ת"א 2407-06-09 כסלו נ' "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ
ת"א 40006-06-10 הישראלית בע"מ נ' כסלן

בפני **כבוד השופט, סגן הנשיאה יעקב שינמן**

התובע **אליהו כסלו**
ע"י ב"כ עוה"ד אייל רוזן

נגד

הנתבעת **"דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ**
ע"י ב"כ עוה"ד טל מישר, ברק נ. שוורץ
ממשרד עורכי הדין אגמון ושות' רוזנברג הבהן ושות'

פסק דין

עניינה של תביעה זו והתביעה שכנגד, במערכת הסכמית שנכרתה בשלהי המאה הקודמת, בין מר אליהו כסלו (להלן: "**מר כסלו**" או "**התובע**") נכה צה"ל אשר זכה (ללא מכרז) בחלקת קרקע לטובת הקמת תחנת תדלוק, לבין "דלק, חברת הדלק הישראלית בע"מ" (להלן: "**דלק**" או "**הנתבעת**").

ליבת המחלוקת נוגעת לטענות התובע, כי מדובר בהסדר כובל לפי **חוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח-1988** (כיום – **חוק התחרות הכלכלית**. להלן: "**חוק ההגבלים**" או "**החוק**") וכי מדובר בחוזה אחיד המכיל תניות מקפחות לפי **חוק החוזים האחידים התשמ"ג-1982** (להלן: "**חוק החוזים האחידים**").

על בסיס טענות אלו התבקש סעד הצהרתי המורה על בטלות המערכת ההסכמית וסעד כספי בגובה 6,000,000 ₪ (אשר הועמד במסגרת הסיכומים ע"ס 4,391,000 ש"ח).

במסגרת התביעה שכנגד התבקש בעיקר צו עשה לאכיפת המערכת ההסכמית שנכרתה בין הצדדים.

רקע כללי:

1. ביום 7.9.1965 החליטה מועצת מקרקעי ישראל כי מינהל מקרקעי ישראל (כיום "רשות מקרקעי ישראל". להלן: "**המנהל**") יקצה לנכי צה"ל אשר יומלצו לכך ע"י אגף השיקום במשרד הביטחון (להלן: "**אגף השיקום**"), קרקעות ללא מכרז לטובת הקמת תחנות תדלוק, וזאת כחלק מהמאמץ לשקם אותם ולדאוג לרווחתם. בהמשך להחלטה זו, בשנת 1968 הוקמה וועדה בראשות היועמ"ש למשרד הביטחון, מר יוסף צ'חנובר (להלן: "**ועדת צ'חנובר**") על מנת שזו תבחן את הליכי הקצאת הקרקעות לנכי צה"ל. ביום 9.1.1972 פרסמה ועדת צ'חנובר את

המלצותיה. הוועדה קבעה כי נכי צה"ל מתקשים למצוא את המימון הדרוש להקמת תחנות התדלוק ולפיכך המליצה הוועדה כדלהלן: הקרקעות יוקצו באופן אישי לנכי צה"ל שיומלצו לכך ע"י אגף השיקום. תחנת הדלק תוקם במימון חברת הדלק בלבד, ולשם הבטחת זכויות חברת הדלק אשר השקיעה בהקמת התחנה, יחכיר הנכה את התחנה לחברת הדלק בחכירת משנה. הוצע כי המנהל ירכז הכנתם של הסכמים סטנדרטיים לביצוע החכירה וחכירת המשנה, ואגף השיקום ירכז הכנתם של הסכמים סטנדרטיים להפעלת התחנה בידי הנכה (ראו עמ' 10-9 לדו"ח ועדת צ'חנובר. מצורף כנספח 5 לכתב ההגנה מטעם חברת דלק). לפי המופיע בעמדת היועמ"ש משנת 2008 (ס' 52-49 ו-75. מצורף כנספח כט לתצהיר כסלו. להלן: "**עמדת היועמ"ש 2008**"), המלצת הוועדה לערוך הסכמי חכירה אחידים יושמה, אך ההמלצה לערוך הסכמי הפעלה אחידים לא יושמה.

2. בטרם אמשיך בתיאור הרקע הכללי לסוגיית תחנות הנכים ולשם הבהרת התמונה, אציג בקצרה את פניו של משק הדלק הישראלי, בדגש על ההתפתחויות שהחלו בסוף שנות השמונים של המאה הקודמת;

מאז קום המדינה, משק הדלק לא היה נתון לתחרות ונשלט כולו הלכה למעשה, בידי שלוש חברות הדלק, בפיקוח הדוק של הממשלה. חברת פז חלשה על 45% של השוק, חברת דלק על 30% וחברת סונול על 25%.
מינהל הדלק במשרד האנרגיה הכתיב:
א. את מחיר מוצרי הנפט שנמכרו ע"י בתי הזיקוק לספקיות הדלק ("**שער בז"ן**");
ב. את המחיר המירבי למכירת הדלק למפעילי התחנות ("**מחיר לתחנה**" או "**מחיר מתקן**") ואת המחיר המירבי למכירת הדלק לצרכן ("**מחיר לצרכן**").

המחירים השונים נקבעו על בסיס חישוב ההוצאות של כל אחת מחוליות האספקה הנ"ל במטרה להותירן עם רווח ראוי עבור מלאכתן.

ביום 13.11.1987 קיבלה הרשות הלאומית לאנרגיה החלטה להנהיג רפורמה במשק הדלק אשר מטרתה הייתה פתיחה הדרגתית של שוק הדלק לתחרות חופשית.

כתוצאה מהחלטה זו נכנסו אט אט לשוק הדלק ספקיות נוספות על שלוש החברות הוותיקות. בשנת 1993 ביצעה המדינה צעד משמעותי נוסף למען פתיחת שוק הדלק לתחרות, והחליטה להסיר את הפיקוח על מחירי הדלק למפעילים-המחיר לתחנה, ועל חלק ממחירי הדלק לצרכן

(כגון סולר וחלק ממוצרי הבנזין, אך לא על בנזין 95 אוקטן ו-96 אוקטן שהיוו החלק הארי של סוג הדלק הנמכר בישראל).

3. ובחזרה לענייננו: במשך המחצית השנייה של המאה הקודמת נחתמו עשרות מערכות הסכמיות בין נכי צה"ל שזכו בקרקעות להקמת תחנות תדלוק, לבין שלוש חברות הדלק שפעלו במדינת ישראל באותה עת (פז, דלק וסונול). המתכונת ההסכמית תאמה לקווים הכלליים ששורטטו בדו"ח צ'חנובר, כאשר הנכה חכר את הקרקע מהמנהל בחכירה ראשית והחכיר אותה בחכירת משנה לחברת הדלק. כעת הנכה קיבל מחברת הדלק "רישיון" להפעלת התחנה, תוך שהוא מתחייב לרכוש את מוצרי הדלק אך ורק מחברת הדלק – חוכרת המשנה ובמחיר שתכתיב חברת הדלק.

משך השנים, נתקפו מערכות הסכמיות אלו פעם אחר פעם בפני בתי המשפט, כאשר נטען כי הן מהוות הסדר כובל כמשמעותו בחוק ההגבלים וכן חוזה אחיד המכיל תניות מקפחות כמשמעותם בחוק החוזים האחידים.

בתי המשפט המחוזיים נתנו דעתם על הסכמים אלו, ובמשך השנים נכתבו בעניינם מספר בלתי מבוטל של פסקי דין (בשינויים המחייבים שבין מקרה למקרה).

פסקי הדין לא היו אחידים בתוצאתם, אף שלטעמי, בנקודת הזמן הנוכחית ניתן כבר למצוא קו מנחה העולה מתוך רוב פסקי הדין שניתנו עד היום, ביחס לרוב השאלות שבמחלוקת, וכפי שיבואר עוד להלן.

ערעורים שהוגשו לבית המשפט העליון בגין פסקי דין אלו, נדחו או נמחקו פעם אחר פעם בהסכמת הצדדים, ולמיטב ידיעתי, עד לעת הזו לא קיימת התייחסות כתובה של בית המשפט העליון למעמדם המשפטי של המערכות ההסכמיות מושא ההליכים הנ"ל (ראו גם ע"א 1536/15 **פז חברת נפט בע"מ נ' תחנת דלק חוואסה בע"מ**, פס' 10 (פורסם בנבו, 08.02.2018) (להלן: ענין **חוואסה**).

4. ביום 28.6.1993 פרסם הממונה על ההגבלים העסקיים דאז (כיום – הממונה על התחרות. להלן: "**הממונה**") הודעה מכוח ס' 43(א) לחוק ההגבלים לפיה, הסכמי הבלעדיות הנהוגים בין חברות הדלק לבין בעלי התחנות הינם הסדרים כובלים אסורים לפי חוק ההגבלים. יצוין במאמר מוסגר, כי כבר בשנות ה-60 של המאה הקודמת הממונה הביע עמדה דומה ביחס להסכמי

הבלעדיות (ראו עמדת היועמ"ש 2008, פס' 10 והלאה), אולם העניין נשכח, ועד לשנות ה-90 פני השוק לא השתנו במובן זה.

מכל מקום, חברות הדלק הגישו ערר לבית הדין להגבלים עסקיים כנגד החלטת הממונה, ובמסגרת הדיון בפני בית הדין הגיעו חברות פז וסונול לפשרה עם הממונה לפיה תחנות הקשורות עמהן ב"הסכמי חכירה מקובלים" (אלו הוגדרו עפ"י הזכויות הקניניות של ספקיות הדלק במקרקעי התחנה) ישוחררו מהסכמי הבלעדיות.

מאוחר יותר בעקבות בג"ץ 326/96 **יוסף כספי ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, נ(5) 133 (1996) (להלן: "**בג"ץ כספי**") הגיע הממונה להסכם פשרה גם עם חברת דלק, ועל-פיו שוחררו חלק מתחנות הדלק מהסכמי הבלעדיות. הסכם הפשרה האחרון (בין הממונה לבין דלק) אושר בהחלטת ביה"ד להגבלים עסקיים.

בהתאם להסכמי הפשרה שנחתמו פרסם הממונה הודעות עדכון, תחילה ביחס לפז וסונול ולאחר מכן גם ביחס לדלק, לפיהן קביעתו בדבר היות הסכמי הבלעדיות הסדרים כובלים, לא תחול על תחנות דלק הקשורות בהסכם חכירה מקובל. יצוין, כי **תחנות הנכים מאופיינות בהסכמי חכירה מקובלים ולכן עפ"י הסכם הפשרה קביעת הממונה לא חלה עליהן** (ראו עמדת היועמ"ש 2008, פס' 23).

בהודעות העדכון צוין כי אין בהן כדי לפגוע בזכויות מי ממפעילי התחנות לטעון באופן פרטני בפני הערכאות המוסמכות כי המערכת ההסכמית שבינו לבין חברת הדלק הינה הסדר כובל אסור (ראו עוד: בג"ץ **כספי** עמ' 141-140).

5. יצוין כי בהקשרים שונים הובהר ע"י הממונה, כי הוא נותר איתן בעמדתו הראשונית בדבר היותן של תניות הבלעדיות "הסדרים כובלים", אלא שמטעמים פרקטיים החליט לחתום על הסכם הפשרה (ראו בג"ץ **כספי** פס' 30; בג"ץ 4501/14 **עו"ד אלעד פרסקי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, פס' 7-4 לפס"ד של **כב' השופט סולברג** (פורסם בנבו, 23.07.2015) (להלן: "**בג"ץ פרסקי**"); עניין **חוואסה** פס' 9).

ראוי לצטט כאן מדברי **כב' השופט סולברג** בעניין הדיסוננס שבין עמדתו ה"אמתית" של הממונה לבין עמדתו המוצהרת שהתקבלה משיקולים טקטיים (פס' 6 לפסק דינו בעניין **פרסקי**, אך ראו גם דבריו בפס' 7 שם): "**רישומה של קביעה שעודכנה אינו נמחה כליל כאשר העמדה שביטאה ממשיכה לקבל ביטוי מוצהר. הסדר מוסכם המבטא דיסוננס בין עמדת הממונה**

לַאֲשׁוּרה, אשר זוכה לביטוי פורמלי (קיים הסדר כובל), לבין עמדתו הטקטית (נסיגה חלקית מקביעה בדבר הסדר כובל), כרוך במחיר. זאת, הן מצד זילות הדין, הן מצד תחושת הצדק ולמצער נראותו. בעוד הרשות דבקה בצעדי אכיפה נגד מפרים אחרים בגין הסדרים כובלים, נמנעת היא מכך בגזרה מסויימת חרף עמדותיה המוצהרות. הקביעה המקורית הביאה למידה מסוימת של אכיפה פרטית (תגובת הממונה, סעיף 55), אולם לכאורה קם ספק אם זו היוותה תחליף משמעותי לצעד רגולטורי, בשים לב להיקפה אל מול מספרן של תחנות התדלוק שהוחרגו, כ-300 במספר".

6. ביחס לתחנות הנכים נכתב בשני הסכמי הפשרה (ובדומה לכך גם בהודעת העדכון) כך: "**לעניין התקשרות של חברת דלק בהסדרים המתייחסים לנכי צה"ל, כפי שהם נהוגים מעת לעת, עם מנהל מקרקעי ישראל ואגף השיקום במשרד הביטחון, ייקבעו כללים ייחודיים ההולמים את נסיבות המקרה, והכללים דלעיל כפי שהם לא יחולו עליהם**".

7. להשלמת התמונה ולמיקוד סוגיית תחנות הנכים, אצטט מדברי ביהמ"ש העליון בבג"ץ **כספי** (פס' 28): "**נושא אחר, שבשלב זה אין עילה להרחיב לגביו, הוא מהות ההסדרים הקיימים בין חברות הדלק לבין מפעילים מקרב נכי צה"ל. זהו, בעליל, נושא מיוחד ומורכב. בהסדר המוסכם נקבע, כי לעניין זה ייקבעו כללים ייחודיים. אך קביעה זו התייחסה רק להתקשרויות עתידיות. העותרים בבג"צ 326/96, המייצגים את עניינם של מפעילי תחנות מקרב נכי צה"ל, העמידו לבירור גם את ההתקשרויות הקיימות.**

בלי להביע כל דעה בדבר צדקת טענותיהם, יש לומר כי השאלות שהועלו על-ידיהם ראויות לבירור. אך חוששני כי עניינם של עותרים אלה אינו יכול למצוא את תקנתו במסגרת הדיון בעתירות שלפנינו. המדובר במערכת יחסים מיוחדת ומורכבת, שזולת חברות הדלק והנכים עצמם מעורבים בה גם גורמים אחרים, בכללם מינהל מקרקעי ישראל ואגף השיקום במשרד הביטחון, והללו לא צורפו כמשיבים לעתירה בבג"צ 326/96. זאת ועוד: משהודה הממונה, במסגרת טיעונו לפנינו, כי שוכנע שנושא זה טעון בירור נפרד וכי בקרוב ייתן את דעתו לקיומו של הבירור הדרוש, מן הראוי ליתן לממונה שהות סבירה לבחון את הסוגיה פעם נוספת ולומר בה את דברו. פשיטא, שאם טיפולו הצפוי של הממונה בעניינם לא יביא עותרים אלה על סיפוקם, יהיה עליהם לשקול ולהחליט מה הם ההליכים שבידם לנקוט".

לסיום פרק זה יצוין, כי **היועץ המשפטי לממשלה הביע אף הוא את עמדתו הביקורתית ביחס למערכות ההסכמיות שבין חברות הדלק והנכים בשתי הזדמנויות ועל פני עמודים רבים.** לראשונה בעמדת יועץ שהוגשה לביהמ"ש העליון בשנת 2008 בעניינם של ע"א 4243/00 1393/02

9900/06 (מצ"ב כנספח כט לתצהיר כסלו), ולאחר מכן בשנת 2010 בעמדת יועץ שהוגשה במסגרת ע"א 9959/03 (מצ"ב כנספח ל' לתצהיר כסלו). יצוין כי עמדת היועמ"ש משנת 2010 לא נכתבה בעניינן הספציפי של תחנות הנכים, אך נכתב בה כי עמדה זו זהה במהותה לעמדת היועמ"ש משנת 2008 בעניינן של תחנות הנכים. **עמדתו העקרונית של היועמ"ש היא כי הסכמים אלו הינם הסדרים כובלים אסורים לפי חוק ההגבלים**, כי לאור זאת הם חוזים פסולים לפי ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: "**חוק החוזים**") וכי הם חוזים אחידים המכילים תניות מקפחות לפי חוק החוזים האחידים (ראו עוד עניין **חוואסה**, פס' 10).

<u>ומכאן לתובענה שלפניי</u>

<u>הצדדים</u>:

8. התובע - **מר אליהו כסלו**, הינו נכה צה"ל אשר נפצע ואיבד את שתי רגליו במסגרת שירות מילואים בלבנון בשנת 1985 בהיותו בגיל 42.

9. בהתאם להמלצת אגף השיקום זכה התובע לחכור מהמנהל חלקת מקרקעין בצומת רמות שברמת הגולן, וזאת בפטור ממכרז. המקרקעין בגודל 4,800 מ"ר ידועים כחלק מחלקה 1 בגוש 200000. תחנת התדלוק מושא התביעה ממוקמת על שטח של 1,500 מ"ר מתוך מקרקעין אלו.

10. הנתבעת - **חברת "דלק"** הינה חברה פרטית העוסקת בשיווק ומכירה של מוצרי נפט שונים, והיא חוכרת מהתובע את תחנת הדלק מושא התביעה בחכירת משנה.

11. בראשית שנות ה-90 של המאה הקודמת, לאחר שפעל התובע לשינוי ייעוד הקרקע והכשרתה להקמת תחנת דלק, נכרתה בין הצדדים מערכת הסכמית המורכבת משלושה הסכמים: הסכם בסיסי, הסכם חכירת משנה והסכם קמעונאי. הסכמים אלו הסדירו את היחסים בין הצדדים בצורה טיפוסית שהייתה נהוגה בין חברות הדלק לבין נכי צה"ל כמפורט לעיל, ובאופן קונקרטי כדלהלן: דלק הקימה את התחנה ובתמורה לכך חכרה את הקרקע מאת התובע בחכירת משנה למשך כל תקופת החכירה הראשית. חוכרת המשנה מינתה את התובע למפעיל התחנה, **והוא התחייב לרכוש את מוצרי הדלק רק מחברת דלק למשך כל תקופת החכירה ובמחירים שייקבעו ע"י דלק**. החכרת המשנה נועדה לשריין תניות אלו, כך שאם יפר הלקוח איזו מהן, תוכל דלק לסלקו מן המקרקעין.

12. עיקר המחלוקת בתיק זה כמו ביתר התיקים שעסקו בתחנות הנכים, נוגעת לחוקיותן של שתי התניות המתוארות בסיפא של הסעיף הקודם, אשר להלן יכונו בהתאמה "**תניית הבלעדיות**" ו"**תניית הכתבת המחירים**".

<u>טענות התובע והנתבע שכנגד:</u>

13. **<u>המערכת ההסכמית הינה הסדר כובל פסול</u>:**
מדובר בהסדר כובל אנכי ואופקי, והוא פסול הן לאור התקיימותן של החזקות החלוטות המופיעות בס' 2ב' לחוק ההגבלים, והן לאור פגיעתו בתחרות לפי ס' 2א' לאותו חוק.

14. **<u>תניית הבלעדיות</u>** (ס' 2 ב'), האוסרת על כסלו לרכוש ולשווק מוצרי דלק של חברות אחרות לכל אורך תקופת החכירה הראשית, לרבות הארכתה ככל שתהיה, מהווה כבילה הנוגעת "לחלוקת השוק, כולו או חלקו... לפי האנשים שעימם יעסקו" (ס' 2(ב) (3)) ו/או לסוג הנכסים שבעסק (ס' 2(ב) (4)), וזאת עפ"י קביעת כל פסקי הדין שעסקו בנושא הנדון. אפילו בהליכים שבפני ביה"ד להגבלים עסקיים המוסמך לאשר הסדרים כובלים (בניגוד לערכאה זו), תקופת הבלעדיות המקסימלית שאושרה הינה 6 שנים לכל היותר.

15. **<u>תניית הכתבת המחירים בשילוב תניית הבלעדיות</u>** מהווה הסדר כובל בהתאם לס' 2(ב)(1) לחוק ההגבלים. שלושה היבטים לכבילה זו:
א. הספק מכתיב לסוחר את המחיר לצרכן, וזאת באמצעות הכתבת מחיר מחירון גבוה מאד והשתתפות בהנחה ממחיר המחירון.
ב. ספק אחד (דלק) מכתיב למתחרהו הכבול אליו (כסלו) את המחיר לצרכן ואת מחיר התשומות. מדובר בכבילה אופקית בין מתחרים, שכן דלק מפעילה בעצמה מאות תחנות תדלוק.
ג. כאשר קיימת תניית בלעדיות נצחית, הכתבת מחירי התשומות של הרוכש מהווה "הכתבת מחיר" לפי ס' 2(ב) (1).

16. **<u>ס' 2א'</u>**: תניית הכתבת המחירים בשילוב תניית הבלעדיות עלולה (- לכל הפחות) למנוע או להפחית את התחרות. כך נקבע בכל פסקי הדין שדנו בסוגיה זו, וכך גם עפ"י קביעת הממונה המהווה ראייה לכאורה לפי ס' 43 לחוק ההגבלים.
בעניינו, חומר הראיות מוכיח בבירור כי אכן נגרמה בפועל פגיעה בתחרות.

17. אין ממש בטענות דלק כי מדובר בשותפות או מעין שותפות בינה לבין כסלו.

18. טענות דלק בדבר היחס בין שווי הקרקע לעלות ההקמה עפ"י חוו"ד השמאי יוניצ'מן הופרכו, ואף אילו לא הופרכו, עלויות הקמה אינן יוצרות זכויות קנייניות ואינן מתירות התקשרויות בלתי חוקיות.

19. אין ממש בניסיונה של דלק להיבנות מעמדת רמ"י בתיק דלק מגשימים (38307-08-15). דלק טוענת כי לעמדת רמ"י זכות החכירה של נכי צה"ל אינה ברת הורשה, ולעומת זה זכויות חכירת המשנה של חברת הדלק בקרקע עומדות לה אף לאחר פטירת החוכר הראשי. ראשית, אין רלוונטיות לשאלת זכות הורשת הקרקע, כאשר מוסכם כי לכל אורך ימיו של התובע, זכויותיו בקרקע אינן נתונות בספק. שנית, במסגרת ההליך דנן הבהירה רמ"י כי עמדתה תלויה בנסיבות כל תיק ותיק, ובעניינו, אין ספק שיש משמעות לעובדה שהקרקע הייתה משויכת למושב עוד טרם שינוי הייעוד, וכסלו ויתר על זכויותיו בקרקע אחרת במושב על מנת לזכות בקרקע מושא ההליך. שלישית, עמדת רמ"י אינה מחייבת כמובן את ביהמ"ש, ולעמדת התובע (על אף שאינה רלוונטית לנידון תיק זה) זכויותיו בקרקע הינן ברות הורשה. רביעית, ב"כ רמ"י הבהיר במסגרת הליך זה כי זכויות חכירת המשנה אינן עומדות בחלל ריק, ובוודאי שאין לומר כי לעמדת רמ"י זכויות חוכר המשנה נותרות אף לאחר פטירת החוכר הראשי.

<u>מענה לטענות פטור לפי ס' 3 לחוק ההגבלים</u>:

20. יש לדחות טענת דלק כי מדובר בהסדר כובל פטור לפי ס' 3(1) לחוק ההגבלים. הטענה שנטענה על בסיס "צו דינשטיין" משנת 1968 נזנחה. ייאמר בקצרה כי הוא כמובן אינו דין והוא גם בוטל בשנת 1988 עוד בטרם נחתמה מערכת ההסכמית מושא התיק. גם דו"ח צ'חנובר אינו מהווה "דין", ואף הוא לא הורה על הסכמי בלעדיות ארוכי טווח ועל הכתבת מחירים. המדינה עצמה בעמדת היועמ"ש מפריכה את טענת הפטור על בסיס ס' 3(1). דוקטרינת ה"חסינות מכוח מעשה מדינה" אינה חלה במשפט הישראלי, וגם אילו הייתה חלה, דלק רחוקה ממילוי תנאיה.

21. יש לדחות טענת דלק לפטור לפי ס' 3(2) לחוק ההגבלים. אין בו כדי להצדיק איסור למכור מוצרים מתחרים לאלו של דלק, ובוודאי שלא מתקיים התנאי "שכל כבילותיו" נוגעות לשימוש בסימן המסחר.

22. יש לדחות טענת דלק לפטור מכוח ס' 3(3) לחוק ההגבלים. ראשית, הפטור חל על סוג הנכסים בהם יעסוק רוכש הזכות, ולא כמו בענייננו שהתובע הוא מעניק הזכות. שנית, הפטור נוגע לסוג המוצרים שישווקו אך לא לזהות המותגים שישווקו מאותו סוג. שלישית, זכות של בר רשות אינה "זכות במקרקעין".

23. יש לדחות טענת דלק לפטור לפי ס' 3(6) לחוק ההגבלים. ראשית, הסעיף בוטל. שנית, הספק והרוכש עוסקים במתן אותם שירותים. שלישית, אין כאן שום התחייבות הדדית.

<u>תניות מקפחות בחוזה אחיד</u>:

24. אין חולק כי מדובר במערכת הסכמית ששימשה את דלק בהתקשרויות רבות אחרות ומשכך היא מהווה "**חוזה אחיד**". תניית הכתבת המחירים וביתר שאת כאשר היא משולבת עם תניית הבלעדיות מהווה תנייה מקפחת לפי ס' 4(4) לחוק החוזים האחידים. תניית הבלעדיות מהווה תנייה מקפחת לפי ס' 4(5) לחוק החוזים האחידים.

25. דלק הפרה ההסכם עם התובע (אם יש להסכם תוקף) בכך שהמשיכה להכתיב לו מחירים גבוהים ממחירי מפעילים רבים אחרים, כאשר אין ספק שתניית הכתבת המחירים התקבלה על רקע פיקוח המחירים ששרר בשוק אותה עת. הפער בין התשלומים שנגבו על ידי דלק לבין התשלומים שהיו צריכים להיגבות, זהה לגובה הפיצוי המגיע לכסלו לפי ס' 50 לחוק ההגבלים כדלהלן.

26. **<u>יש לדחות את טענת ההתיישנות</u>**: לעניין הסעד ההצהרתי, מדובר באי חוקיות הפוגעת בציבור ולא ניתן להכשירה באמצעות טענה פרוצדוראלית. זאת ועוד מדובר בעילה מתמשכת הנולדת בכל רגע מחדש. לעניין הסעד הכספי, כל תשלום יתר בפני עצמו מייצר עילת תביעה חדשה וההתיישנות חלה כעבור שבע שנים מכל עילה מתחדשת. התביעה הוגשה בטרם חלפו שבע שנים מהמועד בו נודעו לתובע מלוא העובדות הרלוונטיות.

27. טענת דלק בדבר **חוסר תום לב / מניעות / השתק** מצדו של כסלו, לוקה בחוסר תום לב קיצוני, היא בוודאי אינה רלוונטית לבקשת הסעד ההצהרתי העוסק באי חוקיות קוגנטית, אך היא גם אינה רלוונטית לבקשת הסעד הכספי. הטענה אינה עומדת באף אחד מן התנאים שנקבעו בדין: הצגת מצג מצד כסלו. הסתמכות בתום לב על המצג. שינוי מצב לרעה עקב המצג.

28. יש להורות על בטלות ו/או ביטול המערכת ההסכמית כולה, לרבות חכירת המשנה. מטרתה של חכירת המשנה לא הייתה אלא לשריין את המערכת ההסכמית הפסולה וגם דלק עצמה ראתה זאת כך, שכן לדלק אין גישה עצמאית לתחנה שלא דרך שטחו של כסלו.

<u>תביעה כספית</u>:

29. לפי ס' 50 לחוק ההגבלים מעשה או מחדל בניגוד לחוק זה מהווה עוולה לפי פקודת הנזיקין. בהתאם לנוסחת ביהמ"ש העליון, חישוב הפיצוי ייעשה על בסיס מכפלת מספר הליטרים שרכש המפעיל בהפרש שבין המחיר בו רכש המפעיל למחיר בו רכשה תחנה משוחררת.

30. כסלו זכאי לאותם הפיצויים גם מכוח השבה חוזית במקרה של חוזה בטל, וכן מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

31. לחילופין, אם ייקבע שלא כדברי כסלו כי המערכת ההסכמית אינה בטלה מעיקרא, אזי כסלו זכאי לפיצויים אלו בגין הפרת חוזה שכן דלק הפלתה את כסלו לרעה.

32. כסלו סבור כי ס' 19 לחוק החוזים האחידים מאפשר לביהמ"ש גם להורות על השבת כספים ששולמו בין הצדדים ולא רק להורות על בטלות התנאי המקפח.

<u>הנזק בגין כל העילות הנ"ל זהה</u>.

33. התובע סבור כי גם בהתאם לפסיקת מותב זה בת"א (מחוזי מרכז) 30172-01-10 **שר תחנות דלק וסיכה בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 07.11.2016) (להלן: פס"ד **שר**), נסיבות מקרה זה שונות ומצדיקות את זכותו לסעד הכספי הנתבע; דלק לא טענה בכתב ההגנה בדבר מניעות מצדו של כסלו בהיותו צד להסדר כובל. מדובר בטענה עובדתית הדורשת הוכחת מודעות מצדו של כסלו ולא רק חתימה טכנית גרידא, ולפיכך דלק הייתה מחויבת לטעון טענה זו בכתב ההגנה.

34. דלק לא העלתה טענת אשם תורם, ואף אילו העלתה טענה זו, לא היה בכך כדי לסייע לה לאור הלכת ע"א 9057/07 **דוד אפל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 02.04.2012).

35. התובע טוען כי צד להסדר כובל אשר נפגע מן ההסדר זכאי לתבוע את נזקיו, וזאת על בסיס משפט משווה ועל בסיס אבחנת נסיבות ת"א (מחוזי נצרת) 666/97 **אחמד נסאר נ' "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ** (פורסם בנבו, 03.03.2005) מנסיבות תיק זה.

36. התובע ממשיך ומאבחן בין נסיבות תיק זה לנסיבות פס"ד **שר** גם לעניין עילות ההשבה החוזית והשבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

<u>הנזק</u>:

37. הנטל להוכחת שיעור הנזק אשר מוטל על כתפי התובע בעילה הגבלית הינו מופחת, ואף מועבר לכתפי הנתבע במקרי אי ודאות. מכל מקום, גם עפ"י דיני הנזיקין לא נדרשת הוכחה מדויקת של שיעור הנזק ודי בהוכחה ברמת ודאות סבירה בהתאם לנסיבות העניין. תניית הבלעדיות מנעה מהתובע לנהל מו"מ עם ספקים אחרים ולהוכיח את מחירי השוק החסויים, ולפיכך יש גם להפחית את הנטל הראייתי המונח על כתפי כסלו בהתאם לדוקטרינת הנזק הראייתי.

38. גובה הפיצוי הכספי בו זכאי התובע הוכח באמצעות חוו"ד המומחה מר גדעון טויסטר, ויש לזכותו בפיצוי לפי החלופה הגבוהה שבחוו"ד זו – 4,391,000 ₪.

39. חוו"ד המומחה מטעם דלק – פרופ' עדן דינה להידחות מכמה טעמים. ראשית, שיטת עדן שגויה מיסודה כאשר היא מניחה שדלק זכאית לתשואה צמודת מדד של 7% נטו בשנה בעד השקעתה, בעוד שכסלו אינו זכאי לריבית כזו בעד סכומי גביית היתר. זאת ועוד, על-פי דרך חישוב זו, ככל שמתקיימת המערכת ההסכמית הפסולה לטווח ארוך יותר, כך זכאית דלק להחזר השקעות תפוח יותר. שנית, תחשיב עדן מבוסס על נתונים נעדרי בסיס ראייתי. שלישית, התחשיב מבוסס על נתונים מוטעים. רביעית, התחשיב לא הוכח ואופן החישוב לא הוצג בצורה המאפשרת חקירה נגדית יעילה.

<u>טענות הנתבעת והתובעת שכנגד</u>:

40. דלק טרם החזירה את השווי ההוגן של השקעותיה בתחנה כפי שעולה מחוו"ד המומחה – פרופ' יורם עדן. שלילת זכויותיה הקנייניות של דלק בתחנה, תותיר את דלק עם הפסדים ביחס להשקעותיה ואילו כסלו יזכה בתחנה נקייה מכל חוב על חשבון השקעתה של דלק.

41. המערכת ההסכמית שנכרתה בין הצדדים הינה מערכת חוזית שאפיינה את ההתקשרויות בין חברות הדלק לבין נכי צה"ל, והיא הוסדרה על בסיס דו"ח צ'חנובר שאומץ בהחלטת המנהל, אשר בהתאם לו נוסחו ההסכמים ע"י המדינה. מדובר במערכת הסכמית הוגנת ומאוזנת אשר הוכתבה לצדדים ע"י המדינה.

42. דלק והתובע נכנסו למעין שותפות בכל הקשור להקמת תחנת הדלק בהתאם להוראות המדינה, והתובע אישר בחקירתו כי בשעתו גם הוא הבין כך את יחסי הכוחות בין הצדדים.

43. עמדת המדינה גם היום כי תחנות הנכים אינן מהוות קניינם של הנכים, אינן ניתנות להורשה, וכי מטרת החכרתן לא הייתה אלא לצורך שיקומם התעסוקתי של הנכים. לעומת זאת, המדינה הבהירה כי זכויות חוכרת המשנה נותרות בעינן אף כאשר מתחלף הנכה - החוכר הראשי, ואף מכך ניתן ללמוד אודות מעמדה העצמאי של חברת דלק ביחס לתחנה.

44. יש לדחות את טענת התובע כי אין ללמוד מעמדת המדינה (רשות מקרקעי ישראל) לגבי תחנת מגשימים לענייננו, שכן המדינה אישרה כי התייחסותה שם יפה אף לעניין תיק זה. כמו-כן, טענת התובע בדבר זיקתו הקודמת לקרקע נסתרה ואף אם הייתה מוכחת הרי שגם בתחנת מגשימים מקור המקרקעין באדמות משבצת המושב, ומשכך עמדת המדינה בתיק מגשימים נותרת רלוונטית בין כך ובין כך.

45. הסדר צ'חנובר והפיקוח על המחירים אשר היה נהוג בעת שנחתמו ההסכמים, יצרו למעשה מערכת הסכמית משולשת וברורה בין המדינה התובע והנתבעת. עפ"י מבנה המחיר ששרר בעת שנחתמו ההסכמים, בידי דלק נותרו קרוב ל-60% מהמרווח המשותף. לאחר ביטול פיקוח המחירים, המשיך כסלו לשמור על חלקו היחסי במרווח ואף יותר מכך. שמירה על חלוקת הרווחים כפי שקבעה המדינה בעת שהיה נהוג פיקוח מחירים הינה ראויה והוגנת.

46. זכויות דלק בקרקע עקב חכירת המשנה הינן זכויות ברורות וממשיות המגלמות גם סיכון ואינן משכון מוסווה כטענת התובע. אדרבה, זכות החכירה הראשית של כסלו נועדה להבטחת מניעת נישולו בלבד, ומעיקרא כוונת המדינה הייתה לרוקן מתוכן את זכות החכירה הראשית באמצעות חכירת המשנה. גם אם כסלו פעל באופן כזה או אחר לזירוז הקמת התחנה, הרי שהוא לא סיכן מהונו עבור כך, ואין בפעולותיו כדי לצקת לתוך החכירה הראשית מה שאינו קיים בה.

<u>המערכת ההסכמית איננה הסדר כובל פסול</u>:

47. מדובר בהסדר אנכי ולא אופקי ולפיכך אין תחולה לס' 2(ב) לחוק ההגבלים בהתאם להלכת ע"פ 5823/14 **שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 10.08.2015) (להלן: הלכת **שופרסל**). זאת לאור חוו"ד המומחה רוזנברג שקבע כי התחנות העיקריות המתחרות בתחנת כסלו אינן שייכות לדלק ואינן מופעלות על-ידה.

48. לא הוכח כי המערכת ההסכמית פוגעת בתחרות לפי ס' 2(א) לחוק ההגבלים. כסלו כלל לא הציג חוו"ד תחרותית כנדרש ורק דלק הציגה כזו, ובה נקבע כי לא מתקיים בענייננו חשש ממשי לפגיעה בתחרות.

49. **<u>אף אם ייקבע כי קיים בין הצדדים הסדר כובל, הרי שהוא חוסה תחת הוראות הפטור הקבועות בס' 3</u>:**

<u>תחולת ס' 3(3)</u>: כפי שנקבע בשורת פסקי דין, תחנות הנכים חוסות תחת חריג זה. הרציונל שבבסיס הסעיף חל בענייננו כיוון שמקרקעי התחנה הוקנו לדלק לא פחות מלכסלו. זאת ועוד, המדינה עצמה כבעלת המקרקעין היא שייחדה את תחנת כסלו למכירה ושיווק של מוצרי חברת דלק בלבד. בעניין סוג הנכסים - כסלו הודה כי הכבילה נוגעת לסוג הנכסים בעסק והוא מנוע מלטעון כעת אחרת. כך ביתר שאת כאשר לשון הסעיף מדברת על כבילות <u>הנוגעות</u> לסוג הנכסים ואין הכרח שהכבילה תכוון ישירות לסוג הנכסים.

<u>תחולת ס' 3(1)</u>: ההסדר בענייננו נקבע עפ"י דין ולכל הפחות יש בו משום "מעשה מדינה". ראשית, דו"ח צ'חנובר, נהלי המנהל שנקבעו בעקבותיו וניסוח ההסכמים בידי המדינה, מעידים על מדיניות ברורה ומוצהרת של המדינה. שנית, המדינה באמצעות צווים והחלטות שלטה במשק הדלק והכתיבה הסדרים כובלים. מדובר במעשה מדינה בפיקוח הולם ואקטיבי שלה ואין אפוא כל הצדקה להתערב בו כעת.

<u>תחולת ס' 3(2)</u>: תניית הבלעדיות בהחלט <u>נוגעת</u> נגיעה ישירה וממשית לסימן המסחר הרשום של דלק.

50. **תניית הכתבת המחירים לא מהווה הסדר כובל**, שכן במרבית ההתקשרויות המסחריות המוכר הוא שקובע את המחיר בו יימכרו מוצריו. כמו כן כבר נקבע במספר פסקי דין כי הכתבת המחירים אינה מעלה חשש לפגיעה בתחרות לפי ס' 2(א).

51. המערכת ההסכמית בענייננו כוללת את החכירה הראשית כמו את חכירת המשנה ואת הסכם ההפעלה ומשכך לא ניתן לבטל את שני האחרונים מבלי לבטל את החכירה הראשית.

52. דלק השלימה את התחייבויותיה בהתאם להסכם שבין הצדדים כאשר הקימה את התחנה בהשקעת עתק, והיא פעלה כך תוך ציפייה לקבל תמורה בדמות שיעור רווח מסוים לכל חיי

הפרויקט. לפיכך, אילו תידחה עמדת דלק וביהמ"ש יקבע כי תניית הבלעדיות אינה יכולה עוד להתקיים, יש להורות על ביצוע בקירוב של ההסכם. בהתאם לכך, יש לפסוק לטובת דלק דמי שימוש ראויים לפי שיעור הרווח שעל בסיסו נחתמה המערכת ההסכמית. באופן קונקרטי ועפ"י חוו"ד השמאי מטעם דלק, יש להורות לכסלו לשלם לדלק תשלום חודשי בסך של 34,100 ₪ על דרך ביצוע בקירוב של התמורה ההסכמית. לחילופין, אם ימצא ביהמ"ש להתערב במערכת ההסכמית שבין הצדדים יש להתיר לדלק פיצול סעדים אשר יאפשר לה לתבוע פיצויים בגין הנזקים הכספיים שייגרמו לה בשל כך.

53. אין לפגוע בזכויותיה הקנייניות של דלק שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. נישול דלק מזכות חכירת המשנה שלה מהווה למעשה נטילה שלטונית אשר כידוע, ביצועה מותנה במתן פיצוי נאות לנפקעת.

54. יש לדחות טענות כסלו על בסיס חוק החוזים האחידים, שכן עילה זו התיישנה. לגופן של טענות: לא הוכח שדלק ניסחה את החוזה ללא ייצוג לאינטרסים של כסלו (- אלו יוצגו ע"י המדינה) ומשכך אין מדובר בחוזה אחיד.

הסכם ההפעלה נערך לאחר מו"מ מתמשך בין ב"כ כסלו לבין חברת דלק, אשר אף הניב שינויים כאלה ואחרים בין הסכם ההפעלה מושא תיק זה לבין הסכמי ההפעלה הסטנדרטיים שהמדינה הכתיבה. יוער, כי הסכם ההפעלה קובע שכל פעולה מצד כסלו בשטח שמחוץ לחכירת המשנה, טעונה הסכמת דלק. מאחר שהתחנה כוללת דרכי גישה אליה, דלק לא תסכים לפעולות מצד כסלו אשר יחסמו דרכי הגישה.

55. התביעה הכספית התיישנה אף היא. אף לגופה דין התביעה להידחות שכן חוו"ד המומחה נסתרה, הנזק חושב באופן מוטעה, רווחיות כסלו לא נפגעה, וישנם שיקולי מדיניות נוספים כגון שיהוי, אשם תורם ועוד התומכים בשלילת הפיצוי.

<u>תשובת התובע והנתבע שכנגד</u>:

56. בניגוד לטענת דלק, ההסדר דנן הינו הסדר אופקי ואנכי גם יחד, שכן סיווג ההסדר אינו נקבע עפ"י מהותו אלא עפ"י זהות הצדדים.

57. בנוסף לכך, גם אילו היה מדובר בהסדר אנכי בלבד, זהו בכלל המקרים החריגים בחומרתם התחרותית, אשר בגינם קבע **כב' השופט רובינשטיין** בהלכת **שופרסל** כי יש תחולה לחזקות החלוטות הקבועות בס' 2(ב) לחוק גם לגבי הסדרים אנכיים.

58. הפוטנציאל לפגיעה בתחרות כתוצאה מן המערכת ההסכמית ברור כשמש בצהריים. זאת ועוד, כפי שנקבע בהלכת **שופרסל** לא תמיד נדרשת חוו"ד תחרותית, והדבר תלוי בנסיבות כל מקרה ומקרה. מעבר לאמור, חוו"ד טויסטר הוכיחה קיומה של פגיעה בתחרות בפועל, ובוודאי עלילותה של פגיעה כזו.

59. דין טענת ההתיישנות ביחס לעילת התביעה מכוח חוק החוזים האחידים להידחות. דלק הגישה תביעה שכנגד ובה היא מבקשת את אכיפת המערכת ההסכמית, ומשכך, טענת התנאים המקפחים מהווה עילת הגנה נגד תביעה זו, וטענת ההתיישנות אינה יכולה להשתיק את כסלו מלהתגונן כנגד תביעתה של דלק. קבלת טענות <u>ההגנה</u> של כסלו ביחס לתניות המקפחות בחוזה אחיד, משמיעה את אותה מסקנה אופרטיבית העולה מקבלת טענה זו כטענת תביעה.

60. ביטול המערכת ההסכמית משמעה גם ביטול חכירת המשנה. חכירת המשנה לא מכילה שום תוכן קנייני מלבד שריון וירטואלי של תניית הבלעדיות. גם לפי דו"ח צ'חנובר לא אמורות להיות לדלק זכויות חזקה ושימוש במקרקעין, וגם עפ"י טענותיה של דלק, אם פוקעת זכות הנכה בקרקע, נכה אחר מקבל את זכות השימוש בה. בטלות חכירת המשנה מוכרחת מבטלותה של המערכת ההסכמית אשר היא זו שכוננה ועיגנה את חכירת המשנה.

61. הטענות בדבר משכון מוסווה לא נטענו ע"י אף אחד מהצדדים והן מהוות הרחבת חזית אסורה מעבר להיותן שגויות לגופן.

62. הטענה בדבר ביטול החכירה הראשית מהווה אף היא הרחבת חזית אסורה. מעבר לנדרש – החכירה הראשית הינה הסכם בין כסלו למינהל ודלק אינה צד לו. בנוסף לכך, החכירה הראשית הינה בעלת תכלית עצמאית וברורה, וזאת בניגוד לחכירה המשנה אשר אינה מכילה כל תכלית עצמאית מלבד היותה שוט קנייני להבטחת תניית הבלעדיות, ואין גם למצוא בחכירת המשנה כל היגיון מסחרי במנותק מיתר חלקי המערכת ההסכמית.

63. הטענה בדבר קביעת דמי שימוש ראויים מהווה אף היא הרחבת חזית מובהקת. דין הטענה להידחות אף לגופה, שכן החוזה הבל כנגד בקשת בעל דין עתידי לביטול תניית הבלעדיות.

דיון והכרעה

1. לאחר שעיינתי בטיעוני הצדדים, ערכתי דיונים בנוכחותם ושמעתי את העדויות של העדים השונים הגעתי לכלל מסקנה כי דין התביעה העיקרית להתקבל בחלקה ודין התביעה שכנגד להידחות מן הנימוקים הבאים.

2. בין הצדדים לתביעה זו נכרתה מערכת הסכמית כמתואר לעיל.
עניינה של התביעה והתביעה שכנגד בחוקיותה של המערכת ההסכמית מבחינת דיני ההגבלים העסקיים ומבחינת דיני החוזים האחידים, והשלכותיה של אי חוקיות כזו ככל שתיקבע.

3. הצדדים לתביעה הגישו חומר רב והרבו בדברים ביחס לסוגיות רבות ומגוונות.

לאחר עיון בכל הטענות שעלו ולמען נוחות הדיון, אחלק את הדיון להלן בהתאם לשלוש השאלות המרכזיות, הדרושות לצורך ההכרעה:

א. האם המערכת ההסכמית יצרה **הסדר כובל** לפי חוק ההגבלים?

אם כן, האם מדובר בהסדר אסור, או שמא חרף היותו הסדר כובל הוא זוכה לפטור בהתאם להוראות החוק והדין?

ב. האם ההסכמים שבין הצדדים הינם **חוזים אחידים** לפי הוראות חוק החוזים האחידים, ואם כן, האם הם מכילים תניות מקפחות הראויות להיבטל בידי ביהמ"ש בהתאם להוראות אותו חוק? ייאמר כבר עתה כי טענה זו לא תזכה לדיון לגופה, שכן היא תידחה על הסף מחמת התיישנות העילה.

ג. לאחר הכרעה בשאלות אלו אדרש להכריע מהן **התוצאות האופרטיביות** הן לעניין מעמדה של המערכת ההסכמית **מכאן ולהבא והן לעניין שאלת הפיצוי** בגין העבר.

אדון בשאלות אלה כסדרן.

המערכת ההסכמית כהסדר כובל

4. **מסגרת נורמטיבית:**

"במרכזו של חוק ההגבלים העסקיים ניצב האינטרס רם-המעלה של תחרות חופשית. החוק מושתת על התפיסה לפיה תחרות חופשית היא שתביא לתמחור מיטבי של המוצרים, בהתאם לכוחות השוק, לשיפור איכות המוצר, להגדלת הכמות המוצעת ממנו ולשיפור השירות שניתן לקהל הלקוחות (רע"א 371/89 **ליבוביץ נ' אליהו**, פ"ד מד(2) 309, 327 (1990))...

בהתאם, נקבע בפסיקתו של בית משפט זה, כי יש לפרש חוק זה בצורה תכליתית, באופן שיגשים את המטרות האמורות, יגביר את התחרות החופשית במשק ולא יגביל שלא לצורך את הפעילות המסחרית הרצויה: "בבואנו לפרש את חוק ההגבלים נשוה נגד עינינו כל העת את תכליתו של החוק, נשמור על קשר עין עם תכלית זו ובעקבותיה נלך. תכלית זו היא עמוד האש ועמוד הענן להוליכנו הדרך, וחייבים אנו נאמנות לה כל העת" (דנ"א 3113/03 **א.מ. חניות ירושלים 1993 בע"מ נ' עירית ירושלים**, [פורסם בנבו] פסקה 12 לפסק דינו של **כב'השופט** - כתארו אז - **מ' חשין** (2003) (להלן דנ"א **חניות**)" (הלכת **שופרסל**, פס' כ"ז-כ"ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

5. הסדר כובל - מהו:

הסדר כובל מוגדר בס' 2(א) לחוק ההגבלים:

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

אם כן, בס' 2(א) מופיעה "הוראת סל" שעיקר עניינה בפוטנציאל לפגיעה בתחרות הטמון בהסדר הנידון.

6. ס' 2(ב) קובע רשימת כבילות אשר בעניינן קיימת חזקה חלוטה (כפי שנקבע בדנ"א 4465/98 **טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ**, נו(1) 56 (2001) (להלן: הלכת **טבעול**) ונשנתה פעמים נוספות) כי יסוד הפגיעה בתחרות מתקיים:

(ב) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:

(1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;

(2) הריווח שיופק;

(3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;

(4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם.

7. לאחר בחינת ההסדר לפי הוראת ס' 2 לחוק, אם מצא ביהמ"ש כי ההסדר נלכד ברשתם של סעיפים 2(א) או 2(ב) הנ"ל, אזי בטרם יכריז ביהמ"ש על ההסדר כהסדר כובל אסור, יפנה לבחינת תחולתן של הוראות סעיף 3 לחוק הקובעות מספר פטורים אשר בהתקיים מי מהם, לא ייחשב ההסדר ככובל חרף הוראת ס' 2.

דלק טענה בעניינו לתחולתם של הפטורים הקבועים בסעיפים 3(1) 3(2) ו3(3) לחוק:

(1) הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין;

(2) הסדר שכל כבילותיו נוגעות לזכות השימוש באחד הנכסים הבאים: פטנט, מדגם, עיצוב, סימן מסחרי, זכות יוצרים, זכות מבצעים או זכות מטפחים ובלבד שנתקיימו שניים אלה –

א. ההסדר הוא בין בעל נכס כאמור ובין מקבל זכות השימוש בו;

ב. אם נכס כאמור טעון רישום על פי דין – שהוא נרשם;

(3) הסדר, בין מי שמקנה זכות במקרקעין לבין מי שרוכש את הזכות, שכל כבילותיו נוגעות לסוג הנכסים או השירותים בהם יעסוק רוכש הזכות באותם מקרקעין;

8. לאחר פריסת המסגרת הנורמטיבית אפנה לדון בשאלת מעמדה המשפטי-הגבלי של המערכת ההסכמית מושא תביעה זו.

העובדות הנוגעות לתוכן המערכת ההסכמית מוסכמות על הצדדים, אשר לא נחלקו אלא בנוגע למשמעויותיהן המשפטיות של עובדות אלו ומשכך, איני רואה צורך לצטט בהרחבה סעיפים רבים ושונים משלושת ההסכמים שנכרתו.

חלף זאת אחזור בקצרה על העובדות שפורטו לעיל:
בין הצדדים הוסכם כי דלק תהיה המשווקת הבלעדית לתחנה וכי בהתאם לכך כסלו אינו רשאי לרכוש את מוצרי הדלק מכל חברה אחרת (**תניית הבלעדיות**);

כמו כן, דלק היא שתכתיב את מחירי מוצרי הדלק לכסלו (**תניית הכתבת המחירים**);

לצורך שריון תניות אלה סוכם, כי הפרה של איזו מן התניות תהווה הפרה יסודית אשר תוצאתה ביטול ההסכם הקמעונאי וקץ זכויותיו של כסלו בתחנה;

ההסכם האמור משוריין ומאובטח ע"י שטר חכירת המשנה, הקובע כי דלק היא חוכרת משנה של התחנה למשך כל שנות החכירה הראשית, וכסלו הוא בר רשות מטעמה אשר זכויותיו כפופות להסכם הקמעונאי ולמילוי תנאיו.

9. <u>אם כך, נפנה לניתוח חוקיותה של המערכת ההסכמית המתוארת בהתאם לדיני ההגבלים העסקיים</u>:

סדר הדיון בענייננו של הסדר כובל, מתחיל **<u>ככלל</u>** בשאלת תחולתו של ס' 2(ב) לחוק ההגבלים, ורק לאחר מכן ייבחן ההסדר במשקפי ס' 2(א). זאת שכן, אם התשובה לשאלה הראשונה תהא חיובית, תקום חזקה חלוטה כי מדובר בהסדר כובל ויתייתר הצורך לדון בתחולת ס' 2(א) - פוטנציאל הפגיעה בתחרות הטמון בהסדר.

אולם, שאלה מקדימה לדיון בתחולתן של הוראות ס' 2(ב) לחוק עוסקת בסיווגו של ההסדר הנידון; על ביהמ"ש להכריע האם ההסדר מושא הדיון הינו הסדר אופקי – בין מתחרים, או הסדר אנכי – בין חוליות שונות בשרשרת המסחר, לפי שאם יוכרע כי מדובר בהסדר אנכי, אזי ככלל, יש לבחון את פוטנציאל פגיעתו בתחרות לפי ס' 2(א) ולא ניתן לקצר את הדיון דרך הוראות ס' 2(ב) לחוק כפי שאסביר מיד.

10. הסדר כובל קלאסי הינו הסדר אופקי בין שני מתחרים ואין כל ספק כי כאשר הסדר אופקי הינו מסוג ההסדרים המנויים בס' 2 (ב) לחוק כי אז קמה חזקה חלוטה שמדובר בהסדר כובל. אולם, בעניין תחולתו של ס' 2(ב) לחוק על הסדרים אנכיים ניטשה בעבר מחלוקת בין פוסקי בית המשפט העליון (ראו בעיקר הלכת **טבעול** 98-94; רע"א 6233/02 **אקסטל נ' קאלמא ווי תעשיה**, פ"ד נח(2) 634 (2004)), אך זו הוכרעה (גם אם לא לחלוטין) בהלכת **שופרסל**, פס' ע"א-פ"ח לפס"ד של **כב' השופט רובינשטיין** וכן בפסקי דינם של **כב' השופטים הנדל ושוהם**. לפיכך, כיום נראה כי ככלל יש לבחון הסדרים אלו במשקפי ס' 2 (א) לחוק ההגבלים ולא ניתן לקצר את הדרך באמצעות החזקות הקבועות בס' 2(ב).

11. אצטט לעניין זה מן הפסיקתא המופיעה בסוף הלכת **שופרסל**: "**עוד הוחלט, כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה ובהסכמת השופטים הנדל ושהם, כי ככלל, הסדרים אנכיים ייבחנו בהתאם לסעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ולא בהתאם לסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים. אשר לשאלה האם יש להותיר פתח צר לבחינת הסדרים אנכיים חריגים לפי סעיף 2(ב), נותרה השאלה בצריך עיון; המשנה לנשיאה סבור, כי יש מקום בהותרת פתח צר מעין זה במקרים חריגים במיוחד, מן הטעמים שהובאו בחוות דעתו; השופט הנדל בעמדה כי אין לעשות כן מהטעמים שהובאו בחוות דעתו; ואילו השופט שהם סבור, שהסוגיה אינה טעונה הכרעה בענייננו ולכן השאירה בצריך עיון**".

12. הנה כי כן, אמנם לא נסגר לחלוטין השער על בחינתם של הסדרים אנכיים בהתאם לס' 2 (ב) במקרים חריגים, אך על דרך הכלל נקבע פה אחד כי מקום בו מדובר בהסדר אנכי, יש להוכיח פגיעה פוטנציאלית בתחרות בהתאם להוראת ס' 2(א) אף אם מדובר בכבילה מסוג הכבילות המופיעות בס' 2(ב) (ראו עוד: ע"פ 1408/18 **מדינת ישראל נ' אברהם (ויקטור) בן דרור**, פס' 27 (פורסם בנבו, 21.08.2018); פסק דיני (שניתן בטרם נפסקה הלכת **שופרסל**) בת"א (מחוזי מרכז) 13427-02-10 **אוטו ליין בע"מ נ' יוניברסל מוטורס ישראל בע"מ**, פס' 93-86 (פורסם בנבו, 19.06.2012). כיוצא מן הכלל ראו גם: ת"א (מחוזי ירושלים) 9269-07 **ג`אן יבוא ושיווק חלפים לרכב בע"מ נ' דוד לובינסקי בע"מ**, בעיקר בפס' 115-113 (פורסם בנבו, 05.08.2016).

13. הארכתי כל זאת שכן אני סבור כי טענתו של כסלו בדבר היות ההסכמים בינו לבין דלק (גם) הסדרים אופקיים בין שני מתחרים, הינה טענה דחוקה אשר לא עולה בקנה אחד עם פרשנות תכליתית של מושגים אלו. יצוין עם זאת, כי לקביעתי זו אין משמעות אופרטיבית בענייננו, שכן להלן אכריע כי המערכת ההסכמית מושא תיק זה מהווה הסדר כובל בהתאם למבחני ס' 2(א) לחוק.

14. כסלו טוען כי כיוון שדלק מפעילה בעצמה תחנות תדלוק היא מקיימת גם תחרות ישירה מולו ולכן ההסדרים הינם הסדרים אופקיים. לעניין זה הפנה כסלו לפסקי הדין: ת"א (מחוזי ת"א) 986/96 **יוסף עובד נ' פז חברת נפט בע"מ** (פורסם בנבו, 09.08.2006) (להלן: פס"ד **עובד**) **ופסק דינו של חברי כב' השופט בנימין ארנון** ת"א (מחוזי מרכז) 583-05-09 **,יהושע בסט נ' סונול ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 30.03.2014) (להלן: פס"ד **בסט**).
דלק טענה מאידך גיסא כי עפ"י הניתוח התחרותי של מר רוזנברג, התחנות העיקריות המתחרות בתחנת רמות אינן שייכות לדלק ואינן מופעלות על ידה.

15. אני סבור כי אין הצדק עם כסלו בטענה זו וזאת מבלי שאדרש להכרעה במחלוקת האם כיום דלק וכסלו מנהלים תחרות ישירה אם לאו. לטעמי, ההסכמים מושא התיק נחתמו **כהסכמי ספק וקמעונאי** ובפרספקטיבה זו יש לבחון אותם.

בחינת **תוכנם ומהותם** של ההסכמים מעלה כי אין כל ספק שמדובר במערך הסכמי בין ספק וקמעונאי ולא בין שני מתחרים, ולפרשנות זו השלכה ישירה לעניין מעמדם של ההסכמים כהסכמים אנכיים. תכלית האבחנה המשפטית בין הסכמים אופקיים להסכמים אנכיים מבוססת על השוני ברמת הסיכון התחרותי הפוטנציאלי הטמון בכל אחד מאלו.

כיון שלא יכול להיות ספק בעיני, כי **ההסכמים עצמם** אינם הסכמים אופקיים אף אם כיום דלק מהווה גם מתחרה של כסלו, הרי שלדעתי, אין מקום לבחון הסכמים אלו בראי ס' 2(ב) לחוק משל היו הסכמים אופקיים בין שני מתחרים.

כלומר, אני סבור כי ככלל (ובכפוף לחריגים, כדלהלן) המסוכנות התחרותית הגבוהה הקיימת בעניינם של הסכמים אופקיים אינה רלוונטית, מקום בו בחינת תוכנם של ההסכמים הנידונים מעלה כי מדובר בהסכם בין שתי חוליות שונות בשרשרת האספקה.

ראוי לציין בהקשר זה, **כי נכון למועד כריתת ההסכם** גם כסלו מודה (ראו ס' 19 לסיכומי כסלו) **שדלק כמעט בכלל לא עסקה בהפעלת תחנות באופן ישיר, ובוודאי שבאותה תקופה היא לא הייתה מתחרה שלו.** לאור זאת ברי שמבחינת מהותו של ההסכם אין מדובר בהסכם אופקי.

16. לעניין זה מצטרף אני בהסכמה מוחלטת לדברים שכתבה חברתי **כב' השופטת הלית סילש** בת"א (שלום ראשל"צ) 29886-09-12 **פז חברת נפט בע"מ נ' רניוס תדלוק בע"מ**, פס' 197 (פורסם בנבו, 10.12.2017): "לא מצאתי לקבל טענות אלו של קמיר בדבר קיומה של מערכת הסכמית אופקית, וזאת מהטעם הפשוט כי מערכת ההסכמים בין הצדדים הינה כפי הנקוב בה,

ואין בינה לבין התנהלות או הגבלת תחרות בין צדדים מקבילים, דבר וחצי דבר. העובדה כי לפז יכול ותהיינה תחנות תדלוק אחרות אותן היא מפעילה באופן עצמאי, אין בה כדי לאיין את העובדה כי הוראות חוק ההגבלים העסקיים עוסקות בהסדר או במערכת ההסכמים כפי שהוגדרה בין הצדדים ואשר אותה מבקש מי מבעלי הדין - לבטל, בשל טענה לקיומו של הסדר כובל. בתיק זה, הוגדרה המערכת ההסכמית ידי קמיר עצמם במסגרת כתבי הטענות והיא אנכית במהותה. אין ולא הייתה בין קמיר-חגור-פז מערכת הסכמית אופקית".

17. למען הסר ספק אבקש להבהיר, כי איני סבור שגישת התובע בדבר המשמעות שיש ליתן לזהות הצדדים, שעה שנבחן סיווגו של הסדר אם אנכי הוא או אופקי, משוללת יסוד.

אדרבה, סבורני כי שאלת הסיווג תלוית נסיבות היא ואכן טיב היחסים בין הצדדים נלקח אף הוא בחשבון לצורך בחינה כזו. לדוגמה: ייתכן מקרה בו מתחרים אופקיים יכרתו הסכמים בעלי מאפיינים אנכיים על מנת להימלט מהוראות ס' 2(ב) לחוק. אכן, על בתי המשפט מוטלת החובה לבחון היטב את מהות ההסכם גם בפרספקטיבה של היחסים בין הצדדים לו, בטרם יוכרע אם יש לסווגו כהסדר אנכי או אופקי. מכל מקום וכפי שפירטתי לעיל, בנסיבות תיק זה אינני סבור כי יש לסווג את המערכת ההסכמית כהסדר אופקי.

18. עוד אציין בשולי הדיון, כי לא מצאתי להכריע בטענת התובע לפיה אף אם המערכת ההסכמית תסווג כאנכית, מדובר בהסכמים בעלי מאפיינים חריגים בחומרתם התחרותית, ולפיכך יש לבחון בעניינם את הוראות ס' 2(ב) לחוק, חרף היותם אנכיים. זאת שכן, השאלה האם להותיר פתח לבחינתם של הסדרים אנכיים חריגים בפרספקטיבה של ס' 2(ב) לחוק, נותרה בצ"ע בהלכת **שופרסל**, ובנוסף לכך, כיוון שאני סבור כי ההסדרים בעניינו נופלים בגדרי ס' 2(א) לחוק, אזי בין כך ובין כך אין עוד צורך להידרש לשאלת תחולתן של הוראות ס' 2(ב).

19. <u>מכל מקום וכאמור לעיל, סבורני כי ההסכמים מושא התיק הינם הסדרים כובלים לפי ס' 2(א) לחוק ההגבלים, ולכך אפנה עתה</u>.

20. ס' 2(א) לחוק קובע ארבעה מבחנים להגדרת "הסדר כובל" (ראו בין היתר הלכת **טבעול**, עמ' 9; הלכת **שופרסל**, פס' ל"ב):

א. הסדר. **ב**. בין בני אדם המנהלים עסקים. **ג**. לפחות אחד הצדדים מגביל עצמו (יסוד ההגבלה/הכבילה). **ד**. באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות (כלומר, קיים פוטנציאל לפגיעה בתחרות. מבחן זה מכונה בשם – "**מבחן העלילות**").

21. באשר לפרשנות יסודות הסעיף, קבע ביהמ"ש העליון בהלכת **שופרסל** (פס' מ"ח) את הכללים הבאים:

"לסיכום חלק זה, יש לפרש את יסודות עבירת ההסדר הכובל לפי סעיף 2(א) באופן הבא:
"**הסדר**" – יש ליתן ליסוד זה פרשנות מרחיבה, שתכלול גם רמה נמוכה של תיאום כמו קריצת עין או כל הבנה אחרת, תוך מתן חשיבות מוגבלת, אם בכלל, לדרישת המסוימות החוזית, נוכח השוני המהותי שבין "הסדר" ל"חוזה";
"**כבילה**" – יש להעניק משקל מופחת ליסוד זה כיון שאינו תורם לבחינה תחרותית מהותית של ההסדר הקונקרטי;
"**עלילות**" – יש לפרש יסוד זה באופן תכליתי ולהימנע מפרשנותו הדווקנית, וכן אין חובה לערוך ניתוח שוק בכל מקרה ומקרה כדי להראות כי יסוד זה מתקיים – כל מקרה ייבחן לגופו".

22. לענייננו וכמו במקרים רבים, אני סבור שאין ספק אמיתי, כי תניית הבלעדיות מקיימת את שלושת התנאים הראשונים שקובע הסעיף, והמחלוקת העיקרית בין הצדדים נסובה סביב התקיימותו של יסוד העלילות - "לב ליבו של סעיף 2(א)" (פס' מ"ג להלכת **שופרסל**).

23. דלק טוענת כי לא הוכח בעניינו התקיימותו של יסוד העלילות, שכן כסלו לא הניח חוו"ד תחרותית מקצועית המבססת את טענתו, והמומחה טויסטר הודה בחקירתו כי אינו עוסק בענייני תחרות. זאת ועוד, דלק הוסיפה וטענה כי בהתאם לחווה"ד של מר רוזנברג המערכת ההסכמית מושא התיק אינה מעלה חשש תחרותי ואף אם תבוטל תניית הבלעדיות, המחיר לצרכן בתחנת כסלו לא עשוי להשתנות. כסלו טוען מנגד כי הוכחה בפועל פגיעה רבתי בתחרות באמצעות חוו"ד טויסטר ובאמצעות תצהיר רוברט רסקין, חתנו של כסלו.

24. איני רואה צורך להאריך יתר על המידה בשאלה זו אשר נידונה רבות והוכרעה זה מכבר בפסיקות מקבילות של בתי המשפט המחוזיים ואף בפסק דיני בעניין **שר**.

מובן כי כל מקרה נבחן לפי נסיבותיו, אולם **לאחר עיון בטענות דלק לא מצאתי כי נידון דידן שונה מכל אותם תיקי נכים שנידונו והוכרעו פעם אחר פעם בפסיקת בתי המשפט.**

25. כפי שקבעתי בפס' 11 לפס"ד **שר** ולא השתנתה דעתי בכך, תניית הכתבת המחירים כשלעצמה אינה מהווה הסדר כובל (ראו הנימוקים שם אשר יפים אף לענייננו), אולם תניית הבלעדיות מהווה הסדר כובל ברור ומובהק והיא בוודאי מקיימת את יסוד העלילות. לדידי, לא יכול

להיות ספק כי תנייה המונעת מקמעונאי לערוך תחרות בין ספקים שונים ולהחליט מאיזה מהם לרכוש את סחורתו, עלולה לפגוע בתחרות. לעניין זה קבע **כב' השופט רובינשטיין** בהלכת **שופרסל** (פס' מ"ה-מ"ו) כי "... הסדרים כובלים אנכיים רבים פוגעים מעצם מהותם בתחרות בין הצד שלא כבל עצמו לבין אחרים שאינם צד להסכם... דוגמה בולטת לעניין זה היא הסכמי רכישה או הפצה בלעדיים אותם הזכרנו מעלה, במסגרתם מתחייבים מפיץ, קמעונאי וכיוצא באלה לרכוש באופן בלעדי מוצרים מספק או יצרן מסוימים ולא ממתחריהם...".

26. בפסיקה נקבע לא אחת כי הצורך בחוו"ד כלכלית – תחרותית המנתחת את השוק הרלוונטי באופן מפורט, הינה שאלה תלוית נסיבות.
לעניינו של הסכם כמו זה שבפנינו, ובפרט לאחר שנכתבו כבר לא מעט פסקי דין בסוגיה זו, יפים דבריו של **השופט רובינשטיין** שנאמרו כפרפרזה על אמרתו הנודעת של השופט פוטר סטויארט: "כשאני רואה הגבל, אני יודע זאת" (ע"פ 2560/08 **מדינת ישראל - רשות ההגבלים העסקיים נ' ירון וול**, פס' צ"ו (פורסם בנבו, 06.07.2009)).

27. לאור כל זאת, אני סבור כי אין עוד מקום להכחיש את המוחש. מדובר בהסדר אשר בוודאי ולכל הפחות **עלול** לפגוע בתחרות, וטענותיה של דלק בעניין זה נדחות. כך גם קבעו רוב ואולי כל המותבים שדנו בסוגיית תחנות הנכים, ראו בין היתר: עניין **בסט**, פס' 116, 121; עניין **שר**, פס' 12; עניין **עובד**, פס' 14; ת"א (מחוזי ירושלים) 1000/95 **פז חברת נפט בע"מ נ' דוד עמוס**, פס' 30-28 תשס"ב(1) 337 (2002) (להלן: עניין **עמוס**). וכן ראו עמדת היועמ"ש 2008, פס' 119-124.

28. <u>משקבעתי כי תניית הבלעדיות הינה הסדר כובל לפי ס' 2(א) לחוק ההגבלים, אדרש לטענות דלק בדבר תחולתן של הוראות הפטור הקבועות בס' 3 לחוק</u>.

29. **<u>ס' 3(1): הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין</u>**. דלק טענה כי ההסכמים בינה לבין כסלו חוסים תחת הפטור האמור, שכן הם נקבעו עפ"י דין ולכל הפחות הם בכלל דוקטרינת "מעשה מדינה" המוכרת במשפט האמריקאי. טענה זו מבוססת בעיקר על המלצות דו"ח צ'חנובר ועל הטענה כי המנהל היה מעורב בניסוח ההסכמים.

דין הטענה להידחות. החוק קובע מפורשות כי רק הסדר שכל כבילותיו נקבעו **<u>עפ"י דין</u>** חוסה תחת הפטור. פרשנות המונח "עפ"י דין" ידועה ומקובלת והיא הוגדרה במשפטנו בס' 3 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981; שילוב הגדרות המונחים: "דין", "חיקוק", "חוק" ו"תקנה" הקבועים באותו סעיף מעלה כי בנוגע לענייננו דין הוא חוק או תקנה בת פועל תחיקתי.

דו"ח צ'חנובר כמו גם מעורבות ניסוחית כזו או אחרת של מינהל מקרקעי ישראל אינם עולים כמובן כדי חוק או תקנה ומשכך אין תחולה בענייננו לפטור זה. דוקטרינת "מעשה מדינה" הנוהגת במשפט האמריקאי כבודה במקומה מונח, אך היא לא אומצה כלשונה לתוככי המשפט הישראלי אשר תחם את הפטור בגין מעורבות המדינה בקביעת הסדרים כובלים למקרים בהם ההסדר נקבע **עפ"י דין**. ראו עוד: פס"ד **בסט**, פס' 125-123; פס"ד **עמוס**, פס' 33-32; פס"ד **שר**, פס' 28; עמדת היועמ"ש 2008, פס' 177-155.

30. **<u>פטור נוסף לו טוענת דלק, מושתת על "רגלי" ס' 3(2) המקנה פטור ל:</u>**
<u>הסדר שכל כבילותיו נוגעות לזכות השימוש באחד הנכסים הבאים:</u>
<u>...סימן מסחרי... ובלבד שנתקיימו שניים אלה –</u>
א. <u>ההסדר הוא בין בעל נכס כאמור ובין מקבל זכות השימוש בו;</u>
ב. <u>אם נכס כאמור טעון רישום על פי דין – שהוא נרשם;</u>

גם דין טענה זו להידחות כפי שנדחתה בכל פסקי הדין שעסקו בסוגיית תחנות הנכים, וחבל ומיותר שחברות הדלק שבות ומעלות אותו כסעיף פטור החל בעניינן. בקצרה ייאמר כי הכבילות בענייננו אינן נוגעות לזכות השימוש בסימן המסחר של דלק, אלא להסכם בדבר בלעדיות רכישת מוצרי דלק מן הנתבעת. איני מוצא כל אפשרות לפרש את החוזה ככזה שתכליתו הגנה על סימן המסחר של דלק. אני סבור כי תכליתו של הפטור להעניק הגנה לבעל סימן מסחר רשום על קניינו הרוחני, ולא להתיר כריתת הסכמים בלתי חוקיים לאספקה בלעדית, באצטלה של הגנה על סימן מסחר.

31. **<u>פטור נוסף לו טוענת דלק "נשען" על הוראת ס' 3(3) הקובע פטור במקרה בו ההסדר הינו:</u>**
<u>הסדר, בין מי שמקנה זכות במקרקעין לבין מי שרוכש את הזכות, שכל כבילותיו נוגעות לסוג הנכסים או השירותים בהם יעסוק רוכש הזכות באותם מקרקעין.</u>

שני תנאים לתחולתו של פטור זה, ושניהם נתונים במחלוקת בענייננו:
התנאי הראשון עניינו בזהות הצדדים להסדר - "הסדר בין מי שמקנה זכות במקרקעין לבין מי שרוכש את הזכות".
התנאי השני נוגע לתוכנו של ההסדר וקובע כי הסדר "שכל כבילותיו נוגעות לסוג הנכסים או השירותים בהם יעסוק רוכש הזכות באותם מקרקעין" יזכה בפטור.

כמו התובע והנתבעת בענייננו, גם בתי המשפט שדנו בסוגיית תחנות הנכים, נחלקו בשאלת תחולתם של שני תנאי הסעיף בעניינן של תחנות הנכים.

היו מותבים שקיבלו את טענת הפטור הזו (ראו לדוגמה: ת"א (מחוזי ירושלים) 1642/97 **פז חברת נפט בע"מ נ' גד שרלין** 43-41 (פורסם בנבו, 30.12.2001); ת"א (מחוזי חיפה) 10821/97 **פז חברת נפט בע"מ נ' אליהו ממן**, פס' 37-35 (פורסם בנבו, 02.09.2002)) והיו שדחו אותה (ראו לדוגמה: פס"ד **בסט**, פס' 138; פס"ד **עמוס**, פס' 36-35) ופסק דיני בעניין **שר**, פס' 33-30. וכן ראו עמדת היועמ"ש 2008, פס' 194-178).

דעתי בעניין זה הובאה בעניין שר. אני סבור כי אין צורך להכריע בפרשנות המונחים "מקנה הזכות" ו"רוכש הזכות" הקבועים בסעיף, ואף אין צורך להכריע בשאלת המעמד הקנייני של דלק מחד וכסלו מאידך ביחס למקרקעי התחנה, שכן לדידי, התנאי השני הקבוע בסעיף גוזר את גורלה של טענת הפטור מכוח ס' 3(3) לדחייה.

לשון החוק ברורה. "הסדר שכל כבילותיו נוגעות <u>לסוג הנכסים או השירותים</u> בהם יעסוק רוכש הזכות" חוסה תחת הפטור.

אני סבור כי **<u>זהותו</u>** של ספק השירותים, אינה נוגעת בשום אופן **<u>לסוג</u>** הנכסים או השירותים. סוג שירותים לחוד וזהות הגורם שמספק אותם לחוד. הסעיף מתיר למקנה הזכות להגביל את רוכש הזכות בעניין סוג הנכסים שבהם יעסוק הרוכש על מקרקעיו של מקנה הזכות, אך אין הוא מתיר לו להגביל את רוכש הזכות בדבר זהות הספקים עימם יעבוד באותו סוג מוצרים או שירותים בהם הוא עוסק. אני סבור כי אילו ביקש המחוקק להתיר לבעל הזכויות בקרקע להטיל על רוכש הזכות מגבלה דרקונית שכזו אשר השפעותיה על התחרות החופשית אינן מוטלות בספק, היה מנסח את הסעיף בהתאם, ומשלא נהג כך לא ניתן לטעון לתחולת הפטור כאשר עסקינן בהגבלת **<u>זהות ספק המוצרים</u>** כפי שארחיב מיד.

32. כידוע, מלאכת הפרשנות של דבר חקיקה מתחילה בלשון החוק, והיא אף נגמרת בה, מקום שהלשון אינה סובלת יותר מפירוש אחד. כך לדוגמה בע"א 8622/07 **אהוד רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ**, פס' 34 (פורסם בנבו, 14.05.2012): "פרשנות החקיקה נפתחת בבחינתו של מרכיב הלשון. בשלב זה עלינו לחלץ ממילות החוק את שלל המשמעויות המצויות במתחם האפשרויות הלשוניות ולהסיר מדרכנו את אלה הנעדרות כל עיגון לשוני. בתום הסינון יוותרו לנו אך ורק משמעויות שהלשון יכולה לסבול... ככל שהשלב

הראשון מותיר אחריו יותר מאפשרות אחת, יהא עלינו לבחור מבין החלופות הקיימות את זו שמגשימה באופן מיטבי את תכליתו של החוק".

וכך נאמר עוד בבג"ץ 6301/18 **השופטת רונית פוזננסקי כץ נ' שרת המשפטים**, פס' 4 לפס"ד של **כב' השופט סולברג** (פורסם בנבו, 27.12.2018): "למדנו ושנינו: "גבול הפרשנות הוא גבול הלשון" (ע"א 1900/96 טלמצ'יו נ' האפוטרופוס הכללי, (פ"ד נג(2) 817, 827 (1999)). אין להלום פרשנות אשר נעדרת עיגון בלשון החוק.

לא נחרוץ אפוא לשון במלאכתנו כפרשני-החוק, ולא נסיג את גבולו של המחוקק. במסגרת שלב הפרשנות הלשוני, "יש לאתר את כל האפשרויות הפרשניות שיש להן ולו 'נקודת אחיזה ארכימדית' בלשון החוק" (ע"א 74/15 **מנהל מיסוי מקרקעין רחובות נ' גזית גלוב ישראל (פיתוח) בע"מ**, [פורסם בנבו] פסקה 14 (14.12.2017)). אכן, זהו מבחן רחב, אך אין להרחיבו עד בלי די".

33. אני סבור כי יפים הדברים לענייננו. לשון החוק ברורה ואיני רואה צורך לפנות לתכלית דבר החקיקה, אף כי אני סבור שגם פנייה אל התכלית לא הייתה משנה את התוצאה. החוק פוטר הסדר הנוגע לסוג הנכסים או השירותים ולא כזה הנוגע לזהות ספק אותם שירותים או נכסים. לאור האמור, איני מוצא מקום לקבל את טענת דלק כי תניית הבלעדיות האוסרת על כסלו להתקשר בהסכם אספקה לקבלת מוצרי דלק מחברה מתחרה, נוגעת **<u>לסוג הנכסים או השירותים</u>** שכסלו מקבל.

34. בשולי הדברים אציין, כי אני ער לניסיון "המלאכותי" של דלק להציג את מוצריה כשונים באופן מהותי ממוצרי חברות מתחרות (ראו ס' 61 לסיכומי דלק) ובכך לטעון, כי מדובר בכבילה ביחס לסוג המוצרים, אך דינה של טענה זו להידחות מכל וכל.

ראשית, תניית הבלעדיות עוצבה כך שהיא לא מגבילה את כסלו, ביחס לסוג המוצרים אלא ביחס לזהות הספק, ולכן אף אם קיים שוני בין מוצרים מסוימים של דלק לבין מוצרי חברות מתחרות, שוני זה אינו עומד בליבת תניית הבלעדיות ואינו מכריע את השאלה הפרשנית לטובת דלק. לאמור, תכליתה של תניית הבלעדיות אינה נוגעת להגבלת סוג הנכסים או השירותים בהם יעסוק כסלו, אלא לזהות הספק.

שנית וחשוב מכך, גם אם ביחס למוצרים מסוימים כגון חנויות הנוחות וכדומה קיים שוני מהותי, בין מוצרי דלק למוצרי חברות מתחרות (ולא כך) הרי שלא מדובר בהסדר **<u>שכל כבילותיו</u>**

נוגעות לסוג הנכסים בהם יעסוק רוכש הזכות, שכן, עיקר עניינה של כבילת הבלעדיות נוגעת לאספקת מוצרי הדלק עצמם אשר בעניינם אי אפשר שייטען כי קיים שוני מהותי בין מוצרי חברות הדלק השונות.

35. לאור זאת וכאמור כבר, איני רואה עוד צורך לעסוק בתנאי הראשון של הסעיף ודי בדברים אלו על מנת לדחות את טענת הפטור מכוח ס' 3(3) לחוק ההגבלים. ראו עוד: פסקי הדין **עמוס, בסט ושר** שם; דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג, עמ' 678 (אבירם הוצאה לאור בע"מ, 2003); מיכל (שיצר) גל ומנחם פלרמן **ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים** כרך ראשון, עמ' 479 (נבו הוצאה לאור בע"מ, 2008).

36. **<u>סיכומו של פרק זה אם כן - תניית הבלעדיות שנכרתה בין חברת דלק לבין כסלו במסגרת המערכת ההסכמית, הינה הסדר כובל פסול בהתאם להוראות חוק ההגבלים</u>**.

<u>המערכת ההסכמית כחוזה אחיד בעל תניות מקפחות</u>

37. כסלו טען כי המערכת ההסכמית שנכרתה בינו ובין דלק הינה "חוזה אחיד" כמשמעותו בחוק החוזים האחידים וכי החוזה מכיל תניות מקפחות שדינן להיבטל בידי ביהמ"ש. דלק השיבה לטענה זו אף לגופה, אולם נוסף על כך היא העלתה (בס' 45 לכתב ההגנה ובס' 93 לסיכומים) טענה מקדמית בדבר **התיישנות עילת התביעה**.

לאחר העיון מצאתי לקבל את טענת ההתיישנות ולדחות את התביעה מכוח חוק החוזים האחידים, אך בטרם אנמק קביעתי אציין ואדגיש כי מעת שקבעתי כי המערכת ההסכמית הינה הסדר כובל פסול, לא תהא עוד נפקות לשאלת תחולתו של חוק החוזים האחידים בענייננו.

38. ס' 2 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958 קובע כי "**תביעה לקיים זכות כל שהיא נתונה להתיישנות, ואם הוגשה תובענה על תביעה שהתיישנה וטען הנתבע טענת התיישנות, לא יזדקק בית המשפט לתובענה, אך אין בהתיישנות בלבד כדי לבטל את הזכות גופה**".

ס' 6 לאותו חוק קובע כי: "**תקופת ההתיישנות מתחילה ביום שבו נולדה עילת התובענה**".

בקשר למונח "עילת התובענה" נקבע כי: "**בהקשרם של דיני ההתיישנות, קבעה הפסיקה כי עילת התובענה נוצרת כאשר מתקיימות כל העובדות החיוניות המגבשות בידיו של התובע כוח להגיש תובענה ולזכות בסעד המבוקש (ראו: <u>ע"א 9245/99</u> ויינברג נ' אריאן, פ"ד נח(4) 769,**

789 (2004); עניין רובאב, בפסקה 18; ע"א 6623/11 אלבו נ' פלדמן, פסקה 8 (2.1.2014); טל חבקין התיישנות 137 (2014)" (ע"א 2262/17 **פז חברת נפט בע"מ נ' ישראל דיעי**, פס' 48 (פורסם בנבו, 02.07.2019)).

39. לעניינם של חוזים אחידים קבע ביהמ"ש העליון ברע"א 6734/09 **סלון ירושלים מוצרי חשמל בע"מ ואח' נ' כלליר תפעול ואחזקה בע"מ** (פורסם בנבו, 26.08.2012) (להלן: הלכת **סלון ירושלים**) כי מרוץ ההתיישנות מתחיל עם כריתת החוזה. כך הם דבריו של **כב' השופט הנדל** בפס' 8: "**העילה נוצרה מכח ההסכמה להתקשר בחוזה הכולל תנאי מקפח. כריתת החוזה אינה אירוע המתרחש בכל יום מחדש, אלא עסקינן בהתנהגות שהתרחשה פעם אחת במועד מסוים בעבר, וממנו יש להתחיל את מניין הימים לצורך ההתיישנות**".

40. בכל הנוגע לענייננו, אין מחלוקת כי המערכת ההסכמית בין הצדדים נכרתה בראשית שנות ה-90 של המאה הקודמת, בעוד התביעה שבפניי הוגשה ביוני 2009.

התובע טען בסיכומיו (ס' 46) כי התביעה "הוגשה בטרם חלפו 7 שנים מהמועד בו נודעו לתובע מלוא העובדות נשוא העילה, ובפרט – הנזקים הכספיים (ר' ס' 28 סיפא לעיל, וההפניות שבו)...".

מדובר בטענה כללית וסתומה שאין מקום לקבלה ובכל מקרה אין בכוחה להגן על התובע מפני טענת ההתיישנות;

בכתב התביעה נטען כי החוזים שנכרתו בראשית שנות ה-90 הינם חוזים אחידים הכוללים תניות מקפחות, משכך ובהעדר הוכחה לסתור, מירוץ ההתיישנות מתחיל עם כריתת החוזים כפי שנקבע בהלכת **סלון ירושלים**.

ידיעת התובע אודות מלוא היקף הנזק שנגרם לו אינה נדרשת לצורך גיבוש עילת התביעה לפי חוק החוזים האחידים, ובאופן כללי נקבע לא פעם (גם בעניינה של הגשת תביעה נזיקית), כי מרוץ ההתיישנות מתחיל עוד בטרם נודע לתובע מלוא היקף הנזק, ובלבד שהוא מודע לעצם קיומו של נזק ממשי (ראו פסק דינו של חברי **כב' השופט י' שפסר** בת"א (מחוזי מרכז) 13751-04-13 **אחים ויקטור יוסף ונפתלי בע"מ נ' כלמוביל בע"מ**, פס' 15 (פורסם בנבו, 05.08.2015) וההפניות שם).

41. **אם כן, טענת ההתיישנות מתקבלת וחוסמת את בירור עילת התביעה מכוח חוק החוזים האחידים. לאור זאת, כמו גם לאור קביעתי כי המערכת ההסכמית בין כך ובין כך פסולה בהיותה הסדר כובל פסול לפי חוק ההגבלים, איני נדרש להכריע במחלוקות שבין התובע והנתבעת לגוף הטענות מכוח חוק החוזים האחידים**.

42. בשולי הדברים אציין עוד, כי אני ער לכך שבמסגרת סיכומי התשובה, העלה התובע טענת הגנה חדשה כנגד טענת ההתיישנות, לפיה כיוון שעילת התביעה מכוח חוק החוזים האחידים משמשת גם כטענת הגנה של התובע בתביעה שכנגד יש לדחות את טענת ההתיישנות.

אני סבור כי אין מקום שאזקק לטענה זו. תקנה 158(א)(6) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 קובעת כי: "**בית המשפט רשאי להרשות לבעל דין שסיכם את טענותיו תחילה להשיב לסיכומו של בעל דינו, אם ראה שהדבר דרוש להבהרת טיעון שהושמע בפניו**".

מטרתם של סיכומי התשובה אם כן, להשיב לסיכומי הנתבעת ולהבהיר דברים שכבר נטענו במסגרת סבבי הטיעון הקודמים.

סיכומי התשובה אינם "פלטפורמה" להשלים טענו שלא ניטענו ולא נועדו לאפשר לתובע לערוך מקצה שיפורים ולחשוב על טענות חדשות ונוספות אשר לא בא זכרן בהליך או בסיכומיו הראשיים של התובע. עריכת מקצה שיפורים במסגרת סיכומי התשובה מצדו של התובע פוגעת בזכויותיה הדיוניות של הנתבעת אשר אינה מורשית להגיב על הדברים.

כך נאמר לעניין זה בע"א 908/01 **יכין יצוא (תוצרת חקלאית טריה) בע"מ** נ' **TENGELMAN WARENHANDELSGELLSCHAFT M** (פורסם בנבו, 3.1.2002): "**העלאתה של טענה, לראשונה, במסגרת של סיכומי תשובה, נוטה לפגוע בצד שכנגד, הואיל והיא מונעת ממנו להגיב לטענה זו במסגרת טיעונו הכתוב. בכך יש כדי להקנות למערער יתרון בלתי הוגן, ועל כן נמנע בית המשפט לא אחת מלדון בטענות מסוג זה, אשר לא ניתנה למשיב הזדמנות נאותה להתייחס אליהן...**" ראו עוד: ת"א (מחוזי י-ם) 3237/01 **מדינת ישראל נ' מקור הנפקות וזכויות בע"מ**, פס' 10 (פורסם בנבו, 06.11.2008); תנ"ג (כלכלית) 22577-06-15 **אליעזר פורמברג נ' בר-רב מפעלי תעשיה והשקעות בעמ**, עמ' 5 (פורסם בנבו, 23.07.2017).

43. בענייננו, **טענת ההתיישנות עלתה כבר בכתב ההגנה** כאמור לעיל, ולפיכך, התובע נדרש היה להתמודד עמה במסגרת ההליך ובמסגרת סיכומיו. אכן, בס' 46 לסיכומי כסלו הוא השיב

לטענת ההתיישנות שהעלתה הנתבעת, אך לא העלה את טענתו הנ"ל. אין אפוא מקום לאפשר לתובע להעלות טענה מחודשת כנגד טענת הנתבעת להתיישנות עילת התביעה מכוח חוק החוזים האחידים, שעה שסדרי הדין לא מאפשרים לנתבעת להגיב על טענה זו. לפיכך ולאור האמור לעיל, טענת הנתבעת להתיישנות העילה מכוח חוק החוזים האחידים מתקבלת.

תוצאות אופרטיביות וסעדים

44. מהי התוצאה האופרטיבית המתבקשת לאור קביעתי כי תניית הבלעדיות מהווה הסדר כובל פסול?

כסלו טוען כי הוא זכאי לסעד הצהרתי בדבר בטלות המערכת ההסכמית בכללותה ובנוסף לכך יש לפסוק לזכותו פיצוי כספי בגין נזקי ההסדר הכובל וכן השבה חוזית והשבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

לחילופין ובאם ייקבע כי המערכת ההסכמית אינה בטלה מעיקרא, יש לפסוק לטובתו פיצויים בגין הפרת חוזה.
דלק טוענת כנגדו, כי לכל היותר יש להורות על בטלות המערך החוזי, אך לא כך לגבי חכירת המשנה, ואם ימצא ביהמ"ש בכל זאת לבטל את חכירת המשנה, יש לבטל יחד אתה גם את זכות החכירה הראשית של כסלו. בנוסף, דלק מבקשת כי ככל שיבוטל המערך החוזי, ייקבע מנגנון שיפוי אלטרנטיבי לטובתה עבור השקעותיה בתחנה (אשר לטענתה, טרם הוחזרו) וזאת באמצעות דוקטרינת ביצוע בקירוב של חוזה שביצועו סוכל.

45. תחילה אדרש לסעד ההצהרתי ולאחר מכן לתביעה הכספית ההדדית.

סעד הצהרתי:

46. כפי שקבעתי בעניין **שר** אני סבור גם בענייננו כי יש להורות על בטלות המערכת ההסכמית כולה, תוך שחרור מוחלט של תחנת כסלו מזיקתה לחברת דלק, וזאת מן הטעמים שיפורטו מיד.

47. <u>מערך הזכויות במקרקעי התחנה</u>: אני סבור כי דלק מנסה להפוך את היוצרות בטענתה כי היא בעלת מעמד קנייני חזק ויציב בקרקע, בעוד מעמדו של כסלו רופף וחסר תוכן קנייני ממשי.

בדבריה אלה, מבקשת דלק כי נשקיף על החכירה המשנית שלה בקרקע כזכות הקניינית הדומיננטית במקרקעי התחנה, בעוד החכירה הראשית אינה אלא ביטוי לעיגון מעמדו של כסלו כמפעיל התחנה לצורך שיקומו. ההשלכה של טענה זו היא ברורה – אין לנשל את דלק מזכותה הקניינית, אף אם חלק מן המערך ההסכמי שבין הצדדים איננו חוקי. ואולם, אני סבור כי מדובר בתיאור שגוי של מפת הזכויות בקרקע וכמעט שאומר כי ההפך הוא הנכון.

48. המדינה ביקשה לדאוג לשיקומם של נכי צה"ל ולצורך כך החליטה להחכיר להם מקרקעין לטובת הקמת תחנות תדלוק שיהוו מקור פרנסה עבורם. זהו ההסכם הראשי והמרכזי בקרקע והוא משקף את הזכות הקניינית הברורה של כסלו במקרקעי התחנה.

כפי שפירטתי בראש פסק הדין, תכנית השיקום נקלעה לקשיים לאור בעיית הנכים להעמיד מימון לטובת הקמת התחנה, ולפיכך נקבע המתווה, המערב את חברות הדלק בתוכנית השיקום, כאשר הם יביאו עימם את "הנדוניה" - השקעה הונית לצורך הקמת התחנה.

אין כל ספק כי ההצדקה המוסרית והמשפטית להענקת זכות קניינית במקרקעי מדינה חינם אין כסף וללא מכרז, מבוססת על הערך העליון של הכרת הטוב כלפי נכי צה"ל על פועלם והקרבתם למען המדינה, ועל חובתה המוסרית של המדינה לדאוג לשיקומם ולרווחתם. אין ולא הייתה אפוא כל הצדקה להעניק לחברה מסחרית זכויות קניין במקרקעי מדינה, וברור לכל כי הזכות הקניינית ניתנה בראש ובראשונה לנכים, ומדובר בזכות ממשית, מהותית ובוודאי שהיא אינה פיקטיבית או "משכון מוסווה" כטענת דלק. לטעמי, דווקא חכירת המשנה היא שניתנה כחלק מן המארג ההסכמי שנועד להבטיח את זכויותיה הכלכליות של דלק בפרויקט השיקום ועל כך עוד בסמוך.

49. אצטט לעניין זה מדבריה של **כב' השופטת פרוקצ'יה** בעניין **עמוס** (פס' 36): "**המערכת החוזית בעניינו יצרה הסדר משפטי מורכב ובלתי שיגרתי אשר שותפים לו גורמים שונים. הסדר זה יצר מערכת זכויות וחובות חוזיות שתכליתן, מצד אחד, להקנות למפעיל התחנה זכויות הפעלה במסגרת הסדר שיקום, ומצד אחר, להבטיח את זכויותיה הכלכליות והעסקיות של חברת הדלק שאפשרה את מימוש ההסדר על דרך מימונה את הקמת התחנה ואחזקתה. עם זאת, אין בתשתית זו כדי להפוך את תמונת הזכויות המשפטיות הנובעות מהמערכת החוזית על פיה. נקודת המוצא במערכת זו היא כי מקרקעי התחנה הם בבעלות המדינה; עמוס הוא חוכר ראשי של קרקע המנהל, והקניית החכירה הראשית לו אפשרה את הקצאת קרקע המדינה ללא מכרז במסגרת הסדר שיקום, דבר שלא ניתן היה לעשות אילו הוקצתה הקרקע לחברת הדלק בחכירה ראשית. משכך, ברי כי עמוס רוכש את זכותו למקרקעין מכוחו של המנהל ולא**

מכוחה של פז. המנהל הוא הגורם שמכוחו מוקנות זכויות המקרקעין לעמוס, ומכוחו של המנהל, ובאמצעות חוזה עם עמוס, רוכשת גם פז זכויות בקרקע. פז אכן זכתה בהגנות חוזיות שונות להבטחת זכויותיה הכספיות עקב השקעותיה בתחנה, וביניהן גם זכויות שונות לגבי המקרקעין של התחנה, אולם תשלובת זו של חובות וזכויות הדדיות עדיין אינה הופכת את היוצרות באופן שניתן להשקיף על פז כבעלת הקניין הראשי ועל עמוס כמי שרכש את זכויותיו במקרקעין מכוחה".

ראו עוד: עש"א (מחוזי י-ם) 15570-10-14 **מ.ח.ע. משקי חבל עזה בע"מ נ' ועדת הזכאות בהתאם לחוק יישום תכנית ההתנתקות התשס"ה-2005**, פס' 20-12 (פורסם בנבו, 02.07.2017).

50. על גבי הסכם החכירה הראשית, נכרתה מערכת הסכמית מול חברות הדלק השונות, אשר מטרתה עיגון **מחויבות** חברת הדלק להקמת התחנה מחד, ועיגון **זכויותיה** של החברה כנגד השקעה זו, מאידך.

בליבת הסכמים אלו, עומדת תניית הבלעדיות ארוכת הטווח מושא דיוננו, שהיא משקפת את התמורה הריאלית המרכזית בה זכתה חברת הדלק עבור השקעותיה; היא משקפת שווי כלכלי ריאלי עבור חברות הדלק, והיא עצם הלוז של התמורה שהוענקה לחברות הדלק כנגד חלקן בהסכם.

לצורך אבטחת תניית הבלעדיות למשך כל תקופת החכירה הראשית, שוריינה זכותה של חברת הדלק לאכיפת ההסכם האופרטיבי בדבר בלעדיות האספקה, באמצעות הסכם חכירת משנה. הסכם חכירת המשנה אינו משקף ערך כלכלי ריאלי עבור דלק ומטרתו הייתה כבילת כסלו אל חברת דלק. פרשנות זו נתמכת בהתחייבותה של דלק **כי החוזה הקמעונאי** המעניק לכסלו את הזכות להפעלת התחנה **<u>ינהג משך כל תקופת החכירה</u>** (ראו ס' 5 להסכם הקמעונאי. נספח א(3) לכתב התביעה).

51. אם כן, מטרתה של התכנית ברורה – שיקום נכי צה"ל.

אופן הביצוע גם הוא ברור כמפורט לעיל.

אין גם חולק כי חברת הדלק מילאה תפקיד משמעותי וחשוב בהוצאתה לפועל של תכנית השיקום ועל כך היא היתה זכאית לגמול ראוי. דא עקא, המערכת ההסכמית שנכרתה בין כסלו לבין דלק ואשר מטרתה הייתה הענקת תמורה <u>ראויה ולגיטימית</u> לחברת דלק עבור נכונותה

להשקיע מהונה בהקמת התחנה, מתבררת כיום **<u>כבלתי חוקית</u>**. אופן הענקת התמורה לחברת דלק, להבדיל מעצם הענקת התמורה, אינו חוקי, ולכך ישנן השלכות בלתי נמנעות; הסדר בלתי חוקי אשר פוגע או עלול לפגוע בתחרות החופשית, דינו להיבטל. מסקנה זאת איננה קשורה עם זכויותיהם ו/או חובותיהם של הצדדים הקונקרטיים להסכם, אלא תכליתה לשרת את המטרה הציבורית הרחבה שעומדת בבסיס חוק ההגבלים העסקיים והיא - הגנת התחרות החופשית.

52. לאור כל האמור ולפי שהגעתי למסקנה כי תניית הבלעדיות מהווה הסדר כובל אסור, הרי שיש להורות על בטלות ההסכם הפסול.

בטלותה של תניית הבלעדיות כשלעצמה מותירה את המערכת ההסכמית חסרת כל פשר והיגיון כלכלי או אחר. כפי שהרחבתי לעיל, תנייה זו עמדה במוקד המערכת ההסכמית שבין חברת הדלק לבין כסלו, ומשכך ביטול ספציפי שלה בנפרד אינו מותיר מערכת הסכמית בעלת משמעות.

לפי הוראת ס' 19 לחוק החוזים, ביהמ"ש יורה על ביטול חלקי של חוזה רק כאשר "ניתן החוזה להפרדה לחלקים". איני סבור כי נכון לומר בענייננו שהמערכת ההסכמית שבין דלק לכסלו ניתנת להפרדה באופן שתניית הבלעדיות כשלעצמה תבוטל, בעוד יתר פרטי ההסכמים ייוותרו על כנם. יפים לענייננו דברי המלומדת ג' שליו (גבריאלה שלו **דיני חוזים - החלק הכללי** 360 (תשס"ה): "**... מכאן שלא ניתן להפריד חוזה כאשר מטרת החוזה נמצאת בחלק המופרד דווקא או כאשר ההפרדה והביטול החלקי הצפוי בעקבותיה יהפכו את שאר החוזה לחסר ערך**".
ראו עוד: עניין **שר**, עמ' 25-26; ובאופן כללי בפסק דיני ת"א (מחוזי מרכז) 11378-02-10 **קיבוץ מעוז חיים אגודה שיתופית בע"מ נ' רשות שדות התעופה**, פס' 25-27 (פורסם בנבו, 10.12.2015).

53. אם כן נמצא, כי אין מנוס מן ההכרזה לפיה המערכת ההסכמית <u>שבין כסלו לדלק</u> תבוטל על כלל הסדריה.

אני ער לכך שתוצאה זו מובילה להפקעת זכות קניינית של חכירת משנה מן הנתבעת, אולם אני סבור כי בנסיבות אלו וכאשר זכות הקניין הוקנתה כחלק ממערכת הסכמית בלתי חוקית, דינה להיבטל יחד עם יתר חלקי ההסכם.

זאת לפי שכאמור כבר לעיל, יהא זה מלאכותי אם לא בלתי אפשרי להורות על בטלות תניית הבלעדיות כשלעצמה ולהותיר את דלק עם זכות חכירת משנה כאשר היא מרוקנת מתוכנה המהותי והתכליתי. חכירת המשנה נועדה לשריין את המערכת החוזית ובהיעדרה של האחרונה, לא ניתן לשוות לזכות החכירה משמעות הגיונית וכלכלית.

54. לעניין זה הפנתה דלק לדברי ביהמ"ש העליון בעניין **חוואסה**, ואולם אני סבור כי אין בהם כדי לסייע לדלק בענייננו.

אצטט את דברי **כב' השופטת ברון** בפס' 52-51 לפסק דינה: "**במסגרת תוצאת ביטול ההסכם יש ליתן משקל אף לכך שלפז נתונה זכות קניינית במקרקעין הנהנית מחוסן בלתי מבוטל מעצם טיבה וטבעה. כידוע, זכות החכירה לדורות היא בעלת מעמד של מעין זכות בעלות במקרקעין (ראו והשוו ע"א 8729/07 אירונמטל בע"מ נ' קרן קיימת לישראל, [פורסם בנבו] פסקאות 20–25 (12.11.2009) (להלן: פרשת אירונמטל)). אמנם בענייננו מדובר בזכות לחכירת משנה, אולם לנוכח מאפייניה הייחודיים – העובדה שמדובר בחכירה לשנים רבות, הזהות שמתקיימת בין תקופת החכירה הראשית לתקופת חכירת המשנה, והקשר שהתקיים לאורך השנים בין חוכר המשנה (בתחילה SHELL ובהמשך פז) למחכיר (קק"ל) – ברי כי לפנינו זכות קניין בעלת משקל (להרחבה על מאפייניה של חכירת המשנה ראו אמיר קמינצקי חכירה לדורות 272–279 (2011)). לא בכדי אפוא, על פי הסכם הפשרה הזכות הקניינית של פז במקרקעין פוקעת רק בשנת 2049, עם השלמת ביצועו של ההסכם ובתום תקופת החכירה הנוספת. השוואת המצב של זכויות פז בתחנה עם ביטול ההסכם במהלך תקופתו, למצב זכויותיה של פז בעת סיום ההסכם עם השלמתו, אינה עולה בקנה אחד עם העובדה שהוקנתה לפז זכות קניין; שכן התוצאה היא שבכל מקרה של ביטול ההסכם, פז מאבדת לחלוטין את זכות חכירת המשנה במקרקעין – וזאת גם במקרה שהמשיבים הם אלה שמפרים את הסכם הפשרה. לעומת זאת, פרשנות שלפיה ביטול הסכם הפשרה מותיר את זכות הקניין בידי פז (תוך שעומדת לה זכות הבלעדיות המצומצמת), מתיישבת עם טיבה של הזכות והחשיבות שנודעה לה בהסכם הפשרה, כמו גם בהסכמים קודמים שנכרתו בין הצדדים ובחיוב להביא לרישום זכויות החכירה במקרקעין כפי שקיבל ביטוי בפסיקתא.**
כפי שכבר צוין, יש קושי ממשי בפרשנות שלפיה בכל מקרה של ביטול הסכם הפשרה צד אחד "זוכה בכל הקופה" (המשיבים) בעוד הצד השני מפסיד הכל (פז) – וזאת גם במקרה שהמשיבים הם אלה שמפרים את ההסכם".

ביהמ"ש עומד על תוקפה של הזכות הקניינית של חברת הדלק ועל כך אין חולק כמובן. ואולם, בעניין **חוואסה** נדרש ביהמ"ש לפרשנות **הסכם פשרה** שנחתם בין שני צדדים, ובמסגרת זו הוא קובע כי אין לפרש את ההסכם הספציפי שעמד להכרעה לפניו, כך שכל הפרה שלו תוביל לביטול הזכות הקניינית (וכן לביטול זכות בלעדיות מצומצמת) של חברת הדלק.

אין בכך כמובן, כדי לגזור דבר לעניין תוצאה של היקף הבטלות הנגזר מהכרזת בית משפט מוסמך כי מערכת הסכמית הינה בלתי חוקית. לא לחינם ציטטתי לעיל את דברי **כב' השופטת ברון** לעניין זה בשלמותם; ציטוט מלא של הדברים מציג אותם בהקשרם הנכון, ומבהיר לטעמי, כי הם רלוונטיים לנסיבות תיק **חוואסה** בלבד.

55. טענה נוספת עלתה מפי הנתבעת: לא ניתן להורות על בטלות המערכת ההסכמית לרבות חכירת המשנה מבלי להורות על בטלות החכירה הראשית. דין טענה זו להידחות מכל וכל.

<u>ראשית</u> ועל יסוד כל האמור לעיל, החכירה הראשית הינה זכות שהעניקה המדינה לנכה והיא נפרדת מן המערכת ההסכמית שבין הנכה לחברת הדלק אשר מסדירה את אופן מימושה של הזכות. המערכת החוזית בין דלק לבין כסלו לרבות שטר חכירת המשנה שהינו חלק משריון אותה מערכת הסכמית, נועדו להתוות דרך ישימה למימוש הזכות של כסלו בתחנה, אך זכות החכירה הראשית אינה כרוכה ותלויה במערכת הסכמית זו. דברים אלה אני כותב לאחר שלא שוכנעתי מטיעוני דלק כי מדובר במערכת הסכמית אחת רחבה בעלת שלושה צדדים; פירטתי לעיל בהרחבה כיצד אני סבור שיש לנתח את מערך הזכויות במקרקעי התחנה ומה מקומם של שני הסכמי החכירה – הראשית והמשנית בתוך מארג זה. אני ער לטענת דלק בדבר חתימת המדינה על שטר חכירת המשנה, אך אין בכך כדי להעיד כי היא הייתה צד להסכם. חתימת המדינה הוספה בהיותה המחכירה הראשית של הקרקע, אך מובן כי הסכם החכירה המשנית משקף הסכם בין כסלו כחוכר ראשי לבין דלק כחוכרת משנה.

<u>שנית</u>, דין טענה זו להידחות כבר בהיבט הדיוני. המדינה אינה צד להליך שבפניי, ובהתאם לכך הסכם החכירה הראשית שבינה לבין כסלו אינו נתון לדיון במסגרת הליך זה. לפיכך אני סבור כי אין הנתבעת זכאית לטעון בשם המדינה לביטול הסכם החכירה הראשית, ולכן אף אם הייתי סבור שיש ממש בטענות דלק בעניין זה (ולא כך), אין מקום למתן סעד בדמות בטלות חוזה החכירה שבין המדינה לבין כסלו כאשר המדינה איננה צד להליך שבפניי.

56. <u>כעת אדרש בקצרה לטענות הצדדים בעניין **עמדת רשות מקרקעי ישראל**</u>.

ביום 7.6.2016 הגישה הנתבעת בקשה לצירוף ראיה חדשה – עמדת רמ"י בתיק 38307-08-15. בהתאם להחלטתי מיום 30.7.2016 הגישה רמ"י ביום 21.12.2016 התייחסות כתובה ביחס לרלוונטיות עמדתה הנ"ל להליך שבפניי, וכמו כן, התייצבה נציגת המדינה לדיון שהתקיים באותו יום.

בקצרה ייאמר כי לעמדת רמ"י, בהסתלק נכה צה"ל - החוכר הראשי לבית עולמו, כי אז אין יורשיו באים בנעליו, והמדינה רשאית להעניק את זכות החכירה לנכה אחר, זאת בכפוף לזכות חכירת המשנה של חברת הדלק בקרקע.

57. הנתבעת בענייננו מבקשת להסתמך על עמדה זו לחיזוק טענותיה בדבר פרשנות מערך הזכויות בקרקע. לטענתה, עמדה זו מחזקת את דבריה כי זכות החכירה הראשית לא נועדה אלא לשם שריון זכות הנכה להפעלת התחנה, ומאידך, זכויותיה שלה במקרקעי התחנה הינן בעלות מעמד יציב והן אינן תלויות בזכויות הנכה. אני סבור, כי לעמדת רמ"י אין נפקות בענייננו.

השאלה האם זכות החכירה הראשית עוברת בירושה אם לאו, היא שאלה נכבדה, ואם וכאשר תעלה ותבוא לפני בית המשפט, הוא יידרש להכריע האם הצדק עם רמ"י בעמדתה אם לאו. ואולם, לכך אין השפעה על מערך הזכויות הנוכחי בקרקע. כאמור לעיל, החכירה הראשית של כסלו בקרקע היא ברורה ויציבה, וכמו כן, אין חולק כי נכון להיום לדלק יש זכות חכירת משנה בתחנה. שאלת זכות הנכה להורשת החכירה הראשית, איננה נוגעת למהותה ותוקפה של הזכות כפי שהיא כעת, ולפיכך אין בה כדי להשפיע על נושא דיוננו.

58. למעלה מן הצורך אציין גם לגופם של דברים, כי בדיון שנערך בפניי, גם באת כוח המדינה שללה את דבריה של הנתבעת וכך אמרה: "**עמדת המדינה מאד פשוטה, יש את הסכם החכירה הראשי, לגבי זכויות חוכרת המשנה זה לא זכויות שעומדות בחלל ריק, אין חיה כזאת חוכרת משנה בלי חכירה ראשית. יכול להיות זמן מאד מצומצם שאין חוכרת ראשית... אנחנו מנסים לצפות את העתיד גם במקרה של פטירה יש הסכם ספציפי, בית המשפט שיבוא בפניו העניין יצטרך להכריע. אבל לבוא ולהקדים את המאוחר ולהגיד שזו עמדת המדינה זה לא נכון**" (פרוטוקול הדיון מיום 21.12.2016, עמ' 44, שו' 27-21).

59. **<u>לסיכום המסקנה האופרטיבית בעניין הסעד ההצהרתי</u>**: המערכת ההסכמית שבין דלק לכסלו בטלה כליל ולא ייוותרו עוד זכויות לדלק (לרבות זכות חכירת משנה) בתחנת כסלו. מובן, כי זכויות כסלו לרבות זכות החכירה הראשית של הקרקע נותרות בעינן.

<u>סעדים כספיים</u>:

60. כעת לשאלת הפיצוי הכספי. אקדים אחרית לראשית ואומר כי הגעתי לכלל מסקנה שאין מקום להעניק סעד כספי לכסלו מחד, ואף לא לדלק מאידך, וזאת מן הטעמים שאפרט בסמוך.

61. כסלו טוען כי הוא זכאי לפיצוי כספי בגין ההסדר הכובל לפי ס' 50 לחוק ההגבלים, ולחילופין הוא זכאי להשבה חוזית/השבה עפ"י דיני עשיית עושר ולא במשפט.

דלק טוענת כי כסלו לא זכאי לכל פיצוי שהוא, ואדרבה היא שזכאית לקבלת פיצוי מכסלו. לדידה, תוצאה כמו זו שאליה הגעתי, מכתיבה צורך בקביעת מנגנון פיצוי שיהווה אלטרנטיבה למערכת ההסכמית שעיגנה את זכויותיה הכלכליות עבור השקעתה בהקמת התחנה. לטענתה, על ביהמ"ש להורות על ביצוע בקירוב של החוזה וזאת באמצעות קביעת דמי שימוש ראויים שיעלה לה כסלו מידי חודש בחודשו.

62. אפתח בתביעתו של כסלו. אני סבור כי כסלו אינו זכאי לפיצוי כספי בגין ההסדר הכובל וזאת משני טעמים עיקריים:

<u>ראשית</u>, כפי שכתבתי באריכות בפסה"ד **שר** (ראו פס' 42-54) דעתי נוטה לכך שעל דרך הכלל צד להסדר כובל שנקשר בהסכם ללא כפייה, לא יישמע בתביעת פיצויים לפי ס' 50(א) לחוק. לא אחזור שוב על הנימוקים שפורטו שם בהרחבה, רק אבקש להוסיף ולחדד מעט את דבריי לאורה של הלכת **טבעול** הנזכרת. בהלכת **טבעול** התחבטו שופטי ביהמ"ש בין היתר בשאלה האם ראוי לפתוח את דלתי בית המשפט בפני צד להסדר כובל המבקש להשתחרר ממחויבותו לחוזה שכרת. דעת הרוב קבעה כי על אף שיש טעם לפגם בכך שצד להסדר כובל מבקש להשתחרר מהסכם שנחתם מרצונו החופשי והמלא, ידה של התחרות החופשית גוברת ומורה כי אין להותיר הסדר כובל פסול על כנו רק משום שהטוען לביטולו היה שותף לכינון אותו הסכם פסול. ביהמ"ש קובע כי האינטרס הציבורי בדבר תחרות חופשית עומד מנגד ומטה את הכף לטובת ביטולו של ההסדר הכובל, **וזאת על אף שהעותר כשלעצמו לא היה זכאי לשחרור <u>ממחויבות אליה נכנס בלב פתוח ובנפש חפצה.</u>**

63. כך היא לשונו של **כב' השופט חשין** (פס' 53): "**אכן, טענת אי־חוקיות הנשמעת מפיו של נתבע מִסְבה אי־נחת רבה. פלוני כרת מרצונו הסכם עם תובע, ובמהלך הדברים הרגיל אף נהנה מפירותיו. והנה עתה, סב הוא פלוני על עקביו, מתכחש הוא לחיובים שנטל על עצמו ונושא הוא ברמה דגל של שמירת שלטון החוק. נתבע מעין־זה אפשר נבוז לו בלבנו, והיה הוא בעינינו כטובל ושרץ בידו. עם זאת תהא הרגשתנו רעה כאשר תהא, חייבים אנו להשיב על שאלה**

התובעת פתרון במפגיע, והשאלה היא: האם נסב ראשנו אל־צד ונתעלם מאי־החוקיות, או שמא נסיק את המסקנה הנדרשת ונמנע סעד מן התובע. גם ראשונים עמדו לפני קושי זה והכרעתם הייתה חד־משמעית, לאמור: תובע לא יישמע בתביעה הסומכת עצמה על הסכם בלתי חוקי; נבלע את רוקנו ונדחה תביעה הסומכת עצמה על עילה בת־עוולה".

זו אם כן הייתה דעת הרוב שהסכימה להטות אוזן לטענתו של צד להסדר כובל המבקש להשתחרר ממחויבותו, וזאת לנוכח התכליות הציבוריות הטמונות בביטולו של חוזה כזה.

64. לצד עמדת הרוב, נשמעה גם דעת מיעוט בשאלה זו. **כב' השופט טירקל** במסגרת פסק הדין מושא הדיון הנוסף הביע התנגדותו לקבלת טענתו של צד להסדר כובל המבקש להשתחרר ממחויבותו.

גם במסגרת הדיון הנוסף, ועל אף שרבו עליו יתר חבריו להרכב, נותר **כב' השופט טירקל** איתן בעמדתו; לטעמו, צד להסדר כובל לא יישמע בטענה כי ההסדר פסול ויש להורות על בטלותו, שכן מחויבותו לחוזה בו נקשר גוברת על האינטרס הציבורי התומך בבטלותו של חוזה כזה: "**על ישראל לשמור מכל משמר על פרחי הערכים של תום־לב, של הגינות ושל יושר ולא לרמוס אותם, אף לא בגלילי המכבש הכבד של התחרות החופשית**" (פסקה ראשונה לפסק דינו).

מעניינים בהקשר זה דברים שכתב **כב' השופט רובינשטיין** שנים לאחר שניתנה הלכת **טבעול** בע"א 10717/05 **פלוריסט דה קוואקל ב.וו נ' ברוך חג'ג**, פס' ד לפסק דינו (פורסם בנבו, 03.09.2013): "**בשכבר הימים נדון בבית משפט זה עניין טבעול (<u>דנ"א 4465/98 טבעול נ' שף-הים פ"ד נו (1) (2001) 56</u>, ולפני כן בפסק הדין שקדם <u>ע"א 6222/97 טבעול נ' מדינת ישראל פ"ד נב (3) (1998) 145</u>). בשעה שנדון התיק כיהנתי כיועץ משפטי לממשלה, וזכורני כי עמדתי האינטואיטיבית הערכית מתחילה היתה כעמדת השופט טירקל, קרי, מתן משקל לערכי ההגינות והיושר; ואולם, שוכנעתי על-ידי חברי בייעוץ המשפטי ובפרקליטות כי עניין התחרות צריך לגבור באותו מקרה, באיזון דאז, וזו העמדה שהגשנו, שנתקבלה על דעת הרוב בבית המשפט למעט השופט טירקל, אף שחלק מן השופטים ציינו כי שותפים הם לגישתו הערכית. במעין "חוב של כבוד" אני מעלה זאת עתה...**".

65. המורם מכל האמור כי אין זה מובן מאליו שצד להסדר כובל יישמע בטענה כי ההסדר בלתי חוקי ודינו בטלות. ביהמ"ש קובע בדעת רוב ואף זאת לא לפני שהוא מביע את מורת רוחו מכך, כי "**נבלע את רוקנו**" (בלשונו של השופט חשין) ונבטל חוזה כזה, על אף שהעותר כשלעצמו אינו זכאי לסעד אותו הוא מבקש. לשון אחרת, ההיזקקות לטענותיו של צד להסדר כובל אשר עותר לביטולו, נטועה בראיית טובתו של הציבור הרחב ולא בהיזקקות לטובת העותר עצמו.

אני סבור, כי די לנו ש"נבלע את רוקנו" ונורה על <u>בטלות החוזה</u> בשים לנגד עינינו את אינטרס הכלל בתחרות חופשית, אך אל לנו להרחיק לכת ואף <u>לפסוק פיצוי לאותו צד שהתקשר בחוזה כזה</u> ברצון חופשי ומתוך מודעות מלאה. הפיצוי הכספי מגלם בעיקרו את הטבת הנזק שנגרם לאותו תובע ספציפי כתוצאה מן ההסדר הכובל, והוא אינו נפסק למען הציבור בכללותו. משכך אני סבור כי אין מקום להעניק סעד כספי לצד שהיה שותף לכינונו של ההסדר.

לא על נקלה הכריע ביהמ"ש (ואף זאת בדעת רוב בלבד) כי נשמע מפיו של צד להסדר כובל בקשה להורות על בטלות ההסדר. לטעמי, קבלת תביעה לפיצוי אישי מצדו של צד להסדר כובל אינה עולה בקנה אחד עם הרציונל שנקבע בהלכת **טבעול** ובפסק הדין מושא אותו דיון נוסף, לפיו הענקת סעד מתאפשרת **רק לנוכח התכליות הציבוריות שבטענת העותר**.

אני ער לטענה כי הענקת פיצוי כספי במקרים אלו, תתמרץ תובע פוטנציאלי לעורר בעיות תחרותיות בחוזים ומכך כמובן יצא הציבור נשכר. אולם, אני סבור כי די לשם כך בתמריץ שבבטלות החוזה ושחרור הצדדים ממחויבות לו. לשיטתי, עיקר תכליתו של הסעד הכספי הינה הטבת התובע הספציפי ולא הגנת התחרות החופשית ומשכך הדעת נוטה בהקשר זה שלא לפסוק סעד כספי לטובתו של המתקשר בהסכם כזה.

66. **<u>שנית</u>**, טעם נוסף לכך שכסלו אינו זכאי לפיצוי כספי מכוח ס' 50(א) לחוק ההגבלים טמון בכך שלטעמי לא עלה בידו להוכיח את יסוד הנזק.

ס' 50(א) לחוק ההגבלים קובע כי: "**דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות חוק זה, כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]**".

כידוע, על מנת לזכות לסעד בדיני הנזיקין יש להוכיח כי הנתבע עוול כלפי התובע בעוולה המוכרת בדין, כי נגרם לתובע נזק וכי מתקיים קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק (השוו: ע"א 10085/08 **תנובה - מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל**, פס' 28 (פורסם בנבו, 04.12.2011).

לטעמי, לא עלה בידו של כסלו להוכיח קיומו של נזק כתוצאה מן ההסדר הכובל כפי שאפרט מיד.

67. תחשיב הנזק מצדו של כסלו בוצע באמצעות חוות דעת המומחה מר גדעון טויסטר.

בס' 1.6 לחוות הדעת מגדיר את אופן חישוב ה"נזק" כך: "חוות הדעת מציגה תחשיב הבוחן את מחירי היתר שגבתה "דלק" מבעל התחנה בתקופה המוזכרת. מחירי היתר מוגדרים כהפרש בין המחירים שנקבעו בפועל ע"י דלק "למחיר הראוי" של הדלקים, המוגדר כזה המתקיים בתנאי "שוק חופשי" (תחנה משוחררת)".

אני סבור כי הגדרת הנזק מצדו של כסלו אשר על בסיסה נערכה חוות הדעת לשומת גובה הנזק שגויה מיסודה;

לעיל כתבתי בהרחבה אודות חלקה של חברת דלק בתכנית שיקום הנכים. לא אחזור על האמור, רק אזכיר כי אין חולק על כך שחברת דלק זכאית לגמול הולם עבור השקעתה בהקמת התחנה.

אין ספק שהחברה השקיעה כספים ומשאבים רבים והיא אף טוענת שהשקעתה טרם הוחזרה. כאמור כבר, אופן התגמול אשר עליו הסכימו דלק וכסליו איננו חוקי, אך לא כך לגבי עצם התגמול.

אני סבור, כי לכך יש חשיבות מכרעת לעניין טענת הנזק אשר טוען כסלו; לטעמי, יהא זה מלאכותי ואולי אף פטרנליסטי לקבוע כעת במבט רטרואקטיבי מהו מנגנון השיפוי האלטרנטיבי שעליו היו מסכימים דלק וכסלו אילו היו מתקשרים ביניהם במערכת הסכמית התואמת את הוראות חוק ההגבלים.

אין ספק כי דלק אמורה הייתה להיות מתוגמלת באופן זה או אחר עבור השקעותיה ואף אין ספק כי גמול כזה יכול שיגיע על חשבונו של כסלו.

לאור זאת, אני סבור כי עצם העובדה שכסלו שילם לדלק מחיר גבוה יותר מזה שהיה משלם בשוק החופשי אינו משקף בהכרח נזק שנגרם לכסלו כתוצאה מן ההסדר הכובל.

כסלו שילם לדלק מחיר גבוה שכן דלק הקימה עבורו את תחנת הדלק. קשה מאד אם לא בלתי אפשרי להגדיר במבט לאחור איזה חלק מן הכספים ששילם כסלו לדלק מהווה גמול הולם עבור השקעותיה של דלק ואיזה חלק אם בכלל, מהווה נזק שנגרם לכסלו כתוצאה מן ההסדר הכובל.

לנוכח האמור, במצב הדברים היום אין בידי לקבוע כי כסלו ניזוק מן ההסדר הכובל; גם אם כסלו שילם כספים יתירים על אלו שהיה משלם לולי אותו הסדר, **הרי שההסדר הכובל אף הניב לו רווח ניכר ומשמעותי בדמות הקמת תחנת הדלק והשקעות נוספות מצדה של דלק מבלי שהוא תרם לאותן השקעות דבר מכיסו, ורק הפיק רווחים מאותה תחנה שנבנתה ע"י דלק ועל חשבונה, ולפיכך נכון לומר כי לא הוכח בפניי שכסלו ניזוק כתוצאה מחתימת ההסדר הכובל.**

68. לסיכום הדברים, ס' 50(א) לחוק ההגבלים קובע כי מעשה בניגוד לחוק ההגבלים הינו עוולה לפי פקודת הנזיקין.

כסלו טוען כי התשלום ששילם לדלק משך השנים היה גבוה ממחיר השוק, ובכך מגולם נזק בר פיצוי שנגרם לו כתוצאה מן העוולה שבכריתת ההסכם. אינני מקבל טענה זו. לטעמי, המערכת ההסכמית היא מקשה אחת המכילה מצד אחד תניית בלעדיות פסולה ומן הצד השני התחייבות דלק להקמת התחנה ולהשקעות בה.

לא ניתן לבודד את תניית הבלעדיות ולומר כי כיוון שבהעדרה היה כסלו רוכש מוצרי דלק במחיר זול יותר, נגרם לו נזק כתוצאה מן ההסדר. זאת שכן, אין ולא יכול להיות ספק כי אלמלא קיומה של תנייה זו, היה נקבע מנגנון תגמול אחר לטובת דלק ומשכך, על מנת לקבוע כי אכן נגרם לכסלו נזק יש להגדיר מהו המנגנון אשר היה נקבע בזמן אמת חלף תניית הבלעדיות ומה היה המאזן הכלכלי בין הצדדים בעקבותיו.

מובן, כי כיום אין בידי לעשות כך, ולפיכך אני קובע כי אף אם כסלו שהינו צד להסדר כובל היה ראוי להישמע בתביעה לפיצוי לפי ס' 50(א) (ואיני סבור כך), לא עלה בידו להוכיח שנגרם לו נזק כתוצאה מהעוולה ובוודאי לא עלה בידו להוכיח מהו שיעור אותו נזק.

69. אוסיף בקצרה כי דברים אלו שאמרתי יפים אף ביתר שאת לעניין טענת כסלו להשבה חוזית / השבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

כידוע, השבה שלאחר ביטול חוזה היא **השבה הדדית**.

בענייננו, לא ניתן לומר כי אם כסלו שילם לדלק סכומים גבוהים מאלו שהיה משלם בשוק החופשי, אזי על דלק להשיב סכומים אלו לכסלו. הפרש כזה משקף רווחים שדלק הייתה זכאית

להפיק מן התחנה לאור השקעתה, ולא ניתן אפוא להורות על השבת סכומים אלו במנותק מזכויותיה של דלק להפקת רווחים מן התחנה שהשקיעה בהקמתה.

יתירה מזו, לא הובהר אפוא מדוע השבה הדדית שלאחר ביטול המערכת החוזית שבין כסלו לבין דלק לא תכלול השבת כל השקעותיה של דלק בתחנה?! לא מן הנמנע כי אילו היה נערך חישוב השבה מקיף (ואיני קובע כי עריכת חישוב שכזה אפשרית בכלל), תוצאתו הייתה מורה כי דווקא כסלו הוא שנדרש להשיב לדלק. יש להניח כי לא לכך פילל כסלו בתביעתו להשבה.

לעניין זה יפים דברים שכתב **כב' השופט עמית** בהקשר אחר: "קשה להלום כי לאחר שהמערערת רדתה את כל הדבש מהסכם הפיתוח, בנתה שכונת קוטג'ים יוקרתית והפיקה רווחים, היא תחזור לקופה הציבורית בתביעת השבה... לטעמי, המקרה שלפנינו מתאים במובהק גם להחלת סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, המאפשר לבית המשפט לפטור מהשבה מטעמי צדק" (ע"א 974/13 **רמת נילי בע"מ נ' מועצה מקומית זכרון יעקב**, פס' 16 (פורסם בנבו, 02.04.2015).

70. לאחר דברים אלו, אעבור לצדו השני של המטבע – דרישת דלק לקביעת מנגנון שיפוי אלטרנטיבי בדמות דמי שימוש חודשיים וטענתה כי לא הוחזרו השקעותיה בתחנה.

טענה זו דינה להידחות. דלק טוענת כי לא השיבה את השקעותיה בתחנה ומשכך אין לנשל אותה מן התחנה ללא כל פיצוי. טענה זו מניחה כי כסלו מחויב בהחזר השקעותיה של דלק, ולא היא. דלק וכסלו עמדו ביום חתימת ההסכם בפני עתיד לוט בערפל וחתמו מערכת הסכמית, אשר כל אחד מהם סבר כי תניב לו רווחים נאים. כיום אני קובע כי **המערכת ההסכמית אליה נכנסו דלק וכסלו מרצונם החופשי איננה חוקית ודינה להיבטל**.

אני סבור כי לא ניתן לאמוד את זכויותיה של דלק בתחנה בהתאם לרווחים אותם הפיקה בפועל מתחנה זו. איני נכנס לעובי המחלוקת שבין הצדדים לגבי טיב חוות דעתו של פרופ' יורם עדן שהוגשה מטעם דלק, שכן אני סבור, כי זכויותיה של דלק הינן אותן הזכויות שהייתה מקבלת במועד עריכת ההסכם אילו נערך ההסכם כחוק, והן אינן תלויות בסך הרווחים שהפיקה או לא הפיקה דלק בפועל (תוך השוואתם של אלו להשקעותיה בתחנה).

בהמשך לכך, תניית הבלעדיות שנחתמה במטרה לתגמל את דלק משקפת רווח כלכלי שניתן לדלק תמורת ההסכם שנכרת. לא הוכח בפניי ואני בספק אם ניתן להוכיח זאת, כי דלק ראויה להסכם מניב יותר מאשר קיומה של תניית בלעדיות למשך כל השנים שתנייה זו עמדה בתוקפה.

טענת דלק לקביעת דמי שימוש ראויים שנטענה בהמשך לכך, נדחית אף היא. כאמור לעיל, לא ניתן כעת לקבוע כי בהתחשב בזכויות שני הצדדים, המאזן הכלכלי ביניהם נוטה לטובת פיצויה של דלק, ובנוסף לכך, חכירת המשנה לטובת דלק בטלה יחד עם יתר חלקי המערכת ההסכמית הפסולה, ומשכך דלק אינה זכאית לדמי שימוש מאת כסלו.

71. לנוכח כל האמור לטעמי ההכרעה הצודקת והנכונה בנסיבות העניין היא כדברי אברהם שאמר לבן אחיו - לוט בפרשת לך-לך (בראשית, י"ג, ח'-ט'): "**אל נא תהי מריבה ביני ובינך... הלא כל הארץ לפניך, הפרד נא מעלי, אם השמאל ואימנה ואם הימין ואשמאילה**".
דלק הפיקה עד היום רווחים מהתחנה באמצעות תניית הבלעדיות וזאת אף אם ציפתה להפיק רווחים נאים יותר.

כסלו מצדו הפיק אף הוא רווח (כנראה לא קטן) מכך שדלק השקיעה עבורו בהקמת התחנה, וזאת אף אם לטענתו תניית הבלעדיות גרמה כי יידרש לשלם לדלק מחיר גבוה עבור מוצרי הדלק שרכש ממנה.

בנסיבות אלו, ולנוכח הקשיים המהותיים והראייתיים שעמדו בפני שני הצדדים, אין מקום לפסוק פיצוי כספי לטובת מי מהצדדים.

72. <u>לסיכום פרק הסעדים הכספיים</u> אני קובע בזאת כי כסלו אינו זכאי לפיצוי לפי ס' 50(א) לחוק ההגבלים או להשבה חוזית/השבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, שכן הוא צד להסדר כובל שחתם מרצונו החופשי על ההסכם הפסול, ואף לגופה של טענתו - **לא עלה בידו להוכיח קיומו של נזק**.

דלק אף היא לא זכאית לדמי שימוש חודשיים חלף תניית הבלעדיות, שכן חכירת המשנה שלה בתחנה מבוטלת בזאת, ובנוסף, **לא עלה בידה להוכיח כי במבט לאחור תניית הבלעדיות למשך כל שנות קיומה לא היוותה מנגנון פיצוי הולם נכון למועד כריתת ההסכם.**

<u>סוף דבר</u>

1. המערכת ההסכמית שבין כסלו לבין דלק בטלה כליל, לנוכח העובדה שבליבת מערכת זו עומד הסדר כובל אסור לפי חוק ההגבלים.

2. למניעת כל ספק מובהר כי במסגרת קביעתי זו בטלה גם חכירת המשנה לטובת דלק, ואולם זכות החכירה הראשית של כסלו בתחנה אינה זזה ממקומה.

3. כדי לאפשר לשני הצדדים להתארגן, ובין היתר לנוכח חגי ישראל בפתחם אנו מצויים, הרי שביטול המערכת ההסכמית בין כסלו ודלק וחכירת המנה של דלק (הסעדים האמורים לעיל בסעיפים 1 ו- 2), יהיו בטלים מיום 29.11.19 - א' כסלו תש"פ, ואילך.

4. כסלו אינו זכאי לסעד כספי בהיותו צד להסדר הכובל וכן משלא עלה בידו להוכיח את יסוד הנזק שגרמה לו הנתבעת עקב כריתת המערכת ההסכמית העוולתית.

5. לנוכח בטלותה של חכירת המשנה ולאור העובדה שלא הוכח בפניי כי דלק זכאית לפיצוי נוסף כלשהו מעבר להנאתה מתניית הבלעדיות משך כל שנות קיומה, דלק אינה זכאית לסעד כספי בדמות קבלת דמי שימוש ראויים מאת כסלו, כמו גם לכל פיצוי אחר.

6. יתר הסעדים שהתבקשו ע"י הצדדים נזנחו בשלב הסיכומים.

7. לנוכח התוצאה אליה הגעתי, כאשר תביעת כסלו מחד התקבלה בחלקה ונדחתה בחלקה, ומאידך תביעתה הנגדית של דלק נדחתה, הגעתי למסקנה כי אין מקום לזכות או להשית הוצאות על מי מהצדדים, ואני קובע כי כל צד יישא בהוצאותיו.

יעקב שינמן, שופט, סגן הנשיאה

ניתן היום, כ"ח אב תשע"ט, 29 אוגוסט 2019, בהעדר הצדדים.

חתימה