

ירושלים, א' חשון תשפ"ו
23 אוקטובר 2025

לכבוד



בדואר אלקטרוני

שלום רב,

הנדון: מענה לבקשה לעיון במסמכים לפי חוק חופש מידע, התשנ"ח-1998

סימוכין: פנייתך מיום 17 ביולי 2025

1. בפנייתך בסימוכין שהוגשה לרשות התחרות (להלן **הרשות**) בהתאם לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן **החוק**), ביקשת לקבל את המסמכים הבאים: (א) כל מסמך המהווה "נוהל" ו/או "מדיניות" שגיבשה הרשות הנוגעים לסוגיה המשפטית של "התבטאויות פומביות"; (ב) פירוט בדבר מועד גיבוש ה"נוהל" ו/או "המדיניות" ככל שגובשו; (ג) כל מסמך שעניינו החלטה לנקוט או לא לנקוט בצעדי אכיפה כלשהם בגין התבטאויות פומביות; (ד) הערות הציבור לטיוטת גילוי הדעת בדבר התבטאויות פומביות הפוגעות בתחרות שפורסמה להערות הציבור ביום 3.8.2014 (להלן **טיוטת גילוי הדעת**), וכן כל מסמך החלטה שלא לפרסם נוסח רשמי של גילוי דעת בנושא זה.
2. לאחר שבחנו את בקשתך, נוכח השיקולים השונים אשר יש לאזן ביניהם בהתאם להוראות סעיף 10 לחוק, מצאנו כי ניתן להיעתר לבקשה באופן חלקי ולהעביר לידך חלק מן המידע המבוקש, הכל מן הטעמים המפורטים להלן.
3. בפתח הדברים יצוין כי בקשותיך כוללניות ורחבות ומרביתן לא תחומות בפרק זמן כלשהו, לכן מטבע הדברים, הרשות אינה יכולה להתחייב כי הבדיקה שנערכה על ידה ממצה וכי אין מסמכים נוספים שלא אותרו.
4. ביחס לבקשתך שבסעיפים א' ו-ב', ברשות קיימת טיוטת מסמך בהקשר של "התבטאויות פומביות" אשר לא הבשילה למסמך סופי ועל כן לא נכללת במסגרת המידע

- המבוקש. בכל מקרה רשות התחרות אינה מחויבת להעביר את הטיוטה מכוח סעיפים 9(ב)(2), (4) ו- (8) לחוק ובנסיבות העניין אנו לא רואים מקום להעבירה.
5. ביחס לסעיף ג' לבקשתך, לרשות נדרש פרק זמן קצר נוסף על מנת לבחון את בקשתך ומענה נפרד בהקשר זה יועבר אליך בימים הקרובים.
6. ביחס לבקשתך בסעיף ד', לאחר בדיקה שנערכה אותרו מספר מסמכים שהועברו לרשות בעקבות פרסום טיוטת גילוי הדעת על ידי צדדים שלישיים (להלן **המסמכים**). בהתאם להוראות סעיף 13(א) לחוק, פנינו לצדדים שלישיים אשר העבירו לנו את המסמכים. רצ"ב כנספח א' למכתבנו זה המסמכים המלאים של הצדדים השלישיים אשר הסכימו להעברת המידע ללא סייגים. ביחס לצדדים שלישיים שלא נתנו את אישורם, רצ"ב כנספח ב' למכתבנו זה המסמכים האמורים כאשר הפרטים המזהים של הצדדים השלישיים מושחרים. כמו כן, ניתן למצוא התייחסות נוספת שנשלחה לרשות בקישור שלהלן:
- www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/v3/at_comments_20140916_israel.pdf
7. ביחס לבקשתך בסעיף ד' לקבל 'כל מסמך או החלטה שלא לפרסם נוסח רשמי של גילוי דעת', מבדיקה שנערכה לא נמצאו מסמכים כאמור. יחד עם זאת, כפי שהובהר, מאחר שבקשתך נוגעת למסמכים משנת 2014, קרי לפני למעלה מעשור, לא מן הנמנע שישנם מסמכים רלוונטיים בהקשר זה שלא אותרו במסגרת החיפוש שבוצע.
8. בהתאם לסעיף 7(ו) לחוק, הריני ליידע אתכם כי באפשרותכם לעתור נגד החלטה זו, לפי הוראות חוק בית משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000, בתוך 45 ימים.
9. אנו עומדים לרשותכם לכל שאלה או הבהרה ככל שתידרש.

במחז רב,



שיראל איזביצקי דמרי, עו"ד
המחלקה המשפטית
רשות התחרות

ירושלים, כ' חשון תשפ"ו
11 נובמבר 2025

לכבוד



בדואר אלקטרוני

שלום רב,

הנדון: מענה לבקשה לעיון במסמכים לפי חוק חופש מידע, התשנ"ח-1998

סימוכין: פנייתך מיום 17 ביולי 2025

בהמשך לפנייתך שבסימוכין ובהמשך למענה לפנייתך שנשלח אליכם מטעמנו ביום 23.10.25
(להלן **תשובתנו**) הריני מתכבדת להשיב לך בדלקמן:

1. בסעיף ג' לפנייתך בסימוכין שהוגשה לרשות התחרות (להלן **הרשות**) בהתאם לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן **החוק**), ביקשת לקבל כל מסמך שעניינו החלטה לנקוט או לא לנקוט בצעדי אכיפה כלשהם בגין התבטאויות פומביות.
2. לאחר שבחנו את סעיף זה לבקשתך, נוכח השיקולים השונים אשר יש לאזן ביניהם בהתאם להוראות סעיף 10 לחוק, מצאנו כי ניתן להיעתר לבקשתך שבסעיף באופן חלקי ולהעביר לידך חלק מן המידע המבוקש, הכל מן הטעמים המפורטים להלן.
3. החלטות הרשות בהקשר של נקיטת צעדי אכיפה מתקבלות במסגרת דיונים פנימיים של הנהלת הרשות ומתועדות בתרשומות ישיבות אלה. בהתאם להוראות סעיף 9(ב)(4) תרשומות אלו הן מידע בדבר דיונים פנימיים אשר הרשות אינה מחויבת להעביר.
4. בהתאם להוראות סעיף 11 לחוק, חלף העברת התרשומות מועברות לך בזאת טבלאות הממצות את סיכומי ההחלטות אשר התקבלו במסגרת אותן ישיבות והקשורות בבקשתך.
5. יובהר כי כפי שצוין בתשובתנו, גם בקשתך זו היא כוללת, רחבה ואינה תחומה בפרק זמן כלשהו, ולפיכך, מאחר שאין זה סביר שיבחנו כל התרשומות הפנימיות של הרשות

בהקשר זה, נבחנה בקשתכם בפרק זמן של שבע השנים האחרונות (ראה בהקשר זה סעיף 8(2) לחוק).

6. כמו כן, ביחס לטבלה המתייחסת למקרים בהם הוחלט שלא לפתוח בחקירה, זהות הגורם הנבדק צוינה בפרפרזה מטעמים של חשש לפגיעה באינטרס המסחרי ובפרטיותם של הנבדקים בהתאם להוראות סעיפים 9(א)(3) ו-9(ב)(6) לחוק וכן מאחר שמדובר במידע אודות שיטות עבודה ונהלים של הרשות אשר גילויים עלול לפגוע בפעילות האכיפה, הביקורת ובירור התלונות של הרשות כאמור בסעיף 9(ב)(8)(א) לחוק.

מקרים בהם הוחלט לפתוח בחקירה:

שם התיק	מועד הפתיחה בחקירה גלויה
ויקטורי	23/12/2018
איגוד עסקי מסעונים	09/06/2021
שטראוס (התבטאויות פומביות)	09/11/2021
יוניליוור (התבטאויות פומביות)	09/11/2021
דיפלומט (התבטאויות פומביות)	09/11/2021
שופרסל (התבטאויות פומביות)	09/11/2021
ויקטורי (התבטאויות פומביות)	09/11/2021
רמי לוי (התבטאויות פומביות)	09/11/2021
אושר עד (התבטאויות פומביות)	09/11/2021
יוחננוף (התבטאויות פומביות)	16/11/2021
ויליפוד (התבטאויות פנימיות)	27/02/2022

מקרים שנבדקו אשר לגביהם הוחלט שלא לפתוח בחקירה:

תאריך ההחלטה לא לפתוח בחקירה	ענף
19 בינואר 2025	נדל"ן
27 בנובמבר 2024	נדל"ן
אוקטובר 2024	תחבורה
יולי 2024	מזון
נובמבר 2023	תחבורה
1 במאי 2023	פיננסים
22 ביוני 2022	תחבורה
16 באפריל 2019	תחבורה

7. בהתאם לסעיף 7(ו) לחוק, הריני ליידע אתכם כי באפשרותכם לעתור נגד החלטה זו,

לפי הוראות חוק בית משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000, בתוך 45 ימים.

8. אנו עומדים לרשותכם לכל שאלה או הבהרה ככל שתידרש.

במנוח רב,



שיראל איזביצקי דמרי, עו"ד
המחלקה המשפטית
רשות התחרות

נספח א

תל אביב, 2 בנובמבר, 2014
מספרנו: 1/117-200

בדואר רשום ובדוא"ל-

לכבוד עו"ד זיו גלעד,
רשות ההגבלים העסקיים,
ת.ד. 34281
ירושלים 9134102

עדלי חומסקי
(1956-2013)

עמי אסנת
אורי זליגמן*
דוד גילת**
איתן אפשטיין
אביתר קנולר
אורן טננבוים
ורדה לבון-ברמן
אהרון קאופמן
שירלי דהן
מזור מקובץ***
עמי ורוד
קרן גת
ענת שעי-מלר
תמר דולב-גרין
פול לנגא****
יעקב (קובי) זכאי*****
ליאת קין
יריב שי שנינובסקי
נילי פלג-שפולנסקי
דן אלון
חגית בן משה
אסתר קויפמן
גליה קלינמן
ענת סגל
חבצלת ינאי
אחיהעם זליגמן
כיאן בלאל
הילה רוזן-גליקשטיין
יסמין אלבז
יניב בירנבאום
רונה זמשינגמן
רון נאוי
שירן שבתאי
ירון לבקוביץ*****
לאה וקסלר
הדר חלואה
יהודה צינקין
יניב שני
אמיר ארד
מיכל זיתוני-טאוב
שרון תובל-שביט
שי טיבי
ניצן פלדמן
טלי פרי-קלדרון
דורית קרני
מורן דורי
מוטי כץ
חני שריר
שימרת זאדה
אתי פורטוק
דגן פרנקל
יערה ויקנר-שליט

* רשם האגודות השיוטיות בדימוס
** לונטריין
*** חומסקי לעריכת דין במי-ורק
**** חבר לשכת עורכי הדין באנגליה
***** רואה חשבון

הנדון: הערות לטיטוט גילוי הדעת בדבר התבטאויות פומביות הפוגעות בתחרות

1. פתח דבר:

ביום 3.8.2014 פרסמה רשות ההגבלים העסקיים טיטוט גילוי דעת בדבר התבטאויות פומביות הפוגעות בתחרות (להלן: "טיטוט גילוי הדעת"). במוקד הטיטוט עומדת כוונת הרשות להבהיר כי לתפיסתה אין פער משמעותי בין אמירות שנאמרות בחדרי חדרים לכאלו שנאמרות בפומבי, וכי במקרים בהם מתקיימים פרמטרים מסוימים יש לראות בהתבטאויות פומביות עבירה על חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 (להלן: "חוק ההגבלים"). אנו מתכבדים בזאת להציג בקצרה את הערותינו לטיטוט גילוי הדעת.

בראשית דברינו נדגיש: אין אנו חולקים על כך שאמירות פומביות מסוימות, עלולות להיות ביטוי של הסדר כובל אסור, ניסיון או שידול להסדר כובל.¹ יתרה מכך, היינו מסכימים אף עם הקביעה – ואולי ראוי היה לפרסם גילוי דעת ובו משפט זה בלבד – שהתבטאויות שמהוות הסדר כובל על נגזרותיו לו נאמרו בחדרי חדרים, יהוו, על פי רוב,² הסדר כובל, על נגזרותיו, גם כשנאמרות בפומבי.

עם זאת, אנו חולקים על המהלך של טיטוט גילוי הדעת המבקש לבצע "קיצור דרך", ולייחס עבירה פלילית של הסדר כובל או נגזרותיו לאמירות שאין בהן לא "הסדר" ולא "כביחה", ולכן חוק ההגבלים העסקיים אינו אוסר אותן, בין אם נאמרו בפומבי ואפילו אם נאמרו בחדרי חדרים.³

לדעתנו, כפי שנפרט להלן, באופן בו מנוסחת טיטוט גילוי הדעת יש משום עקיפה של דרישת המחוקק ועמדתו, כפי שהיא באה לידי ביטוי מפורש בלשון סעיף 2 לחוק ההגבלים, עד

¹ נסיון להסדר כובל או שידול להסדר כובל יכונן להלן: "נגזרות".

² חריגים מובהקים הם למשל חובות דיווח פומבי על פי חוק, ראו בהמשך בפרק 3 להערותינו.

³ למען הבהירות נזכיר כי גם לא כל אמירה הנאמרת ב"חדרי חדרים", פסולה אוטומטית כהסדר כובל בלתי חוקי, אפילו אם היא בעלת המאפיינים המוזכרים בטיטוט גילוי הדעת. גם אמירה שאינה פומבית נדרשת לקיים את דרישות סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, אלא שעובדת היותה "מוסוות" או "מוסתרת" יכולה להוות ראיה לאופייה של האמירה ולמאפייניה, הכוללים יסודות של הסדר כובל או נגזרותיו.

שבאמצעות מסמך מדיניות של רשות שלטונית נאסרות לכאורה שלל התנהגויות חוקיות ולגיטימיות.

יתרה מכך, כפי שנפרט, טיוטת גילוי הדעת לא רק יוצרת סייגים ומרחיבה את מעגל אי-החוקיות מעבר למה שנאסר בחוק ההגבלים, אלא מציירת תמונה של יחס מתמיר כלפי התבטאויות פומביות התורגת מהיחס שאלו קיבלו בספרות ובמשפט המשווה (וודוקא באותם מקורות אליהם מפנה הטיוטה). להערכתנו, יחס מתמיר זה של רשות ההגבלים הינו תולדה של ייחוס חשיבות מועטה, ואף ביטול מוחלט של היתרונות החשובים, **לרבות יתרונות תחרותיים וחברתיים**, הטמונים בקיומו של שיח מסחרי פעיל, חופשי ופומבי. ייחוס משקל הולם ליתרונות אלו יניב בחינה מאוזנת יותר של התבטאויות פומביות וסיווגן כאסורות או מותרות.

לבסוף נבקש להראות שטיטת גילוי הדעת מתעלמת, או למצער אינה מייחסת כמעט כל חשיבות, לעובדה שבמקרים רבים החוק ורשויות החוק דורשים גילוי משחקנים בשוק, ואף גילוי מוגבר. אין דבר בטיטת גילוי הדעת המסייע להוליך את השחקנים בשוק אל מחוץ לגן המבוכה אליו הם נקלעים כאשר דיני ההגבלים העסקיים דורשים כיסוי מידע ואילו דינים אחרים, בראשם דיני ניירות ערך, דורשים את גילוי, מטעמים שאינם נחותים לעקרון התחרות.

2. הנחת היסוד: אין "הסדר כובל" ללא "הסדר" ו-"כובל".

חוק ההגבלים העסקיים מציב דרישות – או כפי שנהוג לכנותן בשיח המשפטי הרלוונטי "יסודות עובדתיים" – להתקיימות הסדר כובל, וראוי להדגיש את העובדה כי בהיעדר יסודות עובדתיים אלה אין בסיס חוקי "להניח" כי אמירה מסויימת היא הסדר כובל. אלא שטיטת גילוי הדעת מבקשת לקבוע כי עצם האמירה המכילה פוטנציאל אנטי תחרותי היא המקימה כשלעצמה הסדר כובל, גם מבלי שעובדתית יהיה מדובר בכבילת מתחרה, או בניסיון לכבול מתחרה להסדר כובל.

עם כל הכבוד, לא ניתן לדבר על "הסדר כובל ללא 'הסדר'" או על "הסדר כובל ללא 'כבילה'". אומנם, ההגדרה למונח "הסדר", כפי שפורשה בפסיקה, היא רחבה מני ים אבל עדיין קיימים יסודות בלתם אין: חוק ההגבלים העסקיים והפסיקה בהתאם, דורשים שלהסדר כובל יהיו לפחות שני צדדים, (או לפחות פוטנציאל לצד שני המתבטא בהיתכנות לתגובה כלשהי מהצד השני). כך גם מציינים המלומדים פרלמן, גל וישראל:

"אין חולק כי לקיומו של הסדר נדרשת מידה מסוימת של

הסכמה, וכי נדרשים לו לפחות שני צדדים..."⁴

⁴ מיכל (שיצר) גל, אמיר ישראלי ומנחם פרלמן "הסדר כובל- יסודות האיסור" 193, 208 ניתוח משפטי וכלכלי של דיני הגבלים עסקיים (2008).

סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים אינו סעיף סל המתיימר ללכוד את כל מגוון התנהגויות הפוגעות בתחרות. סעיף 2 לוכד בחובו אך ורק הסדרים כובלים, ואף העובדה כי הסדר כובל יכול להשתכלל בדרכים רבות, ובין היתר אף מעל גבי הבמה הפומבית אינה מייתרת את הדרישה בחוק כי לאמירה פומבית יהיו מאפיינים מסוימים על מנת שתשמש הסדר כובל: אין די בבחינת השפעתה האפשרית על התחרות אלא נדרש גם כי הצדדים הגיעו או למצער פועלים להגעה להסכמה ("ניסיון" או "שידול" בלשון הדין) על מנת שנהיה בספירה של הסדר כובל.

גם כדי שיהיה אפשר לדבר במונחים של ניסיון או שידול להסדר כובל צריכה להתקיים מגמת החבירה לגורם אחר בשוק. סוף-סוף, פעילותו החד צדדית של שחקן בשוק שאינה מתואמת ואינה מוכוונת להסכמתו של אחר לא חוסה תחת פרק זה של חוק ההגבלים העסקיים (ממש כמו האבחנה בדין האמריקאית בין אקט חד צדדי המטופל בסעיף 2 לחוק שרמן, ופעולה רב-צדדית המטופלת בסעיף 1 לאותו חוק).

משום כך, ראוי כי הרשות תהיה ברורה בנקודה זו, ותאפיין למשל כי התבטאות עלולה לגבש הסדר כובל או ניסיון להסדר כזה רק מקום בו האמירה יוצרת או מכוונת ועלולה ליצור תיאום בין מתחרים, או מגבשת תיאום בפועל.

בחינת "ההשפעה הפוטנציאלית" של תוכן האמירה על התחרות אינה מוכיחה דבר בנוגע לשאלה האם הצדדים מנסים או מבקשים להגיע להסדר כובל או שחילופי הדברים עצמם הם בבחינת הסדר כובל. "ההשפעה הפוטנציאלית" רלוונטית לסיפא של סעיף 2 לחוק, דהיינו, לאחר שהוכח כי באמירה יש משום הסדר אשר בו כבילה, או ניסיון או שידול להגיע לכזאת, ההשפעה הפוטנציאלית של תוכן האמירה תיבחן כדי לשאול האם מתקיים סיפא סעיף 2(א) – יסוד עלילות הפגיעה בתחרות, או חלופתו אשר בחזקות החלטות שבסעיף 2(ב).

ככל שגילוי הדעת ביקש לומר כי אופיה ותוכנה של התבטאות יכולים להוות ראיה לכך שהתבטאות תגיע כדי הסדר כובל או נגזרותיו, הרי שאין חולקים אנו על כך (ואין בכך כל חידוש), אך תילי תיליו של גילוי הדעת שנכתבו מבלי לומר כך במפורש, מסיטים ממסקנה זו, ולמעשה מביאים לתוצאה הבלתי רצויה בה נשללות אמירות פומביות לגיטימיות, אשר גם אם היו נאמרות בחדרי חדרים אי-חוקיותם אינה ברורה מאליה.

3. העובדה שמדובר באמירות החוסות תחת חופש הביטוי, צריכה לבוא לידי ביטוי בפרשנות הניתנת לאמירה ותוכנה

טיוטת גילוי הדעת מציינת כי יינתן משקל מועט לעובדה כי התבטאות פומבית עשויה לחסות תחת חופש הביטוי. לדידנו, יש בכך ביטול וזלזול שאינם נדרשים, באחד מאדני היסוד של שיטתנו המשפטית. שהרי, כפי שציין בית המשפט העליון בעניין קידום:

**"חופש הביטוי ניצב בראש החירויות שעליהן מושתת משטרנו
הדמוקרטי".⁵**

ברי כי אמירה המהווה הסדר כובל על נגזרותיו אינה חסינה מפני הדין, רק על סמך ההגנה המוקנית לביטויים מכוח חופש הביטוי, ואין בחופש הביטוי כדי למלט את אומרה מנקיטת צעדים על ידי הרשות. אך לדידנו, כל עוד לא הוכרע שאמירה היא הסדר כובל, וכאשר עסקינן עדיין בשאלת סיווג האמירה כלגיטימית או לא, הרי שיש לתת משקל – ומשקל משמעותי – לעקרון חופש הביטוי.

התבטאויות שונות של שחקנים בשוק עשויות להיות בעלות משמעותיות שונות, חלקן לגיטימיות וחלקן אסורות. נקיטת גישה המכבדת את עקרון חופש הביטוי מחייבת את הרשות לנקוט משנה זהירות בעת בחינת התבטאויות מסחריות שונות ולנקוט צעדים רק מקום בו הפרת החוק מתקיימת והפגיעה בערך התחרות היא ברורה מאלה.

על הצורך בפרשנות מצמצמת של דברי חקיקה הפוגעים בחופש הביטוי עמד בית המשפט העליון בעניין קידום יזמות הנזכר לעיל:

**"לאור מעמד בכורה זה של חופש הביטוי, יתפרשו חוקים
המגבילים את חופש הביטוי "באופן מצמצם ותוך מגמה לתת
לזכות האמורה קיום מרבי ולא לסייגה כהוא זה מעל ומעבר למה
שמתחייב ברורות ומפורשות מדבר המחוקק".⁶**

ודוק, בעניינו אין מדובר בדבר חקיקה, אלא מסמך מדיניות של רשות שלטונית.

לכן, הצעתנו היא להדגיש כי חופש הביטוי אכן יהווה מרכיב חשוב בעת בחינת השאלה האם התבטאות מסוימת הינה אסורה.

**4. טיוטת גילוי הדעת אינה מייחסת חשיבות מספקת ליתרונות של גילוי מידע מסחרי
בפומבי, אי לכך נוצר יחס מחמיר ובלתי מאוזן כלפי התבטאויות פומביות**

בנוסף לאמור, נראה כי טיוטת גילוי הדעת מתעלמת, או לכל היותר מתייחסת בצורה אגבית ומצומצמת, ליתרונות החשובים שיכולים לנבוע מקיומן של אמירות פומביות בנוגע לנושאים מסחריים. התייחסות מצומצמת זו מוליכה להשקפה כמעט זהה ובלתי מבחינה בין אמירות פומביות ואמירות חשאיות. זאת, בשונה מההתייחסות במשפט המשווה, בו היחס לאמירות פומביות הינו מקל וההשקפה על אלו כאסורות תהיה במקרים חריגים, בין היתר תוך בחינה

⁵ בג"צ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור פ"ד מח(2) 1 (1994) פס' 5 לפסק דינה של השופטת דורנר.

⁶ שם, פס' 7 לפסק הדין.

מהותית של ההשפעות התחרותיות שיכולות להיות לאמירות אלו והכרה בצורך החשוב שלא לשתק את "הברברת החיובית" של עולם המסחר והעסקים.

בהתאם לכך, כדוגמא לתרחיש אמירות פומביות אסור, לא מביאים המלומדים Areeda ו-Hovenkomp תרחיש של אמירה חד צדדית אלא תרחיש של החלפת מסרים מעל הבמה הציבורית ולא בכדי. יש לציין כי גם המלומדים עומדים על כך שפעמים רבות, ובעיקר בשווקים אוליגופוליסטיים, לא תהיה תועלת רבה בהתבטאויות פומביות כי שחקנים יהיו מודעים לתגובות הצפויות של מתחריהם או יחזרו בהם מהעלאת מחיר ללא נשיאה בתשלום מיוחד:

"Public utterances might thus approximate the discussion expected around a cartel table. Even so, the actual effect of the speeches is far from certain. Market participants will often be aware of each other's attitude or sentiments even without the formal communications of the illustration. In addition, an oligopolist will often feel free to initiate a price increase with confidence that it can costlessly retract it if his rivals do not follow."⁷

אף במצבים בהם ניתן לראות פגם בהתבטאויות פומביות מדגישים הכותבים את הזהירות שיש לנקוט לאור היתרונות הנובעים משיתוף הציבור בשיקולי פירמות מסחריות:

"...[W]e cannot say that public speech is otherwise inexplicable or useless either to the parties or to the society. Consumers and government officials may be interested in the thinking of industry officials. Public discussion allows them to express their views and perhaps to influence business decisions before they are "locked in". The firms might even desire this or might believe that such discussion will make their ultimate decisions more palatable to those who will be affected."⁸

⁷ Phillip E. Areeda & Herbert H. Hovenkomp, Antitrust Law vol. VI ¶ 1435c (3rd ed. 2010).

⁸ Ibid.

כך, ניתן להבין כי ההתבטאות הפומבית מסייעת פעמים רבות לתאגיד בתהליך קבלת ההחלטות שלו, ומעניקה אפשרות לתאגיד לשתף את ציבור הלקוחות במהלכים המתוכננים על ידו, למשל על-ידי פרסום מחירים עדכניים על מנת להוביל מהלכים שיווקיים ותחרותיים, המאפשרים לצרכנים לכלכל את צעדיהם מראש בתבונה ומאפשרים לתאגיד לקבל משוב חוזר בזמן אמת מהצרכנים.

ההתייחסות לכל אלו בטיטות גילוי הדעת הינה אגבית בלבד. הסכנה הנובעת מהתייחסות אגבית זו היא שהפנמת המסר העולה מגילוי הדעת תביא לצינון כוונתם של שחקנים בשוק להתבטא באופן פומבי בנושאים מסחריים, גם במקומות שבהם הציבור יוצא נשכר מכך, אף מטעמי תחרות ממש. יישום טיטות גילוי הדעת מביא לכך שכל פרסום מבצע עלול להיות חשוד כהתבטאות פומבית בעייתית, וודאי תחת האכסניה של סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים: כך למשל, כל הודעה על מבצע היא פרסום מידע הנוגע למחיר, מבצעים מטבעם מוגבלים בזמן וכו'. מעבר לכך ההתבטאות פומבית היא כלי תחרותי פעמים רבות שמטרתו הורדת מחירים על ידי יצירת לחץ על ספק להוריד מחיר. אולם, לכל יתרונות אלו כאמור, כמעט לא נודע מקום או זכר בטיטות גילוי הדעת ונותרנו עם אמירה מצננת שמאיינת את היתרונות.⁹

הגישה באירופה כלפי החלת האיסור על התבטאויות פומביות היא זהירה במיוחד, בין השאר על רקע היתרונות ויכולת ההשפעה הממשית של ביטויים פומביים. כפי שמוסבר בהנחיות הנציבות האירופית, ייחוס אופי של פעולה אסורה להתבטאות פומבית בדיון האירופי הוא חריג אשר יחול, על פי רוב, כאשר מדובר באקט לא לגיטימי וחד צדדי של פירמה דומיננטית, הווה אומר אינו משתייך להפרות מסדר ההסדר כובל, או כאשר יש חשד שאמירות אלו הן ניסיון ליצירת תקשורת ולא האמירה המסחרית כשלעצמה היא שמקימה את ההפרה.

ההנחיות מורות כי כאשר לא קיימות אינדיקציות שמדובר בחלק מתיאום, הצהרה חד צדדית לא תיחשב בדרך כלל כהפרה של סעיף 101, וודאי לא במקום בו מדובר בהצהרה פומבית. לעומת זאת, העמדה המוצגת על ידי הרשות הישראלית מבלבלת את היוצרות והופכת את הטפל לעיקר:

"Information exchange can only be addressed under Article 101 if it establishes or is part of an agreement, a concerted practice or a decision by an association of undertakings. Where a company makes a unilateral announcement that is also genuinely public, for example through a newspaper, this generally does not constitute a concerted practice within the meaning of Article 101(1). However, depending on the facts

⁹ בחינה בראי חגישה הריאליסטית למשפט תגלה עוד כשל בטיטות גילוי הדעת. המסר העולה מגילוי הדעת, לפיו ניתן להבין כי היחס לפעולות שנעשות במחשכים הוא זהה לאלו שנעשות לאור היום, דוחף את הגורמים בשוק לשיח חסוי במקום לשיח פומבי. מרגע שבמת הדיון חסויה, ממילא האפשרות שנושא השיחה יזלוג מהתחום המותר לאזור האסור היא יותר ממשית ויותר קשה לגילוי.

underlying the case at hand, the possibility of finding a concerted practice cannot be excluded, for example in a situation where such an announcement was followed by public announcements by other competitors, not least because strategic responses of competitors to each other's public announcements (which, to take one instance, might involve readjustments of their own earlier announcements to announcements made by competitors) could prove to be a strategy for reaching a common understanding about the terms of coordination."¹⁰

לאור האמור, ברור מדוע מצהירה הנציבות כי העובדה שהמידע גולה גם לצרכנים תקטין את האפשרות שמדובר בביטוי בעייתי:

"The fact that information is exchanged in public may decrease the likelihood of a collusive outcome on the market to the extent that non-coordinating companies, potential competitors, as well as costumers may be able to constrain potential restrictive effect on competition..."¹¹

5. טיוטת גילוי הדעת אינה מספקת כלים מעשיים להתמודדות עם דרישות לחשיפת מידע החלות מכוח החוק

טיוטת גילוי הדעת למעשה מתעלמת מהעובדה שחשיפת מידע מסחרי של פירמה היא פעמים רבות חובה חוקית הנובעת מדיני ניירות ערך. חובת הגילוי מכוח דיני ניירות ערך היא חובה רחבה הכוללת גם חובת גילוי בנוגע למהלכים עתידיים של התאגיד ומגינה על אינטרס חברתי חשוב.

ובלשונו של בית המשפט העליון:

"עקרון היסוד עליו מושתתים דיני ניירות ערך, ובכלל זה חוק ניירות הערך הישראלי, הינו עקרון הגילוי הנאות. משמעו של עיקרון זה הוא מסירת מידע מלא אודות החברה... מטרת חוקי ניירות הערך... אלא היא נועדה - אם בדרך של מניעת פעולה

¹⁰ 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 1/11, 14.1.2011] para. 60, 63.

¹¹ Supra Note, para. 94 see also Richard Whish & David Bailey Competition Law p.545 (7th. Ed. 2012).

(למשל, גילוי מטעה שיש בו תרמית) ואם בדרך מניעת המשכה של התנהגות במחדל (אי גילוי עובדה שהיעדרה עלול להטעות את המשקיע הסביר) - למנוע מאחרים להפוך את המשקיע לנטול תבונה (ראה גם ההגדרה בסעיף 1 לחוק של "פרט מטעה"). זאת ועוד, לא ניתן לנהל שוק הון הוגן ללא פומביות¹².

על אף מצוותו הברורה של בית המשפט העליון, מטיוטת גילוי הדעת עולה דרישה דווקא להצניע אותו מידע ממש. אין בטיטוט גילוי הדעת כל הסבר מניח את הדעת כיצד על שחקנים בשוק לגשר בין שתי מערכות דינים אלו, האחת הדורשת את גילוי המידע (לעתים באופן מידני) והאחרת את כיסויו.

לאור שני המרכיבים האחרונים שנסקרו, התועלת הרבה הטמונה בקיומן של אמירות פומביות והחובה לגילוי החלה מכוח דיני ניירות ערך ודינים אחרים, מציין פורום השולחן העגול של ארגון ה OECD את החשיבות שבקביעת מדדים ברורים לקיומן של אמירות אסורות וכן מציע לשקול בחיוב את האפשרות לקביעת "נמלי מבטחים" שיאפיינו אמירות לגיטימיות:

"As the context of the communication is so determinative of its legitimacy, per se rules are less helpful in this respect. Despite this need for case-by-case analysis, given the large amounts of legitimate, and in some cases required, information that firms disclose to the general public, it would be useful for enforcers to provide guidelines and safe harbours that would allow companies to steer clear of infringing competition laws. In principal, these guidelines should take into account the modern demand on firms to provide information to the public and investors as well as the specific conditions of each industry."¹³

טיטוט גילוי הדעת דווקא בוחרת בנתיב אחר, הקובע מהן אמירות אסורות באופן עמום שעלול להתפרש בהרחבה, וכאמור, אינה מספקת מענה למתח הקיים בין החובה להצניע מידע מכוח חוק ההגבלים לבין הצורך בגילוי הנובע ממשטרים חוקיים מקבילים.

6. מסקנות והמלצות

¹² ע"א 5320/90 א.צ. ברנביץ נכסים והשכרה בע"מ נ' רשות ניירות ערך פ"ד מו(2) 830, 820 (1992).
¹³ OECD Policy Roundtable, Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects DAF/COMP (2012)17, p.14.

כאמור בפתיח מכתבנו זה, יש מקום להעברת מסר ברור לציבור לפיו **התבטאויות שמהוות הסדר כובל על נגזרותיו לו נאמרו בחדרי חדרים, יהיו, על פי רוב, הסדר כובל, על נגזרותיו, גם כשנאמרות בפומבי.** לטעמנו, אין מקום, ואין בסיס חוקי, להגדרת איסורים רחבים יותר – רחבים יותר אף מדרישת חוק ההגבלים – בקשר עם התבטאויות פומביות. בבחינת כל המוסיף גורע.

לחלופין, היה והממונה עומד על קיומו של צורך בפרסום גילוי דעת בעניין התבטאויות פומביות, המלצותינו לתיקון טיוטת גילוי הדעת נוגעות הן לטון אותו נוקט גילוי הדעת והן למהות.

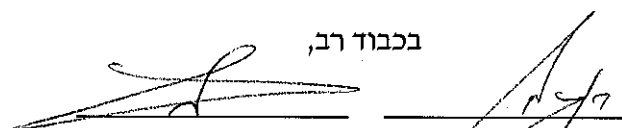
לדעתנו ייטב כי הרשות תעמוד על כך שבחינת התבטאויות שונות של גורמים מסחריים תיעשה שלא במנותק מהעובדה שככלל מדובר באמירה החוסה תחת חופש הביטוי.

בנוסף, ראוי להקדיש יותר חשיבות ומקום ליתרונות התחרותיים והחברתיים הנובעים מהתבטאויות פומביות של שחקנים בשוק. בתוך כך, נקווה לנוסחת איזון המביאה אלו בחשבון ומודעת לכך שהאמירה הפומבית, לרוב, היא לגיטימית ומותרת ואילו רק במקרים חריגים יש לייחס לה הפרה או ניסיון להפרת החוק.

לגופו של עניין, אין טיוטת גילוי הדעת יכולה (באין לה סמכות, אך גם בהעדר טעם), להרחיב מעבר לאיסור הקבוע בחוק. משום כך עליה להסתפק בהגבלת התבטאויות שיש בהן "הסדר" ו"כבילה" ממש, או חתירה ממשית להם. ככל שהרשות טוענת כי התבטאויות מסוימות כוללות באופן אינהרנטי התממשות של יסוד ההסדר, ראוי שטענה זו תאמר במפורש בגילוי הדעת ולא בצורה מרומזת, וראוי שגילוי הדעת יכלול דוגמאות לביטויים ספציפיים מסוג זה. כשלעצמנו אנו מסופקים אם ראוי כלל להקדיש גילוי דעת להתבטאויות מאין אלה, שהן בהכרח וממילא הבוטות והברורות ביותר. הצבעה מפורשת על התבטאויות שלדעת הממונה כוללות מאליהן "הסדר" ו"כבילה" תאפשר גם ביקורת, לרבות ביקורת שיפוטית עניינית על גילוי הדעת.

לבסוף, נצפה כי בגילוי הדעת הסופי יופיעו כלים אופרטיביים וישימים המאפשרים יישוב של המתח בין דיני ניירות ערך והמשטרים האחרים המחייבים גילוי פומבי לבין ההוראות הנובעות מכוח דיני ההגבלים העסקיים. הדבר אף יעלה בקנה אחד עם המלצות ה OECD.

בכבוד רב,



תמר דולב-גרין, עו"ד מזור מצקביץ, עו"ד

מנהלות מחלקת הגבלים עסקיים

אפשטיין קנולר חומסקי אסנת גילת טננבוים ושות'



מיתר ליקוורניק גבע לשם טל ושות'
עורכי דין

דרך אבא זרל סילבר 16, רמת-גן, 5250608 טלפון: 03 6103100 פקס: 03 6103100 אתר: www.meitar.com

16 בספטמבר 2014

לכבוד
מר זיו גלעד, עו"ד
רשות הגבלים עסקיים
רח' עם ועולמו 4
ירושלים

זיו שלום,

הערות לטייטת גילוי הדעת בדבר התבטאויות פומביות אשר פוגעות בתחרות

משרד מיתר, ליקוורניק, גבע, לשם, טל ושות' מתכבד להגיש את עמדתו והערותיו בעניין טייטת גילוי הדעת בדבר התבטאויות פומביות אשר פוגעות בתחרות.

מבוא

טייטת גילוי הדעת מבקשת להתמודד עם מצבים שבחם צדדים מתקשרים ביניהם בהסדר כובל או מאותתים זה לזה על רצונם להתקשר בהסדר כובל דווקא באמצעות התבטאויות פומביות. נראה מתוך גילוי הדעת, כי רשות הגבלים עסקיים מוטרדת, כי במסווה של התבטאות שהיא פומבית וגלויה יוכלו מתחרים להסכים ביניהם על התנהגות מתואמת או לכל הפחות לאותת זה לזה על רצונם להתנהל באופן מתואם.

אנו סבורים, שהעיקרון לפיו מתחרים אינם רשאים לתאם ביניהם את אופן התנהגותם וזאת גם אם התיאום נעשה בדרך של התבטאויות פומביות הוא עקרון נכון וראוי לחברה בגילוי דעת. כמו כן אנו מסכימים, שהעובדה שהסדר חושג בין מתחרים בדרך של התבטאויות פומביות לא יכולה להקנות לצדדים להסדר הכובל חסינות. ההגדרה של הסדר כובל אינה כוללת בין יסודותיה יסוד ולפיו ההסכמה הושגה בסתר. לפיכך אין גם כל סיבה שלא לאכוף את דיני ההגבלים העסקיים על הסדר כובל שנקשר בין צדדים באמצעות התבטאויות פומביות¹. גם עקרון זה ראוי לחברה וחידוד באמצעות גילוי דעת.

עם זאת, יש לנו מספר הערות מהותיות לגילוי הדעת והן בקצירת האומר:

- גילוי הדעת עוסק בהרחבה בהתבטאויות פומביות חד צדדיות כהתבטאויות שכרוכות באי חוקיות וזאת גם אם התבטאויות אלה לא נענו בתגובה מצד המתחרה אשר ניתן לראותה כמביאה להסדר. קיומו של הסדר הוא יסוד מיסודות ה"הסדר הכובל" ולא ניתן לחסותם בהתבטאות חד צדדית כהתבטאות שמקימה הסדר כובל.

¹ הגם שתיאום שהושג באמצעות התבטאויות פומביות הוא פסול, יש לייחס לתיאום מסוג זה חומרה פחותה דווקא לאור הפומביות של ההסדר. ראה לחלק.

- גילוי הדעת אמנם מציין (בפיסקה הראשונה של סעיף 3), כי התבטאויות פומביות עשויות להיות לגיטימיות ואף מועילות לצרכן ולתחרות, אך בפועל נראה כי לא ניתן בגילוי הדעת כל משקל לגיטימיות האפשרית של התבטאויות פומביות ולתועלת שטמונה בהן בכלכלה מפותחת ופרו צרכנית. השימוש אותו מתכוונת רשות הגבלים עסקיים לעשות בהקשר זה בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 ("החוק") מלמד, כי בפועל אין בדעת הרשות לשקול את מידת הלגיטימיות של ההתבטאות והתועלות הפרו-תחרותיות שנובעות ממנה, שאם לא כן לא היתה מחילה עליה את החזקות החלוטות לקיומה של פגיעה בתחרות.
- שרטוט גבולות האיסור על התבטאויות פומביות באופן רחב מכפי שנחוץ עלול להרתיע גורמים מהתבטאויות שחן דווקא מועילות לתחרות או מסייעות לקידום אינטרסים לגיטימיים נוספים. גבולות האיסור מוגדרים בצורה מעורפלת ולא וודאית. גילוי הדעת חסר מקרים, אשר בהם רשות הגבלים עסקיים סבורה, כי התבטאות אינה מפרה את החוק.
- גילוי הדעת מתעלם מכך שהסכמה לתיאום שנעשתה בפומבי היא בהכרח פחות מזיקה ופחות חמורה מהסכמה דומה שהושגה בסתר ורחוק מעיני הציבור. לפיכך, אנו סבורים שאין זה במקום לאכוף את החוק בנוגע להתבטאויות פומביות, אף במקרים הקיצוניים שבהם הן מגיעות כדי תיאום, בכלים פליליים.

נתייחס אל כל אחד מנושאים אלה בנפרד.

אין די בהתבטאות חד צדדית

1. ההלכה לפיה המונח "הסדר" הכלול בהגדרת המונח "חסדר כובל" הוא רחב יותר מהמונח הסכם ולפיכך כולל גם כל הסכמה שהושגה בקריצת עין או בתבנה משתמעת, היא הלכה שאין חולק עליה היום.
2. עם זאת גם על פי ההגדרה המרחיבה של המונח "הסדר" מן הראוי שיהיה יסוד של תבנה וכו' משתמעת בין הצדדים להסדר ובמקרה זה בין המתחרים.
3. טיטוט גילוי הדעת מוותרת על חדרישה לקיומו של הסדר ובפועל מבקשת לאסור גם התבטאויות חד צדדיות שלא זכו לכל תגובה. וכך מסבירה טיטוט גילוי הדעת:

"כך למשל, כאשר התבטאות פומבית חד צדדית עשויה להשפיע על התנהלות עסקית של מתחרה אחר הפועל לפי החסדר, בין במעשה ובין במחדל, הרי ששני הצדדים עשויים להיות צד להסדר הכובל".

למצער, נקבע בטיטוט גילוי הדעת כי:

"התבטאות פומבית עשויה להוות לכל הפחות ניסיון להגיע להסדר כובל אסור, כאשר חמידע שנמסר הוא ברור ומספיק מדויק על מנת שלפחות מתחרה אחד יוכל לפעול בהתאם להתבטאות באופן שהיה מקים הסדר כובל".

4. זוהי הרחבת של המונח הסדר כובל בניגוד להוראות החוק ובאופן הנוגד מדיניות תחרותית רצויה. מתחרה הפועל כחוק ובחתאם לדיני ההגבלים העסקיים מקבל את החלטותיו העסקיות באופן עצמאי. אך אין משמעות הדבר שהוא אינו רשאי לבחון את כלל הנסיבות שמסביבו וביניהן את מגמות השוק והתנהלות מתחריו. גילוי הדעת הופך את מי שפעל תוך לקיחה בחשבון של התבטאויות פומביות תד צדדיות של מתחריו, אף אם פעל באופן עצמאי לחלוטין, כמפר את חוק ההגבלים העסקיים וכצד להסדר כובל שנתון למלוא הסנקציות הכלולות בחוק.

5. אם ניתן לחתייחס אל מי שפעל באופן עצמאי ובלתי מתואם, אך תוך לקיחה בחשבון של התנהלות מתחריו כמי שהוא צד להסדר כובל, הרי שכל מי שהוא שחקן בשוק אוליגופולי הופך גם הוא מניה וביה למפר של חוק ההגבלים העסקיים.
6. מהצד השני של אותו מטבע, גילוי חזקת הופך את מי שפרסם התבטאות פומבית, אף אם הוא התנהל באופן עצמאי ומבלי להמתין לתגובה או התבטאות מצד מתחריו, למפר אף הוא של חוק ההגבלים העסקיים ולצד להסדר כובל. אם ניתן לחתייחס אל מי שפעל באופן עצמאי ובלתי מתואם כאל מי שהוא צד להסדר כובל, הרי שכל שחקן מוביל בשוק, שמתחריו הקטנים החליטו באופן עצמאי לחקות את התנהלותו (למשל, כל מי שהוא "price leader") הופך גם הוא למפר של חוק ההגבלים העסקיים. הרחבה נוספת בהקשר זה טמונה באמירה שגם חשיפה של מידע שהוא זמין ובפומבי היא התבטאות פומבית אסורה, אם דרוש מאמץ לאיסוף המידע.
7. לא בכדי בתיקון מס' 11 לחוק ההגבלים העסקיים בנוגע לקבוצות ריכוז העניק המחוקק לממונה כלים לאסור על העברה או פרסום של מידע בין חברי הקבוצה, אם בפרסום כאמור יש כדי לחקל על חברי הקבוצה להתאים את התנהגותם זה לזה (ר' סעיף 31ג(3) לחוק). כלי זה מעניק לממונה על הגבלים עסקיים את הכלים שהוא צריך על מנת להיאבק בתופעה בלתי לגיטימית של התבטאויות פומביות הפוגעות בתחרות וזאת מבלי להזקק לפרק ההסדרים הכובלים שבחוק.
8. אנו מתנגדים להרחבה זאת של המונח הסדר כובל וסבורים שהיא מהווה פרשנות בלתי מבוססת של הוראות החוק. **הצעתנו היא, שגילוי הדעת יתחום את עצמו למצבים שבהם התבטאות פומבית הובילה להסדר בין מתחרים או למצער הובילה להתבטאות פומבית של המתחרים, אשר היוותה את התשתית לקיומו של הסדר.**
9. בהתאם לטיוטת גילוי הדעת נראה שאף התבטאות פומבית חד צדדית שבברור לא הובילה לכל הסדר או להתבטאות נגדית אשר יצרה תשנית להסדר תיתפס על ידי רשות הגבלים עסקיים כבלתי לגיטימית משום שהיא תיראה כניסיון להסדר כובל. אנו מציעים כי גילוי הדעת יבחר **שהתבטאות חד צדדית שלא הובילה להסדר ולא היוותה תשתית לקיומו של הסדר לא תיחשב לניסיון להסדר כובל, אלא במקרים חריגים ונדירים בלבד.** לא סביר כי מקום בו אין ראיות לקצה קצהו של תיאום או הסדר, תסווג התבטאות פומבית חד צדדית כניסיון להסדר כובל. לא ברור, למשל, באלו כלים תבחין רשות ההגבלים העסקיים בין התבטאות חד צדדית שנעשתה "במטרה לבצע" הסדר כובל, כלשון סעיף 25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, אשר קובע את עבירת הניסיון, לבין התבטאות שמטרתה לגייסיות כגון דיווח לבורסה, או עדכון לקוחות בדבר עליית מחירים צפויה. לפיכך מוצע, כי גילוי הדעת יבחר שרק במקרים בוטים של התבטאות פומבית שיש בה הצעה מפורשת למתחרים להעלות מחיריהם או להימנע מלחורידם, או למשל להחרים לקוח או ספק כלשהו – רק אז תוכל להתבטאות להיחשב לניסיון להסדר כובל.

לא ניתן כל משקל ללגיטימיות וליתרונות של התבטאות פומבית. אין מקום להחיל את החזקות החלוטות על התבטאות פומבית.

10. סעיף 3 לטיוטת גילוי הדעת פותח בפיסקה המסבירה, כי התבטאויות פומביות ומידע פומבי עשויים לסיוע לתחרות ולצרכן ועשויים להיות לגיטימיים. אך אמירת זאת נאמרת כאילו לצאת ידי חובה, שכן מיד לאחריה פונה טיוטת גילוי הדעת להסביר בהרחבה את החשש התחרותי והנזק התחרותי שעשוי להיגרם מהתבטאויות פומביות.
11. לתמיכה בדברים מובא בטיטות גילוי הדעת ציטוט מספרם של Areeda & Hovenkap "Antitrust Law" על מנת לחמחיש כיצד עיתונאי המראין מתחרה בתגובה להודעה בדבר העלאת מחירים של מתחרהו מאפשר לצדדים להגיע ביניהם להסכמה בנוגע להסדר כובל. אלא שקשה לקטוע את

הציטוט המובא בטיטות גילוי הדעת מן הפסקה שממשיכה אותו בספר של Areeda & Hovenkamp. וכך ממשיכים ומסבירים Areeda & Hovenkamp בניתוח האירוע המובא בטיטות גילוי הדעת:

"Although it would seem naïve to ignore totally the coordination potential of such public announcement or to suppose that the participating firms were unaware of it, we cannot say that public speech is otherwise inexplicable or useless either to the parties or to society. Consumers and government officials may be interested in the thinking of industry officials. Public discussion allows them to express their views and perhaps to influence business discussions before they are "locked in". The firms might even desire this or might believe that such discussion will make their ultimate decisions more palatable to those who will be affected. And candid statement before congressional committees or other official bodies and responses to press inquiries cannot be denigrated as entirely antisocial. To at least some extent, moreover, such speech is constitutionally protected by the First Amendment"².

12. הנה כי כן, גם במקום שבו התקיימו חילופי התבטאויות פומביים בנוגע למתיר (ולא חתבטאות חד צדדית בלבד שלא קיבלה מענה), סבורים Areeda & Hovenkamp כי יש להכיר בתועלות שנובעות מהתבטאויות כאלה ולפיכך אין לאסור אותן.

13. כלכלה חופשית מבוססת בין היתר על מידע קל וזמין, על שקיפות ועל גילוי נאות. דיסציפלינות משפטיות שונות מושתתות על עקרונות של גילוי וחשיפה וביניהן דיסציפלינות כגון דיני ניירות הערך, דיני הגנת הצרכן ועוד. שווקים משוכללים, בורסות וזירות מסחר מושתתים על ידע זמין בין היתר בנוגע למחירים ותמחור. לפיכך הגילוי הוא חלק אינהרנטי מחיי כלכלה מודרנית. זאת ועוד – עסקים רבים רואים בלקוחותיהם שותפים עסקיים ולפיכך רוצים לשתף אותם בהחלטות עסקיות וכשיקולים שעומדים בבסיס החלטותיהם. הם משקיעים מאמצעים ומשאבים בשמירת דיאלוג מתמשך עם לקוחותיהם בין היתר על נושאים כגון תמחור, מחירים, מוצרים חדשים ועוד. כל אלה הם טעמים לגיטימיים להתבטאויות פומביות. מטיטות גילוי הדעת נראה שגם רשות הגבלים עסקיים מחזיקה בדעה דומה.

14. התועלת התחרותית הרבה הטמונה בורמה חופשית של מידע, קיבלה את ביטוייה לאחרונה בחקיקת חוק קידום התחרות בענף המזון, התשע"ד-2014 ("חוק המזון"), מהלך חקיקתי שהובילה רשות ההגבלים העסקיים. פרק ג' לחוק המזון, שנושאו שקיפות מחירים, מבקש לקדם פרסום שוטף ופרטני של מחירי כלל המוצרים בכל אחת מחנותיהם של קמעונאים גדולים באתרי אינטרנט, באופן נגיש לכל דורש. במקרה זה לא חששה חרשות שפרסום שכזה בין מתחרים עלול להקל על תיאום מחירים ולהוביל לפגיעה בתחרות שבין הקמעונאים הגדולים. החפך הוא חנכון, למיטב ידיעתנו רשות ההגבלים העסקיים רואה בפרק ג' לחוק המזון מוזלך פרו-צרכני אשר נועד לחיטוב עם תחרות ולהוביל להפתחת מחירים.

15. לשיקולים לגיטימיים ומועילים אלה יש לתת את מלוא המשקל המגיע להם. ככל שמבקשת רשות הגבלים עסקיים למנוע ניצול של הפלטפורמה של הדיון הציבורי לרעה לצורך שליחת מסרי תיאום בין מתחרים, ניתן להבין גם אינטרס זה, אך יש לראות אותו כאינטרס בתוך מכלול האינטרסים ולאזנו כנגד התועלות שנובעות מהתבטאויות פומביות.

² הדברים לקוחים מתוך פסקה 1435C במהדורה השלישית של ספרם של Areeda & Hovenkamp בעוד גילוי הדעת מצטט מתוך אותה פסקה במהדורה השנייה של ספרם של Areeda & Hovenkamp עם זאת עורכי המסמך מניחים שהפסקה המובאת על ידם למעלה בחמשך לדוגמא בנוגע לחברות התועפה המובאת בטיטות גילוי הדעת מופיעה גם במהדורה השנייה.

16. לאור היתרונות הטמונים בהתבטאויות פומביות, אם מבקשת רשות הגבלים עסקיים למנוע ניצול לרעה של התבטאויות פומביות, מן הראוי כי תעשה כן בהתאם לסעיף 2(א) לחוק, ותימנע משימוש בסעיף 2(ב) לחוק. התייחסות אל התבטאות פומבית (אפילו חד צדדית) כהסדר כובל והחלת סעיף 2(ב) לגביה, מונע כל אפשרות להראות כי ההתבטאות לא גרמה לפגיעה בתחרות ולא היתה בעלת פוטנציאל לפגיעה בתחרות. החלת סעיף 2(ב) על התבטאות פומבית בעניין מחיר מאפשרת ואף מחייבת התעלמות מוחלטת מהתועלות שבהתבטאות הפומבית ובהצדקות שלה.
17. לפיכך אנו מציעים, כי במקרים שבהם סבורה רשות הגבלים עסקיים שהתבטאות פומבית מעלה חשש להסדר כובל, ייבחן ההסדר הכובל בהתאם לפרמטרים של סעיף 2(א) לחוק ולא ייעשה שימוש בסעיף 2(ב) לחוק בהקשר של התבטאויות פומביות.

גבולות האיסור על התבטאות פומבית רחבים מידי. אין הנחייה אילו התבטאויות פומביות מותרות.

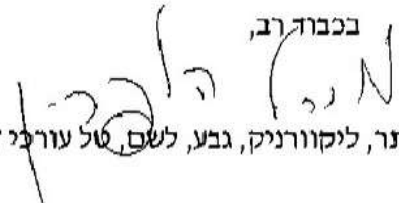
18. בעמוד 4 לטיוטת גילוי הדעת מונה רשות הגבלים עסקיים שורה של שיקולים אשר יחפכו התבטאות פומבית להתבטאות המפרה את החוק. אלא שטיטוט גילוי הדעת מקפידה להשאיר את רשימת השיקולים כרשימה פתוחה ובלתי מחייבת, כלשון טיוטת גילוי הדעת:
- "בהתייחס לאמירות מסוגים אחרים, הרי שעל מנת להבחין בין התבטאויות מותרות לאסורות ניתן לבחון שורה של פרמטרים, שאת חבולטים שבהם נמנה לחלן, תוך הדגשה כי אין המדובר בתנאים מצטברים או ברשימת תנאים ממצה, ובמקרה נתון יתכן ספקטרום של מידת החומרה הגלומה בכל אחד מהתנאים".
19. משמעויות הדברים היא בפועל, כי קיים חשש בנוגע לכל התבטאות פומבית שהיא תפורש כהתבטאות אסורה. זאת במיוחד על רקע ההנחיה שבטיטוט גילוי הדעת, ולפיה די בהתבטאות חד צדדית על מנת להפר את החוק ועל רקע ההנחיה כי בדעת רשות הגבלים עסקיים לראות בהתבטאות פומבית כהסדר כובל חנופל בגידרו של סעיף 2(ב) לחוק, כך שלא ניתן לטעון לגיטימיות ולפרו-תורותיות הגלומה בו.
20. אנו מציעים שתהיה רשימה מתוחמת וברורה של מקרים, אשר רק בחתקיימותם יתעורר חשש שהתבטאות פומבית היא בבחינת הסדר כובל. כך למשל החשש מהתבטאויות פומביות כהתבטאויות שעשויות לקדם תיאום בין מתחרים מאפיין בראש ובראשונה שווקים אולגופולים. לפיכך, אנו מצעים שגילוי הדעת יהיה תחום לשווקים, אשר בהתנהלותם עונים על הקריטריונים המצדיקים הכרזה על קבוצת ריכוז כמפורט בפרק 11 לחוק. כמו כן אנו מציעים לתחום את גילוי הדעת רק להתבטאות פומבית הנוגעת להתנהלות עתידית, ואשר מוסיפה ידע שלא קיים היה ללא ההתבטאות הפומבית. התבטאות באשר לעבר היא לרב התבטאות תיאורית בלבד ובמרבית המקרים אינה מוסיפה ידע שלא קיים היה קודם לכן בידי הציבור. עוד אנו מציעים, כי גילוי הדעת צריך לחול על התבטאויות חדדיות אשר יוצרות תשתית לקיומו של הסדר. התבטאות חד צדדית, אין די בה.
21. אך חשוב מכל אלה, גם אם סבורה רשות הגבלים עסקיים כי יש לכלול ברשימת סוגי ההתבטאויות האסורות סוגי התבטאות נוספים, הרשימה צריכה להיות מתוחמת וסגורה. היא אינה יכולה להיות רשימה בלתי מחייבת ופתוחה, מהטעם הפשוט, שרשימה פתוחה אינה בבחינת הנחייה.
22. בצד הכללים הקובעים מהי התבטאות פומבית אסורה, אנו סבורים שיהיה זה נכון וראוי לקבוע גם "כללי נמל מבטחים" בנוגע להתבטאויות פומביות אשר ייחשבו כהתבטאויות לגיטימיות ומותרות. כללי נמל מבטחים אלה צריכים לקחת בחשבון את הסיכוי המשמעותי שהתבטאויות מסוימות יביאו לתועלות ולקידום התחרות. בראש ובראשונה יש לקבוע, כי התבטאות הדרושה על פי דין לא תיחשב התבטאות פומבית אסורה. התבטאויות שחברה ציבורית נדרשת לתת על פי דין וודאי שאינן

יכולות להוות הפרת של החוק. כמו כן ראוי להבחיר שהתבטאות הנדרשת על מנת לאפשר ללקוחות תקופת היערכות אף היא תיחשב התבטאות מותרת ובלבד שניתנה לפרק הזמן הדרוש לצורך היערכות ולא לפרק זמן ממושך יותר.

תיאום שנעשה בפומבי הוא תיאום פחות חמור מתיאום שנעשה במחשכים

23. תיאום בין מתחרים שמושג על דרך של התבטאויות פומביות הדדיות הוא פסול וזאת בשל עצם היווצרות התיאום בין המתחרים. עם זאת, אין להתעלם מן העובדה שתיאום שנעשה בפומבי חומרתו נמוכה יותר מתיאום שנעשה במחשכים. זאת בעיקר מן הטעם שהתיאום גלוי לכל, לפיכך הן רשות הגבלים עסקיים יכולה לנקוט צעדי אכיפה נגדו על אתר וללא צורך בהשקעת משאבי חקירה מוגברים והלקוחות והצרכנים מודעים לתיאום ומסוגלים להגיב אליו.
24. חלק מן החומרה חמיוחסת להסדרים בין מתחרים שנועדו לפגוע בתחרות נובעת מעצם ההסתרה של התיאום. הסתרה זאת מאפשרת לצדדים להפחית את התחרות, להעלות מחירים, להוריד תפוקה ואיכות וזאת מבלי שלקוחותיהם מודעים כלל להיותם קורבן של תיאום כאמור. הפסיקה הנוגעת להסדרים כובלים חזרה על דברים אלה פעמים רבות. חומרה זאת אינה קיימת בתיאום הנעשה בפומבי ובגלוי.
25. על רקע זה ובתחשב בעמדתנו ולפיה התבטאויות פומביות צריכות לחיבון לפי סעיף 2(א) לחוק ולא לפי סעיף 2(ב) לחוק, **אנו מציעים שלא לאכוף תיאומים המושגים באמצעות התבטאויות פומביות, גם במקרים החמורים שבהם הושג תיאום בפועל וקיים בין הצדדים הסדר, באמצעות כלי האכיפה הפליליים.**
26. כאמור, אנו מאמינים שיש לתת משקל רב לתועלות הצומחות מהתבטאויות פומביות. לפיכך, הרתעת יתר עלולה לגרור נזק כלכלי בשל חימנעות מהתבטאויות פומביות, אשר יש בצידן תועלת רבה.

אנו מקווים שתמצאו בהערותינו אלה תועלת.

בכבוד רב,

 מיתר, ליקוורניק, גבע, לשם, טל עורכי דין




נספח ב

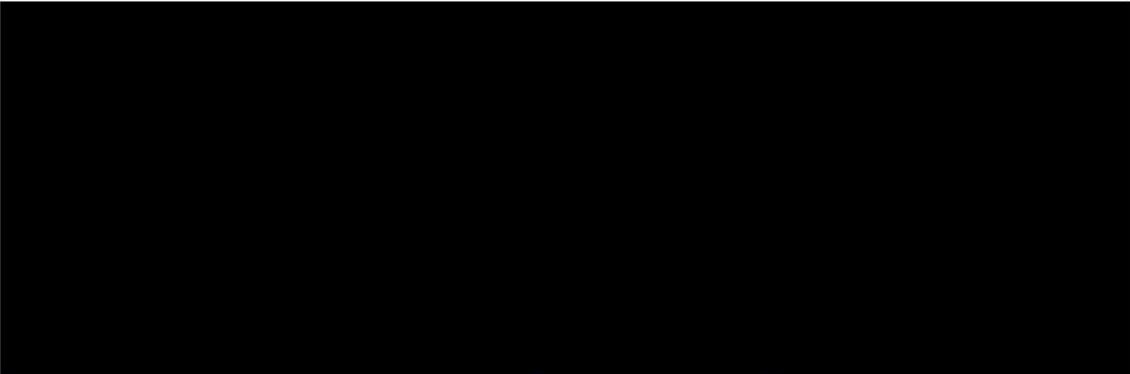


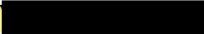
TO

ISRAEL ANTITRUST AUTHORITY (IAA)
DRAFT GUIDANCE ON PUBLIC STATEMENTS THAT HARM
COMPETITION

1. INTRODUCTION

- 1.1 This submission is made to the Israel Antitrust Authority ("IAA") 

 in relation to the IAA's draft for public comment: Statement on public statements that harm competition ("**Draft**").

- 1.2 

- 1.3 The  hopes to contribute constructively to the IAA's consultation on the Draft.

2. EXECUTIVE SUMMARY

- 2.1 Public statements play an important role in well functioning markets. They increase transparency to the benefit of business, consumers and competition more generally. There are a great number of legitimate reasons why businesses communicate both to the general public, as well as to stakeholders. These include informing shareholders

and customers, advertising their products, fulfilling any necessary legal and regulatory obligations,¹ and encouraging investment.

- 2.2 Any competition regime must operate with legal certainty and within the scope of the law. Competition law generally sets out prohibitions of anti-competitive collusion and unilateral abuses of a dominant market position. The [REDACTED] understands that this is the case in Israel. Without a change in the law, enforcement cannot extend beyond this scope. In other words, enforcement cannot (and should not) capture unilateral actions that are not abusive of a position of sufficiently strong market power. This applies to public statements by undertakings. Absent a position of market power, companies may be subject to competition rules only where they form part of an anti-competitive collusion. Such an infringement requires the finding of an “agreement” or “concerted practice” which “restricts competition”. A unilateral statement by an undertaking in itself is not sufficient to constitute an agreement or a concerted practice. Enforcement actions may be justified where a clear pattern of coordination amongst competitors can be established and proven by a competition authority. Possible examples of this are cases in which there is evidence that third parties are consistently used to transmit information between competitors (for example instances of so-called hub-and-spoke cartels) or where public statement are used to implement and monitor adherence to an underlying (secret) cartel agreement. Absent such facts and findings – and where there is no abuse of a dominant market position – competition rules should not interfere in the unilateral business activities and public statements of companies.
- 2.3 In the light of this, guidance on the circumstances in which public statements can raise antitrust concern is useful and the IAA should be commended for its willingness to provide such guidance. However, such guidance should in the [REDACTED] view, be clear in order to avoid market distortion, ensure legal certainty for the business community, and not create unnecessary compliance costs. Further, such guidance should be in line with the scope and the general objectives of competition law.
- 2.4 It is particularly important in this area that a consistent approach is taken by competition authorities in major jurisdictions as unilateral action by a single competition authority may put local businesses at a particular disadvantage in relation to their foreign competitors. Public statements may, depending on the nature of the business involved, have an impact on a market that is broader than a single jurisdiction. Subjecting companies in one jurisdiction to overly stringent behavioural requirements in their home jurisdiction may put them at a disadvantage when competing on regional or global markets. Further, if "local" jurisdiction is interpreted

¹ Regulation Impact Statement: Anti-competitive Price Signalling and Information Exchange available at http://ris.dpmc.gov.au/files/2010/12/Anti-competitive_Price_Signalling_and_Information_Exchange.pdf

in a very broad manner, such administrative practices could have a chilling effect on the ability of foreign businesses to pursue their global business activities.

The main purpose of this contribution by the [REDACTED] to the consultation by the IAA is to highlight approaches taken in other jurisdictions and seek to achieve regulatory convergence between competition authorities. In particular, the [REDACTED] recommends amendments to the Draft to ensure it acknowledges that:

truly unilateral communication with the public does not constitute an infringement (absent an abuse of dominance) even if this contains confidential information;

public statements can, under very specific circumstances, be part of a cartel (especially in cases of hub-and-spoke arrangements or price signalling measures used to execute or monitor an underlying price fixing agreement);

an exchange of confidential information amongst competitors in private (and the inferences that can be drawn from such activities as well as obligations to publicly distance oneself to avoid such inferences) must be clearly distinguished from information contained in public statements; and

even agreements on the exchange of information amongst competitors are not necessarily anticompetitive and must be assessed on a case-by-case basis as opposed to taking a “per se” approach justified in relation to hard core cartels such as naked price fixing or market allocation arrangements. We now consider United States, Australia and European experience in this area.

While a different approach may be possible, the [REDACTED] believes that this requires specific legislation and that such legislative approaches have been found to be rather impractical from a competition policy point of view.

3. BACKGROUND ON INFORMATION DISCLOSURES

3.1 Rationale for business communication and pro-competitive effects of public statements

It is generally accepted that communication with investors, suppliers, and customers is a key part of running a successful business. Customers need to understand what is available and at what price (or, in the case of suppliers, what is being sought at what price), and investors need to understand and be kept informed of the value proposition of the business in which they are invested. Market participants cannot operate in isolation. Businesses rely on market information in order to build their own strategies and public statements by suppliers, customers, and competitors form an important part of that market information.

There is a significant body of economic literature which examines whether, and if so when, advance price announcements can lead to collusive outcomes. This literature shows that advance price announcements do not always lead to collusive outcomes and they can often benefit customers. This means that a blanket prohibition of advance price announcements would prohibit behaviour that often benefits customers. Instead, each case needs to be assessed on its merits. The literature does not support the conclusion that advance price announcements should be treated as an infringement by object or a *per se* infringement.²

It is also important to remember that even an exchange of information between competitors or a set of public statements by competitors is not sufficient on its own to restrict competition in the sense that it creates a collusive outcome. It can lead to coordination of competitive behaviour only if:

The market fulfils the conditions necessary for collusion to occur, except that the market is not sufficiently transparent; and

The exchange of information under investigation creates the degree of transparency necessary for coordination to occur.

For example, the OECD comments that:

*The structure of the market and levels of concentration is an important factor in determining how anti-competitive information exchanges are, given that achieving and sustaining collusion is easier in more concentrated markets with a small number of players.*³

The efficiency and other pro-competitive effects of public statements differ across industries and markets and having regard to the nature of information conveyed. They can broadly be classified into three categories, namely benefits to consumers and business customers, benefits to investors and the efficient allocation of resources, and benefits to industry generally.

² See Kai Uwe Kuhn's contribution to the OECD roundtable on information exchanges. He states that: *Generally improving information will be good because it speeds up the response of firms to new developments in the market and this will typically have pro-competitive effects.* (Submission to OECD round table "Information Exchanges Between Competitors under Competition Law", p. 417.) And further that: *If a firm simply announces "We, company x, will raise our prices by 5% on July 1st", this is not obviously a coordinating type of communication. There are easily benefits to customers from advance notice of price developments in the market. There is therefore no good reason to include such public announcements in a per-se prohibition. The coordinating effect of such an announcement is questionable and the avoidance cost is potentially high.* (Submission to OECD round table "Information Exchanges Between Competitors under Competition Law", p. 424.)

³ OECD, "Information Exchanges Between Competitors under Competition Law", p. 11.

3.2 Benefits to consumers/customers

Comparative price information improves market transparency for consumers and lowers their search costs. Consumers often find it beneficial when information on prices is provided publicly by different companies. Current and historical information which is readily accessed, including published prices on price comparison websites, and brochures and adverts published in magazines, newspapers or available on the internet, allow consumers to shop around and often encourages consumers to spend their money with businesses who offer the best deal, rather than just their preferred retailer, depending on their competitive offering.⁴ These benefits do not only apply to end consumers, but also for businesses customers. Readily available information can improve the bargaining position of a customer negotiating pricing with its supplier.

Furthermore, advanced price notifications allow for more certain forward planning. This allows downstream companies and consumers to cost their inputs accurately and subsequently plan their own pricing and production more efficiently, which in turn also benefits consumers.

Public statements in relation to price give customers comfort that they are not being subjected to price discrimination, without removing a supplier's ability to differentiate themselves by offering rebates on objectively justifiable bases.

Publicly available information can also encourage entry into the market and increased levels of competition to the benefit of consumers.

3.3 Benefits to investors and efficient allocation of resources

Public statements play an important role in encouraging investment and maintaining investor confidence in a business. This often involves disclosure of future strategies, proposed pricing, and planned output. Informed investment decisions in turn lead to a more efficient allocation of resources to businesses that are likely to perform.

Investor-focused communications ensure that businesses remain accountable to their investors, thereby encouraging continuing evaluation of the business' performance on a monthly and quarterly basis. This promotes business' incentive to grow, innovate, and perform more efficiently, which will ultimately benefit competition in the market.

Strong investor relations, achieved through frequent and meaningful investor communication, can facilitate the identification of the most viable and profitable potential areas of growth, innovation, partnerships, or new business ideas.

⁴ See Overgaard and Mollgaard, "Information exchange, market transparency, and dynamic oligopoly", ABA Section of Antitrust Law, Issues in Competition Law and Policy, 2008, Volume 2.

Furthermore, a documented record of strong investor communication and an easily accessible history of a business's performance is also more likely to attract new investors and reward successful businesses that make efficient use of the resources allocated by capital markets.

3.4 Benefits to industry

Public statements can benefit industry in a number of ways.

First, public statements can assist in production decisions as information regarding market dynamics is important in making rational and informed decisions relating to production and potential expansion. Output can be adjusted to more efficient levels, thereby ensuring sufficient supply to meet the realistic demand of the market. Firms can accurately plan expansion projects to meet customer demand without any wasteful overcapacity.

Even basic information such as prices and movement in prices shed significant light on demand and supply dynamics in a market.⁵ Benefits extend further than just industry – increased and accurate information on the market “*may improve firms’ ability to plan their businesses decisions to the benefit of society*”.⁶ It has also been argued that certain industries’ prices are particularly sensitive to incorrect estimations of demand and, as such, if demand forecasting can be improved, society will benefit.⁷

Furthermore, public statements can facilitate cost and performance benchmarking. These, in turn, can increase efficiency by allowing firms to compare their costs and prices against prices paid by the other firms in the industry, as well as their performance relative to their rivals. This encourages efficiency, enhancements, and often lower prices for consumers.⁸

⁵ See Hovenkamp, “Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and their application”, Aspen Law & Business, para. 2111b, page 44, Volume XIII; Kuhn, “Fighting Collusion by Regulating Communication between Firms”, Economic Policy, Vol. 16, No. 32. (Apr. 2001), pp. 169-204; and Nitsche and von Hinten-Reed, “Competitive Impacts of Information Exchange”, Charles River Associates, June 2004.

⁶ Source: Overgaard and Mollgaard, “Information exchange, market transparency, and dynamic oligopoly”, ABA Section of Antitrust Law, Issues in Competition Law and Policy, 2008, Volume 2, p. 1266.

⁷ Source: Hovenkamp, “Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and their application”, Aspen Law & Business, para. 2111b, page 44, Volume XIII; and Kuhn, “Fighting Collusion by Regulating Communication between Firms”, Economic Policy, Vol. 16, No. 32. (Apr. 2001), pp. 169-204.

⁸ See Kuhn, “Fighting Collusion by Regulating Communication between Firms”, Economic Policy, Vol. 16, No. 32. (Apr. 2001), pp. 169-204.

Pricing transparency in an industry can encourage rivalry through the use of rebates and discount structures to secure and retain customers.

Overgaard and Mollgaard⁹ note that where prices and quantities in a market are observable (by virtue of the information being publicly available), key variables in the decision of whether to enter a particular market become more clear – for instance, if prices are uncertain, so is revenue, and a potential entrant would struggle to model potential profitability of entry. Under these circumstances, entry would be less likely. Greater certainty is likely to encourage increased entry, fewer inefficiently allocated resources in situations where incomplete information leads to inaccurate assumptions of the likelihood of success, and consequently more competition, which ultimately increases consumer welfare.

4. RESPONSE TO IAA DRAFT

On the basis of the elements above, in particular in view of the pro-competitive aspects of market transparency and of making available business information to the benefit of consumers, antitrust authorities globally have rightly been cautious in taking enforcement action against public statements; in particular given the very high likelihood of type I errors in this regard. As set out below, cases where public statements have been found to be problematic under antitrust rules have been extremely rare, almost always involved a direct public invitation to collude captured under specific provisions of US law, and always were based on a thorough analysis of the facts of the individual case. This being said, guidance by antitrust authorities is useful and can help businesses, but only to the extent that it brings sufficient legal certainty. Besides acknowledging that in the absence of an abuse of dominance, competition rules will only apply to anti-competitive collusion, setting safe harbours seems to constitute a good approach to providing guidance and assists businesses understand the compatibility of their behaviour with competition rules.

Because of the global nature of many business activities, the public disclosure of business information may have an impact across national borders. This is why there is a clear need for a consistent approach between the national regimes and their approach to public statements. A number of competition authorities and international organisations have looked at public statements, either as a topic in itself (such as in particular the recent work by the OECD)¹⁰ or as part of their assessment of specific

⁹ Overgaard and Mollgaard, “*Information exchange, market transparency, and dynamic oligopoly*”, ABA Section of Antitrust Law, Issues in Competition Law and Policy, 2008, Volume 2.

¹⁰ OECD report on « *Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects* », <http://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf>

behaviours in the context of exchange of information cases (such as in particular in the EU, US and Australia).

Available precedents provide useful guidance to national authorities and should be taken into account in order to avoid the business uncertainty that arises when competition rules are applied in an inconsistent manner across different jurisdictions.

Against this background, we summarize below the approach adopted by key jurisdictions in respect of the competition law analysis of public statements. We also make specific comments in relation to Section 4 of the IAA Draft concerning the “*attitude to public statements in foreign systems*”.

4.3 United States

General U.S. Approach

U.S. law governing public information disclosures is premised on the recognition of the value of such disclosures in most instances.¹¹ Consumers can make wiser purchasing decisions, and securities markets function more efficiently, when companies disclose relevant information. In so far as US law requires collective conduct among multiple parties in Section 1 of the Sherman Act, unilateral public statements by single undertaking will not trigger the prohibition.¹²

U.S. law contains some specific provisions – which antitrust laws of most other jurisdictions lack – which prohibit monopolization and even attempted monopolization (Section 2 of the Sherman Act)¹³ and unfair and deceptive trade practices (Section 5 of the Federal Trade Commission Act, “FTC Act”).¹⁴

Regarding the scope of these special provisions, the U.S. antitrust agencies have made a point of avoiding bright line rules regarding the contours of unilateral information disclosure that violates antitrust laws. The agencies look to “the specificity and context of the information disclosure, the nature of the industry and the market involved, and whether there are pro-competitive business justifications for the

¹¹ OECD report on « *Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects* », p. 171
<http://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf>

¹² 15 U.S.C. § 1

¹³ 15 U.S.C. § 2

¹⁴ 15 U.S.C. § 45

disclosure of information.”¹⁵ In general, U.S. law is “*extremely wary of imposing liability, let alone per se liability, for public announcements that fall short of blatant invitations to collude.*”¹⁶

Procedurally, the Federal Trade Commission (“FTC”) has been the primary enforcement venue for unilateral conduct that raises antitrust concerns. Only rarely are such cases litigated in U.S. federal courts.

Special provisions in US law: Unilateral conduct can violate the law when it serves as an invitation to collude

Given that “attempted monopolization” (which does not require an agreement to collude or concerted practice to that effect) is captured by Section 2 Sherman Act, the US authorities treated the request by one competitor made in a private conversation with another competitor to raise prices as an infringement.¹⁷

In a public earnings conference call with analysts, the CEO of a company urged its only competitor to restore pre-price war prices, the FTC sought and obtained a consent order that prohibited the company from public and private unilateral communications.¹⁸ The FTC worried that if the company’s primary rival agreed, higher prices and reduced output would result. In intervening against the communications, however, the agency took care to note:

*Corporations have many obvious and important reasons for discussing business strategies and financial results with shareholders, securities analysts, and others. For this reason, the Commission is extremely sensitive to the fact that antitrust intervention involving a corporation’s public communications must take great care not to unduly chill legitimate speech.*¹⁹

¹⁵ OECD report on « *Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects* », <http://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf>

¹⁶

¹⁷ U.S. v. American Airlines, Inc., 743 F.2d 1114 (5th Cir. 1984), where the federal court concluded that “a highly verbal crime such as attempted monopolization may be established by proof of a solicitation along with the requisite intent.”

¹⁸ In re Valassis Communications, Inc. (C-4160)(2006)(consent decree).

¹⁹ *Id.*, Analysis to Aid Public Comment, at 5.

The agency explained that intervention was justified because “[i]n this case, the public statements made by Valassis went far beyond a legitimate business disclosure and presented substantial danger of competitive harm.”²⁰

Agencies have relied on provisions other than competition law (*i.e.*, on rules directed at *unfair* competition, in particular Section 5 of the FTC Act) to take action against unilateral public conduct meant to induce collusion, when combined with private conduct meant to support these efforts.²¹

The absence of a per se rule

Even within the scope of the special rules aimed at unilateral conduct other than abuses of market power, there is no blanket prohibition on unilateral disclosures of information. Because such disclosures are “generally not likely to harm competition” and “can have pro-competitive benefits,” U.S. agencies analyze a number of factors in determining “whether a unilateral disclosure of information is likely to harm competition.”²²

More detailed information disclosures regarding outputs, major costs, pricing information, and new products increase the risk of antitrust violations; less detailed disclosures create fewer potential problems.²³ Public disclosures create a smaller risk of competition concerns than private disclosures. If both are combined, heavier scrutiny may follow.²⁴

²⁰ *Id.*

²¹ In re U-Haul Int'l, 150 F.T.C. 1(2010). Here, the CEO of U-Haul explained that his company was adopting a policy of “price leadership” and that he was optimistic that the company’s main competitor would follow its lead. U-Haul’s strategy was to raise its charged rates, and hope that its competitors followed; if they failed to raise their rates, U-Haul would reduce their rates back to a competitive level.

An invitation to collude may be explicit or implicit In re Stone Container Corp. a large manufacturer voluntarily reduced its output in an effort to reduce inventory levels. It also communicated—through public statements such as press releases and private conversations with its competitors—a desire to reduce inventory across its entire industry. In furtherance of this effort, the manufacturer purchased large volumes of inventory from competitors. The manufacturer hoped that such a drawdown in inventory would later support a price increase. The FTC determined that Stone Container’s actions were only an implicit invitation to collude, as there was no direct promise that Stone Container would take certain actions so long as its competitors followed.

²² OECD report on « *Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects* », p. 175 <http://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf>

²³ *Id.* at 175-76.

²⁴ *Id.* at 176.

The nature of the industry and market affect how U.S. antitrust agencies approach public disclosures of information. In concentrated industries or marketplaces with dominant players, unilateral disclosure is much likelier to have anticompetitive effects. “By comparison, a disclosure of information in an unconcentrated industry with robust competition is less likely” to cause competition problems.²⁵

The substance of the disclosure itself is among the most important considerations for U.S. antitrust agencies. A disclosure with a facially reasonable business justification raises fewer antitrust concerns than a disclosure with a facially anticompetitive justification—for instance a memorandum expressing a willingness to reduce output.²⁶

4.2 Australia: repeal of “price signalling” laws and replacement with provisions dealing with “Concerted Practices”

In the Draft, the IAA points to the Australian price signalling laws as support for the proposed laws in Israel. However, it is important to note the Australian Government commissioned Competition Policy Review issued a Draft Report dated September 2014 (“**Draft Report**”), that has recommended repeal of the Australian price signalling laws referred to by the IAA.

Price Signalling Provisions

The Draft Report recommends the repeal of the “price signalling” provisions in the Competition and Consumer Act 2010 (Cth) (“CCA”) as they are said not to be “fit for purpose” in the current Australian economy. The price signalling provisions contained in Division 1A of the CCA prohibit the private disclosure of pricing information to a competitor (not within the ordinary course of business) on a per se basis (section 44ZZW), and the general disclosure of information where the purpose of the disclosure is to substantially lessen competition (section 44ZZX). Currently, these provisions only apply to the banking sector, but can be broadened by regulation.

These provisions arise from ACCC concerns in 2007 with the exchange of information relating to retail petrol pricing involving Informed Sources which the ACCC considered to be anti-competitive. However, in 2010, the Australian Government as part of reforms relating to “Competitive and Sustainable Banking practice”, legislated to prohibit “price signaling” due to concerns with statements relating to interest rates.

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.*

Ultimately, having regard to industry concerns where the private disclosure of price information could be said to be commercially reasonable and indeed necessary in circumstances of common banking practices such as syndicated lending or insolvency workouts, numerous exceptions were included in these provisions in the CCA. There are some 13 exceptions to the provisions highlighting the potential application of such practices to legitimate businesses practices.

[REDACTED]

The [REDACTED] found that:

"Unlike most parts of the [Australian] competition laws, the price signalling provisions do not enjoy wide support. The provisions are complex and create an additional compliance burden for business."

In these circumstances, the [REDACTED] recommended expanding section 45 so that it “applies to contracts, arrangements, understandings and concerted practices, where a concerted practice is a regular and deliberate activity undertaken by two or more firms, it would include the regular disclosure or exchange of price information between two firms, whether or not it is possible to show that the firms had reached an understanding about the disclosure or exchange”. The proposed position would mean that such practices are only prohibited if they have the effect of substantially lessening competition.

Accordingly, the Australian price signalling laws provide a cautionary example for the Draft. In particular, the Draft is potentially overreaching as to its positioning of such international competition laws in this area. Moreover, the Australian precedent suggests following a more standard approach of the European "concerted practices" may be more appropriate.

4.3 European Union

General EU approach

Under EU rules, in the absence of an abuse of dominance, potentially anti-competitive public disclosures will be assessed under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”). To apply, this provision requires the finding of an **agreement or concerted practice** between undertakings that have the **object or effect to restrict competition**. Where an authority cannot establish the existence of an agreement or concerted, the prohibition will not apply, even if a particular behaviour should be considered undesirable from a competition policy point of view. Thus, unilateral public statements by undertakings that do not form part of a broader agreement or concerted practice do not fall into the ambit of EU competition rules. Accordingly, there has never been any enforcement action in relation to such statements.

Even where information is exchanged amongst competitors (on the basis of an agreement to such effect), the European Commission explicitly acknowledges that disclosure of information by one undertaking can have **pro-competitive effects**.²⁷ The European Commission considers that information exchange can generally generate various types of efficiency gains. Solving problems of information asymmetries for instance can result in more efficient markets. Sharing of information can also help companies to save costs by reducing their inventories, enabling quicker delivery to consumers, or dealing with unstable demand. Furthermore, information exchange may directly benefit consumers by reducing their search costs and improving choice.²⁸ Thus, even where there is an agreement to share information, such an activity may on balance be pro-competitive and every case needs to be assessed on its own merits.

Infringement of competition law requires an agreement or concerted practice

The European Commission will assess potentially anti-competitive public disclosure by a single undertaking in a similar way as “**information exchange**”,²⁹ considering that many of the concepts and the framework of analysis developed for the assessment of information exchanges in a private context could be applied to public disclosure. However, any application of the competition rules will always require a finding that the relevant behaviour forms part of an **agreement** or **concerted practice** under Article 101 TFEU.³⁰

Public announcements by an undertaking that do not form part of a broader (explicit or implicit) anticompetitive agreement with competitors, generally do not constitute a concerted practice, either.³¹ A concerted practice within the meaning of Article 101 TFEU can only be found if (i) public announcements involve invitations to collude or contain strategic data and (ii) the announcements are followed by similar announcements by competitors indicating an effort to coordinate.³²

²⁷ Commission Guidelines on horizontal co-operation agreements, par. 57, 63 and 94 and the European Union contribution to the OECD Report, p. 183: ‘*Generally, the disclosure of information to the public at large, for example through a press release, can often be seen as beneficial.*’

²⁸ Commission Guidelines on horizontal co-operation agreements, par. 63.

²⁹ See the European Union contribution to the OECD Report, p. 179-180.

³⁰ See the European Union contribution to the OECD Report, p. 179-180.

³¹ Commission Guidelines on horizontal co-operation agreements, para. 63.

³² “(...) *for example in a situation where such an announcement was followed by public announcements by other competitors, not least because strategic responses of competitors to each other's public*

Thus, a violation of the EU prohibition of restrictive agreements or concerted practices requires evidence of reciprocity or acceptance: There needs to be proof of an ‘understanding’ or ‘concurrence of wills’. In the absence thereof, information disclosure by an undertaking cannot be considered a violation of EU competition law.³³ Where public statements are concerned, the finding of an infringement requires that other competitors follow up the announcements with related statements to prove acting in concert that Article 101 TFEU requires. As the European Commission notes in its Guidelines on horizontal cooperation, it is only where **additional forms of reciprocal conduct** occur that a **strategy for reaching a common understanding** (the ‘meeting of minds’) – and thus a violation – may be established.³⁴

Competition concerns relating to price signalling

Only where an agreement or concerted practice amongst competitors can be established does the analysis consider the impact which statements have on competition. Information exchanges can have both pro- and anti-competitive effects for competition. Disclosure of future intended conduct is more likely to facilitate a collusive outcome than information on aggregated historical data. The European Commission Guidelines state that information exchange between competitors of individualised data regarding future prices or quantities should be considered a restriction of competition by object.³⁵

The Commission's Guidelines make a distinction between committed and non-committed announcements, as follows from the Guidelines. Where companies reveal a future price increase to the public and they are fully committed to sell at that price

announcements (which to take one instance, might involve readjustments of their earlier announcements to announcements made by competitors) could prove to be a strategy for reaching a common understanding about the terms of coordination.” Commission Guidelines on horizontal co-operation agreements, para 63

³³ These concepts are an extension of the rules generally applicable to hard core cartels: Within the overall framework of a cartel, a company that receives strategic data from a competitor can be presumed to have accepted the information and acted upon it, and have thus become part of the cartel (unless it clearly and actively distances itself from the information received). It has been applied in situations in which competitors provide commercially sensitive information to one or more competitors in a secret or at least private meeting and where the coming together of competitors indicates the meeting of minds that is a requirement for Article 101 TFEU to apply. See, for example, the EU case law in T-141/89, *Tréfileurope v Commission*, [1995] ECR II-791, para 85.

³⁴ See Commission Guidelines on horizontal co-operation agreements, para 63.

³⁵ See Commission Guidelines on horizontal co-operation agreements, para 74.

(i.e. they cannot revise it) then “*such public announcements would not be considered as intentions, and hence would not be found to restrict competition by object.*”³⁶

The category of agreements or concerted practices that constitute commercially sensitive information exchanges which can be considered to have the “**object**” to restrict competition is therefore reserved to situations where a company announces non-committed and individual intentions (e.g. in relation to pricing).³⁷ The Working Group is not aware of a single case ever having been brought by the Commission during the existence of European competition rules.

Assuming that an agreement or concerted practice can be established and that it does not contain a restriction “by object”, the question of whether or not a public announcement has the **effect** to restrict competition (i.e., the anti-competitive effects are likely to outweigh the pro-competitive effects) must be assessed on a case-by-case basis, bearing in mind that in general, public announcements can be seen as beneficial. The effects-assessment compares the likely effects of the information exchange with the situation that would prevail in the absence of the information exchange.³⁸ The likelihood of anti-competitive effects will very much depend on the characteristics of the information exchange and the structure of the relevant market. For instance, a single disclosure of sensitive information made by one company would typically not be sufficient to facilitate collusion and thus give rise to any anti-competitive effects. Only frequent or recurrent disclosure of information is likely to facilitate collusion and thus may lead to a restriction of competition.³⁹ Likewise, for disclosures of a single undertaking to have effect, the structure of the market is relevant. In a relatively concentrated market the gains of collusion are higher and the gains of deviating are lower than in more fragmented markets, making collusion more likely in such a situation.

Considering the potentially anti-competitive effects, the fact that information is disclosed in public in any case reduces the likelihood of a collusive outcome. Publicly disclosed information enables non-coordinating companies, potential competitors, as well as costumers to constrain the potential restrictive effect on competition, as is also

³⁶ *Ibid.*, footnote 4.

³⁷ This is without prejudice to the possibility that public announcements of intended individualized prices may give rise to an efficiency claim within the framework laid down by Article 101(3) TFEU.*Ibid.*, footnote 5.

³⁸ See Case C-7/95 P, *John Deere v Commission*, para 62.

³⁹ See Commission Guidelines on horizontal co-operation agreements, para. 73.

acknowledged in the Commission Guidelines.⁴⁰ The ability to constrain potentially anti-competitive conduct will depend on the barriers to entry and countervailing buyer power in the market.

In terms of balancing pro- and anticompetitive effects – which must occur once it has been established that the disclosure may produce anti-competitive effects – the pro-competitive effects and the constraints to the potential restrictive effect on competition will, in most cases, outweigh the potentially anti-competitive effects and it is only based on a case-by-case assessment that an infringement of competition law can be found to have taken place. The [REDACTED] is not aware of a single case having been brought by the Commission against public statements of an undertaking on the basis of such an analysis.

Comments on IAA statement concerning EU competition law

Against this EU competition law background, the [REDACTED] makes the following observations in relation to the IAA Draft where it refers to the suggested European approach towards public statements that could harm competition.

The Draft does not acknowledge that the European Commission can only establish a violation of Article 101 TFEU if it can prove the existence of an agreement or concerted practice between competitors.⁴¹ This is a fundamental condition of the application of the EU competition rules (outside the scope of abusive behaviour by dominant undertakings) and a key element that limits enforcement powers of the Commission to truly collusive behaviour.

In the same sense, the Draft does not acknowledge the fundamental distinction made in the application of EU competition law between public and private disclosures. The Draft assumes that if a company receives strategic information from public statements made by competitors and does not publicly distance itself from it, it will be automatically considered to have become a party to an agreement or a concerted practice. That is *not* a correct representation of the EU case law.

The European Commission makes a distinction between private and public disclosure of information. The EU case law the Draft refers to in this context always relates to private exchanges of information between competitors (where an “agreement” to

⁴⁰ See Commission Guidelines on horizontal co-operation agreements, para. 94 and footnote 4.

⁴¹ As we can derive from the *Wood Pulp* case in which the ECJ held that the public announcements of future pricing, standing alone, did not infringe the competition rules because the announcements did not lessen 'each undertaking's uncertainty as to the future attitude of its competitors. At the time when each undertaking engages in such a behavior, it cannot be sure of the future conduct of others.' See Case C-89/101, 114, 116, 117, 125-129/85, *Wood Pulp*, [1993] ECR I-1307, para. 64.

share information may be more easily found that will trigger the application of Article 101 TFEU), in particular in cases where the existence of a cartel has already been established, as opposed to public statements. There is no basis in EU law to suggest that companies have to “publicly distance” themselves from public announcements by competitors, so as to prevent them from becoming a party to an agreement or a concerted practice in the sense of the EU cartel provision.⁴² In fact, there will not be an “agreement” or “concerted practice” market participants could become part to in the overwhelming majority of situations of this type.

The Draft does not reflect clearly that the European Commission generally acknowledges the pro-competitive effects of public announcements by an undertaking.⁴³

Because of this, the Draft fails to acknowledge the need to assess whether a certain behaviour has the object or effect of restricting competition (assuming that such behaviour occurs in the context of an agreement or concerted practice). For this purpose, the Commission will assess for each specific case whether the disclosure of information (the subject matter of the agreement or concerted practice) has the object or effect to restrict competition. Disclosure of commercial information to third parties will normally not be treated as conduct with the object to restrict competition, implying that the European Commission will – even if the existence of an agreement or concerted practice of disclosing information can be established – need to establish in each case that the relevant conduct actually restricted competition in the relevant market(s) appreciably and that the restrictive effects outweigh the positive effects.

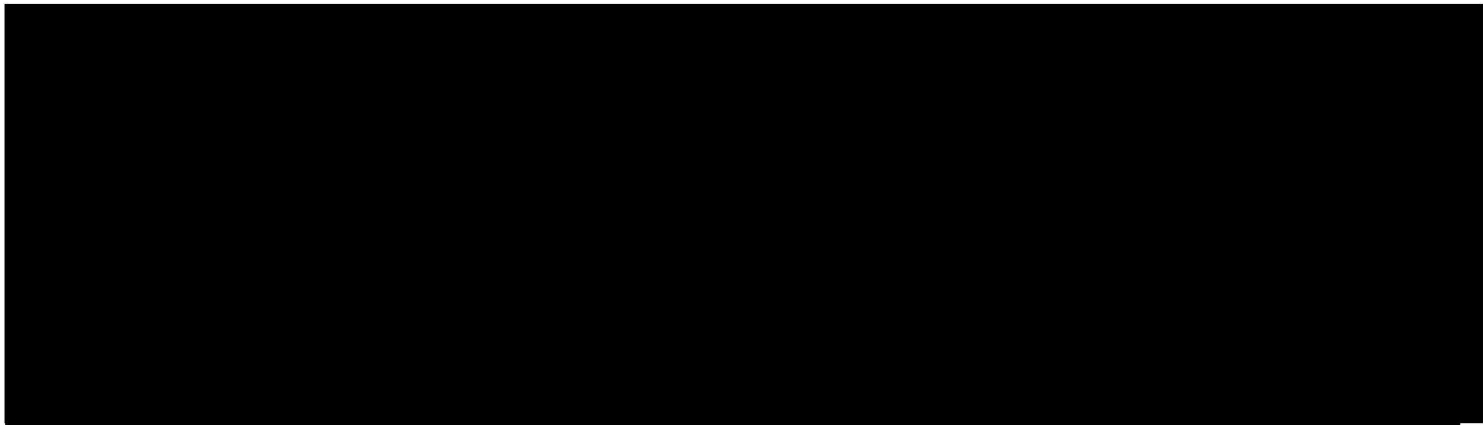
5. CONCLUDING CONSIDERATIONS AROUND THE ENVISAGED GUIDANCE PAPER

The [REDACTED] welcomes the IAA's willingness to offer guidance on the application and enforcement of Israeli competition law. It believes that the Draft would greatly benefit from some adjustments that would contribute to legally sound enforcement practices and bring it into line with international experience and ensure that the regulatory burden on undertakings is not unreasonably and unnecessarily increased beyond what is required to achieve compliance with competition laws. In particular the [REDACTED] believes that the Draft should acknowledge that:

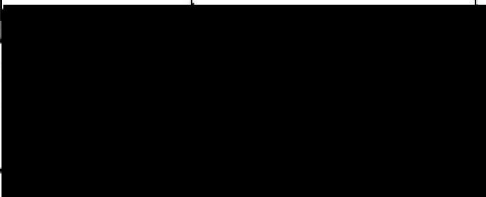
⁴² See further the OECD Background Paper by the Secretariat, p. 47: 'Simple acquiescence can be considered as acceptance of the information received. It is for this reason that particularly in the context of private exchanges (e.g. a price announcement made by a competitor during a meeting of the trade association), courts have considered necessary that participants to the meeting had to publicly distance themselves from the discussion in order to escape liability', with reference to: case T-141/89, *Tréfileurope v Commission*, [1995] ECR II-791, para. 85.

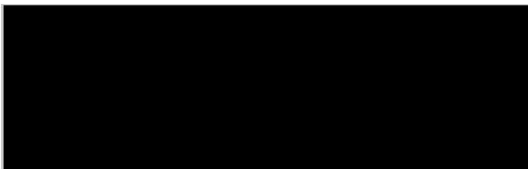
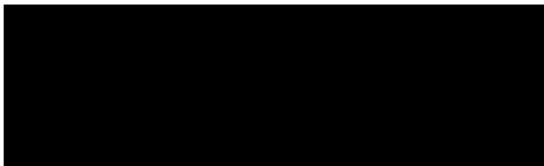
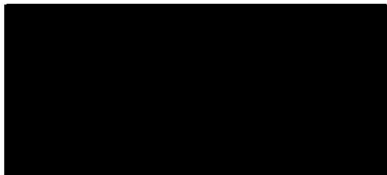
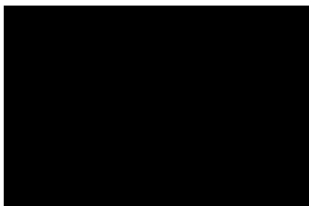
⁴³ See footnote [1] above.

- public statements by companies generally serve a legitimate business purpose and often efficient and pro-competitive; in many they are cases related to regulatory obligations;
- a clear distinction must be made between private information exchanges amongst competitors (and the inferences that can be drawn from them) and public statements made by undertakings vis-a-vis customers, suppliers, investors/investment analysts and other stakeholders,
- public statements may under certain circumstances fall foul of competition rules where they form part of anti-competitive collusion amongst competitors (where the publication of information is used to coordinate prices (other other parameters of competition) or constitutes a means of implementing a pre-existing agreement on such parameters),
- where the existence of an agreement or concerted practice is established, its assessment requires a careful balancing of pro-competitive and anti-competitive effects of such a behaviour,
- absent an agreement or concerted practice among competitors undertakings are not required by competition law to (negatively) react to public statements by their competitors which they may become aware of even if such statements contain competitively significant information; and
- by introducing such amendments, the proposed IAA Draft could be improved to be more in line with legal requirements in other mainstream jurisdictions, as well as the findings of international organisations, including those of the OECD.



■

შენიშვნა: შეავსეთ ყველა სვეტი - მატარებლის მფლობელის მისამართი			
სახელი:	81 ბგბგელ' ბიოზ	სქ, რაიონი:	ბ+1
რამდენი წელი:	5558545-20		
ფული:	მლ 101 44444'4444		



ՀԱՅԿԱՆ: ԵՄԼ ԵՏ/ԵՀ ՍԵՐԿ «ԺԻՆ ԿՈՌ» ԽՈՍ, Ի, ՊԼ ԿՅԵԿԵՐ ԵՄԼ Լ(Զ) ԻՀՑ՝ ԵՄԼ 88/989 ՌԵԿԼ Ե, ԿՐԻՆԼ ԿՐԵՆ:

[illegible]

ΕΙΛΕΣΘΙ
 ΕΙΛΑΝ ΕΛΘΕΙΝ· ΟΥΝΟ ΛΙΝΘΟ ΕΣ ΝΟΥ ΑΝΘΙ ΕΙΛΕΚΤΟ ΕΝΕΙΝΟ ΜΕ ΕΠΕΛΕΙ ΙΩΝ ΑΝΘΙ
 ΕΠΕΛΕΙ ΙΩΝΕΙΟΝ ΕΝΟΥ ΑΝΘΙ ΑΝΘΙΟΝ ΝΟΥΝ ΕΠΕΛΕ ΕΠΕΛΕ ΝΟΥΝ ΝΙ ΑΝΘΙ ΕΠΕΛΕΙ ΝΙ
 ΑΝΘΙΟΝ ΕΠΕΛΕ ΝΙΟΝ ΕΠΕΛΕ· ΕΙ· ΑΝΘΙ ΜΕΛΕΝ ΕΠΕΛΕ ΕΠΕΛΕ ΕΠΕΛΕ ΕΠΕΛΕ ΕΠΕΛΕ
 ΕΠΕΛΕ ΕΠΕΛΕ ΕΠΕΛΕ ΝΙ ΕΠΕΛΕ ΕΠΕΛΕ ΕΠΕΛΕ ΕΠΕΛΕ ΕΠΕΛΕ ΕΠΕΛΕ ΕΠΕΛΕ ΕΠΕΛΕ ΕΠΕΛΕ

[illegible]

ԳՆ ԸՆԼԵ ՍԵՐԻՆ ԳՆ ԱՐԿԱ ՄԵԼԱ ՀԱՆԼԻՆ ԴՆ ԱՐԿԱ ՄԱՍԼԻՆ ԴՆ ԵԳՆԻ-ՄԵՆ ԱՆԵԼ ԱՆԼԻՆ ԴՆԱԼ
 ԱՐԱՍԵԼԱ ԴՆ ԵՆ ԱԼ ԱՐԱՍԻՆ ԴՆԱԼ՝ ԴՈՐԴ՝ ԴՐԱԴԻՆԱԼ ԴՆԱԼ ԴՆԱԼ ԴՆԱԼ ԴՆԱԼ ԴՆԱԼ ԴՆԱԼ ԴՆԱԼ
 ԱՆԼ ԴՆԱԼ ԱՐԱԼ ԴՆ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ
 ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ ԱՐԱԼ
 ԴՐԱԴԻՆԱԼ ԴՆ ԵՆ ԱՆԼ ԱՆԼ ԱՆԼ ԱՆԼ ԱՆԼ ԱՆԼ ԱՆԼ ԱՆԼ ԱՆԼ ԱՆԼ ԱՆԼ ԱՆԼ ԱՆԼ ԱՆԼ ԱՆԼ ԱՆԼ ԱՆԼ ԱՆԼ

- 2 -



7171

81. ԹԱՄԱ ՀԻՄԱԼ ԳԼԹԱՆԸ ԵՇՂ ԱԵՄԼԱ ԵՐԱՆԱԼ ԱՇԽԵՒՄ:

441115Z JULY 61 TOLB 150000Z JULY 61 03 150000Z JULY 61

[illegible]

27. אֲנִי מְבַרְכֵךְ אֶת הָאָדָם הַזֶּה שֶׁלֹּא יִשְׁכַּח אֶת הַמִּצְוָה הַזֹּאת שֶׁאֵין לִי אֲנִי מְבַרְכֵךְ אֶת הָאָדָם הַזֶּה שֶׁלֹּא יִשְׁכַּח אֶת הַמִּצְוָה הַזֹּאת שֶׁאֵין לִי

עליון ופחות מ-1000 ש"ח, ופחות מ-1000 ש"ח, ופחות מ-1000 ש"ח.

מט רצא ל'הנחיל אפוא מלכות עליונה ואלוהים יתברך

ԱԼՈՒՄ ԵՇԻՆԱՆ ՀԵՄՆ ՈՎ ԱՄԵՏՈՒՄ:

אם תהיה רוצה להעביר את המידע הזה למישהו אחר, אנא

[illegible]

OT: וְהָיָה כִּי יֵשֶׁב אֱלֹהֵינוּ בְּאֶרֶץ מִצְרַיִם וְנִשְׁמַח בְּכָל הַטּוֹבוֹת שֶׁעָלְנוּ לָנוּ

ԱՌԱՅԱՆԱԾՈՒՄՆԵՐԻ ՄԱՍԻՆ ԳԻՏԱԿԱՆ ԵՎ ԲԱՐՈՋԱԿԱՆ ԶԵՐՈՒՄՆԵՐԻ ՄԱՍԻՆ

וְהָיָה כִּי יִשְׁמַע ה' אֶת הַקּוֹל וְהָיָה אֵלֶיךָ וְהָיָה לְךָ אֶת הַיָּדָיו וְהָיָה לְךָ אֶת הַיָּדָיו וְהָיָה לְךָ אֶת הַיָּדָיו

6. אם כי כל' אמצעים קבועים של אסטרטגיה שלטתית אחרת נכנסו אל

ΔΕΛΤΑ

ԵՐԵՎԱՆԻ ԼԵԳԱԿԱՆ ՆԻ ԵՐԱՆԻ ԱՆՈՒՄԱՆ՝

Ի՞նչ անհատական հատկանիշներ են հանգեցրել այդպիսի արձագանքների:

- ԿՈՐԺԵԿՏԱԼ ԱԼԽԱՆԻ ԱՐԱՍ ԱՐՄԱՐԱՆ ՀԱՅԿԻ ԿԱԶՄԻ ԵՏՏ ԱՆԻՔՆ ՀԺԵՔԱՆԻ՝ ԵՎԻՑ ԲԻՃԱՆ

ՀԱՅԱՍՏԱՆԻ ԱՍԽԱՆԱԾՈՒԹՅԱՆ ԿԵՆՏՐՈՆԱԼ ԿՈՄԻՏԵ

ԻՆՈՒՆ ԵՒՆ ՆՈՐԱՆ ԱՄԵՐԱՆ ԱՐԺԱՐԱՆ ՈՒՄԱՐՈՒ ԵԳԵ՛ ԱՊԵ՛Ն՝ ԴՈՒՆ ԳՃԵՐՆ ԵՒ ԵԵԳ ՊԱՃԵՐ

[illegible]

יְהוָה אֱלֹהֵינוּ יִשְׁמְרֵנוּ וְיִשְׁכְּלֵנוּ וְיִשְׁמְרֵנוּ וְיִשְׁכְּלֵנוּ

Է՝ ձգակն և զանազան փորձերով համոզվելով, որ իր օգնությունը անհրաժեշտ է իր քաղաքացիներին, որոնք չեն կարողացել համարձակվել իրենց հայրենիքի հետ, որոնք չեն կարողացել համարձակվել իրենց հայրենիքի հետ, որոնք չեն կարողացել համարձակվել իրենց հայրենիքի հետ:

ጠርጠሊ' ነገሩን ረድሞ ወጪህህ ረገሱ ሠላጭ ጠርጠሊ ረገሱ ስራ ርዳ ጸሐ ጸሐጽ

למחשבה ונאמרו כי אין מחשבה אלא מחשבה אחת

- 4 -

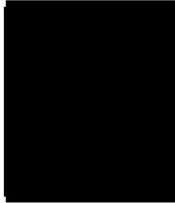


Date/Time
Model Name
Machine Serial Number

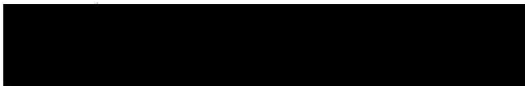


No.	Name/Number	StartTime	Time	Mode	Page	Result
014	025458555	02-11 19:45	03'10	ECM	014/014	OK

חודעת פקס
מספר: 02-5458555
מקום: רמת גן
תאריך: 2011/11/04
מספר דפים: 1/13



תדירות עבודה: [Redacted]
מחלקת: [Redacted]
מחלקת: [Redacted]



נא להזכיר: 1243/260
02 נובמבר 2014

לכבוד
עו"ד זיו גלעדי
רשות ההגבלים העסקיים
רח' עם ועולמו 4
ת.ד. 34281
ירושלים 9134102

- בדוא"ל: zivg@aa.gov.il; ובפקס: 02-5458555

עו"ד גלעדי הנכבד,

הנדון: עמדת [REDACTED] ביחס לטיוטת גילוי הדעת בנושא התבטאויות פומביות הפוגעות בתחרות

בשם [REDACTED] ובהתייחס לטיוטת גילוי הדעת שהועמדה להערות הציבור ביום 3.8.2014 בנוגע להתבטאויות פומביות הפוגעות בתחרות (להלן: "טיוטת גילוי הדעת" או "הטיוטה"), הרינו מתכבדים להציג את עמדת מרשתנו ביחס לטיוטה כדלהלן:

פתח דבר

1. בטיוטת גילוי הדעת מבקש הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: "הממונה") לאסור התבטאויות פומביות אשר עלולות לפגוע בתחרות. אנו סבורים כי ככל שחלילה עמדת מרשתנו בקשר לטיוטה, כפי שתפורט להלן, לא תתקבל, עתידה טיוטת גילוי הדעת להסב נזק רב לשוק הישראלי כולו, צרכנים ויצרנים כאחד, העולה עשרות מונים על התועלת הגלומה בה לכאורה (בה ממילא לא שוכנענו).
2. כפי שיפורט ביתר פירוט להלן, אנו סבורים, כי הנחת היסוד המרכזית עליה מבוססת טיוטת גילוי הדעת לפיה התבטאות פומבית כשלעצמה עלולה לעלות במקרים מסויימים כדי הסדר כובל כהגדרתו בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק"), אין לה עוגן משפטי. לפיכך, אין לממונה סמכות חוקית לאסור על התבטאויות פומביות, גם אם אלה לדעתו עלולות, בדרך כלשהי, לפגוע בתחרות.
3. יתרה מזו, אנו בדעה כי טיוטת גילוי הדעת עלולה לפגוע בחופש הביטוי, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ("חוק היסוד").

[REDACTED]

על היותו של חופש הביטוי חלק ממארג הזכויות החוקתיות בישראל עמדה כבוד השופטת נאור בפרשת המפקד הלאומי:²

"חופש הביטוי נמנה עם חירויות היסוד של האדם בישראל, כזכות מסד ותנאי מוקדם להבטחת קיומן ולשמירתן הנאמנה של רוב זכויות היסוד האחרות. אכן, ההכרה במעמדו של חופש הביטוי כזכות-יסוד הושרשה בנו זמן רב קודם לחקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו".

הגבלת התבטאות פומבית, הואיל והנה פוגעת בחופש הביטוי, שהנו זכות יסוד, אף כשנעשית בחוק מפורש ואפילו נחקק טרם תחילתו של חוק היסוד, חייבת שתעשה במשורה, ורק באותם מקרים נדירים בהם מתעורר צורך חיוני שאינו ניתן לפתרון בכל דרך אחרת. כיוון שברור כי אין אנו דנים באחד מהמקרים הנדירים הללו, עומדות הוראות טיוטת גילוי הדעת בסתירה להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

4. העובדה שזכות יסוד בסיסית כל כך כ"חופש הביטוי" נזכרת בטיטוט גילוי הדעת רק בעמוד האחרון, כבדרך אגב, וללא התייחסות מעמיקה, תומכת במסקנה, כי הממונה לא נתן לחופש הביטוי את המשקל הראוי לו, במסגרת טיוטת גילוי הדעת.

5. זאת ועוד, גם אם נתעלם מהפגמים האמורים הנוגעים לעצם פרסום הטיוטה, ונניח שהטיוטה מבוססת מבחינה משפטית, וכי יש מקום לעצם פרסומה (ולא כך הדבר), הרי שאפילו תחת הנחות אלו, קיימים בנוסחה הנוכחי של הטיוטה פגמים מהותיים, בין היתר, בנוגע לתיחום וגידור ההתבטאויות האסורות. פגמים אלו עלולים להביא לתוצאות קשות, ולפגיעה משמעותית בתחרות ובציבור. על כן, לכל הפחות, יש להכניס בטיטוט תיקונים מסוימים, שיצמצמו את החששות האמורים.

6. לחלן נעמוד על עיקר הקשיים המתעוררים ביישום טיוטת גילוי הדעת והשלכותיה, ככל שזו חלילה תהפוך לגילוי דעת סופי. לחלופין בלבד, נציע מספר תיקונים לנוסח הטיוטה, שיש בהם לטעמנו, כדי לצמצם מעט את הנזקים הפוטנציאליים הטמונים בה.

תמורות בדיני ההגבלים העסקיים

7. בפתח דברינו, וטרם שנפרוט את עמדתנו המשפטית בקשר לטיטוט גילוי הדעת בהרחבה, ברצוננו להסב את תשומת לבכם לעובדה כי בעת האחרונה בוצעו שינויים משמעותיים רבים בדיני ההגבלים העסקיים בישראל. שינויים אלה בוצעו תוך שימוש במגוון רחב של כלים, החל משינויי חקיקה ועד גילויי דעת ואכיפה שונה של הוראות החוק.

8. כך, החל מאפריל 2011, אז החלה כהונת הממונה הנוכחי, תוקן חוק ההגבלים העסקיים ארבע פעמים, ופורסמו שבעה (!) גילויי דעת. זאת, מבלי שחלף די זמן לבחינת השלכות כלים אלו, וההתאמה בין המטרה אותה נועדו לשרת לבין התוצאה אותה הצליחו להשיג, אם בכלל, לרבות מידת הפגיעה שנוצרה באינטרסים אחרים.

9. ככלל, אנו מברכים על שינויים ושיפורים אשר אמורים לקדם את התחרות ובכך להועיל למשק כולו. עם

² בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, סב (4) 715, פס' 22 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 20.08.2008).

זאת, לאור השינויים הדרמטיים הרבים שבוצעו בפרק זמן כה קצר, לדעתנו יש להמתין עם הרצון לבצע תהפוכות ותמורות נוספות ולבחון קודם כל את תגובות השוק לשינויים שאירעו עד כה ואת התנהלות המשק לאורך זמן בתקופה שלאחר ביצוע שינויים משמעותיים אלה. לאחר הטמעת החידושים האמורים והפנמתם על ידי השוק הישראלי, ניתן יהיה לבחון את השלכותיהם, וככל שיימצא כי הכלים הקיימים בידי הממונה אינם מספיקים, לבחון הוספת רגולציה נוספת.

האם התבטאות פומבית עשויה לעלות לכדי הסדר כובל

10. כעולה מפרק המסגרת הנורמטיבית של טיוטת גילוי הדעת, הנחת היסוד המרכזית העומדת בבסיסה הינה כי התבטאויות פומביות עלולות, כשלעצמן, לגבש הסדר כובל בהתאם לחוראות סעיף 2 לחוק.

11. סעיף 2(א) לחוק מגדיר 'הסדר כובל' כדלקמן:

"2. (א) הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר."

12. הגדרתו של הסדר כובל זכתה לפרשנות רבה, הן בפסיקה והן בספרות. כך, למשל, נקבע בפרשת בורוביץ' כי הסדר כובל מונה 4 יסודות מצטברים: 'קיומו של הסדר'; 'בין בני אדם המנהלים עסקים'; 'הגבלה המוטלת לפחות על אחד הצדדים'; ו-'ההגבלה עלולה למנוע או להפחית את התחרות'.³ הסדר כובל חנו הסדר אשר מתקיימים בו כל היסודות האמורים.

13. כפי שנראה להלן, התבטאות פומבית חד צדדית לא יכולה להיכנס בגדרי 'הסדר כובל' כהגדרתו בסעיף 2(א) לחוק, שכן היא חסרה את היסוד הראשון - "קיומו של הסדר". המונח 'הסדר' מוגדר בסעיף 1 לחוק כדלקמן:

"הסדר" - בין במפורש ובין מכללה, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו;

14. יסוד ההסדר הוא אחד הרכיבים ההתנהגותיים-עובדתיים של האיסור החל על עריכת הסדר כובל. זהו אחד משערי הכניסה העיקריים לאיסור על פי סעיף 2 לחוק, אשר בלעדיו לא תיבחן כלל השפעתה של הפעולה העסקית על התחרות בשוק.⁴ אמנם, הגדרת ה"הסדר" הינה רחבה ונועדה לחבטיח כי תכלול אפשרויות רבות של הסדרים בין עסקים. אולם, גם להגדרה זו נתחמו גבולות. כך למשל, ניתן ללמוד מדבריו של השופט זיילר בפרשת קיסין נ' פטרולגז חברת הגז הישראלית בע"מ:

"...נראה לי, שהפירוש היחיד המשיג את מטרת החוק בתחום זה צריך לקבוע, שהמילה הסדר כוללת כל דרך מתואמת, המופעלת על ידי בני אדם, המנהלים עסקים, ושמגמתה השלטת הסדר כובל".⁵

³ ע"פ 4885/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776, פ"ס 78 לפסק הדין (2005).

⁴ מיכל (שיצר) גל, "מהו 'הסדר'?" קו הגבול בין תיאום לבין התאמה בחוק ההגבלים העסקיים, עיוני משפט כט, תשס"ז, בעמ' 595.

⁵ ת"א (י-ם) 396/87 קיסין נ' פטרולגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ, הגבלים עסקיים (הוצאת ועד מחוז תל-אביב, לשכת עורכי הדין, 1996) ב' 245 (1990).



15. אכן, פסיקת בתי המשפט העניקה פרשנות רחבה למונח הסדר. יחד עם זאת, מדבריו של השופט זיילר עולה, כי בכדי שיתקיים הסדר ישנו צורך בגמירות דעת משותפת בין בני אדם. גמירות דעת זו יכול שתתקבל בדרכים שונות, אולם בהכרח חייבת להתקיים גמירות דעת. גם בספרות אין מחלוקת על כך שלקיומו של הסדר נדרשת מידה מסויימת של אינטרקציה בין הצדדים בשוק וכי נדרשים לו, להסדר, לפחות שני צדדים.⁶
16. לפיכך, כאשר מדובר בהתבטאות פומבית, פעולה חד צדדית במהותה, לא ניתן לראותה, כלשעצמה, כהסדר. המסקנה האמורה אף מתחזקת בקריאת גילוי הדעת והדוגמאות המובאות בו. כך, למשל, כאשר חברת תעופה מודיעה בעיתונות על עדכון תעריפה, זוהי ללא ספק פעולה חד צדדית של אחד הצדדים הפועלים בשוק. כל זמן שפעולה זו בוצעה ללא תיאום עם חברות אחרות, היא אינה עונה להגדרתו של הסדר, כפי שהוצגה לעיל.
17. בנסיבות אלה, ניתן להבין כי התבטאות פומבית אין בה, כשלעצמה, כדי להקים גמירות דעת משותפת בין שני גורמים עסקיים (ובוודאי שלא לחוות תיאום) ולפיכך, גם לא הסדר.
18. אף אם נניח כי התבטאות פומבית של חברה, אשר נעשתה באופן עצמאי וללא תיאום עם מתחריה, השפיעה על החלטות עסקיות של חברות מתחרות, אין הדבר אסור בחוק. היות שלא הייתה הבנה משותפת, לא לגבי ההתבטאות עצמה ולא לגבי ההחלטה העסקית של המתחרה שבאה לאחריה, ברי כי לא מדובר בהסדר. חזברים נכונים מקל וחומר, בהתבטאויות פומביות שכלל אינן מכוונות להשפיע על התנהגות העסקית של המתחרים. מסקנה זו עולה בבירור גם מהתייחסותו של הדין לסיטואציה של "התאמה אוליגופוליסטית", לגביה נקבע מפורשות בפסיקת בית המשפט העליון כי אינה מהווה הפרה של החוק. וכך נאמר שם:⁷
- "...התנהגות עסקית דומה או זהה של מתחרים, אשר כל אחד מהם החליט עליה באופן עצמאי, אף אם הוא מושפע מהתנהגות המתחרים האחרים, איננה מהווה הפרה של דיני ההגבלים העסקיים".
19. בטיט גילוי הדעת מציין הממונה כי החשש מהתבטאויות פומביות מתעצם אף יותר בקיומו של שוק ריכוזי. אכן, מחקרים הוכיחו כי במקרים בהם מדובר בשוק ריכוזי, להתאמה אוליגופוליסטית עלולה להיות לעתים השפעה שלילית על המשק. ואולם, הדרך להתמודד עם חששות אלו לא יכול שתהיה בדרך של הרחבה שלא כדין של הוראות סעיף 2 לחוק, תוך התעלמות מלשונו הברורה.
20. מסקנות הדיון עד כאן מלמדות כי התבטאות פומבית, כלשעצמה, לא מקיימת את כל היסודות האמורים בסעיף 2(א) לחוק ולכן אינה בבחינת "הסדר כובל". אנו סבורים כי די במסקנות אלה בכדי להצדיק את גניזתה של הטיוטה המוצעת מעיקרה.
21. אנו מכירים בכך שעשויה להיות התבטאות פומבית שאכן תהווה כסות להתגבשותו של הסדר כובל. אולם, אין בכך להפוך את ההתבטאות הפומבית, כשלעצמה, וכאשר היא נעדרת כל יסוד של תיאום, או למצער גמירות דעת משותפת, להסדר כובל.
22. מבלי לגרוע מעמדתנו המשפטית דלעיל, אנו סבורים כי טיט גילוי הדעת לוקה בעניינים נוספים, כפי

⁶ ראה הי"ש 3 לעיל, בעמ' 596.

⁷ ראה הי"ש 2 לעיל, בפסקה 80.

שיפורט להלן.

גילוי הדעת עלול להסב נזק רב, מבלי שבוצעה בחינה אמפירית ומבלי שנלקחו בחשבון כלל השיקולים

23. במסגרת הטיוטה מדגים הממונה את הנזק הגלום, לגישתו, בהתבטאויות פומביות אסורות. ואולם, הנזק הלכאורי האמור, הנטען על ידי הממונה, אינו נשען על עובדות או מחקרים אמפיריים, כמו גם על דוגמאות מאירועים קונקרטיים שאירעו ונבחנו על ידי רשות ההגבלים העסקיים. אלא, הממונה מבסס את טענותיו על השערות בעלמא ודוגמאות מעורפלות ותיאורטיות בלבד. מראש, ראוי כי כאשר רשות מנהלית קובעת את מדיניות האכיפה שלה, בעיקר מקום בו היא עתידה לפגוע בזכויות בסיסיות, היא תעשה כן לאחר בדיקה מעמיקה. לעניין זה יפים דבריו של הנשיא שמגר בבג"צ שולמית אלוני⁸:

"דיון חוקי משמעו... כי הרשות שהחליטה הפעילה סמכותה תוך שימוש בה למטרתה, שלא נפלה טעות שבחוק ושהחלטה לא לקחה במירמה או לא הושפעה ממנה, שהחלטה ניתנה על יסוד ראיות שתמכו בה, ולבסוף, שלא נגדה את החוק מטעם אחר כלשהו".

24. אין לנו אלא להניח, כי בפועל לא אותרו במסגרת כתיבת גילוי הדעת נתונים ודוגמאות מחיי המעשה על מנת לבסס את החששות השונים המפורטים בטיטת גילוי הדעת (שאם היו כאלה בנמצא, וודאי היו מועלים על הכתב במסגרת הטיוטה).

25. יתרה מזו, טיוטת גילוי הדעת אינה מציגה מחשבה בדבר מאזן העלות-תועלת של המדיניות אותה היא מבקשת לקבוע. טיוטת גילוי הדעת אף מבטלת, באמירה שהינה כמעט בבחינת אמירת אגב, את פגיעתה הצפויה של טיוטת גילוי הדעת בחופש הביטוי. זאת, בניגוד לחובה הבסיסית המוטלת על כל רשות מנהלית, בדבר קביעת מדיניות לאחר ששקלה ואיזנה בין מכלול האינטרסים הפרושים בפניה⁹.

26. אין צורך להכביר במילים בדבר חשיבותו של חופש הביטוי מחד, ועל המידה בה נפגעת זכות יסוד זו בחסות טיוטת גילוי הדעת מאידך. בהקשר זה, סנקציה בדיעבד, ערטילאית ככל שתהיה, על התבטאות פומבית, תביא בהכרח להגבלה מראש של התבטאות שכזו. משמעות טיוטת גילוי הדעת, אף עוד טרם שנעשתה כל פעולת אכיפה מצד הממונה, היא פגיעה בחופש הביטוי, בשל החשש מחשיפה לסנקציות פליליות ומנהליות כבדות משקל.

27. וכך, שעה שמצופה מכל רשות מנהלית להשגיח השגחה יתרה בחופש הביטוי, ולוודא כי הוא מוגבל רק במקרים הקיצוניים המחייבים זאת על פני כל אמצעי אחר - הממונה מציע לאמץ פרשנות לחוק שמשמעותה בפועל היא הגבלת חופש הביטוי, ואשר הסנקציה בגין הפרתה הנה פלילית. לסיבור האוון, המקרה השכיח הנדון בפסיקה, בו הותר להגביל את חופש הביטוי, הנו בשל שיקולי בטחון מובהקים ולצורך מניעת אלימות וגזענות. גם בעניינים אלו, הנוגעים לחיי אדם ובטחון הציבור, אין זו משימה פשוטה כלל ועיקר להצדיק הגבלה או פגיעה בחופש הביטוי. עמד על כך כבוד השופט שמגר בפרשת universal city studios¹⁰:

"פועל יוצא מכך הוא שתפיסותינו אינן מתירות הגבלתו של חופש הביטוי בשל כל פגיעה שאיננה חמורה

⁸ בג"ץ 852/86 ח"ב שלומית אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2), פס' 14-15 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1987).

⁹ שם.

¹⁰ בג"ץ 806/88 universal city studios inc נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2), פס' 7-10 לפסק דינו הנשיא שמגר (1989).

מאוד. רק פגיעה קיצונית, גסה ועמוקה, עשויה להצדיק את הגבלתו של חופש הביטוי"

28. אינטרסים נוספים אשר ראוי היה לו שם הממונה כנגד עיניו טרם פרסום טיוטת גילוי הדעת הם אלו של ציבור הצרכנים, וכך גם של השחקנים הבינוניים והקטנים.

29. יישום הטיוטה יביא, בהכרח, להפחתת המידע והשקיפות בשוק, כך שבין אם מתוך זehירות יתר ובין אם מתוך נקיטת זehירות ראויה לנוכח האיום הנשקף מטיוטת גילוי הדעת, התבטאויות רבות יישמרו מעתה ואילך הרחק מאוזני כל. כך, במקום לקדם שקיפות בעידן בו הציבור מייחס רבות למניעים ולדרך ההתנהלות של שחקנים מרכזיים במשק, כופה הממונה שתיקה. במובן זה ולאור העובדה כי כיום שקיפות תאגידית הינה דרישה צרכנית מהמעלה הראשונה, הממונה כופה למעשה התנהלות עסקית אשר יש בה כדי לפגוע פגיעה של ממש בחופש העיסוק, בניגוד להוראות חוק יסוד: חופש העיסוק. עוסק המוגבל מפרסם ברבים מידע אודותיו יפגע במשקיעיו ובסופו של יום, תפגע יכולתו לפעול ולהתפרנס.¹¹

30. לא זו אף זו, וכפי שכבר צויין לעיל, טיוטת גילוי הדעת, כך נראה, אינה מבוססת על מחקר או נתונים אמפיריים שניתן לבחון. לפיכך, כל דוגמא או השערה המובאת בטיטת גילוי הדעת, אף לעניין התגבשות "חשש" לפגיעה בתחרות - ניתן לסתור בדוגמא אחרת או בהיגיון בריא. כך למשל, התבטאויות פומביות באשר למצבה של חברה, מקורותיה, לקוחותיה ומצב האשראי שלה, במסגרת שיחות עם משקיעים, מקדמים את הידע הן בשוק ההשקעות והן בשוק הצריכה, ויש בהם לתרום ליצירת שווקים משוכללים. יתרה מזו התבטאויות פומביות מסוג זה עשויות להוריד חסמי כניסה, אשר חלקם, כידוע, קשורים לעלויות גיבוש המידע הרלוונטי לשוק. הדברים נזכרים, אמנם, אולם כלאחר יד. בנסיבות אלו, כיצד ניתן לקבוע, אפרוירות, כי פרסום מידע כאמור יפגע בתחרות במקום לקדם אותה?

31. לענין שחקנים קטנים ובינוניים, הרי שאלו דלי אמצעים, באופן שאינו מאפשר להם לבצע בדיקות ומחקרים באופן עצמאי. פעמים רבות, התבטאויות פומביות מגשרות על פערי המידע הנוצרים כתוצאה מהפער באמצעים, ובכך תורמות להגברת התחרות המשוכללת.

המבחן החוקתי

32. כאמור לעיל, אנו סבורים כי התבטאויות פומביות, כשלעצמן, אינן באות בגדרו של הסדר כובל. ואולם, אפילו היינו מקבלים את העמדה המשפטית הגורסת, כי התבטאות פומבית עשויה לבוא בגדר הסדר כובל, יש לזכור כי משמעות האיסור על התבטאות פומבית הנה פגיעה קשה בחופש הביטוי, זכות יסוד המוגנת במסגרת הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹²

33. אף על פי שמקורו של האיסור, כגרסת הממונה, בחוק ההגבלים העסקיים, אשר נחקק טרם שבא לעולם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרי שיש לפרשו ברוח הוראותיו של חוק היסוד באופן אשר יגשים ככל הניתן את עקרונות היסוד הקיימים במשפט הישראלי. יפים לכך הם דבריו של המשנה לנשיא (כתוארו דאז) השופט אהרון ברק בפרשת גנימאת:

¹¹ לעניין זה ראו את הדיון החוקתי בדבר הפגיעה בחופש הביטוי.

¹² ראה לעיל הי"ש 1.

"חוקי יסוד אלה מהווים, על-כן, לא רק ביטוי לערכי היסוד של שיטת המשפט שלנו, אלא מהווים הם גם "תשתית יסוד של מערכת המשפט בישראל". על-כן, יש לו, לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, השפעה פרשנית על הדין הישן. אמת, חוק היסוד אינו יכול לשנות את תוקפו של הדין הישן. אך חוק היסוד צריך להופיע על מובנו של הדין הישן. ביטוי למגמה (פרשנית) זו ניתן בחוק-יסוד: חופש העיסוק, אשר קובע כי פירושו של הדין הישן "ייעשה ברוח הוראות חוק-יסוד זה" (סעיף 10). הוא הדין לעניין השפעתו (הפרשנית) של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על פרשנותו של הדין הישן.¹³

34. קביעת איסור מהסוג אותו מבקשת טיוטת גילוי הדעת להחיל, תוך פגיעה בזכות בסיסית ביותר במשפט הישראלי, ראוי שתיעשה בצורה מצמצמת ככל הניתן, לאור חוק היסוד וברוחם של עקרונות שיטת המשפט הישראלית. יתרה מזו, הלכת יסוד במשפט הישראלי היא שפרשנות דבר חקיקה העשוי להביא לפגיעה בזכויות יסוד, אשר עמד בתוקפו ערב קבלת חוק היסוד, תעמוד בתכלית החקיקה מכוחה מבוצעת הפגיעה, ובכל מקרה תבוצע באופן המעדיף את טובת הפרט, מקום בו האינטרס הציבורי מתיר זאת (ראו: א. ברק, פרשנות במשפט - כך ב': פרשנות החקיקה, שער שישי "חזקות בדבר תכלית החקיקה").

35. מיסוד עקרונות אלו לענייננו אנו.

36. כאמור, עלינו לנקוט בפרשנות החוק המצמצמת, ככל הניתן, כל פגיעה בעקרונות היסוד החוקתיים. מקריאת טיוטת גילוי הדעת נראה כי הממונה לא נתן דעתו לחובה זו, ולא קיים דיון של ממש (אלא בהערת אגב) בשאלת פרשנות החוק, בראי חוק היסוד. היעדרה של סמכות לפגוע בחופש הביטוי, אלא בתנאים שנקבעו לכך בדין הישראלי, הוא ברור. פרשנות החוק בה נוקט הממונה, המרחיבה את המונח "הסדר" בחוק ההגבלים העסקיים הרבה מעבר לפירושו הלשוני, וודאי לא ניתן לטעון כי הנה מצמצמת.

37. זאת ועוד, אפילו נגיע לידי מסקנה, כי אף פרשנותו המצומצמת של החוק מאפשרת להתיר מתוכו את הפגיעה בחופש הביטוי, הרי שבכל מקרה שומה עלינו לבחור באמצעי שפגיעתו בזכויות היסוד פחותה.

38. לענין זה, טיוטת גילוי הדעת כלל אינה מתמודדת עם חובה חוקתית זו, המוטלת על הממונה, ואינה בוחנת קיומן של חלופות ופגיעתן האפשרית בתחרות.

39. ועוד; אפילו בדין לא ימצאו חלופות אחרות, אשר יש בהן לשרת את המטרות העומדות בבסיס טיוטת גילוי הדעת, הרי שבכל מקרה על הפגיעה בחופש הביטוי להיות מידתית ומצומצמת ככל הניתן.

40. מכל זאת ברור, כי אפילו קיימת לממונה סמכות להגביל התבטאויות פומביות במסגרת הוראות החוק, ברור כי ראשית מוטלת עליו החובה לבחון קיומן של חלופות פוגעניות פחות. אפילו בהיעדר חלופות כאמור, החלופה המוצעת אינה מידתית, לדעתנו, זאת בנסיבות העניין ובשים לב לנזק הרב שתגרום מחד (כפי שיפורט להלן), ומהיעדר הוודאות לתוחלת חיובית בהפעלתה, מאידך.

41. הנה כי כן, אפילו הייתה הסמכות קיימת בחוק, ואפילו הייתה עולה בקנה אחד עם פרשנות מצמצמת של הוראות החוק - היא עדיין הייתה פסולה מחמת היותה בלתי מידתית ופוגענית יתר על המידה.

42. נוכח הדברים האמורים מגיעים אנו לידי מסקנה, כי טיוטת גילוי הדעת אינה עולה בקנה אחד עם עקרונותיה

¹³ בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, בעמ' 410-411 (1995).

החוקתיים של שיטת המשפט הישראלית.

השוואה בינלאומית

43. בטיט גילוי הדעת בוחן הממונה את המצב המשפטי בשלושה דינים מרכזיים: הדין האירופי, הדין האוסטרלי והדין האמריקאי. אך דווקא בחינה של הדוגמאות שהוצגו בטיט גילוי הדעת מחזקת את עמדתנו, כי ניתן לעשות שימוש בכלים הקיימים בחוק המקומי על מנת להתמודד עם התופעה אותה מעוניין הממונה למגר.

44. כך למשל, חוק ההגבלים העסקיים האמריקאי, Sherman Act, לא רואה בהתבטאות פומביות הסדר כובל. הממונה אף מדגיש כי על מנת להתמודד עם התבטאויות פומביות אשר פוגעות בתחרות, נשענות הרשויות האמריקאיות על כלי אכיפה אחרים.

45. יתרה מכך, בטיט גילוי הדעת מפרט הממונה את שני הכלים אשר באמצעותם הרשויות בארה"ב אוכפות התבטאויות פומביות במקרים השונים, אף לא אחד מהם הינו באמצעות הסדרים כובלים. הכלי הראשון בו הרשויות האמריקאיות מבצעות שימוש הינו כלי המונופולין, המעוגן בסעיף 2 ל- Sherman Act. הכלי השני בו משתמשות הרשויות בארה"ב, ומוצג אף הוא בטיטה, הינו סעיף 5 ל- FTC Act, באמצעות נציבות הסחר הפדרלית.

46. לעניין זה, ראשית, נדגיש כי נציבות הסחר הפדרלית שונה בתכלית באופייה ובמטרותיה מרשות ההגבלים העסקיים, הן הישראלית והן האמריקאית. כך, למשל, המטרה הראשונה, וככל הנראה המרכזית, אשר שמה לה נציבות הסחר הפדרלית הינה סחר הוגן, ועל כן במהותה דומה יותר לרשות להגנת הצרכן מאשר לרשות הגבלים עסקיים. שנית, סעיף 5 ל- FTC Act נועד להתמודד עם שיטות תחרות בלתי הוגנות, אשר דוגמאות להן הוצגו בטיט גילוי הדעת. אולם, ניכר מהדוגמאות המובאות בטיטה כי בכולן בוצעה פנייה ישירה אל המתחרים, וזאת בשונה מההתבטאויות הפומביות המובאות כדוגמא בטיט גילוי הדעת בענייננו.

47. בכל הנוגע להנחיות הנציבות האירופית, מקריאת כותרתן ועיקרן, כפי שאלה הוצגו בטיט גילוי הדעת, נראה כי הנחיות אלו נועדו להתמודד עם הסכמים הקשורים לשיתופי פעולה אופקיים בין מתחרים, ולא במצבים בהם מדובר בהתבטאות חד צדדית¹⁴.

48. כפי שעולה מטיט גילוי הדעת, דיני ההגבלים העסקיים הכלליים באוסטרליה, כפי שפורשו על ידי בתי המשפט שם, אינם מקנים כלים להתמודד עם פרקטיקות מקדמות התאמה, ולשם כך נדרשה חקיקה ספציפית. יש לשים לב כי האיסור באוסטרליה ממוקד בהתבטאויות שנעשו מתוך מטרה להביא להפחתת משמעותית של התחרות בלבד, בשונה מהמוצע בטיט גילוי הדעת. לשיטתנו, דוגמא זו אינה תומכת כלל וכלל בכללים אותם מבקש הממונה להחיל באמצעות טיט גילוי הדעת, שלפיהם מטרה לפגוע בתחרות אינה מיסודות האיסור הנוגע להתבטאויות פומביות.

¹⁴ Guidelines on the applicability of article 101 of the treaty on the functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements.

טיוטת גילוי הדעת אינה עולה בקנה אחד עם הוראות דין אחרות

49. טיוטת גילוי הדעת עומדת בסתירה מהותית ועקרונית לדברי חקיקה אחרים וקודמים לה בדין הישראלי.
50. כך, למשל, עומדת טיוטת גילוי הדעת בסתירה מובהקת לחובות הגילוי הקבועות בחוק ניירות ערך, התשכ"ח - 1968 ותקנותיו ולעקרונות השקיפות שבחוק קידום התחרות בענף המזון, התשע"ד - 2014 (להלן: "חוק המזון").
51. חוק המזון, אשר נחקק רק לאחרונה ביוזמתו ובהובלתו של הממונה, נועד להגביר את התחרות בשוק המזון. על מנת להתמודד עם הקשיים בשוק המזון, הבחיר הממונה את חשיבות השקיפות במחירי הרשתות הקמעונאיות וחייב בסעיף 30 לחוק המזון כל קמעונאי גדול (כהגדרתו בחוק) לפרסם את מחיריו בפומבי, באופן שוטף. זאת, מתוך הנחה כי הגברת השקיפות בין הרשתות הקמעונאיות תגביר את התחרות ביניהן. מאידך, באותה השנה ממש, מפרסם הממונה טיוטת גילוי דעת אשר יישומה, בהכרח, יביא להפחתת המידע והשקיפות בשוק הישראלי.
52. דוגמא נוספת היא הוראות חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 ("חוק ניירות ערך"). חוק ניירות ערך והתקנות שפורסמו מכוחו חלים על חברות ציבוריות ומטילים עליהן חובות פרסום רחבות. חובות פרסום אלה נועדו ליצור שקיפות, שכן כספי הציבור מושקעים בחברות אלה במישרין ובעקיפין. כך למשל, פרק ו' לחוק ניירות ערך מגדיר מהם הדיווחים השוטפים אותם נדרשת חברה ציבורית להעביר לרשות לניירות ערך ולמעשה גם לפרסום לציבור. הכיצד חובת שקיפות זו עולה בקנה אחד עם טיוטת גילוי הדעת?
53. אמנם, החוק קובע בסעיף 1(3) פטור סטטוטורי להסדר כובל, אשר כל כבילותיו נקבעו לפי דין. האם כוונת הממונה היא כי התבטאויות פומביות של חברות ציבוריות יוחרגו מתחולת גילוי הדעת? ואם זו כוונתו, מדוע רואה הוא הבדל לענין זה בין חברה ציבורית לבין חברה פרטית? המדובר באבחנה שאין בצידה כל היגיון ותחזותי-כלכלי.
54. יתרה מזו, תיחום המידע אשר קיימת חובה לגלותו במסגרת הדינים השונים, דוגמת דיני ניירות ערך, אינו חד משמעי, באופן שעלול ליצור התנגשות בין חובת הגילוי לבין החשיפה לטענה בדבר קיומו של הגבל עסקי.
- אופי האמירות האסורות בראי ההסדרים הפליליים**
55. האיסור על התבטאות פומבית הנו רחב במיוחד, באשר יסוד ההסכמה בו מוטל, לפחות לגישתנו, בספק. כך, איסור זה עלול להביא לשיתוק של ממש בכל הנוגע לזרימת מידע שיש בו להגביר את התחרות בשוק, כמו גם להביא להסרת חסמי כניסה ולעודד כניסת שחקנים חדשים, לתועלת הציבור.
56. בנסיבות אלו אנו מבקשים להציע, כי ככל שחלילה עמדתנו לעיל לא תתקבל, יש לצמצם את האיסור להתבטאויות שמטרתן להביא להפחתה משמעותית בתחרות. זאת, בשונה מההגדרה הכללית של הסדר כובל (אשר הנה רחבה גם בראייה של משפט השוואתי) החובקת כל הסדר העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים. הגבלה כזו, המתייחסת למעשה שנעשה מתוך כוונה לפגוע בתחרות, עשויה להיחשב חוקית ומידתית במידה רבה יותר, מאשר על פי המוצע בטיוטת גילוי הדעת.

57. האמור לעיל הנו במיוחד על רקע הנפקות הפלילית של הוראות חוק ההגבלים העסקיים.

58. נציין כי הממונה עצמו מסייג דבריו לענין המסגרת המשפטית, ומציין כי לעיתים יהיה המדובר בעבירת ניסיון בלבד. ניסיון שכזה, וודאי כי יש בצידו מטרה לפגוע בתחרות.

קושי מהותי בטיוטת גילוי הדעת – היעדר התייחסות להתבטאויות "דואליות"

59. מבלי לגרוע מהאמור לעיל, בדבר דרישת המטרה, אחד הקשיים המהותיים בטיוטת גילוי הדעת הוא שהיא אינה דנה בהתבטאויות "דואליות", המהוות חלק משמעותי, וככל הנראה, חלק עיקרי ממכלול ההתבטאויות הפומביות. הכוונה היא להתבטאויות שמצד אחד כוללות מידע שעשוי לכאורה להיות מסווג כאחד מסוגי המידע הרגישים מבחינה תחרותית (לדוג': מידע הנוגע למחירים), אך מנגד, יש בפרסומו תועלת, ולעיתים אף תועלת מובהקת ומשמעותית.

60. ההתבטאויות היחידות שלגביהן ניתן לקבוע מסמרות לאור הטיוטה, הן התבטאויות "עירומות" שאין להן כל הצדקה לגיטימית, ובדרך כלל, כאלו שמטרתן היא אנטי תחרותית. לעומת זאת, בפועל, אין בטיוטת גילוי הדעת כלי כלשהו שמאפשר באמת להגיע להכרעה האם התבטאות שאינה מכוונת לפגוע בתחרות ושנאמרה בהקשר לגיטימי, אך כוללת בתוכה מידע השייך לאחד מסוגי המידע המנויים בטיטה, היא התבטאות לגיטימית בעיני הרשות, אם לאו.

61. כאמור, גילוי הדעת מתעלם לחלוטין מסוגיה מהותית זו, של התבטאויות דואליות, והתוצאה עלולה להיות מזיקה וחמורה במיוחד. היא עלולה להביא להימנעות של גורמים עסקיים מהתבטאויות ופרסומים פומביים פרו-תחרותיים ופרו-צרכניים, כאלו אשר ניתן להניח בבירור כי הרשות אינה מעוניינת למנוע אותם (אך היעדר כל התייחסות לכך בגילוי הדעת, עלול להביא לכך). כפי שנראה מיד, בעיה זו מתעוררת אפילו במקרים הטריטוריאליים והשכיחים ביותר.

62. נניח למשל, כי תאגיד עסקי פלוני, מעוניין לפרסם את מחירי המוצרים והשירותים שהוא מעניק באתר האינטרנט שלו. במרבית המקרים, התועלות הטמונות בפרסום כזה עבור הציבור, ברורות ומובהקות. כאמור לעיל, גם המחוקק וגם הממונה הכירו בכך, כפי שעולה מהוראות חוק המזון.

63. דא עקא, מדובר בפרסום הנוגע למחיר, ועל כן, על-פי טיוטת גילוי הדעת, הוא מצריך בחינה שמא מדובר בהתבטאות פומבית אסורה. עתה מתעוררת השאלה: האם ניתן על-פי הטיוטה לפרסם את המחירים האמורים? מצד אחד, ייתכן שקיים חשש כלשהו ששקיפות המחירים תקל במידת מה על התאמה של המחירים על ידי מתחרים אחרים. מצד שני, פרסום המחירים יועיל בבירור לצרכנים, יאפשר להם לבצע בחירה מושכלת יותר של רכישותיהם ויגביר את התחרות. ניתן להניח, כי ברובם המכריע של המקרים מדובר יהיה בפרסום חיובי ומועיל, שגם הרשות אינה מעוניינת למנוע אותו. יתרה מזו, המדובר פעילות עסקית לגיטימית, במהלך העסקים הרגיל, של פרסום על ידי בעל עסק של מוצריו, לרבות פרסום מבצעים מעת לעת ואף מכירה באמצעות האינטרנט. היעלה על הדעת שבכוונת גילוי הדעת לחסום ערוצי פרסום או מכירה? לגרום לחשש בעת יציאה למבצעים, או למסע פרסום, או פתיחת ערוצי מכירה נוספים?

64. ואולם, טיוטת גילוי הדעת איננה מספקת כלי כלשהו שיאפשר להכריע במקרים כגון אלה. למעשה, טיוטת

גילוי הדעת נעדרת אפילו את האמירה הבסיסית ביותר, שכאשר נחזה שהתועלת מההתבטאות עולה על משקלו של החשש התחרותי, אזי יש להתירה. ההנחיה הברורה היחידה שניתן להסיק מטיוטת גילוי הדעת נוגעת לאיסור על התבטאויות "עירומות", קרי, התבטאויות שאין להן כל הצדקה עניינית, ולא טמונה בהן כל תועלת.

65. על כן, בדוגמא הפשוטה המתוארת, ובהעדר אמירה מפורשת בדבר לגיטימיות של פרסומים מהסוג המתואר בסעיף 63 לעיל, קיים חשש ממשי שאותו תאגיד יימנע מפרסום המחירים, ובכך עלולים להיפגע הציבור והתחרות. החשש הוא אפוא, שפרסום שברוב רובם של המקרים הוא חיובי ופרו-תחרותי, לא ייצא לפועל. בדומה לכך, סביר להניח שהתוצאה במקרים דומים רבים, תהיה הימנעות מפרסומים שטמונה בהם תועלת משמעותית ביותר, וזאת, גם כשהחשש התחרותי איננו מאוד משמעותי בסבירותו ובמשקלו, ובכל מקרה, נמוך מהתועלת הצפויה.

66. דוגמא פשוטה נוספת עשויה להתקיים למשל, במקרה שבו מתחרה בשוק יוצא במבצע שבמסגרתו הוא מבקש להעניק הנחות לצרכנים. ברי כי פרסום המבצע ייטיב עם הצרכנים, והוא אף עשוי לעודד מתן הנחות מצדם של מתחרים נוספים, ובכך להעצים את התחרות. ואולם, לנוכח טיוטת גילוי הדעת, עלולה להישאל השאלה, אם מדובר בהתבטאות לגיטימית בעיני הרשות. טיוטת גילוי הדעת אינה מספקת כלים להכרעה בנושא, והתוצאה אפוא, עלולה להיות קשה ומזיקה.

67. חשוב להבין, כי הבעיה המתוארת היא בעיה שמאפיינת באופן ספציפי את הנושא של התבטאויות פומביות. זאת, משום שהתבטאויות פומביות, על פי טיבן, הן התבטאויות שעשויות להצמיח תועלת לציבור, משום שיש בהן כדי להגדיל את כמות המידע שבידי הצרכנים ואת השקיפות הצרכנית. כלומר, חלק נכבד מההתבטאויות הפומביות הן התבטאויות שעשויות להיכנס תחת הקטגוריה של התבטאויות "דואליות".

68. על כן, הנזק הטמון בטיוטת גילוי הדעת עלול להיות משמעותי ביותר, משום שהיא צפויה להביא להימנעות מהתבטאויות רבות שעשויות להיות מועילות לציבור ולתחרות. קושי זה מקבל משנה תוקף, מפני שחלק מההתבטאויות הפומביות מהוות פרקטיקות בסיסיות ושכיחות ביותר בחיי העסקים, כפי שעולה, בין היתר, מהדוגמאות שהובאו לעיל.

תיקונים מוצעים לטיוטת גילוי הדעת

69. מבלי לגרוע מעמדתנו, שלפיה אין לממונה סמכות חוקית לאסור על התבטאויות פומביות, ומבלי לגרוע מיתר טענותינו הנוגעות לעצם פרסום טיוטת גילוי הדעת, הרי שככל שעמדתנו לא תתקבל, נבקש להציע מספר תיקונים לטיוטת האמורה. תיקונים אלו עשויים לצמצם במידת מה (אך בוודאי לא באופן מלא) את הפגיעה הצפויה כתוצאה מפרסום גילוי הדעת ולאזן אותו במקצת. יודגש עם זאת, כי מדובר ב"תרופה" חלקית בלבד, וודאי שלא בחלופה מיטבית. להלן אפוא, הצעותינו לתיקונים בטיוטת גילוי הדעת:

הצעה ראשונה: "חוף מבטחים" – מבחן המטרה, או, לחילופין בלבד – מבחן ההקשר והנחיצות

70. לטעמנו, יש ליצור "חוף מבטחים" בגילוי הדעת להתבטאויות שאין בצדן כוונה, כאמור בסעיפים 55-58 לעיל.

71. לחילופין בלבד, לנוכח האמור בסעיפים 59 לעיל, יש להחריג מתחולת גילוי הדעת את אותן התבטאויות שנאמרות **בהקשר לגיטימי ואשר נחוצות** באופן סביר באותו הקשר (ואשר אינן התבטאויות "עירוניות"). בהקשר זה האחרון, יש לאפשר **מרחב סבירות רחב**, כך שיובהר כי כאשר ההקשר הוא לגיטימי, רק חריגה מכוונת ומובהקת ממה שנחוץ באותו הקשר, תיחשב בעיני הרשות כהתבטאות פומבית אסורה.

72. כך, לשם המחשה, אין חולק כי התבטאות שנאמרת במסגרת דיון שנערך עם רשות שלטונית כזו או אחרת (ועדות הכנסת, רגולטורים וכיו"ב), היא התבטאות שההקשר שלה הוא לגיטימי. משכך, הצעתנו היא, כי התבטאות שנאמרת **בהקשר כזה**, כל עוד שאינה חורגת באופן בוטה (ומכוון) ממה שנחוץ לצורך הדיון, תוחרג מגילוי הדעת, ויובהר כי מדיניות הרשות היא שלא לנקוט בגינה באמצעי אכיפה.

הצעה שנייה: "חוף מבטחים" – התבטאויות במסגרת פרסומים לפי דין

73. כפי שפורט בסעיפים 49-54 לעיל, טיוטת גילוי הדעת עומדת לעיתים בסתירה לדינים אחרים. לטעמנו, פרסומים שנעשים **במסגרת** חובות גילוי לפי דין (לרבות כמובן, הוראות רגולציה) צריכים להיות מוחרגים מגילוי הדעת, אלא אם מתקיים סייג מסוים שיפורט להלן.

74. ברי, כאמור לעיל, כי פרסומים המחויבים ממש לפי דין אינם מהווים עבירה על החוק, וזאת לאור סעי' 13(1) לחוק. ואולם, היות שהדינים המחייבים גילוי, "מושכים" פעמים רבות לקיום גילוי רחב ככל שניתן, וכאשר לעתים קרובות תיחום המידע המדויק שיש לגלות במסגרת הדינים האמורים אינו חד-משמעי, הרי שלא ניתן לדרוש מתאגיד פלוני כי יפרסם רק את המינימום הנדרש על-פי חובת הגילוי, שכן כאמור, לעתים "מינימום" זה איננו חד משמעי. דרישה כזו עלולה להעמיד את מוסר המידע במצב בלתי אפשרי שבו הוא מבקש מצד אחד שלא להפר את חובת הגילוי, ומנגד, כל פרסום מעבר למינימום הנדרש (שלא ברור מהו), יעמיד אותו בחשיפה לטענת הגבל-עסקי.

75. על כן, לטעמנו, ומבלי לגרוע מהוראות סעיף 13(1) לחוק, כל פרסום שנעשה אגב פרסומים לפי דין צריך להיות מוחרג מגילוי הדעת, ובכל מקרה לא יבוא בגדר הסדר כובל, אלא אם ברור כי מדובר בחריגה מכוונת ומובהקת מהנדרש לאור חובת הגילוי.


הצעה שלישית: הבהרה כי אמצעי האכיפה בנושא יהיו מנהליים בלבד

76. מבלי לגרוע מטענותינו והצעותינו לעיל, אנו מציעים, למען הסדר הטוב, כי הרשות תבחר שהתבטאויות פומביות יטופלו באמצעי אכיפה מנהליים, כפי שעולה מהנחיות הרשות בדבר השימוש בהליכי אכיפה של **עיצומים כספיים**, ביחס לנושא של העברות מידע.¹⁵

סיכום

77. כמפורט בהרחבה לעיל, אנו סבורים כי, בניגוד להנחה העומדת בבסיס טיוטת גילוי הדעת, אין לממונה סמכות חוקית לאסור על התבטאויות פומביות, גם אם אלה לדעתו עלולות, בדרך כלשהי, לפגוע בתחרות. זאת, בין בשל העדר סמכות בחוק, ובין מטעמים חוקתיים, העומדים ביסוד שיטת המשפט הישראלית.

¹⁵ גילוי דעת 1/12: הנחיות רשות החגבלים העסקיים בדבר השימוש בהליכי אכיפה של עיצומים כספיים, הגבלים עסקיים 500250, פורסם ביום 24 ביולי 2012.



78. אנו סבורים כי לאור התמורות המשמעותיות שחלו לאחרונה בדיני ההגבלים העסקיים בישראל, יש להעניק לשוק הישראלי שהות על מנת להפנים שינויים אלה ולהטמיע אותם בפרקטיקת העבודה. בהוספת רגולציה נוספת ומכבידה, מבלי לבחון את השלכותיה של הרגולציה הקיימת, עלול להיגרם נזק רב ביותר לשוק הישראלי.

79. מכל מקום, ובמידה שעמדתנו חלילה לא תתקבל, אנו סבורים כי יש לכל הפחות להכניס בגילוי הדעת הסופי את השינויים שהוצעו על ידינו, כמפורט לעיל.

אנו סמוכים ובטוחים כי עמדתנו דלעיל תישקל בכובד ראש על ידיכם. מכל מקום, אנו סבורים כי יהיה נכון לקיים עמכם פגישה בנושא זה, על מנת לדון במשותף בטיטת גילוי הדעת ובהשלכותיה המשמעותיות על התעשייה בישראל.

