



ת"פ 17540/08/20 - מדינת ישראל - רשות התחרות נגד משה גרידינגר, אילנה נוזיק-עזר, אילת ניר שטייר, פורום פילם בעמ

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"פ 17540-08-20 מדינת ישראל נ' גרידינגר ואח'
תיק חיצוני:

בפני	כבוד השופט חגי טרסי
מאשימה	מדינת ישראל - רשות התחרות ע"י עו"ד אור בלקין ועו"ד נורית הרצמן
נגד	1. משה גרידינגר
נאשמים	2. אילנה נוזיק-עזר
	3. אילת ניר שטייר
	4. פורום פילם בעמ
	ע"י ב"כ עו"ד נתי שמחוני, עו"ד טליה סולומון
	עו"ד יואב סננס ועו"ד הדר רובינשטיין

החלטה

לפני בקשת ההגנה למתן צו להמצאת מסמכים, בהתאם להוראת סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982 (להלן: "**חסד"פ**"), במסגרתה מתבקש צו המורה למאשימה להעמיד לעיון ב"כ הנאשמים מידע ומסמכים לשם ביסוס טענה מקדמית של הגנה מן הצדק על רקע אכיפה בירנית.

ברקע לבקשה עומד כתב האישום אשר הוגש נגד הנאשמים בגין אי קיום תנאים שנקבעו בשנת 2010 במסגרת אישור המיזוג בין הנאשמת 4, חברת פורום פילם בע"מ (להלן: "**פורום פילם**" או "**החברה**"), לחברת אלברט ד. מטלון ושות' בע"מ, וזאת בניגוד להוראות סעיף 47(א)(4) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח - 1988 (להלן: "**חוק התחרות הכלכלית**"). תמצית הטענות המפורטות בכתב האישום הינה כי בין השנים 2015-2019, בשמונה מקרים שונים, נמנעה החברה מלספק לבית הקולנוע לב ת"א סרטים שהופצו על ידה להקרנה בישראל, בניגוד לתנאי שנקבע באישור הסכם המיזוג, במסגרתו התחייבה להפיץ סרטים המופצים על ידה בתפוצה רחבה לכל בית קולנוע המעוניין בכך. לצד החברה עצמה, מיוחסות העבירות שבכתב האישום גם לנאשם 1, אשר שימש כמנכ"ל חברת האם של פורום פילם, ולנאשמות 2 ו-3, אשר ניהלו את החברה בתקופות הרלבנטיות.

במסגרת הבקשה הנוכחית עותרים ב"כ הנאשמים להורות למאשימה להעביר לידי ההגנה מידע אודות כלל המקרים שנבדקו או נחקרו, לרבות מקרים הנבדקים או נחקרים בימים אלה, בקשר להפרות אי קיום תנאים. ההגנה אינה מסתפקת במידע הנוגע להפרה של תנאי שנקבע באישור מיזוג, ומבקשת כי הגילוי ישתרע גם על פני הפרות אחרות כגון



הפרות תנאי באישור הסדר כובל, אי קיום הוראה לגבי מונופולין ואי קיום הוראה לגבי קבוצת ריכוז. באשר לטיב המידע שייחשף, מבוקש פירוט שמות כל המקרים ועובדותיהם וכן פירוט של כלל הליכי האכיפה שננקטו, ומענה לשאלה מדוע לא ננקטו הליכים במקרים שהסתיימו ללא הליכי אכיפה. עוד מבוקשות החלטות שניתנו לגבי עיצומים כספיים ולגבי צווים מוסכמים, וכן מידע לגבי אופן חישוב ואמות המידה לקביעת גובה התשלום במסגרת צווים מוסכמים שגובשו חלף הליכים פליליים.

לביסוס זכאותם לקבלת הצו מפנים ב"כ הנאשמים בראש ובראשונה לטענה כי סקירה מעמיקה שביצעו במאגרים המשפטיים ובאתר רשות התחרות מגלה כי כתב האישום הנוכחי הנו המקרה היחיד בו הוגש כתב אישום בגין אי קיום תנאים, כאשר עבירה זו עומדת לבדה, ללא כל עבירות נוספות. בכל שאר המקרים שאותרו נאכפו ההפרות לבסוף באמצעים מנהליים של צו מוסכם או עיצום כספי. לטעמם של הסנגורים המלומדים די בנתון זה על מנת להעיד על מדיניות המאשימה שלא להגיש דרך כלל כתב אישום בגין הפרת תנאים, ועל סטייה מאותה מדיניות במקרה שלפנינו, באופן המצדיק חשיפה נוספת של מידע ומסמכים לצורך מתן הכלים הדרושים לביסוס טענת אכיפה בררנית במסגרת טענה מקדמית של הגנה מן הצדק. בנוסף לטענה כללית זו, ועל מנת לעמוד בנטל הראייתי הראשוני המוטל על המבקשים בהליכים מעין אלה, מפנים ב"כ הנאשמים למספר החלטות פרטניות, שיפורטו בהמשך, ואשר מעידות לטעמם על היותה של ההחלטה להגיש כתב אישום במקרה הנוכחי חורגת מדרך הילוכה הרגיל של המאשימה במקרים דומים.

מנגד, סבורה המאשימה, כי הגשת כתב האישום במקרה זה מחויבת המציאות ואף תואמת באופן מלא את המדיניות הנוהגת, כפי שהותוותה במסגרת גילוי דעת 1/12: "**הנחיות רשות ההגבלים העסקיים בדבר השימוש בהליכי אכיפה של עיצומים כספיים**" (להלן: "**גילוי הדעת**"). עוד הבהיר ב"כ המאשימה בתגובתו לבקשה כי אין מדובר בפעם הראשונה בו הועמדו נאשמים לדיון בגין עבירה על סעיף 47(ב)(4) לחוק התחרות הכלכלית, אם כי בהגיותו אישר במהלך הדיון בבקשה כי מדובר במקרה הראשון בו עומדות עבירות אלה לבדן, מבלי שמיוחסות לנאשמים עבירות נוספות. אף על פי כן, אין לטעמו בעובדה זו כשלעצמה, וגם לא בדוגמאות עליהן מבקשת ההגנה להיסמך, כדי להצביע ולו באופן ראשוני על דבר קיומה של אכיפה בררנית או על סטייה ממדיניות הניתוב של המאשימה בעניינם של הנאשמים.

בטרם אתייחס ביתר פירוט לטענות הצדדים ואכריע בהם, ראוי יהיה להבהיר את הכללים המשפטיים החלים על ההליך הנוכחי ואת טיבו של הנטל המוטל על כתפי הנאשמים, בבואם לשכנע את בית המשפט להעניק להם את הצו המבוקש.

המסגרת הנורמטיבית:

רבות עסק בית המשפט העליון בשנים האחרונות בשאלות הנוגעות לחובת הגילוי אשר עשויה לקום למדינה במקרים בהם נטענת כלפיה טענה של אכיפה בררנית, ולמתח שבין הליכי חופש המידע להליכי הגילוי המוסדרים בדן הפלילי. לא מצאתי מקום להרחיב בנושא זה שכן אין עוד חולק כי על פי ההלכה הפסוקה, ההליך המתאים לבחינת היקפה של חובת הגילוי בגדר ההליך הפלילי הנו על דרך הגשת בקשה לפי סעיף 108 לחסד"פ, כפי שעשו הסנגורים המלומדים במקרה זה.



עם זאת, אין בעצם הגשת הבקשה ובכוונה לטעון לאכיפה בררנית בשלב הגשת כתב האישום, כדי להקים באופן גורף זכות לקבלת המידע המבוקש. עמד על כך בית המשפט העליון במסגרת בג"צ 4922/19 נה נ' מ"י (9.12.19) (להלן: "בג"צ נה") בדבריו לפיהם: **"בהליך הפלילי, לא די לנאשם להגות את מילת הקסם 'אכיפה בררנית' על מנת לפתוח את פתח מערת המידע. דווקא נוכח הנפקות של קבלת טענה לאכיפה בררנית, עד כדי אפשרות לביטול כתב האישום, נדרש בית המשפט 'לסנן' טענות אלה גם בשלב הגילוי, שאם לא כן, אין לדבר סוף."**

על רקע זה נקבע כי על הנאשם המבקש לקבל מידע בנוגע למדיניות האכיפה, להניח תשתית ראייתית לכאורית ראשונית שיש בה כדי לתמוך בטענתו, וכי אין להורות לתביעה למסור מידע מכוח סעיף 108 לחסד"פ ללא ראיות ראשוניות אלו. בפסיקת בית המשפט העליון אמנם טרם נקבעה הלכה ברורה לגבי עצמת הרף בו נדרשת ההגנה לעמוד, וברי כי מדובר ברף נמוך מזה הדרוש לצורך קבלת טענת האכיפה הבררנית לגופה, אך אין חולק כי בטרם תיגדש המאשימה לספק מידע נוסף כלשהו, על ההגנה לעמוד באותו רף ראשוני המצדיק ולו תהיה בדבר איתנותה של חזקת התקינות המנהלית העומדת לזכות המדינה, בנסיבות המקרה הקונקרטי.

הנה כך באו הכללים לידי ביטוי במסגרת דברי הסיכום בבג"צ נה (ההדגשה שלי - ח.ט.):

"(-) דרך המלך להעלאת טענות נגד פגמים שנפלו בהגשת כתב אישום - לרבות טענה לאכיפה בררנית - היא במסגרת ההליך הפלילי.

...

(-) האמצעי הדיוני להעלאת הדרישה לקבלת חומר לצורך ביסוס הטענה לאכיפה בררנית הוא סעיף 108 לחסד"פ, ולא סעיף 74 לחסד"פ. אין בכך כדי לגרוע מזכותו של נאשם, כמו כל אדם אחר, לפנות בבקשה במסלול של חוק חופש המידע, ואולם לא יהא בכך כדי לעכב את ההליך הפלילי.

(-) הנטל להנחת תשתית ראייתית ראשונית לביסוס הדרישה לגילוי מידע ומסמכים בנוגע למדיניות האכיפה מוטל על הנאשם. בכגון דא, לא די בעצם העלאת טענה לאכיפה בררנית על מנת להורות לתביעה למסור מידע מכוח סעיף 108 לחסד"פ. טיבו של הנטל הראשוני המוטל על הנאשם ייבחן בכל מקרה לפי נסיבותיו, אך מובהר כי הרף לצורך קבלת מידע ומסמכים נמוך מהרף שנדרש לצורך סתירת חזקת התקינות ולהוכחת האכיפה הבררנית עצמה.

(-) המסגרת לבירור טענות בדבר אכיפה בררנית היא סעיף 149(10) לחסד"פ. "

עוד ראוי לציון ההלכה שנקבעה אך לאחרונה במסגרת ע"פ 3507/19 בורקאן נ' מ"י (3.12.20), ולפיה:

"בנסיבות בהן קיימת מדיניות מוצהרת ומפורטת המדריכה את רשויות התביעה והרשות פעלה בהתאם לה, יש להקפיד בנטל הראיה המוטל על הטוען לאכיפה בררנית ולדרוש כי יצביע על חריגה שיטתית ולאורך זמן ממדיניות האכיפה של הרשות."

להלכה זו השלכה לענייננו לנוכח טענת המאשימה ולפיה בהגשת כתב האישום במקרה זה פעלה היא בהתאם למדיניות האכיפה המוצהרת והמפורטת שלה, כפי שבאה לידי ביטוי בגילוי הדעת. ככל שכך הם אכן פני הדברים, וסוגיה זו תיבחן



בהמשך, דומה כי במקרים מעין אלה, גם הנטל הראשוני המוטל על הנאשם צריך להיות משמעותי יותר, ולא די יהיה במקרה אחד או שניים כדי להעביר את הנטל לכתפי המאשימה. מכל מקום, כפי שנראה, המקרה שלפנינו אינו מחייב הכרעה בסוגיה העקרונית הנ"ל, שכן גם לפי קנה המידה המקל לא עמדה לטעמי ההגנה בנטל הראייתי הראשוני התומך בטענתה בדבר אכיפה בררנית.

מן הכלל אל הפרט:

ביסוד הבקשה עומדת כזכור הטענה, אשר כשלעצמה אינה שנויה במחלוקת, ולפיה מדובר בכתב האישום הראשון אשר הוגש על ידי המאשימה בגין עבירה של הפרת תנאים לאישור הסכם מיזוג, ללא עבירות נלוות נוספות. לטענת ב"כ הנאשמים, בכל יתר המקרים בהם נחקרו עבירות מסוג זה, הסתיימו ההליכים באכיפה מנהלית, בדרך כלל על דרך של גיבוש צו מוסכם. מכך מבקשת ההגנה להסיק כי במקרה הנוכחי סתה המאשימה ממדיניות הנוהגת, ובחירה, באופן חריג ומפלה, להגיש נגד הנאשמים כתב אישום, חלף פנייה לאפיק אכיפה מנהלי.

אלא שעל מנת לעמוד על מדיניות האכיפה של המאשימה בהקשר הנוכחי אין צורך להידרש לפרשנות של החלטות שניתנו בעניינים ספציפיים, על שלל נסיבותיהן הפרטניות, שהרי מדיניות זו באה לידי ביטוי מפורש, מפורט וגלוי במסגרת **גילוי הדעת**. עיון במסמך זה מלמד כי בעקבות תיקוני החקיקה אשר העניקו לרשות התחרות את הסמכות לאכוף באמצעות עיצומים כספיים, ונוכח החפיפה שנוצרה בין סמכות האכיפה הפלילית לזו המנהלית, ביקשה הרשות להבהיר מהן ההפרות שלגביהן ישמש העיצום הכספי ככלי האכיפה המרכזי.

לענייננו רלבנטית במיוחד ההוראה שבסעיף ב.3. **לגילוי הדעת** ולפיה הפרה של תנאי שבו הותנה אישור, דוגמת אישור מיזוג, תיאכף ככלל באכיפה מנהלית על ידי הטלת עיצום כספי וזאת "למעט כאשר המידע שבידי הרשות מלמד כי המפר היה מודע לכך שבמעשהו הוא מפר תנאי כאמור", שאז תנותב האכיפה לאפיק הפלילי. להשלמת התמונה העולה **מגילוי הדעת**, ראוי להזכיר את האמור בסעיף א.1. למסמך, המבהיר כי מדיניות זו מחייבת ככלל את הרשות לפעול על פיה, אך אינה פוטרת אותה מהחובה לשקול כל מקרה לגופו, באופן שעשוי להבא לסטייה מהמדיניות הכללית במקרים המתאימים.

גילוי הדעת מלמד אפוא כי דרך המלך לטיפול בהפרות תנאים באישורי מיזוג, כמו גם בהפרות דומות אחרות, הנו אכיפה מנהלית על ידי הטלת עיצום כספי, זולת במקרים בהם מדובר בהפרה מודעת של התנאי, שאז תיאכף ההפרה באפיק הפלילי. כמו כן, עשויים להתקיים מקרים בהם מוצדק יהיה לסטות מהנתיב המנהלי לפלילי ולהיפך, בשל נסיבות קונקרטיות חריגות של מקרה מיוחד כזה או אחר.

על רקע נתונים אלה ברי כי עצם העובדה שמדובר במקרה הראשון בו מוגש כתב אישום בגין הפרת תנאי בלבד, אינה מעידה כשלעצמה על קיומה של אכיפה בררנית, ויש לבחון בשלב הראשון האם תואמת הגשת כתב האישום את מדיניות האכיפה, כפי שבאה לידי ביטוי **בגילוי הדעת**, וככל שהתשובה תהא חיובית להוסיף ולבחון האם עליה בידי ההגנה להצביע ולו באופן ראשוני על מקרים קודמים המדגימים חריגה שיטתית מהמתווה המפורט **בגילוי הדעת**, ולמצער חריגה כלשהי אשר בכוחה להקים סימן שאלה בדבר חזקת התקינות המנהלית.



ככל שמדובר בשאלה הראשונה, שאלת ההתאמה בין מדיניות האכיפה המפורטת **בגילוי הדעת** לבין הגשת כתב האישום, מתחייבת במקרה הנוכחי תשובה חיובית. המאשימה מבהירה בתגובתה כי בתיק הנוכחי קיימות ראיות המבססות את מודעות הנאשמים להפרת תנאי המיזוג, ולצורך השלב הדיני הנוכחי די בהצהרה זו, ועל כן מתקיים בהם הסייג המפורט בסעיף ב.3. **לגילוי הדעת**, באופן המצדיק הגשת כתב האישום נגדם. בנסיבות אלה, הגשת כתב האישום וניתוב מקרה זה לאפיק הפלילי תואמים באופן מלא את המדיניות שהותוותה **בגילוי הדעת**, ודווקא ניתוב לאפיק המנהלי, כמבוקש על ידי ההגנה, היה עשוי להצטייר כסטייה ממדיניות המחייבת הסבר.

לנוכח מסקנה זו יש להידרש לרובד הנוסף העולה מטיעוני ב"כ הנאשמים אשר על פיו **גילוי הדעת** אינו משקף את מדיניות המאשימה, כפי שהיא באה לידי ביטוי בעולם המעשה. על פי קו טיעון זה, החלטות שונות שהתקבלו על ידי הרשות, בדבר ניתוב הליכים לאפיק פלילי או מנהלי ובאשר לאקט האכיפה הסופי, בהגשת כתב אישום ומיצוי הליך פלילי או בצו מוסכם, אינן תואמות את **גילוי הדעת**, ומעידות על יחס המפלה לרעה את הנאשמים שלפני לעומת אחרים שכלפיהם לא מוצה ההליך הפלילי. לתמיכה בטענות אלה הפנתה ההגנה בטיעוניה בכתב לשלושה מקרים קונקרטיים, אשר נסקרו על ידה בהרחבה ואף זכו למענה מפורט מטעם המדינה. אציין כי במהלך הדיון בעל פה נעשה ניסיון לערוך "מקצה שיפורים" ולהצביע על מקרים נוספים. הוזכרו שתי החלטות נוספות של בית הדין להגבלים עסקיים, שגם אליהם אדרש בהמשך, ובנוסף הופנית לפרסומים שונים בתקשורת, אשר אליהם לא מצאתי הצדקה להידרש מטעמים מובנים.

בטרם אתייחס לפרטי המקרים הקונקרטיים אליהם הפנתה ההגנה ראוי יהיה לציין כי כלל פסקי הדין, אישורי הצווים המוסכמים וההחלטות על עיצומים כספיים מתפרסמים דרך קבע באתר רשות התחרות וזמינים לעיון הציבור, וזאת בנוסף למאגרים המשפטיים הפתוחים לכל מנוי. לפיכך, העובדה כי סקירה מקיפה של כל אותן ההחלטות שפורסמו, וחזקה על ב"כ הנאשמים כי סקירתם הייתה מקצועית ויסודית, הניבה בסופו של יום מספר כה מצומצם של מקרים המעידים, לטעמם של הסנגורים, על סטייה ממדיניות הענישה, אומרת כשלעצמה דרשני. אתייחס כעת ביתר הרחבה לשלוש הדוגמאות המרכזיות עליהן נסמכת ההגנה, ולא אתעלם גם מהשתיים הנוספות שהוזכרו בדיון, ואבחן אם יש בהן, ולו באופן ראשוני, כדי לערער את חזקת התקינות. אתייחס תחילה לעניין הניתוב, ובטרם חתימה תובא גם התייחסות מסוימת לסוגיית הצו המוסכם.

המקרה הראשון עליו מסתמכת ההגנה עניינו הצו המוסכם שאושר במסגרת ה"ע 42033-06-14 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' סטימצקי (2005) בע"מ ואח'** (13.7.17) (להלן: "**עניין סטימצקי**"), חלף מיצוי ההליכים הפליליים. בתמצית יובהר כי מדובר היה בהליך שננקט כלפי חברת סטימצקי על רקע הפרת תנאי מיזוג בכך שבניגוד לתנאים שנקבעו באישור, דרשה סטימצקי ממו"לים שונים בלעדיות במבצעי מכירות. החקירה נותבה לבסוף לאפיק הפלילי, אך חלף הגשת כתב אישום גובש לבסוף צו מוסכם, אשר כלל, בין היתר, תשלום בסך 1.5 מיליון ₪ לאוצר המדינה. בית המשפט אישר את הצו המוסכם, תוך מתן משקל לשיקולים ששקל הממונה וביניהם אי וודאות מסוימת באשר לנוסח תנאי המיזוג, חזרתה של סטימצקי מהמהלכים הפסולים ביוזמתה, עוד בטרם החלה בדיקת הממונה, והעובדה כי החברה נשענה על ייעוץ משפטי בתחום ההגבלים העסקיים.

עיון במכלול הנסיבות המפורטות **בעניין סטימצקי** אינו מעיד על סטייה כלשהי ממדיניות האכיפה, כפי שבאה לידי ביטוי **בגילוי הדעת**. החקירה **בעניין סטימצקי**, נותבה לאפיק הפלילי, בדיוק כמו המקרה הנוכחי, ואלמלא גובש צו מוסכם,



היה מן הסתם מוגש כתב אישום גם באותו מקרה. במישור הניתוב לא מתעורר אפוא כל קושי. לנושא הצו המוסכם, אדרש אמנם בקצרה בהמשך, אך ראוי יהיה להפנות כבר עתה לקיומן של הנמקות קונקרטיות כבדות משקל, אשר הצדיקו בנסיבות אותו מקרה ספציפי, הן בעיני הממונה והן בעיני בית המשפט את סיום ההליכים בדרך זו חלף מיצוי ההליך הפלילי. אותן הנמקות קונקרטיות אינן מתעוררות בענייננו ועל כן, על פני הדברים, אין לראות גם בהיבט זה משום בסיס, ולו ראשוני, לטענת אפליה.

מקרה נוסף בו אישר בית המשפט צו מוסכם, ואשר גם עליו נסמכת ההגנה בהקשר הנוכחי, בא לידי ביטוי במסגרת ה"ע 34583-10-16 **רשות ההגבלים העסקיים נ' ג'י פור אס טכנולוגיות מיגון (ישראל) בע"מ** (31.10.16) (להלן: **"עניין ג'י פור אס"**). גם במקרה זה מדובר היה בחקירה בגין הפרת תנאי אישור הסכם מיזוג, אך בשונה מהמקרה הקודם, הופנתה הפעם האכיפה לאפיק המנהלי ולא לזה הפלילי. לכאורה, ניתן היה לטעון כי הנאשמים שלפני הופלו לרעה לעומת החשודים **בעניין ג'י פור אס**, אלא שעיון בהחלטת בית המשפט, אשר אישר את הצו המוסכם **בעניין ג'י פור אס**, מלמד כי **"מלכתחילה מצדיקות נסיבות ההפרה הסתפקות באכיפה מנהלית בדמות עיצום כספי, באשר אין המידע שנאסף על ידי הרשות מלמד כי המשיבה הייתה מודעת לכך שבהתנהלותה היא מפרה את תנאי המיזוג"**. משמע, **בעניין ג'י פור אס** לא התקיים הסייג שנקבע בסעיף ב.3. **לגילוי הדעת**, ועל כן הניתוב להליך המנהלי תאם באופן מלא את מדיניות האכיפה שהותוותה **בגילוי הדעת**, בעוד במקרה שלפנינו, כפי שהובהר, מוביל **גילוי הדעת** לתוצאה שונה. זוהי גם תמונת המצב בכל הנוגע **לעניין יאט"א** (ת"כ 35741-01-19 - החלטה מיום 8.4.19), אשר הוזכר לראשונה רק בטיעוני ההגנה בדיון בעל פה. גם שם נקבע מפורשות בסעיפים 10-11 להחלטה, כי הניתוב להליך המנהלי היה בהתאם לכללים **שבגילוי הדעת**, שכן הממונה התרשמה כי יאט"א פעלה מבלי שהייתה מודעת לכך שבמעשיה היא מפרה את התנאי שנקבע.

לבסוף, מפנה ההגנה לע"ה 28356-06-18 **רשות ההגבלים העסקיים נ' יינות ביתן בע"מ** (24.12.18) (להלן: **"עניין יינות ביתן"**), שם אושר גם כן צו מוסכם, חלף השתת עיצום כספי באפיק המנהלי. באותו מקרה אושר הסכם מיזוג בין יינות ביתן לבין חברת מגה, בכפוף למכירת זכויותיהן של מי מהחברות בחנויות בשמונה אזורים גאוגרפיים שונים. יינות ביתן לא השלימה את מכירת חלק מהחנויות במועד, ובהתאם להסכם המיזוג הופקדו הזכויות בנכסים בידי נאמן, אלא שגם הוא לא הצליח למכור את החנויות, אפילו כאשר אלה הוצעו למכירה ללא תמורה. אגב הליכי השימוע בחשד להפרות התנאים מצדם של יינות ביתן, גובשה הסכמה, אשר מצאה את ביטוייה בצו המוסכם, לפיה תספק החברה תנאים מיטיבים נוספים לרוכש, מעבר לאלה להם התחייבה בהסכם המיזוג, ובכך תביא לריפוי הפגיעה בתחרות. בית המשפט אישר את הצו המוסכם ונתן תוקף לשיקולים שהנחו את הממונה בגיבושו.

הניסיון לקבוע מסמרות בסוגיות הרלבנטיות לענייננו על בסיס הנתונים שהובאו **בעניין יינות ביתן** מעורר קושי, שכן ההחלטה אינה מתייחסת באופן מפורט לנתונים בעייתיים נותב מלכתחילה ההליך לאפיק המנהלי, והאם התקבלה החלטה זו בהתאם לקריטריונים שהותוו **בגילוי הדעת**, כלומר על פי השאלה האם מדובר היה בהפרה מודעת, אם לאו. בהקשר זה, אני מוצא טעם רב בעמדת המאשימה לפיה כאשר מדובר בתנאי מורכב וקשה ליישום, דוגמת מכירת סניפי מכירות של רשתות שיווק, וכאשר מתברר בדיעבד כי אפילו חינם אין כסף לא ניתן למצוא לנכסים קונה, יש בכך כדי להשליך גם על סוגיית המודעות להפרה. מכל מקום, לא ניתן להסיק מהנתונים המפורטים בהחלטה כי הניתוב להליך המנהלי נעשה בניגוד להנחיות **שבגילוי הדעת**. דברים דומים ניתן לומר גם לגבי ה"ע 17814-02-18 **רשות ההגבלים**



העסקים נ' שופרסל בע"מ (12.2.18), שהוזכר לראשונה בדיון בעל פה, והתייחס אף הוא להפרה של תנאי בדבר מכירת סניף של רשת שיווק גדולה. באותו עניין אושר צו מוסכם חלף השתתפות עיצום כספי, "**לנוכח המאמץ הכן של החברה לעמוד בתנאים, על המורכבות הרבה הכרוכה בכך**", ובשים לב לנתונים מקלים נוספים שפורטו שם.

אם נסכם את שנאמר עד כה, הרי שעל מנת להיות זכאית לסעד המבוקש, נדרשת ההגנה להצביע על תשתית ראייתית ראשונית התומכת בגישתה לפיה סטתה התביעה במקרה זה ממדיניות האכיפה הרגילה, ובכך הפלתה לרעה את הנאשמים. בפועל, מסתבר כי הניתוב לאפיק הפלילי אינו סותר כלל ועיקר את המדיניות המוצהרת שבאה לידי ביטוי **בגילוי הדעת**, אלא תואמת אותו באופן מלא. גם הדוגמאות המעטות שהובאו ואשר עליהן ביקשה ההגנה להסתמך, על מנת להראות כי בפועל נוקטת המאשימה במדיניות אכיפה שונה מזו המתוארת **בגילוי הדעת**, ומפנה את כלל ההליכים במקרה של הפרות תנאי לאפיקים מנהליים, אינן מבססות טענה זו ולו באופן ראשוני. ההחלטות **בעניין סטימצקי, בעניין ג'י פור אס ובעניין יאט"א**, תואמות באופן מוחלט למדיניות המפורטת **בגילוי הדעת**, ואילו ההחלטות **בעניין יונת ביתן ובעניין שופרסל** אינן מובילות למסקנה שונה, וגם בהן ניתן למצוא רציונלים דומים שעמדו ביסוד החלטת הניתוב. משאלו הן הדוגמאות היחידות שאותרו, לאחר בחינה מדוקדקת של מכלול רחב של החלטות שפורסמו בגלוי, מתחייבת המסקנה כי הנאשמים לא עמדו ולו בנטל הראיה הראשוני לביסוס עמדתם בדבר יחס מפלה מצד המאשימה, ולפיכך אין הם זכאים לסעד המבוקש.

בטרם סיום אתייחס בקצרה לסוגיית הצו המוסכם, אשר קיבלה במהלך הדיון נפח משמעותי בהרבה מזה שיוחס לה בכתבי הטענות. הטענה העדכנית שעלתה, בהקשר זה, הנה כי מקרים רבים אחרים של הפרות צו, בין אם באפיק הפלילי ובין אם במנהלי, הסתיימו בצו מוסכם, ואף הנאשמים מעוניינים לקדם פתרון מעין זה. אלא שבהעדר אמות מידה ברורות לקביעת סכום הכסף שישולם לאוצר המדינה במסגרת צו מוסכם, ונוכח הפערים שהתגלו בין הצדדים בהקשר זה, זכאים הנאשמים לקבל את מלוא המידע המבוקש, על מנת לאפשר להם לטעון לאכיפה בררנית בכך שלא גובש בעניינם צו מוסכם.

כאמור, טענה מסוג זה לא עמדה בלב הבקשה המקורית, ועל כן גם לא זכתה לתגובה מקיפה בתשובת המאשימה. עם זאת, ומבלי לקבוע מסמרות, מעורר כתב התשובה בסעיפים 44-40, המתייחסים לסוגיית הצו המוסכם, שאלות כבדות משקל בדבר האפשרות העתידית לטעון לאכיפה בררנית בהעמדה לדיון, על רקע אי גיבושה של הסכמה מצד הממונה למתן צו מוסכם. צו מוסכם, כשמו כן הוא, מותנה בהסכמה, ובהעדר הסכמה בין הצדדים, ספק אם רשאי בית המשפט לכפות מתן צו שכזה על הממונה. יתרה מכך, הצו המוסכם מותנה בהנמקה מפורטת מטעם הממונה, ובהליכי ביקורת ציבורית ושיפוטית, כמפורט בסעיפים הקטנים של סעיף 50 לחוק התחרות הכלכלית, וספק רב אם בכוחו של ביהמ"ש בהליך הפלילי לכפות על הממונה להתקשר בצו "מוסכם" מסוים, תוך עקיפת המנגנון שנקבע בחוק.

מכל מקום, שאלות כבדות משקל אלה ניתן להותיר בשלב זה בצריך עיון, שכן הדיון הנוכחי מתמקד בשאלת גילוי החומרים ולא עוסק ישירות בטענת האכיפה הבררנית. ככל שמדובר בהיבט הגילוי, הרי על פי הנתונים שהובאו לידיעתו במהלך הדיון, מוצו הליכי הגילוי בסוגיה זו במסגרת הליך שהתנהל בהתאם להוראות חוק חופש המידע. במסגרת זו התבקשה, בין היתר, רשימת כל הצווים המוסכמים שגובשו חלף הליכים פליליים. רשימה זו אכן הומצאה לידי ההגנה בתשובה שנשלחה מטעם הרשות, ולצידה הפנייה להחלטות המפורטות עצמן, אשר פורסמו באתר הרשות, ועל כן



מצויים בידי ההגנה בעת הזו מכלול החומרים הרלבנטיים לגיבוש עמדתה וטיעוניה בסוגיית האכיפה הבררנית, ככל שתמצא לנכון לעשות כן במסגרת הדיון בטענות המקדמיות.

לאור כל האמור לעיל, אני דוחה את הבקשה למתן צו להמצאת מסמכים, לפי סעיף 108 לחסד"פ.

ככל שבכוונת הנאשמים לטעון טענות מקדמיות, יתכבדו ב"כ הנאשמים ויעלו טענותיהם המפורטות בנושאים אלה, בתוך 30 ימים מהיום. התביעה תשיב לטיעונים בכתב, בתוך 30 ימים נוספים. הדיון שנקבע ליום 7.7.21 ישמש להשלמת הטיעונים בטענות המקדמיות, אלא אם תודיע ההגנה כי אין בכוונתה לעלות טענות מקדמיות, שאז ישמש הדיון למתן מענה מפורט לכתב האישום ולדיון לפי סעיף 144 לחסד"פ.

המזכירות תעביר העתק ההחלטה לב"כ הצדדים.

ניתנה היום, ו' אייר תשפ"א, 18 אפריל 2021, בהעדר הצדדים.