

## בתי המשפט

א 001000/95		<u>בית המשפט המחוזי בירושלים</u>	
תאריך: 03/12/2002		שופט: פרוקצ'יה איילה	בפני:

**בעניין:**

פז חב' נפט בע"מ  
ע"י ב"כ עורכי-הדין י. חורש, א. קסטיאל, א.  
צונץ, ח. דורון ממושרד עו"ד ש. הורוביץ ושות'

התובע

נ ג ד

דוד עמוס  
ע"י עו"ד י. אבירם ועו"ד א. ויטנברג

הנתבע

## פסק - דין

### התביעה והסעדים

1. בין התובעת, חב' הנפט "פז" (להלן – "פז") לבין הנתבע דוד עמוס (להלן – "עמוס") נקשרה בתחילת שנת 1991 מערכת חוזית מורכבת בקשר להקמתה והפעלתה של תחנת הדלק "פז - פסגת זאב" בירושלים (להלן – "תחנת הדלק"). פז הגישה תביעה כנגד עמוס על דרך המרצת פתיחה שהועברה לפסים של תביעה רגילה ובה בקשה שורה של סעדים שיסודם בדרישה כי עמוס יפעל בהתאם ובכפיפות לתנאי המערכת החוזית. הסעדים המבוקשים הם:

(א) סעד הצהרתי שאלה עיקריו:

(1) קיומה של חובה חוזית על עמוס לפעול בהתאם לתנאי המערכת החוזית בכל הקשור להפעלת התחנה ובמיוחד לרכוש מוצרי נפט (הכוללים בנזין, סולר, נפט ושמני סיכה) מפז, ואך ורק ממנה;

(2) קיומו של איסור על עמוס להתקשר עם צד שלישי בהתקשרות חוזית העומדת בסתירה למערכת החוזית שבין הצדדים, ובכלל זה לצורך רכישת מוצרי נפט לצורך מכירתם בתחנה.

(3) קיום איסור על ביצוע פעולה הנוגדת את המערכת החוזית בין הצדדים, ובכלל זה על ביצוע שינויים במיבנים והצבת מתקנים בתחומי התחנה ללא קבלת הסכמתה של פז;

(ב) צו מניעה שעיקרו מניעת עמוס מלפעול בניגוד למרכיבי הסעד ההצהרתי המבוקש;

(ג) מינוי כונס נכסים קבוע לשם הפעלה וניהול התחנה בכפיפות למערכת החוזית שבין הצדדים;

(ד) פז עתרה לפיצול סעדים. היא טוענת כי עמוס הפר את המערכת החוזית בכך שהפסיק לרכוש מוצרי נפט ממנה החל ב- 5.6.95 ומאז רכש מוצרי נפט מחברות אחרות לשם מכירתם בתחנה. הפרה זו הסבה לה נזקים שבגינם בכוונתה לתבוע פיצויי נזק. בקשתה היא לפצל תביעה כספית עתידית זו מהתביעה בהליך זה.

## רקע

2. עמוס, כיום בן 47, שירת בצה"ל בתקופת מלחמת לבנון ונפצע פציעה קשה אשר גרמה לנכותו בשיעור 86 אחוזים. במשך כעשר שנים מיום פציעתו היה מחוסר מקור תעסוקה. בשנת 1990, בתום הליך מיון, נבחר כמועמד משרד הבטחון לשיקום והוצע לו לקבל ניהול והפעלה של תחנת דלק. הוא הופנה לצורך כך למינהל מקרקעי ישראל (להלן – "המינהל") ולחב' פז לצורך קשירת הסכמים שנועדו לאפשר את הקמת התחנה והפעלתה.

המערכת החוזית שנקשרה בין פז לעמוס אופיינית למתכונת הסכמית דומה אשר נקשרה בין חברות הדלק פז, סונול ודלק לבין נכי צה"ל כחלק ממדיניות שיקום ממשלתית אשר נועדה לפתוח בפניהם נתיבים כלכליים ותעסוקתיים קונסטרוקטיביים. בסוג זה של התקשרות נוטלים חלק מינהל מקרקעי ישראל, חברת הדלק הנוגעת בדבר, ומפעיל התחנה המיועד. המינהל מקצה למפעיל בלא מכרז את הקרקע שבתחומה מוקמת תחנת הדלק, ומחכיר לו אותה בחכירה ראשית. המפעיל מצדו מחכיר את הקרקע בחכירת משנה לחברת הדלק הנוגעת בדבר. חברת הדלק אחראית להקמת תחנת הדלק תוך נשיאה במימון הנדרש והיא משלמת דמי חכירה למינהל עבור הקרקע. אגף השיקום של משרד הבטחון בוחר את נכי צה"ל שיופנו לנתיב שיקום זה ומי שהופנה לשיקום כאמור ומעוניין באפיק עיסוק זה מקבל לידיו תחנת דלק בנויה ומתחייב להפעילה בהתאם לתנאי המערכת החוזית המסדירה את מסכת היחסים המשפטית בין הצדדים. בין מכלול הזכויות והחובות הכלולות בהסדר החוזי קיימת התחייבות המפעיל לבלעדיות כלפי חברת הדלק במובן זה שעליו לרכוש את מוצרי הנפט שהוא מתכוון לשווק בתחנה אך ורק ממנה. מתכונת התקשרות זו נוהגת מאז 1972 בעקבות דין וחשבון ועדה שהוקמה בשנת 1968 לבחינת ההליכים הקשורים במתן המלצות ודרכי הקצאת קרקע הלאום לנכי צה"ל לשם הקמת תחנות תידלוק והפעלתן, שבראשה עמד יוסף צ'חנובר

(להלן - "ועדת צ'חנובר"). התקשרויות מסוג זה נוהגות בין חברות הדלק לבין כ-60 מנכי צה"ל, מהם 37 מפעילים תחנות הנמנות על רשת חב' "פז".

### עיקרי המערכת החוזית ביחס להקמה והפעלה של התחנה

3. המערכת החוזית הנוגעת להקמתה והפעלתה של תחנת הדלק בענייננו מורכבת מההסכמים הבאים: הסכם מסגרת בין פז לעמוס; הסכם קמעונאי בין פז לעמוס; חוזה פיתוח בין המינהל לעמוס; חוזה חכירה בין המינהל לבין עמוס; חוזה חכירת משנה בין עמוס לפז; הסכם הלוואה ומשכון בין פז לעמוס.

ביום 1.2.91 נחתם בין פז לעמוס **הסכם מסגרת** בקשר להקמה והפעלה של התחנה ושירותים נילוויים על מקרקעין בפסגת זאב בשטח של 4,418 מ"ר (להלן - "חוזה המסגרת"). בחוזה המסגרת התחייב עמוס לחתום עם המינהל על חוזה פיתוח. כן התחייב לקבל מהמינהל חכירה לתקופה ארוכה בשטח התחנה ולהחכיר לפז שטח זה בחכירת משנה לתקופה זהה לתקופת החכירה הראשית (סעיף 2(א) ו-21(ב) לחוזה המסגרת). פז התחייבה לשלם ישירות למינהל את דמי החכירה בגין חכירת המשנה של מקרקעי התחנה, והתחייבה להקים על חשבונה בתחום המקרקעין תחנת דלק וחנות לאביזרי רכב, ולצייד את התחנה בכל הציוד הנדרש. עמוס התחייב למסור לפז את החזקה הבלעדית במקרקעי התחנה ולאפשר לה הנאה ושימוש בלעדיים למשך כל תקופת חכירת המשנה. פז התחייבה מצידה למנות את עמוס כקמעונאי מטעמה על פי תנאי הסכם קמעונאי שייחתם ביניהם, וכן לאפשר לו להשתמש בשטח מקרקעי התחנה לצורך ניהול תחנת הדלק ללא תמורה. ביום 12.2.91 נערך מסמך נוסף המכונה בפי הצדדים "ההסכם הנוסף" והוא נילווי להסכם המסגרת ומתייחס לשטח המסחרי. הסכם זה מנוסח כמסמך הערוך כמכתב מעמוס לפז, בהסכמת פז, בו מצהיר עמוס כי השטח הסמוך לתחנה ("שטח 2"), שהוא השטח המסחרי של התחנה, מהווה חלק בלתי נפרד מחכירת המשנה של פז, וכי היא רשאית להקים עליו מתקנים ככל שתראה לנכון בלא חובת תשלום לעמוס ובכפוף לכך שחלק משטח זה יוקצה לו לצורך הפעלת שירותי רחיצת מכוניות.

4. ביום 1.2.91 נחתם בין פז לבין עמוס **הסכם קמעונאי** מכוחו מונה עמוס כקמעונאי לשיווק מוצרי פז בתחנה (להלן - "ההסכם הקמעונאי"). על פי הסכם זה התחייב עמוס לעשות כמיטב יכולתו על מנת לקדם את ענייני פז בתחנה, ולהימנע מעיסוק כלשהו במוצרי נפט שאינם מוצריה של פז. פז הקנתה לעמוס רשות הדירה להשתמש במקרקעי התחנה לצורך שיווק דלקים, כאשר המקרקעין והמיבנים נחשבים כמצויים בחזקתה שלה (סעיפים 18 ו-19 להסכם). זכויותיו של עמוס על פי ההסכם אינן ניתנות להעברה בלא הסכמת פז (סעיף 26 להסכם).

5. ביום 24.3.91 נחתם בין המינהל לבין עמוס **חוזה פיתוח** מכוחו מסר המינהל לעמוס את החזקה במקרקעי התחנה לשם הקמת תחנה בידי פז ובמימונה. (להלן - "חוזה הפיתוח").

6. בחודש דצמבר 1994 נחתם בין המינהל לבין עמוס **חוזה חכירה** מכוחו החכיר המינהל לעמוס את מקרקעי התחנה לתקופה בת 49 שנים לשם הפעלת התחנה. המינהל נתן הסכמתו להחכרת מקרקעי התחנה לפז בחכירת משנה (להלן - "חוזה החכירה").

7. בדצמבר 1994, לאחר השלמת הקמתה של התחנה בידי פז, נחתם **חוזה חכירת משנה** בין פז לבין עמוס לתקופה של 49 שנים. (להלן - "חוזה חכירת משנה"). פז התחייבה במסגרת חוזה זה לשלם למינהל את דמי החכירה המגיעים בגין מקרקעי התחנה.

8. הסכם נוסף בין פז לעמוס נקשר ב- 4.12.94 והוא "**הסכם הלוואה ומשכון**". עיקרו של ההסכם במתן הלוואה בסך 450,000 ש"ח מפז לעמוס לתקופה בת 4 שנים בתנאי פרעון לשיעורים. על פי תנאי החוזה פז רשאית להעמיד את יתרת החוב לפרעון מיידי ולתפוס חזקה במקרקעין, לרבות מימוש ערבויות ומינוי כונס נכסים, בכל מקרה של הפרת הוראה כלשהי מהוראות הסכם הלוואה, ההסכם הקמעונאי, או כל הסכם אחר בין הצדדים. הפרת תניית הבלעדיות בשיווק מוצרי הנפט מהווה עילה עצמאית להעמדת יתרת החוב לפרעון ולמינוי כונס נכסים על נכסי עמוס ולדרישת מימוש ערבויות מהערבים (סעיף 11.1 להסכם). להבטחת הפרעון, הטילה פז שעבוד על זכויות החכירה הראשית של עמוס כלפי המינהל וכן שעבדה את זכויותיו על פי ההסכם הקמעונאי.

### **הקמה והפעלה של התחנה**

9. בהתאם למערכת החוזית, הקימה פז על חשבונה את תחנת הדלק וציידה אותה בציד הנדרש. היא הקימה גם חנות לאביזרי רכב במקום. ביולי 1992 נמסרו התחנה וחנות אביזרי הרכב הנילוות לה להפעלה על ידי עמוס.

### **טענות הצדדים**

#### **טענות פז**

10. פז טוענת כנגד עמוס טענות הפרה של התחייבויות שונות במערכת החוזית בין הצדדים. אלה עיקריהן:

#### **א) רכישת מוצרי נפט תוך הפרת תנאי הבלעדיות**

(1) טענה עיקרית בפי פז היא כי בשנת 1994 הפר עמוס את תנאי הבלעדיות החוזי במובן זה שרכש מוצרי נפט שאינם מוצרי פז לשם שיווקם בתחנה. בעקבות זאת יזמה פז הליכים משפטיים נגד עמוס במסגרת ת.א. 836/94, וביום 16.10.94 ניתן צו מניעה זמני בבית המשפט המחוזי בירושלים במסגרתו נאסר על עמוס לרכוש

מוצרי נפט שאינם מוצריה של פז. הצו בוטל בהסכמת הצדדים לאחר שעמוס התחייב לכבד את התחייבויותיו על פי המערכת החוזית. חרף זאת, הוא המשיך להפר את התחייבותו לתנאי הבלעדיות והמשיך לרכוש מוצרים מגורמים אחרים לשם שיווקם בתחנה. מעשים אלה עולים כדי הפרה יסודית של המערכת החוזית.

(2) פז זכתה במכרז צה"ל לתדלוק כלי רכב צבאיים בתחנות פז באמצעות מכשירי "פזומט" המותקנים בתחנות. זכייה זו נעשתה על רקע נכונות החברה ליתן הנחות לצה"ל על מחירי אספקת מוצרי נפט וזאת נעשה בתיאום עם ארגון מפעילי תחנות פז. על פי ההסדר, מפעילי התחנות אמורים לקחת חלק ביחד עם פז במימון ההנחה לצבא. בהסדר זה ניתנה הזדמנות למפעילי התחנות ולפז לזכות בפלח שוק חדש ולהגדיל באופן ניכר את היקף מכירותיהם. עמוס הודיע כי אינו מוכן להשתתף במימון ההנחה ותבע השתתפות בהסדר תוך דרישה כי מימון ההנחה כולה יעשה בידי החברה. פז סרבה, ועמדה על כך כי עמוס לא ישתתף בהסדר ולא יתדלק בתחנה רכבים צבאיים אלא אם כן יקבל על עצמו את תנאיו. בתגובה לכך חדל עמוס לחלוטין החל מ-5.6.95 לרכוש מוצרי נפט של פז לצורך מכירתם בתחנה והחל לרכוש מוצרי נפט ממקורות זרים. בכך, טוענת פז, הופרה המערכת החוזית בין הצדדים הפרה יסודית. בעקבות טענות ההפרה, העמידה פז לפרעון מידי את היתרה הבלתי מסולקת של ההלוואה שנתנה לעמוס, ועמדה על מינוי כונס נכסים על פי חוזה ההלוואה והמישכון.

## **ב) ביצוע שינויים בתחנה וניהול עסקים נוספים במקרקעי התחנה**

### **שלא כדון**

על פי הטענה, עמוס הפעיל בתחום התחנה עסקים נוספים החורגים מהעסקים המותרים על פי המערכת החוזית. כן ביצע שינויים מיבניים במיתחם התחנה בניגוד לחוזים, בלא קבלת הסכמת פז וללא קבלת היתרים על פי דין. הוא העתיק את פעילות החנות לאביזרי רכב לתוך מכולה והמיר את המבנה למסעדה. למבנה זה צירף על דעת עצמו שטח שיועד לשמש מחסן שמנים בתחנה. הזכויות להפעלת המסעדה הועברו על ידי עמוס לצד שלישי בלא הסכמת פז והמינהל ובלא תשלום כלשהו לפז. כן הפעיל בתחנה שירותי רחיצה של מכוניות בניגוד לתכניות בנין עיר ובלא הסכמת החברה. הוא בנה על גג התחנה משרדים וביצע עבודות חציבה בשטח המסחרי בלא היתר בנייה ובלא אישור פז. במעשים אלה הפר את תנאי ההסכמים, עבר על דיני התכנון והבנייה וחשף את פז עצמה לאישומים פליליים בגין הפרות דיני התכנון והבנייה כבעלת זכויות חכירת משנה בקרקע.

## **ג) אי תשלום עבור מוצרי נפט שסופקו**

עמוס נקלע לקשיים כספיים ולא עמד בתשלומים עבור מוצרי הנפט של פז שסופקו לו, ונוכח קשיים אלה אף קיבל הלוואה מפז. מחודש אפריל 1995 חדל מתשלום סדיר של התמורה עבור מוצרי הנפט שסופקו לו. החוב הלך וגדל ובגינו יזמה פז הליך בסדר דין מקוצר (ת.א. 760/95). פז טוענת כי נזקיה עקב מעשי ההפרה של עמוס מגיעים כדי הפסדים כספיים כבדים, בין היתר, מאובדן הכנסות עקב הפסקת רכישת מוצרי פז על

ידי עמוס, נזקים למוניטין שלה וחשיפתה לסיכונים של תביעות כלפיה מצד גורמים שונים עקב מעשיו ומחדליו של עמוס. טענה זו מתקשרת לדרישתה כי ימונה כונס נכסים לצורך ניהול התחנה.

### טענות עמוס

11. אלה עיקר טענות ההגנה של עמוס:

(א) מערכת ההסכמים הינה "הסדר כובל" כמשמעות מונח זה בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. הסדר הבלעדיות על דרך כפיית המערכת החוזית על עמוס לרכוש דלקים מפז בלבד במשך 49 שנים (עם אופציה להאריך הסדר זה ל-49 שנים נוספות) מהווה פגיעה חמורה בתחרות שיש בה כדי לפגוע בציבור. כמו כן, פז מנצלת לעמוס מחירים לצרכן ופוגעת בכך בתחרות החפשית. יש, על כן, להכריז על ההסדר החוזי כהסדר כובל.

(ב) המערכת החוזית בין הצדדים מהווה "חוזה אחיד" שלא זכה לאישור בית הדין לחוזים אחידים. יש בה תנאים מקפחים שיש לפוסלם, וביניהם תניית הבלעדיות ברכישת מוצרי הדלק מפז למשך 49 שנים, וסמכותה הבלעדית של פז לקבוע את מחירי הדלקים.

(ג) פז אינה זכאית לסעדים של אכיפת החוזים מן הטעם שבנסיבות הענין אכיפת החוזה הינה בלתי צודקת. אלה הטעמים:

(1) לא היתה לפז זכות לדרוש ממפעיל התחנה השתתפות במימון הנחה לצורך תידלוק רכבי צה"ל, ולהתנות את השתתפותו בהסדר עם צה"ל במתן הנחה כאמור. בהתנות כן, פגעה פז שלא כדין בעמלתו הרגילה ובהיקף ההכנסות להן היה זכאי מכח המערכת החוזית.

(2) פז פגעה בעמוס שלא כדין בכך שמכרה מוצרי נפט מוזלים לתחנת דלק פיראטית של צאדק רישק (להלן - "רישק") השוכנת בסמוך לתחנה שלו. המכירות המוזלות לרישק איפשרו לו הורדת מחיר מוצרי תחנתו לצרכנים, דבר שפגע בעמוס בדרך לא ראויה.

(3) על פי ההסכמים נדרש פיתוח השטח המסחרי בתחנה. על פז היתה מוטלת חובה לפתח שטח זה והיא לא עשתה כן. בכך הפרה את חובתה על פי ההסכמים, ובכלל זה את התחייבותה להקצות לעמוס שטח מאושר לרחיצת מכוניות.

(4) פז הפסיקה מימון עסקאות אשראי באמצעות חב' אוטוקרד לצרכני התחנה בניגוד להתחייבויותיה החוזיות.

(5) פז הפסיקה לשלם דמי חכירה שנתיים למינהל בניגוד לחובתה החוזית, ואי לכך המינהל ביקש לפנות את עמוס ממקרקעי התחנה.

## דיון

12. מרכז כובדו של הדיון בהליך זה נסב על תוקפן המשפטי של הוראות ההסכמים בין פז לעמוס ככל שהן נוגעות לשני העניינים הבאים :

(א) התחייבותו של עמוס לרכוש מוצרי נפט רק מפז ובמחירה למשך תקופת חכירה בת 49 שנים ובהתחשב בקיום אופציה להארכת תקופת החכירה ל-49 שנים נוספות.

(ב) מעורבות פז בקביעת מחירי מוצרי דלק למפעילי התחנות ;

סוגיות אלה מחייבות בחינה וניתוח משני היבטים : האחד - האם מדובר בהסדר כובל כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים ואם כן, מה דינו? השני - האם מדובר בחוזה אחיד ובתניות מקפחות הכלולות בו, ואם כן, מה דינו? ולבסוף, מהי השלכת המסקנות בעניינים אלה על הסעדים המתבקשים בתביעה. כן נדון בשורת טענות הגנה נילוות שהועלו לביסוס עמדת הנתבע כי אכיפת החוזים במקרה זה אינה צודקת.

### **המערכת החוזית כ"הסדר כובל"**

13. ההסכם הקמעונאי כולל תניות המגבילות את מפעיל התחנה בשני מישורים : במישור קביעת המחירים (סעיפים 5, 6, 8 ו-9) (להלן - "הסדר המחירים") ובמישור העיסוק במוצרי הנפט (סעיפים 4 ו-19) (להלן - "הסדר הבלעדיות במוצרים"). לצורך בחינת תוקפן של תניות אלה מבחינת חוק ההגבלים העסקיים ראוי לסקור בקצרה את הרקע ההיסטורי שהביא לגיבושן של עסקאות ההפעלה של תחנות הדלק כדוגמת זו של פז ועמוס, שכמותן תמצאנה אחרות.

### **מדיניות שיקום כרקע להסכמי תחנות הדלק**

14. ההתקשרות בין פז לעמוס נעשתה במסגרת הסדר כולל לשיקום נכי צה"ל שהסתייע בשיתוף פעולה של גורמים ציבוריים שונים. שותפים לכך אגף השיקום של משרד הביטחון שיזם את ההסדר בשיתוף מינהל מקרקעי ישראל וחברות הדלק הגדולות, על יסוד המלצות ועדת צ'חנובר. עיקר משימתה של הועדה היה למצוא דרך להקצות קרקעות מדינה לצורך הקמה והפעלה של תחנות תידלוק אשר תהווה מקור שיקום יעיל וריווחי לנכי צה"ל. נקודת המוצא שהינחתה את הועדה היתה, מחד, כי לנכי צה"ל אין מקורות כספיים למימון חכירת הקרקע והקמת התחנה ; מאידך, המדינה ראתה קושי לשאת, היא עצמה, בעלויות הקשורות בכך מטעמים תקציביים כלליים. נקודת מוצא זו קשורה ברקע קודם שזה עיקרו : בתחילת שנות ה-60 נהג הסדר לפיו הוקצו קרקעות מדינה למועמדים שהומלצו על ידי אגף השיקום לצורך הפעלת תחנות דלק, כשהן פטורות ממכרז. נכי צה"ל התקשו להתמודד עם הצורך בהשקעות הוניות והשגת ההיתרים הנדרשים להקמת התחנות. לפתרון קשיים אלה התגבשה מדיניות שעודדה התקשרות בין יזם פרטי לבין מפעיל התחנה. היזם אמור היה להקים את התחנה

ובתמורה לכך קיבל זכויות חכירה בקרקע בתנאים של שותפות בינו לבין מפעיל התחנה. עם הזמן התברר כי היזם דחק בהדרגה את רגליו של המפעיל בשותפות האמורה, ומטרת השיקום שעמדה ביסוד מדיניות הקצאת הקרקעות הועמדה בסכנת סיכול. על רקע מצב דברים זה, הוקמה בשנת 1968 ועדת צ'חנובר. ביום 9.1.72 התפרסם דו"ח הועדה.

### **המלצות ועדת צ'חנובר**

15. העקרון ביסוד דו"ח הועדה הינו הפיכת התחנה למקור שיקום השמור לנכים בלבד (פרק ד' סעיף 2(ב) לדו"ח). בכך הוצהר על כוונה להבטיח את זכותם הבלעדית של הנכים להפעלת תחנות דלק, ולייחד ענף זה לצורך שיקומם. הועדה המליצה כי קרקעות המדינה תוקצינה בלא מכרז למטרות הקמת תחנות תידלוק וכי הקמת התחנות תיעשה בידי חברת הדלק ובמימונה הבלעדי. לשם הבטחת זכויות החברה בעקבות השקעותיה, תוחכר הקרקע למפעיל בחכירה ראשית ואילו הוא מצדו יחכיר אותה בחכירת משנה לחברת הדלק שמימנה את ההקמה. המפעיל לא יוכל להחזיר לחברה את השקעתה ולפדות ממנה את חכירת המשנה, זאת כדי להבטיח את העקרון שביסוד ההסדר - להפוך את התחנה למקור שיקום לנכים בלבד. (פרק ד' סעיפים א' וב' לדו"ח). מאחר שהמפעיל לא השקיע כספים בנכסי התחנה, הומלץ שלא להכיר בזכותו הקניינית לנכסי התחנה בכפוף לכך שבעוזבו את התחנה עשויה לקום זכאותו לתשלום סכום מסויים שייקבע על פי מידת תרומתו לקידום התחנה (סעיפים 8 ו-10 לפרק ד' לדו"ח). הועדה המליצה כי חברת הדלק תקים לצד התחנה גם מזנון ותמסור את הפעלתו למפעיל, ואשר ליתר השירותים - הדבר הושאר לקביעת חברת הדלק על פי שיקולי כדאיות כלכלית (פרק ד' סעיף 5). הועדה היתה ערה לכך שלאור מימון הקמת התחנה בידי החברה, שמה המסחרי כרוך בשירותים הניתנים בתחנה. לאור זאת הומלץ לקבוע בהסדרי ההפעלה הוראות מתאימות שתחייבנה את המפעיל לנהל את התחנה באורח יעיל תוך שמירה על שמה הטוב של החברה (סעיף 6(א) לדו"ח). הועדה המליצה לקבוע הסדרים אחידים המעגנים את המלצותיה בתיאום בין המינהל, אגף השיקום וחברות הדלק, כדי להבטיח טיפול אחיד בנושא והמליצה כי אגף השיקום ירכז את הטיפול בעריכת טיוטת ההסדרים (סעיפים 2(ג), 3 ו-16 לדו"ח).

המערכת החוזית שהתגבשה בהתקשרויות המקובלות בין הגורמים השונים לבין נכי צה"ל התבססה במידה רבה על התפיסה שעמדה ביסוד דו"ח ועדת צ'חנובר, והיא זו החלה גם בעניינם של פז ועמוס בהליך זה.

חשוב לציין כי במהלך השנים האחרונות חל שינוי במדיניות הציבורית החלה בנושא תחנות הדלק, המתבטא בסיוג הבלעדיות של נכי צה"ל בהפעלת תחנות תידלוק ופתיחת אפיק עיסוק זה על אדמות מינהל גם בפני גורמים אחרים (ראה חוק משק הדלק (קידום התחרות) (תיקון), התשנ"ח-1998).

### **בחינת המערכת החוזית כהסדר כובל – מסגרת החקיקה**



16. טענת עמוס הינה כי המערכת החוזית מהווה הסדר כובל בשני עניינים: הסדרי קביעת המחירים למוצרי הדלק על ידי חב' פז והסדר הבלעדיות המחייב אותו לרכוש באופן בלעדי מוצרי דלק מפז למשך תקופה ארוכה ביותר. המסגרת הנורמטיבית החלה על הסדרים כובלים נקבעה בחוק ההגבלים העסקיים, וזה עיקרה, כנדרש לצורך ענייננו:

מהותו של ההסדר הכובל נקבעה בסעיף 2 לחוק:

### **"הסדר כובל"**

"2(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 בהסדר 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."

סעיף 3 לחוק מגדיר אלו הסדרים, על אף שהם עונים להגדרות שבסעיף 2, לא ייחשבו הסדרים כובלים; סעיף 4 לחוק אוסר על אדם להיות צד להסדר כובל, כולו או מקצתו, אלא אם קיבל מבית הדין להגבלים עסקיים אישור או היתר זמני, או שההסדר כפוף לפטור. המבקש לעשות הסדר כובל יגיש לבית הדין בקשה לאישור ההסדר הכובל, ובית הדין יחליט אם יש מקום לאשר את ההסדר כולו או מקצתו או בכפוף לתנאים, אם סבר שהדבר הוא לטובת הציבור (סעיף 9). צד להסדר כובל שלא אושר כדין ואינו כפוף לפטור עובר עבירה (סעיף 47 לחוק) ודין מעשה או מחלל בניגוד להוראות החוק כדין עוולה על פי פקודת הנזיקין (סעיף 50).

### **הסדר קביעת המחירים על פי המערכת החוזית על רקע מבנה משק הדלק**

17. בחינת הטענה כי סמכויות פז לקבוע מחירים על פי המערכת החוזית מהוות "הסדר כובל" מצדיקה תיאור תמציתי של מבנה משק הדלק אשר על-ריקעו נבנתה העיסקה בין הצדדים.

מאז קום המדינה התנהל משק הדלק בפיקוח ממשלתי הדוק. שלוש חברות הדלק הגדולות - פז, סונול ודלק - שימשו ספקי הדלק לציבור ופעילותן התאפשרה על דרך כיסוי עלויותיהן בתוספת רווח מוגדר. שוק הדלק חולק בין שלוש החברות על פי מפתח קבוע: פז - 45%, דלק - 30% וסונול - 25%. ב-13.11.87, במסגרת רפורמה בשוק הדלק, נפתח משק הדלק לתחרות ומאז הוא נע בהדרגה ממסגרת פיקוח ממשלתי הדוק למסגרת של תחרות חפשית. בעקבות הרפורמה נכנסו חברות דלק חדשות לשוק וניכרים ניצנים ראשונים של תחרות בין תחנות הדלק, אולם הדברים לא הגיעו כדי תחרות של ממש (**דו"ח מבקרת המדינה מס' 43, 1993, עמ' 88-89, 96, 99; זמיר, הרפורמה במשק הדלק: תחנות תידלוק, 1991, עמ' 21-14, 78-70, 99-100; הודעת הממונה על ההגבלים העסקיים מיום 28.6.93**) (להלן - "הודעת הממונה המקורית").

עד למחצית השניה של 1993 היו מחירי מוצרי הנפט כפופים לפיקוח מינהל הדלק במשרד האנרגיה מכח צווים שונים. הפיקוח השתרע על מספר מישורים: במישור האחד - נקבעו מחירים מירביים של מוצרי נפט למכירה לחברות הדלק ("שער בז'ן"); במישור השני - נקבעו מחירים מירביים למוצרים הנמכרים על ידי חברות הדלק לתחנות הדלק ("מחיר לתחנה"); במישור השלישי - נקבעו מחירים מירביים למוצרי הדלק הנמכרים על ידי מפעיל התחנה לצרכן ("מחיר לצרכן"). מינהל הדלק פירסם לאורך שנים טבלאות שעסקו ב"מבנה המחיר", אשר כללו פירוט נתונים ששימשו בסיס לקביעת המחירים המירביים כאמור. באמצעות פיקוח על המחיר לתחנה ועל המחיר לצרכן, הובטחה עמלה קמעונאית מינימלית למפעיל בשיטת הקוסט-פלוס, שהתבססה על תימחור הוצאות המפעיל בתוספת רווח ראוי (תצהיר חיים אופיר (מס' 8) עמ' 5-6). הרווח המחושב על פי שיטה זו עמד על כ-16% מסך כל הוצאות מפעיל התחנה. שיטה זו ננקטה בצורה אחידה וזהה לגבי כל חברות הדלק.

במחצית השניה של 1993 בוטל הפיקוח על מרבית מוצרי הנפט הנמכרים בתחנות תוך השארת פיקוח מסוים על בנזין מסוג 95 ו-96 אוקטן, שהם חלק הארי של מוצרי הנפט הנרכשים על ידי הציבור. פירוש הדבר הוא כי קביעת המחירים הן לתחנה והן לצרכן של המוצרים הלא מפוקחים הינה חפשית. אשר למוצרים שנותרו בפיקוח, נותרה הגבלה על המחיר המירבי לצרכן. עם זאת גם לגבי מוצרי הנפט הבלתי מפוקחים ממשיכה פז לקבוע את מחירי התחנה שלהם על יסוד מודל "מבנה המחיר" ההסטורי ולעדכןם על פי השינויים במחירי בנזין ובגובה ההוצאות האחרות (תצהיר אופיר, עמ' 7). מאז ביטול הפיקוח, התעדכנה העמלה הקמעונאית מדי שלושה חודשים על ידי הצמדתה ב-80% לשינויים במדד המחירים לצרכן ולגבי מוצרים שאינם בפיקוח מאז 1996 מוצמדת העמלה מדי חודש ב-100% לשינויי המדד לצרכן (תצהיר אופיר עמ' 7). בכך מובטחת, לכל הפחות, אותה עמלה מינימלית שהמינהל סבר כי היא ראויה והבטיח אותה באמצעות קביעת המחיר לתחנה, אף שהמפעיל יכול לגבי המוצרים הבלתי מפוקחים להגדיל את עמלתו על ידי העלאת המחיר לצרכן, על פי שיקול דעתו. פז מפרסמת מחיר מומלץ לצרכן לגבי המוצרים הלא מפוקחים, אולם המפעיל אינו קשור

בכך ורשאי להעלות או להפחית ממחיר זה ובכך להשפיע על גובה עמלתו (חוות דעת ד"ר סדן, עמ' 23).

### **קביעת המחירים על פי ההסדר החוזי – האם הגבל עסקי?**

18. אלה הוראות ההסכם הקמעונאי הנוגעות לקביעת המחירים :

#### **סעיף 5**

"עם כל מסירה של מוצרי הנפט, תחייב החברה את הקמעונאי במחירם שיקבע על ידה מזמן לזמן לגבי שיווק קמעונאי של מוצרי הנפט ותנכה הימנו את עמלת הקמעונאי בהתאם לקבוע בסעיף 8 של הסכם זה.

החברה רשאית לשנות מזמן לזמן, לפי שיקול דעתה, את אופן החיוב במחיר מוצרי הנפט, בין לאור שינוי כלשהו או פעולת הפיקוח על ידי הרשות המוסמכת על שיווק מוצרי הנפט, או מכל סיבה אחרת ;

#### **סעיף 6**

"הקמעונאי ישמור בהקפדה על מחירי השיווק הקמעונאי ולא יהיה רשאי להפחיתם או להעלותם מבלי לקבל רשות מוקדמת בכתב מאת החברה...

#### **סעיף 8**

החברה תבצע אספקת מוצרי הנפט לקמעונאי כשישלח הקמעונאי הזמנה מראש עבור אספקה כאמור, אשר תחושב לפי המחיר הקמעונאי בהתאם לסעיפים 5 ו-9 של הסכם זה, דהיינו מחיר השיווק הקמעונאי פחות עמלת הקמעונאי...

#### **סעיף 9**

בתור תמורה עבור השירותים שיתן הקמעונאי לחברה לפי הסכם זה והוצאות הקמעונאי בקשר להסכם זה, לרבות שירותיו בשיווק מוצרי הנפט וטיפול בקבלתם, הפצתם, ומסירתם של הנ"ל וכל שירותים אחרים הקשורים והנובעים מתוך עסקי החברה, תשלם החברה לקמעונאי סכומים שיקבעו על ידה מזמן לזמן בתור עמלה עבור שיווק מוצרי הנפט והפצתם, ועמלה זו נקראת בהסכם זה "עמלת הקמעונאי".

הקמעונאי מאשר בפירוש שהנו מקבל למפרע את החלטת החברה שתיעשה מזמן לזמן בדבר קביעת

עמלת הקמעונאי המשתלמת לקמעונאי כאמור בסעיף זה, על אף העובדה שעמלה כנ"ל הינה העמלה המשתלמת על ידי החברה ובהחלטת החברה, כפי שהחברה תודיע עליה לקמעונאי מזמן לזמן, תהיה סופית ומחייבת. הקמעונאי לא יהיה זכאי לכל תמורה שהיא עבור כל עבודה או שירותים שהם נוסף על עמלת הקמעונאי האמורה, וכן לא יהיה רשאי לחייב את החברה בכל הוצאות שנגרמו לו בקשר לשירותיו לפי הסכם זה, מלבד אם ובמידה שהחברה תאשר בכתב באופן ספציפי כי הוצאות כנ"ל משתלמות על ידה..."

מההסכם בסעיף 5 עולה כי פז על פי שיקול דעתה תקבע לעמוס מעת לעת את מחיר השיווק הקמעונאי – קרי: "המחיר לתחנה", שעליו לשלם לה עבור מוצרי הנפט שהיא מעבירה אליו בניכוי עמלת הקמעונאי. משמעות עמלת הקמעונאי בהקשר זה היא תמורה עבור השירותים שנותן המפעיל לחברה בטיפול ושיווק מוצרי הדלק של החברה. סעיף 6 קובע כי המפעיל ישמור בהקפדה על מחירי השיווק הקמעונאי ולא יהיה רשאי להפחיתם או להעלותם בלא רשות מוקדמת מאת החברה. על פי סעיף 9 להסכם, גם עמלת הקמעונאי נקבעת על ידי החברה על פי שיקול דעתה הבלעדי, והיא סופית ומחייבת.

עמוס טוען כי בהסדרים אלה יש משום הסדר כובל. פז חולקת על כך ובעיקרי טיעוניה מבקשת היא לאבחן בין שני אלה: קביעת מחיר לתחנה על ידי פז לעומת קביעת מחיר לצרכן על ידי המפעיל. אשר לענין הראשון, נטען כי הסדר חוזי בין צדדים ישירים בדבר תמורה שהצד הרוכש ישלם לצד המוכר – ובמקרה זה המחיר לתחנה – אינו בגדר הסדר כובל. אשר לענין השני, העשוי על פי טיבו להיחשב הסדר כובל – הוכח במישור הראייתי כי ההוראה החוזית האמורה אינה מיושמת למעשה, וחשובה היא כאות מתה. פז איננה קובעת ואינה מתכוונת לקבוע את המחירים לצרכן שהמפעיל ידרוש מהצרכן, והדבר נתון כיום, ויהיה נתון בעתיד, לקביעה בלעדית של המפעיל בכפוף לצווי הפיקוח על המחירים המירביים לצרכן המוצאים מטעמה של הרשות המוסמכת.

19. גישת פז בסוגיה זו נראית לי, ואלה נימוקי:

(א) סעיף 6 להסכם הקמעונאי עשוי היה להיחשב הסדר כובל, אילו הופעל ויושם כלשונו. כלולה בו התחייבות המפעיל כלפי החברה לשמור על מחירי השיווק הקמעונאי הנגבים מן הציבור, ולא להעלותם או להורידם בלא אישורה של החברה. לכאורה, יש בכך משום הסדר כובל שבו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות במשמעות סעיף 2(א) וכן במובן החזקה שבסעיף 2(ב)(1) לחוק. הסדר הכתבת מחירים הוא ביטוי מובהק להסדר כובל ואסור על פי לשונו המפורשת של החוק. עם זאת, עולה מן הראיות שהובאו, כי האמור בסעיף 6 להסכם הקמעונאי, ככל שהדבר נוגע לסמכות פז לקבוע את המחיר לצרכן שבו יחוייב עמוס למכור את מוצרי הנפט בתחנה לציבור, הינו בבחינת הלכה ואין מורין כן. פז איננה

מתערבת על דרך חיוב מפעיל התחנה לגבות מחיר כזה או אחר מהצרכן. כפי שפורט לעיל, מאז אוקטובר 1993 שוחררו מרבית מוצרי הנפט מפיקוח מינהל הדלק, ונותרו בפיקוח מחירי בנזין אוקטן 95 ו-96 בלבד. במסגרת פיקוח ממשלתי כאמור נקבעים המחירים המירביים לצרכן של המוצרים המפוקחים, וזוהי כבילה על פי דין אשר לפז אין נגיעה אליה. המפעיל רשאי במגבלת המחיר המירבי לקבוע את המחיר לצרכן הנראה בעיניו. אשר למוצרים שאינם מפוקחים, קובע המפעיל את המחיר לצרכן לפי ראות עיניו. פז מעבירה למפעיל מחירון מומלץ בלבד לצורך קביעת המחיר לצרכן, אולם הוא אינו קשור ומחוייב בהמלצה זו. (תצהיר שרון (מס' 2), סעיפים 165-160, נספחים ל"א, ל"ב ול"ג לתצהיר זה; וכן עדות אופיר מ-24.6.97, עמ' 15-16; תצהיר ביגר, סעיפים 47-49 בעמ' 16-17; נספחים י"א - 1 ו-י"א - 2; עדות פדרמן מ-12.1.97, עמ' 9). מעדות מר פדרמן מטעם פז עולה כי פז ביטלה בשנת 93 את סעיף 6 להסכם ולא היתה לה כל כונה למנוע ממפעילים לתת הנחות לצרכנים (עמ' 10). הדבר נכון הן לגבי מוצרים שבפיקוח והן לגבי אלה שאינם בפיקוח (פדרמן, שם, עמ' 82). על פי עדות ביגר מטעם פז גם לפני יולי 1991 פז לא אכפה את הוראות סעיף 6 האמור (תצהיר מס' 7) עמ' 17 (סעיף 50) ועדות פדרמן, שם, עמ' 10). (ראה גם הודעה מקורית של הממונה בה משתקפת הפרקטיקה האמורה של חברות הדלק לגבי קביעת מחירים לצרכן). יוצא, איפוא, כי הלכה למעשה ובהסכמת הצדדים, שונה ההסכם הקמעונאי בנקודה זו באופן שהוראות סעיף 6 שוב אינן משקפות את המצב לאמיתו בשטח. במציאות, מוענק חופש פעולה למפעיל התחנה לקבוע את המחיר לצרכן של מוצרי הנפט כאשר לכך נילוות מגבלה אחת בלבד והיא – קיום פיקוח ממשלתי על המחיר המירבי לצרכן של מוצרי בנזין מסוימים. נוכח דברים אלה, אין לראות בהוראות סעיף 6 להסכם הקמעונאי משום הסדר כובל.

(ב) מכאן לענין הרכיב החוזי המסמיך את פז לקבוע את מחיר מוצריה לתחנה על פי סעיפים 5, 8 ו-9 להסכם הקמעונאי. יש צדק באבחנה הנמתחת על ידי פז בין סמכותה לקבוע את "מחיר התחנה" של מוצריה לבין סמכותה מכח ההסכם – שאינה מופעלת הלכה למעשה – לקבוע את המחיר לצרכן שבו ימכור מפעיל התחנה את מוצרי הדלק לציבור.

הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית תחרות. מקובלת הגישה לפיה כבילה הנוגדת לחוק מתקיימת מקום שההסכם נועד להשפיע השפעה ישירה על צדדים שלישיים. מאידך, הסדר לא יוכר ככובל מקום שכבילה הכלולה בו נוגעת בעיקרה ליחסים הישירים בין שני הצדדים לו ואינה מכוונת להשפיע ישירות על צדדים שלישיים. וכך, קביעת מחיר מוצר הכלולה במערכת חוזית ומחייבת צד אחד לחוזה לשלם לצד האחר מחיר בשיעור מוגדר לא תיחשב כבילה פסולה גם מקום שהיא עשויה להשפיע בעקיפין על צד שלישי. כדי להוות הסדר כובל נדרש כי ההסכם יכוון להשפיע על צדדים שלישיים. אכן,

"העובדה כשלעצמה שהסכם משפיע על אחרים אינה מספיקה במרבית המקרים. כך, כשספק מוכר מוצר לבעל עסק העוסק במכירת מוצרים, עצם קביעת המחיר בידי הספק, מועדי הספקה וכו' משפיעים על התנהגות המוכר כלפיו צדדים שלישיים, אך ההסכם אינו מכוון לכך".

( דברי מ. בורנובסקי, **על יסודות הכבילה שבהסדר ותוצאתה - חדש ואין חדש**, מחקרי משפט ה', תשמ"ז, 125, 140; השווה למאמרה של מ. מזרחי, **מיזם משותף כהסדר כובל**, משפטים כ"ג, תשנ"ד, 213, בעמ' 224). מבחן זה נועד לתחום בצורה מאוזנת וראויה בין האיסור על כבילות הפוגע במישרין בחופש התחרות לבין הערך החשוב של שמירה על חופש ההתקשרות החוזי. שני ערכים אלה – חופש התחרות וחופש החוזים עומדים לעיתים בניגוד זה לזה ושניהם נעוצים בקידום אינטרס ציבורי. מציאת נקודת האיזון הראויה ביניהם יורדת למהות גדרי האסור והמותר בתחום ההגבלים העסקיים. מבחן תכלית החוזה מבחינת השפעתו על צדדים שלישיים עשוי להוות נקודת איזון ראויה.

על פי גישה זו אין המקרה שלפנינו נופל בגדר כבילה אסורה ככל שהדבר נוגע לסמכותה החוזית של פז לקבוע את מחיר מוצרי הדלק לתחנה. הסדר זה נוגע לצדדים הישירים להסכם, ואיננו מכוון להשפיע ישירות על המחיר לצרכן שמפעיל התחנה קובע לצורך רכישת מוצרי התחנה על ידי הציבור, או להגבילו בקביעת מחיר כאמור. קביעת מחיר המוצרים לתחנה על ידי פז נועדה להבטיח מבחינתה רמת מחירים רצויה ביחסיה עם מפעיל התחנה בהתחשב במחיר בז"ן שהיא עצמה משלמת לרכישת המוצרים ובמגמה להבטיח את החזר השקעותיה בתחנה והפקת רווח ראוי מהשקעות אלה. קביעה זו איננה מכוונת לפגוע בתחרות בין מפעילי התחנות, ואם יש לכך השפעה כלשהי על צדדים שלישיים – ועשוי להיות שכך הוא – אין זו המטרה הישירה של ההתנייה, ואין בה כדי לכבול משפטית את מפעיל התחנה מלמכור את מוצרי הדלק לצרכן במחיר הרצוי לו, בכפוף להגבלות על המחיר המירבי מכח הדין. אכן, בפרשת ה"ע 469/98 **דלק, חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' תחנת דלק באר יעקב ואחרים** (מיום 25.3.01 (טרם פורסם) בעמ' 39, סעיף 104) קובע בית הדין להגבלים עסקיים כי התנאי המאפשר לחברת הדלק לקבוע את מחיר הדלקים לתחנה אינו בגדר כבילה אסורה משהוא אינו מתייחס למחיר הנגבה על ידי תחנות הדלק מהציבור. כן עמד בית הדין על כך כי ההוראה הנוספת בהסכם הקמעונאי המאפשרת לחברה לקבוע את המחיר לצרכן שיגבה בעל התחנה מהציבור הינה בבחינת אות מתה שאין אוכפים אותה. אי לכך, סוגיית המחירים לא היוותה נושא להסדרה בידי בית הדין. גם הממונה על ההגבלים העסקיים בהודעתו המקורית לא התייחס לסוגיה זו כהסדר כובל במסגרת בחינת התניות בהסדרים החוזיים בענין תחנות הדלק העשויות להיחשב כבילות פסולות. (עמ' 5-6 להודעה המקורית).

סיכומו של דבר: התניות במערכת החוזית בין פז לעמוס הנוגעות לכוחה של פז לקבוע את מחירי מוצרי הדלק לתחנה אינן בגדר הסדר כובל. סמכותה החוזית לקבוע מחיר לצרכן שבו יימכרו המוצרים על ידי מפעיל התחנה לציבור הינה בבחינת הלכה ואין

מורין כן. משכך, סוגיית קביעת המחירים על פי המערכת החוזית בין הצדדים אינה מצריכה התערבות משפטית.

### **הסדר הבלעדיות כהסדר כובל**

20. סעיפים 4 ו-19 להסכם הקמעונאי כוללים התחייבות של מפעיל התחנה כלפי פז לעסוק אך ורק במוצרי נפט של חברה זו ולא לרכוש מוצרים אחרים של חברה אחרת. התחייבות זו תקפה למשך תקופת החוזה המשתרעת על פני 49 שנים, וקימת אופציה להאריך את התקופה ל-49 שנים נוספות. זו לשון החוזה:

#### **סעיף 4:**

"תמורת מינויו לפי הסכם זה, מתחייב הקמעונאי לא להתעסק או להיות מעוניין בכל אופן שהוא, בין במישרין או בעקיפין, בכל מקום בישראל, באחסון, טיפול, הפצה או שיווק של מוצרי נפט כלשהם שאינם מוצרי הנפט... ("מוצרי הנפט" מוגדרים בסעיף 2 לחוזה כ"אלה ממוצריה אשר החברה תחליט מזמן לזמן לספק לו").

#### **סעיף 19**

הקמעונאי לא יהיה רשאי להשתמש בקרקע ובמיבנים הנ"ל אלא עבור המטרות המפורטות בפירוש בהסכם זה וכן נקבע מבלי לפגוע בכלליות האמור לעיל, שהקמעונאי לא יהיה רשאי לשווק או בכל אופן אחר להתעסק בכל מוצרים אחרים שאינם "מוצרי נפט". באם תדרוש זאת החברה, ישווק הקמעונאי בקרקע ובמיבנים האמורים מוצרים דומים כנ"ל או כל סחורות הקשורות בכלי רכב ממונעים בהתאם לתנאים שתקבע החברה".

את השאלה האם לפנינו תניית הסדר כובל יש לבחון על רקע הסוגיות הבאות:

(א) האם הסדר הבלעדיות נכנס לגדרו של סעיף 2(א) או (ב) לחוק ההגבלים העסקיים ומה היחס בין הוראות אלה?

(ב) האם נכנס הסדר הבלעדיות לאחד החריגים האמורים בסעיף 3 לחוק?

### **טענות מיקדמיות**

21. בטרם כניסה לגוף הענין יש להתייחס לטענות מיקדמיות מסוג השתק ומניעות שהעלו הצדדים זה כנגד זה. עמוס טוען מצדו כי פז מושתקת מלכפור בהיות ההסכמים בבחינת הסדר כובל מאחר שהיא עצמה פנתה ב-1964 בבקשה לממונה לאשר הסכם עם

בעל תחנת דלק, הזהה בתוכנו למערכת ההסכמית הנדונה כאן. עצם הגשת בקשה כאמור משקפת את הנחת המוצא של פז כי מדובר בהסדר כובל ומונעת את זכותה לכפור בכך גם בהליך זה.

טענה זו אין לקבל. פז חזרה בה מהבקשה לאישור הסדר כובל באותו ענין ועקב כך לא נתקיים כל דיון לגופם של דברים ולא נתקבלה כל הכרעה. בכך נשלל הבסיס לטענת השתק.

פז מצידה טוענת כי עמוס מושתק מלהעלות טענת הגנה בדבר הסדר כובל מאחר שהתנהגותו עובר להתקשרות במערכת החוזית מצביעה על הסכמה מצדו למכלול תנאיה ותוכנה, מה גם שבעת חתימת הסכמי החכירה ההודעה המקורית של הממונה כבר היתה ידועה וחרף זאת בחר עמוס מרצון להתקשר במערכת החוזית.

ההלכה הפסוקה עסקה בשאלה באיזו מידה יישמע צד להסדר כובל בטענה כי ההסדר בלתי חוקי וכי לכן אין לאוכפו, או שמא, נוכח מעורבותו באי החוקיות, חלה עליו מניעות מלעורר טענה מסוג זה. אכן, צד להסדר בלתי חוקי המעלה טענת אי חוקיות אינו מעורר אהדה (ע"א 698/89 **שילה נ' בארי**, פד"י מז(4) 808, 796; 835; ע"א 804/79 **ברגמן נ' קלמן**, פד"י לה(2) 338, 340). עם זאת, אי חוקיות הסכם - והסדר כובל בכלל זה - משליך על עניינו הכללי של הציבור הרחב. מימד זה של אינטרס הציבור גובר במשקלו ובחשיבותו אף על ערך כיבוד הסכמים, ועל הרעיון כי אין להתיר למעוול להפיק פירות מעוולתו, כדברי בית המשפט בפרשת טבעול (דנ"א 4465/98 **טבעול בע"מ נ' שף היס**, פד"י נו(1) 56, דברי השופט חשין, בפסקה 54, בעמ' 106):

"משגזר המחוקק על הסכם פלוני כי הסכם בלתי חוקי הוא, כיצד זה שנתעלם מדברו כמו-לא-היה? והרי אם נעבור על פני החוק ולא נשגיח בו, בעצם מחדלנו זה נרוקן את החוק מתוכו. כזאת לא הותרנו לעשות".

ההגנה על הציבור מפני הסדרים כובלים נמצאה על ידי בית המשפט כנושאת ערך מוסרי וחשיבות חברתית שאינם פחותים מן הערך שבמימוש התחייבויות חוזיות. לפיכך קבע בית המשפט כי ידון בטענת הגנה מסוג זה הנשמעת מפי נתבע גם כאשר הוא עצמו צד להסכם הבלתי חוקי ושותף לאי החוקיות ביודעין. (השווה גם פרשת חבי' "דלק", שם, פסקה 59 ואילך). יש, לדחות, אפוא, טענת מניעות שעניינה היות הטוען צד להסדר החוזי הבלתי חוקי, וזאת משיקולים של טובת הציבור.

הטענות המיקדמיות כלפי שני הצדדים נדחות. נעבור לבירור טיבו של הסדר הבלעדיות כהסדר כובל.

### **מטרות חוק ההגבלים העסקיים**



22. מטרת חוק ההגבלים העסקיים כעולה מנוסחו ומההיסטוריה החקיקתית שלו הינה לאסור על הסדרים כובלים הפוגעים בתחרות ובכך בתקנת הציבור.

"מגמת החוק היא לפנות את הדרך לפעילות כלכלית חפשית, על ידי סילוק מכשולים המנועים פעילות כזאת... גישתו של המחוקק היא שתחרות חפשית פועלת לטובת המדינה ויש בה כדי להעמיק את החופש המשפטי והכלכלי של הפרט ... לשם השגתן של מטרות אלה נקבע איסור על עשיית דבר או הימנעות מעשותו על פי הסדר כובל. המושג 'הסדר כובל' הוגדר באופן רחב ביותר".

(דברי בית המשפט בבג"צ 47/83 **תוראוויר (ישראל) בע"מ נ' יו"ר מועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים**, פד"י לט(1) 169, 178).

על פי ההשקפה הכלכלית המקובלת, תחרות חפשית במשקים מודרניים נדרשת להשגת מספר מטרות: הקצאת משאבים אופטימלית, מיזעור עלויות והוצאות, ייעול הייצור והשיווק, התפתחות טכנולוגית ושמירה מפני ניצול כח כלכלי לפגיעה בצרכן או בעסק מתחרה. הספרות עמדה על הצורך המיוחד בהגנה על התחרות בישראל בשל מאפיינים מיוחדים של המשק הכלכלי הנוהג בה: ריכוזיות ענפית גדולה עקב ממדיו הקטנים של השוק ומיעוט עסקים ברוב הענפים; מעורבות ממשלתית עמוקה בכלכלה שחשוב להמירה בפעילות שוק חפשי; וצורך להגביר מאמץ להתחרות בשווקי העולם, המצריך הגברת התחרות במדינה פנימה. (גלמור, **גישתו של הממונה לפיקוח על הגבלים עסקיים, סוגיות נבחרות**, עיוני משפט טו(3), 589).

מטרתו של חוק ההגבלים להגן על הציבור מפני פגיעה בתחרות החפשית עומדת כנגד עקרון משפטי רב חשיבות אחר, והוא - החובה לקיים הסכמים והדרישה כי בחברה מתוקנת לא ייפתח פתח רחב מדי לבעל חוזה לחמוק מהתחייבויותיו בטענה כי ההסכם שהתחייב בו ביודעין ומרצון חפשי אינו ראוי לאכיפה מחמת היותו הסדר כובל בלתי חוקי. במאבק על הבכורה בין אינטרסים נוגדים אלה אומר בית המשפט בפרשת טבעול (מפי השופט חשין) (שם, בעמ' 70):

"אינטרס-עקרון אחד הוא החובה לקיים הסכמים: Pacta Sunt Servanda - הסכמים יש לקיים. הסכמים לקיום נועדו ולא להפרה. אינטרס אחר הוא, רצונו החפשי של האדם, אם תרצו: האוטונומיה של הרצון החפשי; לאינטרס זה יתקשרו האינטרסים של חופש העיסוק וחופש החוזה של היחיד, אינטרסים הנגזרים מהאוטונומיה של הרצון היחיד. באותו הקשר יזכר אף אינטרס היחיד לתחרות בזולתו, אינטרס שגם הוא מקורו באוטונומיה של רצון היחיד. אינטרס נוסף הוא אינטרס הקנין - קנין במובנו הרחב - ... זכותו של מתקשר בהסכם שהמתקשר האחר לא יתחרה בו (אם כך הוסכם בין השניים)... והנה, בצד עקרונות ואינטרסים אלה, שוכן לו

אינטרס נוסף שמתקנת הציבור, אינטרס שמעיקרו לא נועד לזון את זכויות הצדדים בינם לבין עצמם. אינטרס הוא השואב את חיותו ואת עוצמתו מעקרון תקנת הציבור במובנו הרחב, מטובת הציבור הכללית. כוונתנו היא לתחרות החפשית, לאותו עקרון שתניית אי-תחרות באה לקצץ בו.

בעוד האינטרס בדבר קדושת ההסכם נועד להסדיר את התנהגות הצדדים לו בינם לבין עצמם, נועדה ההגנה על אינטרס התחרות החפשית להגנתו של הציבור הרחב. מטרתה להיטיב עם הצרכן מבחינת איכות המוצר, השירות הניתן והמחיר המבוקש ותניית אי תחרות פוגעת באינטרס כולל זה. בהתמודדות זו בין שתי התכליות נדרש איזון אינטרסים, ואיזון זה נקבע על ידי חוק ההגבלים העסקיים. האיזון על פי החוק מושג על דרך קביעת מהותו של הסדר כובל אסור מהו, כאשר בצידו נקבעת שורת חריגים לכלל, המוציאים הסדרים כובלים שונים מתחולת האיסור. כן נקבע כי הסדר כובל שאינו נכנס לגדר אחד החריגים עשוי לזכות באישור, היתר או פטור על פי הוראות החוק. וכך, נקודת המוצא היא כי חל איסור לעשות הסדר המוגדר כ"הסדר כובל" על פי סעיף 2 לחוק. האיסור לא יחול על הסדרים הנופלים לגדר החריגים בסעיף 3 לחוק. כן יוצאו מגדר האיסור הסדרים שבית הדין להגבלים עסקיים החליט לאשרם כולם או חלקם או בכפוף לתנאים (סעיף 9 לחוק) וכן הסדרים שהממונה היקנה להם פטור ספציפי מקבלת אישור בית הדין (סעיף 14 לחוק); או הפטורים מכח כללים מהחובה לקבל את אישור בית הדין (סעיף 15 לחוק).

### **יסודות ההסדר הכובל בהשלכתם להסדר הבלעדיות**

#### **ניהול עסקים**

23. יסוד ראשון להסדר כובל על פי סעיף 2 לחוק הוא קיום הסדר הנעשה "בין בני אדם המנהלים עסקים". לא יכול להיות ספק כי הן פז והן עמוס כמפעיל תחנת דלק הם בני אדם המנהלים עסקים. טוענת פז כי אין מדובר כאן בהתקשרות עסקית מסחרית רגילה אלא בהסדר הנובע ממדיניות שיקום נכי צה"ל. ככזה, זהו הסדר סוציאלי בעל אופי ציבורי-שיקומי אשר לשם הגשמתו גוייסו חברות הדלק ורשויות הציבור, ולכן אין להחיל על ענין זה את חוק ההגבלים העסקיים אשר נועד מעצם טיבו לחול על פעילות מסחרית פרטית ולא על מימוש תכניות שבמדיניות ציבורית. פז מביאה כדוגמא את ענין ע"א 2831/90 **פטרול גז, חב' גז ישראלית נ' מדינת ישראל** (פד"י מו(3) 599, 5-604) בו אפיין בית המשפט את פעולת המדינה במשק הגז כפעולה שאינה ניהול עסקים אלא כפעולה המתבצעת בסמכות שלטונית בתחום אספקת הגז. לאור זאת נקבע באותו ענין כי המדינה נהנית מחסינות מתחולת חוק ההגבלים על פעילותה במשק הגז.

אין לקבל טיעון זה. המערכת ההסכמית בין חברת הדלק למפעיל התחנה בענייננו התגבשה, אמנם, כפרי מדיניות שיקום שעמדה ברקעה, אשר עיקריה גובשו בדו"ח ועדת צ'חנובר. עם זאת, אין בעובדה זו כדי לשנות מהאופי הכלכלי-עסקי העומד ביסוד המערכת החוזית האמורה, באשר היא נועדה מצד אחד לפתוח נתיב תעסוקה

רווחי לנכה צה"ל המפעיל את התחנה, ומצד שני לשלב את חברות הדלק, בהסכמתו, במפעל שיקומי בדרך שמירה והגנה על האינטרסים הכלכליים שלהן ודאגה כי השקעותיהן ורווחיותן לא ייפגעו. מהצד האחר, נותרה מגמה לפטור את המדינה מהצורך להשקיע משאבים כספיים מטעמה כדי לקדם מפעל זה. שילוב מטרות ותכליות אלה הניחו יסוד להסדר החוזי בין חברת הדלק למפעיל התחנה שהוא הסדר בעל אופי כלכלי – עסקי. בכך נתקיים התנאי הנדרש בסעיף 2(א) לחוק המחייב כי ההסדר נעשה בין בני אדם המנהלים עסקים (השווה **פרשת טבעול**, שם, סעיף 35 בעמ' 92). החוק נתכוון לחול על העוסקים בעסקים מסחריים ולא על מי שאינם עוסקים בעסקים מסחריים וכך הדבר בענייננו, ואין כל סיבה וטעם שלא לסווג את פעולותיהם של פז ועמוס בתחום עסקיהם כנשלטים על ידי הסדרי ההגבלים העסקיים.

### **פגיעה בתחרות וחזקות הכבילה**

24. סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים משמיע כי הסדר כובל עשוי להימצא באחד משני אלה: מקום שלפחות אחד הצדדים להסדר מגביל עצמו "באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים". עיקרו של מבחן זה ביסוד הפגיעה בתחרות והוא מחייב קיומה של תשתית הוכחתית כי ההסדר עלול לפגוע בתחרות (סעיף 2(א) לחוק). הסדר כובל יימצא גם מקום שבו יש בהסדר משום כבילה הנוגעת לאחד מארבעת העניינים המפורטים בסעיף 2(ב) לחוק. הוראה זו קובעת חזקה חלוטה לפיה הסדר באחד העניינים המנויים שם מהווה הסדר כובל, ומשהוכח קיומו של הסדר כזה שוב אין צורך להוכיח קיומה של פגיעה בתחרות. הטעם לכך הוא כי מדובר בעניינים שמעצם טיבם פוגעים בתחרות, כדברי בית המשפט **בפרשת טבעול** (שם, פסקה 39):

"עניינים אלה המנויים בסעיף 2(ב)(1) עד (4) מהווים מעין קריסטליזציה של סוגי הסדרים שהמחוקק מניח לעניינם כי הסדר בהם מביא מעצמו לצמצום התחרות, כי אין צורך להוכיח במפורש פגיעה בתחרות, וההסדר מוחזק כהסדר כובל".

בכך נופלות ממילא טענות פז שתכליתן לבסס את הרעיון כי החזקות שבסעיף 2(ב) לחוק אינן חלוטות, וכי גם במסגרתן יש להוכיח פגיעה בתחרות, וכי בהקשר לכך יש לאבחן בין כבילות "אופקיות" לכבילות "אנכיות". "הסדר אופקי" פירושו הסדר הנקבע ומתואם בין גופים מתחרים שמטרתו לתאם ביניהם מהלכים, מחירים, ותנאים אחרים לתועלת חבריו. "הסדר אנכי", מתרחש מקום שגורם החולש על חוליה אחת בשרשרת השיווק מכתוב לחוליות אחרות בשרשרת תנאים שונים הקשורים בפעילות העסקית. כך למשל קורה כאשר מחיר מוכתב על ידי היצרן למשווק, למפיץ, או למספר משווקים או מפיצים. הפסיקה שללה את האבחנה בין כבילות אנכיות לאופקיות ככל שהדבר נוגע לאפשרות כי אלה כאלה עשויות להוות הסדרים כובלים (ראה **פרשת דלק**, שם, פסקה 67; יגור, **דיני הגבלים עסקיים**, מהד' 2, עמ' 158). עם זאת, לאבחנה בין כבילה אופקית לכבילה אנכית עשויה להיות משמעות מקום שההסדר נבחן בפריזמה של סעיף 2(א) לחוק, משהכבילה האופקית עשויה להשפיע ביתר שאת על התחרות מהפגיעה

הצפויה מהכבילה האנכית ולכן ההתייחסות אליה הינה מחמירה וקפדנית יותר. אומר לענין זה בית הדין להגבלים עסקיים בפרשת ה.ע. 491/98 **חב' החשמל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים** (לא פורסם) (שם, עמ' 69):

"מה שקובע לענין זה אינו הסיווג של ההסדר על פי אמת מידה פורמלית כזאת או אחרת, שהרי ההבחנה בין הסדר כובל אופקי לבין הסדר כובל אנכי איננה מעוגנת בחוק, שלפיו שני ההסדרים - הן ההסדר האופקי והן ההסדר האנכי - נופלים בהגדרת ההסדר הכובל ושניהם חייבים בקבלת אישור בית הדין להגבלים עסקיים. השיקול הקובע לענין זה נגזר מהשפעתו של ההסדר הכובל על התחרות, וככל שמדובר בהסדר שהשפעותיו על התחרות הן אופקיות, ההתייחסות אליו תהיה מחמירה מהסדר שהשפעותיו על התחרות הן השפעות אנכיות".

### **הכרזות הממונה על ההגבלים העסקיים**

25. להשלמת התמונה, יובאו עיקרי הדברים באשר לצעדים שנקט הממונה על ההגבלים העסקיים במהלך השנים בנושא הסדרי הבלעדיות במשק הדלק.

ביום 28.6.93 פרסם הממונה קביעה על פי סעיף 43(א) לחוק ההגבלים העסקיים בענין הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התידלוק. הממונה בחן את רקע יחסי חברות הדלק והמפעילים לצורך ניתוח אופיין של תניות הבלעדיות. הוא קובע שם, בעמ' 5:

"הוראות האספקה הבלעדית מהוות רכיב מהותי וחשוב בכל ההסכמים הקמעונאיים. החברות מייחסות חומרה רבה להפרת הוראות אלה, הנאכפות על ידיהן, כמצויין על ידן, בהקפדה רבה. לצד נושא הבלעדיות ארוכת הטווח, שכוחה רב עמה להשפיע ולצמצם את התחרות בענף, כוללים ההסכמים הוראות נוספות המגלמות בהן פגיעה בתחרות, ובמיוחד הוראות בדבר הכתבת מחירים והגבלת חופש העיסוק".

הממונה הגיע למסקנה כי הסדרי הבלעדיות בהסכמי חברות הדלק עם המפעילים פוגעים בתחרות. הוא אומר (עמ' 16):

"הדלק הוא מצרך חיוני והמוני. הציבור נזקק לשירותי תדלוק על כל צעד ושעל. הסדרים שיש בהם כדי להקשות על תחרות חפשית מחבלים באינטרס הציבורי הרחב... במקרה שלפנינו, יסוד ההגבלה ברור, שכן מפעילי התחנות אינם חפשיים לברור להם ספק כרצונם וכיד התבונה הטובה עליהם. גם יסוד הפגיעה בתחרות מסתבר בבירור. כאמור לעיל, החברות באו ברשתות הסדרי

בלעדיות ארוכי טווח שבין קוריהן לכודות מרבית מניינן ובניינן של תחנות התדלוק בישראל. אין צריך לומר כי גם החלק הארי של התחנות הנותרות הן בבעלות החברות, וממילא אף הן לא באות בגדר מדרס רגל למתחרים פוטנציאליים. המצב בענף מחמיר שבעתיים נוכח שבעת מדורי הרישוי והביורוקרטיה העומדים בפני גורם המבקש להקים תחנת תדלוק חדשה, והמחייבים תקופת המתנה של שנים ארוכות מאד עד שניתן לממש תכנית להקמת תחנת תדלוק, אם בכלל, דבר המקנה משנה חשיבות לנגישות ספקים למערך השיווק הקיים כתנאי הכרחי להתפתחות תחרות. אכן, בנסיבות ענף תחנות התדלוק, לא תימלט המסקנה שהסדרי הבלעדיות של החברות מונעים או מפחיתים את התחרות בענף, או למצער, הם עלולים "למנוע או להפחית תחרות" כאמור בסעיף 2(א) לחוק ההגבלים."

בהמשך, קובע הממונה כי היות הסדר הבלעדיות בבחינת הסדר כובל עדיין אין פירושו כי יש לשוללו מכל וכל ובכל תנאי, ויש לבחון נסיבות כל מקרה אם יש להכשירו בתנאים על דרך מתן פטור או רישום הסדר כובל לתקופת בלעדיות נתונה. בדרך זו ניתן להשיג את יתרונות הכבילה בלי לשאת בנזקי חסרונותיה. כך ניתן להבטיח אספקה סדירה למשך פרק זמן סביר, וליהנות מאופק תכנוני נאות לצד שחרור מודרג בתדירות נאותה של תחנות הדלק שתהווה חלק מזירת התחרות בענף. הממונה הגיע, איפוא, למסקנה כי הסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק למפעילי התחנות הם הסדרים כובלים אולם נוכח ההשפעות המשמעותיות של החלטה זו השעה את כניסתה לתוקף של קביעתו כדי לאפשר לחברות הדלק לערור עליה לבית הדין להגבלים עסקיים.

במסגרת הליך בפני בית הדין הגיע הממונה ביום 14.12.95 להסדר עם חברות פז וסונול לפיו חברות אלה תבאנה לידי סיום את הסדרי הבלעדיות שהן צדדים להם בהתקשרויות חוזיות הנוגעות ל-65 תחנות שאין בהן הסכמי חכירה מקובלים לחברות הדלק. משמעות "הסכמי חכירה מקובלים" בהקשר זה מכוונת למקרים בהם זכויות חברות הדלק בתחנות עוגנו בדרך של זכויות קניניות במקרקעי התחנה, בין זכויות חכירה ראשית ובין זכויות חכירת משנה. על פי הסדר זה, הממונה היתלה את קביעתו לגבי התחנות שיש להן הסכמי חכירה מקובלים. הוא קבע על דעת פז וסונול כללים המסדירים את ההתקשרויות העתידיות בין לבין התחנות שהשתחררו, והוסכם ביניהם כי מתכונת התקשרות חדשה ברוח עקרונות אלה תובא לאישור בית הדין ותתלווה אליה המלצת הממונה בכפוף לכך שתקופת הבלעדיות לא תעלה על פרק זמן שהוסכם עליו על פי סיווגים שונים של התקשרויות. אשר להתקשרויות הנוגעות לשיקום נכי צה"ל הוצע באותה מתכונת כי ייקבעו כללים ייחודיים ההולמים את מאפייני המסגרת הזו, ולפי הצורך, תוגש בקשה לאישור הסדרים אלה כהסדרים כובלים (הודעה מעדכנת של הממונה, בעמ' 10). עם זאת, יש להבהיר כי הממונה נותר בעמדתו כי גם הסדרי בלעדיות המעוגנים בחוזי חברות הדלק ומפעילי תחנות שיש בהם חוזי חכירה מקובלים הינם

הסדרים כובלים (ראה סעיף 5 להעתק תשובת הממונה לעידכון הערר מטעם חב' "דלק" בנספח נ/44 לתצהיר עמוס).

חברת "דלק" לא הצטרפה להסדר בין הממונה לבין פז וסונול מאחר שבחלק ניכר מתחנותיה לא נקשרו הסכמי חכירה מקובלים. אי לכך, לטענתה, ביטול הסכמי הבלעדיות עם מספר כה ניכר של תחנות דלק הקשורות עמה היה מעמיד אותה בנחיתות מסחרית לעומת חברות הדלק האחרות שמספר תחנות הדלק הקשורות עמן שלא בהסכמי חכירה מקובלים היה קטן יותר. ההסדר עם הממונה שימש רקע לעתירה שהוגשה לבג"צ כנגד סטיית הממונה מקביעתו המקורית, כאשר עניינה של חברת "דלק" נדון בנפרד מעניינן של שתי החברות האחרות שלקחו חלק בהסדר (בג"צ 326/96 **כספי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, פד"י נ(5), 133). כתוצאה מהליך זה נדחתה העתירה ככל שהיא נגעה להסדר בין הממונה לבין פז וסונול, ולאחר זמן הושג גם הסדר בינו לבין חברת "דלק", אשר אושר בבית הדין ב-29.3.98 (עריס 1,2,3/93 **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' חב' דלק ואח'** (לא פורסם)). ההסדר עם חב' "דלק" הניח כי חברה זו תתחייב לשחרר רק חלק מהתחנות הקשורות עמה בהסדרי בלעדיות ושאינן עמן הסכמי חכירה מקובלים, ואילו לגבי יתרתן של התחנות בהן יש הסדרים דומים תוכל החברה להגיש בקשות פרטניות לבית הדין להגבלים עסקיים לאשר את ההסכמים הכובלים ותפעל על פי הוראות בית הדין.

#### **הסדר הבלעדיות בהסכם הקמעונאי בראי חלופות ההגדרה של ההסדר הכובל**

26. ניתוחו של הסדר הבלעדיות בהסכם הקמעונאי בין פז לעמוס מביא למסקנה כי הוא מהווה הסדר כובל הן על פי החלופה שבסעיף 2(א) לחוק והן על פי אחת החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק.

#### **כבילות מכח החזקות**

27. כפי שפורט לעיל, סעיף 2(ב) לחוק קובע שורה של חזקות חלוטות לגבי עניינים הנחשבים הסדרים כובלים. הסדר הבלעדיות בענייננו נופל לגדר החזקה שבסעיף קטן(3) לסעיף 2(ב) לחוק. הסדר הבלעדיות קובע כי על המפעיל להיות קשור אך ורק עם פז ולא עם כל גורם עסקי אחר, וכי עליו לעסוק אך ורק במוצרי הנפט של פז ולא במוצרים של גורם עסקי אחר. הגבלה זו נכנסת לגדר החזקה שבסעיף 2(ב)(3) לחוק המדבר ב"**חלוקת השוק כולו, או חלקו... לפי האנשים עמם יעסקו**". (ראה לענין זה ת"א 961/91 (י-ס) פז גז חברה לשיווק בע"מ נ' דור אנרגיה (1988) בע"מ, (לא פורסם); הודעה מקורית של הממונה, שם, עמ' 15). בפרשת חב' "דלק", אומר בית המשפט (שם, פסקה 67):

"במשפט הישראלי נופלים הסכמי בלעדיות אנכיים חד-צדדיים, בהם מתחייב אחד הצדדים להסכם (המפיץ) לרכוש את כל צרכיו מהצד השני להסכם (הספק) ולא מאחר זולתו בגדרו של סעיף 2(ב)(3) לחוק בהיות הכבילה נוגעת לחלוקת השוק, כולו או חלקו... לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו (ה"ע 591/98 חב' החשמל לישראל בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים) (טרם

פורסם). הסדרים הנופלים בגדרו של סעיף 2(ב) לחוק, וכזה הוא ההסדר שבפנינו, מוחזקים על ידי המחוקק כהסדרים הפוגעים בתחרות."

חיובו של עמוס בפעילותו העסקית להיות קשור באופן בלעדי לחברת פז מהווה חלוקת השוק לפי הגורם עמו הוא יעסוק. בכך יש משום כבילה אסורה במובן סעיף 2(ב)(3) לחוק. יוצא, אפוא, כי תניית הבלעדיות בהסכם הקמעונאי מהווה הסדר כובל מכח סעיף 2(ב)(3) לחוק, ודי בכך לעניינו.

אלא שהצדדים הקדישו מאמץ לא מבוטל בהתייחסם גם לשאלה האם תניית הבלעדיות מהווה הסדר כובל על פי החלופה שבסעיף 2(א), קרי - הגבלה העלולה למנוע או להפחית את התחרות. נתייחס להיבט זה בקצרה.

### **כבילה מכח החלופה שבסעיף 2(א)**

28. סעיף 2(א) לחוק מציב מבחן איכותי לבחינת אופי ההסדר שעניינו בדיקת ההשפעה שיש להגבלה על התחרות בשוק. המבחן הוא רחב ומסתפק בקיום הוכחה לכך כי ההגבלה עלולה למנוע או להפחית את התחרות ואין צורך להצביע על כך כי היא משפיעה הלכה למעשה בדרך זו. הגדרת ההסדר הכובל מבחינה זו היא, אכן, רחבה, מתוך מטרה להגשים את תכליות החוק למנוע פגיעה בתחרות, כאשר האיזון הנדרש בין המגמה להחמיר עם הפוגעים בתחרות לבין הצורך להוציא מקרים מתאימים מגזירות החוק נעשה על דרך פירוט חריגים וקיום מנגנוני אישורים ופטורים (ת"א (י-ס) 396/87 **קיסין נ' פטרולגז בע"מ**, (לא פורסם); ע"א 2768/90 **פטרולגז חב' גז ישראלית (1969) בע"מ נ' מדינת ישראל**, פד"י מו(3) 599, 606).

הסדר הבלעדיות בעניינו עונה גם להגדרה שבסעיף 2(א) לחוק, בהיותו עלול לפגוע בתחרות. הסדר האוסר על מפעיל תחנת תידלוק לקשור קשר עסקי עם גורמים מסחריים כלשהם שאינם נימנים על חברת הדלק עמה הוא קשור בהסכם, יש בו, על פניו, כדי לפגוע בתחרות בהקשותו על ספקים חדשים להיכנס לשוק, ובהגבילו את המפעיל בבחירת הקשר עם ספק הרצוי לו. בכל אלה יש כדי לחסום את הדרך בפני חברות דלק חדשות מלהיכנס לשוק, וכדי להגביל את העצמאות העסקית של מפעילי התחנות. בכך עשוי להיפגע אינטרס תחרותי חשוב שלציבור ענין בו, ואשר החוק התכוון למונעו.

בראייה כללית, קובע הממונה בהודעתו המקורית (שם, עמ' 16):

"אכן, בנסיבות ענף תחנות התדלוק, לא תמלט המסקנה שהסדרי הבלעדיות של החברות מונעים או מפחיתים את התחרות בענף או למצער, הם עלולים "למנוע או להפחית תחרות" כאמור בסעיף 2(א) לחוק ההגבלים... הסדרי הבלעדיות "חוסמים את הדרך" לפני חברות נפט חדשות

ומונעים "הפעלת שיקול דעת מסחרי" על ידי מפעילי התחנות."

### **האם הוכחה בענייננו אפשרות פגיעה בתחרות עקב הסדר הבלעדיות?**

29. טוענת פז, ומציגה תשתית ראיתית, לפיה הסדר הבלעדיות בחוזה הקמעונאי בין הצדדים אינו פוגע בתחרות, וגם אילו שוחרר עמוס מתניית הבלעדיות לא היה הדבר מעלה או מוריד מבחינת המחירים והשירות לציבור הצרכנים. לתמיכה בטענה זו הגישה החברה את חוות דעתו של הכלכלן ד"ר סדן. עיקר התיזה המקצועית בחוות דעת זו היא בתמצית כך: יש להעמיד בכל מקרה למבחן את השאלה האם התערבות משפטית במערכת הסכמית בין הצדדים עשויה להעלות או להוריד בהשפעתה על הציבור הרחב. במקום בו מתקיים מבנה שוק לא תחרותי כמונופול איזורי, התערבות בהסדר העסקי שבין הצדדים לא תביא לשיפור התחרות ולא תתרום לקידום האינטרס הציבורי. במישור הקמעונאי בתחום הדלק שורר בדרך כלל מצב של אי תחרות הן במישור הארצי והן במישור האיזורי. הגורמים לכך הם ביקוש צרכני קשיח מצד אחד ומיעוט יחסי של תחנות הדלק מצד שני. בתנאים אלה נוצרת רנטה בענף המתחלקת בין חברות הדלק לתחנות הדלק על פי ההסכמים ביניהם. מכח ניתוח זה, תחנתו של עמוס היא מונופול איזורי ולה סממנים של "שוק לכוד". יש לה מתחרה אחת ומתחרות מישניות שאינן אפקטיביות. עקב כך, מדיניות המחירים של התחנה היא מונופוליסטית, היא ממצה מחירים מירביים ואין לה מוטיבציה להנהיג מבצעי שיווק. התערבות שיפוטית במערכת ההסכמית על דרך ביטול הסדרי הבלעדיות במקרה זה עשויה להיות חסרת תועלת, ולגרור הגדלת ריווחיות המפעיל מעוגת הרנטה הענפית בלא שהציבור עצמו יצא נשכר מכך. היבט נוסף המצדיק אי התערבות כאמור קשור בעובדת קיומה של זכות קניינית בידי פז לנכסי התחנה עקב היותה נושאת במלוא הסיכון הנעוץ בעלויות ההקמה והתחזוקה של התחנה. בנסיבות אלה אין לפגוע במערכת האיזונים הכלכלית שהיוותה בסיס להסדר החוזי שהושג בין הצדדים. על פי גישה זו, פתיחת שוק הדלק לתחרות תתאפשר ותהיה מוצדקת רק על ידי בניית תחנות דלק חדשות, בלא קשר להתערבות שיפוטית בהסכמים קיימים וביטול תניות בלעדיות.

לחוות דעת ד"ר סדן נתלוותה חוות דעתה של המומחית בסטטיסטיקה ד"ר מינה צמח אשר בחנה את מאפייני הביקוש בתחנת עמוס. על פי מסקנותיה, הגורם המכריע בבחירת הצרכנים את תחנת התידלוק אליה הם פונים הוא מיקומה הגיאוגרפי בקרבת מקום מגוריהם, מקום עבודתם, או מיקומה על פני מסלול נסיעתם. משקל הנתון הנוגע למחיר לצרכן בתחנה הוא נמוך במערכת שיקוליו של הצרכן, ורוב הלקוחות אף אינם מודעים במדויק להבדלי מחירים הנוהגים לעיתים בין התחנות.

כנגד חוות דעת אלה הוצגה חוות דעתו של מר יהושע כהן מטעם עמוס שאלה עיקריה: חברות פז, סונול ודלק שולטות לפי שעה בכ-90% מהדלק הנמכר בתחנות ובכ-75% מהרווח המשותף להן ולתחנות הדלק, ובידיהן חוזי בלעדיות לתקופות ארוכות. במצב דברים זה לא מתפתחת תחרות בין ספקים על מחיר אספקת מוצרי הדלק לתחנות,



והדבר מנטרל את התחרותיות בענף, משהכח הקרטלי הוא בעל משמעות רבה ופוטנציאל ההתייעלות וההוזלה נמצא בידיהן של החברות. בשל מיבנה המחיר של הבניין לציבור, הפוטנציאל המירבי להוזלה הוא 6% מהמחיר לצרכן ולכן לא די בהוזלת מחיר כדי להשפיע על בחירת הציבור אלא יש להוסיף לכך הטבות שונות. המומחה כהן שולל את טענת ד"ר סדן לפיה תחנת עמוס היא מונופול מקומי שכן, לדבריו, באיזור בו היא פועלת מצויות מספר תחנות מתחרות, וכל מרחב התחנות בדרך עומד לרשות הציבור ונתון באופן פוטנציאלי לתחרות. הגברת התחרות עשויה להביא את המפעיל להגדיל את מבצעי המתנות וההנחות לציבור, ומבצעים אלה מותנים בהוזלת מחיר הדלק לתחנות אשר נקבע על ידי חברות הדלק תוך פתיחת אפשרויות רכישת הדלקים על ידי התחנה לתחרות חפשית.

"אין מדובר בנאמנות ללא תנאי לתחנה. ירידה ברמת השירות, הפסקת מבצעים, מבצעים מושכים יותר בתחנות אחרות – כל אלה עשויים להפחית מאד את מספר הקונים בתחנה מסוימת וניתן להצביע על דוגמאות רבות לכך. לסיכום: תחנת פז פסגת זאב היא אחת מכ-40 תחנות בירושלים. אין לה כח מונופולי והיקף מכירותיה מותנה בעיקר בדרך פעילותה." (שם, עמ' 19 לחוות הדעת).

נתתי דעתי לעמדות המומחים ואני רואה לקבל את עמדתו של עמוס בסוגיה זו. על פניו, יש טעם רב בטענה לפיה הסדרי הבלעדיות משפיעים על התחרות החפשית בשוק רכישת הדלקים לתחנת הדלק, ובלעדיהם יבוטלו החסמים בפני ספקי דלק חדשים להיכנס לשוק - דבר העשוי לעודד תחרות על בחירתו של הצרכן. ביטול הבלעדיות יחייב את פז להוזיל את מחיר הדלקים לתחנה והדבר יכשיר את הדרך להוזלת מחירים לצרכן על ידי מפעיל התחנה ויעודדו ליזום מבצעי הנחות ומתנות, ולשפר את השירות תוך הגדלת המכירות. יתר על כן, אין לחרוץ את שאלת ההסתברות בדבר פגיעה בתחרות על פי נסיבות ההווה בלבד, כאשר מדובר בהסדר בלעדיות העשוי להימשך על פי המערכת החוזית קרוב ל-100 שנה. יש לבחון את הפוטנציאל האפשרי לפגיעה בתחרות, באופן שאפילו היתה התחנה כיום בבחינת מונופול איזורי, הרי באיזור הנתון לפיתוח ולשינויים סביר להניח כי יוקמו בעתיד מרכזי אוכלוסין חדשים, ועמן דרכי גישה ותחנות דלק נוספות, על כל המשתמע מכך באשר לשינוי אופייה והיקפה של התחרות בתחום זה. הדבר מסתבר במיוחד לאור ההקלות שנקבעו בחקיקה לגבי הקמת תחנות דלק מכח חוק משק הדלק (קידום התחרות) התשנ"ד-1994 כדי לעודד את התחרות. מכאן, כי הבחינה הפרטנית אם עמוס הוריד או לא הוריד את מחירי הדלקים לצרכן בעקבות הפסקת רכישתו את מוצריה של פז אינה מכריעה לענייננו. חיזוק לכך ניתן למצוא בגישת בית הדין להגבלים עסקיים בפרשת חב' דלק, שם. באותו ענין עסק בית הדין בשאלות אלה תוך ניתוח מצב השוק בפרמטרים כלכליים, ומסקנותיו מאירות עניינים גם לגבי ההליך שבפנינו. בית הדין הצביע על החשש העיקרי מהסכמי בלעדיות מבחינת חסימת דרכי הגישה לערוצי ההפצה בפני ספקים אחרים תוך סיכול פעולתם החפשית של כוחות השוק. הוא לא התעלם מן היתרונות הגלומים בהסכמי הבלעדיות מבחינת הבטחת רציפות אספקת המוצר, צמצום הוצאות ההפצה והשיווק, אפשרות תכנון כלכלי ארוך טווח

לחברה ולמפעיל והבטחת הרוכש מפני תנודות מחירים. באזנו את היתרונות מול החסרונות בשוק הדלק מסיק בית הדין באותו ענין כי החסרונות מהסדרי בלעדיות ארוכי טווח לגורם התחרות עולים באופן ניכר על היתרונות הגלומים בהם. הוא קובע כי הפגיעה מתבטאת בעיקר בכבילת ערוצי השיווק, הקושרת את תחנות הדלק לחברות למשך שנים ארוכות, מקשה על ניידות התחנות בין חברות התידלוק, תורמת להקפאת מבנה השוק שהוא ריכוזי ביותר, ומסכלת בסופו של דבר את יישום הרפורמה בשוק הדלק עליה החליטה הממשלה עוד ב-1993. כן עולה מפסק הדין כי קיים פער בין מחירי דלק הנגבים על ידי חברות הדלק מתחנות כבולות לאלה הנגבים מתחנות משוחררות. ככלל, מסיק בית הדין מהניתוח הכלכלי שערך כי היתרונות הכרוכים בהסדרי הבלעדיות בענף הדלק הם מתונים ורובם ניתנים להשגה בדרכים אחרות, גם אם פחות נוחות לחברות הדלק. לעומתם, הנזקים הכרוכים בהסדרים אלה לתחרות החפשית הם מהותיים ביותר, ועוצמת ההשלכות השליליות מכך גדולה במיוחד במשק הישראלי. על רקע זה ראה בית הדין את הסדר הבלעדיות כהסדר כובל והיה נכון לאשרו רק בכפוף לקביעת תוקפו למשך זמן קצר.

מכל הנאמר עולה כי קימת תשתית מוצקה למסקנה כי הסכם הבלעדיות בענייננו, אשר תוקפו ל-49 שנים לפחות, עונה למיצער לתנאי כי הוא עלול למנוע או להפחית את התחרות, וככזה הוא כלול בהגדרת הסדר כובל על פי סעיף 2(א) לחוק.

אציין במאמר מוסגר כי לא ראיתי צורך להיכנס לפירוט הניתוח העובדתי של טענות הצדדים בהתייחס לשאלה באיזו מידה השפיעה התנתקותו של עמוס מפז ומרכישת מוצריה על נכונותו להוזיל את מחירם לצרכן של דלקים שמכר לציבור. בענין זה הובאו נתונים שונים והושמעו עדויות שהיו לפחות בחלקם מגמתיים. מכל מקום, הבחינה הפרטנית של שאלות עובדתיות אלה אינה נראית לי חשובה ונחוצה שכן הפרקטיקה הספציפית של עמוס בפרק הזמן הרלבנטי למשפט אינה מכריעה את גורל הסוגיה. מה שמכריע הוא השאלה האם הסדר הבלעדיות ככזה טומן בחובו גרעין פוטנציאלי של פגיעה בתחרות. על כך יש להשיב בחיוב, והתשובה נסמכת על ראייה כוללת של פעילות השוק ומנגנוניו, ואינה מותנית בהתנהגות קונקרטית של פרט כלשהו בנקודת זמן מסוימת. ראייה כוללת זו מביאה למסקנה כי הסדר הבלעדיות אכן עלול לפגוע בתחרות, והיא נתמכת במסקנות המקצועיות, פרי מחקר נרחב ומעמיק של הממונה על ההגבלים העסקיים ובית הדין להגבלים עסקיים.

### **משך תקופת הבלעדיות**

30. מעבר לנדרש ראוי להוסיף: משך תקופת הבלעדיות אינו מרכיב פורמלי בבחינת אופיה של הגבלה כהסדר כובל. חשיבותו העיקרית עשויה להיבחן בהקשר לשיקול הדעת המופעל במתן פטור או אישור להסדר כובל לתקופה נתונה. הגבלת הסדר בלעדיות לתקופה סבירה עשויה להוות נהג כלכלי שניתן להצדיקו כאשר מכלול התנאים באיזונם הראוי תומכים בכך. מקום שהסדר בלעדיות נועד לאפשר מיזם משותף בין ספק

הדלק לבין מפעיל התחנה ומאפשר אספקת מוצרים סדירה לציבור במשך פרק זמן סביר עד להחזר השקעתו של הספק הוא עשוי לזכות בהכרת הרשות המוסמכת בכפוף לבדיקת סבירות משך תקופת הבלעדיות על רקע מכלול האינטרסים הפועלים בענין. ככל שמשך תקופת הבלעדיות ארוך מעבר לסביר, כך הפגיעה בתחרות מעצימה. מהודעת הממונה עולה כי באנגליה במקרים דומים מקובלת תקופת בלעדיות מירבית של חמש שנים; בארה"ב מותרות תקופות בלעדיות קצרות - טווח על פי נסיבות מיוחדות לכל ענף, ובקהילה האירופית נקבעה תקופה ארוכה יותר בכפוף לתנאים שונים המקובלים במדינות החברות.

בישראל בפרשת חב' "דלק", (שם), לאחר שנסקרו כל ההיבטים המשפטיים והכלכליים של הענין, הגיע בית הדין למסקנה כי יש להעמיד את תקופת הבלעדיות המאושרת לגבי תחנות תדלוק קיימות על 3 שנים. לגבי תחנות חדשות - תקופת הבלעדיות המאושרת הועמדה על 6 שנים. קביעה זו הוכפפה להתאמות אפשריות במקרים פרטניים. חשוב לציין כי קביעה זו התייחסה לתחנות שאינן "קנייניות" ובמובן זה עשויה להיות נקודת אבחנה מעניינת. בהליך שלפנינו מדובר בתחנה שבה לחברת הדלק "הסכם חכירה מקובל" ל-49 שנים עם אופציה ל-49 שנים נוספות. במערכת חוזית שבה יש לחברה זכויות קנייניות והושקעו על ידה כספים בהקמת התחנה, עשויה להידרש תקופת בלעדיות מסוימת לצורך החזר השקעות והבטחת ריווחיות לפרק זמן סביר. תקופת בלעדיות כזו עשויה להיות ארוכה יותר מזו הראויה בתחנות שאינן "קנייניות". אולם גם כך, הסדר הבלעדיות שעוגן במערכת החוזית בענייננו המשתרע לתקופה של 50 שנה בקירוב עם אפשרות הארכה לתקופה נוספת דומה הינו מעבר לכל מימד סביר וראוי. יש להוסיף כי שאלת היחס בין הסדרי הבלעדיות לבין הצורך להבטיח את החזר ההשקעות של החברה בהקמת התחנה נדונה בהרחבה בפרשת חב' דלק, ודעת בית הדין באותו ענין היתה כי אין לקשור בין אורך תקופת הבלעדיות הסבירה לבין ביצוע השקעות על ידי החברה, וכך נאמר שם: (פסקה 196):

"עמדתנו בנושא זה ... היא שהצורך להבטיח את החזר ההשקעה איננו השיקול העיקרי, גם לא שיקול חשוב, באישור תקופות הבלעדיות. עליו לסגת מפני שיקולי רווחה ויעילות כלכלית שאינם מצדיקים, לדעתנו, אישור תקופות בלעדיות העולות על התקופות שנקבעו לעיל. לפיכך אנו סבורים שהצורך להבטיח את החזר ההשקעה צריך וגם יכול שימצא את פתרונו בהסדרים חלופיים..." (הדגשה לא במקור)

המומחה כהן מטעם עמוס הביע עמדה לפיה זכותה של פז להחזר השקעתה בתחנה ניתנת למימוש בהסדר נאות בין הצדדים שלא על דרך הסדר בלעדיות חוזי. לגישתו, אין להתיר רווחי יתר גדולים לפז תוך ניצול זכות הבלעדיות ל-49 שנים אשר אינה מותרת למפעיל גמישות עסקית וזאת תוך הסבת נזק לציבור הצרכנים. הסדר הבלעדיות אינו מרכיב אינטגרלי וחיוני ביישומה של תכנית שיקום נכי צה"ל ובמובנים רבים הוא אף עומד בסתירה לתכנית זו שהציבה לה כיעד להבטיח את רווחתו ושיקומו

של נכה צה"ל, להכיר בצורך בהגנה על זכויות חברת הדלק, ובד בבד עם כך למנוע פגיעה בטובת הציבור ובערך חופש התחרות. הסדר הבלעדיות אינו נדרש להשגת מכלול התכליות האמורות והוא הוכנס להסדר החוזי על ידי פז לקידום עניינה שלה. משך תקופת הבלעדיות בהסכם פז – עמוס מחזק את המסקנה בדבר היות ההסדר בעל פוטנציאל של פגיעה ממשית ומתמשכת בחופש התחרות העסקית.

### חריגים להסדר הכובל

31. הסדר מגביל שמרכיביו עונים על הגדרות סעיף 2 לחוק עשוי עדיין שלא להיחשב הסדר כובל אם הוא מקיים את אחת החלופות האמורות בסעיף 3 לחוק.

זו לשון סעיף 3 לחוק:

#### "הסדרים שאינם הסדרים כובלים"

3. על אף האמור בסעיף 2, לא ייחשבו כהסדרים כובלים ההסדרים הבאים:

(1) הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין;

(2) הסדר שכל כבילותיו נוגעות לזכות השימוש באחד הנכסים הבאים: פטנט, מידגם, סימן מסחרי, זכות יוצרים, זכות מבצעים, או זכות מטפחים ובלבד שנתקיימו שניים אלה -

א. ההסדר הוא בין בעל נכס כאמור ובין מקבל זכות השימוש בו;  
ב. אם נכס כאמור טעון רישום על פי דין - שהוא נרשם.

(3) הסדר בין מי שמקנה זכות במקרקעין לבין מי שרוכש את הזכות שכל כבילותיו נוגעות לסוג הנכסים או השירותים שבהם יעסוק רוכש הזכות באותם מקרקעין.

(4) "...

פז טוענת כטענה חילופית כי הסדר הבלעדיות נכנס לגדר חלק מהחריגים המנויים בסעיף 3. נבחן טענה זו.

#### תחולת החריג שעניינו הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין

32. טוענת פז כי הסדר הבלעדיות עם עמוס, כמו גם עם נכי צה"ל אחרים, נכנס לגדר החריג המוציא הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין כאמור בסעיף 3(1) לחוק מגדר הגדרת הסדר כובל אסור. עיקרה של הטענה בנסיונה של פז למזוג אל תוך החריג האמור את דוקטרינת "מעשה מדינה" – "State Action" האמריקאית ולהחילה על הסדר השיקום של נכי צה"ל בהפעלת תחנות הדלק, כפי שגובש על ידי גורמי הממשלה הנוגעים

בדבר. פז סוקרת בסיכומיה את הפסיקה האמריקאית בסוגיה זו ומסיקה ממנה כי דיני ההגבלים העסקיים האמריקאיים מוציאים מגדר כבילה אסורה לא רק הסדר המפורש בדין אלא גם הסדרים שלטוניים אחרים שאינם נובעים מהוראת חוק מפורשת, ובלבד שהדבר עולה מטיב הענין ונסיבותיו. הרציונל לכך הוא כי עשויים להימצא אינטרסים חשובים הקשורים למעשי השלטון המקדמים את טובת הציבור אף שאינם מתיישבים עם חופש התחרות, אשר משקלם באיזון כולל עשוי לגבור ולהכריע במקרים מסוימים. בנסיבות אלה ניתנת הכרה לעדיפות המעשה השלטוני על פני ערך חופש התחרות. ההכרה בכך אינה מצטמצמת לפעילות גופים שלטוניים בלבד אלא התרחבה בארצות הברית גם לפעילות גופים שאינם נמנים על השלטון אך הפועלים ליישום מדיניות שלטונית ונתונים לפיקוח המדינה. גוף פרטי המבצע מדיניות ממשלתית מוצהרת ונתון לפיקוח המדינה לגבי אופן ביצוע המדיניות האמורה עשוי ליהנות מחסינות מפני תחולת דיני ההגבלים העסקיים בכל הקשור לפעילות זו. (ראה סיכומי טענות פז, עמ' 329 ואילך).

פז מבקשת להחיל תיאוריה זו על הסדר השיקום של נכי צה"ל בתחנות התידלוק. לטענתה, הסדר זה מקיים את התנאי החריג האמור שבסעיף 3(1) לחוק. שהרי פז כגוף פרטי מבצעת מדיניות ממשלתית של שיקום נכים שביסודה תכלית חברתית-ערכית לשלב נכי צה"ל בתחום עיסוק קונסטרוקטיבי. שנית, היא טוענת כי אופן יישום המדיניות הממשלתית האמורה נעשה במעורבות עמוקה של המדינה ומתבטא, בין היתר, בהקצאת קרקע מדינה בלא מכרז לנכה בהמלצת אגף השיקום ועל פי הנחיותיו. כמו כן, אגף השיקום מעורב לאורך הדרך באכיפה, ביישום ובפיקוח על ביצוע מדיניות השיקום האמורה. מכל הבחינות הללו משמשת חברת הדלק גוף פרטי המבצע מדיניות ממשלתית וכפופה לפיקוח ממשלתי. לאור זאת, נטען, כי יש לפרש את החריג שבסעיף 3(1) לחוק על דרך ההרחבה ולכלול בו גם סיטואציה מסוג זו שאנו עוסקים בה כאן, ובכל מקרה נתונה לבית המשפט סמכות טבועה לאמץ את דוקטרינת "מעשה מדינה" במסגרת כוחו בפיתוח המשפט.

33. נתתי דעתי לטענה זו ונראה לי כי אין לקבלה. שאלת הוצאתו של הסדר כובל בין גופים פרטיים המיישם מדיניות ממשלתית מגדר איסורי חוק ההגבלים העסקיים היא, אכן, שאלה נכבדה ויש לה פנים הרבה. עיקרה נעוץ במציאת איזונים ראויים בין הצורך לקדם מדיניות ממשלתית בנושא בעל חשיבות ציבורית העשוי להצדיק, לעיתים, מתן לגיטימציה להסדר הפוגע בתחרות החפשית, לבין קיום אינטרס ציבורי במתן הגנה אפקטיבית על התחרות החפשית על דרך איסורם של הסדרים כובלים. מערכת איזונים זו נשקלה בחקיקה המקומית וזכתה להסדר חקיקתי כולל אשר הוציא במפורש מגדר "הסדר כובל" את אותם הסדרים שכל כבילותיהם נקבעו על פי דין. בקביעה זו נכללת דרישה מפורשת כי החריג לכלל האוסר הסדר כובל יחול רק על הסדרים שעוגנו בהוראה מפורשת של הדין. בהיותם סטייה מהכלל הרחב, מתפרשים תנאי החריג בצמצום, ומתבקש, על כן, כי הסדרים הבאים ליישם מדיניות ממשלתית בלא שיש להם עיגון בדין לא יכנסו לגידרו של החריג. "דין" בהקשר זה מכוון ל"חוק" ו"לתקנות" כאמור בהגדרת המושג "דין" בחוק הפרשנות, תשמ"א-1981.

המסגרת הצרה להחלת החריג האמור מתבקשת לא רק מנוסח הכתוב אלא גם מהתכליות העומדות מאחוריו. החוק מניח כנקודת מוצא כי הסדר כובל הוא ביסודו בלתי חוקי ואין להכשירו דרך כלל. מקום שמבקשים להכשיר הסדר כובל בשל החשיבות הציבורית הטמונה בו משקלו של אינטרס זה צריך להיות כה רב עד כי יכריע ויגבר על הערך הטמון באיסור הפגיעה בתחרות. לא כל מדיניות ממשלתית – ותהא חשובה ככל שתהא – ראויה היא להצדיק דחיקת רגלו של אינטרס התחרות החפשית. לפיכך נקבע כי מדיניות ממשלתית המבקשת לגבור על איסור ההסדר הכובל חייבת להיכלל על כל כבילותיה בגדר מעשה חיקוק מפורש. רק אז תזכה היא לחסינות מפני איסורי ההגבלים העסקיים. (השווה ערר 7/95 "בזק" נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזיים לב(1) 66, פסקה 17). על הצורך בפירוש דווקני של מערכת החריגים שבסעיף 3 לחוק, ועל דרישת העיגון המפורש של הכבילה בדין לצורך החרגתה מגדר איסורי חוק ההגבלים העסקיים, ראה גם יגור, שם, עמ' 311. בענייננו, לא עוגנה בדין מדיניות שיקום נכי צה"ל, שעמדה ביסוד המערכת החוזית. ממילא, לא חל כאן החריג האמור בסעיף 3(1) לחוק.

#### חריג בגין שימוש בסימני מסחר

34. טוענת פז כי עניינה נכנס לגדר החריג האמור בסעיף 3(2) לחוק, המוציא מגדרו הסדר שכל כבילותיו נוגעות לזכות השימוש בסימן מסחרי, ובלבד שנתקיימו שני אלה: ההסדר הוא בין בעל נכס כאמור לבין מקבל זכות השימוש בו, ובמידה והנכס טעון רישום על פי דין, הוא אכן נרשם. טענת פז היא כי היא הינה בעלת סימן מסחרי רשום המופיע במותגה בכל תחנות התדלוק הנמנות על הרשת שלה, ובכלל זה בתחנת עמוס. הסימן המסחרי משקף את המוניטין ממנו היא נהנית - מוניטין שיש לו ערך כלכלי ניכר, והיא זכאית להגנה על מוניטין זה. הסדר הבלעדיות שעניינו איסור על מפעיל התחנה לשווק דלק שמקורו בחברות אחרות נועד להגן על שמה הטוב של פז ועל הסימן המסחרי שלה, המגלם את המוניטין שבידיה. ההגנה על הסימן המסחרי בהקשר זה נחזתה בעיני המחוקק כבעלת משקל הגובר על ערך ההגנה על התחרות החפשית, ולפיכך מוצא הסדר הבלעדיות במסגרת חריג זה מגדרו של חוק ההגבלים העסקיים.

טענת פז אינה נראית לי. סעיף 3(2) לחוק פוטר הסדרים הנוגעים לסימני מסחר שכל כבילותיהם נוגעות לזכות השימוש בהם. הרעיון הטמון בפטור זה קשור בהעדפת האינטרס הציבורי הכרוך בעצם הזכות להשתמש בסימן המסחרי כמאפיין של קניין רוחני על פני הגנת חופש התחרות העסקית. זאת, כדי שלא לפגוע בתמריץ הראוי להשקעה במחקר ופיתוח (יגור, שם, עמ' 312-313). הפטור מתייחס לכבילה שמושאה הוא

השימוש בסימן המסחרי ולא הסחר במוצרים מתחרים. כך, אם חברת דלק שהשקיעה במימון תחנת דלק מבקשת להשתמש בסימן המסחרי שלה ולהציבו בתחנה, ניתנת לה הגנת החוק לעשות כן גם אם הדבר עלול לפגוע בתחרות עם חברות אחרות. חרף פגיעה כאמור, מכשיר החוק פרקטיקה כזו בייחסו משקל מוגבר לאינטרס הקנין הרוחני על פני אינטרס התחרות החופשית. אולם מכאן אין להסיק כי זכות השימוש בסימן המסחרי בדרך זו תכשיר גם הסדר בלעדיות האוסר מכירת מוצרים מתחרים בתחנה. האיסור על מכירת מוצרים של מתחרים אינו נוגע לזכות השימוש בסימן המסחרי אשר הוא, ורק הוא, מוגן כאמור (השווה ע"א 18/75 ליברמן נ' צייטלצווייג, פד"י כט(2) 513, 517, וכן הודעת הממונה המקורית בעמ' 18, פסקה 4). בענייננו, מוקד המחלוקת לא נסב על זכות פז להשתמש בסימן המסחרי שלה בתחנת עמוס – זכות שאינה שנויה במחלוקת. פז מבקשת לתת לגיטימציה להסדר בלעדיות ברכישת מוצריה אשר נועד להבטיח את החזר השקעותיה ורמת רווחיה מתחנה שהוקמה ומומנה על ידה, ודבר אין לכך עם שימוש בסימנה המסחרי. דרך הקישור בין ההגנה על השימוש במוטגה של פז כסימן מסחרי לבין הסדר הבלעדיות לגבי מוצריה הינה מלאכותית ביותר. בידיה של פז, כבעלת מותג התחנה, לשקוד ביחסיה החוזיים עם המפעיל על כך שהשירות שינתן לציבור יהיה טוב ויעיל ולהגן בכך על המוניטין שלה. דבר אין לכך עם הזכות הנטענת להשתמש במוטג כעילה לפגוע בתחרות על דרך הגבלת מפעיל התחנה במכירת מוצרים מתחרים. הסדר הבלעדיות אינו נכנס בגדר חריג זה.

### חריג בגין כבילות הנוגעות למקרקעין

35. סעיף 3(3) לחוק מוציא מגדר האיסור על הסדרים כובלים הסדר "בין מי שמקנה זכות במקרקעין לבין מי שרוכש את הזכות שכל כבילותיו נוגעות לסוג הנכסים או השירותים בהם יעסוק רוכש הזכות באותם מקרקעין".

טוענת פז כי הסדר הבלעדיות נכנס לגדרו של חריג זה. על פי הטענה, ההגנה הניתנת בהוראה זו מקורה בזכות הקנין במקרקעין המעניקה לבעליה שליטה מוחלטת בנכס - שליטה אותה אין הוא חייב לחלק עם אחר. והיה, אם ירצה לחלוק את זכותו עם אחר הוא יוכל לעשות זאת תוך הכתבת תנאים לשימוש; תנאים אלה כשרים הם גם אם יש בהם כדי לפגוע בתחרות, וזאת על שום המשקל הרב שנותן המשפט לזכות הקנין. לענין זה מובאים דברי בית המשפט בפרשת ע"א 33/71 שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ, פד"י כה(1) עמ' 824, 831:

"בעל מקרקעין הינו בן חורין שלא לתת את הזכיון בכלל, ואם הוא נותנו בכפוף לתנאים אין הוא נוטל דבר ממקבל הזכיון שהיה בידיו של הלה קודם לכן. אין הוא מגביל את חופש העיסוק של בעל הזכיון אלא הוא מעניק לו זכות חדשה, ואין דבר בחוק המונע התנאות תנאים למתן הזכות הזאת. לשון אחרת, במקרה כזה, התנאי הוא מעצם מהותו של הזכיון, לאמור: אני מרשה לך לעשות במקרקעין שלי כך ולא אחרת."

"בעל עסק הרשאי להגביל את חופש הפעולה של לקוחותיו והוא מגבילו תוך שימוש מקובל בזכותו כבעל מקרקעין אין לומר עליו שהוא מגביל את חופש העיסוק שלו עצמו בהסדר כובל כאשר הוא מעניק זכיון לצד שלישי כדי שהלה יעשה בתוך המקרקעין אותה פעולה בתנאים שעליהם הוסכם בין בעל העסק ובין בעל הזיכיון, תנאים שלכאורה גם הם אינם חורגים מגדר המקובל בשוק החפשי. בנסיבות אלה אין קשר סיבתי בין האיסור המוטל על הלקוחות לבין מתן הזיכיון."

גישה אחרת, כך נאמר על ידי בית המשפט באותו ענין, היתה הופכת את מרבית הזיכיונות לשימוש במקרקעין לחסרי תוקף ואת המתקשרים בהם לעוברי עבירות פליליות (שם, עמ' 832). (ראה גם דברי הסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (הצ"ח 1647, תשמ"ד, עמ' 39, בעמ' 44, סק(ב)).

טוענת פז כי יש לראותה, למעשה, כבעלת זכויות הקנין במקרקעי התחנה ואת עמוס כמי שמחזיק בזכויות במקרקעין מכוחה. מכאן, שהפטור האמור בסעיף 3(3) לחוק חל על הסדר הבלעדיות בין הצדדים ומוציא אותו מגדר כבילה אסורה. לתמיכה בטענתה מצביעה פז על כך כי עמוס, אף שרכש חכירה ראשית במקרקעי התחנה, התחייב בהסכם המסגרת להחכיר לה את הנכס בחכירת משנה לתקופה זהה לתקופת החכירה הראשית (סעיפים 2 ו-3 להסכם). על פי סעיף 25(ו) לחוזה החכירה הראשי, ביטול זכויות החוכר הראשי אינו גורר בהכרח ביטול זכויות חכירת המישנה של החברה וניתן להעניק זכויות חכירה ראשית לחוכר ראשי אחר ומכח סעיף 4 לחוזה חכירת המשנה אם תודיע פז על רצונה להאריך את תקופת חכירת המשנה, חייב עמוס לפעול להארכה כזו ואז החכירה הראשית והחכירה המימשנית יוארכו בהתאם. עמוס מוסר לפז חזקה מלאה ובלעדית בקרקע למשך תקופת החכירה, (סעיף 6(א) להסכם המסגרת), ומוקנה לה שיקול דעת בענין הקמת מבנים או הריסתם במקרקעי התחנה לצורך ביצוע מטרות החכירה (סעיף 5 להסכם חכירת המשנה) וכן מוקנה לה שיקול דעת בענין הקמת שירותים נילוויים בתחנה (סעיף 12 להסכם המסגרת). החברה מרשה למפעיל להשתמש ב"אורח זמני" בקרקע ובמבנים של תחנת הדלק בעוד החברה נחשבת כבעלת החזקה הבלעדית (סעיף 18 להסכם הקמעונאי). העברת זכויות החכירה הראשית על ידי עמוס לאדם אחר טעונה הסכמת פז (סעיף 10 להסכם חכירת המשנה וסעיף 26 להסכם הקמעונאי) אולם פז מצדה אינה כפופה להסכמת עמוס בהעברת זכויותיה לאחר (סעיף 28 להסכם הקמעונאי). פז התחייבה לשאת בתשלום דמי חכירת המימשנה ישירות למינהל (סעיף 13 להסכם חכירת המימשנה) וכן היא נושאת בתשלום המיסים עבור הקרקע. פז נשענת, אפוא, על זכויותיה המפליגות בנכס המקרקעין של התחנה מכח המערכת החוזית כדי להסיק מכך כי לאמיתו של דבר, עמוס מחזיק מכוחה בזכויותיו בתחנה ולכן יש לראותה כמי שהקנתה לו זכות במקרקעין וכפפה הקנייה זו להסדר בלעדיות הנוגע לסוג הנכסים בהם יעסוק



רוכש הזכות. מכאן שחל על הסדר זה החריג העוסק בכבילות הנוגעות למקרקעין, המוציאו מגדר האיסור על הסדרים כובלים.

36. לא אוכל לקבל קו טיעון זה. עיקרו של חריג זה במתן הכרה ומשקל מכריע לזכות הקנין של בעל מקרקעין על פני אינטרס הציבור בחופש התחרות העסקי. הרעיון הטמון בו מכוון לכך כי זכות הקנין נותנת בידי בעליה חופש לפעול בנכסיו כרצונו, בכפוף למגבלות החוק. במסגרת חופש זה פתוחה הדרך בפניו להקנות לאחר זכויות משניות בנכס ולהקנייה כזו עשויות להתלוות תניות מתניות שונות המוצבות על ידי מקנה הזכות. החריג בסעיף 3(3) לחוק מכיר בזכותו של בעל הקנין להתנות מתן זכויות לאחר בקניינו בכך שיקיים תנאים מסוימים הנוגעים לסוג הנכסים או השירותים בהם יעסוק באותם מקרקעין. זאת, אף אם יש בהסדר כזה משום כבילה שאחרת היתה אסורה. בכך ניתן ביטוי להעדפת החוק את זכות הקנין, על מאפייניה השונים, על פני אינטרס הציבור בהגנה על חופש התחרות.

דוגמא אפשרית לתחולת הפטור היא מקרה שבו בעל זכות קנין בנכס מסחרי מבקש להשכיר יחידות שונות שבו, תוך התניית השכירות בקיום הגבלות שונות שתמנענה כפילות בסוגי העסקים המתנהלים באותו מרכז מסחרי. במקרה כזה הפטור יכשיר הגבלות כאלה גם מקום שהן פוגעות בתחרות החפשית וזאת כדי לקיים את ההגנה שהחוק ביקש לתת לזכות הקנין של בעל הנכס. דוגמא דומה מובאת בהצעת החוק (שם, עמ' 44) בזו הלשון:

"הפטור המוצע יביא למשל לכך שהסכמם בין חברות בנייה לבעלי עסקים שלפיהם נמסרים בתי עסק במרכזים מסחריים המכילים הגבלה על מכירת בית עסק באותו מרכז לבעל עסק דומה – הסכמים שהם נהוגים ומקובלים – לא ייחשבו כהסדרים כובלים".

מעבר לשיקול בדבר הגנה מכרעת לזכות הקנין, ביקש הפטור האמור להוציא מגדר הסדר כובל אסור הסכמי מקרקעין נקודתיים, אשר לרוב אינם משפיעים באופן משמעותי על התחרות (השווה למשל כללים שהוצאו על ידי משרד התעשייה והמסחר הבריטי: *Competition Act 1998 (Land and Vertical Agreements Exclusion)*, SI 2000, No.310 והקווים המנחים להפעלתם: *Competition Act 1998, Land* (Sec. 1.5, 420 Agreements, OFT)).

המערכת החוזית בענייננו יצרה הסדר משפטי מורכב ובלתי שגרתי שלו שותפים גורמים שונים. הסדר זה יצר מערכת זכויות וחובות חוזיות שתכליתן מצד אחד להקנות למפעיל התחנה זכויות הפעלה במסגרת הסדר שיקום, ומצד שני להבטיח את זכויותיה הכלכליות והעסקיות של חברת הדלק שאיפשרה את מימוש ההסדר על דרך מימונה את הקמת התחנה ואחזקתה. עם זאת, אין בתשתית זו כדי להפוך את תמונת הזכויות המשפטיות הנובעות מהמערכת החוזית על פיה. נקודת המוצא במערכת זו היא כי

מקרקעי התחנה הם בבעלות המדינה; עמוס הוא חוכר ראשי של קרקע המינהל, והקניית החכירה הראשית לו אפשרה את הקצאת קרקע המדינה ללא מכרז במסגרת הסדר שיקום, דבר שלא ניתן היה לעשות אילו הוקצתה הקרקע לחברת הדלק בחכירה ראשית. משכך, ברי כי עמוס רוכש את זכותו למקרקעין מכוחו של המינהל ולא מכוחה של פז. המינהל הוא הגורם שמכוחו מוקנות זכויות המקרקעין לעמוס, ומכוחו של המינהל, ובאמצעות חוזה עם עמוס, רוכשת גם פז זכויות בקרקע. פז אכן זכתה בהגנות חוזיות שונות להבטחת זכויותיה הכספיות עקב השקעותיה בתחנה וביניהן גם זכויות שונות לגבי המקרקעין של התחנה. אולם תשלובת זו של חובות וזכויות הדדיות עדיין אינה הופכת את היוצרות באופן שניתן להשקיף על פז כבעלת הקנין הראשי ועל עמוס כמי שרכש את זכויותיו במקרקעין מכוחה, ולהסיק מכך באורח מלאכותי כי היא רשאית ליצור עמו הסדר כובל אשר יזכה לפטור על פי החוק כדרך שרשאי בעל זכות קנין ראשית לעשות כלפי מי שרוכש מכוחו זכות משנית בקרקע. לסוגיה זו התייחס גם פרופ' י. זמיר בדין וחשבון בענין הרפורמה במשק הדלק, שם, בעמ' 77:

"אכן, הטענה כי הקמעונאי זוכה לראשונה בזכות כניסה לתחנה מכח ההסכם הקמעונאי נשמעת, לדעתי, מלאכותית באותם מקרים בהם הקמעונאי הוא הבעלים או החוכר הראשי של המקרקעין. בנסיבות כאלה קימת מלאכותיות גם בטענה שחל כאן סעיף 3(3) לחוק הגבלים העיסוקיים כיוון שחברת הנפט "מקנה זכות במקרקעין" למפעיל התחנה, כאשר המפעיל הינו הבעלים או החוכר הראשי, ובמקור הוא שהיקנה זכות במקרקעין לחברת הנפט. נסיבות אלה יוצרות אבחנה מהותית בין מערכת היחסים של חברת הנפט עם תחנת התדלוק מצד אחד, לבין מערכת היחסים של אולם שמחות עם צלם, שנדונה בע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ..."

יוצא, אפוא, כי מקור זכויות הקנין במקרקעי התחנה בענייננו היה ונותר המינהל, ועמוס רכש את זכויותיו בקרקע מכח חוזה חכירה ראשית עמו. פז רכשה את זכויותיה בקרקע מכח חוזה חכירת המשנה עם עמוס ואין אף במעמדה האיתן מכח חוזה זה כדי לשנות את המבנה המשפטי הבסיסי העולה במפורש מהמערכת החוזית האמורה.

מעבר לכך, אין מדובר כאן בהסדר נקודתי אחד המעגן חובת בלעדיות ברכישת מוצרי דלק של החברה המחזיקה בתחנת הדלק בלבד. הסכמי בלעדיות כאלה אפיינו את שוק הדלק כולו עד לתחילת תהליך ההשתחררות, אך גם כיום עדיין כבולות תחנות רבות להסדרי בלעדיות דומים. מדובר, על כן, בתופעה כלל ארצית, שיש לה השלכה נרחבת על שוק הדלק כולו ואין מדובר בעוד הסכם מקרקעין אשר ניתן לראות את השפעתו על התחרות כעניין זניח.

יתר על כן, הסדר הבלעדיות החוזי בענייננו אינו מדבר בכבילות הנוגעות לסוג הנכסים בהם יעסוק רוכש הזכות כנדרש על פי תנאי הפטור. הכבילה מדברת בחובת עמוס לרכוש מוצרי נפט של פז בלבד, להבדיל מאלה של חברות מתחרות. המדובר, על כן,

בכבילה הנוגעת לשיוכם של הנכסים לגורם פלוני או אלמוני ולא לסוג הנכסים בהם יעסוק המפעיל. מכאן, שגם מטעם זה אין החריג הדין בכבילות בקשר למקרקעין חל על ענייננו.

### **"פטור-סוג" להסכמי רכישה בלעדית**

37. להשלמת הדברים יצוין, כי ביום 26.3.01 פרסם הממונה מכח סמכותו על פי סעיף 15א לחוק ההגבלים העסקיים את כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית) התשס"א – 2001. הכללים מפרטים סוגי הסכמי רכישה בלעדית הפטורים מקבלת אישור בית הדין להגבלים עסקיים. כללים אלה כוללים סייגים לתחולת הפטור, שעליהם נמנה, בין היתר, הסייג כי "עיקרו של ההסכם לרכישה בלעדית בהפחתת התחרות או במניעתה" (ס' 3(6) לכללים). על פניו, נראה כי הסדר הבלעדיות בענייננו נכנס לגדר הסייג האמור לתחולת הפטור ומכאן שאין הפטור חל עליו.

במאמר מוסגר יצוין כי עשוי להיות שחל על ענייננו גם הסייג לפטור האמור בס' 3(ב) לכללים, המדבר במצב בו "חלקו של צד להסכם לרכישה בלעדית בשוק המוצר הוא 30% או יותר מייצור המוצר או מאספקתו". על פי הנתון המופיע בדין וחשבון בנושא "הרפורמה במשק הדלק: תחנות תדלוק" מאת פרופ' י. זמיר, נתח שוק הדלק המוחזק בידי פז ביחס לחברות האחרות עומד על 45% (שם, עמ' 4). הדין וחשבון נערך ב- 1991 ולא הוצג בפני נתון עדכני בעניין זה, אולם אם הנתון בדו"ח עודנו תקף, כי אז הדבר מהווה סייג נוסף לתחולת הפטור, כאמור.

### **הסדר כובל – סוף דבר**

38. מניתוח הדברים, אין מנוס מן המסקנה כי הסדר הבלעדיות בהסכם הקמעונאי בין פז לעמוס מהווה הסדר כובל אסור על פי חוק ההגבלים העסקיים, ואין הוא נכנס לאף אחד מן החריגים האמורים בסעיף 3 לחוק. כפי שהוטעם לעיל, העובדה כי פז מחזיקה בזכויות חכירת משנה במקרקעי התחנה אינה מוציאה את ההסדר ממסגרת איסורי חוק ההגבלים העסקיים ומסיווגו כהסדר בטל בהיותו מנוגד לחוק. יחד עם זאת, בהינתן הסדר הבלעדיות כהסדר כובל, עשויה להיות משמעות וחשיבות ל"קנייניות" התחנה, מקום שיובא הסדר בלעדיות כזה או אחר בין חברת דלק למפעיל תחנה לאישור בית הדין להגבלים עסקיים. עשוי להיות כי הסדר כובל המותנה בתנאים כאלה או אחרים עשוי לזכות באישור, בין היתר, בהתחשב במערכת הזכויות הקנייניות של הצדדים המעורבים ובשים לב לטיבו המיוחד של הסדר השיקום העומד ביסודו. אולם תחום התייחסות זה עומד מחוץ לגדר הדיון כאן - דיון העוסק בתקפותו המשפטית של הסדר הבלעדיות ככזה, במסגרת אמות המידה שנקבעו בחוק ההגבלים העסקיים.

### **תנאי מקפח בחוזים אחידים**

39. טענת הגנה נוספת המועלית על ידי עמוס היא כי המערכת ההסכמית, ובתוכה ההסכם הקמעונאי, הינה בגדר חוזה אחיד שכלולים בו תנאים מקפחים. הוא מצביע בסיכומיו (עמ' 299 ואילך) על שורה של הוראות בהסכם הקמעונאי אשר, לטענתו, הינן בגדר תנאים מקפחים במובן חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 שיש מקום לבטלם. בסופו של דבר, הוא מתמקד בתנאי האמור בסעיף 5 להסכם הקמעונאי הנותן בידי החברה כח לקבוע את מחירי הדלק לתחנה ולשנותם מעת לעת על פי שיקול דעתה. טענתו היא כי מדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד שיש לבטלו. זו לשון סעיף 5:

"...עם כל מסירה של מוצרי הנפט, תחייב החברה את הקמעונאי במחירים כפי שייקבע על ידה מזמן לזמן לגבי שיווק קמעונאי של מוצרי הנפט, ותנכה הימנו את עמלת הקמעונאי בהתאם לקבוע בסעיף 8 של הסכם זה. החברה רשאית לשנות מזמן לזמן, לפי שיקול דעתה את אופן החיוב במחירי מוצרי הנפט, בין לאור שנוי כלשהו או פעולת הפיקוח על ידי רשות מוסמכת על שיווק מוצרי נפט, או מכל סיבה אחרת."

עמוס טוען כי הכח שניתן לחברה לקבוע מחירים באופן חד צדדי מהווה קיפוח אסור בחוזה אחיד ובהעדר מנגנון עידכון אובייקטיבי בחוזה קיימת סכנה לניצול לרעה של הכח האמור, זאת, גם אם בפועל המחירים שהונהגו עד כה על ידי החברה הם הוגנים וסבירים.

טענת עמוס מצריכה התייחסות בשני מישורים: האחד – האם מדובר אכן במערכת חוזית המהווה "חוזה אחיד"? השני – אם מדובר בחוזה אחיד, האם יש בו תנאים מקפחים שיש מקום לבטלם או לשנותם.

40. בטרם דיון בגופה של הטענה אבקש להעיר שתי הערות אלה:

#### אמות המידה לבחינה משפטית של המערכת החוזית – דין ההגבלים העסקיים לעומת דין החוזים האחידים

(1) חשוב להבהיר את היחס ההדדי בין מישור ההגבלים העסקיים למישור החוזים האחידים בבחינת המערכת ההסכמית האמורה. בחינת ההסכמים בראי ההגבלים העסקיים מעמידה את השאלה האם כלולים בהם תנאים הפוגעים באינטרס הציבור לחופש תחרות. פגיעה כזו עשויה להתרחש ולהוות הסדר כובל גם מקום שאין היא פוגעת בהכרח באחד הצדדים, ועלולה להתרחש גם מקום שהתנאים הכובלים עשויים להיטיב עם שני הצדדים להסכם. מוקד הבחינה בהקשר זה הוא גורם התחרות והשפעתו על האינטרס הציבורי הכללי. כנגד זאת, ניתוח ההסדר החוזי על רקע דיני החוזים האחידים שם לו למטרה לבדוק האם צד לחוזה אחיד קופח עקב עמדת חולשה שלו כלפי הצד האחר לחוזה, המכתיב באורח חד-צדדי תנאים שהם במהותם מקפחים את הצד האחר או מעניקים יתרון בלתי הוגן לצד הראשון על דרך קיפוח האחר. מוקד

הדיון בהקשר זה הוא היחס בין הצדדים לחוזה בינם לבין עצמם. שני הנתיבים הללו לבחינת ההסדר החוזי שונים זה מזה בנקודת המוצא ולפיכך אינם מוציאים זה את זה, ובבחינה מקבילה כזו אין משום חפיפה או שניות מיותרת. מכאן שאפשר, אך אין הכרח, כי מערכת חוזית שנמצא בה הסדר כובל תיחשב גם חוזה אחיד הכולל הוראות מקפחות ביחסים שבין הצדדים הישירים להסכם.

### הודעה ליועץ המשפטי לממשלה

(2) על פי סעיף 20 לחוק החוזים האחידים, משנטענה בבית המשפט טענת תנאי מקפח בחוזה אחיד, "יודיע בית המשפט על כך ליועץ המשפטי לממשלה". בענייננו, נטענה טענת תנאי מקפח בחוזה אחיד אולם למרבית הצער לא נמסרה הודעה על כך ליועץ המשפטי לממשלה כפי שראוי היה לעשות. עם זאת, מחדל זה אינו פוגם בתקפות ההליך השיפוטי וביכולת ובצורך לבחון את הטענות הנוגעות לתחום החוזה האחיד, לגופן.

### סיווג ההסכם הקמעונאי כ"חוזה אחיד"

41. חוק החוזים האחידים מגדיר "חוזה אחיד" -

כ"נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם נקבעו מראש בידי צד אחד, כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם".

חוזה אחיד מתאפיין בכך שהוא מהווה תכתיב של צד אחד בהיותו הצד החזק בעיסקה, מול חוסר יכולתו של הצד האחר להשפיע על תנאי ההתקשרות החוזית (שלו, דיני חוזים, מהד' 2, עמ' 606). מדובר בחוזה המוכתב בידי צד אחד, המציע אותו למתקשרים בלא שמוצעת להם האפשרות לנהל משא ומתן על תנאיו ולשנותם. ללקוח עומדת ברירה לקבל את ההצעה כמות שהיא או לדחותה. מרכיב זה של חוסר ברירה בבחינת "לקבל הכל או לוותר על הכל" הינו ממאפייניו העיקריים של החוזה האחיד. (ע"א 825/88 ארגון שחקני כדורגל בישראל, נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל, פד"י מה(5) 89, 110; לוטסהויז, שפניץ, חוזים אחידים, עמ' 23).

חוק החוזים האחידים אינו מתפרש על חוזים שהם תוצאה של משא ומתן בין הצדדים, או מי מטעמם. מקום שהיתה ללקוח השפעה על עיצוב תנאי ההתקשרות נשלל תנאי מהותי בהגדרת "חוזה אחיד". אם בגוף המנסח את תנאי החוזה היה ייצוג ענייני אמיתי גם לציבור הלקוחות וללקוח המסוים, כי אז אין מדובר בחוזה אחיד שתנאיו

נקבעו על ידי צד אחד (ראה אריאל בן נון, **חוק החוזים האחידים** התשמ"ג-1982, עמ' 13 ופרשת ת"א 8/97 בענין פדל, שם, עמ' 45). אומר בן נון, שם, בעמ' 13 :

"אין צורך שהספק המציע ינסח את תנאי החוזה בעצמו, אישית, ובלבד שהגוף המנסח מצדד ותומך בענייניו תמיכה חד-צדדית. לעומת זאת, אם בגוף המנסח היה ייצוג גם ללקוחות ולעניינם הובטחה התחשבות הולמת, אין לדבר על תנאים שנקבעו על ידי צד אחד; החוזים שתוכנס נערך בנסיבות כאלה אינם כפופים לבקורת על פי החוק."

(ראה גם **פרשת כספי** בת.א. 519/93, שם, עמ' 18, 20).

42. בענייננו, המערכת ההסכמית ובתוכה ההסכם הקמעונאי, אינה עונה להגדרת "חוזה אחיד" משתי הבחינות הבאות :

**ראשית**, בגיבוש העקרונות שעמדו בבסיס המערכת החוזית בין חברת הדלק למפעיל לקחו חלק גורמים ציבוריים שונים אשר מעורבותם נועדה לקדם הסדר שיקום לרווחתם של נכי צה"ל. ממילא, עניינו של ציבור הנכים זכה לייצוג מלא בתהליך גיבוש העקרונות והתנאים של ההתקשרות החוזית. **שנית**, בענייננו נוהל משא ומתן פרטני בין עמוס ובא כוחו לבין נציגי פז לגבי עניינים מסוימים הקשורים בהתקשרות החוזית. נעמוד על פרטי הדברים.

43. המערכת החוזית בענייננו נקשרה על בסיס דגם סטנדרטי של חוזים אשר הוכן בעקבות דו"ח ועדת צ'חנובר ואשר נעשה בו שימוש לאורך השנים לצורך התקשרות מפעילי התחנות עם חברות הדלק ועם מינהל מקרקעי ישראל. אין מדובר בהתקשרות חוזית בעלת אופי מסחרי רגיל הנוהגת בשוק דרך שגרה. מדובר בהתקשרות בעלת אופי מיוחד, על רקע מדיניות ממשלתית שנועדה לשקם את נכי צה"ל באמצעות הכוונתם להפעלת תחנות דלק. הסטנדרטיזציה בתשתית החוזית האמורה, עליה המליצה ועדת צ'חנובר, נועדה ליצור מצב שוויוני וטיפול אחיד בכל מועמדי אגף השיקום להפעלת תחנות דלק ולמניעת אפליה בין מפעיל למפעיל. ואכן, הומלץ בדו"ח (פרק ד' עמ' 9) כי הסכמי החכירה והסכמי חכירת המשנה יהיו סטנדרטיים וייקבעו מראש בתיאום בין המינהל, אגף השיקום ונציגי חברות הדלק. קביעה זו נועדה הן כדי להבטיח טיפול אחיד בנושא והן כדי להביא ליישום ולביצוע מסקנות ועדה זו במלואן וכרוחן. גם לעניין הסכם ההפעלה הומלץ כי ייעשה הסכם "סטנדרטי" כדי להבטיח אחידות בזכויות הצדדים, והומלץ כי אגף השיקום ירכז את הטיפול בעריכת טיוטה זו (עמ' 10 סעיף 3 לדו"ח הועדה). בסעיף 4 (עמ' 10 לדו"ח) הוסף כי לא יורשה כל צד לקבוע תנאים מגבילים נוספים או להעמיד דרישות נוספות על אלו המפורטות בהסכמים האמורים אלא בהסכמת הנוגעים בדבר. ה"סטנדרטיזציה" עליה מדובר בדו"ח הועדה נועדה בעיקרה לא לצורך הכתבה ל"ללקוח" – הוא מפעיל התחנה – תנאים מסחריים הרצויים ל"ספק" – היא חברת הדלק – אלא כדי להבטיח שוויון והעדף אפלייה בין מפעילי התחנות שהם מושאי מדיניות השיקום האמורה. בגיבוש הסדר השיקום עצמו נטלו חלק

רשויות ציבוריות שונות המופקדות על נושא שיקום נכי צה"ל ובראשם משרד הבטחון ואגף השיקום, והמינהל נטל אף הוא חלק בהסדרים הנוגעים להקצאת המקרקעין. רשויות המינהל ואגף השיקום מעורבות אף ביישומם של ההסדר מכח הוראות חוזיות מפורשות. על רקע זה עולה בבירור כי עניינו של ציבור נכי צה"ל זכה לייצוג במסגרת גיבוש המערכת החוזית בין הצדדים ברוח המלצות ועדת צ'חנובר. לעניין זה אין מקום להבחין בין ייצוג הלקוח עצמו את עניינו בפני הצד השני, לבין ייצוג עניינו של הלקוח או של הציבור שהוא נמנה עליו על ידי מי שפועל מטעמו, ובלבד שקיימת חפיפה בין האינטרסים של שני גורמים אלה. על אחת כמה וכמה כך הוא מקום שזכויותיו של הלקוח נובעות מהסדר שהגורמים הפועלים לקידומו הם אלה שהיו שותפים ליצירתו ואשר אלמלא מעורבותם ספק אם זכויותיו על פי ההסדר היו מתגבשות. ברוח זו, אין מקום לאבחן בין ניהול משא ומתן לקביעת תנאי החוזה על ידי מפעיל התחנה עצמו או על ידי מי שמייצג את האינטרסים של הציבור עליו הוא נמנה, ובמקרה זה רשויות השיקום של משרד הבטחון ובמידה רבה גם מינהל מקרקעי ישראל. עקרונות ההסדר החוזי משקפים את מעורבות הגורמים הציבוריים בדאגה לרווחת נכי צה"ל. כך למשל הוסדר באמצעות המערכת החוזית כי מקרקעי התחנה יוקצו למפעיל בלא מכרז – הסדר החורג באופן ברור מהנוהג המחייב דרך כלל בהקצאות קרקעות מדינה. חריגה זו מוצדקת נוכח מגמת שיקום נכי צה"ל שעמדה ביסוד ההסדר החוזי. עוד נקבע בהסכם המסגרת כי זכותה של פז לבטל את ההסכם הקמעונאי מפאת הפרתו על ידי המפעיל מותנית במעורבות אגף השיקום וכפופה לאישורו לאחר ניהול בוררות בין הצדדים כאשר ראש אגף השיקום משמש בורר (סעיפים 9(ב) ו-9(ג)(1) להסכם המסגרת וסעיף 25(ב)(3) להסכם החכירה הראשי). הוראה זו גורעת מזכות פז על פי דין החוזים הכללי ונועדה להגן על נכה צה"ל. בחוזה החכירה הראשי (סעיף 18) נקבע כי אגף השיקום יאשר את תנאי חכירת המשנה של חברת הדלק, והוא הדין בהסכם ההפעלה שייחתם בין החברה למפעיל. בכך שמר לעצמו אגף השיקום יכולת פיקוח על תנאי חכירת המשנה ותנאי חוזה ההפעלה כאשר הפיקוח מיועד להגן ולהבטיח את זכויות הנכה. הצדדים כפופים, אפוא, למתכונת התקשרות חוזית שהשתתפו בגיבושה גורמים ציבוריים שונים שייצגו אינטרסים שונים המעורבים בהסדר זה, ואין ספק כי במכלול האינטרסים המיוצגים, זכה עניינם של נכי צה"ל לייצוג באמצעות הגורמים המוסמכים המופקדים על נושא השיקום. וכך, עניינו של ציבור הנכים השפיע במישרין על עיצוב תנאי ההתקשרות. המדובר, אפוא, במערכת הסכמים בעלת אופי סטנדרטי במובן השאיפה ליצור אחידות בהסדרים לגבי ציבור הנכים כולו כדי להימנע מאפליה בתוך מגזר זה. עם זאת, אין מדובר בחוזים אחידים כמשמעותם בחוק חוזים אחידים, על השלכות הנובעות מכך.

עשויות להישמע דעות שונות באשר לשאלה אם ייצוג עניינם של הנכים בגיבוש המערכת החוזית נעשה בדרך שהבטיחה כראוי את מכלול זכויותיהם או שמא ראוי היה שלא להסכים בזמנו לתנאים חוזיים שונים שנתנו בידי חברות הדלק כוחות ניכרים לשם הבטחת האינטרסים הכלכליים שלהם בתחנות. שאלה זו אינה ממין העניין לצורך סיווג ההסכמים כחוזים אחידים, מה גם שאם יש כורח להשיב עליה, כי אז יש לעשות זאת על פי אמות מידה של זמן אמת ולא במחשבה לאחר מעשה. רוצה לומר: בהנחה שהרשויות

הציבוריות בקשו לקדם וליישם את הסדר שיקום נכי צה"ל, שאלה היא מה בזמן אמת היה מרווח האופציות שעמד לרשותם לצורך יישום כאמור. על רקע זה ניצבת השאלה עד היכן ניתן היה לתבוע הגנה על עניינם של המפעילים שלא השקיעו כל הון בתחנה ובד בבד להבטיח את נכונות חברות הדלק להשקיע ממשאביהן הכלכליים בהקמת התחנות – נכונות שבלעדיה ובלא הבטחת האינטרסים הכלכליים שלהם ההסדר במתכונת המוצעת לא היה מתממש. הצורך בהשגת נקודת האיזון בין האינטרסים של הגורמים השונים היה משימתן של הרשויות הציבוריות, והוא ששימש ציר עליו נבנתה המערכת החוזית. תנאי ההתקשרות החוזית כפי שעוצבו על רקע הליך התקשרות זה אינם עונים, אפוא, להגדרת "חוזה אחיד".

44. ולהסדר הספציפי בענייננו: חוזה המהווה על פי טיבו חוזה אחיד אינו חדל להיות כזה רק מאחר שלגבי תנאים מסוימים שבו התנהל משא ומתן פרטני שהוליד שינוי מסוים מהנוסח האחיד המקובל, אלא שעל התנאים ששנונו בעקבות משא ומתן כזה יחול דין החוזים הכללי ולא דין החוזים האחידים (הגדרת "תנאי" בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים; (שפניץ ולוסטהויז, שם, עמ' 31; בן נון, שם, עמ' 14; ת"א (חי') 10821/97 פז נ' ממון (טרם פורסם) בעמ' 48). יחד עם זאת, כאשר תשתית המערכת ההסכמית ההתחלתית התגבשה בשיתוף עם גורמים המייצגים את עניינם של "הלקוחות" ובמקרה זה – נכי צה"ל – ולכך התווסף משא ומתן פרטני בנושאים מסוימים בין הצדדים הישירים למערכת החוזית כי אז מעורבות זו של המפעיל או מי מטעמו בגיבוש התנאים המסוימים מחזקת את המסקנה לפיה החוזה מוצא מהגדרת "חוזה אחיד" שחל עליו חוק החוזים האחידים. זאת, גם אם המשא והמתן הפרטני התייחס רק לסוגיות לא מרכזיות בהתקשרות החוזית וגם אם השינויים הספציפיים שנעשו בחוזים עקב כך לא היו מפליגים בחשיבותם. בענייננו, עובר להתקשרות במערכת החוזית, היה עמוס מיוצג על ידי עו"ד ארד אשר ניהל משא ומתן ושיחות רבות עם הגורמים הנוגעים בדבר מטעם פז ובסופו של דבר המליץ למרשו לחתום על החוזים. מתצהירו מס' 2 של אבישי שרון מטעם פז עולה כי המערכת החוזית שנחתמה בין הצדדים הינה פרי משא ומתן שהתנהל בין פז לבין עמוס אשר נמשך מספר חודשים וכלל, בין היתר, שיחות טלפוניות, דיונים ופגישות, החלפת טיוטות חוזים, והסכמות בדבר שינויים לטיוטות כאמור (סעיף 122 לתצהיר). על היות הסכם המסגרת וההסכם הנוסף פרי משא ומתן חפשי ניתן ללמוד מתיאור המהלכים המפורט בסעיפים 124 עד 128 לתצהיר.

עו"ד ארד בתצהירו מאשר כי ייצג את עמוס בהליכי ההתקשרות אולם, לטענתו, אנשי פז הודיעו לו כי אין מקום ואפשרות לשנות סעיפים בעלי משמעות בחוזים וכי נוכח הבהרות אלה ומתוך חשש כי עניינו של מרשו יקופח לא ניסה כלל לשפר את מצבו על דרך ניהול משא ומתן לגבי התניות המקפחות. מכאן, שלא הוכנס כל שינוי בנוסח ההסכם הקמעונאי. עם זאת, בהסכם המסגרת הוכנסו תקונים קלים מסוימים. העמדת הדברים באופן האמור אינה מדויקת. מתברר מחומר הראיות כי נוהל משא ומתן בין הצדדים, למשל, בענין הפעלת התחנה בשבת. פז היתה מעוניינת כי התחנה תפעל בשבת ואילו עמוס ביקש שלא להפעילה בשבת. נוהל משא ומתן בשאלה זו שהיא בעלת חשיבות לא מעטה,



ובסופו של דבר קבלה החברה את עמדתו של עמוס והתחנה נסגרה בשבת (ראה עדות זר- כבוד מיום 10.12.97, עמ' 179). גם בנושא מתקן רחיצת המכוניות נוהל משא ומתן שהסתיים בהליכה מסוימת של פז לקראת עמוס.

תוצאות המשא ומתן לגופן אינן מכריעות באשר לקביעת אופיו של החוזה כחוזה אחיד. חשוב בענין זה כי במישור גיבוש הכללים החוזיים הסטנדרטיים היתה מעורבות עמוקה של רשויות השיקום והמינהל שחברו למשא ומתן עם חברות הדלק על מנת לקדם את עניינו של ציבור נכי צה"ל. במישור הפרטני היה עמוס מיוצג על ידי עורך דין אשר ניהל משא ומתן עם גורמי פז, אשר הוליד שינויים מסוימים, גם אם לא גורפים, במערכת החוזית. העובדה בלבד כי תוצאות המשא ומתן לא הניחו את דעתו של עמוס במלואה וכי לדעתו בענינים המרכזיים של ההסדר לא היתה נכונות מצד פז להגמשת דרישותיה אינן מכריעות לצורך סיווג ההסכמים כחוזה אחיד. הגורם הקובע הוא כי אין מדובר כאן בהתקשרות פרי תכתיב חד צדדי של "הספק" שנתקבל כמות שהוא על ידי ה"לקוח", ומכאן שאין מדובר בחוזה אחיד. על המערכת החוזית בענייננו יש להחיל, אפוא, את דין החוזים הכללי ועל רקעו לנתח את ההסדר החוזי שבסעיף 5 להסכם הקמעונאי.

#### **טענות עושק וכפייה**

45. עמוס העלה בסיכומיו טענות שונות בדבר עושק וכפייה בהתקשרות החוזית (עמ' 340 ואילך לסיכומי טענותיו). בסיום אותו פרק של טענותיו הצהיר כי הוא מוותר על עילה זו ואינו מבקש להביא לביטול המערכת ההסכמית (שם, עמ' 356, סעיף 1108). עמדתו זו מתיישבת עם התועלת והרווחים הנאים שהפעלת התחנה הסבה לו. הדבר גם מתיישב עם העובדה שהמתין שנים רבות לרכישת הזכאות להפעלת התחנה וניהל משא ומתן פעיל באמצעות עורך דין עובר להתקשרות החוזית (תצהיר שרון (2) סעיפים 122, 125, 131, וכן עדויות עמוס, פרוטוקול 3.12.97, עמ' 91-90; ומיום 7.12.97 עמ' 8, עמ' 110). ההתקשרות החוזית היתה, איפוא, רצויה וכדאית לעמוס, ונחזתה כפריבילגיה שהוענקה למועמד שנבחר בידי אגף השיקום מבין קבוצה גדולה של מועמדים. לא היה, איפוא, בסיס לטענה בדבר פגם בהתקשרות על פי מבחני דין החוזים הכללי.

#### **פסיקת בתי המשפט המחוזיים בענין תחנות הדלק והסדר שיקום נכי צה"ל**

למען שלמות הדברים יצויין כי הצדדים העמידו לעיוני מספר פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים מאזורים שונים של הארץ בהם עלו שאלות דומות הנוגעות למערכות חוזיות בין מפעילי תחנות לחברות דלק במסגרת הסדר השיקום עם נכי צה"ל. ראו: ת"א (ת"א) 519/93, **חברת נפט בע"מ נ' כספי** (סגן הנשיא טלגם); ת"א (ת"א) 8/97 **פדל נ' סונול ישראל בע"מ** (השופט גרסטל); ת"א (י-ם) 1061/91, 774/92 **חב' סמדר דלק בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ** (השופט הכט); ת"א (י-ם) 1642/97, 1595/99 **פז נ' שרלין** (השופט בן-זמרה); ת"א (חיפה) 10821/97, 1038/98 **פז נ' ממון** (השופטת חפרי-וינוגרדוב). מעיון בפסקי דין אלה עולה כי בתי המשפט השונים נקטו גישות שונות

בניתוח ההסדרים החוזיים בין מפעילי התחנות לחברות הדלק מבחינת דיני ההגבלים העסקיים והחוזים האחידים וקשה למצוא חוט מקשר בין הדעות השונות בסוגיות המורכבות ובעלות ההשלכה הרחבה העולות כאן. ניתן להניח כי תתבקש בעתיד הכרעה עקרונית של ערכאה ערעורית בסוגיות העקרוניות המשותפות להליכים השונים ולמגזר הענפי כולו ואפשר אף כי כחלופה להתדיינות משפטית נוספת יגובשו במסגרת משא ומתן במישור הציבורי והעסקי הסדרים חוזיים חלופיים העונים לדרישות הדין.

### טענות נילות

47. סעדים המבוקשים בתביעת פז כנגד עמוס מכוונים להביא לאכיפת התחייבויותיו על פי המערכת החוזית. אחד מקווי הטיעון בהגנתו של עמוס הוא כי האכיפה במקרה זה הינה בלתי צודקת בשים לב למכלול נסיבות הענין. כדי לבסס טיעון זה, מעלה עמוס שורה של טענות הגנה הקשורות במערכת היחסים המסועפת בינו לבין החברה.

כלל הוא על פי חוק החוזים (תרופות) כי בעל חוזה זכאי, דרך כלל, לאכוף את החוזה כתרופה ראשונה ועיקרית במקרה של הפרת החוזה (ד"נ 20/82 **אדרס נ' הרלו**, פד"י מב(1) 221, 237; קציר, **תרופות בשל הפרת חוזה**, כרך א', עמ' 487). לגבי הנסיבות המצדיקות המנעות מהפעלת תרופת האכיפה אמר בית המשפט בפרשת ע"א 84/80 **קאסס נ' קאסס**, פד"י לז(3) 60, 90:

"א) מקובל וידוע הוא, כי סעיף 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) מבטא מגמת יסוד, ששינתה את נקודת המוצא שהיתה מקובלת עד אותה עת לפי המשפט האנגלו-אמריקני, אותו אימצנו עד אז בסוגיית הביצוע בעין. לפי מגמה זו זכאי הנפגע בדרך כלל לאכיפת החוזה, אלא אם קיימת נסיבה מן הנסיבות המיוחדות ויוצאות הדופן שנמנו בפסקאות (4) – (1) לסעיף 3. הסייג לאכיפה שביטוי בפסקה 4 הנ"ל הוא כללי ורחב בנוסחו, להבדיל מן החלופות שבפסקאות (1) עד (3), המתייחסות לנסיבות מיוחדות ומותחמות יותר.

הנסיבות, אותן משווה בית המשפט נגד עיניו, הן בראש וראשונה אלו שהיו קיימות בעת כריתת החוזה, אך נוסף לכך מתחייבת גם בחינתן של הנסיבות, המתקיימות כאשר בית המשפט דן באכיפה, ותחום זה הוא לעתים קרובות אף המכריע יותר, כי בית המשפט אינו דן בצדק בלבדו התיאורטי אלא ביישום אמת המידה האמורה לתנאים הקיימים, בהם הוא שוקל, אם ללכת בדרך המלך ולהורות על האכיפה שהיא הכלל, או אם שוכנע בקיום של סייג מאלו שסעיף 3 מציגם. מכל מקום, לא על הנפגע – במקרה דנן החברה – החובה להראות שהאכיפה צודקת, אלא על בעל הדין השני הנטל להראות ולשכנע, שהאכיפה תהיה בלתי צודקת בנסיבות העניין".

הטוען להימנעות מאכיפה עליו נטל ההוכחה (שלו, **דיני חוזים**, מהד' 2 עמ' 532). יש להתחשב, בין היתר, ביחס בין העוול העלול להיגרם למפר אם ייאכף החוזה ביחס לאי הצדק העשוי להיגרם לתובע אם לא ייאכף, וכן סוג ההפרה ונסיבותיה, כאשר נקודת המוצא היא כי הכלל הוא אכיפה בעוד היוצא מן הכלל הוא הימנעות מכך (ע"א 288/80 **וינקלר נ' ספיר**, פד"י לו(2) 365, 373; ע"א 256/89 **פרץ נ' כובס**, פד"י מו(3) 557, 565). מבחן תום הלב ואפשר גם שיקולי טובת הציבור עשויים להיות רלבנטיים לבדיקת הצדק או אי הצדק שבאכיפה. לענין מאזן השיקולים, ראה ע"א 3023/91 **ינאי נ' יחיא**, פד"י מז(4) 773.

נבחן את טענות ההגנה של עמוס על רקע אמות מידה אלה.

### **אי פיתוח השטח המסחרי**

48. טענת הגנה בפי עמוס נסבה על השטח המסחרי הצמוד לתחנה וזה עיקרה: עמוס חתם ביום 24.5.92 על חוזה פיתוח לפיו התחייב לבנות על המגרש מרכז מסחרי ולהשלים את בנייה עד 1.4.94. אי ביצוע הבנייה מהווה הפרה יסודית של ההסכם ומזכה את המינהל בביטול הסכם הפיתוח. הבנייה לא בוצעה, וב- 13.3.96 הודיע המינהל לעמוס על ביטול הסכם הפיתוח ועל חובתו לסלק ידו מהמגרש. לטענת עמוס, על פי הסכם המסגרת היה על פז להקים מבנים בשטח המסחרי, ועליה היתה מוטלת החובה לפתח את השטח המסחרי, אך היא בחרה שלא לעשות כן. יתר על כן, כשביקש עמוס לפתח בעצמו את המגרש התנגדה לכך פז, ואנשיה התלוננו לרשויות והביאו להגשת אישום פלילי נגדו על בנייה ללא היתר. וכך ארע כי פז ראתה עצמה, מצד אחד, כגורם היחידי הרשאי לפתח את מגרש אולם מצד שני היא לא עשתה כן וגרמה במחדליה שלא כדין להודעת המינהל על ביטול הסכם הפיתוח עם עמוס.

עמדת פז בשאלות אלה היא כדלקמן:

השטח המסחרי ושטח התידלוק נכללו יחדיו במקרקעין שנמסרו לתכנונה של פז ואשר פז גרמה בפועל לשינוי ייעודם עוד בטרם עמוס נכנס לתמונה. וכך, הסכם הרשאה לתכנון בין המינהל לבין פז מיום 3.7.83 מתייחס לחטיבת קרקע הכוללת הן את שטח תחנת התידלוק והן את השטח המסחרי (מוצגים ת/40, ת/39 וכן מוצגים ת/23, ת/24, ת/26, ת/41, ות/42).

התנאים הנוגעים לפיתוחו של השטח המסחרי נקבעו בין הצדדים בסעיף 12 לחוזה המסגרת הנותן בידי החברה שיקול דעת אם להקים איזור מסחרי בסמוך לתחנה מבחינת כדאיות כלכלית או מבחינות אחרות. בסיפא לסעיף זה נאמר:

"למען הסר ספק מוצהר בזה כי החברה לא תהיה חייבת להקים את השירותים האמורים או, לפי הענין, חלקם,

אלא לאחר שנחתם בינה לבין המפעיל הסכם בדבר הקמת השירותים ותפעולם בהתאם לאמור לעיל. אם יחפוץ המפעיל להקים את השירותים האמורים או חלקם בעצמו או על חשבונו, יהיה רשאי לעשות כן רק לאחר שיקבל על כך את אשורה של החברה בכתב ובכפוף להסכם בינו לבין החברה בקשר תשלום דמי השמוש שיהיה עליו לשלם לחברה בגין השמוש בשטח שעליו יוקמו השירותים.

הוראה זו נכללה בהתקשרות החוזית על רקע המלצות דו"ח צ'חנובר כי השירותים הנוספים בתחנה יוקמו על פי שיקול דעתה של החברה ועל פי מבחנים של כדאיות כלכלית (סעיף 5(ב) לפרק ד' לדו"ח).

ביום 12.2.91, בהמשך לחתימת הסכם המסגרת, נחתם בין פז לבין עמוס ה"הסכם נוסף" שבמסגרתו אישר עמוס כי פז תהיה רשאית להשתמש בחלק ממקרקעי התחנה הידוע כשטח המסחרי לפי שיקול דעתה למטרות מסחריות או אחרות ללא שום קשר לתחנה ומבלי שלעמוס תהיה זכות לקבל תשלום כלשהו מפז בגין שימוש זה, ובלבד שלא תיפגע פעילות התחנה וכן שיוקצה לעמוס שטח באיזור החניות של השטח המסחרי לצורך הצבה והפעלה של מכונה לרחיצת מכוניות. באותו הסכם הוסף עוד כי עמוס פונה לפז בבקשה להסכים לסגירת התחנה בשבת (נספח ג' לתצהיר אבישי שרון מס' II).

פז פעלה מ-1990 לפיתוח השטח המסחרי והוכנה אף תכנית לשם כך (תצהיר שרון, II, סעיפים 142 ואילך). כן פעלה במהלך השנים 91-92 להקמת מתקן לרחיצת מכוניות והעסיקה משרדי אדריכלים לצורך תכנון זה. אולם עמוס הקים מתקן רחיצה בשטח המסחרי בלא תשתית תכנונית וללא היתר כדין על פי דיני התכנון והבנייה ובלא אישורה של פז. כתוצאה מכך הפסיקה פז את פעולותיה בתחום זה. פז טוענת מצידה כי עמוס הפר את הוראות הסכם המסגרת ו"ההסכם הנוסף" בשטח המסחרי על ידי הפעלת עסקים נוספים החורגים מהעסקים המקוריים לגביהם ניתנה בעבר הסכמת החברה, ובלא לשלם לה תשלום כלשהו בגין כך. בתצהירו של אבישי שרון (מס' 2 עמ' 15) מפורטת שורת הפרות, ובהן אלה: פז בנתה על חשבונה במקרקעי התחנה חנות לאביזרי רכב שהפעלתה נמסרה לעמוס. הוא העתיק על דעת עצמו את תכולת החנות למכולה שהוצבה במקרקעי התחנה ומשתמש בחנות כמסעדה, אליה הוסיף שלא כדין שטח המיועד לשמש מחסן שמנים. הוא העביר את הנהלת המסעדה לצד שלישי ללא הסכמת פז וללא תשלום כלשהו לחברה עבור הפעלת המסעדה. כן בוצעו שינויים במבנה התחנה, על דרך בניית קומת משרדים על גג התחנה וביצוע פעולות חציבה בתחום השטח המסחרי שלא כדין. הפרות עמוס גררו הליכים פליליים נגדו וחשפו גם את פז כבעלת זכויות קניין בשטח לאישומים כאמור, אף שהפעולות ללא היתרים כדין נעשו בניגוד לדעתה. על רקע זה הפסיקה פז את קידום פיתוחו של השטח המסחרי. החברה טוענת כי אינה מתנגדת לפיתוח השטח, אלא היא מבקשת לבצע זאת במסגרת ההסדר החוזי ועל בסיס תנאים שיקנו לה תשואה סבירה עבור השקעותיה.

לא הוכחה טענת ההגנה של עמוס לפיה פז הפרה כלפיו את ההסכם בכל הנוגע לפיתוח השטח המסחרי. שיקול הדעת בפיתוח השטח המסחרי ניתן לפז הן על פי הסכם המסגרת והן על פי ההסכם הנוסף בלא קשר לדרך הפעלתה של התחנה. לעמוס לא ניתן מעמד לכפות על פז את פיתוח השטח ודי בהוראות ההסכם הנוסף כדי להעיד על כך. הוכחה טענת פז כי עו"ד ארד בשם עמוס הוא אשר יזם את ההסכם הנוסף והדבר עולה ממכתב מ-22.8.09 (נספח כ"ד לתצהיר שרון (מס' 2) וראה גם עדות זר-כבוד מ-7.12.97, בעמודים 80-81, 82-3). מטרתו היתה להבטיח במסגרת הסכם זה שלושה עניינים שהיו חשובים לעמוס: עניין סגירת התחנה בשבת; נושא הקמת מתקן רחיצת המכוניות בשטח המסחרי; והקמת מסעדה. ההסכם הנוסף נכרת כפרי משא ומתן בין הצדדים ובמסגרת איזון בין האינטרסים השונים שלהם. טענת עמוס כי ההסכם הנוסף בוטל על ידיו במכתב ארד לפז מיום 20.11.91 שוב אינה עומדת לאחר שהודיע למר זר כבוד במכתב מיום 17.2.91 כי הוא מבטל את הביטול (נספח כו(2) לתצהיר שרון (מס' 2).

דו"ח צ'חנובר הבחין אף הוא באורח מפורש בין הקמת תחנת התדלוק לבין פיתוח השירותים הנוספים במגרש, ופיתוחם של אלה האחרונים הושאר גם על פי אותן המלצות לשיקול דעת חברת הדלק בהתאם לשיקולי כדאיות כלכלית. התנהגותו של עמוס כלפי פז בסדרת הפרות ההסכמים על ידיו תרמה לאי רצונה לפעול לפיתוחו של השטח המסחרי בתנאים הקיימים, וזכותה עמדה לה להחליט כך. מאידך, טענותיה החמורות של פז כלפי עמוס בדבר הפרות חוזרות ונישנות של התחייבויותיו כלפיה בכל הנוגע לבנייה ולשימושים באיזור התחנה יש בהם ממש והם לא הוכחו ולא הופרכו לגופם על ידי עמוס. הן מצדיקות מתן הסעדים המבוקשים בתביעת פז ככל שהם נוגעים לחובתו החוזית של עמוס לקבל את הסכמתה של פז כתנאי לביצוע שינויים מיבניים באיזור התחנה.

### מכרז צה"ל

49. טענת הגנה נוספת בפי עמוס כנגד הסעדים המבוקשים בתביעה קשורה למכרז צה"ל בו זכתה פז. עיקרה של הטענה בכך כי ב-1994 זכתה החברה במכרז צה"ל לתדלוק בלעדי של מכוניות הצבא. זכייה זו צפתה הגדלה משמעותית של היקף מכירות מוצרי הנפט בתחנות פז וזאת כנגד הנחה שפז התחייבה לתת לצבא תמורת תדלוק מכוניותיו. במסגרת הזכייה במכרז דרשה פז ממפעילי התחנות הקשורים עמה השתתפות במתן הנחה לצבא כתנאי להשתתפותם במכרז. מי שהיה מוכן לתנאי זה השתתף בהסדר תדלוק מכוניות הצבא ומי שלא הסכים לכך נדרש שלא להשתתף בהסדר. עמוס סירב לתנאי זה, וכתוצאה מכך נדרש על ידי פז שלא לתדלק מכוניות צבא – דרישה אשר לטענתו מהווה הפרת התחייבויותיה כלפיו, תוך דרישת ויתור מצידו על חלק מעמלת המינימום המגיעה לו.

פז טוענת בתגובה כי מכרז צה"ל הינו הסדר שצפונה בו תועלת רבה הן לפז והן למפעילי התחנות, וכי היא נהגה בענין זה בתום לב ובדרך מקובלת כלפי המפעילים. לטענתה, היא זכתה במכרז על רקע נכונותה להעניק למשרד הבטחון הנחה משמעותית במחירי אספקת מוצרי הנפט, והנחה זו היא שאפשרה זכייה במכרז. ההסדר עם צה"ל הקנה לפז למשך שנתיים החל מנובמבר 1994 זכות בלעדית לספק מוצרי נפט לכלי רכב צבאיים בתחנות תדלוק ציבוריות, וניתנה אופציה למשרד הבטחון להאריך את ההסדר לשנתיים נוספות – הסדר שאכן התממש. הסדר בלעדי זה אפשר גידול משמעותי בהיקף מכירות מוצרי הנפט בתחנות פז (עדות פדרמן, פרוטוקול מ- 12.1.97 עמ' 33-31 ועדות הלוי מ- 18.6.97 עמ' 196). הדרישה ממפעילי התחנות להשתתף במתן ההנחות לצבא נבעה מן העובדה כי פז השקיעה באופן בלעדי השקעות ניכרות במכרז. היא ניהלה מגעים עם ועד המפעילים אשר ייצגו את מפעילי התחנות. אלה כאלה היו שותפים לעמדה כי זכייה במכרז היא אינטרס חיוני הן לפז והן למפעילים ותמכו בקידום מפעל זה (עדות הלוי, מ- 18.6.97 עמ' 197; פדרמן מ- 12.1.97 עמ' 33-32). המשא ומתן עם המפעילים והסכמתם להסדר ההנחות לא נועד לכפות על מפעיל מסוים לוותר על עמלתו, שכן כל אחד מהמפעילים היה חפשי שלא ליטול חלק פעיל בהסדר ומי שלא היה מעוניין בכך, היה פטור מלהשתתף. אולם מפעיל לא הורשה להצטרף להסדר באופן חלקי בלבד על דרך קבלת טובת הנאה ממנו בלא מתן תמורה כלשהי על דרך השתתפות עם החברה במתן הנחה לצה"ל. עמוס ניהל משא ומתן עם החברה בקשר להצטרפותו להסדר והציג עמדה נחרצת לפיה הוא מבקש להשתתף בהסדר תדלוק מכוניות הצבא אך אינו מוכן לשאת בעלות ההנחה בכל שיעור שהוא וטען כי על פז לשאת בה כולה, שאם לא כן יהא בכך משום הפרת התחייבויותיה החוזיות כלפיו (עדות שרון, מ- 24.6.97, עמ' 93). פז לא הסכימה לקו טיעון זה אולם בכל זאת נשאה באופן זמני בעלות ההנחה כולה בין נובמבר 1994 ליוני 1995, טענת עמוס כי הובטח לו על ידי פז כי ההנחה כולה תמומן על ידה באופן קבוע לא הוכחה בראיות וכן לא הוכחה טענתו כי הצטרפות להסדר על פי תנאי פז היתה מסבה לו הפסד (עדות זר כבוד מ- 10.12.97, עמ' 9-147; עדות גזית מ- 20.4.98, 74-72). אולם אפילו לא תתקבל טענת פז כי ההצטרפות להסדר כמות שהוא, כשבכללו גם מתן הנחות, היתה כדאית ורווחית, נופלת טענת עמוס בדבר הפרת התחייבויותיה של פז כלפיו משהוברר כי לא היה חייב כלל להצטרף להסדר מכרז צה"ל. אולם משהחליט להצטרף, היה עליו לקיימו כפי שהוא כאשר מתן ההנחה מובנה בתוכו, ולא היה זה בלתי סביר מצד פז לחלק את נטל ההנחות בינה לבין המפעילים בהינתן העובדה כי היא בלבד השקיעה את ההשקעות הנחוצות לצורך השתתפות במכרז.

לסיכום ענין זה, לא מצאתי כי הוכחה טענת עמוס לפיה פז הפרה את התחייבויותיה החוזיות כלפיו בכך שהתקשרה בהסדר מכרז צה"ל, בהעמידה בפניו אופציה להיות חלק ממנו, בכפוף לקיום תנאים מסוימים – אופציה אותה יכולה היה לדחות. עמוס לא הצביע על הוראה חוזית מחייבת בין הצדדים העומדת בניגוד להתקשרות בהסדר האמור, ולא הראה כי בהתנהגות פז בענין זה נפל פגם כלשהו. ממילא, עמוס אינו רשאי להיאחז בטענה זו כעילה להתנגד למתן הצהרה בדבר זכותה של פז לאכוף את המערכת ההסכמית כלפיו.

## **הסדר אוטוקרד**

50. הסדר אוטוקרד מאפשר ללקוחות תחנות התדלוק לרכוש מוצרי נפט של פז באשראי. פז מעניקה להסדר זה תמיכה פיננסית נרחבת ותכליתו לקדם באמצעות האשראי את שיווק מוצרי פז בתחנות. משחדל עמוס לשווק את מוצרי פז, והחל לשווק בתחנה מוצרים אחרים, לא ראתה פז את עצמה מחוייבת להמשיך לתפעל ולממן רכישת מוצרי נפט של חברות אחרות בתחנת עמוס באמצעות הסדר אוטוקרד. עמוס טוען כי הפסקת הסדר אוטוקרד בתחנה שלו הינה שלא כדין וכי התנהגות פז בענין זה מצדיקה שלא להיענות לבקשתה להצהיר על זכותה לאכיפת המערכת החוזית כלפיו. אינני רואה ממש בטענה זו. אין הדבר מתיישב עם ההגיון העסקי כי פז תחוייב מצד אחד להמשיך במתן שירותי אשראי לעמוס כאשר הוא, מנגד, מפסיק לחלוטין לרכוש את מוצריה ומבקש לרכוש תחתם מוצרים של חברות מתחרות. העלויות שפז נושאת בהם במסגרת אחריותה להסדר אוטוקרד מוצדקים ומתחייבים מהמערכת החוזית מקום שמוצריה נרכשים ומשווקים על ידי התחנה ואינטרס קידום מכירותיה נענה על ידי מתן שירותי אשראי, כאמור. אין לכך הצדקה מקום שלא נמכרים מוצרי פז בתחנה ואין לחברה תמריץ להשקיע השקעות כספיות בקידום מכירת מוצריה. פז הודיעה בסיכומיה כי אם יחזור עמוס לשווק את מוצריה בתחנה באופן בלעדי, לא תראה מניעה להחזיר את הסדר אוטוקרד לתחנה. (שם, עמ' 301 סעיף 1718). עמדה זו נראית על פניה סבירה ולפיכך אין לראות בטענת עמוס משום עילת הגנה מוכרת שיש בה כדי לפגוע בתביעת פז ליישום החוזים.

## **מכירת דלקים מוזלים לתחנת צאדק רישק**

51. טענת הגנה נוספת בפי עמוס כנגד פז על כך שהיא מוכרת סולר מוזל והציבה משאבת בנזין בתחנה פיראטית של צאדק רישק הפועלת ללא רשיון בסמוך לתחנת עמוס, כל זאת כדי ליצור תחרות בלתי הוגנת בין שתי התחנות ולהסב לעמוס נזק עקב כך.

תשובת פז לטענות אלה היא כי נושא תחנת רישק שולב באופן מלאכותי בסוגיה הנדונה בהליך זה. המערכת החוזית בין עמוס לפז שונה לחלוטין מזו שבין רישק לסוכן אפרתי שבאמצעותו סופקו לתחנה סולר ונפט של פז. שיווק הדלקים באמצעות הסוכן כאמור לא היווה הפרה כלשהי של המערכת החוזית בין פז לעמוס וגם לא פגע בתחנת עמוס.

אין צורך ומקום להיכנס לפרטי הטענה בענין תחנת רישק משהיא אכן חורגת מגדר הסוגיות הרלבנטיות להליך שלפנינו. השאלה הרלבנטית כאן כפי שעמוס עצמו הציגה היא - האם פז נהגה כלפי עמוס בדרך פסולה שיש בה כדי להצדיק אי אכיפה של ההסכמים מטעמים של צדק. עמוס לא הצביע על הוראה במערכת ההסכמית בינו לבין פז המונעת ממנה מלשווק מוצרי נפט שלה למוסך אחר או המעניקה לעמוס בלעדיות בשיווק

מוצריה של פז באזור, ולא הראה כי היתה לו ציפייה משפטית מוכרת כי החברה תימנע מלספק מוצרי נפט שלה למוסך רישק. (עדות פדרמן מ-16.6.97, עמ' 123) יתר על כן, לא הוכח בנתונים בדוקים כי נגרם לעמוס נזק כלשהו כתוצאה ממכירות אלה. למערכת היחסים המשפטית בין פז לבין תחנה אחרת, שאינה צד למשפט, והשונה מזו שבין פז לעמוס, אין נגיעה ישירה לענייננו, ועמוס לא יוכל להיבנות ממנה. יוער עוד כי מסיכומי טענות פז (עמ' 264) עולה כי החל בחודש מרץ 1996 הפסיקה החברה כליל את מכירת מוצריה למוסך רישק.

לאור האמור, דין טענה זו להידחות.

### **הפסקת תשלום דמי חכירה על ידי פז**

52. טוען עמוס כי על פי סעיף 13 לחוזה חכירת המשנה התחייבה פז לשלם למינהל את דמי החכירה השנתיים עבור התחנה. נטען כי התשלום האחרון של דמי החכירה נעשה בסוף מרץ 1996 בעבור שנה מראש ומאז לא שולם על ידיה כל סכום נוסף. נטען כי אי תשלום כאמור מהווה עילה בידי המינהל לבטל את חוזה החכירה. עמוס מבקש לזקוף מחדל זה של פז כנגד דרישתה לאכוף את ההתחייבויות החוזיות כלפיו.

פז בתשובתה מבהירה כי שלמה את מלוא דמי החכירה עד ליום 31.3.96 ולתקופה שראשיתה ב-1.4.96 טרם שלמה. דמי החכירה מחושבים כמכפלה של 4% מ"העמלה" המגיעה למפעיל, כפי שהדבר הוגדר בהסכם החכירה הראשית בסעיף 6. העמלה מוגדרת כהפרש כספי בין המחיר שחייב החוכר לשלם לחברת הדלק בתוספת הנחות והטבות כספיות שהחוכר מקבל ממנה, לבין המחיר שנקבע עבור יחידה זה לצרכן. על יסוד זה נקבעים דמי החכירה בחישוב חד-שנתי, ולצורך החישוב על המפעיל לדווח על היקף מכירותיו. מאחר שמאמצע 1995 חדל עמוס לחלוטין לרכוש מוצרי נפט מפז, נוצר קושי לקבוע את שיעור דמי החכירה שיש לשלם למינהל. על רקע זה ולאור הקושי בבניית התחשיב, נתקיימו מגעים בין המינהל לפז אשר במסגרתם הביעה החברה נכונות לשלם דמי חכירה על פי הנחיות שינתנו לה מהמינהל (עמ' 317 לסיכומי פז). על רקע מצב דברים זה יש לדחות את טענת עמוס, משאין לראות את פז כמי שהפרה את חובתה החוזית בענין זה.

### **לסיכום הדברים:**

53. פז עתרה לסעד הצהרתי וצו מניעה בדבר זכויותיה במספר מישורים:

(א) חובתו החוזית של עמוס לרכוש מוצרי נפט רק מפז.

(ב) איסור על עמוס להתקשר עם צד שלישי בדרך הסותרת את המערכת החוזית ובכלל זה לצורך רכישת מוצרי נפט שאינם של פז;



(ג) איסור על ביצוע פעולה הנוגדת את המערכת החוזית, ובכלל זה ביצוע שנויים במבנים ובמתקנים בתחנה ללא קבלת הסכמת פז.

לאור הניתוח שהובא לעיל, מתבקשת התוצאה האופרטיבית בהקשר לסעדים המבוקשים:

(א) הסעדים המבוקשים בסעיפי המשנה א' וב' מתייחסים, בין היתר, להוראות חוזיות הנוגעות להסדר הבלעדיות המהווה הסדר כובל. הסדר כובל הינו הסדר בלתי חוקי ופסול. הוא נוגד מדיניות חברתית ראויה ואין מקום לאוכפו (בג"צ 6231/92 **זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פד"י מט(4) 749, 783; דיון נוסף **בענין טבעול**, שם, פסקות 57 ו-58; ע"א 359,365/79 **אלחנני נ' רפאל**, פד"י לה(1) 701, 710). על פי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) בטל חוזה - או חלק מחוזה בענייננו - שתוכנו או מטרתו בלתי חוקיים. במסגרת סעיף 31 לחוק החוזים פתוחה הדרך בפני בית המשפט להסדיר את יחסי הצדדים להסכם בטל מפאת אי חוקיות. במסגרת זו פועלים שני כוחות: האחד - כח המבקש למנוע כריתת הסכם פסול המסב נזק לציבור; מן הצד האחר - מגמה לעשות צדק עם צדדים לחוזה פסול, שלא יצא חוטא נשכר. בנסיבות שלפנינו פסלותו של הסדר הבלעדיות כהסכם כובל נובעת בעיקרה מהפגיעה שיש בו כלפי הציבור הרחב, ולא דוקא כלפי צד מן הצדדים לחוזה. בנוסף לכך, פז לא הציגה נתונים מגובשים לגבי השאלה האם החזירה את השקעתה בתחנה עד כה. בנסיבות אלה, בהינתן האינטרס הציבורי באי אכיפתו של הסדר הבלעדיות מצד אחד, ובהעדר נתונים לגבי מידת הפגיעה של פז מאי אכיפה כזו, ולאחר איזון כלל האינטרסים הנוגעים לענין, ראוי להימנע מאכיפת אותו חלק מהמערכת החוזית בין הצדדים הקובע הסדר בלעדיות לתקופה ארוכה ברכישת מוצרי נפט של פז על ידי מפעיל התחנה. (השווה רע"א 5622/90 **קינן רפאלי נ' קמפ ישראל בע"מ**, פד"י מה(2) 104, 106). אני קובעת, אפוא, כי תביעת פז לסעדים המבוקשים בסעיפים א' ו-ב לעיל, הנוגעים להסדר הבלעדיות, נדחית. אי לכך, יהיה על הצדדים לכלכל את צעדיהם ולהעריך מחדש את מערכת הזכויות והחובות ההדדיות ביניהם על רקע ביטול הסדר הבלעדיות, הכל בהתאם לאפשרויות הפתוחות בפניהם על פי דין החוזים ועל פי המערכת החוזית החלה ביניהם ובהתחשב בערוצי הפעולה האפשריים מכח חוק ההגבלים העסקיים. אין לשלול אפשרות ליצירת הידברות בין הצדדים בנסיון להשלים בדרך מוסכמת את החסר שנוצר במערכת החוזית ביניהם עם ביטול תנאי הבלעדיות. טוב יעשו הצדדים אם ייעזרו, במידת הצורך, בבורר או במגשר לצורך כך.

(ב) הסעד המבוקש בס"ק (ג) שעניינו קיום חובותיו החוזיות של עמוס, ובכלל זה החובה להימנע מביצוע שינויים במבנים ובמתקנים בשטח התחנה בלא קבלת הסכמתה של פז, מתקבל בכפוף לביטול הסדר הבלעדיות כאמור לעיל, משהונח לכך בסיס ראוי במערכת ההסכמים והנתונים שהובאו.

## **כונס נכסים**

54. פז עתרה למינוי כונס נכסים לצורך הפעלה וניהול התחנה במקום עמוס כדי שיפעל בהתאם למערכת החוזית המחייבת. מינוי כונס נכסים הוא סעד מרחיק לכת וקיצוני. אין לנקוט בו אלא במצב של העדר ברירה, כאשר כל האמצעים האחרים נתגלו כבלתי יעילים. עם מתן פסק דין זה, גדר הזכויות והחובות של הצדדים התברר, ועל שני הצדדים לקבל את הדין וליישמו כהלכה. הנחה היא כי עמוס, כמו גם פז, יפעלו ברוח תוצאות הפסק ויש לקוות כי יגיעו לידי הבנה בהשלמת ההסדרים שנוצר בהם חסר עקב ביטול תנאי הבלעדיות המהווה הסדר כובל. נכון לעת זו, אין מקום ואין הצדקה לשלילת ניהול התחנה מעמוס, ואי לכך, בקשת פז למינוי כונס נכסים שיופקד על ניהול התחנה נדחית בזה.

## **פיצול סעדים**

55. פז בקשה בהמרצה 23616/95 לפצל את סעדיה באופן שיותר לה להגיש תביעה כספית נפרדת נגד עמוס בגין נזקים שנגרמו לה, לטענתה, עקב ההפרות הנטענות כלפיו. נתתי דעתי לבקשה ואני רואה לקבלה. פיצול התביעות בהליך זה משרת מטרה של יעילות והקלה על ניהול ההליכים בתיק זה, שגם כך היו מורכבים ועמוסים למדי. בטרם הוברר המצב המשפטי בהליך זה באשר לטענותיהם ההדדיות של הצדדים, הסתמן קושי ברור בפני פז לבנות תשתית לביסוס התביעה הכספית, והמאמץ שהיתה משקיעה באיסוף נתונים לצורך כך והזמן השיפוטי שהיה מוקדש לכך עשוי היה, בסופו של דבר, להימצא מיותר. מכאן, שהיתה חשיבות במקרה זה הן מנקודת ראותם של הצדדים והן מטעמי יעילות ההליך השיפוטי בהגדרת מסגרת התחייבויותיו של עמוס על פי המערכת החוזית בטרם תיבחן שאלת חביותיו הכספיות בגין ההפרות הנטענות כלפיו. אמנם, סיווג הסדר הבלעדיות כהסדר כובל וביטולו עשויים לשנות באורח מהותי את אופייה של תביעה כספית שתוגש, באם תוגש, כנגד עמוס (השווה גורן, **סוגיות בסדר דין אזרחי**, מהד' 6, עמ' 109; בר"ע 384/88 **מרגלית נ' כהן**, פד"י מז(2) 617, 619; רוטנברג, **פיצול סעדים**, משפטים ט"ז, תשמ"ו, 390, 397).

לאור זאת, אני מקבלת את הבקשה לפיצול סעדים בהקשר זה.

## **פסיקתא**

56. (1) התביעה לסעדים הצהרתיים וצווי מניעה ככל שהיא נוגעת ליישומו של הסדר הבלעדיות על פי החוזה הקמעונאי בין פז לעמוס נדחית.

(2) התביעה לסעד הצהרתי וצו מניעה בדבר חובת עמוס לקיים את התחייבויותיו החוזיות (למעט הסדר הבלעדיות) ובכלל זה חובתו להימנע מביצוע

שינויים מבניים ושינויים בשימושים במבנים השונים באזור התחנה ללא קבלת הסכמה מראש של פז מתקבלת.

(3) הבקשה למינוי כונס נכסים על התחנה נדחית.

(4) הבקשה לפיצול סעדים מתקבלת.

(5) לענין ההוצאות: תביעת פז התקבלה בחלקה, בעוד בחלקה האחר, ואולי העיקרי, היא נדחתה. היה מקום במצב דברים רגיל לזכות את עמוס בהוצאות משפטיות, ולו חלקיות, בהתדיינות זו. עם זאת, החלטתי שלא לפסוק הוצאות כלשהן לזכותו, זאת נוכח הסגנון הבוטה והבלתי מרוסן בו נקטו באי כוחו כלפי הצד שכנגד, נציגיו, ועדיו. סגנון זה כפי שננקט לא רק שאינו מכבד את אלה הנוקטים בו, אלא הוא פוגע בעת בעונה אחת גם בכבודו של ההליך השיפוטי ובכבוד כל הנוטלים בו חלק.

לפיכך אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ"ח בכסלו תשס"ג (3.12.02).

ש ו פ ט ת