

מדינת ישראל

משרדי הממשלה

גל-14-19168

משרד פאוליני

מס. 100

משרד הפנים, לשכת סניף, י.א.מ.א.י.מ.א.י.
הין משרד 'מטאמן' אונגליב, ג.ח.מ.ב.
מקומה (בטן) בטן כ.ט.ן 15
6.1.1995 - 31.7.1994

תיק מס' 19170 - 19170
מסל 19170

מדינת ישראל
ארכיון המדינה



שם תיק: לשכת השרים שוחט ומודעי - תיק משרדי ממשלה (אגרניה, תחבורה, חקלאות)

מזהה פנימי: **גל-14-19168**

מזהה פריט: 000mfr

כתובת: 2-113-7-10-1

תאריך הדפסה: 15/01/2018

מדינת ישראל
משרד

מחלקה

תיק השיבו למלא:

אנרטה

11

תמורה

חיקת אור

סגור!

31/7/94 - 5/3/95

9

31/7/94
5/4/95 36

מתן

תיק

משפחה

ממשל

11

תיק

אורגיה

תחבובה

חקלאות

למתח אוק' 94

0217



תיק

אנרה'ה

מדינת ישראל
משרד האוצר - אגף התקציבים

הממונה על התקציבים

ה' בשבט התשנ"ה
6 בינואר 1995
ת.95-2192

לכבוד
מר משה שחל
שר האגודיה והתשתית

הגדון: הצעת החלטה בנושא משק החשמל

ביום 5/1/95 התקבלה באוצר הצעתך למכנה יעד חדש למשק החשמל, אשר בדעתך להציג לממשלה באחת מישיבותיה הקרובות.

להלן הערותנו במספר סוגיות עקרוניות:

1. בהצעת ההחלטה נאמר כי זכיון חברת חשמל יומר ברשיון כללי. אנו מתנגדים להסדרה באמצעות רשיון כללי ומצדדים במתן רישור נפרד (אשכול רשיונות) לכל פונקציה (יצור, הולכת, חלוקה) על פי המלצות ועדת רדי.

במקרה זה תוכל הממשלה, בתמורה להקניית הזכות להפעיל שירות ציבורי, להציב מראש תנאי הפעלה מפורטים בכל רשיון ורשיון העולים בקנה אחד עם אינטרס הציבור.

2. הצעת ההחלטה משאירה את חברת חשמל במבנה אחד ומסתמכת ביצירת מרכז עלות. עמדתנו היא שיש לארגן את המוקדים הטיפעוליים כחברות בנות.

יער זה חיוני לצורך שיפור יכולת ניהול החברה, הגברת יעילותה וכן להשגת יעדים מבניים נוספים בעתיד, כולל שיפור יכולת הפיקוח.

כללית, על כל הצעה אשר תאומץ על ידי הממשלה לאפשר חן משפטית והן ישומית הכנסת שינויים מבניים בעתיד, ולא לקבע מבנה קשיח ובלתי גמיש לאורך זמן.

עלינו גם לקחת בחשבון כי חברת החשמל מועמדת להפרטה בעתיד, ולכן קבלה חוק חשמל חדש וקביעת צעדי מדיניות אשר יוצגו בתשקיף החברה בעת ההפרטה יהוו אילוץ לגבי החלטות מבניות בעתיד.

לדוגמא, מתן רשיון כללי אחד במסגרת חברה אחודה, לא יאפשר לשקול בעתיד יצירת פעילות כלכלית נפרדת במקטע החלוקה האזורית אשר לדעת מרבית המומחים יכולה להביא להתייעלות רבה.

הנני מציע, כי נקים דיון בין המשרדים כך שההצעה שהוגש לממשלה ע"י משרד האגודיה תהייה מוסכמת על שני המשרדים.

בכבוד רב
ר' קרול
הממונה על התקציבים

העתק:
אברהם שוחט - שר האוצר
מר דוד ברודט - המנהל הכללי, משרד האוצר

היום - שיש' תקשורת/תרבות



של ישראל

1995, גיליון מס' 2791, המחיר 5.75 שקל

חברת "אבי עד" מודיעה על פתיחת משרדה החדש

ברח' שלושה 3

תל-אביב 67060

טל. 03-6888710

פקס. 03-6888721

החל מ-8.1.95



AVI-AD

אבי-עד שרותי טכס ושילוח בינלאומי בע"מ

רבין תומך בהצעת שחל בנושא מבנה מעק החשמל

מאת דוד חיון

ראש הממשלה, יצחק רבין, הודיע היום (י') במנישה עם שר האנרגיה, משה שחל, ועם חברי ועיי העובדים בחברה, כי הוא תומך בהצעתו של שחל בנושא המבנה העתידי של מעק החשמל.

המטמתו של רבין ניתנה לאחר פגישה מוקדמת בין שחל לבין נציגי הוועדים, במסגרתה הודיעו נציגי הוועדים, כי הם תומכים במימנה המתוקנת של שחל בהקשר לרפורמה במעק החשמל. עוד, כי הוועדים הביעו תמיכה בתוכניתו המתוקנת של שחל, לאחר שמהמימנה המקורית הוסטמה הפסקה המתייחסת ל"מבנה היעד העתידי", ובמקום זאת נקבע, כי "נקודת החלטה העתידית" תתקבל רק לאחר שהחברה תגיע לכוסר ייצור של 12 אלף מגוואט, כעוד שכוסר הייצור כיום עומד על כהצעת מבר.

כמו כן, השמיט שחל מכל התייחסה את נושא החברות הבנות ונקבע, כי האירגון מחדש בחברה יבוצע רק באמצעות מרכיז רווח, לפחות עד נקודת ההחלטה הסופית. נקבע, כי עתיד החברה ייקבע לפי ההתפתחויות במעק החשמל, עד שהחברה תגיע להיקף ייצור של 12 אלף מגוואט, כניראה בתחילת שנת ה'2000.

עוד סומם, כי החברה לא תפוצל, וכתחליף לזיכיון יינתן רשיון אחד (כללי) לייצור ולאספקת חשמל. רבין אמר, כי ההצעה משיגה שתי מסרות - אירגון מחדש רציפה תחרות. עוד סיכם, כי יתקיים דיון משותף בין משרד האנרגיה לבין שר האוצר, אברהם שוחט, במסגרת תובא הצעת המבנה החדש לאישור הממשלה תוך שבוע עד שבועיים. עוד הוחלט, כי עד סוף מרץ '95 תשלום ועדת השירים לענייני חקיקה את הכנת חוק מעק החשמל ותעבור אותו לנכנס.

לתאגידים הריאליים

זאת אחזקה פ"ג וקרנות

קותיהם בתאגידים הריאליים

שנקבע בחוק הבנקאות.

אחמיל (ני) קיבל דירקטוריון בנק לאומי דיווח על החלטת האוצר, שהורה לבנק לעכב את הטיפול במסירת האחזקות העוד פית באפריקה וישראל כ"פ חודי שים. בחום הישיבה הודיע הדירקטוריון, כי הוא מכור שהי חוק כדבר המתת האחזקות הי ריאליות מחייב את הבנק לנקוט פעולות לגבי אפריקה וישראל, אך רשם בפניו את החלטת האוצר. כן פירסם הדירקטוריון הודעת גינוי ליידיעות המסמל פנת המגמתיות שהעמידו לאחזונה את הבנק ואת זכרי באור שלילי.

דירקטוריון בליל דן בישיבתו בתנאים החלים על דירקטורים בחברות בנות, והחליט, כי



לאומי זכר העלה ראל לבני ווקית, לא

ועדת הכנסת לשוק ההון דנה בהגנה על חושפי אי-סדר

אולשנסקי: בקונצרן כלל לא הדמי"צים - מהעילית המקצוע

הוועדה החליטה לגבש דרכים להגנה על חושפי הליקויים * תשקול הגדלת



אריה שלב

סילבן שלום

אבי אולשנסקי

בתגובה
אולשנסקי, כי
ביקורת ככל ה
מחוייב רק לגבי
בוריות.
אולשנסקי התיי
עם המגביל, דוד
מסר לוועדה רשימה
עולה, כי בת
הראשיות של
כמספר הש
דירקטוריון
דוח הביק
כלליות, כד
לדעתו, את
סיקור.
הוא גם

עבודתם, כי אין להם למו למנות.
לדבריו, אין לתת אסון אפילו
כדמי"צים, אשר תביס את נאמט
חם לבעלי המניות, אשר מיט
אותם.
עוד טען רונן, כי לא בכל
החברות בקונצרן כלל היו ועדות
ביקורת. לדבריו, הדו"חות
בקונצרן צנוני, והיה משמש
של משעים על ידי ראשי כלל.
רונן הביא לדוגמה מקרה הנוגע
לחברה שהייתה בקשרי עסקים
עם כלל, וחבר ועדת הביקורת
בקונצרן שקרא את הדו"ח, לא
ידע שהוא מתייחס לחברה שהוא
עומד בראש הדירקטוריון שלה,
שכן שמה לא הופיע בדו"ח.

ליים לכאורה שעשו מגהלים
בקונצרן. כלל הכחישה טענת
אלו.
יורד כלל, אבי אולשנסקי,
אמר על הצעת החוק של שלום,
כי מיטי דמי"צים בידי גורם
בלתי תלוי עלול לטרום לבעיות
במערכת, כאשר יתמנו אנשים
שאינם מתואמים עם הפעילות
של החברות.
רונן אמר לוועדה, שאם הפי
קוח לא יוגבר, "אנשים כמהו
יתשובו הרבה פעמים עד שיפתחו
את הפה".
רונן טען, שלאנשים במעמדו
אין למעשה אפשרות למצות את
הממצאים שהם מגלים במהלך

מאת צבי לביא
ועדת המענה לשוק ההון,
בראשות יריב סילבן שלום,
החליטה היום (ד') לגבש דרכים
להגנת על טובי חברות
ציבוריות שחושפים איסורים
או פעולות לאיחזקיות. הוועדה
גם קבעה, כי יש לעשות את הכל
כדי להגביר את הפיקוח על
החברות, ולשקול הגדלת של
מספר הדמי"צים, ואף שינוי
חוקתי של מעמדם.
מחוסר זמן, לא נדונה הצעתו
של יורד רשות בירות פרך,
אריה מינסקי, למשל כליל את
מוסד הדמי"צים, שיפוט את
הרגל, לדבריו, או בחלופות
שהציע. כמו כן לא נדונה הצעת
החוק שהגיש שלום להסיל על
ועדה כלתיתוליה את מינוי
הדמי"צים מתוך מאגר שמות
כללי, שאיט תלוי בבעלי
המניות.
הוועדה הניעה לסיכומים אלה
כתום דיון בהשלמת הציבוריות
של תביעת הפיזיונים שהגיש
המגביל לשעבר של כלל
אינוסמנט הארם, עמיר רונן,
נגד קונצרן כלל, אשר מיט
אותו, לפענתו, "לאחר שהתריע
בתוקף תפקידו על מצעים פלי"

[Handwritten signature]

שר האנוגיה והחשתי

כ"ד בטבת התשנ"ה
27 בדצמבר 1994

ישנה אישורה (גם) שיה

מבנה משק החשמל

הצעת החלטה

*נא לא להתמוי
ב"מ*

מחליטים

בחמשך לחלטה הממשלה מספר 3880 מתאריך 28 לאוגוסט 1994, לאמץ את העקרונות המנחים למבנה משק החשמל המפורטים להלן:

1. יחוקק חוק משק החשמל שיחליף את "פקודת זיכיונות החשמל - 1927", החוק יתייחס בין היתר לסוגיות הבאות:

- א. ביטול הזיכיון של חברת חשמל והסרתו ברשיון כללי.
- ב. פתיחת ענף היצור ליצרנים פרטיים.
- ג. הסדרת הזכויות הקנייניות.
- ד. הסדרת מקרקעין.
- ה. סמכויות המוענקות לשר.
- ו. חובת הרישוי והליכי רישוי.
- ז. סמכויות המוענקות לבעל הרשיון.
- ח. הכנסת שינויים ברשיון.
- ט. סמכויות הרשות המפקחת ותפקידיה.
- י. אישור תכניות פיתוח.
- יא. סמכות לקביעת תשלום ע"י ספקי שירותי חשמל.
- יב. קביעת מדיניות מחירים.
- יג. איכות הסביבה.
- יד. חוזה אחיד בין הצרכן לספקים, כולל אמנה.
- וכיו"ב.

שר האנרגיה והתשתית

- 2 -

2. חקיקה ורישוי

(א) עם תום הזיכיון, במרץ 1996, יכנס לתוקפו "חוק השמל" שיסדיר את הפעילות במשק החשמל.

(ב) חברת החשמל תפעל מכח רישיון שיוענק לה על-ידי שר האנרגיה, עפ"י חוק המסמיכו להעניק רישיונות לייצור חשמל, הולכתו, חלוקתו, שווקו והסחר בו, לכל הגורמים הפועלים ושיפעלו במשק החשמל.

(ג) תנאי הרישיון אמורים להסדיר את דפוסי ההתנהגות בשלבי ההקמה וההפעלה של "מתקני חשמל" במקטעי הייצור, ההולכה והחלוקה; ואת דפוסי ההתנהגות במקטעי השווק והסחר בחשמל.

(ד) בעיקרון, כל גורם שיפעל במשק החשמל יחוייב ברישיון, למעט פעולות סוגבלות ומוגזרות בתחום הצריכו של פלוני שתהיינה פטורות מרישוי.

(ה) למדינה תישמר הזכות לעסוק בעצמה בתחום החשמל בכל מקטעי השוק.

(ו) לא תינתן בלעדיות דה-יורה לשום גורם לפעול במקטע שוק שהוא, גם אם מדובר בקיומו של "מונופול טבעי", והיא תוענק דה-פקטו במקטעי שוק המאופיינים על-ידי יתרונות לגודל ברמה הארצית (הולכה) וברמה האיזורית (חלוקה ושווק קמעונאי).

(ז) שר האנרגיה רשאי לשנות תנאי רישיון אם הבקשה באה מטעם בעל הרישיון, או אם הוא שוכנע שהשינוי דרוש מטעם ציבורי נאות וכל זאת בכפופות למטרת החוק.

3. רשות לשרותים ציבוריים

(א) תוקם רשות ציבורית למשק החשמל ששמה הרשות לשרותים ציבוריים - חשמל (להלן - הרשות).

שר האנרגיה והתשתית

- 3 -

(ב) שר האנרגיה והתשתית יטנה את הרשות באשור הממשלה.

(ג) הרשות תהיה רשות ציבורית לקביעת:

(1) הרמח והמיבנה של מערך התעריפים של חברות הפועלות במקטעי שוק לא תחרותיים.

(2) נוסחה ומנגנון לעדכון התעריפים.

(3) סטנדרסים ונורמות לרמח, טיב ואיכות השירות.

(4) מתן ייעוץ לשר האנרגיה, לפי דרישתו, בנושאים שונים לרבות יעילות ענפית (כגון, רישוי וסיפוט תכניות פיתוח).

4. שינויים במבנה חברת חשמל ובענף

(א) הפעילויות ברובדי הייצור וההולכה מבוצעה באמצעות מרכזים תיפעוליים שיאופיינו על-ידי דרגות חופש תפעוליות שתגדלנה ותלכנה על-פני זמן, תוך כדי יצירת מערך השבונאי ותמחירי המאפשר אומדן תחשיבי של "עלויות" ו"רווח" של כל מרכז תיפעולי על בסיס כמויות (תשומות ותפוקות) ומחירים פנימיים (תשומות ותפוקות). הפעילות במקטע החלוקה והשווק הקמעונאי תוסדר באמצעות מרכזי רווח.

(ב) ברובד הייצור יתקיימו מספר "מרכזים תיפעוליים", ברובד ההולכה יתקיים מוקד אחד בשל קיומם של יתרונות לגודל ברמה הארצית (סונופול טבעי במונחי שוק) וברובד החלוקה והשווק הקמעונאי יתקיימו מספר מרכזי רווח בשל יתרונות לגודל ברמה האזורית.

שך האנוגיה והחשתיית

- 4 -

(ג) מספר מרכזי החלוקה החלוקה ותחומי פעילותם הגיאוגרפי יכול וישתנו על-פני זמן, כנגזר מנתונים שיופקו וינתחו ביחס למבנה העלויות והפדיון התחשיבי; והפיזור הגיאוגרפי של מוקדי הצריכה לפי גובה הצריכה.

בשל שיקולים אלו ובשל קוצר הזמן עד פקיעת הזיכיון, מומלץ לארגן את החלוקה, בנקודת המוצא, במסגרת מרכזי רווח, על בסיס המחוזות חקיימים, (או ע"פ הצעת חברת החשמל שתאושר ע"י השר).

(ד) מוקד ההולכה יהיה אחראי על ההולכה, הפיקוח על העומס, ניהול העומס (סדר שיגור יחידות הייצור, מדיניות רווחה רגילה וסובבת, אספקת חשמל למרכזי רווח או למרכזי חלוקה ושוק לצרכנים גדולים, סדר השלכת עומסים, חיזוי המערכת וכיוצ"ב); ואחראי על הפקת דוחות שימשו תשומה לכיצוע אומדנים תחשיביים של ערך התשומות והתפוקות ברובד הייצור לפי מרכזים תיפעוליים, ערך תפוקת החשמל המסופקת למרכזי הרווח, ברובד החלוקה והשווק וערך התשומות והתפוקות ברובד ההולכה.

(ה) יש לאפשר דרגות חופש תפעוליות ומטחרייות למרכזי הרווח ברובד החלוקה והשווק בכל הקשור לרכישת חשמל מייצרנים פרטיים קטנים וקביעת תעריפים נטחת למחיר חגג וזאת לשם יצירת חירויות מהירים ביניהם (YARD STICK).

(ו) מסקל יצרנים פרטיים במקטע הייצור יהיה בשיעור של 10-15% מכושר הייצור עד שנת 2005.

5. כשתגיע החברה לרמת ייצור של 12,000 מגוואט, יהיה מקום לבחון את המבנה של החברה לפי הנסיבות שישררו באותה עת.

שר האנרגיה והתשתית
- 5 -

דברי הסבר

1. על רקע תום תוקפו של זיכיון חברת החשמל לישראל במרץ 1996 מינו שר האנרגיה ושר האוצר ב-19.1.1992 ועדה ציבורית לבחינת נושא זיכיון חברת החשמל בראשותו של ד"ר יוסי ורדי (להלן - ועדת ורדי).
2. המלצותיה העקריות של "ועדת ורדי" היו כדלקמן:
 - (א) המרת הזיכיון במערך רשיונות נפרדים לתחומי הפעולה השונים, ללא הבטחת בלעדיות לחברת החשמל או לכל גורם אחר.
 - (ב) לעודד שילובם של יצרנים פרטיים במסגרת לעודד תחרות וייעול.
 - (ג) לחקיס רשות לשירותים ציבוריים - חשמל, שתפקח על השירות לצרכני חשמל ועל תעריפי חשמל באופן שיספר את התחרות בענף ובאופן שתאזן בצורה הוגנת את האינטרסים של הצרכנים, של יצרני החשמל וספקיו ושל הציבור והמדינה.
3. "ועדת ורדי" לא הגיעה לכלל החלטה לגבי פיצול חברת החשמל ו/או הפיכתה לחברת אחזקות.
4. בעקבות הגשת דו"ח ורדי מינוה שר האנרגיה צוות מקצועי שהוסל עליו לעסוק בהערכותו של משרד האנרגיה והתשתית לארגון מחדש של משק החשמל בראשותו של פרופ' דניאל צ'ימנסקי (להלן - צוות צ'ימנסקי).

ש"ר האנרגיה והתשתית - 6

- 5. ב- 19.7.94 הגיש הצוות דו"ח בסם: "דו"ח משולב מוגש בידי הצוות להיערכות משרד האנרגיה והתשתית לארגון מחדש של משק החשמל בישראל".
- 6. דו"ח צ'מנסקי מתייחס לשלוש טוגיות עקריות:
(א) מערך הרישוי.
(ב) המבנה של משק החשמל וחברת החשמל ב"שלב הביניים" ו"מבנה היעד" בשנות ה-2000.
- (ג) המבנה, התפקידים, הסמכויות ודרכי הפעולה של הרשות לשירותים ציבוריים - השמל.
- 7. במהלך עבודת הצוות השתתפו נציגי משרד האנרגיה והאוצר וכן יועצים חיצוניים.
- 8. לאחרונה התקיים דיון מקצועי בסוגיות שנדונו בדו"ח צ'מנסקי בלשכת שר האנרגיה והתשתית בחיפה, בהרכבים שונים, בהשתתפות נציגי משרד האנרגיה והתשתית, נציגי האוצר, נציגי חברת החשמל, נציגי העובדים, חברי צוות צ'מנסקי ויועץ חיצוני לצוות ולמשרד האנרגיה והתשתית.
- 9. מן הוכוון לציין שמאז יוסמו הסלצות "ועדת פוגל" בתחום תעריפי החשמל, והניעלה החברה בלמעלה מ-2% בשנה במונחים ריאליים, בהתאם למסקנות ועדת פוגל.
- 10. עמדת משרד האנרגיה והתשתית הינה שיש לנקוט במדיניות זהירה ומדורגת ככל מה שנוגע לקצב ולמינון של ביצוע השינויים המבניים, וזאת במטרה להתקדם ל"מבנה היעד" ללא כשלים בדרך. פזיזות בתחום זה עלולה לגרום לאירועים טראומטיים העלולים להוביל להתארכות משך הזמן הנדרש להשגת מבנה היעד, בדומה לאירועים שלוו את הליברליזציה שבוצעה בשוק המט"ח בסוף שנות השבעים.

משח שחל

שר האנרגיה והתשתית

3/10/04

מזכר

(להתחבות פנימית במשרדי הממשלה)

אל:	קולט רבא	התאריך:	30/10/04
מאת:	3 ר"י שאטר	חיק מס:	
הנדון:	עצמון מתורגם בלוקים 5		1/10/04
סימון:			

מק"ה הוצגה על הויכוח התקבל
 ב מ/ג ע"ה ש"ן מתאים
 בניהם ע"ה ו"ה אולפני

ד"ר
 אלעזר

מדינת ישראל
משרד האוצר - אגף התקציבים

כ"ה בחשון התשנ"ה
 30 באוקטובר 1994
 ת.94-75510

אל:
 מר אברהם (בייגה) שוחט
 שר האוצר

הנדון: עדכון מחירי הדלקים ליום 1.11.94

להלן לידיעתך שיעורי העדכון הדרושים במחירי הדלקים באחוזים:

מוצר	שינוי במחיר בתחנה	שינוי במחיר שער בדין
גפ"מ		-0.83
נפטא		-0.83
בנזין 91		6.84
בנזין 96	1.48	6.06
בנזין 91 נטול עופרת		0.68
בנזין 95 נטול עופרת	1.46	6.07
קרוסין		-0.26
סולר		-1.65
מזוט קל		3.20
מזוט כבד 1500		4.60
מזוט כבד 4000		5.18
זפט		3.77/4.60

שינוי המחירים בשער בית הדין והתחנות התדלוק נובעים מהתמורות שחלו בשוק הייחוס (נמל לה-ורה) ובשער החליפין.

ב ב ר כ ה



דוד ברוך
 סגן הממונה על התקציבים

העתק:
 מר אהרון פוגל - המנהל הכללי משרד האוצר
 מר דוד ברוט - הממונה על התקציבים
 מר צחי שאשה - רכז אנרגיה ותשתית אגף התקציבים

לכבוד
שר האנרגיה

לכבוד
שר האוצר

הנושא : מר שלמה נס - חברת החשמל

דעו לכם כי מר שלמה נס מנסה להשפיע עליכם ומפעיל אנשים שקרובים
לכם כדי שתיבחרו בו מחדש כי יש לו "קשרים עסקיים" עם ספק
של התברזו . לצורך הבחירה מחדש הוא מסתיר את תמיכתו בליכוד ואת
היות אותו חברג מועצה מטעם הליכוד .
תיבדקו טוב לפני שתישעו .

17 נוב' 1994

ליוכנת שר האוצר

מר:

מאור:

תאריך

זעזעקים:

מר שלמה נס

1705
 94-52266
 שר האנרגיה והתשתית
 כח

כ' בתמוז התשנ"ד
 29 ביוני 1994

לכבוד
 מר אברהם (בייגה) שוחט
 שר האוצר
 ירושלים

אלכזא"א

עמיתי שר האוצר.

הנדון: תשלום ארנונות על ידי חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ

1. כפי שבדאי ידוע לך ממוקמים מיתקנים של חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ (להלן - חברת קצא"א) בתחום שיפוטה המוניציפלי של עיריית אילת. בשטחים שבין נמל הנפט על חוף הים ועד לקו הנפט על רכס ההרים שמצפון לעיר. למיטב הבנתי המדובר הוא בשטחים בהיקף של אלפי דונמים.
2. על פי התוספת של חוק זכיון הנפט, התשכ"ח - 1968 פטורה חברת קצא"א מתשלום מסים מונציפליים לרשויות המקומיות, והתוצאה המעשית מכך היא שעיריית אילת מפסידה הכנסות בהיקף של מיליוני ש"ח בשנה. עיריית אילת מלינה על כך שלמרות מצבה הכספי הדחוק, אין היא זוכה בהכנסה כספית כלשהי לגבי מקרקעין בהיקף ניכר הנמצאים בגבולות המוניציפליים שלה.
3. הטרזניה של עיריית אילת בנושא נראית לי מוצדקת - ואילו הדבר היה עולה היום על סדר היום, לא היה תומך איש בכך שחברת קצא"א תשחרר ממסים לרשויות המקומיות. פטורים כאמור ממסים הוענקו אמנם בעבר למיתקנים שונים של משק הדלק, אך בהחלט אין כוונה להשאיר זכויות יתר אלה עד לסוף כל הדורות.

שר האנונייה והתשתית

4. מאחר והנך השר הממונה על חברת קצא"א מצאתי לנכון להביא הענין לידיעתך, כדי שתבחון האפשרויות לשינוי המצב הקיים.
5. תודה מראש על טיפולך בענין.

בכבוד רב,


משה שחל

העתק: מר גבי קדוש, ראש עיריית אילת

יועץ שר האוצר

ירושלים, י"ט בסיון התשנ"ד
29 במאי 1994
ת.94-42256

לכבוד

מר נבי קדוש
ראש עיריית אילת
ת.ד. 14
אילת 88100

אדוני ראש העיר,

הנדון: קו צינור אילת אשקלון - תשלומי ארנונה
אני מאשר קבלת מכתבך מיום 5 במאי 1994.

כפי שנאמר במכתבך, שטר הזכיון פוטר את קצא"א מתשלומי ארנונה לרשויות המקומיות. שטר הזכיון הוא הסכם בין המדינה ובין בעל הזכיון והמדינה אינה יכולה לשנותו באופן חד-צדדי, שינוי החסכם, שהמדינה כאמור צד לו, על ידי מעשה חקיקה כמוצע על ידך, מעורר בעיות קונסטיטוציוניות ופוליטיות קשות שאינן נתונות לפיתרון במצב הנוכחי.

בכבוד רב,



בוזו רדי
יועץ שר האוצר

העתק:

מר יצחק רבין - ראש הממשלה ושר הפנים
מר עמרם קלעג'י - מנכ"ל משרד הפנים
מר ראובן קוקולביץ - החשב הכללי

לר 31117

מדינת ישראל
משרד האוצר - אגף התקציבים

הממונה על התקציבים

לשכת שירות האוצר
אל: ג' בשכט התשנ"ה
4 בינואר 1995
המ"ט 95-2164

אסף אלמליך

אל:
מר עמוס רון
מנכ"ל משרד האנרגיה והתשתית

הנדון: עידכון תקופתי של מחירי החשמל

1. בהתאם לעקרונות ועדת פוגל ובהתאם לנתונים שסופקו על ידי משרדך יש לעדכן את העריפי החשמל בשיעור ממוצע של 3.8%.
2. היות ולא ניתן לבצע את העדכון בתוקף צו יציבות מחירים ושירותים מוסכם כי העידכון הנוכחי יתבצע מתוקף חוק הפיקוח על המחירים בחתימת שר האנרגיה בלבד.

ב ב ר כ ה

העחק:
מר אברהם (כייגה) שוחט - שר האוצר
מר משה שחל - שר האנרגיה והתשתית
מר דוד ברודט - המנהל הכללי, משרד האוצר
מר שלמה ברובנדר - מנהל מינהל החשמל

מדינת ישראל

משרד המשפטים

(186ח)
כ' באב תשנ"ד
28 ביולי 1994

מס' תיק:

אולפני

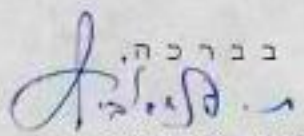
אל: מנהל מרכז החקעות
היועצת המשפטית, משרד האוצר
היועץ המשפטי, משרד האנרגיה והתשתית

הנדון: כרמל אולפנינים

לאחר שבימים אלה קיבלתי את החומר בנדון ממשרד האוצר, אבקש להמציא לי, בכל
הקדם, העתקים של המסמכים המפורטים להלן ולחשיב על מספר שאלות. לאחר שאקבל את
המסמכים והתשובות, אקבע דיון שלאחריו תינתן החלטתה.

1. אבקש את העתק הבקשה לאישור המפעל כמפעל מאשר, שעליה ניתן אישור מרכז
החקעות מיום 21 באוקטובר 1988 (אין צורך לצרף את הנספחים הטכניים).
2. אבקש העתק של הפנייה אל ועדת הכספים של הכנסת לאישור תחום המפעל של כרמל
אולפנינים כאזור פיתוח ב'.
3. אבקש העתק ההודעה של יושב ראש ועדת הכספים של הכנסת לשרים הממונים על ביצוע
חוק לעידוד השקעות הון, בדבר החלטת הוועדה בפנייה האמורה בסעיף 2 לעיל.
4. אבקש להודיעני האם בשלב כלשהו, ביקשה חברת כרמל אולפנינים ממרכז החקעות
אישור להקמת המפעל בשלבים, אם ביקשה אבקש העתק הבקשה.
5. האם ביקשה חברת כרמל אולפנינים תיקון של כתב האישור מיום 21 באוקטובר 1988.
6. האם התוספות וההתייכרויות להקמת המפעל במסגרת האישור שניתן לחברה (מיום
21.10.88) תואמים את הקריטריונים שלפיהם פועל מרכז החקעות.

אודה אם אקבל את החומר והתשובות ללא דיחוי.

בברכה,

תמרה פניסוביץ
ממונה בכירה על החקיקה הפיסקאלית

העתק: מר בועז רדאי, יועץ לשר האוצר

מק

אמצע

אל

התאריך

3/2/94

308

חיק מס

מאת:

301

הנדון:

הצגת און גען בלוק - גענוי געלן

סימבול:

① מצגת הצגת גענוי געלן (גענוי)

עקרוני און גענוי געלן גענוי געלן

גענוי געלן - גענוי געלן

גענוי געלן גענוי געלן גענוי געלן

גענוי געלן גענוי געלן

② גענוי געלן גענוי געלן גענוי געלן

גענוי געלן גענוי געלן גענוי געלן

גענוי געלן

! 13

~~גענוי געלן~~

~~גענוי געלן~~

גענוי געלן גענוי געלן גענוי געלן

גענוי געלן גענוי געלן גענוי געלן

גענוי געלן גענוי געלן גענוי געלן

גענוי געלן גענוי געלן גענוי געלן

11/22

11/22/8

5200

1000 of 1000 cells and 1000 cells

(1) 450 cells in 1000 and 1000 cells (1000)

1000 cells in 1000 cells and 1000 cells

1000 cells in 1000 cells and 1000 cells

(2) 1000 cells in 1000 cells and 1000 cells

1000

1000

1000

1000 cells in 1000 cells and 1000 cells

1000 cells in 1000 cells and 1000 cells

1000 cells in 1000 cells and 1000 cells

1000 cells

מדינת ישראל
משרד האוצר - אגף התקציבים

כ"ז בתמוז התשנ"ד
6 ביולי 1994
ת.94-50460

אל:
מר אברהם (בייגה) שוחט
שר האוצר

הנדון: הצעת חוק משק דלק - קידום התחרות והשירות לצרכן
מתייחס להצעת החוק של שר האנרגיה והתשתיות המצ'ב

1. כללי

יתכן כי ביום א' הקרוב יגיש שר האנרגיה לאישור הממשלה הצעת חוק שענינה קידום התחרות בענף תחנות התדלוק.

יש לציין כי הצעת חוק פרטית באותו עניין של ח"כ דן תיכון עברה קריאה ראשונה בכנסת לפני כשבועיים ועומדת בפני קריאה שנייה ושלישית.

הממשלה הגישה התנגדות רישמית לוועדת הכלכלה להצעת החוק הפרטית.

נפרט להלן בקצרה את המצב הקיים, עקרונות הצעת החוק המוצע על ידי שר האנרגיה והמלצותנו.

2. מצב קיים

בענף תחנות התדלוק קיימות כ-540 תחנות.

הקשר בין תחנות התדלוק לבין חברות הדלק לובש 2 צורות עיקריות:

א. תחנות תדלוק שבהם יש לחברות הדלק בעלות ראשונית על הקרקע (כ-140 תחנות) והתחנה מופעלת על ידי זכיון.

ב. תחנות תדלוק שבהם יש למפעיל התחנה בעלות על הקרקע, אך הוא קשור בחוזה אספקה לחברת דלק המקנה לה בלעדיות ובהחזת נוסף המקנה לחברת הדלק זכויות בקרקע (על ידי חכירה משנית או ראשית ממפעיל התחנה) (כ-400 תחנות).

חוזים אילו הינם ארוכי טווח ונמשכים לעיתים לתקופות של 49 שנה.

החוזים מאפשרים לחברת הדלק הטלת סנקציות דרוקניות על מפעיל תחנה שאיננו שומר על בלעדיותה עד כדי נישולו מהתחנה.

כ-95% מהתחנות בארץ מצויות בשליטת חברות הדלק הותיקות פז, דלק וסוגל.

לפני כשנה הכריז הממונה על ההגבלים העיסקיים כי חוזים אילו הינם חוזים כובלים וכרע נמצאת הסוגיה בפני דיון בבית הדין להגבלים עיסקיים עקב ערר שהוגש על ידי חברות הדלק.

בעיות במצב הקיים

1. במצב הקיים בו הענף כבול בהסכמים ארוכי טווח לשלוש חברות הדלק הגדולות, נפגעת התחרות בענף מספר דרכים:

א. אין תחרות בין חברות הדלק במכירת מוצרים לתחנות תידלוק.

סוגיה זו כמובן משפיעה על חלוקת ההכנסות בענף עצמו אבל לדעתנו יש לה השלכה גם על המחיר לצרכן.

ב. הנצחת חלוקת שוק בין החברות הותיקות - אין אפשרות לחברות דלק חדשות להגיע לצרכן באמצעות תחנות תידלוק קיימות הקשורות בהסכמים בלעדיים לעשרות שנים.

חסם זה מונע התפתחותן של חברות דלק צעירות קיימות והקמתן של חברות חדשות נוספות.

משרד האנרגיה מעריך כי שינוי מציאות זו יאפשר לגורמים נוספים במשק להקים חברות דלק חדשות.

2. בעיה נוספת בענף נוגעת לקשיים טיכנוניים בהקמת תחנות תידלוק הנובעים בעיקר מתוכנית מתאר ארצית לתחנות תידלוק (ת.מ.א 18).

ההגבלות התכנוניות הנובעות מתוכנית זו ובעיקר מגבלות על מרחקים מינימליים הינם לדעת רוב הגורמים המקצועיים (משרד האנרגיה, משרד התחבורה) מיותרים ופוגעים בהקמת תחנות תידלוק חדשות הן בתוך הערים והן מחוצה להן.

אורך הזמן הממוצע להקמת תחנת תידלוק החל מתהליך התכנון ועד ההקמה הינו כ-8 שנים.

יש לציין כי בהחלטת ממשלה במסגרת תקציב 1994 הוחלט להטיל על השרים להגיש הצעה לועדה הארצית לתכנון ובניה לביטול הת.מ.א, אולם מאז הנושא לא התקדם.

עקרונות הצעת החוק המוצעת על ידי שר האנרגיה

1. כללי

סעיפי הצעת החוק הנוגעים לחזי ההתקשרות בין תחנות וחברות דלק מתייחסים אך ורק לתחנות תידלוק בהן יש למפעיל התחנה בעלות ראשונית על הקרקע, אך עקב מערכת החזים בינו לבין חברת הדלק יש לחברת הדלק זכות הכירה.

2. מהות הצעה

א. חוזים שנחתמו לפני כניסת החוק לתוקף ואשר אורכם עולה על 14 שנים, יסתיימו לכל היותר לאחר 14 שנים מיום כריתת החוזה או פתיחת שרותי התחנה לציבור או בתום שנה מהיום שהחוק נכנס לתוקף, המאוחר מביניהן.

צעד זה אמור לשחרר כמות גדולה מאוד של תחנות במהלך השנים הקרובות.

- ב. חוזים שנחתמו לאחר כניסת החוק לתוקף (חוזים חדשים)
 כאשר חברת הדלק איננה שותפה להשקעה בתחנה - יוגבלו לחמש שנים.
 כאשר חברת הדלק משקיעה השקעה מהותית אך פחות מ-50% - יוגבלו לתקופה מקסימלית של 7 שנים.
 כאשר חברת הדלק משקיעה לפחות 50% - יוגבלו לתקופה מקסימלית של 14 שנים.
 ג. ההצעה נותנת לשר הממונה (שר האנרגיה) אמצעים לפיקוח וענישה כלפי האחראים לפעולות הונאה ותיאום מחירים בתחנות תידלוק.
 ד. ההצעה מטפלת בחסמים טכנוניים בנושא תחנות התידלוק באמצעות הסמכת ועדה המקומית לאשר תחנות תידלוק פנימיות (שאינן מוכרות לציבור הרחב) ותחנות מדרכה (משאבות דלק מיוחדות) שלא על פי ת.מ.א 18, וכן מבטלת הוראות בת.מ.א 18 המתייחסות להגבלת מרחקים בנוגע לתחנות תידלוק.

המלצות

- אני ממליצים לתמוך בהצעת שר האנרגיה המצ"ב עם ההסתייגויות הבאות:
 (יתכן שתוגש לממשלה ורסיה שונה ואז יש לאפשר לאוצר ללמוד אותה).
 1. אין לאפשר כריתת חגי בלעדיות חודשים ל-14 שנים במקרים בהם חברת הדלק משקיעה בתחנה, כפי שהוצע בחוק. (סעיף 3 (א))
 מומלץ לאפשר תקופה מקסימלית של 7 שנים.

נימוקים

- א. פרק זמן מקסימלי של 14 שנים עלול ליצור מערכות חוזים ארוכים דיים כדי לפגוע בתחרות בעתיד.
 ב. תקופת החזר ההשקעה על פי נתונים שיש בידינו איננה עולה, גם בתחנות המוכרות מתחת למוצע על פרק זמן של 5-6 שנים.
 ג. כיום, חלוקת ההכנסות ממכירת הדלקים בין מפעיל תחנה לבין חברת הדלק איננה נקבעת על ידי הממשלה כפי שהיה בעבר, ולכן תקופת החזר ההשקעה הינה פונקציה של חלוקת המרווח ביניהם ומכאן שניתן לקצר אותה.
 ד. מפעיל תחנות תידלוק יכול לגייס כספים להשקעה מגורמים נוספים רבים ולא דוקא מחברת דלק, הקשר המימוני בין חברת דלק ומפעיל איננו רצוי וברדאי לא לתקופות ארוכות מאוד.

2. יש להכניס סעיפים המונעים ריכוזיות יתר בענף

בענף ריכוזי זה (כ-95% מהתחנות בידי 3 חברות שמהן פו שולטת על כ-40% מהתחנות) ישנה חשיבות רבה למניעת ריכוזיות הן ברמה הארצית והן ברמה הגאוגרפית.

א. אנו ממליצים להכניס סעיפים המגבילים נתח שוק מכסימלי הנתון בידי חברה אחת אשר יאפשרו למשרד הממונה לטפל בריכוזיות יתר בענף הן ברמה הארצית והן ברמה הגאוגרפית.

יש לציין כי בורסיות קודמות של החוק הוכנסו סעיפים דומים שהושמטו. דעתנו זו נתמכת גם על ידי הממונה על ההגבלים העיסקיים הרואה בעייתיות רבה בנושא ריכוזיות הענף.

ב. אנו ממליצים להכניס סעיפים המונעים התאגדות משותפת של חברות דלק אשר תאפשר להן לרכו שליטה במקטעים שונים של הענף כגון שליטה על מתקני תשתית ארצית האמורים לשרת גם את המתחרים.

ב ב ר כ ה

דוד ברוך
סגן הממונה על התקציבים

העתק:

עו"ד תמר חקר - היועצת המשפטית - משרד האוצר
מר דוד ברודט - הממונה על התקציבים
מר צחי שאשה - רכו אנרגיה ותשתית אגף התקציבים

3 ח' של 1981 - של האנרגיה והתשתית
היום או הקרוב באמצעות (10/7)

שר האנרגיה והתשתית

כ"ז בתמוז התשנ"ד
5 ביולי 1994

אריאל לוי
מנהל

אל: מזכיר הממשלה

הנדון: הצעת חוק משה הדלק היזום תחרות והשירות לצרכי בתחנות הדלק
התשנ"ד 1994

1. בשנת 1988 יזם משרד האנרגיה והתשתית רפורמה, שמטרתה העיקרית הייתה פתיחת משק הדלק לתחרות חופשית. מתוך הנחה שבסופו של התהליך יזכה גם צרכן הדלק הבודד מההליך. לרפורמה כאמור היו הישגים משמעותיים בהוזלת מוצרי הדלק לצרכנים גדולים כמו חברה החשמל ומשרד הבטחון, אולם למרבה הצער צרכן הדלק הקטן הרוכש בנזין למכוניתו כמעט ולא נהנה כתוצאה מכך.
2. שורש הבעיה נעוץ בכך שרוב תחנות הדלק קשורות עם חברות הדלק הותיקות בהסכמים ארוכי טווח, והתהליך של הקמת תחנות דלק חדשות נמשך בישראל שנים רבות (כ-7 שנים). יתכן אפילו שהציפיות לחקיקה בסוגיה גרמו להקשתה בעמדות של חלק מהצדדים - ומכל מקום למרות כל המאמצים שחשקענו, לא נוצרה עד היום תחרות של ממש בין תחנות הדלק על כיסו של הצרכן הקטן - ומחירי הדלקים ברוב תחנות הדלק הן כמעט אחידים.
3. לפני כשנה קבע הממונה על ההגבלים העסקיים (כתוצאה מיוזמה של משרד האנרגיה והתשתית) כי ההסדרים בין חברות הדלק ותחנות הדלק הם "הסדרים קובלים", בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים. כתוצאה מכך נפתחו הליכים משפטיים, שלהערכתנו עשויים להמשך שנים רבות.
4. בינתיים יזם חבר הכנסת דן תיכון הצעת חוק פרטית שמטרתה לשחרר תחנות דלק שהקשר שלהן עם חברות הדלק נמשך יותר מ-14 שנים. הצעה זו מחייבת התערבות המחוקק בחוזים מתחום המשפט הפרטי, ומלכתחילה סברנו כי יש למצוא בענין "הסדר מאוזן" שיביא לשחרור הדרגתי של תחנות דלק במהלך השנים הקרובות, מבלי שנעשה "מהפכות" - ונעסוק "בהפקעת" נכסי הזולת.





ש"ר האנרגיה והתשתית

5. בסוף שנת 1993 הפיץ משרד האנרגיה והתשתית תזכיר חוק בסוגיה להערות משרדי הממשלה, ובעקבות ההערות שהתקבלו נבדקה הסוגיה מחדש. מאז עובדו מספר ורסיות לפתרון הבעיה, ולבסוף העברתי לפני כחודשיים תזכיר חוק מתוקן בנושא לדיון בוועדת השרים לענייני חקיקה. הדיון בסוגיה הושעה על פי בקשתי, לאחר שהסתבר כי לגורמים מסויימים במשק הדלק יש הסתייגויות קשות מההסדר המוצע.

6. (א) לאחר מאמצי הידברות ממושכים עם כל הגורמים המעורבים בענין נוצרה התחושה כי ניתן להגיע להסדר עם חברות הדלק הותיקות, לפיו תשוחרר לאלתר קבוצה של כ-60 - 75 תחנות תידלוק, בעוד שקבוצה נוספת של כ-120 - 138 תחנות דלק תשוחרר במהלך 6 השנים הקרובות (עד סוף שנת 2000).

(ב) הייתי מוכן אפילו ליזום חקיקה שתעגן את ההסדר האמור, אולם הדבר לא יצא אל הפועל, לאחר שהסתבר מהרשימות של חברות הדלק כי בכוונתן לשחרר תחנות דלק שיתרמו תרומה מיזערית בלבד לפתיחת תחרות בין תחנות הדלק.

7. (א) במצב שנוצר הגעתי לכלל דעה כי הדרך הנכונה לפתור את הבעיה הוא ליזום חקיקה כי תקופת התוזים בין חברות הדלק ותחנות דלק יסתיימו בתום 14 שנה מההתקשרות בהסדר או במועד פתיחת התחנה בפועל, או בתום שנה ממועד תחילתו של החוק; וזאת בלא לפגוע ביתר הוראות ההסכם בין הצדדים (למעט קיצור תקופת ההסכם). לכך הצדקה מעשית, הואיל ולדעת כולי עלמא ובחקופה של 14 שנה החזירו הצדדים לעצמם את מלוא ההשקעות בתחנת הדלק.

(ב) ההסדר המפורט בסוגיה כלול בהצעת חוק משק הדלק (קידום התחרות והשירות לצרכן בתחנות תידלוק), התשנ"ד - 1994 הרצ"ב, אין ספק בכך שההסדר המוצע יגרום בשנים הקרובות לשחרור של מאות תחנות דלק - ואם בנוסף לכך נבטל את המיגבלות הבירוקרטיות הבלתי סבירות שמציבה

שר האנרגיה והתשתית

תכנית מיתאר ארצית תמ"א 18 להקמת תחנות דלק חדשות, נוכל להערכתנו להכניס למעגל התחרות בשנים הקרובות כ-400 תחנות דלק. הדבר חייב להביא להתפתחות תחרות בין תחנות הדלק, וכאמור הנהנה מהתהליך יהיה צרכן הדלק הקטן.

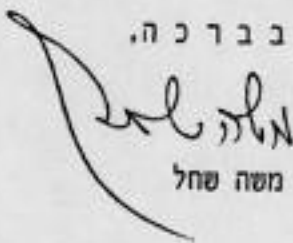
9. נכון שהצעת החוק בנושא אינה נותנת פתרון מלא בסוגיה משפטית סבוכה, אך להערכתנו היא תגרום להשגת המטרה של יצירת תחרות בין תחנות דלק, בלא שהמדינה תתערב בהפקעת זכויות קניין ברכוש של אנשים פרטיים. מבחינה זו מוצע בהצעת החוק "הסדר מאוזן", שלפיו איש מהמעורבים בעניין אינו מקבל שלא בצדק ובשרירות נכס שאינו שייך לו.

10. ביקשתי משר המשפטים כי הנושא יובא לדיון בוועדת השרים לענייני חקיקה, אך הוא אינו מוכן לקבל על עצמו הטיפול בנושא כה מורכב בלוח זמנים מקוצר. לכן הציע שר המשפטים כי הנושא יועלה לדיון בממשלה בהקדם.

11. ברצוני להדגיש כי החקיקה בהצעת החוק של חבר הכנסת דן תיכון מתקדמת בהליך מזורז - ואם לא נציע הסדר של הממשלה בנושא תוך כשבוע, תובא הצעת החוק של דן תיכון לקריאה שניה ושלישית בכנסת. לדעתי אין זה מתקבל על הדעת שהממשלה לא תיזום חקיקה ממשלתית בנושא כה חשוב, מה גם שלגירסתנו ההסדר המוצע על ידי בסוגיה הגיוני וסביר יותר מהחלופות האחרות.

12. לאור האמור אני סבור כי ראוי לה לממשלה שתתמוך ביוזמת החקיקה שהצענו - ויהיה חבל מאד אם בגלל סיבות לא ענייניות, היא תאבד את ההזדמנות לתרום תרומתה להסדרת נושא חשוב שיביא רווחה לצרכן הדלק הקטן. אודה לך מאד באם תגרום שהעניין יועלה לדיון בממשלה בהקדם.

בברכה,


משה שחל

פרק א' פרשנות

הגדרות 1. בחוק זה -

- "היום הקובע" - יום תחילתו של חוק זה;
- "תחנת תידלוק" - עסק קמעונאי למימכר בנזין ומוצרי דלק אחרים המשמשים בעיקר לתידלוק רכב מנועי לציבור הרחב, לרבות משאבת מדרכה ותחנת תידלוק פנימית;
- "משאבת מדרכה" - יחידת תידלוק המורכבת ממשאבה שבה עד חמש פיות, הממוקמת על מדרכה או בתניון פתוח;
- "תחנת תידלוק פנימית" - תחנת תידלוק או משאבת דלק המיועדת לשירות עצמי, ולקהל לקוחות מוגדר מראש;
- "חברת דלק" - גוף העוסק במכירה או בשיווק של מוצרי דלק, לתחנות תידלוק;
- "חוזה בלעדיות" - חוזה, לרבות מערכת חוזים בין חברת דלק לבין בעל תחנת תידלוק שאינה ממוקמת במקרקעי חברת הדלק, שלפיו התחייב בעל תחנת התידלוק לרכוש מוצרי דלק באורח בלעדי מחברת הדלק, לצורך מכירתם או שיווקם בתחנת התידלוק;
- "הסכם אספקה ומימון" - חוזה בלעדיות שנערך לאחר היום הקובע בין חברת דלק לבין בעל תחנת תידלוק או מי שמיועד להיות בעל תחנת תידלוק, שבו התחייבה חברת הדלק לממן לפחות מתצית

מעלות הקמת תחנת התידלוק (להלן - מימון הקמה) או לממן השקעה מהותית בחידוש התחנה בסכום שאינו קטן ממחצית עלות הקמתה (להלן - מימון חידוש);

"הסכם אספקה" - חוזה בלעדיות, שאינו הסכם קמעונאי, שנערך לאחר היום הקובע;

"המינהל" - מינהל מקרקעי ישראל;

"מקרקעי חברת הדלק" - מקרקעין שהינם בבעלות חברת הדלק או שהוחכרו לה בחכירה ראשית מאת המינהל, תאגיד שהוקם על פי דין, מוסד ללא כוונת רווח, רשות מקומית או איגוד ערים;

"השר" - שר האנרגיה והתשתית.

פרק ב' - חוזה בלעדיות

2. הסכם אספקה תקופת הסכם אספקה לא תעלה על שלוש שנים; הסתיים הסכם אספקה, רשאים הצדדים לחדשו מדי פעם בפעם, ובלבד שתקופת הסכם אספקה לא תעלה על חמש שנים בכל פעם.

3. (א) תקופת הסכם אספקה ומימון המתייחס למימון הקמה, לא תעלה על תקופה המסתיימת בתום ארבע עשרה שנה מיום פתיחת שירותי תחנת התידלוק לציבור.

(ב) תקופת הסכם קמעונאי המתייחס למימון חידוש לא תעלה על שבע שנים.

4. אישור חוזי בלעדיות חוזי הבלעדיות שנתקיימו בהם הוראות פרק זה יראו אותם כהסדרים שאושרו באישור ענפי של בית הדין להגבלים עסקיים בהתאם לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988.

חוזי בלעדיות 5. (א) חוזה בלעדיות שנכרת לפני היום הקובע שתקופת תקפו שנקבעה בו עולה על 14 שנים, יסתיים בתום 14 שנים מיום כרייתו או מיום פתיחת שירותי תחנת התידלוק לציבור, או בתום שנה מהיום הקובע, לפי המאוחר;

(ב) עם סיומו של חוזה בלעדיות לפי הוראות סעיף קטן (א) יחולו על הצדדים ההוראות שהיו חלות עליהם במועד סיום תקופת תקפו כפי שנקבע בו, וכן הוראות סעיף 12: ואולם אם הצדדים ירצו לחדשו, יחולו הוראות סעיפים 2 או 3 (ב), לפי הענין.

(ג) הוקמה תחנת התידלוק במקרקעי המינהל, יחולו הוראות סעיף זה גם לגבי מרכיבי חוזה הבלעדיות שהמינהל הינו צד להם.

פסור ממסים 6. (א) חברת דלק לא תחוייב במס לפי פקודת מס הכנסה (נוסח חדש), חוק מס שבח מקרקעין, התשכ"ג - 1963, או חוק מס הכנסה (תיאומים בשל אינפלציה), התשמ"ה - 1985, לפי הענין, בשל קיצור תקופת חכירה הנובע מהוראות סעיף 5 (להלן - קיצור תקופת החכירה), ובלבד שלא הועברה תמורה לחברת הדלק.

(ב) יתרת הסכומים שהשקיעה חברת דלק בנכסים שהותירה בתחנות תידלוק, עקב קיצור תקופת החכירה, בניכוי הפחת, תוכר לחברת הדלק כהפסד הון, ובלבד שההשקעה ניזקפה כהכנסה בידי מי שההשקעה נותרה בידי.

פרק ג' - תקנות וענינים

סימן א' - עבירות

הונאה במכירת דלק 7. (א) הגורם להונאה במכירת דלק בתחנת תידלוק כשתוצאה הימנה קיבל צרכן הדלק כמות קטנה יותר של דלק שעבורה נדרש לשלם, או קיבל דלק באיכות הנופלת

מהאיכות המקובלת לאותו מוצר דלק, דינו - מאסר שלוש שנים, או קנס פי חמישה מן הקנס כאמור בסעיף 61 (א) (2) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977.

(ב) בוצעה עבירה כאמור בסעיף קטן (א), ניתן להאשים בה גם כל אחד מאלה:

- (1) מי שאחראי להפעלת תחנת התידלוק;
- (2) בעל תחנת התידלוק;
- (3) חברת הדלק המשווקת מוצרי דלק לתחנת התידלוק.

זולת אם הוכיח שהעבירה נעברה שלא בידיעתו, והוא נקט בכל האמצעים לקיום הוראות פרק זה.

8. (א) בסעיף זה, "תיאום מחירים" - כל הסדר בין בכתב ובין בעל פה, שכתוצאה הימנו נמכרים בשתי תחנות תידלוק או יותר מוצרי דלק במחיר אחיד שתואם מראש.

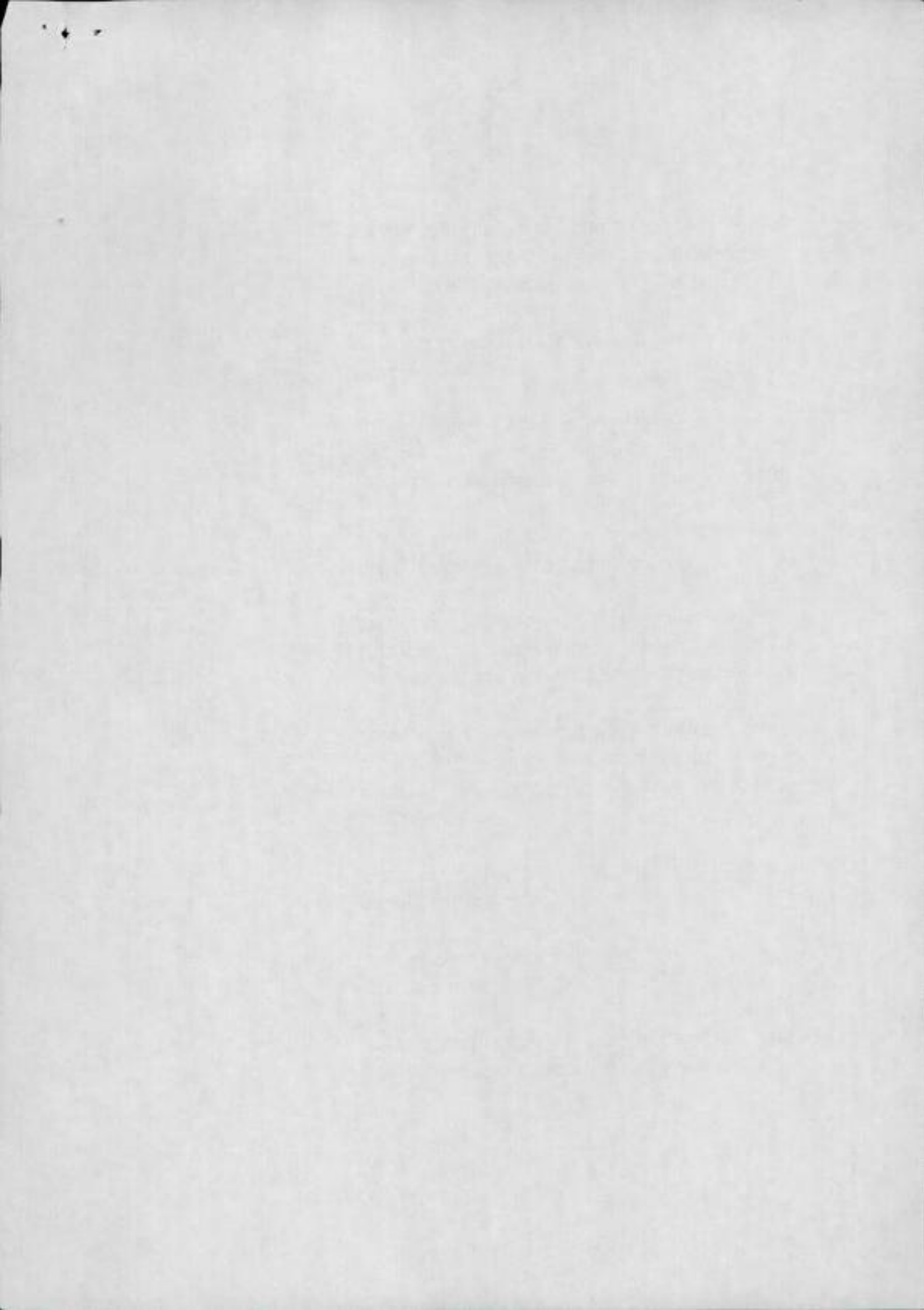
איסור
תיאום
מחירים

(ב) הגורם לתיאום מחירים של מוצרי דלק הנמכרים בתחנות תידלוק, דינו - מאסר שלוש שנים או קנס פי חמישה מן הקנס כאמור בסעיף 61 (א) (3) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977.

(ג) בוצעה עבירה כאמור בסעיף קטן (א), ניתן להאשים בה גם אחד או יותר מאלה:

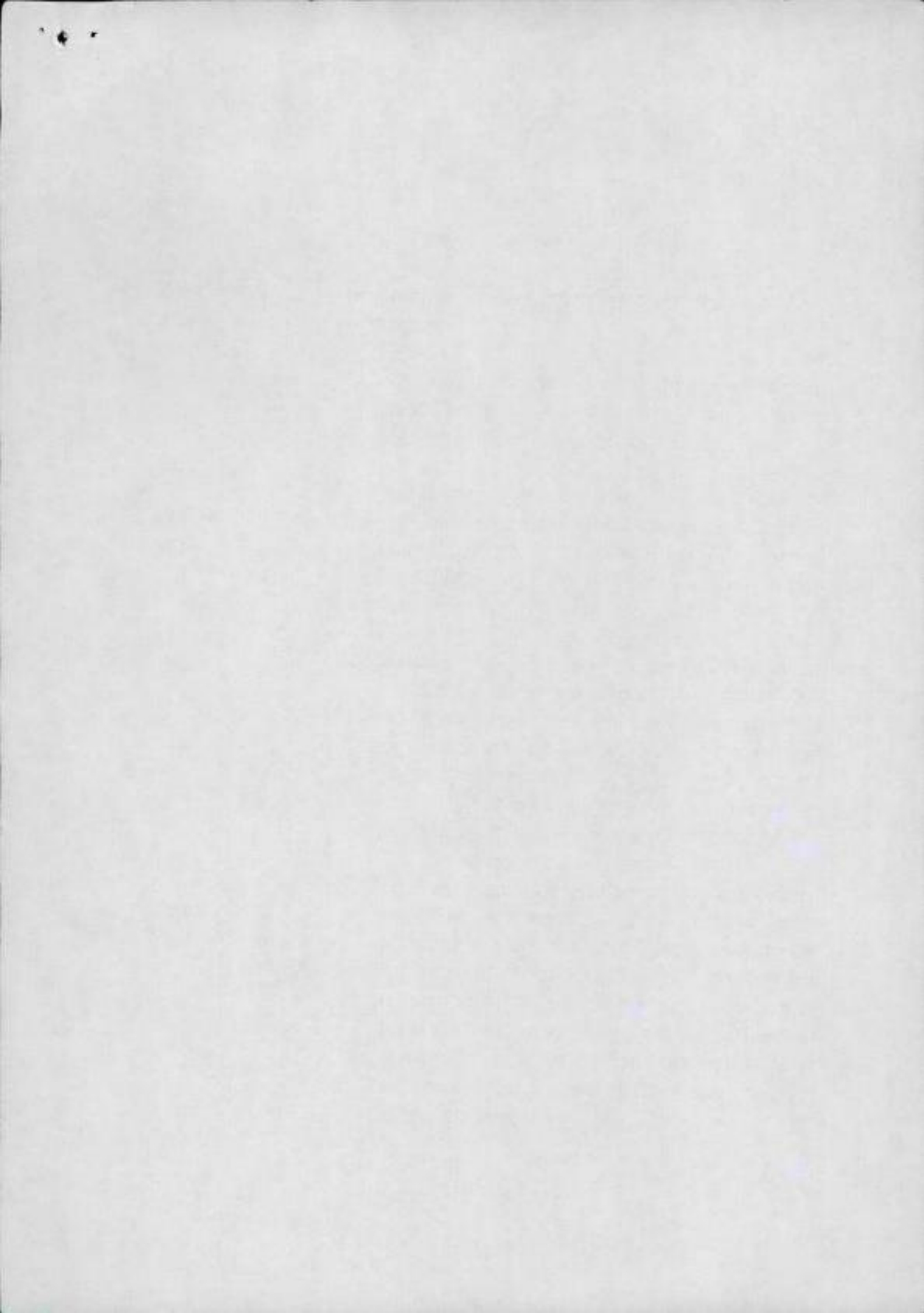
- (1) מי שאחראי לתפעול תחנת התידלוק;
- (2) בעל תחנת התידלוק.

זולת אם הוכיח שהעבירה נעברה שלא בידיעתו, והוא נקט בכל האמצעים לקיום הוראות פרק זה.



סימן ב' - הפיקוח

- מינוי
מפקחים
9. (א) חשר רשאי להסמיך אדם כמפקח לענין פרק זה (להלן - המפקח).
- (ב) למפקח יהיו כל הסמכויות לעריכת חקירה שיש לקצין משטרה בדרגת מפקח ומעלה לפי סעיף 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות).
- סמכויות
חקירה
10. (א) כדי להבטיח את ביצוע הוראות פרק זה או אם התעורר חשד לעבירה לפיו, רשאי המפקח לדרוש מכל אדם כל ידיעה ומסמך שיש בהם כדי להבטיח את ביצוע הוראות פרק זה או כדי להוכיח את ביצוע העבירה.
- (ב) מפקח יחזיר מסמך שנמסר לו למי שממנו נלקח לא יאוחר מתום ששה חדשים מיום שניתן לו המסמך, אלא אם כן הוגש כתב אישום במשפט שבו המסמך עשוי לשמש ראיה; שופט של בית משפט שלום רשאי, לבקשת המפקח או בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה ולאחר שניתנה למי שממנו נקלח המסמך הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיו, להאריך תקופה זו בתנאים שיקבע.
- ביקורת
ותפיסה
11. (א) מפקח רשאי, אם הוא משוכנע שהדבר דרוש כדי להבטיח את ביצוע ההוראות לפי חוק זה או למנוע עבירה עליהן, להיכנס בכל עת סבירה למקום שיש לו יסוד להניח שנעברת בו עבירה לפי פרק זה, כדי לבדוק את המקום ולתפוס דבר שיש לו יסוד להניח שנעברה בו עבירה לפי פרק זה או שעשוי לשמש ראיה במשפט על עבירה כאמור וכן ליטול דוגמה לשם בדיקה, ובלבד שאין להיכנס למקום המשמש למגורים בלבד אלא על פי צו מאת בית משפט מוסמך.



(ב) הוראות סעיף 10 (ב) יחולו גם על דבר שנתפס לפי הוראות סעיף זה.

פסק דין: הוראות שונות

12. מסלולי חברת הדלק ואשראי הסתיים חוזה בלעדיות כאמור בחוק זה, יחזיר בעל תחנת התידלוק לחברת הדלק, בעין או בשווי הכספי, בהתאם לבחירת בעל תחנת התידלוק, את המטלטלין השייכים לחברת הדלק אשר הושאלו על ידה לבעל תחנת התידלוק; וכן את סכומי האשראי שהעמידה חברת הדלק לרשותו לצורך ניהול תחנת התידלוק.
13. תחנת תידלוק פנימית או משאבת מדרכה ועדה מקומית להכנון ובניה רשאית להרשות הקמתה והפעלתה של תחנת תידלוק פנימית או משאבת מדרכה, שלא על פי הוראות תכנית מתאר ארצית.
14. ביטול מרחקים מזעריים כל הוראה בתכנית מתאר ארצית לתחנות תידלוק מס' 18, שענינה מרחקים מזעריים או המגבילה הקמת משאבות מדרכה או תחנת תידלוק פנימיות - בטלה.
15. ביצוע ותקנות השר ממונה על ביצוע חוק זה והוא רשאי, בהתייעצות עם ועדת הכלכלה של הכנסת, להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו.



94-5929G

26.7.1994
פז-220 ת.

לכבוד
בוועד רדי
יועץ שר האוצר
ירושלים

הנדון: פז חברת נפט בע"מ

בהמשך לשיחתנו, ברצוני להעביר לעיונך מספר חוות דעת ומסמכים כמפורט להלן הדנים בנושא קביעת הממונה על ההגבלים העסקיים והצעות החוק בדבר תחנות התדלוק.

1. חוות דעת מיום 5.11.93 מאת פרופ' נילי כהן, הדנה בקביעת הממונה על ההגבלים העסקיים מיום ה-28.6.1993.
פרופ' נילי כהן גורסת שאין מקום להבדיל בין מקרה שבו לחברת הדלק בעלות, חכירת מדינה או דיירות מוגנת, לבין מקרה שבו לחברת הדלק חכירה פרטית או חכירת משנה. בכל המקרים הללו, לפז זכות קניין במקרקעין. משוואו איפה מתכולת ההסדר הכובל מקרים שבהם לפז בעלות, חכירת מדינה או דיירות מוגנת, הרי שיש להוציא מתחום ההסדר הכובל, גם את אותם מקרים שבהם לפז חכירה פרטית או חכירת משנה בקרקע.
2. חוות דעת מיום 26.6.94 מאת פרופ' נילי כהן הדנה בהצעת חוק הסדרים במשק המדינה. הצעת החוק דנה בקיצור החוזים של חברות הדלק.
פרופ' כהן גורסת כי הפגיעה החמורה בהצעת החוק נוגעת לזכויותיה הקנייניות של חברת הדלק הנובעת מהחוזים הקיימים.
העובדה שהצעת החוק אינה מציעה פיצוי בגין הפגיעה בזכויות הללו היא החמורה מכל. אם תהפוך ההצעה לחוק, יהיה הוא חשוף לסכנת כטלות, בהיותו לא חוקתי (פוגע בחוק יסוד).
3. חוות דעת מיום 5.11.93 מאת LIEDIKERKE WALTERS WALBROEK AND KIRKPATRICK מבלגיה.
כפי שעולה מחוות הדעת של עורכי הדין מבלגיה, מקום בו לחברות הדלק זכות קניין במקרקעי התחנה, אין רואים בעובדה שתקופת הבלעדיות של מפעיל התחנה חופפת את תקופת החכירה, משום פגיעה בתחרות.
4. חוות דעת מיום 4.11.93 מאת FLADGATE FEDLER מאנגליה:
מחוות הדעת עולה כי דוח"ת החקירה האנגלים שעסקו ביחסים שבין תחנות התדלוק וחברות הדלק לא עסקו בקיצור אורך תקופת הבלעדיות של החוזים הקשורים לתחנות בהן לחברת הדלק היתה זכות בעלות או חכירה (ראשית או משנית). כלומר, הסכמי הבלעדיות שקוצרו באנגליה לחמש שנים עסקו רק בתחנות בהן לחברת הדלק לא היתה זכות קניינית במקרקעי התחנה ושההשקעה נעשתה על ידי המפעיל בלבד.

5. טבלאות 1-3 המצביעות על כך כי מספר התושבים לתחנה במדינת ישראל גדול כמעט פי ארבעה מאשר הממוצע באירופה. היצע התחנות באירופה לאדם גדל פי ארבע מזה שבישראל והכמות הנמכרת בתחנה בישראל גבוהה ב-300% (פי-4) מזו הנמכרת באירופה. מנתונים אלו עולה כי הפתרון להגברת התחרות בשוק הדלק היא פתיחת מעל ל-250 תחנות חדשות!

6. מכתבו של מר בורי ליברמן בשם משפחת ליברמן לראש ממשלת ישראל. משפחת ליברמן רכשה את חברת פז ממשלת ישראל לפני חמש שנים. בתשקיף שפרסמה הממשלה הובהר כי מרבית התמורה עבור רכישת פז הינה עבור זכויותיה של פז (קניניות ותפעוליות) בתחנות התדלוק. כמו כן, הבהירה הממשלה שאין לחברה בעיות משפטיות ותביעות הקשורות בין היתר לחוזים עם בעלי התחנות. עתה, חמש שנים בלבד לאחר המכירה, מודיעה הממשלה כי המערכת החוזית של תחנות התדלוק הינה לא חוקית ולפיכך מרוקנת את החברה מתוכן.

7. תקציר המתאר את עיקר הנושאים המועלים בחוות הדעת והמסמכים הנוגעים להחלטת הממונה והצעות החוק של הממשלה בדבר תחנות התדלוק.

כמות החומר שאני מעביר אליך היא רבה ומקיפה. אשמח אם נוכל לתאם פגישה עם הגב' סמדר ברבר - עוזרת ליור' דירקטוריון פז (טלפון - 03-5171316) ואיתי ולשוחח על הנושאים העיקריים.

בכבוד רב
צדיק בינו

לכבוד

מר צדיק בינו

יו"ר מועצת המנהלים

26.6.94

19

מר צדיק בינו הנכבד,

הנדון: הצעת חוק הסדרים במשק המדינה
(וניקוני חקיקה), התשנ"ג-1993

קביעת הממונה

- בתאריך 28.6.93 קבע הממונה על ההגבלים העיסוקיים; כי חווי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק מהווים הסדר כובל לפי חוק ההגבלים העיסוקיים, תשמי"ח-1988. הממונה הוציא מגדר קביעתו אותם מקרים, שבהם חברת הדלק היא הבעלים, חוכרת מדינה או הדיירת המוגנת של המקרקעין, שעליהם מנוהלת התחנה. אולם הוא כלל בגדר קביעתו אותם מקרים, שבהם יש לחברת הדלק חכירה מנורם פרטי או חכירת משנה במקרקעין, שעליהם מנוהלת התחנה. על קביעתו זו הוגש ערר לבית הדין להגבלים עסקיים. הערר תלוי ועומד.

גדר הדיון

2. הרשות המבצעת והרשות המחוקקת נמצאות עתה בתהליך של ייזום חקיקה, שנועדה להגביל תקופת הייחודיות של חווי התפעול. הובאה לפני הצעת חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה), התשנ"ג-1993, המבקשת להגביל תקופת הייחודיות של חווי התפעול בין חברות הדלק למפעילים. נתבקשתי להתייחס להצעת החוק, ולבחון את השאלה, האם עומד החוק המוצע במבחני החוקתיים של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לשם כך אבהיר את הרקע המשפטי שהניע את יוזמת החקיקה, ואציג את הקטגוריות השונות של החוזים בין חברות הדלק למפעילים, שהיוו נושא לקביעת הממונה.

חוות הדעת המתמייחסת לקביעת הממונה

3. בשעתו נתבקשתי לחוות דעה בשאלה, האם, לאור הטעם שהניע את הממונה לסייג את קביעתו (לעיל סעיף 1), יש מקום להבחין בין המקרים, אליהם התייחס כאל הסדר כובל. אחזור בקיצור על עיקרי דברי הבהרתי כי הממונה השתית הפטור הנוגע לכעלות, חכירת מדינה ודיירות מוגנת, על סעיף 3(3) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, לפיו לא ייחשב כהסדר כובל "הסדר, בין מי שמקנה זכות במקרקעין לבין מי שרוכש את הזכות, שכל כבילותיו נוגעות לסוג הנכסים או השירותים בהם יעסוק רוכש הזכות באותם מקרקעין". הגעתי למסקנה כי לפי הגיון שיטתו של הממונה, שהוציא מתחולת ההסדר הכובל מקרים שבהם לפז בעלות, חכירת מדינה או דיירות מוגנת, הרי שיש להוציא מתחום ההסדר הכובל גם אותם מקרים, שבהם לפז חכירה או חכירת משנה פרטיות בקרקע. הטעם לכך הוא שכשם שהחכירת מדינה של פז נחשבת לזכות במקרקעין, כך גם החכירה פרטית או חכירת משנה.

4. קושי מסויים מתעורר במקרה שבו הבעלים המקורי או החוכר הוא גם המפעיל, והוא מעניק חכירה או חכירת משנה לפז. פז מצידה מעניקה לו רשיון או זכות שימוש במקרקעין לצורך תפעול התחנה.

כאשר קיימת זהות כזו בין הבעלים המקורי, שמזכותו נגזרת החכירה או חכירת המשנה של פז, לבין המפעיל, נוטה הממונה להתייחס לעיסקה הקניינית כאל עיסקה מלאכותית, והוא מתעלם ממנה. במקרה כזה נשמטת, לפי הגיונה של גירסת הממונה, האפשרות להשתית הפטור של סעיף 3(3) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, המוציא מגדר הסדר כובל "הסדר, בין מי שמקנה זכות במקרקעין לבין מי שרוכש את הזכות, שכל כבילותיו

נוגעות לסוג הנכסים או השירותים בהם יעטוק רוכש הזכות באותם מקרקעין. זאת, כך סובר הממונה, משום שמי שמקנה את הזכות הוא המפעיל, בהיותו הבעלים או החוכר, ופז היא הרוכשת את הזכות. ואילו הככילה אינה מוטלת על פז, הרוכש, אלא דווקא על המפעיל, המקנה.

5. עמדתי היתה שאין הצדקה לגישה הפוסלת מיניה וביה הפעלתו של סעיף 313 לחוק ההגבלים העסקיים על מצב, שבו הבעלים המקורי מקנה את זכותו לאחר, וזה חוזר ומקנה זכותו הנגזרת לבעלים המקורי. באופן פורמלי מקיים מצב זה את תנאיו של סעיף הפטור, שכן פז, כבעלת זכויות קנייניות נגזרות במקרקעין, מעניקה זכות במקרקעין למפעיל, זכויות שהוא שלל אותן מעצמו עם ההענקה המקורית לפז. עתה אין הוא יכול לחזור להפעילן, אלא רק אם תקנה לו פז זכויות, וזו מוכנה לעשות כן, תוך שהיא מטילה עליו כבילות. על פני הדברים נכנס מצב זה לגדרו של סעיף 313. אלא שעמדת הממונה היא שהעיסקה היא מלאכותית, כי היא נוצרה רק במטרה לחסות בצילו של הפטור הקבוע סעיף 313, ומכאן שיש להתעלם ממנה.

6. שאלת המפתח, בעיני, הפכה להיות, איפוא, זו: האם הפרשנות הסבירה היחידה, שניתן לזות לעיסקה מסוג זה, היא הרצון לחסות בצילו של הפטור של חוק ההגבלים, או שמא קיימות אופציות פרשניות אחרות, שמכוון ניתן להצביע על הצדקה כלכלית אמיתית לעיסקה. אם כן, העובדה שנבנתה בצורה זו, לא תעמוד לפז לרועץ, והיא תוכל לחסות בצילו של הפטור החוקי.

7. יש להבהיר כי מבנה עיסקה כזה היה שכיח אף קודם לחקיקתו של חוק ההגבלים העסקיים, תשמי"ח-1988 ואף קודם להילכת ע"א 626/70 שמעוני נ' ארלמי לזויס, פ"ד כה(1) 825, שביטטה הפטור האמור במשפט הישראלי, חרף העובדה שלא היה מוכר מפורשות בנירסה הקודמת של חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959. בנסיבות אלה חסרה תשתית עובדתית לטענה בדבר מלאכותיות העיסקה ובדבר כוונה לבנותה לצורך השגת פטור של החוק, שעדיין לא נכרא.

גם בהנחה שעיסקה כזו נבנתה שעה שהפטור היה מוכר, ניתן להצביע על הצדקה עצמאית לקיומה. במקרים רבים מכוסטיט היחסים בין פז למפעיל על "מיזם משותף" (Joint venture); המפעיל, כעל הקרקע, מביא לעיסקה נכס מקרקעין וכוח עבודה, ואילו פז משקיעה בהקמת התחנה ובתשתית. הענקת זכויות במקרקעין לשני הצדדים מהווה דרך לגיטימית להבטחת זכויותיהם בעיסקה המשותפת. מצב דברים זה ודאי מתקיים בעיסקה עם נכה צה"ל, שבה נדרשת פז לרשום על שם הנכה חכירה, והוא מעניק לפז חכירת משנה. מתוך דו"ח ציחנבר ויישומו

עולה, כי כלכלית פו היא הבעלים האמיתי של זכויות הקניין בתחנה, והדרישה כי הנכה יירשם כבעלים נועדה להבטיח את זכויות ההפעלה של הנכה בנכס. ראייה נחרצת לכך מופיעה בסעיף 125 להסכם החכירה הסטנדרטי בין מינהל מקרקעי ישראל לבין נכה צה"ל, לפיו אפילו תבוטל החכירה הראשית של הנכה, לא יפגע הדבר בחכירת המשנה של חברת הדלק. אך גם במקרים אחרים ניתן להצביע על הצדקה כלכלית דומה למבנה העיסקה. הקניית חכירה או חכירת משנה לפו מעניקה לת מעמד קנייני ובטחון ריאלי, שלהם היא זקוקה כשותפה וכמשקיפה.

ראייה לכך שהצדדים מתייחסים לחכירה או לחכירת המשנה שבין המפעיל לפו כאל עיסקת חכירה אמיתית, מצויה באותם מקרים שבהם משלמת פו דמי חכירה ריאליים למפעיל, המחכיר. אכן במקרה דומה הסיק בית משפט באנגליה כי תשלומים כאלה פוטרים את המקרה, שנוזן שם, מתחולתה של הדוקטרינה של ההגבל העיסקי (Alec Lobb v Total Oil [1985] 1 WLR 173).

באחדים מחוזי החכירה נקבע, שפו תוכל להפעיל את החכירה גם למטרות אחרות, וזאת הפעלתה של תחנת דלק. ניתן לטעון שסעיף מטרת זה, והעובדה שפו משלמת דמי חכירה ריאליים עבור החכירה, מצביעים על הצדקה כלכלית עצמאית לעיסקת החכירה, הנפרדת מחוזה התפעול. תשלום דמי החכירה במקרה כזה נועד לאפשר לפו להפעיל זכויותיה הקנייניות בקרקע ללא קשר לשאלת שותפותה עם המפעיל בתחנה, וללא קשר לשאלת ההגבל העיסקי. אך העובדה שבינתיים כרוכה החכירה גם בתפעולה של תחנת דלק, אינה צריכה לגרוע מזכויות פו, ואינה צריכה למנוע ממנה לחסות בצילן של הפטור של סעיף 3(3) לחוק ההגבלים העיסקיים.

8. אחזור ואמנה את הקטגוריות העומדות לדיון ואת המסקנה המשפטית שראוי לייחס לכל אחת מהן,

בשאלה אם הן מהוות הסדר כובל:

ראשית, חברת הדלק היא הבעלים, חוכרת מדינה או הדיירת המוגנת של המקרקעין, שעליהם מנוהלת התחנה - גם לפי גירסת הממונה אין מדובר בהסדר כובל.

שנית, לחברת הדלק חכירה או חכירת משנה טגורם פרסי במקרקעין, שעליהם מנוהלת התחנה - לגרסתו אין לדבר על הסדר כובל, לפי הגיון קביעת הממונה בקטגוריה הקודמת.

שלישית, למפעיל בעלות או חכירה, הוא מחכיר המקרקעין לחברת הדלק, זו מצידה מעניקה לו רשיון או זכות שימוש במקרקעין לצורך תפעול התחנה - בקטגוריה זו שלוש קטגוריות משנה -

א. חוזי נכים: דינם כדין הקטגוריה השניה, ואין היא הסדר כובל.

ב. לחכירה צידוק כלכלי עצמאי: דינה כדין הקטגוריה השניה, ואין היא הסדר כובל.

ג. לחכירה אין צידוק כלכלי עצמאי: היא עשויה להיות הסדר כובל.

רביעית, לחברת הדלק אין זכות קניינית מסוג כלשהו - חוות דעתי הוגבלה לקטגוריות שבהן הסדר קנייני בין פו למפעיל. לא התייחסתי לאותם מקרים שבהם אין הסדר קנייני בין פו למפעיל.
 אבחן עתה את השאלה אם עומדות הצעות חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה), התשנ"ג-1993 במבחניו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תוך התייחסות לקטגוריות האמורות.

הבטיח החוקתי להגנה על חירותו, כבודו וקניינו של אדם -

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

9. כוחו של המחוקק לחוקק חוקים הנוגעים למערכת יחסים קניינית וחזית בין פרטים מוגבל כיום לאורו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהוחק בשנת תשנ"ב, ואשר תוקן בשנת תשנ"ד. אצביע על עקרונותיו המרכזיים.
 סעיף 1 לחוק היסוד (כפי שתוקן בחוק יסוד: חופש העיסוק משנת תשנ"ד), שכותרתו "עקרונות יסוד" קובע:

זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו כרוח העקרונות שבהכרזה על מדינת ישראל.

סעיף 3 לחוק היסוד, שכותרתו "שמירה על הקניין", קובע:

אין פוגעים בקנינו של אדם.

סעיף 8 לחוק היסוד, שכותרתו "מגיעה בזכויות", קובע:

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

ועוד נאמר בסעיף 11, שכותרתו "תחולה", כי "כל רשות ממשלתית השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי

חוק-יסוד זה".

מעמדו של חוק הפוגע בזכויות היסוד

10. סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מטיל הגבלה מהותית על חקיקת חוק הפוגע בזכויות יסוד. עם זאת, השלכותיה של תניית ההגבלה של סעיף 8 אינן ברורות לאור שוני הנוסח בין חוק יסוד זה לחוק יסוד: חופש העיסוק.

חוק יסוד: חופש העיסוק, שנחקק אף הוא בתשנ"ב, מכיל בסעיף 5 הוראת שריון, המכונה "נוקשות החוק", והקובעת כי "אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת".

חוק יסוד: חופש העיסוק זכה לגרסה חדשה בתשנ"ד. בהתאם לסעיף 8 לחוק היסוד החדש עשוי חוק רגיל לפגוע בחופש העיסוק, אם נתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש שהוא תקף על אף האמור בחוק יסוד זה. תוקפו של החוק יפקע בתוך ארבע שנים מיום תחילתו, אלא אם נקבע בו מועד מוקדם יותר (לחוק היסוד מתשנ"ב תוך התייחסות להצעת החוק שקדמה לחוק מתשנ"ד: אי ברק, "חוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב (1994) 195).

בניגוד לכך, אין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מכיל כל הוראות שריון. אם כך, עשויה להיטען טענה, כי חוק מאוחר, הפוגע בזכות קניין, אף בניגוד לערכי המדינה, ייחשב לחוק תקף, למרות מה שאמור בו בסעיף 8, שכן חוק כזה מהווה שינוי מכללא של חוק היסוד. אולם זו עמדה קיצונית שמרוקנת, למעשה, את סעיף 8 מתוכנו (ההנחה היא "שפיסקת ההגבלה היא עצמה מהווה הוראת שריון": אי מעוז, "משפט חוקתי" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (אי רוזן-צבי עורך) 143, 148).

11. במאמרו "המהפכת החוקתית: זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9, 21-22, מציע פרופסור ברק שני פתרונות אפשריים לשאלת מעמדו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כלפי חקיקה מאוחרת, שאינה ממלאת אחר תניית ההגבלה של סעיף 8 (וכן אי ברק, "פרשנותם של חוק היסוד" משפטים כב (תשנ"ג) 31, 32). על פי הפתרון האחד, חוק רגיל שאינו מקיים את תנאיו של סעיף 8 יהיה בטל (יהא הרוב בו נתקבל אשר יהא). למעשה, משווה פתרון זה בין חוק יסוד: כבוד האדם לנוסח של חוק יסוד: חופש העיסוק מתשנ"ב, למרות השוני בניסוחם, והוא מתייחס לחוק-יסוד: כבוד האדם כאל חוק משוריין (שריון משתמע), שניתן לשנותו רק על ידי חוק יסוד שנתקבל ברוב של חברי כנסת.

לפתרון זה התייחס השופט ברק, אנב אורחא, בבשי"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל (ז'ט"ס פורסם)

באומרו:

חוק רגיל הנחקק לאחר מועד כניסתו של חוק היסוד לתוקף, הפוגע בזכות היסוד, ואשר אינו מקיים את דרישותיה של יפסקת ההגבלה (סעיף 8 לחוק היסוד) הוא חוק לא חוקתי. בית המשפט רשאי לתת תרופה בנינו. אחת מאותן תרופות היא הכרזת בטלות, תוך קביעת מועד הבטלות (רטוראקטיבי, אקטיבי, פרוספקטיבי).

אכן, זה לא מכבר נפסק בבית המשפט המחוזי (ת"א (ת"א) 2252/91 שירות אשראי מסחרי נ' גבעת יואב (טרם פורסם)), כי הוראה בחוק התסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון), התשנ"ג-1993 בטלה, בהיותה פגיעה בלתי מוצדקת בזכות הקניין של נושים של חייבים במגזר החקלאי. בטלות ההוראה הושתתה על הפרשנות האמורה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להעדפתו של הפתרון: א' ברק, "חוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב' (1994) 195, 197-198).

12. על פי הפתרון השני, חוק רגיל שאינו מקיים את תנאיו של סעיף 8 יהיה תקף (יהא הרוב בו הונקבל אשר יהא), ובלבד שנאמר בו מפורשות כי הוא תקף למרות האמור בחוק היסוד: פתרון זה דומה חלקית למודל שנבחר בחוק יסוד: חופש העיסוק מתשנ"ד. הדמיון הוא חלקי שכן בחוק יסוד: חופש העיסוק קבועה דרישה כי החוק יתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו כי חוק, כאמור, יפקע כעבור ארבע שנים.

הפתרון השני מגביל את ריבונותה של הכנסת, אך הוא מבחין בין חוק יסוד משוריין לחוק יסוד שאינו משוריין (לפחות על פי הנוסח הראשון של חוק יסוד: חופש העיסוק, ובמובן מה גם על פי הנוסח השני, שכן הפתרון מקל בכך שאין בו דרישה לרוב מיוחד ואין בו כל התייחסות למועד הפקיעה של החוק). לאור העובדה שחוק יסוד: כבוד האדם אינו משוריין, ניתן יהיה להתגבר על תניית ההגבלה בחוק מאוחר שנתקבל ברוב רגיל, רק אם יצוין הדבר במפורש.

(להעדפתה של האפשרות השנייה: י' קרפ, "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל ב' (תשנ"ג) 323, 380; הפתרון נתמך על ידי מ' אלון, "דרך חוק בחוקת: ערכיה של המדינה היהודית והדמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 659, 662).

13. פתרון שלישי, שניתן להציעו לאור נוסחו החדש של חוק יסוד: חופש העיסוק הוא, שחוק רגיל שאינו מקיים את תנאיו של סעיף 8 יהיה תקף אם נתקבל ברוב של חברי הכנסת, ובלבד שנאמר בו מפורשות כי הוא תקף למרות האמור בחוק היסוד: פתרון זה דומה למודל שנבחר בחוק יסוד: חופש העיסוק מתשנ"ד (למרות שאין בו

התוספת המתייחסת לפקיעתו של החוק כעבור ארבע שנים).

14. שלוש האפשרויות מגבילות את היכולת לפגוע בחוק או על פיו בחירות הפרט, בכבודו ובקניינו. חוק רגיל הפוגע בזכויות יסוד אלה חייב למלא אחר תניית ההגבלה שבסעיף 8. שאם לא כן, לפי האפשרות הראשונה, יהיה בטל, לפי השניה, יהיה בטל, אם לא נאמר בו מפורשות כי בא לסתור את חוק היסוד (ראה גם אי ברק, "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 561-563), לפי השלישית, יהיה בטל, אם לא נתקבל ברוב חברי הכנסת או לא נאמר בו מפורשות כי בא לסתור את חוק היסוד.

דומה שהעמדה הפסיקתית, שבאה לידי ביטוי באימרת האגב של השופט ברק בעניין בנקן ובפסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין ת"א (ת"א) 2252/91 שירותי אשראי מסחרי נ' גבעת יואב (לעיל סעיף 11), מצביעה על עדיפותה של האפשרות הראשונה, לפיה חוק שיעמוד בניגוד לחוק היסוד, ייחשב לבטל.

15. חוקי היסוד מעניקים את הגנתם ל"אדם". למרות השימוש בתיבה זו, פרושה הגנתם של חוקי היסוד בהקשרים הנאותים גם על תאגידים: אי ברק, "חוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 195, 200 טקסט להערה 29; יי אליאסוף, "חוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 173, 177-178. אכן בפסיקה הוענקה הגנת הקניין לתאגיד (ת"א (ת"א) 2252/91 שירותי אשראי מסחרי (ישראל) בע"מ נ' גבעת יואב (טרם פורסם)). וכך מצוין השופט ברק: "גם תאגיד נהנה מחירויות שאופיו כתאגיד מאפשר לו ליהנות מהן. חופש העיסוק, זכות הקניין, זכויות נאשם, וכיוצא בהן זכויות שקיומה של יישות פיזית ("בשר ודם") אינה חיונית בהן" (ע"א 105/92 ר.אם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' ערית נצרת עילית, טרם פורסם).

בסוּסוּ בחוק היסוד של שלוש זכויות יסוד

16. לא אמנה את כל החירויות הנובעות מחוק יסוד: כבוד האדם. לעניינו ברצוני להצביע על שלוש זכויות, הנובעות מעקרונות היסוד של החוק ומסעיפיו המיוחדים, והן: הגנה על הרכוש, הזכות להליך הוגן והגנה על האוטונומיה של הרצון הפרטי.

הגנה על רכוש: קניין וחווה

ראשית, מעקרונות היסוד ומהסעיף המיוחד, המוקנה הגנה לקניינו של אדם (סעיף 3) ולכבודו (סעיף 4), עולה

כי החוק מעניק הגנה חוקתית לרכשו של הפרט.

"בקביעת היקפה של זכות אדם - כגון היקפו של "קניין" - על הפרשן לנקוט ב"מבט רחב" (אי ברק, "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 253, 258). בגדר קנינו של אדם כלולה לא רק זכות קנין במובנה המסורתי אלא גם זכות חוזית, המהווה כיום חלק נכבד ממרכיב העושר (לאופייה הרכושי של הזכות החוזית: נ" כהן, גרם הפרת רצוה (1986) 3-6; ד" מרידע, דיני חובבים - חלק כללי (1994) 4-5).

ההגנה על קניינו של אדם מעוגנת בחוקה האמריקאית האוסרת על נטילת (taking) קניינו של אדם (Eminent domain clause). נטילה כזו יכולה להיות מצדקת רק אם היא למטרה ציבורית ואם היא מלווה בפיצוי של בעל הקניין. במסגרת דוקטרינה זו נכללת גם נטילתה של זכות חוזית: Tribe, American Constitutional Law (2d ed, 1988) 591 note 11. נוסף על כך מוגנות זכויות חוזיות הגנה חוקתית מיוחדת (Contract Impairment Clause). לפירוט: Tribe, 613 et seq.

לתמיכה בהנחה, המבטת מאליה, שזכותו של נושא הנכבד מחוזה שכרת, גם היא בגדר קניינו, ראה הערתו של השופט שי לוי (רע"א 3466/92 ארטרכט נ' הנאמן במשיטת רגל, פ"ד מונ(2) 573, 577), בהתייחסו לחוק הסדרים במגזר החקלאי, תשנ"ב-1992, שהסמיך רשות מוסמכת על פיו ("משקם") למחוק חובות של חייבים לנושים.

הוראות החוק הן מרחיקות לכת וללא ספק פוגעות הן בדיעבד בזכויות קניין של הנושים הבאים בגדרו, דא עקא, שהחוק פורסם ב-12.3.92, שלושה עשר ימים לפני פרסומו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך נבצר מכית המשפט לבדוק את חוקיותו של החוק.

על סמך ההנחה הברורה, לפיה זכותו של נושא גם היא בגדר "קניין", נפסל חוק הפוגע בזכויות נושים כתי"א (תי"א) 2252/91 שירותי אשראי מסחרי נ' גבעת יואב (טרם פורסם) (לעיל סעיף 11).

זכות להליך הוגן

17. שנית, מחירותו של אדם ומכבודו משתמנת זכותו של אדם להליך הוגן. "זכותו של נאשם למשפט הוגן היא חלק מכבוד האדם" (אי ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית" (טרם פורסם) 8-9). אם נטען שהתנהגות מסויימת מהווה עבירה, והשאלה מתבררת בהליך משפטי, תהא חקיקתו של זוג המכריז על אותה התנהגות כעל עבירה מבלי

שמוצה ההליך המשפטי, מוגנת לכבוד האדם וחירותו. לחקיקה כזו עלול להיות אופי רטרואקטיבי, הנחשב לפוגעני מיוחד בהקשר פלילי.

יתר-על-כן: "מאופיה הדמוקרטית של המדינה ומהכרתה בערכי יסוד של כבוד האדם ושאר זכויות אדם, מתבקשת הכרה ב [עקרון]... הפרדת רשויות" (אי ברק, פרשנות במשפט כרך ב (1993) 469). חקיקה כזו, המכריזה על התנהגות כעבירה, מבלי שמוצה ההליך המשפטי, משבשת את חלוקת הסמכויות בין הרשות השופטת והמחוקקת, ובכך פוגעת באופייה הדמוקרטי של המדינה.

האוטונומיה של הרצון הפרטי

18. שלישית, מעקרונית היסוד ומתפעיפים המיוחדים המקנים הגנה לחירות האישית (סעיף 5) ולכבודו של אדם (סעיף 2) ניתן להסיק כי חוק היסוד מעניק הגנה חוקתית לאוטונומיה של הרצון הפרטי, שהיא הבסיס לחופש החושים. "ביסוד כבוד האדם עומדת האוטונומיה של הרצון הפרטי" (אי ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית" (טרם פורסם) 5). "חופש החושים הוא, איפוא, חלק מכבוד האדם וחירותו" (אי ברק, "זכויות אדם מוגנות: החיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 253, 261). "על כן הוטלה הנבלה על כוחה של הכנסת לחוקק חוקים הפוגעים באוטונומיה של הרצון הפרטי. דבר חקיקה הפוגע באוטונומיה של הרצון הפרטי חייב לקיים את תנאיה של "פיסקת ההגבלה" (אי ברק, פרשנות במשפט כרך ב (1993) 468-469).

אופיין היחסי של זכויות היסוד: "פיסקת ההגבלה"

19. אך יש להדגיש: הזכויות האמורות אינן מוחלטות. הן בעלות אופי יחסי. ניתן להגבילן מטעמים של תקנת הציבור. בהתמודדות בין לבין אינטרסים אחרים יש לתת משקל לעוצמתן היחסית של הזכויות המתמודדות ולמידת הפגיעה היחסית בכל אחת מהן.

אכן, על פי האמור בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ניתן להגביל זכויות היסוד בחוק (או מכוחו), ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

יסוד אחרון זה - "במידה שאינה עולה על הנדרש" - הוא המרכזי בפרשנותה של פסקת ההגבלה. משמעותו, בעיקרה, כפולה: ראשית, נדרש קיומו של יחס רציונלי בין האמצעי שנקט לתכלית המבוקשת. בהעדרו, ייחשב החוק ללא-חוקתי; שנית, מקום שניתן להשיג את התכלית באמצעים שדרגת פגיעתם בזכות היסוד חמורה

פחות מהאמצעי שנבחר, לא יעמוד החוק במבחנה של פסיקת ההגבלה, והוא ייחשב כלא-חוקתי (אי ברק, "חוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 195, 211-212).

ביסוד זה משתקפות שתי דוקטרינות, המשמשות את בית המשפט בבחינת תוקפם של מעשי הרשות המינהלית: דוקטרינת "היחסיות" והדוקטרינה של "האמצעי האחרון" (למשל, בניצ 680/88 שניצר נ' הצנור הצבאי, פ"ד מב(4) 617, 631, 634. עתה ניתן יהיה להחיל גם על בחינת תוקפם של מעשי חקיקה (אי ברק, פרשנות במשפט כרך ב (1993) 548).

כך, למשל, במסק הדין הקנדי (RIJ MacDonald v AG of Canada 82 DLR 4th 449 (1991)) הוכרו חוק, שאסר על פרסום סיגוריות, בטל, בהיותו פוגע בחופש הביטוי. הטעם לכך היה כפול: ראשית, לא הוכחה זיקה רציונלית בין האמצעי למטרה, שכן לא הוכח כי איסור טוטאלי של פרסום יביא לצמצום צריכת סיגוריות, שנית, ניתן היה להשתמש באמצעי חמור פחות מזה שנוקט, למשל, איסור פרסום של מסרים שבשל תוכנם וקהל המטרה שלהם, עלולים להיות מזיקים.

הפגיעה החוקתית בזכויות חברת הדלק

20. מה השלכותיו של חוק הסדרים במשק המדינה המגביל את תקופת חוזה הכלעדיות בין חברות הדלק

למפעילי התחנה?

סעיף הרגודות לתוכיר מגדיר "חוזה בלעדיות" כ-

חוזה שבעל תחנה צד לו, הכולל תניה שתוכנה כבילתו לתקופה העולה על שבע שנים באשר לזהותה של חברת הנפט ממנה ירכוש מוצרי דלק; ויראו ככלולים בחוזה גם כל הסכמה נוספת ביניהם שנעשתה בזיקה עניינית לעסקה נושא החוזה.

כן מגדיר הסעיף "חוזה בלעדיות קיים" כ-

חוזה בלעדיות שנעשה לפני תחילת תוקפו של חוק זה, ואשר המועד הקבוע בו לפקיעתו הינו לאחר תחילת תוקפו של החוק.

סעיף 1 לחוק קובע שיחזה בלעדיות יהיה לתקופה שלא תעלה על שבע שנים.

סעיף 2, שכותרתו "הסדר כובל", קובע כי "חווה בלעדיות יחשב כחסדר כובל לענין חוק ההגבלים

העסקיים, התשמי"ח-1988."

בחוק הוראה החלה גם על חוזים קיימים, שכותרתה "חווה בלעדיות קיים", וזה לשונה:

3 (א) חווה בלעדיות קיים יפקע ויותר לא יאוחר מהמועד המאוחר מבין שני אלה:

- (1) בתום שבע שנים מהיום הקבוע בו לתחילת תוקפו.
- (2) ביום י"ח בטבת תשנ"ד (1 בינואר 1994).
- (ב) הותר חווה כאמור בסעיף (א) לעיל, יחולו ההוראות כדלקמן -
 - (1) יראו את החווה כחווה הניתן להפרדה לשני חלקים, שחלקו השני עניו התקופה שלאחר מועד התרתו כאמור לעיל.
 - (2) כל צד לחווה ישלם לצד האחר תשלום בשיעור התשלום שהיה עליו לשלם על פי סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התש"י-1973, לו היה החווה בטל בחלקו השני.

מהן הפגיעות בזכויות היסוד שניתן לאתן בחקיקה זו? האם עומדות הפגיעות במבחנה של "פיסקת

ההגבלה"?

פגיעה בקניינו של אדם

21. כאמור, הפגיעה בקניין מתרחשת, כאשר שוללים מאדם זכויותיו המוקנות, בין קנייניות, בין חוזיות. שיליה כזו באה לביטוי בסעיף 3 לחוק, המורה על פגיעתם המוקדמת של חוזי בלעדיות, שנכרתו בין תחנות הדלק למפעיל עובר לחקיקת החוק. אוכיר כאן שוב את הגדרתו של "חווה בלעדיות": "חווה שבעל תחנה צד לו, הכולל תניה שתוכנה כבילותו לתקופה העולה על שבע שנים באשר לזהותה של חברת הנפט ממנה ירכוש מוצרי דלק, ויראו ככלולים בחווה גם כל הסכמה נוספת ביניהם שנעשתה בזיקה עניינית לעסקה נושא החווה".

פקיעה כזו במצוות החוק היא, בראש ובראשונה, פגיעה בזכות רכושית חוזית שקמה לחברת הדלק, באשר לתקופת הזמן שבה אמור היה חווה הבלעדיות לפעול. אך, כפי שאראה בהמשך, כרוכה פגיעתו של החווה גם בפגיעה בזכות קניינית של חברת הדלק.

המניע לחקיקתו של ההסדר הנוכחי הוא הרצון לקדם תחרות בענף הדלק. המניע הכללי של קידומה של תחרות, שהיא תנאי לפעולתו של שוק חופשי, הביא בשעתו לחקיקתו של חוק ההגבלים העסקיים. תחרות נחשבת

למבורכת משום שהיא פועלת לטובת כלל הציבור, בכך שהיא תורמת ליעילות, היא מעודדת יוזמות, היא מקטינה הוצאות, היא עשויה לשמר מוצרים ושירותים ולהפחית את מחירם. תכליתו של ההסדר המוצע היא ראויה, כלשונה של "פיסקת ההגבלה" (לשאלת התכלית החקיקתית: ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, טרם מורטס).

אולם תחרות אינה זכות מוחלטת, וכנגדה עומדות זכויות כבודת משקל אחרות. כך, למשל, אין מתחרה רשאי לפגוע בזכויות קניין או לגרום להפרת חוזה שנכרת כדת וכדין כדי לקדם את ערך התחרות (ראת Restatement Torts 2d sec. 768 שלפיו תחרות היא צידוק להתערבות בציפיה מסחרית אך לא בחוזה קיים, נ"כ, גם הפרת חוזה (1986) 229).

האם מאון ההסדר כראוי בין האינטרסים המתמודדים במסגרתו? האם ממלא הוא אחר הדרישה, שהפגיעה בזכויותיה הרכושיות של חברת הדלק תהיה "במידה שאינה עולה על הנדרש" (לפי נוסחו של סעיף 8 לחוק היסודי)?

מתוך נוסח ההצעה עולה שתחולתו של החוק כללית. אין בו הבחנה בין סוגי החוזים לפי הקטגוריות השונות. נחזור ונזכיר את סוגי הקטגוריות, ונבחן שאלות אלה לגבי כל אחת מהן.

22. ראשית, חברת הדלק היא הבעלים, חוכרת מדינה או הדיירת המוגנת של המקרקעין, שעליהם מנוחלת התחנה - גם לפי גירסת הממונה אין מדובר בהסדר כובל.

אולם הגדרתו הרחבה של חוזה בלעדיות חלה גם על הסדר זה, וקביעת החוק, שחוזה בלעדיות הוא הסדר כובל חלה גם כאן. יוצא, איפוא, שגם אותם חוזים, שהוצאו מגדר קביעתו של הממונה, נכללים בגדר ההסדר החקיקתי. מבחינה זו נראית לי הצעת החוק מרחיקה לכת ביותר.

הזכויות הנוצרות מכוח החוזים שבהם לפו קניין במקרקעין שעליהן התחנה, הן "כשרות" לפי הפטור שבסעיף 3(3) לחוק ההגבלים. פגיעה בחוזים אלה על ידי קיצור התקופה החוזית גם היא פגיעה בקניין, כמשמעותו שבחוק היסודי.

ספק בעיני, אם הפגיעה בזכויות החוזיות הכשרות ממלאת אחר "פיסקת ההגבלה". בעניין זה אפנה להסדרה של הקהיליה האירופאית, הקובע, כי בקטגוריה זו יהיה משך החוזה מקביל למשך החכירה (Exclusive Purchasing Regulation 1983/4 Article 12 (2)). הטעם נעוץ בכך שבהסדרים מסוג זה, המושתתים על הקניית זכות במקרקעין לטווח ארוך, נערכים האיזונים החוזיים בין הצדדים בהתחשב במשך הזמן. הגבלת משך החוזה תערער את המאון החוזי, ותפגע בו.

נראה לי שבעריכת האיוון שבין ערך התחרות מצד אחד לערך של הגנת הקניין נולדויות החוזיות הכרוכות בו, אין החקיקה המוצעת מעניקה משקל הולם לקניינה של חברת הדלק, שעליו נבנה חוזה היחודיות. זאת ועוד: המשפט האמריקאי קובע כי משניטל רכשו של אדם למטרה ציבורית, יש לפצותו, והעניין אינו נתון כלל לשיקול דעת (San Diego Gas and Electric Co v San Diego 450 US 621, 654 (1981)). תוצאה כזו מתחייבת, לדעתי, גם מחוק היסוד. אפילו ננית שהחוק ישיג את המטרה הראויה של קידומה של תחרות, ברור שהוא לא יעמוד בדרישה החוקתית, אם לא יבטיח לחברת הדלק פיצוי נאות על שלילת זכויותיה החוזיות הכשרות.

חוק הסדרים במשק המדינה אינו מעניק פיצוי לנפגע. הוא רק קובע בסעיף 3(ב) (2) שבמקרה של התרת חוזה קיים ישלם כל צד לחוזה ילצד האחר תשלום בשיעור התשלום שהיה עליו לשלם על פי סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשלי"ג-1973, לו היה החוזה בטל בחלקו השני.

הוראה זו, ככל שהיא חלה על החוזים הכשרים של פו, תמוהה ביותר. ראשית, אין זו הוראת פיצוי אלא הוראת השבה של טובות הנאה שהעניק צד לחוזה בלתי חוקי לצד השני. שנית, ההוראה מניחה שהחוזה בקטגוריה שבה אנו דנים, כלומר חוזה הנופל לגדר סעיף 3(3) לחוק ההגבלים, הוא בלתי חוקי, שהרי היא מחילה עליו את הוראת סעיף 31 לחוק החוזים, הדנה בהשבה בעקבות בטלות חוזה בלתי חוקי. בכך היא הופכת חוזה חוקי לבלתי חוקי, והיא גם הופכת את ההשבה בעקבות בטלותו של החוזה מעניין שבזכות לעניין הנתון לשיקול דעתו של בית המשפט, המוסמך, על פי סעיף 31, אם יראה זאת לנכון, לשלול מצד לחוזה את זכותו להשבת.

נמצא, החוק שולל מחברת הדלק זכות חוזית כשרה ללא הענקת פיצוי. בכך הוא פוגע באופן בלתי מוצדק בזכותה הרכושית של חברת הדלק. חקיקה, הפוגעת בזכות חוזית כשרה ללא הענקת פיצוי, אינה מקיימת, בעיני, את תניית ההגבלה של סעיף 8 לחוק היסוד.

23. החלת החוק על החוזים הכשרים מעורבת בעיה נוספת: הפקעת החוזה הכשר משמעותה ביטול החוזה כולו בין חברת הדלק לבעל התחנה. שהרי אין להעלות על הדעת שבעל תחנת הדלק ימשיך להפעיל את תחנה על מקרקעי חברת הדלק (ללא ההגבלה, שהייתה תנאי לשימוש שלו במקרקעין) כדי למכור מוצרי דלק של חברה מתחרה. כאמור, הפקיעה היא של החוזה כולו ולא רק של תניית הבלעדיות (והדבר עולה מהגדרת "חוזה בלעדיות"). נכון שמצב זה מאפשר לשני הצדדים תחילתו של משא ומתן מחדש וכריתתו של חוזה בתנאים שונים מאלה שחלשו על החוזה הקודם. תנאים אלה יכולים להיות נוחים יותר או פחות לשני הצדדים או לאחד מהם. אך אם לא ייוב המשא ומתן תוצאות, יהיה חייב בעל התחנה לפנות את המקרקעין. ממילא תוכל חברת הדלק למצוא מפעיל

בתנאים שלה. כיצד מקודם במצב כזה הערך של תחנות כאמצעי להטבת שירות ולהזלתו לציבור? שאלה זו מחייבת בדיקה כלכלית קפדנית, אך על פני הדברים מתעורר ספק אם מתקיימת בהסדר זה הדרישה לקשר רציונלי בין אמצעי (פקיעת החוזה) למטרה (קידומה של תחרות) (כנדרש על פי סעיף 8 לחוק היסוד).

24. שנית, לחברת הדלק חכירה מגורם פרטי או חכירת משנה במקרקעין, שעליהם מנוהלת התחנה - לרסתי אין לדבר על הסדר כובל, לפי הגיון קביעת הממונה בקטגוריה הקודמת. הגיתוח בסעיף הקודם יפה גם לכאן.

25. שלישית, למפעיל בעלות או חכירה, הוא מחכיר המקרקעין לחברת הדלק, זו מצידה מעניקה לו רשיון או זכות שימוש במקרקעין לצורך תפעול התחנה -

בזכור, עמדתי היא, שגם במקרה שבו המפעיל הוא בעל קניין מקורי במקרקעין, ניתן להצדיק מבנה העיסקה, ולהכיר בזכותה הקניינית של פז במקרקעין, ואת כאשר מדובר בחווי נכים וכאשר לחכירה צידוק כלכלי עצמאי.

על מקרה זה יחול האמור לעיל בסעיף 22 לחוות דעתי וביתר שאת, שכן נוסף לפניעה בזכותה החוזית של חברת הדלק, נפגעת כאן באופן חמור זכותה הקניינית במקרקעין, שעליהם מופעלים התחנות.

אסביר: הצעת החוק מנדירה "חווה בלעדיות" בסעיף 1 כ"חווה שבעל תחנה צד לו, הכולל תניה שתוכנה כבילתו לתקופה העולה על שבע שנים באשר לזוהותה של חברת הנפט ממנה ירכוש מוצרי דלק, ויראו ככלולים בחוזה גם כל הסכמה נוספת ביניהם שנעשתה בזיקה עניינית לעיסקה נושא החווה."

משתמע מסעיף זה (שאותו יש לקרוא עם סעיף 3 (א) להצעה), שגם באותם מקרים שבהם חכירת פז מהבעלים המקורי, המפעיל, היא אמיתית, ויש לה הצדקה עצמאית, היא תהיה בטלה לאחר שבע שנים. תוצאה זו מהווה פגיעה חמורה בזכות קניין (חכירה).

לפי מבחניה המחמירים של החוקה האמריקאית, כאשר מאבד אדם שליטתו הפיזית בנוכס או כאשר זו נפגעת, הרי זו נטילה במשמעות החוקתית של מושג זה (Tribe, American Constitutional Law (2d ed.) 592 et seq (1988)). כך, למשל, חקיקה שחייבה בעלי בתים להסכים להתקנת תשתית לשידורי טלוויזיה בכבלים תמורת דולר אחד, היוותה נטילה לא-חוקית, למרות שבעלי הבתים לא נשאו כלל בנטל הוצאות ההתקנה (Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV 458 US 419 (1982)). לחקיקה כזו יש צידוק, רק אם היא נעשית למטרה ציבורית. גם אז, יש לפצות את מי שרכשו ניטל ממנו.

26. במאמר מוסגר אוסיף ואומר שסוגיית הנטילה במשפט האמריקאי עוררה ספקות ותהיות, שלא יושבו עד עצם היום הזה. מקובל לחשוב שנטילה במסגרת חקיקה מסדירה (Regulatory Taking) אינה נטילה כלל, אלא אם היא "מרחיקה לכת מדי" בפגיעתה בבעל הרכוש. כפי שנאמר בעניין *Pennsylvania Coal v Mahon* 260 US 393, 415 (1922):

...while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as taking.

אם אין הנטילה מרחיקה לכת מדי, אין היא נטילה, ואין היא מוכה את מי שנפגע בפיצוי. במקרה זה נבדקת רק שאלת סבירותו של החוק המסדיר והפעלתו לצרכי ציבור. ספקות אלה מאפיינים מצבים של חקיקה המגבילה, למשל, זכויות בניה או שימוש בנכס (Tribe, *American Constitutional Law* (2d ed, 1988) 595 et seq), אך לא, אליבא דכל הדעות, כאשר כרוכה הנטילה במניעה טוטלית של השימוש בזכות או בפגיעה פיזית. למשל, אם מסולק בעל הזכות ממקרקעין, אין כלל ספק כי מדובר בנטילה, שניתן להצדיקה, רק אם יעודה ציבורי, ורק אם היא מלווה בהענקת פיצוי. המקרה הנדון מציג לפנינו מצב מובהק של נטילה: חברת הדלק, שהיתה חוכרת המקרקעין, מאבדת בעקבות החוק את שליטתה המשפטית והפיזית במקרקעין. ועתה עולה השאלה, האם נעשית הנטילה במקרה זה לטובת הציבור.

27. כאמור, המניע העומד מאחורי חקיקתו של החוק המוצע הוא קידומה של תחרות בענף הדלק. תחרות כזו מיועדת לפעול לטובת הציבור במגמה לזכותו במחירים זולים יותר ובשירות טוב יותר. הפקעת החוזים בקטגוריה הנוכחית תגרום לכך שזכות הקניין תחזור אוטומטית לנפעיל, והוא זה שיהיה רשאי להפעיל את התחנות. החוק מעביר רכוש מקבוצה אחת (חברות הדלק) לקבוצה שניה (בעלי התחנות). האם מתקיימת כאן אותה זיקה רציונלית בין האמצעי שנקט (הפקעה לטובת בעלי התחנות) לתכלית המבוקשת (קידום תחרות) וכן האם ייתכנו אמצעים אחרים, חריפים פחות, שעשויים להשיג אותה מטרה? שאלה זו מחייבת ניתוח כלכלי, שיבחן כיצד עשויות לפעול תחנות הדלק, במספרן ובהיקפן הנוכחי, במצב

שיתווה לאור חקיקת החוק וכניסתו לתוקף. יש גם לבחון השלכותיהם של אמצעים אלטרנטיביים כגון פתיחת תחנות דלק נוספות. נשא זה אינו בתחום חוות דעתי.

אציין שאם לא תוכח אותה ויקה רציונלית בין אמצעים למטרה, תהווה ההוראה האמורה הפקעת רכוש מגורם פרטי והעברתו למשנהו, ללא צידוק ציבורי. הוראה כזו אינה חוקתית. הפקעת קניין לטובת אדם פרטי אינה נחשבת חוקית במשפט האמריקאי, גם כשהיא מלווה בהענקת פיצוי. *Tribe, American Constitutional Law* (2d ed, 1988) 588 et seq. חוק המבקש "לקחת רכוש מאי ולהעניקו ל-ב" הוא חוק ראוי לגיטי (*Calder v Bull* (1798) 3 US 386, 388). וכך מציין *Tribe* (ע' 588):

...no form of legislative authority could be employed to serve private ends...

אולם אפילו נניח שהחוק ישיג את המטרה הראויה של קידומה של תחרות (וכאמור, לענין זה אינו מתייחסת), ברור בתכלית, שהוא לא יעמוד בדרישה החוקתית, אם לא יבטיח לחברת הדלק פיצוי נאות על שליפת רכשה.

כאמור, קובע המשפט האמריקאי, כי משניטל רכשו של אדם למטרה ציבורית, יש לפצותו, והעניין אינו נתון כלל לשיקול דעת (לעיל סעיף 22). תוצאה כזו מתחייבת גם מחוק היסוד, שכן הענקת פיצוי הופכת את הפגיעה ברכוש לפגיעה פחות. לענייננו: אפילו תעמוד הנטילה במקרה שלנו במבחנה של התכלית הראויה, היא לא תעמוד במבחן של האמצעי הפחות-פוגעני, שכן אין היא מלווה בהענקת פיצוי.

אמנם סעיף 4(א) לחוק מתייחס למקרה שבו יחיו לצדדים לחוזה בלעדיות חילוקי דעות בקשר לזכויותיהם ההדדיות לפיצויים בגין התרתו של חוזה בלעדיות, אולם השימוש בביטוי "פיצויים" אינו נכון, שכן התשלום שבו מדובר אינו תשלום פיצויים אלא תשלום השבה, כמוסבר לעיל בסעיף 22.

28. אשר למקרים שבהם לחכירה אין צידוק כלכלי עצמאי: אם לאור בדיקה מפורטת, תתקבל העמדה שבחלק מן החוזים נערכה עיסקה קניינית מלאכותית, עשוי החוזה בין הצדדים להחשב להסדר כובל. אם כך, לא תוכל פו להסתמך על זכות חונית שראוי להגן עליה, שכן החוזה בחלקיו הכובלים בטל, ומיגבלת הזמן הקבועה בחוק בסעיף 3(א) נועדה להכשיר חוזה פסול ובטל. במקרים אלה קשה לדבר על פגיעה בזכותה של פו, ומוצדק להחיל עליהם את הסעד בסעיף 3(ב)(2) להצעת החוק, שנשאב מהוראות ההשבה החלות על חוזה בלתי חוקי.

עם זאת, במקרים אלה עשויה להתעורר השאלה, מה יהיה גורל החכירה (המלאכותית). כאמור, כוללת

הצעת החוק בהגדרת "חווה בלעדיות" בסעיף 1 יגם כל הסכמה נוספת ביניהם שנעשתה בזיקה עניינית לעיסקה נושא החווה. מכאן נובע, שבטלותו של החווה מתייחסת גם לבטלותה של החכירה, שאותה מעניק המפעיל, הבעלים המקורי, לפז. ניתן אף לטעון, שחכירה מלאכותית כזו בטלה מלכתחילה, אף ללא החוק, בהיותה למראית עין (סעיף 13 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973) ובלתי חוקית (סעיף 30 לחוק החוזים). גם רישומה במירשם המקרקעין ייחשב, איפוא, לבטל, והקניין יחזור לבעלי המקוריים, כלומר למפעיל. אך עשויה לעלות הטענה, שאם משמשת החכירה משכון נוסחה, יש לצמצם העיסקה לגבולותיה האמיתיים ולהופכה למשכנתה (כך שבמקום חכירה תירשם לטובתה של פז משכנתה) ולהעלות השאלות: *Amoco Australia Pty v Rocca Bros [1975] AC 561, 580 (PC)*. במקרה זה עולה שאלת הפגיעה ברכושה של חברת הדלק מווית אחרת, שכן פגיעתו של החווה כולו מהווה נטילה, הפעם לא של זכות החכירה אלא של המשכנתה (או המשכון, אם אין העיסקה רשומה). הערות לעניין זה, לעיל בסעיפים 25-27, יפות בשינויים המתחייבים גם כאן.

פגיעה בזכות להליך הוגן - היחס בין החקיקה לשפיטה

29. כאמור, הגישו חברות הדלק ערר על קביעתו של הממונה על ההגבלים העסקיים לבית הדין להגבלים עסקיים, והנושא עתיד להיות מלווה בערכאה שיפוטית זו. לחקיקתו של החוק המוצע בשלב זה עשויה להיות השלכה חוקתית. בעיקר אמור הדבר בזכותו של אדם להליך הוגן וברעיון הפרדה בין הרשות השופטת והמחוקקת. החקיקה המוצעת מכתירה כל חווה בלעדיות בין חברת דלק לבעל תחנה כיהסדר כובלי, ללא אבחנה בין הקטגוריות השונות. החוק מכתים בכתם של פסלות ואי-חוקיות זכויות כשרות גם לפי מבחניו המחמירים של חוק ההגבלים העסקיים. הטבעת תוית של הסדר כובל על הסדר כשר למהדרין היא חמורה במיוחד. צד להסדר כובל נחשב לא רק למבצע עולה (סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים, תשק"ח-1988), אלא אף לעבריין, שניתן להשית עליו עונש של מאסר וקנס (סעיף 47 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988).

אך נוסף על הפגיעה בחוזים הכשרים, יש בחקיקה פגיעה הנוגעת גם לקטגוריות האחרות: ראשית, קיימת מחלוקת בנוגע להיקף הקטגוריה של החוזים הכשרים. פז מבקשת להרחיב מסגרת החוזים הכשרים ולכלול בה קטגוריות נוספות. שנית, לפז טענות עצמאיות (שאינן נגזרות משאלת זכותה הקניינית במקרקעין), הכופרות בקיומו של "הסדר כובלי" בכל אחת מן הקטגוריות. היא מבקשת, עתה, את יומה בבית הדין להגבלים עסקיים, במטרה ללבן שאלת ההגבל העסקי על כל היבטיה.

30. החקיקה האמורה לא רק מפקיעה את רכושם וקניינם וזכותה החוזית) של פז, אלא גם את זכותה להליך בבית משפט. רעיון הפרדת הרשויות מחייב כי משהחל הליך, יש לאפשר לצד הנוגע בדבר למצותו, להביא בפני בית המשפט ראיותיו ולשכנע בצדקתו. מטבע הדברים, שונה ההליך החקיקתי מההליך השיפוטי. במסגרת החקיקה לא מתקיים ואין כוונה לקיים "הליך שיפוטי". מבואל אין לדבר על קיומו של הליך הוגן.

ההסדר המוצע מהווה "שפיטה על ידי חקיקה". לכאורה, הוא נוגד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. החוקה האמריקאית אוסרת סוג שפיטה כזה. במסגרתה מוטל איסור על ענישה ספציפית באמצעות חוק (ולא הליך משפטי) (איסור על Bill of Attainder). חקיקה מסוג זה נחשבת ללא-חוקתית ולבטלה, אם היא מכוונת נגד פרטים ספציפיים: Tribe, American Constitutional Law (2d ed, 1988) 641 et seq.

כאשר תחולתה של חקיקה מסוג זה היא כללית, לא נשקפת סכנה כי המחוקק יבחר לענוש פרטים מסויימים דוקא, למרות אופייה הפוגעני, תיחשב חקיקה כזו לחקיקה מסדירה (regulatory) ולתקפה. כך, למשל, חוק שאסר על שותפים בעיסקי חיתום ועובדיהם לשמש זירקטורים בבנקים לאומיים, נחשב תקף: Board of Governors v Agnew 329 US 441 (1947) (שאלת האיסור על Bill of Attainder לא לובנה). אך ההפניה "הקיבוצית" לא תמיד תחסן את החוק מפני ביקורת. כך, למשל, נקבע כי חקיקה האוסרת על חברי מפלגה מסויימת להיות פעילים בארגון עובדים, עומדת בניגוד לחוקה: US v Brown 381 US 437 (1965).

החקיקה במקרה מנוסחת באופן "קיבוצי", אך, למעשה, תחולתה ספציפית. חקיקה, המכתירה מעשה של פרטים ידועים וניתנים לזיהוי מראש, כעבירה, והמונעת בכך דיון שכבר החל בערכאות, שוללת הליך הוגן מהצד הנוגע בדבר, ופוגעת באופיה הדמוקרטי של מדינת ישראל, המבוסס על הרעיון של הפרדת הרשויות.

אולם הטענה עשויה להתקוות, אם תתקבל הפרשנות, לפיה תקופת ההכשרה, שמעניקה הצעת החוק לחוזים שנכתרו קודם לכן (סעיף 3א), פועלת לא רק במישור החוזי, אלא גם במישור הניזקי והפלילי. לגבי החוזים הכשרים ממילא, אין בהכשרה רבותה. אך לגבי החוזים שהיו בשעתו הסדר כובל, ואשר קיימת סכנה, כי יוכרוז לכאלה גם על ידי בית הדין להגבלים עסקיים, מעניק החוק אורכת-חסד, והוא הופך חוזים פסולים לחוזים חוקיים, למשך תקופת זמן מוגדרת.

עם זאת, אין זה ברור כלל אם תקופת ההכשרה החוזית פועלת גם במישור הפלילי. בנסיבות אלה עלול נסיונה של הכנסת להטביע תווית של הסדר כובל על כלל החוזים, תוך הפקעת הזכות לשכנע את בית משפט כי אין החוזים מהווים הסדר כובל, להוות פגיעה בזכות להליך הוגן.

פגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי

31. החוק מגביל את זכותם של מתקשרים ליצור חוזה למכירת דלק לפי ראות עיניהם. הוא מגביל את

תקופת ההתקשרות של חוזה למכירת דלק לשבע שנים לכל היותר.

פגיעה מסוג זה שכיחה ביותר, והיא מבטאת את הרעיון של נסיגתו של חופש החוים מפני הטדרי מדינת,

שנועדו לקדם ערכים, ששיטת שוק חופשי אינה יכולה לקדם (די פרידמן וגי כהן, דיני חוים כרך א (1991) 44 ואילן, גי של, ימה נותר מרופש החוים" משפטים יז (תשמ"ח) 465).

המניע לחקיקתו של ההסדר הנוכחי הוא הרצון לקדם תחרות בענף הדלק. גם אם כרוכה החקיקה

המוצעת בפגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי, הרי ניתן לומר עליה שהיא לתכלית ראויה, כלשונה של "פיסקת ההגבלה" שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם.

צינו, עם זאת, כי תחרות אינה זכות מוחלטת (לעיל טעיף 21). מבחינה זו אפשר להטיל ספק, אם הגבלה

כללית של ההתקשרות לשבע השנים, המוחלת ללא אבחנה על כל הקטגוריות, מהווה פגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי במידה שאינה עולה על הנדרש (בלשון "פיסקת ההגבלה"). לעניין זה אפנה שוב להסדר הקהילתי האירופאית הקבוע ב- Exclusive Purchasing Regulation 1983/4; Article 12 (2), שלפיו כאשר חברת הדלק היא בעלים של הקרקע, אין מוטלת הגבלת זמן על משך חוזה היחודיות, והחווה צמוד לתקופת החכירה (לעיל טעיף 22).

אך עניין זה יכול להיות נתון לייסור ולא ארוזיב בו, שכן כפי שכבר הראיתי, הפגיעה באוטונומיה של הרצון

באה לביטוי חריף יותר בכך, שהחוק מבקש להתערב בחוים קיימים שנכרתו כדת וכדין עובר לחקיקתו של החוק. הסדר זה יוצא מגדר פגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי, והוא עולה כדי פגיעה בזכויות מוקנות רכושיות.

סוגי דבר

32. החקיקה המוצעת נבחנה באספקלריה של שלוש זכויות יסוד: ההגנה על זכויות חוזיות וקנייניות, הזכות להליך הוגן, האוטונומיה של הרצון הפרטי.

אני סבורה, שהפגיעה החמורה נוגעת לזכויותיה החוזיות והקנייניות של חברת הדלק, הנובעות מהחוזים הקיימים. העובדה שהצעת החוק אינה מציעה פיצוי בגין הפגיעה בזכויות הללו היא החמורה מכל.

בקצרה, אם תהפוך ההצעה לחוק, יהיה הוא חשוף לסכנת בטלות, בהיותו לא-חוקתי, אלא אם יעמוד בדרישות לתקפותו של חוק הפוגע בחוק יסוד.

השלב הראוי לתקיפת ההסדר יהיה עם סיומם של הליכי החקיקה.

עד אז, לא נוותר אלא להפעיל את חופש הביטוי, אף הוא מגולם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, במגמה להשפיע על עיצובה של חקיקה, שתעלה בקנה אחד עם עקרונותיו של חוק היסוד.

בכבוד רב ובברכה,

עילי רה
פרופסור יילי כהן

לכבוד

מר צדיק בינו

יו"ר מועצת המנהלים

10

5.11.93

מר צדיק בינו הנכבד,

הנדון: קביעת הממונה על ההגבלים העיסקיים מיום 28.6.93

1. בתאריך 28.6.93 קבע הממונה על ההגבלים העיסקיים, כי חווי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התידלוק מהווים הסדר כובל לפי חוק ההגבלים העיסקיים, תשליג-1983. בעמוד 2 להחלטתו מציין הממונה כך:

הגתי למסקנה כי מתקיימים "הסדרים כובלים" בין החברות לבין מפעילי תחנות התידלוק שלהם הבעלות על התחנות (לרבות כחוכרים ראשיים ממניהל מקרקעי ישראל ודיירות מוגנת), וזאת באמצעות הסדרים ארוכי טווח המקנים בלעדיות לחברות באספקת דלק ומוצרי נפט אחרים.... החלטתי אינה מתייחסת לאותן תחנות הנתונות בבעלות החברות עצמן (כולל חכירה ראשית ממניהל מקרקעי ישראל ודיירות מוגנת).

הממונה הוציא, אימא, מגדר קביעתו אותם מקרים, שבהם חברת הדלק היא הבעלים, חוכרת מדינה או הדיירת המוגנת של המקרקעין, שעליהם מנוהלת התחנה. באותם מקרים לא ייחשב ההסדר לכובל. הממונה כלל

בגדר קביעתו אותם מקרים, שבהם יש לחברת הדלק חכירה מגורם פרטי או חכירת משנה במקרקעין, שעליהם מנוהלת התחנה.

נתבקשתי לחוות דעה בשאלה, האם יש מקום להבחין בין המקרים, שהוצאו מגדרו של הסדר כובל (בעלות, חכירת מדינה, דיירות מוגנת), לבין המקרה, שהושאר בגדרו (חכירה פרטית וחכירת משנה).

הטעם לקביעה לפיה בעלות, חכירת מדינה, דיירות מוגנת אינן הסדר כובל

2. הממונה לא פירש בהחלטתו, מה הניעו לסייג את החלטתו ולהוציא את המקרים, שבהם לחברת הדלק בעלות, חכירת מדינה, דיירות מוגנת, מגדרו של הסדר כובל. מן הסתם, סבר שאת הברור מאליו אין טעם לפרש (In claris non fit interpretatio), אך שיש הנרטים כי "ההשקפה... כאילו עשוי הכלל - ולוא הכלל היברורי - ליזכר בעדו תמימה מדי." (גי טדסקי, "קוצר הכלל המשפטי ונאמנות הפרשן" מסות במשפט 1 (1978)). גם אני סבורה, שהוצאתם של ההסדרים שבהם לפו בעלות, חכירת מדינה ודיירות מוגנת היא ברורה מאליה, אך לצורך המשך הניתוח והבהרת הטיעון ברצוני להציג את הטעם לכך.

בפסק הדין האנגלי המנחה *Esso Petroleum v Harper's Garage* [1968] AC 269, 298

ציין רוב של בית הלורדים כי -

A person buying or leasing land had no previous right to be there at all, let alone to trade there, and when he takes possession of that land subject to a negative restrictive covenant he gives up no right or freedom which he previously had.

(האמירה מפי הלורד Reid זכתה להסכמה בעמודים 309, 316-317, 325 לאותו פסק דין).

השקפה זו אומצה בפסיקה הישראלית בעניין ע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ, פ"ד כה(1) 825,

831, 832, שבו ציין השופט לנדוי:

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

אחרת.

בסיסה הרעיוני של הנמקה זו הוא ה"סיונומול" שביסודו של הקניין במקרקעין. הזכות הקניינית במקרקעין מעניקה לבעליה שליטה מוחלטת בנכס, שאותה אין הוא חייב לחלוק עם אחר. אם ירצה בעל הקניין במקרקעין לחלוק קניינו עם אחר, יוכל לעשות זאת, אך האחר יהיה כפוף לתנאים שאותם יקבע בעל המקרקעין. ראוי להדגיש: הכלל האמור הפוטר מתחולת חוק ההגבלים העסקיים התנאת תנאים למתן זכות במקרקעין לא גובש כפטור סטטוטורי בחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959. כלל זה הוא פרי יצירתה של הפסיקה, שראתה צורך לפרש כצורה מצמצמת את חוק ההגבלים העסקיים דאז, שכן-

כל פירוש אחר היה הופך את רוב הזכויות לשימוש במקרקעין, אם לא את כולם, לחסרי תוקף ואת המתקשרים בהם לטובי עבירה פלילית. (שם, 832).

נחזור עתה להחלטת הממונה ונבהיר טעמה לאור הפסיקה האמורה: כאשר חברת פו מרשה למפעיל להשתמש במקרקעין שלה, היא רשאית להטיל הגבלות על אופי השימוש שיעשה המפעיל במקרקעין. הגבלות אלה נובעות מעצם ההרשאה לעשות שימוש במקרקעין, ואין להתייחס אליהן כאל הסדר כובל. עוד אבהיר ואומר כי הלכה זו אינה מצומצמת רק למקרה שבו מדובר בבעלות על המקרקעין, אלא היא חלה גם כאשר למרשה זכויות הפחותות מן הבעלות. אכן הממונה החיל ההלכה גם על המקרים, שבהם לפו חכירת מדינה ודיירות מוגנת.

הבסיס החקיקתי לקביעה לפיה בעלות, חכירת מדינה, דיירות מוגנת אינן הסדר כובל

3. כאמור, הממונה לא ביאר מה הטעם להוצאתן של בעלות, חכירת מדינה ודיירות מוגנת מגדר הסדר כובל, והוא אף לא התייחס לעמדתו של חוק ההגבלים העסקיים בנקודה זו. כפי שנאמר בהצעת החוק שקדמה לחוק הנוכחי (הי"ח 1647 תשמ"ד 43, 44), קלט לתוכו חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 את הילכת ע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ, פ"ד כה(1) 825. סעיף 3(3) מורה כי ההסדר הבא לא ייחשב ככובל:

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

(יצוין כי נוסחה של הצעת החוק היה שונה במקצת: דובר בו על "הסדר שכל ככילותיו נועות לזכות שימוש במקרקעין ואין בו ניגוד לנהגים סבירים ומקובלים" (הי"ח 1647 תשמ"ד 43)).

ניתן, איפוא, להניח כי הפטור בקביעת הממונה הנוגע לבעלות, חכירת מדינה ודיירות מוגנת מעשות על סעיף 3(3) האמור לחוק ההגבלים העסקיים (המגבש את הילכת שמעוני). השאלה המיידית המתעוררת היא זו: האם מוצדק לקבוע דין שונה לחכירה פרטית וחכירת משנה, שעליהן לא הוחל הפטור, מזה שנקבע לגבי חכירת מדינה, שעליה כן החיל הממונה את הפטור?

4. אך לפני שאעבור לדון בשאלה זו, אציין, שלמרות שנראה לי כי פטור זה מהווה הבסיס להוצאתן של בעלות, חכירת מדינה ודיירות מוגנת מנור הסדר כובל, אין הדבר מתיישב עם המשך החלטתו של הממונה. שכן בעמוד 19 להחלטתו שולל הממונה את האפשרות, שפטור זה יחול על ההסדרים המהווים לכאורה הסדר כובל, בין השאר, בשל כך ש"הכבילה אינה מתייחסת ל"סוג" המוצרים אלא מתחייבת להכתיב את המותג או הספק של המוצרים".

עמדה זו אינה מתיישבת עם עמדתו לגבי פטור המוענק להסדרים, שבהם לפו בעלות, חכירת מדינה ודיירות מוגנת. שהרי ממה נפשך: אם במקרים אלה מוענק פטור, כי אז מדובר במקרה שבו הכבילה כן מתייחסת לסוג המוצרים. ואם אין הכבילה מתייחסת לסוג המוצרים, כי אז אין הצדקה להעניק פטור גם במקרים שבהם נאות הממונה להעניק את הפטור.

אנית, איפוא, את מה שמתחייב מהגיון קביעתו ההתחלתית של הממונה, כי באותם מקרים שבהם היה נכון להעניק פטור, עשה זאת על סמך סעיף 3(3), ובכך פירש את המילים "סוג המוצרים" פרשנות נרחבת, המעניקה פטור גם למקרה שבו הכבילה מכתובה את סוג המותג.

אעבור עתה לדון בשאלה, האם סעיף 3(3) לחוק ההגבלים העסקיים חל על מצב, שבו לפו חכירה או חכירת משנה, והיא מעניקה רשיון או זכות שימוש במקרקעין למפעיל התחנה.

תחלתו של סעיף 3(3) על בעל חכירה או חכירת משנה המקנה זכות שימוש במקרקעין

5. האם חווה שלפניו, כבעלת חכירה או חכירת משנה במקרקעין, מקנה זכות שימוש למפעיל התחנה הוא "הסדר, בין מי שמקנה זכות במקרקעין לבין מי שרוכש את הזכות" (כלשונו של סעיף 3(3))?

בעיני התשובה חיובית. הסעיף אינו מדבר על הקניית בעלות במקרקעין אלא על הקניית זכות במקרקעין. אני סבורה, שהבסיס הרעיוני של הילכת ע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ, פ"ד כה(1) 825, מחייב כי בכל מקרה, שבעל זכות קניינית במקרקעין (לאו דווקא בעלים) מעניק לאחר זכות שימוש באותם מקרקעין (והזכות המוענקת אינה חייבת להיות זהה להיקף זכויותיו של המעניק), יחול הסעיף.

6. נתייחס תחילה למצב שבו לפו חכירה ראשית מגורם פרטי. כזכור, קבע הממונה, כי כאשר לפו חכירת מדינה, אין הסדר ההפעלה נחשב הסדר כובל. מן הסתם, התייחס הממונה לחכירת מדינה כשקולה לבעלות, וכשם שבעלים רשאי להתנות מתן שימוש במקרקעיו בתנאים, כך גם מי שהוא חוכר מן המדינה. ההבחנה בין חכירת מדינה לחכירה מגורם פרטי נראית בעייתית, ואין לה בטיס חוקי מנקודת מבטו של החוכר. חכירה מגודרת בסעיף 3 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 כ"שכירות שלמעלה מחמש שנים". חכירה היא, איפוא, זכות במקרקעין. חוק המקרקעין אינו מעניק שריון עודף לחכירת מדינה, ואינו מבחין בין חכירה מאדם פרטי לבין חכירה מן המדינה. כמוהו גם חוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971. בשני המקרים מדובר בזכות בעלת נאפיינים משפטיים זהים.

נכון שמנקודת מבטו של הבעלים קיימת הבחנה: בעלים פרטי רשאי לעשות כל עיסקה במקרקעיו (הגודרת "בעלות" בסעיף 2 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969). לעומת זאת, חוק יסוד: מקרקעי ישראל קובע לגבי מקרקעי מדינה, רשות הפיתוח או הקרן הקיימת כי "הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת." (סעיף 1 לחוק היסוד). נמצא, בעוד שהדרך היחידה להקניית שליטה במקרקעי מדינה היא באמצעות חכירה, הרי לבעלים הפרטי עומד מינוון עיסקאות גדול יותר, והוא רשאי אף להעביר בעלותו המלאה במקרקעין לאחר. אולם מכאן לא נובע, כי אם החליט הבעלים הפרטי להחכיר זכותו, הוא העניק לחוכר זכות משפטית פחותה מזכותו של חוכר מדינה.

אמנם בציבור רווחת הנחה, שמי שרוכש חכירה מן המדינה לא יידרש לפנות את הקרקע בתום תקופת החכירה, למרות היותה של חכירתו קצובה בזמן. הנחה זו והעובדה, שבדרך כלל, חוכר עירוני משלם עבור חכירתו את שוויה המלא של הקרקע, מקרבות את זכות החכירה לזכות בעלות (ויסמן, דיני קניין חלק כללי (תשנ"ג) 223-224). אך נראה לי שהדיעה המנוהה, כביכול, חכירת מדינה עם בעלות, מתייחסת לדירות מגורים, וספק רב אם היא חלה על חכירה עיסקית.

מכל מקום, מעמדם החוקי של חוכר מדינה וחוכר פרטי זהה. אם השווה מעמדו של חוכר מדינה לבעלים, יש להשוות מעמדו של חוכר פרטי לבעלים. נזכור שוב, כי סעיף 3(3) אינו מחייב, כי הזכות המוענקת תהיה בעלות. אם אין חכירת מדינה מהווה הסדר כובל, כך גם חכירה פרטית.

7. ועתה למקרה שבו לפו חכירת משנה: סעיף 1 לחוק המקרקעין קובע: "שכירות" - לרבות שכירות משנה. אם מסווגים חכירה (שהיא זכות שכירות ארוכת טווח) כזכות במקרקעין, דין זהה חל גם על חכירת משנה. חכירת משנה אמנם נגזרת מהחכירה הראשית, אך אותן הוראות החלות לגבי חכירה ראשית, והמעניקות לה את אופייה החפצי, חלות גם כשינויים המחוייבים גם על חכירת משנה. הדבר אף נקבע בסעיף 2(ב) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971. מכאן שחוכר משנה הוא בעל זכות קניינית במקרקעין.

8. עד כאן לגבי טיב זכותו של המקנה בנכס. ועתה לזכות המוענקת: הזכות המוענקת אינה חייבת להיות וזה בהיקפה לזכותו של המעניק. היא רק צריכה להיגדר ממנה. במקרה פז, החוכר או הוכר המשנה, הוכאי להחזיק ולהשתמש במקרקעין, העניק למפעיל רשיון במקרקעין.

מעמדו של בר-רשות במקרקעין אינו ברור כיום. יש הטוענים כי לאחר חקיקתו של חוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971 עבר המוסד ובטל מן העולם, אך נמצא לו תחליף חקיקתי מקורי בדמותה של זכות שימוש במקרקעין, המנויה בסעיף 31 (שכותרתו "שימוש ללא החזקה") לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971. השאלה הועלתה בפסיקה אך לא הוכרעה: ע"א 496/82 רון נ' סלונים, פ"ד לט(2) 337, 344; ע"א 318/83 אנווי שפע נ' שיבר, פ"ד לט(4) 322, 333.

למעשה ממשיכים בתי המשפט להחיל את ההלכות הנוגעות לרשיון במקרקעין כפי שנקלטו מן הפסיקה האנגלית, ועוצבו על ידי הפסיקה המקומית (לאחרונה: ע"א 2836/90 בצר נ' צילביץ, פ"ד מו(5) 184). רשיון אינו זכות אישית גרידא. בעל הרשיון אינו רשאי לבטל את הרשות לרצונו. "כל רשות ורשות, ותנאי ביטולה, תלויים בנסיבותיה המיוחדות שלה". ע"א 346/62 רכטר נ' מנהל מס עובד, פ"ד יז 701, 710. אם ניתן הרשיון בתמורה או אם השקיע בר הרשות השקעות בקרקע, ניתן למנוע מנותן הרשיון לחזור בו מן הרשיון: ע"א 2836/90 בצר נ' צילביץ, פ"ד מו(5) 184, 197-198 (שבו היה מנוע נותן הרשיון מלבטלו, עקב השקעותיו של בר-הרשות).

לענייננו: מפעיל התחנה, המקבל רשיון במקרקעין נשוא התחנה, הוא בעל רשיון הנובע מחוזה. תנאי הרשיון קבועים בחוזה ומוסדרים על פיו.

לחלופין, ניתן להתייחס לזכותו של המפעיל כאל זכות שימוש בנכס. זכות שימוש אינה נמנית בחוק המקרקעין עם הזכויות במקרקעין, אולם נראה שניתן לסווגה כזכות במקרקעין שמקורה בחוק שמחוץ לחוק המקרקעין, הוא סעיף 31 לחוק חוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971. סעיף זה מחיל בשינויים המתחייבים את הוראות פרק השכירות בחוק השכירות והשאלה גם על זכות השימוש, אם ניתנה בתמורה. הוראות אלה משוות לזכות אופי חפצי. נוסף על כך, למרות שהדבר לא נאמר מפורשות בחקיקה, נראה לי שניתן להחיל את הוראות השכירות של חוק המקרקעין בשינויים המתחייבים גם על זכות השימוש במקרקעין, אם היא ניתנה בתמורה. (לכחינת הסוגיה: נ"כה, "זכות שימוש במקרקעין כזכות במקרקעין" עיוני משפט ד (תשל"ה) 425, 431-436).

אפילו לא תסווג זכות השימוש כזכות חפצית במקרקעין במשמעותו של חוק המקרקעין, אין הדבר מעלה או מוריד. לפי הילכת ע"א 626/70 שמעוני נ' ארמזי לחיים בעימ, פ"ד כה(1) 825, שהיוותה הבסיס הרעיוני לסעיף זה, די בכך שמי שהוא בעל מקרקעין (במשמעותו הרחבה של מונח זה) מעניק זכות שימוש באותם מקרקעין, כדי שאותו הסדר יופטר מתחולת חוק ההגבלים העסקיים.

המסקנה היא, איפוא, שההסדר בין פז, כבעלת חכירה או חכירת משנה במקרקעין לבין מפעיל התחנה, שלו

הוענקה רשות או זכות שימוש במקרקעין, נכלל במסגרת הפטור של סעיף 3(3) לחוק.

הסדר השוק האזורי: הקניית חכירה ושימוש למפעיל תחנת דלק

9. הרעיון לפיו ההגנה על הזכות הקניינית (במובנה הרחב) שוללת תחולתם של דיני ההסדרים הכובלים על הסדרים קנייניים, אינו רעיון "מקומי" או רעיון המוגבל ליישית המשפט המקובל. הוא בא לכיטוי גם בהסדרי השוק המשותף, כמפורט להלן.

רשויות השוק המשותף קבעו מסגרת מפורטת להסדרי בלעדיות, ובה נמצא פרק הון בתחנות תידלוק:

Exclusive Purchasing Regulation 1983/4. לענין משך הזמן נאמר ב-Article 12 (2):

Where the agreement relates to a service station which the supplier lets to the reseller, or allows the reseller to occupy on some other basis, in law or in fact, exclusive purchasing obligations or bans on dealing in competing products specified in this Title may, notwithstanding paragraph 1(c), be imposed on the reseller for the whole period for which the reseller in fact operates the premises.

יצוין כי paragraph 1(c), המאוזכר לעיל, מתיר הגבלת זמן של 10 שנים לחוזה תפעול של תחנת דלק. במילים אחרות, כאשר ספק הדלק הוא בעל זכות קניינית במקרקעי התחנה, והוא משכיר את התחנה למתפעל או מעניק לו רשיון או זכות שימוש, אגב קביעת הסדר יחודיות, פטור ההסדר ממגבלת הזמן של 10 השנים, והסדר היחודיות בין הצדדים מקביל לתקופת השכירות או השימוש. הטעם לכך מכואר בסעיף 18 למבוא לתקנות, המציין שכאשר מדובר בהסכמים מסוג זה, יש להתחשב באופי ארוך הטווח של היחסים בין הצדדים. כוונת הדברים ברורה: האיוונים הכספיים בין הצדדים במקרה זה מבוססים על יחס חוזי ארוך טווח, והטלת מיגבלת זמן היצונית עלולה לשבש ללא תקנה את התכנון החוזי.

הבעיה: טענה בדבר מלאכותיות העיסקה

10. ציינתי כי במקרים שבהם לפו חכירה (אף מגורם פרטי) או חכירת משנה, יש לראותה כבעלת הזכות הקניינית במקרקעין, ומכאן שלפי הגיונה של קביעת הממונה, יש לפטור באותם מקרים מתחולת חוק ההגבלים. כאן יש להבחין בין שני סוגי הסכמים: ראשית, הסכמים שבהם יש הפרדה בין בעל הקניין המקורי לבין המפעיל. בהסכמים מסוג זה רוכשת פו חכירה או חכירת משנה מגורם פרטי, והיא מעניקה מעמד של בר-רשות למפעיל התחנה, שהוא אישיות נפרדת (משפטית וכלכלית) מהבעלים המקורי או מהרוכז המקורי של הקרקע.

שנית, הסכמים שבהם הזכות הקניינית המקורית (בעלות או חכירה) היא למפעיל. המפעיל מעניק לפז זכות קניינית נגזרת (חכירה או חכירת משנה), ואילו הוא עצמו זוכה למעמד של בר-רשות בנכס לשם תפעול התחנה. לדעתי, הסכמים מהסוג הראשון אינם מעוררים כל בעיה. הם שקולים לקטגוריה של בעלות או חכירת מדינה, ואותה מדיניות פוסרת צריכה לחול גם עליהם.

גם הסכמים מהסוג השני נכנסים פורמלית לאותה מסגרת, שהרי הם עונים על הפטור של סעיף 333 לחוק ההגבלים העסקיים בהיותם "הסדר בין מי שמקנה זכות במקרקעין לבין מי שרוכש את הזכות". אולם מה שמשתמע מקביעת הממונה הוא שאין הצדקה כלכלית עצמאית לכך שבעלים או החוכר יעניקו לפז חכירה או חכירת משנה, והיא מצידה תעניק לו רשיון לשם תפעול התחנה. הרי אם המפעיל הוא בעלים או חוכר של הקרקע, רשאי הוא ממילא מכוח בעלותו לשהות על הקרקע, ומה מוסיפה, אם כך, החכירה או חכירת המשנה לפז, והענקת הרשיון מפז למפעיל?

וכך מציין הממונה בהתייחסו לפטור של סעיף 333 (עי' 19 לקביעתו): "פטור זה אינו חל בענייננו... [שכן] כבילת הבלעדיות כאן מוטלת לא על רוכש הזכות אלא על בעל הנכס".

דברים אלה בצורתם הנורפת ודאי אינם יפים לגבי הקטגוריה של הסכמים מן הסוג הראשון, שכן שם, ביחסים בין פז למפעיל, פז היא הבעלים המקורי. אולם הקושי לזהות את המקנה האמיתי מתעורר במקרה שלנו, שבו המפעיל הוא גם הבעלים מקורי. בפרשנותו את סעיף 333 מניח הממונה, כי יש להתעלם מההסדר הקנייני בין הבעלים המקורי לפז, וכי יש להתייחס למפעיל כאל הבעלים. משתמע מדברי הממונה, שהענקת זכות קניינית נגזרת לפז נועדה להכניס את פז באופן מלאכותי, בין השאר, לגדרו של הפטור בסעיף 333, ומשום כך אין להכשיר הסדר זה (עי' 21 לקביעת הממונה). עוד הוא מדגיש שהסכם החכירה והסכם ההפעלה הם למעשה שלמות חוזית אחת וכי "ההפרדה, המלאכותית משהו, לשתי חוליות מסמכים נפרדת אינה אלא נסיון לחיסון מעמדה של ההתקשרות מצד החברות". (עי' 4 לקביעתו).

חיזוק לעמדתו מוצא הממונה בע"א (ת"א) 837/90 פז נ' תחנת דן בני-ברק בע"מ (לא פורסם), שאמנם דן בשאלה שונה, אך ניתוחו של בית המשפט מבוסס על מערכת הסכמית דומה לשלנו. הממונה מאמץ את העמדה, שהובעה באותו מקרה לפיה "עיסקת החכירה לא באה לעולם אלא כדי לספק בטוחה למערערת לקיום התחייבויותיה של המשיבה כלפיה" (עי' 4 לקביעת הממונה). אתייחס לפסק דין זה להלן בסעיף 16 לחוות דעתי.

11. בדיני מיסים "המכתן המקובל למלאכותיות העיסקה הוא בתשובה לשאלה אם יש תוכן כל שהוא בעיסקה מלבד הפטור המיוחל מומט" (לענין פרשנותו של סעיף 84 לחוק מס שבת מקרקעין, תשכ"ג-1963. ע"א 293/89 מנהל מס שבת נ' גרינבלט, פ"ד (מו) 4, 456, 461). בענייננו יש לשאול, האם יש תוכן כל שהוא לעיסקה מלבד הרצון המיוחל לזכות בפטורי חוק ההגבלים.

אם הצידוק הכלכלי היחיד לעיסקה הוא הרצון לחסות בצילו של הפטור, ראוי להתייחס לעיסקה כאל עיסקה מלאכותית, מנוגדת לתקנת הציבור ובטלה (סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשלי"ג-1973 וכן גם סעיף 13 לחוק החוזים, לפיו חוזה למראית עין בטל).

12. אכן גם באנגליה התעורר קושי לגבי עיסקה שבה המפעיל, בעל זכות בקרקע, מעביר זכותו לספק, והלה מעניק למפעיל חכירת משנה או רשיון. שם, כזכור, מושתת הפטור מתחולתה של הדוקטרינה של ההגבל העיסקי (restraint of trade) על כך שמי שמקבל זכות במקרקעין, מקבל זכות שלא היתה בידיו קודם לכן (הילכת Esso, שהוזכרה לעיל בסעיף 2 לחוות דעתי), ואילו במקרה שלנו הרי למפעיל כבר היתה זכות קודמת במקרקעין. נוכח העובדה שהגבל אינו מונק לו במסגרת הענקתה של זכות חדשה, הוא נתפס במסגרת הדוקטרינה של ההגבל העיסקי. *Amoco Australia Pty v Roica Bros* [1975] AC 561 (PC).

היו שסברו, כי הכפפתו של ההסדר בין הספק-החוכר לבין המפעיל-הבעלים המקורי (שהוא עתה חוכר משנה) לתחולת הדוקטרינה של ההגבל העיסקי, אינה מוצדקת, וכי יש למונעה. במקרה אחד החכיר המפעיל את המקרקעין לספק, ואילו הספק החכיר בחכירת משנה את המקרקעין לחברה שבשליטתו של המפעיל. מבנה זה, המפריד הפרדה פורמלית בין הבעלים המקורי למתפעל, מנע טענה שלמפעיל היתה זכות קודמת בנכס, ולכן חסה בצילו של הפטור של הילכת Esso: *Cleveland Petroleum v Dartstone Ltd* [1969] 1 WLR 116 (CA). מההכרה במבנה זה נובע כי המשפט האנגלי אינו מוצא כל פגם כלכלי בקיומה של עיסקה שבה מחכיר המפעיל מקרקעין לספק, והלה מעניק חכירת משנה או רשיון למפעיל. הוא רק מתלבט בשאלה, איך ניתן להתגבר על המכשול הפורמלי ולהכשיר עיסקה כזו, לאור העובדה שלמפעיל זכות קודמת בנכס.

עם זאת, הועלתה גם טענה, כי הכשרתה של עיסקה כזו על ידי הפרדה פורמלית בין בעל הזכות המקורית למפעיל, מהווה עקיפתה של הדוקטרינה של ההגבל העיסקי. לכן במקרה שבו הבעלים המקורי היה חברה, והמפעיל היה בעלי המניות היחידים של אותה חברה, נפסק כי ראוי להרים את מסך ההתאגדות, לחשוף את הוהות בין בעל המקרקעין המקורי לבין המפעיל ולבדוק את ההסכמים לאור הדוקטרינה של ההגבל העיסקי: *Alec Lobb v Total Oil* [1985] 1 WLR 173 (CA). אך ראוי להדגיש: העובדה שקיימת זהות כזו, אינה פוסלת מיניה וביה את ההסדר, והופכת אותו מיידית להגבל עיסקי אסור. היא גם אינה הופכת את החכירה לבטלה. יש לבחון הסדר כזה במכחני הסבירות לאור שיקולים כלכליים, ואכן באותו מקרה נמצא כי החכירה אמיתית, כי ההסדר הוא סביר וכי אין הוא מהווה הגבל עיסקי פסול.

נראה לי שלשונו של סעיף 3(3) לחוק טובלת מצב, שבו כבר היתה למפעיל זכות קודמת בנכס. החוק דן במצב של הקניית זכות במקרקעין. העובדה שלמקבל הזכות היתה זכות קודמת בנכס, שעליה ויתר לטובת המקנה הנוכחי, אינה משנה כשלעצמה. בזמן הרלבנטי, שבו כבר ויתר הבעלים המקורי על זכותו, הוא רשאי לשוב ולממש

זכותו המלאה או החלקית בנכס רק בהסכמת הוכאי הנוכחי. במצב זה הופך הוכאי הנוכחי למקנה זכות לבעלים המקורי.

לעניין זה ראה פסק הדין האמריקאי *Associated Oil v Myers* 24 P2d 457 (1933) שבו בעיסקה דומה לשלנו (בעלים מחזיר לחברת הדלק, וזו מעניקה לו רשיון לתפעול המקום כתחנה), דחה בית המשפט טענת הגבל עיסקי, בקובעו (עי' 672).

It requires no argument to demonstrate that appellant had the right to decline to sell any but its own product upon the leased property. We can see nothing unreasonable in requiring the licensees to do the same thing.

עם זאת, עשוי מצב כזה להעיב על "אמיתותה" הכלכלית של העיסקה. לכן השאלה המתעוררת היא מה הצדקה כלכלית יש לקיומה של העיסקה, ולעניין זה נידרש עתה.

13. אפנה תחילה לבדיקת ההסדר, שבו בעל הזכות המקורית והמפעיל הוא נכה צה"ל, המקנה זכות קניינית לפו, וזו מעניקה לו מעמד של בר-רשות לצורך הסכם ההפעלה.

מתוך דו"ח ציחונבר ויישומו עולה, כי כלכלית פו היא הבעלים האמיתי של זכויות הקניין בתחנה, והדרישה כי הנכה יירשם כבעלים נועדה להבטיח את זכויות ההפעלה של הנכה בנכס. ראיה נחרצת לכך מופיעה בסעיף 125 להסכם החכירה הסטנדרטי בין מינהל מקרקעי ישראל לבין נכה צה"ל, לפיו אפילו תבוטל החכירה הראשית של הנכה, לא יפגע הדבר בחכירת המשנה של חברת הדלק. אכן פו מאתרת את האתר המתאים לשמש תחנה, מסדירה את ענייני הרישוי עם המינהל ורשויות התכנון, מבצעת את עבודות הפיתוח וההשקעה, משלמת ישירות דמי חכירה למינהל ודואגת לתחזוקתה השוטפת של התחנה. נמסר לי כי בפועל, במקרים שבהם הפר הנכה את החוזה, פו התקשרה בהסכם הפעלה עם אחר, ורישום החכירה הועבר על שמו של אותו אחר.

לפי המבחן המהותי, המבוסס על הצדקה הכלכלית של העיסקה, שאותו מבקש הממונה להחיל, הרי ברור שפו היא החוכר האמיתי. רישום החכירה לטובת הנכה נועד לשמש כטוחה לזכויות ההפעלה של הנכה, זאת ותו לא, ומכאן שניתן להתעלם מרישום זה. התוצאה המהותית היא שעיסקה זו אינה שונה מהעיסקאות, שכרן לפו בעלות או חכירת מדינה, ודינה צריך להיות זהה, לאמור גם העיסקה הזו אינה צריכה להיחשב הסדר כובל.

14. עתה נותרו לבדיקה כל אותם מקרים אחרים, שבהם הבעלים המקורי (בעלים או חוכר), שהוא גם המפעיל, מעניק לפו זכות קניין נגזרת (חכירה או חכירת משנה), וזו מעניקה לו מעמד של בר-רשות (או חוכר משנה) בנכס. כלום יש הצדקה כלכלית-עצמאית (לבד מהרצון לחסות בצילו של הפטור מהגבל עיסקי) למבנה עיסקי זה?

כאמור, הממונה אימץ את העמדה, כי הענקתה של זכות קניין לפז נועדה לשמש לה בטוחה למילוי התחייבויותיו של המפעיל (עי 4 לקביעת הממונה לעיל סעיף 12 לחוות דעתו). האם עשוי הדבר לשמש צידוק כלכלי מספיק לבנייתה של העיסקה בצורתה זו?

יש והמשפט מתיר לעיסקת משכון ל"התחמש" לעיסקה אחרת (סעיף 2(ב) לחוק המשכון, תשכ"ז-1967), אלא שהוא יפרשה כעיסקת משכון, אם הדבר עונה על הדרישות שנקבעו בדין למתן תוקף למשכון. ראה, למשל, ע"א 196/87 שויגר נ' רו לוי, פ"ד מנ(3) 2, שבו ניתן תוקף לעיסקת משכנתה שעוצבה כמכר, שכן על המכר היה רישום של הערת אזהרה. המדיניות מאחורי הדישה לפומביותה של עיסקת משכון הושגה כאן, למרות שהעיסקה עוצבה בדפוס אחר. אולם בעניין ע"א 455/89 קולומבו נ' בנק למסחר, פ"ד מנ(5) 490, לא ניתן תוקף לעיסקת משכון שיעוצבה כמכר, שכן המכר הוסכם רק בין הצדדים בלי שצדדים שלישיים ידעו על קיומו, ומתן תוקף למכר היה מסכל את המדיניות מאחורי הדישה לפומביותה של עיסקת משכון.

גם אם נניח, זמנית, שעיסקת החכירה (או חכירת המשנה) מהווה "תחפושת" לעיסקת משכון, לא מתעוררות במקרה שאלות הנוגעות לתוקפה של העיסקה כלפי צדדים שלישיים. השאלה העומדת בפנינו מציגה בעיה אחרת, והיא האם זולת הרצון להבטיח את פז לתקופת החכירה, יש למבנה זה הצדקה כלכלית עצמאית? שהרי אם הכתחון הוא המטרה היחידה, ניתן היה לעצב העיסקה כמשכון, ומשכחו הצדדים במבנה של חכירה, האם לא השתמשו במבנה משפטי שתכליתו היחידה לאפשר להם לחסות בצילו של הפטור של סעיף 3(3) במילים אחרות, האם ניתן לוותר על העיסקה הקניינית בין פז למפעיל (או לצמצם אותה לעיסקת משכון) ולהגשים אותן מטרות כלכליות בלעדיות?

יפים לכאן, בשינויים המחוייבים, דברי השופט שמגר בשאלה, מהן הנסיבות שמרן ניתן לדעת, אם הסכם מכר שעשו הצדדים, מהווה מכר של ממש או משכון מסווג. "דברים שהוחלפו במהלך המשא ומתן בין הצדדים ולחצים שהופעלו על החייב...", קיומו של חוב קודם לכריתת הסכם המכר והמשך קיומו של החוב לאחר כריתת ההסכם; הוראות בדבר תשלום ריבית; נובה התמורה הנקובה בהסכם ושל התמורה ששולמה בפועל, ביחס לשווי הנכס נושא המכר; המשך החזקתו בנכס של המוכר לאחר כריתת החוזה והמשך שליטתו בו, למשל על ידי השבחתו, ביצוע תיקונים, תשלום מיסים וכדומה; הצהרות הצדדים והתנהגותם אף לאחר מעשה...". ע"א 196/87 שויגר נ' רו לוי, פ"ד מנ(3) 2, 20.

15. לכך אוסיף, ששאלת הלגיטימיות של מבנה העיסקה הנוכחי מחייבת גם בדיקת החלופות העסקיות, שעמדו לרשות שני הצדדים לשם הנשמת מטרתם המשותפת. העיסקה שבפנינו אינה הלוואה גרידא. פז מאתרת את האתר המתאים לשמש תחנה, מסדירה את ענייני הרישוי עם המינהל ורשויות התכנון, מבצעת את עבודות הפיתוח וההשקעה, המפעיל משקיע קרקע ועבודה. שני הצדדים הם מעין שותפים.

אפשר לבנות השקעה כעיסקת הלוואה בין המשקיע למפעיל העסק, אך ניתן גם לבנותה כעיסקת שיתוף, לרבות שיתוף בזכויות מקרקעין. בעיסקת שיתוף מעוניינים שני הצדדים להיות בעלי זכויות קנייניות בנכס כדי להבטיח לעצמם שליטה מצד אחד, וביטחון בשל אי-מילוי החיובים כן הצד השני. הענקת משכון לפז אין די בו, שכן הוא מספק לה ביטחון, אך אין הוא מעניק לה שליטה בנכס. יתר-על-כן, השליטה בנכס כחוכר (או כחוכר משנה) מעניקה לפז יתרון בטוחתי נוסף. חלוקת הבעלות בין שני הצדדים, כחלופה עיסקית נוספת, משמעותה כי הבעלים נאלץ לוותר לצמיתות על חלק מן הנכס, שעה שהכוונה היא להצמיד את החקנייה לתקופת התפעול.

הענקת חכירה או חכירת משנה לפז שומרת על זכות הקניין של הבעלים המקורי מצד אחד, והיא מעניקה לפז זכות קניין גזרת אך עצמאית, המאפשרת לה הן שליטה על הנכס, הן ביטחון לקיומו התקין של חוזה התפעול. כך, אם מפר המפעיל את חוזה ההפעלה, רשאית פז לסלקו מן הנכס (למרות היותו בעלים מקורי), ולקשור חוזה הפעלה עם אחר. בעלותו הקודמת של המפעיל אינה יכולה לבטל את זכות החכירה שהעניק לפז (ראה, למשל, פסק דינו של בית משפט השלום בתיא [חי] 3110/87 פז נ' תחנת תדלוק אחים דר מיום 2 ינואר 1989) (לא פורסם)). יצוין שהחכירה וחכירת המשנה רשומות בלשכת רישום המקרקעין על שמה של פז. פז, כחוכרת או חוכרת משנה, גם משלמת בחלק מן המקרים דמי חכירה ריאליים לבעלים המקורי. ראה לעניין זה *Alec Lobb v Total Oil* [1985] 1 WLR 173, שבו נטען כי העיסקה היא משכון מסווג, וכי החכירה וחכירת המשנה נעזו לפטור העיסקה מתחולת הדוקטרינה של ההנבל העיסקי, אך הטענה נדחתה, שכן ניתוחה הכלכלי של העיסקה הצביע על כך, שהבעלים המקורי, שהפך לחוכר משנה, קיבל דמי חכירה ריאליים עבור החכירה.

לעומת זאת, בעניין *Amoco Australia Pty v Rocca Bros* [1975] AC 561 (PC) (לעיל סעיף 12 לחוות דעתי), שבו עבור חכירה ל-15 שנים קיבל המחכיר (המפעיל) 1 לייש לשנה, והוא שילם טבות דומה עבור חכירת המשנה לחברת הדלק, קבע בית המשפט כי החכירה אינה אכיפה. לא ניתן, איפוא, לקבוע באופן גורף, כי כל העיסקאות, שבהן למפעיל זיקה קניינית קודמת לקרקע, הן מלאכותיות. יש לבדוק במשנה זהירות כל עיסקה על נסיבותיה, תניותיה ורקעה הכלכלי. רק בדיקה כזו יכולה לבסס מסקנה בדבר אופייה האמיתי של העיסקה.

16. מדברי גם ברור, שאני מסכימה עם עמדת הממונה, כי קיימת זיקה בין המערכת הקניינית והתפעולית (עי 4 לקביעת הממונה; לעיל סעיף 10 לחוות דעתי), אולם מעובדה זו, כשלעצמה, אין להסיק שהעיסקה היא מלאכותית וכי נוצרה רק כדי לחסות בצילו של הפטור החוקי. לעניין זה ראה פסק הדין האמריקאי *Associated Oil v Myers* 24 P2d 457 (1933), שבו בעיסקה דומה לשלנו (בעלים מחכיר לחברת הדלק, וזו מעניקה לו רשיון לתפעול המקום כתחנה), דחה בית המשפט טענת הנבל עיסקי (לעיל סעיף 12 לחוות דעתי). בית המשפט הדגיש באותו מקרה כי הוא מסכים לכך שיש לקרוא את הסכם התפעול יחד עם הסכם החכירה, אך

הוסיף שלא נובע מכך בהכרח, שמדובר בחוזה אחד או שהחוכר לא רכש זכויות בקרקע. ברור, ציין בית המשפט, שהתנועע רכש זכויות כדי לאפשר לו לקבוע את השימוש בקרקע במשך תקופת השכירות (שם, 670-671).

בעניין *Prestin v Mobil Oil* 741 F.2d 268 (1984), שעליו מסתמך הממונה (בעמוד 4 להחלטתו), טענה חברת הדלק (שבניגוד למקרים הנדונים כאן היתה בעלת הקרקע), כי המפעיל אינו רשאי להעביר העסק לאחר ללא הסכמתה, והיא עצמה אינה מחוייבת להציג טעם סביר לסירובה להעברה, שכן מדובר בהעברת הסכם ההפעלה בניגוד להעברת החכירה (לגבי סירוב להעברת חכירה היא מחוייבת להציג טעם סביר). בית המשפט סבר שטענה זו מפרידה באופן מלאכותי בין החכירה לבין השימוש, שלשמו מיועדת החכירה, ויש לדחותה על ידי קריאת החווים כמיקשה אחת.

פסק הדין זן בבעיה שאינה נוגעת לענייננו, והוא ניתן לפירושים שונים, אך לא נובעת ממנו המסקנה, שמבקש הממונה להסיק ממנו, והיא שבשום מקרה אין להפריד בין החכירה להסכם התפעול, וכי הסכם התפעול מאפיל על החכירה. נהפוך הוא: מפסק הדין, שהחיל את דין החכירה על העברת העסק, נובע, שלעיתים, מאפילה החכירה על הסכם ההפעלה.

בע"א (ת"א) 837/90 פו נ' תחנת זן בני-ברק בע"מ (לעיל סעיף 10 לחוות דעתי), דחה בית המשפט המחוזי טענת פו, החוכרת, כי עקב יחסי השכירות היא זכאית עתה לשכירות מוגנת ביחסים בינה לבין בעל הקרקע, המפעיל. בית המשפט קבע כי דרגת אחיזתה של פו בנכס לא הספיקה כדי ליצור שכירות מוגנת.

ראוי להגביל עמדת בית המשפט בעניין פו לעניין שבו נדונה. במגמה לצמצם קיומן של דיירויות מוגנות, אין בתי המשפט נוטים חסד לטענה, כי בין הצדדים נוצרה שכירות מוגנת. פרשנותו של בית המשפט לעניין זה אינה מחייבת פרשנות וזה לענייננו. העובדה, שאותו יחס זוכה לסיווג משפטי שונה בהתאם לשאלה הנדונה, היא תופעה משפטית שכיחה. וכך מציין השופט ברק בשאלה אחרת, אך מקבילה: "יחובי ויקניין" אינה צריכה להיעשות על פי שיקולים כלליים ומופשטים, אלא הייבת להיות מעוגנת במציאות משפטית-עובדתית-קונקרטית. מוסד משפטי פלוגי... עשוי להיות שייך לתחום החיובים לצורך סוגיה אחת, ועשוי להשתייך לתחום הקניינים לצורך סוגיה אחרת". (דין 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה(3) 253, 269).

מסקנה

17. לפי הגיון שיטתו של הממונה, שהוציא מתחולת ההסדר הכובל מקרים שבהם לפז בעלות, חכירת מדינה או דיירות מוגנת, הרי שיש להוציא מתחום ההסדר הכובל גם אותם מקרים שבהם לפז חכירה פרטית או חכירת משנה בקרקע.

קושי מסויים מתעורר במקרה שבו קיימת זהות בין הבעלים המקורי, שמוכותו נגזרת החכירה או חכירת המשנה של פו, לבין המפעיל. הממונה נוטה להתייחס לעיסקה הקניינית במקרים אלה כאל עיסקה מלאכותית,

והוא מתעלם ממנה.

בדיקת "אמיתותה" של העיסקה לאור ההצדקה הכלכלית לקיומה מובילה למסקנה שדינה של העיסקה עם נכה צה"ל והוה למקרה הרגיל שבו לפז חכירת מזינה (לעיל סעיף 13 לחוות דעתי). גם במקרים אחרים ניתן להצביע על הצדקה כלכלית עצמאית למבנה העיסקה, המכשירה את העיסקה (לעיל סעיף 15 לחוות דעתי), והמאפשרת לה לחסות בצילו של הפטור של סעיף 3(3) לחוק ההגבלים העסקיים. מכל מקום, יש לכדוק באופן מפורט את החוזים עם המפעילים השונים, נסיבות כריתתם ותנאותיהם, ולאור זאת להכריע בדבר אמיתותם או מלאכותיותם.

חוות דעתי הוגבלה לקטגוריות שבהן הסדר קנייני בין פז למפעיל. לא התייחסתי לאותם מקרים שבהם אין הסדר קנייני בין פז למפעיל.

השלכותיה של התערבות חקיקתית בזכויות פז

18. הרשויות המבצעות נמצאות בתהליך של ייזום חקיקה, שנועדה להגביל תקופת הייחודיות של חזוי התפעול. הובאה לפני טיוטה של חוק הסדרים במושק המדינה (תיקוני חקיקה), התשנ"ג-1993. אתייחס בקצרה לנושא מורכב זה.

מובן שהמחוקק רשאי לתקן את החוק ולשנותו. אולם כוחו של המחוקק בעניין זה מוגבל כיום לאורו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהוחק בשנת תשנ"ב. סעיף 3 לחוק היסוד, שכותרתו "שמירה על הקניין", קובע כי "אין פוגעים בקנינו של אדם". סעיף 8 לחוק היסוד, שכותרתו "פגיעה בזכויות", קובע כי "אין פוגעים בזכויות שלמי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש". ועוד נאמר בסעיף 11, שכותרתו "תחולה", כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלמי חוק-יסוד זה".

מחוק היסוד נובע כי לא ניתן לפגוע בזכות קניין באמצעים מינהליים. זאת ועוד: סעיף 8 לחוק מטיל הגבלה מהותית על חקיקת חוק הפוגע בזכות קניין. עם זאת, השלכותיה של תניית ההגבלה של סעיף 8 אינן ברורות לאור שוני הנוסח בין חוק יסוד זה לחוק יסוד: חופש העיסוק.

חוק יסוד: חופש העיסוק, שנחקק אף הוא בתשנ"ב, מכיל בסעיף 5 הוראת שריון, המכונה "נוקשות החוק", והקובעת כי "אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת". בניגוד לכך, אין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מכיל הוראת שריון דומה. אם כך, עשויה להיסען טענה, כי חוק מאוחר, הפוגע בזכות קניין, אף בניגוד לערכי המדינה, ייחשב לחוק תקף, למרות מה שאמור בסעיף 8, שכן חוק כזה מהווה שינוי מכללא של חוק היסוד. אולם זו עמדה קיצונית שמרוקנת, למעשה, את סעיף 8 מתוכנו.

19. במאמרו "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9, 21-22, מציע פרופסור ברק שני פתרונות אפשריים לשאלת מעמדו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כלפי חקיקה מאוחרת, שאינה ממלאת אחר תניית ההגבלה של סעיף 8. האחד, חוק רגיל שאינו מקיים את תנאיו של סעיף 8 יהיה בטל. למועשה, משווה פתרון זה בין שני חוקי היסוד למרות השוני בניסוחם, והוא מתייחס לחוק-יסוד: כבוד האדם כאל חוק משוריין.

השני, חוק רגיל שאינו מקיים את תנאיו של סעיף 8 יהיה תקף, ובלבד שנאמר בו מפורשות כי בא לסתור את חוק היסוד: פתרון זה מגביל את ריבונותה של הכנסת, אך הוא מבחין בין חוק יסוד משוריין לחוק יסוד שאינו משוריין. לאור העובדה שחוק יסוד: כבוד האדם אינו משוריין, ניתן יהיה להתגבר על תניית ההגבלה בחוק מאוחר, רק אם יצוין הדבר במפורש.

(להעדפתה של האפשרות השניה: י" קרפ, "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל ב (תשנ"ב) 323, 380).

שתי האפשרויות מגבילות את היכולת לפגוע בזכות הקניין בחוק. חוק הפוגע בזכות קניין חייב למלא את תניית ההגבלה שבסעיף 8. שאם לא כן, לפי האפשרות הראשונה, יהיה בטל, ולפי השניה, יהיה בטל, אם לא נאמר בו מפורשות כי בא לסתור את חוק היסוד.

20. מה השלכותיו של חוק הסדרים במשק המדינה המגביל את תקופת חוזה הבלעדיות בין חברות הדלק למפעילי התחנה?

בחוק הוראה החלה גם על חוזים קיימים, וזה לשונה:

3 (א) חוזה בלעדיות קיים יפקע ויותר לא יאוחר מהמועד המאוחר מבין שני אלה:

(1) בתום שבע שנים מהיום הקבוע בו לתחילת תוקפו.

(2) ביום י"ח בטבת תשנ"ד (1 בינואר 1994).

מתוך נטח הטייטה עולה שתחולתו של החוק כללית. אין בו הבחנה בין סוגי החוזים לפי הקטגוריות השונות. גם אותם חוזים, שהוצאו מגדר קביעתו של הממונה, נכללים בגדר ההסדר החקיקתי. מבחינה זו נראית לי הטייטה להצעת החוק מרחיקה לכת ביותר.

הזכויות הנוצרות מכוח החוזים שבהם לפז קניין במקרקעין שעליהן התחנה, הן "כשרות" לפי הפטור שבסעיף (3) לחוק ההגבלים. אני סבורה שפגיעה בחוזים אלה על ידי קיצור התקופה החוזית גם היא פגיעה בקניין, כמשמעותו שבחוק היסוד. המילה "קניין" צריכה להיות מפורשת ככוללת את מלוא זכויותיו הרכושיות של אדם.

זכות חויות ודאי כלולה ברוך.

הדבר עולה בקנה אחד עם פרשנותה של החוקה האמריקאית האוסרת על נטילת (taking) קניינו של אדם (Eminent domain clause), והכוללת בגדר מושג זה גם זכויות חויות: Richard Epstein, Takings (Harvard University Press) (1985) 88-92. כדברי המחבר:

..any state-mandated alteration of contractual right constitutes a partial taking of private property. In principle it makes no difference whether the changes are made for the benefit of creditor or of the debtor.

ספק בעיני, אם הפגיעה בזכויות החוזיות הכשרות של פז ראויה. בעניין זה כדאי שוב לפנות להסדר של השוק האירופי, הקובע, כי בקטגוריה זו יהיה משך החוזה מקביל למשך החכירה (לעיל סעיף 9 לחוות דעתי). ציינתי לעיל (סעיף 9) את הטעם לכך: בהסדרים מסוג זה, המושתתים על הקניית זכות במקרקעין לטווח ארוך, נערכים האיוונים בין הצדדים כהתחשב במשך הזמן. הגבלת משך החוזה תערער את המאזן החוזי, ותפגע בו. אני סבורה, שחוק המגביל את משך תקופת חוזה הבלעדיות בחוזים היכשרים עשוי להיחשב בטל, אם לא נחקק כחוק יסוד ברוב קולות חברי הכנסת (האפשרות הראשונה). אפשרות אחרת היא שייחשב בטל, אם לא ייאמר בו מפורשות כי הוא בא לסתור את חוק היסוד (האפשרות השניה) (לעיל סעיף 17 לחוות דעתי).

קיימת אפשרות, שחוק הפוגע בזכות, יזכה את מי שזכותו נפגעה בפיצוי. הענקת פיצוי אינה הופכת אוטומטית את הפגיעה למותרת, אך היא בודאי מרככת אותה. במקרים מסויימים עשויה הוראה כזו להפוך את מידת הפגיעה (לפי הנוסח של סעיף 8 לחוק היסוד) למותרת. חוק הסדרים במשק המדינה אינו מעניק פיצוי לנפגע. הוא רק קובע בסעיף 3(ב) (2) שבמקרה של התרת חוזה קיים ישלם כל צד לחוזה ילצד האחר תשלום בשיעור התשלום שהיה עליו לשלם על פי סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשלי"ג-1973, לו היה החוזה בטל בחלקו השני.

הוראה זו, ככל שהיא חלה על החוזים הכשרים של פז, תמוהה ביותר. ראשית, הוראה זו אינה הוראת פיצוי אלא הוראת השבה של טובות הנאה שהעניק צד לחוזה בלתי חוקי לצד השני. שנית, היא מניחה שהחוזה בקטגוריה שבה אנו דנים, כלומר חוזה הנופל לגדר סעיף 3(3) לחוק ההגבלים, הוא בלתי חוקי, שהרי היא מחילה עליו את הוראת סעיף 31, הדנה בהשבה בעקבות בטלות חוזה בלתי חוקי. בכך היא הופכת חוזה חוקי לבלתי חוקי, והיא גם הופכת את ההשבה בעקבות בטלותו של החוזה מעניין שבזכות לעניין הנתון לשיקול דעתו של בית המשפט, המנסמך, על פי סעיף 31, אם יראה זאת לנכון, לשלול מצד לחוזה את זכותו להשבה.

חוקיקה המונעת בזכות חוזית כשרה, היא, בעיני, חקיקה מרחיקת לכת, שאינה מקיימת את תניית ההגבלה של סעיף 8 לחוק היסוד, במיוחד לאור העובדה שאינה מלווה בהסדר פיזיים. אמנם סעיף 4(א) לחוק מתייחס למקרה שבו "היו לצדדים לחוזה בלעדיות חילוקי דעות בקשר לזכויותיהם ההדדיות לפיזיים בגין התרתו של חוזה בלעדיות", אולם השימוש בביטוי "פיזיים" אינו נכון, שכן התשלום שבו מדובר אינו תשלום פיזיים אלא תשלום השבה, כמוסבר לעיל.

21. כזכור, עמדתי היא שגם במקרה שבו המפעיל הוא בעל קניין מקורי במקרקעין, ניתן להצדיק מבנה העיסקה, ולהכיר בזכותה הקניינית של פו במקרקעין. על מקרה זה יחול האמור לעיל בסעיף 20 לחוות דעתי וביתר שאת. אסביר: טיוטת החוק מגדירה "חוזה בלעדיות" בסעיף 1 כ"חוזה שבעל תחנה צד לו, הכולל תניה שתוכנה כבילתו לתקופה העולה על שבע שנים באשר לזהותה של חברת הנפט ממנה ירכוש מוצרי דלק, ויראו ככלולים בחוזה גם כל הסכמה נוספת ביניהם שנעשתה בזיקה עניינית לעיסקה נושא החוזה".

משתמע מסעיף זה (שאותו יש לקרוא עם סעיף 3(א) לטייטה), שגם באותם מקרים שבהם חכירת פו מהבעלים המקורי, המפעיל, היא אמיתית ויש לה הצדקה עצמאית, היא תהיה בטלה לאחר שבע שנים. תוצאה זו אינה רק פגיעה בזכות חוזית, אלא גם פגיעה חמורה בזכות קניין (חכירה), ואין לה הצדקה בהתאם להסבר בסעיף 20 לחוות דעתי לעיל. תוצאה כזו תגרום לכך שזכות הקניין תחזור אוטומטית למפעיל, והוא זה שיהיה רשאי להפעיל את התחנה. הפקעת קניין לטובת אדם פרטי היא מרחיקת לכת, ואינה מקובלת. הפקעה כזו אינה נחשבת חוקית במשפט האמריקאי, גם כשהיא מלווה בהענקת פיזיו: *Tribe, American Constitutional Law* (2d ed, 1988) 588 et seq. החוק, כפי שהראיתי, אינו מעניק כלל פיזיו לא במקרים אחרים, אף לא במקרה זה.

22. אם לאור בדיקה מפורטת, תתקבל העמדה שבחלק מן החוזים נערכה עיסקה קניינית מלאכותית, והחוזה בין הצדדים ייחשב להסדר כובל, לא תוכל פו להסתמך על זכות חוזית שראוי להגן עליה, שכן החוזה בחלקיו הכובלים בטל, ומיגבלת הזמן הקבועה בחוק נועדה להכשיר חוזה פסול ובטל. במקרים אלה קשה לדבר על פגיעה בזכותה של פו, וחוק היסוד לא יחול. על מקרה זה נכון להחיל את הסעד בסעיף 3(ב) (2) לטייטת החוק, שנשאב מהוראות ההשבה החלות על חוזה בלתי חוקי.

עם זאת, במקרים אלה עשויה להתעורר השאלה מה יהיה גורל החכירה (המלאכותית). כאמור, כוללת טיוטת החוק בהגדרת "חוזה בלעדיות" בסעיף 1 "גם כל הסכמה נוספת ביניהם שנעשתה בזיקה עניינית לעיסקה נושא החוזה". מכאן נובע שבטלותו של החוזה מתייחסת גם לבטלותה של החכירה שאותה מעניק המפעיל, הבעלים המקורי, לפו. ניתן אף לטעון שחכירה מלאכותית כזו בטלה מלכתחילה, אף ללא החוק,

בהיותה למראית עין (סעיף 13 לחוק החוזים) ובלתי חוקית (סעיף 30 לחוק החוזים). גם רישומה במירשם המקרקעין ייחשב, איפוא, לבטל, והקניין יחזור לבעליו המקוריים, כלומר למפעיל. אך, עשויה לעלות הטענה, שאם משמשת החכירה משכון מעטוה (לעיל סעיף 14 לחוות דעתי), יש לצמצם העיסקה לגבולותיה האמיתיים ולהפכה למשכנתה (כך שבמקום חכירה תירשם לטובתה של פו משכנתה) (להעלאת השאלות: *Anoco Australia Pty v Rocca Bros* [1975] AC 561, 580 (PC), לעיל סעיפים 12 ו-15 לחוות דעתי).
באותם מקרים שלפו אין כלל זכות קניינית, ובין הצדדים נכרת רק חוזה תפעול, ובהנחה שההסדר כובל, פו אינה יכולה להסתמך על זכות חוזית שראוי להק עליה, שכן החוזה בחלקיו הכובלים בטל.

בכבוד רב ובברכה,

(י' א' כה)
פרופסור נילי כהן

3

2

LIEDEKERKE WOLTERS WAELEBROECK & KIRKPATRICK

JEAN DASSÈSSE
JURIN KIRKPATRICK
AVOCATS À LA COUR DE LIÈGE

ET
JACQUES DE LIEDEKERKE
ADRIEN WOLTERS †
PIERRE DE CALLATAÿ
LEO STOOP
MICHEL WAELEBROECK
CLAUDE VERBRAEKEN
MARLENE DEMEUR
MARTIN VAN DER HAEGEN
FRANÇOIS COLINET
MARC GODFROID
DIERK LINDEMANS
TIFFANY AFSCHRIJFT S.P.A.
SANDRE NUDELHOLE
BERNARD BEYENS
PHILIPPE MALHERBE
ALEXANDRE VANDENCASTEELE
POL GLINEUR
DENIS WAELEBROECK
DANIEL GARABEDIAN
MAGDA VANDEBOTERMET

AVOCATS
Associés

JURIN STUYCK
ALAIN DE NAUW
AVOCATS

AVENUE LOUISE 341 (Dix 0)
B-1050 BRUXELLES

TEL (02) 927.14.11
TELEX 24787 LYKDRU B
FAX (02) (2) 927.10.00

Mr. Zekler, Adv.
S. Horowitz & Co.
31, Ahad Haam St.
Tel Aviv 55202

Brussels, 5th November 1993

By telecopier : 972-3-5660974

Dear Sir,

Re : Commission Regulation 1984/83 on Block Exemption
of Exclusive Purchasing Agreements - Title III :
Special provisions for service-station agreements

Enclosed please find our memorandum in response to your fax
of 1st November 1993.

The original as well as an explanatory letter are sent by
mail.

Please do not hesitate to call us should you have any
further questions regarding this issue.

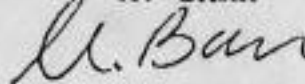
Best regards.

Yours sincerely,

A. VANDENCASTEELE



M. BARR



Memorandum on behalf of "PAZ"
in re Commission Regulation 1984/83
on Block Exemption of Exclusive Purchasing Agreements
Title III :
Special provisions for service-station agreements

General overview :

Article 10 of Commission Regulation 1984/83 on Block Exemption of Exclusive Purchasing Agreements (1983 Q.J., L 173/5) (hereinafter "the Regulation") exempts from Article 85 (1) of the EEC Treaty :

"agreements to which only two undertakings are party and whereby one party, the reseller, agrees with the other, the supplier, in consideration for the according of special commercial or financial advantages, to purchase only from the supplier, an undertaking connected with the supplier or another undertaking entrusted by the supplier with the distribution of his goods, certain petroleum-based motor-vehicle fuels or certain petroleum-based motor-vehicle and other fuels specified in the agreement for resale in a service station designated in the agreement."

The exemption for the exclusive purchasing commitment is however limited both in scope and in duration, the former narrower and the latter longer than those provided for general exclusive purchasing agreements (Title I of the Regulation).

As far as the scope of the commitment is concerned, the exclusivity of purchase relates only to certain petroleum-based motor-vehicle fuels or certain petroleum-based motor-vehicle and other fuels specified in the agreement.

The Commission's Notice on Regulations 1983/83 and 1984/83 on Block Exemption of Exclusive Distribution and Exclusive

Purchasing Agreements (1984 O.J., C 101/2) (hereinafter "the Notice") provides that the exclusive purchasing obligation can cover either motor vehicle fuels (e.g. petrol, diesel fuel, LPG, kerosene) alone or motor vehicle fuels and other fuels (e.g. heating oil, bottled gas, paraffin), and that all the goods concerned must be petroleum-based products (point 58). The motor vehicle fuels covered by the exclusive purchasing obligations must be for the use in motor-powered land or water vehicles or aircraft (point 59). The Notice further provides that the Regulation applies to petrol stations adjoining public roads and fuelling installations on private property not open to public traffic (point 60).

Article 11 of the Regulation limits the restrictions that may be exempted (apart from the obligation referred to in Article 10) to the following :

- "(a) the obligation not to sell motor-vehicle fuel and other fuels which are supplied by other undertakings in the service station designated in the agreement;
- (b) the obligation not to use lubricants or related petroleum-based products which are supplied by other undertakings within the service station designated in the agreement where the supplier or a connected undertaking has made available to the reseller, or finances, a lubrication bay or other motor vehicle lubrication equipment;
- (c) the obligation to advertise goods supplied by other undertakings within or outside the service station designated in the agreement only in proportion to the share of these goods in the total turnover realized in the service station;
- (d) the obligation to have equipment owned by the supplier or a connected undertaking or financed by the supplier or a connected undertaking serviced by the supplier or an undertaking designated by him."

The Commission expressed its view in its 21st Report on Competition Policy 1991 (point 120) that the exclusive purchase obligation on the reseller under Article 11(b) is justified only when the equipment which is made available to the reseller have

a certain value and represent a significant investment. It does not affect the reseller's freedom to purchase the said products from other undertakings for resale in the service-station (point 61 of the Notice).

Article 12 of the Regulation further states that the exemption shall not apply where :

- "(a) the supplier or a connected undertaking imposes on the reseller exclusive purchasing obligations for goods other than motor vehicle and other fuels or for services, except in the case of the obligations referred to in Article 11 (b) and (d);
- (b) the supplier restricts the freedom of the reseller to obtain from an undertaking of his choice goods or services for which under the provisions of this Title neither an exclusive purchasing obligation nor a ban on dealing in competing products may be imposed;
- (c) ...
- (d) the supplier obliges the reseller to impose the exclusive purchasing obligation on his successor for a longer period than the reseller would himself remain tied to the supplier."

The scope of the exemption is further affected by the application mutatis mutandis of certain general provisions included in title I of the Regulation (Article 13).

As to the duration of the exclusive purchasing obligation, the exemption will apply only when the agreement is concluded for a definite period no longer than 10 years (Article 12(1)(c)).

I. Applicability and duration of the block exemption under different circumstances

- (i) the supplier is either the owner, lessor or sublessor of the service station premises

Article 12(2) of the Regulation provides that :

"where the agreement relates to a service station which the supplier lets to the reseller, or allows the reseller to occupy on some other basis, in law or in fact, exclusive purchasing obligations or bans on dealing in competing products specified in this Title may, notwithstanding paragraph 1(c), be imposed on the reseller for the whole period for which the reseller in fact operates the premises."
(emphasis added)

Where the supplier is the owner of a service station and he lets it to the reseller, there is no doubt that the exclusivity of purchase may be imposed for the whole period for which the reseller in fact operates the premises. The same applies to the case where the supplier-owner allows the reseller to occupy the service station on some other basis (e.g. licence). However, the reference to the case where the supplier allows the reseller to occupy the service station on some other basis, in law or in fact, seems to envisage also the cases where the supplier has a right to the premises which does not amount to ownership, such as lease or sub-lease.

This is in accordance with the aims pursued by the Regulation which clearly show that the imposition of an exclusive purchasing obligation on the reseller should be the counterpart to a grant of considerable advantages, financial or otherwise,

to the supplier (Commission's 21st Report on Competition Policy, point 120), and such advantages will exist independently of the nature of the right the supplier has to the service-station he allows the reseller to occupy. This is further supported by the fact that under certain national laws, long leases are assimilated to a proprietary right.

This remains true even if the land on which the service station is established is owned by the reseller, leased by him to the supplier who in turn invests in the equipment and puts the service station at the disposal of the reseller providing that the relation between the parties is not a scheme designed only to ensure that their agreement will fall artificially under Article 12(2).

In considering this, one should take into account the conditions of both (the lease and the sublease) agreements and the significance of any investment made by the supplier.

When there is no investment made by the supplier and the rent paid by him equals that paid by the reseller under the sublease agreement, the legal structure adopted by the parties has no economic justification and will fall outside Article 12(2) of the Regulation. The same applies where any investment made by the supplier is totally compensated by the rent paid by the reseller under the sublease agreement (after deduction of the rent paid by the supplier under the lease agreement). But, wherever there will be an economic justification for the relation

between the parties (e.g. an important investment that the reseller cannot afford, for which he cannot get a loan or cannot get a loan on such favourable terms), the exclusive purchasing obligations may be imposed on the reseller for the whole period for which the reseller in fact operates the premises (and not only for 10 years).

(ii) the supplier has provided a loan or other financial assistance to the reseller for the premises or otherwise

Special commercial or financial advantages are those going beyond what the reseller could normally expect under an agreement considering the nature, extent and duration of the obligations undertaken by the parties and the general practice in the trade (point 43 of the Notice as regards Article 6 of the Regulation).

The question if a loan provided by the supplier falls within the unclear concept of a "special commercial or financial advantages" is to be answered in view of the above and of the facts of the case.

A loan on favourable terms or contributing to the financing of the reseller, equipping him or undertaking investments for his benefit are expressly listed in Recital (13) of the Regulation as "special commercial or financial advantages" in the sense of Article 10 of the Regulation, for the consideration of which an exclusivity purchase obligation is exempted.

In cases falling under this (ii), exclusivity for the supply of fuel only is allowed for a fixed period no longer than ten years (Article 12(1)(c)). However, the limitation of the duration of the agreement does not affect the parties' right to renew it in accordance with Title III (points 53 and 63 of the Notice).

The scope of the agreement is to be determined in accordance with the other provisions of Title III of the Regulation as described above under the heading "General".

(iii) the supplier only supplies petroleum to the reseller and maintains no other tie to the premises

If special commercial or financial advantages are granted by the supplier, the Regulation will apply and the situation will be as in (ii).

Assuming the supplier grants no special commercial or financial advantages to the reseller, such an agreement will fall outside the scope of Title III of the Regulation.

Thus, as a mere supply agreement it should fall under the general provisions of Title I, which are more lenient but allows for an exemption for a shorter period of 5 years (Article 3(d)).

This approach is supported by the general principle on the relation between a general and a special rule. If the Commission

had had the intention of excluding the applicability of Title I to service station agreements, it would have done it expressly as for the exclusion of agreements for the resale of petroleum products in service stations from the scope of Regulation 1983/83 on Block Exemption of Exclusive Distribution Agreements (1983 O.J., L 173/1) and for the exclusion by Article 17 of the Regulation of the combination of both titles.

II. Transitional provisions

The transitional provisions for service-station agreements (Article 15(2) and (3) of the Regulation) are dealt with at points 64-66 of the Notice.

Service-station agreements which were concluded and entered into force before 1.1.1984 remained covered by the provisions of Regulation 67/67 until 31st December 1988. Since then, they must comply with the provisions of Title III of the Regulation (Article 15 (2)). This normally entailed the negotiation of a new agreement.


However, in the case of agreements which were in force on 1st July 1983 (date of entry into force of the Regulation) and which expire after 31st December 1988, they will continue to fall outside Article 85(1) until their expiry or until the expiry of the Regulation (31st December 1997) whichever occurs first, to the extent that the supplier releases the reseller, before 1st January 1989, from all obligations which would prevent the

application of the exemption under Title III of the Regulation (point 64 of the Notice).

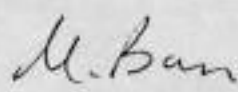
The parties lost benefit of application of the transitional provisions if they substantially changed its nature or extent (point 66), or in case of renewal during the course of the transitional period. Such situations are indeed considered as resulting in new agreements subject to the Regulation (answer given to a written question No. 264/83, 1983, O.J. C 266/25).

As the transitory period has expired on 31st December 1988, all existing agreements must comply with Title III of the Regulation, if the parties want to avoid applicability of Article 85(1).

5th November 1993



A. VANDENCASTEELE



M. BARR

3

4



FLADGATE FIELDER
SOLICITORS

12 ABON PLACE 3 GEORGE STREET LONDON W1H 6AD TELEPHONE 071-486 9021
FAX 071-725 7334 DX 9057 WEST END

Dr Yoram Trubovich
The Director of Restrictive Trade Practices
Jerusalem
Israel

OUR REF AK.mo.LI-MMC
YOUR REF
DATE 4 November 1993

Dear Sir

MONOPOLIES AND MERGERS COMMISSION
THE SUPPLY OF PETROL 1990 ("The Report")

At the request of Paz Oil Company Limited I write to set out our formal opinion as to the questions set out below.

Questions

1. Did the Report contain any limitation on the term of exclusive supply agreements for the sale of petrol between petrol companies and the petrol station operators operating from wholesaler owned sites. For the purposes of this opinion this includes sites on which the petrol company has either a freehold or leasehold title to the sites and grants a lease or licence to the petrol station operator. This type of site is also referred to as "company premises".
2. The Report of the Monopolies and Mergers Commission of 1965 entitled "Report on the Supply of Petrol to Retailers in the United Kingdom" ("the 1965 Report") limited the period of a solus tie in non-company owned stations. How did this effect long term solus tie agreements existing at that time?

Answers

1. The Report did not suggest any limitation on the length of such exclusive ties save that such a tie was obviously limited to the length of the operators tenancy or licence agreement.

Following previous Monopolies and Mergers Reports (specifically the 1965 Report) the petrol companies were required to enter into assurances known as

...cont/

FLADGATE HOUSE 25 CHURCH STREET BATHSTONING ROAD 202 TELEPHONE 01224 40961 FAX 01224 40962

HENRIK KICH ANTHONY BAKER EDNA LEVY IRVAN DONLIS CHRISTOPHER JOHN FRED PERRIN HANNA LANE JOSEF BATES RICHARD EDANTON
 PETER RAY GONALD EDWARDS ROBERT STUART TILFORD INGLIS LEMMA HANNEY BOLLINGHAM ANDREW HENDRICK ALLEN CONNOR ROGER LOCKLEY ANDREW WALTON PHILIP AUSTIN
 SARAHANA DILAN JAMES KEELEY JOHN HOOKLEY LYNN POWEY FREDERICK FITZGERALD STEPHEN THOMAS ANTHONY WELLSMITH SIMON EDWARDS NICHOLAS UGHAH JARRE BARRER

Members: PAUL HOLTH AVRAM BELMANN JOHN BURRELL
 FLADGATE HOUSE 25 CHURCH STREET BATHSTONING ROAD 202 TELEPHONE 01224 40961 FAX 01224 40962

FLADGATE HOUSE 25 CHURCH STREET BATHSTONING ROAD 202 TELEPHONE 01224 40961 FAX 01224 40962

Dr Yoram Trubovich

4 November 1993

"Undertakings" which continue to be in effect today (they are set out in full in Appendix 2.2 of the Report). The section of the Undertakings relating to the maximum term of the "solus tie" or the "term of exclusivity" are not applicable to petrol stations which are situated on company premises (see paragraph 1(1)(a) of the Undertakings). Company premises are defined in the Undertakings as "any land owned or leased by the company or an associate company or in respect of which the company or an associated company enjoys any license which entitles it to sell petrol to the public by retail there, or to permit any other person to sell petrol there".

The Report noted that all licences examined by them (between petrol companies and retailers) required the licensee to purchase petrol exclusively from the licensor (§ 3.65 and 3.67) and that "wholesaler ownership in effect applies an indefinite tie to those sites" (§ 1.19).

Neither the Report or the Undertakings restricted, the petrol companies from requiring an independent retailer operating from company premises, to purchase its petrol supplies exclusively from the petrol company of which the operator is a tenant/licensee. This was without any limitation on the period of exclusivity, save that such period obviously must not be greater than the terms of the operators lease or licence.

2. The limit of the Solus ties in non-company owned stations was not strictly relevant to those stations to which petroleum companies had made loans. From the 1965 Report it appears that the petrol companies did not directly invest in any non-company owned stations. This is to say that it appears that no grants were given to these stations. At most, what the petrol companies did was give loans to the station operators, however, these loans were always repayable and in almost all cases they were repayable with interest.

In accordance with the Undertakings so long as any loans are outstanding from petrol companies to the petrol station operators, the petrol station operators can be required to purchase their petrol exclusively from the petrol company which made the loan. This is true even if more than five years have elapsed since the loan was made. As long as the loan is outstanding there is no limit on the term of exclusivity.

In accordance with statutory instrument S.I. 1966/1314 (Monopolies and Mergers: The Solus Petrol (No 2) Order 1966) enacted following the 1965 Report the length of any "solus tie" in any agreement made before 6 August 1966 (namely solus tie agreements entered into prior to the date of the statutory instrument).

...cont/

4 November 1993

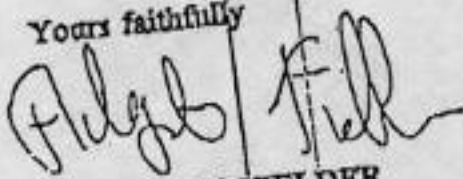
Dr Yoram Trabovitch

were limited to a period of five years and therefore all existing agreements automatically expired no later than 6 August 1971. This expiration period was not relevant to wholesaler owned sites (or company premises) referred to above as in those stations the exclusivity of the tie as noted above, was allowed to continue.

In effect all existing solus tie arrangements which were entered into prior to the said statutory instrument and which at that date had more than five years to run were now limited and were deemed to expire no later than a period five years from the date of the statutory instrument.

This opinion is give by us as English solicitors and relates only to matters of and construed in accordance with English at the date hereof. No opinion is expressed or implied as laws of any other jurisdiction. This opinion is limited to the matters stated herein and is not to be read as extending by implication to any other matters or to any other area of English law not specifically referred to herein.

Yours faithfully



FLADGATE FIELDER

טבלה 1
מספר תושבים לתחנה

1991	1990	1989	1988	
1,909	1,882	1,850	1,845	אוסטריה
1,619	1,540	1,471	1,420	בלגיה
1,718	1,656	1,599	1,547	דנמרק
2,560	2,584	2,538	2,504	פינלנד
2,348	2,157	2,011	1,877	צרפת
4,181	3,476	3,341	3,200	גרמניה
1,874	1,841	1,738	1,654	איטליה
2,359	2,165	2,028	1,954	הולנד
1,749	1,722	1,683	1,642	נורווגיה
8,001	7,955	7,916	7,943	ספרד
2,074	2,023	1,985	1,970	שבדיה
1,644	1,627	1,625	1,631	שוויץ
2,960	2,916	2,872	2,833	אנגליה
9,436	9,119	9,136	9,123	ישראל ¹
2,316	2,410	2,520	2,712	ממוצע אירופה
307%	278%	262%	236%	עודף תושבים לתחנה בישראל ¹

9. כלומר, מטבלה 1 עולה שמספר התושבים לתחנה במדינת ישראל גדול כמעט פי ארבעה מאשר ממוצע מספר התושבים לתחנה באירופה.

עבוד של התנועה המפורטים בשנותונים הסטטיסטיים לישראל אודות מספר תושבים.

1. מספר תושבים לתחנה בישראל = עודף תושבים לתחנה בישראל ממוצע תושבים לתחנה באירופה

טבלה II
מספר תחנות לאדם

1991	1990	1989	1988	
0.52	0.53	0.54	0.54	אוסטריה
0.70	0.68	0.65	0.62	בלגיה
0.58	0.60	0.63	0.65	דנמרק
0.39	0.39	0.39	0.40	פינלנד
0.43	0.46	0.50	0.53	צרפת
0.24	0.29	0.30	0.31	גרמניה
0.53	0.54	0.58	0.60	איטליה
0.42	0.46	0.49	0.51	הולנד
0.57	0.58	0.59	0.61	נורווגיה
0.12	0.13	0.13	0.13	ספרד
0.48	0.49	0.50	0.51	שבדיה
0.61	0.61	0.62	0.61	שוויץ
0.34	0.34	0.35	0.35	אנגליה
0.10	0.10	0.11	0.11	ישראל ¹
0.37	0.40	0.41	0.43	ממוצע אירופה
72.97%	75.00%	73.17%	74.41%	שיעור המחסור בתחנות לאדם בישראל*

10. במילים פשוטות - באירופה, בממוצע, קיים לאדם הצע תחנות הגדול פי 4 מאשר בישראל.

עבור נתונים מתוך נתוני השטחון הסטטיסטי לישראל.

* שיעור המחסור בתחנות לאדם בישראל = 1 - מספר תחנות לאדם בישראל / מספר תחנות לאדם באירופה

טבלה III

כמות הדלק הנמכרת על-ידי תחנה

לחמיות השנתיות המצטעות בסופות. בטון בלבד

1991	1990	1989	1988	
715	640	643	634	אוסטריה
436	411	421	415	בלגיה
547	496	456	446	דנמרק
1,041	1,014	992	921	פינלנד
696	658	638	605	צרפת
1,726	1,449	1,372	1,334	גרמניה
478	435	372	358	איטליה
532	485	465	444	הולנד
718	726	707	695	נורווגיה
1,667	1,665	1,634	1,566	ספרד
1,044	995	1,033	1,001	שבדיה
967	841	890	860	שוויץ
1,247	1,231	1,195	1,151	אנגליה
⁴ 3,693	3,545	3,411	3,350	ישראל ¹
905	831	786	756	ממוצע אירופה
308%	326%	333%	343%	עודף הכמות הנמכרת בתחנה בישראל ¹

שעור הבקוש לכנזין גדל בישראל בשנים 1988-1992 ב-6.8% לשנה

<u>אוכלוסיה לתחנת דלק (1991)</u>	<u>מכירות לתחנת דלק (1991)</u>	<u>ממוצע 88-92</u>	<u>שעור הגדול בבקוש לכנזין</u>	
9,436	3014	6.8%		ישראל
2,712	905	2.4%		ממוצע אירופה
4,181	1726			גרמניה
8,001	1667			ספרד
2,960	1247			אנגליה

<u>שעור גדול</u>	<u>מספר תחנות</u>	<u>שעור גדול צריכת הכנזין</u>	<u>שנה</u>
1.4%	558	5.9%	1989
1.2%	565	6 %	1990
2.7%	580	4.1%	1991
1.7%	590	11.4%	1992
3.3%	610	7 %	1993

<u>מספר תחנות שהיו צריכות להיבנות</u>	<u>מספר תחנות שהיו צריכות להיות לפי קצב גדול הבקוש לכנזין</u>	<u>שנה</u>
32	582	1989
35	617	1990
26	643	1991
73	716	1992
50	766	1993
216		
===		

וזה בכלל לא כולל את העובדה שהיו צריכים להגדיל את מספר התחנות עקב העובדה שהמכירות לתחנה בישראל גבוהות באופן מהותי מהממוצע בעולם, כלומר הגדול במספר התחנות הוא בהנחה שהתחנות ימשיכו למכור את הממוצע הגבוה הנ"ל.

6
11

29th June 1994

To: Prime minister - Yitzhak Rabin

Honoured Prime Minister,

In 1988 the Liberman family purchased **Paz Oil Company Limited** from the Government. Four entities competed for the tender, which we won.

At the time of the purchase it was made clear to us that there would be competition in the petrol market. We accepted this, as we feel well able to deal with competition in business. However the word "competition", in our lexicon, does not cover the misappropriation of our property.

The proposed private bill by MK Dan Tichon which has passed its first reading will have the effect, if it becomes law, of misappropriating our property - which was purchased at great expense from the State of Israel. The Energy Ministry intends to propose a law of its own drafting.

These proposed laws are being acted upon now, whilst we are caught up in the middle of appealing the ruling of the Director of the Anti-trust Authority to the effect that the arrangements between the petrol companies and the petrol station operators are "restrictive arrangements".

The Director of the Antitrust Authority's ruling may well be overturned in the appeal process, or at least mitigated to some extent. The court process is expected to end within 10 months. The best solution is to leave the entire issue to be determined by judicial decisions without any legislative intervention.

We fully expected the Government to assist us in combating this arbitrary ruling, since it was the Government who sold us this property. (Each petrol station/ piece of land was separately accounted for and priced.) It now appears, so we have been told, that the goods we were sold are apparently "damaged" (unlawful and criminal).

This is an untenable situation, both from a legal and a business point of view. It is simply inconceivable that after five years, about 150 petrol stations will be wrongfully taken from us. Is this normal procedure in a country that purports to uphold the rule of law?

We have no wish to burden you with details, but the Government is likely to find itself in a situation whereby it may appear that:

1. The privatisation of Paz by the Government was not carried out in good faith, or at the least was based on serious misrepresentations.

2. The Government did not prevent the passing of legislation which may constitute a breach of contract to which the Government is a party.
3. The Government is acting in a manner that will bring about the misappropriation of Paz' property (indirectly, our property).

In view of these possible developments we shall have no alternative but to include the Government as a party in all legal proceedings and to attempt to obtain the compensation that would become due, should it be found that the Government had made misrepresentations in the sale to Paz.

It is obvious that such a step will no doubt have serious consequences and reverberations in the business community, in Israel and abroad, and it may very well have a negative effect on plans for privatisation in the future (through until now the deal was successful from the investor's point of view).

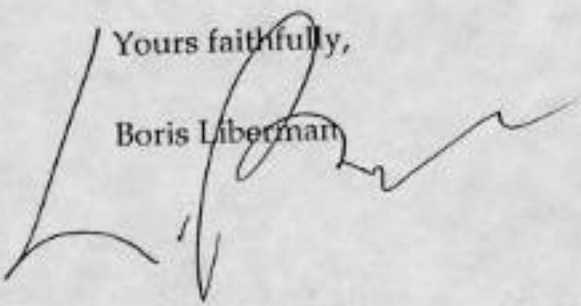
We felt it necessary to draw your attention to this scandal , which is growing by the minute , and to request that you act, together with the Ministers of Energy and Justice, to prevent the legislation of the proposed bills specially now that a compromise (in itself very painful to us financially) is beginning to emerge.

In order to prevent future unnecessary complications you can take the following action: To make sure through the concerned ministers and members of Knesset from Labour and the coalition that the entire legislative process is shelved until the completion of the court process.

Alternatively - to stop the enactment into law of MK Tichon's bill until the government tables its own bill based on the lesser evil compromise of the Ministry of Energy. This issue has been around for several years already and there is no urgency to enact a law by the end of the current Knesset session - only to enable MK Tichon and others to claim "fame" for an "achievement" (misappropriation of more than half a billion Dollars worth of private property) which would only bring trouble, litigation and shame upon the government of Israel.

Yours faithfully,

Boris Liberman



הדיון הינו בהצעת החוק הדנה בקצור החוזים בתחנות התדלוק, זאת משום שלפי החוק חוזים אלו הינם הסדרים כובלים.

ברצונינו להרגיש כי החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים הדנה במערכות ההסכמים בתחנות התדלוק תלויה ועומדת בפני בית הדין.

חברות הדלק עושות כמיטב מאמציהם לזרז את ההליך בבית הדין ולממש את זכותן להליך משפטי הוגן.

הממונה על ההגבלים העסקיים דוקא הוא זה שבישיבת בית הדין האחרונה (23.6.94) בקש לדחות את הדיון לתאריך מאוחר יותר, זאת כאשר עומדות שאלות קשות מאוד לגבי חוות דעתו.

א. עידוד התחרות במשק הדלק

הממונה על ההגבלים העסקיים פרסם ב-28 ביוני 1993 חוות דעת לפיה מתקיימים הסדרים-כובלים בין חברות הדלק לבין מפעילי תחנות התדלוק (למעט תחנות בכעלות וחכירה ראשית מהמנהל). הממונה מבהיר בחוות דעתו כי לדעתו יש לקצר באופן מהותי את תקופת החוזים מאחר ומערכת החוזים הקיימת פוגעת בתחרות (*).

בחודשים האחרונים הועברו לכנסת הצעות חוק לפיון על מנת לקצר את התחרות במשק הדלק יש לקצר את החוזים בין חברות הדלק למפעילים ועל פי הצעת דן תיכון יש להפיק אה מרבית התחנות מחברות הדלק ולהעבירן למפעילי תחנות התדלוק.

1. מעוט בתחנות תדלוק ואוזלת ידם של משרד האנרגיה ומשרד הפנים לבטל את תמ"א 18 על בסיס נתוני קצב גידול האוכלוסיה בישראל וקצב גידול מספר כלי הרכב בחמש השנים האחרונות היו צריכות להכנות כמינימום 250 תחנות תדלוק חדשות על מנת לספק את הביקוש הגדול לדלק.

כפועל נכנו כ- 60 תחנות תדלוק בלבד!

* כפי שמוצג בסעיף ג' להלן, הממונה הבהיר כי שחרור של כ-70 תחנות תדלוק בהקדם האפשרי, ושחרור של כמות דומה בעוד כ-7 שנים, תאפשר פתיחת התחרות ולפיכך הוא מוכן לבטל את חוות דעתו.

ב. פגיעה בזכויות הקניין

חברת פז (גם בהיותה חברה ממשלתית לחקופה ארוכה) הקפידה לכל אורך השנים להקים תחנות תדלוק רק על קרקעות שהן בבעלותה או במסגרת הסכמי חכירה ארוכי טווח. מכחינה כלכלית ועסקית אין הבדל בין רכישת מקרקעין לבין חכירה ארוכת טווח כתנאים כלכליים (ראלים), אולם מאחר ובמדינת ישראל מרבית המקרקעין שייכים למנהל מקרקעי ישראל נפוצה שיטת החכירה כתחליף לבעלות. לחברת פז מספר רב של תחנות בהן לחברה זכויות חכירה ראליות (רשומות בטאבו). כאחרים מחוזי החכירה נקבע שפז תוכל להשתמש בקרקע אותה חברה גם למטרות אחרות דולת הפעלת תחנת תדלוק.

האפשרות לטמושים אחרים במקרקעין והעובדה שפז משלמת דמי חכירה ראליים עבור החכירה מצביעים על הצדקה כלכלית עצמאית לעסקת החכירה. תשלום דמי החכירה נועדו לאפשר לפז להפעיל זכויותיה הקנייניות בקרקע.

נביא לדוגמא את התחנות בהן מפעיל שהופנה על ידי משרד הבטחון חו"כר מקרקעי תחנה בחכירה ראשית ממנהל מקרקעי ישראל ומחכיר בחכירה משנה את המקרקעין לפז. נדגיש כי את לכל נושא איתור המקרקעין, הייזום, התאמת השטח לתחנת תדלוק ובניית התחנה, אחראית חברת הדלק. חברת הדלק היא זו שמשלמת את דמי החכירה ישירות למנהל במקום המפעיל.

כאחד מהסעיפים בהסדר החכירה הסטנדרטי בין מנהל מקרקעי ישראל לבין המפעיל נאמר במפורש כי אפילו אם תבוטל החכירה הראשית למפעיל שהופנה ע"י משרד הבטחון לא יפגע הדבר בחכירת המשנה של חברת הדלק.

כל הנחונים הללו מדגישים כי העסקה הכלכלית והיא כי פז הינה הבעלים האמיתי של זכויות הקניין בתחנה.

בהצעות החוק ובהחלטת הממונה הוחלט לקצר את תקופות חוזי החכירה וכך יופקעו זכויות הקניין במקרקעי תחנות התדלוק מידי חברות הדלק ויועברו לידי מפעילי התחנות.

למזלנו, ישנו חוק זכויות האדם וחירותו המטיל הגבלה מהותית על חקיקת חוק הפרגע בזכויות קניין וחופה (ראה חוות דעת פרופסור נילי כהן).

ג. הצגת הפשרה של הממונה על ההגבלים העסקיים

הממונה על ההגבלים העסקיים העביר הצעה להסכם פשרה עם חברות הדלק. חברות הדלק הסכימו לשחרר על פי הסכם הפשרה כ-70 תחנות תדלוק מירידת רווח על מנת להבהיר את השאלה האמיתית של התחרות במשק הדלק.

נבהיר כי בעבר הציעו חברות הדלק למכור כ-50 תחנות תדלוק כל אחת כשוק החופשי על מנת לאפשר כניסה לחברות הדלק החדשות. כיום חברות הדלק, שוב על מנת לבדוק את שאלת התחרות, מציעות לשחרר 70 תחנות תדלוק לשוק מידית ולמרות כל זאת נמשכת אגירת העליהום של המפעילים וחברות הדלק החדשות וכן נמשכת ריצת האמוק החוקתית. משום מה? מה הבעיה? כנראה נשחרר את התחנות לשוק כפי שהוסכם עם הממונה ונבדוק את ההשלכות של ויתור מהותי על התחרות בשוק.

לאחר שהניח את דעתו כי בזמן הקרוב יסתיימו ההסכמים כ-70 תחנות תדלוק וכן עקב סוגיות הקניין המורכבות, החליט הממונה לבטל את חוות דעתו לגבי התחנות בהן לחברות הדלק חכירות ראליות (חוות הדעת קבעה כי אילו הם הסדרים כלכליים). כלומר: הממונה הביע את דעתו בעניין התחנות בהן לחברות הדלק ישנן זכויות חכירה ראליות והורה לבטל את חוות דעתו בנושא.

ד. חקיקת חוק במהלך דיון משפטי בכית הדין

כפי שהובהר קודם לכן, כית הדין להגבלים עסקיים דן עתה בנושא של חוות דעתו של הממונה על ההגבלים העסקיים בדבר החווים בין חברות הדלק לתחנות התדלוק.

באוחה עת, מנסה הכנסת ע"י חקיקה לקבוע את פסק הדין במשפט.

נדגיש כי על פי חוק זכויות האדם וחירותו, חקיקתו של חוק המכריז על התנהגות מסוימת כעבירה מכילי שמוצה ההליך המשפטי מנוגדת לכבוד האדם וחירותו. יתר על כן חקיקה, המכריזה על התנהגות כעבירה, מכילי שמוצה ההליך המשפטי, משכשת את חלוקת הסמכויות בין הרשות השופטת והמחוקקת ובכך פוגעת באופיה הדמוקרטי של המדינה.

ה. רכישת משפחה ליברמן את מניות פז

לפני חמש שנים מכרה ממשלת ישראל את החזקתיה בפז ליד משפחת ליברמן. מכירה זו הרוחה אכן דרך ראשונית בתהליך הפרטה של החברות הממשלתיות. בחשקיף שפרסמה הממשלה הובהר כי מרבית החמורה הינה עבור זכויותיה של פז (קניניות וחפעוליות) בתחנות התדלוק.

בחשקיף, המדינה מסבירה כי תחנות התדלוק הינן חנאי הכרחי לפעולת פז כעסק חי ובלעדיו אין פז עסק כלל.

המדינה פרסמה בחשקיף את רשימת כלל החוזים של פז עם תחנות התדלוק כחוזים חוקיים.

נגשו למכרז שלושה מועמדים ומשפחת ליברמן זכתה במכרז.

עתה, חמש שנים בלבד לאחר רכישת פז מודיעה הממשלה כי חוזי הקניין שרכשה פז אינם תקפים וטרואקטיבית, כלומר החברה מכרה נכסים ריקים מתוכן.

האם זוהי הדרך שבה ממשלת ישראל מוכרת את נכסיה, כנכסים פגומים וריקים מתוכן. האם זו הדרך להפריט חברות ולערוך עסקאות כלכליות במדינה?

נזכיר כי קצב הגידול של הכקוש לכנזין הוא כ-7% לשנה וזהו קצב הגידול הצפוי עד לשנת 2,000 ולמרות זאת קצב גידול בנית תחנות תדלוק חדשות הוא כ-2% בלבד (ראה נספח 1): בנוסף, כמות הדלקים הממוצעת הנמכרת בתחנת תדלוק בישראל גבוהה לאין שיעור מזו הנמכרת בתחנת תדלוק באירופה ובארצות הברית. הכמות הממוצעת לשנה באירופה הינה 905 ק"ל לעומת כ-3,700 ק"ל בישראל (ראה חצהיר שהוגש לבית המשפט).

הפתרון לפתיחת התחרות במשק הדלק הוא בנית מאות תחנות חדשות הצעת החוק איננה מתמודדת עם בעיית התחרות כלל וכלל והיא חביא רק להעשרת מפעילי התחנות.

הצעות החוק רק מצביעות על אודלת ידו של משרד האנרגיה ומשרד הפנים לבטל את ההליכים הבירוקרטיים וההגבלות הקיימות כיום בקשר להקמת תחנות דלק חדשות.

2. קצב גידול של חברות תדלוק חדשות

מאז תחילת הרפורמה נכנסו לשוק 6 חברות חדשות. על בסיס חשקפי החברות הללו ופרסומים אחרים עולה כי כ-5 השנים הקרובות יוקמו כ-230 תחנות תדלוק חדשות. כשים לב למספר הנוכחי של תחנות תדלוק כ-40% ממספר תחנות התדלוק תהיינה קשורות עם מתחרים חושיים בתוך חמש שנים, בכפוף לחנאי הנוכחים של מקטע השוק. (ראה נספח 2).

הפתרון המוצע בהצעת החוק ובחוק"ר הממונה לבעיית אי התחרות כמשך הדלק היא להפקיע או לקצר את תקופות חוזי התחנות ולהעכירן למפעילים. כאשר קיים עודף ביקוש לדלק בתחנות, פתרון זה רק יחלק את העוגה באופן שונה בין חברות הדלק למפעילים ולא יביא להוזלות מחירי הדלקים.

מדינת ישראל
משרד התעשייה והמסחר
יחידת ההגבלים העסקיים
רח' המלך דוד 8, ירושלים 94101
טל': 02-233681, פקס: 02-233687

(000814)

קביעה לפי סעיף 43(א) לחוק ההגבלים העסקיים:
הסדר כובל בהסכמי הבלעדיות בין חברות
הדלק לבין מפעילי תחנות תידלוק

I. הרקע העובדתי

A. מבוא

מאז קום המדינה התנהל משק הדלק תחת שרביט ניצוחה של הממשלה. האחרונה, כאמצעות תקנות, צווים והחלטות קבעה את אורחותיהן של שלושת חברות הנפט - פז, דלק וסונול (להלן - "החברות"). החברות היו הלכה למעשה זרועה הארוכה של הממשלה אשר הכטיחה סדירות אספקת הדלק על דרך כיסוי מלוא העלויות של החברות בתוספת רווח מוסכם (Cost plus). יבוא הנפט ארצה, וכנגזר מכך שיווקו, חולק באמצעות צו שקבע את חלוקת שוק בהתאם למפתח קבוע: פז - 45%, דלק - 30% וסונול - 25%.

ביום 13.11.1987 נפל דבר במשק הדלק - כיוזמת משרד האנרגיה והתשתית, קיבלה הרשות הלאומית לאנרגיה החלטה שפניה חשיפת הענף לפעולת כוחות השוק, לתחרות.

מני אז נתון ענף הדלק בתהליך של שינוי, מעבר ממסגרת התממה של הפיקוח הממשלתי ההדוק למסגרת של תחרות חפשית ופתוחה. תנאי תחרות אלה יש בהם כדי להניב יתרונות לפרט ולכלל, לרבות, הקצאת משאבים אופטימלית, ייעול הייצור והשיווק, עידוד חדשנות טכנולוגית ומניעת ניצול לרעה של כוח כלכלי לשם פגיעה בצרכן או בעסק מתחרה. חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן "חוק ההגבלים") שם לו למטרה להבטיח קיומה של תחרות זו ולסלק מדרכת מחסומים ומכשלות.

למעלה מחמש שנים הלפו מאז הונהגה הרפורמה. נרשמו הישגים חשובים מאד, במיוחד במישור כניסת חברות נפט חדשות, בתחום אספקת סולר למפעלים ולבתי מגורים ובתחום הגז. ניצני תחרות אף החלו להיראות בתחום תחנות התדלוק, בין היתר על-ידי מתן תשורות ופרסים, אך כדי לבלוב ותחרות מחירים לא הגיעו הדברים. הרפורמה נעצרה בדרכה אל תחנות התדלוק, אל אנית הדגל של הרפורמה שכונתה "מעין חלון הראווה" של המערכת כולה. עולם כמנהגו נוהג, כמעט ככל תחנות הדלק המחיר הנקוב לצרכן זהה, והוא משתווה למחיר המירבי לצרכן כפי שהוא נקבע מעת לעת על ידי מינהל הדלק. תחנות דור-אנרגיה הורידו מחירים, ובתגובה הורדו לאחרונה המחירים גם בתחנות התדלוק של החברות הסמוכות לתחנות הללו, אך בסך הכל מדובר בתופעה קטנת היקף; ועל ראש הענף דולק נר תחרות קטון.

דו"ח שנתי 43 של מנקר המדינה שפורסם לאחרונה מציין כי הרפורמה "פסחה על מקטע השיווק של מוצרי דלק בתחנות הדלק... שנודעת לו חשיבות רבה מנקודת ראות ציבורית, בין היתר, משום שהמגע עם רוב הציבור נעשה באמצעות התחנות". המבקרת מצביעה על "חוזי התקשרות כובלים, לכאורה, לזמן ממושך בין חברות הנפט הוותיקות לבין תחנות הדלק", כתנאי "המכביד על יצירת תחרות בענף" והחובק כ-2/3 מכלל התחנות. גישה דומה ננקטה גם על-ידי הפרופסור יצחק זמיר בסקירה מקיפה שהכין עבור משרד האנרגיה והתשתית, בה המליץ, בין היתר, על בדיקת אותם חוזים כדי לקבוע "האם קיימים הסדרים כובלים בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים".

ראה: דו"ח שנתי מס' 43 של מנקר המדינה, כעמ' 88-89, 96, 99 (אפריל 1993).

וראה: י. זמיר הרפורמה במשק הדלק: תחנות התידלוק, סקירה עבור משרד האנרגיה והתשתית אוקטובר 1991 עמ' 14-21, 70-78, 99-100.

כמצוטט כדו"ח מבקר המדינה, סבר אגף התקציבים במשרד האוצר כי "הבעייה המרכזית בשיווק הדלק בתחנות היא כי הענף מצוי בשליטה מלאה של החברות הוותיקות וכניסת גורמים חדשים אליו קשה ביותר וזאת משלושה טעמים עיקריים: 1. חוזי החקשרות כובלים, לכאורה, בין חברות הדלק לבין בעלי התחנות; 2. הליכי רישוי דרקוניים לתחנות דלק; 3. חוסר מוטיבציה של בעלי התחנות לשינוי, עקב הסדרת חלוקת ההכנסות בענף על ידי הממשלה." שם, בעמ' 90.

בהקשר זה, כעצה אחת עם עמיתי ממשרד האנרגיה והחשמית ובעקבות פנייתם, נפנית לבדיקת היחסים העסקיים בין החברות לבין תחנות התידלוק, מנקודת מבט של חוק ההגבלים. כתחילת תודש אפריל השנה התבקשו שלושת החברות, בהתאם לסמכותי לפי סעיף 46 (ב) לחוק ההגבלים, להמציא לעיוני מקבץ מייצג מהסכמיהן עם תחנות התדלוק, והסכמים נוספים. כמו כן, במסגרת לימוד הנושא נפגשתי עם נציגי הנהלות החברות, נציגי חברות הנפט החדשות ומפעילי תחנות, ולקחתי חלק במספר דיונים בוועדת הכלכלה של הכנסת ובוועדת המשנה שלה לענייני אנרגיה. במהלך הבדיקה הוגשו אף מספר תלונות המבקשות בדיקת ההסכמים האמורים, בכללם או הסכמים מסויימים שצורפו לפנייה.

הגעתי למסקנה כי מתקיימים "הסדרים כובלים" בין החברות לבין מפעילי תחנות התידלוק שלהם הבעלות על התחנות (לרבות כחוכרים ראשיים ממינהל מקרקעי ישראל ודיירות מוגנת), וזאת באמצעות הסדרים ארוכי טווח המקנים בלעדיות לחברות באספקת דלק ומוצרי נפט אחרים, הכל כמפורט בהמשך הדברים. החלטתי איננה מתייחסת לאותן תחנות הנתונות בבעלות החברות עצמן (כולל חכירה ראשית ממינהל מקרקעי ישראל ודיירות מוגנת). כידוע, רוב מפעילי התחנות הם בעלי הקרקע או בעלי זכות חכירה ראשית ממינהל מקרקעי ישראל (כ- 70% מכלל תחנות התידלוק בארץ) ורק מיעוטן בבעלות החברות עצמן.

ב. ההסכמים בין החברות למפעילי התחנות

1. עובדות רקע

תחנות התדלוק בישראל, להוציא מתי מעט, קשורות בעבותות חוזיות - ולעיתים קרובות אף קנייניות - לאחת משלוש החברות הוותיקות. מספר תחנות התידלוק, כולל בבעלות החברות, עומד כיום על סך ארצי של 548 תחנות. 539 מהן קשורות לשלושת החברות, דהיינו כ- 98%. מן המקובץ, כאשר החלוקה הפנימית הינה פז - 216, דלק - 176 וסונול - 147. היתרה, 9 תחנות, דהיינו כ- 2% מהסך הכולל, קשורות לשתי חברות נפט חדשות: דור אנרגיה 8 וגל 1. כמובן, אין תחנה אחת זהה לרעותה, והן נבדלות זו מזו בהיקפן, מתקניהן, שרותיהן הנלווים ועוד.

בין החברות לבין תחנות התידלוק הקשורות אליהן קיימת מערכת של חוזים. מקורם של חוזים אלה הוא בהתקשרויות שנערכו עוד לפני קום המדינה בין חברות זרות שפעלו בארץ לבין תחנות התידלוק. כך, חברת פז, שבאה בנעליה של חברת SHELL, וחברת סונול שבאה בנעליה של חברת MOBILE OIL, המשיכו לערוך חוזים כמתכונת דומה לזו שהיתה מקובלת קודם לכן.

עיון בהסכמים הללו מגלה מספר תכניות אחידות, הבאות לענות על מגוון הנסיבות המתקיים ביחסים שבין החברות לבין מפעילי תחנות התידלוק, בהתאם לבעלות על הקרקע, מקורות החשקעה להקמת מבני התחנה וצידודה, והסכמי האספקה.

כאמור, החלטתי עניינה בתחנות התדלוק הקשורות לחברות אך אינן נתונות בבעלותן (כולל חכירה ראשית מהמינהל ודיירות מוגנת): בחברת פז כ- 69%, בחברת דלק כ- 86%, ובחברת סונול כ- 77%.

לצורך ענייננו, ניתן לסווג את היחסים בנושא זכויות בקרקע בין החברות לבין מפעילי תחנות התידלוק, לארבעה סוגים כלליים:

א. בעלות של גורם פרטי וחכירה ראשית לאחת מהחברות;

ב. חכירה ראשית לגורם פרטי ממינהל מקרקעי ישראל, וחכירת משנה לאחת מהחברות;

ג. כנ"ל כשהחוכר הראשי מהמינהל הוא נכה צה"ל;

ד. בעלות של גורם פרטי וללא זכות קניינית לאחת מהחברות, כשהוא קשור בחוזה אספקה בלעדית עם אחת החברות.

בקבוצה מסוג "ד" ניתן לראות חוזים ארוכי טווח, כדוגמת חוזה האספקה של פז המסומן פ1 (10 שנים), וחוזי האספקה של דלק המסומן ד1 (15 שנה), המסומן ד2 (25 שנה), המסומן ד3 (49 שנה) והמסומן ד4 (49 שנה).

בסוגים "א", "ב", ו-"ג", קיימת מערכת של חוזים שתוצאתם, כפי שיוסבר להלן, היא כי חובת הבלעדיות של המפעיל היא, בדרך כלל, ארוכת טווח באשר היא משתרעת על פני תקופת החכירה לאחת מהחברות.

כך למשל:

(1) החוזים ארוכי הטווח בין פז לבין מפעילי התחנות: מסומן אצלנו פ2 (42 שנה), מסומן פ3 (40 שנה לאחר תקופת קודמות), מסומן פ4 (25 שנה), מסומן פ5 (49 שנה), מסומן פ6 (49 שנה), מסומן פ7 (49 שנה) והמסומן פ8 (49 שנה).

(2) החוזה ארוך הטווח בין דלק לבין מפעיל התחנה המסומן ד5 (20 שנה) (לחברה אין זכות חכירה בלמעלה ממחצית התחנות הקשורות עמה).

(3) החוזים ארוכי הטווח בין סנוול לבין מפעילי התחנות: מסומן ס1 (35 שנה), מסומן ס2 (49 שנה), מסומן ס3 (49 שנה) והמסומן ס4 (49 שנה + אופציה ל-49 שנה נוספות).

לפי בקשת החברות, לא ראיתי מניעה, בשלב זה, להיענות לבקשתם לשמור בסודיות את הנתונים המספריים וזהותם של בעלי החוזים הנדונים בהחלטתי זו.

2. מערכת ההסכמים

מערכת ההסכמים של החברות כוללת, בדרך כלל, בין היתר, הסכם קנייני והסכם קמעונאי המשתלבים ונשזרים יחדיו, כשהסכמי כל אחת מהחברות דומים כמהותם לאלה של רעותה. שני ההסכמים העיקריים מציבים את המסגרות הבאות:

(1) החוזה הקנייני - הצדדים להסכם זה הם בעל זכות הקניין במקרקעי תחנת התדלוק וחברת הנפט. הסכם זה נקרא לפעמים "חוזה המסגרת" או "הסכם בסיסי" להקמת תחנת התדלוק.

אם הקרקע היא בבעלות מפעיל התחנה, ייקבע בהסכם כי הבעלים מחכיר אותה לחברת הנפט, ואילו לו עצמו יוקנה בקרקע מעמד של "בר-רשות". אם המקרקעין הם בבעלות המדינה, והחוכר הראשון הוא אשר רוצה להקים תחנת דלק, ייקבע בהסכם כי הוא יחכיר את המקרקעין לחברת הנפט בחכירה משנית, וחברת הנפט, מצדה, תעניק לחוכר הראשון מעמד של בר-רשות (זה המצב המשפטי הרגיל לגבי נכי צה"ל שקיבלו זכויות במקרקעין במסגרת הליך שיקומם). ההסכם טיפוסי כאמור כולל את השגת הרישוי, תכנון ובניית התחנה, אחזקתה השוטפת, השקעות הוניות, סיוע כספי ותמורה כספית כנגד הענקת זכות קניין בקרקע. הסכם זה נערך בדרך כלל לתקופה ממושכת כפי שהודגם לעיל.

בדרך כלל, המימון לבניית תחנת התדלוק מקורו בחברת הנפט, אך יש מקרים שבהם מקור המימון בבעל הקרקע. השקעת ההון בהקמת תחנת תדלוק מגיעה, כיום, לסדרי גודל של כחצי מיליון עד מיליון דולר ארה"ב.

(2) ההסכם קמעונאי - הצדדים להסכם זה הם בדרך כלל הצדדים לחוזה הקנייני, שכן בעל הזכות הקניינית הוא בדרך כלל גם המפעיל של התחנה. הסכם זה נקרא לעיתים "הסכם הפעלה" ועניינו הטיפעול השוטף של התחנה.

הסכם זה כולל הענקת זכויות לשיווק מוצרי חברת הנפט נתחנה, הסדרת נוהלי העבודה, האספקה, התשלומים, הכטיחות, חלוקת האחריות וכיו"ב. מכת הסכם זה מתוייב המפעיל לרכוש דלק ומוצרי נפט אחרים אך ורק מהחברה. חובת הרכישה הבלעדית לכאורה אינה נתחמת בזמן, ומכל מקום לכאורה איננה קצובה לפרק זמן ארוך. ולא היא.

לאמיתו של דבר, קריאה משולבת של ההסכם הקמעונאי עם ההסכם הקנייני תלמד שתקופת הבלעדיות חופפת את תקופת החכירה לחברה, תקופה הגולשת, בהרבה מקרים, מעבר לשנות דור. תוצאה זו מתבקשת על ידי נוסחת הקשר בין שני ההסכמים, כאשר בדרך כלל יקבע ההסכם הקנייני ו/או הקמעונאי, כי הפר המפעיל חיוביו לפי ההסכם הקמעונאי, לרבות ובעיקר חיובו לרכוש מוצרי נפט אך ורק מהחברה, או שלחלופין ישתחרר מן ההסכם הקמעונאי, רשאית החברה לבטל את מעמדו הקנייני, ולאחר מכן לפנותו מן התחנה. בחוזים החדשים יש אף שנקבע כי החברה רשאית גם למנות כונס נכסים ולהציע את התחנה למכירה, בכפוף לזכות סירוב ראשונה השמורה לטובתה.

במסגרת ההסכמית עם בעל תחנת התדלוק משאילה לו חברת הדלק אף את ציוד התדלוק, והיא שנושאת באחריות לתחזוקתו ותיקונו.

כמוכן, שני ההסכמים האמורים משתזרים ומשתלבים לכדי שלמות חוזית ועניינית אחת, כאשר הפרדה, המלאכותית משהו, לשתי חוליות מסמכים נפרדות אינה אלא נסיון לחיסון מעמדה של ההתקשרות מצד החברות. וכבר נסק בית המשפט המחוזי בהתייחסו למערכת החוזים של פז כי "יש להתייחס אל שני ההסכמים כמקשה אחת"; ע"א (ת"א) 837/90 פז נגד תחנת דן בני-ברק בע"מ (לא פורסם, החלטה מיום 1/8/90), עמ' 2 - 3 לפסק הדין.

מסביר שם בית המשפט לאמור:

"הסכם החכירה מסתבר רק לאורו של ההסכם הקמעונאי, המטיל על המשיבה תבות להפיץ בתחנת התדלוק את מוצריה של המערער. אין ספק בליבנו, כפי שלא היה ספק בליבו של השופט המלומד של בית משפט קמא, שעיסוק החכירה לא באה לעולם אלא כדי לספק בטוחה למערער לקיום החייבויותיה של המשיבה כלפיה".

גישה זהה אומצה על-ידי הפסיקה האמריקאית - וראה:

Prestin v. Mobil Oil Corp. 741 F. 2d 268,272 (9th Cir. 1984)

"It is unrealistic to separate the two documents (the leases and the retail dealer contracts); because, although we deal with two legally distinct relationships (landlord/tenant and franchisor/franchisee) obviously the landlord/tenant relationship existed only to facilitate the franchise agreement...the lease existed simply to promote the franchise agreement...We find, therefore, that the Retail Dealers Contract and the lease must be construed together, as one contract-the franchise agreement."

3. תניות הבלעדיות

עקרונות היחסים שבין החברות השונות לבין מפעילי התחנות דומים הם. במרכזם מצוייה תניית אספקה בלעדית שהפרתה היא הפרה יסודית של ההסכם על המשתמע מכך. לשם ההדגמה בנושא בלעדיות, אציין אלה:

(א) באחד מהסכמי ההפעלה בין פז לבין מפעיל תחנת תדלוק אשר תוקפו ל-49 שנה נקבע:

"הננו מתחייבים כלפיכם בזה כי נמשך כל תקופת החכירה

כמצויין בהסכם מיום 27.1.82 תופעל בנכס תחנת תידלוק של פז ויישווקו בה בלעדית מוצרי הנפט של פז".

וראה סעיף נוסף באחד מההסכמים הקנייניים המתייחס לסנקציות במקרה של הפרת ההסכם הקמעונאי על-ידי המפעיל, לרכות רכישת מוצרי דלק שלא משל החברה אלא משל גורם מתחרה: "הקמעונאי יפנה את הקרקע והמכנים בתחנת הדלק ויחזירם להחזקתה של החברה חופשיים ופנויים מכל מחזיק..."

(ב) בהסכם קמעונאי בין דלק לבין אחד ממפעיליה שתוקפו למשך 20 שנה, נקבע:

"מתחייב המפעיל כלפי החברה לרכוש את המוצרים אך ורק מאת החברה במישרין".

בנוסף, ההסכם קובע שבמקרה שיפר המפעיל את תניית הרכישה הבלעדית מחברת דלק, שהיא בבחינת הפרה יסודית של החוזה, תהא "החברה זכאית בנוסף ומכלי לפגוע בכל סעד אחר שהיא זכאית לו ע"פ הסכם זה ו/או על פי הדין לתפוס ולהפעיל את תחנת התידלוק..."

(3) בהסכם ההפעלה בין סונול לבין מפעיל תחנת תידלוק אשר תוקפו ל-12 שנה נקבע:

"מתחייבת [המפעיל] לשווק ולהפיץ בתחנה ובסוכנות במשך תקופת הסכם זה ובמשך תקופה זו בלבד, מוצרים אך ורק מתוצרתה של סונול ו/או כאלה המשווקים ע"י סונול".

הוראות האספקה הבלעדית מהוות רכיב מהותי וחשוב בכל ההסכמים הקמעונאיים. החברות מייחסות חומרה רבה להפרת הוראות אלה, הנאכפות על ידיהן, כמצויין על ידן, כהקפדה רבה. לצד נושא הבלעדיות ארוכת הטווח, שכוחה רב עמה להשפיע ולצמצם את התחרות בענף, כוללים ההסכמים הוראות נוספות המגלמות בהן פגיעה בתחרות, ובמיוחד הוראות בדבר הכתבת מחירים והגבלת חופש העיסוק. אתיחס נקצרה אל אלו השתיים.

4. הכתבת מחירים

כאמור, מאז ומכבר קובעת הרשות המינהלית מחירים מירביים למוצרי נפט. מחיר מירבי, כשמו כן הוא, מחיר שאין לגבות למעלה הימנו, אך מתחת לסף העליון הנקבע על פי דין רשאים בעלי העסקים להתחרות בינם לבין עצמם כיד כשרונם, כושרם וטעמם. ובכל זאת, במרוצת השנים, כמעט ללא יוצא מן הכלל, נמכרים מוצרי הדלק בכל תחנות התידלוק במחירים המירביים.

עיון בהסכמים הקמעונאיים, לפחות של פז ודלק, מלמד כי נכללת בהם הוראה המתיימרת להת ביד החברות כלי לקביעת המחיר לצרכן, כך ולא אחרת:

למשל, באחד מהסכמי ההפעלה של פז מצאנו כי -

"מחיר המכירה של מוצרי הדלק אשר פז תספק לקמעונאי בהתאם לחוזה זה, יהא המחיר אשר פז תקבע מדי פעם לפעם לכל סוג וסוג מהסוגים מהם מורכבים מוצרי הדלק... והקמעונאי מתחייב בזה שלא לדרוש, לקבל ולא לקחת מחיר יותר גבוה או יותר נמוך מהמחיר שייקבע כאמור, פעם בפעם ע"י פז".

או באחד מהסכמי ההפעלה של דלק נאמר כי -

"מסכימים הצדדים כי בכפיפות להוראות כל דין רשאית החברה לקבוע מחירון למכירות מקבל הזכיון ולשנותו מזמן לזמן ומקבל הזכיון מתחייב למלא אחרי כל הוראות החברה בנדון זה..."

אמנם שטר ושוברו בצידו, מחד לחברה הזכות לקבוע מחירון מאידך זכות זו

כפופה להוראות כל דין, אך איזהו הדין שיתיר קביעת מחירון כזה? נהפוך הוא. אמנם לכאורה חברות הנפט מגבילות עצמן על ידי הצבת סייג שזכותן לקביעת מחיר כפופה להוראות כל דין. אך מובן הוא כי סייג זה אין בו ממש, שכן הוראות הדין אוסרות על הכתבת מחירים.

הסדר הכתבת מחירים (Resale Price Maintenance) הוא מביטויי המובהקים ביותר של הסדר כובל, ולכן הוא מוגדר ככזה על ידי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, האוסר בהתאם על קיומו. הסדרים אלה נפסלים גם בשיטות משפט אחרות:

ראה המצב במשפט האמריקאי - Sullivan, Antitrust p. 377:

"... an agreement between a seller and its buyer fixing the price at which the buyer may resell the product is a per se violation of Section 1 of the Sherman Act".

ובחוקים הקובעים רישום ואישור הסדרים כובלים, כמו בארץ, הסכמים הנוגעים לקביעת מחיר כשלעצמם מוגדרים כ"הסדרים כובלים".

וראה באנגליה: Restrictive Trade Practices Act, 1976 סעיף 6.
ובשוק המשותף: Treaty of Rome, Section 85 כפי שפורש בפסיקה.
וראה: Whish, Competition Law, 2nd, ed p. 584.

נציגי החברות טוענים כי בעת האחרונה הם הצהירו קבל עם ועדה כי אין הן מתנגדות לכך שכל מפעיל תחנה יבור לו את מדיניות מחיריו הוא, וכי אין הן נפנות לשימוש בהוראות ההסכם להכתבת מחיר לצרכן.

כך מציינת היועצת המשפטית של פז, במכתבה מיום 16.5.93, כי פז איננה מתנגדת למכירת מוצרי דלק בכל מחיר שימצא המפעיל לנכון, ובלבד שלא יעלה על המחיר המירבי שנקבע על-ידי הרשויות, כאשר הנושא אמור למצוא ביטוי בנוסח המוסכם של הסכם ההפעלה והזיכיון שיחליף את ההסכם הקימעונאי. חברת דלק מצדה אף הציגה בפני חוזר שהפיצה בין כל תחנותיה ב-7.1.92, המציין כי בידי מפעילי התחנות, על אף האמור בכל הסכם שנחתם עם החברה, חופש פעולה בכל הקשור למחירי מוצרי הדלק הנמכרים לצרכנים בתחנות התידלוק. בדומה, ציין באזני מנכ"ל סונול כי הביע עמדה דומה בפני כל מפעילי תחנות החברה כבר לפני כשלוש שנים.

ברור אם כן, כי בוודאי בטרם השינוי הנטען במדיניות החברות הן חטאו בעשיית הסדר כובל גם בהקשר זה של הסדר הכתבת מחירים. עד כמה שהסדר זה כוטל ללא שיוך, כי אז עלו החברות על דרך הישר. כאמור, ההסכמים גופם טרם תוקנו, והיו מבין מפעילי התחנות שטענו באזני כי לא ידוע להם על ביטול סעיף המחירים, וכי הם עדיין רואים עצמם ככובלים על פי הסכמיהם הקמעונאיים והמסכת כולה לגבות את המחיר המירבי ולא פחות ממנו. אכן, נדרשות החברות לעשות יותר על מנת להבהיר באופן חד משמעי כי אין הן נדרשות, במישרין או בעקיפין, לשאלת מכירת הדלק במחיר המירבי, ובוודאי על דרך שינוי ההסכמים עצמם. רק בדרך זו יוכל להתכבד כל מפעיל תחנה ולקבוע את המחיר לצרכן, בשים לב לתנאי התחרות וטעמיו.

5. הנבלת חופש העיסוק

עוד מצאנו בחלק מההסכמים הוראות המגבילות את חופש העיסוק של מפעילי התחנות:

(1) כך, למשל, בהסכם בין פז למפעיל תחנת תידלוק נאסר על המפעיל ועל בני משפחתו מלעסוק בהפצת מוצרי נפט, בכל מקום אחר במדינה כשההסכם הוא לתקופה של 10 שנים. נקבע שם כי:

"בתקופת הסכם זה הקמעונאי לא יעסוק ולא יהיה מעוניין בכל אופן שהוא, בין במישרין או בעקיפין, בכל מקום בישראל באיחסון, טיפול, הפצה או שווק של מוצרי נפט כלשהם שאינם "מוצרי נפט" (אלה ממוצריה אשר התכרה

תחליט מזמן לזמן לספק לו), לרבות באמצעות בן זוג או משפחה או באמצעות כל חברה, אגודה שיתופית או שותפות שהיא, שבה עלולה להיות לקמעונאי, לבן הזוג או לכל בן משפחה קרוב אחר, טובת הנאה...".

(2) בדומה, בהסכם ההפעלה שבין דלק לבין אחד ממפעילי תחנות התדלוק מתחייב האחרון ש:

"לא לעסוק, להשתתף או להיות מעוניין במישרין או בעקיפין בשום עסק מכל סוג שהוא פרט לעסקי התחנה".

ובהסכם אחר נקבעה הוראה דומה כאשר לצד האיסור הנורף נקבע

"כלא נטילת רשות מוקדמת מהחברה בכתב...".

הוראות אלה גורפות הן, ודומה כי רוחב יריעתן מתפרש הרבה מעבר לנחוץ על מנת להגן על אינטרס לגיטימי של החברות. הוראות הגבלת עיסוק אלה אינן נשוא החלטתי זו, אך יש גם בהן כדי להמחיש את טיב היחסים שבין החברות לבין מפעילי תחנות התדלוק. ההסכמים מנוסחים בעליל לטובת החברות, תוך תוצאה ברורה של הגבלת התחרות בענף.

נפנה את הדיון כעת, לרקע המשפטי בנושא הסדרי בלעדיות, שהוא מוקד החלטתי.

II. משפט השוואתי

A. מנוא

סוגיית הסדרי בלעדיות והתאמתם להוראות דיני התחרות נדונה ברכות משיטות המשפט. ידע ונסיון רב הצטבר בארצות אחרות בנושא הסדרי בלעדיות בכלל, והסדרי בלעדיות עם תחנות תדלוק כפרט. כמובן, ההסדרים נשוא עיוננו ייבחנו לפי חוק ההגבלים ובהתאם להוראותיו המיוחדות, אך ניתן וראוי אף להסתייע בנסיון של שיטות דומות אחרות.

הבעיה העיקרית בהסדרי בלעדיות טמונה באפשרות שברוך זו תחסם כניסתם של מתחרים וספקים חדשים לענף. ראה, למשל:

Kintner, Federal Antitrust Laws, vol. 4 sec. 10:75

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

אולם כרי כי על מנת לקבוע ולאמוד את השפעתה התחרותית של בלעדיות, יש ליתן את הדעת לתנאי השוק ונסיבותיו, ובמיוחד, מחסומי כניסה וכוחם היחסי של המשתתפים.

Valentine Korah, Exclusive Distribution and the E.E.C. Competition Rules 2nd ed. Sweet and Maxwell, 1992 p. 11:

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

במיוחד עומדת המחברת על הסכנה לתחרות הנובעת מהסדרי בלעדיות בתחנות תדלוק

עקב מחסומי הכניסה לענף המתהווים כאשר מספר רב של תחנות קשורות בהסכמי בלעדיות לתקופות ארוכות.

ראה שם, עמ' 202.

יצירת מחסומי הכניסה לשוק מונעת או מעכבת הצטרפות יעילה של מתחרים, אך נכוחה לגרום לתוצאות שליליות נוספות: למשל, פגיעה במשווקים על דרך הצרת שיקול דעתם המסחרי וחופש פעולתם הכלכלית:

Lockhart and Sacks, *The Relevance of Economic Factors In Determining Whether Exclusive Arrangements Violate Section 3 of the Clayton Act*, Vol. 65 Harvard Law Review, p. 922

"...dealers may be denied the chance to buy better goods at lower prices, with adverse effects on their profits or their ability to sell at lower prices."

פגיעה אפשרית אחרת עניינה במישור האופקי, דהיינו בין הספקים לבין עצמם, הואיל ומערכת של הסדרי בלעדיות מחזקת נטיה להתנהגות קרטלית בין הספקים ומקפידה חלוקת השוק ביניהם.

ראה לענין זה, Korah לעיל, עמ' 24-25.

ב. אנגליה

באנגליה עומדים הסכמי בלעדיות לבחינה בשלושה מישורים. האחד, באספקלריית המשפט המקובל בתחום חופש העיסוק - "Restraint Of Trade Doctrine"; השני, לפי ה - Fair Trading Act 1973; והשלישי לפי ה - Restrictive Trade Practices Act 1976.

1. Common Law - מכח כללי המשפט המקובל כל הסכם בלעדיות המגביל את הסחר הוא לכאורה הסכם בלתי אכיף, אלא אם הוכח שההסכם עומד במבחן הכפול: הוא סביר מבחינת אינטרס הצדדים לו ומבחינת אינטרס הציבור.

וראה: Chitty, On Contracts, 25th ed. (1983) vol. 1, page 582

"All covenants in restraint of trade are prima facie unenforceable at common law and are enforceable only if they are reasonable to the interests of the parties concerned and to the public."

הגבלת חופש העיסוק בכלל היה אחד מהתחומים הראשונים והמוכחים שבהם בתי המשפט בארצות המשפט המקובל האנגלי הפעילו את סמכותם לפסול תוזים הסותרים את תקנת הציבור (בתחום זה, יותר מאשר בתחומים אחרים של תקנת הציבור, הלכה הפסיקה הישראלית - לפני תחילת חוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג-1973, אך גם אחריה - בתלם ההלכות האנגליות).

ראה, ג. שלו דיני חוזים 382 (1991).

הלכה כללית זו מצאה ביטוי בולט עת נבחנו לפיה הסכמי בלעדיות בענף תחנות התדלוק, המכונים Solus Petrol Agreements.

פסק הדין המנחה בנושא:

Esso Petroleum Co. v. Harpers Garage (Sourport) Ltd. (1967)

(1) All E.R. 699

קבע שהסדר בלעדיות בין חברת הנפט לבעל תחנת הדלק לתקופה העולה על 5 שנים עומד בניגוד לדוקטרינה של חופש העיסוק.

העיקרון נקבע בפס"ד Esso אומץ בפסק דין מאוחר:

Amoco Australia PTY Ltd. v. Rocco Bros. Co. Engineering

Pty Ltd (1975) AC. 561.

2. Fair Trading Act of 1973 - בהתאם לחוק זה, התבקשה הוועדה למיזוגים ומונופולים (Monopolies & Merger Commission) לבדוק את תנאי התחרות בענף הדלק. הוועדה הגישה שלושה דו"חות, הראשון בשנת 1965, דו"ח נוסף בשנת 1979 ולאחרונה בשנת 1990. בדו"ח הראשון המליצה הוועדה על העמדת תקופת בלעדיות מירבית של חמש שנים. המסקנה המתוארת בדו"ח של 1965 אומצה על ידי צו שהוציאה הרשות המנהלית, ה- Board of Trade ושהתקבל וכבוד על ידי חברות הנפט באנגליה. וראה: S.I. Order 1966 (No.2) Solus Petrol (1965). המלצת הוועדה אף הקרינה על החלטתו התואמת של בית המשפט בענין Esso לעיל.

בדו"ח האחרון משנת 1990 שנתה הוועדה ובדקה מחדש את הנושא. מסקנתה היתה כי ראוי לאשר בשנית את התקופה של חמש שנים כפרק הזמן הסביר, ולא להאריך הימנו, חרף הצעות להעמיד את משך התקופה על עשר שנים. הסיבה העיקרית שבגללה נפסלו הסדרי בלעדיות לתקופות ממושכות היתה החשש שהם יוצרים מחסומי כניסה ומקפויאים את נתחי השוק הנשלטים על ידי החברות הקיימות.

וראה המסקנה לעניין זה בעמ' 291 לדו"ח משנת 1990:

"Solus ties with independent dealers were considered in depth in the 1965 report, at a time when these dealers supplied a considerably larger share of the market. The MMC then took the view that the solus system had produced some beneficial effects for the consumer in reducing costs of supply without restricting consumer choice and that the financial assistance provided by wholesalers under solus agreements had helped to improve the standards of retail outlets. They concluded that such a system did not necessarily operate against the public interest. They decided, however, that long-term agreements would tend to make market shares rigid, increase difficulties for suppliers trying to enter the market, and also increase the opportunities for suppliers to control the retailers' trade more strictly. They therefore recommended a limit on such ties of five years". Monopolies and Merger Commission, The Supply of Petrol: A Report on the Supply in the United Kingdom of Petrol by Wholesale, p. 291 (1990).

הדו"ח מ-1990 מדגיש את השיקולים שעמדו ביסוד הדרישה להגבלת הסכמי הבלעדיות לתקופה מוגבלת בלבד, ואשר נוכח משקלם, אשר נותר בעינו, ראו להשאיר את המגבלה על כנה (בעמ' 292):

"The earlier concept that overlong ties tend to freeze market shares and impede entry continue to be important, given the continuing decline since the MMC's last report in the number of independent dealers and their share of the volume sold. It appears, therefore, that a shorter maximum term would increase the scope for competition amongst wholesalers, particularly in relation to the smaller sites, and thus assist the new entrant... We concluded that there were no compelling arguments in either direction to suggest any variation in the present limit of five years..."

3. Restrictive Trade Practices Act 1976 - חוק ההסדרים הכובלים האנגלי קובע בסעיף 6 את סוגי ההסכמים שכריתתם אסורה אלא אם נא עליהם אישור לפי החוק, לרבות:

"An agreement under which restrictions are accepted by two or more parties in respect of the following matters that is to say:

- (a) The quantities or descriptions of goods to be produced, supplied or acquired;...
- (e) The persons or classes of persons to, for or from whom, or the areas or places in or from which, goods are to be supplied or acquired, or any such process applied"

(ההדגשה אינה במקור)

לא מצאנו פסיקה משמעותית לפי סעיף זה, בשאלת הבלעדיות בחחנות התדלוק, כנראה משום שבדרך כלל בענף זה לא מתקיימת כבילה על ידי שני הצדדים, ולכן חסר יסוד מעמיד לתחולת הסעיף. יחד עם זאת מציע Lord Wilberforce בספרו Restrictive Trade Practices Monopolies, 2nd ed. Sweet and Maxwell (1965) כי יתכנו נסיבות שבהן הסכמי בלעדיות כאלה אכן יבואו בגדר סעיף 6 (1) לחוק. וראה הסבר בעמ' 262 לספרו:

"Another example is a type of agreement used by oil suppliers to garages by which the garage accepts restrictions relating to the purchase of oil and lubricants and sometimes also to accessories. There would appear normally, to be no bilateral element in such agreements. If, however, the supplier entered into similar agreement with a number of garages, and it could be established that one garage accepted the restrictions because another garage did so, it might be that this would constitute an arrangement."

אכן, נושא הסדרי הבלעדיות בין חברות הדלק לתחנות התדלוק עלה גם על סדר יומן של הרשויות האנגליות, אשר התלבטו וטרחו הרבה על מנת לסלול את הדרך לתחרות בענף, ולהוסיף ולשמרה.

ג. הקהילה האירופית

סעיף 85 לאמנת רומא אוסר על "הסכמים ופעולות מתואמות היכולות להשפיע על התחרות... ושלהם המטרה או התוצאה של מניעה, צמצום או עיוות התחרות בתוך השוק המשותף". בעניין זה נפסק כי על מנת לבחון את חוקיותו של הסדר בין ספק לבין משווק חייבים לשקול את מכלול הנסיבות המשפטיות והכלכליות.

ראה:

Bellamy and Child, Common Market Law of Competition 3rd ed. (1987) p. 254

"In judging whether any particular distribution agreement falls within Article 85(1) it is necessary to take into account not only the provision of the agreement but also the whole surrounding legal and economic context, including the existence of similar agreements between the supplier and distributors in other Member States."

וראה: פסק דין 3 CMLR 684 (1979) Atka A.S v. B.P. Kemi DSDP הדן בהסכם בלעדיות בין משווק ליצרן אתנול, שבו התחייב המשווק שלא לרכוש אתנול מכל ספק אחר. בית המשפט דן תחילה בשאלה העקרונית אם ואיך הסכמי בלעדיות, בכלל, עלולים לפגוע בתחרות ומגיע למסקנה כי חייבים לבחון מספר שיקולים, ביניהם נתח השוק שבידי הצדדים להסדר, אורך ההסכם וכדומה.

וראה הדיון בעמ' 699 לפסק הדין:

"When a purchaser undertakes to buy all his requirements for a given product from one manufacturer during a certain period, other manufacturers of the product in question are prevented from supplying the purchaser with the product during the period concerned. Thus all competition between the manufacturer who gets such a contract and other manufacturers of the product is excluded during this period in so far as supplies to the purchaser in question are concerned. Depending inter alia on the length of the period and on the economic context, including the market shares and positions of the purchaser and seller, such a purchasing obligation may constitute a restriction on competition within the meaning of Article 85(1)".

בית המשפט עומד על תוצאותיו השליליות האפשריות של הסכם בלעדיות, במיוחד כשמדובר על הסכם לטווח ארוך, לעומת הסכם מכר רגיל:

"It is true that when any agreement concerning the purchase of a given quantity of a product has been concluded, other producers of the product in question are excluded to that extent (but no further) from covering the needs of the purchaser, but such producers are able to compete for each such contract before it is signed. This is the result of the normal role of competition which gives any interested party the possibility of putting forward his offer and which enables the purchaser to decide freely which of the offers is the most attractive when all factors are taken into account. However, when a purchasing obligation of a longer duration is entered into, the relationship of supply is frozen and the role of offer and demand is eliminated to the disadvantage of, inter alia, new competitors who are thereby prevented from supplying this customer and old competitors who in the meantime may have become more competitive than the actual supplier."

יישום אמת מידה זו על נסיבות המקרה הביאה את בית המשפט למסקנה כי ההסכם עומד בניגוד להוראת סעיף 85 לאמנת רומא, במיוחד נוכח אורך תקופת ההסכם.

וראה גם פסק דין (1985) 735 CMLR Re Carlsberg Beers שדן בהסכם בלעדיות לתקופה של 11 שנים שבו משווק בירה התחייב לרכוש את כל כמות הבירה שתדרש לו מיצרן מסויים. לאחר בדיקת תוצאות ההסכם על התחרות, קבע בית המשפט בעמ' 147:

"The following provisions of the Agreement have the object and effect of restricting competition within the Common Market, and this effect is particularly significant since the industry concerned is already highly concentrated."

עוד הודגש הצורך למקד את המבט לא רק בהסכם פלוני נתון שהובא לעיון בית המשפט אלא שיש לראות את התמונה בכללותה, ואם מהווה ההסכם חלק ממסכת רחבה של הסכמים (Network), ייבחנו המכלול על כל השפעותיו.

וראה: Case 23/67 Brasserie de Haecht v. Wilkin (No. 1) [1967] ECR 407, 415-416

הרשויות בשוק המשותף התקינו פטור כללי מרישום הסדר כובל להסדרי רכישה בלעדית תוך קביעת התנאים שבהם תותר הבלעדיות. ראה: Exclusive Purchasing Regulation 1984/83. נתקנה זו נמצא פרק מיוחד הן בתחנות תידלוק. לענין משך ההסכם:

"The tie may be imposed for a maximum period of ten years, or if the supplier let or licenses the premises to the reseller, for the whole period in which the reseller in fact operates the premises".

ועוד נאמר כי:

"Regulation 1984/83, proceeds on the implicit assumption that the service station agreements exempted thereunder would otherwise fall under Article 85(1)."

ראה: Bellamy and Child בעמ' 283.

שוב מגבלת הזמן באה לענות על חשש רשויות הקהילה כי חוזי בלעדיות ארוכי טווח יגרמו לפגיעה בתחרות בדמות מחסומי כניסה. יחד עם זאת מתירים דיני הקהילה תקופת הסכמים ארוכה יחסית, אך תוך הפנייה מפורשת לכך שדיני המדינה החברה עשויים לשנות ולצמצם את תקופת הזמן המותרת בהתאם לנסיבות המשקיות של כל אחת משתיים עשרה המדינות החברות.

מכללא, מלמדת התקנה כי אלמלא הפטור המיוחד, הסכמי הבלעדיות בין חברות הדלק לבין מפעילי התחנות היו נכנסים לגדר האיסור על פגיעה בתחרות בהתאם לסעיף 85 לאמנת רומא.

ד. ארה"ב

כארה"ב הסדרי בלעדיות (exclusive dealing arrangements) נדונו לאור שתי הוראות חוק: האחת - סעיף 1 ל-Sherman Act האוסר על הסדרים כובלים: "Every contract, combination or conspiracy... in restraint of trade"; והשניה - סעיף 3 ל-Clayton Act משנת 1914 האוסר בצורה מפורשת כל הסדר בלעדי בין ספק ורוכשי נכסים כאשר תוצאותו הפחתת התחרות, לאמור:

"Where the effect...may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly."

הסדרי בלעדיות יעמדו לבדיקה, בהתאם לשני החיקוקים האמורים, לאור מבחן הסבירות - rule of reason. מבחן הסבירות מקפל בין כנפיו יישום קריטריונים מגוונים, כשהחשובים שבהם הוא אחוז נתח השוק הנשלט על ידי הסדרי הבלעדיות, שכיחותם של הסדרים כאלה בענף ומשך תקופת הבלעדיות.

בענין כלל הסבירות ראה:

Jefferson Hospital District No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 45 (1984) (concurring opinion); Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320, 327, 328-329 (1961); Roland Machinery Co. v. Dresser Industries, 749 F. 2d 380, 393 (7th Cir. 1984);

ולענין חשיבות אחוזי השוק של החברה הנדונה ושל אחרות שלהן בלעדיות, ראה:

Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320 (1961); Standard Oil Co. v. U.S., 337 U.S. 293 (1949);

ובנושא תקופת הבלעדיות, ראה:

FTC v. National Picture Advertising Serv. Co., 344 U.S. 392 (1961) (שנה אחת סבירה, יותר משנה פסולה).

וראה ABA Antitrust Sec. Antitrust Law Developments (3d ed. 1992) בעמ' 177 הערה 973, אשר מפרט שורה ארוכה של פסקי דין הקובעים תקופות סבירות שונות בענפים שונים במשק.

Sullivan, בספרו Antitrust מדגיש את חיוניות מימד הזמן בניתוח הסכמי בלעדיות ("the time dimension"). המחבר מציע פתרון כולל, מכאני משהו, לפיו הסכם שתקופתו עולה על שנה אחת יהיה לכאורה בטל אלא אם יוצדק בטעמים

מיוחדים. עוד מוסיף המחבר בעמ' 485 לספרו:

"When a requirements contract is under analysis its time dimension provides easy access in any search for a less restrictive alternative. If the goals being sought could be attained in substantial degree by a shorter arrangement, which will entail a less profound foreclosure, accustomed responses suggest that the shorter arrangement be insisted upon".

גם כמאמרם של Lockhart and Sacks המוזכר לעיל, מוזכרת תקופת הנלעדיות כשיקול לקביעת חוקיותו של ההסדר, תוך נתינת הדעת על אופי המוצר כדי לקבוע איזו תקופה תחשב כסבירה. נאמר שם, בעמ' 42:

"The duration of the arrangement, and the rapidity of product and price changes within the industry - the longer the term of the arrangement, the greater the possibility of harm to firms competing with the supplier using the device. In addition, the flexibility of the terms of the sale and the speed of changes in the product are important. For example, one-year exclusive dealing contracts with retailers in television sets might be more damaging to competing manufacturers than one-year contracts with retailers of electric toasters would be to toaster manufacturers."

עמדה דומה מכיע Kintner בספרו Federal Antitrust Law כרך 4 עמוד 5:

"As a general proposition, the injury to competition resulting from such lost opportunity may be gauged by the length of the exclusive agreement; the longer the term of the exclusive contract, the worse the injury inflicted upon the seller's or lessor's competitors."

בענף תחנות התידלוק, פסק הדין המוביל בארה"ב הוא Standard Oil Co. v. U.S. 337 U.S. 293 (1949). פסק דין זה קבע כי הסכמי בלעדיות לתקופות של שנה ומעלה הם פסולים, סקום בו היו לתכרה הנדונה הסכמים כאלה עם 16% מהתחנות בשוק (שמכרו 6.7% מכל מוצרי הדלק), וכאשר הסדרי בלעדיות של חברות שונות כיסו את מרבית התחנות, כך שההשפעה המצטברת היתה חסימת השוק. בלשון השופט פרנקפורטר, מצב דברים זה איפשר לחברות הפועלות בענף לשמור על מעמדן וכה בעת באמצעות פעילותן המקבילה, הגם מכלי שיקימו קשרים ישירים ביניהן, למנוע מחברה חדשה לקחת יותר מאשר חלק שוק זניח:

"to let the established suppliers individually to maintain their own standing and at the same time, collectively even though not collusively, to prevent a late arrival from wresting away more than an insignificant portion of the market." (337 U.S. at 309)

אכן, סדנא דארעא חד הוא. בשינויים המחוייבים, תואם תיאור זה כפתור ופרח את המצב בארץ, ולכן אשוב באחרית דבריי.

עוד יצויין כי בארה"ב נחקק בשנת 1978 חוק מיוחד המיועד להגן על מפעילי תחנות התידלוק ולמנוע ביטול או אי-חידוש זכיונם באופן שרירותי או מפלה על-ידי חברות הדלק.

ראה: Petroleum Marketing Practices Act, 15 U.S.C. Sec. 2801-2806

אולם אין בחוק זה כדי לגרוע או לשנות מכללי ההגבלים העסקיים החלים בענף הדלק.

III. רקע משפטי - חוק ההגבלים

א. מבנה החוק ומטרותו

סעיף 2(א) לחוק ההגבלים מגדיר את המונח "הסדר כובל" כדלקמן:

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

סעיף 2(ב) קובע שהסדר נחשב "כובל" כשלעצמו, ללא כדיקת השפעתו על התחרות, אם הכילה נוגעת לעניינים שמטבע ברייתם הם פוגעים בתחרות, לאמור:

- "מכלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:
- (1) המחיר שידרש, שיוצע או שישולם;
 - (2) הריווח שיופק;
 - (3) חלוקת השוק כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעימם יעסקו;
 - (4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם."

מטרת חוק ההגבלים היא להסיר מכשולים הנערמים בדרכה של תחרות חופשית. מטרה זו תואמת את התיאוריה הכלכלית - כמו גם את הניסיון האמפירי - המלמדים שתחרות חופשית במשקים מודרניים היא תנאי בלעדיו אין לקידום הפרט והמשק. מטרה זו היא "כוכב הצפון" שראוי שידריכנו גם כפירוש הוראות החוק וגם ביישומן לנסיבות כל מקרה ומקרה.

וראה: ע"א 371/89 ליכוביץ נגד א.א.ת בע"מ ואח' מד(2) 309, 327, הדן בסוגיה של יבוא מקביל, שם מבהיר השופט שמגר את מטרות חוק ההגבלים:

"ביטוי להיותה של התחרות החופשית ערך בשיטתנו ניתן למצא בחוק ההגבלים העסקיים תשי"ט-1959. מטרתו של חוק זה היא לאסור על הסדרים כובלים אשר נוגדים טובת הציבור. אחד השיקולים המרכזיים בבחינת טובתו של הציבור הוא הבטחת קיומה של פעילות כלכלית חופשית. כדברי השופט ד. לוי בנג"צ 588/44 בעמ' 327: 'תחרות בריאה וחופשית בין יצרנים מבטיחה לצרכנים את המוצר בעל האיכות הטובה ביותר במחיר הסביר ביותר, המשקף בצורה המדויקת ביותר את הביקוש שלו. כמו-כן, תחרות מהווה תמריץ לייעול, לפיתוח ולחדשנות, דבר שיביא לירידה בהוצאות היצור ולעליה באיכות המוצר...'"

וראה דברי השופט ברק בנג"צ 174/80 תור אור נ. יו"ר מועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים לט(1) 169, 178. וזה לשונו:

"גישתו של המחוקק היא, שתחרות חופשית פועלת לטובת המדינה, ויש בה כדי להעמיק את החופש המשפטי והכלכלי של הפרט... לשם השגתן של מטרות אלה נקבע איסור על עשיית דבר או הימנעות מעשותו על פי הסדר כובל (סעיף 40 לחוק)".

וראה דברי שר האוצר דאז, לוי אשכול, בהציגו בקריאה ראשונה בכנסת את הצעת חוק ההגבלים משנת 1958 (דברי הכנסת כרך 23 עמוד 319):

"המטרה היסודית של הצעת חוק הגבלים עסקיים 1957 שהונחה על שולחן הכנסת היא למנוע אנשי עסקים, יצרנים, או משווקים של סחורות או של שירותים מנסיות של התחמקות מגורם התחרות - אם ישנם כאלה - כיוון שלדעת הכל, גורם התחרות פועל במרבית ענפי המשק לטובת הכלל."

מטרה זו שימשה אבן יסוד לחוק ההגבלים משנת 1959, וכמוהו לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988, שכל כוונתו:

"הבהרת נכולות התחום שבו מעוניין המוחק למנוע הסדרים כובלים תוך שימת דגש על הפגיעה בתחום שהיא התוצאה הכלכלית של הסדרים אלה." (ה"ח 1647, 39).

וראה רע"א 2512/90 סופרנו חברה ישראלית להפצת גז בע"מ נגד תופיני סער ואח', מ"ה (4) 405 בעמ' 417.

ב. מן הכלל אל הפרט

1. סעיף 2(ב)

הסעיף קובע מבחן החלטי לפיו הסדר ייחשב כהסדר כובל אם הוא כולל כבילה בענין מהעניינים המפורטים בסעיפיו הקטנים. הנחת המוחק היא שכבילות בעניינים אלה חזקה עליהן שתפגענה בתחרות, ולכן נקבע שהסדר המכיל כבילות כאלה יעמוד בחזקתו כי הסדר כובל הוא.

וראה: דברי הסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים התשמ"ד-1983, הצ"ח 1647, עמ' 39, 41:

"בסעיף קטן (ב) באה רשימה של נושאים שבהם השלכת ההסדר בין הצדדים על צמצום התחרות אינה מוטלת בספק. הסדרים אלה ייראו כהסדרים כובלים מבלי שיהא צורך לבחנם בכל מקרה לאור המבחן הכללי האמור."

אכן, הסכמי החברות הקובעים בלעדיות בקניית מוצרים, ניכר בעליל שהם כוללים כבילה באשר ל"אנשים... שעמם יעסקו" מפעילי התחנות, ולכן הם נופלים בגדר סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים.

וראה ת.א. (י"ם) פזנו חברה לשיווק בע"מ נ. דור אנרגיה (1988) בע"מ (טרם פורסם, 24.9.92). בענין זה קבע כבוד הנשיא זיילר כאופן חד משמעי, ביישמו את הוראת חוק ההגבלים משנת 1959, המקבילה לסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, כי:

"לא נראה לי שיכול להיות ספק כלשהו בכך שהעסקה שנעשתה בהסכם הראשון היתה במהותה הסדר כובל. היא מגבילה את החברה המזרחית בעסקיה, זאת על ידי חיובה לרכוש גז רק מהתובעת ולא מכל מקור אחר זולת התובעת, וכן מגבילה (לפי טענת התובעת) את אותה חברה מלהעניק שרותי מילוי גז במתקנים המוצבים על אדמתה." ; (בעמ' 7 לפסק הדין המודפס).

יחד עם זאת - ייחוד עיקר הדיון לסעיף 2(א), הכולל בו את אלמנט הפגיעה בתחרות, וזאת משום שעסקינן בהסדרים שפגיעתם קשה במצב התחרות בענף שלם ובעל חשיבות ראשונה במעלה במשק.

2. סעיף 2(א)

הוראת סעיף 2(א) לחוק ההגבלים מחילה את הפרק שעניינו הסדרים כובלים בהתאם למבחן איכותי, לאמור השפעת ההגבלה שבהסדר על התחרות בשוק. אמת המידה היא אם עלול ההסדר הכובל הנבחן למנוע או להפחית את התחרות בעסקים. מבחן זה דומה הוא ביסודו למבחנים שנקבעו כשיטות המשפט הזרות שעליהן עמדנו לעיל.

וראה לענין זה דברי ההסבר להצעת החוק מתשמ"ד, עמ' 42 המכארים כי:

"הסעיף המוצע מדגיש את הפגיעה בתחרות הנובעת מהסדרים כובלים בכך שהוטפה בסעיף קטן (א) הוראה כללית לפיה כל הסדר שיש בו מניעה או הפחתה של תחרות ייחשב הסדר כובל."

כהתחשב במטרת החוק ותכליתו, ההוראות בענין הסדרים כובלים נועדו לתפוס ולהקיף את מכלול המקרים שבהם נערכו הסדרים העלולים לפגוע בתחרות.

כוונת המחוקק היתה להרחיב את תחולת החוק, מתוך חשש שהחוק הקודם לא מיצה את מגוון האפשרויות מבחינת העניינים שיש בכבילה לגביהם השלכה על התחרות ולהבטיח פיקוח על "כל הסדר שיש בו מניעה או הפחתה של תחרות" (ה"ח התשמ"ד עמ' 42).

מדרש פרשנות חוק ההגבלים באופן שלא ייפגעו בו פרצות דרכן יחדרו הסדרים כובלים שפגיעתם בתחרות רעה, הכיאה את בתי המשפט לנקוט בכל מקרה ראוי בפרשנות גמישה ומרחיבה שנועדה להגשים את מטרת החוק ויעדיו. ראה דברי הנשיא זיילר בת.א. (י"ם) 396/87 קיסין נגד פטרולגז בע"מ ואח' (טרם פורסם, 9.5.90, בעמ' 18 לפסק הדין המודפס):

"המחוקק נאלץ להשתמש בהגדרות רחבות מאוד בחוק. הוא רצה להבטיח לעצמו את 'לכידת' כל הוואריאציות והאפשרויות הלא רצויות, והכמעט אין-סופיות, הקיימות בעשיית הסדרים ובניהול עסקים. נסיון התיים מורה כי כל סדק בחוק מנוצל על-ידי מעוניינים כדי להתחמק מהוראותיו. החוק קא עסקינן נועד 'לדכא' בין השאר עוצמות כלכליות גדולות, והנסיון למצוא דרכים איך 'לחלחל' תוצה מהמעטה שהחוק עטף בו את הוראותיו, חזק לכן שבעתיים והוא צפוי מראש. מטרה זו של המחוקק שמצאה ביטוייה בשימוש בהגדרות רחבות בחוק, היא שהביאה לחשש מפני השתרעות יתר של החוק... על בתי המשפט ליתן לחוק פירוש, שימלא תפקיד של מסננת בעלת חורים צרים מספיק כדי לא לאפשר שטיפתם תוצה של מקרים שהחוק ביקש ללכודם, אבל שיהיו רחבים מספיק כדי לא ללכוד עניינים ונושאים שאינם מענייניו של החוק."

על פסק דין חלקי זה הוגש ערעור לבית המשפט העליון. הערעור נדחה, תוך אימוץ עקרוני של אמת המידה הפרשנית שנוקטה על ידי השופט זיילר.

ראה דברי כבוד הנשיא שמגר בע"א 2768/90, 2863, פטרולגז תכרת נגד הישראלית (1969) בע"מ נגד מדינת ישראל ואח' מ"ו (3) 599, 606.

הדלק הוא מצרך חיוני והמוני. הציבור נזקק לשרותי תדלוק על כל צעד ושעל. הסדרים שיש בהם כדי להקשות על תחרות חופשית מחבלים באינטרס הציבורי הרחב. עומד על כך הנשיא זיילר, בענין 12-11 המוזכר לעיל, אגב מתן דוגמא שעניינה הפגיעה בתחרות כתוצאה מהסכמי בלעדיות (עמ' 16 לפסה"ד המודפס):

"טול מקרה של ספק חדש המבקש לתדור לשוק כמוצר פלוני, והוא מחזר על פתחי אלו שמפיצים סוג מוצר זה בין הקמעונאים. אם אותם מפיצים, שבדרך הטבע מספרם מצומצם יחסית, יהיו מנועים מכח הסכמים כובלים, לקבל להפצה את אותו מוצר פלוני, תיחסם הדרך במקרים רבים בפני אותו ספק חדש להיכנס לשוק. תיאורטית הוא יכול לחזר על פתחי הקמעונאים, שמספרם רב, ואולם פרקטית וכלכלית הדבר לא ניתן להעשות במקרים רבים. הקמת מערך שיווק עצמאי רק עבור מוצר מסוים יכולה להיות במקרים רבים בלתי כלכלית. התוצאה תהיה שהציבור ייצא נפסד מהסדרים כובלים כאלו, משום שהם מונעים מהמפיצים הפעלת שיקול-דעת מסחרי, ואוסרים עליהם לרכוש מוצר טוב יותר, או זול יותר, או המסופק כתנאים אחרים, טובים יותר."

במקרה שלפנינו, יסוד ההגבלה ברור, שכן מפעילי התחנות אינם חופשיים לברור להם מספק כרצונם וכיד התכונה הטובה עליהם. גם יסוד הפגיעה בתחרות מסתבר בכירור. כאמור לעיל, החברות באו ברשתות הסדרי בלעדיות ארוכי טווח שבין קוריהן לכודות מרבית מניינן ובניינן של תחנות התדלוק בישראל. אין צריך לומר כי גם החלק הארי של התחנות הנותרות הן בבעלות החברות, וממילא אף הן לא באות בגדר מדרס רגל למתחרים פוטנציאליים. המצב בענף מחמיר שבעתיים נוכח שבעת מדורי הרישוי והבירוקרטיה העומדים בפני גורם המבקש להקים תחנת תידלוק חדשה, והמחייבים תקופת המתנה של שנים ארוכות מאד עד שניתן לממש תוכנית להקמת תחנת תדלוק, אם בכלל, דבר המקנה משנה חשיבות לנגישות ספקים למערך השיווק הקיים כתנאי הכרחי

להתפתחות תחרות.

אכן, בניסבות ענף תחנות התדלוק, לא תמלט המסקנה שהסדרי הבלעדיות של החברות, מונעים או מפחיתים את התחרות בענף, או למצער, הם עלולים "למנוע או להפחית תחרות" כאמור בסעיף 2(א) לחוק ההגבלים. לשון אחר, לשון הנשיא זיילר בענין 19-11, הסדרי הבלעדיות "חוסמים את הדרך" לפני חברות נפט חדשות ומונעים "הפעלת שיקול דעת מסחרי" על ידי מפעילי התחנות.

וראה גם את החומר ההשוואתי שהוצג לעיל, במיוחד דו"ח הוועדה למונופולים ומיזוגים באנגליה, פסק דין Atka A.S כשוק המשותף ו-Standard Oil בארה"כ.

3. תקופת הבלעדיות

עד כאן ההנמקה לגוף החלטתי כי יש בהסכמי הבלעדיות בהם עסקינן, משום הסדרים כובלים. יחד עם זאת אין לשלול מסלול של פטור או רישום הסדר כובל לתקופת בלעדיות נתונה. מקציר האומר עולה כי עצם מתן בלעדיות היא בבחינת נוהג שניתן כלכלית להצדיקו, וככזה ניתן עקרונית להכשירו. בארץ, כמו בעולם, יש לראות בתקופת בלעדיות מוגבלת הסדר שסך כל יתרונותיו עשוי לעלות על חסרונותיו. הסדר כזה, כפי שהוכר בארצות אחרות, מבטיח אספקה סדירה במשך פרק זמן סביר (למפעיל התחנה ולציבור) ומאפשר אופק תכנוני נאות, לצד שחרור מודרג ובתדירות נאותה של תחנות תדלוק שתהוונה חלק מזירת התחרות בענף.

מתעוררת איפא השאלה מהו קו הגבול שמעבר לו תחשב תקופת הבלעדיות לכלתי סבירה, ועד אליו ראוי לראותה כסבירה. כאמור, באנגליה מקובלת זה יותר מ-25 שנים, תקופת בלעדיות מירבית של חמש שנים. הקהילה האירופית קבעה לענין זה תקופה ארוכה יותר, אך בכפוף למגבלות השונות הנקוטות בכל אחת מהמדינות החברות. בארה"כ, דומה כי עקרונית מותרות רק תקופות בלעדיות יחסית קצרות טווח, ובהתאם לנסיבותיו של כל ענף וענף.

ובישראל, היו שביקשו לתלות את אורך תקופת הבלעדיות בהתאם למשך הזמן הנדרש כממוצע לחברת הדלק להחזיר את השקעתה בתחנה. יישום קריטריון זה הביא את החברות לכך שתקופת הבלעדיות המקובלת עתה היא הראויה, מפעילי תחנות הדלק טענו לתקופת החזר ובלעדיות של עד שש שנים, ואילו חברת דור אנרגיה טענה כי תקופת החזר אינה צריכה לעלות על שלוש שנים.

ראה: י. זמיר הרפורמה במשק הדלק: תחנות התדלוק, סקירה עבור משרד האנרגיה וההשתית, אוקטובר 1991, עמ' 107.

בהקשר זה ייאמר כי לכאורה אין לראות הכרח שהמימון להקמת תחנות תדלוק לעולם יבוא מחברות הנפט. אין מניעה כי תחנות התדלוק, כמו הרבה עסקים אחרים, יוקמו בעזרת הלוואות בנקאיות מקובלות. הלוואות אלה, יכול שיצטרפו למימון חלקי מטעם חברות הנפט, שיכולתן לאמוד את שווי הנכס שיוקם ויכולת פרעונו היא מן המשובחות, והשתתפותן במימון כוודאי שתשפר את יכולת גיוס ההון של יזם התחנה.

לענין שאלת חוקיות הסדרי הבלעדיות בפריזמת ההגבלים העסקיים שאלת תקופת החזר ההשקעה, כשלעצמה, איננה מכרעת. שאלה זו, שעל חשיבותה הכלכלית הברורה אין צורך להרחיב את הדיבור, נדונה בהקשר להצעות להסדר חקיקתי שיביא לקיצור תקופת הבלעדיות של החוזים. לשיטתי, משמצאתי שחוזים אלה עומדים בניגוד להוראות סעיף 2 לחוק ההגבלים, באחת עובר מרכז הכובד לזירת התחרות. סוגיית משך החזר ההשקעות יכול שתשקל במסגרת הדיון בפני בית הדין להגבלים עסקיים לענין משך תקופת הבלעדיות, אך בוודאי שהדבר אינו מכריע בנוגע למימון הסכמי הבלעדיות למשכנת ההסדרים הכובלים. בדומה, באותו דיון ניתן יהיה אף להדרש לשאלה אם ראוי להבחין לענין סיווג ההסכמים, בין הסכמי בלעדיות עובר להקמת תחנת תדלוק לעומת הסכמי בלעדיות הנכרתים או מוארכים לאחר ההסכם הראשוני.

בהתחשב כמצב התחרות המועטה והריכוזיות הגבוהה בענף תחנות התדלוק בארץ, הקשיחות הרבה ביחסי הכוחות, הקשרים בין החברות לתחנות, ומחסומי הכניסה

הטמירים, אני נוטה לכאורה לסבור, כי ראוי היה להעמיד כ"כלל אצבע" את תקופת הסכמי הבלעדיות על חמש עד שבע שנים. תקופה זו דומה לקנה המידה שנבחר ונקט באנגליה.

עוד יצויין, כי רק לאחרונה חזר בית המשפט ועמד על הצורך שבאיזון בין הגורמים הרלוונטיים, עת תכחן סכירותה של תקופת בלעדיות בשיווק, הגם שכתחום מסחרי אחר לגמרי.

ראה כג"צ 1484/93, 1785/93 קו-אופ, הריבוע הכחול, אגודת צרכנים שיתופית בע"מ ואח' נ. ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם, החלטה מיום 7.6.93). בענין זה התקבלה עתירתן של החברות קו-אופ ושופרסל, כמובן זה שקוצרה תקופת ההסכם שבין המדינה וחברת שק"ם בע"מ, לפיו הוענקה לאחרונה זכות בלעדית לאספקת ומכירת מצרכים ומוצרים שונים למחנות צה"ל. בהתייחסו לשאלת אורך תקופת הבלעדיות, קובע כב' הנשיא שמגר (בעמ' 3 לפסה"ד המודפס) כי:

"בבחנו את מיכלול האפשרויות והחלופות ביקש בית המשפט להגיע לאיזון נאות בין ההגנה על הזכויות אותן רכש השק"ם במשך שנות פעילותו במסגרת מערכת הבטחון, לבין יישום העקרונות הכלכליים המנחים - שבין עיקריהם כלולה חופש התחרות המסחריים - אשר בית המשפט קבעם לא אחת כקו מנחה. לאור כל אלה, מסקנתנו היא כי תקופת התוקף הראויה של זכות הבלעדיות לפי החוזה היא חמש שנים מיום חתימת החוזה."

מכל מקום, סוגייה זו מחייבת לימוד ובדיקה מעמיקים, שמקומם ושעתם עוקב אחר החלטה זו. משנמצא כי הסדרי הבלעדיות מהווים הסדרים כובלים, כאמור מכת' סעיף 2(א) לחוק ההגבלים (ולכן ומכלי שנזדקק להכרעה גם על פי סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים), ממילא מוטלת על החברות החובה לפנות ולבקש פטור או אישור לרישום הסדר כובל, לפי הענין. במסגרת הדיון בפנייה כזו, כי תבוא, תכחן בהקשר זה טובת הציבור, ובהתאם ניתן יהיה לנקוט עמדה מושכלת יותר כשאלת פרק הזמן הראוי, תחולתו לגבי סוגי ההסכמים השונים, ולאזן בין האינטרסים המוטלים על כפות המאזניים. מן הצד האחד, מצויים ההסכמים אשר בעל התחנה ומפעילה מימן גם את מלוא הקמתה, ומן הצד השני מצויים ההסכמים אשר חברת הדלק מימנה את הקמת התחנה ותרומתו הכלכלית של בעל הקרקע היא קטנה יחסית. אפשר וייטען כי בהסכמים מן הסוג הראשון יש צידוק לתקופת בלעדיות קצרה בלבד, ולעומת זאת בהסכמים מן הסוג השני יש צידוק לתקופת בלעדיות ארוכה יותר, או שככלל תקבע תקופת גג אחידה. דומני, כי בהקשר זה עשויים לצמוח יתרונות רבים מטיפול כולל ואחיד בענף כולו.

4. הפטורים

משחגעת למסקנה כי חוזי הבלעדיות האמורים הם כבחינת הסדר כובל, שומא עלי לבחון האם לא נהנים חוזים אלה מאחד מהפטורים כחוק ההגבלים. בהקשר זה באות בחשבון שלוש טענות הפטור הבאות: (1) ס' 3(2), רישוי סימני מסחר; (2) ס' 3(3) העברת זכות במקרקעין; (3) ס' 3(6) בלעדיות הדדית בשיווק. לא מצאתי תחולה לאף אחת מטענות פטור אלה. אדון בהן בקצרה:

(1) קניין רוחני - סעיף 3(2) לחוק ההגבלים פוטר הסדרים הנוגעים לרישוי סימני מסחר שכל כבילותיהם נוגעות לזכות השימוש בהם. פטור זה עשוי, למשל, להחיר הסדרים לפיהם מפעילי תחנה של חברת נפט מתחייבים להשתמש במוטג החברה לזהות את מוצריו. כרם, איסור על מכירת מוצרים מתחרים אינה "נוגעת" לזכות השימוש בסימן המסחרי של אותה חברה, ועל כן לא חל הפטור לעניננו. הפטור דנן מתייחס ל"כבילה" שעניינה מצומצם לנשוא הסימן המסחרי, ולא למוצרים המתחרים בנשוא זה, ואשר אינם באים בגדר ההגנה הקניינית המובטחת בהתאם לדין, בעקבות רישום הסימן.

גישה דומה ננקטה בקשר לרישוי פטנטים ב- ע"א 18/75 ליברמן נ. דייטלצוויג, פ"ד כ"ט (2) עמ' 513, 517. בענין זה נקבע כי התחייבות של בעל רשיון פטנט שלא לשווק או להפיץ מוצר הדומה למוצר נשוא

הפטנט, שלא מתוצרתו של בעלי הפטנט, איננה כבילה הנאה בגדר הפטור שקבוע היה בסעיף 6 לחוק ההגבלים משנת 1959 (המקביל לסעיף 2)3 של חוק ההגבלים).

וראה: חברת אסיה נ. כיצ'ם, החלטות רשם הפטנטים המדגמים וסימני מסחר, כרך ב' סע' 39 (1971-1974).

(2) מקנה זכות במקרקעין - סעיף 3)3 קובע פטור להסדר בין מי שמקנה זכות במקרקעין לבין מי שרוכש את הזכות, אם כל כבילותיו נוגעות לסוג הנכסים או השירותים בהם יעסוק רוכש הזכות באותם המקרקעין. פטור זה אינו חל בענייננו. ראשית, כבילת הכלעדיות כאן מוטלת לא על רוכש הזכות, אלא על בעל הנכס. שנית, הכבילה אינה מתייחסת ל"סוג" המוצרים אלא מתיימרת להכתיב את המותג או הספק של המוצרים.

לענין זה, אני תמים דעים עם גישת היועץ המשפטי של אחת מחברות הדלק שחיווה דעתו, וראוי להביא את הדברים כלשונם:

"פסקה (3) הינה פסקה חדשה, שלא הופיעה בחוק הישן, והיא הוכנסה בעקבות פסק דין של בית המשפט העליון (ע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים), אשר 'הכשיר' הגבל עסקי בנוגע לשימוש במקרקעין. אולם בעוד שנהצעת החוק הופיעה פסקה (3) בנוסח 'שעמו יכולנו לחיות' הרי הנוסח הסופי של החוק יוצר לנו בעיה... ראשית, אף אם נתייחס למקרים שבהם יש לנו חכירה ראשית או חכירת משנה על שטח התחנה (וכידוע, לא בכל התחנות יש לנו זכות כזו) ואז מדובר אכן בהסדר בין מי שמקנה זכות במקרקעין (בעל הקרקע) לבין מי שרוכש זכות כזו (החברה) גם אז אפשר לטעון שלא יחול עלינו הסעיף כיוון שהתנאי הוא ש'רוכש הזכות' - היינו החברה - הוא שצריך לעסוק באותם מקרקעין. אולם כידוע אצלינו המקרה הוא הפוך: דווקא מקנה הזכות במקרקעין (עפ"י רוב בעל התחנה) הוא אשר מנהל את העסק באותם מקרקעין... ספק נוסף מתעורר לאור דרישת החוק כי כבילותיו של אותו הסדר יהיו נוגעות ל'לסוג' הנכסים או השירותים בהם יעסוק רוכש הזכות באותם מקרקעין. ניסוח זה מעלה את השאלה האם האיסור לרכוש מוצרי נפט של חברה מתחרה מהווה הסדר כובל הנוגע ל'סוג' הנכסים. נראה לי שכוונת המחוקק - כפי שגם עולה מדברי ההסבר להצעת החוק - היתה בעיקר למקרים שבהם בעל מרכז מסחרי (כמו, למשל, ב"קניון") המוכר או משכיר חנויות במרכז מגביל את הקונה או השוכר לסוג העסק שינוהל בחנות וזאת כדי למנוע תחרות באותו מרכז מסחרי."

(3) רוכש-ספק - סעיף 3)6 לחוק ההגבלים קובע פטור במקרה של בלעדיות הדדית במכירת נכסים, כאשר הרוכש מתחייב לרכוש נכסים מסויימים רק מהספק והספק מתחייב לספק אותם נכסים רק לרוכש; הסדר זה "יכול שיהיה לכל שטח המדינה או לחלק ממנו".

הפטור שבסעיף 3)6 לחוק ההגבלים משקף הסדר לגיטימי מבחינת המציאות הכלכלית. באמצעות פטור זה ספק המוצר מקבל טובת הנאה משקידתו הממוקדת של הרוכש-המשווק על מכירת מוצריו ואין בלתי. מצדו הוא מקבל הרוכש-המשווק טובת הנאה מבחינה זו שבאיזור זיכיונו אין לו מתחרים במוצריו של אותו ספק. כתוצאה מן ההסדר כפי שנחזה, נפגמת רק התחרות בין משווקים של מוצרים מסוג אחד (intrabrand competition). לעומת זאת, אין נפגמת התחרות בין מוצרי הספק למוצרי מתחריו (interbrand competition).

הסעיף מדגיש את ההדדיות שבהסדר, כשכל צד נהנה מיתרונות מעמדו המוסכם. לעומת זאת, מדגיש הסעיף ומבהיר כי אין בו כדי להכשיר פגיעה אופקית בתחרות, שכן נאמר "ובלבד שהספק והרוכש, שניהם אינם עוסקים בייצור נכסים או במתן שירותים"; וראה גם הסעיף המקביל בחוק ההגבלים משנת 1959, סעיף 10, שם הובהר יסוד זה באמצעות הסייג "שני בני אדם בלבד - שאינם איגוד מסחרי". חוק ההגבלים משקף צמצום הפטור לעומת

הנוסח בחוק שקדם לו; הצ"ח חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1984, ה"ח 1647 עמ' 39, 44. אכן, הסעיף נועד לחול על הסדרים אנכיים שבהם טמונים שיקולים כלכליים לגיטימיים במה שנוגע לשני הצדדים המשתתפים בהם. ברם, הסעיף לא נועד לחול על הסדרים המגלמים בהם פגיעה אופקית משמעותית בתחרות, כפי שהדבר בא לידי ביטוי במקרה שלפנינו.

בחלק מהסדרים של החברות לא התיימרו הצדדים לקבוע תניית הדדיות כדרוש בסעיף 3 (6) לחוק ההגבלים. במיוחד הדבר בולט בחסכמי חברת פז. לעומת זאת בחלק מהסדרי הבלעדיות נמצאו הוראות בלעדיות המתיימרות ליתן בידי המפעיל "זכות בלעדית" לאותו מגרש שבו נמצאת התחנה. בדרך זו, כנראה ביקשו החברות לבוא בשערי הפטור שיכול לחול גם על "חלק" מהמדינה.

לדעתי, הסדר מלאכותי כמתואר, אינו יכול לבוא בגדר הפטור. בדיבור "חלק" מדינה כיוון המחוקק לאיזור גיאוגרפי בעל משמעות מהותית, כגון מפיץ בלעדי באיזור הצפון, בעיר באר-שבע וחלוקה לאיזורים כיוצא באלו. אין לראות במגרש נתון, או בשכר ממנו, חלק מדינה לענין תחולת הפטור. כוונת הסעיף לחול על אותה זירה גיאוגרפית המאפשרת קיום הסדר שיגלם בו הנאה דו-סטריית של הספק ושל הרוכש-המשווק. כדבר הזה לא יכול שיהיה ביחס לפיסת קרקע בדמות מגרש. שיקול זה מתעצם כשמביאים בחשבון את אופי המוצר בו עסקינן ואופי רוכשי המוצר. המדובר בנהג כלי רכב ממונע, הנדרש לעיתים קרובות לתדלק את רכבו, תוך שהוא יכול בקלות יחסית לנוע ולנווד מתחנה לתחנה במסגרת תחום מושב סביר ומרחק נסיעה נתון.

Sullivan, Antitrust, P. 68

וראה:

"Commercially significant geographic area which can reasonably be said to confer the relevant commercial activities.... The geographic market should be defined in a realistic way."

בין השיקולים המשמשים סממנים להגדרת השוק הגיאוגרפי הם ניידות הרוכשים ואופי המוצר;

Areeda, Antitrust Analysis, (4th. Ed.) P. 584

וראה:

Whish, Competition Law, (2ed Ed.) Pp. 288 - 289

זאת ועוד, למיטב ידיעתי, אין החברות רואות עצמן, דרך משל, מנועות מליזום או להשתתף בהקמת תחנת תדלוק מתחרה לתחנה נתונה, בין אם מצידו השני של הכביש או במקום אחר המהווה תחרות אפקטיבית באותו איזור.

למעלה מן הדרוש, אומר כי מדרש פרשנות ראוי להוראת הפטור דנן תפרשו על דרך הצמצום, באופן שמרחב התפרשותו יוגבל להסדרים אנכיים של חברות, כאשר אין פעילות משותפת או תוצאה משותפת של פעילות מקבילה מודעת על-ידי מתחרים. כוונת המחוקק בקביעת תנאי ההדדיות בסעיף 3(6) נועדה במיוחד על מנת למנוע תוצאות אפקטיות מהסדרים אנכיים מקבילים של מספר מתחרים. כאמור, זהו המצב אליו נקלע ענף זה, ושאיפת החוק באה לתקן.

ראה: הצעות חוק תשכ"ג, עמ' 4.

הענין הספציפי של אותו תיקון היה הסדרים מקבילים של מספר ספקים שכולם נתנו בלעדיות למשווק אחד, ובכך הגיעו לתוצאה זהה לקרטל אופקי. בלעדיות מקבילה, הנקוטה בעניינינו כאן, מגיעה בעקיפין לאותה תוצאה שלילית, אפילו אם וכאשר הפעילות האחידה נעשתה ללא קשר - ובלשון בית המשפט העליון בארה"ב, "collectively, though not collusively" (ראה לעיל פסק דין: Standard Oil Co.).

עוד ייאמר כי אני מודע לכך שעמדה לכאורה שונה הביע לפני כשנתיים,

קודמי לתפקיד. במענה לפניית חברי הכנסת הנכבדים, תיכון ובורג, הביע מר גלמור דעתו כי ההתקשרויות החוזיות בין חברות הדלק לתחנות הדלק "אינן נוגדות לכאורה את חוק ההגבלים העסקיים", וכי הסדר בלעדיות "תואם הוראת סעיף 63(6)".; ראה מכתב הממונה מיום 28.3.91 לח"כ תיכון ובורג במענה לפנייתם מיום 25.2.91. עמדת הממונה במכתבו לא התבססה על סקירת ההסכמים בענף או השפעתם, וממילא אף מכלי שנבחנו סעיפי הפטור לגופם, ומכאן גם לשונו הזהירה והלכאורית. יתרה מזו, הממונה הדגיש כי הוא מודע למצב של העדר תחרות מספקת בין החברות, אך לשיטתו המשך קיומו של קרטל במובן הכלכלי מושג תודות להסדרים השונים הנקוטים בידי משרד האנרגיה והתשתית, ושצריכים לתקן אותם קודם שניתן לשקול הפעלת תרופות לפי חוק ההגבלים. כעת הגענו לשלב זה של הרפורמה, ומטעמים שציינתי לעיל אין הפטור בס' 63(6) מונע סילוקו של המכשול הרציני הזה לתחרות.

(4) סיכום טענות הפטור - לסיכומה של נקודת הפטורים, דומה כי מבנה הקשר החוזי בין החברות לבין מפעילי התחנות עוצב באופן המבקש לנסות ולחסות בצל הפטורים. החברות חישבו כי על דרך יציקת תכנית חוזית, מלאכותית משהו, של יחסים קנייניים וקמעונאיים, תחת תיאור היחסים כפשוטם בין בעל הנכס-המפעיל לבין חברת הנפט הספקית, הן תשכלנה לעקוף את איסורי חוק ההגבלים. אולם דרך זו לא תסכון, שכן חוק ההגבלים העסקיים, בשים לב למטרותיו, צופה בפעילות העסקית כפי שהיא מתגבשת במציאות המשקית, תוך שהוא מטיל על אורגני החוק לפעול מקום שבו מתעוררת פגיעה, או חשש לפגיעה, בתחרות החופשית. חוק ההגבלים אין עניינו בצורת ההתארגנות העסקית, ובוודאי שאין בין מטרותיו תיעול עסקאות לאפיק מבני זה או אחר, אלא לפקח, ובמקרים הולמים, לאסור גיבושן של תכניות פעולה הפוגעות בתחרות. החשיבות של מהות ההסדר לעומת משניות צורתו הודגשה יפה ב- Michael Bergman, Corporate Joint Ventures Under the Anti-trust Laws, 37 N.Y. U. L. Rev. 37 (1976), באומרו:

"The Anti-trust law is concerned with substance rather than with form... Courts have traditionally shown disregard for the 'the mere form' in which the assailed transactions are clothed".

וראה גם: U.S. v. Sealy Inc. 388 U.S. 350, 353 (1967);
Times Picayune Publishing Co v. U.S. 73 S. Ct. 872 (1953);
U.S. v. Columbia Pictures, 189 F. Supp. 153 (1960).

IV. חופש החוזים

בהקשר לדיון בשאלת מעמדם ותוקפם של הסכמי הבלעדיות שנו והשמיעו החברות, בהזדמנויות שונות, את הטיעון לפיו ביטול או קיצור תקופת הבלעדיות יפגע באורח קשה ורטורואקטיבי בזכותן לממש את עקרון חופש החוזים, ואף יצמצם את התמורה שלה ציפו החברות מעסקאות שעשו בעבר עם מפעילי התחנות. לדעתי אין בטיעון נכבד זה כדי לשנות ממשקנתי, ואין הוא חל בנסיבות דנן.

טענת חופש החוזים הכרוכה בטענת חופש הקניין אכן מהווה שיקול מרכזי לענין הדיון המתקיים בנוגע ליוזמה חקיקתית שתביא לקיצור תקופת החוזים, שכן מהלך זה מניח תקפות לכאורה מלאה של הסכמי הבלעדיות והכורח הציבורי שנקיצורם. לעומת זאת, הדיון במישור דיני ההגבלים העסקיים כוחן את תקפות החוזים, ומסקנת דיון זה היא התוחמת קו גבול בין חופש החוזים ומדיניות המחוקק לאסור הסדרים כובלים הפוגעים בתחרות.

וראה דו"ח מבקר המדינה מס' 43, לעיל, בעמ' 96:

"לדעת מבקר המדינה, יש קשר הדוק בין השאלה אם החוזה נעשה בתנאים של חופש של ממש לבין השאלה אם מוצדקת התערבות בחקיקה. אין חולק, שהחוזים בין החברות הוותיקות לבין תחנות הדלק רובם ככולם נעשו כמובן שבו לא היתה תחרות בענף והוא התנהל במשק סגור, תחת פיקוח ונעדר תחרות. ספק

אם בעל התחנה היה מסוגל לטרכ לתתום על חוזה להעברת קניינו לחברה, ועם זאת להמשיך למכור מוצרי דלק. במצב זה כאשר חופש ההתקשרות בחוזה היה מוגבל מלכתחילה, נראית התערבותו של המחוקק לא כפגיעה קשה בחופש ההתקשרות אלא כדבר נעו, דווקא לשם צמצום ההגבלות והגברת התחרות והתקשרות החופשית."

הגישה הרואה בחופש החוזה את חזות הכל אינה עולה בקנה אחד עם מורכבות המערכת המשפטית בכללה, המבקשת להבטיח צדק חוזי ולאזן בין ערכי יסוד מתחרים. הוראות חוק ההגבלים האוסרות על עריכת הסדרים כובלים, אמנם מטילות מגבלה על חופש החוזים, אך בניגוד למגבלות אחרות כמו פקוח על חוזים אחידים והגנת הצרכן, מטרת המגבלות והאיסורים כאן עולה בקנה אחד עם התיאוריה הקלאסית בדבר חופש החוזים כדרך להבטחת מימוש ערכים ליבראליים וסחר חופשי ויעיל. בצדק נאמר כי מוסרות חוק ההגבלים על חופש החוזה מטרתן דווקא שימור חופש החוזים וכיצורו. אם יותרו הגבלים עסקיים, תימנע תחרות; תנאי המסחר ייקבעו מראש על ידי התארגנות קרטלית וייפגע חופש החוזה של הציבור כולו המנהל, או-מקש לנהל, משא ומתן עם צד מן הצדדים להסדר הכובל.

וראה: ד. פרידמן, נ. כהן, חוזים, כרך א', עמ' 39, 52 (התשנ"א-1991).

וגם: E.A. Farnsworth, Contracts, 345 (2ed Ed., 1990)

2 Restatement of Contracts 2d, Chapter 8, Introductory Note, P.2 (1981).

עד כאן מן ההיבט הרעיוני פילוסופי. מן ההיבט המעשי, עקרון חופש החוזים מצוי בהתנגשות מצח מתמדת עם ציוויי חוק ההגבלים, שכל כולם מכוונים למנוע ולסלק הסדרים החוסמים את הדרך לתחרות, לרבות הסדרים חוזיים. במילים אחרות, חופש ההתקשרות החוזית אינו כולל זכות לכריתת חוזה העומד בניגוד לחוק מחוקי המדינה, וכזהו הסדר כובל שלא אושר ונרשם כחוק; סעיפים 4 ו- 47 לחוק ההגבלים, סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג-1973. אכן עמד על כך בית המשפט העליון בארה"ב, בהשיבו לטענה שהסדר מסויים ראוי שיעמוד בתוקפו כי היה חלק מעיסקה כלכלית כוללת-

"...The obvious answer is that the thrust of the antitrust laws cannot be avoided by claiming that otherwise illegal conduct is compelled by contractual obligations. Were it otherwise, the antitrust laws could be nullified. Contractual obligations cannot thus supersede statutory imperatives". U.S v. Loew's Inc., 371 U.S. 38,51 (1962).

Friedman, Contract Law in America, 20-24 (1965)

"The law of contract concerns and provides liberal support for the residue of economic behavior left unregulated (the free market) The most dramatic changes touching the significance of contract law in modern life also came about not through internal developments in contract law, but through developments in public policy which systematically robbed contract of its subject matter ... such as ... antitrust law... The growth of these specialized bodies of public policy removed from 'contract' transactions situations formerly governed by it".

ראה: G. Gilmore, The Death of Contract, 7 (1974)

וראה: בר"ע 371/89 ליבוביץ נ. א. את י. אליהו בע"מ ואח' מ"ד (2) 309, 327.

שיקולים דומים נדונו בענין ע.א. 2512/90, סופרגז חברות ישראל להפצת גז

בע"מ נ. תופיני סער פ"ד מ"ה (4) 405, 418, עת נדרש כבוד השופט ד. לויין להוראת חוק שהתערבה בחוזים שבין ספקי גז לצרכניו כחלק מהרפורמה בתחום האנרגיה והגז, באומרו:

"חופש התקשרות החוזית זכה להכרה הראויה לו בזכות יסוד חוקתית על ידי השופט ברק בד"נ 22/82. אולם גם אליבא השופט ברק אין זה חופש מוחלט אלא חופש יחסי, שיש לאזנו כנגד אינטרסים אחרים הראויים להכרה... המשק הישראלי זקוק היום, יותר מתמיד, למידה רבה של פתיחות כלכלית, לשם חיזוקו ושחרורו מתלות בגורמים מעכבים ומחשקים. זו דרכה של רפורמה, שיש בה פריצת דרך, פתיחות ושינוי לאלתר של מציאות קיימת ומתמשכת. על-כן, כחלק בלתי נמנע מתהליך הרפורמה במשק הגז ראה המחוקק לאפשר, בין היתר השתחררות מכבלי התקשרויות חוזיות קיימות."

והדברים אף מקבלים משנה תוקף לרקע הערכים המגולמים בחוק יסוד: חופש העיסוק אשר נחקק לאחרונה, והמעגן את זכותו של כל אזרח או תושב של המדינה לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד כאשר זכות זו אין מגבילים אותה אלא בחוק, לתכלית ראויה ומטעמים של טובת הכלל; סע' 1 לחוק היסוד.

יוצא איפא שאין מנוס מתוצאה זו הגורעת מתוקפם של חוזי הבלעדיות, במיוחד אלה ארוכי הטווח. תוצאה זו היא תולדה מוכרת ובלתי נמנעת של יישום חוקי הגבלים עסקיים שעה שנמצא כי תניות חוזה עומדות בניגוד לאיסורי החוק כפוגען בתחרות ובהיותן בלתי סבירות בנסיבות הענין. כמובן, תוצאה זו עשויה לערער את המאזן החוזי ולשנות ממערך חיוביהם וזכויותיהם של הצדדים להסכם. לעיתים יתייב הדבר את הצדדים לנקוט במהלך משקם - בעצמם או בעזרת בית משפט - לעצב מחדש את יחסיהם החוזיים, למשל ע"י קביעת הסדר בדבר השבת כספים העשויים להגיע מצד אחד למשנהו.

החברות סברו כי הקשיים העלולים להתגלע כתוצאה מקביעתי שבנדון ראוי שיביאו אותי למסקנה כי אמנע מפעולה בענין, או לפחות מפעולה יעילה. לעניות דעתי, המצב השורר בענף, כמו גם הפניות שהופנו אלי, מחייבות אותי לנקוט לפחות בפעולה של הודעה לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים, האמצעי המתון והמיוחד אשר התווה המחוקק לבירור סוגיות מורכבות בתחום ההגבלים העסקיים.

וראה: הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983 לעיל, כעמ' 59:

"לפי החוק הקיים כאשר סבור הממונה כי הסדר מסויים הוא הסדר כובל ודעתו אינה מקובלת על הצדדים להסדר המפעילים אותו ללא רישום וקבלת אישור, הדרך לבירור השאלה שבמחלוקת היא דרך ההליך הפלילי בבית המשפט. הסעיף המוצע מאפשר דרך רצויה יותר לברר מחלוקות מסוג זה, בין שהן נוגעות להסדר כובל ובין למנופולין או למיזוג חברות: הליך אזרחי בפני בית הדין.

זאת ועוד, החברות עצמן שקטו על שמריהן, התמידו בהתקשרות בחוזי בלעדיות ארוכי טווח, תוך שמפת קשריהן עם תחנות התדלוק נותרת באורח מוקשה לפתרוניים ללא כל שינוי. יתרה מזאת, החברות אף מודעות היו לבעייתיות הרבה הטמונה בחוזים, לשינוי הגישה של משרד האנרגיה והתשתית המבקש ליצור תנאי תחרות בענף, להמלצות פרופסור זמיר, למצב אי התחרות, ובכל זאת נמנעו מפנייה למערכת ההגבלים העסקיים (אם ירצו, אפילו מטעמי זהירות) אשר תבחן את ההסדרים ותאמר דברה. בדרך זו היו משיגות החברות, כל אחת מהן בנפרד, וודאות ויציבות, קובעות אורחות משאן ומתנן על פי דין, סוללות את הדרך לתחרות בריאה תוך שלא ישימו הונן ואונן על קרן הצכי של חוזים שבארץ ובעולם כבר הוכתרו לא אחת בחוזים נגועים בחשש פסול ומוס.

ההסתמכות על מכתב הממונה משנת 1991 אין בה ממש. מכתב זה ניתן אך לפני שנתיים, לאחר שכל החוזים כבר עמדו על מכונם, הוא לא הופנה לאף אחת מהחברות, וננטשה בו עמדה לאקונית לכאורית בלבד, תוך קשירתה לנסיבות שהתקיימו אז. יאה הדבר אשר יאה, אינטרס הציבור חייב ניתוח וסיווג חוזי הכלעדיות, וכל שיקול אחר אינו יכול לבוא כ-ד' אמות בדיקה זו. הפנייה אלי לבדיקת החוזים הן על ידי רשויות המדינה (משרד האנרגיה והתשתית ודו"ח מבקרת

המדינה), הן על ידי מתלוננים מן הציבור, והן מצב אי התחרות השורר בענף, חייבו בדיקה של ממש במערך הסכמי הענף.

אחת מהחברות הוסיפה וטענה לאחרונה ממש, כי אני מנוע מנקיטת עמדה בשאלה שבנדון, אפילו בהליך לפי סעיף 43, הואיל והחברה טרם זכתה שעמדתה תשמע כראות שכן פרטי הפרת החוק לא הובחרו לה ועומדת היא בתומתה כי מקיימת היא את החוק; טרם נבדק כל הסכם והסכם מהסכמיה; מספר הסכמים נתונים כיום בליבו של סכסוך משפטי אזרחי, גם בנוגע לתחולת חוק ההגבלים, וראוי להמתין ולראות את תוצאותיו, ללא התערבות "חיצונית"; קבלת התלטה בשלב זה תיצור מצב שאף אם יתקבל ערר החברות לבית הדין להגבלים עסקיים לא ניתן יהיה לחשיב את המצב לקדמותו; נוסח חלק נכבד מהחוזים, דהיינו החוזים עם הנכים, נקבע בעיקרו ע"י ועדה של משרד הבטחון, ושאר החוזים דומים לנוסח זה, והכיכוד רשות מדינה אחת, הממונה, תסתור דברי רעותה; הממונה על ההגבלים דאז, הביע דעתו לפני שנתיים, לפניית שני חברי כנסת, כי לכאורה אין ההסדרים דגן הסדרים כובלים, ומדוע ישנה עמדתו שהיא מעין "מעשה בית דין".

לא ראיתי מקום לדחות מתן החלטתי, שכן עמדת החברות התבהרה לי היטב, למדתי את החסכמים ושאר חומר הרקע שהועבר אליי. מוקד בדיקתי, להבדיל מהמקובל בסכסוך משפטי בין שני צדדים, ענייניו הענף בכללו, ולא הסכם זה או אחר. שמעתי את עמדת החברות, ביקרתי ביוזמתי במשרדיהן, ואין לראות כל תועלת מדחיית הקץ. הנושא הוא מורכב, וממילא אם החברות (או מי מהן) לא תקבלנה את מסקנת החלטתי, תובא הסוגייה בפני בית הדין להגבלים עסקיים, אשר יכריע בדבר, לאחר שיוצגו בפניו כל הנתונים והטיעונים הדרושים לענין. בידי בית הדין המומחיות והכלים להעריך את ההסדרים הנהוגים בענף, לקבוע מעמדם וסיווגם, ובהתאם לצורך, כידין סמכויות העזר ליתן כל צו הנראה לו דרוש כדי להכטיח שהחלטתו תקויים באופן נאות; סעיף 35 לחוק. נהפוך הוא, לדעתי כל הצדדים המעורבים יצאו נשכרים מדיון בבית הדין, אשר בפניו תפרש היריעה כולה, וסוף סוף תתבהר התמונה לאשורה והיא תעוצב כאורה מוסמך, אגב קביעת הגדרות והסייגים, הצורך ברישום או בפטור, וכיוצא באלה שאלות העולות חדשות לבקרים ואשר בחלקן צוייניו לעיל.

יחד עם זאת, כאמור בסוף החלטתי, כדי למנוע מה שכונה "תוצאות בלתי הפיכות", ראיתי לנכון, בנסיבות המיוחדות של המקרה, להשעות תוקף התוצאה הנודעת להודעה לפי סעיף 43, כך שהחלטתי לא תהא ראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי, כל עוד לא יסתיים הדיון בערר אם יוגש וכמועד, ובהתאם לתוצאותיו יפול דבר. כמו כן, כידוע רשאי בית הדין או אב בית הדין ליתן צו ביניים, ככל ענין שהובא לפניהם, אם מצאו כי מן הראוי לעשות כן בנסיבות-הענין; סעיף 36 לחוק. ניתן אף, כמידת הצורך, להשתמש בפנייה לאפיק זה על מנת לאפשר דיון ענייני ונאות בסוגיות שעל הפרק.

v. היחסים המשיקים בין משרד האנרגיה והממונה

כמסגרת דיוניי עם אנשי משרד האנרגיה בדבר האמצעים הנחוצים להשגת המטרה, יצירת תנאי תחרות בתחום תחנות התדלוק, עמדנו על מספר מכשלות השמות לאל את המאמצים למימוש המטרה המתבקשת. אעמוד בקצרה על מחסומים אלה: נושא התמשכותו של ההליך הבירוקרטי לאישור הקמת תחנות תדלוק העשוי להשתרע על פני שנים, כאשר על זאת אף מתווספת תוכנית מתאר ארצית מס' 18 המגבילה מאד פתיחת תחנות חדשות; סגירת הענף באמצעות חוזי בלעדיות ארוכי טווח עם שלוש החברות; התנהגות מתואמת לכאורה בין בעלי תחנות התדלוק, במיוחד באמצעות האגוד העסקי המאגד את בעלי תחנות התדלוק, העושה כנגד ניצני תחרות בין התחנות לבין עצמן; חידוש חוזי הבלעדיות בין החברות לתחנות באופן המקפיא את המצב הקיים; וטבלת מכנה המחיר באמצעותה קובע מינהל הדלק את המחיר המירבי לצרכן ואת מחיר הדלק כשער נתי הזיקוק, וכתווך גם את עמלתו הקבועה של מפעיל התחנה.

לחערקתי, תנאים נאותים לתחרות בענף יבשילו רק כאשר יטופלו כל המרכיבים האמורים כמכלול.

א. תכנית מתאר ורישוי

משרד האנרגיה פועל נמרצות לתיקון תכנית המתאר הארצית תמ"א 18, אם לא להביא לביטולה המוחלט. קשה להלום את התמ"א הקובעת מראש ובאופן מכאני

מרחקים מינימאליים בין תחנות תדלוק, בהתאם לסוג הדרך, תחת להשאיר קביעה זו לרשויות התכנון ושאר הרשויות הרלבנטיות בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. במקביל, נערך המשרד ופועל לקיצור תהליכי הרישוי להקמת תחנות תדלוק, באופן שהרשויות הנוגעות לענין יפעלו במקביל ולא בטור, תוך זירוז משכי הטיפול בבקשות להקמת תחנות תדלוק.

כחשך זה אף נבחנות הדרכים לאפשר הקמת תחנות תדלוק לאיו דווקא במתכונת של תחנת התדלוק האופיינית והמוכרת, מבחינת גודלה והיקפה. כך, לא מן הנמנע, כי יקומו גם תחנות תדלוק בסדרי גודל צנועים יותר, כדוגמת תחנות מדרכה ותחנות חניונים, כמקובל במקומות רבים ברחבי העולם.

תחרות אמיתית ומלאה לא תתאפשר מבלי שיחול גידול במספר תחנות התדלוק. ויכוח מלומד נטוש בין הגורמים השונים בשאלת מספר התחנות הדרושות למשק, בשים לב לשינוי היחסית קטן במספר תחנות התדלוק לעומת הגידול המשמעותי במספר כלי הרכב, תוך שיקלול הגידול במספר עמדות השאיבה בתחנות הקיימות, גודל המיכל הממוצע למכונית וממוצע נסיעותיה. יהא מספר זה אשר יהא, לדעתי ברור שקיים מחסור מאד ממשי בתחנות תדלוק, בוודאי באיזורי מרכז הארץ צפופי האוכלוסין. עדות למחסור זה במספר התחנות תמצא, בין היתר, בתשלומים הנדיבים מאד ("רגטה") שזוכים להם מפעילי התחנות עובר לחידוש חוזהם עם חברות הדלק. אין לראות כל תועלת מקביעה מלומדת ומדויקת של מספר התחנות החסרות. בענין זה יקבעו כוחות השוק, בהתאם לכללי המשחק המקובלים, כמה תחנות יתווספו למערך הקיים, והיכן. יש רק לוודא כי התנאים היוצרים מחסור קשה בתחנות תדלוק יוסרו, כך שהשוק יוכל לווסת את גודלו והיקפו, כפי שהדבר מקובל, בדרך כלל, בכל שאר ענפי המשק.

ב. חוזי הכלעדיות

חוזים אלה, נשוא החלטה זו, מהווים ללא ספק אכן נגף משמעותית מאד ביצירת תנאי התחרות בענף. יש יסוד להניח כי החלטתי תיצור תהליך אשר יביא, ולו באחריתו, ואני מקווה בהקדם, לשחרור התחנות, או חלקן, מהסכמי הכלעדיות שתוארו לעיל.

ג. התנהגות מתואמת בין מפעילי התחנות

מספר בעלי תחנות תדלוק, ולפחות ארגונם המכונה "ארגון שוכנים ובעלי תחנות הדלק בישראל", יוצאים כנגד מהלכים שפניהם יצירת תנאים להגדלת מספר התחנות בישראל והוזלת מחירים לצרכן. כך, למשל מצאנו כי בעל תחנת דלק מסויים שהוזיל את מחיריו לצרכן זכה מיידית לביקור נציגי הארגון, ששידלו אותו נמרצות לשוב בו מדרכו, הפוגעת לשיטתם, באינטרס ציבור בעלי התחנות ובבעל התחנה עצמו.

יחידת ההגבלים העסקיים תמשיך ותעקוב מקרוב אחר ההתפתחות בענף, ובהתאם לנסיבות ולצרכים תשקל תגובה הולמת. יתרה מזאת, החלטה זו בענין חוזי הכלעדיות כמו גם ביטול טבלת מבנה המחיר כמפורט להלן, יביאו אף הם לתרומה חשובה ומכרעת בהקשר להתנהגות בעלי התחנות.

ד. העדר מעבר בין התחנות לחברות

מרכיב חשוב בחסימת השוק מצוי בכך שכל אחת מהחברות מוסיפה ואוחזת, כמעט ללא שינוי, במערך תחנותיה כמקדם. הסדרי הכלעדיות של החברות הוותיקות, לצד התנהגותן המקבילה (שלא לומר המתואמת), הביאו לכך שחרף הרפורמה ולהט חרבה המתהפכת, שומרת השלישייה על מעמדה השליט והבלתי מעורער, מול נסיונות של אחרים לחדור לשוק. התוצאה הינה שרק 9 תחנות מתוך 548 תחנות נמצאות בקשרי מסחר עם חברות דלק חדשות, והתחרות בין התחנות הקשורות לחברי הטריאומוירט, למעט חריגים, איננה משמעותית כלל ועיקר.

מתוך התחנות שמועד חוזהן הגיע לחידוש, לא איכדו החברות דלק וסונוול אפילו תחנת אחת, וחברת פז איכדה שלוש תחנות כלכד, ואף אותן לטובת חברת דור אנרגיה, ולא לטובת שתי החברות הוותיקות האחרות. אף אחת משלוש החברות לא באה בקשרים עם תחנה הקשורה ברעותה, הגם שלדבריהן ניתנו על

ידי כל אחת מהן הצעות לתחנות המשתחררות, אך ההצעות מסתבר שנפלו תמיד כתנאיהן מאלה שהוצעו על ידי החברה המקורית. התוצאה, לפיה אף חברה אינה מצליחה לקשור קשר עם התחנות המשתחררות מחוזי הבלעדיות, הוסברה באזני על ידי סמנכ"ל השיווק של אחת מהחברות, בכך שמתקיים מעין "מאזן אימה", כל חברה חוששת כי אם תעשה לחברתה מה שיביא ל"חטיפת" תחנה הקשורה אל אותה חברה, תשכים האחרונה ותעשה מהלך דומה, ואז ייצא שכרה של הראשונה בהפסדה. כנסיבות אלה מעדיפות שלוש החברות לשמור על הקיים. מצב זה עשוי להשתנות בעקבות החלטה דנן.

ה. טבלת מכנה המחיר

במסגרת הצעדים הננקטים לשחרור גלגלי הענף מקפאונם, חשיבות מיוחדת יש לביטולו בהקדם האפשרי של מכנה המחיר. הפצת "מכנה המחיר" על ידי מינהל הדלק במשרד האנרגיה והתשתית גורמת לכך שכל הענף מתיישר ע"פ המרכיבים המפורטים בו, וכך מוצאת עצמה המדינה, שלא לטובתה, כלי מרכזי בשימורו של מצב העדר התחרות.

מכנה המחיר מכתוב למעשה, בין היתר, עמלה קבועה למפעילי התחנות, באשר הם. בדרך זו, רווחי מפעיל התחנה הן פונקציה בלעדית של הכמות הנמכרת על ידו, לפחות בתורת מינימום מובטח, ללא תלות בתמריץ מסחרי כלשהו, היקף מכירותיו ומגמותיו, מיקום התחנה וכדומה. ממילא, מתייטר גם הצורך בניהול משא ומתן בין הספק לרוכש, ולא נוצרת אפשרות מעשית שיווצרו הכדלים בין התחנות הקשורות עם החברות השונות. האחרונות, בדרך כלל, פועלות באופן מקביל וזהה בקשריהן כלפי המפעילים, ובהתאם למכנה המחיר.

אין מחלוקת, כי כל עוד בתי הזיקוק הן בחזקת מונופול, השולט ללא עוררין בתחום תזיקי הנפט, אין מנוס מפיקוח על מוצריו כשער בז"ן. ניתן גם להבין את המשך קיומו של הפיקוח על המחיר המירבי לצרכן, שהרי כמתואר, בהעדר תנאי תחרות של ממש בין התחנות, וגם בין החברות, מתעורר חשש רציני שהסרת הפיקוח תביא להאמרת מחירים מקבילה. והא ראייה, שעד כה לא התפתחה תחרות של ממש מתחת לרמת המחיר המירבי לצרכן. הקושי נסוב סביב השאלה מה יתרחש קודם, תנאי תחרות שיביאו להסרת הפיקוח על המחירים, או הסרת הפיקוח כאבן דרך בהתפתחות התחרות. תהא העמדה בענין זה אשר תהא, ומשרד האנרגיה והתשתית עתיד להכריע ולהתנסות בה (והרי לא מדובר בהליך בלתי הפיך), אין להלום את המשך פרסומה של טבלת מכנה המחיר-המתייחסת גם אל עמלת הסוכן והמפעיל כאל שיעור קבוע המצויין על ידי רשויות המדינה. אל לה למדינה לשמש כלי בפעולתו הלכאורית של קרטל, או לפחות התנהגות מקבילה, הנצמדים למכנה המחיר, בכחינת אמצעי להסדרת פעילות הענף בתנאים של חוסר תחרות.

קל וחומר, לאחר שהסדר דומה שהתקיים בענף הגז, תואר בהרחבה על ידי הנשיא זיילר, בפסק דין פטרולגז וזכה לקיטונות של ביקורת תקיפה, עד כדי כך שלענין פסיקת הוצאות המשפט לטובת המדינה בתביעה שהוגשה כנגדה וכנגד חברות הגז הוותיקות, מציין השופט (בעמ' 63 לפסק הדין המודפס) כי:

"אי אפשר שלא להביא בחשבון לענין זה את מעורבות המדינה בנושא כולו. המדינה ידעה למה משמשות הפרקציות שבטבלת מכנה המחיר וכפי שכבר הסברתי היא נטלה חלק בחלוקה הצודקת של העוגה... גדר הספק בשיקול 'לא משפטי' זה נבע מתחושת אי הנוחות המלווה החלטה לפיה ידעה המדינה, זה שנות דור, כי כך נוהג משק הגז (ובכנראה גם משק הדלק) והיא לא רק שלא עשתה דבר, אלא היתה מעורבת באותה התערבות אותה הזכרתי במהלך החלטה זו. והנה עתה צריכות חברות הגז לשאת בתוצאות, זאת כשהיתה להן, לאורך כל השנים התחושה שהן מוגנות מכל רע נוכח 'קרבת המדינה' אליהן ואל מעשיהן". (הדגשה לא במקור).

כנסיבות אלה, ייחסתי חשיבות רבה לסיכום הדברים עם משרד האנרגיה והתשתית כי טבלת מכנה המחיר תבוטל בהקדם האפשרי, והמדינה, ככלל, תדיר את רגליה מהתערבות בפרטי ההסדרים בענף. נדרשות נסיבות מיוחדות ויוצאות


דופן שיצדיקו התערבות כזאת. להערכתי, ביטול טבלת מבנה המחיר עשויה, במיוחד בהשתלבה בשאר המהלכים המתוארים, לתרום רבות לשיפור מצב התחרות בענף, הגם שלא מן הנמנע שתחילתו של המהלך תתקל בהתנגדויות עזות של גורמים מעוניינים, על כל המשתמע מכך, ולכך יש להערך.

.VI. סוף דבר

לאור כל האמור לעיל, לאור עמדת משרד האנרגיה והתשתית, כשים לב לחומר שהומצא ונמסר לי, לאחר ליבון עמדות הנהלות החברות אשר השמיעו עמדתן באזניי, ולאחר שהפכתי ועיינתי בדבר, הגעתי לכלל מסקנה, בהתאם לסמכותי לפי סעיף 43(א) (1) לחוק ההגבלים, כי הסכמי הכלעדות המתוארים לעיל, בין חברות הדלק פז, דלק וסונוול לבין מפעילי תחנות התדלוק הם הסדרים כובלים, כמשמעותם בחוק ההגבלים. כל אחת מהחברות, שנמסרה לה הודעתי זו, החולקת על הקביעה, או על חלקה, רשאית לערור לפני בית הדין להגבלים עסקיים תוך שלושים מיום שההודעה נמסרה לה.

מצוות סעיף 43(ה) היא שקביעת הממונה תהא ראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי. יחד עם זאת, נוכח ההשפעות המשמעותיות שעשויות לנבוע מהחלטתי, ראיתי לנכון להשעות כניסת תוקף התוצאות הנודעות להחלטה זו, באופן שתוצאות אלה יידחו ויוקנו להחלטה, במידה שיוגש ערר על ידי מי מהחברות - כפי שייקבע על ידי בית הדין להגבלים עסקיים בהתאם לסעיף 43(ד), ובמידה שלא יוגש ערר, בתום המועד להגשת ערר.

וסוף דבר, כרגיל, אין בהחלטתי זו לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים, כדי לגרוע מכל הוראת דין, והכל כאמור בסעיף 43(ו) לחוק ההגבלים, ובמיוחד מהוראות סעיף 47 לחוק ההגבלים.


ד"ר יורם טורקוביץ
הממונה על ההגבלים העסקיים

ניתן היום, ט' תמוז, תשנ"ג
28 ביוני 1993
בירושלים.





94-48785

מס' מס' /
א"י: /
המט"ח: /
כאיות: /

שר האנוגיה והתשתית

ג' בחמוז תשנ"ד
תאריך: 12 בירני 1994

זעתקים:

הגו
א"י
מאז
תע"פ
ק"מ

לכבוד

מר אברהם (ביגה) שוחט

שר האוצר

משרד האוצר

מכובדי,

הנדון: העתקת אתר הדלק והגז פי-גלילות

כפי שבודאי ידוע לך, עוסק משרד האנוגיה והתשתית מזה זמן, בשאלת העתקת האתר שבנדון למקום חלופי.

צוות, בו שותף משרד האנוגיה והתשתית, עוסק בהכנת תכנית מתאר ארצית מתאימה (תמ"א 32) ואילו חברה שנבחרה לבדוק אתרים חלופיים מתאימים, המליצה בפני, לפני כחודש, על אזור מודיעין כאזור מועדף.

להעתקת האתר תהיה תרומה לא מבוטלת לתעסוקה ולמשק המדינה.

חברת שירותי-נפט, שתפקידה לבצע את הפרוייקט, העבירה אלי בימים אלה את הנתונים הבאים:

א. תרומת הקמת הפרוייקט החלופי למשק המדינה:

1. הקמת האתר החלופי כרוכה בהשקעות כח-אדם כדלהלן:

תכנון ופיקוח - 200,000 שעות עבודה שהן 120 שנות אדם (כ-100 איש לשנה).

הקמת המתקן - 1,200,000 שעות עבודה שהן 700 שנות אדם (כ-200 איש למשך 3 שנים).

2. רכש חומרים ושירותים מהתעשיות בארץ (צנרת, בטון, חומרים וכו'): 65 מליון ש"ח (במחירי 1994).

שד האנוגיה והתשתית

ב. חלוקת הבעלויות באתר פי-גלילות הנוכחי הינה כמפורט:

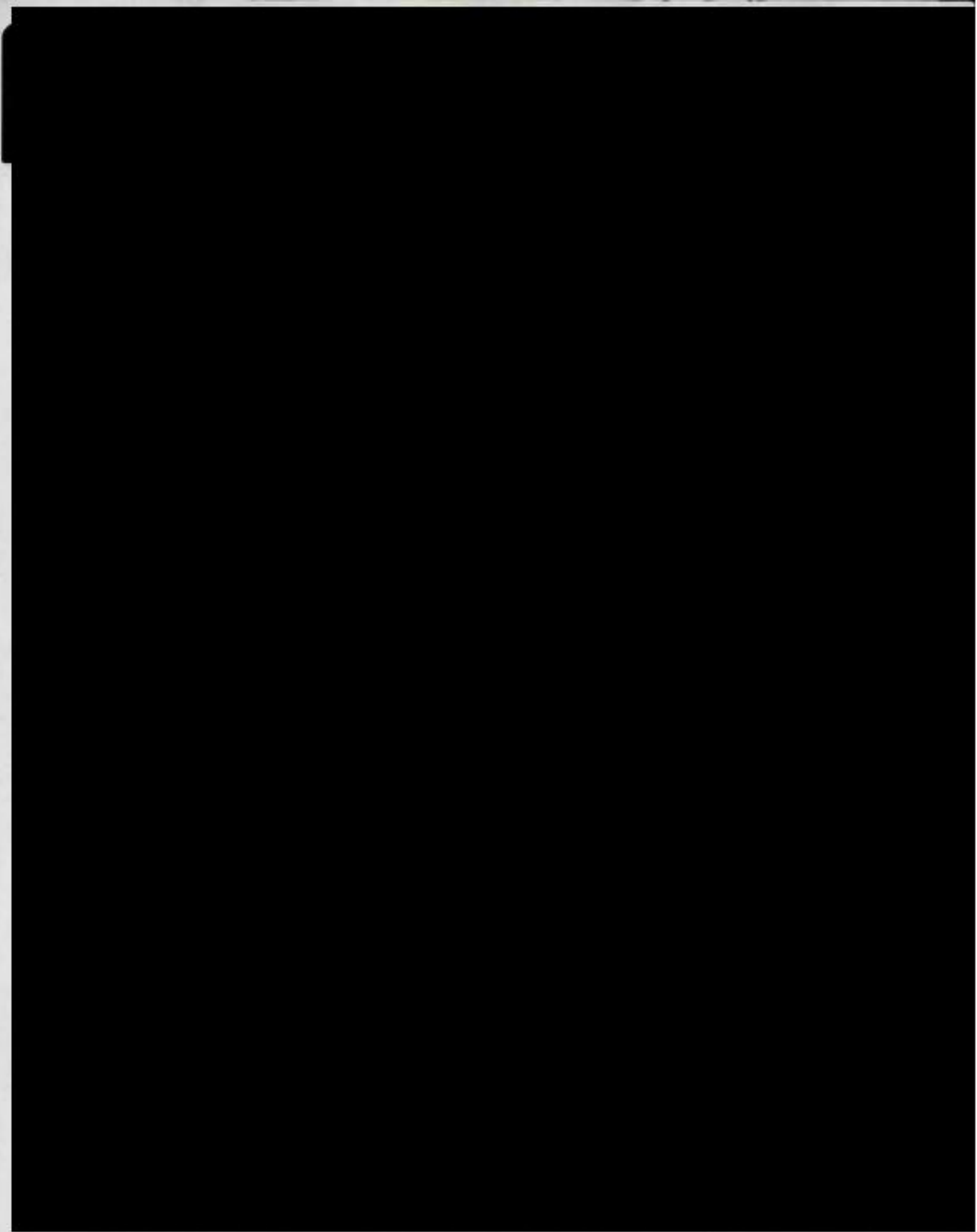
פי-גלילות	174,853 מ"ר (חכירה)
פזגז	27,670 מ"ר (חכירה)
פז	6,407 מ"ר (מכר)
אמישראלגז	20,000 מ"ר (מכר)
סנוול	6,407 מ"ר (מכר)
חברה להובלת דלק	22,000 מ"ר (מכר)
עיריית רמת השרון	24,947 מ"ר (שטח ציבורי פתוח)
סה"כ	282,284 מ"ר

ג. משרד השמאים אבן חן-פריאל ביצע תחשיב ראשוני של ערך שטח המתחם והערכתו הינה כי ערך השטח כ-100,000,000 דולר. מאחר והשטח מאושר ליעודו הנוכחי בתכנית שאישורה קדם ל-1.7.75, לא חל על השטח היטל השבחה כתנאי למימוש הזכויות עפ"י תכנית רש/210א'.

אני מוצא, כי מידע זה רלוונטי לפעולת המשרד אשר אתה עומד בראשו.

בכבוד רב,

 משה שחל



מתקן פי גלילות

- אתר חלופי -

פי גלילות מסופי נפט וצנורות בע"מ

PI-GLILOTH PETROLEUM TERMINALS AND PIPELINES LTD.



שרותי נפט בע"מ



מתקן פי גלילות

- אתר קיים -

- אפיון -

משמש מסוף למילוי דלק וגז

שטח המתקן כ" 300 דונם

בשטח המתקן מאוחסנים כ" 140,000 מ"ק דלק

במתקני חברות הגז כ" 3,000 טון גפ"מ

הימצאות המיתקן מגבילה ומונעת בניה באיזור האתר

מסוף הגז מהווה מפגע בטיחות לדיירי הסביבה



מתקן פי גלילות

- אתר קיים -

- מיקום -

איזור האתר:

- כביש מס' 5 - צפון
- נתיבי איילון - מזרח
- רמת אביב ג' - דרום
- כביש מס' 2 - מערב

שטח האיזור - 1,400 דונם מתוכם 300 דונם משמשים את מסוף הדלק והגו "פי-גלילות".

עיקר השטח בבעלות ממ"י, ישנם בעלים פרטיים בבעלות במושעא עם ממ"י.



מתקן פי גלילות

אתר קיים



פי גלילות מסופי נפט וצנורות בע"מ
PI-GILOTH PETROLEUM TERMINALS AND PIPELINES LTD.



שרותי נפט בע"מ



מתקן פי גלילות

- אתר קיים -
- יעודים בעתיד -

● פינוי מסוף הדלק והגז יאפשר פיתוח כל האיזור.

● עם פינוי מסוף הדלק והגז כוונת ועדת ההיגוי לתכנית האב המטרופוליטנית ליעד את השטח למרכז תעסוקה (שילוב משרדים, מסחר ותעשיות עתירות מדע).



מתקן פי גלילות

- אתר חלופי -
- איפיון ראשוני -

● המיתקן החדש יכיל מתקני דלק וגז.

● נפח איחסון הדלקים יהיה כ־ 160,000 מ"ק.

● יוקם מיתקן מוטמן לאיחסון גפ"מ (כ־ 5,000 טון).

● מיכלי הדלק יהיו מוטמנים חלקית.

● שטח האתר החדש 500 ÷ 450 דונם.

● עקב הטמנת מיכלי הגפ"מ והדלק הבטיחות וטווחי הבטחון סביב המיתקן יקטנו משמעותית לעומת המיתקן הקיים.



מתקן פי גלילות

- אתר חלופי -

- קריטריונים לבחירה -

נגישות תחבורתית (כביש 6, כביש 1, כבישי רוחב)

פריסת אוכלוסיה (קיימת ועתידית)

בטיחות

מטאורולוגיה (משטר רוחות, יציבות, ברקים)

גיאולוגיה (סיסמולוגיה, שברים, תשתית,
יציבות קרקע, גאומורפולוגיה)

הידרולוגיה (מים עיליים - אגני ניקוז, שטפונות,
מי תהום)

טופוגרפיה (איזורים נמוכים, איזורי חציבה נטושים)

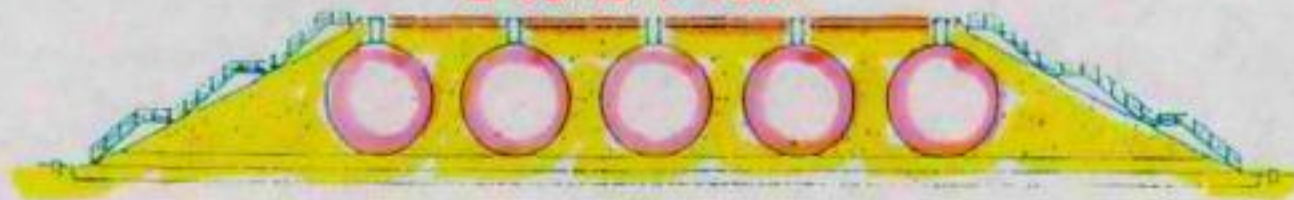
שימושי קרקע (ייעור, כריה, חקלאות, שמורות
טבע)

תנאים יחודיים (אתרי ארכיאולוגיה, ערכי נוף)

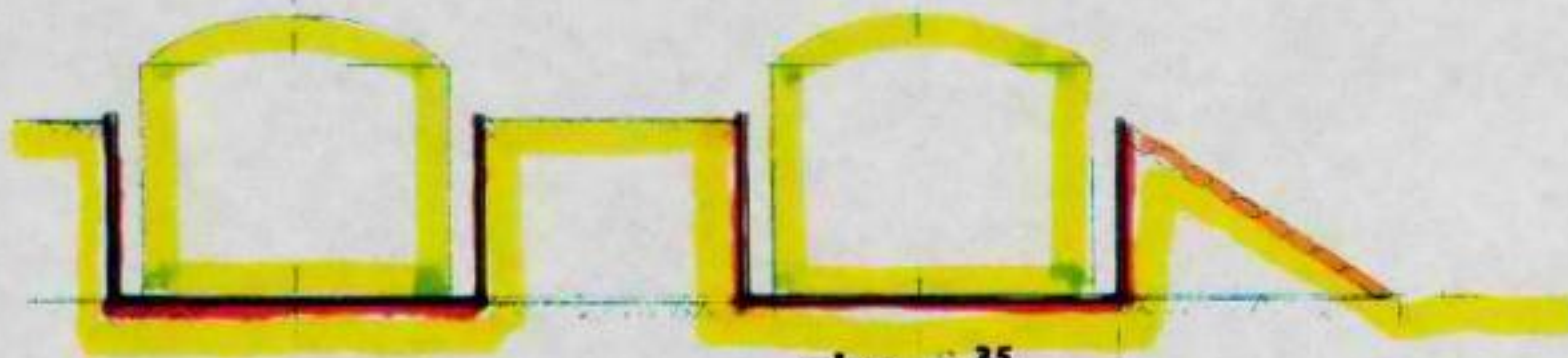


מתקן פי גלילות

אתר חלופי
תסדיר מיכלים



גפ"מ



דלק 35



מתקן פי גלילות

- אתר חלופי -

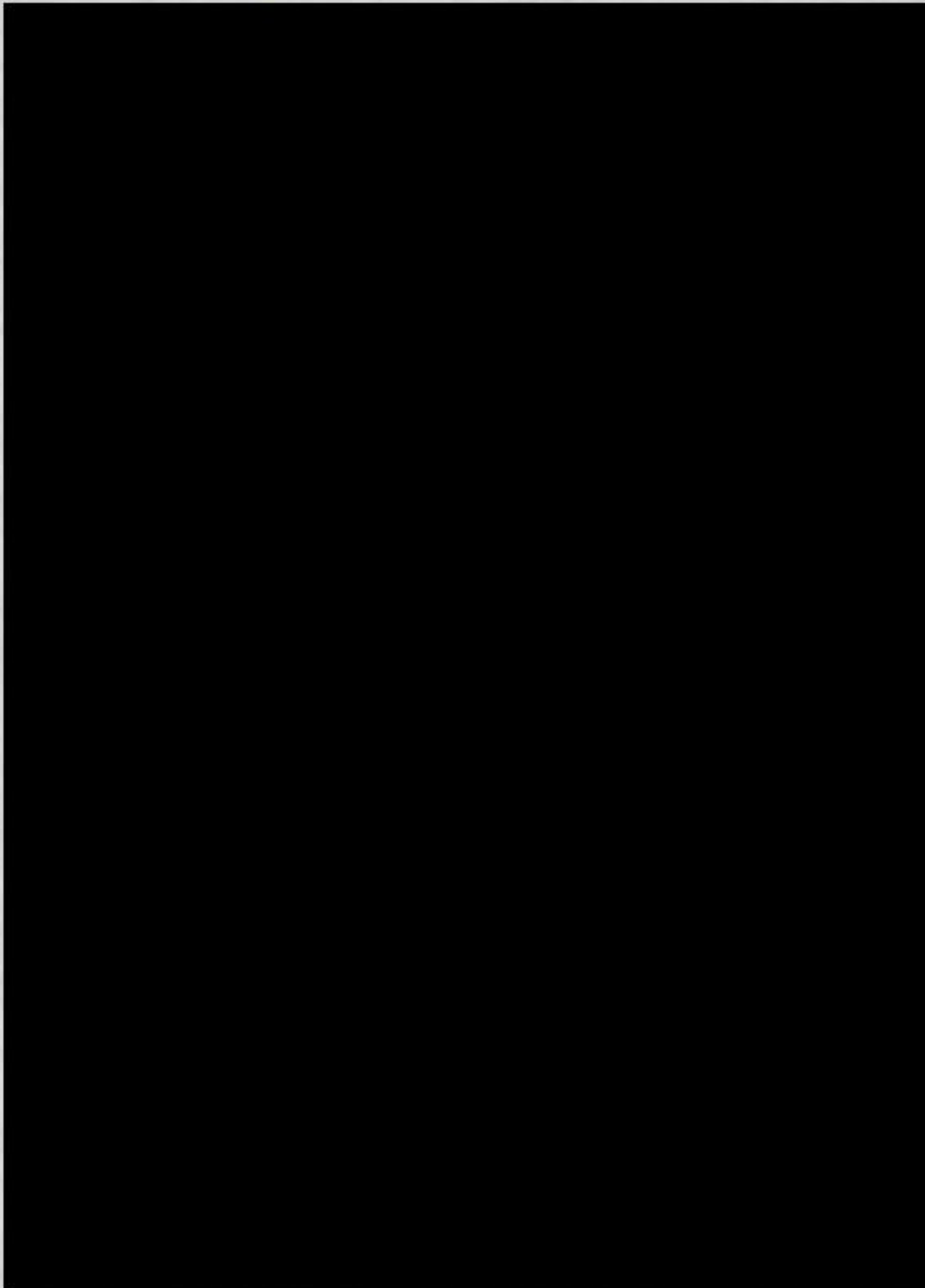
- טווחי בטיחות לאתר איחסון גפ"מ -

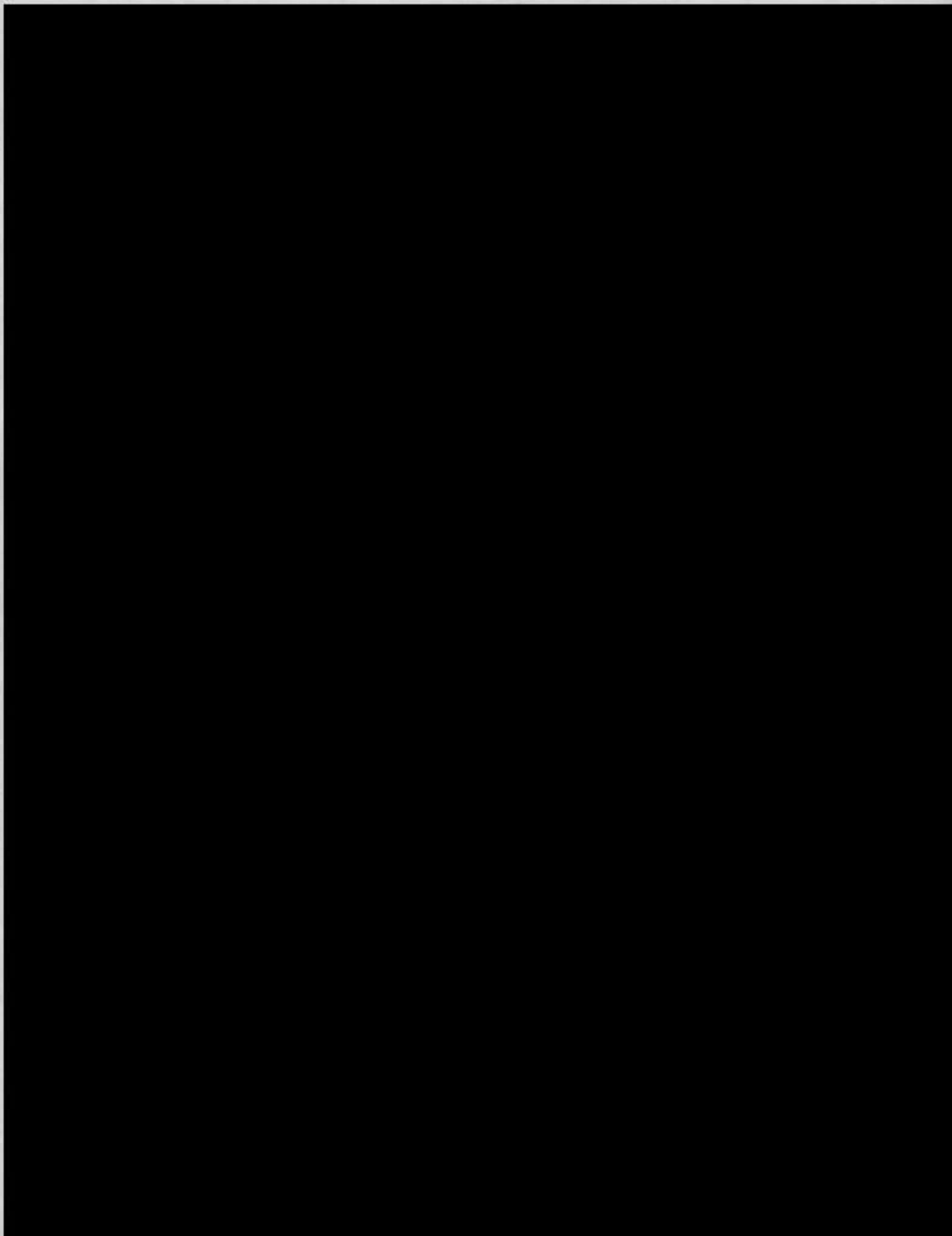
מתקן קיים (מיכלים גלויים)	מתקן חלופי * (מיכלים טמונים)	
צווים ישראליים במקרה חוסר NFPA 58	צווים ישראליים במקרה חוסר NFPA 58	איזור שטח המיתקן, גישה לכוחות פינוי, בטיחות וכו'
600 מטר **	480 מטר	איסור הקצאת קרקע למגורים כולל בתי מלון ומרכזי בילוי
1250 מטר **	800 מטר	איסור הקצאת קרקע לבתי חולים, בתי אבות, בתי ספר, וכו'

* שימושי קרקע בסמיכות לאתרי איחסון גפ"מ - משרד האנרגיה, הנחיה למתכנן, אפריל 94
** דו"ח לפידות, אוגוסט 1990

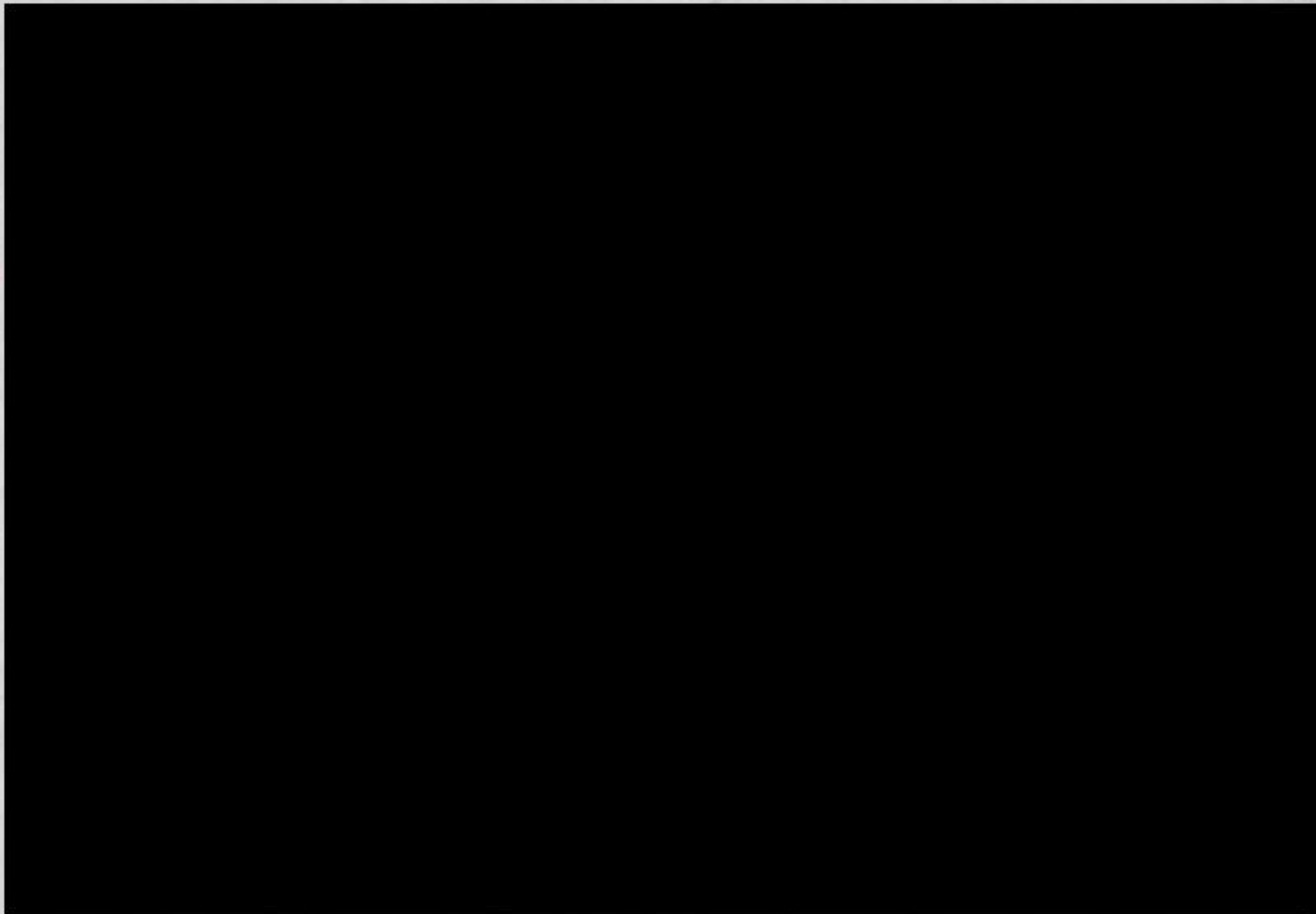




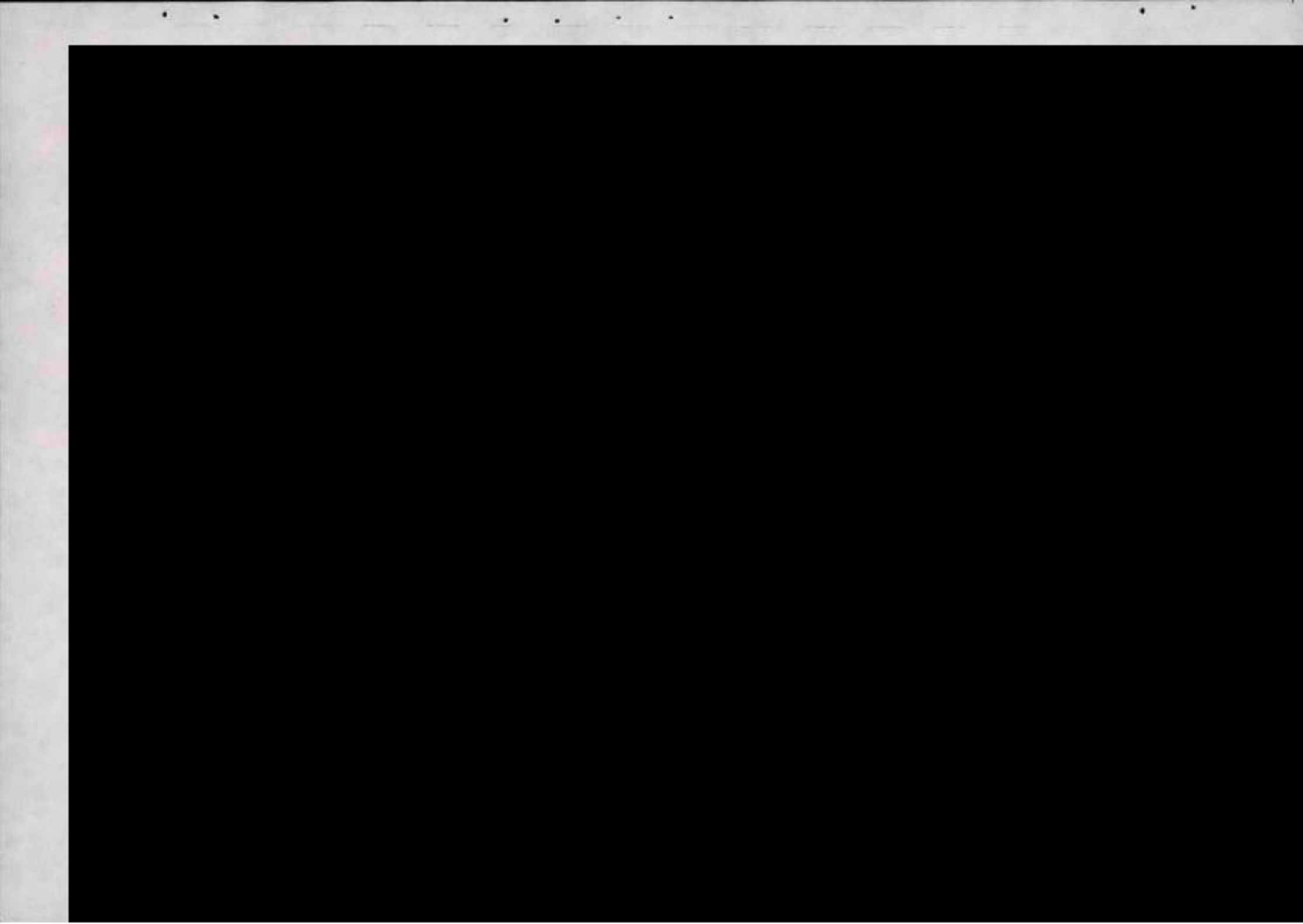












מתקן פי גלילות

- אתר חלוּפי -

עלות הקמה (\$) ללא קרקע

7.1 M	תשתיות (הנדסה אורחית, המיית נחל איילון, נדר במחון, מיגון מיכלי נו ובינוי)
28.6 M	מערכת דלק: (מיכלי דלק, תחנות מילוי, ציוד שאיבה, מערכת ניקח והפרדה)
7.8 M	מערכת גפ"מ: (מיכלי גפ"מ, ציוד שאיבה וצנרת)
4.7 M	כיבוי אש
4.8 M	חשמל, תקשורת, פקוד ובקרה
5.0 M	תחנה לקבלת מוצרים והגברת שאיבה
5.0 M	צנרת דלק וגו למיתקן
7.0 M	תכנון, מנהלת פרוייקט
70.0 M	סה"כ

* ללא עלות מחקני הסילוני של חברות הגז, כ"ב מיליון דולר לחברה



מתקן פי גלילות

- אתר חלופי -
- קרקע -

חכירה

החכרת הקרקע ע"י המינהל "לשרותי נפט" לצורך מפעל ציבורי (קרי העתקת פי גלילות), החכרה לתקופה של 49 שנה בדמי חכירה שנתיים מקובלים למפעלים ציבוריים.
2-5% מערך הקרקע לשבע שנים בהנחה של מפעל ציבורי ליד מתקן ביוב ובמשולש הקרקעות המיועד לשרותים ציבוריים ערך הקרקע $5 \div 7K\$$ לדונם.*
דמי חכירה שנתיים $70K\$ \div 125K\$$
7 שנים..... $490K\$ \div 875K\$$

חכירה מהוונת

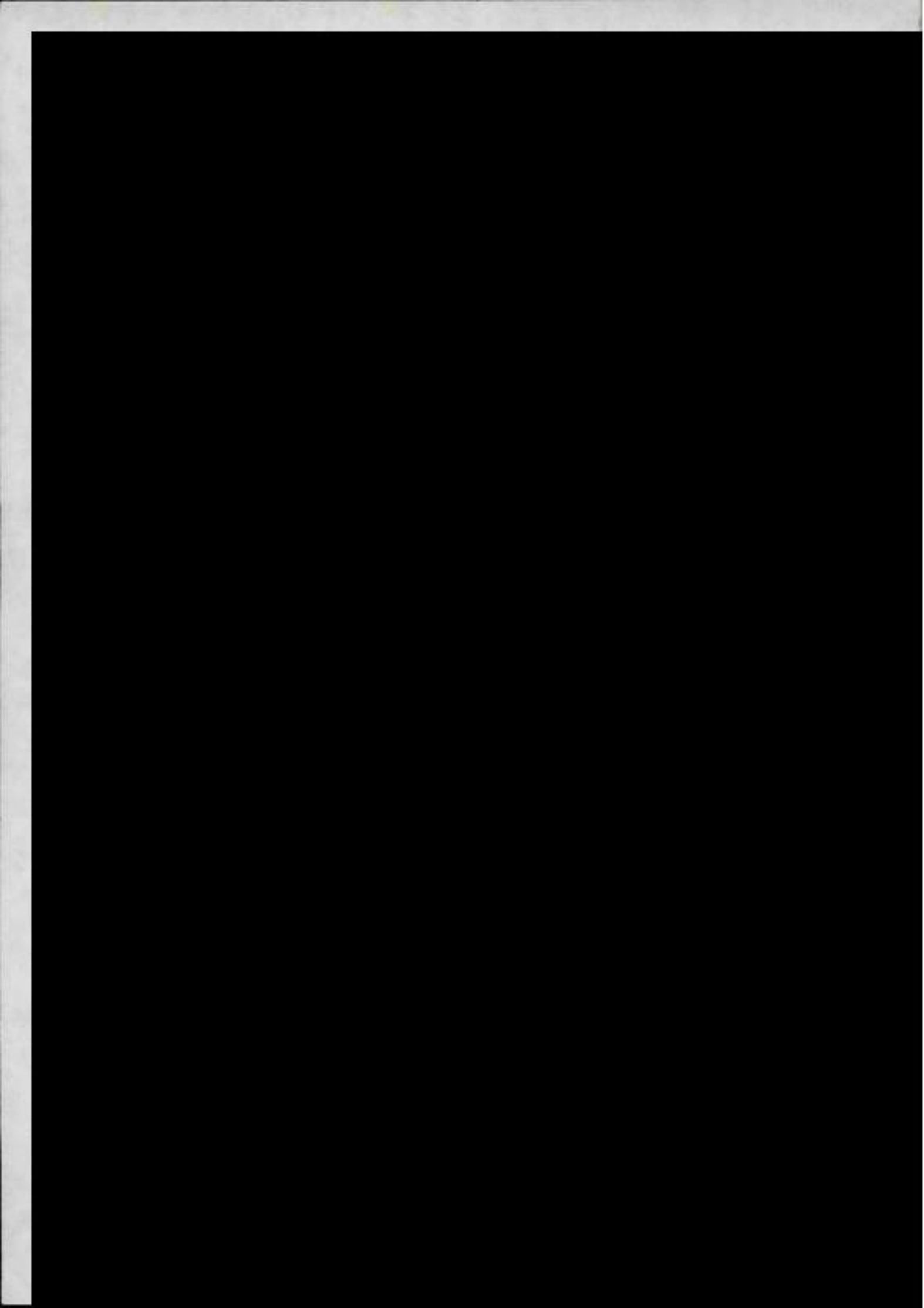
בהנחת ערך קרקע $5 \div 7K\$$
עלות חכירה מהוונת $2,5 \div 3,5M\$$

הערות

* ממ"י היקצה בשנות 74 550 דונם להקמת חוות מיכלי נפט באשקלון החלמת מינהל 144 מתאריך 12.74.

לסכומים יש להוסיף 20% בצ"מ





מדינת ישראל
משרד האוצר - אגף התקציבים

הממונה על התקציבים

י"א בחשון התשנ"ה
 16 באוקטובר 1994
 ת.94-75031

Handwritten notes and signatures:
 16/10/94
 [Signature]

Handwritten signature:
 אברהם שוחט

אל:
 מר אברהם (ביינה) שוחט
 שר האוצר

הנדון: עדכון מחירי הדלקים ליום 17.10.94

להלן לידיעתך שיעורי העדכון הדרושים במחירי הדלקים באחוזים.

מחיר	שינוי במחיר בתחנה	שינוי במחיר שער בז'ן
גפ"מ		7.93
נפטא		7.94
בנזין 91		2.24
בנזין 96	0.48	2.02
בנזין 91 נטול צופרת		-2.37
בנזין 95 נטול צופרת	-0.49	-2.77
קרוסין		4.67
סולר		4.77
מזוט קל		16.74
מזוט כבד 1500		20.72
מזוט כבד 4000		22.43
זפט		17.03/20.72

שינוי המחירים בשער בית הזיקוק ובתחנות התדלק נובעים מהתמרות שחלו בשוק הייחוס (נמל לה-זרה) ובשער החליפין.

עדכון מחירים באמצע החודש הינו בגין עליות חדות (מעל 10%) במחירי המזוטים.

Handwritten signature:
 ב ב ר כ ה,
 דוד ברוך

העתיק:
 מר אהרון פוגל - המנהל הכללי משרד האוצר
 מר דוד ברוך - סגן הממונה על התקציבים
 מר צחי שאשה - רכז אנרגיה ותשתית אגף התקציבים

מדינת ישראל
 משרד האוצר - אגף התקציבים

הממונה על התקציבים

כ"ג באב התשנ"ד
 31 ביולי 1994
 ת.94-44025

לכבוד
 מר אברהם (בייגה) שוחט
 שר האוצר

א. א. א. א.

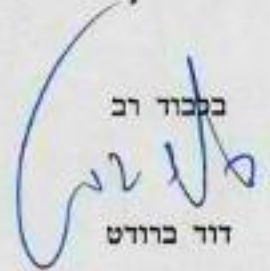
הנדון: עדכון שוטף של מחירי הדלקים ליום 01.08.94

להלן לאישורך שיעורי העדכון הדרושים (באחוזים):

מוצר	שינוי במחיר לצרכן	שינוי במחיר בשער בוז"ן
גפ"מ		1.83
נפטא		1.84
בנזין 91		3.27
בנזין 96	0.95	2.96
בנזין 91 נטול עופרת		4.17
בנזין 95 נטול עופרת	0.97	3.89
קרוסין		0.15
סולר		0.23
מזוט קל		8.65
מזוט כבד 1500		11.35
מזוט כבד 4000		12.50
זפת		9.44/11.35

*באשר
 לשינוי
 המזוט
 335.7*

עליות המחירים בשער בית הזיקוק ובתחנות התדלק נובעות מהתמורות שחלו בשוק הייחוס (נמל לה-ורה).

בכבוד רב

 דוד ברודט

העתק:
 מר אהרון פוגל - המנהל הכללי משרד האוצר
 מר דוד ברוך - סגן הממונה על התקציבים
 מר צחי שאשה - רכז אנרגיה ותשתית אגף התקציבים