

בבית המשפט העליון

רע"א 6233/02

בפני: כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופטת מ' נאור

המבקשת: אקסטל בע"מ

נגד

המשיבות: 1. קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית
ופרזול בע"מ
2. צפי פרופילי חן (1983) בע"מ

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בירושלים מיום 18.6.02 בתיק ה"פ 535/01 שניתן על ידי
כבוד השופט סגן הנשיא ע' קמא

בשם המבקשת: עו"ד י' ע' בן פורת; עו"ד א' ארדמן

בשם המשיבות: עו"ד ב' טולידאנו; עו"ד מ' קופרשמידט

פסק-דין

השופט י' טירקל:

האם ההסכם שנכרת בין בעלות הדין הוא הסדר כובל? אם הוא הסדר כובל -
ובשל כך בטל מחמת אי חוקיות - האם בטלה עם ההסכם גם תניית בוררות שנכללה
בו? אלה השאלות העומדות להכרעתנו.

רקע והליכים

1. בין בעלות הדין נכרת ביום 9.8.90 הסכם (להלן - "ההסכם"), לפיו המשיבות
ישווקו ויפיצו פרופילי אלומיניום (להלן - "המוצרים") שהמבקשת מייצרת. התנאים
העיקריים שנקבעו בהסכם היו: למשיבות יהיו "זכויות הפצה בלעדיות בכפוף להוראות
הסכם זה" לשיווק המוצרים באזור תל אביב "רבתי" (להלן - "האזור") (המבוא
להסכם); המשיבות יהיו רשאיות להמשיך ולעסוק במכירת מוצרים דומים למוצריה של

המבקשת (סעיף 5 להסכם); תקופת ההתקשרות היא שלוש שנים עם אופציה לשלוש שנים נוספות (סעיף 7 להסכם); המשיבות מתחייבות לרכוש מהמבקשת מוצרים במשקל 150 טון מדי חודש (סעיף 8 להסכם); תמורת ההפצה יהיו המשיבות זכאיות לעמלה בשיעור 5% ממחיר כל מכירה (סעיף 10 להסכם); בעלות הדין הסכימו על המחיר שבו ימכרו המוצרים למשיבות וקבעו שהמבקשת תהיה רשאית להתאימם, מפעם לפעם, למחירי השוק (סעיף 14 להסכם); לגבי המבקשת נקבע כי תהיה רשאית למכור את המוצרים ישירות ללקוחות ולמפיצים אחרים באזור בתנאים הנזכרים בהסכם (סעיפים 8, 12 ו-13 להסכם); כמו כן התחייבה המבקשת "שלא למכור מוצרים באזור או בכל מקום אחר בארץ במחירים שהם נמוכים מהמחיר שנדרש מאת המפיצים [המשיבות - י' ט'] לאותו מוצר ולא ליתן תנאי תשלום נוחים יותר - - -" (סעיף 17 להסכם); הוסכם כי חילוקי דעות יובאו להכרעת בורר דן יחיד שיקבע בהסכמה ובהעדר הסכמה יקבע הבורר על ידי יו"ר לשכת המסחר בתל-אביב (להלן - "תניית הבוררות") (סעיפים 27 - 31 להסכם). סמוך אחרי שכרתו בעלות הדין את ההסכם כרתו גם תוספת להסכם, לפיה, אם לא יודיעו המשיבות על סיומו של ההסכם בתום תקופתו, תמשיך המבקשת למכור את מוצריה למשיבות. בתוספת להסכם לא נכללה תניית בוררות. ביום 9.8.96 הודיעה המבקשת למשיבות על סיום ההסכם. אין מחלוקת כי המשיבות המשיכו להפיץ את המוצרים עד חודש מרץ 2000.

ביום 20.3.00 הודיעו המשיבות למבקשת, כי הפרה את ההסכם בכך שמכרה למפיצים אחרים מוצרים במחיר נמוך מן המחיר שניתן להן, ובכך גרמה להן נזקים בסכום של כ-15 מליון ש"ח. בתשובה הודיעה המבקשת למשיבות, כי הן שחייבות לה כספים. המשיבות פנו ליו"ר איגוד לשכות המסחר ובקשו למנות בורר על פי ההסכם, וזה הורה למוסד הישראלי לבוררות עסקית - מיסודן של לשכות המסחר - בראשות פרופ' סמדר אוטולנגי, למנות בורר. פרופ' אוטולנגי מינתה את עו"ד פנחס וולובלסקי להיות בורר (להלן - "הבורר"). המבקשת טענה לפניו בכתב, כי לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן - "חוק ההגבלים העסקיים" או "החוק") ההסכם הוא הסדר כובל ולפיכך הוא בלתי חוקי; מכאן שהענין אינו בסמכותו של הבורר ויש להעבירו להכרעת בית המשפט המחוזי בירושלים. הבורר השיב, כי לפי כללי הבוררות של המוסד הישראלי לבוררות עסקית אין הוא מוסמך לדון בטענה של אי חוקיות, אלא אם כן הסמיכו אותו לכך שני הצדדים. הבורר ציין כי באפשרותו לפנות באבעיה לבית המשפט, אולם הביע דעתו, "שעדיף - במקום להתנצח בויכוחי פרשנות - שב"כ צפי וקאלמא [המשיבות - י' ט'] יפנה בעצמו, במישרין, אל בית המשפט בבקשה למינוי בורר, שתפטור [צ"ל תפתור - י' ט'] את כל הבעיות".

2. במקביל להליכים אלה, הגישה המבקשת ביום 13.7.00 לבית המשפט המחוזי בירושלים תביעה בסדר דין מקוצר לחייב את המשיבה מס' 1 לבדה לשלם לה סכום של 3,572,993 ש"ח, עבור מוצרים שסיפקה לה בתקופה שבין חודש אוקטובר 1999 לבין חודש מרץ 2000, שאת תמורתם לא שילמה (להלן – "תביעת המבקשת"). המשיבה מס' 1 בקשה מבית המשפט לעכב את ההליכים לפי סעיף 5 לחוק הבוררות, תשכ"ט – 1968 (להלן – "חוק הבוררות") ולהעביר את המחלוקת לבורר. בית המשפט המחוזי (כב' השופט י' עדיאל), בהחלטתו מיום 10.6.01, דחה את הבקשה לעכב את ההליכים. בהחלטתו קבע, שאין עילה לעכב את ההליכים, משום שההסכם המקורי בוטל ולא הוכח קיומו של הסכם בוררות חדש. בהסכמת המבקשת ניתנה למשיבה מס' 1 רשות להתגונן. תביעת המבקשת תלויה ועומדת.

3. ביום 1.2.01 עתרו המשיבות לבית המשפט המחוזי בירושלים על דרך של המרצת פתיחה בבקשה למנות בורר לפי סעיף 8 לחוק הבוררות. המבקשת התנגדה לבקשה מן הטעם שההסכם הוא הסדר כובל ולפיכך בלתי חוקי ומכאן שהענין אינו בסמכותו של הבורר. בית המשפט המחוזי (סגן הנשיא השופט ע' קמא), בפסק דינו מיום 18.6.02, דחה את התנגדותה של המבקשת וקבע כי מינויו של הבורר "היה כדין".

המבקשת בקשה להרשות לה לערער על פסק הדין. בבקשתה בקשה לבטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי; לחלופין, להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי כדי שישמע את טענותיה. המשיבה השיבה על הבקשה.

החלטנו לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות לערער והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

4. כאמור, קבע בית המשפט המחוזי בפסק דינו, כי מינויו של הבורר היה כדין. כפי שאמר, "פקיעת ההסכם, אין בה, כאמור, כדי לחסום את הפניה לבוררות, וכל סכסוך הנוגע לתקופת ההסכם יידון בפני הבורר שנקבע". עם זאת, מאחר שלא היתה הסכמה משותפת ומפורשת לפנות לבורר אחרי שנת 1996, לא ידון הבורר בתביעות המשיבות לגבי הפרות בתקופה שלאחר מכן אלא רק במחלוקות שעניינן התקופה שבין 9.8.90 ועד 9.8.96. לענין ההסכם קבע, כי אינו הסדר כובל, מן הטעם ש"המבקשות הן המפיצות הבלעדיות ולא היו מפיצים נוספים למוצרים אלו באזור, כך שלא היתה

קיימת תחרות בין המבקשות למפיצים אחרים, ולו למפיצים בכוח. בהעדר תחרות, ולו פוטנציאלית, אין הסדר כובל - - -".

טענות בעלות הדין

5. בבקשתה להרשות ערעור טוענת המבקשת, בתמצית, כי ההסכם הוא הסדר כובל לפי סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים - כבילה לענין המחיר - ולפי סעיף 2(ב)(3) לחוק - כבילה לענין חלוקת השוק - ולפיכך הוא בלתי חוקי; מכאן שהענין אינו בסמכותו של הבורר. ההסכם גם אינו בא בגדר הפטור שבסעיף 3(6) לחוק - התחייבויות הדדיות לבלעדיות של ספק ורוכש - משום שלא היתה כאן התחייבות הדדית לבלעדיות. המבקשת הוסיפה כי אפילו אם טענתה כי ההסכם הוא הסדר כובל היא חסרת תום לב, משום שהיתה צד להסכם ופעלה לפיו, אין בכך "כדי לגרוע מאי-חוקיות העסקה ומחובת בית המשפט להגן על האינטרס הציבורי"; זאת לפי דעת הרוב בע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד נב(3) 145, 159 (להלן - "פסק דין טבעול") ובע"מ נ' 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (להלן - "דיון נוסף טבעול"). המבקשת מוסיפה כי משטענה המשיבה מס' 1 בבקשתה להרשות לה להתגונן נגד תביעתה הנזכרת של המבקשת גם טענת קיזוז, גילתה בכך המשיבה מס' 1 את "רצונה שבית המשפט, ולא הבורר, ידון בטענותיה". עוד טוענת היא, כי בית המשפט המחוזי לא נתן לה הזדמנות נאותה לטעון טענותיה, כי המשיבות פעלו בתרמית וכי הענין איננו ראוי לדיון בבוררות.

6. בתשובתן טוענות המשיבות, כי אין הבקשה מגלה שאלה משפטית או ציבורית המצדיקה מתן רשות לערער ב"ערכאה שלישית", אחרי שדנו בכך הבורר ואחריו בית המשפט המחוזי. לעצם הענין טוענות הן כי המבקשת רשאית לטעון טענותיה - לרבות טענת אי החוקיות - לפני הבורר, שהוא המוסמך להכריע בהן. לענין ההסכם טוענות הן כי ההסכם אינו בא בגדר הסדר כובל לפי סעיף 2 לחוק. עוד טוענות הן, כי בית המשפט המחוזי קבע כממצא עובדתי שלא היתה פגיעה בתחרות משום שהמשיבות היו מפיצות בלעדיות. בממצא עובדתי כזה אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב; אולם, אפילו ההסכם הוא הסדר כובל לפי סעיף 2 לחוק - דבר המוכחש - יוצא הוא מגדר זה לפי סעיף 3(6) לחוק. עוד יוצא הוא מגדר זה מכוח הפטור שבכלל 2 לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית), התשס"א - 2001 (להלן - "כללי פטור סוג") שהתקין הממונה על ההגבלים העסקיים לפי סעיף 15א לחוק. יתר על כן, אפילו אין ההסכם בא בגדר פטורים אלה, אין אי החוקיות שבהסדר הכובל שבו "מקרינה" על כל סעיפי ההסכם ותניית הבוררות ממשיכה לעמוד בתוקף. זאת ועוד. ההסכם אינו

סותר את תקנת הציבור ומכאן שהוא חוקי וניתן לדון בו בהליכי בוררות. המשיבות מוסיפות וטוענות, כי המבקשת הפרה את ההסכם ועתה עושה שימוש לרעה בהליכים המשפטיים על מנת לחמוק מהתחייבויותיה. כמו כן מנועה היא מלטעון טענת תרמית משום שלא טענה זאת בתביעתה.

דיון

7. נקדים ונאמר, לענין טענת הסף של המשיבות, כי הדיון לפנינו אינו דיון בערכאה שלישית, משום שהערכאה הראשונה שדנה בענין היתה בית המשפט המחוזי, שדן בבקשה למנות בורר על דרך של המרצת פתיחה ולא הבורר. לפיכך לא חלים כאן הכללים המקובלים עלינו לענין מתן רשות לערער בערכאה שלישית (עיינו, בין היתר: ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123). עם זאת העלתה הבקשה להרשות ערעור שאלות משפטיות נכבדות ומטעם זה ניתנה למבקשת רשות לערער.

הסדר כובל

8. כאמור, טענתה העיקרית של המבקשת היא, כי ההסכם הוא הסדר כובל ולפיכך הוא בלתי חוקי ומכאן שהענין אינו בסמכותו של הבורר. טענה זאת מצריכה הכרעה בשאלות שהוצגו בראש פסק הדין: האם ההסכם הוא הסדר כובל – ובשל כך בטל מחמת אי חוקיות – והאם בטלה עם ההסכם תנית הבוררות שנכללה בו. בהכרעה זאת כרוכים גם שיקולים נוספים: ההגנה על העיקרון של התחרות החופשית המעוגן בדיני ההגבלים העסקיים; שבצדה השאיפה לעודד הליכי בוררות כאמצעי לישוב מחלוקות, בלי להיזקק לערכאות המשפטיות (על האיזון בין השיקולים ראו, בין היתר: ע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ, פ"ד כה(1) 824 (להלן - "ענין J.R.Allison "Arbitration Agreements and Antitrust Claims: The need for enhanced accommodation of conflicting Public Policies" 64 *N.C. L.Rev* p. 219).

9. לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים:

"הסדר כובל הוא 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, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר".

לפי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים:

"מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:

(1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;

(2) הריווח שיופק;

(3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;

(4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם".

בצד הגדרתו של ההסדר הכובל בסעיף 2 לחוק פורטו בסעיף 3 לחוק הסדרים שונים שהוצאו מגדר ההגדרה שבסעיף 2 לחוק. כמו כן, לפי סעיף 4 לחוק נאסר הסדר כובל שלא ניתן לו אישור או היתר על ידי בית הדין להגבלים עסקיים, או על ידי הממונה על הגבלים עסקיים. לפי סעיף 15א לחוק, שכותרתו "פטור סוג", רשאי הממונה על הגבלים העסקיים לקבוע כללים לסוגי הסדרים כובלים אשר צדדים להם יהיו פטורים מקבלת אישור בית הדין. סעיף 47 לחוק עושה את ההתקשרות בהסדר כובל לפלילית בכך שהוא מורה, בין היתר, כי מי שהיה צד להסדר כובל שלא אושר או שלא ניתן לו היתר, דינו ענישה.

סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים מגדיר, אפוא, הסדר כהסדר כובל אם הוא מונע או מפחית תחרות בעסקים. בצדו מונה סעיף 2(ב) לחוק רשימה של עניינים המקימים חזקה של פגיעה בתחרות "מבלי שיהא צורך לבחנם בכל מקרה ומקרה לאור המבחן הכללי" (דברי ההסבר בה"ח התשמ"ד, 42). בעקבות דברים אלה נאמר, כי "הסדר המכיל את אחת הכבילות המפורטות בסעיף 2(ב) לחוק, חזקה עליו שהוא פוגע בתחרות - - - כל שצריך להראות זה שההסדר נכלל בגדר אחת החזקות שבסעיף 2(ב) לחוק ומעבר לכך אין צורך להוכיח דבר, אף לא פגיעה בתחרות - - - מדובר בחזקות חלוטות, אשר אינן מותירות פתח לנסות ולהוכיח את היפוכן" (י' יגור דיני ההגבלים העסקיים (מהדורה שלישית - מעודכנת ומורחבת, תשס"ב), בעמ' 159 - 160 והאסמכתאות הנזכרות שם (להלן - "יגור")); ; ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (כרך ג, תשס"ד) 642 (להלן - "פרידמן וכהן")); פסק דין טבעול, בעמ' 176 - 177; דיון נוסף טבעול, בעמ' 95 - 96). לפי השקפתי בדבר הפרשנות המצמצמת של הוראות החוק שראוי לנקוט בה, כמוסבר להלן, יש מקום להרהר מחדש ב"מוחלטותן" של חזקות אלה. לדעתי, יש גם מקום לעיון מחדש של המחוקק בסוגיה זאת; לרבות בהבחנה בין כבילה במסגרת הסדר "אופקי" לבין כבילה במסגרת הסדר "אנכי", שידונו בהמשך הדברים.

כבילה במסגרת הסדר "אופקי" מול כבילה במסגרת הסדר "אנכי"

10. מקובל להבחין בין הסדר "אופקי" – הסדר בין גופים מתחרים, לבין הסדר "אנכי" – הסדר בין יצרן לבין משווק או מפיץ. סבורני, שכבילה במסגרת הסדר "אופקי" שונה בהשפעתה על התחרות מכבילה במסגרת הסדר "אנכי" ופגיעתה בתחרות חמורה יותר מפגיעתה בתחרות של כבילה במסגרת הסדר "אנכי". לפיכך, אין להתייחס לכבילה במסגרת הסדר "אופקי" ולכבילה במסגרת הסדר "אנכי" כמקשה אחת.

גישה זאת עולה, בין היתר, ממאמרו המאלף של ד"ר ד' גילה המדגיש כי:

" - - במקרה של הסדרים אנכיים הפגיעה של ההסדר בתחרות כלל אינה מובנית מאליה, וקיימים הסברים תמימים לעשיית הסדרים אלה, שאינם קשורים בפגיעה בתחרות. לעומת זאת, במקרה של ההסדרים האופקיים החמורים ביותר (כגון תיאום מחירים או כמויות בין מתחרים, או חלוקת השוק בין מתחרים או מתחרים פוטנציאליים) הפגיעה בתחרות כמעט מובנת מאליה, ולא קיימים כמעט הסברים תמימים המסבירים הסדרים כאלה, למעט אלה הקשורים בהשפעתם השלילית על התחרות" (ד' גילה "האם ראוי לפרוץ את שכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוקיים? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים", בסעיף 1, המאמר עתיד להתפרסם בעיוני משפט כז והומצא לנו באדיבותו של ד"ר ד' גילה (להלן – "גילה")).

עוד מציין ד"ר גילה כי המגמה המרחיבה של הפסיקה בהגדרת הסכמים

כהסדרים כובלים היא בעייתית מכמה סיבות, הכרוכות, לדעתו, זו בזו:

"ראשית, הרחבת הכבילות שתראינה כהסדר כובל בלי קשר לפגיעה בתחרות בענף הרלבאנטי מכתימה כהסדרים כובלים שלל הסדרים, ובפרט, הסדרים אנכיים – בין ספק ללקוח – שכלל לא מובן מאליו שהם פוגעים בתחרות. - - - לדעתנו הסדרים אנכיים כלל אינם צריכים להיות ברשימת כבילות זו. - - - פגיעתם של הסדרים אנכיים בתחרות איננה מובנת מאליה ויש להם מוטיבציות לגיטימיות רבות - - - ראוי יותר, אם כך, שבהסדרים אנכיים הנטל יהיה על מי שתוקף את ההסדר כי ההסדר עלול לפגוע, באופן בלתי זניח, בתחרות בענף הרלבאנטי. תוצאה זו תושג בקלות רבה על ידי קביעה כי הסדרים אנכיים אינם נכנסים לגדר סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, המכתיים הסדרים ככובלים בלי קשר לפגיעתם בתחרות - - -" (גילה, בסעיף 6.1. וראו גם ד' גילה

"כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו", בסעיף 2, המאמר נשלח לפרסום בכתב העת עיוני משפט והומצא לנו באדיבותו של ד"ר ד' גילה; מ' חת "על דיני ההגבלים העסקיים" המשפט 16 (2003) 84, 86 והאסמכתאות שם; יגור, בעמ' 162; ד' תדמור "הגבלים עסקיים: המאבק לשחרור ההסדרים הכובלים" עיתון "הארץ" כלכלה, מיום 3.8.03; ז' אברמוביץ "חידושים בדיני הסדרים כובלים", עסקים וכלכלה – מגזין איגוד לשכות המסחר, מחודש יולי 2003, עמ' 31 - P. Areeda, *Fundamentals Of Antitrust Law* ; 33 p. 932 (2002).

דברים אלה מקובלים עלי. לפי השקפתי, הרחבת תחומי פרישתו של סעיף 2 לחוק אינה רצויה וראוי לנקוט פרשנות מצמצמת של הוראות החוק הבאות להגדיר הסדר כהסדר כובל. זאת, בין היתר, מהטעמים שמניתי בפסק דין טבעול: האחד, צמצום התוצאות שיש לקביעה שהסדר הוא הסדר כובל בתחום המשפט הפלילי; השני, ייחוס משקל גדול יותר לערכים של תום לב, הגינות ויושר בהשוואה למשקלה של ההגנה על התחרות החופשית; השלישי, צמצום הפגיעה בוודאות המשפטית על ידי הפחתת מספר המקרים של ביטול חוזה בשל אי חוקיות שגורמת הגדרתו כהסדר כובל (פסק דין טבעול, עמ' 164 – 165; השוו: ע"א 3700/98 א.מ. חנויות (ירושלים) נ' עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 590; דנ"א 3113/03 א.מ. חנויות (ירושלים) (1993) בע"מ נ' עיריית ירושלים, תקדין-עליון 2003(2) 3599; ע"א 10638/02 שטרן נ' יקבי רמת הגולן, תקדין-עליון 2003(1) 2058 (להלן – "ענין שטרן")). לכך ניתן להוסיף טעם נוסף, שהוא הצורך להימנע מהגבלת פעילות עסקית מקובלת ורווחת שנועדה להשיג מטרות כלכליות ועסקיות ראויות (ה"ע 2/97 מזרחי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תקדין-מחוזי 99(2) 3988). (ביקורת על הפרשנות המרחיבה של המונח "תחרות" בסעיף 2(א) לחוק ראו: פרידמן וכהן, בעמ' 645; ד' גילה, "לקראת מדיניות משפטית חדשה כלפי תניות אי תחרות" עיוני משפט כג (2000) 63, 112).

אומר כבר כאן, כי לדעתי ההסכם הנדון בפרשתנו אינו נתפס במצורתו של סעיף 2(א) לחוק, משום שאינו מונע או מפחית תחרות בעסקים, ומשום שהוראותיו אינן באות בגדרי הכבילות המפורטות בסעיף 2(ב) לחוק, אף על פי שלכאורה מדובר בו בהגבלות שענינן מחיר המוצרים וחלוקת השוק.

כבילה לענין המחיר

11. שני סוגי כבילות שענינן מחיר, הבאים בגדר סעיף 2(ב)(1) לחוק, זכו לעיון בפסיקה ובספרות: האחד, תיאום מחיר במסגרת הסדר "אופקיי" - כאשר גופים מתחרים קובעים ומתאמים ביניהם את המחיר (Horizontal Price Fixing); השני, קביעת מחיר במסגרת הסדר "אנכיי" - כאשר יצרן קובע ומכתיב מחיר למשווק או למפיץ (Vertical Price Fixing) (ראו: ערר 1/97 איטכור שירותי פלדות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תקדין-עליון 97(4) 1; ת"א (חיפה) 10821/97 פז חברת נפט בע"מ נ' ממן, תקדין-מחוזי 2002(3) 807, בסעיף 33; ת"פ (ירושלים) 209/96 מ"י נ' אהליך יעקב בע"מ (טרם פורסם), בסעיף 39 – 40); יגור, בעמ' 161 – 162; פרידמן וכהן, שם). השאלה הראשונה העומדת לפנינו היא אם הסדר "אנכיי" שלפיו מתחייב יצרן כלפי אחד ממפיצי תוצרתו, שלא למכור את מוצריו לאחרים במחירים נמוכים יותר או בתנאים טובים יותר מאלה שקבע לו הוא בגדר כבילה אסורה לפי סעיף 2(ב)(1) לחוק.

הסדרים "אנכיים" לפיהם מתחייב יצרן כלפי מפיץ או רוכש אחר, למכור לו את מוצריו במחירים הנמוכים ביותר ובתנאים הטובים ביותר שהוא מוכר - המכונים בדין האמריקאי "Most Favored Nation" - נדונו בבתי משפט בארה"ב ולא נפסלו. נאמר כי הסדר כזה כלשעצמו אינו בהכרח הסדר כובל אלא יש לבחון אותו לפי סבירותו. לפי מאמרו של A.J.Dennis משנת 1995, הנזכר להלן, בתי משפט בארה"ב לא מצאו הסדרים כאלה כבלתי חוקיים לפי חוקי ההגבלים העסקיים (ראו: "Most Favored Nation Contract Clauses under The Antitrust Laws" 20 *Dayton Associated Milk Dealers, Inc v. Milk Drivers* (1995) p. 821. *Union, Local 753, International Brotherhood of Teamsters, Chauffeurs, Warehousemen & Helpers of America*, 422 F.2d 546 (7th cir. 1970); *Blue Cross & Blue Shield v. Michigan Ass'n of Psychotherapy*, 1980-2 Trade Cas. (CCH) P63,351 (E.D. Mich. 1980); *Michigan Ass'n of Psychotherapy v. Blue Cross & Blue Shield*, 325 N.W.2d 471 (Mich. Ct. App. 1982); *State Oil Co. v. Khan* 118 S.Ct. 275 (1997)). בין מרפאה לרופאים שלפיו התחייבו הרופאים כלפי המרפאה לגבות ממנה עבור טיפול בפציינטים תעריף שאינו עולה על תעריף שנדרש מפציינטים אחרים אינו הסדר כובל, משני טעמים מרכזיים: האחד, משום שאין מדובר ב- Price Fixing ולכן, לא קמה חזקה לקיומו של הסדר כובל, ויש לבחון את ההסדר בהתאם למבחן הפגיעה בתחרות.

והשני, משום שבחינת ההסדר בהתאם למבחן הפגיעה בתחרות מלמדת על אי פגיעה; כלשונו של בית המשפט:

“Most Favored nation’ clauses are standard devices by which buyers try to bargain for low prices, by getting the seller to agree to treat them as favorably as any of their other customers. The clinic did this to minimize the cost of these physicians to it, and that is the sort of conduct that the antitrust laws seek to encourage. It is not price fixing” (הדגשה שלי – י’ ט’) (*Blue Cross & Blue Shield United v. Marshfield Clinic*, 65 f.3d 1406 (7th cir. 1995)).

בספרות שבתחום זה הוצע להבחין בין שני סוגים של הסכמים כאלה: אם מתחייב היצרן כלפי המפיץ שלא למכור את מוצריו למפיצים אחרים במחירים נמוכים יותר או בתנאים טובים יותר, מאלה שקבע לו, ההסדר הוא הסדר כובל. אולם, אם מתחייב היצרן כלפי המפיץ למכור לו את מוצריו במחירים הנמוכים ביותר ובתנאים הטובים ביותר שהוא מציע ללקוחותיו, אך היצרן חופשי למכור ללקוחות אחרים במחירים או בתנאים שונים, אין זה הסדר כובל (ראו: Julian O. Von Kalinowski, 1-7 *ANTITRUST COUNSELING AND LITIGATION TECHNIQUES* § 7.05 (2003, (Matthew Bender & Company, Inc.)).

אעיר כאן כי הסכמים אנכיים מסוג “Most Favored Nation” מקובלים ורווחים בארה”ב וכנראה גם בישראל (על תפוצת ההסכמים בארה”ב ראו: Dennis, *ibid*). ניטיב, אפוא, לעשות אם נצמצם, ככל האפשר, את הגדרתם הגורפת יתר על המידה של הסכמים כאלה כהסדרים כובלים. בכך גם נימנע את “חניקתה” של פעילות עסקית מקובלת ורווחת שנועדה להשיג מטרות כלכליות ועסקיות ראויות, כאמור לעיל. האינטרס החברתי של קיום תחרות חפשית צריך להישקל בזהירות מול האינטרס החברתי של קיום פעילות עסקית מקובלת, בלי שהעוסקים התמימים יהיו, בבלי דעת, לעבריינים (ענין שמעונוי, בעמ’ 829; דעתי בפסק דין טבעול, בעמ’ 166, 168; ובדיון נוסף טבעול, בעמ’ 113 - 114; ת”א (י-ם) 396/87 קיסין נ’ פטרולגז חברת הגז הישראלית (1969) בע”מ, דינים-מחוזי לב(6) 650; ד’ בכור “הרהורים בחוק ההגבלים העסקיים, תשי”ט – 1959” טפר זוסמן (תשמ”ד), 133, 138 – 139).

12. התחייבותה של המבקשת “שלא למכור מוצרים באיזור או בכל מקום אחר בארץ במחירים שהם נמוכים מהמחיר שנדרש מאת המפיצים לאותו מוצר ולא ליתן תנאי תשלום נוחים יותר” (סעיף 17 להסכם), באה, לכאורה, בגדר אותו סוג של

הסכמים שהם הסדרים כובלים (לפי ההבחנה שבמאמרו הנזכר של Von Kalinowski שהוזכר בסעיף 11 דלעיל). אולם, מתוך עיון במכלול סעיפי ההסכם ובדיקתו מבחינת סבירותו, ולאור הגישה המצמצמת שלדעתי יש לנקוט, כאמור, בהגדרת הסדר כובל, עולה המסקנה, שלא חלה כאן חזקת הפגיעה בתחרות שענינה "המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם", לפי סעיף 2(ב)(1) לחוק. זאת, בשל מספר טעמים: טעם אחד הוא שלפי סעיף 14(ה) להסכם - - - ידוע למפיצים שמחיר המוצרים כפי שנקבע נכון למועד חתימתו של הסכם זה הוא נמוך מהמקובל בשוק, שמכך ניתן להסיק שאין זה סביר שהמבקשת תמכור לאחרים במחירים נמוכים יותר או בתנאים טובים יותר מאלה שקבעה למשיבות. טעם שני הוא שלפי סעיף 14(ג) להסכם "אם יחולו בשוק המוצרים שינויים במחירי המוצרים ו/או תנאי התשלום בתקופת תקפו של הסכם זה תהא החברה רשאית, לפי שיקול דעתה להתאים את מחירי מוצריה ביחס מתאים למחירי השוק - - - בעליה או בירידה של מחירים". מכאן ניתן ללמוד על הכוונה שהמחיר והתנאים שיקבעו למשיבות ולמפיצים אחרים יהיו ברמה שווה ובהתאמה למחירי השוק. טעם נוסף בכך שהמבקשת לא קבעה את המחיר שבו ימכרו המשיבות את המוצרים ללקוחותיהן ולא הגבילה את המשיבות בקביעת המחירים שהן דורשות מלקוחותיהן. כמו כן לא שללה מעצמה את הזכות לשנות את המחירים ואת התנאים שבהם היא מוכרת את המוצרים למפיצים או לצרכנים.

מן המקובץ עולה, אפוא, כי ההסכם אינו מונע או מפחית תחרות.

כבילה לענין חלוקת השוק

13. חלוקת שוק לפי סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים מתקיימת כאשר בני אדם המנהלים עסקים מחלקים ביניהם את השוק באופן שפעילותו של כל אחד מהעסקים מוגבלת לחלק מן השוק. נאמר, כי "הרעיון הוא שכל אחד מן הצדדים להסדר לחלוקת השוק משריין לעצמו נתח של השוק" (יגור, בעמ' 189). הסכמי בלעדיות בטריטוריה מסויימת הם סוג של חלוקת שוק וההבחנה בין הסכמים אופקיים להסכמים אנכיים קיימת גם בהסכמי בלעדיות כאלה. הסכמי הפצה בלעדיים בין יצרן לספק הם הסדרי בלעדיות אנכיים (יגור, בעמ' 222 והאסמכתאות הנזכרות שם); ועם זאת, "על אף שהסדר של בלעדיות לא-הדדית בהפצה עלול למנוע או להפחית את התחרות הוא לא בהכרח יעשה זאת" (החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין: הסדרים כובלים בין יצרני אריזות מקרטון גלי – קביעה לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים, קובץ החלטות בענייני הגבלים עסקיים, חלק ב', 66).

ההבחנה בין הסכמים אופקיים להסכמים אנכיים הקיימת גם בהסכמי בלעדיות, מקובלת ורווחת גם בארה"ב. בפסק הדין בעניין (*Continental TV, Inc. v. GTE*) (1977) 36 U.S. 443 (*Sylvania, Inc.*) הבחין בית המשפט בין הסדרי בלעדיות גיאוגרפיים (Territorial Limitations) לבין הסדרי בלעדיות צרכניים (Customers Limitations). בית המשפט קבע כי חלוקת שוק על ידי הענקת זכויות של בלעדיות המתייחסות לסוג מסוים של צרכנים היא אסורה כשלעצמה "Per Se", אולם, חלוקת שוק על ידי הענקת זכויות של בלעדיות המתייחסות למיקום הגיאוגרפי של המפיצים אינה אסורה "Per Se", אלא יש לבחון אותה בכל מקרה ומקרה לפי מבחן הסבירות (ראו גם: גילה, בסעיף 6.2.1 והאסמכתאות שם; *United States v. General Motors Corp.*, 384 U.S. 127 (1966); *United States v. Sealy Inc.*, 388 U.S. 350 (1967)). לפי יגור "הגיון ההחלטה הנ"ל הוא שלעיתים לגיטימי ליצרן לשאוף ואף לעמוד על כך ש"משני עברי הכביש" לא יהיו שני מפיצים המתחרים ביניהם במכר מוצריו. בנוסף, בנסיבות מתאימות, אלמלא הגבלה כאמור יתכן והיצרן עצמו לא יצליח לשרוד בשוק, ובסופו של דבר יגרום הדבר להפחתתה של התחרות בשוק "יצור המוצר" (יגור, בעמ' 233).

14. "זכויות ההפצה הבלעדיות" לשיווק המוצרים באזור תל אביב "רבתי" שהוענקו למשיבות אינן באות בגדר חלוקת שוק המעניקה זכויות של בלעדיות המתייחסות לסוג מסוים של צרכנים, אלא, באות בגדר חלוקת שוק המעניקה זכויות של בלעדיות המתייחסות למיקום הגיאוגרפי של המכירה. האחרונה דומה במהותה לחלוקת שוק המעניקה זכויות של בלעדיות המתייחסות למיקום הגיאוגרפי של המפיצים, שאותה, כאמור, בוחנת הפסיקה בארה"ב בכל מקרה ומקרה לפי מבחן הסבירות. כך גם בפרשה שלפנינו. מתוך עיון במכלול סעיפי ההסכם ובדיקתו מבחינת סבירותו, ולאור הגישה המצמצמת שלדעתי יש לנקוט, כאמור, בהגדרת הסדר כובל, עולה המסקנה, שלא חלה כאן חזקת הפגיעה בתחרות שענינה "חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו", לפי סעיף 2(ב)(3) לחוק. יצוין כי המונח "זכויות ההפצה הבלעדיות" שהוענקו למשיבות נכלל רק במבוא להסכם "ובכפוף להוראותיו", ואין בהסכם התחייבות של המבקשת שלא למכור לאחרים מלבד המשיבות בין באזור ובין במקומות אחרים. יתר על כן, לפי ההסכם רשאיות המשיבות להמשיך ולעסוק במכירת מוצרים דומים למוצריה של המבקשת (סעיף 5 להסכם). כמו כן רשאית המבקשת למכור את המוצרים ישירות ללקוחות ולמפיצים אחרים באזור בתנאים הנזכרים בהסכם (סעיפים 8, 12 ו-13 להסכם). ההסכם אינו מונע, אפוא, את המבקשת ואת המשיבות מלהתקשר עם צדדים שלישיים. ממכלול

הוראות אלה עולה שאין כאן חלוקת שוק אסורה (ראו: דברי הביקורת על פרשנות החוק אצל גילה, שם; יגור, בעמ' 226 - 227).

ההסכם אינו הסדר כובל - סיכום ביניים

15. מצאנו, כי ההסכם אינו הסדר כובל לפי סעיפים 2(א), 2(ב)(1) ו-2(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים. ממילא אין צורך לדון בשאלה אם ההסכם בא בגדר ההסדרים שהוצאו מגדר סעיף 2 לחוק לפי סעיף 3 לחוק או אם הוא פטור לפי סעיף 15א לחוק. לפיכך אין הוא בלתי חוקי לפי סעיף 47 לחוק ומכאן שאינו בטל לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג - 1973 (להלן - "חוק החוזים"). תניית הבוררות עומדת, אפוא, על מכונה והבורר מוסמך לדון במחלוקות שבין בעלות הדין.

על תניית בוררות בהסדר כובל

16. האם תניית בוררות שנכללה בהסדר כובל בטלה עמו או עומדת על מכונה?

לענין זה ייאמר, כי אפילו בא ההסכם בגדר הסדר כובל הבטל מחמת אי חוקיותו, אין בכך בהכרח כדי לבטל גם את תניית הבוררות. יודגש כי אי החוקיות הגלומה בהסדר כובל אינה אי חוקיות בוטה, "שחורה", המטמאת כל מה שהיא נוגעת בו, אלא היא אי חוקיות "מתונה", "אפורה", במובן זה שאינה מביאה, בהכרח, לבטלות ההסכם, אשר הממונה על ההגבלים העסקיים רשאי להכשירו (סעיף 4 לחוק). יתר על כן, אפילו בטל חלק מן ההסכם מחמת אי חוקיות, ניתן להפריד בין החלק הפסול לחלק הכשר, לפי סעיף 19 לחוק החוזים; ואפילו לא ניתן להפריד בין חלקי ההסכם, ניתן "להחיותו", בשלימותו או בחלקו, על ידי שימוש בהוראת סעיף 31 לחוק החוזים, שלפיה " - - - בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון - - - לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו". (השוו: בג"ץ 6845/00 ניב ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663, 714 - 718; ראו גם: ע"א 311/78 הווארד נ' מיארה, פ"ד לה(2) 505; ע"א 335/78 שאלתיאל נ' שני, פ"ד לו(2) 151, 159; ע"א 533/80 אדרעי נ' גדליהו, פ"ד לו(4) 281; ע"א 395/87 שלוש נ' בנק לאומי לישראל, פ"ד מו(5) 529, 538; ע"א 157/87 נחשתן נ' זונברג, פ"ד מב(3) 4; ע"א 6181/93 סולומנוב נ' שרבני, פ"ד נב(2) 289; ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שניה, תשנ"ה), 381; פרידמן וכהן, בעמ' 579 - 581). אפילו היה, אפוא, ההסכם הסדר כובל ובטל מחמת אי חוקיות ניתן להפריד בין החלק הבטל שבו לבין תניית הבוררות; לחלופין, ניתן "להחיות" את תניית הבוררות על ידי שימוש בהוראת

סעיף 31 לחוק החוזים (על החייאת תניית בוררות בהסכם בלתי חוקי ראו: ע"א 65/85 עיריית נתניה נ' נצ"ב נתניה בע"מ ואח', פ"ד מ(3) 29 (להלן – "ענין עיריית נתניה")).

לא זאת בלבד. הלכה היא, כי פקיעתו של חוזה אינה מפקיעה מאליה גם את סעיף הבוררות שבו, אלא יש לבחון כיצד ומדוע פקע החוזה (ס' אוטולנגי בוררות - דין ונוהל (תשנ"א), 106 – 109). כך נפסק, שאי חוקיות המפקיעה את החוזה אינה מפקיעה את תניית הבוררות שבו (ענין עיריית נתניה; פרידמן וכהן, בעמ' 582 – 583; לתניית בוררות בחוזה שהסתיים השוו: ע"א 410/64 הררי נ' חברת יהלום בע"מ ואח', פ"ד יט(2) 121; ע"א 155/64 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' פייבלמן, פ"ד יח(3) 195; ע"א 550/75 מורלי נ' בגון, פ"ד ל(2) 309, 312; לתניית בוררות בחוזה חדש אחרי שהסתיים החוזה המקורי השוו: ע"א 2/49 רודה נ' סולל בונה בע"מ, פ"ד ג 201; ע"א 312/56 קרבס נ' אברמוביץ, פ"ד יב 115; ע"א 453/74 עובדי בית ברנר שיכון בתל-אביב בע"מ נ' חירותי, פ"ד כט(1) 500; לתניית בוררות בחוזה שהופר לעומת חוזה בטל השוו: ע"א 71/68 קונסטרוקשן אגריגיטס קורפוריישן ואח' נ' מפעלי ים המלח, פ"ד כב(1) 695; בר"ע 130/71 משיח נ' רביע, פ"ד כה(2) 572; ע"א 445/80 ג'ברה נ' המועצה האזורית בקעת בית שאן, פ"ד לז(1) 421, 426). גישה זו רואה בתניית הבוררות חלק נפרד מן החוזה, שתוקפה אינו פג גם נוכח בטלות החוזה, ואי החוקיות שדבקה בחוזה אינה מכתימה את התנייה (פרידמן וכהן, בעמ' 583). על כך נאמר כי:

"- - שטר הבוררות משמש מנגנון ביצוע, היינו מנגנון לביצוע הזכויות הנובעות מן העיסקה, נשוא החוזה, ומשום כך אין הכרח, לא מבחינת המשפט ולא מבחינת ההגיון, כי פסול שבחוזה יפסול גם את שטר הבוררות" (ע"א 3/56 סחייק נ' ברנרד, פ"ד יא 441, 444; ראו גם: ע"א 247/47 חברת בית חולים 'רפאל' בע"מ נ' ד"ר אדם פעילן, פ"ד ב 57, 78; בר"ע 158/77 סגל נ' נפית השקעות ופיתוח בע"מ, פ"ד לא(3) 389).

עוד נאמר:

"- - באשר לתוצאות המשפטיות הנובעות מאי-חוקיותו של החוזה, ייאמר, כי אותה אי-חוקיות אינה צריכה לשלול מחברת הפיתוח ומהקשורים בה היזקקות להסכם הבוררות. הוא שריר וקיים לצורך עניינינו ועומד בפני עצמו" (ענין עיריית נתניה, בעמ' 58 - 59).

הערה על תום לב

17. משמצאנו, כי הבורר מוסמך לדון במחלוקות שבין בעלות הדין, תם הדיון. אולם, איני פטור מלהעיר הערה על תום ליבה של המבקשת.

המבקשת היא חברה מסחרית גדולה שהתקשרה בהסכם בשנת 1990. בעלות הדין קיימו אותו עד תום תקופתו, לרבות תקופת ארכה, ובסך הכל משך שש שנים. אחרי שתמה תקופת ההסכם המשיכו בעלות הדין בקשר עסקי ביניהן משך ארבע שנים נוספות. לאורך תקופה זאת, עשר שנים רצופות, לא היו בפי המבקשת טענות כלשהן בדבר חוקיותו של ההסכם ותוקפו. רק אחרי שבקשו המשיבות להעביר מחלוקת בינן לבין המבקשת לבוררות, טענה המבקשת לראשונה, כי ההסכם הוא הסדר כובל ובלתי חוקי וכי אין לדון בו בהליכי בוררות. מותר דומני לומר שטענה כזאת, ובנסיבות כאלה, דבקה בה סירכא של אי הגינות. על כגון דא אמרתי בפסק דין טבעול:

"כאשר מניחים על כף המאזניים האחת את מניעת הפגיעה בתחרות החופשית, שמטרתה לפתח את המשק הלאומי, ועל כף המאזניים השנייה ערכים מוסריים שעליהם אנו מבקשים להשתית את החברה שבה אנו חיים, אין לי ספק שהכף השנייה מכריעה את הראשונה. אם הברירה היא בין חברה עשירה, אך חסרת ערכים, לבין חברה דלה, שערכים על דגלה, אני בוחר בשנייה. אם עומדת התחרות מול אמיתו של החוזה, אמת עדיפה (פסק דין טבעול, בעמ' 168 - 169; ראו גם דיון נוסף טבעול; רע"א 2059/98 וולטה יצוב קרקע בע"מ נ' P.R.S., פ"ד נב(4) 721; ענין שטרן, שם).

עוד נאמר על כך :

" - - - תקנת הציבור מחייבת, בראש ובראשונה, שאדם יכבד הסכם והתחייבות, שקיבל על עצמו ברצון חופשי, בידיעה ברורה ובהבנה מלאה של פרטי העיסקה. המערערים דנן עשו ככל אשר לאל ידם כדי לפגוע ביסוד מוסד זה של כיבוד החוק, ומשכלו כל הקצין, ודבר זה לא עלה בידם, טרחו ומצאו, כי ההסכם דנן נגוע הוא באי-חוקיות - - - התנהגות זו של המוכרים, שעושים מעשה זמרי ומבקשים שכר כפנחס, מחייבים את בית המשפט במשנה זהירות כבואו לדון בטענתם זו בדבר אי-אכיפת החוזה" (ע"א 533/80 אדדעי ואח' נ' גדליהו ואח', פ"ד לו(4) 281, 291-292; ראו גם: ענין שמעוני, שם; ע"א 335/78 שאלתיאל ואח' נ' שני ואח', פ"ד לו(2) 151; ע"א 581/89 אדדי נ' רוזנברג, פ"ד מו(5) 679. ראו והשוו גם פרידמן וכהן, בעמ' 584 - 587).

18. ההסכם אינו הסדר כובל. אפילו היה כזה לא היה בכך כדי לקבוע, מינייה וביה, שאי החוקיות הגלומה בו, לפי סעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים, עושה את ההסכם כולו - לרבות תניית הבוררות שבו - בטל מכוח סעיף 30 לחוק החוזים. הבורר מוסמך, אפוא, לדון במחלוקות שבין בעלות הדין, כפי שקבע בית המשפט המחוזי.

19. לא מצאתי ממש בכל יתר טענותיה של המבקשת. אעיר כי המשיבה מס' 1 שטענה טענת קיזוז במסגרת בקשתה להרשות להתגונן בתביעת המבקשת, לא הסכימה בכך לוותר על תניית הבוררות שבהסכם. טענת קיזוז בהליך אחד אין לפרש אותה, בהכרח, כויתור על טענה אחרת בהליך אחר. יתר על כן, תביעת המבקשת עניינה התקופה שאחרי פקיעת ההסכם ובתקופה זאת אין תניית הבוררות תקפה, כפי שקבע בית המשפט המחוזי. גם בטענת המבקשת, כי בית המשפט המחוזי לא נתן לה הזדמנות נאותה לטעון טענותיה אין ממש. כאמור, הוגשה בקשתן של המשיבות למנות בורר על דרך של המרצת פתיחה ונתבררה על פי התצהירים שהוגשו. כפי שעולה מן הפרוטוקול לא נתבקשה חקירה של המצהירים ולא נתבקש טיעון נוסף בעל פה.

20. לפיכך נדחה הערעור.

המבקשת תשלם למשיבות שכר טרחת עורך דין בסך 30,000 ש"ח.

ט פ ו ט

השופטת מ' נאור:

1. בבקשתן למינוי בורר הסתמכו המשיבות (שיכוננו להלן, צפי וקאלמא או המפיצים) על הוראת סעיף 17 להסכם בינן לבין המבקשת (שתכונה להלן - אקסטל). סעיף זה דן באחת מהתחייבויותיה של אקסטל והיא:

"שלא למכור מוצרים באיזור או בכל מקום אחר בארץ במחירים שהם נמוכים מהמחיר שנדרש מאת המפיצים לאותו מוצר ולא ליתן תנאי תשלום נוחים יותר..."

2. צפי וקאלמא מבקשות להגיש בפני בורר תביעה, שעילתה היא הפרת ההתחייבות שבסעיף 17 הנזכר. בסעיף 7 לבקשה למינוי בורר טוענות הן, כי אקסטל גבתה מהן עבור מוצרים מחירים גבוהים יותר בהשוואה לאלה שהתחייבה לתת להן, ובכך גרמה להן נזקים ישירים ועקיפים, אשר מסתכמים יחד לנזק העולה על 20 מיליון ש"ח לכל אחת מהן. מההתכתבויות שצורפו לכתבי בית הדין עולה, שהטענה היא כי אקסטל מכרה סחורה למספר לקוחות (בעיקר לאלומיניום "זוהר") במחירים הנמוכים משמעותית מן המחירים שחוייבו בהם המבקשות. הדבר נעשה, כך נטען, באופן מתוחכם: הלקוחות שנהנו מהמחיר המועדף חוייבו תחילה במחיר הרגיל, ואחר-כך קיבלו זיכויים, כך שבסופו של דבר שילמו מחיר נמוך מהמחיר ששילמו צפי וקאלמא.

3. מסקנתי בשאלה אם לפנינו הסדר כובל היא, שיש לפנינו הסדר כובל. הסדר כובל זה אינו עומד בשוליה של המחלוקת בגינה התבקש מינוי בורר; סעיף 17 להסכם עומד בלב לבה של התביעה אותה מבקשים המפיעים להגיש בפני בורר. עמדתי שלי היא, כי סכסוך זה אינו יכול להיות מוכרע בבוררות, ועל כן אין מקום למינוי בורר. אם ברצון המפיעים לתבוע – המקום הנכון לעשות כן הוא בבית המשפט. ועוד: שאלת הפרת סעיף 17 להסכם ממילא תלויה ועומדת בבית המשפט במסגרת טענת קיזוז שהעלתה קלאמא בתביעתה של אקסטל. אף זהו טעם טוב, בנסיבות העניין שבפנינו, שלא להעביר את המחלוקת לבוררות שתתנהל במקביל לתביעה.

על הסדרים כובלים - אקדמות מילים:

4. נצטט, שוב לנוחות הקורא, את סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן – חוק ההגבלים העסקיים).

2. הסדר כובל

(א) הסדר כובל הוא 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, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר.

(ב) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:

- (1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;
- (2) הריווח שיופק;

(3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;
 (4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם".

5. חברי השופט טירקל מציע לנו לקבוע כי הסדרים אנכיים אינם נכנסים בגדר סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, המכתיים הסדרים ככובלים בלי קשר לפגיעה בתחרות. חברי מציע לנו לאמץ, בין השאר, את עמדתו של ד"ר ד' גילה, במאמרו המאלף שקטעים ממנו צוטטו על-ידי חברי (ד' גילה "האם ראוי לפרוץ את סכרי ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוקיים?", עתיד להתפרסם בעיוני משפט כז). וכך מסכם גילה את עמדתו:

"...על פי גישתנו, הסדרים אנכיים יוכלו להיות הסדרים כובלים רק לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים, ועל כן רק אם הם עלולים לפגוע בתחרות בענף רלבאנטי כלשהו, באופן לא זניח. סעיף 2(ב) לחוק, לעומת זאת, המכתיים הסדרים ככובלים בלי קשר לפגיעתם בתחרות, יחול רק על ההסדרים האופקים החמורים ביותר – אלה שפגיעתם בתחרות כמעט מובנת מאליה. מרבית הסדרים אלה ייכללו גם ברשימת הכבילות שלא תוכלנה להינות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך. רק בהסדרים מעין אלה יהא בית משפט רגיל פטור מן הניתוח הכלכלי האומד את פגיעת ההסדר בתחרות בענף הכלכלי הרלבאנטי" (ההדגשה אינה במקור).

מאמרו הנזכר של גילה עוסק בפסק דינו של בית משפט זה בפרשת חניות: ע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים פ"ד נז (2) 590. בפרשת חניות קבעו כל השופטים, אף שהנמקותיהם שונות, שבנסיבות שתוארו שם לא היה הסדר כובל. עתירה לדיון נוסף על פסק הדין נדחתה: דנ"א 3113/03 א.מ. חניות (ירושלים) (1993) בע"מ נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם). מאמרו של ד"ר גילה נכתב לפני ההחלטה הדוחה את הבקשה לדיון נוסף.

6. בתי המשפט ובית הדין להגבלים עסקיים התלבטו רבות, משך שנים ארוכות, בשאלת פרשנותו של סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים על שני חלקיו. התחושה לפיה פרשנות מילולית של הסעיף עלולה ללכוד במצודתה כמעט כל הסכם - עולה עוד מפסק הדין שניתן לפני למעלה משלושים שנה: ע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ, פ"ד כה (1) 824 (הנזכר גם בפסק דינו של השופט ריבלין בפרשת חניות).

7. בית משפט זה עסק זה לא מכבר בהרחבה בפרשנותו של חוק הגבלים העסקיים ובמבנהו בפרשת טבעול: דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף היס (1994) בע"מ ואח', פ"ד נו (1) 56 (להלן – פרשת טבעול). משניתן פסק הדין בהרכב המורחב, נראה היה כי בא סוף סוף גואל לשאלת פרשנותו של סעיף 2 לחוק הגבלים העסקיים. בית המשפט קבע (ברוב דעות), בין השאר, כי החזקות המפורטות בסעיף קטן (ב) של סעיף 2 שצוטט לעיל, חזקות חלוטות הן. בהתקיים אחת מהחזקות החלוטות, אין צורך להוכיח שהיתה בפועל פגיעה בתחרות כדי שייקבע קיומו של הסדר כובל. הדברים פורטו בהרחבה, ואין צורך לחזור ולפרט.

8. בדעה המובעת על ידי גילה, אותה מציע חברי לאמץ, יש קסם רב כהצעה למחוקק. היא מבוססת על הבחנות מקובלות במשפט המשווה. לא ניתן, לדעתי, לקבלה כחלק מהדין המצוי בישראל. לא נוכל לדעתי לקבוע, בדרך של פרשנות, את שמציע לנו גילה. לעניין זה יפים דבריו של השופט חשין, שביטא את דעת הרוב בפרשת טבעול, ביחס לטענתה של טבעול כי ההסדר שעשתה אינו הסדר כובל לפי הדין האמריקאי. וכך אמר:

“לחלותו של המשפט האמריקני על ענייננו”

50. טבעול הפנתה אותנו אל הדין האמריקני, ולטענתה הסדר הכבילה שלפנינו הסדר כשר הוא לפי דין זה. טיעונה זה של טבעול מדרש פליאה היה בעיניי ראשית לכול, הדין האמריקני אינו דין בישראל, ונתקשיתי להבין מה הוא טיעונה של טבעול ויישמע. יתר-על-כן, דרכו של המשפט האמריקני בנושא ההסדרים הכובלים שונה היא מדרכנו-שלנו; שלפי דין ישראל יכול שיהיה הסדר כובל, אך אותו הסדר יזכה להכשר באמצעות מנגנונים שקבע החוק (ואשר הזכרנו אותם למעלה), בעוד אשר בהתאם לדין בארצות-הברית אין מנגנון להכשיר את הטרף. אין צורך בדמיון מפליג כדי להבין ולידע כי עצם קיומו של מנגנון הכשרה מביא, על דרך ההילוך לאחור, להגדרה שונה של הסדר כובל. פירוש: משפט ישראל יכול להתיר לעצמו להגדיר הסדר כובל ברחבות-יתר, על יסוד הנחה שיהיה ניתן להכשיר את הבלתי כשר. די בשוני זה בין שתי שיטות המשפט כדי שנתעלם מטיעוניה אלה של טבעול כטיעונים בלתי רלוונטיים. אכן כן, ניתן להיעזר בו במשפט ארצות-הברית להיקש, ובוודאי ללימוד עקרוני החוק. כך – אך לא למעלה מכך. להפיס דעתה של טבעול נוסף – כאימרת-אגב - כי הסכם האי-תחרות שנעשה בין בעלי-הדין הסכם פסול הוא לכאורה גם לפי הדין בארצות-הברית. השוו: *Blackburn v. Sweeney* [53 F. 3d (1995) 825] (פרשת טבעול, עמ' 102).

9. סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, שצוטט לעיל, אינו מבחין בין הסדרים אופקיים והסדרים אנכיים. לדעתי, ועם כל הקסם שבהצעה, לא נוכל להכניס את האבחנה המוצעת בדרך של פרשנות. כשלעצמי, אין לי הסתייגות מהפרשנות שניתנה לסעיף 2 לחוק בפרשת טבעול כדין מצוי. אוסיף ואומר כי אפילו היתה לי הסתייגות ממה שנקבע, הרי לאחר שנפסק מה שנפסק בפרשה זו אך לפני זמן קצר, ובהרכב מורחב, לא הייתי ממהרת להציע לסטות מההלכה שנפסקה.

10. ההבחנות שמציע לנו גילה בין הסדרים אופקיים והסדרים אנכיים וההבדלים בהשלכותיהם על התחרות שעליהם הצביע, אינם זרים לדיני ההגבלים העסקיים בישראל. יש להם משמעות מקום שההסדר נבחן בפריזמה של סעיף 2(א) לחוק (ראו, למשל, ת"א (י-ם) 1000/95 פז חב' נפט בע"מ נ' עמוס (לא פורסם) פסקה 24 לפסק דינה של חברתי השופטת פרוקצ'יה והאסמכתאות שם). יש להבחנות האמורות מקום גם בשיקוליו של בית הדין להגבלים עסקיים כשהוא נדרש לשאלה האם לאשר או לא לאשר הסדר כובל.

11. ואולם, חברי מציע לנו לקרוא אל תוך סעיף 2 לחוק, המגדיר מהו הסדר כובל, הבחנות שאין להן, לדעתי, עיגון בלשונו של החוק. הצעה זו קשה לי, כאמור, לקבל. הצעה זו ראויה לעיונו של המחוקק. את ההסדר הכולל יצר המחוקק, והוא, ורק הוא, המוסמך לשנותו. כפי שנאמר בדנ"א 3113/03 הנזכר:

"חוק ההגבלים העסקיים פורש עצמו על-פני מרחבים אדירים, וכבודו מאופק-אל-אופק. המחוקק יכול היה לטפל בנושא ההגבלים העסקיים בדרך אחרת משבחר ללכת בה, ואולם משבחר ללכת בדרך שבחר בה, נָטַל הוא המוטל עלינו - כבכל מעשה של פרשנות דבר-אָמנות - לפרש את החוק ולהחיל את הוראותיו על אירועי החיים בשום-שכל ובטוב-טעם."

12. אוסיף ואומר כי בעיני יש יתרונות רבים לקביעת סוגי עניינים שלגביהם ישנה חזקה חלוטה בדבר קיומו של הסדר כובל, כפי שנפסק בפרשת טבעול. בבית הדין להגבלים עסקיים נשמעים לא אחת מומחים העוסקים בשאלה – שאינה פשוטה כשלעצמה – מה השפעתו של הסדר זה או אחר על התחרות. ההליך האזרחי ה"רגיל" אינו מתאים לכך. גילה מצביע במאמרו, תוך ביקורת, על כך שבפרשת חניות לא נעשה ניתוח כלכלי של השפעת ההסדר שנדון שם על התחרות. הוא מציג שאלות בהן לא עסק

בית המשפט בפרשת חניות, כגון מהו שוק המוצר הרלבנטי; האם השוק הרלבנטי הוא לא מקומי באופיו; מיהם המתחרים המשמעותיים בשוק הרלבנטי וכל כיוצא באלה שאלות שבית הדין להגבלים עסקיים מורגל בהן. אלו שאלות מורכבות "הצורכות" זמן שיפוטי לא מועט. חזקות חלוטות, והכל במקרים הראויים, יש בהן כדי לצמצם את היקף הבירור בהליך השיפוטי "הרגיל" ולהקל עליו. אם יש צורך בחשיבה חדשה בשאלה אם אכן כל החזקות שבסעיף 2(ב) לחוק אכן טובות וראויות הן, זהו ענין למחוקק – ולא לבית המשפט – לענות בו. בית המשפט אינו יכול לא להוסיף ולא לגרוע. גם קביעה שיש לתת לחוק פרשנות מצמצמת אין בה, כשלעצמה, כדי להציב פתרון כולל וקוהרנטי לשאלה מהו (ומה איננו) הסדר כובל.

13. על כן - ומבלי לגרוע מעוצמתן של ההצעות מבחינת הדין הרצוי - דרכי שלי תהיה בתלם ההלכה הפסוקה בפרשת טבעול.

ההסכם שבין הצדדים

14. לדעתי חלה על סעיף 17 להסכם החזקה החלוטה שבסעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, לפיה יראו כהסדר כובל כבילה בענין "המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם". אכן, המחיר עצמו אינו נקוב בהסכם ומותר לאקסטל לשנותו. ואולם, משמעותו של ההסכם היא שאם למפיצים מוכרת אקסטל את המוצרים ב-X שקלים, היא לא תוכל למכור לאלומיניום "זוהר" (או לכל מפיץ אחר) במחיר הנמוך מ-X. כך פשט הכתוב, וכך בדיוק טוענים המפיצים. "המחיר שיידרש" מֵאַחֲרֵים על ידי אקסטל הוא, איפוא, מחיר שאינו נמוך מהמחיר שמשלמים המפיצים בהסכם. אקסטל מגבילה, איפוא, את עצמה בהסכם, באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בין צפי וקאלמא לבין כל אדם שאינו צד להסכם (מפיצים אחרים) לגבי המחיר שתדרוש ממפיצים אחרים. כיוון שעל פי פסיקתו של בית משפט זה בפרשת טבעול החזקות שבסעיף 2(ב) קובעות כללים של מהות, שוב אין צורך לבחון אם היתה בפועל פגיעה בתחרות במידה בלתי סבירה. עם זאת, לא מן המותר להעיר, שאף שההסדר בין הצדדים שלפנינו הסדר אנכי הוא, השפעותיו של סעיף 17 הן דווקא השפעות אופקיות. הסעיף מגביל את התחרות בין צפי וקאלמא לבין כל מפיץ פוטנציאלי אחר של מוצריה של אקסטל, בכל מקום (ראו והשוו: י' יגור דיני הגבלים עסקיים (מהדורה 2 - מעודכנת ומורחבת, תש"ס) 179-180), בסעיף "הטעמים לאיסור על קביעת מחיר אנכית".

15. בצדק מצביע חברי על כך שסעיף 17 להסכם משקף פרקטיקה עסקית מקובלת הידועה בכינויים "Most-Favored Nation" clause (MFN) או "Most Favored Customer" Clause. סעיפים אלה מבטיחים לרוכש שהוא יקבל מהמוכר, למצער, את התנאים הטובים ביותר שיתן המוכר ללקוח אחר כלשהו שלו (ראו: ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments (5th ed. 2002, vol. 1) 147. סעיפים כאלה עשויים לפגוע בתחרות בין מי שנהנה מסעיף כזה לבין רוכשים אחרים, כיוון שהם תמריץ למוכר לדרוש מהמתחרים האחרים מחיר גבוה יותר מזה שהיה דורש אלמלא הסעיף האמור, כדי להימנע מהפרת ההתחייבות ללקוח המחזיק בתנאי המועדף. זאת הרי בדיוק טענת המפיצים בענייננו. הם טוענים, שהופרה כלפיהם התחייבות, כי אחרים רכשו בפועל מאקסטל במחיר נמוך יותר, ועל כן זכאים הם לפיצוי. J.B. Baker במאמרו: "Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of 'Most-Favored-Customer' Clauses", 64 Antitrust L.J. (1995) 517, מצביע על כך שישנם הסדרים אנכיים העשויים להשפיע על התחרות במישור האופקי: הוא מתמקד, במאמרו, בהסכמים אנכיים שיש בהם תניית MFN כהסכמים העשויים להשפיע על התחרות ממש כמו הסכמים אופקיים, בדרכים שונות שעליהן הוא עומד בהרחבה. Baker מבקש להרהר אחר ה"אקסיומה" לפיה "הסכמים אנכיים הם רעים; הסכמים אופקיים הם טובים". אכן, לגבי הסכמים הכוללים תניות מסוג MFN לא נטען עדין במשפט האמריקאי כי הם לא חוקיים per se, והם נבחנו עד כה במסגרת ה-rule of reason (ראו: ABA pp. 147-148). שיטתנו, כפי שפורט בהרחבה בפרשת טבעול, אחרת היא. את החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לא ניתן לסתור, ולדעתי - החזקה החלוטה חלה בענייננו. כפי שבואר בפרשת טבעול, העובדה שמדובר בהסדר כובל איננה סוף פסוק. בעת עשיית ההסכם ניתן היה לבקש להכשירו בבית הדין להגבלים עסקיים. כיום ישנם גם פטורי סוג, סוגיה עליה אעמוד ביתר הרחבה בהמשך הדברים.

16. אקסטל טוענת, לחילופין, שמדובר בעניין של מה בכך. אין בידי לקבל טענה זו. המפיצים טוענים שהפרת סעיף 17 להסכם גרמה לכל אחת מהן נזק של 20 מיליון ₪. קשה לומר שהסדר כובל זה הינו עניין של מה בכך (ראו והשוו: פרשת חניות, דעת השופט אור).

17. אשר לשאלה האם ההסכם פוגע בפועל בתחרות, אעיר כי אין לפנינו ניתוח כלכלי של השוק הרלבנטי מפי מומחים (לסוגיית הגדרת השוק הרלבנטי, ראו מאמרו הנזכר של גילה, וכן בספרו של יגור, בע' 144-206). בתגובה של צפי וקאלמא לתשובת אקסטל לבקשה למינוי בורר שהוגשה לערכאה הראשונה, צויין כי בזמן

הרלבנטי להסכם - עד שנת 1996 - החזיקה אקסטל, בהתאם להערכה מרחיבה, רק כ-20% מענף ייצור האלומיניום במדינת ישראל, וחלקם של המפיצים באזור היה כ-6% בלבד. ואולם, אפילו היינו מניחים (ולאחר פרשת טבעול לא נוכל להניח כך) שהחזקה שבסעיף 2(ב)(1) לאו חזקה חלוטה היא, הנטל להביא נתונים לסתירת החזקה, לפיה הכבילה בעניין המחיר משפיעה על התחרות, מוטל על המפיצים. אין די בציון הנתונים האמורים כדי להגיע למסקנה שאין בהסכם השפעה על התחרות. בכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך) התשס"א-2001, ק"ת 660, שהתקבלו שנים רבות לאחר ההסכם, ישנה חזקה שהסכם פוגע פגיעה קלת ערך בתחרות אם נתח השוק המצרפי של כל הצדדים לו בשוק המוצר אינו עולה על 10% משוק כאמור. אף שהכללים אינם חלים, הזכרתי נושא זה כדי להראות שהנתונים הדלים שהובאו בעניין שוק המוצר, לא די בהם כדי לעמוד בנטל הראיה, אפילו ניתן היה לסתור את החזקה.

18. לשיטתי, כיוון שמדובר בהסדר כובל, יש צורך לבחון גם את תחולת החריגים: ההסכם אינו נופל בגדר אף אחד משורת ההסדרים המנויים בסעיף 3 לחוק ההגבלים העסקיים, לגביהם נקבע שעל אף האמור בסעיף 2, הם אינם נחשבים להסדרים כובלים. לא חל על ענייננו סעיף 3(6) הקובע:

3. הסדרים שאינם הסדרים כובלים

....

(6) הסדר בין רוכש נכס או שירות לבין ספק, שכל כבילותיו הם התחייבות הספק שלא יספק נכסים או שירותים מסויימים, לשם שיווק, אלא לרוכש, ובהתחייבות הרוכש לרכוש אותם נכסים או שירותים רק מהספק, ובלבד שהספק והרוכש, שניהם, אינם עוסקים בייצור אותם נכסים או במתן אותם שירותים; הסדר כאמור יכול שיהיה לכל שטח המדינה או לחלק ממנו...."

אמנם מדובר בענייננו בהסדר בין רוכש נכס לבין ספק, ואולם אין המדובר בהסכם הפצה בלעדי דו כיווני (ראו: יגור בע' 180-181, 214-219). סעיף 5 להסכם קובע מפורשות שאין בהסכם כדי למנוע מהמפיצים להמשיך ולעסוק בשיווק מוצרים של יצרנים אחרים. על כן, החריג שבסעיף 3(6) לחוק אינו חל.

19. כאמור, בעת עשיית ההסכם ובמשך שנות הפעלתו לא היו בנמצא עדין "פטורי סוג". סעיף 15א לחוק ההגבלים העסקיים חוקק רק בשנת תש"ס. על כן, אין מקום לעסוק בשאלה אם כיום היה ההסכם נופל בגדר פטור סוג זה או אחר (ראו והשוו בפרשת חניות, דעת השופט אור). בבחינה למעלה מהצורך אעיר, כי סעיף 4(1) לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות) התשס"א-2001, ק"ת 658, 660, קובע כי, זולת אם נאמר אחרת בכללי "פטור סוג", לא יחול "פטור סוג" על הסכם הכולל, במישרין או בעקיפין, כבילה בעניין תיאום מחירים שיוצעו, יידרשו או ישולמו, או הכתבתם; לא חלים לכאורה כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית), התשס"א-2001, ק"ת 669, ולו בשל הוראת סעיף 3(4) לכללים אלו, המורה שפטור הסוג בכללים אלה לא יחול על הסכם הפצה בלעדית, כשבין הצדדים קיים הסכם לעניין "המחיר שבו יציעו המוכר, הספק או אדם אחר מטעם מי מהם את הטובין לאחר". על כן, לכאורה, ובלי לקבוע מסמרות לעניין זה, גם היום לא היה ההסכם נופל בגדר פטור סוג.

20. ההסדר בין הצדדים הסדר כובל הוא, לדעתי, גם בשל כך שחלה עליו חזקה חלוטה נוספת – זו הקבועה בסעיף 2(ב)(3) - הסדר של חלוקת שוק. על עניין זה איני רואה צורך להרחיב, נוכח מסקנתי שחלה החזקה החלוטה שבסעיף 2(ב)(1). נושא חלוקת השוק אינו עומד בלבה של המחלוקת שלגביה מבקשים למנות בורר.

21. סוף דבר: דעתי היא שההסכם בין הצדדים הסדר כובל הוא.

מינוי בורר?

22. לדעתי לא היה מקום למינוי בורר בפרשה זו. שני טעמים לדבר, ודי בכל אחד מהם בנפרד כדי להביא למסקנה האמורה. הטעם האחד הוא, שבשאלה נשוא הבוררות תלוי ועומד הליך בבית המשפט; הטעם השני נעוץ בכך שבלב המחלוקת עומד הסדר כובל.

הליכים תלויים ועומדים

23. בין קאלמא (בלבד) לבין אקסטל תלויים ועומדים הליכים אחרים בבית המשפט המחוזי. בית המשפט המחוזי החליט שלא להעתר לבקשת קאלמא לעכב את

ההליכים בתביעה שהגישה אקסטל, וזאת בשל כך שלא הוכח שגם בתקופה שלאחר תום ההסכם הכתוב היה הסכם בוררות. על החלטה זו לא הוגשה בקשת רשות ערעור, והתביעה האזרחית של אקסטל תלויה ועומדת. התביעה עצמה נוגעת לתקופה שלגביה אין הסכם בוררות. קאלמא התגוננה בפני תביעת אקסטל והעלתה טענת קיזוז. טענת הקיזוז מבוססת, על פי כתבי הטענות שבפנינו, על הפרת סעיף 17 להסכם, בתקופה בה היה ההסכם בתוקף, דהיינו עד שנת 1996. עיון בכתבי הטענות מעלה, שאותן טענות עצמן (לרבות התחשיב הנלווה להן) שמבקשת קאלמא להעלות בבוררות, עתידות להתברר במסגרת טענת הקיזוז כחלק מההליך האזרחי התלוי ועומד. זו, לדעתי, סיבה מספקת שלא למנות בורר בין אקסטל לבין קאלמא לשם הגשת תביעה של קאלמא בבוררות (ראו והשוו: ע"א 307/71 אוניקו רויטמן, חברה לעבודות ציבוריות בע"מ נ' שמשון, חברה לביטוח בע"מ ואח', פ"ד כו (1) 368; רע"א 985/93 אלרינה אינווסטמנט קורפוריישן נ' ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ ואח', פ"ד מח (1) 397). אם תתברר המחלוקת גם בהליך האזרחי וגם בבוררות, יש חשש לקביעות סותרות. אכן, צפי איננה צד להליך זה, אף ששמה נזכר שוב ושוב בבקשת הרשות להתגונן (שהפכה לכתב הגנה) כמי שעניינה זהה לעניינה של קאלמא. הטענה שבפי צפי ובפי קאלמא היא אותה טענה: הפרת סעיף 17 להסכם. נראה, לכאורה, שצפי וקאלמא הנן "חליפות" לצורך סוגיית מעשה בית דין. אך גם אם לאו, אין זה יעיל לדון באותה הסוגיה של הפרת סעיף 17 בשתי ערכאות במקביל. ראוי שעניינה של צפי - אם אכן יש לבררו בנפרד - יתברר רק לאחר ההליך שבין אקסטל לקאלמא. כך או אחרת - סוגיית הפרת ההסכם תלויה ועומדת בבית המשפט במסגרת טענת הקיזוז שהעלתה קאלמא כמגן מול התביעה שהגישה אקסטל. טענת הקיזוז "החזירה" את ההליך נשוא התביעה לתקופה בה היה ההסכם בתוקף. על כן אין זה ראוי, לדעתי, לברר את המחלוקת במסגרת בוררות, בהיותה תלויה ועומדת בבית המשפט.

בוררות בסוגיית הסדר כובל?

24. ראינו כי הטענות שמעלות צפי וקאלמא, לפיהן אקסטל הפרה את הוראות סעיף 17 להסכם, נמצאות בלב ליבה של התביעה. משהגעתי לכלל מסקנה שסעיף 17 להסכם יוצר הסדר כובל, לדעתי אין מקום לברר את המחלוקת בבוררות. לעניין זה דעתי כדעת יגור בעמ' 605-606 לספרו הנזכר: הסדר כובל (שלא זכה לאישור של בית הדין להגבלים עסקיים) משפיע לא רק על הצדדים לו, אלא פוגע בתחרות בשוק, כלומר בציבור כולו - בצרכני המוצר ובמתחרים פוטנציאליים חדשים שהיו עשויים להיכנס לשוק אלמלא ההסדר הכובל. אין זה ראוי שהסדר כובל (שהוא גם עבירה פלילית) ידון

בבוררות. לדעתי, קביעת סעיף בוררות בהסכמים שבלבם הסדר כובל עשויה לטאטא הצידה, הרחק מהעין הציבורית הבוחנת, הסדרים כאלה.

25. מקובל עלי שניתן, לעיתים, להעביר "עפרון כחול" ולדון במסגרת בוררות גם בהסכם שאחד מסעיפיו – שאינו בלב הסכסוך – הוא הסדר כובל (ראה ס' אוטולנגי בוררות דין ונוהל (מהדורה 3 מורחבת, תשנ"א) 57 הע' 24 (להלן – אוטולנגי)). גם דעתי היא, כי אין למנוע בירור מחלוקות שאינן "נגועות" בכבילה במסגרת בוררות. ואולם, ככל שהדברים נוגעים למחלוקת סביב שאלת הפרתו של סעיף 17 – לא היה מקום למינוי בורר.

26. כאמור החוזה שכרתו הצדדים בענייננו, שבו מופיעה תניית הבוררות נשוא הליך זה, כולל, לדעתי, הסדר כובל לפי סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים. הסדר כובל, ללא אישור, היתר זמני או פטור, הינו עבירה פלילית, מכח סעיפים 4 ו-47(א)(1) לאותו החוק. על השאלה אם ניתן להפעיל את תניית הבוררות שבחוזה שחלקו מהווה עבירה פלילית, חולשים סעיף 3 לחוק הבוררות, תשכ"ח – 1968 (להלן – "חוק הבוררות") וסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973.

סעיף 30 לחוק החוזים, שכותרתו "חוזה פסול", עניינו תוקפו של חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור. סעיף זה קובע:

"חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל".

ואילו עניינו של סעיף 3 לחוק הבוררות הינו, תוקפו של הסכם בוררות בענין שאינו יכול לשמש נושא להסכם בין צדדים. סעיף זה קובע:

3". סייג להסכם

אין תוקף להסכם בוררות בענין שאינו יכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים".

27. מסעיפים אלו אנו למדים, כי כדי שניתן יהיה להעביר ענין לבוררות לפי חוק הבוררות, עליו לעמוד בשני תנאים מצטברים: ראשית, על הסכם הבוררות – כחוזה -

להיות תקף, במובן זה, שהוא אינו פסול לפי סעיף 30 לחוק החוזים; שנית, על הסכם הבוררות להיות תקף, במובן זה שעניין הבוררות יכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים.

28. כאמור, אין תוקף להסכם בוררות בענין שאינו יכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים. עניינים שאינם יכולים לשמש נושא להסכם בין צדדים כוללים, בין היתר: שיפוט משמעתי במסגרת התאגדות, בגין עבירות פליליות (הסמכות לשיפוט בפלילים שמורה למדינה); בוררות בענין מינהלי (אסור לרשות המוסמכת להתפרק משיקול דעתה); בוררות לגבי משפט המגן בדיני העבודה (בורר אינו יכול לוותר בשם של עובד על זכויות שאסור לעובד עצמו לוותר עליהן) (אוטולנגי, בע' 54-55, 78-81); דברי השופט זמיר, בבג"צ 816/98, 2135, 2486 אמינוף נ' אלטלף ואח', פ"ד נב (2) 769.

29. ענין נוסף שאינו יכול לשמש נושא להסכם בין צדדים, על פי סעיף 3 לחוק הבוררות, הינו הסכם בלתי חוקי:

"הפסיקה מלמדת כי בית-המשפט, בלי לדקדק בלשונו של סעיף 3 לחוק הבוררות, שולל תוקף . . . מהסכם בוררות שהוא בלתי-חוקי . . . על הסכם כזה ניתן לומר כי הוא נתפס על-ידי סעיף 3 לחוק הבוררות, שכן הצדדים אינם יכולים לערוך . . . הסכם שהוא בלתי-חוקי . . . על הסכם זה ניתן גם לומר שהוא נתפס על-ידי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973, הקובע כי חוזה שהוא בלתי חוקי . . . הינו בטל. אכן, בית המשפט עדיין לא הבהיר את היחס בין סעיף 3 לחוק הבוררות לבין סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי). אך ברור שחוזה בלתי חוקי, . . . כיוון שהוא בטל, אינו יכול לשמש בסיס לבוררות. . . ." (השופט זמיר בפרשת אמינוף בע' 804-805).

30. אם כן, חוזה בלתי חוקי, במובן סעיף 30 לחוק החוזים, אינו יכול לשמש נושא להסכם בין צדדים, ועל כן אינו יכול להיות הענין של בוררות לפי סעיף 3 לחוק הבוררות. כזכור, הגדרנו שני תנאים מצטברים להעברת ענין לבוררות, כאשר כל תנאי קשור לאחד משני סעיפי חוק אלו. עניינו הרואות, אמנם, כי דיוננו בסעיף 3 לחוק הבוררות הוביל אותנו גם לסעיף 30 לחוק החוזים; אך אין לטשטש את הקטגוריות שבדיוננו. בכדי שניתן יהיה להעביר ענין לבוררות, הסכם הבוררות עצמו צריך להיות חוקי לפי סעיף 30 לחוק החוזים; ובנוסף, על פי סעיף 3 לחוק הבוררות, נושא הבוררות

צריך להיות ענין שניתן להעבירו לבוררות. כלומר - נשוא הבוררות, כמו הסכם הבוררות עצמו, אינו יכול להיות בלתי חוקי לפי סעיף 30 לחוק החוזים.

31. האם הסכם הבוררות בענייננו תקף לפי סעיף 3 לחוק הבוררות? כלומר – האם נשוא הבוררות בענייננו יכול לשמש הסכם בין הצדדים? כאמור לדעתי, נשוא הבוררות בענייננו הינו הסדר כובל ללא אישור או פטור, שהינו עבירה פלילית. המפיעים טוענים, לשיטתי, להפרת ההסדר הכובל ומבקשים להעביר את הדיון בשאלה אם ההסדר הופר ובתרופות להפרה כאמור, לבורר; אולם, סעיף 3 לחוק הבוררות אוסר בוררות על סמך ההסדר הכובל, כי בהיותו חוזה בלתי חוקי, אין הוא יכול לשמש הסכם בין הצדדים.

32. אמנם, הסדר כובל שקיבל אישור, אישור זמני או פטור לפי חוק ההגבלים העסקיים, אינו חוזה בלתי חוקי. חזקה על רשיון הנדרש על פי דין, שלא אוזכר בחוזה – כמו האישור או פטור להסדר הכובל בענייננו - שהוא תנאי מתלה, ועל כן ההסדר הכובל, בענייננו אינו, לכאורה, חוזה בלתי חוקי כשלעצמו (סעיף 27 לחוק החוזים; אוטולנגי, בע' 57). אולם, בענייננו, הצדדים פעלו על בסיס ההסדר הכובל ותוקפו כבר פג, עובדות המוכיחות שאין בענייננו תנאי מתלה הדוחה את ביצוע החוזה. החוזה בענייננו בוצע בפועל.

33. חברי מציין כי אף אם ההסדר הכובל מהווה חוזה בלתי חוקי, ניתן להפריד בינו לבין תניות אחרות שבחוזה, לרבות תניית הבוררות; על דרך העיקרון הדברים מקובלים עליי (ראה את דעת השופט ש' לויין ודעת השופטת נתניהו בע"א 65/85 עיריית נתניה נ' נצ"ב נתניה בע"מ ואח', פ"ד מ (3) 29 הנזכר על ידי חברי), אולם, כאמור, עניינה העיקרי של הבוררות המתבקשת הינו ההסדר הכובל. כאמור - הסדר כובל זה אינו יכול להיות נושא להסכם בין צדדים, ועל כן אינו יכול לידון בבוררות, לפי סעיף 3 לחוק הבוררות.

34. זאת ועוד: אף מפסק הדין בענין עיריית נתניה, אין ללמוד, לדעתי, שניתן לנהל בבוררות את התביעה נשוא ההליך שבפנינו, וזאת לפי הגישות השונות המובאות בו. בעיריית נתניה, מועצת עיריית נתניה הקימה חברה שהתקשרה עם יזם (הוא חברת נצ"ב), במקום שהעירייה תתקשר עם היזם בעצמה; כל זאת, כדי להתחמק מקבלת אישור עבור העירייה משר הפנים כנדרש בדין. כאשר החליטה עיריית נתניה להתנער מהחוזה, היזם פעל למינוי בורר על-פי החוזה, בתביעה להשבה בלבד. בתגובה, תבעה עיריית נתניה את היזם לסעד הצהרתי, שיצהיר, בין היתר, כי החוזה בלתי חוקי, וכי אין

אפשרות להעביר את הסכסוך להכרעה על ידי בורר. השופט ד' לויין עמד על ההבחנה, לענין תוצאות של אי חוקיותו של חוזה, בין עתירה לאכיפת חוזה לבין עתירה להשבה בלבד. כן עמד הוא על השיקולים לפי סעיף 31 לחוק החוזים, לרבות השיקולים, שאם תובע מבקש לאכוף את החוזה כדי לממש את הכוונה הבלתי חוקית, וככל שאשמת התובע גדולה יותר, יסתייג יותר בית המשפט מלהפעיל את סעיף 31. השופט ד' לויין עומד על העדר האשמה של היזם שם, ועל העובדה שהוא איננו מבקש את אכיפת החוזה, אלא רק השבה. **לאחר דברים אלה, הוא מציין:**

”כבר מהטעמים שפרטי בהרחבה לעיל באשר לתוצאות המשפטיות הנובעות מאי חוקיותו של חוזה, ייאמר, כי אותה אי-חוקיות אינה צריכה לשלול מחברת הפיתוח [היזם] ומהקשורים בה היזקות להסכם הבוררות. הוא שריר וקיים לצורך ענייננו ועומד בפני עצמו” (שם, בע' 58).

קרי-לאור העדר אשמת היזם והעובדה שהוא מבקש השבה בלבד, יש להחיל עליו את סעיף 31 לחוק החוזים. לעומת זאת, בענייננו, אין הצד המבקש לתבוע (בבוררות) מבקש השבה, אלא פיצויים.

35. לדידו של השופט ש' לויין, החוזה כלל אינו חוזה בלתי חוקי בטל דעיקרא, אלא חוזה על תנאי לפי סעיף 27 לחוק החוזים, אשר נתבטל כאשר האישור הנדרש לא הושג תוך זמן סביר. על כן, ממילא לא היתה רלוונטיות, לדידו, ל”החייאת” חוזה לפי סעיף 31 לחוק החוזים, שעניינו חוזה בטל דעיקרא. אף לדעתה של השופטת נתניהו שם, שיקול הדעת האם להחיות חוזה לפי סעיף 31 לחוק החוזים אינו רלוונטי, כי ממילא, השבה לפי סעיף 21 לחוק החוזים היא תוצאה אוטומטית על פי סעיף 31 לאותו החוק (אלא אם בית המשפט ייקבע אחרת).

36. לסיכום: רואה אני איפוא בענייננו קשר בל יינתק בין שתי הסוגיות: סוגיית ההסדר הכובל וסוגיית מינויי הבורר. אם תישמע דעתי נקבע שסעיף 17 להסכם, שהוא לב ליבו של הסכסוך, הסדר כובל הוא, ולא נאשר את ההחלטה למנות בורר. עניינה של קאלמא מצוי, כאמור, ממילא בבית המשפט במסגרת טענת קיזוז שהעלתה בתביעה שהוגשה נגדה. צפי יכולה להגיש תביעה משל עצמה, ואם הדבר ניתן עדיין, אפשר יהיה לאחד את הדיון בתביעה זו עם תביעתה של אקסטל.

37. לעניין הוצאות משפט: אקסטל מתנערת מהסכם שחתמה עליו, בטענה שהסדר כובל הוא. גם לשיטתי אין לזכותה בהוצאות.

ש ו פ ט ת

השופטת א' פרוקצ'יה:

חברי, השופטים טירקל ונאור, העמיקו חקור בשאלת קיומו של הסדר כובל מכח הסכם בין הצדדים להליך זה, ונקטו עמדות שונות בסוגיה זו. בחינה זו נעשתה לצורך הכרעה בשאלה אם לקיים בוורות בין הצדדים לצורך בירור מחלוקת שנתגלעה במסגרת היחסים החוזיים ביניהם. בהקשר הדברים האמור, אינני רואה צורך לנקוט עמדה משלי באשר לתפיסה המשפטית הראויה ביחס לפרשנות הוראות חוק ההגבלים העיסקיים, והשלכתו על ההסכם בין הצדדים. זאת מן הטעם כי, לטעמי, בשלב זה של ההליך יש לקיים את הבוררות בין הצדדים בלא להידרש להכרעה בשאלות כבדות המשקל הכרוכות בסוגיית ההסדר הכובל. אלה עיקרי טעמי:

(א) שיטת המשפט במקומנו מייחסת חשיבות רבה למוסד הבוררות כמערכת חילופית להכרעה שיפוטית בסכסוכים בין בעלי דין. יתרונות הבוררות רבים הם הן בהיבט הפרט והן בהיבט הכלל. הבוררות מקדמת אינטרס ציבורי כללי ומשרתת אינטרס פרטי של בעלי הדין ונותנת ביטוי לרצונם. היא מקילה על העומס בבתי המשפט ומאפשרת הכרעה במחלוקות במסגרת שנבחרה על ידי הצדדים, הכפופה לעקרונות בסיסיים הקבועים בדין, ונתונה לביקורת שיפוטית. המדיניות השיפוטית המושרשת מבקשת לקדם את מנגנון הבוררות המוסכמת בגבולות הדין ולמנוע את קיומה במקרים חריגים בלבד.

(ב) סעיף 3 לחוק הבוררות קובע כי אין תוקף להסכם בוורות בענין שאינו יכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים. משמעות הוראה זו היא, בראש וראשונה, כי אין הסכם בוורות יכול להתקיים מקום שהוא נוגע לענין שמעצם טיבו אינו יכול להידון בבוררות כי אם בערכאות שיפוט בלבד. כן הוא, למשל, הוראת בוורות המבקשת להביא שיפוט בעבירה פלילית למסגרת ארגונית פנימית (ע"א 11/56 אגד (TWS) בע"מ נ' ספיר, פד"י יב' עמ' 739); ענינים שנמסרו לסמכות שיפוט ייחודית כגון עניני מעמד אישי של נישואין וגירושין שעניינם קביעת סטטוס שכוחו יפה כלפי כולי עלמא, או סכסוך שהכרעה בו הינה בעלת משמעות חפצא הפועלת גם כלפי צדדים שלישיים (אוטולנגי, בוורות, דין, ונוהל, מהד' 3 עמ' 66, 74). שנית, הוראה זו חלה על הסכמי

בוררות בלתי חוקיים שאי החוקיות ברורה וגלויה על פניהם, בבחינת MALA PER SE ("רע מעצם טיבו"). כך הוא, מקום ששאלת אי החוקיות נהירה על פניה ואינה מחייבת בירור וליבון (אוטולנגי, שם, עמ' 56).

שונה הדבר מקום שצד להסכם בוררות מעלה טענת אי חוקיות המחייבת בירור ובחינה לצורך ביסוסה. פנים רבות לטענת אי החוקיות: אי החוקיות עשויה להתייחס לעצם ההסדר החוזי המפורש בין הצדדים ולחייב בירור מעמיק לגבי טיב ההסדר, על רקע הוראות הדין. היא עשויה להתייחס לתכלית החוזה שאפשר וכלל לא באה לידי ביטוי מפורש בכתובים, או לאי חוקיות הנילווית לאופן ביצועו של ההסכם. ואמנם, חוזה עשוי להיחשב פסול בין מבחינת הליך כריתתו, בין מבחינת תוכנו ובין מבחינת מטרתו (סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי)). יתר על כן, עצם היות חוזה מנוגד לחוק אינו בהכרח קובע את היותו חוזה פסול. הדבר תלוי בפירוש החוק הנוגע בדבר על פי תכליתו (ע"א 87/50 ליבמן נ' ליפשיץ, פד"י ו' 57; שלו, דיני חוזים, מהד' 2, עמ' 359-60). אי החוקיות עשויה להתייחס לשני הצדדים להסכם, או לצד אחד בלבד, על פי הענין. וכך, השאלות הכרוכות באי חוקיות הסכמים עשויות להיות מורכבות וסבוכות ביותר. לצורך בירורן, הן עשויות לחייב לא רק בחינה משפטית מקיפה של הדין, אלא גם בירור יסודי של הרקע להסכם, מערכת היחסים בין הצדדים לו ומכלול עובדות שבלא קביעתם יקשה לנקוט עמדה בטענת אי החוקיות. וכך, נכונות בית המשפט להיענות לבקשת צד לבוררות לעכב את הליכי הבוררות לצורך בחינת טענת אי חוקיות מקום שהיא אינה עולה על פניו של ההסכם עלולה בנקל לסכל את יעדה המרכזי של הבוררות – לשמש מנגנון מוסכם יעיל ומהיר לפתרון מחלוקות בין צדדים. נכונות כזו עשויה לשמש אמצעי בידי צד שאינו מעונין בבוררות להכשילה, או למיצער, לעכבה לצורך בירור טענות אי חוקיות, גם אם הן עשויות להימצא בהמשך הדרך בלתי מבוססות. הדבר עלול לשמש פתח מילוט מן הבוררות לצד שאינו חפץ בה, אף שנתחייב לה בעבר.

(ג) בחינתה השיפוטית "לפני מעשה" של טענת אי חוקיות הבוררות מעלה, איפוא, קשיים רבים, ומקום שבירורה מחייב בדיקה מעמיקה – משפטית ועובדתית, חסרונותיה מאפילים על תועלתה. בנסיבות בהן אין זה ברור על פניו כי מדובר בהסכם אשר מטיבו אינו יכול לשמש נושא להסכם בוררות בין צדדים, ראוי להתיר את קיומה של הבוררות ולהימנע מבחינה לגופן של טענות אי החוקיות לפני מעשה. עם זאת, בחינה לאחר מעשה תיעשה במסגרת הפיקוח השיפוטי על החלטות בורר. הכרעת הבורר, ככלל, כפופה לפיקוח שיפוטי של בית המשפט, בין היתר, במסגרת עילות ביטול הפסק. אחת מעילות הביטול מתקיימות מקום שתוכנו של הפסק מנוגד לתקנת הציבור (סעיף 24(9))

לחוק הבוררות). במסגרת זו, ולאחר הכרעת הבורר, יש להביא בפני בית המשפט טענות אי חוקיות במידה ועולות הן מנסיבות הענין, ובית המשפט ידון ויכריע בהן. באופן כזה, יושג איזון ראוי בו מוסד הבוררות ימצא מוגן מפני נסיון למנוע או להשהות את הפעלתו באמצעות טענות המחייבות לפרקים ניהול התדיינות שיפוטית נרחבת, יהיו אשר יהיו תוצאותיה של אותה התדיינות; מצד שני, יישמר פיקוח שיפוטי על תוכנו של פסק הבורר בהיבט של תקנת הציבור, החולש מעצם טיבו גם על עניינים שדבקה בהם אי חוקיות. באמצעות כלי בקרה זה, בכוחו של בית המשפט למנוע את אישורו של פסק בורר שדבק בו פסול של אי חוקיות.

(ד) החשש כי בחינה לאחר-מעשה של טענת אי חוקיות, המצריכה בירור מורכב, תאפשר ניהול בוררות פסולות במחשכים תוך פגיעה באינטרס הציבורי אינו כבד משקל בעיני. מקום ששני הצדדים לבוררות מבקשים לדון בעניינם בחדרי חדרים ומחוץ לעינו הפקוחה של החוק, הם יעשו כן בכל מקרה, ויש להניח כי אף יבצעו את הכרעת הבורר בלא סיוע רשויות אכיפת החוק. מנגד, מקום שצד אחד לבוררות יתנגד לקיומה, ויבקש את סיועו של בית המשפט לצורך כך, ממילא תיחשף הבוררות לעין-המשפט, ומאותו שלב ואילך תועמד הבוררות למבחן ביקורת שיפוטי. בכללו של פיקוח זה גם בחינת תוקפו של פסק הבורר בהיבט של תקנת הציבור.

(ה) לאורך שנים, הגנו בתי המשפט על מוסד הבוררות ככל הניתן בפני טענות אי חוקיות. הם חיפשו כל דרך להכשיר את הבוררות ולהימנע מפוסלה. הם בקשו לתת תוקף במידת האפשר להסכמת הצדדים לבוררות ולמצות ככל הניתן את היתרונות הרבים הטמונים בה לפרט ולכלל. במסגרת זו, קבעה הפסיקה כי גם מקום שנערך הסכם בלתי חוקי, אין לפוסלו לצורך בוררות אם ניתן עדיין להכשירו, למשל, על ידי קבלת רשיון מקום שנדרש רשיון כזה, או כאשר ניתן להפריד, באמצעות עקרון "העפרון הכחול", בין חלקיו החוקיים והבלתי חוקיים של ההסכם. כן נקבע כי הסכם עסקי בעל אופי כספי, אפילו הוא נגוע באי חוקיות, עשוי להצמיח בידי בעל דין עילות תביעה המנותקות מההסכם למשל, מתחום הקנין, ועשיית עושר ולא במשפט, וניתן להכיר בתוקפה של בוררות העוסקת בעילות אלה (ע"א 65/85 עיריית נתניה נ' נצ"ב נתניה בע"מ, פד"י מ(3) 29, 59) ע"א 108/60 זקס נ' מוסרי, פד"י 2252, 2254; ע"א 344/83 רויטמן נ' פרס, פד"י לט(4) 29, 34; ע"א 60/68 בנין חב' לביטוח נ' הרשקוביץ, פד"י כב(2) 625, 627; המר 230/58 כץ נ' וולף, פד"י יג 742; ע"א 661/88 חיימוב נ' חמיד, פד"י מ"ד(1) 75).

(1) יתירה מזו: גם חוזה בלתי חוקי בטל עשוי להצמיח תרופות במשפט. זאת מורה סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי). אין מקום להניח כי המחוקק ביקש לשלול מבורר מלכתחילה אפשרות להכריע בתביעה לתרופות שצד עשוי להיות זכאי להן גם מכח הסכם בטל מחמת אי חוקיות, על פי סמכות זהה לזו הנתונה בענין זה לבית המשפט (ע"א 335/78 שאלתיאל נ' שני, פד"י לו(2) 151). המדיניות המשפטית הנוהגת מחזקת, איפוא, את הנטייה לקיים את הבוררות גם מקום שמועלית כנגדה טענת אי חוקיות בידי צד המבקש שלא לקיימה, ולהימנע מבירור שיפוטי לגופה של הטענה מקום שהיא אינה מסתברת על פניה, וטעונה מחקר ובחינה מעמיקים.

(2) מן הכלל אל הפרט

ענייננו עוסק בטענת אי חוקיות הנוגעת בסוגיית ההסדר הכובל שמעלה צד שאינו חפץ לקיים הסכם בוררות שהוא צד לו. הענין מעמיד לבחינה סעיף מפורש בהסכם ומתבקשת הכרעה שיפוטית אם מדובר בהסדר כובל בלתי חוקי בין הצדדים. במקרה זה אין מדובר באי חוקיות הברורה על פניה. סוגיית ההסדר הכובל היא אחת הסוגיות הקשות והסבוכות במשפט. בירורה טעון לא רק פרשנות משפטית עיונית. בשל ההיבטים הכלכליים-עיסקיים רבי הממדים הקשורים בה, בחינתה מחייבת לא אחת גם היזקקות למומחים ולתשתית ראייתית-מקצועית נרחבת. הדבר עשוי לחייב גם בירור עובדתי קונקרטי הקשור במערכת היחסים בין הצדדים. מתחייבת בחינה מורכבת ומעמיקה. מדובר בסוג טענות אשר לצורך הכרעה בהן - ולו לצורך בירור שאלת תקפותו של סעיף הבוררות - יש לערוך דיון שיפוטי אשר הוא, גופו, ואף בלא קשר הכרחי לתוצאתו הסופית, עשוי להכשיל או לעכב את הבוררות בשל משאבי הזמן הנדרשים לניהולו. גם אם תימצא טענת אי החוקיות בסופו של דבר טענת סרק, יבוא הצד המתנגד לבוררות על סיפוקו בהשעיית ההליך המוסכם על הצדדים, לעיתים למשך שנים, עד למיצוי הליכים בשאלה האינצידנטלית אם ניתן לקיים את הבוררות.

(ח) זאת ועוד: בירורה של סוגיית ההסדר הכובל לצורך הליך בוררות הופכת שאלה שהיא אינצידנטלית באופייה לשאלה עיקרית ואילו הענין העיקרי - אם לקיים בוררות אם לאו - הופך לשאלה אגבית. היפוך היוצרות הדיוני הזה אינו בריא, והוא עלול להביא, בין לניהול משפט כולל בסוגיית ההסדר הכובל, תוך ריקונו של נושא הבוררות מערכו הממשי, או, לחלופין, לניהול הליך מקוצר בענין ההסדר הכובל תוך סיכון הכרוך בקביעת מסקנות שיפוטיות בסוגיה מורכבת זו בלא שהונחה בפני בית המשפט פרישה כוללת של כל היבטי הענין. גם בכך עלולה להימצא מכשלה. אף אחת משתי דרכים אפשריות אלה אינה רצויה.

(ט) ולבסוף, טענת אי החוקיות הכרוכה בהסדר כובל איננה מסוג טענות אי-החוקיות שהן בבחינת "רע מעצם טיבו". גם משנמצא הסדר כובל בלתי חוקי, נתון הוא, בתנאים מסוימים, להכשר על פי החוק. מדובר בענין העשוי, חרף אי החוקיות, להוליד עילות תביעה מתחומי משפט שונים העשויות להצמיח זכויות למי מן הצדדים. ההסדר הכובל עשוי אף להוליד זכות לתרופות העומדות לרשותו של צד להסכם פסול על פי סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי).

(י) ממכלול טעמים אלה, ראוי היה בענין זה שלא להיזקק לשאלת קיומו של הסדר כובל לגופה, כי אם להפנות את הצדדים לבירור ענינם בפני בורר, כפי שהוסכם ביניהם לעשות. ואכן, השתלשלות הדברים מוכיחה כי הדרך שנקטה לבירור מיקדמי של טענת אי החוקיות זרועת מכשולים: בית המשפט המחוזי קבע קביעה פסקנית כי אין מדובר בהסכם כובל על דרך ניתוח קצר-דרך שמסקנה בצידו. חברי בערעור בחנו כל אחד מנקודת ראותו את סוגיית ההסדר הכובל במחקר רב-עומק והגיעו למסקנות מנוגדות. תשתית עובדתית ומקצועית-כלכלית לטענת ההסדר הכובל בהליך זה לא הונחה על ידי הצדדים, משמרכזו של הדיון לא יועד כלל לבחינת סוגייה זו.

ובינתיים, בוררות שאמורה היתה להתנהל כבר בשנת 2000, ממתינה בפתח להכרעת בתי המשפט על ערכאותיהם ויתרונו הדיוני של הליך הבוררות נפגע.

(יא) אני מצטרפת, איפוא, למסקנת חברי, השופט טירקל, כי הבורר מוסמך לדון במחלוקת בין בעלי הדין, וזאת, לטעמי, אף בלא הכרעה בשאלה אם לפנינו הסדר כובל. למותר לומר, כי הכרעת הבורר כפופה לביקורת שיפוטית, על כל המשתמע מכך.

אוסיף עוד כי העובדה כי מתנהל הליך נוסף בין הצדדים בבית המשפט ביחס לתקופה שלאחר ההסכם ביניהם, וכי המשיבה 1 טוענת טענת קיזוז במסגרתו, אינה בגדר עילה מספקת לסטות מסעיף הבוררות בהסכם ולהורות על אי קיום הבוררות והפניית הצדדים להליך בבית המשפט ביחס לתקופת ההסכם.

לפיכך הוחלט ברוב דעות, נגד דעתה החולקת של השופטת מ' נאור, לפי תוצאת פסק-דינו של השופט י' טירקל.

ניתן היום, י"ב בשבט תשס"ד (4.2.2004).

שופטת

שופטת

שופט