

באמצעות דוא"ל

omerva@competition.gov.il

שלום רב,

הנדון: הערות לטייטת גילוי דעת 2/22 בעניין קבלת מידע ברשות התחרות ועיון

ב

אנו מתכבדים להגיש הערות לטייטת גילוי דעת 2/22 בעניין קבלת מידע ברשות התחרות ועיון בו, אשר פורסמה לציבור ביום 4 בספטמבר 2022 ("הטייטה").

א. פתח דבר

1. טייטת גילוי הדעת עוסקת בסוגיות אשר מעסיקות באופן שוטף את העוסקים בתחום דיני התחרות, ואנו מברכים על הניסיון לעגן במסמך סדור חלק מהסוגיות המרכזיות אשר מתעוררות בנושאים בהם דנה הטייטה.

2. דרישות הנתונים שהרשות מוציאה, והשתלשלות המידע בתיקי הרשות בהקשרים שונים, מעוררים קשת רחבה של סוגיות משפטיות אשר נוגעות לאינטרסים מגוונים. אינטרסים אלה מושכים לא אחת לכיוונים מנוגדים. כך, דרישות הנתונים יוצרות את בסיס המידע להחלטות הרשות, ולא יכול להיות חולק שהן ממלאות תפקיד מרכזי ביכולתה של הרשות לקבל החלטות מקצועיות. במקביל, הן גם מעבירות מידע פרטי, לרוב עתיר בסודות מסחריים ומקצועיים לידי רשויות המדינה, תוך פגיעה בזכות הקניין, ובמקרים מסוימים אף מובילות לחשיפתו בפני צדדים שלישיים. היקף הדרישות, אשר מצוי במגמת גידול הולכת ונמשכת, משית עלויות ניכרות על מוסרי המידע, ומשבית פעילות מסחרית שוטפת. בנוסף, המידע שמתקבל במענה לדרישות נתונים, נדרש לעיתים לצורך מימוש זכות הגישה לערכאות של צד שלישי, לברור השגותיו של החלטת הרשות.

3. קדירת האינטרסים מחייבת מציאת נקודות איזון, אשר נותנות משקל הולם לכל אלה. אולם בחלק מהנושאים, דומה כי הטייטה מעדיפה במובהק את הנוחות האדמיניסטרטיבית של הרשות, על פני מציאת נקודות איזון הולמות. העדפת אינטרס זה, הובילה את הטייטה לבטא בעניינים שונים עמדות אשר מנוגדות לעקרונות יסוד של הדין, לאמץ מדיניות חסרת סמכות, להתוות דרכי פעולה אשר מנוגדות לפסיקה, ולקשיים נוספים, אשר יפורטו להלן.

הדברים להלן מובאים בהתאם לסדר העניינים בטייטה.

ב. דרישת הנתונים והעברת מידע לרשות התחרות במענה לדרישת נתונים

ב.1. הטייטה מרחיבה את היריעה הרחבה ממילא של הנתונים שמועברים לרשות התחרות

4. על פי מדיניות רשות התחרות ("הרשות") שמתוות בטייטה, מוסרי המידע נדרשים להעביר מסמכים שלמים, וחל איסור על העברת חלקי מסמכים (בין אם בדרך של השחרת החלקים הלא רלוונטיים או

השמטתם). זאת, גם אם מסמכים אלו כוללים מידעים בלתי רלוונטיים שבאופן מובהק אינם נוגעים כלל לדרישת הנתונים:

"לעתים, ובעיקר בדרישה לקבלת מסמכים פנימיים, חלקים ממסמך יכולו מידע שהתבקש בדרישת הנתונים, בעוד לחלקים אחרים באותו מסמך לא תהיה, לסברת מוסר המידע, נגיעה לדרישת הנתונים. במקרה כזה, מוסר המידע אינו רשאי להשחיר או להשמיט את החלקים שאין להם נגיעה לדרישת הנתונים."

5. חריגה מהכלל האמור תישקל רק במקרים נקודתיים בהם המסמכים כוללים דיון במספר רב של נושאים, וכשניתן להבין את תחילתם וסיומם של הנושאים במסמך, ורק בכפוף לאישור מראש של הרשות. בהמשך הובהר, כי חריגה מהכלל לא תחול ביחס למצגות, ועמדת הרשות היא שכלל, לא ניתן לאפשר השחרת חלקים ממצגות:

"הרשות תשקול חריגה מהכלל האמור 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 הדיון בנושא חדש."¹

6. על פי הטיוטה, השחרה שנעשית לסברת הרשות בניגוד למדיניות שלה ומבלי לקבל את אישורה מראש, מהווה הפרה של חוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988 ("חוק התחרות") ועלולה לגרור צעדי אכיפה.

7. הכלל שהטיוטה מבקשת לאמץ בעניין זה, מוביל לתוצאות בלתי סבירות בעליל. כך, מסמכים כמו פרוטוקול של ישיבות דירקטוריון שכולל שורה ארוכה של נושאים שבאופן חד משמעי אינם קשורים לדרישת הנתונים (סיטואציה נפוצה כפי שצוין בטיטה, בעמ' 8), או מצגת שכוללת מאות שקופיות כשרק בודדות מהן נוגעות לדרישת הנתונים, (כמו מצגת אסטרטגיה, מצגת של תכנית עבודה שנתית, מצגות תקציב שמוצגות תדיר בישיבות דירקטוריון ונכללות פעמים רבות בדרישות הנתונים) יועברו ויימצאו בתיק הרשות במלואם – על אף שבבירור הם מכילים מידע שמנותק לחלוטין מהמבוקש בדרישת הנתונים של הרשות.

8. בכל הכבוד, לרשות התחרות אין סמכות לדרוש מהצדדים לספק לה מידע שכלל לא התבקש על ידה בדרישת הנתונים – רק בשל העובדה שהוא נמצא "פיזית" בתוך מסמך שחלקים בו רלוונטיים. בוודאי שאין לרשות גם סמכות לנקוט בצעדי אכיפה כלפי מי שלא מסר מידע שכזה – שכלל אינו נדרש לעבודת הרשות, לא התבקש על ידה בדרישת הנתונים, וממילא אין לה סמכות לחייב את מסירתו.

9. סעיף 46(ב) לחוק התחרות מכוחו שואבת רשות התחרות את סמכותה לדרוש נתונים, אינו חל על מידע לא רלוונטי בעליל שאין בו, כלשונו של החוק, "להבטיח או להקל את ביצועו של חוק זה". רוצה לומר, דרישת הנתונים של הרשות (אמורה להיות) ממוקדת אך ורק לאותו מידע רלוונטי, שנחוץ להבטחת ביצוע החוק. כל מידע אחר, שנלכד ברשתה של דרישת הנתונים בשל היותו רכיב באותו מסמך שחלקים ממנו אולי רלוונטיים, אין בו כדי להבטיח או להקל את ביצועו של החוק, וממילא הוא אינו עונה על המבוקש בדרישת הנתונים.

¹ הטיוטה, בעמ' 8.

10. מושכלת יסוד היא, כי רשות מנהלית חייבת לפעול בתוך דל"ת אמות הסמכות שהוקנתה לה בחוק. להלן הדברים שנאמרו בעניי זה בעניין פרחי ביקל בע"מ:

"עקרון חוקיות המינהל מהווה נורמה בסיסית במשפט הציבורי. עקרון זה מורה, כי כל רשות מנהלית חייבת לפעול בתוך דל"ת אמות הסמכות שהוקנתה לה בחוק. הרשות המינהלית רשאית ומוסמכת לעשות רק את אותן פעולות שהחוק הסמיך אותה לעשותן. זהו הביטוי של עקרון שלטון החוק בתחום המשפט המנהלי. הנפקות המעשית שלו היא, שהפעולה המנהלית חייבת להיות מבוססת על הסמכה בחוק (או מכוחו), וכן שאסור לפעולה זו לחרוג מן הגבולות שנקבעו להסמכה... על עקרון זה נאמר כי הוא ה"אל"ף בי"ת של המשפט המינהלי..."²

11. מעבר לכך, המידע שמתקבל במענה לדרישות הנתונים הוא מידע פרטי, שהוא קניינו של מוסר המידע. הסמכות לדרוש מידע פרטי, היא חדירה לרשות הפרט ולקניינו. בפרט הדברים אמורים ביחס למידע שכולל סודות מסחריים, אשר הוכרו בפסיקה כקניין של בעל הסוד.³ עמידה על קבלת חלקי מסמכים שאין בהם מידע שנופל לדרישת הנתונים, היא מקרה מובהק של הוראת מנהל שאינה לתכלית ראויה ואשר פוגעת בזכות לקניין (הרבה) למעלה מהנדרש. כידוע, רוב רובם של המסמכים שמועברים במענה לדרישות נתונים, עתירים בסודות מסחריים. כך שהמדיניות שהטיטה מבטאת בעניין זה לא עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד של המשפט.

12. העמדה שבטיטה מנומקת בשני טיעונים: האחד, שלעיתים הרשות יכולה לסבור שמידע מסוים כן כלול בדרישת הנתונים, בניגוד להבנתו של מוסר המידע; והשני, על מנת לאפשר לרשות להבין מסמכים בהקשרם המלא, כאשר בעניין זה הטיטה קובעת מראש כי "חלקי מסמכים אינם מאפשרים מתן תמונה מלאה לשאלות הנבחנות על-ידי הרשות".

13. לא ניתן לקבל נימוקים גורפים אלה. במהלך הכנת המענה לדרישת הנתונים, מוסר המידע מפעיל שיקול דעת בין מידע שנכלל בדרישת הנתונים למידע שאינו נכלל בדרישת הנתונים. כך הוא נדרש לעשות ביחס לשאלה האם מסמך מסוים נתפס בגדרה של דרישת המידע, וכך הוא נדרש לעשות בשאלה האם חלק מסוים ממסמך נופל לגדרה של דרישת המידע. כאשר רק חלק מהמסמך רלוונטי לדרישת המידע, בידיו של מוסר המידע להעביר רק את החלק הרלוונטי, תוך שהוא נושא באחריות אם השמיט מידע רלוונטי, ממש כשם שהוא נושא באחריות אם הוא השמיט במלואו מסמך רלוונטי.

14. על מנת למנוע מצבים בהם יש אי הבנה ביחס למידעים אותם יש להעביר, על הרשות לנסח ולהבהיר בצורה קפדנית מהם המידעים הנדרשים. ככל שעולה חשש שמוסר המידע לא העביר את כל הנתונים שנדרשו, אזי בסמכותה של הממונה לבחון הפרה של החוק, בדיוק כשם שסמכות זו קיימת ביחס למסמכים שלמים שלא הועברו לממונה. כל עוד חשש כאמור לא עולה, אין יסוד לדרישה לספק מידע שאינו נדרש לצורך הבטחת או ביצוע החוק.

² ע"א 5958/15 פרחי ביקל בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה – ראשון לציון, בפס' 25 (פורסם בנבו, 31.12.2015).

³ ע"א 5083/13 פקיד שומה כפר סבא נ' יוסף ברנע (נבו, 26.6.2018), ס' 29.

15. גם הנימוק השני לא מקנה לממונה סמכות לדרוש העברת מיידעים שאינם רלוונטיים. לכל היותר, יש מקום לדרוש כי המיידעים הרלוונטיים יועברו באופן שניתן להבין את הקשרם. גם כאן, כשם שאין לרשות סמכות לדרוש שיועברו כל מסמכי החברה על מנת להבין את התמונה המלאה של המיידעים להם היא זקוקה לביצוע עבודתה, אין בסמכותה לבקש מיידעים שאינם רלוונטיים בתוך מסמכים. גם כאן, ככל שתסבור הרשות שלא התקבל מענה מלא לדרישת הנתונים, קיימת בידה סמכות חקירה ואכיפה.

16. למצער, על הרשות להחליף בגילוי הדעת בין הכלל לבין החריג – כך שהכלל הוא, כי מידע שאינו רלוונטי באופן חד משמעי יושחר או יושמט מהמסמכים שיועברו לעיון הרשות במסגרת דרישת הנתונים ובלבד שניתן להבין את ההקשר בו נאמרו/נכתבו המיידעים הרלוונטיים, ורק במקרים חריגים בהם הרשות בחנה את המסמך וסברה כי ישנם טעמים להתרשם מהמסמך במלואו, יועברו לעיונה מסמכים מלאים ללא השמטה או השחרות או יתואר תוכנם של חלקים שהושחרו. בהתאם, יש לנקוט בצעדי אכיפה רק באותם מקרים בהם מתעורר חשד על ידי הרשות כי לא הועבר לידי מידע שנדרש בדרישת הנתונים, בכלל זה על דרך השמטה שאינה במקומה.

17. להשלמת התמונה נציין, כי גם אין כל הגיון בהבחנה שעושה הממונה בין מסמכים דוגמת פרוטוקולים לבין מצגות. מצגות, באופן זהה למסמכים אחרים, יכולות לכלול שפע של נושאים שאינם רלוונטיים כלל לנושא שבדרישת הנתונים ושאי העברתם לא פוגעת כלל ביכולת ההבנה של המסמך. כך, לדוגמא, מצגות בהן שולבו בפועל מצגות של חברות-בת או אגפים שונים של מוסר המידע. יתרה מזאת, אפילו באותו אגף קיימים רבות תחומי פעילות שונים ומובחנים.

18. יודגש, כי מלבד היעדר הסמכות של הרשות לדרוש מידע שאינו קשור להליך שנבחן על ידה ועל כן אינו מבטיח או מקל את ביצועו של החוק, מדיניות שכזו מרחיבה עוד יותר את היקף המידע הלא רלוונטי שמועבר לרשות. כל זאת כאשר דרישת הנתונים היא פעמים רבות ממילא רחבה מן הנדרש.

19. מהטיוטה עולה, כי לשיטת הרשות היקף דרישות הנתונים שנשלחות על ידה הוא כבר לאחר חשיבה, ולכן על פניו היקף הדרישה כולל רק את המידע הנחוץ לרשות לצורך בדיקתה:

**“שליחת דרישת הנתונים מתבצעת לאחר שהושקעה מחשבה בגיבושה,
נחיצותה והיקפה, בדרך כלל לאחר שבוצעו בדיקות מקדימות ולעיתים
שיחות עם גורמים בתחום וביניהם נמעני הדרישה.... היקף המידע
הנדרש, לרבות משך התקופה, סוגי המידע הנדרש ונושאים, נקבע באופן
התואם את צרכי הבדיקה.”⁴**

20. ואולם אנו למדים מחיי המעשה כי פעמים רבות דרישות הנתונים של הרשות הן מרחיבות מלכתחילה, והרשות בעצמה מצמצמת את דרישות הנתונים שהיא שולחת. כך לדוגמא היה בעניין תן ביס:

**“בדרישה המקורית תן ביס התבקשה להמציא לממונה שורה של
חומרים ונתונים בנוגע לפעילותה, הכוללים בין היתר אזורי חלוקה
ופרטים על המסעדות הפועלות בשיתוף עם החברה, תכתובות שונות,
לרבות מסרונים, דוא”ל והודעות שנשלחו ביישומון וואטסאפ. לאחר**

⁴ הטיוטה, סעיף 5.

שהתקיים שיג ושיח בין בא-כוחה של תן ביס ובין הרשות, האחרונה צמצמה במהלך חודש יולי 2021 את דרישת המידע שהופיעה בדרישה המקורית. כך שביחס לדרישות מסוימות הרשות הודיעה שלא תעמוד על מסמכים הנוגעים לחברת האם של תן ביס המאוגדת בהולנד, Just Eat (להלן: הדרישה המצומצמת, ו-חברת האם, בהתאמה). עוד הודיעה הרשות כי היא לא תעמוד על הדרישה להעברת תכתובות פנימיות של עובדי תן ביס, זאת למעט ביחס להנהלת החברה.⁵

21. המקרה של תן ביס הוא רק דוגמא אחת לדרישת נתונים רחבה יתר על המידה, ומניסיונו הוא כאמור אינו המקרה היחיד. יתרה מכך, פעמים רבות בתי הדין בהכרעתם בדבר סוגיית הרלוונטיות קובעים ביחס לחלק לא מבוטל מהמידע כי הוא אינו רלוונטי להחלטה. יצוין כי אף בית הדין לתחרות, כבר הביע בעבר מורת רוח מהיקף דרישות הנתונים של הרשות, בשל היותן רחבות יתר על המידה וכוללות מידע שאינו רלוונטי:

"לא אמנע מעצמי הערה, כי שימוש מוקפד בסמכות הנתונה לממונה מכוח הוראת סעיף 46(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, תוך תחימה מראש של סוג הנתונים הנדרשים, במשקפיים של מידת הרלוונטיות שלהם להליך המסוים, עשוי ליתר לא מעט מחלוקות מן הסוג נשוא החלטה זו, ולמנוע חשש מפני פגיעה באינטרסים מוגנים."⁶

22. ללמדנו, כי במקרים רבים הרשות יכולה מלכתחילה לשלוח לצדדים דרישות נתונים מהודקות ורזות יותר כך שהיקף הנתונים המבוקש יהיה צר יותר, באמצעות הגדרת נושאים מדויקת יותר, צמצום סוגי המסמכים המבוקשים, וקיצור של פרקי הזמן המבוקשים. על רקע זה, מבקשת כאמור הטיוטה להרחיב עוד יותר את היקף המידע שמועבר לידי הרשות, ובפרט את היקף המידע הלא רלוונטי שמצוי בתיק הרשות ובו מבוקש בשלב מאוחר יותר עיון.

23. כפי שצוין על ידי בית הדין בעניין שוברי בר מספוא לעיל, שימוש מוקפד יותר בסמכות הרשות ייתר לא מעט מחלוקות והתכתשויות בין צדדים בהמשך הדרך. על כן, גם מטעם זה, מן הראוי, כי הרשות תנקוט מלכתחילה במדיניות מהודקת וקפדנית יותר ביחס לדרישות הנתונים שלה, הן בהיקף הדרישה והן בפורמט המידע שמועבר לה (ובלשון בית הדין "תוך תחימה מראש של סוג הנתונים הנדרשים, במשקפיים של מידת הרלוונטיות שלהם להליך מסוים"), ולבטח שלא תרחיב אותה בגילוי הדעת.

2.2. הטיוטה עומדת בניגוד לעקרונות יסוד של השיטה המשפטית ולגבולות הסמכות

1.2.2. אין יסוד לניסיון להשית אחריות ישירה על מנכ"לים

24. הטיוטה מבקשת להטיל אחריות אישית על מנכ"ל התאגיד נשוא דרישת המידע, הן ביחס לשלמות המענה והן ביחס לתקינות הליך איתור המידע הרלוונטי בחברה. הטיוטה אף דורשת מהמנכ"ל להציג במענה מצגים שונים בפני הרשות, וזאת במטרה להשית עליו אחריות אישית.

⁵ בג"ץ 8358/21 תן ביס.קו.איל בע"מ נ' רשות התחרות, בפס' 3 (פורסם בנבו, 11.12.2022).

⁶ ה"כ 10-04-19545 שוברי בר מספוא אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (פורסם בנבו, 11.1.2022). ("עניין שוברי בר מספוא").

25. בכל הכבוד, אין לאמור בטייטה עיגון כלשהו בדין, ולמעשה הוא עומד בסתירה חזיתית לעקרונות יסוד של המשפט הפלילי ומעגל האחראים מכוחו. עקרון החוקיות בפלילים מורה, בין היתר, כי "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו".⁷ מקדמת דנא, עמדת הפסיקה היא כי "כלל גדול הוא בדיני עונשין: 'אין עונשין מן הדין'... לא מקל וחומר, ולא מגזירה שווה, ולא מכל היקש או אנאלוגיה, אלא מן החוק הכתוב והחקוק בלבד".⁸ אולם, כמפורט להלן, הטיוטה מבקשת ליצור אחריות אישית למנכ"ל התאגיד, מקום בו אין הוראת חוק אשר משיטה עליו אחריות כזו. הלכה למעשה, הטיוטה מנסה באמצעות פעולה מנהלית להקים חיוב פלילי שאינו מעוגן בחוק.

26. דרישות הנתונים מופנות במרבית המקרים אל תאגידים במטרה לאסוף מידע שקשור לעסקיהם – קרי, על מנת לקבל מסמכים של התאגיד.⁹ ככלל, המידע המבוקש הוא נכס של התאגיד, שמצוי בחזריו או על מערכות המידע שלו, ואין למי מעובדי התאגיד זכות כלשהי בו. בנסיבות מסוימות מבקשת הרשות גם מסמכים של עובדים פרטניים בתאגיד אך זאת מתוקף תפקידם בו (ולא כאדם פרטי), והכל בכפוף לכך שיש בכך להבטיח או להקל את ביצועו של חוק התחרות. בטייטה מבקשת הרשות להכפיף את מנכ"ל התאגיד שאת מסמכיו היא דורשת לקבל, לאחריות אישית, פלילית ומנהלית, למענה לדרישת הנתונים, וזאת מחמת תפקידו בלבד, קרי מקום בו דרישת הנתונים אינה דורשת את מסמכיו האישיים, ושעה שהוא אינו קשור באופן אישי לבדיקת הרשות.

27. למעשה, ה"אדם" אליו מופנית דרישת המידע הוא התאגיד שהוא הבעלים של המידע, ולא נושא משרה כלשהו אליו ממענת הרשות את דרישת המידע. מיעון הדרישה לאדם כלשהו לא מקימה לו חובה אישית, שכן המידע אינו שלו אלא של התאגיד, ובהכרח ה"אדם" שמוסר את המידע לרשות אינו פלוני זה או אחר, אלא התאגיד. בהתאם, האחריות והחבות הישירים ביחס למענה הן של התאגיד, ולא של נושא משרה כזה או אחר.

28. כאמור לעיל, עקרון החוקיות בפלילים גוזר שאחריות פלילית קיימת רק מקום בו החוק מטיל חובה או איסור על אדם וכן שההפרה ברת ענישה פלילית. הטיוטה מבקשת להקים חבות אישית למנהל התאגיד, מקום בו הדין הפלילי לא הטיל עליו חובה או איסור כלשהם, וזאת באמצעות הוראה מנהלית שבגילוי הדעת (ובחיי המעשה גם באמצעות שורה של דרישות שמכתבי דרישות הנתונים מבקשים להכתיב ביחס למענה להם). אולם לאלה אין כל יסוד או בסיס – אקט מנהלי לא יכול ליצור אחריות או חבות פלילית יש מאין (ולעניין זה, גם לא אחריות או חבות בעיצום כספי).

29. אין משמעות הדברים כי נושאי משרה פטורים מאחריות בהקשר של דרישת נתונים מכוח סעיף 46(ב) לחוק. סעיף 48 לחוק התחרות משית חובות מניעה ופיקוח על נושאי המשרה מתוקף תפקידם בחברה. בנוסף, סעיף 48(ב) קובע חזקה על פיה נושא משרה הפר את חובתו שבסעיף 48(א) מקום בו נעברה עבירה לפי חוק התחרות על ידי החברה או עובדיה. עיננו הרואות כי המחוקק כבר קבע אחריות מרחיבה למדי לנושאי המשרה, אשר חולשת מטבעה גם על מנכ"ל החברה כאחד מנושאי המשרה בה, והיא עשויה לחול, בנסיבות מתאימות, גם על הפרות של סעיף 46(ב) לחוק התחרות שבוצעו על-ידי התאגיד (שכן החובה נוגעת להפרה של כל אחד מסעיפי החוק).

⁷ סעיף 1 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

⁸ כב' השופט ח. כהן, ע"פ 205/73 רוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 365, 372.

⁹ הטיוטה, בעמ' 5.

30. אולם, זוהי אינה אחריות ישירה מכוח דרישת הנתונים, אלא אחריות שנגזרת מהתפקיד של נושא המשרה. בהיעדר סמכות לכך הרשות לא יכולה בגילוי הדעת להדביק למנכ"ל חבות אישית גורפת, לקיום סעיף 46(ב) לחוק התחרות מעבר לזו שקבועה בחוק. כך ככלל וכך בפרט בהיעדר תשתית ראייתית ספציפית אשר מלמדת על אחריותו ומעורבותו האישית של מנכ"ל החברה (כמו מעורבות בהפרה או צורך אחר).

31. בדומה, גם אין יסוד או סמכות לדרישה שבטיוטה כי מנכ"ל התאגיד יחתום על המענה לדרישת הנתונים, וכי אי-חתימתו מהווה הפרה של חוק התחרות. סעיף 48 לחוק לא משית על המנכ"ל חובת חתימה כאמור, ולא ניתן ליצור אחריות מכוח סעיף 46(ב), זולת ל"אדם" שמחזיק במידע המבוקש, קרי התאגיד.

2.2.ב עריכת שיחות בעל פה עם גופים עסקיים חורגת מהסמכות שקבועה בסעיף 46(ב) לחוק

התחרות

32. הרשות מציינת בטיוטה, כי סמכותה הקבועה בסעיף 46(ב) לחוק, מכוחה מוציאה הרשות את דרישות הנתונים, כוללת גם את הסמכות לדרוש מידע באמצעות שיחות בעל פה:

"פעמים רבות עובדי הרשות שהוסמכו על ידי הממונה לדרוש מידע ונתונים במסגרת הסמכות הקבועה בסעיף 46(ב), דורשים מידע במסגרת שיחות הנערכות בעל פה עם גורמים שונים. כך, החובה שחלה על כל אדם למסור מידע לפי דרישת הממונה כוללת את החובה להשיב במסגרת השיחה תשובות נכונות ומלאות."¹⁰

33. ואולם, על אף ששיחות כאלה מקובלות ורווחות, ועסקים רבים מגלים רצון טוב ומשתתפים בהן כעניין שבשגרה, אין שום מקור שמחייב אותם לעשות כן או למסור מידע במסגרת השיחות.

34. סמכותה של הרשות לדרוש מיידעים שונים מוסדרת בסעיף 46 לחוק התחרות. סעיף 46 מבחין בין היקף הסמכות של הרשות לדרוש מידע במסגרת חקירה (שמוסדרת בסעיף 46(א)), לבין היקף הסמכות לדרוש מידע כאשר יש בו כדי להבטיח או להקל את ביצועו של החוק (שמוסדרת בסעיף 46(ב)):

(א) התעורר חשד לביצוע עבירה לפי חוק זה או התעורר חשד אגב חקירה בעבירה לפי חוק זה כי נעברה עבירה לפי סעיפים 242, 244, 245, 246 ו-249 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, בקשר לעבירה הנחקרת, רשאי הממונה, או מי שהוא הסמיך לכך (להלן – חוקר), לחקור כל אדם הקשור לעבירה מעבירות כאמור, או שעשויות להיות לו ידיעות הנוגעות להן, ולדרוש מכל אדם כאמור להתייצב בפניו לשם חקירה כאמור, להתלוות אליו לחקירה ולמסור לו כל פרט, מסמך וידיעה הנוגעים לאותה עבירה; על החקירה יחולו הוראות סעיפים 2 ו-3 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות).

¹⁰ הטיוטה, בעמ' 4.

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

35. ברי שבעוד שסעיף 46(א) מעגן את סמכויות החקירה של הרשות ובכלל זה מאפשר לה "לחקור כל אדם הקשור לעבירה מעבירות כאמור, או שעשויות להיות לו ידיעות הנוגעות להן", ולדרוש מכל אדם "למסור לו כל פרט, מסמך וידיעה הנוגעים לאותה עבירה", לשון סעיף 46(ב) מכוחה מוציאה הרשות את דרישות הנתונים, צרה יותר, והיא מאפשרת לדרוש סוגים שונים של תעודות בלבד, בהם ידיעות, מסמכים ופנקסים. סמכותה של הרשות גם לדרוש מסירה של ידיעות וזו, לפי החוק תעשה בתצורת תעודה – כפי שלעיתים דורשת הממונה כי מוסר המידע יעביר לה מידע שאין לו תיעוד, בכתב. 36. כאשר המחקר דקדק היטב במילותיו, והגדיר במפורש מה הרשות תהיה מוסמכת לדרוש, ותחם את סעיף 46(ב) לחוק כך שיחול רק על "ידיעות, המסמכים, הפנקסים, ושאר התעודות", הרי שלכך בלבד מוסמכת הרשות – הא ותו לאו.

37. יצוין, כי מלבד ללשון החוק הברורה על פיה סעיף 46(ב) לחוק עוסק בתעודות בלבד ("ידיעות, מסמכים, פנקסים, ושאר התעודות"; ללמדנו כי מדובר בתעודות ובהן בלבד), ישנה אינדיקציה נוספת לכך השיחות שמקיימת הרשות אינן בבחינת "תעודה". כך למשל, סעיף 46(ג) קובע ביחס למידע שנאסף מכוח סעיף 46(ב) לחוק, כי יחולו הוראות סעיף 45 לחוק התחרות בשינויים המחויבים בדבר "החזקתן והחזרתן של תעודות שנמסרו לפי סעיף קטן (ב)". סעיף 45 לחוק קובע נהלים בדבר החזרת חפצים שנתפסו. אין עוררין על כך שלא ניתן להשיב שיחות בעל פה שבוצעו עם הרשות.

38. הלכה למעשה, הטיוטה מבקשת להקים יש מאין סמכות חקירה, שאינה פלילית, באמצעות שיחות טלפוניות. סעיף 46(ב) אינו יכול לשמש מקור נורמטיבי להקניית סמכות חקירה כאמור, אשר מעצם טבעה הפולשני והחודרני, מחייבת עיגון ברור בחוק ראשי, לרבות קביעת סייגים ואיזונים הכרחיים.

39. על כן שיחות טלפוניות, גם אם יש בהן להקל על הרשות והן אף נעשות בהסכמת מוסר המידע, לא נכללות בסמכותה של הרשות הקבועה בסעיף 46(ב) לחוק. שיחות טלפוניות הן וולנטריות לחלוטין, והן לא מקימות חובה כלשהי מכוח סעיף 46(ב). ודוק, מובן שמי שבחר לקיים שיחה, עשוי לחוב בחובות שונים מכוח הדין הכללי, בכלל זה האסור על קבלת דבר במרמה, שמעוגן בסעיף 415 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, אך סעיף 46(ב) לא משית עליו חובה או איסור כלשהו.

40. על כן מדיניות הרשות בגילוי הדעת שעוסקת בדרישת נתונים מכוח סעיף 46(ב) לחוק לא יכולה לכלול את עניין השיחות כחלק מהחובה למסור לה מידע מכוח סעיף 46(ב) לחוק, ובכלל זה להחיל את הסנקציות שבחוק על מי שמפר לכאורה חובה זו.

41. לסיכום פרק זה –

- מן הראוי שהרשות תפעל במסורה ובצמצום בכל האמור להיקף דרישות נתונים שהיא מוציאה מכוח סעיף 46(ב) לחוק התחרות ושמידניות זו תובא בצורה מפורשת במסמך המדיניות.
- חשוב מכך, אין זה ראוי, והרשות אינה יכולה, להרחיב את דרישות הנתונים גם למיידעים שאינם רלוונטיים לדרישת הנתונים ועל כן לא ניתן לקבוע שחל על מוסר המידע איסור

להשחיר או להשמיט חלקי מסמכים (שאינם רלוונטיים) במסמך מדיניות, ובוודאי שלא ניתן לקבוע כי זו הפרה של החוק. כאמור, אין כל הצדקה להבחנה בין מסמכים שאין בהם כל מידע רלוונטי לחלקי מסמכים לא רלוונטיים (ובוודאי שאין הבחנה בין מצגת למסמך אחר), וככל שיש חשש מבוסס שלא נמסרו מיידעים רלוונטיים, נתונות לרשות סמכויות חקירה ואכיפה.

- אין לרשות סמכות לפעול כמחוקק ולהטיל אחריות אישית על נושא משרה, מקום בו המידע המבוקש אינו של נושא המשרה (בכלל זה, אין לרשות סמכות לקבוע מי יבצע איזו פעולה בתוך תאגיד כדי ליצור מעורבות אישית). נוכח האמור, על דרישות נתונים לקבלת מסמכי חברה להיות מופנות לחברה והמענה ייחתם על ידי הגורם המוסמך בה. חתימה של מי שאינו מנכ"ל החברה – אינה הפרה של החוק.
- אין לרשות סמכות לקיים חקירות מכוח סעיף 46(ב). הנכונות של גורמים עסקיים לשיחות עם נציגי הרשות היא וולנטרית, ולא ניתן להפוך אותה לחובה. בכל מקרה, אין סמכות להטיל חובות מכוח הדין על השיחות עצמן.

ג. גישה למידע בתיק הרשות

ג.1. הטיטה קובעת מעיין "חזקת רלוונטיות" למסמכים שהתבקשו על ידה ומצויים בתיק

42. הטיטה נמנעת באופן בוטה מלהתייחס לסוגיית רלוונטיות המסמכים. כך לכל אורך שלבי הטיטה לא נפרשת מדיניות הרשות ביחס להבחנה בין מסמך רלוונטי לכזה שאינו רלוונטי, בשים לב לשלבי ההליך.

43. הימנעות הרשות מלעסוק בנושא הרלוונטיות בולטת במיוחד נוכח הדיון המרחיב בטיטה ביחס לסייגים שבסעיף 30(ב)(2), שעניינו מידע סודי, ובסעיף 30(ב)(6), שעניינו פגיעה בזכות או בעניין אישי של אדם אחר (בפרט כאשר מספר הפעמים שנידון חריג זה בפסיקות השונות הוא כאין וכאפס לעומת היקף הדיון בדבר דרישת הרלוונטיות). זאת בעוד שלא נידון כלל לאורך המסמך הסייג שבסעיף 30(ב)(1) שעניינו עיון ב"מסמכים שאין להם נגיעה להחלטה שעליה עוררים" ונידונה באופן זניח הדרישה כי המסמכים שבגינם יש זכות עיון צריכים להיות "נוגעים להחלטה".

44. כך להמחשה נכתב בפרק ד.2 לטיטה:

"סעיף 30(ב) לחוק בתי דין מינהליים קובע את סוגי המסמכים (או חלקי המסמכים) שזכות העיון לא חלה עליהם (להלן מידע סודי), ובלבד שלא יימנע העיון אלא במידה הנדרשת. הסוגיות הבולטות המתעוררות בדרך כלל במסגרת מסירת מידע שבתיק הרשות נוגעות לשניים מסוגי המידע הסודי: מידע הכולל סוד מקצועי או מסחרי ומידע שהעיון בו עלול לפגוע בעניינו האישי של אדם."¹¹

45. וכך לדוגמא בפרקים ד.3 ו-ד.4, לטיטה, שעוסקים בגישה למידע טרם לערר ובהליך המשפטי, מתייחסת הרשות אך ורק למדיניות שלה ביחס לחומרים המכילים מידע סודי:

¹¹ הטיטה, בעמ' 12.

"משנתבקש עיון במידע ששימש את הרשות בהחלטתה, בשלב הראשון תפנה הרשות למוסר המידע על מנת לקבל את עמדתו באשר לחומרים המכילים מידע סודי."¹²

וכן:

"בשלב ההליך המשפטי, הסמכות לקבוע איזה מידע ייחשף בפני מבקש המידע ובאיזה מתווה נתונה לבית הדין לתחרות. כאמור, רק לבית הדין נתונה הסמכות לאפשר למבקש המידע לאפשר לעיון במידע סודי..... בשלב זה הרשות, כמי שמכירה את החומרים בתיק, תביע עמדתה בדבר נחיצות המידע הסודי לצורך ניהול ההליך, על מנת להקל על בית הדין בפעולת האיזון..."¹³

46. הנה כי כן, בטיטות הרשות אין זכר לדרישה לבחון את הרלוונטיות של המסמכים, על אף שפעמים רבות סוגיה זו מהווה מחלוקת מרכזית במסגרת בקשות עיון. בכך נובעת מהטייטה מעין הנחה או חזקה כי כל המסמכים בתיק הרשות בהם מבוקש העיון הם מסמכים רלוונטיים לבירור ההליך, ולכן העיסוק בסוגיית הרלוונטיות מתייתר.

47. ואולם כפי שידוע היטב, דרישת הרלוונטיות היא דרישת סף עצמאית לזכות עיון בכל שלב של ההליך בין אם הוגש ערר ובין אם לאו ועניין זה נידון לא אחת בפסיקת הערכאות השונות. הלכה היא, כי עצם הימצאותו הפיזית של מידע בידי הרשות לא הופכת אותו לחב גילוי, ויש הכרח כי הוא יהא רלוונטי להחלטה. עמדה על כך כב' השופטת נאווה בן אור:

"ואכן, הוראת סעיף 30(א) לחוק בתי דין מינהליים אף היא מדברת על חומר המצוי בידי הרשות והנוגע להחלטה. רוצה לומר, עצם הימצאותו הפיזית של חומר בידי הרשות אינה הופכת אותו לחב גילוי. תנאי הכרחי לגילוי שהוא נוגע להחלטה."¹⁴

48. בחיי המעשה, חלק גדול מהמידע שבתיק הרשות עשוי להימצא ככלל לא רלוונטי: תיק הרשות עשוי להכיל מידע רבים שהם בבירור אינם רלוונטיים – בין אם חלקי מסמכים שמלכתחילה איסופם לא היה רלוונטי ונלכדו ברשתה של הרשות (כמפורט בפרק ב' לעיל), בין אם מידע שהפך ללא רלוונטי במסגרת ההליך (להמחשה, נבחנו מספר הפרות של החוק ולבסוף הוטל עיצום כספי רק ביחס להפרה אחת, או נבחנו מספר שווקים בהם פעולות החברות המתמזגות, אך ההתנגדות למיזוג היא בגין חשש שהתעורר רק בשוק אחד), ובין אם מידע שהרלוונטיות שלו לבירור ההליך עוד לא ברורה כי גברי המחלוקת עוד לא ידועים.

49. אי לכך, אין כל יסוד להנחה כי כל המסמכים שבתיק הרשות הם רלוונטיים, ולכן על המדיניות שתיקבע על ידי הרשות להתייחס באופן מפורש לצורך לבחון ביחס לכל מסמך האם הוא רלוונטי ולהתוות מדיניות מתאימה. על המדיניות לעגן את זכותו של מוסר המידע להשמיע את עמדתו ביחס

¹² הטייטה, בעמ' 13

¹³ הטייטה, בעמ' 14.

¹⁴ עניין שוברי בר מספוא, בפס' 6.

לרלוונטיות המסמכים, וככל שמתגלעת מחלוקת בין הרשות למוסר המידע, יש להמתין להכרעת בית הדין.

50. גישה זו היא העולה בקנה אחד עם עמדת בית הדין, אשר לא אחת נדרש לבחון את סוגיית הרלוונטיות ביחס לכל אחד מהמסמכים הרלוונטיים ולהכריע (בעצמו) במחלוקת בנושא. כך לדוגמה בעניין ת"כ 17020-05-20 **שירותי בנק אוטומטיים בע"מ ואח' נ' הממונה על התחרות** (פורסם בנבו, 7.6.2021) ("עניין שב"א ומס"ב"); עניין הע 000803/08 **טרפלס קומפאונדס (1994) בע"מ נ' הממונה ההגבלים העסקיים ("עניין טרפלס קומפאונדס")**, וכך בעניין הכ (י-ם) 25966-03-11 **סופרבוס בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים** (11.1.2012) ("עניין סופרבוס").

51. יובהר כי לעמדת הרשות אמנם יש חשיבות להכרעה במחלוקת, אך סמכות ההכרעה נתונה לידי של בית הדין בלבד ואינה נתונה לרשות התחרות :

"בכל הנוגע לסוגיית הרלוונטיות, מצויה בפניי עמדה פרטנית של הממונה ביחס לכל אחד ואחד מן המסמכים שבמחלוקת. לעמדה זו, של הגורם המופקד על פי דין על אסדרת התחרות בתחום שבמחלוקת, יש משקל לכאורי לא מבוטל. **מאליו מובן, כי אין בכך כדי לייתר את הצורך בבחינה פרטנית של המסמכים על ידי בית הדין**".¹⁵

52. כמו כן, אנו סבורים כי על מדיניות הרשות להתייחס בגילוי הדעת לנושאים הבאים :

53. **סינון מידע שהתקבל במסגרת דרישת הנתונים שהוא לא רלוונטי באופן מובהק להליך (לדוגמה, חלקי ישיבות דירקטוריון, מצגות).** תמונת הראי של שליחת דרישות נתונים לא מהודקות שאינה "במשקפיים של מידת הרלוונטיות" ואיסור על השחרות חלקי מסמכים, היא הימצאותו של מידע רב שאין לו שום זיקה להליך. לפיכך, ודווקא בשל מדיניות דרישת הנתונים של הרשות, נדרשת בחינה מדוקדקת של המידע שמצוי בתיק וסינון קפדני של מידע שאינו רלוונטי. בהיעדר מדיניות מצמצמת של הרשות בשלב המקדמי של דרישת הנתונים ואיסוף המידע, על הרשות לנקוט במדיניות ברורה בשלב העיון ביחס לסינון המידע שהוא באופן חד משמעי לא קשור להליך הרלוונטי, ולהוציא מסמכים וחלקי מסמכים שאינם רלוונטיים, ובכל מקרה לקבוע כי זכות העיון לא תחול לגביהם.

54. **סינון מידע שאינו נדרש לצורך מימוש הזכות להגיש ערר.** כידוע, והדברים גם נאמרים בטיוטה, טרם הגשת הערר זכות העיון של מבקש המידע היא מוגבלת יותר.¹⁶

55. בשלב המקדמי שטרם הגשת ערר, לא ניתן, גם לא בכפוף לאיזונים, לעיין במידע שהוחרג בו העיון במסגרת הסייגים שבסעיף 30(ב) לחוק בתי דין מינהליים. למעשה, בשלב מקדמי זה, העיון הוא במידע שנוגע להחלטה גרידא, וללא מידע סודי, מידע בלתי רלוונטי, וכל סוגי המידעים שמפורטים בסעיף 30(ב).

56. עיקר הקושי בשלב שטרם הערר הוא לקבוע מהו מידע רלוונטי שניתן לעיין בו. בשלב זה, כלל לא ברור האם יוגש ערר, ולא ברור מהם גדרי המחלוקת ובמה הערר יתמקד. גדרי המחלוקת הם הכרחיים גם לשיטת בית הדין לצורך בחינת הרלוונטיות בין הצדדים :

¹⁵ עניין שב"א ומס"ב, בפס' 6.
¹⁶ הטיוטה, בעמ' 12, והפסיקה שאוזכרה שם.

"ככלל, בית הדין יתקשה לערוך את האיזון המתחייב בין ענייניו של עורר לבין ענייניו של צד שלישי, כשיריעת המחלוקת העולה מכתבי הטענות בערר ובתשובת הממונה, אינה לנגד עיניו."¹⁷

57. לעיתים, הערר יתמקד בסופו של דבר רק בחלקים נקודתיים בהחלטת הרשות, כך שחלק ניכר מהמידע כלל לא יהיה רלוונטי לצורך הגשת הערר :

"כן הסכימו הצדדים כי המחלוקת הניצבת להכרעה היא האם, בהינתן החשש התחרותי שעמד לנגד עיני הממונה, די בתנאים שהותנו בנסיבות העניין. נוכח כך, ובכל הנוגע לעיון במסמכי הרשות לצורך בירור הערר, הוסכם כי הממונה יצמצם את יריעת המסמכים שיועמדו לעיון, לאלו ששימשו אותו להכרעה בתנאים."¹⁸

58. בהתאם, בית הדין הכיר בהכרחיות של הבנת המחלוקות בין הצדדים על מנת לבחון את סוגיית הרלוונטיות. כך לדוגמא, בהחלטה אחרת בעניין שבא ומס"ב, הורה בית הדין לממונה להעביר לעיון הבנקים העתק מעמדת הממונה על מנת לאפשר התייחסות מיטבית לסוגיית הרלוונטיות :

"הממונה תעביר עד ליום 15.3.21 לב"כ הבנקים העתק מושחר של עמדתה בהליך העיקרי. ככל הניתן, החלק הספציפי הנוגע לכל אחד מן הבנקים אליו מועבר העתק כאמור, לא יושחר, על מנת לאפשר התייחסות מיטבית לסוגיית הרלוונטיות."¹⁹

59. לא למותר לציין, כי בית הדין עמד על כך שלצורך מיצוי זכות הערר של מבקש המידע, לא נדרש עיון בכלל המידע הרלוונטי שבתיק. למעשה, לגישת בית הדין, לצורך הגשת הערר אף ניתן להסתפק בנימוקיה של הרשות במסגרת ההחלטה ובקיומו של שלב השימוע, ואלו מניחים תשתית עובדתית משפטית מפורטת שמאפשרת למצות את זכותם להגיש ערר :

"אשר לטענת המבקשות כי לא יוכלו להגיש הודעת ערר מנומקת כדבעי בטרם יוכלו לעיין בכלל המסמכים הרלוונטיים, הרי שעיון בהחלטת הממונה, המשתרעת על פני 24 עמודים והמנומקת בהרחבה, מלמד כי לפני המבקשות הונחה תשתית עובדתית ומשפטית מפורטת, המאפשרת להן להגיש ערר מנומק. לא למותר להוסיף בהקשר זה, כי המבקשות זומנו לשימוע והציגו במסגרתו חוות דעת כלכליות. רוצה לומר, בידי המבקשות היכולת להתמודד עם עמדת הממונה, המתייחסת, בין היתר, לחוות הדעת מטעמן. מובן שלאחר הגשת הערר ותשובת הממונה, ניתן יהיה לשוב ולהידרש לסוגיית העיון והמבקשות יוכלו לתקן את הטעון תיקון ככל שיהיה צורך בכך."²⁰

60. לאור האמור, גילוי הדעת של הרשות צריך להתייחס באופן פרטני גם לסוגיית הרלוונטיות בשלב זה של הליך. לצורך הקביעה מהו מידע שהוא רלוונטי והכרחי לצורך הגשת הערר, מובן כי גילוי הדעת לא

¹⁷ הי"ע 61660-05-16 סלקום ישראל בע"מ ואח' נ' רשות ההגבלים העסקיים, בפס' 10 (פורסם בנבו, 13.11.2016).

¹⁸ הי"ע 3272-04-12 תדיראן הולדינגס בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים ואח', בפס' 2 (25.4.2013).

¹⁹ ת"כ 17020-05-20 שירותי בנק אוטומטיים בע"מ ואח' נ' הממונה על התחרות (22.3.2021).

²⁰ עניין סלקום, בפס' 10.

יכול לסטות מפסיקת בית הדין לתחרות, בכלל זה עמידה בסטנדרט הרלוונטיות שנקבע על ידי בתי הדין ביחס לחשיפה של מידע סודי למבקש העיון בשלב זה (ועל כך להלן). כך, שבשלב זה ייחשף רק מידע רלוונטי שנוגע ליריעת המחלוקת בין הצדדים; מידע שהוא מהותי ומשמעותי; מידע שהחלטת הממונה מבוססת עליו במידה מכרעת; וכאשר אין כל אפשרות מעשית לערור על ההחלטה ללא אותם נתונים.

61. **לסיכום פרק זה** – אנו סבורים כי גילוי הדעת צריך להתייחס בצורה מפורשת ומפורטת גם לרלוונטיות של המידע המצוי בתיק הרשות, והוא אינו יכול לצאת מהנחת מוצא כאילו כל החומר שבתיק רלוונטי להליך בבית הדין. בפרט, גילוי הדעת צריך להסדיר את טיפול הרשות במידע שבוהק לא רלוונטיים ומידע שאינם רלוונטיים כי אינם נוגעים להחלטה, כפי שמפורט לעיל ובהתאם להלכה הפסוקה.

2.ג. הטיוטה מפקיעה את סמכויות בית הדין לתחרות ביחס למסמכים סודיים ופוגעת בזכויות מוסרי המידע

1.2.ג. הטיוטה מפקיעה את סמכות בית הדין להכריע במחלוקות האם מידע הוא סודי או לא

62. הטיוטה גורסת שהסמכות לקבוע האם מידע הוא סודי או לא נתונה לרשות, וכי החלטת הרשות בעניין זה יוצרת מציאות משפטית אשר מאפשרת את העמדת המידע למבקש העיון:

"עם זאת, הרשות יכולה להגיע למסקנה כי מסמכים ומידע שמוסר

המידע מתנגד לחשיפתם אינם מכילים מידע סודי, ובהתאם תעמיד את

המידע לעיון לאחר מתן הודעה מוקדמת למתנגד".²¹

63. אולם, כעניין שבדין, הרשות לא יכולה להסתפק ב"הודעה" גרידא למוסר המידע לפני שהיא מעבירה את המידע למבקש העיון ועליה ליתן לו זמן לפנות לבית הדין לצורך ההכרעה במחלוקת, ולהמתין להכרעת בית הדין בעניין זה. הסמכות להכריע במחלוקות שמתגלעות בין הרשות לצדדים הרלוונטיים נתונה לבית הדין ולא לרשות, וזו אינה יכולה "להפקיע" לידה סמכויות אלו.

64. סעיף 30 לחוק בתי דין מינהליים מקנה סמכויות מיוחדות לבית הדין בכל הנוגע לסוגיות שקשורות במתן זכות העיון במסמכים ובכלל זה ביחס למידע סודי.

65. בהתאם, בשורה של החלטות נדרש בית הדין לבחון ולהכריע במחלוקות שקשורות לזכות עיון במסמכים מסוימים, ובכלל זה במחלוקות שקשורות לסיווג המידע (כסודי, כרלוונטי, וכיוצ"ב). כך למשל בהחלטות בעניין אל על לעיל, הכריע בית הדין בשאלה האם מדובר במידע סודי; וכך בעניין סופרבוס לעיל הכריע בית הדין במחלוקות בין הצדדים, בכללן זכות המבקשות לעיין בתרשומות שיחה והאם מדובר בהתייעצות; כך בעניין שב"א ומס"ב לעיל ובעניין טרפלקס קומפאונדס לעיל הכריע בית המשפט בסוגיית הרלוונטיות שהיו במחלוקת.

66. כפי שצוין לעיל, בעניין שב"א ומס"ב, אף הבהיר בית הדין כי הסמכות להכריע במקרה של מחלוקת נתונה לבית הדין, וכי עמדת הרשות אינה מייצגת בחינה פרטנית של בית הדין (ראו מובאה בפס' 51 לעיל).

²¹ הטיוטה, בעמ' 13.

67. למעשה הטיוטה סוללת לעצמה "מסלול עוקף" בית דין, שכן כל מסמך שהרשות קובעת שהוא רלוונטי ולשיטתה הוא אינו סודי, ניתן לשיטת הטיוטה להעביר הישר לעיון מבקשי המידע. בכך מיידעים סודיים עלולים לחמוק מה"רדאר" של סעיף 30 לחוק בתי דין מינהליים וממערכת האיזונים שקבועה בו שנועדה להגן גם על האינטרסים של מוסר המידע.

68. למקרא הדברים ברור, כי העמדה המוצגת בטיוטה בעניין זה מובילה לתוצאות בלתי סבירות בעליל ומנוגדות לדין. בכל הנוגע לסיווג המידע כסודי או לא, בנסיבות של מחלוקת, הרשות יכולה לנקוט עמדה, אך לא יכולה למחול על הזכויות של בעל המידע, ולאפשר עיון במידע, מבלי שיש הכרעה שיפוטית שמקבלת את עמדתה.

ג.2.2. הרשות מפקיעה את סמכות בית הדין בדבר התרת העיון במידע סודי בשלב טרם הערר (שממילא ספק רב אם קיימת)

69. מהטיוטה עולה כי בשלב טרם הערר הרשות תבחן האם ניתן לאפשר עיון במידע סודי באופן שמגן על סודיותו :

"סעיף 30(ב) סיפא לחוק בתי דין מינהליים קובע כי "לא יימנע עיון בשל טעם מן הטעמים המוזכרים בסעיף קטן זה אלא במידה הנדרשת על ידי אותו טעם". **בהתאם לכך, ככל שהרשות תשתכנע שמדובר במידע סודי, היא תבחן האם ניתן לאפשר עיון במידע באופן שמגן על סודיותו.**"²²

70. ואולם כאמור בשלב טרם הגשת ערר, העיון לא חל בסוגי המיידעים שמפורטים בסעיף 30(ב) לחוק בתי דין מינהליים, גם לא בכפוף לאיזונים. הדברים הובהרו על ידי הרשות בטיוטה עצמה מספר עמודים קודם לכן תוך שהם מפנים לפסיקה רלוונטית:

"סעיף 30 לחוק בתי דין מינהליים מבחין בין זכות העיון של מי שזכאי לערר ופונה לרשות לפני שהחל הליך ערר, לבין בקשת עיון הנדונה בפני בית הדין הדן בערר שהוגש. **זכות העיון בתיק הרשות לפני הליך ערר מוגבלת יותר ואינה חלה על סוגי המידע המנויים בסעיף 30(ב), בהם סודות מסחריים. רק בשלב הערר, לבית הדין נתונה הסמכות להורות על העברת סוגי מידע אלה לעיון העורר, אם לדעתו הצורך בעיון לשם עשיית צדק עדיף מן הטעם למניעת העיון.**"²³

71. מכאן, שבהיעדר סמכות מפורשת בדין להתיר עיון במידע סודי בשלב טרם להגשת הערר, לא כל שכן שהדין קובע באופן חד משמעי שאין עיון במידע סודי בשלב שלפני הערר, לרשות אין כל סמכות לקבוע מדיניות להתיר את העיון במידע זה. חוסר הסמכות בעניין זה הוא מוחלט, ולא ניתן להתיר את העיון גם בכפוף לאיזונים שמצויים בסעיף 30(ב) לחוק בתי דין מינהליים, שעוסקים בשלב ההליך המשפטי, או בכפוף לתנאים המגבילים שמוצעים על ידי הרשות בטיוטה (עמ' 14). מדיניות שכזו עומדת בסתירה חזיתית לזו הקבועה בדין ועל כן לא יכולה לעמוד.

²² הטיוטה, בעמ' 13.

²³ הטיוטה, בעמ' 11.

72. על מנת לא לצאת חסרים ומאחר שהיו מקרים מסוימים בהם בכל זאת בית הדין התיר עיון מסוים במידע סודי טרם לשלב הערר, אנו סבורים כי חשוב לעמוד על הנקודות הבאות ולהתייחס גם אליהם במדיניות הרשות:

73. ראשית, באותם מקרים בודדים בהם נידונה האפשרות לחשוף מידע סודי בשלב טרם להגשת ערר, נקבע כי השימוש בזכות העיון בשלב זה יעשה במשורה כעניין חריג שבחריג, ובשים לב לחשש כי בקשת העיון תנוצל לרעה על ידי מבקשי העיון מבלי שיש כוונה להגיש ערר:

"אקדים ואומר עם זאת, כי גם בהנחה שמצויה בידי בית הדין הסמכות להורות על עיון במסמכים שבסעיף 30(ב) לחוק בתי דין מנהליים חל עליהם עוד בטרם הוגש ערר לגופה של ההחלטה, נראה כי השימוש בה ייעשה במשורה, כעניין חריג שבחריג. מבלי לחשוף בכשרים, החשש שמא תנוצל פנייה כזו לרעה, בלא שעומדת מאחוריה כוונה להגיש ערר, אינו חשש שניתן להתעלם ממנו."²⁴

74. שנית, גם אילו ישנה סמכות להתיר עיון במידע סודי טרם לערר, הרי שזו נתונה כאמור לבית הדין בלבד, ולא לרשות התחרות. זוהי אך המסקנה המתבקשת שעה שהסמכות להתיר עיון במידע סודי לאחר שהוגש ערר, בו זכות העיון היא רחבה יותר, נתונה באופן מפורש לבית הדין ולו הסמכות לערוך את האיזון בין הטעם למניעת העיון לבין הצורך בעשיית צדק (והרשות עמדה על כך בטיוטה).

75. שלישית, כפי שצוין לעיל, באותם מקרים בהם בית הדין החליט לבסוף להתיר עיון במידע סודי טרם להגשת ערר, הרי שהמידע הסודי שהועבר לצד השני נבחן במסרקות, והוחלה לגביו דרישת רלוונטיות מחמירה – לא רק שהמידע הסודי היה רלוונטי להחלטה, אלא שהוא היווה את המסד להחלטת הרשות ולכן בלעדיו לא ניתן היה ערור על החלטת הממונה. ודוק, העובדה שהעיון ייעשה בתנאים מגבילים לא גורעת מדרישה זו, כך שרק בנוגע למידע שעומד בדרישת הרלוונטיות המחמירה – ניתן אולי להתיר את העיון בתנאים מגבילים.

76. **לסיכום פרק זה** – על הרשות להחיל על מידעים סודיים את הוראות הפסיקה; ובכל מקרה מוצע להבהיר כי מחלוקת על מידעים כאמור יועברו לבחינת בית הדין וכי הממונה לא תעביר למבקש העיון כל מידע שלעמדת מוסר המידע הוא סודי, ללא הכרעה פוזיטיבית של בית הדין, גם לא בתנאים מגבילים.

77. אנו לרשותכם בכל שאלה או הבהרה, ככל שתידרשנה.

²⁴ עניין סלקום, בפס' 9.