



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 מהמעונוות, 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 מגובש התעריף שישלם משרד הבריאות למעונוות:

"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 המעונוות, במסגרת ההסכמים, בהיקף כוח אדם השונה מן הנדרש לפי התקנות הקיימות בעניין כיום. זאת, כאשר המשרד מתעתד לשנות את התקנות ולקבוע חובות חדשות אלה בדין, 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 לגמרי.⁸

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.א.⁹

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 נתונייהם 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.

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



רשות ההגבלים העסקיים

5

טענת "כוח המאזן"

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 יימצא בעובדה כי לעיתים אין ביצירת כוח נגדי להביא לשיווי משקל תחרותי יותר המשתרשר 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 המלונות בישראל מול תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים¹⁰ (להלן: "**פרשת התאחדות המלונות**") 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 המלונות** 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.

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

¹⁰ החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין התאחדות המלונות 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

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 לנתוני 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 העסקיים, הואיל ולא הצדדים להסדר הם שקבעו את הפעולה הפוגעת בתחרות אלא הרשות בהפעילה סמכות שלטונית ריבונית”¹¹

¹¹ בסעיף 3 לגילוי הדעת.



רשות ההגבלים העסקיים

7

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 שאינן 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 שהפץ 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 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



רשות ההגבלים העסקיים

8

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 אחידים,¹⁴ כאשר "לקוח" לעניין חוק החוזים האחידים הוא מי שמנסים להתקשר עימו בחוזה אחיד, בין אם הוא המוכר או הרוכש.¹⁵ 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 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.,

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

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 ימצא 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 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**:



רשות ההגבלים העסקיים

10

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 או לא, האם להתקשר עם מי מהמשרדים או לא, 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. ד 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.

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.



רשות הגבלים העסקיים

11

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 הגבלים 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.

דרור שטרם

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ח' בתשרי תשס"ו

11 באוקטובר 2005