



רשות ההגבלים העסקיים

קביעה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988

בדבר הסדר כובל בין יצרניות מסדרי מתח מבודדי גז

בהתאם לסמכותי לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים" או "החוק") אני קובע בזאת כי בין החברות המנויות להלן התקיים הסדר כובל כמשמעו בסעיפים 2(א) ו-2(ב) לחוק, בשיווק מסדרי מתח מבודדי גז (Gas Insulated Switchgear) במתח על-עליון ועליון. הסדר כובל זה התקיים משנת 1988 ועד שנת 2004. ואלה הצדדים להסדר הכובל:

Siemens AG, חברה ציבורית זרה המאוגדת על פי דיני גרמניה (להלן: "Siemens").

Alstom Société Anonyme, חברה ציבורית זרה המאוגדת על פי דיני צרפת, וכן החברות Alstom Grid SAS ו-Alstom Grid AG, המצויות בבעלותה המלאה (להלן ביחד "Alstom").

ABB Ltd, חברה ציבורית זרה המאוגדת על פי דיני שווייץ (להלן: "ABB").

א. מבוא

1. עניינה של קביעה זו בהסדר כובל אופקי ערום (קרטל) בשיווק מסדרי מתח מבודדי גז במתח על-עליון ועליון (להלן גם "מסדרי המתח"), המשמשים בתחום הולכת החשמל.
2. המדובר בהסדר כובל עולמי, אשר ישראל הייתה רק אחת מעשרות רבות של מדינות אשר הושפעו הימנו. החלטתי זו מתמקדת בהסדר הכובל ככל שהוא נוגע לישראל.
3. עיקרו של ההסדר הכובל, מניעת התחרות בשוק מסדרי המתח תוך שימור נתחי השוק ההיסטוריים של החברות שהיו צד להסדר (להלן: "חברות הקרטל"), כפי שהיו ערב תחילת יישומו של ההסדר וייצוב רמה מתואמת של מחירים.
4. בבסיס ההסדר עמדה הסכמה בין הצדדים להסדר (הנוגע לישראל) וחברות נוספות, אירופאיות ויפניות (להלן יחד: "חברות הקרטל"), לחלוקת שוק עולמית. במסגרת ההסדר הוסכם כי חברות הקרטל האירופיות יימנעו מפעילות בשוק היפני, וכי חברות הקרטל היפניות יימנעו מפעילות בשווקים אירופים. עוד הוסכם כי בשאר מדינות העולם (לרבות בישראל) חברות הקרטל תפעלנה להקצאת מכרזים בהתאם למכסות שנקבעו לכל אחת מהן על פי נתחי השוק ההיסטוריים שלה ולשמירה על רמת מחירים מתואמת.
5. חברות הקרטל קיימו מפגשים עיתיים לדיון במכרזים לרכישת מסדרי מתח שפורסמו ברחבי העולם, ובהקצאתם. משהחליטו החברות למי מהן יוקצה הפרויקט, הן תיאמו ביניהן את ההצעות במכרז, על מנת להבטיח כי החברה לה הוקצה המכרז אכן תזכה בו. ההסכמות בין חברות הקרטל, אשר יפורטו בהרחבה להלן, הועלו על הכתב, במסגרת הסכמים שכוננו "הסכם ה-GQ" ו-"הסכם ה-EQ" (להלן ביחד גם "הסכם הקרטל").
6. הסכם הקרטל אף קבע מנגנוני אכיפה וענישה שהופעלו כנגד חברות שסטו מן ההסדר, מנגנוני פיצוי ואיזון שהופעלו במקרה שבו מזמין המכרז לא בחר את ההצעה המיועדת אלא את הצעתה של חברה אחרת מזו שלה הוקצה המכרז, וכן, מנגנוני דיווח שאפשרו לחברות הקרטל לקבל תמונת מצב מדויקת לגבי כל מכרז או פנייה לקבלת הצעות שקיבלה מי מחברות הקרטל בנוגע לפרויקט מסוים. בכך, הובטח כי ההסדר יחלוש על מספר רחב ככל האפשר של פרויקטים רלוונטיים והוגבלה עד מאוד יכולתה של מי מחברות הקרטל לפעול שלא במסגרתו.
7. הצרכן הבלעדי כמעט של מסדרי המתח בישראל הוא חברת החשמל לישראל בע"מ (להלן: "חברת החשמל"). במהלך התקופה בה קוים ההסדר הכובל, חברת החשמל פרסמה מכרזים לעשרות מסדרי מתח, בהיקף כספי עצום, אשר היו חשופים להשפעת ההסדר.
8. בפרק (ב) להלן אתאר בקצרה את ענף מסדרי המתח מבודדי הגז. בפרק (ג) אתאר את חשיפת ההסדר, אעמוד על חקירת רשות ההגבלים העסקיים וחקירות שנערכו על ידי רשויות התחרות בעולם. בפרק (ד) אפרט אודות ייסוד ההסדר, ההסכמות שבבסיסו ואת המנגנונים ליישומן. בפרק (ה) אעמוד על השפעתו של ההסדר על התחרות בשוק הישראלי. בפרק (ו) יבוא הניתוח המשפטי של ההסדר ובפרק (ז) ניתוח משפטי בדבר התחולה האקס טריטוריאלית של דיני ההגבלים

העסקיים. לבסוף, בפרק (ח) אתייחס למעמדן של החברות היפניות ובפרק (ט) לטענות בדבר שיהיו והתיישנות שנטענו במסגרת הליכי השימוע שקדמו לקביעה דנן.

ב. ענף מסדרי מתח מבודדי גז

9. מסדר מתח הינו רכיב מרכזי בתחנות השנאה (Substations) ברשת הולכת החשמל, המשמשות להמרת מתח חשמל המוזרם מתחנת הכוח בקווי מתח על עליון ועליון (לשם הנוחות להלן ביחד: "מתח עליון"), לקווי רשת במתח בינוני ונמוך. מסדרי מתח עליון (מתח שהינו מעל 72 קילוואט) מותקנים בתחנות השנאה המיועדות להמרת מתח עליון למתח נמוך יותר.¹
10. תפקידו של מסדר מתח הוא לווסת ולבודד את הולכת החשמל ולהגן על המערכת מפני עליות וירידות מתח קיצוניות. מסדרי מתח מורכבים ממפסקי זרם (circuit breakers), שמהווים את ליבת המערכת, וממערכות פיקוח ובקרה, מתגי כיבוי והארקה, שנאים וחיבורים. במסדר מתח מבודד גז נעשה שימוש בגז SF₆ (Sulfur hexafluoride) לבידוד הרכיבים המרכזיים של המערכת.
11. נוסף למסדרי מתח מבודדי גז, קיימים בעולם מסדרי מתח מבודדי אוויר ("AIS" - Air Insulated Switchgear) ומסדרי Hybrid, המשלבים את טכנולוגיית הבידוד בגז עם טכנולוגיית הבידוד באמצעות אוויר. מסדרים מבודדי אוויר נחשבים לנחותים מבחינה טכנולוגית ויעילים פחות ממסדרים המבודדים בגז.
12. מסדר מתח עליון הינו מערכת טכנולוגית מורכבת והוא הרכיב היקר ביותר מבין רכיבי תחנת ההשנאה. עלות מסדר מתח עליון הינה עשרות מיליוני שקלים, ומחירו מהווה עשרות אחוזים ממחירה הסופי של התחנה. מסדרי מתח אינם "מוצרי מדף" אלא מתוכננים ומיוצרים בהתאם לדרישות הלקוח ולאפיון הטכני של תחנות ההשנאה בהן יותקנו.
13. שוק מסדרי מתח מבודדי גז במתח עליון הינו שוק גלובלי בו פעלו, בתקופה הרלוונטית להחלטתי זו, מספר מצומצם של יצרנים שהיו בעלי יכולת לתכנן, לייצר, לשווק ולהתקין מסדרי מתח עליון מכל הסוגים.² בנוסף, פעלו בשוק זה מספר שחקנים נוספים, שהיו בעלי ידע ויכולת לייצר סוגים מסוימים בלבד של מסדרי מתח. יכולתם של שחקנים נוספים אלו להתחרות בשחקנים הגדולים הייתה מוגבלת, ובפועל, הם לא היו מסוגלים להוות חלופה לשחקנים הגדולים. מסדרי מתח שווקו גם על ידי מספר מצומצם של חברות, שקיבלו רישיונות מאת היצרנים, ופעלו כמשווקים עצמאיים של מסדרי מתח.
14. הלקוחות העיקריים של מסדרי המתח בעולם הם בדרך כלל ספקי שירות ציבורי, בבעלות מדינות או רשויות מקומיות, ובמידה מועטה חברות מסחריות פרטיות.

¹ לצד מסדרי מתח אלו (המחוברים לקווי המתח העליון בתחנת ההשנאה) קיימים מסדרי מתח בינוני ומסדרי מתח נמוך. מסדרי מתח עליון, בינוני ונמוך הם מוצרים שונים הנבדלים באופן משמעותי מבחינת היישומים, העיצוב, ערוצי השיווק, היקפי המכירות והמחירים. ההסדר הכובל נושא החלטה זו חל על מסדרי מתח עליון בלבד.

² בהתאם למידע שנמסר לרשות ההגבלים העסקיים על ידי ABB, יצרני מסדרי מתח מבודדי גז שפעלו בתקופה הרלוונטית להחלטה הם: Japan AE Power Systems Cooperation, TMT&D, VA Tech, Areva, Siemens, Beijing Beikai Nissin Electric HV, HICO – Hyosung Corporation, HHI – Hyundai Heavy Industries, Shenyang High Voltage, Xian Shiky High Voltage Electric Co., Ltd, SWG Equipment Co., Ltd, Crompton Greaves, Ganz Transektro, Pingdingshan Tianying Group Co., Ltd, Switchgear Co. Ltd, BHEL.

15. הצרכן העיקרי של מוצרים אלה בישראל הינו, כאמור, חברת החשמל.

ג. חשיפת הקרטל

חקירת רשות ההגבלים העסקיים

16. ראשיתה של חקירת הקרטל על ידי רשות ההגבלים העסקיים בפניית באי כוח ABB בבקשה לקבלת חסינות מהעמדה לדין בגין השתתפות בקרטל, בהתאם לתכנית החסינות של הרשות.

17. תכנית החסינות חלה על עבירת הסדר כובל ועבירות נוספות שנעברו בקשר לעבירת הסדר כובל (שיבוש מהלכי משפט, הדחה בעדות וכד'). התוכנית מעניקה לפונה הראשון החושף פעילות קרטליסטית שהיה צד לה, חסינות מפני העמדה לדין פלילי, ובלבד שפנייתו נעשתה טרם פתיחת חקירה גלויה בענין. החסינות ניתנת בכפוף לעמידה בתנאי התוכנית: שיתוף פעולה ושיתוף מידע מלא בדרך של הודעות אמת מלאות ומפורטות, חשיפת מסמכים ושמות המעורבים בקרטל בכל שלב משלבי החקירה וההתדיינות, הפסקה מלאה של ההתנהגות האסורה, וכן תיאום עם הרשות ופעולה על פי הנחיותיה בתקופת החקירה ולאחריה.³

18. בקשת ABB לקבלת חסינות אושרה, וביום 20 בספטמבר 2009, נחתם עימה הסכם חסינות, לפיו בכפוף לשיתוף פעולה עם חקירת הרשות בנוגע לקרטל ומסירת מידע לגביו, ABB, חברות קשורות וכן מנהלים, עובדים ודירקטורים ב-ABB, אשר שתפו פעולה עם הרשות כאמור, יקיבלו חסינות מפני העמדה לדין בעבירת הסדר כובל (להלן: "**הסכם החסינות**").

19. עוד קודם לחתימה על הסכם החסינות, ABB העבירה לידי הרשות שורה של מסמכים הנוגעים לפעילות הקרטל. בכלל זה, הועברו הצהרה מפורטת בעניין הקרטל,⁴ עותקים מהסכם הקרטל, תדפיס הכולל מידע רב על מכרזים לרכישת מסדרי מתח שפורסמו בתקופת הקרטל בישראל ועל ההחלטות שנתקבלו בידי חברות הקרטל ביחס לאותם המכרזים, וכן מסמכים נוספים שנוצרו במסגרת פעילות הקרטל או השופכים אור על התנהלותו.

20. בנוסף, בחודש מאי 2009, גבו חוקרי רשות ההגבלים העסקיים הודעה ממר אריק מאייר. מר מאייר שימש כ"מתאם הקרטל" מטעם ABB במרבית שנות פעילות הקרטל, והגיע לישראל לצרכי החקירה. בחקירתו, מר מאייר שפך אור על מגוון רחב של עניינים הנוגעים לקרטל ואישר מידיעה ומהיכרות אישית נתונים רבים שהופיעו במסמכים שהועברו לידי הרשות על ידי ABB. בנוסף, חוקרי הרשות חקרו את ראשי הנציגויות הישראליות של החברות שנחשדו כמשתתפות בקרטל. כן נדרשו והתקבלו מסמכים מחברת החשמל בנוגע למכרזים למסדרי מתח שקיימה בתקופה הרלוונטית. כל אלו מהווים תשתית למסכת העובדות המתוארת בהחלטתי זו.⁵

³ לנוסח השלם של תוכנית החסינות של רשות ההגבלים העסקיים ר' "תכנית חסינות בעבירות הגבלים עסקיים" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.700 (התשס"ה).

⁴ הצהרה זו, על צרופותיה, גובשה ונערכה על ידי פירמת עורכי הדין: Freshfields Bruckhaus Deringer מטעם ABB, ומבוססת על ממצאי חקירה פנימית שערכה ABB בעניין הקרטל.

⁵ כפי שיפורט להלן, תמיכה נוספת לתשתית העובדתית שהיוותה בסיס להחלטה זו ניתן למצוא בעמדה שהוגשה במסגרת השימוע שקדם למתן ההחלטה על ידי Hitachi Ltd (להלן: "Hitachi"), במסגרתה אישרה Hitachi את דבר קיומו של הקרטל, את העובדה כי הייתה צד לקרטל העולמי וכן את העובדה כי הסכמי הקרטל יושמו בישראל.

21. חקירת רשות ההגבלים העסקיים בנושא הקרטל התנהלה כחקירה פלילית. במסגרת החקירה לא נמצאו ראיות למעורבותן של הנציגויות בישראל או של חברות הבנות המקומיות של חברות הקרטל ביישום הקרטל בישראל, ואף לא לידיעה של מי מהן אודות קיומו.

ככלל, הדרך ההולמת לטיפול בהסדרים כובלים מן הסוג המתואר בקביעה זו היא הדרך הפלילית. לכן, משלא נמצאו ראיות למעורבותם של גורמים מקומיים, נבחנה האפשרות לנקוט בהליכים פליליים כנגד החברות הזרות. ואולם, ניהול הליך פלילי כנגד חשודים שמקום מושבם מחוץ לגבולות המדינה כרוך בהשקעה של משאבים, העולה כמה מונים על השקעת המשאבים הדרושה לניהול הליך פלילי מקומי. המשאבים הנחוצים לא עמדו אותה עת בידי הרשות. משכך, ונוכח הקשיים המעשיים בהם כרוך ניהול חקירה פלילית רחבת היקף באופן חסר תקדים, והכל מחוץ לגבולותיה של המדינה, הוחלט, באופן חריג ויוצא דופן בעבירות מסוג זה, שלא למצות את החקירה הפלילית.

22. יחד עם זאת, נמצא כי הראיות שנאספו במסגרת החקירה מספיקות לצורך הפעלת סמכויות הממונה לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים.

חקירת הקרטל בחו"ל

23. עוד קודם לפנייתו של ABB לרשות ההגבלים העסקיים, ABB דיווחה על מעורבותה בקרטל לנציבות האיחוד האירופי (להלן גם: "הנציבות") והגישה לנציבות בקשה לחסינות. בעקבות פנייתה של ABB, הנציבות פתחה בחקירה ממושכת. בסיומה של החקירה, ביום 24 בינואר 2007, ניתנה החלטת הנציבות בעניין הקרטל (להלן: "החלטת הנציבות").⁶

24. במסגרת ההחלטה האמורה הנציבות קבעה, כי חברות הקרטל⁷ השתתפו בהפרה מתמשכת של סעיף 81 לאמנת האיחוד האירופאי (כיום, סעיף 101 לאמנה), בכך שהגיעו להסכמות בקשר עם מכירת מסדרי מתח מבודדי גז בדבר: (1) חלוקת שווקים; (2) הקצאת מכסות ושימור נתחי שוק היסטוריים; (3) הקצאת פרויקטים בין היצרנים ותיאום מכרזים; (4) תיאום מחירים ביחס לפרויקטים שלא הוקצו; (5) סירוב להעניק רישיונות לשיווק מסדרי מתח לחברות שאינן נמנות על חברות הקרטל; (6) החלפת מידע רגיש.⁸

25. הנציבות קבעה כי חברות שנטלו חלק בקרטל תיאמו מכרזי מסדרי מתח ברחבי העולם, מלבד בארה"ב ובקנדה, במטרה לשמר נתחי שוק היסטוריים, ופעלו לקביעת רמת מחירים מוסכמת. הנציבות קבעה עוד כי חברות הקרטל הסכימו כי החברות היפניות לא יפעלו באירופה והחברות האירופיות לא יפעלו ביפן, וכי מכרזים במדינות אחרות בעולם יוקצו לחברות הקרטל בהתאם למכסה מוסכמת שנקבעה לכל אחת מן החברות, על בסיס נתח השוק ההיסטורי שלה.⁹

⁶ Case COMP/F/38.899 – Gas Insulated Switchgear (2007) (להלן: "החלטת הנציבות").

⁷ החלטת הנציבות התייחסה לחברות הבאות: ABB Ltd, Alstom (Société Anonyme), Areva SA, Areva T&D AG, Areva T&D Holding SA, Areva T&D SA, Fuji Electric Holdings Co., Ltd, Fuji Electric Systems Co., Ltd, Hitachi Ltd, Hitachi Europe Ltd, Japan AE Power Systems Corporation, Mitsubishi Electric Corporation, Nuova Magrini Galileo S.p.A, Schneider Electric SA, Siemens AG, Siemens Aktiengesellschaft Österreich, Siemens Transmission & Distribution Ltd, Siemens Transmission & Distribution SA, Toshiba Corporation and VA Tech Transmission & Distribution GmbH & Co KEG.

⁸ החלטת הנציבות, לעיל ה"ש 6, פסקה 2 להחלטה.
⁹ החלטת הנציבות, לעיל ה"ש 6, פסקה 113-114 להחלטה.

26. לאור ממצאים אלו, הנציבות הטילה קנסות כבדים על חברות הקרטל, אשר כללו רכיב עונשי-הרתעתי, והסתכמו בסך של כ-750 מיליון אירו.¹⁰
27. על החלטת הנציבות הוגשה שורה של ערעורים לבית הדין הכללי (The General Court) של האיחוד האירופי.¹¹ במסגרת פסקי דין שניתנו על ידי בית הדין, בית הדין לא התערב בממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי הנציבות, אך הפחית במידה מסוימת את גובה הקנסות שהוטלו על חלק מחברות הקרטל. על חלק מפסקי הדין שניתנו בפרשה זו על ידי בית הדין הכללי הוגשו עררים לבית הדין לצדק של האיחוד האירופי, אשר עדיין תלויים ועומדים.¹²
28. החלטת הנציבות ופסקי הדין שניתנו על ידי בית הדין הכללי של האיחוד האירופי עמדו גם הם לנגד עיניי ושימשו חומר רקע לצורך קביעה זו.
29. נוסף על ישראל והאיחוד האירופי, נוהלו הליכי אכיפה נגד הקרטל גם במדינות נוספות, ובין היתר, בניו זילנד, סלובקיה, צ'כיה, הונגריה וברזיל.

ד. הקרטל

ייסוד הקרטל

30. מהמידע שהתקבל ברשות ההגבלים העסקיים עולה, כי ישיבת הייסוד של הקרטל התקיימה ביום 15 באפריל 1988 במלון מריוט וינה. בפגישה זו השתתפו נציגיהן של Asea ו-Brown Boveri (היום ABB), Alstom (בגלגולה אז), Siemens וכן של יתר החברות שנטלו חלק בקרטל.¹³
31. ישיבת הייסוד חתמה תקופה ממושכת של עבודת הכנה שנערכה על ידי חברות הקרטל בין השנים 1985 – 1988, ואשר הובילה לגיבוש ההסכמות שבבסיס הקרטל. עבודת ההכנה כללה, בין היתר, חישוב נתחי השוק עבור כל אחת מהחברות. בהתאם לחישוב נתחי השוק נקבעה מכסה ("quota") של פרויקטים שיוקצו לכל אחת מחברות הקרטל במסגרת יישום הקרטל.
32. במסגרת ישיבת הייסוד נציגי חברות הקרטל אישרו את ההסכמות שבבסיס הקרטל. עיקרן בהסכמות שבין חברות הקרטל האירופיות ABB, GEC, Siemens, Northern Engineering industries/Reyrolle, Alstom, Schneider, Magrini ו-Sprecher Energie (שכונן גם "הקבוצה האירופית") לבין חברות הקרטל היפניות Toshiba, Hitachi, Mitsubishi, Nissin ו-Fuji (שכונן גם "הקבוצה היפנית"), בדבר חלוקה גאוגרפית של השוק העולמי, שימור

¹⁰ החלטת הנציבות, לעיל ה"ש 6, פסקה 522 להחלטה.

¹¹ Siemens AG v European Commission (T-110/07); Areva and Others (T-117/07) and Alstom (T-121/07) v European Commission; Siemens AG Österreich and VA Tech Transmission & Distribution GmbH & Co. KEG (T-122/07), Siemens Transmission & Distribution Ltd (T-123/07) and Siemens Transmission & Distribution SA and Nuova Magrini Galileo SpA (T-124/07) v European Commission; Hitachi Ltd, Hitachi Europe Ltd and Japan AE Power Systems Corp. v European Commission (T-112/07); Toshiba Corp. v European Commission (T-113/07); Fuji Electric Co. Ltd v European Commission (T-132/07); Mitsubishi Electric Corp. v European Commission (T-133/07).

¹² Siemens v Commission (C-239/11 P); Commission v Siemens Österreich and Others (Joined Cases C-231/11 P, C-232/11 P, C-233/11 P); Areva v Commission (Joined Cases C-247/11 P, C-253/11 P) מהודעתו של אריק מאייר עולה כי כל היצרניות החשובות של מסדרי מתח שפעלו באותה תקופה היו חברות בקרטל, אם כי היו חברות קטנות יותר שפעלו בשוק זה, אך לא השתתפו בקרטל.

נתחי שוק היסטוריים וקביעת רמת מחירים מתואמת. ההסכמות הועלו על הכתב במסגרת הסכם ה-GQ.¹⁴ הסכם זה, שהעתק הימנו הועבר לידי הרשות על ידי ABB קובע שורה של כללים ומנגנונים שנועדו להסדיר את יחסי הצדדים ואופן מימוש ההסכמות ביניהם.

33. נוסף להסכם GQ, חברות הקבוצה האירופית ערכו הסכם נוסף, המכונה הסכם ה-EQ, המסדיר את כללי הפעילות של חברות הקבוצה האירופית, בין לבין עצמן. הסכם זה, שאף העתקו הועבר לידי הרשות על ידי ABB, היה כפוף להוראות הסכם ה-GQ והוראות הסכם ה-GQ חלו עליו.

34. שני ההסכמים יושמו החל מיום ה-15 באפריל 1988 ולכל הפחות עד ל-3 במרץ 2004.¹⁵

הסכמות שבבסיס הקרטל

35. תכליתו העיקרית של הקרטל הייתה מניעת תחרות בשוק מסדרי מתח גבוה, תוך שימור נתחי שוק היסטוריים של החברות שנטלו חלק בקרטל, ושמירה על רמת מחירים מוסכמת בשוק מסדרי המתח העולמי.

36. המנגנון לפיו פעל הקרטל להשגת תכלית זו נקבע במסגרת הסכם ה-GQ, ויפורט להלן.

תחולה גאוגרפית

37. הקרטל חל על כל מדינות העולם, זולת אלה שהוחרגו במפורש מתחולת הקרטל במסגרת הסכם ה-GQ. המדינות שהוחרגו הן ארצות הברית וקנדה, בהן הקרטל לא פעל כלל. כמו כן, חברות הקרטל הסכימו כי השוק היפני יוקצה במלואו לקבוצה היפנית ושווקים של מדינות מערב אירופה יוקצו לקבוצה האירופית. שווקים אלו כונו "שווקי בית". פרויקטים בשווקי הבית לא נדונו כלל בישיבות הקרטל. בנוסף, הוסכם כי בשווקים של מספר מדינות אירופה (שכונו "מועדונים מקומיים"), בהם התקיימו קרטלים מקומיים לפני ייסודו של הקרטל, יוותרו ההסכמות הקודמות על כן.¹⁶

38. פרויקטים בשאר מדינות העולם, שלא נמנו על "שווקי בית" או "מועדונים מקומיים", נועדו להקצאה בהתאם למנגנון שנקבע בהסכם ה-GQ. ישראל לא נכללה ב"מועדון מקומי" או ב"שוק בית" אלא הייתה חלק מהמדינות שעליהן חל הסכם ה-GQ, כחלק ממדינות אסיה.

מזכירות הקרטל

39. ניהול אדמיניסטרטיבי שוטף של הקרטל הופקד בידי מזכירות הקרטל.

¹⁴ "Q" – Quota (מכסה), "G" קיצור למילה Switchgear. מרבית קיצורי המילים בהם נעשה שימוש במסמכי הקרטל הינם קיצורים שהיו נהוגים אותה עת אצל International Electrical Association.

¹⁵ בהתאם להצהרתה, ABB הפסיקה את פעילותה בקרטל ביום 3 במרץ 2004, ולא ידוע לה על המשך הפעילות במסגרת הקרטל לאחר מועד זה. בהתאם להחלטת נציבות האיחוד האירופי הפגישה האחרונה במסגרת הקרטל התקיימה ביום 11 במאי 2004. כפי שיפורט להלן סימנס השהתה את פעילותה במסגרת הקרטל בחודש ספטמבר 1999 ושבבה לפעילות במסגרת הקרטל בחודש מרץ 2002.

¹⁶ מועדונים מקומיים לא הוחרגו במלואם מתחולת הקרטל, ונקבע לגביהם כי פרויקט שיבוצע על ידי מי מחברות הקרטל במדינות "המועדון המקומי" ייזקף לחובת המכסה של אותה החברה במסגרת הקרטל.

40. הקבוצה האירופית והקבוצה היפנית מינו כל אחת חברת קרטל לתפקיד מזכירת הקרטל. Siemens שימשה כמזכירת הקרטל של הקבוצה האירופית בין השנים אפריל 1988 עד ספטמבר 1999. בספטמבר 1999 הוחלפה ע"י Alstom. תפקיד מזכירת הקבוצה היפנית הועבר ברוטציה בין החברות היפניות.

41. חברות הקרטל התחייבו במסגרת הסכם ה-GQ לעדכן את מזכירת הקרטל מטעם הקבוצה אליה הן משתייכות בדבר כל פרויקט מתוכנן, המובא לידיעתן, לרבות בדרך של הזמנה להגיש הצעות.¹⁷ באחריות מזכירת הקבוצה היה לתעד כל פרויקט שמדווח לה בבסיס הנתונים של הקרטל, ולעדכן לגביו את חברות הקבוצה וכן את מזכירת הקבוצה השניה, שבתורה עדכנה את חברות קבוצתה.

42. מזכירת הקרטל החזיקה בידיה מאגר נתונים הכולל פרטים אודות פרויקטים אשר הגיעו לידיעתה, פירוט הנתונים לגבי הפרויקט וכן את פירוט ההליכים וההחלטות שנתקבלו בקרטל בנוגע לכל אחד מן הפרויקטים. בנוסף, מזכירות הקרטל ארגנו פגישות עתיות בין חברות הקרטל, תאמו את התקשורת בין חברי הקבוצות והכינו את הנתונים הנחוצים לצורך הפגישות.

43. בתמורה לשירותיה קיבלה מזכירת הקבוצה תשלום שנתי מכל חברות הקרטל. סכום התשלום של כל חברה נגזר מגודל המכסה המוסכמת שלה בקרטל.

ישיבות חברות הקרטל

44. החלטות הקרטל התקבלו במסגרת פגישות עתיות שקיימו נציגי חברות הקרטל.

45. פעילותו השוטפת של הקרטל התבצעה במסגרת פגישות של קבוצות עבודה (Working Groups שכונו גם Committee meetings). בהתאם להוראות הסכם ה-GQ, על כל אחת משתי הקבוצות האזוריות (אירופית ויפנית), היה להקים קבוצת עבודה, אשר תהיה אחראית למילוי התחייבויותיה במסגרת הקרטל כלפי הקבוצה האחרת.¹⁸ קבוצות העבודה קיימו מפגשים תכופים (אחת לשבועיים עד חודש). מפגשים אלה התקיימו בדרך כלל במלונות של נמלי תעופה שונים. לקראת פגישות קבוצות העבודה, מזכירת הקרטל העבירה לנציגי החברות המשתתפות בקבוצות העבודה רשימה של פרויקטים עליהם דווח לקרטל. במסגרת פגישות קבוצות העבודה נדונו בקשות החברות לגבי הקצאת הפרויקטים ונתקבלו החלטות בנוגע לזהות הקבוצה שתקבל את ההקצאה (בהתאם לזהות החברות שהביעו עניין בפרויקט הנדון בפגישת ההכנה).

46. לאחר שנתקבלה החלטה על הקצאת פרויקט לקבוצה האזורית, נדונה הקצאתו לאחת מחברות הקבוצה. אם חברה אחת בלבד הביעה עניין בפרויקט מסוים, הפרויקט הוקצה לזכותה. אם שתי חברות או יותר הביעו עניין בפרויקט, הקצאתו נדונה בישיבת קבוצת העבודה של הקבוצה.

¹⁷ דיווח למזכירות הקרטל נעשה על פי טופס דיווח שצורף כנספח להסכם ה-GQ. במסגרת הדיווח היה על חברות הקרטל לכלול פרטים בדבר סוג הפרסום (מכרז, אישור מוקדם, prequalification, שאילתה), פרטי המזמין, פירוט הציווד נושא המכרז, סוג הפרויקט ועוד.

¹⁸ קבוצת העבודה האירופית כללה את ABB, Alstom, סימנס ואת AEG או Schneider. קבוצת העבודה היפנית כללה את החברות: Toshiba, Hitachi ומיצובישי.

47. חברה אשר זכתה בהקצאה ארגנה "פגישת עבודה" בקשר עם הפרויקט שהוקצה לה. מטרת פגישת העבודה היתה דיון בפרטי הפרויקט ובעיקר - תיאום עם חברות הקרטל האחרות בדבר הגשת הצעות נוספות בקשר עם הפרויקט. מסדרי מתח נרכשו בדרך כלל במכרזים פומביים. על מנת שלא לעורר חשד לקרטל ולשוות אמינות למכרז, חברות הקרטל שלא זכו בהקצאה נדרשו להגיש הצעות דְּמָה במכרז, בתנאים שיבטיחו את זכיית החברה שזכתה בהקצאה. פגישת העבודה נועדה אפוא לאפשר לחברה אשר לה הוקצה הפרויקט לעדכן את החברות האחרות בפרטי ההצעה שבכוונתה להגיש במכרז ובמחיר ההצעה, ולסכם עמן בדבר פער המחיר בין ההצעה שלה להצעות הדְּמָה שתוגשנה. פעמים רבות קבעו חברות הקרטל שזכו בהקצאה את המחירים המדויקים של הצעות הדְּמָה שתוגשנה על ידי החברות האחרות, ולא הסתפקו בקביעת הטווח.

48. בהודעתו, תאר מר מאייר את הדרך לקביעת המחירים שנכללו בהצעות הדְּמָה, כך :
"The corresponding GIS sales department worked as if there were no cartel and calculated everything on a real basis, including profit margins and the result of this tender work lead to a final price which our GIS sales department wanted to achieve. This price was the basis for the percentage increase which we indicated to the supporting companies."

49. הצעות מחיר שהוגשו על ידי חברות הקרטל היו, ככלל, גבוהות מרמת המחירים המתואמת של הקרטל, וזאת על מנת לאפשר לחברה אשר לה הוקצה המכרז מרווח התמקחות מול המזמין. שיעורי ההנחה שרשאית כל חברה להציע נקבעו לעיתים אף הם במסגרת הקרטל. כשהתעורר חשש שחברה שאינה חברת הקרטל תזכה בפרויקט, היה על הקבוצה שזכתה בהקצאה להילחם באותה מתחרה ולידע את מזכירות הקבוצות בדבר הפחתת מחיר שנדרשה לעשות.

50. נוסף לפגישות עבודה, שאורגנו על ידי חברות הקרטל בקשר עם פרויקטים שהוקצו להן, מזכירות הקרטל (הקבוצה היפנית או האירופית, לסירוגין) ארגנה פגישות עבודה שבהן נדונו פרויקטים שלא הוקצו לאף אחת מחברות הקרטל.¹⁹ מטרת פגישות אלו היתה לקבוע הסדרי רמת מחיר או הסדרי מחיר מינימום. הדבר נועד על מנת להבטיח שגם פרויקטים שלא הוקצו לא יוחרגו מגדרי הקרטל ולא יסיטו את טווח המחירים למחירי תחרות. לצורך קביעת מחירים מוסכמים של פרויקטים אלו, נקבעה נוסחת תמחור מפורטת המתייחסת למכלול שיקולי התמחור (אשר צורפו כנספח 9 להסכם ה-GQ).

51. ההחלטות שנתקבלו בפגישות השנתיות ובפגישות העבודה חייבו את כל חברות הקרטל.

מנגנון ההקצאה ומנגנון חישוב רמת מחיר מתואמת

52. פרויקטים מבוססי מסדרי מתח עליון נבדלים זה מזה בגדלם, ברכיביהם ובשוויים. לפיכך, חברות הקרטל נעזרו במערכת של חישובי "העמסה" (Loading System). חישובים אלה נועדו לכמת את הערך שיש לזקוף לזכות חברות הקרטל בגין פרויקטים שהוקצו להם ("ערך ההעמסה"), זאת

¹⁹ בהתאם להסכם ה-GQ, יש להקצות כל פרויקט, המתאים להקצאה. פרויקטים שאינם מתאימים להקצאה הם פרויקטים בתחנות כח טרמיות, הידרואלקטריות, גרעיניות או מפעלי תעשייה, כאשר המכרז כורך את ציוד ה-GIS עם הציוד העיקרי של תחנת הכוח, וכן פרויקטים שאף חברה אינה מעוניינת בהקצאתם או פרויקטים בהם הקבוצה האירופית או היפנית סבורות כי אינם מתאימים להקצאה.

בכדי להבטיח שהקצאת הפרויקטים תתבצע בהתאם למכסות שנקבעו מראש לכל אחת מן החברות. לצורך חישובי ההעמסה, נקבעה יחידת חישוב אחידה לשקלול שווי הפרויקט לחברות הקרטל, שכונתה "יחידת ייצור" (PU – Production Unit).²⁰

53. "ערך ההעמסה" של הפרויקט נרשם בחשבונה של החברה שאליה הוקצה. לכל חברת קרטל היה "חשבון העמסות" ובו נרשמו כל הפרויקטים שהוקצו לה וערכי ההעמסה שלהם. מזכירות הקרטל הייתה אחראית על רישום ההעמסות. רישום ההעמסות מופיע אף הוא בתדפיס מבסיס הנתונים של הקרטל שהועבר לידי הרשות על ידי ABB.

54. מקום בו לא ניתן היה להקצות את הפרויקט לאחת מחברות הקרטל, נקבעה, כאמור, רמת מחירים מינימאלית מוסכמת.

מנגנוני אכיפה וענישה

55. קרטל יוצר מטבעו שיווי משקל לא יציב, שכן כל חברה שוקלת בכל רגע נתון את העובדה כי אם תסטה מן ההסכמות נושא הקרטל, תוכל להגדיל את נתח השוק שלה ואת הרווח שלה על חשבון מתחרותיה. על כן, ככלל, לצורך הבטחת יציבות הקרטל לאורך זמן, חיוני ונחוץ שיהיו לקרטל מערכי מעקב ופיקוח על חבריו, וכי הסטייה מההסכמה תלווה בענישה אשר תוריד את רווחיה של החברה הסוטה מההסכמות הקרטל אל מתחת לרווחים אותם הייתה גורפת אילו לא הייתה סוטה מההסדר.²¹

56. קרטלים המבוססים על מנגנונים ארוכי טווח של תיאום מכרזים, כמו במקרה דנא, עשויים להיות יציבים יותר מקרטלים אחרים. סטייה מההסכמות הקרטל לא תביא להגדלת נתח שוק של ממש, אלא עשויה להשפיע על פי רוב על מכרז אחד, זאת בשל הקלות שבחשיפת זכיה במכרז של חברה, שלא יועדה לזכות בו על ידי מנגנון הקרטל.²² משכך, נקל להבין את היכולת לשמר את הקרטל למשך תקופה ממושכת.

57. בנוסף, במסגרת הסכם הקרטל נקבעו מנגנוני פיקוח, אכיפה וענישה, ואף אלו יושמו על מנת לוודא ולהבטיח המשך קיומו של הקרטל.

58. תנאי מקדמי לקיומו של מנגנון זה הייתה חובת דיווח, וזו נקבעה בסעיף 6 להסכם ה-GQ. כל חברה הייתה חייבת לדווח למזכירת הקבוצה לה היא משתייכת על כל פרויקט חדש שעליו נודע לה, גם אם לא היתה מעוניינת בו. חובת הדיווח חלה גם על כל הזמנה מלקוח. הדיווח בוצע בהתאם לטופס דיווח שנקבע בנספח להסכם.

²⁰ יחידת ייצור חושבה על ידי הכפלת מספר מפסקי זרם בפרויקט ב-"מקדם העמסה" (Calculation Factor) שביטא רמת המתח המקסימאלי ("Highest System Voltage kv") של מערכת ה-GIS. מקדמי העמסה נקבעו בנספח להסכם GQ בסולם ערכים שבין 0.7 (למערכת במתח מקסימלי של 72 קילו-וולט ועד 7 למערכת במתח מקסימלי של 800 קילו-וולט).

²¹ ר' למשל (1998) 5th ed., 10.1 RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW.

²² ר' בעניין זה ALBERTO HEIMLER, *Cartels in Public Procurement*, (2012) 8(4) JOURNAL OF COMPETITION LAW & ECONOMICS 849.

59. הסנקציה החריפה ביותר התייחסה לנטילת פרויקט בניגוד להקצאה או לאי עמידה בהסדר מחיר. כאשר חברה זכתה במכרז שלא היתה אמורה לזכות בו, או כאשר הציעה מחיר שחרג מרמת המחיר המוסכמת, נקבע בהסכם ה-GQ מנגנון ענישה, בדרך של רישום העמסה "עונשית" בחשבון החברה המפרה.

אמצעי ביטחון והסוואה

60. חברות הקרטל נקטו משנה זהירות בכל הנוגע לדרכי ההתקשרות ביניהן על מנת להבטיח שפעילות הקרטל תישאר נסתרת מעין. אמצעי הזהירות עליהם הקפידו חברות הקרטל כללו הוראות ברורות ומדויקות לקיום מגעים ופגישות.

61. זיהוי החברות בקרטל נעשה באמצעות קוד מספרי ששימש לזיהוי החברה ב- International Electric Commission (IEC) ו"הושאל" לצרכי הקרטל. במסמכי הקרטל לא נזכרו החברות בשמן וכל אזכור של מי מהן נעשה באמצעות מספר מזהה. הנפשות הפועלות השתמשו אף הן בקוד להסוואת זהותן.²³ בנוסף, נעזרו חברות הקרטל באמצעים טכנולוגיים ובהם טלפונים מצוידים בתוכנת הצפנה שסופקו על ידי Siemens.²⁴

62. השימוש בשמות קוד והאמצעים הטכנולוגיים המתוחכמים לשעתם מצביעים על מאמצייהן של החברות להסתיר את פעילותן מעיני הציבור ורשויות החוק, ומעידים על כי ידעו היטב שפעילותן אינה חוקית וכי אם תתגלה יידרשו החברות לשאת באחריות למעשיהן.

ה. פעילות הקרטל ביחס לשוק בישראל

63. בתקופה בה התקיים הקרטל העולמי, חברת החשמל פרסמה עשרות מכרזים לרכישת מסדרי מתח.

64. כידוע, ההליך המכרזי מתבסס על הנחה כי כל גורם המעוניין בהתקשרות בהסכם יגיש הצעה במכרז וכי כל משתתף במכרז יגיש את הצעתו מתוך ידיעה כי על הצעתו להיות אטרקטיבית מספיק כדי שתגבר על יתר ההצעות שתוגשנה על ידי הגורמים האחרים שיתמודדו במכרז. לא כך ארע במכרזי חברת החשמל.

65. בעת השתתפותן במכרזי חברת החשמל, חברות הקרטל, שהיו הספקיות העיקריות של מסדרי מתח בעולם, הציגו בפני חברת החשמל מצג מטעה לפיו הן מתחרות זו בזו, כאשר בפועל לא התחרו כלל. מכרזי חברת החשמל דווחו למזכירות הקרטל, נדונו לפרטיהם בישיבות קבוצות העבודה של הקרטל, שם נתקבלו החלטות לגבי זהות הגורם שיזכה במכרז. כן, תואם אילו מחברות הקרטל יגישו הצעות דָּמָה במכרז.

²³ ר' החלטת הנציבות, לעיל ה"ש 6, פסקה 172 להחלטה.
²⁴ שם, פסקאות 170-176. הדברים אושרו גם בהצהרת ABB.

66. מר מאייר הדגיש בהודאתו כי חברות הקרטל גילו עניין בפרויקטים בישראל, שנחשבו לפרויקטים בהיקף משמעותי :

"Q: Were there any projects in Israel that no cartel member wanted to allocate to themselves?

A: Israel was an interesting market; there were always more interested parties than projects.

Q: Were there any cartel members who specifically insisted on allocating an Israeli project for themselves?

A: The main suppliers, Siemens, Alstom, and ABB were always interested in Israeli projects because as far as I remember they were quite substantial projects. This is why it was an interesting market."²⁵

67. במהלך התקופה שבין חודש נובמבר 1988 לבין חודש יוני 1999 נדונו בישיבות הקרטל למעלה מחמישים פרויקטים שתוכננו באותה עת בישראל, ביניהם גם פרויקטים שתוכננו אך לא יצאו בסופו של דבר אל הפועל. כל הפרויקטים שיצאו אל הפועל היו פרויקטים עבור חברת החשמל.

68. בכל המכרזים שפורסמו על ידי חברת החשמל, מלבד אחד, זכו חברות הקרטל. במכרזים רבים, בנוסף להצעה שיועדה על ידי הקרטל להיות ההצעה הזוכה, הוגשו הצעות דִּמָּה על ידי חברות קרטל. לדברי מר מאייר, הדבר נעשה שכן חברת החשמל לא נהגה להזמין פרויקטים גדולים על בסיס הצעה אחת בלבד. מר מאייר אישר כי כמה מהפרויקטים בישראל לא הוקצו על ידי הקרטל לחברה ספציפית מבין חברות הקרטל, אלא סוכם כי חברות הקרטל יגישו הצעות בהתאם לרמת מחיר מינימאלית מתואמת שנקבעה על ידי הקרטל.

69. לידי רשות ההגבלים העסקיים הועבר תדפיס מבסיס הנתונים שהוחזק בידי הקרטל, המתייחס לפרויקטים הישראליים. תדפיס זה כולל מידע רב ביחס לכל אחד מן הפרויקטים המתוכננים בישראל, אשר דווחו לקרטל, לרבות אלו שלא יצאו אל הפועל. בכלל זה נכללו בתדפיס האמור פרטים בדבר שם מזמין העבודה, שם הפרויקט, תאריך פרסום המכרז, תאריך סיום המכרז, תאריך הזמנת העבודה ופרטים בדבר היקף הפרויקט (מספר המפסקים, המתח המקסימאלי של הפרויקט, תקציב מיועד וכיוב').

התדפיס האמור כלל גם פירוט ההחלטות שהתקבלו על ידי חברות הקרטל ביחס לכל אחד מהפרויקטים, וכן, סומן ביחס לכל אחת מחברות הקרטל אם היא הביעה עניין בהקצאה של הפרויקט, אם היא הגישה הצעה במסגרת המכרז או אם ביקשה להימנע במפורש מהגשת הצעה. כן סומן מי החברה שארגנה את ישיבת העבודה ביחס לכל אחד מהפרויקטים, מי החברה שהפרויקט הוקצה לה ומי החברה שתגיש הצעת דמה. ביחס לחלק מן הפרויקטים גם צוין מי החברה שזכתה בסופו של דבר במכרז.

²⁵ כפי שיפורט להלן, העובדה כי המכרזים שפורסמו בישראל נדונו בישיבות הקרטל אושרה גם על ידי מר ווקבאיאשי, נציג Hitachi בקרטל, במסגרת העמדה שהוגשה על ידי Hitachi בשימוע שהתקיים בפניו.

70. התדפיס האמור מלמד כי בידי הקרטל רוכז מידע רב ומפורט מאד לגבי מכרזי מסדרי מתח שפורסמו בישראל, דבר אשר לכשעצמו מעיד על אחיזתו האיתנה של הקרטל בשוק הישראלי. מעבר לכך, תדפיס בסיס הנתונים פורש תמונה עובדתית רחבה לגבי התנהלות הקרטל ביחס לשוק הישראלי. הנתונים המפורטים בו תומכים בעדותו של מר מאייר לגבי התנהלות הקרטל בכלל, וביחס לשוק הישראלי בפרט.
71. הפרטים העובדתיים ביחס להיקף הפרויקט, זהות מגישי ההצעות וזהות הזוכה במכרז אומתו מול נתונים שהתקבלו ברשות מידי חברת החשמל (הסכמים שנחתמו עם הזוכים במכרז ורישומים בדבר זהות מגישי ההצעות במכרז) ונמצאו תואמים את מצב הדברים בפועל.
72. כלל הפרויקטים בישראל הוקצו לקבוצה האירופית, וכולם, מלבד אחד, הוקצו במסגרת הקבוצה לאחת מארבעת קבוצות החברות – ABB, Alstom, Siemens ו-AEG Aktiengesellschaft, אשר אינה פעילה עוד בשוק מסדרי המתח.²⁶ חברות אלו גם זכו בפועל במכרזי חברת החשמל לביצוע אותם הפרויקטים. גם פרויקטים אשר לא הוקצו לחברה אחת מסוימת במסגרת הקרטל, אלא נקבע כי ההצעות תוגשנה בהתאם לרמת מחיר מוסכמת, בוצעו בפועל על ידי אחת מארבעת החברות דלעיל.²⁷
73. החברות אשר פעלו בישראל עשו זאת באמצעות נציגויות מקומיות. לנציגויות אלו ניתנה מעט מאוד עצמאות בכל הנוגע לשיווק ומכירה של מסדרי מתח והן היו עושות דברן של החברות. חקירת רשות ההגבלים העסקיים לא העלתה ראיות למעורבות של הסניפים המקומיים של החברות הבינלאומיות או של סוכנים או זכיינים שלהן בישראל בהתנהלות הקרטל, ואף לא לידיעה של מי מהם אודות קיומו של קרטל. ממצא זה חיזק את האמור בהודעת ABB לפיו הקרטל אורגן ונוהל על ידי החברות הבינלאומיות מבלי לערב את הנציגים המקומיים בקרטל.
74. Siemens שימשה בתקופת הקרטל אחת הספקיות העיקריות של מסדרי מתח לחברת החשמל. Siemens השתתפה במכרזים רבים שפרסמה חברת החשמל וזכתה בחלק ניכר מהם. התקשרויות בין חברת החשמל לבין Siemens, נעשו באמצעות חברת Lincas Electro Vertriebs-Gesellschaft m.b.H. (להלן: "Lincas"), אשר חתמה בפועל על ההסכמים עם חברת החשמל. עם זאת, Siemens עצמה היא שניהלה את המשא והמתן עובר לחתימה על הסכמים עם חברת החשמל ולכל הפחות בחלק מן המכרזים של חברת החשמל, היא – ולא Lincas – חתומה על ההצעות שהוגשו במסגרת המכרזים. מכאן שSiemens היא שקבעה את התנאים המסחריים של

²⁶ פעילות חברת AEG Aktiengesellschaft ("AEG") בתחום מערכות ההולכה וההשנאה (T&D), לרבות מסדרי מתח, נרכשה בשנת 1996 על ידי חברת GEC Alsthom NV, שמאוחר יותר פעילותה חוסלה והועברה בתחום זה לחברת Alstom T&D SA. ר' החלטת הנציבות לאישור המיזוג GEC Alsthom / AEG Aktiengesellschaft - Case No IV/M.706. עסקי AEG בתחומים אחרים נמכרו אף הם לגורמים שונים והחברה חדלה מלהתקיים.

²⁷ נוסף לחברות שביצעו פרויקטים בישראל, בהתאם לתדפיס בסיס הנתונים האמור, חברות נוספות שהביעו עניין בפרויקט אחד או יותר בישראל הן: Schneider Electric SA ("Schneider"), Sprecher Energie ("Sprecher") ו-Northern Engineering Industries/Reyrolle ("Reyrolle"). חברות אלו אינן פועלות כיום בתחום מסדרי המתח. Schneider מכרה את פעילותה בתחום מערכות ההולכה וההשנאה לקבוצת Va Tech, אשר בשנת 2005 נרכשה על ידי Siemens Österreich AG, חברה בת בבעלות מלאה של Siemens AG. גם Reyrolle נרכשה על ידי Va Tech, סרם רכישתה של Va Tech על ידי Siemens Österreich AG. Sprecher נרכשה בשנת 1986 על ידי Alstom.

הצעתה במכרז, ואין נפקות לעובדה כי ההסכם מול חברת החשמל לא נחתם על ידה, אלא על ידי מי מטעמה.

Siemens נטלה חלק בהסדר הכובל החל מיום 15 באפריל 1988²⁸ ולכל הפחות עד ליום 3 במרץ 2004. בחודש ספטמבר 1999, Siemens השהתה את השתתפותה בהסדר הכובל ולא השתתפה ביישומו, עד ששבה לפעילות במסגרת ההסדר הכובל בחודש מרץ 2002.

75. קבוצת Alstom, באמצעות החברות GEC, Alstom SA, Sprecher Energie AG, השתתפה במכרזים שפורסמו על ידי חברת החשמל וזכתה בחלק מן המכרזים. כמו כן, כאמור Alstom רכשה את פעילותה של AEG בתחום מערכות ההולכה וההשנאה בשנת 1996. קבוצת Alstom נטלה חלק בהסדר הכובל החל מיום 15 באפריל 1988 ולכל הפחות עד ליום 3 במרץ 2004.

76. ABB השתתפה במכרזים שפורסמו על ידי חברת החשמל וזכתה בחלק מן המכרזים. ABB נטלה חלק בהסדר הכובל החל מיום 15 באפריל 1988 ולכל הפחות עד ליום 3 במרץ 2004.

77. מכל האמור לעיל עולה כי פעילותן זו של Siemens, Alstom ו-ABB בישראל נעשתה כחלק מפעילותן בקרטל העולמי.

ו. ניתוח משפטי

78. ההסכמות בין החברות בדבר שימור נתחי השוק, תיאום המכרזים, קביעת רמות מחיר מתואמות, קיומו של מנגנון אחיפה וענישה קפדני והעברת מידע מסחרי באופן שוטף, כל אחת כשלעצמה, וביתר שאת כמכלול, מהוות הסדר כובל אסור, שתכלית קיומו פגיעה בתחרות.

79. דיני ההגבלים העסקיים נועדו להגן על התחרות החופשית. תחרות חופשית מבטיחה הקצאה יעילה של משאבים, חופש בחירה של הצרכן, מעודדת את הצמיחה ותורמת להגברת התמריצים ליעול, לפיתוח, וחדשנות כלכלית וחברתית. הסדר כובל, מעצם טבעו, עלול לפגוע בתחרות החופשית, ועל כן נאסר בחוק.²⁹

80. על החומרה היתירה שיש לייחס להסדרים לחלוקת שוק ותיאום מחירים, כמו ההסדר שבפניי, עמד בית המשפט העליון בפרשת **בורביץ**:

"על חומרת עבירות ההגבל העסקי, שעניינן בתיאום מחירים ובחלוקת שוק בין ספקים מתחרים, אין צורך להכביר מילים. בעבירות אלו טמון פוטנציאל לפגיעה קשה בתחרות החופשית, ובכוחן לשלול מן הציבור את זכותו ליהנות מיתרונותיה הרבים של התחרות המתבטאים בהפחתת מחירים, בשיפור איכות המוצרים ובהקצאתם היעילה של המקורות במשק".³⁰

81. הסדר כובל מוגדר בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים.

²⁸ חוק ההגבלים העסקיים נכנס לתוקף ביום 27.10.1988. תקופת הקרטל ביחס לשוק הישראלי לעניין החלטתי זו הינה מיום כניסתו של החוק לתוקף, וזאת ביחס לכל חברות הקרטל.

²⁹ סעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים. ר' גם בג"צ 47/83 **תור אויר בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים**, פ"ד לט(1) 169.

³⁰ ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורביץ**, פ"ד נט(6) 776, פסקה 191. (להלן "**בורביץ**").

82. סעיף 2(א) לחוק מגדיר הסדר כובל ככולל ארבעה יסודות: היסוד הראשון הינו קיומו של הסדר; היסוד השני נוגע לזהות הצדדים להסדר, אשר צריך שיהיה בין בני אדם המנהלים עסקים; היסוד השלישי הוא יסוד הכבילה, לפיו ההסדר מגביל את פעילותו של אחד או יותר מהצדדים; היסוד הרביעי נוגע לפוטנציאל הפגיעה בתחרות הטמון בהסדר, ודורש כי ההסדר "עלול" למנוע או להפחית את התחרות.

83. סעיף 2(ב) לחוק מונה ארבעה סוגי כבילות המהוות את "גרעין הקשה" של פגיעה בתחרות, ואסורות כשלעצמן. ארבע אלו הוכרו בפסיקה כחזקות חלוטות, בהתקיימן יוגדר הסדר ככובל ללא צורך בהוכחה של פגיעה בתחרות.³¹ הלכה למעשה, סעיף 2(ב) לחוק מהווה 'מקרה פרטי' לגביו קיימת חזקה חלוטה כי נכנס הוא בגדרי סעיף 2(א) לחוק.³²

84. כמפורט להלן, קרטל נושא קביעה זו מהווה הסדר כובל לפי סעיף 2(ב), וממילא אף לפי סעיף 2(א).

הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק

יסוד הסדר

85. היסוד הראשון בהגדרתו של הסדר כובל הינו קיומו של "הסדר".

86. "הסדר" מוגדר בסעיף 1 לחוק כך: "הסדר - בין במפורש ובין מכללא, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו."

87. על פי ההלכה, יש ליתן למילה "הסדר" את הפירוש המרחיב ביותר.³³ ההגדרה נועדה לכלול בחובה כל סוג של הסכמה וכל דרך של הגעה להסכמה בין הצדדים להסדר. די ברמה מינימלית כלשהי של הבנה משותפת, של הסכמה או של שיתוף פעולה בין הצדדים לשם יצירתו.³⁴ הסכמה יכולה להיות גם מכללא, ומכאן שאף שותף פסיבי או שותף שקיבל על עצמו את ההסדר מבלי להיות שותף ביצירתו הינם צדדים להסדר כובל.³⁵

88. המסכת העובדתית, כפי שפורטה בהרחבה לעיל, מצביעה על קיומם של תיאום ושיתוף פעולה בין הצדדים, אשר עולה באופן מובהק כדי הסדר כמשמעו בחוק.

89. ההסדר הינו הסדר מסגרת, אשר הועלה על הכתב במסגרת הסכם ה-GQ, והכולל הסכמות בין החברות בדבר שימור נתחי השוק, תיאום מכרזים, תיאום מחירים וקביעת רמת מחיר מתואמת של מסדרי מתח מבודדי גז ברחבי העולם. בנוסף, הסכימו החברות על הסדרה של מנגנון אכיפה וענישה קפדני, ועל העברת מידע באופן שוטף בין החברות. ההסדר חל על השוק העולמי כולו (זולת טריטוריות שהוחרגו מן ההסדר במפורש). ישראל הייתה אחת הטריטוריות לגביה חלו ההסכמות האמורות, וכפי שפורט במסגרת החלטתי זו, הצדדים פעלו במשותף לצורך הגשת הצעות במכרזים שפורסמו בישראל במהלך תקופת קיומו של ההסדר.

³¹ ר' דניאל 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נ"ו(1) 56.

³² ע"פ 2560/08 מדינת ישראל נ' ירון וול תק-על (2009) 149, פסקה פ"ד. (להלן "קרטל המעטפות")

³³ ע"פ 1042/03 מצרפסל שותפות מוגבלת (1974) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 721, פסקה 14 לפסק דינה של השופטת נאור.

³⁴ ר' עניין בורוביץ, לעיל ה"ש 30, פסקה 79 לפסק הדין. כן ר' מיכל (שיצר) גל, אמיר ישראלי, מנחם פרלמן "הסדרים כובלים – יסודות האיסור" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 209 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008) (להלן "גל, ישראלי ופרלמן")

³⁵ ת"פ (מחוז י-ם) 377/04 מדינת ישראל נ' ירון וול, פסקה 37 לפסק הדין (פורסם בנבו, 03.07.2007).

90. ההסכמה האמורה בין הצדדים, לתיאום ושיתוף פעולה בנוגע להגשת הצעות במכרזים בישראל, מהווה הסדר כמשמעות החוק. יסוד ההסדר מתקיים ביחס להסכם המסגרת לשיתוף פעולה ולתיאום ביחס למכרזים שפורסמו בישראל בתקופה הרלוונטית.

"בני אדם המנהלים עסקים"

91. החברות המעורבות בקרטל נושא קביעה זו הן כולן גופים עסקיים והינן בגדר "מנהלי עסקים".

יסוד ההגבלה

92. הרכיב השלישי בעבירת הסדר כובל לפי סעיף 2(א) מחייב שלפחות אחד הצדדים להסדר יגביל את עצמו באופן העלול לפגוע בתחרות.

93. ההסדר הכובל נושא החלטתי זו קבע רשת צפופה של כבילות ומגבלות שלא אפשרה לחברות הקרטל פעילות חופשית בשוק. ההגבלה התבטאה במספר מישורים; גיאוגרפי (התרת פעילות רק במסגרת חלוקה גיאוגרפית של אזורים, לרבות ישראל), הגבלת היקף הפעילות לשיעור המכסה שהוקצתה לכל אחת מהחברות, הגבלת חופש הפעולה של כל חברה להגיש הצעה למטרת זכייה במכרז, הגבלה על מחיר העסקה, הגבלה על התקשרות עם ספקים ועוד.

94. מכאן, שגם יסוד הכבילה מתקיים בענייננו.

עלילות הפגיעה בתחרות

95. כפי שאפרט מיד, ההסדר שבפניי בא בגדרי סעיף 2(ב) לחוק. מכאן, מתחייבת המסקנה כי ההסדר בא אף בגדרי סעיף 2(א) לחוק. בית המשפט העליון הבהיר בע"פ 7829/03 **מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ ואח'** (להלן: "**פרשת הרמזורים**")³⁶ כי הסדר המצוי בגדרן של החזקות החלוטות בסעיף 2(ב) לחוק, נכלל ממילא גם בגדרה של ההגדרה הכללית של "הסדר כובל" בסעיף 2(א), אלא שאת יסודות הפגיעה בתחרות שבסעיף 2(א) לא נדרש עוד להוכיח.

96. משכך, בענייננו, מתייתר הצורך להוכיח את פוטנציאל הפגיעה בתחרות שבהסדר.

הסדר כובל לפי סעיף 2(ב) לחוק

97. חזקות סעיף 2(ב) קובעות "מבחן צורני" לקיומו של הסדר כובל.³⁷ הסדרים הנופלים לגדרי החזקות המנויות בסעיף זה נתפסים כהסדרים אשר פגיעתם בתחרות אינה מוטלת בספק, ואשר ניסיון החיים והשכל הישר מורים, כי התועלת שהצדדים להסדרים אלו מנסים להשיג היא באמצעות פגיעה בתחרות.³⁸

98. כפי שאפרט להלן, ההסדר נושא החלטתי זו בא בגדרי החזקות המנויות בסעיף 2(ב)(1), (3) ו-(4).

הסדר כובל לפי סעיף 2(ב)(1)

99. סעיף 2(ב)(1) לחוק מגדיר ככובל הסדר בו הכבילה נוגעת "**למחיר שיידרש, שיוצע או שישולם**".

³⁶ פורסם בנבו, 14.07.2005.

³⁷ שם, פסקה פ"ג.

³⁸ ר' פרשת הרמזורים, לעיל ה"ש 36.

100. מקובל להניח כי תחרות מחירים היא הביטוי הישיר, המפורש והמידי ביותר לתחרות. מכאן שכבילות בנוגע למחיר הן בעלות רגישות רבה מבחינת דיני ההגבלים העסקיים, ונתפסות לרוב כסוג הגרוע ביותר של הסדרים כובלים, שכן השפעתם על הצרכן היא ישירה ומידית.³⁹ מטרתם של הסדרים אלו היא לרוב לפגוע במישרין בתחרות בשוק ולהעלות את שיעור הרווחים של הצדדים להסדר על חשבון לקוחותיהם.⁴⁰

101. האיסור הקבוע בסעיף 2(ב)(1) אינו מוגבל, על פי לשונו ותכליתו, רק להסדרי תיאום מחירים, והוא נפרש על כל כבילה אשר נוגעת למחיר שיידרש, שיוצע או שישולם.

102. תאום הצעות בין משתתפים במכרז הינו מסוג הכבילות הנוגעות למחיר. ההסכמות בין הצדדים נועדו ליצור כבילה באשר למחיר שיוצע במכרזים, כאשר מטרתו של התיאום להביא לעליית מחירים לעומת רמת המחירים שהייתה מושגת בתנאי תחרות.

בית המשפט העליון עמד על הדברים במסגרת פסק הדין שניתן בערעור על גזר הדין **בפרשת רמזורים**:

מדובר במעשה החותר תחת עצם התכלית המרכזית שבעטיה מבוצע המכרז, ומרוקן מתוכן את כלליו והוראותיו. מהלך שכזה, במיוחד כשהוא מתבצע בין מתחרים המחזיקים בנתח משמעותי מן השוק הרלוונטי, פוגם באופן קשה בשקיפותו של המכרז, בסיכוי השווה של כל המתחרים לזכות במכרז ובמיוחד ביכולת לשמר את המכרז כהלך יעיל שנועד לאפשר לרשות לזכות באיכות המקסימאלית במחיר מינימאלי, לרווחתו של הציבור.⁴¹

103. תיאום והקצאת המכרזים, כשלעצמם, מביאים אפוא לעליית מחירים, ומשכך הם מהווים כבילה הנוגעת למחיר, עליה חל סעיף 2(ב)(1) לחוק.

104. כפי שתואר בהרחבה לעיל, ההסכמות בין הצדדים כללו התחייבות מפורשת לתיאום מחירים במכרזים לצורך הגשת הצעות הדָּמָה של חברות הקרטל שלא קיבלו את ההקצאה, ואשר נועדו להבטיח את זכיית ההצעה של החברה המיועדת להקצאה. כמו כן, ההסכמות בין הצדדים כללו התחייבות לקבוע רמת מחיר מתואמת או מחיר מינימום, גם ביחס להצעות שתוגשנה במכרזים שלא יוקצו במסגרת הקרטל. בעניין זה, נקבע בסעיף 9 להסכם ה-GQ כך:

"...Enquiries for which no allocation can be made, price arrangement for subject matter portion must be agreed upon (fighting forbidden)."

105. הסדרים נוספים אלו, התומכים בהסכם העיקרי להקצאת מכרזים, מהווים אף הם, כשלעצמם, הסדרי תיאום מחירים "קלאסיים", שאף פגיעתם בתחרות היא מובנת מאליה.

106. נוכח כל המפורט לעיל, קמה חזקה חלוטה בדבר היות ההסדרים כובלים לפי סעיף 2(ב)(1).

³⁹ ר' גל, ישראלי ופרלמן, לעיל ה"ש 34, בעמוד 209.

⁴⁰ שם, בעמ' 297. ר' גם RICHARD WHISH & DAVID BAILEY, COMPETITION LAW, p.523 (7th ed., 2012).

(להלן "WHISH")

⁴¹ פרשת הרמזורים, לעיל ה"ש 36, פסקה 13 לפסק הדין. ר' בעניין זה גם **קרטל המעטפות**, לעיל ה"ש 32, פסקה פ"ז ו-פ"ח לפסק הדין. כן ר' גל, ישראלי ופרלמן, לעיל ה"ש 34, בעמ' 296. לעמדה כי תיאום מכרזים יכול להיות גם הסדר לתיאום מחירים ר' גם VAN BAELE & BELLIS, COMPETITION LAW OF THE EUROPEAN COMMUNITY, p. 378 (5th ed., 2010) והאסמכתאות שם.

107. סעיף 2(ב)(3) חל על כבילות הנוגעות ל"חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוגי האנשים שעמם יעסקו".
108. חלוקת שוק לפי סעיף 2(ב)(3) לחוק מתקיימת כאשר בני-אדם המנהלים עסקים מחלקים ביניהם את השוק באופן שפעילותו של כל אחד מהעסקים מוגבלת לחלק מן השוק. בנוסף, המונח "חלוקת שוק" מתייחס גם למצב שבו מתחרה מסכים שלא להתחרות כלל בשוק מסוים.⁴²
109. משמעות הכבילה בשני המקרים היא כי נמנעת התחרות על לבס וכיסם של הצרכנים, ואף נמנעת, הלכה למעשה, תחרות מחירים. הדעת נותנת כי מבחינת המשתתפים בקרטל, הסדר חלוקת שוק עשוי להיות יעיל אף יותר מהסדר המתייחס במפורש לתיאום מחירים, שכן הסדר חלוקת שוק אינו כרוך בקשיים הנובעים מקביעת רמת מחיר מתואמת ומוסכמת, ומקשה על יכולת החברות לרמות אחת את השניה ולסטות מן הקרטל. עצם הפעילות בשווקים ששויכו למתחרה מסוים תחשוף את הפרת ההסכמות.⁴³
110. תיאום מכרזים הינו חלוקת שוק מובהקת, שהרי במקום להתחרות במכרזים השונים, הסכימו החברות כי הזכויות במכרזים יתחלקו בינן לבין עצמן, בהתאם למפתח מוסכם. ההסכמה האמורה הביאה לכך שזוהו הזוכה במכרזים של חברת החשמל לא נקבעה, הלכה למעשה, בהליך המכרזי שיועד לשם כך, אלא על ידי החברות עצמן ובהתאם להסכמות ביניהן, דבר המהווה חלוקת שוק.
111. סעיף 2(ב)(3) כנוסחו הנוכחי אינו תופס בגדרו את כל הסוגים של חלוקות שוק אפשריות, אלא חלוקת שוק גאוגרפית וחלוקת שוק לפי אנשים או סוגי אנשים בלבד. בית המשפט העליון קבע בעניין מעטפות כי "חלוקת שוק לפי סוג העבודות או ליתר דיוק חלוקת עבודות אקראית בדרך של רוטציה בין הזכויות במכרזים" אינה באה, לכאורה, בגדרי החזקה הקבועה בסעיף זה.⁴⁴
112. סבורני כי על אף הגדרתה המצמצמת של חלוקת שוק בסעיף 2(ב)(3), נוכח תכליתו הברורה של ההסדר שבפניי להביא לחלוקת שוק, פרשנות תכליתית של הסעיף לצורך קביעה בדבר קיומו של הסדר כובל היא כזו המאפשרת להחילו על ההסדר נושא החלטתי זה, ולקבוע כי הסדר לתיאום מכרז במסגרתו מתאמים הצדדים בינם לבין עצמם את זהות הזוכה במכרז הינו הסדר לחלוקת שוק לפי 'האנשים עימם יעסקו'. כאשר מתחרה א' מתחייב כלפי מתחרה ב' כי מתחרה א' לא יספק ללקוח מסוים, מדובר בחלוקת שוק לפי האנשים עימם יעסקו מתחרה א'. באופן דומה, כאשר מתחרה א' מתאם עם מתחרה ב' כי במכרז מסוים של לקוח, מתחרה א' לא יזכה, ויציע למשל הצעת דמה, מדובר גם כן בחלוקת שוק לפי האנשים עימם יעסקו מתחרה א'. בדוגמא זו, מתחרה א' הסכים להדיר רגליו מהתהליך התחרותי על חסדיו של הלקוח באותו המכרז, ובכך חילק את השוק לפי האנשים עימם יעסקו, כפי שדורש סעיף 2(ב)(3).

⁴² קביעה לפי סעיף 43 לחוק בעניין הסדרים כובלים בין יצרני אריזות מקרטון גלי, 1995 הגבלים עסקיים 3001361, סי' 22 להחלטה.

⁴³ ר' WHISH, לעיל ה"ש 40, בעמ' 530.

⁴⁴ קרטל המעטפות, לעיל ה"ש 32, פסקה פ"ט. ר' בעניין זה גם דיויד גילה "חוזים המגבילים תחרות, הסדרים כובלים ומונופולין" חוזים, כרך ג' 648 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003). כן ר' תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס _), התשע"ג-2013, פורסם באתר רשות ההגבלים העסקיים 500382 (2013).

113. זאת ועוד, האפקט האנטי תחרותי של הסדר חלוקת שוק מסוג זה אינו שונה מן האפקט האנטי תחרותי של הסדר חלוקת שוק מכל סוג אחר, ומשכך, ובשים לב לתכלית החזקה הקבועה בסעיף 2(ב)(3), ראוי ונכון להכלילו בגדרי סעיף זה.

114. כאמור לעיל, ההסדר דנא נתפס ממילא בגדרי סעיף 2(ב)(1) ו-2(ב)(4), ומשכך, איני רואה מקום להידרש לשאלה זו, בנסיבות העניין כאן.

הסדר כובל לפי סעיף 2(ב)(4)

115. סעיף 2(ב)(4) לחוק קובע חזקה חלוטה לפגיעה בתחרות בהתייחס להסדרים בהם הכבילה נוגעת ל"כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם".

הסדרים המגבילים את כמות המוצרים מביאים להגדלת הביקוש, אשר תוצאה טבעית הימנה היא עלייה במחיר המוצר.⁴⁵ משכך, הסדרים המגבילים את התפוקה מאפשרים לחברי הקרטל להעלות את המחיר אל מעבר למחיר התחרותי, ונחשבים הסדרים הפוגעים בתחרות.⁴⁶

116. הגבלת התפוקה בהתאם למכסות שנקבעו עבור כל אחת מחברות הקרטל הייתה בין התכליות העיקריות של ההסדר נושא החלטה זו. במסגרת ההסכמות בין חברות הקרטל הוסכם כי יקפידו לשמר את נתחי השוק ההיסטוריים שלהן, ויתאמו בינן לבין עצמן את הקצאת הפרויקטים בשוק מסדרי המתח מבודדי הגז בהתאם למכסות המבטאות את אותם נתחי השוק. הסדרים מעין אלו מבטלים כל תמריץ להתחרות על מחיר המוצרים, שכן לכל אחת מחברות הקרטל הובטח ממילא נתח שוק קבוע ומוגדר מראש, והיא הסכימה מראש שלא לפעול להגדלת נתח שוק זה.⁴⁷

117. אמנם המכסות שנקבעו לחברות הקרטל הינן מכסות כלל עולמיות, אולם למכסות אלו יש השפעה ישירה ומובהקת על השוק הישראלי, שכן גם המכרזים שפורסמו בישראל הוקצו על ידי הקרטל בהתאם למכסות כלל עולמיות ותואמו באופן פרטני, תוך התחשבות במכסות העולמיות.

118. קביעת המכסות הגבילה את הגדלת הכמות אותה יכלה לספק כל אחת מן החברות מעבר לכמות שסופקה על ידה בעבר, ומכאן שהייתה לה השלכה ישירה על זהות הזוכה במכרזים המקומיים. למעשה, לאור הגבלת המכסות ברמה העולמית, זהות הזוכה בהקצאה בישראל הושפעה גם מזכיות במכרזים מחוץ לישראל. לפיכך, הסדרים הנוגעים לקביעת מכסות למתחרים או לקיבוע נתחי שוק שלהם הינם כבילות הנוגעות לכמות הנכסים, ועולים כדי הסדרים כובלים לפי סעיף 2(ב)(4) לחוק.

119. לסיכום הדברים בפרק זה - ההסדר נושא קביעה זו עולה כדי הסדר כובל לפי סעיפים 2(א) ו-2(ב).

ז. תחולת אקס-טריטוריאלית של דיני ההגבלים העסקיים

120. תכליתו של חוק ההגבלים העסקיים היא לשמור על התחרות בעסקים ולהצר צעדיהם של הסדרים שנועדו לפגוע בתחרות החופשית בישראל.

⁴⁵ גל, ישראלי ופרלמן, לעיל ה"ש 34, בעמ' 308.

⁴⁶ ר' WHISH, לעיל ה"ש 40, בעמ' 534.

⁴⁷ שם, בעמ' 533.

121. ההסדר הכובל נושא קביעה זו נערך מחוץ לגבולות ישראל על ידי חברות שאינן ישראליות. ואולם, השפעתו על התחרות בשוק המקומי מחייבת את המסקנה כי עריכתו של הסדר זה מהווה הפרה של הוראות חוק ההגבלים העסקיים הישראלי.

122. בהחלטות קודמות של הממונה נדונה בהרחבה תחולתו של חוק ההגבלים העסקיים על הסדרים שנערכו מחוץ לגבולות המדינה. אחת ההחלטות המרכזיות בהקשר זה היא קביעה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים בעניין שוק הבשמים הסלקטיביים, הגבלים עסקיים 3002438, 1999 (להלן: "**החלטה בעניין הבשמים הסלקטיביים**"). במסגרת אותה ההחלטה, מצא הממונה כי על מנת להגשים את תכלית החוק - הגנה על התחרות בישראל - יש ללכוד ברשת החוק כל פעילות כלכלית שתוצאתה פגיעה בתחרות בישראל, אף אם הפעילות העסקית עצמה נערכת מחוץ לגבולות המדינה. עוד מצא הממונה כי יש לפרש את הדין הישראלי ברוח "דוקטרינת ההשפעות" ("Effects Doctrine").

123. דוקטרינה זו, שעוצבה בפסק דינו הידוע של השופט הולמס בעניין *Alcoa*,⁴⁸ מבססת תחולת דיני הגבלים עסקיים מקומיים על התנהלות המתרחשת מחוץ לגבולות המדינה, אשר נועדה להשפיע ואשר הייתה לה השפעה על הטריטוריה עליה חלים דיני אותה המדינה.⁴⁹

124. ביסוד הדוקטרינה עומדת הנחה, כי השוק המקומי של מדינה עשוי להיות מושפע מהסדרים הפוגעים בתחרות אשר נערכים מחוץ לגבולותיה, וכי בנסיבות מתאימות קיימת הצדקה לכך שאותה מדינה תיטול סמכות שיפוט על הסדרים כאמור.⁵⁰

125. בית המשפט העליון של ארצות הברית הבהיר עיקרון זה בפסק דינו בעניין *Empagran*:

"No one denies that America's antitrust laws, when applied to foreign conduct, can interfere with a foreign nation's ability independently to regulate its own commercial affairs. But our courts have long held that application of our antitrust laws to foreign anticompetitive conduct is nonetheless reasonable, and hence consistent with principles of prescriptive comity, insofar as they reflect a legislative effort to redress domestic antitrust injury that foreign anticompetitive conduct has caused."⁵¹

126. הדעת נותנת כי לא כל השפעה זרה על השוק המקומי מצדיקה אכיפת דיני ההגבלים העסקיים החלים על אותו השוק כלפי המדינה הזרה או נתיניה. כמעט כל הסדר כובל עשוי להשפיע, ולו

⁴⁸ "state may impose liabilities, *United States v. Aluminum Co. (Alcoa)*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945) even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends"

⁴⁹ החלטה בעניין הבשמים הסלקטיביים, עמ' 39 ואילך להחלטה. ר' גם ה"כ (הגבלים עסקיים) 513/04 **אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, פסקה 26 (פורסם בנבו, 02.06.2011). להרחבה בעניין דוקטרינת ההשפעה ר' Whish, לעיל ה"ש 40, בעמ' 491 ואסמכתאות שם. כן ר' PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW – AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION, Volume IB, ¶272 (3rd ed., 2006).

⁵⁰ שם.
⁵¹ *F. Hoffmann-La Roche Ltd v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155, 165 (2004).

באופן עקיף, על התחרות במדינות אחרות, המקיימות קשרי מסחר עם המדינה בה נעשה אותו הסדר כובל, ולהוות כך, ולו על פניו, הפרה של דיני ההגבלים העסקיים של אותה מדינה. נטילת סמכות לאכוף דינים מקומיים כנגד הסדר כובל שהשפעתו על השוק המקומי הינה עקיפה או זניחה עשויה להביא למצב לא רצוי של התנגשות דינים. משכך, העמדה המקובלת בדין הבינלאומי ביחס לתחולה האקס-טריטוריאלית של דיני ההגבלים העסקיים, היא כי ניתן להחיל דינים אלו על התנהלות המתרחשת מחוץ לגבולות המדינה רק כאשר מתקיימת זיקה ברורה בין אותה התנהלות לשוק המקומי באותה מדינה. ואכן, כיום מדינות רבות בעולם אוכפות את הדין המקומי כנגד הפרות בינלאומיות של דיני תחרות ובראשן עבירות קרטל.⁵²

127. השפעת הקרטל נושא החלטתי על השוק הישראלי הינה השפעה מובהקת המקיימת את דרישות הדוקטרינה. כפי שהובהר בהרחבה לעיל, הקרטל נושא החלטתי זו חלש על שוק מסדרי מתח בישראל, כמו גם שווקי מסדרי מתח במדינות נוספות בעולם.

128. מכרזי מסדרי מתח שפורסמו על ידי חברת החשמל נדונו בישיבות הקרטל, ובישיבות אלו נקבעה זהות הזוכה במכרז של חברת החשמל וכן זהות מגישי ההצעות הנוספות במכרז או מחיר המינימום של ההצעה שתוגש במכרז. הצעות אשר הוגשו במכרזים בישראל לא נערכו אפוא על בסיס שיקול הדעת העסקי העצמאי של החברות אלא הוכפפו למנגנון הקרטל. הסדר, במסגרתו מתקיים שיתוף פעולה בין מתחרים, המגישים הצעות במכרזים בישראל, משפיע מטבעו, באופן ישיר, על השוק המקומי ופוגע בתחרות בו.

ר' בהקשר זה פסיקתו של בית המשפט הפדרלי בארצות הברית בעניין *Minn-Chem*:

The applicability of U.S. law to transactions in which a good or service is being sent directly into the United States, with no intermediate stops, is both fully predictable to foreign entities and necessary for the protection of U.S. consumers. Foreigners who want to earn money from the sale of goods or services in American markets should expect to have to comply with U.S. law.⁵³

129. עצם הגשתן בישראל של הצעות במכרז אשר נערכו על בסיס הסכמות בין חברות הקרטל הינה ביטוי להשפעה מובהקת של הקרטל על השוק בישראל, ומצדיקה את אכיפת הדין הישראלי.

130. נוכח כל האמור לעיל, פעילות הקרטל ביחס לישראל מהווה עבירה של הדין המקומי, על כל המשתמע מכך.

ח. החברות היפניות

131. כאמור, ההסדר העולמי כלל, נוסף לחברות האירופיות, חברות יפניות שפעלו בשוק מסדרי המתח – Hitachi, Toshiba, Fuji Electric (להלן: "**Fuji**") ו-Mitsubishi Electric Corporation.

⁵² Margaret C. Levenstein & Valerie Y. Suslow, *International Cartels*, in ABA Section of Antitrust Law: Issues in Competition Law and Policy 1107 (2008).
⁵³ *Minn-Chem, Inc. v. Agrium Inc.*, 683 F.3d 845 (2012). ר' גם בהקשר זה Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, United States Department of Justice and Federal Trade Commission, ¶ 3.11 (1995).

(להלן: "Mitsubishi"). החברות היפניות לא הגישו – משך כל תקופת ההסדר - הצעות במכרזים שפורסמו על ידי חברת החשמל וממילא לא זכו במכרזים בישראל.

132. אילו היה ההסדר הכובל נושא החלטתי זו נערך בישראל או היה מכוון כולו לשוק הישראלי, לא היה בעובדה כי החברות היפניות לא הגישו הצעות במכרזים בישראל כדי לשנות את עובדת היותן צד להסדר כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים. בהתאם לדיון, הסדר כובל משתכלל בעצם ההסכמה על תנאיו, ואין צורך שהצדדים יפעלו בהתאם לו.⁵⁴ למעשה, עצם העובדה כי החברות הינן צד להסדר די בה כדי לגבש את יסודות ההפרה.⁵⁵

133. ביחס להסדר כובל דנא, שנערך מחוץ לגבולות ישראל ואשר אינו מכוון כל כולו לשוק הישראלי, יש מקום לסברה, כי ביחס לחברות שלא נטלו חלק פעיל ביישום ההסדר - היינו מעולם לא ניגשו למכרזים בישראל וממילא מעולם לא זכו בפרוייקטים בישראל - לא מתקיימת זיקה מספקת לשוק בישראל, בשל האפשרות כי ההמנעות מהגשת הצעות בישראל הינה חיצונית להסדר ואינה נובעת הימנו. משכך, סברתי כי יש למקד הליך זה מלכתחילה רק באותן חברות יפניות אשר בחומר הראיות היה כדי ללמד על זיקה כלשהי לשוק המקומי – Toshiba ו-Hitachi, אשר הוזמנו להשמיע בפניי את עמדתן טרם קבלת החלטה זו.

134. שתי החברות הגישו עמדה בכתב והשלימו את הטיעון בעל פה.

135. במסגרת השלמת הטיעון בעל פה, Hitachi אישרה כי הייתה צד להסדר הכובל העולמי בשוק מסדרי המתח, ולהסכם ה-GQ עד שנת 1999, עת פרשה מן ההסדר. Hitachi אישרה כי מכרזים שפורסמו בישראל נדונו בישיבות הקרטל, אך טענה כי לא הייתה מעוניינת בשוק הישראלי או בפעילות בישראל ועיקר עניינה בקרטל היה בשווקי ערב הסעודית, כווית, סינגפור ותאילנד. הסיבה העיקרית לכך ש-Hitachi לא הייתה מעוניינת בשוק הישראלי נעוצה בחרם הערבי באותה עת. Hitachi אף טענה כי החברות האירופיות, ובעיקר Siemens הביעו עניין רב בשוק הישראלי ועל כן מכרזים אלו הוקצו להן במסגרת הקרטל.

136. Hitachi תמכה את עמדתה המשלימה בתצהירו של מר ווקבאיאשי, ששימש כנציגה בישיבות הקרטל בחלק מן התקופה.

137. Toshiba טענה, כי בתשתית הראייתית שהועמדה לעיונה במסגרת הליכי השימוע אין ראיות למעורבותה בהסדר כובל, ככל הנוגע לשוק הישראלי. בנוסף, Toshiba טענה כי ממילא לא יכלה לשווק מסדרי מתח בישראל בשל העדר גרסה המתאימה לתקן הבינלאומי המקובל בישראל, והצביעה גם על המציאות הגאופוליטית ששררה אז.

138. לאחר ששמעתי את טענותיהן של Hitachi ו-Toshiba, אני נכון לקבל את עמדתן כי גם אם היו צד להסדר הכובל העולמי (עובדה אשר Toshiba לא מודה בה), בנסיבות המיוחדות של ההסדר דנא לא מתקיימים התנאים לאכיפה אקס-טריטוריאלי, ובפרט לא מתקיימת זיקה ברורה בין התנהלות חברות אלה לשוק הישראלי, זאת נוכח רוחב היריעה הגיאוגרפית של ההסדר,

⁵⁴ ר' למשל ע"פ 2929/02 מדינת ישראל נ' סבירסקי, פ"ד נז(3) 135, 142.

⁵⁵ ר' בעניין זה בורוביץ, לעיל ה"ש 30, פסקה 94, כן ר' פרשת הרמזורים, לעיל ה"ש 36, פסקה 20 לערעור על הכרעת דין.

והאפשרות, הסבירה בנסיבות דכאן, כי הימנעות חברות אלה מהגשת הצעות בישראל אינה נובעת בהכרח מן ההסדר.

139. בשל המציאות הגיאופוליטית בתקופת הקרטל, חברות יפניות רבות נמנעו מכל פעילות כלכלית בישראל בתקופה הרלוונטית להסדר. בהתאם, Hitachi ו-Toshiba לא קיימו בפועל פעילות כלכלית ומסחרית בישראל לא רק בתחום מסדרי המתח, אלא גם בתחומי הפעילות האחרים של החברות, ובפרט בתחומי פעילות שדרשו נוכחות משמעותית בישראל. הסיבה העיקרית להימנעותן של Hitachi ו-Toshiba מפעילות בישראל נעוצה אפוא במציאות הגיאופוליטית ששררה אז.

140. בהתחשב באופי ההסכמות נושא הסדר זה, אשר חל כאמור על מדינות רבות בעולם, ולא רק על ישראל, ומקום בו קיים הסבר המניח את הדעת ולבר תחרותי להימנעותן של Hitachi ו-Toshiba מלפעול בישראל בתקופת הקרטל, קיים קושי להצביע על ההשפעה של השתתפותן של Hitachi ו-Toshiba בהסדר הכובל העולמי על השוק הישראלי. משכך, ולאור תנאיה של דוקטרינת ההשפעות, אין מקום לקביעה כי הנן צד להסדר הכובל בישראל.

141. החרם הערבי, אשר כלכלת ישראל סבלה ממנו רבות, הינו תופעה פסולה שיש להוקיעה (ר' למשל דברי כבוד השופט רובינשטיין בע"א 7802/11 Trans Ka Tankers Management Co Ltd נ' Vitol Energy S.A (פורסם בנבו, 15.9.2013)). אין בהחלטת האמורה, חלילה, משום מתן גושפנקה לציות לחרם. יחד עם זאת, קיומו היה חלק מן המציאות הכלכלית בתקופת המדוברת, ולא ניתן להתעלם מכך בעת בחינה של ההתנהלות העסקית של החברות היפניות בישראל בתקופה זו.

ט. טענות בדבר שיהוי והתיישנות

142. קודם שגיבשתי החלטתי זו, אפשרתי לכל אחת מקבוצת החברות, שהינן צד להחלטתי זו, להשמיע את עמדותיהן בנושא. כל אחת מקבוצת החברות הגישה עמדה כתובה והשלימה את טענותיה בפניי בעל פה.⁵⁶

143. עיקר הטענות שהועלו הינן טענות פרוצדוראליות או טכניות במהותן. לאחר ששקלתי טענות אלה, לא מצאתי מקום לקבלן. במסגרת הדיון שהובא לעיל ניתנת התייחסות לחלק מן הטענות שהוצגו בפניי. להלן, אני מוצא לנכון להתייחס בקצרה לטענות בדבר שיהוי והתיישנות, להן הקדישו החברות חלק ניכר מטיעוניהן.

144. החברות טענו כי נוכח חלוף הזמן ממועד ביצוע ההסדרים הכובלים ועד למתן החלטתי זו – חלה התיישנות, שיש בה כדי למנוע את מתן ההחלטה. לחילופין, טענו החברות כי עלי להימנע ממתן החלטה זו נוכח השיהוי בו לוקה ההתנהלות בקשר עם ההחלטה. אין בידי לקבל טענות אלו.

⁵⁶ בנוסף לחברות אליהן מכוונת החלטה זו - Siemens, Alstom ו-ABB - הוזמנה להשמיע את טיעוניה גם חברת Areva Société Anonyme (להלן: "Areva"). הוכיחה להנחת דעתי כי נכנסה לפעילות בתחום מסדרי המתח בשלהי תקופת קיומו של הקרטל (ינואר 2004) ומכרה את כלל הפעילות בתחום זה בחודש יוני 2010. היות ו-Areva לא פעלה בתחום מסדרי המתח משך רוב רובה של תקופת הקרטל, והיות והיא לא מחזיקה עוד בכל פעילות בתחום זה במועד מתן החלטתי, לא מצאתי יסוד לקביעה כי הינה צד להסדר הכובל.

145. הדין אינו מכיר בהתיישנות פורמאלית של סמכות מנהלית להוציא קביעה. אשר לטענת השיהוי – הדין מכיר בחובה המוטלת על רשות מנהלית לפעול תוך זמן סביר. ואולם, "מועד סביר" הוא מושג שמשמעותו היא יחסית. אכן, הטיפול בתיק זה דרש את עיתותיו. הדבר נבע, בין היתר, מהיקפו של הקרטל ונסיבותיו, ואף מן הקושי הכרוך בחקירת קרטל מורכב ביותר ומרובה משתתפים (שאינן ביניהם אף לא ישות משפטית ישראלית אחת) שנעשה מחוץ לגבולות המדינה, כל זאת, אף בשים לב לחומרתו הרבה של הקרטל וכובד משקלה של קביעת הממונה בעניין זה.
146. נוכח חשיבות העניין ונוכח הפגיעה הקשה באינטרס הציבורי הנובעת מן ההפרה נושא החלטתי זו, סבורני כי זניחת העניין בשל הימשכות ההליכים בלבד הינה תוצאה בלתי מתקבלת על הדעת.⁵⁷
147. בנסיבות העניין דנא אף לא מצאתי כי העיכוב במתן החלטתי שינה לרעה את מצב החברות אליהן מתייחסת ההחלטה. כאמור, כנגד חברות אלו מתנהלים הליכים במדינות אחרות בעולם, אשר חלקם עדיין נמשכו במועד בו הודעתי לחברות על כוונתי לנקוט בהליך הנוכחי. בין היתר, במועד האמור התנהלו עדיין הליכים בעררים על החלטת נציבות האיחוד האירופי וכן התנהל ההליך בנושא זה בפני רשות התחרות בברזיל.
148. משכך, בהתחשב במכלול נסיבות העניין, סבורני כי אין בטענות בדבר התיישנות או שיהוי על מנת למנוע מתן החלטה זו.

י. סיכום

149. מן המקובץ עולה כי ההתנהלות המתוארת בקביעתי זו מהווה הסדר כובל, כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים. להסדרים אלה לא ניתן מראש אישור מבית הדין להגבלים עסקיים או פטור מהממונה וכן לא חל עליהם פטור סוג. בכך, הופרו הוראות חוק ההגבלים העסקיים.
150. קביעה זו תהא ראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי.
151. כל אחד מהצדדים להסדר הכובל רשאי לערור על החלטתי זו, או על חלקה, תוך שלושים ימים מיום שהודעה עליה הומצאה לו.

פרופ' דיוויד גילה
הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, י"ב תשרי תשע"ד

16 ספטמבר 2013

⁵⁷ ראה בהקשר זה למשל רע"פ 1520/01 שוויצר נ' יושב-ראש הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, פ"ד (3) 595 שם קבע בית המשפט העליון כך: "כאשר הפעולה המינהלית שאותה אנו בוחנים נוגעת לאכיפת החוק, ההשתתפות בהפעלת אמצעי האכיפה כשלעצמה לא תיצור מניעות כלפי הרשות האוכפת אלא במקרים קיצוניים ויוצאי-דופן. רשות החייבת לבצע פעולות על-פי דין, ובייחוד רשות הממונה על אכיפת חוק, אינה יכולה להשתחרר מחובתה עקב העובדה שלא נקטה אמצעים למילוי החובה במועד. מכל מקום, בדרך-כלל, בנסיבות של אי-חוקיות, ובייחוד כאשר אי-החוקיות ברורה ומובהקת, הימנעותה של הרשות מלפעול אין די בה כדי לבסס אינטרס מוגן של הפרט כנגדה". סבורני כי העניין דנא אינו נופל בגדר אותם מקרים חריגים ויוצאי דופן בהם נוצרת מניעות מפני אכיפת הדין.