



רשות ההגבלים העסקיים

קביעה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988:

הסדר כובל בין המובילים הימיים חברי הקונפרנס EMTA

1. מבוא

עניינה של קביעתי זו בהסדר בין מובילים ימיים החברים בקונפרנס EMTA¹. בהסדר החליטו המובילים הללו, צוותא חדא, לגבות מלקוחותיהם – המשתמשים בשירותי התובלה בים – סכום כסף בנוסף על מחיר ההובלה הימית שאת שיעורו תיאמו ביניהם והמכונה על ידם בשם "היטל THC" (Terminal Handling Charge). עילתו של היטל זה היא בפעולות אדמיניסטרטיביות שונות המבוצעות על ידי המובילים הימיים בקשר לעיסוקם בתובלה ימית אך אין הן תובלה ימית כשלעצמה. הסוגיה הניצבת במוקד החלטתי זו היא אפוא היקף תחולתו של האמור בסעיף 3(7) לחוק ההגבלים העסקיים, הפורש מצודתו על הסדרים שכל כבילותיהם נוגעות לתובלה בים וקובע כי בתנאים מסוימים לא ייחשבו אלה להסדרים כובלים הטעונים בדיקה ואישור של מערך הפיקוח על ההגבלים העסקיים.

לאחר שעיינתי בחומר העובדתי והמשפטי הנלווה לסוגייה ולאחר ושמיעת עמדות הצדדים הנוגעים בדבר, הגעתי למסקנה כי מקרה זה אינו מעורר קושי של ממש: ההסדר דנא אינו חוסה במסגרת הפטור המנוי בהוראת סעיף 3(7) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים"). הטעם העיקרי לכך נעוץ בעובדה כי לא כל הכבילות אותן ביקשו המובילים הימיים לתאם ביניהם במסגרת הסדר ה-THC עניינן בתובלה ימית.

מטעמים אלו החלטתי להפעיל את סמכותי שבסעיף 43(א) לחוק ההגבלים העסקיים ולקבוע כי על אף האמור בסעיף 3(7) לחוק ההגבלים העסקיים, אין להיות צד להסדר ה-THC במתכונתו הנוכחית, אלא אם אושר כנדרש על ידי בית הדין להגבלים עסקיים.

2. ההסדר בין המובילים חברי הקונפרנס

2.1 הצדדים להסדר

בקונפרנס EMTA חברים 13 מובילים ימיים שונים, מתחרים זה לזה. הקונפרנס הוא צורת התאגדות מקובלת בעולם הספנות ועל פי רוב (אף כי אין הכרח בדבר) יאגד הוא מובילים ימיים הפועלים באיזור גיאוגרפי מסויים.² ברם, החלטתי זו אינה עוסקת בעצם קיומו או פועלו של

¹ זהו קיצור שמו המלא של הקונפרנס: The European Mediterranean Trade Agreement (North Europe-Israel) והמובילים החברים בו הם: Andrew Weir Shipping Limited, Armada Lines Continent Maersk Line, CMA-CMG, Contaz, DSR Senator Lines –Mediterranean Service Ltd., A.P. Moeller Gmbh, Hamborg Sudamerikanisch Dampschiffahrts Gesellschaft Eggert & Amsinck, Mediterranean Shipping Co. S.A., Navigation Maritime Bulgare Varna, P&O Nedlloyd / P&O Nedlloyd BV, Sealand Service Inc., Zim Israel Navigation Company Ltd., Safmarine & CMBT Lines NV.

² ביום 19 במרץ 2001 מסרו הודעתם לשר התחבורה אודות התאגדותם וחברותם במסגרתו של הקונפרנס, בהתחשב באמור בתקנות ההגבלים העסקיים (הסדר שכל כבילותיו נוגעות לתובלה בין-לאומית), תשכ"ד-1964.

הקונפרנס. היא ממוקדת כולה בתיאום ספציפי של מחירים (שאינם מחירי התובלה הימית) אשר אותו אמרו המובילים הימיים החברים בקונפרנס – לבצע: הסדר ה-THC.

2.2 תיאור ההסכם והכבילות בו

ביום 4 בינואר 2003 התקבלה ברשות ההגבלים העסקיים תלונת איגוד המשתמשים בהובלה ימית ועניינה בתיאום בין חברי הקונפרנס לגבות מלקוחותיהם, החל מיום 20 בינואר 2003, היטל THC בשיעורים של \$40 ארה"ב (עבור כל מכולה אשר אורכה 20 רגל) ו-\$60 ארה"ב (עבור כל מכולה אשר אורכה 40 רגל). לא יקשה לשער כי מדובר, במצטבר, בסכומים משמעותיים ביותר. עד מהרה התחוור כי למעשה אין המדובר ב"היטל" כמשמעותו הרגילה, שכן אין זה חיוב שמקורו במעשה של רשות שלטונית או בדין. "היטל" זה לאמיתו של דבר אינו אלא תוספת מחיר בגין פעולות החורגות מן התובלה הימית ועילתו היא, לפי טענת המובילים, בפעולות מנהלתיות שונות שהם מבצעים במסגרת עסקיהם והדרושות להם לשם ביצוע פעילות ההובלה הימית.

אין חולק, וזו נקודת המוצא להחלטתי זו, כי על פי סעיף ספציפי שבחוק ההגבלים העסקיים, לא ייחשב לכובל הסדר בין מובילים בים שכל כבילותיו נוגעות לתובלה בינלאומית בים. באשר לתובלה ימית גופא, התיר המחוקק למובילים הימיים שיתופי פעולה ותיאומים, הגם שעסקינן במתחרים. השאלה לה נדרש אני בהחלטתי זו היא אם ניתן להרחיב את מסגרת הפטור מעבר לתובלה ימית גרידא ולהרחיב "פטור סטטוטורי" זה שבסעיף (7) לחוק ההגבלים העסקיים, לפעולות מנהלתיות שונות של המובילים הימיים החורגות מן התובלה גופא. ביסוד החלטה זו מונחת תכלית החקיקה, מיקומו הגיאומטרי של סעיף (7) במבנה הפיקוח על ההגבלים העסקיים בישראל ואופן השתלבותו במערך ההוראות היוצר במשולב את המגן הסטטוטורי מפני עיוותי תחרות מהותיים במשק.

משבאו בפניי טענות המשתמשים בתובלה הימית פניתי אל הקונפרנס והודעתיו על כוונתי לבחון את הסדר ה-THC. בעקבות פנייתי עיכבו חברי הקונפרנס את כניסת ההסדר לתוקף. כך עשו על פי הצעתי, כדי לאפשר שמיעה מסודרת של הטענות מפי כל הגורמים הנוגעים בדבר ובהתאם לכך נשמעו הנוגעים בדבר, בכתב ובעל-פה. אגב כך התברר כי ההסדר הכובל בו עסקינן בנוי משלשלת של הסדרים שונים, כל אחד מוסב על תיאום מחירו של רכיב עלות מסויים שהמובילים הימיים נושאים בו במהלך עסקיהם (אם כי שיעור העלות אצל כל מוביל ומוביל אינו זהה). לבקשתי פירטו בפני חברי הקונפרנס, באמצעות בא-כוחם, את הרכיבים בהם הסכימו על תיאומי המחיר, במסגרת ההיטל אותו יגבו מהמשתמשים בהובלה ימית. אלה הם הרכיבים נשוא התיאומים:

1. פעולת החברות בנמל

רכיב זה מייצג את עלויות החזקת משרדים בנמל של מובילים ימיים שונים מבין חברי הקונפרנס. לטענת אלה, חייבים הם בישראל ליטול על עצמם ביצוע פעולות אדמיניסטרטיביות שונות בנמל כגון הזמנת שירותי קבלני משנה, איתור מטענים אובדים, תיאום ההגעה והעזיבה של אניות עם רשויות הנמל, הזמנת צוותי פריקה וטעינה, תיאום רשימות הטעינה והפריקה וכיוצא באלה תיאומים אדמיניסטרטיביים אחרים המתבצעים ממשרדו של מוביל ימי. עלות החזקת המשרדים היא זו לגביה מבקשים המתחרים לתאם. טענת בא-כוחו של הקונפרנס היא כי לא ניתן לבצע תובלה ימית ללא משרדים אלה והתיאומים המתבצעים מהם. מטעם זה מבקשים המובילים הימיים להביא, במסגרת הסדר ה-THC, את תיאום תוספת המחיר שיגבו בגין עלויות החזקת המשרדים (המשתנות ממוביל למוביל) אל תוככי הפטור לתובלה ימית בינלאומית.

2. בחינת תקינות המכולה ודיווח

רכיב זה מייצג פעולות הדרושות על מנת לוודא כי מכולה כשירה לעבודה וכן – דיווח על קיום נזקים בה (אם קיימים כאלה). טיעונו של הקונפרנס לגבי רכיב זה הוא כי מקור החיוב נעוץ בחובתו של המוביל הימי לספק ללקוחותיו (המטענים את המכולה בטובין המיועדים לארצות ניכר) מכולות תקינות וכשירות לנשיאת הטובין במסע הימי. על פי הנטען פעולות אלה נעשות בתכוף ובצמוד לתחילת המסע ומכיוון שכך, טוען הקונפרנס כי אין להפריד בין אספקת המכולות ובדיקתן הטרומית הנעשית לשם אספקתן ללקוחות – לבין התובלה הימית עצמה, בבחינת "הא בהא תליא".

3. בדיקת הסגר שעל גבי המכולה ושירותי מנייה

רכיב זה מייצג שתי פעולות: האחת – בדיקת המונה (מספר המכולה ופרטיה) הבאה לוודא כי מוטענת על האונייה המכולה הנכונה; השנייה – בדיקת הסגר של המכולה שתכליתה לוודא כי לא התרחשה פריצה אל המכולה מעת קבלתה אצל המוביל ועד לטעינה (או מן הטעינה ועד קבלתה ברציף).

4. שירותי סוורות מבטן האונייה אל הרציף

רכיב זה מייצג את עלות שירותי הסוורות – ניטול המטען מן האונייה לרציף. הקונפרנס ביקש להטיל בהיטל רק מחצית עלות השירות וזאת בגין שירותי סוורות מבטן האונייה ועד הרציף. טעמו עימו: לטענת הקונפרנס נשיאת המטען מבטן האונייה אל הרציף היא החוליה החותמת את הובלתו הימית של המטען והיא חלק אינטגרלי ממסע האונייה.³

5. שעות נוספות הנדרשות עבור שירותי סוורות (מבטן האונייה אל הרציף)

רכיב זה מייצג את עלות השעות הנוספות בה מחויבים המובילים הימיים, עבור עבודות סוורות שהתבצעו במהלך שבתות וחגים (בהתאם לתקנות הנמלים (תשלומים בעד שירותי סוורות), התשס"א-2001 גובה רשות הנמלים תוספת של 100% לתעריף הרגיל).

6. תכנון הטעינה על גבי האונייה ודיווח

רכיב זה מייצג את מחצית עלות פעולות אדמיניסטרציה להם נדרשים המובילים הימיים על מנת לטעון את האונייה. המובילים הימיים טענו כי הם נדרשים למשרד אדמיניסטרטיבי נוסף בנמל שבין פעולותיו העיקריות: הכנת תוכנית טעינת המכולות על גבי האונייה, הכנת לוח זמנים לאוניות על בסיס יומי, הקצאת מקומות על גבי האונייה, קביעת מועד אחרות להבאת המטענים ודיווח על תוכנית טעינה לנמל. למעשה מדובר בשורה של פעולות מנהלתיות מוקדמות שנועדו לייעל ולתכנן את תהליך ההטעינה על האונייה כך שזה יתבצע מאוחר יותר בצורה מושכלת.

7. בדיקה וטיפול במכולות הקירור

רכיב זה מייצג את עלות הבדיקה של מכולות הקירור (reefer). מכולות אלו נדרשות מעת קליטתן על ידי המוביל הימי בבחינה של פעולת הקירור אותן הן נדרשות לבצע ולשימורן בטמפרטורה

³ בגין שירות זה משלם המוביל הימי לרשות הנמלים והרכבות בהתאם לתקנות הנמלים (תשלומים בעד שירותי סוורות), התשס"א-2001 - ק"ת תשס"א, 684.

הנדרשת לכל מטען. חברי הקונפרס ביקשו לחלק את עלות בחינת מכולות הקירור על כלל הובלת המכולות וכך הסכימו ביניהם במסגרת הסדר ה-THC.

3. ההסדר מהווה הסדר כובל

3.1 תשתית משפטית

המובילים הימיינים אינם חולקים כי הסכמתם כמתחרים, צוותא חדא, בדבר מחיר אותו יגבו מאת כלל המשתמשים בהובלה ימית – מהווה הסדר כובל כמשמעו בסעיפים 2(א) ו 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים. פשוט הוא כי תיאום קביעת שיעור "נורמטיבי" אותו יגבו מתחרים מלקוחותיהם בגין עלויות (שאינן חולק כי במקרה זה הן גם שונות אצל כל מוביל) הוא תיאום מחירים המהווה הסדר כובל מובהק. תיאום מחירים (Price Fixing) בין מתחרים ניצב ב"גרעין הקשה" של איסורי חוק ההגבלים העסקיים. טעם פשוט לכך: מחיר השירות מהווה רכיב מרכזי עליו ניטשת התחרות בין הספקים המתחרים. מתחרות זו שבין הספקים נהנים הצרכנים אשר על רכישותיהם נאבקים הספקים זה בזה (בהיעדר תיאום). ברור אפוא כי קיים תמריץ חזק במיוחד למתחרים לתאם ביניהם את המחיר (לרבות חלק ממנו) ובכך לעקר את המכניזם של הורדת מחיר המביא, ככלל, לרווחת הצרכן. תיאום כזה בין מתחרים אינו אלא "הגנה מפני תחרות". האינטרס הציבורי ביסודו של חוק ההגבלים העסקיים בא להגן מכל משמר מפני כל תיאום מחיר אשר כזה: ישיר או עקיף, גלוי או מוסווה, מלא או חלקי. בדרך הרגילה של הדברים היה תיאום מחירים בין המובילים מהווה עבירה פלילית.

דין זה ידוע אף למובילים הימיינים ועל כן אין הם ממקדים טיעונם באי היות הסדר ה-THC הסדר כובל. טענתם המרכזית היא כי אין להחשיב את ההסדר ככובל משום שהוא חוסה להבנתם, תחת "פטור סטטוטורי". המדובר בהוראת סעיף 7(3) לחוק ההגבלים העסקיים שזו לשונה:

"על אף האמור בסעיף 2, לא ייחשבו כהסדרים כובלים ההסדרים הבאים:

(7) הסדר שכל כבילותיו נוגעות לתובלה בינלאומית בים או באוויר, או לתובלה בינלאומית משולבת בים, באוויר וביבשה ובלבד שכל הצדדים לו הם -

1. מובילים בים או באוויר; או,

2. מובילים בים או באוויר, ואיגוד בינלאומי של חברות תעופה או ספנות שאושר לענין זה על-ידי שר התחבורה;

ושהודעה עליו נמסרה לשר התחבורה בדרך שקבע; שר התחבורה יודיע, אחת לשנה, לועדת הכלכלה של הכנסת על הודעות כאמור."

היסודות לתחולתו של הפטור האמור הם: (א) כל הצדדים להסדר הם מובילים בים; (ב) כל הכבילות (הגבלות התחרות) הנובעות⁴ מן ההסדר "נוגעות לתובלה בינלאומית בים"; (ג) הודעה

⁴ לענין זה אין להביט רק בכבילות הכלולות במפורש בהסכם אלא גם בכבילות שאינן מנויות בו במפורש אך נובעות ממנו, למשל כאשר קיים היבט של Spill over מהסכם בין הצדדים עשויה גם הגבלת תחרות בדרך זו להיחשב כחריגה מן הפטור שבחוק. מטבע הדברים, המדובר במקרים מובהקים בהם הסכנה לפגיעה בתחרות היא משמעותית.

אודות ההסדר ניתנה לשר התחבורה. בהעדר אחד מיסודות אלה אין חל הסעיף ויחול האיסור במלוא היקפו (אלא אם ניתן להסדר היתר פרטני מבית הדין או מן הממונה). כפי שאראה בהמשך החלטתי במקרה זה של הסדר ה-THC, אין מתקיימים במקרה זה שניים מיסודות הפטור.

הצדדים להסדר, חברי הקונפרנס, הם כולם מובילים בים. בכך נתקיים הראשון מיסודות הפטור הסטטוטורי.

ברם, המחוקק לא קבע כי כל הסדר בין מובילים ימיים באשר הם מובילים "לא ייחשב כהסדר כובלי" (כלשון הסעיף). הוא ייחד את הפטור להסדר שכל כבילותיו נוגעות לתובלה בינלאומית בים". יסוד זה לתחולת הפטור עניינו במישור המהותי, דהיינו בסוג הגבלות התחרות המותרות בהסדר הפטור. הוא מחייב כי תוכנו של ההסדר יעסוק בתובלה בינלאומית בים על דרך שכל הגבלות התחרות הנובעות מן ההסדר תהיינה "נוגעות לתובלה בינלאומית בים".

ברי אם כך שהמחוקק לא היה מעוניין להתיר למובילים בים לתאם ביניהם עניינים שאינם נוגעים לתובלה בינלאומית בים. אלא שכאן נדרשת התעכבות על מובנה של "נגיעה" זו: האם כוונת המחוקק במילה "נוגעות" היא לנגיעה ישירה ומהותית – היינו כי מדובר יהיה בכבילות שעניין הוא תובלה ימית בינלאומית גופא, או שמא, כנטען חדשות לבקרים על ידי החפצים להרחיב את הפטורים שבחוק, כוונת המחוקק היתה להרחיב את הפטור לכל קשת העניינים הנוגעים, ולו בעקיפין, לתובלה ימית בינלאומית. קשת זו משתרעת, מטבע הדברים, על כל מרחב פעילויות של המוביל הימי, שהרי גם פעילויות המסועפות והמרוחקות מתובלה ימית גופא, מיועדות בסופו של דבר לשרת את עיסוקו כמוביל ימי. גישה זו האחרונה רואה בתובלה הימית אך עוגן מילולי אשר כל שרשרת הפעילויות המשתלשלות אליו – אינן עניין לדיני הגבלים עסקיים לענות בו. לשון אחר: מקום מדרכם של מובילים ימיים הוא ארץ שתחרות לא תבוא בשעריה, באונייה ומחוץ לה.

בהתאם, המבחן הפרשני הנקט על ידי הקונפרנס והמובילים החברים בו, הוא מבחן הקשר הפונקציונלי: כל עוד מדובר בפעולה אשר משתלבת באופן כלשהו בשרשרת הפעילויות שסופה בנתינת שירות ההובלה בים – רשאים המובילים המתחרים לתאם ביניהם לגביה, אפילו היא פעולה אדמיניסטרטיבית גרידא שאין בה כל אלמנט של תובלה ימית. מאידך, הפרשנות הננקטת על ידי איגוד המשתמשים בהובלה ימית, היא פרשנות מצמצמת הגורסת בפשטות כי כל פעולה הנעשית במסגרת ההובלה הימית גופא – מסע האונייה – פטורה היא, אך מאידך, כל מה שאינו הובלה ימית גופא – אינו פטור והוא חייב בהיתר ספציפי. על פי גישה זו רשאים המובילים לתאם ביניהם כל מה שנוגע להובלה הימית עצמה, אך אינם רשאים לתאם מחירים לגבי פעילויות האופפות אותה – אפילו הן נעשות בקשר אמיץ ובהמשך ישיר ומיידי לתובלה הימית (לדוגמה פעילות של העברת מטענים מבטן האוניה לרציף בסוף מסע האונייה).

3.2 כבילה הנוגעת לתובלה בינלאומית

3.2.1 הגישה הפרשנית להוראות הפטור: מהותה של החקיקה הרלבנטית ותכליתה

כלל יסוד הוא כי מילות החוק מתפרשות על רקע תכלית החקיקה. תכלית החקיקה אינה מתייחדת להוראה הספציפית בה עסקינן (סעיף 7(3) דנא). היא משתרעת על דבר החקיקה כולו. הרציונל החקיקתי בכללותו ומיקומה של ההוראה הדרושה לפרשנות בו הם המאירים אותה באור הדרוש לפירושה. השתלבותה של ההוראה בה עסקינן במבנה החוק ובמכניזם שיצר, על רקע עקרונות היסוד של השיטה המושלים בהקשר הרלבנטי, כל אלה הם כוכב הצפון המתווה את נתיב הפרשנות.

אבן הפינה לכל החלטה פרשנית של הדין החל בעניינם של הסדרים כובלים היא במהותו השונה של דין התחרות הישראלי: המחוקק בישראל לא אסר על כריתתם ועל ביצועם של הסדרים כובלים באשר הם, אלא קבע מנגנון של היתר ופיקוח: הסדרים כובלים כפופים להיתר מראש – אישור מבית הדין או פטור מן הממונה. עמד על כך בית המשפט העליון בפרשת **תור אור**:

"גישתו של המחוקק היא איפוא, כי לא כל הסדר כובל פסול הוא. עשויים להיות הסדרים כובלים שהם לטובת הכלל. לשם בחינתם של אלה הוקמה המועצה, המנותקת מהמנגנון הממשלתי, והמפתחת לעצמה מומחיות וקווי מדיניות, והקובעת על פי שיקול דעתה באלו נסיבות הסדר כובל הוא לטובת הכלל, ובאלו נסיבות אין הוא לטובת הכלל. בכך דומה שיטתנו שלנו לזו הנוהגת באנגליה, ושונה היא מהשיטה של דיני ה - Antitrust האמריקאיים, לפיהם קיים איסור "מוחלט" להכנס לגדר "הסדר כובל".⁵

הבריה התיכון בהגנת התחרות שבחוק הישראלי טמון איפוא במנגנון של **שיקול דעת** לגבי התרת הסדרים כובלים. שיקול דעת זה מופעל בהתאם ל"מומחיות" ול"קווי מדיניות" שמרכז הכובד שלהם טמון בחיזוי השלכות ההסדר הספציפי על התחרות בשוק ועל טובת הכלל. בפועל, הדיון בהיתר להסדר כובל מגלם הפעלה של שיקול דעת הבוחן את תוצאתו המסתברת של ההסדר על התחרות בשוק המושפע ממנו. נמצא כי ההגנה העיקרית בישראל מפני פגיעה תחרותית בשוק אינה איסור קשיח השולל כל הסדר העלול לפגוע בתחרות. היא בנויה באופן מידתי, על בחינה קונקרטית של כל הסדר והשלכותיו על התחרות – **לגופם**: צפוי ההסדר לגרוע גריעה ממשית או משמעותית מרמת התחרות בשוק – לא יזכה לאישור או לפטור, אלא בנסיבות חריגות. החוק אינו מטיל איסור מוחלט אלא מצווה על בחינה שבשיקול דעת. הבחינה הנעשית במסגרת הפעלת שיקול הדעת, היא **מקצועית**: הסדר כובל לא ייפסל אך משום היותו כובל, אך אם תעלה בחינתן המקצועית של השפעותיו, על הסתברות של ממש כי יפגע בתחרות בשוק – ייפסל ההסדר מניה וביה ולא יינתן היתר בגינו.⁶ האיסור הפלילי בחוק ההגבלים ממוקד באי הבאתו של הסדר כובל לבחינת מערך הפיקוח על ההגבלים וסיכול בדרך זו של הפעלת שיקול הדעת המקצועי.

שיקול דעת זה, של בית הדין להגבלים עסקיים (המעוגן בסעיף 10 לחוק) ושל הממונה (המעוגן בסעיף 14 לחוק), המושתת על בחינת השפעתו התחרותית (Competitive Impact) של ההסדר על השוק בכללותו הוא **ליבת החוק** ולצד האיסור הפלילי האמור הוא הנדבך המרכזי של הגנת התחרות בישראל.

⁵ בג"צ 47/83 תור אור (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים, פ"ד לט(1) 169, 179-180.

⁶ פגיעה תחרותית זו בה מדובר היא לרוב יצירת כוח שוק (Market Power) בידי הצדדים להסדר הכובל, או חיזוק עקב ההסדר של כוח שוק שהיה בידי מי מהם גם קודם להסדר.

למבנה ייחודי זה של הגנת התחרות בחוק ההגבלים העסקיים – השפעה ברורה על פרשנות היקפם של דיני ההסדר הכובל. כך קבע כב' השופט עדיאל בפרשת **מגדל** כי:

”...קשה ללמוד גזירה שווה מהדין הנוהג בעניין זה בארה”ב. ההבדל נעוץ בכך שעל-פי הדין האמריקאי (Sherman Antitrust Act) נאסר כל הסדר הפוגע בתחרות בעסקים. אין בדין האמריקאי מנגנון המאפשר לאשר הסדר כזה בשל שיקולים שבטובת הציבור. כתוצאה מכך, הוצאתו של תחום כזה או אחר ממשטרם של דיני ההגבלים העסקיים איננו יכול להיעשות במשפט האמריקאי אלא בדרך של קביעה שיפוטית כי מדובר בהסדר שאיננו הסדר כובל על פניו (Per Se) או בדרך של חקיקה השוללת את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים.. **המחוקק הישראלי נתן לנושא זה מענה אחר, באפשרו קבלת אישור להסדר כובל מבית הדין להגבלים עסקיים, או פטור מאישור כזה מהממונה על ההגבלים העסקיים. הנאשמים לא ניסו להיזקק לאף אחד מן הפתרונות האמורים.**”⁷

לאור מבנה ייחודי זה של חוק ההגבלים העסקיים המקומי יש גם לבחון את פרשנות היקפן של הוראות הפטור שבחוק. כאמור, המחוקק יצא מן ההנחה כי חלק מן ההסדרים המוגדרים על ידו כ”כובלים” – ימצאו ראויים להיתר לאחר הפעלת שיקול הדעת. מכאן כי בישראל, בשונה מארצות אחרות, מקומו של הפטור הסטטוטורי במבנה החוק ובמכניזם שלו הוא שונה: לא להתיר אישור נורמטיבי הקבוע בחוק, אלא לחסום כל הפעלת שיקול דעת מקצועי ולמנוע כל בחינה של השלכות ההסדר על התחרות בשוק בכללותו.

הוראות אלה המצויות בסעיפי המשנה שבסעיף 3 לחוק אינן עשויות מעור אחד: חלקן נוגע להסדרים סקטוריאליים (חקלאות, תובלה אווירית וימית); חלקן האחר נוגע לסוגי הסדרים חוזיים הנתפסים כלגיטימיים (בלעדיות ביחסי סוכנות, אי תחרות במכירת עסק, הגבלות ברשיון לשימוש בזכויות קניין רוחני). בהתאם, גם הרציונל הפרטני שביסוד כל אחת מהן אינו אחד.⁸

ברם, מכנה משותף אחד מצוי ביסוד כל הפטורים הסטטוטוריים: כל אותם עניינים הקבועים בהוראות הפטור מוצאים מגדר שיקול הדעת הבוחן את מידת הפגיעה הגלומה בהם לתחרות במשק והם זוכים לחסינות חלוטה מכל בחינה מקצועית האומדת את השפעתם הפרטנית על התחרות בענף. במילים פשוטות: תהא פגיעתו של הסדר החוסה בפטור סטטוטורי כאשר תהא, אפילו יוצר הוא מונופולין רב עצמה המשבית את התחרות כולה ומאיינה – קמה לו מכוח הוראת הפטור חסינות מוחלטת מכל בחינה ובדיקה ואין להרהר אחר פוגענותו, ואין לבטלה או לרסנה. תוצאתו של סעיף 3 לחוק היא איפוא מרחיקת לכת: חוקיות חלוטה של ההסדרים המנויים בו, אפילו פגיעתם בתחרות קשה היא מאד.⁹ לא ניתן להפעיל כל שיקול דעת תחרותי לגביהם ואין הסעיף מותיר כל יכולת לאזן בין פגיעתם לאינטרסים אחרים העשויים להצדיקם.

על רקע זה, בזכרנו כי ככלות הכל מדובר בחוק שעקרון היסוד בו הוא הגנת התחרות, בהתחשב בכך כי המרקם הנורמטיבי של החוק כולו הינו מרקם של **שיקול דעת מקצועי**, ולאור העובדה כי

⁷ ת.פ. 201/96 **מדינת ישראל נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ ואח'**, דינים מחוזי כרך כו(7) עמ' 486.

⁸ העניין לא לובן באופן יסודי בפסיקה אך ראו אמרת האגב של השופט ברק בפרשת **תור אויר** הנוכרת: ”ספק בעיני אם הטעם העומד ביסוד חריגים אלה – אחד הוא. נראה, כי לא הרי החריג בענין האיגוד המקצועי, המבוסס כנראה על הרצון להגן על העובדים [179] ולאפשר להם להשיג מחיר ראוי לשירותם, כהרי החריג בענין התוצרת החקלאית, שענינו כנראה טובת המשק וטובת הצרכן, בצד טובתם של החקלאים עצמם.”

⁹ ה”ע 491 **חברת חשמל נ' הממונה על הגבלים עסקיים**; 1999 **הגבלים עסקיים** 3003406 עמ' 74.

מרקס "שיקול דעתי" זה נשלל באופן גורף על ידי הוראות הפטור הסטטוטורי – לא ייפלא כלל ועיקר כי הפסיקה קבעה שיש לפרש פטורים סטטוטוריים קשיחים אלה בצמצום:¹⁰

"יש לזכור כי עניין לנו בחריג שנועד להסיר את תחולת החוק מעל הסדרים שבמהותם הנם הסדרים המגבילים את התחרות, וככאלה פוגעים הם בטובת הציבור. לפיכך, יש לפרש חריג זה בצמצום."

על רקע גישה עקרונית זו ניגש להוראת הפטור בה עסקינן, המצויה בסעיף (7)3 לחוק.

3.2.2 הוראת הפטור הספציפית – תובלה בינלאומית בים

ניתוח תולדותיה וגלגוליה של הוראת הפטור הסטטוטורי ביחס לתובלה בינלאומית מצוי בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **תור אויר**. הדברים שנאמרו ונקבעו שם, לרבות הגישה הפרשנית המצמצמת לתחולת הפטור – יפים במידה רבה גם לכאן ולפיכך אחזור עליהם בקצרה.

חוק ההגבלים העסקיים, התשי"ט-1959 לא כלל הוראת פטור ביחס להסדרים הנוגעים לתובלה בינלאומית. הפטור נקבע לראשונה בהוראת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון), תשכ"א – 1961 אשר קבע בסעיף 10א כי – "הסדר שכל כבילותיו נוגעות לתנאי הסעת נוסעים או להובלת מטען, בים או באויר – איננו הסדר כובל". כעבור שנתיים מצא המחוקק צורך בצמצומו של הפטור לתובלה בינלאומית¹¹ כך שתימנע תחולת ההוראה על **תובלה פנים ארצית**.¹² צמצום נוסף בפטור נעשה בחוק ההגבלים העסקיים הנוכחי, בסעיף (7)3, כאשר תחולתו הוגבלה למצב בו כל הצדדים להסדר הם מובילים.¹³

בית המשפט העליון נדרש בעבר לפרשנות היקפו של הפטור בפרשת **תור אויר**. בפסק דין זה התעכב בית המשפט על משמעותה של "הנגיעה" הדרושה לתחולת הפטור בין הפעילות נשוא התיאום בין המובילים לבין התובלה הימית. הגישה שנקבעה בפרשת **תור אויר** היתה ברורה: בית המשפט העליון קבע שם כי על מנת שכבילותיו של ההסדר יחשבו "נוגעות" לתובלה בינלאומית -

"לא די 'בנגיעה' קלושה ורופפת בין כבילות ההסדר לבין התובלה הבינלאומית. במצב דברים זה, אין כל טעם מיוחד בהוצאת ההסדר מתחום האחריות המקצועית של המועצה (בית הדין דאז – ד.ש.) והפלייתו לעומת הסדרים דומים. אכן, **המתבקש ממטרת החוק ומתכליתו הוא, כי 'הנגיעה' הקבועה בסעיף 10א לחוק תהא נגיעה ממשית וישירה, וכי הזיקה שבין כבילות ההסדר לבין התובלה הבינלאומית תהא זיקה קרובה ואינטימית**. בנסיבות אלה יש אכן צידוק, על-פי מערכת השיקולים של המחוקק, בהוצאת ההסדר מאחריותה של המועצה ומשיקוליה המקצועיים ובהבחנתו מהסדרים אחרים והעברת הסוגיה כולה להסדר אובייקטיבי של המחוקק מחד גיסא, תוך הפעלת שיקול-דעתו 'המקצועי-מדיני' של שר התחבורה מאידך גיסא."¹⁴ (דגש הוסף – ד.ש.)

¹⁰ ה"ע 13/93 "בנק אדנים למשכנתאות בע"מ" ואח' נ. הממונה על הגבלים עסקיים ואח', דינים מחוזי לב (1) 129, עמ' 24 לנוסח המודפס.

¹¹ חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2) תשכ"ג – 1963.

¹² המחוקק לא ביקש להרחיב הפטור אל מעבר להסעת הנוסעים או הובלת המטען. על כך אנו למדים מדברי ההסדר בסעיף ה': "התיקון המוצא בסעיף 7 בא אף הוא לצמצום היקף הפטור מתחולת החוק... התיקון המוצע מצמצם הוראה זו רק לתובלה בין לאומית ומוציא ממנה את ההובלה הפנימית..."

¹³ לא אחת עלו הצעות ודרישות לביטול הפטור שבהוראת סעיף (7)3 לחוק ההגבלים (ראו לדוגמא החלטת הממשלה מספר 1303 מיום 8 בינואר 1997 שם מצאה הממשלה לתקן החוק ולבטל הפטור כנוסחו היום בהיותו גורף מדי).
¹⁴ שם, 180.

מסקנתו של בית המשפט העליון הייתה אפוא, כי גם דינה של הוראת הפטור הספציפית בה עסקין – סעיף (7)3 דהיום לחוק ההגבלים העסקיים – להתפרש בצמצום במובן זה שאין חוסים בגדר הפטור תיאומים שאינם נוגעים נגיעה "ממשית וישירה", "קרובה ואינטימית"¹⁵ לתובלה בינלאומית גופא. על דרך החיוב נאמר: רק פעילויות הקשורות קשר אמיץ וישיר לתובלה עצמה יוכלו ליהנות מחסדו של הפטור. רק אז קמה הצדקה לאותה חסינות משיקול דעת ומבדיקה מקצועית למהות הפגיעה בתחרות – המצויים בליבו של החוק.

לדברים אלה ביקשתי להוסיף את שלדעתי מתבקש מהגיונם של דברים ומטיבה של פרשנות קונטקסטואלית של הוראת סעיף (7)3: ההוראה מעמידה כתנאים מצטברים את מיהותם של הצדדים להסדר ("מובילים בים") והן את מהותן של הכבילות ("כל כבילותיו נוגעות לתובלה בינלאומית בים"). מאחר ותנאי מוקדם לתחולת הפטור הוא שעיסוקם של הצדדים לו הוא הובלה בינלאומית בים, הרי שהפרשנות המוצעת על ידי המובילים הימיים והקונפרנס, מייתרת את התנאי הנוסף באשר למהותן של הכבילות. מי שהוא מוביל ימי מקיים את פעילויותיו לשם ניהול עסק של תובלה בים ואם כך הרי שבפוטנציה, כל פעילות שלו תחשב על פי המבחן הפרשני אשר הוצע על ידי הקונפרנס כ- "נוגעת" לתובלה ימית. בדרך זו ניתן היה להרחיק לכת ולומר כי רשאים "המובילים בים" לתאם ביניהם גם את שכר העבודה של פקידיהם או את שיעור התשלומים שהם משלמים למספנות עבור אוניות שאלה בונוט עבורן: הרי עבודתם של אלה ואלה נדרשת, בסופו של דבר, כדי לקיים פעילות של "תובלה בינלאומית בים". עם זאת בהיר ופשוט הוא כי תיאום השכר שהמובילים בים ישלמו לעובדים או לקבלנים המועסקים על ידיהם, או תיאום המחירים בהם רוכשים המובילים הימיים תשומות שונות – אינו בא ואינו צריך לבוא בגדר הפטור שבסעיף (7)3, אף שניתן לטעון כי בעקיפין גם אלה "נוגעים" לתובלה בינלאומית בים.

מכאן כי לא ניתן לאמץ, לשם הכרעה בשאלה אם ענין מסוים בא בגדר הפטור, את המבחן הפרשני המוצע על ידי הקונפרנס, התר אחרי קשר סיבתי עובדתי כלשהו בין הפעילות נשוא התיאום לבין תובלה בינלאומית בים. לפי מבחן זה, כל פעילות המשרתת, בסופו של דבר, את פעילות התובלה הימית – מהווה פעילות "נוגעת" לתובלה בינלאומית בים ולפיכך פטור כל תיאום בין מתחרים לגבי פעילות זו מתחולת דיני ההסדרים הכובלים. זוהי פרשנות שתוצאתה קשה ואשר אין להשלים עימה. היא מגירה אל תוככי הפטור הסטטוטורי כל פעילות של "מובילים בים" וככזו היא סוטה מעניינו הממוקד של הפטור – תובלה ימית גרידא והיא מייתרת כל בחינה מהותית אפקטיבית של נושא ההסכמה והתיאום בין המובילים הימיים. פרשנות כזו אינה מתיישבת עם מהותו של "הפטור הסטטוטורי" וכפי שאפרט בהמשך הדברים גם אין היא מתיישבת כלל ועיקר עם גישתו של בית המשפט העליון בפרשת **תור אור** הנזכרת לעיל.

זאת ועוד, המילה "נוגעת" מצויה בסעיפי פטור נוספים ועיון באלה מלמד כי כל כוונתו של המחוקק היתה להגדיר מהו הנושא (subject matter) אשר לגביו מעוניין הוא ליתן פטור: תובלה בינלאומית בים. כוונתו במילה "נוגעות" לא הייתה לפעילויות שאינן מהוות חלק אינטגרלי מן ההובלה גופא והן אך קשורות בתובלה שכזו בהיותן מצויות במעטפת באדמיניסטרטיבית סביב ההובלה. הרחקה כזו מהעניין עצמו – תובלה בינלאומית בים – עלולה להובילנו למחוזות בהם אין כל הצדקה לפטור מן החוק, כמומחש לעיל. פרשנות זו מתיישבת היטב הן עם תכלית החקיקה כפי שנתפרשה בפרשת **תור אור** והן עם הגישה הפרשנית המצמצמת המתחייבת מניגודיותו של הפטור הסטטוטורי למכניזם שיקול הדעת שביסוד חוק ההגבלים העסקיים.

¹⁵ בהקשר זה ציין בית המשפט העליון שני מבחנים אפשריים: תוכן ההסדר והשפעתו. על פי הראשון, רק הסדר אשר **תוכנו הוא ההובלה הבינלאומית** הוא הסדר נוגע לתובלה בינלאומית. לכן נדרש כי ההסדר על פי תוכנו נוגע לעצם השירות של התובלה מבחינת הזמן והמקום. מבחן השפעתו של ההסדר קובע כי רק הסדר אשר לכבילותיו השפעה ישירה, עיקרית ודומיננטית על התובלה הבינלאומית, הוא הסדר שכבילותיו "נוגעות" לתובלה בינלאומית.

3.3 הסדר ה- THC

בהסדר שבפני ביקשו המובילים הימיים לתאם ביניהם מחיר בשבעה רכיבים שונים. כפי שצינתי לעיל ההסדר יחסה בגדרה של הוראת סעיף 3(7) לחוק ההגבלים העסקיים רק אם כלל כבילותיו של ההסדר, על כל רכיביו, נוגע נגיעה "ממשית וישירה" (כדברי בית המשפט בפרשת **תור אור**) לתובלה הבינלאומית. די אפוא שתימצא כבילה אחת שאינה מקיימת נגיעה ממשית וישירה בכדי שההסדר ייחשב להסדר כובל.

לטענת המתלוננים אף לא אחד מן הרכיבים "נוגע" לתובלה בינלאומית בים. לטענתם, הדרישה כי ההסדר על פי תוכנו יגע בעצם השירות של התובלה מבחינת הזמן והמקום מחייבת כי תוכנו של ההסדר יהא מוגבל מבחינת מקום ביצועו רק אל מעבר מפתן האונייה (Ship's Rail). משנמצא כי כל אחת מן הפעולות המנויות לעיל, בגין דורשות חברות ההובלה, את דמי היטל ה- THC מבוצעות בנמל ולא באונייה פנימה הרי אין תוכנו של ההסדר הובלה ימית.

מבחן זה התר אחרי מקום ביצוע הפעולות מהווה אינדיקציה חזקה לתחולת הפטור אך אין הוא מקובל עלי כמבחן קונקלוסיבי. תכלית החקיקה מאפשרת השתרעות של הפטור גם על פעולות המבוצעת ברציף ובלבד שהן מהוות חלק אינטגרלי ישיר ומיידי של פעילות ההובלה גופא. כך הוא לגבי פריקת המטען מבטן האונייה לרציף: אין לומר כי הסוור הפורק מטען מצד האונייה מבצע פעולת הובלה ימית אך הסוור העומד על הרציף ומקבל את המטען הנפרק אינו עושה כן. המדובר בחוליה ישירה ומיידית הנעשית לשם השלמת ההובלה הימית וככזו היא מהווה חלק אינטגרלי ממנה ו"נוגעת" לתובלה בינלאומית בים.

מן הכלל אל הפרט: כך, על חלקה של פעולת הסוורות המבוצעת באונייה פנימה, בסמוך ליציאתה או חזרתה ממסעה, נאמר כי "נוגעת" היא בהובלה ימית, שהרי היא חלק מגופו של שירות התובלה מבחינת הזמן והמקום. כמוה כסידור הנוסעים במטוס עצמו. מה אשר לפעולת הסוורות המבוצעת אל מחוץ לאונייה? זו הרי חלקה האחר של הסוורות המבוצעת באונייה פנימה והיא עוקבת ומיידית לה. לדידי, אם אמרנו כי הראשונה "נוגעת" להובלה ימית עלינו לומר כי גם השלמתה הנעשית ברציף אחד עימה "נוגעת" בתובלה. תהא זו הפרדה מלאכותית בין פעולת הסוורים שבצד אחד של מפתן האונייה לבין זו הנעשית בצדו האחר.

מכאן תיגזר הפרשנות החלה על יתרת הרכיבים. ככל שמצאנו כי פעולת הסוורות היא מיידית וסמוכה באופן ישיר לביצועה של ההובלה הימית. נכון אני להניח (אף כי אין אני רואה זאת כפרשנות מחייבת) כי גם בדיקת הסגר על גבי המכולה, שירותי המניה ובחינת תקינות המכולה בטרם העמסתה "נוגעים" בהובלה ימית. שירותים אלו מבוצעים, על פי המידע שהוא בפני אך בסמוך להעמסת המכולות אל האונייה הן בזמן והן במקום והם מהווים חלק אינטגרלי מן ההובלה בהיותם החוליה הישירה והמיידית המשיקה לתחילת מסע האונייה.

לא כך הדבר ככל שמדובר בהחזקת משרדי הנמל על ידי חברי הקונפרנס. מוכן אני לקבל את טענת חברי הקונפרנס כי לולא הפעולות האדמיניסטרטיביות לא תוכל האונייה להיכנס אל הנמל ולבצע את פעולת ההובלה. אך בכך אין להעלות או להוריד. אין מבחננו – מבחן הקשר הסיבתי – הבוחן סיבה בילתה אין, שהרי אז נוכל להפליג אל מרחקים בתחולתו של הסעיף. כך, לולא הובלו המטענים ביבשה אל הנמל לא היו מועמסים הם על האונייה וכן הלאה עוד ועוד. כפי שפרטתי לעיל, לא היתה זו כוונתו של המחוקק לפטור אלא את אותם ההסדרים הקשורים בקשר "ישיר וממשי" לתובלה הבינלאומית גופא. משהפעולות האדמיניסטרטיביות רחוקות מבחינת הזמן והמקום מן ההובלה והמסע הימי, ואין הן מיידיות או סמוכות לה, לא נוכל לומר כי הן "נוגעות"

בנגיעה "אינטימית וקרובה" בתובלה שבים. גם אם משפיעות פעולות אלו על ההובלה הימית, אין לומר כי נבחנות הן מפעולה כגון ביטוח ההובלה. זו גם זו אינה נוגעת להובלה כמובנו של החוק¹⁶.

משמצאנו כי אחד מן הרכיבים נגיעתו להובלה הבינלאומית קלושה היא ורופפת – די בכך בכדי להגיע לכדי מסקנה כי המדובר בהסדר כובל שאין כל כבילותיו נוגעות בנגיעה ממשית וישירה דיה לתובלה בינלאומית בים. משלא נתבקש מכל אישור מראש על הסדר זה מאת מערך ההגבלים העסקיים (וממילא גם לא ניתן), הרי שהיות צד להסדר כאמור מהווה הפרה של הוראות חוק ההגבלים העסקיים.

אף על פי כן, אוסיף ואציין כי לדידי גם הכבילות אשר עניין בדיקה וטיפול במכולות הקירור ותכנון הטעינה על גבי האונייה אין בהן הקשר הישיר והממשי שבין הכבילה לבין התובלה הבינלאומית בים. ברי כי לולא פיקוח על המכולות הקירור בנמל שהטמפרטורה בהן לא תעלה מעבר למותר לא תוכלנה מכולות אלו לשמש מטרתן ואת תכולתן לא יהיה טעם לשלח בים. אך אין בזאת להעיד כי פעולה זו מתבצעת כל כולה באופן מיידי או סמוך לה. נהפוך הוא – ברור כי אין מדובר בפעולות שניתן לראותן – גם בפרשנות גמישה משהו – כחוליה המשיקה באופן ישיר ומיידי למסע האונייה עד כדי היותה חלק אינטגרלי מן התובלה הימית. חברי הקונפרנס פרטו בפני כי מעת קבלת מכולת הקירור נדרשת המכולה לטיפול והשגחה של אנשי מקצוע המוודאים את תקינות פעולת מכולות הקירור ואת הטמפרטורה אותה היא מקיימת. משלא מתחייבת זיקה קרובה מבחינת הזמן והמקום אל אותה הובלה, והפעולה אינה נדרשת להיות מיידית או סמוכות לה, לא נוכל לומר כי הן "נוגעות" כאמור, בנגיעה ישירה וממשית, קרובה ואינטימית בתובלה בינלאומית בים.

הוא הדין באשר לתכנון הטעינה. המדובר בפעולה אדמיניסטרטיבית מובהקת, אשר אין חולק בדבר נחיצותה לשם טעינת האונייה או תכנון מועדי הבאת המטענים או לוח זמנים לאונייה. אך פעולה זו של תכנון מרוחקת דיה מן ההובלה הימית – הן מבחינת הזמן והן מבחינת המקום – מכדי לומר כי היא מהווה חלק אינטגרלי ממסע ההובלה הימית, גם לפי הפרשנות הליברלית הנזכרת לעיל.

נמצא אפוא כי חלק מן הרכיבים שלגביהם כבלו עצמם המובילים הימיים חברי הקונפרנס בכבילות לגבי השיעור אותו יגבו מלקוחותיהם – אינן פטורות מכוח סעיף 3(7) לחוק באשר אין הן נוגעות בנגיעה ממשית וישירה, אינטימית וקרובה לתובלה בינלאומית בים ואין הן יכולות להיחשב חלק אינטגרלי שלה. עשויה להיטען הטענה כי ממילא יכולים היו המובילים הימיים לתאם העלאת שיעור דמי ההובלה הימית של מכולות ואם כך היו עושים – ממילא היו עשויים להגיע לתוצאה כלכלית זהה. מה לי אם כך העלאת מחיר בדמות רכיבים מנהלתיים מהעלאתו באופן ישיר, על ידי תיאום שיעור גבוה יותר של דמי הובלה בין המובילים? משחקרתי בשאלה זו נמסר לי על ידי הצדדים כולם כי כפי הנראה נסיבות השוק מקשות על העלאת דמי ההובלה עצמם ולפיכך קל יותר למובילים להסכים ביניהם על תיאום מקטעי עלות שבשוליים, שאינם חלק מן ההובלה הימית. תשובה זו מלמדת כי לא לחינם אין התיאום מתבצע במוקדו של הפטור. אולם, מכל מקום הלכה פסוקה היא כי יהיו טעמיהם של המובילים הימיים אשר יהיו, משלא בחרו לפסוע בנתיב הפטור המותווה בחוק – אין להוציא את ההסדר מהיותו הסדר כובל¹⁷.

¹⁶ ראה בג"צ תור אויר לעיל, בע"מ 181.

¹⁷ ה"ע 13/93 בנק אדנים למשכנתאות נ' המועצה הישראלית לצרכנות; 1997 הגבלים עסקיים 3006123.

3.4 אי קיום דרישת ההודעה לשר התחבורה

תנאי מעמיד נוסף לתחולתו של הפטור הסטטוטורי שבסעיף 73(7) לחוק הוא כי "הודעה עליו (על ההסדר) נמסרה לשר התחבורה בדרך שקבע".

במקרה זה לא נמסרה לשר התחבורה הודעה אודות הסדר ה-THC גופו מבעוד מועד. טענתם של המובילים היא כי משמסרו בשעתו הודעה לשר על הסכם הקמת הקונפרנס (בחודש מארס שנת 2001) הרי שממילא יש לראותם כאילו מסרו הודעה של הסדר ה-THC, המתאפשר מכוח הוראות הסכם הקונפרנס. טענה זו אינה מתיישבת לא עם לשון החוק ולא עם הגיונו. סעיף 73(7) פוטר הסדר המכיל כבילות מסוימות. על כל הסדר כזה יש ליתן הודעה לשר התחבורה, בין שכריתתו מתאפשרת מכוח הסכם קודם ובין שלא כך. במילים פשוטות: עריכתו של הסדר כובל היא אירוע עליו יש לדווח לשר התחבורה. דיווח כזה, באופן של הודעה – לא ניתן במקרה זה.

מהו דינה של אי מסירת הודעה כנדרש על פי הסעיף? האם מפקיע הדבר את תחולתו של הפטור או שמא עניין לנו אך בדרישה טכנית – פורמליסטית?

כרגיל, אין למצוא תשובה לכך אך במילותיו של החוק. הרציונל שביסוד הסעיף הוא אשר ילמד על משמעות אי מתן ההודעה. עיון בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **תור אויר** מלמד על מעמדו של שר התחבורה לעניין הפטור:¹⁸

"מההיסטוריה החקיקתית ניתן ללמוד, כי **המחוקק ביקש לקבוע הסדר מיוחד לתובלה הבינלאומית** בשל אופיה הבינלאומי וכדי לאפשר לה להתחרות עם גורמים זרים. המחוקק סבר, כי **הפיקוח על הסדרים אלה צריך שיהא פיקוח מקצועי-מדיני, ואין די בשיקול הדעת הכללי של המועצה**.."

וכן:

"אכן, המתבקש ממטרת החוק ומתכליתו הוא, כי "הנגיעה" הקבועה בסעיף 10 לחוק תהא נגיעה ממשית וישירה, וכי הזיקה שבין כבילות ההסדר לבין התובלה הבינלאומית תהא זיקה קרובה ואינטימית. בנסיבות אלה יש אכן צידוק, על-פי מערכת השיקולים של המחוקק, בהוצאת ההסדר מאחריותה של המועצה ומשיקוליה המקצועיים ובהבחנתו מהסדרים אחרים והעברת הסוגיה כולה להסדר אובייקטיבי של המחוקק מחד גיסא, **תוך הפעלת שיקול-דעתו "המקצועי-מדיני" של שר התחבורה מאידך גיסא**."

מן המקובץ עולה כי מסירת ההודעה לשר התחבורה אודות כל הסדר ספציפי אליו מגיעים מובילים בים אינה מהווה דרישה פורמליסטית גרידא, שמטרתה טכנית (תיוק או רישום ההסדרים). המדובר בדרישה שנועדה לאפשר לשר התחבורה להפעיל שיקול דעת. מטבע הדברים, חייבת הודעה זו להינתן גם מבעוד מועד כדי שהפעלת שיקול הדעת תהא אותנטית ולא בבחינת "אות מתה". כוונת המחוקק לא היתה כי שר התחבורה ישמש מעין "חותמת גומי" להסדר בין מובילים. מכאן כי אי מסירת ההודעה לשר התחבורה עומדת בעוכרי תחולתו של הפטור שבסעיף 73(7) לחוק ההגבלים העסקיים.

¹⁸ בג"צ 47/83 תור אויר (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים, פ"ד לט(1) 169, 179-180.

2. סוף דבר

בהתאם לסמכותי לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, אני קובע כי ההסדר המתואר בקביעתי זאת, בדבר הטלת היטל ה-THC במתכונתו הנוכחית כשהוא כולל מספר רכיבים שאינם נוגעים בקשר ישיר וממשי בתובלה בינלאומית בים ואינם מהווים חלק אינטגרלי ממנה הוא הסדר כובל.

כאמור בסעיף 43(ה) לחוק ההגבלים העסקיים תהא קביעה זו ראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי. בהתאם לסעיף 43(ו) לחוק ההגבלים העסקיים.

כל אחד מהצדדים להסדר הכובל רשאי לערור על החלטתי זו, או על חלקה, לבית הדין להגבלים עסקיים, תוך שלושים ימים מהיום שבו הודעה על החלטה זו תומצא לו.

דרור שטרם
הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, כ"ח ניסן תשס"ג
30 אפריל, 2003