

17 פברואר, 2019

באמצעות הפקס (02-5458555) ודוא"ל

6 עמ'י כולל עמוד זה

לכבוד
גב' מיכל הלפרין, עו"ד
הממונה על התחרות
רשות התחרות
ירושלים

גב' הלפרין הנכבדה,

הנדון: התנגדות לביטול קביעה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח – 1988 בדבר

הסדר כובל בין יצרניות מסדרי מתח מבודדי גז

הריני מתכבד לפנות אלייך, בעניין שבנדון בשם מרשתי, לובי 99 בע"מ (חל"צ).

מתברר כי את שוקלת לבטל את הקביעה מיום 16 בספטמבר 2013 שניתנה על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים (הממונה על התחרות) בדבר הסדר כובל בין 3 יצרניות מסדרי מתח מבודדי גז (Gas insulated switchgear – GIS): Siemens, Alstom, ABB (להלן – "הקביעה"), בדרך [בהעדר כל] תנאים מהלך שאינו עולים בקנה אחד עם הוראות הדין החרות, דיני המשפט המנהלי החלים, חובותייך לקידום ושמירת התחרות ועקרונות של סבירות ומידתיות.

על האמור למדנו להפתעתנו רק מן המסמכים שפורסמו במסגרת הצעת הפשרה בת"צ 09-47768-13, צוקרמן נ' חברת Siemens (להלן – "התובענה הייצוגית"), בהם נכללו התייחסות לביטול הקביעה (ס' 19-23) וכן מכתב פניה קצר לסגנית היועצת המשפטית של רשות התחרות מיום 10.12.2018, ומכתב קצר יותר שלה מאותו היום.

בשלב זה, ונוכח העדר כל הנמקה או הסבר ולו תמציתי מצידך למהלך שבכוונתך לעשות, יובאו הדברים באופן תמציתי, ואנו שומרים על זכותנו להשלימם ולהגיב על דברים שיובאו על ידיך.

קרטל ה-GIS – הסדר כובל אופקי ערום (קרטל)

קרטל ה-GIS הוא מהחמורים ביותר שנראו בישראל ובעולם בתחום דיני התחרות. הממונה על ההגבלים תיאר את הקרטל במסגרת הקביעה כך:

-1-

1. עניינה של קביעה זו בהסדר כובל אופקי ערום (קרטל) בשיווק מסדרי מתח מבודדי גז במתח על-עליון ועליון (להלן גם "מסדרי המתח"), המשמשים בתחום הולכת החשמל.
 2. המדובר בהסדר כובל עולמי, אשר ישראל הייתה רק אחת מעשרות רבות של מדינות אשר הושפעו הימנו. החלטתי זו מתמקדת בהסדר הכובל ככל שהוא נוגע לישראל.
 3. עיקרו של ההסדר הכובל, מניעת התחרות בשוק מסדרי המתח תוך שימור נתחי השוק ההיסטוריים של החברות שהיו צד להסדר (להלן: "חברות הקרטל"), כפי שהיו ערב תחילת יישומו של ההסדר וייצוב רמה מתואמת של מחירים.
 4. בבסיס ההסדר עמדה הסכמה בין הצדדים להסדר (הנוגע לישראל) וחברות נוספות, אירופאיות ויפניות (להלן יחד: "חברות הקרטל"), לחלוקת שוק עולמית. במסגרת ההסדר הוסכם כי חברות הקרטל האירופיות יימנעו מפעילות בשוק היפני, וכי חברות הקרטל היפניות יימנעו מפעילות בשווקים אירופים. עוד הוסכם כי בשאר מדינות העולם (לרבות בישראל) חברות הקרטל תפעלנה להקצאת מכרזים בהתאם למכסות שנקבעו לכל אחת מהן על פי נתחי השוק ההיסטוריים שלה ולשמירה על רמת מחירים מתואמת.
 5. חברות הקרטל קיימו מפגשים עיתיים לדיון במכרזים לרכישת מסדרי מתח שפורסמו ברחבי העולם, ובהקצאתם. משהחליטו החברות למי מהן יוקצה הפרויקט, הן תיאמו ביניהן את ההצעות במכרז, על מנת להבטיח כי החברה לה הוקצה המכרז אכן תזכה בו. ההסכמות בין חברות הקרטל, אשר יפורטו בהרחבה להלן, הועלו על הכתב, במסגרת הסכמים שכוננו ה-GQ ו-"הסכם ה-EQ" (להלן ביחד גם "הסכם הקרטל").
 6. הסכם הקרטל אף קבע מנגנוני אכיפה וענישה שהופעלו כנגד חברות שסטו מן ההסדר, מנגנוני פיצוי ואיזון שהופעלו במקרה שבו מזמין המכרז לא בחר את ההצעה המיועדת אלא את הצעתה של חברה אחרת מזו שלה הוקצה המכרז, וכן, מנגנוני דיווח שאפשרו לחברות הקרטל לקבל תמונת מצב מדויקת לגבי כל מכרז או פנייה לקבלת הצעות שקיבלה מי מחברות הקרטל בנוגע לפרויקט מסוים. בכך, הובטח כי ההסדר יחלוש על מספר רחב ככל האפשר של פרויקטים רלוונטיים והוגבלה עד מאוד יכולתה של מי מחברות הקרטל לפעול שלא במסגרתו.
- כידוע הקרטל בישראל היה חלק מקרטל עולמי אותו חשפה מחלקת התחרות של האיחוד האירופי ולגביו יצאה החלטה חמורה שאושרה על ידי 2 ערכאות בית המשפט של האיחוד האירופי.

החלטת מחלקת התחרות של נציבות האיחוד האירופי מתאריך 24.1.2007, ניתנת לצפיה כאן:

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38899/38899_1030_10.pdf

החלטת בית המשפט של האיחוד האירופי (ECJ) מיום 19.12.2013, שדחתה ערעור שדחה ניסיון לביטול החלטת הנציבות ניתנת לצפיה כאן:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=4428F079C740EC890E91DA9C94A9D69E?text=&docid=145917&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=13996537>

ביטול קביעה מחייב הליך של צו מוסכם לפי סעיף 50 לחוק התחרות הכלכלית

הדרך בה ניתן לשנות או לבטל קביעה של הממונה על התחרות שלא במסגרת החלטה של בית הדין לתחרות, היא רק במסגרת המסלול שנקבע בהוראת סעיף 50 לחוק התחרות: צו מוסכם. אין לממונה חרות והרשות לשנות בהסכמה, קביעה שניתנה על ידו, אלא בדרך זו והדברים ידועים וברורים מאד.

כידוע לך סעיף 50 האמור נחקק בעקבות ניסיונו של הממונה על ההגבלים בשעתו להגיע להסדר מוסכם לשינוי קביעה בדבר כובל בשוק תחנות הדלק. בעקבות כך הוגשה בשעתו עתירה לבג"צ ובה נאמרו דברים ברורים:

"מהן המסקנות הנלמדות מהוראות אלו? אשר לקביעות שניתן להגיש עליהן ערר, ולכאורה מצוי עורר פוטנציאלי שיש לו עניין להשיג עליהן, התשובה ברורה: קביעות של הממונה תעמוד לביקורתו של בית הדין אם וכאשר יוגש עליה ערר. אך מה הדין כשקביעת הממונה נועדה לשנות או לתקן קביעה קודמת שלו, שערר עליה תלוי ועומד לפני בית הדין, והקביעה החדשה מבוססת על הסדר מוסכם בין הממונה לבין העורר, המייתר את המשך הדיון בערר ומוביל לביטולו? אם תמצי לומר כי גם במקרה כזה תעמוד הקביעה לביקורתו של בית הדין רק אם וכאשר יוגש עליה ערר, הרי זה כאילו אמרת שקביעה כזאת, המשקפת הסכם בין הממונה לבין העורר, אינה מעניינת של איש זולתם. ולא היא. בקביעת הממונה עשוי להיות עניין גם לגורמים אחרים ולציבור בכללו. בשל היותה מבוססת על הסדר מוסכם, שהושג במהלך שמיעתו של ערר – ודווקא בשל כך – יש טעם מיוחד בהעמדתה לביקורתו של בית הדין. חוק ההגבלים אינו מטיל על הממונה חובה לעשות כן. אך הוא גם איננו מונע בעדו מלעשות את הדבר. בצדק קבעה השופטת, במקרה שלפנינו, כי לא יהיה זה נכון "לכפות על העוררות והממונה הכרעה בשאלה שאיש מהם אינו מעוניין בה". אך החלטה זו ניתנה בבקשת המצטרפים להליך. פשיטא שאילו נתבקשה על-ידי הממונה לבחון את ההסדר ולהחליט אם לאשרו וליתן לו תוקף של החלטה בערר, הייתה נענית לבקשתו. אני סבור, כי ייטיב הממונה לעשות אם בכל מקרה כזה לא יסתפק במתן הודעה לבית הדין על אודות הקביעה החדשה ותוכן ההסדר, אלא יבקש מבית

הדין לאשרה ולתת לה תוקף של החלטה, במסגרת הערר התלוי ועומד. ואילו עשה כן בענייננו, זמן ומשאבים רבים היו נחסכים.

בשולי הדברים אוסיף, כי, לדעתי, יש מקום לשקול את תיקונו של חוק ההגבלים בשניים אלה: ביצירת הליך חדש לפני בית הדין, שבגדרו תובאנה לאישור על-ידי הממונה כל קביעותיו המבוססות על הסדר מוסכם בינו לבין הגורם שעליו חלה הקביעה, בין שיש ובין שאין ערר תלוי ועומד; ובחיוב הממונה לפרסם ברשומות את כל הקביעות מסוג זה."

בג"צ 326/96, יוסף כספי ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פ"ד נ(5) 133, 7-156;

ואכן בעקבות האמור נחקק סעיף 50ב' לחוק התחרות הכלכלית.

והיום המצב הוא ברור – אין הממונה על התחרות רשאית לשנות או לבטל קביעה כאמור, אלא בדרך המותווית מסגרת הוראות סעיף 50ב' לחוק.

ויובהר כי אין בעצם הכללת מכתב הפניה ומכתב התשובה לו בעניין במסגרת מוצנעת של הסכם הפשרה המוצע בת"צ 13-09-47768 כדי לעמוד בדרך ובדרישות אלו.

לא ניתן לבטל הקביעה ללא כל תנאי, למעט תשלום פיצוי חלקי על נזקי הקרטל

מתברר כי את נכונה לבטל הקביעה ללא כל תנאי, הסדר, עיצום כספי או קנס, ורק כנגד תשלום הסכום שנקבע במסגרת הליך התובענה הייצוגית.

אם הדבר נכון, הרי שמדובר על החלטה בלתי סבירה בעליל שאינה עולה בקנה אחד עם חובותייך כממונה על התחרות ונוכח החומרה היחודית והסגולית של קרטל ה-GIS, ונבאר בקצרה.

המדובר על קרטל שפעל (גם) בישראל משך למעלה מ-15 שנים, ושכלל את הביטויים החמורים ביותר של עבירות והפרות דיני התחרות, ובכלל זאת, תיאום מחירים (Price Fixing), תיאום מכרזים (Bid Rigging) וחלוקת נתחי שוק.

באירופה, כידוע לך, לא נעשו כל הקלות ביחס לחברות הקרטל, ובעצם יימים אלו מבשילות תביעות להטבת נזקי הקרטל בחלק ממדינות האיחוד. החלטת הנציבות שם קבעה במפורש את אחריות חברי הקרטל.

לעומת זאת, את שוקלת לבטל הקביעה ללא כל תנאי, הסדר, עיצום כספי או קנס, ורק כנגד תשלום הפיצוי שנקבע במסגרת התביעה הייצוגית. לא אתייחס כאן לשאלת [אין סבירות הפיצוי האמור.

שינוי הקביעה או ביטולה, ללא קביעת תנאים והסדרים מונעי פגיעה עתידית בתחרות הוא מהלך בלתי סביר בעליל מצידך. כן, אין זה סביר שחברות הקרטל שביצעו את החמורות שבהפרות דיני התחרות ינוקו ללא רבב.

בעניין זה ניתן להפנות לדברים הנחרצים שאמרת בוועדת הכלכלה של הכנסת ביוני 2016, סמוך לכניסתך לתפקיד:

"אני פותחת בדברים האלה מכיוון שיש להם הרבה מאוד משמעות להמשך הדיון שלנו ועל הדרך שבה אני מאמינה שצריכים להיות אפקטיביים – לקדם תחרות ולהוריד את יוקר המחיה.

כשננסתי לתפקיד סימנתי לעצמי מספר יעדים שאני רוצה לקדם ולחתור אליהם. כמובן שהמונופולים נמצאים בראש שמחתנו, ותיכף אקדיש להם מילים רבות. אבל זה לא רק מונופולים, אתחיל גם בכמה יעדים נוספים, **בראש ובראשונה - המלחמה בקרטלים**. רבותי, בנושא המלחמה בקרטלים אנחנו נהיה חסרי פשרות. בעינינו זו תופעה רעה, זו תופעה שאסור להבליג לגביה, אנחנו נחתור לאכיפה מאוד אגרסיבית נגד קרטלים, נעשה שימוש בכלים הפליליים שיש לנו – ויש לנו כלים פליליים - כדי לאכוף את האיסור על קרטלים. בעינינו הקרטלים ותיאומי המכרזים זו רעה חולה שצריך לעקור אותה מן השורש בחברה שלנו, וזה יעמוד בראש סדרי העדיפויות שלנו."

אכן – שטר ושוברו בצידו. מתחייב ומצופה כי תנהגי כפי שהצהרת. לא כך עשית בעניין זה עד עתה.

סיכום

לכן, מתחייב כי ככל שיש כוונה מצידך לשינוי הקביעה, כי כל שינוי כאמור יכלול שורת הוראות סדורות ומפורטות ויעילות למנוע היווצרות קרטל עתידי של החברות האמורות (שהינן בבחינת "שור נוגח").

כן מתחייב כי הקביעה תיוותר על כנה במובן של קביעת אחריות חברות הקרטל – על מנת שזו תשמש תמרור אזהרה ותיזקף לחובתן, היה ואלו ימשיכו לפעול בישראל, בין במסגרת מכרזי חברת חשמל ובין בכל מסגרת אחרת. ככל שיש טענה בדבר אינטרס חיוני לאפשר להן לפעול בישראל ללא "הערת אזהרה" כאמור, יש מקום לגלותה, לבררה ולהציגה באופן משכנע, אם בכלל.

בנוסף, ניתן לקבוע הסדר מותנה שיכנס לתוקף במידה ובו תתגלה הפרה נוספת וחדשה של מי מחברות הקרטל.

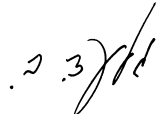
האמור נכתב בתמצית ובקיצור מרבי בשים לב לעובדה שלא פרסמת כל מסמך סדור בעניין, וממילא לא פרסמת Competitive Impact Statement.

Gilad Barnea, Advocate

גלעד ברנע, עורך דין

אבקשך להביא לידיעת בית הדין לתחרות מכתבי זה, ככל שיש בכוונתך לקדם הליך לשינוי הקביעה.

בכבוד רב,



גלעד ברנע, עו"ד

העתק: לובי 99 בע"מ (חל"צ)

-6-