

בבית המשפט המחוזי בירושלים

[19.3.96]

ה"ע (ירושלים) 468/95

בפני:

השופט י' עדיאל, משנה לאב ביה"ד
פרופ' מרשל סרנט, חבר
עו"ד ורדה לוסטהויז, חברה

1. גדות מסופים לכימיקלים (1985) בע"מ
2. גדות מיכליות ומאגרים לכימיקלים בע"מ
3. כלל שיווק ומסחר בע"מ
4. כלל סחר בע"מ

נגד

1. הממונה על ההגבלים העסקיים

החלטה

1. הליך זה עניינו בבקשה לאישור הסדר כובל שהגישו המבקשות מכח סעיף 7 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן - "החוק").
עניינה של הבקשה בהסכם שנעשה ביום 3.8.1986 בין גדות מיכליות ומאגרים לכימיקלים בע"מ (להלן - "גדות") לבין כלל שיווק ומסחר (1964) בע"מ (לשעבר - כימיקלל בע"מ) (להלן - "כלל") וכלל סחר בע"מ (להלן - "כלל סחר"), אשר ייסדו על פי אותו הסכם (להלן - "ההסכם") חברה משותפת בשם גדות מסופים לכימיקלים בע"מ (להלן - "גדות מסופים"), (ליתר דיוק, חברת גדות מסופים הוקמה עוד קודם לכן ע"י קבוצת יוחננוף).

2. עניינו של ההסכם בנושאים הבאים:

א. גדות וכלל יעבירו לגדות מסופים את עסקי הכימיקלים שלהן, לרבות מתקנים, הסכמים, ציוד זכויות שיווק וזכויות נוספות הקשורות לעסקים אלה.
עסקי הכימיקלים, כפי שהוגדרו על פי ההסכם, כללו, בראש ובראשונה את מסופי הכימיקלים של שתי החברות הנמצאים בנמל הקישון, ובנוסף, מגוון רחב של עיסוקים ובהם: יבוא כימיקלים לישראל, אחסנה, ניטול, שינוע, פיתוח, עיבוד, אריזה, מסחר, תיווך, שיווק כימיקלים, למעט הובלת כימיקלים בישראל ומחוץ לישראל. כל אלה (למעט יבוא), כאשר הם נעשים בישראל.
עסקי הכימיקלים האמורים אינם כוללים ייצור כימיקלים והובלתם.
לגבי אלה נקבעו בהסכם הוראות מיוחדות.
איחוד עסקי זה כלל גם את עסקי החברות המשתייכות לקבוצות אלה.
כך הועברו לגדות מסופים עסקי הכימיקלים של יח"י וזכויות השיווק של גי.אי.אי. ו- גי.פי.אי (ראה להלן).

ב. גדות וכלל הפכו לבעלי המניות ובעלי השליטה בגדות מסופים בהתאם להסדר שנקבע בהסכם.

ג. לבד מהצדדים הישירים להסכם נקבעו בהסכם הוראות גם לגבי גופים נוספים והם:

קבוצת יוחננוף: קבוצה זו שהיא בעלת השליטה בגדות (וקודם להסכם הייתה גם בעלת השליטה הבלעדית בגדות מסופים) מורכבת מהאחים יוחננוף וחברות שבשליטתם, בכלל זאת, גדות חרושת בע"מ (המכונה בהסכם - "גי.אי.אי."), גדות פטרוכימיות בע"מ (המכונה בהסכם - "גי.פי.אי."), יוחננוף חומרי יסוד בע"מ (המכונה בהסכם - "יח") ושתי חברות ספנות.

כלל סחר בע"מ וקבוצת כלל: קבוצה זו כוללת כל תאגיד או גוף המצוי בשליטת כלל סחר בע"מ במישרין או בעקיפין.

ד. אי תחרות –

ההסכם קובע הוראות רבות האוסרות על תחרות בין הגופים השונים הנזכרים בהסכם כדלקמן:

1) גדות, כלל, קבוצת יוחננוף וקבוצת כלל, יחדלו לעסוק בעסקי כימיקלים בישראל, אלא בכפוף למותנה בהסכם.

2) גדות, כלל, קבוצת יוחננוף וקבוצת כלל לא יתחרו בישראל עם גדות מסופים בעסקי כימיקלים, למעט יצוא כימיקלים ולמעט עסקי הובלת כימיקלים.

3) גי.אי.אי. ו- גי.פי.אי. תהיינה רשאיות לייצר את מוצרי הכימיקלים המיוצרים על ידם, בכפוף להגבלות על שיווקם כמצוין להלן. כן תהיינה חברות אלה רשאיות לרכוש את חומרי הגלם לצורך הייצור מכל מקור שתבחרנה.

4) גדות מסופים תהא רשאית לייצר מוצרי כימיקלים, אך לא תהא רשאית לייצר או לייבא מוצרים המיוצרים על ידי גי.אי.אי. ו- גי.אי.פי. או מוצרים המתחרים בהם.

5) קבוצת יוחננוף תשווק בישראל מוצרי כימיקלים רק באמצעות גדות מסופים.

6) גדות מסופים תהיה המפיצה והסוכנת הבלעדית של גי.אי.אי. ו- גי.אי.פי. בישראל וגדות תפסיק לשמש כמפיצה משווקת וסוכנת של מוצרים אלה.

7) גדות וקבוצת יוחננוף יהיו רשאיות לעסוק בהובלת כימיקלים, גם תוך תחרות עם גדות מסופים, אך כלל לא תהא רשאית לעסוק בהובלה יבשתית של כימיקלים.

8) גדות מסופים תבצע את ההובלה הימית של הכימיקלים רק באמצעות חברות הספנות שבשליטת קבוצת יוחננוף. יצוין כי הוראות ההסכם בנושא אי התחרות הובאו לעיל בתמצית ולא בנוסחן המלא.

3. הבקשה

הבקשה שהוגשה על ידי המבקשים תוארה מהות הכבילה כדלקמן :

"(א) אי תחרות בחברת גדות מסופים לכימיקלים (1985) בע"מ כאמור

בהסכם מיום 3.8.86.

(ב) תנאי הכבילה כפופים להוראות נספח ההחלטה המפרטות את תנאי

הממונה על ההגבלים העסקיים".

4. טענת הממונה בדבר מסגרת הדיון

טענתו של הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן - "הממונה") היא כי הכבילה המרכזית אשר בית הדין מתבקש כיום לאשר היא בעצם ההסכמה בדבר שיתוף הפעולה העסקי בתחום הכימיקלים בין קבוצת כלל – באמצעות חב' כלל שיווק – וקבוצת יוחננוף באמצעות חב' גדות – אשר התחרו ביניהן טרם גיבוש אותה הסכמה. תוצר הסכמה זו היא חברת גדות מסופים אליה הועברו מרבית עסקי הכימיקלים של שתי הקבוצות.

אליבא דהממונה, זוהי הכבילה המרכזית שעמדה בבסיס הדיונים שהתנהלו בפני בית הדין כל השנים, ואשר בגינה השתית הממונה את תנאיו לאישור ההסדר.

לצד אותה כבילה מרכזית טוען הממונה "התברך" ההסדר בכבילות נוספות המגבילות את התחרות ושאישורן לא התבקש על ידי המבקשות.

לאור זאת מבקש הממונה כי מסגרת הדיון בבקשת אישור ההסדר הכובל תקיף את כל הכבילות המופיעות בהסכם ובפרט את אלה העוסקות בשיתוף הפעולה העסקי בין המבקשות כפי שבא לידי ביטוי בפעילות של גדות מסופים.

המבקשות מתנגדות להרחבת חזית זו וטוענות שיש לצמצם את הדיון לאישור הכבילה שהתבקשה על ידם וכי אין הממונה יכול להכתיב להן ולבית הדין אלה כבילות תידונה במסגרת בקשתן.

לאור טענות אלה הורה המשנה לאב בית הדין על הגשת טיעונים בכתב לגבי המסגרת הדיונית של ההליך, תוך התייחסות לשאלה, אילו כבילות תדונה במסגרת הדיון.

5. עמדת המבקשות

המבקשות מבססות את התנגדותן להרחבת החזית המבוקשת על ידי הממונה על מספר טעמים :

הטעם הראשון הוא הטעם הדיוני, היינו, כי "בקשתן של המבקשות היא התוחמת את

מסגרת הדיון". מסגרת הבקשה נקבעת על ידי מגיש הבקשה.

הממונה, וגם בית הדין, יכולים לאשר את הבקשה או לדחותה, אך אין הם יכולים לכפות על המבקשים דיון בכבילות אחרות שאת אישורן כלל לא ביקשו.

הטעם השני הוא כי רשות מנהלית אינה יכולה לחזור בה מהחלטתה ובכך לפגוע באינטרס

ההסתמכות של המבקשות.

לטענת המבקשות הסכים הממונה בעבר כי מהות ההסדר הכובל הינה בסעיפי אי התחרות. לטענתן, הממונה לא טען אי פעם כי ההסדר הכובל כולל כבילות נוספות על תניות העדר התחרות, והוא הדבר לגבי החלטות הקודמות של המועצה להגבלים עסקיים ושל בית הדין אשר דנו בבקשותיהן בעבר, ולא התייחסו בהחלטותיהם אלא לכבילה של אי התחרות, ולא לשום כבילה אחרת.

הטענה כי מהות ההסדר הכובל הינה בשיתוף הפעולה בין הצדדים לו, היינו, בעצם פעילותה של גדות מסופים יש בה משום סטייה מעמדתו הקודמת.

לטענת המבקשות, הממונה אינו יכול לחזור בו מעמדתו הקודמת, הן בשל עקרונות המשפט המנהלי, המונעים מרשות לחזור בה מהחלטתה בלא שחל שינוי בנסיבות המצדיק חזרה שכזו, והן לאור חובת תום הלב החלה על בעלי הדין.

לעניין זה טוענות המבקשות כי לא חל שום שינוי המצדיק שינוי במדיניותו של הממונה ואין להתיר לו לחרוג מהעמדה שבה נקט בעבר, אשר בהסתמך עליה השקיעו המבקשות, לטענתן, הון רב בפעילותה של גדות מסופים ובפיתוחה במתכונת שנקבעה על-פי ההסכם. בעשותן כן, סמכו המבקשות, לטענתן, על מצגה של הרשות משך כל השנים כי עצם קיומה של גדות מסופים ופעילותן המשותפת של המבקשות במסגרתה אינה נוגדת את דיני ההגבלים העסקיים.

הטעם השלישי הוא כי מדובר בחידושו של היתר שכבר ניתן למבקשות בעבר.

לעניין זה טוענות המבקשות שיש להבדיל בין מתן היתר ראשון לבין חידושו של היתר, וכי שיקולי הרשות בבואה לדון בחידוש היתר מוגבלים ומצומצמים, ככל שמדובר בסירוב לחדש את ההיתר, מאלה הפתוחים בפניה בעת שהיא דנה במתן ההיתר הראשון.

הטעם הרביעי הוא כי עמדתו של הממונה יש בה משום פגיעה בזכות הקניין ובחופש העיסוק של המבקשות.

6. מסגרת הדיון בבקשה

אציין כבר עתה כי המבקשות, ובתגובה - גם ב"כ הממונה, חרגו בטיעוניהם ממסגרת הדיון כפי שהותוותה בהחלטה מיום 15.6.96 בה נקבע כי "הצדדים יגישו טיעונים בכתב לגבי שאלה מקדמית זו של היקף ומסגרת הדיון הנוכחי ואלה כבילות אמורות להיות נדונות בו".

בפועל, רוב הטענות שהועלו ע"י המבקשות אינן טענות דיוניות ואינן טענות שבסדרי דין אלא טענות שמתחום המשפט המהותי אשר משמעותן היא שיש לדחות את טענות הממונה לגופן על הסף. כך הדבר לגבי טענת חידוש ההיתר, שאינה ממין הטענות הקובעות את מסגרתו הדיונית של ההליך ואין בה כדי למנוע בעל דין מלהעלות טענותיו ולהביאן לדיון. כך גם הדבר בטענות לגבי הפגיעה בזכות הקניין וחופש העיסוק של המבקשות, שגם הן טענות אשר ניתן להביאן בחשבון בגדר ההחלטה הסופית, אך אין עניינן לשלב זה של קביעת המסגרת הדיונית.

גם טענות ההשתק והמניעות, הגם שהתייחסו גם להשתק דיוני, התייחסו לטענות מהותיות הדורשות, לכאורה, הנחת תשתית עובדתית.

לפיכך, בדעתנו לדון במסגרת החלטה זו אך בשאלה של מסגרת הדיון ואילו כבילות תדונה במסגרת הבקשה.

טענות המבקשות בדבר חידוש רישיון (לעומת מתן היתר ראשוני), ובדבר הפגיעה בזכות הקניין ובחופש העיסוק תידונה במסגרת ההליך העיקרי.

טענות ההשתק, הן ההשתק הדיוני והן ההשתק המהותי, יכולות אמנם להיות נידונות בנפרד, אם כי יש לנו ספק גם בהצדקה שבדיון נפרד כזה, זאת, לאור העובדה כי טענות אלה מחייבות הנחת תשתית עובדתית, כמו, למשל, הוכחת שינוי נסיבות, או הוכחת ההסתמכות ושינוי מצבן של המבקשות (ואולי גם של "דלק") לרעה.

נעיר כי טענת ההשתק, בכיוון ההפוך נטענת גם על ידי הממונה.

לטענתו, אם יוכח כי ההסדר שנדון בעבר ע"י המועצה להגבלים עסקיים ובית הדין היה הסדר רחב מזה הנטען על ידי המבקשות, וכלל גם את הכבילות הנוספות בהן יש לדון לגרסתו, כי אז תהייה המשיבות מנועות מלטעון כי בידן הסמכות לקבוע את גדרי הדיון שכן צד להסדר מנוע מלטעון כי אין לדון בכבילה המופיעה בהסדר שהגיש בעבר ואשר הוא שב ומגישה באותו נוסח לאישור מחדש.

טענת ההשתק על שתי פניה תידון על ידנו בשלב מאוחר יותר.

7. בקשת ההצטרפות של דלק

בינתיים, ביום 30.10.95, הגישה "דלק" השקעות ונכסים בע"מ (להלן - "דלק") בקשה להצטרף לדיון מקדמי זה. דלק רכשה החל מחודש מרץ 1988, היינו לאחר כריתת ההסכם על ייסודה של גדות מסופים, 35.5% מהון המניות המונפק של גדות מסופים. ברכישה זו היא הסתמכה, לטענתה, על הבקשה להסדר כובל שהוגשה עוד קודם לכן בפני המועצה לפיקוח על ההגבלים העסקיים ועל אישור המועצה אשר על פיו לא הוטל, לטענתה, ספק בעצם קיומה של גדות מסופים ובתוקף העברת נכסי כלל וגדות לבעלותה.

איננו סבורים כי יש להתיר את צירופה של דלק ככל שעניינה של זו אך להשפיע על קביעת מסגרת הדיון והנושאים שיידונו במסגרת הבקשה.

ניתן לצרף להליך צד העשוי להיפגע עקב תוצאות הדיון ויש בידו לתרום לדיון. אולם, אין להתיר צירוף שכל מטרתו לאפשר למבקש הצירוף לנקוט עמדה לגבי המסגרת הדיונית של הליך המתנהל בין אחרים, במגמה לנתבו לכיוון כזה אשר לא יהא בו כדי לגרום לו לנזק, היינו, ימנע מראש את הצורך בהצטרפותו להליך עצמו.

בקשת ההצטרפות של דלק לגבי הנושאים האחרים העומדים לדיון תידון בהמשך.

נעבור עתה לדון בשאלה הדיונית של מסגרת הדיון.

8. טענות הממונה בדבר הכבילות שבהסכם

כדי לעמוד על טענתו של הממונה יש להזכיר תחילה את הכבילות שלדעתו נכללות בהסכם. כפי שהזכרנו לעיל, כלל וגדות העבירו לגדות מסופים את מסופי הכימיקלים שהיו בבעלותם בנמל הקישון. עקב כך הפכה גדות מסופים, לטענת הממונה, לבעלת מסוף הכימיקלים היחיד בארץ, וכתוצאה מכך לבעלת השליטה הכמעט הבלעדית על פריקת הכימיקלים המיובאים ארצה, שינועם מהאונייה למיכלי המסופים, אחסונם ואספקתם לצרכנים.

שליטה בלעדית מקיימת גדות מסופים, לטענת הממונה, גם לגבי יצוא כימיקלים במובן זה, שכל יצואן של כימיקלים נוזליים שאיננו הבעלים של מסוף כימיקלים חייב לשנע את הכימיקלים אותם הוא מייצא באמצעות גדות מסופים.

כתוצאה מאיחוד זה הפכה גדות מסופים, לטענת הממונה, לבעלת מונופולין טהור בתחום האחסון והשינוע של כימיקלים, והוכחדה התחרות בין קבוצת יוחננוף (באמצעות גדות) לבין קבוצת כלל ביבוא ובמסחר של כימיקלים.

עוד טוען הממונה, כי לא רק התחרות בין קבוצת יוחננוף וקבוצת כלל הוכחדה על ידי הסדר זה, אלא נפגעה גם התחרות בעסקים בתחום היבוא והמסחר בכימיקלים בין הצדדים להסדר לבין יבואנים אחרים של כימיקלים, שכן בעלותם של הצדדים להסדר על מסופי הכימיקלים היחידים בישראל מקנה להם יתרון עסקי משמעותי על פני כל יבואן המתחרה בהם והנוזק לשירותיהם.

על רקע זה יש לבחון את מהותן של הכבילות שבהסכם בהן מבקש הממונה לדון.

9. שיתוף הפעולה העסקי בין גדות לכלל

פתח בשיתוף הפעולה העסקי בין גדות לכלל, כפי שהוא מתבטא בפעילותה של גדות מסופים. הסדר זה הוגדר על ידי הממונה בסיכומיו כדלקמן: "הפסקת התחרות בין גדות וכימיקלל בתחום הכימיקלים והמרתה בשיתוף פעולה עסקי ביניהן. ביטוי המעשי של שיתוף פעולה זה היא פעולתה של חברת גדות מסופים אליה הועברו עסקיהן של גדות וכלל".

מה הקשר בין שני הסדרים אלה, הסדר אי התחרות והסדר שיתוף הפעולה? מבחינה משפטית טהורה (להבדיל מההיגיון הכלכלי שביסוד העסקה), עומד הסדר שיתוף הפעולה בפני עצמו ואינו מחייב השלמתו על ידי הסדר נוסף המגביל את התחרות בחברה המשותפת. אולם מבחינה כלכלית, שני ההסדרים הינם שני פנים לאותה עסקה. לשון אחר, ההסכמה על אי התחרות לא באה לעולם אלא כתוצר נלווה להסכמה על שיתוף הפעולה העסקי ובלעדי ההסכמה האחרונה, לא היו הצדדים מסכימים על הפסקת התחרות ביניהם. גדות וכלל לא מכרו את כל הציוד, הידע החוזים ובעיקר את המסופים שלהן לגדות מסופים, על מנת להמשיך ולעסוק בתחום זה כמתחרות של גדות מסופים או כמתחרות זו בזו, שהרי לאחר מכירתם של כל אלה, נשמט הבסיס לפעילות העסקית בתחום זה.

משמע, ההסכם על אי התחרות הינו הפן האחר של ההסכם על שיתוף הפעולה בהקמת המיזם המשותף שיעסוק (ללא התחרות מצד מייסדיו) בעסקי כימיקלים. או, כלשונו של ב"כ הממונה, שיתוף הפעולה העסקי בא להמיר את התחרות ששררה בין שתי הקבוצות קודם להסכם. מבחינה כלכלית, להבדיל מהבחינה המשפטית, הדיון בצדו האחד של המטבע בלא ליתן את הדעת גם על צידו השני, אין בו כל הגיון והוא, למעשה, בלתי אפשרי.

אנו בטוחים כי איש מהצדדים להסדר לא שקל את יתרונותיו של הסדר, היינו את הרווחים שהוא מצפה להפיק מאותו שיתוף פעולה עסקי במנותק מחסרונותיו הכלכליים המתבטאים בהפסקת עיסוקו העצמאיים בתחום זה, לרבות אי תחרות בעתיד בגדות מסופים.

ואולם, בדיוק כפי שהצדדים להסכם עשו את חשבון הרווח וההפסד הטמון בהסדר מבחינתם הם, כפרטים, על שני צדדיו, מצווה בית הדין לעשות את חשבון רווח והפסד המתחייב מההסדר על שני צדדיו לציבור.

כאשר באים לערוך מאזן זה מסתבר כי הרווח במאזן אותו עושות המבקשות כפרטים, עשוי להופיע כהפסד במאזן הכולל של טובת הציבור. לשון אחר, יתרונותיו של שיתוף הפעולה לפרט מבטאים את הרווח המונופוליסטי הטמון בהסדר לבעלי המונופול. רווחים אלה משקפים, מחד, את היתרונות הצומחים לפרט מהפסקת התחרות והמרתה בשיתוף הפעולה העסקי ומאידך, הם עשויים לבוא לידי ביטוי בנזק לציבור הנובע מהפסקת התחרות ויצירת שיתוף פעולה מונופוליסטי.

מכאן, שהשפעת הכבילות בדבר אי התחרות אינה יכולה להיבחן במנותק מתוצאותיו של שיתוף הפעולה שהמיר את אותה תחרות והשפעתו על טובת הציבור.

קשר זה בין הדבקים מתחייב לא רק מהפן הכללי, אלא גם מהבחינה המשפטית, אם כי לא מבחינת דיני החוזים, אלא מנקודת הראות של דיני ההגבלים העסקיים.

על-פי חוק ההגבלים העסקיים מצוים אנו לבחון, בבואנו לאשר את ההסדר אם "הוא לטובת הציבור" (סעיף 9 לחוק).

לעניין זה הורה המחוקק שיש לערוך את מאזן הרווח וההפסד הכולל לציבור עקב קיומו של אותו הסדר כובל. לצורך כך: "ישקול בית הדין, בין השאר, את תרומת ההסדר הכובל לעניינים המפורטים להלן ואם התועלת הצפויה לציבור תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לציבור או לחלק ממנו או למי שאינו צד להסדר..." זה הינו אפוא אותו חשבון רווח והפסד של הציבור אותו מצווה בית הדין לעשות, אל מול חשבון הרווח וההפסד הפרטי אותו עשו לעצמן המבקשות כאשר כרתו את ההסכם.

אולם כיצד ייעשה חשבון רווח והפסד זה מבלי שיובא בחשבון ההסדר על כל חלקיו? טול למשל את הכבילה על פיה גדות מסופים תהיה המפיצה והמשווקת הבלעדית של גי.אי.וי. גי.אי.פי בישראל וגדות תפסיק לשמש כמפיצה ומשווקת של מוצרים אלה. בפנינו, בעצם, התחייבותה של גדות שלא להתחרות בגדות מסופים בשיווק והפצה של מוצרי כימיקלים מסויימים המיוצרים על ידי קבוצת יוחננוף. זו הינה אחת מכבילות אי התחרות שאישורן מתבקש בבקשה. אולם, כיצד תבחן השפעתה של אותה התחייבות על טובת הציבור?

בחינה זו חייבת להביא בחשבון את המשתמע מהפסקת התחרות, היינו את העובדה כי זו מתבטאת בכך, שההפצה והשיווק של מוצרים אלה תיוחד מעתה לגורם אחד בלבד - היא גדות מסופים, שרכשה לה בלעדיות על ההפצה והשיווק של מוצרים אלה בישראל.

הוא הדבר בהסדרי אי תחרות נוספים. טול למשל את ליבו של המיזם המשותף: פריקת הכימיקלים מהאוניות למסופים, אחסונם והעברתם ללקוחות. פעילות זו מתבצעת באמצעות מסופי הכימיקלים שהיו שייכים בעבר לכלל וגדות. מאז כריתת ההסכם אין גדות וכלל עוסקות עוד בפעילות זו המתרכזת בידי גדות מסופים בלבד. עלינו לבחון אפוא את משמעותה של ההתחייבות לאי תחרות בתחום זה מצד גדות וכלל בגדות מסופים ואת הנזק שיש עמה, אם בכלל, לציבור. אלה מתבטאים בייחוד הפעילות המשקית האמורה מעתה ואילך בידי גורם אחד ויחיד.

משמע, מי שרוצה לעמוד על נזקי הכחדת התחרות, כלשונו של הממונה, בתחום זה חייב לבחון את פעילותו של אותו גורם אחד ויחיד שבידו הופקד עתה ענף זה בשלמותו. ייתכן שריכוז הפעילות בתחום זה בידי גדות מסופים, לא תפגע במשק אלא תביא לו דווקא ברכה. אולם, בכל מקרה, בחינת ההשלכות של אי התחרות מחייבת לבדוק את ההשלכה של שיתוף הפעולה בין גדות לכלל, כפי שהוא בא לידי ביטוי בפעילותה של גדות מסופים על הציבור.

יתירה מזו, ככל שמדובר באותה הכבילה נשוא הבקשה, היינו, הסדר אי התחרות בגדות מסופים, אישורו של הסדר זה כיום הינו, במידה רבה, תיאורטי, כפי שמודה גם ב"כ המבקשים בבקשתו בה הוא מציין כי "...כיום הבטחה זו שוב אינה משמעותית, שכן החברה המשותפת התבססה, הצטרפו לה בעלי מניות נוספים (שלא קיבלו על עצמם את הכבילות בהסכם הנזכר) והחברות המייסדות אינן עוסקות בפעילות המתחרה בחברה, ואין בבעלותן אמצעים לעשות כן". ואכן, במהלך הדיון המקדמי שקוים בתיק זה הסביר ב"כ המבקשים כי מסיבה זו אין הוא מבקש אפילו היתר זמני.

משמע, דחיית הבקשה לאישורו של ההסדר הכובל, ספק אם תהא לה נפקות מעשית, שהרי אין באי אישור ההסדר הכובל כדי לחייב את כלל וגדות לפתח מחדש את עסקי הכימיקלים שהיו להם ושאותם זנחו זה מכבר, ויש להניח כי הן גם לא תעשינה כן.

אם הפגיעה בתחרות נובעת מעצם שיתוף הפעולה העסקי שבין גדות לבין כלל, כפי שטוען הממונה, הרי שעניין זה לא יוכל לבוא על תיקונו בהסרת איסורי התחרות בגדות מסופים,

איסורים אשר מסתבר כי הפכו במידה רבה לתיאורטיים, אלא בהתייחסות לשיתוף הפעולה עצמו.

10. כבילות נוספות

ההסכם כולל כבילות נוספות. כך, למשל, טוען הממונה, נטלה על עצמה קבוצת כלל התחייבות שלא לעסוק בתובלה יבשתית של כימיקלים בישראל.

כן נטלה על עצמה קבוצת כלל התחייבות שלא ליצר מוצרים המתחרים עם המוצרים המיוצרים על ידי קבוצת יוחננוף (על ידי גי.אי.אי ו- גי.פי.אי.), התחייבויות שאין להן קשר עם פעילותה של גדות מסופים.

גם גדות מסופים נטלה על עצמה התחייבות דומה שלא לייצר מוצרים המתחרים עם מוצרי קבוצת יוחננוף.

כמו כן נטלה על עצמה גדות מסופים התחייבות שלא לשווק ולא לייבא מוצרים המיוצרים על ידי קבוצת יוחננוף. גדות מסופים אף קבלה על עצמה לבצע את התובלה הימית של כימיקלים רק באמצעות קבוצת יוחננוף.

בנוסף, נטלו על עצמם כל הגופים הנמנים על קבוצות כלל ויוחננוף התחייבות כללית שלא לעסוק בישראל בעסקי כימיקלים, בין אם גדות מסופים עוסקת בעסקים אלה, ובין אם אינה עוסקת בהם.

הממונה סבור שעל בית הדין לדון במסגרת הבקשה הנוכחית גם בכבילות אלה, זאת, על אף העובדה כי אישורם אינו מתבקש בבקשה.

לעניין זה אנו סבורים כי האמור לעיל, לגבי שיתוף הפעולה שבין גדות לכלל חל גם על כבילות, שכן מדובר באותה עסקה ובאותו מיזם משותף, היינו בהסדר כולל שבין שתי הקבוצות שלא ניתן לדון בתוצאותיו והשפעתו על טובת הציבור בלא להביא בחשבון את כל פניו וצדדיו, בפרט ששיתוף הפעולה הינו החלק העיקרי והכבילות בדבר אי תחרות הינן, כאמור, תוצאה נלווית לשיתוף הפעולה.

טול לדוגמא את התחייבותה של גדות מסופים שלא לייצר ולא לשווק בישראל מוצרי כימיקלים המיוצרים על ידי גי.אי.אי ו- גי.פי.אי, או המתחרים בהם. בפנינו התחייבות לאי תחרות מצד גדות מסופים בצדדים האחרים להסכם, ועל כן אין היא נופלת בגדר הבקשה, ואין לדון בה, על-פי גישת המבקשות.

ואולם, גם במקרה זה איננו רואים כיצד ניתן לנתק הסדר זה מהסדר אי התחרות בגדות מסופים, שכן התחייבויות גדות מסופים שלא להתחרות בגדות ובכלל, הינה לכאורה חלק מן התמורה שקיבלו האחרונות מגדות מסופים, עקב התחייבויותיהם הם שלא להתחרות בה.

משמע, נזקי ההסכמה על אי תחרות בגדות מסופים חייבות להבחן גם לאור התמורה שניתנה עבור התחייבות זו המתבטאת בכבילות אחרות הנכללות בהסכם.

הוא הדבר, למשל, בהתחייבות כלל שלא לעסוק בתחבורה יבשתית של כימיקלים. נראה כי התחייבות זו הינה בגדר הסדר כובל. אולם באותה מידה אין גם ספק כי התחייבות זו הינה פועל יוצא מההתחייבויות האחרות שנטלו על עצמם הצדדים זה כלפי זה. לשון אחר השפעת ההתחייבויות לאי תחרות בנושא א' באה לידי ביטוי בהתחייבות הנגדית לאי תחרות בנושא ב'. לא ניתן לנתק בין ההתחייבויות, ההסדר הוא הסדר אחד על כל כבילותיו ולא ניתן לדון בהשפעתו ותוצאותיהן של חלק מכבילותיו בלא להביא בחשבון את הכבילות האחרות.

למען הסר ספק נציין כי אין בדברים האמורים משום נקיטת עמדה באשר לשאלה האם הסדר שיתוף הפעולה, יש בו כשלעצמו משום כבילה כמשמעה בחוק, היינו האם שיתוף פעולה זה כשלעצמו מגביל את התחרות, או שהגבלה זו מתמצית, כפי שטוענות המבקשות, באיסור התחרות בלבד.

הוא הדבר לגבי שאר הכבילות הנכללות במונח זה של "הכבילות הנוספות". עוד נציין כי מסקנתנו דלעיל בדבר הקשר הכלכלי והמשפטי שבין "הכבילות הנוספות" לכבילות נשוא הבקשה, הינה מסקנה לכאורית בלבד ובשלב זה, בטרם נשמעו הראיות, מוגבלת מסקנה זו להיבט הדיוני בלבד.

לשם נוחיות הדיון בלבד נתייחס להלן להסדר שיתוף הפעולה הנזכר בסעיף 10 לעיל ולכבילות הנוספות הנזכרות בסעיף זה כאל "הכבילות הנוספות".

11. מסגרת הדיון באספקלריה האדברסרית

ב"כ המבקשות ביסס חלק ניכר מטענותיו על טיעונים ואנלוגיות מתחום המשפט האדברסרי. לטענת ב"כ המבקשות המסגרת הדיונית של ההליך נקבעת על ידי מגיש הבקשה. על פי הוראת סעיף 7 לחוק ההגבלים "המבקש לעשות הסדר כובל יגיש לבית הדין בקשה לאישור ההסדר הכובל...".

על פי סעיף 8 לחוק "הממונה יוזמן להשמיע בפני בית הדין את עמדתו וטענותיו בעניין הבקשה". לטענת ב"כ המבקשות, עמדתו וטענותיו של הממונה הינן בעניין הבקשה, היא בקשתו של המבקש ולא בקשתו של הממונה. משמע, הממונה אינו יכול ליוזם דיון בבקשה אחרת שאינה בקשתו של מגיש הבקשה. הממונה מוגבל בהצגת עמדתו ובתגובתו לבקשה כפי שהוגשה, היא ואין בילתה. ב"כ המבקשות תומך גישה זו על יסוד מושכלות ראשוניים בסדרי הדין, "עקרון יסוד", כלשונו, הוא "כי התובע הוא היוזם את ההליך הוא אשר גודר באמצעות כתב תביעתו את מסגרת הדיון". הנתבע, יכול, לטענתו, "להודות בעובדות או חלקן או להכחישן ואף להעלות עובדות רלבנטיות נוספות, אך הוא מנוע מלהעלות עובדות שאינן מתייחסות אל העילה בגינה מבקש התובע את סעדו".

ב"כ הממונה טוען כי אין ללמוד היקש לענייננו מתחום המשפט האדברסרי שכן הדיון בפני בית הדין אינו מתנהל על בסיס דיוני זה.

לדעתנו, גם במסגרת הדיונית הנוהגת בשיטת הדיון האדברסרי, אין מנוס בנסיבות אלה מלדון בהסדר כולו, על מכלול כבילותיו, גם אם אין הן נכללות בבקשה.

מבחינה זו, גם כללי הדיון הרגילים הנוהגים בבתי המשפט (שבית דין זה אינו קשור בהם), מחייבים את בית המשפט לדון בכל טענה המועלית על ידי מי מהצדדים ואשר ההכרעה בה דרושה לשם הכרעה בתביעה.

עקרון זה אינו סותר את עקרון היסוד עליו מושתת טיעונו של ב"כ המבקשות "כי התובע היוזם את ההליך הוא הגודר באמצעות כתב תביעתו את מסגרת הדיון". אולם, בכך אין כדי לזכות את התובע למנוע דיון בטענות שההכרעה בהן דרושה לשם ההכרעה בתביעתו.

גם ב"כ המבקשות אינו כופר בכלל כי הנתבע יכול "להעלות עובדות רלבנטיות נוספות" וכי המניעות החלה עליו היא בהעלאת "עובדות שאינן מתייחסות אל העילה בגינה מבקש התובע את סעדו". לאור כך, ומשקבענו כאמור לעיל, כי הדיון בשיתוף הפעולה העסקי וכן בכבילות האחרות הנזכרות בהסכם דרוש לשם הכרעה בשאלת אישור הכבילה של אי התחרות, היא הכבילה נשוא

הבקשה, הרי מכאן עולה כי כבילות אלה רלבנטיות לבקשה. לאור כך, אין המבקשות יכולות למנוע את הדיון בכבילות אלה, זאת, גם על פי כללי הדיון האדברסריים. לרקע האמור יש להוסיף ולציין כי הדיון בפני בית דין זה אינו בעל אופי אדברסרי ולפיכך האנלוגיה מתחום זה לגבי סדרי הדין הנוהגים בבית דין זה, מוטלת מלכתחילה בספק. בעניין זה נקבע על ידי כב' השופט ברק (כתוארו אז):

"במקרה שלפנינו, המועצה להגבלים עסקיים אינה כדן כל טריבונל אחר שצריך להכריע בסכסוך בין צדדים, שכן על פי סעיף 25 לחוק ההגבלים העסקיים 'המועצה לא תאשר הסדר שהוגשה עליו בקשת החלטה, אלא אם היא סבורה כי ההסדר הוא לטובת הכלל'... נמצא מכאן שהמועצה יכולה לפסול ולא לאשר הסדר כובל גם אם כל הצדדים לפניו סבורים אחרת". (בג"צ 570/78 פד"י לג (1) 68, 69).

כך גם נקבע בת.ה.ע. 445 אי.סי.פי. נ' הממונה על ההגבלים העסקיים.

12. סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים

סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים קובע:

"קביעת הממונה

(א) הממונה רשאי לקבוע אם –

(1) הסדר קיים או הסדר שהצדדים מבקשים להגיע אליו, הינו הסדר כובל".

לטענת המבקשות, אם חפץ הממונה להכריז על הסדר מסוים כעל הסדר כובל, חייב הוא לנקוט לשם כך בהליך הקבוע בחוק, היינו, להכריז על ההסדר הכובל ככזה על פי סמכותו על פי סעיף 43 לחוק, שאז עומדות למבקשות התרופות הסטוטוריות שהוענקו להן בחוק לתקוף את קביעת הממונה בפני בית הדין. לטענתן, הממונה אינו יכול לעשות קיצור דרך ולבקש מבית הדין לקבוע כי הסדר פלוני הוא הסדר כובל כקביעת אגב, היינו, במהלך דיון אחר שלא יועד למטרה זו. טענה זו אינה מקובלת עלינו.

לצורך הדיון הנוכחי אנו מתעלמים מטענתו של הממונה כי בית הדין כבר קבע בעבר כי ההסדר (כולו) הינו הסדר כובל. אולם, גם בהנחה שבית הדין לא התייחס בעבר לכבילות אלה, עדיין אין הדיון בבית הדין מותנה בהכרזת הממונה. סמכותו של בית הדין לדון בשאלת קיומו של הסדר כובל נגזרת מסמכותו לדון בבקשה ומשזו מחייבת לדון גם בכבילות אחרות, אין בית הדין מנוע מלדון באלה רק משום שהממונה לא הכריז, או טרם הכריז על ההסדר כעל הסדר כובל.

הכרזת הממונה על פי סעיף 43 לחוק אמנם יוצרת חזקה ראייתית כי ההסדר הינו הסדר כובל, אך העדרה של חזקה כזו, אין בה כדי למנוע ערכאה שיפוטית כל שהיא מלדון בשאלה זו. כך ברור כי בית משפט רגיל רשאי לדון בשאלת קיומו של הסדר כובל כאשר זו מתעוררת בפניו, גם בהעדר קביעה כזו מטעם הממונה, ואיננו רואים מדוע תיגרע בעניין זה סמכותו של בית דין זה.

יתירה מזו, המבקשות עצמן טענו בשעתו בפני המועצה להסדרים כובלים כי הכבילה של אי התחרות אינה הסדר כובל, ובקשו (ואף קיבלו) בעניין זה הכרעה, למרות שהממונה לא הכריז על

כך כעל הסדר כובל מכח סעיף 43 לחוק, וכך הן מבקשות גם כיום. משמע, גם אליבא שיטתן אין הדיון בבית הדין בשאלה זו מותנה בקביעת הממונה מכח סעיף ס' 43 לחוק. ב"כ המבקשות הזכיר בסיכומיו את קביעתו של בית הדין בעניין דלק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (ערר 1/93) כי:

"טענת הממונה שמדובר בהסדרים כובלים חדשים מצריכה ללכת בדרך הקבועה לבירור השאלה האם, אכן, מדובר בהסדר כובל. השלב הראשון המתחייב הוא קביעה סטטוטורית של הממונה כאמור בסעיף 43(א) לחוק ההגבלים".

אכן, כאשר מבקש הממונה לקבוע כי הסדר מסוים הינו הסדר כובל ללא קשר לדיון המתנהל בבית הדין עליו ללכת בדרך המותווית בחוק. אולם המקרה שבפנינו שונה. כאן נזקק בית הדין לדון במהותן של הכבילות האחרות כדי לפסוק בבקשה הנוכחית. לא זה היה המקרה באותו עניין.

13. מבחן תכלית החקיקה.

מהאמור עולה, כי על פי מטרת המחוקק, או מבחן תכלית החקיקה, מצויים אנו לבחון במסגרת שיקולי טובת הציבור, גם את שאר הכבילות, וכן את הסדר שיתוף הפעולה שבין הצדדים, בהיותם תנאים קשורים ושזורים עם כבילות אי התחרות וכן משום שנוקדי אי התחרות, אם קיימים כאלה, אמורים לבוא לידי ביטוי בנוקדי המונופול שנוצר בעקבות כך. תוצאה זו מוצדקת גם מבחינה דיונית.

על-פי פרשנותן של המבקשות יפוצל הדיון באותו הסכם בין בית הדין לבין הממונה. בית הדין ידון על פי שיטתו של המבקשות, בכבילות המתבקשות על ידן. במקביל או לאחר מכן, ידון ויחליט הממונה בשאלה האם הכבילות הנוספות הינן בגדר הסדר כובל. על שתי ההחלטות עומדת למבקשות כמובן זכות ערר. בכך טרם בא סוף להתדיינות, שכן גם אם יוחלט כי הכבילות האחרות שלא נדונו בשלב הראשון על ידי בית הדין הינן הסדר כובל, עדיין תחזור ותתעורר השאלה האם יש לאשר כבילות אלה וגם על כך יקוים דיון נפרד בפני בית הדין.

שיטתן של המבקשות תטיל על בית הדין מגבלות דיוניות שאינן נוהגות במערכת בתי המשפט. על-פי תקנות סדר הדין האזרחי יכול נתבע להגיש תביעה שכנגד. בתביעה כזו אין הנתבע קשור רק לאותם נושאים הקשורים בתביעה העיקרית. מכשיר זה של תביעה שכנגד נועד לאפשר ריכוז מלוא המחלוקות שבין הצדדים במסגרת דיונית אחת.

על פי תקנה 46 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 "מי שזכאי לסעדים אחדים בשל עילה אחת, רשאי לתבוע את כולם או מקצתם; אך אם לא תבע את כולם, לא יתבע אחרי כן כל סעד שלא תבעו, אלא אם כן הרשה לו בית המשפט שלא לתבעו".

גם מכשיר דיוני זה נועד ליעל את הדיונים ולמנוע פיצולם על פני מספר רב של הליכים, דבר שיפגע, הן בצדדים עצמם והן במערכת כולה. לעומת זאת, אם תתקבל פרשנותן של המבקשות, יהיו צדדים להסדר כובל רשאים להגיש בקשות נפרדות בגין כל כבילה וכבילה כל אימת שיעלה הדבר ברצונם. בית הדין יהא מוגבל בדיון לכבילה נושא הבקשה, לא תהא בידו סמכות שלא לדון

בבקשה שאינה מתייחסת למלוא ההסדר וגם לא תהא בידו סמכות שלא לחזור ולהיזקק לבקשות נוספות בגין כל כבילה וכבילה כל אימת שיעלה ברצון הצדדים להסדר להגישן בפניו לאישור. הליך דיוני כזה הינו הליך סבוך, מורכב ומסורבל, שאינו עולה בקנה אחד עם מטרת החוק, ויש לעשות כל מאמץ פרשני להימנע מתוצאה בלתי סבירה כזו. לעניין זה ציין כב' השופט (כתוארו אז) ברק:

"מסקנתי זו סומכת עצמה על תכליתו החוק בכל הנוגע להחלטות הממונה ובית הדין. תכלית זו הינה להגיע – הן במישור המנהלי (הממונה) והן במישור השיפוטי (בית הדין) – להכרעה מהירה ויעילה בסוגיה כלכלית חשובה". (ע"א 4843/91 אסם נ' עילית פ"ד צו(1) 876, 878).

קשה לראות כיצד הדרך המוצעת על ידי המבקשות עולה בקנה אחד עם מטרה חקיקתית זו של השגת "הכרעה יעילה ומהירה בסוגיה כלכלית חשובה".

14. האם יש לראות בכבילות הנוספות חלק מההסדר העומד לדיון?

מהאמור לעיל עולה כי לצורך מילוי תפקידו עלינו לדון בכבילות הנוספות. אולם, מסקנה זו אין בה משום תשובה מלאה לקושי בפניו אנו ניצבים, שכן, כל עוד היא מושתתת על ההשקפה הדיונית על-פיה למבקשות השליטה על בקשתן ולפיכך, נסבה הבקשה אך על כבילות אי התחרות, משמעה הוא כי בית הדין אמנם ידון בכבילות הנוספות, אך בכך לא תהפוכנה כבילות אלה לחלק מן הבקשה. לפיכך, הדיון באותן כבילות נוספות יעשה אגב אורחא בלבד, היינו, כשאלות שההכרעה בהן דרושה כדי לפסוק בבקשה, אך הן עצמן אינן מהוות חלק מההסדר העומד לאישורנו. ההבדל בין דיון בכבילות הנוספות כחלק מההסדר נשוא הבקשה, לבין דיון אגב אורחא אינו הבדל תיאורטי - משפטי גרידא. להבדל זה עשויה להיות נפקות במספר מובנים, אליהם נתייחס בהמשך. לאחר שנתנו דעתנו על טענות הצדדים הגענו לכלל מסקנה על-פיה מוסמך בית הדין לדון בהסדר כולו על כל כבילותיו, וזאת, לא רק לצורך ההכרעה באישורה של כבילת אי התחרות, אלא כחלק מההסדר העומד לדיון. להלן יפורטו נימוקינו:

א. ראשית, וכפי שכבר צוין לעיל, מסקנה זו נובעת ממבחן תכלית החקיקה, הן במובנו המהותי והן במובנו הדיוני.

ב. פרשנות זו עולה גם מלשון המחוקק.

הסדר כובל מוגדר בסעיף 2 לחוק כ"הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר..."

המחוקק לא הגדיר מה הוא הסדר, אך הגדיר מתי ייחשב ההסדר כהסדר כובל.

סעיף 2(ב) לחוק, התייחס המחוקק למקרים קונקרטיים לגביהם נקבע כי הסדר שבו נוגעת הכבילה לאחד העניינים המפורטים שם (המחיר שיידרש, הרווח שיופק ועוד) הוא הסדר כובל.

משמע, הכבילה היא תוצאתו המזיקה של ההסדר הבאה לידי ביטוי בפגיעה בתחרות.

משנפגם ההסדר על ידי הגבלת התחרות, יש בכך כדי לפגום בהסדר כולו ולהפכו להסדר כובל. לפיכך, יש להגיש לאישורו של בית הדין את ההסדר כולו ולא רק את הכבילה שבהסדר.

על-פי סעיף 7 לחוק ההגבלים העסקיים נדרש המבקש לעשות הסדר כובל להגיש לבית הדין בקשה לאישור ההסדר הכובל.

ודוק: הבקשה היא לאישורו של ההסדר הכובל ולא לאישורה של הכבילה.

מכאן, שכאשר מדובר בהסדר המוחזק על-פי הדין כהסדר כובל מכח סעיף 2(ב)1 למשל, היינו הסדר שבו הכבילה נוגעת למחיר, מה שמוגש לאישורו של בית הדין אינו הכבילה המתייחסת למחיר הנדרש בלבד, אלא ההסדר הכובל כולו. בית הדין אינו מאשר את הכבילה, היינו, את תוצאתו המזיקה של העילה הספציפית, אלא את ההסדר.

גם האיסור שבסעיף 4 לחוק, אוסר על אדם להיות "צד להסדר כובל" ולא צד לכבילה. אם לא תאמר כן, כי אז, למשל, לא תזקק גדות מסופים לאישור בית הדין, ככל שמדובר בכבילות שאין היא צד להן, כמו, הכבילה בנושא ההובלה היבשתית.

גם שיקולי בית הדין באישור ההסדר הכובל על-פי סעיף 10 לחוק אינן אם הכבילה היא לטובת הציבור, אלא אם ההסדר הכובל כולו הוא לטובת הציבור.

יכול אמנם שתעלה השאלה, מהו הסדר, לשון אחר, אילו הוראות תכללנה בגדר אותו הסדר אותו על המבקש להגיש לאישורו של בית הדין.

שאלה זו אינה מתעוררת במקרה שבפנינו שכן, לאור האמור לעיל, ברור שההסדר כולל את כל הכבילות שבהסכם, הן הכבילות נשוא הבקשה והן הכבילות הנוספות. אולם, במקרה של מחלוקת יהא על בית הדין לקבוע את היקפו של ההסדר שיעמוד לדיון.

מבלי למצות את המבחנים הגודרים את היקפו של ההסדר שיעמוד לדיון בפני בית הדין, דומה שהמבחן הינו מבחן תוכני-ענייני.

לשון אחר, מה שיכריע באילו הוראות ובאילו כבילות ידון בית הדין הוא התוכן הענייני של ההוראות השונות, הקשר שביניהן, משמעותן לעניין נשוא הבקשה ובחינת תועלתן ונזקן של הוראות אלו. באם הכבילות ושאר הוראות ההסדר קשורות זו לזו במובן זה שעניינית הן מהוות חלק מאותו הסדר ולא ניתן לעמוד על משמעותה, השפעתה, תועלתה או נזקה של כבילה אחת בלא לעמוד גם על מהותן ותועלתן (או נזקן) של הכבילות והוראות ההסדר האחרות, כי אז, פשיטא שעל בית הדין לדון בכל הוראות ההסדר וכבילותיו, בין שהמבקש כרך כבילות אלה בבקשתו ובין שלא עשה כן.

ג. ראינו לעיל כי אחד הפתרונות האפשריים הוא הפתרון שעל-פיו ידון ביה"ד בכבילות

הנוספות אגב אורחא ולא כחלק מההסדר ומהבקשה עצמה. לפתרון זה מגרעות דיוניות רבות.

כך למשל, לא יוכל בית הדין לאשר במסגרת זו את אותן כבילות נוספות. לפיכך, דיון אגב אורחא בכבילות הנוספות יהא מדרך הטבע דיון חלקי וחסר, ובסופו של דבר לא יהא מנוס מלהיזקק לדיון נוסף לצורך כך בפני בית הדין.

בדיון בכבילות הנוספות המתנהל אגב אורחא, לא יוכלו להגיש התנגדויות מתנגדים העלולים להיפגע עקב אותן כבילות, שכן אין בפני בית הדין בקשה לאישורן. מתנגדים כאלה, יכול, שאף לא יהיו מודעים לעצם הדיון בכבילות אלה בשל העדר פרסום.

לאור כך יש להניח כי המבקשות תגשנה לאחר תום הדיון בקשה נוספת לאישורן של אותן כבילות (ולצורך כך אנו מתעלמים משאלת פיצול הסעדים). אם נקבע בדיון הקודם כי ההסדר כולו, על כל כבילותיו, הינו לטובת הציבור, יהא הממונה מנוע, ככל הנראה, מלהתנגד לבקשה חדשה זו, אך

מניעות כזו לא תחול לגבי מתנגדים שלא היו, וגם לא יכולים היו להיות, צדדים להתדיינות הקודמת.

משמע, בית הדין ייאלץ במקרה כזה לקיים דיון נוסף באותו עניין, הכל משום שהתאפשר למבקשות לפצל את בקשותיהן ולבקש את אישורו של ההסדר הכובל בחלקים.

ד. התוצאה על-פיה יוכל הסכם הכולל מספר כבילות לקבל אישור חלקי תביא לאי בהירות וחוסר ביטחון משפטי. במצב זה בו "יסתובבו" במשק חוזים שהם הסדרים כובלים המאושרים רק בחלקם, יקשה על הציבור הרחב להבחין בין הסכמים המאושרים במלואם לבין כאלה המאושרים רק בחלקם, ולא משום שבית הדין סרב לאשרן, אלא משום שהצדדים להסדר מצאו לנכון שלא להביאם לאישור.

דוגמא טובה לכך ניתן למצוא במקרה דנן. חברת "דלק", אשר רכשה מניות של חברת גדות מסופים לאחר שנת 86, טוענת כי סברה שאין חולק על עצם כשרותה של העברת הנכסים מגדות וכלל לגדות מסופים. "דלק" אינה טוענת כי סברה שההסדר הכובל אושר במלואו. להיפך, היא הייתה ערה לדבריה לכך שההסכם אושר רק בחלקו, היינו, רק לגבי הגבלת התחרות, ומכאן, הסיקה, לטענתה, שאין חולק על כשרותן של שאר הוראות ההסכם. טיעון זה מדגים היטב עד כמה אישור חלקי הינו בלתי רצוי ועד כמה הוא עלול להטעות את הציבור.

ה. אישור חלקי במקום בו עניין של כל הכבילות שבהסכם באותה עסקה, מעורר תמיהות גם מכיוונים נוספים.

האם סביר להשלים עם מצב בו יהא חוזה הכולל מספר כבילות שרק חלקם אושר, חוקי רק בחלקו ובחלקו הלא מאושר - יהא בלתי חוקי? מעבר לכך, האם יעלה על הדעת כי בית הדין ייתן ידו לאישור כבילות הנכללות בהסכם הנגוע באי חוקיות? אם אמנם עצם שיתוף הפעולה העסקי בין גדות לכלל כפי שהוא מתבטא בפעולתה של גדות מסופים הינו הסדר כובל שלא אושר, היינו הסדר בלתי חוקי, האם ייתן בית הדין ידו לאישור אי תחרות בפעילות בלתי חוקית, אי תחרות שמטרתה לעודד ולהגביר את אותה פעילות בלתי חוקית?

יתר על כן, כאשר מדובר בכבילות שאינן ניתנות להפרדה זו מזו, וכזה לכאורה המצב במקרה שבפנינו, משמעות הדבר הינה כי לא ניתן במקרה כזה להפריד בין חלק החוזה החוקי לבין חלקו הבלתי חוקי על-פי עקרון ה"עפרון הכחול". התוצאה במקרה זה תהא כי החוזה כולו נגוע באי חוקיות [סעיפים 19, 30 ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973] לא יעלה על הדעת כי בית הדין ייתן ידו לאישור הסכם כזה, גם לא באופן חלקי.

ו. יש להדגיש כי אין במסקנתנו זו כדי לכפות על המבקשות ליטול חלק בדיון בבקשה לא להם, אלא שבית הדין מוסמך להחליט שיש לדחות את הבקשה, מחמת כך שאין היא מכילה את מלא ההסדר הכובל נשוא ההסכם.

אם בית הדין סבור כי הבקשה הינה חלקית וחסרה, שכן אין היא מביאה בפניו אלא מקטע חלקי בלבד של ההסדר באופן שאינו מאפשר לבית הדין לדון בהסדר המלא על כל צדדיו, יתרונותיו ומגרעותיו, רשאי הוא לדחות את הבקשה, כלומר לסרב לאשר את ההסדר, מן הנימוק שלפניו הסדר חלקי בלבד.

ז. מקובלים עלינו לעניין זה גם הנמקותיו הנוספות של הממונה המשתיתות את סמכות הדין של בית הדין בכבילות הנוספות על העקרונות של "סמכות השיפוט" וה"הסמכות הטבועה".

15. לאור האמור לעיל, באנו לכלל מסקנה כי מסגרת הדין בהליך זה תקיף. גם את שיתוף הפעולה העסקי כמפורט לעיל וכן את הכבילות הנוספות הנזכרות בהסכם. למען הסר ספק, ברצוננו לחזור ולציין:

א. אין באמור בהחלטה זו משום הכרעה במהותן של אותם נושאים לגופו של עניין, במיוחד אין בכך משום הכרעה בשאלה אם הסדר שיתוף הפעולה, יש בו כשלעצמו משום כבילה כמשמעה בתיק. לפיכך, האמור בהחלטה זו לעניין זה מתייחס לצורך קביעת המסגרת הדיונית בלבד.

ב. החלטה זו מתייחסת אך לשאלה הדיונית של מסגרת הדין. לא התייחסנו בהחלטה להשתלשלות הדברים שקדמה להגשת הבקשה הנוכחית, לרבות הבקשות הקודמות שהוגשו ע"י המבקשות בעניין זה, העמדה בה נקט הממונה בעבר וההחלטות הקודמות שניתנו בעניין זה ע"י המועצה להסדרים כובלים ובית הדין. כן לא נדונו בהחלטה זו טענות ההשתק והמניעות שהועלו על ידי שני הצדדים. למותר לציין כי המסגרת הדיונית עליה הוחלט לעיל עשויה להשתנות בעקבות החלטות נוספות שתינתנה בנושאים אלה. ניתנה היום, 19.03.96, במעמד הצדדים.