

בש"א 313/09	בית הדין להגבלים עסקיים בבית המשפט המחוזי בירושלים
בתיק עיקרי: ה"ע 102/09	

<u>הממונה</u>	בעניין:	הממונה על ההגבלים העסקיים
	ובעניין:	ע"י ב"כ עו"ד תומר דגני חנית
<u>המשיבה</u> מבקשת אישור ההסדר הכובל	ובעניין:	1. החברה הכלכלית לראשון לציון בע"מ ע"י ב"כ עוה"ד מיכל הלפרין וגלעד שיף
	ובעניין:	2. "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ ע"י ב"כ עו"ד אורנה קידר
<u>המשיבים</u>		3. מוניות העיר ראשל"צ בע"מ ע"י ב"כ עו"ד אריק הרוש

פסק דין

1. עתירה למחיקה על הסף של בקשה לאישור הסדר כובל מחמת היותה חלקית, חסרה ואקדמית.
2. לאחר ששמעתי את עמדות הצדדים בענין, אני מחליטה לדון בבקשה למחיקה על הסף כ"דן יחיד", משום שמדובר בבקשה שאיננה מעוררת סוגיות כלכליות מורכבות^[1].

רקע עובדתי

3. הרקע לבקשה לאישור ההסדר הכובל (להלן – **הבקשה**), כנטען בבקשה, הוא זה:
4. במסגרת פרויקט לארגון מחדש של התחבורה במטרופולין תל אביב וכשלב ראשוני לקראת יישומו, הוכנה ב 12/04, ביוזמתו של משרד התחבורה, תוכנית לפרויקט מקומי של ארגון מחדש של התחבורה הציבורית בראשון לציון, חולון, אזור ובת-ים.
5. כאמור בבקשה, עיריית ראשון לציון זיהתה צורך לשיפור איכות התחבורה הציבורית לטובת תושביה, ולכן נרתמה היא למהלך של הארגון מחדש במערכת התחבורה הציבורית בעיר, ופנתה, באמצעות המבקשת, החברה הכלכלית לראשון לציון בע"מ (להלן – **החברה הכלכלית**) למפעילי התחבורה הציבורית בראשון לציון: אגד, אגודה שיתופית

^[1] כעולה מדיוני ועדת הכלכלה בהצעה לתיקון מס' 5 לחוק ההגבלים העסקיים מיום 9.11.99. באשר לתיקון סעיף 33 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 ולתכליתו של תיקון זה, סמכות בית הדין לדון בדן יחיד במקרה המתאים איננה מוגבלת לעניינים פרוצדוראליים או ראשוניים בלבד. חשיבות קיום הדיון בפני מותב תלתא הינה לצורך סוגיות כלכליות מורכבות המתעוררות בפני בית הדין, דבר שלא מתקיים בענייננו.

לתחבורה בישראל בע"מ (להלן – **אגד**) המפעילה בעיר קווי אוטובוס ציבוריים שונים, ומוניות העיר ראשל"צ בע"מ (להלן – **מוניות העיר**), המפעילה שם קווי מוניות שירות. החברה הכלכלית עשה כן על מנת למצוא מתווה לשיתוף פעולה בין אגד למוניות העיר, שיאפשר את מימוש התוכנית.

6. בעקבות הדברים הללו התקיימו דיונים בין הנוגעים בדבר, עד אשר גובש מסמך הנושא את הכותרת "הסכם עקרונות" ואת התאריך 13.12.05, ובשוליו מופיעות חתימת נציג החברה הכלכלית ונציג מוניות העיר (חתימת נציג אגד חסרה מן המסמך) (**להלן – הסכם העקרונות**).

7. מסמך הסכם העקרונות קובע את "עקרונות הבסיס", כלשונם, להתקשרות בין אגד, מוניות העיר והחברה הכלכלית, לצורך תפעול מערך מחודש של התחבורה הציבורית בראשון לציון. וכך לשון ריש "הסכם העקרונות":

"עקרונות לתפעול הרפורמה במערך התחבורה הציבורית בראשון לציון.

להלן הצעה לעקרונות הבסיס לתשתית ההסכמים לצורך התפעול החדש של מערך התח"צ החדש בראשון לציון – שגובשה בין נציגי אגד למוניות העיר והחברה הכלכלית לראשל"צ בתאריך 27/11/05."

8. במסמך גופו מתואר מתווה עסקה על פיו, תחת פעילותה העצמאית של מוניות העיר בתחום התחבורה הציבורית בראשון לציון בהפעלת קווי מוניות שירות, תפעל מוניות העיר כקבלן וכספק שירות תחבורה ציבורית תחת כנפיה של אגד, בכירטוס משותף, וללא כפילות ותחרות בין קווי האוטובוסים הציבוריים שמפעילה אגד לבין הקווים הציבוריים שמפעילה מוניות העיר במוניות שירות. שילוב כוחות זה, כך נטען, יאפשר שיפור מערך התחבורה הציבורית בראשון לציון במידה של ממש, לטובת הכלל.

9. אודות מידת חיובם המשפטי של הצדדים להסכם העקרונות ניתן ללמוד מן ההסכם גופו. כך, סעיף 5.3 להסכם קובע:

"מובהר כי היה ויסתבר, עד לחתימת הסכם מפורט בין הצדדים, כי התוכנית המוצעת כמפורט בהסכם עקרונות זה אינה ישימה מבחינה משפטית

ו/או עסקית ו/או כלכלית ו/או במקרה בו יסתבר כי אגד ומוניות העיר אינם מצליחים להגיע לסיכום בדבר התמורה באופן שיבטיח כדאיות הפעלה עבור הצדדים, לא יהיו הצדדים או מי מהם מחוייבים עוד לישום התוכנית על פי הסכם עקרונות זה"

10. סעיף 15 להסכם העקרונות, הנושא את הכותרת "חתימת הסכם מפורט", קובע:

"לבד מן התנאים המתלים אשר פורטו בהסכם זה לעיל מובהר כי מחוייבות הצדדים לקיום התוכנית התחבורתית כעולה מהסכם עקרונות זה כפופה לחתימת הסכם מפורט בין הצדדים".

ולאחריו:

"אנו מגבשים כעת את התשתית למודל הכלכלי לתפעול הרפורמה ולצורך בנייה מפורטת של הסכם העבודה מול מוניות העיר".

מודל כלכלי משותף לצדדים, בדבר תפעול הרפורמה כאמור, לא גובש עד כה. כך התברר בעת הדיון בבית הדין.

בהמשך, במסמך מיום 24.6.06 הנושא את הכותרת "עיבוי הסכם העקרונות", סוכמו פרטים נוספים הנוגעים לענין, ובעיקר היקף רכבי מוניות העיר שיכללו בתוכנית ההפעלה של הפרויקט, והיקף התשלום שתעביר אגד למוניות העיר בקשר עם פעילות רכבים אלו (להלן - **מסמך העיבוי**). במסמך העיבוי בואר כי:

"8. בהסכם הסופי יקבעו סוגיות פרטניות בהתאם לעניין.

9. הסכם זה כפוף לאישור המוסדות המוסמכים באגד..."

11. בעת הדיון בבית הדין הובהר כי אישור המוסדות המוסמכים באגד טרם ניתן למסמך, אף כי לטענת ב"כ אגד מדובר בענין פורמלי בלבד.

להשלמת התמונה יצויין כי בעת הדיון בבית הדין ציינו החברה הכלכלית ומוניות העיר כי מחויבותם לעניין היא מלאה, כדי כך שאין מניעה שבית משפט ישלים את פרטיו החסרים של ההסכם לפי שיקול דעתו. אגד לעומתם היתה יותר מסויגת, ואמרה כי אף שהיא רואה עצמה מחויבת להסכם, היא איננה מסכימה להשלמת הפרטים החסרים בהסכם בידי צד ג', אף שהיא מעריכה שלצדדים לא יהיה קושי להשלים.

12. ביום 29.5.06 פנתה ב"כ אגד אל הממונה על ההגבלים העסקיים **(להלן – הממונה)**, וביקשה את חוות דעתה המקדמית אודות ההתקשרות המדוברת בין אגד לבין מוניות העיר. לבקשת חוות הדעת המקדמית צורף "הסכם העקרונות" מ - 13.12.05, על מנת שהממונה תחוה דעתה באשר אליו. וכך כותבת ב"כ אגד בסיכום מכתבה אל הממונה:

"נודה לקבלת דעתכם האם ההתקשרות שתוארה לעיל בין אגד לבין מוניות העיר מקימה בעיה מבחינת דיני ההגבלים העסקיים לרבות קושי תחרותי ממש, וזאת נוכח הפגיעה הלכאורית האפשרית בתחנות בין אגד לבין מוניות העיר. עמדת הרשות דרושה לאגד ולמוניות העיר כדי **להחליט האם להתקדם** במתווה העסקה המתוארת" (ההדגשות אינן במקור, אלא אם נאמר אחרת – ת.ב.ר.).

13. במכתב מיום 21.5.07 אל מנכ"ל משרד התחבורה הודיעה הממונה לא יינתן פטור להסדר; בחלוף כשנה, ביום 29.4.08 נערכה פגישה בין באי כוח החברה הכלכלית לבין הממונה. בפגישה דבקה הממונה בעמדתה כאמור במכתב מיום 21.5.07; בחלוף שנה נוספת, ביום 21.6.09 התקיימה פגישה נוספת עם נציגי הממונה, ובה הביעו אלה עמדה דומה.

14. משלא מצאה המבקשת את מבוקשה אצל הממונה בעתירתה לחוות דעת מוקדמת, באה ביום 5.8.09 בשערי בית הדין להגבלים עסקיים, וביקשה את אישורו של בית הדין להסכם העקרונות ולמסמך העיבוי, לפי סעיף 7 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 **(להלן-חוק ההגבלים)**.

15. בתגובה, עתרה הממונה לסילוק הבקשה על הסף "הואיל ומדובר בבקשת בוסר", כנטען.

16. דין בקשת הממונה לסילוק בקשת האישור על הסף להתקבל.
17. ניתוח הוראות חוק ההגבלים בדבר אישור הסדר כובל ותכליתן מלמד כי הכלל הוא שעל המבקש לאשר הסדר כובל בידי בית הדין להביא בפני בית הדין הסדר המבטא הסכמה מלאה בין צדדים, ואיננו טעון תוספות ואישורים לצורך השלמתו. אכן ייתכן שלכלל זה יהיו חריגים בנסיבות מסוימות, אך מקרה זה איננו בגדר חריגים אלו.
18. את הקשיים אשר המסמכים שהובאו בפני בית הדין מעוררים, ניתן לחלק לשניים :
19. ראשית, על פי לשון המסמכים, תוקפם המשפטי המחייב איננו שלם. כאמור לעיל, הסכם העקרונות מותנה בחתימת הסכם מפורט ובכך שהמתווה להסכם המפורט יהיה ישים משפטית עסקית וכלכלית, כאשר מודל כלכלי משותף לתפעול טרם גובש ; בנוסף, אישור מחייב מטעם מוסדות אגד טרם ניתן להסכם, כפי שהוברר בדיון. אכן, הצדדים הצהירו בפני בית הדין הצהרות מחוייבות כאלו ואחרות, אך לשון ההסכמים מעוררת קושי, וגם ההצהרות אינן מושלמות באשר לתוקף המשפטי שהן מעניקות להסדר שאישורו מבוקש.
20. שנית, תוכנם הכלכלי-העסקי של המסמכים איננו שלם. הסכם העקרונות מציין במפורש כי יש צורך במודל כלכלי ובהסכם מפורט. מודל כלכלי זה ופרטי ההסכם שהצדדים מבקשים, כטענתם, לעשות – וטרם עשו משך השנים שחלפו מעת עשיית הסכם העקרונות – אינם בפני בית הדין, כך שתמונת ההסדר הכלכלי השלם איננה נמצאת בפני בית הדין.
21. שני מכשולים אלו, ובפרט הצטברותם, מובילים למסקנה כי דין בקשה האישור להידחות על הסף.
22. הדברים עולים הן מסעיפי החוק ותכליתם ומשיקולי מדיניות.
23. ההליך לרישום הסדר כובל ואישורו בידי בית הדין קבוע בסימן ג' לפרק ב' לחוק ההגבלים. הליך זה כולל הגשת בקשה בדרך הקבועה בתקנות (סעיף 7 לחוק); שמיעת הממונה ומתנגדים, ככל שישנם (סעיף 8 לחוק); והחלטה בדבר אישור ההסדר כולו או חלקו, אם הדבר לטובת הציבור, לרבות אישור מותנה בתנאים (סעיף 9 לחוק). סעיף 10 לחוק מונה את השיקולים אותם ישקול בין השאר בית הדין בדונו בבקשת האישור, ובין אלו יעול הייצור, הבטחת איכות, הורדת מחיר, הבטחת היצע שירותים ועוד, והכל על מנת

לוודא כי "התועלת הצפויה לציבור תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לציבור או לחלק ממנו או למי שאינו צד להסדר".

24. כעולה מלשון החוק, שיקוליו של בית הדין באשרו הסדר כובל רחבים הם, ומצריכים בחינת ההסדר **לפריטיו** במשקפי טובת הציבור, לאחר שישקלו יתרונות וחסרונות של ההסדר לציבור.

25. לא ניתן לשקול שיקולים אלו מבלי לדעת את פריטי ההסדר, וכאן פריטי ההסדר טרם גובשו במלואם.

26. הדברים עולים אף מסעיף 16 לחוק ההגבלים: על רקע הביקורת הכוללת והמעמיקה עליה מצווה בית הדין באשר להסדר כובל הבא לאישורו, על כל היבטיו של ההסדר, קובע סעיף 16 לחוק, כי **כל שינוי** בהסדר כובל מחייב **דיווח** לממונה, וכל שינוי בפרט **מהותי** בהסדר שאושר, עושה את ההסדר להסדר **חדש**, הטעון בקשה מחודשת לאישורו. כלשון הסעיף:

"(א) שינוי בפרט מהותי בהסדר כובל שאישר בית הדין או בהסדר שניתן לגביו היתר זמני לפי סעיף 13 או בהסדר שניתן עליו פטור לפי סעיף 14, דינו כדין הסדר כובל חדש, הטעון בקשה לאישור לפי סעיף 7, תוך שלושים ימים מיום השינוי.
(ב) הצדדים להסדר כובל כאמור יודיעו לממונה על כל שינוי בו שלדעתם אינו שינוי מהותי; סבר הממונה כי השינוי הוא מהותי, יפנה לאב בית הדין כדי שיכריע במחלוקת.
(ג) (ג) בסעיף זה, "שינוי" - לרבות הוספת צד להסדר או השמטת צד ממנו.

27. כלומר, אישור ההסדר הכובל מתייחס להסדר כמכלול שלם, וכל פרט מהותי בו אשר חל בו שינוי, מחייב אישור ההסדר כולו מחדש.

28. בענייננו, הצדדים טרם גיבשו את המודל הכלכלי שבבסיס פעילותם. ההסכמה ביניהם טעונה הסכם מפורט שטרם גובש.

29. ב"כ אגד טענה כי הפרטים הצריכים השלמה הם "בעלי אופי כזה שניתנים בהחלט ובקלות להשלמה ע"י הצדדים, הם לא אמורים לייצר בעיה, הם דברים בעלי אופי טכני" (עמ' 6 לפרוטוקול דיון מיום 21.12.09), אך היא לא הסכימה להותיר את מלאכת השלמת הפרטים לצד ג'.

30. מתקשה אני לקבל את ההערכה שמדובר בפרטים הניתנים להשלמה בקלות. הדברים אינם עולים בקנה אחד עם העובדה ששנים מספר חלפו מאז גובש הסכם העקרונות ומסמך העיבוי, והם טרם הושלמו. אף המודל הכלכלי שבבסיס הפעילות אף הוא איננו ממין זוטי הדברים.

31. העניינים החסרים הם איפוא פרטים מהותיים, על פני הדברים, כעולה מהתנהלות הצדדים עצמם. אין כל טעם מעשי באישור מסמכים כ"הסדר כובל", כשגלוי וידוע מן המסמכים עצמם כי בהמשך ילוו למסמכים הקיימים מסמכים נוספים ובהם פרטים מהותיים, אשר יחייבו פתיחת הליך נוסף לאישורם, ובמצב כזה אין הצדקה וטעם לאישור המסמכים דהיום, אשר הינם בבחינת "חומר ביניים" בתהליך ליצירת ההסכם השלם.

32. למעלה מן הצורך יוער כי גם אם אכן בטענת ב"כ אגד, הפרטים החסרים ניתנים להשלמה על נקלה, אין הצדקה לדון בבקשת האישור כמות שהיא. ייכבדו הצדדים וישלימו את אותם עניינים שניתנים להשלמים על נקלה, לרבות מודל כלכלי, וההסכמה השלמה תובא לאישור בית הדין. אינני רואה הצדקה להקדים את הליך בקרת ההסכמות בין הצדדים בידי בית הדין, על העלויות הציבוריות הכרוכות בכך, להליך השלמת ההסכמות בין הצדדים, כאשר השלמה ניתנת להעשות בידי הצדדים בקלות.

33. אשר לקושי שבהעדר תוקף משפטי מחייב להסכמים: אכן סעיף 7 לחוק ההגבלים מדבר באדם "המבקש לעשות הסדר כובל", ולא בזה שעשה הסדר כובל בפועל.

34. אלא שאין ללמוד מכך בהכרח, כי הדלת פתוחה בפני כל מי שמעוניין לעשות הסכם עם חברו, לבוא אל בית הדין בטרם השלים את גיבוש ההבנה עם חברו, ולבקש את אישור ההסכמה בה הוא מעוניין.

35. לשון סעיף 7 המדברת בזה "המבקש לעשות הסדר כובל" בעתיד, הותאמה לכך שעשיית הסדר כובל, בלא אישור בית הדין, היא בלתי חוקית. חוזה בלתי חוקי - בטל (סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973; להלן - חוק החוזים). לאור זאת, חוזה בדבר עשיית הסדר כובל, כולל בחובו תנאי מתלה בדבר תוקפו, והתנאי הוא אישור בית הדין להסכם (סעיף 27 (ב) לחוק החוזים). ממילא, ברגיל, בקשה לאישור הסדר כובל באה מפיו של "המבקש" לעשות הסדר כובל, ולא מפיו של צד להסדר תקף. הואיל ובשלב הגשת הבקשה, מותנה תוקפו של החוזה בתנאי מתלה. אין משמע מכאן כי הסעיף מקים מנגנון לאישור "הסדר" אשר אדם מבקש לעשותו, עוד בטרם התקשר עימו בחוזה (מותלה).

36. בענייננו, כאמור לשון המסמכים שהוגשו מותירה בהם "פתחי מילוט" רבים, ומתנה את שיכלולם לכדי הסכמה סופית ומחייבת בתנאים רבים שטרם התקיימו. כמו כן חסר אישור מוסדות אגד. כאמור, אף שב"כ צדדים הצהירו דברים בפני בית המשפט בענין מחוייבות להסכם, עדין אין ההסכם שלם מבחינת תוקפו, ולו בהיבט של אישור מוסדות אגד לו.

37. מטעמים שבמדיניות סבורני כי הכלל הראוי הוא שבקשה לאישור הסדר כובל לא תוגש אלא **לאחר** שהצדדים לו גיבשו את תנאיו והם מחוייבים להם, בכפוף לתנאי המתלה (אישור בית הדין להסכם). אין הצדקה שזמנו של בית הדין יוקדש לעניינים שההסכמה החוזית לגביהם טרם הושלמה. סדר הדברים הנכון הוא שראשית יקדישו הצדדים את זמנם לכל הנחוץ להשגת הסכמה חוזית מלאה, כולל אישור המוסדות המוסמכים אצל כל הצדדים, ורק לאחר מכן ייתקיים דיון בבית הדין – דיון הדורש הקצאת משאבי ציבור לא מעטים – במוצר מוגמר המובא בפני בית הדין.

38. יצוין כי המחוקק התווה מסלול לבירור תאימותם של מסמכים מקדמיים מסוג אלו שצורפו לבקשת האישור לדיני ההגבלים. מסלול זה התווה בסעיף 43א לחוק ההגבלים, המסמיק את הממונה ליתן חוות דעת מקדמיות בעניינים הקשורים בחוק.

39. כאמור לעיל, אגד ומוניות העיר אכן ניסו לקבל את מבוקשם בדרך זו, אך לצערם לא צלחה דרכם, וחוות דעתה המקדמית של הממונה היתה שלילית.

40. חוק ההגבלים איננו מעניק זכות ערעור על חוות דעת מקדמית של הממונה: כעולה מן החוק, האפשרות לקבלת חוות דעת מוקדמת, הינה כי זכות המוגבלת לבקשה לקבלת חוות דעת מהממונה (אשר תינתן, כאמור בסעיף 43א, בשים לב לסדרי עדיפויות בפעילות הרשות), ולא ניתנה בחוק זכות ל"סיבוב שני" על דרך השגה על חוות הדעת שניתנה בפני בית הדין. בפני בית הדין אמור לבוא הסדר שלם, אשר מבקשים לעשותו, ולא "הצעה לעקרונות הבסיס לתשתית ההסכמים", כלשון ריש הסכם העקרונות.

41. בטרם סיום: בסוגית אישור הסדר כובל שפרטיו טרם הושלמו הפנו הצדדים לבג"ץ 136/84 **המועצה הישראלית לצרכנות נ' יו"ר המועצה והגבלים עסקיים**, פ"ד לט(3) 265, 274 (1985). באותו עניין פסק בית המשפט כי:

"ייתכן שבמקרה מסויים יהא גם בפירוט דל יחסית בגוף ההסדר הכובל כדי להצדיק אישור מראש של קווי-פעולה- עתידיים, והוא – כאשר על פי התוכן הקיים יכולה המועצה להגיע למסקנה

ברורה שיהיו אותם קווי פעולה אשר יהיו, טובת הכלל תצא נשכרת".

מבלי לקבוע מסמרות באשר לתחולת הלכת בג"צ 136/84, אשר נפסק על רקע חוק ההגבלים העסקיים, תש"ט-1959, על ענייננו, אציין כי מעיון בבקשת האישור עולה כי מקרה זה איננו ממין "המקרים המסוימים" בהם ניתן להגיע למסקנה ברורה כי יהיו הפרטים החסרים אשר יהיו, "טובת הכלל תהא נשכרת".

מדובר בהסדר מוצע אשר בבסיסו חיסול תחרות קיימת בין אגד למוניות העיר, כאשר מנגד כנטען, ישתפר, תפקוד מערך התחבורה הציבורית בראשון לציון. לא מדובר במקרה בו מן הנתונים הקיימים עולה מסקנה ברורה בדבר טובת הכלל שבהסדר. להסרת ספק, אינני שוללת כי ייתכן שההתקשרות המדוברת עשויה להתגבש לכלל עשיה ברוכה עבור הציבור. אולם משטרם השלימו הצדדים את פרטי העניין, אינני רואה הצדקה להבאת מקרה זה אל מבוין אותם "מקרים מסוימים", המצדיקים כניסה לגוף העניין בטרם השלמת העסקה לפרטיה.

42. נמצא כי בהצטבר הקשיים – הן העדר הסכמה מלאה ומפורטת בדבר תנאי העסקה, הן הפגם בתוקף המשפטי המחייב של המסמכים החייבים, הן סימני השאלה שמעוררים הדברים לגופם – דין הבקשה לאישור הסדר כובל כמות שהיא, סילוק על הסף.

44. אשר על כן, בש"א 313/09 לסילוק על הסף, מתקבלת. בקשת האישור שבתיק ה"ע 102/09 נדחית.

45. המבקשת ומשיבים 2 ו-3 ישלמו יחדיו לממונה הוצאות ההליך בסך כולל של 10,000 ₪.

46. להסרת ספק, מובהר כי שעריו של בית הדין פתוחים בפני הצדדים להגשת בקשה לאישור הסכם מפורט ומוגמר.

ניתן היום יא' בטבת, תש"ע (28 בדצמבר 2009) בהעדר הצדדים.

תמר בזק-רפפורט, שופטת

משנה לאב בית הדין

להגבלים עסקיים