

בפני מ"מ אב בית-הדין

כב' השופט י. עדיאל

בעניין:

דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ  
על-ידי ב"כ עוה"ד צבי אגמון

המבקשת

**- נ ג ד -**

1. תחנת דלק שחר בית חנן בע"מ
2. אהובה שחר  
ע"י ב"כ עוה"ד נורית שורק-אייל
3. שרותי בנזין וסיכה בישראל בע"מ  
(תחנת הדלק "גלילות")  
ע"י ב"כ עוה"ד חנן הרכבי
4. דברת קבוצת פועלים והתיישבות שיתופית בע"מ
5. דברת אור-חאן דרכים בע"מ  
ע"י ב"כ עוה"ד א. שגב
6. אליהו כהן
7. משה בן גרה
8. אלי תקומה חברה לבניין בע"מ  
(תחנת הדלק "ימית")  
ע"י ב"כ עוה"ד פרופי אי שטיין ו/או ד"ר זוהר גושן
9. מפגש שלו בע"מ  
ע"י ב"כ עוה"ד ע. סולומונוב
10. קיבוץ מגידו
11. אורחאן מגידו בע"מ  
ע"י ב"כ עוה"ד יי גורניצקי ושות'
12. נאות אביב בע"מ  
על-ידי ב"כ עוה"ד י. וולף.
13. אורי יואלי
14. עובדיה אמיר
15. משה אמיר  
(תחנת הדלק "נווה אילן")  
ע"י ב"כ עוה"ד יי אבירם ו/או אי ויטנברג
16. תחנת דלק באשדוד בע"מ
17. סוכני דלק ושמונים בע"מ  
ע"י ב"כ עוה"ד דניאל פוטשבוצקי
18. אטיאס גסטון  
(תחנת דלק "נתיבות")

19. רוזנפלד מרכז שירותי הרכב בנצרת עילית בע"מ

20. רוזנפלד תחנות דלק והשקעות בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד צבי מידן

21. תחנת רמת אביב (מס' 1) בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד א. רנן

22. תחנת דלק שערי חולון בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד י. אבירם ו/או א. ויטנברג

המשיבים

החלטה

הבקשה

1. המבקשת, חברת הדלק הישראלית בע"מ (להלן - "דלק" או "המבקשת"), מבקשת ליתן היתרים זמניים, לפי סעיף 13 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן - "החוק"), לנהוג על פי הסכמים שנחתמו בעבר בינה לבין 13 תחנות תדלוק (להלן - "התחנות"). אותם הסכמים הקנו למבקשת זכות בלעדית לאספקת דלק לתחנות ומנעו מהתחנות לרכוש דלק ומוצרי תדלוק מכל מקור אחר (להלן - "ההסכמים"). כיום אין עוד חולק על כך, לפחות ככל שמדובר בהליך זה, כי ההסכמים הינם הסדרים כובלים כמשמעותם בחוק, ועל כן אין לנהוג על פיהם אלא אם יאושרו על ידי בית הדין להגבלים עסקיים או יינתן היתר זמני לנהוג על פיהם על ידי אב בית הדין, היתר שהוא נושא הבקשה הנוכחית. הבקשה למתן היתר זמני הוגשה בד בבד עם הגשת בקשות לאישור ההסדרים הכובלים.

רקע עובדתי

2. הסכמי בלעדיות מסוגם של ההסכמים נושא הבקשה היו נוהגים שנים ארוכות בין חברות הדלק לבין כמעט כל תחנות התדלוק שפעלו בישראל. ביום 28.6.93 קבע הממונה על ההגבלים העסקיים, על-פי סמכותו לפי סעיף 43(א)(1) לחוק, כי הסכמי הבלעדיות האמורים שבין חברות "סונול" "דלק" ו"פז" לבין מפעילי תחנות התדלוק הנם הסדרים כובלים.

חברות הדלק ערערו על הקביעה האמורה בפני בית הדין להגבלים עסקיים. בשנת 1995, במהלך הדיונים בפני בית הדין, הגיע הממונה להסדר עם חברות "פז" ו"סונול" לפיו הוסכם כי חברות אלה תבאנה לידי סיום את הסכמי הבלעדיות שבינן לבין תחנות התדלוק, ותשחררנה את התחנות מהסכמים אלה, למעט תחנות החתומות על "הסכמי חכירה מקובלים". "הסכמי חכירה מקובלים" אלה נבדלים מהסכמי הבלעדיות האחרים

לאספקת מוצרי הדלק, בכך שהם מעגנים את זכויותיהן של חברות הדלק כלפי בעלי התחנות, בעיקר זכות הבלעדיות, בדרך של הקניית זכויות קנייניות, לרוב זכות חכירה או חכירת משנה במקרקעי התחנות.

לאור הסכם זה תיקן הממונה את קביעתו הראשונה באופן שעל פי הקביעה המעודכנת מיום 14.12.95 לא נכללו עוד הסכמי החכירה המקובלים בגדרה של הקביעה המכריזה על הסכמי השיווק שבין חברות הדלק לתחנות התדלוק כהסדרים קובלים. בהמשך, לאחר החלטת בית המשפט העליון בבג"צ כספי שיוזכר להלן, תיקן הממונה את הודעתו בשנית והשיב על כנה את קביעתו המקורית לגבי "דלק".

3. חברת "דלק", המבקשת שלפנינו, לא הצטרפה להסכם האמור בין הממונה לבין חברות פז וסונול, שכן, לפי הסברה, חלקן של תחנות התדלוק שהיו קשורות אתה בהסכמים שאינם הסדרי חכירה מקובלים, ואשר נועדו לפי ההסכם עם הממונה לשחרור, מתוך כלל תחנות התדלוק הקשורות אתה בהסכמי בלעדיות, היה גדול במידה משמעותית מחלקן של תחנות מסוג זה אצל החברות המתחרות - "סונול" ו"פז". כך, בעוד שעל חברת פז היה לשחרר על פי ההסדר 29 תחנות תדלוק, אשר היוו רק 13% מכלל תחנותיה (שמניין עלה על 200), ועל סונול היה לשחרר על פי אותו הסדר 36 תחנות שהיוו 23% (מתוך כ- 150 תחנות הקשורות עמה) מספרן של התחנות הקשורות עם חברת "דלק" בהסכמי בלעדיות שאינם הסכמי חכירה מקובלים עמד על 65 תחנות, שהיוו 37% מכלל תחנותיה. עובדה זו היתה אמורה, להשקפתה של "דלק", להעמידה במצב נחות כלפי מתחרותיה, אילו הצטרפה להסדר האמור.

4. כנגד ההסדר האמור שנעשה בין הממונה לבין חברות פז וסונול, הוגשה עתירה לבג"צ (בג"צ 326/96 כספי ואח' נגד הממונה על ההגבלים העסקיים, פ"ד נ(5) 133). בית המשפט העליון דחה את העתירה, למעט לעניין תחולתה של הקביעה על "דלק", וקבע, כי לא זו בלבד שהממונה פעל, בעשותו את ההסכם, במסגרת סמכותו ובמתחם הסבירות, "אלא שבדיעבד נראה, כי להסדר המוסכם - אם אכן יצא לפועל - עשויות להיות גם תוצאות מועילות".

5. לאחר פסק הדין האמור החליטה המבקשת להצטרף להסדר, וביום 27.10.97 נערך הסדר נפרד בינה לבין הממונה. (הסדר זה יכונה בהמשך "הסדר דלק").

"הסדר דלק" שונה מההסדר שנעשה בין הממונה לבין חברות הדלק האחרות בכך שלפי הסדר זה אין "דלק" מתחייבת, כפי שהתחייבו חברות הדלק האחרות, לשחרר את כל התחנות הקשורות עמה שלא על-פי "הסכם חכירה מקובל". בעניין זה קיבל הממונה את טענתה של "דלק" כי לאור המספר הרב יחסית של תחנות התדלוק שאינן קשורות עמה

בהסכמי חכירה מקובלים, קיים שוני מהותי בינה לבין חברות הדלק האחרות המתחרות בה, דבר העשוי להעמידה במצב נחות לעומת מתחרותיה. כדי להחיל על המבקשת, כהסברו של הממונה, "שוויון מהותי" עם מתחרותיה, הוא הגיע עמה להסדר לפיו היא התחייבה לשחרר מיידית 35 מתוך 65 תחנות התדלוק הקשורות אתה בהסכמי בלעדיות שאינם הסכמי חכירה מקובלים, בעוד שלגבי 30 תחנות נוספות, הוסכם כי "דלק" תוכל להגיש לבית הדין בקשות לאשר את ההסכמים איתן וכי היא תפעל בעניין זה על-פי הוראות בין הדין.

6. בעקבות הנחיית בית המשפט העליון בבג"צ כספי הנ"ל, הביאו הפעם הצדדים (שלא כפי שנעשה לגבי ההסדרים עם "פז" ו"סונול"), את "הסדר דלק" לאישור בית הדין.

7. בבקשתו לאישור "הסדר דלק" שהגיש הממונה לבית הדין, ציין הממונה, כי לדעתו "צירופה של חברת "דלק" להסדר המוסכם רבה חשיבותו, הן בהיבט שחרורן של תחנות תדלוק בטווח הקצר והבינוני, והן בעיגונם של כללי התנהגות כלל ענפיים החלים על כל חברות הדלק הוותיקות, והיוצרים תשתית ארוכת טווח לקיומה של תחרות בענף שיווק הדלק" (עמ' 7 לבקשה). עוד הסביר הממונה בבקשתו כי "התמורה אותה מעניקה חברת "דלק" יש בה כדי לקדם, באופן ממשי, את התחרות במשק הדלק..." (עמ' 12 להודעת הממונה). תמורה זו שהעניקה "דלק" התבטאה, בין היתר, בשחרור מידי של 35 תחנות ובהסכמתה לראות גם בהסכמים האחרים הסדרים כובלים, אשר אין להמשיך ולקיימם בלא לקבל על כך את אישור בית הדין.

לאור כך, הודיע הממונה לבית הדין בהודעתו האמורה כי בכוונתו לתמוך בחלק מהבקשות לאישור ההסדרים הכובלים שתוגשנה על-ידי "דלק" לתקופות קצובות ותחומות לפי נסיבות העניין (עמ' 18 לבקשה). אולם הממונה לא התחייב לתמוך בבית הדין באישור כל הבקשות שתוגשנה על-ידי "דלק" לאישור ההסדרים הכובלים. הממונה גם לא הודיע באלו בקשות הוא יתמוך. עם זאת הסביר הממונה בהודעתו, ששיקול הדעת אשר ינחה אותו בתגובתו לבקשותיה של "דלק" יהא מבוסס על קריטריונים מקובלים לאישור הסכמי בלעדיות, כגון: משך החוזה, השפעת החוזה על התחרות וכיוצא באלה אמות מידה מקובלות.

8. ביום 29.3.98 אישר בית הדין את "הסדר דלק" (עריס 1,2,3/93 (טרם פורסם)). בית הדין קבע בפסק דינו כי הוא סבור "שיש טעם רב בטענת הממונה, לפיה הצטרפות שלוש החברות להסדר נחוצה להבטחת הצלחתו לאורך ימים, וכי לאורך זמן, קשה לקבוע בשוק תחרותי כללים משפטיים דיפרנציאליים למתחרים השונים". כן קבע בית הדין כי "ההסדר תורם תרומה משמעותית לאינטרס הציבורי, באופן מידי".

אשר ל-30 תחנות התדלוק לגביהן הוסכם כי "דלק" תוכל להגיש לבית הדין בקשות לאישור ההסכמים עמן, קבע בית הדין כי על "דלק" לעשות כן בתוך תקופה של 30 יום.

#### ההליך

9. בעקבות פסק הדין האמור הגישה "דלק" בקשות לאשר את ההסכמים שבינה לבין 20 תחנות. לגבי 13 מתוך אותן תחנות הגישה "דלק" גם בקשות למתן היתרים זמניים. "דלק" צירפה לבקשותיה את המלצת הממונה למתן ההיתרים, המלצה, שעל-פי סעיף 13 לחוק, הינה תנאי הכרחי למתן ההיתרים.

10. ביום 4.5.98 הוריתי על המצאת הבקשות לתגובת התחנות ועל מתן היתר זמני עד למתן החלטה בבקשה שתינתן לאחר המצאת התגובה. רוב התחנות הגישו התנגדויות הן לבקשה העיקרית והן לבקשות למתן היתרים זמניים. במקביל הגיש גם הממונה על ההגבלים העסקיים את תגובתו לבקשות העיקריות לאישור ההסדרים הכובלים. בתגובתו הוסיף הממונה והתייחס גם להמלצתו למתן ההיתרים הזמניים.

11. במהלך הדיון ניסיתי להביא את הצדדים להסדר לפיו יינתנו היתרים זמניים כנגד מתן ערבות של "דלק" לפיצוי התחנות על הנזקים שייגרמו להן אם תדחנה הבקשות העיקריות. כל התחנות דחו את ההצעה. "דלק", מאידך, הסכימה, בלא להודות בחבותה ובלא להתנות את עמדתה בנכונותן של בעלי התחנות לקבל את ההצעה, לתת ערבות לפיצוי התחנות שלגביהן המליץ הממונה על סיום ההסכמים בתוך פרק זמן שאינו עולה על שנה, אם תדחה הבקשה העיקרית במלואה. הערבות היתה אמורה לעמוד, על פי הצעתה של "דלק", על בסיס מכפלת כמויות הבנזין והסולר שתימכרנה על ידה לכל תחנה בתקופת ההיתר הזמני בהפרש שבין המחיר בו רוכשת התחנה את הדלקים מ"דלק" לבין מחיר המחירון של "דלק" (מחיר המתקן) בניכוי 83 ש"ח לקילולטר בנזין ו- 102 ש"ח לקילולטר סולר לפי המשוואה הבאה:

סכום השיפוי (בבנזין) = כמות הבנזין שנמכרה X (המחיר לתחנה) - (מחיר המתקן - 83).  
 לשון אחר, אם רוכשת התחנה מ"דלק" את הבנזין במחיר מלא ללא הנחות, היא תפוצה על בסיס תשלום של 83 ש"ח לקילולטר (או 8.3 אג' לליטר) בנזין.  
 על פי הסברה של "דלק", סכום השיפוי האמור מביא בחשבון הוצאות נוספות שהיא נושאת בהן על פי ההסכמים שבינה לבין התחנות, כגון מסים עירוניים, דלקן, הוצאות אחזקה ועוד. עוד הסכימה "דלק", גם זאת בלא להודות בחבותה, לשאת ב- 75% מכל ההנחות והמבצעים שינתנו על ידי בעלי התחנות בתקופת ההיתר הזמני לציבור ככל שזו תחרוג מעבר לתקופות המומלצות על ידי הממונה.

בעלי התחנות דחו כאמור את ההצעה, ולאחר קבלת עמדתה של "דלק", הוסיפו ונתנו הסברים מהסברים שונים מדוע אין ההצעה יכולה להתקבל. כך, למשל, טוענים ב"כ תחנת שערי חולון כי תחנה משוחררת זוכה כיום להנחה של כ- 21 אגורות לליטר בנזין וכ- 25 אג' לליטר סולר בהשוואה למחיר המרבי שמשלמות חלק מתחנות "דלק", בעוד שהפיצוי המוצע על ידי "דלק" עומד על 8.3 אג' לליטר בנזין בלבד. טענות דומות העלו ב"כ התחנות האחרות.

#### טיעוני "דלק"

12. הטעם הראשון למתן ההיתרים הזמניים נעוץ, לטענת "דלק", בתרומתם של ההסדרים לטובת הציבור. בהקשר זה מצביעה "דלק" בבקשתה על היתרונות הכרוכים להשקפתה בהסדרים הכובלים לציבור, אל מול נזיקיהם, אשר לטענתה, הנתמכת בחוות דעת כלכלית, כמעט ואינם קיימים.

בין יתרונותיהם של ההסדרים הכובלים מונה "דלק" את תרומתם של ההסדרים לפיתוח רשת תחנות "דלק", שהיא רשת תחנות תדלוק הנושאות את סימנה המסחרי של חברת "דלק" והפרושות ברחבי הארץ. רשת כזו של תחנות תדלוק, טוענת "דלק", יש בה יתרונות רבים לציבור שכן חברת "דלק" מתמחה בהקמת תחנות דלק, דבר המגביר את היעילות בהקמה ובייזום של תחנות דלק, ומעודדת הקמת תחנות גם באזורים נידחים, תוך פרישה ארצית הולמת, לטובת הרווחה הציבורית ולמען הצרכנים של מוצרי הנפט. ואולם, טוענת "דלק", הבסיס היחיד להשקעתה בתחנות שאינן בבעלותה המלאה או החלקית הם הסכמי הבלעדיות, שכן רק באמצעות הסכמים אלה, המבטיחים לה בלעדיות באספקת דלק לתחנות לטווח ארוך היא עשויה להפיק רווחים מהשקעותיה בתחנות. לפיכך, טוענת "דלק", ללא הסכמי הבלעדיות כאלה היא לא תשקיע בהקמת התחנות, והאינטרס הציבורי יימצא ניזוק.

התחנות נשוא הדיון, מוסיפה "דלק" וטוענת, חשובות ביותר לפרישה הגיאוגרפית של רשת תחנות "דלק" ושל רשת הדלקן, זאת גם לאור מיקומן על צירי תנועה מרכזיים, כאשר במקרים אחדים מדובר בתחנות שהן התחנות היחידות של "דלק" על אותם צירים. לדוגמא: תחנת נווה אילן היא, לטענת "דלק", התחנה היחידה שלה על כביש ירושלים תל אביב בשני כיווני הנסיעה, ותחנת רמת-אביב היא התחנה היחידה של המבקשת על כביש תל-אביב - חיפה בכיוון הנסיעה מדרום לצפון. פרישה גיאוגרפית זו, טוענת "דלק", היא המעניקה לחברה את האפשרות להתמודד בשוק מערכות הדלק הממוחשבות הארציות בצורה נאותה. ללא פרישה נאותה כאמור, טוענת "דלק", היא תתקשה להציע תחליף נאות ללקוחות מערכות התדלוק הממוחשבות, וכך תיווצר תחרות בלתי הוגנת והאינטרס הציבורי יימצא נפגע.

לטענת "דלק", לאור מספר התחנות הרב יחסית שהיא נטלה על עצמה לשחרר, תרומתה להסדר הכולל שעשה הממונה עם חברות הדלק עולה במידה משמעותית על תרומתן של חברות הדלק האחרות להסדר. ואולם, מוסיפה "דלק" וטוענת, שחרור כל התחנות נשוא הבקשות - 20 במספר, בהתחשב ב - 35 התחנות שכבר שוחררו ובהתחשב בכך שבמהלך העשור הקרוב יסתיימו הסכמיה עם כ - 30 תחנות נוספות, יפגע בעסקיה באופן מהותי ויביא לאובדן מעמדה כשחקן בעל חשיבות בשוק הדלק הממוחשב.

לאור כך, כדי לנהוג ב"דלק" "שוויון מהותי", כפי שמבקש לעשות גם הממונה, וכדי לשמר את מעמדה כמתחרה חשובה בענף הדלק ולמנוע את סילוקה מן השוק, דבר אשר יפגע בתחרות ובטובת הציבור, יש לאפשר לה, לטענתה, לסיים את ההסכמים באופן הדרגתי. סיום הדרגתי כזה של ההסכמים, טוענת המבקשת, נועד למנוע ממנה "מכה אנושה" וחד פעמית עקב ניתוק בו זמני של קשריה עם תחנות דלק רבות, דבר שיפגע הן ב"דלק" עצמה, והן בתחרות בענף כולו.

לשם כך, טוענת "דלק", יש להיעתר לבקשתה ולהאריך את תקופת ההסכמים למספר שנים נוספות, דבר שיאפשר לה להתארגן וליזום קשרים עם תחנות חדשות כתחליף לתחנות המשתחררות, ויועיל הן ל"דלק" והן לקיומה של תחרות פורייה בענף כולו.

עד כאן, טענות "דלק" לגבי תועלות ההסדרים. מנגד, לטענתה, ההסדרים הכובלים אינם נושאים בכנפיהם נזק ממשי לציבור. טענה זו מבססת "דלק" על סקר שנערך על ידי ד"ר מינה צמח ועל חוות דעתו של פרופ' איתן מילר מהם עולה כי שחרור התחנות לא הביא בעבר, ולטענתה גם לא יביא בעתיד, להורדה משמעותית במחירי הדלק לציבור. שחרור התחנות, טוענת "דלק", יביא אך ורק להגדלת רווחיהן של תחנות התדלוק על חשבון רווחיה של "דלק", בעוד שהציבור כלל לא יהנה מכך וימשיך לשלם את מחירי הדלק כפי שנהג לשלם בעבר.

"דלק" גם טוענת שבעקבות ההסדר שבין הממונה לבין חברות הדלק שוחררו עד כה כ - 100 תחנות. מספר זה של תחנות משוחררות, בצירוף עשרות תחנות דלק המתווספות לשוק מידי שנה, מעמיד, מלאי הולם של תחנות תדלוק לצורך התבססות חברות חדשות לשיווק מוצרי נפט, מה שמקשה את עוקצם ונזקם של הסכמי הבלעדיות הקיימים.

לטענת "דלק" צפייתה החוזית הסבירה בעת שחתמה על ההסכמים היתה שההסכמים יכובדו. על יסוד כך היא השקיעה בהקמתן ובשיפוצן של התחנות את הסכומים שהשקיעה. דחיית הבקשות ושחרור התחנות מההסכמים תסכל, לטענתה, צפייה זו ותעמיד אותה בפני שוקת שבורה, ומה גם שהדבר ייעשה בו זמנית ולגבי מספר רב של תחנות.

לאור כך, לטענת "דלק", אין לאמץ לצורך הבקשות הנוכחיות את תקופות הבלעדיות שנקבעו בכללי ההתנהגות המוסכמים על פי ההסדר שבינה לבין הממונה, שכן כללים אלה צופים פני העתיד ואין להם תחולה לגבי הסכמים שנעשו בעבר.

טענה נוספת בפי "דלק" נוגעת למשמעותו של פסק הדין של בית הדין להגבלים עסקיים אשר אישר את "הסדר דלק". לטענתה: "ההיתר הזמני מתבקש, הלכה למעשה, כדי לאפשר ביצוע בפועל של "הסדר דלק", כפי שאושר בידי בית הדין נכבד זה, ולאפשר דיון בבקשות לאישור ההסדרים שהוגשו אל בית הדין, למימוש האינטרס הציבורי הכרוך בכך. לפיכך, היתר זה תכליתו האינטרס הציבורי. למעשה אישור "הסדר דלק", כפי שניתן בידי בית הדין הנכבד, משמעו, ... היתר זמני במשתמע להמשך קיום ההסדרים הנדונים לתקופת הביניים, תקופת הדיון, שאלמלא כן, כיצד ניתן לממש את הסדר דלק? משכך, בית הדין הנכבד מתבקש לפרש ולהורות כי ההסדרים מותרים לפי היתר זמני, למען לא יימצא מי שיטען כי בתקופת הביניים מדובר ב"הסדר כובל" שאסור לפעול על פיו, וכדי ש"הסדר דלק", כפי שאושר בידי בית הדין, יבוצע הלכה למעשה".

טענה נוספת וקרובה לטענה האמורה שבה, כפי שיפורט בהמשך תומך גם הממונה, היא הטענה כי מתן ההיתרים הזמניים נדרש במקרה זה כדי לא לסכל את הדיון בבית הדין בבקשות העיקריות לאישור ההסדרים הכובלים.

בתשובתה לטענות התחנות העלתה "דלק" גם את הטענה כי אין לתחנות מעמד להתנגד לבקשות, שכן הלכה פסוקה היא שצד להסכם מנוע מלתקוף את ההסכם בהסתמך על אי חוקיותו.

#### טענות התחנות

13. התחנות מעלות בפתח טיעוניהן את הטענה שלבית הדין אין סמכות לאשר הסדר כובל שהבקשה לאישורו אינה מוגשת על ידי כל הצדדים להסדר, במיוחד במקום שצד אחד להסדר מתנגד למתן האישור. מכאן לטענתן, שגם אב בית הדין אינו רשאי ליתן היתר זמני לנהוג על פי הסדר כזה עד למתן ההחלטה בבקשה העיקרית.

לגופו של עניין, טוענים באי כוח התחנות, מתן ההיתר הזמני יפגע במטרת ההסדרים שעשה הממונה עם חברות הדלק, שהיא שחרור מרבי של תחנות תדלוק מכבלי ההסכמים הכובלים על מנת להרחיב ולהעמיק את התחרות בענף הדלק. לטענתם, ההסדר ימנע את פתיחת התחרות לגבי אותן תחנות שלא תשוחררנה או שיינתן לגביהן היתר זמני תוך הנצחת מחירי הדלק הגבוהים והעמלות הגבוהות של חברת "דלק" בתחנות אלה על חשבון הציבור. לטענתן, מחירי הדלק שמשלמות התחנות המשוחררות ל"דלק" ולחברות הדלק האחרות



נמוכים במידה ניכרת מהמחירים הנגבים מהן, דבר המקשה עליהן להתחרות באותן תחנות וגורם להן נזקים רבים.

חלק מהתחנות אף צירף להתנגדויות חוות דעת כלכליות ובהן חישובים מחשובים שונים לפיהם עולה כי "דלק" החזירה לעצמה במשך השנים בהן קוימו ההסכמים את מלוא השקעותיה בתחנות ואף למעלה מכך.

ב"כ התחנות אינם מקבלים את המלצת הממונה. לטענתם, הממונה לא רשאי היה לבסס את המלצתו על שיקולים כלל ענפיים, ואפילו היה רשאי לעשות כן, הוא לא היה רשאי להתעלם מהשיקולים ומהנסיבות המיוחדים הקשורים לכל הסכם ולכל תחנה, ולהישען בהמלצתו רק על הסדר הפשרה שעשה עם "דלק" ואשר התחנות לא היו שותפות לו.

אישור ההסדרים הכובלים על ידי בית הדין נתפס על ידי נציגי התחנות המתנגדות ככפיית ביצועם של ההסכמים על צדדים להסכמים שאינם חפץ בכך. כך טוענים באי כוחם של תחנת הדלק שערי חולון, עוה"ד אבירם וויטנברג, כי משהוכרז ההסדר כהסדר כובל אין התחנה מעוניינת להיות צד להסכם בלתי חוקי זה, ולו לרגע נוסף, "וכי לא ניתן לכפות עליה לעשות כן", ועורכי הדין פוטשוביצקי ורדעי, נציגי תחנת דלק אשדוד, טוענים כי "למעשה הסעד המבוקש על ידי "דלק" אינו קבלת היתר מאת בית הדין הנכבד להסדר כובל אלא אכיפת צד להמשיך ולנהוג על פי הסדר כובל שהוא אינו מעוניין בו".

חלק מהתחנות אף העלו בהתנגדויותיהן טיעונים מתחום היחסים החוזיים שבין התחנות לבין חברת "דלק" כגון: הזנחה של התחנות באי ביצוע תיקונים והחלפת ציוד מקולקל הגורם לנזקים, גרימת נזקים על ידי מהילת סולר בדלק רגיל, העדר אזכור מכוון של התחנות בפרסומי רשת הדלקן ואף ביטול ההסכמים על ידן על יסוד טענות חוזיות שונות.

טענה נוספת המועלת על ידי חלק מהתחנות היא כי מתן היתר זמני, כמוהו כמתן הסעד העיקרי כולו. כך טוענים ב"כ תחנת שערי חולון, שלגביה ביקשה "דלק" לאשר את ההסדר לתקופה של שלוש שנים, כי עד שיסתיים הדיון בבקשה העיקרית, תחלוף, במלואה או בחלקה הגדול, התקופה המבוקשת, דבר שייתר את הטעם בדיון בסעד העיקרי. באי כוח התחנות סומכים טענתה זו על ההלכה הנוהגת במתן צווים לשעה לפיה "אין מעניקים לאדם סעד ארעי, כשבדרך זו מקבל הוא את כל אשר ביקש בתביעה" (ד"ר י. זוסמן, סדרי הדין האזרחי, מהד' שביעית, עמ' 618).

#### עמדת הממונה

14. עמדתו של הממונה בזכות "הסדר דלק" והיתרונות הטמונים בו לתחרות ולטובת הציבור פורטה לעיל.

המלצתו של הממונה למתן ההיתרים הזמניים הוגשה לבית הדין עוד ביום 29.4.1998, עם הגשת בקשותיה של "דלק". ההמלצות ניתנו בנוסח אחיד לפיו הודיע הממונה כי:

"הממונה ממליץ בזה לבית הדין ליתן היתר זמני כבקשת דלק. המלצה זו ניתנת כחלק מן ההסדר המוסכם עם חברת דלק, ובמסגרתו. בהמלצתו אין הממונה מביע כל עמדה לגוף העניין נושא הבקשה, מהטעם שבקשת חברת דלק הובאה לפניו רק עובר להגשתה לבית הדין. המלצת הממונה נועדה לאפשר לבית הדין לדון בבקשת דלק לקבלת היתר זמני, שקבלתו - אם כך ייקבע בית הדין - נדרשת הלכה למעשה לצורך הדיון בבקשה לאישור בית הדין את ההסדר הכובל.

המלצתו של הממונה ניתנה כאמור על יסוד שיקולים כלל ענפיים ובלא שבחן את הנסיבות המיוחדות לכל הסכם ולכל תחנה.

בשלב מאוחר יותר, לאחר שבחן את הבקשות העיקריות לאישור ההסדרים הכובלים ואת תגובותיהן של התחנות, הגיש הממונה את תגובותיו לבקשות הפרטניות, בהן המליץ על אישור חלק מהבקשות לתקופות קצובות.

בתגובתו מסביר הממונה כי עמדתו בוססה על ההנחה שהסדרים אנכיים, בהם גם הסדרי בלעדיות כדוגמת ההסדרים הנוכחיים, עשויים בנסיבות מסויימות להיות בעלי השפעה חיובית על השוק. על יסוד הנחה זו קבע הממונה, בהתייחסו למשק הדלק, עוד בקביעתו המקורית כי:

"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 ששך כל יתרונותיו עשוי לעלות על חסרונותיו. הסדר כזה, כפי שהוכר בארצות אחרות מבטיח אספקה סדירה למשך פרק זמן סביר (למפעיל התחנה ולציבור) ומאפשר אופק תכנוני נאות, לצד שחרור מודרג ובתדירות נאותה של תחנות שתהווה חלק מזירת התחרות בענף".

עם זאת ציין הממונה כי יתרונותיהם של הסכמי בלעדיות תלויים באורכם, וכדי לנצל את מלוא היתרונות העשויים לצמוח מהסכמי בלעדיות עליהם להיות קצובים בזמן סביר, שאם לא כן הם עלולים, בשל משכם הארוך, לצמצם מאוד את מידת התחרות הפוטנציאלית בשוק, עד כי חסרונותיהם יעלו על יתרונותיהם.

על יסוד השקפה זו הגיע הממונה להסכמה עם חברות הדלק, בכלל זה ב"הסדר דלק", על תקופות בלעדיות מוגבלות וקצובות להתקשרויותיהן עם תחנות התדלוק בעתיד כדלקמן:

חברת דלק המתקשרת עם תחנה עמה היתה קשורה בעבר - לא תעלה תקופת ההתקשרות (הבלעדית) על שנה אחת.

תקופת בלעדיות מרבית של שלוש שנים נקבעה להתקשרות עם תחנת דלק עמה לא היתה החברה קשורה בעבר ואשר אין עמה השקעה של החברה בתחנה.

במקרים בהם תשקיע החברה בשיפוצה או בבנייתה של התחנה השקעה מהותית העולה על 60% מערכה של התחנה לאחר השיפוץ, תעמוד תקופת ההתקשרות הבלעדית על 7 שנים.

במקרים בהם תוקם התחנה במימונה המלא של החברה נקבעה תקופת התקשרות בלעדית מרבית של 14 שנה.

בפרקי זמן אלה, מסביר הממונה בתגובתו, שוקללו הנתונים העומדים בבסיסם של הסכמי הבלעדיות במשק הדלק, בכלל זאת, מידת השקעתן של החברות בתחנות התדלוק, הסיכון שנוטלות על עצמן החברות בהקמתן של התחנות, המוניטין הנצבר עקב פעילותן של התחנה, ועוד. לדברי הממונה תקופות אלה נקבעו בעקבות משא ומתן שניהל עם חברות הדלק, אך הן זכו גם לאישורו של מומחה כלכלי מטעמו.

לדעת הממונה פרקי זמן אלה, הגם שהם נקבעו במסגרת כללי התנהגות הצופים פני העתיד, מהווים אמת מידה ראויה וסבירה גם לבחינת ההסדרים נשוא הבקשות הנוכחיות אשר נקשרו בעבר.

נאמן לגישתו זו ממליץ הממונה לאשר רק תקופות בלעדיות שאינן עולות, כולל תקופת העבר, על התקופות המרביות כפי שנקבעו בהסכמי עם חברות הדלק.

לאחר שיישם את אמות המידה האמורות על ההסכמים נשוא הבקשות, הסתבר לממונה שאין בידו להמליץ על אישורן של חלק מהבקשות העיקריות. במקרים אלה המליץ הממונה על סיום ההסכמים לאלתר. חרף זאת, עמד הממונה על המלצתו לתת את ההיתרים הזמניים המבוקשים גם באותם מקרים שבהם המליץ על דחיית הבקשות העיקריות ועל סיום ההסכמים לאלתר. זאת, הואיל וראה עצמו מחוייב על פי הסדר דלק לאפשר דיון בבקשות העיקריות לאישור ההסדרים הכובלים בבית הדין, התחייבות שאינה עולה בקנה אחד, להשקפתו, עם דחיית הבקשה למתן ההיתרים הזמניים.

גם בהמלצתו על מתן ההיתרים ציין הממונה, כאמור, כי "המלצת הממונה נועדה לאפשר לבית הדין לדון בבקשת דלק לקבלת היתר זמני, שקבלתו - אם כך יקבע בית הדין - נדרשת הלכה למעשה לצורך הדיון בבקשה לאישור בית הדין את ההסדר הכובל".

דיון

15. דיון מלא בטענות הצדדים חורג ממסגרת הדיון הנוכחי ומה גם שחלק מהטיעונים מעלים לדיון סוגיות לא קלות שטרם נדונו בפני בית הדין, ונראה שהמקום לקיים דיון ממצה בהן אינו במסגרת זו של בקשה למתן היתר זמני. עם זאת מצוות המחוקק היא שלא יינתן היתר זמני אלא במקום שבו אב בית הדין "שוכנע לכאורה כי ההסדר הוא לטובת הציבור". לפיכך, מתן ההחלטה בבקשות מחייב לבחון כבר עתה האם ההסדרים נשוא הבקשות הינם לטובת הציבור. אולם, בחינה זו תעשה ברמה הלכאורית בלבד, ואין בה כדי לקבוע מסמרות לעניין הבקשות העיקריות.

בהחלטה זו אתייחס לטענות העיקריות הנוגעות לכל או לרוב הבקשות. בהמשך, אתייחס בהחלטות נפרדות לכל אחת מהתחנות, על הנסיבות המיוחדות לה, תוך יישום העקרונות שייקבעו במסגרת ההחלטה הכללית.

16. אפתח בטענות המקדמיות של הצדדים: מחד - טענת התחנות, לפיה אין לבית הדין סמכות לדון בבקשה לאישור הסדר כובל שאינה מוגשת על ידי כל הצדדים להסדר, ומנגד - טענת "דלק", לפיה אין לתחנות מעמד להתנגד לבקשות.

17. אשר לטענת התחנות, אני סבור כי בית הדין מוסמך לאשר הסדר כובל גם כאשר הבקשה מוגשת על ידי חלק מהצדדים להסדר וגם כאשר הצדדים האחרים להסדר מתנגדים למתן האישור. מסקנה זו עולה לדעתי הן מלשון החוק והן מתכליתו.

18. על פי סעיף 7 לחוק: **"המבקש לעשות הסדר כובל יגיש לבית הדין בקשה"**. לפי נוסח הסעיף, החובה להגיש בקשה לאישור ההסדר אמנם חלה על כל מי שמבקש לעשות הסדר כובל. אך מכאן אין משתמע כי משהוגשה בקשה על ידי חלק מהצדדים להסדר, אין לבית הדין סמכות לדון בבקשה. החובה להגיש בקשה לאישור ההסדר הכובל - לחוד, והסמכות לדון בבקשה - לחוד, ואינני רואה כל קשר ענייני בין השתיים. להפך, אינני רואה כל טעם ליתן ביד מי שהפר את חובתו לבקש אישור ההסדר גם את הכוח להכשיל את בקשתו של מי שקיים חובה זו ופנה לבית הדין בבקשה לאשר את ההסדר. מאידך, צד להסדר המתנגד לביצועו יכול להתנגד לאישור ההסדר שכן **"הרואה עצמו נפגע מהסדר כובל"**, הרשאי להגיש התנגדות לבקשה על פי סעיף 8(ב) לחוק, יכול על פי לשון החוק שיהא גם מי שהוא צד להסדר הכובל.

סעיף 13 לחוק אמנם קובע כי **"הוגשה בקשה לאישור הסדר כובל, רשאי אב בית הדין, .... לתת לצדדים, על פי בקשתם, היתר זמני לנהוג על פי ההסדר"**. אולם "צדדים", כמשמעות באותו סעיף, הם הצדדים לבקשה למתן ההיתר הזמני, שהרי החוק מדבר על ה"צדדים על

פי בקשתם", ולא דווקא הצדדים להסדר. אפילו תאמר שהכוונה היא לצדדים להסדר, עדיין אין עולה מכאן כי מדובר בהכרח בכל הצדדים להסדר.

על פי תקנה 4 לתקנות ההגבלים העסקיים (סדרי דין בבית הדין ובערעור), התשמ"ט - 1988 (להלן - "התקנות"): **"המבקש לעשות הסדר כובל שלא צויין בבקשה לאישור כמבקש, רשאי להודיע לבית הדין כי הוא מצטרף לדיון; מיום שהצטרף יראוהו, לכל עניין, כמבקש"**. מכאן עולה שמלכתחילה אין חובה לצרף את כל הצדדים להסדר הכובל כצדדים לבקשה, וכי צד להסדר שלא צורף לבקשה, הבחירה בידו אם להצטרף להליך אם לאו. אולם אם לא ביקש להצטרף להליך, אין בכך כדי להכשילו. משמע, אין הכרח שכל הצדדים להסדר הכובל יהיו צדדים לבקשה.

על פי תקנה 5(ב) לתקנות: **"המבקשים והמשיבים בבקשה למתן היתר זמני יהיו אלה שבבקשה לאישור"**. מכאן שההסדר הנוהג על פי תקנה 4, לפיו לא כל מי שהוא צד להסדר הכובל חייב שיהא צד לבקשה, חל גם על הבקשה למתן היתר זמני.

רק שלוש תקנות - תקנות 6, 7 ו- 8 - קובעות שבהליכים הנדונים בהן יהיה משיב כל מי שהוא צד להסדר הכובל. תקנות אלה עוסקות בבקשה לביטול היתר זמני (תקנה 6), בערעור על מתן פטור לפי סעיף 14 לחוק (תקנה 7) ובבקשה לבטל או לשנות אישור להסדר כובל שניתן (תקנה 8). על רקע זה בולט העדרה של הוראה דומה בתקנות העוסקות בבקשה לאישור הסדר כובל (תקנה 4) ובבקשה למתן היתר זמני (תקנה 5). משמע, בהליכים אלה, בניגוד להליכים על פי תקנות 6, 7 ו- 8 הנ"ל, אין חובה לצרף כצד לבקשה כל מי שהוא צד להסדר. יתר על כן, גם בהליכים מכוח תקנות 6, 7 ו- 8 הנ"ל, ברור כי צד להסדר שצורף כמשיב על פי תקנות אלה, אך בפועל לא הצטרף לדיון, לא יוכל להכשיל בכך את הבקשה.

19. שלילת סמכותו של בית הדין לדון בבקשה שאינה מוגשת על ידי כל הצדדים להסדר תיתן ביד המתנגדים לביצוע ההסדר את הכוח לסכל את ביצועו רק בשל אי הצטרפותם לבקשה וללא כל קשר לנימוקי ההתנגדות. זו היא תוצאה בלתי רצויה שאינה תואמת את תכלית החקיקה. המחוקק הפקיד בידי רשויות ההגבלים העסקיים את הסמכות לאשר או לסרב לאשר הסכמים שהם הסדרים כובלים כדי להגן על האינטרס הציבורי וכדי למנוע פגיעה בערכים שבטובת הכלל, עליהם ביקש המחוקק להגן, ולא לשם ניצול החוק להתחמקות מביצוע הסכמים תחת האצטלה של טובת הציבור.

20. במשפט הפרטי עולה בנסיבות אלה השאלה האם צד להסכם אינו מנוע מלכפור בתוקפו על יסוד טענה בדבר אי חוקיותו של ההסכם. עניין זה נדון בהקשר לדיני ההגבלים העסקיים אך לא הוכרע סופית בפסק הדין בע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', (טרם פורסם). שאלה זו תדון בהמשך במסגרת הדיון בטענתה של "דלק" בדבר העדר מעמד לתחנות להתנגד לבקשות. אולם, אפילו תאמר שאין למנוע מצד להסדר להתנגד לאישורו,

וודאי שאין לאפשר לו, בנסיבות אלה להטיל ווטו על האישור המתבקש בעצם סירובו להצטרף לבקשה, יהיו נימוקי התנגדותו אשר יהיו.

21. ב"כ "דלק", עורך דין אגמון, טוען כאמור שאין לתחנות מעמד להתנגד לבקשה. ב"כ "דלק" מבסס טענה זו הן על הדין הכללי לפיו:

"...כידוע, בית המשפט אינו נוטה לסייע לצד, אשר מהתנהגותו בקשר להסכם ברור, כי טענת אי החוקיות אינה משמשת לו "אלא כסות לרצונו ... להתחמק מקיום החוזה" (ע"א 701/87, ביהם ואח' נ' בן יוסף ואח', פ"ד מד(1), 16).

והן על פסיקה הנוגעת ישירות לדיני ההגבלים העסקיים (ע"א 626/70 תמרה שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ, פד כה(1) 824, 839), בה נקבע כי:

"... מכוח שיקול הדעת הנתון בידי בית המשפט, נשיב ריקם את פני המבקשים סעד הצהרתי שמותר להם לחזור מהתחייבויותיהם ולא לקיימן, אשר הם בעצמם היו צד לה. בקשות כגון אלה הינן בלשונו הציורית של השופט זילברג, בגדר "מוקצה מחמת מיאוס, ואין בית משפט מלכלך ידיו במגע טמא שכזה..."

22. כפי שהזכרתי לעיל, לאחרונה נדונה שאלה זו בחקשר לחוק ההגבלים העסקיים אך לא הוכרעה בע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', (טרם פורסם).

שופט המיעוט, כב' השופט טירקל ציטט בפסק דינו בהסכמה את דבריו של השופט (כתוארו אז) חיים כהן בפסק דינו בעניין אולמי לחיים הנזכר לעיל בו קבע כי:

"מן הדין היה לדחות את בקשת המשיבה על הסף, באשר לא יישמע צד לחוזה בתביעת ביטולו בשל אי-חוקיותו." (פסקה 21, עמ' 12 לפסק הדין)

לעומתו סבר כב' השופט גולדברג כי:

"אין לכחד כי העלאת הטענה מצד שף הים על אי-חוקיותה של תניית ההגבלה, מעלה תהיות לגבי תום ליבה. היא חתמה מרצון על הסכם אשר נתפס על ידי שני הצדדים כמחייב וכמשקף את מפגש רצונותיהם, ולאחר מכן הפרה אותו בטענה כי תניית ההגבלה אינה חוקית ועל כן אינה מחייבת. אולם אין בחוסר תום הלב כדי לגבור על הוראת החוק לגבי נפקותה של תניית ההגבלה." (פסקה 16, עמ' 21 לפסק הדין)

כב' השופט דורנר, אשר הצטרפה לפסק דינו של השופט גולדברג, בחרה להשאיר נושא זה בצריך עיון.

23. המצב המשפטי במשפט הפרטי הנו אפוא שאין הכרעה סופית לגבי טענת המניעות הנטענת כלפי צד להסכם שהוא הסדר כובל המבקש להשתחרר מההסכם על יסוד טענת אי התוקיות. לאור כך לא אכריע בסוגייה זו במסגרת זו. עם זאת, אציין כי בענייננו אין עסקין במשפט הפרטי וגם לא בדיון אדוורסרי שעניינו "ריב" בין שני צדדים. לאור כך דומה כי טענת המניעות הנטענת כלפי צד להסדר כובל על יסוד ההתחייבויות החוזיות שנטל על עצמו, גם אם יש לה תוקף במשפט הפרטי, לא תחול בדיון בפני ערכאה זו. ב"כ "דלק" עצמו טען כי בית דין זה אינו אמור לדון בטענות מתחום היחסים החוזיים שבין הצדדים. ככלל, טענה זו מקובלת עלי, אך יש בה, מאידך, גם לשלול את תחולתה של טענת המניעות האמורה ככל שמדובר בערכאה זו, שכן מקורה של טענה זו אף הוא במישור היחסים החוזיים שבין הצדדים.

24. מטעוני ב"כ התחנות ניתן להתרשם כי מקורה של הטענה לפיה אין לאשר הסדר כובל שהבקשה לאישורו אינה נתמכת על ידי כל הצדדים להסדר, נעוץ בהשקפתם לפיה, בית הדין, בעת שהוא מאשר הסדר כובל או מעניק היתר זמני, כופה את ביצוע ההסכם על הצדדים המסרבים לבצעו. והרי, לפי קו מחשבה זה, כיצד ניתן לכפות על צד שאינו שותף לבקשה לבצע את ההסדר? טענה/השקפה זו אינה מקובלת עלי. בית הדין המאשר הסדר כובל או נותן היתר זמני לנהוג על פיו, אינו כופה על איש את ביצוע ההסכם נשוא ההסדר. תפקידו של בית הדין אינו להכריע בריב שנפל בין הצדדים להסכם, והעניין נשוא הדיון בפני בית הדין כלל אינו נוגע לסכסוך שבין הצדדים. עניינו של בית הדין בעת שהוא דן בבקשה לאישור ההסדר מתמקד באינטרס הציבורי. מנקודת מבט זו, על בית הדין לתת דעתו לשאלה האם ההסדר הכובל הוא לטובת הציבור. על רקע זה, משמעות אישור ההסדר הכובל היא רק זו, שמבחינת האינטרס הציבורי שעליו בלבד מופקד בית הדין, ההסכם הוא בר ביצוע. מכאן אין משתמע חיובו או כפייתו של צד להסכם לבצע את ההסכם. ככל שמוטלת על הצדדים חובה כזאת לבצע את ההסכם, מקורה של חובה זו הוא בהסכמתם לכריתת ההסכם, היינו, במישור המשפט הפרטי, ולא במישור המשפט הציבורי.

רציונל זה עולה מפסק הדין בעניין טבעול הנזכר לעיל שם נקבע:

"האינטרס הדומיננטי בדיני ההגבלים העסקיים הנו, אם כן, האינטרס הציבורי ולא אינטרס הפרט, אשר אינו זוכה להגנה, אלא כתוצר לוואי ממיושם האינטרס הציבורי בקיום תחרות". (עמ' 15 לפסק הדין)

וכן:

"מפסק דין זה עולה כי יש להתמקד ברציונלים הנוגעים לאינטרס הציבורי שבאישור ההגבלה הנלווית למכירה, ולא באינטרסים של הפרטים אשר הנם צד להסדר."

25. מכאן גם עולה המסקנה שכלל אין לשמוע או לפחות אין להתמקד בהליך זה, וודאי לא בהליך של הבקשה למתן היתר זמני, בטענות מתחום היחסים החוזיים שבין הצדדים. בית הדין ישמע את הצדדים להסכם המתנגדים לאישור ההסדר הכובל, אך עילת ההתנגדות תהא נעוצה בשיקולים שבטובת הציבור, ולא בשיקולים מתחום המשפט הפרטי. צד החפץ לפטור עצמו מביצוע ההסכם על יסוד שיקולים מתחום המשפט הפרטי, צריך שימצא את תרופתו במישור זה, היינו בפני בתי המשפט.

26. מכאן עדיין אין עולה המסקנה לה טוען ב"כ "דלק", כי אין לתחנות התדלוק מעמד בבקשה מכיוון שהן מנסות, כלשונו, "להתנער מהסכם אספקת הדלקים, בטענות שכולן חוזיות, ושאינן אחת מהן לא מתמודדת עם נימוקיה של חברת דלק לאישור ההסכם". לא אערוך כאן מיון של כל טענות התחנות. אולם ברור שהטענות העיקריות המועלות על ידי התחנות לפיהן מתן ההיתר הזמני יפגע במטרת ההסדרים שעשה הממונה עם חברות הדלק, שהיא שחרור מרבי של תחנות תדלוק מכבלי ההסכמים הכובלים על מנת להרחיב ולהעמיק את התחרות בענף הדלק, וכי ההסדר ימנע את פתיחת התחרות לגבי אותן תחנות שלא תשחררנה או שיינתן לגביהן היתר זמני תוך הנצחת מחירי הדלק הגבוהים והעמלות הגבוהות של חברת "דלק" בתחנות אלה על חשבון הציבור, הן טענות מתחום דיני התחרות שמקומן במסגרת דיון זה. זכותן של התחנות להעלות טיעונים אלה אינה נפגעת רק משום שבעקבות כך עשוי גם "אינטרס הפרט (בעלי התחנות) לזכות בהגנה כתוצר לוואי ממימוש האינטרס הציבורי בקיום תחרות" (ראה פסק הדין בעניין טבעול הנזכר לעיל).

27. טענה נוספת בפי ב"כ "דלק" לפיה, "אישור הסדר דלק, כפי שניתן בידי בית הדין הנכבד, משמעו, להבנתנו, היתר זמני במשתמע להמשך קיום ההסדרים הנדונים לתקופת הביניים, תקופת הדיון, שאלמלא כן, כיצד ניתן לממש את הסדר דלק?!"

28. אינני מקבל טענה זו. פסק הדין מיום 29.3.98 המאשר את "הסדר דלק", אין בו משום אישור, להסדרים הכובלים עצמם ואין לראות בו גם משום אישור, ולו במשתמע, למתן היתרים זמניים.

כל שנאמר לעניין הבקשות לאישור ההסדרים הכובלים שבדעת "דלק" להגיש לבית הדין היה כי :

"... לאחר אישור ההסדר תגיש "דלק" לבית הדין בקשות לאישור של כ - 30 הסכמים פרטניים בינה לבין מפעילי תחנות תדלוק וכי בכוונתה לבקש מבית הדין להעניק לגבי אותם הסכמים היתר זמני. בקשות האישור - כך הובהר - הינן בקשות לאישור הסדרים כובלים. הממונה



מצדו הודיע כי משיקולים ענפיים של קידום התחרות, הוא יתמוך בבית הדין באישור חלק מאותן בקשות כאמור לתקופות קצובות ותחומות לפי נסיבות העניין, ובכל מקרה יובאו הבקשות להכרעת בית הדין".

אין בדברים אלה משום נקיטת עמדה לגופן של הבקשות לאישור ההסדרים הכובלים אשר תוגשנה לבית הדין, לרבות הבקשות למתן היתרים זמניים. לא נאמר בפסק הדין ולו ברמז, כי בית הדין יאשר את הבקשות להיתרים זמניים.

29. גם הקביעה שב"הסדר דלק" אשר אושר על ידי בית הדין, לפיה "... בכל מקרה יובאו הבקשות להכרעת בית הדין", אין משמעה "היתר זמני משתמע" כפי שטוענת המבקשת. הבאת הבקשות בפני בית הדין משמעה, כפי שציין בית הדין בפסק דינו, כי "מכאן ואילך (היינו, מעת הגשת הבקשה לבית הדין), חלות ההוראות בעניין אישור הסכם כובל שבחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח - 1988, והתקנות שהותקנו על פיו, וההוראות שתינתנה על ידי בית הדין". לשון אחר, בית הדין ישקול אם הבקשות ראויות לאישור, ובאותה מידה הוא ישקול אם ראוי להיעתר לבקשות למתן היתרים זמניים, זאת ותו-לא.

30. בית הדין גם לא יכול היה להתייחס באותו השלב לגופם של דברים, לרבות לשאלה האם ראוי להיעתר לבקשות להיתר זמני, שכן אלה טרם הונחו על שולחנו, ולא ניתן היה לדעת באותה עת אם ראויות הן לאישור, כמו גם אם ראויות הן למתן היתר זמני.

31. יתירה מזו, התחנות עצמן לא היו צד לאותו דיון, ואין להעלות על הדעת שבית הדין היה נותן החלטה הנוגעת להליך של אישור ההסדר הכובל, לרבות החלטה הנוגעת לנושא ההיתר הזמני, בהעדרן.

כדי להסיר כל ספק טרח בית הדין וציין בפסק דינו במפורש כי:

"למפעילי 30 התחנות שלא שוחררו לאלתר יהא יומם בפני בית הדין בשלב בו תגיש "דלק" את בקשותיה הפרטניות לאישור הסדר כובל. אנו מזכירים את המובן מאליה והוא שאישורו של ההסדר המוסכם בהחלטה זו אין בו כדי לכבול את ידי בית הדין בבואו להידרש לשאלה האם לאשר או לא לאשר הסדרים כובלים פרטניים. אין אנו מביעים גם שום דעה בשאלת אישורם או אי אישורם של הסדרים כאלה. טרם נפרשה בפנינו היריעה הרלוונטית ולא שמענו טענות. מכל מקום שעתן של אותן כ - 30 תחנות להביע את דברן תהיה בשלב הבא..."

32. לאור כך אני דוחה את טענת המבקשת כי אישור "הסדר דלק" על ידי בית הדין משמעו, במשתמע אישור למתן היתרים זמניים לנהוג על פי ההסכמים לתקופת הביניים עד למתן החלטות בבקשות העיקריות לגופן.

33. גם הטענה השניה, שבה תומך גם הממונה, לפיה יש לתת את ההיתר הזמני כדי שלא לסכל את הדיון בפני בית הדין בבקשה העיקרית אינה מקובלת עלי.

על פי סעיף 13 לחוק הגבלים העסקיים:

"הוגשה בקשה לאישור הסדר כובל, רשאי אב בית הדין, אם הממונה המליץ על כך ואם שוכנע כי לכאורה ההסדר הוא לטובת הציבור כמשמעותה בסעיף 10, לתת לצדדים, על פי בקשתם, היתר זמני לנהוג על פי ההסדר..."

מכאן עולה שהשיקול המנחה את אב בית הדין בבואו לשקול מתן היתר זמני הוא האם ההסדר הוא לכאורה לטובת הציבור, היינו, האם מתקיימים בו המבחנים שעל פיהם יתן בית הדין בסופו של יום אישור להסדר, לפיהם, כלשונו של סעיף 10 לחוק, צריך ש"התועלת הצפויה לציבור תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לציבור או לחלק ממנו או למי שאינו צד להסדר". מאזן זה של עודף תועלות על נזקים, אמנם צריך שיוכח בשלב זה ברמה הלכאורית בלבד, אך מדובר בהוכחה לכאורה בדרגה גבוהה, אשר צריך שתביא לכך שאב בית הדין יהא משוכנע כי לכאורה ההסדר הוא לטובת הציבור. לאור מבחן זה אינני רואה כיצד ניתן לתת היתר זמני באותם מקרים בהם לכאורה, כפי שסובר הממונה וככל שעמדה זו תהא מקובלת לצורך הליך זה, ההסדר אינו לטובת הציבור ויש להביאו לסיומו המיידי. הגישה הרואה בעצם הבירור המשפטי מטרה המצדיקה מתן היתר זמני, גם אם תוכנו של ההסדר עצמו אינו לטובת הציבור, אינה תואמת את לשונו של סעיף 10 לחוק, ואין לקבלת, ודאי לא כשיקול בלעדי.

34. שיקול זה של הצורך "... לשמור על המצב קיים, שאם יחול בו שינוי עד לגמר הדיון, עלול התובע לקפח את זכותו" (ד"ר י. זוסמן, סדרי הדין האזרחי, מהד' שביעית בעריכת ד"ר ש. לוי, בעמ' 614), שהוא השיקול העיקרי המצדיק, לדעת הממונה, מתן היתרים זמניים לגבי אותן בקשות שאישורן, לדעתו, אינו לטובת הציבור, הנו, אכן, אחד המבחנים המשמשים את בתי המשפט במתן צווים לשעה, במיוחד צווי מניעה וצווי עשה, במשפט הפרטי. לצד שיקול זה קיימים במשפט הפרטי מבחנים נוספים ביניהם המבחן האם "הוכיח התובע את קיום זכותו, אשר למענה דורש הוא מתן סעד והגנה עד לתום הדיונים..." (זוסמן, שם). שיקולים נוספים מתחום המשפט הפרטי הם השיקול של מאזן הנוחות, ואם קיימים שיקולים המניעים בית משפט של יושר, שלא לעזור לתובע. (זוסמן, שם, עמ' 614-616).

35. השוואתם של המבחנים הנוהגים במתן צווים לשעה במשפט הפרטי לנושא שלפנינו שעניינו במתן היתר זמני, מעלה: ראשית, שהמבחנים האמורים הנוהגים במשפט הפרטי אינם

קבועים בחוק, אלא הם יציר הפסיקה, בעוד שהמבחן המנחה את אב בית הדין במתן היתר זמני קבוע בחוק. שנית, מבין המבחנים המנויים לעיל אימץ המחוקק בסעיף 13 לחוק ההגבלים העסקיים רק את השיקול של סיכויי ההצלחה של התביעה. שלישית, המבחן שאימץ המחוקק בחוק ההגבלים העסקיים הוא מבחן מחמיר מזה הנוהג במשפט הפרטי במתן צווי לשעה, שכן המחוקק לא הסתפק בהוכחה לכאורה של הזכות, אלא דרש כי זו תוכח במידה שיהא בה כדי לשכנע את אב בית הדין שלכאורה ההסדר הוא לטובת הציבור. מדובר אמנם בהוכחה לכאורה, אך הוכחה זו צריך שתעשה ברמת הסתברות גבוהה עד כדי שכנוע אב בית הדין בקיומה.

מבחן מחמיר זה שבו נקט המחוקק בסעיף 13 לחוק בולט עוד יותר לנוכח הריכוך שחל בדרישה להוכחת סיכויי הצלחת התביעה במשפט הפרטי, לאחר שהמגמה, המסתמנת בפסיקה לאחרונה, כפי שעולה מספרו של זוסמן, היא להסתפק בכך "שהתביעה אינה טורדנית, וקיימת שאלה רצינית שיש לדון בה". מבחן מקל זה וודאי אינו תואם את לשונו של סעיף 13 לחוק.

36. חרף האמור אני סבור שהעדר האזכור של המבחנים הנוהגים במשפט הפרטי במתן סעדים זמניים (למעט המבחן של סיכויי ההצלחה) בסעיף 13 לחוק, אין בו כדי לשלול את שיקול הדעת המוקנה לאב בית הדין להביא גם שיקולים אלה במניין שיקוליו במתן היתר זמני. עם זאת, ברור מלשון החוק שהשיקול הדומיננטי לעניין זה הוא האם לכאורה ההסדר הכובל הוא לטובת הציבור. השיקולים האחרים, כמו השיקול של השמירה על המצב הקיים כדי למנוע מהמבקשת לקפח את זכותה אם יחול שינוי עד לגמר הדיון, הם שיקולים משניים, שאינם יכולים להצדיק לבדם מתן היתר זמני, אם ההסדר עצמו אינו לטובת הציבור. דומה שהטעם לדבר הוא שקיומו של הסדר כובל ללא אישור נוגד את החוק, ואף עולה כדי ביצוע עבירה פלילית. מסתבר שהמחוקק לא היה מוכן להשלים עם קיומו של מצב דברים כזה הנוגד לכאורה את החוק, אלא בהתקיים דרגה גבוהה יחסית של הסתברות שבסופו של יום ההסדר יאושר.

37. הממונה ו"דלק" מצטטים דברים שנאמרו על ידי בהחלטה על מתן היתר זמני בתיק ה"ע 466/95 עידן החברה לכבלים בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים:

"יש לזכור כי המצב העובדתי נושא דיון זה נמשך זה מספר שנים ... דחיית הבקשה כיום, בטרם התאפשר דיון לגופו של עניין, תיצור מצב, כמו גם נזקים, בלתי הפיכים, ותייתר את הדיון בבקשה העיקרית לגופה."

אולם באותו מקרה דובר בסיטואציה שונה, שכן שם היה מדובר "במצב עובדתי שנמשך זה מספר שנים" ואשר נהג מכוח היתרים זמניים שנתנו כדין. שם גם המליץ הממונה על אישור ההסדר הכובל.

מצב דברים זה שונה בתכלית מהמצב הנוכחי שבו מתבקש ההיתר הזמני לשם מניעת שינוי בהסדר כובל הנוהג שלא בהתאם לאישור בית הדין או היתר זמני מאת אב בית הדין וכאשר הממונה אינו ממליץ (בחלק מהמקרים) על אישור ההסדרים.

על מצב דברים כזה אמר בית הדין בעניין אחר:

"... מקל וחומר - מי שיוצר שלא כדין הסדר כובל ואינו מבקש את אישורו, אל לו לצפות ל"הוראות מעבר". (ה"ע 455 אי.סי.פי - חברת התכניות לכבלים בישראל בע"מ נ' הממונה על הגבלים העסקיים, ההגבלים העסקיים, בהוצאת ועד מחוז תל אביב של לשכת עורכי הדין, התשנ"ה - 1994).

38. לאור כך, אני סבור שאם אין ביד המבקשת לשכנע כי לכאורה אישור ההסכמים הוא לטובת הציבור, אין להיעתר לבקשות רק בשל הטעם של הצורך לשמור על המצב הקיים, כדי למנוע את סיכול הבקשה העיקרית.

39. למעלה מהדרוש אציין כי לכאורה דחיית הבקשות למתן היתרים זמניים (או חלקן) אין בה בהכרח כדי לסכל את הבקשות העיקריות לאישור ההסדרים. אכן, מקובל עלי כי אם לא יינתן היתר הזמני, לא יהיו הצדדים רשאים להמשיך ולנהוג על פי ההסכמים, משמע, התחנות לא תהיינה כבולות עוד למבקשת ברכישת דלקים, והן תוכלנה לרוכשם גם מחברות דלק אחרות. אולם בכך אין כדי לשלול את האפשרות כי בסופו של יום תאושרנה הבקשות. אם כך יקרה, עשוי להיווצר מצב, ואינני קובע לעניין זה מסמרות, שבו תחזורנה התחנות ותמצאנה את עצמן קשורות למבקשת מכוח הסכמים מחייבים, הפעם גם חוקיים, ועל התחנות להביא אפשרות זו בחשבון.

40. לאור כך יש לבחון את השאלה האם אישור ההסדרים הכובלים הנו לכאורה לטובת הציבור.

לעניין זה אני סבור שלצורך בקשה זו יש לאמץ את ההנחה שעמדה בבסיס ההסדר שנעשה בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין חברות הדלק, לפיה, בעקרון, קביעת תקופת בלעדיות באספקת דלקים על פי הסכמי התקשרות הנערכים בין חברת הדלק לתחנות, היא לטובת הציבור, בייחוד כאשר בלעדיות זו מוענקת לחברת הדלק עבור השקעתה בהקמה או בשיפוץ התחנה, השקעה שלציבור יש בה עניין לשם הבטחת אספקה סדירה של דלקים, תוך פרישה ארצית הולמת של תחנות התדלוק על פני המדינה.

עם זאת, יש לקבל לצורך בקשה זו גם את הנחת המוצא הנוספת שעמדה ביסוד ההסדר שבין תחנות הדלק לממונה, והיא, שתקופת הבלעדיות האמורה צריך שתתחם בגבולות סבירים כדי למנוע פגיעה קשה מידי בתחרות.

41. סבוכה יותר היא השאלה הנוגעת למשך תקופות הבלעדיות ולכללים אשר צריך שינחו את בית הדין בקביעתו.

לדעת הממונה תקופות הבלעדיות שנקבעו בהסדרים עם חברות הדלק הן תקופות ראויות אשר במסגרתן "... שוקללו הנתונים העומדים בבסיסם של הסכמי הבלעדיות..." , בשים לב "לאופיים של ההסכמים המייחדים את משק הדלק הישראלי" תוך כוונה "ליצור לאורך זמן מידה נאותה של תחנות שימצאו את דרכן, מדי פרק זמן לשוק החופשי של תחנות התדלוק."

הממונה אמנם ציין בתגובתו שתקופות בלעדיות אלה נקבעו בעקבות משא ומתן עם חברות הדלק, אך לדבריו הן גם אושרו על ידי מומחה כלכלי מטעמו.

מסתבר, כי תקופות בלעדיות באספקת דלקים נוהגות גם בעולם הרחב. כך, בבריטניה תקופת הבלעדיות המרבית עומדת על 5 שנים, בעוד שבארצות הקהילה האירופית הסכמים שבהן תקופת הבלעדיות אינה עולה על 10 שנים, כלל אינן נזקקים לאישור. כל זאת, בלא שתקופות בלעדיות אלה מותנות באותן מדינות בהשקעה כלשהי של חברות הדלק בתחנות.

למעשה, גם המתנגדות לא חלקו על העיקרון של קביעת הבלעדיות וגם לא על התקופות שנקבעו בהסדרים בין הממונה לחברות הדלק. עו"ד פוטשוביץקי, ב"כ תחנת נמל אשדוד, אמנם טען כי "תקופות אלה הינן בבחינת הישג יפה ל"דלק" שכן על פי הערכות של מומחים תקופת הבלעדיות המקסימלית לא צריכה לעלות על שמונה עד 10 שנים לכל היותר". אך דעה זו לא נומקה ואף לא בוססה על חוות דעת. עו"ד סלומנוב - ב"כ תחנת מפגש שלו הזכיר בעניין זה כי בשנת 1972 נערך הסדר בין המדינה לבין חברת פז ממנו ניתן ללמוד לדעתו כי תקופת החזר ההשקעה בתחנה אינה עולה על 12.5 שנים, אך גם מהתנגדות זו לא ניתן להבין אם המתנגדת ממליצה לאמץ אמת מידה זו.

לעניין זה של תקופת החזר ההשקעה, צרפו מספר תחנות חוות דעת כלכליות בהן הן ביקשו להוכיח כי "דלק" החזירה זה מכבר את השקעתה בתחנות. המתנגדות לא טענו במפורש ששיקול זה של החזר ההשקעה צריך שישמש כשיקול יחיד בקביעת תקופות הבלעדיות. בכל מקרה, לכאורה, אינני סבור שהמבחן לעניין זה צריך שיצטמצם אך לשיקול זה, שכן אין לצפות שחברות הדלק תשקענה בהקמת תחנות דלק רק כדי להחזיר את השקעתן.

42. בשלב זה אין בידי לקבוע עמדה חד משמעית לעניין משך תקופות הבלעדיות והמבחנים לקביעתו. עם זאת אני סבור שבשים לב לעמדתו של הממונה, עמדה שלה מייחס בית הדין

משקל רב (ראה : אי.סי.אס. מערכות כבלים בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, ההגבלים העסקיים, בהוצאת ועד מחוז תל אביב של לשכת עורכי הדין בישראל, בעמ' 311), בהתחשב בשיקולים הנוספים הנזכרים לעיל, ולצורך בקשה זו בלבד, יש לאמץ גם את תקופות הבלעדיות שנקבעו בהסדרים שבין הממונה לחברות הדלק.

43. השאלה הבאה העולה היא האם קיימת הצדקה להחיל אמות מידה אלה על הסכמים שנחתמו בעבר. לטענת "דלק" החלה רטרואקטיבית כזאת של כללי ההתנהגות שנקבעו זה עתה תוך צפיית פני העתיד פוגעת בציפיותיה הסבירות לכיבוד ההסכמים שנחתמו בעבר ושעל יסודן היא השקיעה את הסכומים שהשקיעה בהקמת התחנות ובשיפוצן.

44. לכאורה אני סבור שככלל, ובכפוף לאמור להלן, החלתם של העקרונות שביסוד "הסדר דלק" גם על הסכמים שנחתמו בעבר הנה סבירה, וכי אין לקבל את טענתה של "דלק" בדבר הציפיות החוזית שלה להמשך קיומם של החוזים שנחתמו על ידה עם תחנות התדלוק. אותה ציפיות חוזית, יש להזכיר, היתה מבוססת על הסכמים שלפיהם נהגה "דלק" במשך תקופה ארוכה ללא אישור בית הדין, ועל כך כבר אמר בית הדין בעניין אחר כי:

"במהלך הדברים הרגיל, אנו מבקשים להדגיש, על צד להסדר כובל שקיבל היתר זמני בלבד, לכלכל צעדיו באופן, שאם לא יינתן ההיתר הקבוע על ידי מותב בית הדין הוא לא ימצא עצמו בסבך של התקשרויות ארוכות טווח, המבוססות על ההנחה, שאם ניתן היתר זמני - יינתן גם היתר קבוע. מקל וחומר - מי שיוצר שלא כדין הסדר כובל ואינו מבקש את אישורו, אך לו לצפות ל"הוראות מעבר". (ה"ע 455 אי.סי.פי - חברת התכניות לכבלים בישראל בע"מ נ' הממונה על הגבלים העסקיים, ההגבלים העסקיים, בהוצאת ועד מחוז תל אביב של לשכת עורכי הדין, התשנ"ה - 1994).

45. חרף האמור, התוצאה של ההחלה הרטרואקטיבית של כללי ההתנהגות האמורים, גם אם לא מטרתה, היא שאין מביאים הסכמים אלה לסיומם המידי, כפי שנעשה לגבי ההסכמים של חברות הדלק האחרות, אלא לאחר שיתאפשר ל"דלק" להציל את השקעתה ונראה שאף מעבר לכך, וזאת על יסוד אותן אמות המידה המוסכמות הנוהגות כיום לגבי הסכמים שייעשו בעתיד. אינני רואה כיצד יכולה "דלק" להלין נגד שיטה זו.

ודוק: הטעם שביסוד האישור אינו טעם "פרטי" הנוף בהצלת השקעותיה של "דלק". הטעם המצדיק את אישור ההסדר הכובל בנסיבות אלה הוא האינטרס הציבורי אשר בהמשך פעילותה של "דלק" תוך שמירה על כושר התחרות שלה בשוק. ואולם, טעם זה בא לכאורה לידי מיצויו במתן האפשרות לאישור הסכמים שהם הסדרים כובלים שנעשו בעבר, בלא לעמוד על הבאתם המיידית לידי סיום, כפי שנעשה לגבי חברות הדלק האחרות, אך זאת בכפוף לאמות המידה הנוהגות על פי ההסדר המוסכם.

46. לשם השגת מטרה זו ביקש הממונה להגיע למדרג בסיום הסכמיה של "דלק". נראה כי שיטתו של הממונה אכן משיגה יעד זה של סיום מודרג של ההסכמים. מבין 20 הבקשות לאישור ההסדרים הכובלים שהגישה "דלק" ממליץ הממונה, על יסוד השיטה הנקוטה על ידו כמוסבר לעיל, על סיום לאלתר של ששה הסכמים בלבד. לגבי יתר התחנות ממליץ הממונה על אישור הבקשות לתקופות שבין שנה עד 13 שנים. עד שנת 2002 ממליץ הממונה לשחרר תשע תחנות, שתי תחנות נוספות ממליץ הממונה לשחרר עד שנת 2008, תחנה נוספת בשנת 2011, והסכם לגבי תחנה נוספת שטרם נפתחה ממליץ הממונה לאשר משך 14 שנים מיום פתיחת התחנה.

בינתיים הסתבר ששתיים מבין התחנות שאת ההסכמים עמן ממליץ הממונה לסיים על אתר (נאות אביב ודוברת), הביעו הסכמתן למתן ההיתרים הזמניים, ככל הנראה בעקבות משא ומתן שהן מנהלות עם "דלק". לגבי תחנה נוספת (בית חנן) הגעתי לכלל מסקנה, כעולה מההחלטה בעניינה, שלכאורה יש מקום לאשר את ההסדר, לפחות לתקופה של שנה, ועל כן ניתן גם לגביה היתר זמני.

שחרור מדורג זה יש בו גם כדי להפיג את החשש עליו מצביע פרופ' מילר מפני הפסקה פתאומית ובו זמנית של כל ההסכמים.

שיטה זו גם שומרת לכאורה על עקרון ה"שוויון המהותי", שכן כזכור חברות הדלק האחרות התחייבו לשחרר מיידי את כל התחנות שאינן קשורות עמן בהסכמי חכירה מקובלים, זאת בין שחלפו התקופות הקבועות בהסדרים עם הממונה ובין אם לאו. כן יש לציין כי "דלק" ממשיכה באספקת דלק גם לחלק מהתחנות ששוחררו, הגם, שלא על פי חוזים ארוכי טווח.

47. גם "דלק" מבקשת, ומאותו שיקול, להגיע להדרגתיות בסיום ההסכמים למען לא תעמוד באופן פתאומי בפני שוקת שבורה, אם יגיעו כל ההסכמים לסיום בו זמנית. ההבדל בין עמדת הממונה לבין עמדתה של "דלק" אינו נעוץ אפוא בעצם העיקרון אלא בדרך יישומו.

הממונה ביקש להשיג יעד זה של סיום מדורג של ההסכמים על ידי הפעלה של אמת מידה שיטתית התואמת את כללי ההתנהגות העתידיים המוסכמים המשקללים בחובם, כפי שצויין לעיל, את הנתונים העומדים בבסיסם של הסכמי הבלעדיות במשק הדלק, ובהם מידת השקעתן של החברות בתחנות התדלוק, הסיכון שנוטלות על עצמן החברות בהקמתן של התחנות, המוניטין הנצבר עקב פעילותה של התחנה, ועוד. לכאורה, ובכפוף לאמור בהמשך, יפים שיקולים אלה גם לגבי העבר. לשון אחר, אם בעתיד סבורה "דלק", תקופת בלעדיות של 14 שנים היא תקופה ראויה לגבי תחנה שבה היא תשקיע את מלוא הסכום

הנדרש להקמתה, אינני רואה מדוע לא היתה נוהגת כך גם בעבר (למעט נקיטה במדיניות של רכישת זכויות קנייניות) אילו נזקקה, כפי שחייבת היתה לעשות, לאישור ואילו הותנה האישור בדרישה זו. להפך, דומה שיש ממש בטענתו של עו"ד גושן, ב"כ תחנת ימית, לפיה העלויות הכרוכות בהקמת תחנת "דלק" כיום עולות ריאלית על העלויות בעבר, ומרווח הרווח של חברות הדלק בהתקשרויות העתידיות יצטמצם. "דלק" על כל פנים לא הצביעה על עובדות קונקרטיות אשר היו מביאות אותה לנהוג אחרת. יתרון נוסף בהצעת הממונה שהיא מופעלת על יסוד אמת מידה אחידה, עקבית ושוויונית לגבי כל התחנות.

"דלק" נקבה בבקשותיה בתקופות שונות אותן ביקשה לאשר לגבי כל תחנה ותחנה. אין ספק שגם בקשתה של "דלק", אם תאושר במתכונתה הנוכחית, תביא לשחרור מודרג של התחנות, וביתר "רוחב לב" מהצעת הממונה. אולם, לא מצאתי בבקשותיה של "דלק", פרט לעצם הרצון להאריך את תקופות ההתקשרות ככל האפשר, אמות מידה שניתן ליישמן באופן שיטתי עקבי ושוויוני על כל תחנה ותחנה. לאור כך נראית בעיני לכאורה שיטתו של הממונה על פני שיטתה של "דלק".

48. פרופ' מילר טען בחוות דעתו שההסדרים הכובלים אינם טומנים בחובם חשש לפגיעה בטובת הציבור, שכן בעלי התחנות המשוחררות אינם מורידים את מחיר הדלק הנמכר לציבור אלא גורפים את ההנחות שהם מקבלים מחברות הדלק לכיסם, ונמצא שציבור הלקוחות אינו נהנה משחרור התחנות. פרופ' מילר מבסס את טענתו על סקר שנערך על ידי "דלק" בקרב התחנות ששחררו על ידה ועל סקר נוסף שנערך על ידי ד"ר מינה צמח, שהצביע על כך שהצרכן אדיש במידה רבה למחיר הדלק.

49. דומה שהקושי הנעוץ בטענה זו הוא שהיא טענה "חזקה" מדי שיש בה כדי לכפור ב"עיקר", היינו בהצדקה שביסוד כל המהלך של שחרור תחנות הדלק מכבלי ההסדרים הכובלים. לאחר ש"דלק" הצטרפה להסדר דומה שקצת מאוחר להעלות טענה מעין זו, הכופרת בצורך לסיים את ההסדרים הכובלים מעיקרו. יתר על כן, הנתונים שהובאו בחוות דעתו של פרופ' מילר אינם מלמדים דבר על סביבתן העסקית של התחנות שנבדקו. האם הן מצויות, דרך משל, בקרבתן של תחנות אחרות ששחררו? במידה ואין בקרבתן תחנות כאלה, יתכן שהסיבה לאי ההפחתה במחירי הדלק נעוצה במיעוט התחנות המשוחררות, דבר המביא לכך שבאותה סביבה בה הן פועלות הן אינן ניצבות בפני תחרות המדרבנת אותן להפחית את מחירי הדלק. מצב דברים כזה, אם הוא מתקיים, עשוי ללמד דווקא על הצורך להחיש את התהליך של שחרור התחנות.



50. "דלק" ייחסה חשיבות רבה לנושא הפרישה הארצית של תחנותיה, במיוחד לצורך הפעלת הסדר הדלקן, המחייב פרישה של תחנות התדלוק המשרתות את ציבור הלקוחות, שהם בעיקר בעלי ציי רכב, בכל אזורי הארץ.

שיקול זה תקף, כפי שהתרשמתי מטיעוניה של "דלק", במיוחד לגבי תחנות רמת אביב, נווה אילן ונמל אשדוד. לגבי שתיים מהתחנות האמורות (רמת אביב ונמל אשדוד) החלטתי, כפי שיפורט בהמשך, להיעתר לבקשה, וזאת, בעיקר על יסוד שיקולים אחרים. אשר לתחנת נווה אילן, הגעתי לכלל מסקנה שאין בשיקול זה כדי להצדיק מתן ההיתר המבוקש.

בהקשר זה מקובלת עלי עמדת הממונה שדחיית הבקשה אינה מחייבת את ניתוק התחנה מ"דלק", שכן המבקשת רשאית על פי תנאי ההסדר להתקשר שנית עם תחנות ששחררו על ידה, ובפועל היא אף עשתה כן לגבי חלק מהתחנות. אם יש לתחנת נווה אילן חשיבות מיוחדת עבור "דלק", אני סבור שלאחר שנות דור (34 שנים) שבהן היתה התחנה קשור ל"דלק" בהסכם בלעדיות, ראוי שחיוניותה של התחנה ל"דלק", כפי שהיא טוענת, תבוא לידי ביטוי במשא ומתן בתנאי השוק ולא תחת המטריה של ההסדר הכובל. הוא הדבר לגבי תחנות התדלוק האחרות לגביהן מעלה "דלק" טיעון זה.

51. טענתן העיקרית של התחנות היא שמתן ההיתרים יפגע במטרת ההסדרים שעשה הממונה עם חברות הדלק, שהיא שחרור מרבי של תחנות תדלוק מכבלי ההסכמים הכובלים על מנת להרחיב ולהעמיק את התחרות בענף הדלק. ההסדר ימנע לטענתן פתיחתה של תחרות לגבי אותן תחנות שלא תשחררנה או שיינתן לגביהן היתר זמני תוך הנצחת מחירי הדלק הגבוהים והעמלות הגבוהות של חברת "דלק" בתחנות אלה על חשבון הציבור. תוצאה זו תפגע לטענתם לא רק בציבור הרחב אלא גם בבעלי התחנות אשר יאלצו להמשיך ולשלם עבור הדלקים שהם רוכשים מ"דלק" מחיר גבוה מהמחיר שמשלמות עבורו התחנות המשוחררות, דבר שיקשה עליהם להתחרות באותן תחנות ויגרום להם נזקים רבים.

52. אין ספק בכך שמתן אישור להסדרים הכובלים או חלקם, יביא לדחיית הנהגת תחרות באותן תחנות. אולם כנגד פגיעה זו בתחרות יש להביא בחשבון את השיקולים שעמדו ביסוד "הסדר דלק" ואשר הוסברו לעיל. שיקולים אלה מביאים למסקנה שככל שמדובר בחברת "דלק" יש להאט במידת מה את המהלך של שחרור התחנות ולהעדיף מהלך הדרגתי על פני שחרור מידי כדי למנוע פגיעה חריפה מדי ממתחרה חשובה בשוק הדלק, שהשמירה על כושר התחרות שלה בשוק הוא מהאינטרס הציבורי. אגב כך גם התאפשר, כפי שהסביר בית הדין בפסק דינו שאישר את "הסדר דלק", להשלים את המהלך של הצטרפות שלוש חברות הדלק הגדולות להסדר כדי להבטיח את הצלחתו לאורך ימים, "באופן ... (ש)החלת נורמות מחייבות על כ - 90% מענף שיווק הדלק הקמעונאי, תקדם באופן משמעותי את טובת הציבור".

53. בעלי תחנות התדלוק אמנם עשויים להיפגע ממהלך זה, ומקובל עלי שגם טובתם שלהם היא חלק מטובת הציבור (או חלק ממנו) כמשמעה בחוק. אולם במאזן הכולל של תועלות ההסדרים אל מול נזקיהם, אני סבור שלכאורה הכף נוטה, ובאופן ממשי, לאישור ההסדרים בהם טרם חלפו תקופות הבלעדיות הנדונות.
54. לעניין האינטרסים של בעלי התחנות, ככל שהוא רלבנטי לבקשות שלפנינו, יש להביא בחשבון גם את העובדה שבסופו של דבר קוצרו במידה רבה תקופות הבלעדיות עליהן התחייבו בעלי התחנות, התחייבות אשר עברה קיבלו בשעתו תמורה, וזאת על בסיס אמות מידה ראויות המביאות לכאורה בחשבון את מכלול השיקולים הנוגעים לעניין.
55. ב"כ התחנות טוענים כי הממונה לא רשאי היה לבסס את המלצתו על שיקולים כלל ענפיים, ואפילו היה רשאי לעשות כן, הוא לא היה רשאי להתעלם מהשיקולים ומהנסיבות המיוחדים הקשורים לכל הסכם ולכל תחנה, ולהישען בהמלצתו רק על הסדר הפשרה שעשה עם "דלק" ואשר התחנות לא היו שותפות לו.
- מקובל עלי שלא ניתן לשקול שיקולים ציבוריים כלליים אלה בלא להביא בחשבון גם את השיקולים הפרטניים הקשורים לכל הסכם לגופו (ואין הכוונה לשיקולים מתחום המשפט הפרטי). אולם עניין זה, אני סבור, בא על תיקונו משהוגבלו ההיתרים על פי החלטה זו רק לאותן בקשות העומדות באמות המידה הנזכרות לעיל.
56. טענה נוספת שהעלו בעלי התחנות היא שמתן ההיתר הזמני, כמוהו, באותם מקרים בהם מתבקש אישורו של ההסדר הכובל לתקופות קצרות, כמתן הסעד הסופי של אישור ההסדר המבוקש. אין לשלול כליל משקלו של שיקול זה. עם זאת, יש להעיר גם כאן כי מדובר בשיקול מתחום המשפט הפרטי, בעוד שבענייננו עסקין במבחן סטטוטורי הקובע, כמבחן דומיננטי למתן ההיתר, את השיקול של טובת הציבור. לשון אחר, אם הוכח שלכאורה ההסדר הוא לטובת הציבור, עשוי הדבר להצדיק את הפעלתו המיידית, גם אם בדרך זו תבוא על סיפוקה הבקשה העיקרית. יש גם להביא בחשבון כי בדרך כלל מאשר בית הדין הסדרים כובלים לתקופות קצובות. תקופת האישור הקבועה בחוק (במקרים בהם אין בית הדין קובע תקופה אחרת), היא למשל שלוש שנים (סעיף 11 לחוק). במצב דברים זה יקשה לשלול מתן היתר זמני רק בשל משכה הקצר של תקופת ההסדר ביחס לאורך תקופת ההתדיינות.
57. לגבי מספר תחנות התעוררה השאלה האם השקעות שהשקיעה "דלק" בתחנות אלה הינן השקעות מהותיות כמשמען ב"הסדר דלק", היינו האם שוויין עולה על 60% מערך התחנה לאחר השיפוץ או ההשקעה. במקרים אחרים היו הצדדים חלוקים ביניהם על עצם ההצדקה להכיר בהשקעות מסוימות כהשקעות מהותיות, במיוחד כאשר מדובר בהשקעות אותן יכולה "דלק" להחזיר לעצמה עם תום ההסכמים ושיש להן מבחינתה של "דלק" שווי

שארית לאחר ניכוי הפחת במשך תקופת השימוש. (למשל, גג התחנה) מחלוקות אחרות שנפלו בין הצדדים התייחסו למועד (בעבר) ממנו יחל מניין תקופת הבלעדיות.

58. מחלוקות אלה גולשות לפרטים ולשאלות שבהן לא ניתן להכריע במסגרת זו של הבקשה למתן היתר זמני. לאור כך אני סבור שבאותם מקרים בהם הוכח לכאורה קיומה של השקעה מהותית, שעל פני הדברים היא עומדת בתנאים שנקבעו ב"הסדר דלק" - ומדובר בהשקעות של מיליוני שקלים - ראוי להיעתר לבקשה ולתת את ההיתר הזמני, כאשר שאר המחלוקות יבואו לידי בירור במהלך הדיון בבקשה העיקרית.

בהקשר זה יש גם לזכור כי בית הדין רשאי, הן מכוח סמכותו שבדין והן מכוח "הסדר דלק", לקבוע תקופות שונות מאלה שנקבעו בהסדרים.

לעניין זה יש גם ממש בטענתו של ב"כ "דלק" כי לא ניתן להחיל, ללא כל התאמה, את כללי ההתנהגות שנקבעו עתה להסכמי העבר. טול למשל תחנה שבה השקיעה "דלק" בעבר השקעה העומדת על 59%, או על 50% ואפילו על 40% מערך התחנה. כיום, לאור כללי ההתנהגות הנוכחיים ברור ש"דלק" לא תשקיע בתחנה סכומים בסדרי גודל אלה אם הם אינם מגיעים לסף ההשקעה הנדרשת לצורך ההכרה כהשקעה מהותית על פי ההסדרים. ואולם "דלק" לא יכולה היתה לכוון את השקעותיה בהתאם לקנה מידה זה בעבר. עם זאת, ברור שבנסיבות אלה לא יתעלם בית הדין כליל מההשקעה.

59. עד כאן לעניין אמות המידה הראויות בעיני, על פי מכלול השיקולים שפורטו לעיל, לבחינתה של טובת הציבור בהקשרן של הבקשות הנוכחיות. נותרה שאלת היישום של אמות המידה שנקבעו לעיל לגבי התחנות השונות, כל אחת לפי הנסיבות המיוחדות לה. ההתייחסות הפרטנית לכל תחנה תעשה, כפי שצויין לעיל, בהחלטות נפרדות.

60. על פי סעיף 13 לחוק רשאי אב בית הדין להתנות היתר שנתן בתנאים. שקלתי את האפשרות להתנות את מתן ההיתרים הזמניים במתן ערובה להבטחת נזקיהן של התחנות אם תדחנה הבקשות העיקריות, בדומה לערובה שנוהגים בתי משפט להטיל בעת שהם נותנים צווים לשעה במשפט הפרטי. חלק מהתחנות אף ביקשו להתנות את מתן ההיתרים הזמניים, אם יוחלט לתיתם, בתנאים כאלה. כפי שהזכרתי לעיל, הנושא אף הועלה ביוזמתי במהלך הדיון בניסיון שלא צלח להביא את הצדדים להסדר פשרה. לאחר שיקול הגעתי לכלל מסקנה שבהעדר הסכמה בין הצדדים לא יהא ראוי לעשות זאת. חיוב במתן ערובה מאפיין התדיינות בין צדדים יריבים במשפט הפרטי. העתקת שיטה זו להתדיינות שבאופייה אינה התדיינות אדוורסרית המתקיימת בפני בית הדין, עשויה לגרור את בית הדין למחלוקות מתחום המשפט הפרטי הנוגעות לנזקים הנגרמים למתנגד זה או אחר בשל מתן ההיתר,

עניין שבית הדין אינו אמור לעסוק בו והוא עלול לסבך את הדיון בבית הדין ולעכבו בצורה משמעותית. ספק בעיני גם באשר לעצם קיומה של זכות מהדין לקבלת פיצוי בשל מתן היתר זמני. כפי שצוין לעיל, חיובם של הצדדים להסכמים לנהוג לפי ההסכמים אינו נובע מהחלטת בית הדין אלא מההתחייבויות שנטלו על עצמם על פי ההסכמים. עוד ציינתי כי בית הדין, בעת שהוא נותן אישור או היתר זמני, אינו מחייב צד להסדר לנהוג על פיו, אלא רק קובע כי מבחינת טובת הציבור אין מניעה מלפני הצדדים שיהיו צד לאותו הסדר.

ספק בעיני גם אם קביעה כזאת מתחום המשפט הציבורי, אפילו נעשתה לבקשתו של צד להסדר, ואפילו לא אושרה בהחלטה הסופית, יכול שתצמיח בנסיבות כאלה זכות לפיצוי לצד האחר. יש גם לזכור שההסדרים הכובלים הנדונים בפני בית הדין הם בדרך כלל הסדרים שיש להם השפעה רחבה על המשק כולו או לפחות על מגזרים נרחבים במשק, חוג הנפגעים הפוטנציאליים יכול שיהא רחב ביותר. קשה לי לראות כיצד ניתן לעוסק במסגרת זו, או אף במסגרת של התדיינות אזרחית רגילה, בפיצוי של כל מי שעשוי להיפגע מהסדר כובל.

לפיכך החלטתי שבהעדר הסכמה, וזו קיימת במקרה זה באופן חלקי לגבי תחנות שלו ובית חנן בלבד, אין להתנות את המתן ההיתרים בהמצאת ערובה.

61. התוצאה הסופית, כעולה מהחלטה זו ומההחלטות הפרטניות המתייחסות לתחנות, היא שיש להיעתר לבקשות הנוגעות לתחנות הבאות: מפגש שלו, רמת אביב (מס' 1) בע"מ, נמל אשדוד ובית חנן. כן יש להיעתר לבקשות לגבי התחנות: גלילות, נתיבות, דוברת, מגידו, רוזנפלד ונאות אביב בע"מ אשר בעליהן הביעו הסכמה למתן ההיתר.

62. לפיכך ניתנים בזה היתרים זמניים לנהוג על פי ההסדרים הכובלים המתייחסים לתחנות הבאות: מפגש שלו, בית חנן, רמת אביב (מס' 1) בע"מ, נתיבות, נמל אשדוד, גלילות, דוברת, מגידו, רוזנפלד, ונאות אביב. תוקף ההיתרים הזמניים למשך שנה מיום 4.5.98, או עד למתן החלטות בבקשות העיקריות, לפי המוקדם. הבקשות המתייחסות לתחנות נווה אילן, ימית, ושערי חולון נדחות.

63. למען הסר ספק, על החלטה כללית זו לא יחול הצו מיום 29.4.98 בבקשה לשמירת מסמכים באופן שלא יהיו פתוחים לציבור.

ניתנה היום, ב' בחשוון, תשנ"ט, 22 באוקטובר 1998, בהעדר הצדדים.  
המזכירות תמציא העתק לב"כ הצדדים.