



רשות ההגבלים העסקיים

החלטה בדבר אי מתן פטור מאישור הסדר כובל להסכם שבין שירותי בריאות כללית, מור – המכון למידע רפואי בע"מ ותל-בר תעשיות למוסדות בריאות בע"מ לבין מכבסת שלג חדרה (1985) בע"מ ומכבסת מסד בע"מ

1. פתח דבר

לפני בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק"), להסדר שבין שירותי בריאות כללית (להלן: "כללית"), מור – המכון למידע רפואי בע"מ (להלן: "מכון מור") ותל-בר תעשיות למוסדות בריאות בע"מ (להלן: "תל-בר") לבין מכבסת שלג חדרה (1985) בע"מ (להלן: "שלג") ומכבסת מסד בע"מ (להלן: "מסד") (שלג ומסד להלן ביחד: "המכבסות").

כפי שיפורט להלן, ביום 14 ביוני 2009 קיבל הסכם פשרה בין הצדדים תוקף של פסק דין של בית המשפט העליון במסגרת בג"צ 6798/05 (להלן: "הסכם הפשרה"). במסגרת הסכם הפשרה תל-בר התחייבה להפסיק את פעילותה בתחום הכיבוס וכללית (שהינה בעלת השליטה בתל-בר) התחייבה להימנע מלפעול בתחום הכביסה, בין בעצמה ובין באמצעות חברות שבשליטתה.

ביום 19 לאוגוסט 2009 הצדדים שינו את ההסדר וקבעו כי תל-בר תוכל ליתן שירותי כביסה לכללית ולמוסדותיה, אך לא לגורמים אחרים. עוד נקבע כי אם כללית תפר התחייבותה שלא לפעול בתחום שירותי הכביסה, בין בעצמה ובין באמצעות חברות שבשליטתה, היא תשלם למכבסות פיצוי מוסכם ללא הוכחת נזק בגובה 2 מיליון ₪ (להלן גם: "ההסדר").

לאחר שבחנתי את ההסדר ואת הכבילות המצויות בו, נועצתי בוועדה לפטורים ולמיזוגים וקיבלתי את עמדת משרד הבריאות בנושא שוכנעתי, כי מהטעמים שיפורטו להלן, ההסדר אינו ראוי לפטור לפי סעיף 14 לחוק.

2. הרקע להסדר

ביום 14 ביולי 2005 המכבסות הגישו עתירה למתן צו על תנאי כנגד מדינת ישראל – משרד הבריאות, שר הבריאות, שר האוצר, הממונה על הגבלים עסקיים, כללית, מכון מור ותל-בר (בג"צ 6798/05) (להלן: "העתירה"). המכבסות טענו במסגרת העתירה כי החזקתה של כללית בבעלות בתל-בר,¹ חברה העוסקת במתן שירותי כביסה וגיהוץ למוסדות בריאות, מנוגדת להוראות סעיף 29(ב1) בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (להלן: "חוק ביטוח בריאות ממלכתי"), בנוסחו דאז, אשר קבע כי קופת חולים לא תחזיק בתאגיד אשר פעילותו אינה "בתחום הבריאות בלבד".

¹ הכללית מחזיקה ב-100% ממניות מכון מור, המחזיק ב-100% ממניות תל-בר.

ביום 25 בפברואר 2008 ניתן פסק דין של בית המשפט העליון,² במסגרתו העתירה התקבלה. בית המשפט העליון קבע כי בהגדרת "תחום הבריאות" יש לכלול פעילויות בעלות זיקה ברורה וישירה להספקת שירותי בריאות וכן פעילויות בעלות זיקה מקצועית ברורה לתחומים רפואיים, וכי שירותי כביסה וגיהוץ למוסדות בריאות אינם נכללים בהגדרה זו. בהתאם, הורה בית המשפט העליון לכללית למכור את אמצעי השליטה שלה בתל-בר תוך 12 חודשים מיום מתן פסק הדין.

כללית לא עשתה כן, וביום 17 בפברואר 2009 המכבסות הגישו בקשה לפי פקודת בזיון בית משפט, בה טענו כי כללית הפרה את פסק הדין ולא מכרה את אמצעי השליטה שלה בתל-בר (להלן: "**בקשת הביזיון**").

סמוך למועד שנקבע לדיון בבקשת הביזיון, הצדדים הגיעו להסכמה, אשר ייתרה את הצורך בדיון בבקשת הביזיון. במסגרת הסכם הפשרה שגובש בין הצדדים, תל-בר הצהירה כי היא משכה את כל הצעותיה במכרזים למתן שירותי כיבוס (סעיף 4 להסכם הפשרה); כמו כן תל-בר התחייבה לסיים עד ליום 31 באוגוסט 2009 את התקשרויותיה למתן שירותי כביסה עם הכללית ומוסדותיה וכן עם בתי החולים איכילוב, אלישע, שהם, אסף הרופא ולניאדו (להלן: "**בתי החולים החיצוניים**") ולחדול מפעילות הכיבוס (סעיף 5 להסכם הפשרה). בנוסף, בסעיף 6 להסכם הפשרה הכללית התחייבה שהיא "תמנע מלספק שירותי כביסה בעצמה ו/או באמצעות חברה המצויה בשליטתה במישרין ו/או בעקיפין, לכל גורם ו/או צד שאינו קשור אליה בקשרי בעלות במישרין ו/או בעקיפין". ביום 14 ביוני 2009 הצדדים הגישו לבית המשפט העליון בקשה משותפת, בהסכמת באת כוח המדינה, למחיקת בקשת הביזיון ולמתן תוקף של פסק דין להסכם הפשרה. בו ביום נתן בית המשפט העליון תוקף של פסק דין להסכם הפשרה.

כשבוע לאחר מכן, ביום 23 ביוני 2009 התקבל בכנסת תיקון מס' 44 לחוק ביטוח הבריאות הממלכתי (להלן: "**תיקון לחוק ביטוח הבריאות הממלכתי**").³ במסגרת התיקון לחוק ביטוח הבריאות הממלכתי, הוסף לחוק סעיף 29(ב1) לחוק. הסעיף מתיר לקופת חולים להחזיק אמצעי שליטה בתאגיד אחר, אף אם פעילותו אינה בתחום הבריאות, ובלבד שעיסוקו של התאגיד האחר הוא אספקת שירותי עזר משקיים בתחומי הפעילות של קופת החולים או בית החולים ("**תאגיד אחר**"). החזקת אמצעי שליטה בתאגיד אחר הותנתה בשלושה תנאים מצטברים: (א) קופת החולים מחזיקה במלוא אמצעי השליטה בתאגיד אחר; (ב) עיקר פעילותו של התאגיד האחר הוא אספקת שירותים לאותה קופת חולים או לבתי חולים שבעלותה; (ג) ניתן היתר לכך מאת שר הבריאות ושר האוצר.

למעשה, סעיף זה מהווה תיקון לסעיף 29(ב1) לחוק, אשר קבע כי קופת חולים, לרבות הכללית, רשאית להחזיק אמצעי שליטה בתאגיד אחר שפעילותו בתחום הבריאות בלבד. הוספת סעיף 29(ב1) מאפשרת לקופת חולים הכללית להחזיק אמצעי שליטה בתל-בר וזאת בהתקיים התנאים האמורים.

² בג"צ 6798/05 מכבסת שלג חדרה (1985) בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות (פורסם בנבו, 25.02.2008).

³ ס"ח תשס"ט מס' 2201, מיום 29.6.2009, עמ' 148.

3. תיאור ההסדר

ביום 19 באוגוסט 2009 חתמו הכללית, מכון מור, תל-בר והמכבסות על הסכם שהוכתר על ידם "תיקון מס' 1 להסכם הפשרה". במסגרתו, הסכימו הצדדים לשנות את סעיף 5 להסדר הפשרה, כך שחלף התחייבותה של תל-בר לסיים את התקשרויותיה עם כללית, מוסדותיה ובתי החולים החיצוניים, תחול התחייבותה לסיים את ההתקשרויות עם בתי החולים החיצוניים בלבד, והובהר כי לא יהיה בכך בכדי למנוע ממנה לספק שירותי כיבוס לכללית ולמוסדותיה. עוד נקבע, כי אם כללית תפר את ההתחייבות שבסעיף 6 להסכם הפשרה (לפיו היא מצהירה כי תימנע מלספק שירותי כביסה לגורמים חיצוניים) היא תשלם למכבסות סך של 2,000,000 ₪, כדמי נזק קבועים ומוערכים מראש, בלי צורך בהוכחת נזק. תניות אלו לא הוגבלו בזמן.

יובהר כבר עתה, כי השינוי שערכו הצדדים בהסכם הפשרה, נעשה בין הצדדים לבין עצמם, לא הוגש לאישור בית המשפט וממילא לא קיבל תוקף של פסק דין. יתירה מכך, עד למועד זה לא הובא ההסכם בפני מערך ההגבלים העסקיים, האמון על אישור הסדרים כובלים.

ביום 29 במרץ 2012 ניתן לכללית ולמכון מור היתר בהתאם להוראות סעיף 29(ב1) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, החתום בידי שר האוצר ושר הבריאות להחזקת אמצעי השליטה בתל-בר (להלן: "היתר השרים"). במסגרת היתר השרים נקבע, בין היתר, כי תל-בר תהא רשאית לעסוק אך ורק במתן שירותי כביסה, ארכוב, מכירת טקסטיל וסטריליזציה, לרבות הכנת ערכות סטריליות, למוסדות שעיסוקם בתחום הבריאות וכי לפחות 80% מפעילותה של תל-בר יהיו אספקת שירותים בתחומים אלו לכללית. משמע, החל מאותו מועד התאפשר לכללית להחזיק אמצעי שליטה בתל-בר וכן לספק, באמצעות תל-בר, שירותים בתחום הכיבוס לגורמים נוספים, מלבד כללית, בשיעור של עד 20% מפעילותה.

4. השפעת ההסכם על התחרות

לאחר שבחנתי את בקשת הפטור, הגעתי לכלל מסקנה כי אין בידי להיעתר לבקשה.

כזכור, הסכם הפשרה גובש וקיבל תוקף של פסק דין על-ידי בית המשפט העליון, במציאות משפטית בה חוק ביטוח בריאות ממלכתי, בהתאם לפסק הדין שניתן בעתירה, לא אפשר לכללית להחזיק בתל-בר. מכאן, שבמועד בו קיבל הסכם הפשרה תוקף של פסק דין, תל-בר ממילא לא יכלה להתחרות במכבסות בשל המניעות החוקיות לפעילותה.

שונים הם פני הדברים במצב המשפטי השורר כיום. המניעה שהייתה קיימת בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, ואשר בעטיה ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בעתירת המכבסות וגובש הסכם הפשרה, אינה קיימת עוד. **כיום, הכללית רשאית להתחרות במכבסות, באמצעות תל-בר, במתן שירותי כיבוס למוסדות רפואיים.**

מכאן, ששינוי הסכם הפשרה, אשר מאפשר לתל-בר להעניק שירותי כביסה למוסדות הכללית, אך אוסר עליה להעניק שירותים אלו למוסדות חיצוניים ואף מוסיף וקובע פיצוי מוסכם בסך 2 מיליון ₪ בגין הפרת התחייבות זו, מהווה שינוי מהותי בהסדר אשר ראה לפניו בית המשפט העליון בשעתו: כיום, לא ניתן עוד לקבוע כי עיקרו של ההסדר בין הצדדים אינו בהפחתת

התחרות או במניעתה. למעשה, ההפך ההוא הנכון. ההסכם ששונה הינו הסדר כובל מובהק. המדובר בהסדר "עירוס", שנועד למנוע תחרות בין הצדדים לו. הסדרים מסוג זה נחשבים לפסולים מעיקרם (per se).⁴ כאמור, השינוי מעולם לא הובא בפני ערכאות שיפוטיות ולא כל שכן בפני מערך ההגבלים העסקיים שבידו הסמכות לאשר הסדרים מסוג זה.

מסד טענה בפניי, כי ההסדר שהובא לאישורי קיבל תוקף של פסק דין של בית המשפט העליון, ומשכך היא סבורה כי אין עילה שבדין לבחינתו מחדש, ואין למאן דהוא (לרבות הממונה) סמכות לדון בו מחדש. כמתואר לעיל, אין בידי לקבל עמדה זו.

ההסדר שהובא לאישורי אינו עוד אותו הסכם הפשרה שקיבל תוקף של פסק דין על-ידי בית המשפט העליון. ראשית, הסדר הפשרה שונה על ידי הצדדים, אשר הוסיפו לו תניות חדשות שלא היו קיימות בהסכם הקודם (דוגמת הסכמה לאפשר לתל-בר לפעול במוסדות הכללית וקביעת פיצוי מוסכם בגין הפרת התחייבותה של תל-בר שלא להתחרות על בתי חולים חיצוניים), תניות שמשמעותן התחרותית רבה.

זאת ועוד, במועד אישור הסכם הפשרה, חוק בריאות ממלכתי לא אפשר לתל-בר להעניק שירותי כביסה לגורם כלשהו (הגם שברקע הדברים עמדה כבר הצעת החוק). כיום, משתוקן חוק בריאות ממלכתי וניתן היתר השרים לפעילותה של תל-בר במוסדות חיצוניים, לא ניתן להצדיק את ההסדר שמונע מתל-בר להתחרות במוסדות החיצוניים ובוודאי שלא ניתן לזהות אותו עם הסדר הפשרה.

סופו של דבר, מאז אושר הסדר הפשרה חלו התפתחויות שהפכו אותו לשונה באופן מהותי מההסדר המונח לפניי. מצד אחד, שונה החוק וניתן היתר השרים למתן שירותי כביסה לגורמים חיצוניים. בכך רוככו משמעותית האיסורים שחלו בזמנו על כללית ונסללה הדרך לתחרות. מן הצד השני, הוחמרו ההגבלות על התחרות המופיעות בהסדר (הגבלות שכאמור לא אושרו אלא על ידי הצדדים עצמם). במצב דברים זה, הרי שבניגוד לטענת מסד כאילו "הלכה למעשה לא חל כל שינוי בהסדר – ודאי לא שינוי מהותי", ההסדר המונח לפניי כעת שונה באופן מהותי מהסכם הפשרה המקורי.

סעיף 14(א) לחוק קובע כי הממונה רשאי ליתן פטור מהחובה לקבל אישור מבית הדין להגבלים עסקיים להסדר כובל אם השתכנע בהתקיימם של שני תנאים מצטברים: התנאי הראשון הוא כי ההסדר אינו מגביל את התחרות בחלק ניכר מהשוק, או אינו פוגע פגיעה של ממש בתחרות בשוק, ואילו התנאי השני הוא כי עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו. ואולם, במקרה דנן הגעתי לכלל מסקנה כי לא ניתן עוד לקבוע כי עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ולפיכך, התנאי השני, בו מותנית סמכותי להעניק את הפטור המבוקש, אינו מתקיים. משאלו הם פני הדברים, לא מתקיים התנאי הקבוע בסעיף 14(א)(2) לחוק ההגבלים העסקיים ומשכך, אין מקום למתן פטור להסדר המובא בפניי.

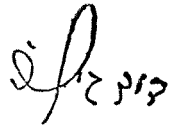
⁴ הי"ע (מחוזי י-ם) 8008/03 ארד בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (פורסם בנבו, 24.01.2005).

5. סוף דבר

לאור האמור לעיל, הגעתי לכלל מסקנה כי ההסדר שלפני אינו עומד באמות המידה הקבועות בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, ומטעם זה אין ההסדר ראוי לפטור.

פרופ' דיויד גילה

הממונה על הגבלים עסקיים

 דיויד גילה

ירושלים, ב' שבט תשע"ג

13 ינואר 2013