעמדו בבסיס חוות הדעת שהוגשה מטעמו. ראו ה"ע (הגבלים עסקיים י-י) 34330-01-16 תאגיד איסוף מכלי משקה בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (נבו) (26.7.2017).

81 בש"א (הגבלים עסקיים י-י) 310/07 צנורות המזרח התיכון נ' הממונה על הגבלים עסקיים (נבו) (22.3.2007).

82 עניין סלקום, לעיל ה"ש 77, פס' 6.

83 ראו פרשת תנובה, לעיל ה"ש 12.

84 בולמס, לעיל ה"ש 59, בעמ' 109. כך לדוגמה, אם צדדים למיזוג מבקשים להתמזג, רשאית הרשות לדרוש מהם להסיר חסמי כניסה הקיימים בשוק, ואשר היו קיימים גם ללא המיזוג, על מנת לאפשר כניסת מתחרים פוטנציאליים לשוק. בבש"א (הגבלים עסקיים י-י) 515/08 טרפלס קומפאונד בע"מ נ' הממונה על הגבלים העסקיים, פס' 46 (נבו, 26.8.2008) (להלן: עניין טרפלס-כפרית) הממונה דרשה (בהסכמת כפרית וללא הסכמת הצד השני למיזוג – טרפלס) שחרור נוסחאות כימיות של חברת כפרית שבעזרתן יוצרו מוצרי הלקוחות על ידי כפרית, ללקוחות, בטרם ביצוע המיזוג עם טרפלס, על מנת לאפשר ללקוחות כפרית לגשת עם הנוסחאות למתחרים פוטנציאליים של טרפלס, כאשר מתחרים פוטנציאליים אלה בחרו עוד בטרם המיזוג, מטעמים שלהם, שלא להיכנס לשוק. בכך הוסרו חסמי הכניסה שהיו בשוק גם

תחרותי. ככל שאין חשש תחרותי מהמיזוג, נדרש הממונה לאשר את המיזוג ללא התנייתו בתנאים כאלה ואחרים.

מה דינו של צד אשר יכול להיפגע כתוצאה מתנאי הממונה, אם יתקבל האישור, אולם יש ביכולתו לקבל על עצמו את התנאים האמורים:

בשני מקרים ראוי לראות בתנאים שהטיל הממונה כהתנגדות למיזוג:

המקרה הראשון, כאשר צד למיזוג עלול להיפגע באופן כלכלי מהותי כתוצאה מתנאי הממונה, אולם יש ביכולתו לקבל על עצמו את התנאים האמורים. בית הדין קבע כי במקרה כאמור, עצם אפשרות הבחירה גורם לכך שלא תתקיים פגיעת הגבל עסקי המצדיקה מתן זכות ערר.⁸⁵ משכך, נחסמת דרכו של צד להגיש ערר על החלטת הממונה.

ככלל, הממונה אינו נדרש לבדוק את מאזן הכדאיות הכלכלית של הצדדים במסגרת היחסים החוזיים ביניהם, ולכן במסגרת התנאים שבסמכותו להטיל הוא אינו נדרש לבחון אם מילוי התנאים במסגרת אישור המיזוג על ידו יפגע בכדאיות הכלכלית של העסקה. אולם, כפי שהעיר בית המשפט העליון, במקרים שבהם התנאים לאישור המיזוג הם, לכאורה, בלתי כדאיים כלכלית לצדדים, מן הראוי כי יימנע הממונה מהטלת תנאים אלה. קביעה זו אינה מחייבת, אלא נאמרה אגב קביעתו בעניין שנדון לפניו.⁸⁶

בהתאם לכך, ומהפך הדיוני, במסגרת ההליכים לבחינת ערר על החלטת הממונה לאשר מיזוג בתנאים שפוגעים באופן מהותי בעסקה ובזכויות הצדדים, ראוי שבית הדין יראה בהחלטת הממונה כהתנגדות של הממונה למיזוג, ולא כאישור בתנאים. לשון אחר – במקרים שבהם התנאים עלולים לכפות על הצדדים למיזוג עסקה שונה מזו שביקשו לבצע, כך שתוצאתם פוגעת מהותית בכדאיות הכלכלית של עסקת המיזוג, מן הראוי שיראו את החלטת הממונה לצורך בחינת מידתיות הפגיעה בזכות החוקתית לחופש עיסוק וקניין כהתנגדות למיזוג, ולא כמיזוג בתנאים, ובהתאם לכך ייקבעו סדרי הדין, הנטלים שעל הממונה להוכיח וזכויות הצדדים.⁸⁷

בהקשר זה חשוב להבהיר שהממונה, בית הדין ובית המשפט העליון טרם גיבשו עמדה סופית ואחידה באשר לשאלות אלו, ועד כמה, רשאים הממונה ובית הדין להטיל תנאים במסגרת המיזוג הפוגעים מהותית בעסקה שהובאה לפתחם, ואם יש לבחון את זכות הטלת התנאים

בטרם המיזוג. בית המשפט העליון דן בסוגיה זו במסגרת הערעור על החלטה זו, אולם נמנע מלהכריע מכיוון שלא נדרשה הכרעתו בעניין זה לצורך דיון בערעור. אולם, בית המשפט העליון הביע את דעתו כי בנסיבות מסוימות התנאי שמבקש להציב הממונה עלול להפוך את עסקת המיזוג לבלתי כדאית. ראו ע"א 2893/10 **טרפלס קומפאונדס (1994) בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים** (נבו 19.4.2012) (להלן: **ע"א טרפלס**). חשוב להדגיש, כי בע"א 2082/09 **יורקום די.בי.אס בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים** (נבו 20.8.2009), בית המשפט העליון קבע כי לא ניתן להתנות מיזוג בתנאים מקום שבו המיזוג לא מקים כל חשש תחרותי. במקרים אלה יש לאשר את המיזוג כמות שהוא, ללא התנייתו בתנאים כאלה ואחרים.

למשל, באל על-כנפיים נדרשה חברת כנפיים (בהסכמת כנפיים) להיפרד מהחזקותיה בארץ. 85 ה"ע (מחוזי ים) 601/05 **אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים** (נבו 6.1.2005) (תשובת הממונה לערר שהוגש ביום 5.1.2005).

86 ראו ע"א **טרפלס**, לעיל ה"ש 84.

87 בולמש, לעיל ה"ש 3.

באופן שונה כאשר התנאים מתנגשים עם רגולציה ייחודית.⁸⁸ כל עוד לא קיימת הלכה ברורה בנושא זה, יש לבחון את שאלת הפגיעה הכלכלית בצדדים ולפיה לסווג את החלטת הממונה – אם במהותה היא אישור מיזוג בתנאים או סירוב בפועל למיזוג.

במקרה השני, צד שלישי נפגע באופן אישי מהתנאים שהוטלו על ידי הממונה במסגרת אישור המיזוג, אולם תנאים אלה אינם עולים לכדי פגיעת הגבל עסקי. אם צד זה מבקש לערור על החלטת הממונה לאשר מיזוג בתנאים בטענה שתנאים אלה ישפיעו עליו לרעה ויפגעו בכושר התחרות שלו, עליו להראות שנגרמת כתוצאה מכך פגיעת הגבל עסקי. זאת, למרות שבמקרים רבים התנאים שיוטלו יכולים להשפיע על כלל השוק, ולא רק על הצדדים למיזוג. לא אחת הטילו הממונים תנאים אשר שימשו להסדרת השוק שבו הם פועלים, ולא רק להסרת החששות התחרותיים שעולים מהמיזוג. משכך, תנאים אלה משפיעים, בעקיפין, על צדדים שלישיים ישירות.⁸⁹

5. הסמכות השירות – צירוף צד להליך לפי סעיף 27 לחוק

אם לא עמד אדם המבקש להצטרף להליך בתנאים שנקבעו בסעיפי החוק והתקנות, בית הדין רשאי לעשות שימוש בסמכותו בתקנה 27 לתקנות ולצרף בכל שלב של הדיון כבעל דין את מי שימצא לנכון, בתנאים שייראו לו. בכמה פסקי דין ביסס בית הדין את התנאים הנוקשים שבהם יידרש לעמוד המבקש להצטרף כצד להליך בבית הדין על פי תקנה 27 לתקנות. שיקולים אלה נועדו לאזן בין היתרונות לבין החסרונות של צירוף צד שלישי להליך קיים. תקנה זו, בשונה מסעיפי זכות ההצטרפות שבחוק, אינה דורשת כי יצורף רק מי שרואה את עצמו נפגע או מי שבית הדין סבור כי הוא עלול להיפגע, אלא ניתנה לבית הדין הסמכות לכלול צדדים נוספים להליך בהתאם לשיקול דעתו.

חשוב להבהיר כי זכותו של צד שצורף לפי תקנה 27 לתקנות שונה מהותית מזכותו של מי שצורף על פי זכות שבחוק. מי שצורף ברשות בית הדין לפי תקנה זו אינו צד להליך בזכות, ובית הדין רשאי לקבוע הגבלות על אופן השתתפותו בהליך. כפי שנראה, מגבלות אלה הן משמעותיות ומגבילות את יכולתו להתדיין במסגרת ההליך, גם לאחר שאושרה בקשתו להצטרף.

מי שמבקש להצטרף כצד לדיון על פי סעיף זה נדרש לשכנע את בית הדין כי בידו לתרום לבירור ההליך. משכך, כבר במועד הגשת הבקשה על המבקש מוטל הנטל להוכיח לבית הדין

88 ראו למשל בהקשר זה: ה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 613/05 דור אלון אנרגיה נ' הממונה (נבו) 21.2.2006, וכן ערעור על פסק הדין בעניין דור אלון, לעיל ה"ש 32. במיזוג דור אלון-סונול האמור, הבהירו באי כוח הממונה כי לשיטתם הרשות רשאית לאמץ אך ורק תנאים שיש להם קשר ישיר לבעיה התחרותית, שאחרת נכנסים הם לתחום שעליו מופקד רגולטור ייחודי, שהוא מחוץ לגדר סמכות הממונה ובית הדין. לשיטת הממונה: "פיקוח על מיזוגים אינו פלטפורמה לרגולציה של שוק ואינו פלטפורמה לניסיונות להשיג במסגרתו יעדים של רפורמות מבניות ופתיחת שווקים לתחרות".

89 ה"ע (אזורי י-ם) 8002/03 הממונה על הגבלים עסקיים – בראון פישמן תקשורת (נבו) 16.3.2004.

כי צירופו יתרום תרומה של ממש לדין. בכלל זה יידרש המבקש להגיש חוות דעת כלכליות, ראיות, תצהירים וכל חומר אחר שיאפשר לבית הדין לקבל הכרעה בבקשה לפי תקנה זו. נוסף על כך, מבקש ההצטרפות נדרש להבהיר עד כמה יהא בצירוף כדי לעכב את הדיון או להשהותו.

על מנת לאזן בין זכויות הצדדים להסדר לבין זכויות מבקש ההצטרפות והנטל המוטל עליו להוכיח את נחיצותו להליך, בית הדין העניק לא פעם למבקש ההצטרפות זכות לעיין בכל החומר הנמצא בתיקי בית הדין.⁹⁰

בבואנו לבחון מהם השיקולים שיישקלו לצורך הכרעה בבקשה ניתן לבצע הקבלה חלקית מסדר הדין האזרחי. בדיון אזרחי רגיל יש לעיתים צורך לצרף צד על מנת להבטיח שלא ייפגעו האינטרסים שלו אם לא יצורף.⁹¹ בדיון בבית הדין מטרת חוק התחרות נוגעות לתחרות ולזכויות כולי עלמא (in rem). השלכותיהם של הדיון וההכרעה בבית הדין נועדו מלכתחילה לקדם אינטרס ציבורי, ולא אינטרס פרטי. משכך, לכאורה כל אדם יכול היה לבקש להצטרף להליך. אולם דווקא בשל המטרה הרחבה שעומדת לפני בית הדין בהכרעתו, ומכיוון שאין אפשרות לצרף את כולי עלמא, לעיתים אין מקום לצירוף כלל, אלא יש לקיים את הדיון בין הצדדים שנקבעו בחוק לבין הממונה.⁹² בבואו לאזן בין שיקוליו השונים יבחן בית הדין את השאלות המרכזיות – אם יש אינטרס ציבורי שעלול להיפגע ומהי התרומה המיוחדת הצפויה לדיון מצירופו של צד זה.

(א) שיקולי בית הדין בעת קבלת בקשת הצטרפות

ראשית, צד המבקש להצטרף להליך הוא, במקרים רבים, מתחרה של המבקשים את הסעד הראשי מבית הדין (ערר על החלטה של הממונה, אישור הסדר כובל וכיוצא בזה). מעצם היותו מתחרה, להליך ולהכרעה בו יכולה להיות השפעה ישירה על המבקש ופגיעה תחרותית בו. אולם, בית הדין קבע שאין די בקיומה של אפשרות לפגיעה תחרותית בין שני מתחרים על מנת להעניק למבקש זכות עמידה כצד להליך.⁹³ לשיטת בית הדין, קיומו של אינטרס אישי בהליך

90 בקשה (מחוזי י-ם) 63/00 (ה"ע 3574/00) כאן תקשורת מקומית בע"מ נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ (נבו 27.2.2001).

91 כך היה לדוגמה, בהליך האזרחי של כרמית ושטראוס: ת"א (שלום ת"א) 23419/08 כרמית תעשיות ממתקים בע"מ נ' שטראוס גרופ בע"מ (נבו 3.12.2008). כרמית ביקשה להצטרף להליך בהתאם לתק' 24 לתקנות סדר הדין האזרחי (אשר פורשה באופן רחב וכוללת צדדים שעלולים להיפגע אלמלא יצורפו) מהטעם שההליך נוגע לאינטרסים שלה כצד אשר נפגע מהתנהלותה של שטראוס.

92 ערר (הגבלים עסקיים) 5/91 עלית, תעשיות מזון ישראליות בע"מ נ' אוסם, תעשיות מזון בע"מ, פ"מ התשנ"ב (2) 419, 421 (1991).

93 ראו בקשת הצטרפות ישראיר – בה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 601/05 (בש"א 110/05) אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' הממונה על הגבלים (נבו 21.2.2005), וכן צירופה של עמותת אדם טבע ודין לדיון בבקשה לאישורו של הסדר כובל מטעם תאגיד המיחזור ואח' – בה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 508/04 (בש"א 52/04) תאגיד איטוף מיכלי משקה בע"מ נ' הממונה על הגבלים (נבו 10.2.2005). עניין זה עמד במוקד בקשת סילוק על הסף בעניין בנק ירושלים, לעיל ה"ש 70.

או פגיעה אפשרית בעקבותיו אינם מקימים זכות הצטרפות, אלא על המבקש להראות פגיעה באינטרס הציבורי, ועל כן עליו להבהיר גם מדוע אין הממונה מייצג נאמנה אינטרס זה.⁹⁴ המבקש יידרש להראות מהי תרומתו המחדשת לדיון לפני בית הדין ואת משמעותה לסוגיה המתבררת.⁹⁵ משכך, אין די שהמבקש להצטרף יתמוך את בקשתו ביכולת של ההליך להשפיע על נורמות ההתנהגות והתחרות העסקית בשוק הרלוונטי, שהרי אפשרות כזו קיימת לגבי כל פסק דין, ומכל מקום אינטרס קיומה של התחרות ההוגנת נשמר על ידי הממונה.⁹⁶ כן לא תתקבל בקשה לצירוף כאשר יש בידי הממונה להציג גם את זווית הראייה של מבקש הצירוף. המבקש להצטרף יתקשה גם כאשר יבקש להציג טיעונים אישיים על אודות פגיעה בו, שאינה עולה לכדי פגיעה בציבור. כבר בבקשת הצירוף על המבקש לפרט מהי התרומה המיוחדת הצפויה לדיון ועליו להיכנס לפרטי התרומה כבר בבקשת ההצטרפות.⁹⁷ מכאן, שאין די בכך שהמבקש יציין כי יש לו תרומה מיוחדת, אלא עליו לתמוך טענה זו בממצאים ובראיות. איזון זה נולד מהצורך לקיים הליך יעיל ומהחשש לעיכוב ההליך בשל ריבוי צדדים. עיכובו של ההליך יכול להוביל לפגיעה בתחרות או לפגיעה ביכולת בית הדין להפחית את החשש התחרותי שעולה מההתנהגות שנבחנת בבית הדין. הדרישה הנוקשה האמורה שמוטלת על מבקש ההצטרפות נועדה להבטיח שהצירוף אכן יועיל לדיון, ולא רק יכביד עליו. זאת מכיוון שלצירוף צד נוסף להליך יכולה להיות השפעה על התמשכותם של ההליכים המשפטיים בבית הדין, בין היתר בשל הרחבת יריעת הדיון, הצורך בשמירה על סודות מסחריים של צדדים (בפרט בין צדדים מתחרים) והצורך להקצות ימי דיון נוספים לשמיעת הצד המבקש להצטרף. לכן, ריבוי צדדים פועל, כעיקרון, נגד מגמת היעילות.⁹⁸ שיקול זה מקבל משנה תוקף בהליך זה, אשר נקבע לו לוח זמנים מזורז לשמיעה ולמתן החלטה.⁹⁹

94 השוו ל: בקשה 3/98 בה"ע (מחוזי י-ם) 9/97 קווי זהב שירותי תקשורת בינלאומיים נ' בזק בינלאומי בע"מ, פ"מ התשנ"ט (1) 241 (2000); ערר 10/99 די.בי.אס שירותי לוויין (1998) בע"מ נ' תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ (נבו 5.2.2001); בש"א (הגבלים עסקיים י-ם) 138/05 ארגון סוכנים ובעלי תחנות הדלק בישראל אגודה עותומאנית נ' הממונה על הגבלים עסקיים (נבו 20.12.2005); ה"כ (הגבלים עסקיים י-ם) 601/06 איגוד חברות הנפט בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (נבו 7.7.2010). בהליכים אלה נקבע שאין די בכך שיש למבקש להצטרף להליך אינטרס כלכלי פרטי כדי לצרפו כצד להליך שמתנהל לפני בית הדין ושבו נבחנת טובת הציבור.

95 ראו גם בש"א (הגבלים עסקיים י-ם) 516/08 חברת פרטנר בע"מ נ' הפדרציה, פס' 12 (נבו 23.10.2008). בהחלטה זו אף צוין כי סמכות בית הדין לצרף צד להליך היא סמכות שבשיקול דעת.

96 ראו עניין ארגון סוכנים, לעיל ה"ש 94.

97 ראו ערר (הגבלים עסקיים י-ם) 2/94 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, בעמ' 2 (נבו 27.2.1995), המפנה גם לערר (תחרות) 1/94 כור מזון בע"מ נ' עוף הנגב (הגבלים עסקיים, כרך א', 321).

98 ראו ערר דלק, לעיל ה"ש 49, בעמ' 291–293.

99 ראו בהקשר זה: עניין אל-על, לעיל ה"ש 93, פס' 10.

בהקשר זה חשוב להבהיר ששיקול היעילות בבית הדין אינו שיקול טכני גרידא, אלא שיקול מהותי לעצם התנהלות ההליך, מכיוון שתוצאת ההליך עתידה להשפיע על התחרות בשוק בכללותו, ולא רק על הצדדים להליך.

ראוי שיתווסף לבית הדין שיקול נוסף במסגרת שיקוליו בבקשת ההצטרפות: השוק שלגביו נדון ההליך. ככל שמספר המתחרים בשוק קטן יותר והשוק ריכוזי יותר, כך צירופו של המתנגד להליך יכול לסייע בהצגת תמונה עסקית-תחרותית רחבה יותר ומלאה יותר ולהביא לפני בית הדין זווית ראייה שונה ביחס לנושא ההליך.

עצם קיומה של אפשרות להצטרף להליך מהווה הרתעה כלפי הפונה לבית הדין והממונה מפני הצגת מצג עובדתי חלקי או בלתי מדויק על אודות המצב התחרותי והעובדתי. עצם הידיעה שקיימת לכל צד אפשרות לפנות לבית הדין ולהציג את המצג העובדתי המלא מחייב את הצדדים להליך להיזהר בעת הצגת הדברים בבקשתם, שכן בכל שלב של ההליך קיימת אפשרות שיצטרף מתחרה או צד שלישי נוסף להליך.

מכאן, שחסימת דרכם של צדדים נוספים להליך באופן גורף או הערמת קשיים רבים מדי על צדדים המבקשים להצטרף להליכים יורידו את רף ההרתעה האמור. מכיוון שבמקרים רבים בית הדין הוא ערכאת ערר על החלטת הממונה, הרי שלעיתים לוחות הזמנים שעמדו בפני הממונה לצורך הכרעתו לא אפשרו לאותם צדדים נפגעים להציג את מלוא עמדתם. ההליכים בבית הדין יכולים לאפשר לצדדים אלה להיערך בצורה טובה יותר ולהציג מצג עובדתי ומשפטי מלא יותר. חסימתם בבית הדין יכולה להגביר את הכשלים האינהרנטיים הקבועים בהליכים שבפני הממונה ולהעבירם גם להליכים שלפני בית הדין. בכך, עלול הציבור להיפגע, שכן המטרה הראשונית היא שמירה על התחרות ובחינת השוק בכללותו, על כלל המידע שיסייע לצורך כך. מנגד, בעיה מרכזית שקיימת בצירוף מתחרה להליך היא החשיפה האפשרית לסודות מסחריים של המתחרים וריכוך התחרות מעצם קיומו של הליך בבית הדין. מתחרה המצורף להליך בבית הדין זכאי להיחשף לדיונים ולמסמכים המוגשים לבית הדין על ידי הממונה והמבקשים. על אף קיומה של זהירות יתר בחשיפת מידע בין מתחרים במסגרת ההליכים בבית הדין, עדיין התרתו של פתח לעצם ההשתתפות בדיונים מהווה אפיק העברת מידע שלא היה בפני המתחרה המתנגד קודם לכן.

נוסף על כך, המתנגד ינסה להשתמש בהליך בבית הדין על מנת לחסום את המבקש כמתחרה, בין אם על ידי עיכוב ההליכים הארוכים בבית הדין ובין אם על ידי העמסת מידע עובדתי ומשפטי מיותר על מנת להגביה את ההוצאות המשפטיות ועלויות עורכי הדין שיידרש לספוג המבקש במסגרת בקשתו. גם לפי המנגנון המוצע של צירוף המידע לבקשת ההצטרפות מקבל המתנגד כוח נוסף, שלא היה לו קודם לכן, על מנת להתערב בהליכים מסחריים של מתחריו.¹⁰⁰

100 ניצול מעמד לרעה על ידי שימוש בהליכי בית המשפט נכון במיוחד בהליכים בין צדדים שאינם בעלי כוח שוק דומה, ובפרט כאשר אחד הצדדים תלוי במשנהו. ראו לעניין זה את הדיון בנוגע לניהול ההליכים המשפטיים בין ספק למפיץ אצל בולמש, לעיל ה"ש 3, שער שני, חלק א, בעמ' 114-75.

צירוף צד מתחרה להליך יאפשר לו לנתב את הדיון לזירת היריבות העסקית בינו לבין הצדדים המקוריים להליך, מעבר לניתוח השווקים הרלוונטיים והדיון הממוקד בבית הדין בשאלה הנבחנת. כך לדוגמה, במקרה שבו צד שלישי יודע שהמתחרה שלו, שמנהל הליך בבית הדין, נמצא בקשיים כספיים או נדרש להכרעה מהירה לצורך המשך ניהול תקין של עסקיו, הוא ישתמש בכל דרך אפשרית להערים את עלויות מתחרהו ולא יהסס להשתמש בהליכים המשפטיים לצורך כך. לכאורה, השיקול הכלכלי אינו בין השיקולים של בית הדין בניהול ההליך ובהחלטה אם לצרף צד לדיון, אולם אין להתעלם מכך שניהול הליך לאורך זמן רב מדי יכול להוות כשלעצמו במקרה שתואר לעיל פגיעה בתחרות.¹⁰¹

נוסף על כך, צד עשוי להשתמש בהליכים לפני בית הדין על מנת לסייע לו בהליכים אזרחיים שמתנהלים בבתי משפט אחרים. כך לדוגמה תביעה חוזית שמושפעת מהכרעה של הממונה לעניין חוקיות ההסדר שבפניו, מהכרעת בית הדין לעניין אישור מיזוג, שימוש בהליכי גילוי מסמכים בבית הדין על מנת להשיג חומר ראיתי להליכים אזרחיים וכיוצא בזה. במקרים אלה, אם ייעתר בית הדין לבקשת מתנגד להצטרף לדיון, עלול להיגרר בית הדין להליכים משפטיים שמנוהלים למטרה שהיא זרה לנושא ההתדיינות בבית הדין: שמירה על התחרות והגנה על ציבור הצרכנים.

בעניין **אדגר**, להכרעת הממונה בבקשה לאישור מיזוג הייתה השלכה על סכסוך חוזי שהתנהל בין מבקשת המיזוג לבין צד שלישי. צד זה הגיש לבית הדין התנגדות לאישור המיזוג וכן תביעה אזרחית כנגד מבקשת האישור. בבוחנו את ההתנגדות למיזוג שאושר קבע בית הדין כי סמכויות הממונה ובית הדין אינן כוללות שיקולים שישודם במחלוקות הנוגעות לזכויות הצדדים בתחום המשפט הפרטי, ולפיכך בית הדין והממונה אינם אמורים להעניק צווים שנועדו לאכיפת זכויות במישור הפרטי. בעוד הממונה ובית הדין רשאים לבחון אם הבקשה שהוגשה לפנייהם אינה תמת לב, כדוגמת בקשה לאישור מיזוג שבוצע בפועל בטרם קבלת האישור או עסקה למראית עין, הרי שאין בכך כדי להקנות לממונה ולבית הדין סמכות לדון

101 ראו לדוגמה את דבריו של בית הדין בעניין **דלק**, לעיל ה"ש 36, לגבי דיון בבקשה לאישור הסדר כובל שהוגשה רק על ידי חלק מהצדדים להסדר (פס' 24): "בית הדין המאשר הסדר כובל או נותן היתר זמני לנהוג על פיו, אינו כופה על איש את ביצוע ההסכם נשוא ההסדר. תפקידו של בית הדין אינו להכריע בריב שנפל בין הצדדים להסכם, והעניין נשוא הדיון בפני בית הדין כלל אינו נוגע לסכסוך שבין הצדדים. עניינו של בית הדין בעת שהוא דן בבקשה לאישור ההסדר מתמקד באינטרס הציבורי. מנקודת מבט זו, על בית הדין לתת דעתו לשאלה האם ההסדר הכובל הוא לטובת הציבור. על רקע זה, משמעות אישור ההסדר הכובל היא רק זו, שמבחינת האינטרס הציבורי שעליו בלבד מופקד בית הדין, ההסכם הוא בר ביצוע. מכאן אין משתמע חיובו או כפייתו של צד להסכם לבצע את ההסכם. ככל שמוטלת על הצדדים חובה כזאת לבצע את ההסכם, מקורה של חובה זו הוא בהסכמתם לכריתת ההסכם, היינו, במישור המשפט הפרטי, ולא במישור המשפט הציבורי". ראו לעניין זה גם ת"א (מחוזי ת"א) 33045-04-18 **די.בי.אס שירותי לווין (1998) בע"מ נ' נגה תקשורת (1995) בע"מ** (נבו 8.7.2018) שבו בחן בית המשפט את מעמד הצדדים בשוק ואת המניעים העומדים מאחורי הגשת בקשת צו המניעה, וזאת כחלק משיקולי מאזן הנוחות של הצדדים. זאת, מחשש שמא נעשה שימוש בצו המניעה על ידי שחקנים חזקים בשוק כנגד שחקניות משנה צעירות, ולא כנגד שחקנים חזקים אחרים.

בשאלה הקניינית אזורית או לסייע להכרעה בסכסוך קנייני חוזי בין מי מהצדדים, וכדברי בית הדין:

מטרתו של הפיקוח הסטטוטורי שהופקד על-ידי המחוקק בידי הממונה ובית הדין להגבלים עסקיים היא להבטיח את עניינו של הציבור בשמירה על אינטרסים ציבוריים שהמחוקק ביקש להגן עליהם בחוק. פיקוח זה לא נועד לסייע באכיפת זכויות במישור המשפט הפרטי, ואין לנצלו למטרה זו.¹⁰²

ניתן להקביל סמכות זו של בית הדין, במסגרת סירובו של בית הדין להעניק זכות גישה לערכאות למי שמבקש להשתמש בבית הדין למטרות שאינן ממטרות הדין בבית הדין, להוראות בתקנות סדר הדין האזורי, התשע"ט–2018 שעל יסודן אפשר למנוע, או למזער, את השימוש לרעה בזכות הגישה למערכת השיפוטית. כך לדוגמה, תקנה 41 מאפשרת דחיית תובענה על הסף מחמת שימוש לרעה בהליכי משפט וכן מחיקת כתב תביעה טורדני או קנטרני לכאורה.

למעשה, הן סמכויותיו של בית הדין, הן סמכויותיהם של בתי המשפט האזוריים, נגזרים בהקשר זה מעקרון תום הלב והחובה להשתמש בתום לב בזכות הגישה לערכאות. לפיכך, בית הדין לא ייעתר לבקשות להצטרף להליכים בבית הדין או לקבלת סעדים מבית הדין כאשר בקשות אלה נועדו לשרת את בעלי הדין בהליכים אזוריים המתנהלים מחוץ לכותלי בית הדין או למטרות כלכליות שאינן כוללות פגיעת הגבל עסקי, וכן במקרים שבהם מדובר בעניינים תאורטיים ואקדמיים בלבד בשלב זה של הדיון, אולם ייתכן שירקמו עור וגידים ויהפכו לממשיים בעתיד.¹⁰³

יהא זה לא נכון מצד בית הדין להתעלם מההשלכות שיש להכרעתו על הצדדים ועל המבקשים ואין הוא יכול לנתק את עצמו לחלוטין מההשלכות של פסיקתו. זאת, אף אם הפגיעה האזורית שנגרמת לצד המבקש אינה פגיעת "הגבל עסקי" כמובנה לצורך חוק התחרות.¹⁰⁴ דברים אלה נכונים גם להחלטות שניתנות על ידי הממונה: כך לדוגמה, אם לתנאים שנקבעים על ידי הממונה במיזוג יש השלכה כה משמעותית עד כי הם פוגעים ביסוד הכלכלי שעומד במרכז העסקה ולפיכך הטלתם על ידי הממונה היא בלתי סבירה.¹⁰⁵ מכאן,

102 ראו עניין **אדגר**, לעיל ה"ש 65, פס' 18.

103 ראו עניין **ע"א טרפלס**, לעיל ה"ש 84, שבו הביע בית המשפט העליון עמדתו שלפיה: ש"ספק גם אם יש לאמץ את גישתה הגורפת של הממונה כי ככלל אין מקום לשקול שיקולים שעניינם בכדאיות העסקה. בהחלט יתכנו מקרים בהם מהות העסקה ותנאיה עשויים להפוך את התנאי שמוצב לאישורה לתנאי בלתי סביר". לדיון נרחב על אודות דוקטרינת "הבעיה האקדמית" ויישומה על הדין בישראל ובארצות הברית בהליכים בבית הדין ראו גם עניין **עזריאלי**, לעיל ה"ש 30, פס' 11. דיון תאורטי בערר ייתכן גם במקרים שבהם לא מתקיימות הנסיבות שבגינן הוגש הערר, ומשכך מתייחד הדיון בערר ובבקשות שהוגשו בו. ראו ה"כ (הגבלים עסקיים י-ם) 25966-03-11 **סופרבוס נ' הממונה על הגבלים העסקיים** (נבו 19.3.12): "משפקע אישור הממונה נושא הערר, נשמט הבסיס לערר, והוא יימחק".

104 ראו **ערר בזק**, לעיל ה"ש 61, פס' 35 ואילך.

105 ראו בהקשר זה **ע"א טרפלס**, לעיל ה"ש 84, וכן ראו **ערר בזק**, שם.

שגם במקרה זה ראוי כי בית הדין יעשה את האיזון הראוי ולא ימנע מבעלי דין את יומם לפניו אם להכרעתו השלכה מהותית על צד זה מהפך הכלכלי, וראוי ששיקול זה יהווה שיקול נוסף מבין כלל השיקולים שאותם מביא בית הדין בחשבון במסגרת החלטתו.

(ב) קבלת בקשת ההצטרפות בסייגים

לפני בית הדין קיימת חלופה לקבלה חלקית של בקשת הצטרפות, שלפיה כתבי העמדה וחוות הדעת שהוגשו מטעם הצד המבקש להצטרף יישארו בתיק בית הדין ויהוו חלק מההליך, אולם הוא לא ייעתר לבקשת ההצטרפות.

במסגרת חלופה זו יכול בית הדין לאפשר למבקש לפקח על הצגת הטענות המשפטיות והעובדתיות בבית הדין, באמצעות האפשרות להיות נוכח בבית הדין במהלך הדיונים, בין אם בעצמו, בין אם באמצעות באי כוחו. חלופה זו נועדה למנוע מהצדדים המקוריים להליך להציג לפני בית הדין מצגים חלקיים ולהגביר את ההרתעה מפני העלמת עובדות מבית הדין. הבעיה הקיימת בחלופה זו היא זכותם של הצדדים המקוריים לדיון לחקור את הצד שהגיש את כתבי העמדה ואת מומחיו. כאשר מותיר בית הדין את המסמכים ואת חוות הדעת בתיק בית הדין ונותן להם משקל ראייתי, מבלי להעניק לצדדים בתיק יכולת לחקור על אודות הממצאים המפורטים בניירות העמדה, הוא עלול לפגום בחקר האמת ובזכויותיהם של המתדיינים בהליך. לפיכך, ראוי לנקוט זהירות משנה בעת השימוש בחלופה זו, ולא לראות בה כמוצא לצורך להכריע בשאלת ההצטרפות.

נוסף על כך, החלופה שלפיה מאפשר בית הדין לבאי כוח המבקש להצטרף להיות נוכחים באולם פוגמת בזכות הבסיסית הדיונית, שלפיה דיונים בבית המשפט נערכים בדלתיים פתוחות ככלל, ורק במקרים חריגים ייערכו דיונים אלה בדלתיים סגורות. עצם העובדה שבית הדין מציג חלופה זו כסעד ביניים למבקש להצטרף עלול לפגום בזכותו הבסיסית של כל אדם להיות נוכח בדיונים ובשיקפות ההליך המשפטי.

(ג) שימוש בממונה כמסגרת להעברת הנתונים לבית הדין

בית הדין נוהג גם להפנות את הצד המבקש להצטרף להעביר לאחר את המידע שאותו הוא מבקש להגיש לבית הדין. המסלול שקבע בית הדין בהקשר זה הוא הצגת המידע בפני הממונה, והוא אשר ישקול אם להעביר מידע זה לבית הדין. מסלול זה התקבל, לדוגמה, כאשר הממונה וצדדים הגישו בקשה לאישור צו מוסכם לבית הדין, וצדדים שלישיים ביקשו להתנגד לצו המוסכם מבלי שהעבירו קודם את עמדתם לממונה במסגרת לוחות הזמנים שנקבעו בחוק לכך. גם מנגנון זה אינו תמיד ראוי, בפרט במקרים שבהם לא עומדת העברת הנתונים לממונה במסגרת שאותה קבע המחוקק לעניין זה בחוק ובתקנות. ראשית, אם לא קיים מנגנון פנייה לממונה בטרם קיומו של ההליך הרי שהעברת הנתונים לממונה אינה הדרך הראויה לשיטת המחוקק, ושימוש באפיק חלופי ראוי להיעשות בנסיבות מיוחדות בלבד. המחוקק לא קבע דרך זו, אלא הפנה את הצדדים לבית הדין, שם המקום הראוי לשיטת המחוקק לקיומו של הדיון, על מכלול שיקוליו.

שנית, גם במקרים שבהם נקבע מנגנון להעברת מידע לממונה, אולם המידע נגלה לאחר מועד הקבוע בחוק להעברת המידע לממונה, הדרך שאותה קבע המחוקק היא הליך בבית הדין, ואין לפתוח מחדש את מסלול הפנייה לממונה בנוגע למידע החדש. הממונה במקרה זה אינו גוף ניטרלי יותר, אלא צד להליך שאליו מוגשת בקשת ההצטרפות. לא תמיד שיקולי המבקש להצטרף ושיקולי הממונה זהים או תואמים. עמד על כך בית הדין בעניין בקשת איגוד המוסכים להצטרף כצד להליך לפי סעיף 50ב, בקובעו:

גם טענתם של מבקשי הצירוף, לפיה הממונה איננו כשר או ראוי לייצג אותם בהליך זה בפני בית הדין, איננה מצדיקה את הצירוף. ראשית, אינני מקבל, כפי שהוסבר לעיל, את הנחת היסוד עליה מושתתת הטענה, לפיה מבקשי הצירוף זכאים לייצוג בפני בית הדין, ועל כן יש לאפשר להם ייצוג "הולם" יותר מהייצוג באמצעות הממונה. שנית, הממונה גם אינו מתיימר לייצג את מבקשי הצירוף. הממונה מייצג את האינטרס הציבורי ואותו בלבד, והתפקיד שהוטל עליו להביא את דברם של המתנגדים אשר עלולים להיפגע מן הצו בפני בית הדין, איננו הופך אותו, בשל כך בלבד, למייצגם של אותם נפגעים פוטנציאליים.¹⁰⁶

לכן ראוי שבית הדין הוא שיכריע אם מבקש ההצטרפות יכול להציג לפני בית הדין תמונה משלימה של המצב התחרותי הקיים ושל זה שעתיד להתקיים אם ייפסק בהתאם לבקשת הפונה לבית הדין.

כך לדוגמה, כאשר המתחזה מגלה בזמן אמת נתונים מעודכנים על אודות המצב התחרותי, נתונים עובדתיים ומשפטיים משלימים שלא סופקו לממונה ולבית הדין על ידי הפונה, וכן השלכות נוספות שיהיו להחלטת בית הדין – ראוי להעניק לו זכות עמידה כצד להליך, ולא להפנותו לממונה.

הפניית צדדים שלישיים לממונה פוגמת גם ביכולתם של הצדדים הקיימים להליך לחקור את מבקש ההצטרפות ואת המקורות והנתונים שהוצגו על ידו. בכך נפגמת גם זכותם לחקר האמת. בעוד לממונה כצד להליך תינתן האפשרות לחקור את מבקש ההצטרפות ולדרוש ממנו מידע נוסף על אודות המידע שהועבר אליו, הרי שלצדדים האחרים להליך אין אפשרות לחקור את מבקש ההצטרפות על הנתונים שהוא העביר לממונה, והדבר מהווה פגיעה בזכויות דיוניות בסיסיות של הצדדים לניהול ההליך. לפיכך, כל העברת נתונים שנעשית עם תחילתו של הדיון בבית הדין צריכה להיעשות לבית הדין ישירות, ולא לממונה שהוא צד להליך.

בעיה זו מתחדדת כאשר המידע שהועבר על ידי מבקש ההצטרפות נוגד את עמדת הממונה או אינו תואם ניתוחים כלכליים ומשפטיים שנערכו על ידי הממונה. במקרה כזה נדרש הממונה להכריע חזיתית בין עמדותיו לבין עמדות גורמים נוספים, מבלי שהכרעה זו מובאת לפתחו של בית הדין.

106 ה"ע (מחוזי י-ם) 28-01 בש"א 36/01 איגוד המוסכים בישראל נ' בני משה קרסו מפיצי מכוניות בע"מ (נבו 30.7.2002).

חשוב להבין שבהליכים בבית הדין הממונה הוא צד להליך, ולא גורם מכריע. כך קבע המחוקק. לפיכך אין להותיר לממונה את שיקול הדעת אם להעביר מידע לבית הדין או לא, וכיצד להעביר את המידע. המחוקק לא העניק לבית הדין את הסמכות להעביר את שיקול דעתו אל הממונה, בפרט כאשר לעיתים ההכרעה בשאלה אם מידע הוא חיוני או לא יכולה להיות סוגיה מכרעת לשיטת הצד המצטרף להליך.

(ד) בקשת צד שצורף למשוך את הצטרפותו לאחר שצורף

מה דינו של צד שקיבל את אישורו של בית הדין להצטרף להליך, ולאחר קבלת האישור ביקש לסגת מההליך ולמשוך את הצטרפותו?

לכאורה, המבקש הוא אדון להליכים שבהם הוא פותח. בהליך אזרחי על פי שיטת המשפט הקיימת בישראל לא ניתן לכפות על יוזם הליך להמשיך בהליך עד תומו. להפסקת הליכים בעודם באיבם קיימים כללים, הן בתקנות סדר הדין האזרחי (תקנה 44 שנסקור אותה להלן), הן בחסד"פ, הקובע בסעיף 94 כי אם ביקש תובע לחזור בו מאישום פלילי לאחר תשובת הנאשם לאישום, יזוכה הנאשם. תקנה 44 קובעת: "בית המשפט רשאי, לבקשת תובע, להפסיק תובענה, כולה או מקצתה".

שיקול הדעת של בית המשפט לעניין מחיקת תביעה נועד למנוע שימוש לרעה בהליכי הגשה והפסקת תובענה, וכדברי הנשיא שמגר לעניין הליכים אזרחיים:

הננו סבורים כי יש מקום להתוות תחומים ברורים יותר בסוגייה של הפסקת הליכים כדי להבהיר כי הפסקת הליכים אינה צריכה לשמש פתח לשימוש לרעה בהליכי משפט, וכי אין, כמו כן, להתיר, שתקופת עקב ההפסקה זכות מהותית או דיונית אחרת אותה רכש הנתבע.¹⁰⁷

מכיוון שבית הדין מוסמך לדון בשיקולים לטובת הציבור, שיקוליו לקבל בקשת מחיקה צריכים להיבחן בהתאם לשיקולים לקבלת בקשה זו, שהרי עצם הצירוף נועד למימוש מטרות החוק, ולא למטרות פרטיות של המבקש.

כאשר צורף צד להליך, בית הדין קיבל את עמדת המבקש כי קיים אינטרס ציבורי משמעותי לצירופו של הצד או כי קיים סיכוי לפגיעה משמעותית בצד זה בפן התחרותי. לכן, גם בבקשת המחיקה על בית הדין לאזן בין מכלול האינטרסים ולבחור בחלופה שהתועלת ממנה לציבור עולה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לו. אשר על כן, יש לשקול את בקשת המחיקה של ההצטרפות למול האינטרס הציבורי בדבר ליבון ראוי של ההגבל העסקי. כך לדוגמה, אם בית הדין השתכנע בבקשת הצירוף כי צד זה הוא חיוני לביורר ההליך המצוי לפניו, הרי שמחיקתו במהלך ההליך תפגום בבירור הנושא בשלמותו.¹⁰⁸

107 ע"א 302/83 חשולי הכרמל בע"מ נ' נסחלהטשוילי, פ"ד לט(2) 831, 834 (1985).
108 ה"ע (הגבלים עסקיים י-ם) 4630/01 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' סופר פאורם (ישראל בע"מ) (נבו) 5.2.2003.

ג. איזון בין אינטרסים מתנגשים – תחרות, פומביות הדיון וחשיפת מידע מסחרי רגיש

1. אינטרסים מתנגשים בהליכים מתחום דיני התחרות

פומביות הדיון מהווה עקרון יסודי וחלק מהותי מהתשתית הדמוקרטית של מדינת ישראל. כך הכיר בית המשפט העליון כי: "פומביות הדיון היא מעיקרי היסוד של עשיית משפט צדק".¹⁰⁹ עקרון פומביות הדיון משתלב עם עיקרון נוסף: פומביות המידע שבידי הרשות לצורך ניהול ההליך המשפטי בבית המשפט ובבית הדין. עקרונות אלה מתווספים לעקרון חובת ההנמקה של הרשות השיפוטית – הן בית הדין והן הרשות. חובת ההנמקה של החלטות שיפוטיות היא עיקרון דיוני נוסף חשוב, הנגזר, בין היתר, מתכלית שקיפות ההליך השיפוטי ופומביותו. חובת ההנמקה מצמצמת את התחושה של הצדדים על אודות שרירות שיקול הדעת השיפוטי; היא מאפשרת לבקר את ההחלטות השיפוטיות ולקיים שיח ציבורי מושכל לגביהן; והיא מאפשרת בחינה על ידי ערכאת ערר מוסמכת. חובת ההנמקה מחייבת את הרשות השלטונית המכריעה לבסס את הנמקתה ולהימנע מפסיקה אינטואיטיבית. בכך, ההנמקה תורמת הן להגברת הביטחון של האזרח ברשויות השלטון והן לגילוי האמת, שכן טעויות יוכלו להיבחן ובמידת הצורך להתהפך על ידי ערכאת הערעור.

לאור התפתחות התמידות של תחום דיני התחרות, לחובת ההנמקה ישנה חשיבות מיוחדת בענייננו. ההחלטות ופסקי הדין של הממונה ושל בית הדין הם הדרך העיקרית להבנת הסוגיות המשפטיות המורכבות שבתחום זה. מיעוט הסוגיות העומדות לדיון וההתפתחויות המהירות בחקיקה ובפסיקה בתחום הופכים כל החלטה מנומקת לתקדים, ובכך תורמים לפיתוח המשפט. הקושי הממשי של הציבור להבין עד תומו את התחום, יחד עם היעדר הוודאות לאור מורכבותו והתפתחותו, גורמים לתחום זה להיות לא ודאי, ובשל כך לקושי ביישומו בפועל בחיי היום יום במסגרת פעילות עסקית שוטפת.¹¹⁰

כפי שפורט בספרה של בולמש, כל תיק אזרחי העוסק בטענות להפרת חוק התחרות כולל בחובו את הסיכון של הצדדים להליך המשפטי לנשיאה בהוצאות משפטיות שונות, לרבות עלות השגת הראיות בהתאם למידת הקושי בהשגתן. קיומן של חקירה או הכרעה בהליך שנוקט על ידי המדינה (במסגרת הליך מנהלי או פלילי) מהוות מידע מוקדם המצוי בידי התובע לפני הגשת התביעה. מידע זה, בנוסף לעצם ההרשעה ונימוקי הכרעת הדין, מגדילים את הוודאות של התובע כי ישנו בסיס איתן לתביעתו, הן בשאלת האחריות והטענה לפגיעה והן בשאלת

109 ע"א 550/75 מורלי נ' בגון, פ"ד ל(2) 309 (1976). להרחבה על אודות חשיבות הפומביות כעקרון יסודי ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 80–81.

110 לעניין זה נזכיר את החלטות בית המשפט העליון שהופנו כלפי בתי המשפט וגופים שיפוטיים: בג"ץ 79/63 טרודלר נ' פקידי הבחירות לוועדות החקלאיות, פ"ד יז 2503, 2516 (1963). לקשיים שיש לגופים שיפוטיים במימוש חובת ההנמקה, בין היתר בשל הזמן הנדרש לצורך כתיבת הנמקתם, ראו משה בר ניר ורן לחמן "הנוהגים השופטים בניגוד לשיפוטם?" הפרקליט נ 71 (2008), וכן הדיון המעמיק שנערך באיוונים השונים בנוגע לחובת ההנמקה ברוזן-צבי, שם, בעמ' 86–88.

כימות הנזק בגין אותה הפרה, וכי סיכויי הצלחתו גדולים יותר, מקטין את הוצאות השגת הנתונים, מקצר את משך הזמן השיפוטי של התביעה ואף מגדיל את הפיצויים שייפסקו בסופו של יום בגין ההפרה.

שני מרכיבים מקילים על תובעים במקרים אלה: האחד, הסתמכות על ההליך המנהלי או הפלילי כראיה לכאורה להוכחת הטענה. השני, איסוף המסמכים והראיות קל יותר, שכן הרשות שביצעה את החקירה ליקטה את כל המסמכים הנדרשים. לאור הקושי הרב ביישום מנגנון האכיפה הפרטי, מותנית במקרים רבים האכיפה בדרך איסוף מידע זה – באמצעות הכלים שהקנה המחוקק.¹¹¹

שני חוקים כלליים חלים בענייננו: סעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה קובע כי: "בית המשפט ידון בפומבי, זולת אם נקבע אחרת בחוק או אם בית המשפט הורה אחרת לפי חוק". סימן ו' לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 מסדיר את סוגיית פומביות הדיון ואת המקרים שבהם תתאפשר חריגה מעקרון פומביות הדיון הקבוע בחוק-יסוד: השפיטה. לענייננו חשוב סעיף 68(ב)(8) לחוק בתי המשפט המאפשר להימנע מדיון פומבי כאשר הדבר נחוץ לשם הגנה על סוד מסחרי.

מהזכות לדיון פומבי גזר בית המשפט העליון גם את חובת התייעוד של פרוטוקולים ואת הזכות של הצדדים לעיין בהם וכן את הזכות לעיין בתיקי בתי המשפט.¹¹²

בדומה לסייג שנקבע בחוק בתי המשפט, חוק בתי דין מינהליים (סעיף 30(ב)(2)) וחוק חופש המידע (סעיף 9(ב)(6)) קובעים כי הרשות אינה חייבת למסור מידע שהוא סוד מסחרי או סוד מקצועי של בעל המידע. הזכות לעיין במסמכים שהוגשו במסגרת הליך פלילי קבועה בתקנות בתי המשפט ובתי הדין לעבודה (עיון בתיקים), התשס"ג-2003.

סעיף 30(ד) לחוק בתי דין מינהליים וסעיף 10 לחוק חופש המידע מנחים את שיקול הדעת של הגורם המכריע. בית הדין המנהלי חייב, כאמור, לבחון אם הצורך בעיון לשם עשיית צדק עדיף מן הטעם למניעת העיון, ואילו הרשות המנהלית חייבת לשקול את ענייניו של המבקש במידע והיא רשאית להתנות את מסירתו בתנאים (סעיף 11 לחוק חופש המידע).

בהליך הפלילי, הזכות לעיין במסמכים שהוגשו במסגרת ההליך קבועה בתקנות בתי המשפט ובתי הדין לעבודה (עיון בתיקים), התשס"ג-2003.¹¹³ הזכות לעיון בחומרי חקירה

111 בולמס, לעיל ה"ש 3, חלק א.5, בעמ' 98-102. ודוק: גם בית המשפט בת"צ (מחוזי מרכז) 525-06-08 לויט נ' היולט-פקרד (ישראל) בע"מ (נבו 22.8.2011), עמד על החשיבות שבפנייה לרשות התחרות (שהיא גם רשות חוקרת) לצורך השגת מידע טרם פתיחה בהליכים אזרחיים, באלו המילים: "הרשות להגבלים עסקיים היא בין השאר גם רשות חוקרת בעלת סמכויות חקירה נרחבות. אם אדם חושד בקיומו של הסדר כובל אך אינו מסוגל להוכיחו מפאת פערי המידע, הפיתרון אינו בהגשת תובענה ייצוגית בתקווה שאולי יצליח 'לדוג' ראיות במהלך ההתדיינות, אלא עליו לפנות לרשות ההגבלים העסקיים וחזקה שהיא תעשה את המוטל עליה באמצעות הכלים הנתונים בידה. אם תגיע הרשות להגבלים עסקיים למסקנה שנעשה הסדר כובל, הרי שיוגש כנגד הצדדים לאותו הסדר כתב אישום. אם יכריע בית המשפט שידון בהליך הפלילי כי אכן נעשה הסדר כובל, הדרך להגשת תובענה ייצוגית באותו עניין תהא סלולה".

112 בג"ץ 591/97 האגודה לזכויות האזרח נ' שר המשפטים (נבו 8.10.2009). למגבלות על זכות העיון בפרוטוקולים ובתיקי בתי המשפט ראו תקנות בתי המשפט ובתי הדין לעבודה (עיון בתיקים) התשס"ג-2003.

המצויים בידי הרשות ומגבלותיה עוגנו בהנחיות פרקליט המדינה, הנחיה מס' 14.8 – "בקשה מצד גורמים שונים לעיון במידע המצוי בתיק חקירה".

בהליכים בתחום דיני התחרות, מתן אפשרות לעיון בתיק החקירה והחומרים שנאספו על ידי רשות התחרות עולה במקרים רבים בקנה אחד גם עם כוונת המחוקק בחוק התחרות לעודד את האכיפה הפרטית בתחום, מגמה הבאה לידי ביטוי הן בקביעה שמעשה או מחדל בניגוד לחוק מהווים עוולה בנזיקין (סעיף 50 לחוק) והן בקביעת עילת תביעה ייצוגית מיוחדת לחוק זה. כך אפשר בית המשפט למבקשים לעיון בתיק הפלילי אף בטרם הגיש הצד המבקש תביעה אזרחית. לשיטת בית המשפט, דווקא מתן זכות עיון בתיק פלילי בטרם הגשת התביעה האזרחית יסייע למעיון לבחון אם חומר הראיות שברשותו מצדיק הגשת תביעה.¹¹⁴

הקשיים שעמם מתמודד בית הדין בנוגע לחשיפת מידע בפני צדדים שלישיים בהליכים לפני בית הדין פורטו בהרחבה לעיל והוצגו הפתרונות אד הוק שניתנו על ידי בית הדין לסוגיות המורכבות שהובאו לפניו. כך גם נדונה הבעייתיות הקיימת בפני מי שמבקשים לערוך לבית הדין על החלטות של הממונה שניתנו ללא כל הנמקה.

נבקש עתה לדון בחובת הגילוי בכל הנוגע לגילוי מסמכים שמצויים בידי רשות ההגבלים העסקיים, אשר אספה את המידע במסגרת סמכויותיה על פי החוק, וכן בנוגע לגילוי מסמכים בהליכים אזרחיים במסגרת הליכים מקדמיים של גילוי ועיון.

2. המידע הרב שבידי הרשות – סמכויות איסוף המידע ומסירתו לצדדים שלישיים וההשלכות על תיקים אזרחיים

כאמור, חוק התחרות מתווה את כללי ההתנהגות התחרותיים במדינת ישראל. החוק קובע נורמות שהפרתן עלולה לעלות לכדי עבירה פלילית וגם עוולה נזיקית. החוק אינו מסתפק בקביעת הנורמות, אלא גם מסדיר את מנגנוני אכיפתן.

בפרק ו' לחוק מפורטים סמכויות הממונה ורשות התחרות ותפקידיהם. סעיף 45 לחוק מסדיר את סמכויות החיפוש והתפיסה של הממונה. סעיף 45 מקנה לממונה סמכות חיפוש ותפיסה ללא צו בית המשפט רק במקום שבו מתנהל עסק. חיפוש ותפיסה במקום מגורים מחייבים ביקורת שיפוטית טרומית וקבלת צו. שימו לב לחובת הממונה הקבועה בחוק לאפשר לבעלים של מסמכים שנתפסו להעתיקם. מדובר בחובה המאזנת את הפגיעה הנגרמת לעסק אשר נגרעים ממנו מסמכיו, פנקסיו ותעודותיו. סעיף 46 מסדיר את סמכויות החקירה של הממונה.

113 בארצות הברית זכות זו מעוגנת ב־Freedom of Information Act 5, U.S.C Sec. 552 (1982). להרחבה בדבר זכותם של צדדים שלישיים לעיון במידע המצוי בתיק בית המשפט בהליך פלילי שננקט על ידי רשות התחרות, ראו ת"פ (מחוזי י-ם) 118/10 **חדשות 10 בע"מ נ' רשות ההגבלים העסקיים**; 2011 הגבלים עסקיים 5001836; וכן ב"ש (מחוזי י-ם) 4918/08 **עו"ד רוגל נ' א.א. סוכנויות גז בע"מ** (נבו 22.10.2008).

114 ת"פ (מחוזי י-ם) 366/99 **רסלר נ' תשלובת ח' אלוני בע"מ**; 2002 **הגבלים עסקיים** 3015707. בהליך זה הזכות לעיון בתיק בית המשפט ניתנה למבקש עוד בטרם פתח בהליכים כנגד מי מהצדדים בתיק שהוא מבקש לעיון בו. בית הדין סירב להתנות את זכות העיון בהגשת תביעה.

הצידוק להפעלת סמכויות החיפוש והחקירה של הממונה משתנה בהתאם לפעולה. כדי לבצע חיפוש צריך שיתקיים יסוד סביר להניח שהחיפוש דרוש כדי להבטיח את ביצועו של החוק או למנוע עבירה על הוראותיו. כדי לבצע תפיסה צריך להתקיים יסוד סביר להניח שהתפוס עשוי לשמש ראיה במשפט. כדי לחקור אדם צריך שיתעורר חשד לביצוע עבירה. נוסף על כך, הממונה מוסמך לחייב כל אדם למסור לו ידיעות ומסמכים שלדעת הממונה יש בהם כדי להבטיח או להקל את ביצועו של החוק.

בהקשר זה, יש לשים לב לסמכות חדשה שהוענקה לממונה בסעיף 44א לחוק. סעיף 44א נחקק בשנת 2014 ונקבע בו שהממונה רשאי לערוך בדיקות לגבי רמת התחרות בשווקים ולגבי כשלי שוק הקיימים בהם.¹¹⁵ בדברי ההסבר נכתב כי הממונה יהיה רשאי "לערוך בדיקות יזומות בענייני תחרות בשווקים שונים, ביוזמתו או לבקשת שר או גוף ממשלתי, לפי שיקול דעתו של הממונה...".¹¹⁶ החוק אינו מגביל את השימוש בסמכויות החקירה והדרישה המנויים בחוק בהקשר זה. מכאן עולה שהואיל ולממונה יש סמכות לחייב כל אדם למסור לו ידיעות כדי להקל את ביצוע החוק, והואיל וביצוע החוק משמעו גם בדיקות יזומות על ידי הממונה, הרי שבסמכות הממונה לאסוף נתונים גם מבלי שהתעורר חשד ממשי לביצוע עבירה על החוק ואף מבלי שהובאו לפתחו בקשה לאישור מיזוג, בקשה לפטור מאישור הסדר כובל וכדומה. לאור סמכויות איסוף מידע נרחבות אלה, קמה חשיבות בהבהרת סדרי הדין והנהלים הרצויים לחשיפת המידע שנאסף על ידי הרשות כאשר חשיפה זו מתבקשת על ידי צדדים שלישיים. בפרט, כאשר החומר הנאסף על ידי הרשות כולל בחלקו הגדול סודות מסחריים ומידע רגיש על מתחרים ועל התחרות, ועלול, מעצם מסירתו, לסייע למתחרה ואף לרכך בעצמו את התחרות, מעצם חשיפת המידע לידי מתחרה.

בשל המידע הרב שנאסף בידי הרשות והחששות שהובעו לעיל, ראתה הרשות לנכון לפרסם גילוי דעת בעניין מדיניות רשות התחרות אל מול מוסרי המידע ובאשר לחובות המוטלות על מוסרי מידע במענה לדרישות הנתונים. בנוסף, מטרת גילוי הדעת היא לפרוס את מדיניות הרשות בכל הנוגע להגנה על מידע רגיש כאשר מתבקש עיון בתיק הרשות. גילוי הדעת פורסם את המסגרת המשפטית הנוגעת לסמכות הממונה על התחרות לדרוש את המידע; האופן שבו על הנמענים לענות לדרישות נתונים ולהעביר את המידע המבוקש לרשות; ולבסוף, בהקשר הרלוונטי לעניין האיוונים בין הזכויות, עוסק גילוי הדעת גם בזכות לעיין במסמכים שבתיק הרשות והסייגים לזכות זו, תוך הצגת מדיניות הרשות בכל הנוגע להעברת המידע שנאסף אצלה למבקשים לפי חוק בתי דין מינהליים ולשמירה על סודיות המידע שברשותה.¹¹⁷

115 חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 15), התשע"ד–2014, ס"ח 2449.

116 הצעת חוק לשינוי חברת-כלכלי (תיקוני חקיקה) (הגברת התחרות), התשע"ב–2012, ה"ח 702.

117 גילוי דעת 3/23 של הממונה על התחרות "קבלת מידע ברשות התחרות ועיון בו על ידי גורמים שאינם מוסרי המידע" **רשות התחרות** (27.9.2023). להרחבה בעניין זה ראו גם בולמס, לעיל ה"ש 6. כאמור במאמר זה, החשש מפני חשיפת מידע רגיש תחרותי בפני מתחרים נוגע גם לחשש מפני התנהגות מתואמת בין מתחרים, ולא רק להיבט של פגיעה עסקית וריגול עסקי בין מתחרים. בעבר, ובמקרים מסוימים גם היום, נהוג לחשוב שגילוי מידע מלא ומהותי עשוי לתרום לתחרות בריאה ולרווחת הצרכן, בייחוד אם מידע זה הוא פומבי ואינו כרוך בעלות עבור כלל הרוכשים. על פי השקפה זו, שקיפות המידע לכלל ציבור הרוכשים תאפשר להם להגיע להחלטות מושכלות

בפרק פתח הדבר בהכירה הרשות כי הזכות לעיין לצורך הליך שימוע תהא מצומצמת יותר מזכות העיון במסגרת הליך ערר על החלטת הממונה, וכתוצאה ישירה מכך היקף המידע שהמבקש ייחשף אליו יהיה מצומצם יותר. אך לאחרונה, לאחר פרסום גילוי הדעת, ראה לנכון בית המשפט העליון בעניין נמל אשדוד להתייחס להיקף הגילוי במסגרת השימוע ולזכות העיון במסמכי הרשות, לרבות ניתוחים כלכליים שנערכו על ידי הרשות. בפסק דין זה כב' השופט גרוסקופף דחה את טענת נמל אשדוד להתייחסותו של הממונה בצורה מספקת לשתיים מהטענות שעלו במהלך השימוע. חובת השימוע המוטלת על הממונה אינה מחייבת אותו להתייחס באופן פרטני, מקיף וממצה לכל טענה וטענה שעולה בפניו ולהסביר את מסקנתו לגבי כל אחת מהן. כך גם נדחתה הטענה כי לא הוצג להם מלוא המידע הרלוונטי שעליו מבוססת החלטת הממונה, ובפרט הניתוחים הכלכליים שעליהם הוא הסתמך בהחלטתו. אכן טוב היה אם עמדת הממונה הייתה מוצגת מלכתחילה בצורה בהירה, אולם ההתפתחויות בעמדת הממונה הן חידוד והבהרה. לא קיים פגם היורד לשורשו של עניין ואשר מצדיק את פסילת החלטת הממונה (פסקה 190 לפסק הדין).

בפרק ד' – "גישת למידע שבתיק רשות התחרות", הבהירה הרשות כי לשון סעיף 30 לחוק בתי דין מנהליים מאפשרת למי שזכאי להגיש ערר על החלטות הרשות לבקש עיון במסמכים שבידי הרשות הנוגעים להחלטה. לשון הסעיף, לגישת הרשות, אינה דורשת שיוגש ערר על מנת שתקום הזכות לעיון במסמכים, ולכל גורם שקמה לו עילה להגשת ערר קיימת זכות להגיש בקשה כאמור, כל עוד לא חלף המועד האחרון להגשת הערר. זכות העיון בעת פנייה לרשות לפי סעיף 30 לחוק בתי דין מנהליים בטרם הוגש הערר מצומצמת יותר. בשלב הערר לבית הדין נתונה הסמכות להורות על העברת סוגי מידע נוספים, לרבות סוגי המידע המנויים בסעיף 30(ב), בהם סודות מסחריים. שיקול בית הדין במסגרת האיוונים ייטה להעברת המידע אם לדעת בית הדין הצורך בעיון לשם עשיית צדק עדיף מן הטעם למניעת העיון (למעט במסמכים שהעיון בהם עלול לפגוע בביטחון המדינה, יחסי החוץ או עניין ציבורי חשוב).

האיוונים המפורטים על ידי הרשות בפרק ד' לגילוי הדעת מצביעים על כמה שיקולים מרכזיים בעת בחינת בקשה למידע כאמור: הרשות מחויבת להגן על המידע הרגיש ועל מוסר המידע, כל שכן כשיש בחשיפת המידע כדי לפגוע בתחרות; לצד זאת עומד האינטרס של העורר לקבל לידי מידע על מנת שיוכל לנהל הליך יעיל והוגן. כך, אחת הסוגיות המרכזיות באיזון נוגעת לשאלת סיווג של מידע סוד מקצועי או מסחרי. באופן דומה, יש להגן על מידע אישי הכולל פרטים אישיים של אדם. ככל שהגיעה הרשות למסקנה כי מסמכים ומידע שמוסר המידע מתנגד לחשיפתם אינם מכילים מידע סודי ומשכך יועמדו למבקש, תינתן הודעה מוקדמת למתנגד.

במסגרת הליך משפטי, הסמכות לקבוע איזה מידע ייחשף עוברת לבית הדין לתחרות, כאשר גם בעניין זה הביעה הרשות את דעתה בגילוי הדעת, כי המתווה הראוי להעברת מידע

ותפחית עלויות מעבר וחיפוש. מנגד, למידע הנחשף בפרטיות (בפני מתחרה אחד או כמה מתחרים) יש פוטנציאל להקל תיאום בין מתחרים, ונהוג לסווג את גילוי של מידע כאמור כפוגעני לתחרות, שכן הוא עלול להוביל לקרטל בין מתחרים על חשבון רווחת הצרכן. ראו לדוגמה שם, בעמ' 354–355.

סודי הוא למספר מצומצם של באי כוח מבקש המידע ולמומחים מטעמו בלבד, העוסקים במישרין בהליך שלשמו התבקש העיון, ובכפוף לחתימתם על כתבי התחייבות לשמירת סודיות.

במקרים חריגים שבהם מדובר בנתונים בעלי רגישות מיוחדת בליבת הפעילות העסקית, כגון נתונים כמותיים, הוצע שימוש בחדרי מידע לצורך עיון. כל מקרה ייבחן לגופו, כאשר תישקל גם העברת מידע אגרגטיבי, באמצעות פרפרוזות של המידע הרגיש או השחרת חלקים ממנו.

3. התנגשות בין זכות הציבור לדעת לבין חשש מחשיפת המידע ותיאום התנהגות בין מתחרים

מעבר לשיקול הציבורי במסירת המידע, קיים שיקול נוסף הנוגע לרשות התחרות ומהותה: העברת מידע באמצעות הרשות, במסגרת בקשות לגילוי מידע שנמסר לה או במסגרת גילויי מסמכים בבית הדין או בתיקים אזרחיים בתביעות הגבליות, עלולה להוביל לתוצאה אנטי-תחרותית, ולא רק לפגיעה עסקית במוסר המידע. העברת המידע מהרשות לצדדים שלישיים מתחרים אינה מהווה זרימה של מידע בשוק החופשי ובתנאים המגבירים תחרות, וזו אינה כוונת רשויות האכיפה המעודדות זרימת מידע כחלק מרצון לקיים שוק תחרותי המאפשר לחברות ולצרכנים הבנה טובה יותר של השוק, התייעלות, צמצום פערי מידע וחדשנות.¹¹⁸ כפי שפורט על ידי בולמס, החשש להתנגשות אפשרית בין דיני ניירות ערך לבין דיני התחרות באשר לערך חשיפת המידע נכון גם במקרה של בקשות מידע מרשות התחרות. בדומה לדיני ניירות ערך, המעודדים שקיפות, כך גם זכות הציבור לדעת והזכות לנגישות המידע שנאסף על ידי הרשות יכולים להתנגש עם הרצון למנוע זליגה חד-צדדית של מידע רגיש מבחינה תחרותית.

חששות תחרותיים מפני פרסומו וחשיפתו של המידע מתחזקים כאשר השוק שבו נחשף המידע הוא ריכוזי, קרי, שוק ממוצע מתחרים, או כאשר המתחרים הומוגניים במאפייניהם ולכן התחרות בין המתחרים מעטה. דווקא בשווקים אלה, ובניגוד למגמת דיני ניירות ערך ומגמות של רצון לעודד שקיפות ונגישות למידע, חשיפתו של מידע רגיש תחרותית על ידי רשות התחרות, על ידי בית הדין או במסגרת הליכי גילוי מסמכים בהליכים אזרחיים עלולה להקל תיאום בין אותן חברות (מוסרת המידע ומקבלת המידע או צדדי ג' מתחרים שייחשפו באמצעות כך למידע). שהרי ככל שמספר השחקנים בשוק קטן יותר ושקיפות המידע גדולה יותר, כך ייקל על החברות בשוק זה לתאם את התנהגותן המסחרית ולשמור עליה לאורך זמן. למעשה, ככל שמספר השחקנים בשוק מסוים שמסרו את המידע לרשות גבוה יותר, ומבקש המידע (שהוא מתחרה או מתחרה פוטנציאלי) ייחשף למידע זה באמצעות בקשות המידע, וככל שהמידע שיימסר במסגרת הליכי הגילוי ברשות, בבית הדין או בכתי המשפט הוא מידע

118 לסקירת הדין הזר והתאוריות הכלכליות הנוגעות לחשיבות שקיפות המידע לצורך קיום שוק תחרותי לעומת חשיפת מידע חד-צדדי והחששות מכך ראו בולמס, שם, בעמ' 355–358, 369–371.

מפורט וגולמי יותר, כך גובר החשש התחרותי, ולמעשה רשות התחרות ובית הדין, שתפקידם להגן על התחרות, עשויים למצוא את עצמם בהתנגשות בין הרצון להגן על המידע מתוך חשש לפגיעה בתחרות מעצם חשיפתו, לבין הצורך לעודד צדדי ג' להגיש תביעות אזרחיות באמצעות המידע, ורצון המחוקק לעודד שקיפות של הליכי הביקורת המנהליים על הרשות. בית המשפט העליון נדרש לשאלת האיזונים בבקשה לחשיפת נתונים של צדדים שלישיים שנאספו ברשות התחרות. מרבית המידע שנאסף על ידי הרשות הוא מידע שהגיע לרשות מכוח החוק, הן במסגרת בקשות יזומות של צדדים לרשות והן מכוח סמכויות הממונה לדרוש נתונים אלה מצדדים שלישיים (סמכות שהפרתה מהווה עבירה פלילית כשלעצמה). אולם, יש לציין כי גם באיזונים שנערכו על ידי בתי המשפט לא נדון דיו עצם החשש התחרותי מחשיפת המידע כמסייע לריכוך התחרות בין המתחרים, אלא הודגש האינטרס העסקי של מוסר המידע והגנה על סודותיו. חשש זה אף לא נדון בהרחבה במסגרת גילוי דעת 3/23.

בית המשפט העליון בחן את הצורך של מבקש המידע במידע שבידי הרשות וראה לנכון להבחין בין המקרים השונים, לרבות מעמד הצדדים וסיבת בקשת המידע, שכן לשיטתו:

...כי אפשר וטעמים של פגיעה ממשית באינטרסים הכלכליים של צדדים שלישיים יביאו לנקודת איזון שונה ולמתן תוקף להחלטה לסרב למסור מידע כזה וזאת אף מבלי להידרש לעמדתו של בעל המידע, אולם אין ספק, כי גם במקרה כזה על בית הדין לשקול את טיב עניינו של המבקש במידע. אינו דומה מבקש מידע לצורך מחקר אקדמי, לבין עניינו של מבקש מידע הזקוק לו לשם ניהול הליך הוגן בפני ערכאה שיפוטית. בענייננו עומדים על הפרק שיקולים כבדי משקל, ובכללם העובדה שהמדובר בהליך הנוגע לעצם קיומה של המבקשת, בזכות לקיום הליך משפטי הוגן, ובמיצוי זכות הטיעון של המבקשת. אין לומר, כי שיקולים אלה כלל אינם רלבנטיים להליך שלפניי, כטענת הממונה, רק משום שאין המדובר בהליך שנועד לתקוף את החלטת הממונה. מנגד, יש ליתן משקל של ממש לעובדה שהמדובר בסודות מסחריים שחשיפתם נוגעת ללב האינטרסים הכלכליים של בעל המידע, וכן לעובדה שהמדובר בבקשה אשר הנטל לתמוך אותה בראיות מוטל על המבקש, וכי עצם הגשתה מלמדת כי בידיו – כך על פי השקפתו – הראיות המספיקות לכך.¹¹⁹

איסוף הנתונים מהרשות קשור בטבורו לדרישה פרוצדורלית של בתי המשפט בתביעות בתחום דיני התחרות: כפי שצוין לעיל, כמו בכל הליך אזרחי, גם בתיקים העוסקים בתחום דיני התחרות על התובע לפרוס במסגרת כתב תביעתו תשתית עובדתית המראה כי יש באמתחתו עילת תביעה טובה. אם לא כן, בית המשפט עלול להורות על מחיקת התביעה על הסף מכוח תקנה 41 לתקנות, מחמת היעדר עילת תביעה.

119 ה"כ (הגבלים עסקיים י-ם) 19545-04-10 שוברי בר מספוא אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (נבו 3.1.2011).

לרוב, על התובע לצרף לתביעתו חוות דעת כלכלית אשר ביכולתה לבסס תשתית עובדתית, המראה בין היתר: מהו השוק הרלוונטי, מה מעמדו של הנתבע (או של הנתבעים) בשוק זה, וכן מה הנזק שנגרם לתובע כתוצאה מההגבל העסקי אשר הוא מלין לגביו במסגרת תביעתו. כך למשל, תובע המבקש לטעון כי הנתבע הוא מונופול הגובה מחיר בלתי הוגן כאמור בסעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות, נדרש להראות בחוות הדעת כלכלית כי הנתבע הוא אכן מונופול בשוק מושא התביעה (כמובן כל עוד הנתבע לא הוכרז כמונופול על ידי הממונה על התחרות עובר להגשת התביעה), וכי המונופול אכן גבה מחיר בלתי הוגן.

זוהי אפוא הפרקטיקה שהשתרשה בבתי המשפט הרגילים, במסגרת תובענות העוסקות בתחום דיני התחרות, כאשר ללא צירוף חוות דעת כלכלית לכתב התביעה, בית המשפט עשוי לדחות את התביעה על הסף.¹²⁰ ללא צירוף חוות דעת כלכלית לכתב התביעה בית המשפט אינו יכול לדעת מהו השוק הרלוונטי, מה מעמד הנתבע בשוק זה ואם בכלל נגרם נזק לתובע. במילים אחרות, בית המשפט אינו יכול לבסס, בהיעדר חוות דעת כלכלית, החלטה המראה כי אכן מדובר בהפרה של החוק אשר הסבה נזק לתובע. מכאן, אכן מוצדק וראוי לדרוש מהתובע להציג חוות דעת כלכלית, המראה ולו באופן לכאורי כי אכן מדובר בהגבל עסקי אשר הסב לו נזק (או לקבוצה של תובעים במסגרת תובענה ייצוגית).

גם כאן, הרשות מצויה בדילמת אסיר, שהרי מחד, היא מעוניינת לעודד תביעות ייצוגיות במקרים המתאימים על מנת לתקן כשלי שוק ולהשיב לצרכנים את סך הנזקים שנגרמו כתוצאה מקיומו של הגבל עסקי, ומנגד, חשיפת המידע עלולה, דווקא בשווקים מעוטי שחקנים, להוביל לחשיפת מידע שייעשה בו שימוש על ידי מתחרים אחרים בשוק לצורך ריכוך התחרות ואכיפת הסדרים כובלים, או לחלופין יצירת התאמת התנהגות ללא תיאום מפורש.

אל מול שיקולי הרשות, ובשונה ממנה, לתובע פרטי אין לרוב גישה למידע המצוי אצל הנתבע. לפיכך, ככל שהתובע עשה כל שביכולתו כדי להראות כי אכן נפגע כתוצאה מהגבל עסקי, לרבות פנייה לרשות התחרות לקבלת המידע המצוי בידיה, הרי שניתן להנמיך את הרף הראיתי הנדרש בשלב זה מהתובע ולהעביר את הנטל לכתפי הנתבע, במסגרת כתב הגנתו, לפרט את התייחסותו לטענות. בית המשפט האזרחי או המנהלי שאליו יפנה התובע הוא שיידרש לבחון את הסיבה לאי-הצגת המידע על ידי התובע, והוא שיידרש לערוך את השיקולים, לרבות עיון במידע בטרם מסירתו לצד שלישי, במסגרת בחינת טענות הסף, ככל שיבקש הנתבע לסלק את התביעה על הסף בשל היעדר פירוט ראייתי כנדרש. זאת, לנוכח העובדה שאין לתובע פרטי את מלוא המידע הנדרש לשם ביסוס תביעתו, בשל שיקולי הרשות האמורים לעיל, ולכן התובע מצוי לרוב בנחיתות דיונית ביחס לנתבע המחזיק במידע.

4. חשיבות חשיפת המידע לצורך יצירת דין אחיד ויצירת ודאות משפטית

פן נוסף ומשמעותי מאוד לחשיבות שקיפות ההליכים בבית הדין הוא הסינרגייה הרצויה בין החלטות של בית הדין להחלטות של בתי המשפט בכל הנוגע לפרשנות דיני התחרות. במקרים

120 ת"צ (מחוזי מרכז) 3947-09-11 ברוט נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ (נבו) 15.3.2012.

רבים ההליכים ברשות או בבית הדין מתקיימים במקביל להליכים בבתי משפט אזוריים שונים באותה שאלה בדיוק, בין אם מדובר בבחינת אותם שווקים ובחינה עובדתית כלכלית דומה, ובין אם מגיעה לפתחם אותה שאלה משפטית. בבית הדין השאלה תיבחן מהזווית החברתית כללית של דיני התחרות, ובבתי משפט אזוריים יבחנו את השאלה ההגבלית הן מהזווית האזורית-פרטית והן מהזווית של מטרות דיני התחרות.

הרשות, בית הדין ובתי המשפט עשויים למצוא את עצמם לא פעם מפרשים שאלה הגבלית בדרכים שונות. לא נקבעה בחוק עדיפות לפרשנות של איזה מבתי המשפט (לדוגמה עדיפות לבית הדין לתחרות על פני בתי משפט אזוריים). רשות התחרות כפופה לבית הדין, וכל בתי המשפט כפופים לתקדימים מחייבים על פי דיני הפרשנות הכלליים. לפיכך, לאותה שאלה פרשנית יכולות להיות תשובות שונות בהליכים השונים. דווקא בשל כך חשיפת מידע והחלטות מלאות (כדוגמת חשיפת מידע שבידי הרשות לצורך הליך אזורי) יכולה לסייע לגבש פרשנות אחידה יותר בדיני התחרות. מאחר שתחום התחרות יחסית חדש, מצוי בשלבי התפתחות תמידיים ודל בפסיקה, קיים צורך משמעותי לפתח הלכות אחידות וברורות בנוגע לדין.

מתוך אותם חששות שפורטו לעיל, במקרים רבים חוסים ההליכים בבית הדין תחת הליכים בדלתיים סגורות, והדיון המשפטי המתקיים נותר חסוי. זאת, חרף זכותו הבסיסית של כל אדם, בין אם יש לו עניין בתיק ובין אם לאו, להיכנס כרצונו לאולם המשפט ולערוך תרשומת של הדברים ששמע וראה. רוזן-צבי בספרו התייחס לחשיבות פומביות ההליכים בבתי משפט כעקרון יסוד בפסיקה, כפי שהורחב על ידו בתת-פרק שיועד לנושא זה "פומביות הדיון": "ברוב המקרים של הדיונים המתקיימים בבתי המשפט זכאי כל אדם מן הציבור להיות נוכח באולם, לצפות, להאזין ולעקוב מקרוב אחר הדיונים, להתרשם מן האופן שבו הם מנוהלים ואף להפיץ את רשמיו בציבור".¹²¹ לכן, לשיטתו: "כל איזון בין עקרון פומביות הדיון לבין זכויות ואינטרסים אחרים ראוי שייעשה במסגרת ההחלטה המקדמית אם לדון בתיק בפומבי או לקיימו בדלתיים סגורות, ואיזון זה חייב להיעשות במסגרת הסייגים המצומצמים שנקבעו בחוק בתי המשפט".¹²²

כך, לדוגמה, במסגרת האיונים של שקיפות מול סודיות, אם בית הדין מאשר לצרף צד להליך, הוא יחליט עד כמה שאלת הסודיות מהותית, וזאת לאור היריבות התחרותית בין המבקש להצטרף לבין יתר בעלי הדין. לצורך שמירה על סודיות הפרטים המסחריים אשר נכללים בכתבי הטענות ובחוות דעת המומחה שמוגשות לבית הדין, במקרים רבים בית הדין משתמש בחסיון עורך דין, שלפיו הצדדים להליך יוכלו לקבל את המידע רק לאחר שיתחייבו עורכי דינם לשמור על סודיות המסמכים המועברים אליהם לעיונם.¹²³ כמו כן משתמשים בתי המשפט ובית הדין גם בחדרי מידע, שלפיהם לצדדים להליך יש יכולת לעיין במידע (אך לא

121 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 80.

122 שם, בעמ' 81.

123 ראו לדוגמה, עניין אלעל, לעיל ה"ש 93.

לצלמו) בחדר שמוקצה לעיון.¹²⁴ כך, המידע מגיע לבית המשפט הדין בתיק ולצדדים, אך לא לכלל הציבור.

לא רק רשות התחרות נדרשת לאיזונים האמורים, אלא גם בתי המשפט כאשר מתבקש עיון בתיק (אזרחי או פלילי). על המבקש להראות כי קמה לו עילה המזכה אותו בעיון בתיק. בית הדין הכיר בכך שצרכן שנפגע מהתארגנות בהסדר כובל זכאי לעיון. בדומה לכך, בית הדין לא מצא בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981, שהוא הדין המיוחד החל בנושא זה, עילה המקימה הגנה מפני העיון המתבקש. וכדברי בית הדין:

אפילו היה מידע חסוי בתיק בית המשפט, לא היה בכך בהכרח כדי למנוע את העיון, כפי שנעשה בעניין הלל לגבי חוות דעת רפואית-פסיכיאטרית החוסה תחת החסיון (היחסי) הקבוע בסעיף 49 לפקודת הראיות [נוסח חדש] התשל"א–1971, וסעיף 2(11) לחוק הגנת הפרטיות. ואולם, בענייננו אין מדובר בנושא הנמנה על העניינים הנופלים בגדרו של סעיף 2(11) לחוק זה (עניינים הנוגעים לצנעת חיו האישיים של אדם, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד), ואין לראות מכיוון זה כל מניעה להתרת העיון, ומה גם שעצם הרשעת הנאשמים בת.פ. 160/96 פורסמה בשעתו בציבור, ופסק הדין אינו חוסה תחת צו איסור פרסום.

לאור זאת, התיר בית הדין למבקש לעיין במסמכים המצויים בתיק פלילי, למעט הטיעון לעונש וגזר הדין.¹²⁵

יש לציין שהאמצעים שאותם נוקט בית הדין לשמירה על המידע, כגון זכות עיון לעורכי דין ויועצים כלכליים חיצוניים ושימוש בחדרי מידע, אינם ייחודיים לישראל. גם באיחוד האירופי אומצו האמצעים האמורים לצורך הגנה על המידע של צדדים שלישיים. כך, מגבילים במקרים מסוימים בתי המשפט ורשויות התחרות את הגישה למידע לאנשים מסוימים בלבד, מאפשרים גילוי מידע סודי רק בחדרי מידע ודורשים כי הצדדים יחתמו על כתיב סודיות והבהרה על כך שהצדדים יעשו שימוש במידע הסודי לצורכי ההליך בלבד.

נוסף על כך, ועל מנת להקטין מראש את המחלוקות, מבקשת הנציבות ממוסרי המידע להצהיר מראש מהו המידע שנחשב לדעתם סודי ולמסור לה שני עותקים – עותק הכולל את המידע הסודי ועותק נוסף הכולל מידע שאינו סודי. כאמור, ההליכים האמורים אינם פותרים את מכלול הבעיות שנוצרות בעקבות הצורך של הנציבות, מחד גיסא, לחשוף בפני הצדדים את המידע המלא שעליו התבססה ההחלטה, ומאידך גיסא להגן על המידע הסודי של מוסרי המידע.¹²⁶

כ יש לציין כי שימוש בחדר מידע, ללא יכולת צילום והעתקת המידע, מהווה חריג גם לנהוג באיחוד האירופי. כך, נהוג לאפשר את העתקת המידע תוך התחייבות שלא לעשות שימוש במידע, אלא לצורך ההליך המשפטי.

125 ת"פ 160/96 (מחוזי ים) **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' חוליות** (נבו 25.5.1999). לעניין זה ראו גם ע"פ 7528/95 **הלל נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(3) 89, 100 (1996).

126 לנציבות התחרות יש סמכות לאסוף מידע מצדדים בהתאם לס' 16–17 ל-Council Regulation

5. היעדר מידע זמין – השלכות על בחינת הפגיעה התחרותית בשל הטלת חיסיון על המידע המצוי בידי הרשות ובית הדין וכן המגבלות מניהול הליכים בדלתיים סגורות וללא הנמקה

מאמר זה נועד להצביע על הממשק בין הפן הפרוצדורלי לבין הפן המהותי של ההליכים בתחום דיני התחרות. כפי שפורט לעיל, להיעדרו של מידע זמין לצדדים שעלולים להיפגע יש השלכה חברתית רחבה מעבר לדיון הנקודתי שבו מחליטים בית המשפט ובית הדין בנוגע למידע. קיומו של מידע מלא וזמין הנאסף על ידי הרשות, וזה הקיים בבית הדין ובהליך הפלילי, מגדיל את הוודאות של צד שלישי בנוגע להחלטה אם להגיש תביעה או ערר ומהם סיכויי הצלחתו. החלטה בנוגע לחשיפת הנתונים משפיעה על הוודאות של צד נפגע אם יבקש לערור או להגיש תביעה אזרחית; משפיעה על עלות ההוצאות (המשמעותיות) של השגת הנתונים; משפיעה על משך הזמן השיפוטי של התביעה האזרחית והערר, שממילא ממושכים יותר מהליכים רגילים; ואף משפיעה על היקף הפיצויים שייפסקו בסופו של יום.¹²⁷ משכך, החלטה בנוגע לגילוי מסמכים לצד שלישי אינה החלטה "טכנית" בלבד, אלא בעלת השלכות על זכויות מהותיות של צדדים.

קיומו של מידע זמין מהליכים שמתנהלים בבית הדין וממידע שבידי הממונה מסייע בפן ההרתעתי בשני אופנים: האחד, הסתמכות על ההליך המנהלי כראיה לכאורה וכהוכחה לטענתם של מי שרואים את עצמם נפגעים כתוצאה מהפרה של החוק. השני, איסוף המסמכים והראיות קל יותר, שכן הרשות שביצעה את החקירה והאיסוף ובית הדין שנדרש להכריע בנושא

(EC) No 1/2003 of December 2002 On The Implementation of the Rules on Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty (OJ L 1, 4.1.2003, p.1) Council Regulation (EC) No 139/2004 of 18 January 2004 on the Control of Concentrations Between undertakings (the "EC Merger Regulation"). מוסרי המידע נדרשים לסווג את המידע כסודי על פי Article 16(3) of the Implementing Regulation. לצדדים למיזוג יש זכות לקבלת המידע שבידי הנציבות על פי Article 18(3) of the Merger Regulation ו- Article 13(3) of the Implementing Regulation. הזכות שלא לחשוף מידע סודי של צדדים מפורטת ב- article 287 of the EU treaty ו- article 17(1) of the Implementing Regulation. הרחבה על אודות ההליכים הפרוצדורליים שנקטים בעניין סודיות המידע וחשיפת המידע במיזוגים, בבחינת הסדרים כובלים ובפעולות כנגד מונופולין ניתן למצוא בהנחיות הנציבות: DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings: Best Practices in proceedings concerning articles 101 and 102 TFEU (OJ ב-20/01/2004, p. 6–32, C 308, 20.10.2011). הגדרת מידע סודי לצורך חשיפת מסמכים על ידי הנציבות מפורטים ב- Commission notice on the internal rules of procedure for processing requests for access to the file in cases under Articles 85 and 86 [now 81 and 82] of the EC Treaty, Articles 65 and 66 of the ECSC Treaty and Council Regulation (EEC) No 4064/89 Official Journal C 23, 23.1.1997, p. 3. כל התקנות וההנחיות האמורות מפורסמות באתר הנציבות: www.europa.eu/competition.

127 ראו בולמש, לעיל ה"ש 3, בעמ' 99–100 בכל הנוגע להשלכת המידע הנאסף על ידי תובע המבקש להסתמך על הליכים מנהליים לצורך ביסוס תביעתו. כן ראו Thomas E. Kauper & Edward A. Snyder, *Private Antitrust Cases that Follow on Government Cases*, PRIVATE ANTITRUST LITIGATION 329, 352 (Lawrence J. White ed. 1988).

ההגבלי ליקטו את כל המסמכים הנדרשים לצורך כך. לאור הקושי הרב ביישום מנגנון האכיפה הפרטי, מותנית האכיפה בדרך זו במידה רבה בהסתייעות בכלים הראייתיים שנקבעו בחוק – הן בקביעות הממונה מכוח סעיף 43 לחוק התחרות והן בפסקי דין בהליכים פליליים המתנהלים על פי חוק זה, והאפשרות לעיין בתיק של בית המשפט בהליך הפלילי.¹²⁸ משכך, החלטות בית הדין בעניין גילוי מסמכים אינן טכניות בלבד.

כך, בתזכיר חוק שפרסמה הרשות בשנת 2013, הכירה הרשות בחשיבותה של אכיפה פרטית שתתבצע בסיוע הכרזות וקביעות של הרשות, כאמור בסעיף 43(ה) לחוק התחרות, וזאת כדי להעניק לתובעים ראייה לכאורה ולהעביר את נטל ההוכחה להפריך את האמור בהכרזה של הממונה לידי הנתבעים.¹²⁹

בהיעדר גילוי מסמכים בהליכים הפליליים והמנהליים, נפגע שיבקש לתבוע בטענה להפרת דיני התחרות יידרש להסתמך אך ורק על נתונים שהצליח לאסוף, על הערכותיו שלו בנוגע לסיכויי הצלחת התביעה ועל משאביו בעת ניהול התביעה עצמה.

מכאן, שכל שתימנע חשיפה של מידע בפני צדדים שלישיים בהליכים פליליים ומנהליים בתחום התחרות, תפחת ההרתעה מפני הפרה של החוק ויגבר הביטחון של המפר שסיכויי קטנים יותר בעת ביצוע הפרה כנגד הציבור. ללא גילוי מסמכים קיים קושי ממשי להציג את הפגיעה ההגבלית. גילוי המסמכים ואיסוף המידע בהליכים בבית הדין ובבית משפט פלילי בתחום התחרות הם, בדרך כלל, ההזדמנות היחידה של נפגע לראות את הנתונים העובדתיים שסייעו לברר את הפגיעה ועוצמתה.

6. שלב גילוי מסמכים בתביעות פרטיות בתחום התחרות – השלכתו גם על שיקולי תחרות ואינטרס הציבור

מרבית המידע (אם לא כולו) הדרוש לתובע פרטי לשם ביסוס תביעתו מצוי אצל הנתבע, ומכאן נובעים פערי הכוחות בין הצדדים.

בפרט, על מנת להוכיח את תביעתו, התובע עשוי להידרש לנתונים על אודות השוק הרלוונטי, נתונים כלכליים השייכים לפירמה הנתבעת (כגון נתוני עלויות של הפירמה) וכדומה. כל אלה הם לרוב נתונים המצויים בידי הפירמה הנתבעת. לפיכך, ומטבע הדברים, במסגרת הליך של גילוי מסמכים התובע יבקש לקבל לידי מסמכים רלוונטיים המצויים בידי הנתבע, ואשר יכולים לחזק את האמור בכתב התביעה.

128 ראו ס' 43 לחוק התחרות, הקובע כי קביעת הממונה על ההגבלים העסקיים בנוגע להפרת החוק תהא ראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי.

129 תזכיר חוק ההגבלים העסקיים, התשע"ג–2013 (להלן: תזכיר הצעת החוק). בתזכיר זה נאמר כך: "מכשיר הקביעה הינו כלי חשוב באכיפה אזרחית של חוק ההגבלים העסקיים, בין היתר לאור הוראות החוק כי קביעת הממונה תהא ראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי (ראו סעיף 43(ה) לחוק). על כן, לקביעת הממונה ערך משמעותי בעידוד אכיפה אזרחית של החוק על ידי תובעים פרטיים. על מנת להרחיב את אפשרות האכיפה הפרטית כנגד הפרות של החוק ולייעל את אכיפת החוק, מוצע להרחיב את סמכות הממונה להוציא קביעה לפי סעיף 43(ה) [...]".

מובן שאין לאפשר לתובע לבצע "מסע דייג" ולתור אחר ראיות מקום שבו תביעתו אינה מבוססת דייה ואינה מגלה עילת תביעה לכאורית. ברם, ככל שבית המשפט מתרשם כי התובע עשה כל שלא ידו כדי לבסס את תביעתו והציג חוות דעת כלכלית המראה באופן לכאורי כי יש בסיס לתביעה וכי היא אינה תביעת סרק, ראוי שבית המשפט ייטה להורות על גילוי רחב יותר של מסמכים ומידע, כדי שהתובע אכן יוכל להוכיח את תביעתו ביתר קלות וכדי להתגבר על פערי הכוחות המובנים הקיימים בין הצדדים לתיק.¹³⁰

במסגרת תובענה ייצוגית, ככל שהתובע הייצוגי מראה כי אכן עשה כל שביכולתו כדי לבסס את התובענה הייצוגית שהגיש (בשים לב לנחיתות הדיונית שבה הוא מצוי ביחס לנתבע), וכאשר הנתבע מצידו אינו מציג די נתונים המראים כי אין בסיס לתביעה, הרי שהנטל הראשוני המוטל על התובע עשוי להיות קל יותר, ובית המשפט אף עשוי במצב זה לאשר את בקשת האישור ולדון בתובענה שהוגשה כייצוגית. בכך, כמות המידע המצויה בפני התובע נכרכת בנטל המוטל על התובע הייצוגי, כאשר אי-חשיפת מידע מספק על ידי הנתבע יכולה להוביל כאמור לאישור בקשת האישור.¹³¹ לעומת זאת, ככל שהנתבע מספק נתונים המראים, לכאורה, כי אין בסיס לתובענה, הרי שהנטל המוטל על התובע הייצוגי יהיה כבד יותר בהתאם, והדבר עשוי להוביל לדחיית התובענה.

כך למשל, בעניין **זליכה** – שבמסגרתו הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד תנובה בעילה של תמחור מופרז עבור מוצרי חלב שונים מתוצרתה – על אף שבית המשפט הורה על גילוי נרחב של מידע ומסמכים, התובע הייצוגי עדיין כשל מלהראות כי תנובה אכן גבתה מחיר מופרז עבור המוצרים מושא התובענה הייצוגית, כנטען על ידו. כלומר, משהתובע נחשף לנתונים רבים של תנובה, הנטל שהוטל על התובע להוכיח את תביעתו ואת בקשתו להכיר בתביעה כייצוגית היה כבד יותר בהתאם, והוא לא יכול היה לטעון כי עדיין קיימים פערי מידע מהותיים בינו לבין תנובה, כפי שהוא טען בעניין זה. כאמור, בהתאם להחלטת בית המשפט המחוזי, התובע לא הרים את הנטל המוטל עליו, ומשכך בקשתו לאשר את התביעה כייצוגית נדחתה.¹³² בדומה לאיזונים שנערכים על ידי הרשות ובית הדין, גם בתיקים אזרחיים ניתן להתנות את גילוי המסמכים והמידע בחתימת באי הכוח והמומחים הכלכליים של התובע על כתב התחייבות לחיסיון, כדי להגן על מידע ונתונים מסחריים סודיים של הנתבע. בעניין זה ראוי להזכיר את תקנה 5 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018 שלפיה: "בית המשפט יאזן, לפי הצורך, בין האינטרס של בעלי הדין ובין האינטרס הציבורי. לעניין זה,

130 בולמס, לעיל ה"ש 3, פרק 6 – השפעת ההליכים המקדמיים על תמריצים להפרת דיני ההגבלים העסקיים, וההפניה לה"ש 76 בפרק 6 האמור לצורך סקירת סדרי הדין הנהוגים בארצות הברית בעניין זה. ראו למשל בהקשר זה: רע"א 5223/16 **הילמן נ' שמחוני** (נבו 16.8.2016), שם נאמר כך: "שעה שעסקינן בהליך גילוי מסמכים, אשר חשיבותו לצורך ניהול הוגן של ההליך ידועה, יטה בית-המשפט להיעתר לבקשה לגילוי מסמכים בנדיבות, כל עוד שוכנע שיש ממש בתביעה שאיננה תביעת סרק".

131 שיטה דיונית זו הוכרה למשל בת"צ (מחוזי מרכז) 6179-08-16 **גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ** (נבו 16.1.2019).

132 ת"צ (מחוזי י-ם) 57534-02-14 **זליכה נ' תנובה** – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (נבו 19.12.2021).

'האינטרס הציבורי' – נגישות הציבור למערכת בתי המשפט לרבות קיומו של דיון משפטי צודק, מהיר ויעיל, חיסכון במשאבי זמן ועלויות, מניעת הכרעות סותרות ומניעת שימוש לרעה בהליך השיפוט.

כדי למנוע שימוש לרעה בהליכי משפט, ובענייננו איסוף מידע בין מתחרים במסגרת ההליך השיפוטי, ניתן להפנות גם לתקנה 4 לתקנות סדר הדין האזרחי, שלפיה: "לא יעשה בעל דין או בא כוחו שימוש לרעה בהליכי משפט ובכלל זאת פעולה בהליך שמטרתה או תוצאתה לשבשו, להשהות או להטריד את בעל דין, לרבות פעולה בלתי מידתית לאופי הדיון, לעלותו או למורכבותו".

מאחר שכך, להליך המקדמי ולתוצאותיו יש השפעה על היכולת ועל התמריץ של המפר לנצל את מעמדו לרעה, וגם במסגרת תביעה אזרחית בין צדדים לבית המשפט מעמד של ממש בשמירה על התחרות ועל הציבור בכללותו. ככל שההליך המקדמי מורכב יותר וארוך יותר, וככל שבית המשפט ובית הדין מערימים קשיים על צדדים שלישיים באיסוף המידע, דורשים מהם לעמוד בתנאי סף גבוהים ומגבילים את יכולתם להעתיק את המידע ולבחון אותו בעיניים מקצועיות, כך המפר לא יחשוש שהפרותיו ייחשפו בבית המשפט בזמן אמת.¹³³ כל זאת, מאחר שעד לשלב גילוי המסמכים והעיון בתיק בית המשפט בהליך האזרחי, המידע על אודות ההסדר הכובל או ניצול המעמד לרעה הוא מידע מסחרי סודי שאינו חשוף לכלל הציבור, ויחלפו שנים רבות עד שלב גילוי המסמכים. לעיתים, בתיקים מורכבים, שלב גילוי המסמכים עצמו יכול להימשך שנים, כך שממועד ההפרה ההגבלית ועד לחשיפת המידע יכולות לעבור שנים שבהן ממשיך המפר לנקוט פעולות אסורות ולגרום לנזקים תחרותיים, תוך הסתרת המידע ועיכוב גילוי, גם לאחר הגשת התביעה.

מכאן, שלהכרעות בתי המשפט האזרחיים בהליכים המקדמיים ולהחלטות טכניות בסדרי הדין בתביעות אזרחיות בעילה של פגיעת הגבל עסקי לרבות אופן הגילוי והעיון – ולא רק היקפו – יש משמעות גדולה יותר בהיבט הצרכני-חברתי מאשר דיון בגילוי מסמכים בין צדדים בתביעות אזרחיות רגילות.

ככל שבתי המשפט האזרחיים יקשו באיסוף מידע וגילוי, הם יקטינו את ההרתעה מהתנהלות שעלולה להוות הפרה של החוק ובהתאם יקטינו את הרווחה הצרכנית.¹³⁴ לכן, חששו של המפר מהתביעה האזרחית יפחת משמעותית ככל שבית המשפט יאריך את השלב המקדמי ויקשה על מבקש המידע.

¹³³ לדיון על אודות חשיבות הליך גילוי המסמכים כבר בשלבים מוקדמים של תביעה בהגבלים עסקיים בכלל, ובאשר לחשיבות גילוי המסמכים בתביעה ייצוגית בפרט, וכן להבחנה בין הליכי גילוי המסמכים בשני סוגי התביעות, ראו בולמס, לעיל ה"ש 3, בעמ' 103, אשר הפנה להלכה שנקבעה על ידי בית המשפט העליון (השופט ריבלין) ברע"א 10052/02 יפעת נ' דלק מוטורס, פ"ד נז(4) 513, 517–520 (2003). הקושי לגלות מידע מסחרי על אודות המתחרים עלה גם בעצ"ם 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ויכסים בע"מ), פס' 60 (נבו 11.2.2008).

¹³⁴ בולמס, לעיל ה"ש 3, בעמ' 103.

אילו היה ההליך המשפטי יעיל יותר ומהיר יותר, ולו היה מאפשר גילוי מסמכים בשלב מוקדם של ההליך, היה המפר חושש מהמשך נקיטת פעולות הפוגעות בתחרות. בכך, גם בית המשפט האזורי, במסגרת ההליכים המקדמיים של גילוי ועיון במסמכים, משמש שחקן פעיל במאזן היחסים שבין המפר לציבור הנפגע ובתמריצים של צדדים להפר את דיני התחרות.

ככל שהוא חוסם את דרכם של צדדים שלישיים בשלבים מוקדמים יותר; ככל שהוא מאריך את ההליך המשפטי על פני תקופה ממושכת יותר; וככל שהוא חושף פחות מידע בפני נפגעים, כך יפחת הסיכוי שיוגשו תביעות משפטיות בנושא. בכך יפחת הסיכון של המפר מחשיפת המידע הסודי ומבחינה ביקורתית של ההתנהגות שננקטה על ידו. מנגד, גם כאן על בית המשפט האזורי להזהיר את עצמו, שמא יחשף מידע מסחרי רגיש למתחרים ויצנן את התחרות ביניהם. בעניין זה נחזור על השיקולים והאיזונים שפורטו לעיל באשר לחשיפת המידע על ידי הרשות ובית הדין. בתי המשפט האזוריים נדרשים גם הם לשקול את שיקולי הציבור בכללותו, ובכלל זאת אינטרס התחרות וההגנה עליו.

7. גילוי המידע לצדדי ג' לצורך הגשת צווי מניעה בתיקים אזוריים

סוגיה מעניינת נוספת, שהתפתחה לגביה פרקטיקה ייחודית בתחום דיני התחרות, נוגעת לבקשה לצו מניעה זמני והמידע המצוי לפני בית המשפט בתביעה אזורית. כך, לדוגמה, בעניין **סופר-פארם**, צד להסדר בלעדיות (סופר-פארם) הגיש בקשה לצו מניעה זמני, אשר יורה לצד שכנגד להימנע מהפרת הבלעדיות.¹³⁵ ובית דין פירוט: סופר-פארם הגיש בקשה לצו מניעה זמני אשר ימנע ממרכזים מסחריים של "ביג" להפר תניות בלעדיות שניתנו לסופר-פארם להפעלת בתי מרקחת באותם מרכזים. מרכזים אלה ביקשו לאפשר לבתי מרקחת של קופת חולים מכבי לפתוח חדרי תרופות ובתי מרקחת באותם מרכזים, באופן המהווה הפרה של תניות הבלעדיות שניתנו לסופר-פארם כאמור (זאת לטענת סופר-פארם). דחינו, הבקשה לצו מניעה זמני נועדה לשמור על הסטטוס קוו, עד אשר תתברר התביעה העיקרית.

בתיק זה, נטען נגד סופר-פארם כי היא הייתה צד להסדר כובל פסול, ולכן אין להיעתר לבקשה לצו מניעה זמני. בהליכים מעין אלה בתי המשפט כבר קבעו כי אין מקום לדון בשאלת קיומו של הסדר כובל בהליך של צו מניעה זמני.¹³⁶ הטעם לכך הוא שבדיקה אם אכן מדובר בהסדר כובל היא בדיקה מורכבת (אשר אף יכולות להיות לה השלכות פליליות כלפי הצדדים שלגביהם נטען כי הם צד להסדר) ואינה מתאימה לדיון במסגרת צו מניעה, אשר אמור להיות הליך מקדמי קצר ומהיר. במקרים אלה בית המשפט דוחה את הדיון בשאלת קיומו של הסדר

135 ת"א (מחוזי ת"א) 12202-01-17 **סופר-פארם (ישראל) בע"מ נ' ביג מרכזים מסחריים בע"מ** (נבו) 21.3.2017.

136 שם, בעמ' 6. בית המשפט ציין, תוך הפניה לפסיקת בית המשפט העליון בעניין זה, כי בהתאם להלכה הפסוקה טענות לקיומו של הסדר כובל אינן מתאימות להתברר במסגרת בקשה למתן סעד זמני, וכי אין לחקור על כך מצהירים. ראו בנוסף ת"א (מחוזי מרכז) 23635-05/10 **סופר פארם (ישראל) בע"מ נ' מ.ק.ח מרכז קניות חיפה בע"מ, גרנד קניון ניהול בע"מ, המשכיר לצרכן החדש בע"מ** (נבו) 20.7.2010.

כובל להליך העיקרי ומעניק לרוב צו מניעה זמני המשמר את הסטטוס קוו עד להכרעה בהליך העיקרי. חריג לכך הוא מקרה שבו הממונה כבר קבע כי מדובר בהסדר כובל. במקרים אלה, בית המשפט לא יעניק צו מניעה ולא יאפשר אכיפה של הסדר אשר כבר נקבע על ידי הממונה כבלתי חוקי. במילים אחרות, במקרים אלה מתייחר הצורך בבדיקה מעמיקה, היות שהממונה כבר קבע כי אכן מדובר בהסדר כובל. משכך, ללא קבלת מידע מאת רשות התחרות ובית הדין, ככל שהנושא נבדק והוכרע, יהיה קושי להתנגד למתן צו מניעה זמני בתביעת הגבל עסקי. בהיעדר מידע מרשות התחרות ובית הדין, השאלה המורכבת בדבר קיומו של הסדר כובל תתברר על ידי בית המשפט במסגרת ההליך העיקרי (כאשר ללא קבלת המידע, יתעורר ממילא קושי לברר את שאלת קיומו של הסדר כובל גם במסגרת ההליך העיקרי, וככל שהתובע לא יצליח לפרוס לפני בית המשפט תשתית מספקת, הרי שתביעתו צפויה להידחות).

באשר לעניין סופר-פארם האמור, לא ניתן לסופר-פארם צו זמני מהטעם שהבקשה הוגשה על ידי סופר-פארם בשיהוי ניכר, וכן מאחר שבית המשפט החליט כי סיכויי התביעה אינם גבוהים, בשים לב, בין היתר, לאופי ההסדר והיקפו המצומצם בין מרכזי הקניות לבין קופת חולים מכבי. בכך, משפיעה ההחלטה בעניין הצו הזמני לא רק על זכויות הצדדים לפני בית הדין, אלא גם על שאלת התמשכות הפגיעה התחרותית, ככל שיתברר כי אכן התקיימה פגיעה כאמור, ועל זכות התחרות של הציבור בכללותו. כפי שעשה בית המשפט בעניין סופר-פארם, ערכי התחרות בכללותם עמדו לנגד עיניו, ולא רק האיזונים בין הצדדים.

ד. סיכום

מאמר זה הצביע על מערך איזונים רגיש ומורכב בין הפן הפרוצדורלי לבין הפן המהותי של דיני התחרות. איזונים אלה טרם לוקטו בספרות במלואם, ומאמר זה אף הוא אינו סוקר את כולם, אולם הוא מאפשר מבט רחב על הליכים פרוצדורליים רבים הננקטים על ידי רשות התחרות, בית הדין ובתי המשפט והשפעתם על הדין המהותי וזכויות מהותיות.

לעיתים קיימת התנגשות של ממש בין הדין המהותי לבין הדין הפרוצדורלי, והמתח ביניהם אינו ניתן ליישוב באמצעות כללים אחידים. מאמר זה הצביע על בעייתיות מתודולוגית הקיימת ביישומה של האכיפה בדיני התחרות, כאשר אכיפה זו מבוצעת ללא שקיפות לציבור בכללותו. מנגד, לא תמיד בתי המשפט, בית הדין והרשות יכולים להעניק שקיפות מלאה וחשיפת המידע המצוי לפניהם. בשל הפיצול באסדרה בין הליכי גילוי המידע לבין האינטרסים התחרותיים, קיים קושי של ממש ביישום הנחיות דיני התחרות.

בכל תיק ותיק נדרשת אפוא חשיבה הוליסטית בנוגע לאיזון הרצוי בין הרצון לחשוף בפני הציבור את המידע הנחוץ לו לבין ההשלכות על התחרות בכללותה וחשש מחשיפת יתר של מידע. ניתן לצפות כי המגמה של התנגשות ומאבק בין האינטרסים תתחזק, מאחר שלא קיימת מתודולוגיה אחידה או אסדרה אחידה של סוגיית חשיפת המידע. מאמר זה נועד לסייע, ולו במעט, למציאת האיזון הרצוי בכל מקרה ומקרה.