

קביעה לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988

קביעת קו פעולה על-ידי לשכת שמאי מקרקעין: הפצת תעריף מינימאלי

1. לשכת שמאי מקרקעין בישראל - גוף ווולונטרי חסר כל מעמד על פי דין - מפיצה בין שמאי המקרקעין תעריף מינימלי לשרותי שומת מקרקעין. שמאי המקרקעין גובים מלקוחותיהם שכר טרחה על-פי התעריף המינימלי. גביית שכר טרחה הנמוך מהתעריף המינימלי עלולה לחשוף את השמאי להליך משמעותי בפני מוסדות הלשכה. האם לפנינו הסדר כובל? זוהי בקליפת אגוז השאלה נושא קביעה זו. התשובה הינה, כי אכן זהו הסדר כובל, שעריכתו והפעלתו אסורה.

מקצוע שמאות המקרקעין

2. מקצוע שמאות המקרקעין, כמו לא מעט מקצועות חופשיים אחרים, הוא מקצוע המוסדר בחוק. הסדרת המקצוע נקבעה במסגרת חוק שמאי מקרקעין, התשכ"ב - 1962 ("חוק שמאי מקרקעין"). חוק שמאי מקרקעין קובע את עקרון "ייחוד המקצוע", לאמור, בעריכת שומת מקרקעין תמורת שכר יעסוק רק שמאי מקרקעין,¹ כאשר העובר על הוראה זו צפוי לעונש.²

3. שמאי מקרקעין חייב להתנהג באופן ההולם את כבוד המקצוע.³ מועצת שמאי המקרקעין - גוף סטטוטורי אשר הוקם על ידי חוק שמאי מקרקעין - היא האמונה על אכיפת כללי התנהגות ההולמים את כבוד מקצוע שמאות המקרקעין.⁴

פרט להוראת התנהגות אחת,⁵ חוק שמאי מקרקעין אינו מגדיר מהי התנהגות שאינה הולמת את כבוד המקצוע. החוק הסמיך את שר המשפטים לקבוע בתקנות מהם אותם "דברים שיש בהם משום התנהגות שאינה הולמת את כבוד המקצוע".⁶

4. שר המשפטים עשה שימוש בסמכותו והתקין בשנת 1966 את תקנות שמאי מקרקעין (אתיקה מקצועית), התשכ"ו-1966 ("תקנות האתיקה"). תקנה 1(7) לתקנות האתיקה קובעת כדלקמן:

1." מבלי לפגוע בכלליות הסעיפים 11 ו-13 - לחוק אני קובע את המנויים להלן כמעשים ומחדלים על ידי שמאי מקרקעין (להלן - שמאי) שיש בהם משום התנהגות שאינה הולמת את כבוד המקצוע:

•
•
•

¹סעיפים 10 ו-19(א) לחוק שמאי מקרקעין.

²סעיף 19(ב) לחוק שמאי מקרקעין.

³סעיף 13(א) לחוק שמאי מקרקעין.

⁴סעיף 13 של חוק שמאי מקרקעין.

⁵סעיף 11 לחוק שמאי מקרקעין הקובע כי שמאי מקרקעין לא יעסוק בשומת מקרקעין דרך קבע בשכר בשיתוף עם מי שאינו שמאי מקרקעין.

⁶סעיף 12 לחוק שמאי מקרקעין.

**(7) קביעת שכר, או קבלת שכר, למטה מן הסביר והמקובל במקצוע לגבי
השרות שניתן;**

בתקנות האתיקה לא נקבע מהו שכר "סביר ומקובל במקצוע לגבי השרות שניתן", ולא נקבעו אמות המידה לחישובו, מעבר להנחייה הכללית בדבר הסביר והנהוג.

5. ביום 2 ביוני 1983 החליטה מועצת שמאי מקרקעין כי לענין האמור בתקנה 1(7) לתקנות האתיקה, "תראה המועצה את התעריף שנקבע ע"י אגודת השמאים ושמיתפרסם על ידה מדי פעם לפעם - כתעריף סביר ומקובל במקצוע."

6. "אגודת השמאים" הנזכרת בהחלטת המועצה היא "אגודת שמאי מקרקעין בישראל". אגודה זו נרשמה כעמותה לפי סעיף 61 לחוק העמותות, התש"ס - 1980 ביום 30 ביוני 1982.⁷ בתקנון העמותה, אשר אושר על ידי מוסדות העמותה ביום 28.1.86 הוחלט כי שמה של העמותה יוחלף ל"לשכת שמאי מקרקעין בישראל".

לשכת שמאי המקרקעין היא גוף וולונטרי. לשון אחר, אין צורך להיות חבר בלשכה כתנאי לעיסוק במקצוע שמאות המקרקעין, בניגוד לדוגמא ללשכת עורכי הדין בה חייב עורך דין להיות חבר על-פי חוק כתנאי הכרחי לעיסוק במקצוע עריכת הדין.

7. בעקבות החלטת המועצה האמורה לעיל, נפנתה לשכת שמאי המקרקעין לקבוע תעריפים לשרותי שומת מקרקעין, אשר עודכנו ושונו מספר פעמים. התעריף הראשון אשר נקבע לאחר החלטת המועצה הוא תעריף מחודש יולי 1984 ועל פי האמור בו הוא בא להחליף את התעריף מיולי 1982. תעריף זה עודכן בינואר 1987. בינואר 1993 הופץ תעריף חדש. תעריף זה הוא התעריף התקף היום.

8. כותרתו של התעריף נשוא קביעה זו הוא "תעריף ינואר 1993 (בסיס 1987 + סעיפים חדשים)". בעמוד הראשון של התעריף נקבע כי "תעריף מנחה זה בא להוסיף לתעריף מ - 1987 במספר נושאים שלא נכללו בעבר... כל שאר הסעיפים והתעריפים נותרו ללא שינוי מתעריף 1987". בסעיף ז' לתעריף משנת 1987 נקבע כי "התעריף המינימלי אין בו כדי להגביל או למנוע עשיית הסכמים לשכר טרחה אחר, שייראה לצדדים, או שיידרש על ידי השמאי, ובלבד שלא יפחת מהתעריף המינימלי". התעריף משנת 1993 לא גרע מסעיף ז'. בנוסף, בסעיף יא לתעריף הוזכר תוקפו האתי המחייב במילים הבאות:

"ביום 2.6.83 קבעה מועצת השמאים את ההחלטה הבאה:
'לענין האמור בתקנה 1(7) לתקנות שמאי מקרקעין (אתיקה מקצועית),
התשכ"ו - 1966, תראה המועצה את התעריף שנקבע ע"י אגודת השמאים
ושמתפרסם על ידה מדי פעם לפעם - כתעריף סביר ומקובל במקצוע'.
כן קבעה המועצה כי ההחלטה הנ"ל תובא לידיעת כל השמאים וכן להנהלת בתי-
המשפט כדי שיוודעו על כך לבתי המשפט בארץ."

9. הסכומים המפורטים בתעריף המינימלי של שנת 1993 הם דולריים. שכר הטרחה עצמו אמור להיות מחושב על ידי השמאי "על-פי הסכומים בתעריף זה ע"י אינטרפולציה וכפוף לתוספות בפרומילים ואחוזים"⁸ הקבועים אף הם בתעריף. לשון אחר, כאשר שווי הנכס נשוא ההערכה עולה יש להוסיף לסכום הבסיסי תוספות בפרומילים ובאחוזים משווי הנכס ושכר טרחתו של השמאי הולך ועולה בהתאם.

⁷ האגודה פעלה עוד קודם לכן לפי החוק העותמאני על אגודות.

⁸ סעיף ג' לתעריף המינימלי של שנת 1993.

10. את החיוב בגביית שכר טרחה שאינו נופל מהתעריף המינימלי הלשכה מוסמכת לאכוף, או לפחות מתיימרת להיות מוסמכת לאכוף, על-פי תקנונה, באמצעות הליך משמעותי. סעיף 5.4 לתקנון קובע כי על החברים למלא אחר הוראות תקנון הלשכה, כללי האתיקה המקצועית, החלטות והמלצות בית הדין של הלשכה וכל החלטה אחרת של מוסדותיה המוסמכים של הלשכה על-פי התקנון. התעריף נקבע על ידי מוסדותיה המוסמכים של הלשכה כך ששמאי המקרקעין חייב לגבות שכר טרחה "שלא יפחת מהתעריף המינימלי", כלשון סעיף ז' לתעריף. במידה שהשמאי יגבה שכר טרחה הנמוך מהתעריף המינימלי הוא יהא חשוף להליך משמעותי בפני בית הדין של הלשכה אשר הוקם בסעיף 6.4 של תקנון הלשכה.

מהו, אם כן, מעמדו של התעריף המינימלי לנוכח הנסיבות המפורטות לעיל.

מעמדו של תעריף מינימלי

11. סעיף 5 של חוק ההגבלים קובע כי:

"קו פעולה שקבע איגוד עסקי לחבריו או חלקם העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים ביניהם, או קו פעולה כאמור שהמליץ עליו לפנייהם, יראו כהסדר כובל כאמור בסעיף 2 ואת האיגוד העסקי וכל אחד מחבריו הפועל על-פיו כצד להסדר כובל."

הוראה זו קובעת איפה, כי קו פעולה אסור נסמך על שלושה יסודות מצטברים: קיומו של "קו פעולה"; שקבע או שהמליץ עליו "איגוד עסקי"; העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בין חברי האיגוד. בהפצת התעריף המינימלי על ידי לשכת שמאי המקרקעין מתקיימים שלושת יסודות סעיף 5 לחוק, אשר יידונו להלן, וראשית אפנה לשאלת קיומו של ה"איגוד העסקי".

12. "איגוד עסקי" מוגדר בסעיף 1 של חוק ההגבלים **כחבר בני אדם** בין מאוגד ובין שאינו מאוגד, שמטרותיו, כולן או חלקן, הן **קידום ענייניהם העסקיים** של החברים בו.

הלשכה היא עמותה⁹, וממילא היא בבחינת "חבר בני אדם".

הלשכה היא אף חבר בני אדם אשר, לכל הפחות, חלק ממטרותיו הן "קידום ענייניהם העסקיים של החברים". כך למשל קובע סעיף 3 לתקנון הלשכה כי אחת ממטרות הלשכה היא קידום מקצוע שמאות המקרקעין וייצוג שמאי המקרקעין בישראל ומחוצה לה. סעיף 4 לתקנון מפרט את האמצעים להגשמת מטרות הלשכה ומונה בין היתר את אמצעי ייצוג חברי הלשכה - בין עצמאיים ובין שכירים - בפני רשויות ציבוריות וגופים ציבוריים ועסקיים (סעיף 4.2 לתקנון) וקביעת תעריף לשכר טרחת שמאי ודאגה לשמירתו (סעיף 4.5). כלומר, מטרותיה של הלשכה, חלקן - אם לא כולן - הן קידום ענייניהם העסקיים של החברים בה.

אכן, לשכת שמאי מקרקעין היא "חבר בני אדם" אשר מטרותיו כולן או חלקן הן "קידום ענייניהם העסקיים" של שמאי המקרקעין החברים בו, ועל כן ברי שהלשכה היא איגוד עסקי כאמור בסעיף 1 של חוק ההגבלים.

⁹ ראה הטקסט מול ה"ש 7.

13. האם לשכת שמאי המקרקעין קבעה או המליצה לחבריה על "קו פעולה"? המונח "קו פעולה" איננו מוגדר מפורשות בחוק, אך הדברים יוצאים כדי פשוטם. בעבר, כבר נדרש בית הדין להגבלים עסקיים לשאלת גבולותיו של המונח. המדובר בהחלטת בית הדין בענין ערר 2/89 **מועצת המובילים בישראל נ' הממונה על הגבלים עסקיים** (לא פורסם, 16.9.91) אשר במסגרתה מתייחס בית הדין לטיבו ואופיו של המונח "קו פעולה" בזו הלשון:

"אנו סבורים כי לענין סעיף 5 לחוק גם המלצה מכללה של איגוד עסקי לחבריו (ולא רק הנחיה או הוראה מחייבת) תיראה כהסדר כובל ובלבד, שהוכח שאותו קו פעולה שקבע האיגוד העסקי עלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בין חברי האיגוד. מסקנה זו היא פועל יוצא מהפנית סעיף 5 ל"הסדר הכובל" האמור בסעיף 2 לחוק ומהגדרת המונח "הסדר" בסעיף 1 לחוק, לאמור 'הסדר - בין במפורש ובין מכללה'."

בשים לב לכך שבית הדין פסק כי גם המלצה מכללה של איגוד עסקי היא בגדר קו פעולה, מובן שהפצת תעריף מינימלי בין חברי איגוד עסקי אשר תקנונו מחייב את החברים לגבות שכר מעל התעריף המינימלי היא בגדר קו פעולה.¹⁰ ודוק, לקו הפעולה שני פנים: הפן האחד, קביעת תעריפים מינימליים מסוימים בדמות סכום כספי כולל; והפן האחר, קביעת דרך חישוב אחידה לשכר הטרחה בדמות קביעת פרומילים ואחוזים מינימליים אותם יש להוסיף או לגבות. אין צריך לומר, כי דרך חישוב זו היא אינה אלא אחת מני מגוון רב של דרכים סבירות וראויות לחישוב שכר טרחה.

14. נותר לנו עוד לבחון האם קביעת תעריף מינימלי בדמות סכום כספי כולל, או לחילופין קביעת דרך חישוב אחידה לשכר הטרחה, עלולה להפחית את התחרות בעסקים בין שמאי המקרקעין. אף כאן התשובה היא ברורה - קביעה או המלצה על תעריף מינימלי מפחיתה את התחרות בעסקים, יהא הענף הרלבנטי אשר יהא, ותהא סבירותו של המחיר המינימלי אשר תהא.¹¹ למרות שאת הברור מאליו אין טעם לפרש (In claris non fit interpretatio) ראוי להדגיש כי

¹⁰ ראה לענין זה גם את פסק דינו של כב' השופט שטרוזמן בת.א. 1617/93 המר' 13006/93 **חברת וולקן מצברים בע"מ נ' איגוד המוסכים בישראל ואח'** (טרם פורסם, 16.1.94) בעמ' 5 לנוסח המודפס.

הואיל ובית הדין הפנה בענין **מועצת המובילים בישראל** להגדרת "הסדר" לצורך למידה על היקפו של המונח "קו פעולה" ראוי שנפנה לדברי נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים השופט זיילר אשר קבע בת"א (י"ס) 396/87 **קיסין נ' פטרולוג** (לא פורסם) בעמ' 19 לנוסח המודפס כי:

"צריך להינתן למילה "הסדר" שבסעיף 2 לחוק, הפרוש המרחיב ביותר. החוק נועד למנוע מצבים בהם יפעלו אנשים תוך הבנה משותפת במטרה ליצור הסדר כובל במשמעותו בחוק... הפרוש היחיד המשיג את מטרת החוק בתחום זה, צריך לקבוע, שהמילה הסדר, כוללת כל דרך מתואמת המופעלת ע"י בני אדם המנהלים עסקים ושמגמתה השלטת הסדר כובל. אין זה מענינו של החוק אם תיאום זה הושג בדרכי קונספירציה, או בדרכי הסדר או באמצעות צד ג', או ע"י קריצת עין או ע"י צחוק של הבנה או ע"י מתאם שהוא זר להסדר או ע"י דברים שנאמרו למאן דהוא שאינו שייך לענין כדי שהדברים יישמעו ע"י מישהו השייך לענין או בכל דרך אחרת. המילה "הסדר" שנקט בה המחוקק היא רחבה מספיק כדי ללכוד בתוכה את כל מגוון האפשרויות שתוארו לעיל."

לנוכח פרשנותו של הנשיא זיילר את המונח "הסדר" פשיטא שקביעת תעריף מינימלי היא בגדר קביעת קו פעולה. אם קריצת עין וצחוק של הבנה הם "הסדר" מה יש לאומר על הפצת תעריף מינימלי וכפית הציות לקבוע בו?

¹¹ סעיף 2(ב) לחוק הרי קובע כי הסדר שבו הכבילות נוגעת למחיר שיידרש הוא הסדר כובל בלא צורך לבדוק את השפעתה המעשית של הכבילה על התחרות ובלא תלות במידת סבירותו של המחיר שייקבע. סעיף 2(ב) למעשה מאמץ הלכה שנקבעה בארצות הברית כבר בשנת 1927 לפיה תאום מחירים בין מתחרים על דרך קביעת מחיר מינימלי, תהא סבירות המחיר אשר תהא, מונעת תחרות ויש לאוסרה ללא צורך בהוכחת השפעתו המעשית של ההסדר המסוים על התחרות בענף הקונקרטי. ראה: **United States v. Ternton Potteries Co**

273 U.S. 392 (1927) at p. 397-8:

"The aim and result of every price-fixing agreement, if effective, is the elimination of one form of competition. The power to fix prices, whether reasonably exercised or not, involves power to control the market and to fix arbitrary and unreasonable prices. The reasonable price

מועצת ההגבלים העסקיים כבר קבעה, בכל הנוגע לענף השמאות, כי הפצת תעריף מינימלי על-ידי איגוד שמאים מונע את התחרות בין חברי האיגוד. המדובר בתיק הע372/ איגוד שמאי ביטוח רכב בישראל.¹² באותו ענין הפיץ איגוד שמאי הביטוח מחקר בדבר הוצאות אחזקת משרד שמאות רכב,¹³ אשר בו נכללה המלצה בדבר שכר הטרחה שיש לגבות. האיגוד טען כי הפצתו של מחקר הממליץ על שכר הטרחה איננו בגדר הסדר כובל. על טענה זו השיבה המועצה כך :

"קשה לשכנע אדם סביר שהמטרה המעשית של המחקר לא היתה למנוע התחרות מחירים בין חברי האיגוד."

בהמשך קבעה המועצה כי המדובר בהסדר כובל החייב בקבלת אישורה.

15. הנה כי כן, למועצה, קודמתו של בית הדין להגבלים עסקיים, הזדמן כבר לקבוע כי הפצת תעריף מומלץ בין חברי איגוד שמאים מונעת את התחרות בין החברים. קל וחומר, שכאשר המדובר בהפצת תעריף מינימלי אשר ציות לו נכפה באמצעות הליך משמעותי, המדובר בקו פעולה המונע, או למצער, מפחית את התחרות בעסקים.

התעריף המינימלי לנוכח חסמי הכניסה למקצוע

16. פגיעתו הרעה של תעריף מינימלי מתעצמת דווקא בענף שמאות המקרקעין, המוקף חומות כניסה תמירות ובצורות העומדות בין מעגל העוסקים במקצוע לבין המבקשים להצטרף אליהם. אך מתי מעט מהמבקשים להיות שמאי מקרקעין זוכים מדי שנה להגשים את משאלתם. מזה שנים נשמעות תלונות על הכשלה מכוונת בבחינות ההסמכה הנערכות על ידי מועצת שמאי המקרקעין. בדו"ח מבקר המדינה מס' 35 הומלץ, כי מועצת השמאים תשקול בדיקה מחדש של ריבוי הנכשלים בבחינות. תופעה זו הביאה לידי כך שבין השנים 1980 עד 1984 נרשמו בממוצע שנתי בפנקס השמאים בין 6 ל- 8 שמאים חדשים בלבד.¹⁴ בדו"ח מבקר המדינה מס' 37 שב והתריע מבקר המדינה, כי חרף מימצאיו, בעינו עומד הקושי עליו הצביע.¹⁵

17. ועדת הכנסת לענייני ביקורת המדינה דנה גם היא במדיניות "סגירת המקצוע" בפני מועמדים חדשים, המתבטאת גם בנוהלי מערך הבחינות שהן תנאי לקבלת רשיון שמאי מוסמך. הועדה קבעה, בין היתר, כי:¹⁶

"הועדה התרשמה שחוק שמאי המקרקעין, התשכ"ב- 1962 (להלן - 'החוק') אינו מבטיח את רמת מקצוע השמאות אלא מגביל את התחרות החופשית במקצוע... הועדה התרשמה שהחוק מאפשר מונופול של גילדה כמעט סגורה של קבוצה יחסית קטנה של שמאי מקרקעין".

fixed today may through economic and business changes become the unreasonable price of tomorrow. Once established, it may be maintained unchanged because of the absence of competition secured by the agreement for a price reasonable when fixed. Agreements which create such potential power may well be held to be in themselves unreasonable or unlawful restraints, without the necessity of minute inquiry whether a particular price is reasonable or unreasonable as fixed and without placing on the government in enforcing the Sherman Law the burden of ascertaining from day to day whether it has become unreasonable through the mere variation of economic conditions"

¹² דין וחשבון על ביצוע חוק ההגבלים העסקיים (לתקופה 1983/84 - 1982/83), בעמ' 49.

¹³ שמו של המחקר שהופץ בין שמאי הרכב היה "בדיקת עלות הפעלת משרד שמאי רכב" ובמסגרתו נבחן "אם השכר המקובל מאפשר רווחיות למשרד השמאים ודרכים לעידכון השכר המקובל". במחקר הוצעה שיטה לקביעת שכר טירחת שמאי הרכב.

¹⁴ דו"ח מבקר המדינה מס' 35, בעמ' 507.

¹⁵ דו"ח מבקר המדינה מס' 37 בעמ' 680.

¹⁶ שם, בעמ' 677.

18. בתקופה שבין מאי 1986 עד סוף שנת 1988, למרות הנבחנים הרבים, נוספו כל שנה רק בין 13-14 שמאים חדשים. אחוז הנכשלים בבחינות ממשיך להיות ללא אח ורע לדיסציפלינות מקצועיות אחרות המוכרות לנו, ועומד כיום על כ- 60% מהנבחנים.

גם בית המשפט העליון התייחס לכך שהענף אינו מאופיין בתחרות חופשית, שעל שימורה ועידודה אנו מצווים. בהחלטתו בענין בג"צ 571/89 מוסקוביץ נ' מועצת השמאים, פד"י מד(2) 236 בעמ' 245, נאמר:

"יש לפנינו יותר מעובדה אחת או מאינדיקציה בודדת על גישה מכוונת של הכשלה בבחינות, כשמאחוריה מסתתרת מגמה ברורה להקטין את מספר הבאים בשערי מקצוע שמאות המקרקעין. המדובר הוא בהגבלה בלתי הוגנת בדרך של הכשלה בלתי מוצדקת בבחינות הרשאים להרשם בפנקס שמאי המקרקעין"

19. בעקבות המלצת בית המשפט הגבוה לצדק, שניתנה במסגרת עתירה נוספת שהוגשה כנגד מועצת שמאי המקרקעין,¹⁷ מינה שר המשפטים, בחודש פברואר 1993, ועדה בראשות פרופ' אוריאל רייכמן אשר הוסמכה לבחון את ישום חוק שמאי המקרקעין ואת הטענות על נעילת שערי המקצוע בפני אלו המבקשים לעסוק בו. בחודש נובמבר 1993 הגישה הועדה את המלצותיה לשר המשפטים. בכל הנוגע לסוגיית מחסומי הכניסה לענף קבעה הועדה:¹⁸

"הסטוריית נעילת שערי המקצוע בישראל מהווה הוכחה טובה לאמת המקובלת שהסדר ופיקוח ציבורי מביאים לצמצום העוסקים במקצוע ופוגעים בתחרות"

עוד אומרת הועדה:¹⁹

"במשך כעשרים וחמש שנה כשלה מועצת השמאים בפעילותה. ריבוי מזהים של נכשלים בבחינות וחוסר מעש ביצירת מערכת הכשרה מקצועית הביאו לנעילה אפקטיבית של שערי המקצוע. הנהנים היחידים ממצב זה היתה קבוצה קטנה של שמאים ששלטה בשוק"

20. לנוכח מחסומי הכניסה לענף, מידת האפקטיביות של התעריף המינימלי היא רבה. השמאים המורשים לעיסוקם כיום, אינם חשופים לאיום התחרותי שבדרך כלל יתלווה לגביית תעריפים מינימאליים ולא תחרותיים, שכן המתדפקים על שערי הכניסה למקצוע אינם זוכים להכנס במעגלותיו. ממילא, איום הכניסה איננו יכול למלא את תפקידו כגורם המביא לייעול ושיפור השרות הניתן.

21. קביעת תעריף מינימלי לשרותי שומת מקרקעין לא זו בלבד שהיא פוגעת בתחרות בין השמאים, אלא שעלולה להיות לה אף השפעה כלל משקית שלילית. ענף השמאות הרי כרוך ושלוב בענף הבניה, ורבות הן שומות המקרקעין הנערכות גם לצורך עריכת עסקות במקרקעין. צא ולמד, שאם מרבית התעריפים המפורטים בתעריפון המינימלי קובעים כי שכר טרחתו של השמאי הוא פונקציה של שווי הנכס - כפי שהדבר בענינו - לשמאי תמריץ לכאורה להעריך את שווי הנכס גבוה ככל שניתן; שכרו הרי עומד ביחס ישר לשווי הנכס אותו הוא מעריך. יצירת מבנה תעריף מינימום, היוצר מראש תמריץ למתן שומות על הצד הגבוה יותר, עלול לגרום באופן

¹⁷ בג"צ 3452/92 פורת נ' מועצת שמאי המקרקעין (לא פורסם) בעמ' 2 לפסק-הדין.

¹⁸ עמ' 21 לדו"ח ועדת רייכמן.

¹⁹ עמ' 47 לדו"ח ועדת רייכמן.

שיטתי ומתמשך לעליית מחירי המקרקעין, על כל המשתמע מכך. ודוק, איננו טוענים חלילה כי אכן, בפועל מעריכים שמאי ישראל את המקרקעין מעל לשווים בשוק. טענתנו אינה אלא שמבנה התעריפים יוצר תמריץ לקביעות שומות גבוהות יותר, ומביא לחשש ניגוד ענינים פוטנציאלי בין מטלת השמאי לבין שכרו, אף אם למעשה אין הדברים מוצאים ביטויים בשומות מופרזות.

22. לכאורה היינו יכולים לסיים דברינו כבר כאן, ולהורות ללשכת שמאי המקרקעין לחדול מהפצת תעריף מינימלי הואיל והיא מפרה את הוראות חוק ההגבלים. אך כאן יטען הטוען מפי הלשכה, כי הפצת תעריף מינימלי על-ידה חוסה בצילו של הפטור הקבוע בסעיף 13(1) של חוק ההגבלים הקובע כי הסדר שכל כבילותיו נקבעו על-פי דין איננו בגדר הסדר כובל על אף האמור בסעיף 2.

דין טענה זו להידחות, משום הטעמים שאפרט עתה.

התעריף אשר נקבע על-ידי הלשכה איננו הסדר שכל כבילותיו נקבעו על-פי דין

23. אקדים ואומר כבר בראשית הדברים כי התעריף אשר נקבע על-ידי הלשכה איננו הסדר שנקבע על-פי דין משלושה טעמים :

ראשית, מעמדו הנורמטיבי של התעריף נגזר מהחלטת המועצה מיום 2 ביוני 1983. החלטת המועצה איננה דין ולכן התעריף אשר נקבע על-ידי הלשכה מכוח אותה החלטה אינו הסדר שנקבע על-פי דין ;

שנית, בכל הכבוד, לדעתי המועצה לא היתה מוסמכת להאציל ללשכה את סמכות ההכרעה בשאלה מהו שכר סביר ומקובל לצורך תקנה 71(7) לתקנות האתיקה. משעשתה כן, לכאורה, חרגה המועצה מסמכותה. לפיכך, החלטת המועצה אינה מקנה לתעריף המינימלי מעמד של מעשה שנעשה על-פי הדין. יתרה מזו, החלטת המועצה עומדת לכאורה בכלל בניגוד לדין ;

ושלישית, תקנה 71(7) אינה כופה או מתירה מפורשות קביעת תעריף מינימלי על ידי מאן דהוא, בין אם אותו אדם הוא הלשכה ובין אם הוא המועצה. לפיכך, קביעת תעריף מינימלי איננה קביעה על-פי תקנה 71(7) לתקנות האתיקה, היא "הדין" הקיים לכאורה בענינו.

במה דברים אמורים, ראשון ראשון ואחרון אחרון :

העדרו של דין

24. תנאי ראשון לתחולת סעיף 13(1) של חוק ההגבלים על הסדר פלוני הוא קיומו של דין מכוחו נקבעו כל כבילותיו של ההסדר. חוק הפרשנות, התשמ"א - 1981 קובע כי "דין" הוא כל אחד מאלה :

- | | |
|------|---|
| (1)" | חיקוק; |
| (2) | דינים דתיים - בין שבעל פה ובין שבכתב - כפי תקפם במדינה; |
| (3) | (א) אקט של הפרלמנט הבריטי או דבר המלך במועצתו או חלק מהם, או תקנות לפיהם, ודיני המשפט המקובל ועקרונות היושר של אנגליה, כפי תקפם במדינה; |
| (ב) | דינים עותמאניים כפי תקפם במדינה ;" |

"חיקוק" מוגדר בחוק הפרשנות כחוק או תקנה. תקנה מוגדרת כ"הוראה שניתנה מכוח חוק והיא בת פועל תחיקתי".

25. לעומת זאת, בחוק הקודם - פקודת הפרשנות [נוסח חדש], אותה החליף חוק הפרשנות בשנת 1981,²⁰ הוגדרה תקנה כדלקמן:

"תקנה" - תקנה, כלל, חוק עזר, מנשר, אכרזה, צו, הוראה, הודעה, מודעה, או מסמך אחר, שניתנו מאת כל רשות בארץ ישראל או בישראל, בין לפני תחילת תקפה של פקודה זו ובין לאחריה, מכוח חוק, או מכוח אקט של הפרלמנט הבריטי או מכוח דבר-המלך-במועצה, לרבות צו, הוראה, הודעה, מודעה או מסמך אחר שניתנו על יסוד תקנה, כלל או חוק עזר כאמור; אולם מקום שהמלה "תקנה" באה בחיקוק שניתן לפני תחילת תקפה של פקודה זו, תהא משמעותה כמשמעות שהיתה נודעת לה אלמלא פקודה זו;"

26. הנה כי כן, חוק הפרשנות קובע כי תקנה היא רק הוראה אשר ניתנה מכוח חוק להבדיל מהוראה שניתנה מכוח תקנה. פקודת הפרשנות קבעה לעומת זאת כי תקנה עשויה להיות אף כל הודעה או מסמך שניתנו על-יסוד תקנה.

27. החלטת המועצה לא ניתנה מכוח חוק, שכן המועצה לא הוסמכה בחוק שמאי המקרקעין ליתן הוראה נורמטיבית כלשהי, שלא במסגרת הליך משמעתי קונקרטי, פרט להוראה בדבר גובה האגרה שעל שמאי המקרקעין לשלם לה לצורך מימון פעולתה.

לפיכך, החלטת המועצה מיום 2 ביוני 1983 איננה בגדר "דין". המדובר לכל היותר בהחלטה שנתקבלה מכוח תקנה אך החלטה שכזו איננה "דין".

28. נשוב עתה לתעריף. התעריף נקבע על ידי הלשכה. הלשכה איננה גוף המוכר על-ידי חוק שמאי מקרקעין או תקנות האתיקה אשר הותקנו מכוחו. ממילא להחלטותיה של הלשכה או למעשיה אין כל מעמד על-פי הדין. מכאן, שמעמדו של התעריף המינימלי נגזר אך ורק מהחלטת המועצה מיום 2 ביוני 1983.

החלטת המועצה אף היא, כאמור, איננה בגדר "דין". ראינו כי חוק הפרשנות קובע כי דין הוא רק חוק או תקנה כאשר תקנה היא הוראה שניתנה מכוח חוק ואילו המועצה לא הוסמכה בחוק שמאי מקרקעין ליתן החלטה כדוגמת ההחלטה מיום 2 ביוני 1983.

מכאן, שהתעריף אשר נקבע על-ידי הלשכה לא נקבע על-פי דין וממילא הוא אינו חוסה בצילו של הפטור הקבוע בסעיף 3(1) לחוק ההגבלים.

²⁰ ראה סעיף 31 לחוק הפרשנות המבטל את פקודת הפרשנות.

האצלת סמכויות המועצה ללשכה - חריגה מסמכות

29. כאמור, בהחלטתה מיום 2 ביוני 1983 האצילה המועצה את סמכותה לקבוע מהו שכן "סביר ומקובל במקצוע", כלשון תקנה 1(7) לתקנות האתיקה, ללשכת שמאי המקרקעין. האצלת סמכות זו עומדת לכאורה בניגוד גמור לעקרון לפיו אצילת סמכויות של רשות מינהלית אסורה בהעדר הוראת הסמכה מפורשת בחוק. האיסור חל על כל סוגי הסמכויות - החקיקתית, השיפוטית והמינהלית.²¹ על עקרון איסור האצלת הסמכויות עמד לאחרונה השופט ברק בבג"ץ 3709,2303/90 פיליפוביץ' ואח' נ' רשם החברות ואח':²²

"הלכה פסוקה היא, כי רשות שלטונית, אשר החוק מעניק לה סמכות, חייבת לבצע את הסמכות בעצמה, ואינה רשאית - בהיעדר הסמכה בדין - לאצול את סמכותה לזולתה: delegatus non potest delegare (ראה ע"פ 74/58 [7]). הלכה זו אינה משקפת כלל (rule) של משפט מינהלי. היא ביטוי לעיקרון, המתרגם עצמו לחזקה (פרזומפציה) כי תכליתו של החוק, אשר יצר את הסמכות, הייתה, כי בעל הסמכות הקבוע בחוק, הוא ולא אחר, יבצע את הסמכות. כאשר המחוקק מייחד את הפעלת הסמכות לנושא משרה שלטונית, חזקה עליו שהוא מבקש כי נושא משרה זה הוא ולא אחר - יגשים את הסמכות".

30. בענינו חוק שמאי מקרקעין, כמו גם תקנות האתיקה שהותקנו מכוחו, לא הסמיכו את המועצה להאציל סמכויותיה לגוף אחר. בפרט המועצה לא הוסמכה להאציל את הסמכות לקבוע מהו שכן סביר ומקובל לצורך תקנות האתיקה לגוף וולונטרי דוגמת לשכת שמאי המקרקעין. לא ניתן אף ללמוד על קיומה של הסמכה מכללא להאצלת סמכות שכזו, הואיל וקיימים ניגודי אינטרסים אנהרטיים בין אנטרסיה של הלשכה לבין תפקידיה הסטטוטוריים של המועצה.²³

31. על חריגה לכאורה של המועצה מסמכותה ניתן ללמוד אף מהשוואת חוק שמאי מקרקעין לדרך הסדרת מקצוע ראיית החשבון. גם מקצוע ראיית החשבון מפקח על-ידי מועצה סטטוטורית אשר לצידה פועלת לשכה וולונטרית. תקנות האתיקה של רואי החשבון,²⁴ המגדירות את אותם מעשים שהם בגדר התנהגות שאינה הולמת את כבוד המקצוע, נאכפות באמצעות הליכים משמעתיים עליהם מופקדת המועצה. מתקין תקנות רואי החשבון היה ער לכך שמועצת רואי חשבון איננה מוסמכת להאציל את סמכויותיה על-פי התקנות ללשכה הוולונטרית. לפיכך, כאשר המתקין בקש להעניק למועצת רואי חשבון אפשרות להאציל סמכויותיה הוא עשה זאת מפורשות. כך למשל נקבע מפורשות בתקנות רואי חשבון כי המועצה מוסמכת להאציל ללשכה את אפשרות ההכרעה בשאלה מהם שרותים "שבתחום עיסוקו של רואה חשבון".²⁵

²¹ ראה: בג"ץ 136/84 המועצה הישראלית לצרכנות נ' יו"ר המועצה להגבלים עסקיים ואח', פ"ד לט(3) 271,265. באותו מקום נקבע אף כי כאשר המדובר בסמכויות מעין שפוטיות - דוגמת סמכויות מועצת שמאי המקרקעין - "הכלל חל ביתר תוקף" (שם, בעמ' 270).

²² פ"ד מו(1) 420, 410.

²³ תפקידיה הסטטוטוריים של מועצת שמאי מקרקעין ואנטרסיה של לשכת שמאי מקרקעין הם מנוגדים. תפקידיה של המועצה לשמור על רמת מקצוע שמאות המקרקעין. שמירת רמת המקצוע צריכה להעשות בהתאם לפרמטרים הקבועים בחוק ובתקנות כאשר נושא צמצום התחרות בין שמאי המקרקעין הפעילים בענף על דרך קביעת מחירון מינימלי אינו מענינה של המועצה. כל עוד נשמרת רמת המקצוע בהתאם לפרמטרים הקבועים בחוק המועצה קיימה את תפקידיה הסטטוטוריים. מנגד, מטרת הלשכה היא בראש וראשונה שמירת האינטרסים החומריים של חבריה. הלשכה אינה מעוניינת בהכרח בשמירת רמת המקצוע. אכן, לעיתים שמירת רמת המקצוע עשויה לקדם את האינטרסים החומריים של בעלי המקצוע הפעילים בענף. אולם, בעוד שלגבי המועצה שמירת רמת המקצוע היא המטרה, לגבי הלשכה שמירת רמת המקצוע היא אמצעי להגדלת רווחי החברים בה. האנטרסים של השמאים חברי הלשכה יקודמו כמובן על ידי מעשים אשר יובילו לנעילת שערי המקצוע בפני מועמדים חדשים ועל ידי מניעת כל אפשרות לתחרות בין שמאי המקרקעין הפעילים בענף על דרך מניעת תחרות מחירים.

²⁴ תקנות רואי חשבון (התנהגות שאינה הולמת את כבוד המקצוע), התשכ"ה - 1965 ("תקנות רואי החשבון").

²⁵ ראה תקנה 1(14) לתקנות רואי החשבון שם נקבע כי שרותים שבתחום עיסוקו של רואה חשבון הם השרותים שקבע ועד לשכת רואי חשבון בחוזר 27/65.

מההשוואה לחוק רואי חשבון עולות שתי מסקנות: האחת, כי מועצת שמאי מקרקעין לא היתה מוסמכת להאציל סמכויותיה ללשכה; והשניה, כי במידה שהיה מקום לאפשר למועצה להאציל סמכות כלשהי ללשכה, ההאצלה חייבת היתה להתייחס לנושאים טכניים ולא לנושאים טעוני שיקול דעת כדוגמת קביעת מחיר מינימלי המשמש כאמת מידה איתת.

32. יתרה מזו. בהחלטתה כבלה עצמה המועצה מראש לכל קביעה עתידית של הלשכה מבלי לדעת מה תוכנה וכיצד תיושם ותקבע. בבג"ץ 163/84 **המועצה הישראלית לצרכנות**²⁶ עלתה שאלה דומה, והיא האם המועצה להגבלים עסקיים מוסמכת לאשר מראש לאיגוד עסקי לקבוע קוי פעולה עתידיים, מבלי לדעת מה יהיה תוכנו של קו הפעולה במועד האישור. ההקבלה לענינו ברורה - כל תעריף מינימלי המופץ על-ידי לשכת שמאי המקרקעין, למרות היותו בגדר נורמה חדשה הקובעת מהו שכר סביר ומקובל לצורך כללי האתיקה, אושר מראש על-ידי מועצת שמאי מקרקעין. בענין **המועצה הישראלית לצרכנות** שולל בית המשפט האצלת סמכות בדרך שכזו, באומרו:

"בהעניקה את האישור מראש התנערה, לדעתי, המועצה מהתפקיד שהמחוקק יעד רק לה: לשקול את קווי הפעולה העתידיים לכשיתגבשו, לאור מבחן טובתו של הכלל. את השקילה של תוכן קווי הפעולה העתידיים ואת ההחלטה, אם אמנם משרתים הם את טובת הכלל, חייבת המועצה לבצע בעצמה".

כך גם בעניננו: המועצה לכאורה היתה חייבת לשקול בעצמה האם התעריפים המינימליים אשר נקבעו בשנים '84, '87 ו- '93 ראויים להיות נורמה איתת. האצלת הסמכות הגורפת ללשכה הינה, אם כן, לכאורה, בגדר חריגה מסמכות.

33. הואיל והמועצה חרגה לכאורה מסמכותה בהחלטתה להאציל ללשכה את סמכות הקביעה מהו שכר סביר ומקובל לצורך תקנות האתיקה ברי שההחלטה היא בטלה וכי התעריף המינימלי אינו בגדר תעריף שנקבע על-פי דין. המדובר בתעריף שנקבע בניגוד לדין.

גם קביעת תעריף מינימלי על-ידי המועצה איננו נהנה מפטור "על-פי דין"

34. את התעריף המינימלי קבעה כאמור הלשכה. לפיכך, התעריף לא נקבע על-פי דין וזאת מהטעמים שפרטתי קודם. אולם, אף אם תאמר כי המועצה היא שקבעה את התעריף המינימלי עדיין אין בפנינו הסדר כובל "שנקבע על-פי דין" כפירושו הנכון של המונח.

35. על מנת שהסדר יוגדר כהסדר כובל על-פי דין יש להראות כי הדין כופה את קיומן של כל הכבילות המפורטות בהסדר. לחילופין יש להראות כי הדין מתיר מפורשות את קיומן של כל הכבילות המבקשות לחסות בצילו של סעיף (1) לחוק ההגבלים.

36. הפטור הקבוע בסעיף (1) מבקש להבטיח כי הריבון יהא חופשי להסדיר תחומים כלכליים מבלי שחוק ההגבלים יעמוד לו למכשול. אכן, לעיתים הסדרת פעילותם של ענפים שונים מחייבת פגיעה בתחרות בעסקים לטובת קידום אנטרסים אחרים. הריבון רשאי לעשות כך בין בעצמו ובין על-ידי האצלת סמכויות לרשות מינהלית. אולם, הפגיעה בתחרות, שבדרך כלל נוגדת היא את אינטרס הציבור, חייבת להעשות מפורשות בחקיקה הראשית. מקום בו המחוקק לא התימר לפגוע בתחרות, או להעניק סמכויות לרשות מינהלית כלשהי לעשות כן, אין לפגוע בתחרות על דרך הרחבה פרשנית של תחומי תקנה זו או אחרת באופן שתעניק למעשים שנעשו על-פי אותה תקנה פטור מתחולת דיני ההגבלים.

²⁶ ראה ה"ש 15.

37. העקרון בדבר הצורך בקביעה מפורשת כי ניתן לפגוע בתחרות נגזר מההלכה לפיה קיומה של תחרות חופשית היא אינטרס ציבורי ומחוקק המשנה מוסמך לפגוע באינטרס ציבורי אם ורק אם המחוקק הראשי הסמיכו מפורשות בחוק המסמך לעשות כן. על מעמדה של התחרות כאינטרס ציבורי ועל התוצאות הנודעות למעמד זה עמד כב' הנשיא שמגר ברע"א 371/89 ליבוביץ' נ' א. את. י. אליהו בע"מ ואח':²⁷

"קיומה של תחרות חופשית הוא אינטרס ציבורי. שיטתנו החברתית והכלכלית מכירה בערכה של תחרות חופשית (בג"ץ 125/57 [11], בעמ' 1501; בג"ץ 311/60 [12], בעמ' 199 מול אות השוליים ה). תחרות חופשית עשויה להביא להורדת מחירים לשיפור איכותו של המוצר ולשיפור השירות אשר ניתן אגב מכירתו. תחרות חופשית עשויה אף לעודד פיתוחו של המשק בדרך של יוזמות לגיטימיות לסוגיהן. הישגים אלו, אשר התחרות החופשית עשויה להשיג אנו מבקשים לעודד. ביטוי להיותה של התחרות ערך בשיטתנו ניתן למצוא בחוק ההגבלים העסקיים, התשי"ט 1959."

38. ודוק: התחרות החופשית מקדמת את האינטרס הציבורי בכל ענפי המשק השונים. הזהות בין תחרות חופשית והאינטרס הציבורי קיימת גם מקום בו הענף הרלבנטי הוא מקצוע חופשי. מכאן, שכללי האתיקה המקצועית של בעלי מקצועות חופשיים ודיני התחרות יכולים וצריכים לחיות זה לצדו של זה ולא זה במקומו של זה.

עמד על כך בית המשפט העליון האמריקאי בענין **Nat. Society of Professional Engineers v. U.S.** 98 S.Ct.1355 (1978) at p.1367 ואפשר ללמוד מהכא להתם. בענין זה נדון קודקס כללי אתיקה של איגוד מהנדסים יועצים. אחד מכללי האתיקה קבע כי המהנדסים החברים באיגוד לא ינהלו משא ומתן מסחרי עם לקוחות פוטנציאליים בדבר מחירי שירותיהם, לפני שאותו לקוח יבחר את המהנדס עימו הוא מעוניין להתקשר. כלומר, מכוח אותו כלל, חייב היה הצרכן להקדים ולבחור במהנדס חבר האיגוד, מבלי שניתנה לו האפשרות להשוות קודם לבחירה את מחירו עם מחיריהם של מהנדסים אחרים. איגוד המהנדסים טען כי כלל זה מחויב המציאות הואיל ותחרות מחירים בין חברי האיגוד איננה מתישבת עם כללי האתיקה אשר מטרתם שמירת רמתו של מקצוע הייעוץ ההנדסי. האיגוד טען כי פתיחתו של המקצוע לתחרות מחירים תפגע בטיב השרותים הניתנים על ידי המהנדסים ותוביל בסופו של יום לפגיעה בציבור הרחב. כלשון האיגוד:²⁸

"The society averred that the standard set out in the code of Ethics was reasonable because competition among professional engineers was contrary to the public interest. It was averred that it would be cheaper and easier for an engineer 'to design and specify inefficient and unnecessarily expensive structures and methods of construction.' Accordingly, competitive pressure to offer engineering services at the lowest possible price would adversely affect the quality of engineering. Moreover, the practice of awarding engineering contracts to the lowest bidder, regardless of quality, would be dangerous to the public health, safety, and welfare."

²⁷ פ"ד מד(2) 309, 326.
²⁸ at p. 1361-2

בדחותו טענה זו קבע בית המשפט העליון האמריקאי את הדברים הבאים:²⁹

“...Competition will produce not only lower prices, but also better goods and services.... The assumption that competition is the best method of allocating resources in a free market recognizes that all elements of a bargain - quality, service, safety, and durability - and not just the immediate cost, are favorably affected by the free opportunity to select among alternative offers. Even assuming occasional exceptions to the presumed consequences of competition, the statutory policy precludes inquiry into the question whether competition is good or bad.”

הנה כי כן, היתרונות הצומחים מקיומה של תחרות בענפי המסחר השונים קיימים גם בענפי המקצועות החופשיים. לא קיימת פרזומפציה לפיה עקרון התחרות חייב לסגת בפני כללי האתיקה פן חלילה יפגע הציבור. במשפטנו, בניגוד לזה של ארה"ב, מקום בו "לעיתים יתקיימו חריגים לתוצאותיה הצפויות של תחרות", רשאי בית הדין להגביל עסקיים לאשר עריכתם של הסדרים כובלים.

39. הואיל והזהות בין קיומה של תחרות לבין האינטרס הציבורי קיימת בכל ענף מענפי המשק מובן שכאשר באים לפגוע באינטרס הציבורי על דרך יציקת תוכן פרשני לתקנה יש לעשות זאת בזהירות. אותה זהירות מחייבת כי החוק המסמך יעניק מפורשות רשות לפגיעה בתחרות. לשון אחר, על המחוקק או על מתקין התקנות להבהיר מפורשות את כוונתו להעניק סמכויות לרשות המינהלית לפגוע בתחרות. הבהרת הכוונה יכולה להעשות בשתי דרכים - האחת, על ידי כפיית קיומו של הסדר כובל; והשנייה, על ידי התרה מפורשת של ההסדר. במידה שמתעורר ספק בדבר כוונתו של הדין להעניק הסמכה לפגוע בתחרות עלינו להשתכנע מעבר לכל ספק כי הפגיעה בתחרות היא חיונית לצורך קידום אותו ערך אשר הדין הרלבנטי מבקש לקדם על חשבון הפגיעה בתחרות.

40. דרך פרשנותנו את היקפו של הפטור הקבוע בסעיף 3(1) לחוק ההגבלים יכולה לשאוב השראה מן הדרך שנקטה בדין האמריקאי, שם נערך מזה עשרות שנים האיזון בין דיני התחרות לבין כוחו של הריבון להפעיל סמכויותיו, אף אם יש במעשיו כדי לפגוע בתחרות. השיקולים דומים הם במהותם, הגם שבין שיטתנו לשיטתם פעורים הבדלים רבים, מה גם שהשיטה האמריקאית אף נאלצת להתמודד בסוגיות הסבוכות של היחס בין המשפט הפדראלי לבין המשפט המדינתי.

גם בארצות הברית הכלל הוא כי הסדרים כובלים על-פי דין פטורים מדיני ההגבלים

העסקיים. הלכה זו נקבעה בפסיקת בתי המשפט וראשיתה בענין **Parker v. Brown** 317 U.S. 341. הסדר כובל יהיה פטור מדיני התחרות האמריקאיים אם ורק אם יוכח כי הכבילה היא "Clearly articulated and affirmatively expressed" בדין.³⁰ תנאי זה מתקיים בשני מקרים: כאשר הדין כופה את קיומו של ההסדר הכובל³¹ או לחילופין כאשר הדין מתיר מפורשות את ההתנהגות האנטי תחרותית³² נשוא ההסדר.

²⁹ *ibid*, at p.1367

³⁰ ראה: **California Retail Lliquor Dealers Assoc. v. Midcal Alluminium Inc.** 445 U.S. (1980) 97 at p. 105 יוער כי ההלכה בארה"ב מחייבת הוכחת שני תנאים מצטברים לצורך תחולת הפטור - הכלל האחד הוא זה המפורט לעיל והאחר כי קיים פיקוח אפקטיבי על ההסדר. התנאי הראשון הוא לשיטתנו רחב יותר בארה"ב מאשר הפטור על-פי דין אך ניתן ללמוד ממנו לעניינו.

³¹ **United States v. Title Ins. Rating Bureau** 700 F.2d 1247, 1252

³² **Southern Motor Carriers Rate Conference Inc v. United States** 471 U.S. 48 (1985) 61

41. ולעניינו - האם תקנה 1(7) הסמיכה את המועצה לפגוע בתחרות על דרך קביעת תעריף מינימלי? בטרם נשיב על שאלה זו מן הראוי שנעיין בפסיקת בית המשפט העליון האמריקאי לו הזדמן לדון ישירות בשאלת מידת תחולתו של פטור על פי דין על תעריף מינימלי אשר נטען כי הוא נגזר מקודקס אתי אשר נקבע בדין. המדובר בענין **Goldfarb**.³³

באותו ענין הסמיך המחוקק את בית המשפט המדינתי להתקין תקנות אשר יקבעו את כללי האתיקה של מקצוע עריכת הדין. ואכן, בית המשפט התקין קודקס אתי אשר קבע כי שכר הטרחה שיגבה עורך דין יהיה "the customary charges of the Bar for similar services".³⁴ הקודקס אף קבע כי שכר הטרחה המקובל משתנה ממקרה למקרה אך :

"[S]uggested fee schedules and economic reports of state and local bar associations provide some guidance on the subject of reasonable fees."³⁵

והנה, למרות שהקודקס, אשר נקבע, כאמור, בתקנות, קבע מפורשות כי התעריפים הנקבעים, בין היתר, על-ידי לשכות וולונטריות,³⁶ יכולים להנחות את עורך הדין בקביעת שכר טרחה סביר, בית המשפט העליון הפדרלי קבע כי הפצת תעריף מינימלי אינה חוסה בצילו של הקודקס ואינה בגדר כבילה אשר נקבעה על פי דין. וכל כך למה? על כך השיב בית המשפט העליון במילים הבאות :

"Although the Supreme Court's Ethical code mention advisory fee schedules they do not direct either respondent to supply them, or require the type of price floor which arose from respondents' activities."

ובהמשך:³⁷

Respondents' arguments, at most, constitute the contention that their activities complemented the objective of the ethical codes. In our view that is not state action for Sherman Act purposes. It is not enough that, as the County Bar puts it, anticompetitive conduct is 'prompted' by state action: rather anticompetitive activities must be compelled by direction of the State acting as a sovereign."

42. הנה כי כן, ענין **Goldfarb** אנלוגי לנסיבות העובדתיות בעניינו - חוק שמאי מקרקעין איננו עוסק בתעריפי שמאות, כשם שחוקי וירג'יניה לא עסקו בתעריפי עורכי הדין; כללי האתיקה אשר הותקנו על-ידי שר המשפטים דנים בחובת גביית שכר סביר ומקובל בהתאם

"A state policy that expressly permits, but does not compel, anticompetitive behavior may be 'clearly articulated' within the meaning of Midcal."

Goldfarb v. Virginia State Bar 421 U.S. 773 (1975)³³

ibid, at p. 788 n. 19³⁴

ibid³⁵

באותו ענין הלשכה המקומית היתה וולונטרית ואילו לארצית הוקנה מעמד בדין.³⁶

ibid, at p.792³⁷

לשרות שניתן, אך אינם מתירים או מחייבים הפצתו של תעריף מינימלי, כשם שהקודקס האתי אשר הותקן בוירג'יניה חייב אף הוא גביית שכר טרחה סביר ומקובל אך לא חייב קביעתו של תעריף מינימלי; בענין Goldfarb קבעו לשכות עורכי דין שונות תעריף מינימלי כשם שבענינו הלשכה קבעה אף היא תעריף מינימלי.

43. לשיטתי גם המסקנה המשפטית ראוי שתהיה זהה - מעמדו של התעריף שקבעה הלשכה הוא כמעמדו של התעריף אשר נידון בענין Goldfarb - הוא אינו חוסה בצילה של הגנת ההסדר כובל על פי דין. מסקנתי נסמכת על כך שהכלל האתי הקבוע בתקנה 1(7) לתקנות האתיקה - המחייב גביית שכר טרחה סביר ומקובל - אינו מחייב, או מתיר מפורשות, התקנת תעריף רצפה אחיד והפצתו בין השמאים.

44. הכלל האתי אינו מחייב קביעת תעריף מינימלי הואיל וכל שמאי יכול לתמחר באופן עצמאי את שכרו ולשמור כי השכר שיגבה על ידו עבור שרות מסוים יהיה סביר ומקובל. במידה ששמאי פלוני יגבה לדעת המועצה תעריף חריג היא תוכל להעמידו לדין משמעותי על הפרת הכלל האתי הקבוע בתקנה 1(7) ובכך לאוכפו. קביעת והפצת תעריף מינימלי אחיד לכל השמאים אינו אם כן תנאי הכרחי לאכיפת הכלל האתי. יתרה מזו, החלטת המועצה יוצרת כלל אתי בלתי מתקבל על הדעת. מההחלטה עולה כי שמאי מקרקעין אשר יגבה עבור שרותיו מחיר הנמוך מהמחיר הקבוע בתעריף הלשכה - אף אם אובייקטיבית המדובר בתעריף סביר ומקובל בהתחשב בעבודה שנעשתה, אם להשתמש בלשון תקנה 1(7) - חשוף להליך משמעותי אשר בסופו עלולה להישלל ממנו האפשרות לעסוק במקצוע שמאות המקרקעין. זאת ועוד, ההתייחסות לשכר טרחה מקובל, בצירוף להפצת תעריף מינימום, יוצרת מניה וביה תעריף שאם הולכים בעקבותיו, הוא הופך לסביר ולמקובל, שסטייה ממנו תחשוף את המוזיל את מחיר שרותיו לאימי ההליך המשמעותי.

45. אמרנו כי כל שמאי יכול לתמחר באופן עצמאי את שכרו ועדין לשמור על סבירותו ומקובלותו של השכר. עמדתנו זו נסמכת על כך שהסבירות והמקובלות נקבעים, ראשית לכל, בהתאם לעלות העבודה שנעשתה. קביעת עלות העבודה בתחום שמאות המקרקעין היא מלאכה שאינה מורכבת. השמאי הבודד אינו נדרש לעזרה מקצועית כלשהי בעריכת תמחור מדויק של שרותיו. כך למשל כבר בתיק הע/ 372 איגוד שמאי ביטוח רכב בישראל קבעה מועצת ההגבלים העסקיים כי בתחום השמאות החשש שמא תחרות מחירים תוביל לפשיטות רגל של שמאים או לחילופין לעריכת שומות מוטות הוא נמוך. עמדה על כך המועצת בעמ' 3 של החלטתה:

"כאן המקום לציין שאין לפנינו ענין של מפעלים העוסקים ביצור מוצרים או במתן שירותים שיש בהם צורך בידע מסובך שאינו בהישג יד החברים על מנת לקבוע את מדיניות המפעלים. כאן מדובר בדבר פשוט ביותר, ולפי דו"ח המחקר הממוצע של איגוד שמאי רכב מורכב ממשךד בשני חדרים בו עוסקים השמאי ועוזר חלקי (1/3) ... קשה להעלות על הדעת שמשרדים בסדר גודל זה אינם מסוגלים לקבוע לעצמם מהו השכר שעליהם לקבל עבור שירותיהם ושהם זקוקים למחקר והדרכה אלה, וקשה לשכנע אדם סביר שהמטרה המעשית של המחקר לא היתה למנוע התחרות המחירים בין חברי האגוד."

46. מכאן, שהפצת תעריף מינמלי אחיד בין כלל השמאים איננה חיונית ואפילו אינה נדרשת לצורך הבטחה כי שמאי יגבה שכר טרחה סביר ומקובל. בשים לב למהות העבודה, כל שמאי יכול לעשות את חישוביו שלו ולקבוע באופן עצמאי מהו שכר סביר ומקובל. הפצת תעריף מינמלי אינו אם כן תנאי הכרחי או אפילו נדרש לצורך הכלל האתי בדבר גביית שכר סביר ומקובל על ידי שמאי מקרקעין. בדומה, קשה למצוא טעם משכנע מדוע יאשר בית הדין קיומו של הסדר כובל בדמות הפצת תעריף אשר כזה.

אחרית דבר

47. התעריף המינמלי אשר נקבע על-ידי הלשכה הוא קו פעולה אשר נקבע על ידי איגוד עסקי העלול להפחית את התחרות בעסקים בין חברי האיגוד. זהו הסדר כובל אסור, שכן הוא איננו חוסה בצילו של הפטור הקבוע בסעיף 3(1) של חוק ההגבלים משלושה טעמים חלופיים שפורטו לעיל, ואף לא בא עליו אישור בית הדין להגבלים עסקיים.

אשר על כן, בהתאם לסמכותי על פי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים, אני קובע כי התעריף המינמלי הנקבע על ידי לשכת שמאי המקרקעין בישראל שליד לשכת המהנדסים האדריכלים והאקדמאים במקצועות הטכנולוגיים בישראל מהווה הסדר כובל.

כאמור בסעיף 43(ה) לחוק ההגבלים תהא קביעה זו ראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי. כאמור בסעיף 43(ו) לחוק ההגבלים, אין בקבלת החלטתי זו כדי למנוע או לעכב מלהעמיד לדין פלילי אדם שעבר על הוראות סעיף 47(א)(1) לחוק ההגבלים. לשכת שמאי המקרקעין, שפעולותיה היו נשוא קביעתי זו, רשאית לערור עליה, או על חלקה, לבית הדין להגבלים עסקיים, תוך שלושים יום מיום שהודעה עליה תומצא לה.

העתק החלטתי יימסר לשר המשפטים, ליועץ המשפטי לממשלה, ליו"ר מועצת השמאים וליו"ר לשכת השמאים, לידיעה ולכל פעולה שתמצא כראויה.

ד"ר יורם טורבוביץ
הממונה על הגבלים עסקיים

ניתן היום, ל' בשבט תשנ"ה
31.1.1995
בירושלים