

**בבית המשפט המחוזי בירושלים  
בשבתו כבית דין להגבלים עסקיים**

ה"ע 9/97

בקשה 51/98

**בפני:**

כבוד השופט י. עדיאל – המשנה לאב"ד

פרופ' ח. ברקאי – חבר

מר ר. טייטלבוים – חבר

**המבקשת:** בזק בינלאומי בע"מ

**ע"י ב"כ:** עו"ד ד"ר י. וינרוט ושות'

**נגד**

**המשיב:** הממונה על ההגבלים העסקיים

**ע"י ב"כ:** עו"ד אשר גושן מהרשות להגבלים עסקיים

**החלטה**

**גדר השאלה**

1. עניינה של בקשה זו בשאלה האם חייב הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן - "הממונה") לתת זכות טיעון לאדם, שבעניינו עומד הממונה לפרסם קביעה לפי סעיף 43(א)(5) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן - "החוק"). לשון אחר, האם כפוף הממונה בהליך מתן הקביעה, להלכות המשפט המנהלי המקנות זכות טיעון לאדם העלול להיפגע כתוצאה מהחלטת הרשות המינהלית (להלן - "הנפגע"), זכות שכנגדה מוטלת על הרשות המינהלית חובת שמיעת הנפגע, בטרם מתן ההחלטה. או, שמא רשאי הממונה לנהוג כפי שהוא נוהג כיום, כאשר הוא מברר את עמדת הצדדים ביחס לעניין נשוא הקביעה לפי שיקול דעתו, בדרך המשתנה ממקרה למקרה, אך זאת על יסוד התפיסה כי בעקרון הוא איננו חייב מכוח הדין במתן זכות טיעון בפניו.

נציין, כי הגם שקיים דמיון רב בכל הנוגע לסוגייה שלפנינו בין הקביעה נשוא הדיון לקביעות האחרות שאותן מוסמך הממונה לתת לפי סעיף 43(א) לחוק, מתייחסת החלטה זו באופן קונקרטי לקביעה נשוא הדיון אשר ניתנה מכוח סעיף 43(א)(5) לחוק.

2. סוגיה זו, הנדונה לראשונה בפני בית הדין, עולה מבקשתה של בזק בינלאומי בע"מ, (להלן - "המבקשת") היא העוררת בהליך העיקרי, לסלק על הסף את תשובת הממונה מיום 19.7.98, ולבטל את קביעתו על-פי סעיף 43(א)(5) לחוק, לפיה ניצלה המבקשת לרעה את מעמדה בשוק באופן העלול לפגוע בציבור או להפחית את התחרות בעסקים, בניגוד להוראת סעיף 29א' לחוק.

**טענות הצדדים**

## טענות המבקשת

3. לטענת המבקשת, קיפח הממונה את זכותה לשימוע הולם, זכות המעוגנת בכללי הצדק הטבעי, בכך שלא הזמין אותה להשמיע את טענותיה בפניו ביחס לקביעה, עובר לנתינתה. לאור הנפקות הסטטוטורית של קביעת הממונה, כראיה לכאורה לאמור בה בכל הליך משפטי (סעיף 43(ה) לחוק), יש בקביעת הממונה, לפי הטענה, כדי לפגוע במבקשת פגיעה של ממש, ועל כן חייב הממונה, ככל רשות מינהלית אחרת, לאפשר למבקשת לממש את זכות הטיעון קודם מתן הקביעה.
4. טענתה הראשונה של המבקשת היא, כי לאור מעמדה הראייתי של קביעת הממונה על-פי סעיף 43(ה) לחוק, החל מעת פרסומה, לא ייתכן כי זכות הטיעון תמומש רק לאחר פרסום הקביעה, שאז כבר ניתן לעשות בה שימוש נגד המבקשת. אילו זו היתה הפרשנות הראויה של החוק, כי אז מן הדין היה, על-פי הטענה, ליתן תוקף לקביעה רק לאחר סיום הליך השימוע בפני בית הדין.
5. הטענה השנייה היא, כי קיומו של הליך שימוע בטרם מתן הקביעה, נדרש גם כדי לספק לממונה את התשתית העובדתית המלאה הצריכה לקביעה, ולמנוע מצב בו יוחל בבירור העובדתי רק בשלב הערר בפני בית הדין.
6. הטענה השלישית היא כי מקום בו נקבע בחוק מספר ערכאות בפניהן זכאי הנפגע לשטוח את טענותיו, לא יכולה אחת הערכאות לשלול את זכות הטיעון בפניה, בטענה כי זכות זו תוקנה לנפגע בעת השימוע בפני הערכאה שמעליה. גישה כזאת תביא לצמצום בפועל שלא כדין של מספר הערכאות בפניהן יכול הנפגע להשמיע את טענותיו.
- לאור כך, מתנגד ב"כ המבקשת לעמדת הממונה בתשובתו לערר, לפיה זכות הטיעון של המבקשת תבוא לידי מימוש בהליך הערר על הקביעה בפני בית הדין להגבלים עסקיים, בו יתבררו כל טענות הצדדים.
7. המבקשת גם חולקת על האנלוגיה הנטענת על ידי הממונה להליך הגשת כתב אישום פלילי, הליך שאינו מותנה על פי הפסיקה במתן זכות שימוע. לעניין זה טוענת המבקשת, כי אין להשוות את קביעת הממונה, אשר משנה את מערך זכויותיו של הנפגע מהקביעה לרעה, בהיותה של זו ראייה לכאורה כנגדו בכל הליך משפטי, לכתב אישום אשר אינו משנה את מערך זכויותיו של הנאשם, אלא מהווה בקשה למתן הכרעה שיפוטית בטענות המאשימה בכתב האישום. בנוסף, נאשם בהליך פלילי נהנה מחזקת החפות גם לאחר הגשת כתב האישום, כל עוד לא הורשע, בעוד שקביעת הממונה מעבירה אל כתפי הנפגע את נטל ההוכחה לשלילת האמור בה ממועד פרסומה (סעיף 43(ג) לחוק).
8. באשר לטענת הממונה לפיה נופל המקרה שבפנינו בגדרם של המקרים החריגים בהם הסתפקה הפסיקה בקיומו של שימוע מאוחר, המתבצע לאחר מתן ההחלטה המינהלית, בעיקר בשל דחיפות העניין או בשל החשש לפגיעה בפעילותה של הרשות המינהלית, טוען ב"כ המבקשת כי מתן זכות הטיעון בטרם הקביעה, לא היה בה במקרה הנוכחי כדי לפגוע בקביעת הממונה או לסכל את השגת תכליתה של הקביעה. במתן זכות השימוע גם אין, לטענת המבקשת, כדי לפגוע בתפקודה התקין של הרשות להגבלים עסקיים.
9. ב"כ המבקשת מצביע בהקשר זה על מקרה אחר - קביעת הממונה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק בעניין הסכמי בלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק, שם קיים הממונה לפי טענתו (ראה: ערר 1,2,3/93 "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, הגבלים עסקיים,

בהוצאת ועד מחוז תל אביב לשכת עוה"ד בישראל (1994) כרך א', עמ' 283 את ההליך של שימוע בטרם פרסום הקביעה. זאת, בניגוד לעמדת הממונה במקרה הנוכחי, לפיה הוא כלל איננו חייב במתן זכות טיעון למי שעלול להיפגע מקביעותיו לפי סעיף 43(א) לחוק. לאור אי בהירות זו שבעמדת הממונה, מבקש ב"כ המבקשת לקבוע הלכה ברורה בשאלת חובת הממונה לקיים שימוע בטרם קביעה.

10. ב"כ המבקשת אף חולק על טענתו החלופית של הממונה, לפיה בפועל התאפשר למבקשת גם במקרה זה לממש את זכות הטיעון בעת חקירתם של מנהלי המבקשת על-ידי חוקרי הרשות להגבלים עסקיים, שבמהלכה הם הציגו בפני הממונה את גרסתם.

11. בתמיכה לעמדתה, צירפה המבקשת בתשובתה לתגובת הממונה, את חוות דעתו של המלומד פרופ' Richard Whish, המתייחסת לשאלה שלפנינו, מנקודת הראות של זכות הטיעון בפני הנציבות האירופאית בדיני התחרות של האיחוד האירופאי, ובדיני התחרות בדין האנגלי, הגם שנפקותה של חוות דעת זו לענייננו בשלב הנוכחי של הדיון איננה ברורה, לאור הודעתו של ב"כ המבקשת לפיה "איננו מצרפים, כמובן, את חוות הדעת כראיה לתוכנה...".

12. לאור אלה, מבקש ב"כ המבקשת, כי בית הדין יבטל את הקביעה ויחזיר את הדיון בקביעה לממונה כדי שישקול את החלטתו מחדש, בדעה פתוחה, ומבלי שיהא כבול לקביעתו המקורית.

### טענות הממונה

13. הממונה חולק בתשובתו על עצם קיומה של זכות טיעון קודם למתן הקביעה.

14. טענתו הראשונה של הממונה היא כי לשון סעיף 43(א) לחוק, ותכליתו, כפי שזו נלמדת מדברי ההסבר להצעת החוק (הצעת חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ד-1983, הצ"ח 1647 (7.11.83)), מלמדת כי המחוקק שינה בחוק החדש (משנת תשמ"ח-1988) את ההסדר שנהג על-פי חוק ההגבלים העסקיים תשי"ט-1959, בכך שיצר הליך חלופי להגשת כתב אישום פלילי, שהוא הליך אזרחי בו תתברר המחלוקת שבין הממונה לצדדים בקשר לפעילות נשוא הקביעה, בפני בית הדין להגבלים עסקיים. מכאן עולה, לפי הטענה, שקביעתו של הממונה על-פי סעיף 43(א) לחוק, איננה אלא תחילתו של הליך, האמור להתברר בפני בית הדין, ששם תמומש זכות הטיעון של הנפגע. חיזוק לטענה זו, מוצא הממונה בלשון סעיף 43(ד) לחוק הקובע: "בית הדין, לאחר ששמע את הצדדים, רשאי לאשר את קביעת הממונה, לבטלה או לשנותה". מכאן עולה, לטענת הממונה, כי זכות השימוע לגבי הקביעה מוקנית לצד הנפגע רק בשלב בירור הערר על הקביעה בפני בית הדין, והיא אינה עומדת לו טרם פרסום הקביעה.

לפי גישה זו של הממונה, פרסומה של קביעה דומה להגשת כתב אישום פלילי, אשר אינה מקנה לנאשם את הזכות להישמע בפני רשויות התביעה קודם להגשתו, וזאת לאור העובדה, כי הנאשם יהיה רשאי להעלות את כל טענותיו בפני בית המשפט בפניו יידון עניינו.

15. טענתו השנייה של הממונה היא, כי חיוב הממונה בקיום הליך של שימוע בטרם קביעה, תסרב את ההליך בצורה ניכרת, ותסכל את תכלית החקיקה, אשר ביקשה ליצור הליך אזרחי חלופי להגשת כתבי אישום פליליים, המצטיין בפשטותו ובמהירותו. הממונה איננו כופר בעצם הצורך לברר את הפרטים הנוגעים לעניין נשוא הקביעה עם הצדדים הנוגעים בדבר, טרם הקביעה, בירור שנעשה על-ידו כשגרה, אלא כנגד הסרבול והעיכוב הכרוך במימוש דווקא של זכות הטיעון, כגון העמדת כל חומר החקירה

לעיונם של הזכאים להישמע בפניו. לאור ההיקף הנרחב של החקירות הפליליות המבוצעות על ידו, צריך שיקול זה, לגישת הממונה, שיקבל משקל מיוחד בבוא בית הדין להכריע בסוגיה זו.

16. טענתו השלישית של הממונה, עניינה במעמדה הנורמטיבי של קביעת הממונה לפי סעיף 43(א) לחוק, והשפעתה על זכויותיהם וחובותיהם של הצדדים הנוגעים לקביעה. לגבי מעמדה הנורמטיבי של קביעת הממונה, נטען, בהסתמך על פסיקתו של בית הדין, כי מדובר בקביעה דקלרטיבית, שאינה מחייבת את המבקשת בעשיית מעשה ואינה משנה את המצב המשפטי הקיים, אלא רק מצהירה על קיומו. בנוסף נטען, כי הקביעה איננה אלא "ראיה לכאורה", מה שמאפשר הצגת ראיות לסתירתה ומצמצם את נפקותה ואת הפוטנציאל הפוגעני הטמון בה מבחינת המבקשת. למעשה, טוען הממונה, נפקותה העיקרית של הקביעה כמה עם אישורה על-ידי בית הדין בהחלטתו בערר.

17. גם במקרה זה, טוען הממונה, לא נגרם למבקשת כל נזק עקב אי מתן זכות הטיעון, ומעבר לטענה עובדתית לפיה נפגע נתח השוק של המבקשת כתוצאה מפרסום קביעת הממונה, טענה אשר לא נתמכה בראיות או בתצהיר, לא הוכיחה המבקשת כל נזק שנגרם לה. כך נטען, לא נגרם למבקשת כל נזק כתוצאה מהגשת קביעת הממונה בבג"ץ 2366/98 **ברק אי.טי.סי (1995) נ' שרת התקשורת** (טרם פורסם), בו נדחתה העתירה כנגד המבקשת ואחרים. ניסיון השנים אף מלמד, לטענת הממונה, כי בפועל, כמעט ולא נעשה שימוש בקביעות הממונה על-פי סעיף 43(א) לחוק כראיות לכאורה בהליכים משפטיים.

18. טענתו החלופית של הממונה היא, כי גם אם קיימת זכות טיעון בפניו בהליך הקביעה על-פי סעיף 43(א) לחוק, הרי שבפועל התאפשר למבקשת לממש זכות זו במהלך החקירות של מנהליה על-ידי חוקרי הרשות, קודם לפרסום הקביעה. הממונה דוחה בהקשר זה את פרשנותו של ב"כ המבקשת לפסק הדין בבג"ץ 361/76 **"המגדר-ברזלית" חוטי ברזל ורשתות בע"מ נ' שלמה רפאלי ואח'**, פ"ד לא(3)281, ומאבחן את אותו פסק דין מהמקרה דנן. מעבר לכך, טוען הממונה, כי ההלכה שנקבעה בפסק הדין האמור, כפי שאומצה גם בפסיקה מאוחרת, איננה דוחה כליל את האפשרות לקיומה של זכות הטיעון גם בהליך של חקירה פלילית, אלא מאמצת גישה גמישה, הבודקת בכל מקרה לגופו, האם הושגו מטרות השמיעה והאם התאפשר לנחקר להעלות בפני הרשות את כל טענותיו ביחס להחלטתה העתידית. כך אירע, לטענת הממונה, גם במקרה זה, שבו זהים יסודותיה העובדתיים של קביעת הממונה לפי סעיף 43(א)(5) ליסודותיה של העבירה הפלילית על-פי סעיף 47(א) לחוק, מה שהביא לכך שמנהלי המבקשת מסרו את גרסתם לגבי כל העובדות הצריכות לקביעה, בטרם ניתנה.

19. טענתו האחרונה של הממונה, הנטענת לחלופין היא, כי גם אם יקבע בית הדין שעומדת למבקשת זכות טיעון בטרם קביעה, וכי זכות זו לא קוימה על-ידי הממונה, גם אז מן הדין להותיר את הקביעה על כנה. זאת לאור ההלכה לפיה הפרת זכות הטיעון אינה גוררת אחריה בהכרח את ביטול ההחלטה המינהלית, והיא נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט, אשר יקבע מה הסעד ההולם את הפרת חובת השמיעה, לאור כלל נסיבות המקרה, בכלל זה הנפקות הנובעת לאי קיום חובת השמיעה, חומרת ההפרה והנזק שנגרם לנפגע כתוצאה מהפרת החובה.

במקרה זה, נטען, כי חקירת מנהלי המבקשת בטרם הקביעה יש בה כדי לקיים, ולו באופן חלקי, את חובת השמיעה, וכי הטענות והראיות שהיתה המבקשת מציגה, לטענתה, בפני הממונה אילו קוים הליך הולם של שמיעה בטרם הקביעה (שאת רובן דוחה הממונה כטענות סרק), לא היה בהן כדי להשפיע על קביעת הממונה.

**דיון - כללי**

20. זכות הטיעון העומדת למי שעלול להיפגע עקב החלטה של הרשות המינהלית, וכנגדה חובת השמיעה המוטלת על הרשות לשמוע את הנפגע, הוכרה בפסיקת בית המשפט העליון מזה שנים, כחלק מכללי הצדק הטבעי, המושתתת על יסודות ההגיונות והצדק בפעולת הרשות, ועולה כדי זכות יסוד חוקתית. (ראה: בג"צ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב(2)1493, 1508, בג"צ 654/78 ריבה גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד לה(2)649, 654. י" זמיר, **הסמכות המינהלית**, תשנ"ו-1996. כרך ב', עמ' 794) המבחן לקיומה של זכות הטיעון, כפי שנוסח על-ידי פרופ' זמיר בספרו לעיל, הוא מבחן "מהות הפגיעה" הנשקפת לנפגע כתוצאה מהחלטת הרשות המינהלית בעניינו. התנאים שמציב מבחן זה לקיומה של הזכות הם: קיומה של **פגיעה**, **באינטרס מוגן ובאופן ישיר וממשי**. (שם, עמ' 797)
21. הכלל הרחב קובע כי יש לקיים את חובת השמיעה טרם קבלת ההחלטה המינהלית (בג"צ 654/78 לעיל, עמ' 655. וכן: **הסמכות המינהלית**, לעיל, עמ' 825).
22. הזכות להישמע בפני הרשות איננה מותנית בקיומה של הוראת **חוק** מפורשת. ההיפך הוא הנכון - שלילתה של זכות הטיעון, היא המחייבת את דברו המפורש של המחוקק. לא זו בלבד, אלא שבמקום בו ניתנת הוראת החוק לפירושים שונים, יש להעדיף את הפירוש המקיים את זכות הטיעון, על פני פירוש השולל זכות זו (בג"צ 654/78 לעיל, עמ' 657).
23. לכלל רחב זה יצרה הפסיקה חריגים, שבבסיסם עומד הניסיון לאזן בין אינטרס הפרט להישמע בפני הרשות המינהלית בטרם תחליט בעניינו, לבין אינטרס הציבור בשמירה על תפקודן התקין של רשויות המינהל הציבורי. בין חריגים אלו ניתן למצוא פעולות חקיקה, פעולות שלטוניות ריבוניות ומקרים בהם ניצבים כנגד זכות הטיעון של הפרט עקרונות יסוד אחרים הגוברים על זכות זו, כמו קיומו של צורך ציבורי דחוף, למשל - במהלך פעילות ביטחונית, שאיננו מאפשר לקיים את חובת השמיעה (ראה: **הסמכות המינהלית**, עמ' 811-802).
- במקרים אלה נקבע כי ניתן לקיים את חובת השמיעה גם לאחר מתן ההחלטה, אולם בכך אין כדי לשלול את עצם קיומה של חובת השמיעה טרם מתן ההחלטה, אלא אך למנוע את ביטולה של ההחלטה המינהלית, משקיומה חובה השמיעה לאחר מעשה. (בג"צ 549/75 **חברת סרטי נח בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטי קולנוע**, פ"ד ל(1)757, 760).
24. בהמשך נדון, אחת לאחת, בטענותיו של הממונה, שעל יסודן הוא מבקש לפטור עצמו מלקיים את חובת השמיעה בטרם מתן הקביעה, או לפחות למנוע את ביטולה של הקביעה.

### לשון החוק

25. כל פרשנות של דבר חקיקה צריך שתבוסס, בראש ובראשונה, על לשון החוק. לעניין זה, טענת הממונה היא, כי לשונו של סעיף 43 לחוק, הקובעת את זכות הטיעון בפני בית הדין ושותקת ביחס לזכות הטיעון בפני הממונה, מלמדת על הסדר שלילי, השולל את זכות הטיעון בפני הממונה.
26. טענה זו איננה יכולה להתקבל. ההלכה הפסוקה שוללת פרשנות מעין זו, הרואה בהעדר אזכור מפורש של זכות הטיעון בחוק, כהסדר שלילי השולל במשתמע את קיומה של הזכות. כך נקבע על ידי כב' השופט (כתוארו דאז) ברק בבג"צ 654/78 לעיל, ביחס לטענה מסוג זה:

**"... זכות הטיעון של אדם, הנפגע מהחלטה של השלטון מוכרת בשיטתנו המשפטית. יש והיא קבועה במפורש בדבר חקיקה, אך יש ודבר החקיקה אינו מזכיר אותה במפורש, אלא עובר עליה בשתיקה. גם במקרה זה הזכות קיימת, שכן קיומה של הזכות אינו מותנה בהוראה מפורשת בחוק (ראה: בג"צ 290/65, בעמ' 33). נמצא, כי הוראת חוק דרושה לא כדי להכיר בזכות הטיעון אלא כדי לשלול אותה. שלילה זו צריכה להיות בלשון ברורה ומפורשת. במקום שהוראת חוק ניתנת לפירושים מספר, עדיף הפירוש, אשר ייתן תוקף לזכות הטיעון ולא יסתור אותה." (שם, בעמ' 656-657).**

27. סעיף 43 אינו פוטר את הממונה במפורש ממתן זכות טיעון בטרם החלטתו. לאור כך, ועל פי ההלכה דלעיל לפיה, "הוראת חוק דרושה לא כדי להכיר בזכות הטיעון אלא כדי לשלול אותה (וכי) שלילה זו צריכה להיות בלשון ברורה ומפורשת", אין ללמוד מלשון החוק על פטור משתמע מקיום חובת השמיעה.

### **הפגיעה**

28. כפי שקובע פרופ' זמיר בספרו לעיל, זכות הטיעון קמה, בהתקיים "פגיעה, באינטרס מוגן ובאופן ישיר וממשי". (שם, עמ' 797)

29. טענתו של הממונה בהקשר זה היא, כי אין בקביעה לפי סעיף 43(א)(5) לחוק, משום פגיעה המקנה זכות טיעון, שכן אין בה כדי להשפיע על זכויותיהם וחובותיהם של הנוגעים בדבר. מעמדה הנורמטיבי של קביעת הממונה, נטען, בהסתמך על פסיקתו של בית הדין, הוא דקלרטיבי גרידא, אין בה כדי לחייב את המבקשת בעשיית מעשה והיא איננה משנה את המצב המשפטי הקיים, אלא רק מצהירה על קיומו. לאור כך, טוען הממונה, אין בקביעה משום פגיעה "באינטרס מוגן", ודאי לא "באופן ישיר וממשי", שיש בה כדי להקנות זכות טיעון.

גם העובדה שעל פי סעיף 43(ה) לחוק, מדובר בראיה לכאורה לנכונות הנקבע בה, אין בה, לפי הטענה, כדי לשנות תוצאה זו, שכן קיומה של ראיה, אין בו, כשלעצמו, כדי לשנות את זכויותיה המשפטיות של המבקשת, ומה גם שמדובר בראיה לכאורה, שאין בה כדי למנוע מהמבקשת להציג ראיות לסתירת האמור בה, דבר המצמצם את השלכותיה, כמו גם את נזקה.

30. גם טענה זו איננה מקובלת עלינו. נכון הדבר שקביעת הממונה איננה משנה בפועל את מעמדו המשפטי של האדם הנוגע בדבר, ואין בה כדי להטיל עליו חובה או לגרוע באופן ישיר מזכויותיו. (ראה: ע"א 3603/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ, פ"ד מט(5) 423, 427; ערר 7/95 "בזק" נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי, כרך לב(1), 66; ובקשה 40/98 (ערר 7/98) תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (טרם פורסם)).

31. אולם הקניית הזכות לשימוע, איננה מחייבת, כפי שהוסבר לעיל, קיומה של פגיעה בזכות דווקא, אלא די לצורך כך, בפגיעה באינטרס מוגן.

כפי שמציין פרופ' זמיר בספרו, קיים קושי בהגדרתו של "אינטרס מוגן":

”מהו אינטרס ראוי לצורך זה? מצד אחד, ברור שלא כל אינטרס מקנה זכות לשימוע על ידי הרשות. למשל, לפי ההלכה, כפי שהיא כיום, אדם שעלול להיפגע על ידי תקנות, כגון פגיעה בזכות הקניין או באינטרס מסחרי, אינו זכאי להישמע על ידי הרשות המוסמכת לפני התקנת התקנות. מצד שני, בדרך כלל פגיעה באינטרס אישי, להבדיל מאינטרס כללי, יוצרת זכות לשימוע. ברור כי רשימת האינטרסים רחבה ופתוחה. אך עדיין אין בידנו להגדיר, וייתכן שאף אין זה רצוי להגדיר, את האינטרס המוגן לצורך שימוע.” (שם, בעמ' 798).

לאור כך, גם אנו לא ננסה במסגרת זו להגדיר מהו אינטרס מוגן שהפגיעה בו מקנה זכות לשימוע. עם זאת אנו סבורים, כי לא יכול להיות ספק בכך שהאינטרס של המבקשת כי הממונה לא יפרסם לגביה קביעה כי ניצלה לרעה את מעמדה כבעל מונופולין, במיוחד כאשר מדובר בקביעה שיש לה נפקות ראייתית והיא אף עשויה לעלות (בהתקיים כוונה להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בתחרות על פי סעיף 47(א)(4) לחוק) לכדי עבירה פלילית, די בו להקנות זכות טיעון בפני הממונה, גם אם אין בקביעה כדי לפגוע באופן מיידי בזכויותיה.

32. מעבר לכך, כפי שמציין פרופ' זמיר בספרו, גם בהעדר פגיעה באינטרס מוגן, עצם הציפייה הלגיטימית להישמע, די בה כדי להצדיק מתן זכות טיעון:

”גם באנגליה נוטים כיום לראות בחובת השימוע (Hearing) ביטוי לחובה רחבה יותר, היא חובת ההגיונות (Fairness), ולומר כי חובת ההגיונות מחייבת את הרשות המינהלית לשמוע לא רק אדם שעומד להיפגע בזכות או באינטרס מוגן, אלא גם כל מי שיש לו ציפייה לגיטימית (Legitimate Expectation) להישמע לפני שתתקבל ההחלטה המינהלית. ציפייה לגיטימית עשויה לחייב שימוע אפילו כאשר, ללא ציפייה כזאת, אין פגיעה באינטרס מוגן.” (זמיר, שם, בעמ' 800).

ציפייה לגיטימית כזו, ודאי קיימת ביד מי שעומדת להינתן כנגדו קביעה כמו זו שלפנינו.

33. ראוי להזכיר בהקשר זה את פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"צ 4914/94 יעקב טרנו נ' מבקרת המדינה ואח', פ"ד מט(3)771, שדן בזכות הטיעון המוקנית למי שעשוי להיפגע מביקורתו של מבקר המדינה. ביקורת כזאת, אין בה כדי לפגוע בזכויותיו של מי שנפגע עקב הביקורת וגם אין בה כדי להטיל עליו חובה. חרף זאת, קבע בית המשפט העליון:

”לא כן, כשנושא הביקורת הוא טוהר המידות, ובכלל זה חוסר יושר או חוסר אמינותו של נושא משרה בגוף המבוקר, בין שהוא נקרא בשמו ובין שניתן לזהותו על פי משרתו. כאן נפגע ערך כבוד האדם במלוא משמעותו. הסטיגמה הפומבית המוטבעת על נושא המשרה, עקב הטלת דופי במידותיו, על ידי סמכות כמבקר המדינה, והתהודה הציבורית הרחבה שיש לקביעותיו, מחייבות, לכאורה, את מתן זכות הטיעון במובנה האמור לעיל.” (שם, עמ' 791)

גם במקרה שלפנינו, פרסומה של הקביעה וההד התקשורתי לה היא זוכה, לא יכול להותיר ספק בכוחה של הקביעה לפגוע בשמו הטוב ובמוניטין העסקי של תאגיד המנהל עסקים, ובכך די כדי להקנות לנפגע את זכות הטיעון.

34. מעבר לכך, עצם העובדה שהמחוקק הקנה לבעל המונופולין שאליו מתייחסת הקביעה מעמד לערור על הקביעה בפני בית הדין כדי להביא לביטולה, היא הנותנת שהמחוקק עצמו הכיר באינטרס המוגן של בעל המונופולין. אינטרס זה, המקנה זכות ערר בפני בית הדין, יפה גם לצורך מתן זכות הטיעון בפני הממונה.

כך כותב בנושא זה פרופ' זמיר בספרו:

**"יש טעם בטענה, אף כי אין לה עדיין תימוכין בפסיקה, כי מקום שיש לאדם זכות עמידה בפני בית המשפט לתקוף החלטה מינהלית, מן הראוי שתהיה לאותו אדם גם זכות לשטוח את טענותיו בפני הרשות המינהלית, ובדרך זאת אולי למנוע את ההתדיינות בפני בית המשפט".** (שם, בעמ' 801).

#### אנלוגיה להליך הפלילי

35. בעניין זה טוען הממונה, כי תכליתה של הקביעה, דומה להגשת כתב אישום בהליך פלילי, שאיננה מקנה לנאשם זכות טיעון בפני רשויות התביעה. גם טענה זו איננה מקובלת עלינו.

36. כתב אישום בהליך פלילי מהווה אך חלק, גם אם חלק חשוב, בהליך הפלילי, שראשיתו בחקירה הפלילית, המשכו בהגשת כתב האישום, ומרכזו בהליך המשפטי המתקיים בבית המשפט בשלב ההוכחות והכרעת הדין. כתב האישום עצמו, הגם שעליו מושתת ההליך הפלילי כולו, אין לו כל מעמד עצמאי או נפקות משפטית ביחס לנאשם, כל עוד לא באה בעקבותיו הכרעת הדין המרשיעה. יתר על כן, הנאשם נהנה מחזקת החפות כל עוד לא הוכחה אשמתו.

37. קביעת הממונה שונה, מבחינה זו, בתכלית. לקביעת הממונה מעמד עצמאי, והיא אינה יונקת את חיותה ונפקותה המשפטית מהליך הערר הבא בעקבותיה, הגם שבעקבות הליך זה עשויה הקביעה להתבטל. כל עוד לא בוטלה הקביעה בהליך הערר, קל וחומר אם לא הוגש ערר על הקביעה, עומדת זו בתוקפה ומשמשת כראיה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי. יתר על כן, קביעת הממונה נכנסת לתוקף ממועד פרסומה, וגם הגשת ערר על הקביעה בפני בית הדין לפי סעיף 43(ג) לחוק ההגבלים העסקיים אינה מתלה את תוקפה באופן אוטומטי. (ראה: בקשה 40/98 (ערר 7/98) הנזכרת לעיל). מעבר לכך, על פי סעיף 43(ג) לחוק, "חובת הראיה בפני בית הדין (בערר על הקביעה) היא על העורר, שעליו נטל הראיה לסתור את האמור בה". זאת, בניגוד קוטבי להליך הפלילי, השומר על חזקת חפותו של הנאשם כל עוד לא הורשע.

לאור כך, לא ניתן לדעתנו ללמוד היקש שווה לענייננו מהיעדר זכות הטיעון ביחס להגשת כתב אישום בהליך פלילי.

#### ההליך בפני בית הדין - שמיעה מאוחרת

38. הממונה טוען כי הדיון המתקיים בעניין זה בפני בית הדין יש בו משום מימוש זכות הטיעון של המבקשת, גם אם מדובר בשמיעה מאוחרת.

ב"כ הממונה מבסס טענה זו על ההלכה הפסוקה שהסתפקה במקרים מסוימים בשמיעה מאוחרת. כך נקבע בבג"צ 549/75 המוזכר לעיל:

**"כמובן, יש הרבה מקרים שאין בהם הבדל, מבחינת האזרח, אם ניתן לו להשמיע את טענותיו לפני ההחלטה או אחריה. כך, למשל, הדין בכל ההחלטות שיש בהן אמנם משום פגיעה באזרח, אך מטבע בריאתן הן ארעיות בלבד ואינן אלא שלב מוקדם לדיון העיקרי, שבו יוזמן הנפגע להופיע ולהשמיע את טענותיו." (שם, בעמ' 761).**

גם טענה זו איננה מקובלת עלינו.

39. ראשית, שמיעה מאוחרת, אין בה, בכל מקרה, כדי לשלול את עצם זכות הטיעון המוקדמת, אלא, לכל היותר, למנוע את ביטולה של החלטת הרשות שניתנה מבלי שהתאפשר לנפגע לממש את זכות הטיעון. כך נקבע על-ידי כב' השופט ויתקון:

**"כמובן, יש מצבים שבהם כה גדול וכה דחוף הוא הצורך לבטל רשיון או היתר שניתן בטעות או בהיסח הדעת, שאף אם לא קיים הכלל של Audi Alteram Partem יהסס בית המשפט לפסול את החלטת הביטול. אך אלה הם מקרים יוצאים מן הכלל." (בג"צ 549/75 לעיל, עמ' 760).**

שנית, הפסיקה המכשירה בנסיבות מסוימות שמיעה מאוחרת, שעליה סומך הממונה את טענתו, מתייחסת לשימוע מאוחר על-ידי אותה רשות שקיבלה את ההחלטה המקורית. משמע, אין מדובר בשחרור הרשות מחובת השמיעה, אלא בשאלת מועד המימוש של זכות הטיעון. במקרה שלפנינו הממונה אינו מציע כי הוא עצמו יקיים את זכות הנפגע להישמע, אלא שזכות זו תמומש במהלך הערר שהגישה המבקשת בפני בית הדין. עניין זה, של הנפקות הנודעת לקיומה של זכות ערר על החלטת הרשות המנהלית שנפגמה עקב אי מתן זכות טיעון, יידון בהמשך. אולם לשיקול זה אין דבר עם נושא השמיעה המאוחרת.

40. מעבר לכך, הכלל המכשיר במקרים מסוימים שמיעה מאוחרת איננו חל במקרה שלפנינו, כפי שיוסבר בהמשך, גם מבחינת הטעמים שביסודו של כלל זה.

41. אחד השיקולים התומכים בקיום שימוע מאוחר, הוא החשש מפני פגיעה בתפקודה התקין של הרשות המנהלית. גם במקרה זה טוען הממונה כי מתן זכות הטיעון בטרם יפרסם את קביעתו יפגע בתפקודה התקין של הרשות להגבלים עסקיים.

בבג"צ 3486,2911/94 סאמי עבדול באקי נ' עמרם קלעג'י ואח' פ"ד מח(5)291, התייחס כב' השופט זמיר לטעם זה, והסביר את הרציונלים העומדים ביסודו:

**"יש סוגים של מקרים שבהם אין נפקא מינה אם השימוע מוקדם או מאוחר. יש אפילו סוגים של מקרים שבהם יהיה השימוע, בדרך כלל מאוחר. .... כזה הוא, לדוגמא, המקרה של הוצאת צו זמני לעיקול נכס. ראו בג"צ 155/65 גורוביץ נ' בית הדין הרבני האזורי, תל אביב, פ"ד יט(4)16, 19. כזה הוא גם המקרה של הגשת כתב אישום לבית המשפט. ראו בג"צ 3406/91 בבלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(5)1, 9. אלה הם מקרים מיוחדים. במקרים אלה או דומים לאלה, שימוע מוקדם אינו מתיישב עם מהות הסמכות או עם תכלית החוק, או**

שהוא עלול לסכל את התפקוד התקין של הרשות המינהלית, או שיש בו כדי לפגוע באופן ממשי באינטרס חשוב אחר. איזון האינטרסים במקרים כאלה מלמד כי הנזק שייגרם לאדם כתוצאה משימוע מאוחר אינו שקול כנגד הנזק שייגרם לאינטרס אחר כתוצאה משימוע מוקדם. לכן צריך אדם, במקרים כאלה, להסתפק בשימוע מאוחר.

אולם במקרה הרגיל שאני: שימוע, כשהוא מתחייב מן הדין, הוא שימוע מוקדם ולא שימוע מאוחר. "זכות הטיעון משמעותה, כי דברו של הנפגע יישמע בטרם תתקבל החלטה בעניינו": בג"צ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(2)649, 655. (שם, בעמ' 305).

42. לא שוכנענו כי שימוע מוקדם עלול לסרב, כפי שטוען הממונה, את מלאכתה של הרשות להגבילים עסקיים, או לפגוע בתפקודה באופן אחר. מעבר לכך, ההלכה הפסוקה קובעת כי שיקולי יעילות לבדם אין בהם כדי להצדיק את הפגיעה בזכות הטיעון (ראה: בג"צ 685/78 מחמוד נ' שר החינוך והתרבות פ"ד לג(1)767, 778). בכל מקרה, עובדה היא שגם כיום, כאשר לגישת הממונה הוא פטור מעולה של חובת השמיעה, "נוהג הממונה - בפועל - לברר את עמדת החברות שנגדן בדעתו לפעול" (סעיף 37 לתשובת הממונה, ההדגשה במקור), דבר המקשה את החשש מפני פגיעה צפויה ברשות עקב כפיפת הממונה לכללי המשפט המנהלי בנושא זה.

43. מסיכומיו של הממונה ניתן להתרשם שעיקר חששו מסרבול פעולותיו עקב הקניית זכות הטיעון מקורו בכריכת זכות העיון בחומר החקירה לזכות הטיעון.

אולם, גם כאן לא מצאנו הצדקה של ממש לחשש זה. כפי שקובע פרופ' זמיר בספרו (כרך ב' עמ' 888), ההלכה כיום (ממנה מסתייג פרופ' זמיר) היא, כי זכות העיון איננה מהווה חלק מובנה בתוך זכות הטיעון, והיקפה יכול שישתנה בהתאם לנסיבות המיוחדות לכל מקרה:

**"זכות השימוע כשהיא לעצמה, מחייבת את הרשות המינהלית למסור לנוגע בדבר מידע תמציתי על העניין העומד לדיון בפני הרשות. מידע זה אינו חייב לכלול מסמכים עליהם מסתמכת הרשות, ובוודאי שאינו חייב לכלול מסמכים שהרשות בוחרת שלא להסתמך עליהם, אפילו יש להם קשר לעניין הנדון. המידע המוצג על-ידי הרשות לצורך השימוע עשוי להיות חלקי ואפילו מגמתני." (שם, עמ' 889 וראה גם בג"צ 335/68 המועצה הישראלית לצרכנות נ' יו"ר ועדת החקירה לעניין מתן שירותי גז פ"ד כג(1)324, 334)**

44. לדעתנו, החשש מפני סרבול פעילותה של רשות ההגבלים העסקיים, איננו רלוונטי לגבי עצם קיומה של חובת השמיעה, אלא, אם בכלל, לעניין היקפה של זכות הטיעון והחובות שזו מטילה על הממונה. במישור זה של היקף זכות הטיעון בפני הממונה, בלא לקבוע בהליך זה מסמרות לגבי היקפה וגבולותיה של זכות הטיעון בפני הממונה, מקובל עלינו, כי לא יהיה זה סביר לחייב את הממונה לנהל הליך מעין-שיפוטי מלא אשר כולל עיון בכל חומר הראיות שנמצא בידי הממונה, מתן אפשרות לחקירת עדים וכיוצא בזה. הליך שכזה, אכן עלול לסרב עד מאוד את ההליך הקבוע בסעיף 43(א)(5) לחוק, ואין לו הצדקה. זאת, גם לאור קיומה של זכות ערר בפני בית הדין, בפניו מתקיים דיון שיפוטי מלא. אולם בכך בלבד אין כדי לשלול את עצם קיומה של זכות הטיעון.

45. המסקנה העולה מהאמור עד כה הנה שקביעת הממונה לפיה ניצל בעל מונופולין לרעה את מעמדו, יש בה משום פגיעה באינטרס מוגן, שדי בה כדי להקים לבעל המונופולין זכות טיעון בפני הממונה. מכאן, שהממונה היה חייב לאפשר לבזק בינלאומי להישמע בפניו טרם פרסום הקביעה.

46. מסקנה זו עולה בקנה אחד גם עם חוות דעתו של פרופ' Whish, הגורס כי השפעת קביעת הממונה על מצבו המשפטי של נשוא הקביעה - בהיותה ראייה לכאורה לנאמר בה בכל הליך משפטי, ובכך שהיא הופכת את נטל ההוכחה בערר עליה - מחייבת על פי משפט הקהילייה האירופאית והדין האנגלי את מתן זכות הטיעון בטרם מתן הקביעה. פרופ' Whish מבסס את עמדתו זו על הדין האנגלי וכן על תקנה 17/62 (87) Oj Spec Ed. [1959-1962]) אשר מקנה את זכות הטיעון בפני נציבות הקהילייה האירופאית גם ביחס להחלטות דקלרטיביות בלבד, כגון החלטה על מתן "Negative Clearance" שמשמעה, הצהרה כי סעיפים 85 ו- 86 לאמנת רומא אינם חלים על הסכם פלוני (נספח ו') לתשובת המבקשת, עמ' 5), ועל פסיקת בית הדין לצדק של הקהילייה האירופאית.

#### **האם קיים הממונה את חובת השמיעה המוטלת עליו**

47. המסקנה לעיל, לפיה חייב היה הממונה לאפשר למבקשת לממש את זכות הטיעון בטרם מתן קביעתו על-פי סעיף 43(א)(5) לחוק, מעלה לדיון את טענתו החלופית של הממונה, לפיה בפועל התאפשר למבקשת לממש את זכות הטיעון באמצעות חקירתם של מנהליה על-ידי חוקרי הרשות להגבלים עסקיים. זאת, לאור העובדה כי התשתית העובדתית הנדרשת לקביעה לפי סעיף 43(א)(5) נדרשת במלואה (ואף מעבר לכך) לצורך הוכחת העבירה הפלילית לפי סעיף 47(א)(4) לחוק. מכאן עולה, לפי הטענה, כי כל העובדות הצריכות לעניין נשוא הקביעה, נתבררו במהלך חקירת מנהלי המבקשת. עוד נטען, כי למנהלי המבקשת ניתנה במהלך החקירה הזדמנות להעביר לחוקרי הרשות כל חומר שהיה ברשותם ואשר עשוי היה לסייע לקידום החקירה.

48. ב"כ המבקשת טוען, כי אין בחקירה הפלילית כדי לקיים את זכות הטיעון, תוך שהוא מסתמך על בג"צ 361/76 לעיל, ועל ההבדלים שבין חקירה פלילית להליך של שימוע, בדגש על היעדר ייצוג על-ידי עו"ד, אי הצגת חומר החקירה הקיים בידי הרשות כנגד הנחקר, ועל זכות השתיקה העומדת לנחקר בחקירה פלילית.

49. נושא זה של קיום חובת השמיעה על דרך של חקירה פלילית נדון בבג"צ 361/76 הנזכר לעיל. ההלכה כפי שנקבעה באותו פסק דין קובעת באופן ברור כי אין בחקירה הפלילית משום מימוש זכות הטיעון:

**"אין לקבל את טענת גב' ביניש שחקירת מנהל העותרת וחקירת מנהל המחסן על-ידי חוקרי המכס, בעת פתיחת ההליכים הפליליים יכולות להיחשב כהזדמנות נאותה למתן הסבר לפי סעיף 83. בעת החקירה היה מנהל העותרת בבחינת חשוד בביצוע עבירות פליליות, ומטבע הדברים כשנתן את הודעותיו מעיניו היו נתונים להתגוננות בפני האשמות אלה. הוא לא ידע ולא חייב היה לדעת אז שקיימת אפשרות ששלטונות המכס יפעילו נגדו את הוראות סעיף 83. זכותו אז כחשוד היתה שלא לענות על האשמות מסוימות ולא להפליל את עצמו. אין להשוות את שיקוליו של אדם המתגונן בפני האשמה פלילית לשיקוליה של החברה אשר יודעת ששלטונות המכס חושבים להפעיל נגדה את ההוראות של סעיף 83 ועליה לתת הסברים כדי למנוע הפעלת הוראות אלה או לגרום להפחתת התשלום הנוסף". (שם, עמ' 292).**

אומנם, ב"כ הממונה מצביע על מספר אבחנות בין בג"צ 361/76 למקרה שבפנינו. אולם נראה לנו, כי ההלכה הברורה העולה מפסק הדין לפיה, מאפייניה המיוחדים של החקירה הפלילית, אינם מתיישבים עם חובת הרשות המינהלית להעניק לנפגע "שמיעה הוגנת", חלה גם על הנושא שבפנינו. חקירתם של מנהלי המבקשת, חלקם תחת אזהרה, היתה כרוכה, בהכרח, בהפעלת לחץ על הנחקרים אשר מעל ראשם היתה תלויה חרב האישום הפלילי, היא מנעה או לפחות הקשתה על הנחקרים, אשר לנגד עיניהם עמד החשש מפני הפללה, להתבטא באופן חופשי, נמנע מהם בעת החקירה ייצוג על ידי עורך דין, וככלל, הם היו במצב של נחיתות כאשר הליך החקירה כולו נשלט על ידי החוקרים. בנסיבות אלה, לא ניתן לדעתנו לראות בחקירה שכזו, קיום הוגן של חובת השמיעה של הרשות. גם אם נניח שהחקירה אפשרה למנהלי המבקשת להעלות בפני הרשות להגבלים עסקיים את כל טענותיהם העובדתיות, חשוב לזכור שזכות הטיעון איננה מתמצית בהצגת הגרסה העובדתית, במיוחד בתחום הסבוך של דיני ההגבלים העסקיים, ומה גם שזו הפעם הראשונה, ככל הידוע לנו, שבה פרסם הממונה קביעה הנוגעת לניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי על פי סעיף 43(א)(5) לחוק.

50. המסקנה העולה מהאמור הנה כי במקרה הנוכחי הופרה זכותה של בזק בינלאומי להישמע בפני הממונה בטרם מתן הקביעה.

51. עם זה, נציין כבר עתה שגם אם לא ניתן לראות בחקירה הפלילית של מנהלי המבקשת משום מתן זכות הטיעון, היה בה בכל זאת כדי להשיג באופן חלקי את מטרות השמיעה. למסקנה זו נודעת חשיבות, כפי שיובהר בהמשך, לגבי השאלה האם דינה של הפרת זכות הטיעון במקרה הנוכחי להביא לביטול הקביעה.

#### **הנפקות הנודעת לאי קיום חובת השמיעה**

52. לאור המסקנות דלעיל, נותרה השאלה מה דינה של קביעת הממונה שניתנה תוך כדי פגיעה בקיום חובת השמיעה.

#### **הבטלות היחסית**

53. לטענת הממונה, המבוססת על פסק הדין בבג"צ 2911/94 לעיל, "היום ברור, כי הפרה של זכות שמיעה לא בהכרח תגרור את ביטולה של החלטת הרשות המינהלית". (עמ' 33, סעיף 101 לתגובת הממונה)

54. בפסק הדין בבג"צ 2911/94 הנ"ל שניתן על ידי כב' השופט זמיר, אכן הכיר בית המשפט בתיאוריה של הבטלות היחסית, שהיא כדבריו "תיאוריה חדשה ההולכת וקונה לה מהלכים בפסיקה". תמציתה של אותה התיאוריה, כפי שהסביר בית המשפט, תוך אזכור פסק הדין בבג"צ 118/80 גרינשטיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, (פ"ד לה(1) 239) היא כי:

**"לא תמיד גורמת הפרת אחד מכללי הצדק הטבעי לבטלות הדיון מעיקרא. המבחן אינו נוקשה אלא גמיש ויחסי הדברים תלויים במידת החומרה של ההפרה ובנסיבותיה".** (שם, בעמ' 246).

לפי תיאוריה זו, הוסיף כב' השופט זמיר והסביר באותו פסק דין:

"... יש מקום להתאים את נפקות ההפרה (לרבות הסעד הניתן על ידי בית המשפט) לנסיבות המקרה. והעניין מסור לשיקול הדעת של בית המשפט בכל מקרה. בין היתר עשוי בית המשפט לשקול את חומרת ההפרה; אם מדובר בתקיפה ישירה או בתקיפה עקיפה של ההחלטה; האם ההחלטה מותקפת על ידי אדם שנפגע במישרין מן ההחלטה או על ידי אדם אחר; מתי מותקפת ההחלטה; מה הנזק שנגרם לאדם משום שנמנע ממנו שימוע מוקדם ומה הנזק שעלול להיגרם לציבור אם תבוטל ההחלטה; ומה הסיכוי לתקן את המעוות בדרך של שימוע מאוחר". (שם, עמ' 306).

עם זה, הוסיף בית המשפט והסביר באותו עניין, במקרים הרגילים ובהעדר נסיבות מיוחדות, דינה של פגיעה בזכות השמיעה להביא לבטלות ההחלטה:

"במקרים הרגילים, בהם החלטה מינהלית מובאת לביקורת שיפוטית בתקיפה ישירה על ידי אדם שנפגע במישרין מן ההחלטה, כמו במקרה שלפנינו, אפשר להצביע על שלוש תוצאות אפשריות להפרה. בקצה אחד, יש נסיבות מיוחדות, בהן העובדה שלא ניתן שימוע מוקדם פוסלת את ההחלטה, ולא ניתן להחיות את ההחלטה באמצעות שימוע מאוחר. ... בקצה השני יש נסיבות בהן, אף שחובת השימוע המוקדם הופרה, לא יראה בית המשפט לבטל את ההחלטה. כך אם מניעת השימוע המוקדם לא גרמה עוול. .... וכך גם אם היתה סיבה שהצדיקה את מניעת השימוע לפני מעשה, או הצדיקה את דחיית השימוע עד לאחר מעשה, כגון סכנה ממשית לביטחון המדינה או לשלום הציבור, וניתן להניח כי הפגם שנפל במעשה יוכל לתקון בשימוע מאוחר. .... בנסיבות כאלה אפשר שההחלטה, אף כי נפגמה, תעמוד בעינה, והרשות לא תידרש לקיים שימוע מאוחר; ואפשר גם שההחלטה תעמוד בעינה, אך הרשות תידרש לקיים שימוע מאוחר, בו תשקול שוב ותחליט אם להשאיר את ההחלטה כפי שהיא. בתווך מצויים המקרים הרגילים. במקרים אלה, בהעדר שיקולים המוליכים לקצה האחד או לקצה השני, ההפרה של חובת השימוע המוקדם גורמת לביטול ההחלטה שהתקבלה, אך אינה מונעת קבלת החלטה חדשה לאחר שימוע. במקרים כאלה בית המשפט מחזיר את העניין אל הרשות המוסמכת, כדי שתדון בו מחדש, ובמסגרת הדיון תקיים שימוע כהלכתו". (שם, עמ' 306)

55. לטענת הממונה, נופל המקרה שבפנינו בגדרם של המקרים בהם הפרת זכות הטעון לא גרמה למבקשת עוול. זאת, לפי הטענה, משום שטענות וראיות המבקשת אותן היתה מציגה בפני הממונה לו היה מקיים הליך שמיעה כנדרש, (אותן פרטה בסעיף 164 לכתב הערר) לא היה בהן דבר "שצפוי היה, באופן סביר, לשנות את מסקנות הממונה בקביעתו".

56. ואולם, טענה מעין זו כבר נדחתה בפסיקה. כך נקבע בבג"צ 2911/94 הנ"ל:

"... אין זו סיבה למנוע שימוע, מאדם שעשוי להיפגע מהחלטת הרשות, שלדעת הרשות אין בפי אותו אדם טענה טובה או טענה שאינה ידועה נגד ההחלטה. לעולם אין לדעת. יתירה מזאת, גם אם כך הדבר, עדיין ראוי לאפשר שימוע, ולו

**רק למראית פני הצדק. ... כך מתחייב גם מן המהות של משטר דמוקרטי, בו הרשות המינהלית נושאת בתפקידה כנאמן הציבור. (שם, בעמ' 303).**  
(ראה גם: הסמכות המינהלית, שם, עמ' 810)

57. גם הנסיבות האחרות שהזכיר כב' השופט זמיר בבג"צ 2911/94 הנ"ל, כנסיבות בהן מאפשרת התיאוריה של הבטלות היחסית לקיים את ההחלטה חרף העדר שמיעה, והכוללות מקרים שבהם היתה סיבה שהצדיקה את מניעת השימוע לפני המעשה, או הצדיקה את דחיית השימוע עד לאחר מעשה, כגון סכנה ממשית לביטחון המדינה או לשלום הציבור, אינן מתקיימות, כפי שכבר הוסבר לעיל, במקרה שלפנינו.

#### **ריפוי הפגם של אי מתן שימוע בפני הממונה בהליך הערר המתקיים בפני בית הדין**

58. הנסיבות העשויות למנוע את התוצאה של בטלות או ביטול ההחלטה לפי התיאוריה של הבטלות היחסית אשר נזכרו בפסק דינו של כב' השופט זמיר בבג"צ 2911/94 לעיל, אינן מהוות רשימה סגורה. בהקשר זה עולה השאלה האם קיומה של זכות ערעור בפני ערכאה שיפוטית על ההחלטה הנגועה, ובמקרה שלפנינו - קיומה של זכות ערר על הקביעה בפני בית הדין - יש בה כדי לרפא את הפגם שבאי קיום חובת השמיעה על ידי הממונה.

59. בית המשפט העליון התייחס לעניין זה בע"א 428/82 רפיק נאצר אל-דין נ' מנהל מס ערך מוסף (פ"ד מא(341)), שם דן בית המשפט בטענה כי החלטת מנהל מס ערך מוסף בטלה מאחר ולא ניתנה לנישום זכות טיעון בטרם מתן ההחלטה (וכן משום שלא ניתן לו לעיין בחומר ששימש למשיב לביסוס החלטתו). בית המשפט העליון, מפי כב' השופט וינוגרד, דחה את הטענה וקבע:

**"בחוק מס ערך מוסף אין הוראות בדבר שמיעה בפני המנהל וחובתו של המנהל אינה אלא לדון בהשגה ולהחליט בה. דיון זה אינו חייב להתנהל בנוכחות המשיג ואף לא על פי טיעונים בעל פה. כדי שהמערער לא יהא מקופח בהבאת ראיות - נקבע שבהליכי הערעור יהא המערער רשאי להביא ראיות ובית המשפט בערעור אכן קובע ממצאים עובדתיים על פי ראיות שהובאו בפניו על ידי שני הצדדים. אם המערער סבר שהחמיץ משהו בפני המשיב - הרי נפתחו בפניו כל האפשרויות לפני בית המשפט המחוזי בדרגת הערעור. בערעור זה שבפנינו - בודאי שאין מקום לשוב ולהעלות טענות הנוגעות לשלב ההשגה". (שם, בעמ' 342).**

60. דומה כי הטעם של העדר הוראת חוק הקובעת במפורש את חובת השמיעה, איננו יכול לעמוד לבדו לאור ההלכה שנקבעה (אם כי בפסק דין מוקדם יותר) בבג"צ 654/78 הנזכר לעיל. ואולם, במקרה זה שולב טעם זה עם הטעם הנוסף של קיומה של זכות ערעור בפני בית המשפט שלפניו "יהא המערער רשאי להביא ראיות ... (וכי) אם המערער סבר שהחמיץ משהו בפני המשיב - הרי נפתחו בפניו כל האפשרויות לפני בית המשפט המחוזי בדרגת הערעור".

61. הנושא נזכר גם בפסק דינו של כב' הנשיא (כתוארו אז) שמגר, בר"ע 1/84 אברהם דוויק ואח' נ' ראש העיר ירושלים ואח' (פ"ד לח(1)494, עמ' 499), שם אישר בית המשפט העליון את פסק דינו של בית המשפט המחוזי, אשר דחה טענה בדבר בטלותו של צו הריסה בשל פגיעה בזכות הטיעון לאור קיומה של זכות ערר על הצו.

62. לאחרונה עלתה השאלה, אך הושארה בצריך עיון, בפסק הדין בבג"צ 4914/94 **יעקב טרנר נ' מבקרת המדינה ואח'**, פ"ד מט(3) 771. בית המשפט העליון קבע בפסק דין זה כי הענקת זכות הטעון מתחייבת במקום שבו מדובר בהחלטה מינהלית סופית ומוחלטת שאין אחריה ולא כלום. אולם, בית המשפט לא קבע עמדה באשר לשאלה האם הענקת זכות הטעון מתחייבת גם במקום שבו אין מדובר בהחלטה "סופית ומוחלטת שאין אחריה ולא כלום", ואשר עומדת למבחן שיפוטי. כך ציין בית המשפט לעניין זה באותו פסק דין:

**"הסטיגמה הפומבית המוטבעת על נושא המשרה, עקב הטלת דופי במידותיו, על ידי סמכות כמבקר המדינה, והתהודה הציבורית הרחבה שיש לקביעותיו מחייבות, לכאורה, את מתן זכות הטעון במובנה האמור לעיל. אם כי מאידך גיסא ניתן לטעון כי אם מדובר בקביעה המתייחסת לעבירה פלילית או משמעתית של נושא המשרה, ממילא יזכה עניינו של הנפגע להתייחסות נוספת, מקיפה, במסגרת הליכים חקירתיים או שיפוטיים, שייפתחו לאחר מכן בעקבות קביעתו של מבקר המדינה. על פי טענה זו אין מקום להעניק את הערובה הדיונית המקובלת בהליך שיפוטי כבר בעת ההליך שמקיים מבקר המדינה, כשהענקתה תכביד על המבקר למלא את תפקידו.**

נסיבותיה של עתירה זו אינן מחייבות קביעת עמדה בסוגיה זו בהיקפה הרחב, ודי אם נאמר כי הענקת זכות הטעון, במובן עליו עמדנו לעיל, מתחייבת כל אימת שברור הוא כי קביעת מבקר המדינה, בה נפגע כבודו של אדם, היא סופית ומוחלטת, ואין אחריה ולא כלום (דוגמת המקרה שלפנינו).

**או אז, חייבים שיקולי יעילות להידחות מפני ההגנה על כבוד הנפגע. שכן, בין חוסנה של הערובה הדיונית לבין סופיות הקביעה הפוגעת קיימת זיקת גומלין, והרחבת עוביה של "חגורת הביטחון", מתחייבת כשהקביעה הפוגעת היא סופית, וכך תלווה את הנפגע עד סוף ימיו".** (שם, עמ' 791).

63. לאור האמור דומה כי הפסיקה הקיימת תומכת בדעה כי זכות ערעור יש בה, בעקרון, כדי למנוע את התוצאה של בטלות ההחלטה המינהלית שנפגמה באי מתן זכות טעון. עם זאת, בעקבות פסק הדין בעניין **טרנר** ניתן להבין כי טרם נאמרה המילה האחרונה בסוגיה זו על ידי בית המשפט העליון.

64. פרופ' זמיר חולק בספרו על ההלכה שנקבע בפסק הדין בעניין **אל-דין הנ"ל** (ע"א 428/82) באומרו:

**"לדעתי, העובדה שהמערער יכול להביא ראיות בפני בית המשפט אינה תשובה מספקת. בשל כל הטעמים התומכים בזכות העיון, יש לאפשר לו לעיין בחומר שבידי הרשות כבר בשלב של השגה בפני הרשות המינהלית. ראשית, העיון עשוי לסייע בידו להחליט אילו ראיות להביא ואילו טענות להשמיע בפני הרשות. שנית, העיון עשוי אולי למנוע את הצורך להתדיין בפני בית המשפט".** (שם, עמ' 888)

ואולם, ביקורת זו מתייחסת לעצם שלילת זכות העיון, ובאנלוגיה לענייננו - שלילת זכות הטעון, אך היא אינה מתייחסת לשאלה שבפנינו, שעניינה בתוצאות הנובעות מההפרה.

לעניין זה מסכים גם פרופ' זמיר, שככל שמדובר בתוצאות הנובעות מאי קיום חובת השמיעה, ובלא לפגוע בעצם קיומה של חובה זו, עשוי קיומה של זכות ערעור בפני ערכאה שיפוטית למנוע את ביטולה של ההחלטה:

"אם כך, כיצד יש להסביר את הדברים שנאמרו במשפט מזרחי נגד ועדת השחרורים (לעיל) ובפסקי דין נוספים בהם נאמרו דברים דומים? לדעתי, יש לייחס אותם למישור הסעד ולא למישור העילה. לשון אחרת, אין לומר מראש כי הרשות רשאית להימנע משימוע אם הוא, לדעתה, מיותר; ואף אין לומר בדיעבד כי רשות שנמנעה משימוע, משום שהיה מיותר, לא הפרה את כלל השימוע. אך יש מקום לומר, אם הנסיבות מצדיקות זאת, שאף כי הרשות הפרה את כלל השימוע, בנסיבות המקרה אין ההפרה מצדיקה ביטול ההחלטה. ראשית בית המשפט רשאי לשקול במקרה כזה, כמו במקרים אחרים, אם פגם שדבק בהחלטה המינהלית גרם עוול. ...אולם, אם בית המשפט שמע את טענות העותר לגוף העניין, ושוכנע לחלוטין, כמו במשפט מזרחי נגד ועדת השחרורים (לעיל), כי אין בהן בשום פנים ואופן כדי לשנות את החלטת הרשות, מה טעם יחזיר את העניין לרשות? במקרה כזה הסעד יהיה בלתי יעיל, ובית המשפט אינו נוטה לתת סעד בלתי-יעיל". (הסמכות המינהלית, שם, בעמ' 811).

פרופ' זמיר אמנם מתייחס בהקשר זה למצב דברים שבו "אם בית המשפט כבר שמע", כמצב העשוי להצדיק הימנעות מביטול ההחלטה. אולם איננו סבורים שכוונת הדברים היא לכך ששיקול הדעת של בית המשפט אם לבטל את ההחלטה ולהחזיר את הדיון לרשות המינהלית, צריך שיוכתב על ידי נסיבות חיצוניות ומקריות הקשורות לשלב שבו דן בית המשפט בטענה. לדעתנו, הסמכות שלא לבטל את ההחלטה אלא לדון בטענות העורר לגופן מסורה לבית המשפט גם בטרם דן בטענות העורר לגופן.

65. במשפט האנגלי היתה בעבר מחלוקת פוסקים בשאלה זו, כאשר משקל סגולי מיוחד ניתן בספרות ובפסיקה לדעתו של השופט Megarry אשר קבע בפסק הדין בעניין **Leary V. National Union Of Vehicle Builders** [1971] Ch.34 כי אין בזכות הערעור כדי לרפא את הפגיעה בכללי הצדק שנפלה בדיון הראשון. כך נקבע באותו עניין כי:

**"If one accepts the contention that a defect of natural justice in the trial body can be cured by the presence of natural justice in the appellate body, this has the result of depriving the member of his right of appeal from the expelling body. If the rules and the law combine to give the member the right to a fair trial and the right of appeal, why should he be told that he ought to be satisfied with an unjust trial and a fair appeal? Even if the appeal is treated as a hearing de novo, the member is being stripped of his right to appeal to another body from the effective decision to expel him. I cannot think that natural justice is satisfied by a process whereby an unfair trial, though not resulting in a valid expulsion, will nevertheless have the effect of depriving the member of his right of appeal when a valid decision to expel him is subsequently made.**

**Such a deprivation would be a powerful result to be achieved by what in law is a mere nullity; and it is no mere triviality that might be justified on the ground that natural justice does not mean perfect justice. As a general rule, at all events, I hold that a failure of natural justice in the trial body cannot be cured by a sufficiency of natural justice in an appellate body"**

(At P. 49). ההדגשות אינן במקור

בפסק הדין של ה- Privy Council בעניין **Calvin V. Carr** [1980] A.C. 574, הובעה הסתייגות מהשקפתו זו של השופט Megarry, אשר נראתה בעיני הלורד Wilberforce, כ- "Too Broadly Stated" (שם, בעמ' 593).

ההלכה במשפט האנגלי התגבשה סופית בפסק-הדין של בית הלורדים שניתן בשנת 1987 בעניין **Lloyd** [1987] A.C. 625 **V. McMahon**, שם נקבע כי הפגיעה בזכות הטיעון בערכאה הראשונה יכול שתופא בעקבות קיום הליך הוגן בערכאת הערעור. כך נקבע בפסק דינו של הלורד Dillon:

**"I have no doubt that in the present case, if there was any failure of fairness on the part of the district auditor, either in not offering the appellants an oral hearing or not offering them an opportunity to comment on his proposed findings before he rejected the appellants' representations as untrue, that failure was fully cured by the hearing in the Divisional Court under the statutory appeal process" (at p. 655).**

עם זה, ריפוי הפגם הנובע מהפגיעה בזכות הטיעון בערכאה הראשונה עקב קיומו של הליך הוגן בערכאת הערעור, מותנה, על פי פסק דין זה, בכך שהליך הערעור הוא הליך של שמיעה מחדש ("De Novo"), שבו נשמע ההליך, לרבות שמיעת ראיות, מתחילתו, וכאשר סמכותה של ערכאת הערעור איננה מצטמצמת לבחינה "בג"צית" של שיקול הדעת של הרשות המינהלית, אלא היא סמכות רחבה, המאפשרת לערכאת הערעור לקבל כל החלטה אותה מוסמכת היתה לקבל הרשות המינהלית:

**"... If the scope of any permissible appeal is limited, so that it does not involve an examination of the circumstances of the case de novo on evidence not limited to that which was before the original tribunal, it may well be that the appellate hearing will not cure the defects of the original decision.**

**Where, however, as here, the appeal does require an examination of the circumstances to the case de novo on whatever evidence may be put before the appellate court, then the major question for consideration is, I apprehend, whether, in the context of this particular case, the procedure as a whole gave the appellants an opportunity for a fair hearing". (at p. 654).**

באותו מקרה הגיע בית הלורדים למסקנה כי מדובר בהליך של שמיעה מחדש, זאת על פי לשון החוק, אשר הקנתה לבית המשפט סמכות רחבה ביותר, לאשר, לשנות או לבטל את החלטת הרשות המינהלית, או לתת כל החלטה אשר הרשות היתה מוסמכת לתת. בכלל זה, להיזקק לכל טענה מכל סוג שהוא, לרבות שמיעת ראיות, גם כאלה שלא הוצגו בפני הרשות. נציין כבר עתה, כי סמכות זו זהה לסמכות המסורה לבית הדין להגבלים עסקיים בערר על החלטת הממונה.

בכל מקרה, קבע בית הלורדים, כי עצם קיומה של זכות ערעור אין בו כדי לחסן את ההחלטה הנגועה באי מתן זכות טיעון מפני ביטול. ההחלטה בנושא זה נקבע, מסורה אף היא לשיקול דעתה של ערכאת הערעור, הרשאית, לאור הסמכות הרחבה שהוקנתה לה בחוק, להזדקק גם לטענה זו ולהחליט, כיצד, בהתחשב בכל נסיבות העניין, יש להפעיל את סמכותה על פי החוק. במסגרת זו רשאי בית המשפט של ערעור, לבטל את החלטת הרשות המינהלית בלא להיזקק כלל לדיון לגופו של עניין. כך ייעשה כאשר הפגם שנפל בהליך המינהלי היה חמור ביותר, למשל בהעדר שמיעה בכלל:

**"I can well see that, if the auditor has certified of his own motion without giving any proper notice to the person against whom the certificate operates, the court would probably decide to quash it without entering upon the merits". (at p. 709)**

וראה לעניין זה גם את פסק הדין של ה- Privy Council בעניין **Calvin V. Carr** הנזכר לעיל, שעליו הסתמך בית הלורדים בפסק דינו, שגם בו נקבע כי פגם חמור בהליך עשוי להצדיק את ביטול ההחלטה, חרף קיומה של זכות ערעור:

**"In them it is for the court, in the light of the agreements made, and in addition having regard to the course of proceedings, to decide whether, at the end of the day, there has been a fair result, reached by fair methods, such as the parties should fairly be taken to have accepted when they joined the association. Naturally there may be instances where the defect is so flagrant, the consequences so severe, that the most perfect of appeals or re-hearings will not be sufficient to produce a just result. (at p. 593)**

בצד הסמכות לבטל את ההחלטה, אם זו נגועה בפגם חמור, הוסיף בית הלורדים וקבע בפסק הדין בעניין **Lloyd V. McMahon**, כי רשאי בית המשפט השומע את הערעור גם להחליט לקיים דיון בנושא לגופו ("On The Merits"), תוך מתן זכות שמיעה מלאה, אשר נשללה מהנפגע בפני הרשות המינהלית. אם כך ראה בית המשפט שלערעור לעשות, ואם קיים בפניו הליך שמיעה מלא אשר הסיר את הפגם שנפל בפני הערכאה המינהלית, אין עוד מקום, להשקפתו של בית הלורדים, לבטל את ההליך כולו:

**"...In every case it must be for the court, as a matter of discretion, to decide how in all the circumstances its jurisdiction under section 20(3) can best be exercised to meet the justice of the case. But I am clearly of opinion that when the court has, as here, in fact conducted a full hearing on the merits and reached a conclusion that the issue of a certificate was justified, it would be an erroneous**

**exercise of discretion nevertheless to quash the certificate on the ground that, before the matter reached the court, there had been some defect in the procedure followed". (at p. 709)**

במצב דברים כזה, אם דנה ערכאת הערעור בנושא מראשיתו, ייבחן ההליך על שני שלביו, בשלמותו. אם בחינה כזאת תביא למסקנה שההליך כולו היה הליך הוגן, כי אז לא יהא מקום לבטל את ההליך, רק בשל הפגם שנפל בשלב הראשון שלו.

**"In my view in cases such as this the question the court should ask is whether, taking into account the complainant's rights of appeal, and if those rights have been exercised what happened on the appeal, the complainant, viewing the combined proceedings as a whole, has had a fair hearing? I regard this approach as appropriate because if Parliament makes provision for an initial hearing followed by appeal then what Parliament should be presumed to intend is that the persons affected by those proceedings should be treated fairly in the proceedings as a whole. Where there are shortcomings in the initial proceedings but the appellant has in fact been dealt with fairly when the proceedings as a whole are considered, to regard the proceedings as invalid would be to condemn something as being unfair because of a flaw in a part when if the whole was considered the flaw would be sufficiently insignificant to enable the whole procedure to be regarded as unblemished. Expressing the matter slightly differently, if the whole procedure is properly regarded as being fair, then to strike that procedure down because of a flaw in part will be to apply an unduly technical approach". (at p. 669)**

66. החלטה של גישה זו על המקרה הנדון לפנינו, מעלה את השאלה בדבר טיבו של הליך הערר שלפנינו. לשון אחר, האם ניתן לראות הליך זה כדיון מחדש ("De Novo") בהחלטת הממונה, שאז יכול הפגם של אי מתן זכות הטיעון בפני הממונה להירפא בעקבות מתן זכות הטיעון בערר.

67. לדעתנו, הליך הערר על החלטת הממונה הוא הליך של שמיעה מחדש. מסקנה זו נובעת מלשונו של סעיף 43(ד) לחוק, המקנה לבית הדין להגבלים עסקיים סמכות רחבה "לאשר את קביעת הממונה, לבטלה או לשנותה", ואגב כך לשמוע ראיות, גם כאלה שלא באו בפני הממונה. נוסח זה של החוק זהה, כאמור, לנוסח החוק שנדון על ידי בית הלורדים בעניין **Lloyd V. McMahon** לעיל, שם הוא פורש כמקנה סמכות דיון מחדש.

לאותה מסקנה הגיע בית המשפט העליון, אם כי בהקשר אחר, בע"א 2247/95 **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ**, (דינים עליון, כרך נה, 132):

**"אכן, בית הדין להגבלים עסקיים הוא בית דין מינהלי, כמשמעו בחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992. ככזה, נתונה לו, כאמור בסעיף 37 לחוק, סמכות**

רחבה, "לאשר את ההחלטה עליה עוררים, לשנותה, לבטלה ולקבל החלטה אחרת במקומה או להחזיר את העניין עם הוראות לרשות שהחליטה". אכן, היקף ההתערבות של בית דין מינהלי בהחלטה של הרשות המינהלית אינו בהכרח זהה לגבי כל בתי הדין ואפילו לא לגבי בתי הדין, שחוק בתי דין מינהליים חל עליהם. היקפה של ההתערבות יכול להיות תלוי במהות הנושא, בכשירות המיוחדת של הרשות המינהלית, בהרכב בית הדין ובשיקולים עניינים נוספים. עם זאת, בהקשרו של חוק ההגבלים העסקיים, מוסמך בית הדין "לאשר את החלטת הממונה, לבטלה או לשנותה" (סעיף 22(ג) לחוק). על כן מוסמך היה בית הדין לבחון במקרה שבפנינו את החלטת הממונה מחדש (ראה: ל.א. קסטנבאום, "פיקוח על מיזוגים - הלכה ומעשה", הפרקליט מ(התשנ"א) 412, 395, וכן: י' זמיר, השפיטה בעניינים מינהליים (1987) עמ' 5-8) (שם, עמ' 215).

68. המסקנות העולות מהאמור לעיל הן, לדעתנו, כדלהלן:

א. הפרת זכות הטיעון אין בה כדי להביא, בהכרח, לבטלות או לביטול ההחלטה הנגועה, כאשר ההחלטה בדבר נפקותה של הפגיעה בזכות הטיעון נתונה, במקום בו קיימת זכות ערעור מחדש, לשיקול דעתו של בית המשפט הדן בערעור, ובמקרה הנוכחי לבית הדין.

ב. תוצאת ההפרה של זכות הטיעון תקבע, לאור התיאוריה של הבטלות היחסית, בהתחשב בשיקולים הנוגעים לחומרת ההפרה, היקף הפגיעה, האפשרות לתיקון הפגיעה בהליך נוסף ושיקולים נוספים.

ג. בין השיקולים הרלוונטיים לגבי ההשלכה הנודעת להפרת זכות הטיעון יובא בחשבון גם השיקול של קיומה של זכות ערעור על הקביעה, ובלבד שמדובר בהליך שבו דן בית הדין בהחלטה מחדש, תוך מתן זכות טיעון מלאה לנפגע, ובנסיבות שבהן יוכל ההליך הכולל, על שני שלביו, להיחשב כהליך הוגן.

ד. הליך הערר בפני בית הדין הוא הליך של שמיעה מחדש, במסגרתו מוסמך בית הדין לקבל כל החלטה אותה מוסמך היה לקבל הממונה, והוא עשוי, בנסיבות מתאימות ובעקבות מתן זכות הטיעון בפני בית הדין, לרפא את הפגם שבהעדר שמיעה בפני הממונה.

69. מסקנות אלה תואמות גם את חוות דעתו של פרופ' Whish, אשר לעניין התוצאה הנודעת במשפט הקהילי לאי קיום חובת השמיעה, ציין כי על פי סעיף 174 לאמנת רומא, החלטת הנציבות האירופאית אשר נתקבלה תוך פגיעה בזכות הטיעון של אדם: "Could Be Annulled In Its Entirety" (שם עמ' 8), ודין דומה חל גם במשפט האנגלי. (שם, עמ' 10)

מכאן אנו למדים שגם על פי חוות דעתו של פרופ' Whish, אין בפגיעה בזכות הטיעון כדי להביא בהכרח לבטלות או לביטול ההחלטה הפגומה. מאידך, פרופ' Whish לא התייחס בחוות דעתו למבחן אשר לפיו יפעיל בית הדין האירופאי לצדק, או בית המשפט האנגלי את סמכותו לבטל את ההחלטה שנפגמה באי מתן זכות טיעון. פרופ' Whish גם לא התייחס לסוגיה הספציפית שבפנינו, שעניינה בתוצאת הפרת חובת השמיעה בפני הממונה לאור זכות הערר המוקנית למבקשת בפני בית הדין.

70. בהביאנו בחשבון את כל שנאמר לעיל, הגענו לכלל מסקנה שאין מקום במקרה זה להכריז על בטלות הקביעה או לבטלה. לעניין זה, הבאנו בחשבון, בנוסף על השיקולים שזכרו לעיל, גם את הטעמים הבאים:

א. למבקשת נתנה זכות טיעון חלקית בפני הממונה במהלך החקירה הפלילית של מנהליה. בשימוע מסוג זה, הגם שאין בו משום מילוי חובת השמיעה המוטלת על הממונה, יש כדי להשיג באופן חלקי, את מטרות השמיעה.

ב. הקביעה נשוא הערר נוגעת לאירוע חד פעמי שהתרחש בעבר, ואין לו השלכה מתמשכת הצופה פני העתיד על פעילותה של המבקשת.

ג. למבקשת תינתן זכות טיעון מלאה בהליך הערר, זכות אשר להערכתנו תקנה לה בסופו של יום שימוע מלא והוגן.

71. לדברים אלה נבקש להוסיף ולהעיר:

ראשית, ראוי לחזור ולהדגיש כי אין בתוצאה דלעיל כדי להביא לביטול זכות הטיעון של הנפגע מהקביעה בפני הממונה וכנגדה את חובת השמיעה המוטלת על הממונה בטרם מתן הקביעה. חובה זו שרירה וקיימת ועל הממונה לכבדה, גם אם הפגיעה בה איננה מביאה בהכרח לבטלות או לביטול ההחלטה.

שנית, קיום שימוע בפני הממונה, מעבר לכל הטעמים שזכרו לעיל, חשוב גם לצורך הליך הערר בפני בית הדין. זאת הן משום שהוא עשוי לייתר את הדיון בפני בית הדין (ראה: זמיר, שם בעמ' 801), והן משום שיש בו כדי למקד את הדיון בפני בית הדין, כאשר טענות ועמדות הצדדים לגבי כל הנושאים שבמחלוקת ידועות, במקום לפתוח בבירור המחלוקות מבראשית.

שלישית, גם אם יש בקיומה של זכות ערעור כדי למנוע, במקרים ראויים, בטלות או ביטול אוטומטי של ההחלטה, הרי שההכרעה בנושא זה, שלגביו אין כללים חד משמעיים, מסורה, כאמור, לשיקול הדעת של בית הדין. מצב דברים כזה, עשוי להביא לקיומה של אי וודאות לגבי תוקפה של ההחלטה הנגועה, שעליה תמשיך לרחף חרב הביטול עד למתן ההחלטה הסופית, מצב שהוא לכל הדעות בלתי רצוי.

#### טענות המבקשת לעניין שינוי חזית בתשובת הממונה

72. טענה נוספת שמעלה ב"כ המבקשת בבקשתו עניינה בשינוי חזית שנפל, לטענתו, בתשובת הממונה לערר, אל מול האמור בקביעתו המקורית.

73. סעיפים 46-48 לתשובת הממונה: לטענת ב"כ המבקשת, טענת הממונה בסעיפים אלה, לפיה מדיניות ההטעיה של המבקשת כוונה גם כדי לפגוע במתחריה (Exclusion), חורגת מהאמור בקביעה המקורית, שם נקבע כי כוונת מדיניות ההטעיה היתה הגדלת רווחי המבקשת על חשבון כלל הצרכנים, ולא ניסיון למנוע את כניסתם של מתחריה לשוק (Exploitation).

74. איננו מקבלים טענה זו, שכן גם בקביעת הממונה נטען כי התנהגותה של המבקשת היה גם משום פגיעה במתחריה:

**"כך פני הדברים במקרה הנוכחי. כפי שיוסבר להלן, ב'מדיניות העמעום' של בזק בינלאומי ניתן למצוא כוונה לנצל צרכנים אשר נופלים קורבן להטעיה**

**מכוונת של הציבור, ואף כוונה לדחיקת רגלי מתחרים באופן העלול לגרום להם להתקשות בהשגת לקוחות - לא כתוצאה מתחרות לגיטימית מצד בעל המונופולין, אלא כתוצאה מהטעיית הצרכנים בידו.**" (קביעת הממונה מיום 9.11.97, עמ' 16)

ב"כ המבקשת מפנה בעניין זה לאמור בעמ' 29 לקביעה שם קובע הממונה כי :

**"בזק בינלאומי, אם כן, באה להטעות את הציבור לא במטרה למנוע את עצם כניסת המתחרים החדשים לשוק, אלא בכוונה לצמצם את הנזק העסקי שפעילותם תגרום לה."**

אולם דברים אלה אינם מלמדים על העדר כוונה לפגוע במתחרים החדשים אלא רק על העדר כוונה למנוע כליל את כניסתם של מתחרים אלה לשוק, זאת לאחר שבזק הבינה אל נכון כי באותו השלב תוצאה זו כבר היתה בלתי נמנעת. כך עולה גם מהמשך הקביעה בה נאמר :

**"הגדרה זו אינה מצטמצמת רק למקרים של מיגור התחרות או של מניעת היווצרותה, אלא כוללת גם השפעה שלילית מתונה בהרבה על רמת התחרות בשוק. אך ההגדרה רחבה דיה כדי לחול על מדיניות ההטעיה של בזק בינלאומי, אפילו מטרתה אך לצמצם את מידת אובדן נתח השוק שלה לטובת המתחרים החדשים בעת כניסתם לשוק".** (עמ' 30 לקביעה).

75. סעיפים 8-13 לתשובת הממונה : על פי הטענה, מעלה ב"כ הממונה בסעיפים אלה טענה שזכרה לא בא בקביעתו המקורית לפיה עשתה המבקשת שימוש לרעה במעמדה המונופוליסטי בכך שהחליטה שלא להוריד את תעריפיה, עת שיכלה לעשות כן. גם טענה זו דינה להידחות, שכן אין באמור בסעיפים אלה משום שינוי חזית אלא מתן תשובה לטענות שהעלתה המבקשת בעררה, באשר לחוסר יכולתה להוריד את תעריפיה עת נפתח שוק השיחות הבינלאומיות לתחרות. (ראה סעיפים 12,14,15,16,25-35 לערר).

76. סעיפים 14-30 לתשובת הממונה : לגבי סעיפים אלה הטענה היא כי הממונה מעלה בהם טענה חדשה לפיה ניצלה המבקשת את מעמדה המונופוליסטי לרעה בכך שזרעה מבוכה ומבולקה בשוק, במועד פתיחתו לתחרות. גם כאן, כמו בטענה ביחס לסעיפים 8-13 לעיל,

מתייחס הממונה בתשובתו לתיאור המצב העובדתי שהוצג על-ידי ב"כ המבקשת בכתב הערר (סעיפים 26-35 לערר). כך טענה המבקשת בערר כי היא היתה קורבן למבוכה ולמבולקה שנוצרו עם פתיחת השוק לתחרות. הממונה היה רשאי להשיב על טענה זו בכך שהמבקשת עצמה גרמה למצב זה.

77. האמור לעיל יפה גם לגבי הטענה הנוגעת לסעיפים 15-19 לתשובת הממונה, לפיה הממונה חרג בסעיפים אלה מהקביעה בכך שטען כי העוררת ניצלה את מעמדה המונופוליסטי לרעה בכך שהפחיתה תעריפים בניגוד לעמדת משרד התקשורת. גם כאן, מקובלת עלינו עמדת הממונה לפיה הוא רשאי היה להשיב על טענות המבקשת בערר לפיהן היא פעלה בנושא התעריפים בתיאום עם משרד התקשורת (סעיפים 28, 29 ו - 31 לערר).

78. סעיף 42 לתשובת הממונה : לגבי סעיף זה טענת ב"כ המבקשת היא, כי בסעיף זה טוען הממונה כי קביעת הממונה התייחסה גם לתעריפיה של המבקשת, בעוד שבפועל התייחסה הקביעה המקורית לדרך

פרסומם של מחירים אלה בלבד. מקובל עלינו כי הניצול לרעה נשוא הקביעה איננו נוגע לגובה התעריפים כשלעצמו. אולם מכאן אין נובע כי הקביעה איננה מתייחסת למדיניות התעריפים, בכל הקשור למדיניות העמעות על סעיפיה המיוחסת לעוררת בקביעה.

79. המבקשת מעלה בהקשר זה (בסעיף 19(ב) לבקשה) גם את הטענה לפיה הממונה מייחס לה בתשובתו הנהגת מחירים טורפניים, אולם לא מצאנו טיעון כזה בתשובת הממונה.

80. סעיף 33 לתשובת הממונה: ביחס לסעיף זה נטען כי האמור בו, לפיו מתייחסת קביעת הממונה לתקופה ארוכה, שתחילתה בשנת 1996 וסיומה בחודש יולי 1997 (עת נפתח שוק השיחות הבינלאומיות לתחרות), מהווה שינוי חזית לעומת קביעת הממונה המקורית, אשר מתייחסת, על פי הטענה, לפרק הזמן הקצר שראשיתו בחודש יולי 1997 עם פתיחת התחרות בלבד. חריגה זו עולה, לפי הטענה, גם מהאמור בסעיף 122 לתשובת הממונה, שם נטען כי קביעת הממונה מתייחסת "בעיקר לתקופה שעד לכניסת המתחרים החדשים".

איננו מקבלים גם טענה זו. בעמוד 6 לקביעה פותח הממונה את תיאור מעשיה של המבקשת, נשוא הקביעה:

**"בשנת 1996 ובמחצית הראשונה של שנת 1997 עסקה בזק בינלאומי בהיערכות לפתיחת שוק השיחות הבינלאומיות לתחרות, ולהתמודדות הבלתי נמנעת מול מתחריה החדשים ... אך יחד עם זה ובצד כל אלה, אימצה בזק בינלאומי ... מדיניות מכוונת, מפורשת, ורחבת היקף, שבאה להטעות את הציבור ולזרות בעיניו חול באשר למחיר שירותים אותם מספקת בזק בינלאומי ... " (שם, עמ' 6)**

בהמשך (עמודים 6-7 לקביעה) מפרט הממונה פעולות שונות שבוצעו על ידי המבקשת ויועציה, ולא נטען כי אלה נעשו דווקא בחודש יולי 1997. (ראה לעניין זה, למשל, ציטוט פרוטוקול דיון של דירקטוריון העוררת מיום 17.9.96).

81. לאור האמור אנו דוחים את הבקשה.

נקבע לדיון מקדמי ליום 17.2.2000 שעה 13:30.

ניתן היום, כ"ז בשבט תש"ס (3.02.2000), והודע.