

6 בנובמבר, 2022

לכבוד
מר עומר ואגו, עו"ד
רשות התחרות
רחוב עם ועולמו 4
ירושלים

באמצעות דוא"ל

שלום רב,

הנדון: קול הקורא בעניין גילוי דעת 2/22 קבלת מידע ברשות התחרות ועיון בו על ידי גורמים

שאינם מוסרי המידע

1. הח"מ מתכבדים להציג להלן את עמדתם ביחס לסוגיות שהועלו במסגרת קול קורא בעניין "קבלת מידע ברשות התחרות ועיון בו על ידי גורמים שאינם מוסרי המידע" ("קול קורא" ו"גילוי דעת") שפורסם ביום 4.9.22 באתר רשות התחרות ("הרשות"). יובהר כי מכתב זה משקף את עמדתם של הח"מ בלבד, והוא מבוסס על ניסיונם והיכרותם את השוק ואת עבודת הרשות.
2. גילוי הדעת עוסק, לראשונה, בסמכות הממונה על התחרות ("הממונה") לדרוש נתונים לפי סעיפים 20(א) ו-46(ב) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 ("החוק" או "חוק התחרות"): סעיף 46(ב) לחוק מסמיך את הממונה לדרוש ידיעות ומסמכים "מכל אדם" אם יש בכך בכדי ל"הבטיח או להקל" על ביצועו של חוק התחרות, ואילו סעיף 20(א) לחוק מאפשר לממונה לדרוש מחברות המבקשות להתמזג והגישו הודעות מיזוג פרטים נוספים הנראים לה "נחוצים לבדיקת הבקשה".
3. זוהי אחת מהסמכויות הנרחבות ביותר אשר הוענקו לממונה במסגרת החוק, וללא ספק הסמכות בה עושה הממונה את השימוש הנרחב ביותר, מעשה של יום ביומו כמעט. הסעיפים שלעיל מתירים לממונה, כמו גם לעובדי הרשות שהוסמכו על ידה, לדרוש מידע רלוונטי לשיטתם, ובכך להיחשף למגוון רחב של נתונים ומסמכים השייכים לשחקנים הפועלים במשק - גופים ציבוריים ופרטיים, וכן עובדיהם של גופים אלה. מובן גם שהמסמכים והנתונים הנמסרים לממונה חדשות לבקרים, עלולים להכיל סודות מסחריים רגישים.
4. אין חולק שמדובר בסמכות חשובה המאפשרת לממונה לקבל החלטות באופן מושכל ובהתבסס על מידע רלוונטי.¹ בד בבד, מדובר בסמכות חודרנית, הפוגעת בזכויות קניין ובפרטיות, ומטילה עלויות כבדות ביותר על נמעניה:

¹ בג"ץ 8358/21 תן ביס.קו.איל בע"מ נ' רשות התחרות פס' 9 (פורסם בנבו, 11.1.2022) ("עניין תן ביס").

5. חברה שמקבלת דרישת נתונים, בפרט דרישה מעמיקה ומפורטת, נאלצת להשקיע עשרות, ולעתים מאות שעות בחיפוש אחר חומרים, מיונם וארגונם. בנוסף, כאשר הרשות דורשת חומרי מחשב בכמות גדולה ולאורך תקופה ארוכה, נאלצים לפעמים הנמענים להשקיע ממון רב בהפעלת פלטפורמות חיצוניות לחיפוש וגילוי מסמכים. זאת בנוסף על תשלום עבור ייעוץ משפטי, שהוא - פעמים רבות - חיוני להבנת הדרישה והשלכותיה. משמעות הדברים היא, כי משלוח דרישת נתונים נרחבת כמוהו כהטלת קנס על נמעני הדרישה, כאשר פעמים רבות מדובר בצדדי ג' שלא פנו לרשות ולא ביקשו ממנה דבר, וגם לא נחשדו בהפרה של החוק.
6. יתירה מכך. במרבית המקרים, תוכן הדרישה מחייב את הנמען לגלות לרשות את הסודות הכמוסים ביותר שלו. סודות שלו היה חולק אותו נמען עם מתחריו, הייתה הרשות מזדעקת בגין העברת מידע אסורה, העברת מידע המעלה חששות לפגיעה בתחרות. וזאת יש להבהיר: משעה שהמידע מצוי בידי הרשות, קיימת סכנה משמעותית כי המידע ייחשף בפני גורמים שונים במסגרת הליכים לפי חוק חופש המידע, התשמ"ח-1988,² או במסגרת הליכי ערר לפי חוק התחרות - כולל גורמים מתחרים.
7. מדובר, אפוא, בסמכות שהשימוש בה פוגע: (i) בזכות לפרטיות של תאגידים³ ושל עובדיהם; (ii) בזכות הקניין של תאגידים ועובדיהם בשל הסיכון מפני חשיפת מידע המהווה קניין רוחני שלהם; וכן (iii) בזכות הקניין של תאגידים בשל הטלת עלויות אסטרונומיות על הנמענים - עלויות חיפוש ועלויות של ייעוץ משפטי.
- כאמור לעיל, פגיעה זו מתעצמת כאשר הנמענים, הם בבחינת צד שלישי, הנטול כל אינטרס בהליך הבדיקה של הרשות.
8. ברור אם כן לכל, כי השימוש בסמכות לדרוש נתונים חייב להיעשות בקפדנות רבה ובזהירות יתירה, שהרי מדובר בסמכות שיש לה פוטנציאל של ממש לפגיעה משמעותית בזכויות חוקתיות של נמעני הדרישה. אין להקל ראש בסמכות זו ואין להשתמש בה כלאחר יד. ואמנם, בית הדין לתחרות כבר העיר בעבר כי רשות התחרות נדרשת לעשות בסמכות לדרוש נתונים שימוש מוקפד, "תוך תחימה מראש של סוג הנתונים הנדרשים, במשקפיים של מידת הרלבנטיות שלהם להליך המסוים".⁴
9. בנסיבות אלה, ראוי כי גילוי הדעת יכלול **אמות מידה ברורות ושקופות** בנוגע לשימוש בסמכות המוקנית לממונה על פי החוק. כך נדרש על מנת לשמור על עקרונות היסוד של המשפט החוקתי והמנהלי, קרי שימוש סביר ומידתי בסמכות לפי סעיף 46(ב) (לחוק). בפועל, אין בגילוי הדעת כל פירוט כזה. כל שצוין בו הוא כי "שליחת דרישת הנתונים מתבצעת לאחר שהושקעה מחשבה בגיבושה, נחיצותה והיקפה..." (פרק ב.3 לגילוי הדעת). אין בגילוי הדעת כל שקיפות באשר להליך המתנהל ברשות **עובר** לשיגור דרישת נתונים, וגם אין בו אמות מידה באשר לטיב הנתונים והמידע שיידרשו.

² ראו ע"מ 11120-08 התנועה לחופש המידע נ' מדינת ישראל - רשות ההגבלים העסקיים (פורסם בנבו 17.11.2010), פס' 14-15 לפסק דינה של כבוד השופטת ע' ארבל. עם זאת, ראו ע"מ (ירושלים) 38138-08-19 **אמסלם תיירות ונופש בע"מ נ' רשות התחרות** (פורסם בנבו 10.02.2020) ("עניין אמסלם").

³ שהוכרה, למשל, בת"א (חי') 1563/95 קיסרית יצור רהיטים ואח' נ' אררט חברה לביטוח, תק-מח 2000(3) 26643, בסעיף 4 להחלטה.

⁴ ה"כ (הגבלים עסקיים - ביה"ד ירושלים) 19545-04-10 **שוברי בר מספוא אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים** (פורסם בנבו 03.01.2011), פס' 13 לפק דינה של כבוד השופטת נ' בן נאור.

10. לשיטתנו על הממונה להתייחס בגילוי הדעת, בין היתר, לשיקולים קונקרטיים, אותם עובדי הרשות צריכים לשקול בעת שהם שוקלים אם ולמי להוציא דרישת נתונים, ולהציג שיקולים אלה בצורה ברורה במסגרת גילוי הדעת. שיקולים אלה צריכים להביא בחשבון את ההיבטים הבאים:

i. **סוג ההליך** – רוחב דרישת הנתונים חייב להיות מושפע מאופי ההליך המתנהל על ידי הרשות. אין להשוות הליך של בדיקת מיזוג קונקרטי או הליך בדיקה של הפרה ספציפית, להליך של בדיקה ענפית כללית או מחקר שוק. כאשר הרשות מנהלת הליכים כלליים, הרי שמידת ההצדקה לפגיעה בזכויותיהם של הנמענים פחותה יחסית.

ii. **היקף ההליך והשפעתו הצפויה על הציבור** – ככל שההשפעה הצפויה לציבור רבה יותר, הרי שההצדקה לפגיעה בזכויות הפרט באמצעות הליך חודרני של דרישת נתונים תהיה רבה יותר. כך לדוגמה, אין דין עסקה לרכישת עסק קטן בהיקף של מיליוני שקלים בודדים, כדין עסקת מיזוג בין חברות ענק. ודאי וודאי שאין הצדקה להטיל עלויות מסיביות על הצדדים למיזוג, לא כל שכן על צדדים שלישיים שאינם מעורבים במיזוג, במקרה בו מדובר בעסקה שהשפעתה הצפויה על התחרות היא שולית.

iii. **זהות הנמען** – על הרשות לבחון האם מדובר בצד מעוניין בעסקה, שביקש מרשות התחרות אישור למיזוג חברות או פטור? או שמא מדובר בצד שלישי בלתי קשור שמוטלות עליו עלויות אסטרונומיות? האם מדובר בצד החשוד בהפרה קונקרטית של הדין? או שמא מדובר בבדיקה כללית בלבד? אנו מציעים שרשות התחרות תקבע מדרג ברור לפיו בקשר עם אישור או פטור לעסקאות, יש לעשות מאמץ לאסוף מידע, קודם כל, מהצדדים המעוניינים, לאחר מכן מרשויות המדינה השונות, ורק לבסוף מצדדים שלישיים שאינם קשורים לעסקה. בחקירות, הרשות צריכה להעדיף איסוף מידע מרשויות המדינה, לאחר מכן מהגורמים הנחקרים ומהמתלוננים (כאשר יש כאלה), ורק לבסוף מצדדים שלישיים.

iv. **סוג המידע המבוקש** – אנו סבורים שעל רשות התחרות ליישם את מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה" שהוא חלק ממבחן המידתיות. על עובדי הרשות לשקול בכובד ראש את סוג המידע שהם מבקשים, ולנסות להפחית ככל הניתן את העומס על הנמענים. כך, למשל, אין מקום לדרוש מצד שלישי התכתבויות באפליקציות מסרים מידיים כגון מסרונים, Slack או WhatsApp, בטרם עיינו עובדי הרשות בפרוטוקולים של ישיבות הנהלה, שקלים יותר לאיתור והמצאה. גם בהקשר זה מוצע לקבוע כללית קונקרטיים, ספציפיים, שיתוו את דרכה של הרשות באופן ברור יותר.

בהקשר זה חשוב לציין, כי לאחרונה נתקלנו בשימוש מוגבר בסמכות לפי סעיף 46(ב) לחוק לדרישת התכתבויות של עובדי חברות באפליקציות מסרים מידיים. דרישת תכתובות מסרים מידיים עלולה לפגוע - מעבר לכל הפגיעות שנסקרו לעיל - גם בפרטיות עובדים. דרישה זו מהווה דריסת רגל משמעותית של עובדי הרשות באמצעי תקשורת אשר פעמים רבות שמור בו המידע הפרטי ביותר של האדם. אף שהרשות עצמה אינה נדרשת תמיד לעיין בתכתובות אלה, בכירי התאגיד ועורכי דינו נדרשים לעתים לעשות זאת. לשיטתנו, לאור הפגיעה הקשה בפרטיות הכרוכה בחדירה לתכתובות מסרים מידיים של עובדים, נדרש איזון גם אל מול חשיבות ההליך. בהקשר זה אנו סבורים כי על הרשות לקבוע כי, למעט במקרים חריגים וקיצוניים ביותר,

היא תימנע מדרישת תכתובות מסרים מיידיים בקשר עם אישור עסקאות. בהליכי חקירה, על הרשות להימנע ככל הניתן מדרישת תכתובות מסרים מיידיים מצדדים שלישיים שאינם קשורים ישירות לחקירה.

בנוסף, לאור הפגיעה הקשה בפרטיות הכרוכה בדרישת התכתובות מסרים מיידיים של עובדים, ולאור העומס העצום שדרישה כזו מטילה על נמעניה, אנו מציעים לקבוע, שדרישת התכתובות מסרים מיידיים של עובדים תחייב אישור הממונה, או אישור של היועצת המשפטית של הרשות.

11. כמו כן, מספר הערות נוספות בקשר עם גילוי הדעת:

i. **סמכויות שאינן קיימות בידי הרשות או שהן מוטלות בספק:** במספר מקומות בטיטות גילוי הדעת קיימת התייחסות לסמכויות שכביכול קיימות בידי הרשות. חשוב לציין כי גילוי הדעת אינו יכול להקים לרשות סמכות יש מאין, משל הייתה מרימה עצמה בשרוכי נעליה. בהקשר זה חשוב לציין כי, ככל הידוע לנו, אין החלטה שיפוטית הקובעת מסמרות בקשר עם סמכויות אלה:

1. סמכות לדרוש מנמענים של דרישת נתונים עיבוד מידע (סעיף ג.2 לטיטות גילוי הדעת): סעיף 46(ב) לחוק אינו מקנה לממונה סמכות לדרוש ממוסרי המידע לעבד את הנתונים בדרך כלשהי. ברור גם שעבוד נתונים מחייב השקעת משאבים רבים במיוחד. אף על פי כן, בגילוי הדעת נכתב כי "הממונה רשאית לדרוש להעלות על הכתב ידיעות על אודות תוכן של הסכמות, שיחות ופגישות שהתקיימו בע"פ". מעבר לעובדה כי קיים ספק רב לגבי אמיתות התוכן של שחזור ישיבות שנערכו בעל פה ומידת היכולת של הרשות להסתמך על מידע זה, ההליך הפנימי של שחזור השיחה מטיל על מוסרי המידע נטל כבד מבחינת הקצאת משאבים.

לרשות מוקנית סמכות לדרוש נתונים גולמיים או מסמכים קיימים. מאחר שאין לה סמכות לדרוש עיבוד מידע, הרי שעבוד כזה יתאפשר כאשר הדבר מיטיב עם הנמען, ובכפוף להסכמתו.

2. סמכת הממונה כלפי חברה זרה: בכל הכבוד הראוי, האמירה שסמכות הממונה "חלה גם בנסיבות מסוימות כלפי חברות זרות שאין להן אישיות משפטית רשומה בישראל" לא נסמכת על הפסיקה. קיים פער של ממש בין החלת דוקטרינת ההשפעות לבין הקמת סמכות חקירה ביחס לאזרח זר בשטחה של מדינה אחרת, בפרט כאשר בהליך פלילי, למשל, היה על הרשות לנקוט בפרקטיקה של חיקור דין. אנו סבורים שעל הרשות לסייג אמירה זו מאוד, כך שתתאם את האמור בפסיקה, לרבות בעניין תן ביס.

ii. **המצאה כנדרש:** כאמור, יש ספק באיזו מידה רשאית רשות התחרות לפנות לחברות זרות. מכל מקום נדגיש, נדגיש כי הגם שחוק התחרות אינו מתייחס במפורש לסוגיה של המצאת מסמכים, מצופה מהרשות, ככל רשות מנהלית, לפעול באופן סביר ולהמציא מסמכים כראוי.⁵ על כן, גם מבלי לקבוע מסמרות בשאלת סמכות הממונה כלפי חברות זרות שאין להן אישיות משפטית רשומה בישראל, המצאה של דרישות נתונים

⁵ ראו, על דרך ההיקש, את סעיף 35 לחוק העבירות המנהליות, התשמ"ו-1985.

לחברות זרות צריכה להתבצע כראוי. גם בעניין זה, גילוי הדעת אינו יכול לקנות לרשות סמכות שלא קיימת בידה מלכתחילה.

iii. **פנייה רק באמצעות מנכ"ל החברה:** עוד צוין בגילוי הדעת כי "במקרים מסויימים דרישת הנתונים עשויה להיות ממוענת בנוסף גם לגורם שאינו המנכ"ל, בין אם לצורך בירור מעורבותו בהפרה אפשרית של דיני התחרות ובין אם לצורך אחר שמצדיק פניה ישירה כאמור". לשיטתנו, פנייה ישירה לעובד חברה אינה התנהלות סבירה ועל הרשות תמיד לפנות למנכ"ל החברה. שכן, רק מנכ"ל החברה יודע מיהו הגורם המתאים ובעל הסמכות לענות לשאלות הרשות.

12. אשר לגישה להתייחסות בגילוי הדעת לחשיפת מידע שבתיק רשות התחרות (פרק ד' לטיוטת גילוי הדעת) נזכיר כי, כפי שהעיר בית הדין בעניין שוברי בר,⁶ ככל שהרשות תקפיד יותר בשימוש בסמכות דרישת הנתונים, כך יצטבר בתיקי הרשות פחות חומר שהרלוונטיות שלו לתיק שנויה במחלוקת, ויהא קל יותר להחליט בבקשות לעיון בתיקי הרשות.

13. לבסוף, אנו סבורים כי ראוי שהרשות תתייחס בגילוי הדעת לאפשרות של חשיפה בפני מתחרה, של מידע של מתחרהו, בפרט כאשר ברגיל הייתה חשיפת המידע מעוררת, לשיטת רשות התחרות, קשיים תחרותיים.⁷

עד כאן תגובתנו לסוגיות העיקריות שהועלו במסגרת הקול הקורא. כאמור ברישא, ההתייחסות מייצגת את עמדתם האישית של הכותבים, ולא את עמדת משרדנו או מי מלקוחותינו.

אנו לרשותכם לכל שאלה או הבהרה.

בכבוד רב ובברכה,



טליה סולומון, עו"ד



איריס אכמון, עו"ד



נועם צור, עו"ד

הרצוג פוקס נאמן, עורכי דין

⁶ ראו ה"ש 4 לעיל.

⁷ ראו למשל גילוי דעת 2/14 של הממונה על ההגבלים העסקיים "חשיפת מידע טרם עסקה בין מתחרים" (19.5.2014) **רשות התחרות** 500618.