



רשות ההגבלים העסקיים

גילוי דעת מאת הממונה על הגבלים עסקיים:

פטור לחילופי מידע הכרחיים לפתרון בעיות שנת ה- 2000 בתחום מערכות המחשוב

באחרונה הוצג בפני רשות ההגבלים העסקיים הצורך באישור חילופי מידע בין עסקים בקשר לבעיה הקרויה "באג 2000". מסמך זה כולל את התייחסות הממונה על הגבלים עסקיים באשר לתחולת דיני ההגבלים העסקיים הנוהגים בישראל על חילופי מידע (לרבות חילופי מידע בין מתחרים) הכרחיים לשם פתרון בעיית שנת 2000 בתחום מערכות המחשוב.

מן הטעמים אותם אפרט כאן, בכפוף לתנאים המפורטים בהמשך מסמך זה, רואה הממונה על הגבלים עסקיים שיתופי פעולה מסוג זה כראויים לפטור מן הצורך באישור בית הדין להגבלים עסקיים להסדר כובל לפי סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן - "חוק ההגבלים העסקיים"). גילוי דעת כללי זה, מבחינת הממונה, מייתר פנייה פרטנית של כל עסק ועסק לפטור כאמור, במובן זה שהסדר בתחום האמור לא יהווה מושא לפעולות אכיפה מצד הממונה או מי מטעמו לעניין הוראות סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים. עם זאת, גילוי דעת זה אינו בא לגרוע מכל זכות של אדם לפי חוק ההגבלים העסקיים, ועל צדדים הפועלים בהסתמך על גילוי דעת זה לדעת כי אין תוצאתו בדין כתוצאת קבלת פטור או אישור מכוח החוק, במיוחד במישור הזכויות והחובות במשפט הפרטי או בין צדדים פרטיים. בנוסף, מובן כי גילוי דעת זה אינו שולל זכותו של אדם לבקש פטור או אישור כאמור.

לצורך השאלה באילו נסיבות חל גילוי דעת זה מומלץ להסתייע בייעוץ משפטי.

אזכיר כי בארה"ב נחקק לאחרונה חוק הדן בבעיית שנת 2000, ובו סעיף קונקרטי הפוטר בהוראת שעה הסדרים אלה מעולם של דיני ההגבלים העסקיים.¹ דיני ההגבלים העסקיים בארה"ב אינם

¹ זו לשונה של ההוראה הרלבנטית - בסעיף 5 ל Year 2000 Information and Readiness : Disclosure Act

"Temporary Antitrust Exemption. Exemption - Except as provided in subsection (b), the antitrust laws shall not apply to

כוללים מנגנון לפטור מכוחו הסדרים כובלים מבעוד מועד ומחייבים הם חקיקה ראשית לצורך זה; לא כך הדין בישראל.

conduct engaged in, including making and implementing an agreement, solely for the purpose of and limited to-

facilitating responses intended to correct or avoid a failure of year 2000 processing in a computer system, in a computer system, in a computer program or software, or services utilizing any such system, component, program, or hardware; or

communicating or disclosing information to help correct or avoid the effects of year 2000 processing failure-

Applicability - Subsection (a) shall apply only to conduct that occurs, or an agreement that is made and implemented, after the date of enactment of this Act and before July 14, 2001.

Exception to Exemption – Subsection (a) shall not apply with respect to conduct that involves or results in an agreement to boycott any person, to allocate a market, or to fix prices or output.”

1. רקע

מערכות ממוחשבות הן סם חיים של ארגונים עסקיים, הן בסקטור המוסדי הציבורי והן אצל חברות ותאגידים אחרים בסקטור הפרטי. שונה מידת הטמעת המחשב בחיי כל עסק והתפקיד שזה ממלא במכלול הפעילות העסקית; אך על מרכזיות המחשב בחיי העסק המודרני ועל היותו בריח תיכון לפעילות העסקית, אין עוררין. תחילת השימוש במחשב בהקשר העסקי והמוסדי ברצון לרכז נתונים ולאחזרם לעת צורך, לפי פרמטרים שנקבעו. במהירות הפך המחשב לכלי לביצוע פעילויות עסקיות, ובמיוחד רבה חשיבותו בעסקים הפועלים ברשת. מהפכת המחשב האישי החזירה את השימוש במחשב גם לרמה הביתית-צרכנית, כאשר המחשב הפך לכלי עבודה בסיסי בידי הפרט, למרכז בילוי ולמרכז תקשורת. נדבך מרכזי נוסף בתהליך חדירת המחשב לחיי העסקים והפרט הונח בהדרגה בשנים האחרונות, עם התפשטות השימוש ברשת האינטרנט. זה הפך עד מהרה לכלי מרכזי - להשגת מידע ולהתעדכנות ברבדים השונים של העסק, כמו גם לתקשורת באמצעות מחשב (דואר אלקטרוני), כמכשיר ביצוע לעסקאות, וכיוצא באלה.

אכן, אין ספק כי מחשוב תהליכים בארגון העסקי, ושימוש במערכות מחשוב בכלל, הביאו להתייעלות ולחסכון בעלויות הארגון. בזכות התייעלות זו יכולים עסקים להרחיב את תפוקתם, להגדיל את כמות המידע העדכני שבידיהם, ולמקסם את אפשרויות השיווק שלהם. התייעלות כזו משנה לטווח ארוך את מבנה ההוצאות של העסק, וכפועל יוצא משתנה גם עקומת ההיצע שלו.

מחשוב מערכות אינו רק נחלת המחשב האישי והתוכנות הגלומות בו. מחשוב מערכות כולל מחשבי ענק, מחשבים עסקיים גדולים, וכן שורה ארוכה מאד של מוצרים הכוללים בחובם מעבד מחשב עם תוכנה נילוית, לעיתים פשוטה מאד. יחידות עיבוד מחשבי מופיעות לאורך העולם המודרני ולרוחבו, ויש להן חשיבות רבה ביותר - בין אם מקומן במחשב-על ובין אם הוטמעו במחסום של רכבת, בשסתום של סכר או במערכת תקשורת בין-בנקאית.

בעיה משמעותית כללית צפויה לתקוף את רוב מניין ובניין של המערכות הממוחשבות בעולם העסקי; צפויה להיות לה השלכה משמעותית על יעילות עסקים אלה. הטיפול בבעיה זו אינו עניין שיגרתי. זהו חריג, הן בנסיבותיו והן בתוצאותיו האפשריות. חריג זה קם על רקע נסיבותיו המיוחדות וגילו הצעיר של עולם המחשוב, מחד, שנת אלפיים המתקרבת, מאידך, והעובדה כי אורך חיי רכיבי המחשוב השונים גדול בהרבה מזה שתוכנן להם מלכתחילה, מצד שלישי. תוצאותיו החזויות קשות, והגופים הצפויים להיות מושפעים ממנו רבים במיוחד. מכאן שרבה חשיבות הבהרת גדר המותר והאסור באשר לחילופי מידע, שיעדם פתרון מהיר וזול ככל הניתן לבעיית באג 2000, מבלי להמתין לבקשות פרטניות לפטור שיוגשו בעניין זה.

מצב מיוחד זה מחייב התייחסות מיוחדת מצד מערך ההגבלים עסקיים.

II. בעיית באג 2000

מערכות ממוחשבות רבות תוכנתו כך, שהשדה המיועד להזנת השנה בתאריך ההזנה דו ספרתי. במערכות אלה, שהן ככל הנראה חלק משמעותי מאד מכלל מערכות המחשוב המצויות בסקטור העסקי, צפויה כניסתה של שנת 2000 לעורר בעיות חריפות: מערכות אשר לא תוכנתו מראש לזהות את שנת 2000 לפי שתי ספרותיה האחרונות, צפויות לפרש את שתי ספרות ה- "0" שיוזנו אליהן (בשל סיומת השנה 2000) - כשנת "1900".

"פירוש" זה של המערכת הממוחשבת, כאילו מדובר בשנת 1900, עלול להביא לתוצאות כה חמורות עד כי קשה לחזות מראש את מכלול השלכותיהן. נהוג לדבר בשני סוגי השלכות. הסוג האחד - איונה של הפעולה, אי קבלתה של הפעולה על ידי המחשב, ובמשמע אי קליטתה אלא לאחר תיקון ידני; הסוג השני - תקלות "שקטות", היינו מקרים בהם המערכת קולטת את התאריך כשנת 1900, מיישמת אותו ככזה, ולפיכך "מייצרת" תוצאות ונתוני המשך שגויים.

הבעיה מחריפה מאד הואיל ויחידות לעיבוד נתונים מופיעות לא רק במחשבים קטנים ולא רק במחשבי על (בעיות באג 2000 באלה חמורות כשלעצמן); יחידות עיבוד נתונים שלובות להן במערכות רבות מספור - מערכות תפעול, ייצור, עיבוד, תקשורת, וכיוצא באלה. פגיעה במערכות אלה עלולה להביא תוצאות חמורות, בעולם הנסמך היום במידה גדלה והולכת על מחשבים, על תקשורת, ועל תקשורת בין מחשבים.

אין זו אלא תמצית קצרנית וחלקית של הבעיה המכונה "באג 2000", ומובן כי הדברים חורגים מן היריעה בה ניתן להציגם כאן.

2. בתחום ההגבלים העסקיים

1 כללי

כמה נתונים חשובים מייחדים את הסוגייה שבפנינו. מדובר בפגיעה אפשרית, כלל משקית, קשה מאד; המועד לפתרון הבעיה קשיח (עד לתום שנה זו); מספר הגופים החשופים לבעיה גדול ביותר; מדובר בבעיה כללית, רחבת היקף בתחום מערכות המידע; פתרון הבעיה אצל אחד כרוך בפתרונה אצל אחר, וקם הכרח לתיאום ולשיתוף פעולה בתחום זה.

אכן, בכדי לפתור את בעיית באג 2000 יש לאפשר לעסקים - כולל עסקים מתחרים - להחליף מידע בינם לבין עצמם. טעמים שונים לכך. ראשית, כי למידה של הבעיה בכל עסק ועסק בנפרד אפשרית אמנם, אך צפויה לגזול זמן רב מזה העומד לרשות העסקים לשם פתרון הבעיה. שנית, כי מקום שקיימת קישוריות בין מחשבים או בין רשתות מחשב, בין אם מלאה ובין אם חלקית, אין כל תועלת במתן פתרון לבעיה במחשב אחד או ברשת אחת, ללא מתן פתרון מקביל בשאר חלקי הרשת או בשאר הרשתות. כמו כל שרשרת, נבחנת גם יעילות הפתרון של בעיה זו בחולייה החלשה ביותר. שלישית, לטיפול בבעיית מחשב קרדינלית זו, הצפויה לפקוד חלק נרחב ממערכות המחשוב המשמשות בעסקים, החצנות חיוביות ("positive externalities"), ומתן פתרון לגורם עסקי אחד טומן בחובו תועלת לגורמים עסקיים נוספים. לכך מתווספים העדר עלות שולית משמעותית בגין חלוקת המידע בדבר התארגנות נכחה לגורמים נוספים, וחוסר הוודאות באשר לזהות הגופים העלולים לסבול מתסמונת באג 2000.

2 חילופי מידע כמקור להשפעה אנטי תחרותית

חילופי מידע בין גורמים עסקיים מהווים מקור לא אכזב להשפעות אנטי תחרותיות. משקלן של השפעות אלה ישתנה ממקרה למקרה, בהתאם לגורמים המחליפים ביניהם מידע, למשקלם בשוק או בשווקים הרלבנטיים, למהותו של המידע האמור להיות מועבר ביניהם, למנגנוני ההעברה, וכיוצא בזה לגורמים משפיעים נוספים. לב העניין בשני אלה: חשש כי המידע המועבר ישמש בסיס לתיאום התנהגותם העסקית של נמעני המידע, גם אם אין מדובר במידע המועבר על דרך הוראה או הנחיה מפורשות; וחשש כי ללא קשר למהות המידע המועבר ותכניו, עצם קיום מנגנונים של החלפת מידע בין מתחרים בפועל ובכוח "יחלחל" לשדה התחרות, שם עלול להיות לו "אפקט מצנן", המוריד מרמת היריבות העסקית ומאיכות התחרות השוררת בין מתחרים שאינם מחליפים מידע.

חילופי מידע ואפשרות היותם של אלה הסדרים כובלים במובן החוק אינו בגדר חידוש, וכבר נקבע כך - הן בפסיקת בית הדין להגבלים עסקיים והן בידי הממונה. דין הוא כי חילופי מידע בין עסקים מתחרים עלולים להוות - ובנסיבות שגרתיות גם יהוו - הסדרים כובלים. אין בכך חידוש גם בהשוואה למקובל בעולם.

בהקשר דיונו, אלה השאלות הרלוונטיות: האם חילופי המידע אינם כסות להסדר כובל, היינו דרך מתוחכמת יותר לתקשורת בדבר תיאום מחירים, כמויות, תנאי התקשרות, וכיוצא באלה תיאומים שבכוחם להפחית תחרות; והאם אין בעצם קיומו של מנגנון חילופי המידע, נוכח זהות השותפים לו, מעמדם בשוק, מבנה התחרות בתחום הרלבנטי, אופי המידע המועבר ודרכי העברתו, כדי להקים חשש לפגיעה בתחרות בעסקים בענף זה או אחר.

3 פטור לחילופי מידע בעניין "באג 2000"

המידע שלהלן מותר להעברה:

- מידע בדבר תקלות הצפויות לנבוע מ"באג 2000";
- מידע בדבר פתרונות בפועל או בכוח לתקלות אלה, לרבות מידע הנדרש לפיתוח פתרונות כאמור;
- מידע בדבר ספקי מוצרים או שירותים לפתרונות בתחום זה.

כל עוד מצומצם המידע המועבר אך ורק לאמור לעיל, וכל עוד אין המידע המוחלף בין עסקים כולל, במישרין או בעקיפין, כל פרט נילוה שהוא אודות נתוניו העסקיים של הגורם המעביר או הנמען (וראו פרוט הסייגים להלן), לא קמה כתוצאה מחילופי המידע סכנה של ממש להפחתת תחרות בעסקים. נהפוך הוא. כדעת מחלקת ההגבלים העסקיים במשרד המשפטים בארה"ב,² כך גם דעתי, כי להחלפת מידע כאמור צפויה להיות דווקא השפעה חיובית על התחרות בעסקים, וכי היא צפויה להביא להרחבת התפוקה יותר מאשר לצמצומה. בהחלפת מידע, המוגבל לבעיית באג 2000, טמונים יתרונות משמעותיים של התייעלות, ופתרון לפגמי שוק אשר נובעים מכשלי מידע ואשר יוצרים מכשולים על דרכה של התחרות בעסקים. בנוסף, פרק הזמן לביצוע חילופי מידע כאלה קצר, ובדרך כלל הוא ימנע יצירת דפוסים של שיתוף פעולה בין מתחרים.

4 מידע שאין להעבירו ומגבלות אחרות

ניתן להעביר מידע במסגרת גילוי דעת זה רק בתנאים הבאים:

² "information exchanges that are limited to identifying and remedying Year 2000 computer transition problems either in general or in relation to specific hardware or software are not likely to be anti competitive because **such limited information exchanges should not reduce price or innovation rivalry, or lessen competition in the procurement of computers or computer services**."

1. אין מוחלף כל מידע אחר, הצפוי באופן סביר לגרוע מן התחרות בכוח או בפועל בין העסקים החולקים במידע. מבלי לגרוע מכלליות האמור לעיל, אין מועברים - תוכניות עסקיות כלליות או פרטניות, מידע לגבי העבר או תכניות בכל הנוגע לתמחור או כמויות ייצור, תוכניות באשר למאפייני מוצרים או שירותים, בסיסי נתונים, מידע בנוגע ללקוחות, פרטי תנאי אשראי והתקשרויות, וכיוצא באלה כל נתון שאינו בא בגדר המסגרת שבסעיף 2.3 לעיל.
2. העברת מידע אודות ספקים "בלתי מומלצים" בהקשר לבעיות שנת 2000 בתחום מערכות המחשב צופנת בחובה סכנה של ממש לחרם קבוצתו - "group boycott"; לכן העברת מידע כזה יש לעשות רק בכתב, בכפוף למתן זכות תגובה מלאה לספק נשוא המידע המועבר על שנאמר לגביו בפני כל נמעני המידע או מי מהם.
3. אין בעמדה זו משום היתר לגורם עסקי זה או אחר להקים או להפעיל מאגר מידע ומרכז חילופי מידע כאמור.
4. עמדה זו תקפה רק לגבי העברת מידע בין הגורמים שעניינם בדבר, נציגיהם או שלוחיהם; אין היא כוללת "העברות המשך", היינו העברת מידע לאחרים על בעיותיו של עסק פלוני בתחום שנת 2000, שאינה נעשית על ידי אותו עסק פלוני הסובל או מועד לסבול מאותה בעיה לגביה מתבקשת או נעשית העברת המידע.
5. עמדה זו של הרשות מותנית בכך שחילופי מידע בתחום באג 2000 בין פרטים או תאגידים מתחרים יבוצעו בכל מקרה בדרך המצמצמת באופן סביר חשש לפגיעה בתחרות - לרבות ומבלי לגרוע מכלליות האמור לעיל כי בין תאגידים מתחרים יצומצם חשש סביר לפגיעה בתחרות על דרך בחינה קפדנית מראש של זהות הפרטים (לעניין תפקידם או מעמדם) המקיימים בשם התאגידים המתחרים את הקשר הנדרש לצורך חילופי מידע כאמור.

כנגד גופים הפועלים במסגרת גילוי דעת זה, ואשר מקיימים את תנאיו, לא ינקוט הממונה על הגבלים עסקיים ולא ינקוט מי מטעמו בתחום האמור כאן, פעולה לאכיפת הוראות סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים.

העברת כל מידע החורג מתחום בעיית "באג 2000", כמפורט לעיל, עלולה לחשוף את מחליפי המידע לחבות - עונשית או מנהלית - לפי חוק ההגבלים העסקיים.

כל ספק בשאלה פרשנות רוחב גילוי דעת זה יש להפנות מראש ובכתב לרשות ההגבלים העסקיים.

הממונה שומר לעצמו זכות לקבוע כי שיתוף פעולה פלוני אשר בא בגדרו של גילוי דעת זה, לא יכלל בו עוד; עשה כן הממונה, לא יחול גילוי דעת זה על שיתוף הפעולה האמור מאותו מועד ואילך.

תוקף גילוי דעת זה מיום פרסומו ועד ליום 31 בדצמבר 2001, והוא כפוף לאפשרות ביטולו או לשינויים בו מעת לעת, כפי שיהא בהם צורך לדעת הממונה על רקע הנסיבות הצריכות לעניין.

ד"ר דוד תדמור
הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, 2 במרץ 1999
י"ד באדר, התשנ"ט