

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[20.2.63, 29.1.63, 9.10.61]

בג"צ מס' 231/61

1. ארגון ארצי לשיווק צמיגים בע"מ

נגד

1. שר המסחר והתעשייה

2. "אליאנס" מפעלי צמיגים וגומי בע"מ

3. "שמשון" חברה לצמיגים ולגומי בע"מ

### לפני השופטים זילברג, לנדוי, ברנזון

#### צו

השופט לנדוי: המבקשת, ארגון ארצי לשיווק צמיגים בע"מ, ביקשה וקיבלה מבית-משפט זה צו-על-תנאי אל המשיב, שר המסחר והתעשייה, שייתן טעם, מדוע לא יצווה על שתי החברות "אליאנס" מפעלי צמיגים וגומי בע"מ, ו"שמשון" חברה לצמיגים ולגומי בע"מ (להלן - שתי החברות) למכור למבקשת צמיגים ואבובים המיוצרים על-ידן. שתי החברות צורפו לבקשה כצד שלישי.

בידי שתי החברות בתי-החרושת היחידים במדינה המייצרים צמיגים ואבובים. ביום 6.7.60 הן עשו חוזה (מוצג 2 לבקשה) שלפיו מינו חברה בשם "ח.ל.צ." (חברה לשיווק צמיגים לישראל) בע"מ כסוכן יחיד ובלעדי לשיווק תוצרתן במדינה, למעט לקוחות מסוימים הנזכרים בחוזה. תקופת החוזה הייתה עד 31.12.62, והיא מתחדשת מדי פעם, אלא אם ניתנת הודעת ביטול על-ידי אחד הצדדים לחוזה. המבקשת טוענת שבחוזה זה יש משום הסדר כובל, בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט – 1959, וכן שאותו חוזה יוצר מונופולין לטובת חברת "ח.ל.צ.", שגם הוא בלתי-חוקי. לפיכך היא פנתה למשיב וביקשה ממנו להפעיל את הסמכות הנתונה לו בסעיף 5(ג) (2) של חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח – 1957 (להלן - חוק הפיקוח). סעיף 5(ג) (2) אומר:

"שר רשאי לקבוע, בצו, הוראות בדבר –

.....

(2) הטלת חובה על אדם למכור, או להוציא מרשותו בדרך אחרת, מוצר בר-

פיקוח הנמצא בבעלותו, בחזקתו או בפיקוחו, באופן ובזמן שקבע בצו, וכן

במחיר שלא יעלה על המחיר המכסימלי שקבע בצו."

לפי סעיף 5(ד) (1) יכול צו לפי אותו סעיף להיות כללי, או לאדם מסוים או לסוג של בני-אדם, או למפעל מסוים או לסוג של מפעלים או לחלק של מפעל או של מפעלים. הצו אותו נתבקש המשיב להוציא איננו צו כללי, אלא צו המכוון לשתי החברות הנ"ל במיוחד.

בהצהרה מטעם המשיב, שניתנה על-ידי ד"ר יהושע יפה, היועץ למשיב, אומר המצהיר, כי המשיב נתן את דעתו על טענות המבקשת בבקשתה לבית-משפט זה, והחליט כי אין הוא מוסמך להיעתר למבקשת וליתן את הצו המבוקש על-ידה, באשר לא נתמלאו לדעתו התנאים הנקובים בסעיף 3 של חוק הפיקוח לשימוש בסמכות זו.

סעיף 3 לחוק הפיקוח קובע לאמור:

"לא ישתמש שר בסמכותו לפי חוק זה אלא אם היה לו יסוד סביר להניח שהדבר דרוש לקיום פעולה חיונית, או למניעת הפקעת שיערים וספסרות."

"פעולה חיונית" מוגדרת בסעיף 1 של החוק:

"פעולה הנראית לשר כחיונית להגנת המדינה, לביטחון הציבור, לקיום אספקה סדירה או שירותים סדירים, להגדלת היצוא או להגברת הייצור, לקליטת עולים, או לשיקום חיילים משוחררים או נכי מלחמה."

ד"ר פישלב, בא-כוח המבקשת, טען לפנינו, שתשובה זו מטעם המשיב לקויה, היות שלא פורט בה כיצד הגיע המשיב למסקנתו, שאין לו סמכות להוציא את הצו המבוקש, ואילו היו השיקולים שהשפיעו עליו. על כגון דא נאמר: "... טול קורה מבין עיניך", כי לפני שהמבקשת באה בטרוניה עם המשיב שתשובתו סתמית מדי, היה עליה לפרט בבקשתה את הנימוקים המחייבים לדעתה את המשיב להשתמש בסמכותו. בנדון זה לוקה הבקשה בכתב בחסר, ובטענות בעל-פה של ד"ר פישלב שמענו הרבה דברים בנוגע לחובת המשיב להוציא את הצו, שאין להם כל זכר או רמז בבקשה בכתב. הדגש בבקשה בכתב וגם בהתכתבות שקדמה להגשת הבקשה הוטל על כך שסירוב שתי החברות למכור את תוצרתן גם למבקשת מקפח את פרנסתם של המבקשת ושל הקמעונאים הקשורים עמה, ומונע מהם לעסוק בענף מסחר זה, בו הם בחרו לעצמם. אולם השגת מטרה זו, ככל שהיא חשובה למבקשת, בוודאי איננה פעולה חיונית במובן הסעיפים 1 ו-3 של חוק הפיקוח, ואף אין שום קשר בינה ובין מניעת הפקעת שיערים וספסרות, כאמור בסעיף 3. יוזכר כאן שהמחירים המכסימליים, הן מחירי בית-החרושת והן המחירים למכירה סיטונית וקמעונית, נקבעו על-ידי המפקח על התעבורה, בתוקף סמכותו לפי סעיף 2 של צו ההגנה (פיקוח על צמיגים), תשי"ד – 1954. המבקשת אינה טוענת שמחירים אלה גבוהים מדי, ושהיא מוכנה להפיץ את תוצרת שתי החברות במחירים זולים מאלה. כל שאיפתה היא לקבל מאת שתי החברות את הצמיגים ואת האבובים במחירים, שבהם הן מוכרות אותם לחברת "ח.ל.צ.", היינו במחירי סיטונית, כדי לאפשר גם לה לזכות בהפרש בין המחיר הסיטוני לבין המחיר הקמעוני.

בבקשה בכתב, פיסקה 10, הובא נימוק נוסף להפעלת הסמכות על-ידי המשיב, בלשון כללית ביותר, דהיינו שהפעלת הסמכות "גם מחויבת על ידי טובת הציבור והעקרונות שהוצבו על ידי המחוקק בחוק ההגבלים העסקיים, האוסר על קיום קרטלים ומונופולין". בטענותיו בעל-פה הרחיב ד"ר פישלב את הדיבור על נימוק זה, את טענותיו בנדון זה אפשר לסכם כך: כשם שקיימת השפעת גומלין בין פעולות משקיות שונות הנעשות במדינה, באופן שיש לראות כל פעולה משקית באספקלריה של המשק הלאומי כולו, כן קיים קשר הכרחי בין חוק ההגבלים העסקיים ובין חוק הפיקוח. חוק ההגבלים העסקיים הוחק במגמה להילחם בקרטלים ומונופולין, ומכאן, שחובה על שר המסחר והתעשייה להשתמש בסמכויותיו לפי חוק הפיקוח כדי להשיג אותן מטרות. על-כן, כאשר מדובר בהגדרה של "פעולה חיונית" על אספקה סדירה, יש לקרוא את המושג הזה במשמעותו הרחבה ביותר, וגם אספקה המשוחררת מכבלי קרטל ומונופולין היא בגדר אספקה סדירה, שלמענה לא רק רשאי אלא חייב השר להפעיל את סמכויותיו. אספקה סדירה במובן זה היא אספקה במחירים הנקבעים על-ידי השפעתם החופשית של גורמי הביקוש וההיצע הפועלים בשוק. שומה על המשיב לאפשר את פעולת הגורמים הללו, שאינם יכולים להתפתח בתנאי קרטל ומונופולין.

לדעתי אין בטענות אלו כדי להצדיק את בקשת המבקשת, וכמה טעמים לדבר.

ספק רב הוא בעיני אם ההוראות הנזכרות של חוק הפיקוח הינן די רחבות על פי לשונן, כדי שיוכלו לחול על העניין הנדון, אפילו נקבל את טענותיו הכלליות של ד"ר פישלב על הקשר בין חוק זה ובין חוק ההגבלים העסקיים. נראית לי טענתו של מר טרלו, בא-כוח המשיב, שלפי סעיף 3 של חוק הפיקוח, עניין המחיר, בו נמכר מצרך בר-פיקוח, יכול להיכנס לגדר שיקוליו של השר לפי סעיף 5 של החוק רק במידה והמדובר במניעת הפקעת שערים וספסרות, לפי סעיף 3, סיפא, ואין בין זה ובין קיום פעולה חיונית ולא כלום. במלים אחרות, אם מצרך מסוים מגיע לשוק במחיר, שאין בו הפקעת שערים או ספסרות, ממילא אספקתו סדירה בכל הנוגע למחירו, במובן ההגדרה של פעולה חיונית בסעיף 1, ואין עוד מקום להתערבות המשיב לשם הוזלת מחירו. במקרה דנן אין מקום לתלונה על הפקעת שערים וספסרות, כי כאמור, המחירים המכסימליים לתוצרת שתי החברות נקבעו על-ידי המפקח על התעבורה.

עוד נראה לי, שאין להשתמש בסעיף 5(ג) (2) של החוק כמכשיר לחיוב יצרן שימכור את תוצרתו לקונה מסוים דווקא, או גם לקונה מסוים, כשאין טענה נגד אותו יצרן שהוא מעכב את תוצרתו במזיד ומונע אותה מלהגיע אל הצרכן. אמנם נאמר בסעיף 5(ג) (2) שהשר יכול לחייב אדם למכור מצרך בר-פיקוח "באופן ובזמן שקבע בצו", כלומר הוא יכול להורות גם על הדרכים בהן יגיע המצרך לשוק, למשל על-ידי מכירתו לסיטונאי זה או אחר, אך עילת התערבותו של השר היא בחיוב אדם למכור, כשהוא אינו מוכר כלל. אולם אם קיים הסדר חוזי, שלפיו מגיעה תוצרתו של היצרן לשוק בכל מקום בו היא דרושה, בזה מובטחת הספקתו הסדירה של המצרך ממילא, ואינני סבור שבנסיבות כאלו רשאי השר להתערב כדי לקבוע שהמצרך יגיע לשוק לא בצינורות שבהם בחר היצרן אלא באחרים או גם באחרים.

ד"ר פישלב הזכיר פסקי-דין של בית-משפט זה, בג"צ 300/60, [1]; בג"צ 222/61, [2], בהם נאמר שסמכות השר להבטיח אספקה סדירה לפי חוק הפיקוח הינה חברה מאוד, ובית-משפט זה סירב להתערב כאשר הפעיל השר את סמכותו להוציא צווים לפי סעיף 5. אין צריך לומר שיש הבדל יסודי בין מקרה כמו הנדון כאן, בו נמנע השר מלהפעיל את סמכותו ובית-משפט מתבקש להניעו לפעולה, ובין המקרים ההם, בהם הפעיל השר את הסמכות ובית-משפט נתבקש להתערב ולבטל את הנעשה, למרות הלשון "הסובייקטיבית" אותה נוקט הסעיף 3 של החוק, במסרו את הפעלת הסמכות לשיקול-דעתו של השר. כנגד זה הזכיר מר טרלו החלטות, שניתנו על-ידי בית-משפט זה, בהן נדונה סמכותה של הרשות המוסמכת לפי החוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת חירום, תש"י – 1949, בג"צ 82/49, פד"י, כרך ד, ע' 170, [3]; בג"צ 161/54, פד"י, כרך ח, ע' 1377, [4], החלטות אלו נוגעות במישור לענייננו, מפני שגם לפי החוק הנזכר מותנית הפעלת הסמכות קיום תנאים קודמים, המוגדרים שם בסעיף 3(ב), והדומים מאד להגדרת "פעולה חיונית" בחוק הפיקוח.

בבג"צ 82/49 נאמר על-ידי השופט אולשן (שם, [3], ב-ע' 173):

"המחוקק לא הטיל על הממשלה כל חובה להוצאת צווים כאלה, כל עוד אין היא משוכנעת שהם דרושים לטובת המדינה או למטרות שהמדינה מעוניינת בהן. אף כאן לא העניק החוק לשום אדם את הזכות לתבוע הוצאת צו תפיסת נכס מסוים או צו דיור בדירה מסוימת לטובתו."

ובבג"צ 161/54 חזר השופט אולשן ואמר (שם, [4], ב-ע' 1378):

"אני סבור כי חוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת חירום, תש"י – 1949, לא העניק בסעיף 3 לשום אדם, כל זכות אשר הרשות המוסמכת מחויבת לנקוט צעדים כדי לממשה. בסעיף זה ניתן לרשות המוסמכת רק הכוח להוציא, במקרה הנראה לה, צו תפיסת מקרקעים או צו דיור, אבל אין זה אומר שכל אדם הזקוק לדירה רוכש על ידי כך מעמד חוקי המקנה לו את הזכות, או המקנה לו את הכוח, לכפות על הרשות המוסמכת את השימוש בכוחה לטובתו."

אולם קיימים סייגים להלכה זו, ועל אחד מסייגים אלה מסתמך ד"ר פישלב. גם על כך דיבר השופט אולשן, ב-בג"צ 54/50, פד"י, כרך ד, ע' 447, [5], ב-ע' 450, במלים אלו:

"..... ובדרך כלל יימנע בית-משפט זה מלהתערב כשהמדובר הוא לא במילוי חובה על ידי הפקיד, כי אם בשימוש בסמכות או בכוח שניתן לו על ידי המחוקק למטרה מסוימת...."

אולם מאידך..... יש ובית-משפט זה אמנם יתערב גם במקרים שמדובר בהם בשימוש בכוח או בסמכות הניתנים על ידי המחוקק. למשל, כאשר השימוש

בכוח זה נעשה על ידי פקיד תוך שימוש לרעה בכללי החוק, או כאשר החוק העניק לאזרח זכות שאין אפשרות לממש אותה בלי להיזקק להפעלת הסמכות או הכוח הנתונים בידי הפקיד, והלה, על ידי סירובו הבלתי-מוצדק להפעיל את כוחו, שולל למעשה מהאזרח את זכותו. כשם שאדם יכול להשתמש לרעה בכוח הנתון בידו על ידי הפעלתו, כן אפשרי שימוש לרעה על ידי אי הפעלתו."

טענת ד"ר פישלב היא שהפעלת הסמכות לפי חוק הפיקוח דרושה, כדי לאפשר למרשתו את מימוש הזכויות הנתונות לה על פי חוק ההגבלים העסקיים. האומנם כן הוא? אניח עתה, למרות הדברים שאמרתי לעיל על פירוש הסעיפים של חוק הפיקוח, שהמשיב היה יכול להפעיל את סמכותו כדי לחייב את שתי החברות למכור את תוצרתן גם למבקשת. גם על פי הנחה זו, האם דרוש הדבר כדי לממש את זכויות המבקשת לפי חוק ההגבלים העסקיים? ועוד לפני כן יש לשאול: האומנם יש למבקשת זכות לפי חוק ההגבלים העסקיים לדרוש שבתי-החרושת יתקשרו אתה באותם תנאים, בהם התקשרה עם חברת "ח.ל.צ."? נראה לי שכאן טעותו היסודית של בא-כוח המבקשת. כפי שהעיר ד"ר אברהם, בא-כוח חברת "שמשון", פעולתו הישירה של חוק ההגבלים העסקיים היא שלילית במהותה. תכליתו של החוק היא לאסור הסדרים כובלים, שאחרי דיון בהם לא קיבלו את אישור מועצת הפיקוח על הגבלים עסקיים, ולהטיל סנקציות פליליות על מי שמקיים הסדר כובל, שלא אושר. נוסף על כך נותן החוק בסעיף 45 עילת נזיקין לתביעת פיצויים בידי אדם שסבל נזק עקב עבירה על הוראות החוק. לא נאמר שהצד הנפגע רשאי לתבוע גם צו-עשה נגד העברין, ובכלל אין החוק מקנה זכות לשום אדם, להתקשר בחוזה לקניית סחורה או למכירתה, או למסירת סוכנות להפצת סחורה וכיוצא בזה, עם אדם אחר שאינו מעוניין בהתקשרות כזאת. במלים אחרות, מגמת החוק היא לפנות את הדרך לפעילות כלכלית חופשית, על-ידי סילוק מכשולים המונעים פעילות כזאת. המבקשת דורשת מן השלטונות שהם יבואו אחרי פינוי הדרך ושוב יכפו על שתי החברות, בדרך מתן צו מגבוח, שהן תכבולנה את עצמן מחדש על-ידי התקשרות אחרת, מפני שלמבקשת נוח בכך. שאלה היא, אם מלחמה יעילה בקרטלים דורשת גם חיובו של אדם למכור את סחורתו לכל המעוניין לקנות אותה. עד כמה שידוע לי, שנויה שאלה זו במחלוקת אף בארצות-הברית, שם הורתה ולידתה של תחיקה אנטי-קרטלית. באנגליה הוסמך מיניסטריון המסחר על ידי הוראה סטטוטורית מפורשת לתת צו המצהיר על מניעת הספקה של מצרכים או שירותים מאנשים מסוימים כבלתי-חוקית, ועל יסוד צו זה יכול הצד הנפגע, כפי הנראה, לתבוע גם מתן צו עשה על ידי בית משפט (Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act, 1948, s. 10 (2) (d); s. 11 (2)). סימוכין לחיוב כזה, אלא, כאמור, התרופה הניתנת בו לפרט היא תביעת פיצויים לפי סעיף 45. נוסף על כך יכול הממונה על הגבלים עסקיים, באישור המועצה, להציע לשר המסחר והתעשייה מתן צו לקביעת הוראות בנוגע למצרך או שירות, שלגביהם קיים מונופולין. הוראות כאלו יכולות להיות גם "בדבר דרכי ייצור או הספקה של אותו מצרך או שירות". אך תנאי מוקדם לכך הוא מתן צו על ידי השר לפי סעיף 30, שבלעדיו אין "מונופולין" לעניין אותו חוק. לא שמענו שהמשיב נתן צו לפי סעיף 30 לגבי הספקת צמיגים, או שהוא נתבקש לעשות כן.

מצב המבקשת קשה, מפני שעמדת שתי החברות היא עמדה מונופוליסטית מטבע הדברים, כי רק הן מייצרות את הסחורה שבה מעוניינת המבקשת לסחור, והיבוא של סחורה כזאת מחוץ-לארץ הופסק. אך כל זה אינו מקנה לה זכות לכפות על שתי החברות חוזה סוכנות שאלה אינן רוצות בו, ולהפעיל לשם כך את סמכויות המשיב לפי חוק הפיקוח.

זאת ועוד: ההלכה בבג"צ 54/50, [5], אומרת שהאזרח רשאי לדרוש מן השלטונות הפעלת כוחם כדי לממש זכות של האזרח "שאינן אפשרות לממש אותה, בלי להיזקק להפעלת הסמכות או הכוח הנתונים בידי הפקיד". הזכות הנתונה בידי המבקשת דנן היא לכל היותר לעמוד על איסור ההסדר בין שתי החברות לבין "ח.ל.צ.", כדי שיווצרו תנאים של התחרות חופשית, שבה תוכל גם היא להתחרות על קבלת סוכנות להפצת תוצרתן של שתי החברות בתנאים של מכירה סיטונית. הדרך אותה מתווה חוק ההגבלים העסקיים להשגת המטרה הזאת היא התנגדות לאישור ההסדר על ידי המועצה, לפי סעיף 24 של החוק, ואם ההסדר לא הוגש לרישום לפי סעיף 18 או נאסר על-ידי המועצה לפי סעיף 25 - הגשת משפט פלילי נגד הצדדים, לפי סעיף 42. ההסדר בין שתי החברות ובין "ח.ל.צ." טרם אושר על-ידי המועצה. ונאמר לנו שהפרקליטות מנהלת חקירה נגד שתי החברות על מנת לקבוע אם יש מקום להעמידן לדין בשל עבירה על חוק ההגבלים העסקיים, וחקירה זו טרם נסתיימה. אם יוחלט על הגשת משפט פלילי, תהיה זאת ההזדמנות הנאותה לבירור הטענות, שבהן מבקשות שתי החברות להצדיק את חוזה הסוכנות הבלעדית עם "ח.ל.צ.". אין לדרוש מן המשיב שעל ידי מעין קפיצת דרך יקדים את הדיון הזה, ויכריע נגד כשרות החוזה, על ידי הוצאת צו לפי סעיף 5 של חוק הפיקוח.

**השופט זילברג: אני מסכים.**

**השופט ברנזון: אני מסכים.**

הוחלט לבטל את הצו-על-תנאי. על המבקשת לשלם למשיב – 200 ל"י הוצאות (כולל). אין הוצאות בין המבקשת לבין הצד השלישי.

ניתן היום, כ"ו בשבט תשכ"ג (20.2.1963).