

בבית המשפט העליון בשבתו כבית דין גבוה לצדק

בג"צ 588/84

בפני: כבוד השופט ד. לוין
כבוד השופט ג. בך
כבוד השופטת ש. נתניהו
העותרת: ק.ש.ר. סחר אזבסט בע"מ

נגד

המשיבים: 1. יו"ר המועצה לפקוח על הגבלים עסקיים
2. לוחות ישראל בע"מ
3. קלת אפיקים בע"מ
4. תעל תעשיות עץ לבד
5. עץ לבד בע"מ
6. לבידי אשקלון בע"מ
7. הממונה על ההגבלים העסקיים
משרד המסחר והתעשייה
ערעור על החלטת המועצה לפקוח על
הגבלים עסקיים בבית המשפט המחוזי
תל אביב מיום 31.3.84 בתיק ר"ע 381/240/12
שניתן ע"י כבוד השופט בכור

בשם העותרת: עו"ד דן כהן
בשם המשיבים: עו"ד א. שלוש בשם המשיבים 2-6
עו"ד נ. ארד בשם המשיב 7

פ ס ק - ד י נ

השופט ד. לוין:

1. ביום 31.8.84 החליטה המועצה להגבלים עסקיים (המשיבה 1, להלן המועצה) לאשר הסדר כובל בענף ייצור ושווק לבידים. בכפוף לתנאים שנקבעו על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים (המשיב 7, להלן הממונה).

אשור זה ניתן ברוב דעות וחרף התנגדותה של המערערת.

הבסיס לדיון בפני המועצה היה הסכם שנכרת ביום 7.3.83 בין המשיבות 3-6, שהן חברות ישראליות העוסקות בייצור מוצרי עץ, לרבות לבידים, לשם שווק בישראל ובחו"ל. המשיבה 2, שגם היא צד להסכם, היא חברת שווק שהוקמה על ידי ארבע חברות הייצור לשם הסדרת השיווק המאורגן, במסגרת ההסכם, באמצעותה.

2. התקשרות זו שבין החברות ראשיתה עוד בשנת 1973. כבר אז ראו לטוב ולמועיל עבורן להתארגן יחדיו בכל הנוגע לייצור ומכירת לבידים. ההסדר שהוסכם עליו בין החברות הקיף הן את תחומי הייצור והן את נושא השיווק. נקבעו בו הסדרים לייבוא משותף של חומר גלם ממדינת גבון שבאפריקה, עיבוד וייצור הלבידים על פי מכסות קבועות, קביעת מחיר וכן תנאי אשראי והנחות שיהיו אחידים לכולן (כפוף לפקוח ועדת המחירים הממשלתית) וכן

שווק ומכירה של הלבדים במשותף בארץ ובחו"ל באמצעות חברת השיווק הנ"ל, על פי הסדרים מוסכמים ביניהם.

3. הסדר כובל כזה, אושר על ידי המועצה ביום 29.5.81, כפי הנראה ללא התנגדות מצד גורם כלשהו, על אף שהחברות הקשורות בהסדר הכובל מייצגות רק כ- 75% מהכמות הכוללת של לבדים המיוצרים בארץ. ההסדר הכובל שאושר בשנת 1981, הוגבל בזמן ותוקפו פג ביום 7.3.83. עד לאשור ההסדר הכובל בשנת 1981 קיימו החברות את ההסדר מכוחו של היתר זמני אשר נתן להן ביום 15.2.80 בהתאם להוראות סעיף 19 (2) לחוק ההגבלים העסקיים תשי"ט-1959 (להלן-החוק). גם בתקופה שמיום 7.3.83 עד לאשור ההסדר הכובל נשוא דיונו ביום 31.8.84 פעלו החברות מכח היתרים זמניים שנתנו כנ"ל.

4. כאמור, אשרה המועצה ביום 31.8.84 את ההסדר הכובל בענף הלבדים, אך לא בדיוק כפי שנתבקשה. תקופת תחולתו של ההסדר הוגבלה עד ליום 31.8.86, המועצה לא נענתה לבקשה לקבוע את משך תוקפו של ההסדר לחמש שנים.

כאמור, ההסדר לא אושר כמות שהוא, אלא בכפוף לתנאים שקבע הממונה ושנועדו על פי תוכנם להגן ככל האפשר על זכויותיהם של הצרכנים העיקריים לבל יקופחו בשל אותו הסדר.

דעת המיעוט בענייננו הייתה כי יש להגביל את ההסדר גם מבחינת היקפו, במובן זה שהוא יחול אך ורק בכל הקשור בשיווק ומכירת הלבדים בחו"ל וייבוא חומרי הגלם ארצה.

5. בתיתה את אשורה להסדר הכובל דן, סברה המועצה כי על פי העובדות שהוצגו בפניה, נתן לקבוע שאשור ההסדר הוא מטובת הכלל ובמאזן הכללי החיוב שבאשור ההסדר מבחינת הכלל עולה במידה משמעותית על כל נזק העלול להיגרם למאן דהוא בעטיו.

המועצה נמקה את מן האשור להסדר הכובל דן באלה:

א. זהו הסדר כובל שמתקיים מזה שנים ונתגלו ב/ יתרונות מבחינות שונות.

ב. יתרון בולט לעין הוכח בנושא קניית חומר הגלם ושיווק הלבדים במרוכז. קנייה מרוכזת זו הביאה מחד גיסא לחסכון לחברות הנ"ל (שברכה בו לכלכלת המדינה בדרך כלל) ומאידך גיסא, היוותה בעיני הספקים והקניינים בחו"ל הוכחה כי עניין להם בגוף אין ובעל עוצמה מבחינה כלכלית וכספית.

ג. הייצור המוסדר על פי ההסכם שבין החברות מונע תחרות לא רצויה, כפילות ובזבוז משאבים.

ד. ככל שמתקיים החשש שהצרכן יימצא מקופח בשל העוצמה הניתנת ליצרנים והמשווקים מכוחו של ההסדר הכובל, הרי הותנה ההסדר בין היתר בהקמת ועדה פריטטית אשר תטפל בתלונות שתוגשנה כנגד החברות המשתתפות בהסדר הכובל. כנראה שהנזקים ביותר למוצרי החברות, כגון, בעלי הנגרות ויצרני רהיטים דעתם הייתה נוחה מההסדרים האמורים, שכן לא הוגשו כל תלונות בעניין זה. גם בדיון בפני המועצה הושמעה התנגדות להסדר אך ורק מפי המערערת, למרות ש- 25% מכלל יצרני הלבדים אינם צדדים להסדר האמור.

ה. התנאים הנוספים אשר נקבעו על ידי הממונה, המהווים חלק בלתי נפרד מהאשור, יש בהם כדי להניח את הדעת מבחינת הפקוח על דרך בצוע ההסדר ומבחינת מניעת נזק לצבור הרחב. תנאים אלה כוללים הגבלת ההסדר הכובל ללבידים בלבד, קביעה שכל שינוי במחיר, בתנאי האשראי ובהענקת הנחות ייעשה רק על-פי אשור בכתב מאת הרשות המנהלית המתאימה. נקבעה חובת קיום תו תקן של מכון התקנים הישראלי להבטחת איכות המוצר, נקבעה חובת אספקה סדירה ומגוונת של הלידים בכל רחבי הארץ ועוד.

ו. קיים אמנם סבסוד מסוים של המחירים הנקבעים בחו"ל על ידי העלאת רמת המחירים הנדרשים מהצרכן בישראל, אולם, רמת מחירים זו נתונה לפקוח של הרשות המנהלית שהוסמכה לקבוע מחירים מכסימליים בנושאים שונים. זאת ועוד, הייבוא של לבידים ממדינות השוק המשותף לישראל, על פי ההסדרים עם השוק המשותף, מהווה גם הוא בלם מפני עליית מחירים לא סבירה בשוק המקומי. התחרות בין מוצרי הייבוא והמוצרים המקומיים, תרסן כל נטייה להעלאת מחירים לא סבירה העלולה לפגוע בצבור הצרכנים.

ז. בטול ההסדר הכובל בעת הזו, עלול לגרום קשיים לא מועטים למפעלים של החברות הנ"ל ולצבור העובדים, הגם, לדעת המועצה, ישנה הפרזה מרחיקת לכת בטענת החברות כי בטול ההסדר ימוטט את המפעלים ויגרום לאבטלה רבתי.

6. כנגד אשור זה שניתן על ידי המועצה. מעלה המערערת את השגותיה בפנינו - השגות המשקפות את עקרי הטענות אשר הושמעו על ידי המערערת כנגד ההסדר הכובל גם בעת הדיון בפני המועצה.

הדגש בטענות המערערת, הראויות להתייחסות, הוא על כך שההסדר הכובל אינו עונה על טובת הכלל, והרי זהו עיקר העיקרים בנושא שבו אנו עוסקים.

לטענותיה:

א. על המשיבות הרוצות באשור ההסדר הכובל נטל ההוכחה כי ההסדר במהותו משרת את טובת הכלל. במקרה דנן לא הרימו המשיבות נטל זה.

ב. המועצה בהחלטתה קבעה אמנם לאמור שההסדר הכובל דנן הוא לטובת הכלל, אולם קביעה זו אין לה על מה שתבסס, שכן המועצה בהחליטה כך לא שקלה את כל השיקולים הרלוונטיים לעניין, ומשקלה גורמים אלה ואחרים, לא ייחסה לכל אחד מהם את המשקל הראוי.

ג. אם תמצי לומר כי ההסדר בעיקרו נועד לטובת הכלל, וכי היבט זה הוכח, הרי שטובה זו אינה עולה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לחלק מהכלל או ליחידים שאינם צד להסדר. בכך חטא האשור לכללים המחייבים של החוק ובמיוחד סעיף 28 סיפא שבו.

7. נקודת המוצא והבסיס העיקרי להשגותיה של המערערת הם בכך שמחיר המוצר בשוק המקומי מסבסד את המחיר לייצוא. עובדה זו אינה שנויה במחלוקת. אכן, בתחילת דרכו של ההסדר, בעבר, המצב היה שונה: המחירים שנתקבלו בחו"ל עלו על אלה שנדרשו בישראל, אולם בגלל תהליכים כלכליים בחו"ל חלה ירידה משמעותית במחירי השוק בחו"ל

ואלמלא הסבסוד שבקביעת רמת מחירים גבוהה יותר למוצרים הנמכרים בישראל, היה הייצוא נפגע, אם לא מסוכל לחלוטין. מכאן, שהצרכן הישראלי הוא שנדרש למעשה לשלם את מחיר הסבסוד וכל אימת שרמת המחירים בחו"ל יורדת, נדרש הצרכן הישראלי לכסות את ההפסדים, בהעלאת המחיר שהוא נדרש לשלם עבור המוצר בשוק המקומי. אמנם כן, המחירים שנקבעים למוצר בעת שהוא משווק בישראל כפופים לאשור רשות המחירים הממשלתית, אולם יש להניח כי אלמלא ההסדר הכובל, מחיר המוצרים לצרכן היה פוחת, ובמידה משמעותית.

לדעת פרקליט המערערת, די בכך כדי לפסול את ההסדר הכובל. אך יתרה מזו, להשקפה שהנחתה את המועצה אין בסיס ברור בחומר הראיות אשר הונח בפני המועצה. לא הובאו בפניה נתונים בדבר המחירים שגובים מהיצרנים האירופאים בארצותיהם, וגם לא נתונים באשר לתנאי הייצור והשיווק שם. בעניין זה נמנעה משום מה המועצה מלחקור ולבחון. היא הניחה, כדבר מובן מאליו, שהרשות המפקחת על מחירי המוצר בישראל, מבררת, אל נכון, את הנתונים ולא תרשה העלאת מחיר סתמית.

אכן, יש יסוד לטענה זו של המערערת שכן, למקרא החלטת המועצה עולה בברור כי זו התלבטה לא מעט בשאלה אם ראוי לחזור ולאשר את ההסדר הכובל לתקופה נוספת כאשר רמת המחירים לצרכן המקומי היא גבוהה מהנדרש והיא באה לסבסד את מחירי הייצוא.

כך נתנה המוצע ביטוי ללבטיה :

"אין זה תפקידנו להביע דעה בעניין קביעת המחירים על ידי המפקח ונשאלת השאלה אם יש הצדקה לקביעת מחיר בשוק המקומי העולה על המחיר בשוק מקומי בארצם של יצרנים אירופאים, ואלה שלא כיצרנים במזרח הרחוק אינם נהנים מעבודה זולה ואינם עוסקים בהיצף. אין לנו נתונים על המחירים, היצרנים האירופאים בארצותיהם ואין לנו נתונים להשוואת תנאי הייצור והשיווק, ואנו מניחים כי הרשות המפקחת מבררת את הנתונים ולא מרשה העלאות מחירים סתמיות ללא בדיקה ובהעדר צעדים ראויים לשמם להתייעלות. הרשות המפקחת יכולה לאשר העלאת מחירים לשוק המקומי על פי שקולים שונים וזה עניינה. מאידך, עליית מחירים יכולה להוות בנסיבות מסוימות עילה לדחיית בקשה לאשור הסדר כובל".

וכן :

"ייתכן שאם לא ישתנה המצב לפיו המחירים בשוק המקומי מסבסדים המחירים לייצור יהיה מקום לשקול אם תהיה הצדקה

להאריך את האשור לכשתפוג התקופה
שלגביה יינתן היום האשור".

ובהמשך: "יחד עם זאת האשור יינתן לתקופה מוגבלת.
בעיקר כדי לבדוק את בעיית המחירים אם
תבוא בקשה בעתיד לחדש או להאריך את
תוקף ההסדר הכובל."

המערערת סבורה שאשור ההסדר חרף כל אותם ספקות ואותם לבטים בעניין מחיר המוצר
בארץ הוא מוטעה. לטענתה, ברור מהאמור לעיל שהצרכן הישראלי מתקפח ונמצא ניזוק
ממשית. משכך הוא הדבר, הרי שאשור ההסדר הכובל נוגד את טובת הכלל, וזהו כאמור
השקול המרכזי והקובע לעניין האשור.

8. המשיבות - גם החברות הנ"ל וגם הממונה - מתייצבים מאחורי החלטת המועצה, ותומכים
בה, הן מהנימוקים שהנחו את המועצה בהחלטתה והן מנימוקים אחרים שלדעת המשיבות
מצביעים על יתרונות נוספים שבהסדר האמור לצרכן הישראלי בכלל ולטובת המדינה
ואזרחיה בפרט.

כך למשל, מצביעות הן על כך שההסדר הכובל מאפשר בפועל מחקר והחלפת מידע
משותפים, התייעלות על ידי פתוח מוצרים חדשים ועוד כיוצא באלה. בתגובה להשגות
המערערת, טוענים המשיבים כי אין בהן ממש לגופם של דברים. אולם טענתם המקדמית
והעיקרית היא כי לערעור זה (המוגש מבחינת סדרי הדין בצורת בג"צ) אין להתייחס כלל
ועיקר, שכן לפי סעיף 36 לחוק הנ"ל אין ערעור על החלטת המועצה אלא ב"שאלת דין
בלבד". משמע, בסוגיות משפטיות הקשורות או הנובעות מהדרך שבה הפעילה המועצה את
שקול דעתה או מטעמים שקשורים בפרשנות החוק. לא כן בענייננו. לטענת המשיבות
השגותיה של המערערת הן כנגד הקביעות העובדתיות של המועצה, כדי שמצאו את ביטויין
בהחלטה, וכנגד המסקנות שנקבעו על פיהן בטענה שהמועצה הפעילה שקול דעת שלא
כהלכה. שקול הדעת הוא של המועצה ואם שקלה את הדברים בדרך הראויה אין להתערב
במסקנות שנקבעו על פי שקול דעת זה. אלא הוא מתרכז במסקנות המשפטיות שהוסקו
מתוך העובדות עליהן השחיתה המועצה את החלטתה ליתן אשור להסדר הכובל. ככל
שהושמעו ע"י המערער בסכומים טענות לעניין הקביעות העובדתיות, נמנע אני מלהתייחס
אליהן באשר כאמור אין ערעור על קביעות אלה.

9. נראה לי, כי ערעור זה ראוי לו שיישמע שכן ביסודו של דבר אין הוא מצטמצם בבקרת על
הממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי המועצה.

המערערת, כאמור, טוענת וחוזרת וטוענת כי מבחינה כלכלית ההסדר הכובל נוגד את טובת
הכלל, והמועצה שגתה משפטית בהגיעה למסקנה האמורה.

על כגון דא נאמר כבר בבג"צ 358/61 ו.ס.ט. תוצרת יין ומשקאות חריפים בע"מ ואחרים נ.
יו"ר המועצה לפי חוק ההגבלים העסקיים תשי"ט - 1959 פ"ד טז 1317 בעמ' 1319 לאמור:

"לפי סעיף 36, החלטה של המועצה ניתנת
לערעור בשאלת דין. לפיכך סבור אני
שבשאלה זו, כאמור, אם מבחינה כלכלית זה
לטובת הכלל ואם לאו, אנו יכולים להתערב

אך ורק כשהמערער לפנינו משכנע אותנו כי
המסקנה של המועצה בנויה על פגם מבחינה
משפטית".

מדברי השופט ויתקון שם, שם:

"בנסיבות המקרה דגן ובהתחשב בעדויות
שהיו בפני המועצה ושכולן מצביעות בכוון
אחד בלבד, לא היה הצד העובדתי שבדבר
מוטל בספק כלשהו ונשארה רק שאלה אחת
איזו מסקנה מן הדין להסיק מן הממצא
העובדתי הנ"ל".

כאמור, המסקנה שהסיקה המועצה מהעובדות שהוכחו לפניו ניתנת לביקורת על ידי בית
המשפט הזה. לעניין זה יפה ההלכה המנחה, דרך כלל, לעניין בדיקת שיקול הדעת של רשות
מנהלית. ההלכה היא כדלהלן:

"אם הרשות שוקלת את הדברים הנחוצים
לקבלת החלטתה ... בדרך מאוזנת וראויה,
בתום לב ולגופו של עניין, כי אז יימנע בית
המשפט מלהתערב בהחלטתה ולשים את
שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות
שהוסמכה לכך, הגם שתוצאותיה של אותה
החלטה יכול שתהיינה שנויות במחלוקת.
מאידך גיסא, אם רשות רשוי אינה נותנת
משקל ראוי לכל הגורמים הרלוונטיים
השונים או שהתחשבה בעובדה ונתנה משקל
לנתונים שאינם עולים בקנה אחד עם
המציאות המתקיימת למעשה, כי אז אפשר
שבית המשפט יתערב החלטה על שום שהיא
חורגת ממתחם הסבירות בהתייחסות לנושא
הנדון" (בג"צ 145/83 הרמתי נ. עירית תל-
אביב יפו פ"ד לו(4) 505, 512 וכן ראה בג"צ
341/81 מושב בית עובד, מושב עובדים
להתיישבות חקלאית שתופית בע"מ נגד
המפקח על התעבורה ואחרים פ"ד לו (3)
349, 354-355.

בחינה כזו של דרך הפעלת שיקול הדעת, ראויה שתעשה גם בענייננו. מכאן, שאין לדחות את
המערער על הסף, ויש לבחון את טענותיה המשפטיות נגד החלטת המועצה לגופו של עניין.

10. חוק ההגבלים העסקיים, מטרתו ודרך פעולתו

הסדר כובל, מוגדר בס. 2 לחוק כהסדר בין בני אדם המנהלים עסקים, הבא למנוע או
להגביל את אחד הצדדים כעניינים שונים לגבי מצרכים ושירותים, וביניהם מחיר, רווח,
איכות, כמות ותנאי ייצור, וכדומה.

כדברי השופט ברק בבג"צ 471/83 תור אויר (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפקוח על הגבלים עסקיים ואחרים פ"ד לט(1) 169, 178: "מטרת החוק כפי שהיא עולה מלשונו, ממבנהו, ומההיסטוריה החקיקתית היא לאסור הסדרים כובלים הפוגעים בטובת הכלל מגמת החוק היא לפנות את הדרך לפעילות כלכלית חופשית על ידי סילוק מכשולים המונעים פעילות כזאת".

תחרות בריאה וחופשית בין יצרנים מבטיחה לצרכנים את המוצר בעל האיכות הטובה ביותר במחיר הסביר ביותר, המשקף בצורה המדויקת ביותר את הביקוש שלו. כמוכן תחרות מהווה תמריץ לייעול, לפתוח ולחדשנות, דבר שיביא לירידה בהוצאות הייצור ולעליה באיכות המוצר.

ראה :

(L. Kestenbaum, Israel's Restrictive Trade Practices Law: Antitrust Misadventures In a small developing country (1973) 8 ISR. L. REV. 411, 452).

התארגנות חברות לקרטל או למונופול נותנת להם כוח כלכלי רב ושוללת את היתרון שצומח לו, לצרכן, מתחרות חופשית שכן הכח יכול להיות מנוצל לרעה לקביעת מחירים כרצונם של הנהנים מההסדר, להימנעות מנקיטת אמצעים להתייעלות וקדום, ולאי הקפדה על איכותו של המוצר (ראה ה"ע 88/281/2 ענף צמיגי האופניים - גמיד בע"מ העוגן בע"מ נגד הממונה על הגבלים עסקיים פ"מ כח 363, 367-368. וכן wilberforce & campbell, the law of restrictive trade practices and monopolies (2nd ed. 1966 london) 818-828).

עם זאת, ייתכנו גם ייתרונות בהסדר כובל, שכן נתן להשיג מכוחו יעילות וחיסכון. התייצבות לתחרות בשווקים כגוף אחד ורב עוצמה יכולה לעודד ולהגביר את יכולת התחרות בשווקים מפותחים ומתקדמים בייצוא לחו"ל, במיוחד כשמדובר במשק מתפתח שחשבה לו מאוד רמת ארגון ויעילות גבוהה וכן הגעה לרמה טכנית מקצועית נאותה (ראה kestenbaum, לעיל, עמ' 418).

11. חוק ההגבלים העסקיים הישראלי אינו רואה את התחרות החופשית כגורם הבלעדי, שעל פיו תקבע טובת הכלל ובהחלט מאפשר הוא שקילת גורמים אחרים המשפיעים על טובת כלל הציבור במובנו הרחב. הוא מבקש להשיג איזון בין האינטרסים השונים - היתרונות שמעניקה התחרות החופשית לרמת המוצר ולתנאים הנתונים לצרכן לעומת הצורך במתן אפשרות פעולה לקרטלים כאשר מוכח שהם מועילים ומעניקים יתרונות למען טובת הכלל. מגמה זו לקביעת איזון ראוי בין האינטרסים השונים מוצא את ביטוי בחוק בכללים שונים שנקבעו בו. כך למשל:

א. החוק קובע חובת רשום הסדר כובל במרשם, והגשת בקשה למועצה להגבלים עסקיים כדי שתכריע האם לאשרו אם לאו (ס. 18 לחוק). כל עוד לא אושר ההסדר הכובל, הרי שמעשה או הימנעות על פיו מהווה עבירה פלילית (סעיפים 40, 42 ו- 43 לחוק). וכן מתאפשרת תביעה אזרחית לאדם שנפגע על ידי המעשים הלא חוקיים הנ"ל.

ב. רשאית המועצה לאשר הסדר כובל אם היא סבורה שהוא לטובת הכלל. סעיפים 25 ו- 28 לחוק מנחים את המועצה באשר לדרך הפעלת שיקול דעתה במתן אשור כזה.

סעיף 25 קובע שאין לתת אשור אלא אם המועצה משתכנעת שאכן ההסדר הוא לטובת הכלל.

סעיף 28 מפרט רשימה פתוחה של יתרונות ומטרות מועילות שהגשמתן באמצעות ההסדר הכובל מהווה נימוק ושיקול בעד האישור. לעניין זה כבר הודגש בכתובים ובפסיקה שמדובר ביתרונות מהותיים וממשיים שאין להשיגם אלא באמצעות ההסדר הכובל.

כלומר צריך להוכיח שאישור ההסדר הכובל מביא ליתרון מסוים על פני דחיית האישור ושליטת ההסדר. לא די בהסדר נייטרלי שאינו מזיק אך שהיתרונות שבו היו מושגים גם בלעדי קיומו (ראה ה"ע 24/212/3 חברת פאקא בע"מ פ"מ כה 261, 265 וכן:

R.N. Kaplan, israel antitrust policy and practice - a different approach towards antitrust by an emerging nation (1971) 26 Record of n.y city bar ass'n 389, 396-397).

ג. גם אם יש יתרונות בהסדר כובל פלוני, עדיין ראוי לשקול שוב, אם יתרונות אלו עולים באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לחלק מהכלל או ליחידים שאינם צדדים להסדר (סעיף 28 סיפא לחוק).

12. ראוי להוסיף ולהבהיר כדלהלן:

א. נטל ההוכחה שההסדר הוא אכן לטובת הכלל מוטל על מבקש ההסדר הכובל, במקרה שלפנינו, המשיבות (ראה ה.ע. 225/882/5 אגוד המפרסמים בישראל נ. הממונה על הגבלים עסקיים פ"מ נ"ב 231, 233 וכן ד. בכור הרהורים בחוק ההגבלים העסקיים תשי"ט 1959" מתוך ספר זוסמן (ירושלים התשמ"ד 133, 261, 265 וכן - r.n. kaplan israel antitrust policy and practice - a different approach towards antitrust by an emerging nation record of n.y city bar ass'n 369, 396 - 397).

ב. יש להבחין תמיד בין טובת הכלל לבין טובתם של הצדדים להסדר הכובל. ודאי שהסדר כובל המונע תחרות בין הצדדים הקשורים בו הוא נוח להם, שכן אין עליהם לחצים להתייעל או צורך להוריד מחירים כדי למשוך צבור קונים לרכישת תוצרתם דווקא. אולם מטרת החוק היא בעידוד הסדר כובל המביא יתרונות לכלל דווקא, כפי שנקבע בבג"צ 358/61 הנ"ל בעמ' 1319:

"הסדר שכל כולו מיועד להבטיח קיום ליצרנים בלתי יעילים שאלמלא כן לא היו יכולים להחזיק מעמד כנגד מתחרים יעילים יותר ... ודאי הוא הסדר שהחוק רואה בו הסדר כובל הנוגד את טובת הכלל".

ראוי להפנות גם לדברי השופט צלטנר בה"ע 9/217/1 אלישר בע"מ פ"מ כה 269, 272 לאמור:

"בהסדר זה מוגבל היבואן במכירה לסיטונאי והמחיר אינו יכול לרדת מתחת לסכום שייקבע על ידי הארגון. הסדר זה מביא להתייקרות הסחורה. ... כנגד התייקרות זו אין לראות שום תועלת ואין לה הצדקה אלא בטובת המבקשים. בכך אין די כדי להוות משקל שכנגד לעומת ההתייקרות האמורה המתנגדת לטובת הצבור".

ג. יש לאבחן בין הסדר כובל הבא להסדיר את הייצור, השיווק והמכירה של מוצרים לצרכן בשוק המקומי בלבד לבין הסדר כובל שבא להסדיר כל אלה בהיקף רחב הרבה יותר, דהיינו קביעת ההסדרים הנאותים שיהיו טובים לשוק המקומי אך יחד עם זאת יעודדו ויאפשרו ייצוא של מוצרי המפעלים הקשורים בהסדר הכובל בחו"ל.

ייתכנו מקרים בהם נתן להתייחס לכל אחד משלוות ההסדר הכובל (השוק המקומי והייצוא) כאל הסדרים כובלים העומדים בפני עצמם. במקרה כזה ראוי לבחון מהי טובת הכלל מבחינת כל אחד מהסדרים אלה. במילים אחרות, מהי טובת הכלל כשמדובר בשוק המקומי, ומהי טובת הכלל כשמדובר בשוקי חוץ. אפשר גם אפשר שההסדר האחד ייצא ראוי לאשור, ואילו האחר אינו ראוי לכך.

אולם, יש ושתי השלוות של ההסדר הכובל (השוק המקומי ושוקי החוץ) שלובות וכרוכות זו בזו ואם לאחת זכות קיום ללא האחרת. במקרה כזה, ראוי שטובת הכלל תבחן גם מבחינת ההיבט הכללי. דהיינו, מה שטוב לכלכלת ישראל וממילא טוב בעקיפין, ובחשוב כולל, לכלל הצרכנים - תושבי המדינה.

המורכבות של סוגייה זו נדונה במאמרים שונים בנושא הנדון, אל שניים מהם אני מפנה את תשומת הלב:

מאמרו של השופט בכור, "הרהורים בחוק ההגבלים העסקיים תשי"ט – 1959, שצוטט לעיל בעמ' 141-142:

"המועצה רשאית לאשר הסדר כובל רק לגבי עסקי הייצוא. אבל במקרים כאלה מתעוררת בדרך כלל השאלה אם מעשי הוא שהמפעלים האלה יתחרו בארץ וישתפו פעולה בייצוא. זו שאלה עובדתית שיש לה השלכה גם על ההכרעה אם יש לאשר את ההסדר בכללו במידה ואין אפשרות מעשית להפעילו רק בעסקי ייצוא".

מאמרו של המלומד קסטנבאום שצוטט לעיל בעמ' 457:

".... The principal controversy in Israel about cartels aimed at foreign markets arose from the extension of the cartels into the domestic sphere. It can be

arghed that such extention is unavoidable. It would be illusory to expect competition at home from cooperators abroad. In addition a total cartel may be required if the advantages embrace specialization of production for instance, or if most of the sales are abroad. Yat there are examples of israel I cartels limited to export sales, which appear to be quite effective and to respect the limitation. More significant is the israeli experiance which we have reviewed the extention of cartels to domestic markets generally failed to achive anticipated benefits and imposed unwarranted costs on the economy. To the point that government economists recommend confining active support to export marketing”.

13. כפי שהוצגה מהותו של ההסדר הכובל דנן, לעיל, הרי שעניינו הוא הן בחיזוק כוחן של החברות ככל הנוגע לייצוא שיווק ומכירת הלבדים בחו"ל וייבוא חומרי הגלם משם, והן בחיזוק מעמדן וכוחן הכלכלי של החברות בישראל למען מנוע התמוטטות מפעלים, על כל הנובע מכך.

אילו היינו מפרידים בין שני ההיבטים של ההסדר הכובל, ומתייחסים לכל אחד מהם כהסדר כובל העומד בפני עצמו, כי אז על רקע העובדות המוכחות היה מקום לקבוע את שקבע למעשה חבר המועצה בדעת המיעוט, כי ההסדר הכובל ככל שהוא עוסק בהתקשרות לצורכי ייצוא המוצרים וייבוא חומרי הגלם ראוי לאישור, ואילו ההסדר הכובל ככל שהוא מתייחס לשיווק והמכירה לצרכן הישראלי אינו ראוי לאישור. וכל-כך למה?

ראינו, וגם המועצה עמדה על כך בהחלטתה, שהמחיר הנדרש מהצרכן המקומי הוא גבוה מהמתחייב. אלמלא היה צורך לסבסד באמצעות המכירה בשוק המקומי את הייצוא, כי אז נתן היה להוריד את רמת המחירים לצרכן הישראלי. במקרה כזה היה הצרכן יוצא נשכר וטובת הכלל מושגת.

אילו הייתה המועצה בדעה כי שינוי המצב הקיים באי מתן אשור נוסף להסדרים הכובלים שהתקיימו במשך שנים הייתה גורמת להתמוטטות מפעלים ולאבטלה גוברת בתנאי המשבר הכלכלי הפוקד את המדינה, כי אז חרף הפגיעה בצרכן הבודד מבחינת המחיר, ראוי יהיה לאשר את ההסדר הכובל מבחינת טובת כלל הצבור והאינטרס שצריך להנחות, לחזק את התעשייה הישראלית, לקיים ולהגביר כוחה, ולמנוע על ידי כך אבטלה גוברת, כי כך מכתיבה המדיניות הכלכלית, בראייה כוללת של צורכי המדינה וכלל תושביה.

אולם, לא כך ראתה המועצה את פני הדברים. אכן, היה ברור לה כי נוח ורצוי יהי לחברות שבהסדר כי המצב שהתקיים על פי ההסדר הכובל במשך שנים ימשך להתקיים. אולם

בהפסקת תוקפו של ההסדר הכובל עדיין אין משום הרס למפעלים הקיימים. (ראה לעניין זה ה.ע. 88/281/2 שצוטט לעיל ע' 367 וכן ה.ע. 24/212/3 פאקא שצוטט לעיל ע' 265).

כאלה הם פני הדברים ככל שמדובר בהיבט המקומי.

שונה המצב ככל שמדובר בייצוא ובייבוא חומרי הגלם. בעניין זה, היתרונות של ההסדר הכובל הם ברורים וחשובים, וראוי שיוסיף ויתקיים. כך סברו כל חברי המועצה ללא יוצא"מ מן הכלל. ואכן, ללא ההסדר הכובל, ספק רב הוא אם החברות הכלולות בהסדר היו יכולות כולן או חלקן להתמודד בשוק העולמי ולייצא את תוצרתן לחו"ל. ספק גם אם היו יכולות להשיג את חומרי הגלם הדרושים המצויים בשווקי העולם ולענייננו באפריקה, במחירים הנאותים ולייבאן בהוצאות מצומצמות, כך שהייצור בישראל יהיה אפשרי ובעלות שתאפשר התמודדות עם לבידים המיובאים ארצה מחו"ל.

טובת הכלל במקרה זה מצדיקה בהחלט פעולה ארגונית משותפת ומתואמת של כל החברות שבהסדר, בברכתה של המועצה.

14. ניצבת, אפוא, השאלה שבמוקד ההכרעה, האם ניתן בנסיבות המקרה דגן להפריד בין הדבקים ולהתייחס לכל אחת משלוחות ההסדר הכולל בנפרד.

לאחר שנתתי דעתי להחלטה של המועצה על כל היבטיה נראה לי כי הגיעה לכלל המסקנה הנכונה ששלוחות אלה כה שלובות וכרוכות זו בזו שכל הפרדה לא תצלח.

הוברר כי אם לא יהיה כיום סבסוד מסוים של מחירי הייצוא באמצעות העלאת רמת המחירים לצרכן המקומי, לא יהא ייצוא כלל, והרי זהו אינטרס מובהק של כלכלת ישראל לחזק את הייצוא ולהגבירו.

הוברר כמו כן כי קיים קושי לא מבוטל ברכישת חומרי הגלם וככל שברכישה זו ובייבוא חומרי הגלם לישראל מטפל גוף איתן, ייבוא זה מתאפשר בתנאים הנוחים לתעשייה המקומית.

ספק אם בהעדר ההסדר הכובל אפשר היה לקיים את הייצור בישראל באותה עלות אפילו ברמה המסבסדת דהיום. התברר שבשנים עברו, עד לשנת 1980, דווקא מחירי הייצוא היו גבוהים והם שאפשרו אל נכון, ריסון המחירים בשוק המקומי. אין לדעת אם תהפוכות המציאות הכלכלית לא יחזירו את המצב לקדמותו.

אלה ואחרים היו השקולים אשר הנחו כמשתמע את המועצה כפי שמצאו את ביטויים בניתוח המתלבט של חלק מהמרכיבים העולים מהעובדות המוכחות, ואין למצוא בהם פסול.

המועצה בדעת הרוב בקשה אפוא להשיג את אותו איזון שבין ההיבטים השונים הראויים להתייחסות והתחשבות ולמצוא את הנוסחה הנכונה שתעמיד את ההסדר הכובל במבחן טובת הכלל. מתוך מגמה זו הגיעה המועצה לכלל אישור ההסדר הכובל אך במגבלות הבאות:

א. קיום התנאים שנקבעו על ידי הממונה שנועדו לשמור ככל שניתן על האינטרס של הצרכן הישראלי, לפקח על איכות המוצר והמחיר באמצעות מנגנונים שנקבעו באותם תנאים.

ב. הגבלת תקופת תוקפו של ההסדר הכובל על מנת שניתן יהיה לחזור ולבחון מחדש, במרוצת תקופה זו, שאינה ארוכה, אם המחיר שהצרכן הישראלי נדרש לשלם כדי שיתקיימו היתרונות שבהסדר הכובל לצורכי ייצוא ולצורכי יכולת העמידה של המפעלים שבבעלות החברות הנ"ל, אינו כבד מדי.

אמנם, ראוי היה שהמועצה תבחן בעצמה, בצורה יסודית, את המחירים של הלבדים בשווקי העולם והמחירים הראויים בישראל, ולא להסתפק בהשערה שבחינה זו נעשתה על ידי הרשות המפקחת על המחירים. אילו עשתה כן, אפשר שהייתה יכול להגיע למסקנות החלטיות יותר בנדון זה, אם לצורך אשור ההסדר הכובל לכל התקופה הנדרשת, ואם לדחיית ההסדר הכובל לחלוטין.

אמנם, ראוי היה גם שהמועצה תשקול אם קיימת הצדקה שלאורך זמן יימשך סבסוד הייצוא ע"י הצרכן בישראל, על אף הנטל הנופל על אותו צרכן דווקא.

אולם שאלה היא האם בשל כך ראוי יהיה להחזיר את הדיון למועצה ולהורות לה לשקול את העניין מחדש, או אם בשל כך ראוי לדחות את ההסדר כולו על כל התוצאות שיכולות להיות מאוד קשות לחברות ולייצוא הישראלי.

מאחר והמועצה קבעה את ההגבלות דלעיל, ובמיוחד שתקופת ההסדר הוגבלה עד ליום 31.8.86 בלבד אי אנו רואים טעם להתערב החלטת המועצה. יחד עם זאת ברצוננו להדגיש כי חשוב ודרוש שאם תתבקש המועצה לחזור ולאשר את ההסדר, כי תעשה בדיקה מחודשת של נושא המחירים על ידי המועצה עצמה ותינתן הדעת לשאלה אם הצרכן הישראלי לא יוצא מקופח יתר על המידה, מבחינת המחירים ומבחינת עצם הסבסוד.

איני מוצא אפוא ששגתה המועצה שגיאה משפטית המצדיקה התערבותנו.

אשר על כן אני מציע לדחות את הערעור ולחייב את המערערת בהוצאות המשיבים 2-6 יחדיו בסכום כולל של 3,000 שקלים חדשים ואת הוצאות המשיבה 7 בסכום כולל של 3,000 שקלים חדשים. סכומים אלה ישאו ריבית והצמדה מהיום ולתשלום בפועל.

השופט ג. בר : אני מסכים

השופטת ש. נתניהו : אני מסכימה

החלטה כאמור בפסק דינו של ד. לוי,

ניתן היום ט בשבת תשמ"ו (19.1.96)

שופטת

שופט

שופט