



רשות ההגבלים העסקיים

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

מתן פטור מאישור הסדר כובל

הסכם בין תור בוס שירות המטייל בע"מ, אתגל אחזקות בע"מ ומכשירי

תנועה בע"מ לבין נהור נתיבי תחבורה בע"מ

1. פתח דבר

עניינה של החלטתי זו בקבוצה מובחנת של הסדרים כובלים: שמעון וראובן הם מתחרים המעוניינים לגשת יחדיו למכרז ולהגיש בו הצעה משותפת. לשם כך מקימים הם מיזם משותף. לפי משלח ידם ועיסוקם – מתחרים הם. האין לומר, על כן, כי החבירה ביניהם גורעת בהכרח מן התחרות שהיתה שורה ביניהם לו היו השניים ניגשים בנפרד למכרז? ואם כך הוא – האם מחייב חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "**חוק ההגבלים העסקיים**") לאסור על חבירה זו ושכמותה, על מנת להרבות תחרות? זהו הציר המרכזי עליו סבה החלטתי זו.

ביום 13 במאי 2003 הוגשה בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים להסכם בין תור בוס שירות המטייל בע"מ (להלן: "**תור בוס**"), אתגל אחזקות בע"מ (להלן: "**אתגל**") ומכשירי תנועה בע"מ (להלן: "**מכשירי תנועה**") מזה, לנהור נתיבי תחבורה בע"מ (להלן: "**נהור**") מזה. תור בוס, אתגל ומכשירי תנועה מבקשות לחבור לחברת נהור במיזם משותף, לצורך הגשת הצעה משותפת למכרז משרד התחבורה להפעלת קווי שירות שונים בתחבורה הציבורית באוטובוסים.

לאחר שבחנתי את ההסדר על הכבילות המצויות בו, ואת השפעתם החזויה על התחרות בשוק הרלוונטי, ולאחר שנועצתי בועדה לפטורים ולמיזוגים, באתי למסקנה כי בנסיבות העניין ראוי ההסדר לפטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים.

אלה נימוקיי.

2. ההסכם

2.1 הצדדים

נהור היא חברה בבעלות מלאה של "דן" חברה לתחבורה ציבורית בע"מ (להלן: "**דן**") הפועלת בתחום התחבורה הציבורית באוטובוסים בגוש דן. נהור הוקמה על ידי דן והיא מופרדת הימנה בהפרדה משפטית, חשבונאית ותפעולית. הפרדה זו היא פרי תנאי שנקבע בהוראות המכרז לקווי תחבורה ציבורית המפורט להלן. דן עצמה מחזיקה עוד בדן רכב ותחבורה (דר"ת) בע"מ העוסקת בהשכרת רכב ובליסינג תפעולי כזכיינית של Avis בישראל (להלן: "**אויס**"), ובחברה המאוחדת לתיירות בע"מ (להלן: "**יוניטד**") העוסקת בהיסעים פרטיים.

תור בוס היא חברה פרטית העוסקת בהיסעים פרטיים ובהם: הפעלת אוטובוסים לנסיעות מיוחדות, נסיעות סיור ותיור, הסעות קבועות ושירות היסעים במל התעופה בן גוריון.

מכשירי תנועה עוסקת ביבוא, שיווק והפצה של כלי רכב ומוצרים נלווים, והיא הנציגה בישראל של יצרני הרכב קרייזלר, סוזוקי ופורשה. מכשירי תנועה היא גם היבואן והמפיץ של צמיגים מתוצרת ברידג'סטון ופיירסטון ובהחזקתה אף כשליש מחברת י.ד. רכב ותחבורה בע"מ (להלן: **"יורופקאר"**) העוסקת בהשכרת רכב ובליסינג תפעולי כזיכיינית של Europcar בישראל.

אתגל היא חברת אחזקות העוסקת בייזום ופיתוח פרויקטים בתחום התשתיות, ייזום וניהול השקעות בחברות כלכליות, ייעוץ כלכלי ותפעול בתחום התחבורה הציבורית.

תור בוס, מכשירי תנועה ואתגל מחזיקות יחדיו **במטרופולין – תחבורה ציבורית בע"מ** (להלן, בהתאמה: **"הבעלים במטרופולין"** ו-**"מטרופולין"**). בחודש אפריל 2001 זכתה מטרופולין במכרז 10/2000 שערך משרד התחבורה להפעלת קווי תחבורה ציבוריים בין הערים באר שבע ותל אביב. בחודש מרץ 2002, אחר שחתמה על הסכמים עם משרד התחבורה, החלה מטרופולין להפעיל את הקווים. בנוסף, ניגשו לאחרונה הבעלים במטרופולין, יחד עם שותף זר בעל מעמד, למכרז להפעלת קווי תחבורה ציבוריים בקריית אונו, אך לא זכו במכרז זה.

2.2 הכבילה

באפריל 2003 חברו הבעלים במטרופולין יחד עם נהור למיזם משותף על מנת להגיש הצעתם המשותפת¹ למכרז למיון מוקדם (PQ) 3/2003 שפרסם משרד התחבורה לקבלת רשיונות להפעלת קווי שירות בתחבורה הציבורית באוטובוסים (להלן: **"המכרז"**). בשלב הבא במכרז צפויים המציעים שיצלו את שלב ה-PQ להתמודד על רשיונות להפעלת אשכולות קווים במודיעין, עפולה-נצרת-בית שאן, אלעד (להלן: **"אשכולות קטנים"**) ובאשקלון, באר שבע ופתח-תקוה² (להלן: **"אשכולות גדולים"**).

הסוגיה שבפני היא איפה זו: המבקשים לחבור במיזם המשותף – בעלי מטרופולין מזה ונהור מקבוצת "דן" מזה – הם מתחרים פוטנציאלים בתחבורה ציבורית (עד כה לא נוצרה כל יריבות ישירה ביניהם באיזה מאזורי פעילותם). בנוסף, יש בהם מתחרים בפועל בהיסעים פרטיים, השכרת רכב וליסינג תפעולי. האם בשל כך בלבד יש למנוע את החבירה ולאוסרה? התשובה לכך היא בשלילה: חוק ההגבלים העסקיים אינו מגלם **איסור מוחלט** על חבירה בין מתחרים. אין הוא חוק חד-ממדי. תכליתו היא למנוע חבירות בין מתחרים העלולות באופן סביר לגרום להשתלטות על השוק ולטרפוד התחרות בענף בכללותו. כל עוד לא קמה סכנה מסתברת אשר כזו – אין עילה להתערב בחירות ההתקשרות בין עסקים. קיימים תרחישים מגוונים להשתלטות ולטרפוד תחרות³ אך בהיעדר הסתברות ממשית להתממשות אי מהם – אין עילה להתערבות מכוח חוק ההגבלים.

¹ יחס האחזקות של הצדדים הקבוצה המשותפת הוא כדלקמן – תור בוס, 26%; מכשירי תנועה 25%; אתגל 4% (כאשר יש בידה אופציה לרכוש מידי תור בוס ומכשירי תנועה 11% מן הקבוצה); נהור, 45%.

² אשכול זה מופעל עובר למכרז על ידי דן והוא האשכול השני של קווים – אחרי בקעת אונו - אותו מעבירה דן לתחרות.

³ מקובל להבחין בין שני סוגי השפעות של הגבלים עסקיים המסכלות תחרות בשוק: השפעה יוניטטרלית: חיזוק כוחה של פירמה עקב עיסקה באופן העשוי להקנות לה כוח שוק המאפשר לה להעלות את מחירי המוצר בשוק; ו- השפעה מתואמת: חיזוק המבנה האוליגופולי של שוק באופן היוצר תנאים נוחים לתיאום מפורש או משתמע בין הפירמות הפועלות בו.

זהו "הצופן הגנטי" של הפיקוח על הגבלים עסקיים. זוהי הנוסחה הטמונה ביסוד החוק המאזנת בין חופש ההתקשרות והחירות העסקית לבין אינטרס הציבור במניעת סיכולה של תחרות בשוק.

לטענת הבעלים במטרופולין, נדרשת החבירה מתוך צורך להשיג יתרונות הנובעים מצירוף הון ומומחיות. נהור מביאה עמה את היכולת הפיננסית החסרה לבעלים במטרופולין, בעוד יתר הבעלים במטרופולין מביאים עמם ניסיון בהתמודדות במכרזים על רשיונות לקווי תחבורה ציבורית באוטובוסים ובהפעלת קווי אוטובוסים על פיהם. הדרישות אותן הציב משרד התחבורה לצורך הגשת הצעה במכרז היו לדידם, גבוהות יחסית לגודלו של כל אחד מהצדדים למיזם – כשהוא לבדו ובפני עצמו.⁴ לטענת הצדדים, החבירה ביניהם היא פרי צורך חיוני של כל אחד מהם ואילולא היו חוברים יחדיו – לא היו מגישים כל הצעה למכרז. לדבריהם, ההסדר ביניהם אינו מבקש לשמש כמסווה לתיאום אסור בין מתחרים,⁵ וכל כולו בא לעולם רק כאמצעי להגשת הצעה וויאבילית במכרז.

מן המידע שבפני עולה כי אכן מאפייני מעמדם והתנהגותם של הצדדים ובפרט של בעלי מטרופולין, הם כאלה, שבמצב שנוצר לאחר ששותפם הזר נטש את הקבוצה הפכה החבירה עם גורם בעל גב פיננסי הבקי בתחום לחיונית להגשת הצעות למכרזים הנוספים. עובדה זו בנוסף לכך שקיימים מתחרים וויאביליים נוספים העתידים לגשת למכרזים אלה מלמדים כי אין בפני חבירה "עירומה" – כזו שמטרתה וכוונתה לכתחילה הן לעקר את התחרות במכרז מיסודה.

ברם, גם בהעדר כוונה רעה ביסוד ההסדר – למנוע תחרות ולסכלה, עדיין עשוי הוא בשל מאפייני השוק ומעמדם של הצדדים להסדר בשוק זה – להפחית את התחרות באופן ממשי.⁶ מששוכנעתי כי המיזם אינו משמש מסווה לתיאום אסור וכי אין לידתו ומהותו הגבלה ומניעה "עירומה" של תחרות,⁷ מתחייבת עדיין בדיקת השלכות ההסדר והחבירה על מפלס התחרות במכרז, הנובעות ממבנה השוק ומאפייני התחרות בו – במקרה זה תחרות מכרזית מסוג של Franchise Bidding. שלב זה – הבנת משמעותה התחרותית של החבירה על רקע מפת התחרות בשוק בכללותו הוא שלב משלים, הנדרש טרם מתן פטור לפי חוק ההגבלים העסקיים.

⁴ כך, על המועמדים במכרז להעמיד 3 סוג ערבויות בנוסף לערבות על עצם ההשתתפות במכרז המגיעה עד לכדי 150 אלף ₪ לרשיונות לאשכולות קווי תחבורה מסוימים, גם לערבות הגשה למכרז RFP המגיעה עד לכדי 3 מליון ₪, לערבות התארגנות המגיעה עד לכדי 20 מליון ₪ ולערבות ביצוע המגיעה לכדי 8 מליון ₪. כל כך מעבר לעיקר: נטל הביצוע במקרה של זכייה במכרזים (ומדובר בכמה אזורים).

⁵ השווה מ' מזרחי, "מיזם משותף כהסדר כובל" משפטים כג 213, 217; להסדרים כובלים במיזמים משותפים האסורים מיסודם (per se) השווה: Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors (2000) p. 3.

⁶ ראה 415 p. (5th ed. ABA Book Publishing, 2002), Antitrust Law Developments וראה גם Antitrust Guidelines For Collaboration Among Competitors, Issued by the Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice, April 2000 p.10

⁷ להבחנה בין כבילה נלווית (Ancillary Restraint) לכבילה עירומה (Naked Restraint) ראה הע' 491/98 חברת החשמל לישראל בע"מ נ. הממונה על ההגבלים העסקיים; 1999 הגבלים עסקיים 3002628, פסקה 111 לפסק הדין; ערר 1/97 איסור שירותי פלדות בע"מ ואח' נ. הממונה על ההגבלים העסקיים 1997 הגבלים עסקיים 3002667 פסקאות 50-53 לפסק הדין; החלטה בדבר מתן פטור להסדר בין דנשר בע"מ לבין אגיס הפצה ושיווק (1989) בע"מ ואח'; 2001 הגבלים עסקיים 3010585 בע"מ 7.

3. השפעת ההסכם על התחרות

3.1 המסגרת הנורמטיבית: פרמטרים לשיקול הדעת

החבירה בין מתחרים פוטנציאליים במכרז מגלמת שתי סכנות עיקריות: האחת – כי יוצרת היא סוג של תיאום מחירים והאחדת תנאי ההתקשרות של גורמים שבמהותם הם, מבחינת עורך המכרז, מתחרים נפרדים ועצמאיים. כך, מקום שלולא החבירה היה כל אחד החוברים מגיש הצעה בנפרד, היו ניצבות בפני עורך המכרז הצעות רבות יותר, מגוונות יותר ואולי – כך ניתן לטעון – מטיבות יותר. החבירה מאחדת איפה מציעים, נפרדים בפוטנציה, לכלל הצעה אחת משותפת, שתנאיה זהים. בכך נמנע פלורליזם תחרותי מעורך המכרז. בכך נמנעת גם תחרות מחירים בין החוברים אשר לולא החבירה עשוי היה עורך המכרז נהנה ממנה. הסכנה הנוספת הגלומה בחבירה בין מתחרים להגשת הצעה משותפת למכרז, היא בהשפעת החבירה על התחרות החוץ-מכרזית בין החוברים. מקום שהחוברים מתחרים זה בזה מחוצה לעסקה נשוא המכרז – עשויה החבירה (ובפרט השותפות במקרה של זכייה במכרז) לרסן ולמתן תחרות ביניהם בשוק, ולעיתים אף למונעה. התחרות הקיימת ביניהם במכרזים הבאים ובתחומים אחרים (ליסינג והיסעים פרטיים) מוקהית כתוצאה מקרבה מתמדת ושותפות הדוקה לדרך פעולה עסקית הנוצרת ביניהם.⁸ הנה כי כן, הפחתת תחרות בין הצדדים היא תוצאה ברורה של החבירה.

ברם, אין דיני התחרות אוסרים על חבירה בין מתחרים כשלעצמה.⁹ תכליתו של חוק ההגבלים העסקיים אינה מניעת הפחתת התחרות בין שני מתחרים מסוימים – אלא בהפחתת התחרות בין מתחרים הגוזרת הפחתה של ממש על התחרות **בענף כולו**. כל אשר ניתן ללמוד מן ההסדר הוא כי התחרות ממנה גורעת החבירה היא התחרות בין הצדדים (Inter Parties). במסגרת הדיון בהחלטות פטור מתמקד הממונה על הגבלים עסקיים (להלן: "**הממונה**") בהשפעת החבירה על התחרות בשוק בכללותו. לפיכך, לא ימנע הממונה מממן פטור רק משום שהתחרות בין הצדדים נגרעת עקב הסדר זה או אחר. הימנעות זו שמורה למקרים בהם ההסדר גורע גריעה ממשית מהתחרות **בשוק כולו**. על הבחנה עקרונית זו בין מישורי ההתייחסות עמד השופט עדיאל:¹⁰

"ההגבלה נשוא סעיף 14 לחוק, היא הגבלה של התחרות בעסקים ככלל, ולא דווקא הגבלה של התחרות בעסקים בין הצדדים להסדר או בינם לבין אדם שאינו צד להסדר, כלשונו של סעיף 2(א) לחוק. משמע, התחרות בעסקים הנדונה בסעיף 14 לחוק תבחן במישור הרחב של התחרות בשוק כולו, ולא רק במישור היחסים שבין הצדדים להסדר עצמם (או בינם לבין צד שלישי)."

אמידת השפעתה של חבירה בין צדדים, המבטלת תחרות ביניהם, על התחרות בשוק בכללותו מחייבת את הממונה להיזקק **לנסיבות חיצוניות להסדר**: מבנה השוק, מיהותם של המתחרים

⁸ על תופעת החלחול (Spillover) ועל הסיכונים בהקמת מיזם משותף בין מתחרים ראה **קביעה בדבר קיומו של הסדר כובל בין חברות ההסעה ביעדים תיור בע"מ**; 2000 **הגבלים עסקיים**, 3012980 בעמ' 9-10.

⁹ ראה **חלטה בדבר אי מתן פטור להסדר כובל בעניין מיזם ים תטיס – גרנית הכרמל השקעות בע"מ**; 2000 **הגבלים עסקיים** 3008959, פסקה 5.1: "שיתופי פעולה בין עסקים עשויים במקרים רבים להגביר את התחרות, אם במישור הסטטי (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, כמו גם בארצות הים".

¹⁰ ערר 1/97 **איסכור שירותי פלדות בע"מ נ' הממונה על הגבלים**, תקדין-מחוזי 97(4) 1, 7.

הנותרים בו מלבד החוברים, עוצמתם התחרותית, מידת התחרות הקיימת מצידם בפועל, חסמי התרחבות וחסמי כניסה הם פרמטרים חשובים ומכריעים לניתוח השפעתה של חברה מסוימת על התחרות בשוק בכללותו.¹¹ בדרך המלך, תהא גריעה של ממש מהתחרות בשוק כולו, כאשר המתחרים המבקשים לחבור במכרז הם המתחרים העיקריים בשוק, הן לפי מעמדם ועוצמתם בשוק והן לפי עוצמת ואינטנסיביות התחרות ביניהם. במילים פשוטות: כאשר החברה היא בין המתחרים העיקריים בשוק או כאשר היא מתרחשת בין המתחרים המרים והקשים ביותר בו – נאמר אז כי ברי שנושאת היא בכנפיה הפחתה ממשית של התחרות בשוק. בהיעדר מתחרים בעלי עוצמה דומה לחוברים נאמר כי פגיעתה של החברה זו משמעותית היא. מאידך, ככל שקיים מספר ניכר של מתחרים משמעותיים אחרים ובהעדר חסמים מצידם להתחרות בחוברים, כך תגבר הנטייה לקבוע שאין הפגיעה ממשית ואין למונעה.

לדברים אלה, המהווים נדבך יסוד של בדיקת השפעה תחרותית (Competitive Impact) של הגבלים עסקיים בכללם, יש להוסיף במקרה זה נדבך נוסף, ייחודי: החשיבות המיוחדת הקיימת לתיאום וחברה בין מתחרים הנעשים בהקשר לתחרות מכרזית. במה דברים אמורים? המכרז מבודד מקטע משוק מתן השירות (במקרה זה תחבורה ציבורית); לעתים, כבמקרה זה, כולל המכרז את אספקת שירות בכל השוק הרלבנטי (אשכול קווי תחבורה ציבורית באזור גיאוגרפי נתון). המכרז נעשה בתנאי תחרות, במודל המגלם סימולציה של "שוק" רגיל, כדברי השופט ברק (כתוארו אז):¹²

"המאפיין את המכרז הוא קיומה של "תחרות מאורגנת", דהיינו, יצירתה של מסגרת ארגונית, מעין "שוק", שבה מתבקשות ומתקבלות הצעות הנבחנות זו כנגד זו תוך תחרות חופשית ביניהן. מטרתה של מסגרת זו היא השגתן של הצעות, שהן ראויות ביותר מבחינת המזמין, תוך שמירה על עקרונות יסוד של שוויון, הגינות וטוהר המידות."

תוצאות המכרז – פרי התחרות המכרזית – הן שיקבעו את תנאי מתן השירות נשוא המכרז לציבור, בשוק כולו, למשך זמן רב. כך, במקרה דנא מדובר בתחרות על מתן הזכות להפעיל מספר אשכולות של קווי תחבורה ציבורית באוטובוסים לתקופה לא מבוטלת (שלא תפחת על פי פרטי המכרז משש שנים). זכות זו ניתנת תדיר רק בידי גורם אחד, הזוכה במכרז, אשר יהווה, לאחר התחרות המכרזית – בעל מונופולין באזור הזיכיון. מעת נתינת זכות ההפעלה – אין המפעיל הנבחר חשוף לתחרות של ממש.¹³ הכפפתו לתחרות ממשית במכרז,¹⁴ המוסבת על תנאי מתן

¹¹ מזרחי, הערה 3 לעיל, בעמ' 220: "גישה הקובעת קיומו של הסדר כובל על פי השפעתו על התחרות, דהיינו: על-פי תוצאתו, מצריכה היזקקות לגורמים חיצוניים להסדר – גורמים שמחוץ להסכם הנעשה בין הצדדים – מאחר שלא ניתן להעריך את השפעת ההסדר על התחרות ללא ידיעת נסיבות השוק."

¹² בג"צ 118/83 אינווסט אימפקט בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד לח(1) 729, בפסקה 7. ראה גם ע"א 1444/95 עיריית אילת נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד מט(3) 749, 761; קביעת הממונה בדבר הסדר כובל בין המתחרים במכרז בזק; 1994 הגבלים עסקיים 3001333 פסקה 19.

¹³ על ענף שירותי התחבורה הציבורית בקווי שירות קבועים ועל משמעותם של אשכולות קווים ראה הכרזות על בעלי מונופולין וקביעה בדבר קיומו של הסדר כובל בעניין אגד ונצב"א; 1999 הגבלים עסקיים 3003820 (להלן: "הכרזה בעניין אגד") בעמ' 41.

¹⁴ על ההבחנה בין תחרות "בתוך" קו השירות לבין תחרות "על" קווי השירות ראה דבריו של השופט א' מצא בבג"ץ 3136/98 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' שר התחבורה ואח", פ"ד נב(5) 705 (להלן: "בג"צ בעניין

השירות נשוא המכרז לציבור הרחב היא **ערוכה יחידה** לכך כי בתקופת ההפעלה ייחנה הציבור מתנאים תחרותיים (Franchise Bidding).¹⁵ זהו הבסיס לתחרות המכרזית "על השוק", תחרות הנערכת בנקודת הכניסה לשוק בין מספר מציעים, על "כרטיס כניסה" אחד: מבין המציעים יספק בסופו של דבר את השירות – גורם אחד בלבד.¹⁶

מכאן חשיבותה של התחרות המכרזית: זוהי תחרות המגלמת בנקודת זמן נתונה את עתיד התחרות בשוק כולו למשך תקופה ארוכה. מכאן פגיעותה של התחרות המכרזית: בהיעדר תחרות של ממש בנקודת הזמן בה נערך המכרז – מתגבשת פגיעה קשה בציבור, שהרי התנאים למתן השירות מתגבשים בעת ההכרזה על הזוכה במכרז.

מטבע הדברים, התקשרויות מכרזיות נעשות ביחס להיקפי פעילות והתקשרויות משמעותיים.¹⁷ כך נהוגה ההתקשרות המכרזית כגורם המאזן את העובדה כי הזוכה במכרז ייחנה ממעמד מונופוליסטי עמד על כך Williamson:¹⁸

"Even though scale economies may dictate that there be a single *ex post* supplier, large numbers competition may nevertheless be feasible at the **initial bidding stage**. Where large numbers of qualified parties enter noncollusive bids to become the supplier of the decreasing cost activity, **the resulting price need not reflect monopoly power**."

אלא שעל מנת שהתחרות המכרזית תשקף תנאי תחרות בשוק, צריכים ליטול בו חלק המתחרים העיקריים בשוק, באופן עצמאי, כך שהתחרות הניטשת ביניהם בשוק "הרגיל" תבוא לידי ביטוי במכרז. עמד על כך Hovenkamp:¹⁹

"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" (דגש הוסף)

עיקרם של דברים: עריכת מכרז תחרותי מהווה אמצעי עיקרי לריסון כוחו של בר הרשיון לכשיזכה במכרז ויספק במשך תקופה ניכרת את שירותיו לציבור הרחב. מכאן תפקידה החשוב של התחרות המכרזית כ-"שומרת הסף" של אינטרס הציבור השבוי, לאחר המכרז, בידיו של הספק

אגד" (בעמ' 712. ראוי לציין כי בסעיף 18.3 למכרז מובהר כי הממשלה רשאית לתת רשיון להפעלת קווים חדשים נוספים באזור הפעילות של הזוכה לכל מפעיל שהוא – על פי שיקול דעתה.

¹⁵ החלטה בדבר אי מתן פטור להסדר כובל בעניין קנסורציום אנרגית המזרח תיכון; 1997 הגבלים עסקיים 3001385 עמ' 19.

¹⁶ H. Hovenkamp, **Federal Antitrust**: Contestability-ה מונחת תיאוריית Policy – the law of competition and its practice, (2nd ed., 1999) להלן ה"ש 17, בעמ' 33.

¹⁷ H. Hovenkamp, **Federal Antitrust Policy – the law of competition and its practice**, (2nd ed., 1999) p.35: "Airlines routes, newspaper delivery routes, **bus lines** and direct satellite television seem to be relatively well suited for franchise bidding."

¹⁸ O.E. Williamson, Franchise bidding for natural monopolies – in general and with respect to CATV, 7 **Bell J. Econ.** 73 (1976) p. 76.

¹⁹ Hovenkamp, Ibid p. 558.

הזוכה. אולם, תנאי חיוני להצלחתו של הליך זה ולהשגתם של תנאים הקרובים ככל הניתן לתנאי תחרות הוא נכונותם ויכולתם של מתחרים ראויים דיים להתמודד במכרז. בהעדר מתחרים של ממש הזוכה במכרז לא יידרש להתמודדות גם בשלב הראשוני של המכרז – ולא יהיה במכרז להבטיח את השגת התכלית העיקרית של חוק ההגבלים העסקיים: מניעת מתן שירות בתנאים ובמחירים מונופוליסטיים.

ועיקר אחרון – תיאום מחירים בשוק המוצר והשירות הבלתי ממוכרז מחייב קיומו של קרטל ביחס לכל הלקוחות וברוב אזורי הארץ. ניסיון החיים מלמד כי קיומו של קרטל סובל מבעיות קשות. ברם, תיאום מחירים ותנאים במכרז – הוא משימה קלה ועל כן מפתה עבור מתחרים: תיאום המכרז אינו מחייב הסכמות ארוכות טווח; מספר הלקוחות אינו רב; התיאום עצמו מתבצע ב-"חתימה נמוכה"; אכיפה הקרטל פשוטה היא ומיידית;²⁰ הפירות רבים.

3.2 מן הכלל אל הפרט: תחום התחרות הציבורית באוטובוסים

בינואר 1997 קיבלה על עצמה הממשלה "לפתוח את ענף התחרות הציבורית בישראל לתחרות על-ידי הקצאת רשיונות להפעלת קווי השירות בתחרות הציבורית בתנאים תחרותיים". התחרות הציבורית בארץ באוטובוסים, אז – כמו היום, מאופיינת בריכוזיות גבוהה. עובר לפרסומם של מכרזים לקווי תחרות ציבוריים לאוטובוסים, קיימים היו בארץ רק שני מפעילים משמעותיים בענף אשר הפעילו כ- 95% מקווי התחרות הציבורית באוטובוסים: אגד אגודה שיתופית לתחרות בישראל בע"מ (להלן: "אגד") ודן. אגד פעלה בכל הארץ למעט מספר אזורים. לעומתה, דן פועלת כמעט אך ורק בגוש דן, בעיקר בקווים עירוניים²¹ והיקף פעילותה מצומצם וקטן לאין ערוך מזה של אגד.

בעקבות פרסומה במאי 1999 של תוכנית הממשלה להנהגת תחרות בתחרות הציבורית נחתם בין הממשלה לדן הסכם העוסק בין היתר באופן פתיחת שוק התחרות הציבורית באוטובוסים לתחרות (הסכם דומה נחתם גם עם אגד). על פי הסכם זה נאסר על דן עצמה, עד שנת 2009, לקחת חלק במכרזים להפעלת קווי שירות לאוטובוסים באופן עצמאי. דן הורשתה לגשת למכרזים כאמור רק על ידי חברה בבעלותה (אחר ששיעור מסוים מהרשיונות לקווים יועברו לידי מפעילים אחרים)²². לצורך זה הוקמה על ידי דן – חברת נהור – צד למיזם שבפני.

כאמור, ההגבלה התחרותית הנוצרת בשוק המיזם המשותף טבעית וברורה²³, שכן הקמת המיזם שוללת את תמריצי הצדדים להתחרות בו, לאחר שבחרו להשיא את רווחיהם באותו שוק באמצעות הפעילות המשותפת. אדרבא, חבירה זו בין הצדדים למיזם, על אף שהוגדרה בהסדר

²⁰ E. M. Fox, J. T. Halverson "Collaborations Among Competitors" (Section of Antitrust Law – ABA) p. 25; USA v. James P. Heffernan, 43 F.3d 1144, 1994 U.S. App. LEXIS 36444.

²¹ ראה בהכרזה בעניין אגד, בה"ש 6 לעיל, בעמ' 4 והמובאות שם.

²² האיסור על אגד ודן להשתתף במכרזים לקווי תחרות ציבוריים באוטובוסים נדון בבג"צ בעניין אגד הנזכר לעיל. ראה גם ה"פ (י-ם) 611/99 מסיעי אריה שאשא בע"מ נ' מדינת ישראל, תקדין- מחוזי 99(4) 81. עד כה, נתפרסמו שלושה מכרזים להפעלת קווי תחרות ציבוריים באזורי הארץ ברחבי הארץ כגון טבריה, אשדוד, רמלה מודיעין ובאר שבע. באזורים אלו זכו חברות שונות ביניהן כאמור מטרופולין. בשלושת המכרזים הללו הוצאו מידי דן ואגד קווים בשיעור המאפשר בידי חברה בבעלות כל אחת מהן לגשת למכרז.

²³ ראה קביעה בעניין יעדים, ה"ש 2, עמ' 11.

כמכונת **רק** למכרז הנדון, ניתן לטעון כי יהא בה להקהות את מניעי הצדדים להתחרות ביניהם גם במכרזים הבאים, בייחוד אם יזכו במכרזים נשוא המיזם²⁴.

בשלב זה, קשה לדעת מה היקף הרשימות לקווי תחבורה ציבורית אשר יינתנו בידי המיזם המשותף במכרז. לכן, יקשה לבחון עתה את מלוא השפעת קיומו של מיזם משותף לצדדים. אך אפילו אניח כי חברתם של אלו לצורך מכרז זה "תצנן" במידת מה את התמריץ של מטרופולין ובעליה להתחרות בנהור ובדן במסגרת מכרזים עתידיים לקווי תחבורה ציבורית, לא יהא בכך כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות במכרזים העתידיים לתחבורה ציבורית באוטובוסים. עיקרה של הבחינה התחרותית שביצעה רשות ההגבלים העסקיים לצורך בחינת הבקשה התמקדה במתחרים האחרים: עוצמתם, מעמדם ויכולותיהם להציב תחרות ממשית ובת קיימא למיזם המשותף. מסתבר כי חברתם של בעלי מטרופולין לנהור מותירה במכרז הספציפי, מלבדם, עוד שמונה מתחרים על אותם קווים. מבין שמונה מתחרים אלה רק חמישה הביעו רצונם להתמודד בשלב הבא במכרז על האשכולות הגדולים של קווי האוטובוסים. אחר שנבחן טיבם של אותם חמשה מתחרים, שוכנעתי כי חלקם מהווים **מתחרים של ממש** במיזם המשותף. למתחרים אלה מספר לא מבוטל של אוטובוסים²⁵, יכולת ומומחיות המאפשרים להם להתחרות תחרות משמעותית במכרזים האמורים. לפיכך, אף שהחברה שבין מטרופולין לבין נהור הפחיתה את מספר השחקנים הפוטנציאליים במכרז, הרי שקיומם של מתחרים אחרים, משמעותיים למדי, בעלי הידע והמומחיות הנדרשים – מפחית באופן ניכר את החששות התחרותיים מקיומו של המיזם ומלמד כי באיכותה של התחרות החזויה – לא יחול שינוי מהותי.

צידה האחר של הבדיקה התחרותית יורד לשורשה של נחיצות החברה ולשאלה אם בלעדיה - היו כלל החוברים ניגשים למכרז בגפם, כל אחד בנפרד. היבט זה נבחן על פי ראיות ומסורת התנהגותם של הצדדים בעבר, ולא על פי הצהרות גרידא. במקרה זה מלמדת הבחינה שנעשתה כי ספק רב אם לולא המיזם המשותף היו בעלי מטרופולין ניגשים למכרזים לאשכולות הגדולים. הבעלים של מטרופולין טענו בפניי, כי לולא החברה במסגרת המיזם המשותף עם נהור – לא היו מתמודדים במכרז על אשכולות אלו בעצמם. להצהרתם זו נמצא תימוכין בעובדה, כי אף במכרז קודם חברה נהור עם חברה נוספת לשם הגשת הצעה וכן בעובדה כי טרם חברתם לנהור במכרז זה ביקשו הבעלים במטרופולין לחבור לחברה זרה בשם Keolis עמה ניגשו למכרז אחר בבקעת אונו. אולם, שיתוף פעולה זה לא יצא לפועל והחברה הזרה, כפי שלהוותנו אירע לא אחת בשנים האחרונות – נטשה את המיזם ופרשה למקומה. הבעלים במטרופולין הוסיפו וטענו בפנינו כי יקשה בידם, אם בכלל, לעמוד לבדם בתנאים שנקבעו במכרז²⁶.

לאור כל האמור, אין בכבילה שלפנינו משום פגיעה ממשית, בעלת משקל, בתחרות במכרז שבפניי ובמכרזים נוספים עתידיים לתחבורה הציבורית באוטובוסים. ודוק, אין באמור להעיד כי חברות נוספות בין מתחרות לצורך מכרזים לתחבורה ציבורית באוטובוסים, ככל שיתקיימו, לא יהא בהם לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק זה. ככל שיצטמצמו עוד המציעים אשר יוכלו להגיש

²⁴ השווה **אישור מיזוג בתנאים בין Columbus Capital Corporation מקבוצת קלרידג' לבין כור תעשיות בע"מ**, 1998 **הגבלים עסקיים** 3001322 עמ' 22.

²⁵ כל הגופים שמבקשים להגיש הצעתם למכרזים לאשכולות גדולים נדרש לפי תנאי הסף במכרז שלבעלי עניין בהם יהיה יחדיו לפחות 80 אוטובוסים.

²⁶ ראה לעיל הי"ש 5.

הצעתם במכרזים כאמור כך משמעות חבירה בין מציעים אלו קשה יותר לתחרות ומשמעותית יותר. כך, חבירה נוספת בין גופים אשר הגישו הצעתם למכרז עלולה להוביל לכדי הותרתם של שני מתחרים ממשיים בלבד להתחרות ביניהם על אחד מאשכולות הקווים. אין חולק כי תוצאה עלולה להיות פגיעה של ממש בתחרות בין המציעים במכרז – כך שלא יהא במכרז להבטיח כי במשך תקופת ההפעלה – בה אין המפעיל חשוף לתחרות של ממש – ייחנה הציבור מתנאי הפעלה תחרותיים. אולם כאמור, חבירות אלו, ככל שתתבקשנה, תיבחנה בעיתן ולגופן.

אשר לתחרות בין נהור לבין מטרופולין בהפעלת קווי תחבורה ציבורית באוטובוסים, לא מצאתי מקום להרחיב. זאת, משום שהקווים שברשותה של מטרופולין בשלב זה, אינם מתחרים בקווים אשר לדן. דן, כאמור לעיל פועלת בעיקר בגוש דן ומטרופולין לעומת זאת, מפעילה קווי תחבורה ציבוריים בין הערים בארבע שבע ותל אביב.

לסיכום, בחינתי את השפעת החבירה במיזם המשותף על שוק התחבורה הציבורית מעלה כי –

1. החבירה נעשית בנסיבות בהן קיימת נחיצות בה לעצם הגשת ההצעה, כאשר ברור כי בעיתוי הנוכחי, לולא החבירה במסגרת המיזם המשותף עם נהור – לא היו הבעלים במטרופולין מתמודדים כלל במכרז על כלל האשכולות האלו בעצמם.
2. גם לאחר החבירה בין נהור לבין הבעלים במטרופולין נותר מספר ניכר של מתחרים משמעותיים להתחרות בכל אחד מן המכרזים לאשכולות לעיל. למתחרים אלה מספר לא מבוטל של אוטובוסים, היכולת והמומחיות אשר מאפשרים בידן להתחרות במכרזים האמורים. התמודדות ביניהם תאפשר הבטחה כי במשך תקופת הפעלת הקווים ייחנה הציבור מתנאי הפעלה תחרותיים (Franchise Bidding).
3. חבירות נוספות בין גופים אשר הגישו הצעתם למכרז סביר שיובילו להוצאתם של מתחרים במכרז עד כדי אי הותרת מתחרים של ממש להתמודד על המכרז. תוצאה זו עלולה להיות פגיעה של ממש בתחרות בין המציעים במכרז אשר אותה לא יוכל הממונה לפטור.
4. נהור שייכת אמנם לקבוצת "דן" – המפעילה לה מכבר קווי תחבורה ציבורית ואף נהנית ממעמד דומיננטי באזורים מסוימים בישראל. ברם, משעומדים אנו בפני פתיחת רוב מניינם של קווי התחבורה הציבורית בישראל לתחרות ובפני שינוי מהותי של "מפת אי התחרות" שוב אין להתייחס לנהור (בשונה מחברות מקבוצת אגד המוכרות כבעלת מונופולין ופריסתה ארצית) כגורם שחבירה אליו יוצרת בהכרח עיוות תחרותי.
5. הבחינה התחרותית על שוק המכרז ניזונה מנסיבות המקרה הספציפי. ייתכן ובנסיבות עתידיות, בהן מבחר המתחרים הניגשים למכרז יהא מצומצם יותר לא יאושר מיזם בהרכב דומה.

3.3 שווקים מושפעים אחרים: תחום ההיסעים הפרטיים

מלבד השפעת המיזם המשותף על הנעשה בשוק המיזם, עלולה השותפות בו להשפיע על תמריציהם של הורי המיזם להתחרות ביניהם בשווקים החורגים משוק המיזם, משיקים ואחרים.

כך בין היתר, ככל שערכו של המיזם המשותף מהותי יותר עבור הצדדים לו יפחת התמריץ שלהם להתחרות זה בזה.

דן ותור בוס מתחרות ביניהן בתחום ההיסעים הפרטיים. יונייטד אשר בבעלותה של דן בעלת כ- 100 כלי רכב גדולים (אוטובוסים, מידיבוסים ומיניבוסים) ולתור בוס כ- 180 כלי רכב גדולים, בבעלותה או ברשותה.

בתחום ההיסעים קיימות חברות רבות ולהן כלי רכב גדולים רבים²⁷. שיעור כמות הרכבים שיש בידי שתי החברות יחדיו זניח יחסית לכלל האוטובוסים בתחום זה. אולם, בעבר²⁸ ציינתי כי יש לאבחן מכלל תחום ההיסעים חברות בעלות ציי רכב להיסעים גדולות אשר בידן לענות על דרישה של העמדת צי רכב גדול בפריסה ארצית. כפי שפורט לעיל, בידי תור בוס ויונייטד צי לא מבוטל של כלי רכב ועוד, תור בוס עצמה חברה במיזם משותף במגרת יעדים תיור ונופש בע"מ (להלן: **"יעדים"**)²⁹.

במסגרת יעדים, חברו עשר חברות המתחרות בתחום ההובלה ביניהן חברות נוספות בעלות ציי רכב גדולים כגון, הורן את ליבוביץ בע"מ וא.נ. נתניה בע"מ. ביום 25 בפברואר 2002 פטרתי בתנאים מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדר בין בעניין פעילות יעדים. בין יתר התנאים קבעתי כי יעדים תציע שירותי הסעה או כל שירות אחר הניתן על ידה אך ורק למתן שירותי הסעה המצריכים 200 כלי רכב גדולים לפחות³⁰. כך יוצא כי יונייטד אשר לה הרבה פחות מ- 200 כלי רכב גדולים אינה מתחרה בפני עצמה ביעדים. עוד, ישנם מתחרים נוספים ליונייטד ולתור בוס אשר להם ציי רכב גדולים כגון, אגד תיור ונופש בע"מ שלה כ- 300 כלי רכב או מרגלית ש.א. רכב בע"מ שלה למעלה מ- 100 כלי רכב.

מן האמור עולה כי בשלב זה, אין בחבירה בגדרו של המיזם המשותף למכרזים לאשכולות הנדונים כאן, משום פגיעה של ממש בתחרות בשוק ההיסעים.

3.4 שווקים מושפעים אחרים: תחום השכרת הרכב ושוק הליסינג התפעולי

בשוק השכרת הרכב מושכרים רכבים לתקופות זמן קצרות, מהשכרה יומית עד להשכרה למספר חודשים מועט. לעומת זאת, ליסינג תפעולי הינה השכרה לטווח ארוך, לרוב ל-36 חודשים, שבמסגרתה החברה המחכירה רוכשת את הרכב עבור הלקוח על פי בחירתו ואחראית לתחזוקה השוטפת של הרכב, כאשר התשלום של הלקוח לחברה המחכירה, עבור הרכב - הוא חודשי.

כאמור, דן מחזיקה באויס ומכשירי תנועה מצידה מחזיקה בשליש מן המניות ביורופקאר. אויס ויורופקאר מתחרות ביניהן בתחום השכרת הרכב והליסינג התפעולי והן מן החברות הגדולות בארץ בתחומים אלו. אולם, בשוק השכרת הרכב יש לאויס וליורופקאר מתחרים רבים כגון, קשר רנט-א-קאר בע"מ, אלדן השכרת רכב (1965) בע"מ, השכרת רכב שלמה (1987) בע"מ, דומיקאר

²⁷ על פי נתוני משרד התחבורה קיימים בישראל כ- 4000 כלי רכב גדולים המשמשים להיסעים.

²⁸ ראה החלטה בדבר מתן פטור להסדר כובל בין עשר חברות בעניין פעילות חברת יעדים תיור בע"מ; 2002 הגבלים עסקיים 3014539 עמוד 5.

²⁹ שם.

³⁰ שם, עמוד 6.

בע"מ ואח'. כך, גם בשוק הליסינג התפעולי קיימים לצדדים מתחרים רבים כגון, אלבר ציי רכב בע"מ ניו קופל בע"מ ואח' ונתח השוק של אויס ויורופקאר אינו משמעותי.

לאור העובדה כי מכשירי תנועה מחזיקה רק בשליש מיורופקאר ולאור ריבויים של מתחרים בשווקים אלו והעובדה כי נתחי השוק של הצדדים בשווקים אלו אינו משמעותי לא מצאתי קיומו של חשש לפגיעה ממש בתחרות בשווקים אלו.

3.5 עמדת משרד התחבורה

טרם קבלת החלטתי נועצתי במשרד התחבורה – הוא המשרד הממשלתי הרלבנטי על פי הוראת סעיף 14(ד) לחוק ההגבלים העסקיים. משרד התחבורה פרט בפני כי הוא מתנגד למתן הפטור מן הטעם שיש בהסדר לאפשר בידי דן לגשת למכרזים לקווי תחבורה ציבורית באוטובוסים מבלי שזכייתה בקווים אלו תגרור הוצאה למכרזים של קווים נוספים אשר בידי דן. כל כך, משום שקיים סיכון כי מעמדה של נהור במיזם אינו עולה כדי "שליטה" כמובנה בחוק ניירות ערך, התשכ"ח – 1968 (להלן: "חוק ניירות ערך") (היכולת לכוון פעילותו של תאגיד).

הבחינה הנעשית לפי חוק ההגבלים העסקיים תרה אחרי פגיעה תחרותית בענף בכללותו. בהעדר פגיעה כזו במכרז הנערך לגבי שווקים אזוריים – אין למנוע את הפטור.

ברם, אחר עיון ובחינת הסכם התחרות בין המדינה לדן, נראה לי כי ניתן וצריך לראות בדן כבעלת "שליטה" כמובנו של מונח זה בחוק ניירות ערך כך שזכייתה בקווים כאמור, על פי הסכמים שלה עם המדינה, תגרור הוצאה של קווים נוספים מרשותה. דן, באמצעות נהור היא בעלים של 45% במיזם וביכולתה להשפיע רבות על הנעשה בו ולכוון את פעילותו. כך עולה אף מטעמי הצדדים לחבירה עצמה. מאידך, ברור כי אין המיזם רשאי להפעיל את זכייתו במכרז (אם יזכה) באמצעות דן, או כלי רכב מצי האוטובוסים של דן.

סוף דבר

לאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ומיזוגים, ראיתי לנכון להשתמש בסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים ולהעניק את הפטור המבוקש.

הפטור מוגבל להגשת הצעות משותפות לאשכולות המתוארים ברישא להחלטתי. תנאי למתן הפטור הוא כי אם יזכה המיזם המשותף במכרז אחד או יותר, ייעשה מתן השירות על ידו באופן עצמאי, בנפרד מדן ושלא באמצעותה.

בהתאם לסעיף 15(א) לחוק ההגבלים העסקיים נתונה החלטתי זו לערר בפני אב בית הדין להגבלים עסקיים על ידי איגוד עסקי, ארגון צרכנים או כל אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל עליו ניתן הפטור.

דרור שטרם

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, כ"א אב התשס"ג

19 אוגוסט, 2003