

## בתי המשפט

בית המשפט המחוזי בירושלים		בש"א 000250/06 ת"א 8011/06
לפני:	כבוד השופט דוד חשין, סגן נשיא	19/03/2006

בעניין: **בנק דיסקונט לישראל בע"מ**  
ע"י ב"כ עוה"ד ניב זקלר ושרון עודד

### המבקש

נ ג ד

1. **חברת קניון הראל בע"מ**  
ע"י ב"כ עוה"ד טל אייל בוגר ורן לוסטיגמן
2. **בנק הפועלים בע"מ**  
ע"י ב"כ עוה"ד יואב הירש ומתן מרידור

### המשיבים

## החלטה

### מהות הבקשה

זוהי בקשה של בנק דיסקונט (להלן – **המבקש**) למתן צו מניעה זמני, שיאסור על בנק הפועלים וקניון הראל (להלן – **המשיבים**) להתקשר ביניהם בהסכם להקמת סניף של בנק הפועלים בקניון הראל שבמבשרת ציון; ולחלופין, אם כבר התקשרו בהסכם כאמור, לאסור עליהם להקים או להפעיל סניף של בנק הפועלים בקניון הראל.

### רקע

1. ביום 23.6.94, כשנה לערך לפני פתיחתו של קניון הראל (להלן – **הקניון**), נחתם הסכם שכירות בינו לבין בנק דיסקונט להשכרת אולם בקניון לשלש שנים (להלן – **ההסכם**). ביום 6.12.95, עוד בטרם מסירת החזקה במושכר, תוקן ההסכם באמצעות נספח ו(2), שהקנה לבנק דיסקונט בלעדיות בהפעלת סניף בנק בקניון (להלן – **סעיף הבלעדיות או תניית הבלעדיות**). סעיף 26.1 להסכם העניק לבנק אופציה להארכת השכירות. אופציה זו – כולל סעיף הבלעדיות – מומשה כבר פעמיים: ביום 15.10.98 הוארכה השכירות לשנתיים; וביום 6.4.00 הוארכה השכירות לחמש שנים נוספות (מתום ההארכה הקודמת). כך שתקופות השכירות בתנאים של בלעדיות הסתכמו בעשר שנים (עד סוף 2005).

2. ביום 24.10.04, במהלך המגעים בין הצדדים למימוש האופציה להארכת הסכם השכירות לחמש שנים נוספות, הציע הקניון ויתור על תוספת של 10% לדמי השכירות בתמורה לויתור מצד הבנק על סעיף הבלעדיות. ביום 1.11.04 דחה הבנק את הצעת הקניון, וביום 9.1.05 הודיע בנק דיסקונט לקניון על החלטתו לממש את האופציה ולהאריך את ההסכם בחמש שנים נוספות.

3. במכתבו מיום 14.3.05 הודיע הקניון לבנק כי הוא מסכים להארכת הסכם השכירות. עם זאת, ציין הקניון, כי מאחר שהחל ממועד מימוש האופציה צפויה תקופת השכירות הכוללת לעלות על עשר שנים, הרי שהוא מודיע לבנק כי על פי דיני ההגבלים העסקיים אין באפשרות הקניון "להתחייב כלפיכם, במהלך תקופת האופציה, לבלעדיות בהפעלת המושכר על ידכם" (נספח ח לבקשה). במכתבו מיום 14.4.05 דחה הבנק את טענת הקניון שההסכם מנוגד לדיני ההגבלים העסקיים ועמד על דרישתו להאריך את ההסכם, כולל תניית הבלעדיות.

4. באפריל 2005, כחלק מניסיונותיו להקים סניף מתחרה במבשרת ציון, פנה בנק הפועלים בתלונה אל הרשות להגבלים עסקיים, שבה ביקש לבדוק את חוקיות תניית הבלעדיות שבין בנק דיסקונט לקניון הראל.

5. ביום 2.11.05, לאחר ששמע גם את בנק דיסקונט, קבע הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן – **הממונה**) כי הסדר הבלעדיות בין בנק דיסקונט לקניון הראל מהווה הסדר כובל כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח – 1988 (להלן – **החוק**). קביעה זו של הממונה, בהתאם לסמכותו לפי סעיף 43(א)(1) לחוק, נעשתה בהחלטה מפורטת ומנומקת המשתרעת על פני 23 עמודים (להלן – **הקביעה** או **ההחלטה**). בסעיף 10 להחלטתו מציין הממונה את הוראת סעיף 43(ה) לחוק, לפיה קביעתו תהא **ראיה לכאורה** לנקבע בה בכל הליך משפטי.

6. ביום 22.11.05, לאחר קביעת הממונה, התקשרו קניון הראל ובנק הפועלים בהסכם שכירות לפיו הושכר שטח בקניון (השטח ששימש בעבר את רשת מקדונלדס) לשם פתיחת סניף בנק הפועלים.

7. ביום 11.2.06 הגיש בנק דיסקונט לבית משפט זה כתב תביעה בגדרו ביקש צווי מניעה וצווי עשה כנגד קניון הראל ובנק הפועלים. בד בבד, הגיש בנק דיסקונט בקשה דחופה למתן צו מניעה זמני במעמד צד אחד. בהחלטתי מיום 12.2.06 לא ראיתי להיעתר לבקשה זו, וקבעתי מועדים להגשת תגובות המשיבים ולדיון במעמד הצדדים, שהתקיים ביום 23.2.06 (לאחר שמועד מוקדם יותר נדחה לבקשת בנק הפועלים ובהסכמת בנק דיסקונט).

8. ביום 20.2.06 הגיש המבקש לבית הדין להגבלים עסקיים, בהתאם לסעיף 43(ג) לחוק, ערר על קביעת הממונה.

### **טענות הצדדים**

9. המבקש, בנק דיסקונט, טוען שההסכם שנחתם בינו לבין קניון הראל עומד בתוקפו, לרבות סעיף הבלעדיות שבו; ולפיכך, יש בהתקשרותם של המשיבים משום הפרת חוזה ע"י קניון הראל, כמו גם גרס הפרת חוזה ע"י בנק הפועלים.

10. מנגד, טוענים המשיבים, כי קביעתו של הממונה לפיה הסדר הבלעדיות הינו הסדר כובל, מהווה ראייה לכאורה שהסדר זה הינו בלתי חוקי, וממילא אין להידרש לבקשה שמטרתה אכיפתו של הסדר פסול זה. המשיבים מוסיפים, כי בית המשפט העליון דחה בקשה לסעד זמני בנסיבות דומות, שבהן התבקש סעד זמני לאכיפת הוראותיו של הסדר שהממונה קבע לגביו כי הינו הסדר כובל.

11. על דברים אלו של המשיבים הגיב בנק דיסקונט במספר טענות. הבנק טוען, כי להחלטת הממונה אין משקל ראייתי כלשהו, מן הטעם שהבנק הגיש ערר על החלטה זו לבית הדין להגבלים עסקיים. לטענתו, "החלטת הממונה תהווה ראייה לכאורה רק כאשר היא **סופית**, קרי – במקרה שהקביעה אינה נתונה לבירור במסגרת הערר" (סעיף 16 לתשובתו לתגובת המשיבים; ההדגשה במקור).

לחלופין טוען המבקש, גם אם יש להחלטת הממונה משקל כלשהו, הרי שהיא מהווה ראייה אחת מתוך כלל הראיות המונחות בפני בית המשפט. יתר על כן, לטענתו, אין להכריע בשאלת היותו של הסדר מסוים הסדר כובל בשלב הבקשה לצו מניעה זמני.

טענה נוספת בפי המבקש היא, כי בניגוד לקביעת הממונה, ההסדר בין בנק דיסקונט לקניון הראל אינו הסדר כובל על פי פסיקת בתי המשפט שנדרשו למקרים של תניות בלעדיות במרכזים מסחריים. לטענתו, קביעתו של הממונה שגויה לחלוטין, ועל כן אין להסתמך עליה כלל.

בנוסף טוען המבקש שהתנהלות המשיבים – בפרט קניון הראל – נגועה בחוסר תום לב, הן בשל העובדה שבמשך 10 שנות השכירות לא העלה הקניון טענה כנגד סעיף הבלעדיות, והן בשל כך שכל מטרתה של ההתקשרות בין המשיבים היא לסכל הקמת קניון מתחרה לקניון הראל במבשרת ציון.

12. המשיבים מגיבים על טענה זו באומרם כי חוסר חוקיותו של סעיף הבלעדיות התהווה, בין השאר, עקב משכה הארוך של תניית הבלעדיות. כמו כן, קניון הראל דוחה מכל וכל את

הטענה שההתקשרות בינו לבין בנק הפועלים נועדה למנוע את הקמתו של מרכז מסחרי מתחרה.

13. עוד טוען בנק דיסקונט, שמאזן הנוחות בנסיבות המקרה נוטה לטובת מתן צו מניעה. המשיבים חולקים על טענה זו, וסבורים שמאזן הנוחות מחייב הימנעות ממתן סעד זמני.

## דיון

14. תחילה, עלינו לבחון את משמעות החלטתו של הממונה, אשר קבע שההסדר בין בנק דיסקונט לקניון הראל הינו הסדר כובל. סעיף 2(א) לחוק מגדיר את ההסדר הכובל כהסדר 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 4 לחוק אוסר על אדם להיות צד להסדר כובל. בענייננו קבע הממונה שההסדר בין בנק דיסקונט לקניון הראל הינו הסדר כובל, וקביעה זו מהווה ראיה לכאורה בכל הליך משפטי. משמעות הדברים היא, כי יש בפנינו ראיה לכאורה לכך שסעיף הבלעדיות שבפנינו מהווה הסדר כובל. פשיטא שבית המשפט לא יושיט סעד שתוצאתו תהא אכיפת הוראותיו של הסכם שהינו לכאורה בלתי חוקי ופסול. אכן, כך נפסק מפורשות בבית המשפט העליון ברע"א 5622/90 **רפאלי ואח' נ' קמפ ישראל בע"מ**, פ"ד מה(2) 104 (להלן - **רפאלי**), מפי כבוד השופט ש' לוי:

"אך במקרה שלפנינו ... מהווה קביעת הממונה, ראיה 'לכאורה' לנקבע בה בכל הליך שיפוטי ... ולפיכך מי שפועל לקיום הסדר כובל מבצע לכאורה עוולה אזרחית וגם עבירה פלילית. ... **בנסיבות אלה אני מתקשה למצוא נסיבות שבהן ייאות בית המשפט לכפות הוראות של הסדר כובל, לפי סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי) ...**" (ההדגשה שלי, ד' ח').

15. טוען המבקש שיש לאבחן את המקרה שנדון בענין **רפאלי** מהמקרה שלפנינו, וזאת לאור העובדה שבאותו מקרה לא הוגש ערר על קביעת הממונה והמועד להגשתו חלף. לטענתו, מימוש מלא של הזכות להגיש ערר על קביעת הממונה לביה"ד להגבלים עסקיים, כפי שאכן עשה, מחייב שלא לראות בקביעה ראיה לכאורה, כל עוד קביעת הממונה אינה סופית וחלוטה, ולכן אין לבסס עליה את החלטת בית המשפט בבקשה זו לצו מניעה זמני. בטענתו זו מעורר המבקש את השאלה בדבר מעמדה היראייתי של קביעת הממונה - האם מהווה היא ראיה לכאורה אף כאשר הוגש ערר על החלטתו?

16. לביסוס טענתו, הפנה המבקש לת"א (ת"א) 1048/93 (המ' 8799/93) **קורן 91 חברה לשווק דלק בע"מ ואח' נ' "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ**, דינים מחוזי כו(5) 340. באותו ענין דן כבוד השופט שטרוזמן במשמעותה של קביעת הממונה, וקבע כי אין לראות בזו ראייה לכאורה. המבקש סבור שניתן לגזור גזירה שווה מהתם להכא. אלא שעיון בהחלטה דוחק לדחיית טענה זו. ההחלטה של השופט שטרוזמן התבססה על אמירה מפורשת של הממונה שאין לראות בקביעתו ראייה לכאורה - אם יוגש ערר עליה. לא כך במקרה דנן, שבו לא סייג הממונה את קביעתו, לפיה תניית הבלעדיות בהסכם שבין המבקש לקניון הינו הסדר כובל. לאור דברים אלו, ברי כי אמירתו של השופט שטרוזמן בפיסקה ה' להחלטה הינה אמרת אגב.

17. מכל מקום, בפסיקה מאוחרת, שיצאה מבית הדין להגבלים עסקיים, נקבע מפורשות אחרת. וכך, בבקשה 50/98 (ערר 9/97) **בזק בינלאומי בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, נאמר מפי כבוד השופט עדיאל:

"לקביעת הממונה מעמד עצמאי, והיא אינה יונקת את חיותה ונפקותה המשפטית מהליך הערר הבא בעקבותיה, הגם שבעקבות הליך זה עשויה הקביעה להתבטל. כל עוד לא בוטלה הקביעה בהליך הערר, קל וחומר אם לא הוגש ערר על הקביעה, עומדת זו בתוקפה ומשמשת כראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי. יתר על כן קביעת הממונה נכנסת לתוקף ממועד פרסומה, וגם הגשת ערר על הקביעה בבית הדין לפי סעיף 43(ג) לחוק ההגבלים העסקיים אינה מתלה את תוקפה באופן אוטומטי (ראה: בקשה 40/98 (ערר 7/98) הנזכרת לעיל). מעבר לכך, על פי סעיף 43(ג) לחוק, 'חובת הראייה בפני בית הדין (בערר על הקביעה) היא על העורר'" (נבו, פסקה 37 להחלטה).

אמור מעתה - רק ביטול הקביעה בהליך הערר, ולא עצם הגשת הערר, מבטל את תוקפה של קביעת הממונה. דברים אלו מבהירים דברים דומים שאמר השופט עדיאל בהחלטה מוקדמת יותר - בקשה 40/98 (ערר 7/98) **תנובה נ' הממונה על ההגבלים עסקיים** - שהוזכרה במובאה האחרונה.

18. לאור האמור, הגעתי למסקנה שהגשת הערר על קביעת הממונה אין בה כדי לפגוע במעמדה של הקביעה כראייה לכאורה בהליך שלפני.

19. טוען המבקש כי קביעת הממונה מהווה אך ראייה אחת מתוך מכלול ראיות המונחות לפני בית המשפט, וכי ראייה זו אינה יכולה, בפני עצמה, לבסס את התנגדות המשיבים

למתן צו המניעה הזמני במקרה זה, שבו מונחות, לטענתו, ראיות סותרות. הוא מוסיף וטוען, כי החלטה במחלוקת שבין הצדדים היתה יכולה להתקבל **אך ורק** אם בית המשפט היה מוצא לנכון להכריע, כבר בשלב מקדמי זה, בין הראיות המונחות לפניו בשאלת חוקיותו של ההסכם בין המבקש לקניון. המבקש הפנה למספר פסקי דין אשר מהם עולה, לטענתו, שאין דנים בשאלת קיומו של הסדר כובל בעת הדיון בבקשת סעד זמני. ולא כן.

עיון בפסקי הדין שהפנה אליהם מראה שבכל המקרים הללו לא עמדה בפני בית המשפט קביעה של הממונה שהסדר מסוים מהווה הסדר כובל. משכך, דיון בשאלת הסדר כובל היה מצריך דיון מראשיתו, שאין מקומו בהליך של סעד זמני. וכך לדוגמא בבש"א 24813/05 **שפי סוכנות ביטוח לענפי הנדסה ואדריכלות בע"מ נ' מדנס סוכנות לביטוח**, נאמר מפי כבוד השופטת פלפל:

"הרציונל ברור: על מנת לבחון אם הסדר כלשהו פוגע בעקרון התחרות החופשית, על בית המשפט להכריע בשאלות מורכבות של עובדה, משפט וכלכלה, המגובים בין השאר בניתוח חוות דעת מומחים כלכליים, ובוודאי שלא ניתן להכריע בהן בהליך קצר ו"לכאוריי" המקובל בסעד זמני".

במקרים כאלו, העדיף בית המשפט את קיומם של הסכמים חתומים על פני דיון מקיף מסוג זה. לא כך הם פני הדברים במקרה דידן. הממונה קיים הליך מלא, בגדרו שמע גם את טענות המבקש (שיכל להמציא לו את חוות הדעת של המומחה מטעמו, שצורפה לראשונה בתשובתו לתגובת המשיבים לבקשה זו), ובסופו של יום הוציא החלטה מפורטת ומנומקת כדבעי. התעלמות מקביעתו זו של הממונה, רק בשל העובדה שאנו עומדים בהליך זמני, אינה עולה בקנה אחד עם היותה ראייה לכאורה בכל הליך משפטי. מבלי להכנס לפרטי הראיות, בשלב מקדמי זה, אומר כי המבקש לא הצליח לסתור את הראיה לכאורה שבקביעת הממונה או לכרסם בכוח המשכנע שלה.

20. מוסיף המבקש וטוען בפנינו כי אף אם קביעת הממונה מהווה ככלל ראייה לכאורה בהליך זה, בנסיבות הספציפיות של המקרה אין להזדקק לקביעת הממונה, עקב היותה סותרת פסיקה של בתי המשפט. במה דברים אמורים?

סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים מגדיר הסדר כובל בזו הלשון:

"הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר".

על פי פרשנותו של בנק דיסקונט - וכך גם טען בפני הממונה - ההסכם שנחתם בין בנק דיסקונט לקניון הראל אינו מהווה כלל הסדר כובל. קניון הראל הוא זה שהגביל את עצמו, ולפיכך יש לבחון ביחס אליו האם ישנה פגיעה בתחרות, כלומר, במישור היחסים שבין הקניון לבין גורמים אחרים, ולא בתחרות בין הבנקים, שכן בנק דיסקונט לא הגביל את עצמו בהסכם עמו.

21. ואכן, קיימת פסיקה העולה בקנה אחד עם טענה זו. כך, בת"א (ת"א) 1160/03 **שיקובטה ואח' נ' לב אשדוד בע"מ**, דינים מחוזי לג(8) 1, קיבל כבוד השופט זפט פרשנות זו, וקבע על פיה שבמקרה הספציפי שנדון לפניו אין הסדר כובל. לפס"ד זה קדם פס"ד אחר של השופט זפט - ת"א (ת"א) **יקבי רמת הגולן בע"מ נ' פיטר שטרן ואח'**, דינים מחוזי כרך לג(5), 165 - שגם בו פסק על פי פרשנות זו. ערעור שהוגש על פסק דין זה - ע"א 10638/02 **פיטר שטרן ואח' נ' יקבי רמת הגולן ואח'**, דינים עליון סד, 3 - נדחה. לכאורה, זכתה פרשנות זו לאימוצו של בית המשפט העליון, בעצם דחיית הערעור. ברם, לדעתי צדק הממונה בפרשנות שנתן לפסק דין זה של בית המשפט העליון, לאמור:

"עיינתי בפסק דין זה, ואיני סבור כי בהחלטה לאקונית זו, בה נמנע בית המשפט מכל ניתוח של המקרה אלא אך סמך ידיו על התוצאה אליה הגיע בית המשפט המחוזי באותו עניין - ניתן ללמוד הלכה לענייננו. נראה בבירור מהחלטת בית המשפט העליון כי הוא לא נתכוון ליצור בפסק הדין הלכה ובחזרתו על נימוקי בית המשפט קמא אין כדי לדחות את ההלכה [ש]קבע בית הדין להגבלים עסקיים בפרשת דלק הנזכרת לעיל" (עמוד 18 להחלטתו).

22. בפרשת דלק - ה"ע 469/98 **דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים ואח'** - התייחס בית הדין להגבלים עסקיים (השופט עדיאל) לפרשנות המצמצמת לסעיף 2(א), ודחה אותה:

" הטענה מצמצמת את שיקוליו של בית הדין בעת שהוא בוחן את השפעת ההסדר הכובל על טובת הציבור, לאותה פגיעה המהווה, לפי לשון החוק, תנאי

לקיומו של ההסדר הכובל. לצמצום זה אין כל אחיזה, לא בלשון החוק ולא בתכליתו) "פיסקה 62 לפסה"ד).

23. אף אני סבור כך. לדעתי, פרשנות תכליתית של החוק מחייבת במקרה זה את הרחבתו, ולא את צמצומו. ממילא, במקרה שלנו, סעיף 2(א) לחוק טומן בחובו גם התייחסות לבעל מרכז מסחרי, כמי שמשכיר את הקרקע לצורכי מסחר לגורמים שונים ותניית הבלעדיות מגבילה את התחרות בין גורמים אלו לצד שלישי. פרשנות זו אף הועדפה בספרות המשפטית. הנה כך כתב ד"ר ד' גילה, "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים ומונופולים", **חוזים ג** (העורכים ד' פרדימן, נ' כהן, תשס"ד), עמ' 659 :

"למרות שאין ספק כי סעיף 2 מנוסח ברישול מבחינה זו, נראה לנו כי יש להעדיף את עמדת בית הדין להגבלים עסקיים בעניין דלק הנ"ל, ולפרש את הסעיף, למרות לשונו, באופן תכליתי, כחל על כל הסדר העלול לפגוע בתחרות בענף מסוים, בלי קשר לשאלה אם הצד שהגביל עצמו פועל באותו הענף אם לאו".

24. לא נעלם מעיני שבהביעי עמדה בשאלה זו נגעתי למעשה בסוגיה משפטית היורדת לשורשם של דיני ההגבלים העסקיים – האם לנקוט פרשנות מצמצמת לחוק או שמא להרחיבה. דעתי, המעדיפה את הפרשנות המרחיבה, מבוססת בין השאר על דעת הרוב בדנ"א 4465/98 **טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ**, פ"ד נו(1) 56. ודוק – אין דבריי אמורים לכל עניין והסדר בדיני ההגבלים העסקיים. הם אמורים פה בהקשר להסדרים אופקיים, להבדיל מאלו האנכיים.

25. העולה מן האמור – קביעת הממונה ראויה מבחינה משפטית, וממילא נדחית טענתו של בנק דיסקונט על בטלות קביעתו של הממונה.

26. למעלה מן הצורך אציין, כי אין בקביעתי זו משום קביעה כללית ביחס לתניית בלעדיות בהסכמי שכירות במרכזים מסחריים. תנייה זו, עיתים תהא חוקית ועיתים תהווה הסדר כובל - הכל בהתאם לנסיבות המדויקות של המקרה. וכדברים אלו ממש מצינו בפסיקה בארה"ב, בפס"ד **Optivision Inc. V. Syracuse Shopping Center Associates**, 472 F.Supp. 665(1979):

"Moreover, the court is unable to conclude that exclusivity clauses in shopping center leases are unreasonable in all possible circumstances. The



competitive impact of such arrangements may very considerably depending upon the availability of suitable alternate locations in the relevant market, and upon the strength of the remaining competition. In addition, there is a possible economic justification for a provision of this nature. In some situations, it may be necessary to include such a clause in a shopping center lease, in order to attract to the center a certain tape of store which might be unwilling to commit itself to a lease with high rentals if it knows that a competing store will be present in the center.”

בהמשך לדברים אלו נדרש בית המשפט לפרמטר של משך הזמן של הבלעדיות כגורם רלבנטי בשאלת הגדרת ההסדר כהסדר כובל:

“ Also, the impact upon competitive conditions may differ depending upon the type of exclusivity clause involved. A provision that is to be enforceable for a set of period of time or one that is to remain in effect until the shopping center expands (i.e., until an additional department store is added) does not necessarily have as great an effect upon competition as one not so limited in duration” (p.676).

27. באשר למשכה של תניית הבלעדיות, עומד הממונה בהחלטתו על הצידוק המסחרי שקיים בתניית בלעדיות לתקופה מסוימת, שבמהלכה יצליח הזכאי לבלעדיות לבסס את עסקו, ובכך להצדיק את השקעתו הראשונית. הממונה סבור בהחלטתו שבנסיבות המקרה, תקופה של כעשר שנים היא תקופה שמאפשרת התבססות של הבנק, והארכת התנייה בנסיבות הקיימות לחמש שנים נוספות (ובסה"כ 15 שנים) היא פגיעה בתחרות, בלא שיש לה צידוק ברציונל הלגיטימי של הבנק, האופייני לשלב פתיחתם והשקתם של מרכזים מסחריים, והמאפשר בתנאים מסוימים קיומם של הסדרי בלעדיות.

דבריו אלו של הממונה, בהצטרפם לשאר הנימוקים שעליהם ביסס את החלטתו, מקהים את עילת התביעה של המבקש – ככל שהיא עוד קיימת – ודוחקים לקביעה כי, בשלב זה, לא הצליח להוכיח לכאורה את זכותו (להמשך הבלעדיות בקניון), אשר למען ההגנה עליה מבקש הוא את הסעד הזמני.

28. אוסיף, שגם ביחס לשיקולים האחרים הרלבנטיים למתן סעד זמני, לא השתכנעתי מטענותיו של המבקש. לדעתי, מול נזקו האפשרי של בנק דיסקונט מאיבוד לקוחות – נזק

שניתן לכימות, עומד נזקו הוודאי של בנק הפועלים מאי פתיחת סניף בנק שהוא כבר התקשר בהסכם עם הקניון לפתיחתו. נזק זה בעייתי לכימות עקב היותו בתחום הספקולטיבי – מספר הלקוחות שנמנעו מבנק הפועלים. כיוון שכך, הרי שהמבקש לא הרים את הנטל הנדרש ממנו – להוכיח שמאזן הנוחות מחייב מתן סעד זמני.

29. כפי שציינתי לעיל, הצדדים גם העלו האחד כלפי השני טענות שונות על חוסר תום לב. נסיבות דומות, במידת מה, התקיימו במקרה שנדון בבש"א (ת"א) 24813/05 **שפי סוכנות ביטוח לענפי הנדסה ואדריכלות בע"מ נ' מדנס סוכנות לביטוח בע"מ**, שם אמרה השופטת פלפל:

"דומה כי עצם העלאת הטענה בדבר הסדר כובל בשלב זה אינו מעיד על תום לב מצד המשיבה. במשך 10 שנות ההתקשרות מעולם לא טענה המשיבה כי מדובר בהתחייבות בלתי חוקית, מעולם לא ביקשה לבטלה ומעולם לא פנתה להכשירה. הטענה מועלית רק בעיתוי בו נדרשה המשיבה לקיים התחייבותה" (נבו ; פסקה ד להחלטה).

על אף שגם במקרה שלפנינו, נוצרת מעין תחושת אי נוחות מעצם העלאת טענת ההסדר הכובל ע"י קניון הראל, אין לי אלא להביא מדבריו של כבוד השופט מ' חשין בדנ"א 4465/98 **טבעול (1993) בע"מ נ' שף־הים (1994) בע"מ**, פ"ד נו(1) 56, שגם בו נדון ענינו של צד להסכם המנסה להשתחרר ממנו בטענה שהוא מהווה הסדר כובל:

"אכן טענת אי חוקיות הנשמעת מפיו של נתבע מסבה אי נחת רבה. פלוני כרת מרצונו הסכם עם תובע ובמהלך הדברים הרגיל אף נהנה מפירותיו. והנה עתה סב הוא פלוני על עקביו, מתכחש הוא לחיובים שנטל על עצמו ונושא הוא ברמה דגל של שמירת שלטון החוק. נתבע מעין זה אפשר נבז לו בלבנו והיה הוא בעינינו כטובל ושרץ בידו" (עמ' 105).

ואף על פי כן, ממשיך השופט חשין ואומר:

"...אכן, אני מתקשה להבין כיצד לא נישמע לטענת האי-חוקיות, והרי כמורדים במלכות ניחשב. משגזר המחוקק על הסכם פלוני כי הסכם בלתי חוקי הוא, כיצד זה שנתעלם מדבריו כמו לא היה? והרי אם נעבור על החוק ולא נשגיח בו, בעצם מחדלנו זה נרוקן את החוק מתוכו. כזאת לא הותרנו לעשות" (עמ' 106).

אף אני סבור שבנסיבות אלו, טענת חוסר תום לב שמעלה המבקש כלפי המשיבים אין בה כדי לשנות את התוצאה המתחייבת.

30. סוף דבר : לאור כל האמור לעיל, הבקשה נדחית.

עניין ההוצאות בגין הליך ביניים זה יישקל בפסק הדין בתיק העיקרי.

**ניתנה היום י"ט באדר, תשס"ו (19 במרץ 2006) בהעדר הצדדים.**

**המזכירות תמציא החלטה זו בדחיפות לב"כ הצדדים בפקסימיליה.**

---

**דוד חשין, סגן נשיא**