

תאריך החתימה על המסמך: היום, ז' תשרי תשפ"ו, 29 ספטמבר 2025

ע"א 7154/19

בית המשפט העליון בירושלים
בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

"דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד צבי אגמון, טל מישר, ברק נ. שוורץ, איתמר שליסל ואחרים ממושרד אגמון ושות' רוזנברג הכהן ושות', עורכי דין, שכתובתם למסירת כתבי בי-דין היא בגן הטכנולוגי, בנין 1, כניסה ג', דרך אגודת ספורט הפועל 1, מלחה, ירושלים, מיקוד 92149 טל': 02-5607607 ; פקס: 02-5639948.

המעוררת

- נ ג ד -

אליהו כסלו

ע"י ב"כ עוה"ד אייל רוזן, אמיר רוזנקרנץ ואחרים ממושרד רוזן ארבל עורכי דין, שכתובתם למסירת כתבי בי-דין היא ברח' מצדה 7 (מגדל ב.ס.ר. 4), בני ברק 5126112 טל': 03-5122260 ; פקס: 03-5464872.

המשיב

ובעניין:

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, המחלקה האזרחית מרח' קרית מדע 5, בנין B3 קומה 5, הר חוצבים ירושלים 9777605 טל': 073-3929611/2 ; פקס: 073-3929609
דוא"ל: civil-dep@justice.gov.il

מתייצב להליך

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

בהמשך להודעתו בדבר התייצבותו להליך מכוח סמכותו לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש] ובהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 9.5.2021, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להגיש את עמדתו במסגרת ההליך שבנדון.

פתח דבר

1. בפסק דינו של בית המשפט קמא הנכבד, נושא הערעור דנן, נקבע, כי תניית הבלעדיות המצויה בהתקשרות שבין המערערת (להלן גם: "**חברת דלק**") לבין המשיב (להלן גם: "**כסלו**") מהווה הסדר כובל אסור ולכן יש להורות על בטלותה. בית המשפט קמא הנכבד

הוסיף וקבע, כי לא ניתן להורות רק על ביטולה של תנייה זו אלא הורה לבטל את המערכת ההסכמית בין המערערת לבין המשיב, בכללותה. זאת, משום שהמערכת ההסכמית איננה ניתנת להפרדה לחלקים ומשום שתניית הבלעדיות היא לב ליבה של ההתקשרות עד כי זו איננה עומדת בלעדיה. לצד זאת נקבע, כי זכויות המשיב בהסכם החכירה הראשית, אותו כרת עם רשות מקרקעי ישראל דהיום (להלן גם: "הרשות"), נותרו בעינן. עוד נקבע, כי אין מקום להעניק למי מהצדדים סעד כספי, או להורות על השבה. בין אם למשיב שטען לפיצוי כספי בגין ההסדר הכובל, ובין אם למערערת שטענה לפיצוי כספי בגין ביטול תניית הבלעדיות ובעקבותיה ביטול המערכת ההסכמית בכללותה.

2. לפני בית המשפט הנכבד מונחות, בין היתר, הסוגיות הבאות: ראשית, בחינתה של תניית הבלעדיות והאם זו מגבשת הסדר כובל אסור. שנית, בחינת המערכת ההסכמית בכללותה והאם יש להורות על ביטולה כליל במקרה שבו מתקיים הסדר כובל אסור. ושלישית, האם יש מקום לקבוע הסדר חלופי כגון דמי שימוש ראויים חלף תניית הבלעדיות.
3. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי תוצאת פסק הדין היא נכונה וראויה והוא יפרט להלן את עמדתו, תוך בחינת טענות הצדדים, בסוגיות שלעיל, וסקירת עמדות קודמות שהוגשו מטעמו. כן יבהיר היועץ המשפטי לממשלה כי שאלת טיבן של הזכויות המעורבות במערכת ההסכמית דנן היא שאלה בעלת השלכות רחבות לגבי היבטים הנוגעים אליה מתקיימות מספר התדיינויות בבתי המשפט השונים. לכן יש חשיבות כי לפחות בחלק מהיבטים של שאלה זו לא יקבעו מסמרות וכי אלה יבחנו במסגרת ההתדיינויות שיפורטו ובנסיבותיהם.

רקע:

4. היועץ המשפטי לממשלה יפרט בקצרה את הרקע והעובדות הדרושות לענייננו, כפי שהן עולות גם מעמדות היועץ המשפטי לממשלה שהוגשו לבתי המשפט השונים, במהלך השנים.
5. החל משנות ה-60 של המאה הקודמת, קרקעות מדינה שנמצאו מתאימות להקמת תחנות דלק, הוחכרו על ידי מינהל מקרקעי ישראל דאז ורשות מקרקעי ישראל דהיום (להלן: "הרשות") בפטור ממכרז לנכ"ל, מומלצי אגף השיקום במשרד הביטחון, לצורך שיקומם התעסוקתי. מדיניות זו קיבלה ביטוי בהחלטה מספר 3 של מועצת מקרקעי ישראל מיום 7.9.1965 (נספח 75 לתיק המוצגים מטעם כסלו).
6. לצורך הפעלת מסלול שיקום זה, הייתה מאותרת קרקע להקמת תחנת דלק לנכ"ל, אשר הומלץ על ידי אגף השיקום במשרד הביטחון, כאשר חברות הדלק היו פועלות לתכנונה, ולמימון הקמתה. לאחר הקצאת הקרקע לנכ"ל המומלץ, נחתם הסכם פיתוח והסכם חכירה בין נכ"ל לבין הרשות ביחס למקרקעין שעליו תוקם תחנת הדלק. כמו כן, נחתמו ביחס לתחנת התדלוק מספר הסכמים בין נכ"ל לחברת הדלק – הסכם מסגרת; הסכם לחכירת משנה; והסכם הפעלה קמעונאי במסגרתו התחייב נכ"ל לרכוש ולשווק דלק אך ורק מאותה חברה (להלן: "תניית הבלעדיות").
7. ביום 9.1.1972 פורסם דו"ח ועדת צ'חנובר (נספח 11 לתיק המוצגים מטעם דלק), ועדה שהוקמה על מנת לבחון את הליכי הקצאת קרקעות תחנות הדלק לנכ"ל. בדו"ח זה המליצה ועדת צ'חנובר כי הקרקעות יוקצו באופן אישי לנכ"ל, שיומלצו על ידי אגף השיקום, כאשר תחנת הדלק תוקם במימון חברת הדלק. כמו כן, המליצה ועדה זו כי לשם הבטחת השקעותיה של חברת הדלק, יחכיר לה נכ"ל את התחנה בחכירת משנה. הובהר, כי הסדר זה נועד ליצירת מסלול לשיקום תעסוקתי של הנכים וכי אין כוונה להעניק

באמצעותו זכות קניינית מהותית בנכס. ההגבלות על עבירות הזכות של נכה צה"ל ועל תוקפה, כפי שיפורט להלן, מבטאות כוונה זו.

8. הסדר זה נהג עד לשנת 1998 במהלכה גובש הסדר חדש על ידי אגף התקציבים במשרד האוצר, משרד התשתיות הלאומיות, רשות מקרקעי ישראל ואגף השיקום במשרד הביטחון. על פי ההסדר החדש, קרקעות מדינה פנויות שאותרו על ידי הרשות למטרות תכנון והקמת תחנות דלק (דהיינו קרקעות בלתי מתוכננות), ישווקו במכרזים פומביים (סעיף 1 להסדר), בכפוף וכמפורט בהסדר. עוד נקבע, כי מתוך כל מקבץ איתורים המיועדים להקמת תחנות דלק, המינהל יקצה חלק מהאיתור לנכי צה"ל מומלצי אגף השיקום בפטור ממכרז. מספר האיתורים יהיה בשיעור של 50% מסך תחזית מכירות הדלק (סעיף 3 להסדר). לגבי אותם איתורים נקבע, בין היתר, כי זכויות נכה צה"ל לא יהיו ניתנות להעברה לאחר אם בדרך ירושה ואם בכל דרך אחרת והן תבואנה לקיצן עם מותו; ההקצאה היא למטרת שיקומו התעסוקתי של הנכה עד גיל 70.

9. ביום 4.5.1998 החליטה מועצת מקרקעי ישראל בהחלטה 827 לקבוע מדיניות ברוח העקרונות שסוכמו במסגרת ההסדר החדש וביום 12.5.1998 התקבלה החלטת ממשלה מספר 3746 הקובעת כי על שר התשתיות לגבש הצעת החלטה למועצת מקרקעי ישראל, בהתאם להסדר החדש. להשלמת התמונה יצוין, כי ביום 29.7.1998 תוקן חוק משק הדלק (קידום תחרות), התשנ"ד-1994 (להלן: "החוק"), כך שעוגן לראשונה מסלול השיקום התעסוקתי של נכי צה"ל בתחנות הדלק בחקיקה ראשית.

10. ביום 27.8.1998 הובאו לאישור הנהלת מינהל מקרקעי ישראל כללים ליישום החלטת מועצת מקרקעי ישראל מס' 827. במסגרת כללים אלו הוחלט על שינוי שיטת התשלום למינהל בגין הקרקע המוחכרת. כעבור כ-3 שנים, ביום 29.10.2001, אימצה הנהלת המינהל הוראות מעבר, בהחלטתה מספר 308 ובהן נכללו הוראות בהתייחס לנכי צה"ל שהחלו בתהליך לפני כניסת ההסדר החדש לתוקף. עוד יצוין, כי ביום 24.12.2013 התקבלה החלטת הנהלת הרשות מס' 3473 בדבר מדיניות הרשות להקצאת קרקע לתחנות דלק, בה נסקרו ההסדרים השונים שהתקבלו לאורך השנים בנושא.

11. במהלך השנים הוגשו מספר עמדות מטעם היועץ המשפטי לממשלה בהליכים שעסקו בהסדר תחנות הדלק על היבטיו השונים ובמסגרתן נבחן האם תניית הבלעדיות שנקבעה בהסכם ההפעלה מהווה הסדר כובל אסור לפי דיני התחרות. יצוין כבר עתה, כי במסגרת עמדות אלו הובהר כי תניית הבלעדיות מהווה הסדר כובל וכי לא חלים לגביה החריגים בהם מבקשת חברת דלק לעשות שימוש במסגרת הליך זה. להלן יסקור היועץ המשפטי לממשלה את עיקרי עמדות אלו וגם את ההתפתחויות והשינויים שחלו מאז הגשתן. אך תחילה יסקור בקצרה את עיקרי המערכת ההסכמית הקשורה לענייננו.

הקצאת הזכויות בתחנת רמות

12. בשנים 1989-1992 הוקמה תחנת הדלק בצומת רמות שברמת הגולן, במקרקעין הידועים כחלק מחלקה 1 בגוש 200000 (להלן: "תחנת רמות"). בדומה לשאר המערכות ההסכמיות בהן הוקצה שטח למטרת תחנת תדלוק במסגרת הסדר שיקום הנכים, גם בתחנת רמות נכללו ההסכמים הבאים:

הסכם מסגרת בין חברת דלק לבין כסלו אשר כלל בנספחיו הסכמים נוספים ובהם:

- (1) הסכם פיתוח (נספח ב' להסכם המסגרת);
- (2) הסכם חכירה ראשית בין כסלו לבין הרשות (נספח ג' להסכם המסגרת) אשר כלל שני נספחים:
- נספח א' - התחייבות החוכר הראשי להמחות לרשות את הזכויות שיגיעו לו מחוכר המשנה וזאת לכיסוי דמי החכירה.
 - נספח ב' – פניית החוכר הראשי לחברת הדלק ובו הוראה בלתי חוזרת להמחאת זכויותיו לרשות.
- (3) שטר חכירת משנה בין כסלו לבין חברת הדלק (נספח ג1 להסכם המסגרת)
- (4) הסכם קמעונאי (הסכם הפעלה) בין כסלו לבין תחנת הדלק. הנוסח עצמו לא צורף להסכם המסגרת אך כבר במבוא להסכם המסגרת מצוינת הסכמת המפעיל להתמנות כקמעונאי לשיווק מוצריה של דלק. כמו כן, ישנן מספר הפניות אליו בהסכם המסגרת והובהר כי תנאיו יהיו לפי הנוסח הנוהג בחברה.
13. להלן ייסקרו כל אחד מההסכמים לפי הסדר שצוין לעיל תוך התמקדות בסעיפים אשר יש בהם כדי ללמד על מערכת היחסים שבין הצדדים.

הסכם המסגרת בין חברת דלק לבין כסלו

14. הסכם המסגרת (שמכונה בפסק הדין "הסכם ההפעלה"), בין דלק לכסלו נערך ונחתם ביום 25.7.1991. סעיף 3 להסכם זה קבע את התחייבויות כסלו (שכונה בחוזה זה "המפעיל") והתחייבויותיה של חברת דלק (שכונתה בחוזה זה "החברה"). על פי סעיף זה התחייב כסלו לחתום עם מינהל מקרקעי ישראל, בהקדם האפשרי לאחר חתימת חוזה המסגרת, על חוזה פיתוח בנוסח הסכם הפיתוח, שצורף כנספח א' ובהמשך לכך התחייב לחתום עם המינהל על חוזה חכירה בנוסח שצורף כנספח ב'.
15. כך, בסעיף 3(ב) נקבע, כי המפעיל מתחייב כלפי החברה להחכיר לה את המגרש בחכירת משנה בנוסח שטר חכירת המשנה שצורף כנספח ג1 וזאת לתקופה זהה לתקופת החכירה הראשית וכן לרשום משכנתא לטובת החברה ללא הגבלה בסכום על המגרש בהתאם לתנאי שטר המשכנתא שצורף להסכם. עוד נקבע בסעיף 3(ג1) כי המפעיל מתחייב כלפי החברה לפנות בכתב למינהל ולהורות שלא תירשם על שמו בלשכת רישום המקרקעין זכות חכירה ראשית בגין המגרש אלא אם כן באותו מעמד תרשם גם על שם החברה זכות חכירת משנה על המגרש, ותרשם משכנתא לטובת החברה על המגרש ללא הגבלה בסכום.
16. בסעיף 3(ה) המפעיל התחייב כלפי החברה להעביר למינהל בכתב ובאורח בלתי חוזר את כל הסכומים המגיעים לו מהחברה כדמי חכירת משנה, ולהורות לחברה בכתב באותו מעמד ובנוסח שהחברה הסכימה לו, לשלם למינהל במישרין את דמי חכירת המשנה.
17. בסעיף 7(א) להסכם המסגרת נקבע כי עם קבלת החזקה במגרש מאת המינהל ימסור המפעיל את המגרש לחזקתה הבלעדית של החברה וזאת עד לתום תקופת חכירת המשנה. בסעיף 9 נקבע כי עם הקמת התחנה תמנה החברה את המפעיל כקמעונאי של החברה לשיווק מוצרי הנפט ולמתן שירותי מזון וזאת על פי תנאי החוזה הקמעונאי שייחתם ביניהם.

18. הסכם המסגרת התייחס להסכם הקמעונאי העתיד להיחתם ונקבע בהקשר לו בסעיף 10(א) כי העברת זכויות המפעיל על פי החוזה הקמעונאי טעונה אישור ראש אגף השיקום ואישור החברה. עוד נקבע בסעיף 10(ב) כי החברה רשאית לבטל את החוזה הקמעונאי בכל מקרה שמהפעיל יפר או לא ימלא תנאי יסודי מתנאיו.
19. הסכם המסגרת התייחס למקרים בהם החוזה הקמעונאי יבוא לקיצו וזאת בשלושה מצבים – עת המפעיל יוכרז כפושט רגל ומצבים דומים נוספים; עת המפעיל נפטר (ח"ח) ועת ההסכם מבוטל מכח הסכמת המפעיל או קביעת ראש אגף השיקום (סעיף 11(א)). עוד נקבע, כי בהגיע החוזה לקיצו, תבוא לקיצה זכותו של המפעיל או הבאים משמו או מכוחו להחזיק בתחנת התידלוק ובציוד, והחברה תהא זכאית לתפוס חזקה מיידית ובלעדית בתחנת התידלוק עד למסירתה, אך זאת בכפוף להוראות הנוספות (אא) ו(בב) אשר קבעו את זכותם של האלמנה וילדי הנכה להודיע על רצונם להתמנות כקמעונאים. במקרה כזה אלה ימונו כקמעונאים ככל שלדעת החברה וראש אגף השיקום יוכלו להפעיל את התחנה.
20. בסעיף 17 להסכם המסגרת נקבע כי המפעיל אינו רשאי להעביר זכויותיו והתחייבויותיו על פי הסכם המסגרת או חלק בהן או למשכן או לשעבד זכויות אלו או חלק מהן וכן למשכן או לשעבד זכויות במגרש או חלק מהן.

הסכם הפיתוח

21. הסכם הפיתוח נערך ביום 25.12.1989 בין המינהל לבין כסלו (שכונה בהסכם זה "היזם"). בהסכם נקבע כי כסלו מקבל את המגרש לרשותו לתקופה של שנתיים כבר-רשות ועליו לעשות את הפעולות הדרושות לביצוע המטרה והקמת המבנים עד לא יאוחר מיום 18.11.1991.
22. במסגרת ההסכם הובהר בסעיף 12 כי הזכות הניתנת לנכה היא זכות אישית שאיננה ניתנת להעברה ובהמשך בסעיף 12(ב) הובהר כי הצדדים מסכימים שתירשם בגין המגרש חכירת משנה לטובת חברת הדלק, בתנאים שיאושרו על ידי אגף השיקום של משרד הביטחון.

הסכם חכירה ראשית

23. הסכם זה נכרת בין הרשות לכסלו (שכונה בהסכם זה "החוכר") ביום 19.3.1993 לתקופה של 49 שנים עם אופציה לתקופת חכירה נוספת בת 49 שנים בתנאים מסוימים. לפי הסכם זה (סעיף 6), דמי החכירה השנתיים שישלם החוכר לרשות יהיו תמלוגים בשיעור של 4% מהעמלות המשתלמות לחוכר בגין מכירות הדלק. כן הובהר באותו סעיף כי החוכר ימסור לרשות עם חתימת ההסכם המחאות חוב לפיה יעביר לה את דמי חכירת המשנה שתעביר לו חברת הדלק, לכיסוי דמי החכירה המשתלמים על ידו למחכיר, וכי הוא מיפה את כוחה של חברת הדלק, המספקת לו את הדלק, לשלם לרשות בשמו ובעדו את דמי החכירה שהוא חייב בתשלומם לפי חוזה זה (נספחים א-ג להסכם החכירה).
24. בסעיף 9 להסכם נקבע, כי לא יאוחר משנה אחת לפני גמר תקופת החכירה יהיה החוכר רשאי לבקש מהרשות, בכתב, את חידוש החכירה לתקופה נוספת של ארבעים ותשע שנים (שתקרא להלן: "החכירה המחודשת") לפי תנאי חוזה החכירה שיהיו נהוגים לגבי חכירה מחודשת של מקרקעין על ידי הרשות בסביבת המגרש ולמטרה של החכירה הראשונה.
25. בסעיף 18 להסכם החכירה הוסדרו העברת הזכויות לפי חוזה זה ומשכונן ונקבע כי החוכר לא יוכל להעביר את זכויותיו לפי חוזה זה בשלמותן או בחלקן או להחכירן בחכירת משנה

ללא הסכמת הרשות בכתב ומראש. בהמשך אותו סעיף הובהר כי החוכר רשאי להחכיר את המוכר בחכירת משנה לחברת הדלק והרשות מסכימה לרשום חכירה זו בתנאים שיאושרו על ידי האגף לשיקום של משרד הביטחון.

26. בסעיף 25 לחוזה החכירה הוסדרו תוצאות ביטולה של החכירה הראשית והובהר בס"ק (ו) כי בביטול החכירה הראשית על ידי הרשות לא תיפגע חכירת המשנה של חברת הדלק (או בזכויותיה לקבלה) וחכירת המשנה האמורה (או זכותה של חברת הדלק לקבלה) תישאר בתוקפה המלא למרות הביטול האמור. כן נקבע באותו סעיף כי אם נמצא, בהסכמת הרשות חברת הדלק ואגף השקום, מועמד מתאים לרכישת זכויות החכירה ראשית במוכר, תעניק לו הרשות את זכויות החכירה הראשית במוכר בתנאי חכירה זו ובכפיפות לזכויות חברת הדלק על פי חכירת המשנה האמורה. עד למציאתו של מועמד מתאים כאמור, לא תהא חברת הדלק רשאית להעניק למישהו זולתה זכויות להפעלת תחנת התדלוק ויתר השירותים שהופעלו על ידי החוכר – אלא אם קבלה הסכמת הרשות בכתב ומראש.

הסכם חכירת משנה

27. שטר חכירת המשנה נחתם ביום 5.7.1993 בין כסלו (שכונה בשטר "המחכיר") לבין דלק במסגרתו הצהירה דלק כלפי הרשות כי תשתמש בזכויותיה על פי שטר חכירת המשנה בכפוף להוראות החכירה הראשית וכי היא לא תעשה שום פעולה האסורה על פי החכירה הראשית אלא בהסכמת המינהל בכתב.

28. בסעיף 6 לשטר חכירת המשנה נכתב כי המחכיר מוסר את הנכס לחזקתה המלאה והבלעדית של דלק למשך תקופת החכירה או כפי שתוארך ובהמשך, בסעיף 9, הובהר כי הסכמתה של דלק לאפשר למחכיר להשתמש בנכס כקמעונאי של החברה, או באופן אחר, לא תפגע באיזה מזכויותיה, לפי שטר חכירת משנה זה.

29. בהמשך, בסעיף 10 לשטר חכירת המשנה, נקבע כי המחכיר מתחייב לא למכור, להעביר, להשכיר או למשכן את זכויותיו בנכס מבלי לקבל לכך את הסכמת החברה בכתב ומראש. עוד נקבע בסעיף 13 כי תמורת מלוי כל התחייבויות המחכיר בשטר זה תשלם החברה למחכיר דמי חכירה עבור כל שנה לתקופת החכירה בסכום זהה לסכום המשתלם למינהל על ידי המחכיר על פי הסכם החכירה הראשית. הוסכם גם כי דמי החכירה האמורים ישולמו על ידי החברה למינהל לפי כתב המחאת חוב שערך המחכיר.

החוזה הקמעונאי¹

30. החוזה הקמעונאי שנכרת בין כסלו לבין דלק ביום 25.7.1991 לא צורף כנספח להסכם המסגרת אך הוא נזכר בו, כאשר במסגרת המבוא להסכם המסגרת בהואיל (ד) הצהיר המפעיל כי הוא מוכן להתמנות כקמעונאי של חברת דלק ובסעיף ההגדרות בהסכם זה הוגדר ההסכם הקמעונאי כ"תנאי החוזה או החוזים המתייחסים להפעלת תחנות תדלוק נוסח הנהוג בחברה במועד בו ייחתם בין המפעיל לבין החברה חוזה למינוי כקמעונאי בהתאם להוראות סעיף 8 לחוזה זה". כמו כן נזכר החוזה הקמעונאי בסעיפים 9-11 להסכם המסגרת.

¹ בעמדה שהוגשה מטעמו בע"א 4243/00 פדל נ' סונוול ישראל בע"מ הרכיב היועץ המשפטי לממשלה בעניין נוסח ההסכם הקמעונאי והבהיר כי מדובר בנוסח שהיה נהוג בחברות הדלק ונוסח על ידן. ראו פסקה 50 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין פדל.

31. בסעיף 4 להסכם הקמעונאי הוגדר הסדר הבלעדיות שבין הצדדים ולפיו המפעיל יעמיד את שטח התחנה לצורך ביצועו של ההסכם הקמעונאי ויתחייב לרכוש את כל המוצרים הדרושים להפעלת התחנה רק מאת החברה ובמישרין ולא מכל חברה אחרת.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

32. בפסק דינו של בית המשפט המחוזי נקבע, כי המערכת ההסכמית שבין כסלו לבין דלק בטלה כליל לנוכח העובדה שבליבת מערכת זו עומד הסדר כובל האסור לפי חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן: "**חוק התחרות**") ובכלל זה בטלה חכירת המשנה לטובת דלק. בית המשפט המחוזי קבע כי מדובר בהסדר אנכי ולא אופקי, וכי גם מבלי להידרש להתקיימות החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק התחרות ותחולתן, תניית הבלעדיות היא הסדר כובל לפי סעיף 2(א). כמו כן נקבע, כי לא מתקיימים החריגים הקבועים בסעיף 3 להן טענה דלק וכי ההסדר הכובל הינו הסדר כובל פסול בהתאם לחוק התחרות.

33. עוד הובהר, כי זכות החכירה הראשית של כסלו, שנחתמה בינו לבין הרשות ותכליתה העיקרית היא שיקום נכי צה"ל ויצירת מקור פרנסה עבורם, עומדת בעינה. בפסק הדין הפנה בית המשפט לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה בעניין עמוס (ת"א (מחוזי י-ם) 1000/95 **פז חברת נפט בע"מ נ' דוד עמוס**, פ"ד תשס"ב(1) 337 (2002) (להלן: "**עניין עמוס**")), שם נקבע כי ההסדר הרלבנטי לענייננו יצר מערכת זכויות וחובות בלתי שגרתית. אך עם זאת, אין בו כדי להפוך את תמונת הזכויות והחובות הנובעות מהמערכת החוזית על פיה ונקודת המוצא היא כי מקרקעי התחנה הם בבעלות המדינה, הנכה הוא חוכר ראשי ומכוחו רכשה חברת הדלק את זכויותיה כחוכרת משנה, כאשר בדרך זו היא עתידה להחזיר את השקעותיה.

34. בית המשפט קמא הבהיר בפסק דינו כי לא ניתן להורות על ביטול חלקי של החוזה מכח סעיף 19 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג 1973 (להלן: "**חוק החוזים**"), באופן שתניית הבלעדיות תבוטל בעוד שיתר פרטי המערכת ההסכמית שבין חברת דלק לכסלו יוותרו על כנם. כמו כן דחה בית המשפט קמא את טענת דלק כי לא ניתן להורות על בטלות חכירה המשנה מבלי להורות על בטלות החכירה הראשית וזאת משני טעמים: ראשית, משום שהחכירה הראשית היא זכות נפרדת מן המערכת ההסכמית שבין הנכה לחברה הדלק ושנית, משום שהמדינה איננה צד להליך ולפיכך, לא ניתן לקבוע קביעות ביחס להסכם החכירה הראשית, שהצדדים לו הם המדינה וכסלו.

35. במסגרת ההליך שהתנהל לפני בית המשפט קמא הוגשה על ידי חברת דלק עמדת הרשות בהליך ת"א (מחוזי מר') 38307-08-15 **דלק מגשימים בע"מ נ' "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ** (להלן: "**עניין מגשימים**"). חברת דלק טענה כי עמדה זו תומכת בטענותיה שכן נאמר במסגרתה כי העברת התחנה לנכה אחר כפופה לזכותה של תחנת הדלק בתחנה. מכך ביקשה דלק לגזור כי זכויותיה בתחנה הינן בעלות מעמד יציב ואינן תלויות בזכות הנכה. לבקשת בית המשפט קמא, הוגשה בהליך שנוהל לפניו עמדת רשות מקרקעי ישראל וזאת בין היתר, בהתייחס לעמדה שהגישה בעניין מגשימים.

36. בית המשפט קמא דחה את טענת דלק למעמד עצמאי בקרקע והפנה לדברי בא כוח הרשות בפרוטוקול הדיון מהם עולה, כי דברי הרשות בעניין מגשימים נאמרו בהתייחס לסוגיה הקונקרטית שעמדה שם על הפרק (זכות הורשה), אשר שונה מהעניין שלפנינו. הבהרה נוספת ניתנה על ידי בא כוח הרשות במסגרת הדיון שהתקיים לפני בית המשפט ונרשמה

בפרוטוקול הדיון. בנסיבותיו של מקרה זה קבע בית המשפט קמא כי "חכירת המשנה נועדה לשריין את המערכת החוזית ובהיעדרה של האחרונה, לא ניתן לשוות לזכות החכירה משמעות הגיונית וכלכלית". עוד נקבע בפסק הדין כי אין ממש בטענתה של דלק כי זכותה בתחנת הדלק חזקה ויציבה יותר מזכותו של הנכה, שכן, לפי קביעתו של בית המשפט קמא, לא הייתה כל הצדקה שהמדינה תעניק מקרקעי ציבור בחינם ובפטור ממכרז לחברה מסחרית כדוגמת דלק וכי הפטור ממכרז לא נועד להעשיר חברה מסחרית כי אם לבטא את חובתה המוסרית של המדינה לדאוג לנכי צה"ל.

37. כמו כן נדרש בית המשפט קמא לטענות שני הצדדים לסעד כספי. כסלו טען כי הוא זכאי לפיצוי כספי בגין ההסדר הכובל לפי סעיף 50 לחוק התחרות או לחילופין מכח הוראות חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: "**חוק עשיית עושר**"). דלק טענה כי היא זכאית לפיצוי בגין ביטול המערכת ההסכמית וזאת בגין הפסד השקעותיה. בית המשפט קבע כי לא יוענק סעד כספי למי מהצדדים.

38. על פסק דינו של בית המשפט קמא הגישו חברת דלק וכסלו ערעור וערעור שכנגד (בהתאמה). היועץ המשפטי לממשלה יפרט בקצרה להלן את טענות הצדדים בשאלת קיומו של הסדר כובל אסור והשלכותיו על ההתקשרות הכוללת שבין דלק וכסלו, כעולה מהסיכומים שהגישו לבית משפט נכבד זה ובהמשך יפרט עמדתו ביחס לסוגיה זו.

טענות דלק:

39. ראשית, טענת דלק היא שטעה בית המשפט בקובעו כי תניית הבלעדיות שנקבעה בהסכם בינה לבין כסלו עלולה לפגוע בתחרות ולפיכך מהווה הסדר כובל אסור לפי סעיף 2(א) לחוק התחרות. כמו כן טענה דלק, כי שגה בית המשפט קמא בקובעו שלא חלים בענייננו החריגים הקבועים בסעיף 3 לחוק התחרות: חריג סעיף 3(3) אשר עניינו בהסדר שכל כבילותיו נוגעות לסוג הנכסים או השירותים בהם יעסוק רוכש זכות בקרקע; חריג סעיף 3(1) אשר עוסק בהסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין; וחריג סעיף 3(2) אשר עניינו הסדר שכל כבילותיו נוגעות לזכות השימוש בסימן מסחר על פי הסדר שבין בעל הנכס למשתמש בו.

40. שנית, טוענת דלק כי חכירת המשנה שהוענקה לה היא זכות קניינית אותה לא ניתן לאיין, גם אם תיוותר על כנה קביעת בית המשפט קמא בדבר קיומו של הסדר כובל אסור. עוד לטענתה, החכירה הראשית שהוענקה על ידי הרשות לכסלו וחכירת המשנה שהעניק לה כסלו ניתנו לצדדים באותו מעמד וזאת רק לאחר שחברת דלק השלימה את בניית התחנה, ולכן זכויות אלה כרוכות זו בזו ולא ניתן לבטל את האחת בלא לבטל את השניה. טענת דלק היא שמדובר במערכת הסכמית אחת שלא ניתן להפרידה, ולכן לא ניתן לבטל חלק ממערכת הסכמית זו, קרי את שטר חכירת המשנה, אך להותיר את החכירה הראשית על כנה.

41. בהקשר זה מוסיפה דלק וטוענת כי המדינה חתמה על הסכם חכירת המשנה של חברת דלק ולכן אף היא צד לה. היועץ המשפטי לממשלה יתייחס לטענה זו כבר עתה ויבהיר כי אין בה ממש. המדינה איננה צד להסכם חכירת המשנה, כך על פי לשונו הברורה שהבהירה מי הצדדים לו. המדינה אישרה הסכם זה, לא כצד להסכם כי אם כבעלת הקרקע ולנוכח העובדה שלפי הסכם החכירה הראשי, העברת זכויות חכירה, או חלק מהן, מחייבת אישור.

42. עוד לגישת דלק, זכותה בתחנת הדלק אף עדיפה על זו של החוכר הראשי, שכן כוונת המדינה הייתה לרוקן את החכירה הראשית מתוכן מהותי אמיתי, באמצעות חכירת המשנה אשר עוגנה גם בהסכם החכירה הראשית בסעיפים 18(א) ו-25(ו). לגישתה, דמי החכירה שולמו

- על ידה כל השנים ישירות למדינה, לפי סעיף 7(ג) ו – סעיף 6(ב) לחוזה החכירה הראשית, וזאת בשיעור של 4% מעמלת המפעיל וגם מכאן מעמדה העדיף.
43. לא זו אף זו, לטענת דלק, ביטול חכירת המשנה עומד בסתירה להלכה מפורשת של בית משפט נכבד זה שנקבעה בע"א 1536/15 **פז חברת נפט בע"מ נ' תחנת דלק חוואסה בע"מ** (נבו 8.2.2018) (להלן: "**עניין חוואסה**"). היועץ המשפטי לממשלה יציין כבר עתה, כי אמנם בעניין חוואסה נקבע כי לפז נתונה זכות "הנהנית מחוסן בלתי מבוטל מעצם טיבה וטבעה..." וכי מדובר ב"זכות קניין בעלת משקל". אולם, דומה כי אין הנדון דומה לראיה וכי אותו מקרה, בשונה מהמקרה שלפנינו, כלל לא נגע להסדר כדוגמת ההסדר הנוכחי.
44. כן טענה דלק כי בית המשפט התעלם מעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בע"א 4243/00 **פדל נ' סונול ישראל בע"מ** (להלן: "**עמדת היועץ בעניין פדל**"), ומדו"ח צ'חנובר, מהם עולה כי הקצאת תחנת דלק לנכה צה"ל לא העבירה לו זכות קניינית, אלא נועדה להעניק לו מקור תעסוקה בלבד ולשקמו. לכן, לגישת דלק, בביטול חכירת המשנה לבדה, בית המשפט קמא יצק תוכן נוסף לחכירה הראשית שהמדינה לא התכוונה לתת לה.
45. דלק אף חולקת על קביעת בית המשפט קמא כי חכירת המשנה נועדה רק "להתוות דרך ישימה למימוש הזכות של כסלו בתחנה" ולשמש לה בטוחה להחזר השקעותיה, אך לא להעניק לה זכויות קניין, וטוענת כי בשונה מבטוחה גרידא, חכירת המשנה חשפה את דלק למלוא הסיכון להפסדים ולכן היא מהווה זכות קניינית. לטענתה, בעמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין פדל נאמר כי זכות חכירת המשנה נועדה לא רק כדי להבטיח את השקעות חברת הדלק בהקמת התחנה, אלא גם כדי להגביל את הנכה בהעברת זכויותיו למי שאינו נכה צה"ל ומכאן שנישולה מזכויותיה מנוגד לתכלית זו.
46. לעמדת דלק, היה על בית המשפט להפעיל, עם ביטולה של תניית הבלעדיות, אמצעי שפגיעתו פחותה והוא הותרת הסכם חכירת המשנה על כנו, וביטול תניית הבלעדיות בלבד. לעמדתה, מדובר במסמכים שונים, שצורנית ומהותית ניתן להפרידם.
47. עוד טענה דלק כי איון זכות חכירת המשנה אף עומד בסתירה להלכה שנקבעה בע"א 9609/01 **מול הים (1978) בע"מ נ' שגב**, פ"ד נח(4) 106 (2004), לפיה אף ביחסים חוזיים גרידא, צד אחד שהשלים חיובו בשלב מוקדם – רוכש "זכות קבועה" ולא מוגבלת בזמן בנכס של הזולת לקבלת התמורה המוסכמת, מידי חודש. זכות אשר אינה ניתנת לביטול. דלק טענה כי היא השלימה בשלב מוקדם את חיוב תכנון והקמת תחנת רמות, במימונה הבלעדי, מתוך ציפייה ליהנות מפירות התחנה למשך כל חי התחנה ולכן חכירה המשנה מקנה לה, למצער, זכות שיורית ממשית ל"דמי שימוש" ראויים. בהקשר זה הפנתה דלק לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בתיק פדל משנת 2008 וטענה כי זו תומכת בגישתה.

טענות כסלו:

48. לפי טענות כסלו תניית הבלעדיות מגבשת הסדר כובל אסור, אופקי ואנכי גם יחד. בעמדה זו יתמקד היועץ המשפטי לממשלה בטענותיו של כסלו ביחס להיותו של הסדר הבלעדיות הסדר כובל אנכי. לגישתו, מתקיימות דרישות סעיף 2(א) לחוק התחרות ולא חלים אחד מן החרגים לפי סעיף 3 כנטען על ידי דלק.
49. ביחס לסוגיה הקניינית טוען כסלו כי לא ניתן להפריד את הסדר הבלעדיות מהמערכת ההסכמית הכוללת שבינו לבין דלק, בהיותו חלק עיקרי ומרכזי שדבק במערכת ההסכמית כולה. חכירת המשנה נועדה להבטיח כי תשמר תניית הבלעדיות והכתבת המחירים כ"שוט

קנייני". הותרתה תוביל לאבסורד לפיו דלק, אשר הכתיבה את אי החוקיות, תקבל זכויות במקרקעי תחנת דלק ללא מכרז, זכויות שהמדינה התכוונה להעניק לנכי צה"ל ולא לחברת דלק. בפרט אבסורד, כך לטענת כסלו, כי על אף אי החוקיות האמורה תדרוש דלק לקבל דמי שימוש ובכך תעמיד את כסלו במצב נחות ביחס למצבו טרם הסרת הכבילה. כן אבסורד הוא שבהותרת זכות חכירת המשנה על כנה יתאפשר לדלק לאכוף את הבלעדיות, למרות אי החוקיות שגלומה בה. בכך תסוכל התכלית שעמדה בבסיס ביטול הבלעדיות.

50. לשיטת כסלו, הותרת חכירת המשנה מנוגדת לתכליתה המקורית של ההתקשרות הכוללת שבין הצדדים, במסגרתה לא הייתה כוונה להקצות לדלק זכות חכירה עצמאית בקרקע שתהא מנותקת משיווק הדלקים עצמם. על מהות חכירת המשנה בעיני דלק עצמה "כשוט קנייני" לשריון הבלעדיות הפסולה ולא כזכות קניינית בעלת תוכן עצמאי מלמדת גם העובדה שדרך הגישה לתחנה עוברת בשטח שהוחכר על ידי רשות מקרקעי ישראל לכסלו מבלי שהוקנתה לגביו זכות חכירת משנה לדלק, ולפיכך ממילא לדלק (או לכל אדם אחר) אין דרך גישה עצמאית לתחנה.

51. לגישתו, בדו"ח צ'חנובר, עליו ביקשה דלק לבסס טענותיה, זכויות החזקה והשימוש אינן שייכות לדלק, שכן על פי דו"ח זה ולפי ההתקשרות שבין הצדדים אף אם פוקעת זכותו של הנכה, השימוש והחזקה במקרקעין יועברו לנכה צה"ל אחר ולא יועברו לדלק. כל עניינה של דלק בקבלת זכות חכירת משנה היה לצורך אכיפת הסכמי ההפעלה שהעניקו לה בלעדיות וכי "בזמן אמת" ראתה את מערכת הזכויות "בתחנות נכי צה"ל" כדלהלן: "משרד הביטחון מוסר לנכה את הקרקע בחכירה ובתנאי שהקמת התחנה תמומן על ידי "חברת השיווק". לגישתו, אין להתרשם "מלבושה הקנייני" של תניית הבלעדיות שכן אין מדובר בקניין אמיתי אלא "בשוט בלבוש קנייני" לאכיפת אי חוקיות.

52. לטענת כסלו, עמדת הרשות בעניין מגשימים, אינה תומכת בטענת דלק לפיה "אין חכירה ראשית בלי חכירת משנה". עמדת הרשות בעניין מגשימים עסקה בזכויות הורשה והייתה תלויה בנסיבותיו הפרטניות של התיק, כפי שהובהר בעמדת הרשות בהליך דנן, ולכן אין לה נפקות לעניינו.

53. לבסוף גורס כסלו כי יש לדחות את טענת דלק לביטול החכירה הראשית לאור ביטולה של חכירת המשנה וזאת ממספר טעמים: ראשית, לשיטתו, הסכם החכירה הראשית שבין הרשות לכסלו אינו שלוב במערכת ההסכמית שבין דלק לכסלו. מדובר בהסכמים שונים ובצדדים שונים. שנית, בעוד שלחכירת המשנה אין כאמור "תכלית עצמאית", להסכם החכירה הראשית תכלית עצמאית והגיון מסחרי ברור בבסיסו הרצון להקצות לנכי צה"ל קרקעות להקמת תחנות דלק בפטור ממכרז, הסכם שאינו נגוע באי חוקיות ואין מניעה בהמשך קיומו. ממילא, לדלק אין מעמד לטעון לביטול הסכם בין המדינה לכסלו. ושלישית, הטענה שביטול חכירת המשנה מחייב את ביטול החכירה הראשית מהווה הרחבת חזית פסולה. הסכם החכירה הראשית אינו "מניח" את קיום חכירת המשנה אלא מאפשר אותה, ומתקיים היטב גם בלעדיה.

בקשת כסלו להגשת עמדת היועץ משפטי לממשלה בהליך זה

54. ביום 6.5.2021 הגיש כסלו לבית משפט נכבד זה בקשה להורות על הגשת עמדת היועץ המשפטי לממשלה בסוגיות העקרוניות העולות בתיק והפנה להליכים אחרים שנדונו לפני בית משפט נכבד זה בסוגיות דומות בהן ראה בית המשפט לנכון, מיוזמתו, לקבל את עמדת

- היועץ המשפטי לממשלה.
55. להשלמת התמונה ציין כסלו, כי עמדה עדכנית בסוגיות האמורות הוגשה לבית המשפט המחוזי ביום 4.2.2018 בהליך אחר (ת"א (מחוזי מר') 28938-03-13 **דיעי נ' פז חברת נפט בעמ** (נבו 2018) (להלן: **"עמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין דיעי"**)), וכי בהחלטה בהליך זה מיום 9.7.2018 פורטו עיקרי העמדה. עם זאת, לעמדתו, ראוי יותר שתעמוד לפני בית משפט נכבד זה עמדה שתוגש במסגרת הליך זה ובהתייחס אליו ספציפית.
56. ביום 9.5.2021 ניתנה החלטה של בית המשפט העליון (כב' הרשם ר' גולדשטיין) לפיה דלק רשאית להשיב לבקשת כסלו. בנוסף, צוין כי "למען היעילות ובלי לטעת מסמרות מתבקשת גם התייחסות היועץ המשפטי לממשלה לבקשה ולתשובה שתוגש כאמור על ידי המערער".
57. בתגובת דלק לבקשה נטען כי נכון להכריע תחילה בבקשה לצירוף ראיות נוספות בערעור וכי, מכל מקום, ככל שתוגש עמדת היועץ המשפטי לממשלה, מן הראוי כי זו תתייחס לשאלת מעמדה הקנייני של חכירה המשנה כמו גם לשאלה התחרותית ולנפקיותיה.
58. לאחר בחינת טענות הצדדים ועמדות קודמות שהוגשו מטעם היועץ המשפטי לממשלה כמו גם עמדות רשות מקרקעי ישראל שהובאו לפני בתי המשפט השונים, החליט היועץ המשפטי לממשלה על התייצבותו לפני בית המשפט הנכבד בהליך זה. עמדת היועץ המשפטי לממשלה תתמקד בשאלות הבאות: ראשית יסקור היועץ המשפטי לממשלה את הסוגיה התחרותית ויציג את עמדתו לגביה ושנית, יסקור את השלכותיו של חוזה פסול על זכויות שהוקנו.

האם תניית הבלעדיות מהווה הסדר כובל אסור

59. סוגיית הסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק ובין מפעילי תחנות דלק נידונה, כאמור, בהרחבה בשתי עמדות שהוגשו לבית המשפט העליון מטעם היועץ המשפטי לממשלה, במסגרת הליכים בהם נדונו מערכות הסכמים הדומות למערכת ההסכמים המצויה במוקד הערעור שבכותרת.
60. עמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין פדל הוגשה ביום 1 בספטמבר 2008. בעמדה זו סקר היועץ המשפטי לממשלה את מצב משק הדלק עד לשנות השמונים והרפורמה שחלה בשוק זה בשנת 1987 שנמשכה עד לשנת 1993, ובסמוך לה אושרה כניסתן של חברות דלק נוספות לפעילות בישראל והחלה להיווצר תשתית שתאפשר תחרות בישראל.
61. היועץ המשפטי לממשלה עמד על ההסכמים ארוכי הטווח עליהם החתימו שלוש חברות הדלק הוותיקות את מפעילי התחנות אשר רכשו מהן מוצרים, ועל כך שהסכמים אלה מנעו בפועל את האפשרות של חברות חדשות לחדור באופן משמעותי למשק הדלק.
62. עוד צוינו פעולות הממונה על התחרות (הגבלים עסקיים דאז) בשנות ה-60 וה-90, קביעת הממונה בשנת 1993 אשר עסקה בחוזי אספקה בלעדיים ולפיה חוזים ארוכי טווח שבין שלוש החברות הוותיקות לבין מפעילי התחנות הינם בגדר הסדר כובל אסור לפי חוק התחרות, העררים שהגישו חברות הדלק וההסדר אליו הגיעו הממונה והחברות.
63. לאחר מכן, נבחנה המערכת ההסכמית בין חברות הדלק לכי צה"ל שבמרכזה ההסכם הקמעונאי. היועץ המשפטי לממשלה הביע עמדתו לפיה ההסדרים שבהם הוראה המחייבת מפעיל תחנת תדלוק לרכוש רק מוצרי דלק של אותה חברה למשך כל תקופת הסכם

החכירה, הם בבחינת הסדרים כובלים.² על עמדה זו חזר היועץ המשפטי לממשלה גם בעמדתו משנת 2010 בתיק פז (ע"א 9959/03 **פז חברת נפט בע"מ נ' הקרן הקיימת לישראל** (נבו 2.9.2012) להלן: "**עמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין פז**").

64. עמדות היועץ המשפטי לממשלה בעניין פדל ובעניין פז עדיין עומדות בתוקפן, אולם מאז הגשת עמדות אלו, כאמור לעיל, חלו מספר שינויים, אותם יבקש לסקור להלן בקצרה. יצוין, כי חלק משינויים אלה נסקרו במסגרת עמדת יועץ נוספת שהוגשה בסוגיה התחרותית דגן בעניין דיעי,³ במסגרתה הדגיש היועץ המשפטי לממשלה כי לשם קביעת קיומו של הסדר כובל אסור יש לבחון את נסיבותיו של כל הליך לגופו.

65. כפי שצוין בעמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין דיעי, עד פסק הדין בע"פ 5823/14 **שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל** (נבו 10.8.2015) (להלן: "**עניין שופרסל**") הסכמי הבלעדיות בתחנות התדלוק נחשבו כהסדרים לגביהם קיימת חזקה חלוטה שהם עלולים לפגוע בתחרות, היינו הסדרים כובלים הנופלים לגדרי החזקה החלוטה בסעיף 2(ב)(3) לחוק התחרות. בעניין שופרסל נקבע כי הסדרים אנכיים, ככלל, אינם נתפסים בחזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק התחרות.

66. הסדרי הבלעדיות נושא הדיון בענייננו, ככלל, הם הסדרים אנכיים, בהיותם הסדרים בין צדדים הנמצאים בחוליות שונות של שרשרת האספקה. משכך, על מנת לבחון האם הסדר הבלעדיות הוא הסדר כובל יש לבחון את הסדרי הבלעדיות בתחנות התדלוק כבענייננו, כהסדר שאינו בין מתחרים, ובהתאם להוראות סעיף 2(א) לחוק התחרות לבסס קיומה של "עלילות לפגיעה בתחרות".

67. בטיטות דו"ח רשות התחרות בעניין תחרות בין תחנות דלק במסגרתה נערך מחקר שוק מקיף בנושא זה (אליו התייחס היועץ המשפטי לממשלה בעמדתו בעניין דיעי) ציינה הרשות, כי לעמדתה הסכמי אספקה בלעדית עם מפעילי תחנות תדלוק והסכמי שכירות במקרקעין עם בעלי תחנות או בעלי מקרקעין המיועדים לתחנות תדלוק, עשויים להיחשב כהסדרים כובלים לפי סעיף 2(א) לחוק התחרות (ראו עמודים 39-40 לטיטות הדו"ח המובאת כנספח לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין דיעי). כמו כן צוין בטיטות דו"ח זה כי במסגרת ההערכה האם מדובר בהסדר שעלול לפגוע בתחרות לפי סעיף 2(א) יש לבחון את משך ההתקשרות:

"עמדת הרשות היא, כי יש לבחון את משך ההתקשרות של הסכמי הבלעדיות בהתאם לפסיקתו של בית הדין בעניין דלק שקבעה כי משך תקופת הבלעדיות הראויה היא לכל היותר 3 שנים. זאת למעט ביחס להסכמי בלעדיות הנוגעים לתחנות תדלוק בהם נושאת חברת הדלק בעלויות שיפוץ התחנה או במלוא עלות הקמתן, בהם תעמוד תקופת ההתקשרות בבלעדיות על 6 שנים".

68. כעולה מהטיטות, זו עמדת הרשות אף ביחס להסכמי שכירות על צורותיהם השונות, המקנים בפועל לחברות הדלק שליטה כמעט מוחלטת ולתקופה ארוכה בתחנות והשפעתם על התחרות דומה לזו של תניית הבלעדיות: "עמדת הרשות היא כי ככלל הסכמי שכירות בהן חברת הדלק מקימה על המקרקעין מושכר תחנות תדלוק, לתקופה שעולה על 6 שנים, מהווים הסדר כובל לפי סעיף 2(א) וכי תדרשנה הצדקות מיוחדות לחריגה מתקופה זו".

² העמדה התייחסה גם לשאלות האם ההסכמים בין חברות הדלק והמפעילים הם "חוזה אחיד" כמשמעותו בחוק החוזים האחידים ואם כן, האם יש בהם תנאי מקפח לפי חוק זה.

³ על עמדה זו חזר היועץ המשפטי לממשלה בהודעתו בתי"א (מחוזי ת"א) פז 270722-12-12 - **בר בע"מ נ' פז חברת נפט בע"מ** מיום 16 בדצמבר 2018 בה הודיע כי אין בכוונתו להתייצב להליך האמור.

69. יובהר, כי עמדת הרשות כאמור, ניתנה במסגרת טיוטת דו"ח אשר טרם הבשילה לכדי דו"ח סופי ומשכך היועץ המשפטי לממשלה אינו נוקט עמדה ביחס אליה.

70. לא למותר לציין כי אף אם הסדר עומד בתנאים המנויים בסעיף 2 לחוק התחרות, ייתכן שלא מדובר בהסדר כובל, כיוון שההסדר הוא מסוג ההסדרים המנויים בסעיף 3 לחוק. לכן, טרם ההחלטה כי מדובר בהסדר כובל יש לבחון אם מתקיימים החריגים המנויים בסעיף 3 לחוק התחרות, כפי שנטענים על ידי הצד שכנגד. בנסיבות דנן, קביעות בית המשפט קמא כי לא מתקיימים החריגים אותם טענה דלק בענייננו עולות בקנה אחד עם עמדותיו בעניין פדל ובעניין פז ולכן היועץ המשפטי לממשלה אינו מוצא מקום להרחיב בעניינם במסגרת עמדה זו.

71. כידוע, קביעת קיומו של הסדר כובל בהתאם לסעיף 2 לחוק איננה סופה של הדרך. בסעיף 4 לחוק התחרות נקבע מהו הסדר כובל אסור:

"לא יהיה אדם צד להסדר כובל, כולו או מקצתו, אלא אם כן קיבל מאת בית הדין אישור לפי סעיף 9 או היתר זמני לפי סעיף 13 או פטור לפי סעיף 14, או שכל הכבילות שבהסדר פטורות בהתאם לפטור סוג שנקבע לפי סעיף 15א; היו האישור, ההיתר הזמני, הפטור או פטור הסוג מותנים – לא יהיה להם תוקף, אלא אם כן נתמלאו תנאיהם."

72. אם כן, על מנת לבסס טענה לקיומו של הסדר כובל אסור שומה על בית המשפט לבחון כי על ההסדר לא חל אישור או היתר מבית הדין לתחרות, או פטור מהממונה לקבלת אישור כאמור. מקרה נוסף שבו ההסדר הכובל לא יהיה אסור הוא מקרה שבו על הכבילות שבהסדר פטורות בהתאם לפטור סוג שנקבע לפי סעיף 15א לחוק התחרות (וראו גם דנ"א 4465/98 **טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ**, פ"ד נו(1) 56, פס' 23-32 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) חשין (2001)).

73. פטורי הסוג שהותקנו בחקיקת משנה מכוח סעיף 15א לחוק נוגעים לסוגי הסדרים שונים. כך למשל הותקנו כללי פטורי סוג למיזמים משותפים, להסדרי הלוואות משותפות, להסדרים בין מובילים באוויר, להסכמי רכישה בלעדית ולהסכמי הפצה בלעדית. הסדרים כובלים מהסוג שלגביו הותקן פטור סוג מסוים יהיו פטורים מהחובה לפנות לקבלת אישור מבית הדין לתחרות אם מתקיימים בהם התנאים שנקבעו בכללי פטור הסוג הרלוונטי. הווה אומר, הסדר שהינו הסדר כובל על פי סעיף 2 לחוק התחרות אשר עומד בתנאי פטור סוג, אינו מפר את האיסור הקבוע בסעיף 4 לחוק.

74. אחד מפטורי הסוג שהותקנו מכח סעיף 15א(א) לחוק התחרות, הוא פטור סוג להסדרים אנכיים (כללי התחרות הכלכלית (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים) (הוראת שעה), התשע"ג-2013 (להלן: "**פטור סוג אנכי**")) שהותקן לראשונה ביום 25.7.2013. ביום 16.7.2018 תוקן פטור הסוג האנכי והוארך תוקפו (ק"ת תשע"ג 7271 וק"ת תשע"ח 8040, בהתאמה). לאחרונה ממש, ביום 21.7.2021 תוקן פטור הסוג פעם נוספת כך שבוטלה הדרישה להיעדר כבילות מחיר מסוימות, והוארך תוקפו עד ליום 15.9.2026 (ק"ת תשפ"א 9527).

75. פטור הסוג האנכי מעניק פטור להסדרים אנכיים בהתקיים שני תנאים:

א. ההסדר לא עלול לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות בשוק המושפע מן ההסדר;

ב. עיקר ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה והכבילות שבהסדר נחוצות

למימוש עיקרו.⁴

76. התנאי הראשון נוגע לקיומו של חשש לפגיעה משמעותית בתחרות, במסגרתו נבחנת השאלה הכלכלית בדבר מידת החשש להפחתת התחרות שבהסדר ונדרש ניתוח תחרותי פרטני בנסיבות המקרה.⁵

77. התנאי הנוסף נוגע לתכליתו של ההסדר. דהיינו מדובר בבחינה קונקרטית האם עיקרו של ההסדר הוא בפגיעה בתחרות או שיש בבסיסו מטרה עסקית לגיטימית. בנוסף, לצורך התקיימות התנאי יש להראות שכל כבילה הכלולה בהסדר תהיה נחוצה לשם הצלחתו של אותו ההסדר ולהשגת המטרה הלגיטימית.⁶

78. יצויין כי פטור הסוג האנכי לא היה בתוקף במועד חתימת מערכת ההסכמים בין דלק לבין כסלו מושא הליך זה, אולם מאז כניסתו לתוקף בשנת 2013 הוא עשוי לחול גם על הסדרים כובלים קיימים. דלק לא טענה לתחולתו של פטור סוג זה על המערכת ההסכמית שבין הצדדים ולא טענה להתקיימותם של התנאים המנויים בפטור הסוג. בנסיבות אלה היועץ המשפטי לממשלה מוצא שאין מקום לדון בו. אולם למען הסר ספק, יובהר כי בחינת קיומו של הסדר כובל אסור כוללת את בחינת החריגים והפטורים הנוגעים אליו.

תוצאות והשלכות ביטול חוזה בלתי חוקי על זכויות שהוקנו

79. אין חולק כי הסדר כובל אסור הוא חוזה בלתי חוקי ולכן בטל לפי סעיף 30 לחוק החוזים, תוצאות הבטלות מוסדרות בסעיף 31 לחוק החוזים, לפיו הוראות סעיפים 19 ו-21 יחולו גם על בטלותו של חוזה בלתי חוקי.

80. אין מחלוקת בין הצדדים כי דינה של תניית הבלעדיות, ככל שהיא מגלמת הסדר כובל בלתי חוקי, הוא בטלות והשאלה שבמחלוקת היא מה דינו של הסכם חכירת המשנה שנכרת בין כסלו לבין דלק ושל המערכת ההסכמית שבין דלק לכסלו, בכללותה.

81. בטרם תיבחן בפירוט ההתקשרות שבין הצדדים ואת טיבה יסקור היועץ המשפטי לממשלה בקצרה את הגישות השונות ביחס לתוצאותיו של חוזה בלתי חוקי.

82. במאמרו של פרופ' עופר גרוסקופף, נסקרה הדעה המקובלת בסוגיה זו, לפיה חוזה פסול, בהיותו בטל, אין בכוחו להעביר קניין, יחד עם זאת הבהיר מלומד זה כי "הדין בנושא זה סבוך נוכח החריגים שנקבעו לדין אי החוקיות וביניהם הכלל שהתובע יכול לזכות בתביעתו, למרות אי החוקיות, אם יש בידו לבסס את תביעתו על עילה לבר חוזית (לדוגמא תביעת קניין)". כן צוין שם, כי "הדין אמנם אינו מעניק לרצונם של הצדדים לחוזה פסול מעמד משפטי מחייב, אך בטלות החוזה היא רק ראשית תהליך... הדיון בתוצאות החוזה הפסול, ויחסי הצדדים יוסדרו על פי קביעותיו הנורמטיביות של בית המשפט". ראו עופר גרוסקופף "חוזה פסול" דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** 659-658 כרך ג 576 (2003). ראו גם

⁴ הממונה על התחרות נדרשה לפרשנותה בעניין התקיימות תנאי זה במסגרת גילוי דעת 1/18 בעניין פרשנות סעיף 14(א)(2) וסעיף 15(2) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 וסעיפים מקבילים בכללי פטור סוג (5.11.2018) **רשות התחרות** 501593.

⁵ לעמידה על טיבו של מבחן זה ויישום שלו בפועל על מקרה ראו בחינה של סעיף 14(א) לחוק התחרות שהוא מקביל במהותו לניתוח סעיף 2(א) לפטור הסוג האנכי בע"א 6343/11 **הולנדיה המרכז להנדסת שינה בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים** פסקאות 29-32, 60-74 לפסק דינה של המשנה לנשיאה (כתוארה אז) נאור (להלן **עניין הולנדיה**) (נבו) (24.12.2013).

⁶ ראו שם, בפסקאות 33-59 ו75-83 לפסק דינה של המשנה לנשיאה (כתוארה אז) נאור.

פסק דין שמעוני נ' אולמי לחיים (ע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ, פ"ד כה(1) 824 (1971)).

83. גישות של מלומדים נוספים מתוארות בפסק דין נוסף של בית משפט נכבד זה ברע"א 6774/19 אפרידר **החברה לשיכון ופיתוח לישראל בע"מ נ' עיריית ראש העין** (נבו 25.5.2021). שם הובאה עמדתם של המלומדים שלו וצמח כי יש לראות בחוזה פסול כבטל מדעיקרא וככזה הוא איננו יכול להקנות זכויות קניין (ראו גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** 669-670 (מהדורה רביעית, 2019) (להלן: "**שלו וצמח**")). לגישתם, אין לחוזה כזה תוצאות משפטיות ואין בכוחו ליצור מערכת נורמטיבית של זכויות וחובות כשם שאין בכוחו להעביר זכות קניין מצד אחד למשנהו. שילוב דין ההשבה שבסעיף 21 אל דיני החוזה הפסול, מבטל למעשה כל תוצאה שהחוזה הפסול חולל בשטח ומחזיר את המצב לקדמותו. הסמכויות שהוקנו לבית המשפט לפי סעיף 31 להורות, בנסיבות מיוחדות ומטעמי צדק, על פטור מהשבה ועל קיום חיובים שבחוזה, הן סמכויות יוצאות דופן ומיוחדות לעומת כלל הבטלות וההשבה הנגזרת ממנו.

84. גישה שונה, שאף היא הובאה בעניין אפרידר, הייתה של המלומד פרידמן ולפיה קיים קושי עיוני בקביעה כי חוזה פסול בטל מדעיקרא באופן גורף ולכל דבר ועניין ויש לקבוע כי "חוזה בלתי חוקי, משבוצע, כוחו יפה להעביר זכויות קנייניות". ראו דניאל פרידמן "תוצאות אי חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי)" **עיוני משפט** ה' 618, 623 (1977); וראו בדומה מרים בן-פורת "החוזה הפסול" **ספר זוסמן** 171, 187 (תשד"ס), הסבורה כי משבוצע החוזה הפסול, הביצוע תופס כל עוד לא החליט בית המשפט אחרת וכי בטלותו של החוזה הפסול יפה ביחס לחיובים שטרם בוצעו, אך קניין שהועבר במסגרתו תופס, בכפיפות לסמכות בית המשפט לצוות על השבה. כן ראו איל זמיר "החוזה הבלתי חוקי ותוצאותיו – אחרי שלושים שנה" **ספר דניאל** 423 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008). מלומד זה סבור כי פירוש שלפיו כל עוד לא הורה בית משפט על קיומו של חוזה בלתי חוקי אזי כל מה שנעשה מכוח החוזה בטל, הוא פירוש "מרחיק לכת מאוד ועלול לערער את תמונת זכויות הקניין בישראל. לפיכך, סמכותו של בית המשפט ליתן צו לקיום חוזה פסול, מאפשרת גם ליתן תוקף רטרואקטיבי לחוזה מיום כריתתו (שם, עמודים 450-451)).

85. הנה כי כן, הקביעה בסעיף 30 לחוק החוזים כי חוזה בלתי חוקי הוא "בטל", אין משמעה בהכרח כי מערכת היחסים שבין הצדדים בכללותה היא בטלה. הוראות חוק החוזים מעניקות לבית המשפט "גמישות שיפוטית בקביעת תוצאותיו המשפטיות של החוזה הפסול" ו"אמצעים מגוונים וגמישים על מנת להסדיר את תוצאותיו המשפטיות של החוזה הפסול בהתחשב במכלול נסיבות העניין ובמטרה לספק את דרישות הצדק ההדדי בין הצדדים" (דברי כב' השופטת פרוקצ'יה בע"א 7368/06 **דירות יוקרה בע"מ נ' ראש עיריית יבנה, מר צבי גוב-ארי**, פסקה 71 והאסמכתאות שם (נבו 27.06.2011)). בכלל זה, בית המשפט מוסמך להורות על ביטול חלקי (סעיף 19 לחוק החוזים); להורות על השבה הדדית בעין או בשווי (סעיף 21); לפטור צד מהשבה, כולה או מקצתה (סעיף 31); ולהורות על ביצוע החוזה הפסול, כולו או מקצתו (סעיף 31) (ראו גם בג"ץ 6231/92 **זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים**, פ"ד מט(4) 749, 779-783 (1995); ע"א 6705/04 **בית הרכב בע"מ נ'**

עיריית ירושלים, פ"ד סג(2) 1, פסקה 28 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (2009).

86. בפסק הדין בע"א 6667/10 **הלוי בר טנדלר נ' זוניצקי** (נבו 12.9.2012) (להלן: "**עניין זוניצקי**") נדונה סוגיית תוצאות חוזה בלתי חוקי שעניינו חוזה מכר במקרקעין שנעשה תוך ניסיון להונות את רשויות המס. כב' השופט עמית הבהיר בפסק דינו כי לאחר חקיקת חוק החוזים כבר אין רתיעה מלעסוק בחוזה בלתי חוקי וכי בכך שינה המחוקק את המצב המשפטי ששרר עד לחקיקת חוק החוזים, ולפיו "מעילה בת עוולה לא תצמח עילת תביעה".

87. כב' השופט עמית הצביע בפסק דינו על שלוש גישות עיקריות לגבי מהותו של החוזה הבלתי חוקי: "מת שניתן להחיותו"; חי וקיים אך רדום וניתן להעירו; חוזה שיש לו נפקויות משפטיות והוא אף יכול להעביר קניינים, אלא שאין בכוחו להקים זכות תביעה. כן פורטו בפסק הדין השיקולים השונים שהובאו בפסיקה לגבי יישומו של סעיף 31 לחוק החוזים: כך למשל מבחינים בתי המשפט לעניין תוצאותיו של החוזה הפסול בין מעשה אסור העומד בליבת ההתקשרות ומהווה את תכליתה או אלמנט חיוני להשגתה – כמו חוזה לביצוע שוד או חוזה שנועד לשמש בסיס להנפקת חשבונות מס פיקטיביות – לבין אי חוקיות משנית, נלווית או אגבית (אינצדנטלית) לחוזה, כמו חוזה למכירת מקרקעין שסכום התמורה הנקוב בו נמוך מהסכום האמיתי; קיומו של צד שלישי תם לב שהסתמך על החוזה; מידת הביצוע של החוזה ומידת ההסתמכות של הצד השני לחוזה; מידת תום הלב של כל אחד מהצדדים תוך מתן משקל למצב שבו אחד הצדדים מנצל את אי החוקיות על מנת לחמוק מחיוביו, אם כי בפסק דין זה נקבע כי למרות אשמתם היחסית הגדולה יותר של הטוענים לאי החוקיות וחוסר תום הלב מצידם, אין מקום להורות על אכיפת ההסכם לנוכח משקלם של השיקולים הנוגדים.

88. בהקשרם של שיקולים אלה יצוין כי אף אם טענת אי החוקיות באה מפי צד להסדר הבלתי חוקי, שעשוי להפיק תועלת מביטולו, הרי שהובהר בפרשת טבעול כי היות הטוען לאי החוקיות צד להסכם הלא חוקי איננה מונעת ממנו מלטעון נגד חוקיותו של ההסכם כשמדובר באינטרס ציבורי של מניעת הסדר כובל אסור (דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, פס' 54 לפסק דינו של כב' השופט חשין (2001)).

89. וכך סוכמה ההלכה בפס' 24 לפסק דינו של כב' השופט עמית בעניין זוניצקי: "כאמור, נקודת המוצא היא כי חוזה בטל גורר השבה והחריג הוא הסמכות של בית המשפט לפטור מהשבה או חלק ממנה. ובנוגע לקיום, הכלל הוא הפוך – נקודת המוצא היא שחוזה בלתי חוקי הוא בטל ולכן אין להורות על קיום, והחריג הוא סמכותו של בית המשפט להורות על קיום". נקבע, כי לא ניתן לקבוע "תרשים זרימה" שיתאים לכל מקרה ומקרה שכן תוצאות החוזה הבלתי חוקי משתנה ממקרה למקרה על פי נסיבותיו בהיותן תלויות בשיקולי צדק, ובמשקל של כל אחד מהשיקולים והאיזונים.

מן הכלל אל הפרט

90. חוזה חכירת המשנה אינו עומד לבדו והוא חלק ממערכת התקשרות רחבה יותר שנכרתה בין כסלו לבין דלק. חכירת המשנה הוקנתה בכריכה אחת וכחלק מהתקשרות רחבה יותר בבסיסה עומדת הקמת תחנת התדלוק על ידי דלק וכנגדה התחייבות הנכה לחתום על חוזה קמעונאי ולשווק את מוצריה של דלק באופן בלעדי בתחנה. הסכם המסגרת קושר בין

הסכם חכירת המשנה לבין ההסכם הקמעונאי וברי כי ללא התקשרות רחבה זו לא היתה מוענקת חכירת משנה כלל.

91. בית משפט נכבד זה קבע לא אחת כי לא כותרתו של הסכם היא המחייבת כי אם מהותו. בחינה מהותית של ההתקשרות הכוללת שבין כסלו לדלק מגלה כי בהחכרת הקרקע לדלק בחכירת משנה נעדר הרכיב העיקרי הגלום בזכות השכירות והוא החזקת הקרקע והשימוש בה. רכיב זה הוחזר הלכה למעשה לכסלו, החוכר הראשי, במסגרת ההסכם הקמעונאי. מכאן שתכליתה העיקרית של החכרת המשנה לא היתה להקנות את זכות השימוש והבעלות כי אם להבטיח לדלק את החזר השקעותיה בהקמת תחנת התדלוק.

92. על הקשר שבין השקעותיה של דלק לבין החכרת המשנה שלה בקרקע עליה בנויה תחנת התדלוק ניתן ללמוד גם מדו"ח ועדת צ'חנובר. בסיכום המלצותיה של ועדת צ'חנובר משנת 1972 צוין, כי עיקר הדו"ח הוא ברצון להבטיח כי הזכות הבלעדית של נכי צה"ל להפעלת תחנות דלק תובטח, וכי ענף זה יישמר לצורך שיקומם התעסוקתי. הוועדה המליצה להשיג מטרה זו, בין היתר, באמצעות צמצום זכויות הנכים ששוקמו בתחנות, באופן שימנע מהם להפוך את התחנה ל"נכס" שניתן למכור, בצד הגבלת יכולת חברת הדלק ליטול את הפעלת התחנה מידי הנכה. בדו"ח צ'חנובר אף הובהר שאין כוונה להעניק לנכה זכות קניינית מהותית בנכס, אלא להקצות לו אותה להבטחת תקופת שיקומו התעסוקתי. שם נכתב כי "הכוונה הייתה להקים תחנה לצורך שיקומם של נכים באשר הם. בכדי שנכה מסוים שהוצב בתחנה מסוימת לא ינושל מן התחנה (כפי שקרה לפני 1972), ניתן לנכה מעמד של חוכר ראשי." (פסקה 23). **ככלל, כאשר תחנת הדלק מפסיקה להיות מקור לשיקומו התעסוקתי של הנכה, אמורה התחנה לעבור לנכה צה"ל אחר לשם הגשמת מטרה זו.** זו המטרה הציבורית שבבסיס ההסדר כולו ובבסיסה הקצאה של משאב ציבורי בפטור ממכרז לצורך שיקומו של הנכה ואך ורק למשך תקופת שיקומו התעסוקתי בה. (ראו גם החלטת ממשלה מס' 3746 מיום 12.5.1998) והעיון בחקיקה הראשית בסעיף 6 לחוק משק הדלק (קידום התחרות), התשנ"ד-1994).

93. העמדה העקבית של המדינה היא שהזכויות בתחנות הנכים אינן זכויות קנייניות ולבטח לא כאלו הניתנות להעברה או להורשה. מדובר בזכות אישית שנועדה לאפשר את שיקומו התעסוקתי של הנכה ובעולה מעמדות היועץ המשפטי לממשלה בעניין פדל ובעניין פז, חכירת המשנה המוענקת לחברת הדלק נועדה אך ורק להבטיח את החזר השקעותיה בהקמת התחנה לפי הסכם המסגרת. בוודאי שלא היתה כוונה, כפי שקבע בית המשפט בפסק דינו, להעניק לחברה מסחרית הטבה כה משמעותית בפטור ממכרז וללא תלות בזכויות נכה צה"ל בתחנת הדלק.

94. ביחס לטענתה של דלק כי על פי דו"ח ועדת צ'חנובר לא היתה כוונה להקנות לנכה זכות במקרקעין כי אם רק מקור פרנסה לשיקומו ולכן מעמדה עדיף על מעמדו משיב היועץ המשפטי לממשלה כי אדם אינו יכול להעניק מעבר למה שהוקנה לו ולכן אם לשיטתה של דלק זכויותיו של החוכר הראשי הן זכויות חלקיות ומותנות הרי שמכך נובע שזהו המצב גם ביחס לזכויותיה של דלק עצמה, שהרי הן יונקות את כוחן ומתבססות על זכויות החכירה של הנכה. ואם מבקשת דלק לטעון כי זכויותיה עדיפות, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בטענה זו אין ממש וזאת ממספר טעמים: ראשית, זכות חכירת משנה ככלל וגם בענייננו נובעת מזכות החכירה הראשית וכפופה לתנאים שבחכירה הראשית (בסעיף 2

לשטר חכירת המשנה בענייננו: "החברה מצהירה בזה כלפי המינהל כי, היא תשתמש בזכויותיה על פי שטר חכירת משנה זה, בכפיפות להוראות החכירה הראשית..."). ממילא חל אף ביתר שאת לעניין זה הכלל כי אדם אינו יכול להעניק יותר ממה שהיה בידו. שנית, זכות חכירת המשנה איננה כוללת, הלכה למעשה, את זכות השימוש והחזקה ולכן אף מן הטעם הזה היא איננה עדיפה על זכות החכירה הראשית. ושלישית, ברי כי בהיעדר חכירה ראשית לנכה צה"ל (הנוכחי או לנכה אחר לו יוקצו הזכויות במקומו) אין קיום לחכירה משנית. שכן בהיעדר נכה צה"ל שלשיקומו הוקצתה התחנה, אין עילה להקצאתה בפטור ממכרז ובתשלום נמוך.

95. על הקשר בין תכלית ההתקשרות הכוללת בין כסלו לדלק לבין רצונה של המדינה לשקם את הנכה ניתן ללמוד גם מהסכם המסגרת עצמו. הסכם המסגרת בהפנותו לנוסח ההסכם הקמעונאי הנוהג במועד החתימה עליו, הציב בסעיף 9 להסכם זה הגבלות בשלושה היבטים:

- העברת זכויות המפעיל לפי ההסכם הקמעונאי טעונה הסכמה בכתב ומראש של ראש אגף השיקום.
- במקרה של הפרת ההסכם הקמעונאי על ידי המפעיל (לרבות מכירה של מוצרים שאינם מוצרים המשווקים על ידי החברה), החברה לא תהיה רשאית לבטל את ההסכם אלא תהיה כפופה להליך בורות לפני ראש אגף השיקום.
- במקרה של סיום ההסכם הקמעונאי, תועבר הפעלת התחנה לנכה צה"ל אחר שיקבע על ידי אגף השיקום. במקרה של פטירת המפעיל, ניתן להעביר את הפעלת התחנה לבני משפחתו אם ראש אגף השיקום הסכים לכך.

96. מכאן סבור היועץ המשפטי לממשלה, בדומה לקביעת בית המשפט קמא בפסק דינו, כי משתניית הבלעדיות היא זו שעומדת במרכזה ובבסיסה של ההתקשרות הכוללת שבין הצדדים, לא ניתן להפריד בינה לבין יתר חלקיה של ההתקשרות הכוללת ולהותיר את זכות חכירת המשנה על כנה. זכות חכירת המשנה כרוכה בחוזה הקמעונאי ובתניית הבלעדיות ועם ביטולם פוקעת מאליה גם זכות חכירת המשנה. מסקנה אחרת תוביל לתוצאה אבסורדית שלפיה נכה צה"ל מחכיר בחכירת משנה את המקרקעין לחברת דלק למרות שאף לא אחד ממאפייני השכירות נמצא, הלכה למעשה, בידה. ראו בהקשר זה את דבריו של המלומד ויסמן בספרו, דיני קניין, בעמוד 251 לפיהם על פי ההגדרה המקובלת, שכירות היא הקניית זכות להחזיק ולהשתמש בנכס שהבעלות בו היא לאחר (יהושע ויסמן **דיני קניין - חלק כללי** (תשנ"ג) (להלן: "**ויסמן**")).

97. זאת ועוד, אף בפסק דינו של בית משפט נכבד זה בעניין קוזניצקי עולה כי שיקול המרכזיות של אי החוקיות בהתקשרות הכוללת הוא שיקול בעל חשיבות. כך גם בענייננו תניית הבלעדיות איננה אינצידנטלית להתקשרות הכוללת שבין דלק לבין כסלו אלא היא בגדר מטרה מרכזית ועיקרית ועומדת בליבת ההתקשרות כולה. השיקול המוסרי נמנה אף הוא, כאמור, על השיקולים שפורטו בעניין קוזניצקי ובהקשר למקרה שלפנינו דומה שיש לקחת בחשבון כי תנאי ההסכם הקמעונאי נוסחו על ידי חברת הדלק כעולה גם מסעיף ההגדרות בחוזה המסגרת נקבע כי תנאי ההסכם הקמעונאי יהיו "בנוסח הנהוג בחברה במועד בו ייחתם בין המפעיל לבין החברה הסכם למינוי כקמעונאי בהתאם להוראות סעיף 8 להסכם זה". בכל מקרה, כפי שהובהר בעניין קוזניצקי ובעניין טבעול אף אם האשמה המוסרית

היתה רובצת על כסלו כי אז לנוכח האינטרס הציבורי בביטולו של הסדר כובל אסור ושמירה על התחרות החופשית, היה מקום לביטול ההתקשרות.

98. היועץ המשפטי לממשלה ציין בעמדתו בעניין פדל כי ניתן, באופן עקרוני, לבטל רק את תניית הבלעדיות, תוך קביעת "דמי שימוש" עבור יתרת שווי ההשקעות בתחנה, אך הובהר כי לכך עשויים להיות קשיים מעשיים רבים וכי יתכן שהמסקנה המתבקשת היא ש"בנפול הסכם הבלעדיות אבדה לחלוטין תכלית חכירת המשנה ואין לה עוד מקום". לא ניתן להתעלם בהקשר זה מקביעתו של בית המשפט קמא הנכבד כי בחלוף כ-26 שנים, לא עלה בידה של דלק להוכיח "כ... כי במבט לאחור תניית הבלעדיות למשך כל שנות קיומה לא היוותה מנגנון פיצוי הולם נכון למועד כריתת ההסכם".

99. ביחס לטענת דלק כי רכשה זכות קניינית, יוסיף היועץ המשפטי לממשלה כי מעבר לאמור לעיל, קיים קושי לקבוע כי זכות חכירת המשנה בענייננו עונה על הגדרתה של זכות קניינית. הזכות הקניינית היא זכות בנכס עצמו (IN REM). אין היא תלויה באיש והיא ניתנת לכימות בכסף וקלה להעברה באופן יחסי. לעומת זאת, הזכות האובליגטורית היא זכות אישית (IN PERSONAM), התלויה ביחסים שבין הצדדים לחוזה וביכולת לאכוף על הצד השני לחוזה את התחייבותו. זכות זו תקפה רק כלפי הצד הזכאי לכך על פי החוזה ואינה ניתנת להעברה או להורשה (ראו אבי וינרוט **דיני קניין - פרקי יסוד** 21-22 (מהדורה שנייה, מאפיינים אלה אינם מתקיימים בענייננו ואף לא מתקיים יסוד השימוש והחזקה שהוא יסוד מהותי בשכירות. יובהר, כי דלק לא קיבלה, הלכה למעשה, את זכות השימוש במקרקעי התחנה לא בפועל ולא מכוח החוזים. השימוש במקרקעי התחנה נמסר לידי כסלו, אשר הוא נכה צה"ל שיועד לשיקום בתחנה זו. יש להבהיר כי לפי ההסדר גם אם נכה צה"ל עוזב את התחנה, או הולך לעולמו (חו"ח), השימוש במקרקעי התחנה לא מועבר לחברת הדלק, אלא לנכה צה"ל אחר שראש אגף השיקום יפנה לעניין זה. עוד יש להדגיש, כי כביכול, לפי לשון חכירת המשנה, דלק מקבלת את החזקה והשימוש בקרקע. אך חכירת המשנה אינה נותרת לבדה. לפי ההסכם הקמעונאי, המהווה חלק אינטגרלי מהמערכת ההסכמית בדיוק כמו הסכם חכירת המשנה, המפעיל מקבל את מקרקעי התחנה לשימוש. לפי מכלול המערכת ההסכמית, אם כן, השימוש במקרקעין הוא בידי הנכה.

100. היועץ המשפטי לממשלה סבור שאין מקום להידרש במסגרת הליך זה לשאלת תוקפו של הסכם החכירה הראשית שבין רשות מקרקעי ישראל לבין החוכר הראשי. הסכם זה הוא עניינם של הצדדים לו ולא של חברת דלק וככל שתסבור הרשות כי ביטול הסכם הקמעונאות וחוזה חכירת המשנה מאיינים אף את זכותו של החוכר הראשי עומדות לפניו הדרכים לפעול. היועץ המשפטי לממשלה אף לא מצא מקום להידרש במסגרת עמדה זו לטענות הצדדים באשר לסעדים כספיים המגיעים להם, לפי טענותיהם, בגין ביטולה של המערכת ההסכמית שבין דלק לכסלו וטענת דלק להתחשבנות כספית הנדרשת בגין יתרת ההשקעות בתחנת הדלק מצידה של חברת הדלק ככול שנותרה. בפרט, לאור קביעותיו של בית המשפט קמא הנכבד בפסקה 70 לפסק דינו לפיהן "לא ניתן כעת לקבוע כי בהתחשב בזכויות שני הצדדים, המאזן הכלכלי ביניהם נוטה לטובת פיצויה של דלק...".

101. לסיום, יבקש היועץ המשפטי לממשלה לציין כי קיימים הליכים רבים המתנהלים בבתי המשפט השונים ועוסקים בנושא תחנות הדלק אשר הוקצו לנכי צה"ל לצורך שיקומם. הליכים אלה מעוררים סוגיות הקשורות לענייננו ואף כרוכות בהן, אך אלו נבדלות זו מזו

בהתאם לנסיבות הפרטניות בכל הליך והליך. יש לתת את הדעת לכך שקביעות עקרוניות שיקבעו בהליך, בין היתר במישור מהות ההסכמים והזכויות המעורבות, עשויות להשליך על תביעות פרטניות אשר עודן תלויות ועומדות וממתינות להכרעתו של בית המשפט.

102. כך, למשל, קיימים הליכים בהם נדונה שאלת העברת זכויות החכירה על שם יורשי הנכה (ת"א 51249-05-21 **רשקס ועובד נ' רמ"י**). הליך נוסף בהקשר זה דן במקרה בו הועברו הזכויות לאלמנת הנכה באישור רמ"י אך אישור אגף השיקום לא אותר (ת"א 27022-12-12 **פז בר בע"מ נ' פז חברת נפט בע"מ**). מקרה נוסף הקשור לשאלת הירושה הוא הליך בו תובעת רמ"י פינוי וכן סעד כספי נגד יורשי נכה צה"ל ונגד פז כחוכרת משנה (ת"א 63704-12-18 **רמ"י נ' בראון**). סכסוך אחר אשר גם בו נדונה, בין היתר, סוגיית הירושה עוסק בתאגיד שבעבר אחד מבעלי מניותיו היה נכה ולאור כך חתם הסכם חכירה ראשית עם רמ"י, אך עוד בחייו העביר הנכה את מניותיו בתאגיד לבנותיו, הליך שהסתיים בפשרה (ת"א 38307-08-15 **דלק מגשימים בע"מ נ' דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ** ות"א 52773-05-17 **דלק מגשימים בע"מ נ' רמ"י**). הליך אחר עוסק בתביעת נכה לביטול הסכם עם חברת פז ביחס לתחנת הדלק אותה הוא מפעיל או לחילופין השוואת התחנה ליתר תחנות הדלק הציבוריות של פז. בתביעה שכנגד בעניין האחרון, עולה השאלה האם פז זכאית לדמי שימוש עבור המתקנים שבנתה (ת"א 16638-07-14 **גדעון נ' פז חברת נפט בע"מ**). בהליך נוסף נדון מצב בו שועבדו זכויות הנכה ודרישתה של פז, לשם פדיון החוב לקבל את החכירה הראשית מידי הנכה (ת"א 23863-07-17 **פז חברת נפט בע"מ נ' רמ"י**).

103. מכאן עולה ששאלת טיבן של הזכויות המעורבות במערכת ההסכמית דן היא שאלה בעלת השלכות רחבות לגביה מתקיימות מספר התדיינויות בבתי המשפט השונים. לכן, יש חשיבות כי לפחות בחלק מהיבטיה של שאלה זו ובפרט בסוגיות שהן למעלה מן הצורך לא יקבעו מסמרות וכי בחינת היבטים אלה תעשה במסגרת ההתדיינויות שפורטו ובנסיבותיהם.



לימור פלד, עו"ד

סגנית מנהל המחלקה האזרחית

פרקליטות המדינה