

מדינת ישראל  
משרד התעשייה והמסחר  
יחידת ההגבלים העסקיים  
רח' המלך דוד 8, ירושלים 94101  
טל': 02-233681, פקס: 02-233687

(000614)

קביעה לפי סעיף 43(א) לחוק ההגבלים העסקיים:  
הסדר כובל בהסכמי הבלעדות בין חברות  
הדלק לבין מפעלי תחנות תידלוק

I. הרקע העובדתי

A. מבוא

מאז קום המדינה התנהל משק הדלק תחת שרביט ניצוחה של הממשלה. האחרונה, באמצעות תקנות, צווים והחלטות קבעה את אורחותיהן של שלושת חברות הנפט - פז, דלק וסונוול (להלן - "החברות"). החברות היו הלכה למעשה זרועה הארוכה של הממשלה אשר הבטיחה סדירות אספקת הדלק על דרך כיסוי מלוא העלויות של החברות בתוספת רווח מוסכם (Cost plus). יבוא הנפט ארצה, וכנגזר מכך שיווקו, חולק באמצעות צו שקבע את חלוקת שוק בהתאם למפתח קבוע: פז - 45%, דלק - 30% וסונוול - 25%.

כיום 13.11.1987 נפל דבר במשק הדלק - ביוזמת משרד האנרגיה והתשתית, קיבלה הרשות הלאומית לאנרגיה החלטה שפניה חשיפת הענף לפעולת כוחות השוק, לתחרות.

מני אז נתון ענף הדלק בתהליך של שינוי, מעבר ממסגרת החממה של הפיקוח הממשלתי ההדוק למסגרת של תחרות חפשית ופתוחה. תנאי תחרות אלה יש בהם כדי להניב יתרונות לפרט ולכלל, לרבות, הקצאת משאבים אופטימלית, יעול הייצור והשיווק, עידוד חדשנות טכנולוגית ומניעת ניצול לרעה של כוח כלכלי לשם פגיעה בצרכן או בעסק מתחרה. חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן "חוק ההגבלים") שם לו למטרה להבטיח קיומה של תחרות זו ולסלק מדרכה מחסומים ומכשלות.

למעלה מחמש שנים חלפו מאז הונהגה הרפורמה. נרשמו הישגים חשובים מאוד, במיוחד במישור כניסת חברות נפט חדשות, בתחום אספקת סולר למפעלים ולבתי מגורים ובתחום הגז. ניצני תחרות אף החלו להיראות בתחום תחנות התדלוק, בין היתר על-ידי מתן תשורות ופרסים, אך כדי לבלוב ותחרות מחירים לא הגיעו הדברים. הרפורמה נעצרה בדרכה אל תחנות התדלוק, אל אנית הדגל של הרפורמה שכונתה "מעין חלון הראווה" של המערכת כולה. עולם כמנהגו נוהג, כמעט בכל תחנות הדלק המחיר הנקוב לצרכן זהה, והוא משתווה למחיר המירבי לצרכן כפי שהוא נקבע מעת לעת על ידי מינהל הדלק. תחנות דור-אנרגיה הורידו מחירים, ובתגובה הורדו לאחרונה המחירים גם בתחנות התדלוק של החברות הסמוכות לתחנות הללו, אך בסך הכל מדובר בתופעה קטנת היקף; ועל ראש הענף דולק נר תחרות קטון.

דו"ח שנתי 43 של מבקר המדינה שפורסם לאחרונה מציין כי הרפורמה "פסחה על מקטע השיווק של מוצרי דלק בתחנות הדלק... שנוצעת לו חשיבות רבה מנקודת ראות ציבורית, בין היתר, משום שהמגע עם רוב הציבור נעשה באמצעות התחנות". המבקרת מצביעה על "חוזי התקשרות כובלים, לכאורה, לזמן ממושך בין חברות הנפט הוותיקות לבין תחנות הדלק", כתנאי "המכניד על יצירת תחרות בענף" והחובק כ-2/3 מכלל התחנות. גישה דומה ננקטה גם על-ידי הפרופסור יצחק זמיר בסקירה מקיפה שהכין עבור משרד האנרגיה והתשתית, בה המליץ, בין היתר, על בדיקת אותם חוזים כדי לקבוע "האם קיימים הסדרים כובלים בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים".

ראה: דו"ח שנתי מס' 43 של מבקר המדינה, בעמ' 88-89, 96, 99 (אפריל 1993).

וראה: י. זמיר הרפורמה במשק הדלק: תחנות התדלוק, סקירה עבור משרד האנרגיה והתשתית אוקטובר 1991 עמ' 14-21, 70-78, 99-100.

כמצוטט בדו"ח מבקר המדינה, סבר אגף התקציבים במשרד האוצר כי "הנעייה המרכזית בשיווק הדלק בתחנות היא כי הענף מצוי בשליטה מלאה של החברות הוותיקות וכניסת גורמים חדשים אליו קשה ביותר וזאת משלושה טעמים עיקריים: 1. חוזי התקשרות כובלים, לכאורה, בין חברות הדלק לבין בעלי התחנות; 2. הליכי רישוי דרקוניים לתחנות דלק; 3. חוסר מוטיבציה של בעלי התחנות לשינוי, עקב הסדרת חלוקת ההכנסות בענף על ידי הממשלה." שם, בעמ' 90.

בהקשר זה, בעצה אחת עם עמיתי ממשרד האנרגיה והתשתית ובעקבות פנייתם, נפנית לבדיקת היחסים העסקיים בין החברות לבין תחנות התידלוק, מנקודת מבטו של חוק ההגבלים. בתחילת חודש אפריל השנה התבקשו שלושת החברות, בהתאם לסמכותי לפי סעיף 46 (ב) לחוק ההגבלים, להמציא לעיוני מקבץ מייצג מהסכמיהן עם תחנות התידלוק, והסכמים נוספים. כמו כן, במסגרת לימוד הנושא נפגשתי עם נציגי הנהלות החברות, נציגי חברות הנפט החדשות ומפעילי תחנות, ולקחתי חלק במספר דיונים בוועדת הכלכלה של הכנסת ובוועדת המשנה שלה לענייני אנרגיה. במהלך הבדיקה הוגשו אף מספר תלונות המבקשות בדיקת ההסכמים האמורים, בכללם או הסכמים מסויימים שצורפו לפנייה.

הגעתי למסקנה כי מתקיימים "הסדרים כובלים" בין החברות לבין מפעילי תחנות התידלוק שלהם הבעלות על התחנות (לרבות כחוכרים ראשיים ממינהל מקרקעי ישראל ודיירות מוגנת), וזאת באמצעות הסדרים ארוכי טווח המקנים בלעדיות לחברות באספקת דלק ומוצרי נפט אחרים, הכל כמפורט בהמשך הדברים. החלטתי איננה מתייחסת לאותן תחנות הנתונות בבעלות החברות עצמן (כולל חכירה ראשית ממינהל מקרקעי ישראל ודיירות מוגנת). כידוע, רוב מפעילי התחנות הם בעלי הקרקע או בעלי זכות חכירה ראשית ממינהל מקרקעי ישראל (כ- 70% מכלל תחנות התידלוק בארץ) ורק מיעוטן בבעלות החברות עצמן.

## ג. ההסכמים בין החברות למפעילי התחנות

### 1. עובדות רקע

תחנות התידלוק בישראל, להוציא מתי מעט, קשורות בעבותות חוזיות - ולעיתים קרובות אף קנייניות - לאחת משלוש החברות הוותיקות. מספר תחנות התידלוק, כולל בבעלות החברות, עומד כיום על סך ארצי של 548 תחנות. 539 מהן קשורות לשלושת החברות, דהיינו כ-98% מן המקובץ, כאשר החלוקה הפנימית הינה פז - 216, דלק - 176 וסונול - 147. היתרה, 9 תחנות, דהיינו כ-2% מהסך הכולל, קשורות לשתי חברות נפט חדשות: דור אנרגיה 8 וגל 1. כמובן, אין תחנה אחת זהה לרעותה, והן נבדלות זו מזו בהיקפן, מתקניהן, שרותיהן הנלווים ועוד.

בין החברות לבין תחנות התידלוק הקשורות אליהן קיימת מערכת של חוזים. מקורם של חוזים אלה הוא בהתקשרויות שנערכו עוד לפני קום המדינה בין חברות זרות שפעלו בארץ לבין תחנות התידלוק. כך, חברת פז, שבאה בנעליה של חברת SHELL, וחברת סונול שבאה בנעליה של חברת MOBILE OIL, המשיכו לערוך חוזים במתכונת דומה לזו שהיתה מקובלת קודם לכן.

עיון בהסכמים הללו מגלה מספר תבניות אחידות, הבאות לענות על מגוון הנסיבות המתקיים ביחסים שבין החברות לבין מפעילי תחנות התידלוק, בהתאם לבעלות על הקרקע, מקורות ההשקעה להקמת מבני התחנה וצידודה, והסכמי האספקה.

כאמור, החלטתי עניינה בתחנות התידלוק הקשורות לחברות אך אינן נתונות בבעלותן (כולל חכירה ראשית מהמינהל ודיירות מוגנת): בחברת פז כ- 69%, בחברת דלק כ- 86%, ובחברת סונול כ- 77%.

לצורך ענייננו, ניתן לסווג את היחסים בנושא זכויות בקרקע בין החברות לבין מפעילי תחנות התידלוק, לארבעה סוגים כלליים:

א. בעלות של גורם פרטי וחכירה ראשית לאחת מהחברות;

ב. חכירה ראשית לגורם פרטי ממינהל מקרקעי ישראל, וחכירת משנה לאחת מהחברות;

- ג. כנ"ל כשהחוכר הראשי מהמינהל הוא נכה צה"ל;
- ד. בעלות של גורם פרטי וללא זכות קניינית לאחת מהחברות, כשהוא קשור בחווי אספקה בלעדית עם אחת החברות.
- בקבוצה מסוג "ד" ניתן לראות חוזים ארוכי טווח, כדוגמת חוזה האספקה של פז המסומן 19 (10 שנים), וחוזי האספקה של דלק המסומן 11 (15 שנה), המסומן 21 (25 שנה), המסומן 3 (49 שנה) והמסומן 4 (49 שנה).
- בסוגים "א", "ב", ו-"ג", קיימת מערכת של חוזים שתוצאתם, כפי שיוסבר להלן, היא כי חובת הבלעדיות של המפעיל היא, בדרך כלל, ארוכת טווח באשר היא משתרעת על פני תקופת החכירה לאחת מהחברות.

כך למשל:

- (1) החוזים ארוכי הטווח בין פז לבין מפעילי התחנות: מסומן אצלנו 29 (42 שנה), מסומן 39 (40 שנה לאחר תקופת קודמות), מסומן 49 (25 שנה), מסומן 59 (49 שנה), מסומן 69 (49 שנה), מסומן 79 (49 שנה) והמסומן 89 (49 שנה).
- (2) החוזה ארוך הטווח בין דלק לבין מפעיל התחנה המסומן 51 (20 שנה) (לחברה אין זכות חכירה בלמעלה ממצצית התחנות הקשורות עמה).
- (3) החוזים ארוכי הטווח בין סנוול לבין מפעילי התחנות: מסומן 11 (35 שנה), מסומן 21 (49 שנה), מסומן 31 (49 שנה) והמסומן 41 (49 שנה + אופציה ל-49 שנה נוספות).
- לפי בקשת החברות, לא ראיתי מניעה, בשלב זה, להיענות לנכשתם לשמור בסודיות את הנתונים המספריים וזהותם של בעלי החוזים הנדונים בהחלטתי זו.

## 2. מערכת ההסכמים

מערכת ההסכמים של החברות כוללת, בדרך כלל, בין היתר, הסכם קנייני והסכם קמעונאי המשתלבים ונשזרים יחדיו, כשהסכמי כל אחת מהחברות דומים כמהותם לאלה של רעותה. שני ההסכמים העיקריים מציבים את המסגרות הבאות:

- (1) החוזה הקנייני - הצדדים להסכם זה הם בעל זכות הקניין במקרקעי תחנת התדלוק וחברת הנפט. הסכם זה נקרא לפעמים "חוזה המסגרת" או "הסכם בסיסי" להקמת תחנת התדלוק.

אם הקרקע היא בבעלות מפעיל התחנה, ייקבע בהסכם כי הבעלים מתכיר אותה לחברת הנפט, ואילו לו עצמו יוקנה בקרקע מעמד של "בר-רשות". אם המקרקעין הם בבעלות המדינה, והחוכר הראשון הוא אשר רוצה להקים תחנת דלק, ייקבע בהסכם כי הוא יחכיר את המקרקעין לחברת הנפט בחכירה משנית, וחברת הנפט, מצדה, תעניק לחוכר הראשון מעמד של בר-רשות (זה המצב המשפטי הרגיל לגבי נכ"ל שקיבלו זכויות במקרקעין במסגרת הליך שיקומם). ההסכם טיפוסי כאמור כולל את השגת הרישוי, תכנון ובניית התחנה, אחזקה השוטפת, השקעות הוניות, סיוע כספי ותמורה כספית כנגד הענקת זכות קניין בקרקע. הסכם זה נערך בדרך כלל לתקופה ממושכת כפי שהודגם לעיל.

בדרך כלל, המימון לבניית תחנת התדלוק מקורו בחברת הנפט, אך יש מקרים שבהם מקור המימון בבעל הקרקע. השקעת ההון בהקמת תחנת תדלוק מגיעה, כיום, לסדרי גודל של כחצי מיליון עד מיליון דולר ארה"ב.

- (2) ההסכם קמעונאי - הצדדים להסכם זה הם בדרך כלל הצדדים לחוזה הקנייני, שכן בעל הזכות הקניינית הוא בדרך כלל גם המפעיל של התחנה. הסכם זה נקרא לעיתים "הסכם הפעלה" ועניינו הטיפול השוטף של התחנה.

הסכם זה כולל הענקת זכויות לשיווק מוצרי חברת הנפט בתחנה, הסדרת נוהלי העבודה, האספקה, התשלומים, הבטיחות, חלוקת האחראיות וכיו"ב. מכח הסכם זה מחוייב המפעיל לרכוש דלק ומוצרי נפט אחרים אך ורק מהחברה. תובת הרכישה הבלעדית לכאורה אינה נתחמת בזמן, ומכל מקום לכאורה איננה קצובה לפרק זמן ארוך. ולא היא.

לאמיתו של דבר, קריאה משולבת של ההסכם הקמעונאי עם ההסכם הקנייני תלמד שתקופת הבלעדיות חופפת את תקופת החכירה לחברה, תקופה גולשת, בהרבה מקרים, מעבר לשנות דור. תוצאה זו מתבקשת על ידי נוסחת הקשר בין שני ההסכמים, כאשר בדרך כלל יקבע ההסכם הקנייני ו/או הקמעונאי, כי הפר המפעיל חיוביו לפי ההסכם הקמעונאי, לרבות ובעיקר חיובו לרכוש מוצרי נפט אך ורק מהחברה, או שלחלופין ישתחרר מן ההסכם הקמעונאי, רשאית החברה לבטל את מעמדו הקנייני, ולאחר מכן לפנותו מן התחנה. בחוזים החדישים יש אף שנקבע כי החברה רשאית גם למנות כונס נכסים ולהציע את התחנה למכירה, בכפוף לזכות סירוב ראשונה השמורה לטובתה.

במסגרת ההסכמית עם בעל תחנת התדלוק משאילה לו חברת הדלק אף את ציוד התדלוק, והיא שנושאת באחריות לתחזוקתו ותיקונו.

כמובן, שני ההסכמים האמורים משתזרים ומשתלבים לכדי שלמות חוזית ועניינית אחת, כאשר ההפרדה, המלאכותית משהו, לשתי חוליות מסמכים נפרדות אינה אלא נסיון לחיסון מעמדה של ההתקשרות מצד החברות. וכבר פסק בית המשפט המחוזי בהתייחסו למערכת החוזים של פז כי "יש להתייחס אל שני ההסכמים כמקשה אחת"; ע"א (ת"א) 837/90 פז נגד תחנת דן בני-ברק בע"מ (לא פורסם, החלטה מיום 1/8/90), עמ' 2 - 3 לפסק הדין.

מסביר שם בית המשפט לאמור:

"הסכם החכירה מסתבר רק לאורו של ההסכם הקמעונאי, המטיל על המשיבה חבות להפיץ בתחנת התדלוק את מוצריה של המערערות. אין ספק בליבנו, כפי שלא היה ספק בליבו של השופט המלומד של בית משפט קמא, שעיסוק החכירה לא באה לעולם אלא כדי לספק בטוחה למערערות לקיום התחייבויותיה של המשיבה כלפיה".

גישה זוהי אומצה על-ידי הפסיקה האמריקאית - וראה:

Prestin v. Mobil Oil Corp. 741 F. 2d 268,272 (9th Cir. 1984)

"It is unrealistic to separate the two documents (the leases and the retail dealer contracts); because, although we deal with two legally distinct relationships (landlord/tenant and franchisor/franchisee) obviously the landlord/tenant relationship existed only to facilitate the franchise agreement...the lease existed simply to promote the franchise agreement...We find, therefore, that the Retail Dealers Contract and the lease must be construed together, as one contract-the franchise agreement."

### 3. תניות הבלעדיות

עקרונות היחסים שבין החברות השונות לבין מפעילי התחנות דומים הם. במרכזם מצוייה תניית אספקה בלעדית שהפרתה היא הפרה יסודית של ההסכם על המשתמע מכך. לשם ההדגמה בנושא בלעדיות, אציין אלה:

(א) באחד מהסכמי ההפעלה בין פז לבין מפעיל תחנת תדלוק אשר תוקפו ל-49 שנה נקבע:

"הננו מתחייבים כלפיכם בזה כי במשך כל תקופת החכירה

כמצויין בהסכם מיום 27.1.82 תופעל בנכס תחנת תידלוק של פז ויישווקו בה בלעדית מוצרי הנפט של פז.

וראה סעיף נוסף באחד מההסכמים הקנייניים המתייחס לסנקציות במקרה של הפרת ההסכם הקמעונאי על-ידי המפעיל, לרבות רכישת מוצרי דלק שלא משל החברה אלא משל גורם מתחרה: "הקמעונאי יפנה את הקרקע והמכנים בתחנת הדלק ויחזירם להחזקתה של החברה חופשיים ופנויים מכל מחזיק..."

(ב) בהסכם קמעונאי בין דלק לבין אחד ממפעיליה שתוקפו למשך 20 שנה, נקבע:

"מתחייב המפעיל כלפי החברה לרכוש את המוצרים אך ורק מאת החברה במישרין".

בנוסף, ההסכם קובע שבמקרה שיפר המפעיל את תניית הרכישה הבלעדית מחברת דלק, שהיא בבחינת הפרה יסודית של החוזה, תהא "החברה זכאית בנוסף ומבלי לפגוע בכל סעד אחר שהיא זכאית לו ע"פ הסכם זה ו/או על פי הדין לתפוס ולהפעיל את תחנת התידלוק..."

(3) בהסכם ההפעלה בין סונול לבין מפעיל תחנת תידלוק אשר תוקפו ל-12 שנה נקבע:

"מתחייבת [המפעיל] לשווק ולהפיץ בתחנה ובסוכנות כמשך תקופת הסכם זה ובמשך תקופה זו בלבד, מוצרים אך ורק מתוצרתה של סונול ו/או כאלה המשווקים ע"י סונול".

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. אתיחס בקצרה אל אלו השתיים.

#### 4. הכתבת מחירים

כאמור, מאז ומכבר קובעת הרשות המינהלית מחירים מירביים למוצרי נפט. מחיר מירבי, כשמו כן הוא, מחיר שאין לגבות למעלה הימנו, אך מתחת לסף העליון הנקבע על פי דין רשאים בעלי העסקים להתחרות בינם לבין עצמם כיד כשרונם, כושרם וטעמם. ובכל זאת, במרוצת השנים, כמעט ללא יוצא מן הכלל, נמכרים מוצרי הדלק בכל תחנות התידלוק במחירים המירביים.

עיון בהסכמים הקמעונאיים, לפחות של פז ודלק, מלמד כי נכללת בהם הוראה המתיימרת לתת בידי החברות כלי לקביעת המחיר לצרכן, כך ולא אחרת:

למשל, באחד מהסכמי ההפעלה של פז מצאנו כי -

"מחיר המכירה של מוצרי הדלק אשר פז תספק לקמעונאי בהתאם לחוזה זה, יהא המחיר אשר פז תקבע מדי פעם לפעם לכל סוג וסוג מהסוגים מהם מורכבים מוצרי הדלק... והקמעונאי מתחייב בזה שלא לדרוש, לקבל ולא לקחת מחיר יותר גבוה או יותר נמוך מהמחיר שייקבע כאמור, פעם בפעם ע"י פז".

או באחד מהסכמי ההפעלה של דלק נאמר כי -

"מסכימים הצדדים כי בכפיפות להוראות כל דין רשאית החברה לקבוע מחירון למכירות מקבל הזכיון ולשנותו מזמן לזמן ומקבל הזכיון מתחייב למלא אחרי כל הוראות החברה בנדון זה..."

אמנם שטר ושוברו בצידו, מחד לחברה הזכות לקבוע מחירון מאידך זכות זו

כפופה להוראות כל דין, אך איזהו הדין שיתיר קביעת מחירון כזה? נהפוך הוא. אמנם לכאורה חברות הנפט מגבילות עצמן על ידי הצבת הסייג שזכותן לקביעת מחיר כפופה להוראות כל דין. אך מובן הוא כי סייג זה אין בו ממש, שכן הוראות הדין אוסרות על הכתבת מחירים.

הסדר הכתבת מחירים (Resale Price Maintenance) הוא מביטויי המוכהקים ביותר של הסדר כובל, ולכן הוא מוגדר ככזה על ידי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, האוסר כהתאם על קיומו. הסדרים אלה נפסלים גם בשיטות משפט אחרות:

ראה המצב במשפט האמריקאי - Sullivan, Antitrust p. 377:

"... an agreement between a seller and its buyer fixing the price at which the buyer may resell the product is a per se violation of Section 1 of the Sherman Act".

ובחוקים הקובעים רישום ואישור הסדרים כובלים, כמו בארץ, הסכמים הנוגעים לקביעת מחיר כשלעצמם מוגדרים כ"הסדרים כובלים".

וראה כאנגליה: Restrictive Trade Practices Act. 1976 סעיף 6.  
ובשוק המשותף: Treaty of Rome, Section 85 כפי שפורש בפסיקה.  
וראה: Whish, Competition Law, 2nd, ed p. 584.

נציגי החברות טוענים כי בעת האחרונה הם הצהירו קבל עם ועדה כי אין הן מתנגדות לכך שכל מפעיל תחנה יבור לו את מדיניות מחיריו הוא, וכי אין הן נפנות לשימוש בהוראות ההסכם להכתבת מחיר לצרכן.

כך מציינת היועצת המשפטית של פז, במכתבה מיום 16.5.93, כי פז איננה מתנגדת למכירת מוצרי דלק בכל מחיר שימצא המפעיל לנכון, ובלבד שלא יעלה על המחיר המירבי שנקבע על-ידי הרשויות, כאשר הנושא אמור למצוא ביטוי בנוסח המוסכם של הסכם ההפעלה והזיכיון שיחליף את ההסכם הקימעונאי. חברת דלק מצדה אף הציגה בפני חוזר שהפיצה בין כל תחנותיה ב-7.1.92, המציין כי בידי מפעילי התחנות, על אף האמור בכל הסכם שנחתם עם החברה, חופש פעולה בכל הקשור למחירי מוצרי הדלק הנמכרים לצרכנים בתחנות התידלוק. בדומה, ציין באזני מנכ"ל סנוול כי הביע עמדה דומה בפני כל מפעילי תחנות החברה כבר לפני כשלוש שנים.

ברור אם כן, כי בוודאי בטרם השינוי הנטען כמדיניות החברות הן חטאו בעשיית הסדר כובל גם בהקשר זה של הסדר הכתבת מחירים. עד כמה שהסדר זה בוטל ללא שיוך, כי אז עלו החברות על דרך הישר. כאמור, ההסכמים גופם טרם תוקנו, והיו מבין מפעילי התחנות שטענו באזני כי לא ידוע להם על ביטול סעיף המחירים, וכי הם עדיין רואים עצמם כבולים על פי הסכמיהם הקמעונאיים והמסכת כולה לגבות את המחיר המירבי ולא פחות ממנו. אכן, נדרשות החברות לעשות יותר על מנת להבהיר באופן חד משמעי כי אין הן נדרשות, במישרין או בעקיפין, לשאלת מכירת הדלק במחיר המירבי, ובוודאי על דרך שינוי ההסכמים עצמם. רק בדרך זו יוכל להתכבד כל מפעיל תחנה ולקבוע את המחיר לצרכן, בשים לב לתנאי התחרות וטעמיו.

## 5. הגבלת חופש העיסוק

עוד מצאנו בחלק מההסכמים הוראות המגבילות את חופש העיסוק של מפעילי התחנות:

(1) כך, למשל, בהסכם בין פז למפעיל תחנת תידלוק נאסר על המפעיל ועל בני משפחתו מלעסוק בהפצת מוצרי נפט, בכל מקום אחר כמדינה כשההסכם הוא לתקופה של 10 שנים. נקבע שם כי:

"בתקופת הסכם זה הקמעונאי לא יעסוק ולא יהיה מעוניין בכל אופן שהוא, בין במישרין או בעקיפין, בכל מקום בישראל באיחסון, טיפול, הפצה או שווק של מוצרי נפט כלשהם שאינם "מוצרי נפט" (אלה ממוצריה אשר החברה

תחליט מזמן לזמן לספק לו), לרבות באמצעות בן זוג או משפחה או באמצעות כל חברה, אגודה שיתופית או שותפות שהיא, שבה עלולה להיות לקמעונאי, לבן הזוג או לכל בן משפחה קרוב אחר, טובת הנאה..."

(2) בדומה, בהסכם ההפעלה שבין דלק לבין אחד ממפעילי תחנות התדלוק מתחייב האחרון ש:

"לא לעסוק, להשתתף או להיות מעוניין במישרין או בעקיפין בשום עסק מכל סוג שהוא פרט לעסקי התחנה".

ובהסכם אחר נקבעה הוראה דומה כאשר לצד האיסור הגורף נקבע

"כלא נטילת רשות מוקדמת מהחברה בכתב..."

הוראות אלה גורפות הן, ודומה כי רוחב יריעתן מתפרש הרבה מעבר לנחוץ על מנת להגן על אינטרס לגיטימי של החברות. הוראות הגבלת עיסוק אלה אינן נשוא החלטתי זו, אך יש גם בהן כדי להמחיש את טיב היחסים שבין החברות לבין מפעילי תחנות התדלוק. ההסכמים מנוסחים בעליל לטובת החברות, תוך תוצאה ברורה של הגבלת התחרות בענף.

נפנה את הדיון כעת, לרקע המשפטי בנושא הסדרי בלעדיות, שהוא מוקד החלטתי.

## II. משפט השוואתי

### א. מבוא

סוגיית הסדרי בלעדיות והתאמתם להוראות דיני התחרות נדונה ברבות משיטות המשפט. ידע ונסיון רב הצטבר בארצות אחרות בנושא הסדרי בלעדיות בכלל, והסדרי בלעדיות עם תחנות תדלוק בפרט. כמובן, ההסדרים נשוא עיוננו ייבחנו לפי חוק ההגבלים ובהתאם להוראותיו המיוחדות, אך ניתן וראוי אף להסתייע בנסיוןן של שיטות דומות אחרות.

הבעיה העיקרית בהסדרי בלעדיות טמונה באפשרות שבדרך זו תחסם כניסתם של מתחרים וספקים חדשים לענף. ראה, למשל:

Kintner, Federal Antitrust Laws, vol. 4 sec. 10:75

"Exclusive arrangements, such as requirements contracts and exclusive dealerships, inherently foreclose some part or all of a market to the competitors of the sellers."

אולם ברי כי על מנת לקבוע ולאמוד את השפעתה התחרותית של בלעדיות, יש ליתן את הדעת לתנאי השוק ונסיבותיו, ובמיוחד, מחסומי כניסה וכוחם היחסי של המשתתפים.

Valentine Korah, Exclusive Distribution and the E.E.C. Competition Rules 2nd ed. Sweet and Maxwell, 1992 p. 11:

"In appraising the effects of the market of vertical restrictions, the concepts of market power and barriers to entry are crucial. If markets are closed and monopolistic, the dangers of vertical restraints are increased. They are greatly reduced if markets are open and competitive."

במיוחד עומדת המחברת על הסכנה לתחרות הנובעת מהסדרי בלעדיות בתחנות תדלוק

עקב מחסומי הכניסה לענף המתהווים כאשר מספר רב של תחנות קשורות בהסכמי בלעדיות לתקופות ארוכות.

ראה שם, עמ' 202.

יצירת מחסומי הכניסה לשוק מונעת או מעכבת הצטרפות יעילה של מתחרים, אך בכוחה לגרום לתוצאות שליליות נוספות: למשל, פגיעה במשוקים על דרך הצרת שיקול דעתם המסחרי וחופש פעולתם הכלכלית:

Lockhart and Sacks, The Relevance of Economic Factors In Determining Whether Exclusive Arrangements Violate Section 3 of the Clayton Act, Vol. 65 Harvard Law Review, p. 922

**"...dealers may be denied the chance to buy better goods at lower prices, with adverse effects on their profits or their ability to sell at lower prices."**

פגיעה אפשרית אחרת עניינה במישור האופקי, דהיינו בין הספקים לבין עצמם, הואיל ומערכת של הסדרי בלעדיות מחזקת נטיה להתנהגות קרטלית בין הספקים ומקפאה תלוקת השוק ביניהם.

ראה לענין זה, Korah לעיל, עמ' 24-25.

## ב. אנגליה

באנגליה עומדים הסכמי בלעדיות לבחינה בשלושה מישורים. האחד, כאספקלריית המשפט המקובל בתחום חופש העיסוק - "Restraint Of Trade Doctrine"; השני, לפי ה - Fair Trading Act 1973; והשלישי לפי ה - Restrictive Trade Practices Act 1976.

1. Common Law - מכת כללי המשפט המקובל כל הסכם בלעדיות המגביל את הסחר הוא לכאורה הסכם בלתי אכיף, אלא אם הוכח שההסכם עומד במבחן הכפול: הוא סביר מבחינת אינטרס הצדדים לו ומבחינת אינטרס הציבור.

וראה: Chitty, On Contracts, 25th ed. (1983) vol. 1, page 582

**"All covenants in restraint of trade are prima facie unenforceable at common law and are enforceable only if they are reasonable to the interests of the parties concerned and to the public."**

הגבלת חופש העיסוק בכלל היה אחד מהתחומים הראשונים והמובהקים שבהם בתי המשפט בארצות המשפט המקובל האנגלי הפעילו את סמכותם לפסול חוזים הסותרים את תקנת הציבור (בתחום זה, יותר מאשר בתחומים אחרים של תקנת הציבור, הלכה הפסיקה הישראלית - לפני תחילת חוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג-1973, אך גם אחריה - בתלם ההלכות האנגליות).

ראה, ג. שלו דיני חוזים 382 (1991).

הלכה כללית זו מצאה ביטוי בולט עת נבחנו לפיה הסכמי בלעדיות בענף תחנות התדלוק, המכונים Solus Petrol Agreements.

פסק הדין המנחה בנושא:

Esso Petroleum Co. v. Harpers Garage (Sourport) Ltd. (1967)

(1) All E.R. 699

קבע שהסדר בלעדיות בין חברת הנפט לבעל תחנת הדלק לתקופה העולה על 5 שנים עומד בניגוד לדוקטרינה של חופש העיסוק.

העיקרון נקבע בפס"ד Esso אומץ בפסק דין מאוחר:

Amoco Australia PTY Ltd. v. Rocco Bros. Co. Engineering



Pty Ltd (1975) AC. 561.

2. Fair Trading Act of 1973 - בהתאם לחוק זה, התבקשה הוועדה למיזוגים ומונופולים (Monopolies & Merger Commission) לבדוק את תנאי התחרות בענף הדלק. הוועדה הגישה שלושה דו"חות, הראשון בשנת 1965, דו"ח נוסף בשנת 1979 ולאחרונה בשנת 1990. בדו"ח הראשון המליצה הוועדה על העמדת תקופת בלעדיות מירבית של חמש שנים. המסקנה המתוארת בדו"ח של 1965 אומצה על ידי צו שהוציאה הרשות המנהלית, ה- Board of Trade ושהתקבל וכונן על ידי חברות הנפט באנגליה. וראה: S.I. Order 1966 (No.2) Solus Petrol (1965). המלצת הוועדה אף הקרינה על החלטתו התואמת של בית המשפט בעניין Esso לעיל.

בדו"ח האחרון משנת 1990 שנתה הוועדה ובדקה מחדש את הנושא. מסקנתה היתה כי ראוי לאשר בשנית את התקופה של חמש שנים כפרק הזמן הסביר, ולא להאריך הימנו, חרף הצעות להעמיד את משך התקופה על עשר שנים. הסיבה העיקרית שבגללה נפסלו הסדרי בלעדיות לתקופות ממושכות היתה החשש שהם יוצרים מחסומי כניסה ומקפידים את נתחי השוק הנשלטים על ידי החברות הקיימות.

וראה המסקנה לעניין זה בעמ' 291 לדו"ח משנת 1990:

"Solus ties with independent dealers were considered in depth in the 1965 report, at a time when these dealers supplied a considerably larger share of the market. The MMC then took the view that the solus system had produced some beneficial effects for the consumer in reducing costs of supply without restricting consumer choice and that the financial assistance provided by wholesalers under solus agreements had helped to improve the standards of retail outlets. They concluded that such a system did not necessarily operate against the public interest. They decided, however, that long-term agreements would tend to make market shares rigid, increase difficulties for suppliers trying to enter the market, and also increase the opportunities for suppliers to control the retailers' trade more strictly. They therefore recommended a limit on such ties of five years". Monopolies and Merger Commission, The Supply of Petrol: A Report on the Supply in the United Kingdom of Petrol by Wholesale, p. 291 (1990).

הדו"ח מ-1990 מדגיש את השיקולים שעמדו ביסוד הדרישה להגבלת הסכמי הבלעדיות לתקופה מוגבלת כלכד, ואשר נוכח משקלם, אשר נותר בעינו, ראוי להשאיר את המגבלה על כנה (בעמ' 292):

"The earlier concept that overlong ties tend to freeze market shares and impede entry continue to be important, given the continuing decline since the MMC's last report in the number of independent dealers and their share of the volume sold. It appears, therefore, that a shorter maximum term would increase the scope for competition amongst wholesalers, particularly in relation to the smaller sites, and thus assist the new entrant...We concluded that there were no compelling arguments in either direction to suggest any variation in the present limit of five years..."

3. Restrictive Trade Practices Act 1976 - חוק ההסדרים הכובלים האנגלי קובע בסעיף 6 את סוגי ההסכמים שכריתתם אסורה אלא אם בא עליהם אישור לפי החוק, לרבות:

"An agreement under which restrictions are accepted by two or more parties in respect of the following matters that is to say:

- (a) The quantities or descriptions of goods to be produced, supplied or acquired;...
- (e) The persons or classes of persons to, for or from whom, or the areas or places in or from which, goods are to be supplied or acquired, or any such process applied"

(ההדגשה אינה במקור)

לא מצאנו פסיקה משמעותית לפי סעיף זה, בשאלת הבלעדיות בתחנות התדלוק, כנראה משום שכדרך כלל בענף זה לא מתקיימת כבילה על ידי שני הצדדים, ולכן חסר יסוד מעמיד לתחולת הסעיף. יחד עם זאת מציע Lord Wilberforce בספרו Restrictive Trade Practices Monopolies, 2nd ed. Sweet and Maxwell (1965) and, כי יתכנו נסיבות שבהן הסכמי בלעדיות כאלה אכן יבואו בגדר סעיף 6 (1) לחוק. וראה הסבר בעמ' 262 לספרו:

"Another example is a type of agreement used by oil suppliers to garages by which the garage accepts restrictions relating to the purchase of oil and lubricants and sometimes also to accessories. There would appear normally, to be no bilateral element in such agreements. If, however, the supplier entered into similar agreement with a number of garages, and it could be established that one garage accepted the restrictions because another garage did so, it might be that this would constitute an arrangement."

אכן, נושא הסדרי הבלעדיות בין חברות הדלק לתחנות התדלוק עלה גם על סדר יומן של הרשויות האנגליות, אשר התלבטו וטרחו הרבה על מנת לסלול את הדרך לתחרות בענף, ולהוסיף ולשמרה.

#### ג. הקהילה האירופית

סעיף 85 לאמנת רומא אוסר על "הסכמים ופעולות מתואמות היכולות להשפיע על התחרות... ושלחם המטרה או התוצאה של מניעה, צמצום או עיוות התחרות בתוך השוק המשותף". בעניין זה נפסק כי על מנת לבחון את חוקיותו של הסדר בין ספק לבין משווק חייבים לשקול את מכלול הנסיבות המשפטיות והכלכליות.

ראה:

Bellamy and Child, Common Market Law of Competition 3rd ed. (1987) p. 254:

"In judging whether any particular distribution agreement falls within Article 85(1) it is necessary to take into account not only the provision of the agreement but also the whole surrounding legal and economic context, including the existence of similar agreements between the supplier and distributors in other Member States."

וראה: פסק דין 3 CMLR 684 (1979) Atka A.S v. B.P Kemi DSD הדן בהסכם בלעדיות בין משווק ליצרן אתנול, שבו התחייב המשווק שלא לרכוש אתנול מכל ספק אחר. בית המשפט דן תחילה בשאלה העקרונית אם ואיך הסכמי בלעדיות, בכלל, עלולים לפגוע בתחרות ומגיע למסקנה כי חייבים לבחון מספר שיקולים, ביניהם נתח השוק שבידי הצדדים להסדר, אורך ההסכם וכדומה.

וראה הדיון בעמ' 699 לפסק הדין:

"When a purchaser undertakes to buy all his requirements for a given product from one manufacturer during a certain period, other manufacturers of the product in question are prevented from supplying the purchaser with the product during the period concerned. Thus all competition between the manufacturer who gets such a contract and other manufacturers of the product is excluded during this period in so far as supplies to the purchaser in question are concerned. Depending inter alia on the length of the period and on the economic context, including the market shares and positions of the purchaser and seller, such a purchasing obligation may constitute a restriction on competition within the meaning of Article 85(1)".

בית המשפט עומד על תוצאותיו השליליות האפשריות של הסכם בלעדיות, במיוחד כשמדובר על הסכם לטווח ארוך, לעומת הסכם מכר רגיל:

"It is true that when any agreement concerning the purchase of a given quantity of a product has been concluded, other producers of the product in question are excluded to that extent (but no further) from covering the needs of the purchaser, but such producers are able to compete for each such contract before it is signed. This is the result of the normal role of competition which gives any interested party the possibility of putting forward his offer and which enables the purchaser to decide freely which of the offers is the most attractive when all factors are taken into account. However, when a purchasing obligation of a longer duration is entered into, the relationship of supply is frozen and the role of offer and demand is eliminated to the disadvantage of, inter alia, new competitors who are thereby prevented from supplying this customer and old competitors who in the meantime may have become more competitive than the actual supplier."

יישום אמת מידה זו על נסיבות המקרה הביאה את בית המשפט למסקנה כי ההסכם עומד בניגוד להוראת סעיף 85 לאמנת רומא, במיוחד נוכח אורך תקופת ההסכם.

וראה גם פסק דין (1985) 1 CMLR 735 Re Carlsberg Beers שזן בהסכם בלעדיות לתקופה של 11 שנים שבו משווק בירה התחייב לרכוש את כל כמות הבירה שתדרש לו מיצרן מסויים. לאחר בדיקת תוצאות ההסכם על התחרות, קבע בית המשפט בעמ' 147:

"The following provisions of the Agreement have the object and effect of restricting competition within the Common Market, and this effect is particularly significant since the industry concerned is already highly concentrated."

עוד הודגש הצורך למקד את המבט לא רק בהסכם פלוני נתון שהובא לעיון בית המשפט אלא שיש לראות את התמונה בכללותה, ואם מהווה ההסכם חלק ממסכת רחבה של הסכמים (Network), ייבחן המכלול על כל השפעותיו.

וראה: Case 23/67 Brasserie de Haecht v. Wilkin (No. 1) [1967] ECR .407, 415-416

הרשויות בשוק המשותף התקינו פטור כללי מרישום הסדר כובל להסדרי רכישה בלעדית תוך קביעת התנאים שבהם תותר הכלעדיות. ראה: Exclusive Purchasing Regulation 1984/83. בתקנה זו נמצא פרק מיוחד הדן בתחנות תידלוק. לענין משך ההסכם:

"The tie may be imposed for a maximum period of ten years, or if the supplier let or licenses the premises to the reseller, for the whole period in which the reseller in fact operates the premises".

ועוד נאמר כי:

"Regulation 1984/83, proceeds on the implicit assumption that the service station agreements exempted thereunder would otherwise fall under Article 85(1)."

ראה: Bellamy and Child נעמ' 283.

שוב מגבלת הזמן באה לענות על חשש רשויות הקהילה כי חוזי בלעדיות ארוכי טווח יגרמו לפגיעה בתחרות בדמות מחסומי כניסה. יחד עם זאת מתירים דיני הקהילה תקופת הסכמים ארוכה יחסית, אך תוך הפנייה מפורשת לכך שדיני המדינה החברה עשויים לשנות ולצמצם את תקופת הזמן המותרת בהתאם לנסיבות המשקיות של כל אחת משתיים עשרה המדינות החברות.

מכללא, מלמדת התקנה כי אלמלא הפטור המיוחד, הסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי התחנות היו נכנסים לגדר האיסור על פגיעה בתחרות בהתאם לסעיף 85 לאמנת רומא.

ד. ארה"ב

בארה"ב הסדרי בלעדיות (exclusive dealing arrangements) נדונו לאור שתי הוראות חוק: האחת - סעיף 1 ל- Sherman Act האוסר על הסדרים כובלים: "Every contract, combination or conspiracy... in restraint of trade" והשניה - סעיף 3 ל- Clayton Act משנת 1914 האוסר בצורה מפורשת כל הסדר בלעדי בין ספק ורוכשי נכסים כאשר תוצאותו הפחתת התחרות, לאמור:

"Where the effect...may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly."

הסדרי בלעדיות יעמדו לבדיקה, בהתאם לשני החיקוקים האמורים, לאור מבחן הסבירות - rule of reason. מבחן הסבירות מקפל בין כנפיו יישום קריטריונים מגוונים, כשהחשובים שבהם הוא אחוז נתח השוק הנשלט על ידי הסדרי הבלעדיות, שכיחותם של הסדרים כאלה בענף ומשך תקופת הבלעדיות.

בענין כלל הסבירות ראה:

Jefferson Hospital District No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 45 (1984) (concurring opinion); Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320, 327, 328-329 (1961); Roland Machinery Co. v. Dresser Industries, 749 F. 2d 380, 393 (7th Cir. 1984);

ולענין חשיבות אחוזי השוק של החברה הנדונה ושל אחרות שלהן בלעדיות, ראה:

Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320 (1961); Standard Oil Co. v. U.S., 337 U.S. 293 (1949);

ובנושא תקופת הבלעדיות, ראה:

FTC v. National Picture Advertising Serv. Co., 344 U.S. 392 (1961) (שנה אחת סבירה, יותר משנה פסולה).

וראה ABA Antitrust Sec. Antitrust Law Developments (3d ed. 1992) בעמ' 177 הערה 973, אשר מפרט שורה ארוכה של פסקי דין הקובעים תקופות סבירות שונות בענפים שונים במשק.

Sullivan, בספרו Antitrust מדגיש את חיוניות מימד הזמן בניתוח הסכמי בלעדיות ("the time dimension"). המחבר מציע פתרון כולל, מכאני משהו, לפיו הסכם שתקופתו עולה על שנה אחת יהיה לכאורה בטל אלא אם יוצדק בטעמים

מיוחדים. עוד מוסיף המתבר בעמ' 485 לספרו:

"When a requirements contract is under analysis its time dimension provides easy access in any search for a less restrictive alternative. If the goals being sought could be attained in substantial degree by a shorter arrangement, which will entail a less profound foreclosure, accustomed responses suggest that the shorter arrangement be insisted upon".

גם כמאמרם של Lockhart and Sacks המוזכר לעיל, מוזכרת תקופת הבלעדיות כשיקול לקביעת חוקיותו של ההסדר, תוך נתינת הדעת על אופי המוצר כדי לקבוע איזו תקופה תחשב כסבירה. נאמר שם, בעמ' 42:

"The duration of the arrangement, and the rapidity of product and price changes within the industry - the longer the term of the arrangement, the greater the possibility of harm to firms competing with the supplier using the device. In addition, the flexibility of the terms of the sale and the speed of changes in the product are important. For example, one-year exclusive dealing contracts with retailers in television sets might be more damaging to competing manufacturers than one-year contracts with retailers of electric toasters would be to toaster manufacturers."

עמדה דומה מכייע Kintner בספרו Federal Antitrust Law כרך 4 עמוד 5:

"As a general proposition, the injury to competition resulting from such lost opportunity may be gauged by the length of the exclusive agreement; the longer the term of the exclusive contract, the worse the injury inflicted upon the seller's or lessor's competitors."

בענף תחנות התידלוק, פסק הדין המוביל בארה"ב הוא Standard Oil Co. v. U.S. 337 U.S. 293 (1949). פסק דין זה קבע כי הסכמי בלעדיות לתקופות של שנה ומעלה הם פסולים, מקום בו היו לחברה הנדונה הסכמים כאלה עם 16% מהתחנות בשוק (שמכרו 6.7% מכל מוצרי הדלק), וכאשר הסדרי בלעדיות של חברות שונות כיסו את מרבית התחנות, כך שההשפעה המצטברת היתה חסימת השוק. בלשון השופט פרנקפורטר, מצב דברים זה איפשר לחברות הפועלות בענף לשמור על מעמדן ובה בעת באמצעות פעילותן המקבילה, הגם מבלי שיקיימו קשרים ישירים ביניהן, למנוע מחברה חדשה לקחת יותר מאשר חלק שוק זניח:

enable

"to ~~the~~ the established suppliers individually to maintain their own standing and at the same time, collectively even though not collusively, to prevent a late arrival from wresting away more than an insignificant portion of the market." (337 U.S. at 309)

אכן, סדנא דארעא חד הוא. בשינויים המחוייבים, תואם תיאור זה כפתור ופרח את המצב בארץ, ולכך אשוב באחרית דבריי.

עוד יצויין כי בארה"ב נחקק בשנת 1978 חוק מיוחד המיועד להגן על מפעילי תחנות התידלוק ולמנוע ביטול או אי-חידוש זכיונם באופן שרירותי או מפלה על-ידי חברות הדלק.

ראה: Petroleum Marketing Practices Act, 15 U.S.C. Sec. 2801-2806

אולם אין בחוק זה כדי לגרוע או לשנות מכללי ההגבלים העסקיים החלים בענף הדלק.

### III. רקע משפטי - חוק ההגבלים

#### א. מבנה החוק ומטרתו

סעיף 2(א) לחוק ההגבלים מגדיר את המונח "הסדר כובל" כדלקמן:

"הסדר כובל 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."

סעיף 2(ב) קובע שהסדר נחשב "כובל" כשלעצמו, ללא בדיקת השפעתו על התחרות, אם הכבילה נוגעת לעניינים שמטבע ברייתם הם פוגעים בתחרות, לאמור:

- "מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:
- (1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;
  - (2) הריווח שיופק;
  - (3) חלוקת השוק כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעימם יעסקו;
  - (4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם."

מטרת חוק ההגבלים היא להסיר מכשולים הנערמים כדרכה של תחרות חופשית. מטרה זו תואמת את התיאוריה הכלכלית - כמו גם את הניסיון האמפירי - המלמדים שתחרות חופשית במשקים מודרניים היא תנאי בלעדיו אין לקידום הפרט והמשק. מטרה זו היא "כוכב הצפון" שראוי שידריכנו גם בפירוש הוראות החוק וגם ביישומן לנסיבות כל מקרה ומקרה.

וראה: ע"א 371/89 ליבוביץ נגד א.א.ת בע"מ ואח' מד(2) 309, 327, הדן בסוגיה של יבוא מקביל, שם מבהיר השופט שמגר את מטרות חוק ההגבלים:

"ביטוי להיותה של התחרות החופשית ערך בשיטתנו ניתן למצא בחוק ההגבלים העסקיים תשי"ט-1959. מטרתו של חוק זה היא לאסור על הסדרים כובלים אשר נוגדים טובת הציבור. אחד השיקולים המרכזיים בבחינת טובתו של הציבור הוא הבטחת קיומה של פעילות כלכלית חופשית. כדברי השופט ד. לוין בבג"צ 588/44 בעמ' 327: 'תחרות בריאה וחופשית בין יצרנים מבטיחה לצרכנים את המוצר בעל האיכות הטובה ביותר במחיר הסביר ביותר, המשקף בצורה המדויקת ביותר את הביקוש שלו. כמו-כן, תחרות מהווה תמריץ ליעול, לפיתוח ולחדשנות, דבר שיביא לירידה בהוצאות היצור ולעליה באיכות המוצר...'"

וראה דברי השופט ברק בבג"צ 174/80 תור אויר נ. יו"ר מועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים לט(1) 169, 178. וזה לשונו:

"גישתו של המחוקק היא, שתחרות חופשית פועלת לטובת המדינה, ויש בה כדי להעמיק את החופש המשפטי והכלכלי של הפרט... לשם השגתן של מטרות אלה נקבע איסור על עשיית דבר או הימנעות מעשותו על פי הסדר כובל (סעיף 40 לחוק)."

וראה דברי שר האוצר דאז, לוי אשכול, בהציגו בקריאה ראשונה בכנסת את הצעת חוק ההגבלים משנת 1958 (דברי הכנסת כרך 23 עמוד 319):

"המטרה היסודית של הצעת חוק הגבלים עסקיים 1957 שהונחה על שולחן הכנסת היא למנוע אנשי עסקים, יצרנים, או משווקים של סחורות או של שירותים מנסיות של התחמקות מגורם התחרות - אם ישנם כאלה - כיוון שלדעת הכל, גורם התחרות פועל במרכיב ענפי המשק לטובת הכלל."

מטרה זו שימשה אבן יסוד לחוק ההגבלים משנת 1959, וכמוהו לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988, שכל כוונתו:

"הבהרת גבולות התחום שבו מעוניין המחוקק למנוע הסדרים כובלים תוך שימת דגש על הפגיעה בתחום שהיא התוצאה הכלכלית של הסדרים אלה." (ה"ח 1647, 39).

וראה רע"א 2512/90 ספרגז חברה ישראלית להפצת גז בע"מ נגד תופיני סער ואח', מ"ה (4) 405 בעמ' 417.

## כ. מן הכלל אל הפרט

### 1. סעיף 2(ב)

הסעיף קובע מבחן החלטי לפיו הסדר ייחשב כהסדר כובל אם הוא כולל כבילה בענין מהעניינים המפורטים בסעיפיו הקטנים. הנתת המחוקק היא שכבילות בעניינים אלה תזקה עליהן שתפגענה בתחרות, ולכן נקבע שהסדר המכיל כבילות כאלה יעמוד בתזקתו כי הסדר כובל הוא.

וראה: דברי הסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים התשמ"ד-1983, הצ"ח 1647, עמ' 39, 41:

"בסעיף קטן (ב) באה רשימה של נושאים שבהם השלכת ההסדר בין הצדדים על צמצום התחרות אינה מוטלת בספק. הסדרים אלה ייראו כהסדרים כובלים מבלי שיהא צורך לבחנם בכל מקרה לאור המבחן הכללי האמור."

אכן, הסכמי החברות הקובעים בלעדיות בקניית מוצרים, ניכר בעליל שהם כוללים כבילה באשר ל"אנשים...שעמם יעסקו" מפעילי התחנות, ולכן הם נופלים בגדר סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים.

וראה ת.א. (י"ם) פזגז חברה לשיווק בע"מ נ. דור אנרגיה (1988) בע"מ (טרם פורסם, 24.9.92). בענין זה קבע כבוד הנשיא זיילר באופן חד משמעי, ביישמו את הוראת חוק ההגבלים משנת 1959, המקבילה לסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, כי:

"לא נראה לי שיכול להיות ספק כלשהו בכך שהעסקה שנעשתה בהסכם הראשון היתה במהותה הסדר כובל. היא מגבילה את החברה המזרחית בעסקיה, זאת על ידי חיובה לרכוש גז רק מהתובעת ולא מכל מקור אחר זולת התובעת, וכן מגבילה (לפי טענת התובעת) את אותה חברה מלהעניק שרותי מילוי גז במתקנים המוצבים על אדמתה." (בעמ' 7 לפסק הדין המודפס).

יתד עם זאת - ייוחד עיקר הדיון לסעיף 2(א), הכולל בו את אלמנט הפגיעה בתחרות, וזאת משום שעסקינן בהסדרים שפגיעתם קשה במצב התחרות בענף שלם ובעל חשיבות ראשונה במעלה במשק.

### 2. סעיף 2(א)

הוראת סעיף 2(א) לחוק ההגבלים מחילה את הפרק שעניינו הסדרים כובלים בהתאם למבחן איכותי, לאמור השפעת ההגבלה שבהסדר על התחרות בשוק. אמת המידה היא אם עלול ההסדר הכובל הנבחן למנוע או להפחית את התחרות בעסקים. מבחן זה דומה הוא ביסודו למבחנים שנקבעו בשיטות המשפט הזרות שעליהן עמדנו לעיל.

וראה לענין זה דברי ההסבר להצעת החוק מתשמ"ד, עמ' 42 המכארים כי:

"הסעיף המוצע מדגיש את הפגיעה בתחרות הנובעת מהסדרים כובלים בכך שהוספה בסעיף קטן (א) הוראה כללית לפיה כל הסדר שיש בו מניעה או הפחתה של תחרות ייחשב הסדר כובל."

בהתחשב במטרת החוק ותכליתו, ההוראות בענין הסדרים כובלים נועדו לתפוס ולהקיף את מכלול המקרים שבהם נערכו הסדרים העלולים לפגוע בתחרות.

כוונת המחוקק היתה להרחיב את תחולת החוק, מתוך חשש שהחוק הקודם לא מיצה את מגוון האפשרויות מבחינת העניינים שיש בכבילה לגביהם השלכה על התחרות ולהבטיח פיקוח על "כל הסדר שיש בו מניעה או הפחתה של תחרות" (ה"ח התשמ"ד עמ' 42).

מדרש פרשנות חוק ההגבלים באופן שלא ייפגעו בו פרצות דרכן יתדרו הסדרים כובלים שפגיעתם בתחרות רעה, הביאה את בתי המשפט לנקוט בכל מקרה ראוי בפרשנות גמישה ומרחיבה שנועדה להגשים את מטרת החוק ויעדיו. ראה דברי הנשיא זיילר בת.א. (י"ם) 396/87 קיסין נגד פטרולגז בע"מ ואת' (טרם פורסם, 9.5.90, בעמ' 18 לפסק הדין המודפס):

"המחוקק נאלץ להשתמש בהגדרות רחבות מאוד בחוק. הוא רצה להבטיח לעצמו את 'לכידת' כל הוואריאציות והאפשרויות הלא רצויות, והכמעט אין-סופיות, הקיימות בעשיית הסדרים ובניהול עסקים. נסיון החיים מורה כי כל סדק בחוק מנוצל על-ידי מעוניינים כדי להתחמק מהוראותיו. החוק קא עסקינן נועד 'לדכא' בין השאר עוצמות כלכליות גדולות, והנסיון למצוא דרכים איך 'לחלחל' חוצה מהמעטה שהחוק עטף בו את הוראותיו, חזק לכן שבעתיים והוא צפוי מראש. מטרה זו של המחוקק שמצאה ביטוייה בשימוש בהגדרות רחבות בחוק, היא שהביאה לחשש מפני השתרעות יתר של החוק.... על בתי המשפט ליתן לחוק פירוש, שימלא תפקיד של מסננת בעלת חורים צרים מספיק כדי לא לאפשר שטיפתם חוצה של מקרים שהחוק ביקש ללכודם, אבל שיהיו רחבים מספיק כדי לא ללכוד עניינים ונושאים שאינם מענייניו של החוק."

על פסק דין חלקי זה הוגש ערעור לבית המשפט העליון. הערעור נדחה, תוך אימוץ עקרוני של אמת המידה הפרשנית שננקטה על ידי השופט זיילר.

ראה דברי כבוד הנשיא שמגר בע"א 2768/90, 2863, פטרולגז חברת גז הישראלית (1969) בע"מ נגד מדינת ישראל ואת' מ"ו (3) 599, 606.

הדלק הוא מצרך חיוני והמוני. הציבור נזקק לשרותי תדלוק על כל צעד ושעל. הסדרים שיש בהם כדי להקשות על תחרות חופשית מתבלים באינטרס הציבורי הרחב. עומד על כך הנשיא זיילר, בענין פז-גז המוזכר לעיל, אגב מתן דוגמא שעניינה הפגיעה בתחרות כתוצאה מהסכמי בלעדיות (עמ' 16 לפסה"ד המודפס):

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

במקרה שלפנינו, יסוד ההגבלה ברור, שכן מפעילי התחנות אינם חופשיים לברור להם מספק כרצונם וכיד התכונה הטובה עליהם. גם יסוד הפגיעה בתחרות מסתבר בבירור. כאמור לעיל, החברות באו כרשתות 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 והבירוקרטיה העומדים בפני גורם המבקש להקים תחנת תדלוק חדשה, והמתחייבים תקופת המתנה של שנים ארוכות מאד עד שניתן לממש תוכנית להקמת תחנת תדלוק, אם בכלל, דבר המקנה משנה חשיבות לנגישות ספקים למערך השיווק הקיים כתנאי הכרחי



להתפתחות תחרות.

אכן, כנסיבות 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. לשון אחר, לשון הנשיא זיילר בענין פז-גל, הסדרי הבלעדיות "חוסמים את הדרך" לפני חברות נפט חדשות ומונעים "הפעלת שיקול דעת מסחרי" על ידי מפעילי התחנות.

וראה גם את החומר ההשוואתי שהוצג לעיל, במיוחד דו"ח הוועדה למונופולים ומיזוגים באנגליה, פסק דין Atka A.S. בשוק המשותף ו-Standard Oil בארה"ב.

### 3. תקופת הבלעדיות

עד כאן ההנמקה לגוף החלטתי כי יש בהסכמי הבלעדיות בהם עסקינן, משום הסדרים כובלים. יחד עם זאת אין לשלול מסלול של פטור או רישום הסדר כובל לתקופת בלעדיות נתונה. מקציר האומר עולה כי עצם מתן בלעדיות היא בבחינת נוהג שניתן כלכלית להצדיקו, וככזה ניתן עקרונית להכשירו. בארץ, כמו בעולם, יש לראות בתקופת בלעדיות מוגבלת הסדר שסך כל יתרונותיו עשוי לעלות על חסרונותיו. הסדר כזה, כפי שהוכר בארצות אחרות, מבטיח אספקה סדירה במשך פרק זמן סביר (למפעיל התחנה ולציבור) ומאפשר אופק תכנוני נאות, לצד שחרור מודרג ובתדירות נאותה של תחנות תדלוק שתהווה חלק מזירת התחרות בענף.

מתעוררת איפא השאלה מהו קו הגבול שמעבר לו תחשב תקופת הבלעדיות לבלתי סבירה, ועד אליו ראוי לראותה כסבירה. כאמור, באנגליה מקובלת זה יותר מ-25 שנים, תקופת בלעדיות מירבית של חמש שנים. הקהילה האירופית קבעה לענין זה תקופה ארוכה יותר, אך בכפוף למגבלות השונות הנקוטות בכל אחת מהמדינות החברות. בארה"ב, דומה כי עקרונית מותרות רק תקופות בלעדיות יחסית קצרות טווח, ובהתאם לנסיבותיו של כל ענף וענף.

ובישראל, היו שביקשו לתלות את אורך תקופת הבלעדיות בהתאם למשך הזמן הנדרש במוצק לחברת הדלק להחזיר את השקעתה בתחנה. יישום קריטריון זה הביא את החברות לכך שתקופת הבלעדיות המקובלת עתה היא הראויה, מפעילי תחנות הדלק טענו לתקופת החזר ובלעדיות של עד שש שנים, ואילו חברת דור אנרגיה טענה כי תקופת החזר אינה צריכה לעלות על שלוש שנים.

ראה: י. זמיר הרפורמה במשק הדלק: תחנות התדלוק, סקירה עבור משרד האנרגיה והתשתית, אוקטובר 1991, עמ' 107.

בהקשר זה ייאמר כי לכאורה אין לראות הכרת שהמיון להקמת תחנות תדלוק לעולם יבוא מחברות הנפט. אין מניעה כי תחנות התדלוק, כמו הרבה עסקים אחרים, יוקמו בעזרת הלוואות בנקאיות מקובלות. הלוואות אלה, יכול שיצטרפו למיון חלקי מטעם חברות הנפט, שיכולתן לאמוד את שווי הנכס שיוקם ויכולת פרעונו היא מן המשובחות, והשתתפותן במיון בוודאי שתשפר את יכולת גיוס ההון של יזם התחנה.

לענין שאלת חוקיות הסדרי הבלעדיות בפריזמת ההגבלים העסקיים שאלת תקופת החזר ההשקעה, כשלעצמה, איננה מכרעת. שאלה זו, שעל חשיבותה הכלכלית הברורה אין צורך להרחיב את הדיבור, נדונה בהקשר להצעות להסדר חקיקתי שיביא לקיצור תקופת הבלעדיות של החוזים. לשיטתי, משמצאתי שחוזים אלה עומדים בניגוד להוראות סעיף 2 לחוק ההגבלים, באחת עובר מרכז הכובד לזירת התחרות. סוגיית משך החזר ההשקעות יכול שתשקל במסגרת הדיון בפני בית הדין להגבלים עסקיים לענין משך תקופת הבלעדיות, אך בוודאי שהדבר אינו מכריע בנוגע למיון הסכמי הבלעדיות למשבצת ההסדרים הכובלים. בדומה, באותו דיון ניתן יהיה אף להדרש לשאלה אם ראוי להבחין לענין סיווג ההסכמים, בין הסכמי בלעדיות עובר להקמת תחנות תדלוק לעומת הסכמי בלעדיות הנכרתים או מוארכים לאחר ההסכם הראשוני.

בהתחשב במצב התחרות המועטה והריכוזיות הגבוהה בענף תחנות התדלוק בארץ, הקשיתות הרבה ביחסי הכוחות, הקשרים בין החברות לתחנות, ומחסומי הכניסה

הטמירים, אני נוטה לכאורה לסבור, כי ראוי היה להעמיד כ"כלל אצבע" את תקופת הסכמי הבלעדיות על חמש עד שבע שנים. תקופה זו דומה לקנה המידה שנבחר וננקט באנגליה.

עוד יצויין, כי רק לאחרונה חזר בית המשפט ועמד על הצורך שבאיזון בין הגורמים הרלוונטיים, עת תבחן סבירותה של תקופת בלעדיות בשיווק, הגם שבתחום מסחרי אחר לגמרי.

ראה בג"צ 1484/93, קו-אופ, הריבוע הכחול, אגודת צרכנים שיתופית בע"מ ואח' נ. ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם, החלטה מיום 7.6.93). בענין זה התקבלה עתירתן של החברות קו-אופ ושופרסל, במובן זה שקוצרה תקופת ההסכם שבין המדינה ותברת שק"ם בע"מ, לפיו הוענקה לאחרונה זכות בלעדית לאספקת ומכירת מצרכים ומוצרים שונים למחנות צה"ל. בהתייחסו לשאלת אורך תקופת הבלעדיות, קובע כב' הנשיא שמגר (בעמ' 3 לפסה"ד המודפס) כי:

"בבחנו את מיכלול האפשרויות והחלופות ביקש בית המשפט להגיע לאיזון נאות בין ההגנה על הזכויות אותן רכש השק"ם במשך שנות פעילותו במסגרת מערכת הבטחון, לבין יישום העקרונות הכלכליים המנחים - שבין עיקריהם כלולה חופש התחרות המסחרי - אשר בית המשפט קבעם לא אחת כקו מנחה. לאור כל אלה, מסקנתנו היא כי תקופת התוקף הראויה של זכות הבלעדיות לפי החוזה היא חמש שנים מיום חתימת החוזה."

מכל מקום, סוגייה זו מחייבת לימוד ובדיקה מעמיקים, שמקומם ושעתם עוקב אחר החלטה זו. משנמצא כי הסדרי הבלעדיות מהווים הסדרים כובלים, כאמור מכח סעיף 2(א) לחוק ההגבלים (ולכן ומבלי שנזדקק להכרעה גם על פי סעיף 2(ב) (3) לחוק ההגבלים), ממילא מוטלת על החברות החובה לפנות ולבקש פטור או אישור לרישום הסדר כובל, לפי הענין. במסגרת הדיון בפנייה כזו, כי תבוא, תבחן בהקשר זה טובת הציבור, ובהתאם ניתן יהיה לנקוט עמדה מושכלת יותר בשאלת פרק הזמן הראוי, תחולתו לגבי סוגי ההסכמים השונים, ולאזן בין האינטרסים המוטלים על כפות המאזניים. מן הצד האחד, מצויים ההסכמים אשר בעל התחנה ומפעילה מימן גם את מלוא הקמתה, ומן הצד השני מצויים ההסכמים אשר חברת הדלק מימנה את הקמת התחנה ותרומתו הכלכלית של בעל הקרקע היא קטנה יחסית. אפשר וייטען כי בהסכמים מן הסוג הראשון יש צידוק לתקופת בלעדיות קצרה בלבד, ולעומת זאת בהסכמים מן הסוג השני יש צידוק לתקופת בלעדיות ארוכה יותר, או שבכלל תקבע תקופת גג אחידה. דומני, כי בהקשר זה עשויים לצמוח יתרונות רבים מטיפול כולל ואחיד בענף כולו.

#### 4. הפטורים

משהגעתי למסקנה כי חוזי הבלעדיות האמורים הם בבחינת הסדר כובל, שומא עלי לבחון האם לא נהנים חוזים אלה מאחד מהפטורים בחוק ההגבלים. בהקשר זה באות בחשבון שלוש טענות הפטור הבאות: (1) ס' 3(2), רישוי סימני מסחר; (2) ס' 3(3) העברת זכות במקרקעין; (3) ס' 3(6) בלעדיות הדדית בשיווק. לא מצאתי תחולה לאף אחת מטענות פטור אלה. אדון בהן בקצרה:

(1) קניין רוחני - סעיף 3(2) לחוק ההגבלים פוטר הסדרים הנוגעים לרישוי סימני מסחר שכל כבילותיהם נוגעות לזכות השימוש בהם. פטור זה עשוי, למשל, להתיר הסדרים לפיהם מפעילי תחנה של חברת נפט מתחייבים להשתמש במוטג החברה לזהות את מוצריו. ברם, איסור על מכירת מוצרים מתחרים אינה "נוגעת" לזכות השימוש בסימן המסחרי של אותה חברה, ועל כן לא חל הפטור לעניננו. הפטור דנן מתייחס ל"כבילה" שעניינה מצומצם לנשוא הסימן המסחרי, ולא למוצרים המתחרים בנשוא זה, ואשר אינם באים בגדר ההגנה הקניינית המובטחת כהתאם לדין, בעקבות רישום הסימן.

גישה דומה ננקטה בקשר לרישוי פטנטים ב- ע"א 18/75 ליברמן נ. דיטלצוויג, פ"ד כ"ט (2) עמ' 513, 517. בענין זה נקבע כי התחייבות של בעל רשיון בפטנט שלא לשווק או להפיץ מוצר הדומה למוצר נשוא

הפטנט, שלא מתוצרתו של בעלי הפטנט, איננה כבילה הבאה בגדר הפטור שקבוע היה בסעיף 6 לחוק ההגבלים משנת 1959 (המקביל לסעיף 3(2) של חוק ההגבלים).

וראה: חברת אסיה נ. ביצ'ם, החלטות רשם הפטנטים המדגמים וסימני מסחר, כרך ב' סע' 39 (1971-1974).

(2) מקנה זכות במקרקעין - סעיף 3(3) קובע פטור להסדר בין מי שמקנה זכות במקרקעין לבין מי שרוכש את הזכות, אם כל כבילותיו נוגעות לסוג הנכסים או השירותים בהם יעסוק רוכש הזכות באותם המקרקעין. פטור זה אינו חל בענייננו. ראשית, כבילת הבלעדיות כאן מוטלת לא על רוכש הזכות, אלא על בעל הנכס. שנית, הכבילה אינה מתייחסת ל"סוג" המוצרים אלא מתיימרת להכתיב את המותג או הספק של המוצרים.

לענין זה, אני תמים דעים עם גישת היועץ המשפטי של אחת מחברות הדלק שחיווה דעתו, וראוי להביא את הדברים כלשונם:

"פסקה (3) הינה פסקה חדשה, שלא הופיעה בחוק הישן, והיא הוכנסה בעקבות פסק דין של בית המשפט העליון (ע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים), אשר 'הכשיר' הגבל עסקי בנוגע לשימוש במקרקעין. אולם בעוד שבהצעת החוק הופיעה פסקה (3) בנוסח 'שעמו יכולנו לחיות' הרי הנוסח הסופי של החוק יוצר לנו בעיה.... ראשית, אף אם נתייחס למקרים שבהם יש לנו חכירה ראשית או חכירת משנה על שטח התחנה (וכידוע, לא בכל התחנות יש לנו זכות כזו) ואז מדובר אכן בהסדר בין מי שמקנה זכות במקרקעין (בעל הקרקע) לבין מי שרוכש זכות כזו (החברה) גם אז אפשר לטעון שלא יחול עלינו הסעיף כיוון שהתנאי הוא ש'רוכש הזכות' - היינו החברה - הוא שצריך לעסוק באותם מקרקעין. אולם כידוע אצלינו המקרה הוא הפוך: דווקא מקנה הזכות במקרקעין (עפ"י רוב בעל התחנה) הוא אשר מנהל את העסק באותם מקרקעין.... ספק נוסף מתעורר לאור דרישת החוק כי כבילותיו של אותו הסדר יהיו נוגעות ל'לסוג' הנכסים או השירותים בהם יעסוק רוכש הזכות באותם מקרקעין. ניסוח זה מעלה את השאלה האם האיסור לרכוש מוצרי נפט של חברה מתחרה מהווה הסדר כובל הנוגע ל'סוג' הנכסים. נראה לי שכוונת המחוקק - כפי שגם עולה מדברי ההסבר להצעת החוק - היתה בעיקר למקרים שבהם בעל מרכז מסחרי (כמו, למשל, ב"קניון") המוכר או משכיר חנויות במרכז מגביל את הקונה או השוכר לסוג העסק שינוהל בחנות וזאת כדי למנוע תחרות באותו מרכז מסחרי."

(3) רוכש-ספק - סעיף 3(6) לחוק ההגבלים קובע פטור במקרה של בלעדיות הדדית במכירת נכסים, כאשר הרוכש מתחייב לרכוש נכסים מסויימים רק מהספק והספק מתחייב לספק אותם נכסים רק לרוכש; הסדר זה "יכול שיהיה לכל שטח המדינה או לחלק ממנו".

הפטור שבסעיף 3(6) לחוק ההגבלים משקף הסדר לגיטימי מבחינת המציאות הכלכלית. באמצעות פטור זה ספק המוצר מקבל טובת הנאה משקידתו הממוקדת של הרוכש-המשווק על מכירת מוצריו ואין בלתם. מצדו הוא, מקבל הרוכש-המשווק טובת הנאה מבחינה זו שבאיזור זיכיונו אין לו מתחרים במוצריו של אותו ספק. כתוצאה מן ההסדר כפי שנחזה, נפגמת רק התחרות בין משווקים של מוצרים מסוג אחד (intrabrand competition). לעומת זאת, אין נפגמת התחרות בין מוצרי הספק למוצרי מתחריו (interbrand competition).

הסעיף מדגיש את ההזדויות שבהסדר, כשכל צד נהנה מיתרונות מעמדו המוסכם. לעומת זאת, מדגיש הסעיף ומבהיר כי אין בו כדי להכשיר פגיעה אופקית בתחרות, שכן נאמר "ובלבד שהספק והרוכש, שניהם אינם עוסקים בייצור נכסים או במתן שירותים"; וראה גם הסעיף המקביל בחוק ההגבלים משנת 1959, סעיף 10, שם הובהר יסוד זה באמצעות הסייג "שני בני אדם בלבד" - שאינם איגוד מסחרי". חוק ההגבלים משקף צמצום הפטור לעומת

הנוסח בחוק שקדם לו; הצ"ח חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1984, ה"ח 1647 עמ' 39, 44. אכן, הסעיף נועד לחול על הסדרים אנכיים שבהם סמונים שיקולים כלכליים לגיטימיים במה שנוגע לשני הצדדים המשתתפים בהם. ברם, הסעיף לא נועד לחול על הסדרים המגלמים בהם פגיעה אופקית משמעותית בתחרות, כפי שהדבר בא לידי ביטוי במקרה שלפנינו.

בחלק מההסדרים של החברות לא התיימרו הצדדים לקבוע תניית הדדיות כדרוש בסעיף 3 (6) לחוק ההגבלים. במיוחד הדבר בולט בהסכמי חברת פז. לעומת זאת בחלק מהסדרי הבלעדיות נמצאו הוראות בלעדיות המתיימרות ליתן בידי המפעיל "זכות בלעדית" לאותו מגרש שבו נמצאת התחנה. בדרך זו, כנראה ביקשו החברות לבוא בשערי הפטור שיכול לחול גם על "חלק" מהמדינה.

לדעתי, הסדר מלאכותי כמתואר, אינו יכול לבוא בגדר הפטור. כדיבור "חלק" מדינה כיוון המחוקק לאיזור גיאוגרפי בעל משמעות מהותית, כגון מפיץ בלעדי באיזור הצפון, בעיר באר-שבע וחלוקה לאיזורים כיוצא באלו. אין לראות במגרש נתון, או בשבר ממנו, חלק מדינה לענין תחולת הפטור. כוונת הסעיף לחול על אותה זירה גיאוגרפית המאפשרת קיום הסדר שיגלם בו הנאה דו-סטריית של הספק ושל הרוכש-המשווק. כדבר הזה לא יכול שיהיה ביחס לפיסת קרקע בדמות מגרש. שיקול זה מתעצם כשמביאים בחשבון את אופי המוצר בו עסקינן ואופי רוכשי המוצר. המדובר בנהג כלי רכב ממונע, הנדרש לעיתים קרובות לתדלק את רכבו, תוך שהוא יכול בקלות יחסית לנוע ולנווד מתחנה לתחנה במסגרת תחום מושב סביר ומרחק נסיעה נתון.

Sullivan, Antitrust, P. 68

וראה:

"Commercially significant geographic area which can reasonably be said to confer the relevant commercial activities.... The geographic market should be defined in a realistic way."

בין השיקולים המשמשים סממנים להגדרת השוק הגיאוגרפי הם ניידות הרוכשים ואופי המוצר;

Areeda, Antitrust Analysis, (4th. Ed.) P. 584

וראה:

Whish, Competition Law, (2ed Ed.) Pp. 288 - 289

זאת ועוד, למיטב ידיעתי, אין החברות רואות עצמן, דרך משל, מנועות מליזום או להשתתף בהקמת תחנת תדלוק מתוורה לתחנה נתונה, בין אם מצידו השני של הכביש או במקום אחר המהווה תחרות אפקטיבית באותו איזור.

למעלה מן הדרוש, אומר כי מדרש פרשנות ראוי להוראת הפטור דנן תפרשו על דרך הצמצום, באופן שמרחב התפרשותו יוגבל להסדרים אנכיים של חברות, כאשר אין פעילות משותפת או תוצאה משותפת של פעילות מקבילה מודעת על-ידי מתחרים. כוונת המחוקק בקביעת תנאי ההדדיות בסעיף 3(6) נועדה במיוחד על מנת למנוע תוצאות אפקטיות מהסדרים אנכיים מקבילים של מספר מתחרים. כאמור, זהו המצב אליו נקלע ענף זה, ושאיפת החוק באה לתקן.

ראה: הצעות חוק תשכ"ג, עמ' 4.

הענין הספציפי של אותו תיקון היה הסדרים מקבילים של מספר ספקים שכולם נתנו בלעדיות למשווק אחד, ובכך הגיעו לתוצאה זהה לקרטל אופקי. בלעדיות מקבילה, הנקוטה בעניינינו כאן, מגיעה בעקיפין לאותה תוצאה שלילית, אפילו אם וכאשר הפעילות האחידה נעשתה ללא קשר - ובלשון בית המשפט העליון בארה"ב, "collectively, though not collusively" (ראה לעיל פסק דין: Standard Oil Co.).

עוד ייאמר כי אני מודע לכך שעמדה לכאורה שונה הביע לפני כשנתיים,

קודמי לתפקיד. במענה לפניית חברי הכנסת הנכבדים, תיכון ובורג, הביע מר גלמור דעתו כי ההתקשרויות החוזיות בין חברות הדלק לתחנות הדלק "אינן נוגדות לכאורה את חוק ההגבלים העסקיים", וכי הסדר בלעדיות "תואם הוראת סעיף 3(6)".<sup>96</sup>; ראה מכתב הממונה מיום 28.3.91 לח"כ תיכון ובורג במענה לפנייתם מיום 25.2.91. עמדת הממונה במכתבו לא התבססה על סקירת ההסכמים בענף או השפעתם, וממילא אף מבלי שנבחנו סעיפי הפטור לגופם, ומכאן גם לשונו הזהירה והלכאורית. יתרה מזו, הממונה הדגיש כי הוא מודע למצב של העדר תחרות מספקת בין החברות, אך לשיטתו המשך קיומו של קרטל במובן הכלכלי מושג תודות להסדרים השונים הנקוטים בידי משרד האנרגיה והתשתית, ושצריכים לתקן אותם קודם שניתן לשקול הפעלת תרופות לפי חוק ההגבלים. כעת הגענו לשלב זה של הרפורמה, ומטעמים שצינתי לעיל אין הפטור בס' 3(6) מונע סילוקו של המכשול הרציני הזה לתחרות.

(4) סיכום טענות הפטור - לסיכומה של נקודת הפטורים, דומה כי מבנה הקשר החוזי בין החברות לבין מפעילי התחנות עוצב באופן המבקש לנסות ולחסות בצל הפטורים. החברות חישובו כי על דרך יציקת תבנית חוזית, מלאכותית משהו, של יחסים קנייניים וקמעונאיים, תחת תיאור היחסים בפשוטם בין בעל הנכס-המפעיל לבין חברת הנפט הספקית, הן תשכלנה לעקוף את איסורי חוק ההגבלים. אולם דרך זו לא תסכון, שכן חוק ההגבלים העסקיים, בשים לב למטרותיו, צופה בפעילות העסקית כפי שהיא מתגבשת במציאות המשקית, תוך שהוא מטיל על אורגני החוק לפעול מקום שבו מתעוררת פגיעה, או חשש לפגיעה, בתחרות החופשית. חוק ההגבלים אין עניינו בצורת ההתארגנות העסקית, ובוודאי שאין בין מטרותיו תיעול עסקאות לאפיק מבני זה או אחר, אלא לפקח, ובמקרים הולמים, לאסור גיבושן של תבניות פעולה הפוגעות בתחרות. החשיבות של מהות ההסדר לעומת משניות צורתו הודגשה יפה ב- Michael Bergman, Corporate Joint Ventures Under the Anti-trust Laws, 37 N.Y. U. L. Rev. 37 (1976), באומרו:

"The Anti-trust law is concerned with substance rather than with form... Courts have traditionally shown disregard for the 'the mere form' in which the assailed transactions are clothed".

וראה גם: U.S. v. Sealy Inc. 388 U.S. 350, 353 (1967);  
Times Picayune Publishing Co v. U.S. 73 S. Ct. 872 (1953);  
U.S. v. Columbia Pictures, 189 F. Supp. 153 (1960).

#### IV. חופש החוזים

בהקשר לדיון בשאלת מעמדם ותוקפם של הסכמי הבלעדיות שנו והשמיעו החברות, בהזדמנויות שונות, את הטיעון לפיו ביטול או קיצור תקופת הבלעדיות יפגע באורח קשה ורטוראקטיבי בזכותן לממש את עקרון חופש החוזים, ואף יצמצם את התמורה שלה ציפו החברות מעסקאות שעשו בעבר עם מפעילי התחנות. לדעתי אין בטיעון נכבד זה כדי לשנות ממסקנתי, ואין הוא חל בנסיבות דנן.

טענת חופש החוזים הכרוכה בטענת חופש הקניין אכן מהווה שיקול מרכזי לענין הדיון המתקיים בנוגע ליוזמה חקיקתית שתביא לקיצור תקופת החוזים, שכן מהלך זה מניח תקפות לכאורה מלאה של הסכמי הבלעדיות והכורת הציבורי שבקיצורם. לעומת זאת, הדיון במישור דיני ההגבלים העסקיים כוחן את תקפות החוזים, ומסקנת דיון זה היא התוחמת קו גבול בין חופש החוזים ומדיניות המחוקק לאסור הסדרים כובלים הפוגעים בתחרות.

וראה דו"ח מבקר המדינה מס' 43, לעיל, בעמ' 96:

"לדעת מבקר המדינה, יש קשר הדוק בין השאלה אם החוזה נעשה בתנאים של חופש של ממש לבין השאלה אם מוצדקת התערבות בחקיקה. אין חולק, שהחוזים בין החברות הוותיקות לבין תחנות הדלק רובם ככולם נעשו כמועד שבו לא היתה תחרות בענף והוא התנהל במשק סגור, תחת פיקוח ונעדר תחרות. ספק

אם בעל התחנה היה מסוגל לטרב לחתום על חוזה להעברת קניינו לחברה, ועם זאת להמשיך למכור מוצרי דלק. במצב זה כאשר חופש ההתקשרות בחוזה היה מוגבל מלכתחילה, נראית התערבותו של המחוקק לא כפגיעה קשה בחופש ההתקשרות אלא כדבר בעתו, דווקא לשם צמצום ההגבלות והגברת העתירות וההתקשרות החופשית."

הגישה הרואה בחופש החוזה את חיות הכל אינה עולה בקנה אחד עם מורכבות המערכת המשפטית בכללה, המבקשת להבטיח צדק חוזי ולאזן בין ערכי יסוד מתחרים. הוראות חוק ההגבלים האוסרות על עריכת הסדרים כובלים, אמנם מטילות מגבלה על חופש החוזים, אך בניגוד למגבלות אחרות כמו פקוח על חוזים אחידים והגנת הצרכן, מטרת המגבלות והאיסורים כאן עולה בקנה אחד עם התיאוריה הקלאסית בדבר חופש החוזים כדרך להבטחת מימוש ערכים ליבראליים וסחר חופשי ויעיל. בצדק נאמר כי מוסרות חוק ההגבלים על חופש החוזה מטרתן דווקא שימור חופש החוזים וביצורו. אם יותרו הגבלים עסקיים, תימנע תחרות; תנאי המסחר ייקבעו מראש על ידי התארגנות קרטלית וייפגע חופש החוזה של הציבור כולו המנהל, או מבקש לנהל, משא ומתן עם צד מן הצדדים להסדר הכובל.

וראה: ד. פרידמן, נ. כהן, חוזים, כרך א', עמ' 39, 52 (התשנ"א-1991).

וגם: E.A. Farnsworth, Contracts, 345 (2ed Ed., 1990)

2 Restatement of Contracts 2d, Chapter 8, Introductory Note, P.2 (1981).

עד כאן מן ההיבט הרעיוני פילוסופי. מן ההיבט המעשי, עקרון חופש החוזים מצוי בהתנגשות מצח מתמדת עם ציוויי חוק ההגבלים, שכל כולם מכוונים למנוע ולסלק הסדרים התוסמים את הדרך לתחרות, לרבות הסדרים חוזיים. במילים אחרות, חופש ההתקשרות החוזית אינו כולל זכות לכריתת חוזה העומד בניגוד לחוק מחוקי המדינה, וכזהו הסדר כובל שלא אושר ונרשם כחוק; סעיפים 4 ו- 47 לחוק ההגבלים, סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג-1973. אכן עמד על כך בית המשפט העליון בארה"ב, בהשיבו לטענה שהסדר מסויים ראוי שיעמוד בתוקפו כי היה חלק מעיסקה כלכלית כוללת-

"...The obvious answer is that the thrust of the antitrust laws cannot be avoided by claiming that otherwise illegal conduct is compelled by contractual obligations. Were it otherwise, the antitrust laws could be nullified. Contractual obligations cannot thus supersede statutory imperatives". U.S v. Loew's Inc., 371 U.S. 38,51 (1962).

Friedman, Contract Law in America, 20-24 (1965)

"The law of contract concerns and provides liberal support for the residue of economic behavior left unregulated (the free market) .... The most dramatic changes touching the significance of contract law in modern life also came about not through internal developments in contract law, but through developments in public policy which systematically robbed contract of its subject matter ... such as ... antitrust law... The growth of these specialized bodies of public policy removed from 'contract' transactions situations formerly governed by it".

ראה: G. Gilmore, The Death of Contract, 7 (1974)

וראה: בר"ע 371/89 ליבוביץ נ. א. את י. אליהו בע"מ ואח' מ"ד (2) 309, 327.

שיקולים דומים נדונו בענין ע.א. 2512/90, סופרגז חברות ישראל להפצת גז

בע"מ נ. תופיני סער פ"ד מ"ה (4) 405, 418, עת נדרש כבוד השופט ד. לוינ  
להוראת חוק שהתערכה בחוזים שבין ספקי גז לצרכניו כחלק מהרפורמה בתחום  
האנרגיה והגז, באומרו:

"תופש ההתקשרות החוזית זכה להכרה הראויה לו בזכות יסוד  
חוקתית על ידי השופט ברק בז"נ 22/82. אולם גם אליבא  
השופט ברק אין זה תופש מוחלט אלא תופש יחסי, שיש לאזנו  
כנגד אינטרסים אחרים הראויים להכרה.... המשק הישראלי  
זקוק היום, יותר מתמיד, למידה רבה של פתיחות כלכלית, לשם  
תיזוקו ושחרורו מתלות בגורמים מעכבים ומחשקים.  
זו דרכה של רפורמה, שיש בה פריצת דרך, פתיחות ושינוי  
לאלתר של מציאות קיימת ומתמשכת. על-כן, כחלק בלתי נמנע  
מתהליך הרפורמה במשק הגז ראה המחוקק לאפשר, בין היתר  
השתחררות מכבלי התקשרויות חוזיות קיימות."

והדברים אף מקבלים משנה תוקף לרקע הערכים המגולמים בחוק יסוד: תופש העיסוק  
אשר נחקק לאחרונה, והמעגן את זכותו של כל אזרח או תושב של המדינה לעסוק  
בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד כאשר זכות זו אין מגבילים אותה אלא בחוק,  
לתכלית ראויה ומטעמים של טובת הכלל; סע' 1 לחוק היסוד.

יוצא איפא שאין מנוס מתוצאה זו הגורעת מתוקפם של חוזי הבלעדיות, במיוחד  
אלה ארוכי הטווח. תוצאה זו היא תולדה מוכרת ובלתי נמנעת של יישום חוקי  
הגבלים עסקיים שעה שנמצא כי תניות חוזה עומדות בניגוד לאיסורי החוק בפוגען  
בתחרות ובהיותן בלתי סבירות בנסיבות הענין. כמובן, תוצאה זו עשויה לערער  
את המאזן החוזי ולשנות ממערך חיוביהם וזכויותיהם של הצדדים להסכם. לעיתים  
יחייב הדבר את הצדדים לנקוט במהלך משקם - בעצמם או בעזרת בית משפט - לעצב  
מחדש את יחסיהם החוזיים, למשל ע"י קביעת הסדר בדבר השבת כספים העשויים  
להגיע מצד אחד למשנהו.

החברות סברו כי הקשיים העלולים להתגלע כתוצאה מקביעתי שכנדון ראוי שיביאו  
אותי למסקנה כי אמנע מפעולה בענין, או לפחות מפעולה יעילה. לעניות דעתי,  
המצב השורר בענף, כמו גם הפניות שהופנו אלי, מחייבות אותי לנקוט לפחות  
בפעולה של הודעה לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים, האמצעי המתון והמיוחד אשר  
התווה המחוקק לבירור סוגיות מורכבות בתחום ההגבלים העסקיים.

וראה: הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983 לעיל, בעמ' 59:

"לפי החוק הקיים כאשר סבור הממונה כי הסדר מסויים הוא  
הסדר כובל ודעתו אינה מקובלת על הצדדים להסדר המפעילים  
אותו ללא רישום וקבלת אישור, הדרך לבירור השאלה שבמחלוקת  
היא דרך ההליך הפלילי בבית המשפט. הסעיף המוצע מאפשר דרך  
רצויה יותר לברר מחלוקות מסוג זה, בין שהן נוגעות להסדר  
כובל ובין למונופולין או למיזוג חברות: הליך אזרחי בפני  
בית הדין.

זאת ועוד, החברות עצמן שקטו על שמריהן, התמידו בהתקשרות בחוזי בלעדיות  
ארוכי טווח, תוך שמפת קשריהן עם תחנות התדלוק נותרת באורח מוקשה לפתרונים  
ללא כל שינוי. יתרה מזאת, החברות אף מודעות היו לבעיות הרבה הטמונה  
בחוזים, לשינוי הגישה של משרד האנרגיה והתשתית המבקש ליצור תנאי תחרות  
בענף, להמלצות פרופסור זמיר, למצב אי התחרות, ובכל זאת נמנעו מפנייה  
למערכת ההגבלים העסקיים (אם ירצו, אפילו מטעמי זהירות) אשר תבחן את  
ההסדרים ותאמר דברה. בדרך זו היו משיגות החברות, כל אחת מהן בנפרד, וודאות  
ויציבות, קובעות אורחות משאן ומתן על פי דין, סוללות את הדרך לתחרות  
בריאה תוך שלא ישימו הונן ואונן על קרן הצבי של חוזים שבארץ ובעולם כבר  
הוכתרו לא אחת בחוזים נגועים בחשש פסול ומום.

ההסתמכות על מכתב הממונה משנת 1991 אין בה ממש. מכתב זה ניתן אך לפני  
שנתיים, לאחר שכל החוזים כבר עמדו על מכונם, הוא לא הופנה לאף אחת  
מהחברות, וננקטה בו עמדה לאקונית לכאורית בלבד, תוך קשירתה לנסיבות  
שהתקיימו אז. יאה הדבר אשר יאה, אינטרס הציבור חייב ניתוח וסיווג חוזי  
הבלעדיות, וכל שיקול אחר אינו יכול לבוא ב-ד' אמות בדיקה זו. הפנייה אלי  
לבדיקת החוזים הן על ידי רשויות המדינה (משרד האנרגיה והתשתית ודו"ח מבקרת

המדינה), הן על ידי מתלוננים מן הציבור, והן מצב אי התחרות השורר בענף, חייבו בדיקה של ממש במערך הסכמי הענף.

אחת מהחברות הוסיפה וטענה לאחרונה ממש, כי אני מנוע מנקיטת עמדה כשאלה שבנדון, אפילו בהליך לפי סעיף 43, הואיל והחברה טרם זכתה שעמדתה תשמע כראות שכן פרטי הפרת החוק לא הובהרו לה ועומדת היא בתומתה כי מקיימת היא את החוק; טרם נבדק כל הסכם והסכם מהסכמיה; מספר הסכמים נתונים כיום בליבו של סכסוך משפטי אזרחי, גם בנוגע לתחולת חוק ההגבלים, וראוי להמתין ולראות את תוצאותיו, ללא התערבות "חיצונית"; קבלת החלטה בשלב זה תיצור מצב שאף אם יתקבל ערר התכרות לבית הדין להגבלים עסקיים לא ניתן יהיה להשיב את המצב לקדמותו; נוסח חלק נכבד מהחוזים, דהיינו החוזים עם הנכים, נקבע בעיקרו ע"י ועדה של משרד הבטחון, ושאר החוזים דומים לנוסח זה, והכיצד רשות מדינה אחת, הממונה, תסתור דברי רעותה; הממונה על ההגבלים דאז, הביע דעתו לפני שנתיים, לפניית שני חברי כנסת, כי לכאורה אין ההסדרים דנן הסדרים כובלים, ומדוע ישנה עמדתו שהיא מעין "מעשה בית דין".

לא ראיתי מקום לדחות מתן החלטתי, שכן עמדת החברות התבהרה לי היטב, למדתי את ההסכמים ושאר חומר הרקע שהועבר אליי. מוקד בדיקתי, להבדיל מהמקובל בסכסוך משפטי בין שני צדדים, עניינו הענף בכללו, ולא הסכם זה או אחר. שמעתי את עמדת החברות, ביקרתי ביוזמתי במשרדיהן, ואין לראות כל תועלת מדחיית הקץ. הנושא הוא מורכב, וממילא אם החברות (או מי מהן) לא תקבלנה את מסקנת החלטתי, תובא הסוגיה בפני בית הדין להגבלים עסקיים, אשר יכריע בדבר, לאחר שיוצגו בפניו כל הנתונים והטיעונים הדרושים לענין. בידי בית הדין המומחיות והכלים להעריך את ההסדרים הנהוגים בענף, לקבוע מעמדם וסיווגם, ובהתאם לצורך, כידי סמכויות העזר ליתן כל צו הנראה לו דרוש כדי להבטיח שהחלטתו תקויים באופן נאות; סעיף 35 לחוק. נהפוך הוא, לדעתי כל הצדדים המעורבים יצאו נשכרים מדיון כבית הדין, אשר בפניו תפרש היריעה כולה, וסוף סוף תתבהר התמונה לאשורה והיא תעוצב באורח מוסמך, אגב קביעת הגדרות והסייגים, הצורך ברישום או כפטור, וכיוצא באלה שאלות העולות חדשות לבקרים ואשר בחלקן צוינו לעיל.

יחד עם זאת, כאמור בסוף החלטתי, כדי למנוע מה שכונה "תוצאות בלתי הפיכות", ראיתי לנכון, בנסיבות המיוחדות של המקרה, להשעות תוקף התוצאה הנודעת להודעה לפי סעיף 43, כך שהחלטתי לא תהא ראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי, כל עוד לא יסתיים הדיון בערר אם יוגש ובמועד, ובהתאם לתוצאותיו יפול דבר. כמו כן, כידוע ראוי בית הדין או אב בית הדין ליתן צו ביניים, בכל ענין שהובא לפניו, אם מצאו כי מן הראוי לעשות כן בנסיבות הענין; סעיף 36 לחוק. ניתן אף, כמידת הצורך, להשתמש בפנייה לאפיק זה על מנת לאפשר דיון ענייני ונאות בסוגיות שעל הפרק.

#### 7. היחסים המשיקים בין משרד האנרגיה והממונה

במסגרת דיוני עם אנשי משרד האנרגיה בדבר האמצעים הנחוצים להשגת המטרה, יצירת תנאי תחרות בתחום תחנות התדלוק, עמדנו על מספר מכשלות השמות לאל את המאמצים למימוש המטרה המתבקשת. אעמוד בקצרה על מחסומים אלה: נושא התמשכותו של ההליך הבירוקרטי לאישור הקמת תחנות תדלוק העשוי להשתרע על פני שנים, כאשר על זאת אף מתווספת תוכנית מתאר ארצית מס' 18 המגבילה מאד פתיחת תחנות חדשות; סגירת הענף באמצעות חוזי בלעדיות ארוכי טווח עם שלוש החברות; התנהגות מתואמת לכאורה בין בעלי תחנות התדלוק, במיוחד באמצעות האגוד העסקי המאגד את בעלי תחנות התדלוק, העושה כנגד ניצני תחרות בין התחנות לבין עצמן; חידוש חוזי הבלעדיות בין החברות לתחנות באופן המקפא את המצב הקיים; וטבלת מבנה המחיר באמצעותה קובע מינהל הדלק את המחיר המירבי לצרכן ואת מחיר הדלק בשער בתי הזיקוק, ובתווך גם את עמלתו הקבועה של מפעיל התחנה.

להערכת, תנאים נאותים לתחרות בענף יבשילו רק כאשר יטופלו כל המרכיבים האמורים כמכלול.

#### א. תכנית מתאר ורישוי

משרד האנרגיה פועל נמרצות לתיקון תכנית המתאר הארצית תמ"א 18, אם לא להביא לביטולה המוחלט. קשה להלום את התמ"א הקובעת מראש ובאופן מכאני



מרחקים מינימאליים בין תחנות תדלוק, בהתאם לסוג הדרך, תחת להשאיר קביעה זו לרשויות התכנון ושאר הרשויות הרלבנטיות כהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. במקביל, נערך המשרד ופועל לקיצור תהליכי הרישוי להקמת תחנות תדלוק, באופן שהרשויות הנוגעות לענין יפעלו במקביל ולא בטור, תוך זירוז משכי הטיפול בבקשות להקמת תחנות תדלוק.

בהקשר זה אף נבחנות הדרכים לאפשר הקמת תחנות תדלוק לאיו דווקא במתכונת של תחנת התדלוק האופיינית והמוכרת, מבחינת גודלה והיקפה. כך, לא מן הנמנע, כי יקומו גם תחנות תדלוק בסדרי גודל צנועים יותר, כדוגמת תחנות מדרכה ותחנות חניונים, כמקובל במקומות רבים ברחבי העולם.

תחרות אמיתית ומלאה לא תתאפשר מבלי שיחול גידול במספר תחנות התדלוק. ויכוח מלומד נטוש בין הגורמים השונים בשאלת מספר התחנות הדרושות למשק, בשים לב לשינוי היחסית קטן במספר תחנות התדלוק לעומת הגידול המשמעותי במספר כלי הרכב, תוך שיקלול הגידול במספר עמדות השאיבה בתחנות הקיימות, גודל המיכל הממוצע למכונת וממוצע נסיעותיה. יהא מספר זה אשר יהא, לדעתי ברור שקיים מחסור מאד ממשי בתחנות תדלוק, כוודאי באזורי מרכז הארץ צפופי האוכלוסין. עדות למחסור זה במספר התחנות תמצא, בין היתר, בתשלומים הנדיבים מאד ("רנטה") שזוכים להם מפעילי התחנות עובר לחידוש חוזהם עם חברות הדלק. אין לראות כל תועלת מקביעה מלומדת ומדויקת של מספר התחנות החסרות. בענין זה יקבעו כוחות השוק, בהתאם לכללי המשחק המקובלים, כמה תחנות יתווספו למערך הקיים, והיכן. יש רק לוודא כי התנאים היוצרים מחסור קשה בתחנות תדלוק יוסרו, כך שהשוק יוכל לווסת את גודלו והיקפו, כפי שהדבר מקובל, בדרך כלל, בכל שאר ענפי המשק.

#### ב. תוזי הבלעדיות

חוזים אלה, נשוא החלטה זו, מהווים ללא ספק אבן נגף משמעותית מאד ביצירת תנאי התחרות בענף. יש יסוד להניח כי החלטתי תיצור תהליך אשר יביא, ולו באחריתו, ואני מקווה בהקדם, לשחרור התחנות, או חלקן, מהסכמי הבלעדיות שתוארו לעיל.

#### ג. התנהגות מתואמת בין מפעילי התחנות

מספר בעלי תחנות תדלוק, ולפתות ארגונם המכונה "ארגון סוכנים ובעלי תחנות הדלק בישראל", יוצאים כנגד מהלכים שפניהם יצירת תנאים להגדלת מספר התחנות בישראל והוזלת מחירים לצרכן. כך, למשל מצאנו כי בעל תחנת דלק מסויים שהוזיל את מחיריו לצרכן זכה מיידית לביקור נציגי הארגון, ששידלו אותו נמרצות לשוב כו מדרכו, הפוגעת לשיטתם, באינטרס ציבור בעלי התחנות ובבעל התחנה עצמו.

יחידת ההגבלים העסקיים תמשיך ותעקוב מקרוב אחר ההתפתחות בענף, ובהתאם לנסיבות ולצרכים תשקל תגובה הולמת. יתרה מזאת, החלטה זו בענין חוזי הבלעדיות כמו גם ביטול טבלת מבנה המחיר כמפורט להלן, יביאו אף הם לתרומה חשובה ומכרעת בהקשר להתנהגות בעלי התחנות.

#### ד. העדר מעבר בין התחנות לחברות

מרכיב חשוב בחסימת השוק מצוי בכך שכל אחת מהחברות מוסיפה ואותזת, כמעט ללא שינוי, כמערך תחנותיה כמקדם. הסדרי הבלעדיות של החברות הוותיקות, לצד התנהגותן המקבילה (שלא לומר המתואמת), הביאו לכך שחרף הרפורמה ולהט חרבה המתהפכת, שומרת השלישיה על מעמדה השליט והבלתי מעורער, מול נסיונות של אחרים לחדור לשוק. התוצאה הינה שרק 9 תחנות מתוך 548 תחנות נמצאות בקשרי מסחר עם חברות דלק חדשות, והתחרות בין התחנות הקשורות לחברי הטריאומוירט, למעט חריגים, איננה משמעותית כלל ועיקר.

מתוך התחנות שמועד חוזהן הגיע לחידוש, לא איבדו החברות דלק וסונול אפילו תחנת אחת, וחברת פז איבדה שלוש תחנות בלבד, ואף אותן לטובת חברת דור אנרגיה, ולא לטובת שתי החברות הוותיקות האחרות. אף אחת משלוש החברות לא באה בקשרים עם תחנה הקשורה ברעותה, הגם שלדבריהן ניתנו על

ידי כל אחת מהן הצעות לתחנות המשתחררות, אך ההצעות מסתבר שנפלו תמיד בתנאיהן מאלה שהוצעו על ידי החברה המקורית. התוצאה, לפיה אף חברה אינה מצליחה לקשור קשר עם התחנות המשתחררות מחוזי הבלעדיות, הוסברה באזני על ידי סמנכ"ל השיווק של אחת מהחברות, בכך שמתקיים מעין "מאזן אימה", כל חברה חוששת כי אם תעשה לחברתה מה שיביא ל"חטיפת" תחנה הקשורה אל אותה חברה, תשכים האחרונה ותעשה מהלך דומה, ואז ייצא שכרה של הראשונה בהפסדה. בנסיבות אלה מעדיפות שלוש החברות לשמור על הקיים. מצב זה עשוי להשתנות בעקבות ההחלטה דנן.

#### ה. טבלת מבנה המחיר

במסגרת הצעדים הננקטים לשחרור גלגלי הענף מקפאונם, חשיבות מיוחדת יש לביטולו בהקדם האפשרי של מבנה המחיר. הפצת "מבנה המחיר" על ידי מינהל הדלק במשרד האנרגיה והתשתית גורמת לכך שכל הענף מתיישר ע"פ המרכיבים המפורטים בו, וכך מוצאת עצמה המדינה, שלא לטובתה, כלי מרכזי בשימורו של מצב העדר התחרות.

מבנה המחיר מכתוב למעשה, בין היתר, עמלה קבועה למפעילי התחנות, כאשר הם. בדרך זו, רווחי מפעיל התחנה הן פונקציה בלעדית של הכמות הנמכרת על ידו, לפחות תורת מינימום מובטח, ללא תלות בתמריץ מסחרי כלשהו, היקף מכירותיו ומגמותיו, מיקום התחנה וכדומה. ממילא, מתיישר גם הצורך בניהול משא ומתן בין הספק לרוכש, ולא נוצרת אפשרות מעשית שיווצרו הבדלים בין התחנות הקשורות עם החברות השונות. האחרונות, בדרך כלל, פועלות באופן מקביל וזהו בקשריהן כלפי המפעילים, ובהתאם למבנה המחיר.

אין מחלוקת, כי כל עוד בתי הזיקוק הן בחזקת מונופול, השולט ללא עוררין בתחום תזקיית הנפט, אין מנוס מפיקוח על מוצריו בשער בז"ן. ניתן גם להבין את המשך קיומו של הפיקוח על המחיר המירבי לצרכן, שהרי כמתואר, בהעדר תנאי תחרות של ממש בין התחנות, וגם בין החברות, מתעורר חשש רציני שהסרת הפיקוח תביא להאמרת מחירים מקבילה. והא ראייה, שעד כה לא התפתחה תחרות של ממש מתחת לרמת המחיר המירבי לצרכן. הקושי נסוב סביב השאלה מה יתרחש קודם, תנאי תחרות שיביאו להסרת הפיקוח על המחירים, או הסרת הפיקוח כאבן דרך בהתפתחות התחרות. תהא העמדה בענין זה אשר תהא, ומשרד האנרגיה והתשתית עתיד להכריע ולהתנסות בה (והרי לא מדובר בהליך בלתי הפיך), אין להלום את המשך פרסומה של טבלת מבנה המחיר המתאימת גם אל עמלת הסוכן והמפעיל כאל שיעור קבוע המצויין על ידי רשויות המדינה. אל לה למדינה לשמש כלי בפעולתו הלכאורית של קרטל, או לפחות התנהגות מקבילה, הנצמדים למבנה המחיר, בבחינת אמצעי להסדרת פעילות הענף בתנאים של חוסר תחרות.

קל וחומר, לאחר שהסדר דומה שהתקיים בענף הגז, תואר בהרחבה על ידי הנשיא זיילר, בפסק דין פטרולגז וזכה לקיטונות של ביקורת תקיפה, עד כדי כך שלענין פסיקת הוצאות המשפט לטובת המדינה בתביעה שהוגשה כנגדה וכנגד חברות הגז הוותיקות, מציין השופט (בעמ' 63 לפסק הדין המודפס) כי:

"אי אפשר שלא להביא בחשבון לענין זה את מעורבות המדינה בנושא כולו. המדינה ידעה למה משמשות הפרקציות שבטבלת מבנה המחיר וכפי שכבר הסברתי היא נטלה חלק 'בחלוקה הצודקת' של העוגה... גזר הספק בשיקול 'לא משפטי' זה נבע מתחושת אי הנוחות המלווה החלטה לפיה ידעה המדינה, זה שנות דור, כי כך נוהג משק הגז (ובנראה גם משק הדלק) והיא לא רק שלא עשתה דבר, אלא היתה מעורבת באותה התערבות אותה הזכרתי במהלך החלטה זו. והנה עתה צריכות חברות הגז לשאת בתוצאות, זאת כשהיתה להן, לאורך כל השנים התחושה שהן מוגנות מכל רע נוכח 'קרבת המדינה' אליהן ואל מעשיהן". (הדגשה לא במקור).

בנסיבות אלה, ייחסתי חשיבות רבה לסיכום הדברים עם משרד האנרגיה והתשתית כי טבלת מבנה המחיר תבוטל בהקדם האפשרי, והמדינה, ככלל, תדיר את רגליה מהתערבות בפרטי ההסדרים בענף. נדרשות נסיבות מיוחדות ויוצאות

דופן שיצדיקו התערבות כזאת. להערכתי, ביטול טבלת מבנה המחיר עשויה, במיוחד בהשתלבה בשאר המהלכים המתוארים, לתרום רבות לשיפור מצב התחרות בענף, הגם שלא מן הנמנע שתחילתו של המהלך תתקל בהתנגדויות עזות של גורמים מעוניינים, על כל המשתמע מכך, ולכך יש להערך.

## VI. סוף דבר

לאור כל האמור לעיל, לאור עמדת משרד האנרגיה והתשתית, בשים לב לחומר שהומצא ונמסר לי, לאחר ליבון עמדות הנהלות החברות אשר השמיעו עמדתן באזניי, ולאחר שהפכתי ועיינתי בדבר, הגעתי לכלל מסקנה, בהתאם לסמכותי לפי סעיף 43(א) (1) לחוק ההגבלים, כי הסכמי הבלעדיות המתוארים לעיל, בין חברות הדלק פז, דלק וסונוול לבין מפעילי תחנות התדלוק הם הסדרים כובלים, כמשמעותם בחוק ההגבלים. כל אחת מהחברות, שנמסרה לה הודעתי זו, החולקת על הקביעה, או על חלקה, רשאית לערור לפני בית הדין להגבלים עסקיים תוך שלושים מיום שההודעה נמסרה לה.

מצוות סעיף 43(ה) היא שקביעת הממונה תהא ראויה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי. יחד עם זאת, נוכח ההשפעות המשמעותיות שעשויות לנבוע מהחלטתי, ראיתי לנכון להשעות כניסת תוקף התוצאות הנודעות להחלטה זו, באופן שתוצאות אלה יידחו ויוקנו להחלטה, במידה שיוגש ערר על ידי מי מהחברות - כפי שייקבע על ידי בית הדין להגבלים עסקיים בהתאם לסעיף 43(ד), ובמידה שלא יוגש ערר, בתום המועד להגשת ערר.

וסוף דבר, כרגיל, אין בהחלטתי זו לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים, כדי לגרוע מכל הוראת דין, והכל כאמור בסעיף 43(ו) לחוק ההגבלים, ובמיוחד מהוראות סעיף 47 לחוק ההגבלים.

ד"ר יורם טורבוביץ  
הממונה על ההגבלים העסקיים

ניתן היום, ט' תמוז, תשנ"ג  
28 ביוני 1993  
בירושלים.