



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 16-05-61660 סלקום ישראל בע"מ ואח' נ' רשות ההגבלים העסקיים

בפני כבוד השופטת נאוה בן אור

המבקשות

1. סלקום ישראל בע"מ
על ידי ב"כ עו"ד מתן מרידור ועו"ד מירב יונג
2. גולן טלקום בע"מ
על ידי ב"כ עו"ד אבנר פינקלשטיין ועו"ד נעה שוויצר עמר

נגד

המשיבה

רשות ההגבלים העסקיים
על ידי ב"כ עו"ד מיכל כהן ועו"ד עמנואל ברכפלד

צדדים שלישיים

1. רמי לוי שיווק השקמה תקשורת בע"מ
על ידי ב"כ עו"ד רן אפרתי
2. אקספון 018 בע"מ
על ידי ב"כ עו"ד זיו שוורץ ועו"ד מירב גרינשפן
3. פרטנר תקשורת בע"מ
על ידי ב"כ עו"ד גל רוזן ועו"ד רן כרמי
4. הוט סלולר בע"מ
5. הוט מובייל בע"מ
שתייהן על ידי ב"כ עו"ד נמרוד פראוור
6. פלאפון תקשורת בע"מ
על ידי ב"כ עו"ד גיקי דבי
7. מענה טלזר שירותי תקשורת בע"מ
על ידי ב"כ עו"ד דניאל שמואל

החלטה

הממונה על הגבלים עסקיים החליטה להתנגד למיזוג בין המבקשות, סלקום ישראל בע"מ וגולן טלקום בע"מ. ההחלטה ניתנה ב-12.4.2016. נימוקיה המפורטים של ההחלטה פורסמו ב-21.4.2016. עד היום טרם הגישו המבקשות ערר כנגד החלטת הממונה, אולם הצהירו כי בכוונתן לעשות כן לאחר שתמוצח זכות העיון שלהן בתיק המיזוג. הבקשה שלפניי היא כי בטרם יוגש ערר, תינתן למבקשות הזכות לעיין במסמכים הרלוונטיים שנאספו על ידי הרשות, בכללם כאלה שחלה עליהם הוראת סעיף 30(ב) לחוק בתי דין מנהליים, התשנ"ב-1992.

1 מתוך 8



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 61660-05-16 סלקום ישראל בע"מ ואח' נ' רשות ההגבלים העסקיים

1. ביום בו ניתנה החלטת הממונה, פנו המבקשות וביקשו לעיין בכל המסמכים שעמדו לפניה בעת קבלת ההחלטה, על מנת ש"יוכלו למצות את זכויותיהם בקשר עם ההחלטה". הממונה פנתה, אפוא, לצדדים שלישיים, שמסרו לעיון הממונה מסמכים רבים, על פי דרישה, מכוח הסמכות המסורה לממונה בסעיף 46(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. תיק המיזוג מחזיק מאות מסמכים, שהיקפם מגיע כדי אלפי עמודים.

לאחר שהתקבלה עמדת הצדדים השלישיים, הודיעה הממונה למבקשות כי יועברו לעיון, באופן מלא או חלקי, מידע ומסמכים מתיק המיזוג, למעט מסמכים או חלקי מסמכים שזכות העיון לא חלה לגביהם בהתאם לסעיף 30(ב) לחוק בתי דין מנהליים, התשנ"ב-1992 (להלן: **חוק בתי דין מנהליים**). אותם מסמכים שנמצא כי עומדת למבקשות זכות עיון בהם הועברו לעיון ב-4.7.2016 וב-11.7.2016.

2. לנוכח עמדת הממונה, פנו המבקשות לבית הדין (גולן פנתה ב-17.7.2016 ואילו סלקום פנתה ב-7.8.2016), על מנת שבית הדין יורה לממונה למסור לעיון את מלוא המידע והמסמכים המצויים בתיק. הוריתי לממונה להשיב על בקשה זו, ונעתרתי לבקשת המבקשות להשיב על התגובה. ב-8.11.2016 קיימתי דיון במעמד ב"כ המבקשות, הממונה והצדדים השלישיים, ועתה יש להכריע בבקשה.

3. על מנת שניטיב לעמוד על גדר המחלוקת בין הצדדים, נעמיד לנגד עינינו את הוראת סעיף 30 לחוק בתי דין מנהליים. זו לשונו:

30. (א) מי שזכאי להגיש ערר על החלטתה של רשות מנהלית, זכאי לעיין במסמכים שבידי הרשות הנוגעים להחלטה (להלן – התיק), ולהעתיק מסמכים מן התיק.

(ב) זכות העיון בתיק לא תחול על מסמכים או חלקי מסמכים, שהתקיים בהם אחד מאלה:

- (1) אין להם נגיעה להחלטה שעליה עוררים;
- (2) יש בהם סוד מקצועי או מסחרי או ידיעה סודית כמשמעותה לפי כל דין;
- (3) בטחון המדינה, יחסי החוץ או ענין ציבורי חשוב מחייבים שלא להרשות עיון בהם;
- (4) הם ראיות חסויות לפי פרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 או לפי כל דין אחר ...;



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 61660-05-16 סלקום ישראל בע"מ ואח' נ' רשות ההגבלים העסקיים

(5) הם מכילים חומר פנימי, כגון: רשומות מדיונים פנימיים, דיווח לממונים, הצעות וטיוטות של החלטות;
(6) העיון בהם עלול לפגוע, שלא כדין, בזכות או בעניין אישי של אדם אחר;
(7) הם עוסקים במינוי, בחטלת תפקיד, בהערכות אישיות, בכשירות לתפקיד או בהישגים של אדם, ובכלל זה של העורר;

ובלבד שלא יימנע עיון בשל טעם מן הטעמים המוזכרים בסעיף קטן זה אלא במידה הנדרשת על ידי אותו טעם.

(ג) בית דין רשאי להחליט, ביוזמתו או לפי בקשת העורר, כי התיק יימסר לבית הדין, למעט מסמכים אשר מסירתם עלולה לפגוע בבטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה, או מסמכים אחרים שלדעת בית הדין אין זה מן הראוי, בנסיבות העניין, שיימסרו לו.

(ד) ביקש העורר לעיין במסמכים, שהוגשו לבית הדין, שהעיון בהם נמנע ממנו, למעט במסמכים שהוצאו מן הטעמים שחל עליהם סעיף קטן (ב)(3), רשאי בית הדין לאפשר לעורר לעיין במסמכים, כפי שייקבע, אם לדעתו הצורך בעיון בהם לשם עשיית צדק עדיף מן הטעם למניעת העיון.

(ה)...

4. לטענת הממונה והצדדים השלישיים, קובע סעיף 30 הנ"ל מתווה עיון מדורג. בשלב הראשון, כהוראת סעיף 30(א) לחוק בתי דין מנהליים, יכול הזכאי לעורר לעיין במסמכים הנוגעים להחלטה, ואשר עמדו בפני הרשות (סעיפים 30(א) ו(ב)). רק לאחר שהגיש ערר, והפך לעורר, רשאי הוא לפנות לבית הדין על מנת שתיבחן בקשתו לעיון במסמכים שהעיון בהם נמנע ממנו בשל תחולת אחד הסייגים הקבועים בסעיף 30(ב) (סעיפים 30(ג) ו(ד)). ובמילים אחרות, בית הדין כלל אינו מוסמך לדון בבקשה הנדונה, באשר אין לפניו "עורר" – שהרי כאמור לעיל, המבקשות טרם הגישו ערר על החלטת הממונה להתנגד למיוזג ביניהן. טענה זו נסמכת על החלטתו של בית הדין להגבלים עסקיים (כב' השופטת ת' בוק-רפפורט) בה"ע 24280-10-13 Alstom SA נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (21.9.2014) (להלן: עניין Alstom), בה נאמר כי:

"כפי שהובהר בעניין ידיעות אחרונות, יש להבחין בין הוראת סעיף 30(א) לחוק בתי דין מנהליים הקובעת את חובתה של הרשות להעמיד לעיון מסמכים מתיק הרשות למי שזכאי להגיש ערר, למעט מסמכים אשר הוראת סעיף 30(ב) חלה עליהם, כגון מסמכים הכוללים סוד מסחרי, לגביהם לא קיימת זכות עיון מכוח סעיף זה; לבין הוראת סעיף 30(ד) שם, המדברת על סמכות בית הדין לאפשר עיון במסמכים שסעיף 30(ב) חל עליהם ולגביהם לא קיימת זכות העיון האמורה בסעיף 30(א). זכות העיון



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 61660-05-16 סלקום ישראל בע"מ ואח' נ' רשות ההגבלים העסקיים

בהם קיימת רק למי שהגיש ערר, וככל שבית הדין יסבור כי הנסיבות מצדיקות את העיון" (שם, פסקה 7).

לחלופין נטען, כי גם אם קנו להן המבקשות מעמד בבית הדין, שיקול הדעת של בית הדין צריך להיות מצומצם ביותר, באשר בשלב דיוני זה ודאי שגוברת זכותם של צדדים שלישיים להגנה על סודותיהם המסחריים או על כל עניין אחר בר הגנה לפי סעיף 30(ב), כאשר מנגד אין לפני בית הדין ערר ממנו יכול הוא ללמוד מהם גודל המחלוקת האמיתיים ולאזן לאורם את האינטרסים המתנגשים. יתרה מזאת, מתעורר החשש, כי פנייה מוקדמת לבית הדין, טרם הגשת ערר, תנוצל לרעה לשם חשיפת סודות מסחריים של מתחרים, כשאין מאחורי הבקשה לעיון כוונה של ממש להגיש ערר. בהקשר זה עומדים הממונה והצדדים השלישיים על כך שעד היום טרם הגישו המבקשות ערר; כי בין המבקשות ניטש ויכוח על תוקפו של הסכם המיזוג, שגולן ביקשה להתנער ממנו ואילו סלקום ביקשה לאכוף אותו עליה; וכי כך או כך, לא רק הממונה התנגד למיזוג, כי אם גם שר התקשורת, שבהחלטה מ-13.4.2016 הודיע כי אף הוא דוחה את הבקשה למיזוג, הטעונה אישור אף מצידו. יצוין כי המבקשות הודיעו במהלך הדיון כי עתירותיהן כנגד החלטה זו תלויות ועומדות בבית המשפט הגבוה לצדק (בג"צ 6745/16; 7123/16).

5. המבקשות טוענות לעומת זאת, כי המסמכים שקיבלו לידיהן הם חלקיים ביותר ואינם מאפשרים להן להיערך כראוי לקראת הגשת ערר; כי יש לאפשר לבאי כוחן ולמומחים מטעמן עיון במסמכים המצויים בתיק המיזוג, בכפוף לחתימתם של אלה על התחייבויות לסודיות; וכי מכל מקום יש להורות לרשות לערוך רשימה של המסמכים שנאספו על ידה, על מנת שתהיה בידן היכולת לעקוב אחר מסמכים שהועברו וכאלה שלא הועברו לעיון.

לטענת המבקשות יש לראות בהן "עוררות" לפי סעיף 30 לחוק בתי דין מנהליים, שהרי אף אם פנייתן לבית הדין לא הוכתרה בכוונת "ערר", קמה להן זכות העיון. טענה זו נסמכת על פסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 4524/01 "מעריב" הוצאת מודיעין בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (פ"ד נו(4) 521 (2003)), בגדרו נדחה ערעור על החלטת בית הדין להגבלים עסקיים בה"ע 1/99 ידיעות אחרונות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (23.4.2001) (להלן: עניין ידיעות אחרונות), אליו הפנה בית הדין בהחלטתו בעניין Alstom לעיל.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 61660-05-16 סלקום ישראל בע"מ ואח' נ' רשות ההגבלים העסקיים

דיון

6. השאלה הראשונה הטעונה הכרעה היא שאלת סמכותו של בית הדין להיזקק לבקשה הנדונה. בסוגיה זו, הן המבקשות והן הממונה והצדדים השלישיים נאחזים בהחלטתו של בית הדין להגבלים עסקיים בעניין ידיעות אחרונות ובפסק דינו של בית המשפט העליון בערעור על החלטה זו. כל אחד מן הצדדים מגלה בהם פנים לביסוס טענתו. נעניין, אם כך, בהחלטה ובפסק דינו של בית המשפט העליון.

7. בעקבות הכרזה של הממונה על ידיעות אחרונות כעל מונופול בתחום הספקת עיתונים בשפה העברית, פנתה ידיעות אחרונות לבית הדין בבקשה למתן סעד הצהרתי לפיו ההכרזה בטלה משום שלא ניתנה לה זכות טיעון עובר להכרזה. לחלופין ביקשה כי בית הדין יורה לממונה למסור לעיונה את כל החומר ששימש אותו לקביעה האמורה ויארץ את המועד להגשת ערר על קביעה זו כך שמניין הימים יחל למן היום בו ישוב הממונה וישקול את עמדתו לאחר שיבחן את תגובתה של ידיעות אחרונות לנתונים שיימסרו לה. "מעריב הוצאת מודיעין בע"מ" התנגד למסירת הנתונים שהעביר לממונה על פי דרישתו וטען, בין היתר, כי מאחר שההליך שנקטה ידיעות אחרונות אינו בגדר ערר, משולל בית הדין סמכות להורות על מסירת הנתונים לעיונה.

8. בית הדין קיבל, על פניו, את טענת מעריב, באמרו כי מלשון סעיף 30(ג) לחוק בתי דין מנהליים עולה כי "סמכות בית הדין לצוות על מסירת תיק הרשות לבית הדין ועל מתן זכות עיון בתיק, חרף העובדה שזה כולל סודות מסחריים, חלה רק לאחר הגשת הערר", ומכאן, שכלל שההליך שנקטה ידיעות אחרונות אינו בגדר ערר כמשמעותו בחוק האמור, אין לה זכות לעיין במסמכים המכילים סודות מסחריים וגם לבית הדין אין סמכות להורות לממונה להעמיד מסמכים אלה לעיונה. אלא שבית הדין הגיע למסקנה כי ההליך שלפניו הוא בגדר ערר וזאת משלושה טעמים. הטעם האחד, שאין לייחס חשיבות לכותרת בה בחרה ידיעות אחרונות להכתיר את פנייתה לבית הדין, שכן הפנייה, על פי תכנה, מבקשת לתקוף את ההכרזה ואין נפקא מינה לכך שתקיפת ההכרזה בוססה רק על טענת בטלות בשל אי מתן זכות שמיעה. הטעם השני, שהממונה וידיעות אחרונות הודיעו לבית הדין כי מקובל עליהם שבכפוף למסירת הנתונים יועבר התיק למסלול של ערר. הטעם הנוסף, והוא החשוב לענייננו, ש"גם אם אין לראות בבקשתה של ידיעות משום 'ערר' על ההכרזה כמשמעו בסעיף 43(ג) לחוק ההגבלים העסקיים, גם אז נופלת הבקשה בגדרו של 'ערר' לפי חוק בתי דין מנהליים, בהיותה 'פנייה אל בית הדין לפי הוראת חיקוק כדי שיפעיל סמכות שפיטה'". לא למותר להעיר, כי זו הייתה עמדתו של הממונה, אותה ראה בית הדין לאמץ.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 61660-05-16 סלקום ישראל בע"מ ואח' נ' רשות ההגבלים העסקיים

בית המשפט העליון קיבל בפסק דינו תפיסה זו, בציינו הן את הטעם לפיו המדובר בערר לאור מהותו והן את הטעם לפיו מכל מקום יש לראות בבקשה משום "ערר" כמשמעותו בחוק בתי דין מנהליים (פסקה 6 לפסק הדין, בעמ' 526).

אכן, בעניין Alstom קבע בית הדין כי זכות העיון במסמכים שהוראת סעיף 30(ב) לחוק בתי דין מנהליים חלה עליהם עומדת רק למי שהגיש ערר. קביעה זו עולה בקנה אחד עם עניין ידיעות אחרונות. אלא שכפי שראינו לעיל, סבר בית הדין כי יש לפרש את המונח "ערר" כהגדרתו בחוק בתי דין מנהליים, היינו "פנייה אל בית הדין לפי הוראת חיקוק כדי שיפעיל סמכות שפיטה".

9. נראה, אפוא, כי השאלה הטעונה הכרעה היא סוגית שיקול דעתו של בית הדין בכגון דא, ולא שאלת סמכותו להידרש לבקשה. אקדים ואומר עם זאת, כי גם בהנחה שמצויה בידי בית הדין הסמכות להורות על עיון במסמכים שסעיף 30(ב) לחוק בתי דין מנהליים חל עליהם עוד בטרם הוגש ערר לגופה של ההחלטה, נראה כי השימוש בה ייעשה במשורה, כעניין חריג שבחריג. מבלי לחשוד בכשרים, החשש שמא תנוצל פנייה כזו לרעה, בלא שעומדת מאחוריה כוונה להגיש ערר, אינו חשש שניתן להתעלם ממנו.

מכל מקום, כפי שאסביר להלן, לא מצאתי כי עניינן של המבקשות הוא בבחינת חריג המצדיק היעדרות לבקשתן, וממילא ניתן להותיר את שאלת הסמכות לעת מצוא.

10. לא יכול להיות חולק, כי המסמכים שהמציאו הצדדים השלישיים לרשות מכילים סודות מסחריים הנוגעים ללב פעילותם, וכי חשיפתם של סודות אלה למתחריהם עלולה לפגוע פגיעה משמעותית באינטרסים שלהם. עובדה זו אינה סוף פסוק, שהרי בית הדין רשאי לקבוע כי הצורך של העורר לעיין בהם לשם עשיית צדק גובר על הטעם שבחיסיון. משהגיע בית הדין לקביעה זו, יוכל להתנות את העיון בתנאים שונים שתכליתם להגן על האינטרסים של מוסרי המידע. ככלל, בית הדין יתקשה לערוך את האיזון המתחייב בין עניינו של עורר לבין עניינו של צד שלישי, כשיריעת המחלוקת, העולה מכתבי הטענות בערר ובתשובת הממונה, אינה לנגד עיניו. זה מצב הדברים בענייננו.

אשר לטענת המבקשות כי לא יוכלו להגיש הודעת ערר מנומקת כדבעי בטרם יוכלו לעיין בכלל המסמכים הרלוונטיים, הרי שעיון בהחלטת הממונה, המשתרעת על פני 24 עמודים והמנומקת בהרחבה, מלמד כי לפני המבקשות הונחה תשתית עובדתית ומשפטית מפורטת, המאפשרת להן להגיש ערר מנומק. לא למותר להוסיף בהקשר זה, כי המבקשות זומנו לשימוע והציגו במסגרתו חוות דעת כלכליות. רוצה לומר, בידי המבקשות היכולת להתמודד עם עמדת הממונה, המתייחסת, בין היתר,



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 61660-05-16 סלקום ישראל בע"מ ואח' נ' רשות ההגבלים העסקיים

לחוות הדעת מטעמן. מובן שלאחר הגשת הערר ותשובת הממונה, ניתן יהיה לשוב ולהידרש לסוגיית העיון והמבקשות יוכלו לתקן את הטענות תיקון ככל שיהיה צורך בכך.

ועל כל אלה, אין להתעלם מכך שהשאלה אם עסקת המיזוג עודנה בתוקף, והאם בכלל יוגש ערר, אף היא מרחפת בחלל. בין הצדדים למיזוג התקיימו ומתקיימים הליכים משפטיים בגדרם ביקשה גולן להתנער מן ההסכם עם סלקום, וסלקום ביקשה לאכוף אותו עליה. אמנם ב"כ המבקשות חזרו והודיעו כי בכוונתן להגיש ערר, אלא שערר בינתיים לא הוגש. עוד יש להזכיר, כי טרם הוכרע גורלה של עתירה שהגישו השתיים לבית המשפט הגבוה לצדק כנגד החלטת שר התקשורת להתנגד למיזוג, מטעמים המצויים בסמכותו. גם נסיבות אלה יש בהן כדי לתמוך בעמדת הממונה והצדדים השלישיים לפיה טרם הגיעה העת לדון בשאלת זכות העיון במסמכים שסעיף 30(ב) לחוק בתי דין מנהליים חל עליהם, ובהיקפה.

הבקשה נדחית.

המבקשות ישלמו לממונה ולכל אחד מן הצדדים השלישיים שהתייצבו לדיון הוצאות ושכ"ט עו"ד בסכום כולל של 3,000 ₪.

בשולי ההחלטה אני מוצאת לנכון להעיר כי יש לעשות ולקדם הליכי חקיקה שיסדירו באופן מפורט, ממצה ומובנה את הליך העיון במסמכים הנאספים על ידי הרשות במקרים כגון דא, על מנת שניתן יהיה להקדיש את מלוא הזמן השיפוטי לשם בירור עררים לגופם.

המבקשות יגישו את הערר, ככל שבכוונתן להגישו, לא יאוחר מ- 5.12.2016.
הממונה תגיש את תשובתה לערר לא יאוחר מ- 1.1.2017.

המזכירות תרשום את התיק לעיון פנימי למועדים האמורים ותמציא העתק מן ההחלטה לב"כ הצדדים.

ניתנה היום, י"ב חשוון תשע"ז, 13 נובמבר 2016, בהעדר הצדדים.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 61660-05-16 סלקום ישראל בע"מ ואח' נ' רשות ההגבלים העסקיים

נאור בן אור

נאור בן אור, שופט