

7 בנובמבר 2022

לכבוד

עומר ואגו, עו"ד

המחלקה המשפטית

רשות התחרותבאמצעות דואר אלקטרוני

עומר שלום רב,

הנדון: הערות משרד מיתר לטיוטת גילוי הדעת בנוגע לקבלת מידע ברשות התחרות ועיון בו על ידי גורמים שאינם מוסרי מידע

ביום 4 בספטמבר 2022, פרסמה רשות התחרות טיוטת גילוי דעת בעניין קבלת מידע ברשות התחרות והעיון בו על ידי גורמים שאינם מוסרי המידע ("טיוטת גילוי הדעת").

משרד מיתר מתכבד בזאת למסור את הצעותיו והערותיו לטיוטה המוצעת, כדלהלן:

בראשית הדברים, נבקש להתנצל על האיחור בהעברת הערותינו, אף מעבר למועד שסוכם.

שנית, נבקש לברך את רשות התחרות בפרסום טיוטת להערות הציבור ומתן אפשרות להישמע ולהשתתף בהליכי החשיבה והיישום לעוסקים בתחום ולציבור הרחב.

להלן הערותינו המרכזיות לטיוטת גילוי הדעת:

1. על פי טיוטת גילוי הדעת, מדיניות רשות התחרות בכל הנוגע לחשיפת מסמכים שהועברו לעיונה לצדדים שלישיים המפורטת בטיוטת גילוי הדעת עוסקת בחוק בתי דין מינהליים, תשנ"ב-1992 ובהליכים המתנהלים בית הדין לתחרות בלבד. טיוטת גילוי הדעת איננה מתייחסת להליכים מכוח הוראות חוק נוספות, ובפרט, חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998, חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 ועוד. לדידנו, לאור העובדה שרשות התחרות החליטה לפרסם גילוי דעת העוסק במדיניותה בכל הנוגע לחשיפת מידע בפני צדדים שלישיים, מן הראוי היה לכלול את כלל הדינים הרלבנטיים לחשיפה כאמור, ולהתייחס למכלול ההיבטים הנוגעים לסוגייה חשובה זו. וודאות צדדים לעסקאות בדבר המידע הנמסר על ידם במסגרת הליכים מול רשות התחרות אשר עלול למצוא את דרכו לצדדים שלישיים משמעותית ביכולת לכלכל את צעדיהם.

2. טיוטת גילוי הדעת מתייחסת לסוגי המידע שבסמכות הממונה על התחרות לדרוש, ומציינת כי מדובר במגוון רחב של נתונים וידיעות, הנדרשים לצורך ביצוע תפקידיה של הרשות. בין היתר, מצוין בטיוטת גילוי הדעת כי הממונה רשאית לדרוש להעלות על הכתב ידיעות על אודות תוכן של הסכמות, שיחות ופגישות שהתקיימו בעל פה. לדידנו, עולה כאן שאלה בדבר מקור הסמכות החוקי לדרוש מידע כאמור. אין מדובר במידע המצוי בידי מוסר המידע ולעיתים, אף אין מדובר במידע אשר באפשרותו להשיג בנקל.

פעמים מדובר על שיחות ו/או פגישות שהתקיימו ימים, חודשים ואולי אף שנים טרם הדרישה לקבלם. מחד, היכולת של צדדים לתעד בדיעבד שיחות ו/או פגישות כאמור בצורה מהימנה נמוכה, ומאידך, לכאורה תוכל רשות התחרות להסתמך על מידע זה בכדי לאכוף את דיני התחרות. אכיפה זו יכולה להיות גם אכיפה פלילית ומכאן שהסתמכות על מידע כאמור, עלולה לייצר תוצאה קשה ובלתי סבירה.

3. רשות התחרות מציינת בטיטות גילוי הדעת כי סמכות הממונה בקשר עם הנמענים לדרישות נתונים חלה בנסיבות מסוימות גם כלפי חברות זרות שאין להן אישיות משפטית רשומה בישראל. לדידנו, עולה גם בהקשר זה שאלת מקור הסמכות החוקית לדרישה כאמור. לא למותר לציין בהקשר זה כי שאלת תחולת דוקטרינת ההשפעות כמו גם היקף תחולתה, אם תחול בדין הישראלי, עומדת היום לבחינה עקרונית לראשונה בבית המשפט העליון וטרם הוכרעה. כדברי בית המשפט העליון זוהי **"שאלה נכבדה בעלת פנים לכאן ולכאן שטרם נדונה לא כל שכן הוכרעה בפסיקתו של בית משפט זה"** (רע"א 7787/21 UBS AG נ' גרטלר, פס' 7 (נבו, 6.4.2022)). גם אם נצא מנקודת ההנחה שדוקטרינת ההשפעות חלה ברמה המהותית, קרי כי תהיה סמכות לרשות התחרות כלפי מעשים שנעשו מחוץ לישראל, במידה והם משפיעים לרעה על התחרות בישראל, אין זה ברור מאילו כי אותה תחולה תהיה לגבי היבטים פרוצדורליים של חוק התחרות הכלכלית, כמו הסמכות לבקש מידע ונתונים לגבי חברות זרות, בפרט במקרים בהם טרם הוכח כי למעשיהן של חברות זרות כאמור היתה השפעה על השוק הישראלי – כלומר, לא ברורה עדיין תחולת חוק התחרות הכלכלית כלפי אותם גופים. מבלי לגרוע מן האמור לעיל, מן הראוי כי הרשות תפרט באלו נסיבות לטעמה יש לה סמכות לדרוש נתונים גם מחברות זרות.

4. טיטות גילוי הדעת מתייחסת לאחריות למענה, ומציינת כי האחריות מוטלת על החברה ומנכ"ל החברה. עם זאת, במקרים רבים דרישות הנתונים מבקשות מידע אודות החברה וכן כל גוף קשור, קרי כל גוף שולט או נשלט. משמעות הדרישה היא כי חברה נדרשת להעביר מידע על בעל השליטה בה. פעמים רבות לחברה אין יכולת לחפש חומרים, לבקש חומרים הנמצאים בידיה של בעלת השליטה באותה חברה, או אף לקבל מצגים בנוגע לקיומם של חומרים מבוקשים כאמור. לאור הסמכות הרחבה המצויה בידיה של רשות התחרות, ככל שלדידה של רשות התחרות נדרש מידע מבעל השליטה של חברה מסוימת לצורך השלמת המידע הנדרש לרשות התחרות לבדיקותיה, מן הראוי כי תפנה במישרין לאותו גוף ולא דרך חברה הנשלטת על ידי גוף כאמור. הדבר נדרש מכוח עקרון האישיות המשפטית הנפרדת שהוא אבן פינה בדיני החברות ומחובותיהם של בעלי מניות ואורגנים כלפי החברה.

5. טיטות גילוי הדעת מתייחסת לסוגיה של העברת חלקי מסמכים על ידי השחרה או השמטה של חלקים מן המסמכים. על פי טיטות גילוי הדעת, מוסר מידע אינו רשאי להשמיט או להשחיר דבר מן המידע המבוקש על ידי רשות התחרות. זאת, אף אם המידע אינו קשור כלל לדרישת הנתונים ורק נמצא במקרה במסמכים אשר בחלקם קיימת רלבנטיות לדרישת הנתונים. עוד מציינת טיטות גילוי הדעת, כי במקרים יוצאי דופן בהם המסמך כולל דיון במספר רב של נושאים ובהקשרים שונים לחלוטין וכאשר ניתן להבין באופן ברור אימתי הסתיים הדיון בנושא אחד והתחיל דיון בנושא אחר, תשקול רשות התחרות לחרוג מעמדתה העקרונית, וזאת רק לאור פנייה פרטנית מבעוד מועד.

לאור היקף דרישות הנתונים של רשות התחרות, אשר כוללות דרישה למידע רחב היקף, העוסק בפירוט בפעילות החברה, ולאור האפשרות כי מידע רגיש מסחרית של מוסרי המידע יועבר בהמשך לצדדים שלישיים, מדובר לטעמנו בגישה מוטעית ובלתי סבירה. ראשית, יצוין כי לדידנו פעמים רבות היקף דרישות הנתונים שנשלחות לגופים בשוק, רחב מאוד, ופעמים אף כולל דרישה למידע אשר בינו לבין נושא דרישת הנתונים, אין בהכרח קשר¹. כך לדוגמה, פעמים רבות דורשת רשות התחרות פרוטוקולים של ישיבות דירקטוריון על פני תקופה ארוכה. דיוני הדירקטוריון לרוב עוסקים בנושאים רבים, וככל שנושא שרלבנטי לדרישת הנתונים עולה, לרוב יהיה מדובר בנושא אחד מיני רבים אחרים. נושאים שעולים בישיבות דירקטוריון הם תדיר נושאים רגישים מסחרית ומלאי פרטים שחברות אינן מעוניינות

¹ אף בית הדין לתחרות העיר בנושא זה כי בסופו של דבר כמויות גדולות של מידע הנאסף על ידי רשות התחרות, כלל איננו רלבנטי לנושא בגינו פנתה רשות התחרות לקבלתה המידע. ראה ה"כ (י-10) 19545-04-10 **שוברי בר מספוא אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, החלטה מיום 3.1.2011, סעיף 13.

שיעברו מחוץ לחברה. לדידנו, אין צורך שתעשה פנייה פרטנית בכדי להשמיט מידע אשר ברור מאליו כי אינו קשור כלל לנושא דרישת הנתונים, בפרט כאשר מוסרי המידע ישאירו כותרות ו/או התחלת הדיון בנושא אשר יעידו כי המידע שהושחר איננו רלבנטי. כך, ככל שהרשות תסבור בכל זאת שמדובר במידע שנדרש לה לצורך הניתוח, היא תוכל לבקשו לאחר העיון הראשוני. מדובר על איזון ראוי, בין הצורך של רשות התחרות לעיין במידע מלא ורלבנטי ככל הניתן, לבין הצורך של מוסרי המידע להשאיר מידע רגיש מסחרית ו/או תחרותית סודי וחסוי בפני צדדים שלישיים אשר עשויים לבקש לעיין במידע מכוח חוק בתי דין מנהליים או מכוח חוק חופש המידע. לא למותר לציין, כי מאיזון זה גם הרשות תצא נשכרת, שכן יהא בכך להקל גם על הרשות במקרה של בקשת עיון מצד ג', וכדי לקצר הליכי גילוי ועיון בתיקים אשר מגיעים להתדיינות משפטית.

6. טיטוט גילוי הדעת מציינת כי לעיתים מידע שהתקבל בתיק אחד נחוץ גם לצורך טיפול בתיק אחר שמתנהל ברשות ויתויק גם בתיק במסגרתו נעשה שימוש במידע. ככלל, העברה של מידע בין תיקים עלולה להעלות מגוון של סוגיות בעייתיות. המהותית שביניהן היא הסוגיה הנוגעת להעברת מידע מהליך שהוא מינהלי במהותו להליך פלילי. כך לדוגמה, יכול נציג רשות התחרות, כלכלן או עו"ד, להתקשר לגורם כלשהו בשוק ולשאול שאלות הנדרשות לצורך התיק בטיפולו של אותו נציג. במסגרת שיחה כאמור, נציג הרשות יכול לשאול מגוון של שאלות, והאדם מצידו השני של הקו יכול להשיח מתום ליבו לגבי השאלות המתבקשות ולספק מידע נרחב אודות פעילות החברה בה הוא עובד ו/או השוק בכללותו. על פי טיטוט גילוי הדעת, לכאורה, אין מניעה כי בעתיד תשמש השיחה הזו כבסיס להליך פלילי במסגרתו המידע שסיפק אותו אדם עלול להביא להרשעתו בפלילים. מדובר על מהלך שאינו ראוי ומעלה שאלות חוקיות וחוקתיות, בין היתר, בדבר הזכות לאי הפללה עצמית ו/או זכות השתיקה, חובת האזהרה, זכויות חשודים בהקשר עם חוק יסוד: זכויות בהליך פלילי ועוד. משכך, לדידנו, מן הראוי כי רשות התחרות תקיים התייעצות בסוגיה זו עם הגורמים הרלבנטיים, דוגמת הסגוריה הציבורית, פרקליטות המדינה – ייעוץ וחקיקה ולשכת עו"ד.

7. לבסוף, בטיטוט גילוי הדעת נכתב כי אם מוסר המידע סובר שמסמכים או חלקי מסמכים הנדרשים במסגרת דרישת הנתונים חוסים תחת חסיונות שבדין, ובשל כך לא מעבירים לרשות, עליו להעלות בפני הרשות במפורש טענה לחיסיון המסמכים והרשות עשויה לדרוש הבהרות על מנת שתוכל לבחון את הטענה. לדידנו, על פניו, ככל שמדובר על מידע שחוסה לדוגמה תחת חיסיון עו"ד/לקוח, אין מקום לבקש ממוסר המידע לפרט מהו המידע שחוסה תחת החיסיון, משום שיש בכך משום פגיעה בעצם החיסיון, ולכל היותר ניתן לבקש כי יצויין באופן כללי שישנו מידע החוסה תחת חיסיון. בהקשר זה, לא ברור לח"מ אילו הבהרות נדרשות לרשות בקשר עם טענות לחיסיון עו"ד/לקוח.

8. נשמח לעמוד לרשותכם ככל שנדרשות הבהרות בקשר עם הערותינו לעיל.

בכבוד רב,


ניבה ברג לבנת, עו"ד ליאת הרצקה, עו"ד