

# צו השעה: שיתוף ציבור בצו מוסכם

מאת

שרון ידין\*

צו מוסכם הוא כלי אכיפה סטטוטורי המאפשר לממונה על הגבלים עסקיים (בשמו החדש – הממונה על התחרות) לערוך חוזים רגולטוריים עם גורם מפוקח 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;** ב.1. התפתחות הדין בישראל; ב.2. התפתחות הדין בארצות הברית. ג. **שיתוף ציבור ברגולציה הסכמית;** ג.1. צו מוסכם כחווה רגולטורית; ג.2. שיתוף ציבור ברגולציה; ג.3. שיתוף ציבור בצו מוסכם. ד. **פגמים הליכיים בצו המוסכם – דיון והמלצות;** ד.1. פגמים הליכיים בצו המוסכם; ד.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, איריס סורוקר, אורי ברעם, עמנואל ברכפלד ואלעד 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,<sup>1</sup> אומץ הצו המוסכם אל הדין הישראלי במסגרת תיקון לחוק ההגבלים העסקיים.<sup>2</sup> 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<sup>3</sup> לבין אדם או תאגיד בעקבות הפרה של דיני ההגבלים העסקיים.<sup>4</sup> 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,<sup>5</sup> נחקק הסדר מפורט בעניין.<sup>6</sup> אף שגילו של הצו המוסכם בהגבלים עסקיים מתקרב לעשרים שנים, הוא הוזנח מאוד בספרות המקומית.<sup>7</sup> 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 רגולטורית<sup>8</sup> בהתבסס על מחקריי בתחום הרגולציה ההסכמית.<sup>9</sup> במסגרת חווה רגולטורית, רשות מנהלית מפקחת מסכימה עם גורם פרטי מפוקח על תנאי הרגולציה הייחודיים שיחולו עליו.<sup>10</sup> ההסכם הפרטני משמש תבנית משפטית שבאמצעותה הרשות המנהלית מחילה על מפוקח מסוים כללי התנהגות מותאמים אישית וכן מתחייבת לאופני פיקוח ואכיפה מקלים, לעיתים למשך שנים קדימה.<sup>11</sup> במסגרת זו הרגולטור עשוי להסכים להקלה רגולטורית, כגון

- 
- 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* RICHARD A. EPSTEIN, *ANTITRUST Decrees*, 53 HARV. L. REV. 386, 386–388 (1940); Darren ; CONSENT DECREES IN THEORY AND PRACTICE: WHY LESS IS MORE 1 (2007) 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' 250 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 א.
  - 7 דוגמה להתייחסות מצומצמת למנגנון הצו המוסכם, ראו מיכל (שיצר) גל ואמיר ישראלי "דלות הסעדים ההגבלים – 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 ידן רגולציה – המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים 61–65, 68, 94–95, 142 (2016) (להלן: ידן רגולציה).
  - 10 ראו שם, בעמ' 13, 37; שרון ידן רגולציה חדשה: מהפכה במשפט הציבורי 18, 46–49 (2018) (להלן: ידן רגולציה חדשה).
  - 11 ראו למשל הי"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) (להלן: עניין אסם). דוגמה לסוגיה זו של התחייבות לעתיד, בהקשר של צו מוסכם, ראו למשל בג"ץ 4501/14 פרסקי נ' הממונה על ההגבלים 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

במישור האכיפה, בתמורה להתחייבות מצידו של הגורם הפרטי, כגון לנקיטה בצעדים שנועדו להבטיח אינטרס ציבורי מסוים שהרגולטור מעוניין לקדם.<sup>12</sup> בתחום התחרות, הרגולטור עשוי לפטור מפקח מהליך פלילי, למשל, או מהכרזות שונות לפי חוק ההגבלים העסקיים, בתמורה להתחייבות למכירת החזקות, להפסקת פרקטיקות אנטי-תחרותיות או לציות עתידי ברמה מעל ומעבר לנדרש לפי חוק.<sup>13</sup>

הספרות והפסיקה בתחום הרגולציה ההסכמית, המתקמות בשנים האחרונות, מדגישות את חשיבותם של השקיפות והשיתוף הציבוריים בחוזים רגולטוריים.<sup>14</sup> ברקע לאלה עומד החשש שהרגולטור המנהל משא ומתן עם גורמים פרטיים במסגרת יצירתו של החוזה הרגולטורי חשוף להשפעה יתרה של הגורם הפרטי המתדיין עימו.<sup>15</sup> לכך מצטרף הצורך לסכל עסקאות רגולציה מוטות הנובעות מקשרי הון-שלטון פסולים ולמנוע מראית עין של שחיתות, שבכוחה להוביל לאובדן אמון הציבור במנהל.<sup>16</sup> 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 בכוונתו להגיש לאישור בית המשפט על מנת שתקבל תוקף של צו מוסכם.<sup>17</sup> בדברי ההסבר לחוק נכתב כי "קיים אינטרס ציבורי כי הסכמות אלה יועמדו לעיון הציבור והערותיו".<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> דברים אלה מקבלים משנה תוקף כאשר משווים את ההסדר החקיקתי הישראלי למקבילו האמריקני, המחיל חובות שקיפות ושיתוף ציבוריים מקיפות על הרשות המנהלית.<sup>20</sup> מאמר זה יראה שרשות ההגבלים העסקיים אינה מאפשרת קיומו של דיאלוג מועיל ופתוח עם בעלי עניין ועם הציבור, ולפיכך מסכלת את מטרות השימוע הציבורי ברגולציה הסכמית בתחום התחרות.<sup>21</sup>

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.<sup>22</sup> האמצעים הטכנולוגיים, ובראשם האינטרנט, מאפשרים כיום לרגולטור להידבר עם בעלי עניין ועם הציבור בכללותו באופן יעיל, זול, פשוט, ישיר ונוח.<sup>23</sup> ואולם, פרקטיקות השיתוף והשקיפות הדלות שהרשות מפעילה בהקשר של

---

מצא בבג"ץ **כספי**, לעיל ה"ש 5, פסי' 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 א.  
13 ראו שם.  
14 על כך ראו להלן בפרק ב.  
15 ראו שם.  
16 ראו שם.  
17 ראו סי' 50ב(ד) (1) לחוק.  
18 דברי ההסבר לסי' 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 א.  
21 ראו על כך להלן בפרקים ג–ד.  
22 ראו שם.  
23 ראו שם.

טיוטות צווים מוסכמים מעידות על שמרנות מנהלית יתרה ועל פרשנות מצמצמת מצידה  
באשר להסדר החקיקתי.<sup>24</sup>

כתוצאה מכך, הרשות אינה חושפת את מעשיה לביקורת ציבורית ושיתוף ציבורי  
ממשיים.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> מתכונת זו של פעולה פוגמת באיכות הרגולציה ובתוצריה. המאמר  
מבקש לעמוד על חוסרים אלה בפעולות הרשות ולהציע מנגנונים לשיפור הפרקטיקה  
ההסכמית.<sup>27</sup>

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 טיוטת ההסכם, אך גם בכל האמור לשקיפות ציבורית לאחר גמר ההסכם.  
מסקנתו של הדיון **בפרק הרביעי** היא 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.

---

24 ראו שם.

25 ראו שם.

26 ראו להלן בפרק ג.

27 ראו שם.

## ב. צו מוסכם

### ב.1. התפתחות הדין בישראל

צו מוסכם בהגבלים עסקיים הוא אישור שיפוטי להסכם רגולטורי שערך הממונה על הגבלים עסקיים עם אדם או תאגיד.<sup>28</sup> 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<sup>29</sup> או נגד אדם או תאגיד שהפרו את חוק ההגבלים בהפרות שונות המוגדרות בחוק.<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup>

יתרונותיו של הצו המוסכם טמונים בתמורות הייחודיות שהרגולטור והמפוקח עשויים להחליף ביניהם, ובתרומה של ההסדר ההסכמי לאינטרס הציבורי בתחרות חופשית.<sup>32</sup> לעיתים, ההסדר ההסכמי הוא החלופה המיטבית או היחידה העומדת לרשות הרגולטור להשגת תחרות חופשית בשוק מסוים ולהגנה על הצרכן.<sup>33</sup> נוסף על כך, הסדר הסכמי בתחום התחרות שבכוחו לקבוע תנאים מוסכמים לפעילות בשוק לפרק זמן ממושך מעודד יציבות רגולטורית ומושך השקעות זרות.<sup>34</sup> צו מוסכם אף מאפשר לתפור חליפה מותאמת אישית למידותיו של המפוקח ולנסיבות הספציפיות של כל מקרה באופן שמעודד ציות לתנאי ההסכם, מפחית לעומתיות ומגביר את הסיכוי לשיפור התחרותיות בענף.<sup>35</sup> בנוסף, הצו המוסכם יכול לשמש כלי רגולטורי 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.<sup>36</sup> כמו כן, הצו המוסכם מאפשר חיטון במשאבים אכיפתיים של הרשות, לעומת כלי אכיפה חלופיים העומדים לרשותה.<sup>37</sup>

---

28 ראו ס' 50 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 535, 533 (2004).

30 ראו ס' 50(א) לחוק. לדוגמה, בצו מוסכם בין הממונה על הגבלים עסקיים לבין אחזקות התחנה בע"מ (12.9.2011) **הגבלים עסקיים** 5001830 [www.antitrust.gov.il/subject/135/item/26114.aspx](http://www.antitrust.gov.il/subject/135/item/26114.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 ידין **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 וישראל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 27.  
36 ראו באופן כללי ידין **רגולציה חדשה**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 134.  
37 ראו באופן כללי ידין **רגולציה חדשה**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 135; גל וישראל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 27.

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.<sup>38</sup> בנוסף, הצו המוסכם עלול לפגוע בהרתעה הכללית והספציפית ולהוביל לשחיקה בתדמיתו הציבורית של הרגולטור עקב הצטיירותו כגורם הנכון לפשרה.<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup>

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)<sup>43</sup>

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

---

38 ראו שם, בעמ' 27-30.  
39 ראו באופן כללי ידן **רגולציה חדשה**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 137.  
40 ראו באופן כללי שם, בעמ' 137-142.  
41 ראו שם; להלן בתת פרק 3.  
42 ראו באופן כללי ידן **רגולציה חדשה**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 139; להלן בתת פרק 3.  
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** 5000948 [www.antitrust.gov.il/subject/135/item/26108.aspx](http://www.antitrust.gov.il/subject/135/item/26108.aspx).  
45 ראו בג"ץ **כספי**, לעיל ה"ש 5: דן בהסכמה שנערכה בשנת 1995 בין הממונה לבין חברות הדלק פז וסונול ומציין כי זו נערכה בסמכות.

שאינ ערר תלוי ועומד; ובחיוב הממונה לפרסם ברשומות את  
כל הקביעות מסוג זה.<sup>46</sup>

בהתאם לכך, כשלוש שנים לאחר מתן פסק הדין הוגשה הצעת חוק ממשלתית וזו אושרה כתיקון 6 לחוק.<sup>47</sup> על פי ההסדר החקיקתי, בית הדין להגבלים עסקיים מוסמך לאשר הסדר מוסכם בין הממונה לגורם פרטי בנושאים המנויים בחוק ולתת לו תוקף של צו.<sup>48</sup> לפי החוק, תוקפו של צו מוסכם שאושר בידי בית הדין הוא כתוקפו של פסק דין שניתן בבית משפט מחוזי.<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup> עוד נקבע כי צו מוסכם יכול שיהיה בלא הודאה בחבות מצידו של המפוקח.<sup>51</sup>

הלכה למעשה, במסגרת מנגנון זה רשות ההגבלים העסקיים מנהלת משא ומתן עם תאגיד, או קבוצה של תאגידים,<sup>52</sup> 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.<sup>53</sup> כך, למשל, גורמים פרטיים הסכימו להקים תוכנית ציות בארגון שתמנע או תצמצם, במידת האפשר, הפרות נוספות בעתיד;<sup>54</sup> לנקוט בפעולות שיובילו להגברת התחרות בענף שבו הם פועלים, כגון הפסקתו של הסדר כובל ומכירת החזקות;<sup>55</sup> לשנות תקנון התאגדות; להימנע מחברות באיגוד עסקי; לנהל פרוטוקולים של פגישות ולהעבירם לממונה<sup>56</sup> ולהרחיב

- 
- 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](http://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](http://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/item/26110.aspx](http://www.antitrust.gov.il/subject/135/item/26110.aspx) (להלן: צו האגודה), שבו הוסכם שהאגודה תחדל לפעול כפורום מתאם בין 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](http://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 בבנו, 5.9.2005), הדין בצו מוסכם בעניין מכירת החזקות חברות הדלק בפי-גלילות.  
56 לאלה ראו צו האגודה, לעיל ה"ש 54.

את מתכונת הגילוי והדיווח לממונה.<sup>57</sup> תכני ההסכמות אינם מוגבלים על ידי המחוקק באופן נוקשה ונתונים בעיקרם לשיקול דעתו של הממונה בכל מקרה ומקרה.<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup>

בפרשת קדבורי-עלית ניהלה הרשות חקירה פלילית נגד המונופול עלית-שטראוס עקב חשד שניסתה לפגוע במתחרה, כרמית תעשיות ממתקים, ששיווקה שוקולד תוצרת קדבורי.<sup>60</sup> על פי החשד, עלית-שטראוס ערכה הסדרים עם קמעונאים, במסגרתם הבטיחו לא לשווק את מוצרי קדבורי.<sup>61</sup> 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 ותתחייב להימנע מהשפעה על סיטונאים במטרה לדחוק מתחרים.<sup>62</sup> בכלל זאת התחייבה החברה להימנע ממתן הטבות לקמעונאים שיציגו מוצרים מתחרים בהיקף מצומצם ובמיקום נחות ומהטלת סנקציות מסחריות על מי שישווק מוצרים מתחרים.<sup>63</sup> 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.<sup>64</sup>

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.<sup>65</sup> על פי הצו תנובה

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](http://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]כול שיכלול, בין השאר, חיוב בתשלום סכום כסף לאוצר מדינה מצד אותו אדם, וחיוב מצדו לעשות דבר או להימנע מעשייתו" (ההדגשה הוספה). ראו ס' 50ב(א) לחוק.

59 מאמר זה לא יעסוק בשאלה האם הצו המוסכם הוא אמצעי רגולטורי יעיל בהשוואה לחלופות. לדיון נרחב בשאלת רציותם של החוזים הרגולטוריים ראו באופן כללי ידן **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](http://www.antitrust.gov.il/subject/161/item/27253.aspx).

61 ראו שם.

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](http://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



תשלם 25 מיליון ש"ח – הסכום הגבוה ביותר ששילמה חברה עד כה על הפרת חוק ההגבלים העסקיים<sup>66</sup> – שיועברו ישירות לצרכנים שרכשו ברשתות בתקופה הרלוונטית, באמצעות זיכוי בכרטיסי האשראי.<sup>67</sup>

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,<sup>68</sup> צווים מוסכמים נערכו במרוצת השנים במגוון תחומים במשק, בהם תחבורה, אנרגיה, תקשורת, הנדסה ובינוי, בנקאות וטכנולוגיה.<sup>69</sup> **תרשים 1** להלן מציג את מספר הצווים המוסכמים שאושרו בבית הדין בעשור האחרון – בין השנים 2007 ל-2017 – 32 צווים סך הכול,<sup>70</sup> 26 מתוכם בחמש השנים האחרונות (2013-2017).<sup>71</sup> בנוסף, 6 צווים מוסכמים נחתמו במחצית הראשונה של 2018 (נתונים אלה אינם נכללים בתרשים) ו-3 אושרו בבית הדין.<sup>72</sup>

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.

---

www.antitrust.gov.il/subject/133/item/34804.aspx; הי"ע (הגבלים עסקיים) 8881-05-18 **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** (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](http://www.antitrust.gov.il/subject/241/item/35241.aspx).

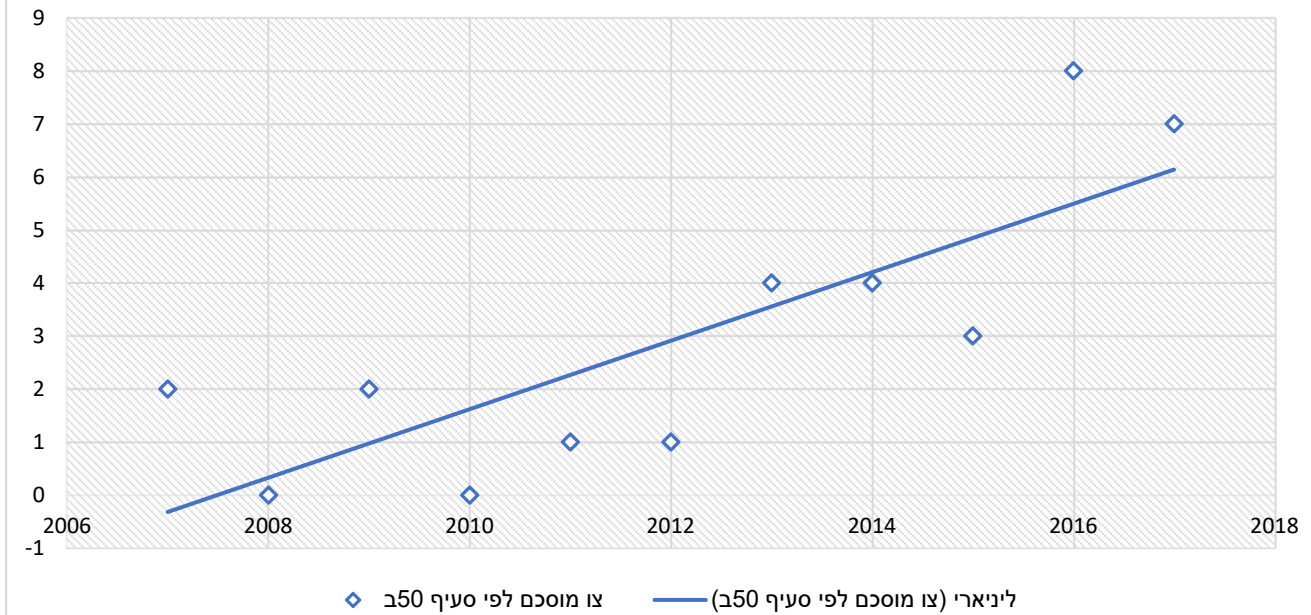
67 ראו שם. בנוסף, שני נושאי משרה בכירים בתנובה ישלמו קנס אישי בגובה של 75,000 ש"ח כל אחד.  
68 עד לקיץ 2018 אושרו בבית הדין לא פחות מ-13 צווים מוסכמים בתחום המזון (מתוך 48 סך הכול).  
כלומר, כמעט שליש מהצווים עד היום עסקו במזון.

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](http://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.

71 ראו שם.  
72 ראו שם; אין בהכרח חפיפה בין הצווים שנחתמו לצווים שאושרו בבית הדין בתקופה זו.

## תרשים 1 - צווים מוסכמים שאושרו בשנים 2007-2017



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.<sup>73</sup> בהודעה זו "יוזמן כל אדם העלול להיפגע מן הצו המוסכם וכן ארגון צרכנים או איגוד עסקי, להביא את טענותיהם בקשר לצו בפני הממונה".<sup>74</sup> בבקשת הממונה לבית הדין למתן צו מוסכם על הממונה לנמק, בין היתר, את החלופות שנשקלו על ידו לצו מוסכם<sup>75</sup> ולצרף את פירוט הטענות שהובאו בפניו במסגרת השימוע הציבורי ואת תגובתו לטענות אלה.<sup>76</sup> חובת השימוע הציבורי במתכונת זו חלה גם במצבים שבהם הממונה או שני הצדדים מבקשים בהסכמה מבית הדין לשנות את הצו המוסכם.<sup>77</sup>

73 ראו ס' 50ב(ד), 50 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.

## ב.2. התפתחות הדין בארצות הברית

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

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 תניות ההסכם 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.<sup>85</sup> עוד מורה החוק כי טיוטת צו מוסכם תתפרסם ברשומות ותוגש לבית המשפט לפחות 60 ימים לפני שהצו אמור להיכנס לתוקפו.<sup>86</sup>

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.<sup>87</sup> תצהיר ההשפעות התחרותיות יוגש לבית המשפט, יתפרסם ברשומות ויומצא לכל אדם לפי דרישה.<sup>88</sup> 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 תגובות משמעותיות ומידע

---

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' 115–114; 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 Antitrust Act*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 115–114.  
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.

לגבי האופניים שבהם ניתן לעיין במסמכים אלה.<sup>89</sup> במסגרת תקופת 60 הימים הרשות תקבל לידיה ותשקול כל הערה כתובה שהוגשה בקשר לטיוטת הצו.<sup>90</sup> כל הערה להסדר המתקבלת בכתב וכל תגובה להערה מטעם הרשות יוגשו אף הן לבית המשפט ויפורסמו ברשומות בתוך תקופה זו.<sup>91</sup>

## ג. שיתוף ציבור ברגולציה הסכמית

### ג.1. צו מוסכם כחוזה רגולטורי

חוזה רגולטורי הוא מכשיר משפטי רווח בשימוש בקרב רגולטורים בישראל ובעולם, המשתיך למשפחה של כלי רגולציה רכה.<sup>92</sup> 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.<sup>93</sup> 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 השלטוני, רגולציה המבוססת על כללי גילוי צרכני,<sup>94</sup> רגולציה באמצעות פרסומים מביישים (שיימינג)<sup>95</sup> ורגולציה הסכמית.<sup>96</sup>

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.<sup>97</sup> לפיכך, הוא חוזה רגולטורי.<sup>98</sup> כפי שציין בית המשפט העליון בבג"ץ מתווה הגז:<sup>99</sup>

---

89 ראו שם, § 16(c).  
90 ראו שם, § 16(d).  
91 ראו שם, § 16(b).  
92 ראו למשל, ידן **רגולציה חדשה**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 40–42.  
93 ראו למשל שם, בעמ' 40–45.  
94 ראו שם.  
95 ראו שרון ידן "המרחב ההבעתי של הרגולציה: האם המדינה צריכה לבייש?" **משפט ועסקים** כג (צפוי להתפרסם ב-2019).  
96 ראו למשל, ידן **רגולציה חדשה**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 40–42.  
97 ראו לעיל פרק א.  
98 ליסודות החוזה 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 אנרג'י. 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 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](http://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 מהידברות לקראת צו

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).<sup>100</sup>

בהקשר הספציפי של דיני תחרות, הרגולציה ההסכמית מצטרפת למגוון כלי אכיפה העומד לרשותה של רשות ההגבלים העסקיים, בהם כלי אכיפה פלילית<sup>101</sup> 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.<sup>102</sup>

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.<sup>103</sup> בהקשר של דיני התחרות, הרגולטור עשוי לפטור את המפוקח מהכרזה על הסדר כובל בתמורה להתחייבות למכירת חלקים מן התאגיד לצד ג' והימנעות מליטיגציה ממושכת;<sup>104</sup> להימנע מהכרזה על מונופולין בתמורה להתחייבות להשקעות וולונטריות במיזמים ציבוריים;<sup>105</sup> או להימנע מנקיטה בהליכים פליליים בתמורה להסדר כספי מהיר לפיצוי הציבור בגין התנהגות אנטי-תחרותית.<sup>106</sup>

חוזה רגולטורי, ככל פעולה מנהלית אחרת, צריך להיות מידתי, סביר, נטול שיקולים זרים ובסמכות.<sup>107</sup> בכך כלול גם הצו המוסכם.<sup>108</sup> השאלה מה מידת

---

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

102 ראו ס' 43, פרקים ד', ד"1, ז"1 לחוק; ראו לעניין אכיפה מנהלית [www.antitrust.gov.il/EnforcementActions/Generalenforc.aspx](http://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](http://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).

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.

הסמכות הנדרשת לצורך כריתת חוזה רגולטורי נידונה בהרחבה בספרות.<sup>109</sup> עמדתו 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.<sup>110</sup>

## ג.2. שיתוף ציבור ברגולציה

נוסף על מישורי הסמכות ושיקול הדעת המנהליים, החוזה הרגולטורי צריך להיערך בפרוצדורה נאותה המשלבת עקרונות של הנמקה, שקיפות ושיתוף ציבוריים.<sup>111</sup> עקרונות אלו נחשבים כיום אבני יסוד של המשפט המנהלי המודרני במדינות רבות בעולם, ואולם בישראל נותרו במידה רבה בלתי מפותחים במסגרת הדין הפורמלי.<sup>112</sup> 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.<sup>113</sup> באופן דומה הכיר המשפט המנהלי המקומי בחשיבותם של עקרון השקיפות המנהלית, של ההנמקה המנהלית ושל הצורך להיוועץ בגורמים מתאימים, אולם נותרו מוגבלים בהיקפם.<sup>114</sup> כך, למשל, המשפט המנהלי החקוק בישראל מדגיש את החובה למסור מידע למי שמבקשו לפי חוק חופש המידע,<sup>115</sup> להיוועץ עם גורמים מסוימים בטרם קבלת החלטות בעניינים תחומים המוגדרים בחוק<sup>116</sup> ואת החובה של עובד ציבור לנמק לפונה סירוב להשתמש בסמכות מנהלית.<sup>117</sup> עקרונות אלו קיבלו גם ביטוי פסיקטי, אך הסטנדרטים לגבי יישומם נותרו עמומים ובלתי מפותחים.<sup>118</sup>

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

---

109 ראו ידן 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 ידן רגולציה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 142.

111 ראו באופן כללי ידן 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 אזרחינתין צרכן – משפט ושלטון במדינה משתנה 52, 186–187 (מיכל שורץ עורכת, 2012) (להלן: ברק-ארז אזרחינתין צרכן).

114 ראו למשל שם, בעמ' 52–67.

115 חוק חופש המידע, התשנ"ח–1998; ראו גם ברק-ארז, לעיל ה"ש 113, בעמ' 59–61.

116 ראו שם, בעמ' 53, 61–66.

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-ארז, לעיל ה"ש 113, בעמ' 66–67.

ושיתוף נרחבים,<sup>119</sup> במתכונת שאינה מסתפקת אך בהספקת מידע לציבור לשם הפיכתו למיודע באופן פסיבי, אלא מחייבת את שיתופם הפעיל של בעלי עניין.<sup>120</sup> מגמה זו עולה בקנה אחד עם עקרונות הדמוקרטיה ההשתתפותית, הדוגלת בהרחבת השפעתו של הציבור בכלל, וקבוצות מודרות בפרט, על תהליכי קבלת החלטות ציבוריות.<sup>121</sup>

בהתאמה, המשפט המנהלי הפרוצדורלי בארצות הברית ובמדינות נוספות עבר מהתמקדות במניעת השימוש לרעה בכוח השלטוני<sup>122</sup> להדגשת חשיבותם של מנגנונים המסייעים לרשות לקבל החלטות<sup>123</sup> במסגרת מודל של ייצוג אינטרסים, בו מכלול הגורמים המושפעים מן הרגולציה זוכה להשמיע את קולו.<sup>124</sup> בכך כלולים לא רק נמעני הרגולציה הישירים או גורמים עסקיים הפועלים בשוק ומושפעים מן הרגולציה בעקיפין, אלא גם מוטבי הרגולציה במובן הרחב, קרי, הציבור בכללותו.<sup>125</sup> 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.<sup>126</sup> 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".<sup>127</sup> ברוח זו

---

119 לתפקידו המרכזי של שיתוף ציבור במדינה המנהלית והרגולטורית ראו למשל: Emily Hammond, *Public Participation in Risk Regulation: The Flaws of Formality*, 169 UTAH William Funk, *Public Participation and Transparency in*; L. REV. 170–71 (2016) *Administrative Law – Three Examples as an Object Lesson*, 61 ADMIN. L. REV. 171, 171 (2009).

120 ניתן אפוא להבין את שיתוף הציבור בתהליכים שלטוניים כנע על מדרג. לסקירת ספרות ראו: מורן נגיד "שיתוף הציבור בשלטון מקומי – הנסיון המעשי ולקחי" **מחקר מדיניות** 110, 7, 21–22 (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:

Sharon Yadin, *Shaming Big Pharma*, 36 YALE J. ON REG. BULL. 131 (2019) (: Yadin להלן); Sharon Yadin, *Saving Lives Through Shaming*, 9 HARV. BUS. L. REV. 57 (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, 438–39 (2003).

123 ראו שם, בעמ' 439.

124 ראו שם, בעמ' 442.

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 ומינורי 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 והגשת מאגרי מידע ממשלתיים לציבור" (30.8.2016); החלטה 2097 של הממשלה ה-33 "הרחבת

נכתב אף מדריך ממשלתי הממליץ על דרכים לשיתוף ציבור בהליכים רגולטוריים,<sup>128</sup> אולם הנחיות אלו טרם קיבלו עיגון חקיקתי או פסיקתי.

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

שיתוף ציבור מקובל כיום בפרקטיקה הרגולטורית בעולם,<sup>135</sup> הרומת כלים שונים למשימה זו. כינוי סל לכלי שיתוף ציבור רבים הוא השימוע הציבורי.<sup>136</sup> שימוע ציבורי הוא כל הליך שבו ניתנת הזדמנות לציבור – להבדיל מגורם פרטני, במסגרת שימוע "רגיל" – לפני קבלת החלטה מהותית בעניינו, להשמיע את טענותיו.<sup>137</sup> 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.<sup>138</sup> 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.<sup>139</sup> בעידן

- 
- 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](http://www.regulation.gov.il/uploads/reports/7/RIAGUIDE_opt.pdf) (להלן: "מדריך ממשלתי – השפעות רגולציה").
- 129 ראו גלית עופר ואורן פרז "שיתוף הציבור בחוק אוויר נקי: מציאות, חזון או פיקציה?" **חוקים** ז 131, 135 (2015) (להלן: עופר ופרז "שיתוף הציבור בחוק אוויר נקי").
- 130 ראו שם.
- 131 ראו שם.
- 132 ראו שם.
- 133 ראו שם.
- 134 ראו נגיד, לעיל ה"ש 120.
- 135 למנגנונים המאפשרים שיתוף ציבור בהליכי רגולציה, ראו למשל, בארצות הברית, Donald J. Kochan, *The Commenting Power: Agency Accountability Through Public Participation*, 70 OKLA. L. REV. 601 (2018); באוסטרליה: 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-ארז "המשפט המנהלי בעידן המדינה האלקטרונית" **המשפט** יג 121, 134 (2007); דפנה ברק-ארז "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 (2011).
- 137 למהותו של שימוע ציבורי ראו למשל: ע"א 4926/08 **נאשף ואיל ושות' נ' הרשות הממשלתית למים וביוב**, פסי' 15, 17, 45 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 9.10.2013).
- 138 ראו עופר ופרז "שיתוף הציבור בחוק אוויר נקי", לעיל ה"ש 129, בעמ' 135.
- 139 ראו למשל ידן **רגולציה חדשה**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 172–173.



האינטרנט, השימוע הציבורי מתבצע לעיתים קרובות באופן מקוון.<sup>140</sup> במסגרת זו הרגולטורים פועלים לקבלת הערות, מידע, עמדות ודעות מן הציבור, למשל באמצעות אתרי אינטרנט או רשתות חברתיות.<sup>141</sup>

### ג.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 deals".<sup>142</sup> קרי, הסכמים מוטים 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.<sup>143</sup> 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.<sup>144</sup> 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 ממילא נמוכה

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 ארז **אזרחינתן צרכן**, לעיל ה"ש 113, בעמ' 186-187; תהילה שורץ אלטשולר "מדיניות ממשל פתוח בישראל בעידן הדיגיטלי" **מחקר מדיניות 91**, 9 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2012).

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

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 שבו 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 THE QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS 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: הי"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 ולישראכרט שעה שביקש הממונה לחזור בו, לאחר שלוש שנים, מבקשתו לצו מוסכם שהוגשה לבית הדין.

מאוד.<sup>145</sup> קשיים אלה תקפים גם במצבים שבהם החוזים הרגולטוריים מאושרים על ידי בית משפט, בייחוד כאשר הביקורת השיפוטית היא חלשה עד לא קיימת.<sup>146</sup>

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 הליך האכיפה במסלול של פרסום קביעה בדבר קיומו של הסדר כובל.<sup>147</sup> 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.<sup>148</sup> 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 מטיוטת צו מוסכם בעקבות התנגדויות מקרב הציבור.<sup>149</sup>

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

אך מהי מתכונת השיתוף הציבורי הראוי 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.<sup>151</sup> 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 התאגידיים למכירת החזקות לשם יצירת תחרות מלאכותית במשק הגז.<sup>152</sup> מתווה הגז עצמו הוא אחד החוזים הרגולטוריים הבולטים בתולדות המדינה.

---

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

146 דוגמת הביקורת השיפוטית שמפעיל בית הדין להגבלים עסקיים על הצו המוסכם. ראו למשל בשי"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.

147 ראו ידן **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 גיוראן.

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

152 ראו שם, בעמ' 571–572.

לאחר גיבוש טיוטת המתווה בין הממשלה לבין התאגידים, ניתנו לציבור, באופן וולונטרי,<sup>153</sup> שלושה שבועות להעיר הערות בכתב ויומיים לשימוע פרוטלי במשרד האנרגיה, שמצידו לא התחייב להתייחס להערות.<sup>154</sup> 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 הרגולטורי. על כך ציין השופט גיבוראן 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.<sup>155</sup> [...] בדומה לדבריי בבג"ץ ייצוא הגז – אך ביתר שאת עתה – אני סבור כי במקרה הנוכחי, חשיבותו של שיתוף הציבור באמצעות שקיפות ופומביות היא בעלת משקל מכריע.<sup>156</sup>

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 טיוטות 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.<sup>157</sup>

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 ידן 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](http://www.energy.gov.il/AboutTheOffice/NewsAndUpdates/Pages/GxmsMniNewsNGShimuaJuly15.aspx)

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

156 שם, פס' 38.

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

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.<sup>158</sup> המדריך ממליץ על שיתוף הציבור בתכנון הרגולציה לאורך כל שלבי גיבושה – כחלק מאפיון המצב בשוק, ככלי לניתוח של חלופות אסדרה או לקראת גיבושה הסופי.<sup>159</sup> מודגש בו כי ככלל, על הרגולטורים לשאוף לקיים שיח רגולטורי עם הציבור באמצעות שיתוף בעלי עניין שונים, כגון עסקים, ארגוני מעסיקים, ארגונים מקצועיים וארגוני החברה האזרחית, וכן מומחים וקבוצות מקרב הציבור הרחב.<sup>160</sup> עוד מומלץ לשלב בשיח הרגולטורי גם קהלים שאינם מאוגדים או מאורגנים, ארגונים קטנים ובינוניים וקהלים שאין להם ערוצי הידברות קיימים וקבועים עם הרגולטור.<sup>161</sup> 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, היוועצות הכוללת דיונים בוועדה וכן שיתוף באמצעות שולחן עגול או ועדה מיעצת.<sup>162</sup>

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,<sup>163</sup> 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.<sup>164</sup>

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](http://www.pmo.gov.il/policyplanning/shituf/Documents/all%20web.pdf)

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

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, 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](http://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).

תהליך זה נועד להבנות את ההחלטה המנהלית ולשפר את הבסיס לקבלתה ואת איכותה.<sup>165</sup> 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 ההיוועצות שקיים עם בעלי עניין, החלופה המועדפת והשפעותיה העיקריות, לרבות ניתוח עלות-תועלת וכן תוכנית למעקב אחר הרגולציה.<sup>166</sup> דוח זה צריך להראות שהרגולציה הנבחרת תפיק תועלת שתעלה על העלות שלה.<sup>167</sup> במידה רבה, תצהיר השפעות תחרותיות, המתחייב במסגרת הצו המוסכם האמריקני בתחום התחרות, עונה למאפייני דוח RIA.<sup>168</sup>

פרסום דוח RIA בטרם שכלולה של הרגולציה לסופית ומחייבת משמש לא פעם נדבך חיוני בהליכי שיתוף ציבור.<sup>169</sup> 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 החלטתה הם תנאי הכרחי לשיתוף ציבור יעיל.<sup>170</sup> עקרונות אלו הנחו את המחוקק האמריקני שעה שחוקק את חוק טאני וקבע במסגרתו חובות הנמקה ושקיפות נרחבות כבסיס להליך של שימוע ציבורי שייסד.<sup>171</sup> בישראל, משרדי ממשלה מחויבים לקיים הליך הערכת השפעות רגולציה ולהכין דוח RIA לגבי מרבית החקיקה הרגולטורית הראשית או המשנית שהם מקדמים.<sup>172</sup> אומנם חובה זו מתמקדת בחקיקה ובמשרדי ממשלה, אולם הספרות הציעה טעמים להחילה גם על רגולציה הסכמית פרטנית הנערכת על ידי רשויות מנהליות שונות.<sup>173</sup> 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.<sup>174</sup>

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.

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

168 ראו על כך לעיל בתת פרק 2א.

169 כך למשל בארצות הברית במסגרת הצו המוסכם. ראו לעיל בתת פרק 2א, ובישראל ראו למשל, בהקשר של חוק אוויר נקי, עופר ופרז "שיתוף הציבור בחוק אוויר נקי", לעיל ה"ש 129, בעמ' 133.

170 ראו למשל שם, בעמ' 139.

171 ראו על כך לעיל בתת פרק 2א.

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\\_REP](http://www.regulation.gov.il/RIA_REP). כן ראו החלטה 4398 של הממשלה ה-34, לעיל ה"ש 127, המחילה חובות RIA גם על חוזרים, נהלים והנחיות.

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

174 ראו שם, בעמ' 175–179, 184–185.

## 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" 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.

### ד.1. פגמים הליכיים בצו המוסכם

בחינת 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 וטיעון טענות בקשר לטיטות הצווים המוסכמים. כזכור, סעיף 50(בד)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.<sup>175</sup> לשיטת הממונה (ובית הדין) התנגדויות לטיוטות צווים מוסכמים 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.<sup>176</sup>

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.<sup>177</sup> אומנם אימוץ "עיוור" של דין זר אל תוך הדין הישראלי הוא בדרך כלל שגוי,<sup>178</sup> אך יחד עם זאת אין להתעלם מכך שזכות עמידה מצומצמת שכזו אף אינה עולה בקנה אחד עם המקובל בעולם בהקשרים דומים.<sup>179</sup> כך למשל בארצות הברית חוק טאני מאפשר לכל אדם המעוניין בכך להגיש הערות לטיוטות צווים מוסכמים בתחום התחרות.<sup>180</sup>

הגבלת מעגל הרשאים להגיב ולהתייחס להסדרים אינה יכולה לעמוד בעידן שבו הציבור מצפה לשיתופו הפעיל בהליכים שלטוניים<sup>181</sup> ושבזו השיתוף יכול להתבצע במגוון דרכים טכנולוגיות פשוטות וזולות.<sup>182</sup> 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 הנטועה בעמדות שונות מקרב הציבור.<sup>183</sup> 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.<sup>184</sup>

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

---

175 ראו עניין **אסם**, לעיל ה"ש 11, פסי' 14-17 לפסק דינה של השופטת שידלובסקי-אור.  
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 בבנו, 17.3.2013).

177 ראו להלן 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 א.2. למצב הנוהג באירופה ראו George S. Georgiev, *Contagious Efficiency: The Growing Reliance on US-Style Antitrust Settlements in EU Law*, 971 UTAH L. REV. 998-999 (2007). אך לפגמים ביישום הזכות ראו שם, בעמ' 1018-19.

180 ראו לעיל בתת פרק א.2.  
181 ראו למשל 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 א.1. לחשיבות שיתוף הציבור בהסדרים ראשוניים הנערכים ברשות המבצעת ראו בג"ץ 4491/13 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל**, פסי' 101 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בבנו, 2.7.2014).

184 ראו עניין **אסם**, לעיל ה"ש 11, פסי' 11 לפסק דינה של השופטת שידלובסקי-אור. להסכם הממונה עם תעשיית המזון ראו לעיל תת פרק א.1.

מוסכמים, הרי שהביקורת המובעת בפרק זה, בדבר מגוון פגמים נוספים בשקיפות, בשיתוף ובהנמקה,<sup>185</sup> 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.<sup>186</sup> "כל אדם העלול להיפגע מן הצו המוסכם" כולל, למעשה, חלקים בלתי מיוחדים בציבור, שאינם דווקא 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 עליי 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.<sup>187</sup>

נקודה מקדמית נוספת לדיון בהיקפה של זכות הטיעון הרגולטורית היא משך תקופת הטיעון והגשת ההערות. דיני ההגבלים העסקיים נחשבים בדרך כלל תחום סבוך,<sup>188</sup> והמסד העובדתי בנושאים רבים אותם הרשות מסדירה על דרך של צו מוסכם הוא מורכב למדי.<sup>189</sup> לפיכך, דומה כי פרק זמן של 30 ימים הוא קצר מכדי ללמוד את המקרה הספציפי ולגבש עמדה ותגובה בכתב.

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 בר-אור (פורסם בנבו, 15.6.2014) (להלן: עניין **בנק הפועלים השני**).

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

189 ראו דוגמאות לצווים מוסכמים כאלה, לעיל בתת פרק א.1.



הפרקטיקה של רשות ההגבלים לוקה אף בפרן חלקיותו של המידע המתפרסם כבסיס לשיתוף האמור וכחלק ממילוי חובת השקיפות של הרשות.<sup>190</sup> באופן טיפוסי, טיוטות צווים מוסכמים המובאים להערות הציבור כוללות פסקאות בודדות של טקסט, לפעמים בהיקף של כרבע עמוד עד עמוד.<sup>191</sup> 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.<sup>192</sup> 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 לטיטה הלקונית שהרשות מפרסמת, היא לפנות לבית הדין בבקשה לעיון במסמכים שהוגשו לבית הדין.<sup>193</sup> אומנם במסלול אחר, שלא נזכר בפסק הדין, אפשר שתוגש בקשה לרשות לפי חוק חופש המידע,<sup>194</sup> אולם, שתי הדרכים, בקשת עיון במסמכים לבית הדין ובקשה למידע לפי חוק חופש המידע, אינן רצויות, משום שהן מסורבלות, ממושכות ותוצאתן אינה מובטחת.<sup>195</sup> כמו כן, הפנייה לבית הדין היא ממילא מאוחרת למועד השימוע הציבורי, ולכן כמעט אינה רלוונטית.<sup>196</sup>

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

190 פרסום 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" **הצעה לסדר** 14, 7 (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](http://www.antitrust.gov.il)).

192 ראו לעיל בתת פרק א2.

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 סי' 50(ב)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. (forthcoming 2019).

198 ראו שם.

להסכמות הממונה, אלא במסגרת "הודעות הממונה על כוונה להגיש צו מוסכס", המתפרסמות, כאמור, בנפרד מטיוטת הצו המוסכס. 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 מוסכסים 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 מוסכס 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 מוסכס 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 באשר 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 מוסכסים, הרשות אינה מביאה אותן או את התייחסותה לתגובות אלה לידיעת הציבור. 202 לשם השוואה, במסגרת ההסדר האמריקני הרשות מפרסמת כל הערה וכל תגובה להערה. 203 כך, הציבור אינו יכול להעריך כהלכה את ההליך הרגולטורי-שיתופי שקיימה הרשות, והחשש מפני "דילים" מוטים עלול להתחזק.

נוסף על כך, המידע המועט שהרשות טורחת לפרסם בקשר לצווים מוסכסים 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

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

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

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 המוסכס, אולם שלב זה מאוחר לפרק הזמן של 30 ימים במסגרת של שימוע ציבורי ואינו נגיש לעיון הציבור אף בדיעבד, אלא במסגרת בקשה מיוחדת שתוגש לבית הדין. ראו סי' 50(ד) לחוק.

203 ראו לעיל בתת פרק 2א.

ונוקטים מונחים מקצועיים וקיצורים שאינם מוסברים על ידי הרשות.<sup>204</sup> הודעות לעיתונות שנלוות לעיתים לפרסום הטיוטות 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 טיוטת הצו המוצע, תקציר של תצהיר ההשפעות התחרותיות, רשימה של המסמכים הרלוונטיים שיועמדו לעיון הציבור ומידע לגבי האופנים שבהם ניתן לעיין במסמכים.<sup>205</sup>

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 טיוטות 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, טיוטת הצו המוסכם שערכה הרשות עם הבנקים מטושטשת, עקומה ומעוותת;<sup>206</sup> פסים אנכיים בולטים חוצים את טיוטת הצו המוסכם של הרשות עם יינות ביתן;<sup>207</sup> וטיטות צווים אחרות מופיעות באופנים דומים, תוצר של סריקה מרושלת.<sup>208</sup> בנוסף, טיוטות ונוסחים מאושרים של צווים מוסכמים אינם ממוינים תוכנית, אלא כרונולוגית בלבד.

מאתר הרשות אף נעדר מנגנון נוח לתגובות לטיטות הצווים, אשר ינגיש 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.<sup>209</sup> במקום זאת הציבור המעוניין נדרש להכין מכתב מסודר ולשולחו לרשות באמצעות רשת הדואר, בפקס או בדואר אלקטרוני.

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.<sup>210</sup> באופן כללי,

- 
- 204 לבעיה דומה בהודעות רגולטוריות שמפרסם ה-Food and Drug Administration בארצות הברית ראו לעיל בתת פרק 2. Yadin, *Shaming Big Pharma*, לעיל ה"ש 120.
- 205 ראו טיוטת נוסח הצו המוסכם בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין בנק הפועלים בע"מ ואחי (27.3.2014) **הגבלים עסקיים** 500587 [www.antitrust.gov.il/item/33093/search/2e27ed992ec04a63b6da7e5fbb1e6259/highlight/%D7%91%D7%A0%D7%A7.aspx](http://www.antitrust.gov.il/item/33093/search/2e27ed992ec04a63b6da7e5fbb1e6259/highlight/%D7%91%D7%A0%D7%A7.aspx)
- 207 ראו טיוטת נוסח הצו המוסכם בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין יינות ביתן בע"מ ומגה קמעונאות בע"מ (13.3.2018) **הגבלים עסקיים** 501481 [www.antitrust.gov.il/item/34981/search/6aba613eea0c453b89dbac374796d443/highlight/%D7%91%D7%99%D7%AA%D7%9F.aspx](http://www.antitrust.gov.il/item/34981/search/6aba613eea0c453b89dbac374796d443/highlight/%D7%91%D7%99%D7%AA%D7%9F.aspx)
- 208 ראו למשל טיוטת 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/133/item/34131.aspx](http://www.antitrust.gov.il/subject/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 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.

הרשות מנהלת קבוצת דיור שמאפשרת, בכפוף להרשמה, קבלת דיוררים אלקטרוניים עם עדכונים שונים מפעילות הרשות, וכן דף פייסבוק ודף לינקדאין, בהם היא מעדכנת אודות פעילותה באמצעות טקסט, גרפיקה וסרטוני וידאו.<sup>211</sup> אולם עיון בערוצי תקשורת אלה מגלה שהשימוש בהם אינו תדיר, וכי חלק גדול מן התעבורה אינו קשור לפעילותה המקצועית של הרשות.<sup>212</sup> 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.<sup>213</sup>

## 2.4. המלצות

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

211 ראו עמוד רשות ההגבלים העסקיים בפייסבוק: [www.facebook.com/antitrustil](http://www.facebook.com/antitrustil); עמוד רשות ההגבלים העסקיים בלינקדאין: [www.bit.ly/2zc6i7a](http://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). ראו באופן כללי 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 השופט ברק (1998).

שהשלטון יאפשר ויעודד השתתפות זו, כולל באמצעות פלטפורמות דיגיטליות זמינות ונגישות והספקת מידע מלא ומפורט.<sup>217</sup> 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.<sup>218</sup> 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.<sup>219</sup>

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 למאמציה 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".<sup>220</sup>

אני סבורה כי יש טעם רב בתיקון חקיקה שירחיב את מעגל הזכאים להגיש תגובות לטיוטות 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.

ראשית, מאחר שההסדרים בדיני התחרות נוטים להיות מורכבים ומבוססים על מטריה מקצועית סבוכה,<sup>221</sup> 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 לטיוטת 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<sup>222</sup> או על סוד מסחר או הגנה על ביטחון המדינה.

היבט נוסף של הרחבת המידע העומד לרשות הציבור קשור במסמכים נלווים מבארים. על הרשות להתאמץ לא רק להנגיש לציבור את מסמכי המקור הקשורים

217 ראו על כך לעיל בפרק ב.

218 ראו שם.

219 ראו שם.

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

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

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

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<sup>223</sup> ולעודד אותו לקחת חלק בשימוע ציבורי המתקיים על ידי הרשות בקשר לצווים מוסכמים העוסקים בנושאים שונים העומדים כיום בלב השיח הכלכלי-חברתי.<sup>224</sup> 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 ליצור תופעה של "קליקים מרובים" המפחיתים את הנגישות למידע הרגולטורי.<sup>225</sup> 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.<sup>226</sup> 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 לטיטת החוזה הרגולטורי.

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 דוד**, 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".

225 כך, למשל, טיטות 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>

חשש נוסף הוא שהעלאת השקיפות והשיתוף בתהליכים רגולטוריים תוביל לפגיעות רגולטורית רבה יותר לתופעות דוגמת השבי הרגולטורי,<sup>227</sup> 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.<sup>228</sup> העלאת נגישותם של בעלי עניין לרגולציה הסכמית עלולה להוביל אפוא לשבייתה של רשות ההגבלים העסקיים באינטרסים המסחריים של אלו המסוגלים לממן ולהוציא לפועל את הקמפיינים התקשורתיים, המשפטיים והפוליטיים היעילים ביותר.<sup>229</sup> 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".<sup>230</sup> התוצאה עלולה להיות הרסנית לחוזים רגולטוריים יעילים שישוכלו או יוגבלו בדרך כלשהי כדי לשרת אינטרסים של מתחרים, ובכך ייפגע האינטרס הציבורי בשמירה על שוק תחרותי.

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 המנהלי 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.<sup>231</sup> ישנו גם החשש שעל אף נקיטת הצעדים להגברת השיתוף הציבורי, כגון שיפור השקיפות, ההנמקה ושקיפות ההנמקה, הציבור ימאן לשתף

227 ראו באופן כללי David Pozen, *Transparency's Ideological Drift*, 128 YALE L. J. (forthcoming 2019).

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 ליזמים ולציבור משקל שווה משום שליזמים הייתה דלת פתוחה למקבלי החלטות הפוליטיים.

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

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 שעולות 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 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.<sup>232</sup> 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. 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 בהחלת 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 וההנמקה 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.<sup>233</sup> דרך נוספת לשיתוף הציבור בעבודת הרשות מסתמנת במסגרת סרטוני הסבר שהרשות מפיצה וכן במסמכי שאלות ותשובות שהיא מכינה

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).

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



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 הסטטוטורי 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.<sup>234</sup> מאמר זה ביקש לאתר כשלים וחוסרים מסוימים בשימוש בכלי זה, המכונה בחוק "צו מוסכס", 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 המוסכס כחוזה 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.

---

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