



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8358/21

לפני : כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ש' שוחט

העותרת : תן ביס.קו.איל בע"מ

נ ג ד

המשיבות : 1. רשות התחרות
2. הממונה על התחרות

עתירה למתן צו על-תנאי ובקשה למתן צו ביניים

בשם העותרת : עו"ד חגית בלייברג ; עו"ד נמרוד פראוור ; עו"ד
רון לוי

בשם המשיבות : עו"ד יצחק ברט

פסק-דין

השופטת ע' ברון:

1. העותרת בעתירה שלפנינו, תן ביס.קו.איל. בע"מ, היא חברה ישראלית שעוסקת בין השאר בהקמה ובתפעול פלטפורמה למתן שירותים שונים בענף המזון (להלן: תן ביס או החברה). בעתירה תוקפת תן ביס דרישה למסירת מידע שנשלחה לה מכוח סעיף 46(ב) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 מאת המשיבות 1 ו-2, רשות התחרות והממונה על התחרות (להלן: חוק התחרות, הרשות ו-הממונה, בהתאמה).

רקע הדרוש לעניין

2. בעקבות בדיקה שהרשות עורכת בנוגע לתחום ההזמנות והמשלוחים ממסעדות, ביום 27.6.2021 הופנתה לתן ביס דרישה למסירת מידע מכוח סעיף 46(ב) לחוק התחרות (להלן: הדרישה המקורית). מפאת חשיבותו לדיון, נביא את נוסחו של סעיף 46(ב) לחוק התחרות:

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

3. בדרישה המקורית תן ביס התבקשה להמציא לממונה שורה של חומרים ונתונים בנוגע לפעילותה, הכוללים בין היתר אזורי חלוקה ופרטים על המסעדות הפועלות בשיתוף עם החברה, תכתובות שונות, לרבות מסרונים, דוא"ל והודעות שנשלחו ביישומון וואטסאפ. לאחר שהתקיים שיג ושיח בין בא-כוחה של תן ביס ובין הרשות, האחרונה צמצמה במהלך חודש יולי 2021 את דרישת המידע שהופיעה בדרישה המקורית. כך שביחס לדרישות מסוימות הרשות הודיעה שלא תעמוד על מסמכים הנוגעים לחברת האם של תן ביס המאוגדת בהולנד, Just Eat (להלן: הדרישה המצומצמת, ו-חברת האם, בהתאמה). עוד הודיעה הרשות כי היא לא תעמוד על הדרישה להעברת תכתובות פנימיות של עובדי תן ביס, זאת למעט ביחס להנהלת החברה. ואולם, הרשות ציינה שהיא שומרת על זכותה לדרוש בהמשך את החומרים כפי שנתבקשו בדרישה המקורית.

4. במהלך חודש אוגוסט 2021 תן ביס העבירה לרשות חומרים שונים, ולאחר בחינתם התברר שאלו לא כללו פרוטוקולים של ישיבות הנהלה של החברה, חרף העובדה שבדרישה המצומצמת תן ביס נדרשה להעבירם. בחלוף מספר חודשים נערכה שיחה בין נציגי הרשות ובין נציגי החברה, במהלכה נציגי תן ביס מסרו שטרם הושלם המענה לדרישה המצומצמת, והסבירו שהפרוטוקולים של ישיבות הנהלה של החברה לא הועברו משום שהחברה אינה עורכת פרוטוקולים של ישיבות דירקטוריון או הנהלה.

בהמשך, ביום 16.11.2021 פנתה הרשות לתן ביס והורתה לה להעביר מסמכים נוספים, ובין היתר הורתה לחברה להעביר לעיונה פרוטוקולים של ישיבות דירקטוריון או הנהלה של חברת האם (להלן: הדרישה המורחבת). כעבור יומיים התקיימה שיחה טלפונית נוספת בין נציגי הצדדים, במסגרתה נציגי תן ביס הלינו על היקף הדרישה המורחבת, ובתגובה נציגי הרשות ציינו שהם מוכנים לשקול לצמצם את היקף המידע שנדרש. עם זאת, תן ביס לא מסרה הצעה חלופית לצמצום הדרישה המורחבת.

5. כעבור מספר ימים, ביום 29.11.2021, תן ביס שלחה לרשות מכתב שכותרתו "דרישה לביטול דרישת הרשות לקבלת נתונים". במכתבה, תן ביס טענה שהרשות לא מוסמכת לדרוש לקבל לעיונה מסרונים והודעות וואטסאפ מכוח סעיף 46(ב) לחוק התחרות, וכן טענה שהדרישה המורחבת לא עולה בקנה אחד עם תכליתו של חוק התחרות

ושהיא בלתי סבירה ובלתי מידתית. בהמשך לפניית החברה, ביום 2.12.2021 נערכה שיחה נוספת בין נציגי תן ביס ובין נציגי הרשות, במהלכה נציגי הרשות ציינו שאם תן ביס מתכוונת להשיב לדרישה המורחבת, הרשות תהיה מוכנה להעניק לה ארכה ליישום הדרישה ולדון על היקפה. מנגד, מטעמה של תן ביס נמסר שאין בכוונת החברה להעביר מענה נוסף לדרישה המורחבת. בסופו של דבר תן ביס התבקשה ליתן מענה לדרישה המורחבת עד ליום 7.12.2021.

על רקע האמור, תן ביס הגישה את העתירה שלפנינו ביום 6.12.2021 ובצידה בקשה למתן צו ביניים. למען שלמות התמונה יצוין שלאחר שהוגשה העתירה, נציגי הרשות פנו לחברה וצינו בפניה שהרשות עודנה מוכנה לנהל דיון בנוגע להיקף החומרים הנדרשים מהחברה.

העתירה ועיקרי טענות הצדדים

6. בפתח עתירתה תן ביס מדגישה שהדרישות שהופנו אליה נובעות מבדיקה שהרשות מנהלת ביחס לחברה אחרת שפועלת בשוק שבו היא פועלת, חברת וואלט אנטרפריז ישראל בע"מ. לגופו של עניין, תן ביס סבורה שהדרישה המורחבת וחלקים מהדרישה המקורית הוצאו בחוסר סמכות. תן ביס מפרטת וטוענת שסעיף 46(ב) לחוק התחרות לא מקנה למשיבות סמכות לדרוש מסמכים הנוגעים לחברה זרה שפועלת מחוץ לישראל, דוגמת חברת האם. לטענתה, המונח "אדם" שבסעיף 46(ב) לחוק התחרות לא מגלם התייחסות מעבר לישות המשפטית הרלוונטית שאליה מופנית דרישת המידע; וכי כאשר המחוקק רצה להרחיב את התייחסות המונח "אדם" הוא ציין זאת בצורה מפורשת. כך, למשל, מצינת תן ביס שבסעיף 26(א) לחוק התחרות שעניינו בסמכות הממונה להכריז על "אדם" כמונופולין, יש סעיף ייעודי המרחיב את משמעות המונח "אדם" – סעיף 26(ו) לחוק התחרות קובע שהמונח "אדם" שבסעיף 26 כולל "לרבות חברה ובנותיה, בנות של חברה אחת וכן אדם וחברה שהוא שולט בה".

כלומר, בהיעדר הרחבה דומה בהתייחס לסעיף 46(ב) לחוק התחרות, כך טוענת תן ביס, לא מוקנית למשיבות סמכות לדרוש מסמכים הנוגעים לחברות קשורות. עוד טוענת תן ביס שבניגוד לסעיף 46(א) לחוק התחרות, שלפיו הממונה רשאי "לדרוש מכל אדם... להתלוות אליו לחקירה ולמסור לו כל פרט, מסמך וידעה הנוגעים לאותה עבירה", סעיף 46(ב) לא מתיר לממונה לדרוש "כל פרט" ונוסחו מצומצם יותר. מכאן, תן ביס סבורה שהמחוקק לא התכוון להסמיך את הממונה או הרשות לדרוש מחברה שלא נחשדת בביצוע עבירה מסמכים פנימיים של חברה אחרת שאף היא לא נחשדת. בהקשר לכך, תן

ביס מדגישה שחברת האם היא אישיות משפטית נפרדת וכי עסקינן בדרישה לקבלת מסמכים פנימיים ורגישים של חברה זרה שייתכן שמכילים סודות מסחריים וחסינונות. משכך, תן ביס סבורה שבמקרה שבו הרשות חפצה במסמכיה של חברת האם, עליה לפנות אליה ישירות ולדרוש ממנה את המסמכים.

תן ביס מוסיפה וטוענת שלא הייתה לרשות סמכות לדרוש את הודעות הוואטסאפ והמסרונים שנמסרו לעיונה בעקבות הדרישה המקורית, וכי אין לה סמכות לדרוש חומרים דומים שנדרשו במסגרת הדרישה המורחבת. לטענתה של תן ביס, מסרונים והודעות וואטסאפ אינם מהווים "מסמך" כלשון סעיף 46(ב) לחוק התחרות. עוד טוענת החברה שמדובר בדרישה המגלמת פגיעה קשה בפרטיות עובדיה. מעבר לכך, תן ביס סבורה שיש לקבל את עתירתה מחמת חוסר הסבירות וחוסר המידתיות שבדרישה המורחבת. לבסוף, תן ביס מדגישה שדין העתירה להתקבל גם בשל העובדה שהחברה הסתמכה על ההסכמות המוקדמות שהושגו עם הרשות, ועל בסיסן לשיטתה הופקה הדרישה המצומצמת. לטענתה היא הסתמכה על ההבטחה המינהלית שניתנה לה בגדר הדרישה המצומצמת, והשקיעה בהתאם משאבים רבים וחשפה חומרים פנימיים רגישים; רק לאחר שחומרים אלה נמסרו לרשות, כך נטען, הרשות שינתה את החלטתה והרחיבה את דרישת המידע.

7. מנגד, המשיבות סבורות שדין העתירה להידחות על הסף בשל שלושה טעמים עיקריים. הטעם הראשון נעוץ בהיעדר ניקיון כפיים מצידה של תן ביס. לטענתן, החברה הפרה פעם אחר פעם את הוראות חוק התחרות ולא העבירה את המידע שנדרש ממנה במועד. וכאשר תן ביס בחרה להעביר מידע מסוים, היא עשתה זאת באופן חלקי ונדרשה להשלמת חומרים לאורך תקופה ארוכה. נוסף על כך, המשיבות טוענות שהעתירה לוקה באי-מיצוי הליכים – המשיבות מדגישות שהוצע לחברה להעביר הצעה לצמצום הדרישה המורחבת, אולם זו בחרה שלא לעשות כן. כפועל יוצא, המשיבות סבורות כי תן ביס מושתקת מלטעון כעת שהדרישה המורחבת בלתי סבירה, משעה שהיא נמנעה מלהציע חלופה סבירה יותר. עוד טוענות המשיבות שבהיבט מיצוי ההליכים תן ביס מעולם לא טענה שהרשות אינה מוסמכת לדרוש את הפרוטוקולים של ישיבות הנהלת חברת האם. מעבר לכך, המשיבות סבורות שיש לדחות את העתירה על הסף מחמת היותה תיאורטית. כאמור, בעתירה טוענת תן ביס שלמשיבות אין סמכות לדרוש חומרים הנוגעים למסרונים והודעות וואטסאפ; אולם, המשיבות מציינות שהחומרים הללו נמסרו על ידי החברה לפני מספר חודשים, והרשות כבר סקרה אותם ואף ביצעה מספר פעולות לאחר שבחנה את תוכנם. לטענת המשיבות, אם תן ביס סברה שהרשות אינה מוסמכת לעשות כן, היה

עליה לטעון זאת בעוד מועד; וכי בשלב זה, לאחר שהחומרים נבחנו, מדובר כמעשה עשוי שהסעד בעניינו תיאורטי.

לגופו של עניין, המשיבות מציינות כי תן ביס נדרשה לכתחילה להעביר פרוטוקולים משיבות ההנהלה והדירקטוריון שלה עצמה, ורק כאשר השיבה שאינה עורכת פרוטוקולים בשיבותיה היא נדרשה להעביר את הפרוטוקולים של חברת האם המצויים בידה ושניתנים להשגה באמצעים סבירים. לטענת המשיבות, ייתכן שהיה ניתן להסתפק במסירת פרוטוקולים של החברה, אולם משהוברר כי היא אינה מנהלת פרוטוקולים כאמור, לא הייתה למשיבות ברירה אלא לחפש נתיבים חלופיים לאיתור המידע הנדרש. בהקשר לכך המשיבות מבהירות שהיעדר ניהול פרוטוקולים מסודרים אינו "עיר מקלט" כלשונן, ולא מעניק לחברה הגנה מפני מסירת מידע לממונה. עוד טוענות המשיבות שסעיף 46(ב) לחוק התחרות מקנה לממונה שיקול דעת רחב, ובכלל זה מורה הסעיף שלממונה ישנה סמכות לדרוש מכל אדם מסמכים "שלדעת הממונה" יש בהם כדי להבטיח או להקל את ביצועו של חוק התחרות. המשיבות מדגישות שסעיף 45(ג)(1) לחוק התחרות מגדיר "מסמך" כ"לרבות חומר מחשב כהגדרתו בחוק המחשבים, התשנ"ה-1995", וחוק המחשבים מגדיר חומר מחשב בצורה רחבה, הכוללת בתוכה את המידע שהתבקש.

המשיבות מוסיפות ומבהירות, כי תן ביס לא התבקשה להעביר מסרונים והודעות וואטסאפ מעבר לאלו שכבר הועברו על ידה, ובכל מקרה לא מדובר בחומרים אישיים של עובדי החברה, אלא בחומרים מקצועיים בלבד. נוסף על כך, המשיבות טוענות שכבר במהלך השיח עם החברה הובהר לה שבדרישה המורחבת היא לא נדרשת להעביר מסמכים שהוחלפו בין עובדים זוטרים, אלא רק הודעות דוא"ל שהנהלת החברה צד להם. בתוך כך, המשיבות דוחות את הטענה שניתנה לתן ביס איזושהי הבטחה מינהלית מטעמן, ומפנות לכך שהרשות ציינה לאורך השיח עם החברה שהיא שומרת לעצמה את הזכות לדרוש את החומרים כפי שנדרשו בדרישה המקורית. לבסוף, המשיבות טוענות שדרישת המידע נושא העתירה היא סבירה ומידתית. זאת בשים לב לכך שבדיקת הממונה נוגעת להיבטים כלכליים מורכבים ועליה להיתמך במסד ראיתי מקיף, ובהיות כלל החומרים שנדרשו כאלה שיכולים לסייע ולשפוך אור על הנושאים הנבחנו.

8. ניתנה לתן ביס רשות להשיב לתגובת המשיבות, ובתשובתה תן ביס מדגישה שפעלה בתום לב ובניקיון כפיים לאורך כל הדרך. עוד מוסיפה החברה כי מיצתה הליכים טרם שהגישה את עתירתה, ולטענתה המשיבות מתעלמות משיחות ותכתובות רבות שהתקיימו בין הצדדים. בתוך כך, תן ביס סבורה שהטענה כי לא ניסתה להגיע להסכמות

בנוגע לצמצום הדרישה המורחבת, אין מאחוריה ולא כלום. לשיטתה, הרשות לא הביעה כל רצון או נכונות להגיע להסכמות בנושא, אלא עמדה פעם אחר פעם על קיום הדרישה המורחבת ואף עשתה כן בלוחות זמנים לא סבירים. עוד מציינת תן ביס שהרשות לא נתנה הסבר מניח את הדעת מדוע החליטה לחזור בה מהחלטה ביחס לדרישה המצומצמת.

נוסף על כך, תן ביס סבורה שאין לקבל את טענת המשיבות כי הסעד בנוגע לחומרים שנמסרו הוא תיאורטי. בהקשר זה תן ביס מדגישה שבמועד שבו החומרים הועברו לרשות, תן ביס נסמכה על ההחלטה המצומצמת ולכן הסכימה להעבירם, אף שסברה שמדובר בדרישה נעדרת סמכות וסבירות; והכל נעשה לטענתה מתוך מטרה להגיע לפתרון מוסכם עם הרשות. בעניין זה סבורה תן ביס שמרגע שהרשות חזרה בה מהדרישה המצומצמת, אין באפשרותה לטעון במקביל למעשה עשוי הנסמך על אותן הסכמות. לבסוף, החברה טוענת שרק במסגרת תגובת המשיבות לעתירה צומצמה הדרישה המורחבת ונתחמה להודעות דוא"ל שהנהלת החברה צד להם. בנוגע לכך תן ביס מדגישה שבשום שלב הרשות לא הסכימה ולא העלתה אפשרות לצמצום הדרישה וכי צמצומה בשלב זה מעיד כשלעצמו על היעדר סבירותה.

דיון והכרעה

9. לאחר עיון בעתירה, בתגובת המשיבות ובתשובת תן ביס, על נספחיהן, באנו לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות על הסף בהיעדר עילה להתערבותנו.

ראשית, מתגובת המשיבות עולה כי תן ביס לא עמדה בחובתה למצות הליכים בסוגיה נושא העתירה, משעה שטרם הגשתה היא לא העלתה כל טענה הנוגעת לעצם סמכותה של הרשות לדרוש חומרים הנוגעים לחברת האם. מטעם זה דינן של טענות החברה בעניין זה להידחות על הסף. שנית, בענייננו, לא מצאנו כי נפל פגם בדרישת המשיבות ובאופן מימוש סמכות הממונה, לא כל שכן פגם המצדיק את התערבותנו; מה גם שעוד לא נאמרה המילה האחרונה בנדון, בהינתן העובדה שנראה שטרם מוצה השיח בין העותרת למשיבות. הממונה היא הגורם המוסמך, בעלת המומחיות המקצועית הייחודית האמונה על יישומו של סעיף 46 לחוק התחרות, וסעיף זה מקנה לממונה סמכות לדרוש מידע אם היא סבורה שיש בו כדי להבטיח או להקל על ביצועו של חוק התחרות. סמכות הממונה לדרוש מידע היא כלי חיוני המסייע לה לאסוף נתונים וחומרים, ובכך מאפשרת קבלת החלטות באופן מושכל ובהתבסס על מידע רלוונטי.

נקודת המוצא לדיון בביקורת שיפוטית על רשויות מינהליות המפעילות סמכויות אכיפה כבענייננו, היא שלגורמי האכיפה מסור שיקול דעת רחב בכל הנוגע להפעלת סמכויות אלה. בהתאם, בית משפט זה לא יתערב בנקל בהחלטה מינהלית של גורמי אכיפה, אלא במקרים חריגים בלבד (בג"ץ 5961/21 מוחסן נ' שר הבינוי והשיכון, פסקה 13 (1.11.2021)). הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר פעולת האכיפה כרוכה בשיקולים מקצועיים מובהקים המצויים בגרעין שיקול הדעת הרגולטורי המוקנה לרשות המוסמכת ושקילתם מצריכה מומחיות מיוחדת (בג"ץ 6274/11 חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר, פסקה 11 (26.11.2012)). מבלי לקבוע מסמרות באשר לסמכות הממונה לדרוש מידע הנוגע לחברה זרה, היעדרם של פרוטוקולים סדורים מצידה של תן ביס ספק אם יכול להקנות לה חסינות מהעברת חומרים המצויים ברשותה או ניתנים להשגה באמצעים סבירים ונוגעים לחברת הא"ם. על רקע זה ובנסיבות דנן, ניתן להבין את עמדת המשיבות כי דרישת החומרים הנוגעים לחברת הא"ם נובעת מכך שאין ביכולתה של תן ביס לספק פרוטוקולים משיבות ההנהלה שלה עצמה. אמנם ייתכן שבמסירת חומרים אלה נפגע במידה מסוימת אינטרס של חברת הא"ם; אולם, ובלא לקבוע מסמרות, נראה שעל פניו נדרש לאזן אינטרס זה אל מול אינטרס הציבור בקיומו של הליך ממצה ושלם בבדיקת הרשות. זאת על מנת שתוגשם באופן ראוי התכלית העיקרית העומדת ביסוד חוק התחרות – שמירה על התחרות החופשית במשק ואכיפה של דיני התחרות.

10. טרם סיום יוער כי רשמנו לפנינו את נכונותן של המשיבות לשוב ולדון עם תן ביס בנוגע להיקף החומרים הנדרשים ממנה. טוב יעשו הצדדים אם ישובו לנסות ולהגיע להסכמות, ולו ביחס לעיקרי הדברים.

11. לנוכח האמור, העתירה נדחית על הסף וממילא נדחית גם הבקשה למתן צו ביניים. תן ביס תישא בהוצאות המשיבות (הרשות והממונה) בסך 5,000 ש"ח.

ניתן היום, ט' בשבט התשפ"ב (11.1.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט