

5891 100
111

הודעה על פטור בתנאים מאישור הסדר כובל

לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בתוקף סמכותי לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן - החוק), אני מודיע כי ביום ה' בתשרי התשס"ו (9 באוקטובר 2005) החלטתי לפטור בתנאים את הצדדים להסדר מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדרים כובלים שפרטיהם כלהלן:

מס'	שמות הצדדים להסדר	מהות הכבילה	הנכס/השירות
5980	קמע ליצוג הקמעונאים בישראל בע"מ קמעונאים החברים בה	ניהול משא ומתן משותף מול ספקים ונותני שירותים	מסחר ושירותים

פטור זה ניתן בתנאים שלפיהם, בין השאר, קמע תתקשר בהסכם פרטני עם כל אחד מחבריה, המסמך אותה לשאת ולתת בשמו עם ספקים ונותני שירותים, נוסח ההסכם יובא לאישור מוקדם של הממונה. קמע וחבריו קמע יקיימו הפרדה מלאה ומוחלטת, בין ניהול המשא ומתן המשותף באמצעות קמע ובין פעילותם המסחרית האחרת.

תוקפו של פטור זה עד יום י"ז בתשרי התשס"ז (9 באוקטובר 2006).

בהתאם לסעיף 15(א) לחוק, נתונה החלטתי זו לערר לפני אב בית הדין להגבלים עסקיים על ידי איגוד עסקי, ארגון צרכנים או כל אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל שעליו ניתן הפטור.

החלטת הפטור פתוחה לעיון הציבור בתיק פטור מס' 5980, במשרד רשות ההגבלים העסקיים, רח' כנפי נשרים 22, ירושלים, בשעות העבודה הרגילות.

כ"ז בתשרי התשס"ו (30 באוקטובר 2005)
(חמ 41-3)

דרור שטרם

הממונה על הגבלים עסקיים

1 ס"ח התשמ"ח, עמ' 128; התש"ס, עמ' 113.

הודעה על פטור בתנאים מאישור הסדר כובל

לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בתוקף סמכותי לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן - החוק), אני מודיע כי ביום ה' בתשרי התשס"ו (11 באוקטובר 2005) החלטתי לפטור בתנאים את הצדדים להסדר מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדרים כובלים שפרטיהם כלהלן:

מס'	שמות הצדדים להסדר	מהות הכבילה	הנכס/השירות
5891	איגוד בתי אבות (להלן - א.ב.א.) מעונות החברים בו	ניהול משא ומתן משותף מול משרדי הממשלה הצורכים את שירותי האשפוז	שירותי אשפוז לקשישים

פטור זה ניתן בתנאים שלפיהם, בין השאר, א.ב.א. יסכים לייצג באופן שווה כל מעון שהוא בעל רישוי כדין לצורך הענקת שירותים למשרדים בלא אבחנה שבין מעונות החברים בו ובין מעונות שאינם חברים בו. המשא ומתן ינוהל בשני תחומים בלבד המפורטים בהחלטה.

בהתאם לסעיף 15(א) לחוק, נתונה החלטתי זו לערר לפני אב בית הדין להגבלים עסקיים על ידי איגוד עסקי, ארגון צרכנים או כל אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל שעליו ניתן הפטור.

החלטת הפטור פתוחה לעיון הציבור בתיק פטור מס' 5891, במשרד רשות ההגבלים העסקיים, רח' כנפי נשרים 22, ירושלים, בשעות העבודה הרגילות.

כ"ז בתשרי התשס"ו (30 באוקטובר 2005)
(חמ 41-3)

דרור שטרם

הממונה על הגבלים עסקיים

1 ס"ח התשמ"ח, עמ' 128; התש"ס, עמ' 113.



רשות ההגבלים העסקיים

2.11.05

ירושלים,

5891

פטור מספר

לכבוד

הממונה על חקיקת משנה

משרד המשפטים

רחוב צאלאח א-דין

ירושלים

הנדון: הודעה בעניין פטור מאישור הסדרים כובלים לפרסום ברשומות

מצ"ב הודעה על פטור מאישור הסדר כובל לפרסום ברשומות, לפי סעיף 14 (ג) לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח – 1988.

בכבוד רב ובברכה,

צפורה נחמו, עו"ד

רשמת הגבלים עסקיים

העתק: כבוד אב בית הדין להגבלים עסקיים, ביהמ"ש המחוזי, רחוב צאלאח א-דין, ירושלים



רשות ההגבלים העסקיים

הודעה על פטור בתנאים מאישור הסדר כובל לפי חוק

ההגבלים העסקיים התשמ"ח – 1988

בתוקף סמכותי לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן – החוק), אני מודיע כי ביום ח' בתשרי תשס"ו (11 באוקטובר 2005) החלטתי לפטור בתנאים את הצדדים להסדר מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדרים כובלים שפריטיהם כלהלן:

מספר	שמות הצדדים להסדר	מהות הכבילה	הנכס / שרות
5891	איגוד בתי אבות (להלן: "א.ב.א") מעונות החברים בו	ניהול מו"מ משותף מול משרדי הממשלה הצורכים את שירותי האשפוז	שירותי אשפוז לקשישים

פטור זה ניתן בתנאים לפיהם, בין היתר, א.ב.א יסכים לייצג באופן שווה כל מעון שהינו בעל רישוי כדין לצורך הענקת שירותים למשרדים ללא אבחנה בין מעונות החברים בו ושאינם חברים בו. המשא ומתן ינוהל בשני תחומים בלבד המפורטים בהחלטה.

בהתאם לסעיף 15 (א) לחוק, נתונה החלטתי זו לערר בפני אב בית הדין להגבלים עסקיים על ידי איגוד עסקי, ארגון צרכנים או כל אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל שעליו ניתן הפטור. החלטת הפטור פתוחה לעיון הציבור בתיקי פטור מס' 5891 במשרד רשות ההגבלים העסקיים, רחוב כנפי נשרים 22, ירושלים, בשעות העבודה הרגילות.


ד"ר שמואל שלב

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, כ"ז תשרי תשס"ו
30 באוקטובר 2005

¹ ס"ח התשמ"ח, עמ' 128; התשי"ס, עמ' 113.



רשות ההגבלים העסקיים

ירושלים, ח' תשרי תשס"ו

11 אוקטובר 2005

פטור: 5891

בפקס: 03-6951104

בפקס: 03-7528931

לכבוד

פרופ' דן שניט עו"ד

יועץ משפטי א.ב.א.

רחוב רמבה 7

רמת-גן 52587

לכבוד

חנן מלצר עו"ד

משרד מלצר ושות'

רחוב קפלן 2

תל-אביב 64734

הנדון: החלטה בעניין פטור מאישור הסדר כובל בין הצדדים: איגוד בתי אבות -

מעונות, בתי חולים סעודיים ואח'

הנני מתכבדת להעביר אליכם את החלטת הממונה על הגבלים עסקיים, לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח - 1988, בדבר מתן פטור מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדר כובל שבין הצדדים בנדון.

בכבוד רב ובברכה,

א/ צפורה נחמו, עו"ד
רשמת הגבלים עסקיים



רשות ההגבלים העסקיים

החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור חלקי בתנאים מאישור הסדר כובל להסדר שבין איגוד בתי אבות ומעונות החברים בו

א. פתח דבר

בפניי בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים"), להסדר שהצדדים לו הם איגוד בתי אבות (להלן: "א.ב.א") וכ-100 מעונות החברים בו (להלן: "המעונות החברים") המספקים שירותי אשפוז לקשישים. עניינו של ההסדר – ניהול משא ומתן משותף של המעונות החברים, באמצעות א.ב.א, מול משרדי הממשלה הצורכים את שירותי האשפוז: משרד הבריאות (האגף לגריאטריה) ומשרד הרווחה (השירות לזקן) (להלן יחדיו: "המשרדים"). במהלך דברים רגיל ניהול משא ומתן משותף מול רשויות השלטון, אף שנתון הוא לתחולת חוק ההגבלים העסקיים, נהנה מן האמור בגילוי דעת 1/00: שיתופי פעולה בין מתחרים בפעולה מול רשויות שלטון (להלן: "גילוי הדעת")¹. אולם במקרה דנא, המצב שונה באשר המשא ומתן המשותף אינו נעשה מול המשרדים בכובעם כרגולטור - זרוע של הריבון המסדירה את כללי המשחק בשוק ואינה צד בו. במקרה זה המשרדים הם לקוחות, צרכנים: הם רוכשים באופן שוטף מהמעונות שירותי אשפוז לקשישים.

הפטור המבוקש עניינו במשא ומתן משותף לגבי סוגיות שונות העולות מנוסחו האחיד של הסכם שמבקש כל אחד מהמשרדים לערוך עם המעונות החברים.

בחנתי את ההסדר ואת הכבילות המצויות בו, ואת השפעתם האפשרית על התחרות בשוק הרלוונטי. לאחר שנועצתי בועדה לפטורים ולמיזוגים, וכן במשרד הבריאות, משרד הרווחה ומשרד האוצר, שוכנעתי כי יש להעניק פטור לחלקים בלבד מתוך המבוקש, ולא לניהול משא ומתן משותף באופן גורף, לגבי מכלול העניינים המסחריים המתעוררים. מבדיקה שנערכה נמצאו שני תחומים מוגדרים שמשא ומתן משותף בעניינם אינו צפוי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק. לגבי שני אלה – שוכנעתי כי עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו. התחומים בהם מדובר הם: עניינים המצויים בסמכותם הרגולטורית של המשרדים; ותניות בהסכמים עם המשרדים הנטענות להיות "מקפחות" ואשר דיון בעניינן אינו טומן בחובו ניהול משא ומתן מסחרי, הכל כמפורט בסיפא להחלטתי זו.

¹ 2000 הגבלים עסקיים 3007119.



רשות ההגבלים העסקיים

2

ב. רקע להסדר

קשישים רבים בישראל נצרכים לשירותי אשפוז הניתנים על ידי מעונות דוגמת המעונות החברים – בתי אבות, בתי דיור מוגן ובתי חולים סיעודיים. חלק מהקשישים מממנים את השירות בכוחות עצמם (לקוחות פרטיים). אחרים, שידם אינם משגת, שוהים במעונות במימון המדינה. המדינה בוחנת את זכאותם, גובה מהם השתתפות כספית בהתאם ליכולתם, ורוכשת עבורם שירות את השירות מהמעונות, כך שהמשא ומתן המסחרי נערך בין המעון למדינה.

בפועל, רוכשים המשרדים יחדיו חלק משמעותי מן המיטות במעונות: משרד הרווחה רוכש כ-40% מהמיטות במעונות המורשים לזקנים; משרד הבריאות רוכש כ-75% מסך המיטות הסיעודיות במעונות מורשים. המשרדים רוכשים את השירותים מהמעונות אשר מוכנים לספק להם שירותים אלה בתעריף שאימצו. או אז יכול הקשיש לבחור מעון מתוך רשימת המעונות עימם התקשרו המשרדים המצויים באזור הגיאוגרפי הרצוי עבורו.

ואולם, המשרדים אינם רק לקוחות הרוכשים שירותים מאת המעונות. בנוסף, חובשים הם גם כובע של הגורם המסדיר (רגולטור) מטעם המדינה ועל פי דין את הכללים שיחולו – בסמכותם בחוק לקבוע את הכללים והתנאים להפעלת המעונות, סטנדרטים שונים בהם נדרשים המעונות לעמוד, וכן רשאים הם לפקח על פעילותם.

לאחרונה ביקשו המשרדים להתקשר בהסכמים חדשים עם המעונות מהם רוכשים הם שירותים-המעונות החברים ומעונות אחרים. במסגרת ההסכמים החדשים יעוגנו תניות כגון נוהלי פיקוח מטעם המשרדים, שמירת מקום המאושפז במעון, השירותים הניתנים לקשישים במעון, הוראות באשר לאחזקת המעון ותפעולו, חובות ביטוח, הסדרת התמורה, הוראות למקרה של הפרת ההסכם, מנגנוני בוררות, וכיוצא באלה הוראות והסדרים שונים ומגוונים.

ההסכם שהפיץ משרד הרווחה למעונות היה העילה לעתירה שהגיש א.ב.א. לבית הדין לחוזים אחידים, לאחר ששר המשפטים הכיר בו כארגון לקוחות², לפי חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, לעניין ההסכמים בין המעונות והמשרדים. בקשתו של א.ב.א. לפטור כוללת מסגרת התדיינות זו, אך היא רחבה מכך: המעונות החברים מבקשים לנהל משא ומתן משותף עם שני המשרדים, ולא על תנאים מקפחים בלבד, אלא לגבי ההסכמים בכללותם.

² המונח "לקוח" לצורך חוק החוזים האחידים שונה ממובנו הנפוץ. "לקוח" לפי סעיף 2 לחוק זה הוא מי שספק מציע לו שהתקשרות ביניהם תהיה לפי חוזה אחיד, ואחת היא אם הוא המקבל או הנותן של דבר. "ספק" הינו מי שמציע שהתקשרות עימו תהא לפי חוזה אחיד, ואחת היא אם הוא הנותן או המקבל של דבר.



רשות ההגבלים העסקיים

3

ג. השפעת ההסדר על התחרות

פעילותם של איגודים עסקיים - כללי

פעילות במסגרת של איגוד עסקי, אף כי מנתבת היא מתחרים לפעילות משותפת, אינה עולה בהכרח כדי הסדר כובל כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים: הקמת מוסדות הכשרה מקצועית, פרסום גנרי לעידוד הצריכה של סוג מוצר או שירות שבאספקתם עוסקים המתחרים - אינם מהווים כשלעצמם הסדר כובל. הוא הדין לעיתים בשיתוף פעולה בין מתחרים שנועד לגרום לנקיטת פעולה כלשהי בידי רשות שלטונית³. ואולם, מקרים אחרים מהווים הסדרים כובלים מובהקים: ניהול משא ומתן מסחרי מול רשויות שלטון⁴, הגשת תביעת סרק משפטית משותפת נגד לקוח או ספק, שמטרתה או תוצאתה המסתברת לאלצו להסכים לתנאים מסחריים אותם דורשים התובעים - המתחרים⁵, או מקום בו איגוד עסקי קובע או ממליץ לחבריו על קו פעולה העלול למנוע או להפחית את התחרות⁶.

במקרה זה עסקינן בהתנהלות משותפת של גורמים מסחריים מול המשרדים הרוכשים שירותים מהמעונו, והמאטריה היא מסחרית במהותה. עמד על כך לאחרונה בית המשפט העליון, בהחלטתו בעקבות ערעור שהגיש משרד הבריאות. משרד הבריאות ערער על החלטת בית המשפט המחוזי לפיה עליו לחשוף בפני א.ב.א. (המשיבה באותו מקרה), מכוח חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998, מידע הנוגע לאופן בו מגבש התעריף שישלם משרד הבריאות למעונו:

"בענייננו, המדינה היא בגדר רוכשת שירותים, ושנויה במחלוקת בינה לבין המשיבה וחבריה השאלה, כמה תשלם המדינה עבור יום אשפוז אותו היא רוכשת. זו המסגרת בה נערך השימוע. אין המדובר בקביעת תעריף על פי דין, אלא בגיבוש המחיר בו תקנה המדינה שירותים מחברי המשיבה, אם יסכימו חברי המשיבה או מי מהם למכור שירותים למדינה במחיר שהמדינה תהיה מוכנה לשלם. במסגרת מסחרית זו דורשת המשיבה מהמדינה להתפשט עירום ועריה, לרבות מסירת טיוטות החישוב, בעוד היא שומרת לעצמה, בשלב זה את כל הקלפים קרוב לחזה"⁷.

עם זאת, ההסכמים לרכישת השירותים, כוללים, בין היתר, גם אספקטים רגולטיביים מסויימים. כך, לדוגמא, מבקש משרד הבריאות לחייב את המעונו, במסגרת ההסכמים, בהיקף כוח אדם השונה מן הנדרש לפי התקנות הקיימות בעניין כיום. זאת, כאשר המשרד מתעתד לשנות את התקנות ולקבוע חובות חדשות אלה בדיון, כך שאחד מתנאי הסף לקבלת רישיון ממשרד הבריאות

³ בהתקיים תנאים מסויימים כמפורט בגילוי הדעת.

⁴ ראה סעיף 2.3 לגילוי הדעת (ה"ש 2).

⁵ ראה סעיף 2.6 לגילוי הדעת (ה"ש 2).

⁶ ראה סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים.

⁷ ע"מ 1825/02, מדינת ישראל - משרד הבריאות נ' איגוד בתי אבות - א.ב.א., תק-על 2002(1), 790.



רשות ההגבלים העסקיים

4

יהא עמידה בתקן כוח האדם החדש. מדובר, אם כן, בסוגיה בעלת אופי רגולטיבי. ואולם, לשינוי זה עשויות להיות השלכות כספיות בתפעול המעונות.

במסגרת עירוב זה בין הנושאים, הרגולטורי - נורמטיבי, המסחרי ה"נגזר" והמסחרי ה"מובהק", מבקשים המעונות המתחרים, לשתף פעולה ביניהם בניהול משא ומתן. מכאן בקשת הפטור.

עיקר החששות התחרותיים בענייננו

המעונות החברים מרכזים יחדיו כשליש מהיצע המיטות בבתי אבות, בבתי דיור מוגן ובמוסדות סיעודיים בארץ. שיתוף הפעולה בין המעונות עלול לפגוע בתחרות במספר דרכים:

א. המשרדים מבקשים, בשלב זה, לקבוע תעריף קבוע לרכישת השירותים, או מספר רמות תעריף, לפי רמת השירות הניתן. מדובר בסוג של תיאום מחירים, אף שאין בו כדי לבטל את התחרות לגמרי⁸.

א.ב.א מייצג, כאמור, כשליש מן ההיצע בשוק (במונחי מיטות). ישנם אזורים גאוגרפיים בהם מייצג א.ב.א את כל המעונות הקיימים. במצב כזה – יכול א.ב.א לסרב להתקשר עם המשרדים, אם לא ישופרו התנאים המסחריים. מצב זה, המאפשר הפעלת כוח שוק במקרים מסוימים, עלול לפגוע בתחרות בין המעונות החברים. המשרדים יאלצו לשלם יותר עבור השירותים, או שיזכו לשירותים נחותים באותו מחיר, דבר אשר יפגע גם בקשישים החוסים במימון המשרדים. בנוסף, ניהול משא ומתן משותף שכזה, המוביל לכיוון האחדת מחירים ושירות, עלול לפגוע בתמריצי המעונות החברים להתייעל, אם המעונות הפחות יעילים "יכתיבו את הטון" בתוצאות המשא ומתן. השפעה זו עשויה לחלחל למעונות שאינם חברים בא.ב.א⁹.

ב. החלפת מידע בין המעונות החברים באשר לעלויותיהם השונות, בתחום שהינו עיקר פעילותם – אספקת שירותי אשפוז לקשישים, עלולה לפגוע בתחרות ביניהם גם לגבי פלח הלקוחות הפרטיים, אשר רוכשים שירותים ממעונות שונים וביניהם גם המעונות החברים.

ג. בכוונת משרד האוצר לקבוע הליך של מכרז לרכישת השירותים על ידי המשרדים. אם המעונות החברים יכירו את נתוניהם המסחריים הפרטניים של המעונות החברים המתחרים בהם, אפשר כי הדבר יסכל במידה רבה את ההליך התחרותי-מכרזי המתוכנן.

⁸ גם מקום בו המחיר המוצע הוא קבוע, יתכן כי מעון יסכים להציע למשרד סל שירותים רחב יותר מהמינימום הנדרש על פי דין - תחרות על טיב השירות, רוחב השירות, תנאים מסחריים נוספים הנלווים אל התמורה ועוד כיוצא באלה היבטי שירות אחרים.



רשות ההגבלים העסקיים

5

טענת "כוח מאזן"

אחד הטעמים אותם העלה א.ב.א למתן פטור בהקשר זה היה הפיכת א.ב.א ל"כוח מאזן" מול המשרדים, הנהנים, לטענתו, מכוח שוק מונופסוני כרוכשים עיקריים בשוק. נקודת מוצא לבחינת טענה זו היא כי "כוח מאזן" אינו מילת קסם המצדיקה כל חבירה בין מתחרים אל מול חוליה אנכית בעלת כוח. טעם עיקרי לכך ימצא בעובדה כי לעיתים אין ביצירת כוח נגדי להביא לשיווי משקל תחרותי יותר המשתרש לצרכן, אלא לתופעה של מרווח כפול ("double marginalization") המרע עם הציבור.

כך, נשקלה על ידי בעבר טענה זו כשיקול אחד מבין מכלול שיקולים ולא כנימוק מכריע המחייב מתן פטור אוטומטי. בהחלטה קודמת, בעניין ניהול משא ומתן משותף של חברי התאחדות המלוונות בישראל מול תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים¹⁰ (להלן: "פרשת התאחדות המלוונות") קבעתי כך:

"אין להבין מהאמור, כי תמיד קיימת הצדקה לניהול משא ומתן קולקטיבי מול תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים. נחיצותו של משא ומתן קולקטיבי צריכה להיבחן בכל מקרה לפי נסיבותיו, בשים לב, בין השאר, למספרם של המשתמשים המבקשים לחבור למסגרת משא ומתן משותפת, לכושר המיקוח היחסי של כל אחד מהם ולמידת הנטייה לתיאום (מפורש או משתמע), הקיימת ביניהם. לכך מצטרף סייג עקרוני: לא בכל מקרה בו מתבקש ניהול משא ומתן קולקטיבי מול גוף בעל כוח שוק, תהא לכך הצדקה. הדבר תלוי במאפייני השוק והסכנה הרובצת מנגד היא, כי חלף שיווי משקל מעין תחרותי יישאר שיווי המשקל המונופוליסטי על כנו, ותשתנה רק חלוקת העושר בין הגורמים המבקשים לחבור למסגרת ניהול משא ומתן משותפת ובין הגוף בעל כוח השוק.

כמו כן, על מנת שיוענק למשא ומתן קולקטיבי פטור מאישור הסדר כובל, לא די בכך שיש טעם לגיטימי לעריכתו, ועל הצדדים לשכנע את הממונה כי בנסיבות העניין, משא ומתן כאמור אינו מקים חששות תחרותיים של ממש."

בפרשת התאחדות המלוונות ניתן בסופו של דבר פטור לשיתוף הפעולה, לאחר שנמצא כי הוא מתייחס לרכיב שולי יחסית בעסקי הצדדים שאינו יכול להוות בסיס להאחדת התנאים המסחריים שהם מציעים הלאה, ללקוחותיהם. בהתחשב בכך, נמצא כי החששות לפגיעה בתחרות נחלשו באופן משמעותי - הן החשש ליצירת כוח שוק לחוברים יחדיו (כוח מונופסוני באותו מקרה) והן החשש לתיאום ולגלישת שיתוף הפעולה לתחומים אחרים.

⁹ חשש נוסף שהתעורר הוא כי א.ב.א ייצג, במסגרת המשא ומתן המשותף, אך ורק גופים החברים בו. אם כך יהא - המעוונות החברים בו עלולים לזכות ביתרון תחרותי לא הוגן על פני המעוונות שאינם חברים בו.

¹⁰ החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין התאחדות המלוונות בישראל - לבין בתי המלון בישראל החברים בה שעניינו ניהול משא ומתן משותף עם תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים; 2002 הגבלים עסקיים 3015709.



רשות ההגבלים העסקיים

6

בענייננו המצב שונה. אף אם נניח כי למשרדים כוח משמעותי על פני המעונות, דבר שאינו ודאי, אין בכך כדי להצדיק מתן אפשרות לחלק משמעותי מהמתחרים בשוק לפעול כגוף אחד, בתחום שהינו ליבת פעילותם – מכירת שירותי אשפוז. פעילות משותפת שכזו, כאמור, מעלה חששות ניכרים לפגיעה בתחרות: הן במישור המחיר ויתר התנאים המסחריים אשר יוצעו למשרדים וללקוחות הפרטיים; והן במישור רמת השירות לקשישים הממומנים על ידי המשרדים. לפיכך, לא שוכנעתי כי יש בשיקול זה, כשלעצמו, כדי להצדיק מתן פטור במקרה זה לניהול המשא והמתן המבוקש על כל גזרותיו ומקטעיו, אלא לכל היותר לגבי חלקים מתוחמים בו, שהצדקתם תפורט להלן.

מהות המשא והמתן ורמת החששות לפגיעה תחרותית בגינו

כמבואר לעיל, עיקר החששות התחרותיים מונח בשיתוף הפעולה בין המעונות החברים בהקשר המסחרי. בהתאם לנתוניו הספציפיים של כל מעון צפוי הוא לקבוע את מדיניותו התחרותית - המחיר אותו יגבה מלקוחותיו והיקף ורמת השירותים אותם יציע במחיר זה. מהותה של התחרות בכך שכל גורם יקבע את מדיניותו באופן עצמאי, בלי שיתאם זאת עם מתחריו, לא במישרין - בתיאום קרטליסטי ישיר; ואף לא בעקיפין - באמצעות פלטפורמות משותפות בהן עולה לדיון משותף נושא המחיר שיגבו כולם או תנאים מסחריים אחרים. שיתוף שכזה בין מתחרים עלול להביא לקפאון תחרותי ולהאחדת התנהגות של מתחרים. עם זאת, לא כל שיתוף פעולה בין המעונות החברים מעלה חששות מהותיים לפגיעה תחרותית שמפניה בא הדין להגן. האמור חל בענייננו על שני סוגי עניינים:

א. סוגיות רגולטוריות

כאשר פעילות משותפת של מתחרים נועדה להביא את הרשות לנקוט בפעולה שלטונית מצידה, ואף מקום בו פעולה שלטונית זו מפחיתה את התחרות, הרי שהפגיעה התחרותית הינה תוצר של ההחלטה השלטונית – ריבונית. עמד על כך קודמי בגילוי הדעת שפרסם בעניין זה:

"לא פעם מכוונת הפעילות המשותפת לגרום לכך שהרשויות תנקוטנה פעולות המפחיתות את התחרות. דוגמאות לכך הן פעולות שיובילו לחקיקת חוק שיקבע תנאים או יטיל מגבלות על עיסוק במקצוע מסוים; פעולות שמטרתן קביעה של תקן לשיווקו של מוצר או שירות; פניה לרשויות האכיפה או לערכאות על-מנת שימנעו את נוכחותו בשוק של מתחרה לא-חוקי או מתחרה המבצע מעשים לא חוקיים, וכיוצא באלה. המשותף לפעולות אלה, שהתוצאה מפחיתה התחרות היא תוצר של פעולה שלטונית-ריבונית של הרשות. במקרים אלה הפעילה הרשות את סמכותה השלטונית, מקום בו מצויה סמכות כזו בידה, וקבעה הסדר המפחית את התחרות; הם מצויים מחוץ לאיסור הקבוע בחוק ההגבלים



רשות ההגבלים העסקיים

7

העסקיים, הואיל ולא הצדדים להסדר הם שקבעו את הפעולה הפוגעת בתחרות אלא הרשות בהפעילה סמכות שלטונית ריבונית¹¹

ואולם רציונל זה אינו שייך לענייננו. פשוט הוא כי המצב שונה מקום בו שיתוף הפעולה בין המתחרים הוא זה אשר בפני עצמו פוגע בתחרות, ללא תלות בהחלטת הרשות השלטונית. כך, לדוגמא, מקום בו מתחרים מסכימים ביניהם שלא להיקשר בהסכם עם הרשות, אלא אם הרשות תשנה את התעריף המשולם על ידה, או תנאי מסחרי אחר. במצב שכזה ה"חרם" המוטל על ידם הוא זה אשר פוגע בתחרות, ועובדת הפנייה לרשות בהקשר זה אינה "מכשירה" פגיעה תחרותית זו המהווה חרם פסול ואסור per se על פי דיני התחרות. כך גם החלפת מידע מסחרי או תכניות פעולה בין מתחרים תוך כדי פנייה לרשות, עשויה להפוך את הפנייה המשותפת לרשות, אף אם היא לגיטימית כשלעצמה, לפוגעת בתחרות. כך לדוגמא, אם המעונות יתאמו את תגובתם המסחרית לשינוי הרגולטורי המבוקש - מי ישא בעלויות דרישות רגולטוריות חדשות שיוטלו, האם יידרש פיצוי כספי בגין ומה גובה הפיצוי שידרשו- יהווה הדבר פגיעה מובהקת ואסורה על פי חוק ההגבלים העסקיים.

בשל האמור, מצאתי לנכון לפטור את ניהול המשא והמתן המשותף באמצעות א.ב.א, כל עוד משא ומתן זה מוגבל לסוגיות שהן במסגרת הסמכות הרגולטורית של המשרדים, ומבלי שנדון או מוחלף מידע באשר להשלכות המסחריות של אותן סוגיות על החלטות המעונות השונים בדבר התנהגותם המסחרית בשוק. בניהול משא ומתן שכזה אין משום חשש לפגיעה של ממש בתחרות, אין עיקרו בהפחתת התחרות ואין בו כבילות שאין נחוצות למימוש עיקרו.

כל חלק במשא ומתן מול המשרדים אשר טומן בחובו דין ודברים ו/או החלפת מידע באשר לסוגיות מסחריות, לרבות סוגיות מסחריות הנובעות או עשויות לנבוע מעניינים בתחום הרגולטורי, עלול, כאמור, לעורר חששות תחרותיים משמעותיים ולכן אין מקום להעניק לו פטור.

ב. תניות מקפחות

המשא והמתן נשוא בקשת הפטור כולל, בין היתר, ניהול הליך בפני בית הדין לחוזים אחידים. כאמור, א.ב.א הגיש עתירה לבית הדין לחוזים אחידים, שעניינה ההסכם האחיד שהפיץ משרד הרווחה, לאחר ששר המשפטים הכיר בו כארגון לקוחות לפי סעיף 16 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: "חוק החוזים האחידים") לעניין ההסכמים עם המשרדים.

ככלל, העובדה כי הסדר שעלול לעלות כדי הסדר כובל נערך אגב התדיינות בפני ערכאה שיפוטית אינה, כשלעצמה, הופכת באופן אוטומטי את ההסדר למותר. כך, לדוגמא, לא כל הסדר פשרה המושג בעקבות הליך משפטי, מותר לפי דיני ההגבלים העסקיים. התייחסו לכך המלומדים

¹¹ בסעיף 3 לגילוי הדעת.



רשות ההגבלים העסקיים

8

Bellamy & Child בספרם European Community Law of Competition בהקשר של סעיף 81 לאמנת רומא, הקובע את האיסור על הסדרים כובלים בדין האירופאי:

"It is yet undecided whether a judicial settlement reached before a national court which constitutes a judicial act can be invalid for breach of Article 81(1). In *Bayer v. Süllhöfer*, the Court of Justice considered a no-challenge clause in an agreement which had been entered into to settle a dispute about the validity of certain industrial property rights. The Court rejected the argument, advanced by the Commission, that such a clause should be regarded as compatible with Article [81(1)] when it is included in an agreement to settle pending court proceedings provided that the existence of the industrial property right in question was genuinely in doubt. There, the clause was part of an out-of-court settlement and the Court of Justice stated: "Article [81(1)] makes no distinction between agreements whose purpose is to put an end to litigation and those concluded with other aims in mind." The wider question of the application of Article 81(1) to judicial settlements was expressly left open."¹²

כך היה גם בפרשת ארד - מדי - ורד. במקרה זה, אף שהצדדים הסכימו על אי תחרות ביניהם במסגרת פשרה במהלך הליך בפני בית המשפט העליון, פנו הצדדים לקבלת אישור להסדר הכובל מבית הדין להגבלים עסקיים, בקשה אשר נדחתה בסופו של יום על ידי בית הדין.¹³

באשר להתדיינות לגבי תניות מקפחות - הרציונל לאפשר הגשת עתירה משותפת נגד גורם המבקש לקבוע תניות מקפחות בחוזה אחיד הוא רציונל חשוב המשקף את מטרת חוק החוזים האחידים. חוק זה נועד להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים¹⁴, כאשר "לקוח" לעניין חוק החוזים האחידים הוא מי שמנסים להתקשר עימו בחוזה אחיד, בין אם הוא המוכר או הרוכש¹⁵. ההנחה היא כי "לקוח" בודד יתקשה להביא את בעל החוזה האחיד לשנותו. כאשר ה"לקוחות" מתאגדים יחדיו, יש בידיהם כוח רב יותר לביטול הקיפוח.

ככלל, ככל שכוח מצרפי זה מופנה אך לביטול הקיפוח, ומבלי שאגב הדיון בסוגיית הקיפוח יתפתח דיון סביב פן מסחרי כלשהו שעשוי להיות שונה בין המעונות, איני סבור כי יש למנעו. המחוקק הביע דעתו בדבר חשיבותה של מטרה זו. כך, לדוגמא, טען א.ב.א. במסגרת עתירתו כי התנייה לפיה על המעונות לפעול בהתאם להנחיות הממשלה כפי שתתפרסמה מעת לעת, מבלי שניתנה

¹² Bellamy & Child, *European Community Law Of Competition*, Sweet & Maxwell, 5th ed. (2001), para. 2-026, p.57.

¹³ ה"ע 8008/03 ארד בע"מ ואח' נ' הממונה על הגבלים עסקיים ואח', 2005 הגבלים עסקיים 5000065.

¹⁴ סעיף 1 לחוק החוזים האחידים.

¹⁵ לפי הגדרת "לקוח" ו"ספק" בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים, ראה גם ה"ש 2 לעיל.



רשות ההגבלים העסקיים

9

למעונות אופציה לדרוש עדכון התמורה, היא תניה מקפחת. לגישתי, עצם הדיון בשאלה, האם תנייה זו היא מקפחת אם לאו אינו מעלה חששות משמעותיים לפגיעה בתחרות.

ואולם, חבירה זו בין המתחרים, אף אם מטרתה היא ביטול הקיפוח, עלולה לגלוש אל עבר משא ומתן מסחרי משותף לכל דבר ועניין. דיון במשותף במסגרת משא ומתן מסחרי מעלה, כאמור, חששות תחרותיים משמעותיים. חששות תחרותיים אלו הופכים את העתירה המשותפת וההתנהלות במסגרתה ולשם קידומה להסדר כובל. כך, לדוגמא, טוען א.ב.א, כי תנאי האשראי שקבע משרד הרווחה מקפחים. אין פסול בכך שבית הדין לחוזים אחידים יקבע, לבקשת א.ב.א, כי סעיף האשראי כפי שנקבע בחוזה הוא מקפח. עם זאת, אם אגב הדיון יפתח משא ומתן בשאלה מה הם תנאי האשראי הראויים, הרי שזוהי סוגיה מסחרית לחלוטין, שכל מעון עשוי להביע בה עמדה אחרת. בשל כך, "ייצוג" המעונות על ידי א.ב.א בסוגיה זו צפוי לפגוע בתחרות- ועל כן הינו אסור בתכלית.

"מדרון חלקלק" זה בין המותר לאסור יימצא גם בהיבט אחר של העתירה שהגיש א.ב.א לבית הדין לחוזים אחידים: א.ב.א טוען כי העובדה שמשרד הרווחה לא הבהיר כי הוא ישא בתוספת התשלום הנדרשת לטיפול בקשישים עצמאים ותשושים שהפכו סיעודיים במהלך שהותם במעון, עד להסדרת העברתם לאישפוז סיעודי, מהווה תנאי מקפח. אף אם יש צדק בטענה כי התנאי הינו מקפח, הרי הדיון על החלופה לביטולו (אם יוחלט כי הינו אכן מקפח) עלולה להוביל להאחדת עמדות מסחריות שאינה מוצדקת: אין כל הכרח כי עמדת המעונות, לו היו מתמודדים עם סוגיית התוספת באופן עצמאי, היתה אחידה. התקיפה המשותפת בהקשר זה עשויה להביא להאחדת התנאים המסחריים שידרשו המתחרים, וכתוצאה מכך - לפגיעה ישירה בתחרות.

בהתחשב באמור לעיל, מצאתי לנכון להעניק פטור להתדיינות המשותפת בבית הדין לחוזים אחידים ככל שהתדיינות זו אינה טומנת בחובה היבטים כלשהם של משא ומתן מסחרי. כניסה לסוגיות מסחריות פרטניות, בדבר גובה התמורה הראויה או מרכיביה (ימי אשראי הראויים וכיוצא באלה) במסגרת מגעים לפשרה, גישור או בכל דרך אחרת, יוצרת האחדת התנאים המסחריים שיציעו המעונות. בהתחשב בנתח השוק המצרפי של המעונות החברים, ובכך שהאחדת תנאים זו עלולה לחלחל אף ליתרת השוק, חשש זה הינו חשש משמעותי לפגיעה בתחרות.

בנוסף לחששות התחרותיים המפורטים לעיל, שדי בהם כדי למנוע מתן פטור גורף במקרה זה, לא שוכנעתי כי משא ומתן משותף גורף, כמבוקש, עומד בדרישת הנחיצות. יתכן שיש אמנם תועלת מסוימת בניהול משא ומתן עם גורם אחד במקום עם 100 מעונות בודדים, ואולם תועלת זו, שאף המשרדים לא מצאו אותה כמצדיקה מתן פטור, ניתנת להשגה, לפחות לגבי חלק מן העניינים, גם בדרכים אחרות. כך, לדוגמא, המשרד הרלוונטי וא.ב.א, בשם המעונות החברים, יכולים להסכים להעביר את סוגיית ההשלכות המסחריות של שינוי רגולטורי מסוים על התעריף הקבוע שישלם המשרד להכרעתו של בורר מומחה. אם בידי הבורר המומחה, על פי שיקול דעתו המלא, תהיה



רשות ההגבלים העסקיים

10

גישה מלאה לנתונים ולמידע מכל מעון בנפרד ובכפוף ליתר תנאי החלטתי זו, על פניו, בנסיבות העניין, תושג היעילות המבוקשת מבלי לעורר חשש לפגיעה בתחרות.

ד. סוף דבר

לאחר שנועצתי בועדה לפטורים ומיזוגים, ראיתי לנכון להשתמש בסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, ולהעניק, בכפוף לתנאים שיפורטו להלן, את הפטור המבוקש למשא ומתן משותף של המעונות החברים, באמצעות א.ב.א, **בשני תחומים בלבד** :

I. משא ומתן לגבי דרישות של המשרדים הכלולות בהסכמים ואשר למשרד שהוא צד להסכם בו מדובר סמכות לקבוע דרישות אלה בדין.

למען הסר ספק מובהר בזה, כי אין באמור משום היתר לא.ב.א לנהל משא ומתן על קביעת תעריף זהה או שינוי תעריף כאמור, או קביעת פיצוי בסכום זהה לחבריו או לכל חלק מהם, או לקבוע, אגב משא ומתן כאמור, תנאים מסחריים אחידים שיעניקו חבריו או כל חלק מהם, בין אם קביעה כאמור תחייב את המעונות ובין אם תהא בגדר המלצה בלבד ;

II. במסגרת דיון בבית הדין לחוזים אחידים יהיה א.ב.א רשאי לטעון ולהוכיח כי תניה הכלולה בהסכמים היא מקפחת. ואולם, א.ב.א לא יהא רשאי לגבש, לקבוע או להציג לגבי חלופה לתנאי מקפח - עמדה אחידה בכל עניין שבו עשוי מעון מאלה המיוצגים על ידו, או קבוצת מעונות כאמור, להביע עמדה שונה הנסמכת על שונות בנתוניו המסחריים.

וזאת בתנאים הבאים :

1. א.ב.א יסכים לייצג, לעניין המשא והמתן נשוא החלטתי זו, באופן שווה, כל מעון שהינו בעל רישוי כדין לצורך הענקת שירותים למשרדים (להלן: "מעון"), ללא אבחנה בין מעונות החברים בו ושאינם חברים בו.
2. כל מעון יהא חופשי, בכל שלב, לפי שיקול דעתו הבלעדי, לבחור האם הוא מיוצג על ידי א.ב.א אם לאו, האם להתקשר עם מי מהמשרדים אם לאו, והאם לפעול בהתאם להסכמות שהושגו בין א.ב.א לבין המשרדים, או לפעול שלא בהתאם להסכמות אלה.
3. המעונות, באמצעות א.ב.א או בכל אופן אחר, לא ינהלו משא ומתן משותף עם המשרדים בעניינים החורגים מהתחומים המפורטים בסעיפים I ו-II לעיל.
4. א.ב.א, לרבות כל מי מטעמו, לא יורה, ימליץ ו/או ינחה את המעונות או את מי מהם, להתקשר או שלא להתקשר עם מי מהמשרדים, והכל במישרין או בעקיפין.



רשות ההגבלים העסקיים

11

5. א.ב.א, לרבות כל מי מטעמו, לא יעשה שימוש בטענה או בעמדה מסחרית, כי המעונות או מי מהם לא יחתמו עם מי מהמשרדים על ההסכם, או כי יורה או ימליץ להם להימנע מחתימה, כאמצעי לחץ על מי מהמשרדים להגיע להסכמות עימו, והכל במישרין או בעקיפין.
6. המעונות לא יעבירו ביניהם מידע בדבר נתונים מסחריים, ולא יעבירו מידע כאמור לא.ב.א, והכל במישרין או בעקיפין. א.ב.א לא יבקש ולא יקבל מהמעונות להעביר לידיו, ו/או למי מטעמו נתונים מסחריים.
7. א.ב.א לא ימנע, ולא יורה, ינחה או ימליץ למעונות המיוצגים על ידו להימנע, מהעברת נתונים מסחריים כלשהם מהמעונות למשרדים או לבורר מומחה שימונה.
8. כל ספק בדבר תחולת או פרשנות תנאים אלה יובא להכרעת הממונה.
- בתנאים אלה:

"נתונים מסחריים" – נתונים, ידיעות ו/או כל מידע אחר בדבר מחירים, עלויות, כמויות, ו/או לקוחות, והכל במישרין או בעקיפין.

"המשרדים" – משרד הבריאות (האגף לגריאטריה) ו/או משרד הרווחה (השירות לזקן).

בהתאם לסעיף 15(א) לחוק ההגבלים העסקיים נתונה החלטתי זו לערר בפני אב בית הדין להגבלים עסקיים על ידי איגוד עסקי, ארגון צרכנים או כל אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל עליו ניתן הפטור.

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ח' בתשרי תשס"ו

11 באוקטובר 2005



רשות ההגבלים העסקיים

הועדה לפטורים ולמיזוגים
החלטות

(2)

מועד הועדה: 29.9.05 שעה: 11:00

מניעות: תמר הקר מנועה
בפטור: 6161 : סלקום ישראל – אמצע שיווק מוצרי חשמל
בפטור: 6103 : רשת – שידורי קשת
רונה אורליצקי מנועה במיזוג: 6173 : מעריב – הוצאת מודיעין – רייטינג מדריך הפנאי
בפטור: 6175 : מת"ב – לאומי – פועלים
בפטור: 6103 : רשת – שידורי קשת
בפטור: 6161 : סלקום – אמצע
בפטור: 5891 : איגוד בתי אבות

בועז שורץ מנוע במיזוג 6172 – סאיטקס

בפטור 6161 – סלקום – אמצע

בקשות מיזוג במסלול הירוק

בפני חברי הועדה הוצגו בקשות המיזוג וחוות הדעת של המחלקה הכלכלית בבקשות כלהלן:

מס' תיק	הצדדים למיזוג	כלכלן
6151	המחסן המרכזי כפר השעשועים בע"מ ד"ר בייבי בע"מ	טל
6159	ארכיב לשנות האלפיים בע"מ ארכיב ירושלים בע"מ	זיו
6168	התנועה מ.תובלה שותפות כללית עמק חפר אגודה שיתופית חקלאית של משקי עובדים לתובלה בע"מ מאיר משאיות תובלה 2002 בע"מ	כרמית
6172	סאיטקס ויזן בע"מ HEWLETT PACKARD COMPANY	יובל
6173	מעריב - הוצאת מודיעין בע"מ רייטינג - מדריך הפנאי של כולם בע"מ	יובל

רח' כנפי נשרים 22 ת.ד. 34281, ירושלים 91341 טלפון: 6556111-02 פקס: 6515330-02

308525

28

6177	ישראלביג אגודה שיתופית חקלאית בע"מ א.י. ביג בע"מ - ישרלייזר רעים 2000 אגש"ח בע"מ	זוהר
------	-------------------------------------------------------------------------------------	------

החלטות

חברי הועדה ממליצים לאשר את הבקשות הנ"ל כאמור בחו"ד הכלכליות

בקשות מיזוג

בפני חברי הועדה הוצגו בקשות המיזוג וחוות הדעת של המחלקה הכלכלית בבקשות כלהלן:

מס' תיק	הצדדים למיזוג	כלכלן
6093	שטראוס עלית מחוץ לבית בע"מ אינטרפרק בע"מ	טל

החלטה

בהמשך לדיון מיום 15.9.05 חברי הועדה ממליצים לאשר בתנאים את בקשת המיזוג הנ"ל כאמור בחו"ד הכלכלית. כמו כן ממליצים להוסיף תנאי לפיו חברת אינטרפרק תיידע את הגורמים הרלוונטיים בתחום הקפה לשוק המוסדי את דבר מחויבותה לספק מנגנון שבת בתוך שלושה חודשים וכן מחויבותה למתן שירות טכני למכונות הקפה בהן התקינה את מנגנון השבת, בתנאים זהים או מיטיבים לתנאי הסכם השירות עם עלית.

6174	תאגיד עובדי ארקיע (2005) בע"מ ג'ורדש אינטרפייז אינק החברה לאחזקת כנף בע"מ כנף ארקיע נתיבי אויר ושירותי תעופה בע"מ כנף (השקעות בתעופה) בע"מ ARKIA TRAVEL GmbH (Europe)	כרמית
------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------

החלטה

חברי הועדה ממליצים לאשר את בקשת המיזוג הנ"ל כאמור בחו"ד הכלכלית

בקשות פטור

בפני חברי הועדה הוצגו בקשות הפטור וטיוטא של החלטות הממונה בבקשות כלהלן:

מס' תיק	הצדדים	בטיפול	הנכס / השירות
6169	התנועה מ. תובלה שותפות כללית עמק חפר אגודה שיתופית חקלאית של משקי עובדים לתובלה בע"מ מאיר משאיות תובלה 2002 בע"מ	גולן	פטור נלווה מיזוג: הסכם אי תחרות

החלטה

חברי הועדה ממליצים לאשר את בקשת הפטור הנ"ל כאמור בחוות הדעת הכלכלית.

6110	שטראוס עלית מחוץ לבית בע"מ אינטרפרק בע"מ	נאוה	פטור נלווה למיזוג הסכם לבלעדיות
------	---------------------------------------------	------	------------------------------------

החלטה

חברי הועדה ממליצים להתנגד לבקשת הפטור כאמור בחוות הדעת הכלכלית

6103	רשת - נוגה בע"מ שידורי קשת בע"מ	תמי	שידור של היפים והאמיצים
------	------------------------------------	-----	-------------------------

החלטה

חברי הועדה ממליצים לאשר את בקשת הפטור הנ"ל כאמור בטיוטא של החלטת הממונה

5891	איגוד בתי אבות מאה מעונות, מעונות משולבים (רשימה מצ"ב)	רויטל	ניהול מו"מ משותף של בתי אבות החברים בא.ב.א מול משרד הבריאות
------	--------------------------------------------------------------	-------	-------------------------------------------------------------------

החלטה

חברי הועדה ממליצים לאשר בתנאים את בקשת הפטור הנ"ל כאמור בטיוטא של החלטת הממונה

6161	סלקום ישראל בע"מ אמצ שיווק מוצרי חשמל בע"מ	מיכל ה.	הסכם בלעדיות
------	--------------------------------------------------	---------	--------------

החלטה

חברי הועדה ממליצים לאשר את בקשת הפטור הנ"ל כאמור בטיוטא של החלטת הממונה



רשות ההגבלים העסקיים

הועדה לפטורים ולמיזוגים
החלטות

מועד הועדה: 15.9.05 שעה : 11:00

(1)

מניעות: רן קרול מנוע בפטור 6035 : עמית סוכנות לביטוח - מגדל אחזקות וניהול

רונה אורליצקי מנועה במיזוג 6140 : כלל תעשיות - ברק
בפטור 5493 : בנק לאומי ואחרים
בפטור 5891 : איגוד בתי אבות

בקשות מיזוג במסלול הירוק

בפני חברי הועדה הוצגו בקשות המיזוג וחוות דעת של המחלקה הכלכלית בבקשות המיזוג
כלהלו:

מס' תיק	הצדדים למיזוג	כלכלן
6146	דיפלומט מפיצים (1968) בע"מ היינץ פודליין בע"מ	רועי רוזנברג
6153	כלל חברה לביטוח בע"מ שבח ניהול קופות פנסיה בע"מ	עוזי אללוף
6155	סולומון קרנות נאמנות בע"מ אילנות דיסקונט בע"מ	עוזי אללוף
6163	טאו תשואות בע"מ א. סולומון השקעות בע"מ	עוזי אללוף

החלטות

חברי הועדה ממליצים לאשר את כל בקשות המיזוג הנ"ל כאמור בחוות הדעת הכלכליות.

רח' כנפי נשרים 22 ת.ד. 34281, ירושלים 91341 טלפון: 6556111-02 פקס: 6515330-02

308525

25

בקשות מיזוג

בפני חברי הועדה הוצגו בקשות המיזוג וחוות דעת של המחלקה הכלכלית בבקשות המיזוג כלהלן:

מס' תיק	הצדדים למיזוג	כלכלן
6093	שטראוס עלית מחוץ לבית בע"מ אינטרפרק בע"מ	טל פניני
6139	תעשיות קיסריה פולימרים בע"מ וולפסון קלור מאיר בע"מ	זיו
6140	כלל תעשיות והשקעות בע"מ כללקום בע"מ ברק אי.טי.סי (1995) החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ	צחי מזרחי

החלטות

מזג 6093 : שטראוס עלית מחוץ לבית בע"מ - אינטרפרק בע"מ

הבקשה תובא לדיון חוזר לאחר השלמת הבדיקה הכלכלית

מזג 6139: תעשיות קיסריה פולימרים בע"מ - וולפסון קלור מאיר בע"מ

חברי הועדה ממליצים לאשר בתנאים את בקשת המיזוג הנ"ל כאמור בחוות הדעת הכלכלית

מזג 6140: כלל תעשיות והשקעות בע"מ - כללקום בע"מ - ברק אי.טי.סי (1995) החברה

לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ

חברי הועדה ממליצים לאשר את בקשת המיזוג הנ"ל כאמור בחוות הדעת של המחלקה הכלכלית.

בקשות פטור

בפני חברי הועדה הוצגו בקשות הפטור וטיוטא של החלטת הממונה בבקשות כלהלן:

מס' תיק	מועד קבלת הבקשה	הצדדים	בטיפול	הנכס / השירות
5493	23.6.05	בנק לאומי לישראל בע"מ בנק דיסקונט לישראל בע"מ בנק המזרחי המאוחד בע"מ הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ	אלעד	מיזם משותף להקמת מאגר נתונים ממוכן לניהול סיכונים שוק

		בנק איגוד לישראל בע"מ בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ יובנק בע"מ הדג-טק הנדסת מימון בע"מ רויטרס ישראל בע"מ		
--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--

החלטה

חברי הועדה ממליצים לאשר בתנאים את בקשת הפטור הנ"ל כאמור בטיוטה של החלטת הממונה

5857	22.12.04	אלתא מערכות בע"מ רפאל – רשות לפיתוח אמצעי לחימה בע"מ	קובי	הסכם שת"פ בתחום הצבאי
------	----------	------------------------------------------------------------	------	--------------------------

החלטה

חברי הועדה ממליצים לאשר את בקשת הפטור הנ"ל כאמור בטיוטה של החלטת הממונה

5891	26.1.05	איגוד בתי אבות מאה מעונות, מעונות משולבים החברים באיגוד	רויטל	ניהול מו"מ משותף של בתי אבות החברים בא.ב.א מול משרד הבריאות
------	---------	------------------------------------------------------------------	-------	-------------------------------------------------------------------------

החלטה

חברי הועדה ממליצים לאשר בתנאים את בקשת הפטור הנ"ל כאמור בטיוטה של החלטת הממונה
אולם מבקשים שיובהר כי הקביעות שבהחלטת הפטור יחייבו גם בחליך שיתקיים בבית המשפט.

5980	10.4.05	קמע ליצוג הקמעונאים בישראל בע"מ ספקי המזון ומוצרי הצריכה בארץ ובחו"ל וכן ספקי שירותים ומוסדות ממשלתיים כגון: החברה הישראלית למשקאות קלים, אסם, תנובה, שטראוס עלית, טמפו בירה, וילגר, טרה ואח'	שי	ניהול מו"מ משותף בשם הקמעונאים מול ספקי הסחורה ו/או השירותים
------	---------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----	--------------------------------------------------------------------------

החלטה

חברי הועדה ממליצים לאשר את בקשת הפטור הנ"ל כאמור בטיוטה של החלטת הממונה

6035	17.3.05	עמית סוכנות לביטוח בע"מ מגדל אחזקות וניהול סוכנויות בע"מ	רויטל	פטור נלווה למיזוג 5948 הסכם אי תחרות
------	---------	-------------------------------------------------------------------	-------	--------------------------------------------

החלטה

חברי הועדה ממליצים לאשר את בקשת הפטור הנ"ל כאמור בטיוטא של החלטת הממונה

6165	7.9.05	כלל פיננסים חיתום בע"מ לידר הנפקות בע"מ לאומי ושות' חתמים בע"מ רוסאריו קפיטל בע"מ אלטשולר שחם ניהול חיתום והשקעות בע"מ לוקסנבורג חיתום בע"מ פ.ר. חקר שווקי הון בע"מ סלומון חתמים בע"מ	רויטל	הנפקה משותפת של זאבי מחשבים וטכנולוגיה בע"מ
------	--------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------	---------------------------------------------------

החלטה

חברי הועדה ממליצים לאשר את בקשת הפטור הנ"ל כאמור בטיוטא של החלטת הממונה

חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988

בקשת פטור מאישור הסדר כובל

בהתאם לסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים", או "החוק"), ולמען הזהירות, מוגשת בזאת בקשה לפטור מאישור בית הדין להסדר כובל שפרטיו כדלקמן:

הצד להסדר המבקש את הפטור:

שם: איגוד בתי אבות ע.ר. 5-391-006-58 (להלן: "א.ב.א", או "המבקש").
מען: בית אבות אשדוד, רח' הרב ניסים 7 אשדוד טל: 08-8555555, פקס: 08-85407578.
מען למסירת מסמכים: אצל ב"כ מלצר ושות', עו"ד מרח' קפלן 2, ת"א 64734, טל: 03-6951160; פקס: 03-6951104

שמות הצדדים להסדר ומעניהם:

כמאה מעונות, מעונות משולבים, בתי חולים סיעודיים ובתי דיור מוגן החברים בא.ב.א, אשר שמותיהם מפורטים ברשימה המצ"ב כנספת א' לבקשה זו (להלן יכוננו הצדדים דלעיל ביחד: "המעונות", או "הצדדים להסדר").

צורת ההסדר:

בכתב. ההסדר בא לידי ביטוי במסגרת תקנון המבקש, המצ"ב כנספת ב' לבקשה זו ומכח האמור בבקשה זו.

השירות נשוא ההסדר:

אשפוז קשישים סיעודיים ותשושים במעונות החברים בא.ב.א במימון משרד הבריאות (האגף לגריאטריה) ו/או משרד הרווחה (השירות לזקן).

מהות הכבילה ופרטים עליה:

ניהול משא ומתן משותף מטעם המעונות החברים בא.ב.א כהגדרתם לעיל, מול משרד הבריאות (האגף לגריאטריה) ו/או משרד הרווחה (השירות לזקן) (להלן יחדיו: "המשרדים") - לגבי תנאי ההתקשרות לאשפוזם של קשישים סיעודיים ותשושים במימון המדינה, המוסדרים במסגרת הסכמי האחזקה האחידים שעורכים המשרדים.

תקופת ההסדר הכובל:

ללא הגבלת זמן ולחילופין עד לתאריך 22.3.06 (מועד תפוגת נספת ג' לבקשה זו), או לכל פרק זמן אחר שיקבע הממונה על הגבלים עסקיים (להלן: "הממונה").

עיקרי הטעמים המצדיקים פטור מאישור בית הדין:

1. מבוא; הילוך הטיעון
 - 1.1 ההסדר נשוא בקשה זו עניינו במתן אפשרות **למבקש** לנהל בשם החברים בו, משא ומתן הוגן ושווה כוחות, ככל הניתן, מול **המשרדים** הממשלתיים, המפקחים על תחום אשפוז הזקנים בישראל, ובפרט באשר לתנאים המקפחים שנקבעו במסגרת הסכמי האחזקה האחידים ששלחו **המשרדים** למעונות השונים, הכל כמפורט להלן.
 - 1.2 כבר בפתח הדברים יצוין, כי כפי שיובהר להלן ההסדר המבוקש במסגרת בקשה זו אינו עולה כדי הסדר כובל על פי הדין אפילו בהתאם לעמדתו של כב' **הממונה על הגבלים עסקיים**, כפי שבאה לידי ביטוי בגילוי דעת 1/00 שפרסם **הממונה** בעניין שיתופי פעולה בין מתחרים בפעולה מול רשויות שלטון ולפיכך ההסדר אף אינו דורש פטור בהתאם לדיני ההגבלים העסקיים. יתירה מזו - **המבקש** הוכר על ידי שר המשפטים כ"**ארגון לקוחות לעניין מסוים**" לפי סעיף 16 לחוק **החוזים האחידים, התשמ"ג-1982** ולפיכך ההסדר המבוקש הינו הסדר, אשר כל כבילותיו על פי דין, וככזה הוא חוסה תחת הפטור הקבוע בסעיף (1)3 לחוק **ההגבלים העסקיים**. בקשה זו מוגשת אפוא, למען הזהירות בלבד.
 - 1.3 בקליפת אגוז **המבקש** יטען כי היה ויתברר כי ההסדר הוא הסדר כובל, כי אז הוא עומד בכל התנאים הקבועים בסעיף 14 לחוק **ההגבלים העסקיים** לקבלת פטור מאישור בית הדין להסדר כובל. פעילותו של **המבקש** בתחום שוק האשפוז שבמימון המדינה והכבילות המבוקשות במסגרת בקשה זו לניהול מו"מ בשם **המעונות** מול **המשרדים** - אינו פוגע, בפועל או בכוח, בתחרות בין **המעונות** לבין עצמם ואף אינו מגביל את התחרות בשוק זה, או בשוק האחר שבמימון פרטי. קביעות אלה מתבססות על מבנה השוק ומתאר היחסים הקיים כיום בין **המעונות** לבין **המשרדים**, המוכתב באופן חד-צדדי על ידי **המשרדים** באמצעות חוזים אחידים, באופן המונע כל אפשרות של תחרות בין הצדדים להסדר בשוק שבמימון ציבורי. כמו-כן - עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהגבלת התחרות בין הצדדים להסדר (על בחירת מקום האשפוז), או במניעת תחרות חלילה ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו, אלא בהתרת האפשרות לניהול מו"מ הוגן בין **המשרדים** לבין **המעונות** על תנאי הסכמי האחזקה, תוך ניסיון לרסן, במידת האפשר, את התנהגותם הכוחנית של **המשרדים** כלפי **המעונות**, ואת הפער העצום בכוח המיקוח הקיים ביניהם, הכל כפי שיפורט להלן.
 - 1.4 יתירה מזו - לא זו בלבד שההסדר המבוקש במסגרת בקשה זו אינו טומן בחובו כל חשש לפגיעה בתחרות, אלא שיש בצידו **תועלות רבות לטובת הציבור**. ההסדר המבוקש הינו הכרחי להמשך קיומו ותפקודו התקין של תחום אשפוז הזקנים בישראל, שהינו ענף חיוני ביותר לחברה ולמשק המדינה. ההסדר מטרתו לאפשר לגופים העוסקים בתחום אשפוז הזקנים לנהל את עסקיהם בתנאים יציבים, סבירים והוגנים ובכך למנוע את התמוטטותם של גופים אלו,

העלולה לגרום לאלפי זקנים להישאר ללא מסגרת טיפולית-רפואית הולמת שתספק מענה לצרכיהם הייחודיים.

1.5 למען יהא טיעונו בגדרה של בקשה זו סדור ובהיר נחלקו למספר פרקים (ובמידת הצורך לפרקי משנה) כדלקמן:

פרק א' - הרקע העובדתי הצריך לבקשה.

פרק ב' - הטעמים הענייניים והמשפטיים המצדיקים קבלת הבקשה והענקת הפטור המבוקש:

ב'1 - כל כבילותיו של ההסדר נקבעו על פי דין ולפיכך הוא חוסה תחת הפטור שבסעיף 13(1) לחוק ההגבלים העסקיים.

ב'2 - ההסדר המבוקש אינו עולה כדי הסדר כובל בהתאם לגילוי דעת 1/00 שפרסם הממונה על הגבלים עסקיים בעניין שיתופי פעולה בין מתחרים בפעולה מול רשויות שלטון.

ב'3 - ההסדר המבוקש עומד בתנאים הקבועים בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים.

ב'4 - ההסדר המבוקש הינו לטובת הציבור והוא הכרחי להמשך קיומו ותפקודו התקין של ענף אשפוז הקשישים בישראל.

פרק ג' - סיכום ומסקנות.

הערה:

כל טענה הנטענת בבקשה זו נטענת באופן מצטבר, משלים, או חילופי לכל טענה אחרת הנכללת בו, בהתאם להקשר הדברים ולהדבקים.

נפרט עתה איפוא הדברים כסדרם ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

2. **פרק א' - הרקע העובדתי הצריך לבקשה**

2.1 **הצגת הנפשות הפועלות בתחום אשפוז הזקנים בישראל**

2.1.1 **המבקש, איגוד בתי האבות בישראל (א.ב.א) - הינו עמותה רשומה, המאגדת במסגרתה כ - 100 מסגרות לזקנים, ובכללם: מעונות, מעונות משולבים ובתי דיור מוגן, ציבוריים ופרטיים כאחד, המחזיקים ברישיון ניהול בהתאם לחוק הפיקוח על מעונות, תשכ"ה-1965 ובתי חולים סיעודיים, המחזיקים ברישיון מכוח פקודת בריאות העם 1940 (להלן: "המעונות"). המעונות מעניקים שירותים לקשישים בדרגות תפקוד שונות, ובהם גם קשישים תשושים וסיעודיים (להלן ביחד: "החוסים"). כפי שיפורט להלן רובם המכריע של החוסים המאושפזים במעונות, הינם חוסים, אשר המדינה (באמצעות המשרדים) מממנת את אחזקתם במעון. יצוין כי סה"כ המעונות החברים בא.ב.א. מחזיקים בידיהם כ - 30% מכלל המיטות לאשפוז הקשישים בישראל.¹**

¹ בתחום המיטות הסיעודיות המעונות החברים בא.ב.א. מחזיקים בסה"כ כ - 6,000 מיטות מתוך 17,000. בתחום המיטות לתשושים מחזיקים המעונות החברים בא.ב.א. סה"כ כ - 3,000 מיטות מתוך 9,900 מיטות.

למבקש מעמד ציבורי מוכר זה שנים רבות והוא אף הוכר על ידי שר המשפטים כ"ארגון לקוחות לעניין מסוים" לפי סעיף 16 לחוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982 (להלן: "חוק החוזים האחדים"), לתקופה של שלוש שנים, החל מיום 22.3.03, וזאת לעניין חוזים הנחתמים בין המשרדים לבין המעונות לסוגיהם.

מכתב ההכרה של שר המשפטים מיום 22.3.03 מצ"ב כנספח ג' לבקשה זו.

- הערה:** המעמד הציבורי של א.ב.א. מוצא, בין היתר, ביטוי במספר מישורים, כדלקמן:
- א. א.ב.א. מוזמן דרך קבע לוועדת הכספים ולועדת העבודה, הבריאות והרווחה של הכנסת לדיונים רלוונטיים.
 - ב. נציג א.ב.א. מונה על ידי מנכ"לי משרדי הבריאות והרווחה כחבר בוועדה שנועדה לקבוע את סטנדרט האשפוז ואת מחירו.
 - ג. א.ב.א. חבר בוועדת התעריפים, בה יושבים גם נציגי המשרדים.

2.1.2 **משרד הרווחה ומשרד הבריאות ("המשרדים") חובשים בענייננו שלושה כובעים שונים בו זמנית:**

כובעם הראשון המשרדים הינם הגורם השלטוני הרגולטורי המופקד על רווחת הזקנים העצמאיים, התשושים והסיעודיים בישראל. במסגרת סמכויותיהם השלטוניות כרגולטורים מוסמכים **המשרדים:** לקבוע (כל אחד בתחומו) את הכללים והתנאים להפעלתם של **המעונות**, לקבוע את מדיניות האשפוז והסטנדרטים השונים בעניין, לפקח על פעולתם של **המעונות**, וכן להעניק (או לשלול) רישיונות פעולה למעונות.

חלוקת תחומי הסמכויות בין **המשרדים** הינה ש**משרד הבריאות** הינו הרגולטור בתחום בתי החולים הסיעודיים ואילו **משרד הרווחה** הינו הרגולטור בתחום **המעונות** לזקנים עצמאיים ותשושים.

כובעם השני משמשים המשרדים כמפעילים של המרכזים הגריאטריים הממשלתיים שבבעלות המדינה, המעניקים שירותים מקבילים ומתחרים לאלו הניתנים על ידי **המעונות** הפרטיים והציבוריים, החברים בא.ב.א. ואשר בהם, בין היתר, כ- 2,184 מיטות לסיעודיים ותשושים לפי חלוקה כדלקמן: 941 תשושים מאושפזי משרד רווחה ו- 1243 סיעודיים מאושפזי משרד הבריאות (נתונים משנת 2002). בשולי בדברים נבקש להעיר כאן, כי למרכזים הללו שבבעלות המדינה, משלמים **המשרדים** סכומים גבוהים לאין ערוך מאלה המוכתבים למעונות, הגם שהמרכזים בבעלות המדינה הם בלתי יעילים בעליל (ראה: דברי ההסבר של משרד האוצר להצעת תקציב משרד הבריאות - בתי החולים הממשלתיים). בכך יש משום הפליית לקוחות וניצול לרעה של הכוח של בעל מונופולין כמשמעותו בסעיף 29א בחוק ההגבלים העסקיים.

כובעם השלישי משמשים המשרדים כצרכנים, והם למעשה ה'לקוח' המרכזי (ולעיתים אף הבלעדי) של **המעונות** המאוגדים בא.ב.א, באשר הם רוכשים, בכספי תקציב המדינה, מהמעונות שירותי אשפוז לקשישים סיעודיים ותשושים, אשר אין בידם, או בידי בני משפחתם האמצעים הדרושים לשם רכישת שירות זה באופן פרטי.

18

2.1.3

כבר בשלב זה יצוין, כי היקף השירותים הנרכשים על ידי המשרדים מדי שנה (הנמדד בהתאם למספר הקשישים המאושפזים במימון המדינה) מהווה את מרבית כוח הקנייה בשוק. בתחום הסיעודי כלל המיטות הנרכשות ע"י המשרדים ו/או בבעלותם מסתכם בכמעט 80% מכלל המיטות שנרכשו בפועל,² ובתחום התשומים כ-43% מהמיטות התפוסות מומנו על ידי משרד הרווחה (נתוני 2002).³

עינינו הרואות כי המשרדים מרכזים בידיהם כוח מונופסוני רב ביותר ולפיכך נודעת להם למעשה השפעה מכרעת על השוק וכפי שיפורט להלן, המשרדים הם למעשה בעל מונופולין מצד הביקוש (מונופסון), כהגדרתו בסעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים.

כתוצאה מכך נוצרת תלות מוחלטת של המעונות ובתי החולים הסיעודיים במשרדים, שכן ללא הזקנים שאת אחזקתם מממנת המדינה באמצעות המשרדים יצטמצם השוק וחלק ניכר מן המעונות ובתי החולים הסיעודיים יאלצו לנעול את שעריהם, פשוטו כמשמעו.

2.1.4

הנה כי כן, המדינה בכובעה המשולש - שולטת בצבת מלקחיים וללא מיצרים על שוק המעונות לאשפוז זקנים סיעודיים ותשומים. על עוצמתה היתירה של המדינה אין צורך להרחיב את הדיבור. בשלב זה נסתפק בכך שבכובעה השלטוני המדינה מעניקה רישיונות הפעלה ומפקחת על המעונות בישראל ובכובעה המסחרי המדינה מהווה מונופסון הרוכש לצרכיו נתח נכבד משירותי האשפוז לקשישים סיעודיים ותשומים.

בהקשר זה יוער עוד, כי בכל הקשור לשוק המעונות הציבוריים ובפרט בתת-שוק המעונות הציבוריים המכונים 'מוסדות אשל'⁴ - מידת שליטתה של המדינה גדולה עוד הרבה יותר. בשוק זה המדינה היא כל יכול ממש, שכן בתמורה לתמיכת המדינה ויזרועותיה הארוכות בהקמתם (או בשיפוצם והרחבתם) נדרשו 'מוסדות אשל' להתחייב, כי כל המיטות לתשומים ולסיעודיים המצויות בהם יישמרו אך ורק לזקנים, אשר יופנו אליהם על ידי המשרדים ובמימון המדינה. כתוצאה מכך רוב רובם של 'מוסדות אשל' תלויים תלות מוחלטת במשרדים, לא רק משום שהם מחויבים להם מכוח ההסכם, אלא גם משום שאין ולא תמצא להם חלופה להפניות המשרדים לסידור מוסדי, שכן רובם הוקמו בערי הפריפריה, משיקולים ציבוריים ושלא על פי שיקולי שוק כלכליים. הואיל וציבור הזקנים התשומים והסיעודיים בישראל בערי הפריפריה דל אמצעים ואין בכוחו לשאת, בכוחות עצמו, בעול מימון השהייה במעונות ברור שאם יחדלו המשרדים מלהפנות אליהם זקנים במימון המדינה - גורלם נחרץ לסגירה.

2

מתוך היצע של 17,000 מיטות סיעודיות בפיקוח משרד הבריאות בשנת 2002 כ- 15,640 (92%) היו בתפוסה בפועל. 12,440 מהמיטות ממומנים ע"י משרד הבריאות ו/או הם בבעלות המדינה. ראה: ג' ברודצקי, י' שנור ושי' באר קשישים בישראל שנתון סטטיסטי 2003 גויינט מכון ברוקדייל, משאב, אשל, ירושלים 2004, לוח 4.33 (נספח ד') וכן מוסדות האשפוז והיחידות לאשפוז יום בישראל 2002 בהוצאת משרד הבריאות - תחום מידע, שירותי מידע ומחשוב (תשס"ד) (נספח ה')

3

מתוך היצע של 9,918 מיטות לתשומים בפיקוח משרד הרווחה בשנת 2002 התפוסה הסתכמה ב- 85% לערך ומתוכן משרד הרווחה מימן כ- 3,700 מיטות שהם כ- 43% מהשוק.

4

המוסדות הללו הוקמו על ידי אשל - האגודה לתכנון ולפיתוח שירותים למען הזקן בישראל, מיסודם של הגויינט וממשלת ישראל. מוסדות אשל מצויים, בין היתר, בדימונה, כרמיאל, נצרת, צפת, עכו, עפולה, שדרות, דבוריה, אשקלון, אשדוד, באר שבע וכיו"ב.

אופן ההתקשרות בין המעונות למשרדים

2.2

2.2.1 רכישת שירותי אשפוז עבור קשישים סיעודיים ותשושים חסרי אמצעים נעשית על ידי המשרדים ב'הסכם אחזקה', שאמור להיחתם מול כל אחד מהמעונות בו הם מבקשים לאשפוז זקנים במימון המדינה. בכל הנוגע למשרד הרווחה הדבר מוסדר ומחויב במפורש בסעיף 31(ב) לתקנות הפיקוח על מעונות (תנאי המגורים וטיפול בזקנים עצמאיים ותשושים במעונות לזקנים), התשס"א-2001 (להלן: "תקנות הפיקוח"). ובאשר למשרד הבריאות הדבר מקובל מכוח הפרקטיקה הנוהגת זה שנים רבות. הסכמי אחזקה אלה הם חוזים אחידים המוכתבים למעונות על ידי המשרדים באופן חד-צדדי. חוזים אחידים אלה קובעים את מכלול תנאי ההתקשרות בין הצדדים, לרבות: התשומות ואיכות השירותים שיוענקו לזקנים והמחיר שישולם למעון בעבור אחזקת כל זקן. בהקשר זה יודגש כי מכלול תנאי ההתקשרות, לרבות תעריף האשפוז אינם נקבעים באמצעות משא ומתן בין המשרדים לבין כל מעון, אלא מוכתבים למעונות עמם נכרתים החוזים, כתנאי לחידוש הסכם האחזקה.

2.2.2 הנה כי כן, אופן התקשרות בין המשרדים לבין המעונות ובתי החולים הסיעודיים באמצעות חוזים אחידים שאינם פתוחים למו"מ, בבחינת "take it or leave it", בצירוף כוח הרכישה העצום של המשרדים כמונופסון ובשוק במימון המדינה כצרכן בלעדי - מעניקים למשרדים שליטה מלאה על אופייה של ההתקשרות בהיבט החוזי, ובכלל זה על מחיר השירות ואיכותו (זאת בנוסף לסמכותם של המשרדים בכובעם כרגולטור, לקבוע בתקנות את אופיו של השירות ודרישות המינימום המחייבות את המעונות). פעילות זו יש בה לכאורה משום ניצול לרעה של מעמד המשרדים כבעלי מונופול, במשמעות סעיפים 26 ו- 29 לחוק ההגבלים העסקיים והם קוראים להתערבות הממונה מכח סעיף 30 לחוק האמור.

השווה: ע"א 2768/90, 2813 פטרולוגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ נ' מ"י פ"ד מו(3) 599, שם בעמ' 604; עת"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים פ"ד נח(3) 293, שם בעמ' 310-311.

2.2.3 בהקשר זה יצוין, כי כל עוד עונה מעון על הדרישות המינימאליות שנקבעו על ידי המשרדים כרגולטורים, הריהו כשיר להתקשרות ככל מעון אחר. מעבר לתנאים בסיסיים אלה המשרדים אדישים כמעט לחלוטין להבדלים הקיימים בין המעונות השונים, באשר לרמת השירותים ואיכותם והם רואים בפניהם מוצר אחיד באיכותו ובמאפייניו.

2.2.4 בהקשר זה יש לציין, כי הבחירה בין המעונות השונים נעשית על ידי הקשיש, או אפוטרופסו, ללא התערבות המשרדים. אופי ההפניה הינו כזה, שקשיש, אשר נקבע לגביו שהוא זכאי לאשפוז במימון המשרדים מקבל לידי רשימה של מעונות עימם יש למשרדים הסכמי אחזקה, ואשר יש בהם מיטות פנויות לצורך אשפוזו. כל קשיש רשאי לבחור בכל מעון מבין אלה המפורטים ברשימה והעדפותיו נקבעות בד"כ בהתאם לרצונותיו ולשיקוליו האישיים, כגון: מיקומו של המעון, השירותים הייחודיים שניתנים בו, איכות המתקנים, רמתו של הצוות

הטיפול, או כל קריטריון אחר בו נבדלים המעונות זה מזה - הכול בהתאם לטעמו האישי. רוצה לומר: בשוק המעונות ובתי החולים הסיעודיים שבמימון המדינה מתחוללת תחרות עזה, אלא שהתחרות אינה על מחיר כי-אם על איכות השירות. ודוק - התחרות הקיימת בין המעונות בעניין זה אינה נוגעת כלל לעניין עלות האשפוז במעונות השונים, שהינה רלוונטית כאמור רק במישור היחסים בין המשרדים לבין המעונות, והיא כלל אינה מעניינת של הקשישים המאושפזים על ידי המשרדים.

לאור זאת וכפי שיפורט עוד להלן - על אף קיומה של תחרות בין המעונות על המאושפזים הזקנים, הרי שבכל הנוגע למשרדים, המעונות אינם יכולים להתחרות ביניהם בשום צורה, שכן המחיר מוכתב להם באופן חד צדדי על ידי המשרדים, אשר אדישים, כאמור, במידה רבה, לאיכות השירותים ורמתם, כל עוד המעון עומד בדרישות המינימאליות שנקבעו על ידם.

2.3 חלוקת השווקים

2.3.1 כפי שנבחר להלן שוק אשפוז הקשישים בישראל טומן בחובו למצער שני תתי-שווקים נפרדים, המתנהלים בעקרון ללא השפעה הדדית. בשוק האחד שיכונה להלן: "השוק במימון פרטי", מוענקים שירותי אשפוז ללקוחות פרטיים, המממנים את עלויות האשפוז בעצמם. בשוק השני שמכונה לעיל ולהלן: "השוק במימון המדינה" מוענקים שירותי אשפוז הממומנים מכספי אוצר המדינה והמשרדים הינם הצרכן היחיד. להלן נראה כי בהתאם למבחנים המקובלים להגדרת השוק הרלוונטי יש לראות את שני השווקים הללו כשווקים נפרדים ולהתייחס אליהם בהתאם.

2.3.2 המבחן המנחה בעניין הפרדת השווקים מתמקד בשאלת מידת התחליפיות של המוצר הנמכר (ראה למשל: ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז, פ"ד נב(5) 213). יישום מבחן התחליפיות הסבירה בעניינינו מעלה באופן חד משמעי, כי שירותי האשפוז בשוק שבמימון פרטי, אינם מהווים תחליף סביר לאשפוז בשוק במימון המדינה. קשיש המאושפז במימון המדינה, שנמצא זכאי לאשפוז במימון אחד המשרדים, לא יוכל לבקש לעצמו אותו שירות בשוק שבמימון פרטי, וזאת מפאת מחירו הגבוה של שירות זה. למעשה, היעדר התחליפיות נובעת מעצם הגדרתה של תכנית הסעד של המשרדים מכוחה ניתן האשפוז לקשישים בשוק שבמימון המדינה, לפיה תהכרה בזכאותו של קשיש למימון אשפוזו ע"י המשרדים מותנית בכך שהקשיש ו/או ילדיו אינם יכולים לשאת במחיר האשפוז הגבוה הנדרש בשוק שבמימון פרטי.⁵ לפיכך, עצם הגדרת הזכאים להיכנס לגדרו של שוק שבמימון המדינה שוללת מלכתחילה כל אפשרות שהשוק שבמימון פרטי יכול להוות לו תחליף סביר, שכן קהל היעד של אותו שוק אינו קהל היעד הפוטנציאלי של השוק שבמימון פרטי.

2.3.3 יתירה מזו - היעדר התחליפיות האמור בין השוק שבמימון פרטי לשוק שבמימון המדינה וחוסר האפשרות של מעבר צרכנים מהשוק שבמימון המדינה לשוק הפרטי, גורמים לכך שאין כל השפעה למחירי האשפוז בשוק שבמימון המדינה על מחירי האשפוז בשוק הפרטי. בהתאם לכך

⁵ ראה: סעיף 3 להוראת תע"ס 4.8 שהוציא משרד הרווחה בתאריך 11.11.01, המציב כנספח ו' לבקשה.

מתקיים כאן אף מבחן המונופול ההיפותטי שהוכר על ידי כב' הממונה הנכבד להגדרת שווקים נפרדים (ראה לעניין זה, סעיף 4 לטיוטת הנחיות רשות ההגבלים העסקיים לעניין הגדרה ומדידה של שוק רלוונטי לעניין חוק ההגבלים העסקיים, וכן צ' יגור, דיני ההגבלים העסקיים (תשס"ב), 124). עדות להיעדרה של השפעה בין השווקים ניתן למצוא בפערי המחירים המשמעותיים הקיימים כיום בפועל, בין השוק שבמימון המדינה לבין השוק שבמימון פרטי. כך המחיר אשר נגבה מהמשרדים בשוק המיטות הממומן על ידם - נמוך באופן משמעותי מזה הנגבה בשוק שבמימון פרטי מלקוחות פרטיים. רק על מנת לסבר את האוזן נציין, כי בעוד שמחיר אשפוז בשוק שבמימון המדינה נע בסביבות ה - 300 ₪ ליום, הרי שבשוק שבמימון פרטי משלמים הלקוחות הפרטיים מחיר גבוה הרבה יותר, הנע בין 450-550 ₪ ליום (כמעט פי שניים!). ברי שאילו היה השפעה כלשהי לשוק שבמימון המדינה על השוק שבמימון פרטי היו המחירים בשוק שבמימון המדינה גוררים מטה את המחירים בשוק שבמימון פרטי.

2.3.4 הנה כי כן, בהיעדר תחליפיות בין המוצרים השונים ובהיעדר השפעה של המחיר בשוק שבמימון המדינה על הביקוש ואו על המחיר בשוק שבמימון פרטי, הרי שבהתאם למבחנים, אשר קבע כב' הממונה ואשר הוכרו בפסיקה (בארץ ובעולם) - יש לקבוע שהשוק שבמימון המדינה והשוק שבמימון פרטי הינם שווקים נפרדים לצורך דיני ההגבלים העסקיים ויש לבחון את השפעתו של ההסדר המבוקש על כל אחד מהשווקים בנפרד.

2.3.5 ודוק - ההסדר המבוקש במסגרת בקשה זו מתייחס אך ורק לפעילותו של המבקש בתחום השוק שבמימון המדינה מול המשרדים. המבקש מצהיר בזאת כי לא פעל והוא מתחייב להוסיף ושלא לפעול בתחום השוק של המיטות הממומנות באופן פרטי.

2.4 השתלשלות העניינים שהובילה לבקשה שבכאן

הליכים של א.ב.א מול משרד הרווחה

2.4.1 ביום 31.4.01 נכנסו לתוקף תקנות הפיקוח על מעונות (תנאי המגורים וטיפול בזקנים עצמאיים ותשושים במעונות לזקנים), התשס"א-2001, המחייבות את המדינה לחתום על 'הסכם אחזקה' עם כל מעון בו היא מחזיקה זקנים על חשבונה. בסמוך לכך פנה המבקש למשרד הרווחה וביקש ממנו למלא אחר החובה שנקבעה במסגרת התקנות וכן הציע לקדם את הכנת 'הסכם האחזקה' במשותף. אלא שמשרד הרווחה לא שעה לפניותיו החוזרות והנשנות של המבקש והתעלם מהן וממצות המחוקק גם יחד. רק לאחר כשנה וחצי, באמצע חודש נובמבר 2002, שיגר משרד הרווחה למעונות במפתיע 'הסכם אחזקה', אליו צורף מכתב נלווה במסגרתו נצטוו המעונות לחתום על 'הסכם האחזקה' ששוגר אליהם ולהחזירו לידי משרד הרווחה כשהוא מבויל וחתום, כמות שהוא, בבחינת כזה ראה וקדש. בסיפא למכתב הנלווה היתרה ראש ענף תקצוב של משרד הרווחה במעונות המאחרים, לאמור: "אבקש לקבל את מקור ההסכם ב - 2 עותקים עם כל המסמכים בהקדם בחזרה, כדי לאשר לכם המשך התשלום עבור הזקנים שמסודרים אצלכם דרך לשכת הרווחה". עותק מ'הסכם האחזקה' וממכתב הנלווה לו מצ"ב כנספחים ז'1 - ז'2 לבקשה זו.

2.4.2 נוסח 'הסכם האחזקה' ששוגר למעונות, הצטייר, על פניו, כ**הסכם אחד** לכל דבר ועניין, ורבות מתניותיו נחזו **כתנאים מקפחים**. לפיכך **המבקש** שיגר **למשרד הרווחה** מכתב מנומק, בו הפנה את תשומת ליבו לאופיו האחד של ההסכם ולכמה מן התנאים המקפחים הכלולים בו והציע **למשרד הרווחה** לגבש במשותף הסכם הוגן, אשר יהיה מקובל גם על **המעונות**. משלא נענה פנה **המבקש למשרד הרווחה** במכתב נוסף שאף הוא לא נענה. במקום תשובה זכו **המעונות** למכתב התראה, במסגרתו הוזהרו **המעונות** שאי חתימה על החוזה האחד, על תניותיו המקפחות תגרום לעיכוב תשלומים המגיעים **למעונות** עבור שירותים שכבר סיפקו. בפניות למעונות מסוימים לבשו האיומים אופי בוטה אף יותר וצוין בהם כי **משרד הרווחה** יחדל להפנות אליהם זקנים לסידור מוסדי, אם יתמידו בסירובם לחתום על **ההסכם האחד**.

2.4.3 בעקבות התנהלותו השרירותית והכוחנית של **משרד הרווחה** והשלכותיהם הצפויות של האיומים הנ"ל על **המעונות**, פנה היועץ המשפטי של **א.ב.א.** במכתב תלונה **למשרד הרווחה**. בעקבות זאת השיב עו"ד מוסקוביץ, היועץ המשפטי דאז של **משרד הרווחה** במכתב, בו ציין כי הורה לנציג מטעמו להידבר עם **א.ב.א.** במגמה להגיע להסכמה על נוסח חוזה ההתקשרות עם **המעונות**. בעקבות הנחיתו של עו"ד מוסקוביץ משך **משרד הרווחה** את טפסי 'הסכמי האחזקה' מן **המעונות** החברים ב**א.ב.א.** ונציגיה נפגשו עם **המבקש** בתאריך 15.5.03. במהלך הפגישה הסכימו נציגי **משרד הרווחה**, בדרך כלל, כי יש ממש בטענות **המבקש** והתחייבו להכניס ב'הסכם האחזקה' את התיקונים המתחייבים בהקדם, עובר למפגש הבא. דא עקא, שבניגוד להבטחות, פגישה זו לא נתקיימה מעולם. נציגי **משרד הרווחה** דחו את הפגישה שוב ושוב, עד אשר הודיעו לבסוף **למבקש**, מקץ שמונה חודשים, ש**משרד הרווחה** משעה את המגעים עם **א.ב.א.**, בטענה כי בחינה משפטית שערך העלתה, כי על פניו קיימים סממנים של הסדר כובל בבסיס התארגנותו של **א.ב.א.**, בקובעו, כביכול, קו פעולה אחד למעונות המאוגדים בו.

2.4.4 היועמ"ש של **המבקש** שלח מכתב **למשרד הרווחה** בו הבהיר כי התנהלותו של **א.ב.א.** מול המשרד אינה בגדר הסדר כובל, משום שאין בה שמץ של פגיעה בתחרות. בתשובתה טענה היועמ"ש של המשרד כי דבר היותה של **א.ב.א.** הגבל עסקי אושר, כביכול, על ידי הרשות להגבלים עסקיים. יצוין כי חוות דעת זו של הרשות מעולם לא נמסרה לידי **א.ב.א.** ולא נגלתה לעיני נציגיו, ואולם מבירור שנעשה מול הרשות להגבלים עסקיים עלה כי הרשות לא התיימרה לקבוע דבר לגבי **א.ב.א.**, אלא רק להציג בפני **משרד הרווחה** את הדין הנוהג והיתר הינו פרשנותו של **משרד הרווחה** עצמו.

התכתובת בין היועמ"ש של **א.ב.א.** לבין המחלקת המשפטית של הרשות להגבלים עסקיים מצ"ב כנספחים ח'1 - ח'2 לבקשה.

2.4.5 חרף כל זאת המשיך **משרד הרווחה** לסרב לנהל משא ומתן עם **א.ב.א.** ואף נותר בסירובו להכניס שינויים בנוסחו המקורי של 'הסכם האחזקה' האחד, על התניות המקפחות שבו, והכול בניגוד להתחייבויותיו הקודמות ותוך איומים נוספים על **המעונות** בדבר מניעת התקשרות עתידית עימם.

2.4.6 נוכח האמור ובלית ברירה הגיש **המבקש**, מתוקף זכותו כארגון לקוחות לעניין **חוק החוזים האחידים**, עתירה לבית הדין לחוזים אחידים שבבית המשפט המחוזי בירושלים, נגד מדינת ישראל - **משרד הרווחה** (תח"א 403/2004).

עותק מהעתירה, על נספחיה מצ"ב, לנוחיות כב' **הממונה, כנספח ט'** לבקשה זו. יצוין כי חרף הכרתו של **המבקש** ע"י שר המשפטים כארגון לקוחות לעניין מסוים בהתאם **לחוק החוזים האחידים** ואף לאחר הגשת העתירה - סירב **משרד הרווחה** להיפגש עם נציגי **המבקש** ולו לצורך שמיעת טענותיהם, על מנת לנסות לייעל ולחסוך את ההליכים המשפטיים. חלף זאת שלח **משרד הרווחה** חוזה אחיד מתוקן **למעונות**. דא עקא, שאף הסכם זה עתיר תניות מקפחות. **המבקש** הגיש התנגדות גם לו. תצלום ההסכם האחד המתוקן ותגובת **א.ב.א.** לו מצ"ב, בהתאמה **כנספחים י' - י"ב** לבקשה זו.

הליכים של א.ב.א. מול משרד הבריאות

2.4.7 בחודש אפריל 2001 הודיע **משרד הבריאות** על כוונתו להנהיג, באופן חד צדדי רפורמה בתחום שירותי אשפוז לזקנים סיעודיים ותשושי נפש עבורם הוא שוכר מיטות במוסדות החברים **בא.ב.א.**, ובמוסדות שאינם חברים **בא.ב.א.** במסגרת רפורמה זו התכוון **משרד הבריאות** לשנות את השיטה הנוהגת מזה שנים רבות בעניין זה ולהכתיב בעוצם יד 'שיטה חדשה' לתקינה ולמחר יום אשפוז לזקנים סיעודיים במוסדות הנ"ל. 'שיטה חדשה' זו באה לידי ביטוי בחוזה אחיד חדש שהעביר **משרד הבריאות** לחתימת **המעונות** החברים **במבקש** שאינו פתוח למו"מ גם הוא, בבחינת כזה ראה וקדש, המצטייר על פניו כהסכם מקפת. במסגרת הסכם חדש זה מוכתבים באורח חד צדדי תנאי החתקשרות החוזית הנוגעים בעיקרם להפחתה בתקן כוח-האדם ולהפחתה בתעריף המשולם ע"י **משרד הבריאות** **למעונות**.

2.4.8 לאור עוצמת הפגיעה הצפויה לחלק מבתי האבות הציבוריים ובזקנים השוהים בהם אם תיושם רפורמה זו - הגישו **המבקש**, ועוד 20 בתי אבות ומרכזי מגורים ציבוריים לזקנים החברים בה, בג"ץ כנגד ה'שיטה החדשה' אותה מתעתד **משרד הבריאות** להפעיל, במסגרתו פורטו בהרחבה הפגמים הענייניים והמשפטיים שנפלו בהחלטת **משרד הבריאות**. העתק מהעתירה שהוגשה לבג"ץ מצ"ב **כנספח יא'** לבקשה זו.

2.4.9 בהקשר זה יצוין, כי במסגרת הודעת עדכון שהגישה **משרד הבריאות** לבג"ץ לפני מספר שבועות, צוין, כי **משרד הרווחה** מסר ל**משרד הבריאות** כי היועמ"ש לרשות ההגבלים העסקיים קבע ביחס לאיגוד בתי האבות כי על פניו מדובר בהסדרים כובלים אסורים ולפיכך מן הראוי ש**משרד הרווחה** ימנע מלנהל מו"מ עם אותם איגודים (מה שכאמור לעיל לא היה מדויק). עוד הוסיף **משרד הבריאות** כי בכוונתו להיזקק לחוות הדעת הזו היות שהמשרד עוסק באותו עניין מול אותו גורם ובאופן התנהלות זהה. העתק מהודעת העדכון מטעם **משרד הבריאות** מצ"ב **כנספח יב'** לבקשה זו. עמדתו החדשה (והמוטעית) של **משרד הבריאות**, מעמידה בספק רב אף את המשך המגעים של **המבקש** מול **משרד הבריאות**.

2.4.10 נוכח כל האמור לעיל, ולמען הזהירות, מוצא **המבקש** לנכון לפנות לכב' **הממונה** בבקשה שיכריז כי פעילותו אינה בגדר הסדר כובל, ולחילופין לפטור אותו מהצורך לקבל את אישור בית הדין להסדר כובל, בכל הנוגע לפעילותו מול **המשרדים** בעניין נוסחם של החוזים האחידים המיועדים להתקשרות עם **המשרדים** לאשפוז קשישים במימון **המשרדים**.

הערה:

עוד **המבקש** שוקד על הכנת בקשה זו, הוא הופתע לקבל את מכתבה של עו"ד רויטל רודריג **מהרשות להגבלים עסקיים** מיום 11.1.05, במסגרתו נדרש **המבקש** למסור מידע אודות פעילותו של **א.ב.א.** תצלום מכתבה מצ"ב **כנספת יג'** לבקשה זו. בבקשה זו יש לראות מענה לאמור במכתב זה, באשר היא שוללת את הטענות ו/או החשדות המועלים כלפי **א.ב.א.** במישור דיני ההגבלים העסקיים. ביני לביני התקבל אצל **א.ב.א.** (לידיעה) גם מכתבה של עו"ד רודריג הנ"ל ליועצת המשפטית במשרד הרווחה, עו"ד בתיה ארטמן, שתצלומה מצ"ב **כנספת יד'** לבקשה זו.

2.4.11 לאחר שפרטנו את הרקע העובדתי הדרוש לעניין, נעמוד כעת על הטעמים המשפטיים והענייניים המצדיקים את קבלת הבקשה שבכאן ואת הענקת הפטור ל**א.ב.א.** מהצורך לקבל את אישור בית הדין לפעילותו.

3. פרק ב' - הטעמים הענייניים והמשפטיים הקוראים לקבלת הבקשה ולהענקת הפטור

ב'1 - כל כבילותיו של ההסדר נקבעו על פי דין ולפיכך הוא חוסה תחת הפטור שבסעיף (1)3 לחוק ההגבלים העסקיים

3.1 **המבקש** יטען כי ההסדר המבוקש במסגרת בקשה זו חוסה תחת הפטור הקבוע בסעיף (1)3 לחוק ההגבלים העסקיים, שכן כפי שיפורט להלן כל כבילותיו של ההסדר המבוקש הינן על פי דין ולפיכך הוא אינו נחשב כהסדר כובל וממילא אין הוא טעון אישורו של בית הדין. נפרט הדברים.

3.2 כאמור, **המבקש** הוכר על ידי שר המשפטים כ"**ארגון לקוחות לעניין מסוים**" לפי סעיף 16 לחוק החוזים האחידים לתקופה של שלוש שנים, החל מיום 22.3.03, וזאת לעניין חוזים הנחתמים בין **המשרדים** לבין **המעונות** לסוגיהם. הכרה זו מאפשרת ל**א.ב.א.** לפנות לבית הדין לחוזים אחידים בבקשה לביטול תנאים מקפחים הקבועים בחוזים אחידים אלו וכחלק בלתי נפרד מכך לנהל עם **המשרדים** מגעים ומו"מ בניסיון להגיע להסכמות בעניין זה מחוץ לכותלי בית המשפט. ודוק - כל כבילותיו של ההסדר המבוקש במסגרת זו - עניינם היחידיו הינו לאפשר למבקשת לפעול בהתאם להכרתו של שר המשפטים כארגון לקוחות, הא ותו לא.

3.3 הנה כי כן, הכבילה שאישורה מבוקש במסגרת הבקשה שבכאן נכללת ומעוגנת במסגרתו של חוק החוזים האחידים, המהווה דין, בהתאם לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981. לפיכך - כל כבילותיו של ההסדר נשוא הבקשה - הינן על פי דין.

בהקשר זה יצוין, כי הרציונאל העומד בבסיס הפטור מכוח סעיף (1)3 לחוק ההגבלים העסקיים הוא שמירת החופש של הריבון להסדיר תחומי פעילות כלכליים מסוימים מבלי שחוק ההגבלים העסקיים יגביל אותו. המחוקק הכיר בכך שלעתים הסדרת פעילות בענפים מסוימים מחייבת פגיעה בתחרות וקידומם של אינטרסים אחרים.

ראה: קביעת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין קביעת קו פעולה על ידי לשכת שמאי המקרקעין, קובץ החלטות בענייני הגבלים עסקיים, כרך ב', 37, בעמ' 50.

3.4 הענקת פטור להסדר נשוא בקשה זו מכח סעיף (1)3 לחוק מתחייבת, איפוא, על מנת שלא לסכל ולעקר מתוכן את הכרתו של שר המשפטים שניתנה בהתאם לסעיף 16 לחוק החוזים האחדים. פים בהקשר זה דברים שיצאו מלפני בית הדין הנכבד בערר 7/95 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי לב (1), 66:

"מכאן, שמקום בו מדובר בהסדר (כובל) אסור, כאשר כל כבילותיו של הסדר כזה קבועות בדין (אחר), שלילת חוקיותו של הסדר כזה, תוצאה הנובעת באופן אוטומאטי מהכפפתו של ההסדר לחוק ההגבלים העסקיים, עומדת בהכרח בסתירה לדין המיוחד הקובע את הכבילות נשוא ההסדר. הפטור מכוח סעיף (1)3 לחוק הכרחי, במקרה כזה, למניעת התנגשות בין הדינים".

ודוק: הסדר יחשב כהסדר שכל כבילותיו על פי דין, אם הכבילות בו מתחייבות מכוח הדין, או, למצער, מוסדרות מכוחו. כך נקבע מפי בית הדין הנכבד בעניין בזק הנ"ל, עת נדרש לטענת בזק לפיה יש ללמוד אנלוגיה מסעיף (1)3 לחוק ההגבלים העסקיים לגבי מונופולין:

"אנלוגיה לסעיף זה, ככל שמדובר במונופולין, תתקיים רק כאשר מדובר במונופולין שכל פגיעותיו האפשריות בציבור ובתחרות (השקולות לכבילותיו של ההסדר הכובל), מתחייבות, או לפחות מוסדרות מכוח הדין" (שם, בעמ' 13 לתדפיס; ההדגשות הוספו - הח"מ).

השווה: עניין לשכת שמאי המקרקעין הנ"ל, שם בעמ' 50.

3.5 אם תתקבל עמדת שני המשרדים, יבצר מן המבקש לממש את זכותו החוקית ולפנות לבית הדין לחוזים אחדים, אף שהוכר כארגון לקוחות. יתר על כן - הפוסל במומו פוסל. ניסיונם של המונופסונים המשרדיים, בכובעם המסחרי, לחסום את דרכם של המבקש והחברים בו לערכאות פסול מיסודו מבחינה חוקתית ויש בו משום ניסיון לחסום גישה של המבקש לערכאות. מן הדין איפוא כי כבי הממונה יימנע מלסייע למשרדים בפעולה פסולה זו ויכיר במעמדו של המבקש ובזכותו לפעול כמבוקש בפניה זו.

השווה: ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תשתיות בע"מ פ"ד נא(3) 577, 629; י" רבין "זכות הגישה לערכאות" כזכות חוקתית (הוצאת בורסי, תשנ"ח).

3.6 כל האמור בפרק זה מלמד, איפוא, כי ההסדר נשוא הבקשה שבכאן אינו אלא הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין במשמעות סעיף (1)3 לחוק ההגבלים העסקיים וככזה הוא אינו נחשב כהסדר כובל ופטור מאישורו של בית הדין.

⁶ שם בעמ' 13 לתדפיס.

ב'2 - ההסדר המבוקש אינו עולה כדי הסדר כובל בהתאם לגילוי דעת 1/00 שפרסם הממונה על הגבלים עסקיים בעניין שיתופי פעולה בין מתחרים בפעולה מול רשויות שלטון

3.7 **המבקש יטען כי אם לא יופטר ההסדר מכח האמור בפרק ב'1 הנ"ל, וכי אם לא תתקבל הגישה שהוצגה ע"י עו"ד רויטל רודריג במכתביה נספחים יג'-יד' הנ"ל, כי אז מדובר במו"מ מסחרי ע"י איגוד עסקי מול רשות שלטונית (אם נכונה הגישה הנ"ל ואכן מדובר במו"מ מסחרי, כי אז המשרדים הם בעל מונופולין כאמור בס"ק 2.2.2 - 2.2.3 שלעיל ובהמשך בקשה זו ועל כב' הממונה למנוע מהם מלנצל לרעה את כוחם בשוק) - הרי שההסדר הנדון כאן איננו בבחינת הסדר כובל ואינו מצריך פטור ו/או אישור לפי חוק ההגבלים העסקיים וזאת בהתאם לגילוי דעת 1/00 שפרסם הממונה על הגבלים עסקיים בעניין שיתופי פעולה בין מתחרים בפעולה מול רשויות שלטון. נפרט הדברים.**

3.7.1 **ההסדר המבוקש עניינו כאמור, לאפשר לא.ב.א. לנהל מו"מ הוגן מטעם המעונות החברים בו מול המשרדים, באשר לתנאים מקפחים שונים שנקבעו במסגרת הסכמי האחזקה האחידים שניסחו המשרדים. ניהול המו"מ מטרתו לגרום למשרדים, שהם הרשות השלטונית הרגולטורית בענייננו, להביא לביטול ו/או שינוי תנאים מקפחים ובלתי סבירים שונים שנקבעו בהסכמי האחזקה האחידים שערכו המשרדים.**

3.7.2 **ההסדר המבוקש עומד במקרה כזה בכל התנאים הקבועים במסגרת סעיף 4.4 לגילוי דעת 1/00 שפרסם הממונה, להגדרת פעילות שאיננה מהווה בעיני הממונה הסדר כובל, כפי שיפורט להלן:**

ראשית, מטרת שיתוף הפעולה כאמור להניע את הרשות השלטונית לנקוט בפעולה שלטונית-ריבונית המצויה בסמכותה. אם לא תאמר כן - כי אז פעולת המשרדים בתחום מביאה אותם כאמור להיות בעל מונופולין במשמעות סעיפים 26 ו- 29 לחוק (ראה: ס"ק 2.2.2 הנ"ל). שנית, פעולות השכנוע של רשויות השלטון מתבצעות ע"י א.ב.א. תוך הצגתו של מידע הוגן, מלא ואמין, ככל הניתן בנסיבות העניין.

שלישית, במסגרת המו"מ עם המשרדים לא יועבר בין המעונות החברים בא.ב.א. כל מידע שהעברתו צפויה לגרוע מהתחרות בכוח, או בפועל הקיימת ביניהם. רביעית, כל פעולותיו של המבקש תעשנה בדרך המצמצמת באופן סביר חשש לפגיעה בתחרות בין המעונות החברים בא.ב.א. בכלל זה מצהיר המבקש כי המו"מ מטעמו ינוהל ע"י היועץ המשפטי של העמותה, פרופ' דן שניט, עו"ד, אשר הינו בעל מקצוע עצמאי. כמו-כן פגישות שיתקיימו בהשתתפות נציגי המבקש ייערכו לפי סדר יום קבוע מראש ותתועדנה באופן מסודר, הכול כפי שמפורט בגילוי הדעת ו/או כפי שייקבע ע"י כב' הממונה.

3.7.3 **מהאמור לעיל עולה כי ההסדר המבוקש במסגרת בקשה זו אינו עולה כדי הסדר כובל לפי גישתו של כב' הממונה ולפיכך אינו מצריך פטור ו/או אישור לפי חוק ההגבלים העסקיים.**

ב'3 - ההסדר הכובל המבוקש עומד בתנאים הקבועים בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים

3.8 סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים קובע תנאים ברורים למתן פטור שייתן הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן ולעיל: "הממונה") מאישור בית הדין להגבלים עסקיים לקיומו של הסדר כובל:

"14. (א) הממונה רשאי, לבקשת צד להסדר כובל ולאחר התייעצות עם הועדה לפטורים ולמיזוגים לפי סעיף 23 (להלן - הועדה), לפטור, בהחלטה מנומקת, צדדים להסדר כובל מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדר, אם שוכנע כי התקיימו כל אלה:

(1) הכבילות שבהסדר הכובל אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק כאמור;

(2) עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו."

3.9 כפי שנראה להלן, ההסדר המבוקש במסגרת בקשה זו עומד בשני התנאים הללו גם יחד. פעילותו של המבקש בתחום השוק במימון המדינה והכבילות המבוקשות במסגרת בקשה זו לניהול מו"מ בשם המעונות מול המשרדים, לגבי ניסוח תנאי ההתקשרות לאשפוזם של קשישים סיעודיים ותשושים במימון המדינה המוסדרים במסגרת הסכמי התזקה האחידים - אינם מגבילים את התחרות ואין בהם משום פגיעה, בפועל או בכוח, בתחרות בין המעונות. זאת בהתחשב בשוק המוצר, בכוחם היחסי של הצדדים, ובכוח השוק הנתון למשרדים כמונופסון, להכתיב באופן חד צדדי באמצעות חוזים אחידים את תנאי ההתקשרות עם המעונות, וזאת באופן המונע כל תחרות ביניהם לעניין התנאים הכספיים. ביטול/שינוי תנאים מקפחים בחוזה האחיד שהמשרדים מבקשים לכפות על המעונות ובתי החולים הסיעודיים לא יפחית את התחרות בתחום הכספי או בתחום האיכות במאום.

יתירה מזו - עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהגבלת התחרות בין הצדדים להסדר, אלא במתן אפשרות לניהול מו"מ הוגן בין המשרדים לבין המעונות על תנאי הסכמי האחזקה, תוך ניסיון לרסן, במידת האפשר, את כוחם המונופסוני ואת התנהלותם הדורסנית של המשרדים כלפי המעונות המנצלים את הפער העצום בכוח המיקוח הקיים ביניהם, הכול כפי שיפורט להלן.

3.10 על מנת לבחון האם קיים חשש לפגיעה בתחרות בשוק מסוים יש להגדיר תחילה את השוק בו עסקינן. כפי שהבהרנו לעיל, לעניין זה יש להבחין בין שני תת-שווקים נפרדים המתנהלים מעיקרא ללא השפעה הדדית: השוק במימון פרטי בו מוענקים שירותי אשפוז ללקוחות פרטיים המממנים את עלויות האשפוז מכיסם והשוק הממומן על ידי המדינה, שבמסגרתו מוענקים שירותי אשפוז לזקנים שידם ו/או יד ילדיהם אינה משגת את מחיר האשפוז. אף במסגרת השוק שבמימון המדינה, שהוא הרלוונטי לעניינינו יש לערוך הבחנה בין שני מישורים שונים בפעילות המעונות. מישור פעילות אחד הינו מול הקשישים המאושפזים (להלן: "שוק הקשישים"). מישור פעילות שני הינו חתימת הסכמי אחזקה מול המשרדים (להלן: "שוק המשרדים").

במסגרת שוק הקשישים - קיימת כאמור תחרות בין המעונות השונים על הקשישים אשר נקבעו כזכאים לאשפוז במימון המשרדים. התחרות בשוק זה אינה יכולה להתנהל כאמור באמצעות מחיר האשפוז, משום שהקשישים ומשפחותיהם אדישים למחיר האשפוז וכלל אינם מודעים אליו, שכן אין הם מממנים אותו מכיסם. בשוק זה מתנהלת התחרות באמצעות רמת השירותים הניתנים ע"י המעונות, טיבם ואיכותם. לאור האמור ברי, כי ההסדר המבוקש אינו טומן בחובו כל פגיעה בשוק זה, באשר אין לפעילותה של א.ב.א מול המשרדים כל השפעה על התחרות בין המעונות על הקשישים המאושפזים וזו תמשיך להתקיים במלוא עוצמתה.

במסגרת שוק המשרדים - חותמים המעונות מול המשרדים על הסכמי האחזקה ועל הזכות לקבל לטיפולם קשישים המאושפזים במימון המשרדים. זהו השוק הרלוונטי לענייננו ורק לגביו תיתכן השפעה לפעילותו של א.ב.א במסגרת ההסדר המבוקש, משום שכל פעילותו של א.ב.א במסגרת ההסדר המבוקש תהיה אך ורק בתחומיו של שוק זה.

3.11 אשר על כן השאלה העומדת להכרעתו של כב' הממונה הינה: האם יש בפעילותה של א.ב.א בשוק המשרדים, כדי להגביל או להפחית את התחרות בין המעונות השונים החברים בה. כפי שנראה להלן לאור כוחם המונופסוני של המשרדים, כפי שתואר לעיל, הרי שגם כיום אין בשוק המשרדים שבמימון המדינה כל תחרות בין המעונות השונים החברים בא.ב.א. בינם לבין עצמם. היעדרה של תחרות בין המעונות בשוק שבמימון המדינה, נובע הן מהיותם של המשרדים צרכן יחיד בשוק זה, והן מכך שהמשרדים מבקשים להתקשר עם המעונות באמצעות הסכמי אחזקה אחידים, המוכתבים באופן חד צדדי על-ידם. לאור זאת, הרי שניהול מו"מ ע"י א.ב.א בשם המעונות החברים בה מול המשרדים אינו טומן בחובו כל חשש לפגיעה כלשהי בתחרות, שכן במקום הנעדר כל תחרות מלכתחילה לא תיתכן כל פגיעה בתחרות. נבחר הדברים להלן.

המשרדים הינם כאמור צרכן יחיד בשוק שבמימון המדינה, המכתיב את תנאי ההתקשרות עם המעונות, הן אלה החברים ב-א.ב.א, והן מעונות רבים נוספים שאינם חברים בא.ב.א ואשר המשרדים קונים מהם שירותי אשפוז לקשישים סיעודיים ותשושים באופן חד צדדי בצורת חוזים אחידים, ובכך מסכלים כל אפשרות לתחרות בין המעונות.

3.12 חוזה אחיד, מעצם טיבו והגדרתו, אינו פתוח למו"מ והוא מוכתב ע"י המנסח באופן חד צדדי בבחינת - "Take it or leave it". בעוד שבשוק תחרותי כוחם של מנסחי חוזים אחידים מרוסן על ידי מתחריהם, באופן בו גוף שינסח חוזה אחיד בעל תניות מקפחות יפסיד נתח שוק משמעותי של לקוחות למתחריו, אשר לא עשו כן, הרי שכוח מרסן זה אינו קיים בשוק הנעדר תחרות, בו ישנו חוזה אחיד אחד ויחיד המנוסח על ידי צרכן יחיד ואין למתקשרים הפוטנציאליים כל אפשרות לבחור להתקשר עם ספק אחר. במקרה שכזה נאלצים המתקשרים לקבל את תכתיב המונופולין ובלבד שיורשו להמשיך ולנהל עסקים עימו, אף במחיר הבלתי הוגן והבלתי תחרותי המוצע על ידו. מונופולין כזה ימצא עד תום את מלוא יתרונותיו של החוזה האחד ויקבע באופן חד צדדי את מחיר העסקה, כמחיר הקיצוני ביותר בו משתלם למתקשרים הפוטנציאליים להסכים לתנאי החוזה האחד, כלומר מחירי העלות במקרה של מונופסון ומחירי התועלת עבור הצרכן במקרה של מונופול.

במצב שכזה, בו מיצה המונופולין את יתרונותיו של החוזה האחיד, אין כל אפשרות למתקשרים עימו להציע לבעל המונופולין מחירים אטרקטיביים יותר וממילא הוא אף מסכל לחלוטין כל אפשרות שאלו יתחרו ביניהם באמצעות המחיר. הוא הדין לגבי מונופסון, החולש על למעלה ממחצית מרכישת המוצרים או השירותים בשוק מסוים. עמד על כך ד"ר ד' גילה:

שאלות מקבילות מתעוררות במקרה של מונופסון, היינו גוף החולש על מעל ממחצית מרכישת המוצרים או השירותים בשוק רלבנטי מסוים. מדובר במצב שבו קיימים מספר ספקים של המוצר או השירות אך קיים גוף דומיננטי שרק (או כמעט רק) לו הם יכולים למכור. במקרה כזה יכול המונופסון, בגבולות מסוימים להכתיב את המחיר שבו יקנה".
(ד' פרידמן, נ' כהן חוזים כרך ג', שם, בעמוד 696).

אף כב' הממונה עמד על כוחו של בעל המונופסון במספר הזדמנויות:

"כוח מונופסוני כמוהו ככוח מונופוליסטי באספקלריית השפעתו הרעה על הציבור. עמד על כך השופט Posner באומרו, בפרשת Vogel v. American Society of Appraisers, 744 F 2d 598. 601 (1984):
"Monopoly and monopsony are symmetrical distortions of competition from an economic standpoint. כך נקבע אף בהנחיות... הכוח המונופסוני הוא הכוח לגרום להורדת מחיר המוצר הנמכר לאורך זמן מבלי לאבד את היכולת להמשיך לרכוש כמות כזו של המוצר, אשר תהפוך את הורדת מחיר הרכישה לבלתי כדאית. הורדת המחיר על ידי בעל מונופסון גורמת אף היא להקצאת מקורות בלתי יעילה ואגב כך לאובדן משאבים חברתיים ולהעברת עושר הפעם מהיצרן לצרכן..."

ראה: החלטת הממונה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים בדבר אי מתן פטור מאישור הסדר כובל הסכם בין רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ לבין שידורי קשת בע"מ ובין טלעד אולפני ירושלים בע"מ;
החלטת הממונה בהתנגדותו למיזוג בין בראון-פישמן תקשורת בע"מ לבין ידיעות אחרונות.
על כוחו של בעל מונופסון ראה גם:

A. Linsay The EC Merger Regulation: Substantive Issues (London, 2003), Ch. 3.

מן הכלל אל הפרט-

3.13 בשוק שבמימון המדינה, בו עסקינן, מהווים **המשרדים** 100% מרוכשי השירותים וככאלו לא זו בלבד שהם מהווים מונופסון לעניין כוח הרכישה שלהם בשוק אשפוז הקשישים, הסייעודיים והתשושים, אלא שהם **הצרכן היחיד** בשוק זה. כצרכן יחיד יש בידי המשרדים את האפשרות להכתיב ולקבוע הן את כמות הביקוש של השירות והן את המחיר שיינתן בעבורו, זאת מבלי שלמעונות הבודדים ישנה אפשרות כלשהי להשפיע ו/או לנהל מו"מ על כך. ואכן המשרדים עורכים הסכמי אחזקה אחידים, במסגרתם הם מכתיבים באופן חד צדדי את כל תנאי האשפוז, לרבות המחיר, תקופתו של הסכם האחזקה, שינויים עתידיים שניתן להכניס בו וכיו"ב וזאת ללא מתן כל אפשרות לנהל משא ומתן על תנאים אלה. בכך למעשה מסכלים המשרדים במו ידיהם כל אפשרות לתחרות בין המעונות השונים.

3.14 למותר לציין, כי בפועל **המשרדים** מנצלים את כוח השוק בו הם מחזיקים עד תום באמצעות הכתבת מחיר נמוך ביותר. לאור זאת ברי כי אין **המעונות** יכולים להוריד את מחיריהם אל מתחת למחיר הנכפה על ידי **המשרדים**. מצב דברים זה מונע מלכתחילה כל אפשרות לקיומה

של תחרות בין המעונות השונים בשוק שבמימון המדינה הנוגעת למחיר השירות. מכיוון שהמשורדים אדישים כאמור במידה רבה לאיכות השירות ומשהאפשרות להתחרות באמצעות המחיר נגוזה, לא נותר עוד למעונות במה להתחרות אלה מול אלה בכל הנוגע לשוק שבמימון המדינה. למותר לציין, כי מקום בו לא קיימת תחרות מלכתחילה, אין גם כל חשש כי התחרות (שאינה קיימת) תיפגע ויש לפטור את ההסדר מהצורך באישור בית הדין.

השווה: החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים בעניין מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין חברות הכבלים.

3.15 יתר על כן - גם אם תמצא כי ההסדר המבוקש במסגרת בקשה זו טומן בחובו חשש פוטנציאלי לפגיעה בתחרות (וכפי שראינו - לא כך הוא), הרי שמדובר לכל היותר בפגיעה קלת ערך וזאת כיוון שהשפעתו בפועל והשפעתו המסתברת של ההסדר הכובל המבוקש על התחרות בעסקים וזאת בהתחשב במעמדם של הצדדים, בשוק המוצר ובמידת התחרות הקיימת (או ליתר דיוק - אינה קיימת) הקיימת בשוק - הינה זניחה קלה ביותר, בבחינת "זוטי דברים" (de minimis). משכך הסדר כובל זה פטור מקבלת אישור בית הדין להגבלים עסקיים, בהתאם לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך) התשס"א - 2001.

השווה: ע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים פ"ד נז(2), 590; ת"פ (ירושלים) 287/98 מדינת ישראל נ' מנורה (רמזורים) בע"מ תק-מח 2003(2), 4171.

3.16 מכל האמור והמקובץ לעיל עולה איפוא, כי ההסדר הכובל המבוקש במסגרת בקשה זו אינו טומן בחובו חשש לפגיעה כלשהי בתחרות ומשכך מתקיימים התנאים הקבועים סעיף 14(א) לחוק למתן פטור מאישור הסדר כובל.

ב'4- ההסדר המבוקש הינו לטובת הציבור והוא חיוני להמשך קיומו ותפקודו התקין של ענף אשפוז הקשישים בישראל

3.17 לא זו בלבד שההסדר המבוקש במסגרת בקשה זו אינו טומן בחובו כל חשש לפגיעה בתחרות, אלא שצפויות לו תועלות שהינם לטובת הציבור ולפיכך יש לפטור אותו מאישור בית הדין. נפרט הדברים.

סעיף 10 לחוק קובע כדלקמן:

"בעת שיבחן את טובת הציבור לעניין פרק זה ישקול בית הדין, בין השאר, את תרומת ההסדר הכובל לעניינים המפורטים להלן ואם התועלת הצפויה לציבור תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לציבור או לחלק ממנו או למי שאינו צד להסדר ואלה העניינים:

...
(4) מתן אפשרות לצדדים להסדר להשיג אספקה של נכסים או שירותים בתנאים סבירים מידי אדם שבידיו חלק ניכר של האספקה, או לספק בתנאים סבירים נכסים או שירותים לאדם שבידיו חלק ניכר של הרכישה של אותם נכסים או שירותים;
(5) מניעת פגיעה חמורה בענף החשוב למשק המדינה".

3.18 הגם שסעיף זה עוסק במסגרת שיקוליו של בית הדין, נקבע לא פעם כי אף הממונה מוסמך לשקול שיקולים אלה במסגרת השיקולים להענקת פטור להסדר כובל. על הממונה לבחון את

התמונה הכללית של השוק שבפניו ולבחון בצד השלילה הכרוכה בקיומו של ההסדר הכובל אף את היתרונות הטמונים בו והתועלת שתצמח לציבור ממנו.

ראה: החלטת הממונה בעניין פטור מהסדר כובל של האיגוד הישראלי לפרסום (ההגבלים העסקיים בהוצאת ועד מחוז ת"א של לשכת עורכי הדין, כרך א' עמ' 100, 105);
החלטת הממונה בדבר אי מתן פטור מאישור בית הדין להסדר כובל אנרגית המזרח התיכון.

סמכותו של כב' הממונה לשקול שיקולים של תועלת הציבור חלה ביתר שאת בעניינינו, לאור זאת שכאמור אין בהסדר המבוקש כל חשש לפגיעה בתחרות ואין כל השפעות שליליות להסדר.

3.19 **המבקש יטען כי על כב' הממונה לשקול במסגרת שיקוליו, בין היתר את התועלות הציבוריות הצפויות כתוצאה מההסדר המבוקש, כדלקמן:**

3.19.1 **ראשית,** ההסדר המבוקש טומן בחובו תועלת רבה לציבור, בהתאם לסעיף 10(4) לחוק, בכך שיש בו כדי לאזן במקצת את הפערים העצומים בכוח המיקוח בין המשרדים למעונות ובכך עשוי לאפשר למעונות החברים בא.ב.א. לספק בתנאים סבירים ויציבים שירותים למשרדים, שכמונפסון וצרכן יחיד מחזיקים בידיהם כוח שוק בלתי מוגבל. הרציונאל העומד בבסיסו של סעיף 10(4) הוסבר בספרו של צ' יגור דיני ההגבלים העסקיים (תשס"ב) כדלהלן:

"ההיגיון העומד ביסוד הוראת סעיף 10(4) הנ"ל הוא לאפשר לגורמים מתחרים, בנסיבות מתאימות, לציבור כוח מיקוח רב יותר כלפי מי שהוא בעל מונופולין, מונופסון, או בעל כוח שוק דומה, מתוך הנחה ששיתוף פעולה כזה יגביר דווקא תחרות, בכך שיסייע לאיזון הכוחות בשוק. לבעל מונופול, מעצם טיבו, יש את הכוח להכתיב את מחירי המוצרים או השירותים שבמונופולין, או לפחות להשפיע עליהם באופן משמעותי. לבעל מונופסון, באורח דומה, יש את הכוח להכתיב מחירים לספקי המוצרים או השירותים שהוא צורך, או לפחות להשפיע עליהם כאמור. ביזוריות הצרכנים והספקים וחוסר התיאום ביניהם, הופכת את הכתבת המחירים לנוחה וקלה יותר עבור בעלי מונופולין או מונופסונים. לפיכך הגם שבמצב הדברים הרגיל שיתוף פעולה מצד צרכנים או ספקים במישור האופקי עלול לפגוע בתחרות, במצב שבו התחרות ממילא אינה משוכללת יתכן ודווקא שיתוף פעולה כזה יתרום לאיזון כוחות, ינטרל מוקדי כוח, וברמת המאקרו יגביר את התחרות". (שם, בעמ' 327).

דברים אלו חלים ביתר שאת בעניינינו, שכן המשרדים לא זו בלבד שהם מונופסון בשוק המצרפי (הכולל הן את השוק שבמימון פרטי והן את השוק שבמימון המדינה), אלא שבשוק שבמימון המדינה, אשר הינו השוק הרלוונטי לעניינינו - המשרדים הם למעשה הצרכן היחיד וככזה הם מכתיבים למעונות, מספקי השירותים, מחיר ותנאי אשפוז בלתי סבירים באופן חד צדדי ופוגמים ביעילות השוק.

3.19.2 **כב' הממונה עמד במספר הזדמנויות על כך שאחד האמצעים המוכרים בעולם לריסון כוח השוק של בעל מונופולין הוא ניהול משא ומתן קולקטיבי של קבוצת לקוחות שחברו יחדיו ו/או על ידי איגודים עסקיים המייצגים אותם. ניהול מו"מ קולקטיבי משפר את כוח המיקוח היחסי של המשתמש מול המונופול ומאפשר למשתמש להתגבר על פער המידע והמקצועיות שקיים, בדרך כלל, ביחסיים שבינו לבין המונופול ולהגדיל את יעילות השוק.**

ראה: החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים בדבר מתן פטור להתאחדות הסוחרים הכללית והעצמאיים בישראל לבין אולמות שמחה וגני אירועים החברים בה, שעניינו ניהול

משא ומתן משותף עם תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים, 2003 הגבלים עסקיים
3018061 ;
השווה: S.M. Basen, S.N. Kirby, S.C. Salop, "An Economic Analysis of Copyright
Collectives", Virginia Law rev (1992) 383, 398

3.19.3 למותר לציין, כי הרצון לאזן במידת האפשר בין פערי הכוחות העצומים, הוא שעמד בבסיס
החלטתו של שר המשפטים להכיר בא.ב.א כ"ארגון לקוחות לעניין מסוים" לפי סעיף 16 לחוק
החוזים האחידים וזאת לעניין חוזים הנחתמים בין המשרדים לבין המעונות לסוגיהם.

3.19.4 שנית, ההסדר המבוקש חיוני להמשך קיומו של תחום אשפוז הזקנים בישראל, שהינו ענף חיוני
ביותר לחברה ולמשק המדינה, כמשמעותו של סעיף 10(5) לחוק ההגבלים העסקיים.
מטרתו של ההסדר הינה לאפשר לגופים העוסקים בתחום אשפוז הזקנים לנהל את עסקיהם
בתנאים סבירים והוגנים ובכך למנוע את התמוטטותם של גופים אלו, אשר עלול לגרום לאלפי
זקנים להישאר ללא מסגרת טיפולית-רפואית הולמת שתספק מענה לצרכים הייחודיים שלהם.
ענף בתי האבות משרת למעלה מעשרים אלף קשישים, אשר מגבלות התפקוד מונעת מהם
לתפקד בכוחות עצמם באופן עצמאי. דומה כי אין צורך להרחיב עד כמה שירותים אלו מהווים
שירות חיוני לחברה ולמשק הישראלי.

דא עקא, שהמחירים והתנאים אותם מכתיבים המשרדים למעונות, תוך ניצול כוח השוק
העצום שלהם כמונופסון וכצרכן יחיד בשוק שבמימון המדינה - הינם כאלה שלא יאפשרו
למעונות להמשיך ולפעול בתנאים אלו לאורך זמן. בתנאים אלה מעונות רבים יקרוסו כלכלית
קרוב לוודאי בעתיד הקרוב ויאלצו להיסגר. סגירתם של מעונות כתוצאה ממצוקה כלכלית,
תותיר אחריה מספר רב של קשישים הנתונים במצב קשה וברמת תפקוד נמוכה, אשר יאלצו
לחפש מקום אשפוז חדש, ואולי אף יוותרו ללא מענה הולם לצורכיהם. התפתחות חלופית
בעלת השלכות שליליות לא פחות, עלולה למצוא ביטוייה בהורדת רמת השירותים שמעניקים
המעונות לזקנים המאושפזים על מנת להתאימם לאמצעים העומדים לרשותם. קרי: המעונות
יגלגלו את התנאים המקפחים על שכם הלקוחות.

בהקשר זה יוער עוד, כי הדרך האפשרית היחידה שתאפשר למעונות להתקיים בתנאים ובמחיר
שהוכתבו להם על-ידי המשרדים תהא העלאת מחירים משמעותית בשוק הפרטי תוך ניסיון
נואש למנוע התמוטטות הענף. דא עקא, שהעלאת מחירים בלתי נמנעת שכזו עלולה לפגוע
קשות בציבור בכללותו ובמיוחד באלו שידם אינה משגת לממן על חשבונם סכומים גבוהים
כאלה ויימצא שאף אלה יפלו למעמסה על הציבור (באמצעות משרדי הממשלה).

3.19.5 מהאמור לעיל עולה איפוא כי הדרך היחידה להימנע מתופעות שליליות הרות אסון אלה, הינה
לאפשר למבקש לנהל מו"מ מטעם המעונות החברים בו מול המשרדים ובכך לאזן קמעה את
כוחם המונופסוני, באופן שיאפשר למעונות לספק את שירותי האשפוז בתנאים סבירים,
שיאפשרו המשך קיומם וימנעו את קריסת הענף. על הממונה לשים לנגד עיניו שיקול מרכזי זה.

פרק ג' - סיכום ומסקנות

4.

4.1 מכל האמור והמקובץ לעיל, עולה כי:

4.1.1 כל כבילותיו של ההסדר נקבעו על פי דין מכוח ההכרה **במבקש** כארגון לקוחות לעניין מסוים בהתאם לסעיף 16 **לחוק החוזים האחידים** (נספח ג' לבקשה זו) ולפיכך הוא חוסה תחת הפטור שבסעיף 13(1) **לחוק ההגבלים העסקיים**.

4.1.2 ההסדר המבוקש אינו עולה כדי הסדר כובל, בהתאם לעמדתו של כב' הממונה על הגבלים עסקיים, כפי שבאה לידי ביטוי בגילוי דעת 1/00 שפרסם הממונה בעניין **שיתופי פעולה בין מתחרים בפעולה מול רשויות שלטון** ולפיכך ההסדר אף אינו דורש פטור ו/או אישור בהתאם לדיני ההגבלים העסקיים.

4.1.3 ההסדר המבוקש במסגרת בקשה זו עומד בכל התנאים הקבועים בסעיף 14 **לחוק ההגבלים העסקיים** לקבלת פטור מאישור בית הדין להסדר כובל. עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהגבלת התחרות בין הצדדים להסדר והוא אינו טומן בחובו כל חשש לפגיעה ממשית, או פוטנציאלית בתחרות.

4.1.4 הסדר המבוקש טומן בחובו תועלות משמעותיות לטובת הציבור והוא חיוני להמשך קיומו של ענף אשפוז הקשישים בישראל.

4.2 בטרם סיום ולמען הסר ספק מובהר בזאת כי **המבקש** מתחייב להימנע מכל פעולה אשר יש בה כדי להשפיע, בצורה ישירה או עקיפה, על אופיים ו/או מחירם של השירותים הניתנים בשוק הפרטי. כמו-כן מתחייב **המבקש** להימנע מכל פעילות בשוק שבמימון המדינה, אשר נעשית בין **המשרדים** לבין מעון ספציפי באופן פרטני שלא על בסיס חוזה אחיד.

4.3 בקשה זו נתמכת בתצהירו של יו"ר **המבקשת, א.ב.א - עו"ד אילן תמיר**.

4.4 נוכח כל האמור לעיל מתבקש כב' **הממונה** להיעתר לבקשה ולפטור את **המבקש** מהחובה לקבל את אישורו של בית הדין להסדר הכובל. למצער מתבקש כב' **הממונה** להעניק פטור **למבקש** בכפוף לתנאים כאמור בס"ק 4.2, או ככל שייקבע על ידו.

תאריך: 25.1.2005

ברק בר-שלום, עו"ד

חנן מלצר, עו"ד

פרופ' דן שגב, עו"ד

ב"כ המבקשת

תצהיר

אני הח"מ, מר אילן תמיר ת.ז. 1070998-8 לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, אם לא אעשה כן, מצהיר בזאת בכתב כדלקמן:

1. הנני משמש כיו"ר אגוד בתי האבות בישראל (להלן א.ב.א.).
2. הנני עושה תצהירי זה לביסוס ובתמיכה לבקשת א.ב.א. לממונה על ההגבלים העסקיים למתן פטור מאישור הסדר כובל.
2. כל העובדות שהובאו בבקשה הן נכונות, אלא אם כן נאמר בצד הדברים שהם למיטב הידיעה, או ההבנה, כי אז זהו המצב לגבי.
- העובדות המפורטות בבקשה הן בידיעתי האישית ומוכרות לי בתוקף תפקידי כיו"ר א.ב.א.
3. כל הטענות המשפטיות המובאות בבקשה הן נכונות למיטב הבנתי, על פי מה שהוסבר לי ע"י באי-כוחי בבקשה דנן.
3. זהו שמי, זו חתימתי ותוכן האמור לעיל - אמת כאמור.



אילן תמיר

היום: 25.1.05

אישור

אני הח"מ, דן שניט עו"ד, מאשר בזאת כי ביום 25.1.05 הופיע בפני מר אילן תמיר נושא ת.ז. 1070998-8 המוכר לי אישית ולאחר שהוזהרתי כי עליו להצהיר את האמת וכי יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, אם לא יעשה כן, אישר את נכונות ההצהרה הנ"ל וחתם עליה בפני.

פרופ' דן שניט - עו"ד

רמבה 7 ר"ג, 52587

חתימה וחותמת עוסדל 7516364 פקס: 7528931