

בית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים

ה"ע 469/98

לפני:

כב' השופט י' עדיאל – משנה לאב בית הדין
פרופ' א' בן-בסט – חבר
מר ר' טייטלבוים – חבר

בעניין:

1. דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ

המבקשת

נגד

1. תחנת דלק באר יעקב
2. תחנת דלק בית חנן
3. תחנת דלק גלילות
4. תחנת דלק וולפסון
5. תחנת דלק מי מגידו
6. תחנת דלק קניאל
7. תחנת דלק רוזנפלד

תחנות התדלוק

8. הממונה על ההגבלים העסקיים

הממונה

פסק – דין

ההליך

1. בפנינו פרק נוסף במאמצים המתמשכים לפתוח את שוק הדלק הקמעונאי לתחרות, מאמצים שיש להודות, כי עד כה, נחלו הצלחה חלקית בלבד.

2. דלק - חברת הדלק הישראלית בע"מ (להלן: "דלק" או "המבקשת") מבקשת בהליך זה את אישורם לפי סעיף 7(א) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, (להלן: "החוק") של הסכמי בלעדיות באספקת מוצרי דלק מתוצרתה לתחנות תדלוק, אשר הוכרזו על-ידי הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: "הממונה") כהסדרים כובלים.

רקע עובדתי

3. ביום 28.6.93 קבע הממונה על ההגבלים העסקיים, על-פי סמכותו לפי סעיף 43(א)(1) לחוק, כי הסכמי הבלעדיות באספקת דלקים הנוהגים בין החברות "סונול" "דלק" ו"פז" לבין מפעילי תחנות התדלוק הנם הסדרים כובלים (ההגבלים העסקיים, בהוצאת לשכת עוה"ד, ועד מחוז ת"א-יפו, 1994. כרך א', עמ' 19) (להלן: "קביעת הממונה" או "הקביעה המקורית").

4. 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.

5. לאור הסכם זה תיקן הממונה ביום 14.12.95 את קביעתו הראשונה, באופן שזו חלה רק על הסכמי האספקה הבלעדיים שבין חברות הדלק לתחנות התדלוק, שאינם הסכמי חכירה מקובלים (הסכמים אלה יקראו גם - "הסכמי הבלעדיות"). הסכמי החכירה המקובלים הוצאו מגדרה של הקביעה ולא נכללו עוד על ההסדרים שהוכרוזו על-פי הקביעה כהסדרים כובלים. (להלן - "הקביעה המעודכנת").

באשר להסכמי האספקה הבלעדיים (שאינם הסכמי חכירה מקובלים), קבע הממונה, בהסכמתן של חברות "פז" ו"סונול", כללים המסדירים את ההתקשרות בין חברות הדלק לבין תחנות תדלוק בהסכמים מסוג זה בעתיד.

על-פי כללים אלה נקבע, כי מתכונת ההתקשרות הקיימת בהסכמי אספקה בלעדיים בין חברות הדלק לבין תחנות התדלוק תבוטל ותומר במתכונת התקשרות חדשה. הסכמי האספקה הבלעדיים שיעשו במתכונת ההתקשרות החדשה יוגשו לאישור בית הדין להגבלים עסקיים כהסדרים כובלים, והממונה יהא נכון להמליץ בפני בית הדין על אישור הסכמים אלה, אם תקופות ההתקשרות הבלעדיות לא תעלינה על התקופות הבאות:

א. שנה אחת - להתקשרות עם תחנה קיימת עמה החברה היתה קשורה בעבר, ואשר השתחררה על-פי ההסדרים עם הממונה;

ב. שלוש שנים - להתקשרות עם תחנה קיימת עמה החברה לא היתה קשורה בעבר כאמור בסעיף קטן א;

ג. שנים - לתחנה בה מתבצעות במימונה של חברת דלק עבודות שיפוץ ו/או חידוש ו/או שיפורים דומים בשיעור שלא יפחת מ- 60% מעלות הקמת תחנת תדלוק דומה.

ד. 14 שנים - בהתקשרות עם תחנת תדלוק המוקמת במימונה המלא של חברת הדלק.

(תקופות אלה יכוננו להלן גם "התקופות המוסכמות").

6. חברת "דלק", לא הצטרפה להסכם האמור בין הממונה לבין חברות "פז" ו"סונול". זאת, לפי הסברה, משום שחלקן 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.

7. כנגד ההסדר האמור בין הממונה לבין חברות "פז" ו"סונול", הוגשה עתירה לבג"צ, בה ביקשו העותרים לבטל את קביעתו המעודכנת של הממונה ולהחזיר על כנה את קביעתו המקורית. (בג"צ 326/96 **יוסף כספי ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'**, פ"ד נ(5) 133). בית המשפט העליון דחה את העתירה, פרט לעניין חברת "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" (שם, בעמ' 164). ואולם, ביחס לחברת "דלק" נקבע בפסק הדין, כי החלטת קביעתו המעודכנת של הממונה על חברת "דלק", מבלי שזו תקבל על עצמה את ההתחייבויות שנטלו חברות "פז" ו"סונול" במסגרת הסכם הפשרה עם הממונה, מעמידה את "דלק" בעמדת עדיפות ברורה ובלתי מוצדקת כלפי החברות האחרות, אשר יש בה פגיעה של ממש בעקרון השוויון, ועל כן היא איננה סבירה.

לאור פסק הדין של בית המשפט העליון, תיקן הממונה את קביעתו בשנית והשיב על כנה את קביעתו המקורית לגבי "דלק".

8. בהמשך, לאור החלטה המחודשת של קביעת הממונה המקורית על הסכמי הבלעדיות של "דלק" עם תחנות התדלוק, החליטה המבקשת להצטרף להסדר, וביום 27.10.97 נערך הסדר נפרד בינה לבין הממונה. (הסדר זה יכונה בהמשך "הסדר דלק").

9. "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 הסכמי חכירה מקובלים. 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 בית הדין.

10. 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.

11. 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". עוד הסביר הממונה בבקשתו כי "התמורה אותה מעניקה חברת "דלק" יש בה כדי לקדם, באופן ממשי, את התחרות במשק הדלק...". תמורה זו שהעניקה "דלק" התבטאה, בין היתר, בשחרור מיידית 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 כי בכוונתו לתמוך בחלק מהבקשות לאישור ההסדרים הכובלים שתוגשנה על-ידי "דלק" לתקופות קצובות ותחומות לפי נסיבות העניין. 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, תמיכת הממונה באישור הבקשות לא תהיה שרירותית, אלא תונחה "על-ידי שיקולים המקובלים בעולם לקיום הסכמי בלעדיות, כגון: משך החוזה, השפעת החוזה על התחרות", שעל יסודם "הוא יתמוך בביה"ד באישור חלק מאותן בקשות כאמור לתקופות קצובות ותחומות לפי נסיבות העניין".

12. ביום 29.3.98 אישר בית הדין את "הסדר דלק" (עררים 1,2,3/93 (לא פורסם)). בית הדין קבע בפסק דינו "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", וכי "ההסדר תורם תרומה משמעותית לאינטרס הציבורי, באופן מיידית".

עוד נקבע בפסק הדין כי אישורו של ההסדר המוסכם אין בו כדי לכבול את ידי בית הדין בבואו להידרש לשאלת אישורן של בקשותיה הפרטניות של "דלק", וכי נקודת המוצא בדיון בבקשות אלה תהא כי הסכמיה של "דלק" עם 30 התחנות עליהן חלה קביעת הממונה, שאותן היא לא חויבה לשחרר לאלתר, הנם הסדרים כובלים.

עוד נקבע בפסק הדין שעל "דלק" להגיש לבית הדין בתוך 30 יום בקשות לאישור אותם ההסכמים.

13. בעקבות פסק הדין האמור הגישה "דלק" ביום 28.4.98 בקשות לאשר את ההסכמים שבינה לבין 22 תחנות תדלוק מתוך 30 התחנות, שאת ההסכמים עמן הסכימה להביא לאישורו של בית הדין. במהלך הדיון בהליך זה, ביקשה "דלק" למחוק 15 מתוך 22 הבקשות, כך שלקו הסיום של ההליך הנוכחי הגיעו בקשות לאישור הסכמי השיווק עם 7 תחנות תדלוק בלבד.

14. מתוך שבע תחנות התדלוק האמורות, רק 2 תחנות (וולפסון ובית חנן) הגישו התנגדויות לבקשות. 5 התחנות האחרות אינן מתנגדות לבקשות לאחר שהגיעו לכלל הסכמה עם "דלק" לגבי מתכונת היחסים העתידיים ביניהן.

טענות המבקשת

15. המבקשת העלתה בבקשותיה טענות לרוב. חלקן טענות ענפיות, אשר התייחסו לכלל הבקשות ובוססו על שיקולים כלל ענפיים, וחלקן טענות פרטניות אשר התייחסו לשיקולים המיוחדים לכל תחנה ותחנה בנפרד. כן העלתה המבקשת טענות מקדמיות לגבי מעמדן של התחנות המתנגדות בהליך זה ולגבי מישור הפגיעה בתחרות אשר צריך שייבחן במסגרת ההליך הנוכחי.

16. לטענת המבקשת, הסכמי הבלעדיות נשוא הבקשות, בהיותם הסכמים אנכיים, אינם פוגעים בתחרות, והם נוהגים בשוקי הדלק במדינות רבות בעולם. היתרונות הגלומים בהסכמים כאלה מוכרים במשפט האמריקאי, שם נבחנים הסכמי בלעדיות אנכיים על-פי כלל הסבירות (Rule of Reason). כך גם נקבע, על-פי טענת המבקשת, במשפט האמריקאי, כי הסכמי בלעדיות אנכיים בין ספק למפיץ נחשבים כהסכמים "לגיטימיים וחוקיים SE PER, שכן אין הם, ככלל, פוגעים בתחרות."

גם בדין האירופאי, טוענת המבקשת, הסכמי בלעדיות מסוג זה אינם נתפסים כפוגעניים בתחרות על פניהם. כך קובעת בקהילייה האירופאית תקנה 1984/83 פטור (Exemption Block) מתחולתו של סעיף 85 לאמנת רומא על הסכמי בלעדיות בין חברות דלק לתחנות תדלוק לתקופות של עד 10 שנים. הסדר דומה, אך מצומצם יותר, נוהג באנגליה, שם נקבע על-ידי הועדה למיזוגים ומונופולים (MMC) כי הסכמי בלעדיות מסוג זה, לתקופות שאינן עולות על 5 שנים, לא ייחשבו כפוגעים בטובת הציבור. על כן, לשיטתה של המבקשת, נקודת המוצא בבחינת אישורם של הסכמים אלה צריכה להיות חיובית ואין להתייחס אליהם כהסכמים הפוגעים בתחרות.

17. גם בפועל, טוענת המבקשת, הפגיעה בתחרות הנשקפת מהסכמי בלעדיות אלה אינה ממשית. זאת משום שהתחרות בין תחנות התדלוק הנה תחרות מקומית בין התחנות השונות, תחרות שאין כל קשר בינה לבין טיבו של ההסכם לאספקת דלקים שיש לתחנות התדלוק עם חברות הדלק, ולתניית הבלעדיות שבו. כך עולה, לפי הטענה, מהראיות שהוצגו בפני בית הדין, לפיהן רמת ההנחות שמעניקות התחנות אינה תלויה בשאלה האם הן כבולות (לחברות בהסכמי בלעדיות) או משוחררות, אלא ברמת התחרות המקומית באזורן בלבד. לאור כך, טוענת "דלק", שחרור התחנות לא יביא להוזלת מחירי הדלק לצרכן אלא רק לשינוי החלוקה בין תחנות התדלוק לבין "דלק" ברווחים המתאפשרים במרווח השיווק - הוא המרווח שבין עלות הדלק במסוף בית הזיקוק למחירו לצרכן.

18. יתירה מזו, טוענת "דלק", במסגרת התחרות המקומית על לב הצרכן קיים אינטרס משותף לחברות הדלק ולבעלי התחנות להגביר את התחרות עם התחנות השכנות, השייכות לחברות דלק אחרות. אינטרס משותף זה בהגברת מכירותיה של כל תחנה ותחנה מתבטא בהשקעות השוטפות שמשקיעה המבקשת בתחזוקת התחנות, בייזום מבצעי שיווק וקידום מכירות בתחנות, ובנכונותה הבלתי מותנית של המבקשת להשתתף (בשיעור של 50%) בכל הנחה במחירי הדלק שיעניק בעל התחנה לצרכנים. אינטרס משותף זה לא יושפע, לפי הטענה, משחרור התחנות.

19. הדרך היחידה להגברת התחרות בענף, טוענת "דלק", היא על-ידי הגדלת מספרן הכולל של התחנות. זאת ניתן לעשות רק על-ידי הענקת תמריצים לחברות הדלק להקים תחנות נוספות. לאור יתרונות הגודל שיש לחברות הדלק על פני יזמים פרטיים, הקמת תחנות תדלוק על ידן, בהתבסס על הסכמי בלעדיות, היא השיטה הטובה והיעילה ביותר להגדלת מספר תחנות התדלוק, חיזוק התחרות, והורדת המחירים לצרכן. האפשרות לפיה יוכל יזם פרטי להקים תחנת תדלוק על-ידי מימון פיננסי עצמאי, שלא יינתן על-ידי חברות הדלק, אינה סבירה על פניה, לאור הסיכון הכרוך בכך, והוכח כי היא אף אינה מתבצעת בפועל.

20. ואולם, ללא הבטחת התמורה העתידית על השקעותיה בהקמתן של תחנות התדלוק, על דרך של התקשרות בהסכמי בלעדיות ארוכי טווח, תקים המבקשת, לטענתה, מספר קטן יותר של תחנות תדלוק, או שתקים תחנות שיהיו בעיקר בבעלותה. לפיכך, האלטרנטיבה לאישורם של הסכמי הבלעדיות על-ידי בית הדין היא הקמת תחנות על-ידי חברות הדלק על בסיס הסכמים קנייניים בלבד, לתקופות ארוכות יותר מהתקופות המוסכמות שנקבעו ב"הסדר דלק", שפגיעתן בתחרות קשה מזו של הסכמי הבלעדיות נשוא הבקשות.

21. יתרון נוסף בהסכמי הבלעדיות לתקופות ארוכות אותו מציינים ב"כ המבקשת, בא לידי ביטוי בכך שהם מאפשרים למבקשת תכנון כלכלי ארוך טווח של עסקיה תוך השקעה בפיתוחים טכנולוגיים המשפרים את השירות לציבור, שיישאו פירות לאורך זמן. דוגמא לפיתוחים מסוג זה הם כרטיסי התדלוק ללקוח, ומערכת התדלוק הממוחשב - הדלקן, שבפיתוחה השקיעה המבקשת לטענתה, למעלה מ - 80 מיליון ש"ח, והיקף מכירותיה באמצעותם עומד כיום על כ - 25% מכלל מכירות הבנוין ו - 50% מכלל מכירות הסולר.

22. כיתרונות נוספים לציבור הנובעים מהסכמי הבלעדיות מונה המבקשת את היתרונות הבאים: חסכון בעלויות עסקה המתחייבות, בהיעדר בלעדיות לתקופות ארוכות טווח, ממצב של מו"מ מתמשך על תנאי שיווק הדלקים בתחנות; חסכון בהחזקת מלאי; הבטחת סדירות האספקה של מוצרי הדלק לתחנות ומחויבות המבקשת, על רקע התקשוריותה ארוכות הטווח עם תחנות התדלוק, להשקיע בהקמת תחנות במקומות מרוחקים בהם היקפי המכירות נמוכים, ולשמור על אחידות ואיכות השירות המוצע לצרכן ברשת תחנותיה.

23. מעבר ליתרונות הרגילים הטמונים בהסדרי בלעדיות מעין אלה, טוענת המבקשת, במקרה הנוכחי נדרש אישורן של הבקשות כדי לשמור על כושר התחרות של "דלק" בשוק ולקיים שוויון מהותי בינה לבין מתחרותיה. זאת, לאור כך שמספר התחנות הקשורות עמה ופריסתן הגיאוגרפית חיוניים ליכולת התחרות שלה ועל רקע הפגיעה שנגרמה למבקשת עקב כך, שמספרן של תחנות התדלוק עמן היתה קשורה בהסכמים שאינם הסכמי חכירה מקובלים גבוה, הן מבחינה מוחלטת והן מבחינה יחסית, מזה של חברות הדלק הותיקות האחרות.

עמדת הממונה

24. עמדתו של הממונה על ההגבלים העסקיים, היא שהסכמי בלעדיות אנכיים עשויים להיות יעילים מבחינה כלכלית, אולם משך תקופות הבלעדיות מהווה גורם מרכזי בבחינת יעילותם הכלכלית. זאת לנוכח החשש שהסכמי בלעדיות לתקופות ארוכות יביאו להקמת חסמי כניסה משמעותיים בפני המעוניינים לחדור לשוק, ויצירת קיבעון בנתחי השוק של הספקים. במקרה כזה, עשויים הסכמי הבלעדיות להביא לחסימת צינורות השיווק העיקריים של מוצרי דלק לציבור הרחב בפני מתחרים חדשים בשוק אספקת הדלקים, אשר תקשה על כניסת חברות דלק חדשות לשוק ותפגע בתחרות במקטע השיווק הקמעונאי.

25. לגישת הממונה, משך תקופות הבלעדיות אותן יש לאשר, צריך שייבחן "על רקע תנאי השוק ונסיבותיו; קיומם של חסמי כניסה; בחינת כוחם היחסי של המתחרים האחרים; נסיבות ההסדר הפרטני ותוצאותיו; משך קיומם של הסדרים כובלים נוספים; בסופו של דבר תנאי השוק הספציפי הם שיכריעו האם יש לאשר הסכם בלעדיות אנכי לתקופה קצובה, אם לאו."

26. משך הדלק בישראל נפתח לתחרות רק בעשור האחרון, רוב תחנות התדלוק עדיין כבולות בהסכמי בלעדיות ארוכי טווח עם שלוש חברות הדלק הגדולות ומידת התחרות הקיימת בשוק מועטה בלבד. בתנאים אלה, סבור הממונה, כמה חשיבות מיוחדת להקפיד על הגבלת האישור של הסכמי הבלעדיות לתקופות קצובות, שתאפשרנה שחרור מדורג של התחנות ושמירה על רמה מסוימת של תחרות בשוק.

27. תקופות הבלעדיות עליהן ממליץ הממונה הן התקופות המוסכמות שנקבעו בהסכמי הפשרה בינו לבין חברות הדלק "פז" ו"סונול" שפורטו לעיל, שאותן קיבלה על עצמה המבקשת ב"הסדר דלק", והכל במסגרת קביעת כללי התנהגות עתידיים במשק הדלק. לתקופות אלה וההצדקה לאישורן, נתייחס בהמשך.

28. החלת התקופות המוסכמות על כל חברות הדלק תהא, לגישת הממונה, לטובתו של משק הדלק כולו, והיא תבוסס על אמת מידה שוויונית, בדמותם של קריטריונים קבועים וידועים מראש, אשר יחולו על שלוש חברות הדלק הותיקות, הן ביחס להתקשרויות עתידיות והן ביחס להסכמים נשוא הליך זה שעניינם בתחנות קיימות. בנוסף נטען כי התקופות המוסכמות אושרו כחלק מהסכמי הפשרה עם חברות "פז" ו"סונול" שעמדו גם בביקורתו של בית המשפט העליון (בג"צ 326/96 לעיל) ובית הדין להגבלים עסקיים שאישר את "הסדר דלק", וגם בכך יש להצביע על תרומתן לטובת הציבור.

מסגרת הדין

29. בפסק דין זה נתמקד בבחינת התועלות והנזקים הכרוכים בהסכמי הבלעדיות שלפנינו לתחרות ולטובת הציבור, תוך בחינת המשפט המשווה ומאפייניו של שוק שיווק הדלק הקמעונאי בישראל. זאת במטרה לקבוע, כמצוות המחוקק, האם התועלות הכרוכות בהסכמים אלה לציבור עולות, ובאופן ממשי, על נזיקיהם, ומה הן תקופות הבלעדיות הראויות, שבהן יתקיים אי שוויון סטטוטורי זה ואשר תאפשרנה ניצול מרבי של היתרונות הגלומים בהסכמים אלה תוך מזעור נזיקיהם.

30. קודם שנעמוד על התועלות והנזקים הכרוכים, מבחינתו של הציבור, בהסכמים אלה ככלל, ובשוק שיווק הדלק הקמעונאי בפרט, נבקש לבחון את היתרונות המיוחדים שראה הממונה באישור (חלקי) של הסכמי הבלעדיות של המבקשת ואת החשיבות המיוחדת שייחס לצירופה של "דלק" להסדרים שנעשו עם חברות הדלק האחרות. יתרונות אלה התבטאו בשניים: הנהגת כללי התנהגות מוסכמים ומחייבים בשוק שיווק הדלק הקמעונאי, שיהיו מקובלים על כל חברות הדלק הותיקות ויאפשרו פתיחתו של שוק זה לתחרות, ומניעת פגיעה בכושר התחרות של "דלק" תוך שמירה על השוויון המהותי בינה לבין מתחרותיה.

קריסת הניסיון להנהיג כללי התנהגות מוסכמים ומחייבים בשוק הדלק הקמעונאי

31. בהתייחס ליתרון הראשון, הסביר הממונה בהודעתו המעודכנת, כי אחת המטרות העיקריות בהסכם שנעשה בינו לבין חברות הדלק "פז" ו"סונול" היתה קביעת כללי התנהגות כלל ענפיים אשר יניחו מסד טוב יותר להתפתחות התחרות בשוק זה. כך ציין הממונה באותה הודעה:

"... במסגרת ההסדר הוגדר היעד החיוני של תיעול והסדרת ההתקשרויות לעתיד לבוא, תוך קביעת כללי התנהגות מקיפים. החברות המצטרפות להסדר נטלו על עצמן עול כללים אלה, שחשיבותם רבה בהגדרת התחרות, עיצוב תנאי התקשרויות ראויים בענף ריכוזי זה, כך שתוך מספר שנים ישנה הענף את פניו. אין צריך לומר, כי כללים אלה יחלו פעולתם כבר עתה, מבלי שיידרש להליכים סבוכים של חקיקה".

(עמ' 9 להודעה)

על רקע זה ראה הממונה חשיבות מיוחדת בצירופה של "דלק" להסדרים שנעשו עם חברות "פז" ו"סונול". עניין זה הוסבר על-ידי הממונה בעת שביקש מבית הדין לאשר את "הסדר דלק":

"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)

לצורך כך, הוסיף הממונה והסביר באותה בקשה, צריך:

"כי ייקבעו בתחום הדלק כללי התנהגות מחייבים, אשר יהוו תשתית קבועה לקיום תחרות בין חברות הדלק. מטרה שנייה זו עניינה הטווח הבינוני והארוך. אין די בשחרור תחנות תדלוק הקשורות בהסכמי חכירה לא מקובלים או בסיום מסגרות לשיתוף פעולה בין חברות הדלק. על מנת ליצור תחרות של ממש בענף הדלק - ענף שאופיין בהעדר תחרות במשך עשרות בשנים - חיוני לייסד דפוסי התנהגות חדשים, קבועים, שיש בהם כדי לקדם תחרות לאורך זמן".

32. טעם זה אף שימש כשיקול מרכזי לאישור הסדר דלק על-ידי בית הדין להגבלים עסקיים, אשר קבע בפסק דינו מיום 29.3.98:

"יש 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".

(סעיף 9 לפסק הדין)

עוד ציין בית הדין בהקשר זה בפסק דינו :

”דלק” קיבלה על עצמה כללי התנהגות עתידיים לגבי התקשרויות עם תחנות תדלוק, וגם התחייבות בלתי מותנית לקבל את עול כללי ההחזקה שבהסדר. להתחייבות לקבל לאלתר את כללי ההתנהגות העתידיים שנקבעו בהסדר, בלא צורך בחקיקה, יש בעינינו משקל נכבד בהגברת התחרות. גם לכללי ההחזקות שבהסדר יש תרומה ממשית לתחרות בענף הדלק. ההסדר תורם, אפוא, תרומה משמעותית לאינטרס הציבורי, ובאופן מיידי”.

(סעיף 10 לפסק הדין)

33. ואולם, המציאות כפי שהתגבשה מאז אישור ההסכמים שבין הממונה לבין חברות הדלק טפחה על פני אלה שקיוו שההסדר יביא לשינוי כללי ההתנהגות בשוק הדלק הקמעונאי ויביא לגיבוש כללי התנהגות חדשים ומחייבים בשוק זה. מסתבר, שהסכמי בלעדיות מהסוג נשוא הבקשות שבפנינו, אינם נוהגים עוד כיום במשק הדלק בכלל וע”י המבקשת בפרט, ולמעשה הם מהווים שריד אחרון להסכמי האספקה שאין בהם מרכיב קנייני, שנעשו בין חברות הדלק לתחנות תדלוק בעבר.

כך עולה מתצהירו של מר נצח כי ”הלכה למעשה מאז נחתם ההסכם (עם הממונה) לא התקשרה חברת דלק ולו בהסכם הספקה אחד, הכרוך בהקמת תחנה במימונה, תוך בלעדיות של 14 שנה בלבד. ההסכם אילץ את החברה לעבור לדפוסי התקשרות אחרים, המאפשרים לה תקופות ארוכות יותר”. גם ב”כ המבקשת מודיעים בסיכומיהם, כי אישור תקופות הבלעדיות שנקבעו בהסדר דלק אין בו די, ”ומשכללי הממונה יוצרים חשש חמור לאי אישורם של הסכמים לתקופות ארוכות יותר, מוצאים להם בעלי קרקעות וחברות הדלק דרכים אלטרנטיביות להסדיר את ההתקשרות בקשר לתחנות, ללא הסכמי בלעדיות”.

לאור כך, הסביר מר נצח בעדותו, מאז הסדר דלק, מתקשרת המבקשת עם בעלי המקרקעין עליהם מוקמות תחנות תדלוק אך ורק על בסיס הסכמי שכירות או הפעלה, לפיהן רוכשת המבקשת את זכויות הפעלה של התחנה מאת בעליה לתקופות ארוכות, העולות בהרבה על התקופות המוסכמות שנקבעו בהסדר דלק. עם בעלי תחנות קיימות מתקשרת המבקשת בהסכמי הפעלה לתקופות של עד 10 שנים, ועם בעלי תחנות חדשות, המוקמות על-ידי המבקשת או במימונה, נעשית ההתקשרות לתקופות של 20-25 שנים. העד נצח הסביר

שמדובר בתופעה הרווחת במשק הדלק כולו, וכי הוא עצמו יודע לפחות על עוד חברת דלק אחת שיש לה עשרות תחנות אשר מופעלות במתכונת המתוארת לעיל.

34. ראוי לציין ש"דלק" וכמוה חברות הדלק האחרות החלו לנהוג בדרך זו עוד קודם להסדרים שנעשו על ידן עם הממונה. זאת הן עשו במטרה לקדם פני האפשרות של אישור הכרזת הממונה על-ידי בית הדין וכדי למצוא הסדרים חלופיים אשר יאפשרו לשמר בידן את נתח השוק שלהן גם אם ייאסר עליהן לפעול על-פי הסדרי הבלעדיות הקיימים. על רקע זה חשש הממונה, בשעתו שהזמן החולף עשוי לרוקן את ההכרזה מתוכנה ומטעם זה, בין היתר, הוא עדכן את ההכרזה. כך הסביר הממונה בהודעה המעודכנת:

"... הזמן החולף נותן סיפק בידי חברות הדלק הותיקות להיערך לאפשרות שגם כאשר החוזים הכובלים יותרו, במידה ועד כמה שתאושר קביעתי בידי בית הדין, הן תוכלנה לשמר בידיהן את ההגמוניה הענפית. ואין הדברים יוצאים כדי חשש בעלמא, שכן הלכה למעשה עושות החברות מאמצים לחסן את מעמדן בנוגע לתחנות הדלק הכבולות אליהן בהסכמים, בין אם על דרך רכישת זכויות הפעלת התחנה לתקופה ארוכה, ובין אם על דרך של הקמת שותפויות ויתר עסקאות שפניהן עיקור התוצאה של הכרזת הסדרי הבלעדיות כהסדרים כובלים. מגמה זו, לפחות לפי שעה, לא עלה בידי למנוע. והזמן החולף אף מחריף את פוטנציאל הפגיעה בתחרות הנובע ממהלכים מסכלים אלה".

כך פעלה, כפי שהסביר הממונה בהודעה המעודכנת, גם המבקשת:

"כך נמצא, כי חברת דלק התקשרה מאז קביעת הממונה במספר לא מבוטל של הסכמים חדשים בנוגע לתחנות תדלוק הקשורות עמה בהסכמים נשוא ההודעה. מכוחם של הסכמים אלה הופכת דלק למפעילה או שוכרת ומפעילה של תחנות התדלוק. החשש המתעורר כאן הוא כי בדרך זו מבטיחה לעצמה דלק, שתחנות אלה - אם תשתחררנה כתוצאה מאישור קביעת הממונה על-ידי בית הדין בהליכי הערר, תישארנה למעשה קשורות עם חברת דלק ולא תשתחררנה לשוק החופשי".

(הערה 15 להודעת העדכון)

35. ואולם, אם קיווה הממונה שהסחף ייעצר עם השגת ההסכמים עם חברות הדלק ואימוצם של כללי ההתנהגות המוסכמים, תקוותו התבדתה. גם לאחר ההסכם עם הממונה המשיכה

"דלק", ומסתבר שגם חברות הדלק האחרות, לנקוט בהתקשרויותיהן עם תחנות התדלוק באותה שיטה, המבוססת על רכישת זכויות ההפעלה של התחנות לתקופות ארוכות, ובדרך זו לרכוש זכויות הפצה בלעדיות ארוכת טווח תוך עקיפת ההסכמים עם הממונה. ואומנם, במהלך חמש השנים שחלפו ממועד ההסדר שבין הממונה לחברות "פז" ו"סונול", ושלוש השנים שחלפו ממועד אישור "הסדר דלק", לא הובא לאישורו של בית הדין ולו הסכם אחד שעניינו התקשרות בין חברת דלק לתחנת תדלוק. זאת, חרף העובדה שבמהלך תקופה זו הוקמו בארץ עשרות תחנות תדלוק חדשות, ונקשרו, יש להניח, הסכמים רבים גם עם תחנות קיימות.

36. מכל אלה עולה, ש"דלק", וכמוה חברות הדלק האחרות, לא אימצו את כללי ההתנהגות שנקבעו על דעתן בהסכמיהן עם הממונה, ולא נתנו ידן לגיבוש "תשתית ארוכת טווח לקיומה של תחרות בענף שיווק הדלק". כך נגזזה התקווה לבסס על יסוד הסכמים אלה הסדר כלל ענפי ארוך טווח אשר יתרום את תרומתו להתפתחות התחרות במקטע שיווק הדלק הקמעונאי.

37. ודוק, אין באמור משום קביעה שדלק הפרה את הסדר דלק, שהרי הסדר זה לא מנע ממנה להנהיג דרכי שיווק אחרות ולא חייב אותה להיזקק ביחסיה עם תחנות התדלוק רק להסכמים במתכונת ההסכמים נשוא הבקשה. אולם אי הפרת ההסדר לחוד ואי השגת מטרותיו, לפחות ככל שהן נתפסו בעיני הממונה, לחוד. מהבחינה האחרונה, ברור כיום שהסדר דלק לא השיג את מטרותו העיקרית ולא הביא ליישומם של כללי התנהגות תחרותית בשוק הדלק.

38. כפי שנסביר בהמשך, יש לנו הסתייגויות מתקופות הבלעדיות שנקבעו על-פי ההסדרים שבין הממונה לחברות הדלק. עם זה, אילו נהגו חברות הדלק על-פי כללי ההתנהגות שהותוו בהסכמיהם עם הממונה, ואילו הפכו כללי ההתנהגות שהותוו באותם הסכמים לכללים מקובלים לפיהם נוהג השוק כולו, עשוי היה להיווצר בטווח הארוך, עם פתיחתן של תחנות תדלוק חדשות ושחרור תחנות כבולות קיימות, איזון מסוים (הגם שלהשקפתנו, לא מאוזן דיו), בין תקופות ההתקשרות הארוכות - של 14 שנים - הנוהגות לגבי תחנות תדלוק חדשות לבין תקופות ההתקשרות הקצרות הנוהגות לגבי תחנות תדלוק קיימות. בתהליך כזה, שבו חלק גדל והולך של תחנות התדלוק נכנס למסגרות של התקשרויות קצרות טווח, היה עשוי להיווצר במשך הזמן מלאי גדל והולך של תחנות זמינות הפתוחות לתחרות בפני חברות דלק חדשות המבקשות לחדור לענף, תוך שיפור הדרגתי, אך מתמיד ברמת התחרות בשוק שיווק הדלק הקמעונאי.

39. מעבר להשפעה שהיתה עשויה להיות לכללי התנהגות המוסכמים, אילו יושמו, על התחרות בטווח הארוך, נועד שחרורן המידי של 130 תחנות התדלוק שלא היו קשורות לחברות הדלק בהסכמי חכירה מקובלים, לקדם את התחרות בשוק באופן משמעותי כבר בטווח הקצר. כך ציין הממונה בקביעתו המעודכנת, כי מטרתם של הסדרים אלה, היתה, בין

היתר, "שחרור לאלתר של תחנות תדלוק המהוות נתח שוק של ממש מכלל התחנות הרלוונטיות בהיקף שיש במלא היקפו כדי לתרום תרומה איכותית ליצירת תנאי תחרות בענף" (סעיף 2.2 להודעה). ועוד קבע הממונה בנושא זה באותה הודעה כי "... ההסדר שהוצע, להערכתי, עניינו קידום התחרות בטווח המיידי והקצר, תוך שיפור הסיכוי ליתן פתרון בטווח הקרוב לעיקר נושא השאלה הענפית" וכי "שחרור תחנות תדלוק אלה על אתר, ובהתחשב בתחנות התדלוק של חברת 'דלק' הנותרות במסגרת הדיון בערר 1/93, יתרום תרומה חשובה להיווצרותה של תחרות בענף". על רקע זה ראה הממונה בשעתו (ראה בקשתו לאישור הסדר "דלק" בפני בית הדין) באותן 130 תחנות התדלוק שהיו אמורות להשתחרר באופן מיידי מכבילת הבלעדיות, כ"מאסה הקריטית" הנדרשת להחדרת תחרות למקטע שיווק הדלק הקמעונאי. גם מטרה זו הושגה באופן חלקי ביותר.

40. במועד פרסום קביעתו המקורית של הממונה, ביום 28.6.93, היו בישראל כ-548 תחנות תדלוק, כמעט כולן היו קשורות לחברות הדלק הותיקות. מתוך תחנות אלה, 126 תחנות, שהן כ-22% מכלל תחנות התדלוק שפעלו אותה עת בישראל, היו בבעלות (כולל חכירה ראשית ממנהל מקרקעי ישראל ודיירות מוגנת) חברות הדלק (ראה סעיף ב.1. לקביעה). על-פי הודעתו המעודכנת של הממונה מיום 14.12.95, כמעט כל תחנות התדלוק שפעלו אותה עת בישראל שלא היו בבעלותן של חברות הדלק, היו קשורות לחברות הדלק בהסכמי בלעדיות ארוכי טווח. מתוך אותן תחנות, 130 תחנות בלבד, שהן כ-23% מכלל תחנות התדלוק, לא היו קשורות עם חברות הדלק בהסכמי חכירה מקובלים, ורק עליהן החיל הממונה את קביעתו המעודכנת מיום 14.12.95. לשון אחר, 77% מתחנות התדלוק נותרו, גם לאחר עדכון הקביעה בשליטתן של חברות הדלק, בין בבעלות או שכירות, ובין בהסכמי אספקה ארוכי טווח.

41. עם זה, אילו בוצעו ההתקשרויות החדשות עם אותן 130 תחנות תדלוק אשר שוחררו מחוזהן עם חברות הדלק על-פי כללי ההתנהגות המוסכמים, היינו לתקופות של שנה עד שלוש שנים ובממוצע - שנתיים, היתה "מאסה קריטית" זו לבדה יוצרת מלאי של כ-65 תחנות, המהוות כ-12% מכלל תחנות התדלוק במשק (נכון למועד ההכרזה), המחדשות מדי שנה את חוזה ההתקשרות שלהן עם חברות הדלק, שהיו זמינות להתקשרות (גם) עם חברות הדלק החדשות.

42. אולם תחזית כזאת היתה יכולה להתבסס אך ורק על ההנחה/תקווה כי חברות הדלק תנהגנה על-פי ההסדרים שעשו עם הממונה. משנכזבה תוחלת זו, והסתבר שחברות הדלק אינן נוהגות על-פי כללי התנהגות המוסכמים ואינן מתקשרות עם תחנות דלק במתכונת ההסדרים שנקבעו בהסכמים שבינן לבין הממונה, נוצר מצב שונה בתכלית, שבו מספרן של התחנות המשוחררות בטל בשישים, וגם אלה אשר משתחררות נכנסות מיד להסכמי שכירות או הפעלה ארוכי טווח. כתוצאה מכך, תרומתה של אותה "מאסה קריטית", אשר היתה אמורה להביא לשינוי משמעותי של פני הענף כבר בטווח הקצר, היתה בעיקרה תרומה חד-פעמית. לאחר שאותן תחנות נקלטו אל חיקן של חברות הדלק הקיימות, רובן

חברות הדלק הותיקות, בהסדרים ארוכי טווח, חזר השוק למתכונתו הקודמת, תוך אימוצם של הסדרים חדשים המבוססים על הסכמי שכירות או הפעלה ארוכי טווח.

שמירת כושר התחרות של דלק תוך יישום עקרון השוויון המהותי

43. השיקול או היתרון השני המייחד, לגישת הממונה, את הסדר "דלק", על פני יתרונות המאפיינים הסכמי בלעדיות בין חברות דלק ותחנות תדלוק ככלל, שבשלו גם היה הממונה מוכן להגיע עם "דלק" להסדר שונה מההסדר שנעשה עם חברות הדלק הותיקות האחרות, היה השיקול בדבר הצורך לשמור על כושר התחרות של "דלק".

44. שיקול זה, קשור בטבורו לשיקול נוסף, הנעוץ ברצון לשמור על "השוויון המהותי" בין שלוש חברות הדלק הותיקות. שוויון מהותי זה נפגע, לפי הטענה, עקב כך שמספרן של תחנות התדלוק עמן היתה קשורה "דלק" בהסכמים שאינם הסכמי חכירה מקובלים גבוה, הן מבחינה מוחלטת והן מבחינה יחסית, ממספרן של תחנות אלה אצל חברות הדלק הותיקות האחרות.

45. שיקולים אלה הביאו לכך שהממונה היה מוכן לאפשר למבקשת, בכפוף לאישור בית הדין, להמשיך ולקיים חלק מההסכמים שעשתה עם תחנות שאינן קשורות עמה בהסכמי חכירה מקובלים, בעוד שכל שאר חברות הדלק שחררו את כל תחנות התדלוק אתן הן היו קשורות בהסכמים מסוג זה.

46. אכן, בבקשתה מייחדת דלק לשיקולים אלה מקום נכבד. לטענתה, "ירידה דרסטית במספר התחנות הנמנות על רשתה, ובפרט כשהדבר נעשה בין לילה - עשויה לפגוע באורח של ממש בכושרה התחרותי של חברת דלק. ..והבקשה דגן לאישור ההסדרים הנדונים נועדה לאפשר 'בלימה' של מספר התחנות הפוחות מרשת 'דלק' ויורדות ממנה לאחר ההסדר." לפיכך, כדי לשמר את כושר התחרות שלה תוך הימנעות מפגיעה בעקרון השוויון המהותי, טוענת "דלק", יש לפרוס את שחרור התחנות הקשורות עמה על פני מספר שנים כדי "לרכך את המכה" שניחתה עליה וליצור מדרג בשחרור התחנות, אשר יאפשר לה להיערך לקראת אובדן התחנות ולנקוט בצעדים הנדרשים כדי להתגבר על פגיעה זו.

47. נדבך מרכזי בטענה זו מבוסס על הנימוק לפיו מספר התחנות הקשורות עם "דלק" ופריסתן הגיאוגרפית חיוני ליכולת התחרות שלה, בעיקר בכל הנוגע למערכות התדלוק הממוחשב. בתחום זה, טוען ב"כ המבקשת, נודעת חשיבות רבה למספרן של תחנות התדלוק המשרתות את הלקוחות (בדגש על לקוחות מוסדיים) ופריסתן הארצית. מערכת התדלוק האוטומטי מחזיקה כיום, לדבריו, 30% מן התדלוק הארצי בבנוין ובסולר. בתחום זה התחרות בין החברות היא תחרות ממשית ואינטנסיבית, המגיעה להנחות של 15 אג' לליטר בבנוין ולהנחות גבוהות אף יותר בסולר. על כן, טוען ב"כ המבקשת, דחיית הבקשות תעמיד את המבקשת בנחיתות משמעותית לעומת חברות הדלק הוותיקות האחרות.

48. יש לנו ספיקות לגבי תקפותם של שיקולים אלה.

ראשית, ככל שיש לייחס חשיבות לנושא השוויון המהותי שבין "דלק" למתחרותיה, יש לזכור שתכלית החקיקה בחוק ההגבלים העסקיים נועדה להגן על ערכים אחרים: הם הערכים של התחרות וטובת הציבור. ערכים אלה עשויים להימצא ניזוקים, אם ההגנה על השוויון המהותי תעשה על-ידי שימור המבנה האוליגופוליסטי של שוק הדלק.

בהקשר זה חשוב לזכור שהדיון בהליך זה לא נסב על הפגיעה בכושר התחרות של "דלק", אלא על הפגיעה בתחרות בשוק כולו. אמנם מקובל עלינו שעניינו של הציבור בשמירה על התחרות בשוק הדלק עשוי להימצא ניזוק אם יוחלש במידה ניכרת אחד השחקנים המרכזיים בשוק זה, תוך מתן יתרון משמעותי למתחריו. אולם חשוב לתת את הדעת גם על כך שהשמירה על כושר התחרות של המבקשת ועל נתח השוק שלה, באה במקרה זה, לפחות באופן חלקי, על חשבון של חברות הדלק החדשות מהן נמנע להתמודד על תחנות התדלוק הקשורות עם המבקשת, והיא מחזקת את המבנה האוליגופוליסטי של השוק.

התייחסו לנושא זה בחוות דעתם פרופ' אקשטיין ומר פרלמן, המומחים אשר הגישו חוות דעת כלכליות מטעם תחנות התדלוק. לטענתם, השיקול המבקש לשריין את נתח השוק של מי מבין חברות הדלק, במיוחד כאשר הדבר נעשה באמצעות הסדרים כובלים, פוגע כשלעצמו בתחרות ומקשה על פתיחת השוק לתחרות בפני חברות הדלק החדשות.

לפי חוות דעת זו, המקובלת עלינו בעניין זה במלואה, חלוקת השוק ושימור נתחי השוק של חברות הדלק הותיקות, שהתקיימה במשך כל השנים מכוח הסדרים סטטוטוריים, היא שהיתה הגורם העיקרי לפגיעה בתחרות בשוק הדלק. הניסיון להנציח מצב זה על-ידי שימור מעמדה ונתח השוק של חברת "דלק" עשוי לאפשר את המשך קיומם של ההסדרים הישנים, תוך שימור האוליגופול של חברות הדלק הותיקות, מצב שאותו בדיוק ביקשה לבטל, או לפחות לצמצם, הרפורמה בשוק הדלק.

49. גם נושא הדלק, שבפגיעה בו מיקדה "דלק" חלק גדול של טענותיה, הנו נושא בעייתי מבחינת דיני התחרות. מערכת הדלקן כפי שתוארה על-ידי הממונה בקביעתו בדבר הסדר כובל בין חברות הדלק "דלק" ו"סונול" לשיווק משותף של מערכת "דלקן 2000", "היא למעשה מערכת תדלוק ממוחשבת המאפשרת לכלי רכב לרכוש בנזין בתחנות תדלוק ... באמצעות מתקן שמאפייניו דומים לאלה של כרטיס אשראי, בהתאם לתנאים מסחריים המסוכמים מראש עם מנהלי ציי הרכב המצטרפים להסדר" (סעיף 2 לקביעה).

מסתבר שבתחום זה אמנם התפתחה תחרות בין חברות הדלק המעניקות הנחות משמעותיות ללקוחות הנהנים משירות זה.

מנגד, נודעת למכשיר זה השפעה אנטי תחרותית משמעותית, בכך שהוא מעצים את הרכיב האוליגופוליסטי שבמבנה שוק הדלק, פוגע קשה בכושר התחרות של חברות דלק קטנות שפריסתן הארצית מוגבלת ואף מפחית את התחרות בין תחנות תדלוק הקשורות לאותן

חברות. (ראה לעניין זה גם קביעתו של הממונה הנזכרת בסעיף 49 לעיל, בסעיפים 6 ו-50 לקביעה).

לאור כך, אנו סבורים שראוי להמיר את הדלקן ומכשירי תדלוק דומים במערכת התקני דלק אוניברסלית, שתשמש את כל חברות הדלק ותשרת את כל הלקוחות. זו גם היתה עמדתו של הממונה, כעולה מקביעתו הנזכרת לעיל (סעיף 50 לקביעה). נראה שהסדר מעין זה עשוי להתבצע כאשר יותקנו כללים מכוח סעיף 7(ב) לחוק משק הדלק (קידום התחרות), התשנ"ד - 1994 הקובע:

"לצורך הגברת התחרות במשק הדלק יקבע השר, בהתייעצות עם הממונה ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת, כללים לעניין התקני תדלוק אוטומטיים והפעלתם; כללים כאמור יחולו על כל חברות הדלק".

אולם כללים אלה טרם הותקנו, ובינתיים מתעצמת ההשפעה האנטי תחרותית של מערכת זו.

50. שיקול נוסף העומד בדרכו של עקרון השוויון המהותי במקרה זה, הוא שכנגד טענת אי השוויון המהותי הנטענת על-ידי המבקשת, עומדת טענה זוהי לבעלי תחנות התדלוק, אשר לא ישוחררו מהחוזים, אם תתקבל הבקשה. זאת בניגוד לתחנות התדלוק מסוגן אשר שוחררו כולן על-ידי חברות "פז" ו"סונול". מנקדות ראותם של בעלי התחנות, יכול שתשאל השאלה מדוע תופלינה תחנות אלה לרעה לעומת תחנות התדלוק של "פז" ושל "סונול", ומדוע צריכים בעלי תחנות אלה לשאת בתוצאות מדיניותה של המבקשת אשר העדיפה, מטעמים שלא הובררו ואשר לא מן הנמנע שהעניקו לה בעבר יתרונות, להתקשר עם מספר גדול יותר של תחנות תדלוק בהסכמים שאינם הסכמי חכירה מקובלים.

על רקע גישתנו לעיל, לפיה השיקול המכריע לענייננו הוא השיקול של טובת הציבור וההגנה על התחרות, אנו סבורים שאין בשיקול השוויון המהותי, גם כשהוא נשקל מזווית ראייה זו - של בעלי התחנות - כדי למנוע את אישור חוזי הבלעדיות, ככל שיתברר שהציבור יצא נשכר מהמשך ההתקשרות עם תחנות אלה.

51. לאור אלה, אנו סבורים שעקרון השוויון המהותי לא יוכל לעמוד לזכות המבקשת כשלעצמו, אלא אם ייתמך בשיקולים שבטובת הציבור ובהגנה על התחרות בשוק הדלק.

52. מעבר לשיקולים העקרוניים דלעיל, ניצבת השאלה העובדתית הבסיסית, היא השאלה האם שחרור תחנות התדלוק נשוא הבקשה יפגע באופן משמעותי בכושר התחרות של "דלק" וברמת התחרות בשוק שיוק הדלק כולו. נראה, כי לפחות במועד הגשת הסדר דלק לאישור בית הדין, ולאור שחרורן לאלתר של 35 תחנות על-ידי המבקשת, תמך הממונה בעמדה לפיה השמירה על כושר התחרות של המבקשת ונקיטת שוויון מהותי בינה לבין מתחרותיה

מחייבת לאשר, ולו באופן חלקי, את הסכמי הבלעדיות של המבקשת עם 30 התחנות הנוספות. כך כתב ב"כ הממונה בבקשה לאישור ההסדר:

"התוצאה היא כי יישום הוראות ההסדר לגבי חברת דלק, משמעו כי התמורה שתעניק חברת דלק בהסדר, על דרך שחרור תחנות, גדולה לכאורה יותר מהתמורה שהעניקו החברות האחרות להסדר, מכל בחינה שהיא. ...

משמע, הסכמת הממונה לתמוך בבית הדין בבקשת חברת דלק לקבלת פטור להסדר כובל, לתקופות קצובות ותחומות, מטרתה לנהוג בחברת דלק מנהג שוויון מהותי".

(נספח ג' לתגובת הממונה לבקשה העיקרית, עמ' 19)

אולם עמדה זו של הממונה, השתנתה בהמשך ההליך ולאור הכרסום הניכר במספר ההסכמים שאישורם התבקש מבית הדין. אם בראשיתו של ההליך ביקשה דלק לאשר 22 הסכמים בינה לבין תחנות תדלוק, הרי שעד מועד כתיבת שורות אלה, ביקשה דלק את מחיקתן של 15 מהבקשות. לגבי תחנות אלה, עולה מעדותו של יהודה נצח, הכלכלן הראשי של המבקשת והמצהיר מטעמה, הגיעה "דלק" להסדרים חלופיים, אשר לא חייבו אותה לקבל את אישורו של בית הדין. מר נצח גם העיד, כי מבין 35 התחנות אשר שחררה המבקשת במסגרת הסדר דלק, רק 15 תחנות אינן קשורות עמה כיום בהסכמי אספקה. (פרוטוקול הדיון מיום 10.2.99, עמ' 19). עוד עולה מעדותו של מר נצח, כי בין השנים 1997 - 1999 (כולל) הקימה המבקשת 19 תחנות תדלוק חדשות, אשר עם כולן היא התקשרה בהסכמי שכירות ארוכי טווח (לתקופות של 20-25 שנה).

במהלך הדיון אף התברר, כי המבקשת נמצאת במגע עם מערכת התדלוק הממוחשב שלה גם ב - 20-22 תחנות התדלוק של חברת "גל", אשר נרכשה על-ידי הבעלים של המבקשת. (עמ' 63 לפרוטוקול הדיון מיום 10.2.99).

על אלה יש להוסיף, כי לא הובאו בפנינו נתונים באשר למספר תחנות התדלוק איתן התקשרה המבקשת מבין התחנות אשר "שוחררו" על-ידי חברות "פז" ו"סונול" במסגרת ההסכם עם הממונה, ואשר נוספו לרשת התחנות שלה.

53. התמונה העולה מנתונים אלה היא, כי נכון להיום, כאשר המבקשת מביאה לאישור בית הדין הסכמים עם 7 תחנות תדלוק בלבד, ובפועל מספר התחנות ש"איבדה" כתוצאה מהסדר דלק, עומד על 15 תחנות בלבד, לא ניתן עוד לומר כי פגיעתו של הסדר דלק במבקשת הנה קשה, במידה הפוגעת בתחרות בשוק שיווק הדלק ויוצרת חוסר שוויון מהותי עם חברות "פז" ו"סונול" המצדיק, כשלעצמו, את אישור הבקשות.

54. לנוכח נתונים אלה, שינה גם הממונה את עמדתו המקורית ביחס לנושא השוויון המהותי בין חברות הדלק והשלכתו על כושר התחרות של המבקשת. כך טען הממונה בסיכומיו בהליך זה:

"מטבע הדברים, במצב דברים מעין זה, קטן משקלן של הטענות הענפיות במאוד. יתרה מכך, ספק של ממש הוא אם ראוי ליתן את הדעת להיבט זה".

(עמ' 7 לסיכומי הממונה)

55. מסתבר שאף לגישת המבקשת, ספק אם היתה כלל פותחת בהליך זה, אילו דובר מלכתחילה במספר התחנות אשר עומד כיום בפני בית הדין. כך התבטא בנושא זה מר נצח:

"ש: כששלושים תחנות מגיעות לבית הדין, באותו מצב כדי לשמור על שוויון מהותי, ביקשתם לאשר את אותם הסכמים. היום עומדות בפני ביה"ד שתיים עשרה תחנות, האם עדיין השוויון המהותי, אותו שוויון מהותי שאתה מדבר עליו, מחייב לאשר את ההסכמים עם כל השתיים עשרה האלה, כששמונה עשרה, אני מזכירה, כבר בצד שלכם?

ת: אני חושב שאנחנו דנים עכשיו, התחלנו הליך מסוים, אנחנו דנים בהליך. עובדה היא, אם היינו מתחילים עם שתיים עשרה תחנות, אולי לא היינו מדברים על ההיבט הענפי".

(עמ' 23 לפרוטוקול הדיון מיום 10.2.99)

ובמהלך החקירה הנגדית הוסיף מר נצח:

"ש: כלומר הצורך בהדרגתיות שאתם כל כך קידשתם אותו, בעצם בפועל כבר קיבל ביטוי. ת: במידה מסוימת אתה צודק, עדיין אני סבור שההיבט הענפי עדיין משקלו כמובן הרבה יותר קטן, ויחד עם זה יש לכל תחנה הנסיבות המיוחדות שלה".

(שם, עמ' 67)

56. לסיכומו של נושא זה, לנוכח הנתונים המעודכנים שבפנינו, אין לייחס עוד כיום משקל של ממש לטענת הפגיעה בכושר התחרות של המבקשת ובעקרון השוויון המהותי, ועל כל פנים, אין בפגיעה זו כשלעצמה, כדי להצדיק את אישור הבקשות.

טענות מקדמיות

57. בפתח טענותיה העלתה "דלק" שתי טענות מקדמיות. הטענה המקדמית האחת, היא שלבעלי התחנות אין מעמד ואין זכות להתנגד לאישור הבקשות, בהיותם צדדים להסדרים נושא הבקשות. טענה מקדמית נוספת, היא, כי לפי לשונו של סעיף 2(א) לחוק, הפגיעה בתחרות הנשקפת, אם בכלל, מההסדרים נושא הבקשה, צריך שתבחן במישור התחרות שבין בעלי תחנות התדלוק ולא במישור התחרות שבין חברות הדלק.

מעמדו של צד להסדר כובל המתנגד לאישור ההסדר

58. הטענה המקדמית הראשונה, כאמור, היא שיש לדחות על הסף את התנגדויות התחנות לאישור ההסכמים. זאת בשל חוסר תום הלב המובנה בהתנגדויות, שבהן מתנגדים אלה, שחתמו על ההסכמים ונהנו מהתמורה שקיבלו עבור כך מ"דלק", מבקשים עתה להתנער מההתחייבויות שנטלו על עצמם מטעמים המבוססים כולם על אינטרסים כספיים אישיים, שבינם לבין רווחתו של הציבור אין דבר. המבקשת סומכת טענה זו על פסק דינו של כב' השופט טירקל בע"א 6222/97 **טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'**, (תקדין-עליון 98 (2) 18), אשר קבע, בדעת מיעוט, שיש לצמצם את מספרם של "הנבליים ברשות חוק ההגבלים העסקיים", אשר מנסים להשתחרר מחיוביהם על-פי החוזה בחוסר תום לב, על יסוד הטענה כי מדובר "הסדר כובל" ועל דברי כב' השופט אריאל בפסק הדין ברע"א 2059/98 **וולטה ייצוב קרקע בע"מ נ' P.R.S מדיטרניין בע"מ**, (תקדין-עליון 98 (3) 390), אשר הביע גם הוא הסתייגות מניסיונו של צד להסכם להתחמק מביצועו על יסוד הטענה כי מדובר בהסדר כובל.

59. איננו מקבלים טענה זו.

ראשית, חוות הדעת של כב' השופט טירקל בפסק הדין **טבעול** היתה חוות דעת מיעוט. חוות דעת זו לא היתה מקובלת על שופטי הרוב (כב' השופטים גולדברג ודורנר), אשר קבעו שההסכם בטל בהיותו הסדר כובל. השיקול המכריע בעניין זה, נקבע בדעת הרוב, הוא השיקול שבטובת הציבור, המחייב להימנע מלקיים הסדר כובל שלא אושר כחוק. זאת חרף אי הנחת העולה מכך שמימוש האינטרס הציבורי עשוי לאפשר לצד להשתחרר מחוזה עליו חתם לאחר שהפיק ממנו טובת ההנאה.

שנית, בפסקי הדין **טבעול וולטה** עליהם מבססת המבקשת את טענתה, דובר בסכסוכים חוזיים בתחום המשפט הפרטי, והם בוססו על עקרונות "חופש החוזים" ו"תום הלב" ביחסים שבין

צדדים לחוזה. לא זה המקרה בפנינו, שבו הנושא העומד לדיון הוא טובת הציבור, ולא סכסוך בין צדדים לחוזה. לעניין זה כבר נקבע בהחלטה בבקשה למתן היתרים זמניים שנתנה בראשיתו של ההליך הנוכחי: "כי בענייננו אין עסקינן במשפט הפרטי וגם לא בדיון אדוורסרי שעניינו 'ריב' בין שני צדדים. לאור כך דומה כי טענת המניעות הנטענת כלפי צד להסדר כובל על יסוד ההתחייבות החוזיות שנטל על עצמו, גם אם יש לה תוקף במשפט הפרטי, לא תחול בפני ערכאה זו". (ה"ע 470/98 **דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' תחנת דלק שחר בית חנן בע"מ ואח'**, סעיף 23 להחלטה מיום 22.10.98).

אם נדחתה (בדעת רוב) ההשקפה השוללת העלאת טענה לקיומו של הסדר כובל משיקולים שבטובת הציבור במישור המשפט הפרטי, מקל וחומר שיש לדחותה בדיון שלפנינו, המתמקד כולו במישור של טובת הכלל.

גם טענת המניעות, המבקשת למנוע טענה לבטלות ההסכם בשל היותו הסדר כובל ממי שהיה צד להסכם זה, אינה יפה למקרה שלפנינו. הדוקטרינה של המניעות נועדה לפקוד על בעל דין את עוון התנהגותו חסרת תום הלב, אשר עליה סמך הצד שכנגד ועל יסודה שינה את מצבו לרעה, במטרה למנוע בדרך דיונית, הענקת תרופה במישור המשפט המהותי. רציונאל זה אינו חל במקרה שלפנינו, שכן בירור הבקשה מתחייב משיקולים שבטובת הציבור, ואין לפקוד על הציבור כולו, שטובתו היא העומדת לדיון, את עוון התנהגותו של צד להסדר. מניעתו של צד להסדר הכובל להגיש התנגדות לבקשה, אמנם אינה מונעת מבית הדין לדון בבקשה. אולם היא עשויה לפגוע בהליך וביכולתו של בית הדין למצות אגב הבירור את מלוא ההיבטים הקשורים לאישור ההסדר. אכן, הצדדים המתייצבים לפני בית הדין, למעט הממונה, הם בד"כ גורמים אינטרסנטיים המונעים במידה רבה משיקולי רווח אישי. כך הדבר לגבי המתנגדים וכך גם לגבי מבקשי האישור. אולם בכך אין כדי לשלול את התועלת אשר עשויה לצמוח לציבור משמיעתם של הצדדים להסדר, המצויים בנושא ומודעים ליתרונותיו וחסרונותיו של ההסדר, לא רק מנקודת הראות האינטרסנטית שלהם, אלא גם מההיבט הציבורי.

רביעית, סעיף 8(ב) לחוק קובע: "הרואה עצמו נפגע מהסדר כובל, איגוד עסקי וכן ארגון צרכנים רשאים להגיש התנגדות" לבקשה לאישור ההסדר הכובל. משמע, הזכות להגשת התנגדות לבקשה לאישור הסדר כובל, הותנתה על-ידי המחוקק בתנאי אחד ויחיד - קיומה של פגיעה. המבקשת לא כפרה בכך שתנאי זה מתקיים במתנגדים, ועל כן איננו רואים כיצד ניתן למנוע מאלה את מימוש זכות ההתנגדות שהוענקה להם בחוק.

60. לאור כך אנו דוחים את הטענה בדבר העדר מעמד למתנגדים בהליך זה.

מישור הפגיעה בתחרות: תחרות בין תחנות התדלוק או בין חברות הדלק

61. הטענה המקדמית השנייה שהעלתה המבקשת, היא כי מלשוננו של סעיף 2(א) לחוק עולה, כי הסעיף מכוון לאסור על הסכמים בהם צד להסדר מגביל את עצמו, "באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר ... או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר". במקרה שלפנינו, טוענת המבקשת, תחנות התדלוק הן שמגבילות את עצמן ביחס לזהות ספק הדלקים עמו יעסקו. הגבלה זו שנוטלות על עצמן תחנות התדלוק אינה פוגעת בתחרות בין לבין חברות הדלק, שכן חברות הדלק ותחנות התדלוק אינן נמצאות באותה חוליה בשרשרת הייצור והן אינן מתחרות אלה באלה. מגבלה זו פוגעת, לפי הטענה, בתחרות בין תחנות התדלוק - המגבילות עצמן - לבין תחנות תדלוק אחרות. מכאן עולה, טוענת המבקשת, כי זירת התחרות הרלוונטית, במסגרתה יש לבחון את הפגיעה בתחרות הכרוכה בהסדרי הבלעדיות שלפנינו, היא זירת התחרות בין תחנות הדלק, ולא זירת התחרות שבין חברות הדלק.

62. טענה זו שגויה ממספר היבטים :

טענה זו של המבקשת איננה מבחינה בין הגדרת ההסדר הכובל, הקבועה בסעיף 2 לחוק, לבין השיקולים הנוגעים לאישור ההסדר, הנגזרים מהשפעתו של ההסדר הכובל על טובת הציבור, הקבועים בסעיפים 9 ו-10 לחוק. לשון אחר, 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.

בסעיפים 9 ו-10 לחוק נקבע, שבית הדין יחליט לאשר הסדר כובל אם הוא סבור שהדבר לטובת הציבור. אין בסעיף כל רמז להגבלת שיקוליו של בית הדין, בעת שהוא בוחן את טובת הציבור, למישור הצר שהפגיעה בתחרות בו, משמשת עילה להחלת ההגדרה הסטטוטורית על ההסדר.

הטענה גם אינה עולה בקנה אחד עם תכלית החקיקה. הגדרת ההסדר הכובל על-פי החוק אמנם איננה דורשת שכל הצדדים להסדר יגבילו עצמם בתחרות והיא מסתפקת בכך שצד אחד בלבד מבין הצדדים להסדר ייטול על עצמו מגבלה כזאת. אולם, צמצום זה של יסודות ההגדרה נועד להרחיב את תחולתה של ההגדרה ולהחילה גם על הסדרים שבהם רק צד אחד להסדר נוטל על עצמו מגבלה בתחרות. שיטתה הפרשנית של המבקשת עושה בהגדרה שימוש הפוך, שכן היא מבקשת לנצל את צמצום יסודות ההגדרה, צמצום אשר נועד להרחיב את תחולתה, כדי לצמצם את שיקוליו של בית הדין בבואו לבחון את אישור ההסדר.

השפעתה של מגבלה שנטל על עצמו צד להסדר אנכי תתבטא תמיד בתחרות בינו לבין אחרים שאינם צדדים להסדר. שהרי זה טיבו של הסדר אנכי, שהצדדים להסדר נמצאים בחוליות שונות בשרשרת הייצור והם אינם מתחרים זה בזה. ואולם פן נוסף של אותה מגבלה בא לידי ביטוי ביתרון הצומח ממגבלה זו לצד האחר להסדר - שלא נטל על עצמו מגבלה -

בתחרות בינו לבין אחרים שאינם צדדים להסדר הכובל. למשל, הסדר כובל שבו מבטיח לעצמו הספק (שלא נטל על עצמו מגבלה על-פי ההסדר) בלעדיות על צינורות השיווק, עשוי לפגוע בתחרות בין אותו ספק לבין ספקים אחרים. חשש זה, הנוגע להשפעתו האופקית של ההסדר על מתחריו של הספק, הקושר אליו בהסכמים בלעדיים את המפיצים וחוסם את הגישה למפיצים אלה בפני ספקים אחרים, הוא החשש העיקרי הכרוך בהסדרי בלעדיות. כך נאמר בנושא זה בספרו של Areeda :

“Nevertheless, the antitrust concern with exclusive dealing is predominantly ‘horizontal’ in that we worry mainly about the impact of exclusive dealing on rivals of the manufacturers”.

(Areeda & Hovenkamp, **Antitrust Law** (1978), Vol. XI p. 4, para. 1800)

פרשנותה של המבקשת מתעלמת מהשלכותיו של ההסדר הכובל על התחרות בין הצדדים שלא הגבילו עצמם על-פי ההסדר לבין אחרים ומההשלכות האופקיות של הסדרי כובלים אנכיים על השווקים שבהם פעילים צדדים אלה. הוצאתה של פגיעה מרכזית זו הכרוכה בהסדרי כובלים אנכיים מגדר שיקוליו של בית הדין בדונו בבקשה לאישור ההסדר, הנה בלתי סבירה ונוגדת בעליל את תכלית החקיקה, המחייבת התחשבות במלוא השפעותיו של ההסדר הכובל על טובת הציבור.

הסכמי בלעדיות - רקע ומשפט משווה

63. הסכמי בלעדיות מהסוג שבפנינו, בהם מתחייב הקמעונאי לבצע את מלוא רכישותיו אצל ספק מסוים (Requirement Contract) או לא לקנות את המוצרים נשוא ההסכם מכל ספק אחר זולת הספק אותו הוא מתקשר, (Exclusive Purchasing) מוכרים בדיני התחרות בשיטות המשפט הנוהגות בארה"ב ובאירופה כהסדרי העשויים לפגוע בתחרות. החשש העיקרי מהתחייבות מסוג זה, הוא לחסימת הגישה של ספקים אחרים, במיוחד ספקים חדשים, לערוצי ההפצה, באופן שספק חדש שירצה לחדור לשוק יהיה חייב לשאת בעלויות הכבדות של הקמת רשת הפצה עצמאית משלו, וכן מפני "הקפאת" השוק באופן המסכל את פעולתם החופשית של כוחות השוק. כך למשל, התקשרות של מפיץ בהסכם בלעדיות לתקופה של חמש שנים עם ספק א', מונעת ממפיץ זה להתקשר בתקופת ההסכם עם ספק ב', אשר בפרק זמן זה התייעל ומציע למפיץ מוצר טוב יותר בתנאים נוחים יותר.

עמד על כך, Kintner בספרו **Federal Antitrust Law** :

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

(Vol. IV sec. 10:75)

כך גם קובעים Areeda & Hovenkamp בספרם לעיל:

“The most frequently given rationale condemning exclusive dealing arrangements is that they limit the access of upstream rivals to downstream firms, thus reducing upstream competition and creating or perpetuating lower outputs and higher prices”.

(Vol XI p. 60)

בפסק הדין בעניין 3 CMLR 684 [1979] **Atka A.S v. BP Kemi DSDF** התייחס לנושא זה בית המשפט לצדק של הקהילייה האירופאית:

“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”.

(p. 699-700)

64. דיון נרחב הוקדש בספרות ובפסיקה להשפעתם של הסכמי בלעדיות הנערכים, כמו במקרה שלפנינו, בין חברות דלק לתחנות תדלוק.

פסק הדין המנחה בנושא זה במשפט האמריקאי הוא פסק דינו של בית המשפט העליון של ארה"ב בעניין **STANDARD OIL CO. OF CALIFORNIA AND STANDARD**

STATIONS, Inc. v. UNITED STATES, (337 U.S. 293) שבו התייחס בית המשפט להסכמים לרכישת מלוא הדרישה בין תחנות תדלוק לחברת דלק. באותו פסק דין נקבע שהסכמים מסוג זה מסייעים לספקי הדלק המבוססים לשמר את מעמדם בשוק ומונעים או מקשים על כניסה של מתחרים חדשים לשוק. כלשונו של בית המשפט:

“... It would not be farfetched to infer that their effect has been to enable 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”.

(p. 309)

Monopolies and Mergers Commission: - בדו"ח הועדה למיזוגים ומונופולים האנגלית - **The Supply of petrol in United Kingdom by Wholesale**, (feb, 1990) נקבע בנושא זה:

“Long-term agreements would tend to make market shares rigid, increase difficulties for new suppliers trying to enter the market, and also increase the opportunities for suppliers to control the retailers’ trade more strictly”.

(p. 291)

מאידך, קיימת בספרות ובפסיקה הסכמה רחבה גם באשר ליתרונות העשויים להיות כרוכים בהסכמים מסוג זה ובהם: הבטחת רציפות האספקה של המוצר נשוא ההסכם; צמצום הוצאות ההפצה והוצאות העסקה הכרוכות במקטע השיווק; אפשרות לתכנון כלכלי לטווח ארוך הן מצד המפיץ והן מצד הספק; ניצול היתרונות לגודל של הספק לשיפור מערכת ההפצה וחסכון בהוצאות, בכלל זה חסכון בהוצאות החזקת מלאי; הבטחת הרוכש מפני תנודות במחירי המוצר ועוד.

בית המשפט העליון של ארה"ב עמד על יתרונות אלה, בפסק הדין בעניין **STANDARD OIL** הנזכר לעיל:

“Requirements contracts, on the other hand, may well be of economic advantage to buyers as well as to sellers, and thus indirectly of advantage to the consuming public. In the case of the buyer, they may assure supply, afford protection against rises in price, enable long-term planning on the basis of known costs, and obviate the expense and risk of storage in the quantity necessary for a commodity having a fluctuating demand. From the seller's point of view, requirements contracts may make possible the substantial reduction of selling expenses, give protection against price fluctuations, and of particular advantage to a newcomer to the field to whom it is important to know what capital expenditures are justified offer the possibility of a predictable market”.

(**Ibid**, p. 306-307)

גם הנציבות האירופאית הכירה ביתרונות אלה בתקנה 1984/83 הנזכרת לעיל:

this in defined agreements purchasing exclusive the “Whereas
in improvement an to general in lead Regulation
the plan to supplier the enable they whereas distribution;
longer a for and precision greater with goods his of sales
be will requirements reseller's the that ensure and period
agreement; the of duration the for basis regular a on met
of them to risk the limit to parties the allows this whereas
distribution lower to and conditions market in variations
costs;”.

(Section 5 of the preamble)

65. שיקול מרכזי בהערכת השפעתם של הסכמי בלעדיות על התחרות וטובת הציבור קשור למבנה השוק ומאפייניו. לעניין זה נודעת חשיבות רבה לריכוזיות השוק, דהיינו מספרן של הפירמות הפועולות בשוק, כוח השוק שלהן, היקפם של הסדרי הבלעדיות מאותו סוג הנוהגים בשוק וחסמי הכניסה העומדים בפני פירמות חדשות המבקשות להיכנס לשוק. שוק בעל מבנה ריכוזי, כמו שוק אוליגופוליסטי, וחסמי כניסה טמירים, עשוי להגביר את הפוטנציאל המזיק הטמון בהסדרי הבלעדיות.

עמדה על כך המלומדת Valentine Korah בספרה **Exclusive Distribution and the E.E.C. Competition Rules** (2nd ed. Sweet and Maxwell, 1992)

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

(p. 11)

התייחס לנושא זה גם המלומד Kintner בספרו הנזכר :

“...The Commission Applied a Rule of Reason and determined
that a proper analysis of the legality of exclusive dealing
must “take into account market definition, the amount of
foreclosure in the relevant markets, the duration of the
contracts, the extent to which entry is deterred, and the
reasonable justifications, if any, for the exclusivity”.

(**Ibid**, Vol. VII, 44)

66. על רקע זה, נבחנים הסכמי בלעדיות אנכיים במשפט האמריקאי לפי מבחן הסבירות (Rule of Reason), אשר בוחן, בכל מקרה לגופו, את יתרונותיהם של ההסכמים אל מול פגיעתם בתחרות. (ראה: **Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.** 365 U.S. 320 (1961) וכן: **ABA Antitrust Law Developments** (4th Ed., 1997, Vol I, p. 222-224).

במשפט הקהילייה האירופאית ובמשפט האנגלי נקבעו כללי התנהגות מיוחדים, המסדירים את תקופות הבלעדיות המותרות בהתקשרויות בין חברות דלק לתחנות תדלוק, עליהם נעמוד בהמשך.

הסכמי בלעדיות במשפט הישראלי

67. במשפט הישראלי נופלים הסכמי בלעדיות אנכיים חד-צדדיים, בהם מתחייב אחד הצדדים להסכם (המפיץ) לרכוש את כל צרכיו מהצד השני להסכם (הספק) ולא מאחר זולתו, בגדרו של סעיף 2(ב)(3) לחוק, בהיות הכבילה שבהם נוגעת ל"חלוקת השוק, כולו או חלקו, ... לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו." (ראה: ה"ע 491/98 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, (טרם פורסם)). הסדרים הנופלים בגדרו של סעיף 2(ב) לחוק, וכזה הוא ההסדר שבפנינו, מוחזקים על-ידי המחוקק כהסדרים הפוגעים בתחרות. (ראה פסק הדין בעניין **טבעול** הנזכר לעיל).

68. לפיכך, נקודת המוצא בבחינת הבקשה לאישור ההסדר, היא כי מדובר בהסדר הפוגע בתחרות. זו נקודת המוצא בבחינתו של כל הסדר כובל, קל וחומר הסדר אשר מוחזק, מכוח סעיף 2(ב) לחוק, כפוגע בתחרות.

69. עם זה בבואנו לשקול את הבקשה לאשר את ההסדר עלינו לבחון, על-פי מצוות המחוקק, את כלל השפעותיו של ההסדר על התחרות וטובת הציבור, ולאשר את ההסדר אם הדבר לטובת הציבור.

מאזן התועלות והנזקים הכרוכים בהסדר

70. יישום המבחן הקבוע בחוק לאישור ההסדר הכובל, מחייב עריכה של מאזן התועלות והנזקים הטמונים בהסדר מבחינת טובת הציבור, תוך בחינת השאלה האם מתקיים בהסדר זה התנאי הקבוע בחוק, הדורש שהתועלות הכרוכות בהסדר תעלנה, ובאופן ממשי, על נזקיו.

התועלות הכרוכות בהסדר לציבור

71. נפתח בצדו החיובי של המאזן. במסגרת זו נבחן את התועלות לציבור הכרוכות בהסדרי הבלעדיות שלפנינו על רקע היתרונות המאפיינים, על-פי הספרות והפסיקה, הסדרי בלעדיות כאלה בדרך כלל, ותוך בחינת טענותיהם של "דלק" ושל הצדדים האחרים בנושא זה.

התמחות, יתרונות לגודל ויתרונות רשת

72. מומחי שני הצדדים סברו שחברת "דלק" נהנית מיתרונות לגודל (Economies of Scale).

לא הוכח בפנינו ש"דלק" נהנית מיתרונות לגודל, במובן זה שההוצאות המשתנות הממוצעות פוחות עם גידול התפוקה. עם זה, אנו מוכנים להניח ש"דלק" נהנית מיתרונות מסוימים לגודל במובן זה, שההוצאות בהן היא נושאת לשם הקמת תחנות תדלוק ושיווק הדלקים נמוכות מהוצאותיהם של יזמים אחרים שעיסוקם העיקרי אינו בשיווק דלקים והקמת תחנות תדלוק. יתרונות אלה מושגים עקב כך שהחברה מקימה מספר רב של תחנות ומשווקת דלקים בהיקפים גדולים, מה שמקנה לה התמחות וידע בהקמת תחנות דלק, שהוא תהליך מורכב וממושך, כמו גם בהפעלתן של התחנות ובשיווק הדלקים. ידע זה אינו מצוי, ברוב המקרים, אצל יזמים פרטיים. היתרונות לגודל מהם נהנית החברה מאפשרים לה הקצאה יעילה יותר של גורמי הייצור והוזלת העלויות השונות בהן היא נושאת, הן בהקמת התחנות והן בהפעלתן, בכלל זה, הוצאות מימון ההשקעה, ייעוץ טכני/הנדסי ומשפטי, שיווק, הפצה והוצאות אחרות.

מקובל עלינו גם שהסכמי הבלעדיות מאפשרים לחברות הדלק להרחיב את היקף שיווק הדלקים ולהגדיל את מספר תחנות התדלוק המוקמות על ידן. לאור כך, ניתן לראות ביתרונות לגודל הנוכחים, כיתרונות הכרוכים בהסכמים אלה.

73. מבחינת טובת הציבור, מאפשרים יתרונות אלה לשפר את השירות לציבור ולהוזילו. עם זה, עולה השאלה האם יתרונות אלה מגיעים בסופו של דבר גם לציבור הרחב. שאלה זו עולה במשנה תוקף לאור המבנה האוליגופוליסטי של השוק, אותו מחזקים הסכמי הבלעדיות, המקשה על התפתחות תחרות בין הפירמות המעטות השולטות בשוק. גם סקר מנהל הדלק, אליו נתייחס בהמשך, מצביע על העדר תחרות בין חברות הדלק הותיקות במחירי הדלק. ככל שמדובר בתחנות הכבולות, שהוא הנושא העומד לדיון לפנינו, מחיר הדלק הנגבה על-ידי החברה מהתחנות, מותיר בידן מרווח שיווק צר, המקשה עליהן להוזיל את מחיר הדלק הנמכר לציבור. פרט להצעה, הבלתי מעשית (בשל אי כדאיותה לבעלי התחנות), להשתתף עם תחנות התדלוק במחצית שיעור ההנחות שתינתנה על ידן לציבור, לא שמענו על כל יוזמה של המבקשת לפעול להוזלת מחירי הדלק לצרכן.

חלוקת סיכונים

74. כל המומחים שהעידו לפנינו הסכימו שחברת דלק נהנית, לאור מספר התחנות הגדול עמן היא קשורה, מיתרון על פני בעל תחנה בודד, הנובע מפיזור הסיכונים הכרוכים בהשקעה בהקמת תחנות תדלוק.

75. הסיכון הכרוך בהשקעה בתחנת דלק נובע, על-פי טענת "דלק", מכך שכדאיות ההשקעה מבוססת על תחזית הביקוש הצפוי לדלק באותה סביבה וזו תלויה במכלול של נתונים וגורמים סביבתיים הכרוכים באי ודאות. בכלל זה: שינויים במערכות הכבישים, אי ודאות לגבי התחרות הצפויה באזור כתוצאה מהקמת תחנות דלק נוספות בעתיד, אי ודאות לגבי היקף התנועה בקרבת התחנה לאורך השנים, פיזור האוכלוסייה וכיוצא באלה נתונים

העשויים להשפיע על כדאיות ההשקעה בהקמת התחנה. סיכון זה נמוך, לפי הטענה, לגבי חברת דלק הקשורה עם מספר רב של תחנות ואשר יכולה לפזר את הסיכון על פני כל התחנות עמן היא קשורה, מהסיכון העומד בפני בעל תחנת דלק בודד.

76. מצב דברים זה, טוען פרופ' מילר, המומחה הכלכלי מטעם המבקשת, מעמיד בפני היזם הבודד המשקיע בהקמת תחנת דלק סיכון גבוה מזה העומד בפני חברת הדלק. מסיבה זו היא בעל תחנת דלק בודד מוכן לבצע השקעות נמוכות מאלה שתהיה מוכנה לבצע חברת הדלק כדי להצדיק את ההקמה. במקומות בהם הסיכון שנושאת ההשקעה גבוה יחסית, עשוי הפער בסיכונים העומדים בפני המשקיעים להביא לכך שחברת דלק תהא מוכנה לבצע את ההשקעה, בעוד שיזם פרטי יימנע מכך. לפיכך, טוענת המבקשת, יתרון של חברות הדלק בחלוקת הסיכונים על פני משקיעים אחרים, יביא להגדלת ההשקעה בהקמת תחנות תדלוק, ככל שהקמתן של תחנות אלה תבוצע בידי חברות הדלק, דבר המתאפשר עקב הסכמי הבלעדיות.

77. בעקרון, מקובלת עלינו הטענה כי "דלק" נהנית מיתרון על פני בעל תחנה בודד, הנובע מסיכון נמוך יותר בהשקעה בהקמת תחנות דלק. יתרון זה נובע ממספרן הרב של התחנות עמן היא קשורה, כאשר שינויים בלתי צפויים לגבי תחנת תדלוק אחת, סביר שיתקזזו עם שינויים בכיוון ההפוך אשר יתרחשו לגבי תחנות תדלוק אחרות, ואשר יפצו את החברה על הפסדיה בתחנה הראשונה. באופן כזה יכולה חברת הדלק לפזר את הסיכונים שבהשקעות על פני תחנות תדלוק רבות ולהוזיל את הוצאותיה בהקמת התחנות, דבר שאיננו אפשרי לגבי היזם הבודד.

78. עם זה, חשוב לציין שחרף יתרון זה שבפיזור הסיכונים העומד לזכותה, חברת הדלק איננה נוטלת על עצמה באמצעות הסכמי הבלעדיות את מלוא הסיכונים הכרוכים בהשקעה בהקמת תחנת התדלוק. נכון הדבר שהחברה מחזירה את השקעתה מתוך הרווחים הצומחים ממכירות הדלק בתחנה, ובכך היא נוטלת על עצמה סיכון מסוים, שכן ירידה במכירות תצמצם את הכנסותיה, דבר העשוי לפגוע גם בהחזר ההשקעה. עם זה, יש לזכור שחברת הדלק נוטלת את חלקה ממכירות התחנה, בכל מקרה, גם אם התחנה אינה רווחית או שרווחיה מועטים. בשותפות רגילה נושאים השותפים בהשקעה גם בסיכונים הכרוכים בהפסדים או ברווחיות מועטה של העסק. במנגנון זה של הסכמי בלעדיות, לעומת זה, מוגבל חלקה של חברת הדלק בסיכונים אלה לצמצום היקף המכירות של התחנה. אולם גם במצב שבו מצטמצם היקף המכירות, תוסיף חברת הדלק לגבות את חלקה מהתמורה המתקבלת ממכירות הדלקים בתחנה, ובאותו שיעור, זאת ללא קשר למידת רווחיותה של התחנה ויכולתה לעמוד בהחזר ההשקעה. מכאן שפיזור הסיכונים הנעשה באמצעות הסכמי הבלעדיות הוא חלקי, ואין בו כדי להעביר אל חברת הדלק את מלוא הסיכונים הכרוכים בכישלון ההשקעה.

79. בנושא זה גם יש להבחין בין הסכמי בלעדיות שעניינם המרכזי בחלוקת סיכונים או בקנייתם, לבין הסכמים שבהם מהווה נושא הסיכון מרכיב משני בעסקה. לגבי ההסכמים מהסוג הראשון, כמו הסכמי אחזקה של ציוד מכני מורכב או ביטוח רפואי, אין חולק על היתרון הכרוך מבחינה זו בהסכמי בלעדיות. כך נכתב בנושא זה בספרו של Areeda:

“Exclusivity is an essential part of many contracts calling for a provision company to take care of future but uncertain needs. A good example is an annual service contract on a complex piece of equipment. ... By such an agreement the service organization assumes the risk of frequency and cost of repairs. ... another good example is a health insurer's promise to pay for all of an individual's or family's anticipated health care needs for a fixed annual premium”.

(Ibid, Vol XI, p. 140)

80. אולם הסכמי הבלעדיות שלפנינו אינם נמנים על סוג זה של הסכמים, שעניינם המרכזי בקניית סיכון. ניתן אמנם להכיר ביתרון של חלוקת הסיכונים גם לגבי הסכמי בלעדיות שאינם הסכמים מובהקים של קניית סיכון. אולם שיקול זה נוהג, ככלל, בעיקר לגבי שווקים שהמסחר בהם כרוך באי וודאות. (ראה Areeda, בעמ' 128).

81. במקרה שלפנינו לא שוכנענו כי שוק שיווק הדלק הקמעונאי מתאפיין, ככלל, באי וודאות וכרוך, על רקע זה, בסיכונים מיוחדים. דומה שהקמת תחנת תדלוק, היא במרבית המקרים השקעה רווחית, שאיננה מעמידה בפני המשקיע סיכונים גדולים. על כל פנים, לא הוצגו לפנינו ראיות של ממש בדבר סיכון מוגבר הכרוך בהקמת תחנות דלק. גם פרופ' אקשטיין הסכים במהלך חקירתו, שהסיכון הכרוך בהשקעה בהקמת תחנות דלק אינו חריג בהשוואה לסיכונים הכרוכים בהשקעות אחרות. מר נצח הציג בתצהירו 5 דוגמאות לתחנות תדלוק שתחזיות מכירות הדלק בהן התבררו לאחר הקמתן כבלתי מציאותיות. אולם רק באחד המקרים הביאה צניחת המכירות לסגירת התחנה (תחנה ב'). במקרה אחר (תחנה ד') דובר בנסיגה זמנית בהיקף המכירות, ובאף מקרה לא נטען שהפער בין רמת המכירות החזויה לבין רמת המכירות בפועל הביא לכך שבדיעבד הסתבר כי ההשקעה בהקמת התחנה היתה בלתי כדאית.

82. בהקשר זה נודעת חשיבות גם למספרן של תחנות התדלוק הפועלות בישראל ורווחיותן. “דלק” טוענת, כאמור, שיתרון היחסי של חברות הדלק בפיזור הסיכונים והחסכון בהוצאות המושג עקב כך מביא להגדלה של מספר תחנות התדלוק המוקמות, כאשר

ההקמה מתבצעת על-ידי חברות הדלק. זאת, לפי הטענה, משום שקיימים מקרים בהם ההשקעה בהקמת התחנה אינה כדאית, מבחינת ההוצאות (בכלל זה מרכיב הסיכון) הכרוכות בכך ליזמים פרטיים, שאינם מתמחים בתחום זה. במקרים אלה, נטען, רק חברת דלק, הנהנית מרמת הוצאות נמוכה עקב יתרונות הגודל ההתמחות ופיזור הסיכונים, תוכל לבצע את ההשקעה בצורה רווחית. אולם מסקנה כזאת מחייבת להניח שקיימת רוויה במספרן של תחנות התדלוק בישראל וברווחיותן, באופן שהקמת תחנות חדשות נוספות מותנית, ולו באופן חלקי ובמקומות עתירי סיכון, בהפחתת ההוצאות הכרוכות בהקמה ליזם פרטי, שאינו מתמחה בתחום זה. טענה זו לא הוכחה, והיא אף אינה עומדת בקנה אחד עם טענתה של "דלק" לפיה מספרן של תחנות התדלוק בישראל קטן מדי.

83. שאלה נוספת העולה בהקשר זה היא מדוע חייבת מכירת הסיכון (החלקית) על-ידי בעל התחנה להתבצע דווקא על דרך של הסכם בלעדיות. הסכם כזה אמנם מאפשר לבעל התחנה לשתף את חברת הדלק בסיכון הכרוך בהקמת התחנה, וזה על-ידי כריכת התמורה עבור ההשקעה בהיקף מכירות הדלק בתחנה. אין גם ספק כי מדובר באמצעי נוח ויעיל לשיתוף חברת הדלק בסיכון הכרוך בהשקעה. אולם לדעתנו קיימות שיטות אחרות, גם אם נוחות ואולי אף יעילות פחות, להשגתה של מטרה זו. כך, למשל, ניתן לקבוע שהתמורה לחברת הדלק עבור השקעתה בתחנה תקבע בהתאם להיקף מכירות הדלקים בתחנה, בלא להקנות לחברת הדלק בלעדיות על הספקת הדלק לתחנה.

84. המסקנה העולה מכל אלה, היא שהסכמי הבלעדיות אמנם מאפשרים לחברות הדלק לצמצם את הסיכונים הכרוכים בהשקעה בהקמת התחנות, ובדרך זו להוזיל את הוצאותיהן. עם זה, משקלו של יתרון זה במאזן הכולל של היתרונות והחסרונות הכרוכים בהסכמי הבלעדיות לציבור, קטן מזה הנטען על-ידי המבקשת. מעבר לאלה, עולה גם כאן, כמו לגבי היתרונות האחרים שעניינם בחסכון בהוצאות, השאלה עד כמה נהנה הציבור מיתרונות אלה.

הבטחת החזר ההשקעות בהקמת תחנות דלק חדשות

85. תרומה חשובה של הסכמי הבלעדיות לטובת הציבור, מתבטאת לטענת המבקשת, בכך שהם מעודדים הקמת תחנות תדלוק על-ידי המבקשת, על-ידי הבטחת התמורה להשקעותיה בתקופות הבלעדיות, שבהן מובטחת ל"דלק" רכישת מוצריה על-ידי תחנות התדלוק. בלא הסכמי הבלעדיות, טוענת המבקשת, "כמות התחנות המוקמת תהיה קטנה יותר, ו/או עיקר התחנות שתוקמנה תהינה בבעלות חברות הדלק."

לפיכך, טוענת "דלק", כבילת הבלעדיות נדרשת כדי להבטיח הקמת תחנות תדלוק חדשות. האפשרות של הקמת תחנות תדלוק חדשות באמצעות מקורות מימון אחרים, טוענת "דלק", אינה אפשרות ריאלית, ולראיה היא מצביעה על כך שבפועל כל תחנות הדלק, גם

לאחר הרפורמה, הוקמו על-ידי חברות דלק, ובשום מקרה הן לא הוקמו באמצעות גיוס הון ממקורות אחרים.

כך טען פרופ' מילר בחוות דעתו :

"עיקר הטיעון בצורך לחוזים ארוכי טווח עם תחנות הדלק העצמאיות (שלא בבעלות החברה) הוא שחברת הדלק משקיעה סכומים שבשווי ערך היום בין חצי מיליון למיליון דולר לתחנה. ... הרווח היחיד שצפוי לחברת הדלק כתוצאה מהשקעתה בתחנה, הוא ממכירת מוצריה היא באותה תחנת דלק. לפיכך, תקופת החוזה היא המבטאת את הרווח הצפוי לחברה, בעת חתימת החוזה, ובהתחשב בעובדה שחברת הדלק לקחה על עצמה כמעט את כל הסיכון העסקי בתחנה. ... הדרך היחידה שבה חברת הדלק רואה רווחים מהתחנה היא דרך מכירת דלקים לאותה תחנה. העובדה שהמיזם המשותף (Joint Venture) איננו בבעלות משותפת, אלא רק בבעלות של היזם, מחייבת את חברת הדלק לחתום על חוזה לטווח ארוך כדי לאפשר לה לקבל רווח על ההשקעה בתנאי הסיכון הנצפים בעת ההשקעה".

86. על גישה זו חולקים הכלכלנים פרופ' אקשטיין ומר פרלמן. לדעתם :

"אין להצדיק קיום חוזים המגבילים את התחרות בכך שהם מתבססים על היקף השקעות מסוים. ... קשה במיוחד לקבל את טענתה של חברת דלק, כאילו אי-אישור הסדרים מעין אלה ייפגע בהשקעות ובפריסה הארצית של תחנות דלק. הסיבה לכך שהשקעה היא פעולה פיננסית שקל יחסית לקבוע עבורה תשלומים תקופתיים ותשלומים חד-פעמיים במשך ההתקשרות וכן עם סיומה. הניסיון להשתמש בעובדה שבעבר נעשתה השקעה תמורת בלעדיות על-מנת להצדיק קיומו של הסדר כובל הפוגע בציבור, נוגד עקרונית את הגישה הכלכלית הבסיסית לפיה תחרות מבטיחה רווחה מירבית לציבור".

בעדותו בבית הדין הוסיף פרופ' אקשטיין בנושא זה :

"... להחזיר השקעה באמצעות של הסדר כובל, יש לזה פגיעה מעבר לענף הדלק. כי אם אנחנו נאפשר בגלל החזר השקעה ללא שום תמורה לציבור לאפשר קיומו של הסדר שגורם להקטנת התחרות, אז נתתי את הדוגמא של תנובה. כלומר זה כשלעצמו לא יכול להיות כיוון...".

(עמ' 117 לפרוטוקול מיום 18.4.99)

זו היתה גם דעתו של פרופ' לבהרי, אותה הוא הסביר בעדותו בתיק הי"ע 462/93 (דור אנרגיה):

"... עכשיו מה ביחס להשקעה שעושה תחנת הדלק? - חברת הדלק, סליחה. אני אומר שהייתי רוצה שההסדר היותר נפוץ שרוב ההשקעות בתחנות הדלק ייעשו על-ידי הבעלים עצמם בכלל. ואין בעיה לקבל מימון לדבר כזה שחברת הדלק נותנת לקבל אותה מהמערכת הבנקאית ואז ההסדר הוא יותר נפוץ. אבל החיים הם מראים לנו שבהרבה מאוד מקרים מי שעושה את צורת המימון הזו היא דווקא חברת הדלק.

...

כ.ה.עדיאל: ואז נוצר הקשר מבחינה כלכלית כפי שאדוני רואה את זה, זה רצוי או רצוי לנתק את הקשר הזה? אני אומר שרצוי לנתק את הקשר הזה בצורת המימון".

(עמ' 19 פרוטוקול העדות מיום 22.6.97)

87. ככלל, אנו מקבלים את הטענה שהסדרי בלעדיות מעודדים חברות דלק להקים תחנות דלק. מקובל עלינו גם שטכניקה זו מאפשרת לחברת הדלק להבטיח את התמורה בגין השקעתה בצורה טובה ואולי אף יעילה יותר מאשר בדרכים אחרות. זו גם הגישה במשפט הקהילייה האירופאית כפי שבאה לידי ביטוי בתקנה 1984/83. כך נקבע בסעיף 15 למבוא לתקנה:

"Whereas the commercial and financial advantages conferred by the supplier on the reseller make it significantly easier to establish, modernise, maintain and operate premises used for the sale and consumption of drinks and service stations".

ובסעיף 17 למבוא לתקנה זו נקבע:

"Whereas the advantages produced by beer supply agreements and service-station agreements cannot otherwise be secured

to the same extent and with the same degree of certainty;
whereas the exclusive purchasing obligation on the reseller
and the non-competition clause imposed on him are
essential components of such agreements and thus usually
indispensable for the attainment of these advantages...".

88. עם זה, איננו מקבלים את דעתו של פרופ' מילר, כי הקמת תחנות תדלוק בתמורה להסכמי בלעדיות היא "הדרך היחידה שבה חברת הדלק רואה רווחים מהתחנה" ועל כן היא "מחייבת את חברת הדלק" לחתום על חוזה בלעדיות. טענה זו מבוססת על המתכונת של חוזה ההתקשרות נשוא הדיון. אך העובדה שכך נעשה על-פי החוזים הקיימים, אין משמעה שזו היא הדרך היחידה להבטיח את החזר ההשקעות של חברות הדלק בהקמת התחנות.

89. לדעתנו, אין מניעה להקים תחנות תדלוק תוך מימון ההשקעה בדרכים אחרות, שלא באמצעות הסכמי בלעדיות, או אף שלא באמצעות חברות הדלק. כאשר מדובר בהשקעה רווחית, וכאלה הן ההשקעות בהקמת תחנות תדלוק, אין לראות סיבה מדוע לא יהיה ניתן לגייס השקעות כאלה מגורמים אחרים, שאינם חברות דלק. העובדה שבפועל ההשקעות בהקמת תחנות דלק מתבצעות רק על-ידי חברות הדלק איננה מעידה על כך שזו הדרך היחידה לגיוס השקעות לשם הקמת תחנות תדלוק. מסתבר שתופעה זו מוסברת בנכונותן של חברות הדלק לשלם לבעלי התחנות עבור הזכות להפיץ את מוצריהן בתחנות, תמורה גבוהה יותר מזו שמוכנים להציע יזמים אחרים, או לדרוש עבור ההשקעה בהקמת התחנות תמורה נמוכה יותר מהתמורה שתידרש על-ידי משקיעים אחרים. נכונות זו מוסברת בכדאיות הגבוהה יותר הכרוכה בהשקעה זו מבחינתן של חברות הדלק, הנובעת, בחלקה, מהיתרונות לגודל, מומחיות ופיזור הסיכונים מהם נהנות חברות אלה על פני יזמים אחרים, ובחלקה מהרנטה האוליגופוליסטית המופקת על-ידי חברות הדלק מעצם האפשרות לחסום את כניסתו לענף של מתחרה חדש, שיקול שאינו ממין העניין לגבי מתחרה חדש. הסביר זאת ד"ר בלאס במאמרו: **"חוזים כחסמי כניסה בשיווק דלק לתחנות תדלוק"**, (רבעון לכלכלה (מאי 1999), 22):

"הרתעת כניסת מתחרים עלולה להיות חריפה במיוחד מכיוון שהעוררות מציעות סכומים גבוהים יחסית לתחנות שמשתחררות על מנת שיחתמו לתקופות נוספות, ובצורה זאת עומדות פחות תחנות לרשות החברות החדשות. הסיבה היא שהעוררות תהייה מוכנות להציע תשלומים גבוהים יותר לתחנות מתחדשות מאשר הסכומים שיכולות החברות החדשות להציע. ההסבר נעוץ בכך שקיימת אסימטריה טבעית בין העוררות לבין פירמה חדשה: הפירמה החדשה, במקרה הטוב (מבחינתה), תחלק את השוק עם העוררות ובמקרה הרע לא

תיכנס לענף בכלל. העוררות במקרה הטוב תמנענה כניסת מתחרה, בעוד שבמקרה הרע, תחלקנה את השוק עם החברה החדשה".

(עמ' 35)

90. אולם, העובדה שההשקעה בהקמת תחנות תדלוק אטרקטיבית יותר לחברות דלק מאשר ליזמים אחרים, ועל כן אלה הן מוכנות לשלם לבעלי התחנות תמורה גבוהה יותר עבור הזכות להפיץ בתחנות את מוצרי הדלק שלהן, כמו גם התוצאה הנגזרת מכך, שההתקשרות עם חברות דלק כדאית לבעלי התחנות יותר מהתקשרות עם משקיעים אחרים, אינה משקפת בהכרח את טובת הציבור, שהוא הנפגע מכבילתן של התחנות לחברות הדלק.

91. מעבר לכך, העובדה שההשקעה בהקמת תחנות תדלוק חדשות אטרקטיבית יותר לחברות הדלק מאשר ליזמים אחרים, איננה מחייבת שהשקעה כזאת תתבצע על דרך של קבלת זכויות בלעדיות, ודאי לא תקופות בלעדיות כה ארוכות כפי שמבקשת "דלק" לאשר. להפך, דווקא ההנחה שההשקעה בהקמת תחנות תדלוק רווחית לחברות הדלק יותר מאשר ליזמים אחרים, מצביעה על כך שאלה לא תמנענה מלהשקיע בהקמת תחנות תדלוק, גם על בסיס תקופות בלעדיות קצרות יותר, כל עוד קיימות דרכים אחרות או נוספות להבטחת החזר השקעתן בהקמת התחנות.

92. בעניין זה של הבטחת החזר ההשקעה, מקובלת עלינו דעתם של פרופ' אקשטיין, מר פרלמן ופרופ' לבהרי, שקיימות גם דרכים אחרות המאפשרות לממן את ההשקעה בהקמת התחנה תוך הבטחת החזר ההשקעה, בין באמצעות חברות הדלק ובין באמצעות מקורות מימון אחרים. דרך אחת היא מתן הלוואה אותה יחזיר בעל התחנה מתוך רווחי התחנה. הלוואה כזאת יכול שתובטח בשעבוד שיוטל על מקרקעי התחנה או על זכויות אחרות של בעל התחנה. דרך אחרת היא הדרך שהוצעה על-ידי פרופ' אקשטיין ומר פרלמן, בדבר קביעת הסדרים המאפשרים לבעל התחנה להשתחרר מההסדר הכובל כנגד פיצוי חברת הדלק בגין השקעתה, לרבות רווח סביר על ההשקעה. דרך זו הוצעה גם על-ידי פרופ' לבהרי בעדותו בעניין "דור אנרגיה":

"זה נכון הייתי עושה חוזים מותנים. כלומר אם למשל אני עוזב אותך אחרי חצי שנה, אתה צריך לשלם לי את כל ההשקעה כן, או את מרבית ההשקעה. אם אני עוזב אותך אחרי שבע שנים צריך לעשות בכללים, אתה יודע בדברים האלה כמובן שצריך לדעת את המספרים..."

(שם, עמ' 18)

כך סבר גם ד"ר בלאס במאמרו הנזכר לעיל:

”... גם אם קיימות תחנות שבהן לא ניתן להחזיר את ההשקעה בחמש שנים, הרי שיתכנו הסדרים אחרים חוץ מחוזים ארוכי טווח, שבמסגרתם ניתן לממן את ההשקעה.”
(שם, עמ' 43)

זו גם השיטה הנוהגת באנגליה. שם נקבע בהתאם לדו"ח הועדה למונופולים ולמיזוגים, איסור על עריכת הסכמי בלעדיות בין חברות דלק לבעלי תחנות לתקופה העולה על 5 שנים, למעט הסכמים שבהם מוקנית לבעל התחנה הזכות לסיים את החוזה תוך החזר ההלוואות שקיבל מחברת הדלק בתוספת ריבית.

דרך נוספת להבטחת החזר ההשקעה היא שיתופו של המשקיע ברווחים הצומחים ממכירות הדלקים בתחנה. קיימות, כמובן, גם דרכים אחרות.

93. המסקנה העולה מהאמור הינה, מחד, שהסכמי בלעדיות מסוג זה אכן מהווים מכשיר נוח ויעיל להבטחת החזר ההשקעה, ועל כן יש בו כדי לעודד הקמת תחנות תדלוק על-ידי חברות דלק. מאידך, אין לקבל את ההשקפה כי זו היא הדרך היחידה בה ניתן להבטיח גיוס הון להקמת תחנות תדלוק, שכן קיימות דרכים אחרות, העשויות גם הן להבטיח בצורה סבירה, גם אם אטרקטיבית ואולי אף יעילה פחות, את ביצוע ההשקעה כמו גם את החזרתה, הן על-ידי חברות דלק והן באמצעות משקיעים אחרים.

חסכון בעלויות עסקה

94. מקובלת עלינו טענתה של "דלק" בדבר החסכון המושג עקב הסכמי הבלעדיות בעלויות העסקה. שיקול זה מוכר גם בספרות ובפסיקה כיתרון הכרוך בהסכמי בלעדיות:

“The exclusive dealing arrangement may thus make it unnecesssary for the buyer as well as the seller to make frequent appearances on the market”.

(Areeda, *ibid*, p. 129)

יציבות עסקית ותכנון לטווח ארוך

95. אחד היתרונות שמקובל למנות בהסכמי בלעדיות נובע מיכולת התכנון לטווח ארוך, המאפשר לספק לתכנן את מכירותיו העתידיות בדיוקנות ומבטיח לרוכש (הוא המפיץ) את אספקת צרכיו לטווח ארוך, תוך הגנת שני הצדדים מפני שינויים אפשריים בתנאי השוק.

כך מציינת פרופ' Korah, בספרה הנזכר:

“The resulting durable co-operation ... also permits long-term planning and cost effective organization of production and distribution. Competition from suppliers of other brands forces the undertakings to determine the number and character of premises in accordance with consumer demand”.

(Ibid, p. 201)

וראה לעניין זה גם סעיף 5 למבוא לתקנה 1984/83 של נציבות הקהילייה האירופאית הנזכרת לעיל.

גם במקרה שלפנינו טוען ב"כ המבקשת, מקנים הסכמי הבלעדיות ל"דלק" יציבות עסקית ואופק תכנוני ארוך טווח באשר לערוצי ההספקה של מוצריה, ומאפשרים נטילת התחייבויות ארוכות טווח וביצוע השקעות שפירותיהן יינתנו לאורך זמן.

96. בעקרון, איננו שוללים היבט חיובי זה של יציבות עסקית ואופק תכנוני רחב העשוי לצמוח מהסדרי הבלעדיות. עם זה, המשמעות הכלכלית הקונקרטית של יתרון זה במקרה שלפנינו מצומצמת יחסית. הדבר בולט במיוחד לגבי מאפייניו היותר מובהקים של יתרון זה, המתבטאים בהבטחת האספקה והמחיר לטווח ארוך, אשר כפי שיפורט בהמשך, אינם מתקיימים, או שמשקלם מועט במקרה זה.

הבטחת האספקה לטווח ארוך

97. מבחינת הרוכש (המפיץ), מקובל לראות בהסכם בלעדיות מכשיר המבטיח את מקורות ההספקה של הרוכש לטווח ארוך.

על רקע זה נקבע בסעיף 7 למבוא לתקנה 1984/83:

“Whereas, as a rule, exclusive purchasing agreements between suppliers and resellers also allow consumers a fair share of the resulting benefit as they gain the advantages of regular

supply and are able to obtain the contracts goods more quickly and more easily.”

ליתרון זה, כפי שמציין Areeda בספרו, עשויה להיות נודעת חשיבות מיוחדת בהסכמי אספקה בין חברות דלק למפעילי תחנות:

“For example, the ‘unbranded’ gasoline retailer needing monthly fillings of tanks may have to make a new round of phone calls each month, trying to get the best price possible and relying on the spot market in times of shortage. By contrast, the dealer with a requirements contract has considerably more assurance that supplies will be available”.

(ibid, p. 129)

וראה לעניין זה גם בפסק הדין בעניין **Standard Oil** לעיל.

גם במקרה זה טוענת המבקשת בסיכומיה כי "חברת "דלק" מחזיקה במלאי עבור מכלול תחנותיה, דבר המבטיח סדירות אספקה", וכי "קיומה של חב' "דלק" בעלת רשת תחנות קבועה יוצרת פוטנציאל ליבוא מקביל של מוצרי נפט, לעומת המונופול של בז"ן" (סעיף 206 לסיכומים).

98. לא שוכנענו בקיומו של יתרון זה בהסכמי הבלעדיות שלפנינו. אשר להבטחת האספקה לבעלי התחנות, יש לזכור שלחברות הדלק הפועלות בישראל אין כל חלק בתהליכי הייצור או היבוא של הדלק. הן אינן מפיקות את הדלק, הן אינן מייבאות דלק (פרט לכמויות קטנות) וגם אינן מזקקות אותו. זאת בניגוד למדינות אחרות שבהן חברות הדלק, או חלק מהן, עוסקות גם בחיפוש והפקת נפט גולמי. יבוא הדלק למדינה נעשה על-ידי בתי הזיקוק (בז"ן), שם גם מזקקים את הדלק. אין אמנם מניעה שחברות הדלק תעסוקנה גם ביבוא מוצרי דלק, אך בפועל היבוא הישיר של דלק המתבצע על ידן הוא מצומצם יחסית. לא זו אף זו, מסתבר, על-פי עדותו של מר נצח עצמו, כי יבוא דלקים אינו כדאי. למעשה, תפקידן של חברות הדלק במשק הדלק הוא תפקיד של תיווך. הן רוכשות את הדלק מבתי הזיקוק ומוכרות אותו לתחנות התדלוק ולצרכנים אחרים. בפעילות זו אין כדי להבטיח את אספקת הדלק ללקוחות החברה (התחנות) לטווח ארוך.

99. גם הטענה בדבר החזקת מלאי המבטיחה את סדירות אספקת הדלק לתחנות התדלוק לא הוכחה ומסתבר כי אף איננה נכונה. על-פי חוות דעתו של פרופ' עופר (סעיף 5 לחוות הדעת המשלימה מיום 5.1.99), שהוגשה על-ידי המבקשת, עולה שהחלק המכריע של מלאי

הדלקים של חברת "דלק" הוא מלאי חירום, אשר דלק מחזיקה בו לפי הסכם עם ממשלת ישראל. אולם, מלאי החירום אינו קשור לפעילות השוטפת של החברה, ועל כן אין למלאי זה תפקיד בהבטחת האספקה הסדירה לתחנות התדלוק. מעבר לכך, לאור העובדה שהמבקשת רוכשת את הדלק הדרוש לה מבז"ן, שהוא מונופול ממשלתי החולש על אספקת הדלק למשק כולו, מסתבר כי היא יכולה לווסת את השינויים בכמויות הדלק הנדרשות לתחנותיה על-ידי התאמת ההזמנות מבז"ן, והיא אינה חייבת להחזיק לצורך כך מלאי תפעולי שוטף בכמויות משמעותיות.

100. מכאן שהבטחת אספקת הדלק לתחנות התדלוק, כמו גם למשק כולו, איננו נושא הנמצא בשליטתן או באחריותן של חברות הדלק. על רקע זה, איננו רואים חשש לכך שתחנת תדלוק שלא תתקשר בהסכם אספקה בלעדי ארוך טווח עם חברת דלק מסוימת, תסכן בכך את מקורות האספקה שלה.

101. בנסיבות אלה, אין להסכמי הבלעדיות שלפנינו כל משמעות בהקשר לשיקול זה, של הבטחת מקורות הספקת הדלק לתחנות, גם לא בהקשר לשיקול של חסכון בהוצאות על אחזקת מלאי, שאף הוא אחד היתרונות שמקובל לייחס להסדרי אספקה ארוכי טווח.

הבטחת מחיר

102. השיקול של הבטחת מחיר המוצר למפיץ לטווח ארוך נחשב אף הוא לאחד היתרונות הבולטים של חוזי אספקה בלעדיים. (ראה: פסק הדין בעניין **Standard Oil**, וכן: Areeda לעיל, בעמ' 129).

103. אולם גם יתרון זה אינו מתקיים במקרה שלפנינו. זאת משום ש"דלק" אינה מבטיחה לתחנות התדלוק אתן היא קשורה את מחירי הדלקים שיסופקו להן, אלא שומרת על זכותה לקבוע מחירים אלה לפי שיקול דעתה, מה שמאפשר לה להעלות את מחירי הדלק כרצונה. כך קובע סעיף 6.1.1 להסכם הקמעונאי:

"... המפעיל ישלם לחברה עבור כל המוצרים המסופקים לפי הסכם זה את המחיר שייקבע לאותם מוצרים על-ידי החברה - פרט אם ייקבע אחרת על-פי כל דין - ואשר יהיה בתוקף לגבי זמן ההספקה ומקומה..."

104. מאידך, אין מקובלת עלינו טענת המתנגדים, לפיה התנאי המאפשר ל"דלק" לקבוע את מחירי הדלקים שיסופקו על ידה, מהווה הכתבת מחיר, וככזה הוא בגדר כבילה אסורה על-פי סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים. זאת משום שסעיף 6.1.1 להסכם הקמעונאי

הנזכר, דן במחיר הדלק שישולם ל"דלק" על-ידי בעלי התחנה, והוא איננו מתייחס למחיר הנגבה על-ידי תחנות התדלוק מהלקוחות.

105. זכות כזאת להכתבת מחירים אמנם מקופלת בסעיף 9 להסכם הקמעונאי הקובע:

"ידוע לצדדים כי במעמד חתימת הסכם זה, מוצרי הדלק נמצאים בפיקוח הרשות המוסמכת הנוגעת בדבר ומחירן נקבע על-ידי הרשות האמורה. אי לכך מסכימים הצדדים כי בכפיפות להוראות כל דין רשאית החברה לקבוע מחירון למכירות המפעיל ולשנותו מזמן לזמן, והמפעיל מתחייב למלא אחר כל הוראות החברה בנדון זה, דהיינו - לא למכור במחיר הגבוה ממחיר המחירון. החברה תוכל להורות למפעיל למכור מוצרים ללקוחות (מסוים) באשראי, או בתלושי החברה ו/או ללקוחותיה, ועל המפעיל למלא אחר ההוראות כאמור...".

הוראה זו שבחוזה, הנה אכן בגדר כבילה אסורה לפי סעיף 2(ב)(1) לחוק. אולם, הוראה זו לא נדונה בהליך שלפנינו, "דלק" לא ביקשה את אישורה, והיא אף הודיעה כי "התנייה הקיימת בחלק מן ההסכמים בדבר מחיר המכירה בתחנות היא בבחינת אות מתה, והיא בטלה ומבוטלת". (סעיף 50 לתצהירו המשלים של מר נצח). מר נצח אף צירף לתצהירו העתק מכתבו של סמנכ"ל השיווק של "דלק" מיום 7.1.92, שבו הוא הודיע לבעלי התחנות כי חברת דלק אינה מתערבת בקביעת מחירי הדלק בתחנות. גם מהכרזתו המקורית של הממונה (ראה סעיף 4 להכרזה) עולה כי חברות הדלק אינן מיישמות כיום סעיף זה שבחוזה.

מכל מקום ועל מנת להסיר ספק, נבהיר שאין בפסק דין זה כדי לאשר כבילה זו.

הבטחת איכות המוצר

106. הבטחת איכות המוצר הוא יתרון נוסף שמקובל למנות בהסכמי בלעדיות. כך נכתב בספרו

של Areeda:

"closely related to a is the use of exclusive dealing to control the quality of a good or service or to transfer the risk of determining quality away from the buyer and to the supplier, whose expertise may make it a preferred evaluator of quality".

(Ibid, vol XI, p. 141)

וראה לעניין זה גם סעיף 15 למבוא לתקנה 1984/83 של נציבות הקהילייה האירופאית וספרה של פרופ' Korah לעיל (בעמ' 210).

במקרה שלפנינו, טוענת המבקשת, יתרון זה מקנה ללקוח את היכולת לסמוך על שמה של החברה ועל המוניטין שלה ולדעת שהדלק הנמכר לו בתחנה הוא תקין ובאיכות טובה. כך, לפי הטענה, גם לגבי רמת השירות, דבר המתבטא בהתקנת ציוד בתחנות וחידושו מעת לעת, מתן שירות תחזוקה שוטף, הספקת שירותים נלווים והענקת ידע הנובע מהתמחותה של "דלק" בתחום הדלק. כל זאת בעלויות נמוכות יחסית, דבר שנובע מהיתרונות לגודל ולרשת של המבקשת. יתרון נוסף, הכרוך בהסדרים אלה מתבטא, לטענת "דלק", מבניית המותג, המעודד אותה להשקיע בפיתוחה של רשת תחנות "אסטרטיות ומסודרות", וזאת לשם ההגנה על שמה הטוב של החברה והתחנות הקשורות עמה.

107. ואולם, לאור העובדה כי מדובר במוצר הומוגני הנרכש מבתי הזיקוק, שם מתבצע תהליך הזיקוק עבור כל חברות הדלק הפועלות במשק, דומה שאין בריכוז השיווק הקמעונאי של הדלק בידי חברת דלק כזאת או אחרת כדי לתרום לאיכות המוצר.

היתרון של הבטחת האיכות עשוי להתבטא גם במניעת מהילתו של הדלק או בהבטחת איכות השירות. כך כותב Areeda בספרו:

"These might include 'free' services to the automobile at the point of sale, clean rest rooms, attendants knowledgeable in the giving of the directions, collateral items of sale, guarantees as to the quality of the gasoline and lack of contamination, and so on".

(Ibid, vol XI, p. 122)

אולם, גם בנושא זה לא הוצגו לפנינו ראיות של ממש בדבר תרומתה של "דלק" למניעת מהילת הדלק או לשיפור השירות בתחנותיה. בנושא השירות טען מר נצח בתצהירו, כי חברת דלק מתקינה בתחנות הנמנות על רשתה ציוד תדלוק המוחלף מעת לעת וכי "חברת דלק מתחזקת את התחנות הנמנות על רשתה והציוד המותקן בהן כדבר שבשגרה - דבר הכרוך בהוצאות ניכרות" (סעיף 31(ח) לתצהירו). אולם, הצהרה כללית זו לא לוותה בהצגת נתונים המבטאים את המשמעות הכלכלית המעשית שביתרון זה. מאידך, ממאמרו של ד"ר בלאס הנזכר לעיל, עולה כי מדובר בהשקעות נמוכות באופן יחסי:

"... העוררות מבצעות השקעות מועטות בתחנות. כך ע"פ מאזני דלק לשנים 1988-1992, השקיעה העוררת פחות מ-5 מיליון דולר בממוצע מדי שנה בציוד תחנות בכל המערך הארצי כולל בהקמת תחנות חדשות או 28- אלף דולר בממוצע בכל אחת מתחנות החברה (כולל תחנות בהקמה). משמעות הדבר היא שדלק קונה ציוד בערך של אגורה וחצי על כל ליטר דלק שהיא מוכרת בתחנות, מתוך הכנסות של כ-13 אגורות לליטר לאחר ניכוי הוצאות".

(שם, בעמ' 42)

108. "דלק" טוענת בסיכומיה שלא ניתן להתבסס על מאמרו של ד"ר בלאס כמקור להוכחת נתונים עובדתיים אשר לא הוכחו לגופם. ככלל, יש בטענה זו ממש, הגם שבית הדין איננו קשור לדיני הראיות. עם זה, נטל ההוכחה בנושא זה מוטל על "דלק", ומשהסתפק המצהיר מטעמה בהצהרה כללית שאינה מבוססת על נתונים של ממש, קשה לבחון את משקלו של שיקול זה במאזן היתרונות והחסרונות הכללי.

109. גם הנושא של שמירה על שם המותג והבטחת איכות המוצר הנמכר תחת שם זה, עשוי שיהא, כפי שטוענת "דלק", יתרון שניתן לכורכו בהסכמי בלעדיות.

110. ואולם, שיקול זה יפה במיוחד לגבי מותג של גוף יצרני, כמו בית זיקוק, שלפעילותו נודעת השפעה על איכות הדלק (ראה Areeda כרך 11, בעמ' 123). מכל מקום, על-פי הראיות שבאו לפנינו, עולה שבעיני ציבור הנהגים אין חשיבות מיוחדת למותג הדלק הנמכר בתחנה, ואין הבדל מבחינתם אם מדובר בדלק הנמכר על-ידי תחנה הקשורה לחברת דלק זו או אחרת. (ראה עדותה של ד"ר צמח, פרוטוקול מיום 27.1.99, עמ' 38).

האלטרנטיבה - הסכמי שכירות או רכישת התחנות על-ידי החברות

111. טענה נוספת שמעלה "דלק" בנושא זה, היא שהאלטרנטיבה להסכמי הבלעדיות שאישורם מתבקש בבקשה זו, הם הסכמי שכירות לתקופות ארוכות ואף בעלות מלאה של חברות הדלק בתחנות - אלטרנטיבה שפגיעתה בתחרות קשה יותר.

112. אכן, כפי שכבר נזכר לעיל, זה המצב השורר כיום במשק הדלק, לאחר שחברת "דלק" וכמוה חברות הדלק האחרות, עברו למתכונת התקשרות של הסכמי שכירות והפעלה, שבהם שוכרת חברת הדלק את התחנה ונוטלת את הפעלתה לתקופות ארוכות בהרבה מהתקופות המוסכמות על-פי ההסדרים עם הממונה.

113. אפשרות כזאת, של רכישת זכויות בעסקים אחרים כתחליף להסדר כובל, קיימת תמיד. אולם לדעתנו, אין בשיקול זה כדי להצדיק אישור הסדרי בלעדיות הנוגדים את טובת

הציבור, רק משום שבידי המבקשת קיימות דרכים אחרות להפחית את התחרות בשוק, והיא אף עושה בהן שימוש.

הנזקים הכרוכים בהסדרים הכובלים לתחרות ולטובת הציבור

114. בצדו השלילי של מאזן התועלות והנזקים, ניתן למנות בהסדרי הבלעדיות שלפנינו חסרונות משמעותיים, העשויים לפגוע בתחרות ובטובת הציבור.

חסמי כניסה והקפאת מבנה השוק

115. הנזק העיקרי הכרוך בהסדרי הבלעדיות הוא בכבילתם של ערוצי השיווק - הן תחנות התדלוק - לשלוש חברות הדלק הוותיקות לתקופות ארוכות מאוד. בכך חוסמים הסדרים אלה את ערוצי השיווק בפני חברות דלק חדשות, מקשים על חברות הדלק הקטנות להגדיל את נתח השוק שלהן ומקשים על ניידותן של התחנות בין חברות הדלק, דבר המונע תחרות גם בין חברות הדלק הוותיקות. כל אלה מביאים להקפאת מבנה השוק ושימור נתחי השוק של החברות הוותיקות, הקמת חסמי כניסה המונעים את התפתחות התחרות ושימור המבנה האוליגופוליסטי הנוכחי של שוק שיווק הדלק הקמעונאי. בעבר נקבע מבנה שוק הדלק בישראל בדרך של רגולציה, על-פי צו דינשטיין משנת 1963, אשר חילק את השוק בין שלושת חברות הדלק הוותיקות. בשנת 1993 החליטה הממשלה על רפורמה במשק הדלק, אשר נועדה לשנות את מבנה השוק ולפתוח אותו לתחרות. אולם מימושה של החלטה זו נתקל בקושי רב עקב קיומם של חוזי בלעדיות ארוכי הטווח, המונעים או מקשים על חדירת חברות דלק חדשות לשוק ומשמרים את מבנה השוק כפי שהיה קודם לרפורמה.

116. במסגרת סקירת המשפט המשווה כבר הזכרנו אסמכתאות מהפסיקה והספרות המתייחסות לנזק זה הכרוך בהסדרי בלעדיות ככלל, ובמשק הדלק בפרט. התייחס לכך גם ד"ר בלאס במאמרו הנזכר:

"החוזים בין בעלי התחנות לעוררות מקנים לעוררות בלעדיות לתקופות ארוכות במיוחד. חוזים אלה משמשים חסמי כניסה, בכך שהם מרתיעים כניסת סייטונאים מתחרים לענף שכן בכל שנה מעט מאד חוזי התקשרות מגיעים לידי סיום, ומספר התחנות הוותיקות המועמדות להתקשרות עם מתחרה חדש הינו קטן. זאת ועוד, הבלעדיות בחוזי האספקה מונעת מתחנות קיימות מלקנות דלקים אפילו בכמויות קטנות מחברות חדשות. כך חסומה גישת חברות באורח כפול: מחד נבצר מהן למכור בכלל לתחנות הכבולות לחוזים קיימים ולו בכמויות קטנות, ומאידך, אין עומדות בפניהן אפשרויות רבות להתקשר עם תחנות משתחררות".

117. חסמי כניסה אלה, כפי שמציינים פרופ' אקשטיין ומר פרלמן בחוות דעתם, מתווספים על חסמי הכניסה העומדים, גם ללא כבילות הבלעדיות, בדרכן של חברות דלק חדשות המבקשות לחדור לשוק. בין אלה ניתן למנות את הקשיים המנהליים הכרוכים בהקמת תחנות תדלוק חדשות והיתרונות מהם נהנות חברות הדלק הותיקות על פני החברות החדשות, בכלל זה: יתרונות לגודל, התמחות ופיזור סיכונים.

ביתרונות אלה אמנם כרוכים, כפי שנוזכר לעיל, גם תועלות לציבור. אולם לצד אותן תועלות, וזה הפן הנגדי של אותם יתרונות, הם מביאים להגבהת חסמי הכניסה הניצבים בפני חדירתן של חברות חדשות לשוק.

מבנה השוק

118. כפי שכבר צוין, שיקול מרכזי בהערכת השפעתם של הסדרי בלעדיות על התחרות וטובת הציבור נעוץ במבנה השוק: מידת הריכוזיות של השוק, שכיחותם של הסדרים אלה בשוק ומספרן של הפירמות הנוהגות על-פי הסדרים אלה, היקפם של ערוצי השיווק הכבולים החסומים בפני חברות דלק חדשות, גובהם של חסמי הכניסה הקיימים ואפשרות החדירה לשוק של חברות דלק חדשות.

מכל הבחינות האמורות, מבנה שוק שיווק הדלק הקמעונאי בישראל הוא בלתי תחרותי.

119. משק הדלק בישראל הנו גם היום, חרף היותו נתון ברפורמה מאז שנת 1988 ולמרות הניסיונות לקדם את הרפורמה ולהגביר את התחרותיות בשוק, משק ריכוזי ביותר, הנמצא עד היום תחת שליטה של מעטים. במקטע של חברות הדלק, ניתן למצוא לא יותר מארבעה שחקנים גדולים (לאחר רכישתה של חברת "דור" על-ידי חברת "אלון"), אשר חולשים על רובו המכריע של שוק מכירות הדלקים בתחנות התדלוק, כאשר שלוש חברות הדלק הותיקות שולטות על החלק הארי של השוק (נכון לשנת 1998, כ-86% מהשוק).

120. אשר להיקף השוק החסום, כפי שנוזכר, במועד פרסום קביעתו המקורית של הממונה, ביום 28.6.93, כמעט כל תחנות התדלוק שפעלו אותה עת בישראל שלא היו בבעלותן של חברות הדלק, היו קשורות לחברות הדלק בהסכמי בלעדיות ארוכי טווח. משמע, שיעור החסימה של השוק היה מלא. ההסדרים בין הממונה לבין חברות הדלק ועדכון הקביעה שנעשה על-ידי הממונה בעקבות כך בשנת 1995, נועדו לשחרר באופן מיידי 130 תחנות, שהן כ-23% מכלל תחנות התדלוק. משמע, גם לאחר הקביעה המעודכנת וגם אם חברות הדלק היו נוהגות על-פי כללי ההתנהגות המוסכמים, רוב ערוצי השיווק היו נותרים קשורים לחברות הדלק הותיקות. שיעור החסימה במקרה כזה אמנם היה פוחת ועומד על כ-77%, אך גם זה שיעור חסימה גבוה מאד.

121. אין בידנו נתונים מעודכנים על מספרן של תחנות התדלוק הפועלות בשוק כיום, ועל התפלגותן בהתאם למתכונת ההתקשרויות שלהן עם חברות הדלק. נתונים חלקיים בנושא זה ניתן למצוא בחוות הדעת של אגף התקציבים במשרד האוצר. אולם חוות דעת זו נפסלה לבקשת "דלק", לאחר שהוברר כי היא מהווה טיוטה בלבד, ולא הוגשו לנו נתונים עדכניים אחרים, חרף העובדה שנטל ההוכחה מוטל בסופו של דבר על המבקשת.

122. עם זה, וגם בהעדר נתונים עדכניים, מסתבר שהתהליכים שהתרחשו במשק הדלק מאז הודעתו המעודכנת של הממונה, לא הביאו לשיפור מבנה השוק, ונראה שהמצב אף הוחמר.

123. אשר לתחנות שפעלו בישראל בעת הקביעה המקורית של הממונה, אלה נחלקו בין תחנות הנמצאות בבעלות חברות הדלק, שמספרן, יש להניח, לא השתנה, ודאי לא פחת, באופן משמעותי, לבין תחנות אשר היו קשורות עם חברות הדלק בהסכמי אספקה בלעדיים ארוכי טווח. התחנות האחרונות נחלקו בין תחנות שהיו קשורות עם חברות הדלק בהסכמי חכירה מקובלים, שהיוו את עיקר מנייןן של תחנות אלה, לבין תחנות שהיו קשורות עם חברות הדלק בהסכמים שאינם הסכמי חכירה מקובלים.

124. חוזי החכירה המקובלים הוצאו, על-פי הקביעה המעודכנת, מגדרה של קביעת הממונה והתחנות שהיו קשורות על-פי הסכמים אלה נותרו (למעט התחנות שחוזיהן באו לקצם) קשורות לחברות הדלק. הממונה אמנם הזכיר בקביעתו המעודכנת, שהוצאתם של הסכמים אלה מתחולת ההכרזה, אין בה כדי לפגוע בסיווג המשפטי הנכון מבחינת דיני ההגבלים העסקיים. עם זה, התוצאה המעשית של עדכון הקביעה, היא שלגבי הסכמים מסוג זה אין קיימת עוד ראייה לכאורה על כך שמדובר בהסדרים כובלים. על רקע זה מתנהלות כיום התדיינויות רבות בין חברות דלק לבין תחנות תדלוק מסוג זה, המבקשות להשתחרר מחוזיהן על יסוד הטענה שמדובר בהסדרים כובלים. עד כה, ככל הידוע לנו, ניתן בנושא זה רק פסק-דין אחד (ת"א (תל-אביב) 8/97 **פדל נ' סונול ישראל בע"מ** (טרם פורסם)), שבו נדחתה הטענה כי מדובר בהסדר כובל. בית המשפט העליון טרם אמר את דברו בסוגייה זו.

לאור כך יש לצאת, לצורך הדיון הנוכחי, מההנחה שתחנות התדלוק הקשורות לחברות הדלק בהסכמי חכירה מקובלים תשארנה כבולות לחברות הדלק. זאת, בכפוף לתהליך האיטי של סיום החוזים המתפרסים על פני תקופות ארוכות.

125. נותרו, מבין התחנות שפעלו במשק בעת הקביעה המקורית של הממונה, אותן 130 תחנות ("מאסה הקריטית") שלא היו קשורות עם חברות הדלק בחוזי חכירה מקובלים, אשר שוחררו (כולל תחנות חברת "דלק") מחוזיהן הכובלים והיו אמורות להיות זמינות להתקשרות גם עם חברות דלק אחרות, בכללן חברות חדשות, במחזוריות של שנה אחת עד שלוש שנים, בהתאם לתקופות הבלעדיות המוסכמות. אולם בינתיים, כפי שכבר נאמר, נקשרו גם תחנות אלה לחברות הדלק בחוזי שכירות או חוזי הפעלה לתקופות ארוכות

מהתקופות שנקבעו בהסדרים שבין הממונה לחברות הדלק, ויצאו אף הן, או לפחות חלקן, ממעגל התחנות הזמינות להתקשרות עם חברות דלק חדשות בטווח הקרוב (למעט התחנות שהתקשרו עם חברות אלה).

126. מאז קביעת הממונה נוספו לשוק תחנות תדלוק חדשות. "דלק" והמתנגדים מתבססים בחוות הדעת שהוגשו מטעמם על נתוני חוות דעת אגף התקציבים במשרד האוצר (חרף פסילתה) לפיה מספרן של תחנות התדלוק הציבוריות שפעלו בישראל בשנת 1998 עמד על כ- 650 תחנות. על-פי קצב גידול זה, יש להניח שכיום עומד מספרן של תחנות התדלוק הציבוריות הפועלות בישראל על כ- 720 תחנות.

127. אולם, מהראיות שהוצגו לפנינו עולה, שכל או כמעט כל תחנות התדלוק החדשות שנבנו בינתיים, נקשרו אף הן לחברות הדלק לתקופות ארוכות של 20-25 שנים על בסיס הסכמי שכירות או הפעלה, וגם הן אינן זמינות, כיום ובעתיד הקרוב, להתקשרות עם חברות הדלק החדשות.

128. נתון שלו חשיבות רבה לגבי יכולתן של חברות דלק חדשות לחדור לשוק ושל חברות דלק קיימות להרחיב את נתח השוק שבידן הוא שיעור ההתחדשות של חוזי ההתקשרות שבין חברות הדלק לתחנות התדלוק. נתון זה נגזר מהיקף השוק החסום ואורך תקופות ההתקשרות הנוהגות בשוק. לעניין זה טוען ב"כ "דלק" בסיכומיו, שמדי שנה "משתחררות תחנות רבות שחרור טבעי הנובע מסיום תקופות הסכמי החכירה ארוכי הטווח", והוא מזכיר בעניין זה את חוות דעתו של פרופ' אקשטיין שניתנה בתיק דור אנרגיה בה נקבע כי "ניתן להערכתנו לקבוע במידה גבוהה ביותר של סבירות שמדי שנה מתחדשים חוזיהן של עד 3% מסך התחנות במשק, ושיעור זה הנו הפוטנציאל התיאורטי העומד בפני חברת דלק חדשה (בנוסף להקמת תחנות חדשות ובנוסף להשלכות של ההסדר שבין הממונה לחברות פז וסונול)". על רקע זה טוענת "דלק", כי "לפי חישוב זה מדובר בעשרים תחנות המשתחררות מדי שנה".

129. שיעור התחדשות "טבעי" זה של הסכמי הבלעדיות הקיימים, שגם הוא בגדר הערכה בלבד, נמוך ביותר, והוא רחוק מלהעמיד מלאי מספיק של תחנות הזמינות להתקשרות עם חברות דלק חדשות או אף עם חברות דלק קיימות. לדוגמא, באנגליה, כפי שיפורט בהמשך, עומד שיעור ההתחדשות השנתי של חוזי ההתקשרות בין חברות הדלק הגדולות לתחנות התדלוק על 25% אחוז מתוך כלל תחנות התדלוק הקשורות לחברות אלה בחוזי בלעדיות.

130. מכל אלה עולה שגם היום, הרוב המכריע של ערוצי השיווק חסום בפני חברות דלק חדשות המבקשות לחדור לשוק ואינו פתוח לתחרות גם בין חברות הדלק הקיימות. המצב אף הוחמר מאז הקביעה המעודכנת של הממונה. אם מספרן של תחנות התדלוק עומד כיום על 720 תחנות, ואם התחנות החדשות נכבלו אף הן לחברות הדלק בחוזים ארוכי טווח, עולה שאותן 130 תחנות ששוחררו על-פי הקביעה המעודכנת ואשר היוו באותה עת כ-23% מכלל

התחנות, מהוות כיום כ-18% מכלל התחנות בשוק בלבד, ובינתיים, כאמור, פחת אף שיעור זה.

מחירי הדלק לצרכן

131. שימת לב רבה הוקדשה על-ידי הצדדים להשפעתם של ההסדרים הכובלים על מחיר הדלק הנמכר לציבור ועל חלוקת מרווח השיווק בין חברות הדלק לתחנות.

132. ככלל, שוק אוליגופוליסטי מתאפיין בהעדר מוטיבציה של המתחרים המעטים השולטים בשוק להתחרות זה בזה. זאת משום שהפחתת מחיר על-ידי אחד המתחרים תגרור אחריה הפחתת מחיר על-ידי המתחרים האחרים, דבר שיביא להקטנת הרווח של כל המתחרים, בלא לשנות את חלקו בשוק של מי מהם.

133. אכן, על-פי סקר מנהל הדלק מחודש מרס '98 עולה, כי "לא ניתן להצביע על תחרות במחיר הדלק בין שלוש החברות הוותיקות והגדולות: דלק, סונול ופז. (אך) ניתן להבחין בהכנסת גורם התחרות על-ידי החברות החדשות והקטנות יותר - אלון ודור" (שם, עמ' 21). עוד נקבע באותו סקר, ש"המחיר הממוצע של בנזין וסולר בשלושת החברות הגדולות 'פז, דלק וסונול' פחות או יותר זהה, בעוד המחיר הממוצע של החברות הקטנות נמוך יותר" (עמ' 11 לסקר). וכן: "מחירי החדירה שמאפיינים את החברות הקטנות משפיעים גם על המחיר של החברות הגדולות, שכנראה מעונינות לשמור על פלח השוק שלהן" (עמ' 15 לסקר). על רקע זה, נקבע בסקר, ששיעור התחנות המוזילות מחיר בקרב החברות הקטנות עומד על 75% עד 91%, בעוד ששיעור התחנות המוזילות מחירים מבין התחנות הקשורות לחברות הדלק הוותיקות נמוך בהרבה ועומד על (21% במרכז ובדרום הארץ, ועל 40% בצפון. את שיעור ההנחות הגבוה יותר בצפון הארץ, שאותו הסביר פרופ' מילר בריבוי התחנות באזור זה, מסבירים עורכי הסקר דווקא בפעילות הגבוהה של חברות הדלק החדשות באותו אזור.

134. ב"כ המתנגדות טענו שחברות הדלק הוותיקות מקיימות ביניהן הסדר כובל לפיו הן מתאמות ביניהן את מחירי הדלק הנגבים על ידם. טענה זו, כפי שהערנו עוד במהלך הדיון, לא הוכחה. עם זה, לאור הנתונים דלעיל ובהתחשב בפרקטיקת ההתנהגות המאפיינת ככלל שווקים אוליגופוליסטיים, עולה שהמבנה הלא תחרותי של שוק שיווק הדלק הקיים מונע או מפחית את התחרות בין חברות הדלק הוותיקות גם בתחום מחירי הדלק, תופעה לה תורמים גם הסכמי הבלעדיות המשמרים את המבנה האוליגופוליסטי של השוק.

135. ואולם, לטענת "דלק" הנתמכת בחוות דעתו של פרופ' מילר, ביטול ההסדרים הכובלים לא יביא להורדת מחיר הדלק לצרכנים, זאת משום שבעלי תחנות התדלוק המשוחררות הזוכים להפחתה במחירי הדלק הנרכשים על ידם, אינם מנצלים את הגדלת מרווח השיווק שבידם להפחתת המחיר ללקוחות, אלא להגדלת הרווח שבידם.

פרופ' מילר מבסס מסקנה זו על סקר שנערך על-ידי חברת "דלק" בחודש נובמבר 98', שבו נבדקו מחירי הדלק הנמכרים ב-217 תחנות תדלוק באזורים שבהם קיימת תחנה השייכת לרשת "דלק" והנמצאת בדיון בבית המשפט, או תחנה ששוכרת במסגרת הסדר דלק. (להלן - "סקר דלק"). בסקר זה נמצא, שלגבי בנזין אוקטן 95, המחיר הממוצע הנגבה על-ידי תחנות משוחררות הוא 3.381 ש"ח, בעוד שבתחנות האחרות נמכר דלק מסוג זה במחיר של 3.39 ש"ח לליטר. ההפרש הממוצע במחירו של בנזין זה בין שני סוגי התחנות עומד אפוא על פחות מאגורה. גם לגבי בנזין אוקטן 96 נמצא שההפרש הממוצע במחיר בין שני סוגי התחנות עומד על פחות מאגורה, ולגבי בנזין אוקטן 98 נמצא שההפרש הוא כ-2 אג'. הפרשים אלה, לשיטתו של פרופ' מילר, אינם הפרשים מובהקים מבחינה סטטיסטית ואין בהם כדי לתמוך בהשערה שתחנות משוחררות מוזילות מחירים. למסקנות דומות הגיע פרופ' מילר לגבי הבדלי המחיר בסולר ובמבצעי הנחות.

מקור נוסף שעליו ביסס פרופ' מילר מסקנה זו, היה סקר מנהל הדלק הנזכר לעיל. באותו סקר נבדקו מחירי הבנזין והסולר ב-567 מתוך 650 תחנות תדלוק שהיו פעילות אותה עת בישראל. מהסקר עלה שרק 56 מתוך אותן 565 תחנות נתנו לציבור הנחה כלשהי במחירי הדלקים, וכי שיעור ההנחה הממוצע עמד על פחות מחצי אגורה. עוד עלה מהסקר, שרוב ההנחות ניתנו על-ידי תחנות תדלוק הנמצאות בצפון הארץ, תופעה שאותה תולה פרופ' מילר בצפיפות התחנות באזור זה. מכאן גם למד פרופ' מילר שהנהגת תחרות במכירת הדלקים במקטע הקמעונאי תושג על-ידי הגדלת מספר התחנות, ולא על-ידי שחרור תחנות. מסקנה זו נתמכת, לדעתו של פרופ' מילר, גם בכך שטווח מחירי הדלק גדול יותר בסולר מאשר בסוגי דלק אחרים, תופעה המוסברת, לשיטתו, במספר הגבוה יותר של נקודות המכירה שבהן נמכר סולר.

פרופ' מילר גם ערך השוואה בין מחירי הדלק לפי שיעור התחנות המשוחררות באזורים שונים בארץ. הבדיקה העלתה שבאזורים שבהם מספר התחנות המשוחררות (או החדשות) גבוה יותר לא ניתנו הנחות גדולות יותר מאשר באזורים אחרים. גם תופעה זו תומכת, לדעתו של פרופ' מילר, בטענה ששחרור התחנות לא יביא להורדת מחירי הדלק.

136. מומחי הצדדים חלוקים ביניהם בשאלה אם ההפרשים במחירי הדלק בין התחנות המשוחררות לכבולות הנם הפרשים מובהקים מבחינה סטטיסטית, כאשר פרופ' אקשטיין ומר פרלמן סבורים, בניגוד לדעתו של פרופ' מילר, כי מדובר בהפרשי מחיר מובהקים.

137. מעבר לוויכוח בדבר המובהקות הסטטיסטית של הפרשי המחיר שנמצאו בסקר דלק, ספק רב בעינינו אם יש בסקר זה כדי לתמוך בטענותיה של "דלק", לפיהן אין קשר בין מחירי הדלק הנגבים בתחנות התדלוק לבין היותן של התחנות כבולות או משוחררות. זאת משום שפרופ' מילר התעלם בחוות דעתו מההבחנה העולה מהסקר, אליה התייחסנו לעיל, בין תחנות הקשורות לחברות הדלק הוותיקות, שבהן, כלשון הסקר, "לא ניתן להצביע על תחרות במחיר הדלק", לבין תחנות הקשורות לחברות הדלק החדשות, שרובן מפחיתות

מחירים ובהן ניתן להבחין "בהכנסת גורם התחרות". בכך מחטיא פרופ' מילר את המטרה העיקרית שביסוד האיסור על הבלעדיות, שהיא עידוד חדירתן של חברות דלק חדשות לשוק.

בנוסף, עצם העובדה שמדובר בתחנה "משוחררת", אין בה כדי ללמד על קיומו או העדרו של קשר בין שחרור התחנות לבין מתן ההנחות. זאת משום שכפי שכבר נאמר, חלק גדול מהתחנות המשוחררות כבלו עצמן מחדש לחברות הדלק ואף הפקידו בידי האחרונות את הפעלת התחנות. על רקע זה, העובדה שבתחנה "משוחררת" המופעלת כיום על-ידי חברת "דלק" לא ניתנת הנחה במחיר, אינה מלמדת על-כך שהשחרור עצמו אינו רצוי, אלא על-כך שחרף השחרור הצליחו חברות הדלק למצוא הסדרים חלופיים המקיימים בידן את השליטה בתחנות, בכלל זה שליטה על מחירי הדלק הנגבים מהציבור באותן תחנות.

138. תימוכין נוספים לכך שביטול הסדרי הבלעדיות לא יביא להפחתת מחירי הדלק מבססים מומחי המבקשת על הטענה, לפיה כל תחנת תדלוק מהווה, למעשה, מונופול מקומי שיש לו שליטה על קהל לקוחותיו (אותם הגדיר ד"ר הירש כ"שבויי התחנות"), בשל הקרבה והנגישות של תחנות אלה למקום מגוריהם של הלקוחות. לפי הטענה, השיקול המרכזי הקובע באיזו תחנה ירכשו הלקוחות דלק למכוניותיהם הוא שיקול הנוחות הנגזר מקרבת התחנה למקום המגורים של כל לקוח ולקוח. שיקול זה מאפיל על כל שיקול אחר של הלקוח, ועל כן יעדיף הלקוח להמשיך ולרכוש דלק בתחנה הקרובה למקום מגוריו, ללא קשר למחיר הדלק הנגבה בתחנה זו. לאור כך, נטען על-ידי המבקשת, אין כל תמריץ לבעל התחנה להפחית את מחיר הדלק שכן, הפחתת המחיר לא תביא להגדלת רווחיו. במצב דברים זה, טוענת "דלק", לא יהא בביטול הסדרי הבלעדיות, גם אם הדבר יביא להפחתת המחיר הנגבה מהתחנות על-ידי "דלק", כדי להביא להפחתת מחיר הדלק לציבור. שיקול זה נתמך, לטענת "דלק", גם בגמישות הביקוש הנמוכה לדלק, תופעה המשקפת את העובדה שציבור הלקוחות אינו רגיש לשינויים במחירי הדלק. התוצאה היחידה של ביטול הסכמי הבלעדיות תתבטא, לטענת "דלק", בשינוי חלוקת מרווח השיווק לטובת בעלי התחנות ולרעת "דלק", אך מכאן לא תצמח כל תועלת לציבור הרחב.

139. טענת המונופול המקומי עוגנה על-ידי המבקשת בעיקר בסקר שנערך על-ידי ד"ר מינה צמח. מסקר זה עולה, לטענת המבקשת, ששלושת השיקולים העיקריים המדריכים את הנהגים בבחירת התחנה בה ירכשו את הדלק הם: (א) קרבת התחנה לבית; (ב) הימצאותה של התחנה במסלול הנסיעה לעבודה או חזרה ממנו או במסלול בו נוסע הנהג לעתים קרובות; (ג) טיב השירות הניתן בתחנה ומהירותו. השיקול של מחיר הדלק נמצא על-פי אותו סקר, כסיבה עיקרית לבחירת התחנה רק אצל כ-7% מהנשאלים, וכסיבה משנית אצל 10% נוספים. עוד עולה מאותו סקר שמודעות הנהגים למחירי הדלק, או לפערים במחירי הדלק בין התחנות השונות, היא נמוכה. כך נמצא שרק 60% מכלל הנשאלים יודעים מהו מחיר הדלק. יתר על כן, 65% מכלל הנהגים סבורים שאין כלל פערי מחיר בין תחנות התדלוק השונות, ורק 35% סבורים שקיימים פערים כאלה.

140. בסקר נבדקה גם נכונותם של נהגים לסטות מנתיב נסיעתם בשל פערים במחיר הדלק כדי למלא דלק בתחנות שונות מאלה שבהן הם נוהגים לרכוש דלק בדרך כלל. בנושא זה השיבו 71% מהנהגים כי לא יהיו מוכנים לסטות ממסלול נסיעתם סטייה של יותר מ-5 דקות נסיעה, אם מדובר בפער מחירים שאינו עולה על 5 אגורות לליטר, ואילו 61% מהנהגים לא יסטו ממסלולם גם בהתקיים פער של 7 אגורות.

141. לאור כך סבורים מומחי המבקשת - פרופ' מילר וד"ר הירש - כי תחנות התדלוק מקיימות בידן מונופול אזורי, תופעה המסבירה את העובדה שתחנות משוחררות אינן מורידות את מחירי הדלק ותומכת בטענה שביטול הסדרי הבלעדיות לא יביא להפחתת מחירי הדלק לציבור.

142. למעשה, טענת מומחי המבקשת נסבה על קיומו של כוח שוק מונופוליסטי בידי תחנות התדלוק באזור המונופולין שלהן, ולאוו דווקא על קיומו של מונופולין (המוגדר בדין הישראלי על-פי נתח השוק של בעל המונופולין ולא על-פי כוח השוק שלו. ראה: סעיף 64 לפסק הדין המשלים בעניין ידיעות אחרונות, בתיק מונ' 2/96 **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ** (טרם פורסם)).

143. מונופול יכול שיתקיים בשוק המוצר או בשוק הגיאוגרפי. במקרה שלפנינו, הואיל ומדובר במוצר הומוגני הנרכש על-ידי כל חברות הדלק מאותו מקור (בז"ן), ובהעדר ראייה על כך שבעיני הקוחות נחשב דלק הנמכר בתחנה פלונית, כמוצר נבדל ממוצרי הדלק הנמכרים בתחנות אחרות, יכולה טענת המונופול להתבסס רק על קיומו של מונופולין בשוק הגיאוגרפי. לשון אחר, משמעות הטענה היא שהתחנה הבודדת מהווה שוק גיאוגרפי נפרד ואין תחלופה משמעותית בין הדלק הנמכר באותה תחנה לבין דלקים הנמכרים בתחנות דלק סמוכות.

144. טענה זו לא הוכחה. אכן, כפי שמציינת ב"כ הממונה בסיכומיה, אין חולק על כך שהתחרות במקטע שיווק הדלק הקמעונאי הנה תחרות אזורית וכי תחנה באילת אינה מתחרה עם תחנת דלק אחרת הנמצאת במטולה. אולם מכאן עדיין אין עולה שתחנות התדלוק הן בעלות כוח מונופוליסטי לגבי מוצרי הדלק הנמכרים על ידן.

העובדה שחלק גדול מהנהגים נוהג לקנות את הדלק בתחנה קבועה אחת או לכל היותר באחת מבין שלוש תחנות, אין בה כדי ללמד שאותן תחנות מקיימות בידן מונופולין (המחזיק בכוח שוק מונופוליסטי) על מכירת הדלק. כדי להגיע למסקנה מרחיקת לכת זו צריך להניח שהעלאת מחיר הדלק על-ידי בעל התחנה לא תביא לאבדן לקוחות, היינו להקטנת הכמות הנמכרת, אשר תהפוך את העלאת המחיר, מבחינתו, לבלתי כדאית. למסקנה כזאת לא מצאנו תימוכין באף אחת מחוות-הדעת שהוצגו לפנינו. להפך, 39% מהנשאלים אמרו כי הם מוכנים לסטות ממסלול נסיעתם עד 5 דקות עבור הנחה של 7 אגורות לליטר. משמע, העלאת המחיר תביא לנטישת 39% מכלל לקוחות התחנה. אין לפנינו ראיה שנטישה כזו של לקוחות לא תגרום לבעל התחנה המעלה את מחיריו בשיעור זה להפסדים, ודומה כי

המסקנה המתבקשת מנתון זה הנה הפוכה. בכל מקרה, הממצא לפיו 39% מהנשאלים יהיו מוכנים לסטות ממסלול נסיעתם עד 5 דקות עבור הנחה נמוכה יחסית, משקף רגישות ניכרת של הציבור לשינוי במחירי הדלק.

על כך נוספים השיקולים הבאים: ראשית, הסקר של ד"ר צמח נעשה בחודש פברואר 97, עוד לפני שחרור תחנות הדלק על-פי ההסדר שנעשה בין הממונה לבין חברות "פז" ו"סונול". באותה תקופה לא היתה, למעשה, כמעט כל תחרות בתחום זה בשוק. לא היו כלל תחנות שהפחיתו את מחיר הדלק, למעט מספר תחנות בודדות של חברות דלק חדשות, וממילא מודעותם של הלקוחות באותה תקופה לקיומם של הבדלי מחיר בין התחנות השונות היתה מועטה ביותר, אם בכלל. גם ד"ר צמח הודתה בחקירתה כי: "אני לא יכולה מהסקר הזה לדעת מה קורה היום".

שנית, נטישת 39% מהנהגים עקב העלאת המחיר ב-7- אגורות תתרחש במקרים בהם מדובר בנהגים אשר צריכים להאריך את מסלול נסיעתם כדי לחפש תחנה זולה יותר. אולם, לרוב הנהגים (מעל ל-90%) יש אפשרות בחירה בין תחנות הדלק. לגבי נהגים אלה, נטישת תחנה אחת בה הם נוהגים לרכוש דלק עקב העלאת המחיר ומעבר לתחנה אחרת, שגם בה הם נוהגים לרכוש מוצר זה, לא תביא להארכת מסלול נסיעתם. במצב זה, סביר להניח ששיעור הנטישה יעלה על 39%. לאור כך, היה מתבקש לבדוק את השיקולים הגורמים לאותם נשאלים הרוכשים דלק במספר תחנות קבועות לבחור בין התחנות בהן הם נוהגים לרכוש את הדלק, ובמיוחד את גמישות הביקוש של אותם לקוחות ביחס לשינויים במחיר הדלק באחת או יותר מהתחנות, דבר שלא נעשה.

שלישית, ד"ר צמח לא בדקה את השפעתם של שיעורי הנחה העולים על 7 אגורות לליטר. שהרי, אין סיבה להניח כי ההנחות במחיר הדלקים, אם תינתנה, תצטמצמנה ל-7 אגורות לליטר בלבד (דהיינו לא יותר מ-1.5 עד 2 אחוזים במחיר הדלק). עובדה היא שבענף הסולר, שבו התפתחה תחרות משמעותית בין התחנות, מגיעות ההנחות לכדי 15 אג' לליטר ואף יותר, הנחה ששיעורה היחסי עולה בהרבה על ההנחה של 7 אגורות בבנזין, שעליה בוסס הסקר.

רביעית, ד"ר צמח התייחסה בסקר רק להנחות במחיר ולא הביאה בחשבון הטבות אחרות המתבטאות בהנחות או במבצעים שונים הנערכים בתחנות.

חמישית, ד"ר צמח לא בדקה כלל את התנהגותם של נהגים מקצועיים, שגמישות הביקוש שלהם לשינויים במחירי הדלק, סביר להניח, תהא גבוהה יותר.

שישית, ד"ר צמח עצמה הודתה בחקירתה כי אסור להשליך מהאמור בחוות דעתה על התנהגות הנפשות הפועלות בשוק, למעט לענין מיקום התחנה.

145. חרף האמור, איננו שוללים את עצם הטענה שבמקרים רבים, ואולי אף במרבית המקרים, תחנות משוחררות אינן מורידות מחיר, גם אם מרווח השיווק שבידן גדל במידה ניכרת עקב ההסכמים החדשים שנחתמו בינן לבין חברות הדלק. ברור שתופעה זו מקורה בכך שלהערכתם של בעלי התחנות, וחזקה שהם יודעים לעשות היטב את חשבונם, הגדלת הכמות הנמכרת עקב הפחתת המחיר לא תפצה אותם על ההפסד הנובע מהפחתת המחיר.

146. עם זה, איננו סבורים שתופעה זו כשלעצמה די בה כדי לשלול את היתרונות לתחרות ולציבור שבהגבלת תקופות הבלעדיות. ראשית, גם אם מדובר בתופעה נפוצה, היא איננה חלה על כל התחנות וישנן לא מעט תחנות משוחררות המנצלות את הגדלת מרווחי השיווק להפחתת מחירים, במיוחד כאשר הן קשורות לחברות דלק חדשות. בהקשר האחרון, חשוב לזכור שהגבלת תקופות הבלעדיות נועדה, בעיקר, להקל על חדירתן לשוק של חברות דלק חדשות. לפיכך, המבחן העיקרי של השפעת ביטול הסכמי הבלעדיות או הגבלת משך תקופות הבלעדיות צריך שיתבסס על המתרחש בתחום זה. לעניין זה, כפי שכבר נאמר, ממצאי סקר מנהל הדלק מעידים על כך שתחנות הקשורות עם חברות דלק חדשות מפחיתות את מחירי הדלק. שנית, דומה שאנו נמצאים בפתחו של תהליך ממושך, שיגבר עם הגדלת מספר התחנות המשוחררות. בד בבד, יש להניח שתגבר גם רגישות הציבור לנושא מחירי הדלק, דבר שיביא אף הוא להפחתת מחירים. שלישית, אנו סבורים שהגדלת מספרן של תחנות התדלוק, דבר המתרחש כל העת בשל הקמתן ופתיחתן של תחנות תדלוק חדשות, תעודד גם היא את התחרות בין תחנות התדלוק, ותתרום להפחתת מחירי הדלק. רביעית, אין לזלזל גם בתופעה של הנהגת מבצעים וחלוקת הטבות (מתן עיתונים, שטיפת מכוניות וכיוצא באלה הטבות) הניתנות לנהגים בתחנות התדלוק. מקובלת עלינו אמנם טענת "דלק", כי מדובר בהיקף מצומצם מאוד של מתן הנחות, המשמר, בסופו של דבר, את עיקר הגדלת מרווח השיווק בידי בעלי התחנות המשוחררות. אולם עובדה היא שתופעה זו של מתן הטבות לציבור, ולו הטבות פחותות בערכן, לא היתה קיימת כלל בעבר. חמישית, לאור הנתונים שהוצגו בפנינו בדבר מרווחי הרווח של התחנות הכבולות בהסכמים הישנים, ברור שמתן הנחות משמעותיות בתחנות אלה, גם אם הוא אפשרי, הנו בעייתי. על רקע זה, הגדלת מרווח הרווח של בעלי אותן תחנות, גם אם היא כרוכה בפיתוי לבעל התחנה לגרוף את כל הפער לכיסו, יש בה כדי ליצור תנאים המאפשרים או מקלים על בעל התחנה להפחית את מחירי הדלק.

הפליית מחירים בין תחנות התדלוק

147. אחת הטענות המרכזיות של בעלי התחנות המתנגדים לאישור ההסדרים היא שההסדרים הכובלים מאפשרים ל"דלק" לגבות מהם מחיר מופקע הגבוה במידה רבה ממחירי הדלק הנגבים על ידי מתחנות משוחררות. על-פי חוות דעתו של הכלכלן שוקי כהן, עולה שנכון ל-1.10.98 ההפרש במחיר הבנוין (לבעל התחנה) בין תחנה משוחררת לתחנה כבולה עמד על כ-20-18 ש"ח לק"ל ברוטו, ולאחר ניכוי הפרשי ההשתתפות בתשלומי ארנונה חשמל ועוד (בהם אין החברה נושאת לגבי תחנות משוחררות) עמד הפער על כ-16- אגורות לליטר בנוין, וכ-26-27 אגורות (ברוטו) לליטר סולר.

גם הכלכלנים פרופ' אקשטיין ומר פרלמן, מצביעים בחוות דעתם על פער של כ-17- אגורות ויותר (נכון לדצמבר 1998) בין מחירי הדלק הנגבים מבעלי תחנות כבולות לבין מחיריהם לבעלי תחנות משוחררות. פערי מחיר אלה הביאו לשינוי החלוקה של מרווחי השיווק. בעוד שחלקן של חברות הדלק במרווח השיווק עמד, לגבי תחנות כבולות, על 30.1% (נכון לחודש

דצמבר 1998) וחלקם של בעלי התחנות על - 21.9%, בתחנות המשוחררות היתה החלוקה: 40.7% - לבעלי התחנות ורק 11.3% לחברות הדלק.

מרווחי השיווק בתחנות הכבולות נקבעו, לפי חוות הדעת, על-ידי חברות הדלק על-פי חוזים שנחתמו בשוק לא תחרותי - בתקופה שבה נקבעו עמלות חברות הדלק ועמלות התחנות על-ידי מנהל הדלק. אולם כיום, כאשר מנהל הדלק איננו מתערב עוד בחלוקת מרווח השיווק בין החברות לבעלי התחנות, נוצר מצב שבו מנציחים חוזי הבלעדיות שנחתמו בעבר את המצב הלא תחרותי ששרר במשק באותה תקופה ומונעים התאמת תנאי המסחר לתנאי התחרות השוררים כיום באותו חלק של השוק שאינו כבול להסכמי העבר.

לאור כך, סבורים מומחי המתנגדים, אם יחליט בית הדין לאשר את הבקשות, גם אז וכ- Second Best, יש להתנות את האישור בכך שמחירי הדלק הסיטונאיים שמשלמות התחנות הכבולות יהיו תואמים את המחירים שמשלמות התחנות משוחררות. אם יש לחברות הדלק תביעות כלשהן נגד בעלי התחנות בגין ההשקעות שביצעו בתחנות ואשר לא הניבו, לדעתן, תמורה הראויה, הפתרון לכך לא יוכל להימצא, טוענים אותם מומחים, במתן היתר לחברות הדלק להמשיך ולגבות מחירים מפלים.

148. מבחינה עובדתית לא כפרה המבקשת בקיומו של פער בין מחירי הדלק הנגבים על ידה מתחנות כבולות לבין אלה הנגבים מתחנות משוחררות.

מהבחינה המשפטית העלתה המבקשת בנושא זה שתי טענות: הטענה האחת היתה כי "נושא זה הוא כולו מתחום המשפט האזרחי-הפרטי", וכי המקום לבירור נושא זה הוא בית המשפט האזרחי ולא בית הדין להגבלים עסקיים. הטענה השנייה היתה שכאשר מדובר בתחנה חדשה המוקמת על-ידי חברת הדלק, ברור שעל חברת הדלק לקבל תמורה עבור השקעתה. כאשר תמורה זו משתלמת באמצעות מכירות הדלק לתחנה, קיימת הצדקה למחירי דלק גבוהים יותר הנגבים מתחנה כזאת, בהם מגולם החזר ההשקעה, בהשוואה לתחנה משוחררת שבה אין חברת הדלק נדרשת להשקיע דבר.

149. איננו מקבלים את הטענה הראשונה, לפיה נושא זה איננו עניין לבית הדין להגבלים עסקיים לעסוק בו. התופעה של גביית מחירים שונים עבור עסקאות דומות עשויה לפגוע בתחרות, בכך שהיא מקפיאה את תנאי המסחר השוררים בשוק, מונעת הסתגלות והתאמה של השוק לתנאי התחרות המתפתחים בו ומקשה על בעל תחנה, שנדרש לשלם עבור הדלק מחיר גבוה יותר, להתחרות בבעלי תחנות אחרים הרוכשים את הדלק במחיר נמוך. לפיכך מדובר בנושא אשר נופל באופן מובהק במטריה של דיני התחרות. כך נקבע בסעיף 29א(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים ש"קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקאות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסוימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם" על-ידי בעל מונופולין, תחשב כניצול לרעה של מעמדו בשוק של בעל המונופולין באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. המבקשת אמנם אינה בעלת מונופולין. אולם, בהתחשב בכך שמדובר בשוק בעל מבנה אוליגופוליסטי הנתון לשליטת מעטים ובהסדרים

כובלים הנוהגים אצל כל הפירמות הפועלות בשוק, עשויה הפליית מחירים בין בעלי התחנות לפגוע בתחרות ובציבור גם בהעדר מונופולין.

150. זו גם גישתו של משפט הקהילייה האירופאית אשר קבע בסעיף 14 לתקנה 1984/83, כי הנציבות תוכל להסיר את תחולתה של התקנה במקרים בהם תמצא שהספק מנצל את חוזי הבלעדיות כדי להעניק, ללא הצדקה, לרוכשים הקשורים בהסכמי הבלעדיות תנאים נוחים פחות מאלה שהוא מעניק לאחרים:

“The commission may withdraw the benefit of this Regulation, ...
when it finds in a particular case that an agreement which is
exempted by this Regulation nevertheless has certain
effects which are incompatible with the conditions set out
in Article 85(3) of the Treaty, and in particular where;

....

(c) the supplier without any objectively justified reason:

...

2. applies less favourable prices or conditions of sale to resellers
bound by an exclusive purchasing obligation as compared
with other resellers at the same level of distribution”.

151. השאלה העולה, הנה האם במקרה שלפנינו מדובר ב"עסקות דומות", כלשונו של סעיף 29א(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים. או בהעדפה בלתי מוצדקת - "with out any justified reason" (כלשונו של כלל 14 לתקנה 1984/83), הניתנת לתחנות המשוחררות על פני התחנות הכבולות.

152. בעקרון אנו סבורים שעסקאות שבהן משקיעה חברת "דלק" בהקמת תחנות התדלוק אינן עסקאות דומות לעסקאות הנערכות עם תחנות משוחררות, אשר נעדרות מרכיב של השקעה. שהרי ברור שאין דמיון בהוצאותיה של חברת "דלק" בעסקאות בהן היא ממנת את ההשקעה בהקמת תחנות התדלוק לבין הוצאותיה בעסקאות שבהן היא איננה נוטלת על עצמה הוצאה זו.

על רקע זה ובהקשר לכלל 14 בתקנה 1984/83 הנ"ל, סבורה פרופ' Korah שבבחינת השאלה האם מדובר בהעדפה בלתי מוצדקת צריך שתובאנה בחשבון ההטבות שניתנו על-ידי חברת הדלק לבעל התחנה:

“Article 14(c)2 relates ... to prices that discriminate against those bound by an exclusive purchasing obligation. It is hoped that when considering whether the prices or conditions of sale are less favourable than those offered to the free trade, the Commission will take into account the financial and other advantages given in consideration of the exclusive purchasing obligation”.

(Ibid, p. 196)

153. לאור כך, אנו סבורים שבעקרון, לא ניתן לראות בעצם קיומם של פערים בין מחירי הדלק הנגבים על-ידי המבקשת מתחנות כבולות, שהקמתן מומנה בהשקעה של חברת "דלק" או שניתנו לבעליה טובות הנאה אחרות, לעומת המחירים הנגבים מתחנות משוחררות, משום הפליית מחירים.

154. שאלות אחרות אשר יכולות להתעורר בהקשר זה הן האם השוני בין העסקאות מצדיק את הפער בין התנאים, במקרה זה המחירים, הנקבעים על-ידי "דלק" לשני סוגי התחנות והאם הכללת החזר ההשקעות במחיר הדלק לתחנות אינו עשוי לגרום לעיוותים. טענות אלה לא עלו במהלך הדיון, הן גם קשות לבדיקה, ולא נדון בהן במסגרת זו.

155. ב"כ תחנת וולפסון טוענת כי תחנות חדשות שנבנות כיום על-ידי "חברות חדשות", זוכות לעמלות גבוהות בהרבה מהעמלות הניתנות על-ידי "דלק" לתחנותיה הכבולות. אולם טענה זו לא הוכחה שכן לא הוצגו לפנינו ראיות לגבי העמלות הניתנות על-ידי חברות הדלק החדשות לתחנות תדלוק שהוקמו בהשקעתן. יתר על כן, הטענה בדבר הפליית מחירים, צריך שתבחן על יסוד השוואה בין העמלות שמעניקה "דלק" עצמה לשני סוגי התחנות ולא על יסוד השוואה לעמלות המוענקות על-ידי חברות דלק אחרות.

סיכום ביניים

156. לאור מאזן התועלות והנזקים שנערך לעיל, אנו סבורים שככלל, נושאים הסכמי הבלעדיות שלפנינו תועלות מסוימות לציבור המצדיקות את אישורם. ובלבד, שמשך תקופות הבלעדיות שתקבענה יפיג את החשש לפגיעה בציבור העשויה להיגרם עקב חסימת ערוצי השייוק לתקופות ארוכות מדי ויבטיח שהתועלות הכרוכות בחוזים אלה תעלינה, ובאופן ממשי, על נזקיהם.

השאלה העולה, מתמקדת אפוא, במשך תקופות הבלעדיות הראויות לאישור, בשים לב ליתרונות והנזקים הכרוכים בהסדרים אלה בשוק הדלק בישראל.

תקופות הבלעדיות - עמדות הצדדים

157. נראה כי למעשה אין חולק גם בין המתנגדים לאישור הבקשות - בעלי התחנות - כי הסכמי בלעדיות אנכיים בין חברות הדלק לתחנות התדלוק לתקופות קצובות, עשויים לתרום לרווחת הציבור. ברוח זו קבעו בחוות דעתם פרופ' אקשטיין ומר פרלמן:

"עם זאת, נצביע בסעיף זה על כך שלחוזים לתקופות קצובות (להבדיל מחוזים לטווח ארוך מאוד) קיימת הצדקה כלכלית מבחינת חברות הדלק ומבחינת תועלת לציבור. גם העובדה שחוזים לתקופות קצובות קיימים ומותרים במדינות רבות, מרמזת על כך שיש סיבות כלכליות לכך שתחנות דלק תקיימנה חוזים לתקופות קצובות עם חברות הדלק. הסיבות לקשר האנכי, כפי שתואר בפרק 2 לעיל, נעוצות ביתרון של פיזור הסיכון ובקיומם של יתרונות לגודל בתחום שיווק הדלקים לתחבורה".

כך גרס גם הממונה בקביעתו המקורית:

"מקציר האומר עולה, כי עצם מתן בלעדיות הוא 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".

(שם, עמ' 42)

זו גם עמדת הממונה בסיכומיו בהליך זה:

"הסדרי בלעדיות אנכיים עשויים להיות יעילים מבחינה כלכלית, אך התנאי הראשון במעלה להבטחת יעילותם הוא כי הסדרי הבלעדיות יהיו תחומים במסגרתה של תקופת זמן סבירה".

(עמ' 17 לסיכומי הממונה)

זו גם היתה דעתם של פרופ' לבהרי וד"ר בלאס, בפי שצוטטה לעיל.

158. חרף העובדה שהשאלה בדבר משך תקופות הבלעדיות הראויות לאישור עומדת במרכזו של דיון זה, לא מצאנו בראיות הצדדים, גם לא בסיכומיהם, כמעט כל התייחסות לעניין זה, והנושא עלה במהלך הדיון כמעט בדרך אגב, גם זה, בד"כ במענה לשאלותינו.

159. תקופות הבלעדיות המרביות המומלצות על-ידי הממונה בהתאם להסדר דלק תואמות את התקופות המוסכמות על-פי ההסדרים שנעשו עם חברות הדלק פז וסונול שנוכרו לעיל, והן עומדות על התקופות הבאות:

- א. שנה אחת - להתקשרות עם תחנה קיימת עמה החברה היתה קשורה בעבר, ואשר השתחררה על-פי הסדר דלק;
- ב. שלוש שנים - להתקשרות עם תחנה קיימת עמה "דלק" לא היתה קשורה בעבר כאמור בסעיף קטן א;
- ג. 7 שנים - לתחנה בה מתבצעות במימונה של "דלק" עבודות שיפוץ ו/או חידוש ו/או שיפורים דומים בשיעור שלא יפחת מ - 60% מעלות הקמת תחנת תדלוק דומה.
- ד. 14 שנים - בהתקשרות עם תחנת תדלוק המוקמת במימונה המלא של "דלק".

160. בקביעה המעודכנת, לא פירט הממונה את השיקולים שהביאו לקביעת התקופות המוסכמות. בסיכומי ב"כ הממונה בהליך זה הוזכרו השיקולים הבאים כעומדים בבסיס התקופות המוסכמות:

"עם זאת יובהר כי מידת השקעתה של חברת הדלק בתחנה אינה עומדת בלבן של תקופות הבלעדיות, ואין הן מגלמות אך את הצורך ב"החזר השקעה", כטענת דלק ובעלי התחנות.... התקופות האמורות נקבעו בשים לב למספר פרמטרים: מלבד מידת השקעתן של חברות הדלק בתחנות התדלוק, שוקלל אף הסיכון שנטלו על עצמן החברות בהקמת תחנות ובאיתור אתרים להקמתן, המוניטין הנצבר על-ידי חברת דלק בעת שהיא מקימה תחנה באתר נתון, תחזוקת התחנות השוטפת במהלך תקופת פעילותן ועוד.

מלבד זאת, התקופות נקבעו לאחר בחינה ענפית של משק הדלק, תוך התחשבות בתכונותיו ובתנאים הייחודיים המאפיינים משק זה. החלת התקופות תיצור שחרור מדורג מדי פרק זמן של תחנות התדלוק לשוק החופשי. השחרור המדורג יבטיח קיומו של "מאגר" תחנות משוחררות, תחנות שאינן כבולות בכבלי הבלעדיות, ועל ליבן יוכלו להתחרות חברות הדלק - באופן זה מונמכים חסמי הכניסה העומדים בפני המבקשים לפעול בענף".

(עמ' 27 לסיכומי הממונה)

161. אולם, עמדתו המקורית של הממונה היתה שונה. בקביעתו מיום 28.6.93 סבר הממונה כי ראוי להעמיד את תקופות הבלעדיות על חמש עד שבע שנים. כך הסביר הממונה את עמדתו לעניין תקופות הבלעדיות הראויות באותה קביעה:

"בהתחשב במצב התחרות המועטה והריכוזיות הגבוהה בענף תחנות התדלוק בארץ, הקשיחות הרבה ביחסי הכוחות, הקשרים בין החברות לבין התחנות, ומחסומי הכניסה הטמירים, אני נוטה לכאורה לסבור, כי ראוי היה להעמיד כ"כלל אצבע" את תקופת הבלעדיות על חמש עד שבע שנים. תקופה זו דומה לקנה המידה שנבחר ושנקט באנגליה".

(שם, עמ' 43)

"כלל אצבע" זה נתמך גם על-ידי ד"ר אשר בלס במאמרו הנזכר אשר בוסס על חוות הדעת שהגיש מטעם הממונה בערר 1,2,3/93 לבית הדין:

"4.1 אין צורך בחוזים ארוכי טווח בכדי להחזיר השקעות"

מומחי העוררות סיכמו בטעות כי חוזים ארוכים עד כדי ארבעים ותשע שנים, אך גם לתקופות של 20 עד 40 שנים דרושים מבחינה כלכלית. זאת ועוד, העוררות טוענות כי היקף ההשקעות הגדול מחייב חוזה ארוך טווח חריג בין החברה לבין המפעיל. טענות אלו טועות ומטעות מכמה סיבות עיקריות:

- א. בניגוד לנאמר על-ידי העוררות ונציגיהן, לפיהן משתמע שההשקעות בתחנה הן גבוהות יחסית, מתברר שרמת ההשקעות איננה חריגה. ...
- ב. ניתן להחזיר השקעות ולהגיע לתשואה חיובית בפרק זמן קטן בהרבה מזה שמוצג על-ידי חו"ד בועז, ובוודאי שאין צורך בארבעים ותשע שנים. תחנה ממוצעת מוכרת יותר מ-4.5 מליון ליטרים בנזין וסולר לשנה. רווחי החברות לאחר הוצאות משתנות ע"פ נתוני העוררות ומינהל הדלק הינם כ-0.6 מליון ש"ח (או כ-200,000\$ לשנה). אם עלות הקמת תחנה הינה כ-600,000\$, אזי התשואה על ההון כעבור 5 שנות הכנסה של 200,000\$, הינה כ-20%, גם אם לא יינתן פיצוי כלשהו לעוררות בתום 5 שנים. מסיבה זו כלל האצבע בו נקט הממונה לפיו חוזים ייחתמו לחמש עד שבע שנים - מתקבל על הדעת.
- ג. גם אם קיימות תחנות שבהן לא ניתן להחזיר את ההשקעה בחמש שנים, הרי שייתכנו הסדרים אחרים חוץ מחוזים ארוכי טווח, שבמסגרתם ניתן לממן את ההשקעה".

162. הסבר אפשרי לשינוי שחל בעמדת הממונה ביחס לתקופות הבלעדיות הראויות, ניתן למצוא בדברי ב"כ הממונה בהליך הנוכחי, לפיהם משך התקופות המוסכמות, בדומה לכללי ההתנהגות האחרים שנקבעו באותם הסדרים, הוא פרי משא ומתן עם חברות הדלק שהסתיים בהסדרי פשרה מוסכמים על שני הצדדים (עמ' 24 לסיכומי הממונה).

163. גם בהליך שבפנינו, נראה כי הממונה אינו בהכרח שלם עם המלצותיו לאשר את הסכמי הבלעדיות לתקופות המוסכמות. כך במהלך חקירת העד נצח מטעם המבקשת נאמר:

"ב.כ. הממונה: ..על אותן תחנות שנשארו בפני בית הדין, והן נשארו עד תום ההליך, אם דלק לא מוכנה להציע לאותה תחנה תנאים תחרותיים שיאפשרו לתחנה להתחרות בשוק, למה בית הדין צריך בעצם, מבחינת אינטרס הציבור, לא מבחינת האינטרס של דלק, ולא מבחינת האינטרס של בעל התחנה, למה בית הדין צריך לאשר את ההסכמים האלה?

....

כ.ה. עדיאל: לפי השאלה לא הייתם צריכים להסכים לכל הסיפור.

ב.כ. הממונה: אנחנו הסכמנו במהלך מסוים.

כ.ה. עדיאל: אמרתם שאתם מוכנים בעיקרון, נכון שלפי השאלה הזאת את מעמידה את זה, כשרציתם להשיג את הפשרה שם לא שאלתם את זה.

ב.כ. הממונה: רצינו והוצג בפנינו מצג מסוים, המצב השתנה".

(עמ' 65 לפרוטוקול הדיון מיום 10.2.99)

164. חרף העובדה שכדברי באת כוח הממונה, "המצב השתנה", לא ראה הממונה עצמו חופשי לסטות מהתקופות שנקבעו בהסכמה בהסדר דלק ובהסדרים שנעשו על ידו עם חברות הדלק האחרות.

165. יהא ההסבר לשינוי שחל בגישתו של הממונה לנושא זה אשר יהא, לא מצאנו בראיות שהוצגו על-ידי הממונה, גם לא בסיכומיו, הסבר משכנע למשך תקופות הבלעדיות המומלצות על ידו. השיקולים שנזכרו בסיכומי באת כוח הממונה לעיל הם שיקולים כלליים היפים לסוגייה שלפנינו ככלל. אולם אין באלה כדי להסביר כיצד נגזרו משיקולים אלה תקופות הבלעדיות המוסכמות. באת כוח הממונה אמנם ציינה כי תקופות הבלעדיות אשר הושגו במשא ומתן עם חברות הדלק אושרו גם על-ידי מומחה כלכלי. גם בקביעתו המעודכנת ציין הממונה כי נועץ, טרם העמיד בפני חברות הדלק הצעה להסדר מטעם הרשות להגבלים עסקיים, עם מומחים. חרף זאת, לא תמך הממונה את עמדתו בחוות דעת המבססת תקופות אלה מהבחינה הכלכלית.

166. יתירה מזו, בעוד שלדעתו של הממונה, כעולה מסיכומיו, "מידת השקעתה של חברת הדלק בתחנה אינה עומדת בליבן של תקופות הבלעדיות, ואין הן מגלמות אך את הצורך ב"החזר ההשקעה", בפועל ההסדרים שנעשו בין הממונה לבין חברות הדלק מבוססים בעיקר על שיקול זה. שהרי, בעוד שלגבי תחנות דלק שהקמתן לא בוצעה בהשקעה של חברת דלק נקבעו תקופות התקשרות מרביות של שנה אחת עד 3 שנים, לגבי תחנות שהקמתן או שיפוצן בוצעו בהשקעה של חברת דלק, נקבעו תקופות בלעדיות שבין 7 ל-14 שנים.

167. גם הצדדים האחרים כמעט ולא התייחסו בראיות שהוצגו על ידם ובסיכומיהם לנושא זה, של תקופות הבלעדיות הראויות לאישור.

168. בבקשתה אמנם נקבה "דלק" בתקופות הבלעדיות שאישורן מתבקש לגבי התחנות השונות. אולם תקופות אלה לא בוססו על אמת מידה כללית, והן נגזרו אך מחשיבותן של התחנות לעסקיה של "דלק" והרצון להאריך את תקופות הבלעדיות ככל האפשר.

כך, העיד מר נצח:

"ש: איך חושבה התקופה שדלק ביקשה לגבי כל אחת מהתחנות? נעשה איזשהו חישוב או שזו פשוט היתה תקופת ההסדר הקודם וההפרש?
 ת: יש כאן מכלול. א. אני לא יכול להגיד שיש כאן מודל כלכלי שעל-פיו הגשנו את הבקשה, מודל כלכלי, מתמטי, מסודר שעל-פיו נגיש בקשה מדרך הטבע כי אני חושב שהתקופות שנקבעו בהסדר עם הממונה גם הן לא על בסיס כלכלי, שאפשר לעגן אותן במודל, אז קשה ...
 ש: איך נקבעו התקופות של דלק?
 ת: לגבי, אנחנו ביקשנו בקשות לגבי אותן תחנות שנראה לנו, שעל-פי, בין השאר, על-פי הקריטריונים שנקבעו לעתיד, יש מקום לבקש לגביהן, כל תחנה היו לה סיבות מיוחדות".

(עמ' 51 לפרוטוקול הדיון מיום 10.2.99)

וכן:

"כ.ה. עדיאל: השיקול הכללי היה חשיבות ההפעלה לדלק, זה כן משותף?
 ת: כן.
 כ.ה. עדיאל: ככל שהיא יותר חשובה,
 ת: ללא ספק".
 (שם, עמ' 52)

גם פרופ' מילר לא התייחס בחוות דעתו לנושא זה, לא בהיבט הכללי של טובת הציבור, ואף לא בהיבט המצומצם הנוגע למשך תקופות הבלעדיות הנדרשות לשם מניעת הפגיעה ב"דלק". כך, כאשר נשאל פרופ' מילר על ידנו: "איך אתה היית מגדיר את המדרג שראוי לעשות אותו כדי לשמור על מעמדה של דלק בשוק ומצד שני לאפשר את סיום ההסכמים באיזושהי צורה אחרת?". הוא השיב: "אני מוכרח לתת לזה מחשבה, אבל לא נשאלתי על זה". תשובה כזאת, מפיו של מומחה כלכלי, שחוות דעתו נועדה לתמוך בבקשותיה של "דלק" ובתקופות הבלעדיות הנזכרות בבקשות אלה, מעלה תמיהה.

בסיכומי המבקשת, כל שנאמר לעניין תקופות הבלעדיות הראויות לאישור היה כי:

"תקופות הבלעדיות המוגבלות עליהן המליץ הממונה אין בהן די. התנאים בשוק דורשים תקופות ארוכות יותר כדי להצדיק השקעה בידי חברת הדלק...".

(סיכומי המבקשת, עמ' 59)

169. בחוות הדעת הכלכלית שהוגשה מטעמן של התחנות המתנגדות על-ידי פרופ' אקשטיין ומנחם פרלמן, נאמר כי תקופות הבלעדיות המרביות שיש לאשר להתקשרויות בין חברות הדלק ותחנות התדלוק, בתנאי תחרות, צריכות להיגזר משיקולי יעילות כלכלית ותחרות, תוך שימת דגש על כך, שיש לנתק בין היקף ההשקעות שמשקיעה חברת הדלק בתחנה לבין תקופת הבלעדיות שתאושר להתקשרות ביניהן (שם, עמ' 14). פרופ' אקשטיין חזר על עמדתו זו במהלך עדותו (ראה פרוטוקול הדיון מיום 18.4.99, בעמ' 74, 80).

170. אולם גם מומחי המתנגדות נמנעו מלנקוב בחוות דעתם בפרקי הזמן הראויים, לגישתם, לאישור. ייתכן שהדבר נבע מגישתם לפיה יש לשחרר לאלתר את כל התחנות שבפנינו אשר עדיין קשורות עם המבקשת בהסכמי בלעדיות. עם זה, בחקירתו הנגדית, התייחס פרופ' אקשטיין לחוות דעת אחרת שהגיש לבית הדין בעניין חברת דור אנרגיה (ה"ע 462/93), שם חיווה דעתו כי יש לאשר לחברות החדשות בענף הסכמי בלעדיות לתקופות של עד 12 שנה, ואילו לחברות הוותיקות ניתן לאשר הסכמים לתקופות מרביות של 8 שנים. בעדותו, הסביר פרופ' אקשטיין כי תקופות אלה הן בגדר "הערכה שנראית לנו סבירה" (עמ' 73 לפרוטוקול הדיון מיום 18.4.99) וכי הן נקבעו על-פי מודל שניסה לקבוע תקופות שיאפשרו שחרור תחנות בהיקף שיהא בו כדי לשמור על התחרות בין חברות הדלק בהתקשרות עם תחנות התדלוק. (שם, עמ' 72).

171. פרופ' לבהרי סבר, כפי שעולה מעדותו בעניין דור אנרגיה, שמשך תקופת הבלעדיות הראויה לחברת דלק ותיקה הוא חמש שנים. כדבריו: "לא הייתי מרשה לתחנות הוותיקות לעשות

הסכמים מעבר לחמש שנים" (פרוטוקול מיום 22.6.97, עמ' 6). לחברות דלק חדשות, יש
לאשר, לדעתו של פרופ' לבהרי, תקופות בלעדיות כפולות - של עד 10 שנים (שם).

172. המומחה מר יהושע כהן, אשר הגיש חוות דעת מטעם המתנגדות, טען בעדותו כי יש
להפריד בין החזר ההשקעה לבין מתכונת ההתקשרות בין חברות הדלק ותחנות התדלוק
(פרוטוקול מיום 17.3.99, עמ' 100, 101). עם זה, בכל הנוגע לתקופות הבלעדיות הראויות
לאישור בית הדין, הסכים עד זה, ללא הנמקה, עם הכללים שנקבעו על-ידי הממונה, אשר
נראו בעיניו סבירים כל עוד מדובר ב"תקופות גג" (שם, עמ' 103).

תקופות הבלעדיות - המשפט המשווה ויישומו לשוק הדלק בישראל

173. במשפט האמריקאי, בו נבחנים הסכמי בלעדיות על-פי כלל הסבירות, לא ניתן למצוא
כללים מנחים ביחס לתקופות הבלעדיות המותרות, וכל הסכם נבחן לגופו. עם זה, באופן
כללי ניתן לומר שככל שתקופות הבלעדיות ארוכות יותר, תהיה הנטייה לראותם כפוגעים
בתחרות גבוהה יותר. רשימה בלתי ממצה של השיקולים שיובאו בחשבון על-ידי בית
המשפט בנושא זה כוללת את השיקולים הבאים: היקף המסחר בשוק הרלוונטי אשר נחסם
כתוצאה מהסכם הבלעדיות; משך ההסכם; האם הסכמי הבלעדיות נוהגים גם אצל
המתחרים בשוק; קיומם של ערוצי מסחר חלופיים אשר מאפשרים קיומה של תחרות
בשוק חרף הסכמי הבלעדיות; רמת חסמי הכניסה לשוק; מידת הפגיעה בתחרות הנגרמת
על-ידי ההסכמים והיתרונות הכלכליים הכרוכים בהם. (ראה: **ABA Antitrust Law**
Developments, (4th ed, vol. I (1997), p. 224).

אבני הבוחן העיקריות לבחינת חוקיותם של הסכמי בלעדיות על-פי מבחן הסבירות במשפט
האמריקאי, הן היקף השוק הנחסם על-ידי הסכמי הבלעדיות ומשך תקופת הבלעדיות,
כאשר שני הגורמים תלויים זה בזה.

174. ביחס להיקף השוק הנחסם, נקטו בתי המשפט בארה"ב בעבר אמת מידה מחמירה והעמידו
את רף החסימה, שמעליו ייחשבו הסכמי בלעדיות כפוגעים בתחרות, על שיעור שבין 20% ל
- 30% מהשוק. מאוחר יותר, בעקבות פסק הדין בעניין ג'פרסון (Jefferson Parish v. Hyde, 466 U.S. 2
(Hospital v. Hyde, 466 U.S. 2) הוגמשה גישה זו והותרו הסכמי בלעדיות גם בהתקיים
שיעור חסימה העולה על 30%. כיום, שיעור חסימה העולה על 50%, נחשב במשפט
האמריקאי, כשיעור חסימה הפוגע בתחרות. (ראה: **ABA Antitrust Law**
Developments, (4th ed, vol. I (1997), p. 223 n. 1242).

אשר לתקופות הבלעדיות, אלה נגזרות משיקולים הנוגעים למבנה השוק, ובמיוחד מהיקף חסימת
השוק. אולם, ככלל, גם בשווקים שבהם שיעור החסימה נמוך יחסית, אין בתי המשפט
מתירים תקופות בלעדיות העולות על 5 שנים, ובמקרים רבים אף פחות מכך.

FTC v. Motion Picture Adver. Serv. Co., 344 U.S. 392 בעניין כך למשל בפסק הדין בעניין (1953), קבע בית המשפט העליון של ארה"ב, כי הסכמי בלעדיות בין חברה להפצת סרטי פרסום לבין בעלי בתי קולנוע, לתקופות שנעו בין שנה לחמש שנים, מהווים "תחרות בלתי הוגנת", והגביל את תקופת הבלעדיות לשנה אחת בלבד, כפי שנקבע על-ידי ה-F.T.C. בית המשפט ביסס את קביעתו על כך שהמשיבה וחברות אחרות בשוק סרטי הפרסום ככלו בהסכמי בלעדיות 75% מכלל בתי הקולנוע באזור הרלוונטי, ובכך הקשו על מתחרים חדשים לחדור לשוק. כך נקבע, בין היתר, בפסק דין זה:

"This is not a situation where by the nature of the market there is room for newcomers, irrespective of the existing restrictive practices. The number of outlets for the films is quite limited. And due to the exclusive contracts, respondent and the three other major companies have foreclosed to competitors 75 percent of all available outlets for this business throughout the United States. It is, we think, plain from the Commission's findings that a device which has sewed up a market so tightly for the benefit of a few falls within the prohibitions of the Sherman Act and is therefore an 'unfair method of competition' within the meaning of s 5(a) of the Federal Trade Commission Act".

(p. 363)

בפסק הדין בעניין **Standard Oil** הנזכר, נדון ערעורה של החברה על צו המונע ממנה ומחברת הבת שלה להתקשר בהסכמי אספקה בלעדיים לרכישת מלוא התוצרת של מוצרי נפט ואביזרי רכב עם בעלי תחנות תדלוק עצמאיים. הסכמי הבלעדיות בהם דובר באותו מקרה היו הסכמים אשר מתחדשים מדי שנה, עם אפשרות יציאה בהודעה מראש של 30 יום, מדי 6 חודשים. חברת **Standard Oil** אשר ייצרה ושיווקה תזקיקי נפט, היתה ספק הדלק הגדול ביותר באזור מערב ארה"ב, ושלטה על אספקת 23% מכלל מכירות הדלקים. לחברה היו 5,937 הסכמים לאספקה בלעדית של דלקים מסוגים שונים עם תחנות עצמאיות, שהן כ- 16% מתחנות התדלוק באזור. בפסק הדין נקבע כי חסימת חלק משמעותי של שוק תחנות התדלוק על-ידי ההסכמים הנדונים, עומד בניגוד להוראת סעיף 3 ל- Clayton Act והצו שאסר על החברה להמשיך ולהתקשר בהסכמים כאלה, אושר.

175. במשפט הקהילייה האירופאית, כפי שכבר נזכר, נוהגת תקנה 1984/83 (OJ 1983 L173/5) המאשרת הסכמי בלעדיות בין חברת דלק לתחנות תדלוק, אשר משך תקופות הבלעדיות הקבוע בהם אינו עולה על 10 שנים, ופוטרת אותם מתחולתו של סעיף 1(85) לאמנת רומא. אולם על-פי סעיף 19 לתקנה, התקופה הקבועה בתקנה מהווה רק סף עליון, ותקופות קצרות יותר הקבועות בחוקי המדינות החברות אינן סותרות את האמור בתקנה.

176. במשפט האנגלי המליצה ה - Monopolies and Mergers Commission כבר בשנת 1965 בדו"ח שחיברה בנושא אספקת הדלקים לתחנות התדלוק, להגביל את משך תקופות ההתקשרות הבלעדיות בין חברות הדלק לבין תחנות התדלוק, לתקופות שלא תעלה על 5 שנים, שבסיומן יוכלו התחנות להתקשר בחוזה אספקה חדש עם כל אחת מחברות הדלק המתחרות בשוק, ובלבד שתחזרנה את ההלוואות שקיבלו מחברות הדלק. (סעיף 428(1) לדו"ח) המלצה זו נותרה על כנה גם בדו"ח הוועדה משנת 1990.

Esso Petroleum Co. Ltd v. Harper's המלצות הוועדה הוזכרו בפסק הדין בעניין **Garage Stourport** (1967) 1 ALL.E.R. 699 כאחד השיקולים על יסודם קבע בית הלורדים, שהסכם בלעדיות בין חברת דלק לתחנת תדלוק שמשכו 4 שנים ו - 5 חודשים ייחשב כמגבלה סבירה על המסחר, ואילו הסכם דומה (הגם שכלל מרכיב של הלוואה לקמעונאי להקמת מבנה בתחנה והטלת משכנתא על התחנה לטובת חברת הדלק) לתקופה של 21 שנים, ייחשב כמגבלה בלתי-סבירה על המסחר (שם, עמ' 320). אולם, מפסק הדין לא ניתן ללמוד על כלל מנחה ביחס לקביעת תקופות הבלעדיות אשר לא תחשבנה כמגבילות את המסחר באופן בלתי סביר, זאת גם בשל אי הצגת ראיות בנושא זה.

177. לימוד היקש מהמשפט המשווה ויישום אמות המידה הנוהגות בשיטות משפט אחרות בשוק הישראלי, מחייב משנה זהירות. זאת משום שכל היקש הנלמד משווקים אחרים צריך שיביא בחשבון את המבנה של אותם שווקים, את התנאים השוררים בהם ואת ההשפעה שנובעת באותם שווקים להסכמי הבלעדיות, תוך השוואתם של כל אלה לתנאי השוק השוררים בישראל.

178. על רקע זה, טענה המבקשת, שהן באירופה והן באנגליה, אין מדובר בהתקשרויות הכוללות מרכיב של השקעה. מכאן מתחייב, לטענתה, שבישראל יש להרחיב את תקופות הבלעדיות על פני התקופות המאושרות בשיטות משפט אלה.

179. אולם ההנחה עליה מבוססת טענה זו איננה נכונה. שכן, שתי שיטות המשפט האמורות מביאות בחשבון כמרכיב חשוב באישור (או מתן פטור) להסדרי בלעדיות בשוק הדלק, את טובות ההנאה המוענקות על-ידי חברות הדלק לבעלי התחנות, בכלל זה ההלוואות הניתנות לצורך הקמת תחנות התדלוק.

בדו"ח הוועדה למיזוגים ומונופולים האנגלית משנת 1965 (שאומץ גם בדו"ח האחרון משנת 1990)
נקבע:

“Accordingly the Commission recommended that:

- a) the term of any solus agreement for petrol should not exceed five years, except where linked to a loan, in which case the term of the solus agreement could be the same as that of the loan provided the retailer had an option to repay the loan in full at any time after five years, and in so doing also terminating the solus tie;”.

(p. 327)

משמע, הוועדה הביאה בחשבון קיומן של הלוואות הניתנות על-ידי חברת הדלק לבעל התחנה. חרף זאת לא אפשרה הוועדה קביעת תקופות בלעדיות ארוכות מחמש שנים. זאת, בכפוף לחובתו של בעל התחנה להחזיר את ההלוואה אם יבקש להשתחרר מהחוזה בתום תקופה זו.

גם תקנה 1984/83 הנוהגת בקהילייה האירופאית, מתייחסת לטובות ההנאה המוענקות על-ידי הספק לבעל התחנה בקשר להקמת תחנת התדלוק, ורואה בהן שיקול המצדיק הרחבת משך תקופות הבלעדיות הפטורות בסוג זה של חוזים מעולו של סעיף 85(1) לאמנת רומא:

“(15) whereas the commercial and financial advantages conferred by the supplier on the reseller make it significantly easier to establish, modernize, maintain and operate premises used for the sale and consumption of drinks and service stations”.

חרף זאת ותוך שהיא ערה לחשיבותם של יתרונות כלכליים אלה ומרכזיותם בהתקשרויות שבין בעלי התחנות לחברות הדלק (סעיף 17 למבוא לתקנה), קבעה הנציבות האירופאית תקופות בלעדיות מרביות של עשר שנים, זאת אף ללא קשר להחזר אותן טובות הנאה (סעיף 6 לתקנה).

180. לעניין זה, איננו רואים הבדל עקרוני בין טובת הנאה המתבטאת במתן הלוואה לבין טובת הנאה הניתנת בדרך של השקעה. שהרי בשני המקרים השאלה העולה, בהקשר להסדרים שלפנינו, נוגעת להחזר טובת ההנאה, בין שתהא זו השקעה ובין שתהא זו הלוואה.

181. אשר למבנה השוק ורמת התחרות בו, על-פי חוות הדעת של פרופ' אקשטיין ומר פרלמן עולה, כי "ניתן לקבוע במידה גבוהה של ביטחון כי בארה"ב ובבריטניה קיימת תחרות משמעותית במקטע תחנות התדלוק".

182. באנגליה, עולה מדו"ח הועדה למיזוגים ולמונופולים הנזכר, שוק הדלק הקמעונאי הוא תחרותי. ברוב האזורים עומד לבחירת הצרכנים מגוון רחב של מחירי דלק ורמות שירות, רווחי חברות הדלק מתונים, 14 סיטונאי הדלק העיקריים מקיימים ביניהם תחרות אפקטיבית בתחום מחירי הדלק, וכן בהטבות הניתנות ללקוחות וברמת השירות. התחרות על נתח השוק הביאה להנהגת סטנדרטים גבוהים יותר של נקודות המכירה ושיפור השירותים הניתנים בהן לציבור. חרף מצב תחרותי זה של שוק שיווק הדלק באנגליה, שהוא שוק תחרותי בהרבה משוק הדלק בישראל, המליצה הועדה שלא לשנות את תקופות הבלעדיות המותרות, העומדות כאמור על 5 שנים. (ראה סעיפים 1.32 - 1.3.4 לדו"ח).

183. שיקול חשוב שנוכר בהקשר זה בדו"ח ועדת המיזוגים והמונופולים האנגלית, נוגע להיקף התחדשותם של חוזי האספקה. בנושא זה קובע הדו"ח, כי בכל שנה מסתיים מספר משמעותי של חוזי בלעדיות: "Each year a substantial number of independent solus contracts come up for renewal or replacement, and the principal wholesalers compete strongly for these". (סעיף 1.34 לדו"ח).

על-פי הנתונים הנוגעים למשק הדלק האנגלי כפי שהם מפורטים באותו דו"ח, בשנת 1988 היו באנגליה כ- 19,000 תחנות תדלוק, מתוכן, כ- 13,000 תחנות תדלוק עצמאיות, אשר כ- 8,700 מהן קשורות לחברות הדלק העיקריות (11 במספר), וקצת למעלה מ- 6,000 תחנות תדלוק בבעלותן של חברות הדלק. לאור העובדה שאורך חוזה בלעדיות ממוצע עומד על 4.5 שנים, עולה שמדי שנה מסתיימים חוזי התקשרות עם 2,000 תחנות דלק הקשורות לחברות הדלק העיקריות, שהן כ- 25% מתוך כלל תחנות התדלוק הקשורות עם חברות אלה. שיעור זה של חוזי בלעדיות המתחדש מדי שנה נראה לועדה כמספיק (בנוסף על שיקולים אחרים) כדי להותיר על כנה את תקופת הבלעדיות המרבית של 5 שנים. (טבלה 3.13 בעמ' 38 וסעיף 3.101 בעמ' 49).

184. אשר למשפט האמריקאי, כפי שצינו לעיל, חוזי בלעדיות בהם מוכנים בתי המשפט להכיר כחוזים שאינם פוגעים בציבור, הם חוזים שתקופות הבלעדיות הקבועות בהם קצרות בהרבה מאלה הנוהגות בקהילייה האירופאית ואף באנגליה. אמת המידה העיקרית שאומצה לעניין זה במשפט האמריקאי, היא שיעור חסימת השוק, כאשר שיעור חסימה

העולה על 50% מהשוק, שהוא שיעור נמוך בהרבה משיעור החסימה בשוק הדלק בישראל, נחשב כפוגע בתחרות.

185. אין לפנינו נתונים על מבנה שוק הדלק במקטע השיווק בתחנות התדלוק ורמת התחרות בו באירופה. מחוות הדעת של פרופ' אקשטיין ומר פרלמן עולה כי "ייתכן ... ובחלק מארצות אירופה קיימות מגבלות המביאות לכך שהתחרות בשיווק הדלק בתחנות שם אינה מלאה". אולם, על-פי תקנה 1984/83, הוסמכה נציבות הקהילייה האירופאית להסיר את תחולתה של התקנה מחוזים הנוגעים למוצרים שלגביהם אין מתקיימת תחרות אפקטיבית, או לגבי שווקים שבהם חסומה הגישה לחלק משמעותי של ערוצי השיווק (סעיף 14 לתקנה).

בפסק הדין בעניין **DeLimits V. Brau Henninger**, 210 C.M.L.R 5 [1992] בו נדון הסכם בלעדיות בין חברה לייצור בירה לבין מפעיל מסבאה, קבע בית המשפט לצדק של הקהילייה האירופאית תנאים שבהם ייחשב הסכם בלעדיות אנכי בין חברות לייצור בירה לבין מפעילי מסבאות, חרף הפטור הקבוע בתקנה 1984/83, כנופל בגדרו של סעיף 185(1) לאמנת רומא. התנאי הראשון נקבע שם, הוא קיומו של קושי בפני מתחרים חדשים להצטרף לשוק או בפני מתחרים קיימים להגדיל את נתח השוק שלהם. בהקשר זה ייבחנו שכיחותם של הסכמי בלעדיות מהסוג הנדון בשוק הרלוונטי, מספר המפיצים הקשורים בהסכמים כאלו לעומת מספר המפיצים שאינם קשורים בהם, כמויות הסחורה הנשלטות על-ידי הסכמים אלה ומשך תקופות ההתקשרות הקבועות בהסכמים. התנאי השני הוא כי ההסכם תורם תרומה ממשית לחסימת השוק בפני כניסת מתחרים. בהקשר זה ייבחנו מעמדם של הצדדים להסכם בשוק הרלוונטי ומשכו של ההסכם הספציפי. (שם, עמ' 248).

לאור אלה, ספק אם נציבות הקהילייה האירופאית לא היתה מחילה מלכתחילה את תקנה 1984/83 על שוק הנמצא במצבו של שוק שיווק הדלק הקמעונאי בישראל.

ההשקעה בתחנות התדלוק כשיקול בקביעת תקופות הבלעדיות

186. שאלה מרכזית שעלתה בדיון לפנינו, היתה האם יש לקשור, בעקרון, בין משך תקופות הבלעדיות לבין ביצוע השקעות על-ידי חברות הדלק בהקמת התחנות או בשיפוצן, כמו גם בהיקפן של השקעות אלה.

187. הממונה, כפי שזכר, אמנם טען בסיכומיו כי "מידת השקעתה של חברת הדלק בתחנה אינה עומדת בליבן של תקופות הבלעדיות". עם זאת, על-פי הסדר דלק, אמת המידה העיקרית לקביעת תקופות הבלעדיות, נגזרת מהיקף ההשקעה.

188. פרופ' מילר, המומחה מטעם המבקשת, אמנם לא התייחס בחוות דעתו למבחנים לפיהם יש לאשר תקופות בלעדיות. אולם הדעה שהביע לפיה, "הרווח היחיד הצפוי לחברת הדלק כתוצאה מהשקעתה בתחנה, הוא ממכירת מוצריה היא באותה תחנת דלק" וכי "הדרך

היחידה שבה חברת הדלק רואה רווחים מהתחנה היא דרך מכירת דלקים לאותה תחנה", מחייבת את המסקנה שיש לקשור בין אורך תקופת הבלעדיות לבין ההשקעה. גם מר כהן תמך בקשירת תקופות הבלעדיות לנושא ההשקעה.

189. מאידך, פרופ' אקשטיין ומר פרלמן סברו שיש לנתק את נושא ההשקעה מתקופת הבלעדיות (ראה סעיף 85 לעיל).

זו גם היתה דעתו של פרופ' לבהרי, כעולה מעדותו בתיק ה"ע 462/93 (דור אנרגיה):

"יתר על כן, לא הייתי רואה בכלל בהחזר ההשקעה מרכיב חשוב בשיקולי".

(ראה לעניין זה גם עדותו של פרופ' לבהרי כפי שצוטטה (סעיף 85 לעיל).

ד"ר בלאס במאמרו האמור, אמנם לא פסל כל קשר בין ההשקעה לבין תקופת הבלעדיות, אך גם הוא סבר שמשקלו של שיקול זה צריך שיהא מוגבל, וכי אין לאשר תקופות בלעדיות העולות על חמש שנים.

190. בהתחשב בעניין שיש לציבור בהקמת תחנות חדשות וביתרון שניתן למנות בנושא זה בהסכמי הבלעדיות, אנו סבורים שראוי להבחין, מבחינת אורך תקופות הבלעדיות המאושרות, בין חוזים הנקשרים עם תחנות תדלוק חדשות לבין חוזים הנקשרים עם תחנות קיימות. על רקע זה אנו סבורים שקיימת הצדקה לאשר תקופות בלעדיות ארוכות יותר לגבי התקשרויות הנוגעות לתחנות חדשות.

191. מאידך, איננו סבורים שיש לקשור בין אורך תקופת הבלעדיות לבין עצם ביצוע ההשקעות על-ידי חברות הדלק בהקמת התחנות. לדעתנו, כדי לעודד הקמת תחנות חדשות, די בעצם האישור של תקופת בלעדיות ארוכות יותר לתחנות אלה, ואין צורך להתנות את האישור בכך שההתקשרות עם בעלי אותן תחנות תכלול מרכיב של השקעה דווקא. עידודם של בעלי מקרקעין (המיועדים להקמת תחנות תדלוק) להקים תחנות תדלוק יכול שיושג באמצעות מתן טובות הנאה שונות על-ידי חברות הדלק לבעלי המקרקעין, ואיננו רואים טעם להגביל הטבות אלה להשקעה בהקמת התחנה דווקא.

192. לגבי תחנת מי מגידו, למשל, לא השקיעה חברת "דלק" בהקמת התחנה, אלא נתנה לבעלי התחנה הלוואה צמודת מדד ונושאת ריבית, שאותה היה עליהם להחזיר. מאידך, "דלק" התחייבה לספק לתחנה דלקים במחיר זול ממחירי הדלק הרגילים הנגבים על ידה בדרך כלל.

על רקע זה, הממונה המליץ שלא לאשר לתחנה זו תקופת בלעדיות התואמת את תקופות הבלעדיות שנקבעו בהסדר דלק לגבי תחנות המוקמות בהשקעה של חברת "דלק". זאת מהטעם שההלוואה שנתנה המבקשת לבעלי התחנה, איננה יכולה להיחשב כהשקעה בהקמת התחנה.

אולם, מבחינת השיקול הרלוונטי לענייננו, הוא השיקול של עידוד בעל המקרקעין להקים את התחנה, איננו רואים הבדל בין ההשקעה בהקמת התחנה לבין טובת הנאה אחרת, כמו זו המתבטאת בהבטחת הספקת דלק זולה לתחנה. אם בעל התחנה מעדיף לקבל את טובת ההנאה האחרונה, איננו רואים סיבה שלא לקבל גם דרך זו של התקשרות, כעילה לאישור תקופת בלעדיות ארוכה מהתקופות המאושרות לתחנות קיימות, ובלבד שמדובר בהתקשרות הנוגעת לתחנה חדשה.

193. אפילו היה מקום לכרוך בין עצם ביצוע ההשקעה לבין אורך תקופת הבלעדיות, גם אז, איננו סבורים שיש לקשור בין אורך תקופות הבלעדיות המאושרות לבין היקף ההשקעה (או טובות ההנאה האחרות) המתבצעת על-ידי חברת הדלק בתחנה. קשירה כזאת, מתחייבת מההנחה שהסכם הבלעדיות, כפי שכתב פרופ' מילר בחוות דעתו, הוא הדרך היחידה שבה יכולה חברת הדלק לראות רווחים מהשקעתה. השקפה זו מחייבת לגזור את משך תקופת הבלעדיות מאורך התקופה שבה יכולה חברת הדלק להחזיר את השקעתה באמצעות רווחיה ממכירות הדלק לתחנות.

194. בנושא זה התגלעו בין הצדדים מחלוקות רבות. לגבי תחנת וולפסון, למשל, טענו בעלי התחנה, בהתבסס על חוות-דעתו של הכלכלן כהן, ש"דלק" תוכל להחזיר את השקעתה בתחנה (שהיתה השקעה גבוהה יחסית) בתוך 10 עד 12 שנים ממועד הפעלת התחנה, בעוד ש"דלק" טענה, כי גם מלוא תקופת החוזה אינה מאפשרת החזר ההשקעה.

195. הפערים בתקופות החזר ההשקעה להן טענו הצדדים נבעו, מהערכות שונות של המומחים שהעידו מטעמם, לגבי שורה של מדדים מהם נגזר חישוב החזר ההשקעה ובהם: שיעור התשואה על יסודו יש לבסס את החזר ההשקעה; מקדם הסיכון שבהשקעה; תחזיות בדבר גידול מכירות הדלק בתחנה על פני השנים; השינויים הצפויים בעתיד במדיניות הפיקוח על מחירי הדלק, במבנה מחיר הדלק, במרווחי הרווח ובשיעור הרווח של התחנה ממכירת דלקים; ההוצאות הפנימיות של "דלק"; שיעורי המס האפקטיבי שמשלמת ותשלם "דלק" על הכנסותיה, בסיס ההכנסה על יסודו מחושבים שיעורי המס ועוד.

196. עמדתנו בנושא זה, כפי שהוסברה לעיל, היא שהצורך להבטיח את החזר ההשקעה איננו השיקול העיקרי, גם לא שיקול חשוב, באישור תקופות הבלעדיות. ועליו לסגת מפני שיקולי רווחה ויעילות כלכלית, שאינם מצדיקים, לדעתנו, אישור תקופות בלעדיות העולות על התקופות שנקבעו לעיל. לפיכך, אנו סבורים שהצורך להבטיח את החזר ההשקעה צריך וגם יכול שיימצא את פתרונם בהסדרים חלופיים מסוג ההסדרים שהזכרנו לעיל.

לאור כך, איננו רואים צורך להכריע במחלוקות שנפלו בין הצדדים בכל הנושאים הנזכרים.

197. מעבר לכך, קשירת היקף ההשקעה בתקופות הבלעדיות המאושרות, תכניס את מערך ההגבלים העסקיים לסבך של נתונים ושיקולים, כמו אלה בהם נתקלנו במהלך הדיונים בתיק זה ובהם: סוגי ההשקעות בהן יש להכיר, תוך הבחנה, למשל, בין השקעה במתקני מילוי דלק לבין מתקנים אחרים, כמו מסעדה ושירותים אחרים שאין להם קשר ישיר לפעילותה של התחנה באספקת דלקים; הבחנה בין השקעות בנות קיימא לבין השקעות שוטפות הנוגעות למתן שירותים בתחנה (החלפת משאבות וכיוצא באלה השקעות); חישוב ערך השארית של ההשקעות הניתנות לניצול בתום תקופת ההשקעה (למשל, ניצול גג התחנה בתום תקופת החוזה) ושאלות רבות נוספות, אשר מערך ההגבלים העסקיים איננו אמור לעסוק בהן, ועליהן להיקבע במסגרת היחסים בין בעלי התחנות לבין חברות הדלק.

מאותם שיקולים, אנו סבורים שאין גם לקשור בין תקופות הבלעדיות לבין השקעות המתבצעות בשיפוץ תחנות קיימות, ואין להכיר בהשקעה בשיפוץ של תחנות קיימות כשיקול להארכת תקופות הבלעדיות.

תקופות הבלעדיות הראויות לאישור

198. קביעת תקופות הבלעדיות הראויות, אשר תאפשרנה מיצוי יתרונותיהם של הסכמי הבלעדיות תוך מזעור נזקיהם, כאשר הראשונים עולים באופן ממשי על האחרונים, אינה פשוטה כלל ועיקר.

עמד על כך המלומד Areeda :

“Exclusive dealing is analyzed under the rule of reason, which in hard cases stretches the court’s measurement capacity beyond its limits. For example, if a particular exclusive dealing arrangement is thought to present significant risks of competitive injury, but also holds out significant promise of efficiency gains, any exercise in “balancing” these two will be highly speculative and prone to error”.

(Ibid, Vol 11, p. 62)

הקושי אינו נעוץ רק בהעדר כלים משפטיים אשר יאפשרו לבית המשפט להתמודד עם סוגיה זו מבלי למתוח, כדברי המלומד Areeda, את כושר ההערכה שלו אל מעבר לגבולות יכולתו. מקורה של הבעיה, במידה רבה, בהעדר מודל כלכלי - שיטתי המשקלל את היתרונות

והחסרונות שבהסדרי הבלעדיות, בעזרתו ניתן לקבוע את תקופות הבלעדיות האופטימליות.

כך ציין פרופ' אקשטיין בחוות הדעת שהגיש בתיק דור אנרגיה כי:

"על-פי מיטב השיפוט שלנו, לא ניתן בעזרת התיאוריה הכלכלית והשיטות הישומיות הנוהגות בכלכלה להציג מודל הכולל את כל השיקולים שהוצגו בפרקים 2 ו - 3. לכן לא ניתן לגזור באופן מדויק את משך השנים המאזן בין ההשפעות ההפוכות של החוזים על טובת הציבור. לדעתנו הדרך לקבוע את האיזון הרצוי היא בדרך של מבחן סבירות המתבסס על אינדיקטורים כמותיים מרכזיים".

גם בתיק זה העיד פרופ' אקשטיין כי ניסיון לקבוע את תקופות הבלעדיות המותרות איננו אלא:

"איזושהי הערכה שאין לי את הכלים המסוימים לתת בדיוק את הגודל.... בנקודה הזאת של שמונה שנים אין לי מודל שיכול להגיד את זה שזה בדיוק ולא חמש שנים ולא שלוש שנים, אבל שמונה שנים נראה לנו כאיזושהו זמן גג שעדיין יאפשר תחלופה במצב של תחרות, וייתן הרבה מאוד יתרונות לחברות הדלק, במיוחד לחברות הגדולות, ואני לא חושב שצריכים להתעלם מהעובדה הזאת".

(פרוטוקול דיון מיום 18.4.99, עמ' 75-74)

199. בכפוף למגבלות אלה וחרף העדרו של מודל משפטי או כלכלי מסודר המאפשר לכמת את משקלם היחסי של היתרונות והנזקים הכרוכים בהסכמי הבלעדיות בהינתן תקופות בלעדיות כאלה או אחרות, השיקולים הרלוונטיים לעניין זה, כפי שפורטו לעיל, מאפשרים לקבוע, ולו על דרך ההערכה, את משך תקופות הבלעדיות הראויות לאישור.

200. למטרה זו ערכנו את מאזן היתרונות והנזקים הכרוכים בהסדרים אלה כפי שהוצג לעיל. סיכום המאזן מעלה, לדעתנו, שהיתרונות הכרוכים בהסדרי בלעדיות אלה למשק הישראלי ולטובת הציבור - מתונים. עיקרם של יתרונות אלה, ביציבות עסקית וכלכלית הצומחת מהסכמים אלה, במיוחד לחברת הדלק, המאפשרת תכנון לטווח ארוך, ניצול יתרונות לגודל ומומחיות, בכלל זה יתרונות בייזום, תכנון והקמה של תחנות דלק, שיווק הדלקים, חסכון בעלויות עסקה ובהוצאות אחרות וכן יתרונות בחלוקת הסיכונים ועידוד ההשקעות בהקמת תחנות דלק חדשות. עם זה, כפי שכבר נאמר, משקלם הכלכלי של יתרונות אלה נופל במידה ניכרת מזה הנטען על-ידי המבקשת ורובם, למשל מימון ההשקעה בהקמת

תחנות תדלוק, ניתנים להשגה בדרכים אחרות, גם אם נוחות ואולי אף יעילות פחות. מעבר לאותם יתרונות, נעדרים הסכמי הבלעדיות שלפנינו יתרונות מובהקים אשר מיוחסים בספרות ובפסיקה בדרך כלל להסכמי בלעדיות מסוג זה ובהם: הבטחת האספקה לטווח ארוך, הבטחת המחיר, הבטחת טיב המוצר והשירות וחסכון בהוצאות על החזקת מלאי.

מצדו השלילי של המאזן, בולטים הנזקים הכרוכים בהסדרי הבלעדיות. אלה באים לידי ביטוי, כפי שכבר נאמר, בחסימת ערוצי השיווק והגבתה חסמי הכניסה בפני חברות דלק חדשות המבקשות לחדור לשוק ובפני חברות קיימות המבקשות להרחיב את פעילותן, הקפאת נתחי השוק של חברות הדלק הקיימות ושימור המבנה הקיים של השוק. עוצמתן של ההשלכות השליליות גדולה במיוחד במשק הדלק הישראלי, לנוכח המבנה האוליגופוליסטי של משק זה.

201. בהתחשב בכל אלה אנו סבורים שכדי לעמוד בדרישות החוק, לפיו יאושר הסדר כובל רק אם "התועלת הצפויה לציבור תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לציבור", יש לקבוע את תקופות הבלעדיות המאושרות במינון נמוך, אשר יפיג את החשש לפגיעה בציבור העשויה להיגרם עקב כבילת הבלעדיות ויבטיח שהתועלות הכרוכות בחוזים אלה תעלינה, ובאופן ממשי, על נזקיהם.

202. מסקנה זו מתחזקת לאור העיון במשפט המשווה ובחינת תקופות הבלעדיות הנוהגות בשיטות המשפט שנסקרו לעיל.

אמנם, כפי שצינו לעיל, לימוד היקש מהמשפט המשווה מחייב זהירות. חרף הסתייגות זו, קשה שלא לייחס חשיבות לכך שאף לא אחת מבין שיטות המשפט שנסקרו לעיל מתירה תקופות בלעדיות כה ארוכות כפי שמתבקש על-ידי "דלק", גם לא כפי שמומלץ על-ידי הממונה. זאת כאשר בחינת המדדים העיקריים לקביעת משך תקופות הבלעדיות הנוהגים בשיטות משפט אלה - מבנה השוק ושיעור החסימה הקיים בו - על רקע מאפייני שוק שיווק הדלק הקמעונאי בישראל, מלמדים גם הם על הצורך לקצר את תקופות הבלעדיות הנוהגות בשוק המקומי.

203. אשר לתקופות הבלעדיות המוסכמות בין הממונה לבין חברות הדלק, נוסיף ונציין, שאפילו ניתן היה לאשר תקופות אלה חרף המבנה הלא תחרותי של השוק, ואיננו סבורים כך, היה הדבר מותנה בכך שחברות הדלק תנהגנה על-פי כללי ההתנהגות שהותוו בהסכמיהן עם הממונה. משהדבר לא נעשה, ודאי שלא ניתן עוד לאשר תקופות אלה.

204. לאור כל אלה, אנו סבורים שראוי לאשר את תקופת הבלעדיות של 3 שנים, אשר הומלצה על-ידי הממונה לגבי תחנות דלק קיימות, שההתקשרות לגביהן נעדרת מרכיב של השקעה. אולם, איננו יכולים לקבל את תקופת הבלעדיות של 14 שנים, המומלצת על-ידי הממונה לגבי תחנות דלק חדשות המוקמות בהשקעה של חברות הדלק. אישור תקופת בלעדיות זו, יביא להוצאתן של כל תחנות התדלוק החדשות המוקמות בישראל כיום, וגם בעתיד היותר

רחוק, ממעגל התחנות הזמינות לתחרות בשוק לתקופה ארוכה ביותר, ארוכה הרבה מעבר למה שניתן לאשר במבנה השוק בישראל.

בנסיבות אלה מתבקש, לדעתנו, קיצור ניכר של תקופת בלעדיות זו, אשר יפחית באופן משמעותי את הפגיעה בתחרות הנגרמת עקב חוזים אלה, בלא שיפגע באופן ממשי בהקמתן של תחנות תדלוק חדשות. כן יש לנתק, כפי שהוסבר לעיל, את הקשר בין אורך תקופת הבלעדיות לבין עצם ביצוע ההשקעה, ולהסתפק, לצורך הארכת תקופת הבלעדיות, בכך שמדובר בהסכם המתייחס לתחנת תדלוק חדשה.

205. לדעתנו, כפי שהוסבר לעיל, אין להכיר גם בהשקעה בשיפוצן של תחנות תדלוק קיימות (ה"השקעה המהותית" על-פי כללי הממונה) כשיקול להארכת תקופות הבלעדיות. כן איננו סבורים שיש לאמץ גם את ההבחנה בין תחנות שהיו קשורות בעבר עם חברות הדלק עמן מתבצעת ההתקשרות החדשה, שתקופת ההתקשרות עמן הוגבלה לשנה אחת, לבין תחנות שלא היו קשורות עם חברות אלה, שתקופת ההתקשרות עמן עומדת, על-פי המלצת הממונה, על 3 שנים. תקופת בלעדיות קצרה זו (לגבי התחנות מהסוג הראשון) אמנם מקשה על חידוש הסכמי האספקה עם אותן חברות הדלק עמן היו התחנות קשורות בעבר ויש בה כדי לעודד "ניידות" תחנות לחברות אחרות, תוך מתן יתרון בהתקשרויות החדשות לחברות דלק חדשות. עם זה, מצדו השני של המאזן, אנו סבורים שמדובר בתקופת התקשרות קצרה מדי, הפוגעת מעבר לנדרש ביתרונות לציבור הטמונים בהסדרים אלה.

206. בהתחשב בכל השיקולים האמורים, אנו סבורים שיש להעמיד את תקופת הבלעדיות המאושרת לגבי תחנות תדלוק קיימות על 3 שנים. לגבי תחנות חדשות תעמוד תקופת הבלעדיות המאושרת על 6 שנים. מדובר באמת מידה כללית, שאינה מונעת סטייה מתקופות אלה בבואנו לבחון את נסיבותיה המיוחדות של כל בקשה ובקשה.

207. אנו ערים לכך, שבמצב הדברים הנוהג כיום בשוק, כאשר חברות הדלק אינן מתקשרות עוד עם תחנות תדלוק במתכונת ההסכמים נשוא הדיון, אלא בהסכמים אחרים, כמו הסכמי שכירות או הפעלה לתקופות ארוכות בהרבה מתקופות הבלעדיות המאושרות על-פי פסק דין זה, המשמעות שתהא נודעת לאמות המידה שנקבעו בפסק דין זה לגבי שוק שיווק הדלק תהא מוגבלת.

208. בנסיבות אלה, מסתבר שהתרופה למצב הדברים שנוצר לא תוכל להימצא, ודאי לא במלואה, בדיני ההגבלים העסקיים.

209. גם הממונה הודה, כפי שהזכרנו, עוד בהודעתו על עדכון ההכרזה משנת 1995, שלא עלה בידו, "לפחות לפי שעה", למנוע מגמה זו של חברות הדלק "לשמר בידיהן את ההגמוניה הענפית, ... (ו)לחסן את מעמדן בנוגע לתחנות הדלק הכבולות אליהן". אותה "שעה" התארכה, ופרקטיקת התנהגות זו של חברות הדלק, שניצניה נבטו עוד בסמוך לקביעתו הראשונה של הממונה, התרחבה והיא נוהגת כיום בשוק הדלק כולו.

210. באנגליה המליצה הוועדה למיזוגים ומונופולים האנגלית (בדו"ח משנת 1965, פסקה 428(7)) להגביל רכישת זכויות בעלות או זכויות חכירה על-ידי חברות הדלק (שמספקות מעל כמות סף מסוימת) בתחנות תדלוק, לרמה שלא תעלה על 15% מכלל מכירות הדלקים הנמכרים ע"י אותה חברה בתחנות התדלוק שברשותן. זאת מאחר ולדעת הוועדה, שיעור גבוה מדי של תחנות תדלוק שיימצא בבעלותן של חברות הדלק, ייצור הלכה למעשה תחנות תדלוק "כבולות" לפרקי זמן בלתי מוגבלים ועלול לגרום ל"הקפאת" השוק והגבלת חסמי הכניסה לשוק הדלק, הן במקטע תחנות התדלוק והן במקטע חברות האספקה. (הוועדה לא חזרה על המלצה זו בדו"ח משנת 1990, לאחר שהגיעה למסקנה שמצב התחרות בשוק איננו מצריך הטלת מגבלות נוספות בתחום זה).

211. דומה כי ראוי שגם בארץ יתן המחוקק דעתו על תופעה זו, של שריון נתח השוק של חברות הדלק באמצעות חוזי שכירות והפעלה לתקופות ארוכות, המגבירה את הריכוזיות במשק הדלק וחוסמת כניסתן של חברות חדשות לענף זה.

סוגיות נוספות

212. בהמשך נתייחס לסוגיות נוספות שעלו במהלך הדיונים, חלקן סוגיות "ענפיות" וחלקן נוגעות לבקשות הפרטניות.

טענת ההסתמכות ושינוי מצבה של "דלק" לרעה

213. כיום אין עוד חולק על כך שהסכמי הבלעדיות שלפנינו הנם הסדרים כובלים. עם זה, טוענת "דלק", כי היא סברה מאז ומתמיד שאין צורך באישור ההסכמים שבינה לבין בעלי התחנות, משום שהסכמים אלה אינם הסדרים כובלים. מר נצח אף העיד שלמיטב ידיעתו, בשנים 1963 או 1964 נערכה בדיקה של הממונה על ההגבלים העסקיים ובעקבותיה לא באה כל הסתייגות לגבי הסכמים אלה (פרוטוקול מיום 11.3.99, בעמ' 158). גם העובדה שהממונה הכריז על הסכמים אלה כעל הסדרים כובלים רק בשנת 1993 כמו גם ההסכמה בהסדר דלק להביא הסכמים אלה לאישורו של בית הדין, מעידים, לפי טענתה של "דלק", ש"גם הרשויות המוסמכות אינן סוברות כי חברת דלק נהגה שלא כדין כאשר לא הביאה את ההסכמים לאישור, לאור הנסיבות האמורות".

על רקע זה, טוענת "דלק", היא ביססה את התנהגותה העסקית על ההנחה שמדובר בהסכמים חוקיים, ועל יסוד כך היא השקיעה סכומי כסף נכבדים בהקמתן של תחנות התדלוק, השקעות אותן לא היתה מבצעת אילו ידעה שההסכמים לא יבוצעו עד תומם. על יסוד אותה הנחה ובהתבסס על הצפייה כי תזכה, כפי שנקבע בהסכמים, בבלעדיות באספקת מוצרי הדלק שלה לתחנות עמן התקשרה משך שנים ארוכות, טוענת "דלק", היא אף ביצעה, או נמנעה מלבצע, פעולות עסקיות אחרות, כמו מכירת זכויותיה בתחנת חולון

(שבינתיים נמחקה), או הימנעות מלרכוש את תחנת קניאל והתחייבות שלא להקים בקרבת מקום לתחנה זו תחנות תדלוק אחרות.

214. איננו מקבלים טענה זו. על-פי חוק ההגבלים העסקיים, הסכמי הבלעדיות שלפנינו הנם הסדרים כובלים מאז תיקון מס' 2 לחוק משנת 1963, אשר תיקן את סעיף 10 לחוק המקורי משנת 1959 (שהוציא מתחולת ההגדרה של הסדר כובל הסדר בלעדיות בין ספק לרוכש, גם במקום שבו מדובר בהסדר חד צדדי) וצמצם את תחולתו של אותו סעיף להסדר בלעדיות הדדי (ראה סעיף 6 לחוק המתקן ודברי ההסבר לתיקון זה בהצעת החוק (הצ"ח 530 מיום ה' בתשרי תשכ"ג, 3.10.1962).

לאור כך, היה על "דלק" לנהל את עסקיה בדרך שאינה נוגדת את חוק ההגבלים העסקיים ולהימנע מלבסס את התקשרויותיה עם תחנות התדלוק על הסדרים כובלים.

215. גם אם "דלק" פעלה בעניין זה בתום לב, עקב העדר מודעות לאי חוקיותם של ההסכמים או עקב טעות בפרשנות החוק, אין בכך כדי להצדיק כיום אישורם של הסדרים כובלים הנוגדים את טובת הציבור.

לעניין זה כבר נפסק, שתום לב אינו מהווה, ככלל, שיקול ממין העניין בדיני ההגבלים העסקיים (ראה פסק הדין בעניין טבעול, בסעיף 10 לפסק דינו של כב' השופט גולדברג), במיוחד כאשר עסקין במישור האזרחי. גם העובדה שהממונה על ההגבלים העסקיים לא העמיד את דלק על טעותה, ולא פרסם את קביעתו קודם לשנת 1993, איננה מצדיקה כיום לאשר הסדרים אלה לתקופות שאינן תואמות את טובת הציבור.

216. הטענה אינה מקובלת עלינו, ככל שמדובר בתחנות נשוא פסק דין זה, גם מהבחינה העובדתית. ההסכמים בהם מדובר בהליך זה נחתמו החל משנת 1991. הסכם עם בעלי תחנת וולפסון נחתם באוגוסט 1994, לאחר פרסום קביעתו של הממונה. באותה עת כבר היתה בידי "דלק" ראייה לכאורה על כך שמדובר בהסדר כובל, מה ששולל מעיקרו את טענת ההסתמכות או שינוי המצב לרעה על יסוד האמונה כי מדובר בהסכמים כשרים. ההסכם לגבי תחנת פי גלילות נחתם ביום 17.6.93. משמע, 11 יום בלבד לפני פרסום קביעתו של הממונה. בקביעתו ציין הממונה שעוד בחודש חודש אפריל '93 הוא ביקש ממנהלי חברות הדלק להמציא לעיונו מקבץ מייצג מהסכמיהם עם תחנות התדלוק והוא אף נפגש עם נציגי הנהלות החברות במסגרת לימוד הנושא. לאור כך, ברור שבעת החתימה על ההסכם, "דלק" כבר ידעה שהממונה שוקל להכריז על הסכמים אלה כעל הסדרים כובלים, והיתה צריכה להיות מודעת לאפשרות שהיא פועלת על-פי הסכם לא חוקי. ההסכם עם בעלי תחנת קניאל אמנם נחתם בשנת 1991, אך ההשקעה בתחנה זו (למעט השקעה בתכנון) טרם בוצעה שכן "דלק" טרם החלה בבניית התחנה, והיא עדיין יכולה, כפי שטוען הממונה, לבחון מחדש את כדאיות הקמתה של התחנה בתנאי ההסכם. משמע, גם כאן אין עומדת ל"דלק" טענת ההסתמכות.

מעבר לכך, בכל ההסכמים, למעט ההסכם הנוגע לתחנת גלילות, מופיעות הוראות המסדירות את היחסים בין הצדדים למקרה שההסכמים לא יבוצעו מחמת אי חוקיותם. כך נקבע בסעיף 16(ז) להסכם הנוגע לתחנת "קניאל" כי "מוסכם בזה בין הצדדים כי אם מסיבה חוקית כלשהי מותר יהיה למפעיל לרכוש מוצרים מגוף אחר כלשהו מלבד החברה - והוא אכן יעשה כן - תהיה זכאית החברה להביא הסכם זה לידי גמר - גם אם ייקבע בדין כי אין הדבר מהווה הפרת הסכם - ובמקרה כזה יהיה על המפעיל להחזיר לה את ההשקעות וההוצאות האמורות בס"ק (ב) לעיל, בתוספת הפרשי הצמדה כאמור בס"ק (י) להלן". הוראה דומה נקבעה בהסכמים עם תחנות באר יעקב, רוזנפלד, וולפסון ובית חנן.

מכאן, ש"דלק" ידעה כבר בעת החתימה על ההסכמים שמדובר בהסדרים כובלים, או לפחות היתה מודעת לאפשרות זו. מסיבה זו "דלק" אף דאגה להבטיח את זכויותיה למקרה שבו ייקבע כי מדובר בהסכמים בלתי חוקיים. גם מסיבה זו אין "דלק" יכולה להישמע בטענת הסתמכות או שינוי מצבה לרעה.

החלתן של אמות המידה לקביעת תקופות הבלעדיות על חוזים שנחתמו בעבר

217. היבט נוסף של נושא ההסתמכות או שינוי מצבה של "דלק" לרעה, נוגע לשאלת החלתן של אמות המידה הנקבעות כיום בפסק דין זה (או אלה שנקבעו בהסדר דלק), על הסכמים שנחתמו בעבר.

218. לעניין זה טוענת המבקשת, שאמות המידה ותקופות הבלעדיות שנקבעו בהסדר דלק, והדברים יפים, לשיטתה, גם באמות המידה ותקופות הבלעדיות הנקבעות על-פי פסק דין זה, צופות פני העתיד, ואין להחילן על ההסכמים שנחתמו בעבר.

219. בעקרון אנו סבורים שיש להחיל את אמות המידה הנקבעות בפסק דין זה גם על הסכמי בלעדיות שנחתמו בעבר, ולהביא במניין תקופות הבלעדיות המאושרות על-פי פסק דין זה גם את התקופות שבהן נהגו הצדדים על-פי אותם הסכמים בעבר. מסקנה זו מתחייבת מהמבחן לפיו נקבעות תקופות הבלעדיות, המושתת על בחינת התועלות והנזקים הכרוכים בהסכמים אלה. מבחינה זו ברור שאותם הסכמים שהצדדים נהגו לפיהם משך תקופות ארוכות בעבר, פעלו את פועלם והשאירו את חותמם על טובת הציבור, לטוב וגם לרע, ואיננו רואים מקום להתעלם מכך, בבואנו לבחון את אישורם לתקופות נוספות. כאשר מדובר בהסכמים שנהגו משך תקופות ארוכות העולות על התקופות הראויות לאישור, הדעת נותנת שתרומתם של אותם הסכמים לטובת הציבור כבר מוצתה, ומשחלפו תקופות אלה, אין בהמשך ביצועם של הסכמים אלה כדי לתרום לטובת הציבור.

220. שאלה אחרת היא האם התנאים ששררו בשוק שיווק הדלק הקמעונאי בעבר שונים באופן משמעותי מהתנאים השוררים בשוק זה כיום, והאם יש בשוני זה, ככל שהוא קיים, כדי להשליך על תקופות הבלעדיות המאושרות.

221. לעניין זה העלו הצדדים טענות שונות, שהתמקדו בכדאיות ההשקעה ובתקופות הנדרשות לשם החזר ההשקעה לגבי התחנות שהוקמו בעבר. מר נצח טען בתצהירו מיום 22.11.98, שיש לבדוק את אישורם של הסכמים שנחתמו בעבר, "מנקודת המבט של החברה מלכתחילה, עת התקשרה היא בהסכם עם התחנה הרלבנטית, תוך התחשבות בנסיבות שהיו לנגד עיניה באותה עת, ולא מנקודת מבט עכשווית, לפי הנתונים הכלכליים הקיימים כיום, וקל וחומר לא לפי המצב שהתממש בשטח". הפרמטרים הרלבנטיים לגבי החזר ההשקעה ותקופות ההתקשרות הנגזרות מכך, כפי שהיו קיימים אותה עת, טוען מר נצח בתצהירו הם הפרמטרים הבאים: שיעור המיסוי, מחיר ההון הכולל תמורה לסיכון, הסיכונים בהשקעה ומרווחי השיווק שראתה דלק לנגד עיניה בעת ביצוע ההשקעות באותה תקופה, ממוצע מכירות הדלק בתחנות התדלוק באותן שנים, וההשקעה הממוצעת בהקמת תחנות תדלוק. על יסוד כל אלה, טוען מר נצח, שהתקופה שהיתה נדרשת לשם החזר ההשקעה בהקמת תחנות התדלוק בשנות השמונים, טרם החלת הרפורמה במשק הדלק, עלתה על 30 שנה, ומכאן יש לגזור גם את תקופת הבלעדיות שיש לאשר בגין תחנות אלה.

לשיטתם של מומחי המתנגדים, מרכיב ההשקעה בהקמת תחנות תדלוק לא צריך שיהא מעיקרו שיקול בקביעת משך תקופת הבלעדיות. אולם גם אם מקבלים שיקול זה, ההשקעה שנדרשה להקמת תחנות תדלוק בעבר היתה נמוכה מזו הנדרשת כיום, ועל כן, יש לאשר לגבי ההסכמים שנחתמו בעבר תקופות בלעדיות קצרות יותר מאלה המאושרות על-פי אמות מידה הנקבעות כיום.

222. כל אותם שיקולים שהעלה מר נצח בתצהירו בהקשר זה, עניינם בפרמטרים הקובעים את אורך התקופה הנדרשת להחזר ההשקעה. שיקול זה, של החזר ההשקעה, כפי שכבר הוסבר, אינו שיקול בעל חשיבות יתירה לענייננו, ואין בו כדי להצדיק הבחנה בין משך תקופות הבלעדיות בתקופות השונות.

223. שיקול חשוב בהקשר זה נוגע לשינויי הרגולציה שחלו במשק הדלק. אולם שיקול זה פועל בכיוונים מנוגדים. מחד, בתקופת טרום הרפורמה ממילא לא היתה תחרות במשק הדלק. על רקע זה ניתן לטעון שפגיעתם של הסכמי הבלעדיות בתחרות בשוק באותה תקופה היתה מוגבלת, שכן העדר תחרות בשוק לא נבע רק בשל הסכמי הבלעדיות, אלא גם ממדיניות הרגולטור. מאידך, כפי שטוענים מומחי המתנגדים, אישור של הסדרים כובלים שנחתמו בתקופה של העדר תחרות במשק הדלק, כיום, לאחר ששוק הדלק נפתח לתחרות, נושאת בחובה פגיעה מיוחדת בתחרות. כך, על-פי הטענה, קודם לרפורמה נקבעו עמלות חברות הדלק ומרווחי השיווק על-ידי מנהל הדלק, ועל כן התנייה החוזית שהותירה את קביעת מחירי הדלקים באופן חד צדדי לחברות הדלק לא היתה אפקטיבית. מצב זה שונה מהקצה אל הקצה לאחר הרפורמה, כאשר מנהל הדלק איננו קובע עוד את אופן חלוקת המרווח בין חברות הדלק לתחנות.

224. בכל מקרה, מחלוקת זו, למעשה, איננה רלוונטית עוד לענייננו, לאחר ש"דלק" חזרה בה מכל הבקשות שהתייחסו להסכמים שנחתמו טרם החלת הרפורמה בשוק הדלק, וכאשר הבקשות שנתרו מתייחסות כולן להסכמים שנחתמו החל משנת 1991 - לאחר הנהגת הרפורמה.

225. טענה נוספת שמעלים באי כוחה של המבקשת בהקשר זה, הנוגע לנקודת המבט לאורה יש לבחון את הבקשות, היא שאילו נבחנו הבקשות על-ידי בית הדין בעת כריתתם של הסכמי הבלעדיות, לא היתה מניעה, מנקודת הראות של טובת הציבור, מלאשרם. כך טוענת "דלק", כי בעת שנחתם ההסכם הנוגע לתחנת קניאל, היתה בידה אפשרות לרכוש תחנה זו בעצמה, והיא אף היתה עושה זאת, אילו ידעה שבקשתה לאישור ההסכם תדחה. אילו היתה רוכשת את התחנה היתה "דלק" זכאית לספק לעצמה את מלוא צורכי הדלק של התחנה, בלא להיזקק לצורך כך להסכם בלעדיות. במצב דברים זה, נטען, לא היה בהסכם הבלעדיות כדי לפגוע בתחרות. על רקע זה, סבורה המבקשת, אילו הובאו ההסכמים לאישור בית הדין בעת כריתתם, כאשר למבקשת היתה עדיין אפשרות לכוון את התנהגותה העסקית בהתאם להחלטת בית הדין, לא היה באישור הבקשות כדי לפגוע בתחרות, ועל כן לא היתה מניעה כי בית הדין יאשר את הבקשות.

226. איננו מקבלים טענה זו. על-פי הגיון זה, יש לאשר כל הסכם מכר הכולל כבילות המגבילות את פעולותיו של הקונה בנכס הנמכר, רק משום שלמוכר עומדת האפשרות שלא לבצע את המכר, או לרכוש את הנכס נשוא ההתקשרות המגבילה בעצמו. ככלל, אין לקבל שיקול זה כטעם לאישור הסדר כובל.

דינו של ההשקעות שבוצעו על-ידי "דלק" בתחנות התדלוק בעבר

227. שאלה נוספת שמתעוררת בעניין זה, הקשורה אף היא למימד הרטרואקטיבי של פסק הדין, נוגעת לגורלן של ההשקעות שבוצעו על-ידי "דלק" בהקמתן או בשיפוצן של התחנות בעבר. השקעות אלה בוצעו על-ידי "דלק" תמורת חוזי בלעדיות שנחתמו לתקופות ארוכות. עתה, משהוברר כי מדובר בהסדרים כובלים ומשאישורם של אלה, כפי שעולה מפסק דין זה, נעשה לתקופות הנופלות במידה ניכרת מתקופות הבלעדיות המוסכמות על-פי אותם חוזים, עולה שאלת גורלן של אותן השקעות.

228. איש מהצדדים, למעט באת כוח תחנת וולפסון, לא ביקש מאתנו לקבוע הוראות לעניין זה בפסק הדין. בסיכומיה טענה באת כוח תחנה זו, שנושא החזר ההשקעה איננו רלבנטי כלל לדיון שלפנינו, שכן החזר זה מובטח למבקשת ממילא על-פי ההסכם שבין הצדדים. ואולם, הוסיפה באת כוח התחנה וטענה, אם יאושר הסכם הבלעדיות לתקופה של 14 שנים, כמומלץ על-ידי הממונה, כי אז על בית הדין לקבוע "באורח חד משמעי, כי אישור ההסכם לתקופה של 14 שנים מהווה החזר השקעה ראוי לחברת "דלק" על השקעותיה בתחנה וסותם את הגולל על תביעות עתידיות שמתכננת "דלק" להגיש לאחר תום הליך זה".

229. לגבי ההוראה החוזית המבטיחה ל"דלק" את החזר השקעתה במקרה שיקבע שההסכם הוא הסכם בלתי חוקי, טוענת "דלק", כי הוראה זו הנה בבחינת "רשת ביטחון" לחברת "דלק" למקרה וההסכם יסתיים בטרם עת. אולם, אין בהוראה זו כדי לפצותה על אובדן השקעתה, שכן זו לא נועדה רק לשם החזר ההשקעה, אלא כדי להצמיח למבקשת רווחים שהיו צפויים עקב הקמתה והפעלתה של התחנה.

230. האינטרס הציבורי, שעליו בלבד מבוסס אישורו של הסדר הכובל, לא נועד לפצות את "דלק" על אובדן השקעותיה. לפיכך, מקובלת עלינו הדעה, כי פתרונה של סוגיה זו צריך שייעשה במישור המשפט הפרטי ובמסגרת היחסים המשפטיים שבין הצדדים, ולא במסגרת זו, של אישור ההסדרים הכובלים.

231. עם זה, אנו רואים לנכון להעיר, בלא לקבוע בדבר מסמרות, שלהוראות אלה עשויה להיות נפקות גם במישור דיני ההגבלים העסקיים. הטעם לדבר הוא שהוראות אלה עשויות להביא לכך שגם בתום תקופת הבלעדיות שתאושר על-ידי בית הדין וחרף פקיעתה של זכות הבלעדיות בתום התקופה המאושרת, ימשיכו בעלי התחנות לרכוש דלקים מ"דלק". זאת משום שההוראה בחוזה המחייבת אותם להחזיר ל"דלק" את מלוא השקעתה בהקמת התחנה בצירוף הפרשי הצמדה וריבית, (באותם חוזים בהם נכללת הוראה כזאת), וזה חרף העובדה שהחוזה בוצע באופן חלקי ו"דלק" החזירה לעצמה בתקופת הביצוע לפחות חלק מהשקעתה, עשויה לגרום להם, בשל הלחץ הכלכלי הטמון בה, להמשיך לרכוש דלקים מהמבקשת גם להבא. אותו מצב עשוי להיווצר גם לגבי התחנות שבהסכמים עמם מובטח לבעל התחנה ניכוי חלק מסכום ההשקעה, ככל שניכוי זה אינו מושתת על בסיס כלכלי המעניק משקל ראוי לתקופה בה בוצע החוזה.

232. על רקע זה, ובהתחשב בכך שלפי סעיף 2 לחוק, ההגבלה שנוטלים על עצמם צדדים להסדר הכובל, אינה חייבת שתהא הגבלה חוזית מחייבת, ודי, כדי להביאה בגדר כבילה אסורה, שיהא כרוך בה צמצום חופש הפעולה של הצדדים (ראה: מ. מזרחי, מיזם משותף כהסדר כובל, משפטים כ"ג, 213, בעמ' 226-222), יכול שתעלה השאלה האם מדובר בכבילה אסורה. איננו נדרשים להכריע בסוגיה זו במסגרת זו, אך אנו רואים לנכון לציין, שאין באישור הבקשות על-פי פסק דין זה, כדי לאשר הוראות אלה שבאותם חוזים.

חוקיותו של ההסדר

233. "דלק" טוענת, שבאותם מקרים בהם היו ל"דלק", במישרין או בעקיפין, זכויות קנייניות בתחנות התדלוק אשר הועברו על ידה לאחרים בהסתמך על ציפייתה לבלעדיות באספקת דלקים לאותן תחנות, ציפייה שהיתה מבוססת על הסכמי הבלעדיות, אין לראות בהסכמים אלה כהסדרים כובלים.

234. "דלק" העלתה טענה זו בעיקר לגבי אחת התחנות (תחנת חולון) בה היו לה זכויות אותן היא העבירה לאחר, לטענתה, ב"תנאים טובים במיוחד" ותוך הסתמכות על הסכם הבלעדיות לפיו תרכוש התחנה את כל מוצרי הדלק שלה מהמבקשת. הבקשה הנוגעת לתחנה זו נמחקה, אך "דלק" הרחיבה את הטענה גם למקרה שבו לא היו לה זכויות בתחנה עצמה, אלא רק זכות לרכוש זכויות כאלה, זכות שאותה היא העבירה לאחר בהסתמך על הסכם בלעדיות שעשתה עם האחרון לאספקת דלקים לתחנה. כך אירע, לפי הטענה, במקרה של תחנת קניאל. תחנה זו היתה בבעלות חברת אחות של "דלק" (שהיתה, כמו "דלק", חברה בקבוצת בנק דיסקונט). חברה זו הציעה ל"דלק" לרכוש את מקרקעי התחנה, אך "דלק" ויתרה על הרכישה והעבירה את זכותה לרכוש את התחנה לאחר, על יסוד הצפייה לבלעדיות באספקת דלקים לתחנה, ציפייה אשר בוססה על הסכם בלעדיות שעשתה עם מקבל הזכות.

235. מבחינה משפטית מבססת "דלק" את הטענה על פסק הדין בע"א 626/70 **תמרה שמעוני נ' אולמי לחיים**, פ"ד כה(1) 824. בפסק דין נקבע, שבעל מקרקעין הנותן זיכיון לזולת לפעול במקרקעין:

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

(שם, בעמ' 813).

236. במקרה שלפנינו, טוענת "דלק", בהיותה בעלת התחנה, או אפילו רק בעלת זכות לרכוש את התחנה, זכות אותה העבירה לאחר, היא היתה זכאית לקבוע את התנאים שבהן תימסר הזכות להפעיל את התחנה לקונה, בכלל זה להגביל את זכותו לרכוש דלקים מאחרים, ועל כן אין בהגבלה זו משום הסדר כובל.

237. איננו מקבלים טענה זו. בפסק הדין בעניין שמעוני דובר בבעל מקרקעין המתיר לזולת לפעול במקרקעיו, ולא בבעל מקרקעין שמכר את המקרקעין שבבעלותו לזולתו והוא מבקש להגביל את פעילותו של הקונה לאחר שמכר את המקרקעין. עניין זה לא נדון בפרשת שמעוני, ואיננו סבורים שיש לתת לפסק דין זה משמעות מרחיבה כזאת. הטענה ודאי אינה יכולה להתקבל לגבי אדם שכלל לא היה בעל המקרקעין, וכל "זיקתו" למקרקעין התבטאה בזכות לרכוש, כמו במקרה של תחנת קניאל.

חשיבותן של התחנות ל"דלק"

238. ברוב הבקשות נטען כי מדובר בתחנות, שלאור מיקומן והעדר תחנות סמוכות הקשורות עם "דלק" יש להתקשרות עמן חשיבות עסקית רבה עבור "דלק", במיוחד למערכת הדלק, המבוססת על פריסה ארצית רחבה.

239. שיקול זה, המתמקד בחשיבותן של התחנות לעסקיה של "דלק", אינו נוגע לטובת הציבור, אלא בהקשר הענפי, המבוסס על הפגיעה בכושר התחרות של "דלק". משנפל שיקול זה, או שמשקלו צומצם עד מאד, אין בחשיבותן של התחנות ל"דלק", כדי להצדיק, כשלעצמה, אישור ההסדרים הכובלים לתקופות העולות על תקופות הבלעדיות שנקבעו לעיל.

240. בכל מקרה, אין מניעה ש"דלק" תחזור ותתקשר עם בעלי אותן תחנות מחדש, בלא שההתקשרות תחסה תחת חסותו של הסדר כובל ותוך תחרות עם חברות דלק אחרות.

הסכמת הצדדים להסכמים לאישור הבקשות

241. בחמש מתוך שבע הבקשות שלפנינו, הסכימו בעלי התחנות לאישור ההסדרים נשוא הבקשות. למותר לציין, שעצם העובדה שההסדר כדאי לשני הצדדים ועל כן חוברים שניהם לבקש את אישורו (שהוא, אגב, מצב הדברים הרגיל בבקשות מעין אלה), אין בה, כשלעצמה, כדי להצביע על כך שההסדר הוא לתועלת הציבור.

הערת הבהרה לעניין מהות הכבילה המאושרת

242. בבקשתה של "דלק" תוארה מהות הכבילה, כפי שנדרש על-פי תקנות ההגבלים העסקיים (סדרי דין בבית הדין ובערעור), התשמ"ט-1988, כ: "בלעדיות למכירת מוצריה של חברת דלק בלבד בתחנות המנויות לבקשותיה הפרטניות לתקופות קצובות". מכאן, שהכבילה נשוא הבקשה היא כבילת הבלעדיות, ועל בסיס זה נוהל ההליך כולו. לאור כך אנו מבקשים להבהיר, שהאישור הניתן בפסק דין זה להסדרים הכובלים נשוא הבקשה מתייחס לכבילה זו בלבד, ואין לראות בו משום אישור לכל כבילה נוספת הנכללת אם בכלל, בחוזים אלה.

243. "דלק" ביקשה שלא לפתוח לעיון הציבור את ההסדרים הספציפיים הנוגעים לכל אחת מהתחנות, הכוללים תנאים מסחריים ועסקיים המהווים, לטענתה, סוד מסחרי. בקשה זו מקובלת עלינו. לאור כך, פיצלנו את פסק הדין, באופן שהדיון הפרטני, שבו ייושמו אמות המידה שנקבעו בחלק הכללי של פסק הדין לעיל לכל אחת מהתחנות, ייכלל בנספח המצורף לפסק דין זה. נספח זה מהווה חלק בלתי נפרד מפסק הדין, אך הוא לא יהיה פתוח לעיון הציבור וניתן בזה לגביו צו איסור פרסום.

הערת הבהרה בעניין הרכב בית הדין

244. בשלהי שמיעת הראיות בהליך זה מונה פרופ' בן בסט לכהונת מנכ"ל משרד האוצר. לאחר המינוי, פנה ראש ההרכב לצדדים וביקש לדעת אם למי מהם הסתייגויות, לאור מינוי זה, מהמשך כהונתו של פרופ' בן בסט כחבר מותב בית הדין. כל הצדדים, למעט "דלק", השיבו שאין להם התנגדות לכך. "דלק" הביעה בתגובתה את אמונה המלא ביושרו ובמקצועיותו של פרופ' בן בסט, אך ציינה, שבהתחשב בכך ש"כיום מתקיימים דיונים בנושא משק הדלק במשרד האוצר - אשר פרופ' בן בסט נוטל בהם חלק - שבמסגרתם עולים חילוקי דעות בין חברות הדלק ובין משרד האוצר, קיים חשש כי עלול להתהוות ניגוד עניינים בין התפקיד החדש ובין כהונתו של פרופ' בן בסט כחבר בית הדין". עם זה, "דלק" לא ביקשה לפסול את פרופ' בן בסט מהמשך כהונתו במותב בית הדין, אלא השאירה את ההכרעה בנושא זה לשיקול דעתו של פרופ' בן בסט.

245. בהקשר זה מבקש פרופ' בן בסט להבהיר, שלא היתה לו עד כה, בתוקף תפקידו כמנכ"ל משרד האוצר, מעורבות בענייני משק הדלק, למעט בנושא מיסוי הסולר. בנושא זה הועלתה בשעתו במשרד האוצר הצעה להעלות את המיסוי על הסולר ונבחנו ההשלכות של הצעה זו על המחירים לצרכן ומרווחי השיווק. כן קוימו פגישות עם נציגי חברות הדלק והמובילים (שהתנגדו להצעה). ההצעה אף אושרה על-ידי הממשלה, אך בסופו של דבר לא מומשה. פרופ' בן בסט סבור שאין בעניין זה כדי להעמידו בניגוד עניינים או להשפיע על שיקול דעתו בתיק זה, ואין מקום לכך שיפסול עצמו מהמשך כהונתו כחבר בית הדין. עמדה זו מקובלת גם על חברי המותב האחרים.

סיכום

246. התוצאה היא שאנו דוחים את הבקשות הנוגעות לתחנת וולפסון ולתחנת באר יעקב, לגביהן נוהגים הצדדים על-פי הסכמי הבלעדיות שנעשו ביניהם מזה למעלה מ - 6 שנים מאז פתיחתן של תחנות אלה לציבור.

את הבקשות לגבי תחנות התדלוק האחרות אנו מאשרים לתקופות הבאות:

תחנת קניאל - 6 שנים שתחילתן במועד שבו תפתח התחנה לציבור.

תחנת גלילות - עד ליום 1.1.2003.

תחנת בית חנן, לתקופה של 16 חודשים ממועד פסק דין זה.

תחנת רוזנפלד - עד לסוף חודש דצמבר 2001.

את הדיון בבקשה המתייחסת לתחנת מגידו ביקשו הצדדים (ביום 19.11.99) להשעות, תוך הסכמה שדינה של בקשה זו יוכרע על-פי אמות המידה שתקבענה לגבי הבקשות האחרות.

לאור כך, לא נכריע בשלב זה בבקשה זו. על הצדדים להודיע לבית הדין בתוך 15 יום ממועד המצאת פסק הדין לב"כ "דלק", על עמדתם לגבי המשך הדיון בבקשה זו. אם לא תוגש הודעה כאמור, תמחק הבקשה.

247. אין צו להוצאות.

ניתן היום, א' בניסן תשס"א (25 במרס 2001), בהעדר הצדדים.

המזכירות תודיע לב"כ הצדדים טלפונית על מתן פסק הדין ותמציא העתק פסק הדין לב"כ הצדדים.

מר ר' טייטלבוים	פרופ' א' בן-בסט	י' עדיאל, שופט
חבר	חבר	המשנה לאב בית הדין