



רשות ההגבלים העסקיים

ירושלים, י"ט אב תשס"ב

28 יולי, 2001

פטור: 4569

בפקס: 03-6964222

לכבוד

דגון בתי ממגורות לישראל בע"מ

דרך העצמאות

ת.ד. 407

חיפה

לכבוד

מר נייב זקלר, עו"ד

וינשטוק, זקלר ושות', עורכי דין

מרכז עזראלי 1, דרך פתח תקוה 132

תל אביב 67021

הנדון: החלטה בעניין אי מתן פטור מאישור הסדר כובל בין רשות הנמלים והרכבות – דגון בתי ממגורות לישראל בע"מ

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.

בכבוד רב ובברכה,

צפורה נחמו, עו"ד

רשמת הגבלים עסקיים



רשות ההגבלים העסקיים

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

אי מתן פטור מאישור הסדר כובל

להסדר בין רשות הנמלים והרכבות ל"דגון" בתי ממגורות לישראל בע"מ

1. פתח דבר

לפניי בקשה שהגישה רשות הנמלים והרכבות¹ למתן פטור מאישור בית הדין להגבלים עסקיים להסכם משנת 1951 עם "דגון" בתי ממגורות לישראל בע"מ (להלן: "דגון") ואשר עניינו בהסדרת הקמתם והפעלתם של בתי ממגורה היחידים המצויים בשטח נמל חיפה. על פי ההסכם הקימה דגון את בתי הממגורה ובתמורה קיבלה זכות-יחיד להפעילם לתקופה העולה על 50 שנה והמסתיימת בקרוב. אך לא בגין חלק זה של ההסכם אשר כונן מונופולין בהפעלת בתי הממגורה הוגשה בקשת הפטור. עילתה של הבקשה שבפניי היא בהסדר ספציפי בהסכם דנא, המעניק לדגון סוג של זכות קדימה לתקופת המשך, היא תקופת ההפעלה הנוספת של בתי הממגורה.

לאחר שבחנתי את ההסדר ואת הכבילות המצויות בו, כמו גם את השפעתם האפשרית על התחרות בשוק הרלוונטי, ולאחר שנועצתי בועדה לפטורים ולמיזוגים, באתי למסקנה כי ההסדר מגביל את התחרות בחלק ניכר של השוק וכי הכבילה המקנה לדגון זכות ליטול מן הזוכה במכרז שבכוונת רנ"ר לערוך על הפעלת בתי הממגורה את זכייתו, פוגעת קשה בתחרות נשוא המכרז ואינה נחוצה למימוש עיקרו של ההסכם בין רנ"ר לבין דגון. מטעמים אלו ואחרים, שיפורטו להלן, מצאתי כי אין ההסדר ראוי לפטור לפי סעיף 14 לחוק, מאישור בית הדין להגבלים עסקיים.

2. ההסכם

רשות הנמלים והרכבות (להלן: "רנ"ר") היא תאגיד סטטוטורי. רנ"ר הוקמה בחוק רשות הנמלים והרכבות, תשכ"א - 1961². תפקידיה של רנ"ר כוללים, בין היתר: תכנון, בניה, פיתוח, ניהול, החזקה והפעלה יעילה של הנמלים המפורטים בתוספת לחוק³: נמלי אילת, אשדוד, וחיפה.

¹בקשת הפטור הוגשה עוד ביום 18.7.01 אולם ללא שדגון היא צד לה. עמדת דגון לגבי עצם מתן הפטור הוגשה לרשות ההגבלים רק בחודש נובמבר 2001. הבהרות ואישורי מצגים שונים שנתבקשו מרנ"ר ניתנו במאוחר וחלקם לא ניתנו עד עצם היום הזה, מטעמים שאינם ברורים כלל ועיקר.

²סעיף 1(א) לחוק.

³סעיף 4 לחוק.

כך חולשת למעשה רני"ר על כל נמלי החוף של ישראל והיא מהווה להלכה ולמעשה מונופולין על שער הכניסה והיציאה הימי של ישראל. לכך עוד אדרש בהמשך.

דגון בתי ממגורות לישראל בע"מ (להלן: "דגון") היא חברה פרטית שהוקמה בשנת 1951, ועיסוקה בהפעלת בתי ממגורה בנמל חיפה. באמצעות חברת בת – ממגורות אשדוד בע"מ – מפעילה דגון גם את בתי הממגורה בנמל אשדוד.

ההסדר נשוא הבקשה משתרע על מערכת חוזית המונה שלשה הסכמים:

ההסכם הראשון נחתם ביום 10.05.1951 בין ממשלת ישראל לבין דגון.⁴ עיקרו בהתחייבותה של דגון להקים שני בתי ממגורה בנמל חיפה, כנגד התחייבות של הממשלה לאפשר לדגון להפעיל את בתי הממגורה האלה לתקופה של 51 שנה שמניינם מיום 12.05.1952, היינו עד ליום 01.02.2003.⁵ בסעיף 45(א) להסכם, שכותרתו: "תום החוזה", נקבע כי בתום תקופת החוזה יעברו בתי הממגורה חינם לבעלות הממשלה (בכפוף לתשלום פיצוי מסוים עבור ההשקעות שהושקעו במפעל על ידי דגון בארבע עשרה השנים שקדמו לתום החוזה). אולם בהמשך נקבע, בסעיף קטן (ב), כי לדגון תינתן זכות קדימה במקרה והממשלה תבחר שלא להפעיל בעצמה את בתי הממגורה:

"במקרה והממשלה לא תפעיל בעצמה את המפעל בתום תקופת החוזה
אלא תרצה להפעילו באמצעות מישהו אחר תהיה לחברה [דגון – ד.ש.]
זכות קדימה להפעלת המפעל לפי התנאים הנקובים בסעיף 16 לעיל".

סעיף 16 להסכם קבע:

"בכל מקום אשר בחוזה זה ניתנת לחברה זכות להקמת בית ממגורות
או הפעלתו, יחולו התנאים דלהלן:

(א) החברה תהיה רשאית להקים את בית הממגורות במקום ולפי
אותם תנאים המוצעים לממשלה בתום לב על ידי מציע רציני.

(ב) בכל מקרה כזה תודיע הממשלה בכתב את פרטי התנאים
המוצעים, והיה והחברה לא תקבל את ההצעה תוך שישה
חודשים מתאריך ההודעה, או לא תשיב בכלל על ההצעה,
תהיה הממשלה חופשית להרשות למישהו אחר להקים או
להפעיל בית ממגורות בתנאים אשר אינם טובים או נוחים
מאלה שהוצעו לחברה כנ"ל".

במסגרת ביצוע ההסכם הראשון הקימה דגון שני בתי ממגורה.

⁴ בשנת 1951 לא היתה רשות הנמלים והרכבות קיימת עדיין. לימים נכנסה רני"ר בנעלי הממשלה לעניין ההסכם, כפי שיפורט להלן.

⁵ מלכתחילה היתה תקופת הרשיון אמורה להימנות מיום חתימת ההסכם, אולם ביום 12.05.1951 תוקן החוזה באופן האמור לעיל.

ההסכם השני: בשנת 1960 הוסכם בין ממשלת ישראל לבין דגון על הקמת מבנה נוסף, שלישי במניין, על ידי דגון בנמל חיפה, שהוא למעשה הרחבה של בתי המגורה שכבר היו קיימים.⁶ בהסכם נקבעה הוראה דומה לזו שבסעיף 45 להסכם הראשון, לפיה יועבר המבנה בתום תקופת ההפעלה לבעלות הממשלה. כן נקבע כי הוראות ההסכם הראשון יחולו גם על המבנה הנוסף.⁷ נראה אפוא כי זכות הקדימה חלה גם על המבנה הנוסף דנא.

ההסכם השלישי: בשנת 1968 נחתם הסכם להקמת מבנה רביעי, גם הוא אגף נוסף של בתי המגורה.⁸ בסעיף 7(א) להסכם זה נקבע כי בתום תקופת החוזה יעבור האגף הרביעי (בתמורה) לבעלות רשות הנמלים והרכבות. גם בהסכם זה נקבע כי הוראות ההסכם הראשון יחולו.⁹

עוד בשנת 1961 הוקמה רשות הנמלים. עם הקמתה הועברו אליה כל שטחי המקרקעין בשטחי הנמלים בישראל¹⁰ והועברו אליה כל סמכויות הממשלה על פי הסכמים, התקשרויות, ועסקאות שהיו בני תוקף לגבי נמלי הרשות ערב כניסת החוק לתוקף. במסגרת זו הומחו לרשות הנמלים גם כל זכויות הממשלה הנובעות מהתקשרויות כאמור, היינו – בין השאר – זכויות הממשלה וסמכויותיה על פי ההסכם הראשון והשני¹¹. על ההסכם השלישי, משנת 1968 – חתמה רשות הנמלים בעצמה. כיום רשות הנמלים היא שקשורה אפוא עם דגון בכל שלשת ההסכמים.

כל שלשת ההסכמים מסתיימים בסוף חודש ינואר 2003.¹² לעת סיומם נושאים כל ההסכמים פניהם לנושא זכות הקדימה – האופציה שיש לדגון להוסיף ולהפעיל את בתי המגורה בתנאים שיוצאו לרשות הנמלים עבור הפעלת המגורות "בתום לב על ידי מציע רציני".

השאלות העיקריות הדורשות מענה בבקשה זו הן כדלקמן: ראשית, האם הסדר זכות הקדימה הינו הסדר כובל; שנית עולה השאלה האם החוק חל כלל על הסדר כובל שנכרת בשנת 1951, טרם חקיקתו לראשונה של חוק הגבלים עסקיים בישראל; שלישית – האם מדובר בהסדר כובל שיש לפוטרו, קרי – האם מדובר בהסדר כובל הפוגע בתחרות פגיעה של ממש. אדון בשאלות אלה כסדרן.

3. זכות קדימה כהסדר כובל

האם התחייבות של אדם כי ייתן זכות קדימה לספק שירות מסויים על פני כל ספק אחר היא הסדר כובל? סבור אני כי בנסיבות המנויות לעיל יש להשיב על שאלה זו בחיוב. אפרט טעמי לכך.

⁶ פרק המבוא של ההסכם הנ"ל, שנערך בצורת מכתב שכתבו ביום 2.11.60 מנהל נמל חיפה וחשב משרד התחבורה לנציגי דגון, ושעליו חתמו נציגי דגון כי הם מסכימים לתנאים המופיעים בו.

⁸ פרק המבוא להסכם מיום 20.08.1968.

⁹ בסעיף 8 להסכם נקבעה שורת הוראות של ההסכם המקורי שלא תחולנה על ההסכם החדש. הוראות סעיפים 45(ב) ו-16 אינן נזכרות, ועל כן הן חלות גם על המבנה הרביעי.

¹⁰ סעיף 38(א) לחוק רשות הנמלים והרכבות, התשכ"א – 1961.

¹¹ סעיף 39(א) לחוק.

¹² סעיף 3 להסכם הראשון, סעיפים 1(א) ו-9 להסכם השני, וסעיף 7(א) להסכם השלישי.

הדיון בכבילה (Restraint) שבהסדר או הנובעת ממנו, מחייב הידרשות למרחב התחרות האפשרי לולא קיומה של הכבילה. במקרה דנא מדובר בתחרות על מתן הזכות להפעיל את בתי הממגורה שבנמל חיפה לתקופה ממושכת. הזכות יכולה מעצם טיבה להינתן רק לגורם אחד ועל כן, כמו במקרים אחרים של מתן זכות יחיד (Franchise Bidding), מתאפשרת התחרות רק בנקודת הכניסה להסכם ההפעלה, עת בוחרת רנ"ר מי מבין כמה גורמים ייבחר על ידה להיות המפעיל. לשם כך בכוונת רנ"ר לקיים מכרז המאפשר לגורמים שונים להתחרות זה בזה.

מאחר וזכות ההפעלה ניתנת לתקופה ממושכת – קיימת חשיבות רבה למניעת הגבלה תחרותית כלשהי במכרז. הקפדה זו היא פועל יוצא של העובדה שלמן נתנית זכות ההפעלה – אין המפעיל הנבחר חשוף לתחרות כלשהי והוא למעשה בעל מונופולין. הכפפתו, בנקודת הכניסה – המכרז, לתחרות מול אחרים על התנאים בהם ייתן את השירות לציבור הרחב – היא המבטיחה כי במשך תקופת ההפעלה ייחנה הציבור מתנאי הפעלה תחרותיים.

על רקע זה יש לבחון את משמעות הכבילה הקונקרטית שהביאו בפניי הצדדים: מתן זכות לדגון להשוות את התנאים המיטיבים ביותר שיוצעו על ידי מציע כלשהו במכרז – וליטול ממנו את הזכייה. בפן הפורמלי שלה – אין הזכות מבטלת את התחרות המכרזית, אך היא פוגעת בה קשות.

פועל יוצא של הזכות שניתנה לדגון הוא בהפחתת התחרות. לכאורה יוכל אמנם כל המעוניין בהפעלת בתי הממגורה להגיש הצעה במכרז, ואם יציע להפעיל את בתי הממגורה במחיר נמוך מזה שתהיה דגון מוכנה להציע – יזכה במכרז. ואולם הידיעה שבכל מקרה שמורה לדגון האפשרות ליטול ממנו את זכות ההפעלה, גם אם יציע מחיר טוב משלה, על ידי מימוש זכות הקדימה הנתונה לה בהסדר – פוגמת בתחרות. הדבר עלול, בהסתברות לא מבוטלת, להרתיע מלכתחילה משתתפים פוטנציאליים מהגשת הצעות למכרז, וודאי מהשקעת המשאבים הדרושים להשגת מידע ולעריכת תחשיבים לקראת הגשת הצעה. המדובר בחוזה הפעלה לתקופה ארוכה, ועל המבקש להגיש הצעה יהיה – מטבע הדברים – לבדוק את עלויות המימון של ההשקעה, את ההחזר השנתי, וכיוצא באלה. כאשר משתתף פוטנציאלי יודע מראש כי לאחר שיטרח, ישקיע וייכנס לעלויות שונות: זמן, כח אדם ומשאבים אחרים בגיבוש הצעה, תוכל דגון להודיע על הסכמתה לפעול בתנאים שהוצעו על ידו, ולקטוף מידי את כל פירות עבודתו – יירתע אותו מציע פוטנציאלי כלל מלבוא בשעריו של המכרז.

ועוד זאת: ההתמודדות במכרזים ארוכי טווח של מתן זכות הפעלה אינם חד-מימדיים. מעבר לגובה ההצעה הכספית, עומדים על המדוכה פרמטרים נוספים כמו מסורת הביצוע של המציע, איתנותו, אופי עבודתו, המלצות אודות איכות עבודתו, מוסר העבודה שלו, וכיוצא באלה. זכות הקדימה אשר ניתנה לדגון – מעקרת את ההתייחסות לרל אלה. שהרי די בכך ושדיו השווה את התנאים הממוניים שיוצעו לרנ"ר "בתום לב על ידי מציע רציני" – כדי להביא לזכייה. נמצא כי מימד חשוב של התחרות המכרזית מנוטרל באופן זה על ידי ההגבלה.

על שני היבטים מפחיתי תחרות אלה של זכות הסירוב הראשון עמד בית הדין בפרשת **איסכור**:

"מחד, צודקים המשיבים בטענתם כי, בעקרון, זכות הסירוב הראשונה איננה מעקרת במקרה זה לחלוטין את התחרות, שכן להנדסת תאורה יהיה אינטרס

להשיג מפקר את התנאים הטובים ביותר שהיא יכולה לקבל בשוק. כך, יוכלו גם מתחריה של פקר פלדה לנסות ולהציע להנדסת תאורה תנאים טובים מאלה המוצעים לה על ידי פקר.

עם זאת, ביחסים שבין המיזם לבין פקר, שולל ההסדר מהמיזם את האפשרות לנסות ולהשיג מפקר תנאים טובים יותר מאלה המוצעים על ידי מתחריה של פקר, וביחסים שבין המיזם לבין מתחריה של פקר הוא מונע מהמיזם, בתנאי שוויון בהצעות, את החופש לבחור בספק הרצוי לו.

יתר על כן, מקובלת עלי גם טענת ב"כ העוררות, כי תחרות כזו, שבה ידוע מראש שכל עוד מדובר במחירים שבהם קיימת כדאיות כלכלית, מבחינתה של פקר, לספק את הפלדה למיזם, יהא לה תמיד יתרון על פני מתחריה, ושכדי לזכות בהזמנות, יהא על המתחרים להגיש להנדסת תאורה הצעות נמוכות מהמחיר שהוא כלכלי עבור פקר, ספק אם המתחרים כלל ינסו להתחרות עם פקר באספקת פלדה להנדסת תאורה. סביר להניח שהנחת המוצא של המתחרים תהא, כי בתנאים כאלה אין סיכוי של ממש להתחרות בפקר ואין טעם מבחינתם, להשקיע מאמצים בתחרות כזו, רק כדי לסייע להנדסת תאורה להפחית את המחיר שהיא יכולה להשיג מפקר.¹³

גם באיחוד האירופי נתפסות זכויות סירוב ראשונות כנושאות פוטנציאל לפגיעה בתחרות. פסק הדין המנחה בעניין זה הוא פסק הדין בעניין Hoffmann-la Roche¹⁴, בו נקבע כי זכות סירוב ראשון (מן הסוג המכונה: "English clause") עשויה להוות ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי (בשל הפגיעה בתחרות), מכח האיסור הקבוע בסעיף 86(3) לאמנת רומא (כיום סעיף 82(3)).

3.2 "בני אדם המנהלים עסקים"

רכיב נוסף בקיומו של הסדר כובל הוא היותם של הצדדים לו "בני אדם המנהלים עסקים". עניין זה מצריך בחינה משום ששניים מבין שלשת ההסכמים נחתמו מלכתחילה על ידי ממשלת ישראל, שהמחתה את זכויותיה וחובותיה על פיהם לרנ"ר (בחוק רשות הנמלים והרכבות). כאמור, ההסכם השלישי נחתם מלכתחילה על ידי רנ"ר.

הסכם שהממשלה היא צד לו יכל שיהיה הסכם בין בני אדם המנהלים עסקים. אין בעובדה שהממשלה היא צד להסכם כדי להוציאו באופן אוטומטי מגדר "הסכם בין בני אדם המנהלים עסקים". השאלה המרכזית לעניין זה היא שאלת אופיה של ההתקשרות: מקום שהשלטון מבצע פעולה בעלת אופי מסחרי – במובן זה שהוא מספק שירות כלכלי לציבור – הריהו כפוף להוראות חוק ההגבלים העסקיים¹⁵. מאידך, בפעולה שמבצע השלטון כקובע נורמות וכמסדיר (רגולטור) – אין הוא כפוף לחוק ההגבלים העסקיים, גם אם לפעולתו היבטים כלכליים. תחולתו של החוק

¹³ ערר 1/97 (י-ם) איסכור שרותי פלדות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים; 1997 הגבלים עסקיים 3001361.

¹⁴ Case 85/76 Hoffmann la-Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities [1979] 3 C.M.L.R. 211.

¹⁵ ע"א 2768/90 פטרולגו נ. מ"י ואח' מו(3) 599.

מותנית באופי הפעולה שמבצע השלטון והאבחנה היא בין פעולה שלטונית נורמטיבית לפעולה מסחרית של השלטון.¹⁶

בהתקשרה בהסכם לא הפעילה המדינה כל סמכות נורמטיבית – היא לא חוקקה חוק, לא תיקנה תקנות, לא הוציאה צו ולא יצרה נורמה אחרת. המדינה לא פעלה כאן כל פעולה שלטונית נורמטיבית. היא פעלה כמי שאחראית לאספקת שירות כלכלי לציבור, וקבעה את זהותו של מי שיבצע חלק משירות זה. ככזו אין המדינה נפטרת מעולו של חוק ההגבלים העסקיים. כבר נקבע, ואף בהקשר הספציפי של רשות הנמלים והרכבות, כי –

”...אף מבחינת אופי ההתקשרות, ברור כי אין המדובר בפעולה הנעשית כחלק מ”פעולתה השלטונית” של המדינה. אכן, כאשר המדינה ”ורדת אל זירת התחרות” ומתחרה בה כאחד השחקנים, חלים עליה כללי המשחק במלואם. אין כל סיבה להעניק פטור בתחום כשרותה ”המסחרית” של המדינה.”¹⁷

בהתקשרה בחוזה להקמת בתי ממגורה אמנם לא ”ירדה” המדינה לזירת התחרות, שכן לא לקחה חלק פעיל בתחרות כמתחרה, אולם היא ”ירדה לזירת המסחר”, והגיונם של דברים ששם יפה אף לכאן. לכך יש להוסיף את העובדה שכיום הגוף שהוא צד להסדר הינו רנ”ר, עליה כבר נאמר:

”... רשות הנמלים והרכבות – ככל רשות המהווה תאגיד סטטוטורי – אינה ה”מדינה” לעניין סעיף 42 לפקודת הפרשנות. ממילא אין לראותה כ”מדינה” לצורך העניין שבפנינו. ואמנם, בעניין רשות הפיתוח נ. היועמה”ש קבע השופט (כתוארו אז) לנדוי, כי חסינות המדינה מחוקים בהם היא אינה נזכרת במפורש אינה חלה על ”תאגיד ציבורי שהוקם על פי חוק”. היות ולעניין חסינות זו אין לראות את רשות הנמלים כ”מדינה”, לא מצאתי כל טעם מבורר מדוע יש לראותה כ”מדינה” בעניין שלפנינו.”¹⁸

חיזוק למסקנה זו ניתן למצוא בניתוח שערך בית המשפט העליון בשבתו לדון, בעניין **אדלסון**,¹⁹ בסוג הפעולות לגביו תעמוד חסינות הריבון הזר. האבחנה בה נקט בית המשפט היא כדלקמן:

”...השאלה שעל השופט לשאול את עצמו הינה, האם גוף פרטי, שאינו המדינה, יכל להיות צד לפעולה שהמדינה ביצעה, וזאת גם אם לשם כך נדרש אישור או היתר מטעם המדינה? אם התשובה היא בחיוב, כי אז עניין לנו בפעולה ”פרטית” של המדינה, אשר חסינות המדינה הזרה אינה משתרעת עליה. לעניין

¹⁶ בסיווג של פעולה כ”פעולה שלטונית” אין די כדי לתת מענה לשאלה האם פטורה היא מעול החוק: כל פעולה הנעשית על ידי גוף שלטוני היא ”פעולה שלטונית” במובנו והמילולי של ביטוי זה, ובעשוננו את אותו פעולה מפעיל השלטון מניה וביה את סמכותו השלטונית.¹⁶ אך, ההבחנה החשובה לעניין תחולתו של חוק ההגבלים העסקיים היא בין סמכות שלטונית במובנו הגרעיני של ביטוי זה – היא הסמכות השלטונית הנורמטיבית, לבין סמכות שלטונית במובנה הכללי יותר: מעטפת הכוחות והסמכויות שמפעיל השלטון בעשותו פעולות מסחריות (ואחרות), שאינן מיוחדות דווקא לשלטון כריבון.

¹⁷ הודעה על מתן פטור לרשות הנמלים והרכבות מהחובה לקבל את אישור בית הדין להגבלים עסקיים להסדר כובל; 1996 **הגבלים עסקיים** 3001394, בעמ’ 8, סעי’ 21 להחלטה המודפסת.

¹⁸ שם, בפסקה 20.

¹⁹ והשווה: ע”א Her Majesty The Queen In Right Of Canada 7092/94 נ. אדלסון, נא (1) 625, 646.

זה אין נפקא מינה אם הפעולה אינה לצרכי רווח, ואם המטרה המונחת ביסודה היא הגשמת תכנית לאומית²⁰.

בהתקשרה בהסכם להקמת בתי ממגורה עשתה הממשלה פעולה מן הסוג שגם גוף פרטי יכול לעשותה. אמנם, אין ספק כי המדינה רואה לנגד עיניה בהתקשרה בהסכם את טובת הציבור, אולם את הפעולה של התקשרות להקמת בתי ממגורה מבצעים בפועל גם גופים פרטיים, כפי שתעיד העובדה שקיימים לא מעט בתי ממגורה פנים ארציים (שאינם בבעלות המדינה)²¹. אין ספק, כי אילו היה גוף פרטי מעוניין להקים בית ממגורה בשטח הנמל – היה עליו לבקש את אישור המדינה, שמקרקעי הנמל היו מצויים בשנת 1951 בבעלותה, אולם לעניין זה אין המדינה שונה מכל בעל אדמות שמאן דהוא מבקש להקים מבנה על קרקע השייכת לו.

3.3 סיכום – הזכות מהווה הסדר כובל

נמצא כי זכות הקדימה שניתנה לדגון עלולה להפחית את התחרות וכי ההסכם נערך בין "בני אדם המנהלים עסקים", כמובנו של מונח זה בחוק. זכות הקדימה נופלת, על כן, לגדרו של סעיף 2(א) לחוק²². ככזו, היא מהווה הסדר כובל.

4. תחולת חוק ההגבלים העסקיים על הסדר כובל שנכרת לפני חקיקתו

ההסכם הראשון בין המדינה לבין דגון נחתם בשנת 1951, טרם חקיקת חוק ההגבלים העסקיים התשי"ט – 1959, אשר אסר לראשונה על צד להסדר כובל לפעול לפיו אלא אם קיבל לכך אישור ממועצת ההגבלים העסקיים (כיום – לפי החוק מתשמ"ח – בית הדין להגבלים עסקיים).

זכות הקדימה אשר הוענקה לדגון לגבי הפעלה לתקופה נוספת של שני בתי הממגורה שהוקמו מכוח ההסכם הראשון – הוענקה, אם כן, טרם אסר המחוקק על כריתתם של הסדרים הפוגעים בתחרות. על רקע זה, נשאלת השאלה האם כפופים הצדדים לחוק אשר לא היה בנמצא עת התקשרו בהסכם או שמא רשאים הם לבצע את שהסכימו, ללא כחל וסרק, כאילו קפא הדין שהיה בתוקף עובר לכריתת ההסדר? בהקשר זה נוהג הכלל היסודי אשר בהעדר אמירה מפורשת סותרת בחוק – אוסר לשנות למפרע את הסטטוס החוקי של מעשיו המוגמרים של אדם. ביסודו של כלל זה גלומה ההנחה כי מי שפעל כדין ומילא אחר כל דרישות החוק בעת שפעל – אינו צריך למצוא עצמו, בהעדר טעם מיוחד לסתור²³, במצב בו מסוכלים מעשיו והופכים לאפס ואין.

²⁰ שם, בעמ' 655.

²¹ נתונים אלה התקבלו ברשות ההגבלים העסקיים בתשובה לדרישות נתונים.

²² זכות הקדימה נופלת, לאור האמור בפסק דינו של כב' השופט עדיאל בעניין חברת החשמל - הע 491/98 חברת החשמל לישראל בע"מ נ. הממונה על ההגבלים העסקיים, 1999 הגבלים עסקיים 3002628 - גם לגדרו של סעי' 2(ב)(3) לחוק, בהיותה כבילה הנוגעת ל"חלוקת השוק לפי סוג האנשים שעמם יעסקו". ר' פסק הדין הנ"ל, סעיף 88 לפסק הדין המודפס.

²³ טעם מיוחד כזה יימצא למשל כאשר מטעמים של אינטרס ציבורי מובהק – קם צידוק לשינוי סטטוס והחוקי הופך פסול. דוגמה קיצונית כזו תימצא כאשר מעשה שהיה חוקי עובר להשלמתו יוצר סכנה לשלום הציבור.

ברם, בענייננו אין מדובר בשינוי למפרע של תוצאותיו החוקיות של מעשה שהושלם. נהפוך הוא, זכות הקדימה הפכה רלבנטית רק לאחר שתמה תקופת ההפעלה הראשונה בת למעלה מ- 50 השנים ואחר שהוברר כי אין המדינה או רנ"ר נוטלות את הפעלת הממגורות לעצמן, כפי שזכותן המלאה לעשות לפי ההסכם. במצב זה כפופה זכות הקדימה לכל מגבלה שבדין, גם אם מועד היווצרה (להבדיל ממועד השימוש בה) קודם למועד כניסתו של הדין לתוקף. הדין אינו קופא על שמריו ואין צדדים להסכם באשר הוא זכאים להקפואו. אם השלימו הצדדים את מעשיהם – לא יהפכו אלה לבלתי חוקיים רק משום שינוי שבדין. ברם, כאשר מטיל המחוקק מטעמים שבאינטרס הציבור, הגבלות או איסורים על חלק מהסכם (או על ביצועו) – אין הצדדים להסכם פטורים מלמלא אחר הגבלות ואיסורים אלה. עמד על כך גם השופט לנדוי בפרשת רייכנשטיין:²⁴

"מטרה זו בולטת גם מן הסעיף 5, המטיל איסור על תשלומים למתווכים הגורמים לניפוח ההוצאות, על חשבון התובעים. איסור זה שהוטל מטעמים של טובת ציבור התובעים חייב לגבור על הפגיעה ביחסים חוזיים קיימים, הכרוכה בשלילת העמלה בכל מקרה שבו טרם הגיעה העמלה לכיסו של המתווך."

באותו עניין קבע בית המשפט העליון כי איסור תשלום עמלה למי שהשיג עבודה משפטית – חל גם על התקשרות למסירת עבודה כזו שנעשתה טרם הטלת האיסור, כל עוד לא שולמה העמלה. בית המשפט העליון בפרשת רייכנשטיין, אף הביא כדוגמה את תחולתו של חוק ההגבלים העסקיים על הסכמים שנכרתו טרם כניסתו לתוקף של חוק ההגבלים העסקיים:

"דוגמה לדרך דומה של חקיקה לזו שבסעיף 5 הנ"ל ניתן למצוא בחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט1959, אשר אסר הסדרים כובלים שעד לחקיקת אותו חוק היו כשרים לפי הדין. בסעיף 40 לאותו החוק נאמר ש"אדם שהוא צד להסדר כובל לא יעשה דבר שהסכים לעשותו על-פי אותו הסדר..... כל עוד לא ניתנה החלטת המועצה". בסעיף 42 לאותו חוק נקבע עונש לכל מי שעובר על הוראות סעיף 40. אין ספק, שהאישור שבסעיף 40 חל גם על הסכמים, שנעשו לפני תחילת החוק, אם כי בזמן שאותם הסכמים נעשו הם היו כשרים לפי הדין. כשם שאין להכניס בדרך פרשנות הוראה לסעיף 40 של חוק ההגבלים העסקיים, שתגביל את תחולתו רק לחוזים שנעשו אחרי תחילת אותו חוק, כן אין להכניס לסעיף 5 של החוק שבו אנו דנים הוראה שתגביל את תחולתו רק להשגת טיפול שנעשתה אחרי תחילת החוק"²⁵.

לכך יש להוסיף שני אלה: ראשית, ההסכם השני והשלישי, והלוא הם חלק בלתי נפרד מזכות הקדימה, נכרתו לאחר כניסתו לתוקף של חוק ההגבלים העסקיים הראשון, ובכל זאת מעולם לא ותבקש בגינם רל היחר או אישור מהמועצה; שנית, האינטרס שביסוד חוק ההגבלים העסקיים אינטרס ציבורי הוא: מניעת מונופולין בשוק בדרך של הסדר כובל או בדרך של מיזוג. במקרה

²⁴ ע"א 331/70 פרידריך רייכנשטיין נ' התאחדות עולי רומניה, 258 בע"מ 259.

²⁵ פרשת רייכנשטיין, בע"מ 258.

בבואנו לדון בהתייחסות דיני התחרות בארה"ב לסוגייה שבפני – יש להבחין בין שני מצבים: מצב ראשון הוא מצב של התנגשות בין שני חוקים **פדראליים** (ש אחד מהם הוא, לענייננו, חוק ההגבלים העסקיים). מצב שני הוא מצב של התנגשות בין **דין פדראלי לדין מדינתי**. במקרה זה האחרון נוטה דוקטרינת ה-State Action **להקל** עם הטוען לפטור. הטעם לכך נעוץ ברצון לאפשר מרחב מחיה לדיני המדינות המרכיבות את הפדרציה וסממן זה ייחודי הוא, כמובן, למבנה החוקתי בארה"ב.²⁸ ואולם, במצב האחר – כאשר שני חוקים פדראליים מסדירים אותו עניין, **מסרב** הדין האמריקאי להכיר בפטור משתמע מתחולת דיני ההגבלים העסקיים. לעניין זה נקבע מבחן אחר:

"Even when the regulation is pervasive, and the precise conduct attacked in an antitrust suit is regulated, an immunity will be found only if the antitrust remedy **conflicts** with rather than complements the enforcement efforts of the regulatory agency".²⁹

נמצא כי תנאי לפטור בארה"ב הוא כי בין דיני ההגבלים לדין ספציפי אחר תקום "**התנגשות חזיתית**", כזו שאינה מאפשרת כלל החלת דיני ההגבלים **לצד** ההסדר הסטטוטורי הספציפי.

ברור הדבר, כי בישראל אין טעם באימוץ הכלל האמריקאי העוסק ביחס המיוחד שבין חקיקה פדראלית למדינתית. מה שניתן אפוא ללמוד מן הדין בארה"ב, הוא דווקא כי בהעדר התנגשות חזיתית נקודתית בין דיני ההגבלים העסקיים לבין הדין המסדיר את פעולת הגוף המבקש את הפטור – יוסיפו דיני ההגבלים העסקיים לחול. בדרך זו הלך גם בית הדין בקובעו:

"הסדר סטטוטורי ידחה את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים במקום שהוא מתנגש עם דינים אלה, ואינו מתיישב עם הפעלתם. אולם, דיני ההגבלים העסקיים לא יידחו אך בשל כך שהדין המיוחד החל על התאגיד יכל שיביא לאותה תוצאה. מכאן, שגם אם נניח, כי הדין המיוחד החל על התאגיד...יכל שישדיר במלואה את פעולתה של בזק, גם במישור של דיני התחרות, גם אז אין בכך כדי לשלול עקרונית את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים".³⁰

ובאשר לתחולת דוקטרינת "מעשה המדינה" בארה"ב, כפי שזכרה בפסק דין *Parker*³¹ (לעניין התנגשות בין הדין הפדראלי לדין המדינתי), קבע בית הדין כי אין ללמוד ממנה לענייננו.³² נמצא כי אם נאמץ את הכלל האמריקאי הישים למקרה שבפני תהיה המסקנה כי אין רני"ר זכאית

²⁸ בניגוד לדין האירופי, אין דרישה לכפיה של המדינה, וההלכה מסתפקת בתנאים קלים יותר: שני התנאים לכך שגוף המדינה יחולק. *החלטת שירות המבחן, 1998, 12 פ"ד 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.*

²⁹ *United States v. American Telephone & Telegraph Co.* 461 F Supp. 1314, 1326.
³⁰ ע"ר 7/95 "בזק" חברה ישראלית לתקשורת בע"מ נ. הממונה על ההגבלים העסקיים דינים מחוזי לב (1) 66, בעמ' 9, פסקה 13 לפסק הדין.

³¹ *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341.

³² ע"ר 7/95, לעיל ה"ש 30, בעמ' 12, פסקה 15 לפסק הדין.

לפטור, בהעדר התנגשות "חזיתית" בין דבר החקיקה המסדיר את תחום פעילותה של רני"ר לבין חוק ההגבלים העסקיים.

גם אם נבחן את ההסכמים הנדונים במשקפי הדוקטרינה האירופית³³ – לא תוכל רני"ר ליהנות מן הפטור. זאת, כיוון שתנאי לתחולת הדוקטרינה הוא כי המדובר במעשה בעל אופי שלטוני. במקרים בהם פועלת המדינה במסגרת המשפט הפרטי – לא תיהנה אף המדינה עצמה מהגנה מפני החוק, ומדוע זה יתאפשר לגוף הפועל בשם הממשלה ליהנות מן ההגנה? מכאן, כי במקרה זה אין כל תחולה לחריג הקבוע בסעיף (1) לחוק, כמו גם לדוקטרינת "מעשה המדינה". אעבור אפוא לשאלה אם ראוי ההסכם לפטור.

6. התנאים למתן פטור

סמכותי למתן פטור להסדר כובל מקבלת אישור בית הדין להגבלים עסקיים קבועה בסעיף 14(א) לחוק, ומותנית בהתקיימותם של שני תנאים מצטברים:

א. הכבילות שבהסדר אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק כאמור;

ב. עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

6.1 התנאי הראשון:

תנאי זה כולל, למעשה, שני תנאי משנה חלופיים, שכבר הזכרתי לעיל, והם:

הכבילות שבהסדר אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק כאמור;

6.1.1 חלק השוק המושפע מן ההסדר – מהותי וניכר

על פי המידע שבידי הרשות, קיימים רק שני בתי ממגורה נמליים משמעותיים בישראל – אחד בנמל חיפה והאחר – בנמל אשדוד (בנמל אילת אין בתי ממגורה). גם בית הממגורה שבנמל אשדוד נמצא בבעלותה של דגון (באמצעות חברת בת). על פי המידע שהועבר לרשות, 90% מסך היבוא לישראל של גרעינים – נפרק ומאוחסן באחד משני בתי הממגורה הנמליים. מתוך אותם 90%, 15% נפרקים ומאוחסנים בנמל אשדוד, ויתרת 75% מכלל יבוא התבואה לארץ (כ-3 מיליון טון בשנה) נפרקים ומאוחסנים בממגורת שבנמל חיפה. החלטת משרד האוצר במסגרת תכנית ההגנה מאחזקותיה של דגון בממגורת נמל אשדוד) על 75% מסך יבוא התבואה לארץ.

בפנים הארץ קיימים בתי ממגורה נוספים, אולם אלה אינם תחליפים קרובים לממגורות הנמליות. הסיבה לכך נעוצה בשוני שבין פריקת אניות לממגורה נמלית לבין פריקת אניות

³³ ר' הע 491/98 הי"ש 22 לעיל, ע"א 2768/90, לעיל הי"ש 15.

לממגורות פנים ארציות: בעוד שפריקה לממגורה נמלית נעשית (לפחות בנמל חיפה) באמצעות **מסוע** הרי שפריקת תבואה לממגורה פנים ארצית שאינה בנמל מחייבת פריקת האניה באמצעות **משאיות** (המעבירות את הגרעינים לממגורה פנים ארצית). לשוני זה השלכות כלכליות מהותיות:

ראשית, פריקה לממגורה פנים ארצית מחייבת העמדת מספר מספיק של משאיות בסמוך לאניה בזמן נתון, עניין הכרוך בעלויות ניכרות ובהיערכות לוגיסטית משמעותית.

שנית, הפריקה האוטומטית לממגורה מהירה הרבה יותר מן הפריקה באמצעות משאיות (כאשר לעתים נאלצת אותה משאית לבצע מספר סבבים של פריקה, בשל העדר מספר מספיק של משאיות). גם עניין זה יוצר יתרון עלותי משמעותי לפריקה לממגורה הנמלית, וזאת בשל העלות של ימי המתנה בנמל. המתנה של אניית משא למשך יום גורמת לעלות של יום אניה ושל יום רציף, הנעים (במאחד) בסכום של בין \$13,000 ל-\$22,000 ליום. לפיכך, יש חשיבות רבה לפריקה מהירה של האניה בהגיעה לנמל. ממילא, גם במקרים בהם ניתן טכנית לפרוק את האניה הספציפית במישרין לממגורה פנים ארצית – עלול הדבר להביא להפסד כספי ניכר, ובכל מקרה ודאי אינו ישים לגבי מספר רב של אניות בו זמנית.

לאור האמור משמשים בתי הממגורה הנמליים לאחסנת ביניים עד להעברת הגרעינים לממגורות פנים ארציות שם הם מאוחסנים באופן קבוע. ואכן, כ-90% מן התבואה מוצאת מן הממגורה הנמלית בתוך עשרה ימים מהגיעה³⁴. העולה מן האמור, כי הממגורות הפנים ארציות אינן תחליפיות לממגורות הנמליות. תפקידן המרכזי של הממגורות הנמליות הוא אחסנה עד שתתאפשר העברת התבואה לאחסנה קבועה בממגורות הפנים ארציות. לפיכך, ככל שהדברים אמורים בתחום התבואה המיובאת – חולשת דגון בנמל חיפה על 75% מן השוק (בחוליה שבה היא פעילה), והממגורות הפנים ארציות אין בהן כדי להקטין את נתח השוק הנ"ל³⁵.

שאלה נוספת שיש לעורר בהקשר של השוק המושפע מן ההסדר היא **מיהו** המושפע מן ההסדר, היינו מיהו הצרכן של שירותי הממגורה הנמליים – רני"ר, בעלת הנמל, או ציבור המשתמשים. אקדים את המאוחר ואציין כי מסקנתי היא שמי שיושפע בסופו של דבר מהעדר התחרות הוא ציבור המשתמשים, ולא רני"ר בלבד.

ממילא לא ניתן בנסיבות אלה לומר כי ההסכם אינו משפיע על חלק ניכר מן השוק המושפע ממנו.

6.1.2 פגיעה של ממש

מן הטעמים שפורטו בפרק השלישי של החלטתי זו – צפוי מימוש ההסכם לגבי זכות הקדימה להפחית באופן ממשי את התחרות על הפעלת בתי הממגורה. פגיעה זו – פגיעה של ממש היא.

³⁴ רני"ר מעניקה פטור מתשלום דמי אחסנה למאחסנים תבואה בממגורה הנמלית אם הוצאה התבואה מן הממגורה בתוך פרק הזמן הנזכר.

³⁵ מידת התחליפיות בין ממגורות נמל חיפה לממגורות נמל אשדוד לא נבחנה על ידי רשות ההגבלים העסקיים, משום שגם אם נניח לטובת דגון כי היא שולטת "רק" ב-75% מן השוק – עדיין משפיע ההסכם על חלק ניכר מן השוק המושפע ממנו.

במקרה דגן מדובר בשוק הנתון במונופולין – זה של דגון המפעילה כגורם יחיד את בתי הממגורה שבנמל למעלה משנות דור. המכרז אותו מבקשת רנ"ר לערוך הוא הצוהר החושף לראשונה את הפעלת הממגורות שבנמל חיפה – לתחרות, לאחר יובל שנים של שלטון יחיד. פגיעה בתחרותיות המכרז, כזו הגלומה בזכות הסירוב הראשון, פגיעתה עשויה להיות קשה.

ער אני לכך, שבכל מקרה יופעלו בתי הממגורה (בחיפה) על ידי מפעיל אחד בלבד – הוא הזוכה במכרז. אי מתן הפטור לא יגרום לתחרות יומיומית בין מפעילים שונים. ואולם, כמוסבר לעיל, עיקר הפגיעה בתחרות על פי ההסכם היא בשלב המוקדם לשלב הפעלת הממגורות – שלב המכרז על ההפעלה. החשש הוא כי מיעוט הניגשים למכרז (שהוא תוצאה של זכות הסירוב הראשון) ימנע תחרות ממשית של המציעים עוד בשלב הגשת ההצעה לרנ"ר.

אכן, ככל שיהא המכרז תחרותי יותר, פתוח יותר ובלתי כבול בתוצאתו הסופית לזוכה שזהותו ידועה מראש (דגון) – כן צפויה התחרות ליתן בו את אותותיה. בתנאים אלה של שוק המצוי במונופולין מזה תקופה ארוכה ביותר והנחשף עתה לראשונה לתחרות על הפעלתו – אין לומר כי לא תהא זו פגיעה של ממש אם תיגרע התחרותיות שבמכרז. נהפוך הוא – יש לומר כי אינטרס הציבור ינוק אם לא תשרור במכרז ובקביעת הזוכה ותנאי הזכייה – תחרות מלאה.

בהקשר זה יש לציין, כי רנ"ר פרסמה ביום 04.12.01 בעיתונות את דבר קיומו של המכרז³⁶, והזמינה מפעילים פוטנציאליים להגיש הצעות שתשמשנה לקביעה מוקדמת של כשירותם להשתתף במכרז. עיון במסמכי המכרז, שאליהם הופנו המציעים הפוטנציאליים, מלמד כי רנ"ר מעדכנת את המשתתפים הפוטנציאליים בקיומה של זכות סירוב ראשון של דגון, ומציעה פיצוי כספי – ששיעורו או אופן חישובו אינם מוגדרים – למגיש ההצעה הזוכה, אם לא יוכל להפעיל את הממגורות בשל הפעלת זכות הסירוב הראשון על ידי דגון³⁷. ברור, כי תניה זו נוסחה על מנת לתמרץ את המתמודדים הפוטנציאליים להגיש הצעות למכרז על אף זכות הסירוב של דגון. מעבר לעובדה שבסעיף אין, לפחות בשלב זה, כדי למגר את החשש של מציע פוטנציאלי מהשקעת המשאבים הדרושים להגשת הצעה (שהלא אין כל ודאות כי יהיה בפיצוי כדי להוות החזר, ולו מינימלי, של ההשקעה, וודאי לא יהא בו כדי להוות תחליף להפעלת בתי הממגורה, הדבר בו מעוניין המציע הפוטנציאלי), הרי שעצם הצורך בקביעת פיצוי מלמד כאלף עדים על הפגיעה התחרותית שגורמת זכות הסירוב.

דגון טענה בפני הרשות כי מכיוון שהתעריפים המשולמים על ידי צרכני שירותי הממגורה נקבעים בתקנות ולא על ידי רשות הנמלים או על ידי מפעיל הממגורה³⁸ – הרי שהנהנית היחידה מהפחתת התעריפים (הפחתה שהיא, כמוסבר לעיל, תוצאת התחרות במכרז) היא רשות הנמלים בלבד. על פי הטענה, התחרות במכרז הינה למעשה על התעריף שתשלם רשות הנמלים למפעיל הממגורה, אולם לתעריף זה לא תהא כל השפעה על התעריף שתגבה רשות הנמלים (בהתאם לתקנות) מן

³⁶פרסום זה בא חלק הפרסום מיום 04.09.01.

³⁷סעיף 20(ג) קובע: "במקרה שהזוכה במכרז לא יוכל להפעיל את הממגורות בשל הפעלת זכות סירוב ראשונה על ידי דגון, או בשל החלטה של הרשות על הפעלה עצמית, הרשות תעניק פיצוי כספי לזוכה. גובה הפיצוי יצוין בפני המועמדים לקראת הגשת ההצעות".

³⁸התעריפים קבועים בסימן יא לתקנות הנמלים והרכבות, התשל"א – 1971. את התקנות מתקינים שר התחבורה ושר האוצר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, כמותווה בסעיף 21 לחוק רשות הנמלים והרכבות, התשכ"א – 1961.

17

המשתמשים בשירותי הממגורה, והחסכון בעלות לא ישים אלא להעשרתה של רשות הנמלים. טענה זו אינני יכול לקבל, בנסיבות העניין, מן הבחינה העובדתית. הטעם לדבר הוא, שעל פי מצגים מפורשים שהציגו בפני כל הנוגעים בדבר ובראשם מנהלה הכללי של רני"ר, מר עמוס רון, הרי שהתשלום הנגבה מן הציבור עבור שירותי מפעיל הממגורה ייגזר מן המחיר שיוצע על ידי מפעיל הממגורה במסגרת המכרז. אמנם, כיום קבוע התעריף הנגבה מן הציבור בתקנות, כפי שטוענת דגון³⁹, אולם הן רשות הנמלים והרכבות, הן משרד האוצר, והן משרד התחבורה אישרו בפניי בעל פה ובכתב⁴⁰, כי בכוונת רשות הנמלים, משרד האוצר, ומשרד התחבורה, לפעול לשינוי תקנות הנמלים והרכבות על מנת שהתעריף הקבוע בתקנות יהפוך להיות תעריף **מקסימום**, ועל מנת שיתאפשר למפעיל הממגורות לגבות את דמי השימוש במישרין מן המשתמשים.

זאת ועוד: הוצהר בפני כי אפילו לא תשונינה התקנות באופן האמור (אפשרות רחוקה לאור העובדה שרני"ר עצמה כבר החליטה להמליץ בפני שרי האוצר והתחבורה על שינוי התקנות באופן האמור ולאור העובדה שהן שר התחבורה והן שר האוצר מתכוונים לשנות את התקנות באופן האמור⁴¹), הרי שהחסכון שייגרם עקב התחרות במכרז בהפחתת הוצאות רני"ר – ישים כמקור כספי להפחתת תשלומי צרכנים עבור שירותי הנמל⁴². היינו, ההפחתה במחיר שירותי הממגורה הצפויה כתוצאה מקיומה של תחרות במכרז, תגולגל בכל מקרה לצרכני השירותים, ולא תישאר בסופו של יום בכיסה של רשות הנמלים. מכאן, כי העדרה של תחרות תפגע בצרכנים, ולא ברשות הנמלים עצמה, וממילא פוגע ההסדר פגיעה של ממש בחלק ניכר מן השוק המושפע ממנו.

לאור האמור, לא ניתן לומר כי התקיים התנאי הראשון (על אף אחד משני ראשיו החלופיים) למתן פטור. לפיכך לא אוכל לפטור את הצדדים להסדר מקבלת אישור בית הדין להסדר.

6.2 התנאי השני:

השאלה המתעוררת היא, האם הכבילה **נחוצה למימוש עיקרו של ההסדר**. לדעתי, אין הדבר כך. אמנם, הקמת המבנים היתה כרוכה בשנת 1951 מטבע הדברים בהשקעה מרובה, והמשקיע (דגון) חפץ להבטיח כי השקעתו תוחזר לו. לפיכך, טבעי הוא כי המשקיע בפרויקט עתיר השקעה שכזה דורש (ומקבל) זכיון לתקופת הפעלה ארוכה יחסית. לפיכך, כך ניתן לטעון, אלמלא ניתנה זכות כאמור – לא היו הממגורות נבנות לעולם. מוכן אני לקבל כי ללא הבטחה לתקופת זכיון מינימלית לא היו הממגורות נבנות. ואולם, גם אם דרושה היתה תקופת הפעלה ראשונית של חמישים שנים

³⁹ תקנות 260 ו-261 לתקנות הנמלים, התשל"א – 1971.

⁴⁰ משרד האוצר העביר ביום 06.03.02 מכתב החתום על ידי סגן הממונה על התקציבים, מר רון וולפמן, ורשות הנמלים העבירה חזרה על מסמכים ליריבויה מיום 29.03.02. המכתב נעשה כחלק מהתהליך להחלטת משרד האוצר על אישור על ידי מר אבשלום פלבר, סמנכ"ל לכלכלה וכספים ברשות הנמלים (וזאת בהמשך למכתב דומה שהועבר על ידו ביום 20.03.02). משרד התחבורה העביר ביום 29.05.02 מכתב החתום על ידי מנהל האגף לעיצוב מדיניות במשרד, מר אברהם ירושלמי, בו הוא מודיע כי בדעת שר התחבורה לשנות את התקנות באופן האמור.

⁴¹ שיעורי האגרות נקבעים, כאמור, בתקנות המותקנות על ידי שרי האוצר והתחבורה. בהתאם להוראת סעיפים 20 (ב) ו-21(א) לחוק רשות הנמלים והרכבות, התשכ"א – 1961 רני"ר היא הממליצה על שינוי התקנות, ובמקרים שאין היא הממליצה על שינוי התקנות – קיימת חובת התייעצות עמה. ביום 21.03.02 קיבלה מועצת רשות הנמלים והרכבות החלטה להמליץ בפני השרים על שינוי התקנות באופן האמור, וזאת בדרך של הוספת תקנה 268 בסוף סימן יא' לפרק השמונה עשר בתקנות. ביום 08.04.02 הועבר נוסח התקנות המוצע למשרד התחבורה.

⁴² מכתבו הנוכח של מר רון וולפמן, סעיף 3, וסעיף 5 למכתבו הנוכח של מר פלבר מיום 20.03.02.

כדי להבטיח את החזר ההשקעה – שונה המצב ביחס לזכות הסירוב: על פי ההסכם זכותה של הממשלה לנכס לעצמה את הממגורות בתום תקופת ההפעלה, וזכותה של הממשלה אף להפעיל את הממגורות בעצמה בתום תקופת הזכיון⁴³.

מכאן, כי דגון אינה זקוקה לפרק זמן נוסף על מנת להבטיח את החזר השקעתה. הזכות שהוענקה לדגון באה להעניק לה יתרון רק במקרה שתתקיים תחרות בינה לבין גורמים אחרים בשוק, ואינה קשורה להחזר ההשקעה המקורי.

זאת ועוד: משך תקופת התפעול הנוספת, שבה עשויה דגון לזכות כתוצאה מהפעלת זכות הסירוב הראשון – נתון להחלטתה של הממשלה. ההסכם אינו קובע כי לדגון תהיה הזכות לתקופת הפעלה נוספת קבועה בזמן, דבר שהיה עשוי אולי ללמד על כך שהתקופה הנוספת דרושה לצורך הבטחת החזר ההשקעה. דגון מבטיחה לעצמה יתרון באמצעות זכות הסירוב, ברכישת זכות ששוויה הכלכלי עשוי להשתנות מן הקצה אל הקצה. טול לדוגמא מצב שבו רנ"ר מחליטה כי תקופת ההפעלה הנוספת תהיה של חמישים שנה אל מול מצב שבו רנ"ר מחליטה כי תקופת ההפעלה הנוספת היא של שנה בלבד. בשני המקרים מוענקת לדגון אותה עדיפות על פני מתחריה, על אף שאין ספק כי ערכן הכלכלי (וממילא תרומתן להחזר ההשקעה) – שונות בתכלית. אילו היתה המטרה הבטחת החזר השקעתה של דגון – הייתי מצפה למצוא זכות לתקופת הפעלה קבועה בזמן (או באופן אחר), ולא זכות בלתי מוגבלת בהיקפה (הנתונה במידה רבה לשינויים בהתאם להחלטתה של רנ"ר). גם מטעם זה לא ניתן לקבל את הטענה שהכבילה נחוצה למימוש עיקרו של ההסכם.

מן האמור עד כה עולה, כי אף התנאי השני (המצטבר) למתן פטור אינו מתקיים במקרה זה. גם מטעם זה אין בסמכותי לתת פטור מקבלת אישור בית הדין להסכם.

7. סוף דבר

לאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ומיזוגים, לא ראיתי לנכון להשתמש בסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים ולהעניק את הפטור המבוקש. מתן זכות קדימה עלול לפגוע באופן משמעותי בתחרות המכרזית. פגיעה כזו, לגבי שוק שבמונופולין, אינה יכולה להיחשב כפגיעה בלתי ממשית בתחרות, גם אם לא נועד מבראשית לפגוע בתחרות.

בפני מבקשת הפטור עומדת האפשרות לפנות לבית הדין להגבלים עסקיים בבקשה לאישור הסדר כובל, בהתאם להוראות סעיף 7 לחוק.


ד"ר ששון

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, י"ט אב תשס"ב

28 יולי 2002

⁴³ סעי' 45(א) ו(ב) להסכם.



רשות ההגבלים העסקיים

הועדה לפטורים ולמיזוגים

החלטות

מועד הדיון: 20.12.01 יום חמישי בשעה 13:30

מקום הדיון: משרדו של רן קרול, רחוב לינקולן 20 קומה 13, תל אביב 6254400 - 03

מניעות: רן קרול מנוע מלדון במיזוג: 4714 : י.ד. רכב ותחבורה - מ.כ.ת. אוטו רנט

תמר הקר מנועה מלדון בפטור 4569: רשות הנמלים והרכבות - דגון בתי מגורות לישראל

בקשות מיזוג

בפני חברי הועדה הוצגו בקשות המיזוג וחוות הדעת של המחלקה הכלכלית בבקשות המיזוג כלהלן:

מספר	מסלול טיפול	מועד קבלה	מועד קובע	הצדדים למיזוג	מלכלן
4546	צהוב	8.7.01	14.8.01 ארכה עד 29.11.01	פלעד (צנרת ותשתית) בע"מ פלסים מפעלי פלסטיקה טכנית לחקלאות, תעשייה ובנין בע"מ פלס שיווק מוצרי צנרת בע"מ	בועז
4714		18.11.01	18.12.01	י.ד. רכב ותחבורה בע"מ מ.כ.ת. אוטו רנט בע"מ	דיויד
1518			בקשה לשינוי התנאים בהחלטה מיום 22.12.96	אסם השקעות בע"מ תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית	בועז
4328			בקשה לשינוי התנאים בהחלטה מיום 13.3.01	תדיראן מוצרי צריכה בע"מ אמקור בע"מ אמפא בע"מ תדיראן שיווק ושירותים בע"מ	דורון

רח' כנפי נשרים 22 ת.ד. 34281, ירושלים 91341 טלפון: 6556111-02 פקס: 6515330-02

החלטות:מזג 4546: פלעד (צנרת ותשתיות) – פלדים מפעלי פלסטק קה ואח'

חברי הועדה ממליצים לאשר בתנאים את המיזוג הנ"ל כאמור בחוות הדעת הכלכלית ובכפוף להרחבת הבדיקה כלהלן:

... בחינת ההיסטוריה הכלכלית של הענף ושינוי המחירים של צנרת P.V.C מאז שבירת הקרטל

ב. בחינת כניסתם של יצרנים חדשים לענף לאחר שבירת הקרטל

מזג 4714: י.ד. רכב ותחבורה – מ.ת. אוטו רנט

חברי הועדה ממליצים לאשר בתנאים את המיזוג לעניין ההפרדה בין נושאי משרה בחברות האם לבין נושאי משרה ב.י.ד. רכב ותחבורה ואיסור השתתפותם בישיבות הדירקטוריון של י.ד. רכב ותחבורה.

מזג 1518: אסם השקעות – תנובה מרכז שיתופי

חברי הועדה ממליצים לאשר את הבקשה לשינוי התנאים בהחלטת הממונה מיום 22.12.96 רק לגבי נושא האחסנה וההפצה המשותפים לאוסם ולגנה.

חברי הועדה ממליצים שלא לאשר את הבקשה לעניין הוצאת חשבוניות וגבייה משותפת.

מיזוג 4328: תדיראן מוצרי צריכה – אמקור בע"מ – אמפ"א בע"מ

חברי הועדה ממליצים לאשר את הבקשה לשינוי התנאים בהחלטת הממונה מיום 13.3.01 כאמור בחוות הדעת הכלכלית.

בקשות פטור

בפני חברי הועדה הוצגו בקשות הפטור וטיוטא של החלטת הממונה בבקשות כלהלן:

מס' תיק	מועד קבלת הבקשה	מועד בקשת המידע	המועד הקובע לסיום	הצדדים	בטיפול	הנכס / השירות
4569	18.7.01		<u>1610.01</u>	רשות הנמלים והרכבות דגון בתי ממגורות לישראל בע"מ	איתי	שירותי פריקה, טעינה, אחסון וטיפול בגרעינים בתפזורת על קו החוף

4553	10.7.01	8.10.01	טיב תשלובת טקסטיל) 1969) בע"מ ויטלגו שנות ה-2000 בע"מ	אורית דייגי	
4584	25.7.01	23.10.01	לוקסיט תעשיות טכנולוגיות בע"מ להבות תעשיות בע"מ	אורית ד.	הסכם אי תחרות של המוכרת להבות תעשיות בע"מ בתחום מערכות כיבוי ו/או גילוי אש
4753			התעשייה האווירית לישראל בע"מ אלביט מערכות בע"מ	ניבה	

החלטות:

פטור 4569: רשות הנמלים והרכבות – דגון בתי ממגורות לישראל

הכבילה הוקנתה קודם לחוק ההגבלים העסקיים ולפי-כך אין מדובר בהסדר כובל שנדרש לו היתר. יחד עם זאת מבחינת הפגיעה בתחרות זכות הסרוב אכן מהווה פגיעה בתחרות ולפי-כך חברי הועדה ממליצים שלא לאשר את בקשת הפטור.

פטור 4553: טיב תשלובת טקסטיל – ויטלגו שנות ה-2000

חברי הועדה ממליצים לאשר את הפטור כאמור בטיטא של החלטת הממונה

פטור 4584: לוקסיט תעשיות טכנולוגיות – להבות תעשיות

חברי הועדה ממליצים לאשר את הפטור לתקופה של שנתיים.

פטור 4753: התעשייה האווירית לישראל – אלביט מערכות בע"מ

חברי הועדה ממליצים לאשר את בקשת הפטור בכפוף לכך שהסכם חלוקת העבודה, אם וכאשר יזכו במכרז, יועבר בנפרד לאישורו של הממונה.

בקשת פטור מאישור הסדר כובל

בהתאם לס' 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, מוגשת בזה בקשה לפטור מאישור בית הדין, להסדר כובל שפרטיו כדלקמן:

1. הצד להסדר המבקש את הפטור:

שם: רשות הנמלים והרכבות (להלן: "רשות הנמלים")
מען: דרך פתח תקווה 74 תל אביב.

באמצעות וינשטוק – זקלר ושות', עורכי דין
ממרכז עזריאלי 1, דרך פתח תקווה 132, תל אביב 67021

2. הצדדים האחרים להסדר:

שם: דגון בתי ממגורות לישראל בע"מ (להלן – "דגון")
מען: דרך העצמאות, ת"ד 407, חיפה.

3. צורת ההסדר:

בכתב

4. תיאור המסמכים הקובעים אותו ואלה הנוגעים לו:

- א. הסכם בין ממשלת ישראל לבין דגון מיום 12 במאי 1951, לעניין הקמת והפעלת בית המגורות בשטח נמל חיפה (להלן – "ההסכם").
- ב. תוספת מיום 2 בנובמבר 1960 להסכם לעניין הקמת והפעלת האגף השלישי לבית המגורות בנמל חיפה.
- ג. תוספת מיום 20 באוגוסט 1968 להסכם לעניין הקמת והפעלת האגף הרביעי לבית המגורות בנמל חיפה.
- ההסכם והתוספות להסכם מצורפים לבקשה זו כחלק בלתי נפרד הימנה ומסומנים כנספחים "א", "ב", ו – "ג" בהתאמה.

5. הנכס או השירות נושא ההסדר:

מתן שירותי פריקה, טעינה, אחסון וטיפול בגרעינים בתפוזרת על קו החוף.

6. מהות הכבילה ופרטים עליה:

זכות סירוב ראשון להפעלת הממגורות בנמל חיפה. זכות המשתכללת עם תום תקופת הסכם ההפעלה הנוכחי (שנת 2003).

7. תקופת ההסדר הכובל:

זכות חד פעמית, לגבי ההפעלה העתידית של בית הממגורות, לתקופה שתקבע באותו הסכם.



הנימוקים המצדיקים מתן פטור מהצורך בקבלת אישור בית הדין:

א. המסגרת ההסכמית

1. בשנת 1951 התקשרה ממשלת ישראל עם חברת דגון בהסכם להקמה והפעלה של מתקן לפריקה, טעינה, אחסנה וטיפול בתבואה בתפוזרת ("בית ממגורות") בנמל חיפה.
2. בהתאם למוסכם, ממשלת ישראל החכירה לחברת דגון את השטח הנדרש להקמת בית המגורות וכן העניקה לה זכות שימוש בשטחי נמל נדרשים נוספים, לתקופה של 51 שנים, המתחילים ביום חתימת ההסכם (1 ביוני 1952).
3. עוד נקבע בהסכם, כי עם תום תקופת הסכם החכירה, באחד בפברואר שנת 2003, יועבר המפעל, על תחולתו, לבעלות ממשלת ישראל. זאת, בכפוף לזכות פיצוי עבור השקעות החברה במפעל בארבע עשרה שנות ההפעלה האחרונות.
4. ההסכם המשיך וקבע כי אם תבקש המדינה בתום תקופת ההסכם להמשיך ולהפעיל את המפעל באמצעות אחר "תהיה לחברה זכות קדימה להפעלת המפעל" (סעיף 45 להסכם).
5. פרטי "זכות הקדימה" הניתנת פורטו בסעיפים 16(א) ו-16(ב) להסכם הקובעים, כדלקמן:
 16. (א) "החברה תהיה רשאית להקים ולהפעיל את בית המגורות במקום ולפי אותם התנאים המוצעים לממשלה בתום לב על ידי מציע רציני.
 - (ב) בכל מקרה כזה תודיע הממשלה לחברה בכתב את פרטי התנאים המוצעים, והיה והחברה לא תקבל את ההצעה תוך 6 חודשים מתאריך ההודעה, או לא תשיב בכלל על ההצעה, תהיה הממשלה חופשית להרשות למישהו אחר להקים או להפעיל בית מגורות בתנאים אשר אינם טובים או נוחים מאלה שהוצעו לחברה כנ"ל."
6. בשנת 1960, התקשרה ממשלת ישראל (באמצעות משרד התחבורה, ומנהלת נמל חיפה), עם חברת דגון בהסכם להקמת האגף השלישי לבית המגורות. בשנת 1968 התקשרה רשות הנמלים, אשר הוקמה בשנת 1961 ובאה מאז במקום ממשלת ישראל, עם חברת דגון בהסכם להקמת האגף הרביעי לבית המגורות.
7. הסכמים אלה מאמצים את הוראות ההסכם המקורי משנת 1952 ומחילים אותם על האגפים השלישי והרביעי. מועד סיומם, הוא מועד סיום ההסכם המקורי, בשנת 2003. "זכות הקדימה" הנתונה לחברת דגון, ומשתכללת, כאמור, עם סיום ההסכם המקורי, חלה גם בהתייחס להפעלת אגפים אלה.

ב. הצדדים להסדר

8. רשות הנמלים והרכבות הוקמה בחוק¹, בשנת 1961. עם הקמתה, הועברו אליה כל נכסי המקרקעין והמיטלטלין אשר בבעלות הממשלה, בתחומי הנמלים.²

¹ חוק רשות הנמלים והרכבות, התשכ"א – 1961 ("חוק רשות הנמלים").

² סעיף 38 לחוק רשות הנמלים.

9. כמו כן, הומחו אליה גם כל זכות, סמכות או חובה של הממשלה בהתאם להסכמים וההתקשרויות בעניין הנמלים, אשר היו בני תוקף ערב חקיקת החוק. בהסכמים אלה, הרשות באה "במקום המדינה, לכל דבר".³

10. חברת דגון בתי ממוגורות לישראל בע"מ, הנה חברת פרטית אשר הוקמה בשנת 1951. החברה עוסקת כאמור, בהפעלת בתי הממוגורות בנמל חיפה. החל משנת 1984 החברה מפעילה, באמצעות חברת בת - ממוגורות אשדוד בע"מ - את בתי הממוגורות בנמל אשדוד. כלומר, דגון היא המפעיל היחיד של מתקן המעניק שירותי ממוגורות על קו החוף.

ג. כיצד יש לבחון אם הכבילה ראויה לפטור

11. שלב מקדמי לבדיקה אם הסדר ראוי לפטור מהצורך באישור בית הדין הוא כי ההסדר הנידון אכן מגבש הסדר כובל כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים.

12. לצורך כך, יש לבחון אם אכן עסקינן בהסדר כובל בהתאם להגדרת סעיף 2 של חוק ההגבלים העסקיים, וכי ההסדר אינו נופל לגדר אחד מהפטורים הסטטוטוריים המוציאים את ההסדר מתחולת חוק ההגבלים.

13. אם אכן מדובר בהסדר כובל, יש לפנות ולבחון אם ההסדר ראוי לפטור: סעיף 14 של חוק ההגבלים העסקיים, כפי שתוקן לאחרונה, קובע כי הממונה רשאי לפטור צדדים להסדר כובל מהצורך בקבלת אישור בית הדין להגבלים עסקיים להסדר אם הוכח, כי ההסדר מקיים את שני התנאים המצטברים הבאים:

א. **התנאי הראשון** (הקבוע בסעיף 14(א)(1) של החוק):

1. הכבילות שבהסדר הכובל "אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר", או -

2. "הן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק האמור".

ב. **התנאי השני** (הקבוע בסעיף 14(א)(2) של החוק):

עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

14. נפנה תחילה לשלב הבדיקה המקדמי: האם ההסדר שלפנינו עולה בגדר הסדר כובל כהגדרתו בחוק ההגבלים העסקיים.

ד. שלב מקדמי: האם לפנינו הסדר כובל

15. הסדר כובל מוגדר בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים 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".

³ סעיף 39(א) לחוק רשות הנמלים.

16. ההסכם שלפנינו הוא הסכם בין רשות הנמלים והרכבות (אשר נערך במקורו עם ממשלת ישראל) לבין חברת דגון. מכאן, כי לפנינו 'הסדר' כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים.

17. השאלה העיקרית בענייננו, הנה האם "הסדר" זה נערך בין "בני אדם המנהלים עסקים". לשון אחר, האם רשות הנמלים והרכבות (או ממשלת ישראל אשר ערכה את ההסכם במקורו) מהווה "גוף המנהל עסקים" כהגדרתו בחוק.

1. הסדר בין גופים "המנהלים עסקים"

18. בע"א 2768/90 פטרולוגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 599 קבע, הנשיא שמגר כי "לא ניתן לראות במדינה, בפעולתה השלטונית, צד להסדר כובל".⁴

19. בית המשפט קבע כי יש להבחין בין פעולות שלטונית שמבצע הממשל, לבין פעולות שמבצע הממשל כ"בעל רכוש או עסק העוסק בפעולות רכושניות, מסחריות או עסקאות גרידא".⁵ עוד נקבע כי לעיתים הממשל עשוי "להופיע חליפות בדמות זו או זו אף באותו עניין בשלביו או בפרטיו השונים".⁶ באותו עניין נקבע כי פעולת המדינה הייתה בעלת אופי שלטוני, שכן כל כולה נועדה להגן על המחיר המרבי לגז לצרכן.

20. אם כך הוא, עולה השאלה אם התקשרותה של רשות הנמלים והרכבות (או במקור: ממשלת ישראל) בהסכם ההקמה וההפעלה שלפנינו, הייתה בעלת אופי שלטוני באופן השומט את הקרקע מהיות ההסכם בגדר הסדר כובל כמשמעותו בחוק.

21. בין תפקידיה של רשות הנמלים והרכבות, כפי שהם מוגדרים בסעיף 4 לחוק רשות הנמלים "לתכנן, לבנות, לפתח, לנהל, להחזיק ולהפעיל ביעילות את הנמלים". בטרם נחקק חוק רשות הנמלים בשנת 1961, תפקיד זה מוטל היה על ממשלת ישראל, מכוח סמכותה השיורית.⁷

22. התקשרות הממשלה עם חברה לצורך הקמת בית המגורות לא הייתה אלא שלב בהקמת מתקני הנמל ובפיתוחו על ידי הרשות בהתאם לתפקידיה השלטוניים על פי חוק. אשר על כן, לכאורה עסקין בהתקשרות בעלת אופי שלטוני.

23. זאת ועוד. הכבילה נשוא בקשה זו, נקבעה עוד בהסכם משנת 1952. השאלה אם התקשרות הממשלה דאז בהסכם, הייתה בעלת אופי שלטוני צריכה להיבחן בהתייחס לנסיבות התקופה בה נחתם ההסכם.

24. מלשון ההסכם עולה, כי בעת חתימת ההסכם "ייבוא התבואות לישראל נעשה על ידי הממשלה ועל חשבונה".⁸ בהעדר בית מגורות נדרשה המדינה לייבא תבואות ארוזות, אשר עלותן גבוהה. בנסיבות אלה, למדינה היה אינטרס שלטוני ממשי בהקמת בית המגורות, על מנת לחסוך במטבע זר למדינה. כך, אף הוגדרה מטרת ההסכם בפתיח:

⁴ ראה בעמ' 606 לפסק הדין מול האות ג.

⁵ ראה בעמ' 604 לפסק הדין.

⁶ ראה בעמ' 605 לפסק הדין.

⁷ סעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה.

⁸ ראה הפתיח להסכם, בעמ' הראשון לו.

"הואיל ומטרת הפעלת בית המגורות היא לחסוך במטבע זר של הממשלה ולהוזיל את מחירי הפריקה של התבואות המובאות לארץ..."

25. מהנימוקים המפורטים לעיל, אנו סבורים כי פעולת רשות הנמלים והרכבות (או במקור: פעולת ממשלת ישראל) בהתקשרותה עם חברת דגון היתה בעלת אופי שלטוני. לכאורה, די בכך כדי ליתר בקשה לפטור מהצורך באישור הסדר כובל. באין "הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים" לא משתכלל "הסדר כובל" הנדרש בפטור.

26. פנייה זו של רשות הנמלים והרכבות, אם כך, הנה למען הזהירות, ובהעדר קביעה חד משמעית בשאלת מעמדה כ"גוף המנהל עסקים" בנסיבות כגון אלה שלפנינו.

27. הצורך בהגשת בקשה זו, למען הזהירות, נדרש במיוחד, נוכח קביעת הממונה על הגבלים עסקים, בעניין אחר, לפיה רשות הנמלים והרכבות הנה "גוף המנהל עסקים", וטעמיו שם. המדובר, ב"הודעה על מתן פטור לרשות הנמלים והרכבות מהחובה לקבל את אישור בית הדין להגבלים עסקיים להסדרים כובלים" מיום 20 במאי 1996, בקשר עם עסקת "תים עציון".

28. בהחלטה זו, נדרש הממונה לעסקה מסחרית בעניין שירותי הובלה של מטען ימי. צד לעסקה היה תאגיד עסקי אשר רשות הנמלים הייתה שותפה בו, מכוח סמכותה לפי סעיף 24(א) לחוק רשות הנמלים.

29. בקביעתו של הממונה כי רשות הנמלים והרכבות היא בגדר "גוף המנהל עסקים" שימשו שני טעמים עיקריים: **הטעם הראשון**, הוא כי "אין כל אפיון שלטוני", "הסדרתי" או "הנהלתי" בפעילותה של רשות הנמלים בעסקה זו. המדובר "במקרה מובהק של ירידה לזירת התחרות". **הטעם השני**, הוא כי בהתאם לסעיף 42 לפקודת הפרשנות אין לזהות בהכרח בין "תאגיד סטטוטורי" לבין המדינה.

30. אין ספק כי נסיבות התקשרותה של רשות הנמלים בהסכם נשוא בקשה זו, שונות:

ראשית, בשונה מעסקת תים עציון, עסקין בענייננו בהתקשרות בעלת אופי שלטוני, הסדרתי מובהק. כמו כן, אין המדובר בתאגיד בו שותפה רשות הנמלים, כי אם במעשה הרשות היא עצמה, ובביצוע התפקידים אשר יועדו לה מפורשות בחוק.

שנית, גם אם נאמר כי אין הכרח לזהות, ככלל, בין תאגיד סטטוטורי למדינה, לעניין סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, יש הכרח לראות את רשות הנמלים כאורגן בלתי נפרד מן המדינה במקרה זה: כאמור, ההסכם עם דגון, התגבש על ידי ממשלת ישראל, והועבר מן המוכן, פועל יוצא של "מעשה המדינה" לרשות הנמלים, עם הקמתה.

31. מכאן, גדר הספקות באשר לקיומו של "גוף המנהל עסקים" ובגין השתכללותו של "הסדר כובל", הנדרש בפטור, בהתאם.

2. תחולתו של הפטור הקבוע בסעיף 3(1)

32. בטרם נדרש לנימוקים המצדיקים מתן פטור מהצורך באישור ההסדר הכובל, עלינו לבחון עוד אם חלה על הכבילה שלפנינו פטור סטטוטורי, המונע אף הוא השתכללותו של הסדר כובל.

33. לענייננו, רלבנטי במיוחד הפטור הקבוע בסעיף 13(1) לחוק ההגבלים העסקיים, אשר זו לשונו: "על אף האמור בסעיף 2, לא ייחשבו כהסדרים כובלים... הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין".

34. אנו סבורים, כי פטור זה חל על המקרה שלפנינו מהטעם כי עסקין "במעשה מדינה". דהיינו, גם אם נאמר כי רשות הנמלים, היא בגדר "גוף המנהל עסקים" לצורך סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, אין ההסדר מתגבש לכדי הסדר כובל, בשל תחולת הפטור הקבוע בסעיף 13(1) עליו.

35. בעוד שבמסגרת סעיף 2 לחוק אנו בוחנים מי הם הצדדים הנוכחיים להסדר הכובל, והאם הם בגדר "גופים המנהלים עסקים", במסגרת הדוקטרינה של "מעשה מדינה" יש נפקות אף לשאלה מי גיבש את ההסדר מלכתחילה. דהיינו, האם "המעשה" (גיבוש ההסכם) הוא "מעשה המדינה".

36. לאחרונה בת"א (ת"א) 519/93 פז חברת הנפט נ' יוסף כספי (טרם פורסם) קבע כב' השופט טלגם כי דוקטרינת "מעשה המדינה" מבוטאת בדין המקומי באמצעות הפטור הקבוע בסעיף 13(1) לחוק ההגבלים העסקיים (עמ' 12-13 לפסק הדין):

"האפשרות לקבוע את הכבילות על פי דין ולא רק לפי חוק – מרחיבה כמובן את גבולו של הפטור. אין ספק שכשנקבעו הכבילות במערכת החוזים היא נקבעה בהשתתפות פעילה של רשויות החוק, ואם אין בכך קביעה על פי דין – יש בכך לפחות 'מעשה מדינה'".

ובהמשך (עמ' 19 לפסק הדין):

"...נראה לי שבעידוד הרשות המבצעת וזרועותיה השונות ניתן כאן הכשר חוקי למונופול ועל כן תחול עליו התיאוריה של "מעשה מדינה" שהתקבלה בפסיקה האמריקאית ומבוטאת בישראל בפטור המוענק בסעיף 13(1)" (ההדגשה הוספה).

37. דהיינו, ובהתאם להלכה זו, מעשה עליו חלה הגנת "מעשה המדינה" כלל לא "לא ייחשב כהסדר כובל". דהיינו, כלל אינו מתגבש לכדי מעשה אסור. באין הסדר כובל, לא נדרש פטור מאישור בית הדין להגבלים עסקיים בהתאם לסעיף 14 לחוק.

38. המקרה שלפנינו, הוא מקרה מובהק בו חלה הגנת "מעשה מדינה": המדינה באמצעות ממשלת ישראל, גיבשה את ההסכם, והייתה צד ישיר לו.

39. אשר על כן, חל על ההסכם הפטור הקבוע בסעיף 13(1) לחוק ההגבלים העסקיים. לשון אחר, לא משתכלל במקרה זה הסדר כובל, גם מכוח תחולת הפטור הקבוע בסעיף 13(1). בקשה זו מוגשת, גם מטעם זה, למען הזהירות בלבד.

40. כעת, נפנה להראות כי גם אם הכבילה בה עסקין עולה כדי הסדר כובל, המדובר בהסדר כובל הראוי לפטור בהתאם לסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים.

ה. הכבילה בענייננו היא כבילה נלווית

41. כאמור, תנאי לאישורו של הסדר כובל בהתאם לסעיף 14(א)(2) הוא כי "עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו".

42. בהחלטת הממונה בעניין אי מתן פטור מאישור הסדר כובל לפי סעיף 14 של חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 **מיום ים תטיס - גרניט הכרמל השקעות בע"מ** הסביר הממונה, בעמ' 43 להחלטתו, מהו טיבו של התנאי השני הקבוע בסעיף 14 -

"סעיף 14(א)(2) לחוק עיגן עקרון חשוב נוסף אל תוך חוק ההגבלים העסקיים: האבחנה בין כבילה נילוית לכבילה עירומה ופסלותה של האחרונה. כבילות נלוות (ancillary restraints) הן אלה הנחשבות חיוניות לביצוע ההסדר, מטרתן אינה הפחתת התחרות, ותוצאותיהן מחויבות המציאות העסקית. כבילות עירומות ("naked restraints") הן אלה שבבסיסן הסדר שאינו הכרחי לביצוע העסקה."

43. הכבילה היחידה הקיימת (ואשר עדיין בתוקף) בהסכם זה, כאמור, היא זו המוצאת ביטוי בסעיפים 1 ו-16 להסכם. במסגרת זו, ניתנה לחברת דגון "זכות קדימה", כלשון ההסכם, בהפעלת המגורות עם תום הסכם ההפעלה הנוכחי.

44. המדובר למעשה בזכות לסירוב ראשון, בדומה לתניה אשר נדונה בערר 1/97 **איסכור נ' הממונה על הגבלים עסקיים**: לדגון יש זכות להמשיך ולהפעיל את הממגורה בכפוף להסכמתה לתנאים אשר הוצעו על ידי מציע רציני אחר.

45. נראה כי בעניינו, יש לראות במתן זכות לסירוב ראשון, בתום תקופת ההפעלה הראשונית, ככבילה נלווית, המחויבת מאופי העסקה בין הצדדים.

46. סעיף 25 להסכם עם דגון מלמד כי החברה התחייבה במסגרת ההסכם "לבנות, להקים ולחריב את המפעל על השטח המוכר". החברה אף התחייבה כי "המפעל יהיה מצויד במכונות ובציוד חדישים ומשוכללים". המפעל אף התחייב לעמוד בנפחי קיבול מסוימים העולים בקנה אחד עם הכמות המיובאת באותה עת על ידי הממשלה.

47. עוד הוסכם, כי בתום תקופת ההפעלה הראשונית יעבור המפעל חנם לרשות הממשלה, ולבעלותה "חופשי, מכל משכנתאות, שעבודים, תביעות, חובות והתחייבויות" (סעיף 45 להסכם). זאת, בכפוף לזכות לפיצוי מאת הממשלה עבור השקעות החברה בארבע עשרה השנים האחרונות.

48. אנו סבורים, כי בנסיבות אלה, כאשר המפעל מועבר בתום תקופת ההפעלה, על תחולתו לבעלות הממשלה, התחייבות ליתן זכות לסירוב ראשון למקים המפעל, במסגרת מכרז להעברת המפעל לידי ידיים פרטיות, אינה בגדר "כבילה עירומה" המשוללת היגיון כלכלי עסקי.

49. ודוק, המשך ההפעלה על ידי דגון כפוף להסכמתה לתנאים אשר יינתנו על ידי מציע רציני אחר. דהיינו, כפוף להסכמתה להמשך הפעלה במחירי שוק תחרותיים.

50. דומה שהבטחת יתרון שכזה מראש, לגורם אשר עומד בפני השקעה מאסיבית במפעל בתחום נדרש, ראשון מסוגו בארץ, אף נדרש, לצורך מימוש מטרותיו של ההסכם.

51. בה"ע 469/98 **דלק ואח' נ' הממונה על הגבלים עסקיים** (טרם פורסם) קיבל בית הדין להגבלים עסקיים את העמדה, כי הסדרי בלעדיות מעודדים, ככלל, השקעה בהקמת תחנות דלק חדשות. כך בעמ' 24 לפסק הדין:

"ככלל אנו מקבלים את הטענה שהסדרי בלעדיות מעודדים חברות דלק להקים תחנות דלק. מקובל עלינו גם שטכניקה זו מאפשרת לחברת הדלק להבטיח את התמורה בגין השקעתה בצורה טובה ואולי אף יעילה יותר מאשר בדרכים אחרות."

52. לשון אחר, התקבלה ככלל (ובכפוף למגבלות של מידה) העמדה לפיה בהסכם עתיר השקעה נחוצה לא פעם התחייבות לבלעדיות על מנת לממש את מטרת ההסכם.

53. ודוק, בענייננו, אין מדובר בכבילה מסוג של בלעדיות. זכות הסירוב הראשונה, להבדיל מבלעדיות, אינה שוללת את התחרות (ראה: ערר 1/97 איסכור נ' הממונה על הגבלים עסקיים).

54. על כן, מקל וחומר, יש להכיר, בענייננו, בכבילה מסוג מתן זכות לסירוב ראשון ככבילה נלווית להסכם עתיר השקעה. זאת בייחוד, נוכח אופי ההשקעה שנדרשה מחד, וההתחייבות להעברת המפעל על תחולתו עם תום תקופת ההפעלה מאידך.

55. אשר על כן, סעיפים 45 ו-16 להסכם מבטאים כבילה חיונית ונחוצה למימוש מטרתו של ההסכם. לפנינו כבילה נלווית לכל דבר ועניין ולכן מתקיימים בענייננו תנאי סעיף 14(א)(2) של חוק ההגבלים העסקיים.

ו. הכבילות בענייננו אין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשווקים הרלבנטיים

56. לאחר שמצאנו כי הכבילה נשוא בקשה זו היא בגדר כבילה נלווית, נעבור לבחון את קיום התנאי השני אותו מתווה סעיף 14(א). לענייננו, נבקש להראות כי הכבילה הדרושה אישור אינה פוגעת פגיעה של ממש בתחרות בענף הרלבנטי.

57. לצורך זה נקדים ונגדיר את הענף הרלבנטי לענייננו ונתח השוק של חברת דגון במסגרתו.

1. הגדרת הענף הרלבנטי

58. הענף הרלבנטי בענייננו הוא ענף מתן שירותי פריקה, טעינה אחסון וטיפול בגרעינים בתפוזות המגיעים לנמל, (להלן – "ענף מתן שירותי ממגורה נמליים").

59. **בתי הממגורה הנמליים מגבשים ענף נפרד ועצמאי:** בארץ, ישנם בתי ממגורות רבים, שתפקידם לאחסן תבואה בתפוזות בטרם אריזתה ושיווקה. עם זאת, רק שניים מבתי הממגורות הללו, הם בתי ממגורות "נמליים": בית הממגורות בנמל חיפה ובית ממגורות נוסף בנמל אשדוד אשר נמצאים שניהם בשליטת דגון.

60. עיקר תפקידם של בתי הממגורות הנמליים הוא לקלוט קליטה ראשונית את הגרעינים בתפוזות המגיעים למדינת ישראל מחו"ל דרך הים, בטרם העברתם באמצעות משאיות לאחסון וטיפול בבתי הממגורות הפזורים ברחבי הארץ.

61. למעשה, מרבית הגרעינים בתפוזות המגיעים למדינת ישראל עוברים דרך שני בתי הממגורות הנמליים. מבחינה מספרית, מתוך סך כל התבואה בתפוזות המגיעה לארץ, כ-4 מיליון טון בשנה, רק כ-10% עוברים ישירות לבתי ממגורה בפנים הארץ. העברה ישירה, נעשית גם היא בעיקרה בשל אילוצים טכניים המונעים העברת הגרעינים דרך בתי הממגורות הנמליים.

62. על כן, אין כל תחליפיות בין בתי הממגורות הנמליים לבין בתי הממגורות האחרים הפזורים ברחבי הארץ: בתי הממגורות הנמליים נותנים שירות של אחסון זמני, ראשוני, שטרם האחסנה והטיפול בבתי הממגורות ברחבי הארץ. מכאן, הגדרת בתי הממגורות הנמליים כענף נפרד ועצמאי.

63. ענף בתי הממגורות הנמליים עוסק אך ורק באחסון וטיפול בגרעינים. זאת, על אף שההסכם עם דגון מתייחס לתבואה בכללותה. בפועל, קמח, סוכר ושמן אינם יכולים לעבור דרך הממגורה, על כן מוצרים אלו מועברים ישירות למשאיות ולבתי ממגורה בפנים הארץ.

64. מרבית הגרעינים המגיעים ארצה נפרקים בנמל חיפה בעוד שמרבית הצריכה היא באזור דרום הארץ. בפועל, עד להקמת הממגורות באשדוד, בשנת 1984, נתן נמל חיפה שירותים לכלל הארץ. אשר על כן, סברנו כי יש להגדיר את ענף מתן שירותי אחסנה וטיפול לגרעינים כענף כלל ארצי.

2. נתחי השוק

65. בית הממגורות באשדוד, מופעל, על ידי חברת ממגורות אשדוד בע"מ ("ממגורות אשדוד"). זאת, בהתאם להסכם הפעלה אשר נחתם עם רשות הנמלים, ומסתיים בשנת 2016.

66. חברת ממגורות אשדוד הנה חברת בת, בבעלות מלאה, של חברת דגון בתי ממגורות לישראל בע"מ, החברה המפעילה את בית הממגורות בנמל חיפה. אשר על כן, בפועל, מחזיקה חברת דגון, ב- 100% מהענף הרלבנטי.

3. העדר פגיעה של ממש בתחרות

67. כאמור, פועלה של הכבילה המפורטת בסעיפים 45 ו- 16 להסכם הוא במתן "זכות לסירוב ראשון" לדגון במכרז להפעלת בית הממגורה בנמל חיפה.

68. "זכות לסירוב ראשון" בשונה מהזכות לבלעדיות אינה מעקרת את התחרות לחלוטין. התייחס לכך בית הדין להגבלים עסקיים בערר 1/97 איסכור נ' הממונה על הגבלים עסקיים (לא פורסם) (בעמ' 22 לפסק הדין):

"מחד, צודקים המשיבים בטענתם כי, בעקרון, זכות הסירוב הראשונה איננה מעקרת במקרה זה לחלוטין את התחרות, שכן להנדסת תאורה יהיה אינטרס להשיג מפקד את התנאים הטובים ביותר שהיא יכולה לקבל בשוק. כך, יוכלו גם מתחריה של פקר פלדה לנסות ולהציע להנדסת תאורה תנאים טובים מאלה המוצעים לה על ידי פקר..."

69. גישת דיני התחרות בקהילה האירופית היא כי סעיף שכזה צריך להיבחן בהתאם לנסיבות העניין. לעיתים נקבע כי תניה שכזו, איננה מפחיתה את התחרות ולעיתים ההפך. סעיף זה נבחן לרוב במסגרת יחסי יצרן – מפיץ אשר במסגרתם מקבל היצרן זכות להשוות את מחירי מתחריו. כלומר, הקביעות בדין האירופי אינן בהכרח ישימות לענייננו. עוד יש לציין כי אמנם תניית זכות סירוב ראשון (מסוג "English clause" או "most favored customer") המוענקת לבעל מעמד דומיננטי עשויה להיות מוגדרת כפוגעת באופן משמעותי בתחרות. אולם, כאמור, המדובר בתניות המתייחסות ליחסי יצרן – מפיץ שאינן ישימות לענייננו. ראה לעניין זה: *Faull & Nikpay The EC Law of Competition* 164-165 (Oxford, 2000); VI 667; IV 1430 – IV 1420; *Butterworths Competition Law Vol II*; Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints (2000/C 291/01) at para. 152

70. על כן, כאשר אנו באים לבחון אם מתן זכות לסירוב ראשון לחברת דגון פוגעת בתחרות, עלינו לתת דעתנו לשני הגורמים הבאים:

א. סוג ההסכם: בהסכמים עם מאפיינים ייחודיים בהם יש לגיטימיות לאפשר מתן עדיפות לצד להסכם על פני מתחריו, כגון בהסכם בין יצרן בירה לבעל מסבאה, מתן זכות לסירוב ראשון, תעודת את התחרות, שכן האלטרנטיבה היא בלעדיות מלאה.

ב. השימוש שנעשה בזכות לסירוב ראשון בהסכם הקונקרטי: דהיינו, האם הזכות לסירוב ראשון אין היא אלא כסות למתן בלעדיות מלאה בפועל.

כך, בעניין איסור אשר הוזכר לעיל, בית הדין להגבלים עסקיים קובע כי בנסיבות העניין שלפניו "בהתחשב בכך שמדובר בזכות המוענקת באופן גורף בגין כל רכישות הפלדה והגילווין של המיזם המשותף, ללא הגבלת כמות או תקופת זמן, על רקע היחסים ה'מיוחדים' בגין פקד לשותפיה למיזם" נעשה שימוש בזכות הסירוב על מנת להקנות "בלעדיות מלאה או קרובה למלאה" (בעמ' 23 לפסק הדין).

71. בחינת זכות הסירוב בהסכם שלפנינו בהתאם לאמור לעיל מובילה למסקנה כי אין הזכות המוענקת פוגעת פגיעה של ממש בתחרות:

72. ראשית, כאמור, את טיבה של המגבלה יש לבחון לאור סוג ההסכם בו מדובר: המדובר בהסכם למתן זכות שימוש בקרקע לצורך הקמת מפעל. זכות השימוש ניתנה בכפוף לתשלום דמי חכירה שנתיים.

על כן, למעשה אנו עוסקים במעין אופציה מותנית, כגון האופציה הניתנת לחוכר, ובייחוד כאשר מדובר בהסכם עתיר השקעה, המאפשרת לו לבחור להחזיק בקרקע, תקופה נוספת.

עם זאת, במקום אופציה, כאמור, השוללת לחלוטין את התחרות על המשך ההפעלה בתקופה הנוספת, ניתנה לחוכר זכות לסירוב ראשון בלבד.

זכות זו, אינה שוללת לחלוטין את התחרות. בפועל, המכרז להפעלת בית הממגורה בנמל חיפה פתוח למציעים נוספים. היתרון המוקנה לדגון כפוף להסכמתם לתנאים הטובים ביותר אשר הוצעו לרשות הנמלים. דהיינו, לתנאי שוק.

73. שנית, גם השימוש שנעשה בזכות בהסכם זה מלמדת על פגיעה בלתי משמעותית בתחרות: בניגוד למקרה הנדון בעניין איסור, אין מדובר בעניינו במנגנון קבוע המחייב מתן זכות סירוב ראשון ברכישת מלאי שוטף, כי אם בזכות חד פעמית, הניתנת במכרז להמשך הפעלת המפעל.

74. על כן, גם אין מדובר בעשיית שימוש בזכות לסירוב ראשון על מנת להקנות בלעדיות למעשה, כפי שנעשה בעניין איסור. במקרה זה, מדובר בתנאים להמשך ההפעלה של המפעל. המדובר בהצעה מורכבת ובעלת משמעות כלכלית רצינית למציע. בנסיבות אלה, זכות הסירוב הניתנת לא בהכרח תשלול תחרות בין המציעים על תנאי ההפעלה המוצעים ואף זכייה של מציע אחר.

75. זאת ועוד. תחרות מלאה בענף בתי הממגורות הנמליים תיתכן רק אם יוקמו שני בתי ממגורה בנמל אחד, או בנמלים קרובים.

76. אשר על כן, גם ביחס למצב האלטרנטיבי, אין הכבילה הנדונה, משנה את המצב התחרותי באופן משמעותי.

77. על כן, גם התנאי למתן פטור הקבוע בסעיף 14(א)(1) מתקיים בענייננו מהטעם שההסכם אינו פוגע פגיעה של ממש בתחרות בשווקים המושפעים מן ההסדר.

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

אבשלום פלבר

סמנכ"ל כלכלה וכספים



17.7.01

חתימה וחותמת

שם

תאריך