



רשות ההגבלים העסקיים

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

בדבר מתן פטור חלקי בתנאים מאישור הסדר כובל

להסדר שבין העמותה לקידום הפנימיות הטיפוליות והשיקומיות

בישראל והפנימיות החברות בו

א. פתח דבר

ביום 27 ביוני 2006, הונחה על שולחני בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, (להלן: "**חוק ההגבלים העסקיים**"), להסדר בין העמותה לקידום הפנימיות הטיפוליות והשיקומיות בישראל (להלן: "**העמותה**") ו- 39 הפנימיות החברות בה (להלן: "**הפנימיות החברות**"). עניינו של ההסדר – ניהול משא ומתן משותף של הפנימיות החברות, באמצעות העמותה, מול משרד הרווחה הצורך את שירותיהן. במהלך דברים רגיל ניהול משא ומתן משותף מול רשויות השלטון, אף שנתון הוא לתחולת חוק ההגבלים העסקיים, נהנה מן האמור בגילוי דעת 1/00: שיתופי פעולה בין מתחרים בפעולה מול רשויות שלטון (להלן: "**גילוי הדעת**").¹ אולם במקרה דנא, המצב שונה באשר המשא ומתן המשותף אינו נעשה מול משרד הרווחה בכובעו כרגולטור, זרוע של הריבון המסדירה את כללי המשחק בשוק ואינה צד בו, אלא בכובעו כלקוח, צרכן.

הפטור המבוקש עניינו במשא ומתן משותף לגבי סוגיות עקרוניות וכלליות העולות מנוסחו האחיד של הסכם שמבקש משרד הרווחה לערוך עם הפנימיות החברות.

בחנתי את ההסדר, את הכבילות המצויות בו ואת השפעתם האפשרית על התחרות בשוק הרלוונטי. לאחר שנועצתי בועדה לפטורים ולמיזוגים, וכן במשרד החינוך, משרד הרווחה ומשרד האוצר, שוכנעתי כי יש להעניק פטור לחלקים בלבד מתוך המבוקש, ולא לניהול משא ומתן משותף כפי שהוגדר בבקשה. מבדיקה שנערכה נמצא כי באשר לעניינים המצויים בסמכותו הרגולטורית² של המשרד הרי שמשא ומתן משותף בעניינו אינו צפוי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק. באשר לתחום זה, שוכנעתי כי עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו. מטעמים אלו ראוי ההסדר לפטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, הכל בתנאים המנויים בסיפא להחלטתי זו.

¹ גילוי דעת 1/00 שיתופי פעולה בין מתחרים בפעולה מול רשויות שלטון, 2000; הגבלים עסקיים 3007119 (להלן: "**גילוי הדעת**").

² בהתאם להגדרה בפטור זה ותחת התנאים לפטור.

ב. רקע להסדר

מדינת ישראל, כמדינת רווחה, מעניקה לאזרחיה, ובכללם גם לילדים, הגנה סוציאלית מקיפה בתחומי הבריאות, החינוך ושירותי הרווחה. אחד הנושאים שבאחריות משרד הרווחה הוא השירותים האישיים והחברתיים לילדים ונוער. במסגרת שירותים אלה נכללים שירותי הרווחה לילדים בסיכון (קטין שלא נמצא אדם האחראי לו; קטין שהאחראי לו אינו יכול לטפל בו; קטין שעבר התעללות או חי בסביבה לא בריאה ועוד).³

האחריות לטיפול בקטין בסיכון, לאחר שאותר, מוטלת על המחלקה לשירותים חברתיים באמצעות פקיד הסעד. פקיד הסעד מפנה את המקרה לוועדת החלטה, וזו קובעת כיצד יש לטפל בקטין.

על פי הנתונים שהוצגו בפני, באחריות השירות לילד ולנוער ובפיקוחו כ – 300 פנימיות אשר כ – 100 מהן מיועדות, או מכילות מסגרות, לילדים במצבי סיכון שונים (טיפוליות, שיקומיות ופוסט אישפוזיות) (להלן: "**פנימיות אינטנסיביות**"). שאר הפנימיות הן חינוכיות בעיקרן, אשר מרבית החניכים בן מופנים על ידי משרד החינוך או ביוזמת ההורים, ורק מיעוטם מופנים על ידי משרד הרווחה.

כמעט כל החניכים המופנים לפנימיות האינטנסיביות מופנים על ידי משרד הרווחה, רק מיעוטם מופנה על ידי משרד החינוך או על ידי גורמים פרטיים, כדוגמת הורים מהמגזר החרדי בהשפעת פעילים שונים. במרבית הפנימיות האינטנסיביות כל הילדים הופנו על ידי משרד הרווחה.

כפי שהוסבר, ועדת ההחלטה היא הקובעת באשר לדרך הטיפול המתאימה לחניך. עם זאת, העובד המקצועי הוא אשר לרוב ממליץ בפני ההורים והחניך על הפנימיות השונות אשר מספקות את המסגרת המתאימה ובפניהם עומדת אפשרות הבחירה בין הפנימיות.

לשם כך רוכש משרד הרווחה שירותי מגורים וטיפול בחניכים (להלן: "**שירותים**") מהפנימיות ומתקשר עימן בהסכמים. ואולם, אין משרד הרווחה משמש רק כלקוח רוכש שירותים שכן הוא גם הגורם המסדיר (הרגולטור) מטעם המדינה ועל פי דין את הכללים שחלים על הפנימיות. בסמכותו לקבוע, דרך תקנות, את התנאים הנדרשים להפעלת פנימיות והוא המפקח עליהם.

לאחרונה ביקש משרד הרווחה להתקשר בהסכמים חדשים עם הפנימיות מהן הוא רוכש שירותים. במסגרת ההסכמים החדשים יעוגנו תניות כגון נוהלי פיקוח, שמירת מקום הילד בפנימיה, השירותים שיינתנו, הוראות באשר לאחזקת המעון ותפעולו, חובות ביטוח, הסדרת התמורה, מנגנוני יישוב חילוקי דעות, וכיוצא באלה הוראות והסדרים שונים ומגוונים.

הפנימיות החברות בעמותה מבקשות לנהל משא ומתן משותף מול משרד הרווחה לקביעת נוסח הסכם הפעלה חדש של משרד הרווחה מול הפנימיות.

³ מסמך רקע בנושא: מסגרות להשמת ילדים בסיכון, הוגש לוועדה לזכויות הילד, כתיבה: נעמי מי- עמי, עובדת מחקר ומידע.

ביום 11 באוקטובר 2005, הוענק פטור חלקי בתנאים להסדר דומה בין איגוד בתי אבות ומעונות החברים בו (להלן: "פטור בעניין א.ב.א").⁴ העקרונות המנחים שהונחו בהחלטה ההיא יפים גם לענייננו.

ג. השפעת ההסדר על התחרות

איגוד עסקי

כפי שצוין לעיל, שיתוף פעולה בין מתחרים שנועד לגרום לנקיטת פעולה כלשהי בידי רשות שלטונית אינו עולה בהכרח כדי הסדר כובל כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים.⁵ ואולם, ניהול משא ומתן מסחרי מול רשויות שלטון⁶, מהווה הסדר כובל מובהק, שכן הוא עלול להפחית את התחרות בעסקים. הפגיעה בתחרות יכולה לבוא לידי ביטוי ביצירת כוח שוק מול הרוכש, בפגיעה בתחרות בין הגופים המשתפים פעולה על ידי האחדת תנאי האספקה ובפגיעה בגופים מתחרים אשר אינם צד להסדר. כמו כן קיים חשש תחרותי נוסף, כי שיתוף הפעולה בין המתחרים במסגרת המשא ומתן, יגלוש בהדרגה לתחומים נוספים בהם קיימת תחרות בין הצדדים.

במקרה דנן, עוסקת בקשת הפטור בהתנהלות משותפת של הפנימיות החברות בעמותה, המהוות ספקיות מסחריות, אל מול משרד הרווחה, בכובעו כרוכש.⁷ על פניו, הסכם מסחרי גרידא, עם זאת, ההסכמים לרכישת השירותים, כוללים, בין היתר, גם אספקטים רגולטיביים מסוימים אשר את חלקם יכול שר הרווחה לקבוע בתקנות.⁸

במסגרת בקשת הפטור ביקשה העמותה לנהל משא ומתן משותף אך ורק בהתייחס לעניינים עקרוניים וכלליים. עם זאת, ההפרדה בין נושאים אלה לנושאים מסחריים במהותם, אינה פשוטה היא. עירוב זה בין הנושאים במסגרת ההסכם, הרגולטורי - נורמטיבי, המסחרי ה"נגזר" והמסחרי ה"מובהק", דורש בחינה מדוקדקת באשר לנושאים עליהם מבקשת העמותה לדון במשותף.

עיקר החששות התחרותיים בענייננו

משרד הרווחה מהווה, כמעט ככלל, את הרוכש היחיד לשירותי מגורים וטיפול בפנימיות האינטנסיביות. העמותה מספקת שירותי מגורים וטיפול לכ – 55% מילדי משרד הרווחה, כאשר ישנם אזוריים גיאוגרפיים בהם היא מספקת שירותים למעל 70% מילדי משרד הרווחה. מצב זה יאפשר לעמותה להפעיל כוח שוק במשא ומתן מול משרד הרווחה בכדי לשפר את תנאי ההסכם.

סירוב העמותה להתקשר עם משרד הרווחה לפי ההסכם יכול להוות כוח שוק לא מבוטל שכן שאלת האזור הגיאוגרפי של הפנימיות הוא בעל משקל בבחירת הפנימייה המתאימה לחניך. ייתכן

⁴ החלטה בדבר מתן פטור חלקי בתנאים מאישור הסדר כובל להסדר שבין איגוד בתי אבות ומעונות החברים בו, 2005; הגבלים עסקיים 5000143.

⁵ זאת בהתקיים תנאים מסוימים, ראה גילוי הדעת, לעיל הערה 1.

⁶ ראה סעיף 2.3 לגילוי הדעת, לעיל הערה 1.

⁷ להגדרת המדינה כרוכשת שירותים ראה: ע"מ 1825/02, מדינת ישראל – משרד הבריאות נ' איגוד בתי אבות – א.ב.א, תק-על 790 (1)2002.

⁸ חוק פיקוח על מעונות, תשכ"ה – 1965.

כי המשרד יאלץ להסכים לתנאים פחות טובים, או שיזכה לשירותים ברמה נמוכה יותר, כך שהנפגעים יהיו חניכי הפנימיות.

בנוסף, משא ומתן משותף, המוביל להאחדה בתנאים ובשירות, עלול לפגוע בתמריצי הפנימיות להתייעל, ואף עלול להביא להכתבת רמת השירות על ידי הפנימיות הפחות יעילות. השפעה זו עלולה לחלחל אל התחום כולו, גם לפנימיות אשר אינם חברות בעמותה.

עיקר התחזוקה של הפנימיות החברות בעמותה מבוססת על תקציבים ותמיכה של משרד הרווחה. כמו כן, מתוקף מעמדו של משרד הרווחה כרוכש כמעט יחיד בשוק ולאור יכולתו להתקין תקנות על פי דין בתחומים רבים, עולה כי עיקר התחרות בתחום זה בין הפנימיות היא על טיב השירות. כפי שהוסבר, לאחר שועדת ההחלטה קובעת את סוג הטיפול לחניך, ניתנת לרוב לו ולהוריו אפשרות בחירה בין הפנימיות השונות. באם יתאפשר משא ומתן משותף על התנאים ואם תהיה העברת מידע בין הצדדים להסדר, הרי שתחרות זו עלולה להיפגע וליצור האחדה כמעט מלאה של טיב השירות ואולי אף האחדה מחיר בין הפנימיות השונות.

יש לציין, כי לאור העובדה שהעמותה מספקת שירות לכ – 55% מילדי משרד הרווחה, אם תפעל רק למען הפנימיות החברות בה, הרי שפנימיות אלו עלולות לזכות ביתרון תחרותי על שאר הפנימיות בתחום.

טענת "הכוח המאזן"

במסגרת בקשת הפטור הועלתה על ידי העמותה הטענה כי לאור היות משרד הרווחה הרוכש היחידי בשוק (להגדרתם "המעסיק") הרי שמעמדו מקנה לו כוח שוק מונופוליסטי (להגדרתם "מונופוליסטי"). טענה זו מכילה את טענת "הכוח המאזן".

בפטור בעניין א.ב.א הועלתה טענה זו ונידונה לאור החלטות העבר :

"נקודת מוצא לבחינת טענה זו היא כי "כוח מאזן" אינו מילת קסם המצדיקה כל חבירה בין מתחרים אל מול חוליה אנכית בעלת כוח. טעם עיקרי לכך יימצא בעובדה כי לעיתים אין ביצירת כוח נגדי להביא לשיווי משקל תחרותי יותר המשתרש לצרכן, אלא לתופעה של מרווח כפול ("double marginalization") המרע עם הציבור."⁹

טענה זו נשקלה גם בעניין ניהול משא ומתן משותף של חברי התאחדות המלוונות בישראל מול תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים¹⁰ (להלן: "פרשת התאחדות המלוונות"). שם נקבע כי יש לבחון כל מקרה על פי נסיבותיו, בשים לב, בין השאר, למספרם של המשתמשים המבקשים לחבור למשא ומתן משותף, לכושר המיקוח היחסי של כל אחד מהם ולמידת הנטייה לתיאום (מפורש או משתמע) הקיימת ביניהם. בנוסף, על מנת שיוענק פטור, לא די בטעם לגיטימי להסדר, ועל הצדדים לשכנע את הממונה כי אינו מקים חששות תחרותיים של ממש.

⁹ לעיל הערה 3.

עוד נקבע בפרשת התאחדות המלונות, כי כאשר נוגע שיתוף הפעולה לרכיב שולי יחסית בעסקי הצדדים שאינו יכול להוות בסיס להאחדת התנאים המוצעים ללקוחותיהם, יש והחששות לפגיעה בתחרות יחלשו באופן משמעותי.

בענייננו, מכירת שירותי מגורים וטיפול לילדים בסיכון מהווה את ליבת פעילותן של הפנימיות, כאשר הפנימיות החברות בעמותה מספקות שירותים ללמעלה ממחצית ילדי משרד הרווחה. נראה, כי טענת כוחו של משרד הרווחה והצורך ב"כוח מאזן", אין בה, לבדה, בכדי להצדיק מתן פטור מלא. זאת, כיוון ולא שוכנעתי כי כוח נגדי זה יביא לשיווי משקל תחרותי שישתרשר לחניכי הפנימיות ושאין בה בכדי להפיג את החששות התחרותיים שעולים ממשא ומתן משותף, בלא אבחנה ברורה וחד משמעית באשר לנושאים בהם ניתן לדון במשותף.

מהות המשא והמתן ורמת החששות לפגיעה תחרותית בגינו

כמבואר לעיל, מבחינים דיני ההגבלים העסקיים בין פעילות משותפת של מתחרים אשר נועדה להביא את הרשות השלטונית לנקוט בפעולה אשר בסמכותה, גם אם פעולה שלטונית זו מפחיתה את התחרות, לבין מקום בו הפעילות המשותפת של מתחרים היא זו אשר בפני עצמה פוגעת בתחרות, ללא תלות בהחלטת הרשות השלטונית. שכן, מהותה של התחרות בכך שכל גורם יקבע את מדיניותו באופן עצמאי. מקום בו עולה לדיון משותף נושא מסחרי ("מובהק" או "נגזר"), נוצר תאום אשר עלול להביא להאחדת התנהגות המתחרים ולקפאון תחרותי.

מכאן, כי עיקר החששות התחרותיים מונח בשיתוף פעולה בין הפנימיות החברות בעמותה בהקשר המסחרי.

ואכן, לאור זאת ובעקבות הפטור בעניין א.ב.א, פנתה העמותה לבקשת פטור לניהול משא ומתן משותף רק בהתייחס לעניינים עקרוניים הקשורים לכללים ולתנאים להפעלת הפנימיות, ו/או לסטנדרטים שבהם הפנימיות נדרשות לעמוד, ו/או עניינים בהם רשאי שר העבודה והרווחה לקבוע הוראות לגביהן מתוקף תפקידו כרגולטור.

עם זאת, האבחנה בין המסחרי לרגולטורי, אינה פשוטה היא, שכן רבות ימצא כי נושאים שעל פניו רגולטוריים הם, מכילים אספקטים מסחריים. דוגמא לכך ניתן למצוא כאשר במסגרת דיון בשינוי מבוקש לנושא רגולטורי, המותר על דיני התחרות, דנים המתחרים בשאלת עלות השינוי, בפיצוי הכספי שיידרש וכדומה. דוגמא לכך בענייננו, ניתן למצוא בקביעת מצבת כוח אדם אופטימלי, וזאת בשל השלכתה על העלויות. מאידך, דיון בנושא דרכי הפיקוח על הפנימייה, אשר אינו מעלה את סוגיית העלות והפיצוי, מתאפשר במסגרת המשא ומתן המשותף.

בנוסף, דיון בשאלת תקופת ההסכם ותנאיו, בין היתר כפי שמופיע בסעיפים 5.8, 5.10 להסכם; דיון בנושא ביצוע תשלומים וקיצוז הוצאות עקב כך, בין היתר כפי שמופיע בסעיף 10.2 להסכם; דיון בתמורה לגופה או בכללים לפיהם היא תקבע, בין היתר כפי שמופיע בסעיף 20.1 להסכם; דיון בדרישת ערבות, כפי שמופיע בסעיף 27 להסכם וכד' אסורים למשא ומתן משותף, בשל הפן המסחרי שבהם.

¹⁰ החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין התאחדות המלונות בישראל – לבין בתי המלון בישראל החברים בה שעניינו ניהול משא ומתן משותף עם תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים; 2002 הגבלים עסקיים 3015709.

מעבר לחשיבות האבחנה בין הנושאים עליהם ניתן לדון במשותף במסגרת האיגוד העסקי, עולים חששות נוספים נובעים מעצם שיתוף הפעולה בין המתחרים, ללא תלות בהחלטה השלטונית :

א. הסכמה בין מתחרים, שלא להתקשר עם הרשות השלטונית באם לא תסכים לדרישותיהם, מהווה פגיעה בתחרות ואסורה per se על פי דיני התחרות ואין עובדת הפנייה לרשות השלטונית מכשירה אותה.

ב. גם בפנייה משותפת לגיטימית לרשות שלטונית, החלפת מידע מסחרי בין הגורמים המתחרים המתאגדים, פוגעת בתחרות. ויודגש, החלפת מידע מסחרי אסורה גם במקרה בו נושא הדיון הוא רגולטורי מובהק, והחלפת המידע נעשית במסגרתו.

חששות אלה מוצאים את פתרונם בדרך של קביעת תנאים לפטור, אשר אם לא יקוימו תהא הפעילות כולה בלתי חוקית ואסורה. תחת זאת, מצאתי לנכון לפטור את ניהול המשא ומתן המשותף באמצעות העמותה, כל עוד יוגבל משא ומתן זה לסוגיות הרגולטוריות בלבד, ומבלי שידון או יוחלף כל מידע באשר להשלכות המסחריות של אותן סוגיות על החלטות הפנימיות השונות בדבר התנהגותן המסחרית בשוק. בניהול משא ומתן שכזה אין משום חשש לפגיעה של ממש בתחרות, אין עיקרו בהפחתת התחרות ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

ויודגש, כל חלק במשא ומתן מול משרד הרווחה אשר טומן בחובו דין ודברים ו/או החלפת מידע באשר לסוגיות מסחריות, לרבות סוגיות מסחריות הנובעות או עשויות לנבוע מעניינים בתחום הרגולטורי, עלול, כאמור, לעורר חששות תחרותיים משמעותיים ולכן לא מוענק לו פטור.

ד. סוף דבר

לאחר שנועצתי בועדה לפטורים ומיזוגים, ראיתי לנכון להשתמש בסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, ולהעניק, בכפוף לתנאים שיפורטו להלן, את הפטור המבוקש למשא ומתן משותף של הפנימיות החברות בעמותה, לגבי דרישות של משרד הרווחה הכלולות בהסכם ואשר למשרד הרווחה סמכות לקבוע דרישות אלה בדיון, וזאת כל עוד לא נידון במסגרתם הפן המסחרי.

למען הסר ספק מובהר בזה, כי אין באמור משום היתר לעמותה לנהל משא ומתן על קביעת תעריף זהה או שינוי תעריף כאמור, או קביעת פיצוי בסכום זהה לחבריו או לכל חלק מהם, או לקבוע, אגב משא ומתן כאמור, תנאים מסחריים אחידים שיעניקו חבריו או כל חלק מהם, בין אם קביעה כאמור תחייב את המעונות ובין אם תהא בגדר המלצה בלבד ;

וזאת בתנאים הבאים :

1. העמותה תסכים לייצג, לעניין המשא והמתן נשוא החלטתי זו, באופן שווה, כל פנימיה שהינה בעלת רישוי כדן לצורך הענקת שירותים למשרד הרווחה, ללא אבחנה בין פנימיות החברות בה ושאינן חברות בה.

1. כל פנימיה תהא חופשית, בכל שלב, לפי שיקול דעתה הבלעדי, לבחור האם היא מיוצגת על ידי העמותה אם לאו, האם להתקשר עם משרד הרווחה אם לאו, והאם לפעול בהתאם להסכמות שהושגו בין העמותה לבין משרד הרווחה, או לפעול שלא בהתאם להסכמות אלה.
2. הפנימיות, באמצעות העמותה או בכל אופן אחר, לא ינהלו משא ומתן משותף עם משרד הרווחה בעניינים החורגים מהתחום שאושר בפטור זה.
3. העמותה, לרבות כל מי מטעמה, לא תורה, תמליץ ו/או תנחה את הפנימיות או את מי מהם, להתקשר או שלא להתקשר עם משרד הרווחה, והכל במישרין או בעקיפין.
4. העמותה, לרבות כל מי מטעמה, לא תעשה שימוש בטענה או בעמדה מסחרית, כי הפנימיות או מי מהן לא יחתמו עם משרד הרווחה על ההסכם, או כי תורה או תמליץ להם להימנע מחתימה, כאמצעי לחץ על משרד הרווחה להגיע להסכמות עימה, והכל במישרין או בעקיפין.
5. הפנימיות לא תעבירנה ביניהן מידע בדבר נתונים מסחריים, ולא יעבירו מידע כאמור לעמותה, והכל במישרין או בעקיפין. העמותה לא תבקש ולא תקבל מהפנימיות להעביר לידה, ו/או למי מטעמה נתונים מסחריים.
6. העמותה לא תמנע, ולא תורה, תנחה או תמליץ לפנימיות המיוצגות על ידה להימנע, מהעברת נתונים מסחריים כלשהם מהפנימיות למשרד הרווחה או למגשר מומחה שימונה.
7. כל ספק בדבר תחולת או פרשנות תנאים אלה יובא להכרעת הממונה.

בתנאים אלה :

"נתונים מסחריים" – נתונים, ידיעות ו/או כל מידע אחר בדבר מחירים, עלויות, כמויות, ו/או לקוחות, והכל במישרין או בעקיפין.

בהתאם לסעיף 15(א) לחוק ההגבלים העסקיים נתונה החלטתי זו לערר בפני אב בית הדין להגבלים עסקיים על ידי איגוד עסקי, ארגון צרכנים או כל אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל עליו ניתן הפטור.

רונית קן

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, כ"ד בתשרי תשס"ט

23 באוקטובר 2008