

בתי המשפט

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

הע 7009/02

14/06/2004

1. דטה קאר ישראל בע"מ
2. הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד יוסי הלוי ואח'
3. מגדל חברה לביטוח בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד פישר, בכר, חן ושות'

המבקשות

נגד

1. הממונה על הגבלים עסקיים
ע"י ב"כ עו"ד קנטי

המשיב

2. מידע רכב ממוחשב בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד מיכל לביא לחיאני ועו"ד גיליס

המתנגדת

פסק - דין

1. בפניי בקשה לאישור הסדר כובל על-פי סעיף 7 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן: "החוק") לתקופה של חמש שנים. עניינו של ההסדר נשוא פסק-הדין, הוא הפעלת תוכנה ממוחשבת לשירותי שמאות בתחום ענף הרכב, על-ידי חברת דטה-קאר ישראל בע"מ (להלן: "דטה-קאר").

מניותיה של דטה-קאר מוחזקות בידי חברת הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ (להלן: "הפניקס"), ובידי חברת מגדל חברה לביטוח בע"מ (להלן: "מגדל"), בחלקים שווים. מהות הכבילה, על-פי בקשת האישור, היא התחייבותן של הפניקס ומגדל להמנע מעיסוק עצמאי ברכישת ו/או במכירת שירותי עזר לשמאים בישראל, אותם מספקת דטה-קאר, כל עוד הן מחזיקות במניותיה ובמשך שלוש שנים נוספות מיום שחדלו להחזיק בהן.

לאחר שמיעת הצדדים, שהביעו את הסכמתם, קיום הדיון בבקשה בדן יחיד, כאמור בסעיף 33 לחוק.

הרקע לבקשה

2. דטה-קאר נוסדה באפריל 1992 כמיזם משותף, על-ידי שלוש חברות הביטוח, הפניקס, מגדל וכלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ (להלן: "כלל ביטוח"), בעיקר לשם מתן שירותי עזר לשמאי הרכב. לדברי המבקשות, המטרה שעמדה ביסוד הקמתה של דטה-קאר הייתה לשפר, ליעל ולהוזיל את הטיפול בתביעות ביטוח בגין נזקים לכלי-רכב, באמצעות שימוש בתוכנה ממוחשבת להערכת הנזקים, אשר תציג את מלוא המידע הנוגע לעלויות חלקי החילוף והעבודות לתיקון כלי-הרכב. המידע אשר יסופק באמצעות התוכנה ישמש את שמאי הרכב בבואם להעריך את הנזקים, ובאופן זה תמנענה תופעות כגון: חוסר אחידות בהערכות השמאים ביחס לאותו סוג עבודה וחלקי חילוף; קביעת פרקי זמן לביצוע עבודות התיקונים, אשר ארוכים מאלו שנקבעו על-ידי היצרן לביצוע אותן עבודות (להלן: "שעתון היצרן"); חיוב הלקוח בגין מחיר חלקי החילוף על-ידי המוסד, עולה על המחיר שמשלם המוסד בפועל; חשש להסדרים בלתי ראויים, העלולים להיווצר בין השמאי למוסד על-חשבון חברת הביטוח והמבוטח. התופעות הנ"ל ושכמותן, יש בהן כדי ליקר את הוצאות הטיפול בתביעות, הוצאות המגולגלות בסופו של דבר על ציבור המבוטחים על-ידי העלאת שיעור פרמיות הביטוח.

ביולי 1992 רכשה חברת דטה-קאר זכויות שימוש בתוכנה, אשר פותחה על-ידי חברה גרמנית בשם Audatex לצורך עיבוד נתונים וניתוח מערכות בענף הביטוח האלמנטרי. התוכנה הותאמה לענף שמאות הרכב בארץ, והיא כוללת מידע עדכני אודות מחיריהם של חלקי הרכב השונים, כמו גם של שעות העבודה במוסד. התוכנה מאפשרת לשמאי לתת הערכה מהירה של הנזק הנגרם לרכב, כבר עם הגיעו למוסד. הערכת הנזק מורכבת, בין השאר, ממחיר חלקי החילוף (המקוריים והתואמים), היקף שעות העבודה על-פי שעתון היצרן ביחס לעבודות התיקון הנדרשות, ומחירי העבודות.

3. מהות הכבילה, כמפורט בסעיף 6 לבקשה, נעוצה בסעיף 7.1 להסכם נשוא הבקשה, שהינו סעיף "אי-תחרות", הקובע כהאי לישנא:

"הצדדים לא יעסקו, בין במישרין ובין בעקיפין, ברכישת ו/או במכירת שירותי עזר לשמאים אותם מספקת החברה [דטה-קאר – מ.ש.א.] בישראל (לרבות באזורי יהודה ושומרון ורצועת עזה) כל עוד הינם מחזיקים במניות החברה ובמשך שלוש שנים נוספות מיום חדלם להחזיק במניותיה."

המבקשות מדגישות, כי "ההסכם אינו מחייב את הצדדים לו לבצע שמאות רכב אך ורק באמצעות מערכת Audatex והמבטחות רשאיות להיעזר בתוכנות אחרות."

4. זוהי הבקשה השלישית במספר, אשר מוגשת לאישור ההסדר. בית הדין אישר את ההסדר לראשונה לתקופה של שנתיים, בפסק-דין מיום 7.7.96 (ה"ע 465 – להלן: "האישור הראשון"). האישור הראשון ניתן בכפוף לקיום תנאים עליהם המליץ הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: "הממונה"). האישור ניתן גם בכפוף לתנאי שהציב בית-הדין, לפיו חויבה דטה-קאר לשנות את התוכנה, כך שזו תחשוף בפני המשתמש את מרבית האופציות לחלפים התחליפיים המצויים בשוק.

בית-הדין שב ואישר את ההסדר לתקופה של ארבע שנים נוספות, שתחילתה ביום 7.7.98 (ה"ע 2421/98, פסק-דין מיום 21.7.99 – להלן: "האישור השני"). האישור השני ניתן בכפוף לתנאי שהציב בית-הדין באישור הראשון, ולתנאים עליהם המליץ הממונה, וכן בכפוף להסכמות שהושגו עם איגוד שמאי הביטוח בישראל ואיגוד יבואני הרכב.

הבקשה דנן הוגשה ביום 3.7.02, ובמסגרתה ניתן היתר זמני לנהוג על-פי ההסדר, עד למתן פסק-דין בבקשה.

5. שתי השחקניות המרכזיות בענף תוכנות שמאות הרכב הממוחשבות, הן חברת דטה-קאר וחברת מידע רכב ממוחשב בע"מ (להלן: "מר"מ"). מר"מ היא חברה פרטית, המפעילה תוכנה בשם "שמאית 2000". מר"מ הגישה התנגדות להארכת תוקפו של ההסדר נשוא הבקשה. הממונה מצדו ממליץ על אישור נוסף של ההסדר, בכפוף לעמידתה של דטה-קאר בתנאים שנקבעו באישורים הקודמים. הצדדים לבקשה חלוקים בעיקר בנוגע לשאלת קיום תנאים 4 ו-6 על-ידי המבקשות. טרם אפרט את עמדות הצדדים, אביא את תנאים 4 ו-6 כלשונם.

התנאים שהוצבו לאישור ההסדר

6. תנאי 4 קובע כי עד ליום 31.3.99 יבוצעו בתוכנה השינויים הבאים :

4.1. התכנה תציג בפני המשתמש, כברירת מחדל, את כל החלפים התואמים המצויים במאגר הנתונים שלה. התכנה לא תבצע עיבוד כלשהו של המידע המצוי בה, אשר יציג בפני המשתמש המלצה על חלף מסוים. מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף זה יבוטל השימוש ב'פרמטר הסודי' ובשיטת 'הכוכביות' או דומיהם ביחס לבחירת נתונים מתוך בסיס הנתונים המצוי בתכנה.

4.2. על אף האמור בסעיף הקודם תהיה רשאית דטה-קאר לכלול בתכנה, כאופציה שניה, אפשרות של עיבוד המידע המצוי בה, באופן שיציג בפני המשתמש המלצה על חלף מסוים, ובלבד שהפרמטרים לאותו עיבוד יקבעו מראש ובאופן אינדיבידואלי, על-

ידי המשתמש או על-ידי חברת הביטוח עבורה מבוצעת השומה. נקבעו פרמטרים כאמור, תשמור עליהם דטה-קאר בסודיות ולא תעבירם לידי משתמש או חברת ביטוח אחרים.

4.3. התכנה תכיל, כרכיב מרכיבי השומה שעל השמאי להעריך, את ירידת ערכו של הרכב הניזוק בתאונה.

יצוין, כי בנוסף נקבע תנאי, לפיו לא יהיה כל הבדל חזותי בין פלטי התוכנה במסלול עריכת השומה הראשי ובין פלטי התוכנה במסלולי עריכת השומה המשניים (תנאי ב' לתנאים המוסכמים עם איגוד יבואני הרכב).

תנאי 6 קובע כדלקמן:

"הפניקס ומגדל לא יתנו קבלת שומת נזיקין או עבודת שמאי בשימוש בתכנה זו או אחרת. הפניקס ומגדל לא יפלו בין מבוטחים, סוכני ביטוח, שמאים או שומות בזיקה כלשהי לשאלה באיזו תכנה הסתייע השמאי לצורך עריכת השומה, או אם הסתייע השמאי בתכנה כלשהי לשם הכנתה. על אף האמור לעיל יהיו רשאויות הפניקס ומגדל להבחין בין שומה שנערכה תוך שימוש באחת מתכונותיה של תכנת דטה-קאר או תוך שימוש בתכונה דומה של תוכנה אחרת, לבין שומה שנערכה ללא שימוש באותן התכונות, מבחינת משך הזמן בו תטופל התביעה, ובלבד שפער הזמן לא יעלה על 7 ימים. כמו כן יוכלו מגדל והפניקס לדרוש משמאי לכלול בשומה את פרטי שעתון היצרן הרלוונטיים לשומה, בין אם אימץ אותם ובין אם החליט אחרת."

7. נוסף על התנאים האמורים, באישור השני נקבעו עוד מספר תנאים (המפורטים בנספחים לאישור), אשר מטרתם למזער את הפגיעה הנשקפת לתחרות כתוצאה מאישור ההסדר: בתנאי 2 נקבע, כי על כלל ביטוח למכור את כל זכויותיה בדטה-קאר לפניקס ולמגדל, או לאחת מהן, ולחדול מלהיות בעלת עניין בה ובעלת זיקה עסקית לה (והדבר אכן בוצע בפועל). בנוסף, נאסר על כלל ביטוח להתקשר בהסכם בו היא תעדיף את תוכנת דטה-קאר על-פני כל תוכנה אחרת או אמצעי אחר להערכת נזקי רכב. בתנאי 5 נקבע, כי התוכנה ויישומיה יהיו פתוחים לכלל הציבור על-בסיס שוויוני ובמחיר סביר. תנאי 8 קובע, כי לא יועבר לחברות הפניקס ומגדל (בעלות המניות) כל מידע מסחרי שהצטבר בדטה-קאר, למעט

מידע הנוגע לאותה חברת ביטוח בלבד ומידע בדבר ניהולה השוטף של דטה-קאר. כמו-כן נקבע בתנאי 9, כי בצוות הניהולי של דטה-קאר, נושאי המשרה בה, מנהליה הפעילים או עובדיה, לא יימנו אנשים הנמנים על הצוות הניהולי, נושאי המשרה, מנהלים או עובדים של קבוצת הפניקס או קבוצת מגדל, כאשר בדירקטוריון דטה-קאר יוכלו לכהן אנשים הנמנים על הצוות הניהולי, נושאי המשרה, מנהלים או עובדים של אחת מהקבוצות בלבד ("דירקטורים קשורים"). בנוסף נקבע מנגנון לבחירת דירקטור מקרב הציבור. תנאי 10 קובע, כי דטה-קאר לא תסרב סרוב בלתי סביר לבקשת כל ספק של חלפים תואמים, להזין את פרטי חלפיו ומחיריהם למערכת התוכנה. עוד נקבע, כי לא ישולב בתוכנה שום סימן פרטיקולרי ייחודי, המייחד את זיהויו של ספק חלפים מסוים, או של סוג חלפים מסוים.

עמדת המבקשות

8. לשיטת המבקשות, התנאים לאישור ההסדר קוימו על-ידן, ועל-כן מן הראוי לשוב ולאשרו לתקופה נוספת של חמש שנים. לדידן, לאחר מכירת מניותיה של כלל ביטוח, קטן נתח השוק של חברות הביטוח, המחזיקות במניותיה של דטה-קאר, בשוק ביטוח הרכב, ועמו קטן החשש לפגיעה בתחרות. המבקשות מדגישות את חשיבותה של דטה-קאר כגורם מתחרה לחברת מר"מ בשוק תוכנות שמאות הרכב. המבקשות מוסיפות וטוענות, כי שיקולים של טובת הציבור מחזקים את הצורך באישור ההסדר, והדברים אמורים בעיקר ביחס לשימוש בטכנולוגיה המתקדמת עליה מבוססת התוכנה, אשר יש בה כדי להזיל את עלויות הטיפול בנזקים שנגרמו לכלי-רכב. הצגת תמונה שלמה של מגוון חלקי החילוף השונים בפני השמאי, מקצרת את משך הזמן שנדרש להפקת השומה ואישורה על-ידי חברת הביטוח, ובה בעת מונעת תשלומי יתר לא מוצדקים בגין תיקון הרכב, וכן תורמת לתחרות בשוק חלפי הרכב. החסכון האמור מתורגם להורדה של שיעור הפרמיות בהן נושא ציבור המבוטחים. לדידן של המבקשות, אי-אישורו של ההסדר יביא להפסקת פעילותה של דטה-קאר, בשל עלויות התפעול הגבוהות של התוכנה, ובהן השקעה מתמדת בשיפורים טכנולוגיים, כגון התאמת התוכנה לעבודה בסביבת "חלונות".

מגדל מבקשת בפרק ב' לסיכומיה, להסיר את המגבלה הקבועה בתנאי 6, אשר אוסרת עליה להתנות הגשת שומות בשימוש בתוכנת דטה-קאר. בקשה זו הועלתה לראשונה בסיכומיה של מגדל, והיא חורגת ממסגרת הדיון. מטעם זה בלבד אין להידרש אליה. יחד עם זאת, לגופו של עניין, המבקשות מציינות בסעיף 9ד' לבקשתן, כי "בתהליך עריכת האיזון בין התועלת לציבור מן ההסדר לבין החשש לפגיעה מן התחרות, יש לקחת בחשבון את ההשפעה המצטברת של התנאים אשר הוצבו ע"י בית הדין הנכבד בפסק דינו הראשון ובהחלטתו השניה (בה אומצו בין היתר, כל המלצות הממונה על הגבלים עסקיים) על מיתון הפגיעה בתחרות ככל שהיתה. כתוצאה מכך, כיום הכבילה והפגיעה בתחרות, ככל שנשארו, הם זניחים ביותר...". עולה אפוא, כי אף לשיטת המבקשות עצמן, מילוי התנאים בהם הותנה אישורו של ההסדר, ובהם תנאי 6, הוא חלק חשוב ממערך השיקולים לאישור ההסדר. כפי שיובהר בהמשך, מתן היתר לחברות הביטוח להתנות הגשת שומה בשימוש בתוכנת דטה-

קאר, יש בו כדי לפגוע יתר על המידה בתחרות בשוק תוכנות העזר לשמאים, ועל-כן בקשתה זו של מגדל נדחית.

עמדת המתנגדת

9. לדברי מר"מ, חלקה בשוק התוכנות הממוחשבות לשמאות נזקי רכב עומד על כ-35% בלבד, שעה שחלקה של דטה-קאר עומד על כ-55% מהשוק, דהיינו דטה-קאר הינה הלכה למעשה מונופולין. 10% הנותרים מן השוק עושה שימוש בתוכנה בשם "עיט". לטענת מר"מ, הפניקס ומגדל נוקטות בהתנהגות קרטלית, ומתנות קבלת שומות בשימוש בתוכנת דטה-קאר. לדעת מר"מ, יש בכך כדי לפגוע הן בתחרות החופשית בענף, והן בעקרונות שהתווה בית-המשפט העליון ביחס לאי-תלותם של שמאי הרכב בחברות הביטוח, שכן קיים חשש כי הפניקס ומגדל ינצלו את התוכנה כדי להכתיב לשמאים את מחירי החלפים ועלות העבודה.

לטענת המתנגדת, המבקשות הפרו ומפרות את התנאים שהציב בית-הדין לאישורו של ההסדר הכובל. מאז שנת 2000, הפניקס ומגדל מתנות את העבודה מולן בשימוש בתוכנת דטה-קאר, זאת בניגוד לתנאי 6. בנוסף, בעת שימוש באופציה הנקראת "תחשיב מבטח", תוכנת דטה-קאר אינה מציגה בפני המשתמש, כברירת מחדל, את כל החלפים התואמים, אלא את מחירו של החלק הזול ביותר. אם משנה השמאי את מחיר החלק, מסומן החלק שמחירו שונה באמצעות כוכבית, כל זאת בניגוד לתנאי 4. מר"מ אף טוענת, כי הפניקס ומגדל מכתיבות באמצעות תוכנת דטה-קאר מחירי חלפים, נמוכים משמעותית ממחירי השוק, דבר אשר מוביל לפיצוי חלקי של המבוטח, אשר נאלץ לשאת בהפרש. תוצאת לוואי נוספת, היא הקטנה מלאכותית של שיעור הנזק לרכבים, הקטנה אשר גורמת ל"הכשרת" רכבים ניזוקים, שאלמלא כן היו חוצים את רף הנזק הגולמי של 60% משווי הרכב, אז מוגדר הרכב לפי תקנה 266 לתקנות התעבורה, התשכ"א - 1961, כרכב באובדן גמור (Total Loss), שאין לחדש את רשיונו לפי תקנה 281 לתקנות התעבורה.

עמדת הממונה

10. הממונה ציין בתגובתו לבקשה למתן היתר זמני להסדר הכובל, כי התקבלו אצלו תלונות, שעיקרן הוא הפרה של תנאי 4 לאישור השני, אשר חייב ביצוע שינויים בתוכנה ובמיוחד חשיפת כלל החלפים התואמים המצויים במאגר הנתונים בפני המשתמש, והפרה של תנאי 6, אשר אסר התניית קבלת שומה או עבודת שמאי בשימוש בתוכנת דטה-קאר. לאחר מאמצים ומשאבים ניכרים שהושקעו בנסיון לבדוק את עמידתן של המבקשות בתנאים אלו, הגיע הממונה למסקנה, כי אין בידו "המיומנות והמקצועיות בתחום התוכנה הנחוצים על מנת לבחון אם אכן קיימו המבקשות את התנאים שהושתו עליהן בעבר על ידי בית הדין בקשר עם אישור ההסדר הכובל דנ", ולפיכך, המליץ על מינוי מומחה, שיבחן האם המבקשות מקיימות את התנאים שנקבעו לאישור ההסדר.

11. הצדדים הסכימו, כי ימונה מומחה בתחום המחשבים לבדיקת מילוי תנאי 4 על-ידי המבקשות. המומחה אשר מונה הוא מר אלי גונן.

מסיכומי הממונה עולה, כי הוא הגיע למסקנה שהמבקשות הפרו את תנאים 4 ו-6 שנקבעו לאישור ההסדר. עם זאת, בהתחשב בתרומתו של ההסדר הכובל לטובת הציבור, הממונה ממליץ על אישורו, בכפוף לתנאים שהוצבו באישור השני, כמו גם בכפוף לתיקון ההפרות שנמצאו. כן מבקש הממונה, כי המבקשות ימציאו כתב ערובה להבטחת קיומם הקפדני של התנאים.

דיון

12. באישור הראשון נקבע, כי המיזם, חברת דטה-קאר, הוא הסדר כובל כמשמעו בחוק. המבקשות לא ביקשו להרהר אחר קביעה זו. כאמור, מהות הכבילה הינה התחייבות הצדדים להסדר שלא לעסוק ברכישת או במכירת שירותי עזר לשמאים, אלא במסגרת חברת דטה-קאר בלבד.

למיזם משותף (joint venture) ייתכנו יתרונות כלכליים רצויים. כך, לדוגמא, התארגנות משותפת מאפשרת גיוס משאבים וחלוקת סיכונים במטרה להעמיד גורם מתחרה חדש בשוק, או במטרה להגביר את התחרות אל מול בעל כוח שוק עדיף כמו בעל מונופול או בעל מונופסון. תחרות זו עשויה להביא בסופו של יום להורדת מחירים ולשיפור מוצרים ושירותים לטובת הציבור. יחד עם זאת, יש להישמר מפני פגיעה בתחרות, אשר עלולה לעלות על היתרונות שבמיזם, שכן שתוף פעולה עסקי עומד לכאורה בסתירה לפעולה עצמאית ובלתי מתואמת, שהיא תנאי לתחרות. התחרות עשויה להפגע, אף אם לצדדים למיזם לא היתה כוונה לצמצם את התחרות, ואף אם הם לא כללו בהסכם ביניהם סעיף "כבילה" מפורש (ראו ערר 1/97 איסכור שירותי פלדות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי, כרך לב(1), 64, בסעיפים 19-20 לפסק-הדין; מ' מזרחי "מיזם משותף כהסדר כובל" משפטים כ"ג (תשנ"ד) 213, 215-219; H. Hovenkamp *Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and It's Practice* (West Group, 2nd ed. 1999) pp. 198-202).

כאן המקום להזכיר כמה מן המבחנים, שנועדו לבדיקת השפעתו של המיזם המשותף על התחרות, כפי שאלו הובאו בפסק-הדין בעניין איסכור שירותי פלדות בע"מ הנ"ל, בהתבסס על פסק-דינו של בית-המשפט העליון האמריקני *United States v. Penn-Olin Chemical Co.* 378 U.S. 158 (1964): מספר המתחרים ומעמדם בשוק; כוח השותפים למיזם המשותף; הסיבות לקיום המיזם המשותף ומידת נחיצות קיומו; תחום הפעולה של המיזם המשותף, והיחס בין תחום פעולה זה לבין עסקי כל שותף למיזם; מידת ההתאמה של תחום פעולת המיזם המשותף לדרכי פעולה לא תחרותיות; כוחו הפוטנציאלי של המיזם המשותף בשוק בו יפעל; נסיבות אחרות אשר יצביעו על סיכון אפשרי לתחרות בשוק כתוצאה מהקמת המיזם.

סעיף 9 לחוק קובע כי בבוא בית-הדין להחליט האם יש לאשר הסדר כובל, עליו לשקול את טובת הציבור, ובלשון סעיף 10 לחוק "... אם התועלת הצפויה לציבור תעלה

באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לציבור". מבחן זה של טובת הציבור כולל, מלבד בחינת הפגיעה בתחרות, גם את תרומתו החיובית של ההסדר לטובת הציבור במישורים אחרים, ובהם העניינים המנויים בסעיף 10 לחוק. רשימת עניינים זו אינה ממצה (ראו ערר 1/97 איסכור שירותי פלדות בע"מ הנ"ל, סעיף 13 לפסק-הדין; י' יגור דיני ההגבלים העסקיים (מהדורה שלישית מעודכנת ומורחבת - תשס"ב) בעמ' 320 ואילך). ברי שגם בבוא בית-הדין לחדש אישור קיים, עליו לבחון האם לא נשתנו הנסיבות, במובן שטובת הציבור לא תפגע כתוצאה מאישור מחודש של ההסדר.

נבחן עתה את התועלת לציבור בקיום המיזם, אל מול מידת הפגיעה הטמונה בו.

13. על-פי הנתונים שנמסרו על-ידי הממונה, חלקה של דטה-קאר בשוק שירותי השמאות הממוחשבת עומד על כ-45%, כאשר ככל הידוע לממונה, אין "שחקנים" נוספים בשוק מלבד מר"מ ודטה-קאר. כאמור, לטענת מר"מ נתח השוק של דטה-קאר עומד על 55%, כאשר 10% מן השוק עושה שימוש בתוכנה בשם "עיט". בין כך ובין אחרת, דומה שאין מחלוקת של ממש, כי לדטה-קאר נודעת חשיבות כגורם תחרותי חשוב בשוק שירותי השמאות הממוחשבת.

כאמור, תוכנת דטה-קאר נועדה, בין היתר, לסייע לשמאי הרכב באיתור ועיבוד נתונים אודות מחירי החלפים וסוגי העבודות הדרושים לתיקון הרכב. נתון נוסף הוא היקף שעות העבודה, הנדרש לביצוע התיקון. כבר במסגרת האישור הראשון, עמד בית-הדין על היתרונות הגלומים בתוכנה בעלת בסיס נתונים רחב ומעודכן. שימוש בבסיס נתונים ממוחשב מאפשר לקצר את משך הזמן הדרוש להפקת שומת הנזק, שכן לשמאי ישנה אפשרות לעבוד ישירות מול חברת הביטוח, עוד בהיותו במוסך, כשבפניו פרוש מלוא המידע הרלוונטי. חברות הביטוח מצדן, התוכנה משמשת להן כלי לבקרה ופיקוח על עבודת השמאים, וכך יכולות הן למנוע שומות "מנופחות". עולה אפוא, כי בכוחו של השימוש בתוכנה לחסוך זמן ומשאבים, חיסכון שעשוי להיות מתורגם להפחתת שיעור הפרמיות בהן נושא ציבור המבוטחים. מבקשות 1-2 מדגישות בסעיף 24 לסיכומיהן, כי רק הקמת דטה-קאר כמיזם משותף אפשרה את רכישת זכויות השימוש בתוכנת Audatex המתקדמת.

14. לצד היתרונות הנ"ל, קיים חשש כי ההסדר יפגע בתחרות הן בשוק ביטוח הרכב בו פועלות חברות הפניקס ומגדל, והן בשוק שירותי תוכנות שמאות הרכב הממוחשבות, בו פועלת דטה-קאר.

לדברי הממונה, חברות הפניקס ומגדל, בעלות המניות בדטה-קאר, מחזיקות בכ-30% משוק ביטוח הרכב בארץ. איתן אביזוב, מנכ"ל דטה-קאר, מסר כי נתח השוק של הפניקס ומגדל הוא כ-25%. לגרסת המבקשות 1-2, נתח השוק שלהן בתחום ביטוח הרכב הוא 22%, ואילו מגדל בסיכומיה מסרה כי נתח השוק נע בין 22% ל-24%. מגדל הוסיפה, כי המיזם אינו יוצר אינטרס כלכלי משותף לפניקס ולמגדל, אינטרס שעשוי להפחית את התחרות ביניהן בשוק ביטוחי הרכב, שכן היקף הפעילות של דטה-קאר זניח ביחס למחזור

המכירות של כל אחת מהן. נעיר כי לפי סעיף 4 (א) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים) התשס"א - 2001, מיזם משותף בין מתחרים, הנוגע לשוק המוצר בו הם מתחרים או לשוק מוצר המשיק לו, כפי שמתקיים בענייננו, פטור מן החובה לקבל את אישורו של בית-הדין אם, בין שאר התנאים, חלקם המצרפי של הצדדים למיזם אינו עולה על 20% משוק המוצר בו הם מתחרים. אין חולק כי הפניקס ומגדל חוצים רף זה, ומכאן הצורך באישור ההסדר הכובל על-ידי בית-הדין.

קיים חשש, כי חברות הביטוח הפניקס ומגדל, בהיותן בעלות אינטרס כלכלי ברור בדטה-קאר, ינצלו את כוחן בשוק הביטוח (אף אם הן חוצות אך במעט את רף ה-20%), ויתנו קבלת דו"חות השמאות בשימוש בתוכנה, דבר העשוי לפגוע בתחרות בין דטה-קאר ומר"מ. אף כי דטה-קאר הנה גורם מתחרה רצוי למר"מ, עדיין יש לוודא כי תחרות זו תהיה הוגנת. חברות הביטוח הן ספקיות העבודה העיקריות לשמאים, העושים שימוש בתוכנות אלו. לפיכך, בידן הכוח להשפיע ישירות על שוק תוכנות השמאות.

במישור שוק ביטוח הרכב, קיים חשש כי "השולחן המשותף" שבהסדר, יוביל לחילופי מידע ותיאומים בין חברות הביטוח שהן צד לו. התחרות בין חברות הביטוח עשויה להפגע גם כתוצאה מהגבלת שיקול דעתם של השמאים, אשר עושים שימוש בתוכנת דטה-קאר. אי-חשיפת מלוא הנתונים הקשורים לעריכת שומת נזק, ובעיקר מגוון החלפים התחליפיים, בפני השמאים, והגבלתם לנתונים ה"מומלצים" על-ידי התוכנה ונבחרים על-ידה באופן מכני, יביאו לתוצאה של שומות אחידות. לשון אחר, "התמורה" שתינתן על-ידי המבטחות השונות בקרות אירוע ביטוחי תצטיין באחידות. בהתקיים אחידות כאמור, הרי שציבור המבוטחים יהיה אדיש בבחירת חברת ביטוח זו או אחרת (ראו עמ' 24-26 לאישור הראשון). יחד עם זאת, יש לאפשר בקרה של חברות הביטוח על עבודת השמאים. בקרה כזו מטרתה למנוע תשלומי יתר לא מוצדקים, אשר מגולגלים בסופו של יום על ציבור המבוטחים. יש להפעיל את הבקרה בתום לב ומתוך שיקולים ענייניים בלבד (עמ' 34 לאישור הראשון).

15. מלבד החשיבות שיש לשיקול הדעת העצמאי של השמאים ככלי להבטחת תחרות אמיתית בין המבטחות השונות, לשמירה על שיקול דעת זה יש ערך בפני עצמו. סעיף 12 לצו הפיקוח על מצרכים ושירותים (שמאי רכב), התש"ס - 1980 (ק"ת תש"ס עמ' 2182) קובע, כי "במילוי תפקידיו יפעל השמאי כלפי לקוחו וכלפי המבטח במהימנות, בנאמנות וביושר...". בחוזר ביטוח מספר 2002/7 מיום 24.6.2002, אשר פירסם המפקח על הביטוח במשרד האוצר, מצוין מפורשות כי "מבטח לא יעשה שימוש בתוכנות שמאות אשר אינן מאפשרות לשמאי בחירה בין חלפים ממספר סוגים" (סעיף ג'). עולה אפוא, כי על השמאי לפעול באופן מקצועי ובלתי תלוי בבואו לערוך את שומת הנזק, והוא כפוף לכלל בדבר ניגוד עניינים.

בית המשפט העליון עמד על החשיבות הציבורית שבשמירה על שיקול דעתו החופשי של השמאי בבואו לקבוע את שומת הנזק, במיוחד במצב דברים בו מדובר בשמאי יחיד :

"שמאי בית [שמאי שהנו עובד של חברת הביטוח – מ.ש.א.] אינו מצוי במצב של ניגוד עניינים כאשר כל תפקידו הוא לברר עבור חברת הביטוח את החבות של החברה כלפי המבוטח. כך, לדוגמה, כאשר המבוטח תובע תגמול מחברת הביטוח על יסוד שומה שהוא ביקש וקיבל משמאי חוץ. במצב כזה, אפשר לומר על שמאי הבית, כאשר הוא בודק את השומה של שמאי החוץ, כי הוא פועל רק כעובד של חברת הביטוח וחיב נאמנות רק לחברה. אולם המצב שונה אם שמאי הבית הוא השמאי היחיד הקובע את שומת הנזק, ושומה זאת אמורה לחייב גם את המבוטח. במצב כזה השמאי חיב נאמנות גם לחברת הביטוח וגם למבוטח. זהו מצב של ניגוד עניינים, ולכן הוא מצב פסול.

באופן פורמלי, שמאי הבית אינו קובע את שומת הנזק כשומה יחידה המחייבת את המבוטח. המבוטח רשאי תמיד לבקש ולקבל שומה אחרת משמאי חוץ. הוא יכול להציג שומה זאת בפני חברת הביטוח, ואפשר שחברת הביטוח תהיה מוכנה לקבל שומה זאת או להגיע להסכמה בדבר השומה, על דרך פשרה, עם המבוטח. בהעדר הסכמה כזאת, המבוטח רשאי להביא את המחלוקת בין השמאים להכרעה בפני ועדת ערר שהוקמה על ידי משרד התחבורה לפי צו שמאי הרכב. אולם, ככל הנראה, באופן מעשי המצב שונה. השומה הנערכת על ידי שמאי הבית היא בדרך כלל השומה היחידה.

...

המציאות היא כי במקרים רבים, אם לא בדרך כלל, השומה של שמאי הבית היא השומה הקובעת. העררים המוגשים לוועדת הערר מעטים כל כך עד שהם בטלים בששים. על מצב כזה אפשר לומר כי הוא מצב של ניגוד עניינים דה-פקטו. " (בג"צ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל ואח' נ' המפקח על הביטוח ואח', פ"ד נה (3) 625, בעמ' 659-658).

דברים אלו יפים גם למקרה בו שמאי, אף כי אינו עובד של אחת מחברות הביטוח, עושה שימוש בתוכנת שמאות בה הוא מוגבל בבחירתו בנתונים מומלצים, שעה שהתוכנה נשלטת על-ידי חברות הביטוח אליהן מוגשות השומות. במצב דברים זה, השמאי משמש, למעשה, מעין שמאי בית של אותן חברות ביטוח, דבר, המעמידו בניגוד עניינים ביחס לחובת הנאמנות אותה הוא חיב כלפי המבוטח. זהו כאמור מצב פסול (לעניין חשיבות ההגנה על

ציבור המבוטחים ראו לאחרונה דנג"ץ 6127/00 המפקחת על הביטוח נ' ציון חברה לביטוח בע"מ ואח' (ניתן ביום 30.5.04)).

16. באישורים הקודמים הציב בית הדין תנאים ומגבלות לאישור ההסדר הכובל. התנאים נועדו לרכז את הפגיעות השונות בתחרות הנשקפת מן ההסדר עליהן עמדנו. כאמור, עיקר המחלוקת בין הצדדים נסובה בשאלת קיומם של תנאים 4 ו-6. אבחן עתה האם עמדו המבקשות בתנאים אלו.

תנאי 4

17. המומחה, מר אלי גונן, התבקש לבחון את גרסאות 6 ו-7 השונות של התוכנה, ולחוות דעתו האם התוכנה פועלת, כברירת מחדל, בהתאם לתנאי 4 לאישור השני, הדורש כי כל החלפים התואמים המצויים במאגר הנתונים יוצגו בפני המשתמש, מבלי שיומלץ על חלף מסוים, וכן כי שיטת "הכוכביות" תבוטל. כמו-כן, נדרש המומחה לבחון האם משתמש סביר יכול להגיע לכל החלופות האפשריות לעריכת שומה, המצויות בתוכנה (ראו סעיפים 1-2 להחלטה מיום 9.2.03). חוות דעתו של המומחה אינה חורצת את גורל הדיון. אמנם, על בית-הדין ליתן לחוות-דעתו של המומחה את משקלה הראוי, שכן היא מהווה כלי עזר ראייתי להנחת התשתית העובדתית הדרושה להכרעה. עם זאת, בית-הדין הוא הפוסק האחרון בשאלות הטעונות הכרעה (ראו י' קדמי על הראיות (חלק שני - תשס"ד) בעמ' 665-660).

18. מר גונן ערך את בדיקתו על גרסה 7.2 של התוכנה, בנוסף הוא בחן גם תדפיסים ושומות שהופקו בגרסאות 6 ו-7 השונות של התוכנה, אשר הועברו לו על-ידי ב"כ המתנגדת. בהחלטה מיום 22.5.03 בבש"א 915/03, התרתי גם לאיגוד שמאי הביטוח בישראל ולאגוד המוסכים בישראל, אף שאינם צדדים להליך, להגיש למומחה דוגמאות, שלטענתם ממחישות את אי-התאמת התוכנה לתנאי האישור השני. המומחה בדק גרסאות תוכנה שהותקנו במחשבו האישי על-ידי נציג של חברת דטה-קאר, ולא ביצע כל בדיקה מדגמית או אקראית של תוכנה במשרדי שמאים (עמ' 8 להשלמות לחוות-דעתו). המומחה הדגים ארוכות בבית-הדין את פעולת התוכנה, ונחקר על חוות-דעתו.

המומחה בדק את פעולת התוכנה בשיטת "פתח תחשיב", שהיא השיטה המומלצת על-ידי דטה-קאר לבחירת חלקי החילוף ומחיריהם: בשלב הראשון, על השמאי להגדיר את החלפים הנדרשים מתוך המאגר, כאשר השמאי יכול להנחות את התוכנה לבחור חלפים מקוריים של היצרן או חלקי חילוף חלופיים. בשלב זה אין הצגה של המספרים הקטלוגיים, המחיר או הספק. בשלב הגדרת החלפים השמאי קובע גם את סוג העבודות שנדרשות - החלפה, תיקון, כיוון, צביעה וכיו"ב.

לאחר הגדרת החלפים מתבצע תהליך של "בצע חישוב", בסיומו מציגה התוכנה את החלפים המומלצים על-ידה בציון המחיר. לחיצה כפולה מאפשרת לראות את פרטי הפריט - ספק מומלץ, מחיר מקורי, מספר קטלוגי וכו'. מר גונן הבהיר בהשלמות לחוות דעתו, כי התוכנה ממליצה על הפריט החליפי בעל המחיר העדכני הזול ביותר, ללא חישוב, עיבוד או

הנחיה מצד חברת הביטוח. המומחה ציין בתשובתו מיום 17.11.03 לשאלות ההבהרה מטעם הממונה, כי כל אימת שחברת ביטוח מפעילה הסדר עם ספק מועדף, יהיו תוצאות העיבוד שונות וייגזרו ממחירי החלפים של אותו ספק ומהסדר ההנחות והעמלות. כך לדוגמא, תוכנת דטה-קאר ממליצה כברירת מחדל על רכישת חלפים מספק "פינרוס", אשר בינו ובין מגדל קיים הסדר הנחות ועמלות. השמאי אינו חייב לאמץ המלצה זו, ועומדת לו האפשרות לבחור חלפים מספקים אחרים מתוך המאגר הכללי, עוד טרם חישוב ערך התביעה. בהשלמות לחוות-דעתו, הבהיר המומחה, כי הוא סבור שהשליטה בפרמטרים של הממשק (ומכאן על אופן עיבוד הנתונים) תואמים את תנאי 4.2, הדורש כי אותם פרמטרים יקבעו מראש באופן אינדיבידואלי על-ידי המשתמש או על-ידי חברת הביטוח עבודה מבוצעת השומה.

לאחר הצגת ההמלצות של התוכנה, יכול השמאי להיכנס למאגר הנתונים ולבחור מתוכו חלפים תואמים. בלחיצה על מתג "קבל מחיר", מופיע פירוט של רשימת ספקים, המחיר המוצע על-ידם, והתאריך בו עודכן המחיר, כאשר השמאי יכול לבחור על-ידי הקשה כפולה, כל אחת מן ההצעות המופיעות בטבלה, ועל-ידי כך לשנות את ההמלצה המקורית של התוכנה. במקרה האחרון יופיע בדו"ח השומה, לצד המחיר, סימן "כובעון"^(*), שנועד לציין כי הפריט נבחר מתוך מאגר הנתונים של התוכנה, אך אין הוא תואם את המלצתה המקורית. הסימן יופיע בין אם הפריט הנבחר זול מהפריט בהמלצה המקורית, ובין אם הוא יקר ממנו, כאשר בעמודה הצמודה יופיע אחוז השינוי. במקרה בו מחיר הפריט המוחלף גבוה יותר - יודגש אחוז השינוי באמצעות רקע אדום. מר גונן מסר בחוות דעתו, כי הכוכביות (*) אשר הופיעו בדו"ח השמאי לצד מחיר חלקי החילוף, נועדו לציין כי מחיר החלף הוזן באופן ידני על-ידי השמאי, ולא נקבע על-ידי התוכנה. סימן הכוכבית יופיע כל אימת שמחיר החלף הוזן ידנית, בין אם המחיר גבוה, נמוך או שווה למחיר המופיע במאגר הנתונים ביחס לחלף זה, ובין אם השמאי הזין מחיר של חלף מקורי או חלף תואם המופיע במאגר הנתונים.

באשר לחישוב עלות העבודות לתיקון הנזק, טרם ביצוע חישוב התביעה יכול השמאי לקבוע את מחיר שעת העבודה של בעלי המקצועות השונים במוסד, כאשר זה צריך שיהא נמוך ממחיר שעת העבודה המקסימלי שנבחר כברירת המחדל של התוכנה או על-ידי השמאי. בהדגמה שערך המומחה, הוא מסר כי במקרה זה לא תופיע אינדיקציה בתחשיב הסופי. במקרה של תיקון חלף, להבדיל מהחלפה, יכול השמאי להעריך את משך הזמן הדרוש לביצוע התיקון. בנוסף, קיימת בתוכנה אופציה להזנה ידנית של מגוון עבודות (חשמל, מיגון, כיוון וכו'), כתוספת לעלות העבודה המחושבת על-ידי התוכנה, כאשר השמאי מזין את עלות התוספת. בכל מקרה בו הוסיף השמאי עבודות וקבע להם מחיר יופיע סימן כוכבית ליד עמודת העלות, לציין כי זו נקבעה על-ידי השמאי.

19. בפרק מסקנותיו התייחס המומחה להתאמת התוכנה לתנאי 4 לאישור השני, ואלו מסקנותיו:

א. התוכנה אינה מציגה כברירת מחדל את כל החלפים במאגר. ברירת המחדל היא המלצת התוכנה. התוכנה מעבדת את המידע המצוי בה, ממליצה על חלף מסוים וכן

קובעת את היקף העבודה המוערך. המלצת התוכנה מוצגת כברירת מחדל (אופציה ראשונה), ומכאן ואילך יש למשתמש יכולת לשנות את החלפים ואת מחירם, להוסיף עבודות ולשנות את מחיר העבודה.

ב. התוכנה מבצעת עיבוד של המידע המצוי בה וממליצה על חלף מסוים, כאשר לשמאי ישנה אפשרות לבחור מתוך בסיס הנתונים של התוכנה ספק ומחיר שונים, או להזין ידנית מחיר.

ג. אין שימוש ב"פרמטר סודי" או ב"שיטת כוכביות" בעת בחירת פריטים מתוך בסיס הנתונים של התוכנה. כוכבית תופיע במקרה בו השמאי הזין ידנית את מחיר הפריט. רוצה לומר, כי השימוש בכוכביות או בכובעונים אינו משפיע על תהליך בחירת הנתונים.

20. המומחה הבהיר בהשלמות לחוות-דעתו וכן בהדגמה שערך, כי מסקנות אלו נכונות ביחס לשיטת "פתח תחשיב" בגרסה 7. לדבריו, קיימת שיטה נוספת בגרסה 7, הנקראת "פתח הצעה". מדובר בשיטה ארוכה ולא מומלצת על-ידי דטה-קאר. לפי שיטה זו השמאי בוחר בעצמו את חלקי החילוף מתוך המאגר טרם פתיחת התחשיב. דהיינו, ברירת המחדל בשיטת "פתח הצעה", היא הצגת החלפים המצויים במאגר הנתונים, ללא עריכת עיבוד. בגרסה 6, שיטת "פתח הצעה" היתה השיטה היחידה. בגרסה 6 השמאי צריך לרשום (ידנית) בפניו את החלפים בהם הוא מעוניין כדי שיוכל להזינם, בניגוד לגרסה 7 בה הוא יכול לבחור באחד החלפים על-ידי לחיצה על הפריט ברשימה שמופיעה בפניו.

21. תנאי 4 בא להבטיח, כי שיקול דעתם של השמאים יישמר, וכי חברות הביטוח לא ישפיעו על עריכת השומות באמצעות תוכנת דטה-קאר, וכך יביאו ליצירת שומות אחידות. גם במקרה בו חברת הביטוח בוחרת לתקן את הרכב בקרות אירוע ביטוחי (ראו סעיף 4 לפוליסה התקנית המופיעה בתקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (תנאי חוזה לביטוח רכב פרטי) התשמ"ו – 1986), עדיין יש חשיבות, מבחינת המבוטח, לגובה שומת הנזק. למבוטח לא די בתיקון רכבו, אלא יש לו עניין באיכות התיקון. איכות התיקון מושפעת בין השאר מסוג חלקי החילוף וסוג העבודות, כלומר מגובה שומת הנזק.

כבר באישור הראשון ציין בית-הדין:

"... התוכנה אינה שומרת שמירה אמיתית, להבדיל מפורמלית, על שיקול דעת חופשי אמיתי של השמאי. וזאת בשל העדר "אופציות" בתוכנה לגבי חלקים תחליפיים. באופן זה הופכת למעשה התוכנה למעין "שמאי על" בשאלה באיזה חלק תחליפי לבחור. היא "בוחרת" באופן מכני בחלק הזול ביותר מבין החלקים התחליפיים."

(עמ' 43 לפסק-הדין - ההדגשה במקור).

המבטחות שואפות, והדבר גלוי על פני הטענות שבפנינו, ל"אחידות בשומות". כשישנה מידה רבה של "אחידות בשומות" כפי המצופה מדטה קאר והקמתה - "רכיב" זה בהעדפת הצרכן בבחירה בין מבטחות פוטנציאליות יעלם או יקטן במידה משמעותית. בפרט אמורים הדברים בשים לב להנחה המשותפת לכל הצדדים כי יהיה שימוש נרחב בתוכנת דטה קאר. האופן בו השמאי "מתועל" לשומה "אחידה" שקול לאמירה של ראשי חברות הבטוח זה לזה: אנו נמליץ, ככל יכולתנו, למספר המירבי של שמאים לבחור בחלק הזול ביותר. אכן אין לנו ראיות מה דובר בין מקימות דטה קאר. אך התוכנה כפי שתוארה לעיל "מדברת" בעד עצמה. בלשון חוק ההגבלים העסקיים נאמר כי התחרות בין המבטחות עלולה להפגע כאשר "התמורה" הניתנת על ידי שלוש המבטחות "תצטיין" ב"אחידות". חברת ביטוח אחת לא תוכל להצביע על רעותה בפני המבוטח בפוטנציה ולומר לו: אצל המתחרה מירב הסיכויים שבמקרה שלתאונה "תזכה" בחלק התחליפי הזול ביותר, ואילו אצלנו יש לשמאי שיקול דעת מלא ואמיתי (הכפוף לביקורת שלנו) באיזה חלק לבחור, והוא יבחר עבורך בחלק ה"דומה" לזה שנפגע, בשים לב לכל הנתונים כולל מצב רכבך"

(שם, בעמ' 26 - ההדגשות במקור).

לאור תכלית תנאי 4, ולאחר קריאת חוות-דעתו של המומחה, מר גונן, הגעתי למסקנה כי תוכנת דטה-קאר אינה מקיימת את תנאי 4 במלואו. להלן אפרט את הפגמים:

22. תנאי 4.1 דורש, כי התוכנה תציג בפני המשתמש, כברירת מחדל, את כל החלפים המצויים במאגר הנתונים, ללא עיבוד כלשהו של המידע אשר יציג המלצה על חלף מסוים. נראה, כי אין התוכנה עומדת בדרישה זו, שכן ברירת המחדל בגרסה 7 של התוכנה היא מסלול "פתח תחשיב", שהוא המסלול הקצר והמומלץ על-ידי דטה-קאר לעריכת שומות. במסלול זה התוכנה מבצעת עיבוד של המידע ומציגה המלצה על חלף מסוים. מסלול "פתח הצעה", בו יכול המשתמש לבחור בחלפים מתוך המאגר ללא עיבוד של התוכנה, אינו ברירת המחדל ואינו המסלול המומלץ, אלא מהווה "אופציה שניה" בלבד, זאת בניגוד גמור לתנאי 4.1.

האפשרות כי התוכנה תמליץ על חלף מסוים קבועה בתנאי 4.2 לתנאים, אולם תנאי זה קובע כי דטה-קאר תהיה רשאית לכלול בתוכנה אפשרות של עיבוד המידע באופן שיציג בפני המשתמש המלצה על חלף מסוים, רק באופציה שניה.

בגרסה 6 של התוכנה, מסלול "פתח הצעה", בו ניתן לבחור חלפים ללא עיבוד של התוכנה, הוא אמנם "אופציה ראשונה", דא עקא, בגרסה זו השימוש במסלול זה ארוך ומסורבל, ומחייב "יציאה" ממסך עריכת השומה כדי לראות את מאגר החלפים המצוי בתוכנה, בניגוד למסלול "פתח תחשיב".

מן האמור עולה, כי בתוכנה נדרש שינוי, אשר יקבע כברירת מחדל את מסלול "פתח הצעה", או דומה לו, בו לא נעשה עיבוד של הנתונים באופן שהתוכנה ממליצה על חלף זה או אחר. השימוש במסלול זה צריך שיהא ידידותי למשתמש. אין אני מקבלת את פרשנות המבקשות 1-2 בסעיף 19 לסיכומיהן, לפיה די בכך שהתוכנה מציעה את אחת מהאפשרויות לביצוע תחשיב, קרי מסלול בו התוכנה מציגה את המלצתה, או מסלול בו המשתמש בוחר את החלפים מתוך בסיס הנתונים בתוכנה ללא המלצה כלשהי של התוכנה. פרשנות זו אינה מתיישבת עם תכלית התנאי עליה עמדנו לעיל, והיא פותחת פתח להשפעה על שיקול דעתם של השמאים.

23. תנאי 4.1 מוסיף וקובע, כי יש לבטל את השימוש ב"פרמטר הסודי" ובשיטת "הכוכביות" ובדומיהם, "ביחס לבחירת נתונים מתוך בסיס הנתונים המצוי בתוכנה" – כעולה מחוות דעת המומחה, כוכבית תופיע כל אימת שהמומחה הזין ידנית את מחיר החלף, או הוסיף עבודות וקבע להן מחיר. סימן כובעון יופיע כאשר נבחר חלף מתוך בסיס הנתונים של התוכנה, אשר שונה מהמלצת התוכנה. כאמור, תכלית תנאי 4 הינה לנטרל השפעה אפשרית של חברות הביטוח על שקול דעתו של השמאי, מהטעמים שנמנו לעיל. בצד זאת, יש לאפשר פיקוח ובקרה על גובה השומה, על-מנת למנוע שומות יתר מופרזות. לאור זאת יש להתיר שימוש בסימונים במקרים הבאים:

(1) במסלול "פתח הצעה" בו לא נעשה עיבוד של הנתונים על-ידי התוכנה, יש להתיר סימון כוכבית אך ורק במקרה בו השמאי מזין ידנית מחיר שאינו מצוי בבסיס הנתונים של התוכנה, אשר הוא גבוה מהמחיר המופיע בבסיס הנתונים לצדו של חלף מסוים, ללא עיבוד כלשהו, וללא הנחה שהיא. כך גם באשר להזנת סוג ומחיר עבודות שאינן מצויות במאגר הנתונים של התוכנה, או קביעת מחיר גבוה מהמחיר המצוי במאגר לביצוע עבודות מסוימות. סימון זה יאפשר לחברת הביטוח לפקח על עבודת השמאי ולמנוע שומות יתר. במצב דברים זה, יש לאפשר אף את ציון אחוזי השינוי בין המחיר שמופיע בבסיס הנתונים של התוכנה, ובין המחיר שהוזן על-ידי השמאי. דרך זו תבטיח חישוב מהימן של הנזק הגולמי שנגרם לרכב.

(2) במסלול "פתח תחשיב", בו התוכנה מעבדת את הנתונים ומציגה המלצה על חלף מסוים, ניתן לסמן חלף מסוים אשר נבחר על-ידי השמאי, השונה מהמלצת התוכנה. סימון זה יסב

את תשומת לב חברת הביטוח לכך, שאין מדובר בהמלצת התוכנה. רוצה השמאי לשנות מהמלצת התוכנה, תוך בחירת נתונים מתוך מאגר הנתונים, פתוחה בפניו הדרך לערוך את השומה במסלול "פתח ההצעה", ללא סימון כלשהו.

גם בהקשר זה, אין לקבל את פרשנות מבקשות 1-2, לפיה תנאי 4.2 מתיר במשתמע את השימוש בשיטת הכוכביות במסלול המלצת התוכנה (סעיף 22 לסיכומיהן). לשיטתן, הכוכביות ושאר הסימונים, מהווים פרמטר לעיבוד, המותר לפי תנאי 4.2, בכפוף לתנאי עליו נעמוד להלן. כעולה מחוות דעתו של המומחה, הסימונים אינם ממלאים פונקציה של פרמטרים לעיבוד נתונים, ואינם משפיעים על הליך בחירת הנתונים, ועל כן אין לקבל פרשנות זו של המבקשות.

24. תנאי 4.2 קובע, כי בחלופה של עיבוד המידע על-ידי התוכנה והצגת המלצה על חלק מסוים (האפשרות השניה להשתמש בתוכנה על-פי התנאים), על המשתמש או על חברות הביטוח לקבוע את הפרמטרים לעיבוד מראש ובאופן אינדיבידואלי. מחוות-דעתו של המומחה עולה, כי קיים פרמטר משותף לכל חברות הביטוח, והוא בחירת החלק לפי מחירו הזול העדכני ביותר. פרמטר נוסף הוא הספק המועדף על-ידי חברות הביטוח. המומחה הסב את תשומת הלב לעובדה, כי לכל חברת ביטוח הסדרי הנחות מיוחדים לה, עם ספקי חלפים שונים. להלן אמחיש את ההבדלים בשומות הנערכות על-פי האופציה השניה, כאשר יש לחברות הביטוח השונות הסכם עם ספקי חלפים שונים, לעומת מקרים בהם אין הבדלים בשומות הנערכות עבור חברות הביטוח השונות (מדובר בחלפים זהים עבור כלי רכב זהה). במקרה האחרון מדובר בחוות-דעת פרטית או במקרים בהם לחברות הביטוח אין הסכם עם ספק חלפים מועדף (הדוגמאות הובאו על-ידי המומחה בתשובה לשאלות ההבהרה):

(1) בחוות-דעת שהופקה עבור מגדל, התוכנה בחרה אוטומטית ב"פינרוס" כספק החלפים – מחיר חלקי החילוף שהתקבל לאחר מנגנון ההנחות והעמלות הסתכם ב-3,770.95 ש"ח.

בחוות דעת שהופקה עבור הפניקס, התוכנה בחרה אוטומטית ב"מוטופרט" כספק החלפים – מחיר חלקי החילוף שהתקבל לאחר מנגנון ההנחות והעמלות הסתכם ב-4,430.63 ש"ח.

בחוות דעת שהופקה עבור חברת הביטוח הראל, התוכנה בחרה אוטומטית ב"ABC" כספק החלפים – מחיר חלקי החילוף שהתקבל לאחר מנגנון ההנחות והעמלות הסתכם ב-4,403.63 ש"ח.

(2) המחיר שהתקבל לאחר הכנת חוות דעת פרטית, ובמקרה שנערך חישוב עבור מגדל, הפניקס וחברת ביטוח ישיר ללא הסדר עם ספק מועדף היה זהה ועמד על 4,403.63 ש"ח.

במקרים אלו הפרמטרים לעיבוד הם זהים. בהעדר ראיות לתיאום, ולנוכח ההבדלים במקרים בהם מופעל הסדר עם ספק מועדף, נראה כי המבקשות לא הפרו את התנאי של קביעת פרמטרים על-ידי כל חברת ביטוח באופן אינדיבידואלי.

תנאי 6

25. בהחלטה מיום 30.11.03, אשר ניתנה בעקבות בקשת המתנגדת להציג ראיות להפרת תנאי 6, קבעתי כי "מאחר והמחלוקת בגין הבקשה שהוגשה ע"י המתנגדת כלולה בכתבי הטענות, אין צורך להביא ראיות נוספות והצדדים יסכמו על יסוד האמור בכתבי טענותיהם."

תנאי 6 אוסר על חברות הביטוח, המחזיקות במניותיה של דטה-קאר, להתנות קבלת שומות ו/או עבודת שמאים בשימוש בתוכנת דטה-קאר. התנאי בא להבטיח את התחרות ההוגנת בשוק תוכנות השמאות. המבקשות מצדן, מכחישות טענה לפיה הן כופות על השמאים את השימוש בתוכנת דטה-קאר או כי קיימת אפליה בין שמאים, בהסבירן כי השמאים יכלו ויכולים לעשות שימוש בכל תוכנה שהיא, ובלבד שישתמשו בשעתון יצרן. בסעיף 10 להתייחסותן לתגובת הממונה לבקשה להיתר זמני להסדר הכובל, מסרו המבקשות, כי:

"... הפניקס ומגדל לא התנו ולא מתנות את העבודה מולן בשימוש בתוכנת דטה קאר. ישנם שמאים העובדים עם הפניקס ומספקים לה דו"חות, אשר מונפקים בתוכנת מר"מ במשך שנים רבות. השמאים יכלו ויכולים לעשו שימוש בכל תוכנה שהיא, ובלבד שישתמשו בשעתון יצרן, הכל כפי שהתיר להן מפורשות בית הדין בהליך הקודם." (ההדגשה במקור).

עמדת הממונה היא, כי המבקשות מתנות קבלת שומה או עבודת שמאי בשימוש בתוכנת דטה-קאר, וכן כי הן מפלות שמאים על בסיס זה. עמדה זו גובשה לאחר בירורים שערך הממונה עם נציגי המבקשות, וכן עם שמאים (סעיפים 37-38 לתגובת הממונה לבקשה למתן היתר זמני להסדר הכובל). אורי מימון, מנכ"ל מר"מ, מסר דברים דומים בסעיף 12 לתצהירו שצורף להתנגדות לבקשה. לתצהיר צורפו מכתבי תלונה של שמאים (נספחים א'-ב'), לפיהם המבקשות מפרות את תנאי 6.

26. המבקשות לא צרפו תצהיר אשר תומך בטענתן לפיה, אינן מתנות קבלת שומות, בשימוש בתוכנת דטה-קאר. לאור חקירת הממונה וטענת מר"מ, אשר גובתה בתצהיר ובמכתבי תלונה, קיים חשש כי המבקשות אכן מתנות קבלת שומות בשימוש בתוכנת דטה-קאר. ודוק, תנאי 6 אוסר על המבקשות להתנות, במישרין או בעקיפין, קבלת שומות בשימוש בתוכנת דטה-קאר, אך מתיר להן לדרוש את "שעתון היצרן" הרלוונטי לאותה שומה, באם שעתון זה לא כלול בשומה שהוגשה. דרישה זו היא לגיטימית, כפי שאבהיר להלן.

"שעתון היצרן" הוא שעתון עבודות התחזוקה שפורסם על-ידי יצרן הרכב, בו מפורטים פרקי הזמן הדרושים לביצוע עבודות התחזוקה ברכב כמוגדר בסעיף 1 לצו הפיקוח על מצרכים ושירותים (מוסכים ומפעלים לכלי רכב), התש"ל - 1970. סעיף 22(ג) לצו קובע, כי "לצורך קביעת שכר בעד שירות ... לא יובאו בחשבון שעות העבודה שהושקעו במתן השירות שמעל זמן העבודה שנקבע בשעתון היצרן לביצוע השירות ...". שירות מוגדר בסעיף 1 כשירות "בין לצורך עצמי ובין לזולת, למעט תיקוני רכב קלים לצורך היחלצות מהדרך כדי להגיע למפעל". מכאן כי שעתון היצרן הוא הקריטריון לקביעת זמן העבודה.

אל תוכנת דטה-קאר הוזנו נתוני השעתונים שנמסרו על-ידי יצרני הרכב השונים, דבר המקל על השמאי. לא ברור האם בתוכנת מר"מ נעשה שימוש בשעתון יצרני הרכב, או שמא בשעתונים אחרים, שאינם של יצרני הרכב. בית-הדין לא התיר במסגרת האישור השני להתנות קבלת שומה בשימוש בשעתון היצרן, אלא בצירופו במידה ולא נעשה בו שימוש, ובשוננו של תנאי 6 " ... כמו כן יוכלו מגדל והפניקס לדרוש משמאי לכלול בשומה את פרטי שעתון היצרן הרלוונטיים לשומה, בין אימץ אותם ובין אם החליט אחרת." להדגיש, צירוף שעתון יצרן, אין משמעו שימוש בתוכנת דטה-קאר בה נעשה שימוש בשעתון זה. בפני השמאי פתוחה הדרך לצרף את שעתון היצרן מכל מקור שהוא. על-כן, נראה כי אין פגם בדרישת המבקשות לצרף את פרטי שעתון היצרן הרלוונטי לשומה, מקום שהשמאי לא עשה בו שימוש.

למען הסר ספק, אדגיש כי נאסר על המבקשות לחייב את השמאי לעשות שימוש, בין במישרין ובין בעקיפין, בתוכנת דטה-קאר.

מסקנות

27. מן האמור לעיל עולה, כי המבקשות לא הקפידו על קיום התנאים, אשר הציב בית-הדין לאישור ההסדר הכובל במסגרת האישורים הקודמים. קיום התנאים על-ידי המבקשות, הנו שיקול בין כלל השיקולים, אשר שומה על בית-הדין לשים לנגד עיניו בבוחנו את טובת הציבור. לעמידה בתנאי האישור, כתנאי לאישור מחודש, יש חשיבות גם בהיבט של מדיניות אכיפת דיני ההגבלים העסקיים. ידיעה, כי העדר הקפדה על קיום תנאי האישור תוביל לאי-חידושו, תיצור תמריץ חיובי לשמירה ועמידה על קיום תנאים אלו.

מן העבר השני, לית מאן דפליג, כי התועלת לציבור בקיומו של ההסדר הכובל, תוך שהצדדים לו מקפידים על קיום מכלול תנאיו, עולה על הנזק שהוא עלול לגרום. התנאים בהם אושר ההסדר מהווים חלק בלתי נפרד הימנו, ומטרתם להפיג את החששות לפגיעה בתחרות הגלומים בו. כאמור לעיל, תוכנת דטה-קאר אינה עומדת בדרישות שהוצבו בתנאי 4. כמו-כן, יש חשש סביר כי המבקשות מפרות את תנאי 6, בהתנות קבלת שומה בשימוש בתוכנת דטה-קאר. בסופו של יום, לאור האמור לעיל ולאחר שיקול ובדיקה, הגעתי למסקנה, בעיקר בהתחשב בתרומתו של ההסדר לטובת ציבור, כי יש לאשר את ההסדר לתקופה של שנתיים מיום מתן פסק-דין זה.

הממונה ביקש כי המבקשות יחתמו על כתבי ערובה לשם הבטחת קיומם הקפדני של התנאים לאישורו של ההסדר. נראה לי, לאור העובדה שהתנאים נדרשו עוד באישוריו הקודמים של בית-הדין, והמבקשות לא עמדו בתנאים, כי יש מקום להורות על מתן כתבי ערובה של המבקשות, על-מנת להבטיח כי יקוימו התנאים.

אשר על כן אני מאשרת את ההסדר הכובל בכפוף לתנאים הבאים :

א. התנאים המפורטים בנספחים לפסק-הדין מיום 21.7.97 (ה"ע 2421/98) ימשיכו לעמוד בתוקפם.

ב. מבלי לגרוע מהתנאים האמורים, על המבקשות לערוך את השינויים הנדרשים בתוכנה, כמפורט בסעיפים 22-23 לפסק-דין זה, לא יאוחר מתום 3 חודשים מיום מתן פסק-דין זה.

ג. המבקשות ימציאו כתבי ערובה, בנוסח המופיע בנספח לסיכומי הממונה, לשם הבטחת קיומם הקפדני של התנאים לאישורו של ההסדר.

אף כי אישרתי את ההסדר, הרי האישור ניתן בתנאים משהוברר כי המבקשות לא קיימו את התנאים, אשר נקבעו על-ידי בית-הדין במסגרת האישור השני, במלואם. לאחר שיקול ובחינה, הגעתי למסקנה כי המבקשות יישאו בשכר המומחה במלואו, ועליהן להשלים את שכרו.

אין צו נוסף להוצאות בהליך זה.

ניתן היום כ"ה בסיון תשס"ד (14 ביוני 2004), בהעדר הצדדים.

המזכירות תמציא העתקים לב"כ הצדדים.

העתקים הומצאו לבעלי-הדין באמצעות הדואר האלקטרוני.

מיכאלה שידלובסקי-אור, שופטת