



רשות ההגבלים העסקיים

ירושלים, י"א בכסלו תשס"ה

24 בנובמבר 2004

פטור: 5784

בפקס: 03-6964222

לכבוד

מר ניב זקלר עו"ד

משרד וינשטוק זקלר ושות'

מרכז עזריאלי 1

דרך פתח תקוה 132

תל-אביב 67021

הנדון: החלטה בעניין אי-מתן פטור מאישור הסדר כובל בין מועצת המובילים וההיסעים בישראל וחבריה לבין משרד הבטחון

הנני מתכבדת להעביר אליכם את החלטת הממונה על הגבלים עסקיים, לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים
העסקיים התשמ"ח - 1988, בדבר אי-מתן פטור מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדר כובל שבין
הצדדים בנדון.

בכבוד רב ובברכה,

צפורה נחמו, עו"ד

רשמת הגבלים עסקיים



רשות ההגבלים העסקיים

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

אי מתן פטור מאישור הסדר כובל:

הסדר בין מועצת המובילים וההיסעים בישראל וחבריה

1. פתח דבר

ביום 13 באוקטובר 2004 הוגשה בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים"), להסדר בין מועצת המובילים וההיסעים בישראל (להלן: "מועצת המובילים") וחבריה בדבר מתן שירותי הובלה והיסעים למשרד הביטחון¹.

המדובר בהסכם שהובא פעם נוספת לבחינתי לאחר שבהחלטתי מיום 18 באוגוסט 2003 מצאתי כי אין ההסדר ראוי לפטור² (להלן: "החלטתי הראשונה"). אולם, אותה עת מצאתי לנכון ליתן לצדדים פטור למשך שנה על מנת לאפשר בידי הצדדים המעורבים להתארגן לסיום ההסדר. כתנאי למתן הפטור קבעתי בהחלטתי, כי במידה שההסדר אשר יכונן משרד הביטחון תחת ההסדר הקיים יהיה טעון פטור הוא יובא לבחינתי בתוך שישה חודשים.

כעת, מעל שנה לאחר החלטתי זו, שבה מועצת המובילים ומבקשת פטור להסדר כמעט זהה³. אחר שחזרתי ובחנתי את ההסדר על כבילותיו ואת השפעתו האפשרית על התחרות בשווקים הרלוונטיים, לא שוכנעתי לשנות מהחלטתי לפיה אין ההסדר ראוי לפטור מהליך שיפוטי מלא בפני בית הדין שכן אין המדובר במקרים הבאים בדרך כלל לפני במסגרת סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים ועיקרם בהסדרים כובלים שהיקפם אינו משמעותי והפגיעה הצפויה מהם לתחרות בפועל היא מינימלית.

¹ בבקשת הפטור טענו המבקשות כי מדובר בהסדר כובל בין מועצת המובילים למשרד הביטחון. אינני סובר שזהו התיאור הנכון של ההסדר הכובל, שכן המדובר בתיאום בין חברי מועצת המובילים – המהווים 85% מחברות ההובלה וההיסעים בישראל – לבין עצמם אל מול משרד הביטחון. על כך שהממונה אינו כבול להגדרת המבקשים את ההסדר על כבילותיו ראה הי"ע 465/96 דטה קאר לישראל בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, דינים מחוזי כו(6) 186, בעמ' 10 והי"ע 468/95 גדות מסובים וכימיקלים (1985) בע"מ ואח' נ' הממונה על הגבלים העסקיים, דינים מחוזי כו(4) 662, בפסקה 9.

² החלטה בדבר מתן פטור בתנאים להסדר כובל בין מועצת המובילים וההיסעים בישראל וחבריה לבין משרד הביטחון; 2004 הגבלים עסקיים 3018215.

³ מלבד עדכונים אשר המועצה הביעה נכוונתה לעשות בהסדר שאינם בעלי משמעות – שיפורטו בהמשך.

2. השפעת ההסדר על התחרות

בהחלטתי זו אינני מוצא מקום לחזור על הדברים אותם פירטתי בהרחבה בהחלטתי הראשונה – בדבר תיאורו של ההסדר ובנוגע להיסטוריה שמלווה אותו ולנימוקים בגינם מצאתי כי הוא אינו ראוי לפטור.

אזכיר בתמצית כי המדובר בהסדר הנוגע למתן שירותי הובלה והיסעים שאינם קבועים לתקופה של 6 חודשים לפחות, עבור משרד הביטחון. על פי ההסדר מתאמות ביניהן חברות ההובלה וההיסעים השונות באמצעות מועצת המובילים – שהיא כאמור איגוד עסקי – את מתן השירותים עבור משרד הביטחון. על פי ההסדר מעביר משרד הביטחון שלא בדרך מכרז את דרישותיו לשירותי היסעים והובלה למועצת המובילים. המחיר המשתלם עבור שירותי ההובלה הללו הוא המחיר אשר מוסכם עם מועצת המובילים. חברות ההובלה וההיסעים המאוגדות במסגרת מועצת המובילים – אשר להן יחדיו נתח שוק משמעותי של 85%-95 – אינן מתחרות ביניהן על ההובלה עבור משרד הביטחון ומועצת המובילים מחלקת ומתאמת ביניהן את ההובלות.⁴

על פי הסכם המסגרת מועצת המובילים מחלקת את דרישות ההובלה של משרד הביטחון באמצעות ועדה שהקימה. בועדה שותפים נציגים מכל אחד מארגוני הגג החברים במועצת המובילים ושלושה נציגי ציבור אשר מונו על ידי המועצה בהסכמת משרד הביטחון.

המבקשים טענו בפני בבקשת הפטור כי בכוונתם לשנות בעתיד את הרכב הועדה כך שיכהנו בה 13 חברים מתוכם 7 חברים ימונו על ידי משרד הביטחון.⁵ לעומת זאת, במקום אחר בבקשה⁶ ציינה המועצה כי שונה הרכב הועדה ומכהנים בה כיום – מי שכהן עד כה כיושב ראש הועדה (עורך דין במקצועו אשר אין לו טענות זיקה למועצת המובילים ולחבריה) וסדרן שכיר של מועצת המובילים המרכז את חלוקת העבודה.

המבקשת, כמו גם נציגי משרד הביטחון, שבו והדגישו בפני את יתרונו של המיזם, לטענתם. על פי הטענה, ביכולתה של מועצת המובילים לגייס את מערכיהם של כלל העוסקים בהובלה ובהיסעים על מנת להעמיד לרשות משרד הביטחון, בזמן נתון, כמות נכבדה של כלי הובלה והיסעים בפריסה ארצית ובכך לאפשר בידיו יתרונות של רשת (Network Economics) ויתרונות לגודל (Scale Economics), וזאת מבלי שהוא נדרש למלאכת חלוקת העבודה ביניהם.

לצד היתרונות הנטענים לעיל מעלה ההסדר חששות תחרותיים של ממש אותם פרטתי בהרחבה בהחלטתי הראשונה. ההסדר בין החברים במועצת המובילים מבטל קיומה של תחרות בין החברים במועצת המובילים אל מול משרד הביטחון. המדובר בהסדר המקיף למעלה מ-85% מחברות ההובלה וההיסעים בישראל. חלף תחרות זו מבקש משרד הביטחון לפקח על ביצועו של ההסדר ולקבוע בתיאום עם מועצת המובילים את מחירי העבודות השונות. פיקוח זה אין בו תחליף של ממש לתחרות.

בנוסף, מעלה החבירה בהסדר של למעלה מ-85% מן המתחרים בתחומי ההובלה חשש ששיתוף הפעולה ביניהם יגלוש אל עבר פעילות אנטי-תחרותית מעבר לפגיעה במשרד הביטחון ויפגע בשאר הצרכנים הנדרשים לשירותי הובלה או היסעים. ההסדר מעמיד מתחרים ביחסי קרבה מתמדת ובשותפות הדוקה לדרך פעולה עסקית, על הסיכויים והסיכונים הטמונים בה. שיתוף

⁴ בנוסף להסכם המסגרת נדרש כל אחד מן המובילים או המסיעים להתקשר ישירות בהסכם כללי עם משרד הביטחון בו הוא מתחייב כי מתקיימים בו תנאי כשירות מסוימים – רשיונות, ביטוחים וכן מתחייב הוא על אופן ההתחשבות עם משרד הביטחון אופן בירור סכסוכים, וכיוצא באלה.

⁵ ראה סעיף 61 לבקשה.

⁶ במכתב אותו צירפה מועצת המובילים לבקשת הפטור ובסעיף 7 לבקשת הפטור.

הפעולה עלול להוביל להגבלת התחרות בין חברי מועצת המובילים בינם לבין עצמם בין אם בתיאום מפורש ביניהם ובין אם בהפחתת תמריצי התחרות ביניהם.

חשש זה גובר כתוצאה מן העובדה שההסדר יוצר לעיתים, מעבר לקרבה בין מתחרים, גם יחסי כפיפות ותלות בין מתחרים אשר יש בהם להוסיף ולהקהות את יכולתם של החברים במועצת המובילים להתחרות ביניהם על צרכנים אחרים. ככל שפעילות זו עבור משרד הביטחון היא בת משמעות עבור מתחרה, כך כפיפותו ותלותו במתחריו תעקר את התמריץ שלו להתחרות בחברה שנציגה יכול להשפיע על חלוקת העבודה מחשש פן יבולע לו. קל וחומר אם אכן כטענת נציגי משרד הביטחון, כפי שיפורט בהמשך, בידי מועצת המובילים כוח ומרות לחייב את חברה לפעול כרצונה.

אינני מבקש לחלוק על טענת משרד הביטחון, כי הוא נדרש להסדר אשר יעמיד לרשותו בזמן קצר ונתון כמות נכבדה של כלי הובלה והיסעים. אך, כפי שצינתי בהחלטתי הראשונה, לא שוכנעתי מן המידע והמסמכים שהובאו בפני, לרבות המסמכים שהובאו במסגרת הבקשה הנוכחית, בחינניות של הכבילות הנוצרות מההסדר. לא שוכנעתי כי הכבילות הללו מקדמות את המטרות של יעילות וניצול יתרונות לרשת ולגודל בצורה טובה באופן משמעותי מחלופות אחרות שאינן פוגעות בתחרות או שפגיעתן בתחרות קטנה יותר.⁷

בהחלטתי הראשונה ציינתי, כי עיקר החשש התחרותי הנובע מן ההסדר הוא בכך שמדובר בתיאום בין חברי מועצת המובילים, המרכזת את רובם המכריע של המתחרים (85%) בשווקי ההובלה וההיסעים השונים בתחום שבו הם אמורים להתחרות. לא מצאתי מדוע התיאום והארגון של חלוקת ביצוע השירותים בין המובילים והמסיעים השונים חייב להתבצע דווקא על ידי מועצת המובילים או על ידי "וועדה מסדרת" שהקימה לצורך זה – יהא הרכבה אשר יהא. כמו כן, לא שוכנעתי שנדרש לשם ארגון ההובלה ביטול התחרות בין המובילים אל מול משרד הביטחון.

כאמור, בבקשת הפטור ציינו המבקשים כי בכוונתם לשנות את הרכב הוועדה האחראית על תיאום וארגון חלוקת ביצוע השירותים עבור משרד הביטחון. במקום אחד בבקשת הפטור ציינו כי יכהנו בוועדה 13 חברים מתוכם 7 חברים, אשר ימונו על ידי משרד הביטחון (להלן: "**האפשרות הראשונה**") ובמקום אחר בבקשה ציינה מועצת המובילים כי מכהנים בוועדה רק יושב הראש וסדרן שכיר (להלן: "**האפשרות השנייה**"). בכל אחת מן האפשרויות הללו אין לשנות מן החששות התחרותיים העולים מן ההסדר.

אין באלו לשנות את מהותה של הוועדה כוועדה של מתחרים, אשר אין זה ראוי להפקיד בידיה את גורל התחרות בענף, זאת בין שבתוך הוועדה יושבים, על פי האפשרות הראשונה, נציגי המתחרים עצמם ובין שעל פי האפשרות השנייה, יושב בוועדה סדרן אשר יש לו זיקה וקשר עם מועצת המובילים. אין בשינוי הרכב הוועדה כאמור לשנות מן המהות לפיה 85% מהעוסקים בתחום – כפי שמעידה המועצה כי היא מייצגת – משתפים ביניהם פעולה בתחום התחרות. אין בשינוי זה לשנות מן העובדה שההסדר מבטל קיומה של תחרות בין המובילים כלפי משרד הביטחון והוא עלול לפגוע בתחרות כלפי שאר הצרכנים.

יתר על כן, אם נניח כטענת המבקשים שביכולתם של שבעת הנציגים מטעם משרד הביטחון בוועדה, על פי האפשרות הראשונה, לנהל את הוועדה ולמלא את משימותיה, אזי אין כל נחיצות להסדר. בהתאם, אין כל צורך בהסדר אם הוועדה תורכב מאנשים שאין להם כל זיקה למועצת המובילים ולחבריה. אם אותם נציגים מסוגלים לתאם ולארגן את חלוקת ביצוע השירותים עבור

⁷ הי"ע 491/98 חברת החשמל לישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תקדין-מחוזי 199(1), 33011, 33027; ראה גם ערר 1/97 איסכור שירותי פלדות בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח', תקדין-עליון 197(4) 1, 21.

4

משרד הביטחון בעצמם וללא כל זיקה למועצת המובילים, אזי ההסדר הכולל אינו נדרש ואינו עדיף באופן משמעותי על חלופות אחרות שאינן פוגעות בתחרות או שפגיעתן בתחרות קטנה יותר.

יתר על כן, נוכחותם של שבעה נציגים ממשרד הביטחון בועדה אין בה דבר לשנות מן החשש אותו פירטתי בהחלטתי הראשונה, לפיו מהווה המיזם המשותף **כר נוח לחילופי מידע** העשויים כשלעצמם להפחית את התחרות בעסקים⁸. החשש הוא כי המידע המועבר במסגרתו של המיזם ישמש בסיס לתיאום התנהגותם העסקית של המתחרים החשופים לו במסגרת ההסדר, גם אם אין המדובר במידע המועבר על פי דרישה מפורשת. חשש זה מתקיים גם כאשר יושב בועדה סדרן מטעם מועצת המובילים.

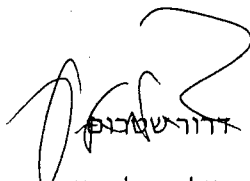
בפגישה שנתקיימה עם נציגי הצדדים טענו נציגי משרד הביטחון לנחיצותו של ההסדר עם מועצת המובילים. לטענתם, **כוחה ומרותה** של מועצת המובילים כלפי חבריה היא זו הנותנת בידיה לגייס באופן יעיל ובזמן קצר כמות נכבדת של כלי הובלה והיסעים.

לא שוכנעתי בטענת נציגי משרד הביטחון, כי נדרשת דווקא מרותה של מועצת המובילים על מנת לקיים את התיאום והארגון של חלוקת ביצוע השירותים בין המובילים והמסיעים השונים. נציגי מועצת המובילים באותה פגישה הכחישו כי מועצת המובילים עושה שימוש בכוח ומרות לגייס את כלי ההובלה וההיסעים. יתר על כן, טענתם של נציגי משרד הביטחון כי קיימת מרות כזו של המועצה כלפי חבריה היא המחזקת את קיומו של החשש התחרותי מן ההסדר ומעלה את החשש כי שיתוף הפעולה ביניהם פוגע במשרד הביטחון והוא עלול לגלוש אל עבר פעילות אנטי-תחרותית כלפי צרכנים נוספים מלבד משרד הביטחון.

מן האמור לעיל עולה, כי לא מתקיים כל הבדל מהותי בין ההסדר שהובא בפני כעת לבין ההסדר אותו בחנתי לפני למעלה משנה, כנדרש לשם שינוי החלטתי הראשונה ואף בטענות הצדדים ובמידע שפרשו בפני לא מצאתי יסוד איתן לעשות כן.

3. סוף דבר

לאחר ששבתי ובחנתי את ההסדר, מצאתי כי מן הטעמים האמורים לעיל ומן הטעמים אותם פרטתי בהרחבה בהחלטתי בעניין הסדר זה מיום 18 באוגוסט 2003, אין מקום לעשות שימוש בסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, ולהעניק את הפטור המבוקש.



ד"ר ששון

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, יא' כסלו תשס"ה

24 נובמבר, 2004

⁸ ראה קביעה בדבר קיומו של הסדר כובל בעניין פעילותה של יעדים תיור בע"מ; 2001 הגבלים עסקיים 3012980 בעמ' 11; החלטה בדבר אי מתן פטור להסדר בעניין אנרגיית המזרח התיכון; 1997 הגבלים עסקיים 3001385, בעמ' 15. החלטה בדבר מתן פטור להסדר כובל בין המרכז הישראלי לאירועים ומתחתנים הוצאה לאור בע"מ; 2000 הגבלים עסקיים 3007082 בעמ' 2. גילוי דעת בדבר פטור לחילופי מידע הכרחיים לפתרון בעניין שנת 2000 בתחום המחשוב; 1999 הגבלים עסקיים 3002201 בעמ' 4.

בקשת פטור מאישור הסדר כובל

1. הצד להסדר המבקש את הפטור:

שם: מועצת המובילים וההיסעים בישראל (להלן - "מועצת המובילים" או "המועצה").

מען: יצחק שדה 34, תל-אביב 67213.

באמצעות: וינשטוק-זקלר ושות', ודוד כחלון, משרד עורכי דין, אשר מענם לצורך קבלת כתבי בי-דין הוא מרכז עזריאלי 1, דרך פתח-תקוה 132, תל-אביב 67021.

2. הצד האחר להסדר:

שם: מדינת ישראל, ממשלת ישראל, משרד הביטחון (להלן - "משרד הביטחון").

מען: מגדל 22, הקריה, תל-אביב.

באמצעות: היועץ המשפטי למשרד הביטחון, עו"ד ליאורה צברי.

3. צורת ההסדר:

בכתב.

4. תיאור המסמכים הקובעים את ההסדר ואלה הנוגעים לו:

א. הסכם בין משרד הביטחון לבין מועצת המובילים (מצורף כנספח "א").

"א"

ב. תקנון פעילות הוועדה הציבורית אשר הוקמה למטרת ארגון, ניהול, תיאום וחלוקת ההסעות וההובלות עבור משרד הביטחון (מצורף כנספח "ב"). יוער כי בעקבות נימוקי החלטת הממונה הקודמת מיום 18/8/03, הוסכם על שינוי סעיפים 22 ו-23 לתקנון כך שיתאימו להרכב הוועדה החדש, כמפורט להלן.

"ב"

5. השירות נשוא ההסדר:

שירותים דחופים של הסעת נוסעים והובלת מטענים הדרושים למשרד הביטחון. "שירות דחוף" לעניין ההסדר נשוא בקשה זו הנו שירות שאינו "שירות קבוע". שירות קבוע הנו שירות המתקיים באופן קבוע תקופה של 6 חודשים לפחות. הגדרת שירות דחוף נלקחה מתוך תקנה 3 (25) לתקנות חובת המכרזים (התקשרויות מערכת הביטחון), התשנ"ג-1993 הפוטרת את משרד הביטחון מהצורך בעריכת מכרז לגבי שירותים דחופים.

6. מהות הכבילה ופרטים עליה:

מתן זכות קדימה למועצת המובילים בארגון שירותי הובלה דחופים עבור משרד הביטחון, בכפוף לשיקול-דעתו של משרד הביטחון לערוך בכל עת מכרזים בנוגע לשירותים הדחופים (ובפרט שירותים שאינם דחופים).

מתן הודעה מוקדמת של 90 ימים למועצת המובילים, על כוונת משרד הביטחון לרכוש שירותי הובלה דחופים שלא באמצעות המועצה.

7. תקופת ההסדר הכובל:

שנה. ההסדר מתחדש מדי שנה אלא אם כן ניתנה הודעה מוקדמת של שלושה חודשים.

2

69. הנה כי כן, הפעילות עבור משרד הביטחון אינה מהותית עבור החברים במועצת המובילים, הן ברמה המצרפית והן ברמה הפרטנית של כל חבר. כלומר, מבחן האינטרסים הכלכליים המהותיים המשותפים אינו מתקיים בענייננו ואין שום חשש מזליגת הפעילות מול משרד הביטחון לתחומים אחרים.

אין פגיעה של ממש בתחרות בשווקים אחרים

70. לצד היעדר חשש תיאורטי מזליגת הפעילות מול משרד הביטחון לתיאום כולל של מחירי ההובלה, הרי שבנסיבות מקרה זה ניתן לומר בוודאות כי לא רק שלא קיים חשש תיאורטי, אלא שהניסיון מוכיח כי בפועל לא נפגעה התחרות בשוק כלשהו.

71. כידוע, ההסדר בין המועצה לבין משרד הביטחון מתקיים מזה 13 שנים לפחות. אין בנמצא בדל טענה, או הוכחה, כי בשל הזמנת הסעות והובלות דחופות באמצעות המועצה, הופחתה התחרות בתחום כלשהו בענף ההובלה. אין בנמצא הוכחה, או טענה כלשהי, כי לולא ההסדר, המחיר שהיה נגבה עבור הובלה, או הסעה כלשהי, הייתה שונה. בנסיבות אלו, אין צל צילו של חשש כי המשך קיומו של ההסדר יוביל לפגיעה של ממש בתחרות בשוק הובלה כלשהו.

סיכום הדברים

72. מהעובדות אשר פורטו בבקשה זו, עולה בבירור כי ההסדר בין המועצה לבין משרד הביטחון, לכל הפחות, מקיים את כל התנאים הקבועים בסעיף 14 לחוק לצורך מתן פטור מהצורך בקבלת אישור בית הדין. ציינו לכל הפחות מהטעם שמשרד הביטחון והמועצה סבורים כי ההסדר נושא בקשה זו, הוא שמאפשר בכלל מכירה בתנאי תחרות של שירותי הסעה והובלה דחופים למשרד הביטחון. הפסקת ההסדר, לא רק שתגרום לפגיעה בביטחון המדינה בטווח הקצר, היא תגרום לעליית מחירי ההובלה שמשלם משרד הביטחון עבור שירותי הובלה דחופים בטווח הארוך.

אני מצהיר שכל הפרטים האמורים הם מלאים ונכונים, שהמסמכים המצורפים הם נכונים ומלבדם אין כל מסמך אחר הקובע את ההסדר או הנוגע לו.

מועצת המובילים
והמסיעים בישראל

חתימה וחותמת

אב'ר/כ'ר
שם

12/10/04
תאריך