

בעניין:

התאחדות הקבלנים בוני הארץ (אגודה עותומאנית 589902519)

ע"י ב"כ עוה"ד רות ארבל ו/או שחר הרון
ממשרד עמית, פולק, מטלון ושות', עורכי דין
מרח' ראול ולנברג 18, בית APM, בניין D
רמת החייל, תל-אביב 6971915
טל': 03-5689000 ; פקס': 03-5689001

העותרת;

- נ ג ד -

1. הוועדה לצמצום הריכוזיות – רשות התחרות
2. הממונה על התחרות – עו"ד מיכל הלפרין

באמצעות פרקליטות המדינה
מחלקת הבג"צים, משרד המשפטים
רח' צלאח א-דין 31, ירושלים 9711054
טל': 02-6466590, פקס: 02-6467011

המשיבות;

3. איגוד החברות הסיניות בישראל (ע"ר)
רחוב השלושה 2, תל-אביב 7607054

עתירה למתן צו על תנאי

העותרת, התאחדות הקבלנים בוני הארץ (להלן: "ההתאחדות"), אשר תהא מיוצגת על ידי באי-כוחה כמפורט בכותרת, מתכבדת בזאת להגיש לבית המשפט הנכבד עתירה מטעמה למתן צו על תנאי, המורה למשיבות, הוועדה לצמצום הריכוזיות ועו"ד מיכל הלפרין, הממונה על התחרות ויושבת ראש הוועדה (להלן בהתאמה: "ועדת הריכוזיות" ו-"הממונה"; ובית ד: "המשיבות"), לבוא וליתן טעם:

(א) מדוע לא יעשו שימוש בסמכותן מכוח סעיף 4 לחוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013 (להלן: "החוק" או "חוק הריכוזיות"), ויכללו את התאגידים הממשלתיים שבשליטתה של ממשלת סין ב"רשימת הגורמים הריכוזיים", בהתאם להוראת סעיף 4(א)(1)(ב) לחוק, בשל השתייכותם לקבוצת המחזיקים ב"תאגיד ריאלי משמעותי";

וכן מדוע לא יעשו שימוש בסמכותן מכוח סעיף 30(א)(1) לחוק הריכוזיות, ויכללו את התאגידים הממשלתיים הנ"ל ב"רשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים", מכוח העובדה שמחזור המכירות הקובע שלהם עולה על הרף הקבוע שם.

(ב) לחלופין, מדוע לא יעשו שימוש בסמכותן מכוח סעיף 4 וסעיף 30 לחוק הריכוזיות, ויבחנו האם התאגידים הממשלתיים המשתייכים ל- State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council (להלן: "SASAC מרכזי") בסין, הפועלים יחד בישראל בהיקפים מצטברים של מיליארדי שקלים חדשים, צריכים להיכלל ב"רשימת הגורמים הריכוזיים" וב"רשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים" בפני עצמם, בהתאם להוראות סעיף 4(א)(1)(2) וסעיף 30(א)(1) לחוק, בהיותם "תאגיד ריאלי משמעותי";

(ג) כל סעד אחר או נוסף, כפי שבית המשפט הנכבד יראה לנכון ולצודק בנסיבות העניין.

כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבות בהוצאות העותרת בעתירה זו, בצירוף שכר טרחת עו"ד בתוספת הפרשי הצמדה וריבית כדין.

כל ההדגשות המובאות שבעתירה זו הוספו, אלא אם צוין אחרת.

א. מבוא

1. חוק הריכוזיות נחקק בשלהי שנת 2013, בעקבות ממצאי הוועדה הממשלתית להגברת התחרותיות במשק (להלן: "**הוועדה להגברת התחרותיות**"), לפיהם המשק הישראלי מתאפיין בריכוזיות על-ענפית יתירה, במטרה לצמצם את הריכוזיות הכלל משקית ולקדם את התחרות בענפי המשק השונים.
2. עניינה של העתירה שבכותרת בהוראות פרק ב' לחוק, שעניינו שיקולי ריכוזיות כלל-משקית בהליכי הקצאת נכסי ציבור לגורמים ריכוזיים במשק.
3. כדי להתמודד עם הריכוזיות העל-ענפית קבע המחוקק חובה החלה על מאסדרים לשקול "שיקולי ריכוזיות כלל-משקית" ולהיוועץ עם **ועדת הריכוזיות** (להלן גם: "**הוועדה**"), אשר הוקמה מכוח החוק,¹ בבואם להקצות זכויות (ובין היתר ליתן רישיון או להתקשר בחוזה)² ל"**גורם ריכוזי**" בתחומי תשתיות חיוניות.³
4. בהתאם לחוק הריכוזיות, הממונה על התחרות היא העומדת בראש ועדת הריכוזיות.⁴ ועדת הריכוזיות היא האמונה על גיבוש רשימת הגורמים הריכוזיים במשק באמצעות הממונה על התחרות, בהתאם לתנאים הקבועים בחוק, בין היתר, בהתבסס על מידע שנמסר לה מהמאסדרים. הממונה אף אמונה על מסירת הרשימה וכל עדכון שלה לוועדת הריכוזיות.⁵
5. ועדת הריכוזיות היא אף הגורם עמו כל מאסדר, אשר מבקש להקצות זכויות בתחומי תשתיות חיוניים לגורמים המנויים ברשימת הגורמים הריכוזיים, חייב להתייעץ בטרם יקצה את הזכות.
6. בהתאם לחוק, על ועדת הריכוזיות לכלול ברשימת הגורמים הריכוזיים כל גורם העונה להגדרת "תאגיד ריאלי משמעותי", "גוף פיננסי משמעותי", "גורם בעל השפעה בתחום השידורים או העיתונות הכתובה" וכן כל גורם המשתייך ל"קבוצת מחזיקים",⁶ שיש בה לפחות גורם אחד שהינו גורם ריכוזי לפי אחת ההגדרות לעיל.⁷
7. החוק קובע, כי "גורם ריכוזי" הוא "גורם המנוי ברשימת הגורמים הריכוזיים". דהיינו, רשימת הגורמים הריכוזיים היא קונסטיטוטטיבית, ועצם הכללתו של אדם או תאגיד ברשימה הופכת אותו ל"גורם ריכוזי".
8. כפועל יוצא, חובת מאסדר להיוועץ עם ועדת הריכוזיות בקשר להקצאת זכות לפלוני תלויה בהכללתו של פלוני ברשימת הגורמים הריכוזיים. לשון אחר, אין די בכך כי אותו אדם או תאגיד עומד בקריטריונים הנדרשים בחוק כדי להיכלל ברשימה, ואם אותו פלוני לא נכלל ברשימת הגורמים הריכוזיים, הרי שבבוא מאסדר להקצות לו זכות, כהגדרתה בחוק, לא יחויב המאסר להיוועץ עם ועדת

¹ הוועדה לצמצום הריכוזיות הוקמה מכוח סעיף 40 לחוק הריכוזיות.

² ראו הגדרת "הקצאה, של זכות" בסעיף 2 לחוק.

³ ראו סעיפים 3-5 לחוק הריכוזיות.

⁴ בהתאם לסעיף 1 לחוק, "הממונה על התחרות" הינו הממונה לפי חוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח – 1988.

⁵ ראו סעיף 4(ד) לחוק הריכוזיות.

⁶ בהתאם לסעיף 4(ו) לחוק, "קבוצת מחזיקים" הינה "תאגיד, השולט בתאגיד או תאגיד בשליטת מי מהם".

⁷ בהתאם לסעיף 3 לחוק, "גורם ריכוזי" הינו גורם המנוי ברשימת הגורמים הריכוזיים כהגדרתה בסעיף 4 לחוק הריכוזיות.

הריכוזיות, אך משום שאותו פלוני לא נכלל ברשימה וממילא לא נחשב "גורם ריכוזי". לאור זאת ברורה חשיבותה של רשימת הגורמים הריכוזיים והיותה מלאה ונכונה.⁸

9. מכאן, כי הימנעות להכליל גופים ברשימת הגורמים הריכוזיים, כמו גם הימנעות לבחון האם יש צורך להכליל גורם מסוים ברשימת הגורמים הריכוזיים, אינן עניין של מה בכך – שכן כאמור, אי הכללה של גורם ריכוזי ברשימת הגורמים הריכוזיים מאיינת את חובת המאסדרים לשקול שיקולי ריכוזיות כלל-משקית ולהיוועץ עם וועדת הריכוזיות בנוגע להקצאת זכויות בנכסי ציבור לאותו גורם ריכוזי, דבר העומד בניגוד מוחלט להוראות החוק ולתכליתו, ועלול להוביל לפגיעה חמורה במשק כולו.

הימנעות המשיבות מלעשות שימוש בסמכויותיהן מכוח חוק הריכוזיות מרוקנת את החוק מתוכן ונגועה בחוסר סבירות קיצוני – אשר מצדיק את התערבותו של בית המשפט הנכבד

10. בשנים האחרונות חלה בישראל עלייה בפעילות של תאגידים ממשלתיים הנמצאים בבעלות ובשליטה של ממשלת סין (להלן: "התאגידים הסיניים") במגוון רחב של תחומים, לרבות בתחום התשתיות החיוניות.

11. התאגידים הסיניים הינם חלק מ"קבוצת מחזיקים" אחת, בעלת מבנה פירמידאלי סבוך, הכוללת למעלה מ-100 תאגידים שונים. בראש הפירמידה עומדת, כאמור, ממשלת סין, ותחתיה תאגיד מרכזי המשמש כזרוע הביצועית שלה בתאגידים הסיניים הממשלתיים, הוא ה-SASAC המרכזי, וכן מספר תאגידים נוספים וביניהם Shanghai Municipal State-Owned Supervision and Administration Commission (להלן: "SASAC Shanghai").

12. ה-SASAC המרכזי, הינו גוף הכפוף למועצה הלאומית בסין, שהיא הגוף האדמיניסטרטיבי הראשי ברפובליקה של סין, שהוקם לצורך הפיקוח והניהול של החברות הממשלתיות הסיניות הגדולות ועל מנת להוות זרוע ביצועית להגשמת אינטרס הבעלות של המועצה הלאומית בחברות האמורות. כפי שיוסבר בעתירה להלן, מרבית החברות הסיניות הפועלות בישראל הינן חברות בשליטת ה-SASAC המרכזי.

13. התאגיד SASAC Shanghai (וכן התאגידים הכפופים לו, ביניהם Bright Food, בעלת השליטה בחברת תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ הישראלית, ו-SIPG), כלול ברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים, בהתאם להוראות סעיף 30 לחוק הריכוזיות (ראו נספח 11 להלן), וכפועל יוצא מכך, גם ברשימת הגורמים הריכוזיים – ומהווה "גורם ריכוזי" בהתאם לחוק.

14. בהתאם להוראות סעיף 4(ב) לחוק הריכוזיות, די בכך שב"קבוצת מחזיקים" יהיה "גורם ריכוזי" אחד, כדי שכל אחד מהגורמים ב"קבוצת המחזיקים" ייחשב כ"גורם ריכוזי" כהגדרתו בחוק ויכלול ברשימה.

15. בהתאם, מאחר שה-SASAC המרכזי ו-SASAC Shanghai משתייכים לאותה "קבוצת מחזיקים" שבשליטתה של ממשלת סין, ברי כי יש לכלול גם את ה-SASAC המרכזי וכן כל אחד מהתאגידים הנמצאים בשליטתה של ממשלת סין ברשימת הגורמים הריאליים המשמעותיים ובהתאם גם ברשימת הגורמים הריכוזיים.

⁸ ראו הגדרת "גורם ריכוזי" בה"ש 1 לעיל; ראו סעיפים 5(א)-(ב) לחוק הריכוזיות.

16. אולם, בפועל, המשיבות 1 ו-2 נמנעות מלפעול בהתאם לחובתן לפי חוק הריכוזיות ולכלול את כלל התאגידים הממשלתיים הסיניים, לרבות אלה בשליטת ה-SASAC המרכזי, ברשימת הגורמים הריכוזיים בהתאם להוראות סעיף 4(א)(1)(ב) לחוק, ולמצער אף לבחון את הצורך בכך.

17. יתרה מכך, כל פניותיה של העותרת למשיבות בדרישה לכלול את התאגידים הממשלתיים הסיניים ברשימת הגורמים הריכוזיים נדחו פעם אחר פעם, מבלי שנעשתה בחינה לגופם של דברים (ראו נספחים 13-19 להלן). וזאת ב"נימוק" כי מדובר בפנייה "תיאורטית" כביכול, שכן אין הקצאת זכויות על הפרק.

18. ואולם לא מדובר בנימוק שגוי מיסודו, הסותר את הוראות חוק הריכוזיות, שכן אין כאן עניין "תיאורטי" כלל וכלל -

כפי שהוסבר לעיל, הכללת התאגידים הסיניים הממשלתיים ברשימת הגורמים הריכוזיים הכרחית על מנת שתקום למאסדרים חובת היועצות בוועדת הריכוזיות, וכדי שישקלו שיקולי ריכוזיות כלל משקית בבוא מאסדרים להקצות זכויות למי מהתאגידים האמורים, תוך התייחסות אליהם כ"קבוצת מחזיקים" אחת.

בהתאם, הימנעות מלהכליל את התאגידים הסיניים הממשלתיים ברשימה תביא לכך שמאסדר יוכל להקצות להם זכויות בפרויקטים של תשתית חיונית מבלי שיחויב להיוועץ בוועדת הריכוזיות ומבלי לשקול שיקולי ריכוזיות כלל משקית בעניין, בניגוד לתכלית החוק ולהיגיון הישר. שכן כאמור, אם הם לא נכללים ברשימת הגורמים הריכוזיים אין חובה להיוועץ. כך.

19. עניין זה מהותי במיוחד לאור אופי ההשפעה שיש לממשל הסיני המרכזי הלכה למעשה על פעילות התאגידים הממשלתיים הסיניים, לרבות באמצעות תמריצים כספיים, ובמיוחד בכל הנוגע למכרזי תשתיות חיוניים. זאת, באופן מוצהר וגלוי וכחלק מתכניות אסטרטגיות שהינן חלק ממדיניות החוץ של סין. השפעה זו היא שהביאה את נציבות התחרות האירופית לראות בחברות סיניות בתחום האנרגיה כחברות קשורות לצורך דיון במיזוגי חברות.

20. כפי שנראה בעתירה זו להלן, החלטתן של המשיבות שלא לפעול בהתאם לסמכותן ולחובתן, ולא לכלול את ה-SASAC המרכזי והחברות תחתיו ברשימת הגורמים הריכוזיים מכוח סעיף 4 וסעיף 30 לחוק הריכוזיות כאמור לעיל, התקבלה בהיעדר תשתית ראויה, בהיעדר הנמקה, באופן שרירותי ובחוסר סבירות של ממש, באופן המחייב את התערבותו של בית המשפט הנכבד.

21. ומכאן העתירה שבכותרת, שאותה נעבור לפרט עתה בהרחבה.

ב. הצדדים לעתירה

22. העותרת, התאחדות בוני הארץ (להלן: "ההתאחדות"), המאוגדת כאגודה עות'מנית, היא הארגון היציג היחיד של העוסקים בבנייה, בתשתיות, בפיתוח ובמכלול עבודות ההנדסה האחרות במשק הישראלי, וחברים בה למעלה מ-2,000 חברים.

23. ההתאחדות מאגדת תחתיה את כלל הארגונים והגופים העוסקים בענף הבנייה, ובמסגרתה פועלים שלושה אגפים מקצועיים: אגף יזמות ובנייה, אגף התשתיות ואגף הבניה החוזית. ההתאחדות פועלת, בין היתר, לקידום ענף הבנייה והתשתיות בישראל, לשמירת האינטרסים והזכויות של כלל הקבלנים והבונים בישראל ולפתרון בעיות במגוון תחומים מקצועיים של הענף.

24. **המשיבה 1, ועדת הריכוזיות**, הוקמה מכוח סעיף 40 לחוק הריכוזיות, ובראשה עומדת **המשיבה 2**, **הממונה על התחרות**, וכן חברים בה המנהל הכללי של משרד האוצר, מר שי באב"ד, וכן ראש המועצה הלאומית לכלכלה, פרופ' אבי שמחון.

25. בהתאם להוראות החוק, ועדת הריכוזיות עוסקת, בין היתר, בגיבוש ופרסום של רשימת הגורמים הריכוזיים במשק, והיא משמשת כגורם עמו חובה על המאסדרים, כהגדרתם להלן, להתייעץ בבואם להקצות נכסים ציבוריים לגורמים ריכוזיים.

26. **המשיבה 2**, משמשת כאמור כיושבת ראשת ועדת הריכוזיות. בנוסף, היא אמונה על קביעת רשימת הגורמים הריכוזיים ועל עדכונה אחת לשנה. הרשימה וכל עדכון שלה נמסרים לוועדת הריכוזיות על ידה.

27. **המשיבה 3**, הינה עמותה רשומה בישראל, אשר הוקמה בשנת 2018, בכדי לייצג תאגידים סיניים הפועלים או מבקשים לפעול בישראל, בין היתר, כלשון תקנון העמותה, "בקשר עם פעילותם בישראל, לרבות ייצוג החברים בפני מוסדות שלטון, גופים רשויות וארגונים שונים בישראל". העמותה הוקמה על-ידי שני תאגידים סיניים הפועלים בישראל⁹ (China Civil Engineering Construction , China Railway Tunnel Group Co. Ltd, Corporation), אשר בשליטת ה-SASAC המרכזי. העתק תעודת רישום איגוד החברות הסיניות בישראל (ע"ר) ותקנון האיגוד ברשם העמותות מצורף **כנספח 1** לעתירה זו.

ג. הרקע הנורמטיבי לעתירה – חוק הריכוזיות וחובות הוועדה והממונה

(1) הרקע לחקיקת חוק הריכוזיות

28. חוק הריכוזיות הינו תוצר של המלצות הוועדה הממשלתית להגברת התחרותיות, אשר מונתה במטרה לבחון דרכי התמודדות עם חלק מהבעיות המבניות הקיימות במשק הישראלי.

29. בין מסקנותיה של הוועדה להגברת התחרותיות היתה המסקנה, כי המשק בישראל מתאפיין בריכוזיות על-ענפית יתירה בהשוואה לשווקים אחרים ברחבי העולם.

30. בהצעת החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ב-2012 (ה"ח הממשלה תשע"ב מס' 706, עמ' 1084; להלן: "**הצעת חוק הריכוזיות**") צוין, כי "המבנה הריכוזי מעורר חשש לפגיעה באיתנות המערכת הפיננסית, לפגיעה בתחרות העסקית ואף לפגיעה בציבור החוסכים, בבעלי מניות המיעוט בחברות הציבוריות ובמחזיקי איגרות חוב בחברות איגרות חוב. המלצות הוועדה מבקשות להגביר את התחרותיות במשק הישראלי, להבטיח שוק תחרותי ויעיל, להגן על ציבור המשקיעים ולחזק את איתנותם של המתווכים הפיננסיים ואת יציבותם".

העתק העמוד הרלוונטי מתוך הצעת חוק הריכוזיות מיום 9.7.12 מצורף **כנספח 2** לעתירה זאת.

31. בהתבסס על המלצות הוועדה להגברת התחרותיות, עוסק החוק בשלושה מישורי פעולה: הראשון, בו עוסק פרק ב' לחוק ועתירה זו, הינו **הסדרת הקצאת נכסי הציבור**, באופן שיימנע פגיעה בתחרות ויפחית את הריכוזיות הכלל משקית; השני, בו עוסק פרק ג' לחוק, הינו **הגבלה על פעולתן של קבוצות עסקיות מורכבות הבנויות בצורת "פירמידה"**; והשלישי, בו עוסק פרק ד' לחוק, נוגע **להפרדה של גוף פיננסי משמעותי וגוף ריאלי משמעותי**, המוחזקים בידי אותו בעל שליטה.

⁹ ראה התייחסות בעתירה זו לגופים אלה בסעיף 82 להלן.

(2) קביעה, גיבוש ופרסום רשימת "הגורמים הריכוזיים"

32. עניינו של פרק ב' לחוק הריכוזיות, כאמור, בשקילת שיקולי ריכוזיות כלל-משקית בהליכי הקצאת זכויות בנכסי הציבור. בפרט, קובע סימן ב' לפרק ב', כי במסגרת הליכי הקצאת זכויות ל"גורמים ריכוזיים", מחויב הגורם המקצה לשקול שיקולי ריכוזיות כלל-משקית ולהיוועץ בוועדת הריכוזיות לשם כך.

33. על מנת להבטיח את הוודאות הרגולטורית והעסקית הנדרשת, קובע סעיף 4 לחוק הריכוזיות כי ועדת הריכוזיות תפרסם ברשומות ובאתר האינטרנט של משרד האוצר את "רשימת הגורמים הריכוזיים", שתכלול את מי שמתקיים בו אחד מהתנאים החלופיים המפורטים בסעיף קטן (א) לו. ובלשון הסעיף:

"(א) הוועדה לצמצום הריכוזיות תפרסם ברשומות ובאתר האינטרנט של משרד האוצר את

רשימת הגורמים הריכוזיים שתכלול את מי שמתקיים בו אחד מאלה:

(1) אחד מבין שני אלה:

(א) הוא אחד מאלה:

(1) גוף פיננסי משמעותי;

(2) תאגיד ריאלי משמעותי;

(3) גורם בעל השפעה בתחום השידורים או העיתונות הכתובה;

(ב) הוא משתייך לקבוצת מחזיקים, ובלבד שהיא כוללת לפחות אחד מהמנויים

בפסקת משנה (א);

(2) היקף הפעילות המצטבר שלו או של קבוצת המחזיקים שאליה הוא משתייך, בתחום

תשתית חיונית, עולה על מחצית מכלל הפעילות באותו תחום;

(3) הוא או קבוצת המחזיקים שאליה הוא משתייך בעלי זכות בלפחות ארבעה תחומי

תשתית חיונית, באמצעות לפחות עשרה רישיונות או חוזים.

(ב)...

(ג) רשימת הגורמים הריכוזיים לא תכלול את המדינה, תאגיד שהוקם בחוק או רשות

מקומית, ולעניין קבוצת מחזיקים – לא יראו במדינה בעלת שליטה...."

34. מלשון הסעיף עולה, כי החלופה הראשונה להכללת גורם ברשימת הגורמים הריכוזיים, הקבועה בסעיף

4(א)(1) לחוק, כוללת שני סוגים של גורמים ריכוזיים:

(א) גוף ריכוזי "בזכות עצמו" - העונה להגדרת "תאגיד ריאלי משמעותי", "גוף פיננסי משמעותי" או "גורם

בעל השפעה בתחום השידורים או העיתונות הכתובה":

35. בהתאם לסעיף 4(א)(1) לחוק, "תאגיד ריאלי משמעותי", "גוף פיננסי משמעותי" או "גורם בעל

השפעה בתחום השידורים או העיתונות הכתובה" ייחשבו כ"גורם ריכוזי" שייכלל ברשימת הגורמים

הריכוזיים.¹⁰

36. יצוין, כי ההגדרות הנ"ל קבועות בסעיפיו השונים של חוק הריכוזיות, ולעניינו רלוונטית הגדרתו של

המונח "תאגיד ריאלי משמעותי", הקבועה (בשרשור) בסעיף 30 לחוק.¹¹

¹⁰ ראו הגדרת "גורם ריכוזי" בסעיף 3 לחוק ("גורם המנוי ברשימת הגורמים הריכוזיים").

37. סעיף 30 לחוק קובע כי ועדת הריכוזיות תפרסם ברשומות ובאתר האינטרנט של משרד האוצר את **"רשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים"**, שתכלול תאגידים ריאליים אשר מתקיימים בהם תנאים שונים הקבועים בו, ובכלל זה מחזור מכירות קובע העולה על 5,987,597,419.35 ₪, כשלעניין זה מחזור המכירות הקובע של אותו גורם יחושב כסך מחזור המכירות שלו, של השולט בו ושל כל התאגידים הריאליים שבשליטתו ובשליטת השולט בו. ובלשון הסעיף:

"(א) הוועדה לצמצום הריכוזיות תפרסם ברשומות ובאתר האינטרנט של משרד האוצר את רשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים, שתכלול תאגידים ריאליים שמתקיים בהם אחד מאלה:

(1) **מחזור המכירות הקובע של התאגיד הריאלי עולה על 5,987,597,419.35 שקלים חדשים, או על 1,995,865,806.45 שקלים חדשים בשוקי מונופולין; לעניין זה מחזור המכירות של תאגיד ריאלי יחושב כסך מחזור המכירות שלו, של השולט בו ושל כל התאגידים הריאליים שבשליטתו ובשליטת השולט בו, ולעניין השולט יחד עם אחרים – ייוחס כל מחזור המכירות כאמור לכל אחד ואחד מהשולטים בנפרד; ...**

(2) האשראי הקובע של התאגיד הריאלי עולה על 5,987,597,419.35 ₪ חדשים...

(ב) **לעניין סעיף קטן (א) לא יראו במדינה בעלת שליטה.**

..."

38. יצוין, כי בהתאם לסעיף 30(ה) לחוק, מוגדר **"מחזור מכירות קובע"** כ"**סכום התקבולים מכל מקור וסוג שהתקבלו בישראל בשנת הכספים הקודמת, בהתאם לדוח הכספי השנתי שנערך לגבי אותה שנה, ואם לא נערך דוח כאמור – בהתאם לדרך החישוב שיוורה הממונה על התחרות; ואולם אם שוכנע הממונה על התחרות כי סכום התקבולים שהתקבל כאמור בשנת הכספים הקודמת אינו מייצג את פעילות מקבל התקבולים – סכום התקבולים כאמור שהתקבל באחת משתי שנות הכספים שקדמו לשנת הכספים הקודמת או ממוצע סכומי התקבולים כאמור של שלוש השנים האמורות, לפי קביעת הממונה"**.

39. כפועל יוצא מן האמור לעיל, כאשר מחושב לתאגיד מסוים **"מחזור מכירות קובע"** על פי מחזור המכירות שלו ושל התאגידים הקשורים בו כאמור לעיל וזה עולה על סכום הסף שנקבע בסעיף 30(א)(1) לחוק, יש לייחס את אותו מחזור מכירות לכל אחד מן התאגידים הקשורים.

40. ועוד נקדים ונציין, כי המונחים **"שולט"** ו-**"שליטה"** המשמשים בסעיף 30 לחוק, הינם כהגדרתם בסעיף 1 לחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981:¹²

"היכולת – בין לבד ובין יחד עם אחרים – לכוון את פעילותו של תאגיד, למעט יכולת הנובעת רק ממילוי תפקיד של דירקטור או נושא משרה אחר בתאגיד; מבלי לגרוע מכלליות האמור, יראו אדם כשולט בתאגיד אם מתקיימת בו אחת מאלה:

(1) הוא מחזיק מחצית או יותר מסוג מסוים של אמצעי השליטה בתאגיד;

¹¹ **"תאגיד ריאלי משמעותי"** מוגדר בסעיף 4(ו) לחוק כ-**"תאגיד ריאלי המנוי ברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים"**. **"רשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים"** מוגדרת בסעיף 1 לחוק כ-**"הרשימה שפרסמה הוועדה לצמצום הריכוזיות לפי סעיף 30"**.

¹² סעיף 28 לחוק הריכוזיות, הקובע הגדרות שונות המשמשות את פרק ד' לחוק, בו נמצא סעיף 30, קובע כי למונחים **"אמצעי שליטה"** ו-**"שליטה"** תהיה המשמעות כהגדרתם בחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981.

(2) **בידיו היכולת למנוע קבלת החלטות עסקיות בתאגיד**, למעט החלטות שעניינן הנפקה של אמצעי שליטה בתאגיד או החלטות שעניינן מכירה, או חיסול של רוב עסקי התאגיד או שינוי מהותי בהם".

41. בהתאם להוראת סעיף 30(ג)(1)(א) לחוק הריכוזיות, קביעת התאגידים הריאליים שמתקיים בהם האמור בסעיף 30(א)(1) לחוק, קרי שמחזור המכירות הקובע שלהם עולה על הסכום הנקוב שם, **"תיעשה בידי הממונה על התחרות"**, היא המשיבה 2 כאן, שלאחר מכן **"ימסור את רשימת התאגידים שקבע כאמור וכל עדכון שלה לוועדה לצמצום הריכוזיות"** [ראו סעיף 30(ג)(1)(ג) לחוק].

(ב) גוף ריכוזי מעצם השתייכותו ל"קבוצת מחזיקים", שלפחות אחד מהמשתתפים אליה הינו "תאגיד ריאלי משמעותי", "גוף פיננסי משמעותי" או "גורם בעל השפעה בתחום השידורים או העיתונות הכתובה":

42. בהתאם לסעיף 4(א)(1)(ב) לחוק, גם מי שמשתייך לקבוצת מחזיקים, הכוללת לפחות אחד מן המנויים בסעיף קטן 4(א)(1)(א) לחוק, קרי "גוף פיננסי משמעותי", "תאגיד ריאלי משמעותי" או "גורם בעל השפעה בתחום השידורים או העיתונות הכתובה", נחשב "גורם ריכוזי" ויכלול ברשימת הגורמים הריכוזיים.

43. "קבוצת מחזיקים" מוגדרת בסעיף 4(ו) לחוק כ"תאגיד, השולט בתאגיד או תאגיד בשליטת מי מהם".

44. בעניין זה נסביר, כי סעיף 2 לחוק הריכוזיות, הקובע הגדרות המשמשות את פרק ב' לחוק, בו נמצא כאמור סעיף 4, קובע בין היתר כי משמעותו של המונח "שליטה" יהיה **"כמשמעותם בחוק ניירות ערך"**, שם מוגדר מונח זה בסעיף 1 כ- **"היכולת לכוון את פעילותו של תאגיד, למעט יכולת הנובעת רק ממילוי תפקיד של דירקטור או משרה אחרת בתאגיד, וחזקה על אדם שהוא שולט בתאגיד אם הוא מחזיק מחצית או יותר מסוג מסוים של אמצעי השליטה בתאגיד"**.

45. כפועל יוצא מהאמור, כאשר נעשית בחינה לפי סעיף 4(א)(1)(ב) לחוק האם תאגיד הינו "גוף ריכוזי" בהיותו משתייך ל"קבוצת מחזיקים" כקבוע שם, יש לבחון לצורך כך את כל "הקבוצה" – הן כלפי מעלה, עד לבעל השליטה הסופי, הן כלפי מטה, לחברות הנשלטות על ידי התאגיד הנבחן, והן את החברות הנשלטות על ידי השולט בתאגיד הנבחן.

46. כך ברור, כי הכרה בתאגיד כ"תאגיד ריאלי משמעותי" והכללתו ברשימת הגורמים הריכוזיים לפי סעיף 4(א)(1)(א) לחוק, מחייבת גם את הכללתם של כל התאגידים ב"קבוצת המחזיקים" אליה הוא משתייך ברשימת הגורמים הריכוזיים.

הליך גיבוש וקביעת רשימת הגורמים הריכוזיים

47. גיבוש רשימת הגורמים הריכוזיים נעשה בהתאם להוראות הקבועות בסעיף 4(ד) לחוק. בהתאם להוראות אלה, **הממונה על התחרות היא שקובעת את הגורמים הריכוזיים**, בין היתר על פי מידע שהיא מקבלת מהמאסדרים,¹³ ועליה לבחון את קביעתה זו אחת לשנה. את הרשימה שקבעה, וכן כל עדכון שלה, על הממונה להעביר לוועדת הריכוזיות, האמונה על פרסום הרשימה כאמור. ובלשון סעיף 4(ד):

¹³ "מאסדר" – מי שמוענקת לו לפי דין סמכות הקצאה של זכות, לרבות שר משרי הממשלה ומי ששר אצל לו את סמכותו כאמור, ולעניין חוזה – אחד מאלה: (1) ועדת המכרזים העורכת או המאשרת את ההליך לפי חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, שבמסגרתו נערכת ההתקשרות, בין במכרז ובין בהליך אחר, אף אם ההליך או חלק ממנו טעון אישור של גורם אחר; (2) גורם אחר שאינו ועדת המכרזים, אם הוסמך לערוך הליך לפי חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, במקום ועדת המכרזים.

"(ד) הוועדה לצמצום הריכוזיות תגבש את רשימת הגורמים הריכוזיים בהתאם להוראות אלה :

(1) הממונה על התחרות יקבע את הגורמים הריכוזיים, בין השאר על פי מידע שימסרו לו המאסדרים ;

(2) המאסדרים יעמידו לרשות הממונה על התחרות את המידע הדרוש לו לשם קביעת הגורמים הריכוזיים ואת המידע הנדרש לשם בחינת קביעתו לפי פסקה (3) ;

(3) הממונה על התחרות יבחן את קביעתו לפי פסקה (1), אחת לשנה ;

(4) הממונה על התחרות ימסור את רשימת הגורמים הריכוזיים שקבע לפי פסקה (1), וכל עדכון שלה, לוועדה לצמצום הריכוזיות".

48. הנה כי כן, הממונה על התחרות היא שקובעת את רשימת הגורמים הריכוזיים, כמו גם את רשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים מכוח סעיף 30 לחוק, ואת הרשימות הללו עליה להעביר לוועדת הריכוזיות.

49. חשוב להדגיש בעניין זה, כי עצם הכללתו של גורם ברשימה היא שהופכת אותו ל"גורם ריכוזי",¹⁴ שכן מדובר ברשימה קונסטיטוטטיבית, ולא ברשימה דקלרטיבית בלבד. על כן, אף אם גורם מקיים את הקריטריונים להגדרת "גורם ריכוזי" הוא לא ייחשב כזה ולא יקומו ביחס אליו החובות הנובעות ממעמד זה כפי שיפורטו להלן, כל עוד אינו נכלל ברשימה.

50. כבר לאור האמור, ברורה אפוא חשיבותה של רשימת הגורמים הריכוזיים, ולא פחות מכך החשיבות המוגברת בעדכונה, כך שייכללו בה כל הגורמים המקיימים את התנאים הקבועים בסעיף 4 לחוק.

(3) החובה לשקול שיקולי ריכוזיות כלל משקית בעת הקצאת "זכות" לגורם ריכוזי

51. סעיף 5 לחוק, קובע לענייננו, כי מאסדר המבקש להקצות "זכות" לגורם ריכוזי, מחויב לשקול שיקולי ריכוזיות כלל-משקית, ואף חייב בהתייעצות עם ועדת הריכוזיות. ובלשון סעיף 5 :

"(א) בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (ב), מאסדר רשאי שלא להקצות זכות לגורם ריכוזי, לאחר שמצא כי סביר שלא תיגרם פגיעה של ממש לתחום שבו מוקצית הזכות ולהסדרת התחום האמור בשל אי-ההקצאה.

(ב) מאסדר המבקש להקצות זכות לגורם ריכוזי לא יעשה כן, ובכלל זה לא יאפשר לגורם ריכוזי להשתתף בהליך ההקצאה של זכות כאמור ולא יקבע תנאים המאפשרים את הקצאת הזכות לגורם ריכוזי, אלא לאחר ששקל שיקולי ריכוזיות כלל-משקית, בהתייעצות עם הוועדה לצמצום הריכוזיות".

52. יובהר ויודגש מיד - כפי שעולה מהוראות סעיפים 5(א)-(ב) הנ"ל, ישנה חשיבות מכרעת להכללת גורם כזה או אחר ברשימת הגורמים הריכוזיים והגדרתו כ"גורם ריכוזי", שכן אלמלא מדובר ב"גורם ריכוזי" המנוי ברשימה, אין כל תחולה לסעיפים אלה בענייננו, ובהתאם אין כל חובה לשקול שיקולי ריכוזיות כלל משקית ואף לא להיוועץ עם ועדת הריכוזיות בעניין זה.

¹⁴ וראו שוב את הגדרת "גורם ריכוזי" בסעיף 3 לחוק – "גורם המנוי ברשימת הגורמים הריכוזיים".

53. בהקשר זה נסביר, כי "שיקולי ריכוזיות כלל-משקית" מוגדרים בסעיף 5(ד) לחוק,¹⁵ כדלקמן:

"המאסדר, מי שמוסמך לקבוע כללים כאמור בסעיף קטן (ג), גם אם אינו המאסדר, וכן הוועדה לצמצום הריכוזיות, ישקלו בהתאם להוראות סעיפים קטנים (א) עד (ג), נוסף על כל שיקול אחר שעליהם לשקול לפי דין לעניין ההקצאה, **שיקולים של מניעת הרחבת הפעילות של גורם ריכוזי, בשים לב לתחומי הפעילות הנוגעים לעניין ובהתחשב בזיקה ביניהם**".

54. במסמך "מתודולוגיה לבחינת ריכוזיות כלל-משקית" שפרסמה המשיבה 1, ועדת הריכוזיות, מסבירה הוועדה, כי שיקולי ריכוזיות כלל-משקית בוחנים את יכולת המיקוח וההשפעה העודפת של הגורם הריכוזי מול קובעי המדיניות כתוצאה מהרחבת פעילותו בתחומי תשתית חיונית.

55. וראו בעמ' 3-4 למסמך:

"שיקולי ריכוזיות כלל-משקית בוחנים את יכולת המיקוח וההשפעה העודפת מול קובעי המדיניות שייווצרו לגורם ריכוזי כתוצאה מהרחבת פעילותו בתחומי תשתית חיונית. שיקולי ריכוזיות כלל-משקית שונים משיקולי התחרות הענפית אשר מקובל לבחון במסגרת דיני התחרות וההגבלים העסקיים בשני מימדים: (1) מקור היכולת לייצר פגיעה, אשר אינו נובע מכוח שוק ענפי כמובנו של מונח זה בעולם ההגבלים העסקיים, אלא מכוח מיקוח והשפעה של השחקן כלפי דרג מקבלי ההחלטות; (2) סוג הפגיעה האפשרית, שטיבו פגיעה כללית יותר באינטרס הציבורי ולא דווקא פגיעה בתחרות.

...

... החשש העומד בבסיס התזה לקיומה של ריכוזיות כלל-משקית הוא הפעלת כוח מיקוח והשפעה כלפי מקבלי ההחלטות שנמצאים הן בדרג המאסדר (הרגולטור המקצועי) והן בדרג הפוליטי (חברי כנסת וממשלה)".

העתק מסמך "מתודולוגיה לבחינת ריכוזיות כלל-משקית" מיום 3.3.19 שפרסמה ועדת הריכוזיות מצורף **כנספח 3** לעתירה זאת.

56. זה המקום להסביר, כי המונח "זכות" מוגדר בסעיף 2 לחוק כ"רישיון, חוזה, או החזקה בשיעור משמעותי". כל אחד משלושת מרכיבי "זכות" מוגדרים אף הם בסעיף 2, ולענייננו נתעכב על שניים מתוכם:

"**רישיון**" מוגדר בסעיף 2 כ-"**הרשאה, ובכלל זה רישיון, זיכיון או היתר, שתחום הפעילות שלגביו היא נדרשת הוא תחום תשתית חיונית**, וכן אישור הנדרש לפי דין או הסכם להעברת הרשאה כאמור לאחר, כולה או חלקה, ובכלל זה אישור הנדרש כאמור לצורך העברת שליטה או אמצעי שליטה בבעל ההרשאה, לעניין שיעור של 5% לפחות מאותו סוג של אמצעי שליטה";

"**חוזה**" מוגדר כ-"התקשרות לביצוע הפעילות שהיא **תחום מתחומי תשתית חיונית** הנערכת בהליך לפי חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, לרבות אישור הנדרש לפי התקשרות כאמור להעברתה לאחר, כולה או חלקה, ובכלל זה אישור הנדרש לצורך העברת שליטה או אמצעי שליטה במחזיק בו לעניין שיעור של 5% לפחות מאותו סוג של אמצעי שליטה, שנוקט אחד מאלה: (1) המדינה; (2) חברה ממשלתית או תאגיד שהוקם בחוק, ובלבד שהממשלה לא קבעה פטור לגביהם בהחלטתה לפי סעיף 17 ובכפוף לתנאי ההחלטה".

¹⁵ ראו הגדרה בסעיף 2 לחוק.

57. מההגדרות הנ"ל עולה, כי סעיף 5 לחוק קובע עבור מאסדר למעשה חובה לשקול "שיקולי ריכוזיות כלל-משקית" ולהיוועץ עם ועדת הריכוזיות בבואו להקצות זכות (ובין היתר ליתן רישיון או להתקשר בחוזה)¹⁶ לגורם ריכוזי בתחום תשתית חיונית.

58. לעניין זה יוסבר, כי "תחום תשתית חיונית" הוא בהתאם להגדרה בחוק "תחום הפעילות שבו נעשה שימוש בתשתית חיונית או במשאב ציבורי או שבמסגרתו מוענק שירות חיוני לציבור, המנוי בטור ב' לתוספת"¹⁷.

59. נקדים ונציין כבר עתה, כי בין תחומי תשתית חיונית המוגדרים בטור ב' לתוספת לחוק מנויים גם תחומים בהם עוסקים חברי ההתאחדות, ולמשל "תחום הפעילות הנוגע להחזקת כביש ומתן שירות בו או להפעלת כביש ומתן שירות בו, לרבות – (1) תחום הפעילות שלגביו חל חוק כביש אגרה (כביש ארצי לישראל), התשנ"ה-1995; (2) תחום הפעילות שלגביו חל חוק כבישי אגרה (מנהרות הכרמל), התשנ"ה-1995; (3) תחום הפעילות שלגביו חל חוק נתיבים מהירים, התש"ס-2000" [סעיף 20.1 שם].

60. לבסוף, יצוין כי סעיף 6 לחוק קובע את האופן בו מאסדר המחויב בהתייעצות עם ועדת הריכוזיות מכוח סעיף 5(ב) יעשה זאת. כך, על מאסדר המבקש להקצות זכות לגורם ריכוזי לפנות לוועדת הריכוזיות, בכתב, לשם התייעצות עמה, וזאת כבר בעת גיבוש התנאים המאפשרים את ההקצאה או בשלב אחר מוקדם ככל האפשר. בהתאם להליך הקבוע בסעיף 6 לחוק, על הוועדה להודיע למאסדר אם בכוונתה לייצץ לו בעניין, וככל שהתשובה חיובית, לרשותה עומד פרק זמן של 60 ימים לשם הגשת חוות דעת מנומקת. יובהר, כי חוות דעת ועדת הריכוזיות מתפרסמת לעיון הציבור באתר ועדת הריכוזיות.

לאחר שסקרנו את ההוראות העיקריות בחוק הריכוזיות הרלוונטיות לעתירה זאת, נעבור עתה להציג את הרקע לעתירה.

ד. הרקע העובדתי לעתירה

(1) מבנה השליטה בתאגידים הסיניים – נשלטים על ידי ממשלת סין באמצעות ה-SASAC

המרכזי וזרועות אזוריים כגון SASAC Shanghai

61. התאגידים הסיניים הנזכרים לעיל (וכמוהם תאגידים רבים נוספים) הם חברות ממשלתיות, SOE's) State-Owned Enterprises), בבעלות ובשליטת ממשלת סין.

62. ראו לעניין זה את התקנות לפיקוח וניהול ה-SOE's ("Interim Regulations on Supervision and Management"), מיום 24.11.03, המפורסמות באתר האינטרנט של ה-SASAC המרכזי,¹⁸ במסגרתן מוסבר, כי מטרתן של התקנות להקים מערכת לפיקוח וניהול של חברות ממשלתיות, כי אלה מצויות בבעלות המדינה, וכן כי "המועצה הלאומית" ("the State Council"), שהיא הגוף האדמיניסטרטיבי הראשי ברפובליקה של סין, וממשלות מוניציפליות משמשות כבעלים בחברות הממשלתיות **מטעם המדינה עצמה** :

"Article 1 These Regulations are formulated to establish a State-owned assets supervision and management system that suits the needs of socialist market

¹⁶ ראו הגדרת "הקצאה, של זכות" בסעיף 2 לחוק.

¹⁷ ראו הגדרת "תחום תשתית חיונית" בסעיף 2 לחוק.

¹⁸ זמין ב: http://en.sasac.gov.cn/2003/11/24/c_118.htm

economy, better run State-owned enterprises, push forward the strategic adjustment to the layout and structure of the State economy, develop and expand the State economy, and realize the preservation of and increase in the value of State-owned assets.

...

Article 4 State-owned assets of enterprises are owned by the State. The State exercises a State-owned assets management system under which the State Council and local people's governments perform the responsibilities of investor on behalf of the State respectively, enjoying owner's equity, combining rights with obligations and duties, and administering assets, personnel and other affairs".

העתק מסמך "Interim Regulations on Supervision and Management" המפורסם באתר ה-SASAC המרכזי מצורף **בנספח 4** לעתירה זאת.

63. בהמשך, קובעת תקנה 5 שם, כי **המועצה הלאומית של סין מתפקדת בשם המדינה כבעלים בחברות הממשלתיות הגדולות**, שיש להן השפעה חיונית על הכלכלה הלאומית וביטחון המדינה ובתחומים כמו תשתיות חשובות ומשאבים טבעיים, וכי **ממשלת פרובינציה, או אזור/עירייה הכפופים ישירות לשלטון המרכזי** (קיימות בסין 4 ערים כאלה הכפופות ישירות לשלטון המרכזי, ושנחאי, למשל, ביניהן) **מתפקדות בשם המדינה כבעלים בחברות הממשלתיות האחרות**, שבהן המועצה הלאומית לא משמשת כבעלים:

"Article 5 The State Council represents the State in performing the responsibilities of investor in large State-owned enterprises, State-owned holding enterprises and enterprises with State-owned equity, which have a vital bearing on the lifeline of the national economy and State security, and in large State-owned enterprises, State-owned holding enterprises and enterprises with State-owned equity within such sectors as important infrastructure and natural resources. Enterprises in which the State Council performs the responsibilities of investor are to be determined and announced by the State Council.

The people's government of a province, autonomous region or municipality directly under the Central Government, the people's government at the level of city divided into districts or of autonomous prefecture shall respectively represent the State in performing the responsibilities of investor in State-owned enterprises, State-owned holding enterprises and enterprises with State-owned equity other than those in which the State Council performs the responsibilities of investor... ".

64. בהתאם לתקנה 6, לצורך הפיקוח והניהול של התאגידים הממשלתיים הגדולים, שבהם המועצה הלאומית משמשת כבעלים בשם המדינה, הוקם גוף מרכזי בשם State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council, הכפוף למועצה הלאומית, הוא ה-SASAC המרכזי המשמש כזרוע המוציאה לפועל של המדינה בחברות הממשלתיות.

65. בנוסף, ממשלה מוניציפאלית (the people's government of municipality directly under the Central Government) הכפופה ישירות לשלטון המרכזי תקים גוף כאמור לצורך הוצאה לפועל של תפקידה כבעלים בחברות שבהן היא משמשת ככזאת :

"Article 6 **The State Council, the people's government of a province, autonomous region or municipality directly under the Central Government, the people's government at the level of city divided into districts or of autonomous prefecture shall establish a State-owned assets supervision and administration authority respectively. The State-owned assets supervision and administration authority shall, under the authorization, perform the responsibilities of investor according to law, supervise and administer State-owned assets of enterprises according to law".**

66. SASAC Shanghai אליו נתייחס בהמשך, ואשר כלול ברשימת הגורמים הריכוזים כאמור, הוא גוף כזה, SASAC מקומי, שהוקם על ידי ממשלה מוניציפלית (שנחאי).

67. תקנה 12 קובעת, כי ה-SASAC המרכזי מבצע מטעם המועצה הלאומית את תפקידי המשקיע/הבעלים, ומפקח ומנהל את החברות הממשלתיות שמשתייכות לו, וכי SASAC מקומי מבצע מטעם הממשלה המקומית את תפקידי המשקיע/הבעלים ומפקח ומנהל את החברות הממשלתיות המשתייכות לו, כש-SASAC בדרגה גבוהה יותר מפקח על עבודת הניהול של SASAC בדרגה נמוכה יותר :

"Article 12 **The State-owned assets supervision and administration authority of the State Council is a specially established authority directly subordinated to the State Council which, on behalf of the State Council, performs the responsibilities of investor, supervises and manages State-owned assets of enterprises.**

The State-owned assets supervision and administration authority of the people's government of a province, autonomous region or municipality directly under the Central Government, or the State-owned assets supervision and administration authority of the people's government at the level of city divided into districts or of autonomous prefecture, is a specially established authority directly subordinated to the respective people's government which, on behalf of the government at the same level, performs the responsibilities of investor, supervises and manages State-owned assets of enterprises.

The State-owned assets supervision and administration authority of the government at a higher level guides and supervises according to law the management work of State-owned assets supervision and administration of the government at a lower level".

68. בהמשך המסמך, קובעות התקנות את האופן המוחלט שבו ה-SASAC המרכזי מנהל ומפקח על החברות הממשלתיות, ובכלל זה אחראי על מינוי והדחה של נושאי המשרה בהן, כולל המנכ"ל,

הדירקטורים ויו"ר הדירקטוריון, רואה החשבון, המשתתפים באסיפת בעלי המניות, ושכרם של כולם; מחליט בכל החלטה בעלת חשיבות כגון חלוקה, מיזוג, הנפקה, מינויים והפסקות כהונה, הגדלות הון וכד'; מבצע את תפקידי הבעלים בכל תכנית השקעה ומימון, אסטרטגיית פיתוח ומדיניות תעשייתית; מקבל דיווחים שוטפים מהחברות עצמן; ועוד.

69. מכאן, כי ה-SASAC המרכזי, תפקידו לפקח על החברות הממשלתיות הגדולות המשתייכות אליו ולהכווין את פעילותן, וזאת **בהתאם להוראות השלטון המרכזי כאמור**. ראו לעניין זה מתוך ההסבר בדבר תפקידיו של ה-SASAC המרכזי, מתוך אתר האינטרנט שלו:

"State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State council (SASAC) is established in conformity with the Notice on the Institutional Establishment of the State Council...

It is an ad-hoc ministerial-level organization **directly subordinated to the State Council. The Party Committee of SASAC performs the responsibilities mandated by the Central Committee of the Chinese Communist Party.**

1. Authorized by the state council, in accordance with the company law of the people's republic of china and other administrative regulation, **SASAC performs the investor's responsibilities, Supervises and manages the state-owned assets of enterprises under the supervision of the central government** (excluding financial enterprises), **and enhances the management of state-owned assets**".

העתק תדפיס עמוד "What We Do" מתוך אתר האינטרנט הרשמי באנגלית של ה-SASAC המרכזי מצורף **בנספח 5** לעתירה זאת.

70. במקביל ל-SASAC המרכזי האמור, הוקם מכוח אותן התקנות SASAC Shanghai, על-ידי הממשל המוניציפאלי של שנחאי, אשר כפוף ל-SASAC המרכזי, ותפקידו לפקח ולנהל את החברות הממשלתיות שם. ראו מתוך אתר האינטרנט הרשמי באנגלית של הממשלה המוניציפאלית בשנחאי:

"Shanghai Municipal State-owned Assets Supervision and Administration Commission is established as an institution **directly under the municipal government**, with its main functions, internal structure and personnel management in accordance with the "Notice of the General Office of the CPC Central Committee and the General Office of the State Council on Printing and Distributing 'Plan on Reform of Organs of Shanghai Municipal People's Government'" (Ting Zi [2008] No. 17)".

העתק התדפיס מתוך אתר האינטרנט הרשמי באנגלית של הממשלה המוניציפאלית בשנחאי מצורף **בנספח 6** לעתירה זאת.

71. בהקשר זה יצוין, כי מדינת ישראל אינה חולקת על כך שכל החברות הממשלתיות המשתייכות ל-SASAC המרכזי נשלטות בפועל על ידי ממשלת סין. לעניין זה נפנה לפרוטוקול ישיבת ועדת המכרזים מס' 075/2019 של נת"ע – נתיבי תחבורה עירוניים בע"מ, חברה ממשלתית האחראית על תכנון והקמת

מערכות הסעת ההמונים של מטרופולין תל אביב, בקשר עם המכרזים להקמת "הקו הירוק" ו"הקו הסגול" של הרכבת הקלה בתל-אביב, מיום 29.5.19.

בפרוטוקול מפורטת חוות דעת משפטית שקיבלה ועדת המכרזים בשאלה האם מספר חברות סיניות רשאיות לגשת לאותו המכרז לאור העובדה שהן נשלטות כולן על ידי ה-SASAC המרכזי. על פי חוות הדעת, שנמצאה מקובלת על ידי ועדת המכרזים, החברות הממשלתיות הסיניות מוחזקות ונשלטות בפועל על ידי ממשלת סין:

"לאחר בחינת העובדות המתוארות לעיל, נראה כי החברות הסיניות מוחזקות ונשלטות בפועל על ידי ממשלת סין, גם אם אופן הפיקוח עליהן הוא באמצעות סוכנות ממשלתית או גוף אדמיניסטרטיבי מטעמה שכפוף באופן מלא ובלתי מסויג לממשלת סין. משכך, לעניין פרשנות סעיף 3.8 להזמנה, אף אם החברות מוחזקות באמצעות הזרוע הממשלתית SASAC (טענה שלא הוכחה), הרי שאחזקה כאמור היא שקופה, ויש לראות בחברות אלה כאילו הן מוחזקות על ידי ממשלת סין..."

זאת ועוד, נדמה כי אין באופן אחזקת ממשלת סין בחברות (היינו, אחזקה באמצעות זרוע ממשלתית אדמיניסטרטיבית (SASAC)... בכדי לשנות ממהותם של דברים ומהעבודה כי החברות נשלטות על ידי ממשלת סין..."

העתק פרוטוקול ישיבת ועדת המכרזים מס' 075/2019 של נת"ע – נתיבי תחבורה עירוניים בע"מ מיום 29.5.19 מצורף **כנספח 7** לעתירה זאת.

72. זו הייתה גם העמדה של נציבות התחרות האירופית כאשר נדרשה לשאלה זו. כך, במסגרת דיון במיזוג חברות, בין חברה אירופאית לחברה ממשלתית סינית המוחזקת על-ידי ה-SASAC המרכזי, נדרשה הנציבות להכריע האם יש לראות חברה זו כחברה בקבוצת מחזיקים אחת יחד עם חברות סיניות אחרות הפועלות באירופה (ולכן להתייחס למחזור המכירות המצטבר באירופה של כלל החברות הממשלתיות תחת ה-SASAC המרכזי ולא אך למחזור של החברה שהיתה צד למיזוג, לצורך קריטריון חובת הגשת הודעת מיזוג). ההכרעה בשאלה זו נדרשה כדי להכריע, בדומה לענייננו, אם מיזוג החברות צריך להיות מובא לשולחן הנציבות ולקבל אישורה. בענייננו, כזכור, מדובר בשאלה, האם מכרזים והליכי התחרות בהם משתתפות חברות ממשלתיות סיניות, צריכים להיות מובאים לשולחן ועדת הריכוזיות (לצורך היועצות בה) בשל העובדה שהן שייכות כולן לקבוצת מחזיקים אחת יחד עם חברות אחרות שכבר הוכרזו כגורמים ריכוזיים במשק הישראלי.

73. נציבות התחרות האירופית, לאחר שבחנה לעומק את הממשל התאגידי והתקנות לעיל, קבעה כי יש להתייחס למחזור המצטבר של כלל החברות בקבוצת המחזיקים, לאור יכולת ההשפעה המהותית של הממשל הסיני באמצעות ה-SASAC המרכזי בחברות ממשלתיות סיניות, ובמיוחד בתחומי תשתית כפי שנדון שם, וכפי שרלוונטי גם לעתירה זו (כאמור, חובת ההיועצות בוועדת הריכוזיות היא ביחס למשאב חיוני ולתשתית חיונית בלבד). כך לשון ההחלטה:

"In view of the fact that Central SASAC can interfere with strategic investment decisions and can impose or facilitate coordination between SOEs [...] the Commission concludes in the case at hand that CNG and other Chinese SOEs in that industry shall not be deemed to have an independent power of decision from Central SASAC."

העתק החלטת הנציבות האירופית (European commission) Case COMP/M.7850 – EDF / CNG / NNB GROUP OF COMPANIES מיום 10.3.2016 מצורף כנספח 8 לעתירה זו.

74. בהחלטתה, עומדת נציבות התחרות האירופית על כך, כי ה-SASAC המרכזי, הוא זרועו הארוכה של הממשל הסיני למימוש מדיניותו בחברות הממשלתיות. ראה לדוגמא בעמ' 10 להחלטה (נספח 8):

"A number of other elements show that the Chinese State via Central SASAC has a power to influence coordination between companies active in the energy industry..."

75. הנה כי כן, מן האמור לעיל ברור אפוא, כי ה-SASAC המרכזי וכל אחת מהחברות הממשלתיות המשתייכות אליו ונמצאות בשליטתו, וכן Shanghai SASAC (הכפוף ל-SASAC כאמור) וכל החברות הממשלתיות המשתייכות אליו ונמצאות בשליטתו, נשלטים כולם על ידי השלטון המרכזי בסין וכפופים לו, שהוא "השולט בתאגיד", כלשון תיבה זאת בהגדרת "קבוצת מחזיקים" שהוצגה לעיל.

76. לעניין זה נזכיר את הגדרת "שליטה" בחוק ניירות ערך, שהיא ההגדרה אליה מפנה חוק הריכוזיות, ולפיה שליטה היא "היכולת לכוון את פעילותו של תאגיד, למעט יכולת הנובעת רק ממילוי תפקיד של דירקטור או משרה אחרת בתאגיד", כשברור כי השלטון המרכזי בסין הוא בעל יכולת להכווין את פעילותה של כל חברה ממשלתית המצויה בבעלותו, כפי שעולה מכל המוסבר והמפורט לעיל.

77. לכך נוסיף, כי מלשון הגדרת "קבוצת מחזיקים" ("תאגיד, השולט בתאגיד או תאגיד בשליטת מי מהם"), התיבה "השולט בתאגיד" כוללת כל מי ששולט בתאגיד, ללא קשר לישותו/אופן התאגדותו וכד'. בהתאם לכך, ניתן למצוא לדוגמא ברשימת הגורמים הריכוזיים גם אנשים פרטיים הכלולים בו, כמי שהם "השולט בתאגיד" בקבוצת המחזיקים שהם עומדים בראשה. ממילא אף יש לראות במדינה או ממשלה זרה כ"שולט בתאגיד", ובענייננו – ממשלת סין, בהיותה גוף כשיר לחובות וזכויות.

78. לעניין זה נוסיף, כי העובדה כי מדינה יכולה להיכלל ברשימת הגורמים הריכוזיים ואף כבעלת שליטה בקבוצת מחזיקים נלמדת גם מסעיף 4(ג) לחוק הריכוזיות, בו מצא המחוקק לנכון להחריג באופן ספציפי את מדינת ישראל, וקובע כי המדינה לא תיכלל ברשימת הגורמים הריכוזיים ואף לא תיחשב כבעלת שליטה לצורך הגדרת "קבוצת מחזיקים".

79. ללמדנו, כי "מדינה" אחרת, שאינה מדינת ישראל שהוחרגה בחוק במפורש, יכולה להיכלל ברשימת הגורמים הריכוזיים ולהיחשב כ"השולט בתאגיד" בקבוצת מחזיקים. הוא הדין גם לגבי הגדרת מדינה כשולטת ב"תאגיד ריאלי משמעותי" בהתאם לסעיף 30 לחוק, כשלעניין זה ראו את הוראת סעיף 30(ב) לחוק, הקובע באופן פרטני לגבי מדינת ישראל כי לא יראוה כבעלת שליטה. מובן אפוא, כי מדינה אחרת יכולה להיחשב כזאת.

(2) פעילותם של תאגידים סיניים בארץ

80. בשנים האחרונות ניכרת בישראל פעילות נרחבת ביותר של תאגידים המאוגדים בסין ומצויים בשליטת ממשלת סין, ופועלים תחת ה-SASAC המרכזי, וזאת בשורה של תחומים, לרבות בתחומי תשתיות חיוניות, ובכלל זה פרויקטים של הקמת כבישים, מנהרות, נמלים ימיים ועוד.

81. כך, מיטב התאגידים הסיניים השתתפו בשנים האחרונות בשורה ארוכה של מכרזים לביצוע פרויקטים אדירי היקף המהווים "פרויקטים לאומיים", ובחלקם אף הוכרזו כזוכים. נציג להלן מספר דוגמאות למעורבותם של התאגידים הסיניים בפרויקטים שכאלה בישראל:

(א) China Civil Engineering Construction Corporation ("CCECC") – זכה בשורה של מכרזים לביצוע פרויקטי תשתית גדולים, להקמתם ולתפעולם, ואף השתתף במכרזים נוספים, כדלקמן:

(1) זכה במכרז (יחד עם חברת דניה סיבוס) לכריית מנהרות גילון (במסגרת פרויקט מסילת הברזל בין עכו לכרמיאל) – היקף הפרויקט כ-600 מיליון ₪;

(2) זכה במכרז לכריית מנהרות הכרמל כקבלן משנה – היקף הפרויקט 450 מיליון ₪;

(3) זכה במכרז לחפירת הקו האדום של הרכבת הקלה בתל-אביב (הקטע המזרחי) – היקף הפרויקט מוערך בכ-1.5-1.7 מיליארד ₪;

(4) זכה במכרז להפעלת הקו האדום בת"א (19% מתוך קונסורציום; בהקשר זה יצוין, כי תאגיד סיני נוסף, שנוון מטרו, הוא בעלים של 30% נוספים בקונסורציום).

העתקי פרסומים שונים בדבר חלקו של CCECC בפרויקטים האמורים בסעיף קטן זה מצורפים **כנספח 9א** לעתירה זו.

(ב) China Harbour Engineering Company Ltd. ("CHEC"):

(1) זכה במכרז להקמה של "נמל הדרום" ליד אשדוד. היקף הפרויקט מוערך בכ-3.2 מיליארד ₪ (באמצעות חברת Pan Mediterranean Engineering שבבעלותו);

(2) רכש את תחנת-הכוח אלון תבור (באמצעות חברת MRC Tavor Power LTD בה הוא מחזיק במשותף יחד עם חברת רפק אנרגיה בע"מ) מחברת החשמל. סכום הרכישה מוערך בסך של כ-1.9 מיליארד ₪;

(3) זכה במכרז לשדרוג והעמקת רציף 21 בנמל אשדוד (באמצעות חברת Pan Mediterranean Engineering שבבעלותו).

העתקי פרסומים שונים בדבר חלקו של CHEC בפרויקטים האמורים בסעיף קטן זה מצורפים **כנספח 9ב** לעתירה זו.

(ג) Shanghai International Port Group ("SIPG") – זכה במכרז להפעלה של "נמל המפרץ", המוקם בימים אלה ליד חיפה. היקף הפרויקט מוערך בכ-1.2-1 מיליארד ₪.

העתקי פרסומים בדבר חלקו של SIPG בפרויקט האמור בסעיף קטן זה מצורפים **כנספח 9ג** לעתירה זו.

(ד) China Railway Tunnel Group Co. Ltd. ("CRTG"):

(1) זכה במכרז לכרייה ולהקמה של הקו האדום של הרכבת הקלה בתל-אביב (הקטע המערבי), יחד עם חברת שיכון ובינוי בע"מ. היקף הפרויקט מוערך בכ-3 מיליארד ₪;

(2) זכה במכרז להקמת המערכות בקו האדום בתל-אביב. היקף הפרויקט מוערך בכ-2.5 מיליארד ₪.

העתקי פרסומים שונים בדבר חלקו של CRTG בפרויקט האמור בסעיף קטן זה מצורפים **כנספח 9ד** לעתירה זו, וכן בנספח 9א.

(ה) China CNR Corporation Limited ("CRRC") - זכה במכרז לאספקת קרונות לקו האדום של הרכבת הקלה בתל-אביב. היקף הפרויקט מוערך בכ-1.2 מיליארד ₪ (הזוכה היא CNR, אשר התמזגה עם תאגיד סיני נוסף בשנת 2015 לתאגיד CRRC).

העתק פרסומים בדבר חלקו של CRRC בפרויקט האמור בסעיף קטן זה מצורפים **בנספח 9א**.

(ו) Sino Hydro - זכה במכרז להקמת תחנת כוח של אגירה שאובה בכוכב הירדן (היקף הפרויקט מוערך בכ-1.7 מיליארד ₪).

העתק פרסומים בדבר חלקו של Sino Hydro בפרויקט האמור בסעיף קטן זה מצורפים **בנספח 9ה** לעתירה זו.

82. למיטב הידיעה, לצד הזכויות המפורטות לעיל, התאגידים הנ"ל אף השתתפו במכרזים נוספים לביצוע פרויקטים בישראל, ובכלל זה לאספקת קרונות לקו הירוק בירושלים; לכריית המנהרה לקו הירוק בתל אביב (מכרז אליו רק תאגידים בשליטת ממשלת סין ניגשו); להקמה, תחזוקה ואספקת קרונות לקו הסגול והירוק בתל אביב; ועוד.

83. בנוסף לכך ראוי להזכיר בהקשר זה גם את האחזקות המשמעותיות של תאגידים סיניים בישראל, שלהלן:

(א) BRIGHT FOOD (GROUP) CO., LTD. ("BRIGHT FOOD"): מחזיק בשליטה בקבוצת תנובה, שהינה מונופולין מוכרז בשורה של שווקים בענף החלב בישראל. היקף הרכישה עמד על סך של למעלה מ-8 מיליארד ₪;

(ב) CHINA NATIONAL CHEMICAL CORPORATION ("CHEMCHINA"): מחזיק בשליטה באדמה פתורות לחקלאות בע"מ (לשעבר מכתשים אגן תעשיות בע"מ), ששוויה מגיע לכ-5.6 מיליארד ₪.

84. על כל אלה יש להוסיף עסקאות רבות נוספות של תאגידים סיניים בשליטת ממשלת סין במגזרים השונים: היי טק, בריאות, יבוא פלדה וסחורות אחרות לישראל, יבוא תזקיית נפט ופטרוכימיה ועוד, וכן עסקאות נוספות שלא יצאו בסופו של דבר אל הפועל (למשל, רכישת חברת כלל ביטוח).

85. יצוין, כי כל התאגידים הסיניים שנזכרו לעיל, למעט Bright Food ו-SIPG, משתייכים ל-SASAC המרכזי:

(א) **תאגיד CCECC** – נשלט על ידי התאגיד CHINA RAILWAY CONSTRUCTION CORPORATION LIMITED ("CRCC"), המשתייך ל-SASAC המרכזי ונשלט על ידו כאמור (ראו בעמ' 4 ברשימת התאגידים שב-SASAC המרכזי).¹⁹

(ב) **תאגיד CHEC** – נשלט על ידי התאגיד CHINA COMMUNICATION CONSTRUCTION COMPANY LTD. ("CCCC"), המשתייך ל-SASAC המרכזי ונשלט על ידו כאמור (ראו בעמ' 4 ברשימת התאגידים שב-SASAC המרכזי).²⁰

¹⁹ ראו אתרי האינטרנט הרשמיים של התאגידים CRCC ו-CCECC, בהתאמה: <http://www.crcc.cn>; <http://www.ccecc.com.cn/col/col7669/index.html>.
²⁰ ראו אתרי האינטרנט הרשמיים של התאגידים CCCC ו-CHEC, בהתאמה: <http://en.ccccltd.cn>; http://www.chec.bj.cn/pub/chec_pc/en.

(ג) **תאגיד CRTG** - נשלט על ידי התאגיד CHINA RAILWAY GROUP LIMITED ("CREC"), המשתייך ל-SASAC המרכזי ונשלט על ידו כאמור (ראו בעמ' 4 ברשימת התאגידים שב-SASAC המרכזי).²¹

(ד) **תאגיד CRRC** - משתייך ל-SASAC המרכזי ונשלט על ידו כאמור (ראו בעמ' 4 ברשימת התאגידים שב-SASAC המרכזי).

(ה) **תאגיד SINO HYDRO** - נשלט על ידי התאגיד POWER CONSTRUCTION CORPORATION OF CHINA (להלן: "POWERCHINA"), המשתייך ל-SASAC המרכזי ונשלט על ידו כאמור (ראו בעמ' 5 ברשימת התאגידים שב-SASAC המרכזי).²²

(ו) **תאגיד CHEMCHINA** - משתייך ל-SASAC המרכזי ונשלט על ידו כאמור (ראו בעמ' 3 ברשימת התאגידים שב-SASAC המרכזי).

העתק רשימת התאגידים הממשלתיים הכפופים ל-SASAC המרכזי, כפי שהיא מופיעה באתר האינטרנט הרשמי שלו מצורף **כנספח 10** לעתירה זאת.

86. יצוין, כי התאגידים Bright Food ו-SIPG משתייכים ל-Shanghai SASAC ונשלטים על ידו.

87. חשוב להדגיש כבר עתה, שכן לכך חשיבות מכרעת לעתירה זאת, כי בהתאם להוראות סעיף 30 לחוק הריכוזיות, התאגידים Bright Food ו-SIPG (וכן מספר תאגידים נוספים הנשלטים על ידי Shanghai SASAC), כמו גם Shanghai SASAC עצמו, נכללים ברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים, וכל אחד מהם נחשב כ"תאגיד ריאלי משמעותי". בהתאם לכך, התאגידים הנ"ל אף נכללים ברשימת הגורמים הריכוזיים, ולפיכך מהווה כל אחד מהם "גורם ריכוזי".

העתקי העמודים הרלוונטיים מתוך רשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים ומתוך רשימת הגורמים הריכוזיים, בהם ניתן לראות את כל הגופים המשתייכים לקבוצת המחזיקים "ברייטפוד-תנובה" מצורפים **כנספח 11** לעתירה זאת.

88. מכל האמור לעיל יוצא אפוא, כי בהתאם לחובתן מכוח סעיף 4(א)(1)(ב) לחוק הריכוזיות, על המשיבות היה לכלול את כל התאגידים הממשלתיים שבשליטת ממשלת סין, לרבות אלה המשתייכים ונשלטים על ידי ה-SASAC המרכזי, ברשימת הגורמים הריכוזיים, שכן אלה מהווים יחד "קבוצת מחזיקים אחת".

בנוסף לכך, ומאחר שבקבוצת המחזיקים הנ"ל נכללים תאגידים שכבר נבדק ונמצא על ידי המשיבות כי מחזור המכירות הקובע שלהם הינו מעל לסכום הסף שנקבע בסעיף 30(א)(1) לחוק (SASAC Shanghai וכל התאגידים תחתיו, כאמור), הרי שיש ליחס את מחזור המכירות הקובע הזה לכל אחד מחברי הקבוצה [כלשונו של סעיף 30(א)(1) לחוק] ולכלול את כל חברי קבוצת המחזיקים ברשימת התאגידים הריאליים ובהתאם גם ברשימת הגורמים הריכוזיים.

89. אולם, על אף האמור לעיל, ובניגוד לאותו ההיגיון שהוביל את המשיבות לכלול את Shanghai SASAC, וחברות בשליטתו ברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים וברשימת הגורמים הריכוזיים,

²¹ ראו אתרי האינטרנט הרשמיים באנגלית של התאגידים CREC ו-CRTG, בהתאמה: <http://www.crecg.com>;

²² ראו אתר האינטרנט הרשמי באנגלית של התאגיד POWERCHINA: http://en.powerchina.cn/2019-05/23/content_16651992.htm

המשיבות לא כללו, משום מה, ברשימת הגורמים הריכוזיים וברשימת התאגידים הריאליים את יתר החברות הנשלטות על ידי Shanghai SASAC, כמו גם את ה-SASAC המרכזי והחברות הנשלטות על ידו, על אף שכפי שהוסבר לעיל כולן משתייכות לאותה "קבוצת מחזיקים", הנשלטת על ידי ממשלת סין.

(3) מאפייני פעילות התאגידים הסינים בעולם בכלל ובישראל בפרט בתחום התשתיות החיוניות

מדגישים את נחיצות ההכרה בהם כקבוצת מחזיקים אחת

90. כזכור, הכללתם של התאגידים הממשלתיים שבשליטת ממשלת סין ברשימת הגורמים הריכוזיים היא תנאי הכרחי על מנת שבבוא מאסדר להקצות למי מהם זכות, כהגדרתה בחוק, יידרש המאסדר להתייעץ עם ועדת הריכוזיות, ולשקול שיקולי ריכוזיות כלל-משקית. לשיקולים אלה ישנה חשיבות מיוחדת כאשר בעל השליטה המשותף הוא ממשלת סין.

91. די אם נציין לעניין זה את תכנית ה-"Belt and Road Initiative" (להלן: "תכנית חגורה ודרך"), אשר אומצה כחלק בלתי נפרד ממדיניות החוץ ומתכנית הפיתוח הכלכלית הרשמית של סין, במסגרתה פועל הממשל הסיני להקמת שתי דרכי סחר מרכזיות – ביבשה ובים, המחברות את סין עם מרכז ודרום אסיה, המזרח התיכון, מזרח אפריקה ואירופה, ובכלל זה במדינת ישראל.

92. לשם הקמת דרכי הסחר האמורות, קובעת התכנית כי על החברות הסיניות ליצור קשרים עסקיים ושיתופי פעולה בין מדינות, לבצע ולהפעיל פרויקטי תשתית לאומיים במדינות השונות שלאורך דרכי המסחר הללו וכד'. והכל, לאור היתרונות העצומים הגלומים בה עבור סין - החל מפיתוח הכלכלה והרחבת השווקים, ועד להרחבת השליטה וההשפעה הצבאית שלה.

93. ראו לעניין זה את הדברים הנחרצים שצוינו במסגרת הדוח השנתי שהוגש לקונגרס האמריקאי לשנת 2018, ממנו עולה (ראו, למשל, בעמ' 261 לדוח), בין היתר, כי לצורך הוצאתה לפועל של התכנית, עושה ממשלת סין שימוש בתאגידים הממשלתיים שבשליטת ה-SASAC המרכזי ו-Shanghai SASAC, אשר בשליטתה. עוד מצוין בדוח, כי ממשלת סין מעניקה לתאגידים אלו סיוע כספי לצורך השתתפותם בפרוייקטי תשתית במדינות השונות, בין באמצעות סובסידיות ובין באמצעות מימון בנקאי זול, מה שמאפשר להם לבצע פרויקטים שהמתחרים המקומיים רואים בהם כמסוכנים מדי. כך בלשון הדוח (ראו בעמ' 266 לדוח):

"Chinese SOEs are competitive global infrastructure players in their own right, but their access to state subsidies and credit guarantees allows them to take on projects foreign competitors consider too risky."

העתק העמודים הרלוונטיים מתוך הדוח השנתי לשנת 2018 שהוגש לקונגרס האמריקאי מטעם ה-U.S-CHINA Economic and Security Review Commission מצורף **כנספח 12** לעתירה זאת.

94. ודוק, כפי שעולה מהדוח האמור התאגידים הסינים הממשלתיים (ה-SOEs), לרבות באמצעות תחרות על ביצוע פרויקטי תשתית בארצות שבתוואי שהוגדר (ביניהן ישראל) הם אמצעי עיקרי להשגת מטרות התכנית. אמצעי נוסף הוא לחץ פוליטי של הממשל הסיני עצמו.

95. מכאן, כי באופן מוצהר וגלוי פועלים התאגידים הסינים הממשלתיים להגשים גם מטרות שבינן לשיקולים עסקיים אין דבר - שיקולים אסטרטגיים של בעל השליטה בהם, הממשל המרכזי, הפועל באמצעות ה-SASAC המרכזי.

96. לא זאת אף זאת, הצעותיהם של התאגידים הסיניים הממשלתיים, הנהנים מסיוע כספי מממשלת סין כאמור, ואשר נועדו להגשים מטרות זרות מעבר לפרויקט העומד על הפרק, לעתים אינן כלכליות, עד כדי כך שמתחרות פוטנציאליות בולטות במכרזים אלה נמנעות לגשת אליהן. בין אם מדובר בחברות ישראליות, ובין אם בחברות בינלאומיות בולטות, אשר הדירו רגליהן ממספר מכרזי תשתית ישראלים לאור השתתפות תאגידים ממשלתיים סיניים. מבלי לעמוד על כלל ההשלכות השליליות של תופעה זו, לרבות הפגיעה בתחרות בפועל ובתחרות הפוטנציאלית, הכללת התאגידים הממשלתיים הסיניים האמורים בקבוצת הגורמים הריכוזיים, תחייב לכל הפחות בחינה כוללת של ההשפעה של כלל התאגידים הסיניים הממשלתיים, בהם בעל השליטה זהה, במשק הישראלי (ריכוזיות כלל משקית). והרי מטרה זו בדיוק נועד להגשים חוק הריכוזיות.

97. בנוסף לאלה, ובאופן שמתיישב עם קיומו של בעל שליטה משותף, בפעילות התאגידים הסיניים הממשלתיים בישראל ישנן אינדיקציות להתנהגות "עדרית" במצבים מסוימים. כך למשל, בעוד שלמכרז על הקו הירוק של נת"ע ניגשו חמישה תאגידים סיניים ממשלתיים, למכרז על הקמת הרכבת הקלה בירושלים, הרגיש יותר מבחינה פוליטית, לא ניגשו ולו תאגיד סיני ממשלתי אחד.

98. לאור האמור לעיל, ובכלל זה העובדה כי ישראל היא אחת מן המדינות הנזכרות בתכנית "חגורה ודרך", כמו גם הפעילות ההולכת וגוברת של התאגידים הממשלתיים הסיניים במדינה, ישנה חשיבות יתרה בהכללת התאגידים הסיניים הממשלתיים ברשימת הגורמים הריכוזיים, באופן שיאפשר לוועדת הריכוזיות, בבוא המאסדרים להקצות לאותם תאגידים זכויות, לשקול את כלל השיקולים הרלוונטיים לעניין זה.

(4) הימנעותן של המשיבות מלהכליל את התאגידים הסיניים ברשימת הגורמים הריכוזיים

99. לאור האמור לעיל, פנתה ההתאחדות למשיבות, בעצמה ובאמצעות באי-כוחה, בדרישה לכלול את התאגידים הממשלתיים הסיניים ברשימות הגורמים הריכוזיים, על מנת שבבוא מאסדר להקצות להן זכויות, כהגדרתן בחוק הריכוזיות, יישקלו על ידו שיקולי ריכוזיות כלל-משקית בהתאם לסעיף 5 לחוק.

100. כך, ביום 28.12.17 פנתה ההתאחדות במכתב מנומק למשיבה 2, יושבת ראש ועדת הריכוזיות כאמור, בבקשה להכיר בחברות הממשלתיות הסיניות שבשליטת ממשלת סין, אשר מתקיימים בהן התנאים להכללתן ברשימת הגורמים הריכוזיים לפי סעיף 4 לחוק הריכוזיות, כגורמים ריכוזיים, וזאת מן הנימוקים המפורטים בעתירה זאת.

העתק מכתב ההתאחדות למשיבה 2 מיום 28.12.17 מצורף **כנספח 13** לעתירה זאת.

101. רק ביום 13.6.18, כמעט חצי שנה לאחר מכן, התקבלה אצל העותרת תשובה מטעם ועדת הריכוזיות, וזאת במכתב ששלח ראש חטיבת הריכוזיות ברשות התחרות (אז – רשות ההגבלים העסקיים).

העתק תשובת ועדת הריכוזיות מיום 13.6.18 מצורף **כנספח 14** לעתירה זאת.

102. במכתב תשובתה, דחתה הוועדה את הבקשה לכלול את התאגידים שבשליטת ממשלת סין ברשימת הגורמים הריכוזיים, וזאת משום שמ"בדיקה עובדתית מקיפה" שבוצעה ביחס לתאגידים שבשליטת ממשלת סין שנמנו בפניית ההתאחדות, לא מצאה הוועדה כי יש מקום לכלול אותם ברשימת הגורמים הריכוזיים. לכך הוסיפה הוועדה, כי תאגיד Bright Food, שהוכר כ"גורם ריכוזי" נשלט על ידי Shanghai SASAC, שהוא "גוף של מחוז שנחאי **שלא מוזק** על ידי הממשל המרכזי" (סעי' 3 שם).

103. ביום 15.7.18 השיבה ההתאחדות למכתבה של ועדת הריכוזיות. במכתב זה, אשר תוכנו מדבר בעד עצמו, חזרה ההתאחדות והסבירה, בצירוף אסמכתאות, כי בניגוד לטענת הוועדה במכתב תשובתה, לשלטון המרכזי בסין שליטה בתאגידים הממשלתיים, לרבות אלה המשתייכים ונשלטים על ידי Shanghai SASAC, וזאת בוודאי לאור הגדרת "שליטה" בחוק הריכוזיות (המפנה להגדרת מונח זה בחוק ניירות ערך כאמור).

104. לפיכך, הוסבר, לאור העובדה שלשלטון המרכזי יכולת ברורה להכווין את פעילותם של כלל התאגידים הממשלתיים, הרי שעמדת הוועדה כי ממשלת סין אינה שולטת בתאגידים הממשלתיים אינה מתיישבת עם העובדות והוראות הדין.

105. עוד במכתב זה דרשה ההתאחדות מוועדת הריכוזיות לבחון האם סך המכירות של התאגידים הסיניים המשתייכים ל-SASAC המרכזי עולה על הרף הקבוע בסעיף 30(א)(1) לחוק הריכוזיות ולאור כך יש להגדיר אותם כ"תאגיד ריאלי משמעותי" בפני עצמם (אף מבלי שיוכרע אם הם בקבוצת מחזיקים אחת עם תאגיד Shanghai SASAC), כשלצורך כך, ובהתאם להוראות הסעיף הנ"ל, יש לייחס לכל אחד מהתאגידים האמורים את מחזור המכירות של החברות הממשלתיות הסיניות הפועלות בישראל. מכתב זה לא נענה.

העתק מכתב תשובת ההתאחדות מיום 15.7.18 למכתב המשיבה 1 מצורף **כנספח 15** לעתירה זאת.

106. ביום 30.7.19 נעשתה פנייה נוספת מטעם ההתאחדות לוועדה, במכתב בא-כוחה דאז של ההתאחדות, אשר מוען לשלושת חבריה - הממונה על התחרות ויו"ר הוועדה, עו"ד מיכל הלפרין המשיבה 2, מר שי באב"ד, מנכ"ל משרד האוצר, ופרופ' אבי שמחון, יו"ר המועצה הלאומית לכלכלה.

העתק מכתב ששלח ב"כ ההתאחדות לחברי ועדת הריכוזיות ביום 30.7.19 מצורף **כנספח 16** לעתירה זאת.

107. במכתב זה נדרשו חברי הוועדה פעם נוספת להחיל באופן מידי את הוראות חוק הריכוזיות על התאגידים הממשלתיים שבשליטת סין ופועלים בישראל בהיקפים מצטברים של מיליארדי שקלים חדשים, וזאת לאחר שהוועדה נמנעה מלעשות כן, בניגוד להוראות חוק הריכוזיות. במכתב זה שבה ההתאחדות ועמדה על הנימוקים לדרישתה.

108. במסגרת המכתב, אף ניתנה התייחסות מטעם ההתאחדות לנימוקי ועדת הריכוזיות לאי הכללתם של התאגידים הממשלתיים הסיניים, כפי שהובאו במכתבה מיום 13.6.18, ובכלל זה לטענה כי Shanghai SASAC אינו "מוחזק" בידי השלטון המרכזי בסין וכן לנימוק לפיו אין לכלול את התאגידים הממשלתיים הסיניים ברשימת הגורמים הריכוזיים לאור "בדיקה עובדתית מקיפה".

109. ביום 11.9.19 השיבה רשות התחרות - חטיבת הריכוזיות - לפניית ההתאחדות מיום 30.7.19 לוועדת הריכוזיות. במכתב זה, נדחתה פניית ההתאחדות, תוך שצוין כי הפנייה הינה כללית ותיאורטית, שכן בפני ועדת הריכוזיות אין פניה קונקרטית להתייעצות ביחס להקצאת זכות לתאגיד ממשלתי סיני, ולא ידוע על פניה כזאת. בנוסף, "הומלץ" להתאחדות לפנות לוועדת הריכוזיות פעם נוספת כאשר תעמוד על הפרק הקצאת זכות קונקרטית. ובלשון המכתב:

"3. בשלב זה, אין בפני הוועדה פנייה כלשהי להתייעצות ביחס להקצאת זכות לגורם שמופיע במכתבכם, ואף לא ידוע לה על פנייה כזאת שצפויה לבוא בפניה. אם כך, בשלב זה פנייתכם כללית, עקרונית ותיאורטית בלבד, ואין ממש בטענתכם לפגיעה, כביכול, באינטרס הציבורי או בתאגידים אחרים.

4. על מנת שבקשתכם תיבחן באופן מעשי וקונקרטי, המלצתי היא כי תפנו לוועדה פעם נוספת בעת שמאסדר ישקול להקצות זכות לגורם שמופיע במכתבכם, ותציגו את החששות שמעוררת אותה הקצאה, ככל שיהיו".

העתק מכתב התשובה שנשלח מטעם חטיבת הריכוזיות ברשות התחרות ביום 11.9.19 מצורף **כנספח 17** לעתירה זאת.

110. ביום 2.10.19 נשלח מכתב תשובה מטעם ההתאחדות לתשובת הוועדה, ובו הוסבר כי עמדת ועדת הריכוזיות כי לא תדון בפניית ההתאחדות אלא לאחר שתעמוד הקצאת זכות קונקרטית על הפרק, **עומדת בסתירה להוראות החוק ולתכליתו**. זאת, כפי שהוסבר לעיל ועוד יפורט להלן, משום שסעיף 4 לחוק הריכוזיות מטיל חובה על הוועדה לפרסם את רשימת הגורמים הריכוזיים, וזאת ללא כל קשר להקצאת זכות קונקרטית כזאת או אחרת, וגם אם כלל אין הקצאת זכות כאמור על הפרק. כאמור, ההכללה של גורם ברשימה היא זו אשר יוצרת את החובה של המאסדר לפנות לוועדת הריכוזיות לצורך התייעצות עמה. ככל שבזמן הקובע אותו גורם לא נכלל ברשימה, הרי שחובה זו לא תקום. זאת, גם אם ועדת הריכוזיות תמצא לנכון בדיעבד כי הפניה הייתה מוצדקת והגורם היה צריך להיכלל ברשימה. עבור אותו עניין, זה כבר יהיה מאוחר מדי.

העתק מכתב התשובה שנשלח מטעם ההתאחדות לחטיבת הריכוזיות ברשות התחרות ביום 2.10.19 מצורף **כנספח 18** לעתירה זאת.

111. במכתב הוסבר, בין היתר, גם כי פנייה נוספת אל ועדת הריכוזיות, כפי ש"הומלץ" במכתבה, רק לאחר שתהיה הקצאת זכות על הפרק עלולה להיות דבר שגוי, הן משום שבדיקה פרטנית ומצומצמת על רקע של אפשרות להקצאת זכות מסוימת מחמיצה את התמונה הכוללת שקיימת בענייננו, והן משום שהדבר עלול להיות מאוחר מדי, בשים לב לפרק הזמן שיידרש לוועדה לבחינת הדברים.

112. למכתב זה התקבלה תשובה נוספת מטעם ראש חטיבת הריכוזיות ברשות התחרות, ובו צוין, כי פרק ב' לחוק הריכוזיות עוסק בשקילת שיקולי ריכוזיות כלל-משקית אך ורק כשהקצאת זכות לגורם ריכוזי עומדת על הפרק, ולכן הטענה כי בחינה של הסוגיה על רקע האפשרות להקצאת זכות תחמיץ את התמונה הכוללת "אינה ברורה".

כמו כן הוסף במכתב זה, כי בעת שהדבר נדרש, הוועדה מתקנת את רשימת הגורמים הריכוזיים "תוך זמן קצר יחסית, ולעיתים אף תוך ימים ספורים". לבסוף צוין, כי ביחס "לסוגיות משפטיות שעלו במכתבכם" (מבלי שצוין לאילו סוגיות כוונתו), הדבר מצוי ב"בירור מול היועץ המשפטי לממשלה, וסוגיות אלה מונחות לפתחו".

העתק המכתב הנוסף מטעם חטיבת הריכוזיות ברשות התחרות מיום 30.10.19 מצורף **כנספח 19** לעתירה זאת.

113. בהקשר זה יצוין, כי נכון למועד זה לא התקבל כל מכתב נוסף מטעם רשות התחרות, ובכלל זה לא נמסרו תוצאות "הבירור" שנערך מול היועץ המשפטי לממשלה בעניין זה.

114. להשלמת התמונה יצוין, כי מטעם ההתאחדות נשלחו פניות לגורמים נוספים בעניין זה.

115. כך, בעקבות פרסומים בתחילת חודש אוגוסט 2019 באמצעי המדיה השונים בדבר הצורך בהטלת פיקוח הדוק על השקעות סיניות בארץ לאור משבר הסחר בין ארה"ב לסין וכוונת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (להלן: "**הקבינט הביטחוני**") לדון בעניין, נשלח ביום 6.8.19 מכתב מטעם ההתאחדות לחברי הקבינט הביטחוני, ובו הם התבקשו לבחון גם את ההשלכות הכלכליות של המעורבות

התאגידים הממשלתיים הסיניים בישראל. למכתב זה צורף העתק המכתב שנשלח כמה ימים קודם לכן, ביום 30.7.19 כאמור, לחברי ועדת הריכוזיות.

העתק המכתב שנשלח מטעם ההתאחדות ביום 6.8.19 לחברי הקבינט הביטחוני מצורף **כנספח 20** לעתירה זאת.

116. כמו כן, ביום 26.8.19 נשלח בעניין זה מכתב מטעם ההתאחדות גם לחשב הכללי במשרד האוצר, מר רוני חזקיהו, בדרישה כי אגף החשב הכללי יאסוף את העובדות הרלבנטיות, יחקור ויבחן אותן ועל בסיסן יפעל לשם התאמת תנאי המכרזים המפורסמים על ידי החשב הכללי, לרבות התאמת תנאי הסף שנקבעים בהם, למצב העובדתי הנוכחי, ובכלל זה לכך שהתאגידים הממשלתיים הסיניים נשלטים כולם על ידי השלטון המרכזי בסין, כמוסבר בעתירה זאת לעיל.

העתק המכתב שנשלח מטעם ההתאחדות לחשב הכללי במשרד האוצר ביום 26.8.19 מצורף **כנספח 21** לעתירה זאת.

117. נכון למועד הגשת עתירה זאת, לא התקבלה כל תשובה למכתבים שנשלחו לחברי הקבינט הביטחוני ולחשב הכללי.

118. נשלים ונוסיף, כי ביום 29.10.19 התכנס הקבינט הביטחוני לישיבה בנושא הפיקוח על השקעות זרות בישראל. על פי הודעה לעיתונות שפורסמה ביום 30.10.19 הודיע הקבינט הביטחוני על הקמת ועדה מייעצת לבחינת היבטי ביטחון לאומי בתהליך אישור השקעות זרות. ואולם, כעולה מההודעה, מדובר בוועדה שמטרתה גיבוש חוות דעת וייעוץ **בנושאי ביטחון לאומי בלבד, ואין לה כל עניין בהגברת התחרות וצמצום הריכוזיות במשק**, בהן עוסקת עתירה זאת.

העתק הודעה לעיתונות שפרסם הקבינט הביטחוני ביום 30.10.19 מצורף **כנספח 22** לעתירה זאת.

119. הנה כי כן, הימנעותן של המשיבות לכלול את התאגידים הממשלתיים שבשליטת ממשלת סין ברשימת הגורמים הריכוזיים בהתאם לסעיף 4 לחוק הריכוזיות, כמו גם הימנעותן מלבצע את הבדיקות והבירורים לבחינת הצורך בהכללתם של התאגידים הממשלתיים הסיניים ברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים בהתאם לסעיף 30 לחוק, עומדות בסתירה להוראותיו ולתכליתו, ובוודאי שאינן סבירות בנסיבות העניין, ולפיכך מתבקש בית המשפט הנכבד להתערב בהן. נעבור אפוא לפרט את הדברים בהרחבה.

ה. הימנעות המשיבות לכלול את התאגידים הממשלתיים הסיניים ברשימת הגורמים הריכוזיים עומדת בסתירה להוראות החוק וממילא בלתי סבירה

120. לאור כל המוסבר בעתירה זאת עד כה ברור אפוא, כי הימנעותן של המשיבות, ועדת הריכוזיות והממונה על התחרות, המשמשת כיושבת ראש הוועדה, מלפעול בהתאם לחובתן מכוח סעיף 4 לחוק הריכוזיות ולכלול את התאגידים הממשלתיים שבשליטתה של ממשלת סין ברשימת הגורמים הריכוזיים בהתאם להוראת סעיף 4(א)(1)(ב) לחוק בשל היותם "קבוצת מחזיקים" אחת, המחזיקה ב"תאגיד ריאלי משמעותי";

וכמו גם, הימנעותן המוחלטת מלבחון האם יש מקום לכלול את התאגידים הממשלתיים שבשליטת ממשלת סין הנ"ל, הפועלים יחד בישראל בהיקפים מצטברים של מיליארדי שקלים חדשים, ברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים בהתאם לסעיף 30(א)(1) לחוק, בשים לב למחזור המכירות הכולל שלהם בישראל;

עומדות בניגוד לחוק, וממילא בלתי סבירות לחלוטין, וסותרות חזיתית אף את תכליתו של חוק הריכוזיות.

121. כידוע, החלטה מנהלית חייבת להיות סבירה. הסבירות המנהלית המתבקשת, בעת קבלת החלטה, משמעה איתור השיקולים הרלוונטיים ואיזון ביניהם לפי משקלם. עילת הסבירות השלטונית מניחה את דבר קיומם של אינטרסים שונים הפועלים באותה עת ובאותו מקום, שכל אחד מהם ראוי להגנה; אינטרסים שיש לתת להם משקל ראוי ולאזן ביניהם בכל הקשר והקשר.
122. כלומר, סבירות היא לעולם פועל יוצא של הגורמים הרלוונטיים ושל המשקל הראוי שיש ליתן להם ביחסיהם הפנימיים. ראו לעניין זה בבג"צ 6163/92 יואל אייזנברג ואח' נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2), 264 :

"... עקרון יסוד של המשפט המינהלי הוא זה המחייב רשות שלטונית לפעול בסבירות (ראה בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח' [41], בעמ' 445). משמעותה של הסבירות הינה, כי על הרשות השלטונית לאזן בין השיקולים השונים בהתאם למשקלם הראוי של אלה. "איזון הוא סביר, אם הרשות המוסמכת נותנת את המשקל הראוי, כלומר, המשקל המתבקש על-פי פירושה של הנורמה החקיקתית אותה מבצעת הרשות המינהלית, לאינטרסים השונים הבאים בחשבון" (בג"צ 389/80 [41] הנ"ל, בעמ' 445). "סבירות משמעותה שקילת כל השיקולים הרלוונטיים, ומתן משקל ראוי לשיקולים אלה" (בג"צ 935/89, 940, 943 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' [42], בעמ' 513). אכן, סבירות אינה מושג פיסיו או מטאפיסי. סבירות היא מושג נורמטיבי. סבירות היא תהליך הערכתי. היא איננה תהליך תיאורי. היא אינה מושג הנתחם רק על-ידי היגיון דדוקטיבי. היא אינה אך ורק ראציונאלית. סבירות משמעותה איתור השיקולים הרלוונטיים ואיזון ביניהם על-פי משקלם (ראה: בג"צ 156/75 דקה ואח' נ' שר התחבורה [43], בעמ' 105; בג"צ 127/80 אודם נ' ראש עיריית תל אביב יפו ואח' [44], בעמ' 121)... החלטה היא סבירה, אם היא נתקבלה על-ידי מתן משקל ראוי לערכים השונים שיש לקחתם בחשבון".

וראו גם: בג"צ 935/89 אורי גנור ו-2 אח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2), 485, בעמ' 515-514; שרגא ושחר, המשפט המינהלי עילות ההתערבות (חלק שלישי, 2008) עמ' 224-225.

123. כפי שנפסק כבר בעבר, חוסר הסבירות היא עילת פסלות כשלעצמה, ומכוחה ייפסל שיקול דעת מנהלי בלתי סביר, גם אם ההחלטה התקבלה בתום לב תוך שקילת כל הגורמים הנוגעים לעניין (קל וחומר שיש לפסול החלטה אשר התקבלה מבלי שנסקלו הגורמים הרלוונטיים, כפי שיפורט להלן). בעניין זה ראו את דבריו של בית המשפט הנכבד בבג"צ 581/87 דדי צוקר נ' שר הפנים פ"ד מב(4), 529, בעמ' 544 :

"... שומה להדגיש, כי עילת חוסר הסבירות כשלעצמה וללא תימוכין בגין עילה אחרת, עלולה לפסול החלטה של רשות מינהלית. לעניין זה קבע כבוד השופט ברק בבג"צ 389/80 [3], בעמ' 439 :

"אך לא רק שבית המשפט מתייחס, הלכה למעשה, לחוסר סבירות כעילה בפני עצמה, אלא שהוא אומר זאת במפורש".

בנקודה זו מצטט השופט ברק מפסק-דינו של הנשיא שמגר בבג"צ 156/75 [4], שם קבע הנשיא שמגר את ההלכה, שחוסר סבירות יכולה גם להתגלות כשהיא בגפה.

מוסיף השופט ברק ואומר, בבג"צ 389/80 [3], בעמ' 439 :

"סיכומו של דבר: נראה לי, כי ההלכה של בית-משפט זה רואה בחוסר הסבירות עילת פסלות העומדת על רגליה היא, ומכוחה ייפסל שיקול-דעת מינהלי בלתי סביר, גם אם תוצאתו אינה החלטה שרירותית, וגם אם ההחלטה התקבלה בתום-לב תוך שקילת כל הגורמים הנוגעים לעניין וגורמים אלה בלבד".

בין היתר נקבע, כי החלטה בלתי סבירה היא החלטה החורגת מהאופציות השונות של ההחלטות אשר בנסיבות העניין מצויות במיתחם הסבירות (ראה: בג"צ 389/80 [3], בעמ' 441, וכן בג"צ 92/56 [5], בעמ' 1595).

במסגרת בחינת סבירותה של החלטה של רשות מינהלית על בית המשפט לבחון את ההחלטה על רקע הנסיבות העובדתיות הכוללות של הפרשה הנדונה... החלטות מינהליות "עוברות" בדרכן את הצורך לאזן בין מספר אינטרסים ציבוריים אשר כל אחד כשלעצמו חשוב הוא... השאלה היא אם כן, בקליפת אגוז, כלשון השופט ברק בבג"צ 341/81 [6], בעמ' 354, "... אם הרשות הציבורית נתנה משקל ראוי לגורמים הרלוואנטיים השונים בהם עליה להתחשב".

124. בהקשר זה כבר נפסק, כי רשות מנהלית המסרבת לעשות שימוש בסמכותה, חייבת לבסס סירוב זה באמות המידה המוקבלות, ועליה להראות כי החלטתה נעשתה מתוך שיקולים סבירים, כשלעניין זה אין הבדל בין מעשה לבין מחדל. ראו לעניין זה בבג"צ 297/82 עזרא ברגר נ' שר הפנים פ"ד לז (3) 29, בעמ' 34 :

"... ההבחנה בין מעשה לבין מחדל שהיא קשה כשלעצמה אינה רלוואנטית לעניין הפעלת שיקול הדעת, שכן בזו כמו בזו, בהתקיים התנאים הנחוצים לכך, חייבת הרשות המינהלית לפעול, אם כי מרחב הפעולה שלה הוא שונה..."

נמצא, כי רשות מינהלית, המסרבת לעשות שימוש בסמכות הרשות הנתונה לה ומסרבת להתקין אקט מינהלי כללי, חייבת לבסס סירוב זה באמות המידה המקובלות. עליה להראות, כי החלטתה זו נעשתה מתוך שיקולים סבירים, וכי אין בה שרירות והפליה וכיוצא בכך עילות, הפוסלות מעשה מינהלי. אכן, אם חוסר סבירות בהתקנתה של תקנה יש בו כדי להביא לבטלותה של התקנה, הרי גם חוסר סבירות באי-התקנתה יש בו כדי להביא לבטלות ההחלטה שלא להתקנה. איני רואה כל יסוד ראציונאלי להבחנה משפטית - להבדיל מהבחנה באשר למרחב השיקולים - בין שני סוגי ההחלטות. בבג"צ 295/65 [2] נפסלה החלטה מינהלית באשר לאי-התקנתה של תקנה כללית. הייתה זו סמכות שבחובה. לדעתי, מחייב הגיון הדברים להחיל אותו עיקרון משפטי גם לעניין סמכות שברשות, ובלבד שהשימוש בסמכות אינו כדין. אכן, המרחק בין סמכות חובה לבין סמכות רשות לעניין התקנתה של נורמה כללית אינו רב כלל ועיקר. בשני המקרים חייבת הרשות לשיקול בדבר, ואינה יכולה להימנע ממעשה בלא מחשבה תחילה. ומששקלה בדבר, הרי בשני המקרים חייב השיקול להיות כשר, כלומר במסגרת החוק המסמך. בסמכות חובה - השיקול חייב להובילה לביצוע הסמכות במהירות הראויה; בסמכות רשות - הפעלת הסמכות חייבת להתבסס על שיקולים רלוואנטיים לחוק המסמך. אין רשות מינהלית רשאית להימנע מהפעלת סמכויות הרשות שבידה להתקנתה של חקיקת משנה בלא כל טעם ענייני כדין. המינהל פועל במסגרת החוק, וכל החלטה משלו חייבת להתקבל במסגרת החוק, ועל-פי שיקולים כדין".

125. בענייננו כאמור, הימנעות המשיבות מלפעול כמבוקש בעתירה זאת הינה בלתי סבירה באופן קיצוני, ומטעם זה מתבקש בית המשפט הנכבד להתערב בהחלטתן זאת. ונסביר את הדברים.

(1) ההימנעות מהכללת התאגידים הממשלתיים הסיניים ברשימת הגורמים הריכוזיים מאיינת את החובה לשקול שיקולי ריכוזיות כלל-משקית על ידי מאסדר המבקש להקצות להם זכות, ובכך סותרת את הוראות החוק ותכליתו

126. הימנעות המשיבות מלהכליל את התאגידים הממשלתיים שבשליטת ממשלת סין ברשימת הגורמים הריכוזיים, בניגוד לחובתן המפורשת בסעיף 4(א)(1)(ב) לחוק הריכוזיות, כמי שמשתייכים כולם ל"קבוצת מחזיקים" הכוללת בתוכה תאגיד ריאלי משמעותי אחד לפחות (ובפועל אף יותר), **מונעת הלכה למעשה את תחולתה של החובה מכוח הוראת סעיף 5(ב) לחוק החלה על מאסדר המבקש להקצות למי מהם זכות, כהגדרתה בחוק, לשקול שיקולי ריכוזיות כלל-משקית תוך היוועצות עם ועדת הריכוזיות, ובכך סותרת את הוראות החוק ותכליתו.**

127. וזאת, משום שסעיף 5(ב) לחוק קובע, במפורש, כי החובה לשקול שיקולי ריכוזיות כלל-משקית ולהיוועץ עם ועדת הריכוזיות בעניין זה קמה רק כאשר מבקש המאסדר להקצות זכות ל"גורם ריכוזי", קרי גורם הכלול ב"רשימת הגורמים הריכוזיים".

128. ומכלל ההן נלמד על הלאו – אם גוף לא נכלל ברשימת הגורמים הריכוזיים הרי שאינו גורם ריכוזי ולא קמה החובה לשקול שיקולי ריכוזיות כלל-משקית ולהתייעץ עם ועדת הריכוזיות בעניין זה בבוא מאסדר להקצות לאותו גוף זכות כהגדרתה בחוק.

129. בהתאם, מאחר שאותם תאגידים ממשלתיים שבשליטת סין לא נכללים ברשימת הגורמים הריכוזיים, הרי שאם מאסדר מבקש כיום להקצות להם זכות בתחום תשתית חיונית בישראל, הוא "פטור" מהחובה (במובן זה שלא קיימת חובה כאמור) לשקול שיקולים חשובים אלה. ונדמה כי הפגיעה בתכלית החוק ובמטרתו כתוצאה מכך ברורה מאלה.

130. בהקשר זה יודגש ויובהר, כי סמכותן של המשיבות לגבש, לקבוע ולפרסם את רשימת הגורמים הריכוזיים, כמו גם את רשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים, מכוח סעיפים 4 ו-30 לחוק, בהתאמה, הינה "**סמכות שבחובה**", וזאת עולה בנקל כבר מלשון הסעיפים הנ"ל, העושה שימוש בלשון צווי ("תפרסם", "תגבש", "יקבע" וכד').

131. אין מדובר אפוא בסמכות שבשיקול דעת, אשר המשיבות רשאיות שלא להפעיל, אלא מדובר בחובה המוטלת עליהן בחוק לגבש, לקבוע ולפרסם את הרשימות הנ"ל, ולכלול בהן כל גורם אשר עומד בתנאים הקבועים בסעיפים אלה, וזאת מתוך חובה להחזיק ברשימת גורמים ריכוזיים נכונה ומלאה.

132. ודוק – מדובר בתנאים קשיחים וקבועים מראש, למשל קיומו של מחזור מכירות קובע בישראל בסכום מינימאלי. בהתאם, ועל פי דוגמא זאת, אם נמצא תאגיד ריאלי שמחזור המכירות הקובע שלו עומד על הסכום הנקוב בסעיף 30(א)(1) ומעלה, **קמה חובה על המשיבות לכלול אותו ברשימת התאגידים הריאליים וממילא ברשימת הגורמים הריכוזיים, כשלעניין זה לא עומד להן שיקול דעת שלא לעשות כן.**

133. רק פרשנות זאת מבטיחה את קיום תכלית החוק, אשר נועד להתמודד עם הריכוזיות העל-ענפית היתירה בה מתאפיין המשק הישראלי, להתמודד עם העיוותים וכשלי השוק הכרוכים בריכוזיות הכלל-משקית והשלכותיה השליליות על המשק, למנוע פגיעה ביכולת הצמיחה של המשק ובתחרות בו, וכן למנוע הפעלת כוח מיקוח והשפעה כלפי מקבלי ההחלטות שנמצאים בדרג המאסדר ובדרג הפוליטי (ראו מסמך המתודולוגיה שצורף כנספח 3 לעיל).

134. בהתאם, כל פרשנות אחרת, ובכלל זה כי סמכות המשיבות לגבש, לקבוע ולפרסם את רשימת הגורמים הריכוזיים ו/או את רשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים היא סמכות ש"בשיקול דעת", ברצותן יכללו תאגידים ברשימה וברצותן לא, סותרת את תכלית החוק, שכן היא מביאה לאיון החובה לבחון את שיקולי הריכוזיות הכלל-ענפית במקרים שבהם ראוי וחובה לשקול אותם.

135. בהתאם, ובעניינו, משברור כי כלל החברות הממשלתיות שבשליטת ממשלת סין מהוות "קבוצת מחזיקים" אחת, ומשזאת כוללת מספר גורמים ריכוזיים שכבר נכללים כיום ברשימת התאגידים הריאליים, הרי שהמשיבות אינן יכולות להימנע מהכללת כלל התאגידים הללו ברשימת הגורמים הריכוזיים בהתאם לחובתן על פי חוק, שאחרת הן פועלות בניגוד לחובה המוטלת עליהן ואף בניגוד לתכלית החוק על קיומו הן אמונות.

136. ראו לעניין זה את הדברים שנכתבו בספרו של י' זמיר **הסמכות המינהלית**, כרך א – המינהל הציבורי (נבו, מהדורה שנייה מורחבת, 2010), בעמ' 136 :

"בדרך כלל החוק מקנה לרשות המינהלית שיקול דעת שמסמך אותה להחליט אם להפעיל את סמכותה וכיצד להפעיל אותה במקרה מסוים. אולם **תנאי הוא בכל חוק, אף אם תנאי שאינו מפורש, שהרשות תפעיל את סמכותה בכל מקרה בכוונה לקדם את תכלית החוק. תכלית החוק צריכה להכתיב לרשות את המטרה שהיא מבקשת להשיג; את השיקולים שחובה עליה להתחשב בהם למטרה זאת, וכפועל יוצא גם את השיקולים שאסור לה להתחשב בהם; ואת הצורך לשקלל ולאזן בין השיקולים הענייניים באופן סביר ומידתי. אלה הם כללים בסיסיים להפעלת שיקול הדעת של כל רשות בכל מקרה.** בית המשפט גיבש עילות מיוחדות שנועדו לברר, במסגרת הביקורת השיפוטית, אם הרשות קיימה כללים אלה".

137. בעניינו, כפי שהראנו, תכלית החוק מחייבת את הכללתם של התאגידים הממשלתיים שבשליטת ממשלת סין ברשימת הגורמים הריכוזיים, וזאת על מנת שבבוא מאסדר להקצות למי מהם זכות, כהגדרתה בחוק, יוכל המאסדר, בהתייעצות עם ועדת הריכוזיות, לשקול את שיקולי הריכוזיות הכלל-משקית, אשר חשיבותם עולה ביתר שאת בעניינו, כשמדובר בתאגידים הנשלטים כולם בידי ממשלה זרה, קל וחומר כשמדובר בממשלת סין לאור הצהרותיה וכוונותיה הפומביות, וביניהן תכנית החגורה והדרך.

(2) הסעד העיקרי המבוקש הוא סעד מעשי ונדרש ואין מדובר בסעד "תיאורטי" כלל וכלל

138. במכתב התשובה שנשלח מטעמן ביום 11.9.19 (נספח 17 לעיל), טענו המשיבות, בניסיון לתרץ את מחדלן, כי "בשלב זה, אין בפני הוועדה פנייה כלשהי להתייעצות ביחס להקצאת זכות לגורם שמופיע במכתבכם, ואף לא ידוע לה על פנייה כזאת שצפויה לבוא בפניה. אם כך, בשלב זה פנייתכם כללית, עקרונית ותיאורטית בלבד, ואין ממש בטענתכם לפגיעה, כביכול, באינטרס הציבורי או בתאגידים אחרים".

לכך הוסיפו המשיבות גם במכתב הנוסף שנשלח מטעמן ביום 30.10.19 (נספח 19 לעיל), כי "פרק ב' לחוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, תשע"ד-2013 עוסק בשקילת שיקולי ריכוזיות כלל-משקית על ידי מאסדרים בהתייעצות עם הוועדה אך ורק כשהם מבקשים להקצות זכויות (כהגדרתן בחוק) לגורמים ריכוזיים, ולכן טענתכם כי בחינה של הסוגיה על רקע האפשרות להקצאת זכות תחמיץ את "התמונה הכוללת" אינה ברורה כלל" וכן כי "נבהיר כי בעת שהדבר נדרש הוועדה מתקנת את רשימת הגורמים הריכוזיים בתיקון אד-הוק תוך זמן קצר יחסית, ולעיתים אף תוך ימים ספורים".

139. ייאמר מיד, כי מדובר בטענות העומדות בסתירה מוחלטת להוראות החוק שעל יישומו אמונות המשיבות. ונסביר.
140. החובה המוטלת על המשיבות לקבוע ולפרסם את רשימת הגורמים הריכוזיים מכוח סעיף 4 לחוק הינה חובה עצמאית ונפרדת, ולפיה על המשיבות לגבש, לקבוע ולפרסם רשימה נכונה וכוללת של כל הגורמים הריכוזיים במשק, העומדים בתנאים הקבועים בסעיף זה.
141. מדובר בחובה העומדת בפני עצמה, וכמוסבר לעיל סמכותן של המשיבות לפעול בהתאם להינה סמכות שבחובה, כשלא עומד להן שיקול דעת בעניין זה האם לכלול ברשימת הגורמים הריכוזיים גורם העומד בתנאים שקובע החוק לכך או שלא לכלול אותו. המחוקק אף קובע מפורשות כי הרשימה תעודכן אחת לשנה. זאת, ללא קשר לשאלה אם עומדת על הפרק הקצאת זכויות לאותם גורמים אשר הכללתם נבחנת, אם לאו.
142. למעשה, לא רק ש"פרשנות" המשיבות אינה מתיישבת עם לשון החוק הברורה, שלפיה קבועות שתי חובות נפרדות בשני סעיפים שונים לחוק, **אלא שמדובר ב"פרשנות" בלתי ישימה בעליל**, וגם מטעם זה אין לקבלה.
143. כך כאמור, חובת ההיוועצות של המאסדרים קמה להם רק כשהם מבקשים להקצות זכות כהגדרתה בחוק ל"גורם ריכוזי". משמע, אם התאגידים הממשלתיים הסיניים לא יכללו ברשימת הגורמים הריכוזיים ולא ייחשבו לפיכך כ"גורמים ריכוזיים", **לא תקום חובת ההיוועצות כאמור**. מטעם זה, המחוקק עומד על כך כי רשימה זו תפורסם ותעודכן אחת לשנה. הרשימה היא היוצרת את החובה ולא ההפך.
144. משכך ברור אפוא, כי אין ולא תהיה "הזדמנות" שבה יפנה מאסדר כלשהו למשיבות בבקשה לבחון את מעמדם של התאגידים הממשלתיים הסיניים גם אם הוא שוקל להקצות להם זכות, משום שאין לו כל חובה לעשות כן. בהתאם, אין כל רלוונטיות לטענת המשיבות, כאילו הן מסוגלות לתקן את רשימת הגורמים הריכוזיים "אד הוק תוך זמן קצר יחסית", שכן זאת אינה יכולה "לרפא" את הפגם שנפל בהתנהלותן כתוצאה מהימנעותן לפעול בהתאם לחובה המוטלת עליהן לכלול ברשימה את כל הגורמים הריכוזיים שעומדים בהגדרת סעיף 4(א) לחוק.
145. בהקשר זה נוסיף גם, כי ניסיון של המשיבות לגלגל לפתחה של העותרת את האחריות לפנות לוועדת הריכוזיות "בעת שמאסדר ישקול להקצות זכות לגורם שמופיע במכתבכם", אף היא משוללת יסוד.
146. **ראשית**, אין ולא יכולה להתקבל על הדעת פרשנות לפיה מוטלת חובה על גורם שאינו המאסדר, כקבוע בסעיף 5(ב) לחוק, להביא עניין להתייעצות עם ועדת הריכוזיות.
147. **שנית**, גם אם הייתה העותרת מעוניינת לקחת על עצמה תפקיד זה, הרי שהיא לא יכולה הייתה לבצעו. כך, סעיף 5(ב) עניינו במצב שבו "מאסדר מבקש להקצות זכות לגורם ריכוזי", כש"הקצאת זכות" בה עוסק החוק הינה באמצעות מכרז, הענקת רישיון או הקצאת החזקה בשיעור משמעותי. ברור אפוא, כי העותרת אינה יודעת, בזמן אמת, האם מי מהתאגידים הממשלתיים שבשליטת ממשלת סין משתתף בהליך ההקצאה, ולמשל בעת קיומו של מכרז, שבו זהות המציעים אינה חשופה לציבור, אלא לאחר שכבר מאוחר מידי – לאחר שכבר מוכרזת זהותו של הזוכה.
- בהקשר זה ראוי אף להוסיף ולהדגיש, כי בהתאם להוראת סעיף 6(א) לחוק הריכוזיות, פניית המאסדר לוועדת הריכוזיות לשם התייעצות לפי סעיף 5(ב) לחוק צריכה להיעשות כבר "בעת גיבוש התנאים המאפשרים את ההקצאה כאמור או בשלב אחר מוקדם ככל האפשר", קרי בוודאי בשלב שבו העותרת

אינה יודעת ואינה יכולה לדעת את זהותם של המציעים, והאם מי מהתאגידים הממשלתיים שבשליטת ממשלת סין ביניהם.

148. זאת ועוד. סעיף 5(א) לחוק הריכוזיות קובע, כי מאסדר רשאי שלא להקצות זכות לגורם ריכוזי, לאחר שמצא כי סביר שלא תיגרם פגיעה של ממש לתחום שבו מוקצית הזכות ולהסדרת התחום האמור בשל אי ההקצאה. מובן כי גם עניין זה המסור למאסדר לא יוכל להתבצע על ידו אלמלא תהיה רשימת הגורמים הריכוזיים מלאה ונכונה, שאחרת יוכשלו המאסדרים ולא יוכלו לפעול בהתאם לחובתם בסעיף זה.

149. מכל האמור לעיל ברור אפוא, כי עצם הימנעותן של המשיבות לכלול את התאגידים הממשלתיים שבשליטת סין ברשימת הגורמים הריכוזיים וברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים מהווה הפרה בוטה של החובה המוטלת עליהן ופועלת בניגוד לתכלית החוק, ובוודאי שיש לה השלכה מהותית על החובות המוטלות על המאסדרים מכוח סעיף 5 ומאיינות אותן הלכה למעשה.

150. בהתאם לכך ברור אפוא, כי התנהלותן של המשיבות הינה בלתי סבירה באופן קיצוני, באופן המחייב את התערבותו של בית המשפט הנכבד בה.

151. להשלמת התמונה יצוין, כי לאורכה של שנת 2019, ביצעו המשיבות עדכונים שונים ברשימת הגורמים הריכוזיים, בדרך של הוספה וגריעה של גורמים לרשימה. כך, בימים 7.1.19, 26.3.19 ו-24.9.19 פרסמה ועדת הריכוזיות ברשומות עדכונים שונים לרשימת הגורמים הריכוזיים. עדכון רשימת הגורמים הריכוזיים לאורך התקופה הרלוונטית, אף מעצימה את חוסר הסבירות שבהימנעותן לכלול ברשימה את התאגידים הממשלתיים שבשליטת ממשלת סין, על אף שברור כי הם חייבים להיכלל בה, ובוודאי כשה"תירוץ" לכך הינו כי מדובר בעניין "תיאורטי" כביכול.

העתקי העמודים הרלוונטיים מתוך ילקוט הפרסומים בדבר עדכונים שונים שערכו המשיבות ברשימת הגורמים הריכוזיים מצורפים **כנספח 23** לעתירה זאת.

152. זאת ועוד. כ"נימוק" להימנעותן מלפעול בהתאם לחובה המוטלת עליהן לכלול את התאגידים הממשלתיים שבשליטת ממשלת סין ברשימות עליהן הן אמונות, טענות המשיבות כי במידת הצורך יערכו בחינה "אד-הוק" של הדברים ויוסיפו גורמים לרשימת הגורמים הריכוזיים "תוך זמן קצר יחסית". נדמה, כי מנימוק זה עולה אי הסבירות הקיצוני שבעמדתן של המשיבות.

153. כך, מבלי לגרוע מכל האמור לעיל ובנוסף לו, ממילא ברור כי הותרת הבחינה של הצורך בהכללתם של התאגידים הממשלתיים שבשליטת ממשלת סין "לרגע האחרון", במקום לצרפם כבר היום כנדרש על פי הוראות החוק, תמנע בדיקה רצינית ומעמיקה של הדברים, באופן שהופך את התנהלותן של המשיבות לבלתי סבירה בעליל.

(3) "הנימוק" להימנעותן של המשיבות מלפעול בהתאם לחובתן, כביכול בהתבסס על "בדיקה עובדתית מקיפה" שלא הובררה אף בלתי סביר בעליל

154. כאמור, במכתב התשובה שנשלח מטעם המשיבות ביום 13.6.18 (נספח 14 לעיל), צוין בין היתר, כי מ"בדיקה עובדתית מקיפה שקיימו ביחס לתאגידים שמניתם בפנייתכם, לא מצאנו כי בעת הזאת יש מקום לכלול את התאגידים האמורים שבשליטת ממשלת סין ברשימת הגורמים הריכוזיים".

155. לכך הוסיפו, כי "חברת Bright Food Group Co. Ltd, שנכנסה לרשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים בשל מחזור המכירות שלה שעולה על המחזור הקובע בחוק, אינה נשלטת על ידי ממשלת

סינ אלא על ידי State-owned Assets Supervision and Administration Commission Shanghai Municipal Government גוף של מחוז שנחאי שלא מוחזק על ידי הממשל המרכזי.

156. ייאמר מיד, כי "נימוק" זה לאו נימוק הוא, וממילא כל כולו, על כל אחד מחלקיו, שגוי מיסודו. ונסביר.

157. **ראשית**, המשיבות לא הסבירו ולא פירטו, מהי אותה "בדיקה עובדתית מקיפה" נטענת שכביכול ביצעו, מה היו ממצאיה, מה נבדק במסגרתה, ובעיקר כיצד היא הביאה אותן למסקנה השגויה, כפי שהוסבר בעתירה זאת לעיל, כי "בעת הזאת" אין לכלול את התאגידים הממשלתיים שבשליטת ממשלת סינ לרשימת הגורמים הריכוזיים ולרשימת התאגידים הריאליים. די באי פירוט מינימאלי זה כדי להביא לפסלותו של "נימוק" סתמי זה, שרב הנסתר בו על הגלוי.

158. **שנית**, כפי שהראינו והסברנו בפירוט בעתירה זאת לעיל, כלל התאגידים הממשלתיים הסיניים נשוא עתירה זאת הינם חלק מ"קבוצת מחזיקים" אחת, כהגדרתה בחוק הריכוזיות, שכולה בשליטת ממשלת סינ. ברור אפוא, לאור המוסבר לעיל, ובפרט לאור התקנות שצורפו שם (נספח 4 לעיל), כי כלל התאגידים הממשלתיים, הן אלה המשתייכים ל-Shanghai SASAC והן אלה המשתייכים ל-SASAC המרכזי, נשלטים כולם על ידי השלטון המרכזי בסינ, שהוא בעליהם של התאגידים, וממילא הוא זה הרשאי להכווין את פעילותם, כדרישת המונח "שליטה" בו עושה חוק הריכוזיות שימוש.

159. בנסיבות אלה מובן, כי גם מטעם זה מדובר ב"נימוק" שגוי, שאין לקבלו. לפיכך, ומשקבעו המשיבות בעצמן, כי תאגיד Bright Food עומד כאמור במחזור המכירות המינימאלי הקבוע בסעיף 30(א)(1) לחוק, הרי שיש לייחס מחזור מכירות קובע זה לכלל התאגידים המשתייכים לאותה קבוצת מחזיקים שבשליטת ממשלת סינ ולכלול גם אותם ברשימות התאגידים הריאליים המשמעותיים וברשימת הגורמים הריכוזיים, כמתבקש בעתירה זאת.

160. כל החלטה אחרת, ובכלל זה הימנעות מלכלול את התאגידים הממשלתיים נשוא העתירה ברשימות המדוברות הינה בלתי סבירה, שגויה מיסודה, ויש להתערב בה ולהופכה.

161. **שלישית**, כאמור, במכתבי התשובה המאוחרים יותר, מכתב מיום 11.9.19 (נספח 17 לעיל) ומכתב מיום 30.10.19 (נספח 19 לעיל), אף ועדת הריכוזיות לא פסלה עוד על הסף אפשרות הצורך בהכללת החברות ברשימת הגורמים הריכוזיים, אך דחתה את הצורך לבחון את הדברים לגופם לזמן בו תעמוד על הפרק הקצאת זכות לתאגיד סיני ממשלתי.

(4) גם הימנעות המשיבות מלבחון האם יש מקום לכלול את התאגידים המשתייכים ל-SASAC המרכזי בפני עצמם ברשימת הגורמים הריכוזיים וברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים אינה סבירה בעליל

162. גם אם ייקבע, בניגוד לכל המוסבר בעתירה זאת לעיל, כי Shanghai SASAC אינו מוחזק בידי השלטון המרכזי בסינ, וכביכול אינו חלק מאותה "קבוצת מחזיקים" אליה משתייך ה-SASAC המרכזי והחברות המשתייכות אליו, הרי שלכל הפחות, היו חייבות המשיבות לבחון, תוך דרישת נתונים הדרושים להן לשם כך, האם יש מקום לכלול את התאגידים הממשלתיים המשתייכים ל-SASAC המרכזי בפני עצמם, ברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים וברשימת הגורמים הריכוזיים.

163. וזאת בוודאי לאור הנתונים שהוצגו בפניית העותרת למשיבות, בהן הובאו אך דוגמאות שבידיעתה למעורבותם הנרחבת, בהיקפים של מיליארדי שקלים חדשים, של התאגידים המשתייכים ל-SASAC המרכזי בפרוייקט תשתית לאומיים בישראל.

164. כך, עובר לקבלת החלטתן, היה על המשיבות לדרוש נתונים ולבחון, לכל הפחות, נתונים בדבר מחזור המכירות הקובע בישראל של כלל התאגידים הממשלתיים המשתייכים ל-SASAC המרכזי, על מנת לבחון האם הוא עומד במחזור המכירות המינימאלי הקבוע בסעיף 30(א)(1) לחוק.
165. אך זאת לא נעשה, וגם המשיבות לא טענו אחרת, אלא הסתפקו באמירה הסתמית והכוללת כי נערכה "בדיקה עובדתית מקיפה" אותה לא טרחו לפרש.
166. בעניין זה כבר נפסק, כי על הרשות המנהלית מוטלת החובה ליצור תשתית עובדתית מתאימה ראויה ומלאה, לצורך עבודתה וקבלת החלטותיה (בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412).
167. ברור אפוא, כי הימנעותן של המשיבות מלבדוק את הדברים, וליצור תשתית עובדתית מתאימה לצורך קבלת החלטתן, מעידה על חוסר הסבירות הקיצוני בהתנהלותן, באופן המחייב את התערבותו של בית משפט נכבד זה, להורות להן לפעול על פי חובתן מכוח סעיף 30(א)(1) לחוק, ולבחון, על בסיס תשתית עובדתית ראויה ומלאה, האם יש מקום לכלול את התאגידים הממשלתיים המשתייכים ל-SASAC המרכזי ברשימת הגורמים הריכוזיים וברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים.
168. בהקשר זה נוסף, בבחינת למעלה מן הצורך, כי המשיבות כבר הכירו, כעניין עקרוני, כי Shanghai SASAC והחברות הנשלטות על ידו הם "קבוצת מחזיקים" כהגדרתה בחוק הריכוזיות, ובהתאם כללו אותו ואת החברות בהן הוא שולט ברשימות המנוהלות לפי החוק. בהתאם, היה על המשיבות, לכל הפחות, לבחון האם גם ה-SASAC המרכזי והחברות הנשלטות על ידו, אשר על-פי אותו מהווים גם הם "קבוצת מחזיקים", עומדים בתנאים להיכלל ברשימות, בשים לב לכך שיש לבחון את מחזור המכירות המשותף שלהן.

ו. סוף דבר

169. לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש ברישה לעתירה זו ולאחר קבלת תשובותיהן של המשיבות, להפכו למוחלט.
170. עוד יתבקש בית המשפט הנכבד להשית על המשיבות (או מי מהן) את הוצאות העותרת בעתירה זו, בצירוף שכ"ט עו"ד בתוספת הפרשי הצמדה וריבית כדין.
171. העובדות המופיעות בעתירה זו נתמכות בתצהירו של מר גרא קאושנסקי, המשמש כמשנה למנכ"ל תשתיות ובניה חוזית בהתאחדות.

תצהיר

אני הח"מ, מר גרא קאושנסקי, נושא ת.ז מס' 4394699, לאחר שהוזהרתי כי עליי להצהיר את האמת, וכי אם לא אעשה כן אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, מצהיר בזאת בכתב כדלקמן:

1. הנני מכהן כמשנה למנכ"ל תשתיות ובניה חוזית בהתאחדות הקבלנים בוני הארץ ("ההתאחדות").
2. תצהירי זה ניתן כתמיכה בעתירת התאחדות כנגד הועדה לצמצום הריכוזיות, הממונה על התחרות ואיגוד החברות הסיניות בישראל, בעניין אי הכללת תאגידים ממשלתיים בשליטת ממשלת סין הפועלים בישראל ברשימת התאגידים הריאליים המשמעותיים וברשימת הגורמים הריכוזיים ("העתירה"), אשר מוגשת לבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, ולאמות האמור בה.
3. העובדות הכלולות בסעיפים: 22-23, 99-117, 138, 154-155, 161 לעתירה הן בידיעתי האישית.
4. העובדות הכלולות בסעיפים: 24-27, 61-71, 80-87, 91-97, 118 לעתירה הן נכונות לפי מיטב ידיעתי ואמונותי, מתוקף תפקידי ומעורבותי בנושא, לפי מסמכים שהוצגו לי ולפי ייעוץ משפטי שקיבלתי.
5. אני מצהיר כי השם דלעיל הוא שמי, החתימה דלמטה היא חתימתי, וכי תוכן תצהירי זה אמת.



גרא קאושנסקי

הנני מאשרת בזאת כי ביום 4 במאי 2020 הופיע בפני, עו"ד רות ארבל, מר גרא קאושנסקי, לאחר שהזדהה בפניי באמצעות ת.ז מס' _____ / המוכר לי באופן אישי, ואחרי שהוזהרתי כי עליי להצהיר את האמת וכי יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, אישר את נכונות האמור בתצהיר וחתם עליו בפני.

3/8
רות ארבל, עו"ד
מק"ד 22383