

צו השעה: שיתוף ציבור בצו מוסכם

שרון ידין*

צו מוסכם הוא כלי אכיפה סטטוטורי המאפשר לממונה על הגבלים עסקיים (בשמו החדש – הממונה על התחרות) לערוך חוזים רגולטוריים עם גורם מפקח על רקע הפרות בתחום התחרות. המאמר מבקש לבחון את הצו המוסכם מנקודות המבט של ספרות האכיפה הרגולטורית, הרגולציה ההסכמית, הדמוקרטיה ההשתתפותית והבחירה הציבורית, לשם קידום התאוריה הרגולטורית-משפטית, בפרט בנושא שיתוף ציבור בחוזים רגולטוריים. הטענה המרכזית במאמר היא שרגולציה הסכמית המיושמת בישראל בתחום התחרות לוקה מאוד במידת השקיפות, ההנמקה והשיתוף הציבוריים המאפיינת אותה, באופן אשר עלול לפגוע הן בלגיטימיות שלה והן ביעילותה, וכי ניתן לשפר מנגנונים אלה במידה ניכרת בדרכים המוצעות במאמר. זהו המאמר הראשון בכתובה המשפטית בישראל המטפל באופן מרכזי ועיקרי בצו מוסכם – מנגנון חשוב בחוק ההגבלים העסקיים (בשמו החדש – חוק התחרות הכלכלית), שעל אף שגילו מתקרב לעשרים שנים, והשימוש בו הולך וגובר בעת האחרונה, הוזנח מאוד בספרות המקומית ובמנגנוני הממשל מבחינה מתודולוגית ותאורטית.

א. מבוא. ב. צו מוסכם; 1. התפתחות הדין בישראל; 2. התפתחות הדין בארצות הברית. **ג. שיתוף ציבור ברגולציה הסכמית;** 1. צו מוסכם כחוויה רגולטורית; 2. שיתוף ציבור ברגולציה; 3. שיתוף ציבור בצו מוסכם. **ד. פגמים הליכיים בצו המוסכם – דיון והמלצות;** 1. פגמים הליכיים בצו המוסכם; 2. המלצות. **ה. סיכום.**

* דוקטור למשפטים, מרצה בכירה במרכז האקדמי פרס. המחברת מייעצת מעת לעת לרשות ההגבלים העסקיים (בשמה החדש – רשות התחרות), אולם לא ייעצה בנושאים שנידונו במאמר זה. אני מבקשת להודות לברק אורבך, לאיריס סרוקר, לאורי ברעם, לעמנואל ברכפלד ולא לעד כהן על תובנות, מחשבות והערות מעולות בקשר לפרויקט זה, שסייעו לי מאוד בתהליך הכתיבה. כן תודה למערכת המשפט על הערות מפורטות שתרמו להכנת המאמר לפרסום ולעורכת הראשית, לימור זר-גוטמן.

א. מבוא

כשישים שנים לאחר שהתבסס כאחד ממכשירי האכיפה הנפוצים בדיני ההגבלים העסקיים האמריקניים,¹ אומץ הצו המוסכם אל הדין הישראלי במסגרת תיקון לחוק ההגבלים העסקיים.² צו מוסכם בדיני הגבלים עסקיים (או דיני תחרות) מתייחס להכרה שיפוטית מצידו של בית הדין להגבלים עסקיים בהסדר הסכמי הנערך בין הממונה על הגבלים עסקיים,³ לבין אדם או תאגיד בעקבות הפרה של דיני ההגבלים העסקיים.⁴ מנגנון הסכמי זה היה נהוג באכיפת דיני התחרות עוד בטרם נחקק, אולם בעקבות ביקורת שיפוטית שהושמעה בנוגע לסודיות ההסדרים והיעדרו של הסדר סטטוטורי, בבג"ץ כספי,⁵ נחקק הסדר מפורט בעניין.⁶ אף שגילו של הצו המוסכם בהגבלים עסקיים מתקרב לעשרים שנים, הוא הוזנח מאוד בספרות המקומית.⁷ מאמר זה הוא הראשון בספרות המשפטית בישראל המטפל באופן מרכזי ועיקרי בצו מוסכם הניתן לפי חוק ההגבלים העסקיים.

בבג"ץ מתווה הגז הומשג מנגנון זה של צו מוסכם כחווה רגולטורי,⁸ בהתבסס על מחקריי בתחום הרגולציה ההסכמית.⁹ במסגרת חוזה רגולטורי, רשות מנהלית מפקחת מסכימה עם גורם פרטי מפקח על תנאי הרגולציה הייחודיים שיחולו עליו.¹⁰ ההסכם הפרטני משמש תבנית משפטית שבאמצעותה הרשות המנהלית מחילה על מפקח מסוים כללי התנהגות מותאמים

1 מנגנון הצו המוסכם אומץ בארצות הברית כחלק ממדיניות האכיפה בהגבלים עסקיים בסוף שנות השלושים של המאה הקודמת ועד היום הוא משמש כלי האכיפה המרכזי בתחום זה. למשל, Maxwell S. Isenbergh & Seymour J. Rubin, *Antitrust Enforcement Through Consent Decrees*, 53 HARV. L. REV. 386, 386–388 (1940); RICHARD A. EPSTEIN, *ANTITRUST CONSENT DECREES IN THEORY AND PRACTICE: WHY LESS IS MORE* 1 (2007); Darren Bush, *Out of the DOJ Ashes Rises the FTC Phoenix: How to Enhance Antitrust Enforcement by Eliminating an Antitrust Enforcement Agency*, 53 WILLAMETTE L. REV. 33, 36 (2016).

2 ראו חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 6), התש"ס–2000, ס"ח 113 (להלן: תיקון מס' 6).
3 לאחר השלמת כתיבתו של מאמר זה שונה שמה של רשות ההגבלים העסקיים לרשות התחרות ושמו של הממונה על הגבלים עסקיים לממונה על התחרות. שמו של בית הדין להגבלים עסקיים שונה לבית הדין לתחרות ושמו של חוק ההגבלים העסקיים שונה לחוק התחרות הכלכלית. ראו ס' 1 (שם החוק), 2 (שם בית הדין), 19 (שם הרשות) לחוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 21), התשע"ט–2019.

4 מנגנון הצו המוסכם מעוגן בס' 50 לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח–1988 (להלן: החוק).
5 ראו בג"ץ 326/96 כספי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פ"ד נ(5) 133 (1996).

6 ראו על כך להלן בתת פרק ב1.
7 דוגמה להתייחסות מצומצמת למנגנון הצו המוסכם ראו מיכל (שיצר) גל ואמיר ישראלי "דלות הסעדים ההגבליים – ניתוח מצבת הסעדים הקיימים והצעות לשיפור" עיוני משפט לה 5, 26–30 (2012).

8 ראו בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 27.3.2016) (להלן: בג"ץ מתווה הגז).

9 ראו שם; שרון ידין רגולציה – המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים 61–65, 68, 94–95, 142 (2016) (להלן: ידין רגולציה).

10 ראו שם, בעמ' 13, 37; שרון ידין רגולציה חדשה: מהפכה במשפט הציבורי 18, 46–49 (2018) (להלן: ידין רגולציה חדשה).

צו השעה: שיתוף ציבור בצו מוסכם

אישית וכן מתחייבת לאופני פיקוח ואכיפה מקלים, לעיתים למשך שנים קדימה.¹¹ במסגרת זו הרגולטור עשוי להסכים להקלה רגולטורית, כגון במישור האכיפה, בתמורה להתחייבות מצידו של הגורם הפרטי, כגון לנקיטה בצעדים שנועדו להבטיח אינטרס ציבורי מסוים שהרגולטור מעוניין לקדם.¹² בתחום התחרות, הרגולטור עשוי לפטור מפוקח מהליך פלילי, למשל, או מהכרזות שונות לפי חוק ההגבלים העסקיים, בתמורה להתחייבות למכירת החזקות, להפסקת פרקטיקות אנטי-תחרותיות או לציות עתידי ברמה שהיא מעל ומעבר לנדרש לפי חוק.¹³ הספרות והפסיקה בתחום הרגולציה ההסכמית, המתקמות בשנים האחרונות, מדגישות את חשיבותם של השקיפות והשיתוף הציבוריים בחוזים רגולטוריים.¹⁴ ברקע לאלה עומד החשש שהרגולטור המנהל משא ומתן עם גורמים פרטיים במסגרת יצירתו של החוזה הרגולטורי חשוף להשפעה יתרה של הגורם הפרטי המתדיין עימו.¹⁵ לכך מצטרף הצורך לסכל עסקאות רגולציה מוטות הנובעות מקשרי הון-שלטון פסולים ולמנוע מראית עין של שחיתות, שבכוחה להוביל לאובדן אמון הציבור במנהל.¹⁶ אולם נראה כי תובנות אלה אינן נוכחות מספיק בחקיקה וברגולציה המנהלית.

באופן קונקרטי המחוקק קבע כי על הממונה על הגבלים עסקיים לאפשר זכות טיעון לציבור בנוגע להסכמה שגובשה בינו לבין אדם או תאגיד שאותה בכונתו להגיש לאישור בית המשפט על מנת שתקבל תוקף של צו מוסכם.¹⁷ בדברי ההסבר לחוק נכתב כי "קיים אינטרס ציבורי כי הסכמות אלה יועמדו לעיון הציבור והערותיו".¹⁸ ואולם, ההסדר הקבוע בחוק הישראלי ובייחוד האופן שבו הוא מפורש ומיושם על ידי רשות ההגבלים העסקיים אינם מספקים שקיפות ברמה ובאופן שיכולים לאפשר שיתוף ציבורי יעיל בשלב שלאחר גיבוש טיוטת ההסכם ובטרם אישורו הסופי בבית הדין.¹⁹ דברים אלה מקבלים משנה תוקף כאשר משווים את ההסדר החקיקתי הישראלי למקבילו האמריקני, המחיל חובות שקיפות ושיתוף ציבוריים מקיפות על הרשות המנהלית.²⁰ מאמר זה יראה שרשות ההגבלים העסקיים אינה

11 ראו למשל ה"ע (הגבלים עסקיים) 604/06 הממונה על הגבלים עסקיים נ' אסם תעשיות מזון ישראליות בע"מ, פס' 13–14 לפסק דינה של השופטת שידובסקי-אור (פורסם בנבו, 2.8.2006). דוגמה לסוגיה זו של התחייבות לעתיד, בהקשר של צו מוסכם, ראו למשל בג"ץ 4501/14 פרסקי נ' הממונה על הגבלים העסקיים, פס' 3 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 23.7.2015) העומד על חשיבותו של הסדר צופה פני עתיד במסגרת צו מוסכם. השוו לדעתו של השופט מצא בבג"ץ כספי, לעיל ה"ש 5, פס' 22–23, בעניין התחייבות צופה פני עתיד מצידו של הממונה; גל וישראל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 27, 30: לצו מוסכם חשיבות רבה במניעת ההתנהגות הפוגענית מכאן ואילך.

12 על כך ראו להלן בתת פרק ב.1.

13 ראו שם.

14 על כך ראו להלן בפרק ג.

15 ראו שם.

16 ראו שם.

17 ראו ס' 50ב(ד)(1) לחוק.

18 דברי ההסבר לס' 13 להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 5), התשנ"ט–1999, ה"ח 386, 394 (להלן: תיקון מס' 5).

19 טענה זו תידון להלן בפרק ג.

20 על הסדר זה ראו להלן בתת פרק ב.2.

מאפשרת קיומו של דיאלוג מועיל ופתוח עם בעלי עניין ועם הציבור, ולפיכך מסכלת את מטרות השימוע הציבורי ברגולציה הסכמית בתחום התחרות.²¹

בעידן שבו הרגולציה עוברת לחזית הבמה של העשייה המנהלית בישראל ושכלול כליה מתקיים כל העת, ניהולה של תקשורת קבועה ואיכותית בין הרגולטור לבין הציבור חשוב מאי-פעם.²² האמצעים הטכנולוגיים, ובראשם האינטרנט, מאפשרים כיום לרגולטור להידבר עם בעלי עניין ועם הציבור בכללותו באופן יעיל, זול, פשוט, ישיר ונוח.²³ ואולם, פרקטיקות השיתוף והשקיפות הרלות שהרשות מפעילה בהקשר של טיטוט צווים מוסכמים מעידות על שמרנות מנהלית יתרה ועל פרשנות מצמצמת מצידה באשר להסדר החקיקתי.²⁴

כתוצאה מכך, הרשות אינה חושפת את מעשיה לביקורת ציבורית ושיתוף ציבורי ממשיים.²⁵ למשל, הודעותיה לציבור בדבר הסכמה בין הממונה לתאגיד הן לקוניות, חסרות רקע והקשר, לעיתים בלתי קריאות, נוקטות מונחים מקצועיים ומשפטיים שאינם מפורשים דיים ואינן מופצות בערוצי תקשורת המקובלים בעידן המודרני, או באופנים שבהם רגולטורים נוהגים כיום לרתום פלטפורמות טכנולוגיות פשוטות לקבלת תגובות מן הציבור.²⁶ מתכונת זו של פעולה פוגמת באיכות הרגולציה ובתוצריה. המאמר מבקש לעמוד על חוסרים אלה בפעולות הרשות ולהציע מנגנונים לשיפור הפרקטיקה ההסכמית.²⁷

המאמר מאורגן באופן הבא: הפרק הראשון יציג את מנגנון הצו המוסכם שעוגן בחוק ההגבלים העסקיים בשנת 2000 ויעמוד על דפוסי השימוש בו מאז על ידי רשות ההגבלים העסקיים. פרק זה יצביע על עלייה מתמדת בצווים מוסכמים שעורכת הרשות ועל חשיבותם ככלי אכיפה בתחום התחרות והצרכנות. חלקו השני של הפרק ידון במנגנון האמריקני לצו מוסכם בדיני תחרות, שבהשראתו נחקק ההסדר הישראלי, ובייחוד יפורטו בו הסדרי השקיפות והשיתוף המקיפים שנקבעו בחוק האמריקני והרקע והסיבות לחקיקתם של מנגנונים אלה.

הפרק השני ינתח את הצו המוסכם כחוויה רגולטורית ויבחן אותו על רקע ספרות הרגולציה ההסכמית ופסיקת בית המשפט העליון בתחום החוזה הרגולטורי, אשר הדגישו את הטעמים לחשיבותם המוגברת של השקיפות והשיתוף הציבוריים ברגולציה הסכמית. בפרק זה יידונו גם הקשר ההדוק בין שקיפות, הנמקה ושיתוף ציבור וכן המגמות העדכניות ברגולציה בהקשר זה, בישראל ובעולם. הפרק השלישי יטען שרשות ההגבלים העסקיים מנהלת את השיח הרגולטורי עם הציבור באופן שאינו מאפשר לציבור להביע עמדה ולהשפיע על גיבושם של ההסכמים הרגולטוריים בהיקף ובאיכות מספקים. במסגרת זו, הפרק יצביע על מישורים קונקרטיים שבהם שיתוף הציבור, ההנמקה והשקיפות לוקים בחסר, בעיקר בשלב שלאחר גיבוש טיטוט ההסכם, אך גם בכל האמור לשקיפות ציבורית לאחר גמר ההסכם. מסקנתו של הדיון בפרק הרביעי היא

- 21 ראו על כך להלן בפרקים ד-ה.
 22 ראו שם.
 23 ראו שם.
 24 ראו שם.
 25 ראו שם.
 26 ראו להלן בפרק ד.
 27 ראו שם.

צו השעה: שיתוף ציבור בצו מוסכם

שעל רשות ההגבלים העסקיים לשפר במידה רבה את הנגישות הציבורית לחוזים הרגולטוריים שהיא עורכת ואת השיח הרגולטורי שהיא מקיימת עם הציבור בהקשר זה, והוא ממליץ על שורה של צעדים לשם השגת יעד זה.

ב. צו מוסכם

1. התפתחות הדין בישראל

צו מוסכם בהגבלים עסקיים הוא אישור שיפוטי להסכם רגולטורי שערך הממונה על הגבלים עסקיים עם אדם או תאגיד.²⁸ יסודו של המנגנון בסעיף חוק שהתווסף לחוק ההגבלים העסקיים בשנת 2000, שממנו משתמע כי הממונה רשאי להסכים עם אדם או עם תאגיד הסכמה שעניינה חלופה לנקיטת הליכים נגד מונופול, קבוצת ריכוז, הסדר כובל,²⁹ או נגד אדם או תאגיד שהפרו את חוק ההגבלים בהפרות שונות המוגדרות בחוק.³⁰ כך, הסדרי האכיפה המוסכמים ננקטים כחלופה להליכים פליליים, להליכים מנהליים מסוימים או לסנקציות ייחודיות לתחום ההגבלים העסקיים, כגון הכרזה על מונופולין או על קבוצת ריכוז, הכרזה על ניצול לרעה של מעמד בשוק על ידי מונופולין או הכרזה על הסדר כובל.³¹

יתרונותיו של הצו המוסכם טמונים בתמורות הייחודיות שהרגולטור והמפוקח עשויים להחליף ביניהם, ובתרומה של ההסדר ההסכמי לאינטרס הציבורי בתחרות חופשית.³² לעיתים, ההסדר ההסכמי הוא החלופה המיטבית או היחידה העומדת לרשות הרגולטור להשגת תחרות חופשית בשוק מסוים ולהגנה על הצרכן.³³ נוסף על כך, הסדר הסכמי בתחום התחרות שבכוחו לקבוע תנאים מוסכמים לפעילות בשוק לפרק זמן ממושך מעודד יציבות רגולטורית ומושך השקעות זרות.³⁴ צו מוסכם אף מאפשר לתפור חליפה מותאמת אישית למידותיו של המפוקח ולנסיבות הספציפיות של כל מקרה באופן שמעודד ציות לחנאי ההסכם, מפחית לעומתיות ומגביר את הסיכוי לשיפור התחרותיות בענף.³⁵ בנוסף, הצו המוסכם יכול לשמש כלי רגולטורי

28 ראו ס' 50ב לחוק.

29 הסדר כובל מוגדר בס' 2(א) לחוק: "הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר". ראו מיכל (שיצר) גל "לבור את המוץ מהתבן – היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל בהתאם לפסיקה האחרונה" דין ודברים א' 533, 535 (2004).

30 ראו ס' 50ב(א) לחוק. לדוגמה, בצו מוסכם בין הממונה על הגבלים עסקיים לבין אחזקות התחנה בע"מ (12.9.2011) הגבלים עסקיים 5001830 26/135/subject/antitrust.gov.il/114.aspx, הוסכם על תשלום של 400,000 ש"ח תמורת אי נקיטה בהליכי אכיפה בנוגע לאי מתן הודעת מיזוג כנדרש מצידה של התחנה המרכזית החדשה בתל אביב.

31 ראו ס' 26, 43 לחוק.

32 ראו באופן כללי דין רגולציה חדשה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 131–132.

33 ראו באופן כללי שם, בעמ' 132.

34 ראו באופן כללי שם, בעמ' 132–133.

35 ראו שם, בעמ' 133, 136; גל וישראלי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 27.

ניסיוני, בטרם מהלך חקיקתי בתחום דיני התחרות, והוא אף מאפשר לרגולטור להתבסס על תשתית עובדתית רחבה יחסית לחלופות אכיפה, הנשענת על משא ומתן והחלפת מידע עם המפוקח.³⁶ כמו כן, הצו המוסכם מאפשר חיסכון במשאבים אכיפתיים של הרשות, לעומת כלי אכיפה חלופיים העומדים לרשותה.³⁷

לעומת יתרונותיו, נטען כי הצו המוסכם סובל מחסרונות דוגמת תלותו בהסכמת הגורם הפרטי, רכיב תשלום בסכומים נמוכים יחסית הפוגעים בהרתעה, היעדר אות קלון בהסדר נוכח אי הודאה באשמה וקושי לבסס על ההסדר ההסכמי תביעות אזרחיות.³⁸ בנוסף, הצו המוסכם עלול לפגוע בהרתעה הכללית והספציפית ולהוביל לשחיקה בתדמיתו הציבורית של הרגולטור עקב הצטייירותו כגורם הנכון לפשרה.³⁹ יתרה מכך, הצו המוסכם, המתאפיין בפשרות והקלות רגולטוריות, עלול לשמש מכשיר אכיפה מקל ואף מיטיב עבור גורמים מפוקחים אשר שבו את הרגולטור באינטרסים הפרטיים שלהם.⁴⁰ במצבים אלה החשש הוא שהצו המוסכם ייצר מראית עין של אכיפה רגולטורית, אך בפועל לא בהכרח ישפר, ואולי דווקא יפחית, את רמת התחרות וההגנה על הצרכן.⁴¹ יחסי קרבה הנוצרים בין היתר עקב המשא ומתן הנלווה ליצירת ההסדרים והחשיפה היתרה של הרגולטור לעמדת המפוקח ולתשתית העובדתית שהוא פורס בפניו עלולים להטות את תנאי ההסכם ולהוביל להחטאת האינטרס הציבורי.⁴² ההסדר החקיקתי ממוקד לאישור הצו המוסכם בבית המשפט, ואינו עוסק כל כך בהסכמה עצמה, הנערכת בין הממונה לבין הגורם הפרטי:

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

לאמיתו של דבר, הסכמות שבין הממונה לגורמים פרטיים שהפרו את דיני התחרות נערכו אף לפני עיגונו של מנגנון הצו המוסכם בחוק,⁴⁴ וההסדר החקיקתי נועד להסדיר פרקטיקה שכבר הייתה קיימת בשטח.⁴⁵ נקודת המפנה הייתה בסוף שנות התשעים בבג"ץ כספי, בו קרא השופט

36 ראו באופן כללי ידין רגולציה חדשה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 134.
 37 ראו באופן כללי שם, בעמ' 135; גל וישראלי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 27.
 38 ראו שם, בעמ' 27–30.
 39 ראו באופן כללי ידין רגולציה חדשה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 137.
 40 ראו באופן כללי שם, בעמ' 137–142.
 41 ראו שם; להלן בתת פרק ג.
 42 ראו באופן כללי ידין רגולציה חדשה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 139; להלן בתת פרק ג.
 43 ראו ס' 50ב(א) לחוק.
 44 ראו למשל, נוסח הצו המוסכם בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין סונול ישראל בע"מ ופז חברת נפט בע"מ (14.12.1995) הגבלים עסקיים www.antitrust.gov.il/subject/135/5000948.item/26108.aspx.
 45 ראו בג"ץ כספי, לעיל ה"ש 5, הדין בהסכמה שנערכה בשנת 1995 בין הממונה לבין חברות הדלק פז וסונול ומצייין כי זו נערכה בסמכות.

צו השעה: שיתוף ציבור בצו מוסכם

מצא למחוקק להסדיר את הצו המוסכם במסגרת תיקון לחוק ההגבלים העסקיים ולהחיל עליו עקרונות של ביקורת שיפוטית, שקיפות ופומביות:

לדעתי, יש מקום לשקול את תיקונו של חוק ההגבלים בשניים אלה: ביצירת הליך חדש לפני בית הדין, שבגדרו תובאנה לאישור על-ידי הממונה כל קביעותיו המבוססות על הסדר מוסכם בינו לבין הגורם שעליו חלה הקביעה, בין שיש ובין שאין ערר תלוי ועומד; ובחיוב הממונה לפרסם ברשומות את כל הקביעות מסוג זה.⁴⁶

בהתאם לכך, כשלוש שנים לאחר מתן פסק הדין הוגשה הצעת חוק ממשלתית וזו אושרה כתיקון 6 לחוק.⁴⁷ על פי ההסדר החקיקתי, בית הדין להגבלים עסקיים מוסמך לאשר הסדר מוסכם בין הממונה לגורם פרטי בנושאים המנויים בחוק ולתת לו תוקף של צו.⁴⁸ לפי החוק, תוקפו של צו מוסכם שאושר בידי בית הדין הוא כתוקפו של פסק דין שניתן בבית משפט מחוזי.⁴⁹ מהוראות התיקון לחוק ניתן ללמוד שצו מוסכם יכול שיתייחס, בין היתר, לחיוב של אדם או תאגיד לעשות דבר או להימנע מעשייתו או לשלם סכום כסף לאוצר המדינה, בתמורה לפטור או הקלה באכיפה כופה שהממונה מוסמך לנקוט, כגון הכרזות הגבליות, הטלת עיצומים כספיים והטלת קנסות.⁵⁰ עוד נקבע כי צו מוסכם יכול שיהיה בלא הודאה בחבות מצידו של המפוקח.⁵¹

הלכה למעשה, במסגרת מנגנון זה רשות ההגבלים העסקיים מנהלת משא ומתן עם תאגיד, או קבוצה של תאגידים,⁵² ומגיעה להסכמות על הפסקת הפרות, תיקון הפרות, תנאיה של פעילות מסחרית עתידית של הגורם הפרטי, ציות ושיתוף פעולה עתידי עם הרגולטור ותשלום סכומי כסף לאוצר המדינה, ובתמורה מעניקה התחייבויות רגולטוריות במישור האכיפה.⁵³ כך, למשל, גורמים פרטיים הסכימו להקים תוכנית ציות בארגון שתמנע או תצמצם, במידת האפשר, הפרות נוספות בעתיד;⁵⁴ לנקוט בפעולות שיובילו להגברת התחרות בענף שבו הם

46 שם, פס' 26 לפסק דינו של השופט מצא.

47 ראו תיקון מס' 6, לעיל ה"ש 2.

48 ראו ס' 50ב(א) לחוק.

49 ראו שם, ס' 50ב(ג) לחוק.

50 ראו שם, ס' 50ב(א) לחוק.

51 ראו שם.

52 ראו למשל צו מוסכם בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין בנק הפועלים בע"מ ואח' (1.5.2014) **הגבלים עסקיים** 500691 www.antitrust.gov.il/subject/135/item/33347.aspx שבו הסכים הממונה עם חמשת הבנקים הגדולים בישראל להימנע מהכרזה על הסדר כובל בעקבות חשד לתיאום עמלות בנקאיות בתמורה לתשלום 70 מיליון ש"ח לאוצר המדינה, שיתחלק בין הבנקים השונים.

53 צווים מוסכמים שערכה רשות ההגבלים לאורך השנים מופיעים באתר הרשות www.antitrust.gov.il/subject/135.aspx (להלן: אתר רשות ההגבלים העסקיים).

54 ראו למשל צו מוסכם בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין האגודה הישראלית של יצרני הבטון המובא (5.10.2006) **הגבלים עסקיים** 5000951 www.antitrust.gov.il/subject/135/5000951_item/26110.aspx (להלן: צו האגודה), שבו הוסכם שהאגודה תחדל לפעול כפורום מתאם בין

פועלים, כגון הפסקתו של הסדר כובל ומכירת החזקות;⁵⁵ לשנות תקנון התאגדות; להימנע מחברות באיגוד עסקי; לנהל פרוטוקולים של פגישות ולהעבירם לממונה,⁵⁶ ולהרחיב את מתכונת הגילוי והדיווח לממונה.⁵⁷ תכני ההסכמות אינם מוגבלים על ידי המחוקק באופן נוקשה ונתונים בעיקרם לשיקול דעתו של הממונה בכל מקרה ומקרה.⁵⁸ ואכן, ההסדרים ההסכמיים שנערכו בתחום התחרות מגוונים מאוד, וכל הסדר הוא ייחודי ומותאם למקרה ספציפי. אולם, על אף אופיים הפרטני לכאורה, רבים מן ההסדרים המוסכמים הם בעלי חשיבות עצומה לענפים שלמים במשק ולפיכך לציבור בכללותו.

אמחיש את מהותו של הצו המוסכם בדיני תחרות באמצעות כמה דוגמאות בולטות מן השנים האחרונות. דוגמאות אלו אף מעידות על חשיבותו של הצו המוסכם כמנגנון רגולטורי שבכוחו לעצב את המרחב הצרכני, החברתי והכלכלי שבו אנו חיים, ולהשפיע על בעיות יסוד במשק, דוגמת יוקר המחיה.⁵⁹

בפרשת קדבורי-עלית ניהלה הרשות חקירה פלילית נגד המונופול עלית-שטראוס עקב חשד שניסתה לפגוע במתחרה, כרמית תעשיות ממתקים, ששיווקה שוקולד תוצרת קדבורי.⁶⁰ על פי החשד, עלית-שטראוס ערכה הסדרים עם קמעונאים, במסגרתם הבטיחו לא לשווק את מוצרי קדבורי.⁶¹ צו מוסכם עם הממונה קבע כי כחלופה להכרזה על ניצול לרעה של מונופולין ולהגשת כתב אישום נגד החברה ונגד נושאי משרה שלה תשלם עלית-שטראוס 5 מיליון ש"ח

יצרני הבטון ותעסוק בעיקר בפעילות מחקרית, וכן שחברות הבטון ינקטו בכל האמצעים הדרושים על מנת שעובדיהם יקיימו את הוראות הצו, ובכלל זאת יערכו הדרכות מפורטות לעובדים בעניין הצו המוסכם.

55 ראו למשל צו מוסכם בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (4.10.2009) הגבלים עסקיים 5001621 www.antitrust.gov.il/subject/135/item/26113.aspx שבו הוסכם על מכירת מניות תנובה במחלבות רמת הגולן, נוכח החזקותיה של שטראוס במחלבות; ה"ע (הגבלים עסקיים) 608/05 הממונה על הגבלים עסקיים נ' דלק – חברת הדלק הישראלית בע"מ (פורסם בנבו, 5.9.2005), הדן בצו מוסכם בעניין מכירת החזקות חברות הדלק בפיי-גלילות.

56 לאלה ראו צו האגודה, לעיל ה"ש 54.

57 ראו למשל צו מוסכם בין הממונה על הגבלים עסקיים לבין בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (9.1.2006) הגבלים עסקיים 5000709 www.antitrust.gov.il/subject/135/item/26106.aspx, בו הוסכם שבזק תדווח בעתיד על כל הסדר כובל שלה לממונה, אף אם תוכנו ביטחוני או שהוא כרוך בסודות מדינה.

58 בהתייחס לתוכן ההתחייבויות מצידו של הגורם הפרטי נקט המחוקק לשון פתוחה וקבע שהצו המוסכם "[ו]יכול שיכלול, בין השאר, חיוב בתשלום סכום כסף לאוצר מדינה מצד אותו אדם, וחיוב מצדו לעשות דבר או להימנע מעשייתו". ראו ס' 50ב(א) לחוק.

59 מאמר זה לא יעסוק בשאלה האם הצו המוסכם הוא אמצעי רגולטורי יעיל בהשוואה לחלופות. לדיון נרחב בשאלת רצייתם של החוזים הרגולטוריים ראו באופן כללי ידין רגולציה חדשה, לעיל ה"ש 10.

60 ראו הודעות הממונה "רשות ההגבלים העסקיים סיימה חקירת החשדות בעניין ניצול לרעה של חברת "עלית" את מעמדה כבעלת מונופולין עם תחילת הפצת שוקולד קדבורי בארץ" (27.8.2003) הגבלים עסקיים 3018446 www.antitrust.gov.il/subject/161/item/27253.aspx.

61 ראו שם.

צו השעה: שיתוף ציבור בצו מוסכם

ותתחייב להימנע מהשפעה על סיטונאים במטרה לדחוק מתחרים.⁶² בכלל זאת התחייבה החברה להימנע ממתן הטבות לקמעונאים שיציגו מוצרים מתחרים בהיקף מצומצם ובמיקום נחות ומהטלת סנקציות מסחריות על מי שישווק מוצרים מתחרים.⁶³ במסגרת הצו התחייבה עלית-שטראוס לנקוט את כל האמצעים הדרושים על מנת שכלל עובדיה, לרבות אנשי שיווק ומכירות ודרגי שטח, יקיימו את הוראותיו, וכן התחייבו מנהליה אישית לנקוט באמצעים הנקובים בצו.⁶⁴

במקרה אחר אושר צו מוסכם בין הממונה לבין תנובה, שהודתה בכך שהייתה צד לשלושה הסדרים כובלים עם שופרסל ומגה, לפיהם רשתות המזון יערכו מבצע אחיד על הגבינה הלבנה של תנובה, שטראוס וטרה לקראת חג השבועות, כך שלא תתקיים תחרות ביניהן במועד זה, וכן כי שתי הרשתות יעלו במשותף את המחירים של מוצרי תנובה בתחומי הגבינה, העוף, הירקות הקפואים והמאפים.⁶⁵ על פי הצו תנובה תשלם 25 מיליון ש"ח – הסכום הגבוה ביותר ששילמה חברה עד כה על הפרת חוק ההגבלים העסקיים⁶⁶ – שיועברו ישירות לצרכנים שרכשו ברשתות בתקופה הרלוונטית, באמצעות זיכוי בכרטיסי האשראי.⁶⁷

באופן כללי, השימוש בצו המוסכם ככלי אכיפה רגולטורי בתחום דיני התחרות הולך וגובר בשנים האחרונות. אף שהדוגמאות שנסקרו לקוחות מתחום המזון, שאכן תופס נתח ניכר מתחומי האסדרה ההסכמית ברשות ההגבלים העסקיים,⁶⁸ צווים מוסכמים נערכו במרוצת השנים במגוון תחומים במשק, בהם תחבורה, אנרגיה, תקשורת, הנדסה ובינוי, בנקאות וטכנולוגיה.⁶⁹ תרשים 1 להלן מציג את מספר הצווים המוסכמים שאושרו בבית הדין בעשור האחרון – בין השנים 2007 ל-2017 – 32 צווים סך הכול,⁷⁰ מתוכם בחמש השנים

62 ראו את נוסח הצו המוסכם בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין שטראוס עלית בע"מ (28.2.2006) הגבלים עסקיים 500610 www.antitrust.gov.il/subject/135/item/26103.aspx.

63 ראו שם.

64 ראו שם.

65 ראו את נוסח טיוטת נוסח הצו המוסכם בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (23.10.2017) הגבלים עסקיים 501309 www.antitrust.gov.il/subject/133/item/34804.aspx; ה"ע (הגבלים עסקיים) 8881-05-18 (פורסם בנבו, 19.8.2018).

66 ראו הודעה לעיתונות של רשות ההגבלים העסקיים "בית הדין להגבלים עסקיים אישר: תנובה הודתה בקיום הסדרים כובלים ותשלם 25 מיליון ש"ח" (3.9.2018) הגבלים עסקיים 501573 www.antitrust.gov.il/subject/241/item/35241.aspx.

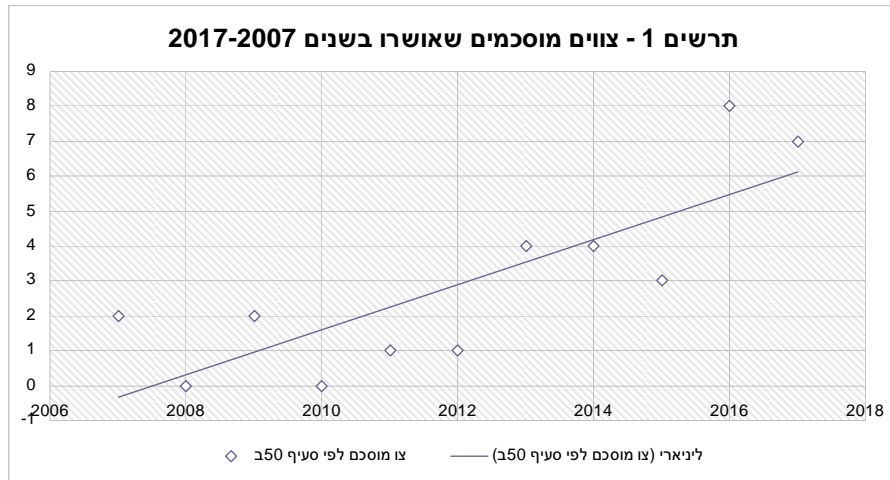
67 ראו שם. בנוסף, שני נושאי משרה בכירים בתנובה ישלמו קנס אישי בגובה של 75,000 ש"ח כל אחד.

68 עד לקיץ 2018 אושרו בבית הדין לא פחות מ-13 צווים מוסכמים בתחום המזון (מתוך 48 סך הכול). כלומר, כמעט שליש מהצווים עד היום עסקו במזון.

69 ראו אתר רשות ההגבלים העסקיים, לעיל ה"ש 53.

70 ראו "צווים והחלטות אחרות – מתן תוקף לצווים המוסכמים" www.antitrust.gov.il/subject/136.aspx. הבדיקה מתייחסת לתקופה שעד תום שנת 2017, שכן מאמר זה נכתב בשנת 2018. לשם השלמת הנתונים, בין השנים 2001–2006 אושרו בבית הדין סך הכול 13 צווים מוסכמים. ראו שם.

האחרונות (2013–2017).⁷¹ בנוסף, 6 צווים מוסכמים נחתמו במחצית הראשונה של 2018 (נתונים אלה אינם נכללים בתרשים) ו-3 אושרו בבית הדין.⁷² חשיבותו של מנגנון הצו המוסכם נעוצה אפוא הן בהשפעתו הפוטנציאלית והמעשית



העצומה על הכלכלה, התחרות וטובת הצרכן, כולל השפעה המגיעה כדי "הסדר ראשוני" בשוק, והן בשימוש ההולך וגובר בו כמכשיר רגולטורי אכיפתי בתחומי-תוכן מגוונים. ביטוי מסוים לחשיבותו הציבורית של הצו המוסכם מצוי בכמה חובות פרוצדורליות המוטלות על הממונה על פי חוק. כך, החוק מורה כי על הממונה לפרסם הודעה על כוונתו להגיש צו מוסכם לאישור בית הדין בשני עיתונים יומיים, ובמידת האפשר באתר האינטרנט של הרשות, לפחות 30 ימים מראש.⁷³ בהודעה זו "יוזמן כל אדם העלול להיפגע מן הצו המוסכם וכן ארגון צרכנים או איגוד עסקי, להביא את טענותיהם בקשר לצו בפני הממונה".⁷⁴ בבקשת הממונה לבית הדין למתן צו מוסכם על הממונה לנמק, בין היתר, את החלופות שנסקלו על ידיו לצו מוסכם,⁷⁵ ולצרף את פירוט הטענות שהובאו בפניו במסגרת השימוע הציבורי ואת תגובתו לטענות אלה.⁷⁶ חובת השימוע הציבורי במתכונת זו חלה גם במצבים שבהם הממונה או שני הצדדים מבקשים בהסכמה מבית הדין לשנות את הצו המוסכם.⁷⁷

71 ראו שם.
 72 ראו שם; אין בהכרח חפיפה בין הצווים שנחתמו לצווים שאושרו בבית הדין בתקופה זו.
 73 ראו ס' 50ב(ד), 50ג לחוק. עיתון אחד בשפה העברית ועיתון שני בשפה הערבית.
 74 ראו שם, ס' 50ב(ד)(1) לחוק.
 75 ראו שם, ס' 50ב(ב) לחוק.
 76 ראו שם, ס' 50ב(ד)(2) לחוק.
 77 ראו שם, ס' 50ב(ה) לחוק.

2. התפתחות הדין בארצות הברית

מקורו של ההסדר הישראלי בדבר צו מוסכם (consent decree) בארצות הברית.⁷⁸ ההסדר האמריקני מעוגן במסגרת The Antitrust Procedures and Penalties Act,⁷⁹ משנת 1974, הידוע בכינויו חוק טאני – tunney act, על שם הסנטור שקידם אותו, ג'ון טאני.⁸⁰ ברקע ההסדר החקיקתי עמד צו מוסכם שנערך עם חברת התקשורת ITT (International Telephone and Telegraph Corporation), מהחברות הגדולות ביותר בארצות הברית באותה העת, על רקע מיזוגים בחברה.⁸¹ ההסדר אומנם הובא לידיעת הציבור, אך נימוקיו נשמרו בסוד, כמקובל באותה תקופה, וצדדי ג' שאינם בעלי עניין ישיר בהסדר לא הורשו להשמיע את התנגדותם.⁸² ההסדר נתפס כחשוד בעיני הציבור עת נודע ברבים על שיקולים פוליטיים שהשפיעו לכאורה על עריכתו.⁸³ נוסף על כך, בית המשפט שאישר את ההסדר נחשב בעיני רבים לא יותר מאשר חותמת גומי, ואף מהיבט זה נפגע אמון הציבור בצו המוסכם.⁸⁴

חוק טאני חולל שינוי ניכר בפרוצדורה הנלווית לצווים מוסכמים בדיני תחרות. על פי החוק, כל הצעה להסדר מוסכם תלווה בתצהיר השפעות תחרותיות (competitive impact statement), שיתאר את מטרות ההליך ואופיו, את תנאיו והסכמים ואת השפעותיו האפשריות של ההסכם על התחרות, את הרקע להפרת דיני ההגבלים העסקיים, את עילות התביעה האזרחיות האפשריות כתוצאה מן הצו ואת הערכת החלופות להסדר, שנשקלו על ידי הרגולטור.⁸⁵ עוד מורה החוק כי טיוטת צו מוסכם תתפרסם ברשומות ותוגש לבית המשפט לפחות 60 ימים לפני שהצו אמור להיכנס לתוקפו.⁸⁶

על פי חוק טאני, ההצעה לצו מוסכם וכל חומר ומסמכים אחרים הנחשבים בעיני הרשות בעלי תרומה מכרעת לגיבוש ההסדר יועמדו אף הם לעיון הציבור בבית המשפט.⁸⁷ תצהיר ההשפעות התחרותיות יוגש לבית המשפט, יתפרסם ברשומות ויומצא לכל אדם לפי דרישה.⁸⁸ בנוסף, על הרשות המנהלית להכין ולפרסם בעיתונים בעלי תפוצה כללית, במשך שבעה ימים, 60 ימים מראש כאמור, תקציר של טיוטת הצו המוצע, תקציר של תצהיר ההשפעות התחרותיות, רשימה של המסמכים הרלוונטיים שיועמדו לעיון הציבור כדי לאפשר קבלת

78 ראו דברי ההסבר לתיקון מס' 5, לעיל ה"ש 18.

79 Antitrust Procedures and Penalties Act, 15 U.S.C. § 16 (2012).

80 ראו Darren Bush, *The Death of the Tunney Act at the Hands of an Activist D.C. Circuit*, 63 ANTITRUST BULL. 113, 114 (2018) (להלן: Bush, *The Death of the Tunney Act*).

81 ראו שם, בעמ' 114–115; Natalie L. Krodel, *The Tunney Act: Judicial Discretion in United States v. Microsoft Corporation*, 62 BROOK. L. REV. 1293, 1314 (1996).

82 ראו שם, בעמ' 1314; Bush, *The Death of the Tunney Act*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 114–115.

83 ראו שם; Krodel, לעיל ה"ש 81, בעמ' 1315.

84 ראו Bush, *The Death of the Tunney Act*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 115–116. לחשיבותו של בית המשפט בדיני ההגבלים העסקיים ראו גם William H. Page, *Microsoft and the Public Choice Critique of Antitrust*, 44 ANTITRUST BULL. 5, 39–41 (1999).

85 ראו 15 U.S.C. § 16(b).

86 ראו שם.

87 ראו שם.

88 ראו שם.

תגובות משמעותיות ומידע לגבי האופנים שבהם ניתן לעיין במסמכים אלה.⁸⁹ במסגרת תקופת 60 הימים הרשות תקבל לידיה ותשקול כל הערה כתובה שהוגשה בקשר לטיזוט הצו.⁹⁰ כל הערה להסדר המתקבלת בכתב וכל תגובה להערה מטעם הרשות יוגשו אף הן לבית המשפט ויפורסמו ברשומות בתוך תקופה זו.⁹¹

ג. שיתוף ציבור ברגולציה הסכמית

1. צו מוסכם כחווה רגולטורי

חווה רגולטורי הוא מכשיר משפטי רווח בשימוש בקרב רגולטורים בישראל ובעולם, המשתיך למשפחה של כלי רגולציה רכה.⁹² בהשוואה לשיטת הרגולציה הכופה, המטילה ציוויים המתאפיינים במעורבות רבה של המדינה בפעילות העסקית ובאכיפתם באמצעות המשפט הפלילי או המשפט המנהלי ה"קשה", שיטות רגולציה רכות רותמות את משאבי השוק, ובראשם את המפוקח עצמו, למשימת האסדרה, והן מבוססות על גמישות, פתיחות ושיתוף.⁹³ סוגים שונים של רגולציה רכה כוללים, בין היתר, רגולציה עצמית-כפויה, במסגרתה הרגולטור מחייב הפעלתם של מנגנוני רגולציה עצמית, תוכניות אתיות-וולונטריות המוצעות לגורמים פרטיים להצטרפות על ידי הרגולטור השלוני, רגולציה המבוססת על כללי גילוי צרכני,⁹⁴ רגולציה באמצעות פרסומים מביישים (שיימינג)⁹⁵ ורגולציה הסכמית.⁹⁶ צו מוסכם הוא הסכם בין רשות מנהלית רגולטורית לבין גורם פרטי מפוקח, העוסק בתנאי הרגולציה הפרטניים שיחולו על המפוקח, ובו החלפת תמורות הדדית. עשויות להיכלל בו הסכמות על כללי המותר והאסור בענף, התחייבויות לפעולה או להימנעות מפעולה, התחייבות לתשלומים והסכמה על סנקציות רגולטוריות מקלות ועל מתכונת הפיקוח.⁹⁷ לפיכך, הוא חווה רגולטורי.⁹⁸ כפי שציין בית המשפט העליון בבג"ץ מתווה הגז:⁹⁹

89	ראו שם, § 16(c).
90	ראו שם, § 16(d).
91	ראו שם, § 16(b).
92	ראו למשל, ידין רגולציה חדשה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 40–42.
93	ראו למשל שם, בעמ' 40–45.
94	ראו שם.
95	ראו שרון ידין "המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?" משפט ועסקים כג (צפוי להתפרסם ב-2020).
96	ראו למשל ידין רגולציה חדשה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 40–42.
97	ראו לעיל פרק ב1.
98	ליסודות החווה הרגולטורי ראו לעיל ההפניות בה"ש 10; בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 8, פס' 2–3 לפסק דינה של השופטת חיות.
99	בבג"ץ זה נתקפה חוקיותו של "מתווה הגז הטבעי" – הסכם שגובש בין הממשלה לבין בעלי הזכויות בתגליות גז טבעי מקיפות, בראשם התאגידים בקבוצת דלק ובקבוצת נובל אנרגי. משא ומתן לקראת ההסכם, ששוכלל בסוף שנת 2015, החל עוד בשנת 2010, כמגעים בין תאגידי הגז לבין הממונה על ההגבלים העסקיים לקראת צו מוסכם. ראו טיוטת נוסח הצו המוסכם בין המשפט כה תש"ף

צו השעה: שיתוף ציבור בצו מוסכם

בשלב זה וככל שעסקינן בסממני החוזה הרגולטורי של המתווה, ראוי להזכיר כי טיוטת הצו המוסכם שהוזכר לעיל שימש, במידה כזו או אחרת, מסד לעבודת המטה שעליה הופקד הצוות בראשותו של פרופסור קנדל. טיוטה זו מתאפיינת אף היא בסממנים של חוזה רגולטורי שכן צו מוסכם מעצם טיבו כרוך בהתחייבות של הממונה ההגבלים העסקיים להפעיל או להימנע מהפעלה של סמכות רגולטורית על בסיס הסכמות המושגות בינו ובין הגורם המפוקח (ידין, בעמ' 68).¹⁰⁰

בהקשר הספציפי של דיני תחרות, הרגולציה ההסכמית מצטרפת למגוון כלי אכיפה העומד לרשותה של רשות ההגבלים העסקיים, בהם כלי אכיפה פלילית¹⁰¹ וכלי אכיפה מנהלית דוגמת עיצומים כספיים, הכרזה על מונופולין, מתן הוראות לקבוצות ריכוז וקביעה על הפרת החוק, במסגרתה הממונה מכריז שפעילות מסוימת היא הגבל עסקי, כגון הסדר כובל או ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה.¹⁰²

באופן כללי, החוזה הרגולטורי נועד להשיג אינטרס ציבורי באמצעות משא ומתן והחלפת תמורות עם גורם פרטי, שאינו ניתן להשגה באותו האופן באמצעות כלי אסדרה מתחרים.¹⁰³ בהקשר של דיני התחרות, הרגולטור עשוי לפטור את המפוקח מהכרזה על הסדר כובל בתמורה להתחייבות למכירת חלקים מן התאגיד לצד ג' והימנעות מליטיגציה ממושכת;¹⁰⁴ להימנע מהכרזה על מונופולין בתמורה להתחייבות להשקעות וולונטריות במיזמים ציבוריים;¹⁰⁵ או

הממונה על ההגבלים העסקיים לבין: דלק קידוחים שותפות מוגבלת, אבנר חיפושי נפט וגז שותפות מוגבלת ו-Noble Energy Mediderranean Ltd. (27.3.2014) הגבלים עסקיים 500585 www.antitrust.gov.il/subject/133/item/33089.aspx. לאחר כישלון המגעים בהובלת הממונה נוהל המשא ומתן על ידי קבוצה של רגולטורים ממשלתיים, שלא כחלק מהדברות לקראת צו מוסכם בהגבלים, אלא באופן חופשי וכללי יותר וביחס לסוגיות שאינן הגבליות בלבד. ראו על כך בהרחבה אצל ידין רגולציה חדשה, לעיל ה"ש 10.

100 בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 8, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות.

101 ראו ס' 46–48 לחוק; ראו לעניין אכיפה פלילית (www.antitrust.gov.il/EnforcementActions/) ([Criminalenforc.aspx](http://www.criminalenforc.aspx)).

102 ראו ס' 43, פרקים ד', ד'1, ד'2 לחוק; ראו לעניין אכיפה מנהלית (www.antitrust.gov.il/EnforcementActions/Generalenforc.aspx); ראו גם רשות ההגבלים העסקיים דו"ח רשות ההגבלים העסקיים לפי חוק חופש המידע לשנת 2017 www.antitrust.gov.il/subject/164/item/35124.aspx; עניין פרסקי, לעיל ה"ש 11, פס' כא לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

103 ראו למשל ידין רגולציה חדשה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 131–132.

104 ליתרון זה ראו למשל עניין פרסקי, לעיל ה"ש 11, פס' 3 לפסק דינו של השופט סולברג; תיקון מס' 5, לעיל ה"ש 18.

105 כך, למשל, במסגרת מתווה הגז התחייבו בעלי הזכויות במאגרים להשקיע בכוח אדם וציוד ישראליים בהיקף של 500 מיליון דולר. ראו החלטה 476 של הממשלה ה-34 "מתווה להגדלת כמות הגז הטבעי המופקת משדה הגז הטבעי "תמר" ופיתוח מהיר של שדות הגז הטבעי "לויתן", "כריש" ו"תנין" ושדות גז טבעי נוספים" ס' ט (16.8.2015) (להלן: החלטה 476).

להימנע מנקיטה בהליכים פליליים בתמורה להסדר כספי מהיר לפיצוי הציבור בגין התנהגות אנטי-חרותית.¹⁰⁶

חוזה רגולטורי, ככל פעולה מנהלית אחרת, צריך להיות מידתי, סביר, נטול שיקולים זרים ובסמכות.¹⁰⁷ בכך כלול גם הצו המוסכם.¹⁰⁸ השאלה מה מידת הסמכות הנדרשת לצורך כריתת חוזה רגולטורי נידונה בהרחבה בספרות.¹⁰⁹ עמדתי בעניין, אשר אומצה בבג"ץ מתווה הגז, היא שהגמשה מסוימת בדרישות להסמכה סטטוטורית מפורשת ומפורטת לבחירה ולשימוש בכלי ההסכמי ברגולציה וכן באיסור על כבילת שיקול הדעת המנהלי ועל הסדרים ראשוניים הנערכים ברשות המבצעת, היא חיונית בעידן המדינה הרגולטורית והמנהלית המודרנית.¹¹⁰

2. שיתוף ציבור ברגולציה

נוסף על מישורי הסמכות ושיקול הדעת המנהליים, החוזה הרגולטורי צריך להיערך בפרוצדורה נאותה המשלבת עקרונות של הנמקה, שקיפות ושיתוף ציבוריים.¹¹¹ עקרונות אלו נחשבים כיום אבני יסוד של המשפט המנהלי המודרני במדינות רבות בעולם, ואולם בישראל נותרו במידה רבה בלתי מפותחים במסגרת הדין הפורמלי.¹¹² כך, למשל, בעוד שהמשפט המנהלי בישראל פיתח עד מאוד את זכות הטיעון הניתנת לאדם אשר נפגע מהחלטה מנהלית – לציבור בכללותו לא עומדת, בדרך כלל, זכות להביא את דבריו בפני הרשויות המנהליות, ולפיכך שימוע ציבורי הוא לרוב וולונטרי.¹¹³ באופן דומה הכיר המשפט המנהלי המקומי בחשיבותם של עקרון השקיפות המנהלית, של ההנמקה המנהלית ושל הצורך להיוועץ בגורמים מתאימים, אולם אלו נותרו מוגבלים בהיקפם.¹¹⁴ כך, למשל, המשפט המנהלי החקוק בישראל מדגיש את החובה למסור מידע למי שמבקשו לפי חוק חופש המידע,¹¹⁵ להיוועץ עם גורמים מסוימים בטרם קבלת החלטות בעניינים תחומים המוגדרים בחוק,¹¹⁶ ואת החובה של עובד ציבור לנמק

- 106 ראו למשל לעיל ה"ש 65–67 והטקסט הנלווה.
- 107 ראו באופן כללי ידין רגולציה חדשה, לעיל ה"ש 10; ידין רגולציה, לעיל ה"ש 9.
- 108 ראו על כך באופן כללי בבג"ץ כספי, לעיל ה"ש 5; עניין פרסקי, לעיל ה"ש 11, פס' טז–יז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.
- 109 ראו ידין רגולציה חדשה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 87–158.
- 110 ראו שם. יושם אל לב שחוק ההגבלים העסקיים הוא אחד המופעים הסטטוטוריים היחידים של סמכות רגולטורית מפורשת לעריכת חוזים רגולטוריים. ראו ידין רגולציה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 142.
- 111 ראו באופן כללי ידין רגולציה חדשה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 159–204.
- 112 ראו למשל דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 292–293 (2010); ברוך ברכה "זכות הטיעון: גם בהליכי התקנת תקנות? – בעקבות בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל" מאזני משפט ו 423, 425 (2007).
- 113 ראו למשל דפנה ברק-ארז אזרח-נתין-צרכן – משפט ושלטון במדינה משתנה 52, 186–187 (מיכל שוורץ עורכת, 2012) (להלן: ברק-ארז אזרח-נתין-צרכן).
- 114 ראו למשל שם, בעמ' 52–67.
- 115 חוק חופש המידע, התשנ"ח–1998; ראו גם ברק-ארז אזרח-נתין-צרכן, לעיל ה"ש 113, בעמ' 59–61.
- 116 ראו שם, בעמ' 53, 61–66.

צו השעה: שיתוף ציבור בצו מוסכם

לפונה סירוב להשתמש בסמכות מנהלית.¹¹⁷ עקרונות אלו קיבלו גם ביטוי פסיקטי, אך הסטנדרטים לגבי יישומם נותרו עמומים ובלתי מפותחים.¹¹⁸ דברים אלה בדבר התפתחותם המוגבלת של עקרונות השקיפות, ההנמקה והשיתוף הציבוריים בדין החקוק והפסוק נכונים הן בהקשר הכללי של המשפט המנהלי והן בהקשר הספציפי של רגולציה המתבצעת על ידי רשויות המנהל. ואולם, עקרונות המקובלים בעולם לביצוע רגולציה מודרנית דוגלים בהנמקה, שקיפות ושיתוף נרחבים,¹¹⁹ במתכונת שאינה מסתפקת אך בהספקת מידע לציבור לשם הפיכתו למיודע באופן פסיבי, אלא מחייבת את שיתופם הפעיל של בעלי עניין.¹²⁰ מגמה זו עולה בקנה אחד עם עקרונות הדמוקרטיה ההשתתפותית, הדוגלת בהרחבת השפעתו של הציבור בכלל, וקבוצות מודרות בפרט, על תהליכי קבלת החלטות ציבוריות.¹²¹

בהתאמה, המשפט המנהלי הפרוצדורלי בארצות הברית ובמדינות נוספות עבר מהתמקדות במניעת השימוש לרעה בכוח השלטוני,¹²² להדגשת חשיבותם של מנגנונים המסייעים לרשות לקבל החלטות,¹²³ במסגרת מודל של ייצוג אינטרסים, בו מכלול הגורמים המושפעים מן הרגולציה זוכה להשמיע את קולו.¹²⁴ בכך כלולים לא רק נמעני הרגולציה הישירים או גורמים עסקיים הפועלים בשוק ומושפעים מן הרגולציה בעקיפין, אלא גם מוטבי הרגולציה במובן

- 117 ראו חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958.
- 118 כך, למשל, על הרשות לקבל החלטות המבוססות על תשתית עובדתית מספקת. כנגזרת מכך ניתן ללמוד על החובה להיוועץ, במקרים המתאימים, עם בעלי עניין. ראו ברק-ארוז אזורח-נתיץ-צרכן, לעיל ה"ש 113, בעמ' 66-67.
- 119 לתפקידו המרכזי של שיתוף ציבור במדינה המנהלית והרגולטורית ראו למשל Emily Hammond, *Public Participation in Risk Regulation: The Flaws of Formality*, 169 UTAH L. REV. 170-171 (2016); William Funk, *Public Participation and Transparency in Administrative Law – Three Examples as an Object Lesson*, 61 ADMIN. L. REV. 171, 171 (2009).
- 120 ניתן אפוא להבין את שיתוף הציבור בהליכים שלטוניים כנע על מדרג. לסקירת ספרות ראו מורן נגיד "שיתוף הציבור בשלטון מקומי – הנסיון המעשי ולקחי" 7, 21-22 (מחקר מדיניות 110, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015). דוגמה קיצונית לשיתוף ציבור ברגולציה מצויה בביוש הרגולטורי, במסגרתו הרגולטור המנהלי נסמך על קבוצות שונות בציבור כדי להוקיע חברה מסוימת, שהרגולטור מפרסם את שמה כמי שנהגה באופן בלתי חוקי או אתי, ולפגוע במוניטין הציבורי שלה במטרה להוביל לשינוי התנהגותי ספציפי וכללי בענף. ראו באופן כללי Yadin, *Shaming Big Pharma*, 36 YALE J. ON REG. BULL. 131 (2019) Sharon Yadin, *Saving Lives Through Shaming*, 9 HARV. BUS. L. REV. 57 (2019); *Big Pharma* (2019); Sharon Yadin, *Regulatory Shaming*, 49 ENVTL. L. 407 (2019).
- 121 ראו למשל ג'ניפר שבקטור "דמוקרטיה השתתפותית ברשויות המקומיות בישראל: לקראת העידן הדיגיטלי" עיוני משפט לג 665 (2011); אייל פלג אתגר העוני של המשפט המינהלי 438 (2013); אהרון גפן השפעת מיסוד הדמוקרטיה ההשתתפותית על רמת שיתוף הציבור על ידי עובדים בארגון הציבורי (2010).
- 122 ראו Richard B. Stewart, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, 78 N.Y. U. L. REV. 437, 438-439 (2003).
- 123 ראו שם, בעמ' 439.
- 124 ראו שם, בעמ' 442.

הרחב, קרי, הציבור בכללותו.¹²⁵ מודל של ייצוג אינטרסים בהחלטות רגולטוריות מכבד הן את האזרחים והן את הגורמים העסקיים ומקדם את האוטונומיה האישית שלהם ואת זכותם הדמוקרטית להשתתף בתהליכים שלטוניים, ובמדינות רבות עוגן בדין מחייב.¹²⁶ בישראל, רעיונות השיתוף הציבורי והשקיפות ברגולציה השלטונית קיבלו אך לאחרונה ביטוי הצהרתי כללי במסגרת החלטת ממשלה, בה צוין כי "רגולציה חכמה תפעל להגברת האמון בין הממשלה למפוקחים ולציבור, תוך שיתוף ציבור ושקיפות".¹²⁷ ברוח זו נכתב אף מדריך ממשלתי הממליץ על דרכים לשיתוף ציבור בהליכים רגולטוריים,¹²⁸ אולם הנחיות אלו טרם קיבלו עיגון חקיקתי או פסיקתי.

ניתן להצביע על שלוש הצדקות עיקריות לשיתוף הציבור בהליך הרגולטורי.¹²⁹ הראשונה מבוססת על הרעיון של צדק הליכי וכורכת את הלגיטימיות של השלטון בשיתוף הציבור.¹³⁰ במסגרת זו לשיתוף הציבור יש ערך אינטרינזי משום שהוא מסייע במימוש האוטונומיה של הפרט.¹³¹ ההצדקה השנייה היא סוג של חוכמת המונים – השיתוף יוביל להחלטות טובות יותר.¹³² ההצדקה השלישית היא שנורמה שהתקבלה בשיתוף הציבור מגבירה ציות.¹³³ שיתוף ציבור בהליכי רגולציה עשוי לקדם גם מטרות הנידונות בשיח הכללי יותר של שיתוף ציבור, דוגמת הגברת השוויון וקידום הסולידריות בין קבוצות חברתיות שונות.¹³⁴

- 125 ראו שם, בעמ' 439.
- 126 ראו למשל Jerry L. Mashaw, *Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory*, 61 B.U. L. REV. 885, 886 (1981).
- 127 ראו החלטה 4398 של הממשלה ה-34 "רגולציה חכמה – יישום המלצות ארגון OECD ותיקון החלטת ממשלה" (23.12.2018), המחילה חובות RIA גם על חוזרים, נהלים והנחיות. ראו גם, באופן כללי, החלטה 4515 של הממשלה ה-32 "הצטרפות לשותפות הבינלאומית לממשל פתוח ומינוי הפורום הישראלי לממשל פתוח" (1.4.2012), במסגרתה החליטה הממשלה "לפעול לגיבוש מדיניות בנוגע לשיתוף ציבור בתהליכי תכנון וביצוע מרכזיים בעבודת הממשלה, במטרה לתרום לתהליכי קבלת החלטות, לשפר את ביצוע מדיניות הממשלה ולחזק את אמון הציבור במערכות הממשל". כן ראו החלטה 4028 של הממשלה ה-32 "חיזוק יכולת המשילות, התכנון והביצוע של הממשלה: המשך הדיון" (25.12.2011); החלטה 1933 של הממשלה ה-34 "שיפור העברת המידע הממשלתי והנגשת מאגרי מידע ממשלתיים לציבור" (30.8.2016); החלטה 2097 של הממשלה ה-33 "הרחבת תחומי פעילות התקשוב הממשלתי, עידוד חדשנות במגזר הציבורי וקידום המיזם הלאומי 'ישראל דיגיטלית'" (10.10.2014).
- 128 ראו מדריך ממשלתי תורת הערכת השפעות רגולציה – מדריך RIA (2013) www.regulation.gov.il/uploads/reports/7/RIAGUIDE_opt.pdf (להלן: "מדריך ממשלתי – השפעות רגולציה").
- 129 ראו גלית עופר ואורן פרוי "שיתוף הציבור בחוק אוויר נקי: מציאות, חזון או פיקציה?" חוקים ז 131, 135 (2015).
- 130 ראו שם.
- 131 ראו שם.
- 132 ראו שם.
- 133 ראו שם.
- 134 ראו נגיד, לעיל ה"ש 120.

צו השעה: שיתוף ציבור בצו מוסכם

שיתוף ציבור מקובל כיום בפרקטיקה הרגולטורית בעולם,¹³⁵ הרוחמת כלים שונים למשימה זו. כינוי סל לכלי שיתוף ציבור רבים הוא השימוע הציבורי.¹³⁶ שימוע ציבורי הוא כל הליך שבו ניתנת הזדמנות לציבור – להבדיל מגורם פרטני, במסגרת שימוע "רגיל" – לפני קבלת החלטה מהותית בעניינו, להשמיע את טענותיו.¹³⁷ במסגרת השימוע הטענות נטענות בדרכים שונות בפני הגורם המחליט כדי שישנה את ההחלטה המתגבשת או יקבל תשתית עובדתית רחבה להחלטתו, באופן שיאפשר הכרעה או איזון בין אינטרסים מתנגשים בדרך שקולה ומודעת.¹³⁸ השימוע הציבורי יכול שיעשה בעל-פה או בכתב, באמצעות שולחן עגול, קבוצות מיקוד, שאלונים, ימים מרוכזים להשמעת תגובות בעל-פה ומצגות, ימי עיון כולל שאלות ותשובות, קולות קוראים למשלוח הערות בכתב והיוועצות במסגרת ישיבות ועדות.¹³⁹ בעידן האינטרנט, השימוע הציבורי מתבצע לעיתים קרובות באופן מקוון.¹⁴⁰ במסגרת זו הרגולטורים פועלים לקבלת הערות, מידע, עמדות ודעות מן הציבור, למשל באמצעות אתרי אינטרנט או רשתות חברתיות.¹⁴¹

3. שיתוף ציבור בצו מוסכם

מעבר לחשיבות הכללית הנודעת לשקיפות ולשיתוף ציבור ברגולציה, ניתן להצביע גם על טעמים מיוחדים לפתיחות מנהלית בהקשר האסדרתי-הסכמי. הסכמים רגולטוריים עלולים ליצור מראית עין של מה שכוונה בארצות הברית, במסגרת הדיון על חוק טאני, "sweetheart"

135 למנגנונים המאפשרים שיתוף ציבור בהליכי רגולציה, ראו למשל בארצות הברית Donald J. Kochan, *The Commenting Power: Agency Accountability Through Public Participation*, 70 *Andrew Edgar, Judicial Review of Delegated Legislation: Why Favour Substantive Review over Procedural Review?*, in PUBLIC LAW ADJUDICATION IN COMMON LAW SYSTEMS: PROCESS AND SUBSTANCE ch. 9 (John Bell et al. eds., 2016); ובישראל: איל בנבנשתי וגיא שגיא "שיתוף הציבור בהליך המנהלי" ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה 119, 130–141 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); דפנה ברק-ארוז "המשפט המנהלי בעידן המדינה האלקטרונית" המשפט יג 121, 134 (2007); דפנה ברק-ארוז "האתגר הדמוקרטי של המשפט המינהלי" עיוני משפט כד 369, 387 (2000); מרשה גלפי "התקנת תקנות מינהליות בישראל בדרך של משא ומתן (Reg-Neg)" מחקרי משפט יד 57 (1997).

136 ראו באופן כללי יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 1047–1052 (מהדורה שנייה 2011).

137 למהותו של שימוע ציבורי ראו למשל ע"א 4926/08 נאסף ואיל ושות' נ' הרשות הממשלתית למים וביוב, פס' 15, 17, 45 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 9.10.2013).

138 ראו עופר ופרז, לעיל ה"ש 129, בעמ' 135.

139 ראו למשל ידין רגולציה חרשה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 172–173.

140 ראו למשל Lisa Blomgren Bingham, *The Next Generation of Administrative Law: Building the Legal Infrastructure for Collaborative Governance*, 297 *Wis. L. Rev.* 315, 326, 331 (2010); ברק-ארוז אורח-נתין-צרכן, לעיל ה"ש 113, בעמ' 186–187; תהילה שוורץ אלטשולר "מדיניות ממשל פתוח בישראל בעידן הדיגיטלי" 9 (מחקר מדיניות 91, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2012).

141 שם, בעמ' 105, 115, 133–134, Blomgren Bingham; לעיל ה"ש 140, בעמ' 335.

142. deals” קרי, הסכמים מוטעים לטובת גורמים פרטיים, בעלי הון, שפוליטיקאים עורכים או משפיעים על עריכתם מתוך שיקולים זרים, כגון אינטרסים פרטיים כלכליים או פוליטיים. תופעה כללית זו, במסגרתה רגולטורים מטים את החלטותיהם המנהליות משיקולים זרים העולים בקנה אחד עם טובת המפוקח יותר מאשר עם טובת הכלל, ידועה כשבי רגולטורי.¹⁴³ בהקשר ההסכמי תופעה זו עשויה להתממש על רקע משא ומתן קרוב המתקיים בין הרגולטור השלטוני לגורם מפוקח בעל השפעה מכרעת על המידע העומד לרשותו של הרגולטור כבסיס לעסקה הרגולטורית וכן על עיצוב הנרטיב בקשר להפרות שבוצעו ועל עיצוב תנאי העסקה הרגולטורית.¹⁴⁴ שיתוף מגוון בעלי דעות ואינטרסים בהליכי רגולציה הסכמית עשוי לתרום לנטרול השבי הרגולטורי האמור. על רקע דברים אלה ברור כיצד היעדר הקפדה על מידה נאותה של שקיפות ושיתוף ברגולציה הסכמית עלול לפגוע במידת האמון הציבורי במנגנוני השלטון, בעידן שבו היא ממלא נמוכה מאוד.¹⁴⁵ קשיים אלה תקפים גם במצבים שבהם החוזים הרגולטוריים מאושרים על ידי בית משפט, בייחוד כאשר הביקורת השיפוטית היא חלשה עד לא קיימת.¹⁴⁶

שיתוף ציבור בחוזים רגולטוריים עשוי אף לסייע לרגולטור ביצירת תשתית עובדתית נאותה שתאפשר לו לגבש עסקה רגולטורית מאוזנת ומבוססת ולהחליט אם יש צורך בתיקון ההסכם, בביטולו או בהחלפתו בשיטת רגולציה אחרת. כך למשל בחר הממונה על הגבלים עסקיים לסגת מטיוטת צו מוסכם לאחר שימוע ציבורי שקיים בעניין מתווה הגז ולהשלים את

142 ראו Krodel, לעיל ה"ש 81, בעמ' 1314, *Bush, The Death of the Tunney Act*; לעיל ה"ש 80, בעמ' 123; Lloyd C. Anderson, *United States v. Microsoft, Antitrust Consent Decrees, and the Need for a Proper Scope of Judicial Review*, 65 ANTITRUST L.J. 1, 3 (1996).

143 השבי הרגולטורי (regulatory capture) הוא ענף בתורת הבחירה הציבורית. שבי רגולטורי מתייחס למצבים שבהם הרגולטור שבוי באינטרסים של הגורם הפרטי המפוקח ועל כן אינו פועל בצורה נאותה להשגת האינטרס הציבורי שעליו הופקד בחוק. ראו למשל Toni Makkai & John Braithwaite, *In and Out of the Revolving Door: Making Sense of Regulatory Capture*, 12 J. PUBL. POL. 61, 67 (1992); Jean-Jacques Laffont & Jean Tirole, *The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture*, 106 Q. J. ECON. 1089 (1991).

144 לצד זאת יש לזכור כי במצבים אלה על הרשות המנהלית לסגת ממשא ומתן בתום לב ולכבד גם את אינטרס ההסתמכות של הגורם המפוקח על התהליך החוזי. אך השוו ה"ע (הגבלים עסקיים) 7011/02 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 14.8.2006) (להלן: עניין בנק הפועלים הראשון): שם מיאן בית המשפט להושיט סעד לבנק הפועלים ולישראל שעה שביקש הממונה לחזור בו, לאחר שלוש שנים, מבקשתו לצו מוסכם שהוגשה לבית הדין.

145 ראו למשל ידין רגולציה חדשה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 177–178.

146 דוגמת הביקורת השיפוטית שמפעיל בית הדין להגבלים עסקיים על הצו המוסכם. ראו למשל בש"א (הגבלים עסקיים) 111/06 אוטו ליין בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (פורסם בנבו, 22.2.2007): בית הדין סירב לתת הוראות בעניין אכיפת צו מוסכם בתחום השירות לרכב; עניין בנק הפועלים הראשון, לעיל ה"ש 144 (מדגים כיצד נמנע בית הדין מלהתערב התערבות ממשית בהסכמה בין הממונה לגורם פרטי). נושא זה ראוי כמובן למחקר נפרד. למצב בארצות הברית ראו לעיל ה"ש 84 והטקסט הנלווה.

צו השעה: שיתוף ציבור בצו מוסכם

הליך האכיפה במסלול של פרסום קביעה בדבר קיומו של הסדר כובל.¹⁴⁷ דוגמה נוספת ליכולתו של הציבור לתרום לשינוי חוזים רגולטוריים בתחום התחרות מצויה בגלגולו המתקדם יותר של מתווה הגז, שנערך בחסות הממשלה. בעקבות השימוע הציבורי שנערך בעניין, נוספה תניה לפיה בעלי הזכויות במאגרים מתחייבים להשקיע בכוח אדם וציוד ישראליים בהיקף של 500 מיליון דולר.¹⁴⁸ בכך תרמה מעורבות הציבור בחוזה הרגולטורי להשגת אינטרס ציבורי הטמון בחיזוק התעשייה הישראלית והכלכלה המקומית. דוגמאות דומות קיימות גם בארצות הברית, במצבים שבהם הרשות המנהלית חזרה בה מטיטוט צו מוסכם בעקבות התנגדויות מקרב הציבור.¹⁴⁹

לסיכום נקודה זו ניתן לומר שכיוון שהסכמים רגולטוריים עוסקים לעיתים קרובות בסוגיות רב-קודקדיות מורכבות, שימוע ציבורי עשוי להוביל להסכם מאוזן יותר בכל הנוגע למשקלם הראוי של האינטרסים השונים המושפעים מן ההסכם.¹⁵⁰ שיתוף הציבור בחוזים רגולטוריים עשוי אפוא גם לתרום לאינטרס הציבורי שהם מיועדים להשיג.

אך מהי מתכונת השיתוף הציבורי הראויה בהקשר הרגולטורי-הסכמי? עניין זה נידון בבג"ץ מתווה הגז, אשר במסגרתו נתקפה חוקיותו של ההסכם הממשלתי עם תאגידי הגז. זהו פסק הדין החשוב ביותר שניתן ברגולציה הסכמית וברגולציה בכלל.¹⁵¹ אף שמדובר בהסכם ממשלתי עם תאגידי אנרגיה פרטיים, שנערך בתיווך של כמה רגולטורים מקצועיים, יסודו בטיטוט צו מוסכם בהגבלים עסקיים והוא כולל רכיב מרכזי הקשור בדיני תחרות, בדמות התחייבות התאגידים למכירת החזקות לשם יצירת תחרות מלאכותית במשק הגז.¹⁵² מתווה הגז עצמו הוא אחד החוזים הרגולטוריים הבולטים בתולדות המדינה.

לאחר גיבוש טיטוט המתווה בין הממשלה לבין התאגידים, ניתנו לציבור, באופן וולונטרי,¹⁵³ שלושה שבועות להעיר הערות בכתב ויומיים לשימוע פרונטלי במשרד האנרגיה, שמצידו לא התחייב להתייחס להערות.¹⁵⁴ אולם למרות תרומתו של הציבור בהערות בעניין חיוב התאגידים להפנות חלק מן ההשקעות לתוצרת מקומית ולכוח אדם מקומי, נראה כי רצוי היה להרחיב את השיתוף הציבורי עוד יותר, ואולי בכך לשפר במידה נוספת את החוזה

147 ראו ידין רגולציה חדשה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 184; ראו בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 8, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות.

148 ראו החלטה 476, לעיל ה"ש 105, ס' ט.

149 ראו למשל (United States v. Blue Chip Stamp Co., 272 F. Supp. 432, 434 (C.D. Cal. 1967)).

150 ראו למשל בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 8, פס' 24–26 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

151 לחשיבותו של פסק הדין ראו שרון ידין "בג"ץ מתווה הגז הטבעי והחוזה הרגולטורי: שינוי פרדיגמה במנהל ובמשפט הציבורי" משפט וממשל יט 565, 566–567, 599–603, 619–621 (2018).

152 ראו שם, בעמ' 571–572.

153 באופן כללי, אין בדין הישראלי זכות כללית של האזרח להשמיע את דברו במסגרת שימוע ציבורי שיתקיים בנוגע להחלטות ומעשים של הרשות המבצעת הפוגעים בציבור בכללותו או בחלקים ממנו; ראו על כך אצל ידין רגולציה חדשה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 168–169.

154 ראו פנייה לקבלת התייחסות הציבור – מתווה להסדרת משק הגז הטבעי (1.7.2015). www.energy.gov.il/AboutTheOffice/NewsAndUpdates/Pages/GxmsMniNewsNGShimuaJuly15.aspx

הרגולטורי. על כך ציין השופט ג'ובראן כי קוצר הזמנים אינו ראוי ואינו מקיים שיתוף ציבור מספק:

שימוע בהיקף מצומצם שכזה בסוגיה בעלת היקף כה רחב ובעלת השלכות מהותיות על עניינו של הציבור כולו – איננו ראוי ואין בו כדי לספק את דרישת שיתוף הציבור בהליך קבלת המתווה. [...] שימוע בעל מסגרת זמנים כה דחוקה אינו מקנה זמן מספיק לציבור ללמוד את הנושאים הרבים והמורכבים שבמתווה ולהגיש התייחסות רצינית אליהם. קשה לראות בשימוע מעין זה, כשימוע המספק את הדרישה לשיתופו של הציבור בתהליך קבלת ההחלטות, או כשימוע בעל משמעות משפטית ממשית.¹⁵⁵ [...] בדומה לדבריי בכג"ץ ייצוא הגז – אך ביתר שאת עתה – אני סבור כי במקרה הנוכחי, חשיבותו של שיתוף הציבור באמצעות שקיפות ופומביות היא בעלת משקל מכריע.¹⁵⁶

גם השופט סולברג עמד לאחרונה על חשיבותו של שיתוף הציבור ברגולציה, בפרט בתחום התחרות, במסגרת פרשת פרסקי, שעסקה באסדרת שוק הדלק:

רשות ההגבלים העסקיים מקדמת אינטראקציה עם היחיד גם במישורים אחרים, זולת אכיפה. כך למשל, הרשות נוהגת לפנות אל הציבור ולאפשר לו להעיר על טיטות שונות שעליהן שקדה, בכלל זה גילויי דעת, בטרם פרסומן הפורמלי. מתווה אחר מתייחס לפורומים המאפשרים שיח פתוח בין הרשות לבין גורמים פרטיים העוסקים בתחום ההגבלים העסקיים בנושאים שעל סדר היום (ראו פרסומים מעת לעת באתר הרשות). על רקע זה, מתבקשת הלימה בין היבנות מתרומתו של היחיד לקידום מטרותיו של החוק, לבין נכונות להידרש לביקורת על מדיניותה של רשות ההגבלים העסקיים. יציאת היחיד נגד מדיניות הרשות בדרך של עתירה מהווה תוצר וביטוי אחד, לא בהכרח שלילי, של טיפוח אקלים רצוי של מודעות ומעורבות ציבורית.¹⁵⁷

נראה אפוא כי מתכונתו וצורתו של השיתוף הציבורי ברגולציה הסכמית צריכים להיקבע באופן יחסי למהות העניין הנידון ואין נוסחה אחת ברורה המתאימה ליישום בכל המצבים. אולם, עקרונות כלליים לשיתוף הציבור ברגולציה מצויים במדריך הממשלתי לתורת הערכת השפעות רגולציה.¹⁵⁸ המדריך ממליץ על שיתוף הציבור בתכנון הרגולציה לאורך כל שלבי גיבושה – כחלק מאפיון המצב בשוק, ככלי לניתוח של חלופות אסדרה או לקראת גיבושה הסופי.¹⁵⁹

155 בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 8, פס' 36 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

156 שם, פס' 38.

157 עניין פרסקי, לעיל ה"ש 11, פס' 14–15 לפסק דינו של השופט סולברג.

158 ראו מדריך ממשלתי – השפעות רגולציה, לעיל ה"ש 128. כן ראו באופן כללי מדריך שיתוף ציבור בעבודת הממשלה (2017) www.pmo.gov.il/policyplanning/shituf/Documents/all%20web.pdf.

159 ראו מדריך ממשלתי – השפעות רגולציה, לעיל ה"ש 128, בעמ' 34.

צו השעה: שיתוף ציבור בצו מוסכם

מודגש בו כי ככלל, על הרגולטורים לשאוף לקיים שיח רגולטורי עם הציבור באמצעות שיתוף בעלי עניין שונים, כגון עסקים, ארגונים מעסיקים, ארגונים מקצועיים וארגוני החברה האזרחית, וכן מומחים וקבוצות מקרב הציבור הרחב.¹⁶⁰ עוד מומלץ לשלב בשיח הרגולטורי גם קהלים שאינם מאוגדים או מאורגנים, ארגונים קטנים ובינוניים וקהלים שאין להם ערוצי הידברות קיימים וקבועים עם הרגולטור.¹⁶¹ המדריך מציע מתווה לניהול השיח, הכולל, בין היתר, הודעה לציבור על מינוי ועדה או צוות, בקשת מידע באמצעות קול קורא או פנייה באינטרנט, שימוע הכולל מפגשים להקשבה לעמדות הציבור, בקשת התייחסויות בכתב לטיוטות, העלאת שאלות באינטרנט באתר ייעודי, היועצות הכוללת דיונים בוועדה וכן שיתוף באמצעות שולחן עגול או ועדה מייעצת.¹⁶²

שיתוף ציבור קשור בקשר הדוק לשקיפות אודות ההנמקה המנהלית, שכן ללא בסיס עובדתי מספק, הציבור לא יוכל להגיב באופן משמעותי ליוזמות המנהליות. שקיפות ההנמקה היא לפיכך רכיב חיוני בשיתוף הציבור. בעוד שבעבר השקיף המשפט המנהלי המסורתי על חובת ההנמקה כזניחה,¹⁶³ בעידן הרגולטורי חובה זו תופסת מעמד בכורה. כיום, חלק ניכר מן הדיונים ברגולציה בארצות הברית, באירופה ובמדינות נוספות בעולם, כולל בישראל, קשור בתהליך "הערכת השפעות רגולציה" (Regulatory Impact Assessment (RIA)). הערכת השפעות רגולציה מתבצעת כתהליך שיטתי שבמסגרתו המדינה בוחנת את ההשפעות החיוביות והשליליות של רגולציה קיימת וחדשה והוא מקובל מאז שנות השמונים של המאה הקודמת במדינות רבות בעולם.¹⁶⁴

תהליך זה נועד להבנות את ההחלטה המנהלית ולשפר את הבסיס לקבלתה ואת איכותה.¹⁶⁵ תוצר עיקרי של תהליך זה הוא דוח RIA, הכולל בדרך כלל את תיאור הבעיה המצדיקה התערבות רגולטורית, החלופות שנשקלו לפתרון הבעיה והתייחסות לשאלה מדוע אין להסתפק ברגולציה קיימת, תיאור הליך ההיועצות שקיים עם בעלי עניין, החלופה המועדפת והשפעותיה העיקריות, לרבות ניתוח עלות-תועלת וכן תוכנית למעקב אחר הרגולציה.¹⁶⁶ דוח

160 ראו שם, בעמ' 39.

161 ראו שם.

162 ראו שם, בעמ' 36.

163 ראו יואב דותן "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים" מחקרי משפט יט 5, 5, 6, 14 (2002).

164 ראו למשל OECD, REGULATORY IMPACT ANALYSIS: BEST PRACTICES IN OECD COUNTRIES (1997), <http://www.oecd.org/gov/regulatorypolicy/35258828.pdf>, ובאתר הארגון: www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ria.htm. כן ראו יובל רויטמן "הרפורמה הרגולטורית: בין הגלוי לסמוי" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 425, 433-434 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016).

165 לדיון בסבירות הליכית, הנותנת דגש לכך שהליך קבלת ההחלטה המנהלית יהיה רציונלי, מובנה ושיטתי ראו יואב דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר – מאמרים חלק א 417, 427 (מיכל לוצקי, רון ורד וכפיר מזרחי עורכים, 2003).

166 ראו רויטמן, לעיל ה"ש 164, בעמ' 433, 436-437.

זה צריך להראות שהרגולציה הנבחרת תפיק תועלת שתעלה על העלות שלה.¹⁶⁷ במידה רבה, תצהיר השפעות תחרותיות, המתחייב במסגרת הצו המוסכם האמריקני בתחום התחרות, עונה למאפייני דוח RIA.¹⁶⁸

פרסום דוח RIA בטרם שכלולה של הרגולציה לסופית ומחייבת משמש לא פעם נדבך חיוני בהליכי שיתוף ציבור.¹⁶⁹ דוח הערכת השפעות רגולציה, בצירוף מסמכים נוספים שבכוחם להעיד על הליך קבלת ההחלטות הרגולטוריות, לספק מידע ולבאר את ההחלטה המנהלית ואת תוצריה, הם חלק חשוב מן ההנמקה והשקיפות המנהלית. שקיפות ההנמקה ופומביות המסמכים והחומרים המהותיים והעיקריים שעמדו בפני הרשות לצורך קבלת החלטה הם תנאי הכרחי לשיתוף ציבור יעיל.¹⁷⁰ עקרונות אלו הנחו את המחוקק האמריקני שעה שחוקק את חוק טאני קבע במסגרתו חובות הנמקה ושקיפות נרחבות כבסיס להליך של שימוע ציבורי שייסד.¹⁷¹

בישראל, משרדי ממשלה מחויבים לקיים הליך הערכת השפעות רגולציה ולהכין דוח RIA לגבי מרבית החקיקה הרגולטורית הראשית או המשנית שהם מקדמים.¹⁷² אומנם חובה זו מתמקדת בחקיקה ובמשרדי ממשלה, אולם הספרות הציעה טעמים להחילה גם על רגולציה הסכמית פרטנית הנערכת על ידי רשויות מנהליות שונות.¹⁷³ במסגרת זו צוין שהנמקה מפורטת תוכל לאפשר לבעלי עניין ולציבור הרחב להביע את עמדתם באופן משמעותי ולתרום מידע וידע חשובים לתהליך ההסכמי, לנטרל הטיות דוגמת השבי הרגולטורי, להגביר את השוויון בין מפוקחים, למגר דעת קהל שלילית ביחס לחוזים רגולטוריים ולחזק את הלגיטימיות שלהם ואת האמון הציבורי בשלטון.¹⁷⁴

ד. פגמים הליכיים בצו המוסכם – דיון והמלצות

בפרק זה יוצגו בחלק הראשון הפגמים ההליכיים המרכזיים שאותרו במסגרת המחקר בפרקטיקה ההסכמית של רשות ההגבלים העסקיים, ובחלק השני יוצגו ההמלצות העיקריות לשינוי ותיקון ההסדר הקיים. ההתייחסות תהיה לנקודות העיקריות הבאות: "זכות העמידה"

167 ראו Colin H. Kirkpatrick & David Parker eds., 2007) REGULATORY IMPACT ASSESSMENT: TOWARDS BETTER REGULATION? 1–3

168 ראו על כך לעיל בתת פרק ב2.

169 כך למשל בארצות הברית במסגרת הצו המוסכם. ראו לעיל בתת פרק ב2, ובישראל ראו למשל, בהקשר של חוק אוויר נקי, עופר ופרז, לעיל ה"ש 129, בעמ' 133.

170 ראו למשל שם, בעמ' 139.

171 ראו על כך לעיל בתת פרק ב2.

172 ראו החלטה 2118 של הממשלה ה-33 "הפחתת הנטל הרגולטורי" (22.10.2014). לדוגמאות לדוחות RIA המופקים בישראל ראו אתר הרגולציה הממשלתי www.regulation.gov.il RIA_REG. כן ראו החלטה 4398 של הממשלה ה-34, לעיל ה"ש 127, המחילה חובות RIA גם על חוזרים, נהלים והנחיות.

173 ראו ידין רגולציה חדשה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 203–204.

174 ראו שם, בעמ' 175–179, 184–185.

צו השעה: שיתוף ציבור בצו מוסכם

של הציבור בהליכי השימוע הציבורי; משכה של תקופת הגשת הערות; טיבה של האוריינות הרגולטורית הקשורה בהליך; היבטי שקיפות הקשורים הן במסמכים המתפרסמים כבסיס לקבלת תגובות והערות והן בהערות עצמן המוגשות מטעם המגיבים; חובת ההנמקה; והשימוש בפלטפורמות דיגיטליות.

1. פגמים הליכיים בצו המוסכם

בחנית הפרקטיקה ההסכמית של רשות ההגבלים העסקיים במסגרת מנגנון הצו המוסכם, בהיבטי שקיפות, הנמקה ושיתוף ציבוריים, מגלה כי זו לוקה בחסר. הדיון בפרק זה מתמקד בעיקר בשלב שבו הממונה מפרסם את הטיוטה הסופית של החוזה הרגולטורי, לאחר שגיבש אותה במסגרת משא ומתן עם הגורם הפרטי. מיעוט הדיון עוסק בשקיפות המידע הנוגע לחוזים הרגולטוריים המוגמרים לאחר אישורם בבית הדין והנגשתו. עיקרי הממצאים הם כלהלן:

- הקבוצה שלה ניתנת זכות תגובה במסגרת השימוע הציבורי מצומצמת מ"כל אדם" וכוללת רק את מי שעלול להיפגע מהצו, ארגון צרכנים ואיגוד עסקי, ולפיכך מתאפשר שימוע ציבורי מוגבל בהיקפו;
- תקופת ההתנגדויות הניתנת למעוניינים להעיר הערות על טיוטת צו מוסכם היא קצרה ביחס למורכבות הנושאים;
- הממונה אינו מסביר לציבור את מהותו של השימוע הציבורי בצו מוסכם ואת האפשרויות העומדות לפניו לשם הגשת תגובות;
- התגובות המוגשות לממונה ותשובתו לתגובות אלה אינן מתפרסמות על ידי הרשות לציבור הרחב;
- המסמכים המתפרסמים במסגרת השימוע כוללים מידע מועט ביותר ונעדרים דברי הסבר או הנמקה, וכן כתובים בז'רגון מקצועי שאינו נהיר לציבור בכללותו;
- טיוטות הצווים המוסכמים אינן נגישות לקריאה מן הבחינה הטכנית – רבים מן המסמכים אינם קריאים, מטושטשים ומעוותים;
- רשות ההגבלים העסקיים אינה מנצלת באופן מספק פלטפורמות דיגיטליות נוחות וזולות העומדות לרשותה כדי להידבר עם הציבור ולשתף אותו בתהליכי אסדרה הסכמית שהיא מנהלת עם הגופים המשפיעים במשק.

אדון בנקודות אלו כסדרן. אפתח ב"זכות העמידה" של הציבור בכללותו למול הממונה במתן הערות וטיוטות טענות בקשר לטיטות הצווים המוסכמים. כזכור, סעיף 50(ד)(1) לחוק קובע כי על הממונה לפרסם הודעה בה "יוזמן כל אדם העלול להיפגע מן הצו המוסכם וכן ארגון צרכנים או איגוד עסקי, להביא את טענותיהם בקשר לצו בפני הממונה". עמדתו של הממונה, ואף של בית הדין להגבלים עסקיים, היא שיש לפרש את הוראת הסעיף, העוסק בשימוע הציבורי שעל הממונה לקיים בטרם תוגש הטיוטה לבית הדין לאישור כצו מוסכם, כך שאינה חלה על הציבור הרחב.¹⁷⁵ לשיטת הממונה (ובית הדין) התנגדויות לטיטות צווים מוסכמים

175 ראו עניין אסם, לעיל ה"ש 11, פס' 14–17 לפסק דינה של השופטת שידלובסקי-אור.

יכולות להישמע ברשות המנהלית רק מפי ארגוני צרכנים או איגודים עסקיים, הפטורים מן הנטל להוכיח פגיעה מן הצד, או מאדם פרטי, שעליו להראות כיצד הוא עלול להיפגע מן הצד.¹⁷⁶

פרשנות זו אינה ראויה בעידן הרגולציה השיתופית, השקיפות השלטונית והממשל הפתוח, בייחוד בהקשר של הסכמות הנערכות כתוצר של משא ומתן הדוק בין הרשות לבין בעלי הון, שבכוחן להשפיע השפעה מהותית על צרכנים ועל המשק.¹⁷⁷ אומנם אימוץ "עיוור" של דין זה אל תוך הדין הישראלי הוא בדרך כלל שגוי,¹⁷⁸ אך יחד עם זאת אין להתעלם מכך שזכות עמידה מצומצמת שכזו אף אינה עולה בקנה אחד עם המקובל בעולם בהקשרים דומים.¹⁷⁹ כך למשל בארצות הברית חוק טאני מאפשר לכל אדם המעוניין בכך להגיש הערות לטיטות צווים מוסכמים בתחום התחרות.¹⁸⁰

הגבלת מעגל הרשאים להגיב ולהתייחס להסדרים אינה יכולה לעמוד בעידן שבו הציבור מצפה לשיתופו הפעיל בהליכים שלטוניים,¹⁸¹ ושבו השיתוף יכול להתבצע במגוון דרכים טכנולוגיות פשוטות וזולות.¹⁸² אני אף סבורה שפרשנות המגבילה את זכות הטיעון הציבורית גורמת נזקים של ממש לאינטרס הציבור בקידום התחרות, שעה שהסדרים ראשוניים הסכמיים שבכוחם להשפיע השפעות רוחב על המשק, ובכלל זאת השפעות צרכניות עמוקות, אינם נשענים על תשתית עובדתית מספקת הנוטעה בעמדות שונות מקרב הציבור.¹⁸³ די להזכיר, לשם המחשת עומק הבעיה, כי בעניין הסדר הממונה עם ספקי המזון הגדולים, שהקיף מגוון סוגיות צרכניות-תחרותיות ולבסוף נחקק כאחד החוקים הכלכליים הבולטים בשנים האחרונות ("חוק המזון"), הגיש התנגדות גורם אחד בלבד, שופרסל, שלו נגיעה ישירה להסכם.¹⁸⁴

176 ראו שם; ה"ע (הגבלים עסקיים) 22367-02-13 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 17.3.2013).

177 ראו לעיל פרק ב.

178 על המאפיינים הייחודיים של השוק הישראלי, המצריכים פיתוח של דיני הגבלים עסקיים מיוחדים, שאינם זהים לדינים בארצות הברית או באירופה, ראו מיכל (שיצר) גל "תפקידו של חוק ההגבלים העסקיים במארג החוקים הכלכליים של מדינת ישראל" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 31, 31-37 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008).

179 למצב הנוהג בארצות הברית ראו לעיל תת פרק ב2. למצב הנוהג באירופה ראו George S. Georgiev, *Contagious Efficiency: The Growing Reliance on US-Style Antitrust Settlements* in *EU Law*, 971 UTAH L. REV. 971, 998-999 (2007) 1018-1019.

180 ראו לעיל בתת פרק ב2.

181 ראו למשל שוורץ אלטשולר, לעיל ה"ש 140, בעמ' 143.

182 ראו על היבטים טכנולוגיים של שיתוף ציבור בסוף פרק זה. כן ראו לעיל ה"ש 140-141 והטקסט הנלווה.

183 להיבטים ראשוניים הטמונים בצווים מוסכמים ראו לעיל תת פרק ב1. לחשיבות שיתוף הציבור בהסדרים ראשוניים הנערכים ברשות המבצעת ראו בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פס' 101 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 2.7.2014).

184 ראו עניין אסם, לעיל ה"ש 11, פס' 11 לפסק דינה של השופטת שידלובסקי-אור. להסכם הממונה עם תעשיית המזון ראו לעיל תת פרק ב1.

צו השעה: שיתוף ציבור בצו מוסכם

אף אם לא תתקבל דעתי, לפיה יש לפרש בהרחבה את חוק ההגבלים העסקיים או לתקנו כך שיתאפשר לכל אדם המעוניין בכך להביע את דעתו על טיוטות צווים מוסכמים, הרי שהביקורת המובעת בפרק זה, בדבר מגוון פגמים נוספים בשקיפות, בשיתוף ובהנמקה,¹⁸⁵ עדיין שרירה. במה דברים אמורים? חוק ההגבלים העסקיים מורה על חובתו של הממונה להזמין בהודעה "כל אדם העלול להיפגע מן הצו המוסכם" להביא את טענותיו בקשר לצו בפני הממונה.¹⁸⁶ "כל אדם העלול להיפגע מן הצו המוסכם" כולל, למעשה, חלקים בלתי מיועדים בציבור, שאינם דוקא מאוגדים, מאורגנים או מיוצגים. מפעיל של תחנת דלק, למשל, עשוי להיות בעל עניין ישיר (ולפיכך בעל "זכות עמידה") בהסדר המתגבש בין הממונה לבין חברות דלק; ספק מזון קטן עשוי להיות נפגע פוטנציאלי מהסדר בסיס המתגבש בעניין הסדרת היחסים בין רשתות קמעונאיות ענקיות בישראל לבין ספקי המזון הגדולים; ובעלים של מרכז מסחרי קטן עשוי להיות מושפע ישירות מהסכם בדבר בלעדיות של רשת כמו סופרפארם בקניונים ואתרים מסחריים אחרים. פרקטיקות רגולטוריות שאינן פונות לציבור הרחב באופן יעיל פוגעות גם ביכולתם של אותם נפגעים ישירים מן הציבור להגיב, להשפיע ואפילו לקבל מידע באופן פסיבי וחד-כיווני אודות ההסדרים המתגבשים.

משכך, קשה לטעמי לצדד בפרשנותם המצמצמת של הממונה ושל בית הדין ביחס לחובות השקיפות, השיתוף וההנמקה של הרשות בצווים מוסכמים, כפי שהיא הובעה, למשל, בעניין **בנק הפועלים**:

אשר לדרישת העיון במסמכים טוען הממונה כי מלבד זאת שאין בין עיון במסמכים לבין היכולת לבסס טענה בדבר הפגיעה הצפויה למתנגד כתוצאה מן הצו ולא כלום, הרי שהמדובר בבקשה לעיון במסמכים שהוגשו לבית הדין, והיה על המתנגדים לפנות בבקשה מתאימה לצורך כך לבית הדין – מה שלא עשו. [...] טענה זו מקובלת על ידי במלואה. אוסיף, כי המתנגדים אינם "צד להליך", עובדה המשליכה על היקף זכות העיון הנתונה להם. כעולה מן החוק, העובדה הטעונה פרסום היא כוונת הממונה לפנות לבית הדין בבקשה ליתן תוקף של צו להסכמה אליה הגיע עם הצדדים ותוכנה של הסכמה זו. הפרסום האמור, בלוויית הקביעה שפורסמה בשעתו, די בהם כדי לאפשר למתנגד לפרט את טעמי התנגדותו.¹⁸⁷

נקודה מקדמית נוספת לדיון בהיקפה של זכות הטיעון הרגולטורית היא משך תקופת הטיעון והגשת הערות. דיני ההגבלים העסקיים נחשבים בדרך כלל תחום סבוך,¹⁸⁸ והמסד העובדתי

185 ראו לעיל הרשימה בפתח פרק זה.

186 ס' 50ב(ד)(1) לחוק.

187 ה"ע (הגבלים עסקיים) 43129-03-10 בנק הפועלים בע"מ נ' הממונה על עגבלים עסקיים, פס' 19 לפסק דינה של השופטת בן-אור (פורסם בנבו, 15.6.2014) (להלן: עניין בנק הפועלים השני).

188 ראו למשל עדי אייל "המונופוליסט כקרבן: על זכויות חוקתיות בדיני ההגבלים העסקיים" 5 מחקר מדיניות 47, המכון הישראלי לדמוקרטיה, (2004).

בנושאים רבים אותם הרשות מסדירה על דרך של צו מוסכם הוא מורכב למדי.¹⁸⁹ לפיכך, דומה כי פרק זמן של 30 ימים הוא קצר מכדי ללמוד את המקרה הספציפי ולגבש עמדה ותגובה בכתב.

הפרקטיקה של רשות ההגבלים לוקה אף בפן חלקיותו של המידע המתפרסם כבסיס לשיתוף האמור וכחלק ממילוי חובת השקיפות של הרשות.¹⁹⁰ באופן טיפוסי, טיוטות צווים מוסכמים המובאים להערות הציבור כוללות פסקאות בודדות של טקסט, לפעמים בהיקף של כרבע עמוד עד עמוד.¹⁹¹ הן אינן מלוות במידע מסביר בדבר הרקע לצו והאירועים נשוא הצו, החשש התחרותי שעומד בבסיס הצו, ההיסטוריה האכיפתית של הרשות בנושא הספציפי או מול התאגיד הספציפי שהוא צד להסדר או בקשר למשא ומתן שנוהל על ידי הממונה, כמקובל במתכונת האמריקנית.¹⁹² מובן שללא הספקה מינימלית של מידע נהיר מטעמה של הרשות, אין למעוניין בכך כל יכולת מעשית להגיב להסדרים.

היעדר הנגישות למידע מתחדד לאור הנאמר בפסק דין בנק הפועלים, הנזכר לעיל, כי דרך המלך הפתוחה כיום בפני המעוניינים להגיב לצו מוסכם על בסיס מסמכים וחומרים נוספים, מעבר לטיוטה הלקונית שהרשות מפרסמת, היא לפנות לבית הדין בבקשה לעיון במסמכים שהוגשו לבית הדין.¹⁹³ אומנם במסלול אחר, שלא נזכר בפסק הדין, אפשר שתוגש בקשה לרשות לפי חוק חופש המידע,¹⁹⁴ אולם, שתי הדרכים, בקשת עיון במסמכים לבית הדין ובקשה למידע לפי חוק חופש המידע, אינן רצויות, משום שהן מסורבלות, ממושכות ותוצאתן אינה מובטחת.¹⁹⁵ כמו כן, הפנייה לבית הדין היא ממילא מאוחרת למועד השימוע הציבורי, ולכן כמעט אינה רלוונטית.¹⁹⁶

נוסף על קשיים אלה, הרשות אינה מיישמת עקרונות של "אורייתנות רגולטורית".¹⁹⁷ אורייתנות רגולטורית מכוונת לכך שהרגולטור יעניק לציבור כלים ומידע שיאפשרו לציבור להכיר, להתמצא ולהשתמש במערכי הרגולציה באופן מועיל.¹⁹⁸ ואולם רשות ההגבלים

189 ראו דוגמאות לצווים מוסכמים כאלה, לעיל בתת פרק ב.
 190 לפרסום מידע ממשלתי יש גם תכלית כלכלית שעניינה הגברת החדשנות המבוססת על מידע זה ופוטנציאל לרווח כלכלי, להתייעלות ולקידום המחקר והפיתוח. ראו רחל ארידור-הרשקוביץ ותהילה שוורץ-אלטשולר "אתגר הפרטיות בפרסום יזום של מאגרי מידע ממשלתיים" 7 (הצעה לסדר 14, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2017). פרסום מידע ממשלתי רגולטורי עשוי אף לשפר את תהליכי זרימת המידע בין רגולטורים שונים, בין רגולטורים למפוקחים ובין הגורמים המפוקחים עצמם. ראו ידין רגולציה חדשה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 176.
 191 הממצאים המתוארים בפרק זה מבוססים על בדיקה שנערכה באתר הרשות במהלך חודש ספטמבר 2018 (www.antitrust.gov.il).
 192 ראו לעיל בתת פרק ב.
 193 ראו עניין בנק הפועלים השני, לעיל ה"ש 187.
 194 חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.
 195 ראו עניין בנק הפועלים השני, לעיל ה"ש 187.
 196 ראו ס' 50ב(ד)(1) לחוק. על המעורבות השיפוטית הנמוכה של בית הדין להגבלים עסקיים בהחלטות הרשות בצו מוסכם ראו לעיל ה"ש 146 והטקסט הנלווה.
 197 ראו באופן כללי Tali Teeni Harari & Sharon Yadin, *Regulatory Literacy: Rethinking Television Rating in the New Media Age*, 88 UMKC L. REV. 101 (2019).
 198 ראו שם.

צו השעה: שיתוף ציבור בצו מוסכם

העסקיים אינה מסבירה באתר האינטרנט שלה, בעמוד הפייסבוק שלה או בהודעות מטעמה לעיתונות באיזה אופן על המעוניין להגיב להסכמות שעורך הממונה לנסח את פנייתו לרשות או כיצד עליו להעביר פנייתו זו לרשות, אלא במסגרת הודעה פורמלית של הממונה, הנמצאת בעיתון או באתר ומתפרסמת בנפרד מטיוטת הצו, באופן הפוגע מאוד בנגישות המידע לציבור. כן נעדרים מאתר האינטרנט של הרשות הסברים עקרוניים כלליים על תהליך השימוע הציבורי, עקרונותיו, שלביו וחשיבותו. יתרה מכך, במרבית ערוצי התקשורת שבהם הרשות משתמשת, לרוב לא נזכר דבר האפשרות להגיב במסגרת שימוע ציבורי להסכמות הממונה, אלא במסגרת "הודעות הממונה על כוונה להגיש צו מוסכם", המתפרסמות, כאמור, בנפרד מטיוטת הצו המוסכם. אף ההודעות לעיתונות שהממונה מפרסם ממילא באופן בלתי עקבי אינן מופנות באופן ישיר לציבור ואינן קוראות לציבור, הרחב או הרלוונטי, או לאיגודים צרכניים או עסקיים להביע את עמדתם בנושא. יכולת הציבור אפוא להגיב לטיוטות צווים מוסכמים אינה עניין אינטואיטיבי או פשוט.

לשם המחשה, לאחרונה זכתה הסכמת הרשות עם שופרסל בעניין הסדרי הבלעדיות בקניונים לפרסום נרחב יחסית בערוצי התקשורת שבהם הרשות משתמשת (הודעות לעיתונות, פייסבוק), אולם לפרסומים אלה לא נלוותה כל בקשה לתגובות ציבור, ¹⁹⁹ למעט ההודעה הפורמלית והנפרדת מפרסומים אלה בדבר "הודעה על כוונה להגיש צו מוסכם לאישור בית המשפט".²⁰⁰ יש לשים לב בהקשר זה גם לכותרת ההודעה, שאינה מנוסחת כהזמנה לשיתוף הציבור בהליך. הבחירה במילים "הודעה על כוונה להגיש צו מוסכם לאישור בית המשפט" עלולה להיתפס בקרב הציבור כהודעה המעידה על כוונה סופית של הרשות להגיע להסכמות האמורות ועל היעדר פתיחות לקבל הערות מן הציבור באופן שיכול לשנות את דעתה כאשר לצורך בהסכמה או לתוכנה. הודעתה הסטנדרטית של הרשות בהקשרים אלה אף ממוקדת לדיווח אודות הכוונה המנהלית להגיש את ההסכמה לאישור בית המשפט. מסגור זה עלול להרתיע את הציבור מפני נטילת חלק פעיל בהליך, נוכח ההבנה המשתמעת שהנושא כבר כמעט ויצא מידיה של הרשות המבצעת ועתיד לעבור בקרוב מאוד לידיה של הרשות השופטת.²⁰¹

בנוסף, כאשר כבר הוגשו תגובות לטיוטות צווים מוסכמים, הרשות אינה מביאה אותן או את התייחסותה לתגובות אלה לידיעת הציבור.²⁰² לשם השוואה, במסגרת ההסדר האמריקני

199 ראו הודעה לעיתונות של רשות ההגבלים העסקיים "סוף להסדרי הבלעדיות של שופרסל במרכזים מסחריים וקניונים; בנוסף תשלם שופרסל כתעשה מיליון ש"ח בגין הפרות של חוק המזון" (30.7.2018) www.antitrust.gov.il/subject/241/item/35170.aspx; ראו פוסט בפייסבוק של רשות ההגבלים העסקיים: www.facebook.com/isralcompetitionauthority/posts/272874616855888.

200 ראו הודעה של רשות ההגבלים העסקיים "הודעה על כוונה להגיש צו מוסכם לאישור בית המשפט" (30.7.2018) www.bit.ly/2mQKEj4.

201 לחשיבותם של המסגור ושל אופן הצגת האפשרויות העומדות לבחירתו של הציבור כבעלי חשיבות מכרעת לתוצאה ראו באופן כללי: CASS SUNSTEIN & RICHARD THALER, NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH, AND HAPPINESS (2008).

202 מסמכים אלו מוגשים לבית הדין לצורך אישור הצו המוסכם, אולם שלב זה מאוחר לפרק הזמן של 30 ימים במסגרת של שימוע ציבורי ואינו נגיש לעיון הציבור אף בדעיכה, אלא במסגרת בקשה מיוחדת שתוגש לבית הדין. ראו ס' 50ב(ד) לחוק.

הרשות מפרסמת כל הערה וכל תגובה להערה.²⁰³ כך, הציבור אינו יכול להעריך כהלכה את ההליך הרגולטורי-שיתופי שקיימה הרשות, והחשש מפני "דילים" מוטם עלול להתחזק. נוסף על כך, המידע המועט שהרשות טורחת לפרסם בקשר לצווים מוסכמים שהיא עורכת לוקה במישורים שונים. כך, למשל, צווים מוסכמים רבים אינם ברורים לציבור הרחב ולטעמי אפשר שהם בלתי נהירים אף למומחים העוסקים בדבר, דוגמת ארגוני צרכנים ואיגודים עסקיים. זאת, שעה שאינם מפורשים דיים, לקוניים ונוקטים מונחים מקצועיים וקיצורים שאינם מוסברים על ידי הרשות.²⁰⁴ הודעות לעיתונות שנלוות לעיתים לפרסום הטיטות בדרך כלל אינן מוסיפות מידע רב על המופיע בטיטות ומתפרסמות באיחור או בדיעבד וכן באופן ספורדי בלבד. לשם השוואה יוזכר כי בארצות הברית, למשל, מתפרסמים בעיתונים תקציר של טיטות הצו המוצע, תקציר של תצהיר ההשפעות התחרותיות, רשימה של המסמכים הרלוונטיים שיועמדו לעיון הציבור ומידע לגבי האופנים שבהם ניתן לעיין במסמכים.²⁰⁵ היבט נוסף המקשה על שיתוף הציבור במנגנון הצווים המוסכמים של רשות ההגבלים העסקיים, ואף פוגע בשקיפות הננקטת לגביהם, הוא איכותו הטכנית של הפרסום. בחינה של טיטות הצווים המוסכמים באתר הרשות מגלה שרבים מהם אינם נוחים עד בלתי אפשריים לקריאה ועיון. נראה כי הרשות נוהגת לפרסם באתר מסמכים סרוקים, חתומים באופן חלקי על ידי הצדדים להסכם ובאיכות ירודה. לדוגמה, טיטות הצו המוסכם שערכה הרשות עם הבנקים מטושטשת, עקומה ומעוותת;²⁰⁶ פסים אנכיים בולטים חוצים את טיטות הצו המוסכם של הרשות עם יינות ביתן;²⁰⁷ וטיטות צווים אחרות מופיעות באופנים דומים, תוצר של סריקה מרושלת.²⁰⁸ בנוסף, טיטות ונוסחים מאושרים של צווים מוסכמים אינם ממוינים תוכנית, אלא כרונולוגית בלבד.

מאתר הרשות אף נעדר מנגנון נוח לתגובות לטיטות הצווים, אשר יגיש לציבור את הרגולציה ההסכמית הננקטת על ידה ואת ערוצי ההידברות האפשריים עם הרגולטור. כך, למשל, אין אפשרות להגיש הערות בצורה מקוונת ונוחה, שתהיה במרחק קליק אחד או שניים לכל היותר ממסמך ההסכם.²⁰⁹ במקום זאת הציבור המעוניין נדרש להכין מכתב מסודר ולשולחו לרשות באמצעות רשת הדואר, בפקס או בדואר אלקטרוני.

203 ראו לעיל בתת פרק ב2.
 204 לבעיה דומה בהודעות רגולטוריות שמפרסם ה־Food and Drug Administration בארצות הברית ראו Yadin, *Shaming Big Pharma*, לעיל ה"ש 120.
 205 ראו לעיל בתת פרק ב2.
 206 ראו טיטות נוסח הצו המוסכם בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין בנק הפועלים בע"מ ואח' (27.3.2014) **הגבלים עסקיים** 500587 <https://bit.ly/369E3EN>.
 207 ראו טיטות נוסח הצו המוסכם בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין יינות ביתן בע"מ ומגה קמעונאות בע"מ (13.3.2018) **הגבלים עסקיים** 501481 <https://bit.ly/3aqomMX>.
 208 ראו למשל טיטות נוסח הצו המוסכם בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין עוגנים – לשכת גני הילדים בישראל (20.6.2016) **הגבלים עסקיים** 501001 www.antitrust.gov.il/subject/501001_133/item/34131.aspx.
 209 בארצות הברית, למשל, ה־FTC – Federal Trade Commission, מאפשרת הגשת הערות מקוונת, מהירה ופשוטה באתר הרשות לטיטות צווים מוסכמים. ההערות מתפרסמות בשלמותן בצירוף המשפט כה | תש"ף

צו השעה: שיתוף ציבור בצו מוסכם

נוסף על אתר האינטרנט שלה, הרשות רותמת ערוצים נוספים לתקשורת עם הציבור, אולם עושה כן באופן חלקי מאוד ואף אינה מיידעת את הציבור על קיומם של הערוצים השונים ליצירת קשר שוטף ומעקב אחר פעילות הרשות.²¹⁰ באופן כללי, הרשות מנהלת קבוצת דיור שמאפשרת, בכפוף להרשמה, קבלת דיוריים אלקטרוניים עם עדכונים שונים מפעילות הרשות, וכן דף פייסבוק ודף לינקדאין, בהם היא מעדכנת אודות פעילותה באמצעות טקסט, גרפיקה וסרטוני וידאו.²¹¹ אולם עיון בערוצי תקשורת אלה מגלה שהשימוש בהם אינו תדיר, וכי חלק גדול מן התעבורה אינו קשור לפעילותה המקצועית של הרשות.²¹² במקרים בודדים בלבד פורסמו עדכונים הקשורים בצווים מוסכמים ואף הם לקו בדלות במידע. למשל, עדכונים שהעבירה הרשות בדואר אלקטרוני אודות הסדרים מוסכמים היו לקוניים, לא סיפקו כל מידע מבאר בנוגע לטיבם של ההסדרים והסתפקו בהפניה לעמוד באתר האינטרנט של הרשות, שבו מצויה כותרת בלבד. לדוגמה, הודעה בדואר האלקטרוני בנוסח "רשות ההגבלים העסקיים הגיעה לצו מוסכם עם יינות ביתן" הופצה ללא כל מידע אודות מהות הצו, שימוע ציבורי שעתיד להיערך או הדרכים שבאמצעותן הציבור יכול להגיב לצו.²¹³

2. המלצות

חוק ההגבלים העסקיים הוא אחד החוקים החשובים בקודקס הכלכלי של מדינת ישראל.²¹⁴ הוא נועד להגן על הצרכן מחד, ועל היעילות הכלכלית המתאפשרת במסגרת שוק תחרותי, מנגד.²¹⁵ כפי שציין אהרן ברק, "דיני ההגבלים העסקיים הם ה'מגנא קרטא' של זכויות הצרכן והתחרות החופשית".²¹⁶ ואולם חקיקת החוק אינה מסמנת את סיומה של המלאכה. על הרשות

- שם משפחתו של המגיב, תאריך והמדינה בה הוא מתגורר. המגיבים מתבקשים באתר שלא להעלות מידע רגיש או חסוי. ראו <https://www.ftc.gov/faq/ftc-info/file-comment>.
- 210 כך למשל באתר האינטרנט של הרשות מופיע קישור לעמוד הפייסבוק שלה, אך אין קישור לעמוד הלינקדאין.
- 211 ראו עמוד רשות ההגבלים העסקיים בפייסבוק: www.facebook.com/antitrustil; עמוד רשות ההגבלים העסקיים בלינקדאין: www.bit.ly/2zc6i7a.
- 212 אלא קשור, למשל, למודעות דרושים, ברכות לחג וכיוצא באלה פרסומים.
- 213 הודעת רשות ההגבלים הופצה למנויים רשומים ביום 18.3.2018.
- 214 ראו למשל מיכל (שיצר) גל "על הכעך ועל החור שבו: חידושים בהגבלים עסקיים" דין ודברים ו 173, 174 (2011).
- 215 אם כי השגת מטרות אלה גם יחד איננה מלאכה קלה. ראו למשל עדי אייל "הבסיס הכלכלי לדיני ההגבלים העסקיים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 111, 163 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008); ברק אורבך "מטרות דיני ההגבלים העסקיים: הלכה למעשה" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 63 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008). כן ראו, אודות מטרות דיני ההגבלים העסקיים, מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן "חשיבות הניתוח המשפטי והכלכלי של חוק ההגבלים העסקיים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 17 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008).
- 216 ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק (1998).

המנהלית האמונה על ביצועו לחתור כל העת ליישום ההולם את מטרותיו ולהתאמה לתנאי השוק המשתנים.

ואומנם, כלי הרגולציה בתחום התחרות התפתחו מאוד מאז נחקק החוק, והשימוש בכלים חלופיים להליך הפלילי הלך וגבר. כפי שהראה המאמר, רגולציה הסכמית הפכה למכשיר מרכזי באכיפת דיני ההגבלים העסקיים בישראל, ובכך האכיפה ההגבלית הולכת ומידמה למקבילתה האמריקנית, ממנה שאבה הפרקטיקה המקומית לכתחילה. אך האימוץ ההולך וגובר של מנגנון הצו המוסכם ככלי אכיפתי לפתרון בעיות יסוד במשק מחייב חשיבה מחודשת על אופני הפעלתו.

המאמר סקר כמה סיבות עיקריות לצורך בשינוי. כך למשל נידונה הציפייה של צרכנים ואזרחים ליטול חלק פעיל בגיבושה של הרגולציה השלטונית והציפייה שהשלטון יאפשר ויעודד השתתפות זו, כולל באמצעות פלטפורמות דיגיטליות זמינות ונגישות והספקת מידע מלא ומפורט.²¹⁷ בהקשר הרגולטורי ההסכמי, המאמר הדגיש את חשיבותו של שיתוף הציבור על בסיס שקיפות המידע והנמקה מפורטת, על רקע החשש מפני הטיות בשיקול הדעת המנהלי המופעל במסגרת עריכת עסקאות שלטוניות עם גורמים פרטיים.²¹⁸ כן נידונו יתרונותיו של ההליך השיתופי לבניית תשתית עובדתית רחבה לחוזים רגולטוריים, שמטבעם נוטים להתבסס על מידע שמספק המפוקח המשמש צד להסכם, ולהגברת אמון הציבור בממשל נוכח מאפייניו ה"חשודים" של ההליך ההסכמי, ובפרט בהינתן בית דין שאינו נוטה להפעיל ביקורת שיפוטית מהותית על ההסכמות.²¹⁹

כפועל יוצא מכל אלה יש לחתור לחיזוק מעמדו של האזרח, הצרכן, העוסק והציבור בכללותו בהליך הרגולטורי-הסכמי בדיני התחרות. כפי שציין השופט סולברג בעניין פרסקי, "הצרכן הוא גורם מסייע למאמצייה של הרשות לקידום התחרות בשווקים. בתחום ההגבלים העסקיים נודעת חשיבות מיוחדת להתנהלותו האקטיבית של היחיד, לשם השאת האכיפה. רשויות ההגבלים העסקיים בארץ ובחו"ל רואות לעודד מעורבות זו ולהסתייע בה בדרכים שונות".²²⁰

אני סבורה כי יש טעם רב בתיקון חקיקה שירחיב את מעגל הזכאים להגיש תגובות לטיטות צווים מוסכמים כך שיכלול את הציבור בכללותו. אף אם לא יקודם תיקון חקיקתי כאמור, יש לכל הפחות לפעול לשם הרחבת זכות הטיעון הציבורית באופן וולונטרי על ידי הרשות המנהלית. במסגרת זו, הרשות ובית הדין צריכים לפרש את החוק באופן מרחיב או להחיל סטנדרט גבוה מהקבוע בחוק. כחלק מכך, מן הראוי לפעול לשיפור מתכונת הרגולציה ההסכמית של הרשות באמצעים שונים שיפורטו להלן. בשולי הדברים אזכיר, כפי שהסברתי בפרק הקודם, שההמלצות המופיעות בפרק זה תקפות גם במקרה שבו מתכונת השיתוף הציבורי תמשיך להיות מוגבלת לאדם הנפגע ישירות מן הצו, ארגון צרכני ואיגוד עסקי.

217 ראו על כך לעיל בפרק ג.

218 ראו שם.

219 ראו שם.

220 עניין פרסקי, לעיל ה"ש 11, פס' 13 לפסק דינו של השופט סולברג.

צו השעה: שיתוף ציבור בצו מוסכם

ראשית, מאחר שההסדרים ביני התחרות נוטים להיות מורכבים ומבוססים על מטריה מקצועית סבוכה,²²¹ מן הראוי להאריך את תקופת השימוע מ-30 ימים, ל-45 ימים ובמצבים מתאימים אף יותר מכך, בהתאם לעניין. בנוסף, יש לפעול להנגשת עצם קיומו של השימוע הציבורי ולהקל על קבלת הערות מן הציבור הן מן הפן הטכני והן מן הפן המהותי בדרכים נוספות. כך, יש לבסס אפשרות מעשית לעיון במסמכים רלוונטיים לטיטות הצו המוסכם שלא תהיה תלויה בבקשות עיון המוגשות לבית המשפט או בבקשות לפי חוק חופש המידע. כלל המסמכים הרלוונטיים צריכים להיות זמינים לעיון באתר הרשות, ובאופן קריא וברור, למעט במקרים שבהם אין לחשוף את המידע, כגון מטעמים של הגנה על פרטיות או על סוד מסחר או הגנה על ביטחון המדינה.²²²

היבט נוסף של הרחבת המידע העומד לרשות הציבור קשור במסמכים נלווים מברורים. על הרשות להתאמץ לא רק להנגיש לציבור את מסמכי המקור הקשורים לגיבוש הצו המוסכם, אלא גם לנפק "דברי הסבר", בדומה למקובל במתכונת האמריקנית, שינוסחו באופן תיאורי ויימנעו משימוש בז'רגון מקצועי סתום. הסברים וביאורים מסוג זה ישמשו מסד נתונים קריטי להכנת תגובה נאותה ומבוססת מטעם גורם מעוניין.

זאת ועוד. על הרשות לפעול לפישוט והנגשה של האופנים הטכניים שבאמצעותם יהיה ניתן להגיש תגובות לטיטות צווים מוסכמים. אין ספק שדרך המלך בעניין זה היא שימוש באינטרנט. הגשת התגובות יכולה, למשל, להיעשות באמצעות מילוי טופס אלקטרוני קצר ופשוט באתר האינטרנט של הרשות. לצד זאת, יש לדאוג להפיץ מידע עזר רלוונטי לציבור אודות מהותה של זכות הטיעון ברגולציה הסכמית-תחרותית, חשיבותה ואופני מימושה כחלק ממהלך לקידום אוריינות רגולטורית. כן מומלץ להגביר את השימוש הרגולטורי בפלטפורמות דוגמת רשתות חברתיות על מנת לתקשר עם הציבור,²²³ ולעודד אותו לקחת חלק בשימוע ציבורי המתקיים על ידי הרשות בקשר לצווים מוסכמים העוסקים בנושאים שונים העומדים כיום בלב השיח הכלכלי-חברתי.²²⁴ בין היתר, יש לתת את הדעת לשינוי הניסוח הנוכחי של ההודעות ושל כותרות ההודעות באופן שיעודד הגשה של תגובות.

בד בבד, אני ממליצה לשקול להנגיש לציבור צווים מוסכמים מוגמרים, המופיעים כיום באתר האינטרנט של הרשות, וזאת באמצעות מיונם, למשל לפי נושאים, שמות צדדים, תאריכים, סוגי תמורות מוחלפות וסכומי התשלומים. מן הראוי אף לפרסם באתר, לצד הצווים המוסכמים, את התנגדויות הציבור שהוגשו בכל תיק ואת תגובותיו של הממונה להתנגדויות אלה. כמו כן רצוי להשתדל לאגד בעמוד אחד את כלל הקישורים הרלוונטיים לתיק מסוים, ולא

221 ראו למשל אייל, לעיל ה"ש 188, בעמ' 5.

222 ראו באופן כללי ארידור-הרשקוביץ ושוורץ אלטשולר, לעיל ה"ש 190.

223 לחשיבות התקשורת הרגולטורית עם הציבור ברשתות חברתיות ובמדיה דיגיטלית ראו Yadin, *Shaming Big Pharma*, לעיל ה"ש 120.

224 על חשיבותו של תחום ההגבלים העסקיים ראו למשל ע"פ 1408/18 מדינת ישראל נ' בן דרוור, פס' 99 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 21.8.2018): "חוק ההגבלים העסקיים אינו המלצה ואינו מבטא אך התנהלות "יפה". הנורמות הקבועות בו הן סם חיים לכלכלה ומקור רווחה לאזרחי המדינה".

ליצור תופעה של "קליקים מרובים" המפחיתים את הנגישות למידע הרגולטורי.²²⁵ ארגון המידע באופן נוח לעיון והתמצאות הוא מפתח ליישום עקרונות מודרניים של שיתוף ציבור רגולטורי, שנידונו במאמר זה.

ברור עם זאת כי שינויים אלה מגיעים עם תג מחיר בצידם. כך, למשל, ניתן בהחלט לחשוש מפני תופעה של "הצפת" הרשות המנהלית בהערות ותגובות, ובכלל זאת בהערות סרק, שמטרתן להפריע לרשות המנהלית בפועלה או ליצור מצג שווא של כמות גדולה של הערות הנוטות לכיוון מסוים.²²⁶ החשש הוא שבדרך זו ארגונים בעלי המשאבים המתאימים ינצלו את כוחם כדי להטות את הליך ההיוועצות עם הציבור לטובת העמדה שהם מבקשים לקדם, כדי לסכל אפשרות לניתוח הוגן של הרשות את התגובות המגיעות אליה לטיוטת החוזה הרגולטורי.

חשש נוסף הוא שהעלאת השקיפות והשיתוף בתהליכים רגולטוריים תוביל לפגיעות רגולטוריות רבה יותר לתופעות דוגמת השבי הרגולטורי,²²⁷ משום שחשיפה מוגברת של ההליכים הרגולטוריים ההסכמיים עשויה לשפר את יכולתם של לוביסטים לעקוב אחר הרגולציה ולפעול ביעילות רבה יותר בניסיון להשפיע על רגולטורים מנהליים ועל מחוקקים לטובתם, על רקע ההסכם המתגבש עם המתחרים.²²⁸ העלאת נגישותם של בעלי עניין לרגולציה הסכמית עלולה להוביל אפוא לשבייתה של רשות ההגבלים העסקיים באינטרסים המסחריים של אלו המסוגלים לממן ולהוציא לפועל את הקמפינים התקשורתיים, המשפטיים והפוליטיים היעילים ביותר.²²⁹ בדרך זו ייתכן שקולם של התאגידים החזקים, בעלי העניין בחוזה הרגולטורי המתגבש, יישמע יותר מקולו של הציבור, שאינו מאורגן ולפיכך אינו יכול להשפיע באופן דומה על הרגולטור כדי לאזן את "מגרש המשחקים".²³⁰ התוצאה עלולה להיות הרסנית לחוזים רגולטוריים יעילים שיסוכלו או יוגבלו בדרך כלשהי כדי לשרת אינטרסים של מתחרים, ובכך ייפגע האינטרס הציבורי בשמירה על שוק תחרותי.

225 כך, למשל, טיוטות הצווים המוסכמים אינן תמיד מקושרות לנוסח הצווים המוסכמים הסופי.

226 ראו למשל Frank Massaro, *Forum on Mass and Fake Comments in Agency Rulemaking* (September 17, 2018) <https://www.acus.gov/newsroom/administrative-fix-blog/forum-mass-and-fake-comments-agency-rulemaking>.

227 ראו באופן כללי David Pozen, *Transparency's Ideological Drift*, 128 YALE L.J. 100 (2018).

228 ראו שם. כן ראו Page, לעיל ה"ש 84, בעמ' 6, 30–31 (שם מוצגת הטענה שרגולטורים מפעילים את דיני ההגבלים העסקיים בהתבסס על אינטרסים פרטיים של בעלי עניין, ואינם עושים כן על בסיס אינטרסים ציבוריים).

229 אך ראו גל, לעיל ה"ש 178, בעמ' 51, הטוענת שכרגולטור רוחבי, רשות ההגבלים העסקיים נוטה פחות לשבי רגולטורי מאשר רגולטור בעל מומחיות בתחום-תוכן ספציפי, המקיים קשרים שוטפים עם מפוקחים ספציפיים.

230 קושי זה נידון בבג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625 (2001). ראו גם דנה טבצ'ניק "רגולציה מגוף ראשון: להיות חלק מקבלת החלטות: שקיפות ושיתוף הציבור בהחלטה על ייצוא הגז" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 509, 512 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016), הטוענת כי במסגרת ועדת צמח לא ניתן ליזום ולציבור משקל שווה משום שליוזמים הייתה דלת פתוחה למקבלי ההחלטות הפוליטיים.

צו השעה: שיתוף ציבור בצו מוסכם

חסרונות נוספים להגברת שיתוף הציבור כוללים את החשש מפני התעצמות תחושתו של השוק המפוקח בדבר מעורבות יתר רגולטורית וציבורית, שבמסגרתה הוא נתון לחשיפה גבוהה של מאפייני פעילותו ולביקורת הדוקה. עניין זה עלול להפחית את המוטיבציה של תאגידים להיקשר בהסדרי רגולציה הסכמית. חשש זה תקף גם לרגולטור, שמצידו עלול להעדיף סנקציות חלופיות לצו מוסכם בעקבות החלת חובות פרוצדורליות מוגברות, וכך יאבדו היתרונות המוקנים לרגולציה הסכמית כמכשיר רגולטורי מתקדם.

כמו כן מתעורר החשש שהשימוע הציבורי יתקיים מן הפה אל החוץ בלבד והלכה למעשה לא ישנה את עמדתה של הרשות ואת כוונתה לאשר את הצו המוסכם בבית הדין, כתבו כלשונו. הגמישות הטבעית המוקנית להליך ההיוועצות המנהלית עלולה לשמש את הרגולטור כמי שיורה את החץ ולאחר מכן מסמן את המטרה. חיסרון אחר טמון בסרבול ההליך הרגולטורי-הסכמי, הכרוך בהארכת זמני השימוע והרחבת קבוצת הזכאים להגיב וכן בהשקעת משאבים שלטוניים הנדרשת לעיבוד ולטיפול בהתייחסויות שיתקבלו. צעדים אלה עלולים אף להציף את הרשות המנהלית במידע עודף ובכך לסכל את יעילותו של התהליך וכן לפתוח פתח לטענות ועתירות ציבוריות בעילות הליכיות חדשות.²³¹ ישנו גם החשש שעל אף נקיטת הצעדים להגברת השיתוף הציבורי, כגון שיפור השקיפות, ההנמקה ושקיפות ההנמקה, הציבור ימאן לשתף פעולה ולקחת חלק פעיל בהליך הרגולטורי עקב חוסר עניין, חוסר אמון בשלטון ובתאגידים או סיבה אחרת.

אין ספק שהעמקת החובות ההליכיות המוטלות על הרשות המנהלית עלולה לפגוע במידה מסוימת ביעילות ההליך. ואולם, ניתן לצמצם חששות אלה באמצעות כמה מהלכים. ראשית, על הרשות לפתח מודעות להטיות שעלולות לפעול עליה ולמניפולציות שהשוק עלול לנסות להפעיל עליה במסגרת תהליך השיתוף. מודעות מצד הרשות לאפשרות להצפה מכוונת במידע עודף, להטיית התוצאות לטובת גורם פרטי מסוים ולניהול תהליך קבלת החלטות באופן שאינו מספיק גמיש ופתוח לשינויים בעקבות קבלת הערות יכולה להועיל בנטרול ההשפעות השונות על ההליך.

שנית, על הרשות לנקוט כמה צעדים מעשיים לנטרול ושיכוך ההטיות. כך, עליה לפתח כללים מתאימים לניהול הוגן, פתוח ושוויוני של הדיאלוג שהיא מקיימת עם גורמים עסקיים ואף לפעול באופן יזום כדי לקדם את שיתופם של גורמים פרטיים שאינם מאורגנים ושל ארגונים ציבוריים שונים.²³² צעדים אלה מכוונים להתמודד עם החששות מפני מעורבות ציבורית נמוכה וייצוג עודף של בעלי ההון.

שלישית, על הרשות להפעיל שיקול דעת יחסי באשר למידת השקיפות, ההנמקה והשיתוף שהיא נוקטת בכל מקרה ומקרה. אומנם במאמר זה טענתי שהרף הנוכחי שהציב המחוקק בהיבטים אלו הוא נמוך מדי (או שפרשנותם של בית הדין ושל הרגולטור באשר לרף זה היא מצמצמת מדי), אולם גם לאחר שיועלה רף זה אני סבורה שיש לפרש את היקפו באופן גמיש.

²³¹ לטיעונים מסוג זה ראו ביתר הרחבה ידן רגולציה חדשה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 185–188.

²³² ראו באופן כללי, על פנייה יזומה של הרשות המנהלית למתנגדים אפשריים להחלטה, בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493 (1958).

למשל, צו מוסכם שהוא בעל חשיבות מיוחדת, בולטת וניכרת למשק הישראלי יצריך הארכה של מועדי השימוע הציבורי, קיום שימוע פרונטלי, חשיפה מוגברת של מסמכים, הכנת מסמך נלווה עם הסברים מפורטים ותפוצה רחבה אודותיו ואודות האפשרות להגיש התייחסויות במסגרת מגוון ערוצי מדיה. לעומת זאת, במצבים שבהם נערכים הסדרים נקודתיים, בעלי השפעה פחותה למשק ולציבור בכללותו, הרשות יכולה להסתפק ברף המינימלי הנדרש של שיתוף, הנמקה ושקיפות שאליו, כאמור, היא אינה מגיעה במסגרת הפרקטיקה הנוכחית. יחסיות בהחלט הנורמות הפרוצדורליות תשפר את החשש מפני התערבות יתר בשווקים ומפני השפעה שלילית על הנכונות העסקית להיקשר בחוזים רגולטוריים. היא אף יכולה לחסוך משאבים לרשות המנהלית, שתוכל להתאים את מסגרת השיתוף, השקיפות והנמקה לעניין העומד בפניה.

כהערת סיום לפרק זה, ולצד החסרים בהם דנתי, יש לציין לחיוב את השימוש שהחלה הרשות לעשות באינפוגרפיקה – תרשימים ואיורים מזמינים וברורים המנגישים לציבור הרחב את תכני הפעילות הרגולטורית ואת חשיבותה. מתכונת זו אף שימשה את הרשות לאחרונה כדי להסביר את ההסכמה אליה הגיעה עם שופרסל, בעניין הסדרי בלעדיות בקניונים ומרכזים מסחריים, והיא הופצה ברשתות חברתיות ובהודעות לעיתונות.²³³ דרך נוספת לשיתוף הציבור בעבודת הרשות מסתמנת במסגרת סרטוני הסבר שהרשות מפיצה וכן במסמכי שאלות ותשובות שהיא מכינה בנושאים שונים הקשורים בפעילותה. מגמה זו ראויה להמשך פיתוח והעמקה, ובייחוד כדאי לנסות ליישמה בהקשר הרגולטורי-ההסכמי.

ה. סיכום

רשות ההגבלים העסקיים השכילה לפתח ולשכלל את הרגולציה ההסכמית בישראל. היא הייתה מהחלוצות לקדם וליישם חקיקה בתחום החוזים הרגולטוריים, ובשנים האחרונות נרשם גידול ניכר בשימוש במנגנון ההסכמי הסטוטורי לשם אכיפת דיני התחרות בישראל. מגמה זו היא מעודדת נוכח מעמדה של רשות ההגבלים העסקיים כאחד מהרגולטורים המובילים, החשובים והמשפיעים בישראל ולאור יתרונותיו הרבים של החוזה הרגולטורי בהם דנתי בהרחבה בכתיבה קודמת.²³⁴ מאמר זה ביקש לאתר כשלים וחוסרים מסוימים בשימוש בכלי זה, המכונה בחוק "צו מוסכם", ולהציע דרכים לקידומו ושכלולו על מנת לאפשר את שגשוגה של הרגולציה ההסכמית בהגבלים עסקיים.

הטענה המרכזית במאמר הייתה שהרגולטור האחראי על תחרות בישראל אינו נוקט בשקיפות ושיתוף ציבור מספקים בקשר להסדרים מוסכמים שהוא עורך עם גורמים פרטיים במשק. עוד הראה המאמר שמצב דברים זה אינו עולה בקנה אחד עם מגמות עדכניות ברגולציה, במשפט מנהלי ובדיני תחרות בעולם שנסקרו במסגרתו. המאמר אף הציג את הצו

233 ראו הודעה לעיתונות של רשות ההגבלים העסקיים, לעיל ה"ש 199; פוסט בפייסבוק של רשות ההגבלים העסקיים, לעיל ה"ש 199.

234 ראו למשל ידין רגולציה חדשה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 131–142.

צו השעה: שיתוף ציבור בצו מוסכם

המוסכם כחווה רגולטורי – הסכמה אסדרתית בין רגולטור למפוקח – ומנה טעמים מיוחדים לשיתוף ציבור בהסדרים הנערכים בהקשר התחרותי תוך הישענות על ספרות החוזים הרגולטוריים ועל הפסיקה בתחום (בראשה בג"ץ מתווה הגז).

באופן קונקרטי המאמר התמקד בכמה פגמים מרכזיים שאותרו במסגרת המחקר, בהם פגמים הקשורים בשקיפות המידע הרלוונטי להסדרים ובנגישות הציבורית להם, ברמת ההנמקה המנהלית, באופני השימוש הרגולטורי באמצעים דיגיטליים, בחינוך והסברה ציבורית ובנגישות המשפטית הנמוכה של הציבור להסדרים וליכולת להשפיע על תוכנם. בהתאמה, הוצעו במאמר כמה המלצות עיקריות, הכוללות הרחבת "זכות העמידה" בהליכי תגובה לטיוטות צווים מוסכמים כך שיונהג שימוע ציבורי רחב בעניין, הארכת זמני התגובות, הנגשת מסמכים רלוונטיים להסדרים, הנפקת מסמכים מבארים נלווים להסדרים ופרסומם, העמקת הפעילות הרגולטורית בנושא באמצעים דיגיטליים, ובכלל זאת הגשה מקוונת של הערות, והעמקת ההסברה לציבור ומתן מידע וכלים שישפרו את האוריינות הרגולטורית של הציבור בקשר עם צווים מוסכמים הנוגעים לתחרות. חלק מן ההמלצות קל ופשוט יחסית ליישום וחלק אחר עשוי להתגלות כמורכב יותר, אולם לדעתי ראוי ששינויים אלה יישקלו ברצינות על ידי רשויות המדינה כחלק ממהלך חקיקתי, מנהלי או פסיקתי.