

## בבית המשפט העליון

רע"א 2725/06

בפני : כבוד השופט א' גרוניס

המבקש : בנק דיסקונט לישראל בע"מ

נגד

המשיבים :  
1. קניון הראל בע"מ  
2. בנק הפועלים בע"מ

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי  
בירושלים מיום 19.3.06 בבש"א 250/06 שניתנה על ידי  
כבוד ס' הנשיא ד' חשין

בשם המבקש : עו"ד ני זקלר ; עו"ד שי עודד ; עו"ד שי מרקוביץ  
בשם המשיב 1 : עו"ד ט' אייל-בוגר ; עו"ד ר' לוסטיגמן  
בשם המשיב 2 : עו"ד י' הירש ; עו"ד מ' מרידור

### החלטה

1. בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' סגן הנשיא ד' חשין) מיום 19.3.06, שדחתה את בקשתו של המבקש (להלן - בנק דיסקונט) למתן צו מניעה זמני האוסר על הקמת סניף של המשיב 2 (להלן - בנק הפועלים) במשיב 1 (להלן - הקניון).

2. ביום 23.6.94 נכרת הסכם שכירות בין בנק דיסקונט לבין הקניון, לפיו ישכיר הקניון לבנק דיסקונט שטח מסוים המצוי בתוך מבנה הקניון לתקופה של שלוש שנים לשם הפעלת סניף של בנק דיסקונט במקום (להלן - הסכם השכירות או ההסכם). במסגרת ההסכם הוענקה לבנק דיסקונט אופציה להאריך את תקופת השכירות לשנתיים נוספות. ביום 6.12.95, עוד טרם מסירת החזקה במושכר, תוקן ההסכם על דרך הוספת התחייבות מטעם הקניון לפיה לא ייפתח במבנה הקניון סניף בנק נוסף, למעט סניף של בנק הדואר (להלן - תניית הבלעדיות). ביום

15.10.98 תוקן ההסכם בשנית, תוך שנקבע כי אופציית ההארכה תמומש. ביום 6.4.00 הוארך הסכם השכירות לתקופה של חמש שנים. עוד הוסכם, כי בתום תקופה זו תהא לבנק דיסקונט אופציה להאריך את תקופת השכירות לפרק זמן של חמש שנים נוספות (להלן - תקופת האופציה). ביום 9.1.05 הודיע בנק דיסקונט לקניון על החלטתו לממש את האופציה הנתונה לו ולהאריך את תקופת השכירות. ביום 14.3.05 הודיע הקניון לבנק דיסקונט כי מאחר שבתקופת האופציה תעלה תקופת השכירות הכוללת על עשר שנים, הרי שלאור דיני ההגבלים העסקיים לא יוכל הקניון להמשיך ולמלא אחר תניית הבלעדיות.

3. בחודש אפריל 2005 פנה בנק הפועלים לרשות להגבלים עסקיים, וביקש כי תיבדק חוקיותה של תניית הבלעדיות הכלולה בהסכם השכירות. בהתאם לסמכותו לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן - החוק), קבע ביום 2.11.05 הממונה על הגבלים עסקיים (להלן - הממונה) כי תניית הבלעדיות מהווה הסדר כובל (להלן - קביעת הממונה). עובר לקביעתו, איפשר הממונה לבנק דיסקונט לשטוח את טענותיו לגבי הסוגיה האמורה. בעקבות קביעת הממונה, נכרת ביום 22.11.05 הסכם שכירות בין הקניון לבין בנק הפועלים, לפיו ישכיר זה הראשון לזה האחרון שטח מסוים בתוך מבנה הקניון לשם פתיחת סניף של בנק הפועלים. ביום 20.2.06 הגיש בנק דיסקונט לבית הדין להגבלים עסקיים ערר על קביעת הממונה. בין לבין, ביום 11.1.06, הגיש בנק דיסקונט לבית המשפט המחוזי בירושלים תובענה נגד הקניון ונגד בנק הפועלים. במסגרת התובענה ביקש בנק דיסקונט למנוע הפעלתו של סניף בנק הפועלים במבנה הקניון, בניגוד לתניית הבלעדיות. בד בבד הגיש בנק דיסקונט בקשה לצו מניעה זמני האוסר, בין היתר, על הפעלת סניף בנק כאמור, וזאת עד להכרעה בתובענה העיקרית. ביום 19.3.06 דחה בית המשפט המחוזי (כב' סגן הנשיא ד' חשין) את הבקשה לסעד זמני. מכאן בקשת רשות הערעור שלפנינו.

4. אכן, בית משפט זה פסק לא אחת כי ככלל, מקומו הראוי של הדיון בשאלת היותה של התחייבות חוזית משום הסדר כובל הינו במסגרת התובענה העיקרית ולא בגדר הליך של בקשה לסעד זמני (ראו, רע"א 9324/05 עדיגר השקעות בע"מ נ' שניב תעשיות נייר בע"מ (לא פורסם); רע"א 4933/01 טופרפארם (ישראל) בע"מ נ' חברת קניון אדומים בע"מ (לא פורסם); רע"א 10910/02 פז חברת נפט בע"מ נ' פרץ, פ"ד נח(1) 385; עוד השוו, רע"א 920/05 חסין אש תעשיות בע"מ נ' קוניאל אנטוניו (ישראל) בע"מ (לא פורסם)). אלא שהכלל האמור אינו מתייחס למצב דברים בו הפעיל הממונה את הסמכות הנתונה לו על פי סעיף 43(א) לחוק. כאמור, במקרה שלפנינו עשה הממונה שימוש בסמכות האמורה. משכך, הרי שעל פי סעיף 43(ה) לחוק מהווה קביעתו, במסגרת כל הליך משפטי, ראייה לכאורה לנקבע בה. בפני בית משפט קמא עמדה, איפוא, ראייה לכאורה לכך שתניית הבלעדיות מהווה הסדר כובל. ברי, כי מדובר בראיה לכאורית בעלת משקל ממשי, וזאת בין היתר לאור זהותו של הגורם הקובע. מוכן

אני לצאת מנקודת הנחה כי בנק דיסקונט רשאי היה לנסות ולסתור ראייה לכאורית זו, מתוך מטרה לשכנע את בית המשפט כי לכאורה אין מדובר בהסדר כובל וכי לפיכך קמה לו עילת תביעה (ראו התנאי הקבוע בסעיף 362(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984). אף אם כך הוא, הרי שבנסיבות העניין לא עמד בנק דיסקונט בנטל האמור. צדקה אם כן הערכאה הדיונית בסרבה להיעתר לבקשתו של בנק דיסקונט לסעד זמני, במסגרתה ביקש הוא למעשה לאכוף את תניית הבלעדיות עד להכרעה בתובענה העיקרית (ראו, רע"א 5622/90 רפאלי נ' קמפ ישראל בע"מ, פ"ד מה(2) 104). נוסף עוד, כי העובדה שהוגש ערר על קביעת הממונה אין בה, כשלעצמה, כדי להתלות את תוקפה של קביעה זו ולשלול את כוחה כראיה לכאורה לנקבע בה (ראו, ה"ע 9/97 בזק בינלאומי בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פ"מ תשנ"ט(1) 241, 256-257). בהקשר זה יצוין, כי בהתאם להוראת סעיף 43(ג) לחוק, חובת הראיה במסגרת הליך הערר מוטלת על בעל הדין אשר עורר נגד קביעתו של הממונה. אף ביתר טענותיו של בנק דיסקונט לא מצאתי ממש.

5. הבקשה נדחת. בנק דיסקונט יישא בשכר טרחת עורך-דין לזכות הקניון ולזכות בנק הפועלים בסך 35,000 ש"ח לכל אחד.

ניתנה היום, ח' בסיון תשס"ו (4.6.06).

שׁוֹפֵט