



רשות ההגבלים העסקיים

ירושלים, ח' אב, תש"ס

9 אוגוסט, 2000

פטור: 3206

בפקס: 03-5601140

בפקס': 03-7528525

לכבוד	לכבוד
שוגול ושות', עו"ד	מוריץ, ויסגלס, אלמגור ושות' עו"ד
לידי עו"ד ב. שוגול	לידי עו"ד ד. ויסגלס
רח' אבא הלל סילבר 14 – בית עוז	רח' לילינבלום 44
רמת-גן 52506	תל-אביב

הנדון: החלטה בעניין אי-מתן פטור מאישור הסדר כובל בין:

עמותת פארמה ישראל – ארגון חברות התרופות העוסקות במחקר ופיתוח ואח'

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.

בברכה,

צפורה נחמו, עו"ד

רשמת הגבלים עסקיים



רשות ההגבלים העסקיים

החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר אי מתן פטור לעמותת פארמה ישראל והחברות הפרמבצטיות

הונחה על שולחני בקשתן של עמותת פארמה – ארגון חברות התרופות העוסקות במחקר ופיתוח (להלן: "פארמה") ושל החברות הפרמבצטיות החברות בה¹ לקבלת פטור מאישורו של הסדר כובל על-ידי בית הדין להגבלים עסקיים, לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק").

ההסדר לגביו מבוקש הפטור הנו המלצה של פארמה לחברותיה כי הן תסמכנה אותה לנהל בשמן משא ומתן עם קופת החולים הכללית בנוגע להסדרת פעילות תועמלנים מטעמן בשטחיה של קופת החולים, דהיינו: קביעת כללים בנוגע להרשאת כניסת התועמלנים לקופה, שעות פעילותם, אופי פעילותם וכדומה.

לאחר שבחנתי את ההסדר לגביו מבוקש הפטור ואת השפעתו האפשרית על התחרות בשווקים הרלוונטיים, ולאחר התייעצות עם הועדה לפטורים ולמיוזגים, הגעתי לכלל מסקנה כי אין ההסדר האמור עומד בתנאים הקבועים בסעיף 14 לחוק למתן פטור כמבוקש.

הנימוקים להחלטה זו ינתנו בנפרד.

המבקשות רשאיות לפנות לבית הדין להגבלים עסקיים ולבקש ממנו אישור ההסדר נשוא בקשה זו, מכוח סמכותו על פי סעיף 8 לחוק.

ד"ר דוד תדמור
הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ה' אב, תש"ס
6 באוגוסט 2000

¹ representing Schering Plough, –Eli Lilly, Genzyme, Glaxo Wellcome, Hoechst, Trading Pharma Johnson, Merck Sharp and Dohme, Novo-Nordisk, Novartis, SmithKline & Janssen Cilag-Johnson, Beecham, Pfizer, Rhone-Poulenc, Roche Pharmaceuticals. חברות אלה כולן מייצרות תרופות מוגנות פטנט, להבדיל מתרופות גנריות.

בקשת פטור מאישור הסדר כובל

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

1. הצד להסדר הכובל המבקש את הפטור –

1.1. שם: עמותת פארמה ישראל – ארגון חברות התרופות העוסקות במחקר ופיתוח (להלן: "פארמה ישראל" או "העמותה").

1.2. מען: רח' משכית 27, ת.ד. 12296, הרצליה 46733.
מלך עזרי - סניף ויזמין (ויזמין 20 א. 2. 2002) (2002) (2002)
סניף - 7643504-09

1.3. מען למסירת מסמכים: אצל עו"ד ברוך שוגול, שוגול ושות', בית עוז, אבא הלל סילבר 14, רמת גן 52506.

2. הצדדים האחרים להסדר -

2.1. Eli Lilly, Genzyme, Glaxo Wellcome, Hoechst, Trading Pharma - שם
representing Schering Plough, Janssen Cilag - Johnson and Johnson,
Merck Sharp and Dohme, Novo-Nordisk, Novartis, SmithKline Beecham,
Pfiizer, Rhone-Poulenc and Roche Pharmaceuticals (להלן: "חברות
העמותה" או "החברות הפרמצבטיות").

2.2. מען: לעניין בקשה זאת – אצל פארמה ישראל, בכתובת הרשומה בסעיף 1.2 לעיל.

3. צורת ההסדר - בכתב.

4. תיאור המסמכים הנוגעים להסדר - המלצה בכתב של פארמה ישראל לחברותיה. המלצת פארמה מצורפת לבקשה זו כנספח "יא"

5. הנכס או השירות נשוא ההסדר – מידע אודות תכשירים פרמצבטיים.

6. מהות הכבילה ופרטים עליה -

המלצה של העמותה לחברותיה להסמיכה לנהל בשמן משא ומתן עם קופת חולים כללית (להלן: "קופ"ח") בהתאם לאמור בנספח "יא" המצ"ב.

7. תקופת ההסדר הכובל – שלושה חודשים או עד להסדרת מערכת היחסים עם קופת חולים כללית, על פי המאוחר שבין המועדים.

8. הנימוקים המצדיקים פטור מאישור בית הדין:

I. תמצית הבקשה

8.1. קידום המכירות והמכירות של תרופות בכל העולם, נעשים בצורה שונה מקידום המכירות והמכירות של מרבית המוצרים והשירותים האחרים. לרוב הפרסומות, קידום המכירות ומאמצי השכנוע מופנים כלפי מקבל החלטות לגבי ביצוע הרכישה - בין אם זה הצרכן הפרטי או מנהלי הרכש, מנהלי המחשוב, מנהלי הרכב, מנהלי הבנייה וכו' בחברות, תאגידים וגופים שונים.

בתעשיית התרופות המצב שונה. ישנו "הצרכן הסופי" - הוא החולה הצורך את התרופה, ישנו הרופא הרושם את התרופה, ובמקרים של קופות חולים, בתי חולים ומוסדות רפואיים אחרים, ישנם מנהלי הרכש המנהלים משא ומתן עם חברות התרופות אודות מחירים, תנאי תשלום, תנאי אספקה ויתר תנאי הסחר.

הנה כי כן, למעט מקרים של תרופות ללא מרשם (OTC) הנרכשות במישרין על ידי הצרכן ואשר הפרסום לגביהן מופנה ישירות לצרכן הסופי, במערכת הבריאות בישראל יש שתי רמות של מקבלי החלטות בעניין התרופות. **הרופאים** - אשר מחובתם המקצועית ללמוד, לדעת ולהכיר את התפתחות אחרונה בתחום התמחותם, לרבות התרופות החדשות המצויות בעולם, ואשר בכוחן לרפא ו/או לעזור לחולה במקרים שהתרופות הקודמות לא הועילו ו/או הועילו תוך גרימת תופעות לוואי חמורות. מחובתו של הרופא לרשום לחולה את התרופה הטובה ביותר והמתאימה ביותר, בהתאם למבחנים רפואיים אובייקטיביים.

מנהלי הרכש - של קופות החולים, בתי החולים ומוסדות רפואיים אחרים, תפקידם להשיג את התרופות הדרושות בכמויות הדרושות, בארזות המתאימות, במועדים אופטימליים על מנת למנוע מלאים מיותרים ובמחירים הטובים ביותר.

8.2. בכל העולם המערבי נהוג לקדם את המכירות של תרופות מרשם בשני צירים. האחד מופנה כלפי מנהלי הרכש, ועוסקים בו אנשי מכירות בכירים או מנהלי מכירות המנהלים משא ומתן עם מנהלי הרכש של המוסדות השונים. במקביל, מעסיקות חברות התרופות מקדמי מכירות הקרואים לרוב בעברית "תועמלנים רפואיים", המציגים את התרופות על כל תכונותיהן בפני הרופאים והרוקחים. תועמלנים רפואיים אלה הנם, כמעט ללא יוצא מן הכלל, בוגרי אוניברסיטאות בתחום הרוקחות, כימיה, ביולוגיה, ביו-כימיה או מדעים אחרים. הם מקבלים הכשרה מעמיקה בתחום התרופות אותן הם מציגים בפני הרופאים, והם משמשים כמקור מידע נגיש ואינטר-אקטיבי, ממנו יכול הרופא לקבל אינפורמציה עדכנית, אמיתית, מבוססת ומבוקרת אודות התרופות.

8.3. מאז ומעולם נהגו התועמלנים הרפואיים של החברות השונות לפקוד את מוסדות הרפואה בארץ, לרבות מרפאות ובתי חולים של קופת חולים והצגי בפני הרופאים והרוקחים את התרופות. לרוב הציגו התועמלנים תרופות חדשות אותן לא הכירו עדיין הרופאים אך, מטבע הדברים, הם ענו גם שאלות אותן הפנו אליהם הרופאים לגבי תרופות קיימות והנמצאות בשימוש. התועמלנים סיפקו רק את המידע אך לא עסקו במכירות, הואיל והרופאים אינם מקבלי החלטות לגבי הרכישות, ובכוחם רק להמליץ, להשפיע, לבקש ולדרוש מהנהלת קופת החולים להכניס תרופה חדשה לפנקס התרופות של קופת החולים. המגעים לגבי רכישת התרופה נעשים על ידי מנהלי הרכש מול מנהלי המכירות של החברות השונות.

8.4. בתחילת 1996 ביקשה קופת חולים מהתאחדות התעשיינים ומלשכת המסחר המאגדת את יבואני התרופות, לחתום עמה על חוזה ראשוני ותדשני המתייחס לתפקודם של התועמלנים הרפואיים. לאחר משא ומתן נחתם בין הצדדים ב-11.6.96 הסכם בין קופת חולים לבין התאחדות התעשיינים ואיגוד לשכות המסחר. העתק ההסכם רצ"ב כנספח "א" (להלן: "ההסכם הבסיסי").

8.5. במסגרת ההסכם הבסיסי הסכימו כל החברות לשלם 400 דולר לשנה אגרה שנתית אשר תיועד לקידום החינוך הרפואי והפצת חומר מקצועי לסגל המקצועי של קופת חולים. התאגדות התעשיינים ולשכת המסחר ראו בתשלום הנ"ל תרומה לקהילה הרפואית בכלל ותרומה לקידום החינוך הרפואי, ונאותו, כאמור לתרום את הסכום הנ"ל.

8.6. לא עבר זמן רב וב-18.6.98 נשלח על ידי היועץ המשפטי של קופת חולים המכתב הרצ"ב כנספח "ב" בו הוא "מזכיר" כי ההסכם הבסיסי בוטל באופן חד צדדי על ידי קופת החולים ביום 10.3.98.

8.7. החל מאמצע 1998, לאחר ביטול חד צדדי, בלתי מנומק, בלתי מוצדק ושלא כדין של ההסכם הבסיסי, החלה קופת חולים להפעיל לחצים אדירים על חברות התרופות, ביחוד חברות התרופות הזרות, במטרה להחתימתן על הסכם חדש השונה באופן דרמטי מן ההסכם הבסיסי. בעוד שההסכם הבסיסי היה הסכם וולנטרי אשר נחתם מתוך רצון טוב על ידי כל הצדדים, הרי שמאמצע 1998 החלה קופ"ח לאיים על חברות התרופות בהטלת איסור על כניסת התועמלנים הרפואיים למתקני קופ"ח, אלא אם חברות התרופות תחתומנה על טיוטת ההסכם החדש הרצ"ב כנספח "ג" (להלן: "טיוטת ההסכם").

8.8. ההגבלות אשר קופ"ח מבקשת להשית על החברות בפארמה, באמצעות ההסכם, מפורטות בסעיפים 7, 8 ו-11 של ההסכם:

"7. פעילות הנציגים המורשים לקידום מכירתן של תרופות ו/או ציוד רפואי מתוצרת החברה תיעשה אך ורק לגבי תרופות ו/או ציוד רפואי אשר אושרו והוכנסו לשימוש בקופת חולים.

8. הנציג המורשה לא יחלק לצוותי קופת חולים דוגמאות ומרשמים מסחריים הנושאים את שמה של תרופה, בין שכלולה ברשימת התרופות של קופת חולים (להלן: "רשימת התרופות") ובין שאינה כלולה בה, וכן לא יחלק אביזרים נלווים לתרופות שאינן כלולות ברשימת התרופות, אך יהיה רשאי לספק מידע כתוב אודות תרופות שאינן כלולות ברשימת התרופות תוך ציון מפורש כי תרופות אלה אינן כלולות ברשימת התרופות.

11. על אף האמור לעיל לא יופץ כל חומר כתוב במוסדות קופת חולים ו/או לצוותי קופת חולים ו/או למי מטעמה אלא לאחר הצגתו בפני ראש האגף הרפואי של קופת חולים בחטיבת הקהילה וקבלת אישורו בכתב על גבי עותק נכון של כל עלון ו/או מסמך שהפצתו תתבקש כאמור."

(ההדגשות לא במקור)

8.9. בנוסף למגבלות הנ"ל, החליטה קופ"ח כי היא רוצה 1,000 דולר דווקא עבור כל תועמלן רפואי, כי הכסף ילך לכיסה של קופ"ח ולא למטרות חינוך רופאים וכי היא רוצה להטיל סנקציות חמורות על מי שמפר את טיוטת ההסכם. כל זאת בניגוד מוחלט, חריף וקיצוני לנוסח ההסכם הבסיסי.

8.10. נסיונה של קופ"ח להגביל את גישתם של התועמלנים באמצעות ההסכם מונע העברת מידע לצוות הרפואי של קופ"ח אודות תכשירים הפרמצבטיים הקיימים בשוק. הגבלת זרימת מידע זו נועדה לחסוך לקופ"ח את ההוצאות הכרוכות בטיפול במבוטחיה באמצעות תכשירים ותרופות חדשניים. הגבלת המידע אף גורמת לכלל אחת מהחברות בעמותה בפארמה נזקים תחרותיים מהטעם שהיא מונעת מהן את האפשרות להציג את יתרונות תכשיריהם בפני רוכשים פוטנציאליים.

8.11. לנוכח המגבלות אשר קופ"ח מבקשת להטיל על פעילותן של החברות בפארמה ישראל, פארמה ישראל מבקשת להמליץ בפני חברותיה להסמיכה לנהל בשמן משא ומתן עם קופ"ח לשם שכנועה לוותר על דרישותיה שתברות העמותה תחתומנה על טיוטת ההסכם, וכי קופ"ח תסכים לחזור לנוסח ההסכם הבסיסי, וזאת בהתאם לאמור בנספח "א" או נוסח דומה לו. (להלן: "ההמלצה" או "המלצת פארמה").

8.12. ודוק: המלצה כאמור של פארמה ישראל לתברותיה איננה מגבילה בדבר את התחרות בעסקים בין לבין עצמן ובין לבין צדדים שלישיים וזאת משני טעמים מרכזיים – האחד, ההמלצה נועדה לאפשר זרימה חופשית של מידע רפואי מהימן ועדכני לצוותי קופ"ח לצורך קבלת הכרעה מושכלת מהו המוצר המתאים ביותר לטיפול בחולה. תיאום אשר מטרתו ותוצאתו אספקת מידע מלא וחופשי לצרכנים לא זו בלבד שאיננו מקבל את התחרות בעסקים בדבר, תוצאתו היחידה היא העצמתה של התחרות בין החברות בפארמה, בין לבין עצמן, ובין לבין יצרני התרופות הגנריות; והטעם השני, בנסיבות המקרה לא מתעורר צל צילו של חשש, כי התיאום בין החברות בפארמה בנושא אספקת מידע לצוותי קופ"ח "יזלוג" לתיאום בתחומים אסורים.

8.13. בנסיבות אלו מן הראוי שהממונה יעשה שימוש בסמכותו ויעניק לפארמה ישראל פטור כמבוקש.

8.14. את הטעמים המחייבים לדעתנו מתן פטור כמבוקש נפרט על פי ראשי הפרקים הבאים:

העובדות

- א. פארמה ישראל
- ב. קופת חולים כללית
- ג. פעילות התועמלנים הרפואיים
- ד. הגבלת פעילותם של תועמלנים רפואיים על ידי קופ"ח

הטעמים לכך שהמלצת פארמה איננה מגבילה מפחיתה באופן משמעותי את התחרות בעסקים.

א. תיאום בין מתחרים אשר מטרתו לאפשר המשך זרימה והעברה חופשית של מידע לצוותי קופ"ח איננו מגביל, כשלעצמו, את התחרות בעסקים.

- ב. אין חשש מזליגת התיאום בנושא הספקת מידע לתיאום בנושאים אסורים.
- ג. ההמלצה תאפשר קביעת תנאים סבירים להספקת מידע לרופאים של קופ"ח המרכזת בידיה למעלה מ-70% מרכישת התרופות על ידי קופות החולים השונות בארץ.

II. העובדות

א. פארמה ישראל

8.15. פארמה ישראל היא עמותה אשר הוקמה על ידי חברות התרופות העוסקות במחקר ופיתוח והמוכרות את מוצריהן במדינת ישראל. העמותה מנוהלת על ידי ד"ר יואב שכטר אשר איננו משמש עובד של אף אחת מהחברות בפארמה ישראל. לעמותה ועד המנהל אשר בו מכהנים נציגי החברות בפארמה ישראל.

8.16. פארמה ישראל עוסקת בקידום התנאים אשר יאפשרו לחברות בה להציג תרופות חדשניות לתועלת הציבור תוך הבטחת נגישותו של ציבור החולים לאותן תרופות. במסגרת פעילותה עוסקת פארמה ישראל, בין היתר, בנסיונות להבטיח קיומה של תחרות הוגנת בשיווקן של אותן תרופות אשר בפיתוחן הן השקיעו ממון רב. כך עוסקת פארמה ישראל בקידום חקיקה המגינה על זכויות הקניין הרוחני של החברים בה, בקשר שוטף עם נציגי משרד הבריאות ובפעילויות ציבוריות נוספות.

8.17. פארמה ישראל אינה עוסקת במחקר, בייצור או בשיווק. החברים בפארמה אף אינם עוסקים בחילופי מידע בינם לבין עצמם בקשר למחיר, תנאי מכירה לצדדים שלישיים, או בכל פעילות דומה.

ב. קופת חולים כללית

8.18. קופ"ח הנה לא רק קניין התרופות הבודד הגדול בישראל, אלא אף מן הגדולים בעולם. מטבע הדברים היא גם הלקוח הגדול ביותר של כל אחת מתברות העמותה.

8.19. קופת חולים כללית הנה קופת החולים בה מבוטח המספר הרב ביותר של תושבים יחסית ליתר קופות החולים בישראל. לשם המחשה, על פי פרסומים של משרד הבריאות, בסוף שנת 1997, שיעור החברים בקופ"ח מכלל האוכלוסיה עמד על 58.8%.

עותק צילומי של טבלה המציגה את התפלגות החברות בקופות חולים בישראל, אשר לקוחה מפרסום של משרד הבריאות רצ"ב כנספה "ד".

8.20. כמו כן, לא זו בלבד שבקופ"ח מספר החברים הגדול ביותר, אלא שבקופ"ח מבוטחת אוכלוסיה מבוגרת יותר יחסית ליתר קופות החולים. עותק צילומי של טבלה המציגה את התפלגות שכבות הגיל של המבוטחים בקופות החולים השונות רצ"ב כנספח "ה".

8.21. נוכח העובדה שקופ"ח מעניקה שירותים ללמעלה ממחצית מהאוכלוסיה המבוטחת בישראל (כ-59%), וכי פלח האוכלוסיה המבוטח בקופ"ח מאופיין בשכבת גיל גבוהה יחסית, ונוכח העובדה כי רק לקופת חולים הכללית יש בתי חולים בבעלותה ברי כי קופ"ח הנה גם הצרכנית הגדולה ביותר של תכשירים פרמצבטיים, והיא רוכשת למעלה מ-70% מצריכת התרופות של המוסדות הרפואיים במדינת ישראל.

8.22. חברות העמותה פועלות בשני מישורים על מנת לקדם את מכירת מוצריהן בקרב חברי קופ"ח: האחד – כל אחת מחברות העמותה פועלת מול רופאי קופ"ח באמצעות תועמלנים רפואיים, על מנת להביא בפניהם מידע אודות תכשירים חדשים המשווקים על ידי אותה חברה. במקרה שזרופאים משתכנעים שאכן התכשירים החדשים יעילים וטובים יותר מן התכשירים המאושרים לשימוש על ידי קופ"ח, הם ממליצים בפני הנהלת קופ"ח לרכוש ו/או להכניס לרשימת התרופות של קופ"ח את התכשירים החדשים. בנוסף, מנסה כל חברה, באמצעות התועמלנים, לשכנע את רופאי קופ"ח שמוצריה הנם עדיפים מן הבחינה המקצועית על מוצרים אחרים הקיימים בשוק; השני – כל אחת מחברות העמותה פונה להנהלת קופ"ח ומנסה לשכנעה כי מוצריה עדיפים מבחינה מסחרית, דהיינו - משיקולי עלות-תועלת.

ג. פעילות התועמלנים הרפואיים

8.23. התועמלנים הרפואיים הפועלים מטעם חברות העמותה יוצרים קשר עם רופאי קופ"ח בבתי החולים ובמרפאות של קופ"ח על מנת להציג בפני הרופאים את מוצריהן של החברות המעסיקות אותם.

8.24. מלבד התרומה של התועמלנים בנושא השיווק של מוצרי חברות העמותה, התועמלנים הנם מקור חיוני להעברת מידע עדכני לרופאי קופ"ח לגבי תוצאות מחקרים והתפתחויות מקצועיות בתחומי הרפואה והפרמצבטיקה.

8.25. כל חברות העמותה הן חברות אשר מייצרות מוצרים חדשניים מוגני פטנט (להבדיל מחברות המייצרות מוצרים גנריים). מטבע הדברים, לחברות העמותה יש אינטרס לעדכן את הרופאים בחידושים האחרונים בתחומי המו"פ בהם עוסקת כל אחת מחברות העמותה, שכן מידע כאמור עשוי להביא לגידול הביקוש למוצריהן.

ד. הגבלת פעילותם של תועמלנים רפואיים על ידי קופ"ח

8.26. כפי שעולה מהוראות סעיף 7 להסכם, קופ"ח דורשת כי תותר מסירת מידע לרופאים על ידי תועמלנים רק לגבי תכשירים המאושרים לשימוש בקופ"ח.

8.27.

8.27.1. לא זו אף זו. על פי סעיף 8 להסכם, התועמלן רשאי לספק לצוותי קופ"ח מידע כתוב בלבד לגבי תכשירים אשר אינם מאושרים לשימוש בקופ"ח (תוך ציון שהנ"ל אינם מאושרים לשימוש ע"י קופ"ח).

8.27.2. הוראה זו מייתרת את הצורך בפעילות התועמלן הרפואי, והופכת את התועמלן ל"דוור" בלבד, שתפקידו מתמצה בפעולה הטכנית של מסירת חומר כתוב. לשם כך ניתן להשתמש בדואר ואו בשירות שליחים, ואין צורך לשגר לקופ"ח תועמלנים אשר הנם בוגרי אוניברסיטאות בתחום מדעי הטבע, ואשר עברו הכשרה והשתלמויות רבות לגבי התכשירים של החברות אוונן הם מייצגים. כך מתבטל הערך המוסף שיש לנגישות של רופאי קופ"ח למידע כמו גם לבלתי אמצעיות, אשר הנם חלק בלתי נפרד מן הדו שיח האינטראקטיבי בין התועמלן לרופא.

8.27.3. העובדה כי התועמלן משוחח בע"פ עם הצוות הרפואי, היא, היא, המאפשרת את הזרימה החופשית של המידע. כך, יכול הצוות הרפואי לבקש הבהרות והארות, אותן יכול התועמלן לספק לרוב מיידית ובאופן בלתי אמצעי.

8.27.4. בנוסף, יש להניח בדרגת סבירות גבוהה כי "ניירת" שתמסר על ידי תועמלנים, אף אם תכלול מידע חיוני לגבי ההתפתחויות המקצועיות בתחומי הרפואה והפרמצבטיקה, תישאר מיותרת כאבן שאין לה הופכין, שכן לא רבים הרופאים אשר ימצאו זמן להיכנס לעובי הקורה ולהקדיש שעות רבות ללמוד את הפרטים הכתובים "היבשים". באופן זה תימנע כמעט לחלוטין זרימת המידע החדשני לרופאים, וזאת, בדיוק, מטרתה של קופ"ח בדורשה מן החברות לחתום על ההסכם.

8.28. יתרה מזאת. לא זו בלבד שקופ"ח מתירה רק מסירת מידע כתוב בנוגע לתכשירים רפואיים שאינם מאושרים לשימוש על ידי קופ"ח, ומורה על "סתימת פיות" ועל אלם מוחלט בעניין זה מצד התועמלנים, אלא שאף על הנידע הכתוב מוטלת צנזורה.

בהתאם להוראות סעיף 11, קופ"ח דורשת כי כל חומר כתוב או עלון פרסומי אותו תחפוץ חברה כלשהי למטור או להפיץ בין רופאי קופ"ח צריך לקבל אישור מוקדם של הנהלת קופ"ח. פירוש הדבר, צנזורה על דברי דפוס בתחום הרפואי, אשר אין לה אח ורע בשום מקום בעולם.

8.29. להגבלות החוזיות הנ"ל במסגרת ההסכם נלווית התנהגות כוחנית של קופ"ח "בשטח", במסגרתה נאסרת על התועמלנים כניסה לחצרי קופ"ח:

8.29.1. במכתב מיום 15.2.99, הודיע קצין הביטחון הראשי של קופ"ח בחיפה לכל המרפאות של קופ"ח במחוז, כי הוחלט שלא להתיר לתועמלנים רפואיים להיכנס לחצרי קופ"ח. המכתב הורה לעובדי קופ"ח להגיש תלונות למשטרה בגין הסגת גבול כנגד תועמלנים רפואיים אשר ייתפסו כשהם נפגשים עם רופאים בחצרי קופ"ח.

עותק צילומי של המכתב רצ"ב כנספח "ו"

8.29.2. יצויין, כי קופ"ח מוציאה את ההנחיות הנ"ל מן הכוח אל הפועל. קופ"ח הציבה בכניסה לחצריה שילוט האוסר כניסת תועמלנים רפואיים, ובמקרים רבים תועמלנים "גורשו" כשביקשו להיכנס לחצרי קופ"ח.

עותק צילומי של שלט האוסר על כניסת תועמלנים רצ"ב כנספח "ז"

8.29.3. גם במכתב הנלווה לטיוטה הסופית של ההסכם, הממוען אל החברות הפרמצבטיות, מאיימת קופ"ח כי כניסת תועמלנים לחצריה מותנית בחתימה על ההסכם וכי - י אחרי ה-4.10.99 לא ייכנס אף תועמלן של החברה שלא חתומה על הסכם זה למוסדות הקופה.

עותק צילומי של המכתב רצ"ב כנספח "ח"

8.29.4. לא זו אף זו. בגסיונותיה לאכוף את ההגבלות שהטילה, ואשר מטרתן "לבער את הנגע" של פעילות תועמלנים רפואיים בחצריה, אין קופ"ח בוחלת אף בנקיטת סנקציות נגד רופאים. בהתאם לנאמר בכתבה בעיתון, קופ"ח פיסרה רופאה, מכיוון שזו הפרה את הוראות קופ"ח בכך שנפגשה עם תועמלנים רפואיים.

עותק צילומי של הכתבה רצ"ב כנספח "ט"

8.30. ככל הידוע לעמותה, לעמדה הנ"ל של קופ"ח, המונעת תחרות חופשית וזרימת מידע וידע, אין אח ורע במוסדות רפואיים בשום מדינה בעולם.

8.31. כל אחת מחברות העמותה החליטה כי דרישותיה דלעיל של קופ"ח מונעות את יכולתן להתחרות אחת בשנייה ובפרט מונעת מהן אפשרות להתחרות בזנאי שוויון עם יצרני תרופות גנריות. לפיכך, החברות ביקשו מן העמותה כי תפעל למען השגת מטרתן המשותפת, והיא - לאפשר המשך זרימה חופשית של מידע באופן שמאפשר לחברות העמותה להמשיך ולהתחרות באופן הוגן וחופשי, בינו לבין עצמן, ובין כל אחת מהן וחברות אחרות.

8.32. ויודגש: המו"מ אותו מבקשת העמותה לנהל מול קופ"ח, ואשר לגביו מבוקש הפטור נשוא בקשה זאת, ייסוב על השבת הנוסח של ההסכם הבסיסי או נוסח דומה לו.

8.33.

III. הטעמים לכך שהמלצת פארמה אינה מגבילה את התחרות בעסקים

באופן משמעותי

8.34. מהחלק העובדתי של בקשה זו עולה, כי פארמה ישראל מבקשת להמליץ בפני חבריה להסמיכה לנהל בשמן משא ומתן עם קופ"ח כאמור בנספח "יא". אכן, המלצה זו עלולה לכאורה להפחית את התחרות בעסקים בין החברות בפארמה שהרי לכאורה כל תיאום בין מתחרים בדבר תנאי התקשרותם עם לקוחותיהם עלול להגרם להפחתת התחרות בעסקים בין המתאמים. בנוסף, על פי הוראות סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים כל המלצה של איגוד עסקי לחבריו בנוגע לקו פעולה העלול להפחית את התחרות בעסקים מוגדרת כהסדר כובל. מכאן בקשה זו, אשר נועדה לפטור את פארמה מהצורך בקבלת אישור בית הדין להמלצה שהיא מבקשת להמליץ לחבריה.

8.35. חוק ההגבלים העסקיים הסמיך את הממונה, בסעיף 14 לחוק, לפטור צדדים להסדר כובל אשר מגביל באופן לא משמעותי את התחרות בעסקים מהצורך בקבלת אישור בית הדין להגבלים עסקיים. עלינו לבדוק אם כן את מידת ההגבלה על התחרות הטמונה בהמלצת פארמה ישראל.

8.36. בדיקת היקפה המדויק של הגבלת התחרות העלולה לנבוע מהמלצת פארמה ישראל מחייבת תחילה להגדיר מהם החששות התחרותיים המתעוררים בגין ההמלצה. לאחר איתור חששות אלו, נידרש לכמת את שיעור הגבלת התחרות הנובעת מאותם חששות ובסופו של התהליך נבחן האם הפגיעה היא משמעותית אם לאו.

8.37. תחילה לחששות התחרותיים אשר המלצת פארמה ישראל מעוררת: ההמלצה מעורכת שני סוגי חששות - הראשון, כי תיאום אופן העברת המידע מחברי פארמה לצוותי קופ"ח יפחית, הוא עצמו, את התחרות במכירת מוצרים לחברי הקופה; והשני, כי עצם קיומו של תיאום אשר מטרתו העברת מידע חופשית לקופ"ח יוביל לגלישת התיאום מנושא העברת המידע להיבטים אחרים של המכירה לקופ"ח בהם, תיאום מחירים, תיאום תנאי האספקה ושאר מרעין בישין. להלן ננתח את מידת סבירותם של שני חששות אלו ונראה כי אין באף אחד מהם כדי להוביל למסקנה כי ההמלצה מגבילה באופן משמעותי את התחרות בעסקים.

א. **תיאום בין מתחרים אשר מטרתו ותוצאתו העברה חופשית של מידע לצוותי קופ"ח איננו מגביל, הוא עצמו, את התחרות בעסקים**

8.38. כאמור, פארמה ישראל ממליצה בפני חבריה להסמיכה לנהל בשמן משא ומתן עם קופת חולים כללית לצורך יצירת תנאים אשר יאפשרו העברת מידע חופשית לצוותי קופת חולים. כלומר, המדובר למעשה בתיאום בין מתחרים, אשר מטרתו ותוצאתו הבטחת העברת מידע רלבנטי, אמין ומלא לרופאים על מנת שאלון יקבלו הכרעה איזה מוצר לרשום למטופלים שלהם על בסיס מלוא הנתונים הרלבנטיים. תיאום שכזה איננו מגביל בכל צורה שהיא את התחרות בעסקים

8.39. מסקנה זו נסמכת בראש ובראשונה על אחד מפסקי הדין המנחים בארצות הברית בכל הנוגע להפצת מידע על ידי איגוד עסקי - עניין 45 Maple Flooring Mfrs.' S.Ct. 578, 268 U.S. 563, 69 L.Ed. 1093. באותו מקום עסק האיגוד העסקי, בין היתר, באיסוף מידע כלכלי מסוגים שונים מחבריו, בעיבודו לנתונים מצרפיים ובהפצתו בין החברים. רשויות האכיפה טענו באותו מקום כי מעשי האיגוד הינם בגדר עבירה על חוקי התחרות האמריקאיים. בית המשפט העליון האמריקאי הרשיע את חברי האיגוד בגין תיאום המחירים שביצעו אך קבע באופן נחרץ, בכל הנוגע לסוגיית העברת המידע, כי הסכמות בין מתחרים המאפשרות לאיגוד עסקי לספק באופן שוטף מידע כלכלי רלבנטי הן לספקים והן לצרכנים אינן מפחיתות, הן עצמן, את התחרות בעסקים. כדברי בית המשפט בעמ' 585:

"'Free competition' means a free and open market among both buyers and sellers for the sale and distribution of commodities. Competition does not become less free merely because the conduct of commercial operations becomes more intelligent through the free distribution of knowledge of all the essential factors entering into the commercial transaction".

בית המשפט הדגיש, כי יש להבדיל באופן ברור בין תיאום, אשר כל מטרתו יצירת תנאים להעברה חופשית של מידע, לבין תיאומים אחרים אשר מטרתם ותוצאתם הפחתת תפוקה והעלאת מחיר. והואיל ובעניין **Maple Flooring** העברת המידע לוותה בתיאום מחירים והפחתת תפוקות נקבע קיומו של הסדר כובל.

8.40. חשוב לציין, כי פסק הדין בעניין **Maple Flooring**, וההכרה בכך שתיאום אשר מטרתו הפצה חופשית של מידע חיוני לתחרות איננו בגדר מגבלה על התחרות בעסקים, צוטט בהסכמה על ידי בית הדין להגבלים עסקיים. הן בתיק הע/372 איגוד שמאי הביטוח נ' הממונה על הגבלים עסקיים (לא פורסם, 9.7.82), בעמ' 3 לנוסח המודפס, והן בערר 2/89 מועצת המובילים בישראל נ' הממונה על הגבלים עסקיים (16.10.1991) בסניף 4.15 לפסק דינו.¹

8.41. ודוק: זרימה חופשית של מידע רלבנטי לתחרות – אף אם מקורה בהסכמות בין מתחרים – היא בעלת חשיבות יתרה בענף הרפואה. כך, למשל אנו קוראים ב- **Antitrust Law Developments** (4th. ed., 1277-1278):

“As a general proposition, making price and other information available to purchasers of health care services allows them to make better-informed purchasing decisions, which encourages competition among providers. Providers also benefit from information on prices and other market conditions because it allows them to react promptly to changes in the market”.

8.42. זאת ועוד, על פי הדין האמריקאי, גם אם חברי פארמה ישראל היו מחליטים במשותף על אופן פעולתם של התועמלנים הרפואיים של כל חברה (להבדיל מההסכמה שבענייננו אשר מטרתה ותוצאתה מתן אפשרות לתועמלנים של כל אחת מהחברות בפארמה ישראל להעביר באופן חופשי מידע בלתי מוגבל ובלתי מתואם לצוותי קופ"ח ההסדר היה מוגדר כהסדר שאיננו מגביל באופן משמעותי את התחרות בעסקים. זאת בכפוף לכך שאין בהסכמה בדבר אופן פעילות התועמלנים משום כפייה מכללא של תרופה או תכשיר מסויים.²

¹ ראו גם – **United States v. United States Gypsum Co.**, > 438 U.S. 422, 441 n. 16 (1978) “The exchange of price data and other information among competitors does not invariably have anticompetitive effects; indeed such practices can in certain circumstances increase economic efficiency and render markets more, rather than less, competitive. For this reason, we have held that such exchanges of information do not constitute a per se violation of the Sherman Act”.

² כך, למשל, אנו קוראים ב- **Antitrust Law Developments** (4th. ed., 1997) at p. 1278

8.43. אם לא די בדברים הללו הרי שלנוכח מאפייניו המיוחדים של ענף שירותי הרפואה, הדין האמריקאי לא רק קבע שהפצת מידע במשותף איננה מפחיתה את התחרות בעסקים בדבר, הוא אף התיר מפורשות לגופים מתחרים לחבור יחדיו לצורך ניהול משא ומתן משותף עם גוף הנהנה מכוח מונופסוני וזאת לצורך יצירת תנאי שוויון במיקוח. כך, למשל, אנו קוראים בעניין *United*

States v. Alston, 974 F.2d 1206, 1214 (9th Cir. 1992)

"In light of these departure [in health care markets] from a normal competitive market, individual health care providers are entitled to take some joint action (short of price fixing or a group boycott) to level the bargaining imbalance created by [health insurance] plans and provide meaningful input into the setting of the fee schedules. Thus health care providers might pool cost data in justifying a request for an increased fee schedule... Providers might also bank together to negotiate various other aspects of their relationship with the plans such as payment procedures, the type of documentation they must provide, the method of referring patients and the mechanism for adjusting disputes. Such concerted actions, which would not rule, must be carefully distinguished from implicate the per se efforts to dictate terms by explicit or implicit threats of mass withdrawals from the plans".

8.44. הנה כי כן, המלצת פארמה ישראל, היא עצמה, איננה מגבילה את התחרות בעסקים בדבר. בנוסף, יישום ההמלצה רק יתרום להגברת התחרות בעסקים בין חברות פארמה ישראל, בין לבין עצמן ובין לבין יצרני הרופות גריות.

ב. אין חשש מזליגת התיאום בנושא הספקת מידע לתיאום בנושאים אחרים

"The 1996 Health Care Statements provide three antitrust safety zones for exchanges of information in health care markets. The first safety zone relates to providers' collective Absent provision of non-fee-related information to purchasers of health care services extraordinary circumstances, the agencies will not challenge: (1) a medical society's collection and dissemination of outcome data about a procedure that its members 'believe should be covered by a health care purchaser, or (2) health care providers development and dissemination of suggested clinical practice guidelines or "practice parameters". > (FN1070) While the agencies recognize that the collective provision of underlying medical data by health care providers may be procompetitive by helping health care purchasers assess the quality or efficacy of particular treatments, the agencies also caution that a collective attempt by providers to coerce a purchaser to adopt their suggestions or recommendations would risk antitrust challenge.

כלומר, רק אם המתארגנים מנסים לכפות במשותף על רוכשי השירות לרכוש שירות מסוים, או דרך טיפול מסוימת, מתעורר חשש להפחתת התחרות בעסקים.

8.45. חשש תחרותי שני העשוי להתעורר בענייננו נסמך על הטענה לפיה המלצת פארמה בפני תבריה עלולה להוביל לתיאום בין החברים בנושאים נוספים זולת הפצת מידע. טענה זו עשויה להבנות על קביעת הממונה בעניין הסדר כובל בין זכייני הערוץ השני, **ההגבלים העסקיים**, כרך א' 7 בעמ' 21 –

"החשש הוא, כי התארגנות בתחום הרכישה תקל על תיאום מחירים, ועל גיבושם של שאר הסדרים בענף הנמצא ב"מורד הזרס", בענייננו – ענף השידור הטלוויזיוני וענף מכירות פרסומות טלוויזיוניות. התיאום בענפים השכנים עלול להיעשות, בין היתר, במסגרת המפגשים השוטפים שייערכו בין המתחרים לצורך תיאום הרכישה המשותפת של חומרי הגלם".

8.46. לטענה זו אין כל יסוד בענייננו ממספר טעמים:

ראשית, אין מחלוקת כי עצם קיומה של פארמה כאיגוד עסקי אינו מגביל באופן משמעותי את התחרות בעסקים בין חבריה. רשות ההגבלים העסקיים הרי מתירה קיומם של איגודים עסקיים, כמו גם מפגשים במסגרת אותם איגודים עסקיים (ראו, למשל, את החלטת הממונה על מתן פטור מאישור הסדר כובל בעניין האיגוד הישראלי לפרסום, **ההגבלים העסקיים** כרך א' 100; ואת החלטת הממונה על מתן פטור מאישור הסדר כובל בעניין מתן פטור לאיגוד חברות הביטוח, **ההגבלים העסקיים**, כרך ג' 20).

8.47. מתן אפשרות לפארמה ישראל להמליץ בפני תברותיה את ההמלצה נשוא בקשה זו, לא תוביל להגברת מספר הפגישות המתקיימות במסגרת הפעילות השוטפת של פארמה ישראל. ההמלצה גם לא תגרום להעמקת שיתוף הפעולה בין החברות באופן אחר כלשהו.

8.48. בשים לב לכך שההמלצה איננה מגבירה בדבר את שיתוף הפעולה הקיים בין חברות פארמה במסגרת פעילות העמותה, אין חולק כי ההמלצה איננה יכולה להגביל את התחרות בעסקים בדבר.

שנית, למרות קביעתו של הממונה בענין זכייני הערוץ השני בנושא הזליגה, מיד לאחר פרסום הקביעה פטר הממונה את אחד ההסדרים נשוא החלטתו מהצורך בקבלת אישור בית הדין (הודעה על מתן פטור לשידורי קשת בע"מ, רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ וטלעד אולפני ירושלים בע"מ מהחובה לקבל את אישור בית הדין להגבלים עסקיים להסדר כובל ביניהן (24.3.96)). כלומר, לשיטתו של הממונה וזש הזליגה עשוי אמנם להפחית את התחרות בעסקים אולם הוא איננו מוגדר כחשש העלול להגביל את התחרות בעסקים באופן משמעותי. מטעם זה החליט הממונה ליתן פטור לזכייני הערוץ השני מהצורך בקבלת אישור בית הדין לתיאום ביניהם בנושא רכישת זכויות השידור של משחקי הכדורגל וזאת למרות החשש מחלחול התיאום מתחום הרכישה לתחום השידור.

8.49. עיון בפסיקה האמריקאית מגלה, כי גם על פי דיני התחרות האמריקאיים החשש מזליגת התיאום מתחום אחד לתחום אחר איננו נימוק להגדרת הסדר כפוגע באופן משמעותי בתחרות בענפי הרבואה השונים. כך, למשל, בעניין In The Matter Of Michigan State Medical Society 101 F.T.C. 191 91983), נידון גורלו של משא ומתן בין איגוד רופאים לבין מבטח רפואי (Blue Cross). האיגוד ניסה לכפות על המבטח לשפות את חבריו על פי לוח תעריפים מסויים ומשדרכו לא צלחה עודד את חבריו לחדול לעבוד עם אותו המבטח. הרשות הפדרלית (The Federal Trade Commission) קבעה כי אופן ניהול המשא ומתן באותו עניין היה בגדר תיאום אופקי בין מתחרים בדבר המחירים אשר המתחרים ימכרו את שירותיהם. יחד עם זאת, הרשות קבעה כי אין באיסור על תיאום מחירים דרך האיגוד העסקי כדי למנוע מהאיגוד לפעול בשם חבריו בנושאים שאין בהם משום תיאום מחירים מפורש. כדברי פסק הדין בעמ' : 307

"Our clear purpose in crafting a remedy is to prevent agreements and boycotts or similar coercive threats of collective action to fix or affect prices. We believe that it is necessary and appropriate to prohibit MSMS and its members-direct competitors in the eyes of the law-from agreeing or joining together to affect specifically reimbursement amounts, terms, or methods of calculation. **We emphasize that we are not proposing to prohibit all collective activities simply because they may have some possible effect on fees.** In fact, paragraphs II. A. & B. spell out specific forms of illegal conduct which, though not inclusive, clearly illustrate the kinds of concerted behavior prescribed by the order. The order is further warranted to prohibit MSMS from advocating or urging that its members engage in the activities otherwise prohibited by the order. Finally, there is an obvious need to prohibit MSMS from threatening any third party payer with collective actions by its members in order to affect the terms of reimbursement. > (FN50) Even so, the ALJ's order, as modified below, does not [53] impose an outright prohibition on MSMS expressing its views or the views of its members to third party payers. **Stated as plainly as possible, it would not preclude communications that fall short of agreements or attempts to reach agreements on reimbursement**".

8.50. כלומר, בכל הנוגע לתיאום מחירים, האיסורים החלים על איגוד עסקי הם חזים וברורים. אולם, אין באיסורים אלו כדי למנוע פעילות של האיגוד בתחומים אחרים שאינם בגדר תיאום מחירים.

8.51. הנה כי כן, גם על פי הדין האמריקאי, טענת הזליגה איננה יכולה להוביל בשום מקרה למסקנה, כי פעילות האיגוד בתחום חוקי למהדירין, שאיננו מגביל את התחרות, עלולה להגביל את התחרות באופן משמעותי רק בשל החשש, כי תיאום בתחום אחד יוביל לתיאום בתחום אחר.

ג. **ההמלצה תאפשר קביעת תנאים סבירים להספקת מוצרים למי שמרכז בידיו חלק ניכר מן הרכישה של אותם מוצרים**

8.52. אם לא די בדברים שנאמרו עד עתה והמעידים בבירור כי קו הפעולה המוצע על ידי פארמה ישראל איננו מגביל באופן משמעותי את התחרות בעסקים, הרי שיש להגיע למסקנה זו גם מטעם נוסף - ההמלצה תאפשר לחברות בפארמה ישראל לספק את תכשיריהן בתנאים סבירים לאדם שמרכז בידיו חלק ניכר מהרכישה של אותם נכסים. אכן, בערר 1/97 **איסכור שירותי פלדות בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח' (להלן: "עניין איסכור")** נקבע כי על הממונה לשקול במסגרת הפעלת סמכותו לפי התנאי הסטטוטורי הקבוע בסעיף 14(א)ד הנ"ל רק שיקולים שעניינם פגיעה בתחרות, ולא שיקולים חיצוניים להיבט התחרות. זאת, להבדיל מבית הדין, שבבחנו האם לאשר הסדר כובל אם לאו, מוסמך לשקול שיקולים המנויים בסעיף 10 לחוק, שעניינם טובת הציבור בכלל ואשר אינם נוגעים להיבט התחרות.

8.53. עט זאת, בענין איסכור נקבע כי השיקולים המנויים בסעיף 10 ס"ק (3) ו- (4) "נוגעים באופן ישיר לתחרות במשק, ועל כן יובאו על ידי הממונה במניין שיקוליו לפי סעיף 14 לחוק".

8.54. סעיף 10(4) לחוק קובע כי בית הדין, בבחנו האם ההסדר שאישורו מתבקש, הנו לטובת הציבור יבחן, בין יתר העניינים, אך -- "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 מן הרכישה של אותם נכסים או שירותים";

8.55. בבחינת המקרה שלפנינו, עולה כי מתן הפטור, כמבוקש, יאפשר לחברות העמותה (או למצער, יפתח פתח לאפשרות) לספק בתנאים סבירים נכסים/שירותים לקופ"ח, אשר בידיה מרוכז חלק ניכר מן הרכישה של הנכסים/שירותים, כאמור בסעיף 10(4) לחוק:

8.55.1. קופ"ח היא הרוכשת הדומיננטית של מוצרים פרמצבטיים, שכן היקף רכישותיה עולה על 70% מכלל תצרוכת התרופות של השוק המוסדי הישראלי.

8.55.2. קופ"ח מנצלת את היותה רוכשת זימנינטית כאמור לשם הצגת דרישות בלתי סבירות מחברות העמותה. הדרישות הן בלתי סבירות לחלוטין, שכן התנאים אשר מבקשת קופ"ח לקבוע מטרתם להגביל את הזרימה של מידע לרופאי קופ"ח.

8.55.3. ההגבלה על זרימה חופשית של המידע מגבילה את התחרות לא רק בין חברות המייצרות ומשווקות מוצרים גנריים לבין חברות המייצרות ומשווקות מוצרים מוגני פטנט, אלא גם את התחרות בין חברות המייצרות ומשווקות מוצרים מוגני פטנט.

מטרתה של קופ"ח הנה ברורה - היא מבקשת להוריד את עלויותיה ברכישת מוצרים פרמצבטיים על ידי הגבלת המידע של הרופאים באשר לחידושים עדכניים בשוק הפרמצבטיקה וכתוצאה מכך - למנוע רכישת מוצרים חדשניים, אשר הנם יעילים וטובים יותר, אך לרוב - אם כי לא תמיד, גם יקרים יותר.

8.56. אשר לאיסור על עצם כניסתם של תועמלנים לחצירה של קופ"ח, ייאמר כי לא זו בלבד שהאיסור מונע העברת מידע החיוני לקיומה של תחרות חופשית, כאמור לעיל, אלא שאיסור הכניסה מהווה הפרה של זכות חוקית/חוקתית של כל אחת מחברות העמותה ושל התועמלנים:

8.56.1. קופ"ח הנה גוף ציבורי, או למצער - גוף דו מהותי, אשר מחד הנו בעל סממנים של גוף פרטי, אך מאידך, הנו בעל חשיבות ציבורית הנובעת מהיקף מתן השירותים על ידו ומהעניין שיש לציבור בו.

8.56.2. בהחלטה שניתנה לאחרונה בבית המשפט המחוזי בחיפה קבע כב' השופט גרשון כי קבוצת הפועל חיפה אינה רשאית למנוע מעיתונאים כניסה ליציע העיתונות על מנת לסקר את משחקיה ולאסור עליהם נוכחות במסיבת העיתונאים שהיא מקיימת. כב' השופט גרשון קבע כי קבוצת הפועל חיפה הנה גוף דו מהותי - אשר מחד הנו גוף פרטי, אך מאידך הנו גוף בעל חשיבות ציבורית בשל עצם מהותו והעניין שיש לציבור הרחב בו. מכאן, שכגוף דו מהותי חלה על "הפועל" החובה לנהוג בשוויון וללא אפליה פסולה ביחסיה עם העיתונאים שכניסתם נאסרה. עותק צילומי של פסק הדין רצ"ב כנספת "י".

8.56.3. יתרה מזאת. אם החברות לא תכנענה ולא תחתומנה על ההסכם, הן תאלצנה לפטר את מרבית התועמלנים הרפואיים. הדבר יפגע, כמובן, לא רק בחברות, אלא גם בתועמלנים. הפגיעה הניל בעבודתם של התועמלנים הנה בגדר הפרה חמורה של **חוק יסוד: חופש העיסוק** ושל **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**.

8.56.4. באיזון שבין החשש המרוחק כי בנסיבות קיצוניות מתן פטור להסדר נשוא בקשה זו עלול לגרום להפחתה בלתי משמעותית של התחרות בעסקים בין חברי פארמה, בינם לבין עצמם, לבין הפגיעה המיידית והממשית שתגרם לזכויותיהן החוקתיות של החברות בפארמה ועובדיהן אם לא יינתן הפטור להסדר, הכף נוטה בבירור לטובת מתן הפטור.

8.57. אשר על כן, הטלת מגבלות על כניסתם של התועמלנים לחצריה של קופ"ח מהווה התנהגות אסורה על גוף דו מהותי, לא כל שכן על גוף ציבורי, ועל כן מבקשות החברות בעמותה לנהל מו"מ עם קופ"ח באמצעות העמותה על מנת להסיר את המגבלות כאמור.

8.57. בנוסף לכל האמור לעיל, מניעת מידע עדכני מן הרופאים פוגע בזכויות החולה המעוגנות בחוק. סעיף 5 לחוק זכויות וחולות, תשנ"ו-1966 קובע:
"המטופל זכאי לקבל טיפול רפואי נאות, הן מבחינת הרמה המקצועית והאיכות הרפואית, והן מבחינת יחסי האנוש".

אין ספק כי כאשר קופ"ח מונעת מן הרופאים מידע אודות חידושים ברפואה ובפרמצבטיקה, היא מונעת מן הרופאים להמליץ/לרשום למטופלים את הטיפול הרפואי הנאות. בכך, עוברת קופ"ח על הוראות החוק וגורמת לרופאיה לעבור על החוק, תוך רמיסת זכויות מבוטחיה.

IV. סיכום

8.58. המו"מ אותו מבקשת פארמה ישראל לנהל, ואשר לגביו מבקש הפטור נשוא בקשה זאת, איננו מגביל את התחרות בין חבריה, ובוודאי איננו מגביל את התחרות באופן משמעותי.

8.59. בנוסף המו"מ עשוי להביא להסדרת ההגבלות האנטי-תחרותיות, וכפועל יוצא - להגברת התחרות גם בין חברות העמותה, בינן לבין עצמן, וגם בין כל אחת מהן לבין חברות המייצרות ומשווקות מוצרים גנריים.

8.60. כמו כן, המו"מ אותו מבקשת העמותה לנהל בעניין איסור הכניסה של התועמלנים, מהווה עמידה על זכות חוקית שיש לכל ארזות מחברות העמותה ולכל תועמלן המועסק על ידן, ואין בו כל גוון עסקי- מסחרי אשר עלול להגביל תחרות. כמו כן, הטלת איסור על כניסת תועמלנים הנה החסימה המובהקת ביותר של מעבר המידע, ועל כן כל פעולה להסרת האיסור רק תגביר את התחרות.

8.61. כל שמבקשת העמותה להשיג בפעולתה מול קופ"ח אינן צמצום או פגיעה בתחרות, אלא להיפך. מטרתה לגרום להסרת הכבלים בהם מנסה קופ"ח לכבול את ידי התכרות במאמצייהן להתחרות באופן חופשי, ובכך להבטיח המשך זרימה חופשית של מידע, כיאה למדינה מערבית ומפותחת.

8.62. אשר על כן, מבוקש בזאת פטור מאישור בית הזין להסדר כובל להמלצה בנוסח הרצ"ב כנספח "יב".

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

מרמה ישראל
אגודת חברות המחקר הפרמצוטיות
ע"ר 58-033-735-0
חתימה וחותמת

ד"ר יואב שכטר, מנהל העמותה

26/12/99
תאריך

נספח "יא"

פארמה ישראל ממליצה בזאת לחבריה להסמיך את הנהלת פארמה ישראל לנהל משא ומתן עם קופת חולים הכללית בשם חברי פארמה ישראל, במטרה לשכנע את קופ"ח לוותר על דרישתה שהחברות החברות בפארמה ישראל תחתומנה על טיוטת ההסכם כפי שהוצג על ידי קופ"ח, וכי קופ"ח תסכים לחזור לנוסח ההסכם שנחתם ביום 11.6.1996 בין קופ"ח ובין התאחדות התעשיינים ואיגוד לשכות המסחר, או נוסח דומה לנוסח הנ"ל.

54\1\28\9