

## **בבית המשפט המחוזי בתל-אביב**

**תיק: ה"פ 917/89**

**בפני השופט: א. גורן**

**המבקשת:** דור אנרגיה (1988) בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד מ' שקד

- נגד -

**המשיבות:**

1. אפרים בורשטיין ושות' בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד י' גלברד

2. פז גז חברה לשיווק בע"מ

3. החברה האמריקאית הישראלית לגז בע"מ

שתיהן ע"י ב"כ עוה"ד א' מקובר

4. סופר גז חברה ישראלית להפצת גז בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד כוגן

5. פטרולגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ

ע"ע ב"כ עוה"ד ח' זליכוב

### **פ ס ק - ד י נ**

1. לפני תובענה שהוגשה בדרך של המרצת-פתיחה על-ידי חברת דור אנרגיה (1988) בע"מ (להלן - התובעת) נגד המשיבה אפרים בורשטיין ושות' בע"מ (להלן - הנתבעת).

2. בתובענה זו עותרת התובעת לבית-המשפט להצהיר כי הנתבעת חייבת לספק ולמכור לתובעת שרותי הובלת גז פחממי מעובה (גפ"מ) בצובר, במחירים ובתנאים כמקובל אצל הנתבעת לגבי כלל לקוחותיה.

בהתאם למפורט בנימוקי הבקשה הרי התובעת הינה חברה העוסקת בשיווק דלקים לרבות גז. גז זה המתואר העתירה (להלן - גז הבישול) היה מיוצר ומשווק עד כה על ידי-חברות מוכרות בתחום האנרגיה.

לאחרונה החליטו רשויות האנרגיה במדינה לערוך רפורמה במשק הדלק והגז מתוך מטרה מוצהרת להביא לייעול ותחרות חופשית. כתוצאה מרפורמה זו הורשתה התובעת להצטרף לחבורת הותיקות בענף ולספק גם היא גז לצרכנים.

3. הנתבעת היא הקבלן הגדול במדינה (כמעט בלעדי) לשרותי הובלת גז והיא נותנת שירותים אלה לחברות האנרגיה הקיימות, אם כי לחלק מאותן חברות יש גם אמצעי הובלה משלהם.

כשפנתה התובעת לנתבעת שתיתן גם לה שרותי הובלת גז, נמנעה האחרונה מלעשות כן ותחושתה של התובעת הייתה כי מניעה של הנתבעת אינם קשורים לאינטרסים כלכליים טהורים של הנתבעת אלא מחמת דרישתן התקיפה של חברות האנרגיה הקיימות כי הנתבעת לא תשרת את החברה החדשה - המתחרה הפוטנציאלית.

4. מיד עם תחילת ההליך, הגישו חברות האנרגיה השונות בקשות להצטרף כנתבעות נוספות לתובענה זו מאחר והן בדעה כי תוצאות משפט זה עלולות להשפיע על זכויותיהן וחובותיהן. החברות הגישו בקשות צירוף בנפרד ולכל חברה, טעמיה הספציפיים. בסופו של דבר, החליט בית-המשפט לצרף את כל חברות האנרגיה (שביקשו לצרף) כנתבעת ואכן הן השתתפו באופן פעיל במשפט. ניתן לומר כי שיעור ענייני והשתתפותן של החברות במשפט, היה אולי גבוה יותר מהאינטרס של הנתבעת בהתנגדותה לתובענה.

5. התובעת מבססת את עילות תביעותיה על שלוש:

- א. חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח - 1988 (להלן - חוק ההגבלים);
- ב. הפר חובה שבחוק על פי פקודת הנזקין יחד עם חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ז - 1957 (להלן - חוק הפיקוח);
- ג. ניהול משא ומתן בחוסר תום-לב על פי סעיף 12 לחוק החוזים (כללי), תשל"ג - 1973 (להלן - חוק החוזים).

6. למרות שמשמעות התובענה הי כפיית הנתבעת להתקשר בחוזה עם התובעת, חרף חוסר ענינה של הנתבעת - הרי לדעת פרקליטת התובעת קיימים מקרים שהדין מחייב גופים כלכליים להתקשר בעל-כורחם עם צרכנים ואל בית-המשפט מוטלת החובה להורות בצו לצד המסרב להתקשר עם הצרכן. הצרכן, לפי גרסת התובעת, איננו דווקא צרכן בודד אלא גם ניתן ליחס מעמד זה לחברה כלכלית, כדוגמת התובעת.

לדעת הפרקליטה המלומדת במקרים מסוימים ניתן להתערב בחופש החוזים של הצדדים על ידי כפייתם להתקשר עם לקוחות.

#### העילה על-פי חוק ההגבלים

7. סעיף 26 לחוק ההגבלים קובע את ההוראה הבאה:

#### מונופולין ובעל מונופולין

(א) לעניין חוק זה יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים ומכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם בידיו של אדם אחד (להלן - בעל המונופולין). על קיומו של מונופולין כאמור יכריז הממונה בהודעה ברשומות; על הכרזה כאמור יחולו הוראות סעיף 43 (ב) עד (ה). כאילו הייתה קביעה לפי סעיף 43 (א).

סעיף אחר מן החוק הנ"ל שהוא רלוונטי לענייננו הוא סעיף 29 לחוק ההגבלים הקובע כך:

#### סירוב בלתי סביר

לא יסרב בעל מונופולין סירוב בלתי סביר לספק את הנכס או השירות שבמונופולין.

והסעיף האחרון הראוי לציטוט הוא סעיף 50 לחוק ההגבלים אשר משתלב ומתקשר עם פקודת הנזיקין. להלן נוסחו:

#### עוולה בנזיקין

דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות חוק זה, כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש].

8. מכאן שכדי לקבוע אם התקיים מונופולין במקרה הנדון יש לבחון אם מבחינה עובדתית אכן הנתבעת (חברת בורשטיין) מרכזת את שוק ההובלה של גז במכסות הנקובות בסעיף 26 לחוק ההגבלים.

בנדון זה מעיד בורשטיין בעמ' 84 לפרוטוקול שיש בבעלותו 12 מיכליות הובלה ועוד 3 מיכליות נוספות שבתפעולו. לעומת יתר המיכליות המופעלות על-ידי האחרים במשק הגז, אכן נראה כי הנתבעת מרכזת בידיה לפתוח את מחצית כלל משק הובלת הגז במדינה ולכן היא יכולה להיחשב כמונופוליסטית לעניין חוק ההגבלים.

מכאן, שאם קבעתי כי סעיף 26 לחוק ההגבלים חל בנסיבות המקרה יש להתקדם צעד נוסף ולבדוק אם אכן מתנהגת הנתבעת בצורה סבירה או בלתי סבירה בהתאם לנסיבות המקרה הספציפי, כי הרי סעיף 29 איננו שולל את זכות הסירוב של בעל המונופולין אלא מתיר לו סירוב שכזה אם הסירוב הוא סירוב סביר. מכאן שחלק משמעותי של העדויות והחקירות והטענות במשפט זה הוקדש לשאלה אם סירובה של הנתבעת הוא סירוב סביר או בלתי סביר.

9. כבר במקוצר אציין את גרסת החברות-הנתבעות והיא, שבאמצעיה המוגבלים של הנתבעת כיום, הנתבעת מתקשה לעמוד בדרישות החברות האחרות להובלה תקינה וסדירה. אם תאלץ הנתבעת לתת גם שירותים לחברה החדשה, הרי במילא ייפגע השירות שנותנת הנתבעת לחברות הקיימות ובמיוחד בתקופה הקשה יותר, תקופת החורף, שבה יש דרישה מוגברת לגז.

10. פרקליטה של הנתבעת מתנגד גם הוא לתובענה. אולם מחקירתו של בורשטיין עצמו התרשמתו שאם הנתבעות האחרות (דהיינו, חברות האנרגיה) היו מסירות את התנגדותן כי אז הייתה נכונה ליתן שירותים גם לחברה החדשה (הנתבעת) וזאת מתוך חששה הסמוי של בורשטיין כי חברת תובלה אחרת תשולב בשוק האנרגיה ומעמדו הכלכלי בשוק זה, ייפגע עקב כך.

11. בעיקרי טיעוניה של פרקליטת התובעת מוזכר פסק הדין בג"צ 47/83 תור אור (ישראל) בע"מ נגד יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים פ"ד לט (1) 169, שם נקבע בעמוד 178 מול האות ב' כדלקמן:

"מטרת החוק, כפי שהיא עולה מלשונו, ממבנהו ומההיסטוריה החקיקתית, היא לאסור הסדרים כובלים, הפוגעים בטובת הכלל... "מגמת החוק היא לפנות את הדרך לפעילות כלכלית חופשית, על-ידי סילוק מכשולים המונעים פעילות כזאת" (בג"צ 231/61)... גישתו של המחוקק היא, שתחרות חופשית פועלת לטובת המדינה, ויש בה כדי להעמיק את החופש המשפטי והכלכלי של הפרט".

מאידך, מגמת האיזון בין האינטרסים השונים, מוצאת את ביטוייה בפסק-דין האחר שצוטט על-ידי פרקליטת התובעת, דהיינו פסק-הדין בג"צ 588/84 ק.ש.ר. סחר אזבסט בע"מ נגד יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים ואח' פ"ד מ' (1) 29 שם נקבע בעמוד 38 מול האות ה':

"חוק ההגבלים העסקיים הישראלי אינו רואה את התחרות החופשית כגורם הבלעדי, של-פיו תיקבע טובת כלל, ובהחלט מאפשר הוא שקילת גורמים אחרים, המשפיעים על טובת הכלל הציבור במובנו הרחב. הוא מבקש להשיג איזון בין האינטרסים השונים - היתרונות שמעניקה התחרות החופשית לרמת המוצר ולתנאים הניתנים לצרכן, לעומת הצורך במתן אפשרות פעולה לקרטלים, כאשר מוכח שהם מועילים ומעניקים יתרונות למען טובת הכלל." (הדגשה שלי - א.ג.).

12. כאשר סעיף 29 לחוק ההגבלים דן בעניין סבירות הסירוב נשאלת השאלה על מי עול ההוכחה בנידון?

האם התובעת היא שצריכה להוכיח כי סירוב הנתבעת הוא בלתי-סביר או האם הנתבעת היא שצריכה להראות כי סירובה מוצדק4הוא בנסיבות המקרה?

מאחר והפסיקה בשלה זו מצומצמת מנסה פרקליטת התובעת להקיש גזירה שווה מהכללים שנקבעו באנגליה בקשר למוביל ציבורי דהיינו Common carriers. בנדון זה נכתב בספר Halsbury's Laws of volume 5 forth edition p/ 134 England.

203. Characteristics of a common carrier. A common carrier is one who exercises the public profession of carrying the goods of all persons wishing to use his services or of carrying passengers whoever they may be.

Is rights and liabilities are determined by the common law for reasons of public policy, although they may be carried by contract, and stem from his status as a common carrier rather than from contract, express or implied.

Is position is analogous to that of an innkeeper at law.

Though their duties and liabilities are different, it seems that there is no distinction to be drawn between what constitutes a common carrier of goods and a common carrier of persons. The tests for determining whether a person is a common carrier or not would in each case appear to be the same.

To constitute a person a common carrier of goods he must hold himself out, either expressly or by a course of conduct, as willing to carry for reward, so long as he has room, the goods of all persons indifferently who send him goods to be carried at any price. He must hold himself out as ready to carry for hire as a business and not as a casual occupation for a particular occasion. To constitute a person a common carrier of passengers the same tests apply, namely holding himself out as ready to carry all persons indifferently who wish to be carried at the proper fare. If he reserves for himself the right to reject persons or goods whom he is asked to carry according to his usual course of business, if he carries only certain passengers or goods for certain customers, then he is not a common carrier".

13. אצא מתוך הנחה שאכן אם הוכח כי הנתבעת היא מונופוליסטית בתחום משקי זה, הרי עול ההוכחה סבירות או אי-סבירות הסירוב למתן השירות - איננו מוטל על התובעת.

במקרה כזה, אין חוב לחייבת דווקא את הנתבעת (בורשטיין) להרי את ההוכחה, והעובדות הרלוונטיות לנושא זה יכולות להיות מובאות גם על-ידי הנתבעות האחרות שצורפו, שהן כאמור, בעל אינטרס כלכלי מובהק בתוצאות התדיינות זו.

14. בנושא זה של סבירות הסירוב צריכה להישמע במיוחד הנתבעת 5, חברת פטרולגו, שלה אין כל אמצעים משלה (בתחום הובלת גז) והיא תלויה לחלוטין בנתבעת. חברה זו יכולה להיפגע במיוחד משינויים בפעילותה של הנתבעת.

מקובל עלי טיעונו של פרקליטה של פטרולגו (עו"ד זליכוב), כי כוח ההובלה של הנתבעת הוא מוגבל. בגלל שיקולים של כדאיות כלכלית אין הנתבעת רוכשת פוטנציאל הובלתי על-פי צורכי הביקוש בתקופת החורף (שהיא התקופה העמוסה יותר עקב היזקקות הצרכנים לגז לצורכי חימום דירות וחימום חקלאי) וזאת מתוך חשש כי צי מיכליות מוגבר שכזה לא יופעל במלואו בתקופה החלשה יותר (תקופת הקיץ). מכאן, מגמת הנתבעת "להתיישר" דווקא לפי צורכי הקיץ ולא צורכי החורף, תוך ניסיון של

שמירת איזון של פעילות מצומצמת בתקופת הקיץ ופעילות מוגברת וחריגה בתקופת החורף.

15. כאשר, כאמור, קביעת מצבת רכב אספקת הגז נעשית שלא על-פי הצרכים והתנאים האופטימאליים אלא על-פי קריטריונים כלכליים של הנתבעת, כלומר, הימנעות מרכישת כלי רכב בלתי-מנוצלים בתקופת הקיץ - נוצר מישור 4 החיכוך שבין הנתבעת מחד גיסא, וחברות האנרגיה מאידך גיסא.

16. תחילה, סברתי לתומי כי מדובר במישור של חיכוך וניגוד מלאכותיים - שנוצר רק לצורך הנמקת התנגדותן של החברות להשתלבותה של התובעת במשק הגז במדינה. אולם, גם אם אצא מתוך הנחה שהחברות אינן שמחות במיוחד להופעתה של חברה חדשה בשוק זה, לאחר שבין החברות ובין עצמן נוצר מעין סטטוס-קוו ברור המחלק את שוק הגז ביניהן בחלוקה פחות או יותר קבועה. אפילו שאקח אינטרס זה. של החברות בחשבון, גם אז, התגבר בלבי האמון בדברי נציגי החברות כי אכן קיימת בעיה רצינית של פוטנציאל תעבורתי בתקופת החורף. אימון זה, הלך וגבר, וזאת ככל שנמשך המשפט ונשמעו האספקטים ונקודות המבט המיוחדות של נציג כל חברה וחברה.

תלונות החברות כנגד הנתבעת הן תלונות כנות, שהביאו חלק מהן לביטול חלקי של ההתקשרות עם הנתבע, שהביאו חלק מהן להתדיינות משפטית עם הנתבעת, שהביאו חלק מהן לרכישת צי רכב משלהן, שהביאו חלק מהן להקמת מרכז הזמנות צרכנים להקל על הנתבעת בטיפול בפניות בתקופת החורף הקשה.

שוכנעתי על-ידי נציגי החברות כי לפעמים שיהיו או איחור באספקת גז בתקופת החורף - עלול לגרום נזקים לצרכן כאשר המדובר למשל בחימום מדגרת אפרוחים - ואי-מציאת פתרון מיידי לבעיית האספקה עלולה לגרום נזק רב לצרכן, סיכון של תביעה משפטית כנגד חברת הגז וחשש של איבוד לקוח של אותה חברה.

17. משהוכח לי כי אכן צי הרכב של הנתבעת הוא מוגבל ובתקופת החורף איננו מספיק לצרכנים, הרי ברור הוא כי שילובה של חברת גז נוספת במסגרת מוגבלת זו יביא להרעת התנאים הקיימים ולא להטבתם.

18. בהקשר זה עלי להתמודד עם פתרון מתוחכם שהעלתה פרקליטת התובע (עו"ד שקד) במהלך הדיון, אשר הוצג כאתגר לגבי כל נחקר על-ידה

לטענת פרקליטת התובעת, הרי כפי שצי המיכליות מוגבל כך גם מוגבל שוק הצרכנים. מכאן, שאין זה משנה כיצד תתחלק העוגה כאשר שני הנתונים קבועים הם (צי הרכב מחד גיסא וקהל הצרכנים מאידך גיסא). בהקשר זה, עלי לציין כי מקובל על כל הצדדים כי בניתוח טענה זו ניתן להתעלם מעליית הביקוש המתונה הקיימת משנה לשנה.

19. למרות חריפותה של טענה זו במישור התיאורטי-אנליטי הרי מבחינה פרקטית של המצב בשטח, אין היא תואמת את המציאות.

מתברר, כי צירופה של חברה חדשה כלקוחה של חברת בורשטיין (הנתבעת) רק תסרב ליותר את השירות שלו זוכות החברות הקיימות. גם כיום, נמצאת חברת בורשטיין בלחץ כללי של החברות השונות, אשר כל אחת מהן מפעילה את קסמיה או את איומיה על הנתבעת - על-מנת ליתן זכות קדימה לפניות לקוחות חברה זו או אחרת. לחץ נוסף של חברה חדשה (אפילו תצהיר שהיא מסכימה לעמוד בסוף סולם העדיפות), רק עלול לגרום לקריסת המערך התעבורתי האמור, שלא לדבר על הסרבול הנוסף ברישומים ובקשרים עם החברה החדשה.

20. נוכח השירות הבלתי מספק שמקבלות החברות מהנתבעת הן פיתחו לקן בלתי-ברירה מנגנונים בולמי נזק. למשל, קיים ביניהן, או בין חלק מהן, הסדר בלתי-כתוב שלפיו מכלית אחת של הנתבעת מבצעת בהובלה אחת שירות לחברות אחדות וזאת כדי לחסוך בזמן הובלה ובהוצאות תפעול הובלה.

הובלה כזו היא מעין pool, של חברות אחדות המשתתפות בהובלה אחת ומתוך יכולת הגז שבאותה מיכלית מועברים חלקים שונים לצרכנים של החברות השונות.

ברור, כי הסדר פנימי שכזה יכול להיעשות רק מתוך רצון ואמון הדדיים. אפילו, תאמר, כי חובה על הנתבעת לספק רכב הובלה לתובעת בדרך של כפייה, הרי לא תוכל לכפות על החברות שיקיימו יחסי שיתוף איתה בנושאים הקשורים באמון הדדי בין הצדדים והחלפת מערכת חיובים וזיכויים הדדיים הקשורה לתפעול הובלה משותפת שכזו.

מכאן, שאם אין אפשרות כפיה (על הנתבעת והחברות הקיימות) של ניהול מערכת משולבת ומשותפת של אספקה - הרי בהכרח יביא חיוב הנתבעת לספק אמצעי הובלה לתובעת לסרבול שירותיה של הנתבעת, כי להובלות התובעת יצטרכו להקצות רכב נפרד. כאשר מדובר בתחום הובלה ארצי, הרי כדי ליתן שירות לכל הלקוחות בכל שטח המדינה - יפגע הדבר בהיערכותה של חברת בורשטיין בתקופת החורף לצורכי החברות הקיימות.

21. כמו-כן הוברר במהלך המשפט, כי לצורכי הטענת הגז במיכליות הנתבעת משתמשים, בין היתר, במסוף של מילוי גז שהוא מסוף פרטי של אחת החברות הנתבעות. כאשר אין לתובעת זכות לדרוש את השימוש באותו מסוף (שהוא באזור תל-אביב), לא תהא ברירה לנתבעת אלא לקבל את אספקת הגז עבור התובעת במסוף בתי הזיקוק בחיפה - ופעילות כזו תקשה ותסרב את מערך הובלת הגז המצומצם של הנתבעת.

22. מכל האמור לעיל, הגעתי לכלל מסקנה שאכן שילובה של התובעת במערך ההובלה המצומצם והמוגבל של הנתבעת, רק יגרום נזק לחברות האחרות דבר שעלול לגרום להן להינתק מהנתבעת ולהקים מערך הובלה עצמאי - ובנסיבות כאלה (כאשר מגמה כזו של החברות קורמת עור וגידים), לא ניתן לומר כי התנגדות הנתבעת או התנגדות החברות למתן השירות הנ"ל לתובעת הוא בלתי סביר.

#### חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים

23. עילת התביעה השנייה, עליה מבוססת תובעה זו היא העילה הנזיקית (השלושה עם חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים).

אם מדובר במישור הנזקין בהקשר לחוק ההגבלים העסקיים, הרי מבחינת סעיף 50 לחוק ההגבלים שצוטט לעיל (הקובע שדין מעשה ומחדל בניגוד להוראות חוק זה, כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין) - אין כל עוולה, בנסיבות המקרה, כאשר קבעתי כי התנגדות הנתבעות היא סבירה.

24. אולם, עילת התביעה השנייה של התובעת מבוססת על חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957 (להלן - חוק הפיקוח).

בחוק זה נקבע, בסעיף 4 (א) כי :

שר רשאי להכריז על מצרכים ועל שירותים כמצרכים או כשירותים בני-פיקוח. הכרזה כאמור יכול שתהיה למצרך או לשירות מסוים, לסוגי מצרכים ושירותים או לכלל המצרכים והשירותים.

סעיף 28 לחוק דן ב"איסור לסרב לעשיית שירות בר-פיקוח" והוא קובע בס"ק (א) כדלקמן :

מי שעסקו, או חלק מעסקו, הוא עשיית שירות בר-פיקוח יסרב סירוב בלתי סביר לעשיית אותו שירות, ואם ניתן על צו לפי סעיף 27, לא יסרב סירוב בלתי סביר לעשות את השירות בעד השכר שהוצג כאמור באותו סעיף. (הדגשות שלי - א.ג.).

אפילו אם אצא מכל ההנחות התומכות בגרסת התובעת, דהיינו :

א. כי הובלת גז היא בגדר שירות שהוכרז כבר-פיקוח על-פי סעיף 4 לחוק הפיקוח;



ב. כי הפרת סעיף 28 לחוק הפיקוח, מקנה זכות של תביעת נזיקין על-פי העילה של הפרת חובה חקוקה (סעיף 63 לפקודת הנזיקין);

גם אז הדבר לא יועיל לתובעת, כי סעיף 28 לחוק הפיקוח מתנה או הפעלתו בקיום האלמנט של "סירוב בלתי סביר" ואלמנט כזה לא הוכר על-ידי התובעת, כפי שסקרתי בהרחבה בנושא חוק ההגבלים העסקיים.

#### עילת "תום-הלב"

25. העילה השלישית עליה מבוססת התובעת מצוינת בקצרה בסיכומי הארוכים של פרקליטת התובעת בעמ' 238 לפרוטוקול בנוסח הבא:

"העילה השלישית כבודו, היא סעיף 12 לחוק החוזה תרופות, יש השקפה, יש לה איזה הדים קטנים בפסיקה, ... הדים בספרות, שמשא-ומתן במסגרת סעיף 12 כאשר הוא מתנהל בחוסר תום לב עלול להביא לכפיית חוזה. זה לא נסגר עם הפסיקה שלנו, זה בשלבים התחלתיים, אבל יש דעה כזאת. במקרה הזה בודאי המשא-ומתן של בורשטיין איתנו בחוסר תום-לב כי הוא יודע שלא מרשים לו, ובמקום ולומר לא מרשים לי נקודה, הוא אומר תגידו לי כמה אתם רוצים מחה אתם רוצים להוביל, עד שהם נפגשו איתו ואז הוא אמר בכלל אני לא רוצה להוביל לכם".

26. אם אכן הבנתי טענה זו, הרי היא גורסת שיש מקום לכפות על הנתבעת להתקשר בחוזה עם התובעת אם התקיים משא-ומתן שלא בתום-לב בין אותם צדדים. כפי שמציינת פרקליטת התובעת בטיעוניה הנ"ל הרי אין באמתחתה פסיקה התומכת בגישה שכזו. אולם אפילו הייתה פסיקה שכזו גם אז אין מקום לכפות על הנתבעת קיומו של חוזה בעילה זו עקב הנימוקים החילופיים הבאים:

א. לא הוקמה תשתית ראייתית כלשהיא בנושא זה, במהלך הדיון;

ב. אפילו קיימת עילה שכזו כנגד הנתבעת, הרי אין לשכוח כי צורפו נתבעים נוספים בעלי אינטרסים נוגדים, ובמאזן הנוחיות שבין האינטרסים שבין התובעת מחד גיסא ובין החברות הנתבעות מאידך גיסא - אינני בטוח שהכף נוטה דווקא לזכות התובעת ולחובת החברות/הנתבעות.

ג. נושא תום-הלב - אין חולקים על כך כי יישומו של סעיף 12 לחוק החוזים (תרופות), דורש קיומו של אלמנט של העדר תום-לב מצד הנתבעת. אולם במקרה דנן הוכח לי היפוכו של דבר. דווקא התובעת נהגה שלא בתום-לב עובר להגשת קבלת רישיון כחברת גז חדשה. מכל מקום במאזן "תום הלב" שבין התובעת לנתבעת הרי עמדתה של התובעת חלשה.

כדי לקבל רישיון או היתר מטעם משרד האנרגיה או מטעם הגופים המוסמכים על-פי חוק הפיקוח, תנאי חשוב הוא הפוטנציאל התחבורתי העומד לרשות החברה החדשה לשם מתן השרות.

לצורך קבלת היתר זה הצטיידה התובעת באישור נ/ 2 שהיא מכתבה של חברת התובלה המוכרת והידועה "מפעלי תובלה בע"מ" ואותה חברת תובלה מאשרת כדלקמן: -

1. "לחברת מפעלי תובלה זכויות להובלה דלק לסוגיו השונים כולל יכולת להובלת גפ"מ.
2. מפעלי תובלה מוכנה להעמיד לשירותכם מיכליות להובלת גפ"מ ככל שידרש..."

28. ברור שאם התובעת לא הייתה מציגה אישור זה בפני רשויות הרישוי אלא מציינת שאת נושא התובלה תסדיר בהליכים משפטיים לכפות לתת לה שירותי הובלה, לא היה כל סיכוי לתובעת לקבל את ההיתר.

יתר על כן, במכתב נ/ 4 מציין פקיד בכיר מטעם התובעת את הפסקה הבאה:

"בחודשים הראשונים נתרכז בעיקר בשיווק גפ"מ בצובר באמצעות מיכליות יעודיות לגפ"מ שהועמדו לרשותנו על-ידי חברת מפעלי תובלה".

ובמסמך נ/ 5 מאשרת חברת מפעלי תובלה בע"מ אישור נוסף כדלקמן: -

"בהמשך לשיחתנו ולבקשך הרינו לאשר בזאת כי נוכל בעת הצורך לחלק, להוציא ולהעביר גפ"מ במיכלית פגועה ע"י מיכלית אחרת שתשלח למקום".

29. על סמך כל מערכת מסמכים זו ובמסמכים נוספים ניתן האישור. ראו בנידון מוצג נ/ 6 ובו נאמר במפורש כי האישור או הרישיון ניתן על-פי בקשת התובעת "בהסתמך על המסמכים והנתונים שהגשתם ובתוקף סמכותי..."

מכאן שתנאי למתן הרישיון היה המצג העובדתי שהציגה התובעת כלפי רשויות הרישוי.

אם אכן מצג זה איננו נכון, (שהרי אם היה נכון לא היה כלל צורך בתובענה זו), ספק רב אם הבקשה למתן הרישיון הוגדה בתום-לב ומכאן שלא התובעת דן יכולה להסתמך בתובענתה על אלמנט זה.

30. בהקשר לנושא זה של "תום לב" יש עוד להזכיר כי התובענה העיקר היא לפסק-דין הצהרתי ואין חולקים על כך כי סעד הצהרתי הוא סעד מן היושר וכדי לזכות בו יש לעמוד בדרישות המקדמיות למתן סעד שכזה. בין הנושאים הרלוונטיים לסעד מן היושר קיימת נורמת ההתנהגות של ניקיון כפיים ואינני בטוח אם המצג העובדתי שהוצג בפני רשויות הרישוי, למתן היתר לתובעת לעסוק כמשווקת גז, אכן עומד בקריטריונים אלה.

31. לאור כל האמור לעיל נראה לי כי אין מקום להיעתר לתובענה כל חלקיה ואני מורה על דחייתה. התובעת תשלם לכל אחת מהנתבעות שכ"ט עו"ד בסך 5,000 ש"ח (בצירוף מע"מ כדין), צמוד למדד מהיום.

ניתן היום, 13.2.1990, והודע.

---

א. גורן, שופט