



רשות ההגבלים העסקיים

ירושלים, י"ז אייר תשס"ב

29 באפריל 2002

פטור: 4023

בפקס: 03-5162668

03-5162668

לכבוד

עו"ד אלי זהר

מ. זילגמן ושות', עו"ד

רח' דרך פתח תקוה 23

תל-אביב 66184

הנדון: החלטת בעניין אי-מתן פטור מאישור הסדר כובל בין: האיגוד השיראלי לפרסום – חברי האיגוד הישראלי לפרסום

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

בכבוד רב ובברכה,

צפורה נחמו, עו"ד

רשמת הגבלים עסקיים



רשות ההגבלים העסקיים

החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בדבר אי מתן פטור מאישור הסדר כובל

להסכם בין האיגוד הישראלי לפרסום לבין חברי האיגוד

1. פתח דבר

ביום 29 באוגוסט 2000 הונחה על שולחני בקשת חברי האיגוד הישראלי לפרסום (להלן: "האיגוד") לקבלת פטור מאישורו של בית הדין להגבלים עסקיים, לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח - 1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים"), להסכם בין חברי האיגוד.

ההשתתפות במתן החלטה זו נובעת, בין היתר, מהעיכוב הרב שחל במסירת המידע והנתונים על-ידי המבקשים.

לאחר שבחנתי את ההסדר ואת הכבילות המצויות בו, כמו גם את השפעתם האפשרית על התחרות בשוק הרלוונטי, ולאחר שנועצתי בועדה לפטורים ולמיזוגים, הגעתי לכלל מסקנה כי אין ההסדר ראוי לפטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, בשל הנימוקים שיפורטו להלן.

2. ההסדר

ההסדר הנדון כאן, הקבוע בכלל מספר 6 לכללי האתיקה של האיגוד, זכה לראשונה לפטור מהממונה על הגבלים עסקיים, בחודש מאי 1993. באוגוסט 1995 שב הממונה על הגבלים עסקיים והאריך את תקופת הפטור. עתה משפקע מועד הפטור יש מקום לבחון את הבקשה להאריך שוב.

כלל מספר 6 לכללי האתיקה של האיגוד הישראלי לפרסום קובע כדלקמן:

"פרסומאי אשר לקוחו עבר לעבוד עם משרד פרסום אחר ונותר חייב לו כספים, ידווח על כך להנהלת האיגוד, אשר תיידע זאת את חברי האיגוד, לאחר נקיטה באמצעי הבדיקה הנדרשים".

מהות ההסדר, מונחת בהטלת חובת דיווח על חברי האיגוד באשר ללקוחות שנתרו חייבים להם כספים. במסגרת ההסדר, האיגוד מיידע את כלל חבריו אודות כל לקוח אשר עבר לעבוד עם משרד פרסום אחר ונותר חייב כספים למשרד הפרסום הקודם, "לאחר נקיטה באמצעי הבדיקה הנדרשים".

לטענת האיגוד, קיומו של כלל מספר 6 האמור לא שימש במהלך שנות קיומו להימנעות משרדי פרסום מקבלת לקוחות שהופיעו ב"רשימת החייבים" ולא פורש כ"איסור" שהטיל האיגוד על התקשרויות עם לקוחות אלו.

הלכה למעשה, טוען האיגוד, העברת המידע האמור ביחס "לחייבים שלא פרעו חובותיהם" נועדה לגרום, ואולי אף גרמה למשרדים להבטיח את התשלום עבור השרות. האיגוד טוען כי בידיו תשתית עובדתית לפיה לא נמצאו לקוחות אשר שינו את החלטתם החופשית להחליף משרד פרסום עקב קיומו של חוב ונוהלי גבייתו.

3. השפעת ההסכם על התחרות

האיגוד מאגד בתוכו כ-57 משרדי פרסום. משרדים אלו מעסיקים מאות פרסומאים ומרכזים כ-80% מפעילות הפרסום בארץ. בנוסף, הנהלת האיגוד העבירה משאל דואר בין חברי האיגוד כדי לקבוע אם יש מקום להרחיב את מעגל החברים באיגוד, על-ידי צירוף חברות או גורמים שאינם פרסומאים, המספקים שירותי-עזר לפרסום. בענף כ-120 פרסומאים שאינם מאוגדים באיגוד.

לפי הנתונים שנמסרו לי, לא קיימים איגודים נוספים, המייצגים פרסומאים עצמאיים או משרדי פרסום. נעשה ניסיון להקים עמותה בשם "לשכת הפרסומאים בישראל", אלא שעל-פי המידע שהועבר לידי גוף זה אינו פועל כיום.

האיגוד מנוהל כעמותה שלא למטרות רווח ובראשו יו"ר ונהלה הנבחרים ע"י האסיפה הכללית אחת לארבע שנים. סעיף 28 לתקנון האיגוד קובע כללים לקבלת חברים חדשים לאיגוד, על-פיהם יכול להתקבל כחבר לאיגוד ספק של שירותים בתחום הפרסום הפועל באופן עצמאי במשך שנה לפחות, מקיים קשר עסקי עם לפחות שלושה לקוחות שונים ושהפרסום הוא תחום עיסוקו העיקרי. האיגוד אינו מתנה קבלת חברים בגודל משרד הפרסום.¹

4. סמכות הממונה לפי סעיף 14

4.1 כללי

מאז ניתנו הפטורים האמורים להסדר על-ידי קודמי בתפקיד, תוקן חוק ההגבלים העסקיים,² תיקון אשר יצר רפורמה בחוק בהיבטים שונים. בין היתר חל שינוי בשני מישורים משלימים:

האחד - יצירת פטורי סוג, המאפשרים סוגי הגבלת תחרות שהכללתם בעסקאות תהא מותרת, ללא צורך בפנייה ספציפית לפוטרם מאישור בית-הדין להגבלים עסקיים.

¹ כך סעיף 30. (ב) לתקנון האיגוד:

"30. (ב) גודל משרד פרסום, מספר עובדיו, שטחי התמחות והיקף מחזורו הכספי לא יישמשו

אמת מידה לקבלתו כחבר באגוד."

² חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 6), התש"ס - 2000.

השני - הרחבת תחום שיקול דעתו וסמכותו של הממונה, בפטור הסדרים כובלים מהצורך באישורם על-ידי בית-הדין, באמצעות ניסוחו המחודש של סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים.

הלשון בה נקט המחוקק בסעיף 14 בהתייחסו לסמכויות הממונה היא "רשאי", להבדיל, למשל, מלשונו בפרק ד' לחוק, בו נאמר כי הממונה "יכריז" על בעל מונופולין. ללמדך, כי שיקול הדעת הנתון לממונה, בבואו ליתן פטור להסדר כובל מאישורו של בית הדין, הנו רחב יחסית. עם זאת, אין בכך כדי לומר כי יכול הממונה שלא ליתן פטור אך משום שבחר המחוקק בביטוי "רשאי".³

לאור לשונו של סעיף 14 לחוק, פשיטא כי עיקרם של השיקולים הענייניים אליהם יזדקק הממונה הנם שיקולי תחרות. עם זאת, אין שיקול הדעת של הממונה מתמצה בשיקולים תחרותיים גרידא ואין לומר כי הממונה מחויב להשתמש בסמכותו למתן פטור מקום בו הסדר עומד בתנאי סעיף 14 לחוק. במסגרת שיקוליו רשאי הממונה שלא לעשות שימוש בסמכותו, אם סבור הוא כי הדבר ישרת את טובת הציבור.⁴

4.2 מן הכלל אל הפרט

על מידת הפגיעה בתחרות של הסדר זה עמדו הממונים על הגבלים עסקיים בהחלטות הקודמות; מחד גיסא – פוטנציאל הפגיעה התחרותי של ההסכם, הניתן לריסון על-ידי התנאים בהם הותנה הפטור הקודם, ומאידך גיסא על הברכה לתחרות ולעילות הטמונה בהעברת מידע המותירה את ההחלטה הסופית אם להתקשר בעסקה בידי כל פרסומאי יחיד בלי לחץ וכפייה, וכשאינ מתנוסס מעל לראשם של מפרסמים חשש של חרם פרסומאים.

על מנת להבטיח כי פוטנציאל הפגיעה בהסכם יישאר נמוך הותנה הפטור הקודם בתנאים לפיהם:

- א. העברת המידע בין הצדדים לא תשמש כאמצעי לחץ לגביית תשלומים מעסקים שנותרו חייבים.
- ב. האיגוד לא יאסור על חבריו להתקשר עם עסק שברשימת העסקים שנותרו חייבים, בין במפורש ובין מכללא.
- ג. לא יסרב צד להסדר להתקשר עם עסק שנכלל ברשימת העסקים שנותרו חייבים בשל עצם הימצאו ברשימה, ובלבד שיובטח התשלום עבור השרות.

³ "בסמכות הקרויה סמכות רשות, אפילו כאשר החוק מדבר בלשון של שיקול דעת מוחלט, נכללת חובה להפעיל את שיקול הדעת, להכין תשתית עובדתית ראויה ולשקול שיקולים ענייניים. (ההדגשות לא במקור) " י. זמיר, הסמכות המינהלית (ירושלים: נבו הוצאה לאור; 1996) כרך א', ע' 225.

⁴ "התנאי האמור בדבר הגבלת התחרות באופן לא משמעותי מהווה תנאי למתן הפטור מכוח סעיף 14 לחוק. אולם, גם אם התקיים תנאי זה, אין בכך כדי לחייב את הממונה לפטור את הצדדים מאישור ההסדר על ידי בית הדין, ואין בו בהכרח, כדי למצות את שיקולי הממונה במתן הפטור. "רשאי" נאמר בחוק, לא "חייב". משמע, בהתקיים התנאי הסטטוטורי וגם אם שוכנע הממונה שאין בהסדר כדי להגביל את התחרות בעסקים באופן משמעותי, אין הוא חייב לפטור את הצדדים מהחובה לקבל את אישורו של בית הדין להסדר, ומסור לו שיקול הדעת לסרב לתת את הפטור. סמכותו של הממונה היא סמכות ששיקול דעת, ושיקול הדעת איננו מתמצה רק בכך שאין מדובר בהסדר המגביל את התחרות באופן לא משמעותי. במסגרת שיקול דעת זה רשאי הממונה לשקול גם את התועלות הכרוכות בהסדר ואת תרומתו לטובת הציבור." (ההדגשות לא במקור) ערר 1/97 איסכור שירותי פלדות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים; 1997 הגבלים עסקיים 3002667, בע' 12.

רק תנאים אלה הם שאפשרו את סיווגו של ההסדר נשוא עניינו ככזה שאין בו פגיעה משמעותית בתחרות. על יסוד ההנחה שהתנאים יקוימו הוחלט שאפילו בהיותו פוגעני לחלק ניכר מהשוק (בהיות רוב הפרסומאים חברים באיגוד) הרי שפגיעתו הבלתי משמעותית מאפשרת לממונה לפטור אותו מאישור בית הדין, בהתאם לסמכותו על-פי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, לפני תיקון החוק.

קיומה של "מסלקת מידע" בידי קבוצה של בני אדם המתחרים זה בזה נושאת עימה סכנה לתחרות (בצד יתרונות אפשריים). קם החשש כי יעשה שימוש במידע שעיקרו הפחתת התחרות בין חברי המסלקה או הנהגים ממנה, או בינם (או מי מהם) לבין צדדי ג' המתחרים בהם, או עוסקים עימם. בהתחשב בכך – יש להקפיד הקפדה יתירה על קיום דווקני וקפדני של התנאים.

אף ככלל, הממונה מייחס חשיבות רבה לעמידה בתנאים לפטור. מעבר לעובדה שעמידה בתנאים אינה אופציה כי אם חובה שבדין, שהפרתה מגובה בסנקציות פליליות, מנהליות ואזרחיות, הרי שעמידתו של האיגוד בתנאים בהם הותנה הפטור בעבר נמנית בין השיקולים הענייניים שמוסמך הממונה להביא בחשבון בבואו לבחון את הבקשה הנוכחית.⁵

דא עקא שבבדיקת רשות ההגבלים העסקיים התעורר ספק רב לגבי מידת עמידתו של האיגוד בתנאי הפטור, במידה המצדיקה, לדעת, סירוב לבקשת האיגוד למתן פטור.

במענה לדרישת נתונים בה התבקש האיגוד למסור מידע בנוגע לאופן השימוש שנעשה בהסדר הכובל נשוא בקשת הפטור (על מנת לבדוק את עמידתו בתנאי הפטור), השיב האיגוד כי לא קיים תיעוד של מידע כאמור, למעט מקרה יחיד (למרות שמתשובתו השתמע כי אפשר והיו מקרים נוספים מלבד אותו מקרה).⁶ תשובה זו של האיגוד אינה מקובלת עליי.

השתת תנאים או הוראות על גוף עסקי על ידי מערך ההגבלים העסקיים מקימה חובה על פי החוק לקיים את אותם תנאים או הוראות, והפרתה של חובה זאת מהווה עבירה פלילית. חובה זאת גוזרת מתוכה חובה "מסדר שני" לנקוט בכל הצעדים הדרושים על מנת להבטיח את קיום תנאי ההיתר. בנסיבות אלה, תשובת האיגוד לפיה אין בידי מידע כיצד התנהל ההסדר הכובל, וממילא כאשר אין באפשרותו לפרט את הצעדים שנקטו על ידו על מנת להבטיח את קיום התנאים, מקרינה באור שלילי על עמידתו בתנאים, ומעוררת את חשד כי בהיעדר מידע כאמור לא נשמרו התנאים על ידי האיגוד.⁷ לא מיותר יהיה לציין כי אף במקרה הבודד שתיעודו הועבר לידיי על-ידי האיגוד – נראה כי תנאי הפטור הופרו.

⁵ וחשווה לאמור בפס"ד בעניין אי.סי.פי.: "לדעתנו, במסגרת השיקולים לאישור הבקשה הנוכחית רשאי בית הדין להביא בחשבון את מידת עמידתו של המבקשות בתנאי ההסדר הקודם, ואינו מקבלים טענת המבקשות לפיה לנושא זה של עמידת הזכייניות בתנאי ההסדר הקודם לא יכולה להיות נפקות לעניין הבקשה הנוכחית". ה"ע 3276/99 ערוצי זהב ושות' נגד איגוד במאי קולנוע וטלוויזיה בישראל, 2000 הגבלים עסקיים 3008379, פסקה 68.


⁶ "לאחר בדיקה וברור של מנכ"ל האיגוד במשרדי האיגוד ומאחר ומנכ"ל האיגוד התחלף בשנת 1996, נתברר כי לא מצוי בידי המנכ"ל החדש תיעוד לחומר נוסף של קודמו בענין, יחד עם זאת רצ"ב החומר שאותו ע"י מנכ"ל האיגוד הנוכחי במשרדי האיגוד" תשובת ב"כ האיגוד מיום 24 ביוני, 2001.

⁷ על מידת חשיבות תיעוד פעולותיו של האיגוד לצורך קיומו של מערך פיקוח וביקורת פנימיים חשווה לסעיף 3.5.4 מתכונת תוכנית אכיפה פנימית, [רשות ההגבלים העסקיים-כסלו התשנ"ט, נובמבר 1998]

לבסוף, הובהר לי על-ידי האיגוד, כי הוא שוקד על קידום ניסוח משופר של התקנון וכן על ניסוח כללי אתיקה חדשים. משאלו הם פני הדברים, ברי כי מידת הנתיבות של הפטור המבוקש קטנה היא ובת חלוף, וכי לא ירחק היום ובקשת פטור חדשה, לכללי אתיקה חדשים, תובא לפני תחת זו.

5. סוף דבר

אשר על כן, ולאחר שנועצתי בועדה לפטורים ולמיזוגים, ראיתי לנכון שלא להעניק את הפטור המבוקש. על הצדדים לפעול בהתאם: לפנות לבית הדין לקבלת אישורו להסדר הכובל, או להפסיק את קיומו של ההסדר.



דור שטרומ

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, י"ז אייר, תשס"ב

29 אפריל, 2002

חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988
בקשת פטור מאישור הסדר כובל

בהתאם לס' 14 לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח-1988, ובהמשך לפטור שניתן בתנאים לאיגוד הישראלי לפרסום ביום 30.5.93 ועד ליום 30.5.95 (להלן: "הפטור") ובהמשך להארכת הפטור שניתנה בתנאים לאיגוד הישראלי לפרסום ביום 1.8.95 ועד ליום 1.8.00 (להלן: "הארכת הפטור"), מוגשת בזה בקשה לפטור מאישור בית הדין, הסדר כובל שפרטיו כדלקמן:

1. הצד להסדר המבקש את הפטור -

שם: האיגוד הישראלי לפרסום

מען: רחוב דיזינגוף 30, קומה ב', תל-אביב 64332

מען למסירת מסמכים: מ. זליגמן ושות', עו"ד

דרך פתח תקוה 23 תל-אביב 66184

2. הצדדים האחרים להסדר: חברי האיגוד הישראלי לפרסום.

3. צורת ההסדר: בכתב - סעיף 6 לכללי האתיקה הנספחים לתקנון האיגוד.

4. נעשה ההסדר בכתב - תיאור המסמכים הקובעים אותו ואלה הנוגעים לו:

4. 1 החלטת האסיפה הכללית של האגוד מיום 28.3.93.

4. 2 מכתב עו"ד זהר לממונה על ההגבלים העסקיים מיום 4.3.93.

4. 3 מכתב עו"ד זהר לממונה על הגבלים העסקיים מיום 29.3.93.

4. 4 החלטת הממונה בדבר פטור מהסדר כובל והודעה על פטור ותנאיו מיום 1.6.93.

4. 5 מכתב עו"ד זהר לממונה על ההגבלים העסקיים מיום 10.7.95.

4. 6 החלטת הממונה מיום 1.8.00 בענין פטור מאישור הסדר כובל בין חברי האיגוד הישראלי לפרסום.

5. הנכס או השירות נושא ההסדר: שירותי פרסום.

6. מהות הכבילה ופרטים עליה: העברת דיווח באמצעות הנהלת האיגוד לחבריו וזאת לאחר נקיטה באמצעי הבדיקה הדרושים אודות לקוחות אשר עברו לעבוד עם משרד פרסום אחרים ונותרו חייבים כספים למשרד הפרסום הקודם.

7. תקופת ההסדר הכובל : ללא הגבלה.

8. הנימוקים המצדיקים פטור מאישור בית הדין : כללי האתיקה האמורים נתקבלו באורח גלוי באסיפה הכללית של האגוד בשנת 1989 וזכו לפרסום תהודה תקשורתית. לאור התערבות הממונה על ההגבלים העסקיים, החליט האגוד לשנות את כלליו כך שיהלמו את החוק. סעיף 6 לכללי האתיקה נשוא בקשה זו שונה אף הוא ותוקן לעומת נוסחו המקורי. בנוסחו הנוכחי, ובצורף התנאים כפי שנקבעו על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים בהודעתו על פטור בענין מיום 1.6.93 אין ו/או לא היה בו הלכה למעשה כדי להוות הסדר כובל.

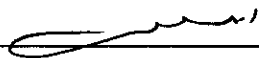
בנסיבות אלה, ולאור תמונת המצב הכוללת כפי שהוצגה בפני הממונה על ההגבלים העסקיים על ידי נציגי האגוד, עובר למתן הפטור מיום 1.6.93 ולאור המפורט במכתב עו"ד אלי זהר מיום 10.7.95 ומכתב עו"ד ארטשיק-סופר הרצ"ב, מבקש האיגוד לקבל פטור מאישור הסדר כובל.

העתקי המסמכים המתוארים בסעיף 4 מצורפים בזה.

אני מצהיר שכל הפרטים האמורים הם מלאים ונכונים, שהמסמכים המצורפים הם נכונים ומלבדם אין כל מסמך אחר הקובע את ההסדר או הנוגע לו.

האגוד הישראלי לפרסום

יאיר תדהר מנכ"ל



חתימה וחותמת

שם

23.8.00

תאריך