



רשות ההגבלים העסקיים

גילוי דעת 1/13: עמדת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין הסדרים כובלים הנוגעים לתובלה בינלאומית בים וכללי ההגבלים העסקיים אגב פרסומו של פטור הסוג להסדרים תפעוליים שעניינם תובלה בינלאומית בים, התשע"ג-2013

סעיף 48 לחוק המדיניות הכלכלית לשנים 2011 ו-2012 (תיקוני חקיקה) (התשע"א)-2011 (להלן: "חוק המדיניות הכלכלית"), אשר נכנס לתוקפו ביום 1/1/2011, הורה על ביטולו של הפטור הסטטוטורי שהיה קבוע בסעיף 3(7) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים" או "החוק") להסדרים שכל כבילותיהם נוגעות לתובלה בינלאומית בים או לתובלה בינלאומית משולבת בים.¹

סעיף 49 לחוק המדיניות הכלכלית אשר קבע תנאים לתחילת התיקון האמור לחוק ההגבלים העסקיים, קבע כי התיקון ייכנס לתוקפו חודשיים לאחר פרסומו של פטור סוג להסדרים תפעוליים² שעניינם תובלה בינלאומית בים (או במועד קבוע, אשר הוארך בצו של שר האוצר, לפי המוקדם). ביום 31/10/2012 פורסמו כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים תפעוליים שעניינם תובלה בינלאומית בים), התשע"ג-2012 (להלן: "פטור הסוג"), ובהתאם נכנס לתוקפו התיקון לחוק חודשיים לאחר-מכן.

תיקון החוק, ופטור הסוג בעקבותיו, מבקשים ללכת במתווה דומה לרגולציה האירופית ביחס להסדרים כובלים בתחום הובלת מטען בספנות,³ ובמיוחד ללכת בעקבות פטור הסוג האירופי

¹ נוסח סעיף 3(7) לפני התיקון האמור היה כדלקמן:

"הסדר שכל כבילותיו נוגעות לתובלה בינלאומית בים או באויר, או לתובלה בינלאומית משולבת, באויר וביבשה ובלבד שכל הצדדים לו הם –

1. מובילים בים או באויר; או,
 2. מובילים בים או באויר, ואיגוד בינלאומי של חברות תעופה או ספנות שאושר לענין זה על-ידי שר התחבורה;
- ושהודעה עליו נמסרה לשר התחבורה בדרך שקבע; שר התחבורה יודיע, אחת לשנה, לוועדת הכלכלה של הכנסת על הכנסת על הודעות כאמור;"

² סעיף 49 לחוק המדיניות הכלכלית הגדיר "הסדרים תפעוליים" באופן הבא: "הסדר או מקבץ הסדרים, בין לפחות שני מובילים בים, שמטרתו שיתוף פעולה בהספקת שירות הובלת מטענים בים המביא לשיפור השירות שהיה ניתן על ידי כל אחד מהמובילים בנפרד אלמלא ההסדר, והוא מוצדק מטענים טכניים, תפעוליים או מסחריים."

³ ההבנה כי הממונה על הגבלים עסקיים יפרסם פטור סוג במתווה של הפטור האירופי עמדה בבסיס תיקון החוק, וראו לענין זה, למשל, את דברי יו"ר ועדת הכספים אשר דנה בתיקון לחוק: "ביקשנו להבהיר שהפטור ייכנס לתוקפו רק לאחר פרסומו של פטור סוג שתקבע הממונה לגבי הסדרים תפעוליים שעניינם תובלה בין-לאומית בים. בנוסף, פירטנו ככל הניתן את עקרונותיו של פטור הסוג, והוספנו הוראות שעניינן התוויית שיקול הדעת של הממונה, וזאת

להסדרי קונסורציום בתחום הספנות (להלן: "הפטור האירופי").⁴ עניינו של פטור הסוג הישראלי, בדומה לפטור האירופי, בשיתופי פעולה בין חברות ספנות בהובלת מטען במסגרת קווי הפלגה, הפוקדים נמלים לפי תכנון ידוע מראש ובלוחות זמנים קבועים מראש. המחשבה העומדת בבסיס פטורי הסוג הישראלי והאירופי היא כי הסדרים תפעוליים בין מובילים בים (דהיינו: הסדרי קונסורציום), אשר אינם כוללים הסדרים ביחס למחיר ושומרים על עצמאות המשתתפים בשיווק שירותיהם, טומנים בחובם, ככלל, יתרונות פרו-תחרותיים, היכולים במקרה מתאים לגבור על חששות תחרותיים שמקימים הסדרים מסוג זה. כאמור בפטור הסוג האירופי:

Consortia, as defined in this Regulation, generally help to improve the productivity and quality of available liner shipping services by reason of the rationalisation they bring to the activities of member companies and through the economies of scale they allow in the operation of vessels and utilisation of port facilities. They also help to promote technical and economic progress by facilitating and encouraging greater utilisation of containers and more efficient use of vessel capacity.⁵

כמו כן, הסדר תפעולי כאמור עשוי להביא לשיפור השירות לצרכן לעומת מצב בו כל מוביל בהסדר פועל באופן עצמאי, בין היתר בהגדלת תדירות השירות ושיפור באיכות:

Users of the shipping services provided by consortia may benefit from the improvements in productivity which consortia can bring about. Those benefits may also take the form of an improvement in the frequency of sailings and port calls, or an improvement in scheduling as well as better quality and personalised services through the use of more modern vessels and other equipment, including port facilities.⁶

זאת ככלל, ובפרט בהקשר הישראלי: ברשות ההגבלים העסקיים התקבלו הערות בכתב ובע"פ במהלך התקנת פטור הסוג מצד גורמים הפועלים בתחום הספנות בישראל, לרבות ארגונים של צרכני שירותי ההובלה הימית נשוא הפטור, אשר מהן עולה כי רבים סבורים כי ההסדרים התפעוליים מאפשרים פעילות רבה יותר של חברות הובלה ימית זרות בישראל, ובכך גדל מגוון נותני השירותים הניצבים בפני הצרכן הישראלי, הן לצרכי יבוא לישראל והן לצרכי ייצוא. אלה מן ההערות שנמצאו מתאימות זכו לביטוי בנוסח פטור הסוג. בנוסף, ועל מנת להקל על הציבור

כדי להגביר את הוודאות בקרב השחקנים הפועלים בשוק ולקבוע עקרונות הדומים לאלו שקיימים בפטור הסוג שנקבע לפי אמנת האיחוד האירופי לעניין מובילים בים." פרוטוקול ישיבה מספר 195 של ועדת הכספים, הכנסת ה-18, 4 (27.12.2010).

⁴ Regulation (EC) No. 906/2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia), OJ L 256 (29/9/2009).

⁵ הפטור האירופי, פסקה 5 לפרק ההקדמה.

⁶ הפטור האירופי, פסקה 6 לפרק ההקדמה.

שיזדקק לפטור הסוג, נמצא שיש מקום לפרסם גילוי דעת זה על מנת לפרוס את הפרשנות הצפויה של החוק ופטור הסוג בכל הקשור בתובלה ימית.

1. פרשנות פטור הסוג

היות שפטור הסוג מבקש לצעוד בעקבות הפטור האירופי, ולאור החידוש שבכניסת ענף הספנות אל מתחת מטריית הפיקוח על הסדרים כובלים בישראל והיעדרו של גוף פסיקה או פרשנות ישראליים העוסקים בענף זה, **מדיניות הרשות היא כי בפרשנות פטור הסוג וביישומו ישמשו הפטור האירופי והעקרונות שבבסיסו כנקודת מוצא פרשנית, כמובן בהתאמות מתחייבות לדין הישראלי ולתנאי הענף בישראל.** זאת לכל הפחות בתקופה הראשונה לתוקפו של פטור הסוג, ועד שיצטבר ניסיון מספק בישראל בהחלת דיני ההסדרים הכובלים לענף הספנות. בנוסף לפטור האירופי עצמו, מסמכים רשמיים של הנציבות האירופית או של בתי המשפט האירופים המפרשים את הפטור האירופי או עוסקים בו יכולים להיות לעזר גם בפרשנות הפטור הישראלי.

(א) הערה לעניין סעיף 2 לפטור הסוג – פטור מקבלת אישור

סעיף 2 לפטור הסוג, אשר עוסק בכבילות ופעולות שמותר לכלול בהסדר תפעולי, מתיר בפסקה (4) שלו פעילות הנלוות לפעילויות המפורטות בפסקאות הקודמות ונחוצה ליישומן, לרבות הפעילויות הבאות:

(א) ...

(ב) התחייבות צד להסדר תפעולי לעשות שימוש באוניות שהוקצו להסדר התפעולי, ולהמנע מלחכור שטח באניות של מי שאינו צד להסדר התפעולי, בשוק שהוא רלוונטי להסדר התפעולי.

(ג) התחייבות צד להסדר תפעולי שלא להקצות מקום על אניותיו למובילים ימיים שאינם צדדים להסדר התפעולי בשוק שהוא רלבנטי להסדר התפעולי, אלא בהסכמת הצדדים האחרים להסדר התפעולי.

למען הסר ספק, התחייבויות כאמור בסעיפים 2(4)(ב) ו- (ג) כשלעצמן אינן מוציאות הסדר תפעולי מתחולת פטור הסוג על פי סעיף 15(1)(ב) לפטור הסוג, בהתקיים כל שאר התנאים לתחולת פטור הסוג.

(ב) הערה לעניין סעיף 4 לפטור הסוג – הסדרים תפעוליים בנתחי שוק של עד 40%.

סעיף 4 לפטור הסוג קובע הוראות מיוחדות ביחס להסדרים תפעוליים בנתחי שוק של עד 40%, לפיהן יראו הסדר תפעולי כזה כהסדר העונה על התנאי לתחולת הפטור הקבוע בסעיף 3(1) לפטור הסוג. דהיינו, הסדר שנתח השוק המצרפי של הצדדים לו הוא עד 40% ייראה כהסדר שאינו מגביל את התחרות בחלק ניכר של השוק המושפע מן ההסדרים או שאינו פוגע פגיעה משמעותית

בתחרות.⁷ אם הסדר כזה עומד ביתר תנאי פטור הסוג, הוא בא בגדרו, ללא צורך בבחינה פרטנית של השפעתו על התחרות.

יש לציין כי נתח השוק המצרפי שנקבע כ"נמל מבטחים" לעניין תחולת פטור הסוג, ללא צורך בבחינה פרטנית של השפעה על התחרות, גבוה מזה שבסעיף 5 לפטור האירופי (שם נקבע גבול עליון של נתח שוק מצרפי של 30%). שוני זה נקבע לאור ההבדלים בנפחי ההובלה ובגודל הענף בישראל, הנמוכים בהרבה לעומת אירופה.

סעיף 4 ממשיך ומבהיר מפורשות כי גם אם לצדדים נתח שוק מצרפי של מעל 40%, הסדר תפעולי עדיין יכול לקיים את התנאי לתחולת פטור הסוג שבסעיף 1)3.⁸ על מנת לקבוע אם הסדר תפעולי שנתח השוק המצרפי של הצדדים לו גבוה מ-40% בא בגדר פטור הסוג, יש להעריך את השפעותיו התחרותיות המסתברות ולקבוע אם מתקיים בו התנאי בסעיף 1)3 לתחולת פטור הסוג. נוסף ונחדד: גם הסדר תפעולי שנתח השוק המצרפי של הצדדים לו גבוה מ-40% יהיה פטור מן הצורך לפנות לממונה על הגבלים עסקיים או בית הדין להגבלים עסקיים בבקשות פטור או אישור ספציפי לפי סעיפים 14 או 9 לחוק אם השפעותיו התחרותיות המסתברות עולות בקנה אחד עם דרישות סעיף 1)3 ובהתקיים כל שאר התנאים לתחולת פטור הסוג.

(ג) הערה לעניין דרך חישוב נתח השוק המצרפי

כללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"ו-2006 (להלן: "ההוראות") חלים על פטורי הסוג השונים, אלא אם כן נקבע אחרת בפטור סוג מסוים. סעיף 3 להוראות קובע כי בחישוב חלקם של צדדים להסכם, יובא בחשבון גם חלקם באותו שוק מוצר של אחרים שיש להם עם מי מהצדדים להסכם, הסכמים זהים או דומים.⁹ לצידו, סעיף 4(ב)2 בפטור הסוג להסדרים תפעוליים מתווה את דרך חישוב נתח השוק של כל צד להסדר תפעולי, לצורך בחינה האם ההסדר עומד בתנאי "נמל המבטחים" שבסעיף 4(א) לפטור הסוג. בעוד שסעיף 3 להוראות מגדיר מי ייחשב כצד להסדר תפעולי לצורך חישוב נתח השוק המצרפי של צדדים להסדר, סעיף 4(ב)2 מבהיר כיצד יש לחשב את חלקו של כל צד להסדר. כך לדוגמא, בהסכם בין חברה א' לחברה ב', בחישוב נתח השוק המצרפי של הצדדים להסכם יובא בחשבון גם נתח השוק של חברה ג', שיש לה הסכם דומה עם חברה ב'.

⁷ כלשונו של סעיף 4 לפטור הסוג: היה נתח השוק המצרפי של צדדים להסדר תפעולי עד 40% בשוק בו פועל ההסדר התפעולי, יראו את ההסדר התפעולי כעונה על התנאי האמור בסעיף 1)3; אולם אין באמור כדי לקבוע כי אם היה נתח השוק המצרפי של הצדדים להסדר התפעולי גבוה מ-40% לא מתקיים התנאי האמור בסעיף 1)3.

⁸ כלשון סיפת סעיף 4: "אולם אין באמור כדי לקבוע כי אם היה נתח השוק המשותף של הצדדים להסדר התפעולי 40% או למעלה מכך לא מתקיים התנאי האמור בסעיף 1)3."

⁹ לשון הסעיף: "3. בחישוב חלקם של צדדים להסכם בשוק מוצר, לענין כללי פטור סוג, יובא בחשבון גם חלקם באותו שוק מוצר של אחרים שיש להם עם מי מהצדדים הסכמים זהים או דומים להסכם נושא פטור הסוג; לענין זה, "הסכמים דומים" – הסכמים הכוללים כבילות דומות הנוגעות לאותו שוק מוצר, לרבות הסכמים מהסוג שלגביו הותקן פטור הסוג אף אם אין מתקיימים בהם כל תנאי אותו פטור, והסכמים שמהותם דומה."

בדומה לפטור האירופאי, סעיף 4(ב)2 קובע כי בחישוב חלקו של צד להסדר תפעולי יש להתחשב בסך כל נפחי ההובלה של אותו צד בשוק הרלבנטי, לרבות נפח הובלה במסגרת ההסדר התפעולי הנבחן, נפח ההובלה במסגרת הסדר תפעולי אחר ונפח הובלה שלא במסגרת הסדר תפעולי, על אוניות של אותו צד או של מי שאינו צד להסדר התפעולי.

עיקר חשיבותו של סעיף 3 להוראות נוגעת ליישום סעיף 4 לפטור הסוג, הקובע "נמל מבטחים" לנתח שוק מצרפי של 40%. לעומת זאת, בחינת השפעתו התחרותית של הסדר שאינו נכנס ל"נמל המבטחים" בפטור היא בחינה מהותית ולא טכנית, ומתייחסת, בין היתר, לסביבה התחרותית בה ההסדר נערך ולהשפעות התחרותיות של הסדרים נוספים הקשורים לצדדים להסדר. אין הכרח כי בבחינה זו ייוחס משקל לנתח השוק של אחרים כאמור, שיש להם עם מי מהצדדים הסדרים דומים או זהים, וכל מקרה יבחן בפני עצמו, כחלק מבחינה תחרותית מלאה של השפעות ההסדר על התחרות ועמידתו בתנאי פטור הסוג.

נציין כי לקראת חידוש פטור הסוג האירופאי בשנת 2009,¹⁰ שקלה הנציבות האירופאית את האפשרות לכלול בסעיף 2)5 לפטור הסוג הוראה הדומה לסעיף 3 להוראות.¹¹ בסופו של דבר החליטה הנציבות לא לאמץ אפשרות זו, אלא לציין במבוא לפטור הסוג כי הסדרים דומים באותו שוק, בין הצדדים להסדר התפעולי לבין אחרים, עשויים בנסיבות המתאימות להביא את הנציבות להכריז על הסרת תחולתו של פטור הסוג.¹² נשקלה האפשרות לנהוג כאן בדומה לנעשה באירופה; אולם, לאחר שקילת העניין ולמרות השאיפה הכללית להתאים את פטור הסוג הנוכחי לדין הנהוג באירופה, הוחלט לא להחריג את פטור הסוג הנוכחי מתחולת סעיף 3 להוראות, כמפורט לעיל.

(ד) הערה לעניין סעיף 5 לפטור הסוג – סייגים לתחולת הפטור

סעיף 1)5(א) לפטור הסוג קובע כי כבילת מחיר כמפורט שם מוציאה הסדר מתחולת פטור הסוג. למען הסר ספק יובהר כי גם כבילה בעניין רכיבים של מחיר, כגון היטל כזה או אחר, היא כבילת מחיר שקיומה מוציא הסדר מתחולת פטור הסוג.

2. אכיפה פלילית/בעיצומים כספיים

לשם שלמות התמונה בהקשר של תחום התובלה הבינלאומית בים, גילוי דעת 1/12: "הנחיות רשות ההגבלים העסקיים בדבר השימוש בהליכי אכיפה של עיצומים כספיים" (להלן: "גילוי הדעת בעניין אכיפה") מתייחס באופן ספציפי להסדרים כובלים בתחום זה (סעי' ב(1)ז) לגילוי הדעת בעניין אכיפה). על פי גילוי הדעת בעניין אכיפה, ובכפוף לאמור בו, למשך תקופה בת שלוש

¹⁰ ה"ש 4.

¹¹ ראו טיוטת פטור הסוג האירופאי כפי שפורסמה להערות הציבור "PRELIMINARY DRAFT on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia), OJ C 266, 21.10.2008.

¹² שם, בסעיף 12 במבוא לפטור הסוג.

שנים מיום כניסת פטור הסוג לתוקף, עיצומים כספיים (ולא הליכי אכיפה פליליים) יהוו את נתיב האכיפה במקרים של:

"הסדר כובל אשר כל כבילותיו נוגעות לתובלה בינלאומית בים, או לתובלה בינלאומית משולבת בים, באויר וביבשה, שכל הצדדים לו הם מובילים בים או מובילים בים ואיגוד בינלאומי של חברות ספנות ואשר עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, והוא אינו כולל כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו."


פרופ' דויד גיליה

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, כ"א אב תשע"ג

28 יולי 2013