



### **טיוטה להערות הציבור – גילוי דעת בדבר התבטאויות פומביות הפוגעת בתחרות**

מפורסמת בזאת להערות הציבור טיוטת גילוי דעת שבכוונתי לפרסם בנוגע להתבטאויות פומביות הפוגעת בתחרות.

הטיוטה המוצעת מפורסמת באתר האינטרנט של רשות ההגבלים העסקיים:  
[www.antitrust.gov.il](http://www.antitrust.gov.il)

כל אדם המעוניין להעיר ביחס לטיוטה מוזמן לעשות כן. את ההערות ניתן להעביר לרשות ההגבלים העסקיים, רחוב עם ועולמו 4, ת.ד. 34281 ירושלים 9134102, באמצעות פקס שמספרו 02-5458555 (לידי עו"ד זיו גלעדי) או בדואר אלקטרוני לכתובת [zivg@aa.gov.il](mailto:zivg@aa.gov.il), וזאת לא יאוחר מיום 16 בספטמבר, 2014.

פרופ' דיויד גילה

הממונה על ההגבלים העסקיים

ירושלים, ז' אב תשע"ד

3 באוגוסט, 2014



## - טיוטה -

### גילוי דעת - התבטאויות פומביות הפוגעות בתחרות

#### 1. מבוא

חילופי מידע בין גופים מתחרים ואמירות שהשמיעו מתחרים באוזני חבריהם, הרוק מהעין הציבורית, נתפסו מאז ומעולם כבעלי פוטנציאל לפגיעה בתחרות עקב יכולתם להקל על תיאום בין המתחרים וליצור דפוס פעולה הדומה לזה של קרטל.<sup>1</sup> יחד עם זאת, בשנים האחרונות רשויות הגבלים עסקיים בעולם, וישראל בתוכן, מגלות עניין הולך וגובר גם בקשיים התחרותיים המתעוררים מהתבטאויות וחילופי מידע ומסרים בין מתחרים הנעשים באופן פומבי וגלוי לעין, דוגמת הודעות לציבור, ראיונות לתקשורת, נאומים בכנסים פומביים וכדומה. התבטאויות וחילופי מידע פומביים אלו יכונן להלן "התבטאויות פומביות".

העניין של רשויות הפיקוח בהתבטאויות הפומביות נובע מכך שלצד ההכרה בכך שמידע זמין ופומבי מעודד פיתוח של שווקים יעילים ומשוכללים, גוברת ההכרה בכך שמידע עסקי המובא לידיעת כולי עלמא עלול להוביל גם לפגיעה בתהליך התחרות. למעשה, טיבן של פגיעות אלו עשוי להיות דומה לפגיעות הנובעות מהעברת מידע פרטית בין מתחרים, מאחר שגם העברות מידע אלו עלולות להביא להפחתת אי הודאות האסטרטגית המדרבנת את התחרות ולקדם את היכולת של צדדים להגיע להתאמה דמויית קרטל ולשמרה.

ואכן, במסגרת מפגש "שולחן עגול" שערכה לאחרונה ועדת התחרות של ארגון ה-OECD בנושא העברות מידע חד-צדדיות בין מתחרים, רשויות התחרות הביעו הסכמה כי לשקיפות מוגברת בשוק עשויות להיות גם השפעות שליליות על התחרות:

"... [I]ncreased transparency may also have negative effects on the market through either directly facilitating collusion among competitors or, particularly with respect to prices, providing them with focal points, which may be used by firms to align their behavior."<sup>2</sup>

יתרה מכך, המודעות ההולכת וגוברת של גורמים עסקיים באשר לאיסורים על קיום קרטל ועל העברות מידע הנעשות במחשכים, עשויה להביא אותם לפעול בדרכים חלופיות ומתוחכמות יותר להעברת מידע ביניהם, ובכלל זה להעברת המידע באמצעות התבטאויות פומביות. מובן, כי על הגורמים הממונים על אכיפת דיני ההגבלים העסקיים לתת דעתם להתנהגויות פוגעניות אלו.

<sup>1</sup> על פגיעתם של חילופי מידע בין מתחרים ראו גילוי דעת 2/14 בעניין חשיפת מידע טרם עסקה בין מתחרים; 2014 הגבלים עסקיים 500618 (להלן: "גילוי הדעת בעניין בדיקת נאותות") וכן ראו:

OECD Policy Roundtable, Information Exchanges Between Competitors, DAF/COMP(2010)37, [www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf](http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf)

<sup>2</sup> OECD Policy Roundtable, Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects DAF/COMP(2012)17, P. 11

(להלן: "השולחן העגול בעניין [www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf) התבטאויות פומביות")

גם כאן, רשות ההגבלים העסקיים (להלן גם: "הרשות") הביעה את חששותיה מהתבטאויות פומביות שמטרתן או תוצאתן עלולה להיות פגיעה בציבור ובתחרות והודיעה כי לא תהסס לפעול בכלים המשפטיים המתאימים כנגד התנהגות זו. מסמך זה נועד להציג את דרך הניתוח להערכה על פי דיני ההגבלים העסקיים של התבטאויות פומביות ולהבהיר את עמדת הרשות ביחס להתבטאויות אלו, ובכך לשמש כלי עזר בידי גורמים עסקיים ויועציהם המבקשים לפעול בדלת אמות החוק.

יובהר, כי כפי שנראה להלן, המבחן להפרה של חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק" או "חוק ההגבלים העסקיים") לעולם יהא תלוי בנסיבותיה הייחודיות של ההתבטאות הפומבית. על כן, יש לראות מסמך זה כמתווה עקרוני מנחים בלבד, תוך הותרת השאלה האם התבצעה הפרה של החוק לבחינה פרטנית של כל התבטאות לגופה.

## **2. התבטאות פומבית – מהי**

בפתח הדברים נבקש להבהיר את טיבן של אותן "התבטאויות פומביות" בהן עוסק גילוי דעת זה. בפשטות ניתן לומר, כי התבטאות פומבית היא התבטאות לציבור רחב של אנשים. התבטאות זו, אפשר ותעשה באופן חד צדדי, מבלי שמתקבלת לה תגובה מיידית, אולם החשש הנובע ממנה הוא כי הדברים הנאמרים במסגרתה עלולים לגרור תגובות, במילים או במעשים, אשר יביאו לפגיעה בתחרות.

פומביותה של ההתבטאות יכולה לבוא לידי ביטוי בדרכים שונות, החל מפרסומים יזומים לתקשורת, עבור בפרסומים לבורסה ושיחות עם משקיעים וכלה בהשתתפות בכנסים מקצועיים או בראיונות הפתוחים לקהל הרחב, וכן בכל אמצעי אחר המביא מידע זה לידיעת מספר רב של אנשים ויכולה להגיע בהמשך לידיעת הכלל. מעצם טיבה, התבטאות כזו אף עשויה להיות נגישה אף לגורמי תקשורת ורשויות אכיפת החוק אך בפומביות זו אין משום הכשר גורף לפסול התחרותי שדבק בהתבטאות כזו. להבדיל מכך, תקשורת המתקיימת בין קבוצה סגורה של גורמים באמצעים הנגישים רק להם, דוגמת טלפונים, מחשבים ופגישות סגורות, תיחשב כהתבטאות פרטית שלה תיוחס חומרה יתרה והיא אינה מעניינת של גילוי דעת זה.

יודגש, כי אין בעובדה שניתן היה להשיג את המידע שנמסר בהתבטאות הפומבית גם באופן עצמאי, לכשעצמה, כדי להפוך מידע זה למידע שייחשב כמידע פומבי טרם ההתבטאות. כך למשל, מקום בו איסוף המידע ממקורות פומביים הינו מורכב או כרוך בהשקעה רבה, יתכן כי יש לראות את המידע כפרטי טרם פרסומו.<sup>3</sup> בנוסף, בהקשר נתון יתכן שעצם העובדה שהמידע יצא מפיו של מתחרה כזה או אחר יכולה ללבות את ההשפעה הפוגענית של ההתבטאות.

## **3. השפעתן של התבטאויות פומביות בין מתחרים על התחרות**

רשות ההגבלים העסקיים מכירה בכך, כי זמינותו של מידע כלכלי ועסקי מסייעת לצרכנים, ספקים, משקיעים וגורמים אחרים לכלכל את צעדיהם בתבונה, וכי לשקיפות במידע יכול להיות תפקיד חשוב בפיתוח שוק יעיל ותחרות משוכללת. כך למשל, פרסום מידע מאפשר לצרכנים להקטין את עלויות החיפוש אחר המוצר המועדף עליהם, לשפר את יכולת הבחירה שלהם ולעודד תחרות בין הספקים.

בו-בזמן, להתבטאויות פומביות עלולות להיות השלכות של פגיעה משמעותית בתחרות. מידע הגלום בהתבטאות פומבית עלול להפחית את אי הודאות האסטרטגית אשר מדרבנת את התחרות בשוק מלכתחילה. חשש מעין זה הוסבר בהחלטת הממונה בעניין LECG:

<sup>3</sup> לדוגמא, נתונים המתבססים על מדגם סטטיסטי של תצפיות רבות שאינן חשאיות כשלעצמן, אולם איסוף המידע ביחס לכל אחת ואחת מהן הינו מורכב, ממושך ויקר. להשוואה ראו הגדרת המונחים "סוד מסחרי" ו"סוד" בחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, במסגרתה נקבע כי אף מידע "שאינו ניתן לגילוי כדין בנקל על ידי אחרים" מהווה סוד.

"חוסר הוודאות בדבר כוונות העתידיות של מתחרים היא אבן הראשה של תחרות. הצורך להקדים מתחרים בשדרוג המוצר, דוחף להשקעות במחקר ופיתוח. החשש כי העלאת מחירים לא תתלווה באותה העת בהעלאה מקבילה אצל המתחרים, מסכלת מלכתחילה את ייקור המחיר".<sup>4</sup>

עמד על כך אף בית הדין להגבלים עסקיים אשר ציין לאחרונה כי:

"הנורמה המשפטית האוסרת על העברות מידע בין מתחרים ברורה כיום לכל".<sup>5</sup>

יתרה מכך, מידע הנמסר בהתבטאות פומבית עשוי לשמש ככלי לשימור הסדר כובל מפורש ולהגביר את יציבותו. ההתבטאות אף עשויה לקדם הגעה למחיר דמוי קרטל אף בהבנה שבשתיקה או לסייע בשימור מחיר כזה, מה שמכונה "פרקטיקה מקדמת התאמה" (facilitating practice).<sup>6</sup> כפי שמסבירים המלומדים Areeda ו-Hovenkamp, גם ההתבטאות המשוגרת כ"בלון ניסוי" עשויה לסייע למתחרים להפחית את אי-הוודאות באשר לתגובותיהם העתידיות ובכך להשיג ביניהם תיאום:

"A purely verbal "trial balloon" may therefore help rivals to reduce uncertainty about prospective reactions and thereby to achieve a coordination that would not otherwise have been readily achieved."<sup>7</sup>

Areeda ו-Hovenkamp מדגימים חשש זה באמצעות תסריט שבמסגרתו חברת תעופה מודיעה על עדכון תעריפיה. בתגובה להודעתה, כתבי עיתונות פונים אל חברות תעופה מתחרות, מבררים מה יהיו תגובותיהן להעלאה זו ומפרסמים את המידע. בסופו של יום, לאחר מספר סבבים של שאלות מטעם העיתונות, יוצאת לפועל העלאת מחירים של חברת התעופה הראשונה כאשר אליה מתלווה העלאה של החברות המתחרות. לשיטת המלומדים תוצאת הדברים איננה שונה בהרבה מהתוצאה של קרטל אסור בין החברות:

"[T]here seems little doubt that the newspapers did for the airlines much of what a meeting and discussion among them would have accomplished – a meeting that we would have little trouble condemning as an unreasonable restraint of trade."<sup>8</sup>

ואכן, נוכח העובדה כי התבטאויות פומביות עלולות לפגוע בציבור ובתחרות במגוון דרכים, אין תמה כי התבטאויות מעין אלו עשויות לעלות כדי הפרה של סעיפים שונים בחוק ההגבלים העסקיים. בפרק זה נעמוד על החששות התחרותיים הגלומים בהתבטאויות אלו ובהמשך נתייחס למסגרת המשפטית המתאימה.

<sup>4</sup> החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין סלקום ישראל בע"מ, פרטנר תקשורת בע"מ, פלאפון תקשורת בע"מ ו-LECG LTD; 2007 הגבלים עסקיים 5000601 (להלן: "ההחלטה בעניין LECG"). כן ראו את החלטת הנציבות האירופית בעניין: 92/157/EEC Commission Decision of 17 February 1992 O.J.(L 68): "Uncertainty would lead the firms to compete more strongly than if they knew exactly how much of a response was necessary to meet competition." (paragraph 43).

החלטת הנציבות בעניין זה אושרה הן בערכאה הראשונה (Second Chamber) Case T-35/92, John Deere Ltd. v. Comm'n, 1994 E.C.R II-00957 Case C-7/95 and C-8/95 John Deere Ltd. v. Comm'n, 1998 E.C.R. I-3111, and 3175, 1998 5 C.M.L.R. 311 (paragraph 90).

<sup>5</sup> ה"ע 10-43129-03 בנק הפועלים בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, 500644 הגבלים עסקיים 2014.

<sup>6</sup> פרקטיקות מקדמות התאמה הן פעולות אשר, בייחוד בשווקים אוליגופוליסטיים, מסייעות למתחרים לתאם או לייצב הסדרים כובלים תוך ביטול אי הוודאות האסטרטגית וזאת ללא הסדר מפורש להגבלת התחרות.

<sup>7</sup> Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, Antitrust Law volume VI ¶1435c (2<sup>nd</sup> ed. 2003).

<sup>8</sup> שם.

באשר להתבטאויות שלא טמונה בהן כל הצדקה לגיטימית ולמעשה כל חזותן היא פגיעה בתחרות, הרי שאלו יתפסו כראויות לגיוני מעצם אמירתן. אלו הן אמירות "עירומות" שאינן מצריכות בחינה של נסיבות אמירתן ושל תנאי השוק האופפים אותן, כדוגמת קריאה מפורשת או משתמעת למתחרים להעלות מחירים או להימנע מהורדת מחירים.<sup>9</sup>

בהתייחס לאמירות מסוגים אחרים, הרי שעל מנת להבחין בין התבטאויות מותרות לאסורות ניתן לבחון שורה של פרמטרים, שאת הבולטים שבהם נמנה להלן, תוך הדגשה כי אין המדובר בתנאים מצטברים או ברשימת תנאים ממצה, ובמקרה נתון יתכן ספקטרום של מידת החומרה הגלומה בכל אחד מהתנאים. בכל אחת מהנסיבות שלהלן יש כדי להצביע על חומרתה של ההתבטאות, וכך להגדיל את הסבירות כי היא תמצא כהתבטאות אסורה:

- **טיבו של המידע:** ההתבטאות הנוגעת למידע רגיש מבחינה תחרותית וכוללת מידע רב, מדויק ופרטני<sup>10</sup> ובכלל כך מידע אודות מחירים, נוסחות תמחור ועלויות ייצור ורווחיות, מידע הנוגע למהלכים אסטרטגיים עתידיים ומידע פרטני הנוגע ללקוחות או ספקים (קיימים או פוטנציאליים).<sup>11</sup>
- **מבנה השוק ומאפייניו:** ככל שמדובר בשוק בעל נטייה גבוהה יותר לתיאום – ובפרט שוק שהוא ממועט מתחרים וריכוזי, בעל חסמי כניסה, וככל שהמתחרים והמוצרים הינם הומוגניים יותר – כך יגדל הפוטנציאל האנטי-תחרותי של ההתבטאות;<sup>12</sup>
- **התקופה לגביה מתייחס המידע:** מידע הנוגע לתכניות בעתיד, או מידע אודות העבר, אשר לאור מאפייני השוק ניתן לגזור ממנו מסקנות לגבי ההתנהגות בעתיד;<sup>13</sup>

<sup>9</sup> הנציבות האירופית קבעה כי מסירת מידע בין מתחרים הנוגעת למחירים או כמויות בעתיד נחשבת כמידע שהועבר במטרה למנוע תחרות (restriction of competition by object). מידע זה נחשב כמידע שיש פחות הצדקות לגיטימיות למסירתו ולפיכך נקבע שאין צורך להוכיח את השפעתו על התחרות כדי להוכיח הפרה של החוק. ראו סעיפים 73-74 ל- Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements [OJ 2011/c 11/01 of 14.1.2011] p. 63 (להלן: "הנחיות האיחוד האירופאי").

כן ראו: ת"פ 417/97 **מדינת ישראל נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ ואיתמר בורוביץ** דינים מחוזי, כרך לב(10), 1062, 808 (2001); 310 U.S. 150, 224 (1940) Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, Antitrust Law VOLUME VI ¶1406f (2<sup>nd</sup> ed. 2003), Decision of the Office of Fair Trading No. CA98/05/2006 *Exchange of information on future fees by certain independent fee-paying schools* (20 November 2006; Case CE/2890-03) 1354 [2006].  
<sup>10</sup> פרטני - להבדיל ממידע מצרפי.

<sup>11</sup> לפירוט המידע שיחשב ל"רגיש מבחינה תחרותית ראו בגילוי הדעת בעניין בדיקת נאותות לעיל ה"ש 1, בעמ' 3-4. כן ראו למשל, הנציבות האירופית קבעה כי מסירת מידע בין מתחרים הנוגעת למחירים או כמויות בעתיד נחשבת כמידע שהועבר במטרה למנוע תחרות (restriction of competition by object). מידע זה נחשב כמידע שיש פחות הצדקות לגיטימיות למסירתו ולפיכך נקבע שאין צורך להוכיח את השפעתו על התחרות כדי להוכיח הפרה של החוק. ראו סעיפים 73-74 ל- Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements [OJ 2011/c 11/01 of 14.1.2011] p. 63 (להלן: "הנחיות האיחוד האירופאי").

כן ראו: ת"פ 417/97 **מדינת ישראל נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ ואיתמר בורוביץ** דינים מחוזי, כרך לב(10), 1062, 808 (2001); 310 U.S. 150, 224 (1940) Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, Antitrust Law volume VI ¶1406f (2<sup>nd</sup> ed. 2003), Decision of the Office of Fair Trading No. CA98/05/2006 *Exchange of information on future fees by certain independent fee-paying schools* (20 November 2006; Case CE/2890-03) 1354 [2006].

<sup>12</sup> לקריטריונים הכלליים ביחס לשוק מועד לתיאום ראו גילוי דעת 1/11 **הנחיות לניתוח תחרותי של מיוזגים אופקיים**; 2011 **הגבלים עסקיים** 5001710, ס' ד.א.2 "ניתוח נטיית השוק לתיאום".

<sup>13</sup> "קיים קונסנזוס רחב כי מידע הנוגע להתנהלות העתידית בשדה התחרות, מצוי ב"גרעין הקשה" של סוג המידעים, שהעברתם בין מתחרים עשויה, ואף צפויה, להגביל את התחרות. באשר למידע הנוגע לעבר, הרי שסיווגו מותנה, בין היתר, ביכולת להפיק ממנו מידע הנוגע לעתיד. כך להמחשה, מידע הנוגע למחירים שגבתה פירמה בעבר, לא בהכרח מלמד על המחירים שהפירמה תגבה בעתיד. אבל, אם מידע זה מוצלב עם מידע נוסף, בדבר היחס בין מחירי העבר של הפירמה לבין המחירים של מתחריה, הרי שעסקינן במידע המספק אינדיקציה, לכל הפחות, בדבר תגובת הפירמה בעתיד להחלטות המחיר של מתחריה." ההחלטה בעניין LECG, לעיל ה"ש 4 בעמ' 6.

- **התייחסות לתרחישים שונים:** הפניה למתחרים כוללת תנאים ברורים לתיאום או תרחישים של "מקרה ותגובה" (דוגמת הודעה לפיה במקרה שהעלאת המחירים לא תיתקל בתגובה דומה של המתחרים, אזי המחירים ישובו וירדו);
- **פניה או התייחסות למתחרים מסוימים:** אמירה אשר מופנית ישירות למתחרים, לא כל שכן למתחרה מסוים;
- **התבטאויות הדדיות:** ההתבטאויות מהוות חלק מסדרה של התבטאויות נוספות אשר קשורות זו לזו;<sup>14</sup>

יש לציין, כי העובדה שמסירת מידע עסקי נעשית באמצעות התבטאות פומבית אין משמעותה כי אותה ההתבטאות היא רצויה, לגיטימית או חוקית. כך למשל, הודעה על העלאת מחירים של מוצרים בעלי חיי מדף קצרים איננה צפויה להיות בעלת ערך רב לציבור הצרכנים מאחר שפרסומו המוקדם של המידע אינו מאפשר להם להקדים באופן משמעותי את רכישת המוצרים שמחיריהם צפויים לעלות. מסיבה זו, בעת בחינתה של התבטאות מצד מתחרה יש לשקול את **כלל המשתנים** העשויים להשפיע על תגובות השחקנים האחרים בשוק, ובכלל זה – אך לא רק – את פומביותה של ההודעה.

#### **4. היחס להתבטאויות פומביות בשיטות משפט זרות**

על אף ההכרה המשותפת בחששות התחרותיים העשויים להתעורר כתוצאה מהתבטאויות פומביות של מתחרים, האתגרים המגוונים שניצבים בפני מערכות המשפט השונות המבקשות להתמודד עם אמירות אלו הביאו לפתרונות שונים.<sup>15</sup> נסקור כעת בקצרה את התמודדותן של שלוש שיטות משפט מרכזיות עם נושא זה – ארה"ב, האיחוד האירופי ואוסטרליה.

##### **ארה"ב**

נוכח התנאים הנוקשים שנקבעו לקיומו של הסדר כובל (מכח סעיף 1 ל-Sherman Act)<sup>16</sup> המצריך קיומו של הסכם שבבסיסו מודעות להבנה משותפת בין הצדדים, ונוכח העדרה של עבירת הניסיון להתקשר בהסדר כובל, התמודדו רשויות התחרות האמריקאיות עם התבטאויות פומביות חד-צדדיות בעיקר באמצעות האיסור על מונופולזציה וניסיון למונופולזציה בדיני ההגבלים העסקיים (סעיף 2 ל-Sherman Act),<sup>17</sup> והאיסור על שיטות תחרות בלתי הוגנות (Unfair methods of competition) שבסעיף 5 ל-FTC Act.<sup>18</sup>

כך למשל, כאשר במהלך שיחת ועידה פתוחה עם אנליסטים קרא מנכ"ל חברה עסקית למתחריו לזנוח את התחרות העיקשת שניטשה ביניהם, נציבות הסחר הפדרלית (ה-FTC) ראתה בכך משום הפרה של סעיף 5 ל-FTC Act ונקטה בצעדי אכיפה אשר הגיעו לסיומם במסגרת צו מוסכם עם החברה.<sup>19</sup> בפרשה אחרת, במהלך שיחה עם אנליסטים הסביר מנכ"ל של חברה כי הוא נוקט במדיניות של "הובלת מחירים" ומצפה כי המתחרה העיקרית של החברה תצעד בעקבותיו. ה-

<sup>14</sup> ראו למשל הנחיות האיחוד האירופאי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 13. יחד עם זאת ברור, כי גם תנאי זה אינו תנאי הכרחי לקיומה של התבטאות חשודה, כך לדוגמה במקרה שמדובר בהתבטאות של חברה מקום בו מקובל שהתבטאות בודדת של אותה חברה נעוץ באופן רגיל בהתנהגות באותה הרוח של מתחריו, המתאימים את התנהגותם לאותה התבטאות.

<sup>15</sup> ראו עניין השולחן העגול, לעיל ה"ש 2, עמ' 12-13.

<sup>16</sup> (להלן: "Sherman Act") 15 U.S.C § 1, ch. 647, 26 stat. 209, Sherman Act.

<sup>17</sup> שם, ס' 2.

<sup>18</sup> (להלן: "FTC Act") 15 U.S.C 38 stat. 719, ch. 311, Federal Trade Commission Act.

<sup>19</sup> Complaint, Valassis Communications. Inc., FTC File No. C-1460 (April 19, 2006) available at <http://www.ftc.gov/os/caselist/0510008/0510008c4160ValassisComplaint.pdf>

Decision & Order, Valassis Communications. Inc., F.T.C. No. C-4160 (April 19, 2006) available at <http://www.ftc.gov/os/caselist/0510008/0510008c4160ValassisDecisionandOrder.pdf>

FTC ראתה בכך התנהגות אסורה לפי סעיף 5 ל-FTC Act ובמסגרת צעדי אכיפה שנקטה הגיעה לצו מוסכם גם עם חברה זו.<sup>20</sup>

### הנציבות האירופית

גם נציבות התחרות באיחוד האירופי הכירה בחששות התחרותיים העולים מגילוי מידע באופן חד-צדדי (Unilateral Information Disclosure), כמו גם מגילוי מידע הנעשים באופן פומבי בנבדל מהתנהגות של חילופי מידע (Information Exchange) בין מתחרים.

כך, במסגרת ההנחיות החדשות להסדרי שיתוף פעולה בין מתחרים שפרסמה הנציבות בשנת 2011, הסבירה הנציבות את החשש התחרותי המרכזי הנובע מגילוי מידע באופן חד-צדדי למתחרים, אף אם הוא נעשה על ידי חברה אחת במנותק מההתנהגות של מתחרותיה:

"When one undertaking alone reveals to its competitors strategic information concerning its future commercial policy, that reduces strategic uncertainty as to the future operation of the market for all the competitors involved and increases the risk of limiting competition and of collusive behavior."<sup>21</sup>

הוכחת התנהגות מתואמת אסורה (Concerted Practice) בדין האירופי דורשת, בדרך כלל, ביטויים של הדדיות (reciprocity) או קבלה (acceptance) של המידע שנמסר באופן חד צדדי. יחד עם זאת, בהתאם להנחיות שפירסמה הנציבות ולפסיקת בתי הדין באירופה, מתחרה המקבל מידע אסטרטגי שהועבר באופן חד-צדדי על ידי מתחרה, ייראה כמי שהסכים לקבל את המידע והתאים את התנהלותו העסקית לאותו מידע, אלא אם כן הודיע בבירור כי הוא אינו מעוניין לקבל מידע זה.<sup>22</sup> יתרה מכך, כפי שעולה מדברי הנציבות, אף כאשר מדובר במסירת מידע באופן פומבי ממש (כגון, באמצעות העיתונות) אין בכך כדי לשלול, בפני עצמה, את תחולת האיסור לפעול בתיאום (לפי סעיף 101(1) לאמנה האירופית) והדבר תלוי בנסיבות העניין הספציפיות.<sup>23</sup>

### אוסטרליה

להבדיל מהטיפול בהסדרים כובלים מפורשים, פרשנותם של בתי המשפט באוסטרליה לא הותירה בידי רשויות התחרות כלים מספיקים להתמודדות עם פרקטיקות מקדמות התאמה. לפיכך, הוחלט לטפל בסוגיה של התבטאויות פומביות בין מתחרים באמצעות תוספת מיוחדת לחוק שנכנסה לתוקפה ביוני 2012. תוספת זו חלה בשלב הראשוני על תחום הבנקאות ובהמשך תיבחן האפשרות להחיל אותה על ענפי משק נוספים.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Complaint, U-Haul Int'l., Inc., FTC File No. 081-0157 (July 14, 2010) available at <http://www.ftc.gov/os/caselist/0810157/100720uhhaulcmpt.pdf>; Decision & Order, U-Haul Int'l., Inc. FTC File No. 081-0157 (July 14, 2010) available at <http://www.ftc.gov/os/caselist/0810157/100720uhhauldo.pdf>.

<sup>21</sup> Communication from the Commission — Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, [OJ C 11, 14.1.2011] para. 62

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:EN:PDF>

(להלן: "גילוי הדעת של הנציבות")

<sup>22</sup> שם, para. 62, וכן ראו את ההערות השוליים המופיעות שם.

<sup>23</sup> כך, ראו את עמדת הנציבות האירופית במסגרת השולחן העגול בעניין התבטאויות פומביות, לעיל ה"ש 2 ע' 179-183. כך למשל במקרה בו ההתבטאות הפומבית הראשונה מלווה בהתבטאויות נוספות של המתחרים. אלו עשויות להיות חלק מאסטרטגיה להגיע להסכמות משותפות. ראו גילוי הדעת של הנציבות, לעיל ה"ש 21, בס' 63.

<sup>24</sup> ראו עמדת אוסטרליה שהובאה בשולחן העגול בעניין התבטאויות פומביות, לעיל ה"ש 2, עמוד 99 ואילך וכן

Explanatory Memorandum by the Parliament of the Commonwealth of Australia, p. 3



תוספת זו לחוק קובעת, בין היתר, כי גילוי מחירים או מידע אחר מתוך מטרה להביא להפחתה משמעותית של התחרות ("for the purpose of substantially lessening competition") היא אסורה, וזאת בין אם ההתבטאות היא פרטית ובין אם היא פומבית. כן נקבע, כי בחינת המטרה של ההתבטאות תיעשה על בסיס נסיבות המקרה, תוך שהחוק מונה רשימה פתוחה של שיקולים שישקלו בעת בחינת המטרה, בהם מידת הפירוט של המידע, התקופה אליו המידע מתייחס (עבר, הווה, או עתיד), מידת זמינות המידע לציבור, בדיקה האם גילוי המידע הוא חלק מדפוס פעולה קבוע ומשקלה של מטרה זו מכלל מטרות ההתבטאות.<sup>25</sup>

## 5. המסגרת המשפטית – חוק ההגבלים העסקיים

כעת, נעמוד על הכלים המשפטיים בהם ינותחו התבטאויות פומביות של מתחרים בראי חוק ההגבלים העסקיים.

על מנת לדעת האם התבטאות פומבית עולה בקנה אחד עם דיני ההגבלים העסקיים אם לאו, יש להפעיל את המבחנים המקובלים הקבועים בחוק ההגבלים העסקיים ובפסיקה הרלוונטית, ביחס לכל אחד מסעיפי החוק המתאימים.

על-פי רוב, התבטאויות פומביות ייבחנו תחת פרק ההסדרים הכובלים וזאת על סמך פסיקת בתי המשפט שהקנתה לפרק זה מעמד רחב כדלקמן:

"המילה הסדר כוללת כל דרך מתואמת, המופעלת על ידי בני אדם, המנהלים עסקים, ושגממתה השלטת הסדר כובל. אין זה מעניינו של החוק אם תיאום זה הושג בדרכי קונספירציה, או בדרכי הסדר, או באמצעות צד ג', או על ידי קריצת עין, או על ידי צחוק של הבנה, או על ידי מתאם שהוא זר להסדר, או על ידי דברים שנאמרו למאן דהוא שאינו שייך לעניין, כדי שהדברים יישמעו על ידי מישהו השייך לעניין, או בכל דרך אחרת. המילה "הסדר" שנקט אותה המחוקק היא רחבה מספיק, כדי ללכוד בתוכה את כל מגוון האפשרויות שתוארו לעיל, כמו גם כל אפשרות אחרת, וכל חידוש או המצאה שיחודשו או יוצאו בעתיד ושיביאו לכלל תיאום בין הצדדים עליהם מדבר החוק."<sup>26</sup>

מכיוון שהתבטאויות פומביות עלולות לגבש הסדר כובל אסור, הן יהיו אסורות, במקרה מתאים, על פי סעיף 2(א) לחוק (שכן, הן עלולות להביא להגבלה של לפחות אחד הצדדים באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות) וכן על פי סעיף 2(ב) לחוק (מקום בו מתקיים הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים המנויים בסעיפים קטנים 1)-(4) בנוגע למחיר, לרווח וכן הלאה). כך למשל, כאשר התבטאות פומבית חד-צדדית עשויה להשפיע על התנהלות עסקית של מתחרה אחר הפועל לפי ההסדר, בין במעשה ובין במחדל, הרי ששני הצדדים עשויים להיות צד להסדר הכובל. במקרים אחרים, התבטאות פומבית עשויה להוות לכל הפחות ניסיון להגיע להסדר כובל אסור, כאשר המידע שנמסר הוא ברור ומספיק מדויק על מנת שלפחות מתחרה אחד יוכל לפעול בהתאם להתבטאות באופן שהיה מקים הסדר כובל.<sup>27</sup>

[http://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/legislation/ems/r4548\\_ems\\_da11c73c-3bf8-46e9-85cd-f5b73adb8bf0/upload\\_pdf/353729.pdf;fileType=application%2Fpdf](http://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/legislation/ems/r4548_ems_da11c73c-3bf8-46e9-85cd-f5b73adb8bf0/upload_pdf/353729.pdf;fileType=application%2Fpdf)

<sup>25</sup> Competition and Consumer Act 2010 Act No. 51 of 1974 as amended s. 44ZZX(2).

<sup>26</sup> ת"א (מחוזי ת"א) 396/87 קיסין נ' פטרולוג חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ, דינים מחוזי לב(6) 650 (1990) וראו גם ע"פ 1042/03 מצרפס שותפות מוגבלת (1974) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 721, פס' 14 (2003).

<sup>27</sup> וראו גם סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, המעניק לממונה על הגבלים עסקיים את הסמכות לקבוע שגם "הסדר כובל שצדדים מבקשים להגיע אליו, הינו הסדר כובל".



כפי שתואר לעיל, במקרים מסוימים התבטאות פומבית עשויה להיות "פרקטיקה מקדמת התאמה". התבטאות כגון זו, במקרים המתאימים בהם מתקיים יסוד ההסדר, תיחשב כשלעצמה כהסדר כובל.<sup>28</sup>

באופן דומה, התבטאות פומבית עלולה לעלות כדי קו פעולה שאיגוד עסקי קבע או המליץ לחבריו, אשר ייראה כהסדר כובל בניגוד לחוק (סעיף 5 לחוק).<sup>29</sup>

יובהר כי במסגרת ההתייחסות להתבטאויות פומביות אשר במהותן פוגעות בתחרות ובציבור ונעשות לתכלית מסחרית, מבלי שהן מקדמות ערך חברתי של ממש, יינתן משקל מועט לעובדה כי מדובר באמירות שעשויות לחסות תחת חופש הביטוי, שכן "אמנם כל הביטויים נכללים בשיטתנו ב'קטגוריה' האחת של חופש הביטוי, אך לא כל סוגי הביטויים נהנים מהגנה שווה. אמת המידה היסודית לקביעת מידת ההגנה על ביטוי מסוים היא חשיבותו החברתית של הביטוי, ובייחוד חשיבותו בהגשמת המטרות העומדות בבסיס חופש הביטוי."<sup>30</sup>

## 6. סוף דבר

אין בעובדה שמידע הועבר באמצעים פומביים או בכך שהוא נמסר באופן יזום וחד-צדדי, כשלעצמו, כדי למנוע את תחולתו של חוק ההגבלים העסקיים. היותה של האמירה פומבית הינה אינדיקציה אחת, מיני רבות, לבחינה אם הופר החוק. לשון אחר, אור השמש אינו מטהר התבטאויות אשר בחינה מהותית שלהן מלמדת כי אינן עולות בקנה אחד עם חוק ההגבלים העסקיים.

בגילוי דעת זה הוצגה עמדתו העקרונית של הממונה על הגבלים עסקיים באשר להתבטאויות פומביות. תכליתו לשמש כתמרור אזהרה לגורמים עסקיים ויועציהם המשפטיים מפני התבטאויות פומביות העלולות להפר את החוק ולהתוות את העקרונות הכלליים שלפיהן ינותחו התבטאויות כאלה, ואת הכלים המשפטיים שלפיהם יטופלו.

יש לשוב ולהדגיש כי גילוי דעת זה אינו מתווה רשימה סגורה וממצה של הכלים בהם ייעשה שימוש בעת בחינה האם התבטאות פומבית מסוימת עולה כדי הפרה של חוק ההגבלים העסקיים, הכרעה התלויה תמיד בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה.

<sup>28</sup> וראו גם גילוי הדעת בעניין בדיקת נאותות, לעיל ה"ש 1 בעמ' 4-5.

<sup>29</sup> וראו גם סעיף 43(א)(2) לחוק ההגבלים העסקיים, המעניק לממונה על הגבלים עסקיים את הסמכות לקבוע שגם קו פעולה שאיגוד עסקי "מבקש" לקבוע או להמליץ עליו" הינו הסדר כובל.

<sup>30</sup> דנ"פ 7838/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פס' 28 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 11.7.2011).