



מדינת ישראל
משרד המשפטים

הממונה על חוק חופש המידע

ירושלים, ה כסלו תשע"ג

19 נובמבר, 2012

בתשובתך ציין נא:

תיק מס' ת/ 45

לכבוד
עו"ד נדאל חאיק
התנועה למען איכות השלטון
ת.ד. 4207
ירושלים 91043

שלום רב,

הנדון: בקשה לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998
מכתבך מיום 16/07/2012

בהמשך למכתבי מיום 10/9/2012 בפניה שבנדון רצ"ב המידע אודות צד ג' שהתנגד למסירת המידע. המידע נמסר אולם נמחקו ממנו סעיפים 11.4.5. ו-17 מכח סעיף 9(ב)(6) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן: "החוק") הקובע כדלקמן: "רשות ציבורית אינה חייבת למסור מידע שהוא אחד מאלה: ... מידע שהוא סוד מסחרי או סוד מקצועי או שהוא בעל ערך כלכלי שפרסומו עלול לפגוע פגיעה ממשית בערכו, וכן מידע הנוגע לעניינים מסחריים או מקצועיים הקשורים לעסקיו של אדם, שגילוי עלול לפגוע פגיעה ממשית באינטרס מקצועי, מסחרי או כלכלי; למעט מידע שהוא אחד מאלה - (א) מידע על חומרים שנפלטו, שנשפכו, שסולקו או שהושלכו לסביבה; (ב) תוצאות של מדידות רעש, ריח וקרינה, שלא ברשות היחיד".

כנגד החלטה זו יש בידך לעתור לבית המשפט לעניינים מנהליים מכח סעיף 17 לחוק.

בכבוד רב,
מיכל טנא, עו"ד

מנהלת היחידה לפניות הציבור
והממונה על חוק חופש המידע

מיכל שמאפ	ורד אורן	שמרית קניג	ליאת וולמבסקי-נימן	יששכר פישר
קרן כהן	מעין שניר	יואב חובב	שירי טרפון-גל	אבי פישר
שירלי אמסטרדם	שירה גילת	שרון קליין	שרון רוזן	ראובן בכר
רפי כהן	שרית עבדיאן	זעמה גיל	אילת לשם	אמיר חן
טלי דלויה	אורי אבני	חרות חסיד	אפרת שרון	אברהם וול
רעות גולדסטיין	אבי מיר	ברק גליקמן	וורן ויינברג	ד"ר גיל אורין
יונתן בכר	יעל שמעון-מני	שיר אור	מיכל ניסני	ישראל פישר
ניר אוגולניק	דיקלה לביא פישר	רועי שטיינמץ	עופר פריאל	רונלד להמן
אופיר פרטוק	נוהר ברסלר	טלי שמאי	הלית שמחוני	ערן יניב
אביגיל כהן	אביהו זפט	איתי שאול	הגר רובינשטיין	עטיר הרדוף-יפה
מרב כהן	אסתר דדיאשווילי	אורית הירשברנד	נחמי כצלסון	טל אייל-בוגר
יגאל שניידר	דנה אדיב-צרלין	אתי פרידמן-הרש	אריאל הבלין	יורם בוגן
מורן קליינפלד	ארז וידה	יסמין רובין	שגיב רון	רז טפר
דורון רמצלר	רועי ורהפטיג	נירית הניג	מיכל סלע	תמר תורלמן-קדם
הגר קרן-חכים	יעל רובינשטיין	שי צדיק	בועז נימן	ענת שביט
עדי בסטר	מישל מוריסון-טראו	אריאל פריד	ניצן סדור	מיכל פקטור
לילך לוי	שלום הרשקוביץ	רעות ארביב	עומרי שלה	מיטל בן-בסט
יעל לה-פרנס	אורי מנדלביץ	טל ברקסקי	דורון זיו-אב	נטלי משען-זכאי
ליטל צ'ובדי	שימירית שגב	זיו שוורץ	שגיב כץ	צפיר נגבי
דב אברמן	טניה וייסברגר	יעל רימר	גלי פרידהוף	מירי קמח-גולדשטיין
דנה להב	טניה כהן	לירון לוטן-פנדל	הדר זיו	גלעד זינקלר
דורון קול	גבריאלה סטריהן	רנית ולדמן	עיינה נימן	טליה סלומון
אביב גאון	שגיב רבינביץ	הדר ישראלי	שלי אבני-גולברי	אורית מליא
אורטל בלה	דן זיו	עמית לוי	נויה כסלו	עודד רביבו
הילה בורג	יונתן בק	אלעד אופק	ליאת הלפרין	בחיר סבן
מיכל ברנדל	אלדד מלר	מירב בר-זיק	מיכל תמר	שי תקן
	ורדית זיגלבוים	אופירה אלון	דר להב	שי עזולם
	זיו שקד	סיון מאור	איתי מעוז	ישראל מרקוביץ'
	אשרת מור-ברק	חגית הורוביץ	רן גפטר חרמש	שניא המר
	ליטל ג'וסף	יצחק וטנשטיין	עמית דת	מרב שביק

3 ביוני 2012

לכבוד
עו"ד אבי ליכט
המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקאלי)

א.נ.

הנדון: תזכיר החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ב - 2012

הרינו מתכבדים להגיש לך את הערותיה של מרשתנו, יורוקום תקשורת בע"מ ("יורוקום"), לתזכיר החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ב - 2012 ("תזכיר החוק"). ההערות מתמקדות בשני הפרקים הראשונים של תזכיר החוק, כדלקמן.

היות וחלק מהערותיה של מרשתנו אינן מוגבלות רק להיבטים המשפטיים של תזכיר החוק, ועניינן גם השלכות מאקרו על המשק הישראלי, נודה לך אם תואיל להעביר הערותינו גם לגורמים המקצועיים הרלוונטיים.

פרק ראשון - שקילת שיקולי תחרות וריכוזיות בהקצאת זכויות

מבוא

1. עיון בתזכיר החוק אל מול דוח הביניים של הוועדה וההמלצות הסופיות שפרסמה¹ מעלה, כי במסגרת תזכיר החוק, תורגמו המלצות הוועדה לחקיקה בדרך שהיא, לעניות דעתנו, רחבה וגורפת, עד כדי סטייה מההמלצות המקוריות.
2. מדובר, בראש ובראשונה **בהיפוך ברירת המחל** **שקבעה הוועדה** - כך, בעוד שבהמלצות הוועדה נקבע כי בעת הקצאת זכויות בתשתית חיונית חובה לשקול שיקולי תחרות וריכוזיות כלל משקית, לשון אחר - רק קיום נימוקים ממשיים יביאו לפסילתה של קבוצה עסקית ופגיעה בחופש העיסוק שלה, הרי תזכיר החוק קובע כי **ברירת המחל היא ש"לא תוקצה זכות בתשתית חיונית למבקש ריכוזי, על אף האמור בכל דין"**.
3. שינוי טכני לכאורה זה, הינו בעל השלכות שלא ניתן להפריז בהן לגבי הגופים המושפעים מהחוק - **לעניות דעתנו, התוצאה המסתברת היא שברירת המחל שהוגדרה בחוק - למנוע השתתפות "מבקשים ריכוזיים" - תוחל באופן גורף וכמעט אוטומטי על כלל ההקצאות של זכויות ב"תשתיות חיוניות"**.
4. בעיה זו מחריפה כאשר בוחנים מיהם אותם "מבקשים ריכוזיים" ומהן אותן "תשתיות ריכוזיות"? - **הגדרת "מבקש ריכוזי" היא כה רחבה, עד שחברות רבות המשתייכות לקבוצות עסקיות נופלות לגדרה. ההגדרה אף לוכדת גופים רבים נוספים שאינם משתייכים כלל לקבוצות עסקיות גדולות. גם הזכויות המהוות "תשתית חיונית" הוגדרו באופן רחב ביותר. מדובר בזכויות מכוח רשימה ארוכה של חוקים, אשר בחלק מהמקרים קשה להבין מדוע הוגדרו כזכות "חיונית" ומה, אם בכלל, השפעתן על התחרות במשק.**
5. בחינת ההגדרות הרחבות אל מול הסיכונים אותם ראתה ועדת הריכוזיות לנגד עיניה והכשלים עמם ביקשה להתמודד, מעלה ספקות בדבר מידת התאמת הפתרונות שנקטו בתזכיר החוק לבעיות עמן הם באו לכאורה להתמודד, עד כדי קיום חשש לדעתנו ל"שפיכת התינוק עם מי האמבטיה".
6. במישור התוצאה - לכאורה, המשמעות המעשית של השילוב בין "היפוך ברירת המחל" לבין התחולה הרחבה והגורפת של הוראות פרק זה, היא שבפני חלק גדול מהגופים הפועלים במשק הישראלי תיחסם, הלכה למעשה, האפשרות לפעול בתחומים נוספים בישראל. זאת, גם כאשר פעילות כזו כלל אינה פוגעת במשק (אדרבא, קרוב לודאי כי דווקא מניעת הפעילות היא אשר תפגע בו).
7. הנה כי כן, בניגוד למטרותיה של ועדת הריכוזיות, היפוך ברירת המחל צפוי דווקא להביא לפגיעה בתחרות. כאשר תיחסם השתתפותם של גופים רבים הפועלים במשק, לא תוכל להתקיים תחרות בריאה על הקצאת זכויות. המשמעות היא **תחרות נכה**, שתיפגע במשק.
8. יותר מכך - לכאורה תיחסם בפני גופים אלו גם האפשרות לצמוח צמיחה טבעית בתחומי פעילות קיימים אשר הוגדרו כ"תשתית חיונית", ולתת מענה במסגרת עסק קיים לשינויים טכנולוגיים ואחרים העשויים להצריך קבלת רישיונות חדשים באותו תחום פעילות.

¹ טיוטת המלצות הוועדה להגברת התחרותיות במשק, פרסמה ביום 11 באוקטובר 2011 ("הוועדה" או "ועדת הריכוזיות" ו - "דוח הביניים של הוועדה", בהתאמה), והמלצות סופיות והשלמה לדוח הביניים שפורסמו ביום 18 במרץ 2012 ("ההמלצות הסופיות של הוועדה").

7. נשאלת השאלה - האם דווקא בעת הזו, כאשר המשק הישראלי, כמו גם העולם כולו, ממילא צועד לעבר האטה (וחלילה - לעבר מיתון), כאשר מספר רב של תעשיות (משק האנרגיה, שוק התקשורת, שוק ההון ועוד) מתמודדות עם קשיים משמעותיים ואולי אף קיומיים, כאשר אנו עומדים על סף של ירידה בצמיחה וגידול באבטלה, **האם זו העת להציב בפני השחקנים הקיימים חסמים משמעותיים להמשך פעילותם בארץ?**

האם דווקא בתקופה זו ראוי לעודד את המגזר העסקי בישראל להפנות - בלית ברירה - משאבים לחו"ל? וראוי לזכור, כי המצב אינו כזה שכיום עומדים בתור משקיעים מחו"ל שימלאו את מקומם או שחקנים חדשים במשק שעד היום משום מה נמנעו מלהשקיע בו.

הנה כי כן, דומה כי במקום שהחוק ימנע פעילות המעלה חשש אמיתי להשפעה אנטי תחרותית, יוביל החוק לכך שיכולתן של מרבית הקבוצות העסקיות המשמעותיות בישראל להמשיך ולפתח כאן פעילות עסקית, תיפגע.

תמצית התיקונים המוצעים לפרק זה

8. להלן תמצית התיקונים אותם אנו סבורים כי יש לבצע בפרק זה, כפי שיפורטו ויובהרו בהמשך מכתבנו:

8.1 "היפוך ברירת המחל" - מוצע להחזיר על כנה את ברירת המחל שנקבעה על ידי ועדת הריכוזיות בהמלצותיה, ולקבוע כי גורם מאסדר ישקול שיקולי ריכוזיות כלל משקית בהקצאת זכויות בתשתיות חיוניות, כי הקצאה למבקש ריכוזי תבוצע לאחר התייעצות עם הוועדה המתמדת והממונה על הגבלים עסקיים וכי רק אם יימצאו סיכונים תחרותיים משמעותיים וקונקרטיים, שלא ניתן לצמצמם בדרך פחות פוגענית, ברמת סבירות ממשית - תימנע ההקצאה. בהקשר זה, מוצע לקבוע בחוק גם אמות מידה ברורות להפעלת הסמכות למנוע ממבקש ריכוזי השתתפות בהליך הקצאת זכויות בתשתית חיונית.

8.2 **שקיפות** - מוצע, כי המלצותיהם של הוועדה והממונה על הגבלים עסקיים, וכן הנימוקים של המאסדר בהחלטה למנוע או להגביל השתתפות מבקשים ריכוזיים בהליך ההקצאה, יפורסמו לציבור (נעיר, כי לאור "היפוך ברירת המחל", על פי הנוסח הנוכחי של תזכיר החוק, לכאורה לא קיימת חובה על המאסדר לנמק או לפרסם נימוקיו בדבר החלטה למנוע מגורם ריכוזי להשתתף בהקצאה).

8.3 **חובה לבחון את החלטה במועד הרלוונטי להקצאת הזכות הפרטנית** - מוצע, כי תיקבע חובתו של מאסדר להפעיל שיקול דעת פרטני ביחס לפניית גורם ריכוזי ספציפי, ובכלל זה החובה להעדיף את הצעדים הפוגעניים פחות, אף אם באותו תחום כבר התקבלה החלטה "כללית" למנוע השתתפות גורם ריכוזי בהליך להקצאת זכות בתשתית חיונית. בהתאם, מוצע לקבוע זכות עמידה לעתור כנגד החלטה כללית של מאסדר למנוע השתתפות גורם ריכוזי בהליך ההקצאה גם במועד הפנייה הפרטנית לביצוע ההקצאה (להבדיל ממועד קבלת החלטה הכללית וה"תאורטית").

8.4. החרגת סוגים מסוימים של הקצאות מהמגבלה הגורפת שבפרק זה-

- מוצע להבהיר כי הקצאה של זכויות בתשתית חיונית אינה כוללת הקצאה מחדש של זכויות קיימות (הארכת רישיון וכ"ו) וכן אינה כוללת הקצאת זכויות שהן במהותן קשורות בהתפתחויות טבעיות של תחום הפעילות הקיים.
- מוצע למקד את רשימת התשתיות החיוניות לכאלו שהן תשתיות חיוניות באמת, ולא לכלול בה סוגים שונים של רישיונות שאינם מהותיים כגון רישיונות ייצור חשמל, רישיונות הפקת מים או רישיונות אספקת גז בישול בהיקפים לא מהותיים.
- עוד מוצע להחריג מהרשימה - בקו אחד עם המלצותיה המקוריות של ועדת הריכוזיות - הקצאות של זכויות ששוויין נמוך מסכום בעל השלכה מהותית על המשק (דומה כי הסכום של 150 מיליוני ש"ח אף הוא סכום זניח בראיית מאקרו - אולם בודאי לא בסכום נמוך יותר), למעט הקצאות לגביהן ייקבע במפורש על-ידי הגורם המאסדר בהתייעצות עם הוועדה המתמדת כי מדובר בתשתית חיונית, על אף סכומה הזניח, לנוכח נימוקים קונקרטיים אחרים.

8.5. **כללים לשינוי רשימת התשתיות החיוניות** - מוצע כי הוספת תשתיות נוספות לרשימה תבוצע באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, לאחר התייעצות עם הוועדה המתמדת ובהתאם לפרמטרים שיוגדרו בחוק.

8.6. **תחולה על התקשרויות חוזיות** - מוצע להבהיר כי התקשרות חוזית לקבלת שירותים בידי רשות שלטונית בתחום שהוגדר כ"תשתית חיונית" (כגון - התקשרות לרכישת שירותי סלולר בידי משרד ממשלתי), לא עולה כדי "הקצאת זכות" בתשתית חיונית.

פירוט הערותינו לפרק זה

9. "היפוך ברירת המחדל" - הקצאה למבקש ריכוזי היא אסורה אלא אם נקבע אחרת

9.1. הן בדוח הביניים של הוועדה והן בהמלצותיה הסופיות נקבע באופן ברור, כי מומלץ לקבוע כי בחליכי הקצאת זכויות בתשתית חיונית למבקשים ריכוזיים, תחול חובה לשקול שיקולי תחרותיות וריכוזיות כלל-משקית.

כך בדוח הביניים² -

" על מנת להביא לכך שהעקרונות שפורטו לעיל אכן יישקלו בצורה הולמת, מוצע לקבוע כי במניין השיקולים של הרשות הרלוונטית ... ייכללו כלל העקרונות שנמנו לעיל. כמו כן, מוצע להקנות לגוף המקצה סמכות לקבוע בהליך ההקצאה תנאים שישקפו את השיקולים המתוארים לעיל. בכלל זה יש להקנות לגוף המקצה סמכות למנוע הקצאה לגורמים מסוימים, או לתת לגופים מסוימים... יתרון על פני אחרים על בסיס השיקולים הנזכרים."

כך גם בהמלצות הסופיות של הוועדה³ -

" הגופים האחראים על חליכי הקצאת זכויות ונכסים כאמור יחויבו גם לשקול שיקולי ריכוזיות כלל משקית בהקצאת זכויות

² עמ' 218 לדוח הביניים של הוועדה.

³ סעיף 2.1.2 להמלצות הסופיות של הוועדה.

בתשתיות חיוניות... בכלל זה יישקלו חששות ליצירת גופים
"גדולים מכדי להיכשל".

9.2 והנה, בעוד שבהמלצות הוועדה דובר על חובה לשקול שיקולי ריכוזיות ולהתייעץ בוועדה המתמדת בעת הקצאת זכויות בתשתית חיונית למבקש ריכוזי, בתזכיר החוק התהפך הנטל, וכעת נקבע **איסור על הקצאת זכויות בתשתית חיונית למבקש ריכוזי**, תוך שהמאסדר הוסמך לסטות מאיסור זה רק לאחר התייעצות עם הוועדה המתמדת ובנסיבות מיוחדות המפורטות בסעיף.

כך בדברי ההסבר שבתזכיר החוק⁴ -

" מוצע לקבוע כי מאסדר לא יקצה זכות בתשתית חיונית למבקש ריכוזי, על אף האמור בכל דין. עם זאת, ככל שמערך השיקולים של המאסדר, ובמיוחד ככל שהשיקול בדבר מניעת פגיעה משמעותית בצרכנים, מוביל את המאסדר לשקול את האפשרות להקצות את הזכות למבקש ריכוזי, עליו להתייעץ עם הוועדה המתמדת טרם ההקצאה. "

ואכן, דברים אלו באים לידי ביטוי בנוסחו הנוכחי של סעיף 4(א) לתזכיר החוק.

9.3 כך, לפי פרשנותנו את תזכיר החוק, נוצר מצב בו במקום שתחול על המאסדר חובה לבחון בראשית הליך ההקצאה של זכות האם קיימת מניעה - משיקולים תחרותיים ומשיקולי ריכוזיות - להקצות את הזכות למבקש שהוגדר כ"מבקש ריכוזי" (כפי שהורתה ועדת הריכוזיות בהמלצותיה), הגורם המאסדר רשאי (ובפועל - כך למעשה מצופה ממנו לנהוג) לקבוע מראש כי אין להקצות את הזכות למבקש ריכוזי.

9.4 חמור מכך - המאסדר אף **מתומרץ** לקבוע מראש כי אין להקצות את הזכות למבקש ריכוזי: שהרי לכאורה, על פי הבנתנו את לשון תזכיר החוק, אם החליט המאסדר למנוע מ"מבקש ריכוזי" את הזכות להשתתף בהליך ההקצאה מלכתחילה -

- אין הוא חייב להתייעץ עם הוועדה המתמדת;
- אין הוא חייב בדין וחשבון כלפי גורם כלשהו (שהלא - כלשון הסעיף - הסמכות להדיר "מבקש ריכוזי" מההליך הינה "על אף האמור בכל דין");
- אין הוא חשוף לכך שהליך ההקצאה יתעכב לפרק זמן ארוך בשל הצורך להיוועץ בוועדה המתמדת ובממונה על הגבלים עסקיים;
- אין הוא מחויב להבטיח כי עקב החלטתו למנוע השתתפות "מבקש ריכוזי" לא תיגרם פגיעה משמעותית ברווחת הצרכנים ובאינטרס הציבורי (שכן החוק מורה לו לשקול שיקולים אלו רק אם הוא מחליט - למרות הכל - לשקול הקצאה לגורם ריכוזי)⁵;
- החלטתו שלא לאפשר השתתפות מבקשים ריכוזיים בהליך ההקצאה ונימוקיה אינם טעונים פרסום.

⁴ עמ' 4 לתזכיר החוק (עיקר 3 - הגבלות על הקצאת זכויות בתשתיות חיוניות למבקשים ריכוזיים) - יוער, כי למעט אם נאמר אחרת, כל ההדגשות במכתב זה אינן במקור.

⁵ סעיף 4(ב) לתזכיר החוק.

במילים אחרות - קל שבעתיים להחליט שמבקש ריכוזי יהיה מנוע מהשתתפות בהליך ההקצאה.

9.5. בנסיבות אלו, ובהיעדר חובה חוקית לפעול אחרת, ניתן לשער כי במצב הדברים הרגיל, יפנה הגוף המאסדר לדרך הקלה שאף נקבעה בחוק במפורש כברירת המחדל, ויקבע מראש כי הזכות לא תוקצה למבקש ריכוזי.

הנה, אפוא - המשמעות המעשית של "היפוך ברירת המחדל" עלולה להיות מניעה גורפת של השתתפותם של "מבקשים ריכוזיים" בהליכי הקצאת זכויות בתשתיות חיוניות.

9.6. אין צורך להדגיש, כי ישנו הבדל בין החובה לבחון שיקולים תחרותיים בכל הליך של הקצאת זכויות, לבין שלילה מראש של יכולת ההשתתפות בהליך ההקצאה. מטרתו של החוק המוצע היתה להביא לקיום הליך שבו נבחנים השיקולים התחרותיים גם במקרים שאינם נופלים בגדר סמכותו של הממונה על הגבלים העסקיים. מטרה זו היא כמובן לגיטימית ומקובלת, אולם שלילה מראש של יכולת ההשתתפות היא בבחינת איסור שלא רק שאינו מקדם את מטרת הוועדה, אלא אף פוגע בהן.

9.7. הקשיים הנובעים מהגדרת ברירת מחדל של הליך "עיוור" ואנונימי

9.7.1. ועדת הריכוזיות עמדה במפורש על כך שלא ניתן לקבוע כלל גורף ביחס לכל הקצאה והקצאה של זכויות בתשתיות חיוניות, והדבר תלוי בין היתר באופיין של הזכויות המוקצות.

כך בהמלצות הסופיות של הוועדה⁶ -

" להערכת חברי הוועדה, לא ניתן יהיה לקבוע פרוצדורה אחת מוגדרת אשר תוכל לתת מענה לכל סוגי הקצאת הזכויות במדינת ישראל, ולכן תידרשנה התאמות מסוימות בהתאם לאופי הזכות המוקצית ולסדרי עבודת הגוף המקצה."

כך גם בדוח הביניים⁷ -

" הבדיקה תתמקד בשאלה האם הקצאה פרטנית תוביל להגדלה באחזקות של גורם כלשהו שכבר פועל בתחום התשתית החיונית באופן שנוגד את האינטרס הציבורי. כן ייבחן אם הגורם המבקש להשתתף בהקצאה הוא כבר בעל אחזקות בתחומי תשתיות חיוניות אחרות, כך שתוספת זכות זו לאחזקותיו עלולה לפגוע באינטרס הציבורי, אם ברמת הענף הספציפי ואם ברמת המשק. ככל שהגורם המבקש להשתתף בהקצאה שולט באחוזים נכבדים יותר מתחומי תשתיות חיוניות, ובמיוחד תחום התשתית החיונית נשוא ההקצאה, גדלים הצורך וההצדקה לביזור השליטה."

9.7.2. הנה, בעוד שהמלצות הוועדה דיברו על צורך בבדיקת המקרה הפרטני בהתאם לנסיבותיו, בדומה לפרוצדורה השוררת מימים ימימה בחוק ההגבלים העסקיים למשל, על פניו, בחר התזכיר לנקוט בשיטת "one size fits all" - קביעת כלל גורף לפיו זכויות לא יוקצו למבקש ריכוזי אלא בהתקיים החריגים.

⁶ סעיף 2.1.5 להמלצות הסופיות של הוועדה.

⁷ עמ' 215 לדוח הביניים של הוועדה.

9.7.3. וכאן למעשה טמון קושי מהותי נוסף במנגנון שנקבע בתזכיר החוק - ההליך המוצע בתזכיר החוק הינו כזה שההחלטה האם תותר השתתפות של מבקש ריכוזי בהליך ההקצאה ניתנת "באופן עיוור", לפני תחילת ההליך, מבלי שיש למאסדר דרך כלשהי להתייחס לנסיבות **הספציפיות** של הגופים הרלוונטיים, לקבוע תנאים המותאמים לגופה של הקצאה, לשקול חלופות פוגעניות פחות וכיוצ"ב. השוו, למשל, להליך בפני הממונה על הגבלים עסקיים הדן במיזוגי חברות והסדרים כובלים המובאים לפתחו, שהוא פרטני, מאפשר לימוד ושכנוע, התנאה בתנאים המותאמים לנסיבות, קיום ביקורת שיפוטית אפקטיבית וכיוצ"ב.

9.7.4. מעבר לפוטנציאל לקבל החלטות שגויות הפוגעות באינטרס הציבורי לאור אי התאמתן לנסיבות הרלוונטיות, **כאשר ההחלטה** (ובעיקר ההחלטה ה"טבעית" לכאורה למנוע השתתפות מבקש ריכוזי בהקצאה) **מתקבלת באופן אנונימי ומראש, גם יכולת התקיפה והביקורת שלה היא מוגבלת ביותר.**

9.7.5. כך, נניח למשל שהממונה על הנפט יחליט לקבוע כללים להענקת רישיונות קידוח ויקבע (בעידוד החוק) כי רישיונות כאמור לא יוקצו למבקש ריכוזי. לא ניתן לצפות כי כל הגופים במשק יבחנו או יהיו מודעים להחלטה זו במועד קבלתה או כי ישקיעו את המשאבים הנחוצים בקיום דיון עם הרגולטור סביב תרחיש היפותטי עתידי. התרחיש הסביר הינו כי רק כאשר גוף מסוים יבקש להוציא רישיון קידוח, ייתקל אותו גוף לראשונה בכלל הגורף שנקבע. בנסיבות אלו, עלול המבקש למצוא עצמו מנוע מתקיפת ההחלטה ההיסטורית להזיר אותו מההליך, עקב שיהוי או סיבות אחרות.

9.8. קביעה בחקיקה כי ברירת המחזל היא למנוע את יכולתו של גורם להשתתף בהליך ההקצאה, חלף בחינה עניינית לגופו של מקרה האם ראוי למנוע השתתפותו, עומדת בסתירה ישירה למטרות ולתכליות של חובת השוויון במשפט הציבורי ובדיני המכרזים ולתכלית החובה החלה על כל רשות שלטונית לקיים הליך תחרותי בהתקשרויותיה. כך, ניתן ללמוד לענייננו מעמדת הדין בכל הנוגע לקביעת כללי סף בהליכים מכרזיים, כפי שזו באה לידי ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון⁸ -

" תנאי במכרז, ודאי תנאי סף שההצעה שאינה עומדת בו - תיפסל, צריך שייקבע משיקולים ענייניים, המאזנים בין מטרות דיני המכרזים: שוויון הזדמנויות, יעילות כלכלית ושמירה על טוהר המידות".

וכן בספרות המשפטית⁹ -

" ככלל, ראוי להמעיט בקביעת תנאי סף, ובטרם יסווג תנאי מסוים כתנאי סף שומה על מעצב המכרז לבחון אם אכן מדובר בתנאי כזה. סיווג של תנאי כתנאי סף על אף שאינו ראוי להיות כזה עלול להוות עבור הרשות חרב פיפיות: הדבר עלול לאלץ אותה לפסול הצעה טובה שהיא מעוניינת בה ולמנוע התקשרות יעילה. מכך יצאו ניזוקים הן הציבור בכללותו והן המציע שהצעתו נפסלה."

⁸ ע"מ 2398/2 ע.מ.ת. ערוצי מדידה ותשתיות בע"מ נ' התכרה הכלכלית שהם בע"מ, פסקה 15 לפסק דינו של השופט מלצר.

⁹ ע' דקל, דיני מכרזים (2004) ("ידקל, מכרזים"), עמ' 278.

הנה, המשפט הציבורי ודיני המכרזים מזגישים את הצורך בבחינה עניינית של מגבלות על השתתפות בהליך הקצאת זכויות, חלף קביעה מראש של כללים גורפים.

9.9 היעדר החובה לבחון את מידת התאמת האיסור למקרה הקונקרטי, מעורר גם חששות בדבר פגיעה שאינה מידתית בחופש העיסוק (ס' 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק). לעניין זה, יפים גם דבריו של המלומד דקל מתחום דיני המכרזים¹⁰ -

" תנאי סף המגביל את האפשרות להשתתף במכרז מעבר לנדרש אינו לגיטימי, שכן מדובר בתנאי סף המגביל את חופש התחרות מעבר לנדרש, ועל כן אינו עומד בדרישות חוק יסוד חופש העיסוק."

וכן פסיקתו של בית המשפט העליון¹¹

" עיקר בסיסי בזכות לחופש עיסוק המוגנת בחוק יסוד: חופש העיסוק הוא חופש התחרות. פגיעה בחופש התחרות על-ידי התערבות בו בדרך של הענקת טובות הנאה לאחד המתחרים בלבד והעדפתו על אחרים, יש בה פגיעה בחופש העיסוק... **התערבות שלטונית** המעניקה לאחד את אשר אינו מוענק לאחר או **המצרה את צעדיו של אחד באופן שאינו מוטל על מתחרהו, מתערבת בתחרות חופשית באופן הפוגע בחופש העיסוק.**"

9.10 למרות שבבסיסו של תזכיר החוק ניצבת מטרה מוצהרת של **קידום התחרות**, בפועל הוא יוצר מצב פרדוקסאלי שיוביל להליכי הקצאה "נכסים" ולהתקשרויות מוטות - שכן, כאשר מגבילים ללא סיבה מספקת שורה ארוכה של שחקנים מהשתתפות בהקצאה, יוצרים דווקא תחרות "נכה" ואפקטיבית פחות. נדרשת אפוא הצדקה מוצקה להגבלת זכות ההשתתפות של מבקשים ריכוזיים, וכפי שנסביר - ספק אם הכלל הגורף שנקבע בתזכיר החוק מספק הצדקה כאמור.

9.11 הדברים נכונים במיוחד כאשר אחד מתנאי הסף הבסיסיים ביותר בכל מכרז בתחום התשתיות נוגע לאיתנות הפיננסית ולניסיון המוכח של הגוף המתמודד במכרז. כעת, מחליטים באופן גורף וכמעט אוטומטי למנוע את השתתפותם של מרבית הגופים הגדולים במשק. אם כל הגופים בעלי הניסיון והיכולת יפסלו מראש - מי ייוותר?

9.12 מעבר לאמור, לטעמנו יש לקבוע בחוק גם אמות מידה ברורות להפעלת הסמכות לפסול מבקש ריכוזי מהשתתפות בהקצאת זכויות בתשתית חיונית. השוו, למשל, לסמכותו של הממונה על הגבלים עסקיים להתנגד למיזוג חברות או להתנותו בתנאים, בהתקיים "חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור באחת מאלה: (1) רמת המחירים של נכס או של שירות; (2) איכות נמוכה של נכס או של שירות; (3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה" (ס' 21 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988) ("חוק ההגבלים העסקיים").

9.13 **לסיכום** - קביעת ברירת המחדל לפיה הקצאה למבקשים ריכוזיים היא אסורה, מעוררת לעניות דעתנו חששות לכך שתימנע מראש - בהליך אנונימי ו"עיוור" - השתתפות גורמים שהוגדרו

¹⁰ דקל, מכרזים, עמ' 279.

¹¹ בג"ץ 1030/99 ח"ב אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 658.

כ"ריכוזיים" בהליכי הקצאת זכויות. כפי שנראה להלן, בעיה זו אף מחריפה בהתחשב בכך שהגדרות ה"מבקשים הריכוזיים" וה"תשתיות החיוניות" הן רחבות וגורפות ביותר.

הדבר דומה, למשל, לקביעת כלל לפיו כל מיזוג או כל הסדר כובל הוא אסור, רק כדי להתמודד עם האחוזים הבודדים של המקרים שבאמת מעוררים קושי תחרותי. ברור שאילו בתחום ההגבלים היה נקבע כלל כזה, הרי שרוב רובן של ההתקשרויות הנעשות היום בהיתר (ולית מאן דפליג שהן מעודדות את הפעילות הכלכלית ואף את התחרות) - היו אסורות.

9.14. נזכיר, כי "היפוך ברירת המחדל" צפוי להוביל לכך שבפועל, חלקים משמעותיים מהמגזר העסקי בישראל יודרו מהאפשרות להרחיב פעילותם במדינה, בחלק לא מבוטל מתחומי הכלכלה, תוך שהם מתומצצים להפנות משאבים והשקעות לחו"ל. שהרי - קבוצה עסקית רציונאלית תוותר מראש על כניסה לתחום פעילות החשוף לסיכון האינהרנטי כי בכל רגע נתון עלול הרגולטור הרלוונטי להחליט למנוע ממנה את המשך ההתפתחות והעיסוק בו.

9.15. **לאור האמור, אנו מציעים כי בנושאים שצוינו לעיל, יבוצעו השינויים וההבהרות הבאים ביחס לנוסח הנוכחי של תזכיר החוק:**

- מוצע להחזיר על כנה את ברירת המחדל שנקבעה על ידי ועדת הריכוזיות בהמלצותיה, ולקבוע כי גורם מאסדר ישקול שיקולי ריכוזיות כלל משקית בהקצאת זכויות בתשתיות חיוניות, כי הקצאה למבקש ריכוזי תבוצע לאחר התייעצות עם הוועדה המתמדת והממונה על הגבלים עסקיים וכי רק אם ימצאו סיכונים תחרותיים ממשיים וקונקרטיים, שלא ניתן לצמצמם בדרך פחות פוגענית, ברמת סבירות ממשית - תימנע ההקצאה. בהקשר זה, מוצע לקבוע בחוק גם אמות מידה ברורות להפעלת הסמכות למנוע ממבקש ריכוזי השתתפות בהליך הקצאת זכויות בתשתית חיונית.
- מוצע, כי המלצותיהם של הוועדה והממונה וכן הנימוקים של המאסדר בהחלטה בדבר למנוע או להגביל השתתפות מבקשים ריכוזיים בהליך ההקצאה יפורסמו לציבור.
- מוצע לקבוע את חובתו של מאסדר להפעיל שיקול דעת פרטני ביחס לפניית גורם ריכוזי ספציפי, ובכלל זה החובה להעדיף את הצעדים הפוגעניים פחות, אף אם באותו תחום כבר התקבלה החלטה "כללית" למנוע השתתפות גורם ריכוזי בהליך הקצאת זכות בתשתית חיונית.

10. הקצאת זכויות בתחום פעילות קיים - היעדר הבחנה בין הקצאת זכויות שמהווה במהותה שימור הקיים לבין הקצאת זכויות חדשות

10.1. תזכיר החוק מעורר בעייתיות מיוחדת בכל הנוגע להקצאת זכויות בתחום תשתית חיונית שכבר קיימת בה למבקש הריכוזי פעילות - לכאורה, לפי לשונו, **התזכיר אינו מבחין בין הקצאת זכויות שהיא במהותה הקצאה של נכסים "חדשים"** (לדוגמא - גורם שמחזיק בשני מתקני התפלת מים ומעוניין להקים מתקן שלישי במיקום שונה), **לבין הקצאות שמהותן שימור הקיים והתפתחות טבעית של פעילות קיימת.**

10.2. פעילות בתחום התקשורת היא דוגמא מובהקת לכך - מדובר בתחום דינאמי ועתיר שינויים והתפתחויות טכנולוגיות. הצמיחה הטבעית של העסק, הצורך להתאים את הפעילות לשינויים

הטכנולוגיים, הצורך לעמוד בסטנדרטים בינלאומיים - כל אלו מחייבים מעת לעת הוצאה של רישיונות חדשים בתחום.

10.3. כך, למשל, ייתכן כי פעילות קיימת בתחום הסלולר תחייב בעתיד רישיון מסוג חדש למתן שירותי תמסורת. אין אפשרות לצפות כיום במדויק לאילו כיוונים תתפתח התעשייה והתחרות בתחום ואילו סוגים נוספים של שירותים יעניקו בעתיד מפעילות התקשורת. שחקני תשתית בכל העולם הפכו לנותני שירות, ואף השרותים מתפתחים באופן מתמיד משירותי תקשורת בסיסיים לשירותי "ערך מוסף". זו מהותו של השוק - בישראל כמו בעולם הרחב.

10.4. כך גם לגבי חידוש של רישיון קיים. ההנחה הטבעית של גוף שהוענק לו רישיון פעילות בתחום מסוים היא שבתום התקופה, בהיעדר הפרות של הרישיון, הרישיון יוארך. כל מודל עסקי סביר מניח הארכה של רישיון בתום תקופתו. **בתעשייה שמושלת על רישוי, קביעה כי ברירת המחדל היא שלא יוארך הרישיון לפעילות הקיימת היא כמובן מכת מוות לאותה פעילות.** לעניין זה, יפים דבריו של פרופ' יצחק זמיר¹² -

"אי-חידוש רישיון שניתן לתקופה קצובה דומה במידה מסוימת לביטול רישיון. בעל הרישיון השקיע משאבים על יסוד הרישיון, לעתים במשך תקופה ממושכת, ויש לו ציפייה לגיטימית שהרישיון יעמוד בתוקפו ואף יחודש... שיקולים שיש בהם כדי למנוע מתן רישיון חדש, לא בהכרח יספיקו כדי למנוע חידוש רישיון."

10.5. בדומה, גם קביעה כי ברירת המחדל היא שלא יינתנו רישיונות נוספים הדרושים לשימור הקיים או להתאמה להתפתחות הטבעית של התחום, לגוף שכבר פועל בו ונחשב כ"מבקש ריכוזי" (לאו דווקא בשל הפעילות הספציפית), מהווה פגיעה אנושה בפעילות.

קביעה כזו מציבה גופים אלה כבר כיום בעמדת נחיתות מובהקת מבחינה תחרותית. היא שקולה, למעשה, להקפאת המצב הקיים ואיסור על גופים מסוימים למכור מוצרים חדשים בתחום פעילותו.

דומה הדבר להבדל שבין הטלת איסור על רשת מרכולים לרכוש חנויות נוספות (דבר שעשוי להיות מוצדק משיקולי תחרות), לבין הטלת איסור על הכנסת מוצרים חדשים לחנויות הקיימות (דבר שאין לו כמובן אח ורע).

10.6. לאור האמור, מוצע להבהיר מפורשות כי הקצאה של זכויות בתשתית חיונית אינה כוללת הקצאה מחדש של זכויות קיימות (הארכת רישיון וכו') וכן אינה כוללת הקצאת זכויות שהן במהותן קשורות בהתפתחויות טבעיות של תחום הפעילות הקיים.

11. "מבקש ריכוזי" - הגדרה רחבה ביותר

11.1. כפי שניתן לראות בנספח א' למכתב זה, מבדיקה ראשונית ומדגמית שביצענו, הנסמכת על נתונים פומביים בלבד, עולה, כי נתח משמעותי מהחברות הפועלות כיום במשק הישראלי נופלות להגדרת "מבקש ריכוזי" שבתזכיר החוק.

כך, כבר היום לפחות 14 מתוך 21 הקבוצות העסקיות (הציבוריות) שמחזור הפעילות שלהן בישראל עולה על 6 מיליארד ש"ח, נחשבות ל"מבקש ריכוזי". זאת - עוד טרם לקחנו בחשבון

¹² יי זמיר, הסמכות המינהלית (מהדורה שניה מורחבת) כרך א', עמ' 255.

את ההרחבות בהגדרות, אשר כתוצאה מהן גם לשותפים בשליטה בחברה מסוימת את "ריכוזיות" הקבוצה השותפה (כפי שיוסבר להלן).

11.2. נעיר, כי הרשימה שבנספח א' ודאי אינה ממצה את מכלול הגופים אשר נמצאים ב"רדיוס הפגיעה" של המגבלות של התזכיר - יש לזכור כי לא רק גופים שנחשבים היום למבקשים ריכוזיים יושפעו מתיקון החוק: **לכאורה, אחת המשמעויות של תזכיר החוק היא שכל גוף בעל מחזור פעילות של 6 מיליארד ש"ח או קרוב אליו יאלץ לקבל החלטה אסטרטגית מראש שלא לפעול בתחומי תשתית חיונית בישראל** (שכן הוא חשוף לסיכון שלאחר שהוקצה לו רישיון אחד בתחום מסוים, יהא היקפו אשר יהא, לא יוכל לקבל רישיונות נוספים).

11.3. עוד נדגיש, כי נוכח ההיבטים הפרקטיים והשלכות המאקרו של החצעה, דומה כי נכון יהיה שבמסגרת פרסום הצעת החוק תפורסם במקביל גם רשימה של גופים אשר צפויים ליפול בהגדרת "מבקש ריכוזי". **נדמה, כי אילו היתה עומדת בפני המחוקק הרשימה המלאה של הגופים הצפויים להיות מושפעים מהוראות פרק זה - היה בדבר כדי לסייע בבחינת רוחב תחולתו של החוק.**

11.4. עיוותים בהגדרת "גורם ריכוזי"

11.4.1. הגדרה זו חלה על כל מי שמתקיימים לגביו שני תנאים מצטברים: (1) הוא בעל זכות בתשתית חיונית אחת לפחות - היקף ה"זכות" וחיוניותה למשק כלל אינם רלוונטיים; ו - (2) מחזור המכירות השנתי הקובע שלו בישראל (מכל פעילות שהיא - בתחום תשתית חיונית או לא) עולה על 6 מיליארד ש"ח.

ההחזקה בתשתית חיונית של חברה אחת בקבוצה, מיוחסת לכל חברות הקבוצה ולבעל השליטה בקבוצה, וגם המחזור הקובע בישראל נמדד ברמת הקבוצה.

ההגדרות אף מגדילות לעשות, ובמקרה של החזקה משותפת עם גורמים נוספים, מיוחס כל מחזור המכירות הקובע לכל אחד ואחד מהשולטים בנפרד (ראו תרשים לדוגמא בנספח ב').

נקדים ונעיר, כי קיימת אי-בהירות מסוימת בניסוחן של חלק מההגדרות, וייתכן כי לא בכל המקרים ההרחבה הניכרת של ההגדרות הינה מכוונת¹³.

11.4.2. מכל מקום, המלצות הביניים המפורטות של הוועדה התייחסו לחששות מיצירת גופים אשר שולטים על חלק ניכר מהתשתיות החיוניות בישראל, כך שהקצאת זכויות נוספות לאותם גופים עלולה לפגוע באינטרס הציבורי, אם ברמת הענף הספציפי ואם ברמת המשק¹⁴, או מיצירת גופים אשר עקב גודלם לאחר ההקצאה, קריסתם עלולה לערער את יציבות המשק (גופים שהם "too big to fail")¹⁵.

¹³ כך, למשל - בחלופה הראשונה להגדרת "גורם ריכוזי" ננקטת הלשון "תאגיד הנשלט על ידי בעל הזכות, תאגיד שבעל הזכות שולט בו וחברות בנות של תאגיד אחד". החלופות המודגשות לעיל אומרות, למעשה, אותו דבר. דוגמא נוספת - מנוסח החלופה השנייה של הגדרת "מבקש ריכוזי" לא ברור האם מדובר במבקש המעוניין בהקצאה נוספת באותו תחום תשתית חיונית (כפי שעולה מהשורה השנייה להגדרה - "נושא בקשת ההקצאה") או בהקצאת זכות בתחום תשתיות חיוניות אחר (כפי שעולה מהסיפא של ההגדרה).

¹⁴ ראו הערת שוליים 7 והטקסט הנלווה לה.

¹⁵ "היבט נוסף של סוגיית הריכוזיות בהקשר של הליכי הקצאת נכסים וזכויות מתייחס לגופים שפעילותם מהווה חלק ניכר מהתמ"ג בישראל. החשש הוא שגידול יתר של גופים אלה, על דרך הקצאת נכסים וזכויות נוספים מצד המדינה, תהפוך

11.4.3. בפועל, לעניות דעתנו, ההגדרות הרחבות אשר נכללו בתזכיר החוק אינן מביאות לידי ביטוי את החששות שעמדו לנגד עיניה של הוועדה. הגדרת "גורם ריכוזי" לוכדת קשת רחבה בהרבה של מקרים מאלו שנדונו בהמלצות הוועדה. ומנגד, גופים אחרים אשר מעוררים לכאורה חששות דומים אינם נופלים בהגדרת גורם ריכוזי.

11.4.4. בתמצית, ניתן להכליל ולאמר כי בנוסחו הנוכחי של התזכיר, במקרים רבים נשלל הקשר הסיבתי בין השיקולים שעמדו ביסוד המלצות הוועדה לבין ההשלכות הצפויות לחקיקה "בשטח".

11.4.5.

אותם לגופים "גדולים מכדי להיכשל" (עמ' 215 לדוח הביניים); "במקרים המתאימים יש לתת את הדעת אם החקצאה מגדילה יתר על המידה את הסיכון כי קריסתו של גוף יחיד, אותו גוף המתמודד על החקצאה, עקב גודלו לאחר החקצאה, תערער את היציבות המשקי" (עמ' 216 לדוח הביניים, הי"ש 345).

11.5. הדוגמאות שלעיל ממחישות את חוסר ההיגיון בהגדרות הרחבות שנקבעו למונח "מבקש ריכוזי", ומחדדות עוד יותר את הבעייתיות שב"היפוך ברירת המחדל" עליו עמדנו לעיל.

זאת, מכיוון שבפועל, במרבית המקרים לא תהיה בדיקה פרטנית קונקרטית של הסיכון למשק בהקצאה לגורם ריכוזי מסויים, אלא נקבע כלל עיוור אשר ייתכן כי הוא לוכד את הגרעין הקשה של המקרים עמם ביקשה הוועדה להתמודד, אך בדרך חל גם על רשימה ארוכה וגורפת של מקרים שאין בינם לבין הסיכונים עליהם הצביעה הוועדה דבר וחצי דבר.

12. רשימת התשתיות החיוניות - המגבלות על הקצאה חלות גם על זכויות שאינן חיוניות או מהותיות כלל

12.1. לכאורה, רשימת התשתיות החיוניות שבתוספת אמורה היתה לכלול רשימה של רישיונות מהותיים ביותר, "תשתיות חיוניות" - כשמן כן הן. כך מסביר גם דוח הביניים של הוועדה¹⁶ -

"תשתיות חיוניות" הינה תשתית מהותית בעלת מאפיינים ציבוריים הנוגעת לכלל הציבור או לחלק משמעותי ממנו ושאספקתו הסדירה חיונית לציבור בישראל. מדובר על תשתיות שבאמצעותן ניתנים לציבור הרחב שירותים מרכזיים, הנדרשים לקיומם התקין של אורחות החיים. בחלק מהמקרים אף מדובר במשאבים מתכלים או מוגבלים."

12.2. בהתאם, הוצע בדוח הביניים של הוועדה כי החובה לשקול שיקולי תחרותיות וריכוזיות תחול במקרה של הקצאת זכות בנכס שהוא תשתית חיונית בשווי העולה על 150 מיליון ש"ח או שמתקיים בו אינטרס ציבורי שאינו משתקף בערכו הכלכלי.

12.3. מבחן מהותיות זה נעדר מתזכיר החוק. נדמה, כי רשימת "התשתיות החיוניות" הינה רשימה רחבה ביותר, הכוללת גם סוגים שונים של רישיונות שאינם מהותיים כלל ועיקר. לשם הדוגמא בלבד:

- סעיף 3(1) לתוספת מגדיר כתשתית חיונית כל רישיון הפקה לפי סעיף 23 לחוק המים, התשי"ט - 1959. על פי פרסומי רשות המים, אחת לשנה מוענקים כ - 3,500 רישיונות הפקה ואספקה¹⁷. האמנם מדובר בתשתית כה חיונית?
- סעיף 14(1) לתוספת מגדיר כתשתית חיונית כל רישיון פעילות במשק החשמל לפי חוק משק החשמל, התשנ"ו - 1996. בהתאם לפרסומי רשות החשמל, רק מספרם של בעלי רישיונות מותנים וקבועים להקמת מתקני ייצור סולאריים (רישיונות מכוח חוק משק החשמל) עומד על קרוב ל - 300¹⁸. בעיקר בהתחשב בכך ששוק ייצור החשמל מתאפיין

¹⁶ עמ' 214 לדוח הביניים של הוועדה.

¹⁷ הדוח השנתי על פעילות רשות המים, פברואר 2010, עמ' 25 (<http://www.water.gov.il/Hebrew/about-reshut/>) (hamaim/DocLib/Water-Activities-2010.pdf).

¹⁸ סטאטוס רישיונות מותנים וקבועים מפורסם באתר רשות החשמל - <http://www.pua.gov.il/40-he/Electricity.aspx>.

בדומינטיות כמעט מוחלטת של חברת החשמל, מדוע מוצדק לראות ברישיונות אלו משום "תשתית חיונית"?

- סעיף 9(4) לתוספת מגדיר כתשתית חיונית רישיון ספק גז לפי חוק הגז (בטיחות ורישוי), התשמ"ט - 1989. בהתאם לפרסומי משרד האנרגיה והמים, כיום פועלים בישראל 36 ספקי גז מורשים¹⁹. גם כאן, ספק רב האם הענקת רישיון ספק גז מהווה אמנם הקצאה של זכות מהותית בתשתית חיונית.

12.4. למעשה, נראה כי גם בתחומים בהם חלק מהרשיונות הם אמנם "חיוניים", לוכדת ההגדרה גם את אותם מקרים בהם הרשיונות אינם חיוניים. הלא ברור, למשל, שרישיון להפעיל רכבת ארצית אינו שקול לרישיון להפעיל קו אוטובוס עירוני באזור אילת. ברור גם שרישיון להקמת תחנת כוח מהותית אינו שקול לרישיון קוגנרציה שמוענק למפעל תעשייתי.

12.5. לאור האמור, הערותינו לרשימת התשתיות החיוניות שבתוספת הן כדלקמן:

- מוצע, כי הרשימה תהיה ממוקדת יותר. ראוי להחריג ממנה סוגי רישיונות שאינם מהותיים, כגון הדוגמאות עליהן עמדנו לעיל. בפרט נבקש להחריג רישיונות ייצור חשמל בתחום האנרגיה המתחדשת, ביו-גז ואנרגיה ירוקה ורישיונות קוגנרציה (למצער רישיונות שנתח השוק המצטבר הנובע מהם אינו עולה על שיעור לא-מהותי של 10% מייצור החשמל בישראל). ראוי גם לקבוע בתחום שיש בו רישיונות מהותיים ולא מהותיים כאחד - כי רק הרשיונות המהותיים ייחשבו כתשתית חיונית.

- עוד מוצע להחריג מהרשימה - בקו אחד עם המלצותיה המקוריות של ועדת הריכוזיות - הקצאות של זכויות בשווי נמוך מרף כספי מסוים (למצער - 150 מיליוני ש"ח כפי שקבעה הוועדה), למעט הקצאות לגביהן ייקבע במפורש כי חרף אי-עמידתן ברף הכספי שנקבע, מדובר בתשתית חיונית לנוכח חשיבותה למשק משיקולים אחרים. במקרה של זכויות ששוויין נמוך מ- 150 מיליון ש"ח - יהיה על הגורם המאסדר, בהתייעצות עם הוועדה המתמדת, לבחון האם הזכות נשוא ההקצאה הינה אמנם בגדר "תשתית חיונית" כאמור.

13. מנגנון שינוי רשימת התשתיות החיוניות

13.1. סעיף 12 לתזכיר החוק מסמיך את הממשלה לשנות את התוספת ואת חלוקת התחומים שבה, באמצעות צו.

13.2. מדובר בסמכות גורפת. הסעיף אינו מגדיר מהם הקריטריונים להכללת תחומים נוספים בתוספת ואילו שיקולים יילקחו בחשבון בעת שינוי התוספת. הסעיף אף אינו קובע חובת היוועצות בגורמים מקצועיים כלשהם טרם שינוי התוספת.

13.3. אנו סבורים, כי לאור ההשלכות הרחבות על המשק, שינוי התוספת ראוי שיבוצע באישור ועדת הכלכלה של הכנסת לאחר התייעצות עם הוועדה המתמדת. כמו כן, ראוי לקבוע בחוק פרמטרים להכללת תחומים נוספים לתוספת, על מנת למנוע חשש להרחבה שרירותית של רשימת התשתיות החיוניות.

¹⁹ רשימת ספקי הגז המורשים מופיעה באתר האינטרנט של משרד האנרגיה והמים בכתובת <http://energy.gov.il/Subjects/CookingGas/GasCompanies/Pages/GxmsMniGasCompniesAggregator.aspx>

14. הכללת "התקשרות חוזית" בהגדרת "זכות"

- 14.1. מלשון הגדרת "זכות" ו - "התקשרות חוזית" שבסעיף 1 לתזכיר החוק עלולה לעלות פרשנות לפיה גם התקשרות בהסכמים למתן שירותים לגורמי ציבור בתחום פעילות מסוים שהוגדר כתחום שירות חיוני מהווה הקצאת "זכות" בתשתית חיונית.
- לדוגמא - התקשרות לקבלת שירותי סלולר בידי רשות/חברה ממשלתית מחברת סלולר (מדובר בהתקשרות "למתן שירות באמצעות נכס" בתחום שהוגדרת כתחום תשתית חיונית).
- 14.2. למיטב הבנתנו, לא זו היתה כוונת מנסחי תזכיר החוק. לדעתנו, ראוי אפוא להבהיר בנוסח החוק כי אין מדובר בהסכמים בהם הרשות הממשלתית מתקשרת עם בעל זכות בתחום תשתית חיונית לצורך קבלת שירותים ממנו, אלא רק בהתקשרות בה הרשות הממשלתית היא הצד המעניק.

פרק שני - הגבלת השליטה בחברות במבנה פירמידאלי

תמצית התיקונים המבוקשים בפרק זה

15. במניין מספר הדירקטורים החיצוניים בחברת שכבה שלישית "מותרת" יש לכלול גם דירקטורים מקרב העובדים, וזאת - על מנת למנוע פגיעה בחברות בהן מכהנים דירקטורים כאמור מטעם ארגוני עובדים יציגים.
16. מוצע לכלול בחוק תמריצים לפירוק המבנים הפירמידאליים, אשר יעודדו חברות "לשטח" את הפירמידה. הצענו תמריצים משני סוגים - מגנונים המקלים על הפיכת חברות ציבוריות לפרטיות וכן הוראות מעבר הנוגעות לחברות ציבוריות אשר הפכו לחברות אגרות חוב פרטיות, ללא הארכת החוב הקיים שלהן.

פירוט ההערות

17. 
- 17.1. 
- 17.2. 
- 17.3. 

- 17.4 [REDACTED]
- 17.5 [REDACTED]
- 17.6 [REDACTED]
- 17.7 [REDACTED]

18. תמריצים לעידוד פירוק מבנים פירמידאליים

18.1. בעוד שהמלצות וועדת הריכוזיות וגם תזכיר החוק רואים במבנה פירמידאלי הכולל למעלה משתי שכבות תופעה בלתי רצויה, בפועל לא נקבעו מנגנונים כלשהם שיסייעו בפירוק המבנה הפירמידאלי בחברות המעוניינות בכך. נראה שאף תמריצי המס ש"הובטחו" - מבוששים להגיע. אנו סבורים כי לשם הגשמת מטרת החוק ראוי לעודד פירוקם של מבנים אלו במספר דרכים.

18.2. מנגנונים להקלה על הפיכה לפרטית (רכישת כלל מניות הציבור)

כפי שהסברנו בניירות קודמים שהוגשו לוועדה, על מנת לתמרץ פירוק מבנים פירמידאליים קיימים, ראוי לכלול הוראות המקלות על הפיכת חברה ציבורית לחברה פרטית, לרבות מנגנונים למניעת סחטנות מטעם בעלי מניות מיעוט²⁰, קביעת חזקות בדבר הוגנות מחיר העסקה לשם יצירת וודאות ותמריצי מיסוי לעידוד עסקאות הפיכת החברות לפרטיות.

18.3. הוראת מעבר לעניין חברות ציבוריות שהופכות לחברות אג"ח

18.3.1. עסקאות "going private" (רכישת מניות הציבור והפיכת החברה לפרטית) אמנם אינן נטולות קשיים ועלויות, אולם עדיין קיימים כבר היום בדין מנגנונים המסייעים לביצוען ומאפשרים כפיית מכירה על בעלי מניות המיעוט.

²⁰ למשל - מתן אפשרות לפנות לבית המשפט לצורך אכיפת הצעת רכש שאושרה ברוב נמוך מהנדרש במקרים מסוימים, מתן אפשרות לביצוע מיזוג בפקוח בית המשפט גם לפי סעיף 320 לחוק החברות, קביעת חזקות בדבר הוגנות מחיר העסקה - למשל מחיר השווה לממוצע מחירי השוק ב - 30 הימים שקדמו להצעת הרכש ייחשב כהוגן וכיוצא ב.

18.3.2. לעומת זאת, כאשר מדובר בחברות אגרות חוב (חברות שהנפיקו אג"ח לציבור) או באגרות החוב הסחירות של חברות ציבוריות, המצב שונה. מחיקת אגרות חוב נסחרות כרוכה בעלויות מהותיות, הנובעות הן מהיעדר מנגנונים בדין המאפשרים כפיית מכירה (לא קיים מנגנון הצעת רכש מלאה לאגרות חוב; מנגנונים כמו "הסדר" לפי סעיף 350 לחוק החברות מחייבים השגת רוב גבוה בכל סדרה בנפרד), והן מכך שבדרך כלל היקף החוב המצוי בידי הציבור יהיה גבוה משמעותית משוויין של המניות המוחזקות בידי הציבור.

18.3.3. משכך, בפועל, בחברות ציבוריות אשר הנפיקו גם אג"ח סחירות, התמריץ "לכווץ" את הפירמידה בדרך של הפיכת חברה ציבורית שהיא שכבה בפירמידה לחברה פרטית, קטן באופן משמעותי. זאת, מכיוון שבין כה וכה החברה תמשיך להיחשב לשכבה בפירמידה בהיותה חברת אג"ח, בהיעדר יכולת ממשית למחוק גם את האג"ח ממסחר.

18.3.4. בהתאם, על מנת למנוע הותרתו של תמריץ שלילי להפיכת חברה ציבורית שהיא חברת אג"ח ושכבה בפירמידה לחברה פרטית, אנו מציעים כי תיקבע הוראת מעבר, לפיה: חברה ציבורית שהינה חברת אגרות חוב שתהפוך לחברת אגרות חוב פרטית, לא תיחשב "שכבה" בפירמידה, חרף היותה חברת אגרות חוב, ובלבד שלא גייסה מהציבור חוב נוסף שמועד פרעונו חל לאחר מועד הפרעון הסופי של אגרות החוב הקיימות שלה כפי שהוא במועד התחילה של החוק.

למעשה, מדובר במנגנון "run off" המאפשר לחברות לצמצם את המינוף הקיים שלהן (פרעון אגרות החוב הקיימות לפי לוח הסילוקין הקיים שלהן), מבלי ליצור מינוף נוסף דרך הנפקת אגרות חוב ציבוריות. מנגנון זה אף יעודד את החברות לבצע עסקאות לשם הפיכתן לחברות פרטיות מוקדם יותר (שכן עם הפיכתן לחברה פרטית לא תיחשבנה עוד כשכבה בפירמידה).

19. פתרון לסוגיית העניין האישי בעסקאות של הפיכת החברה לפרטית או מכירתה

19.1. סעיף 19 לתזכיר החוק קובע כי חברת שכבה שנייה לא תשלוט בחברה אחרת. משמע - האיסור הוחל באופן מפורש על חברת השכבה השנייה דווקא, ולכאורה היא זו שתימצא בהפרה אם - למשל - חברת שכבה שלישית בשליטתה לא מכרה תחזקותיה בחברת שכבה רביעית.

19.2. מצב זה עלול להוביל לכך שיראו בכל עסקה להפיכת חברת שכבה רביעית לפרטית או למכירתה כעסקה שלבעל השליטה בחברת השכבה השלישית עניין אישי בה (שכן היא החברה שתיחשב כמפרה את האיסור). תוצאה זו תכביד עוד יותר את הקושי והסירבול המשפטי הקיים ממילא על שינוי המצב הקיים (רק להמחשה: גם מכירה לצד שלישי של המניות בחברה המוחזקת עלולה להפוך לפתע ל"עסקה עם בעל שליטה").

19.3. לפיכך, מוצע להבהיר כי לא יראו בהוראות סעיף 19 לתזכיר החוק כיוצרות עניין אישי לחברת שכבה שנייה בעסקה להפיכת חברה בשליטתה לפרטית או למכירת השליטה בה.

20. עד כאן הערותינו. נשמח לעמוד עמך בקשר בנוגע אליהן.

בכבוד רב ובברכה,

עו"ד אברהם וול

עו"ד ניצן סנדור

פישר בכר חן וול אוריון ושות'

העתק

יורוקום תקשורת בע"מ

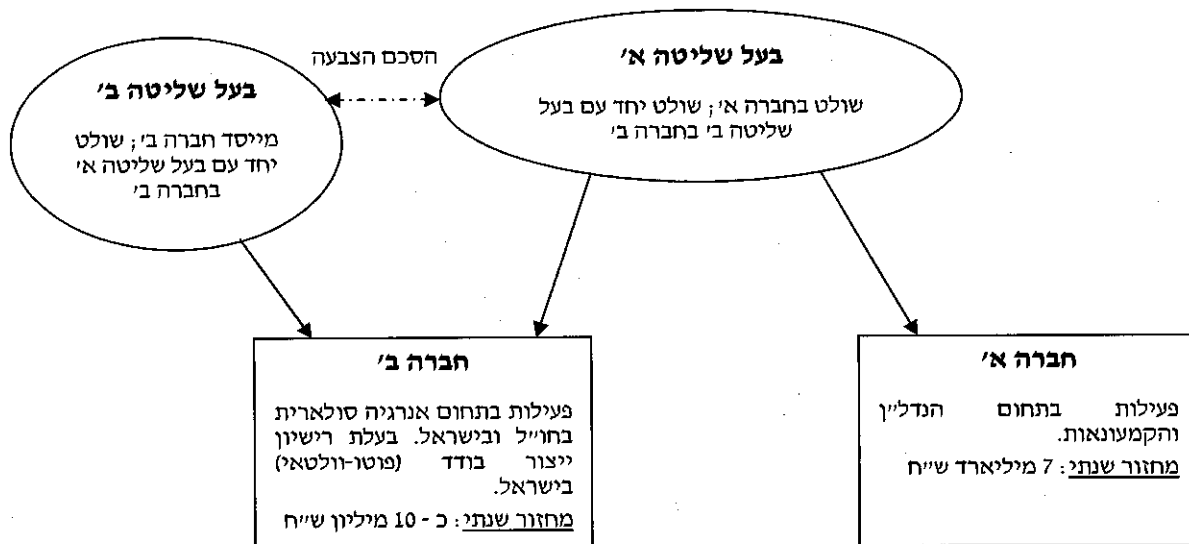
נספח א' - רשימת קבוצות עסקיות ומבקשים ריכוזיים (*)

קבוצה	מחזור מכירות לשנת 2011 (מל"ש"ח)	חברות עיקריות	האם מבקש ריכוזי?
1. דלק	63,851	דלק פטרוליום, דלק השקעות ונכסים, הפניקס, דלק נדל"ן	כן. מחזור מעל 6 מיליארד + רישיונות בתחומי האנרגיה
2. עופר	45,095	צים, כימיקלים ישראל, טאואר, בז"ן, מליסרון, בנק מזרחי-טפחות	כן. מחזור מעל 6 מיליארד + רישיונות בתחומי האנרגיה, משאבי טבע
3. IDB	40,889	דיסקונט השקעות, כלל תעשיות, כלל ביטוח, כור, סלקום	כן. החזקה בעיתון יומי; מחזור מעל 6 מיליארד ש"ח + רישיונות בתחומי תשתית שונים
4. פיבי אחזקות (בינו)	21,445	הבינלאומי, אוצר החייל, פאגי, יובנק, כ.א.ל, פז נפט	כן. מחזור מעל 6 מיליארד + רישיונות בתחומי האנרגיה
5. יורוקום	15,241	בזק, יורוקום תקשורת, יס, סאטקום, חלל, תקשורת דיגיטלית וסלולרית, נדלן	כן. מחזור מעל 6 מיליארד ש"ח + רישיונות בתחום התקשורת
6. אריסון	14,000	בנק הפועלים, שיכון ובינוי, תעשיות מלח	כן. מחזור מעל 6 מיליארד ש"ח + רישיונות בתחומי האנרגיה והמים
7. פדרמן / אלביט	12,309	קבוצת אלביט מערכות, רשת מלונות דן, אלישרא	?
8. אמדוקס	11,140	אמדוקס	?
9. דור-אלון (דודי ויסמן)	9,200	רבע כחול, דור אלון אנרגיה ישראל, אלון USA, פיצה האט, נעמן פורצלן	כן. החזקה בעיתון יומי (ישראל פוסט); מחזור מעל 6 מיליארד ש"ח + רישיונות בתחום האנרגיה
10. ורטהיים	8,826	בנק מזרחי, החברה למשקאות קלים	כן. מחזור מעל 6 מיליארד ש"ח + רישיונות בתחום המים (נביעות)
11. גזית גלוב	8,471	גזית גלוב, גזית אינק, דורי קבוצה	?
12. שלמה אליהו	8,239	בנק לאומי, אליהו ביטוח, בנק אגוד	?
13. שטראוס	7,991	שטראוס עלית	?
14. עזריאלי	7,973	קנית, גרנית הכרמל, לאומי קארד, טמבור	כן. מחזור מעל 6 מיליארד ש"ח + רישיונות בתחום האנרגיה ומשאבי טבע
15. הראל	7,969	הראל חברה לביטוח	כן. מחזור מעל 6 מיליארד ש"ח + החזקה בבעל זיכיון להפעלת כביש אגרה

קבוצה	מחזור נכירות לשנת 2011 (מל"ש"ח)	חברות עיקריות	האם מבקש ריכוז?
16. כנפיים אחזקות (בורוביץ)	7,717	אל על	כן. מחזור מעל 6 מיליארד ש"ח + רישיון מפעיל תעופה
17. ברונפמן (דיסקונט)	7,491	בנק דיסקונט, איקאה	?
18. סאני (בן דב)	7,019	פרטנר, סאני אלקטרוניקה, 012 סמייל טלקום	כן. מחזור מעל 6 מיליארד ש"ח + רישיונות תקשורת שונים
19. מבטח שמיר	7,000	דיגל השקעות, גילת לוינים, מגדלי הוד השרון, תנובה, תפרון, סולבר	?
20. אפריקה ישראל (לבייב)	6,835	אפי ישראל, דניה סיבוס, מלונות אפי, אפי תעשיות, פקר פלדה, נגב קרמיקה	כן. מחזור מעל 6 מיליארד ש"ח + החזקה במפעיל כביש
21. אלקו החזקות (זלקינד)	6,829	אלקטרה, אלקטרה מוצרי צריכה, אלקטרה נדלן	כן. מחזור מעל 6 מיליארד ש"ח + רישיונות בתחום האנרגיה
22. פי שמן	5,261	כלכלית, דרבן, גי סיסטם, בסט ביי, הום סנטר	כן. החזקה בעיתון יומי (ידיעות אחרונות)
23. מוזס	?	ידיעות אחרונות	כן. החזקה בעיתון יומי (ידיעות אחרונות)
24. שוקן	?	הארץ, דה מרקר	כן. החזקה בעיתון יומי (הארץ)
25. אדלסון	?	ישראל היום	כן. החזקה בעיתון יומי (ישראל היום)

(*) הנתונים מבוססים על מידע פומבי בלבד. הרשימה אינה כוללת קבוצות עסקיות שאינן מורכבות מחברות ציבוריות (דוגמת - קרן אייפקס), למעט קבוצות המחזיקות בעיתון יומי.

נספח ב' - ייחוס מחזור ושליטה בתשתיות חיוניות



"ייחוס כפול" של מחזור - הגדרת "גורם ריכוזי" בסעיף 1 לתזכיר החוק

- **שלב א'** - המחזור של חברה א', שאינה פועלת בתחום תשתית חיונית, מיוחס לחברה ב' (יזענין זה, יחושב מחזור המכירות של תאגיד כסך מחזור המכירות שלו ושל כל התאגידים שבשליטתו ובשליטת השולט בו י").
כתוצאה מכך - בעל שליטה א' נחשב ל"גורם ריכוזי" ובהתאם - ל"מבקש ריכוזי".
- **שלב ב'** - המחזור (הרעיוני) של חברה ב' מיוחס לבעל שליטה ב' (יזענין השולט יחד עם אחרים, ייוחס כל מחזור המכירות כאמור לכל אחד ואחד מהשולטים בנפרד י").
כתוצאה מכך - גם בעל שליטה ב' נחשב ל"גורם ריכוזי".