



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 53196-05-17 עורבני חברה להשקעות בע"מ ואח' נ' מ.ל. בניה ופיתוח בע"מ ואח'

תיק חיצוני : מספר תיק חיצוני

לפני כבוד השופט מוטי פירר

המבקשות 1. עורבני חברה להשקעות בע"מ

2. שופרסל בע"מ

נגד

המשיבים

1. שער אריה נכסים והשקעות בע"מ

2. עדי בר צדק

ב"כ המבקשות : עוה"ד ז'אן, גרוס ובן שמש
ב"כ המשיבה 1 : עו"ד מקליס
ב"כ המשיבה 2 : עו"ד גרנאי

החלטה

בקשה למתן סעד זמני כנגד פתיחת חנות במרכז מסחרי בעיר מודיעין בניגוד לתניית בלעדיות :

1. המבקשת 1 (להלן : "עורבני"), הינה בעלת זכויות חכירה מול רשות מקרקעי ישראל בחנות בשטח של כ-1,400 מ"ר במרכז המסחרי מודיעין סנטר המצוי ברח' צאלון בעיר מודיעין (להלן : "המרכז המסחרי"). עורבני השכירה את החנות מאז פתיחתו של המרכז המסחרי לפני כעשרים שנה למבקשת 2 (להלן : "שופרסל"), אשר מפעילה במקום חנות סופרמרקט. להשלמת התמונה ייאמר כי חב' שופרסל הינה בעלת המניות בחב' עורבני. החנות הנ"ל נרכשה על ידי עורבני בשנת 1997 מאת היזם והקבלן חב' מ.ל. בניה ופיתוח בע"מ (להלן : "הקבלן"), אשר בנה את המרכז המסחרי בהתאם להסכם פיתוח מול רשות מקרקעי ישראל משנת 1995 (מינהל מקרקעי ישראל דאז).

2. המשיבה 1 (להלן : "שער אריה") רכשה בשנת 1998 מאת הקבלן מספר חנויות במרכז המסחרי, בגין נחתמו חוזה חכירה אל מול רשות מקרקעי ישראל והיא משכירה אותן במשך השנים לשוכרים שונים.

3. במסגרת הסכמי המכר שבין הקבלן לבין עורבני ושער אריה, נכללה תניית בלעדיות – כהגדרתה להלן – המגבילה את מטרות השימוש בחנויות שבמרכז המסחרי, כפי שיפורט.

4. המשיב 2 (להלן : "בר צדק") חתם ביום 11.5.2017 אל מול שער אריה, על הסכם שכירות בגין חנות מס' 109 בשטח של כ-40 מ"ר המצויה במרכז המסחרי, למטרת ממכר פירות וירקות. בהתאם לכך פתח בר צדק ביום 18.5.2017 או בסמוך לכך את החנות הפירות והירקות תחת



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 53196-05-17 עורבני חברה להשקעות בע"מ ואח' נ' מ.ל. בניה ופיתוח בע"מ ואח'

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

השם מכופף הבנות (להלן: "**מכופף הבנות**"), זאת בסמיכות לחנות השופרסל ובאותה קומה של המרכז המסחרי.

5. ייאמר כבר עתה, השכרת החנות מאת שער אריה לבר צדק למטרת ממכר פירות וירקות מוגדת לכאורה באופן ברור ומפורש לתניית הבלעדיות המופיעה בחוזה המכר – זאת ככל שמדובר בתניית תקפה וחוקית. הדבר ידוע לצדדים כולם ואף קיבל את ביטוי בהסכם השכירות שבין שער אריה לבר צדק. נשוב לכך בהמשך הדברים.
6. יוער כי על אף שחוזי המכר נחתמו לפני כ-20 שנה, טרם נרשם המרכז המסחרי כבית משותף בפנקס הבתים המשותפים ולפיכך אף טרם נרשם תקנון בית משותף. אשר על כן, תניית הבלעדיות המופיעות כיום בהסכמים שבין הצדדים אינן רשומות כיום בספרי המקרקעין.
7. זוהי בקשה לסעד זמני, במסגרתה עותרות המבקשות כי בית המשפט יורה על סגירה מיידית של חנותו של בר צדק לממכר פירות וירקות – מכופף הבנות – אשר נפתחה לטענתה בניגוד מפורש לתניית הבלעדיות. עוד עותרות המבקשות במסגרת הבקשה ליתן צו מניעה האוסר על שער אריה להשכיר או למכור את היחידה המסחרית הנ"ל או כל יחידה מסחרית אחרת במרכז המסחרי למטרות הנוגדות את תניית הבלעדיות. בקשה זו מוגשת במקביל לתביעה העיקרית המוגשת על ידי המבקשות, בה הסעדים המבוקשים הינם: מתן צווים המצהירים כי תניית הבלעדיות בתוקף, כי הסכם השכירות בין המשיבים באשר להשכרת היחידה המסחרית למטרת חנות לממכר פירות וירקות – בטל. כן מבוקש מתן צו מניעה קבוע האוסר על השכרת או הפעלת היחידה המסחרית הנ"ל למטרה הנוגדת את תניית הבלעדיות.
8. המשיבות מצידן טוענות כי תניית הבלעדיות אינה חוקית, נוגדת את חוק ההגבלים העסקיים, באשר כל כולה לא נועדה אלא להגבלת התחרות וממילא לפגיעה בציבור. בנוסף מהווה תנייה זו לטענתן תנאי מקפח בחוזה אחיד ולפיכך בטלה.

דיון

9. סעד זמני כהגדרתו בתקנה 1 לתקנות סדר הדין האזרחי התשמ"ד-1984 (להלן: "**תקנות סד"א**"), הינו "**סעד שניתן להבטחת קיומו התקין של ההליך או ביצועו היעיל של פסק הדין**". בענייננו, קיימת זהות רבה, שלא לומר זהות כמעט מוחלטת, בין הסעד המבוקש בתביעה הראשית לבין הסעד הזמני. בשניים אלו עותרות המבקשות לאסור על פתיחת חנות במרכז המסחרי אשר תהווה תחרות לשופרסל באופן הנוגד את תניית הבלעדיות. באשר למטרתו של הסעד הזמני, דומה כי בענייננו, הסעד הזמני המבוקש לא נועד "להבטחת ביצועו היעיל של פסק הדין" בסופו של ההליך או "להבטחת קיומו התקין של ההליך", אלא נועד בעיקר למנוע פגיעה כלכלית במבקשות כיום, במהלך תקופת המשפט.



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 53196-05-17 עורבני חברה להשקעות בע"מ ואח' נ' מ.ל. בניה ופיתוח בע"מ ואח'

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

10. אקדים ואומר כבר כעת, לא הובהר בפני די הצורך כיצד סגירת "מכופף הבנות" כיום תתרום לניהול התקין של ההליך, כמו כן לא שוכנעתי מדוע צו לסגירתה יכול שיינתן היום אך לא יכול שיינתן בסופו של ההליך. לפיכך דומה כי כבר בשלב ראשוני זה, דומה כי הסעד המבוקש אינו עולה בקנה אחד עם כללי הסעדים הזמניים ומטרותיהם.
 11. נפסק לא אחת כי זהות בין הסעד העיקרי לסעד הזמני, אינה מהווה סיבה כשלעצמה להימנע ממתן הסעד הזמני. כאשר בית המשפט משוכנע כי עילת התביעה מבוססת וכי מאזן הנוחות נוטה בבירור לטובת מבקש הסעד, אין בזהות הסעד הזמני לסעד העיקרי כשלעצמה כדי להצדיק הימנעות ממתן הסעד הזמני (רע"א 2059/98 וולטה נ' PRS, פ"ד נב(4) 721, 732).
 12. בהתאם לתקנה 362(א) לתקנות סד"א, על מנת ליתן סעד זמני על בית המשפט להשתכנע על בסיס ראיות מהימנות לכאורה בקיומה של עילת תביעה. כמו כן שומה על בית המשפט לבחון את הנזק שייגרם למבקש אם לא יינתן הסעד הזמני, לעומת הנזק שייגרם למשיב אם יינתן הסעד הזמני, וכן נזק שעלול להיגרם למחזיק או לאדם אחר. בנוסף, יבחן בית המשפט האם הבקשה הוגשה בתום לב, האם מתן הסעד צודק וראוי בנסיבות הענין, והאם אינו פוגע במידה העולה על הנדרש.
 13. בפסיקה נקבע לא אחת כי בין שני המרכיבים העיקריים – זכות התביעה לכאורה ומאזן הנוחות – מתקיימים יחסי גומלין המכונים "מקבילית הכוחות". בהתאם לכך, ככל שסיכויי התביעה גבוהים יותר ניתן יהיה להקל במאזן הנוחות וכן להפך, (ראה למשל רע"א 131/16 אביטל נעמי אשבורן נ' ברוך אייזנברג, פורסם בנבו).
 14. להלן ניתן דעתנו לכל המרכיבים הנ"ל, ראשית נדון בעילת התביעה ובסיכוייה, שנית נדון במאזן הנוחות. לאחר מכן נבחן את ההיבטים הנוספים הרלבנטיים – תום לבם של הצדדים המעורבים, משמעותה של הזהות לכאורה בין הסעד הזמני לסעד העיקרי וטענת המשיבים כי מדובר למעשה בסעד עשה הנועד לשנות מצב קיים.
- עילת תביעה לכאורה**
15. במסגרת הבקשה למתן סעד זמני, על המבקש להראות כי עומדת לו זכות תביעה לכאורה. במסגרת זו על בית המשפט לבדוק האם התובענה בגינה מבוקש הסעד הזמני אינה חסרת סיכוי. בעניין זה נפסק כי די בכך שהוכח כי התביעה אינה טרדנית ושקיימת שאלה רצינית שיש לדון בה. בשלב זה אין צורך לפסוק באורח סופי בדבר צדקתו של מי מהצדדים, (ר' רע"א 7139/96 טריגוב נ' טפחות, פ"ד נא(2) 661, 665).



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 53196-05-17 עורבני חברה להשקעות בע"מ ואח' נ' מ.ל. בניה ופיתוח בע"מ ואח'

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

16. בסיס המחלוקת בענייננו הינו בשאלה, האם תניית הבלעדיות המצויה בחוזה המכר שבין הקבלן לבין הצדדים הינה חוקית ותקפה.

17. סעיפים 7(ה) ו-9(ו) לחוזה המכר מיום 4.9.1996 בין הקבלן לבין עורבני, קובעים כי בכל חוזה המכר שנחתמו בין הקבלן לבין רוכשי נכסים אחרים עד למועד זה (1996), וכן בכל חוזה המכר אשר יחתמו החל ממועד זה ואילך, יאשר כל רוכש כי הנכס אותו ירכוש "לא ישמש במישרין ו/או בעקיפין לסופרמרקט, מינימרקט, מרכול, מכולת, חנות ירקות ו/או פירות, אטליז..." –

18. בסעיף 7(ז) מצהיר הקבלן כי בכל חוזה המכר ייכלל סעיף לפיו הרוכש מסכים כי הגבלות אלו יירשמו בתקנון הבית המשותף וכי כל רוכש במרכז יהיה רשאי לאכוף סעיף זה על יתר הרוכשים. בסעיף 7(א) מובהר כי היה ויפר רוכש התחייבות הנוגעת בין היתר להגבלת העיסוק במרכז המסחרי כלפי רוכש אחר "יכול אותו רוכש לתבוע אותו ישירות..."

19. ביום 31.12.1997 נחתם הסכם מכר בין הקבלן לבין שער אריה, לרכישת מספר יחידות מסחריות במרכז המסחרי, וביניהם יחידה מספר 109 נשוא הליך זה.

20. בסעיף 1 לנספח ח' לחוזה המכר "תנאים כלליים" מצהיר הרוכש – שער אריה – כי ידוע לו כי היה ויפר התחייבות כלשהי מהתחייבויותיו על פי החוזה, ויגרם בכך נזק לרוכש אחר "יכול אותו רוכש לתבוע אותו ישירות..." בסעיף 2 מצהיר הרוכש ומסכים כי החברה רשאית לפי שיקול דעתה הבלעדי "ליתן בלעדיות לעיסוקים או לעסקים מסוימים במרכז"

21. בסעיף 3.א. לנספח ח' הנ"ל נקבע כך:

"הרוכש (שער אריה – מ.פ.) מצהיר ומאשר כי הנכס אותו רכש לא ישמש במישרין ו/או בעקיפין לאף אחת מן המטרות ו/או העיסוקים דלהלן:

1. סופרמרקט, מינימרקט, מרכול, מכולת, חנות ירקות ו/או פירות.
2. אטליז...

הרוכש מסכים לכך שבתקנון הבית המשותף תרשמה הוראות בדבר המגבלות והאיסורים כמפורט... למען הסר ספק הרוכש מתחייב לגרום לכך שכל מי שבא מטעמו ו/או במקומו לרבות שוכר, יתחייב בכתב טרם כניסתו לנכס לא להשתמש בנכס במישרין ו/או בעקיפין לאף אחת מן המטרות ו/או העיסוקים דלעיל."

(לעיל ולהלן: "תניית הבלעדיות")

22. על אף תניית הבלעדיות המפורשת, ביום 11.5.2017 נחתם כאמור הסכם שכירות בין שער אריה

לבין בר צדק, כאשר מטרת השכירות היא "אך ורק למטרת חנות למכירת פירות וירקות".

בהמשך להגדרת מטרת השכירות נקבע בסעיף 3 לחוזה השכירות כך:



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 53196-05-17 עורבני חברה להשקעות בע"מ ואח' נ' מ.ל. בניה ופיתוח בע"מ ואח'

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

"השוכר מצהיר בזאת כי קרא והבין את תנאי ההתקשרות בין המשכיר לבין מ.ל. בניה ופיתוח בע"מ מיום 7.12.97 כמפורט במסמך "תנאים כלליים" אשר צורף להסכם המכר וסומן באות ח' ואשר מצורף להסכם ומסומן כנספח ה'.

השוכר מצהיר כי ידוע לו כי המשכיר פועל בערכאות המתאימות לביטולו של סעיף 3 לנספח ח' ["הגבלת העיסוק"] וכמו כן מצהיר השוכר כי ניתנה לו ההזדמנות להיוועץ עם עו"ד מטעמו, לעניין תקפותו המשפטית של הסעיף האמור.

לפיכך מצהיר השוכר כי נשקלו על ידו כל השיקולים הרלבנטיים, בדגש על סעיף זה, וכי הוא מתקשר מרצונו המלא בהסכם זה.

השוכר מצהיר כי ככל ויוחלט מכל סיבה שהיא ע"י הערכאות המשפטיות המוסמכות, כי סעיף הגבלות העיסוק שריר, תקף ולא יבוטל, הרי שלא יוכל לבוא בכל טענה ו/או דרישה ו/או תביעה כלפי המשכיר, ולא יוכל לדרוש ממנו כל החזר כספי ו/או אחר בגין השקעותיו במושכר ו/או אובדן רווחיו ו/או בכלל.

השוכר מצהיר כי ידוע לו כי המשכיר התקשר עמו בהסכמים השכירות על סמך הצהרתו זו"

23. על אף התנאים המפורשים במערכת החוזים שבין הצדדים, טוענים המשיבים כי אין תוקף לתניית הבלעדיות וכי היא בטלה בהיותה תנאי בלתי חוקי. לפיכך לטענתם, דינה של התביעה העיקרית כולה להידחות. בין היתר סומכים המשיבים את עמדתם על הטענה כי מדובר בהסדר כובל כהגדרתו בחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים"); כי מדובר בתניית בלעדיות הנוהגת כבר 20 שנה ואין כל הצדקה להמשכה; הוגשו לאחרונה מספר תלונות לממונה על ההגבלים העסקיים באשר לתניית הבלעדיות במרכז המסחרי, הן מטעם המשיבים והן מטעם בעל חנות נוסף; קיימת החלטה קודמת של הממונה בה נקבע כי לאור פריסתה הנרחבת של רשת שופרסל – פתיחה של כל סניף נוסף תחייב אישור הממונה מראש; המשיבים מצביעים על גודל חנות השופרסל – 1,400 מ"ר לעומת גודל חנות המשיבים – כ-40 מ"ר, עוצמתה הכלכלית של רשת שופרסל, שליטתה בשוק הקמעוני, מאפייניו של התחום הגאוגרפי באזור העיר מודיעין והעדר חלופות לקהל הצרכים השבוי המתגורר באזור המרכז המסחרי; שופרסל היא קבוצה ריכוזית המהווה גוף קמעונאי גדול (כמובנו בחוק קידום התחרות בענף המזון, תשע"ד-2014) השולט בענף הקמעונאות, זאת לעומת המשיבים אשר הינם גופים קטנים ומעוטי יכולת ממשית להתחרות בשופרסל. כללו של דבר, טוענים המשיבים כי תניית הבלעדיות אסורה בהתאם לחוק ההגבלים העסקיים ולפיכך בטלה. כסמך לטענתם בדבר היות תניית הבלעדיות הסדר כובל, נעזרים המשיבים בקביעה קודמת של הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין קניון הראל ובנק דיסקונט (מיום 2.11.2005) אשר קבע כי הסכם הבלעדיות בנסיבות אותו המקרה אכן מהווה הסכם כובל. גם בענייננו, פנו המשיבים לממונה על ההגבלים העסקיים במהלך החודשים האחרונים, בתלונה באשר לתניית הבלעדיות במרכז המסחרי, אולם מטבע הדברים ונוכח לוח הזמנים הסמוך – הסוגיה טרם נידונה.



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 53196-05-17 עורבני חברה להשקעות בע"מ ואח' נ' מ.ל. בניה ופיתוח בע"מ ואח'

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

24. במישור היחסים שבין הצדדים בעלי החנויות (עורבי ושער אריה) טוענים המשיבים כי מדובר בתנאי הפוגע בקניינה של שער אריה ואינו מאפשר לה לעשות ברכושה כרצונה; תנאי המנוגד לחוק יסוד: חופש העיסוק; מדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד ועוד. לסיכום, טוענים המשיבים כי תניית הבלעדיות מהווה חוזה אשר אכיפתו אינה צודקת בנסיבות העניין כמובנם של הדברים בסעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970. לאור כל הנ"ל, טוענים המשיבים כי סיכויי ההגנה גבוהים ולפיכך, אין לאפשר מתן סעד זמני בשלב זה בטרם התבררה התובענה לגופה.

25. המבקשות מצדן מפנות להלכה לפיה, לא ידונו בתי המשפט בסוגיית ההגבלים העסקיים במסגרת סעד זמני. לגופם של דברים טוענות המבקשות כי אין מדובר בהסדר כובל, מטרותה של תניית הבלעדיות הינה ליצור תמהיל עסקי נכון ומגוון התורם לקידומו של המרכז המסחרי לרווחת הציבור ובעלי החנויות עצמם; אין מדובר בפגיעה בתחרות לנוכח מגוון האפשרויות המסחריות הקיימות בעיר מודיעין ובאזור המרכז המסחרי; אין מדובר בחוזה אחיד שכן הקבלן חתם בשעתו עם כל רוכש – לרבות שער אריה עצמה – על נספח שינויים פרטני לאחר מו"מ ממושך; אין מדובר בהגבלה של חופש הקניין שכן שער אריה מראש רכשה זכות קניינית מוגבלת, אשר שימושיה מוגבלים מלכתחילה בהתאם לתניית הבלעדיות ועוד.

26. אכן, בהתאם להלכה הפסוקה טענות לקיומו של הסדר כובל אינן מתאימות להתברר במסגרת בקשה למתן סעד זמני, (ראו [רע"א 4933/01 סופר-פארם \(ישראל\) בע"מ נ' חברת קניון אדומים בע"מ](#) [פורסם בנבו, 2001]; [רע"א 9324/05 עדיגר השקעות בע"מ נ' שניב תעשיות נייר בע"מ](#) [פורסם בנבו, 2005]; [רע"א 2725/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' קניון הראל בע"מ](#) [פורסם בנבו, 2006]; [רע"א 6793/08 לואר בע"מ נ' משולם לוינסטיין הנדסה וקבלנות בע"מ](#) [פורסם בנבו, 2009] ועוד. בעניין עדיגר, נאמר כך:

"...אכן, ההתחייבות האמורה מעוררת שאלות נכבדות מתחום דיני ההגבלים העסקיים. בין היתר עשויה להתעורר שאלה ביחס להיקף האיסורים החלים בכל הנוגע להתחייבויות אשר נוטלים על עצמם צדדים למיזם משותף... טענתן של המבקשות בעניין זה אינה חסרת בסיס. עם זאת, אין לומר כי ההתחייבות נגועה באי חוקיות שהינה כה בולטת ומזדקרת לעין עד שלא ניתן יהיה להעלות על הדעת מסקנה שונה מזו של המבקשות. דומה, כי טענתן של המבקשות מצריכה דיון מעמיק.

צדק אם כן בית המשפט המחוזי בקבעו כי המקום הראוי לעריכת דיון כאמור הינו במסגרת התובענה העיקרית ולא בגדר הליך של בקשה לסעד זמני, וכי בשלב זה אין להתעלם מקיומה של ההתחייבות (ראו, [רע"א 10910/02 פז חברת נפט בע"מ נ' פרץ \(לא פורסם\)](#); [רע"א 4933/01 סופר-פארם \(ישראל\) בע"מ נ' חברת קניות אדומים בע"מ \(לא פורסם\)](#); עוד השוו, [רע"א 920/05 חסין אש תעשיות בע"מ נ' קוניאל אנטוניו \(ישראל\) בע"מ \(לא פורסם\)](#)).



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 53196-05-17 עורבני חברה להשקעות בע"מ ואח' נ' מ.ל. בניה ופיתוח בע"מ ואח'

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

27. גם בענייננו, מעלים המשיבים טיעונים של טעם באשר לתניית הבלעדיות אשר ניתנה לפני כעשרים שנה לעורבני. כך בין היתר באשר להיקף ההגבלה, הכוללת מגוון יוצא דופן של תחומי עיסוק הנאסרים על כל יתר בעלי היחידות במרכז המסחרי, וכך גם באשר לתקופת חייה של תניה זו, אשר דומה כי נידונה לחיי נצח. אך מנגד יש לזכור, כי מדובר במרכז מסחרי אחד בתוך עיר מגוונת ושוקקת מרכזים מסחריים, ובטרם ייקבע כי מדובר בהסדר כובל הפוגע בתחרות, יש ליתן את הדעת למגוון האפשרויות העומדות בפני תושבי העיר והאזור והחלופות השונות להקמת חנויות מתחרות בתחומי עיסוק אלו מחוץ למרכז המסחרי שברח' צאלון בעיר. גם הטענה בדבר היות תניה זו תנאי מקפח בחוזה אחד, טענה דיון זהיר ומעמיק. מדובר בטענה הנטענת לראשונה לאחר 20 שנה במהלכן מצייתת שער אריה לתניה זו ללא כל עוררין.

28. כללו של דבר, סוגיית תוקפה וחוקיותה של תניית הבלעדיות מחייבת דיון מעמיק ובחינה רבת היקף של הנסיבות הרלבנטיות, של תיחום והגדרת השוק הרלבנטי לצורך בחינת הפגיעה בתחרות, של החלופות האזוריות השונות וכיו"ב, ואין מקומה להידון בהליך של סעד זמני.

29. שונה היה הדבר, לו הייתה מונחת על שולחנו כיום קביעה מטעם הממונה על ההגבלים העסקיים בהתאם לסעיף 43(א) לחוק ההגבלים, לפיה אכן מדובר בהסדר כובל. בנסיבות אלו היה בכך, בהתאם להוראות סעיף 43(ה) לחוק, כדי להוות ראיה לכאורה לתוכנה של הקביעה, (הש' רע"א 2725/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' קניון הראל בע"מ [פורסם בנבו, 2006]; רע"א 6724/09 כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ נ' דיויד שילד סוכנות לביטוח חיים (2000) בע"מ [פורסם בנבו, 2010]). אולם, כאמור לעיל, תלויות לממונה הוגשו על ידי המבקשים בענייננו רק בחודשים האחרונים וטרם התקבלה כל קביעה בעניין.

30. מסקנה דומה מתקבלת גם באשר לבחינת מישור היחסים הישיר שבין עורבני לבין שער אריה. טענת המשיבים לפיה אכיפת הסכם הבלעדיות "איננה צודקת בנסיבות העניין" כמובנה בסעיף 43(4) לחוק התרופות, היות ופוגעת בזכות הקניין של שער אריה או בחופש העיסוק, מהווה טענה שבחידוש, הנטענת לראשונה כיום לאחר 20 שנה, וכל המחדש – עליו הראיה. בנוסף, יש לזכור כי אין מדובר בהחלת הגבלה חדשה על שער אריה המחייבת את האחרונה לצמצם את השימוש בקניינה, שהרי שער אריה רכשה את זכויותיה בשנת 1997 מראש ומלכתחילה בכפוף לתניית הבלעדיות, (הש' דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים - ה"ח תשמ"ד מס' 1647 עמ' 41, 44).

31. אכן, לא ניתן לשלול את האפשרות כי בסופו של הליך ולאחר בחינה מעמיקה של כל ההיבטים, יתקבלו טענותיהם של המשיבים וסעיף הבלעדיות אכן יבוטל במלואו או בחלקו, או שיגובל פרק הזמן למימושו, אולם לא ניתן לומר זאת כבר עתה, באופן אשר יהווה הצדקה להפרת ההסכם



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 17-05-53196 עורבני חברה להשקעות בע"מ ואח' נ' מ.ל. בניה ופיתוח בע"מ ואח'

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

על ידי המשיבות או מניעת אכיפתו, (השו' ע"א 5131/10 רחל אזימוב נ' אפרים בנימיני, [פורסם בנבו, 2013]).

32. לסיכומו של פרק זה, תניית הבלעדיות בשלב זה שרירה וקיימת. טענות המשיבים באשר להיות תניית הבלעדיות הסדר כובל, שמורות להם לעיקרו של ההליך ואין ליתן להן משקל של ממש בשלב זה, בו נידונה הבקשה לסעד זמני. עניין לנו בהסכם בלעדיות התקף לעת עתה, אשר שער אריה הפרה אותו ביוזעין ואף בר צדק בהתקשרותו בהסכם השכירות עם שער אריה גרם להפרתו במודעות מלאה ובעיניים פקוחות. אשר על כן, בכל הנוגע לרכיב 'עילת התביעה' – ידן של המבקשות על העליונה.

33. על אף האמור מוצא אני טעם לסייג את הדברים במעט ולהדגיש, כי לא אמרנו עד כה שהצלחת התביעה מובטחת, ולמעשה לא התייחסנו כלל להערכת סיכויי התביעה. אמרנו רק שבכל הקשור לדיון בסעד הזמני אין מקום לדון בסוגיות אלו בשלב זה.

מאזן הנוחות

34. לא בכל מקום בו קיימת עילת תביעה "טובה" יינתן סעד זמני. לצורך בחינת ההצדקה למתן צו זמני בטרם הוכרעה התובענה לגופה, על בית המשפט לשקול גם את מאזן הנוחות. בין שני המרכיבים שוררת כאמור "מקבילית הכוחות", אך מכל מקום, אבן הבוחן העיקרית לבחינת הצדקת מתן הסעד הזמני היא דווקא מאזן הנוחות. במסגרת מאזן זה ייבחן הנזק שצפוי להיגרם למבקש אם לא יינתן הסעד הזמני לעומת הנזק שייגרם למשיב אם ינתן הסעד הזמני (ראו עניין אשבורן דלעיל; ע"א 5286/15 מקורות פיתוח וייזום בע"מ נ' מעיינות העמקים בע"מ, [פורסם בנבו, 2015]; ע"מ 9347/09 י.ד. ברזאני בע"מ נ' קל-בנין בע"מ, [פורסם בנבו, 2009]; בר"ם 2139/06 מר ושות' (1982) בע"מ נ' משרד התשתיות הלאומיות - נציבות המים, [פורסם בנבו, 2006]).

35. בסוגיה דנן, כל אחד מן הצדדים טוען לנזק חמור ובלתי הפיך אשר ייגרם לו, לו עמדתו תידחה. המבקשות טוענות, כי אי מתן הסעד הזמני יהווה פגיעה בקניין ופגיעה במוניטין שרכשו משך עשרים שנה במרכז המסחרי, פגיעה אשר לא ניתן יהיה להשיבה כעבור זמן. עוד טוענות המשיבות כי היה ובקשתן תידחה, יהווה הדבר יריית פתיחה לכל יתר החנויות במרכז המסחרי, אשר יחלו מכאן ואילך לרמוס ברגל גסה ולהפר את תניית הבלעדיות, אשר עד היום קוימה ללא עוררין ביניהם. המשיבים מצדם אף הם מצביעים על נזק בלתי הפיך אשר ייגרם להם לו עמדתם תידחה ויינתן הסעד הזמני. לטענתן, בר צדק קרוב לוודאי יקרוס כלכלית, ואילו שער אריה תיוותר ללא שוכר וייגרם לה נזק כלכלי משמעותי.



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 53196-05-17 עורבני חברה להשקעות בע"מ ואח' נ' מ.ל. בניה ופיתוח בע"מ ואח'

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

36. לטעמי, המבקשות לא הבהירו די הצורך מהו הנזק הבלתי הפיך אשר עשוי להיגרם להן בעקבות הפעלת חנות מכופף הבננות בתקופת קיומו של הליך משפטי זה, מדוע נזק זה אינו ניתן להטבה כספית, ובפני איזו שוקת שבורה ימצאו עצמן בסיומו של ההליך לולי מתן הסעד הזמני. באשר לעורבני, יש להניח שדמי השכירות אותם משלמת לה שופרסל לא צפויים להיפגע במהלך תקופת ניהול המשפט היה ולא תתקבל הבקשה לסעד הזמני, לכל הפחות לא הובאה כל ראיה לכך, כך שעורבני כשלעצמה לא צפויה להיפגע בתקופה זו. באשר לשופרסל, אף אם הכנסתה עתידה להיפגע עקב הגברת התחרות המקומית, סוף סוף מדובר בפגיעה כספית המוגבלת לתקופת ניהול המשפט, אשר בסופה ניתן יהיה לתבוע את הנזק מאת המשיבות. חזקה על שופרסל, כמי שמנהלת את חנות הסופרמרקט שנים רבות כמו גם חנויות רבות נוספות ברחבי הארץ, כי תהיה מסוגלת לערוך השוואה בין הפעילות העסקית של מחלקת הפירות והירקות בתקופה שעד פתיחת חנות מכופף הבננות, לבין התקופה שלאחר פתיחתה, תוך השוואה בין חודשי השנה השונים ותוך התייחסות לכל הנתונים הרלבנטיים. בדיקה כלכלית מעין זו עשויה להוות בסיס בר סמכא למידת הפגיעה אשר עשויה שופרסל להיפגע בעקבות הפעלת החנות המתחרה. באשר לעוצמת הפגיעה יש לזכור כי מדובר מצד אחד בחנות סופרמרקט המשתרעת על שטח של כ- 1,400 מ"ר ומנגד בחנות קטנה בשטח של כ-40 מ"ר ולפיכך אין להגזים בעוצמת הפגיעה. נוסף על כך, אינני מוצא ממש בטענות ערטילאיות משהו באשר לפגיעה בזכות הקניין ובפגיעה במוניטין, במנותק מן הפגיעה הכלכלית המתוארת לעיל.

37. מכל מקום, לא שוכנעתי די הצורך כי מדובר בפגיעה כה אנושה שלא ניתן יהיה להיטיבה בדרך של תביעה כספית. אכן, יכולה להישמע הטענה כי הנזק הכלכלי שייגרם לשופרסל יהיה קשה לכימות ולהוכחה, שכן קשה יהיה לבודד את ההשפעה של פתיחת מכופף הבננות על פעילות מחלקת הפירות והירקות של שופרסל מתוך יתר הגורמים והנתונים המשפיעים על פעילות מחלקה זו. אולם דומני כי לא יהיה זה מוגזם לומר כי אין מדובר בנזק שאינו בר הוכחה, וכי ייתכן שהתרופה לכך תהיה בהגמשת נטל הראיה להוכחת הנזק בבוא היום.

38. המבקשות טוענות, כי פתיחת חנות מכופף הבננות במרכז המסחרי מהווה "בלון ניסוי" או "נייר לקמוס" אשר עיני כל בעלי היחידות במרכז המסחרי נשואות אליו. לדבריהן, בהתאם לתוצאות החלטה זו בבקשה לסעד הזמני, יכלכלו כל בעלי היחידות האחרים את מעשיהם בהמשך הדרך. בבסיס הדברים עומדת הטענה כי צדדים נוספים מבקשים להפר אף הם את תניית הבלעדיות, ויתכן כי שער אריה עצמה מבקשת לעשות כן באשר ליחידות נוספות שבבעלותה, אולם אלו ייעשו זאת רק אם לא יינתן הסעד הזמני. טענה זו אינה ברורה כשלעצמה, באשר ההנחה שבבסיסה הינה, כי בעלי יחידות במרכז המסחרי אינם "נבהלים" מהפרת חוזה, מצו הסגירה אשר יתכן שצפוי להינתן בסופו של ההליך או מהפיצויים אשר יכול שיידרשו לשלם בבוא היום



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 53196-05-17 עורבני חברה להשקעות בע"מ ואח' נ' מ.ל. בניה ופיתוח בע"מ ואח'

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

בגין הפרת החוזה על ידם. כל אלו אינם מעוררים כל חשש בלב אותם צדדים אשר רואים בכך סיכון מחושב, אולם עיניהם נשואות לצו הזמני – הוא לבדו אשר יקבע האם אותם צדדים יכבדו את תנאית הבלעדיות עליה הם חתומים או שמא יחליטו להפר אותה. בכל הכבוד, אינני סבור כי נימוק מעין זה עשוי להוות כשלעצמו טעם למתן סעד זמני. המניע העיקרי אשר נועד למנוע מצדדים לחוזה מלהפר אותו, נעוץ בתוצאה הסופית הצפויה של ההליך, לרבות סעדי האכיפה והפיצויים, ולא ביתרון הטקטי הזמני ככל שיושג בדמות הסעד הזמני או העדרו. מכל מקום, מטרתו של הסעד הזמני אינו הקניית יתרון טקטי בתקופת ניהול המשפטי לצד זה או אחר, אלא מניעת פגיעה חמורה ובלתי הפיכה בתקופת ביניים זו פגיעה אשר תותיר את מבקש הסעד הזמני בפני שוקת שבורה היה ותתקבל תביעתו.

39. מנגד, המשיבה 1 שער אריה – אף היא לא הבהירה די הצורך מהו הנזק אשר עשוי להיגרם לה היה וייתן הסעד הזמני. מדובר בנכס מקרקעין אשר הושכר על ידה במשך כ-20 שנה לשוכרים שונים בכפוף לתנאית הבלעדיות, ואשר לאחרונה החליטה להשכירו לבר צדק למטרת ממכר פירות וירקות, מטרה אשר נוגדת את תנאית הבלעדיות. היה וייתן הסעד הזמני, התוצאה תהיה אחת משתיים, האחת - בר צדק ימשיך לשאת בחובותיו על פי חוזה השכירות, יתכן תוך שינוי מוסכם של מטרת השכירות ויוסיף לשלם דמי שכירות חודשיים – כך אף עולה מאשר התחייב לו בסעיף 3 לחוזה השכירות. האפשרות השנייה היא כי בר צדק יאלץ לעזוב את המושכר. או אז שער אריה תיאלץ להשכיר את החנות לשוכר אחר באופן שאינו נוגד את תנאית הבלעדיות, בדיוק כפי שנהגה בעשרים השנים האחרונות. שתי האפשרויות הנ"ל אינן מלמדות על נזק חמור או בלתי הפיך אשר עלול להיגרם לשער אריה, בתקופת הביניים שעד להכרעה בתובענה העיקרית. בוודאי לא מדובר בנזק אשר לא ניתן להיטיבו באמצעות תשלום פיצוי כספי בבוא היום.

40. באשר למשיב 2 – בר צדק. דומה כי האחרון הינו היחיד אשר עשוי להיפגע כלכלית ואולי אף באופן בלתי הפיך בעקבות מתן הסעד הזמני. לדבריו, נאלץ הוא לסגור לאחרונה חנות פירות וירקות אחרת, ובהעדר חלופה אחרת שכר את החנות נשוא תובענה זו. בעדותו סיפר כי השקיע סך שבין עשרים לשלושים אלף ₪ בפתיחת החנות ולו ייאלץ לסגור את המקום - יקרוס כלכלית. האמת צריכה להיאמר, מדובר בהשקעה נמוכה יחסית בפתיחת בית עסק, ויש אף בסיס להניח כי הובאה בחשבון האפשרות למאבק משפטי הצפוי מצדה של שופרסל.

41. אכן, במאזן הנזקים יש להניח כי הנזק שייגרם לשופרסל ועורבני לו תידחה בקשתו לסעד זמני, אינו נזק שיביא לפגיעה אנושה אשר לא ניתן יהיה להיטיבה בתשלום כספי. כך גם באשר לנזקים שייגרמו לשער אריה לו תתקבל הבקשה לסעד זמני. מנגד, סביר כי הפגיעה בבר צדק תהיה פגיעה חמורה יותר, היות שהוא ייאלץ לסגור את החנות ולחפש לעצמו מקום חלופי. מנגד



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 53196-05-17 עורבני חברה להשקעות בע"מ ואח' נ' מ.ל. בניה ופיתוח בע"מ ואח'

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

מוצא אני להביא בחשבון את השיקולים הבאים אשר יש בהם כדי להקטין את משקלה של הפגיעה בבר צדק:

42. בר צדק הכניס עצמו ביודעין למצב מורכב זה, תוך נטילת הסיכון בעיניים פקוחות, בודעו במפורש כי פתיחת חנות פירות וירקות בסמוך לחנות השופרסל נוגדת את תניית הבלעדיות. היה עליו לצפות כי יינקטו נגדו באופן מיידי צעדים משפטיים, ומנוסח חוזה השכירות עליו חתום ניכר שאפשרות זו אכן הובאה בפירוש בחשבון. נוכח העובדה שבר צדק הכניס עצמו ביודעין למצב של הפרת תניית הבלעדיות שבין המבקשות לבין שער אריה, לא יהיה זה הוגן כי יזכה הוא להיבנות ממצב דברים זה.

43. נוסף על כך, המשיבים – שער אריה ובר צדק – החליטו באופן יזום להפר את תניית הבלעדיות ולקבוע עובדות חדשות בשטח באופן אשר יחייב את המבקשות לנקוט הליך זה נגדם. בכך פעלו למעשה המשיבים בדרך של עשיית דין עצמי. דרך המלך המתבקשת היתה להמתין להכרעת הממונה על ההגבלים העסקיים ולחלופין לעתור לבית המשפט המוסמך על מנת שיצהיר כי תניית הבלעדיות בטלה. אולם אלו לא נעשו על ידי המשיבים. האחרונים העדיפו לבצע "תקיפה עקיפה" ובמובן זה הטו באופן מודע את מאזן הנוחות לרעתם וליתר דיוק לרעתו של בר צדק. הליכה בדרך המלך כאמור היתה חוסכת את הנזקים שייגרמו לבר צדק היה וייתן הסעד הזמני.

44. השקעתו של בר צדק בפתיחת החנות היתה בסכום של כ-20 עד 30 אלפי שקלים. מובן כי אין מדובר בנזק שאינו בר פיצוי. גם סגירת חנות מכופף הבנות במרכז המסחרי ואובדן רווח עתידי מהפעלת החנות אינה מהווה מכה שלא ניתן לעמוד בה. כשם שפתח בר צדק את החנות לפני שבועות מספר במרכז המסחרי בהשקעה לא גבוהה, כך יכול הוא לפותחה מחדש בכל מקום אחר.

45. סיכומו של דבר, בבחינת הנזקים המיידים שייגרמו לצדדים כתוצאה ממתן או אי מתן הסעד הזמני, מסיק אני כי הנזק המייד שייגרם לבר צדק ככל שיינתן הסעד הזמני, גדול יותר מהנזק שייגרם לשופרסל ככל שלא יינתן הסעד הזמני. במובן זה ידו של בר צדק לכאורה על העליונה. אולם כשאנו מביאים בחשבון את העובדה שבר צדק נטל על עצמו את הסיכון ביודעין ובעיניים פקוחות תוך ידיעה שהוא גורם להפרת תניית הבלעדיות שבין עורבני לבין שער אריה – יתרון זה מתגמד. כאמור לא יהיה זה הוגן כי בעל דין יפעל בניגוד להסכם, יכניס עצמו ביודעין לעמדת נחיתות כלכלית תוך נטילת סיכון ולאחר מכן יעשה שימוש בנחיתות זו ויטען כי שיקול מאזן הנוחות נוטה לטובתו.

46. על אף כל האמור באשר לדרך פעולתם של המשיבים, לא מצאתי כי בנסיבות העניין מאזן הנוחות נוטה בבירור לטובת המבקשות. לא שוכנעתי כי למבקשות ייגרם נזק בלתי הפיך ושאינו



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 17-05-53196 עורבני חברה להשקעות בע"מ ואח' נ' מ.ל. בניה ופיתוח בע"מ ואח'

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

בר פיצוי לו תידחה בקשתן לסעד זמני ולא הובהר בפניי די הצורך איזו שוקת שבורה ממתנה למבקשות בסופו של ההליך. אכן, מנגד לא מצאתי גם כי למשיבים ייגרם נזק כגון זה באם יינתן הסעד הזמני. לבר צדק אמנם ייגרם נזק משמעותי יותר לו יינתן הסעד, אולם כאמור לעיל נוכח החלטתו של האחרון להיכנס למצב מורכב זה בעיניים פקוחות תוך לקיחת הסיכון אין לראות בכך יתרון של ממש.

47. כללו של דבר, מוצא אני את מאזן הנוחות בסופו של יום – מאוזן למדי, כאשר לאיש מן הצדדים לא נרשם יתרון של ממש.

תום לב וניקיון כפיים

48. ההצדקה לעתור לבקשת סעד עוד בטרם הוכרעה התובענה לגופה מותנית בכך שמדובר בצורך אמיתי ודחוף וכי המבקש מצדו עשה את כל המוטל עליו בנסיבות העניין. מבקש אשר לא פעל בתום לב או השהה את בקשתו לסעד זמני לא יזכה בסעד המבוקש, (ר' רע"א 5240/92 **חלמיש נ' אשרז**, פ"ד מז(1) 45).

49. אכן, לא מצאתי כל פגם בהתנהלותן של המבקשות. הבקשה לסעד זמני הוגשה על ידן מיד כשנודע להן על דבר הפרת תניית הבלעדיות ודומה כי הן פעלו בתום לב ובדחיפות הראויה. מנגד מוצא אני טעם לפגם דווקא בהתנהלותם של המשיבים. כאמור לעיל, בהינתן שתניית הבלעדיות תקפה – וזוהי הנחת המוצא לעת עתה, פעלו המשיבים לכאורה בניגוד מוחלט לחוזה. שער אריה פעלה בניגוד לחוזה עליו היא עצמה חתומה, ואילו בר צדק פעל לכאורה באופן המהווה גרם הפרת חוזה. מובן כי יש לסייג את הדברים ולהעיר כי היה ובעתיד ייקבע כי תניית הבלעדיות בטלה, הרי שיתברר בדיעבד כי הללו פעלו כדין, אולם כאמור לעיל, בשלב זה בו נידון הסעד הזמני, הנחת המוצא הינה כי תניית הבלעדיות עומדת בתוקפה.

50. על אף האמור, יש לזכור כי לא עסקינן במאזן תום הלב שבין שני הצדדים. חובת תום הלב לעניין סעד זמני הינה חובה המוטלת על הצד המבקש בלבד, זאת כתנאי למתן הסעד. ככל שייקבע כי המשיבים פעלו בחוסר תום לב אין בכך כדי להוות עילה למתן הסעד הזמני, אם כי יתכן שתהיה לכך השפעה על התובענה גופה. המבקש את הסעד הזמני עוד בטרם הוכרעה התביעה לגופה, הוא זה הנדרש להוכיח תום לב וניקיון כפיים. היה ויימצא רבב בהתנהגותו יכול ויאבד את זכותו לסעד הזמני. אולם באשר למשיב – לא מצינו כי האחרון יידרש להוכיח תום לב על מנת להינצל מציפורני הסעד הזמני. המשיב נהנה מברירת המחלל לפיה ככלל – וכל עוד לא הוכח כי יש לכך הצדקה – סעד יינתן בסופו של ההליך המשפטי ולא בתחילתו.

51. במילים אחרות, על אף שמתוך פני הדברים עולה לכאורה כי המבקשות פעלו כדין ובתום לב, ויתכן שדווקא המשיבים פעלו שלא כדין ואולי אף בחוסר תום לב, אין בכך כדי לקבוע בהכרח



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 17-05-53196 עורבני חברה להשקעות בע"מ ואח' נ' מ.ל. בניה ופיתוח בע"מ ואח'

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

כי הסעד הזמני מוצדק בנסיבות העניין. הסעד הזמני אינו מהווה סנקציה כנגד מי שמפר חוזה או כנגד צד הפועל בחוסר תום לב. יש לזכור כי הסעד הזמני הינו החריג לכלל לפיו סעד יינתן בסופו של הליך, והצדקתו היא בצורך המידי לשמר מצב קיים, מקום בו אי מתן הסעד יעמיד את המבקש בסופו של ההליך מול שוקת שבורה (ע"א 1226/90 **בנק לאומי נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה**, פ"ד מט(1), 177 – להלן "**הסתדרות הרבנים**"). כאמור לעיל, בבחינת מאזן הנוחות לא שוכנעתי כי הנזק שייגרם למבקשות בהעדר הסעד הזמני הינו בלתי הפיך.

זהות הסעד העיקרי והסעד הזמני

52. כפי שהובהר לעיל, במקרה שלפנינו קיימת זהות רבה בין הסעד העיקרי לסעד הזמני. בשני אלו מבוקש צו אשר יאסור על המשיבים לפעול בניגוד לתניית הבלעדיות.

53. נפסק לא אחת כי זהות הסעדים אינה מהווה סיבה כשלעצמה להימנע ממתן הסעד הזמני. אולם זאת בתנאי שבית המשפט שוכנע כי מאזן הנוחות נוטה בבירור לטובת מבקש הסעד (רע"א 2059/98 **וולטה נ' PRS**, פ"ד נב(4) 721, 732; רע"א 9213/12 **רשת נגה בע"מ נ' ישראל 10 - שידורי הערוץ החדש בע"מ**, [פורסם בנבו, 2013]).

54. בענייננו, לא ניתן לומר כאמור כי מאזן הנוחות נוטה בבירור לטובת המבקשות, ולפיכך יש לנקוט משנה זהירות מקום בו קיימת זהות בין הסעד העיקרי לזה הזמני.

סיכום

55. סעד זמני בהתאם לסעיף ההגדרות בתקנות סדר הדין האזרחי, מוגדר כ"**סעד שניתן להבטחת קיומו התקין של ההליך או ביצועו היעיל של פסק הדין**". סעד הניתן בראשיתו של הליך משפטי, הינו חריג לכלל הבסיסי לפיו הסעד בתביעה יינתן בסופו של ההליך ורק לאחר שנתבררה התביעה לגופה. ההצדקה למתן הסעד בשלב כה מוקדם ובטרם התבררה התביעה, עומדת מקום בו אי מתן הסעד יעמיד את המבקש בסופו של ההליך בפני שוקת שבורה, באשר לא יכול הוא לממש את תוצאות זכייתו וכיו"ב. (ר' עניין **הסתדרות הרבנים דלעיל**).

56. המבחנים הנדרשים לבחינת ההצדקה למתן הסעד הזמני הינם עילת התביעה וסיכוייה מחד ומאזן הנוחות מאידך, כאשר בין שני מרכיבים אלו שורר עקרון "מקבילית הכוחות".

57. לעיל קבעתי, כי במבחן הראשון – מבחן עילת התביעה – ידן של המבקשות על העליונה. ברם יש לזכור, קביעה זו איננה אומדת באמת ובתמים את סיכויי התביעה בתיק, תוך נקיטת עמדה כי קרוב לוודאי שהתביעה תתקבל. אין מדובר בקביעה אפוסטריורית הנסמכת על הערכת סיכויי וסיכויי התביעה לגופם, אלא בקביעה אפריורית הנסמכת על הכלל לפיו שיקולים הנוגעים לסוגיית הגבלים עסקיים לא יידונו כלל במסגרת הליך של סעד זמני.



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 17-05-53196 עורבני חברה להשקעות בע"מ ואח' נ' מ.ל. בניה ופיתוח בע"מ ואח'

תיק חיצוני: מספר תיק חיצוני

58. ב"כ המבקשות סבור כי העובדה ששאלות שבדיני הגבלים עסקיים לא יידונו כלל בהליך של סעד זמני (פרשת סופר-פארם דלעיל) משמעותה, כי הצד האחד של מקבילית הכוחות – עילת התביעה – מוצה עד תום. לפיכך סבור הוא כי באשר לצד האחר של המקבילית – מאזן הנוחות – המשקל הנדרש הינו כמעט אפסי. אין בידי לקבל טענה זו. אדרבה, היות שהצד הראשון של מקבילית הכוחות – סיכויי התובענה – כלל לא נידונה, הרי שלטעמי יש ליתן דווקא משקל יתר לצד האחר של המקבילית – מאזן הנוחות. למעשה ניתן לומר כי בסעדים זמניים בהם השאלות שבמחלוקת הינן סביב טיעונים מדיני ההגבלים העסקיים – טיעונים אשר אינם נידונים לגופם כלל בשלב זה, יש להכריע את הבקשה למתן סעד זמני בעיקר וביתר שאת על סמך שיקולי מאזן הנוחות.

59. יתר על כן, יש לזכור כי בענייננו קיימת זהות כמעט מלאה בין הסעד הזמני המבוקש לסעד העיקרי בתביעה. בעניין זה נקבע בפסיקה כי מקום בו קיימת זהות סעדים כאמור, לא ייעתר בית המשפט למתן הסעד הזמני אלא אם מאזן הנוחות נוטה בבירור לטובת מבקש הסעד (עניין וולטה דלעיל).

60. ואם לא די בכך, בענייננו במסגרת הסעד הזמני מבוקש להורות על סגירת חנות המשיבים אשר החלה כבר לפעול זה מקרוב. במובן זה מהווה הסעד הזמני המבוקש – צו עשה, אשר תנאיו אף מחמירים יותר ומחייבים כי בית המשפט יבחן היטב האם מתן הסעד הזמני הוא אכן כה חיוני עד שיהיה בכך כדי להצדיק התערבות של בית המשפט לשם שינויו של מצב קיים (ר' רע"א 338/88 נחום חמיס נ' דוד שטרן, פ"ד מג(4) 552). אם כי אסייג מיד את הדברים ואומר כי בעניין זה ער אני לטענות המבקשות באשר לשיטת "חומה ומגדל" בה נקטו המשיבים בפתחם את החנות בן לילה, על מנת לקבוע עובדות בשטח (ראה לעניין זה רע"א 9213/12 רשת נגה בע"מ נ' ישראל 10 - שידורי הערוץ החדש בע"מ, [פורסם בנבו, 2013] והשוו' רע"א 5711/12 נ. מצה בע"מ נ' דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ, [פורסם בנבו, 2013]).

61. מכלול השיקולים המנויים לעיל, מדגישים כי בנסיבות ענייננו, יש ליתן משקל מכריע דווקא לשאלת מאזן הנוחות, ובמילים אחרות – לא יינתן הסעד הזמני בראשיתו של הליך זה ובנסיבותיו, בטרם התבררה התביעה לגופה, אלא אם ישוכנע בית המשפט כי מאזן הנוחות נוטה בבירור לטובתן של המבקשות.

62. אולם כאמור לעיל, לאחר ששמעתי בקשב רב את טיעוני הצדדים לפניי, עיינתי בחומר הרב שהוגש על ידי באי כוחם המלומדים של הצדדים, ושבתי ושקלתי את כל השיקולים הצריכים לעניין, לא שוכנעתי כי מאזן הנוחות נוטה באופן ניכר, אם בכלל, לטובת המבקשות. לא מצאתי כי ייגרם נזק של ממש למבקשות, בבחינת "שוקת שבורה", או נזק בלתי הפיך אשר לא ניתן



בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 17-05-53196 עורבני חברה להשקעות בע"מ ואח' נ' מ.ל. בניה ופיתוח בע"מ ואח'

תיק חיצוני : מספר תיק חיצוני

יהיה להיטיבו בתביעה כספית, היה ולא יינתן הסעד הזמני. לכל היותר מדובר בנוק כלכלי אשר יבוא לידי ביטוי בירידת שיעור הפדיון ממחלקת הפירות והירקות במהלך תקופת ניהול המשפט, הפסד מוגדר ומתוחם אשר הינו בר תביעה.

63. באשר לשאלת תום ליבם של המשיבים בכך שעשו דין לעצמם וקבעו עובדות בשטח, זאת במקום ללכת בדרך המלך ולפעול בקרב הרשויות המוסמכות לכך לביטול תניית הבלעדיות – אכן יש טעם בטענת המבקשות בעניין זה. אולם לא מצינו כי העדר תום לב לכאורה מצד המשיב לבקשה, יהוו כשלעצמן שיקול למתן צו זמני, מקום בו מאזן הנוחות אינו מצביע על הצדקה לכך.

64. לאור כל האמור לעיל ובשים לב בעיקר לסוגיית מאזן הנוחות – אני דוחה את הבקשה.

65. נוכח הנסיבות המתוארות לעיל באשר למאזן תום הלב שבין הצדדים - אינני עושה צו להוצאות.

ניתנה היום, י"א תמוז תשע"ז, 05 יולי 2017, בהעדר הצדדים.

מוטי פירר, שופט