



רשות ההגבלים העסקיים

גילוי דעת מאת הממונה על הגבלים עסקיים:

שיתופי פעולה ביו מתחרים בפעולה מול רשויות שלטון

מבוא 1.1

מזמן לזמן מופנית אל רשות ההגבלים העסקיים שאלה האם פעולה משותפת של מתחרים, שנועדה לגרום לנקיטת פעולה כלשהי בידי רשות שלטונית או להביא להימנעות מנקיטתה, מהווה "הסדר כובל" כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים"). בסוגיה זו עוסק גילוי הדעת.

כמפורט להלן, עמדת הממונה על הגבלים עסקיים היא כי כאשר מתקיימים כל התנאים המפורטים בגילוי דעת זה, הרי פעילות משותפת של מתחרים, שנועדה לגרום לנקיטת פעולה כלשהי בידי רשות שלטונית או להביא להימנעות מנקיטתה, לא תעלה כדי הסדר כובל, ולא תצטרך לפטור או לאישור לפי חוק ההגבלים העסקיים.

מכלל לאו נשמע הן: פעילות משותפת של מתחרים בהקשר הנדון כאן עלולה להקים הסדר כובל ולהוות מושא לפעילות אכיפה מצד הממונה על הגבלים עסקיים, מקום בו לא מתקיימים כל התנאים המפורטים בגילוי דעת זה.

גילוי דעת זה אינו בא לגרוע מזכותו של כל אדם לפי חוק ההגבלים העסקיים, ועל כל הפועל בהסתמך עליו לדעת כי עמדת הממונה על הגבלים עסקיים המובעת כאן – בשונה מקביעת הממונה מכוח סמכותו שבסעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים – אין לה משקל של ראיה לכאורה בשום הליך משפטי, ואף אין תוצאתה בדין כתוצאת קבלת פטור או אישור מכוח החוק, במיוחד במישור הזכויות והחובות במשפט הפרטי או בין צדדים פרטיים.

סייגים לתחולת גילוי דעת 1/00 2.2

1. **אי-קיום תנאי מתנאי סעיף 4.** גילוי דעת זה אינו חל במקרים בהם תנאי אחד או יותר מבין התנאים המפורטים בסעיף 4 להלן, אינו מתקיים.

2. **בעלי מונופולין.** גילוי דעת זה אינו עוסק כלל בבעלי מונופולין, ואינו חל על סוגיות של כוח מונופולי, משמעו או אופן ניצולו, לרבות כאשר זה נעשה כולו או חלקו בפניה לרשות שלטונית או במגע אחר עימה. לשון אחר, השאלה האם עלול בעל מונופולין למצוא עצמו

מפר הוראה מהוראות חוק ההגבלים העסקיים בגין פניה לרשות שלטונית, לבד או עם אחרים, אינה נדונה כלל בגילוי דעת זה, ובעל מונופולין אינו רשאי להסתמך על הדברים המובאים בגילוי דעת זה כבסיס או כהצדקה לפעולה כלשהי שלו; והוא הדין בגופים המהווים קבוצת ריכוז, כמשמעה בחוק ההגבלים העסקיים.

3. **משא ומתן מסחרי עם רשויות.** גילוי דעת זה אינו חל מקום בו הפניה לרשות עניינה הישיר או העקיף משא ומתן עסקי או מסחרי מולה, של הפונים או של חלק מהם.

4. **פניה קולקטיבית בעניינים פרטניים.** גילוי דעת זה אינו חל על כל פניה משותפת של מתחרים לרשות שלטונית, הכוללת דיון פרטני או החלטה פרטנית לגבי הפונים השונים או חלקם, או לגבי מי שהפונים או חלקם מיצגים או מתיימרים לייצג. גילוי דעת זה אינו חל על פנייה שעניינה סוגיות כספיות שהן ספציפיות לכל אחד מהפונים בעצמו או לחלק מן הפונים. גילוי דעת זה גם אינו חל על פניה משותפת של מתחרים או של נציגים שלהם לרשות המפקחת על מחירים או על היבטים אחרים של פעילות עסקית, שמטרתה או תוצאתה לקבוע באופן קולקטיבי מחירים או היבטים אחרים של הפעילות העסקית, כאשר הפרמטרים הרלוונטיים לפיקוח אינם זהים לגמרי בין המתחרים השונים.

5. **הצדדים נוקטים צעדים נוספים להסדרת הסוגיה בעטיה פנו לרשויות.** גילוי דעת זה אינו חל כאשר פעולתם המשותפת של הצדדים להסדר או חלקם אינה מוגבלת רק לפעולת השכנוע של הרשויות על-מנת שאלה יסדירו נושא מסוים, אלא שהיא מתרחבת להסדרה בפועל, מלאה או חלקית, של הנושא. גילוי הדעת לא יחול כאשר הצדדים או חלק מהם מנסים להכשיל פעילותו של מתחרה, במקביל לפנייתם לרשות, בצורות אחרות. גילוי הדעת גם לא יחול כאשר שיתוף הפעולה בין הצדדים "גלש" אל מעבר למטרתו הלגיטימית, כמתואר בגילוי דעת זה.

6. **פניה לרשויות במטרה לגרום לצדדים שלישיים "לישר קו".** גילוי דעת זה אינו חל כאשר יעדה או תוצאתה המסתברת של הפניה לרשויות, לגרום לצד שלישי - דוגמת מתחרה, ספק או לקוח - לנהוג באופן שיעלה בקנה אחד עם האינטרסים של הפונים-המתחרים, משום האיום הטמון לאותו צד שלישי מעצם קיומה של פניית המתחרים. דוגמא לכך תהא הגשת תביעה או תלונת סרק נגד מתחרה חדש, שכוננתה או תוצאתה המסתברת להכביד עליו את הכניסה לשוק, או הגשת תביעה או תלונה בנסיבות כאלה נגד מתחרה קיים המסרב "ליישר קו" עם התובעים ולהפסיק להתחרות עמם, בכלל או בשיעור או בדרך כלשהם. דוגמא אחרת תהא הגשתן של תביעות סרק משפטיות, המשותפות למתחרים-הפונים, נגד ספקים או לקוחות, כאשר מטרת הגשת התביעה או תוצאתה המסתברת לאלצם להסכים לתנאים מסחריים אותם דורשים המתחרים-התובעים.

שיטת הממשל במדינה דמוקרטית מבוססת על דו-שיח ועל זרימה חופשית של מידע ודעות בין הציבור לבין מוסדות השלטון השונים: הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת. זרימת מידע זו מבטיחה כי החלטותיהן של רשויות השלטון השונות תתקבלנה הן על סמך מידע רחב ואמין שיוצג בפניהן, והן בשים לב למגוון הדעות והאינטרסים הנוגעים לדבר.

עניין שבשגרה הוא שדברו של ציבור מסוים אינו מובא לידיעת רשויות השלטון רק בידי הפרטים המרכיבים את אותו הציבור, אלא גם בידי התאגדויות או נציגים של פרטים שונים שיש להם אינטרס משותף. התאגדות בעלי עניין משותף להבאת עניינם בפני הרשויות יכולה ללבוש אופי מגוון: פעילות של שכנוע על-ידי שתדלנות, פעילות של מחאה, פניה משותפת לערכאות, מסעות פרסום, וכיוצא באלה - והכול בין כהתארגנות אד-הוק, ובין כהתארגנות של קבע במסגרתם של איגודים עסקיים. הפעולה המשותפת יכולה להיות, למשל, פניה לכנסת או לחבריה לצורכי שתדלנות, פניה כזו לממשלה או לפקידיה, פניה לבתי-המשפט בהקשרה של שתדלנות, או אגב מאבק נגד התקנתו או תקפותו של דין קיים או מיועד.

פניה משותפת כזו מאפשרת לאותו ציבור של בעלי עניין משותף להביא את ענייניו בפני הרשויות בצורה יעילה יותר; יעילות זו מתבטאת ביכולת להקצות משאבים נאותים לפעולה, לאסוף מידע רב יותר שיובא בפני הרשויות ולגייס דעת קהל תומכת. מבחינת הרשויות מתבטאת היעילות בניהול מגעים עם נציגים (רשמיים או שאינם כאלה) של הציבור המעוניין ולא עם כל פרט מן הפרטים המרכיבים אותו, וביכולת להסתייע במידע המובא על-ידי נציגי אותו הציבור.*

זכותו של אדם להביא את ענייניו בפני רשויות השלטון היא אמנם מאבני היסוד של משטר דמוקרטי, אך אין הדבר מובן מאליו שאדם זכאי לממש זכותו זו במשותף עם מתחריו, מבלי לעבור תחילה דרך מסננת הרישוי והפיקוח של מערך ההגבלים העסקיים. העיקרון החשוב של מניעת פגיעה בתחרות, המבוטא בחוק ההגבלים העסקיים, מסיג מפניו לא פעם עקרונות יסוד אחרים; הוא גם מגביל את זכותם של פרטים לפנות במשותף לרשויות השלטון ללא קבלת אישור או פטור מראש, כאשר מימוש זכות זו מפחית או מקים חשש להפחתת התחרות בין הצדדים לבין עצמם או בין מי מהם לבין אדם שלישי.

סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים מגדיר הסדר כובל כ"הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר". סעיף 4 לחוק קובע איסור על קיומם של הסדרים כובלים, בכפוף לאפשרות לאשרם בהליכים הקבועים בסעיפים 9, 13 או 14 לחוק ההגבלים העסקיים. לפי סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים, קו פעולה של איגוד עסקי מהווה הסדר כובל.

* העובדה שפעולה כזו של קבוצות אינטרסים גם משפיעה על אופן הקצאת המשאבים במשק מעוררת כשלעצמה בעיות סבוכות, אך מיקומן אינו בדיני ההגבלים העסקיים.

כאשר ציבור המעוניין להביא את דברו בפני הרשויות מורכב מפרטים שהם גם מתחרים, עלולה פעילותם המשותפת להוות הסדר כובל כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים - הן משום שהיא עלולה להפחית את התחרות בין הפונים-המתחרים לבין עצמם, והן משום שהיא עלולה להפחית את התחרות בין הפונים-המתחרים או מי מהם לבין אדם אחר.

לכאורה עשויה התחרות להיפגע בנסיבות אלה משני טעמים שונים: תוצאת הפניה המשותפת לרשות, ודרך הפניה המשותפת ונסיבותיה.

אשר לטעם הראשון - תוצאת הפניה המשותפת לרשות: לא פעם מכוונת הפעילות המשותפת לגרום לכך שהרשויות תנקוטנה פעולות המפחיתות את התחרות. דוגמאות לכך הן פעולות שיובילו לחקיקת חוק שיקבע תנאים או יטיל מגבלות על עיסוק במקצוע מסוים; פעולות שמטרתן קביעה של תקן לשיווקו של מוצר או שירות; פניה לרשויות האכיפה או לערכאות על-מנת שימנעו את נוכחותו בשוק של מתחרה לא-חוקי או מתחרה המבצע מעשים לא חוקיים, וכיוצא באלה. המשותף לפעולות אלה, שהתוצאה מפחיתת התחרות היא תוצר של פעולה שלטונית-ריבונית של הרשות. במקרים אלה הפעילה הרשות את סמכותה השלטונית, מקום בו מצויה סמכות כזו בידה, וקבעה הסדר המפחית את התחרות; הם מצויים מחוץ לאיסור הקבוע בחוק ההגבלים העסקיים, הואיל ולא הצדדים להסדר הם שקבעו את הפעולה הפוגעת בתחרות אלא הרשות בהפעילה סמכות שלטונית-ריבונית.¹¹

אשר לטעם השני - דרך הפניה המשותפת לרשות, ונסיבותיה: שיתוף פעולה בין מתחרים מקים תמיד חשש מסוים לפגיעה בתחרות. אמת, לא כל זיקה בין מתחרים מקימה הסדר כובל; אולם כאשר עניין לנו בשיתוף פעולה בין מתחרים, בהקשר פעילותם העסקית, שמטרתו לגרום לנקיטת פעולה כלשהי על-ידי רשויות השלטון או להימנעות מנקיטתה, עלולה לקום פגיעה בתחרות אם לא יקפידו הצדדים לפעול באופן המונע אותה.

עצם קיומה של פעילות משותפת של מתחרים, שיש לה יעד עסקי משותף או אינטרס כלכלי משותף, עלולה ואף צפויה להעמיד אותם במצב של קירבה, שהיא כשלעצמה פוגענית לתחרות. הפעילות המשותפת עלולה במקרים רבים לצנן ולו במידת מה את הלהט הנחוץ לקיומה של תחרות ערה בין הצדדים להסדר, ובעוד שאולי לא יהא בה כדי למנוע תחרות בין הצדדים, היא מקימה חשש לפגיעה באותה תחרות.

זאת ועוד, הפעילות המשותפת מול רשויות השלטון מאפשרת לצדדים ואף מעודדת אותם להחליף מידע ודעות, הן לגבי מצב השוק הנוכחי והן לגבי התנהגותם הצפויה בעתיד - מידע בדבר כוונותיהם העסקיות אם לא תצליח פעילותם המשותפת, מידע בדבר אסטרטגיות עסקיות, מידע אודות אתגרים עסקיים ואופן ההתמודדות עמם, חילופי דעות ועמדות לגבי ספקים ולקוחות, מידע בדבר תוכניות עסקיות, וכל כיוצא באלה.

כך, הקרבה והעניין המשותפים צפויים להביא, במתכוון או שלא במתכוון, ליצירת זיקה ולחילופי מידע המקימים חשש לפגיעה בתחרות בין הצדדים המתחרים, ובין מי מהם לבין צדדים

¹¹ אין הדברים חלים ואין גילוי דעת זה עוסק בפעולה בתחום המשפט הפרטי, או בפעולה של בעל מונופולין כלפי רשות שלטונית. ראו הדיון בסייגים לתחולת גילוי הדעת.

שלישיים.*** מכאן ששיתוף פעולה בין מתחרים עלול להיחשב להסדר כובל, זולתם אם נשמרו לגביו כללי הפעולה המפורטים להלן.

4.4 התנאים בהם לא תהווה הפעילות המשותפת הסדר כובל, בעיני הממונה

1. מטרת שיתוף הפעולה להניע את הרשות השלטונית לנקוט בפעולה שלטונית-ריבונית המצויה על פני הדברים בסמכותה, או להימנע מנקיטתה.
2. פעולות השכנוע של רשויות השלטון מתבצעות תוך הצגתן של מידע נכון, מלא ואמין, ככל הניתן בנסיבות העניין, בפני הרשות השלטונית.
3. במסגרת שיתוף הפעולה לא מועבר בין הצדדים כל מידע שהעברתו צפויה באופן סביר לגרוע מן התחרות בכוח או בפועל בין העסקים החולקים במידע. לדוגמא, בין הצדדים לא מועבר מידע הכולל תכניות עסקיות כלליות או פרטניות, מידע הנוגע למחירים, כמויות יצור, תכניות באשר למאפייני מוצרים או שירותים, בסיסי נתונים, מידע על לקוחות, או מידע על תנאי אשראי או התקשרויות בעבר או בעתיד (למעט מידע כאמור שהיה לנחלת הרבים שלא בהקשר הפניה המשותפת לרשות).
4. לא מוחלף בין הצדדים מידע, שעניינו הצעדים שינקוט מי מהם כתוצאה משינוי הנסיבות שיווצר אם תינקט על-ידי הרשות השלטונית הפעולה אותה הצדדים מבקשים, או שאת נקיטתה מבקשים למנוע. לשון אחר, הצדדים אינם רשאים לתאם במישרין או בעקיפין ואינם רשאים להחליף מידע בשאלה מה תהא האסטרטגיה העסקית של מי מהם במקרה שפעולתם כלפי הרשויות תצלח או לא תצלח. לדוגמא, צד אינו רשאי לגלות למתחריו מידע מכוחו יוכלו לקבוע עמדה בשאלה האם עליה במחירי חומר גלם תגולגל על הלקוח, כיצד יגיבו לכניסת מתחרים חדשים לתחום, כיצד ינהגו כלפי ספק שהעלה מחירים, או כיצד יתמודדו עם דרישת רישוי חדשה. בנסיבות המשק הישראלי יש חשיבות מיוחדת לכך שמתחרים לא יתאמו במישרין או בעקיפין כיצד יפעלו ביחס לשינויים בסביבה העסקית.
5. בכל מקרה יתבצעו המגעים בין הצדדים בדרך המצמצמת באופן סביר חשש לפגיעה בתחרות, ובכלל זה באמצעות בחינה קפדנית של זהותם, תפקידיהם ומעמדם של הפרטים המקיימים את המגעים בין הצדדים, תיחום והגדרה מדויקים של נושאי שיתוף הפעולה והמידע המועבר, הגדרת נהלים למניעת חריגה ממגבלות אלה - ובכלל אלה נהלים בהם ייקבע כי פגישות בין ממלאי תפקיד בצדדים להסדר ייערכו לפי סדר יום קבוע מראש, כי לא יידונו נושאים שאינם בסדר היום, כי הפגישות תתועדנה, כי תיעוד סדר היום והפגישות יישמרו ויהיו זמינים, וכי כל הדיונים ייערכו רק במסגרת פגישות אלה. ככלל, מקום בו הדבר אפשרי, מומלץ לקיים את המגעים בין הצדדים באמצעות בעלי מקצוע עצמאיים.

*** הדברים יפים גם לאופן בו מנוהל איגוד עסקי, להבדיל מעצם קיומו; סוגיה זו חורגת ממסגרת גילוי הדעת, ואינה נדונה כאן.

6. שיתוף הפעולה יוגבל למטרות המפורטות בגילוי דעת זה בלבד ולפעולות ההכנה והכרחיות לפעולות אלה.

5.5. סוף דבר

1. הממונה על הגבלים עסקיים לא ינקוט פעולות אכיפה לעניין סעיפים 2 ו-4 לחוק ההגבלים העסקיים כלפי גופים הפועלים במסגרת גילוי דעת זה והמקיימים את תנאיו. מאידך גיסא, פעולות אחרות החורגות מתחומיו של גילוי דעת זה, ושלא אושרו בהתאם לפרק ב' לחוק ההגבלים העסקיים, עלולות לחשוף את עושהן לחבות - עונשית או אחרת - לפי חוק ההגבלים העסקיים.

2. הממונה שומר לעצמו זכות לקבוע כי שיתוף פעולה אשר בא בגידרו של גילוי דעת זה לא ייכלל בו עוד, מעת שפנה הממונה לצדדים והודיע להם על אי-תחולה כאמור; עשה כן הממונה, לא יחול גילוי דעת זה על שיתוף הפעולה מאותו המועד ואילך.

3. תוקף גילוי דעת זה מיום פרסומו ועד שישונה או יעודכן בהודעה פומבית; הממונה שומר על זכותו לבטלו או להכניס בו שינויים מעת לעת, כפי שיהיה צורך לדעתו על רקע הנסיבות הצריכות לעניין.

4. כאמור לעיל, גילוי דעת זה אינו בא לגרוע מזכותו של כל 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, מקום בו הוא נדרש.

ד"ר דוד תדמור
הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ל' שבט תש"ס
06 פברואר 2000