



**החלטה בעניין אי מתן פטור מאישור הסדר כובל
לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988**

מיזם ים תטיס – גרנית הכרמל השקעות בע"מ

1. פתח דבר

שניים מבין שלושה המתחרים העיקריים בתחום פלוני מבקשים לחבור להם במיזם משותף. מבחינה כלכלית מייצג המיזם המשותף אינטרס כלכלי מהותי, והיקפו גדול מהיקף כל אחד מהמתחרים בתחום התחרות, וגם מהיקף שניהם ביחד. בנוסף, פעילות המיזם משיקה לתחום בו השניים מתחרים זה בזה, ובעתיד לבוא יהפוך המיזם קשור יותר ויותר לתחום התחרות. לא זו אף זו, מכוחו של הסדר מוסכם, שחלקו קיבל תוקף של פסק דין, הסתיים זה עתה פירוק שותפויות בין שלושה המתחרים העיקריים באותו תחום. בנסיבות אלה, האם יכול הממונה על הגבלים עסקיים, והאם צריך הוא, לפטור את המיזם מהחובה לפנות בבקשת אישור לבית הדין להגבלים עסקיים, מכוח הסמכות המוקנית לו בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים? בקליפת אגוז, זו השאלה שבפנינו.

החלטה זו עניינה בקשה לפטור מיום 10 ביולי 2000, אשר הוגשה לפי הוראות סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. כאן מתבקש הממונה על הגבלים עסקיים להפעיל סמכותו, ולפטור את הצדדים המבקשים מהחובה לבקש אישורו של בית הדין להגבלים עסקיים לקיומו של הסדר כובל.

במרכז הבקשה ניצבת שאלת הצטרפותה של גרנית הכרמל השקעות בע"מ (להלן: "**גרנית הכרמל**") לקונסורציום "ים תטיס", מיזם משותף העוסק בחיפושי נפט וגז טבעי מול חופי מדינת ישראל (להלן: "**מיזם ים תטיס**"). הולדתו של מיזם ים תטיס בחברתם של ארבעה גופים: Samedan, Reading & Bates Mediterranean, Mediterranean Sea, דלק קידוחים (שותפות מוגבלת) ואבנר חיפושי נפט (שותפות מוגבלת) (להלן, בהתאמה: "**Samedan**", "**R&B**", "**דלק קידוחים**" ו"**אבנר**"). לארבעה הגופים הללו, אשר כפי שיתברר מיד שלושה הם למעשה, מספר התמחויות בהפקת אנרגיה ושיווק מוצרי אנרגיה, ובחברתם ביקשו לשלב כוחות על מנת לחפש ואף להפיק נפט וגז אל מול חופי מדינת ישראל. כפי שעוד יתחוויר להלן, שניים מהחברים הם שחקנים בינלאומיים; השלישי, לעומתם, קבוצת דלק, מהווה גורם מרכזי בתחום האנרגיה בישראל.

גרנית הכרמל, אף היא גורם מרכזי במשק האנרגיה בישראל; באמצעות רכישת חלקה של R&B היא מבקשת להצטרף למיזם ים תטיס. השניים, גרנית הכרמל ו-R&B, חתמו ביום 28 ביוני 2000 על הסכם רכישה כאמור, תמורת סכום חד פעמי בן 120 מליון דולר, בתוספת תמלוגים שישולמו ל-R&B, לפי אחוז מההכנסות שתנבענה לקבוצת גרנית הכרמל מתגליות נפט וגז בשטחי ההיתרים והזכויות של מיזם ים תטיס לאחר ביצוע העסקה. הצדדים התלו ביצועו של הסכם זה באישור



רשות ההגבלים העסקיים

מערך ההגבלים העסקיים: הם הגישו בקשת פטור לאחר שהפניתי תשומת לבם להוראות הרלוונטיות בחוק ההגבלים העסקיים.

ברשות המיזם מספר היתרים, רשיונות וחזקות המקנים זכויות לחיפוש "נפט", כמשמעות המונח בחוק הנפט, התשי"ב-1952,¹ וזכויות קידוח והפקה. שפר מזלם של השותפים במיזם ים תטיס, ונמצא גז טבעי בכמויות מסחריות בשטחים בהם מוקנות זכויות למיזם; בכך צלחה דרכם מדרך קודמיהם ועמיתיהם.

אקדים מאוחר למוקדם: לאחר שבחנתי את ההסדר המוצע ואת השפעתו האפשרית על התחרות, הגעתי לכלל מסקנה כי ההסדר עלול להפחית באופן ממשי את התחרות בעסקים, ועל כן אין בסמכותי לפטור את הצדדים מהחובה לקבל את אישור בית הדין להגבלים עסקיים להסדר. הקושיות הכרוכות בחבירת הצדדים המבקשים במיזם ים תטיס – אם יבחרו להמשיך יחדיו – ראוי להן כי יובאו בפני בית הדין, לבחינתו ולהחלטתו. לא זו אף זו, לאחר שעיינתי היטב בדברים, ואף נועצתי בעמיתי במשרד האוצר ובמשרד התשתיות, הגעתי לכלל מסקנה ברורה כי אף לו היה בסמכותי להעניק פטור לבקשה זו הייתי נמנע מלעשות כן, נוכח ההשפעה השלילית המסתברת של המיזם המשותף על התחרות.

¹ סעיף 1 לחוק מגדיר 'נפט' כ"נפט ניגר, בין נוזלי ובין אדי, לרבות שמן, גז טבעי, גזולין טבעי, קונדנסאטים ופחמימנים (הידרוקרבונים) ניגרים קרובים להם, וכן אספלט ופחמימנים של נפט מוצקים אחרים כשהם מומסים בתוך נפט ניגר וניתנים להפקה יחד אתו".

המונחים 'היתר מוקדם', 'רשיון' ו'חזקה' מוגדרים אף הם בחוק הנפט וקובעים את מדרג הזכויות לחיפוש ולהפקת נפט. ראו להלן.



רשות ההגבלים העסקיים

2.	מפת דרכים	
1.	פתח דבר	1
2.	מפת דרכים	3
3.	ההסדר	4
3.1	הצדדים להסדר	4
3.2	הסכם התפעול	8
4.	נסיבות השוק הצריכות לעניין	11
4.1	מיעוט התחרות שנהגה בשוק	11
4.2	חלקן של דלק וסונול מכלל השוק	14
4.3	רמת התחרות הנוהגת בשוק שיווק הדלקים, והשלכותיה לענייננו	16
4.4	הזיקה בין המיזם לבין השוק שבתחרות: גז טבעי ומוצרי דלק	18
5.	החששות לתחרות מקיומם של אינטרסים מהותיים משותפים למתחרים	21
5.1	שיתופי פעולה עסקיים בדיני ההגבלים העסקיים	21
5.2	השפעת השותפות במיזם ים תטיס על התחרות בין מוצרי דלק לגז טבעי	23
5.3	השפעת השותפות במיזם ים תטיס על התחרות בשוק הדלק	26
5.3.1	"באשר אוצרותיך, שם רעידך": ניתוח תמריצי קבוצת דלק וגרנית הכרמל	26
5.3.2	אינטרס השליטה המשותף	30
5.3.3	"אל תביאני לידי חטא, ולא לידי עוון, ולא לידי ניסיון"	31
6.	המלצות משרד האוצר ומשרד התשתיות	35
6.1	חוות דעתו של משרד האוצר	35
6.2	חוות דעת משרד התשתיות	36
7.	בשולי הדברים: סעיף 14 לחוק, לאחר תיקון מס' 6	37
7.1	זוטי דברים	39
7.2	סמכות הפטור הקבועה בסעיף 14 החדש	40
8.	סוף דבר	43



רשות ההגבלים העסקיים

3. ההסדר

הסדרת מערכת היחסים בין R&B, Samedan, דלק קידוחים ואבנר בהקשר למיזם נעשתה בהסכם מיום 1 בספטמבר 1998, אשר נחתם ביום 24 בפברואר 1999 (להלן: "**הסכם התפעול**"). בחינת ההסדר משמעה בחינת מהותו הכלכלית של המיזם, בחינת הצדדים להסדר, בחינת ההסכם ביניהם, ובחינת נסיבות השוק הרלוונטיות. כך אעשה.

3.1. הצדדים להסדר

הבנת השפעתו של הסדר פלוני על התחרות מחייבת בראש ובראשונה התייחסות לזהות הצדדים להסדר – בענייננו, מייסדי מיזם ים תטיס, וגרנית הכרמל המבקשת להחליף אחד מהם.

קונסורציום ים תטיס הוא מיזם משותף שעניינו חיפוש גז והפקתו.² זו שותפות שצלחה דרכה מאד, שכן שוויה לצורך העסקה כאן הוערך ביותר מאשר 800 מליון דולר: 120 מליון דולר עבור 15% בשותפות המייצגים ערך של 800 מליון דולר, ועוד 5.33% תמלוגים מהכנסות שתנבענה מתגליות גז חדשות המיצגים ערך משמעותי נוסף מעבר לסכום האמור. גילוי הגז בחופי מדינת ישראל הופך על פיהן אמיתות שנראו כחוק, ולמיזם ולתפוקתו תהא בעתיד לבוא, מן הסתם, השפעה מכריעה על שוק האנרגיה במדינת ישראל.³ על פי נתוני הממונה על ענייני הנפט במשרד התשתיות הלאומיות, מחזיק המיזם בשתי תגליות גז חשובות ממערב לחופי אשקלון: קידוח "נועה 1", בו יש למיזם חזקה למשך שלושים שנה, וקידוחי "מרי 1" ו-"מרי 2".⁴ כמות הגז שנתגלה במיזם עולה, לפי

² לפי הדין במדינת ישראל אף אדם אינו רשאי לחפש נפט ולהפיקו אלא אם קיבל זכות כזו על פי חוק הנפט. החוק מגדיר שלוש זכויות, שתיים מהן רלוונטיות לשלב החיפוש והשלישית לשלב ההפקה. החוק מעניק לבעלי זכות נפט זכות לדרוש ולקבל גם זכויות במקרקעין, הטבות במיסוי, וכן זכויות מים. אעיר כי מבדיקת משרד האוצר עולה שעל כל שטחה הימי של מדינת ישראל ניתנו זכויות נפט מבלי להתייחס להיבטים כלכליים כגון ריכוזיות ופיתוח שוק תחרותי. קיימות שלוש רמות של זכויות נפט: היתר מוקדם – זו המדרגה הנמוכה ביותר של זכויות נפט. הממונה על ענייני הנפט רשאי להעניק לבעלי היתר מוקדם זכות קדימה לקבלת זכות נפט, לתקופה בת לא יותר מ- 18 חודש. ההיתר המוקדם מאפשר לבצע בדיקות מוקדמות, למעט קידוחי ניסיון, בשטח ההיתר. קבלת היתר מוקדם מותנית בהגשת בקשה לשטח מוגדר. אין הגבלה חוקית לגבי גודל מקסימלי של שטח היתר מוקדם או מספר ההיתרים שינתנו למקבל יחיד. רשיון – זו המדרגה השנייה של זכויות נפט. הרשיון מעניק זכות בלעדית לעבודות החיפוש ומאפשר קידוחי ניסיון וקידוחי פיתוח. הרשיון מוענק לתקופה ראשונית של 3 שנים וניתן להאריכה עד 7 שנים. שטח רשיון אינו יכול לעלות על 400 אלף דונם, שטח רשיונות כולל למחזיק אינו יכול לעלות על 4 מיליון דונם, וסך הרשיונות למחזיק לא יכול לעלות על 12. חזקה – אם מתגלה נפט בשטח לגביו ניתן רשיון, זכאי בעל הרשיון לקבל את המדרגה השלישית של זכויות הנפט: "חזקה". תקופת החזקה הראשונית היא ל-30 שנה, והיא ניתנת להארכה עד 50 שנה. החזקה מעניקה זכות בלעדית לחיפוש ולהפקה של נפט בשטח החזקה. בעל חזקה זכאי להוליך ולשווק את הנפט המופק בשטח החזקה. שטח חזקה אינו יכול לעלות על 250 אלף דונם, וסך שטחי החזקה אינם יכולים לעלות על שלושה מיליון דונם למחזיק.

³ השוו **אי מתן פטור מאישור הסדר כובל – אנרגית המזרח התיכון**, 1997 **הגבלים עסקיים** 3001385, בעמוד 1: "גז טבעי משמש מזה שנים הרבה מקור אנרגיה שימושי ושכיח, מקום בו הוא זמין. לא כך במקומותינו, שארץ זבת חלב ודבש זו, אך גז טבעי אינו נובע בשפע מאדמתה".

⁴ קידוח במסגרת רשיון אשקלון 296 שניתן לפני שנה לשלוש שנים (תקף לעוד שנתיים) וניתן להארכה. למיזם קידוחים אחרים בפועל ובכוח, דוגמת קידוח "ניר" במסגרת רשיון אשדוד 242 שתוקפו פג (ניתן לפני יותר מ-3 שנים) אך ניתנה לו הארכה עד לסוף ביצוע הקידוח ובדיקת תוצאותיו.



רשות ההגבלים העסקיים

ההערכות, כדי 40 עד 45 BCM.⁵ כמות זו צפויה, לפי הערכת בעלי מיזם ים תטיס, לענות על תצרוכת הגז הצפויה למדינת ישראל למשך כ-15 שנה, ובהסתמך על כך הם אף משקיעים מאמצים רבים לשכנע את ממשלת ישראל לרכוש רק גז טבעי "כחול לבן" ולא לייבא גז ממצרים.⁶

Samedan ו-R&B הם תאגידים זרים, המתמחים בקידוחי נפט וגז טבעי ברחבי העולם.⁷ השותפות בין תאגידים אלה, או בינם לבין התאגידים הישראלים הרלוונטיים, אינה מעוררת קשיים בהקשר דיונו. אין ל-Samedan ול-R&B פעילות אחרת בישראל שיש לה משמעות לתחרות ועיקר פעילותם כאן מבוצעת דרך מיזם ים תטיס, מעמדס הבינלאומי אינו כה דומיננטי עד כי שותפות ביניהם עלולה להשפיע במידה משמעותית על התחרות בישראל, והיקף השותפות ביניהם הבא לכלל ביטוי במיזם מהווה חלק קטן מכלל עסקיהם. כך, יציאתה של R&B מהמיזם המשותף, כשלעצמה, אינה בעלת השפעה משמעותית על התחרות בישראל. אתמקד, אפוא, בהשפעת המיזם על מרקם היחסים בין שני הגופים המקומיים, קבוצת דלק וגרנית הכרמל, ולא ביניהם לבין הגופים הזרים או בין הגופים הזרים לבין עצמם.

קבוצת דלק מיוצגת במיזם ים תטיס על ידי **דלק קידוחים ואבנר**, הנשלטים על ידי מר יצחק תשובה. מר תשובה רכש שליטה בקבוצת דלק בחודש פברואר 1998, ומאז ערך בה שינויים מבניים רבים, כרת בריתות חדשות וניתק בריתות ישנות.⁸ **דלק קידוחים**, הנשלטת על ידי קבוצת דלק, היא שותפות מוגבלת המחזיקה ב-23.6% משותפות ים תטיס. מבלי לפרט את מבנה אשכול החברות של

⁵ BCM – billion cubic meters, היינו מיליארדי מטרים רבועים.

⁶ אעיר בהקשר לכך כי שתי עתירות של מיזם ים תטיס נגד המדינה תלויות ועומדות בבית המשפט העליון: עתירה נגד הממונה על ענייני הנפט במשרד התשתיות הלאומיות, על שאינו מתיר לים תטיס להניח תשתיות נפט לפי חוק הנפט. אנשי ים תטיס פנו למשרד התשתיות בבקשה להקים צינור הולכת נפט, ולפי הנטען נאמר להם בעל-פה שלא יוכלו לעשות כן; בעקבות כך פנו בעתירה לבית המשפט העליון. בנוסף הגיש המיזם עתירה נגד ראש הממשלה, שר החוץ, שר הביטחון ואחרים, שעניינה מתן אישור לחברת בריטיש גאז לקדוח מול חופי הרשות הפלשתינאית, מקום בו טוענת Samedan לזכויות קידוח.

⁷ Samedan ו-R&B מאוגדים באיי קיימן ונשלטים על ידי התאגידים האמריקאים Noble Affiliates ו-Reading & Bates Falcon. על פי המדווח נרכש תאגיד Reading and Bates Falcon ביום 21 באוגוסט 2000 בהצעת רכש בידי תאגיד מתחרה העוסק בקידוחי נפט ברחבי העולם, Transocean Sedco Forex Inc. ראו הודעה לעיתונות מהתאריך האמור: www.deepwater.com/news/releases/082100.html.

⁸ רכישת קבוצת דלק בידי יצחק תשובה היא חלק ממגמת ביזור במוקדי הבעלות והשליטה שחוזה עולם העסקים בישראל בעשור האחרון. מבעלות המרוכזת בידי הממשלה, חברת העובדים, אוצר התיישבות היהודים, כמה קונצרנים ותיקים (דוגמת כור תעשיות, כלל ישראל, אי.די.בי. החזקות והחברה לישראל) ושני הבנקים הגדולים, עובר המשק הישראלי למבנה בעלות מבוזר הרבה יותר, הכולל שורה ארוכה של בעלים ובעלי הון חדשים. בין אלה – קבוצת פישמן, האחים עופר, אריסון השקעות, קבוצת תשובה, קבוצת דנקנר, קבוצת עורק, קבוצת זאבי, שרם-פודים-קלנר, קבוצת גנגר; חברות ענק (במונחים ישראלים) בתחומי התוכנה והתקשורת דוגמת צ'קפוינט, קומברס-אפרת ואמדוקס, וחברות רבות אחרות המונפקות בבורסות זרות ובראשן NASDAQ; ושורה ארוכה של משקיעים זרים בקרנות טכנולוגיה ובהשקעות ישירות בבורסה. רשימה זו, כמובן, חלקית ביותר וכל מטרחה להמחיש מעט מהשינוי שחוזה המשק הישראלי בשנים אלה, שהרי לא זה נושא החלטתי. בעניין אחר: לסקירת מאפייניה של השתלטות קבוצת תשובה על חברת דלק, ולטענות בדבר חלק מהשלכותיה, ראו Sharon Hannes and Barak Orbach, *The Materialization of Hostile-Takeover Threats in Concentrated-Ownership Markets*, HARVARD LAW SCHOOL WORKING PAPER (6/00) (טרם פורסם).



רשות ההגבלים העסקיים

קבוצת תשובה, שאינו נדרש לצורך החלטה זו, אציין כי הקבוצה מחזיקה שליטה ב-62% מהון המניות בדלק קידוחים, כאשר על חלק זה בהחזקותיה נמנה השותף הכללי.⁹

עוד מחזיקה קבוצת תשובה 32% מהון המניות של **אבנר**, השותפה אף היא במיזם ים תטיס, וכן 50% בשותף הכללי שם – אבנר נפט וגז בע"מ. אבנר חיפושי נפט – שותפות מוגבלת, נרשמה ביום 6 באוגוסט 1991 לפי פקודת השותפויות. מטרת השותפות המוגבלת להשתתף בפעולות חיפושי נפט וגז. השותפות עוסקת רק בחיפושי נפט או גז ובהפקתם.¹⁰ בעלי המניות באבנר הם אבנר נפט וגז בע"מ, השותף הכללי (3.6%); דלק מערכות אנרגיה בע"מ (29.9%); דלק השקעות ונכסים בע"מ (0.3%); והציבור (66.2%). כנדרש, השותף המוגבל אינו רשאי להשתתף בשום צורה שהיא בניהול השותפות המוגבלת או בעסקיה.¹¹

השותף הכללי באבנר, אבנר נפט וגז בע"מ, היא חברה שהתאגדה בישראל ביום 25 ביולי 1990; על פי מסמכי ההתאגדות, עיסוקה העיקרי חיפושי נפט וגז וניהול חיפושי נפט וגז. השותף הכללי מוחזק בחלקים שווים בידי דלק מערכות אנרגיה בע"מ וכהן פיתוח ומבני תעשיה בע"מ.¹² כל זכויות הבעלים בשותף הכללי שוות לכל ענין.¹³ בדירקטוריון השותף הכללי מכהנים ארבעה דירקטורים, שניים מטעם כל בעל מניות.¹⁴ לשותף הכללי השליטה המלאה על ניהולה של השותפות המוגבלת ועסקיה, והוא מנהל את עסקי השותפות המוגבלת וענייניה לפי שיקול דעתו.¹⁵

את אלה ניתן לסכם בתרשים זרימה, המציג את החזקות קבוצת תשובה בים תטיס:

⁹ דלק קידוחים היא שותפות מוגבלת המוחזקת על-ידי דלק ניהול קידוחים (1993) בע"מ (12.3%) שהיא השותף הכללי ואוחזת ב-100% מזכויות הניהול, דלק השקעות ונכסים בע"מ (2.8%), דלק מערכות אנרגיה בע"מ (46.9%) – כולן נשלטות במישרין או בעקיפין על ידי מר יצחק תשובה. החזקות הציבור שם עולות כדי 38%.

¹⁰ לפירוט רשיונות השותפות ראו תשקיף אבנר חיפושי נפט – שותפות מוגבלת, מיום 18.8.99, בסעיף 6.2.

¹¹ שם, סעיף 6.9.

¹² מתוך תשקיף אבנר חיפושי נפט – שותפות מוגבלת מיום 18.8.99, בסעיף 13.1. התשקיף פורסם טרם רכשה דלק מערכות אנרגיה את כל מניותיו של ד"ר אליהו רוזנברג וכן את זכויותיו בשותף הכללי.

¹³ זכויות היתר בנוגע להכרעות מקצועיות, שהיו בעבר בידי ד"ר אליהו רוזנברג, כגון ענייני מקום הקדוח, תקציב הקדוח, התחלת קידוח והפסקתו, בוטלו עם מכירת אחזקותיו לדלק. שם.

¹⁴ מטעם דלק מערכות אנרגיה בע"מ מכהנים ה"ה אבינועם פינקלמן, נשיא קבוצת דלק בע"מ, ואסי פרנפלד, חשב קבוצת דלק. נציגים אלה בדירקטוריון משמשים לחלופין גם כנציגי חברת דלק במיזם ים תטיס, מתוקף החזקותיה הישירות של דלק מערכות אנרגיה במיזם ים תטיס. מנכ"ל החברה הוא מר גדעון תדמור, אחד מבין שני הדירקטורים של כהן פיתוח ומבני תעשיה בע"מ, ומייצג אותה בשותפות ים תטיס.

¹⁵ תשקיף אבנר חיפושי נפט – שותפות מוגבלת, מיום 18.8.99, בסעיף 6.7.

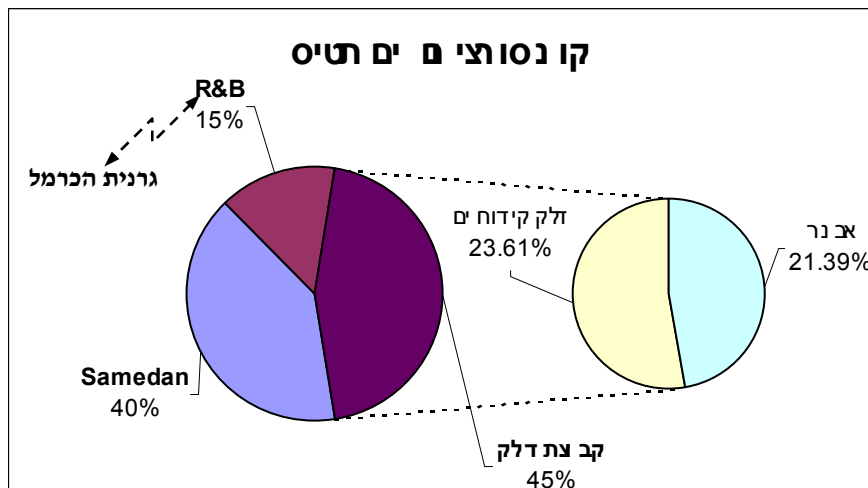


רשות ההגבלים העסקיים

לסונוול ולחברות דלק אחרות בישראל. Glencore משתתפת במכרזים בינלאומיים של חברת החשמל לאספקת מזוט; במכרזים אלה נוטלת חלק גם קבוצת דלק.

כמו קבוצת דלק, גרנית הכרמל היא שחקנית מרכזית בשוק האנרגיה בישראל, באמצעות בעלותה בסונוול ישראל בע"מ (להלן: "סונוול") וסופרגו בע"מ (להלן: "סופרגו"). סונוול נמנית על קבוצת שלוש החברות הגדולות והותיקות – היא החברה השנייה בגודלה בישראל בתחום שיווק מוצרי הדלק והפצתם. סופרגו היא החברה השלישית בגודלה בישראל למכירת גז פחמימני מעובה (גפ"מ) ואספקת שירותים נלווים לצריכת גפ"מ. תיאור מפורט יותר של קבוצת סונוול בהקשרים הרלוונטיים לענייננו מופיע בהמשך הדברים.

אם כן, שלושה צדדים מהותיים למיזם ים תטיס: R&B, Samedan וקבוצת דלק, כאשר לפי ההסדר המוצע תבוא גרנית הכרמל בנעליה של R&B. שיעורי ההחזקות של הצדדים, המתוארים בתרשים שלהלן, מספקים נקודת מוצא ראשונית להבנת ההסדר והשלכותיו.



כפי שממחיש התרשים, אוחזת קבוצת דלק שליטה בגוש המניות הגדול במיזם ים תטיס, בשיעור של 45% במיזם; אחריה באה Samedan עם גוש מניות בשיעור של 40%, ולבסוף R&B, עם 15% מהון המניות ואותם מבקשת גרנית הכרמל לרכוש. אישור המיזם המשותף – אישור ההסדר הכובל – משמעו כי דלק וסונוול יחזיקו במצטבר שליטה בחלק הארי – 60% – מהזכויות במיזם ים תטיס.

3.2. הסכם התפעול

מורכבת היתה מלאכת כינונו של הסכם התפעול, ורבים פרטיו; אף שכאן אתמקד באותם הפרטים אשר נמצאו חשובים לניתוח השפעת כניסת גרנית הכרמל למיזם על התחרות, אקדים לדברים הערה אחת.



רשות ההגבלים העסקיים

הסכם התפעול קובע שאין בכוונת הצדדים ליצור ואף אין בו משום יצירת כל שותפות, מיזם משותף, התאחדות או נאמנות.²¹ קביעה זו, חרף בהירותה הנוקבת, אין לה כל נפקות בהקשר דיני ההגבלים העסקיים, בהם קובעת מהות ה"הסדר" (או ה"הסכם") ולא צורתם או השם שבחרו לתת להם הצדדים. כלל זה הוא מנדבכי היסוד של דיני ההגבלים העסקיים, ולא עניין טכני-משפטי גרידא. אדם אשר בנה בניין ושם עליו שלט "מכונית חונה", אינו נהיה פטור בשל כך מהצורך בקבלת רשיון בניה, ומאותם דינים העונשים אותו על בניה בהיעדר רשיון. אדם שהוא צד להסדר כובל או למיזוג אינה חדל מלהיות כך רק משום שבחר לכנות את העסקה בכינוי אחר, או אף הפוך, לזה הקבוע בחוק. מבחנו של חוק ההגבלים העסקיים אובייקטיבי, והוא אינו נשלל רק משום הכינוי שבחרו הצדדים לעסקה.²² בהיותו גוף כלכלי בעל יעד כלכלי, שלהקמתו ולתפעולו חברו כמה גופים עצמאיים, מהווה מיזם ים תטיס מיזם משותף, והוא אינו חדל מלהיות כזה גם אם הוריו ביקשו להגדיר את מינו אחרת.²³

הסכם התפעול מגדיר שני מנגנונים עיקריים לניהול המיזם, "מפעיל" (operator) ו"ועדת הפעלה" (operating committee), המקבילים – בהתאמה – להנהלת המיזם ולמועצת המנהלים שלו. באחריות המפעיל ניהולו השוטף של המיזם, הפעלת אורגניו והזרמת חיים בעורקיו, בעוד שבסמכויות ועדת ההפעלה ניהול אסטרטגי ואכיפת חובות המיזם על השותפים בו.

למפעיל יש שני אגפים – כללי ומשני. האגף הכללי מנוהל על ידי Samedan, שבאחריותה ניהול כל הפרוייקטים של המיזם, ייצוגו בכל משא ומתן עם ממשלת ישראל, ניהול תזרים המזומנים של המיזם והסדרת ענייניו השוטפים כגון העסקת עובדים, שמירה על איכות הסביבה, וכדומה. האגף המשני, או "המפעיל הישראלי", מנוהל על ידי אבנר נפט וגז בע"מ, שהיא כאמור השותף הכללי באבנר. תפקידו של האגף המשני לספק שירותים לאגף הכללי בהתאם להוראותיו ולצרכיו, כגון שירותים משרדיים, חשבונאיים ונוטריוניים.

²¹ סעיף 14.1 להסכם התפעול.

²² ראו בעניין זה את דברי השופט זילר בעניין **קיסין**, שעל אף היותם מהמצוטטים ביותר בפסיקת ובספרות דיני ההגבלים העסקיים בישראל, נראה כי טרם מוצה הצורך לחזור ולהזכירם: "החוק נועד למנוע מצבים בהם יפעלו אנשים תוך הבנה משותפת, במטרה ליצור הסדר כובל כמשמעותו בחוק. ברור, שהמחוקק לא רצה להגביל עצמו בשום דרך, בנסיונו ללכוד את כל האפשרויות, בהן יגיעו בני אדם לכלל הבנה זו... הפירוש היחיד המשיג את מטרת החוק... צריך לקבוע, שהמילה הסדר כוללת כל דרך מתואמת, המופעלת על ידי בני אדם, המנהלים עסקים, ושמגמתה השלטת הסדר כובל. אין זה מעניינו של החוק אם תיאום זה הושג בדרכי קונספירציה, או בדרכי הסדר, או באמצעות צד ג', או על ידי קריצת עין, או על ידי צחוק של הבנה... המילה "הסדר" שנקט אותה המחוקק היא רחבה מספיק כדי ללכוד בתוכה את כל מגוון האפשרויות... וכל חידוש או המצאה שיחודשו או יומצאו בעתיד, ושיביאו לכלל תיאום בין הצדדים עליהם מדבר החוק". ת"א (י-ם) 396/87 **קיסין ואח' נ' פטרולגז ואח'**, ההגבלים העסקיים (הוצאת ועד מחוז תל-אביב לשכת עוה"ד) כרך ב' 245, 261-260. ראו גם: *American Column & Lumber Co. v. United States*, 257 U.S. 377 (1921) (אגוד מסחרי ארגן תכנית ל"תחרות פתוחה" שהדגישה את קידום התחרות בין חברי הארגון. תכנית זו היתה למעשה ארגון לתיאום מחירים ומכסות ייצור, וככזה נמצא כהסדר כובל).

²³ להגדרתם של מיזמים משותפים ראו את מאמרו הקלאסי של Joseph Brodley, *Joint Ventures and Antitrust Policy*, 95 HARV. L. REV. 1523 (1982). ראו גם: מרים מזרחי, "מיזם משותף כהסדר כובל", **משפטים** כ"ג (תשנ"ד) 213.



רשות ההגבלים העסקיים

ועדת ההפעלה מופקדת על פיקוח כללי והכוונה של הפרוייקטים הנחוצים להגשמת הרשיונות, ההיתרים והזיכיונות שבידי המיזם וכן על בחינת אתרי עבודות וביצוע הרשיונות בהתאם להסכם. זאת עוד, תפקיד הועדה לוודא כי הסכם התפעול אכן מקוים ומבוצע.²⁴ הועדה מורכבת מנציגי הצדדים למיזם, כאשר לכל צד נציג אחד ומשקל קולו כאחוז האחזקות של הצד אותו הוא מייצג; כל ההחלטות, האישורים ויתר פעילויות ועדת ההפעלה נקבעות בהצבעה, כאשר די בתמיכה של לפחות **שני שותפים**, המחזיקים יחד 51% או יותר מהזכויות במיזם, לשם הכרעה בהצבעה.²⁵

עוד אורגן שתיאורו רלוואנטי במידת מה להבנת ההסדר הוא "יחידת הייצור" (Total Offshore Production System) של המיזם. יחידה זו היא מכלול הספקת שירותי הקידוח וההפקה הנדרשים לחיפוש נפט וגז בים. רכישת זכויות R&B על ידי גרנית הכרמל כוללת זכות סירוב ראשונה למתן שירותים אלה.²⁶

לבסוף, הסכם התפעול מעניק לכל אחד מהשותפים במיזם זכות לחבור לכל שותף העוסק בפעילויות אנכיות לפעילויות המיזם. משמע, הסכם התפעול יוצר בין היתר אופציות למסגרות שיתוף פעולה בין השותפים במיזם.²⁷

הסכם התפעול ארוך ומורכב ובהוראותיו ניתן לדוש כהנה וכהנה; אינני סבור שיש בכך צורך בנסיבות העניין. מהותו של המיזם נקבעת על פי זהות שותפיו, תחום פעילות המיזם, ונסיבות השוק הרלוונטיות. תוכן ההסכם אין בו כדי לשנות מהניתוח המהותי, ובשינוי הוראות ההסכם אין כדי להפוך מיזם משותף בין מתחרים, בנסיבות המיזם הנבחן כאן, למיזם העולה בקנה אחד עם הוראות חוק ההגבלים העסקיים.

אכן, ההסדר המוצע מקים זיקה גדולה, אינטרס פיננסי משותף ועתיר משקל, לשניים מבין המתחרים המרכזיים – מבין המתחרים המועטים כל כך – בשוק האנרגיה בישראל. כפי שנראה בהמשך הדברים, זיקה זו, כשלעצמה, מעוררת קושי גדול, אף מבלי לבחון את הוראות הסכם התפעול, ולא ניתן להתגבר עליה בשינוי; הסכם התפעול, שלא יכול היה מלכתחילה להסיר חששות מבניים אלה, פועל דווקא להעצמתם. ההסכם מגביר את היבט התלות ההדדית בין קבוצת דלק לבין גרנית הכרמל, ויוצר להם זיקה ניהולית: כמפורט לעיל, לשם קבלת החלטה בוועדת ההפעלה די

²⁴ סעיפים 5.1 ו-5.2 להסכם התפעול (נציגי חברת דלק במיזם הם בדרך כלל נשיא קבוצת דלק וחשב הקבוצה). דלק וגרנית היו מחזיקות במצטבר 60% מהזכויות במיזם אילו אושרה העסקה – די להכרעה במיזם ולכן די לשליטה בו.

²⁵ סעיף 5.9 להסכם התפעול. במקרה שאחד הצדדים נכשל במילוי חובותיו הכספיות, קולו לא יחשב בהצבעה (סעיף 8.2 להסכם התפעול).

²⁶ זכות לסירוב ראשון מעוגנת בסעיף 6.8 להסכם התפעול והיא כפופה לסבירות התעריפים שיוצעו על ידי R&B עבור יחידת (או יחידות) הקידוח ושירותי פיתוח השדה. זכות זו היתה עוברת, כך נראה, לידי סונול אילו אושרה העסקה.

²⁷ סעיף 19.2 להסכם התפעול. אופציות אלה קמות אם במהלך תקופת הסכם התפעול מי מהשותפים, או אדם הקשור בהם, מתחייב לבנות, להפעיל, לשמר, לרכוש או להשתתף בפעילות אנכית, במיזמים או בפרוייקטים העושים שימוש בנפט או בגז טבעי או הקשורים בהידרוקרבונים שהם תוצר של הרשיונות; במקרה כזה קמה לכל צד, בכפוף לתנאים מסוימים, הזכות להשתתף באותה פעילות אנכית ביחס שווה להחזקותיו במיזם.



רשות ההגבלים העסקיים

בהסכמה בין קבוצת דלק לבין גרנית הכרמל. כך נוסף לצדדים אינטרס שליטה משותף, המתווסף לאינטרס הפיננסי.

לאלה, כפי שנראה, מתווספים היבטים אחרים: המיזם המשותף, אשר רק משיק היום לליבת עסקי החברות, צפוי להפוך חשוב יותר ויותר לעסקיהן, ולבוא יותר ויותר ב-ד' אמות התחרות ביניהן. כך, אגב, גם העירו ביושר לב נציגי גרנית הכרמל במגעייהם עם אנשי הרשות, וכך גם מעידה החשיבות הניכרת שהם רואים לביצוע המיזם. בעייתי גם היחס בין גודל המיזם לבין גודל המתחרים, וכן העובדה שרק לאחרונה הסתיים מהלך מורכב וקשה לפירוק שותפויות בין שלושה הספקים הגדולים בתחום זה – קבוצת דלק, סונול, ופז – חברת נפט בע"מ (להלן: "פז"), לאחר שנמצא כי שותפויות אלה יוצרות קשיים תחרותיים של ממש.

ברם, בטרם אדון בכל אלה, אבחן את נסיבות השוק הרלוונטי.

4. נסיבות השוק הצריכות לעניין

4.1. מיעוט התחרות שנהגה בשוק

שלב הכרחי בניתוח השפעותיו של הסדר על התחרות הוא הבנת מאפייני הענפים בהם ההסדר נוגע, ובכלל זה מערכי היחסים בין השחקנים הפועלים בענפים אלה. הבנת השוק הרלוונטי מחייבת גם הסתכלות על עברו.

משק האנרגיה בישראל לא כונן על אדני התחרות.²⁸ בענפי שיווק מוצרי דלק וגפ"מ מהווה התחרות תפיסה חדשה יחסית, בעלת 'מסורת' של קצת יותר מעשור שנים. בחלק מהיבטי שווקים אלה מסתמן בעשור האחרון שיפור משמעותי ברמת התחרות, ובהיבטים אחרים היא עדין מוגבלת. בכל מקרה, הן במקטעים בהם רמת התחרות רבה יותר והן באלה בהם היא מוגבלת, מדובר בשוק ממועט מתחרים – שוק אוליגופוליסטי מובהק, בו קצר המרחק בין תחרות לבין היעדרה.

ענף הדלק נשלט במשך שנים ארוכות על ידי שלוש חברות: דלק, סונול ופז. מאז קום המדינה ועד הפעלת שלב א' של הרפורמה במשק הדלק, באוגוסט 1988, נוהל הענף בפיקוח המדינה. עיקרו של אותו פיקוח היה בשמירה על סדירות אספקת הדלק, ומניעת תחרות נתפסה משום מה כאמצעי להבטחת אינטרס זה. הפיקוח מיסד הסדר ענפי של "מבנה מחיר", אשר כלל כיסוי מלוא העלויות

²⁸ כך בהיבטים רבים של משק האנרגיה בישראל. חברת חשמל אחת לנו, שעדיין השולטת שליטה ללא מצרים בייצור החשמל ובהובלתו; לבלעדיות זו בפריזמת דיני ההגבלים העסקיים, ראו ה"ע 491/98 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, 1999 **הגבלים עסקיים** 3002628; **הכרזה בדבר קיום מונופולין – חברת החשמל לישראל בע"מ**, 1999 **הגבלים עסקיים** 3001749; **ע"ר 2/99 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים ואח'**. בישראל רק חברה אחת לזיקוק מוצרי נפט, העוסקת גם בעיקר יבואם, וחברת אחת העוסקת בהובלת נפט ומוצריו בצנרת.



רשות ההגבלים העסקיים

של חברות הדלק בתוספת רווח מוסכם, כאשר במקטע הסיטונאי מול תחנות התדלוק נהנו חברות הדלק מהסכמי בלעדיות ארוכי טווח עם מפעילי התחנות. אם לא די באלה, קבע צו ממשלתי את מכסות הייבוא והשיווק של פז, דלק וסונול, ובעקיפין הביא לחלוקת השוק ביניהן בשיעורים של 45%, 30%-ו-25%, בהתאמה.²⁹

בשנת 1988 הוכרז כאמור שלב א' של הרפורמה במשק הדלק. אחת ממטרות הרפורמה היתה להביא למצב בו בכל אזור גיאוגרפי של נתיב נסיעה עיקרי יהיו תחנות תדלוק רבות, שתקבענה באופן עצמאי את מחיר התזקיקים לצרכן, מבלי שהמחיר יוכתב על ידי חברות הדלק וללא קשר בין החברות לבין עצמן. צעד נוסף לקידום מטרה זו נעשה עם חקיקת חוק משק הדלק (קידום התחרות), התשנ"ד-1994, שהביא לביטול מרבית המגבלות הקבועות בתוכניות המתאר על המרחק המזערי בין תחנות תדלוק. בראשית שנת 1997 קיבלה הממשלה החלטה בדבר "צעדים להגברת התחרות במשק הדלק", ובהם החלטה על מינוי צוות בראשות ראש מנהל מקרקעי ישראל לבחינת דרכים לזירוז הקמתן של תחנות תדלוק חדשות. ביולי 1998 אומצו המלצות הועדה על ידי הכנסת והן עוגנו בחוק משק הדלק (קידום תחרות) (תיקון) התשנ"ח-1998, שעיקרו ביצירת תנאים לתחרות בין תחנות תדלוק של חברות מתחרות.³⁰

הרפורמה פתחה את הדלת לכניסת חברות חדשות לענף, באופן שהיה בו כדי להפעיל לחץ תחרותי מסוים, ולו מוגבל, על החברות הותיקות – פז, סונול, ודלק. במקביל בחן הממונה על הגבלים עסקיים את ההסדרים הכובלים בענף, בראי חוק ההגבלים העסקיים.³¹ קודמי בתפקיד, ד"ר יורם טורבוביץ', קבע בשנת 1993 כי ההסדרים בין חברות הדלק לתחנות התדלוק מהווים הסדרים כובלים הפוגעים בתחרות.³² קביעה זו הביאה לכינונם של הסדרים בין הממונה על הגבלים עסקיים וחברות הדלק לשחרור חלק מתחנות התדלוק הכבולות; הסדרים אלה עם סונול ופז אושרו בידי בית

²⁹ הדבר נעשה מכוח מסמך שכונה "צו דינשטיין", על שם הממונה על מטבע חוץ דאז, ד"ר צ. דינשטיין. הצו פורסם ביום 30.12.63.

³⁰ סעיף 4(ב) לחוק קובע: "לא תתקשר חברת דלק בחוזה להקמת תחנת תדלוק או בחוזה בלעדיות, אם במרחק המפורט להלן מהמקום שבו נמצאת או תוקם תחנת התדלוק נמצאת תחנת תדלוק אחרת, שבה נמכר דלק של אותה חברת דלק: תחנת תדלוק עירונית - 1 ק"מ; תחנת תדלוק בדרך אחרת - 10 ק"מ הנמדדים לאורכם של הכבישים."

³¹ ראו, למשל: ע"א 3603/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ, 1996 הגבלים עסקיים 3001521; ע"א 3306/99 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' תחנת דלק נמל אשדוד בע"מ, 1999 הגבלים עסקיים 3004929; ת"א (י-ם) 808/93 פז חברת נפט בע"מ נ' Tower Air ואח', 1994 הגבלים עסקיים 3001624; ת"א (י-ם) 1/94 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' תחנת דלק עיר שלם בע"מ, 1995 הגבלים עסקיים 3001626; ת"א (חי') 813/95 נימר נ' סונול ישראל בע"מ, 1995 הגבלים עסקיים 3001676.

³² ראו קביעה לפי סעיף 43(א) לחוק – הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק, 1993 הגבלים עסקיים 3003595.



רשות ההגבלים העסקיים

המשפט העליון.³³ ההסדר הושלם עת אושר בידי בית הדין להגבלים עסקיים הסדר מקביל בין דלק לבין הממונה.³⁴

לא כאן המקום לסקור במפורט את תולדות משק הדלק, אף לא את פרטי ההסדר בין הממונה לבין חברות הדלק. לענייננו אזכיר רק זאת: כי באותם הסדרים בין הממונה לבין חברות הדלק נקבע, בין היתר, כי תופרד הבעלות המשותפת של שלוש חברות הדלק ברוב התאגידים המוחזקים בידיהן.³⁵ ההסדר כלל את פירוק התאגידים המשותפים הבאים: **שירותי תעופה בע"מ**, חברה למכירת דלק סילוני, המצויה היום בבעלות מלאה של פז לאחר שדלק וסנוול מכרו לה את חלקן. **פדסקו מוצרי נפט בע"מ**, חברה לא פעילה, אשר עסקה בעבר בעיקר בשיווק בנזין בגדה המערבית. החברה מצויה בהליכי פירוק. **שע"ל, שעווה ומוצרי שעווה בע"מ**, חברה המצויה בהליכי פירוק. **שירותי טנקרים** – חברה שהיתה בבעלות בז"ן, פז, דלק, וסנוול 25% כל אחת, וכיום בבעלות מלאה של דלק. **שירותי טנקרים הובילה בעבר נפט גולמי במכליות דרך הים עבור חברות הדלק ובז"ן. יונקס** – חברה ליצוא דלקים – חברה שהיתה בבעלות בז"ן, פז, דלק, וסנוול 25% כל אחת, והיום בבעלות מלאה של דלק. החברה עוסקת באחסון דלקים וניפוקם.³⁶

יישום ההסדר בין חברות הדלק לבין הממונה, לעניין פירוק השותפויות בין חברות הדלק, הסתיים רק לפני כחודשיים, עת הופרדה הבעלות בין חברות הדלק בחברות שירותי תעופה, שירותי טנקרים ויונקס. אכן, ההסדר הכובל הנדון כאן, אשר היה מקים בעלות משותפת לקבוצת דלק ולגרנית הכרמל בתאגיד משותף דומיננטי מאד, בא לעולם בטרם יבש הדיו על מסמכי הפרדת הבעלות בתאגידים משותפים אחרים.

מדוע עמד בשעתו הממונה על פירוק התאגידים המשותפים? תאגידים משותפים היו אחד הביצורים העיקריים שתמכו במצב של היעדר תחרות בתחום שיווק מוצרי ההדלק.³⁷ בעלות משותפת של מתחרים במקורות חומר הגלם, במתקני תשתית או בצינורות שיווק, יוצר כר נרחב ופורה לפגיעה בתחרות. הבעלות המשותפת הקימה חסם לתחרות, חסם שהיה אחת מאבני הנגף העיקריות בדרכה של הרפורמה במשק הדלק ובחלחול התחרות לענף בתקופה שלאחר הכרזת הרפורמה. על רקע זה,

³³ ראו עדכון קביעת הממונה בדבר הסדרים כובלים בין חברות הדלק לתחנות התדלק, 1995 הגבלים עסקיים 3003600; עררים 1/2/3/93, הממונה על הגבלים עסקיים נ' דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ ואח', 1996 הגבלים עסקיים 3001550; בג"צ 326/96 כספי ואח' נ' הממונה על הגבלים עסקיים, 1996 הגבלים עסקיים 3006129.

³⁴ ההסדר אושר בידי בית הדין להגבלים עסקיים ביום 28 במרץ 1998: 1998 הגבלים עסקיים 3001150.

³⁵ קדמה לכך קביעת הממונה כי מערך שיווק משותף של שתי חברות דלק מהווה הסדר כובל. ראו קביעה על פי סעיף 43 – הסדר בין "דלק" ו"סנוול" לשיווק משותף של מערכת "דלקן 2000", 1997 הגבלים עסקיים 3001363.

³⁶ התאגידים המשותפים שלא נכללו בהסדר הם: **פי גלילות מסופי נפט וצינורות בע"מ** (תש"ן 50%, פז 21.5%, דלק 15.28%, וסנוול 13.21%); **שמנים בסיסיים בע"מ** (בז"ן 50%, פז 24.5%, דלק 11.5%, וסנוול 14%); **מגל מפעלי גז ונפט לישראל בע"מ** (פי גלילות 50%, סנוול 12.64%, פז 5%, דלק 3.06% ואחרים); **אורפק** (סנוול 10% ודלק 10%).

³⁷ חסמים משמעותיים נוספים לתחרות היו, בין השאר, בעלויות צולבות בחברות הדלק, הליכי הרישוי להקמת תחנות תדלק, ומבנה התמחור על שיעור המס הנוהג בו.



רשות ההגבלים העסקיים

התפוררות הקשרים הצולבים בין חברות הדלק שנבעה מההליכים המתוארים ומשינויים במערכי השליטה בקונצרנים הישראליים, היא תופעה מבורכת לתחרות.³⁸

קשירה מחודשת של דלק וסונוול באמצעות אינטרס פיננסי משותף ומשמעותי ביותר, מיזם ים תטיס, תהווה נסיגה גדולה – שילוב ידיהם של מתחרים, באינטרסים עבתיים עתירי ממון והון, עם השלכות מדאגות על התחרות. כך עמדת מערך ההגבלים העסקיים, כפי שעוד תפורט.³⁹

4.2. חלקן של דלק וסונוול מכלל השוק

בישראל פועלות כיום בענף שיווק מוצרי הדלק ארבע חברות עיקריות: שלוש החברות הוותיקות דלק, סונוול ופז, וכן חברת דור-אלון שהיא מיזוג בין שתי מתחרות חדשות יחסית בתחום הדלק: "אלון" חברת הדלק לישראל,⁴⁰ ודור אנרגיה (1988) בע"מ.⁴¹

בכדי להעריך את השפעתה המסתברת של העסקה בים תטיס על התחרות בשוק שיווק הדלק, צריך לבחון בין היתר את נתחי השוק, יחסי שווי החברות ורווחיותן. אלה הנתונים:⁴²

³⁸ ראו בהקשר זה: אי מתן פטור מאישור הסדר כובל – אנרגיה המזרח התיכון הערה 3 לעיל; החלטה בדבר אישור מיזוג בתנאים – Columbus Capital Corp. מקבוצת קלרידג', כור תעשיות בע"מ, 1997 הגבלים עסקיים 3001322.

³⁹ כך גם ציין משרד האוצר, בחוות דעתו בו המליץ לממונה שלא לאשר את השקעת סונוול במיזם ים תטיס: "ידוע כי המשק הישראלי הוא מהריכוזיים בעולם המערבי והיכולת למנוע קשרי בעלות עקיפים הינה בעייתית בענפים רבים, לא כל שכן במשק האנרגיה שהינו אחד הענפים הריכוזיים במשק הישראלי. יצירת מצב של ניגוד אינטרסים עקב בעלות צולבת יכול שתפגע עוד יותר ביעילות הכלכלית של הענף." ראו חוות דעתו של משרד האוצר באשר לעסקה הנבחנת כאן, מיום 2 באוגוסט 2000, בעמוד 9. פירוט של חוות דעת האוצר מופיע בהמשך הנמקה זו, בפסקה 6.1.

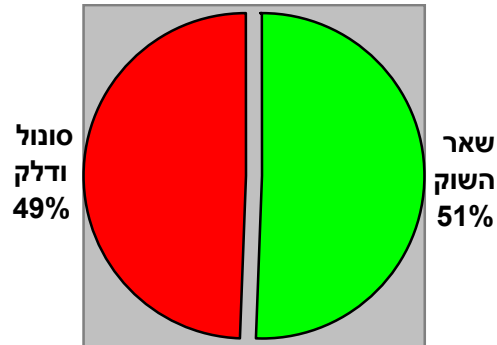
⁴⁰ זו מחזיקה גם בחברת אלון שירותי דלק תפעול וניהול (1993) בע"מ.
⁴¹ המיזוג בין החברות אושר בידי הממונה על הגבלים עסקיים ביום 8 בספטמבר 1999 (תיק מיזוג 3186). הנתונים המפורטים בשלושה הגרפים להלן אינם כוללים את החברות "תן", ס.ד.ש. וסול, המחזיקות כל אחת בתחנות בודדות (לפי נתוני 1999: 8, 6 ו-1, בהתאמה), ונתחן בשוק הרלוונטי זניח.

⁴² חלקה של דלק כולל גם את חברת הדלק גל, הנשלטת ביחד עמה. הנתונים מבוססים על בדיקות כלכלי רשות ההגבלים העסקיים, לשנים 1998-2000, בהתבסס על שווי עסקאות שנערכו בשוק, נתונים שנאספו מחברות הדלק עצמן, ונתונים ממקורות נוספים.

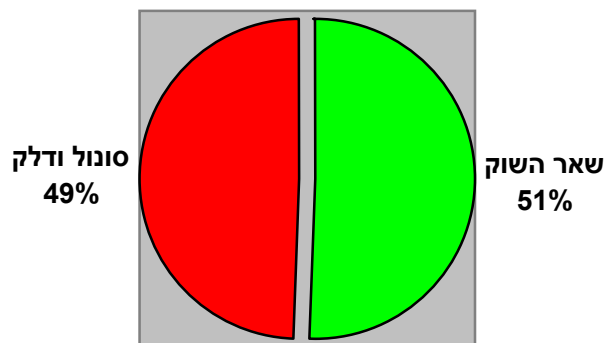


רשות ההגבלים העסקיים

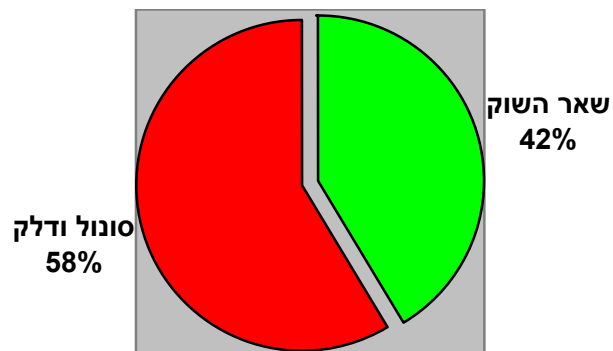
התפלגות מחזור המכירות:



התפלגות שווי החברות:



התפלגות רווחיות החברות:



עינינו הרואות: עסקת ים תטיס מאחדת במיזם משותף גדול מאד (במונחי השוק המקומי) את קבוצת דלק עם סונול, בו יש להן שליטה משותפת (60% במיזם). שני המתחרים האלה מחזיקים ביחד כמחצית מנתח שוק שיווק מוצרי הדלק, כמחצית משווי החברות הפועלות בשוק, וכ-60% מהרווחים של חברות אלה בשוק.



רשות ההגבלים העסקיים

כבר מנתונים אלה ברור עד כמה תזיק שחיקת התמריץ לתחרות בין דלק לבין סונול למכלול התחרות בשוק שיווק הדלקים. אוסיף נתונים לעניין שוקי המשנה בתחום זה, בכדי להבהיר את הסוגיה ביתר שאת. **בשוק תדלוק התחנות הציבוריות** מחזיקים דלק וסונול ביחד 54% מכמות ה**בנזין** המשווקת (דלק 28%, סונול 26%), וב-52% מכמות ה**סולר** המשווקת (דלק 26%, סונול 26%). אשר למספר **תחנות הדלק הציבוריות**, כאן מחזיקים דלק וסונול 51% מהשוק. אגב, שחיקת תמריצים לתחרות בין שניים, המחזיקים כמחציתו של שוק, מזכירה לנו את הנחת חוק ההגבלים העסקיים כי נתח שוק העולה על מחצית משמעו שליטה באותו השוק – מצב של מונופולין.

שוק תחנות התדלוק אזורי במהותו, ולכן יש לעיין בהתפלגות תחנות הדלק בין החברות גם על פי אזורים. להלן פירוט תחנות התדלוק של חברות הדלק, נכון למחצית 1999, בחלוקה לארבעה אזורים: צפון (עד חדרה וכולל), מרכז (מחדרה ועד אשדוד ונתב"ג), ירושלים (מנתב"ג, בקעה, גוש עציון), ודרום (מאשדוד ודרום).

פז	צפון	מרכז	ירושלים	דרום	סה"כ
סונול	25.8%	33.3%	42.9%	37.0%	31.7%
דלק-גל	28.9%	25.1%	27.1%	23.1%	26.5%
דור-אלון	27.2%	23.0%	24.3%	30.5%	26.0%
ס.ד.ש, טן, סול	15.7%	16.5%	5.8%	7.4%	13.7%
	2.4%	2.2%	0.0%	1.9%	2.1%
אחוז מסך הארץ	41.2%	33.1%	10.0%	15.5%	

כך, באזור הצפון והמרכז מחזיקות סונול ודלק נתח של 56%, באזור המרכז 48%, באזור ירושלים 51.5% ובאזור הדרום 53.5%.

בשוק התדלוק האוטומטי (דלקן, פזומט) בו דור-אלון פעילה באופן מוגבל מאד, מחזיקות דלק וסונול 55% מהשוק. אשר לשוק **התחנות הפנימיות והתעשייה** – נפח מכירה, כאן מחזיקות דלק וסונול 52% **בבנזין** ו-65% **בסולר**, ואילו מבחינת **מספר התחנות הפנימיות** מחזיקות סונול ודלק 60% מכלל השוק. לבסוף, **בשוק המזוט** מחזיקות סונול ודלק בסך הכל 58%.

4.3 רמת התחרות הנוהגת בשוק שיווק הדלקים, והשלכותיה לענייננו

דעות שונות הובעו בשאלת מידת התחרות הנוהגת בשוק שיווק הדלק בישראל. עמדת משרד האוצר, כמפורט להלן,⁴³ כי התחרות בשוק זה אינה רבה. זאת ועוד, בחוות הדעת של כלכלני אגף

⁴³ ראו להלן "המלצות משרד האוצר ומשרד התשתיות", בעמוד 35 להלן.



רשות ההגבלים העסקיים

התקציבים, אשר הוגשה בהקשר לחוק משק הדלק (קידום תחרות) (תיקון) התשנ"ח-1998, נאמר כך:

"מניתוח הנתונים על ענף תחנות הדלק כפי שהתקבלו, כאמור, וכן מתוצאות ראשוניות של סקר שנערך עבור מנהל הדלק, עולה כי במצב המוצא לא מתקיימת כמעט תחרות במשק הדלק. הדבר בא לידי ביטוי, בין היתר, בשיעור החדירה הנמוך יחסית של חברות חדשות לענף שעומד על 14% בלבד מסך תחנות הדלק הציבוריות, רמת שונות נמוכה של המחירים בין התחרות השונות ובין חברות הדלק הוותיקות... וברמת ריכוזיות ענפית גבוהה מאוד".⁴⁴

גם בדיקת כלכלני רשות ההגבלים העסקיים העלתה כי רמת התחרות בתחום שיווק הדלק לבודדים בתחנות דלק נותרה מוגבלת; שיפור ברמת התחרות נמצא בעיקר בתחום שיווק מוצרי הדלק לתעשייה ובתחום התדלוק האוטומטי.

אף כי אין ספק בעיני, כי התשתית העובדתית מעידה היטב על פגמים קשים בתחרות במקטעים מרכזיים של שוק שיווק הדלקים, מה נפקות היתה לרמה גבוהה יותר של תחרות מוכחת בשוק? האם תלויה ועומדת החלטתי על שאלת מידת התחרות השוררת היום בין חברות הדלק השונות? לא ולא. כפי שנראה, הניתוח הנערך כאן אינו תלוי במידת התחרות השוררת בשלב זה בשוק שיווק הדלקים, אלא במבנהו ובנסיבותיו. זהו שוק ממועט מתחרים: שלושה עיקריים, ועוד מתחרה אחד חדש יחסית. תולדות השוק, עד לפני שנים מועטות, כללו אי-תחרות כמעט בכל היבטיו. לשוק מקור עיקרי אחד של חומר גלם (בתי הזיקוק), שמחירו אחיד ומפוקח. לבסוף, חסמי הכניסה לשוק גבוהים במיוחד. אשוב לסוגיה זו בהמשך הדברים.

בשוק אוליגופוליסטי מובהק, המאופיין ברמת ריכוזיות גבוהה ביותר, יש חשיבות עילאית לשמירה על התמריצים לתחרות בין המתחרים המועטים הפועלים בו.⁴⁵ מה לי טענה בדבר שיעור התחרות הנוהג היום בשוק, כנימוק לאישור עסקת ים תטיס? אם טובה התחרות, לא אוכל לאשר עסקה הפוגעת בה; ואם פגומה התחרות, לא אוכל לאשר עסקה אשר תקשה עוד יותר על יצירתה. דלק וסונול מחזיקות ביחד כמחצית השוק הרלוונטי, כמעט מכל בחינה שהיא; העסקה המוצעת הופכת אותם שותפים בשליטה במיזם ים תטיס – על שוויו הניכר ביחס לשווי דלק וסונול בתחום התחרות, על השליטה המשותפת הנוצרת בו, ועל הזיקה בין תחום הגז הטבעי לבין השוק שבתחרות בין

⁴⁴ חוות דעת כלכלית בנושא ההסכמים הכובלים בין חברו הדלק לתחנות הדלק, מוגש לצוות הבינמשרדי על-ידי אגב התקציבים – משרד האוצר (יוני 1998).

⁴⁵ ראו, למשל, George A. Hay, *Oligopoly, Shared Monopoly, and Antitrust Law*, 67 CORNELL L. REV. 439 (1982); Carl Shapiro, *Theories of Oligopoly Behavior*, in HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION, vol. I, 329 (Richard Schmalensee and Robert D. Willig eds., Amsterdam: North Holland, 1989).



רשות ההגבלים העסקיים

החברות. עסקה כזו מקימה מערך של תמריצים כלכליים, הצפוי לשחוק באופן ניכר מאד, ולאורך זמן רב, את ההסתברות לקיומה של תחרות טובה ומשוכללת יותר בשוק שיווק הדלקים. עסקה כזו כלל אין לי סמכות לאשר; ואילו הסמכות לאשרה בידי, הייתי נמנע מלהפעילה.

4.4. הזיקה בין המיזם לבין השוק שבתחרות: גז טבעי ומוצרי דלק

הערתי כמה פעמים בעמודים החולפים על הזיקה הקיימת, והצפויה לגדול, בין השוק שבתחרות (שוק מוצרי הדלק) לבין תחום פעילות המיזם המשותף (גז טבעי). עתה אבהיר את דבריי. אקדים ואומר: הטיעון המפורט כאן עומד על רגליו שלו, ויש בו כדי למנוע את אישור העסקה, אף מבלי להידרש לניתוח שעניינו הפגיעה בתחרות בין קבוצת דלק לבין גרנית הכרמל בשוק הדלק. הביסוס העיוני למסקנה זו מופיע בהמשך הדברים, בפסקה 5.2 להלן.

גז טבעי הוא תערובת של פחמימנים גזיים הנוצרים במעמקי האדמה, בתהליכים הדומים לתהליכים שבהם נוצר נפט גולמי. מזה עשרות בשנים משמש הגז הטבעי בארצות המפותחות מקור אנרגיה בייצור חשמל, בתעשייה ובמשק הבית. כרבע מכמות האנרגיה המיוצרת כיום בעולם מופקת מגז טבעי, והשימוש בו הולך ומתרחב בזכות יתרונותיו לעומת מקורות אנרגיה אחרים.⁴⁶

שלא כבשורות אחרות, בשורת הגז הטבעי הגיעה לארץ הקודש באיחור מסוים; היום נושאת עמה בכנפיה סנונית הגז הטבעי לא רק חידושים טכנולוגיים, אלא גם את דגלי היעילות והידידותיות לסביבה. סנונית זו גם נושאת בכנפיה את בשורת קידום התחרותיות במשק האנרגיה, שכן גז טבעי הוא מקור אנרגיה תחליפי למוצרי נפט – מזוט, סולר וגפ"מ. בשלבים המוקדמים ישמש הגז הטבעי מקור אנרגיה לייצור חשמל ולתעשייה הכבדה, ובהתאם לכך החליטה ממשלת ישראל לבסס את פיתוח משק החשמל על גז טבעי כמקור האנרגיה העיקרי.⁴⁷ בשלבים מאוחרים יותר צפוי הגז הטבעי לשמש כמקור אנרגיה הנצרך ישירות על ידי הצרכן, אם בתעשייה הקלה יותר, אם לצורכי הסקה, אם לתדלוק כלי רכב, ואם לצרכים אחרים. שימושים עתידיים אלה בגז צפויים לבוא על חשבון מקורות האנרגיה, אשר בשוקיהן מתחרות היום קבוצת דלק וגרנית הכרמל.

הפעילות במשק הגז הטבעי בישראל מתבצעת כיום מכוח היתרים, רשיונות וזיכיונות הקשורים בחיפוש, הפקה ושיווק של נפט וגז במדינת ישראל, המונפקים לפי חוק הנפט, התשי"ב-1952. חוק

⁴⁶ לסקירה רחבה של יתרונות הגז הטבעי ועתיד שימושו בישראל ראו **אי מתן פטור מאישור הסדר כובל – אנרגית המזרח התיכון**, הערה 3 לעיל. ראו גם: מבקר המדינה, **דו"ח שנתי 49 לשנת 1998** (דפוס הממשלה, ירושלים), עמ' 431; **NATURAL GAS: A STRATEGIC RESOURCE FOR THE FUTURE** (Washington D.C.: Washington Policy and Analysis, 1988).

⁴⁷ החלטת ממשלה 2545 מיום 4.8.97 (כל/59).



רשות ההגבלים העסקיים

הנפט עשוי לאפשר, לפי הנטען, למפיק הגז או הנפט אינטגרציה אנכית מלאה מההפקה ועד השיווק,⁴⁸ כולל הנחת תשתיות על-ידו.⁴⁹

אם אכן תקום אינטגרציה אנכית בשוק הגז הטבעי בישראל, משמעה יהא תחרות מועטה יחסית בתחום הגז הטבעי עצמו, והתמקדות בתחרות בין גז טבעי לבין מקורות אנרגיה חלופיים, ובמיוחד מוצרי דלק. גם אם לא יקום שילוב אנכי כזה תהא מידת התחרות הפנימית בשוק הגז הטבעי מוגבלת, גם מטעמי מונופולין בהפצת הגז ובחלוקתו. לשון אחר, שוק הגז עצמו צפוי להיות שוק ממועט מתחרים, ויתכן מאד אף שוק מונופוליסטי. בתנאים אלה, ניכר כי תחרות בין גז לבין מקורות אנרגיה חלופיים הופכת חשובה במיוחד. גז שאין דרך להובילו לשוק נושא ערך כלכלי השווה לאפס. מחיר הגז המשווק, בהיעדר תחרות מול הצרכן בשוק הגז עצמו, שואף למחיר התחליף לגז. מזוט, סולר וגפ"מ תחליפיים לגז טבעי; שילוב בעלות בין ספקי מוצרים אלה לבין ספקי הגז הטבעי אינו מבשר טובות – הוא מבשר בדיוק אותה פגיעה שחוק ההגבלים העסקיים בא למנוע. על רקע זה קמה חשיבות מרובה לפעילות קבוצת דלק וגרנית הכרמל בשיווק מוצרים חלופיים למוצרי הגז הטבעי, העשויה להוות כוח בעל משמעות אשר יפעל לריסון מגמות תמחור מונופוליסטיות של קבוצת מוצרי הגז הטבעי.⁵⁰

בנושא זה בדיוק העיר משרד האוצר, עת המליץ שלא לאשר את כניסת גרנית הכרמל למיזם ים תטיס:

⁴⁸ יש הסבורים כי תכליתה של חקיקה כזו למנוע מצבים של השקעות חסר בשל חששן של יחידות כלכליות הנמצאות על חוליות אנכיות בשרשרת הייצור להשקיע ממון בהוצאות שקועות (sunk costs) ובכך להחליש את כוח המיקוח שלהן אל מול היחידות הכלכליות על החוליות הסמוכות. ראו בעניין זה את מאמרו הקלאסי של Paul L. Joskow, *Vertical Integration and Long-term Contracts: The Case of Coal-burning Electric Generating Plants*, 1 J. L. ECON. & ORG. 33 (1985). ראו גם: Henry O. Armour and David J. Teece, *Vertical Integration and Technological Innovation*, 62 REV. ECON. & STAT. 470 (1980). לשילוב אנכי כזה מגרעות משמעותיות, ובכלל זה הפגיעה האפשרית בתחרות בין ספקי גז מתחרים וחסיונות צינור ההולכה בפני ספקים אחרים, תוך הכפפת המערכת כולה לרמת רגולציה גבוהה מאד שאינה בהכרח רצויה וספק אם היא הכרחית. הצעת חוק משק הגז הטבעי, התשנ"ט-1999 מציעה חלופות לאינטגרציה האנכית. עניין של חלופות אלה עיוני בלבד בשלב זה, ועל כן אין הן נדונות כאן. עוד יצוין, כי בימים אלה תלויה בפני בית הדין הגבוה לצדק עתירה מטעם חברי מיזם ים תטיס שעניינה קבלת אישורים להקמת תשתית הפקת ושיווק גז טבעי הכוללת אינטגרציה אנכית בין חוליותיה. ראו הערה 6 לעיל.

⁴⁹ הוצאות שקועות של יחידות כלכליות, לביצוע פעילויות בהן נדרש שיתוף פעולה עם יחידות כלכליות על חוליות אנכיות, עשויות להביא לאינטגרציות אנכיות או להתקשרויות ארוכות טווח, אם אין מנגנונים אחרים המבטיחים שיתוף פעולה שכזה תוך מניעת הפגיעה האפשרית העשויה להיגרם בגין כוח המיקוח החלש הנזכר לעיל. ראו OLIVER E. WILLIAMSON, *THE ECONOMIC INSTITUTIONS OF CAPITALISM* 85-130 (New York: The Free Press, 1985).

⁵⁰ לעניין כוחה של תחרות מסוג זה ראו WILLIAM J. BOUMOL, JOHN C. PANZAR, AND ROBERT D. WILLIG, *CONTESTABLE MARKETS AND THEORY OF INDUSTRIAL STRUCTURE* (New York: Harcourt Brace Jovanovich, rev. ed., 1988). למען חסר ספק, כוחם של המוצרים החלופיים למוצרי הגז הטבעי אינו מתבטא רק במידת התחליפיות, אלא גם במידת השוני. הבדל חשוב בין קבוצות המוצרים הוא ההשקעות הגבוהות בהקמת תשתית לצריכת מוצרי גז טבעי; השקעות שטיבן, כפי שכבר הובהר, מחייב לכל הפחות התקשרויות ארוכות טווח. לעומת זאת, בשווקי המוצרים החלופיים התקשרויות ארוכות טווח אינן הכרח ובכך אחת מיתרונותיהן.



רשות ההגבלים העסקיים

"מאחר שהמזוט והגז הטבעי הם חומרי גלם חלופיים, ולמידת התחרותיות במשק הגז תהיה השפעה ניכרת הן על מחיר הגז, והן על הזיקה בין מוצרים אלו, כאמור לעיל, הרי שבמידה שמשק הגז הטבעי לא יהיה תחרותי קיימת חשיבות רבה להפרדה מוחלטת בין המפיקים והספקים של הגז ובין החברות המשווקות מזוט..."

מאפייני שוק שיווק הדלק במדינת ישראל מחדדים את הקושי המתואר כאן. בהיותו שוק ממועט מתחרים ועתיר חסמי כניסה תמירים, צפויים המתחרים הפועלים בו היום להיות המתחרים בו גם בעתיד; מיזם משותף הפוגע בתחרות בין המתחרים המועטים זורע זרע פורענות לשנים רבות. פז, דלק וסונול פעלו במשק כספקיות יחידות לאורך עשרות שנים, ומאמץ ממשלתי מרוכז להקמת מתחרים חדשים בשוק הניב תוצאות מוגבלות ביותר: קרוב ל-90% מהשוק הרלוונטי עדיין מוחזקים בידי שלוש החברות הותיקות האלה. בשנים הבאות – אף אם יאריך התהליך עשור ויותר – יגדל מאד השימוש בגז טבעי במשק הישראלי, ותקום תחרות בין החברות העוסקות בגז טבעי לאלה העוסקות בשיווק מוצרי דלק. השילוב הקם בתחום זה בחצרה של חברת דלק, שבוודאי אינו אידיאלי מהיבט זה של תחרות, אינו מצדיק החרפה קשה בפגיעה בתחרות הצפויה מכוחו של מיזם זה – החרפה הצפויה בגין העסקה המבוקשת כאן הן נוכח נתחי השוק שפורטו לעיל, והן נוכח מבנה הבעלות בחברת סונול.⁵¹

⁵¹ Glencore היא אחד הגופים המובילים בעולם בסחר במוצרי נפט. חדירתה למשק הישראלי באמצעות רכישת החזקות בגרנית הכרמל ושיווק דרך סונול, הביאה לערעור ראשוני מסוים בבסיס המחיר עליו התבסס שוק מוצרי הנפט – מחירי שער בז"ן. נפט ותזקיקיו, שמשווקת Glencore, יעמדו בתחרות עם גז טבעי, שבמקורותיו היא מבקשת להיעשות שותפה. גם בהיבט זה, חיזוק הקשרים הצולבים בין קבוצת דלק וגרנית הכרמל מעלים חששות לפגיעה בתחרות בשוק תזקיקי הנפט.



רשות ההגבלים העסקיים

5. החששות לתחרות מקיומם של אינטרסים מהותיים משותפים למתחרים

5.1. שיתופי פעולה עסקיים בדיני ההגבלים העסקיים

בראשית דברי עמדתי על כך שקונסורציום ים תטיס הוא מיזם משותף. חלק זה של הנמקתי מתווסף לחלקים הקודמים, ומבהיר מדוע שותפות של קבוצת דלק וגרנית הכרמל במיזם משותף מסוגו של מיזם ים תטיס עלולה וגם צפויה לפגוע בתחרות בחלקים ניכרים של השווקים המושפעים מההסדר.

שתי נקודות מוצא לדיון כאן. האחת: שיתופי פעולה בין עסקים עשויים במקרים רבים להגביר את התחרות, אם במישור הסטאטי (תחרות בין עסקים קיימים) ואם במישור הדינאמי (יצירת עסקים חדשים שיתחרו בעסקים קיימים). נקודת מוצא זו מהווה הנחת עבודה בסיסית של מערכי ההגבלים העסקיים בישראל,⁵² כמו גם בארצות הים.⁵³ השניה: זהות הצדדים, טיב העסקה ותנאיה ונסיבות השוק הרלוונטי עלולים להביא לכלל תוצאה הפוכה, של פגיעה בתחרות. בהקשר זה נבחנה בפרקים הקודמים זהות הצדדים למיזם ים תטיס, כמו גם מישורי התחרות ביניהם והשווקים הרלוונטיים לפעילותם. מהעובדות עלתה מסקנה חד משמעית: אם תגביל העסקה הנדונה כאן, בה משקיעה גרנית הכרמל במיזם ים תטיס, את התחרות בין קבוצת דלק לבין גרנית הכרמל, תיפגע התחרות בשוק מוצרי הדלק פגיעה ממשית לאורך זמן. בפרק זה ייבחנו טיבם של שיתופי פעולה עסקיים בכלל, ושיתופי פעולה בין מתחרים בפרט. יישום הניתוח על עובדות המקרה ילמד היטב כי העסקה המוצעת כאן צפויה להגביל את התחרות בין גרנית הכרמל לבין קבוצת דלק, ובכך לפגוע בתחרות בשוק מוצרי הדלק.

שיתופי פעולה עסקיים היו מאז ומעולם דפוס פעולה רווח, שכן טמונים בהם יתרונות רבים לצדדים החוברים באמצעותם. יתרונות אלה מונים, בין היתר, צירופי הון ומומחיות החיוניים

⁵² ראו, למשל: סעיף 15א לחוק ההגבלים העסקיים; דברי ההסבר הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 5), התשנ"ט-1999, הצי"ח 2805; כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי זכיינות), התש"ס-2000; כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים לביצוע מחקר ופיתוח), התש"ס-2000; כללי ההגבלים העסקיים (פטור למיזמים משותפים), התש"ס – 2000; **גילוי דעת: פטור לחילופי מידע הכרחיים לפתרון בעיית שנת ה-2000 בתחום מערכות המחשוב**, 1999 **הגבלים עסקיים** 3002201; גילוי דעת 1/00 **שיתופי פעולה בין מתחרים בפעולה מול רשויות שלטון**, 2000 **הגבלים עסקיים** 3007119.

⁵³ ראו, למשל, בארצות הברית: U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* (2000); U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (1995); דומים באיחוד האירופי, ראו: Commission Notice on the Distinction between Concentrative and Cooperative Joint Ventures Under Council Regulation (EEC) 4064/89; עדכנו של גילוי דעת זה: Commission Notice on the Concept of Full-Function Joint Ventures Under Council Regulation (EEC) 4064/89 (2.3.98).



רשות ההגבלים העסקיים

להשקת קווים עסקיים, שתכופות אינם ברשותה או בהישג ידה של יחידה כלכלית אחת, וכן פיזור סיכונים באמצעות ביצוע השקעות בבעלות חלקית במספר עסקים רב יותר במקום בעלות מלאה במספר עסקים מצומצם יותר.⁵⁴ צירופי הון ומומחיות עשויים להגביר את התחרותיות בשווקים, שכן יש בהם הכוח ליצור קואליציות מרסנות לכוחות שוק קיימים ולאפשר פעילויות שלא היו מתאפשרות בדרך אחרת. בעת המודרנית הולכת וגוברת שכיחותם של שיתופי פעולה עסקיים: ריבוי הטכנולוגיות ואמצעי הייצור המאופיינים ביתרונות לגודל ומורכבותם אינה מאפשרת ליחידה כלכלית אחת להתמחות בכל היבטיהן. מגמה זו אף הביאה עמה בשעתה חידושים לשוניים כגון "ברית אסטרטגית" (strategic alliance), מונח המתאר היערכות של מספר יחידות כלכליות להסתערות על יעד שלא ניתן לכבשו ללא כוחות מאוחדים. בעידן זה נדרשים בהקשרים מסוימים שיתופי פעולה בין מתחרים, לעתים גם בין מתחרים בעלי נתח שוק ניכר מאד, כאשר יש בהם כדי לקדם תחרות.⁵⁵ עם זאת, שיתופי פעולה בין מתחרים נותרו בבחינת פעילות כלכלית הצריכה לבחינה ועיון ואף לאישור מצד מערך ההגבלים העסקיים. שיתופי פעולה בין מתחרים שאין בהם תרומה לתחרות צפויים להגדיל את רווחיות המתחרים עקב ריסון התחרות ביניהם, אך אלה יתרונות לצדדים פרטיים הצפויים לפגוע ברווחה החברתית – הסדרים קרטליים. מערך ההגבלים העסקיים חייב לבחון עסקאות לשיתוף פעולה בין מתחרים מכל היבטיהם, בכדי להגיע לכלל מסקנה האם מדובר בשותפות מועילה, המקדמת תחרות ויעילות, ועמן את הרווחה הכלכלית המצרפית וטובת הצרכן, או בשותפות מזיקה הצפויה לפגוע באלה.

מיזם משותף מקים שיתוף פעולה עסקי בין צדדים באמצעות החזקה משותפת ביחידה כלכלית אחת. ריכוז הפעילות המשותפת ביחידה כלכלית אחת צפוי במקרים רבים לשפר את התיאום בין הצדדים למיזם ובכך לייעל את שיתוף הפעולה ביניהם. כמו בכל שיתוף פעולה עסקי, מימד זה של יעילות עשוי לתרום לתחרות אך הוא עלול גם לפגוע בה, הכל בהתאם לזהות הצדדים ולנסיבות השווקים הרלוונטיים; המונח "מיזם משותף" כולל לכן הן שיתופי פעולה עסקיים התורמים לתחרות והן כאלה הפוגעים בה. מיזם משותף בין שניים שאין ביניהם תחרות בפועל או בכוח בשום תחום, או תלות כלכלית,⁵⁶ צפוי לתרום לתחרות בעסקים. מיזם משותף בין מתחרים שלא בתחום התחרות ביניהם עשוי לתרום לתחרות בעסקים אך עלול גם להזיק לה. מיזם משותף בין מתחרים

⁵⁴ ראו 117- MICHAEL E. PORTER, ON COMPETITION (Boston: Harvard Business School Publishing, 1999) 154.

⁵⁵ מונח שהפך מקובל בשנים האחרונות הוא אותו שילוב בין מתחרים המכונה co-opetition, שעיקרו שיתוף פעולה בין מתחרים המביא דווקא להגברת התחרות. ראו ADAM M. BRANDENBURGER AND BARRY J. NALBUFF, CO-OPETITION (New York: Doubleday, 1996).

⁵⁶ כאשר יש תלות כלכלית של צד אחד למיזם ברעהו עלול הדבר להביא לפגיעה בתחרות, דוגמת מיזם משותף בין ספק יחיד לאחד ממשווקיו.



רשות ההגבלים העסקיים

בתחום התחרות צפוי בדרך כלל לפגוע בתחרות, אם כי גם לקביעה זו חריגים.⁵⁷ בכל מקרה, תיאום בין מתחרים, גם אם הוא נעשה במסגרת מיזם משותף, הוא מסוג העניינים שדיני ההגבלים העסקיים באים למנוע,⁵⁸ או לפחות לבחון מראש. המונח "מיזם משותף" אינו אלא אחת מתבניות הלשון רבות הפנים, שאין תוכן מעיד על מעמדן בפני דיני התחרות,⁵⁹ ובהתאם נדרש מערך ההגבלים העסקיים לבחון כשרותם של מיזמים משותפים לפי חוק ההגבלים העסקיים, בין כהסדרים כובלים,⁶⁰ ובין כמיזוגים.⁶¹

על רקע זה, ניצבת לבחינה השאלה האם הצטרפות גרנית הכרמל למיזם ים תטיס מקימה חשש לפגיעה בתחרות בשווקים המושפעים מן ההסדר המוצע.

5.2. השפעת השותפות במיזם ים תטיס על התחרות בין מוצרי דלק לגז טבעי

טוענת גרנית הכרמל כי אין להקיש בין עסקי קבוצת דלק ועסקי גרנית הכרמל במסגרת המיזם המשותף, לבין עסקיהן בשווקים אחרים – שווקים בהם יש בין שתי הקבוצות (לטענת גרנית הכרמל) תחרות עזה; וכי ממילא משקלה של גרנית הכרמל במיזם ים תטיס נמוך מכדי להשפיע על מערך היחסים הכולל בינה לבין קבוצת דלק. רכיביה של טענה זו ייבחנו להלן, אך קודם לכן אבסס את החשש, שכבר הוזכר ובחלקו נדון, לפגיעה בתחרות העתידית בין גרנית הכרמל לבין מיזם ים תטיס.

כפי שכבר הובהר בפסקה 4.4 לעיל, צפוי לשחקנים הפעילים במשק האנרגיה בישראל ובכלל זה גרנית הכרמל משקל משמעותי בעיצוב התחרות העתידית במשק זה, עם תחילת השימוש בגז טבעי. החשש העולה מהעסקה המוצעת, כפי שהוסבר, עניינו בין היתר בפגיעה האפשרית בתחרות בין הגז הטבעי ובין מקורות אנרגיה אחרים. המיזם המשותף המוקם כאן עלול לרסן את כוחות התחרות,

⁵⁷ ראו בהקשר זה כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים), התש"ס-2000 (טיוטה לעיון הציבור מיום 6 בספטמבר 2000), כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים לביצוע מחקר ופיתוח), התש"ס-2000 (טיוטה לעיון הציבור מיום 6 בספטמבר 2000), וכן כללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התש"ס-2000 (טיוטה לעיון הציבור מיום 6 בספטמבר 2000).

⁵⁸ ראו 23 *supra* note, Brodley, *Joint Ventures and Antitrust Policy*.

⁵⁹ יפים בהקשר זה דבריו של Justice Black:

"[There is no] support in reason or authority for the proposition that agreements between legally separate persons and companies to suppress competition among themselves and others can be justified by labeling the project a 'joint venture.' Perhaps every agreement and combination to restrain trade could be so labeled." *Timken Roller Bearing Co. v. U.S.*, 341 U.S. 593, 598 (1951).

⁶⁰ ראו, למשל בג"צ 588/84 ק.ש.ר. סחר אזבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד (1) 29; הי"ע 24/212/3 חברת פאקא בע"מ פ"מ כה 261; תה"ע 465/95 דטה קאר נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פ"מ כו(6), 146; ערר 1/97 איסכור שירותי פלדות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פ"מ לב(1), 64; אי מתן פטור מאישור הסדר כובל – אנרגית המזרח התיכון, הערה 3 לעיל. ראו גם: מרים מזרחי, "מיזם משותף כהסדר כובל", הערה 23 לעיל.

⁶¹ ראו, למשל התנגדות למיזוג תוכנה לאנשי מקצוע לירם בע"מ – ט.מ.ל. מיקרו מחשבים בע"מ, 1998 הגבלים עסקיים 3001313; החלטה שלא לאשר מיזוג – קבוצת אופק, קבוצת אירופן, 1999 הגבלים עסקיים 3002729. היחס בין מיזם משותף למיזוג מעורר שאלות מגוונות; הוא לא יידון בהחלטה זו.



רשות ההגבלים העסקיים

בעקבות חישוקם של שחקנים מרכזיים בתחום האנרגיה בתחרות הצפויה בינם לבין תחום אנרגיה חדש. בהשאלה מהדיון העירני הנערך בשאלות של הגבלים עסקיים ושווקים טכנולוגיים, היחס בין המיזם המשותף לבין תחומי האנרגיה המסורתיים דומה ליחס שבין טכנולוגיה חדשה לטכנולוגיה קיימת, והמיזם המשותף דומה לבעלות משותפת של מתחרים בשווקים קיימים על טכנולוגיה הפותחת שווקים חדשים ומתחרה בשווקים הקיימים. סיטואציה כזו עלולה לעורר דאגות קודרות בהקשרה של התחרות.⁶²

מן הפן הכלכלי, הורים למיזם משותף אינם נוטים להתחרות בו, שהרי תחרות כזו משמעה פגיעה באינטרסים שלהם עצמם. גם מבחינה משפטית שולל בדרך כלל המיזם המשותף מצדדיו את החופש להתחרות בו מכוח חובת תום הלב בקיום חוזה וחובת הנאמנות הקמה בין השותפים למיזם, אף אם אין בהסכם ההקמה הגבלה מפורשת על התחרות.⁶³ עמדה על כך אב בית הדין להגבלים עסקיים, כבוד השופט מרים נאור, בפסק הדין בעניין דטה קאר:⁶⁴

"כעקרון כל מיזם משותף שולל מהצדדים את החופש להתחרות בו, אף אם אין בהסכם ההקמה הגבלה מפורשת על התחרות".

מטעמים אלה נקבע בטיוטת כללי ההגבלים העסקיים (פטור למיזמים משותפים) (טיוטה לעיון הציבור מיום 6 בספטמבר 2000), כי מותר לכלול במיזם משותף כבילה של איסור תחרות בין ההורים למיזם.⁶⁵ תפיסה זו – צריך לומר, גם תפיסה זו – אינה חידוש שמקורו בארץ הקודש, אלא הנחת עבודה מקובלת במרבית המדינות המתקונות. כך, למשל, נקבע בארצות הברית בפסק הדין המנחה בהקשרם של מיזמים משותפים, כי:⁶⁶

"If the parent companies are in competition, or might compete absent the joint venture, it may be assumed that neither will compete with the progeny in its line of commerce. Inevitably, the operations of the joint venture will be frozen to those lines of commerce which will not bring it into competition with the parents, and the latter, by the same token will be foreclosed from the joint venture's market."

⁶² לפיתוח של אנלוגיה זו וניתוחה בהקשרה של התחרות, ראו Edmund W. Kitch, *The Nature and Function of the* ; George Priest, *Cartels and Patent License Arrangements*, 20 J. L. & ECON. 265 (1977) ; U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, 20 J. L. & ECON. 309 (1977) ; U.S. Department of Justice and the ; *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* (2000) ; Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (1995).

⁶³ ראו לעניין זה ע"א 415/88 *החברה הכלכלית לאילת (חכ"א) נ' ברטון תכנון וייצור בע"מ*, פ"ד מג(4), 672, 678 ; על כבילה מכללא הצומחת מחובת הנאמנות הקבועה בפקודת השותפויות [נוסח חדש], התשל"ה – 1975, ראו הכרעת בית משפט השלום בתל-אביב בת"פ 1939/86 *מדינת ישראל נ' תנובה ואח' (לא פורסם)*.

⁶⁴ ה"ע 465/95 *דטה קאר נ' הממונה על הגבלים עסקיים*, פ"מ כו(6), 146.

⁶⁵ סעיף 2(ב) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים), התש"ס-2000 (טיוטה לעיון הציבור מיום 6 בספטמבר 2000). ראו גם סעיף 3(ג) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים לביצוע מחקר ופיתוח), התש"ס-2000 (טיוטה לעיון הציבור מיום 6 בספטמבר 2000).

⁶⁶ *United States v. Penn-Olin Chemical Co.*, 378 U.S. 158, 164 (1964).



רשות ההגבלים העסקיים

ביסוסה האנאליטי של התפיסה הוא בן שלושה שלבים. בשלב הראשון, ברי כי אם חברה פלונית היא חברה אם, המחזיקה בחברה הבת בבעלות מלאה, השתיים לא תתחרנה.⁶⁷ בנסיבות אלה, ההחלטה על תחרות בין החברה האם לחברה הבת מצויה בידי החברה האם, מכוח השליטה המוחלטת שלה בחברה הבת, וכיוון שהחלטה כזו יכולה בנסיבות רגילות רק להקטין את רווחיה של החברה האם, אין היא צפויה להתקבל.⁶⁸ בשלב השני, גם אם מחזיקה חברה פלונית רק ברוב ההחזקות בחברה הבת ולא בכולן, ויש בחברה הבת בעלי מניות מיעוט, אין התוצאה צפויה להשתנות: חברה פלונית נותרת בעלת השליטה בחברה הבת, והמיעוט אינו יכול לכוון את החברה הבת לכלל תחרות בחברה האם שכן אין הוא שולט בה;⁶⁹ אף אם מונע הדין את בעלי השליטה מקבלת החלטות המטיבות עמם, הוא אינו מחייב את בעלי השליטה ליזום החלטות המזיקות להם. בשלב השלישי, אם חברה פלונית מחזיקה רק מיעוט המניות בחברה הבת, תפגע תחרות בין חברה פלונית לבין החברה הבת בשווי השקעתה של חברה פלונית בחברה הבת, וככלל היא אינה התוצאה המסתברת.⁷⁰

התוצאה העולה מכך היא זו, שהשקעת גרנית הכרמל במיזם ים תטיס צפויה לפגוע בתחרות העתידית בין גרנית הכרמל לבין מיזם ים תטיס, תחרות שבעתיד צפויה לה חשיבות – כפי שראינו בפרקים הקודמים – נוכח מבנה השווקים בהם מדובר. נסיבות השוק כפי שתוארו מביאות לכלל מסקנה כי השקעת גרנית הכרמל במיזם ים תטיס עלולה להגביל את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר. אכן, רצונה העז של גרנית הכרמל לממש את השקעתה במיזם ים תטיס

⁶⁷ ראו 16 *Areeda, Intraenterprise Conspiracy in Decline, supra note*. וראו גם את דבריו של בית המשפט העליון בארצות הברית בפרשה המנחה בסוגייה זו: “[A] parent and a wholly owned subsidiary always have a ‘unity of purpose or common design.’ They share a common purpose whether or not the parent keeps a tight reign over the subsidiary; the parent may assert full control at any moment if the subsidiary fails to act in the parent’s best interests.” *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 104 S. Ct. 2731, 2742 (1984). השוו: החלטת הממונה בעניין אלסינט – פיקר, הערה 16 לעיל.

⁶⁸ למען שלמות הניתוח יובהר כי “תחרות על דרך ההשוואה” (yardstick competition) אינה זו המבוקשת בדיני ההגבלים העסקיים, אם כי היא עשויה להיות רצויה יותר מהיעדר מוחלט של תחרות. תחרות כזו, עניינה הישיר היא בדרך כלל ממוקד בהגדלת רווחי הפירמה ולא בהורדת המחיר לצרכן; תרומתה של תחרות כזו לתחרותיות בשווקים עקיפה, והיא עשויה להתבטא בשיפור המוצר והשירות. ראו Barry Nalebuff and Joseph Stiglitz, *Prices and Incentives: Towards a General Theory of Compensation and Competition*, 14 BELL J. ECON. 21 (1983); Andrei Shleifer, *A Theory of Yardstick Competition*, 16 RAND J. ECON. 319 (1985).

⁶⁹ לניתוח מדוע חובות האמון כלפי בעלי מניות המיעוט אינו משנה מסקנה זו, ראו Areeda and Turner, *Antitrust Law*, ¶1466 at 252-259.

⁷⁰ ראו David Gilo, *The Anticompetitive Effects of Passive Investment*, JOHN M. OLIN DISCUSSION PAPER No. 189 (7/96); Daniel P. O'Brien and Steven C. Salop, *Competitive Effects of Partial Ownership: Financial Interests and Corporate Control*, 67 ANTITRUST L. J. 559 (2000). ראו גם ערר 1/97 **איסכור שירותי פלדות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, פ"מ לב(1), 64; **אי מתן פטור מאישור הסדר כובל – אנרגית המזרח התיכון**, הערה 3 לעיל. אפשר לתאר מצבים עובדתיים בהם הנחה זו לא תתקיים. בהקשר זה ייבחנו, בין היתר, היקף ההשקעה, שיעור ההחזקות, ויחס הגודל בין ההשקעה ובין המיזם לבין המשקיע בתחומים בו הוא פועל בתחרות עם המיזם. אזכור כי בענייננו היקף ההשקעה גדול מאד, וגודל המיזם ניכר מאד, ביחס לתחום שבתחרות, והחשש הכרוך בשקעה בהיבט זה גדול יחסית. כזכור, צר מבחנו של חוק ההגבלים העסקיים: חשש סביר לפגיעה בתחרות בין הצדדים או בין מי מהם לבין צד שלישי. הפגיעה המסתברת בוודאי עומדת באמות מידה אלה, והיכולת להניח הנחות עובדתיות אחרות (ובעניי – אף סבירות פחות) אינה משנה את תוצאת הדברים.



רשות ההגבלים העסקיים

מבוסס, כפי שציינתי לעיל, על הכרתה המפורשת והמודגשת בזיקה ההדוקה שתקום בין שוק מוצרי הדלק לשוק הגז הטבעי. די באלה, בכדי לקבוע כי לא התמלאו התנאים הקבועים בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים למתן פטור מקבלת אישור בית הדין. מסקנה זו, צריך להדגיש, עומדת על רגליה שלה, ללא קשר למסקנה האחרת המפורטת בפסקה הבאה: ההשפעה השלילית המסתברת של השקעת גרנית הכרמל במיזם ים תטיס על התחרות בשוק הדלק.

5.3. השפעת השותפות במיזם ים תטיס על התחרות בשוק הדלק

5.3.1. "באשר אוצרותיך, שם רעידך":⁷¹ ניתוח תמריצי קבוצת דלק וגרנית הכרמל

המלומדים Phillip Areeda ו-Donald Turner כתבו בספרם הקלאסי על דיני ההגבלים העסקיים בארצות הברית, כי:

"A noncontrolling acquisition has no intrinsic threat to competition at all."⁷²

עמדה זו, המשקפת את הטענה המצדדת בכשרות הצטרפות גרנית הכרמל למיזם ים תטיס, בוססה ככל הנראה על אינטואיציות כלכליות של המחברים המכובדים. היא אינה עולה בקנה אחד עם חזקות המאפיינות את דיני ההגבלים העסקיים בארצות הברית ובישראל, והיא גם אינה נכונה מבחינה כלכלית.

הנחת המוצא של המחברים המלומדים היא זו, כי המחזיק בהשקעה שאינה מגיעה כדי שליטה אינו יכול להשפיע על היחידה הכלכלית בה בוצעה ההשקעה, וממילא גם לא על המשקיעים האחרים בה. בנקודה זו, עמדתם של Areeda ו-Turner מעולם לא זכתה להכרה של ממש בעולם הכלכלה והעסקים, היא הופרכה על ידי מחקרים עיוניים ואמפיריים רבים,⁷³ ואין היא משקפת את מדיניות

⁷¹ בהשאלה. במקורו: Ubi amici, ibidem sunt opes: באשר רעידך, שם אוצרותיך.

⁷² PHILLIP AREEDA AND DONALD F. TURNER, ANTITRUST LAW, ¶1203d, at 322 (1980).

⁷³ ראו, למשל: Oliver E. ; Lester G. Telser, *A Theory of Self-Enforcing Agreements*, 53 J. BUS. 27 (1980) ; Williamson, *Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange*, 73 AM. ECON. REV. 519 (1983) ; Robert J. Rynolds and Bruce R. Snapp, *The Competitive Effects of Partial Equity Interests and* ; Timothy F. Bresnahan and Steven C. Salop, *Joint Ventures*, 4 INT'L J. INDUS. ORG. 141 (1986) ; *Quantifying the Competitive Effects of Production Joint Ventures*, 4 INT'L J. INDUS. ORG. 155 (1986) ; William Nye, *Can a Joint Venture Lessen Competition More than a Merger?*, 40 ECON. LETTERS 487 (1992) ; Daniel P. O'Brien and Steven C. Salop, *Competitive Effects of Partial Ownership: Financial Interests and Corporate Control*, 67 ANTITRUST L. J. 559 (2000).



רשות ההגבלים העסקיים

ההגבלים העסקיים בארצות הברית או את הפרקטיקה הנוהגת שם.⁷⁴ הנחתם של Areeda ו-Turenr שגויה הן במישור התחרות בין חברה פלונית לחברה הבת, כפי שפורט בפסקה הקודמת, והן במישור התחרות בין שתי חברות המשקיעות במשותף בחברה הבת (המיזם המשותף).

בסיס הטעות, בעמדה לפיה פגיעה בתחרות אינה צפויה מקום בו השקעה בחברה אינה מגיעה כדי רכישת שליטה, נעוץ בטשטוש ההבחנה בין אינטרס פיננסי לאינטרס שליטה. אינטרס פיננסי הוא האינטרס הצומח מהשקעה מסוימת, בין אם זו מקנה שליטה ובין אם לאו. אינטרס שליטה, לעומתו, הוא אינטרס הצומח אך ורק מהשליטה (לבד או ביחד עם אחרים) בחברה מסוימת. כך, למשל, ברי כי למחזיק במניות מיעוט בחברה יש אינטרס פיננסי בה, על אף שאין לו אינטרס שליטה. ההבחנה זו עתיקת יומין היא ורווחת בעולם העסקים, למרות שבעולם האקדמיה לא זכתה להדגשה לפני שנות השלושים של המאה שעברה.⁷⁵

ההבחנה בין אינטרס פיננסי לאינטרס שליטה מצאה אצלנו ביטוי גם בחוק ההגבלים העסקיים עצמו, ולא רק בפרשנות לו. סעיף ההגדרות לחוק, הוא סעיף 1, מבחין בין המונח 'שליטה' לבין המונח 'מיזוג חברות', וכולל במונח מיזוג חברות גם אינטרס פיננסי שאינו מקנה שליטה.

באופן דומה, סעיף 3 לכללי ההגבלים העסקיים (פטור למיזמים משותפים) (טיוטה להערות הציבור, 6 בספטמבר 2000) מתנה את פטור הסוג למיזמים משותפים בין מתחרים, שאינם נוגעים לשוק מוצר בו הם מתחרים, גם ביחס בין היקף המיזם המשותף בשווי, מחזור ורווח לבין פעילות הצדדים בהיבטים אלה בשוק בו הם מתחרים. גם בכללים אלה, ככל שגדל משקל המיזם המשותף ביחס לתחום שבתחרות, כן גדל החשש כי האינטרסים המשותפים הנוצרים שם ישבשו את דפוס התחרות בין השותפים. כך נקבע שם:

"3. (א) מיזם משותף בין מתחרים, שאינו נוגע לשוק מוצר בו הם מתחרים או לשוק מוצר משותף, פטור מן החובה לקבל את אישור בית הדין להגבלים עסקיים אם התקיימו לגביו כל התנאים שלהלן וכל יתר התנאים שבכללים אלה:

⁷⁴ ראו, למשל: U.S. ; U.S. Department of Justice, *Antitrust Guide for International Operations*, §IIA (1977) ; U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* §3.34 (2000). לסקירת מדיניות רשויות ההגבלים העסקיים האמריקאיות במקרים בהם התעורר חשש לפגיעה בתחרות בעקבות השקעה חלקית בחברה שלא הגיעה כדי שליטה, ראו O'Brien and Salop, *Competitive Effects of Partial Ownership*, ibid Kenneth C. Baseman, *Partial Consolidation: The Detroit Newspaper Joint Operating Agreement* (1988), in THE ANTITRUST REVOLUTION: ECONOMICS, COMPETITION, AND POLICY 25 (John E. Kwoka, Jr. and Stanley M. Besen et al., *Vertical and Horizontal Ownership in* ; Lawrence J. White eds., 3rd ed., 1999). *Cable TV: Time Warner-Turner* (1986), in THE ANTITRUST REVOLUTION: ECONOMICS, COMPETITION, AND POLICY 452 (John E. Kwoka, Jr. and Lawrence J. White eds., 3rd ed., 1999).

⁷⁵ דיון ראשוני בסוגיה זו נעשה בידי Adolf Berle ו-Gardiner Means, בספרם הסמינאלי THE MODERN CORPORATION AND PRIVATE PROPERTY (1932).



רשות ההגבלים העסקיים

(1) היקף הפעילות במיזם המשותף אינו צפוי להיות מהותי לפעילות העסקית בתחום התחרות של מי מהצדדים המתחרים; לעניין זה, היקף פעילות מהותי – פעילות שהיקפה מגיע כדי 25% או יותר מאחד מאלה: מחזור המכירות, היקף הנכסים או הרווחים, בתחום התחרות, של צד למיזם המשותף;

(2) חלקם המצרפי של הצדדים למיזם המשותף, שהם מתחרים, אינו עולה על 30% משוק מוצר בו הם מתחרים;

(3) בכל שוק מוצר בו צדדים למיזם המשותף מתחרים, קיימים לפחות עוד שני מתחרים בפועל שאינם צד למיזם המשותף, ולכל אחד מאותם מתחרים בפועל נתח של לפחות 5% מאותו שוק מוצר.⁷⁶

בהקשר זה, הכללים האמורים מהווים במידה רבה קונקרטיזציה לעקרונות שבוטאו בהחלטות הממונה זה מכבר, בניתוח השפעתם של קשרים צולבים בין מתחרים על התחרות.⁷⁷

משמעותה המעשית של ההבחנה בין אינטרס פיננסי לבין אינטרס שליטה, כי שליטה אינה נדרשת על מנת לגרום לכך שהשקעתו של אדם תשפיע על תמריציו הכלכליים. זו תובנה יסודית המובנת היטב לכל משקיע קטן, ובוודאי שאינה זרה גם למשקיעים בסדר גודלן של קבוצת דלק או גרנית הכרמל.

האינטרס הגלום בכל השקעה, בין אם מצויה שליטה בידי המשקיע ובין אם לאו, משותף לכל המשקיעים במיזם המשותף. השקעתה של קבוצת דלק במיזם ים תטיס, ורצונה של גרנית הכרמל להשקיע במיזם, מקורם בתקווה שפירות המיזם יעלו על ההשקעה בו וישיאו רווחים למשקיעים. במובן זה, אילו אושרה בקשתה של גרנית הכרמל להשקיע במיזם ים תטיס, היה קם לה ולקבוצת דלק אינטרס מהותי משותף – אינטרס במיזם שהיקפו גדול מאד ביחס להיקף הפעילות של כל אחד מהשותפים בתחום התחרות.

על סוגיה זו הבעתי את עמדתי עוד בדיון על קונסורציום אנרגית המזרח התיכון:

”אינטרס מהותי משותף בין גופים עסקיים צפוי להקטין ולעתים אף למנוע תחרות ביניהם; מיזם משותף הוא דוגמא מוכרת לאינטרס מהותי משותף כזה, הן בעצם קיומו, והן במסגרת לשיתוף פעולה שהוא יוצר... אין לצפות בשום אופן כי שני גופים, החולקים בינם לבין עצמם אינטרסים כלכליים משותפים, שהיקפם ניכר ושתרומתם לרווחיות כל קבוצה משמעותית ביותר, יתחרו זה בזה בתחומי

⁷⁶ השקעת גרנית הכרמל במיזם ים תטיס אינה עומדת בדרישות סעיף 1 וסעיף 2 לעיל: היקף הפעילות במיזם גדול מונים רבים מאמת המידה שנקבעה בסעיף 1, ואילו נתח השוק של קבוצת דלק ושל גרנית הכרמל בשוק בו הם מתחרים עולה בשיעור ניכר על הסף שנקבע בסעיף 2.

⁷⁷ לסקירת מדיניות זו ראו **אי מתן פטור מאישור הסדר כובל – אנרגית המזרח התיכון**, הערה 3 לעיל; **החלטה בדבר אישור מיזוג בתנאים – Columbus Capital Corp. מקבוצת קלרידג', כור תעשיות בע"מ**, הערה 38 לעיל.



רשות ההגבלים העסקיים

פעולה אחרים, באותו האופן בו היו מתחרים זה בזה אלמלא חלקו ביניהם עסקים משותפים מרכזיים כל-כך.⁷⁸

ודוק: באותה החלטה נימקתי את סירובי לבקשת פטור, שעניינה השקעה במיזם משותף (אף הוא בתחום הגז הטבעי), כאשר היחס בין היקף המיזם המשותף לבין פעילות אחרת של השותפים מחוץ למיזם היה הרבה פחות רדיקלי מזה הבא לכלל ביטוי במיזם ים תטיס, וכאשר המשקיעים שם לא החזיקו – כפי שהם מחזיקים כאן – בנתח העולה על מחצית משוק המצוי ביניהם בתחרות.

אכן, הגיונה של עמדה זו בא לכלל ביטוי מובהק במקרה שלפנינו. אילו היו קבוצת דלק וגרנית הכרמל תאגיד אחד, המחזיק הן בבעלות מלאה במיזם ים תטיס והן בכל הפעילות בשוק הדלק, הם היו מכוונים את הפעילות בשוק הדלק מחד, ובשוק הגז הטבעי מאידך, באופן המשיא את רווחיהם, ולא היו פועלים בתחרות המשיאה את טובת הציבור. כפי שראינו בפסקה הקודמת, תוצאה זו נותרת ככלל על כנה גם כאשר קבוצת דלק וגרנית הכרמל מחזיקות רק ברוב הזכויות במיזם ים תטיס, ולא בכולן, שהרי גם החזקה פסיבית של פירמה דומיננטית במתחרה צפויה לפגוע פגיעה קשה בתחרות.⁷⁸ תוצאה זו גם אינה משתנה אם גרנית הכרמל וקבוצת דלק מחזיקות רק בחלק ניכר של הפעילות בשוק הדלק, ולא בכולו. לבסוף, התוצאה אינה משתנה גם אם מהוות גרנית הכרמל וקבוצת דלק שתי קבוצות עצמאיות המחזיקות כל אחת באינטרס כבד משקל במיזם המשותף: תחרות עזה ביניהן בשוק הדלק אינה עולה בקנה אחד עם האינטרס שלהן בקידום טובת המיזם המשותף, הדומיננטי כל כך בהיקפו. התחרות בשוק הדלק מאופיינת במספר קטן של מתחרים, בחסמי כניסה תמירים ובהיסטוריה של אי-תחרות. תחרות זו צפויה להיות מרוסנת עוד יותר אם לשניים מהמתחרים, המחזיקים במשותף יותר ממחצית השוק, יהיה תמריץ ממשי להגביל את התחרות בשוק הדלק. תחרות חריפה בשוק הדלק מביאה להוזלת מחירים, וזו עולה בקנה אחד עם טובת המיזם המשותף ים תטיס.⁷⁹

זאת ועוד: תחרות עזה בין קבוצת דלק לבין סונוול, תוך פגיעה של האחת באינטרסים הכלכליים של האחרת בשוק הדלק, אינה עולה בקנה אחד עם התלות ההדדית הצומחת להם משיתוף הפעולה במיזם ים תטיס.

אבהיר נקודה זו. שותפות במיזם משותף, שהיקפו מהותי ביותר לשותפים בו, מקימה להם תמריץ משמעותי לנהוג זה בזה מנהג שותפים, ולא לפגוע האחד באינטרסים הכלכליים של האחר גם בתחומים שאינם קשורים כלל לתחום בו פועל המיזם המשותף. שוויו של המיזם המשותף כאן

⁷⁸ ראו 70 *Gilo, The Anticompetitive Effects of Passive Investment, supra* note 70.

⁷⁹ תופעה זו אמנם תבוא לכלל ביטוי רק בעוד כמה שנים, אך בכך אין כדי לשנות מאומה: גם אם תתמהמה בוא תבוא, ואישור המיזם המשותף כאן יביאה באותו מועד – ואז מובן כי לא ניתן יהיה להשיב את הגלגל לאחור. הערתי לעיל על החסמים בהם מאופיין השוק, על מספר המתחרים הקטן, ועל התחזית הסבירה כי השחקנים הפועלים בשוק היום יהיו אלה הפועלים בו גם בעוד שנים ארוכות. ראו הדיון בסוף פסקה 4.4 לעיל. זאת ועוד, הפגיעה המסתברת בתחרות בין הצדדים בהיבטים האחרים המתוארים כאן, כלל לא תמתין על למועד בו תחל מכירה בפועל של גז טבעי.



רשות ההגבלים העסקיים

עולה על 800 מליון דולר.⁸⁰ שוויה של גרנית הכרמל, לפי שווי רכישתה, מגיע כדי 310 מליון דולר בערך. שוויה של קבוצת דלק בתחום הרלוונטי עומד על כ-220 מליון דולר (השווי משתנה לפי תנודות השוק). האינטרס הכלכלי של קבוצת דלק במיזם ים תטיס ילך ויאפיל על האינטרס הכלכלי שלה בתחום בו היא מתחרה עם גרנית הכרמל, ועניינה ילך ויתמקד בראש ובראשונה בהצלחת מיזם ים תטיס ובקידומו; "פעילות עוינת" מצד קבוצת דלק כלפי גרנית הכרמל בשוק שיווק הדלקים צפויה על רקע זה לריסון משמעותי. במקביל, גרנית הכרמל מהווה מיעוט במיזם, ותלות קמה לה בשותפתה הגדולה; גם בהיבט זה, "פעילות עוינת" מצד גרנית הכרמל כלפי קבוצת דלק בשוק שיווק הדלקים צפויה אף היא לריסון. ודוק: אין זו בהכרח משמעות הדברים, כי מידת התחרות הנוהגת בין קבוצת דלק לבין סונוול בשוק הדלק תעלם כלא היתה; משמעות הדברים שחיקת התמריצים לתחרות, ויצירת ריסון בתחרות, בין שני מתחרים עיקריים בשוק שיווק הדלקים.

כך, אפילו מהיבט זה של החזקה פיננסית, במנותק מסוגיות של שליטה, צפויה להשקעה במיזם ים תטיס "השפעה מצננת" על התחרות בין סונוול לבין דלק בשוק מוצרי הדלק. אותה "השפעה מצננת" – chilling effect – כפי שהוא מכונה בלעז – משמעה הקמת חשש משמעותי לפגיעה בתחרות בין שני מתחרים דומיננטיים בשוק מוצרי הדלק, המחזיקים יותר ממחצית מאותו שוק. בנסיבות השוק כפי שפורטו לעיל – מיעוט המתחרים, חסמי הכניסה, תולדות הענף, וכיוצא באלה – יש להשפעה מצננת כזו השלכה פוטנציאלית קשה במיוחד.

סיכומו של דבר, אינטרס פיננסי מהותי משותף לקבוצת דלק ולגרנית הכרמל עלול גם צפוי לרסן את התחרות ביניהן. לכך השפעה שלילית על התחרות בשוק האנרגיה, בין מוצרי דלק לבין גז טבעי, ועל התחרות בשוק מוצרי הדלק עצמו. אשוב ואומר: מסקנה זו, והמתודולוגיה שנקטה לעיל, אינם בבחינת חידוש. יש בכך יישום של מדיניות וותיקה של רשות ההגבלים העסקיים, באשר למיזמים המקימים אינטרסים מהותיים משותפים למתחרים. כפי שכבר נאמר, דומה לעניין זה המדיניות באיחוד האירופי,⁸¹ ובארצות הברית.⁸²

5.3.2. אינטרס השליטה המשותף

⁸⁰ כמפורט לעיל, השקעת גרנית הכרמל במיזם ים תטיס נעשתה על בסיס שווי של 800 מליון דולר (120 מליון דולר בתמורה ל-15% במיזם), ועוד השווי הכלכלי של התמלוגים שהיו צריכים להשתלם לאורך זמן למוכרים, R&B, בשיעור של 5.33% מהכנסות שתנבענה מתגליות גז חדשות של המיזם.

⁸¹ לסקירה של יישום גישה זו באיחוד האירופי ראו VAN BAELE AND BELLIS, COMPETITION LAW OF THE EUROPEAN COMMUNITY (3rd ed., 1994) 392-398; *Commission Notice on the Distinction between Concentrative and Cooperative Joint Ventures Under Council Regulation (EEC) 4064/89*; *Commission Notice on the Concept of Full-Function Joint Ventures Under Council Regulation (EEC) 4064/89* (2.3.98).

⁸² לסקירתה של המדיניות בארצות הברית ראו את מאמרם המאיר של Salop ו-O'Brien: *Competitive Effects of Partial Ownership*, *supra* note 73. בפרט ראו במאמרה הנ"ל בעמ' 584-594 את ניתוחם למיזמים משותפים המלווה באסמכתאות מהדין האמריקאי. ראו גם: U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* §3.34 (2000).



רשות ההגבלים העסקיים

הרחבתי בדיון בפסקה הקודמת בשאלת השפעת האינטרס הפיננסי המשותף על התחרות, משום החשיבות הרבה שאני מייחס לנושא זה. אמת הדבר, יכולתי לקצר בדיון האמור על רקע מאפייני השליטה במיזם ים תטיס, ולעסוק דווקא בהשלכה הצפויה לקיומה של שליטה משותפת שמחזיקים במיזם משותף, צדדים שהם מתחרים בשווקים אחרים.

בנסיבות ענייננו, אילו אושרה העסקה הנדונה כאן, היו גרנית הכרמל וקבוצת דלק מחזיקות במשותף בשליטה במיזם ים תטיס. הזכרתי לעיל כי הסכם התפעול מגדיר שני מנגנונים עיקריים לניהול המיזם, "מפעיל" (operator) ו"ועדת הפעלה" (operating committee), המקבילים להנהלת המיזם ולמועצת המנהלים שלו. אמרתי כי למפעיל יש שני אגפים – כללי ומשני, וכי האגף הכללי מנוהל על ידי Samedan, שבאחריותה ניהול כל הפרוייקטים של המיזם, ניהול תזרים המזומנים של המיזם והסדרת ענייניו השוטפים. אמרתי כי ועדת ההפעלה, בה יש לכל צד כוח הצבעה כמשקלו באחזקות המיזם, מפקחת על פעילות המיזם – וממילא עולה כי תפקידה לפקח על פעילות Samedan. עוד אמרתי כי די להחלטות בועדת ההפעלה בתמיכה של שני שותפים המחזיקים במצטבר 51% או יותר מהזכויות במיזם.

אילו אושרה העסקה הנדונה כאן, היו קבוצת דלק וגרנית הכרמל מחזיקות במצטבר 60% מהזכויות במיזם – היינו הם מהווים שני צדדים, המחזיקים במצטבר לפחות 51% מהזכויות במיזם. מבנה השליטה במיזם מקים תלות הדדית בין גרנית הכרמל לבין קבוצת דלק: שתיהן משקיעות במיזם המנוהל בפועל בידי השותף השלישי, שתיהן מפקחות על פעילות הצד השלישי, ואף אחת מהן אינה יכולה לקיים פיקוח כזה בעצמה. לשון אחר, עניין לנו בשותפות המקימה אינטרס כלכלי מהותי ביותר, ותלות משמעותית, בין השותפים. ההסדר המוצע כאן מעלה חששות הנוגעים לא רק לאינטרסים פיננסיים שאינם מגיעים כדי שליטה, אלא שהוא משתרע אל תחומי השליטה עצמם. בתחומים אלה, אגב, מקים השיתוף בין מתחרים מוקד סכנה לפגיעה בתחרות גם לשיטתם של המלומדים Areeda ו-Turner.

בנסיבות העניין, גם בכך היה די בכדי לשלול מהממונה סמכות לאשר את המיזם, ובכדי להמליץ שלא לאשרו.

5.3.3 "אל תביאני לידי חטא, ולא לידי עוון, ולא לידי ניסיון"⁸³

בניתוח שערכתי לעיל יצאתי מתוך נקודת הנחה כי הקמת השותפות בין גרנית הכרמל לבין קבוצת דלק תפגע בתחרות משלושה טעמים: מכוח הפגיעה הצפויה בתחרות בין שוק מוצרי הדלק לשוק הגז הטבעי, מכוח הפגיעה הצפויה בתחרות בשוק מוצרי הדלק בגין האינטרס הפיננסי הנוצר מכוח השותפות, ומכוח אינטרס השליטה המשותף הנוצר מכוח השותפות. נמנעתי מהנחה קשה יותר,

⁸³ ברכות ס"ו.



רשות ההגבלים העסקיים

לפיה עצם השותפות בין המתחרים במיזם ים תטיס עשויה להביאן לכלל שיתוף פעולה גם בשווקים שבתחרות. מסקנותיי עד כאן עולות בקנה אחד עם המודלים הוותיקים של שיווי משקל לא תחרותי בנסיבות של אי-שיתוף פעולה.⁸⁴

תולדות השווקים הרלוונטיים עשויים להביא גם לכלל נקודת מוצא שונה מזו שנקטתי. הניסיון הנצבר באכיפת דיני הגבלים עסקיים מלמד כי למתחרים יש נטייה לתאם עמדות אם רק עומדת להם האפשרות לעשות כן.⁸⁵ עמד על נטייה זו ראשון הכלכלנים המודרניים, Adam Smith, זמן רב לפני שחוקק חוק ההגבלים העסקיים הראשון:⁸⁶

“People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices”.

על כך נכתב hominem etiam frugi flectit saepe occasio : הזדמנות מטה תכופות גם אדם הגון.⁸⁷ על תפיסה דומה חזרה כבוד השופטת מרים מזרחי במאמרה על מיזמים משותפים:⁸⁸

“אפשר שלמרות כוונותיהם ה”טהורות”, יפגע שיתוף הפעולה בתחרות, אם משום שעצם השיתוף פוגע בתחרות ואם משום שיחסי הקרבה הנרקמים בין הצדדים עלולים להידרדר לכלל הידברות מפורשת למניעת תחרות”.

בכיוון דומה התבטא המשנה לאב בית הדין להגבלים עסקיים, כבוד השופט עדיאל, בעניין **איסכור שירותי פלדות בע”מ נ’ הממונה על הגבלים עסקיים**:⁸⁹

“למיזם משותף, מעצם טבעו, עלולה להיות השפעה שלילית על התחרות, שכן כל שיתוף פעולה עסקי, גם בלא שיכלול כבילה משותפת, עלול לפגוע בתחרות.”

⁸⁴ ראשיתם של מודלים אלה בעבודותיהם של Cournot ו-Bertrand מהמאה התשע-עשרה. ראו ANTOINE AUGUSTIN COURNOT, RESEARCH INTO THE MATHEMATICAL PRINCIPLES OF THE THEORY OF WEALTH (1838, Joseph Louis Francois Bertrand, ; Nathaniel T. Bacon trans., Augustus M. Kelley Publishers 1971) *Theorie Mathematique de la Richess Sociale*, 67 JOURNAL DES SAVANTS 499 (1883). למתודולוגית הניתוח של שיווי משקל לא תחרותיים בנסיבות של אי שיתוף פעולה, ראו Jonathan Baker, *Unilateral Competitive Effects Theories in Merger Analysis*, ANTITRUST (1997).

⁸⁵ ראו, למשל: U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* §3.31b (2000).

“Competitor collaborations may provide an opportunity for participants to discuss and agree on anticompetitive terms, or otherwise to collude anticompetitively...”

⁸⁶ ADAM SMITH, THE WEALTH OF NATIONS (Penguin Books, 1970) p. 232.

⁸⁷ פובליקאוס סירוס, “פתגמים”, מתוך גדליה אלקושי, “אוצר פתגמים וניבים לאטיניים (הוצאת מאגנס, ירושלים תשמ”ב).

⁸⁸ מ’ מזרחי, מיזם משותף כהסדר כובל, **משפטים כ”ג תשנ”ד** 213, 237.

⁸⁹ ערר 1/97 **איסכור שירותי פלדות בע”מ נ’ הממונה על הגבלים עסקיים**, פ”מ לב(1), 64.



רשות ההגבלים העסקיים

ההבנה כי שיתופי פעולה עסקיים עלולים לזמן למתחרים הזדמנות לתאם עמדות, אינה עומדת בסתירה לנקודת המוצא שהבאתי לעיל באשר לשיתופי פעולה עסקיים. שיתופי פעולה עסקיים הם נדבך חיוני בחיים הכלכליים, שככלל יש בו כדי לקדם את התחרות בשווקים. ברם, אין בכך סתירה לחשש, העולה מניתוח נסיבותיו הספציפיות של המיזם, כי הוא יביא לכלל הפחתת התחרות דווקא. כך, למשל, הנחיות שיתופי הפעולה בין מתחרים שפורסמו על ידי רשויות ההגבלים העסקיים האמריקאיות מאמצות את נקודת המוצא המכירה בחיוניותם של שיתופי פעולה, אך מתירים כי:⁹⁰

“Competitor collaborations ... may facilitate explicit or tacit collusion through facilitating practices such as exchange or disclosure of competitively sensitive information or through increased market concentration.”

שיתוף פעולה בין מתחרים בעבר, אף הוא בעל חשיבות לענייננו. החששות לתחרות שמקים אינטרס מהותי משותף של מתחרים, מתעצמים כאשר בעברם של אותם מתחרים תקופות המאופיינות בתחרות מרוסנת, לא כל שכן כאלה הכוללות שיתופי פעולה אנטי-תחרותיים.⁹¹ אשר על כן, על החששות לפגיעה בתחרות במשק האנרגיה בישראל שמעורר ההסדר המוצע, נוספים השלכות עברה המפוקפק בתחום התחרות. כך קובעות גם הנחיות המיזוגים בארצות הברית:⁹²

“It is likely that market conditions are conducive to coordinated interaction when the firms in the market previously have engaged in express collusion and when the salient characteristics of the market have not changed appreciably since the most recent such incident.”⁹³

הניתוח העובדתי המפורט לעיל הצביע על כך שהגבלת התחרות עשויה לשפר את מצבן של קבוצת דלק וגרנית הכרמל. לשון אחר, הנסיבות בהן פועלים מתחרים אלה מספקות להם תמריצים לתאם עמדות, גם אם כוונתן העיקרית לנהל עסקים טובים. הצטרפותה של גרנית הכרמל למיזם יס תטיס

⁹⁰ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* §2.2 (2000)

⁹¹ ראו ERBERT HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE §4.4b, 12.7e (St. Paul: 2nd ed., 1999).

⁹² U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Merger Guidelines* §2.1 (1992) ראו גם: *FTC v. Elders Grain*, 868 F.2d 901, 906 (7th Cir. 1989).

⁹³ עוד על מנגנונים לתיאום בין מתחרים ראו Ian Ayres, *How Cartels Punish: A Structural Theory of Self-Enforcing Collusion*, 87 COLUM. L. REV. 295 (1978); Lester G. Telser, *A Theory of Self-Enforcing Agreements*, 53 J. BENJAMIN KLEIN and Keith B. LEFFLER, *The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance*, 89 J. POL. ECON. 615 (1981); Andrew R. Dick, *When are Cartels Stable Contracts?*, 39 J. L. & ECON. 241 (1996).



רשות ההגבלים העסקיים

עלולה לספק לשתיים תנאים נוחים לתאם עמדות, שכן הנושאים בהם תצטרכנה השתיים לקבל החלטות נוגעים במידת מה כבר היום, ויגעו בעתיד הרבה יותר, לתחומי התחרות ביניהן. נסיבות השוק בו קיימת בין השניים תחרות היום, והזיקה ההולכת וגוברת בין תחום פעילות המיזם המשותף לתחום התחרות בין הקבוצות, מביאים לכלל חשש כי הישיבה במיזם המשותף תביא לכלל תיאום, ולו עקיף או משתמע, בין שניים המחזיקים בצוותא יותר ממחצית משוק מוצרי הדלק, ונתח ניכר ביותר משוק הגז הטבעי.

די לי בציון החששות האמורים, שהרי גם מבלעדיהם מביאני שילוב הגורמים שנותחו לעיל לכלל מסקנה מובהקת, כי אין בסמכותי לאשר את בקשת הפטור שהובאה בפני, וכי אילו היה בסמכותי לאשרה הייתי נמנע מלעשות כן.



רשות ההגבלים העסקיים

6. המלצות משרד האוצר ומשרד התשתיות

כחלק מגיבוש עמדתי בבקשת הפטור המונחת בפניי פניתי לעמיתי במשרד האוצר ובמשרד התשתיות הלאומיות, על מנת שיחוו דעתם בסוגיה. אני מודה לעושים שם במלאכה על סיועם, ואת תמצית דבריהם אביא להלן.

6.1. חוות דעתו של משרד האוצר

משרד האוצר המליץ בפניי שלא להעניק לגרנית הכרמל פטור מאישור ההסדר בבית-הדין להגבלים עסקיים, משיקולים לגופו של עניין. חוות דעת משרד האוצר מבוססת על ניתוח מבנה משק הדלק בישראל, תוך בחינת נתחי השוק של חברות הדלק השונות וסקירה תמציתית של מצב משק הדלק מעת הרפורמה אותה הנהיגה הממשלה במשק הדלק ועד הזמן הזה. נאמר שם:

"חרף הנסיונות לפתוח את משק הדלק לתחרות, מקטע תחנות הדלק מאופיין בשליטה של שלוש חברות הדלק הגדולות, כאשר קצב כניסתן של חברות חדשות לענף וקצב בנייתן של תחנות תדלוק חדשות מפגר באופו משמעותי אחר התפתחות רמת המינוע והביקוש לשירותי תחנות תדלוק.

חסמים תכנוניים ומוסדיים שונים הם מהגורמים העיקריים למצב בו לא מוקמות תחנות תדלוק חדשות בקצב הנדרש, והתחרותיות במקטע תחנות התדלוק נמוכה מהרצוי".

וכן:

"על אף הרפורמה במשק הדלק, משק זה עדיין ריכוזי וסובל מתחרותיות מוגבלת, ומהשתתפות מוגבלת של שחקנים בכל אחד ממקטעיו."

השלכותיה האפשריות של הזיקה בין השותפים, על מאפייני התחרות בשוק האנרגיה, נלקחו בחשבון שיקוליהם של אנשי משרד האוצר, בבואם לסקור את המבנה העתידי של משק הגז הטבעי בישראל:

"בשוק בעל המאפיינים שתוארו לעיל צפויה להתעצם בעיית הריכוזיות ולפיכך שותפות בין גרנית הכרמל לדלק בגז הטבעי, גם אם אינה בשיעורים משמעותיים, עלולה ליצור זהות אינטרסים גם בשיווק תזקיית דלק, ובפרט מזוט..."

גם הזיקה בין שוק מוצרי הדלק לשוק הגז הטבעי, והשלכות המיזם בהקשר זה, באו לכלל ביטוי בחוות הדעת:



רשות ההגבלים העסקיים

"מאחר שמזוט וגז טבעי הן תשומות תחליפיות, שותפות של סונוול ודלק במשק הגז הטבעי עלולה להביא לפגיעה בתחרותיות בשוק המזוט. ככל שרמת התחרותיות במשק הגז הטבעי תהיה נמוכה יותר – ישאף מחיר הגז הטבעי במשק הישראלי למחירי המזוט, כך שבעלות צולבת כאמור עלולה להוות תמריץ למכסימיזציה של רווחים משיווק גז טבעי על-ידי הפחתת מידת התחרותיות בשוק המזוט.

שותפות כאמור עלולה, איפוא, ליצור מצב של "כלים שלובים" של תחרותיות נמוכה הן בשוק הגז הטבעי והן בשוק המזוט." (ההדגשה אינה במקור).

חששות כלכלני האוצר עולים בקנה אחד עם עמדתנו כפי שהוצגה לעיל, לעניין הפגיעה בתחרות הצפויה מאישור השקעת גרנית הכרמל במיזם ים תטיס, הן לעניין הפגיעה הצפויה בתחרות בשוק הדלק, והן לעניין הפגיעה הצפויה בתחרות בין שוק הדלק לשוק הגז.

6.2. חוות דעת משרד התשתיות

גם משרד התשתיות הלאומיות הכיר במכתבו אלי בבעייתיות הגלומה בשילוב בין גרנית הכרמל לבין מיזם ים תטיס. המלצת משרד התשתיות היתה לאשר את המיזם בתנאים; דא עקא, שהתנאים אותם הציב משרד התשתיות לאישור שוללים באופן מובהק מאד את אפשרות קיומו.

אלה עיקר התנאים שהציע משרד התשתיות להציב אגב אישור העסקה:

- הממונה על הגבלים עסקיים יכלול בהודעת הפטור שתינתן על ידו תניה, לפיה שותפות ים תטיס לא תאפשר לחברות הנפט השותפות בו לרכוש בית זיקוק כשזה האחרון יפוצל או יופרט, ולא יאפשר לבית זיקוק לרכוש חברת נפט (כולה או חלקה) מקום שזו האחרונה שותפה בקונסורציום של הפקת גז שיש בו יותר מחברת נפט אחת.
- חברת גרנית הכרמל תחדל מלשבת בתאגידים משותפים עם חברות הדלק האחרות, בתחומים שאינם קשורים לגז טבעי.

אתמקד בתנאי השני. חברות הדלק קשורות ביניהן עדיין בכמה מיזמים משותפים שלא נכללו בהסדר שתואר קודם לכן בין לבין הממונה.⁹⁴ התאגידים המשותפים שלא נכללו בהסדר הם פי גלילות מסופי נפט וצינורות בע"מ (תש"ן 50%), פז 21.5%, דלק 15.28%, וסונוול 13.21%; עוסקת בניפוק דלקים לאזור המרכז; שמנים בסיסיים בע"מ (בז"ן 50%), פז 24.5%, דלק 11.5%, וסונוול 14%; עיסוקה ייצור שמנים המשמשים לתעשיית השמנים לרכב וכן שעווה ומוצרים נלווים; מגל מפעלי גז ונפט לישראל בע"מ (פי גלילות 50%, סונוול 12.64%, פז 5%, דלק 3.06% ואחרים; עיסוקה

⁹⁴ ראו עמוד 11 לעיל.



רשות ההגבלים העסקיים

שיווק כמויות קטנות של גז טבעי משדה זוהר לאיזור ערד; ואורפק (סונול 10% ודלק 10%; עוסקת בייצור מכשירי תדלוק אוטומטיים).

פירוק המיזמים האמורים עשוי להיות, כמובן, דבר רצוי ומועיל לתחרות, אולם ביצועו במועד כלשהו שיהא רלוונטי לביצוע העסקה, כלל אינו אפשרי. סוגיית פי גלילות, דרך משל, קשה ומורכבת, ועל מדוכת פתרונה יושבים רבים וטובים מזה זמן. פירוק שותפויות אלה גם כרוך בזכויות של צדדים שלישיים, באופן המונע הצבת תנאי חד-צדדי כזה בידי הממונה, אפילו היו הנסיבות מאפשרות זאת.

בהיעדר כל אפשרות לעמוד בתנאים האמורים, עולה גם מעמדת משרד התשתיות כי אין לאשר את העסקה הנדונה כאן.

7. בשולי הדברים: סעיף 14 לחוק, לאחר תיקון מס' 6

אחד השינויים העיקריים שהביא בכנפיו תיקון מספר 6 לחוק ההגבלים העסקיים הוא החלפת סעיף 14 לחוק, בסעיף חדש. כך, להזכיר, נוסחו הקודם של סעיף 14 לחוק:

(א) שוכנע הממונה, על-פי בקשת צד להסדר כובל, שההסדר מגביל באופן לא משמעותי את התחרות בעסקים, רשאי הוא, בהחלטה מנומקת, לפטור את הצדדים להסדר מהחובה לקבל את אישור בית-הדין להסדר.

(ב) הממונה רשאי להתנות את הפטור בתנאים ולשנותם, וכן לבטל את הפטור.

את סעיף 14 צריך לקרוא לאורו של סעיף 2 לחוק, לפיו:

(א) הסדר כובל הוא 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.

וכן עם סעיף 4 לחוק, לפיו:

לא יהיה אדם צד להסדר כובל, כולו או מקצתו, אלא אם כן קיבל מאת בית הדין

אישור לפי סעיף 9 או היתר זמני לפי סעיף 13 או פטור לפי סעיף 14...

שילוב שלושה אלה יצר בעולם ההגבלים העסקיים משטר רישוי כלל לא פשוט. חוק ההגבלים העסקיים שולל ממתחרים את החירות לפגוע בתחרות, והוא מכפיפה לחובת רישוי: בטרם יפגע אדם בתחרות, עליו לקבל רשיון. סמכות הרישוי הופקדה בידי בית הדין להגבלים עסקיים, ואילו



רשות ההגבלים העסקיים

בידי הממונה הופקדה הסמכות לפטור, במקרים מסוימים, מהחובה לפנות לבית הדין לקבלת אישורו. הסדר זה לקה בשלושה קשיים עיקריים.

ראשית, דרישת הרישוי שמקימים סעיפים 2 ו-4 לחוק מחייבת קבלת רשיון לכל עסקה ועסקה. אין מדובר ברישוי עוסקים, כפי שקיים למשל בתחום הייבוא; אף אין מדובר ברישוי סוגי עסקאות, כפי שקיים למשל בתחום מטבע החוץ. עניין לנו בדרישת רישוי המתייחסת לכל עסקה ועסקה בנפרד.

שנית, ניסוחו של סעיף 2 לחוק מחייב פניה לקבלת רשיון בכל מקרה בו עלולה להיפגע התחרות בין הצדדים להסדר; הסעיף אינו בוחן האם כמה פגיעה או שקם חשש לפגיעה בתחרות בעסקים, אלא בוחן את הפגיעה ואת החשש לפגיעה בתחרות בין הצדדים.⁹⁵ זהו ניסוח רחב, המחייב על פניו קבלת אישור – קבלת רשיון – לעסקאות שאינן מקימות חשש משמעותי לפגיעה בתחרות בעסקים בשוק הרלוונטי או בחלק ממנו. השילוב בין נוסח סעיף 14 לחוק לנוסח סעיף 2 הקשה עוד יותר על פרשנות סעיף 2, כפי שיפורט להלן. בנוסף, סעיף 2 לחוק לא הבחין בלשונו בין כבילה נלווית לכבילה עירומה – אבחנה שיש לה חשיבות רבה בדיני ההגבלים העסקיים בארצות הברית ובאירופה.

שלישית, מתן הרשיון הופקד בידי גוף שיפוטי, בראשות שופט מחוזי, בהליך פומבי, מעמיק ויסודי: ראיות, עדויות, חקירות וחקירות שכנגד, סיכומים וסיכומי תשובה, וכל כיוצא באלה. בכך הושגו מטרות ראיות רבות, ובהן פומביות ההליך, יסודיות הבדיקה, אי-תלות בעל הסמכות, וגישה לכל מי שנפגע פגיעה רלוונטית להליך עצמו. מאידך, מדובר בהליך העלול להיות ארוך, מורכב ויקר, והוא כרוך בחשיפה עסקית ניכרת למבקשים. אכן, מספר הפניות לבית הדין להגבלים עסקיים בבקשה לאישור הסדר כובל לא עמד בשום יחס למספר ההסדרים הכובלים שידע המשק.

על הרקע הזה בא תיקון 6 לחוק, ובשורות בכנפיו: תיקון סעיף 14 לחוק, והוראות סעיף 15א ועמה פטורי הסוג. מה שינו אלה? ראשית, פטורי הסוג מעבירים את המשק הישראלי ממשטר של רישוי עסקאות ספציפיות, לרישוי סוגים של עסקאות, ובכך מקלים מאד על המגזר העסקי. שנית, פטורי הסוג כפי שהופצו להערות הציבור מוציאים מגדר דרישת הרישוי הפרטנית, הקבועה מכוח הוראת סעיף 2 ביחד עם סעיף 4 לחוק, לא רק סוגים של עסקאות דוגמת מיזמים משותפים, הסכמי מו"פ, הסכמי רכישה בלעדית, הסכמי הפצה בלעדית והסכמי זכיינות, אלא גם כל אותם הסדרים שהיו באים בגדר הוראות סעיף 2 לחוק בפוגעם בתחרות בין הצדדים להסדר, שפגיעתם בתחרות "קלת ערך". תיקון 6 אף מבהיר את האבחנה בין כבילה נלווית לכבילה עירומה. לבסוף, חלק משמעותי מסמכות הרישוי הפרטני לעניין סעיף 2 הועבר מן המישור השיפוטי-מנהלי למישור המנהלי.

⁹⁵ ראו **תנאים למיזוג בין Columbus Capital Corporation מקבוצת קלארידג' לבין כור תעשיות בע"מ**; 1998, **הגבלים עסקיים** 3001322.

"בהקשר סעיף 2 לחוק הסתפק המחוקק בשאלה האם מגביל ההסדר את התחרות בין הצדדים לבין עצמם... ולא דרש כי תוכח מניעה או הפחתה של התחרות בכללותה. התוצאה היא סעיף 2 לחוק רחב בהיקפו, ומסתפק במבחן של חשש והשפעה לכאורה על התחרות בין הצדדים להסדר, בלא צורך להוכיח פגיעה של ממש במכלול התחרות, בפועל או בכוח, בשוק הרלוונטי."



רשות ההגבלים העסקיים

אעיר על תיקון 6 ותוצאותיו שי הערות, מבלי להרחיב בדברים.

7.1. זוטי דברים

סעיף 2 לחוק מקיף מאד בנוסחו. הוא כולל כל חשש לפגיעה בתחרות בין הצדדים, וכן שורה של הסדרים האסורים מבלי שיהיה כל צורך להוכיח את מידת פגיעתם בתחרות (הוראות סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים). מלכתחילה עלתה השאלה מהו "הרף התחתון" להוראות סעיף 2 לחוק: האם הוא כולל כל חשש לפגיעה בתחרות בין צדדים, יהיו הצדדים בעלי נתח שוק קטן ככל שיהיו, ותהא הפגיעה קטנה ככל שתהא?

הנטייה הטבעית, כך נראה לי, צריכה היתה להוביל לכלל מסקנה כי סעיף 2 לחוק אינו מתחיל מהרף הנמוך ביותר, וכי הוא אינו כולל אותם הסדרים כובלים שניתן לראותם "זוטי דברים" – de minimis. תפיסת עולם זו, הפוטרת זוטי דברים מעונשו של הדין, אינה זרה לשיטת המשפט הישראלית. בתחום המשפט הפלילי, למשל, פוטר עקרון זוטי דברים מאחריות פלילית בגין מעשה שהוא קל ערך לאור טיבו, נסיבותיו והאינטרס הציבורי.⁹⁶ בתחום דיני הנזיקין הוחלה הדוקטרינה באמצעות הגדרת "מעשה של מה בכך", שאינו מקים עוולה.⁹⁷ בתחום הדין החוזי ניתן לקרוא את דוקטרינת "זוטי הדברים" לתוך עקרון תום הלב, ואולי גם להוראות נוספות בחוק החוזים (חלק כללי) המותירות שיקול דעת לבית המשפט בהפעלת סמכותו, דוגמת סעיפים 30 ו-31 לאותו החוק. תפיסה זו גם אינה זרה לדין הזר בתחום ההגבלים העסקיים. באירופה נקלטה דוקטרינת ה- de minimis, והסדרים הנופלים בגדרה של הדוקטרינה, על-פי נתח השוק שלהם, בהתאם לסוג ההסדר, פטורים מתחולת סעיף 81 לאמנת רומא.⁹⁸ בארה"ב משמשת דוקטרינת ה-de minimis למלט מאי חוקיות הסדרים שאינם ראויים להתייחסות החוק, בהיעדר מנגנוני פטור או אישור של הסדרים כובלים שם.

מעטפת הדין הכללי הסובבת את הוראות חוק ההגבלים העסקיים ונפקויותיו, אם כן, הכירה בעקרון "זוטי הדברים". במישור תוצאות הדין – הפליליות, הנזיקיות והחוזיות – חל עקרון זוטי הדברים; אך האם ניתן היה להכיר בעקרון בהוראות סעיף 2 עצמה? ניסוח סעיף 14 הקודם לחוק הקשה מאד על הכרה כזו. לכאורה ניתן היה להגיע לכלל מסקנה כי סעיף 2 אינו כולל אותן פגיעות זניחות, בלתי משמעותיות בתחרות בעסקים; סעיף 14 הישן שלל כאמור מסקנה כזו, שכן הסמכות שהקנה לממונה היתה בדיוק זו: לפטור הסדרים הפוגעים בתחרות פגיעה לא משמעותית. אם כך סמכות הממונה לפטור, פשיטא שסעיף האיסור (סעיף 2 לחוק) כולל בחובו גם הגבלות לא

⁹⁶ סעיף 34 יז לחוק העונשין התשל"ז-1977.

⁹⁷ סעיף 4 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

⁹⁸ Notice On Agreements Of Minor Importance, OJ [1986] C 2/231 (תוקן לאחרונה בשנת 1997).



רשות ההגבלים העסקיים

משמעותיות על התחרות בעסקים.⁹⁹ להסדר הכובל ניתן, כמובן, לבקש רשיון, אולם שטר זה שוברו בצדו.¹⁰⁰ כך לא פותח בדין הישראלי הרעיון, וכך נפלה דוקטרינת "זוטי הדברים" אל מחוץ להוראת חוק ההגבלים העסקיים:¹⁰¹

"... לשונו של סעיף 2(א), המגדירה הסדר כובל (גם) כהסדר שהכבילה שבו מגבילה את התחרות בין בצדדים, מקשה על אימוץ כלל 'זוטי הדברים', שהרי כלל זה נועד לבחון את השפעת ההסדר על התחרות בשוק, ולא על התחרות בין הצדדים להסדר בלבד."¹⁰²

תיקון מספר 6 ביטל את סעיף 14 לחוק, כנוסחו דאז, והחליפו בניסוח המקנה לממונה על הגבלים עסקיים סמכות רחבה בהרבה לפטור צדדים מהחובה לפנות לבית הדין בבקשה לאישור הסדר כובל. עם ביטול לשונו המצמצמת כל-כך של הוראות סעיף 14 הקודם ("שוכנע הממונה... שההסדר מגביל באופן לא משמעותי את התחרות בעסקים"), עברה מהעולם אותה מיטת סדום פרשנית שכפה סעיף 14 על הוראת סעיף 2 ביחד עם סעיף 4, ונפתח פתח לקרוא אל תוך סעיף 2 עצמו את עקרון זוטי הדברים. עתה יש להמתין ולראות האם ייעשה שימוש בפתח חדש זה לפרשנות החוק והאם יש בו צורך; ייתכן כי בשלב זה ייבלע הדיון אל קרבי הפתח, הרחב יותר, שמקימים כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), התש"ס-2000 (טיוטה להערות הציבור, 6 בספטמבר 2000).

7.2. סמכות הפטור הקבועה בסעיף 14 החדש

סעיף 14 בנוסחו שלאחר תיקון מס' 6 לחוק מעביר חלקים מחובת הרישוי שמקים סעיף 2 לחוק, מבית הדין להגבלים עסקיים לממונה על הגבלים עסקיים. כך תוארה סוגיה זו בדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון מס' 6:¹⁰³

"הפטור המוצע בסעיף 14א נועד לאפשר לצדדים לקבל מן הממונה פטור מן הצורך לבקש את אישור בית-הדין לעסקה, אף אם הגבלת התחרות הטמונה בעסקה אינה

⁹⁹ השופט גולדברג בע"א 6222/97 טבעול (1993) נ' מ"י – משרד הבטחון; 1998 הגבלים עסקיים 3007583. ¹⁰⁰ ראו מ' מזרחי "מיזם משותף כהסדר כובל", משפטים כ"ג (תשנ"ד) 213: "יש לזכור, כי הפעלת הסדר כובל ללא אישור בית-הדין להגבלים עסקיים היא עבירה פלילית. אמנם, ניתן לבקש אישור בית-הדין, אולם הגשת בקשה, המלווה בעיכוב הפעילות העסקית שהיא מושא הבקשה, כרוכה בהוצאות..."

¹⁰¹ השווה הדיון הנערך בשולי פסק הדין, בע"א 6222/97 טבעול (1993) נ' מ"י – משרד הבטחון; 1998 הגבלים עסקיים 3007583.

¹⁰² הע' 2/97 עמית מזרחי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים; 2000 הגבלים עסקיים 3004577, פסקה 43 לפסה"ד. ראו גם ערר 1/97 אסכור שירותי פלדות נ' הממונה ההגבלים העסקיים; 1997 הגבלים עסקיים 300667:

"בשלב מוקדם זה של התפתחות הפסיקה בידי ההגבלים העסקיים על הסדרים הנעדרים השפעה משמעותית על התחרות, בין בדרך של מתן פרשנות מצמצמת לסעיף 2 לחוק, בין באמצעות סעיף 14 לחוק טרם נדונה, ככל הידוע לי בפסיקה.

"בשלב מוקדם זה של התפתחות הפסיקה בידי ההגבלים העסקיים במשפטנו, אינני סבור שיהא זה נכון לנסות ולקבוע אמת מידה כללית להגדרת המונח "לא משמעותי" שבסעיף 14 לחוק במסגרת זו."

¹⁰³ הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון 5), התשנ"ט – 1999, הצעות חוק 2805, כ"ח ניסן התשנ"ט, 14.4.1999; 1999 הגבלים עסקיים 3006273.



רשות ההגבלים העסקיים

מצטמצמת לזוטי דברים, ובלבד שאין בה השפעה אנטי תחרותית של ממש על חלק ניכר מכל שוק רלבנטי להסדר. מדד בסיס ומקובל בפסיקת דיני התחרות לאומדן פגיעה תחרותית הוא חלקם המצרפי של הצדדים להסדר בשוק רלבנטי לכבילה כאשר בנוסף יש להביא בחשבון את מעגל ההשפעה האנטי תחרותית של הכבילה על הגורמים הפועלים בשוק ואת אופייה של ההשפעה, כאשר חלקם המצרפי של הצדדים להסדר, כלומר "נתחי השוק" שלהם, ניכר ומהותי, בהתחשב בכלל הנסיבות השוררות בשוק – יהיו הצדדים להסדר חייבים לפנות לבית הדין לקבלת אישור להסדר. ואולם כל עוד אין הדבר כך יוכל הממונה, לאחר התייעצות עם הועדה לפטורים ולמיוזגים ליתן פטור מכך."

סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, בנוסחו דהיום, קובע כך :

(א) הממונה רשאי, לבקשת צד להסדר כובל ולאחר התייעצות עם הועדה לפטורים ולמיוזגים לפי סעיף 23 (להלן – הועדה), לפטור, בהחלטה מנומקת, צדדים להסדר כובל מהחובה לקבל את אישור בית-הדין להסדר, אם שוכנע כי התקיימו כל אלה :

(1) 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 ;

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

(ב) הממונה רשאי, לאחר התייעצות עם הועדה, להתנות את הפטור בתנאים, לשנותו או לבטלו.

כמו לפני תיקון החוק, מוסמך הממונה לבחון את התחרות בעסקים בשוק כולו, ולא להסתפק במישור היחסים בין הצדדים להסדר או בין הצדדים להסדר לצדדים אחרים.¹⁰⁴ עם זאת, סמכות הממונה הורחבה והיא כוללת עתה סמכות לפטור הסדרים המגבילים את התחרות (היינו הסדרים הפוגעים בתחרות), אך בתנאי שהשפעתם תחומה לחלק "לא ניכר" מהשוק ; וכן היא כוללת הסדרים המשפיעים על השוק כולו, אך בתנאי שלא יהיה בהם כדי לפגוע "פגיעה של ממש" בתחרות בשוק.¹⁰⁵ אכן, רב המרחב בין סמכות זו לפטור, ובין הוראות סעיף 14 הקודם אשר התיר לממונה לפטור רק אותם הסדרים שהגבילו "באופן לא משמעותי את התחרות בעסקים". נראה, לכאורה, כי בית הדין מופקד היום בעיקר על מתן פטור לאלה : הסדרים הפוגעים פגיעה של ממש בתחרות בחלק ניכר של

¹⁰⁴ ראו **אסכור** ה"ש 102 לעיל : "מסקנה זו עולה גם מתכליתו של החוק, זאת על רקע תפקידו של הממונה האמון על השמירה של התחרות בעסקים מנקודת ראות רחבה, המשתרעת על התחרות בשוק כולו, וחורגת מן הפגיעה הפרטנית במישור היחסים שבין הצדדים לבין עצמם".

¹⁰⁵ השוו : סעיף 15א(א)(1) לחוק : ... אך אין בהן כדי לפגוע "פגיעה משמעותית" בתחרות בשוק כאמור. ראו לעניין זה דברי ההסבר להצעת החוק.



רשות ההגבלים העסקיים

השוק, הסדרים שהשיקולים לאשרם אינם שיקולי תחרות ואינו שיקולי יעילות הכרוכים בתחרות,¹⁰⁶ והסדרים שבחר צד משיקוליו שלו להביא בפני בית הדין להגבלים עסקיים.

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 שבסיסן הסדר שאינו הכרחי לביצוע העסקה:

"To say that a restraint is ancillary is to conclude that it is an essential or at least important part of some arrangement that has potentially redeeming virtues."¹⁰⁷

אכן, סעיף 14 מבהיר היטב כי כבילות עירומות אינן בסמכות הממונה לפטור; ככלל, גם בית הדין ייטה שלא לאשרן:¹⁰⁸

"...משמע, בית הדין לא יאשר כבילה הנכללת בהסדר, גם אם מדובר בהסדר שהוא לטובת הציבור, אלא אם מדובר בכבילה שהיא חיונית, או לפחות נדרשת באופן מובהק לשם ביצוע ההסדר, וככל שהיא אינה עולה על הנדרש לביצועו, היינו, אם לא ניתן לבצע את ההסדר תוך פגיעה פחותה בטובת הציבור. כבילה שאינה כבילה נלווית, לא תחסה מבחינת השיקולים לאישורה, תחת מטריית ההסדר, ולא יחולו עליה השיקולים התומכים באישור ההסדר."¹⁰⁹

עד כאן הערותיי לעניין סעיף 14 המתוקן, שכלל אין בהן כדי למצות את חידושי.

¹⁰⁶ ראו **אסכור** ה"ש 102 לעיל: "לא כל תועלת הצומחת מן ההסדר תובא בחשבון, בהקשר זה, על ידי הממונה, שכן המבחן, על-פי סעיף זה, הוא בהגבלה על התחרות וזה אינו כולל תוצאות לוואי נוספות, גם אם יש בהן תועלת לציבור, ככל שהן אינן משפיעות על ההגבלה בתחרות."

¹⁰⁷ P. Areeda & Hovenkamp **Antitrust Law** (Volume XI, 1998), § 1904

¹⁰⁸ ibid, § 1904 השוו

" Although not all naked restraints are unlawful, the presumption against them is very strong, and most are condemned either as illegal "per se" or else with only a truncated inquiry into power and effects."

¹⁰⁹ בפסה"ד, בו לא אושר ההסדר הכובל, נדונה תניית הבלעדיות בין זוכה מכרז רמת חובב לבין חברת החשמל. ראו ה"ע 491/98 **חברת החשמל נ' הממונה על הגבלים עסקיים**; 1999 **הגבלים עסקיים** 3002628, בעמוד 64 לפסה"ד.



רשות ההגבלים העסקיים

8. סוף דבר

נקודת תורפה היתה בעקבו של אכילס, מגדולי הלוחמים במיתולוגיה היוונית ובנה של אלת הים, תטיס היפה;¹¹⁰ בהשאלה אומר כי ההסדר המוצע, לפיו תבוא גרנית הכרמל בנעליה של R&B במיזם ים תטיס, לוקה בנקודות תורפה רבות. תוצאתן המצטברת איום לפגיעה משמעותית בתחרות בשווקים בהן פועלות קבוצת דלק וגרנית הכרמל.

לפיכך הגעתי ביום 30 באוגוסט 2000 לכלל מסקנה כי אין מקום ליתן את הפטור המבוקש, לא במישור הסמכות ולא במישור המהות; אלה נימוקיי. המבקשת רשאית, אם תרצה בכך, לפנות לבית הדין להגבלים עסקיים בבקשה לאישור הסדר כובל.

ד"ר דוד תדמור הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, 13 בספטמבר 2000
י"ג באלול התש"ס

¹¹⁰ הנימפה תטיס, אם אכילס, היא אחת הנראידיות - חמישים הבנות שנולדו לנראוס ודוריס. אגדות רבות נקשרו בתטיס, ובידיעתה את הגורל הצפוי לבנה אכילס וניסיונותיה לשנותו. גם האירוע המיתולוגי "משפט פאריס" קשור לחתונתם של תטיס ושל פלאוס. על פאריס באה נבואה כי הוא יביא את קיצה של טרויה, ולכן נזנח בידי אביו על מורדות הר אידה, שם נמצא בידי רועים מקומיים וגדל עמם. בסמוך למקום בו רעה את עדרו חגגו תטיס ופלאוס את חתונתם, ובה קמה מריבה בין שלוש אלות - אתונה, הרה ואפרודיטה - מי זכאית לקבל את התפוח, אותו הטילה לשולחן החגיגה אלת המריבות אריס, תפוח עשוי זהב ועליו הכיתוב "ליפה באלות". מי היפה מכולן? פאריס נתבקש לשפוט ביניהן. כמנהג אותם זמנים הבטיחה לפאריס כל אחת מהאלות שוחד רב ערך בתמורה להכרעתו לטובתה: הרה הבטיחה כי תהפוך את פאריס שליט אירופה ואסיה, אתונה הבטיחה לסייע לו להביא לנצחון טרויה על יון, ואילו אפרודיטה הבטיחה לפאריס כי יישא לאשה את היפה בבנות התמותה, הלנה, אשת מנלאוס מלך ספרטה. פאריס בחר באפרודיטה (ובהלנה). הרה ואתנה לא קיבלו את הכרעתו של פאריס ברוח טובה. הן סייעו לצבא יון בצורה חומות העיר טרויה, והרה אף רדפה את פליטי העיר לאחר חורבנה. כך נתגשמה הנבואה, כי פאריס יביא על טרויה את חורבנה.

"Now, when the rosy morn began to rise,
And wav'd her saffron streamer thro' the skies;
When Thetis blush'd in purple not her own,
And from her face the breathing winds were blown,
A sudden silence sate upon the sea,
And sweeping oars, with struggling, urge their way." (Virgil, Aeneid XXI)