



רשות ההגבלים העסקיים

קביעה לפי סעיף 43(א)(6) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר קיומה של קבוצת ריכוז במתן שירותי פריקה וטעינה של מכולות מקומיות בקווי הובלה ימיים סדירים והוראות לחברי קבוצת ריכוז

בהתאם לסמכותי לפי סעיף 43(א)(6) וסעיף 31ב לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן "חוק ההגבלים העסקיים" או "החוק"), הריני לקבוע כי חברת נמל חיפה בע"מ (להלן: "חברת נמל חיפה") וחברת נמל אשדוד בע"מ (להלן: "חברת נמל אשדוד" וביחד "חברות נמל") מהוות יחד קבוצת ריכוז במתן שירותי פריקה וטעינה של מכולות מקומיות בקווי הובלה ימיים (להלן: "שירותי נמל") וכי כל אחת מחברות הנמל היא חברה בקבוצת ריכוז. כמו כן מצאתי לנכון לתת לחברות הנמל הוראות כמפורט בהמשך החלטתי זו.

א. מבוא

1. כלכלת ישראל היא מעין "כלכלת אי". היקף הסחר בין ישראל לבין שכנותיה הינו מצומצם מאד ועל כן, שערי המסחר העיקריים של ישראל הם נמלי הים התיכון, דרכם מתבצעת רובה המוחלט של תנועת הסחורות מישראל ואלה. קשה אפוא להפריז בחשיבותם של נמלי הים של ישראל למשק המקומי.
2. שנים רבות היה ענף שירותי הנמל בלתי תחרותי לחלוטין. הדבר הביא לרמת ניצול נמוכה של התשתית, לרמת שירות נמוכה ולעלויות שכר גבוהות ביותר.¹ חוק רשות הספנות והנמלים, התשס"ד-2004 (להלן: "חוק רשות הספנות והנמלים") אשר נכנס לתוקף ביום 17.2.2005 נועד לערוך שינוי מבני בענף הנמלים, מתוך מטרה מוצהרת לקדם את התחרות בין הנמלים ובין הגורמים הפועלים בהם.² במסגרת השינוי המבני בענף, הוקמה רשות הספנות והנמלים, האחראית על הסדרת הענף, הוקמה חברה ממשלתית הפועלת כחברת הפיתוח והנכסים אשר מחזיקה, מנהלת ומפתחת את נכסי הנמלים והמקרקעין המיועדים לשימוש נמלי. כן, הוקמו חברות ממשלתיות שהוסמכו כחברות נמל, המפעילות את הנמלים בחיפה, אשדוד ואילת.³
3. השינוי המבני בענף שירותי הנמל הביא לביטול המונופול הממשלתי של רשות הנמלים אשר ניהלה והפעילה את הנמלים. ואולם, גם אחרי השינוי המבני, הפעלת נמלי הים ומתן שירותי נמל בהם נתונה, רובה ככולה, בידי שתי חברות ממשלתיות - חברת נמל חיפה וחברת נמל אשדוד. מיעוט השחקנים בשוק מתן שירותי נמל ותנאי השוק, כפי שיפורטו להלן, יוצרים בו תנאים לתחרות מועטה, המצדיקים עשיית שימוש בסמכויות הנתונות לממונה על הגבלים עסקיים לקבוע כי קבוצה מצומצמת של בני אדם המנהלים עסקים היא קבוצת ריכוז ולתת הוראות לחבריה.

¹ ר' הצעת חוק רשות הספנות והנמלים, התשס"ד-2003, ה"ח הממשלה התשס"ד 59, בעמוד 18. ר' גם ע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ), (פורסם בנבו, 11.02.2008).

² ר' הצעת חוק רשות הספנות והנמלים, לעיל ה"ש 1.

³ בתחילת שנת 2013 חברת נמל אילת הופרטה, והזיכיון להפעלת נמל אילת נמסר לחברת פפו ספנות בע"מ.



רשות ההגבלים העסקיים

4. היום, עומד ענף שירותי הנמל בפני תמורות חשובות אשר יעצבו את פניו למשך שנים רבות. ממשלת ישראל אישרה הקמתם של שני מסופי מכולות חדשים – נמל המפרץ בחיפה ונמל הדרום באשדוד. הליכי התכנון וקבלת האישורים הסטטוטוריים להקמת מסופי מכולות אלו נמצאים בשלבי סיום, פורסמו מכרזים לביצוע עבודות ההקמה של מסופים אלו,⁴ ואף פורסם שלב המיון המוקדם למכרז להפעלתם ותחזוקתם (הכולל אלמנטים של מימון, תכנון והקמה).⁵
5. הקמה של מסופי מכולות חדשים לצד הנמלים הקיימים בחיפה או באשדוד מהווה חלון הזדמנויות נדיר לכניסה של מתחרה חדש לענף שירותי הנמל ולהתפתחות תחרות תוך נמלית - בין הנמלים הקיימים לבין מפעילי מסופי המכולות החדשים.
6. על רקע זה נודעת חשיבות מיוחדת להבטיח כי בנקודת זמן רגישה זו, חברות הנמל לא תפעלנה על מנת לשמר את מבנה השוק הקיים ועל מנת למנוע כניסה של מתחרים לשוק,⁶ דבר אשר יוצר חשש מובהק לפגיעה משמעותית בתחרות בעסקים בענף.
7. הגנה על התחרות מחייבת גם הגנה על יכולתו של מתחרה חדש להיכנס בשערי העיסוק, למצער בשווקים ממועטי שחקנים. עמד על כך בית המשפט העליון בפרשת דור אלון:

”בישראל נוצר צורך מיוחד בהגנה על התחרות בשל ריכוזיות ענפית גדולה עקב ממדיו הקטנים של השוק, ומעורבות עמוקה של הממשלה בכלכלה. ישנה חשיבות מיוחדת בהגברת מאמץ השוק המקומי להתחרות בשווקי העולם, המצריך מצידו הגנה על הגברת התחרות במדינה פנימה (ת”א (י-ם) 1000/95, פז, חברת נפט בע”מ נ’ עמוס, פ”מ תשס”ב (1) 337, 363-364). חופש התחרות הוא חלק מחירות היסוד של העיסוק (דנ”א 4465/98 טבעול (1993) בע”מ נ’ שף-הים (1994) בע”מ, פד”י נו(1) 56, 78-79; ופרשת תנובה, שם). **חופש התחרות נועד להגן על יכולתו של גורם אחר להיכנס בשערי העיסוק, וככזה הוא משתלב עם הזכות לחופש העיסוק.**”⁷

(כאן ולהלן ההדגשות אינן במקור – ג.ד.)
8. נוכח חשיבותו הרבה של שוק שירותי הנמל לכלכלת ישראל ונוכח החשש לפגיעה בתחרות על רקע הקמתם הצפויה של מסופי נמל חדשים, מצאתי כי יש מקום לפעול בהתאם לסמכות המסורה לי על פי סעיפים 43(א)(6) ו-31ב לחוק ההגבלים העסקיים ולקבוע כי חברות הנמל הן קבוצת ריכוז ולהורות להן בדבר צעדים אשר עליהן לנקוט על מנת למנוע חשש לפגיעה משמעותית בציבור ובתחרות, בהתאם לסמכות הנתונה לי בסעיף 31ג לחוק, והכל כפי שיפורט להלן בהחלטתי זו.

⁴ ר’ הזמנה להגיש הצעה למכרזים לביצוע עבודות להקמת נמל המפרץ בחיפה או נמל הדרום באשדוד :

<http://www.israports.org.il/PortsDevelop/tender/Pages/hakamatnamalHamifrtzornamalHadarom.aspx>

⁵ ר’ הזמנה להשתתף בהליך מיון מוקדם למכרז להפעלה ותחזוקה של מסוף מכולות נמל הדרום ונמל המפרץ :

<http://www.israports.org.il/PortsDevelop/tender/Pages/hafalavetachzukahelmasofmecholatHadaromHmifratz.aspx>

⁶ ר’ בהקשר זה ערר 7/95 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע”מ נ’ הממונה על הגבלים עסקיים**, סעיף 18 לפסק הדין, דינים הגבלים עסקיים 1997 (3) 979; כן ר’ הכרזה על בעל מונופולין לפי סעיף 26(א) לחוק: מדיטרניאן נאוטילוס (ישראל) בע”מ – בעלת מונופולין באספקת תמסורת בינלאומית דו-כיוונית על בסיס סיבים אופטיים במקטעים שבין נקודות נחיתה בישראל לנקודות נחיתה ראשונות בחו”ל, 2011 **הגבלים עסקיים** 5001829;

⁷ ע”א 3398/06 **רשות ההגבלים העסקיים נ’ דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע”מ**, פ”ד סא(3) 757 (2006).



רשות ההגבלים העסקיים

ב. קביעה בדבר קיומה של קבוצת ריכוז

9. הסמכות הנתונה לממונה בסעיף 31 לחוק הינה סמכות חדשה, אשר טרם נעשה בה שימוש. משכך, מצאתי לנכון להקדים לניתוח מאפייני שוק שירותי הנמל נושא החלטה זו סקירה קצרה אודות הדין החל על קבוצות ריכוז והטעמים שבבסיסו.
10. פרק ד' 1 שעניינו קבוצת ריכוז, נוסף לחוק ההגבלים העסקיים במסגרת תיקון מס' 12 לחוק,⁸ והוא נועד, כעולה מדברי ההסבר להצעת התיקון, "להתמודד עם כשל תחרותי המכונה 'כוח שוק' (Market Power), אשר נגרם בענפי משק רבים שבהם פועלות קבוצות ריכוז (אוליגופולים) בשל מיעוט המתחרים וחסימי הכניסה הגבוהים לענף, ושכתוצאה ממנו נפגעים הצרכנים ונפגע המשק".⁹
11. הוראות פרק זה מסמיכות את הממונה לקבוע כי "קבוצה מצומצמת של בני אדם המנהלים עסקים שבידיהם נתון ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, היא קבוצת ריכוז" (סעיף 31ב(א) לחוק). בנוסף הוסמך הממונה ליתן הוראות לחברי הקבוצה בדבר צעדים שעליהם לנקוט במטרה למנוע פגיעה או חשש לפגיעה משמעותית בציבור או בתחרות בעסקים, או להגביר את התחרות באופן משמעותי או ליצור תנאים להגברה משמעותית של התחרות (סעיף 31ג לחוק).
12. החוק מתנה את סמכות הקביעה בדבר קיומה של קבוצת ריכוז בשתי דרישות מצטברות: האחת היא כי בין חברי הקבוצה או בענף בו הם פועלים קיימת תחרות מועטה בעסקים או שמתקיימים תנאים לתחרות מועטה, השניה היא כי קיימים צעדים שניתן להורות לחברי קבוצת הריכוז על נקיטתם על מנת למנוע פגיעה בתחרות, או להגבירה, כאמור.
13. תכליתן של סמכויות אלו להעמיד בידי הממונה כלים אפקטיביים להתמודדות עם הבעיות המיוחדות לשווקים ממועטי מתחרים (שווקים אוליגופוליים).¹⁰
14. בשווקים אלו, מבנה השוק ומאפייניו מביאים לכך שהתחרות בשוק אינה מושלמת. השפעותיה של תחרות שאינה מושלמת יכולות להיות השפעות חד-צדדיות (unilateral effects), השפעות טורפניות (exclusionary effects) או השפעות מתואמות (coordinated effects).¹¹

⁸ חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 12), התשע"א-2011, ס"ח 2306.

⁹ דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 11), התשע"א-2010, ה"ח 543, בעמוד 264. (עד השלמת הליכי החקיקה, הפך תיקון זה להיות תיקון מס' 12).

¹⁰ הסדר דומה, במידה מסוימת, קיים בבריטניה, שם החוק מסמיך את רשות הסחר ההוגן (Office of Fair Trade) לפנות לרשות התחרות (Competition Commission) לבצע מחקרים שמטרתם להעריך קיומם של פגמים תחרותיים בשוק, בין אם פגמים התנהגותיים או מבניים, ולהמליץ על סעדים מתאימים.

ר' RICHARD WHISH & DAVID BAILEY, COMPETITION LAW, p.582 (7th ed., 2012), סמכות זו הורחבה לאחרונה במסגרת שינוי חקיקה נרחב (Enterprise and Regulatory Reform Act 2013), במסגרתה הוקמה רשות תחרות חדשה, Competition and Markets Authority, אשר תתחיל לפעול באפריל 2014, לה נמסרו הסמכויות שהיו מסורות קודם לכן לרשות הסחר ההוגן ורשות התחרות, וכן סמכויות נוספות.

ר' <https://www.gov.uk/government/organisations/competition-and-markets-authority>.

¹¹ ר' למשל דיויד גילה "דיני הגבלים עסקיים" הגישה הכלכלית למשפט 862 (אוריאל פרוקציה עורך, 2013).



רשות ההגבלים העסקיים

15. השפעות חד צדדיות גורמות לכך שמתחרה בשוק יוכל לגרוף רווח כתוצאה מהחלטה חד צדדית להעלות מחיר, לצמצם את הכמות או את המגוון או לפגוע באיכות. השפעות טורפניות עלולות לסלק פירמות מן השוק או לחסום כניסה של פירמות חדשות לשוק או התרחבות של פירמות קיימות, וכך לפגום במבנה השוק.
16. השפעות מתואמות מאפשרות למתחרים להפעיל כוח שוק בדרך של הפחתת עוצמת התחרות ביניהם, גם ללא הסכמה מפורשת בין השחקנים בשוק העולה כדי הסדר כובל אסור על פי סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים.¹² התנהלות מעין זו מכונה בספרות 'תיאום משתמע' ("Tacit Collusion"). כתוצאה מהתנהלות מתואמת, עשויות להיקבע בשוק רמות מחיר, כמות או איכות, השונים מאלו השוררים בשוק תחרותי, וכך נפגעת משמעותית הרווחה החברתית.¹³
17. מקובל להניח כי כל שחקן בשוק אוליגופולי פועל מתוך הבנה שהתנהגותו עשויה להשפיע על התנהגותם של השחקנים האחרים בשוק, ועל כן, הוא חייב להתחשב בתגובת מתחריו בשוק, על מנת לגבש את האסטרטגיה העסקית הנכונה מבחינתו.¹⁴
18. בשוק ממועט מתחרים, המתחרים עלולים לקבוע תנאי אספקה על-תחרותיים ולא לסטות מהם,¹⁵ שכן מהלכים מקדמי תחרות שינקוט מי מן המתחרים צפויים להביא לנקיטה במאמצי תחרות דומים מצד האחרים ובסופו של יום, למצב דברים בו אף אחד מן המתחרים לא הגדיל את חלקו בשוק אבל האספקה נעשית במחיר נמוך יותר ותוך פגיעה ברווחיותם. בית הדין להגבלים עסקיים עמד על כך בפסק הדין בעניין דלק:
- "ככלל, שוק אוליגופוליסטי מתאפיין בהעדר מוטיבציה של המתחרים המעטים השולטים בשוק להתחרות זה בזה. זאת משום שהפחתת מחיר על-ידי אחד המתחרים תגרור אחריה הפחתת מחיר על-ידי המתחרים האחרים, דבר שיביא להקטנת הרווח של כל המתחרים, בלא לשנות את חלקו בשוק של מי מהם".¹⁶
19. מיעוט המתחרים הפועלים בשוק הינו תנאי הכרחי להיווצרותו או קיומו של מבנה שוק אשר התחרות בו אינה מושלמת, אך אין זה תנאי בלעדי.

¹² ר' דברי החסבר לתיקון לחוק, לעיל ה"ש 9. ר' גם WHISH & BAILEY, לעיל ה"ש 10, בעמוד 559. DENNIS W. CARLTON & JEFFREY M. PERLOFF, MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION, 157 (4th ed. 2005).

¹³ ר' למשל מיכל (שיצר) גל, מהו "קסדר"? קו הגבול בין תיאום לבין התאמה בחוק ההגבלים העסקיים, **עיוני משפט** כט(3), 606. כן ר' WHISH & BAILEY, לעיל ה"ש 9, בעמוד 561.

¹⁴ ר' CARLTON & PERLOFF לעיל ה"ש 12, בעמוד 157. ר' גם PHILLIP E. AREEDA, HERBERT HOVENKAMP & JOHN L. SOLOW, ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION §404b (Vol. IIB, 3rd ed. 2007).

¹⁵ ר' WHISH & BAILEY, לעיל ה"ש 9, בעמודים 561-562. ראו גם: מיכל (שיצר) גל, מנחם פרלמן וטליה סולומון, "הכרזה על קבוצת ריכוז – פתרון חלקי לבעיית ההתאמה האוליגופוליסטית?", **משפטים** לו תשס"ו 13, 15.

¹⁶ ה"ע (הגבלים עסקיים) 469/98 **דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, פסקה 158 לפסק הדין (פורסם בנבו, 25.03.2001).



רשות ההגבלים העסקיים

20. על מנת שיווצר מבנה שוק שהתחרות בו אינה מושלמת, נדרש כי בנוסף למיעוט המתחרים יתקיימו תנאים או תכונות, שיאפשרו תחרות שאינה מושלמת. כך, על מנת להשיג שיווי משקל מתואם ולשמרו, השחקנים הפועלים בשוק צריכים להיות מסוגלים להגיע לשיווי משקל אשר ייטיב עם כל השחקנים בשוק, וכן זקוקים בדרך כלל ליכולת לזהות, תוך פרק זמן סביר, התרחשותן של סטיות משיווי המשקל המתואם, ולנקוט צעדי תגובה "עונשיים" אשר יש בהם להפחית את התמריצים לסטות משיווי המשקל האמור.
21. על כן, בנוסף למיעוט המתחרים ולחסמי הכניסה למתחרים חדשים, נדרש כי יתקיימו בשוק תנאים מסוימים (כגון חסמי מעבר, הומוגניות של המוצרים או השירותים וכדומה), המקלים על היווצרותו של מבנה שוק שהתחרות בו אינה מושלמת.¹⁷ קיומם של תנאי שוק אלו מאפשר לשחקנים בשוק להפעיל כוח שוק על מנת לגרוף רווחים על-תחרותיים או לאמץ פרקטיקות שונות, אשר עשויות לפגוע באופן משמעותי ברווחה החברתית.
22. תופעה זו של שווקים שהתחרות בהם אינה מושלמת מורגשת ביתר שאת במשק הישראלי, שמידיו קטנים ובענפים רבים בו ניתן למצוא מספר מועט של מתחרים.¹⁸ על כן, המחוקק מצא לנכון להקנות לממונה כלים אפקטיביים להתמודדות עם כשל השוק האמור.
23. קודם לחקיקתו של תיקון זה, היה הממונה מוסמך מכוח סעיף 43(א)(4) לחוק לקבוע כי "קבוצת ריכוז היא בעל מונופולין", מקום בו מצא כי בין שני בני אדם או יותר לא מתקיימת תחרות או קיימת ביניהם תחרות מועטה בלבד.¹⁹ ואולם, ניסיונות ליישם סעיף זה עוררו קשיים ניכרים, בעיקר בשל הקושי להוכיח קיומה של תחרות מועטה בפועל בין חברי הקבוצה.²⁰ תיקון מס' 12 לחוק נועד לפתור קושי זה על ידי קביעה כי די בתנאים לקיומה של תחרות מועטה (להבדיל מקיומה של תחרות מועטה בפועל), על מנת להקנות לממונה סמכות לפעול בשווקים בעלי מאפיינים כקבוע בחוק. זאת, על-ידי קביעת חזקות אשר די בהתקיימותן על מנת להעיד על קיומם של תנאים לתחרות מועטה. הסתפקות בקיומם של תנאים לתחרות מועטה מהווה שינוי של ממש ביחס לדין הקודם והוא מעיקרי תיקון מס' 12 לחוק.

¹⁷ George J. Stigler, *A Theory of Oligopoly*, J. POL. ECON (1964) reprinted in 6(2) COMPETITION POL'Y INT'L at 253 (2010).

JEAN TIROLE, *THE THEORY OF INDUSTRIAL ORGANIZATION* §6.1 (1992) ר' גם גל, פרלמן וסלומון, לעיל ה"ש 15, בעמוד 25. כן ר' גילוי דעת מאת הממונה על הגבלים עסקיים: הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים, סעיף ד(2)(א) לגילוי הדעת, 5001710 **הגבלים עסקיים** 2011 (להלן: " **הנחיות המיזוגים** ").

¹⁸ ר' CARLTON & MICHAL S. GAL, *COMPETITION POLICY FOR SMALL ECONOMIES*, 154-155 (2003) ר' גם PERLOFF, לעיל ה"ש 12, בעמוד 158.

¹⁹ סעיף 26(ד) לחוק קבע כי כאשר מחצית או יותר מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם "נתון בידי שני בני אדם או יותר שאין ביניהם תחרות או קיימת ביניהם תחרות מועטה בלבד (להלן – קבוצת ריכוז), יראו את הריכוז כמונופולין ואת קבוצת הריכוז כבעל המונופולין, אם הממונה קבע זאת לפי סעיף 43(א)(4)".

²⁰ הממונה עשה שימוש בסמכות זו פעם אחת בלבד: קביעה לפי סעיף 43(א)(4) לפיה קבוצת ריכוז הינה בעל מונופולין – רשת קלאב הוטל, 3014757 **הגבלים עסקיים** 1996. באותו מקרה קבע הממונה כי שש חברות העוסקות במכירת יחידות נופש מהוות קבוצת ריכוז. בין החברות התקיימה קרבה רבה, מבנית ופרסונלית, הן נשלטו בידי אותם אנשים ושיווקו יחידות נופש האחת עבור רעותה. מסקנת הממונה הייתה כי התחרות בין החברות מועטה, אם בכלל קיימת, וכי מדובר בגוף כלכלי אחד, שמטרתו השאת רווחים במשותף, להבדיל מהשאת רווחיה של כל חברה בנפרד ועל כן מדובר בקבוצת ריכוז. מאחר והחלטה זו מושתתת על הדין הקודם, לא ניתן ללמוד ממנה לעניינו.



רשות ההגבלים העסקיים

24. יצירת פרק קבוצת הריכוז בחוק והוצאתו מפרק המונופולין מצביעות על ההבדל שראה המחוקק בין דרכי הסדרה אלו: בלא קביעה לא ניתן להורות לחברי קבוצת הריכוז על נקיטת צעדים שתכליתם קידום או מניעת פגיעה בתחרות, וחברי קבוצת ריכוז אינם כפופים לנורמות כלליות כלשהן זולת ההוראות שנתן להם הממונה, ככל שנתן.²¹
25. קביעה זו הינה הפעם הראשונה בה נעשה שימוש בסמכות להכריז על קבוצת ריכוז, ויש להניח כי הדרך שתיסלל כאן תשמש בעתיד קביעות נוספות.
26. מכאן, לנימוקי הקביעה בדבר קיומה של קבוצת ריכוז בשוק מתן שירותי נמל. המשך הדברים יהיה כדלהלן: בפרק (ג) אתאר בקצרה את שוק מתן שירותי הנמל; פרק (ד) יעסוק בהגדרת השוק הרלוונטי ופרק (ה) בתיאור השחקנים הפועלים בשוק זה; בפרק (ו) יתוארו התנאים לקביעה בדבר קיומה של קבוצת ריכוז; בפרק (ז) תובא התייחסותי לטענות הצדדים בשימוע ובפרק (ח) אפרט את ההוראות אותן מצאתי לנכון ליתן לחברות הנמל, ואסכם.

ג. שירותי הנמל

27. נמלי הים מהווים ממשק בין ההובלה הימית ובין התובלה היבשתית. השירות העיקרי שניתן בנמלי הים הינו שינוע מטענים ממתקני החוף אל אניות המשא ולהפך. לבו של נמל הים הינו הרציפים התפעוליים, המצוידים בתשתיות וציוד המיועד לפריקה, טעינה ואחסון של מטענים מסוגים שונים. נוסף לשטחים התפעוליים, נמל כולל שטחי אחסון וכן שטחי עורף, בהם מצויים מרכזים לוגיסטיים, שטחי מסחר, תפעול ותעשייה, מרכזי אחסון והפצה, שטחי חניה למשאיות, מרכזי שירות ומסחר וכן אזור מכס ובטחון. כמו כן, נמל מצויד בכלי שיט (גוררות וסירות נתב) המשמשות לגרירת האניות למקום עגינתן בנמל. נמל ים מהווה גם צומת תחבורה יבשתית חשוב על מנת לאפשר גישה יבשתית נוחה לנמל למשאיות ורכבות.
28. אופן מתן שירותי הנמל בישראל מוסדר בחוק רשות הספנות והנמלים, בתקנות ובצווים שהותקנו מכוחו ובכתבי ההסמכה שניתנו לחברות הנמל.
29. המבנה שאומץ בחוק זה הינו של הפרדה בין ניהול המקרקעין המיועדים לשימוש נמלי, הנכסים הפיזיים בנמלים והפיתוח העתידי שלהם, שהופקד בידי תאגיד ציבורי (חברת הפיתוח והנכסים),²² לבין תפעול הנמלים ומתן שירותים בהם שהופקד בידי גורמים שהוסמכו לכך לפי החוק, קרי חברות הנמל ותאגידים שהוסמכו לפעול בתחום הנמל.

²¹ זאת בניגוד לבעל מונופולין אשר כפוף לנורמות הכלליות הקבועות בפרק ד' לחוק, גם ללא הכרזה עליו ככזה.

²² ס' 9 לחוק רשות הספנות והנמלים.



רשות ההגבלים העסקיים

30. מבנה זה דומה למודל ה-Landlord, שהינו אחד המודלים המקובלים בעולם לניהול נמל,²³ אף כי מודל ה-Landlord לא מיושם במלואו בישראל. כך למשל, חלק מן השירותים אותם אמור, בהתאם למודל, לספק התאגיד הציבורי, מספקות בפועל החברות המפעילות את הנמל.²⁴
31. בהתאם להוראות חוק רשות הספנות והנמלים, מקרקעין המיועדים לשימוש נמלי ונכסים המיועדים להיכלל בשטחי נמל יוחזקו על ידי חברת נמלי ישראל - פיתוח ונכסים בע"מ (להלן: "חברת נמלי ישראל"), שהוסמכה לשמש כחברת הפיתוח והנכסים, כמשמעו בחוק. בהתאם, חברת נמלי ישראל קיבלה מהמדינה זכויות במקרקעין המיועדים לשימוש נמלי וכן בנכסים נוספים המיועדים להיכלל בתחומי נמל (לרבות עגורנים וגוררות), והיא אחראית על ניהול נכסים אלו והעמדתם לשימוש חברות נמל וגורמים אחרים הפועלים בתחומי נמל. בנוסף, חברת נמלי ישראל אחראית על פיקוח ותחזוקה של המקרקעין והנכסים המיועדים לשימוש נמלי וכן על תכנון ופיתוח של הנמלים.
32. חברת נמל חיפה וחברת נמל אשדוד הוסמכו להיות חברות נמל ולהפעיל את נמלי חיפה ואשדוד, בהתאמה, וליתן בהם שירותי נמל לרבות ניטול²⁵ ואחסנת מטענים, שירותים שונים לכלי השיט וכן הפעלת מסוף נוסעים ומתן שירות לנוסעים.²⁶ בכתב ההסמכה נקבעו שירותי חובה ושירותי רשות שעל חברות הנמל ליתן וכן נקבעו פעולות נלוות, בהן חברות הנמל רשאיות לעסוק.
33. כלל השירותים הניתנים על ידי חברות הנמל אינם מהווים בהכרח שוק מוצר רלוונטי אחד. לפיכך, הצעד הראשון הנדרש לשם קביעה בדבר קיומה של קבוצת ריכוז הינו הגדרת שוק המוצר הרלוונטי, קרי, שרטוט גבולות הזירה התחרותית בה פועלים השחקנים, ואשר לגביה נבחנת האפשרות לקבוע כי הינם חברי קבוצת ריכוז.

ד. הגדרת השוק הרלוונטי

המסגרת המשפטית

34. הגדרת השוק הרלוונטי הינה פרי של ניתוח מתודולוגי של המציאות הכלכלית, החותר לאתר זירת תחרות אשר שליטת ספק יחיד בה מאפשרת לו לפגוע בתנאי האספקה של שירות או מוצר (דוגמת איכות, מחיר, מגוון) תוך גריפת רווח.

²³ להרחבה בעניין מודל ה-Landlord ר' World Bank Port Reform Toolkit, 2nd edition <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/port-reform-toolkit-ppiaf-world-bank-2nd-edition>.

²⁴ כך, למשל, חברות הנמל מספקות בפועל שירותים כגון ניהול תנועת כלי שיט, ניהול שער הנמל וכיוב' אף כי על פי מודל ה-Landlord, הגורם שאמור לספק שירותים אלו הוא התאגיד הציבורי. על יישומו החלקי של מודל ה-Landlord ניתן ללמוד גם מהחלטה מסי 4002 של הממשלה "חיזוק מודל ה-Landlord בנמלי ישראל" (24.08.2008). להרחבה בעניין זה ר' גם דוח שנתי 59 בשנת 2008 של מבקר המדינה, בעמוד 1103.

²⁵ Handling, בהובלה ימית - נטילת מטען מן האונייה לנמל או מן הנמל לאונייה.

²⁶ בנוסף, חברת נמל אילת הוסמכה להפעיל את נמל אילת ובשנת 2007 חברת מספנות ישראל בע"מ הוסמכה להפעיל את נמל מספנות ישראל בשפך נמל הקישון.



רשות ההגבלים העסקיים

35. הגישה הרווחת להגדרת השוק מבוססת על מבחן התחליפיות הקרובה, הבוחן באיזו מידה רואה הצרכן את שני המוצרים המועמדים להיות באותו השוק כתחליפיים זה לזה.
36. בחינת השוק הרלוונטי מתחילה מהמוצר או השירות הנבחן, כאשר המטרה היא לבחון אם יש מקום להרחיב את גבולות השוק הרלוונטי אל מעבר לאותו מוצר או שירות, באופן שייכללו בו תחליפים קרובים למוצר הנבחן, אם לאו.
37. אחת הדרכים להגדרת השוק בוחנת האם ספק יחיד של מוצר נבחן יכול להעלות את מחירו בשיעור קטן אך משמעותי, לתקופה שאינה ברת חלוף, ובצורה רווחית, וזאת בהתעלם משינויים בצד ההיצע (מבחן זה ידוע בשם "מבחן המונופול ההיפותטי").²⁷ אם עקב העלאת מחיר כאמור צרכנים יעברו למוצרים אחרים במידה כזו שיש בה כדי להפוך את העלאת המחיר ללא רווחית, מוצרים אלו מהווים תחליפים קרובים ויש לכללם בגבולות שוק המוצר הרלוונטי.²⁸
38. מידת התחליפיות בין מוצרים נמדדת על פי גמישות הביקוש הצולבת, דהיינו, מהי ההשפעה שיש לשינוי במחירו של מוצר אחד על הביקוש למוצר האחר. מדידה ישירה של גמישות הביקוש הצולבת בין מוצרים הינה משימה מורכבת, ולא תמיד אפשרית. לכן, בפסיקה אומצו מבחני עזר שנועדו לסייע באמידת התחליפיות בין מוצרים, מנקודת מבט הצרכן, לשם הגדרת השוק הרלוונטי.²⁹
39. בין המבחנים ניתן למנות את מבחן התחליפיות הפונקציונאלית בין המוצרים, קרי עד כמה דומים המוצרים בעיני הצרכן מבחינת היעדים והשימושים הנעשים בהם ומבחינת איכותם וטיבם; הבדלי מחיר בין מוצרים; קשרי גומלין בין מחירי המוצרים; מבחנים המתייחסים לנתונים הפיזיים-אובייקטיביים של המוצרים; מבנה הביקוש וההיצע תוך אפיון הלקוחות והספקים המרכזיים; ופרספקטיבת הנפשות הפועלות, היינו ראיית הצרכנים את ספקיהם וראיית הספק שמעמדו נבחן את מתחריו, וכיוצא באלה מאפיינים היכולים להצביע על מידת התחליפיות שבין המוצרים הנבחנים בעיני הצרכן.³⁰

²⁷ ר' ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף ושיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, 232, ה"ע (הגבלים עסקיים) 506/04 שטראוס עלית נ' הממונה על ההגבלים עסקיים, פסקאות 15-16 לפסק הדין (פורסם בנבו, 9.7.07), ה"ע (הגבלים עסקיים) 704/07 הממונה על ההגבלים עסקיים נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ (פורסם בנבו, 5.4.2009). כן ר' גילה, לעיל ה"ש 11, בעמוד 874.

²⁸ ר' ערר בזק, לעיל ה"ש 6.

²⁹ ר' ערר (הגבלים עסקיים) 1/00 פז קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים עסקיים, סעיף 13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 29.05.2003). כן ר' הכרזות על בעלי מונופולין לפי סעיף 26(א) לחוק: דלק קידוחים שותפות מוגבלת יחד עם אבנר חיפושי נפט וגז שותפות מוגבלת, Noble Energy Mediterranean Ltd, ישראלמקו נגב 2 שותפות מוגבלת ודור חיפושי גז שותפות מוגבלת - בעלות מונופולין באספקת גז טבעי לישראל החל מהחצית השנייה של 2013, 500249 הגבלים עסקיים 2012, ואסמכתאות שם.

³⁰ כמעט בכל המקרים, יעשה שימוש רק בחלק מהמשתנים, בין מחמת חלקיות הנתונים הזמינים ובין בשל היעדר צורך לבחון את כולם, כאשר ניתן לגבש מסקנות גם על בסיס חלקם. ר' גילוי דעת 1/11 מאת הממונה על ההגבלים עסקיים: הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים, 5001710 הגבלים עסקיים 2011, ואסמכתאות שם.



רשות ההגבלים העסקיים

השירות הנבחן – פריקה וטעינה של מכולות המובלות בדרך הים

40. השירות העיקרי שניתן כיום בנמלי מטענים, ובכלל זה בנמל חיפה ובנמל אשדוד, הוא שירות של פריקה וטעינה של מכולות. גם המסופים החדשים אשר צפויים להיבנות בנמל חיפה ו/או בנמל אשדוד, מתוכננים להיות מסופי מכולות. משכך, שירותי פריקה וטעינה של מכולות המובלות בדרך הים הינו השירות שבחינתו תהווה נקודת מוצא לבחינת גדרי השוק הרלוונטי לצרכי החלטה זו.

41. שירותים אלו, של פריקה וטעינה של מכולות, הינם חלק מן השירותים הנחוצים על מנת לאפשר הובלה של סחורות בדרך הים. על מנת לבחון אם שירותי פריקה וטעינה של מכולות מהווה שוק רלוונטי נפרד, יש לבחון תחילה אם הובלת מטענים במכולות דרך הים מהווה לכשעצמה שוק רלוונטי נפרד, ביחס לאפשרויות הובלה אחרות של מטענים. אפשרויות אלו כוללות הובלת מטענים בים שלא באמצעות מכולות וכן הובלת מטענים באוויר או ביבשה.

הובלה בדרך הים שלא באמצעות מכולות אינה תחליפית להובלה במכולות

42. הובלה בדרך הים מאפשרת הובלה של מטענים בהיקפים גדולים בעלות נמוכה יחסית לדרכי הובלה אחרות. הובלה בדרך הים נעשית בכלי שיט מסוגים שונים, שהעיקריים בהם הם אניות מכולה, המשמשות להובלת מטען ארוז במכולות; אניות מטען כללי המשמשות לרוב להובלת מטען אשר מפאת גודלו לא ניתן לאחסנו במכולות; אניות צובר המשמשות להובלת מטען יבש בתפזורת; מכליות, המשמשות להובלת מטען נוזלי; אניות גל-נוע, המשמשות להובלת מטען שניתן לשנע אל תוך האניה בנסיעה ואניות מטען כבד המשמשות להובלת מטענים גדולים במיוחד, אשר לא ניתן להובילם באניות משא רגילות.

43. מרבית המטען המועבר בדרך הים מועבר כיום במכולות. היקף הובלת מטענים במכולות אף נמצא במגמת עלייה מתמדת. בשנת 2012, כ-60% (בטונות) מכלל הסחורות שעברו בנמלי ישראל הועברו באמצעות מכולות.³¹ הסיבה לכך הינה היתרונות המובהקים הגלומים בצורת הובלה זו.

44. מכולה היא תיבה בגודל ומפרט אחידים, בעלת קוד זיהוי ייחודי, הנקבעים בהתאם לתקן ארגון התקינה הבינלאומי (ISO). נפח של מכולה נמדד ביחידות TEU,³² השוות לנפחה של מכולה אחידה באורך 20 רגל. מכולות משמשות לאחסון מטען לשם הובלתו בכלי תחבורה שונים (משאית, רכבת או אניה). היתרון המרכזי להובלה באמצעות מכולות הוא ביכולת להעביר בין אמצעי תחבורה שונים בלי צורך לפרוק את המטען מתוכן. הובלה במכולות מאפשרת חסכון בזמן ובעלות של הטעינה והפריקה, מעקב אחר המטען בכל שלבי הובלתו, סטנדרטיזציה של ההובלה והגנה על המטען בתנאי שטח ותנאי אקלים שונים.

³¹ ר' דיווח על תנועת מטענים בנמלי ישראל - סיכום לשנת 2012, אתר רשות הספנות והנמלים.

<http://asp.mot.gov.il/he/publications/chargers/328-cargo-2012>

³² Twenty foot Equivalent Units



רשות ההגבלים העסקיים

45. אניות מכולה פועלות בקווי הפלגה, הפוקדים נמלים לפי תכנון ידוע מראש ובלוחות זמנים קבועים מראש (קווי הובלה סדירים). בנוסף, הובלה באמצעות מכולות מאפשרת לרוב המוחלט של המשתמשים נגישות למגוון רב של יעדים באופן תדיר.
46. למעשה, מרבית המטענים שלא מועברים כיום במכולות הם מטענים נוזליים (כימיקלים ודלק) ומטענים יבשים בתפזורת (כגון דגנים, סוכר ופחם) שלא ניתן לשנע במכולות.³³
47. עלייה בהיקפי ההובלה באמצעות מכולות הביאה למגמה של בניית אניות בעלות קיבולת הולכת וגדלה,³⁴ דבר אשר הביא להוזלת עלות ההובלה של מכולה בודדת.³⁵ מגמת הגידול בהיקף ההובלה במכולות נובעת מכך שזול ונוח יותר להוביל מטען במכולות. גורמים בתחום מכנים את צורת ההובלה שאינה במכולות - מלבד במטענים שבהם אין ברירה ולא ניתן להכניס אותם למכולה - כצורת עבודה פרימיטיבית שחלפה מן העולם.
48. על פי הבדיקה שנערכה ברשות ההגבלים העסקיים (להלן גם "הרשות") ונוכח מאפייני ההובלה באמצעות מכולות והיתרונות הגלומים בהובלה כאמור, סוגי ההובלה הימית האחרים אינם מהווים תחליף קרוב להובלה ימית של מכולות.

הובלה בדרך היבשה או האוויר אינה תחליפית להובלה בדרך הים

49. אפשרויות הובלת מטענים שלא בדרך הים (ביבשה או באוויר) אינן מהוות אף הן תחליף קרוב להובלת מטענים בים במכולות.
50. מעבר סחורות לישראל וממנה בדרך היבשה מוגבל מאד. הובלת מטענים בדרך היבשה אפשרית באמצעות משאיות, דרך אחד משלושת מעברי הגבול בין ישראל לבין ירדן או מצרים, בהם ניתן להעביר סחורות. מבדיקת הרשות עולה, בתמצית, כי העברת סחורות במעברי גבול מסובכת מבחינה לוגיסטית ויקרה. ממילא, העברת סחורות בדרך היבשה אפשרית רק לירדן ולמצרים או מהן לישראל. ישראל לא מקיימת יחסים כלכליים או דיפלומטיים עם אף אחת מן המדינות הגובלות בירדן או במצרים, ולכן, לא ניתן להעביר דרכן סחורות בדרך היבשה למדינות אחרות.³⁶

³³ בהתאם לסיכום התפלגות המטענים לשנת 2011 שפורסם על ידי חברת נמל חיפה, 67% מן המטענים שעברו בנמל בשנת 2011 (בטונות) הם מכולות, 19% דלק וכימיקלים, 13% דגון ו-6% מטען כללי וצובר. ר' אתר נמל חיפה: <http://www.haifaport.co.il/template/default.aspx?PageId=25>

³⁴ כיום, ישנן, אניות בעלות קיבולת של 15,000 TEU ובקרוב צפויה להיות מושקת אניה בקיבולת של 18,000 TEU. אניית מכולה הגדולה ביותר שפוקדת את נמלי ישראל היא אניה של חברת MSC, בעלת קיבולת של 9,200 TEU והיא פוקדת את נמל חיפה.

³⁵ ככלל, ככל שהאניה גדולה יותר – מחיר ההובלה של מכולה בודדת נמוך יותר.

ר' למשל, Theo Notteboom, *Strategic Challenges to Container Ports in a Changing Market Environment*, in RESEARCH IN TRANSPORTATION ECONOMICS, VOLUME 17: DEVOLUTION, PORT GOVERNANCE AND PORT PERFORMANCE 29, 38 (Mary R. Brooks & Kevin Cullinane ed., 2007)

³⁶ ירדן גובלת עם עיראק, ערב הסעודית וסוריה ומצרים גובלת עם לוב וסודן –מדינות אלו לא מקיימות יחסים דיפלומטיים וכלכליים עם ישראל.



רשות ההגבלים העסקיים

51. הובלת סחורות דרך נמלי ירדן או מצרים לא מהווה אף היא פתרון חלופי נאות להובלה ימית דרך נמלי ישראל, שכן אף אפשרות זו הינה יקרה וסבוכה לוגיסטית.³⁷

52. הובלה אווירית של מטענים יקרה פי כמה מעלות ההובלה הימית.³⁸ מבחינה פונקציונלית – מדובר בדרך מהירה יותר להעברת מטען, ביחס להובלה ימית, אך נפח המטען שניתן להעביר במטוס הוא מוגבל.³⁹ משכך, הובלה אווירית משמשת לרוב לשינוע מוצרים בעלי משקל ונפח קטנים ביחס לערכם, עבורם זמן המסע הינו פרמטר מהותי.⁴⁰ נוכח אלו, ההובלה האווירית אינה תחליפית להובלה ימית.

53. לסיכום נקודה זו, הבדיקה שנערכה ברשות העלתה כי הובלת מטענים במכולות בדרך הים הינו שירות מובחן, ואפשרויות ההובלה האחרות אינן מהוות עבורו תחליף קרוב.

שירותי פריקה וטעינה

54. הובלת מטענים בדרך הים מחייבת קיומו של ממשק בין ההובלה הימית להובלה היבשתית, לצורך פריקה וטעינה של מטענים. פריקה וטעינה של מטענים מאניות מסוגים שונים מצריכה שימוש בתשתיות ובציוד ייעודיים, המותאמים לסוג האניה וסוג המטען.

55. בכלל זה, מתן שירותי פריקה וטעינה של מכולות מחייב שימוש בציוד ותשתיות ייעודיים, הכוללים, בין היתר, עגורני גשר המשמשים לפריקה וטעינה של מכולות וכן עגורני שער המשמשים לאחסנת מכולות בערוגות ייעודיות. כמו כן, נדרש שימוש במערכות תפעול המאפשרות ניהול, סידור ואיתור של מכולות המאוחסנות בנמל. על פי רוב, נמלים מקצים מסופים ייעודיים לפריקה וטעינה של מכולות המצוידים בציוד המתאים. מסופים אלו מותאמים מבחינת אורך הרציף והשוקע לקליטת אניות מכולה גדולות.

56. לאור העובדה כי מתן שירותי פריקה וטעינה של מכולות מחייב שימוש בתשתיות ובציוד ייעודיים לכך בלבד, הרי שמבחינה פונקציונלית, שירותי פריקה וטעינה של מטענים מסוגים אחרים אינם תחליפיים לשירותי פריקה וטעינה של מכולות, ולקוחות הזקוקים לשירותי פריקה וטעינה של מכולות המובלות בדרך הים, אינם יכולים לעשות שימוש בספקי שירותי פריקה וטעינה של מטענים מסוג אחר.

³⁷ נוסף לבעייתיות הכרוכה בהובלה היבשתית דרך מעבר הגבול - בהובלה דרך מצרים, המרחק של הנמל הקרוב ביותר לגבול עם ישראל (נמל פורט סעיד) הינו מרחק משמעותי של כ-300 קילומטר, דבר המשליך על עלויות ההובלה היבשתית אל הנמל. הובלת מטענים לנמל זה דרך היבשה אף מחייבת את חציית חצי האי סיני, אשר נוכח המצב הגיאופוליטי באזור, עלולה להיות מסוכנת. נמל עקבה בירדן קרוב יותר, אולם עלות הובלת הסחורות לנמל זה הינה יקרה, ומשכך שימוש בנמל זה אינו מהווה תחליף לנמלי ישראל. ממילא, תנועת המכולות בנמל עקבה – נכון להיום –

זניחה. ר' אתר האינטרנט של נמל עקבה - <http://www.aqabaports.com.jo/En/Default.aspx>

³⁸ מבדיקת הרשות עולה כי עלות ההובלה האווירית הינה יקרה פי 3 עד פי 10, ואף יותר מאשר ההובלה הימית, תלוי ביעד ובגורמים נוספים.

³⁹ מטוס מסוגל לשאת מטען במשקל של עד 100 טון. לשם השוואה, 100 טון הוא משקלן המוערך של 5 מכולות, בעוד שאוניית מכולות מסוגלת לשאת מאות ואף אלפי מכולות.

⁴⁰ לשם המחשה, ההיקף השנתי הכולל של הובלת מטען באמצעות האוויר, נכון לשנת 2012, הינו כ-420,000 טון, בעוד שהיקף ההובלה הימי הכולל מוערך בכ-43 מיליון טון בשנה.



רשות ההגבלים העסקיים

57. התחליפיות הפונקציונלית בין המוצרים הינה המדד המרכזי לבחינת תחליפיות, שכן, בהעדר תחליפיות פונקציונלית, קשה לראות כיצד מוצר אחד יכול שיהא תחליפי למוצר האחר.⁴¹
58. מכאן, בנסיבות העניין מתבקשת המסקנה כי שירותי פריקה וטעינה של מכולות הינם שוק רלוונטי נפרד.⁴²
59. בדיקת רשות ההגבלים העסקיים העלתה, כי שוק מתן שירותי פריקה וטעינה של מכולות מורכב משני שווקי משנה – שירותי פריקה וטעינה של מכולות שמקורן או יעדן הוא השוק המקומי (מכולות מקומיות) ושירותי פריקה וטעינה של מכולות שיטעון, שנמל המקור והיעד שלהן אינו בישראל.⁴³ בניגוד למכולות מקומיות, מכולות שיטעון נפרקות בנמל בישראל ונטענות באותו הנמל על אניה אחרת, המובילה את המכולות ליעדן הסופי במדינה אחרת. מנקודת מבט חברות הספנות, אין הכרח שהשיטעון יתבצע בישראל דווקא, ועשויים להיות נמלים אחרים במדינות אחרות, אשר מהווים תחליפים קרובים לנמלי ישראל, לצרכי שיטעון.
60. לאור האמור, יש מקום להגדיר את השוק הרלוונטי לצרכי קביעה זו כשוק פריקה וטעינה של מכולות מקומיות בקווי הובלה סדירים בלבד.

ההיבט הגיאוגרפי

61. השוק הגיאוגרפי הרלוונטי מוגדר כאזור הגיאוגרפי הקטן ביותר, בו מונופול היפותטי, שהוא הספק היחיד של המוצרים הנכללים בשוק המוצר באזור, צפוי להגדיל את רווחיו אם יעלה את מחירו של אחד מהם לפחות בחלק מסוים של אותו אזור או בכולו, בשיעור קטן אך משמעותי ולתקופה שאינה בת חלוף.⁴⁴ הגדרת השוק הגיאוגרפי הרלבנטי נעשית מנקודת מבטו של הצרכן – היכן יחפש הוא את המוצר או השירות שהוא מעוניין בו, והיכן יחפש אלטרנטיבות למוצר או שירות המוצעים לו.⁴⁵
62. עבור מרבית לקוחות שירותי הנמל בישראל, נמל חיפה עשוי להיות תחליף לנמל אשדוד, ולהפך. כך הם הדברים מנקודת מבטן של חברות הספנות המעוניינות לפקוד נמל בישראל וכך הדבר הוא גם בעיני יבואנים ויצואנים (בעלי המטען), העושים שימוש בשירותי נמל. אמנם, לחלק מבעלי המטען עשויה להיות העדפה מובהקת לטובת אחד מן הנמלים בשל מיקומו ובשל הפער בין עלויות

⁴¹ פוד קלאב, לעיל, ה"ש 29, בסעיף 13 לפסק הדין.

⁴² עמדה לפיה שירותי פריקה וטעינה של מכולות מהווים שוק נפרד עולה גם משורה של החלטות שהתקבלו על ידי נציבות האיחוד האירופי. ר' למשל: Case No COMP/JV.55 Hutchison/RCPM/ECT (03.07.2001) Case No COMP/M.5093 DP WORLD / CONTI 7 / RICKMERS / DP WORLD BREAKBULK / JV (18.11.2008), ואסמכתאות שם.

⁴³ "שיטעון" (transshipment) - העברת מטענים מאניה לאניה בנמל אחד. שירותי שיטעון נועדו על מנת לאפשר העברת מטען מנמל מוצא לנמל יעד, דרך נמל שלישי, כתחנת ביניים (בדומה לשירות connection המקובל בתחום הטסת נוסעים).

⁴⁴ הנחיות המיזוגים, לעיל ה"ש 17, ואסמכתאות שם.

⁴⁵ ה"כ (הגבלים עסקיים) 39427-08-10 הולנדיה המרכז להנדסת שינה בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פסקה 29 לפסק הדין (פורסם בנבו, 4.7.2011).



רשות ההגבלים העסקיים

ההובלה היבשתית של המכולות אל הנמלים ומהם, ואולם, בעלי מטען רבים רואים את הנמלים כמתחרים ביניהם, וכשחקנים המצויים באותו שוק גיאוגרפי.⁴⁶

63. משכך, מבחינת ההיבט הגיאוגרפי השוק הרלוונטי הינו שוק כלל ארצי.

64. למותר לציין כי שירותי פריקה וטעינה של מכולות בישראל ניתנים למעשה רק בנמלי אשדוד וחיפה. לנמל אילת פעילות מזערית בפריקה וטעינה של מכולות. לפי נתוני רשות הספנות והנמלים, בין השנים 2010-2012 טופלו בנמל אילת פחות מ- 500 מכולות, בעוד שמספר המכולות בכל אחד מנמלי חיפה או אשדוד עולה על מיליון מכולות בשנה. ממילא, קווי ספנות סדירים אינם פוקדים היום את נמל אילת, והנמל אינו פועל כלל בשוק, כפי שהוגדר לצורכי החלטה זו. בנמל מספנות ישראל אין כל פעילות בתחום פריקה וטעינה של מכולות.

ה. השחקנים הפועלים בשוק

65. שוק מתן שירותי פריקה וטעינה של מכולות מקומיות בישראל הינו שוק דואופולי, הנשלט על ידי שתי חברות ממשלתיות – חברת נמל חיפה וחברת נמל אשדוד, המפעילות את נמל חיפה ואשדוד בהתאמה.⁴⁷

66. נמל חיפה הוקם בתקופת המנדט הבריטי ופועל מאז שנת 1933. החל משנת 2005 הנמל מופעל ומנוהל על ידי חברת נמל חיפה. הפעילות הנמלית העיקרית בנמל הינה פריקה וטעינה של מכולות, מטען כללי, צובר, דלקים, כימיקלים ודגנים. בנמל חיפה שלושה מסופי מכולות – מסוף כרמל א', שבנייתו הושלמה בשנת 2009, והכולל שני רציפים תפעוליים באורך כולל של 950 מטר, מסוף מכולות מזרחי, שאורכו כ-960 מטר, וכן מסוף מכולות מערבי, המשמש לפריקה וטעינה של אניות הזנה קטנות. בנוסף, קיימים בנמל חיפה מסופים נוספים, שהינם רב תכליתיים ומשמשים למטען כללי, מטען צובר, פריקת אניות גל-נוע וכן לעגינת אניות נוסעים.

67. נמל אשדוד החל לפעול בשנת 1965, ומשנת 2005 מופעל ומנוהל על ידי חברת נמל אשדוד. הפעילות הנמלית העיקרית בנמל אשדוד הינה פריקה וטעינה של מכולות, מטען כללי, כלי רכב, מטענים חקלאיים, דלקים, אשלג, פוספטים ודגנים. בנמל ארבעה רציפים המשמשים לפריקה וטעינה של מכולות – רציפים 7, 9, 22 ו-23, שאורכם המצרפי עומד על כ-1,750 מטר.

68. חברות הנמל הן חברות ממשלתיות, בבעלות ממשלתית מלאה, אשר הוקמו ופועלות בהתאם לכתב הסמכה שניתן להן מכוח חוק רשות הספנות והנמלים. הקמתן של חברות נמל נפרדות בבעלות ממשלתית, שיועדו לפעול באותו ענף, נועדה לקדם תחרות בין החברות. כך, בדברי ההסבר להצעת חוק רשות הספנות והנמלים נכתב כי "מוצע על כן לשנות את מבנה ענף השירותים

⁴⁶ מבדיקה שערכה רשות ההגבלים העסקיים עולה כי עבור חלק מבעלי המטען, בעיקר אלו הממוקמים בין אשדוד לחיפה, הפער בין עלויות ההובלה היבשתית הינו קטן יחסית ואינו מהווה שיקול בבחירת נמל. עבור חלק משמעותי מבעלי המטען האחרים, הגם שקיים פער מסוים בין עלויות ההובלה היבשתית לנמל אחד לעומת הנמל השני, פער זה אינו מהווה שיקול מכריע בבחירת הנמל, שכן הבחירה נעשית על סמך פרמטרים אחרים. בנוסף, חלק מבעלי המטען אדיש לעלויות ההובלה היבשתית, שכן אלו מסובסדות, במלואן או בחלקן, על ידי חברות הנמל או על ידי חברות הספנות.

⁴⁷ כאמור, בנמל אילת פעילות מזערית בפריקה וטעינה של מכולות ונמל מספנות ישראל אינו פעיל כלל בתחום זה.



רשות ההגבלים העסקיים

הנמליים, תוך יצירת הפרדה בין תפעול הנמלים לבין ניהול הנכסים הפיזיים והפיתוח העתידי שלהם ובין הפעילות בנמלים השונים, לשם יצירת תחרות ביניהם".⁴⁸

69. הגם שחברות הנמל מצויות שתיהן בבעלות המדינה, הרי שמעמדן שונה מאלה של חברות אחיות רגילות. תכלית הקמתן של חברות הנמל היתה קידום התחרות. הדברים נלמדים גם מהוראות סעיף 35 לחוק רשות הספנות והנמלים הקובע כי "על אף האמור בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, לא יחול ביחסים שבין התאגידים המוסמכים הוראות סעיף 3(1), (3) ו-5 לחוק האמור."

70. משמעות ההוראה היא כי על התאגידים המוסמכים, וביניהם חברות הנמל, לא יחולו הוראות חוק ההגבלים העסקיים הקובעות כי הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין, הסדר בין מי שמקנה זכות במקרקעין לבין מי שרוכש את הזכות והסדר שהצדדים לו הם חברה וחברה בת שלה לא ייחשבו כהסדרים כובלים.⁴⁹ כפי שניתן להיווכח, כוונת המחוקק בעת חקיקת חוק רשות הספנות הייתה להבטיח קיומה של תחרות בשוק מתן שירותי נמל.

71. תחרות בשוק שירותי נמל עשויה לבוא לידי ביטוי, בין היתר, בירידת מחירים ללקוחות הנמל. בהקשר זה יש לציין כי מחירי שירותי הנמל מופקחים בצו פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים (שירותי נמל), תשי"ע-2010, אשר קובע את המחיר המרבי בגין שירותי הנמל השונים, לרבות שירותי ניטול מכולות. מובן, עם זאת, כי כאשר מדובר במחיר מרבי אין מניעה להתפתחות תחרות מחירים במרחב שמתחת למחיר המרבי. בנוסף, תחרות במתן שירותי נמל חיונית על מנת להבטיח מתן שירות איכותי ויעיל למשתמשי שירותי הנמל, אשר בא לידי ביטוי בקיצור זמני ההמתנה של האניות, על כל החיסכון בעלויות הכרוך בכך, ומתן שירות סדיר, יעיל ואיכותי לבעלי המטען.

ו. התנאים לקביעה בדבר קיומה של קבוצת ריכוז

72. הסמכות לקבוע כי קבוצה מצומצמת של בני אדם היא קבוצת ריכוז נתונה לממונה מקום בו בידי קבוצה מצומצמת של בני אדם המנהלים עסקים נתון ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת הנכסים, מתן השירותים או רכישתם ובהתקיים שני תנאים מצטברים נוספים, הקבועים בסעיף 31ב(א) לחוק, שהם:

(1) בין חברי הקבוצה או בענף שבו הם פועלים קיימת תחרות מועטה בעסקים או שמתקיימים תנאים לתחרות מועטה בעסקים;

(2) נקיטת צעדים כאמור בסעיף 31ג עשויה למנוע פגיעה או חשש לפגיעה משמעותית בציבור או בתחרות בעסקים בין חברי הקבוצה או בענף שבו הם פועלים, או עשויה להגביר את התחרות בענף באופן משמעותי או ליצור תנאים להגברה משמעותית של התחרות בענף.

⁴⁸ דברי ההסבר להצעת חוק רשות הספנות והנמלים, התשס"ד-2003, ה"ח 59, בעמוד 18.

⁴⁹ ר"ה החלטה לפי סעיף 14 לחוק בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל הסדר בין חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ - חברת נמל חיפה בע"מ - חברת נמל אשדוד בע"מ - חברת נמל אילת בע"מ, 5000074 הגבלים עסקיים 2005, שם הוסבר כי ההוראה נועדה על מנת למנוע תיאום בין חברות הנמל ועל מנת להפוך תיאום כזה לעבירה על פי חוק ההגבלים העסקיים.



רשות ההגבלים העסקיים

73. כפי שאראה להלן, התנאים לקביעה בדבר קיומה של קבוצת ריכוז מתקיימים בענייננו.
- ריכוז של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים בידי קבוצה מצומצמת של בני אדם**
74. התנאי הראשון לקביעה בדבר קיומה של קבוצת ריכוז הינו כי בידי קבוצה מצומצמת של בני אדם המנהלים עסקים נתון ריכוז של למעלה ממחצית מאספקת השירותים בענף.
75. בידי שתי חברות הנמל נתון ריכוז של כלל האספקה של שירותים בשוק מתן שירותי נמל.⁵⁰
76. די בכך כדי שיתקיים התנאי הראשון הדרוש לקביעה בדבר קיומה של קבוצת ריכוז בשוק זה – קיומה של "קבוצה מצומצמת" שבידה ריכוז של למעלה ממחצית מאספקת השירותים.
77. מידת הריכוזיות בשוק הינה משתנה חשוב לצורך בחינה אם בשוק זה מתקיימת תחרות מועטה. ככל שהשוק ריכוזי יותר, כלומר ככל שמספר המתחרים בו קטן יותר, כך קל יותר לשחקנים הפועלים בשוק להפעיל כוח שוק ולתאם התנהלותם, במפורש או בהבנה שבשתיקה.
78. מטבעו, דואופול – שוק אשר פועלים בו שני שחקנים בלבד – הינו שוק שמועד במיוחד להפעלת כוח שוק ולתיאום. עצם העובדה כי בשוק פועלים שני מתחרים בלבד, המרכזים בידם את כלל אספקת השירותים בשוק, מהווה, לכשעצמה אינדיקציה חזקה לתחרות מועטה בו.⁵¹
- תחרות מועטה או תנאים לתחרות מועטה**
79. התנאי השני לקביעה בדבר קיומה של קבוצת ריכוז הוא כי בין חברי הקבוצה מתקיימת תחרות מועטה או מתקיימים תנאים לתחרות מועטה.
80. סעיף 31א(ב) מפרט שני תנאים להחלת חזקה כי בשוק מסוים קיימים "תנאים לתחרות מועטה" – קיומו של חסם כניסה לענף וקיומם של לפחות שניים מהתנאים המנויים בסעיפים 31א(ב)(1)–31א(ב)(6).
81. ככל שבשוק הרלוונטי קיים חסם כניסה וכן שניים מבין ששת התנאים האחרים, הרי שמתמלאות דרישות החוק לעניין תנאים לתחרות מועטה.
- חסם כניסה לענף**
82. מקובל להניח כי ככל שחסמי הכניסה לשוק גבוהים יותר, גוברת יכולתן של החברות הפועלות בו להתאים את פעולותיהן, משום שבטווח הנראה לעין השוק יישאר ריכוזי.
83. שוק מתן שירותי נמל מאופיין בחסמי כניסה תמירים.
84. חסם הכניסה העיקרי נובע מן הרגולציה הממשלתית הקפדנית של שוק מתן שירותי הנמל.

⁵⁰ ר' נתוני רשות הספנות והנמלים בדבר תנועת מטענים בנמלי ישראל, באתר רשות הספנות והנמלים –

<http://asp.mot.gov.il/he/publications/chargers>

⁵¹ ר' למשל (1999) ECR II-753 Commission, ECR II-753, T-102/96 Gencor Ltd. v. Commission, שם נקבע כי:

"particularly in the case of a duopoly, a large market share is, in the absence of evidence to the contrary, likewise a strong indication of the existence of a collective dominant position"



רשות ההגבלים העסקיים

85. חוק רשות הספנות והנמלים קובע כי לא יינתנו שירותי נמל אלא מכוח הסמכה לפי חוק זה.⁵² הסמכות להסמיך חברה שהתאגדה ונרשמה בישראל להיות חברת נמל וליתן שירותי נמל הינה של שר התחבורה, בהסכמת שר האוצר.⁵³ שר התחבורה אף רשאי לקבוע בכתב ההסמכה של חברת נמל את שירותי הנמל שעליה לתת וכן הוראות לענין הרמה, הטיב והאיכות של שירותי הנמל ולענין התשתיות, המערכות והמיתקנים שעליה לקיים לצורך הפעלת הנמל.⁵⁴
86. בנוסף, בחוק רשות הספנות והנמלים נקבע כי מקרקעין המיועדים לשימוש נמלי ינוהלו על ידי חברת הפיתוח והנכסים, שתוסמך בהתאם להוראות חוק זה (חברת נמלי ישראל),⁵⁵ וכי חברת נמל לא תרכוש ולא תקבל, בכל דרך שהיא, מקרקעין בתחום נמל, אלא מידי חברת נמלי ישראל.⁵⁶ חברת נמלי ישראל הינה גם הגורם המוסמך לתכנן ולפתח את הנמלים, הן באופן שוטף והן במטרה לתת מענה לצורכי המשק לטווח הארוך. בהתאם להוראות החוק, פיתוח אסטרטגי של הנמלים כפוף למדיניות הממשלה ולהוראות שר התחבורה ושר האוצר.⁵⁷
87. כניסה של מתחרה חדש לשוק מתן שירותי נמל אינה רק החלטה עסקית. למעשה, האסדרה הממשלתית של השוק אינה מאפשרת לגורם עסקי להיכנס לשוק זה אלא בהתאם להחלטות הממשלה והשרים, ובכפוף לקבלת היתרים הנדרשים לכך ולהקצאת מקרקעין המיועדים לשימוש נמלי על ידי חברת נמלי ישראל. הצורך באסדרה ממשלתית זו מהווה, כשלעצמו, חסם כניסה משמעותי ביותר לענף.⁵⁸ ממילא, קבלת הסמכה לשמש כחברת נמל אינה עניין של מה בכך. כך, עד היום, חברה פרטית אחת בלבד, מספנות ישראל בע"מ, הוסמכה להיות חברת נמל ולהפעיל נמל המציע מגוון מצומצם של שירותים (שאינו כולל פריקה וטעינה של מכולות).⁵⁹
88. מעבר לחסם הכניסה הרגולטורי, הקמת תשתית למתן שירותי נמל כרוכה בהוצאות כספיות עצומות בהיקפן. כך בין היתר, הקמת נמל כרוכה בייבוש שטח ים, בניית שובר גלים, הקמת רציפים ומסופים, הכשרת שטחי תפעול ואחסון והקמת מערכות לוגיסטיות – פעולות הכרוכות בהשקעה של מאות רבות של מיליוני שקלים.⁶⁰ בנוסף, נדרשת השקעה כספית בלתי מבוטלת נוספת לרכישת ציוד שימש להפעלת הנמל, גיוס העובדים והכשרתם והוצאות נלוות נוספות.

⁵² סעיף 19 לחוק רשות הספנות והנמלים.

⁵³ סעיף 10 לחוק רשות הספנות והנמלים.

⁵⁴ סעיף 20 לחוק רשות הספנות והנמלים.

⁵⁵ סעיף 9 לחוק רשות הספנות והנמלים. בשנת 2005, חברת נמלי ישראל – פיתוח ונכסים בע"מ הוסמכה על ידי שר התחבורה להיות חברת הפיתוח והנכסים בהתאם להוראות סעיף זה.

⁵⁶ סעיף 11 לחוק רשות הספנות והנמלים.

⁵⁷ ר' סעיף 9(ב) לחוק רשות הספנות והנמלים. פיתוח נמלי ישראל מתבצע בהתאם למתווה שנקבע בתוכנית אב אסטרטגית לפיתוח נמלי הים התיכון של ישראל לחמישים שנה (בין השנים 2006 ועד 2055), אשר הוכנה על ידי חברת הפיתוח והנכסים והוצגה בפני ממשלת ישראל. ר' בעניין זה גם החלטה מספר 1710 של הממשלה ה-31 "תכנית לפיתוח נמלי אשדוד וחיפה" (27.05.2007).

⁵⁸ להרחבה בעניין חסמי כניסה רגולטוריים ר' החלטה בעניין אי-מתן פטור מאישור בית הדין להסדר כובל בין מפעל הפיס לבין האגודה למען החייל, 3004184 הגבלים עסקיים 1999.

Ivo VAN BAELE & JEAN-FRANÇOIS BELLIS, COMPETITION LAW OF THE EUROPEAN COMMUNITY, p. 698 (5th ed., 2010), ואסמכתאות שם.

⁵⁹ בנוסף, כאמור, חברת נמל אילת בע"מ הופרטה והזיכיון להפעלת נמל אילת נמסר לחברת פפו ספנות בע"מ.

⁶⁰ עלות הקמת מסוף חיובל בנמל אשדוד, אשר נחנך באוגוסט 2005, מוערכת בכשלושה מיליארד ₪. עלות הקמת מסוף הכרמל בחיפה, אשר נחנך באוגוסט 2011, מוערכת בכמיליארד ₪. עלויות הקמת נמל בשטח חדש (שלא בצמוד לנמל קיים) עשויות להיות משמעותית גבוהות יותר.



רשות ההגבלים העסקיים

לשם ההדגמה, רכישת עגורנים לצורך הפעלת מסוף היובל, שנחנך בשנת 2005 בנמל אשדוד, הייתה כרוכה בהשקעה של כ-420 מיליון ₪. בהתאם לבדיקת רשות ההגבלים העסקיים, משך הזמן לצורך החזרת ההשקעה בהקמת נמל הינו עשרות שנים. העלויות הנדרשות לשם כניסה לשוק מתן שירותי נמל הן ברובן עלויות שקועות, כלומר, עלויות לצורך רכישת ציוד ותשומות שלא ניתן יהיה לעשות בהן שימוש אלא לצורך מתן שירותי נמל.

89. גובה ההשקעה, משך הזמן הנדרש לשם החזרתה והעובדה כי מדובר בהשקעה שקועה ברובה, מהווים אף הם חסם כניסה משמעותי לשוק מתן שירותי נמל.⁶¹

90. תחום מתן שירותי נמל מתאפיין אפוא במספר חסמי כניסה אשר די בכל אחד מהם, קל וחומר במשקלם המצטבר,⁶² כדי להציב קושי משמעותי ביותר בפני מתחרה המבקש לפעול בשוק זה.

תנאים נוספים לתחרות מועטה

91. סעיף 31ב(ב) מפרט שישה תנאים אפשריים, אשר קיומם של שניים מהם לפחות (בנוסף לחסמי כניסה, עליהם עמדתי לעיל) הינו תנאי מצטבר נוסף הנדרש על מנת לקבוע כי מתקיימים תנאים לתחרות מועטה בין חברי קבוצת הריכוז או בענף בו הם פועלים. תנאים אלו נוגעים למבנה השוק (למשל מספר השחקנים הפועלים בשוק וחסמי מעבר), טבעו של המוצר או השירות (מידת ההומוגניות של המוצר ושל עלויות הייצור של החברות השונות), אופי העסקאות בשוק (שקיפות עסקית, גודל הלקוחות, כמות העסקאות) וכן "אופי" השחקנים הפועלים בשוק (התמריצים של שחקן להתחרות, חשיבות חטיפת נתח שוק בטווח הקצר לעומת חשש ממלחמת מחירים בטווח הארוך וכדומה).⁶³

92. לא כל התנאים צריכים להתקיים בו זמנית על מנת שיהיו תנאים לתחרות מועטה,⁶⁴ ומלבד התנאי בדבר קיומם של חסמי כניסה לשוק, אף אחד מהתנאים אינו תנאי בלעדי אין, על מנת שיתקיים מבנה שוק המועד ליצירתו או יציבותו של שיווי משקל מתואם. נקודת המוצא היא שחשש מכוח שוק ומתיאום בשוק ריכוזי, שקשה לשחקנים חדשים להכנס אליו, עשוי להתעורר במגוון רחב יחסית של סיטואציות. מכאן הגמישות היחסית בגיבוש הדרישה לקיומם של תנאים לקיומה של תחרות מועטה.

⁶¹ ר' למשל גילה, לעיל ה"ש 11, בעמוד 876. ר' גם AREEDA, HOVENKAMP & SOLOW, לעיל ה"ש 14, פסקאות 421b-412c.

⁶² בהתאם לפסיקת בית הדין להגבלים עסקיים, החלטה לגבי משמעותם של חסמי הכניסה לשוק ראוי שתתקבל לאור ההכרה בקיומם המצטבר. ר' עניין פריינר, לעיל ה"ש 27, סעיף 50 לפסק הדין.

⁶³ להרחבה ר' מיכל (שיצר) גל, אמיר ישראלי, מנחם פרלמן "הסדרים כובלים – יסודות האיסור" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 202 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008).

כן ר' MASSIMO MOTTA, COMPETITION POLICY – THEORY AND PRACTICE, p. 142 (2004).

⁶⁴ ר' הנחיות למיזוגים, לעיל ה"ש 17, כן ר' גל, "מהו יקסדרי?", לעיל ה"ש 13, בעמוד 609.



רשות ההגבלים העסקיים

93. ברוח דברים אלו, המחוקק קבע רשימה של שישה תנאים אשר די בקיומם של שניים מהם על מנת להקים חזקה בדבר קיומם של תנאים לקיומה של תחרות מועטה.⁶⁵ בתמצית, התנאים הם (א) קיומו של חסם למעבר בענף; (ב) אחזקות צולבות בין השחקנים; (ג) נתחי שוק דומים; (ד) הומוגניות של המוצרים או השירותים; (ה) קיומם של מספר רב של לקוחות (ו) שקיפות העסקאות.

94. בענייננו, ניתן להצביע על קיומם של ארבעה מתוך ששת התנאים הקבועים בחוק.

חסמי מעבר

95. התנאי הראשון, הקבוע בסעיף קטן (1), הינו קיומו של חסם מעבר בענף.

96. חסם מעבר מוגדר, בהקשר של קבוצת ריכוז כ"חסם המגביל את יכולתו של לקוח לעבור בין ספקים בענף".⁶⁶ הוזה אומר, חסם מעבר הוא עלות, או מגבלה אחרת כלשהי, למעבר לקוחות משימוש בנכס או בשירות המסופק על ידי מתחרה אחד בענף לנכס או שירות המסופק על ידי מתחרה אחר.⁶⁷ מקובל להניח, כי קיומם של חסמי מעבר בענף מקל על שימור שיווי משקל על-תחרותי, שכן בהתקיים עלויות מעבר של לקוחות אל פירמה מתחרה, גדלה יכולתה של פירמה להעלות את המחיר מעל לעלות השולית או לפגוע באיכות המוצר או השירות מבלי שלקוחות רבים מדי יעברו לרכוש מוצרים אחרים.⁶⁸ חסם מעבר, כפי שמוגדר בחוק, יוצר כוח שוק לאותו מתחרה, אשר קיימות מגבלות על מעבר לקוחות ממנו. כוח שוק זה, המשולב עם שוק ריכוזי המאופיין בחסמי כניסה, הוא אחד הפרמטרים העוזרים להגיע למסקנה כי בשוק ישנם תנאים לקיומה של תחרות מועטה.

97. חברות הנמל מספקות שירותים הן לחברות הספנות והן לבעלי המטען (יבואנים ויצואנים וכן חברות שילוח).⁶⁹

98. שירותים הניתנים לחברות הספנות הם, בין היתר, שירותים הנדרשים לצורך כניסת כלי שיט לנמל ויציאתם ממנו, שירותי עגינה ברציף ופריקה וטעינה של מכולות. דמי הניטול בגין שירותי הנמל משולמים כיום בעיקרם על ידי חברות הספנות.⁷⁰ יחד עם זאת, חברות הספנות אינן הלקוחות היחידים של חברות הנמל. גם בעלי המטען מקבלים שירותים שונים, הקשורים קשר הדוק לשירותים הניתנים לחברות הספנות. בין יתר השירותים המסופקים לבעלי המטען – שירותי אחסון מכולות, הסדרת גישה למשאיות המובילות מכולות אל תוך הנמל, ועוד. משכך, יש לראות גם את בעלי המטען כלקוחות של חברות הנמל.

⁶⁵ ס' 31ב(ב) לחוק ההגבלים העסקיים.

⁶⁶ ר' סעיף 31א לחוק.

⁶⁷ ר' ס' 30(ג)(5) לחוק.

⁶⁸ דברי ההסבר להצעת החוק, עמוד 266. כן ר' גילה לעיל ה"ש 11, בעמוד 863.

⁶⁹ חלק מבעלי המטען משנעים מטען באמצעות חברות שילוח.

⁷⁰ כיום, 90% מדמי הניטול משולמים על ידי חברות הספנות. החל משנת 2014 חברות הספנות ישלמו 100% מדמי הניטול. ר' צו הפיקוח על מחירי מצרכים ושירותים (שירותי נמל) תשי"ע-2010.



רשות ההגבלים העסקיים

99. חלק מקווי ההובלה הפוקדים את נמלי ישראל פוקדים רק את אחד הנמלים. בעל מטען המעוניין להוביל מכולה בקו הובלה מסוים, הפוקד רק נמל אחד בישראל, כבול לנמל אותו פוקד הקו. מבדיקת רשות ההגבלים העסקיים עולה כי חלק מבעלי המטען המובילים מכולות דרך הים מייחס משקל רב יותר לבחירת חברת ספנות מאשר בחירת זהות הנמל דרכו יובילו את המטען. מכאן, שבעל מטען אשר מעוניין לעבוד עם חברת ספנות אשר פוקדת נמל אחד בלבד בישראל, עומד אף הוא בפני חסם מעבר משמעותי.

100. גם מנקודת מבטן של חברות הספנות קיימים חסמים למעבר בין הנמלים. לחברת ספנות הפוקדת נמל מסוים בישראל יש בסיס לקוחות העושה שימוש בשירותי קו ההובלה שלה שפוקד את אותו הנמל. העברת הקו לנמל אחר יהיה כרוך בהשתתפות עלויות הובלה יבשתית נוספות על אותם הלקוחות, אשר עסקיהם קרובים יותר לנמל אותו פוקדת חברת הספנות. לפיכך, כתוצאה מן המעבר, חברת הספנות עשויה לאבד לכל הפחות חלק מלקוחותיה, או להידרש לסבסד עבור לקוחותיה את עלויות ההובלה היבשתית.

101. חסם מעבר נוסף בפניו עומדות חברות הספנות נובע מן הצורך לפקוד נמל בישראל במועד קבוע. קו הובלה סדיר פוקד מספר נמלים בעולם, במסלול ובלוח זמנים קבועים, ובדרך כלל בתדירות שבועית. הדבר מחייב כי האניה תיכנס לכל אחד מן הנמלים שבמסלולה במועד ידוע וקבוע מראש. על מנת לאפשר זאת, חברות הספנות מתקשרות עם הנמלים בהסכמים להקצאת "חלון תפעולי", לפיו ישמר לקו הובלה מסוים חלון זמן קבוע ומוגדר מראש בנמל.⁷¹ חברת ספנות הפוקדת נמל אחד בישראל, ואשר קיבלה בו "חלון תפעולי" המתאים למסלול הקו, ואשר תשקול להחליפו, עשויה שלא לאתר "חלון תפעולי" בנמל השני, הנמצא בסמיכות זמנים לחלון הנוכחי.

102. בהתאם לבדיקת רשות ההגבלים העסקיים, שינוי של מועד הפקידה של נמל בישראל יחייב את חברת הספנות לשנות את מועדי הפקידה של יתר הנמלים במסלול, לפסוח על נמל אחר או לשנות את מהירות ההפלגה. שינויים מעין אלו כרוכים בהוצאות ניכרות מאד (ולעיתים הינם בלתי אפשריים). משכך, הצורך של חברת הספנות להיזקק לחלון תפעולי קבוע מהווה חסם מעבר משמעותי מבחינת חברות הספנות.

103. לפיכך, המסקנה היא כי השוק הרלוונטי מתאפיין בחסמי מעבר תמירים.

נתחי שוק דומים

104. תנאי נוסף שמתקיים בענייננו הינו תנאי הקבוע בסעיף קטן (3) ולפיו לחברי הקבוצה נתחי שוק דומים באספקה או ברכישה של נכסים או של שירותים בענף.

105. כפי שעולה מדברי ההסבר לחוק, הכוונה אינה לזהות בנתחי השוק, אלא לקרבה בלבד.⁷²

⁷¹ לגבי אניות אשר מגיעות לנמל מבלי שהוקצה להן "חלון תפעולי", סדרי הכניסה לנמל נקבעים בהתאם לכללי רשות הספנות והנמלים (נוהל התור התפעולי בנמלי חיפה, אשדוד ואילת), תשס"ח-2008.
⁷² דברי ההסבר לתיקון לחוק, לעיל ה"ש 11, בעמוד 267.



רשות ההגבלים העסקיים

106. מקובל להניח כי ככל שקיימת סימטריה בין השחקנים בשוק (מבחינת נתחי שוק, או כושר הייצור וכיוצא באלו), כך קל להם יותר להגיע לשיווי משקל דמוי קרטל ולשמרו.⁷³ הסיבה לכך היא שבשוק שבו פועלים שני שחקנים שבידם נתחי שוק משמעותיים, סביר יותר שייוצר שיווי משקל שבו אף אחד מהם אינו חפץ לסטות משיווי משקל מתואם.⁷⁴ בפרט, בשוק שבו פועלים שני שחקנים בעלי נתחי שוק משמעותיים קל יותר להגיע לתיאום מאשר בשוק שבו פועלים שחקן אחד בעל נתח שוק משמעותי מאוד ושחקן נוסף בעל נתח שוק קטן במיוחד.
107. סטייה משיווי משקל מתואם תתרחש כאשר הרווח ממנה בטווח הקצר, בדמות חטיפת נתחי שוק, גדול מההפסד בטווח הארוך, למשל בדמות מלחמת מחירים שצפויה לפרוץ לאחר הסטייה. כאשר כל אחד מהמתחרים מחזיק בנתח שוק משמעותי, סטייה מתיאום עשויה להביא להפסד ניכר לכל אחד מהם, ולרווח צנוע. תוצאה זו מהווה, באופן טבעי, גורם העלול להרתיע את המתחרים מלסטות מתיאום. לעומת זאת, כאשר לאחד המתחרים יש נתח שוק קטן יחסית, הוא צפוי להרוויח יותר מסטייה בטווח הקצר.
108. נתחי השוק של שתי חברות הנמל הינם משמעותיים, ודומים במהותם.
109. נתחי השוק של חברות הנמל בשוק בפריקה וטעינה של מכולות מקומיות (ללא שיטעון) במונחי TEU, הינם: בשנת 2013 (עד חודש יולי) נמל אשדוד 61%, נמל חיפה 39%; בשנת 2012 נמל אשדוד 60%, נמל חיפה 40%; בשנת 2011 נמל אשדוד 62%, נמל חיפה 38%; בשנת 2010 נמל אשדוד 57%, נמל חיפה 43%.
110. למעלה מן הצורך, אזכיר כי מתן שירות של פריקה וטעינה של מכולות מקומיות אינו שונה משמעותית – מנקודת מבטה של חברת הנמל – מאשר מתן שירות של פריקה וטעינה של מכולות שיטעון. פריקה וטעינה של מכולות שיטעון מחייבת ביצוע פעולות דומות ושימוש באותו ציוד ובאותו כוח אדם כמו פריקה וטעינה של מכולות מקומיות. כך, למשל, בהינתן כושר ייצור, פריקה או טעינה של מכולת שיטעון אף הייתה באה על חשבון פריקה או טעינה של מכולה מקומית. בחינת נתחי השוק של חברות הנמל בענף המכולות כולו (תנועת המכולות במונחי TEU, כולל שיטעון) מלמד כי נתחי השוק של הנמלים דומים אף יותר.
111. בשנת 2012 54% מתנועת המכולות בנמלי ישראל עברה בנמל חיפה ו-46% בנמל אשדוד. בשנת 2011 בנמל חיפה 51.6% מן המכולות ובנמל אשדוד 48.4%. בשנת 2010 בנמל חיפה עברו 55.4% מן המכולות ו-44.6% מן המכולות עברו בנמל אשדוד. עובדה זו תומכת אף היא במסקנה כי נתחי השוק של חברות הנמל הינם דומים מבחינה מהותית.

⁷³ ר' למשל Motta, לעיל ה"ש 63, בעמוד 147.

⁷⁴ Motta, לעיל ה"ש 63, בעמוד 147. כן ר' Van Bael & Bellis, לעיל ה"ש 58, בעמוד 709.



רשות ההגבלים העסקיים

112. נתחי השוק של נמל אשדוד גבוהים מעט יותר מאלו של נמל חיפה בפריקה וטעינה של מכולות מקומיות, ואילו בנמל חיפה פעילות משמעותית יותר מזו של אשדוד בתחום פריקה וטעינה של מכולות שיטעון. ואולם, בבחינת סך הפעילות בתחום פריקה וטעינה של מכולות, נתחי השוק של שתי חברות הנמל דומה מאוד, מה שמחזק את המסקנה כי מדובר בשני שחקנים אשר נתחי השוק שלהם דומים בכל הנוגע בטיפול במכולות.

113. מכאן עולה כי נתחי השוק של נמלי אשדוד וחיפה דומים ומתקיים התנאי הקבוע בסעיף קטן (3).

הומוגניות השירותים

114. תנאי נוסף המתקיים בענייננו הוא זה הקבוע בסעיף קטן (4), לפיו המוצרים המסופקים על ידי חברי הקבוצה "דומים זה לזה במידה רבה".

115. עניינו של תנאי זה בהומוגניות היחסית של המוצרים המסופקים בענף. ככלל, בשוק של מוצרים יחסית הומוגניים קל יותר ליצור ולשמר שיווי משקל מתואם. דמיון בין המוצרים בשוק יכול להקל על מלאכת התיאום וגישור על ניגודי אינטרסים ועלול להגביר את התמריצים להתנהגות מתואמת בין המתחרים.⁷⁵ בנוסף, דימיון במוצרים או שירותים יכול להקל על זיהוייה של סטייה מההתאמה.

116. דימיון בין השירותים נבחן, לצורך כך, על בסיס מאפיינים פונקציונליים של המוצרים או השירותים. מוצרים או שירותים מאותו סוג, הדומים מבחינה פונקציונלית, ואשר מיועדים מנקודת מבטו של הצרכן לאותו שימוש, יכולים להיחשב כדומים, גם אם קיימים ביניהם הבדלים מסוימים במיתוג, איכות וכיוב'.⁷⁶

117. שני הנמלים מספקים שירותי פריקה וטעינה של מכולות בקווי הובלה ימיים.⁷⁷ אין הבדלים פונקציונליים של ממש בין השירות הניתן בנמל חיפה לבין זה הניתן בנמל אשדוד, ושירות זה מסופק באופן דומה מאד על ידי שני הנמלים.

118. מבדיקת הרשות עולה כי גם מחירם של שירותי הנמל בשני הנמלים דומה במידה רבה. עוד עולה מבדיקת הרשות כי מנקודת מבטם של לקוחות רבים של הנמלים, השירות שניתן על ידי הנמלים דומה במידה רבה, וגם אם מתקיימים הבדלים מסוימים באיכות השירותים הניתנים, ההבדלים אינם משמעותיים דים על מנת להצביע על בידול של ממש בהיבט של איכות או בהיבט אחר בין השירותים שניתנים בשני הנמלים.

119. לאור הדמיון הרב במאפייני שירותי הנמל, הניתנים על ידי חברות הנמל, מתחייבת המסקנה כי גם התנאי הקבוע בסעיף קטן (4) מתקיים.

⁷⁵ ר' למשל TIROLE לעיל ה"ש 17, בעמוד 242.

⁷⁶ ר' VAN BAEL & BELLIS, לעיל ה"ש 58, בעמוד 710, ואסמכתאות שם.

⁷⁷ השירות כולל הכנת תכנית מטען עבור כל אניה שעוגנת בנמל, הקצאת עובדים וציוד בהתאם לנתוני המטען של האניה, רישום קוד הזיהוי של המכולה ובדיקת שלמותה הפיזית וסגירתה התקינה, הורדת המכולות מן האניה על ידי ציוד מתאים והעברתה למיקומו הייעודי בתוך הנמל לשם אחסנתה או טעינתן של מכולות לתוך האניה.



רשות ההגבלים העסקיים

מספר רב של לקוחות

120. תנאי נוסף שמתקיים במקרה שלפנינו הוא זה הקבוע בסעיף קטן (5) לפיו חברי קבוצת הריכוז מספקים נכסים "למספר רב של לקוחות או של ספקים". ככלל, מקובל להניח כי ריבוי לקוחות (או עסקאות) הינו פרמטר העלול להקל על יצירתו ושימורו של שיווי משקל מתואם.⁷⁸ ההנחה היא כי בשוק כזה, התמריץ לסטות משיווי המשקל המתואם ולהתחרות על לקוחות קטן יותר, שכן הרווחים מכל לקוח הינם נמוכים ואינם מצדיקים סטייה מהתואם.

121. חברות נמל מספקות שירותים למאות לקוחות ישירים כל אחת. לקוחותיהן של חברות הנמל הן כעשרים חברות ספנות הפוקדות את נמלי ישראל וכן, מאות יצואנים ויבואנים גדולים וחברות שילוח.

122. מכאן, שגם תנאי זה מתקיים בענייננו.

נקיטת צעדים למניעת הפגיעה בתחרויות

123. התנאי השלישי והאחרון הנדרש לקביעה בדבר קיומה של קבוצת ריכוז הינו כי בידי הממונה לנקוט בצעדים כאמור בסעיף 31 לחוק, אשר מקנה לממונה סמכות להורות לחברי קבוצת ריכוז בדבר צעדים שעליהם לנקוט כדי למנוע פגיעה או חשש לפגיעה בתחרות או כדי להגבירה.

124. עניינו של תנאי זה להבטיח שהקביעה על קבוצת ריכוז אינה נעשית בעלמא, או מתוך רצון להצהיר על מצב תחרותי מסוים, אלא שהיא קשורה ליכולתו של הממונה לטפל בבעיה התחרותית המאפיינת את השוק המדובר.

125. עמדתי לעיל על כך שנוכח מבנהו ומאפייניו של ענף שירותי הנמל, בענף זה מתקיימים תנאים לתחרות מועטה בין הנמלים. קיומם של תנאים אלה מעורר חשש לפגיעה משמעותית בציבור או בתחרות בעסקים. חשש לפגיעה משמעותית בציבור או בתחרות מתעורר עתה באופן מיוחד על רקע פרסומם של מכרזים להקמה של מסופי מכולות חדשים בנמל חיפה או נמל אשדוד.

126. כפי שאפרט להלן, בהוראות שבכוונתי ליתן לחברות הנמל יש כדי להפיג חשש זה.

הוראות בדבר הפעלת תשתיות חדשות המיועדות למתן שירותי נמל

127. כיום, אנו מצויים בתקופה גורלית בכל הקשור לעתיד התחרות בתחום מתן שירותי נמל.

128. כוונת הממשלה להקים מסופי מטען חדשים למכולות טומנת בחובה בשורה של ממש לתחרות בתחום זה. על רקע זה, העברת המסופים החדשים שיוקמו לידי מי מחברות הנמל תמנע כניסת מתחרה חדש לשוק מתן שירותי נמל ויוצרת חשש ממשי ביותר לפגיעה מובהקת ומהותית בתחרות. מניעת חברות הנמל מ"סיפוח" המסופים החדשים לנמלים הקיימים מונעת היווצרותו של חשש זה.

⁷⁸ דברי החסבר לתיקון לחוק, לעיל ה"ש 9, בעמוד 267. להרחבה ר' AREEDA, HOVENKAMP & SOLOW, לעיל ה"ש 14, פסקה 404c7.



רשות ההגבלים העסקיים

129. על רקע זה, בכוונתי להורות לכל אחת מחברות הנמל כי לא תפעיל נמל ולא תעניק שירותי נמל במסופים המתוכננים, "נמל המפרץ" ו-"נמל הדרום" ובכל חלק מן המקרקעין המיועדים להקמתם.
130. כן בכוונתי להורות לכל אחת מחברות הנמל כי לא תפעיל נמל ולא תיתן שירותי נמל בכל מקרקעין, מסופים או רציפים אחרים, שאינם מופעלים על ידיה כיום לצורך מתן שירותי נמל, כהגדרתם לעיל, טרם תחילת הפעילות של "נמל המפרץ" או "נמל הדרום", אלא אם ניתן לכך אישור מראש ובכתב מאת הממונה. יש לזכור, כי תשתיות המיועדות למתן שירותי נמל הן בבחינת משאב מוגבל, וכיום, מצויות תשתיות אלו בשליטה כמעט מוחלטת של חברות הנמל.
131. כאמור, הקמת המסופים החדשים טומנת בחובה בשורה של ממש להתפתחות התחרות בתחום בדמות כניסת מתחרים חדשים לתחום בעל מאפיינים אנטי-תחרותיים מובהקים, כפי שפורט לעיל. אם הפעלת המסופים החדשים תינתן לחברות הנמל הקיימות, צפויה בשורה תחרותית זו לרדת לטמיון.
132. מנגד, הפעלתם של המסופים החדשים על ידי מתחרים חדשים תבטיח קיומה של תחרות תוך נמלית, קרי, פעילות של שתי חברות או יותר המעניקות שירותי נמל בתחומי נמל אחד.
133. תחרות בין נמלים המצויים במקומות שונים עשויה לסבול מכשלים שונים הנובעים, בין היתר, מעלות ההובלה היבשתית, תלותם של הלקוחות בגורמים לוגיסטיים הפועלים בעורף הנמל וכן התלות בבחירת חברת הובלות לפקוד נמל זה או אחר. משכך, בידי חברת נמל עשוי להיווצר כוח שוק, גם אם הייתה מתקיימת תחרות בין הנמלים. זו הסיבה שמדינות רבות בעולם אימצו מודל של תחרות תוך נמלית, אשר מאפשר קיומה של תחרות על לקוחות בין חברות נמל שונות הפועלות באותו נמל, וכך להשיא את יעילות פעילות הנמל.⁷⁹
- הוראות בדבר איסור התערבות
134. חשש לפגיעה משמעותית בתחרות נוצר גם בשל התלות אשר עשויה להיווצר למתחרה החדש בשירותים אותם יידרש לקבל מידי חברת הנמל הקיימת.
135. עמדתי לעיל על כך שחברות הנמל מספקות כיום בפועל שירותים כגון ניהול תנועת כלי שיט, ניהול שער הנמל וכיוצא באלו, אשר על פי מודל ה-Landlord המקובל, הגורם שאמור לספק שירותים אלו הוא תאגיד ציבורי המנהל את מרחב הנמל (בישראל - חברת נמלי ישראל). תלות זו במתן שירותים – ככל שאלו ימשיכו להינתן על ידי חברות הנמל - עשויה להעמיד את חברות הנמל הוותיקות בעמדה שתאפשר להן לפעול על מנת להגביל את התחרות התוך נמלית ולמנוע מן המפעיל החדש את היכולת להתחרות בה באופן ממש. כמו כן, בידי חברות הנמל הוותיקות שליטה על מקרקעין, נכסים או על שירותים ששימוש בהם עשוי להידרש לצורך הקמת הנמלים החדשים (למשל לצורך העברת ציוד או חומרים הנדרשים להקמת הנמל החדש).

⁷⁹ להרחבה בעניין יתרונות של תחרות תוך נמלית ר' Peter W. De Langen & Athanasios A. Pallis, Analysis of the Benefits of Intra-Port Competition, 33(1) *International Journal of Transport Economics* 69 (2006).



רשות ההגבלים העסקיים

136. על כן בכוונתי להורות כי חברות הנמל, וכן מי מטעמן, לא ינקטו בכל פעולה שיש בה בכדי לסכל, להפריע או להקשות על כניסתו לשוק או פעילותו של מפעיל נוסף של "נמל המפרץ" או "נמל הדרום", שלא בדרך של תחרות לגופו של עניין (On the merits).
137. הוראות בדבר הצעדים שעל חברות הנמל לנקוט מפורטות בהמשך החלטתי זו.

חובת היועצות

138. בהתאם להוראות סעיף 31ג(1) לחוק, התייעצתי בנוגע למתן ההוראות האמורות עם משרד התחרות, אשר הודיע כי הוא תומך בהפעלת סמכות הממונה ובמתן ההוראות, והבהיר כי לשיטתו אלו עשויים להיות צעדים משלימים להקמה של הנמלים החדשים ולמנוע פגיעה או חשש לפגיעה בתחרות בנמלים ובציבור.

2. התייחסות לטענות הצדדים בשימוע

139. קודם שגיבשתי החלטתי זו, אפשרתי לחברות הנמל להשמיע את עמדותיהן בנושא. כל אחת מחברות הנמל הגישה עמדה כתובה הנתמכת בחוות דעת כלכלית והשלימה את טענותיה בפניי בעל פה. כמו כן, חברת נמל אשדוד הגישה עמדה מטעמה לאחר פרסום הודעה בהתאם לסעיף 30(ה) לחוק בדבר כוונתי ליתן הוראות לחברי קבוצת ריכוז. במסגרת הדיון דלעיל, ניתן למצוא התייחסות לחלק מן הטענות שהועלו במסגרת השימוע. להלן, אתייחס למספר טענות נוספות.

טענות בדבר קיומה של תחרות ממשית בין חברות הנמל

140. חברות הנמל טענו בפניי כי בשוק מתן שירותי נמל קיימת תחרות ממשית וערה בפועל, וכי קיימות מספר אינדיקציות לתחרות בינן. החברות סבורות כי מקום בו השחקנים הפועלים בשוק מוכיחים כי מתקיימת ביניהם תחרות ערה אין הצדקה לקביעה בדבר קיומה של קבוצת ריכוז בשוק זה. אין בידי לקבל טענות אלו.
141. חוק ההגבלים העסקיים קובע כי תנאי לקביעה בדבר קיומה של קבוצת ריכוז הינו קיומה של תחרות מועטה בעסקים או קיומם של תנאים לתחרות מועטה בעסקים. לשון החוק ברורה – לצורך קביעה כאמור, די בקיומם של תנאים לתחרות מועטה בעסקים, גם אם לא הוכח כי מתקיימת תחרות מועטה בעסקים בפועל. הענקת סמכות לממונה לקבוע כי מתקיימת קבוצת ריכוז על סמך קיומם של "תנאים לתחרות מועטה" בלבד היוותה סיבה מרכזית לתיקון החוק ולשינויו מן היסוד של אופן ההתייחסות לקבוצות ריכוז.
142. טענות חברות הנמל חותרות תחת תיקון 12 לחוק ההגבלים העסקיים ומבקשות להשיב על כנו את נוסח החוק הקודם, הדורש הוכחה (שהינה כמעט בלתי אפשרית) לקיומה של תחרות מועטה בפועל, כתנאי לקביעה בדבר קיומה של קבוצת ריכוז.



רשות ההגבלים העסקיים

143. עצם העובדה שמתקיימים תנאים לתחרות מועטה בשוק יכולה להצדיק הפעלת סמכויות הממונה, על מנת למנוע פגיעה או חשש לפגיעה משמעותית בציבור או בתחרות או כדי להגביר באופן משמעותי את התחרות או ליצור תנאים להגברתה המשמעותית.
144. ממילא, ולמעלה מן הצורך, אציין כי הן מן הנתונים שנאספו בידי הרשות במסגרת בדיקתה והן מניתוח הנתונים שהוצגו על ידי חברות הנמל במסגרת השימוע עולה כי התחרות בין הנמלים רחוקה מלהיות ערה, כנטען על ידי החברות.
145. נוכח כל האמור לעיל, אין בידי לקבל את הטענה כי בין חברות הנמל מתקיימת תחרות משמעותית או ערה בשוק מתן שירותי נמל, או את הטענה כי פרט זה נחוץ לצורך הכרזה על קבוצת ריכוז.

טענות בדבר התנגשות בין סמכות הממונה לסמכות שר התחבורה

146. חברות הנמל טענו בפניי עוד כי חוק רשות הספנות והנמלים מכפיף את חברות הנמל למשטר רישוי ופיקוח של שר התחבורה, כי ההסדרים הקבועים בחוק האמור מתנגשים עם דיני ההגבלים העסקיים ובנסיבות העניין הפעלת סמכויות הממונה "תפקיע" את הסמכות המסורה לפי חוק רשות הספנות לידי שר התחבורה. משכך, לטענת חברות נמל, בהתנגשות זו של סמכויות הממונה לסמכות שר התחבורה, ידו של שר התחבורה – הרגולטור הענפי הרלוונטי – על העליונה. בנוסף, טוענות החברות בהקשר זה כי הקמת נמלים הינו מעשה שלטוני וככזה נופל מחוץ לגדרי דיני ההגבלים העסקיים וכי הפעלת סמכות הממונה טרם השלמת הרפורמה אותה מקדם משרד התחבורה בתחום הנמלים אינה סבירה ומהווה התערבות בשיקול דעתו של הדרג המינהלי. גם טענות אלו אין בידי לקבל.
147. בהתאם לפסיקת בית הדין להגבלים עסקיים, המבחן לשלילת תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים על נושא המוסדר גם על פי דין אחר הוא מבחן ההתנגשות. כלומר, הסדר סטטוטורי ידחה את תחולת דיני ההגבלים העסקיים רק מקום שהוא מתנגש עם דינים אלה, וכאשר הוא איננו מתיישב עם הפעלתם.⁸⁰ חוק רשות הספנות אינו כולל פטור סטטוטורי מפורש מתחולת דיני ההגבלים העסקיים. נהפוך הוא, כאמור לעיל, חוק רשות הספנות אף שלל מפורשות את תחולת הפטור הסטטוטורי הקבוע בסעיפים 3(1), 3(3) ו-5 לחוק. קביעה זו מעידה אף היא על העדר התנגשות בין הדינים ועל תחולתם המקבילה. משכך, אין מקום לטענה כי על דיני ההגבלים העסקיים לסגת מפני הוראות חוק זה או לטענה כי הממונה אינו רשאי לעשות שימוש ביחס לחברות הכפופות להוראות חוק זה, בסמכותו לקבוע קיומה של קבוצת ריכוז.⁸¹

⁸⁰ ערר בזק, לעיל ה"ש 6, סעיף 13 לפסק הדין.

⁸¹ שם, בפסקה 18 לפסק הדין.



רשות ההגבלים העסקיים

148. זאת ועוד, אף הטענה לפיה היות ענף מסוים מוסדר על ידי רגולטור ייעודי מפקיע או מצמצם את סמכויות הממונה נדחתה זה מכבר על ידי בתי המשפט.⁸² עצם העובדה כי בידי שר התחבורה מסורה סמכות להסמיך חברה להיות חברת נמל ולהסדיר פעילותה, אין בה כדי לכרסם בסמכויות הממונה ליתן הוראות האוסרות על חברה מסוימת לבקש הסמכה כאמור ואין בה כדי להקנות לחברה פלונית זכות קנויה לבקש (או לקבל) הסמכה להיות חברת נמל.⁸³

149. מאותם הטעמים, גם אם הייתי מקבל את טענת חברות הנמל כי הסמכה של חברת נמל הינה משום מעשה שלטוני, הרי שכאמור אין בהפעלת סמכותי נושא הליך זה משום התערבות בעצם ההחלטה בדבר הקמת נמל חדש או הסמכה של חברת נמל, והפעלת סמכותי הינה בהטלת איסור על בקשת הסמכה כאמור.

150. הפעלת סמכותי על פי חוק ההגבלים העסקיים אינה סותרת ואינה מתנגשת עם הפעלת סמכותו של שר התחבורה אלא משלימה לה ונועדה להבטיח כי חברות הנמל לא ינצלו את הכוח שבידין על מנת לפגוע בתחרות - אגב ביצוע הרפורמה על ידי שר התחבורה - בדרך של חסימת האפשרות לכניסת מתחרים חדשים לשוק מתן שירותי הנמל.

151. בבחינת למעלה מן הצורך אזכיר שוב, כי בהתאם לחובה שבדין נועצתי טרם פרסום הקביעה וההוראות עם משרד התחבורה וזה הביע את תמיכתו במהלך.

טענות בעניין מתן הוראות לחברי קבוצת ריכוז

152. לבסוף, חברות הנמל טענו כי אין בידי סמכות ליתן לחברות קבוצת הריכוז את ההוראות אותן בכוונתי לתת, שכן מדובר בהוראות מבניות בעוד סמכותי מוגבלת למתן הוראות התנהגותיות בלבד וכי ההוראות אותן בכוונתי ליתן לוקות בחוסר מידתיות ומנוגדות לעיקרון החוקיות. לבסוף נטען כי אין קשר סיבתי בין התנהלות החברות לבין ההוראות שבכוונתי לתת וכי ההוראות הינן עמומות וכלליות, וכי בגדרן עשויות להיתפס התנהגויות אשר אינן מעוררות חשש לפגיעה בתחרות, ואשר אין מקום לאסור עליהן.

153. חברות הנמל סומכות את עיקר טענותיהן בדבר העדר סמכות ליתן הוראות מבניות (להבדיל מהתנהגותיות) על הנימוק, לפיו המחוקק בחר להקנות סמכות להורות על מכירת נכסים של חברי קבוצת ריכוז (במצב של אחזקות צולבות) לבית הדין ולא לממונה (ס' 31ג(ב) לחוק). מכך, חברות הנמל לומדות כי סמכות ליתן הוראות שיש בהן משום התערבות במבנה השוק לא נמסרה לידי הממונה, וגם סמכות מעין זו שנמסרה לבית הדין הינה מוגבלת.

⁸² ר"ע 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 866.

⁸³ ראוי לציין כי הליך זה אינו הפעם הראשונה בה הממונה על הגבלים עסקיים מפעיל סמכותו באופן המונע מחברה לבקש הסמכה לפי חוק רשות הספנות. ר' למשל החלטה בדבר אי מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר שבין חברת נמל אשדוד בע"מ לבין גדות מסופים לכימיקלים (1985) בע"מ, 500411 הגבלים עסקיים 2013. במסגרת החלטה זו דחיתי בקשה למתן פטור מאישור הסדר כובל שהוגשה על ידי חברת נמל אשדוד בקשר עם התקשרות בינה לבין חברת גדות מסופים לכימיקלים (1985) בע"מ, שנועדה לאפשר לגדות לבקש הסמכה של שר התחבורה לפעול בשטחי נמל אשדוד כתאגיד מורשה.



רשות ההגבלים העסקיים

154. ואולם, אין דין מתן הוראות לחברי קבוצת ריכוז שעניינן מכירת נכסיהם, כדין מתן הוראות שעניינן הגבלה מסוימת על הרחבת עסקיהם. שימוש בדיני ההגבלים העסקיים על דרך של מתן הוראה לאדם להיפרד מנכס השייך לו הינה סמכות חריגה באופן יחסי. סמכות מעין זו מסורה לבית הדין לא רק בהקשר של קבוצות ריכוז, אלא גם בהקשר של דיני מיזוגים (ס' 25 לחוק שעניינו הפרדת חברות שהתמזגו בניגוד לדין) ודיני מונופולין (ס' 31 לחוק שעניינו הפרדת מונופולין). לעומת זאת, סמכות להתערב בחיי המסחר בדרך של הטלת הגבלה על הרחבת הפעילות העסקית הינה סמכות שגורה, המסורה לידי הממונה, אשר נעשה בה שימוש באופן שוטף. איסור הקבוע בחוק על עריכת הסדרים כובלים (ס' 4 לחוק), סמכות הממונה להתנגד למיזוג כאשר קיים חשש סביר כי כתוצאה ממנו תיפגע באופן משמעותי התחרות או ייפגע הציבור (ס' 21 לחוק) וכן סמכות הממונה להסדיר את פעילותו של בעל מונופולין (ס' 30 לחוק) – כולם בבחינת הוראות אשר בנסיבות מסוימות יכולות להביא להגבלת הפעילות העסקית של אדם לתכלית של מניעת פגיעה בתחרות או בציבור.

155. מכאן שבניגוד לטענת חברות הנמל, הן סמכות המסורה לממונה על פי דיני קבוצות ריכוז, והן ההוראות שבכוונתי לתת בהליך דנא, אינן חריגות בנוף סמכויותיו האחרות של הממונה על פי דיני ההגבלים העסקיים ובסמכות הממונה לתיתן.

156. בנסיבות אלו לא מצאתי ממש בטענות חברות הנמל בדבר סבירותן ומידתיותן של ההוראות שבכוונתי לתת. מטרתן של ההוראות הנשקלות למנוע חשש לפגיעה בתחרות בדמות סיכול האפשרות לכניסה של מתחרה חדש לשוק מתן שירותי נמל. מניעת סיכול כניסה של מתחרה חדש לשוק הנשלט כיום על ידי דואופול הינו ביטוי מובהק למניעת פגיעה בתחרות. ההוראות נדרשות על מנת להסיר את החשש לפגיעה משמעותית בתחרות, כמפורט לעיל, ואין בהן כדי לפגוע שלא לצורך בעסקיהן של חברות הנמל.

157. לבסוף, חברות הנמל טענו כי נוסח ההוראה שעניינה איסור לסכל, להפריע או להקשות על כניסתו לשוק או פעילותו של מפעיל נוסף של "נמל המפרץ" או "נמל הדרום" או נמל חדש אחר, הינו כללי ועמום. ההוראה זו נועדה להתייחס לקשת רחבה של מקרים או התנהגויות עתידיות, אשר מטבע הדברים אין אפשרות מעשית לחזותן מראש ולפרט אותן באופן מדויק. יחד עם זאת, וכמפורט בהמשך החלטתי זו, מצאתי לנכון להבהיר ולחדד את נוסח ההוראות, על מנת להבטיח כי בגדרן תיתפסנה רק אותן התנהגויות אשר עשויות לעורר חשש לפגיעה משמעותית בתחרות.

ח. סיכום והוראות

158. על סמך האמור לעיל, ומתוקף סמכותי לפי סעיפים 43(א)(6) ו-31 לחוק ההגבלים העסקיים, אני קובע בזה כי חברת נמל חיפה וחברת נמל אשדוד מהוות יחד קבוצת ריכוז במתן שירותי פריקה וטעינה של מכולות מקומיות בקווי הובלה ימיים וכי כל אחת מחברות הנמל היא חברה בקבוצת ריכוז.

159. קביעה זו תהא ראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי.



רשות ההגבלים העסקיים

160. מתוקף סמכותי לפי סעיף 31ג(א) לחוק ההגבלים העסקיים, ולאחר שנועצתי עם משרד התחבורה והבטיחות בדרכים, אני מורה לחברי קבוצת הריכוז לנקוט בצעדים הבאים:

(1) הגדרות:

"חברת הנמל" – חברת נמל אשדוד בע"מ או חברת נמל חיפה בע"מ

"נמל הדרום" – מסוף מכולות חדש המתוכנן להיבנות בסמוך לנמל אשדוד, כאמור בתכנית מתאר ארצית 13/ ב/ 2/ 1/ א.

"נמל המפרץ" – מסוף מכולות חדש המתוכנן להיבנות בסמוך לנמל חיפה, כאמור בתוכנית מתאר ארצית 13/ ב/ 1/ 1.

"נמל" – כמשמעו בפקודת הנמלים [נוסח חדש], תשל"א-1971, וכן נמל הדרום או נמל המפרץ.

"שירותי נתבות" – שירותים הנדרשים לצורך כניסת כלי שיט לנמל ויציאתם ממנו, לרבות שירותי ניתוב, בהתאם להוראות סעיף 47 לתקנות הנמלים, תשל"א-1971 וכן שירותי תצפית, גרירה, עיתוק, עגינה, קשירה וריתוק של כלי שיט בנמל.

"מפעיל חדש" – חברה שתוסמך להיות חברת נמל ולהפעיל את נמל המפרץ, נמל הדרום או כל נמל חדש אחר בשטחים המוכרזים כנמל חיפה או כנמל אשדוד או בקרבתם, ולתת בהם שירותי נמל.

"כלי שיט" – כהגדרתו בפקודת הנמלים [נוסח חדש], תשל"א-1971

"שירותי נמל" – שירותי פריקה וטעינה של מכולות בקווי הובלה ימיים.

"תקופת ההסמכה" – כמשמעה בסעיף 10 לחוק רשות הספנות והנמלים, תשס"ד-2004.

"הממונה" – הממונה על הגבלים עסקיים.

כל המונחים שבהוראות אלו שלא הוגדרו בסעיף זה יפורשו בהתאם לסעיף ההגדרות בחוק רשות הספנות והנמלים, תשס"ד-2004 או כללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), תשס"ו-2006, לפי העניין.

(2) חברת הנמל לא תיתן שירותי נמל בנמל המפרץ או בנמל הדרום.

(3) חברת הנמל לא תפעיל נמל ולא תתן שירותי נמל בכל מקרקעין, מסוף או רציף אחרים, שאינם מופעלים על ידה כיום לצורך מתן שירותי נמל, וזאת עד תחילת תקופת ההסמכה של מפעיל חדש, אלא אם ניתן לכך אישור מראש ובכתב מאת הממונה.

(4) למען הסר ספק יובהר כי אין בהוראה זו על מנת למנוע ביצוע עבודות שיפוץ, שדרוג או שינוי ייעוד של מקרקעין, מסוף או רציף המופעלים על ידי חברת הנמל כיום, לרבות העמקת שוקע, ובלבד שאין בעבודות אלו כדי להגדיל את שטח הרציפים הקיימים.



רשות ההגבלים העסקיים

(5) חברת הנמל, בין בעצמה ובין באמצעות אחרים, לא תנקוט בכל פעולה שיש בה בכדי לסכל, להפריע או להקשות על כניסתו לשוק או פעילותו של מפעיל חדש, שלא בדרך של תחרות לגופו של עניין (On the merits), ובכלל זה:

(5.1) לא תבצע כל פעולה שיש בה כדי לסכל, להפריע או להקשות על עבודות ההקמה של נמל הדרום, נמל המפרץ או כל נמל חדש אחר או על פריקה והעברה של ציוד או מטען הנדרשים לצורך עבודות אלו.

(5.2) תאפשר למפעיל חדש לעשות שימוש בכל תשתית משותפת, וזאת על בסיס שוויוני, הוגן וללא כל הפליה. לצרכי סעיף זה: "תשתית משותפת" – כל נכס המצוי בחזקת חברת הנמל, הנדרש באופן סביר לצורך מתן שירותי נמל על ידי מפעיל חדש, מבלי שבידי מפעיל חדש קיימת חלופה סבירה לשימוש בו.

(5.3) לא תסרב להעניק למפעיל חדש כל שירות, הניתן על ידה, והנדרש באופן סביר לצורך מתן שירותי נמל על ידי מפעיל חדש, ולרבות שירותי נתבות, אלא אם הוסמך מפעיל חדש לתיתו.

(5.4) לא תצמצם או תגדיל את היקף שירותי הנמל המוצעים על ידה או השירותים הנלווים ולא תקבע תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות, שלא במסגרת תחרות לגופו של עניין.

161. כל ספק בדבר פרשנותן או תחולתן של ההוראות יובא להכרעת הממונה.

162. חברות הנמל רשאיות לערור על קביעה זו, או על חלקה, תוך 30 ימים מיום שהודעה עליה הומצאה להן. חברות הנמל, ארגון צרכנים וכל אדם אחר הנפגע מן ההוראות המפורטות בסעיף 155 לעיל רשאים להתנגד בכתב, בפירוט נימוקיהם, להוראות הממונה בפני בית הדין, בתוך 30 ימים ממועד פרסום מתן ההוראות.

פרופ' דניאל גילה-
הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, כ"ד כסלו תשע"ד

27 נובמבר 2013