

בפני כבוד הנשיא ו' זילר

בעניין:

פזגז חברה לשיווק בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד א' מקובר ואח'

התובעת

נגד

[1] דור אנרגיה (1988) בע"מ

[2] דורגז בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד י' עמיהוד בן-פורת ואח'

הנתבעות

פסק-דין

התובעת, המגדירה עצמה בסעיף 1 לתביעה כמי ש"עוסקת בשיווק והפצת גז והיא בעלת מוניטין רב בתחום זה", עותרת בהליך זה למתן צו שיאסור על הנתבעות - העוסקות אף הן לפי האמור בסעיף 2 לתביעה בהפצת גז - לספק, לשווק, למכור, לאחסן ולהעביר גז, בין ישירות בין בעקיפין, לחברה הידועה בשם The Eastern Gas Trading Company Ltd. (להלן 'החברה המזרחית'). בפסקה ב' לסעיף הסעדים בכתב התביעה (סעיף 37) מבקשת התובעת הרחבת הצו האמור באופן שהוא יחול לא רק על אספקת גז לחברה המרכזית אלא גם על "כל גורם אשר התחייב לרכוש גז מן התובעת בלבד לצרכי מסחר בו או לצרכי מילוי מיכלים או לצרכי שיווקם או הפצתם". יתרת הסעדים המתבקשים הם סעדי עזר שהיו דרושים לתובעת אילו הייתה זוכה בסעדים שפורטו לעיל. כפי שיתברר להלן, הגעתי למסקנה שדין התביעה להידחות וממילא אין חשיבות ליתרת הסעדים.

התובעת הגישה גם עתירה לצו מניעה זמני (ראה המרצה 2279/91), ובמסגרת הדיון בבקשה זו, ולאחר שהוברר שמה שאמור להיטען בהמרצה ייטען במשפט גופו, הוסכם בין הצדדים בישיבת בית המשפט מיום 8.12.91 כי חרף העובדה שכתב-הגנה טרם הוגש, וגם לא יוגש, יידון התיק העיקרי (ולא הבקשה לצו זמני), זאת על בסיס שלוש טענות ההגנה הבאות שמעלים הנתבעים:

[א] ההסכמים מכוחם מבוקש צו המניעה הם הסכמים שאין לאכוף אותם "משום שהם נוגדים את חוק ההגבלים העסקיים שהיה בתוקף בעת עשייתם או הארכתם".

[ב] אין בהסכמים האמורים מגבלה לאספקת גז להר חברון.

[ג] הפירוש הנכון של ההסכמים הוא שכל המגבלות שהם מטילים על החברה המזרחית ביחס לעשייה בגז או במתקני מילוי הגז "נובעות מהעובדה שהחברה המזרחית משתמשת בצידוד שניתן על-ידי 'פז', דבר שאינו קיים מזה חמש שנים...".

מאוחר יותר הורחבה טענת ההגנה באופן שהיא כוללת גם טעון שההסכמים אינם עולים בקנה אחד עם ככלי המשפט המקובל הנוגעים להסדר כובל, וגם תוספת עובדות שונות הכלולות בתצהיר מיום 28.1.92 שנעשה על-ידי אכרס סביטני במגבלות ובתוספות שנקבעו בישיבת בית המשפט מיום 30.1.92 (להלן ייקרא תצהיר זה 'תצהיר סביטני').

על בסיס הסכמות אלו הוגשו סיכומי הצדדים והנושא בשל למתן פסק-דין.

ההסכמים עליהם סומכת התובעת צורפו כנספחים א' וב' לכתב התביעה. ההסכם נספח ב' נעשה ביום 1.7.70 (להלן 'ההסכם הראשון'), וההסכם נספח א' נעשה ביום 11.4.78 (להלן 'ההסכם השני').

בהסכם הראשון הצהירה החברה המזרחית (ובעלי מניותיה שהיו אף הם צד להסכם) שהיא רכשה זכויות כמפורט בהסכם בחלקת קרקע המפורטת אף היא בהסכם. בהמשך נאמר שהחברה המזרחית פנתה לתובעות וביקשה שזו האחרונה תקים על החלקה האמורה מתקן מילוי לגז. ההסכם מסדיר את הקמת תחנת המילוי ומטיל על החברה המזרחית להחזיק כהלכה את המתקן שיוקם.

כל הדברים הללו לא נעשו במסגרת הסכם קבלני להקמת מתקן, גם לא לשם שמים. טרחתי לציין בראשית פסק הדין כי התובעת הגדירה עצמה בכתב התביעה כ"עוסקת בשיווק והפצת גז... ובעלת מוניטין רב בתחום זה", ובמסגרת זו היא ביקשה להגדיל ולהאדיר את היקף עסקיה, וההסכם הזה, והקמת מתקן המילוי בכלל זה, לא נעשה אלא למטרה זו. בסעיף 2 (ב) להסכם הראשון נאמר שהחברה המזרחית תקנה מהתובעות בלבד את כל הגז הדרוש לה לצרכיה ולצרכי לקוחותיה ברמאללה, וכי היא תפעל להפצתו ומכירתו של הגז שהיא רוכשת מהתובעת ביעילות, לשביעות רצון התובעת, ובהתאם להוראות שזו האחרונה תוציא מדי פעם.

בסעיף 3 להסכם הראשון נאמר שהקמת המתקן ומילוי התחייבויות התובעת בהקשר לכך הן בתמורה להתחייבויות החברה המזרחית. בהמשך נקבע בסעיף 4 שהחברה המזרחית מתחייבת להשתמש אך ורק בגז של התובעת במתקן המילוי, ולא להעביר את המתקן או להתיר לאחרים את השימוש בו אפילו לא במקרה אחד ויחיד. סעיף 6 לאותו הסכם חוזר וקובע שהחברה המזרחית מתחייבת לרכוש אך ורק מהתובעת את הגז בו תשתמש במתקן. הפסקאות החמישית והשישית של סעיף 7 להסכם מסדירות את ההוצאות שהתובעת תשא בהן במסגרת פעולות שיווק הגז על-ידי החברה המזרחית ללקוחותיה, ללמדך את המובן מאליו, שהמטרה העיקרית והסופית של התובעת, מה שמכונה 'תכלית ההסכם', הוא הגדלת מכירות הגז שלה. בסעיף 13 להסכם זה נאסר על החברה ויחידה לעסוק ישירות או בעקיפין בעיסוק מתחרה של מילוי גז.

התובעת איננה קבלן להקמת מתקנים גם לא חברה העוסקת במכירת ציוד או בהשאלתו; היא, כפי שטרחתי לציין, חברה בעלת מוניטין רב בתחום הפצת הגז, וההסכם הראשון נעשה למטרות הפצת גז ולא במסגרת קבלנית של הקמת מתקנים. אני מוכן להניח לטובת התובעת שבמקרה הנוח ביותר לה הרי ש"אספקת הגז על-ידי התובעת לחברה המזרחית הינה חלק בלתי נפרד מהעסקה הכוללת שבין התובעת לחברה המזרחית..." (ההדגשה שלי - ו'ז'), זאת, אם להשתמש במילותיה של התובעת כפי שנרשמו בע' 5 לסיכומיה. אני הייתי מעדיף לומר את שנאמר בהסכם, היינו, שהקמת המתקן בא בתמורה להתחייבויות החברה המזרחית לפעול ולעשות אך ורק בגז המשווק על-ידי התובעת, ואולם אני מוכן גם לקבל את הניסוח המינורי יותר של התובעת כמובא לעיל בסיכומיה.

בטרם אדון באספקטים המתייחסים להסדר כובל שיש בהסכם האמור, אציין שבתשובת התובעת לסיכומי הנתבעות חזרה בה התובעת אפילו מ'הניסוח המינורי' האמור. כעולה מסיכומי התובעת וכפי שאראה להלן, התובעת ערה לתחולה רחבת ההיקף של הוראות חוק ההגבלים העסקיים, ולכך שהוא יכול לחול על ההסכם הראשון (והשני) בכל הנוגע להתחייבות הבלעדית לרכישת גז מהתובעת בלבד, והיא נכונה לצאת מהנחה אפשרית שאכן יש בכך הסדר כובל. בהקשר זה חשוב לה להראות שניתן להשתמש 'בעיפרון הכחול' ולנתן הסדר זה משאר הסדרי ההסכם. כשעיניה נשואות לטיעון זה היא חזרה בה אפילו מ'הניסוח המינורי' בו השתמשה בסיכומיה, ובע' 1 ו- 2 לתשובה לסיכומים היא אומרת ש"ההסכם, ולמעשה ההסכמים, שנחתמו בין התובעת לחברה המזרחית... דן בהקמת תחנה גדולת מימדים למילוי גז במכילים, אספקת והתקנת כל הציוד הדרוש לשם כך, הכשרת שטח להתקנת כל הציוד, התקנת הציוד בפועל וסלילת כביש גישה לאתר תחנת המילוי... זה עיקר מהות ותכלית הקשר שבין התובעת לחברה המזרחית במסגרת הסכם ולצרכי תחנת המילוי, ובהקשר זה בלבד, הוסכם בין התובעת לחברה המזרחית שהאחרונה תרכוש את הגז מן התובעת וכי התובעת לא תהיה קשורה בעסקי מילוי - קרי באספקת גז לתחנות מילוי אחרות... הצגת רכישת הגז על-ידי החברה המזרחית מן התובעת כחזות הכול ובמנותק ממהות ומתכלית ההסכם שבין השניים, הינה מלאכותית..."

הניסיון להציג את ההסכם הראשון כהסכם קבלני להקמת מתקן מילוי גז, שנספחו אליו, כמעט במקרה, נושאים של אספקת גז, הנו - אם להשתמש במונח של התובעת - ניסיון מלאכותי, תפור בתפרים גסים, מנותק מהמציאות ולא נועד אלא כדי לאפשר את טיעון התובעים הבא בהמשך הדברים (ע' 2), לפיהם "גם אם נניח לצורך ניתוח טענתן ולצורך זה בלבד, כי ההתחייבות לרכישת גז מן התובעת הוא בגדר הסדר כובל, טענה המוכחשת... הרי שגם בטענה זו אין כדי לבסס טענת הגנה לנתבעות... בהנחה שיש ממש בטענת הנתבעות בדבר קיום הסדר כובל באשר להתחייבות לרכישת הגז, נותרה ועומדת בהתחייבות החברה המזרחית בסעיף 13 להסכם... שלא לעסוק בעסק מתחרה או דומה של מילוי גז... אם ייעשה שימוש בכלל העיפרון הכול לגבי ההסכם שבין התובעת לחברה המזרחית באשר להתחייבויות האמורות, ותופרד ההתחייבות הדנה באספקת גז, תעמוד בעינה התחייבות החברה המזרחית שלא להיות מעורבת בעסקי מילוי אחרים".

אי אפשר להשתמש בעפרון כחול' לצורך גדיעת חלק מהסכם כלשהו, כשאותו חלק הוא הגרעין הקשה של ההסכם, מרכזו ובסיסו. הניסיון המלאכותי להפוך את העיקרי לשולי אות השולי לעיקרי - לא יצלח.

הדברים נכונים שבעתיים נוכח העובדה שמאז נעשה ההסכם הראשון חלפו למעלה מעשרים וארבע שנים (!) והתשתית העובדתית, שהיא הייתה זו שהיוותה בסיס ל'תשתית המושגית' של ההסכם הראשון, השתנתה כליל. 'המתקן הגדול' (כפי שמכנה אותה התובעת) של אותם ימים אינו מהווה יותר מ- 10% מהיקף המתקן הנוכחי. המתקן הורחב והוגדל במשך השנים על-ידי החברה המזרחית במימונה שלה בלבד (ראה תצהיר סביטני). גם אותו חלק מיושן וזניח מהמתקן דאז, שהותקן בזמנו מכוח ההסכם הראשון, איננו עוד בבעלות התובעת. בהסכם הראשון הותנה כי הציוד שבמתקן הראשון יישאר בבעלות התובעת ויושאל לחברה המזרחית, ואולם בהסכם השני הועבר ציוד זה כולו לבעלות החברה המזרחית, כך שהיום כל הציוד במתקן המילוי הוא בבעלות חברה זו. אם סבורה התובעת שיש לה זכות לבטל הקנייה זו של הציוד משום שהחברה המזרחית הפרה את ההסכם, היא יכולה לנסות לעשות כן, ואולם אין טענה שהיא עשתה כן ושהיא שללה את בעלות החברה המזרחית בציוד זה. במאמר מוסגר אוסיף שספק בעיני אם היא יכולה לעשות כן.

בנסיבות אלו הטרוניות הקשות הפזורות בסיכומי התובעת על היות הנתבעות 'טפילות' המשתמשות בהשקעות התובעת לצרכיהן, הן צורמות מאוד. אינני רוצה להשתמש בשם העצם הטפילי שהתובעת השתמשה בו, ואולם חוששני ששם-עצם זה הולם יותר את הניסיון למנוע מהחברה המזרחית לעשות שימוש ברכוש המונח על אדמתה תוך הסתמכות על השקעה שנעשתה לפני 24 שנים ושאבד עליה הכלח, ולו משום שהציוד כולו הועבר זה מכבר לתובעת, ואפילו לא כך - הוא מהווה רק 10% מהמתקן הנוכחי, ואפילו לא כך - מצהיר סביטני כי הענקת שירות מילוי-גז לנתבעות נעשה רק בציוד החדש והמודרני, ולא במיושן. תרומת התובעת בסכום של כ- 30,000 ש"ח מתוך 300,000 דולר (!), היא השקעת החברה המזרחית במתקן המילוי, איננה משנה את התמונה. במסגרת יחסי המסחר והמחוות שכל משווק מעניק ללקוח גדול שלו, אין תופעה זו יוצאת-דופן.

ועתה לעניין אספקת ההסדר הכובל שיש בהסכם.

החוק החל על שני ההסכמים הוא חוק ההגבלים העסקיים תשי"ט-1959 (כפי שתוקן מדי פעם). לפי סעיף 2 לחוק, "הסדר כובל הוא הסדר בין בני-אדם המנהלים עסקים הבא למנוע או להגביל במפורש או מכללא את אחד הצדדים להסדר באחד העניינים המנויים להלן לגבי מצרך או לגבי שירות ולמעט הסדרים לפי סעיפים 5-10...". בהמשך החוק בא פירוט. בשש פסקאות נפרדות של אותם עניינים. פסקה (3) מונה כאחד העניינים את "העיסוק, תנאיו, דרכיו, כמותו, איכותו או סוגו", ופסקה (4) מונה כ'עניין' אחר את "האנשים אשר אתם או בשבילם יעסקו".

סעיף 1, הוא סעיף ההגדרות שבחוק, מגדיר 'עסק' כ"כל עיסוק בייצור מצרכים, בהספקתם או ברכישתם, וכל שירות". 'מצרך' מוגדר כ"כל חי, דומם או צומח, בין תלוש ובין מחובר, לרבות מים ומחצבים, מקרקעין, בטיחות וכל זכות או טובת הנאה, ולרבות כל חלק של מצרך כאמור",

ו"שירות' מוגדר כ"כל שירות לזולת וכן שעשוע ציבורי כמשמעותו בפקודת השעשועים הציבוריים 1935 וכל עשייה במצרכים למען הזולת, לרבות בניה".

לא נראה לי שיכול להיות ספק כלשהו בכך שהעסקה שנעשתה בהסכם הראשון היא במהותה הסדר כובל. היא מגבילה את החברה המזרחית בעסקיה, זאת על-ידי חיובה לרכוש גז רק מהתובעת ולא מכל מקור אחר זולת התובעת, וכן מגבילה (לפי טענת התובעת) את אותה חברה מלהעניק שרותי מילוי גז במתקנים המוצבים על אדמתה.

כדי להימלט ממלתעותיה של מסקנה זו מבקשת התובעת שאקבע שהואיל וההגבלה בהסכם הראשון היא על שני הצדדים, ולא על צד אחד בלבד, אין מדובר בהסדר כובל, שהרי בסעיף 2 מדובר בהסדר הבא להגביל "את אחד הצדדים להסדר". חוששני שזהו פירוש לא נכון של החוק. די בהגבלה על צד אחד כדי שההסדר יהיה כובל, ואולם ההסדר יהיה כובל גם אם הוא חל על יותר מצד אחד. במאמר מוסגר אעיר שאינני בטוח שיש בעסקה הגבלה על התובעת.

עוד טוענת התובעת ש"השירות' המוענק לפי ההסכמים הוא שירות ליחיד, ולא שירות לציבור, ואילו החוק עוסק בשירות לציבור. השירות לפי החוק - כך גורסת התובעת - הוא שירות לציבור. אינני גורס כגורסת התובעת, ולא מצאתי תימוכין בחוק לדרישה שהשירות יהיה שירות לציבור. לשון החוק אינה תומכת בפירוש הזה ומטרת החוק אינה מחייבת לצמצם באופן מלאכותי את מילות החוק.

בקשר זה אני מבקש להעיר כי התובעת טוענת לכל אורך סיכומיה (הראשיים וההשלמות שבסיכומי התגובה), שלא מדובר בעסקה שיש לה השלכה על הציבור. היא טוענת כי לשון החוק והגדרותיו רחבות מאוד, וכי פירוש דווקני של החוק, שלא יביא בחשבון בכל מקרה את העסקה הקונקרטית שמדובר בה, יקפיד לחלוטין את חיי המסחר והכלכלה ולא יאפשר מערכת חיים תקינה.

לטענה זו אני מסכים, ויש לה תימוכין גם בפסיקה וגם בספרות המקצועית (ראה מאמרו של ד' בכור 'הרהורים בחוק ההגבלים העסקיים תשי"ט-1959' ספר זוסמן, ע' 133 בע' 140, וכן ראה דברי בית המשפט העליון בע"א 626/70 כ"ה פד"י (824)). לדברים אלו הסכמתי גם אני בפסק הדין שנתתי בת"א 396/87 קיסין נגד פטרולוג ואח', שהעתק הימנו צורף לסיכומי הנתבעים. אמרתי שם בנושא זה:

"החוק בו אנו עוסקים הוא חוק פרובלמאטי מאוד. צד להסדר כובל צפוי לסנקציה פלילית וגם לתוצאות בתחום האזרחי. פירוש בלתי זהיר של החוק, יהפוך לעבריינים חלקים גדולים מאוד של האוכלוסייה. הוא גם יהפוך אחוז גדול של ההסכמים והחוזה הנעשים במדינה להסכמים וחוזה בלתי חוקיים שלא רק שאין לאכפם, אלא שהם משמשים עילה לתביעה נזיקית (ראה סעיפים 46-40 לחוק). על 'תכונות' אלו של החוק עמד בית המשפט העליון בע"א 626/70 [כ"ה פד"י (1) ע' 824] [להלן 'שמעוני נגד לחיים']. בע' 829 לפסק הדין נאמר כי "לא אטעה אם אומר, שאילו הייתה המדינה מגישה אצלנו אישומים פליליים אפילו נגד חלק קטן מכל העוברים על הוראות החוק המתהלכים חופשי, היו התביעה הכללית ובתי המשפט כורעים תחת הנטל. יש להניח שאם תביעות כאלה מוגשות בכלל, הן מוגשות רק במקרים נבחרים מעטים, ובאשר ליתר, הופך החוק להלכה ואין מורין כן. אך במישור האזרחי הוא נותן תואנה בידי אדם אשר התקשר בהסכם

שהוראותיו נראות תמימות וכשרות לפי המקובל בין הבריות, לנסות ולהתחמק מהתחייבויותיו בטענה שיש בהסכם פסול של הסדר כובל...".

בכל הנוגע להליכים פליליים, יש 'בלם' ראשוני לעשיית שימוש בהם שלא כהלכה, בדמות הרשות היוזמת הגשת אישומים פליליים. על בלם זה רמז השופט לנדוי בפסק הדין הנ"ל, באומרו, שאין מוגשות תביעות במספר העצום שלכאורה ניתן היה להגישן. אולם בלם זה לא בהכרח יהיה יעיל וצודק בכל המקרים, ומכל המקרים, ומכל מקום לא קיים בלם כזה בכל הנוגע להליכים אזרחיים. האם המסקנה היא שעל 'המעורבים הפוטנציאליים' ללכת בכל מקרה של אישום או תביעה על פי חוק זה 'כצאן לטבח יובל', אחרי שרירות לב המאשימים והתובעים למיניהם, כשכולנו חשים שלא זהו המקרה אותו ביקש החוק 'ללכוד'?

זוהי שאלה רטורית משום שהתשובה עליה ברורה. בית המשפט יעביר תחת שבט ביקורתו כל אישום ותביעה כאלו, ויקבע עם ראויים הם להיכנס למסגרת החוק. במילים אחרות, הוא יפרש את החוק בדרך ובאופן שתתאם את כוונת המחוקק.

אכן כך אומר השופט לנדוי בהמשך הדברים בפסק הדין האמור (ע' 829/30): "אך עדיין מותר לבית המשפט לפרש את רשימת הפסולים שבסעיף 2 **במידת הסבירות** ועל פי גישה כללית שהטוען כי הסכם הוא בבחינת הסדר כובל עליו 'נטל הראיה' שההסכם לוקה באחד הפסולים המנויים בסעיף 2" (ההדגשה שלי - ו' ז'). ביתר תוקף הרחבה והדגשה נאמרו דברים דומים על-ידי בית המשפט העליון בפסק-דין אחר שאף הוא דן בדבר החקיקה האמור. המדובר הוא בבג"צ 47/83 [לייט פד"י (1) 169] (להלן 'בג"צ תור אויר'). באותו פסק-דין אומר בית המשפט העליון (מפי השופט א' ברק) כי בבוא בית המשפט לפרש מילה או מנוח בחוק. "עליו לבחור באותה אופציה לשונית, המגשימה את תכלית החוק... הנורמה החקוקה היא נורמה תכליתית...". בהמשך מביא בית המשפט העליון מובאות מפסקי-דין אחרים בהם הובע רעיון זה. כך נאמר בע"א 481/83, 40/80 [כ"ט פד"י (1) 505] כי "החוק הוא מכשיר לשם ביצועה של מטרה תחיקתית ולכן הוא צריך פרשנות לפי המטרה הגלומה בו (ע' 516). ובע"פ 71/83 [ל"ח פד"י (2) ע' 757] כי "ראוי לו לשופט, בבואו לפרש את החוק, לשאול את עצמו: חוק זה איזו תכלית נורמטיבית, חברתית, הוא מבקש להשימה (ע' 770).

נראה הדבר שככל שהדבר נוגע לחוק קא עסקינן מטרת החוק היא ברורה. המטרה היא כלשון בית המשפט העליון בבג"צ תור אויר (ע' 178):

"לאסור הסדרים כובלים הפוגעים בטובת הלל (ראה דברי הסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים תשי"ח-1957) מגמת החוק היא לפנות את הדרך לפעילות כלכלית חופשית על-ידי סילוק מכשולים המונעים פעילות כזאת (בג"צ 231/61) - גישתו של המחוקק היא שתחרות חופשית פועלת לטובת המדינה ויש בה כדי להעמיק את החופש המשפטי והכלכלי של הפרט... לשם השגתן של מטרות אלה נקבע איסור על עשיית דבר או הימנעות מעשותו על-פי הסדר כובל (סעיף 40 לחוק)...".

היטיב להגדיר את המטרה, תוך מתן דוגמא שובת-לב, שופט בית המשפט העליון לשעבר, דוד בכור, במאמרו 'הרהורים בחוק ההגבלים העסקיים תשי"ט-1959' (ספר זוסמן, תשמ"ד, ע' 133 בע' 139), וכך הוא אומר:

"...חוק המטיל אחריות פלילית ועונשים ואשר נשאר כאבן שאין לה הופכין מבחינת 'הלכה ואין מורין כן', אינו מן הדברים הרצויים.

ברורים גם דברי השופט (הכוונה לדברים שנאמרו במשפט שמעוני נגד לחיים - ו'ז') על השקפת בית המשפט על ניסיון הצד להסכם מסוג זה להיאחז בטענת אי-חוקיות על-מנת להשתחרר מהתחייבויותיו, כאשר ייתכן שמעשית אין ההסדר נוגד את טובת הציבור ואולי הוא גם לברכה, אלא שהוא בלתי חוקי רק בגין העדר אישור המועצה. כדוגמא קיצונית ביותר, מבחינה תיאורטית פורמאלית הסכם סביר בין בעלי שתי חנויות מכולת במושב קטן על שעות פתיחת וסגירת החנויות או על סוגי המצרכים שכל אחד ימכור מהווים הסדר כובל על-פי החוק. ברור שלא לעניינים מסוג זה התכוון המחוקק, וגם לא שמעתי שיעלה על דעת איש לבקש את אישור המועצה להסדרים כאלה, אבל מה יהיה אם צד להסכם מן הסוג הנ"ל ינסה להשתחרר מהתחייבויותיו בטענת אי-חוקיות? מטרת המחוקק בחוק היא להגן על הציבור מפני הסדרים כובלים בין בעלי עסקים אם יש בהם כדי לפגוע בטובת הציבור על-ידי יצירת מצבים נוחים לבעלי העסקים ולרעת הנזקקים להם. אין חוק זה בא להגן על זכות הפרט לעסוק כרצונו בכל עסק חוקי וזכות זו קיימת ומוגנת מחוץ לחוק, ולצדה קיימת גם זכות כל פרט לעשיית הסכמים כרצונו ולקבל על עצמו מגבלות אלא שחוק זה בא להגביל את הפרט בזכותו לקבל על עצמו הגבלים שיש כדי לפגוע בטובת הכלל, כגון כאשר נעלמת או מתגמדת התחרות החופשית ועל-ידי כך עולים מחירי המצרכים או השירותים והציבור הנזקק להם נושא בתוצאות ויוצא מפסיד" (ההדגשות שלי - ו'ז').

פירוש מילולי גרידא של מילות החוק, לא רק שיביא לתוצאות אבסורדיות שתשטופנה את בתי המשפט בתביעות פליליות ואזרחיות, כאמור בפסק-דין שמעוני נגד לחיים, אלא הוא יהפוך חלק מההסדרים המקובלים בין הבריות ובתוך החברה לאסורים ובלתי כשרים. כך למשל תהא החלטת ענף המסחר שלא לפתוח את בתי עסקים ביום שלישי אחה"צ הסדר כובל כמשמעותו בחוק. גם עורכי-הדין ייאשמו ב'קשירת קשר' להגבלת מתן שירות עקב נעילת משרדיהם ביום ג' אחה"צ, ואולי גם בפגרת בתי המשפט, כל זאת בהסתמך על סעיף 2 (3) לחוק. כיוצא בזה הסכם בין מספר צדדים להקמת עסק ולהשקעת סכום מוגדר בו, על-מנת שהוא יפעל במקום מסוים, ובדרך מסוימת, ובהגבלה מוגדרת של סכום, ותוך הטלת חובת עיסוק, או הגבלת עיסוק, על חלק מהצדדים, ואיסור התחרות ביניהם, יכול שייטען כלפיו שהוא הסדר כובל, בהיותו סותר את איסורי סעיף 2 (3) ו-2 (4), ו-2 (5) ו-2 (6) לחוק. יתירה מכך, אינני בטוח אם פירוש מילולי גרידא של החוק לא יכניס חלק גדול של התקשרויות חוזיות למסגרת החוק, שהרי מכוח הגדרת המילה 'חוזה' יש בכל חוזה הגבלה מסוימת של החרות והחופשה לעשות פעולות בעתיד, זאת נוכח התחייבויות המוטלות על הצדדים או על צד לחוזה. פירושים כאלו על אף היותם עולים אולי בקנה אחד עם מילות החוק, מחטיאים בעליל את הכוונה המוצהרת שלו, ומרוקנים אותו מכל תכלית אפקטיבית, הכול כמפורט לעיל.

המחוקק נאלץ להשתמש בהגדרות רחבות מאוד בחוק. הוא רצה להבטיח לעצמו את 'לכידת' כל הוואריאציות והאפשרויות הלא רצויות, והכמעט אין-סופיות, הקיימות בעשיית הסדרים ובניהול עסקים. ניסיון החיים מורה כי כל סדר בחוק מנוצל על-ידי מעוניינים כדי להתחמק מהוראותיו. החוק קא עסקינן נועד 'לדכא' בין השאר עוצמות כלכליות גדולות, והניסיון למצוא דרכים איך

'לחלחל' חוצה מהמעטה שהחוק עטף בו את הוראותיו, חזק לכן שבעתיים, והוא צפוי מראש. מטרה זו של המחוקק שמצאה ביטוייה בשימוש בהגדרות רחבות בחוק, היא שהביאה לחשש מפני השתרעות-יתר של 'החוק, כפי שהובע על-ידי השופט לנדוי, בפסק-דין שמעוני נגד לחיים. ואולם כפי שכותב דוד בכור במאמרו הנ"ל, המציאות בארץ ובעולם היא ש"העניינים שהובאו עד כה לדיון בפני המועצה, עד כמה שידיעתי מגעת והפסיקה הענפה שהובאה בספרות של מדינות שונות על פי החוקים המקבילים לחוק ההגבלים העסקיים דנו תמיד בהסכמים או בהסדרים בין גופים או קבוצות בעלי עוצמה באותו שטח כלכלי שניסו ליצור תנאים שהיה בהם כדי לפגוע בציבור הרחב על-ידי הקטנת ההתחרות במדינה" (ההדגשות שלי - וי').

בבואם לפרש את החוק שומה על בתי המשפט ליישם מציאות זו, בדרך של מתן פירוש נאות לחוק, באופן שיילכדו בו אך ורק מי שהמחוקק כיוון אליהם. במלים אחרות, על בתי המשפט ליתן לחוק פירוש, שימלא תפקיד של מסננת בעלת חורים צרים מספיק כדי לא לאפשר שטיפתם חוצה של מקרים שהחוק ביקש ללכודם, אבל שיהיו רחבים מספיק כדי לא ללכוד עניינים ונושאים שאינם מענייניו של החוק.

דרך פרשנות זו, הבוחנת את הטעם והמטרה הסופית של החוק, ומשווה אותם עם המקרים המתעוררים מדי פעם, תביא בהכרח לפרשנות מרחיבה מאוד של חלק מהמלים, מהביטויים ומהמונחים שבחוק, ולפרשנות צרה יותר של אחרים.

התובעת מבקשת להפעיל את 'כלל ההיגיון' (Rule of Reason) הנוהג בארצות הברית גבי חקיקה דומה ושלפיו בוחנים את העסקות בעיניינים הגיוניות ולא טכניות, ולפי זה מחליטים אם להחיל את חוקי המונופולין על עסקה זו או אחרת. אין צורך שאעסוק בסמנטיקה ואקבע אם שיקולי בית המשפט בפירוש החוק המקומי ויישומו על מקרה קונקרטי מצויים במסגרת 'כלל ההיגיון', או בפרשנות מרחיבה, ואולי בפרשנות מצמצמת, ואולי רק בתחומי בדיקת תכלית החקיקה. די שאומר שבמקרה זה אני מוכן לקבל את גישת התובעת ולבחון את העסקה גם מבחינת התקלה לציבור הצומחת מההגבלות הכלולות בהסכמים שמדובר בהם.

כפי שמוסבר בסיכומים, נוהגת בשטחי עזה, יהודה ושומרון שיטת חלוקה והפצה של גז השונה מהשיטה הנהוגה בישראל. בישראל ההתקשרות היא ישרה בין הצרכן הסופי לבין חברות הגז. בשטחים נמכר הגז למתקני-מילוי. המיכלים הביתיים ממולאים שם על-ידי גורמים שונים, המפיצים את הגז לצרכנים. מתקן-גז כזה הוא מתקן הגז נשוא ההסכמים. ברור בעליל שהגבלת בעל מתקן ברכישת גז מכל מקור בו יבחר, ובמתן שירותי מילוי לכל גורם החפץ בכך, מצמצמת מאוד את התחרות בשוק הגז. מכתב התביעה אני למד שהתובעת התקשרה עם מספר בעלי מתקני מילוי גז (סעיפים 10 ו-11 לתביעה) בחוזה 'אספקה בלעדית' ולדבריה אם הנתבעות יספקו גז גם לגורמים האחרים, בנוסף לחברה המזרחית, הדבר "יגרום... להתפוררות והתמוטטות כל מערך שיווק הגז של התובעת בשטחי יהודה, שומרון ועזה" (סעיף 9 לתביעה).

חשש זה יכול להיות מבוסס רק במקרה שייכנסו גורמים מתחרים שיעניקו תנאים טובים יותר ואולי גם ימכרו גז במחירים נמוכים יותר, שהרי אם לא כך יהיו פני הדברים, ובהנחה שהתובעת היא המעניקה את התנאים והמחירים הנוחים, לא תהיה סיבה לחברה המזרחית ולעמיתיה לחזר על פתיחתם של אחרים והם ינקטו בכלל 'אהבתי את אדוני'.

הגז הוא מצרך חיוני והמוני, הציבור הרחב נזקק לו והסדרים שיש בהם כדי להקשות על תחרות חופשית ומחבלים באינטרס הציבורי הרחב. התכלית העיקרית של חוק ההגבלים העסקיים היא למנוע מצב כזה.

בסיכומי התגובה של התובעת היא כותבת (ע' 5 פסקה 6 [ב]) ש"התקשרות בין בעלי עסקים שיש בה לכאורה ומן ההיבט הטכני הגבל עסקי אך אין בה באותה התקשרות כדי לפגוע בציבור או באינטרס ציבורי כלשהו, לא יראו את אותה התקשרות כמי שצריכה לעמוד באמות המידה של החריגים הקבועים בחוק ההגבלים העסקיים, בין אם נתייחס לחוק משנת 1959 ובין לחוק משנת 1988. שיטות משפט שונות אימצו לעצמן שיטות ודרכים, ובדרך-כלל נעשה הדבר במסגרת פסיקה של בתי המשפט, לא להחיל על התקשרויות שיש בהן מן ההיבט הטכני משום הסדר כובל, את הוראות החוק האוסרות הסדר שכזה. שכן ללא שימוש בכללים אלה, ובהתחשב בכך שהגדרת אותם חוקים, וחוק ההגבלים העסקיים בכלל זה, את המונח 'הגבל עסקי', היא כה רחבה, נוצר היה מצב שחלק ניכר מההתקשרויות העסקיות היו באות במסגרת ההגדרה של הסדר כובל... חוק ההגבלים העסקיים מציב דרישות שאין הציבור יכול לעמוד בהן, ואם ייעשו פעולות לאכיפת החוק ככתבו וכלשונו... יגיע מצב הדברים לידי אבסורד מוחלט..."

בהמשך אומרת התובעת (ע' 6) שלחוק יש מטרה אחת: "לאסור הסדרים כובלים הפוגעים בטובת הציבור הרחב ושקיומם יפגע באינטרס ציבורי כללי, זאת ותו לא. הדגש הוא על מניעת פגיעה בטובת הציבור, ולא על איסור גורף באשר ליצירת ההסדרים שיש בהם יסודות של כבילה... התפתחה בפועל דרך להכשרת הסדרים שיש בהם יסודות של כבילה... והדבר נעשה באמצעות כללי הפרשנות לחוק שהותוו על-ידי בתי המשפט...". הארכת בהבאת מובאות מדברי התובעת כדי שלא להשאיר ספק בכל הנוגע לרצון המודגש של התובעת להימלט מהצורך להתמודד עם הלשון הטכנית של החוק, התמודדות בה היא רואה את עצמה ובצדק במצב נחות, ולחסות בצל המטרה החקיקתית של הגנה על הציבור מפני מניעת תחרות, ששם היא מרגישה עצמה בטוחה יותר.

כבר אמרתי שמבלי לחייב עצמי גבי מקרים אפשריים בהם תהיה תחולה לחוק גם באספקט 'פרטי' ולא רק 'ציבורי' (למשל כשפלוגי מגביל בהסכם את אלמוני בעסק, ולו עסק זעיר), אני מוכן לבחון את העסקה שמדובר בה ב'עינים ציבוריות', ובחינה כזו, כפי שהראיתי, מראה עד כמה יכולה העסקה הקונקרטית לפגוע בציבור.

טול מקרה של ספק חדש המבקש לחדור לשוק במוצר פלוני, והוא מחזר על פתחי אלו שמפיצים סוג מוצר זה בין הקמעונאים. אם אותם מפיצים, שבדרך הטבע מספרם מצומצם יחסית, יהיו מנועים מכוח הסכמים כובלים, לקבל להפצה את אותו מוצר פלוני, תיחסם הדרך במקרים רבים בפני אותו ספק חדש להיכנס לשוק. תיאורטית הוא יכול לחזר על פתחי הקמעונאים, שמספרם רב, ואולם פרקטית וכלכלית הדבר לא ניתן להיעשות במקרים רבים. הקמת מערך שיווק עצמאי רק עבור מוצר מסוים יכולה להיות במקרים רבים בלתי כלכלית. התוצאה תהיה שהציבור יצא נפסד מהסדרים כובלים כאלו, משום שהם מונעים מהמפיצים הפעלת שיקול-דעת מסחרי, ואוסרים עליהם לרכוש מוצר טוב יותר, או זול יותר, או המסופק בתנאים אחרים, טובים יותר.

כיוצא בזה הנתבעות, שכל שהן מבקשות כדי להיכנס לשוק, הוא לקבל שירות של מילוי גז ולשלם עבורו בכסף מלא. ההסדר הכובל המונע מבעלי מתקנים כאלו, שמספרם בדרך הטבע קטן, להעניק לנתבעות שירות כזה, יכול למנוע את יכולתם לספק את הגז לצרכן, ובמקרה הפחות קשה יכביד וייקר את הגז, זאת בשל הצורך להקים מתקנים לעצמם, לא מטעם כלכלי אלא בשל 'החרם' שהוטל עליהם.

יצוין שבענייננו, לפי תצהיר סביטני, כל שהחברה המזרחית מעניקה לנתבעות, היא שירות מילוי-גז. היא מעניקה זאת במתקניה שלה, ועל אדמתה שלה ובציוד שלה.

הנה כי כן גם כשאני מחיל את הוראות החוק תוך דינונם במסגרת המוצעת על-ידי התובעת, אני מגיע למסקנה שיש סיבה לא טכנית אלא גם שבתוכן ובמהות להחיל את הוראות החוק על העסקה שמדובר בה.

החוק היה ער לכך שהכלכלה והמסחר מכירים בהתקשרויות בלעדיות (סוכנויות), מפיצים וכל כיוצא באלו גם להתקשרויות כאלו יש יתרונות במצבים רבים, והחוק איפשר זאת במגבלה מסוימת. סעיף 10 לחוק (כפי שתוקן בחוק ההגבלים העסקיים [תיקון מס' 2] תשכ"ג - 1963) קובע ש"הסדר שהצדדים לו הם שני בני-אדם בלבד... והאחד מהם מספק מצרך או שירות מסוים והשני רוכשם לשם הספקה, ולפי ההסכם מתחייב המספק לא לספק את המצרך או השירות אלא לאותו רוכש בלבד, והרוכש מתחייב לא לרכוש אותו מצרך או שירות, או מצרך או שירות דומים להם, אלא מאותו מספק בלבד - אינו הסדר כובל; הסדר לפי סעיף זה יכול להיות לשטח המדינה כולה או לחלק מסוים ממנה".

לחריג זה מבקשת התובעת להכניס את אותו חלק של העסקה שענינו רכישה בלעדית של גז מהתובעת. חוששני אבל שלא ניתן להחיל חריג זה על ענייננו, ולו משום שכנגד ההתחייבות לבלעדיות רכישה מצד החברה המזרחית, אין התחייבות נגדית של התובעת לספק גז רק לחברה המזרחית. בסיכומי התשובה מבקשת התובעת להסיק מתצהיר שהוגש מטעמה בהמראה (ואולם איננו מהווה ראיה בתיק העיקרי) על דרך של היקש, דרש, רמז וסוד, שניתן להסיק קיום התחייבות לבלעדיות גם מהתובעת. אפילו הייתי נזקק לתצהיר זה, אינני סבור שנובע ממנו שהתובעת. אפילו הייתי נזקק לתצהיר זה, אינני סבור שנובע ממנו שהתובעת מספקת גז באופן בלעדי לחברה המזרחית, ולו באזור מוגדר. יצוין שבתביעה נטען כזכור שיש עוד בעלי מתקנים דומים להם מספקת התובעת גז בשטחי יהודה ושומרון. ועוד יצוין שבישיבת בית המשפט מיום 30.1.92 הוסכם בין הצדדים ש"פזגז מוכרת ומכרה גז בצובר בתחומי החברה המזרחית".

בין כך בין אחרת, חריג זה אינו חל על בלעדיות רכישת הגז, ובדאי שאינו חל על האיסור שהוטל על החברה המזרחית לספק שירותים של מילוי גז לגורמים אחרים.

התובעת טוענת שההסדר יוצא מידי הגדרתו ככובל משום שלפי סעיף 5 "הסדר שכל כבילותיו נקבעו על-פי דין - איננו הסדר כובל". הגבלה על השואל מליתן את החפץ המושאל לאחר מותרת, אליבא דתובעת, מכוח סעיף 820 למגילה שהיה בתוקף, לדבריה, בתקופת חתימת ההסכם הראשון. כיוון שכך, מדובר לדבריה בהסדר שכבילותיו נקבעו על-פי דין. טענה זו נדחת משום שאין הנדון דומה לראיה. ההגבלה שבהסכמים איננה על מסירת החזקה בנכס המושאל לאחר, אלא גבי השימוש בו. בנוסף לכך, הציוד בו ממלאת החברה המזרחית גז לנתבעות איננו הציוד של התובעת, ובנוסף, לפי הפירוש הנכון של מערכת החוקים הרלוונטית, אין בהסדר שבחוק המתיר

למשאיל לנהוג בדרך מסוימת, כדי לשחררו מכפיפות לחוק ההגבלים העסקיים. טענה נוספת שטוענת התובעת היא שיש להחיל על ענייננו את הלכת 'אולמי לחיים' (ע"א 626/70, כ"ה (1) פד"י 824) לפיה בעל קרקע המעניק זכות מוגבלת בחצריו לאחר, איננו מעורב בהסדר כובל. טענה זו נדחתה. באותו מקרה שנדון בפסק הדין האמור לא נשלל מבעל הרישיון במקרקעין דבר, שהרי לא הייתה לו זכות במקרקעי הזולת. בענייננו ההסכמים מגבילים את יכולת העיסוק של החברה המזרחית באדמתה ובקנייניה ובעיסוקיה, והניסיון להעטות על-כך מעטה של 'הענקת זיכיון' הוא ניסיון לא-יצלח.

בהסכם השני שונו מקצת מהוראות ההסכם הראשון, ואולם שינויים אלו אינם רלוונטיים לשאלת קיומו או אי קיומו של הסדר כובל בין הצדדים כפי שהוא עולה מההסכם הראשון. התוצאה היא שההגבלות שמדובר בהן הן הסדר כובל ומכוח סעיף 40 לחוק, הן אינן מחייבות. הנתבעות מואשמות ב'גרם הפרת חוזה', ואולם כיוון שאין חוזה האוסר על החברה המזרחית לרכוש גז ממקור אחר או להעניק שירותי מילוי גז לכל שתחפוץ, אין גם גרם הפרת חוזה.

די במסקנה אליה הגעתי כדי לדחות את התביעה, ואין לי צורך להיזקק לטענות ההגנה האחרות. אעיר רק בבחינת למעלה מהצריך שהייתי מקבל גם את טענת ההגנה השנייה לפיה ההסדר הכובל חל רק על אזור רמאללה, והוא לא הורחב מכוח ההסכם השני על אזורים אחרים. עוד אוסיף שנראה לי שהתייחסות התובעת למתקן המילוי הנוכחי, כאילו הוא אותו מתקן עליו ובו מדברים ההסכמים הראשון והשני, היא התייחסות בלתי נכונה מבחינה עובדתית. המתקן דהיום ממלא פונקציה של מילוי גז כמתקן דאז, הוא ממוקם גם באותה חלקת-קרקע של החברה המזרחית, ואולם פרט לכך זהו מתקן שפשט צורה ולבש צורה, והטענה שהמתקן ההוא והמתקן הנוכחי חד הם, אינה נכונה.

בין כך בין אחרת, אני דוחה את התביעה.

התובעת תשא בהוצאות הנתבעות, ובנוסף - בשכ"ט עו"ד בסך של 20,000 ₪ בצרוף מע"מ.

ניתן היום, כ"ו באלול תשנ"ב, 24.9.92.

ו' זילר, שופט

נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים