

יגאל ארנון - תדמור לוי

לכבוד
גב' מיכל כהן, הממונה על התחרות
רשות התחרות

באמצעות דוא"ל
omerva@competition.gov.il

שלום רב,

הנדון: טיוטת גילוי דעת 2/22 בעניין קבלת מידע ברשות התחרות ועיון בו

ביום 4 בספטמבר 2022 פרסמה רשות התחרות ("הרשות") לשימוע ציבורי את טיוטת גילוי דעת 2/22 בעניין קבלת מידע ברשות התחרות והעיון בו על ידי גורמים שאינם מוסרי המידע ("טיוטת גילוי הדעת" או "הטיוטה").

טיוטת גילוי הדעת מבקשת לפרוש את מדיניות הרשות בהתנהלותה מול גורמים הנדרשים למסור לה נתונים ומידע מכוח חוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988 ("החוק") ובהליכי עיון בתיק הרשות מכוח חוק בתי דין מינהליים, תשנ"ב-1992 ("חוק בתי דין מינהליים").

חלקה הראשון של טיוטת גילוי הדעת עוסק במסגרת המשפטית הקשורה לסמכות הממונה לדרוש מידע בהתאם לסעיף 46(ב) לחוק ("דרישות מידע" או "דרישות נתונים"). חלקה השני של טיוטת גילוי הדעת עוסק בזכות לעיון במסמכים שבתיק הרשות והסייגים לזכות זו בהתאם להוראות חוק בתי דין מינהליים.

אנו מברכים על פרסום טיוטת גילוי הדעת לשימוע ציבורי ורואים ערך רב בגיבוש ושיקוף מדיניות אחידה ופומבית בנושאים חשובים אלו.

בטיוטה ניכרות ובצדק תמורות המהפכה הדיגיטלית ומגמת הגלובליזציה בעסקים. הטיוטה אף מכירה, עקרונית, בצורך לאזן בין חשיבות המידע לפעולת הרשות ובין הגנה על אינטרסים לגיטימיים של מוסרי המידע. עם זאת, לשיטתנו, במלאכת האיזון עצמה ניתן משקל חסר לאינטרסים לגיטימיים של מוסרי המידע ולאינטרס הציבורי באכיפה אפקטיבית ויעילה של דיני התחרות.

א. סמכות הממונה לדרוש מידע ומסמכים לפי סעיף 46 לחוק

1. המחוקק העניק לממונה על התחרות ("הממונה") סמכויות נרחבות לצורך הגשמת תכלית החוק שהיא שמירה על התחרות החופשית במשק. סעיף 46 לחוק שעניינו סמכות הממונה לדרוש מידע ומסמכים הוא נדבך חשוב בארגז הכלים החקירתיים של הממונה ונעשה בו שימוש שוטף בעבודת הרשות. הנתונים המתקבלים במענה לדרישות הנתונים מאפשרים לגבש את התשתית העובדתית לקבלת החלטות מיועדות על ידי הממונה.

2. סעיף 46(ב) לחוק קובע כי "כל אדם חייב, לפי דרישתו של הממונה, או מי שהוא הסמיך לכך מבין עובדי המדינה, למסור לו את הידיעות, המסמכים, הפנקסים ושאר התעודות שלדעת הממונה יש בהם כדי להבטיח או להקל את ביצועו של חוק זה".

3. בהתאם לכללי המשפט המנהלי, על הממונה לעשות שימוש בסמכותה לפי סעיף 46 לחוק באופן סביר ומידתי. על הפעלת הסמכות לשרת תכלית עניינית של איסוף המידע הדרוש לקבלת החלטה על ידי הממונה. על הדרישה להיות מובנת, בהירה ובת ביצוע, הן בכלל והן בהינתן לוח הזמנים שנקצב למענה

עליה. על הדרישה לאזן בין הצורך במידע ומידת חשיבותו לצורך ההליך שבגדרו הוא התבקש לבין הנטל הכרוך בהיענות לדרישה, תוך מזעור הפגיעה באינטרסים לגיטימיים של מוסר המידע למינימום ההכרחי.

4. ויודגש, אין אנו סבורים כי על הממונה להימנע מדרישת מידע שיש לו חשיבות ממשית למתן החלטה, רק משום שדרישתה מטילה נטל על מושא הדרישה או משום שהמידע הנוגע להחלטה מכיל סודות מסחריים. מאידך, אין זה סביר לדעתנו שהממונה תעמוד על קבלת מידע שאינו נוגע לנושא הנבחן או שנגיעתו שולית בלבד, בפרט כאשר מידע זה רגיש מסחרית או שהמצאתו כרוכה בהטלת נטל משמעותי על מושאי הדרישה.

5. כפי שנראה להלן, הסדרים שונים שקובעת הטיוטה חורגים, לעניות דעתנו, מאיזון סביר בין השיקולים האמורים.

א.1 היקף דרישות המידע – השיקולים הרלוונטיים והאיזון ביניהם

6. השיקול הראשון המנחה את היקף דרישות המידע של הממונה הוא הצורך במידע לגיבוש תשתית עובדתית נאותה למתן החלטה. שיקול זה מוביל, לרוב, להגדרה מרחיבה יחסית של המידע הנדרש, כדי להבטיח שלא נשמט מהדרישה מידע בעל חשיבות למתן החלטה על ידי הממונה.

7. עם זאת, הרחבה יתרה של דרישת המידע חותרת תחת תכלית זו, שכן היא מובילה להצפה של הממונה במידע ופוגעת באפקטיביות איסוף הנתונים. דרישה רחבה מדי מציבה קושי לאתר את המידע הרלוונטי משלל המידע המועבר לממונה וכן מכבידה ומאריכה את הליכי בדיקת הרשות, כפועל יוצא מהצורך לנתח מידע עודף. הרחבה יתרה אף חותרת תחת אינטרסים לגיטימיים של מוסר המידע, שלא לחשוף מידע פרטי או מסחרי רגיש, כאשר אין למידע זה זיקה ממשית לבדיקת הרשות ואין בו לקדמה.

8. מסירת מידע עודף לממונה, כזה שמידת הרלוונטיות שלו לבדיקת הממונה רופפת, אף פוגעת באפשרות לקיים הליכים שיפוטניים יעילים לפי דיני התחרות וככזו – מנוגדת לטובת הציבור. עמד על כך בית הדין לתחרות בה"כ (הגבלים עסקיים ביה"ד ירושלים) 19545-04-10 שוברי בר מספוא אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פס' 13 (3.1.2011):

"לא אמנע עצמי מהערה כי שימוש מוקדם בסמכות הנתונה לממונה מכוח הוראת סעיף 46(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, תוך תחימה מראש של סוג הנתונים הנדרשים, במשקפיים של מידת הרלבנטיות שלהם להליך המסוים, עשוי ליתר לא מעט מחלוקות מן הסוג נשוא החלטה זו, ולמנוע חשש מפני פגיעה באינטרסים מוגנים."

9. יש לציין שסמכות הממונה לדרוש מידע נחקקה עובר למהפכה הדיגיטלית שהביאה לתפוצת תוצרי מחשב "כחול הדיגיטאלי על שפת הים הווירטואלית".¹ השילוב של דרישות מרחיבות עם גידול מעריכי בהיקף המידע שנאגר בארגונים בעידן הדיגיטלי וביזורו במגוון אפליקציות ומספר עצום של מכשירי קצה מקצינים את ההשלכות השליליות של הרחבת יתר של דרישות מידע ומחדדים את הצורך למקד את דרישות המידע ולמזער את הפגיעה באינטרסים לגיטימיים הנלווית למענה להן.

10. חשוב להבין שהיענות לדרישה עשויה להצריך מעבר על עשרות אלפי מסמכים ובכללם סודות מסחריים ואישיים. המשאבים הניכרים הדרושים למעבר על תוצרים דיגיטליים רבים מגלמים עלויות משמעותיות אשר מכבידות על החברה. שעות עבודה של מנהלים ועובדים רבים מנותבות לעיסוק

¹ בע"ח (מחוזי ת"א) 38030-03-17 אמיר ברמלי נ' מדינת ישראל, פס' 3 (נבו) 16.07.2017.

- במענה במקום יצירת ערך לחברה. פעמים רבות החברה נזקקת לעזרתם של יועצים חיצוניים, בין היתר משרדי עורכי דין כלכלנים ולעתים גם מומחי IT, שיסייעו ביעוץ ובמעבר על החומרים הרבים. במקרים אלה נלווית למענה עלות ישירה שיכולה להסתכם גם במאות אלפי שקלים.
11. לדעתנו, טיוטת ההנחיות אינה מבטאת הכרה בקשיים העולים משימוש לא ממוקד בדרישות מידע, במיוחד על רקע האתגרים המיוחדים שמציבה מהפכת הדיגיטציה. בפרט, נכון יהיה שההנחיות יסקפו איזון אינטרסים במסגרתו יובאו בחשבון, בין היתר, טיב העניין שלגביו מתבקש המידע, זהות הנמען, היקף המשאבים ומידת ההכבדה הכרוכים במתן מענה לדרישה, רגישות המידע וקיומן של אלטרנטיבות פוגעניות פחות.
12. **טיב העניין וזהות הנמען** – היקף הדרישה צריך להתחשב בטיב העניין שבהקשר אליו מוצאת הדרישה ובוהותו של נמען הדרישה. כך למשל, יש הבדל בין דרישת מידע שנועדה לשרת ניתוח סטטיסטי לצורך מחקר שוק ובין דרישת מידע שנועדה לברר חשד לכאורה להפרה של הוראות דיני התחרות. יש הבדל בין דרישת מידע המופנית לצד שלישי ונועדה לסייע לרשות לבחון עסקה של אדם פלוני ובין דרישת מידע המופנית לאדם שבידי הרשות ראיות לכאורה כי הפר את החוק. שימוש בדרישת מידע פולשנית ורחבה כברירת מחדל, גם כלפי צדדים שלישיים וגם כאשר חשיבות המידע לקבלת החלטה מוגבלת, מפר את האיזון הנכון בין האינטרסים השונים ומבטא הפעלה לא סבירה של סמכות הממונה. ניסיונו מלמד כי במקרים רבים לא נעשית כיום ההבחנה המוצעת וחברות רבות משקיעות עשרות רבות של שעות עבודה (ולעיתים למעלה מכך) באיסוף מידע, לרבות מידע רגיש, אף כאשר הן אינן צד להליך או כאשר טיב העניין הנבדק אינו מצדיק את היקף הנטל ומידת הפולשנות למסמכי החברה.
13. **היקף המשאבים ומידת ההכבדה הכרוכים בהיענות לדרישה** – לעתים עצם היכולת לספק מענה לדרישה, כל שכן מענה שלם, מוטלת בספק בשים לב למגבלות טכניות או פיננסיות של מושא הדרישה. סעיף 46(ב) לחוק נחקק עובר למהפכה הדיגיטלית. בשנים האחרונות, דרישות הנתונים כוללות כעניין שבשגרה התייחסות גם למידע רב המצוי במחשבים ובמכשירים הסלולאריים של עובדי ומנהלי החברה, דוגמת תכתובות שנעשו באמצעות תוכנות מסרים מידיים כמו SMS, WhatsApp, סלאק ועוד.
14. היקף המידע שנאגר בידי החברה ועובדיה בעידן הדיגיטלי הוא עצום ואיתורו של מידע מסוים מתוכו הוא במקרים רבים בבחינת "משימה בלתי אפשרית". יתרה מכך, יכולות החיפוש בחלק מהאפליקציות בהן מועבר מידע (דוגמת ווטסאפ, סלאק, ו-SMS) מוגבלות מאוד ואינן כוללות למשל אפשרות חיפוש בשאליות בוליאניות או חיפוש בכלל התכתובות שבאפליקציה. כל זאת, עוד טרם שנדרשים לקשיים מתחום דיני העבודה והגנת הפרטיות הכרוכים בעצם הדרישה מעובדים להעביר מידע שנאגר אצלם. קשיים אלה מחייבים ריסון בשימוש בדרישות מידע שכוללות חיפושים באפליקציות אלה ובחינת הצורך בהן על רקע השיקולים שהוצבו לעיל.
15. בנוסף, בדרישות מידע המצריכות מעבר נרחב על תוצרים דיגיטליים, קיים חשש ממשי שלא כל המידע שהתבקש יאותר וזאת חרף מאמצי השתדלות משמעותיים. במצב כזה, עננה כבדה בדמות חשיפה פוטנציאלית בשל מענה חלקי, לכל הפחות במישור המנהלי, מתקדרת מעל ראשי הנמענים. בעיה זו מוחרפת בשל עמדת הרשות לפיה היא לא תכווין ואף לא תאשר מילות חיפוש בהן ייעשה שימוש לצורך איתור המידע.
16. ביסוד עמדת הרשות השוללת הכוונה או אישור מילות חיפוש עומד הנימוק ש"לכל חברה עשויים להיות המושגים והכינויים הייחודיים לה, הנובעים מהנוהג המקובל בחברה" (סעיף 3.ג לטיוטה). נימוק זה

אינו מניח את הדעת. ראשית, נראה שהחשש נגזר מפתולוגיה חריגה בה נתקלה הרשות בחקירות פליליות ואין זה סביר לגזור מכך מסקנות לעניין של דרישות מידע מנהליות המוצאות לכלל המשק. כך למשל, ברור שחשש זה אינו יכול להסביר את סירובה של הרשות לעצב מילות חיפוש מוסכמות אגב בדיקת מיזוגים ומחקרי שוק (בפרט כאשר הדרישות מוצאות לצדדים שלישיים). שנית, הסירוב לכוון את נמען הדרישה ביחס למילות החיפוש מניח שנמעני הדרישה – כלל החברות במשק – מנהלים אסטרטגיה של הסתרה מכוונת. אם חברה מחליטה להסתיר מהממונה מידע, היא לא תמסור אותו בין כך ובין אחרת. לעומת זאת, חברה צייתנית תמשיך לסבול מאותה עננה שמא החסירה מילת חיפוש רלוונטית שהרשות תסבור בדיעבד שהיה נכון לעשות בה שימוש. למיטב ידיעתנו, **רשויות תחרות זרות נעתרות לבקשות לאשר מילות חיפוש ואיננו רואים כל סיבה מדוע בישראל יש לנהוג אחרת.**²

17. הצבת דרישה סתמית "להעביר את כל החומר", תוך התעלמות מהאפשרות המעשית לעשות כן ומהעלות הכרוכה בכך, אינה רק בלתי סבירה, אלא יש בה לעודד הפרה של סעיף 46(ב) לחוק ולהציב קושי על אכיפת מקרי הפרה, מקום בו הדבר דרוש ומוצדק.

18. **רגישות המידע והגבלת הפגיעה באינטרסים לגיטימיים של מוסרי המידע** – תכונה נוספת של דרישות נתונים בעידן הדיגיטלי היא עומק חדירתן למידע רגיש המוחזק בידי התאגיד ועובדיו. הדבר נובע הן מהגידול המעריכי בהיקף המידע המתועד והן מהערבוב הקיים בעולם הדיגיטלי בין תקשורת עסקית לתקשורת פרטית. בנסיבות אלה, שכיח מאוד כי דרישת מידע של רשות התחרות תשתרע על היקף ניכר של מידע רגיש מסחרי או פרטי, שאינו עונה כשלעצמו לדרישה ואינו רלוונטי לנושא הבדיקה, אך הוא נספח או מצטרף למידע אחר שבא בגדרי הדרישה.

19. למעשה, במקרים רבים מדובר במסמך שעיקרו המוחלט אינו נוגע לדרישה והכללתו במענה נדרשת רק משום שבשולי שוליו קיימת התייחסות שעלולה לבוא בגדרי הדרישה. עקרונות בסיסיים של מידתיות בהפעלת סמכות שלטונית, כמו גם השיקולים עליהם עמדנו לעיל ובהם הצורך במיקוד משאבי הרשות והימנעות מהצפת תיק הממונה בניירת לא רלוונטית, מחייבים לאפשר צמצום של המידע המועבר לחלקים הרלוונטיים למענה.

20. אנו סבורים כי מלבד היתר לבצע השחרה מטעמי צנעת הפרט, יש מקום לאפשר גם השחרת מידע מסחרי סודי שאינו נוגע לדרישה, ודאי מקום בו ההשחרה נעשית באופן שמספק אינדיקציה טובה לרשות שהמידע אינו נדרש לבדיקה. אין בעניין זה מקום לקבוע דין מיוחד למצגות.³ הצעתנו מאפשרת למקד את המידע המועבר לרשות לכה שיעונה לדרישה ולמתן את הפגיעה באינטרס לגיטימי של נמען הדרישה שלא יועבר מידע רגיש שאינו רלוונטי לדרישה.

21. הצעה זו גם אינה גורעת דבר מהרשות – אם הרשות חוששת שנמען הדרישה ישחיר מידע רלוונטי, הרי שבאותה מידה נמען הדרישה יכול לא למסור את המידע. אדם שהשחיר מידע רלוונטי כמוהו כמי שלא מסר את המידע לרשות ועומדות לרשות כל הסמכויות לנקוט נגדו בצעדי אכיפה. ניתן אף להתנות השחרות בהצהרה של מוסר המידע כי המידע שהושחיר אינו בא בגדרי הדרישה. יתרה מכך, אם

² See for instance, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2018\)38/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2018)38/en/pdf) "In respect of email correspondence, it is not unusual that the questions catch a very large number of documents, or at the very least that the addressee must search through a very large number of documents to identify those relevant to the RFI. Here again, it may be useful to have a dialogue and for instance agree on search words and techniques that can be used to comply with the RFI."

³ הרשות התייחסה מפורשות למצגות בסעיף 4. "ככלל, הרשות לא תאפשר השחרה של חלקים ממצגות".

ההשחרה נעשית כך שניתן ללמוד באופן סביר שהמידע אינו עוסק בנושאי הדרישה – החשש האמור נראה רחוק במיוחד.

22. גישת הרשות האוסרת השחרות יוצרת מצב שבו היקף המידע המועבר מוכתב משיקול אקראי – האם נכרכו למסמך אחד מספר נושאי דיון או שאלה הופרדו למסמכים שונים. מדיניות הרשות תיצור, לכל היותר, חוסר יעילות הנובע מהצורך של תאגידים להפריד מצגות ומסמכים בהם מספר נושאי שיחה שונים למסמכים נפרדים, כדי שלא יצטרכו לחשוף מידע רגיש שחורג מהמידע שהרשות דורשת בדרישות מידע.

23. גם כאשר הרשות מעוניינת לוודא כי מידע מסוים שהושחר אכן אינו רלוונטי למענה (למשל, משום שאין אינדיקציה מהקשר הדברים לחוסר הרלוונטיות שלו), ניתן לחשוב על מנגנונים פחות פוגעניים במסגרתם הרשות תיחשף למידע המלא ולאחר שתמצא שהמידע שהושחר אכן לא דרוש לבדיקה, תשאיר בחזקתה את העותק המושחר שלו. אפשרות אחרת היא שהרשות תעיין במידע הנרחב שהועבר לה, שלעיתים כבר יספק את הדרוש לה במסמכים אחרים, ובשלב שני תחליט עד כמה נחוץ העיון שלה בחלקים המושחרים (שכזכור – קיימת לגביהם הצהרה מחייבת של מוסר המידע, בין מפורשת ובין משתמעת, בדבר אי הרלוונטיות שלהם). קיימות כמובן חלופות נוספות.

24. התייחסות הרשות להשחרות משקפת ליקוי רחב יותר בטיטות ההנחיות – **היעדר התייחסות לנכונות לשקול אלטרנטיבות פוגעניות פחות**, כאלה שיכולות לצמצם את היקף הנטל והיקף החדירה למסמכים רגישים, מבלי לפגוע באינטרס הרשות לאסוף את המידע הדרוש לה. לליקוי זה משמעות קשה על פעילותן ועל זכותן של חברות שהן מושא הדרישה, היות שבאופן טיפוסי המסמכים אליהם מכוונות דרישות הנתונים של הרשות מכילים מידע ליבתי אסטרטגי רגיש, שחשיפתו לרשות, ללא צורך אמיתי, היא תוצאה בלתי מידתית של הפעלת סמכותה; וביתר שאת – כאשר בהמשך הדרך מידע זה הופך למושא לבקשות שונות לגילוי מסמכים, ומאלץ את מוסרי המידע להתמודד עם איום חשיפתו בפני גורמים חיצוניים בעלי אינטרסים נוגדים או בלתי ידועים.

25. במקרים רבים גם דרישה מצומצמת יחסית מספקת לרשות תמונה די ברורה והרחבה של דרישת הנתונים מניבה שפע של מסמכים "שתרומתם השולית" להליך הבדיקה הולכת ופוחתת. במקרים אלה, נכון יהיה לפעול באופן מדורג. לצמצם תחילה את דרישת המידע ולשקול את הצורך בהרחבתה ואת היקף הרחבתה לאחר קבלת המידע הראשוני. מתווה זה יושם בעבר בשיח בינינו לבין הרשות וברוב המקרים הרשות לא סברה שיש צורך בהרחבה של הדרישה לאחר שעיינה במידע הלא מבוטל שהתקבל על בסיס הדרישה הצרה.

2.א. תחולה על חברות זרות

26. בהתאם לטיטות גילוי הדעת "סמכות הממונה חלה גם בנסיבות מסוימות כלפי חברות זרות..." (סעיף ב.2 לטיטות). הרשות ככל הנראה מודעת לקושי שבהחלת כלי חקירתי זה כלפי חברות זרות ומגבילה אותו לנסיבות מסוימות בלבד, אך אינה מבארת מהן אותן נסיבות מסוימות.

27. בהערת שוליים 6, מפנה הרשות כסימוכין לדוקטרינת ההשפעות כ"אחד מהעקרונות" אשר בהתבסס עליהם ניתן להחיל את סעיף 46(ב) על חברה זרה. איננו סבורים כי דוקטרינת ההשפעות רלוונטית להחלת סעיף 46(ב) לחוק. דוקטרינת ההשפעות עוסקת בהחלת **הדין המהותי** ונתמכת בשיקולי מדיניות, בפסיקה מקומית ובמדיניות הדדית בינלאומית, שאינם תקפים בהכרח להחלה חוץ

טריטוריאלית של סמכויות חקירה. דומה שטיוטת ההנחיות יוצרת ערבוב שרצוי להימנע ממנו בין subject matter jurisdiction לבין enforcement jurisdiction.

28. החלת סעיף 46(ב) לחוק על גורמים זרים אינה מובנת מאליה כלל ועיקר. כשמדובר בהחלת סמכויות דרישה וחקירה על גורמים זרים שאינם במדינת ישראל, מדינת ישראל נזקקת לעזרתה המשפטית של מדינה ריבונית אחרת.

29. כך, חוק עזרה משפטית בין מדינות, תשנ"ח-1998 ("חוק עזרה משפטית בין מדינות") מסדיר בפרק ד' את הכללים להגשת בקשות לעזרה משפטית מטעם מדינת ישראל. עזרה משפטית מוגדרת בסעיף 2 לחוק עזרה משפטית בין מדינות וכוללת בין היתר גביית ראיות, העברת ראיות ומסמכים אחרים, העברת מידע ועוד. היועץ המשפטי לממשלה מוגדר כרשות המוסמכת להגשת בקשות לעזרה משפטית מטעם מדינת ישראל. כשמדובר בבקשה לגביית ראיות מטעם מדינת ישראל, היועץ המשפטי רשאי להגיש בקשה שכזו אם בית המשפט אישר שהראיות דרושות לצורך הליך משפטי בישראל (ס' 47).

30. אין כל יסוד להניח שדווקא בענייני תחרות, התיר המחוקק לממונה להפעיל סמכויות אינקוויזיטוריות כלפי גורמים זרים בלא שמץ מהאיזונים והתנאים הנקובים בחוק עזרה משפטית בין מדינות.

31. יצוין כי עניין תן ביס⁴ אינו דן בשאלת סמכותה של רשות התחרות לדרוש מידע מחברות זרות. באותו עניין הדרישה לא הופנתה לחברה הזרה אלא לחברה ישראלית שנדרשה לפנות לחברה קשורה זרה ולבקש ממנה מידע שבחזקתה ואפילו בסיטואציה עובדתית זו בית המשפט הביע עמדתו שנדרש איזון אינטרסים. יתרה מכך, בית המשפט העליון הצדיק את הדרישה מהגורם המקומי לפעול לקבלת מידע מגורם קשור זר בכך שאין לאפשר לגורמים מקומיים לחמוק מהעברת מידע לממונה על ידי שימוש בגורם זר "כעיר מקלט" למידע שאמור להיות ברשותם.

א.3 בקשה להעברת עמדה בדבר סודיות של מידע

32. לעמדת הרשות היא "רשאית לבקש כבר בשלב דרישת נתונים, כי בנוסף למסמכים הנדרשים אותם יש להעביר במלואם (בכפוף לסייגים שיפורטו בפרק ג.4), יעביר מוסר המידע עמדה ביחס לסודיות של מידע הכלול במסמכים".

33. בכל הכבוד, אנו מתקשים להבין מה מקור הסמכות מכוחו דורשת הרשות העברת עמדה בדבר סודיות המידע שעה שאין בפניה בקשה לעיין במידע. ניתוח המידע העצום המועבר לממונה בדרישות נתונים לעניין מידת סודיותו הוא משימה שעלות משמעותית בצדה ואין כל מקור חוקי להשתת עלות זו על מוסרי המידע בשלב דרישת הנתונים. יתרה מכך, עמדה כזו מקפחת – ללא כל סמכות בדיון – את זכותו החוקית של מוסר המידע להתייחס לבקשת עיון קונקרטי, זכות שלעיתים מעוגנת מפורשות בחקיקה ראשית (ראו ההסדרים הנוגעים למסירת מידע לפי חוק חופש המידע) ולעיתים נגזרת מהוראות המשפט המנהלי. אם לא די באמור, נזכיר שנסיבות בקשת העיון ובכלל זה זהות מבקש העיון, הצורך בעיון, המסגרת החוקית להגשת בקשת העיון ועיתויה הם שיקולים חשובים שיש בכוחם להשפיע על רגישותו של המידע ועל עמדת מוסר המידע ביחס לגילוי. דרישה ממוסרי המידע "למסור עמדה" באשר לאפשרות סתמית לגילוי המידע אינה יכולה להיות מנותקת מנסיבות אלה והיא אינה מתיישבת עם הדין ועם ההיגיון.

⁴ בג"ץ 8358/21 תן ביס.קו.איל בע"מ נ' רשות התחרות (נבו 11.01.2022).

א.4 המידע שעמד בפני מגבש חוות הדעת

34. בהתאם לסעיף ב.1 לטייטה, אם גורם מסוים מבקש להביא חוות דעת מומחה שנערכה לטובת הליכים מול הרשות, הרשות עשויה לדרוש לצורך בחינתה את כלל המידע שעמד בפני המומחה ולא רק את המידע שהמומחה עשה בו שימוש.

35. ראשית, דרישה כזו עלולה לעמוד בסתירה עם החיסיון על מסמכים שהוכנו לקראת הליך משפטי. חשוב מכך, דרישה כזו חותרת תחת הרציונל שביסוד החיסיון האמור. חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט "מבוסס על ההנחה לפיה במסגרת ההכנות להליך משפטי, מוחלפות תדיר עמדות, נתונים, או מסמכים שונים בין הגורמים העוסקים בתיק, התומכים לעיתים בקווי הגנה או תביעה שונים וחלופיים שנשקלים בשלבים שונים של ההליך."

36. הדרישה לחשוף את כלל המידע שהועבר בין הלקוח לעורכי חוות הדעת, ובכלל זה לכאורה גם לקבל טיוטות מוקדמות של חוות הדעת, תקשה מאוד על הצגת חוות דעת מקצועיות בפני הרשות ותפגע בזכות הטיעון של גופים בפני רשות התחרות.⁵ בהתאם, גם יכולתה של הרשות לקבל החלטות מושכלות תיפגע מאוד. במקרים רבים, הרשות תפגוש את חוות הדעת המקצועית של גורם בעניינו היא קיבלה החלטה רק בבית המשפט לאחר שההחלטה כבר התקבלה. אותו רציונל המצדיק את היעדר זכותו של צד שנפגע מהחלטת הממונה להיחשף למסמכים פנימיים של הרשות אגב גיבוש החלטת הממונה, מורה כי גם לרשות אין זכות להציב דרישה שמשמעה פגיעה ביכולת לגבש עמדה וטיעון באופן חופשי.

37. לשיטתנו, הרשות יכולה וצריכה להסתפק במסמכים עליהם נסמכת חוות הדעת לצד כלל המידע האחר שנאסף על ידי הרשות. לרשות יש את כל הכלים לקבל את מלוא הנתונים הדרושים לה, מבלי לנסות להתחקות אחר הליך גיבוש חוות דעת המומחה. באופן זה, תישמר תכלית החיסיון וזאת מבלי לגרוע מיכולתה של הרשות להעריך את טיב חוות הדעת ולהעמיד חוות דעת נגדית בהתבסס על כלל החומרים שהועברו לרשות לפי דרישתה. כך נעשה כבר עשרות שנים וכך יש לפעול גם בעתיד.

ב. גישה למידע שבתיק רשות התחרות

38. בסעיף ד.3, מתארת הרשות מספר מתווים שעשויים לאפשר מתן עיון למבקש המידע, טרם הגשת ערר, תוך הגנה על סודיות המידע ומציינת כי "העברת המידע, לרבות המתווה בו יועבר, תיעשה בהתייעצות עם מוסר המידע..."

39. הסמכות להורות על מסירת מסמכים מתיק הרשות הכוללים מידע החוסה תחת חריגי העיון שבסעיף 30(ב) לחוק בתי דין מינהליים ("מידע סודי"), חלה רק לאחר הגשת ערר ונתונה לבית הדין לתחרות בלבד.⁶

40. על כן, העברת מידע סודי בשלב טרם הגשת הערר כפופה להסכמה של מוסר המידע. הרשות אינה רשאית להעביר מידע סודי לפי החלטתה שלה ובכפוף רק "להתייעצות" עם מוסר המידע כפי שנכתב בטייטה.

⁵ להשלכה המצננת של חשיפת מידע כאמור על היכולת לנהל הגנה משפטית ראו, בין היתר, רע"א 400/21 מושב נהלל איחוד עוסקים נ' מס ערך מוסף נצרת, פס' 29 (נבו 26.09.2021).

⁶ ראו למשל ה"ע (י-ם) Alstom SA 24280-10-13 נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (21.9.2014).