



רשות ההגבלים העסקיים

הודעה על מתן פטור לרשות הנמלים והרכבות מהחובה לקבל את אישור בית הדין להגבלים עסקיים להסדר כובל

בראשית חודש פברואר השנה הגישה רשות הנמלים והרכבות (להלן: **רשות הנמלים**), בקשה לפטור מאישור בית הדין להגבלים עסקיים להסדר כובל. הבקשה הוגשה על פי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן: **חוק ההגבלים**). ההסדר בעטיו הוגשה הבקשה הינו התקשרותה של רשות הנמלים בהסכם מיום 23 בדצמבר 1994 עם "צים - חברת השיט הישראלית בע"מ" (להלן: **צים**); עם "תחבורה אגודה שיתופית מרכזית לשירותים בחקלאות בע"מ" ו"תחבורה הובלת מכולות (1982) בע"מ" (להלן: **תחבורה**); עם "עציון שירותי תובלה משולבים (1979) בע"מ" (להלן: **עציון**); ועם "תים תובלה יבשתית משולבת בע"מ" (להלן: **תים**). התקשרות זו תכונה להלן: **עסקת תים-עציון**.

לאחר עיון ובחינה, באתי לכלל מסקנה כי עסקת תים עציון - המהווה הסדר כובל - אינה מגבילה באופן משמעותי את התחרות, וזאת בשים לב למצב העובדתי הקיים עובר להסדר ולנסיבותיו המיוחדות של המקרה דנן. על כן מצאתי כי ההסדר הכובל ראוי, בכפוף לתנאים שיפורטו להלן, לקבלת פטור מאישור בית הדין להגבלים עסקיים על פי סעיף 14 הנזכר. להלן נימוקי להחלטה זו.

הרקע העובדתי הנדרש

1. חמישה הם הצדדים להסדר הכובל שבפני. שלושה מהם - רשות הנמלים, צים ותחבורה - הנם תאגידיים מרכזיים בתחומם, ומחזיקים בידם בכח שוק ניכר. שני הצדדים האחרים להסכם מהווים מיזמים משותפים של שניים מתוך שלושת התאגידיים הראשיים: כזו היא חברת עציון, אשר ערב חתימת ההסכם הוחזקה בבעלות משותפת ושווה של רשות הנמלים וצים¹; וכזו היא גם תים, אשר ערב חתימת ההסכם הוחזקה בבעלות משותפת ושווה של צים ושל תחבורה. נסקור בקצרה צדדים אלו.

רשות הנמלים

2. רשות הנמלים הוקמה בחוק בשנת 1961². תפקידיה הנם - בין היתר - "לנהל, להחזיק, ולפתח ביעילות" את נמליה הימיים של ישראל³. הרשות הינה תאגיד יציר דין, הכשר לכל זכות וחובה

¹ יצוין כי בעלי המניות הישירים בעציון הנן חברות בת בבעלות מלאה של צים ורשות הנמלים ("מועדון שבעת הימים ישראל (1965) בע"מ", ו-"שינוע חברה להנצלה ושירותי ים בע"מ" בהתאמה), אך אין בעובדה זו כדי לשנות מהשלכותיה של העסקה שבפנינו.

² סעיף 1(א) לחוק רשות הנמלים והרכבות, התשכ"א - 1961 (להלן: **חוק הרשות**).

³ סעיף 4 לחוק הרשות: הנמלים הם נמל חיפה, נמל אשדוד ונמל אילת.

משפטיים⁴. בין היתר, רשאות הרשות להתקשר בחוזים. בהתאם לתיקון שנערך בחוק הרשות בשנת 1988, רשאות רשות הנמלים להקים תאגידים בבעלותה או להיות שותפה בתאגידים עם גופים אחרים "לצורך בצוע תפקידיה"⁵. פעלה הרשות כאמור - וכך הוא להשקפתה במקרה שלפנינו - חייב להערך הדבר "על-פי הצעת שר התחבורה ובאישור הממשלה"⁶.

3. בנוסף, רשות הנמלים היא "הממונה על הנמלים"⁷. בכובעה זה, ממונה הרשות על מסירת הטובין בנמל והטיפול בהם⁸. כך עוסקת הרשות בפריקת המטענים מהאניות העוגנות בשטח הנמל, באחסנתם בשטח הנמל, ובסידורי העמסתם על המובילים היבשתיים - כלי רכב גלגליים והרכבת - הבאים בשערי הנמל. בשנים האחרונות חל גידול מתמיד בכמות המטען הממוכל הנפרק ונטען על ידי הרשות. בשנת 1994 הגיעה הכמות הנפרקת והנטענת בשטח הנמל לשיא של 8,020,000 טונות⁹. יצוין כי הרשות הינה היחידה הרשאית להעניק שירותים אלה בשטח הנמל. אכן, הרשות הינה בעלת מונופולין סטטוטורי מוחלט (בשיעור 100%) בתחום מתן שירות למטענים בכלל - ולמטענים ממוכלים בפרט - בשטח הנמל.

צים

4. חברת צים הינה חברה ציבורית שנתאגדה בארץ ישראל בשנת 1945. כיום מחזיקה מדינת ישראל בכארבעים ותשעה אחוז מהון המניות המוקצה של החברה, ועל כן מהווה צים "חברה מעורבת"¹⁰. תחום פעילותה העיקרי של החברה הינו תובלה ימית. זוהי החברה הגדולה בישראל בתחום זה. מבחינת מחזור מכירותיה, נמנית צים על שלוש החברות הגדולות בישראל בסקטור המסחרי. מבחינת היקף המטען הממוכל הנישא על ידה, נמנית צים על עשר החברות הגדולות בעולם¹¹. לא יפלא אפוא כי לצים מעמד דומיננטי בשוק ההובלה הימית הממוכלת לישראל, וחלקה בשוק זה מוערך בכשישים וחמישה אחוז¹². בשנה שחלפה נרשם גידול מרשים במספר המכולות שהובלו על-ידי צים, בשיעור של 8.7% (767,900 מכולות לעומת 706,600 מכולות בתקופה המקבילה בשנה שלפניה)¹³. מובן אם כן, כי צים הינה הגדולה שב'לקוחות' רשות הנמלים, בהיותה נזקקת לשירותי פריקה וטעינה של מטענים ממוכלים יותר מכל 'לקוח' אחר.

תחבורה

5. תחבורה הינה אגודה שיתופית אשר נוסדה ב - 1942. כיום משמשת תחבורה כארגון הגג של תשעה קואופרטיבים לתחבורה¹⁴ המשתייכים כולם למושבים או לקיבוצים, ומתפקדת

⁴ סעיף 2 לחוק הרשות.

⁵ סעיף 24(א) לחוק הרשות.

⁶ שם.

⁷ סעיף 1 לפקודת הנמלים [נוסח חדש], התשל"א - 1971 (להלן: **פקודת הנמלים**); סעיף 58 (1) לחוק הרשות.

⁸ פרק ג' לפקודת הנמלים.

⁹ כאשר בשנה לפני כן נפרקו והוטענו 7,220,000 טונות. הנתונים לקוחים מתוך "דוחות סטטיסטיים 1994" של רשות הנמלים והרכבות, עמ' 4.

¹⁰ כמשמעות מונח זה בחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה - 1975.

¹¹ ראה תשיקף פריין - חברת נאמנות להשקעות בע"מ מיום 11/11/93, בעמ' 104.

¹² להערכה זו ראה את פרסומי Dun & Bradstreet International לשנת 1994: Israel's Leading Enterprises 1994; וכן "מדריך העסקים הישראלי 1994/5". נתונים אלה מעלים לכאורה תמונה של מעמד מונופוליסטי לצים בתחום ההובלה הממוכלת לישראל, שכן היא אוזחת בידה למעלה מחמישים אחוז מן השוק.

¹³ ראה דו"ח דירקטוריון "צים" לשנת הכספים 1994, בעמ' 2.

¹⁴ התשעה הם: הגליל העליון; עמק הירדן; בית שאן חרוד; התבור; גליל מערבי; עמק חפר; התנועה; הנגב; חוף אשדוד; ראה נספח א' להסכם הקמת 'מים' להלן.

כ"סדרן-על" שלהם. כך למשל, מנהלת תחבורה מרכזי הזמנות לשם ביצוע ההובלות השונות ומחלקת אותם בין הקואופרטיבים; מרכזת את הפעילות המשותפת לתשעת הקואופרטיבים; ומייצגת אותם מול גורמי חוץ. על אף שלהלכה אין לתחבורה משאיות בבעלותה הישירה, הרי שלמעשה חולשת היא על צי משאיות רחב היקף¹⁵. לפי הערכת מועצת המובילים והמסיעים בישראל¹⁶, מחזיקה תחבורה בצי משאיות התובלה הגדול בישראל¹⁷. על-פי אותה הערכה, החזיקה תחבורה בשנת 1990 בכעשרה אחוז מכלל צי משאיות התובלה בשכר¹⁸ בישראל¹⁹.

תים

6. החל משנת 1989 ואילך, החלה צים לשים את הדגש על הרחבת תחומי פעילותה. מחברה העוסקת בהענקת שירותי ספנות בלבד, עברה החברה להענקת שירותי הובלה בינלאומיים משולבים בים, ביבשה ובאוויר²⁰. במיוחד התמקדה החברה בהענקת שירות של "שטר מטען משולב", או שירות "מדלת לדלת" (door to door). שירות זה, הניתן על ידי חברות תובלה בינלאומיות, מתאפיין בכך שהוא מאפשר ללקוח להתקשר עם חברת התובלה בהסכם אחד להובלת מכולתו, מפתח המפעל בארץ המוצא ועד כתובת הנמען בארץ היעד. בדרכו יעבור המטען ביבשה (בארץ המוצא) בים (בין הנמלים) ושוב ביבשה (בארץ היעד). עם זאת - ובכך יתרונו הגדול של שירות שטר המטען המשולב - הלקוח לא יאלץ עוד להתקשר עם שלושה מובילים נפרדים, כפי שנהג לעשות בעבר, אלא מעתה הוא יוכל להתקשר אך ורק עם חברת התובלה הימית, אשר תדאג להובלת מטענו "מדלת (המוצא) לדלת (היעד)"²¹. מובן אפוא כי האפשרות לקבלת שירות מעין זה מהווה הקלה של ממש ללקוח. במקביל, מובן כי האפשרות למתן שירות מעין זה פותחת בפני חברת התובלה אופקים חדשים של שירות. יתרונות הדדיים אלה - הן ללקוח והן לחברה המעניקה את השירות - הם שגרמו לשיטת התובלה מ'דלת לדלת' להפוך לאחת השיטות המובילות בתובלה בינלאומית כיום.

7. במהלך השתלבותה בשוק ההובלות מדלת לדלת, ראתה צים לנכון להתקשר עם חברת תובלה יבשתית בישראל על מנת שזו תבצע בעבורה את מקטע התובלה היבשתי שבהסכם. לצורך כך, התקשרה צים עם חברת תחבורה בהסכם לשיתוף פעולה עסקי. ההסכם, מיום 15.9.92, כלל את הקמתה של חברה פרטית מוגבלת במניות בשם "ת.י.מ - תובלה יבשתית משולבת בע"מ" (להלן: **הסכם ההקמה**). בהסכם ההקמה נקבע כי צים ותחבורה יהיו בעלים בחלקים שווים

¹⁵ הכוונה למשאיות שמשקלן הכולל 4 טון ומעלה.

¹⁶ עמותה ללא כוונת רווח המאגדת את ארגוני התובלה בארץ; תחבורה הינה חברה בעמותה. יצוין כי לקואופרטיבים החברים בתחבורה כ- 25% מכלל המשאיות של הארגונים החברים במועצה.

¹⁷ על פי סקר שהוכן על ידי המועצה בשנת 1990, עמדו לרשות תחבורה 1112 כלי רכב; מנכ"ל תחבורה, מר שאול שילה, טען בשיחה עם נציגי צים כי כיום עומד צי הרכב על כ- 900 בלבד; מאידך הושמעה סברה, כי מספר זה גדל בהתמדה מאז 1990. לצורך החלטתי זו, אין לי כל צורך להכריע בין עמדות אלה, לאור המסקנה אליה הגעתי. מסקנה זו עומדת לאור כל אחד מן הנתונים כאמור.

¹⁸ להבדיל מהובלה 'פנימית' המונהגת במספר חברות גדולות, המשנעות בעצמן את סחורותיהן.

¹⁹ על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (פרסום 924, תשנ"ג), כלל סך צי המשאיות לתובלה בשכר בשנת 1990 11,113 משאיות. כאמור, על-פי אומדן מועצת המובילים הנ"ל, עמדו לרשות תחבורה באותה שנה 1112 משאיות, היינו כעשרה אחוז.

²⁰ ראה את התשקיף הנזכר לעיל בה"ש 15, שם.

²¹ ראה:

Alan E. Branch, *Economics of Shipping Practice and Management* (2nd ed. (1988), Chapman and Hall) at p. 192: "In international trade a multi-modal or combined transport service entails the use of more than one mode of transport on a particular journey offered by a single operator acting as principal for the entire journey. It is thus a through transport service from **door to door** or warehouse to warehouse; it is orientated to the needs of the user in that it caters for the entire consignment journey required, in contrast to a traditional single mode service covering only the leg of the journey performed by the one mode".

של תים. עקרונו התפעול של תים - כפי שגובשו בסעיף 12 להסכם ההקמה - קבעו בין היתר כי:

“(ד) החברה תעניק למטענים המובלים תחת שטר מטען של צים תנאים מועדפים ובכל מקרה תזכה הובלות אלה בהנחה שלא תפחת מ- 7% מתעריף ההובלה הרגיל של החברה. לאחר שצים תשלם היערכותה לפקידת אניה בנמל אחד תגדל ההנחה האמורה ל- 12% לפחות. ...

(ו) החברה תיתן למוביל (הוא תחבורה) ו/או לכל אחד מהקואופרטיבים זכות סירוב ראשונה למתן שירותי הובלה אך זאת על בסיס תחרותי בלבד ובהתחשב בצרכים ובהיקף הפעילות בחברה.”

8. עוד נקבע, בסעיף 13 להסכם, כי -

“החברה בסיוע הצדדים תעשה כמיטב יכולתה לגייס לקוחות לחברה מחוץ ללקוחות צים והמוביל (תחבורה).”

9. אציין כי על פי הנתונים שבידי, כיום מבצעת תחבורה רק כמחצית מההובלות הדרושות לתים, וזאת על אף 'זכות הסירוב הראשונה' הנזכרת בהסכם ההקמה²². ביתר ההובלות נחלקות חברות תובלה פרטיות אחרות²³.

עציון

10. עציון שירותי תובלה משולבים (1979) בע"מ הוקמה בשנת 1979 במשותף בידי רשות הנמלים וחברת צים. בעלי המניות בעציון הנם, בחלקים שווים, חברה בת בבעלות מלאה של רשות הנמלים²⁴, וחברת בת בבעלות מלאה של צים²⁵. עציון הוקמה בעקבות החלטה שהתקבלה בוועדת השרים לענייני כלכלה בדצמבר 1978. הקמת החברה נבעה מן הצורך בפתרון בעיית ההובלה של מטענים מנמל אילת ואיליו²⁶. ואמנם, עציון עסקה מיום הקמתה בעיקר בהובלת מטענים מנמל אילת למרכז הארץ. בנוסף, החל משנת 1984 עוסקת עציון בהובלת גרעינים מנמל אשדוד לממגורות שהוקמו בקרבתו²⁷.

²² נתון זה נמסר לי על ידי מר שאול שילה, מנכ"ל תחבורה; ודוק: כבר מיום עריכת ההסכם לא בוצעה כל ההובלה על-ידי תחבורה, משום שמשאיותיה עסקו - ועדיין עוסקות - בהובלת תוצרת חקלאית אל ומהקיבוצים.

²³ יוער כי תקופה קצרה לאחר עריכת הסכם ההקמה, הביעו עשר חברות תובלה בפני חברת צים את חששן ואת מורת רוחן מהקמת חברת תים. במכתב שנחתם על-ידן ואשר שוגר אל חברת צים, הנושא תאריך 15.12.92, קבלו החברות על "שחברת צים בעזרת תים מתכננות לנגוס בלקוחותיהם באופן בלתי הגון". עם זאת, יצוין כי לרשות ההגבלים העסקיים לא הוגשה כל תלונה על הקמת תים. ואולם, גם כך יכול המכתב לשמש כאינדיקציה לכך שאף ללא רשות הנמלים - אשר הצטרפה לחברה מאוחר יותר - מהווה תים גורם בעל משקל בשוק התובלה היבשתית.

²⁴ היא "שינוע חברה להנצלה ושירותי ים". יוער כי על-פי דו"ח מבקר המדינה מס' 44, לשנת 1993, בעמ' 864 "החזקת מניות עציון בידי שינוע היא פורמאליט".

²⁵ היא "מועדון שבעת הימים ישראל (1965) בע"מ".

²⁶ ראה דו"ח מבקר המדינה מס' 38, לשנת 1987, בעמ' 766.

²⁷ שם, בעמ' 768.

11. עם השנים הוברר כי התחזית בדבר כמות המכילות אשר יועברו דרך נמל אילת לא התממשה.²⁸ נמל אילת נותר הקטן בנמלי הארץ. בשנת 1993 חלה ירידה משמעותית בתנועת המכילות בו.²⁹ לפיכך, בשנה העוקבת בחנו קברניטי החברה את פעילותה של עציון, והגיעו לכלל מסקנה כי אין מקום להמשיך ולקיימה בצורתה הנוכחית.³⁰ בשלב זה, עמדו לרשות עציון תריסר משאיות בלבד. לאחר שנבחנו אפשרויות מספר, הוחלט על שילובה של עציון במסגרת חברת תים, תוך סיום פעילותה העצמאית. שילוב זה הוא שעמד במרכז של עסקת תים-עציון.

עסקת תים-עציון

12. הקמת מערך שירותי ה'דלת לדלת' היטיבה ככל הנראה עם חברת צים,³¹ אשר שאפה למצוא דרכים לשיפורו והרחבתו של שירות זה באמצעות חברת תים. בה בעת, הגיעה צים, יחד עם שותפתה לבעלות בעציון - רשות הנמלים - למסקנה כי אין עוד באפשרותה להמשיך בפעילות החברה בדרך בה הלכה. לפיכך, החליטו שתי החברות (תים ועציון) להתקשר בהסכם - וכך אמנם עשו, ביום 28.12.94 - לפיו תועבר כל פעילות עציון, על נכסיה³², לידי חברת תים. בתמורה, הוקצו לעציון 26% מהון המניות המונפק של חברת תים.³³

13. לאחר השלמת ההסכם, מתפלגות אפוא ההחזקות בחברת תים (בהרכבה החדש) באופן הבא: חברות צים ותחבורה אוחדות כל אחת במישרין בשלושים ושבעה אחוז (37%) מהון המניות; ואילו עציון מחזיקה בעשרים ושישה אחוז (26%) הנותרים. כזכור, בהחזקת עשרים ושישה אחוז אלה נחלקים בעלי עציון - רשות הנמלים וצים - באופן שווה. מכאן כי למעשה, מחזיקה כעת צים - במישרין ובעקיפין - בחמישים אחוז מהון המניות של חברת תים בהרכבה החדש; לתחבורה מוקצים שלושים ושבעה אחוז; ואילו רשות הנמלים מחזיקה בעקיפין בשלושה עשר אחוז מהון המניות.

14. הנה כי כן, לפנינו התקשרות נוספת בין רשות הנמלים וצים, זו הפעם למטרת שיתוף פעולה עסקי בתחום ההובלה 'מדלת לדלת'. אגב התקשרותם החדשה - ובעטיה - מסיימים הצדדים שיתוף פעולה קודם בתחום ההובלה הממוכלת, אשר מצא את ביטויו במסגרת עציון. עם זאת, בעוד המיזם המשותף הקודם התבסס על בעלות בחלקים שווים, הרי שכעת מחזיקה צים בחמישים אחוז מן החברה החדשה, ואילו לרשות הוקצבו שלושה עשר אחוז בלבד. מאידך, שיתוף הפעולה החדש מקיף יותר, וחל על כל נמלי הארץ (ולא רק על נמל אילת). הצדדים לשיתוף פעולה זה מבקשים כעת פטור מאישור בית הדין להסדר שביניהם. הדין הוא, כי ניתן ליתן פטור רק מקום בו מגביל ההסדר "באופן לא משמעותי את התחרות בעסקים". לבחינתו של ההסדר באספקלריה זו אפנה כעת.

²⁸ שם, בעמ' 767.

²⁹ כך, ירידה תנועת המכילות ממשקל של כ- 650 אלף טון לשנה בשנים '90 ו-'91, למשקל של כ- 180 אלף טון בלבד בשנים '93 ו-'94: הנתונים לקוחים מתוך "דוחות סטטיסטיים 1994" של רשות הנמלים, בעמ' 10.

³⁰ תאור זה נמסר לי על ידי אנשי רשות הנמלים והרכבות.

³¹ יצוין כי מחזור המכירות של צים הסתכם בשנת 1993 - היא השנה שלאחר הקמת תים - בסכום של 1.243 מיליארד דולר; בשנה העוקבת עלה מחזור המכירות בשיעור של כ- 47 מיליון דולר (הנתונים לקוחים מתוך מאזני צים, כפי שהועברו לי על ידי באי כוחה).

³² אשר כללו, כזכור, בעיקר צי רכב בן תריסר משאיות.

³³ ראה סעיף 2 להסכם, שכותרתו 'ההתקשרות ומטרתה': "הצדדים מתקשרים בזה בהסכם לשילוב פעילותה העסקית של עציון במסגרת פעילותה העסקית של תים והקצאת 26% ממניות תים לעציון".

הניתוח המשפטי

15. הסדר כובל מוגדר - בסעיף 2 לחוק ההגבלים - כ"הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר". עם הוצרות הסדר כאמור - ובלא אישור מתאים - עוברים הצדדים לו על הוראות חוק ההגבלים הקובעות במפורש כי "לא יהיה אדם צד להסדר כובל, אלא אם כן קיבל מאת בית הדין אישור ... או פטור"³⁴. סעיף 2 עוסק אם כן בשינוי התנהגותי של שני גופים עסקיים, הפועלים מעת כריתת ההסדר במשותף ובאופן מתואם (concerted) בגדרי ההסכם ביניהם. משעשו כן, הרי הם חייבים - ככלל - בפניה לבית הדין לשם קבלת אישור לפעולתם³⁵, או לממונה על מנת להשיג פטור מאישור זה³⁶. החריגים לכלל זה מנויים בסעיף 3 לחוק, הפוטר הסדרים מסוימים מתחלת החוק.

16. נקדים ונציין כי הסכם להובלה מ'דלת לדלת' של מכולות - אף ללא שזירתה של רשות הנמלים אל תוכו - מערב שלושה שווקים כלכליים שונים³⁷, ומתרחש במספר 'זירות' גיאוגרפיות ומסחריות. על כן, בדרך כלל נחשב הסדר מסוג זה למורכב מבחינת ניתוחו המשפטי. כך למשל, במשפט הקהילה האירופית מצוי משטרו של הסכם זה תחת פיקוחן של לא פחות משלוש הוראות חקיקה (Regulations) שונות. כך למשל ציינו קלו (Clough) ורנדולף (Randolph) כי :

"As far as multi-modal transport is concerned, the EC Commission's view is that such operations fall partly within the scope of Council Regulation (EEC) 4056/86 and partly under Council Regulation (EEC) 1017/68 and, in so far as containers are concerned, partly under Regulation 17/62. On this basis, **the door to door operation**, commonly involving containers, which is provided either by shipping lines ... or organized by freight forwarders will require consideration, and probably notification to the EC Commission for individual exemption, under **three Regulations**."³⁸

17. בישראל לא קיים הסדר נורמטיבי מיוחד לבחינת הסכם לתובלה 'מדלת לדלת'. על כן, תיערך בחינתו של הסדר כזה לרקע דרישותיו הכלליות של סעיף 2(א) לחוק ההגבלים.

³⁴ סעיף 4 לחוק ההגבלים.

³⁵ לפי סעיף 9 לחוק ההגבלים.

³⁶ בבקשה לקבלת פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים, אם נסיבות העניין הולמות זאת.

³⁷ המדובר על שני שווקי התובלה היבשתית של מכולות אל ומהנמלים בתוך מדינות המוצא והיעד, וכן לשוק ההובלות הימיות של מכולות.

³⁸ ראה :

M. Clough & F. Randolph, **Shipping and EC Competition Law** (1991) at p. 176.

"הסדר"

18. ההסכם שלפנינו, מיום 28.12.94 מסדיר את פעולת הובלת המכולות 'מדלת לדלת' במסגרת חברת תיס, ומפרט את הרכבה החדש של החברה. אין חולק על כך שלפנינו חוזה ערוך ושלם, אשר נחתם ביום 28.12.94, ואשר מהווה 'הסדר' כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים³⁹.

"הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים"

19. הן צים והן תחבורה הן חברות "המנהלות עסקים". שתיהן פועלות בשוק המסחרי, וכוונתן פעולתן הינה להשיא את רווחי בעלי מניותיהן. בכך אין כל קושי. השאלה המתעוררת במקרה שלפנינו הינה, האם גם רשות הנמלים והרכבות - אשר הוקמה בחוק ומהווה רשות מרשויות המדינה - מהווה גוף "המנהל עסקים". הספק עלול להתעורר בשל הלכת *Parker*⁴⁰ האמריקאית, אשר אומצה במשפטנו על ידי הנשיא שמגר בעניין **פטרולגז**⁴¹, ולפיה "לא ניתן לראות במדינה, בפעולתה השלטונית, צד להסדר כובל"⁴².

20. אך הספק לאו ספק הוא במקרה זה. הלכת *Parker* אינה חלה בעניין שלפנינו. לכך מספר טעמים: הטעם הראשון הוא, כי רשות הנמלים והרכבות - ככל רשות המהווה תאגיד סטטוטורי - אינה ה"מדינה" לעניין סעיף 42 לפקודת הפרשנות⁴³. ממילא אין לראותה כ"מדינה" לצורך העניין שבפנינו. ואמנם, בעניין **רשות הפיתוח נ' היועמ"ש**⁴⁴ קבע השופט (כתארו דאז) לנדוי, כי חסינות המדינה מחוקים בהם היא אינה נזכרת במפורש, אינה חלה על "תאגיד ציבורי, שהוקם על-פי חוק"⁴⁵. היות ולעניין חסינות זו אין לראות את רשות הנמלים כ"מדינה", לא מצאתי כל טעם מבורר מדוע יש לראותה כ"מדינה" בעניין שלפנינו.

21. טעם נוסף הוא, כי אף מבחינת אופי ההתקשרות, ברור כי אין המדובר בפעולה הנעשית כחלק מ"פעולתה השלטונית" של המדינה. אכן, כאשר המדינה 'יורדת אל זירת התחרות' ומתחרה בה כאחד השחקנים, חלים עליה 'כללי המשחק' במלואם, ודיני התחרות בכלל זה. אין כל סיבה להענקת הפטור בתחום כשרותה 'המסחרית' של המדינה. כך הוא הדין גם בארצות הברית, מכורתה של הלכת *Parker*. עמד על כך בית המשפט הפדראלי בעניין *Genentech Inc. v. Eli Lilly*⁴⁶ בצינו:

³⁹ לפרשנות המונה 'הסדר' באופן "המרחיב ביותר" ראה דברי הנשיא זילר בת.א (י-ם) 396/87 **קיסין נ' פטרולגז** (לא פורסם), בעמ' 19-20; למגמת פרשנות דומה בדין האירופי - למשל בהחלט המונה גם על הסכמים הנכרתים בדיבור פה - ראה 365, 345 CMLR (1990) *in re PVC cartel*.

⁴⁰ ראה

Brown v. Parker 317 U.S. 341 (1943) at p. 351:

"The Sherman Act makes no mention of the state as such, and gives no hint that it was intended to restrain state action or official action directed by a state... conclusions derive not from the literal meaning of the words 'person' and 'corporation' but from the purpose, the subject matter, the context and the legislative history of the statute".

⁴¹ ע"א 2813/90 **פטרולגז נ' מדינת ישראל** פ"ד מו(3) 599.

⁴² שם, בעמ' 606: באותו עניין נקבעה ההלכה לעניין פעולת המדינה מכה חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים.

⁴³ סעיף זה קובע כי "אין חיקוק בא לגרוע מכל זכות של המדינה, או להטיל עליה חובה, אלא אם נאמר בו במפורש".

⁴⁴ ע"פ 134/58, פ"ד יג, 722.

⁴⁵ שם, בעמ' 726; ראה גם מ. מזרחי, "הפריבילגיה הנתונה למדינה בסעיף 42 לפקודת הפרשנות" **משפטים** ה' (תשל"ד),

383.

⁴⁶ ראה

998 F.2d 931 (Fed. Cir. 1993), at p. 948:

“To warrant *Parker* immunity the anticompetitive acts must be taken in the state’s “sovereign capacity”, and not as a market participant in competition with commercial enterprise.”

22. המקרה שלפנינו הינו מקרה מובהק של 'ירידה לזירת התחרות'. התקשרותה של הרשות נערכה עם חברות מסחריות הפועלות בשוק, ולמטרת השאת רווחים. אין כל אפיון 'שלטוני', 'הסדרתי' או 'הנהלתי' בהתקשרות זו. רשות הנמלים - כתאגיד - מעניקה את שירותיה לשם קבלת זכויות בתאגיד אחר. אין כל טעם בהענקת חסינות להתקשרות שכזו⁴⁷. על כן מהווה הרשות "אדם המנהל עסקים". לפיכך, מובן כי אף תים ועציון - בהרכבן ערב ההסכם - מהוות "אדם המנהל עסקים". נמצא כי כל הצדדים להתקשרות שבפנינו הנם "אנשים המנהלים עסקים".

"לפני אחד הצדדים מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בינו לבין הצדדים האחרים להסדר"

23. ההגבלות אותן נוטלים הצדדים על עצמן הן לב ההסדר הכובל. מקום בו ההגבלות עלולות לפגוע באופן משמעותי בתחרות, יש להגיש את ההסדר לאישור בית הדין להגבלים עסקיים על פי סעיף 9 לחוק ההגבלים. מאידך, מקום בו מגביל ההסדר "באופן לא משמעותי את התחרות בעסקים", ניתן לקבל את פטור מאת הממונה מהחובה לאישור האמור. מהן טיבן של ההגבלות בהסדר שבפנינו? האם הן ראויות לפטור האמור? לכך נפנה עתה.

24. ההסדר שבפנינו מכיל הגבלות משני סוגים. ההגבלות מן **הסוג הראשון**, נובעות מעצם השינוי המבני שחל במערך שיתוף הפעולה בין החברות. במסגרת זו עלול להתעורר חשש של העדפת חברות צים ותחבורה על ידי רשות הנמלים ביחס ללקוחות אחרים. ההגבלות מן **הסוג השני**, הן הגבלות אשר עוגנו בהסכם ההקמה של חברת תים, במסגרת 'עקרונות התפעול'. כיום אומצו הגבלות אלה אל תוך ההסכם שבפנינו. אף הגבלות אלה מעוררות חשש להעדפה אסורה. ברם, בחינתן של הגבלות אלה מקרוב מעלה כי חשש לכאורה זה איננו מצטייר כממשי במקרה שלפנינו.

החשש שבשינוי המבני והפגתו

25. עצם שיתוף הפעולה העסקי בין רשות הנמלים לבין צים מחד ותחבורה מאידך, עלול לעורר חששות. ואולם, כפי שכבר צוין, שיתוף פעולה שכזה מתקיים ממילא, ובתחומי פעולה משמעותיים - ומטרידים - הרבה יותר. במקרה שלפנינו - אשר אך לנסיבותיו מוגבלת החלטתו זו - מבוסס החשש הקונקרטי על האפשרות לפיה תעניק רשות הנמלים יחס מועדף בפריקה ובטעינה בשטח הנמל לשתי לקוחותיה הגדולות. ואולם, עיון בשיטות הפריקה והטעינה של מטען ממוכל בשטח הנמל, כמו גם בשיטת קבלת האניות, מזים חשש זה.

⁴⁷ ניתן להציג טעם נוסף, שלישי, לפיו ניתן לשלול את תחולת הלכת פרקר מן העניין שלפנינו. טעם זה מבוסס על ההוראה החקיקתית, לפיה כל עריכת הסדר כובל מהווה עוולה כמשמעותה בפקודת הנוזיקין (ראה סעיף 50 לחוק ההגבלים). כידוע, חסינות המיוחדת של המדינה בוטלה לעניין פקודה זו (ראה חוק הנוזיקין האזרחיים [אחריות המדינה], תשי"ב - 1952). מכאן שאין למדינה חסינות אף מעוולתה לפי חוק זה.

26. ראשית, נדרשת התייחסות לחשש לפיו תעדיף רשות הנמלים את משאיותיה של חברת תחבורה על פני משאיות של חברות אחרות. הטענה היא כי מקום בו תעמוד בפני מנהלת הנמל האפשרות להטעין (או לפרוק) מטען ממוכל מחברת תחבורה או מחברה אחרת, תורה רשות הנמלים לאנשיה האחראים על הטעינה (או על הפריקה) - בדיבור פה או ברמז - להעניק שירות למשאיותיה של חברת תחבורה בטרם יטפלו במשאיות האחרות. כאמור, מבט מקרוב בסדרי הפריקה והטעינה מעלה כי בחששות אלה אין ממש. שיטת מתן השירות למשאיות המגיעות לשטח הטעינה והפריקה בנמל מבוססת על העיקרון של 'הראשון שבא הוא הראשון לקבל' (FCFS). ה'ערוגות' בהן מתבצעות הפריקות והטעינות מקבלות את המשאיות על פי סדר הגעתן, כאשר הבקרים הממונים על הפניית המשאיות לערוגות נבחרים באקראי מתוך מאגר ('פול') כללי של כל עובדי הציד המכני בנמל. בקרים אלה אינם מודעים ליעד המכולה שבפניהם, כמו גם לסוגה, שייכות מטענה ותכולתה. יכולת השפעתם של בקרים אלה על סדר הטעינה והפריקה הינו, אפוא, אפסי.

27. זאת ועוד: הבקרים העוסקים בהכוונת המשאיות הנכנסות לערוגות ההעמסה, מתוגמלים על פי מספר המשאיות במשמרת. על כן, מבחינתם של בקרים אלה קיים תמריץ כלכלי חזק להגביר ככל האפשר את קצב הפריקה והטעינה בשטח הנמל. מכאן גם מובן כי העדפתה של חברה פלונית - ככל שזו תעכב את ההסדר הקיים, לפיו 'הראשונה להגיע הינה הראשונה לשירות' - אינה עולה בקנה אחד עם תמרוץ זה, ועל כן לא סביר כי תתרחש. ולבסוף, יצוין כי את המערכת האנושית המסדירה כיום את סדרי הפריקה והטעינה של מכולות עומדת להחליף בקרוב מערכת מחשב. עם הפעלתה של מערכת זו, מובן כי החשש להעדפה פסולה - דוגמת זו שתוארה - שוב אינו מתקיים.

28. הנה כי כן, בכל הקשור להעדפה אפשרית של משאיות חברת תחבורה, נראה כי ההסכם אינו מעלה חששות של ממש. בדומה, החשש של העדפת אניות צים על ידי רשות הנמלים בשל ההסדר (להבדיל מסיבות אחרות שמקורן בשיתופי פעולה בתחומים אחרים הקיימים בין שני התאגידים⁴⁸) אינו מעלה - לאחר בחינתו - סכנה של ממש לתחרות בתחום שירותי קבלת אניות לנמל. אף כאן, הבסיס לטיפול באניות הבאות מלב ים הינו על בסיס 'הראשון להגיע - ראשון לקבל'. אמנם, במקרה זה קיימים חריגים מסוימים - כגון אניות המובילות מטען מסוכן, או אניות 'יעודיות' המופנות אל רציפי פריקה מיוחדים - אך אלה אינם לענייננו. יכולתו המעשית של ההסכם להשפיע על סדרי קבלת האניות בנמל הינו אפסי. גם כאן, אפוא, אין לאמר כי ההסכם מכיל כבילות העלולות לפגוע באופן משמעותי בתחרות.

ההגבלות המנויות בהסכם וביטולן

29. לבד מן החששות הנובעות מעצם השינוי המבני ושיתוף הפעולה שנערך בעקבותיו, מעלה ההסכם שבפנינו חששות נוספים לפגיעה בתחרות. חששות אלה מקורן בהסכם ההתקשרות עצמו, המאמץ כעקרונות תפעול סעיפים מתוך הסכם הקמתה של חברת תים. בין היתר, נאמר בהסכם שלפנינו - בשינויים המחויבים מהסכם ההקמה - כי "החברה תעניק למטענים המובלים תחת שטר מטען של צים תנאים מועדפים". כן נקבעה זכות הסירוב הראשונה של חברת תחבורה לכל הובלה מצד החברה המשותפת, אם כי "על בסיס תחרותי בלבד ובהתחשב בצרכים ובהיקף הפעילות בחברה". עוד נקבע, בסעיף 13 להסכם ההקמה אשר אף הוא אומץ אל ההסכם שלפנינו, כי "החברה בסיוע הצדדים תעשה כמיטב יכולתה לגייס לקוחות לחברה מחוץ ללקוחות צים והמוביל".

⁴⁸ כך למשל, מכהן מנכ"ל צים כחבר במועצת הרשות (ראה סעיף 6 לחוק הרשות); כן מתקיימים שיתופי פעולה נוספים בין הגופים, ואלה ראוי להם, לכאורה, שלא יתקיימו.

30. דברים אלה, בניסוחם דהיום, אינם מקובלים עלי. הנני קובע כי על הצדדים להסדר הכובל למחוק תנאים אלה מעקרונות התפעול של החברה החדשה כתנאי לאישור הפטור. בנוסף הנני מורה לצדדים להגיש לעיוני, בתוך שלושים יום מיום קבלת פטור זה, ניסוח מחודש של עקרונות התפעול של חברת תים החדשה. על עקרונות תפעול אלה להיות מנוסחים באופן אשר לא יעורר - ולו באופן לכאורי - חשש לפגיעה בתחרות, ובכלל זה העמדה במצב בו תינתן העדפה אסורה על ידי רשות הנמלים כלפי חברותיה להסכם. בנוסף, על עקרונות התפעול לכלול מנגנון בקרה אשר יבטיח כי מצב אי ההעדפה הקיים כיום ישמר גם בעתיד. מנגנון זה יבוסס על העיקרון של אחריות מנהלים לוודא את השגת התוצאה הנדרשת.

31. כאמור, סבורני כי בכפוף לתנאים אלה, אין לאומר כי עקרונות התפעול של החברה מציגים חששות תחרותיים משמעותיים.

סוף דבר: הפטור ותנאיו

32. הגעתי לכלל מסקנה כי עסקת תים-עציון הינה הסדר כובל הראוי לפטור מאישור בית הדין להגבלים עסקיים. פטור זה כפוף לתנאים שנקבעו על ידי לעיל, שעיקרם פעילות החברה החדשה בלא הענקת העדפה לחבריה, וכן במחיקת עקרונות התפעול הבעייתיים מתוך הסכם הקמת החברה. בנוסף, קבעתי כי על החברה החדשה להגיש לאישורי, בתוך שלושים יום מקבלת פטור זה, את עקרונות התפעול החדשים שלה, כפי שהתוו בהתאם להוראותיי המפורטות לעיל.

33. פטור זה נוגע אך ורק לשיתוף הפעולה העסקי הקיים בין החברות כתוצאה ישירה ומיידית מקיומו של הסכם תים-עציון. כל שיתוף פעולה אחר בין החברות אשר יוגש לעיוני - בין אם הולדתו בהשפעה זו או אחרת של עסקת תים-עציון, ובין אם נוצר באופן עצמאי - ידון לגופו, והחלטה זו אינה מהווה אישור או הכשר כלשהו לגביו.

34. פטור זה ניתן על בסיס הנחת היסוד לפיה המידע שהוצג בפני והובא לידיעתי על ידי רשות הנמלים הינו המידע הנכון והמלא בנוגע לעסקת תים עציון. במידה שיובא לידיעתי מידע מהימן הסותר את קביעותיי בהחלטה זו, אפנה לשקול מחדש את הפטור דנן.

35. על פי הוראת סעיף 15(א) לחוק ההגבלים, רשאי כל הרואה עצמו נפגע מההסדר הכובל, איגוד עסקי וכן ארגון צרכנים לערער בכתב מנומק בפני אב בית הדין להגבלים עסקיים על החלטתי זו, בתוך 45 יום מהיום בו הומצאה לעורר.

ד"ר יורם טורבוביץ
הממונה על הגבלים עסקיים

ניתן היום, ב'–סיון–תשנ"ו
20 במאי 1996.