

1665/65
118



רשות ההגבלים העסקיים

החלטה על אי-מתן פטור מאישור בית הדין להסדר כובל:

אנרגית המזרח התיכון

1. פתח דבר

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. והנה, עם חלוף העתים ושינויו של אקלים מדיני, נפתח צוהר גם בכיוון זה של הגז הטבעי, וקמה אפשרות הבאתו לפתחנו על דרך רכישתו ממונופול הגז המצרי, Egypt Trans Gas Company, והובלתו בתשתית שתוקם למטרה זו. עוד נזכרת האפשרות כי יובא לנו גז טבעי מערבות רוסיה הרחוקות.

בהיותו מקור אנרגיה זול יחסית ונקי בשימוש, מוקנית לגז הטבעי חשיבות רבה במשק האנרגיה העתידי בישראל, וחוזים המומחים כי משמעותי יהיה חלקו אצלנו. לשם הסדרת משק הגז בישראל הוקמה זה מכבר במשרד האנרגיה והתשתית (כיום - משרד התשתיות הלאומיות) "מנהלת פרויקט הגז הטבעי". זו, תפקידה לתכנן את משק הגז הטבעי, ואף ליישם תוכניותיה הלכה למעשה בשיתוף גורמי ממשל אחרים. לפי תחזיות מנהלת פרויקט הגז הטבעי, הצרכן העיקרי לגז טבעי יהיה משק החשמל, אולם תהיה כמובן למשק הגז השפעה משמעותית גם על מוקדי צריכה אחרים, תעשייתיים וביתיים.

היבט אפשרי אחד של הבאת גז טבעי ממצרים כבר בא בפני רשות ההגבלים העסקיים, בעניין רכישה משותפת של גז מממשלת מצריים בידי קניינים ישראלים גדולים. על כך יצאה החלטה מאת הממונה על הגבלים עסקיים, ועוד נכביר מלים בה. עתה ניצבת בפנינו בקשה אחרת, להתארגנות מסחרית של גופים עתירי מעשה ומשקל במשק הישראלי, שייעודה להביא גז טבעי לישראל, לשווקו ולהפיצו כאן.

נושא החלטה זו בקשה מיום 22 בינואר 1997, אשר הוגשה לפי הוראות סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן - "חוק ההגבלים העסקיים"). מכוח האמור בה מתבקש הממונה על הגבלים עסקיים להפעיל סמכותו, ולפטור את הצדדים המבקשים מהחובה לקבל אישורו של בית הדין להגבלים עסקיים לקיומו של הסדר כובל.

המבקשים בענייננו הם כלל תעשיות בע"מ, כור תעשיות בע"מ, משאב יזום ופיתוח בע"מ, דור כימיקלים בע"מ, מפעלים פטרוכימיים בישראל בע"מ, ואנרגית המזרח התיכון בע"מ (להלן, בהתאמה, "כלל", "כור", "משאב", "דור", "מפעלים פטרוכימיים" ו"אנרגית המזרח התיכון").



רשות ההגבלים העסקיים

בע"מ"). בצוותא חדא מבקשים הם לכוון מיזם משותף - קונסורציום, אשר שמו "אנרגית המזרח התיכון" - ובמסגרתו לפעול "בייזום וניהול ייבוא גז טבעי ו/או גז טבעי נוזלי לישראל, לרבות רכישה, הספקה, הובלה, הולכה ושיווק שלו" (להלן - "**קונסורציום אנרגית המזרח התיכון**"). אנרגית המזרח התיכון בע"מ, אשר עובר להקמת הקונסורציום נשוא הבקשה שבפנינו היתה בבעלות משאב, היא השותף הכללי בשותפות המוגבלת; הסכם השותפות הכללי מקצה את המניות בה באופן שווה בין חמשת הצדדים הנותרים. במקביל, חלקה של אנרגית המזרח התיכון בע"מ בשותפות עומד על 5%, בעוד שחלקו של כל שותף אחר נקבע להיות 19%.

בקשת פטור זו הוגשה עוד לידי האמונות של קודמי בתפקיד - ד"ר יורם טורבוביץ' - אך ימים ספורים טרם סיים כהונתו, ובאה מלאכת הדיון בה בשערי מינוי. בחנתי בתשומת לב את פרטי הבקשה, ואת הסוגיות הסבוכות שהיא מעוררת. אף נועצתי בגורמים שונים, ובהם מנהלת פרויקט הגז הטבעי ואנשי משרד האוצר. בסוף כל אלה באתי לכלל מסקנה כי אין באפשרותי להיענות לבקשה שבפני.

בין כותלי בית הדין מקום הדיון בבקשה זו. מצאתי בעודי הופך בה כי שיתוף הפעולה המבוקש בין הצדדים, שהוא הסדר כובל, נושא גם נושא בחובו פוטנציאל של פגיעה בתחרות: הן בהיבט האופקי, הן בהיבט האנכי, והן בהיבט הקונגלומרטי. ככזה, מצאתי כי הפעלת קונסורציום אנרגית המזרח התיכון עלולה להפחית את התחרות בעסקים, גם בין הצדדים להסדר לבין עצמם, וגם בין צדדים להסדר לבין גופים שאינם צד לו.

לגז הטבעי נכון - אולי - עתיד גדול בתחום האנרגיה; ואם תקוים הבטחתו ותמומש, יהא הגז הטבעי לתשומת ייצור חשובה בענפי משק רבים ושונים, ותקום תחרות בינו לבין מקורות אנרגיה אחרים. דא עקא, כי לצדדים למיזם פעילות ענפה בתחום הדלק ותזקיקיו, שבו יתחרה הגז הטבעי, ואף פעילות ענפה בתחומי צריכת תשומות הייצור, שהן מזירות התחרות החשובות בין גז טבעי לבין דלק ותזקיקיו. ומעל לכל אלה ומעבר להם, אם יקום קונסורציום אנרגית המזרח התיכון ויפעל, יהא בעצם בקיומו כדי לקדם, להאדיר ולהעצים את שיתוף הפעולה העסקי בין שני אדירי הקונצרנים במשק. שיתוף כזה, בתנאים של האידנא ולצרכים של היום, לצנינים יהא בעיני מי שקידום תחרות בראש מעיניו. מאידך, בעוד שמצאתי טעמים שונים מדוע עלול הקונסורציום להפחית תחרות בעסקים, לא מצאתי לשיקולים אלה משקל נגד של ממש.

באלה הנסיבות, לא על דרך מתן של פטור מהחובה לפנות לבית הדין תיכון תפארתה של תחרות. הגעתי לכן לכלל החלטה, וטעמיה מפורטים, שלא להפעיל סמכותי לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים. הקושיות המשפטיות הכרוכות בהפעלת קונסורציום אנרגית המזרח התיכון - אם יבחרו המבקשים להפעילו הלכה למעשה - ראוי להן כי יובאו בפני בית הדין להגבלים עסקיים, לבחינתו ולהחלטתו. לכן אם ירצו הצדדים לפעול במסגרת ההסדר הכובל נשוא בקשה זו, עליהם להתכבד ולפנות בטרם מעשה לבין הדין להגבלים עסקיים, בבקשה כי יתרצה ויאשר להם לעשות כן.



רשות ההגבלים העסקיים

2. מפת דרכים

החלטה זו עוסקת במספר נושאים הנגזרים מהבקשה שבפני, ואלה הם:

1. משק הגז הטבעי.
 2. קונסורציום הקניינים הגדולים.
 3. על מתן פטור לפי סעיף 14.
 4. קונסורציום אנרגית המזרח התיכון כמיזם המשותף.
 5. השפעת המיזם המשותף על התחרות במישור המכרז הממשלתי.
 6. היבטים אופקיים בקונסורציום אנרגית המזרח התיכון.
 7. היבטים אנכיים בקונסורציום אנרגית המזרח התיכון.
 8. היבטים קונגלומרטיים בקונסורציום אנרגית המזרח התיכון.
- אדון באלה, ראשון - ראשון, ואחרון - אחרון.

3. משק הגז הטבעי

גז טבעי משמש בעולם כתשומת ייצור חשובה. השימוש בגז טבעי כדאי: הוא מוזיל את עלות הפקת האנרגיה, והוא ידידותי לסביבה. עם זאת, גז טבעי קל מהאוויר ונדף, ועל כן הובלתו מהווה קושי טכנולוגי מורכב, בשונה ממשאבי אנרגיה אחרים כגון נפט או פחם שניתן להובילם בדרכים פשוטות יחסית. השימוש בגז הטבעי כתשומת ייצור בעולם החל להתפתח באופן נרחב רק מעת שנמצאו פתרונות להובלתו, בשנות השבעים של המאה החולפת.¹ על אף שחלפו יותר ממאה שנים מאז פותחה טכנולוגיית הובלת הגז הטבעי, נותרה הובלתו מכשול לניצולו.

כיום מקובלות שתי דרכים עיקריות להובלת גז טבעי:

1. הובלה בתשתית צינורות - הגז מועבר בלחץ גבוה (כ-70 אטמוספרות) מנקודת הרכישה עד לנקודות פיצולו למערכת צריכה מקומית. מערכת מקומית זו מעבירה גז ליעדו בלחץ נמוך יותר, הן לתעשייה (בין 20 ל-40 אטמוספרות) והן לצריכה ביתית (בלחץ נמוך בהרבה).

¹ J.Ridgeway & B. Conner, *New Energy* (Beacon Press, Boston, 1975), ch. 7



רשות ההגבלים העסקיים

2. הובלת "גז מנוזל" - הגז מוקפא ונדחס, ומובל באניות לצרכן. בנקודת הרכישה מופשר הגז, וממנה הוא מובל בצינורות ליעדו הסופי. גז מנוזל, הובלתו יקרה בהרבה - כדי 60% - מהובלת גז בצינורות ממקום הפקתו,² ושיטת הובלה זו מנוצלת לכן במדינות חסרות קשר יבשתי לספקי הגז הטבעי, דוגמת יפן, קוריאה, או טיוואן.

בחינה כלכלית-היסטורית של משקי גז טבעי מחייבת הבחנה בין מדינות שבתחומיהן שדות גז, למדינות שאינן כאלה, והתייחסות לסוגיות שבתחום יחסי הסחר הבינלאומי.³ כך, למשל, בעקבות משברי הנפט העולמיים, גדל קצב צריכת הגז הטבעי באופן ניכר.⁴ ועוד, מטבעם של דברים, ככל שמדינה מרוחקת משדות גז - פיסית או פוליטית - תקשה מלאכת כינונו של משק הגז בה. בהינתן מערכת הנסיבות הגיאופוליטיות של מדינת ישראל, כינונו של משק הגז הטבעי לא היה אפשרי בעבר.

גז טבעי אינו משמש כיום מקור אנרגיה בישראל.⁵ משק האנרגיה הישראלי ניזון כיום משני מקורות אנרגיה עיקריים: נפט גלמי על מוצריו השונים, ופחם. צריכת האנרגיה במשק נחלקת בעיקרה בין אלה: חברת החשמל (הצורכת פחם ומוצרי נפט), והתעשייה, התחבורה ומשקי הבית (הצורכים בעיקר מוצרי נפט).

גורמים בינלאומיים אשר ערכו בדיקות בישראל עבור מנהלת פרויקט הגז הטבעי מצאו, כי לפחות בשנים הראשונות להקמת משק הגז בישראל, עיקר צריכתו צפויה להיות עבור משק ייצור האנרגיה - בין משק החשמל, ובין צרכני אנרגיה גדולים אחרים, אשר יוכלו לחסוך דרך כך בעלויותיהם. כך, צופות ההערכות, אם יוקם משק גז טבעי בישראל, חזוי כי בשנותיו הראשונות יהיה משק החשמל הצרכן העיקרי בו, בשיעור ניכר מאד.⁶ ענפי התעשייה השונים, ובעיקר התעשייה הכבדה והפטרוכימית, חזויים לצרוך כרבע מצריכת הגז הטבעי, ומשקי הבית חזויים לצרוך בשיעור של חמישה עד עשרה אחוזים מכלל התצרוכת המקומית.

מאפייני צריכה אלה שונים מהמאפיינים המקובלים במדינות בהן קיימים משקי גז טבעי משכבר הימים, שבהן קטן חלקו של משק החשמל יותר מזה החזוי אצלנו ביחס לשלב הפעילות הראשון.

² מנתונים שנמסרו לידי ממנהלת פרויקט הגז הטבעי עולה, כי באירופה מחיר גז בצינור הוא \$2.5 ל-MBTU (Million British Thermal Units), בעוד שמחיר גז מנוזל הוא \$4 ל-MBTU.

³ H.W. Maull, *Natural Gas and Economic Security: New Problems for the West* (The Atlantic Institute for International Affairs, Paris, 1981).

⁴ Id.

⁵ אין לבלבל בין גז טבעי, ובין גז פחמני מועשר (גפ"מ); זה האחרון משמש בישראל מקור אנרגיה, אשר רמת הביקוש לו עולה - בין היתר בגין המחיר הנמוך יחסית שנקבע לו בישראל.



רשות ההגבלים העסקיים

ההסבר לשוני נעוץ בעיקרו בעלויות הסבת התשתיות לגז טבעי ומאפייני ההתקשרות הקשיחים הנדרשים, אשר על משמעותם אעמוד בהמשך הדברים.

לגז הטבעי יתרונות כמקור אנרגיה, הן במבנה העלויות השוליות שלו, והן במבנה העלויות הקבועות שלו. אשר למבנה עלויות שוליות, הרי עלות השימוש בגז עשויה להגיע כדי מחצית מעלות השימוש במקורות אנרגיה קיימים. לדוגמא, עלות הפקת 1 קילואט חשמל באמצעות פחם מוערכת להיות \$1,400 לערך, לעומת \$750 בהפקה באמצעות גז טבעי. בנוסף, השימוש בגז הטבעי אינו כרוך בפליטת גזים רעילים לחלל האוויר, ולפיכך הוא ידידותי יותר לסביבה, ובעקיפין זול יותר לשימוש.

אשר למבנה עלויות קבועות של שימוש בגז הטבעי, אף כאן ניכרים יתרונות הגז בהשוואה למקורות אנרגיה קיימים. למשל, השימוש בגז הטבעי - להבדיל מהשימוש בפחם - אינו מצריך כמות גדולה של מי קירור, ולכן הוא חסכוני יותר בשטח הנדרש להקמת תחנת כוח. זאת ועוד, תחנות כוח המופעלות באמצעות גז - בניגוד לכאלה המופעלות באמצעות פחם, שהובלתו היבשתית יקרה מאד - אינן נדרשות להיות בקרבת נמלים. בכך גדלה הגמישות בבחירת אתר להקמת תחנת כוח המופעלת באמצעות גז. בכך גם מוזלות עלויות הקמת אותן תחנות.

אם יש לשימוש בגז טבעי יתרונות רבים, מוסכמה מקובלת היא כי הבאתו לארץ וקידום השימוש בו מחייבים מעורבות ממשלתית ניכרת. כך מתחייב לא רק מטיב העניין בו עסקינן - תחום האנרגיה, המאופיין ממילא במעורבות ממשלתית מאסיבית - אלא גם מאילוצים אשר במסגרת המקובל במקומותינו מחייבים הסדרה רגולטורית.

כמה טעמים לכך.

ראשית, הקמתו של שוק גז טבעי מצדיקה, אף מחייבת במקטעים מסוימים שלה, מתן זכיון בלעדי לגוף אחד לפעול ללא תחרות. הובלת הגז קוראת להקמת תשתית פיסית רחבת היקף, מנקודת הרכישה ועד לנקודות הצריכה השונות ברחבי הארץ. בדומה להובלת החשמל והמים, מהווים היבטים שונים של הובלת הגז סוג של "מונופול טבעי". זהו מצב בו פירמה יחידה מייצרת - בענייננו, מבצעת את הובלת הגז - ביעילות רבה יותר מאשר שתי פירמות או יותר, שכן העלות הממוצעת בטווח הארוך פוחתת עם הגידול בייצור. במצב כזה תביא תחרות בין מספר פירמות לתוצאה יעילה פחות מאשר פעולה של פירמה יחידה.⁷

⁶ ההערכות הן כי לפחות בשלבים הראשונים יצרוך משק החשמל כדי 70% מסך צריכת הגז הטבעי.

⁷ על מונופול טבעי, משמעותו והסדרתו ראה: W.K. Viscusi, J.M. Vernon & J.E. Harrington, Jr., *Economics of Regulation and Antitrust* (MIT Press, Cambridge, 2nd ed., 1995) ch. 11-13.



רשות ההגבלים העסקיים

שנית, מעבר מאסיווי לשימוש בגז טבעי אינו עניין של מה בכך. רכיב ההוצאה הקבועה לשימוש במקורות אנרגיה קיימים מהווה עבור המשתמשים הקיימים הוצאה שקועה (sunk cost), ששיעורה משליך על כדאיות המעבר לשימוש בגז טבעי. מצד הביקוש לגז הטבעי, יידרשו צרכנים תעשייתיים ופרטיים להתאים את אמצעייהם לצריכת גז על מנת ליהנות מיתרונותיו. בוודאי בהקשרם של משק החשמל ושל התעשייה מדובר בתכנון לטווח הארוך של השקעות, אשר תעצבנה תהליכי ייצור לשנים ארוכות. על-כן צפוי כי ביקוש לגז טבעי ייווצר בהיקף נרחב אך אם תוענק מידה מסוימת של בטחון להשקעות אלה.

שלישית, הקמת שוק גז טבעי מצריכה תהליכים סבוכים, לרבות ההתקשרות עם ספק זר, בחוזים קשיחים וארוכי-טווח,⁸ שהליך כריתתם מורכב ויקר.⁹ להתקשרות יש היבטים מורכבים של יחסים בינלאומיים,¹⁰ בוודאי בזירה מדינית רגישה כשלנו. בשלבים שונים של עיצוב משק הגז העתידי בישראל נדונה (וככל הנראה נדחתה) אפשרות ביצוע פעולות אלה במישרין בידי הממשלה, כפועל יוצא מהיבטים אלה של ההליך בו מדובר.

יוער, כי בעוד שתחרות בפועל אינה יעילה במקרה של מונופול טבעי, קיומה של תחרות פוטנציאלית יכול, בתנאים מסוימים, להיות רב חשיבות, ואף להשפיע מבחינה כלכלית על מידת הרגולציה של המונופול ועל טיבה: William J. Baumol, John D. Panzar and Robert D. Willig, *Contestable Markets and the Theory of Industrial Structure* (Harcourt Brace Jovanovich 1982). ראה גם Dennis W. Carlton & Jeffrey M. Perloff, *Modern Industrial Organization* (Harper Collins Publishers 1990), בעמודים 113-114 וכן בעמוד 787 ואילך. על פרשנות סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים, ועל הדין החל בישראל לעניין הכרזה על מונופולין המוסדר גם בדין אחר, ראה ערר 7/95 **בזק נ' הממונה על הגבלים עסקיים** (8 במאי 1997, טרם פורסם).

⁸ החוזים המקובלים בענף הם מסוג של "take or pay": על הקונה לשלם עבור הכמות עליה התחייב בחוזה, גם אם לא צרך את הגז בפועל. ראה: J.H. Muleherin, "Complexity in Long-Term Contracts: An Analysis of Natural Gas Provisions" 2 *Journal of Law, Economics, and Organization* 105 (1986) 108-111.

⁹ התקשרות בחוזים לאספקת גז יקרה, הן בגין מורכבותם והן הערבויות הגבוהות הנדרשות בדרך כלל בהקשר להם. מורכבות חוזי הגז הטבעי ועלות כריתתם הפכו אותם לסוגיה עיונית מושכת עבור מלומדי משפט וכלכלה. כך, למשל 8 Muleherin, supra note; וכן: R.G. Hubbard & R.J. Weiner, "Efficient Contracting and Market Power: Evidence From the U.S. Natural Gas Industry" 34 *Journal of Law and Economics* 25 (1991).

¹⁰ ראה: H.W. Maull, *Natural Gas and Economic Security: New Problems for the West* (The Atlantic Institute for International Affairs, Paris, 1981).



רשות ההגבלים העסקיים

מכאן עולים שני מאפיינים עיקריים של הליך הקמת משק גז טבעי בישראל. מאפיין אחד הוא, כי הקבוצה המתקשרת תידרש למידה גדולה של אמינות ויציבות, הן נוכח מורכבות הליכי ההתקשרות לרכישת הגז ועלותם, והן נוכח היציבות הנדרשת בכדי לאפשר מעבר לשימוש בגז טבעי; במיוחד חשובה יציבותם של השותפים המקומיים בכל קבוצה.¹¹

מאפיין שני הוא, כי מקטעים מסוימים במשק הגז לא יפתחו לתחרות, ובהם יוענק זכיון לגורם אחד. בחירת אותו גוף תהא, כמתחייב מהדין, באמצעות מכרז ממשלתי, במסגרתו רבים וטובים יתחרו, אולם אחד בלבד יזכה. בהמשך הדברים ארחיב על משמעות התחרות שתיווצר בין המתמודדים במכרזים אלה.

בבקשתם למתן הפטור מדגישים הצדדים כי הובלת הגז, שיווקו והספקתו מחייבים "לפחות במשך התקופה הראשונית עד הגעת משק הגז הטבעי לבשלות, היווצרות של מונופול טבעי... אופיו של משק הגז הטבעי כפרוייקט תשתית לא מאפשר תחרות". בחברתם בקונסורציום אנרגית המזרח התיכון מבקשים הם להתמודד במשותף על זכויות משק הגז, כאשר לגישתם "חוק משק הגז הטבעי... סביר כי יכלול הוראות מפקחות... תוך שמירה על התחרות, מניעת אפליה ופיקוח על המחירים". כך, לשיטת המבקשים, יהיה לגוף אחד - שהם מבקשים להיות בעליו - מעמד מונופוליסטי בהיבטי התשתית של משק הגז העתידי. כאמור לעיל, סבורני כי הצדק עמם, ולכך חשיבות בהקשר הדיון שאנו עורכים כאן.

4. קונסורציום הקניינים הגדולים

טרם אדון בעיקרם של דברים, מצאתי לנכון להזכיר עניין קודם אשר בא בפני רשות ההגבלים העסקיים בתחום זה, של רכישת גז טבעי ממצרים מידי מונופול הגז המצרי, Egypt Trans Gas Company (להלן - "ETGC").¹² מדובר בבקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק, שעניינה שיתוף פעולה בין קניינים גדולים לרכישת גז ממצרים, ואשר נענתה בחיוב בידי הממונה על הגבלים עסקיים. אף אם אין לבקשה ההיא השלכה ישירה על ענייננו, ראוי כי תוזכר כאן, נוכח סמיכותה בזמן ובעניין.

אגב בחינת השאלה כיצד עדיף וכדאי לממש את האפשרות המתהווה לרכוש גז מידי ETGC, הגיעה מנהלת פרוייקט הגז, לאחר בדיקות שביצעה בסיוע גורמים בינלאומיים, ולאחר התפתחויות שונות ובחינת חלופות שלא יצאו לפועל, לכלל מסקנה כי במשא והמתן לרכישת הגז

¹¹ יציבותו של גוף כזה תובטח גם בהרכב שותפים שיהיה פחות מונומנטלי מזה שהוצב במסגרת קונסורציום אנרגית המזרח התיכון. ראה להלן.

¹² כאמור, לאחרונה פורסמה אפשרות יבוא גז טבעי גם מרוסיה, אולם ככל הנראה סוגיה זו בחיתוליה ולא נרחיב בה.



רשות ההגבלים העסקיים

ישותפנו "לקוחות גדולים" ישראלים, שאמורים היו לנהל עם ETGC משא ומתן - כל אחד מהם עבור עצמו - על יסוד "מחיר בסיס" ראשוני ונמוך יחסית.

בדצמבר 1995 החל הליך איתור "הלקוחות הגדולים" ובחירתם. בעקבות הליך זה קם קונסורציום לרכישת גז טבעי ממצרים (להלן - "קונסורציום הקניינים הגדולים"), בו חברו זה לזה חברת החשמל בע"מ, מפעלי ים המלח בע"מ, אנרגית המזרח התיכון, חיפה כימיקלים בע"מ ובתי זיקוק לנפט בע"מ. שיתוף הפעולה בין אותם "לקוחות גדולים", שהם גופים מסחריים מקומיים, חייב כמובן קבלת אישור הממונה על הגבלים עסקיים, וכאמור אישור כזה אכן ניתן.¹³

תכלית קונסורציום הקניינים הגדולים היתה לאפשר לכל אחד ממשתתפיו לנהל משא ומתן עם ETGC על בסיס צרכיו-הוא, הן לכמות והן לפרופיל הצריכה. לשון אחר, תכלית החברה היתה להקים מנגנון מכוחו יוכלו קניינים פוטנציאליים מקומיים גדולים לנהל משא ומתן משותף עם המוכר המונופוליסטי הזר, בכדי להשיג תנאי רכישה משופרים עבור עצמם, ובעקיפין - עבור המשק הישראלי. בהקמת קונסורציום הקניינים הגדולים היה, לפי הנטען, כדי לשפר את תנאי רכישת גז ממצרים, ובכך להוזיל את עלות הגז הטבעי בישראל ולשפר את התחרות בשוק האנרגיה.

עם זאת, הבסיס לקיום קונסורציום הקניינים הגדולים, כמו גם מטרת קיומו, היה תחום ומוגבל. לא בשותפות עסקית רגילה בין הקניינים הגדולים דובר, אלא במסגרת שכלליה יוצאי דופן לפחות בשני מובנים. ראשית, בדלת אמותיה הורשה לבוא, ללא הגבלה, כל מי שמאפייניו הם כשל "קניין גדול". שנית, איש מבין השותפים לא רשאי היה להגיע לכלל עמדת שליטה בקונסורציום הקניינים הגדולים. בכך הוקנה לקונסורציום הקניינים הגדולים אופי מעין-ציבורי, כמיזם "פתוח", שיעדיו תחומים, ושמטרתו הכלכלית המצומצמת בהיקף ובזמן. על הרקע המיוחד הזה ומכות הסמכות הגלומה בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, ניתן להסדר שכונן את קונסורציום הקניינים הגדולים פטור מהחובה לקבל אישורו של בית הדין להסדר כובל.

על-פי שנמסר לי מאת מנהלת פרוייקט הגז הטבעי, עולה כי קונסורציום הקניינים הגדולים התערער ואינו מהווה עוד - לפחות בשלב זה - אפשרות מעשית להסדרת יבוא הגז ממצרים. ככל הנראה, דחיית דרישות מסחריות מסוימות, שהועלו בידי השותפים לקונסורציום כלפי המדינה, הביאה את הקונסורציום לקצו בטרם עת. מסתמא, קונסורציום אנרגית המזרח התיכון במתכונתו העכשווית בא לעולם על יסוד התערעורת קונסורציום הקניינים הגדולים. אף בקשת הפטור שבפני, והכפילות המסוימת שבין חברי קונסורציום הקניינים הגדולים לחברי קונסורציום אנרגית המזרח התיכון, יסודה כנראה בקץ מוקדם זה.

¹³ החלטה על מתן פטור מאישור בית הדין להסדר כובל בעניין פרוייקט הגז הטבעי (8.10.1996), טרם פורסם.



רשות ההגבלים העסקיים

ההסדר שבא בפני במסגרת הבקשה הנוכחית למתן פטור, עניינו הקמת קונסורציום אנרגית המזרח התיכון, אך אין דומה קונסורציום אנרגית המזרח התיכון לקונסורציום הקניינים הגדולים עליו ניתן פטור מכוח סעיף 14 לחוק. קונסורציום הקניינים הגדולים תוכנן כשיתוף פעולה מיוחד בין הממשלה לבין הסקטור הפרטי, שאין בו שליטה לשום גורם יחיד, ותוך שנקבע מראש ונשמר אופיו הפתוח, לרבות שמירת מניות בו לשותפים עתידיים. לא כך בענייננו. בקונסורציום אנרגית המזרח התיכון, מבקשים הצדדים לחבור לרכישת גז, להובלתו, לשיווקו ולהספקתו, לעשות כן לתקופה ארוכה, ואף להגביל כניסת שותפים חדשים להסדר. אכן, בפנינו שותפות מסחרית רגילה, וגם בכך היא שונה מקונסורציום הקניינים הגדולים. כשותפות מסחרית רגילה היא נבחנת להלן.

5. על מתן פטור לפי סעיף 14

האם ניתן, מכוח הסמכות המוקנית לממונה על הגבלים עסקיים בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, ליתן פטור לכור, לכלל, למשאב, לדור ולמפעלים הפטרוכימיים, מלפנות לבית הדין להגבלים עסקיים, ולבקש כי ישקול הוא האם לאפשר הקמת קונסורציום בבעלות גופים אלה, שיעדו להוות לאורך שנים ארוכות מונופול תשתיתי במשק הגז העתידי של מדינת ישראל? כדרך הדברים, התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כל עיקר, אף חשיבותה רבה: בעיקר נוכח המשקל שחזוי להיות לגז הטבעי במשק האנרגיה העתידי של מדינת ישראל, נוכח התחזית הסבירה כי התפתחות משק הגז בישראל צפויה להזיז את עלויות צריכת האנרגיה בישראל, נוכח הצורך לקיים תחרות הן בצד אספקת מקורות אנרגיה חלופיים והן בצד צריכתם, ונוכח משקלם של המבקשים במשק האנרגיה הישראלי בפרט ובמשק הישראלי בכלל.¹⁴

טרם בחינת התשובה, ראוי כי נתעכב קמעה וניזכר בתשתית שמציב הדין לבחינת השאלה.

ראשית, סמכות בית הדין. רק לבית הדין הסמכות ליתן **אישור** להסדר כובל. סעיפים 7-13 לחוק ההגבלים העסקיים קובעים את סמכות בית-הדין להגבלים עסקיים לאשר הסדר כובל "אם סבור הוא כי הדבר הוא לטובת הציבור" (סעיף 9 לחוק ההגבלים העסקיים). החוק מצווה כי בכל דיון בבית-הדין להגבלים עסקיים לאישור הסדר כובל "הממונה יוזמן להשמיע בפני בית הדין את עמדתו וטענותיו בעניין הבקשה" (סעיף 8(א) לחוק ההגבלים העסקיים), ומנחה את בית-הדין כיצד לבחון את "טובת הציבור", תוך שהוא מציב רשימה של שיקולים שיש לבחון אל מול הנזק שעלול להיגרם לציבור כתוצאה מקיומו של ההסדר (סעיף 10 לחוק ההגבלים העסקיים). שיקולים אלה, עיקרם תרומת ההסדר לשיפור התחרות בעסקים בדרכים שונות (סעיפים קטנים 1, 3 ו-4) והבטחת

¹⁴ כאמור, הגז הטבעי עשוי לשמש אף כתשומת ייצור בענפי תעשייה שונים מלבד כתשומה במשק האנרגיה.



רשות ההגבלים העסקיים

אינטרסים כלכליים ואחרים (סעיפים 2, 5, 6 ו-7).¹⁵ לשון אחר, החוק מנחה את בית הדין לאשר הסדר כובל "אם התועלת הצפויה לציבור תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לציבור" (סעיף 10),¹⁶ כאשר בבסיס הדברים יצוק הערך הגדול של פיתוח תחרות, שימור תחרות, וטיפוח היעילות הנגזרת כמעט בכל הנסיבות מקיומה.¹⁷

שנית, סמכות הממונה. לממונה הסמכות ליתן **פטור** מהחובה לפנות לבין הדין, ולקבל אישורו להסדר הכובל. בהפעלת הסמכות לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, על הממונה לבחון האם המיזם המשותף, שמבקשים הצדדים להקים, יגביל אך באופן "לא משמעותי" את התחרות בעסקים. בדומה לבית הדין, רשאי הממונה להתנות את מתן הפטור להסדר הכובל בתנאים, ואף רשאי הוא לבטלו בהמשך הדרך.¹⁸

¹⁵ על הפרשנות הראויה - והמצמצמת - להוראות אלה ניתן להקיש מקביעת בית הדין להגבלים עסקיים באשר לצורך לפרש פרשנות מצמצמת את הוראות הפטור שבסעיף 3 לחוק ההגבלים העסקיים. ראה: תה"ע 1393 **בנק אדנים למשכנתאות בע"מ ואח' נ' המועצה הישראלית לצרכנות** (טרם פורסם).

¹⁶ בטרמינולוגיה כלכלית, החוק מאפשר לבית הדין לאשר הסדר כובל גם אם לא מתקיים באישור מצב של יעילות Pareto. ראה R. Cooter & T. Ulen, *Law and Economics* (Addison-Wesley, 2nd ed.), pp. 41-42 (1996). ראה לעניין זה גם את גישת בית-הדין להגבלים עסקיים בתה"ע 465/96 **דטה-קאר בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים** (טרם פורסם), בעמ' 29 לפסק-הדין.

¹⁷ ראה (1995) 1 *Oxford Economic Papers* 47 "Concepts of Competition" J. Vickers. לתפיסה אינסטרומנטלית של התחרות על-ידי בית המשפט העליון ראה ע"א 18/86 **מפעלי זכוכית ישראליים פניציה בע"מ נ' Les Verreies de Saint Gobain**, פ"ד מה(3) 224: "[ה]תחרות, שבחברה כחברתנו היא נתפסת כחובית ורצויה, כאמצעי לשיפור האיכות, היעילות העסקית והשירות לצרכן" (השופט נתניהו, שם, בעמ' 232).

¹⁸ אגב הדיון בסעיף 14, ראוי לזכור כי מכוחו רשאי הממונה לפטור הן הסדרים כובלים לפי סעיף 2(א) לחוק, והן הסדרים כובלים לפי סעיף 2(ב) לחוק בהם כלולה תמיד פגיעה בתחרות: "מעת שההסדר בא בשערי החוק כהסדר כובל, בין אם הגיע בנתיב של סעיף 2(א) ובין אם הגיע בנתיב של סעיף 2(ב), תבחן בבית הדין להגבלים עסקיים שאלת אישורו על-פי התועלות והנזקים הכרוכים באישורו לציבור. יכול שפגיעתו של הסדר בתחרות תהא קלה למרות שהוא נמנה על ההסדרים הנזכרים בסעיף 2(ב) לחוק. מאידך, יכולה פגיעתו של הסדר בתחרות להיות קשה, גם אם הוא נופל רק במסגרת סעיף 2(א) לחוק. ההקשר היחיד בו מבחין המחוקק בין הסדרים כובלים על-פי מידת פגיעתם בתחרות, הוא סעיף 14 לחוק, המאפשר לממונה לפטור את הצדדים להסדר מלקבל את אישור בית הדין מקום בו שוכנע "שההסדר מגביל באופן לא משמעותי את התחרות". למותר לציין כי אין בסיס לטענה כי הממונה איננו רשאי לתת פטור מכח סעיף 14 לחוק לגבי הסדרים המנויים בסעיף 2(ב) לחוק" (תה"ע 1393 **בנק אדנים למשכנתאות בע"מ ואח' נ' המועצה הישראלית לצרכנות** (טרם פורסם), בעמ' 19).



רשות ההגבלים העסקיים

מהאמור לעיל עולה, לכאורה, כי הממונה מעניק "פטור" מהסדר כובל, בעוד שבית הדין מעניק "היתר" להסדר כובל. ספק בעיני אם להבדל במינוח חשיבות של ממש. מקום בו מעניק הממונה פטור כדין, אין עוד על הצדדים חובה לפנות לבית הדין לבקש היתר, ומבחינתם (בכפוף לערר, אם יוגש) מותר להם מאותה העת לנהוג כמי שקיבל היתר להפעלת ההסדר. מכאן, ההבחנה בין סמכות הממונה לבין סמכות בית הדין נעוצה, ככל הנראה, בהיקף הסמכות, ולא בתוצאת הפעלתה. הממונה רשאי להתיר אך ורק אותם הסדרים כובלים שאין בהם פגיעה משמעותית בתחרות, ואילו בית הדין רשאי להתיר כל הסדר כובל, לרבות כזה שיש בו פגיעה משמעותית בתחרות. הלכה למעשה, נוכח סמכות הממונה שבסעיף 14, בפני בית הדין יבואו מלכתחילה בעיקר אותם הסדרים כובלים שיש בהם לדעת הממונה חשש לפגיעה משמעותית בתחרות.

שתי הערות מתבקשות לגבי סמכות הממונה שבסעיף 14.

הערה אחת היא, כי כאשר הסדר כובל פוגע באופן לא משמעותי בתחרות בעסקים, יש יתרון לבחינת ההסדר בידי הממונה בפריזמה של סעיף 14 לחוק, כמנגנון חליפי להבאת ההסדר בפני בית הדין. הליך בפני בית הדין אורך פרק זמן משמעותי, והוא כרוך בהוצאות ניכרות. מקום בו השתכנע הממונה בהחלטה מנומקת כי מתקיימים תנאי סעיף 14, מאפשר הדבר לצדדים להסדר הכובל לחסוך זמן, טרחה והוצאות משפטיות, אשר היו נדרשים בהליך בפני בית-הדין להגבלים עסקיים. בכך בא סעיף 14 למנוע בזבוז משאבים, שאין תועלת בצדו: העלויות שתיזקפנה לצדדים להסדר כובל שאינו פוגע באופן משמעותי בתחרות, כתוצאה מהתדיינות לגביו בבית הדין להגבלים עסקיים - על מורכבותה, הזמן הכרוך בה ועלותה - מהוות נטל עודף (deadweight loss), הנגרע מרווחת הציבור ללא כל פריזם בצדו. במובן זה, השימוש בסעיף 14 מיישם מטרה חברתית ראויה: למנוע בזבוז משאבים בכלל, וזמן שיפוטי יקר בפרט, מקום בו השתכנע הממונה להפעיל סמכותו לפי סעיף 14 לחוק.¹⁹ בנוסף, נוכח מורכבות ההליך המשפטי ופרק הזמן הכרוך בו, יהא לעתים השימוש בסמכות הממונה מכוח סעיף 14 דרך עדיפה להוציא מן הכוח אל הפועל הסדר כובל, אשר יישומו נדרש בדחיפות גדולה, ובלבד שעומד הוא במבחני סעיף 14 לחוק.²⁰ יתרון קם בהפעלת סמכות לפי סעיף 14 בידי הממונה גם בהקשר זה, שהחלטתו ליתן פטור כפופה לערר, וממילא ניתן להביא בפני בית הדין כל החלטת פטור שנותן הממונה.

¹⁹ הסמכת הממונה על ההגבלים העסקיים להעניק פטור מאישור הסדר כובל כאמור בסעיף 14 לחוק ההגבלים היא חידוש של חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. ראה בג"צ 136/84 המועצה הישראלית לצרכנות נ' יו"ר המועצה להגבלים עסקיים ואח', פ"ד לט(3) 265, 270: "חוק [ההגבלים העסקיים, התשי"ט-1959] הסמיך את המועצה [להגבלים עסקיים] ואותה בלבד לאשר הסדר כובל" (הדגשה במקור).



רשות ההגבלים העסקיים

הערה שניה היא, כי עת שבוחן הממונה הסדר כובל במשקפי סעיף 14 לחוק, ראוי כי יבחן את התמונה הכללית שבפניו. המדרג הנורמטיבי שקובע חוק ההגבלים העסקיים באשר לאישורו של הסדר כובל, כמו גם תוצאת השימוש בסעיף 14 כפי שתוארה לעיל, מלמדים כי על הממונה לבחון הן את השלילה הכרוכה בקיומו של הסדר כובל פלוני, והן את החיוב - אם יש כזה - הכרוך בו, בכדי לקבוע אם ההסדר עלול לפגוע באופן משמעותי בתחרות בעסקים, והאם יש להתנותו בתנאים כלשהם.

על רקע נורמטיבי זה אתקדם לבחינת בקשת הפטור שבפני: לבחינת משמעות היות קונסורציום אנרגית המזרח התיכון מיזם משותף, ולבחינת החששות שמעלה המיזם לתחרות בעסקים.

6. קונסורציום אנרגית המזרח התיכון כמיזם משותף

קונסורציום אנרגית המזרח התיכון הוא "מיזם משותף" בין הגופים החברים בו. "מיזם משותף" (joint venture) הוא חברה של מספר גורמים לשם השגת מטרה משותפת.²¹ כמגוון מטרות החברה האפשריות, כך מגוון השפעותיו של מיזם משותף על התחרות.²² הכל תלוי בזהות המתקשרים, באינטראקציה העסקית ביניהם - בפועל ובכוח - מחוץ למסגרת המיזם המשותף, בנסיבות השוק בו פועלים השותפים למיזם, בזיקה בין המיזם לבין עסקי השותפים לו, ובמטרת המיזם.

המונח "מיזם משותף" רחב אדרת הוא ורב-פנים, לכן נדרשת בחינה מהותית של השפעותיו על התחרות בעסקים. ידועים בהקשר זה דברי השופט Black:

²⁰ אין לשכוח כי דרך פעולה זריזה יחסית קמה גם בפני בית הדין, מכוח סעיף 13 לחוק ההגבלים העסקיים, המאפשר קבלת היתר זמני מבין הדין להפעלתו של הסדר כובל; אולם נראה כי בקשה להיתר זמני צופה פני הליך בקשה להיתר קבוע, על כל הכרוך בה במובן האמור לעיל.

²¹ J.F. Brodley, "Joint Ventures and Antitrust Policy" 95 *Harvard Law Review* 1521 (1982); R. Pitofsky, "Joint Ventures under the Antitrust Laws: Some Reflections on the G.M Grossman Significance of Penn-Olin" 82 *Harvard Law Review* 1007 (1969); & C. Shapiro, "Research Joint Ventures: An Antitrust Analysis" 2 *Journal of Law, Economics, and Organization* 315 (1986). ראה לאחרונה H. Hovenkamp, "Exclusive Joint Ventures and Antitrust Policy, Columbia Business Law Review 1 (1995). וראה הדין לעיל, בעמוד 17 ואילך.

²² P. Areeda & L. Kaplow, *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases* (Little, Brown and Co., Boston, 4th ed., 1988) at pp.270-271.



רשות ההגבלים העסקיים

"Nor do we find any 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".²³

ככלל, שניים הם היתרונות העיקריים הכרוכים בהקמתו של מיזם משותף: האחד, צירוף גורמי הון (פיסי, אנושי וידע), ועל-ידי כך השגת יכולת שאינה אפשרית ללא הצירוף; והשני, פיזור הסיכון הטמון בהצלחת פרוייקט מסוים בין שותפיו.²⁴ תכליתו של המיזם המשותף באיחוד כוחות כלכליים לשם השגת מטרה, ועל דרך כך - פיזור הסיכון בין החוברים, ואפשר גם איחוד גורמים מקצועיים מתחומים שונים. לעתים תהא החברה במיזם משותף חיונית להשגתה של מטרה: כאשר אין גורם אחד אשר ביכולתו להגיע עדיה, אם בגין הסיכון הכרוך בה, אם בגין דרישות ההון הכרוכות בה, ואם בגין המומחיות המיוחדת הנדרשת לה. במקרה כזה - אך בתלות במאפייני המיזם האחרים - יכולה להיות למיזם המשותף השפעה חיובית על התחרות, בפתיחת שווקים חדשים או בכניסת מתחרים חדשים לשווקים קיימים.

לעומת זאת, מקום בו החוברים הם מתחרים בפועל או בכוח, חבירתם במיזם משותף עלולה להיות איום מוחשי על התחרות בעסקים. לכל הפחות, מיזם משותף הוא תווך נוח לתיאום בין מתחרים, ואף כר נוח לחילופי מידע בין מתחרים.²⁵ במובן זה - וראה להלן - מיזם משותף יבוא בכלל הגדרת "הסדר כובל" שבסעיף 2 לחוק.

מעבר לכך, מקום בו מועברים משאבים גדולים למיזם המשותף, איחוד הכוחות הכלכליים שמאחורי מיזם יכול להיות בעל משמעות דומה למיזוג,²⁶ אם בכלל ואם בתחום מסוים, ועל

²³ *Timken Roller Bearing Co. v. U.S.*, 341 US 593 (1951) 598.

²⁴ ניתן להקטין באמצעות גיוון את הסיכון הכרוך בהשקעות, כלומר להשקיע במספר פרוייקטים: בהנחה שהסיכונים בפרוייקטים השונים בלתי תלויים, יקטין גיוון ההשקעה את שונות תוחלת התשואה על ההשקעה, קרי, גיוון ההשקעה יקטין את הסיכון שבהשקעה.

²⁵ אשר לנפקות לפי החוק של חילופי מידע בין מתחרים, ראה החלטת הממונה על הגבלים עסקיים - קביעת קיומו של הסדר כובל בעניין פעילות איגוד סוכנויות השחקנים, ההגבלים העסקיים (הוצאת ועד מחוז תל-אביב לשכת עוה"ד), כך א', בעמוד 86.

²⁶ H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The* גם ; Areeda & Kaplow, *supra* note 22. *Law of competition and its Practice* (West Publishing Co., St. Paul, 1994) at pp. 195-196.



רשות ההגבלים העסקיים

המיזם המשותף להבחן בהתאם.²⁷ כך יהיה, למשל, אם הסכם כינון המיזם המשותף מסיר מעשית את החומות בין החוברים, והם הופכים להיות מנוהלים בידי גוף אחד.²⁸

המגבלות שמטיל מיזם משותף על התחרות הוכרו זה מכבר בפסיקה האמריקאית. בית המשפט האמריקאי קבע כי יש לבחון מיזמים משותפים באספקלריה של פגיעתם בתחרות, בפסק הדין הידוע בעניין Penn-Olin:²⁹

"Certainly the formation of a joint venture and purchase by the organizers of its stock **would substantially lessen competition -- indeed foreclose it -- as between them**, both being engaged in commerce. This would be true **whether they were in actual or potential competition with each other** and even though the new corporation was formed to create a wholly new enterprise. **Realistically, the parents would not compete with their progeny...**

The joint venture, like the "merger" and the "conglomeration," often creates anticompetitive dangers. It is the chosen competitive instrument of two or more corporations previously acting independently and usually competitively with one another. The result is "a triumvirate of associated corporations." **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

²⁷ פרק ג' לחוק ההגבלים העסקיים.

²⁸ בעניינו, כפי שעולה מבחינת קונסורציום אנרגית המזרח התיכון והקשיים לתחרות שהוא מציב, סיווגו הנכון של המיזם המשותף הוא כמובן לתחום ההסדרים הכובלים.

²⁹ *U.S. v. Penn-Olin Chemical Co. et al.*, 378 U.S. 158 (1964), 169-170. באותו עניין קבע בית המשפט שם כי יש להחיל על מיזם משותף, בנסיבות המקרה, כללים מקבילים לאלה החלים על מיזוג. אצלנו יכול מיזם משותף להיחשב הסדר כובל, או מיזוג, בתלות בנסיבות העניין. כאן, בנסיבות קונסורציום אנרגית המזרח התיכון, אמת המידה לבחינת השפעת המיזם היא זו של הסדר כובל, ולא של מיזוג.



רשות ההגבלים העסקיים

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...

Overall, the same considerations apply to joint ventures as to mergers, for in each instance we are but expounding a national policy enunciated by the Congress to preserve and promote a free competitive economy."
(emphasis added.)

באותו פסק דין קבע בית המשפט מבחנים שונים, נכחם ניתן לבחון את מידת הפגיעה בתחרות הכרוכה במיזם משותף, ובהם: מספר המתחרים ומעמדם בשוק; הרקע לאופן בו הגיעו המתחרים למעמדם בשוק - הדרך בה גדלו בו; כוח השותפים למיזם המשותף; מארג היחסים העסקיים בין השותפים למיזם המשותף; התחרות הקיימת בין השותפים למיזם המשותף, וכוחו של כל שותף למיזם כלפי מתחרים של שותף אחר למיזם; נסיבות ייסוד המיזם המשותף; הסיבות לקיום המיזם המשותף, ומידת נחיצות קיומו; תחום הפעולה של המיזם המשותף, והיחס בין תחום פעולה זו לבין עסקי כל שותף למיזם; מידת ההתאמה של תחום פעולת המיזם המשותף לדרכי פעולה לא תחרותיות; כוחו הפוטנציאלי של המיזם המשותף בשוק בו יפעל; דפוס התחרות שהיה קיים בשוק אילו אחד השותפים למיזם היה פועל בו בעצמו, שלא במסגרת המיזם, ובמקרה כזה - ההשפעה שהיתה על התחרות לאפשרות כניסת השותף האחר למיזם לפעילות באותו התחום; ונסיבות אחרות אשר יצביעו על סיכון אפשרי לתחרות בשוק כתוצאה מהקמת המיזם.

גם אצלנו הוכר זה מכבר הקשר בין מיזם משותף לבין פגיעה בתחרות.³⁰ ביטוי לכך מצוי בהחלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין "דלקן 2000":³¹

"שיתוף פעולה עסקי בדמות מיזם משותף, שבו מתארגנים שני גופים או יותר לפעולה משותפת הכרוכה בהשקעה משותפת, עלול לקפל בחובו פגיעה בתחרות והוא מעלה את החשש כי עריכתו תהא בבחינת הסדר כובל..."

³⁰ לבחינת מעמדו של מיזם משותף כהסדר כובל במשפט הישראלי, ראה גם מ' מזרחי, "מיזם משותף כהסדר כובל" **משפטים** כ"ג (תשנ"ד) 213. בקהילה האירופית, Council Reg. (EEC) No. 4064/89. עוסק בהסדרת פעילויות שעלולות להעלות את הריכוזיות בשווקים. Article 3 שם מעניק פטור למיזם משותף, אולם רק במידה שאין בו כדי לפגוע בתחרות בין הצדדים למיזם לבין עצמם או בין הצדדים למיזם עצמו.

³¹ קביעת הממונה על הגבלים עסקיים בדבר הסדר כובל בין חברות הדלק "דלק" ו"סונול" לשיווק משותף של מערכת "דלקן 2000" (26.1.1997, טרם פורסם), בעמ' 16-17 להחלטה.



רשות ההגבלים העסקיים

ככל שמשקלם של צדדי המיזם המשותף בשוק הרלבנטי גדול יותר, הסכנה לתחרות הטמונה במיזם המשותף רבה יותר.

שיתוף הפעולה בין מתחרים ברכישה ובפיתוח של מוצר מסוים מעלה חשש משמעותי כי הוא יפגע בתחרות ביניהם בשוק המוצר עצמו בו הם מתחרים ישירים. עוד מעלה המיזם המשותף את החשש כי מעגל שיתוף הפעולה בין המתחרים המתאחדים ילך ויתרחב אל עבר תחומים נוספים השונים מתחום פעילותו של המיזם המשותף. יחסי הקירבה המסחרית הנרקמים בין המתחרים בעקבות הרכישה המשותפת של התשומה, עלולים להידרדר לכלל הידברות מפורשת למניעת תחרות, וזאת במסגרת המפגשים השוטפים שיערכו בין המתחרים לצורך תיאום הרכישה. במפגשים אלו עשויים הצדדים להחליף ביניהם מידע עסקי העלול להביא לצמצום התחרות במידע הסופי, שלא לציין את החשש שהדברים יגיעו כדי תיאום מחיר המוצר.³²

אף בית-הדין להגבלים עסקיים בחן את סוגיית המיזם המשותף, בתה"ע 465/96 דטה-קאר בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (7.7.96, טרם פורסם), וקבע:

"כעקרון... כל מיזם משותף שולל מהצדדים את החופש להתחרות בו אף אם אין בהסכם ההקמה הגבלה מפורשת על תחרות".³³ (הדגשה במקור).

הזיקה בין מיזם משותף לבין סכנת הפגיעה בתחרות נובעת בין היתר מרוחבו של סעיף 2 לחוק, ומהעובדה שיש לפרשו פרשנות תכליתית, שיעודה הגנה על התחרות במשק הישראלי.³⁴ ברוח זו קבע נשיא בית-המשפט המחוזי בירושלים, השופט זילר,³⁵ בדבריו החודרים שכבר צוטטו הרבה, כי חוק ההגבלים העסקיים -

"נועד 'לדכא', בין השאר, עוצמות כלכליות גדולות, והניסיון למצוא דרכים אין 'לחלחל' החוצה מהמעטה שהחוק עטף בו את הוראותיו, חזק לכן שבעתיים והוא צפוי מראש...

³² באותו עניין נקבע, כי הקמת מערכת תדלוק משותפת לחברות הדלק "דלק" ו"סונול" - "דלקן 2000" מהווה הסדר כובל. הסדר, אשר החל במערכת שיווק ונמתח לתחרות בין החברות בתזקיית הדלק. עמ' 21 לפסק-הדין.

³⁴ על סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, ראה החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין הסכמי בלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק, ההגבלים העסקיים (הוצאת ועד מחוז תל-אביב לשכת עוה"ד), כרך א, בעמוד 41; החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין התקשרויות לאספקת ורכישת קמח כשר, שם, בעמוד 63.

³⁵ ת"א (י-ם) 396/87 קיסין ואח' נ' פטרולגז ואח', ההגבלים העסקיים (הוצאת ועד מחוז תל-אביב לשכת עוה"ד) כרך ב' 245, 260-261.



רשות ההגבלים העסקיים

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".

גישה זו לחוקי הגבלים עסקיים אינה ייחודית לנו. כך התבטא השופט Hughes כי -

As a charter of freedom, the [Sherman] Act has a generality and adaptability comparable to that found to be desirable in constitutional provisions.³⁶

עד כאן, על קונסורציום אנרגית המזרח התיכון כמיזם משותף.

7. השפעת המיזם המשותף על התחרות במישור המכרז הממשלתי

7.1. על טיבו של מכרז תחרותי לקבלת זכיון מונופוליסטי

מכרזים מהווים דרך התקשרות מועדפת במנהל הציבורי בישראל. פסיקה עשירה התפתחה בהקשר זה מזה שנים, והחובה להתקשר באמצעות מכרז אף קיבלה עיגון בחוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992, ובתקנות שהותקנו מכוחו.³⁷ גם מקום בו קם ספק, האם חוק חובת מכרזים חל נוכח לשונו המצומצמת, וגם בהקשרים בהם אין הממשלה מתקשרת בחוזה לרכישת נכס או שירות, או לביצוע עבודה עבודה, נוהג במקומותינו הוא להיעזר בשיטת המכרז כדרך עדיפה להתקשרות בין הממשלה לבין גוף פרטי.³⁸

במסגרת זו נוהגת הממשלה מזה שנים לא מעטות להעניק זכיונות שונים על דרך המכרז, מתוך הנחה כי בכך תובטח טוב יותר תקינות המנהל הציבורי, ומתוך הכרה בצורך לבחור בזוכה אחד מני מבקשים רבים לפי קריטריונים פומביים, ידועים מראש, ובני-בחינה וביקורת. הגבלת מספר

³⁶ *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. 344, 359-360 (1933).

³⁷ תקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993; תקנות חובת המכרזים (העדפת תוצרת הארץ, וחובת שיתוף פעולה עסקי), התשנ"ה-1995; תקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הבטחון), התשנ"ג-1993.

³⁸ ראה החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין הסדר כובל בין המתחרים במכרז בזק, ההגבלים העסקיים (הוצאת ועד מחוז תל-אביב לשכת עו"ד), כרך א', 71.



רשות ההגבלים העסקיים

הזכאים לפעול בתחום פלוני (entry regulation), מחייבת ברירה לקביעת זהות אותם מעטים-נבחרים מבין כל המבקשים הפוטנציאליים. דרך פעולה זו באה לכלל ביטוי במגוון תחומים, ובהם (כדוגמאות גרידא) הקמת כבישים (כביש מספר 6, מנהרות הכרמל), שידורים לציבור (זכייני הכבלים, זכייני ערוץ 2, בעלי זכות שימוש בערוץ הקניות), תקשורת (שיחות לחו"ל, טלפוניה סלולרית), מים וביוב, תחבורה, וכיוצא באלה.

בכלל אלה בא גם פרויקט הגז הטבעי: למרות שהתוכניות למימושו לא הגיעו לכלל קונקרטיזציה מלאה, סביר ביותר וצפוי כי הן תכלולנה בחירת זכיון על דרך המכרז.

אם שיטת המכרז יתרונות רבים לה,³⁹ הרי בהקשר פרויקטים המחייבים הענקת זכיון מונופוליסטי לפרק זמן ניכר, רבה חשיבותה עוד יותר. כפי שהוזכר לעיל, מקטעים ממשק הגז יהיו מונופול טבעי. במצב של מונופול טבעי אין אפשרות לשפר יעילות באמצעות תחרות; יעילות השוק תותנה דווקא בהעדרה של תחרות.⁴⁰ דא עקא, שמונופולין סובל מנטייה לצמצם יצור ולהעלות מחירים, מנטייה לגרוף לכיסו את העודף החברתי,⁴¹ ומשורת חוליים במישור איכות המוצרים, גיוונם, והשירות הניתן בהקשרם.

לכן מחייבת רווחת הציבור רגולציה של מונופולים טבעיים. קיימים סוגים שונים של רגולציה כזו, דוגמת בעלות ממשלתית במונופול,⁴² פיקוח על המחירים, או פיקוח על איכות מוצרים ושירותים. עריכת מכרז כדרך להענקת זכיון בלעדי - franchise bidding - מהווה אף היא אפיק לרגולציה של מונופולין,⁴³ בתחומים בהם פועל גוף מכוחו של זכיון בלעדי ובתנאים של העדר תחרות.^{44,45}

³⁹ ועלותם בצדם; אך בזו הסוגיה לא נרחיב כאן.

⁴⁰ ראה Viscusi, Vernon & Harrington, supra note 7, at ch. 12-13.

⁴¹ J. Tirole, *The Theory of Industrial Organisation* (MIT Press, 1988), ch. 1.

⁴² בעלות ממשלתית על מונופול היתה מקובלת כפתרון - אמנם בעייתי בהחלט, ומגמת ההפרטה תוכיח - לבעיית המונופולין, במובן זה שזכות הבעלות מקנה לממשלה אפשרות לקבוע למונופול את דפוסי פעולתו השונים, לרבות מה ייוצר ובאילו כמויות, זהות הספקים, המחיר שמוכן יהיה המונופול לשלם עבור חומרי גלם, עלות ההון, זהות המועסקים, גובה המשכורות, חלוקת רווחים, וכיוצא באלה. לכן מחייבת הפרטת מונופולין הקמת מערכות פיקוח רגולטוריות, חלף זכות הבעלות שאבדה. כעניין שבשיגרה מוקמות בעולם, אגב הפרטה, רשויות חדשות לפיקוח על המונופולין המופרט.

⁴³ O.E. Williamson, "Franchise Bidding for Natural Monopolies - in General and with respect to CATV", 7 *Bell Journal of Economics* 73 (1976).



רשות ההגבלים העסקיים

הגיון השימוש במכרז, כדרך להסדרת תחום פעילות לגביו מעניקה המדינה זכיון מונופוליסטי, הוא זה, שאם ex ante יתחרו הזכיינים-בכוח על קבלת הזכיון, תיצור ההתמודדות חיקוי מוצלח-יחסית לתנאי שוק תחרותיים בתקופה בה יפעל הזכיון כמונופוליסט. אם הליך המכרז עצמו מתנהל בתנאי שוק יעיל, יהיה המנצח במכרז זה אשר יציע לעורך המכרז את התנאים הטובים ביותר. ההתמודדות על הצעת התנאים הטובים ביותר במכרז, משמעה כי בשלב עריכת המכרז מתקיים שוק תחרותי בין המתמודדים על קבלת הזכיון. אותו שוק תחרותי עשוי לחקות, לפי תפיסה זו, את התנאים אשר היו שוררים בשוק המונופוליסטי שלאחר הזכייה, אילו היה נתון מלכתחילה בתחרות.⁴⁶

אמנם, הזוכה במכרז אינו מתחייב להיות יעיל יותר בפעולתו, ממה שהיו מתחריו אילו היו הם זוכים במכרז - על התחייבות כזאת כלל לא ניתן היה לפקח; אולם הזוכה במכרז מתחייב על תוצאות טובות יותר לפעולתו מאשר כל מתחריו במכרז, אם כלפי עורך המכרז (תשלום עבור הזכיון), ואם כלפי ציבור הצרכנים (מחיר, איכות או מגוון השירותים או המוצרים שיציע). בכך תוחם לעצמו הזוכה במכרז, המקבל לידי כוח מונופוליסטי מכוח זכיון ממשלתי בלעדי, את תנאי

⁴⁴ לדיין סוגיות אלה בהקשר שוק הגז הטבעי, ראה: P.W. MacAvoy, D.F. Spulber & B.E. Stangle, "Is Competitive Entry Free? Bypass and Partial Deregulation in Natural Gas Markets," 6 *Yale Journal on Regulation* 209 (1989).

⁴⁵ ראה 399 F. 2d 953 (1968), 959-960 *Natural Gas Co. v. Federal Power Commission*. שם נקבע כי - "This is not a field where merchants are in a continuous daily struggle to hold old customers and to win new ones over from their rivals. In this regulated industry a natural gas company (unless it has excess capacity) must compete for, enter into, and then obtain Commission approval of sale contracts in advance of constructing the pipeline facilities. In the natural gas industry pipelines are very expensive; and to be justified they need long-term contracts for sale of the gas that will travel them. Once the Commission grants authorization to construct facilities or to transport gas in interstate commerce, once the distributing contracts are made, a particular market is withdrawn from competition. The competition then is for the new increments of demand that may emerge with an expanding population and with an expanding industrial or household use of gas".

⁴⁶ סבוכה השאלה כיצד לנסח תנאיו של מכרז כזה, בכדי להגיע למטרה הראויה המתוארת לעיל: שהרי לא כל תנאי שוק עתידי מתאים לצפייה מראש, לא על כל התחייבות שניתנה במכרז תחרותי ניתן לפקח, ולא בהכרח תהא תוצאת המכרז שיקוף נכון של העדפות צרכניות שהיו קמות בשוק תחרותי אמיתי. עם זאת, יחסית לדפוסים אלטרנטיביים להסדרת שוק מונופוליסטי, לשיטת המכרז התחרותי יתרונות רבים.



רשות ההגבלים העסקיים

השוק בהם יפעל. בגלל אופיו התחרותי של הליך המכרז, תנאי שוק אלה אינם מונופוליסטיים בתוכם, אלא קרובים יותר לתנאי שוק תחרותיים. אם יפעיל הרגולטור מנגנון יעיל של פיקוח לוודא כי הזוכה במכרז אכן מקיים את התחייבויותיו, יכולה התוצאה הסופית להיות יעילה למדי, חרף כך שהשוק בו פועל הזכיין מתפקד בתנאי מונופולין.

עמד על כך בהקשר מקביל, ובהתייחס לתחום הגז טבעי, המלומד Herbet Hovenkamp:⁴⁷

“A natural gas pipeline... might be a natural monopoly. In that case, the market would be served most efficiently by a single supplier at any given time. The market itself is “contestable,” however. **Dozens of suppliers could offer bids for the opportunity to build the pipeline, and if there were true competition among the bidders, the resulting price would be competitive**”. (emphasis added).

יתרון נוסף הוא בכך, שהתוצאה הרצויה הזו מושגת מבלי שתידרש, מצד רשויות המדינה, קביעה רגולטורית באשר לתנאי הסובסטנטיוויים של השוק הרלוונטי. הענקת זכיון בלעדי על דרך המכרז מאפשרת לצמצם את המידה שבה מוכתבים נהלים עסקיים, אמות מידה עסקיות, תשומות ייצור או תפוקות, בידיו של רגולטור ממשלתי. בכך מאפשר מכרז להענקת זכיון לצמצם את מעורבות הממשלה בחיים כלכליים בכלל, ובהחלטות עסקיות מהותיות בפרט. מכרז כזה מקטין את מידת השרירות והביורוקרטיה בהם לוקה כל מעורבות ממשלתית בחיים כלכליים,⁴⁸ והוא מאפשר לתחום את מעורבות הממשלה, בעיקר לכדי ניהול המכרז ולאכיפת תנאיו על הזוכה. זאת ועוד, בצמצום התערבות המדינה בשווקים מושגת יעילות גם על דרך חסכון בעלויות מידע. בעוד שבהתערבות שלטונית ישירה בשוק, מוטלות על המדינה עלויות איסוף מידע גבוהות (לשם הבנת מבנה השוק וכימות תנאיו עבור זוכים שונים), עלויות אלה נחסכות במכרז על הזכיון, שכן הן מוטלות על המתחרים במכרז, הצופים מה תהיינה עלויותיהם בשלב הפעלת הזכיון, ומן הסתם עושים זאת עבור עצמם טוב יותר מהאופן בו היתה עושה זאת עבורם רשות ממשלתית כלשהי.⁴⁹

⁴⁷ Hovenkamp, supra note 26, at p. 509.

⁴⁸ H. Demsetz, “Why Regulate Utilities?” 11 *Journal of Law and Economics* 55 (1968).

⁴⁹ הצדדים לבקשה ציינו כי על ספק הגז המונופוליסטי צפוי להיות מושת פיקוח ממשלתי; ציפייה זו סבירה היא, אולם אין בה כדי לשלול את היתרונות שמקנה תחרות על קבלת הזכיון בשלב המכרז. קיומו של פיקוח סטטוטורי על מונופולין אינו פוטר מעול דיני ההגבלים העסקיים, ואינו מייתר את חשיבות תחולתם ואת השיקולים הנשקלים במסגרתם. ראה בזק נ' הממונה על הגבלים עסקיים, הייש 7 לעיל.



רשות ההגבלים העסקיים

כתוצאה מכך, הענקת זכיון בלעדי באמצעות מכרז מצטיינת ביתרונות חשובים. היא מאפשרת, ככל הנראה, באמצעות תחרות בין גופים פרטיים בשלב עריכת המכרז, השגת תנאי שוק תחרותיים יחסית בשוק שהוא, במהותו, מונופול טבעי. היא גם מקטינה את מידת התערבות הממשלה בפעילות השוק, מוזילה את פעילות הממשלה, ומקטינה את ההסתברות לטעות ממשלתית שיסודה בהעדר מידע, או באפשרות המוגבלת לעבדו מתוך התחשבות בפרמטרים הייחודיים לכל אחד מהמתמודדים על קבלת הזכיון.

7.2. תנאים הכרחיים להצלחת הליך המכרז התחרותי

עריכת מכרז תחרותי לקבלת זכיון מונופוליסטי מהווה אמצעי לתחמת כוחו של הזכיון, להשגה בשוק מונופוליסטי של תנאים הקרובים יחסית לתחרות, לצמצום מעורבות ממשלתית בשוק, ולהקטנת עלויות. ואולם, תנאי הכרחי לתוצאות חיוביות אלה הוא קיום מתחרים במספר מספיק בשלב המכרז.⁵⁰ בהעדר מספר מספיק של מתחרים, נפגעת התחרות בשלב הקצאת הזכיון, וממילא יורדים לטמיון במידה חלקית או מלאה יתרונות המכרז התחרותי, ובמקום תועלת עלול לצמוח מעריכתו נזק משמעותי.⁵¹

להצלחת המכרז נדרשים תנאים נוספים, ובהם חוסן כלכלי ראוי למתמודדים במכרז, וכן מניעת ניגודי עניינים בין נושא המכרז לבין תחומי עיסוק אחרים של המתמודדים בו.

אשר לדרישה שעניינה חוסנם הכלכלי של המתמודדים, מכרזי תשתית מחייבים בדרך כלל חוסן כלכלי ניכר של המתמודדים השונים. שני טעמים לכך. ראשית, ההשקעה הנדרשת מהזוכה במכרז כזה בדרך כלל אינה מבוטלת כלל ועיקר. שנית, הזוכה במכרז מתחייב על-פי רוב לשורה של תנאים כלכליים, שיסודם בהנחות שהוא מניח לגבי תנאי השוק העתידיים ומידת הצלחתו העסקית; הסיכון שטעה מוטל, לפחות בחלקו, על כתפי הזכיון, ועליו להיות מסוגל לעמוד בתנאים הטובים שהבטיח גם אם תנאי השוק אינם כפי שצפה, וגם אם לא הצליח בפעולתו כפי שחזה. מובן כי לכך נדרש חוסן כלכלי ניכר.

נקודה זו, של חוסן כלכלי, חשובה לענייננו. התמודדות במכרזי תשתית - דוגמת מכרזי גז טבעי - נעשית בין קבוצות, שכל אחת מהן פרי שיתוף פעולה בין גופים שונים. במקביל, במכרזים אלה קמה חשיבות לחוסנה הכלכלי של כל קבוצה מתמודדת - אך חשיבות מיוחדת קמה לחוסנם הכלכלי של השותפים המקומיים בכל קבוצה המתחרה במכרז. הואיל והמחויבות, שנוטלת על עצמה קבוצה המתמודדת במכרז, מקומית כולה, יש משמעות מיוחדת לחוסנו הכלכלי של המרכיב

⁵⁰ קבע בהקשר דומה השופט Douglas כי: "Unsuccessful bidders are no less competitors than the successful one". ראה 376 U.S. 651 (1964), 661. *U.S. v. El Paso Natural Gas Co.*

⁵¹ נזק כזה יכול לבין היתר את ההוצאות הישירות והעקיפות בגין עריכת המכרז, ואת העדרו של פיקוח משמעותי על פעולת הזכיון-המונופוליסט לאחר קבלת הזכיון.



רשות ההגבלים העסקיים

הישראלי בכל קבוצה מתמודדת. מחויבותו המקומית של המרכיב הישראלי בכל קבוצה, ויכולת האכיפה השלטונית כלפיו של מחויבויות הקבוצה, גדולים יותר מאשר מחויבות הגורם הזר או יכולת האכיפה כלפיו. במדינת ישראל מספר מוגבל של גופים בעלי חוסן כלכלי גדול, כזה הנדרש במכרז תשתית גדול, ולכן שיתוף פעולה בין-קונגלומרטי עלול לפגוע בהצלחתו של מכרז תחרותי, על-ידי הקטנת מספר המתחרים.

אשר לתחומי העיסוק האחרים של המתמודדים, יש לבחון ניגודי עניינים אפשריים בין נושא המכרז (בענייננו - תחום הגז הטבעי), לבין תחומי עיסוק אחרים של המתמודדים במכרז. לדוגמא, במכרז לזכיון על תשומות ייצור (כגון חשמל, דלק או גז טבעי), העובדה שגוף המשתתף במכרז (אם הוא פועל בשוק תחרותי) הוא גם צרכן גדול של תשומות אלה, עלולה להעניק לו יתרון יחסי מול מתחריו. דוגמא נוספת: כאשר גוף המשתתף במכרז כזה עוסק גם בייצור או באספקה של מוצר מתחרה, עלול הדבר להעניק לו יתרון יחסי מול מתחריו. במקרים אלה קם חשש כי אותו גוף יביא בחשבון את היותו צרכן של תשומות הייצור או את היותו יצרן או ספק של המוצר המתחרה, והצעתו במכרז תושפע משיקולים זרים. בכך תיווצר החצנה שלילית (negative externality) על גורמים שונים במשק.

7.3. יישום - השפעת קונסורציום אנרגית המזרח התיכון על התחרות בשלב המכרז

קונסורציום אנרגית המזרח התיכון כונן על אדני המכרזים הצפויים במשק הגז בישראל. סעיף 10.1 להסכם השותפות לקונסורציום קובע כך:

"השותפים מסכימים כי השותפות תשתתף על-פי החלטת השותף הכללי, בכל מכרז של מדינת ישראל המצוי במסגרת מטרות השותפות. בהתאם, השותפים מתחייבים כי יפעלו כמיטב יכולתם כדי שהשותפות תקיים את תנאי המכרז האמור, תשתתף ותזכה בו".

יישום הניתוח שערכנו לעיל בסוגיית המכרז התחרותי בתחום הגז מלמדת כי מקבילית הכוחות, שבאה לכלל ביטוי בקונסורציום אנרגית המזרח התיכון, עלולה לכאורה להיות לה השפעה שלילית במספר היבטים.

ראשית, בשותפות זו חוברים שני הקונגלומרטים הגדולים במשק: קונצרן כור, וקונצרן אי.די.בי.-כלל. שילוב הכוחות הזה, מטיבו ומטבעו, מצמצם את התחרות בין הקונצרנים, ונוכח מרכזיותם במשק הישראלי, עלולה להיות לכך השפעה משמעותית בהקשר המכרזים שיפורסמו בתחום הגז. מכרזים אלה טרם פורסמו, ולכן רב בהם הנסתר על הגלוי; ואולם בין אם עניין לנו במכרז אחד לכל שלבי הפרויקט, ובין אם בשני מכרזים או יותר, ברור כי נוכח היקף הפרויקט וחשיבותו, עדיף בהחלט היה כי **כל אחד** מהקונצרנים האמורים יתחרה במכרז בנפרד. במובן הזה, שיתוף הפעולה הבין-קונגלומרטי עלול לפגוע בתחרות בשלב המכרז.

לשון אחר, שיתוף הפעולה בין קונצרן כור לבין קונצרן אי.די.בי.-כלל, פוגע בפוטנציאל לתחרות במכרזים שתערוך מדינת ישראל להענקת זכויות מונופוליסטיים בתחום דוגמת הגז הטבעי.



רשות ההגבלים העסקיים

תוצאת החבירה הבין-קונגלומרטית היא, לכן, הקטנת התחרות הפוטנציאלית (potential competition) במכרז על זכויות הגז הטבעי. פגיעה בתחרות הפוטנציאלית הוכרה זה מכבר בארצות הברית ובאיחוד האירופי כעילה להתערבות במיזמים משותפים.⁵² לא למותר לציין, כי דוקטרינת "התחרות הפוטנציאלית" פותחה בארצות-הברית דווקא על רקע מכרזי גז טבעי.⁵³

שנית, הפגיעה בתחרות כתוצאה משילוב הכוחות הבין-קונגלומרטי מתחזקת על רקע חשיבותם של שותפים מקומיים בפרוייקט הגז הטבעי, כפי שזו הוסברה בעמוד הקודם. לכן מעלה שילוב בין שני גופי ענק (בהקשר המשק הישראלי), חשש לפגיעה בתחרות על קבלת הזכיון הממשלתי בתחום הגז.

שלישית, ובשולי הדברים, החוברים בקונסורציום אנרגית המזרח התיכון צפויים להיות צרכנים משמעותיים של גז טבעי, והם מחזיקים החזקות ניכרות בתחום זיקוק הדלק ושיווקו. גם בכך עלול לקום קושי בהיבט התחרות במכרז.

8. חששות לתחרות הנגזרים מהיבטים אופקיים בקונסורציום אנרגית המזרח

התיכון⁵⁴

כאשר גופים המתחרים זה בזה באותם ענפים משתפים פעולה, ברי שקם חשש מוחשי לפגיעה בתחרות בעסקים. שיתוף פעולה בין מתחרים מונע תחרות במישור האופקי; בכך נפגעת רווחת הציבור, תוך הגדלת רווחת המתחרים-בכוח.

במצב של תחרות נאבקים המתחרים זה בזה על כיסו של הצרכן - בין באמצעות הורדת מחיר המוצר ובין באמצעות שיפור איכותו וגיוונו - ובכך מובטחת לאורך זמן השאת הרווחה החברתית, במובן זה שמשאבי המשק המוגבלים תמיד ינוצלו באופן יעיל יותר. שונה המצב כאשר מתחרים משתפים פעולה בינם לבין עצמם, ואינם מתחרים עוד על כיסו של הצרכן. שיתוף הפעולה בין מתחרים מביא בעיקרו להורדת הרווחה הכללית, תוך העלאת רווחת המתחרים החוברים על חשבון הכלל.

⁵² Id., at pp.508-509. לעיגונה של תפיסה זו בהקשרם של מיזמים משותפים, ראה *U.S.*

Penn-Olin Chemical Co. et al., 378 U.S. 158 (1964).

⁵³ ראה *U.S. v. El Paso Natural Gas Co.*, 376 U.S. 651 (1964).

⁵⁴ חלק זה מוסיף לדיון שנערך בחלק 6 לעיל.



רשות ההגבלים העסקיים

זאת ועוד: מקום בו מדובר בשיתוף פעולה של גופים הפועלים במספר ענפים, שיתוף פעולה שלהם בענף אחד מעורר חשש לשיתוף פעולה, או לפחות לתחרות מועטה יותר, בענפים האחרים בהם פועלים אותם גופים.⁵⁵

הגופים החוברים בקונסורציום אנרגיית המזרח התיכון פועלים במספר רב של שווקים, וקיים לכאורה חשש שחברתם זו תהווה כלי לשיתוף פעולה באותם ענפים, או לפחות שקיומה יביא להפחתת עוצמת התחרות שהיתה מתקיימת בינם לבין עצמם בשווקים אלה בהעדר שיתוף פעולה ביניהם בתחום המיזם.⁵⁶ כך, לא משום כוונה רעה כלשהי של העושים במלאכה באותם גופים, ולמרות שהם עושים מלאכתם ביושר ובתום לב, אלא מפני שכך טבעו של שיתוף פעולה בין גופים מתחרים, שלאורך זמן יש בו כדי להקטין תחרות ולא להאדירה. כפי שאמר בזמנו בהקשר אחר השופט Douglas,⁵⁷ בדבריו המצוטטים הרבה -

The fact that they are not vicious men but respectable and social-minded is irrelevant."

חשש זה מתגבר נוכח החזקות השותפים בתחום תזקידי דלק והפצתם. לכך שתי סיבות עיקריות. האחת, תזקידי הדלק מהווים תשומה חיונית במרבית ענפי היצור והצריכה;⁵⁸ השנייה, הגז הטבעי צפוי באופן סביר להוות, בחלק משמעותי מענפי התעשייה והצריכה, מוצר תחליפי לתזקידי הדלק.

באשר לסיבה הראשונה, הרי שפגיעה בתחרות - אם תהיה כזאת - בענף המהווה את אחת החוליות הראשונות והראשיות בשרשרת הייצור, תגרור בעקבותיה פגיעה בכל אחת מהחוליות הבאות בשרשרת. לשון אחר, ייקור תשומות הייצור, אם יבוא, יגרור בעקבותיו את ייקור הייצור בכל הענפים הנזקקים לתשומות אלה, במישרין או בעקיפין.

⁵⁵ ליישום תפיסה זו ראה החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין הסדר כובל בין זכייני הערוץ השני, ההגבלים העסקיים (הוצאת ועד מחוז תל-אביב לשכת עוה"ד), כרך ב', 7. בהקשר דומה מבחינה מבנית (אם כי לא מבחינה היקפית) נאמר שם: "בעניינו המדובר הוא בשני ענפים רלוואנטיים שכנים... התארגנות לרכישה משותפת עלולה להקל ולעודד תיאום" (שם, בעמ' 17). וכן: "החשש התחרותי... הגלום בהתארגנות לרכישה משותפת הוא חלחול התיאום ברכישה... לענף בו המתארגנים הם מתחרים ישירים" (שם, בעמ' 20).

⁵⁶ ראה טקסט לה"ש 81 להלן.

⁵⁷ *United States v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 495 (1948) 536.

⁵⁸ על חשיבות הדלק כמוצר חיוני והמוני, ראה החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין הסכמי בלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק, ההגבלים העסקיים (הוצאת ועד מחוז תל-אביב לשכת עוה"ד), כרך א, בעמוד 41.



רשות ההגבלים העסקיים

לא למותר להזכיר כאן, אפילו ידועים הדברים היטב, כי מערך הפיקוח על ההגבלים העסקיים עושה מזה שנים ארוכות מאמצים ניכרים להעצים את מידת התחרותיות בענף שיווק תזקיקי הדלק. חלק ממאמץ הממונה להגברת התחרות בא לכלל ביטוי בפעולתו לבטל מסגרות שיתוף פעולה בין חברות שיווק תזקיקי דלק. כך, למשל, ההסדר עם החברות פז וסונול כולל התחייבות של החברות לפרק שותפויות מסוימות בתחום פעילותן, שיש להן ולחברת דלק.⁵⁹

קשה בהחלט לראות כיצד המאמץ לפרק מסגרות לשיתוף פעולה בין חברות הדלק המתחרות - מאמץ שיסודו בהשפעה השלילית הניכרת שיש למסגרות כאלה על מידת התחרות בין חברות הדלק - עולה בקנה אחד עם הקמת מסגרות חדשות, ישירות או עקיפות, לשיתוף פעולה בין חברות הדלק המתחרות או בעליהן, דוגמת קונסורציום אנרגית המזרח התיכון.

באשר לסיבה השניה, שליטה על תשומות אנרגיה חלופיות בידי אותו גורם, מעלה חשש מסוים כי לאורך זמן לא תשתקללנה העלויות האמיתיות של תשומות הייצור. קרי, שליטה הן בגז טבעי והן בתזקיקי דלק עלולה, לכאורה, למנוע את שקלול מקורות האנרגיה המיטבי, בהתחשב בעלויות השונות, שכן עלולה להימנע לאורך זמן אותה רמה או טיב של תחרות בין מקורות אנרגיה חלופיים, שהיתה מתקיימת בהעדר שליטה משותפת וצולבת עליהם. אף זהו חשש הכרוך בקיום קונסורציום אנרגית המזרח התיכון במתכונתו המוצעת.

קצרים של דברים: הגופים החוברים בקונסורציום אנרגית המזרח התיכון, הם או בעליהם, מחזיקים שליטה ישירה או עקיפה בנתח ניכר של ענף תזקיקי הדלק ושיווקם. חברתם יחדיו בקונסורציום אנרגית המזרח התיכון מעלה חשש לשיתוף פעולה בין מתחרים אופקיים, שלכל הפחות אין באפשרותי לומר עליה, כי היא אינה מעלה חשש לפגיעה משמעותית בתחרות; חברתם יחד כאמור מנוגדת גם למגמה לפרק מסגרות לשיתוף פעולה בין מתחרים בענף הדלק; והיא אף עלולה לשבש לאורך זמן את התחרות שהיתה מתקיימת באופן רגיל בין תזקיקי הדלק לבין הגז הטבעי.

9. חששות לתחרות הנגזרים מהיבטים אנכיים בקונסורציום אנרגית המזרח התיכון

קונסורציום אנרגית המזרח התיכון עשוי להעניק לחבריו כוח אנכי במשק הגז הטבעי בישראל - כוח פעילות שיש לו, כמוסבר לעיל, גם פן מונופוליסטי משמעותי. כקבוע בהסכם השותפות של הקונסורציום, תכלית החברה היא "ל[עסוק] בייזום וניהול יבוא גז טבעי ו/או גז טבעי נוזלי

⁵⁹ ראה ההסדר המתואר בהחלטת הממונה בה"ש 58 לעיל. מאמץ זה מעוגן היטב לא רק בשכל הישר ובטעמים טובים שבתורת ההגבלים העסקיים; יסודו גם בכך שהסדרים של שיתוף פעולה בין מתחרים עלולים להוות, לפי הדין הנוהג, הסדר כובל אסור.



רשות ההגבלים העסקיים

לישראל, לרבות הספקה, הובלה, הולכה ושיווק שלו". יתרה מכך, בסעיף 10.1 להסכם השותפות נקבע כי: "השותפים מסכימים כי השותפות תשתתף על-פי החלטת השותף הכללי, בכל מכרז של מדינת ישראל המצוי במסגרת מטרות השותפות. בהתאם, השותפים מתחייבים כי יפעלו כמיטב יכולתם כדי שהשותפות תקיים את תנאי המכרז האמור, תשתתף ותזכה בו".

בהיבטים מסוימים, אין השליטה האנכית אלא כלי להשגת שליטה אופקית בשווקים שונים. בהתאם, האיחוד האירופי בוחן שילובים אנכיים על רקע פגיעתם האפשרית בתחרות.⁶⁰ עצמתה של השליטה האנכית היא בסגירת שווקים (market foreclosure)⁶¹ - על-ידי דחיקת מתחרים, הקמת חסמי כניסה והגבתם של קיימים.⁶² טול, לדוגמא, שתי חברות המתחרות בענף מסוים על אספקת חוליית ייצור חיונית. אם אחת החברות תתקשר אנכית עם הפועלים בענף (קרי, לקוחותיה) - בין על דרך מיזוג ובין בדרך אחרת - הרי שתוכל לדחוק מהשוק את החברה השנייה. הטענה היא כי במצב זה יקשה גם על מתחרים בכוח להיכנס לשוק. זאת ועוד, גם אם ההתקשרות תהא עם חלק מהחברות הפועלות בענף, הרי שאר החברות תהפוכנה לתלויות בחברה השנייה, וזו תוכל להעלות מחיריה. בין שני מצבים אלה ניתן למתוח קשת שלמה של מבני שוק, בהם תדחקנה חברות מהענף בו הן פועלות, תוך העלאת רווחי המתקשרים בקשר האנכי. דוגמאות למבני שוק כאלה, יכולות להיות קיבולת מוגבלת של אספקת חוליות ייצור על-ידי היצרניות שלא נקשרו בקשרים אנכיים ולחלופין צמצום הייצור.⁶³

ענף הגז הטבעי בישראל, מעת שיקום, יהווה חוליה חיונית בשרשרת הייצור של תעשיות שונות, במובן דומה לזה שתזיקי הדלק מהווים עתה חוליה חיונית כזאת במשק האנרגיה. תוצאת החבירה של השותפים בקונסורציום אנרגיית המזרח התיכון, אם יזכו במכרז או בזכוין הרלוונטיים, תהא לא רק שליטה אנכית שלהם על משק הגז בישראל, אלא גם איום לכאורה בשליטה אנכית בחוליות ייצור אחרות במשק הישראלי. כפי שיובהר להלן, החוברים בקונסורציום פועלים בענפים רבים במשק, ועל כן שליטה בחוליות ייצור במשק האנרגיה (גז טבעי

⁶⁰ *Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy*, Commission of the European Communities, Brussels (22.01.1997, Com(96) 721 Final).

⁶¹ בספרות העיונית הכלכלית קיימות מחלוקות באשר לאפיון תופעת סגירת שווקים (market foreclosure) ומשמעויותיה המלאות. ראה J. Tirole, *The Theory of Industrial Organization* (MIT Press, 1988), at pp. 193-194.

⁶² ראה: P. Rey & J. Tirole, "The Logic of Vertical Restraints"; J. Tirole, id., at pp. 185-186. ⁶³ P.E. Areeda, *Antitrust Law* (Little, Brown & Co., 1986), vol. 7, at pp. 3-23.

⁶³ להבהרת ההיבטים האנכיים בהקשר הקונגלומרטי, ראה בפסקה 10.3 להלן.



רשות ההגבלים העסקיים

ותזיקי דלק), כמוה כיצירת מבנה אנכי בחוליות ייצור שונות, על משמעויותיו השונות והבלתי רצויות במובן התחרותי.

מכאן, גם בהקשר זה של שילוב אנכי, אינני מסוגל להגיע למסקנה, כי יש ביכולתי להפעיל סמכותי שבסעיף 14 לחוק, לשם הענקת פטור מהסדר כובל לקונסורציום אנרגית המזרח התיכון.

10. היבטים קונגלומרטיים בקונסורציום אנרגית המזרח התיכון

לכאורה, די היה לי בנימוקים שפורטו לעיל בכדי לבסס היטב מדוע אין הבקשה דגן עומדת בתנאי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, היינו מדוע לא שוכנעתי כי מדובר, בהקשר קונסורציום אנרגית המזרח התיכון, בהסדר המגביל אך "באופן לא משמעותי" את התחרות בעסקים. אכן, בפגיעה האפשרית בהליך המכרז להענקת הזכיון, במעורבותם המאסיביות של השותפים למיזם במשק הדלק, ובהיבטים האנכיים הכרוכים במיזם, יש כשלעצמם - ודי היה לכאורה בכל אחד מהם - כדי לבסס מסקנה לפיה אין עלי להפעיל, בנסיבות העניין, את סמכותי ליתן פטור לצדדים מהחובה לפנות לבית הדין להגבלים עסקיים, ולקבל אישורו - אם זה יינתן - כתנאי מקדמי להפעלת קונסורציום אנרגית המזרח התיכון.

עם זאת ומעבר לנדרש, אזכיר מדוע קם טעם נוסף בענייננו, בגינו אין באפשרותי לאשר את הבקשה שבפני, לפטור את הצדדים מהחובה לפנות לבית הדין ולקבל אישור כתנאי להפעלת קונסורציום אנרגית המזרח התיכון. זהו הטעם הקונגלומרטי, הנובע מזהות חלק מהצדדים למיזם ומשקלם הכבד במשק הישראלי. סוגיה זו רבת חשיבות, בהיותה בנשמת אפה של התחרות במשק הישראלי.

10.1. פגיעה אפשרית בתחרות בגין ריכוזיות ובגין שיתוף פעולה בין-קונגלומרטי

קונסורציום אנרגית המזרח התיכון מאחד במסגרת אחת את שני הקונגלומרטים רבי ההשפעה ביותר במשק הישראלי. קבוצת כור, וקבוצת אי.די.בי. כלל שבשליטת משפחת רקנאטי, שלוחותיהן פרוסות מקצה המשק ועד קצהו.

זה משכבר היוו כור, כלל, ואי.די.בי., את שלושה הקונצרנים הריאליים הגדולים במשק; אך מעת שרכשה קבוצת אי.די.בי. שליטה בקבוצת כלל, אשר אותה ככל הניכר היא מפעילה ושבה לפי הנראה היא נוהגת הלכה למעשה מנהג בעלים, התעצמה בהרבה מידת הריכוזיות במשק ונגרע חלקה של התחרות.⁶⁴ המיזוג דה-פקטו שבין קונצרן אי.די.בי לבין קונצרן כלל, כחלק מסבך

⁶⁴ קבוצת אי.די.בי. מחזיקה כיום כמעט 50% מהשליטה בקבוצת כלל, והחזקות אלה מעניקות לה יכולת - וזו אכן מופעלת ככל הנראה הלכה למעשה - לנתב את קבלת ההחלטות בקבוצת כלל מנהג בעלי שליטה, בין היתר במינוי מנהלי קבוצת כלל והחלפתם באישים במינוי קבוצת אי.די.בי. בעבר החזיקה קבוצת



רשות ההגבלים העסקיים

השאלות הכרוכות בו, צובע באור בעייתי מיזמים משותפים - בוודאי מיזמים משותפים חדשים - של כור ושל אי.די.בי.-כלל.⁶⁵

אין ספק כי הגופים המבקשים לחבור בקונסורציום אנרגית המזרח התיכון מהווים במישרין ובעקיפין גורמים בעלי עוצמה כלכלית מרשימה ביותר בנסיבות המשק הישראלי. עוצמה זו מתבטאת בשליטתם על נתח משמעותי מהמגזר הריאלי בישראל, לא כל שכן בניכוי חלקה של הממשלה בפעילות במשק.

ביטוי לכך בא בדצמבר 1995, עת הגישה הוועדה לבחינת ההיבטים של אחזקות הבנקים בתאגידים ריאליים ("ועדת ברודט"), לממשלת ישראל, דין וחשבון מפורט הדן בריכוזיות המשק הישראלי, ובמיקומם של הבנקים והשפעתם במסגרת זו. הוועדה מצאה לנכון, אגב דיוניה, להדגיש את הבעייתיות הנובעת מריכוזיותו הגבוהה של המשק הישראלי.⁶⁶

אי.די.בי. כ-32% במניות כלל, אולם מעת שהקטין בנק הפועלים בע"מ החזקותיו בקבוצת כלל במצוות התיקון לחוק הבנקאות (רישוי), ולאחר ביצוע רכישות נוספות, הגיעה אי.די.בי. ככל הנראה לכלל שליטה כמעט מלאה בכלל, דבר המעלה שאלות סבוכות מתחום דיני ההגבלים העסקיים, בהן לא ארחיב בזו המסגרת. השווה: החלטת הממונה בעניין רכישת מניות "נחשתן" בידי מר גרשון זלקינד; וראה סעיפים 1, 17 ו-21 לחוק ההגבלים העסקיים, והשווה סעיף 1 לחוק ניירות ערך. בעוד שחזקה על המחזיק 50% מאמצעי שליטה כי הוא בעל שליטה, יכול שיחזיק אדם בשליטה אף אם החזקותיו נמוכות בהרבה משיעור זה, לא כל שכן אם מגיעות הן כדי כמעט 50%, או שמכוחן יש בכוחו למנות או לכוון מינויים של מועצת מנהלים או מנהל כללי בתאגיד זה או אחר.

⁶⁵ אינני מתעלם מכך כי משאב, היא עצמה מיזם משותף ומסגרת לפעולה משותפת של כור ביחד עם הקונצרן המשולב אי.די.בי.-כלל; סוגיה חשובה זו חורגת מגבולות החלטה זו, ולא ארחיב בה כאן.

⁶⁶ דין וחשבון הוועדה לבחינת ההיבטים של אחזקות בנקים בתאגידים ריאליים (ירושלים, תשנ"ו-1995). וכך נקבע שם, בעמ' 37: "אחד מהיתרונות הגדולים של תחרות מתבטא בכך שהחלטות עסקיות משמעותיות מתקבלות על ידי "היד הנעלמה" של השוק, ולא על ידי שיקול הדעת או הטעמים של מספר אנשים חזקים. ריכוז שליטה בידי מעטים עלול לפגוע ביציבות המושגת על ידי פיזור מוקדי ההחלטה. במשק ריכוזי מאוד עלולה טעות אנושית או חולשת אנוש של בעל שליטה אחד לגרום לפורענויות כלכליות בסדר גודל לאומי. היווצרות חברות קונגלומרטיות המרכזות כוח כלכלי רב בידי מעטים, להבדיל מפיזור, משמעותה שהרבה יותר עובדים, בעלי מניות, צרכנים והמשק כולו הופכים לכפופים לטעמיהם של קומץ בעלי שליטה בתאגידי ענק. בדומה, נטען כי מספר גדול של עובדים ובעלי מניות, כמו כוח קנייה גדול של סחורות ושירותים, מקנה לפירמות ענקיות אלה יכולת להפעיל כוח פוליטי משמעותי. כוח זה יכול לשמש לבעליו קרדום לחפור בו, למשל כדי לאלץ את הממשלה לסייע בשימור כוח מונופוליסטי, להימנע מהפעלת מערכי פיקוח המיועדים להגן על הצרכן, ולהגן על התאגיד מפני כשלון עסקי. במקרים קיצוניים הדברים יכולים להגיע כדי יכולת השפעה על החלטות מדיניות וחברתיות של הריבון..."



רשות ההגבלים העסקיים

עיקרי המלצות הוועדה ומסקנותיה אומצו על-ידי הממשלה,⁶⁷ ובאופן חלקי על-ידי המחוקק אשר יישמן בתיקון מספר 11 לחוק הבנקאות (רישוי), תשמ"א-1981.⁶⁸ בתיקון חוק זה הביע המחוקק דעתו כי "ריכוזיות גבוהה בפעילות הסקטור העסקי יוצרת סיכונים לתפקודו התקין של המשק במישור הכלכלי, החברתי והמדיני".⁶⁹ הביטוי המעשי לגישה זו, כפי שהשתקף באותו תיקון, היה איסור על הבנקים לשלוט ביותר מקונגלומרט ריאלי אחד.⁷⁰

אכן, החששות מפני עודף ריכוזיות במשק אינם בבחינת חידוש.⁷¹ הם אף אינם ייחודיים למשק הישראלי. שאלת המדיניות הרצויה באשר לריכוזי עוצמה כלכליים, לרבות קונגלומרטים רבי השפעה, מלווה את דיני ההגבלים העסקיים של ארצות הברית עוד מראשיתם.⁷²

מהלך שנים רבות שלטה בכיפת דיני ההגבלים העסקיים בארה"ב גישה אשר שיקפה חשש ניכר -⁷³ כמו גם נכונות להגביל - ריכוזים של כוח כלכלי.⁷⁴ גישה זו, שבאה לכלל ביטוי גם בשנת 1982

⁶⁷ החלטת ממשלה מס' 212 מיום 24.12.95.

⁶⁸ ס"ח 1591 (12.5.1996), ס"ח תשנ"ו, 318.

⁶⁹ ראה דברי ההסבר להצעת חוק הבנקאות (רישוי) (תיקון מס' 11), התשנ"ו-1996, הצ"ח 2532, הצעות חוק תשנ"ו 662.

⁷⁰ סעיף 24 לחוק הבנקאות (רישוי), שהוסף במסגרת תיקון מס' 11 קובע: "תאגיד בנקאי רשאי להחזיק, ככל שהדבר מותר לו לפי פרק זה, באמצעי שליטה של תאגיד החזקה ריאלי אחד בלבד; לענין זה, "תאגיד החזקה ריאלי" - תאגיד שהונו... עולה על 1250 מליון שקלים חדשים, הפועל במישרין או בעקיפין ביותר משלושה ענפי משק... וששווי סך כל השקעותיו בכל אחד מהם עולה על 12.5 מליון שקלים חדשים".

⁷¹ בית הדין להגבלים עסקיים (כב' אב"ד השופטת נאור) קבע, בהקשר אחר, כי "להערכתנו יצירת גוף רב עוצמה... יש בו כדי להנציח לשנים רבות את שליטת המבקשות בענף... לרבות התחומים הנלווים לכך... אנו רואים בחרדה את פעולתם המשותפת של גופים רבי עצמה החולשים על פלח נכבד של השוק". תה"ע 455/92 אי.סי.פי. - חברת התוכניות לכבלים בישראל בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, הגבלים עסקיים (הוצאת ועד מחוז תל-אביב לשכת עוה"ד), כרך א', 298, 317.

⁷² סעיף 39 לחוקת מדינת מרילנד משנת 1776 קובע: "That monopolies are odious, contrary to the spirit of a free government, and the principles of commerce; and ought not to be suffered."

Maryland Constitution of 1776, §39, in *Federal and State Constitutions* 3:1686, 1690 (Francis N. Thorpe ed. 1909). ראה גם סעיפים 1 ו-2 לחוק ההגבלים העסקיים האמריקאי:

Sherman Antitrust Act, ch. 647, §1-2, 26 Stat. 209, 209 (1890).

⁷³ ראה 312-323 (1962), 370 U.S. 294 (1962), *Brown Shoe Co. v. United States*; ראה גם *The Standard Oil Company of New Jersey et al. v. The United States*, 221 U.S. 1 (1950) 50

וכן *United States v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 495 (1948) 536



רשות ההגבלים העסקיים

בפרשת פירוק AT&T,⁷⁵ אינה זו השלטת בארצות הברית בשנות ה-90 של המאה הזאת,⁷⁶ אולם מבחינת ריכוזיות המשק נראה כי מדינת ישראל דומה יותר לארצות הברית בשנות ה-90 של המאה הקודמת מאשר לארצות הברית בשנות ה-90 של המאה הזאת. המשק הישראלי מאופיין בריכוזי כוח שוק, וסובל ריכוזי כוח שוק, בשיעורים גדולים יותר מאלה הקיימים בארצות הברית - אם בגין גודלו של המשק הישראלי, ואם בגין היותו משק צעיר יחסית.⁷⁷ בנוסף, המשק הישראלי נבדל מן הבדל מוחלט מהמשק האמריקאי, בכך שהקונגלומרטים הגדולים בו, ובראשם קבוצת אי.ד.בי-כלל וקבוצת כור, תופסים נתחים משמעותיים ביותר מהפעילות הכלכלית

⁷⁴ ידועים דברי השופט דוגלס בעניין *United States v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 495 (1948) כי - "Power that controls the economy should be in the hands of elected representatives of the people, not in the hands of an industrial oligarchy. Industrial power should be decentralized. It should be scattered into many hands so that the fortunes of the people will not be dependent on the whim or caprice, the political prejudices, the emotional stability of a few self-appointed men. The fact that they are not vicious men but respectable and social-minded is irrelevant."

⁷⁵ שם קבע בית המשפט הפדרלי כי -

"The antitrust laws are most often viewed as only a means for ensuring free competition in order to achieve the most efficient allocation of society's resources. . . . However, Congress and the courts have repeatedly declared that these laws also embody "a desire to put an end to great aggregations of capital because of the helplessness of the individual before them."

United States v. Aluminum Company of America, 148 F.2d 416, 428 (2d Cir. 1945). . . .

The legislators who enacted the Sherman Act voiced concerns beyond the effects of anticompetitive activities on the economy: they also greatly feared the impact of the large trusts, which then dominated the business world, on the nation's political system, and they regarded the power of these trusts as an evil to be eradicated." *U.S. v. American Telephone and Telegraph Company et al.*, 552 F. Supp. 131 (1982).

⁷⁶ ראה P. Areeda & D.F. Turner, *Antitrust Law*, vol. 5 (Little, Brown & Co., 1980) at pp.

U.S. Deptment of Justice Merger Guidelines (Washington D.C.: 231 - 253 ; וראה גם

Government Printing office) 1984, כפי שתוקנו - לאחרונה בחודש אפריל 1997.

⁷⁷ ראה לעניין זה ערר 2/94 "תנובה" מרכז שיתופי לשייווק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, הגבלים עסקיים (לשכת עוה"ד, מחוז תל-אביב), כרך א', 159; ערעור על החלטת בית הדין להגבלים עסקיים באותו עניין תלוי ועומד בפני בית המשפט העליון.



רשות ההגבלים העסקיים

במשק.⁷⁸ חלקם של שני קונצרנים אלה בתמ"ג המשק הישראלי, לא כל שכן בניכוי חלקה של הממשלה, מעיד על כך היטב.

יודגש כי אין אני בא לבקר תאגידים בשל גודלם. גודל יש לו יתרונות רבים. גופים כלכליים גדולים הם נדבך חיוני במרקם חייה הכלכליים של מדינה, בין היתר בגין יכולתם לרכז משאבים לפעילות כלכלית עתירת הון. גם אין בכוונתי להביע כאן עמדה כאילו ראוי ככלל למנוע, או אף לבקר, מבנים קונגלומרטיים.⁷⁹

כל שבכוונתי לומר בשלב זה - בנסיבותיה המוגבלות של בקשת הפטור שבפני - כי לדידי בנקודות הקצה, בקצהו העליון של הספקטרום, שיתוף פעולה בין שני הקונגלומרטים הגדולים במשק הישראלי עלולות להיות לו השלכות בתחום התחרות, שאין לומר עליהן כי הן מגבילות באופן "לא משמעותי" את התחרות בעסקים, כדרישת סעיף 14 לחוק. במיוחד מתחזק החשש מפני שיתוף פעולה בין-קונגלומרטי כזה כאשר מדובר בתחום תשתיתי חשוב, בהיקפים ניכרים, לאורך זמן, ולשם רכישת מעמד מונופוליסטי.

2.10. החשש לריסון הדדי בתחרות בין קונגלומרטים

ריכוז כוח קונגלומרטי, ומיזם משותף בין שני קונגלומרטים גדולים, עלול לפגוע בתחרות גם במישורים ענפיים.

כאשר מדובר בקונגלומרט הפועל במספר ענפים רב, גדלה ההסתברות כי בינו לבין גופים אחרים, שגם תחומי פעילותם מגוונים, תתנהל תחרות במספר שווקים ותחומים במקביל. תחרות כזאת בכמה תחומים במקביל עלולה להביא לתופעה של "ריסון הדדי" (mutual forbearance),⁸⁰ לפיה

⁷⁸ "נראה כי... במשק גדול ותחרותי כמו המשק האמריקאי וגם זה האירופי המאוחד, ריכוזיות משקית לא צפויה, במהלך הדברים הרגיל, לעורר חששות של ממש לפגיעה ברמת התחרות או בתפקוד הדמוקרטי. לעומת זאת, המצב בישראל שונה בתכלית. מימדי המשק וריכוזיותו הגבוהה מעוררים את מגוון החששות המתואר. כל הבקיא ברזי הכלכלה בארץ ייתקל חדשות לבקרים בהתממשות חששות מעין אלה בצמתי המשק השונים. דין וחשבון הוועדה לבחינת ההיבטים של אחזקות בנקים בתאגידים ריאליים (ירושלים, תשנ"ו-1995), בעמ' 43.

⁷⁹ יתכן - ואינני מביע דעה בעניין זה - כי בשוק הישראלי, על היקפו המצומצם, מבנים קונגלומרטים הם כורח מציאות כתנאי ליצירת גודל, שלא כרוך בו ריכוז מונופוליסטי בוטה בשוק מוצרים נתון. גם אינני מתייחס כאן לתורות הכלכליות המבקרות את הגיונם הכלכלי של מבנים קונגלומרטיים, או לגל הדה-קונגלומרטיזציה של שנות ה-80 בארצות הברית, שהרי המציאות העסקית - כפי שבאה לכלל ביטוי גם במדינות אירופה ומזרח אסיה - מלמדת כי התמונה בסוגיה זו מורכבת מאד.

⁸⁰ ראה, B.D. Bernheim & M.D. Whinston, "Multimarket Contact and Collusive Behavior" 21 *RAND Journal of Economics* 1 (1990) K. Hughes & C. לביסוס אמפירי של התופעה, ראה.



רשות ההגבלים העסקיים

ככל שגדל מספר התחומים בהם מתחרים הגופים במקביל, כך קטנה מידת התחרותיות ביניהם בכל ענף.⁸¹

ההסבר האינטואיטיבי לתופעת הריסון ההדדי הוא יכולתו של מתחרה להשיב מהלומת נגד בנקודה החלשה של התוקף, כאשר נקודה זו יכולה - אף צפויה - להיות שונה ממקום "ההתקפה" הראשון. כך, חברה א', אשר תפתח בתחרות באחד השווקים בו פועלת חברה ב', ושבו יש לחברה א' יתרון תחרותי ואפשרות להוריד מחירים, עלולה למצוא עצמה מותקפת בידי חברה ב' בשוק אחר, שבו פועלת חברה א' אך שיש בו לחברה ב' יתרון תחרותי.

חשש כזה מביא לריסון עצמי בתחרות. הקושי המתואר לעיל הולך וגדל ככל שהקונגלומרט בו מדובר חזק יותר ופועל בשווקים רבים יותר, ועוד יותר מכך כאשר כל קונגלומרט מחזיק כוח מונופוליסטי לפחות בחלק מענפי פעולתו.⁸²

שיתוף פעולה - מיזמים משותפים - בין הקונגלומרטים מגדיל את החשש לריסון התחרות בינם לבין עצמם. 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, ואשר עלולה להוות בתנאים מסוימים אמצעי לתיאום בין-קונגלומרטי בהיותו תווך נוח להעברת מידע.⁸³ אין לצפות בשום אופן כי שני גופים, החולקים בינם לבין עצמם אינטרסים כלכליים משותפים, שהיקפם ניכר ושתרומתם לרווחיות כל קבוצה

Oughton, "Diversification, Multi-market Contact and Profitability" 60 *Economica* 203 (1993). להבהרת תופעת הריסון ההדדי, תוך מתן דוגמאות מהמשק הישראלי, ראה ה"ש 66 לעיל, דין וחשבון הוועדה לבחינת ההיבטים של אחזקות הבנקים בתאגידים ריאליים, בעמ' 41-42.

⁸¹ אבחנה זו נעשתה כבר, בדו"ח ועדת ברודט: ממצאי ועדת ברודט העלו כי בעוד שקונצרן כור וקונצרן כלל הם שני הקונגלומרטים הגדולים בישראל, התופסים - כל אחד - נתח משמעותי מהמשק, **התחרות בפועל בין שני הקונגלומרטים נמוכה מאד**: נכון לתקופת כתיבת הדו"ח, כל אחד משני הקונגלומרטים פועל בענפי משק שונים. עיקר החפיפה בין שני הקונצרנים יסודה במיזם משותף בבעלות שווה של שניהם. מובן כי מצב דברים זה מעלה חששות לגבי ההשלכות בתחום התחרות שעלולות להיות למיזמים משותפים אחרים בין שני הקונגלומרטים, דוגמת קונסורציום אנרגית המזרח התיכון.

⁸² בנוסף, הואיל ושיתוף הפעולה בין קונגלומרטים מביא למידה מסוימת של זהות אינטרסים בינם לבין עצמם, והואיל ומידת החפיפה בין הקונגלומרטים אינה גדולה יחסית, גדל מכוחו של שיתוף פעולה בין הקונגלומרטים גם הסיכון לריסון הדדי בין כל אחד מהקונגלומרטים לבין צדדים שלישיים המתחרים במי מהם.

⁸³ מטעמים אלה ואחרים, מיזמים משותפים בקהילה האירופית נבחנים לאור פגיעתם בתחרות. ראה Beilamy & Child, *Common Market Law of Competition* (Sweet & Maxwell, London, 4th ed., 1993) at pp. 317-318, 1107-1125.



רשות ההגבלים העסקיים

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

אביא בעניין זה מדבריו הברורים של בית משפט אמריקאי, שנאמרו דווקא בהקשר מיזמים משותפים בגז טבעי:

"The joint venture puts the parents, particularly if they are competitors, in dangerous proximity to discuss and act jointly on aspects of their business apart from the joint venture and **creates an aura of cooperative team spirit which is apt to dampen competitive fires between the firms involved.**"⁸⁴ (emphasis added.)

אף מכאן דעתי כי מיזם משותף עלול להפחית את התחרות בעסקים, במיוחד בשווקים בהם מהווה אחד השותפים למיזם גורם דומיננטי.

חששות אלה קיימים גם בנסיבות קונסורציום אנרגית המזרח התיכון. הם מתגברים (כפי שתואר לעיל בסקירת ההיבטים האופקיים והאנכיים של המיזם) נוכח המעמד המרכזי של שותפי הקונסורציום בתחום תזקיית הדלק ושיווקם, ועל רקע היותם צרכני אנרגיה גדולים.

10.3. החשש לסגירת שווקים מפני מתחרים

שיתופי פעולה בין הקונגלומרטים המובילים במשק עלולים לכאורה לפגוע בתחרות גם על דרך סגירה אפשרית, לאורך זמן, של שווקים בפני מתחרים. לכך שני היבטים עיקריים.

ראשית, מקום בו מדובר בשיתוף פעולה בין הקונגלומרטים המרכזיים במשק, עלול לקום חסם כניסה מפני מתחרים בכוח. כניסה לענף חדש דורשת, בדרך כלל, ביצוע פעולות רבות בו-זמנית: גיוס הון, רכישת גישה לטכנולוגיה, הבטחת תשומות, ומציאת שווקים לתפוקה. בשוק בו כל אחד מהגורמים הנדרשים מוצע או מבוקש בשווקים תחרותיים, כניסה לתחום החדש תהיה קלה יותר: הנכנס יכול, בקלות יחסית ובעלות סבירה, להתקשר במגוון חוזים בשווקים האמורים, אשר יאפשרו לו כניסה לענף. פני הדברים יכול שיהיו שונים מקום בו שולט אחד מהקונגלומרטים

⁸⁴ *Natural Gas Co. v. Federal Power Commission*, 399 F. 2d 953 (1968), 971



רשות ההגבלים העסקיים

החוברים על תשומה אחת או יותר, מאלה החיוניות לתהליך הכניסה לשוק.⁸⁵ זהו מצב דברים העלול להביא לאי-שיתוף פעולה מצד השולט על התשומה החיונית, עם מתחרה בכוח - בין מי שעתיד להתחרות בו עצמו, ובין מי שעתיד להתחרות בשותפיו למיזם. לפיכך, ככל שהשותפים למיזם מהווים נתח מרכזי יותר מהפעילות בשוק, וככל שבשליטתם או בשליטת חלקם כמות תשומות חיונית יותר לייצור, עלול המיזם להוות חסם כניסה גבוה יותר מפני מתחרים בכוח של השותפים לו.

שנית, בענפים שחסימי הכניסה בהם גבוהים כתוצאה מדרישה להון בשיעור ניכר ולתשתיות מתאימות בכדי להתחיל ולפעול בהם, עלולה החבירה הקונגלומרטית במיזם המשותף לפגוע בתחרות בהיבט נוסף. בתנאי המשק הישראלי, על גודלו המצומצם, יש תחומי פעילות שהכניסה אליהם אפשרית רק לגופים בעלי עוצמה כלכלית ניכרת. נוכח המגבלות המוטלות על תאגידים בנקאיים מלפעול בתחומים ריאליים, עולה חשיבות הקונגלומרטים הריאליים הגדולים בהקשר זה. כוח כלכלי ניכר, כגון זה המרוכז בקבוצת כור או בקבוצת אי.די.בי.-כלל, יש לו חשיבות ניכרת בשלושה מצבים עיקריים: הכוח לייסד ענף חדש במשק; הכוח לפתוח לתחרות ענף קיים במשק; והכוח לגרום לגוף, שיש לו מעמד דומיננטי בענף מסוים, שלא לנצל מעמדו זה בגין איום של תחרות אפשרית במקרה של ניצול מעמד כאמור (contestable market).

גם על רקע נקודות אלה מעורר שיתוף הפעולה בין הקונגלומרטים חשש לפגיעה בתחרות.

11. שיקולים נוגדים - יתרונות המיזם המשותף

עמדנו על שורה ארוכה של השלכות, העלולות לנבוע מהקמת קונסורציום אנרגית המזרח התיכון ומפעילותו הצפויה בתחום הגז הטבעי. בטרם נסכם דברינו, נסקור את יתרונותיו האפשריים של הקונסורציום, הן במישור ריכוז המשאבים לפעילות, והן במישור הקטנת הסיכון לשותפים בו.⁸⁶

קונסורציום אנרגית המזרח התיכון נועד, כפי שהוזכר, לפעול לשם "ייזום וניהול ייבוא גז טבעי ו/או גז טבעי נוזלי לישראל, לרבות רכישה, הספקה, הובלה, הולכה ושיווק שלו". המדובר, אמנם, בפרוייקט רחב היקף שעלויות הקמתו משמעותיות. על כן, טענה היא כי ההסדר המכונן את

⁸⁵ ראה דיון בנושא אצל J.A. Ordover, G. Saloner & S.C. Salop, "Equilibrium Vertical Foreclosure" 80 *The American Economic Review* 127 (1990), וכן אצל Brodley, ה"ש 21 לעיל, בעמ' 1560-1573.

⁸⁶ ניתן היה לבחון גם יתרונות של שילוב תחומי התמחות בין השותפים לקונצרן, אך נראה כי בנסיבות העניין, בין היתר בגין העדר כל ניסיון מקומי בתחום הגז הטבעי, ובגין הכוונה לשלב במיזם שותף זר בעל מומחיות ניכרת בתחום זה, אין הדבר משום מאפיין דומיננטי של קונסורציום אנרגית המזרח התיכון - ומכל מקום לא מאפיין המסביר את הרכבו הפרטיקולרי של מיזם זה.



רשות ההגבלים העסקיים

קונסורציום אנרגית המזרח התיכון נועד, בין היתר, לאחד כוחות כלכליים, בכדי להקל את ביצועם של לפחות חלק מהתהליכים האמורים.

אינני חולק על הצורך באיחוד כוחות כלכליים בקשר להתמודדות במכרזי הגז הטבעי. אינני סבור, מאידך, כי הצורך באיחוד כוחות מחייב או מצדיק הקמת מיזם שהיקף שותפיו כה מונומנטלי, כפי שהוא בענייננו. בקונסורציום אנרגית המזרח התיכון שותפים שני גדולי הקונגלומרטים במשק הישראלי. כל אחד מגופים אלה הוא בעל כוח כלכלי ניכר ומשאבים רבים, ולא נראית לי הסברה כי לא ניתן יהיה לבצע את הליכי ההתקשרות ובניין התשתית בתחום הגז על-ידי אך חלק מהגורמים שעומדים מאחורי הקונסורציום, לבד או עם שותפים אחרים. בנסיבות המשק הישראלי, ונוכח היקף הפרויקט בו מדובר, דעתי היא כי מנקודת מבט משקית החבירה של קבוצת כור ביחד עם קבוצת אי.די.בי-כלל בקונסורציום אינה נדרשת לשם העמדת האמצעים הנדרשים להקמת הפרויקט.

טעם אפשרי אחר לחבירה בקונסורציום הוא הצורך להקטין את סיכוני השותפים לו. עצם החבירה במשותף מקטינה מטבעם של דברים את הסיכון לו חשוף כל צד למיזם, ובכך ברור יתרונו של זה לשותפיו. כך בכלל, וכך גם בענייננו. עם זאת, ראוי לזכור כי מידת הסיכון הכרוכה בקונסורציום אינה קלה לבחינה, שהרי פרטי הפרויקט טרם סוכמו. שאלה היא האם יפעל המיזם בתחום הבאת גז לגבולות הארץ, או רק להפצתו בה. שאלה אחרת היא תנאי ההתקשרות עם המדינה. שאלה שלישית תהא מידת הסיכון לו יהא הקונסורציום חשוף - האם יוטל עיקר הסיכון עליו, או על צרכני הגז? חוזי הספקת הגז הם מסוג ⁸⁷take or pay, בהם הרוכש מתחייב לשלם גם אם לא צרך גז בפועל, אולם מעמד הקונסורציום בהקשר זה אינו ברור, ⁸⁸ ויתכן כי מידת הסיכון תהא ניתנת לצמצום בנסיבות הפצת הגז הטבעי במשק הישראלי בשנים הראשונות, עת בה צפוי ביקוש לגז הטבעי ומיעוט צרכנים, שמשק החשמל העיקרי שבהם.

מסקנתי היא תוצאת הדברים היא כי היתרון הכרוך במיזם במישור צמצום הסיכון קיים, אם כי מידת הדומיננטיות שבו מוטלת בספק. אציין במפורש כי אפילו אם משקף המיזם מטרה כלכלית ראויה של הקטנת הסיכון לשותפים בו - ואין אני חולק על תום לבם גם בהקשר זה - הרי על רקע הקשיים לתחרות שמעלה המיזם, אני סבור כי אין בכך כדי להביא את בקשת הפטור שבפני, אל גדרו התחום של סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים.

בבקשה לפטור ממתן אישור להסדר כובל העלו הצדדים המבקשים מספר טענות להצדקת הפטור, החורגות מהיבטי התחרות האופקית, השילוב האנכי או הקשיים הקונצרניים המתוארים לעיל. אתייחס לאלה בקצרה.

⁸⁷ ראה ה"ש 8 לעיל.



רשות ההגבלים העסקיים

טענה אחת הועלתה, כי אין בהסדר כל הוראה המגבילה את התחרות בין השותפים. אכן, הוראה מפורשת כזו לא מצאה ביטוי במסמכי הקמת קונסורציום אנרגית המזרח התיכון, אך היא גם אינה נדרשת בכדי לעמוד על הקשיים שמציב המיזם המשותף בפני התחרות הקיימת והעתידית במשק. דיני ההגבלים העסקיים אינם ממצים עצמם בהסכמות מפורשות בין צדדים, מכל שכן שאין הם דורשים לתחולתם קיומה של תניה הסכמית בין הצדדים לבין עצמם. כך הרי עולה מלשון סעיף 2 עצמו, ובאופן המפורש ביותר גם מפרשנותו.⁸⁹ עניין לנו במניעת מצבים בהם הגבלת התחרות נהיית לאינטרס משותף של הצדדים להסדר,⁹⁰ ממילא אין בהעדר הוראה הסכמית מגבילה כזאת דבר כדי ללמד בשאלת היות ההסדר כובל במשמעות סעיף 2 לחוק.

טענה שניה הועלתה כי ההסדר נהנה מהפטור הקבוע בסעיף 13(1) לחוק ההגבלים העסקיים, ככזה "שכל כבילותיו נקבעו על-פי הדין". לפי הנטען, ההסדר מקים שותפות בין הצדדים לו, סעיף 39 לפקודת השותפויות קובע איסור על שותף להתחרות בשותפות, וממילא אם נוצרת הגבלת תחרות הרי היא נוצרת עקב סעיף זה. פרשנות זו אינה נראית לי. הסעיף מתייחס לתחרות בין כל שותף בשותפות, לבין השותפות (ועל רקע האמור לעיל, אף איסור זה בעייתי הוא); הוא אינו עוסק בהגבלת תחרות בין שותפים למיזם לבין עצמם, שבוודאי אינה מקבלת הכשר בהוראות סעיף 39 לפקודת השותפויות. בנוסף, פרשנות כזו של סעיף 13(1) עלולה לרוקן מתוכן חלקים נרחבים מחוק ההגבלים העסקיים, לרבות ההוראות שעניינן מיזוג חברות, ואינני סבור שהיתה זו כוונת המחוקק, או שזו כוונת דבר החקיקה.

12. סוף דבר

בנסיבות אלה הגעתי לכלל החלטה כי הסכם ההתקשרות בין הצדדים לקונסורציום אנרגית המזרח התיכון הוא הסדר כובל, שאין ביכולתי לומר עליו כי הוא מקיים את תנאי סעיף 14 לחוק: אינני יכול לקבוע כי שוכנעתי - כדרישת סעיף 14 לחוק - כי בפני ההסדר כובל המגביל "באופן לא משמעותי את התחרות בעסקים". אף אינני סבור כי הצבת תנאים אלה או אחרים יכול היה להיות בה כדי להשקיט אותם חששות לפגיעה בתחרות, שתוארו בהרחבה במהלך החלטה זו.

⁸⁸ חוזים כאלה נכרתים בין "יבואן" הגז לספק הגז ובין "יבואן" לצרכנים. סימטרייה זו יכולה בנסיבות מסוימות לאפשר ליבואן לכסות את התחייבותו כלפי הספק בהתחייבויות של הצרכנים.

⁸⁹ ראה דברי השופט זילר, המצוטטים בעמוד 17 לעיל.

⁹⁰ ראה בעניין זה את פסיקת בית-הדין להגבלים עסקיים בתיק ה.ע. 465/96 דטה-קאר בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (7.7.96, טרם פורסם).



רשות ההגבלים העסקיים

כתוצאה מהאמור לעיל, אם יבקשו הצדדים לקונסורציום אנרגית המזרח התיכון לפעול במסגרתו במתכונתו הנוכחית, ובטרם יחלו בפעילות כאמור, עליהם לפנות לבית הדין להגבלים עסקיים לשם בקשת אישורו של ההסדר הכובל לפי סעיף 7 לחוק ההגבלים העסקיים.

ניתן היום, 13 במאי 1997.⁹¹


ד"ר דוד תדמור

הממונה על הגבלים עסקיים

⁹¹ נוסח סופי



רשות ההגבלים העסקיים

כ"י שבט-תשנ"ז
28-ינואר-97

לכבוד
מר גיא אבן עזרא, עו"ד
צלרמאיר, פילוסוף עורכי דין
בית אירופה
שדרות שאול המלך 37
תל אביב 64928

מכובדי,


הנדון: בקשה לפטור מאישור הסדר כובל

אני מאשרת בתודה קבלת מכתבכם מיום 21.1.97.

בקשת הפטור שהוגשה ע"י; אנרגית המזרח התיכון, הועברה לטיפולו של מר גלעד גנס.

עם סיום הבדיקה נשוב ונודיעכם תוצאות.

אני עומדת לרשותכם למענה על כל שאלה שתתעורר.

בכבוד רב,

בהירה בן עזרי
רשם הסדרים כובלים

חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בקשה לפטור מקבלת אישור בית הדין להסדר כובל

בהתאם לסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, לשם הזהירות בלבד ומבלי להודות כי אישור כאמור נחוץ על פי החוק בנוגע להסדר הספציפי, מוגשת בזה בקשה לפטור מאישור בית הדין, הסדר כובל שפרטיו כדלקמן:

1. הצד להסדר המבקש את הפטור –

אנרגית המזרח התיכון (ניהול-1994) בע"מ (להלן: "החברה")
בן יהודה 99, תל אביב

2. הצדדים האחרים להסדר –

- 2.1 כלל תעשיות בע"מ
- 2.2 כור תעשיות בע"מ
- 2.3 משאב יזום ופיתוח בע"מ
- 2.4 דור כימיקלים בע"מ
- 2.5 מפעלים פטרוכימיים בישראל בע"מ (טרם הצטרפה רישמית לשותפות)¹
- 2.6 אנרגית המזרח התיכון, שותפות מוגבלת (להלן: "השותפות")

3. צורת ההסדר –

הקמת שותפות מוגבלת שתעסוק בייזום וניהול יבוא גז טבעי ו/או גז טבעי נוזלי לישראל, לרבות רכישה, הספקה, הובלה, הולכה ושיווק שלו.

4. תאור המסמכים הקובעים את ההסדר –

- 4.1 הסכם השותפות.
- 4.2 תקנון החברה, השותף הכללי בשותפות.

העתקי המסמכים המתוארים לעיל מצורפים בזה.

5. הנכס או השרות נושא ההסדר –

גז טבעי

¹ בהתאם לשיחות מוקדמות שנערכו עם הממונה על הגבלים עסקיים, מוחלפת דלק השקעות ונכסים בע"מ, שהיתה שותפה להסכם השותפות המקורי (ואשר שמה מופיע בהעתק המסמכים המקוריים המצורפים לבקשה זו), בחברת מפעלים פטרוכימיים בישראל בע"מ. בימים אלה ננקטים הצעדים האחרונים על מנת להשלים את ההחלפה.

6. מהות הכבילה –

יצירת קבוצת ריכוז שתעסוק יחדיו בהיבטים שונים של משק הגז הטבעי.

7. תקופת ההסדר הכובל –

תקופת קיום השותפות איננה מוגבלת בזמן.

8. הנימוקים המצדיקים פטור מאישור בית הדין –

8.1 כללי

קיימים שלושה רבדים המצדיקים מתן פטור מאישור בית הדין:

8.1.1 אין בהסכם השותפות ו/או בתקנון החברה כל הוראה המגבילה את התחרות בין השותפים, ולכן אין מדובר כלל בהסדק כובל.

8.1.2 גם אם ההסכם לעיל מגביל את התחרות העסקית ונחשב כ'הסדר כובל' (כמשמעו בס' 2 לחוק), הרי שהוא נכנס בגדר אחד הפטורים שבסעיף 3 לחוק – "הסדרים שאינם הסדרים כובלים". זאת מהטעם שהכבילה היחידה היא הכבילה שמקורה בדין – מגבלת התחרות המוטלת על השותפים כלפי השותפות.

8.1.3 אף אם יש בהסכם כדי הסדר כובל, הרי שהוא מגביל באופן בלתי משמעותי את התחרות בעסקים ולפיכך יש לפטור את הצדדים מחובת קבלת אישור להסדר (בהתאם לסעיף 14 לחוק).

להלן פירוט הטענות.

8.2 העדרו של הסדר כובל

8.2.1 העדר הוראה מגבילה

ההסכם אינו כולל סעיפים המגבילים את התחרות. זכות הסרוב המופיעה בסעיף 8 להסכם אינה כבילה אסורה מאחר שהיא מאפשרת לשותף להעדיף רכישה מגוף בו יש לו אינטרס על רכישה מגוף זר במקרה בו התנאים זהים. העדפה זו לא חלה במקרה בו מוצע לשותף מחיר טוב יותר על-ידי גוף זר ולכן אין בה כדי מגבלה על התחרות בין השותפות לבין גורמים אחרים בענף. בנוסף יש לזכור כי השותפות עצמן כמעט ואינן צרכניות ישירות של גז טבעי. חברות הבת שלהן, שהן צרכניות הגז, אינן כבולות בהתחייבות חברת האם, ובחלקן הינן חברות ציבוריות שלתברות האם אין אפשרות מוחלטת לכוון את פעילותן.

כמו כן, ככל שמדובר ברכישת הגז הטבעי – כפי שיובהר להלן, הרי לאור נסיבות משק הגז מדובר כאן בהתארגנות משותפת לצורך רכישה לצרכים עצמיים כאשר "הנפגע מההתארגנות" הינו הספק הזר, עליו לא נועד חוק ההגבלים העסקיים להגן.

8.2.2 אין בעצם הקמת השותפות כדי הגבלה על התחרות

כללי

מדובר בהקמתה של שותפות מוגבלת, שמטרתה "ייזום וניהול יבוא גז טבעי ו/או גז טבעי נוזלי לישראל, לרבות הספקה, הובלה, הולכה ושיווק שלו". מטרתו של ההסכם הינה התארגנות עסקית לשם פעולה בתחום **חדש** בו לא פעל אף צד בעבר. לפיכך, אין התארגנות זו דומה למקרה בו גורמים העוסקים בתחום מסויים מתארגנים במסגרת שותפות על מנת לרכז משאבים ולפעול יחדיו באותו התחום, פעולה שלעיתים יש בה כדי להפחית את התחרות. בהתארגנות הנוכחית יש אך ורק ריכוז משאבים כספיים וחלוקה של הסיכון, כנדרש לצורך פעילות בתחום הגז הטבעי.

מן הראוי גם לבחון ההבטים השונים של מימוש שיתוף הפעולה על מנת להשתכנע שאין כאן מגבלה על התחרות.

רכישת הגז

בעבר אושר לחברות הדלק לרכוש מזוט במשותף ממצרים, והממונה אף אישר לאחרונה התארגנות דומה של כל הקונים "הגדולים" הפוטנציאלים במשק הגז הטבעי מול המוכרים המיצרים.

מטרת ההתארגנות היא לאפשר את ביצוע הפרוייקט לאור הקפו ודרישות המינימום שקבעה מינהלת הגז לצורך השתתפות במשא ומתן לרכישת גז מהמיצרים. יתרה מכך, מטרת חוק ההגבלים היא להגן על המשק בישראל וכאן מדובר על יבוא משותף שאמור להוזיל את המחיר בעבור הרוכשים, ובכך לפעול לטובת המשק הישראלי ככלל, אף אם עשוי היבוא המשותף להכביד על הספקים הזרים.

יש להדגיש כי ללא האירגון המשותף ספק אם השותפים היו יכולים להיכנס לקריטריונים של "קונים גדולים" אותם הכתיב משרד התשתיות הלאומיות לצורך השתתפות במו"מ עם המצרים.

הובלה/הולכה/הספקה/שיווק

כל תחום מהמפורטים לעיל מחייב, לפחות במשך התקופה הראשונית עד הגעת משק הגז הטבעי לבשלות, היווצרות של מונופול טבעי. בכל תחום מהמפורט לעיל יהיה **זכיון**

אחד בלבד ולא תוקמנה מערכות כפולות של צינורות, הספקה ו/או שיווק. הדאגה לצרכנים תטופל במסגרת התנאים שיוכתבו על ידי הממשלה במכרזים שתוציא ובהתאם להוראות חוק משק הגז הטבעי, אשר על הכנתו שוקדים בימים אלה, ואשר סביר כי יכלול הוראות המפקחות על מכירת הגז והפצתו, תוך שמירה על התחרות, מניעת אפליה ופיקוח על המחירים. לפיכך, אין בהתארגנות בתחום זה כדי למנוע תחרות שכן גם לולא התארגנו השותפים יחדיו אופיו של פרויקט הגז הטבעי כפרויקט תשתית לא מאפשר תחרות.

בנוסף יש לזכור כי אין גורם ישראלי היכול להתחרות במכרז מסוג זה לבדו וכולם יאלצו להתקשר עם חברות ענק זרות בעלות ידע ונסיון בתחום וכתוצאה מכך, משק הגז יהיה פתוח לתחרות בינ"ל כאשר החברות הישראליות תהיינה שותפות של החברות הזרות. הגוף הישראלי ישמש בדרך כלל כשותף פיננסי מקומי ולא כבעל הידע. כדי להתקשר עם חברות אלה בתנאים הולמים, יש חשיבות ויתרון לגודל הגוף הישראלי המתקשר.

עולה מהאמור לעיל כי לא רק שאין בלשון ההסכם כל הוראה המגבילה את התחרות, הרי לא ניתן אף לומר שעצם ההתארגנות במסגרת שותפות תגביל את התחרות במשק הגז הטבעי לאור הנסיבות המיוחדות של תחום זה.

8.3 כבילה על-פי דין

לשון הסכם השותפות אינה מגבילה את התחרות בין השותפים. הגבלת התחרות נוצרת, אם בכלל, עקב סעיף 39 לפקודת השותפויות, הקובע כדלקמן:

39. "איסור על שותף להתחרות בשותפות"

"שותף המקיים בלי הסכמת השותפים עסק הדומה במהותו לעסק השותפות.... ומתחרה בו, חייב ליתן לשותפות דין וחשבון על כל הרווחים שעשה באותו עסק, ולשלםם לשותפות."

ס' 3 (1) לחוק ההגבלים העסקיים מוציא מגדר ההסדרים הכובלים "הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין".

8.4 טעמים לפטור מאישור

אף אם יש בהסכם השותפות הסדר כובל, מן הראוי שהממונה יפטור הסדר זה מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדר, מהטעם כי ההסדר, כפי שפורט בהרחבה בסעיף 8.2.2 לעיל, מגביל באופן לא משמעותי, אם בכלל, את התחרות בעסקים.

פרויקט הגז הינו פרויקט תשתית מן המעלה הראשונה, המחייב השקעות הון ניכרות, רמת מומחיות גבוהה ויכולת התקשרות בהסכמים ארוכי טווח. החברה שתפעל במשק הגז הטיבעי תאלץ מחד לחתום על חוזה רכישה ארוך טווח עם מקור ההספקה של הגז, ומאידך להתקשר בהסכמי הספקה קצרים יותר עם הצרכנים. החברה צריכה להיות מסוגלת לשאת בסיכונים

הכרוכים בהתקשרות מסוג זה. על מנת שיתפתח משק גז טבעי ותחרותי החברה שתבחר להפעיל את משק הגז צריכה להיות חזקה מספיק על מנת להתמודד עם ספק הגז, שלפחות בשלב זה צפוי להיות ספק מונופוליסטי, ועם חברת חשמל שתהיה הצרכן העיקרי של הגז הטבעי.

8.5 תקופת ההסדר

מן הראוי לציין כי בעניין הסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק קבע הממונה, לאור מצב התחרות המועטה (בעניין ענף תחנות התדלוק) והריכוזיות הגבוהה, כי ראוי להעמיד כ"כלל אצבע" את תקופת הסכמי הבלעדיות על **חמש עד שבע שנים**. גם הנשיא שמגר, אם כי בעניין אחר לגמרי (עתירתן של חברות הקו-אופ ושופרסל בעניין אספקת ומכירת מצרכים לצה"ל), קבע כי תקופת התוקף הראויה של זכות הבלעדיות של החוזה הינה **חמש שנים** מיום חתימת החוזה.

בכל הקשור להסדר הנדון ולמשק הגז הטבעי, הרי שסעיף 8 להסכם השותפות קובע זכות סירוב ראשונה, בנסיבות מסוימות, מכל אחד מהשותפים במשך **חמש** השנים הראשונות לפעילות בלבד. בנוגע לעצם ההתקשרות, הואיל והפעילות במשק הגז הטבעי כרוכה בהקמה והשקעה בתשתיות ובחתימה על הסכמים אשר מטבע הענף הינם ארוכי טווח, אין מקום להגביל בזמן את עצם קיום השותפות.

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

אנרגית המזרח התיכון (ניהול-1994) בע"מ	אנרגית המזרח התיכון (ניהול-1994) בע"מ	19.1.97
חתימה וחותמת	שם	תאריך
אנרגית המזרח התיכון (ניהול - 1994) בע"מ	י. רונ	20.1.97
	א. פא	20.1.97

[568.1.2/אישור הסדר כובל]