



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 6426/13

לפני :
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט א' שהם

המערערת : קבוצת עזריאלי בע"מ

נגד

המשיב : הממונה על הגבלים עסקיים

ערעור על פסק דינו של בית המשפט להגבלים עסקיים
מיום 9.08.2013 בה"ע 29767-12-12 שניתן על ידי כבוד
השופטת נאוה בן אור

תאריך הישיבה : י"ג בסיון התשע"ד (11.6.2014)

בשם המערערת : עו"ד ד"ר דוד תדמור ; עו"ד שי בקל ;
עו"ד נאוה קרואני ; עו"ד עידו כנען

בשם המשיב : עו"ד אורי שוורץ ; עו"ד שני רפפורט ;
עו"ד צחי ברקוביץ

פסק-דין

השופטת א' חיות:

ערעור על פסק דינו של בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים (השופטת נ' בן אור) מיום 9.8.2013, לפיו נמחק על הסף ערר שהגישה קבוצת עזריאלי בע"מ (להלן: המערערת) נגד החלטת הממונה על הגבלים עסקיים להתנגד להסכם מיזוג בינה ובין משהר מרכזי קניות בילוי ופנאי בע"מ (להלן: משהר), מן הטעם שהערר הפך תיאורטי עם ביטול הסכם המיזוג על ידי משהר בעקבות החלטת הממונה.

1. המערערת ביקשה לרכוש ממשנה את מלוא זכויותיה הקנייניות במרכז המסחרי One Plaza בבאר-שבע, עסקה המהווה מיזוג כהגדרתו של מונח זה בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים). טרם ההתקשרות בעסקה פנתה המערערת אל הממונה על הגבלים עסקיים (להלן: הממונה) לקבלת חוות דעת מקדמית תחת סודיות בנוגע לעסקת המיזוג האמורה, וביום 12.7.2012 הודיע הממונה, באמצעות עו"ד קרופסקי, כי על פי המידע שהיה מצוי בידו באותה עת, אין על פני הדברים מניעה לאשר את המיזוג. סמוך לאחר מכן, ביום 24.7.2012, נכרת הסכם מיזוג בין המערערת ובין משהר (להלן: הסכם המיזוג או עסקת המיזוג) והודעת מיזוג על דבר ההסכם הוגשה על ידן בהתאם לחוק ההגבלים העסקיים. הממונה בחן את הסכם המיזוג וביום 25.11.2012 הודיע כי החליט להתנגד למיזוג. נימוקי ההתנגדות ניתנו על ידי הממונה ביום 19.12.2012 (ראו מוצג ג' למוצגי הממונה) ובמסגרתם ציין הממונה כי השינוי בעמדתו לעומת חוות הדעת המקדמית נובע מכך שהבדיקה המקדמית "השקטה" התבססה על הנתונים שהתקבלו מהצדדים ללא פנייה לצדדים שלישיים ומשכך הייתה מוגבלת מאוד מטבעה. עוד ציין הממונה כי בעקבות הפיכת הבדיקה לפומבית ניתן היה לבצעה במלואה תוך איסוף מידע מצדדים שלישיים וכי המידע שנאסף בבדיקה הגלויה וניתוחו שינו את עוצמת החששות התחרותיים הנובעים מן המיזוג והדבר הוביל לשינוי בעמדתו.

המערערת לא השלימה עם החלטתו זו של הממונה וביום 20.1.2013 הגישה ערר לבית הדין להגבלים עסקיים, בו פרטה את הטעויות שנפלו לשיטתה בהחלטת הממונה. בית הדין קיים דיון מקדמי הנוגע לגילוי מסמכים שנאספו על ידי הממונה מצדדים שלישיים, לאחר שאותם צדדים התנגדו להעברת מסמכים אלה לידי המערערת. דיון נוסף בסוגיה זו נקבע ליום 19.6.2013 ואליו זומנו אותם צדדים שלישיים, אך בפתח הדיון הודיע הממונה כי בכוונתו לבקש את מחיקת הערר על הסף משום שנודע לו בינתיים כי עסקת המיזוג מושא הערעור בוטלה זה מכבר, וזאת מהודעת דואר אלקטרוני ששלחה לו משהר ביום 17.6.2013. בהודעתה ציינה משהר כי העסקה בוטלה בעקבות החלטת ההתנגדות של הממונה, אך היא הוסיפה והבהירה כי עדיין קיימת אפשרות סבירה לביצוע העסקה, וזאת מבלי לגרוע מזכותה להתקשר בעסקאות עם גורמים אחרים. להודעה האמורה אף צורפה הפנייה לדיווח המיידני שנמסר בעניין זה לבורסה לניירות ערך ביום 26.11.2012, יום אחד לאחר הודעת הממונה כי הוא מתנגד למיזוג ועוד בטרם ניתנו על ידו הנימוקים לכך. בקשת הממונה למחיקת הערר

על הסף הוגשה ביום 3.7.2013 ולאחר קבלת תשובת המערערת ותגובת הממונה החליט בית הדין ביום 9.8.2013 להיעתר לבקשה והורה על מחיקת הערר.

2. בפסק-דינו ציין בית הדין כי יש טעם לפגם בכך שהמערערת לא פירטה בהודעת הערר את דבר ביטול הסכם המיזוג וכי מדובר בנתון רלוונטי אשר אילו פורט היה מקום להקדים ולקיים דיון בהשלכות שיש לביטול ההסכם על בירור הערר וזאת טרם בירור הסוגיות הנוגעות לגילוי מסמכים שבידי צדדים שלישיים. עם זאת לא ראה בית הדין באותו הפגם עילה מספקת למחיקת הערר ועל כן נפנה לדון ביתר הטענות שהעלה הממונה לעניין מחיקתו. בית הדין עמד בהקשר זה על זכות הגישה לערכאות שיפוטיות ועל החריג המבקש למנוע דיון אקדמי בעניינים שהפכו תיאורטיים ואין להם נפקות מעשית. בית הדין מצא כי במקרה דנן ובנסיבות שנוצרו הדיון בערר הוא אכן חסר נפקות מעשית, משום שביום שבו הודיע הממונה על התנגדותו למיזוג הודיעה משהר לבורסה על ביטול העסקה ודומה, כך הוסיף וקבע, כי לפחות מנקודת ראותה של משהר שלא הצטרפה כצד לערר, אין עוד כל עניין בקיום הבירור המשפטי הנוגע להחלטת ההתנגדות של הממונה. חיזוק למסקנתו זו מצא בית הדין בהודעה ששלחה משהר לממונה ביום 17.6.2013 המלמדת לגישתו כי משהר אינה רואה עצמה מחויבת באופן כלשהו כלפי המערערת. כמו כן ציין בית הדין כי טענת המערערת הנסמכת על האמור באותה הודעה ולפיה יש אפשרות סבירה שעסקת המיזוג תצא לפועל, אינה מגובה בתצהיר ועל כן מדובר בטענה בעלמא. עוד ציין בית הדין כי אם ייחתם הסכם חדש בין המערערת למשהר יהיה עליהן להגישו לעיון הממונה בהודעת מיזוג חדשה והוא ייבחן על ידו מחדש, על פי תוכנו ועל רקע ההשלכות התחרותיות שלו נכון לאותה עת. נוכח הנסיבות שנוצרו מבקשת המערערת למעשה, כך ציין בית הדין, הכרעה שיפוטית מוקדמת לגבי עסקת מיזוג עתידית שתנאיה ונסיבותיה אינם ידועים ואין לדעת אם תתקיים כלל ועיקר.

3. בית הדין המשיך ובחן את שאלת התקיימותו של החריג ל"כלל התיאורטיות" וקבע כי המערערת לא הצביעה על שאלה משפטית או עובדתית שיש לה נפקות רחבה החורגת מן המחלוקת הקונקרטית בין הצדדים, וכי אין בעובדה שהממונה שינה דעתו בעניין המיזוג כדי להוציא את המקרה הנדון מגדר נסיבותיו הקונקרטיות. בית הדין הוסיף ודחה בהקשר זה את טענת המערערת לפיה הליכי מיזוג מעצם טבעם הם בעלי אורך חיים קצר, ועל כן לעולם לא ניתן יהיה להביא את החלטת הממונה שלא לאשר מיזוג תחת שבט הביקורת השיפוטית. בית הדין ציין כי המציאות מלמדת שלעיתים מוצאים הצדדים תועלת בקיום ההתקשרות ביניהם עד לסיום ההליכים המשפטיים הנוגעים להחלטת הממונה, ומשכך דחיית הערר כתיאורטי בשל ביטול הסכם המיזוג

אין בו משום הענקת חסינות לממונה מפני ביקורת שיפוטית. בית הדין הוסיף וציין כי אישור הממונה אכן מהווה לרוב תנאי מתלה בהסכמי מיזוג, אולם ההסכם הנדון על פי נוסחו אינו פוקע מאליו בהעדר אישור ולכן לו רצתה משהר בקיומו של ההסכם, יכולה הייתה להצטרף כצד לערר במקום להודיע על ביטול ההסכם ביום בו נודעה לה החלטת הממונה. בית הדין הוסיף וציין כי להימנעות מהכרעה בערר דנן מתווסף שיקול נוסף והוא הפגיעה בצדדים שלישיים אם יתקיים הדיון בערר, שהפך תיאורטי לשיטתו. זאת, משום שחלק משמעותי מן המסמכים שאסף הממונה במסגרת הליכי הבדיקה עוסקים בסודות מסחריים הנוגעים בלב עסקיהם של אותם צדדים שלישיים.

מן הטעמים המפורטים לעיל כולם, קבע בית הדין כאמור שהערר הפך תיאורטי משעה שהסכם המיזוג בוטל, וכי המקרה דנן אינו בא בגדר החריגים לכלל לפיו ימנע בית המשפט מדיון בעניינים תיאורטיים.

טענות הצדדים והשתלשלות האירועים

4. המערערת טוענת כי קביעת בית הדין לפיה די בביטול הסכם המיזוג עקב התנגדות הממונה כדי לדחות את הערר על הסף, משמעה צמצום משמעותי עד כדי איון האפשרות לממש את הזכות החוקית להעמיד לביקורת שיפוטית את החלטות הממונה להתנגד למיזוג. בעניין זה מדגישה המערערת את הכלל לפיו אין לסלק תובענה על הסף אלא במקרים חריגים וקיצוניים וכי סילוק על הסף של ערר על החלטה מנהלית מחייב יתר זהירות משום שהוא פוגע לא רק בזכות היסוד של הפרט אלא גם באינטרס הציבור לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות הרשות.

לטענת המערערת בית הדין שגה ביישום הכלל לפיו אין לדון בעניין תיאורטי או אקדמי וזאת הן בקובעו כי הערר הנדון הינו תיאורטי, והן בקובעו כי הוא אינו בא בגדר החריגים לכלל האמור. המערערת טוענת כי במקרה דנן קיים בין הצדדים לערר סכסוך שפתרונו נדרש וכן היא טוענת כי הערר מבוסס על תשתית עובדתית תחומה וקונקרטית הנוגעת להשפעת המיזוג המבוקש על התחרות. עוד טוענת המערערת כי שגה בית הדין בכך שייחס משקל מכריע לשאלת נפקותו המעשית של הסעד שנתבקש בערר ובקובעו כי הוא נטול נפקות מעשית. לטענתה, אין ללמוד מביטול העסקה על ידי משהר בשל התנגדותו של הממונה למיזוג או מכך שלא הצטרפה כצד לערר, שאין לה עניין בבירורו, שכן ההחלטה להימנע מליטול חלק בערר על החלטה מינהלית, גם אם זו גרמה לפגיעה, עשויה לנבוע ממגוון טעמים ובהם למשל שיקולי יעילות. כן טוענת המערערת כי בית הדין לא ייחס משקל מספיק לקיומה של אפשרות סבירה לביצוע

עסקת המיזוג, אף שאפשרות כזו עולה מהודעתה של משהר וכי שגה בית הדין שעה שקבע כי מדובר בטענה בעלמא משלא גובתה בתצהיר. זאת, לשיטת המערערת, משום שנטל הראיה בעניין זה מוטל על הממונה כמי שביקש את מחיקת הערר, והדרישה לתצהיר מטעמה ומטעם משהר הופך את הנטל ללא הצדקה. יתרה מכך המערערת טוענת כי בית הדין קיבל את האמור בחלקה הראשון של ההודעה מטעם משהר באשר לביטול העסקה מבלי שהדבר נתמך בתצהיר, ועל כן אין לקבל את קביעתו לפיה אין להסתמך על חלקה השני של ההודעה באשר לקיום אפשרות סבירה לביצוע העסקה, בשל העדר תצהיר. המערערת מוסיפה וטוענת כי הסכם חדש בינה ובין משהר, ככל שיצור את אותה זיקה מבנית שנוצרה ביניהן על פי הסכם המיזוג המקורי, לא יחייב בחינה מחודשת של הממונה, ועל אחת כמה וכמה אם היא ומשהר יחזרו לעסקת המיזוג המקורית מבלי לשנות את תניותיה. פרשנות אחרת, כך לטענת המערערת, תוביל לתוצאה לפיה לעולם לא ניתן יהיה להשלים מיזוג שהממונה התנגד לו, אף אם בית הדין ביטל את החלטתו. מכל מקום המערערת סבורה כי אף אם נדרשת בחינה מחודשת של הממונה, הליך הערר הוא אקטואלי ובעל משמעות משום שקביעותיו של בית הדין בבירור הערר לגופו צפויות להנחות ולהבנות את הבדיקה המחודשת שיקיים הממונה. עוד טוענת המערערת כי העדר התחייבות חוזית אין משמעה כי מדובר בסעד תיאורטי, וכי המבחן אותו יש לאמץ לצורך סיווג הליך כתיאורטי הוא האם קיימת וודאות או קרבה לוודאות באשר לחוסר היכולת לממש את העסקה אם יתקבל הערר, כגון במקרה בו הנכס הנרכש נהרס או כאשר הפעילות הנרכשת אינה קיימת עוד. נוסף על כך, המערערת טוענת כי הערר הוא בעל נפקות מעשית מבחינתה וכי יש לה אינטרס לגיטימי בבירור החורג מגבולות המיזוג הנוכחי, בשל שורת ההחלטות שקיבל הממונה בענייניה השונים, הגורמות להצרת צעדיה כגורם עסקי.

5. לחלופין טוענת המערערת כי מכל מקום המקרה דנן נמנה עם החריגים לכלל לפיו בית המשפט לא ידון בעניין תיאורטי וזאת משום שהסכמי מיזוג מתאפיינים בתוחלת חיים קצרה ולרוב צדדים למיזוג לא יצליחו לשמר הסכם מיזוג בתוקף במהלך כל תקופת הבירור המשפטי. המערערת מוסיפה וטוענת כי אין הצדקה להגביל את החריג לכלל התיאורטיות שעניינו "תוחלת חיים קצרה" לעניינים עקרוניים בלבד החורגים מעניינו הפרטני של בעל הדין, שאם לא כן יתרוקן החריג מתוכן. לטענת המערערת היא אף הצביעה על שאלה בעלת נפקות עקרונית במקרה דנן, שכן עניינו של הערר בביקורת שיפוטית על סמכויות הממונה שיש בהפעלתן כדי לפגוע בחופש העיסוק ובקניין של חברות מתמזגות, וכן ברווחת הצרכן אם הממונה מחליט שלא לאשר מיזוג שאינו פוגע בתחרות. לטענת המערערת המקרה הנדון הוא בעל השלכות

משמעותיות גם ביחס ליכולתם של גורמים עסקיים לעשות שימוש בכלי של חוות דעת מקדמית, וביחס להגדרת הנסיבות בהן רשאי הממונה לחזור בו מהחלטה מקדמית.

בנוסף, סבורה המערערת כי בית הדין סטה מפסיקותיו הקודמות, ומפסיקותיו של בית משפט זה באשר לכלל התיאורטיות וכן שגה בקובעו כי פגיעה בצדדים שלישיים היא שיקול "כבד משקל" התומך במחיקת הערר על הסף. לבסוף, טוענת המערערת כי לא היה עליה לציין את דבר ביטול הסכם המיזוג בהודעת הערר משום שביטולו אינו מעלה ואינו מוריד, לשיטתה, לעניין סיווג הערר כתיאורטי וכן משום שדבר ביטול הסכם המיזוג היה ידוע לממונה, נוכח פרסום הדבר וכן נוכח התנאי המפורש הכלול בהסכם המיזוג שהוצג לממונה, המקנה לכל צד את הזכות לבטל בהעדר אישור הממונה למיזוג.

6. הממונה מצדו שב וטוען כי הימנעות המערערת מלהביא את דבר ביטול העסקה לידיעת בית הדין נגועה בחוסר תום לב ומצדיקה כשלעצמה את מחיקת הערר, שכן הנטל ליידע את בית הדין כי עסקת המיזוג בוטלה מוטל עליה והנחת המוצא היא כי בין הצדדים קיימת עסקה תקפה. כמו כן, טוען הממונה כי בית המשפט לא יידרש לבירור הליך הנושא אופי עיוני תיאורטי אלא במקרים חריגים, וכי משבוטלה ההתקשרות בעסקת המיזוג ומשהר ראתה עצמה חופשית לקיים מגעים להתקשרות בעסקה עם גורמים אחרים, צדק בית הדין בקובעו כי הערר הפך לתיאורטי וכי הסעד שנתבקש בו חסר נפקות מעשית. האפשרות ההיפותטית כי בעתיד תיקשר עסקה חדשה בין משהר למערערת אינה משנה, לטענת הממונה, את אופיו התיאורטי של הערר הנוכחי ואין די בה על מנת להצדיק דיון בערר בהעדר התחייבות חוזית תקפה בין הצדדים. לשיטתו, המבחן החלופי המוצע על ידי המערערת, לפיו הליך הוא תיאורטי רק מקום בו קיימת וודאות או קרבה לוודאות באשר לחוסר האפשרות לממש את העסקה, משמעו פתיחת פתח רחב לניהול דיוני סרק. עוד טוען הממונה כי ככל שבעתיד יתקשרו המערערת ומשהר בעסקה חדשה, הרי שזו תהא טעונה אישור של הממונה אשר יבחן את העסקה בהתאם לתוכנה ועל רקע מצב התחרות באותה עת. זאת, בין היתר משום שהחלטת הממונה אם לאשר מיזוג או להתנגד לו ניתנת על סמך ההסכם המסוים שנכרת בין הצדדים והזיקה הנוצרת בין הצדדים לעסקה מכוחו. הממונה מוסיף ומציין כי ככל שבעתיד יתקשרו המערערת ומשהר בהסכם חדש אשר לא יזכה לאישור הממונה, תהא פתוחה בפניהם הדרך לערר על החלטה זו של הממונה ועל כן אין בפסק הדין של בית הדין כדי לשלול מן המערערת את זכותה להתקשר בעסקת מיזוג עם משהר, ואין בו כדי לשלול ממנה את יומה בבית המשפט. לשיטת הממונה האפשרות כי קביעתו של בית הדין תשפיע על מחלוקות עתידיות העשויות להתעורר בין הממונה

למערכת בעניינים אחרים אף היא אינה מצדיקה דיון בערר לאחר שאיבד את משמעותו האופרטיבית.

הממונה מוסיף וטוען כי המקרה דנן אינו נמנה עם המקרים החריגים בהם על בית הדין לדון בערר חרף היותו תיאורטי. לגישתו אין מדובר בסוגיה שמעולם לא ניתן לדון בה בטרם תהפוך תיאורטית, שכן יש בידי הצדדים לעסקה יכולת לשמר את התחייבותם החוזית במהלך ניהול הערר וזאת גם אם החליט הממונה שלא לאשר את המיזוג, כפי שניתן ללמוד ממקרים שונים אשר נדונו בפני בית הדין ועסקו בהחלטת הממונה להתנגד למיזוג. הממונה מציין כי אל מול העלויות הכרוכות, לטענת המערער, בשימור תוקפו של הסכם המיזוג לאורך ניהול ההליכים כאמור, יש לשקול את העלויות שעל הציבור לשאת בהן בניהול ערר בגין עסקה שבוטלה. כמו כן טוען הממונה כי המקרה דנן אינו מעלה סוגיה עקרונית בעלת חשיבות ציבורית, שכן עניינו בעסקת מיזוג מסוימת ובהשלכותיה על התחרות בשוק גיאוגרפי מסויים. לבסוף, מציין הממונה כי עררים מתנהלים על למעלה מ-30% מהחלטותיו להתנגד למיזוג ומשכך טענתה של המערער בדבר העדר ביקורת שיפוטית על החלטות הממונה, משוללת יסוד.

7. להשלמת התמונה יצוין כי ביום 7.1.2014 הגישה המערער בקשה לצירוף ראייה נוספת - התכתבות בינה לבין הממונה - שנערכה לאחר קבלת פסק דינו של בית הדין והעוסקת באיתור עסקאות מיזוג שנותרו בתוקף בעת שבית הדין קיים דיון בהחלטות הממונה להתנגד להן. לטענת המערער, הראיה שצירופה מתבקש מבססת את טענתה כי רק במקרים נדירים, אם בכלל, יעלה בידי הצדדים למיזוג לשמר את ההתחייבות החוזית ביניהם עד תום הבירור המשפטי על החלטת הממונה. הממונה מצדו אינו מתנגד לצירוף הראיה אך טוען כי היא אינה מעלה ואינה מורידה לצורך הכרעה בערעור דנן. אקדים ואומר כי נוכח המסקנה אליה הגעתי אין צורך להידרש לראיה האמורה.

8. בדיון שהתקיים בפנינו ביום 11.6.2014 נתנו הצדדים את הסכמתם למתווה דיוני שהוצע על ידנו ולפיו תמציא המערער מסמך מטעם משהר לפיו הודעתה לממונה מיום 17.6.2013 באשר לקיומה של אפשרות סבירה לביצוע עסקת המיזוג עם המערער, בעינה עומדת. עוד הוסכם כי ככל שיומצא מסמך כאמור, יוחזר הערר לערכאה הדיונית כדי שתדון בו לגופו. ביום 26.6.2014 הודיעה המערער כי לא עלה בידה להמציא מסמך כתוב מאת משהר בעניין זה וכי משהר העדיפה שלא להעלות את עמדתה על הכתב בשל שיקולים עסקיים, טקטיים ואסטרטגיים. עם זאת צירפה

המערערת תצהיר של באת-כוחה לפיו בבוקר הדיון בפנינו אישר לה סמנכ"ל הכספים של מבני תעשייה (חברת האם של משהר) ומי שניהל מטעם משהר את המשא ומתן לקראת התקשרות בעסקת המיזוג נושא הערעור, כי הודעתה של משהר לממונה מיום 17.6.2013, ככל שהיא נוגעת לקיומה של אפשרות סבירה לביצוע עסקת המיזוג - עומדת בעינה. הממונה מצדו טוען כי העובדה שהמערערת לא הצליחה לספק מטעם משהר את המסמך הכתוב שעליו דובר, מצביעה על העדר היתכנות סבירה לביצוע העסקה ומשכך יש לדחות את הערעור.

דיון והכרעה

9. האם צדק בית הדין בקובעו כי הערר שהגישה המערערת על החלטת הממונה הפך תיאורטי משעה שהתברר כי הסכם המיזוג בין הצדדים בוטל בעקבות התנגדות הממונה למיזוג? זוהי השאלה הראשונה הטעונה הכרעה בערעור דנן ובהנחה שהתשובה עליה חיובית, יש להוסיף ולבחון האם למרות זאת יש הצדקה לדון בערר בשל התקיימות אחד או יותר מן החריגים לכלל לפיו אין לדון בעניין תיאורטי והאם שגה בית הדין בקובעו כי אף אחד מן החריגים אינו מתקיים בנסיבות העניין?

10. זכות הגישה לערכאות, אף שאינה מעוגנת בחוקי היסוד, הוכרה בפסיקה הישראלית כזכות בעלת מעמד חוקתי בהיותה "תנאי בלעדיו-אין להגשמת הזכויות המהותיות הנתונות לאדם, אשר נותרות, בהעדרה, חסרות ערך ממשי" (רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני, פסקה 22 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (18.7.2011)). ראו גם ע"א 579/90 רזין נ' בן-נון, פ"ד מו(3) 738, 742 (1992); ע"א 3833/93 לוי נ' לוי, פ"ד מח(2) 862, 874 (1994)). אכן, הצבת משוכות בפני זכות הגישה לערכאות עלולה להוליד הצבת משוכות בפני השמירה על שלטון החוק, בפני ההגנה על זכויות יסוד ובפני יכולתו של הפרט לקבל סעד בגין עוולות הנגרמות לו על ידי פרטים אחרים או על ידי רשויות השלטון. נוכח חשיבותה הרבה של זכות הגישה לערכאות נדרשים טעמים כבדי משקל אשר יצדיקו את שלילתה. על כן מחויב בית המשפט לנקוט זהירות מופלגת בטרם יחליט לסלק הליך על הסף מבלי לדון בו לגופו (חמי בן-נון וטל חבקין הערעור האזרחי 207 (מהדורה שלישית, 2012); ע"א 5634/05 צוקית הכרמל פרוייקטים בע"מ נ' מיכה צח חברה לקבלנות כללית בע"מ, פסקה י"ב (4.6.2007); ע"א 693/83 שמש נ' רשם המקרקעין תל-אביב-יפו, פ"ד מ(2) 668, 771-772 (1986)). עמד על כך בית משפט זה באומרו:

"במשטר דמוקרטי הפונקציה הבסיסית המוטלת על הרשות השופטת היא הכרעה בסכסוך, בין סכסוך בין פרטים ובין מחלוקת בין פרט לבין רשות שלטונית. תפיסה זו הולידה את הכלל כי שערי בית-המשפט לא יינעלו בפני מי שמבקש סעד מרשות שיפוטית אלא מטעמים כבדי משקל" (ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד נז(5) 444, 433 (2003)).

ואולם, ככל זכות חוקתית, זכות הגישה לערכאות אף היא איננה זכות מוחלטת, וככל שהיא מתנגשת עם זכויות או אינטרסים אחרים הראויים להגנה, יש לערוך איזון מתאים בינה ובין אותם הזכויות והאינטרסים על מנת להגיע לתוצאה הולמת המביאה בחשבון את מכלול השיקולים הרלוונטיים הצריכים לעניין.

11. במקרה שלפנינו ניצב אל מול זכות הגישה לערכאות האינטרס הציבורי שבית המשפט לא ידון בעניין בעל אופי אקדמי-תיאורטי. נוכח אינטרס זה פיתחה הפסיקה הישראלית את דוקטרינת "הבעיה האקדמית" שהיא אחת ממכלול "יצירות שיפוטיות מווסתות", ככינוין בפי השופט א' ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429, 440 (1980) (להלן: עניין סגל), הנוצרות, בין היתר, בשל רצונו של בית המשפט לווסת את זרם הפניות המוגשות אליו. סוגיה תיאורטית הוגדרה בפסיקה כסוגיה אשר "אינה נדרשת לפתרון סכסוך בר-קיימא בעת העיסוק בה. היא אינה מתבססת על מערכת עובדות ספציפית, ואינה כרוכה בבקשת סעד קונקרטי, אלא מעלה שאלה משפטיות, בעלת אופי כללי, ללא קשר הדוק לנסיבות מקרה מסוים" (בג"ץ 1181/03 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 30 (28.4.2011) (להלן: עניין בר-אילן); ראו גם בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 249-250 (1999) (להלן: עניין צמח)). אכן, תביעה או עתירה המוגשת לבית המשפט מן הדין כי תהיה לה, ככלל, נפקות מעשית והכלל המשפטי המבקש למנוע דיון תיאורטי שאין לו נפקות כזו יסודו בהסתייגות מקבלת החלטות שיפוטיות בהעדר תשתית עובדתית קונקרטית וכן בשאיפה לנצל בצורה יעילה את המשאבים השיפוטיים המוגבלים ולוודא כי בית המשפט אינו משחית את זמנו היקר לריק בדיונים שאין להם נפקות מעשית כאמור (אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי: עילות הסף כרך שני 245-246 (2008)). יפים לעניין זה דבריה של השופטת א' פרוקצ'יה בעניין בר-אילן:

"דרך-כלל, הכרעה בעתירה תיאורטית אינה עולה בקנה אחד עם התפקיד השיפוטי המובהק שנועד להכריע במחלוקות ממשיות ולמצוא להן פתרון; היא עלולה להסיג בכך את גבולן של רשויות שלטון אחרות; נעדר

בה תיחום קונקרטי של ענין שיש להכריע בו; וקיים חשש, הטבוע בשיטה האדוורסרית, כי טיעון תיאורטי לא ימצא את כל רבדיו של הענין; מתלווה לכך גם חשש מהכבדה לא ראויה על בית המשפט בעניינים שאינם מחייבים הכרעה, לאור הנטל הכבד הרובץ על שכמו המחייבו לפסוק בעניינים בעלי נפקות מעשית." (עניין בר-אילן, פסקה 30).

בצד הכלל האמור פותחו עם זאת חריגים לאותו הכלל אשר בהתקיימם יצדיקו דיון אף שמדובר בעניין תיאורטי. כך הדבר כאשר מתעוררת שאלה חשובה אשר לא ניתן לפסוק בה אלא כשהיא מוצגת כשאלה כללית המנותקת ממקרה קונקרטי, וכן כאשר הסוגיה היא בעלת "אורך חיים קצר" באופן שעל פי רוב היא הופכת תיאורטית טרם שהגיע מועד הדיון בה. שיקול נוסף בעניין זה הוא חשיבותה של הסוגיה הניצבת על הפרק (עניין צמח, בעמ' 250; עניין בר-אילן, פסקה 31; שרגא ושחר, בעמ' 251-246; בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 145-146 (1985); בג"ץ 2406/05 עיריית באר-שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 4 (27.7.2005) (להלן: עניין עיריית באר-שבע)).

בשונה מן הדין הישראלי אשר בו, כאמור, שורטטו בפסיקה קווי המיתאר של הכלל לפיו אין דנים בעניין תיאורטי לרבות חריגיו, בדין האמריקאי האיסור לדון בשאלות תיאורטיות אקדמיות (Mootness Doctrine) מקורו בהוראה קונסטיטוציונית, התוחמת את גדר סמכותם של בתי המשפט וקובעת כי עליהם לדון אך ורק בעניינים שיש בהם מחלוקת אמיתית ("Case" or "Controversy") - U.S. CONST. art. III, § 2, - cl.1. בהעדר הוראה דומה בחקיקה הישראלית, נתונה לבית המשפט הישראלי, בהבדל מבית המשפט האמריקאי, יתר גמישות בבואו לקבוע מהו עניין תיאורטי וכן נתונה לו הסמכות לדון בעניין גם אם הגיע למסקנה כי הוא תיאורטי. שיקול הדעת מתי יפעיל בית המשפט את סמכותו זו - כחריג לכלל לפיו אין בית המשפט דן בעניין תיאורטי - מסור לידי (ראו זמיר, בעמ' 1821, ולשיקול דעת דומה המסור לבית המשפט בעילות סף אחרות, השוו: בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 457-458 (1988); בג"ץ 86/89 שנקר נ' ראש המועצה המקומית רמת-השרון, פ"ד מב(4) 777, 781-780 (1989)).

ויודגש - בבואו לקבוע האם הסוגיה שפניו היא תיאורטית-אקדמית וכן בהפעילו את שיקול הדעת לדון בעניין אף שהוא תיאורטי, על בית המשפט ליתן דעתו למעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות עליה עמדנו לעיל וכן להלכה הנגזרת מכך ולפיה, ככלל, יש לנקוט גישה מצמצמת ביישום הכללים המשפטיים השוללים זכות זו.

12. אל הטעמים אותם מנינו לעיל בגינם מן הראוי להפעיל בזהירות יתרה את הסמכות הנתונה לבית המשפט לסלק הליך על הסף, מצטרף במקרה שלפנינו טעם נוסף הנעוץ בסוג ההליך שבו עסקינן והוא - ערר על החלטת הממונה להתנגד להסכם המיזוג בין המערערת למשהר. נוסחו של סעיף 22(ג) לחוק ההגבלים לפיו הוקנתה לבית הדין הסמכות לדון בערר זה מלמד כי מדובר בסמכות רחבה לפיה "בית הדין רשאי לאשר את החלטת הממונה, לבטלה או לשנותה". לשון אחר - אין מדובר בביקורת שיפוטית "רגילה" על החלטת הממונה לפי כללי המשפט המינהלי אלא בסמכות הנתונה לבית הדין לבחון מחדש את החלטת הממונה ולסטות ממנה, אם לשיטתו יש לעשות כן, וזאת גם מבלי שהחלטה נגועה בפגם מן הפגמים המצדיקים התערבות בהחלטה על פי כללי המשפט המינהלי (ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, 228 (1998); ע"א 3398/06 הרשות להגבלים עסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ, פסקה 26 (6.12.2006) (להלן: עניין דור-אלון)). הטעם שבהקניית סמכות רחבה מסוג זה לבית הדין נעוץ במומחיותו ובמקצועיותו בתחום ההגבלים העסקיים (ליונל אריה קסטנבאום "פיקוח על מיזוגים - הלכה ומעשה" הפרקליט מ(3) 395, 412 (התשנ"א)). על מנת לאפשר לבית הדין להפעיל הלכה למעשה את הסמכות הרחבה הנתונה לו כאמור לבחון את החלטות הממונה בענייני מיזוג יש, אפוא, לנקוט גישה מצמצמת בהחלט מבחני סף השוללים את הדיון בערר לגופו. עמד על כך בית הדין בפרשת יהודה פלדות באומרו:

"יש חשיבות רבה לביקורת שיפוטית על החלטות הממונה, אשר עשויות להשפיע על עיצוב דיני התחרות כמו על חיי הכלכלה, מעבר למקרה הקונקרטי... מקום בו החוק קובע זכות ערר על החלטות הממונה, המדיניות הראויה בה יש לנקוט היא צמצום והחלשה של מבחני הסף, במקרה זה כלל האקטואליות, וחתימה אל עבר בחינה עניינית של החלטות הממונה, לאור דיני ההגבלים העסקיים." (בש"א (י-ם) 928/03 הממונה על הגבלים העסקיים נ' יהודה פלדות, פסקה 10 (24.10.2004) (להלן: פרשת יהודה פלדות)).

החלשת מבחני הסף והעדפת דיון ענייני וביקורת שיפוטית על החלטות הממונה תואמת את המגמה השיפוטית הכללית של היחלשות מבחני הסף הנוהגים בעתירות ועררים המופנים כנגד החלטות מנהליות, תוך חיזוק זכותו הדיונית של האזרח לפנות לערכאות (יורם רבין 'זכות הגישה לערכאות' כזכות חוקתית 196-190 (1998); דפנה ברק-ארז עוולות חוקתיות 236-240 (1993). כמו כן ראו והשוו: בג"ץ 170/87 אטולין נ' ראש עיריית קרית גת, פ"ד מב(1) 678, 692 (1988); יצחק זמיר

הסמכות המינהלית כרך ג 1649-1650, 1696-1697 (2014). עוד ראו והשוו: Case T-22/97 Kesko Oy v. Commission [1999] E.C.R II-03775 § 58-9.

13. בנסיבות המקרה דנן ובשונה מקביעתו של בית הדין, אני סבורה כי אין לומר שהערר שהגישה המערערת על החלטת הממונה הפך תיאורטי. הערר הופנה נגד החלטת הממונה והוא נוגע למקרה ספציפי המבוסס על תשתית עובדתית קונקרטית שעל בסיסה ניתן להכריע בו. הערר אינו מכוון, אפוא, כלפי מדיניות כללית של הממונה, אלא כלפי החלטה מסוימת שניתנה על ידו (ראו והשוו: בג"ץ 10026/04 פועלים אי.בי.אי חיתום והנפקות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (6.2.2005)). הממונה בסיכומיו בפנינו ציין אף הוא כי הסוגיה המועלית בערר היא קונקרטית ונוגעת להשלכות שתהיינה למיזוג על התחרותיות בשוק הגיאוגרפי באזור באר-שבע (סעיף 93 לסיכומי הממונה) ומשכך הדיון בהחלטת הממונה שלא לאשר את המיזוג האמור לא יתקיים בחלל ריק וייתחס לתשתית העובדתית הקונקרטית הרלוונטית לעניין. בכך יש משום מענה לחשש הראשון המונח בבסיסו של הכלל לפיו בית המשפט אינו דן בעניין תיאורטי.

אשר לסוגיית נפקותו המעשית של הסעד. מעשיות הסעד היא עניין של מידה, ואותה על בית המשפט לבחון בכל מקרה ומקרה תוך שהוא משווה לנגד עיניו את הגישה הזהירה שיש לנקוט בה כמפורט לעיל ביישום מבחני סף השוללים את הגישה לערכאות. המקרים אשר בהם היה בית משפט זה נכון לקבוע כי מדובר בהליך שהוא חסר נפקות מעשית שונים בתכלית מן המקרה שבפנינו. כך למשל בעניין עיריית באר-שבע, הוגשה עתירה הנוגעת לפסק דין שניתן על ידי בית הדין הארצי לעבודה בסכסוך עבודה אך בעוד העתירה תלויה ועומדת נפתר הסכסוך ועל כן נקבע שם כי העתירה הפכה לתיאורטית. בבג"ץ 3574/12 פישר נ' ממשלת ישראל (7.7.2013), הופנתה העתירה בעיקרה נגד החלטת הממשלה למנות אדם מסוים לתפקיד המנהל הכללי של משרד האוצר. משמונתה מנהלת אחרת למשרד האוצר, עם כינונה של ממשלה חדשה, נקבע כי העתירה הפכה לתיאורטית והטעם לדון בה התייתר בהעדר מחלוקת רלוונטית. פסיקתו של בית הדין ממחישה אף היא את מידת חוסר המעשיות של הסעד הנדרשת לצורך הקביעה כי מדובר בהליך תיאורטי. בעניין יהודה פלדוט, קבע בית הדין כי הערר שהוגש על החלטת הממונה שלא לאפשר לעוררת לרכוש ציוד של חברה בפירוק, הפך תיאורטי משנמכר הציוד לצד שלישי ולמרות זאת, הערר נדון לגופו כחריג לכלל התיאורטיות לאחר שנקבע כי הסוגיה הינה בעלת "אורך חיים קצר" (שם, פסקה 10). ובעניין טרפללקס (ה"ע (י-ם) 803/08 טרפללקס קומפאונדס (1994) בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (18.2.2010)), צוין כי נוכח הפסקת הפעילות אותה ביקשו לרכוש

במסגרת עסקת המיזוג ניתן היה לדחות את הערר על הסף - אף שהדבר לא נעשה בפועל - משום שהוא נעדר משמעות אופרטיבית.

מכאן אין ללמוד בהכרח כי רק במקרים קיצוניים אשר בהם אין עוד יכולת אובייקטיבית לבצע את העיסקה ניתן יהיה לסלק ערר על הסף כהליך תיאורטי ובהחלט ייתכנו מקרים פחות קיצוניים אשר בהם ביטולה של עסקת מיזוג עשוי להפוך ערר על החלטת הממונה להתנגד לעסקה, לערר תיאורטי. מבלי להציג בעניין זה רשימה ממצה כך הוא למשל המקרה אם עסקת המיזוג בוטלה כדין מסיבות שאינן קשורות להתנגדות הממונה או אם הצדדים, מטעמיהם, זנחו את העסקה לאחר הגשת הערר ואינם חפצים עוד בביצועה (ראו והשוו: *United States v. Mercy Health Services*, 107 F.3d (8th Cir. 1997) 632). במצב דברים כזה אכן אין עוד כל נפקות מעשית להכרעת בית הדין בערר ולהסרת המניעה הרגולטורית. אך המקרה שבפנינו אינו מצריך קביעת מסמרות בעניין זה משום שבנסיבות הרלוונטיות לענייננו די אם נאמר כי אין מדובר בעניין חסר נפקות מעשית וזאת נוכח הודעתה של משהר מיום 17.6.2013 המאשרת כי אף שהסכם המיזוג בוטל על ידה בעקבות החלטת הממונה "עדיין קיימת אפשרות סבירה לביצוע עסקה עם עזריאלי בנוגע לנכס", הגם שהיא שמרה לעצמה את הזכות לקיים מגעים עם גורמים אחרים ולהתקשר עמם בעסקאות ככל שתמצא לנכון. ובמילים אחרות - במועד שנקבע לדיון בערר בפני בית הדין אישרה משהר כי יש היתכנות סבירה לכך שבסופו של יום, ובכפוף לתוצאות ההתדיינות בערר, העסקה תצא אל הפועל. מהלך זה מצד משהר אשר בנסיבות שנוצרו ביקשה לשמור מבחינתה על כל הערוצים פתוחים, אינו זר למציאות העסקית שבה יש לגורם הזמן משמעות כלכלית מובהקת (לחשיבות המיוחדת הנודעת לקיום מהיר ויעיל של הליך אישור המיזוג, ראו סעיף 20(ב) לחוק ההגבלים, וכן ראו והשוו: ע"א 4843/91 אסם תעשיות מזון בע"מ נ' עלית תעשיות מזון ישראליות בע"מ, פ"ד (מו) 876, 879-878 (1992); ה"כ (י-ם) 36014-12-10 קניאל תעשיות אריזה בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פסקה 6 (3.1.2011). לעניין החתירה לדיון מהיר ויעיל בפני בית הדין באופן כללי, ראו גם סעיף 40(א) לחוק ההגבלים).

בנסיבות אלה שגה בית הדין בקובעו כי אין כל נפקות מעשית לדיון בערר.

14. בית הדין הוסיף וקבע כי אפילו תיחתם מחדש עסקה בין הצדדים בעקבות הדיון בערר יהיה עליהם להגיש הודעת מיזוג חדשה ועל הממונה יהיה לבחון את השלכות העסקה על התחרות לפי הנתונים שיהיו בפניו אותה עת. גם בשל כך סבר בית הדין כי הערר נעדר נפקות מעשית. דעתי שונה. אם הערר יתקבל במלואו או אפילו אם

קבלתו תותנה בתנאים כלשהם והצדדים יחליטו "להחיות" את ההסכם המקורי ביניהם בעקבות כך, כי אז לא יידרש לטעמי מהלך חדש של הודעה ואישור הממונה, שכן החלטתו להתנגד לאותה עסקה עברה את שבט הביקורת של בית הדין להגבלים עסקיים, המוסמך לאשר, לבטל או לשנות את החלטת הממונה (סעיף 22(ג) לחוק ההגבלים). במצב דברים זה, ונוכח העובדה שבית הדין בוחן את עסקת המיזוג על פי הנתונים התחרותיים העדכניים למועד הדיון (עניין דור-אלון, פסקה 37), יוכלו הצדדים לחזור להסכם המקורי עם או בלי שינויים (כהחלטת בית הדין), מבלי שהעסקה תהיה טעונה שוב את אישורו של הממונה. זאת בדומה למצב דברים אשר לגביו לא טען הממונה כי נדרש אישור מחדש של העסקה על ידו, וכוונתי למצב דברים שבו היה הסכם המיזוג נותר בתוקף לאורך התקופה בה מנוהל ההליך המשפטי בלא שמי מהצדדים ביטל אותו. מסקנה אחרת אכן הופכת את החלטתו של בית הדין לחסרת נפקות מעשית לא רק במקרים שבהם החוזה בתוקף למרות התנגדות הממונה אלא גם במקרים שבהם הותירו הצדדים את החוזה בתוקף למרות התנגדות זו והמתינו להכרעה השיפוטית. ויודגש - ככל שהצדדים יתקשרו בעסקת מיזוג חדשה, אשר תנאיה שונים מתנאי ההתקשרות המקורית באופן המשנה את הזיקה המבנית שיוצר המיזוג ומשכך גם את הניתוח התחרותי הנובע ממנו, כי אז נראה שהסכם חדש כזה אכן יהא טעון אישור הממונה בכפוף לעקרונות שיקבעו על ידי בית הדין בהחלטתו לעניין התנגדות הממונה לעסקה המקורית.

15. העובדה שמשחר לא הצטרפה כצד לערר אף היא אינה מובילה בהכרח למסקנה כי אין לה עניין בבירורו וכי מדובר בהליך חסר נפקות מעשית. סעיף 22(א) לחוק ההגבלים העסקיים מורה כי אם התנגד הממונה למיזוג חברות, או התנה את הסכמתו בתנאים "רשאית כל אחת מהחברות המבקשות להתמזג להגיש ערר לבית הדין...". עינינו רואות - הגשת ערר על ידי שני הצדדים לעסקת המיזוג איננה תנאי לדיון בו. על כן אין די בכך שמשחר לא הצטרפה כצד לערר כדי לקבוע שהיא אינה מעוניינת עוד בעסקת המיזוג וכי הדיון בערר הפך בשל כך לתיאורטי. אדרבא הודעתה של משחר מיום 17.6.2013 מלמדת כי ככל שהדבר תלוי בה קיימת אפשרות סבירה לביצוע העסקה עם המערערת, וזאת למרות שבחירה להותיר את מלאכת "הוצאת הערמונים מן האש" בידי המערערת. לא נעלמה מעיני העובדה כי לאחר הדיון שהתקיים בפנינו לא הצליחה המערערת להציג בעניין זה מסמך כוונות כתוב מטעם משחר, בהתאם להסדר הדיוני שהושג בהמלצתנו בין הצדדים. ואולם, הודעתה של משחר מיום 17.6.2013 הנזכרת לעיל וכן תצהירה של בא-כוח המערערת, עו"ד מיכל קמיר, שהוגש לנו במצורף להודעת המערערת מיום 26.6.2014, לפיו חזר נציג משחר בפניה גם בבוקר הדיון בפנינו על העמדה שהובעה בהודעה, די בהם על מנת לקבוע כי בעת שהתקיים

הדיון בערר בפני בית הדין וכן בעת שהתקיים הדיון בערעור בפנינו, אין לומר כי הדיון בערר חסר נפקות מעשית במידה ההופכת אותו לתיאורטי והשוללת על הסף את הצורך לקיימו.

16. טרם סיום, ראוי להידרש לטענתו של הממונה כי המערערת פעלה בחוסר תום-לב משנמנעה להביא את דבר ביטול העסקה לידיעתו ולידיעת בית הדין וכי מטעם זה בלבד היה מקום לדחות את הערר על הסף. אכן, חובת תום הלב חולשת על כל ענפי המשפט האזרחי, המהותי והדיוני כאחד, ומכוחה מוטלת על בעל דין החובה לפרוש בפני בית המשפט את התשתית העובדתית במלואה והסתרת פרטים מבית המשפט גם אם לא נעשתה במכוון, עשויה להיחשב כהתנהלות שלא בתום לב מצידו ולהביא למחיקת התובענה על הסף (ע"א 999/09 זגיר נ' אלענאני, פסקה 30 (23.12.2010); בש"א 2236/06 חממי נ' אוחיון, פסקאות 10-11 (5.6.2006); רע"א 9200/06 דזין נ' Bea Hotels N.V, פסקה 5 (3.12.2006); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 12-13 (מהדורה אחת עשרה, 2013)). עם זאת, הסנקציה של דחיית תובענה על הסף מטעם זה ראוי לה כי תופעל במשורה ובוזהירות יתרה נוכח ההשלכות הקשות שיש לכך על זכות הגישה לערכאות (ראו ר"ע 218/85 "אריה" חברה לביטוח בע"מ נ' שטמר, פ"ד לט(2) 452, 456-455 (1985); בש"א 6479/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שנפ, פסקה 8 (15.1.2007); בע"מ 7784/12 פלונית נ' פלוני, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארו (28.7.2013)). המערערת אכן לא הביאה בפני בית הדין את העובדה כי הסכם המיזוג בוטל על ידי משהר לאחר החלטת הממונה ובכך שגתה, שכן מדובר ללא ספק בעובדה מהותית לדיון בערר, גם אם המערערת סברה אחרת. ההסבר שהציגה המערערת בהקשר זה ולפיו עובדה זו נודעה ברבים נוכח ההודעה שמסרה משהר לבורסה לניירות-ערך, הוא הסבר בלתי מספק בעליל וברי כי אין באותו פרסום כדי לגרוע מחובתה של המערערת להביא בפני בית הדין את מלוא העובדות הרלוונטיות לערר. פגם זה בהתנהלותה של המערערת, אף אם נכונה אני להניח לטובתה כי לא פעלה במתכוון להסתרת עובדה זו מעיני הממונה ומעיני בית הדין, ראוי לביקורת. ואולם, אין בו בנסיבות העניין להוליק, כשלעצמו, לדחיית הערר על הסף וכך סבר בצדק גם בית הדין. לעומת זאת יש בהחלט מקום ליתן ביטוי למורת-הרוח שמעוררת התנהלותה זו של המערערת בכל הנוגע לפסיקת הוצאות (ראו והשוו: רע"א 6658/09 מולטילוק בע"מ נ' רב בריח (08) תעשיות בע"מ, פסקה 13 (12.1.2010)).

17. סיכומו של דבר – אציע לחבריי לקבל את הערעור ולהחזיר את הערר על כנו על מנת שיידון בבית הדין לגוף העניין. כמו כן אציע שלא לעשות צו להוצאות בערעור לטובת המערערת מן הטעם הנזכר בפיסקה 16 לעיל.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, כ"ט באב התשע"ד (25.8.2014).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט