

אולפני הרצליה בע"מ

**נגד**

1. שר האוצר
2. שר החינוך והתרבות
3. נציב מס הכנסה
4. המנהל לפי חוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975
5. המרכז לטכנולוגיה חינוכית

**בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק**

[15.5.79, 29.1.79, 15.10.78]

לפני מ"מ הנשיא מ' לנדוי והשופטים מ' בן-פורת, מ' אלון  
התנגדות לצו-על-תנאי מיום י"ח באייר תשל"ט (15.5.1978)

ר' יאראק, סגן בכיר לפרקליט המדינה - בשם המשיבים 1--2

י' מוריץ - בשם העותרת ;

נ' ליפשיץ - בשם המשיב מס' 3

**פסק-דין**

**מ"מ הנשיא (לנדוי):**

בעתירה זו עומדת לפנינו שאלה עקרונית חשובה ביחס לזכות העמידה של עותר הבא לפני בית-משפט זה בקובלנה על רשות מרשויות המדינה כשזו פועלת בדרך המביאה לידי התחרות מסחרית בלתי הוגנת בינו לבין מתחרהו.

מסכת העובדות העולות מן העתירה, מתצהיר התשובה ומתצהירים נוספים שהוגשו לנו מסובכת למדי, אבל לצורך פסק-דין זה אוכל להסתפק בתיאור עיקרי העובדות שאינן שנויות במחלוקת בין בעלי הדין, וכן אעמוד על הטענות והמענות של בעלי הדין בשאלות אחרות השנויות במחלוקת, מבלי להכריע באלה. חייב אני להגביל את הדיון כך כי פרקליטי הצדדים נתבקשו לטעון לעת עתה רק על בעיות העומדות בפתח הדיון בעתירה זו. אחרי שמיעת טענותיהם הגעתי לכלל דעה שמן

הראוי להכריע בעתירה מיד ושאין לנו צורך ואף אין הצדקה להמשיך בדיון ולברר את העובדות השנויות במחלוקת לגופן.

העותרת, אולפני הרצליה בע"מ, היא חברה פרטית העוסקת בהפקת סרטי קולנוע וטלביזיה ומתן שירותים לענף הסרטים, כולל אספקת ציוד, חומרים וידע בענף זה. יש לה חברת בת ששמה אולפני הרצליה מעבדות צבע בע"מ, ופעילותן המסחרית וחשבונותיהן של שתי החברות מתנהלים במסגרת מאוחדת. לחברת הבת מכונית טלביזיה ניידת לצילומי צבע (להלן : הניידת) והיא מציעה בשוק מתן שירותים לשם ביצוע עבודות צילום והסרטה באמצעות הניידת.

המרכז לטכנולוגיה חינוכית, המשיב השלישי לפנינו (להלן : מט"ח), הוקם על-ידי קרן רוטשילד, על יסוד הסכם עם ממשלת ישראל. קרן רוטשילד נוסדה על-ידי משפחת רוטשילד באנגליה, והיא פועלת כגוף פילנטרופי ליהדות העולם בשטחים שהיא בוחרת לעצמה. מט"ח הוקם כדי לקדם את ההוראה והלמידה בישראל באמצעות שיטות טכנולוגיות חדישות. את ההפרש שבין הוצאותיו של מט"ח לבין הכנסותיו מממנת קרן רוטשילד על-ידי הקצבה שנתית של כמיליון דולר. ברשותו ציוד מודרני שהוא מפעיל למטרותיו. באוגוסט 1975 ייבא מט"ח ניידת טלביזיה בצבע משלו, שהיתה דרושה לו למען פעולותיו בשטח החינוך. הניידת עלתה 980,000 דולר. סכום זה שולם כולו על-ידי קרן רוטשילד. את מיסי היבוא בסך 3,980,000 ל"י שילם משרד החינוך והתרבות. בשנת 1976 החל מט"ח להשכיר את הניידת שלו לשוכרים פרטיים וציבוריים, ובין היתר גם לרשות השידור. בפעילותו זו פוגע מט"ח במונופול שהיה לעותרת קודם לכן במתן שירותים של ניידת טלביזיה בצבע. מט"ח פתח בפעולה זו, מפני שהשימוש בניידת לצרכיו שלו אין בו כדי ניצול מלא של הניידת, ומט"ח רואה בהשכרת הניידת מקור הכנסה היכול להקטין את הגירעון בתקציבו. גם הכנסה נוספת זו משמשת למטרותיו של מט"ח כמוסד הפועל לתועלת הציבור.

העותרת יודעת שאין היא יכולה להתנגד להתחרות מסחרית בתור שכזאת. טענתה היא שמט"ח מתחרה בה התחרות בלתי מסחרית או בלתי הוגנת מפני שההקלות השונות בתשלום מיסים והחזרי המיסים שקיבל מט"ח, ועדיין מקבל, ממשרדי ממשלה שונים מאפשרים לו תחשיב מחירים להשכרה הזול מתחשיב העותרת, כי זו חייבת לטענתה לשאת בעצמה באותם מיסים. אין ביכולתה של העותרת להמציא פרטים על ההבדלים בתמחיר והנזקים הכספיים הנגרמים לה בשל הוצאותיה העולות על הוצאותיו של מט"ח. אבל היא טוענת שבפועל כבר היו עסקות השכרה שנשמטו מידיה בעטיה של ההתחרות שמט"ח מסוגל להתחרות בה בתוקף מעמדו המועדף. פרטי ההקלות שמהם נהנה מט"ח כמוסד הפועל למען מטרות חינוכיות הם בעיקר אלה : (א) כיסוי מיסי יבוא על ציוד ועל חלקי חילוף ; (ב) פטור ממס הכנסה לפי סעיף 9(2) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] ; (ג) פטור מתשלום מס רכוש לפי סעיף 39(6) לחוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א-1961 ; (ד) מעמד של מוסד ללא כוונת רווח (מלכ"ר) המשלם מס ערך מוסף לפי ההוראה המיוחדת שבסעיף 4(א) לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975 ; (ה) תשלום דמי חכירה נומינליים על קרקע של מנהל מקרקעי ישראל, שעליה הוקם בנינו של מט"ח ; (ו) החזר חלקי של מיסים על בנינים.

בטרם נכנס מט"ח לשוק החופשי יזם בירור אצל משרד החינוך והתרבות, כדי לקבוע תנאים להשכרה מסחרית של הניידת שיביאו בחשבון את ההסדר להחזר מיסים שממנו נהנה מט"ח בעבר בעת יבוא הניידת, וכן את ההקלות שמהן הוא נהנה בהפעלתה היום יומית (לרבות הקלות

במיסוי). הענין הובא להכרעתו של היועץ המשפטי לממשלה והוא פסק כי מט"ח יהיה רשאי לספק שירותים של הניידת בשוק החופשי רק בתנאי שירותים אלה לא יהנו מהקלות בדרך של החזר מס או כל "סובסידיה" ממשלתית אחרת, ועל חשבון החזר המיסים שממנו נהנה מט"ח בעת יבוא הניידת, חייב הוא להחזיר למשרד החינוך והתרבות חלק יחסי עבור ניצול הניידת בשוק, לפי דרך חישוב שתיקבע. נעשה תחשיב לצורך זה, ועל-פיו מחזיר מט"ח סכום השווה ל-33% בערך מן ההכנסה ברוטו שהוא מקבל עבור השכרת הניידת לגורמי חוץ (ציבוריים ופרטיים). בהתאם לזה ערך מט"ח מחירון להשכרת הניידת. הוא טוען שהמחירים שלו אינם זולים ממחיריה של העותרת ושהוא אף מעונין שלא להנמיך את מחירו, כי הרי מטרת ההשכרה היא ליצור מקור הכנסה גדול ככל האפשר של כספים שהוא מקדיש למטרותיו. העותרת מצדה מכחישה טענות אלה. היא מצביעה במיוחד על כך שהתחשיב נערך לפי סכומי החזר המיסים בעבר, בלי להביא בחשבון את הירידה הנמשכת של ערך הכסף. כן היא עומדת על טענתה (אמנם בלי לאושש אותה בעריכת חשבון השוואתי) שמט"ח מתחרה בה התחרות בלתי מסחרית על-ידי קביעת מחירים זולים שמט"ח מסוגל להציע רק משום מעמדו המועדף שניתן לו כמוסד הפועל לטובת הציבור.

עתירתה המתוקנת של העותרת היא שהאוצר ומשרד החינוך והתרבות, נציב מס הכנסה והמנהל לפי חוק מס ערך מוסף יבטלו את כל ההקלות מתשלום מיסים ומתשלומי חובה והקצבות אחרות שהעניקו למט"ח ושיחדלו מלתת למט"ח הקלות כאלה בעתיד, וכן בקשה לבטל את מעמדו של מט"ח כמלכ"ר לפי חוק מס ערך מוסף על כך זכתה לצו-על-תנאי. סעיף נוסף בעתירה - להעניק לעותרת מעמד שווה למט"ח בכל הנוגע לאותם תשלומים והקלות, היה חסר יסוד מלכתחילה, כי אין כל עילה להעניק לעותרת בתורת חברה מסחרית תשלומים ומענקים היכולים להינתן רק למוסד שמטרותיו ציבוריות. משום כך לא יצא צו-על-תנאי ביחס לחלק זה של העתירה.

אחרי שהצגתי את עיקר העובדות והטענות, אדון עתה בבעיה המשפטית בדבר זכות העמידה של העותרת בעתירתה זו. אדייק תחילה ואזכיר מה שכבר הוסבר בפסיקה הקודמת של בית-משפט זה : שלזכות העמידה שתי פנים המתערבבות לעיתים, דהיינו האינטרס (חומרי, אידיאולוגי או אחר) שיש לעותר בנשוא עתירתו, מזה, והזכות המהותית אשר נפגעה על-ידי המשיב, מזה. האינטרס האישי הספציפי (חומרי, אידיאולוגי או אחר) שיש לעותר בנשוא העתירה הוא תנאי בל יעבור לזכות עמידתו מבחינה דיונית, כי בלעדיה אין סכסוך הראוי לבירור שיפוטי. אך בנוסף על כך חייב העותר להראות - וגם זאת כתנאי מוקדם להפעלת סמכותו של בית-משפט זה - שהוא מבקש להגן על זכות או על חירות שהדין מכיר בהן, וזה הצד המהותי של זכות עמידתו. בבג"צ 112/77 (יצחק פוגל, ואח' נגד רשות השידור, ואח', פ"ד לא (662, 657) (3). בע' 662 הזכרתי את דברי השופט ויתקון בבג"צ 149/74 (איגוד הייעול בע"מ נגד שר העבודה, ואח', פ"ד כט (649-650) 645, (1).), על נושא זה כי יש וקשה להפריד בין שני נתונים אלה, ובמקרים כאלה "בראש בודקים את הזכות המהותית שהעותר טוען לה לגופה ואם מבוססת היא ובעלת משקל והצדק דורש שנגן עליה, ממילא נמצאנו למדים שלעותר זכות העמידה", והוספתי ואמרתי :

"ברם, אין ללמוד מזה שגם ההיפך נכון : שכאשר יש לעותר זכות העמידה הדיונית, ממילא כבר הוכיח את זכותו המהותית".

כך הוא גם לעניננו : טענות העותרת אמנם מגלות על פניהן פגיעה באינטרס מסחרי מובהק, שלא לסבול מהתחרות בלתי הוגנת, ולעת עתה, בשלב מקדמי זה, חייב אני להניח שהיה עולה בידי העותרת להוכיח שאכן מעמידות אותה ההקלות שמהן נהנה מט"ח והמחירון שמט"ח הכין בהתחשב עם הקלות אלה - במצב נחות ביכולת ההתחרות שלה. אבל עדיין נשאלת השאלה האם יש לעותרת זכות (או חירות) מהותית, ראויה להגנה על-פי דין, המזכה אותה לקבלת סעד מאת בית-משפט זה ? לצורך מתן התשובה על שאלה זו לא נוכל להיעזר בפסיקה, הענפה למדי, של בית-משפט זה בדבר זכות העמידה הדיונית של העותר, הקובעת שעליו להראות פגיעה ישירה בענין (אינטרס) שלו עצמו, להבדיל מפגיעה בענין המשותף לציבור כולו : ראה בג"צ 348/70 (נחום כפיר נגד המועצה הדתית של אשקלון, ו-2 אח'), פ"ד כה (693, 685 (1)). והאסמכתאות שהוזכרו שם, וכן בג"צ 26/76 (אנוש בר-שלום, עו"ד נגד מאיר זורע, מנהל מקרקעי ישראל, ואח'), פ"ד לא (796 (1)). וחוות דעתו הנפרדת של השופט ויתקון בבג"צ 566, 563/75 (יהודה דסלר נגד שר האוצר, ואח') ; לאה צבעוני נגד יושב-ראש וערת הכספים של הכנסת, ו-3 אח'), פ"ד ל (344, 337 (2)). בע' 344. פגיעה ישירה באינטרס של העותרת קיימת כאן, על-פי טיעון העותרת, אך מה בדבר הזכות המהותית?

מר מוריץ טען כי זכות העותרת אשר נפגעה, יסודה בהפליית לרעה לעומת מט"ח, ושמאז ומתמיד מפעיל בית-משפט זה את סמכותו כדי למנוע הפליה פסולה. על כך השיבו לו מר יאראק בשם המשיבים 1--2 וומר נ' ליפשיץ בשם מט"ח בהלכת מטעי עמק הארזים (בג"צ 100/64) (מטעי עמק הארזים בע"מ נגד הממונה על מחוז ירושלים ויושב-ראש הוועדה המחוזית לבנין ולתכנון עיר, ירושלים (י' ישעיה), ו-3 אח'), פ"ד יח (280, 278). שלפי הצו-על-תנאי אשר הוצא אין העותרת דורשת דבר לעצמה אלא היא דורשת נקיטת אמצעים נגד הזולת ואין די בכך כדי להצדיק התערבותו של בית-המשפט. כן הזכירו פסק-דין אנגלי בענין :

Customs (1970) 1 ALL ER 1068, R. v Commissioners R.v. Commissioners of  
Cooke and) (Stevenson ( 1970) 1 All E.R. of Customs and Excise, ex parte  
1068

שם דחה בית-המשפט העליון עתירה שבה נטען שרשות ציבורית אינה מפעילה את החוק נגד מתחריהם של העותרים בעסקי הימורים. העתירה נדחתה מפני שמטרתם של העותרים היתה לשלול ממתחריהם את היכולת לעסוק בכלל באותו מקצוע, ולזה לא יתן בית-המשפט את ידו, אפילו נכונה טענת העותר שהרשות אינה פועלת כדין. אין המשל דומה לנמשל, כי בעתירה שלפנינו העותרת אינה באה בבקשה למנוע ממט"ח את הכניסה לשוק החופשי אלא בקשתה היא לאפשר לה, לעותרת, התחרות בתנאים שווים, על-ידי ביטול ההקלות שמהן נהנה מט"ח. על הלכת מטעי עמק הארזים הושמעו הרהורים אם בית-המשפט לא הרחיק לכת באמרתו הכוללנית בדבר נקיטת אמצעים נגד הזולת לעומת בקשת דבר לעצמו : ראה דברי השופט ח' כהן בבג"צ 348/70 שם, בע' 693, ומאמרו של פרופ' א' רובינשטיין "מעמד העותר בבג"צ התובע שלילת זכותו של הזולת" ב"הפרקליט", כרך כז, ע' 499. יושם לב שהשופט ברנזון הקדים את אמרתו, בבג"צ 100/64 בע' 280, במלים כי העותרת "אינה דורשת דבר לעצמה על יסוד של הפליה". מסופקני אם היה יסוד

להערה זו על-פי העובדות של המקרה ההוא. השופט ח' כהן מדבר (שם, בע' 280) במפורש על "רגש הקיפוח וההפליה" המקנן בלב העותרת. על כל פנים, אין לפרש את פסק-הדין בבג"צ 348/70 כנוגד את העיקרון המושרש היטב בפסיקה שהפליה בין שווים מצדיקה מתן סעד על-ידי בית-משפט זה.

אמרתי "הפליה בין שווים" ובה מתקרבים אנו אל פתרון הבעיה שבה אנו עוסקים בעתירה זו. בכל האסמכתאות שהביא מר מוריץ מן הפסיקה שבהן נעתר בית-המשפט לעותר כדי למנוע התחרות בלתי הוגנת הוכח שהמשיב הועמד בעמדת עדיפות בשל הפליתו לטובה על-ידי רשות ציבורית, אם כי הנתונים של העותר והמשיב, החשובים לענין, היו שווים. בבג"צ 118/62 (משה לנדאו נגד שר החקלאות ו-המועצה לייצור ושיווק ביצים ועופות בע"מ, פ"ד טז 2545, 2540 (ה4)). מצא בית-משפט זה הפליה אסורה בין יצרנים שנתונים הם שווים, בהיותם נתונים כולם בעול הסדר כולל (שם, בע' 2545 ה); וכן נהג בית-משפט זה גם כדי להבטיח חלוקה שווה של טובות הנאה שהרשות הציבורית מעניקה לאזרחים, אף אם האזרח אינו יכול לבסס את עתירתו על זכות שיסודה בחוק (בג"צ 363/71 (טחנת קמח "דגן" בע"מ, ואח' נגד שר המסחר והתעשייה, ו-2 אח', פ"ד כו (1) 292); בג"צ 211/76 - לא פורסם). בדומה לזה, בבג"צ 121/68 (אלקטרה (ישראל) בע"מ נגד שר המסחר והתעשייה, ו-3 אח', פ"ד כב 551, 558 (א2)), אמר השופט ויתקון (שם בע' 558א) כי "אין כל שוני בין אלה הנהנים מהפטור לבין אלה הנמצאים חסרים, זולת השוני שהמשיבים חפצים ביקרם של אותם חמשת היצרנים שזכו להכרה...".

בבג"צ 149/74 שכבר הוזכר לעיל, דן בית-המשפט בעתירה שמטרתה היתה למנוע התחרות בגוף פרטי על-ידי מכון שהוקנתה לו סמכות סטטוטורית לענין מס הכנסה. אני מביא מדברי השופט ויתקון, שם בע' 2650, שבהם הוא מבחין מקרה קודם (בבג"צ 28/71 (התאחדות חברות לביטוח חיים בע"מ, ו-19 אח' נגד שר האוצר, ו-5 אח', פ"ד כו 230, 235, 236 (1)). ואומר:

"אלו ראו עצמן נפגעות מכך שהותר לקופת גמל לנהל עסקי ביטוח חיים בתנאים קלים ורווחיים יותר מאלה שלהן מותר לנהל בהם את עסקיהן. ואילו העותרת כאן רואה עצמה נפגעת מכך שהמכון מתחרה אתה ועשוי למשוך ממנה לקוחות, בהיותו בעל סמכות מינהלית או אפילו מעין-שיפוטית, והסמכות אינה הולמת אותו בהיותו מתחרה בשוק החופשי במקצוע זה."

כלומר, במקרה הראשון נדחתה העתירה, כי "תנאים קלים ורווחיים יותר" שבהם פועל המתחרה אין די בהם כדי לבסס זכות עמידה לעותר. אך כאשר ההפליה נובעת מסמכות סטטוטורית שהוענקה למתחרה והמעמידה אותו בעמדת התחרות יותר נוחה, מצא בית-המשפט שזו הפליה אסורה שיש להפסיקה. תקדים זה הוא אולי הנוח ביותר לענינה של העותרת דנן, אבל יצויין ששם הורה בית-המשפט על הפסקת פעולתו של המתחרה באותם ענינים שבהם הוא זכה לעדיפות בזכות הוראה סטטוטורית שהעמידה אותו "במובן מסוים - במצב של מי שפוסק בענינו הוא" (שם, בע' 649-650), ובכך נמצאה ההפליה האסורה. ואילו כאן מבקשת העותרת את ביטול ההנחות שמהן נהנה מט"ח בעבר והוא ממשיך ליהנות ממקצתן, מכוח הוראות שבחוק החרות או מכוח החלטות מנהליות.

לדעתי לוקה טיעונו של מר מוריץ בטעות יסודית, שלגרסתו התחרות בתנאים שאינם זהים בכל כמות כהפליה אסורה, שעל בית-משפט זה למנועה. אינני יודע על קיום הלכה כללית כזאת. קיימת

תחיקה מיוחדת. כגון ההוראות למניעת מונופולין שבחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959, הבאה להגן על בעלי עסקים ועל הציבור בפני כבילת התחרות חופשית, או דיני סימני המסחר, סימני סחורות ושמות עסק מטעים. כן יכול בית-משפט לפעול בשטח זה על-פי הדין הפרטי, כדי להבטיח את חופש העיסוק למרות התחייבות חוזית כובלת, או על-פי עילות הנזיקין של "שקר מפגיע" ו"גניבת עין" (סעיפים 59-158 של פקודת הנזיקין [נוסח חדש]). בשטח המשפט המנהלי הוצב לדעתי הגבול הנכון בחוות דעתו של מ"מ הנשיא (זוסמן) (כתוארו אז) בבג"צ 28/71, . נדונה שם עתירה של התאחדות חברות לביטוח חיים שהופלו לרעה בעסקיהן לעומת קופות גמל, כי אלה נהנות מפטור ממס הכנסה ואין הן חייבות לגייס הון רב ולהפקיד פיקדון בטרם יורשו לנהל עסקי ביטוח. העתירה לביטול התכנית שלפיה פעלו קופות הגמל נדחתה, וכך אמר מ"מ הנשיא (זוסמן) (שם, בע' 235) :

"זכותו של עותר להתערבותו של בית-משפט זה אינה נובעת ממידת התענינותו בנושא העתירה, אלא מאיצטלת ההגנה בה עטף החוק את ענינו, ובלעדיה - לא יישמע. על עותר כזה יהא איפוא להראות שהענין שהוא מגלה בנושא עתירתו זכה להגנת החוק, שממנה צומחת זכותו לעמוד בדין.

7. בכך מגיעים אנו לשאלה, אם האינטרס של אדם לשמור על רווחי עסקו מפני התחרות לא-חוקית היא זכות אשר החוק ייחד לה הגנתו לצורך בקשת סעד נגד הרשות. אכן ישנם מקרים בהם ניתן לקבוע, שחיקוק פלוני הוחק למניעת התחרות שכזאת, ואם כך הדבר, הרי לפניך ראיה שהמחוקק חפץ ביקרו של הקובל, ובית-משפט זה מצווה להיזקק לקובלתו. דרך משל : סעיף 43א(א) לפקודת הרוקחים אוסר על פתיחת בית-מרקחת במרחק של 500 מטרים מבית-מרקחת קיים. ובכך גילה המחוקק את דעתו, להרחיק בתי-מרקחת אחד מרעהו, "כדי להפחית את מידת ההתחרות שביניהם : " בג"צ 201/68 (מירלה קמינסקי נגד המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד כב 1013 (2) : מטעם זה נזקקנו לקובלתו של אדם שרשיון לפתיחת בית-מרקחת במרחק קטן מן המינימום ניתן למתחרהו שלא כדין, אם כי לגוף הענין לא מצאנו צידוק לפסול את מעשה הרשות : בג"צ 313/71 (מיכאל שלזין, ואח' נגד המנהל הכללי של משרד הבריאות, ואח', פ"ד כה 449 (2)).

מדברים אלה יש לי רק הסתייגות אחת : מקום שמדובר על מניעת "התחרות בלתי חוקית" הייתי מעדיף לומר "התחרות בתנאי עדיפות", ונראה לי שזאת גם היתה כוונת הדברים, כי הרי בהמשך נאמר שבית-משפט זה יתן תוקף לחיקוק שהוחק למניעת התחרות, כגון אותה הוראה בפקודת הרוקחים. אני למד מן הדברים שצוטטו - שניים החשובים לענינו : ראשית, אינטרס מסחרי כשלעצמו אין בו די כדי לחייב מתן סעד על-ידי בית-משפט זה, אלא לזה חייבת להתווסף זכות או חירות המוגנת בדין (כמו שנאמר גם בבג"צ 112/77 הנ"ל). שנית, ובאופן יותר ספציפי, גם התחרות בתנאי עדיפות למתחרה (או בתנאי נחיתות לעותר) גם היא אינה מקנה, כשהיא לעצמה, זכות לקבלת סעד מבית-משפט זה, אלא אם מתווספת לזה זכות או חירות הראויה להגנה על-פי דין.

אמרתי "זכות או חירות", כי לא רק זכות המעוגנת בהוראה של החוק החרות ראויה להגנה בבית-משפט זה, אלא גם זכות או חירות מאלה "שאינן כתובות על ספר", כגון חופש העיסוק, שבית-משפט זה הכיר בהן בפסיקתו כנותנות עילה להתערבותו במעשי המינהל. אך מעולם לא נאמר שחופש העיסוק פירושו כי האזרח זכאי על-פי דין לדרוש שהמדינה תשקוד כללית על יצירת

תנאים שווים להתחרות מסחרית, כאמור, אם היא מפלה באופן פעיל על-ידי הענקת טובות הנאה בין פרטים או גופים שנתונייהם החשובים לענין קבלת אותן טובות הנאה הם שווים - כי אז יש מקום להתערבותו של בית-המשפט. כן יכול אני להעלות על הדעת שאם טענת העותר היא שעל-ידי מתן טובות הנאה לפלוני גורם המנהל (ללא אסמכתא בדין כמו, זו הקיימת, למשל, במשטר של רישוי עיני התחבורה) למצב שבו נסתם מקור פרנסתו של העותר כליל - כי אז יהיה מקום להתערבותו של בית-משפט זה. כן יטה בית-המשפט אופן קשבת לעותר הטוען שנפגע מפעולה שירותית של המנהל שכל מטרתה אינה אלא לפגוע בו ובמסחרו.

העותרת דן אינה יכולה להתבסס על שום הוראה שבחוק, הבאה להגן עליה בפני התחרות מצד מט"ח וגם נתוניה החשובים לענין אינם שווים לאלה של מט"ח. עומדים כאן זו מול זו חברה מסחרית ומוסד הפועל לתועלת הציבור. זה האחרון נהנה מהקלות מעצם טבעו שזו הראשונה אינה יכולה לזכות בהן מעצם טבעה. יתר על כן, מפרטים נוספים שהוגשו לנו מתגלה כי "לא אלמן ישראל"; גם העותרת נהנית מזכויות יתר, דרך חברת הבת שלה אשר זכתה בזכויות אלה כמפעל מאושר על-פי החוק לעידוד השקעות הון. גם היא קיבלה פטור מתשלום מיסי יבוא על הניידת שלה, בתנאי שתעשה יצוא בשעור של 50% מכלל מחזור מכירותיה, ועל רווחיה מן הניידת משלמת העותרת 40% מס חברות עד לגמר אישור תבנית ההשקעה המאושרת, בנתון לקיום תנאי הייצוא. כיצד ניתן לעשות חשבון השוואתי של הקלות אלה כנגד ההקלות וההחזרים שמקבל מט"ח, כאשר מצרפים לצד "החובה" של מט"ח גם את הסכומים שהיא מחזירה למשרד החינוך והתרבות לפי ההסדר שנעשה בעקבות חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה? על כך מצאתי רק תשובה צולעת בתצהיר נוסף של מר יצחק קול מטעם העותרת (בהמראה: 756/78)

"הטבות הניתנות למפעל מאושר על-פי חוק נועדו להקנות למפעלים אלו יתרון לעומת מפעלים אחרים." ומה נשתנה יתרון זה הניתן למפעל מסחרי מן היתרונות שמהם נהנה מט"ח כמפעל ציבורי?

להלן הוא אומר:

"כשם שאי-קיום הייצוא יבטל את ההטבות שניתנו לעותרת כמפעל מאושר, כך פעילות מט"ח בשוק המסחרי צריכה לבטל את הטבות שניתנו לו כמוסד ציבורי."

אולם מנין לו, למצהיר, היסוד המשפטי למסקנה זו?

בזה הגעתי אל טענות מר מוריץ שבהן ביקש לשכנענו שפעילותו של מט"ח בשוק הפרטי חייבת להביא לידי ביטול מעמדו המועדף שהוקנה לו לפי החוקים שהזכרתי לעיל, בתור מלכ"ר או מוסד הפועל למטרת חינוך, שאם לא כן, עושות הרשויות המעניקות למט"ח הקלות אלה מעשה שלא כדין, ובית-משפט זה חייב למנוע זאת על-ידי ביטול ההקלות. הוא טוען, שמשום כך יש לשלול ממט"ח את הפטור הניתן לו בסעיף 39(א)(6) של חוק מס רכוש וקרן פיצויים, מפני שהניידת חדלה לשמש את מטרתו הציבורית של מט"ח במידה שהיא מושכרת לאחרים; וכן במעמד המלכ"ר של מט"ח לפי חוק מס ערך מוסף והפטור שהוא מקבל בתור "מוסד ציבורי" לפי סעיף 9(2) לפקודת מס הכנסה.

טענות אלה מעוררות על פני הדברים בעיות משפטיות לא פשוטות. אבל לא עלינו להיכנס לבירורן בעתירה זו, והטעם לדבר הוא שגם בנידון זה אין לעותרת זכות עמידה בבית-משפט זה, כי אין היא יכולה להצביע על זכות או על חירות שביתה, הראויה להגנה על-פי דין. שאלנו את מר מוריץ מה יהא דינו של בעל חנות מכולת הבא לפני בית-משפט זה בקובלנה שפקיד השומה נתן לבעל חנות מכולת מתחרה הנחות או הקלות שאינן מגיעות לו על-פי החוק? מר מוריץ נאלץ להודות שאין לעותר כזה פתחון פה בעתירתו, ותירוצו היה שהענין הוא בשיקול דעתו של בית-המשפט ואם תורשה עתירה כזאת, לא יהיה סוף לדבר. אבל תשובה זו אינה מניחה את הדעת, כי הבעיה היא עקרונית, ואם באותו בעל מכולת כך, מה זכותה של העותרת שלפנינו? דוגמה אחרת, שגם היא הוזכרה: מגן דוד אדום או מוסד ציבורי אחר הנהנה מפטור ממיסים עורך בזאר למכירת בגדים לציבור, כדי להגדיל את הכנסותיו. האם כל בעל חנות בגדים יכול לפנות לבית-משפט זה בטענה שהמוסד מיפר בזה את תנאי הפטור ועל כן יש לשלול ממנו את הפטור? שמע מיניה שאין אזרח פלוני יכול לבוא לפני בית-המשפט ולקבול על כך שאלמוני זוכה שלא כדין לפטור ממס או מתשלומי חובה אחרים על-פי חוק פיסקלי. ענין זה צריך להיחתך בדיון בין הרשות הממונה על גביית המס או תשלום החובה לבין אלמוני, ואין לפלוני לעשות עצמו פרקליט לאכיפת הדין הציבורי. לכל היותר יוכל להביא את קובלנתו על שכנו לפני הרשות הממונה, כדי שזו תשים לב אליה. כן ראויה קובלנה כזאת אולי לטיפולו של נציב קבילות הציבור. אבל עילה לפנייה לבית-משפט אין לו; שאם לא כן, באמת לא יהיה לדבר סוף. וטעם נוסף לדבר, כמו שהעירו מר יאראק ומר ליפשיץ: שההליכים בין משלם המס לבין הרשות המטילה אותו, חסויים בדרך כלל, ואין הרשות חייבת למסור פרטים על כך לצד שלישי אלא על-פי הוראת בית-המשפט (ראה פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], סעיפים 231 ואילך; חוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א-1961, סעיף 50; חוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975, סעיף 142). אשר לתשלום מיסי הייבוא ומיסים אחרים על הניידת על-ידי משרד החינוך והתרבות על חשבון מט"ח, ברור שהקלות אלה שכבר ניתנו בעבר אינן ניתנות עוד לביטול, כבקשת העותרת בראש עתירתה. מה שניתן לעשות הוא לחייב את מט"ח להחזיר חלק יחסי מסכומים אלה, בהתאם למידת התעסוקה של הניידת בשוק החופשי, כמו שהורה היועץ המשפטי לממשלה, תוך שיערוך הסכומים שמשרד החינוך שילם בשעתו. בנוגע לדמי השכירות הנומינליים שמט"ח משלם עבור הקרקע שעליה עומד הבנין שלה, אינני יודע מה יכולה העותרת לבקש מבית-משפט זה: האם נחייב את העותרת לשלם למנהל מקרקעי המדינה דמי שכירות ריאליים, כדי להחזיר את השוויון בין מט"ח ובין העותרת? גם בנידון זה העותרת לא טרחה אפילו להגיש לנו חשבון השוואתי על הנתונים המקבילים לגבי הבנין שבו מנהלת היא את עסקיה. אני מזכיר ענין צדדי זה רק כדי להבליט עד היכן תוביל אותנו עתירת העותרת, אילו היינו מקבלים על עצמנו בירור עובדתי של היתרונות והחסרונות היחסיים של התנאים הכלכליים שבהם פועלת העותרת ושבהם פועל מט"ח.

עיינתי בפסיקה האנגלית והאמריקנית בדבר זכות העמידה של מתחרה מסחרי. תקדים אנגלי קרוב לענייננו הוא R.v. Groom, Ex p. Cobbold (1901) 2 K.B. 157, Ex p. Cobbold. L.J.K.B. 636. 65 J.P) R. v. Groom. 484; 17 T.L.R. 433<sup>70</sup>, (1901) 2 K.B. 157 W.R. 49. 452; 45 Sol. Jo. 488, D.C (1901). שם הוחלט שלמתחרה על מתן רשיון לניהול בית מרוח יש זכות עמידה לטעון נגד החוקיות של קביעת המועד לישיבה השנתית של שופטי השלום, שבה



הוחלט על מתן רשיון למתחרה אחר. אבל החוק הנדון שם הקנה לעותרת זכות הופעה בישיבה השנתית עצמה והעותרת הופיעה והתנגדה לדחיית הישיבה, ומכאן ההצדקה לזכות עמידתה בעתירה על חוקיות האסיפה אשר קוימה שלא במועדה. (בדומה לזה ראה R. v. Richmond confirming Authority. Ex parte Llowitt: (1921) 124 L.T) R. v. (1921) 1 K.B. 248 (L.J.K.B. 413; 85 J.P 84; 37T.L.R. 62. D.C (345; (1921 90,248 Richmond 1 K.B שהוזכר בבג"צ 28/71 הני"ל, שם, בע' 236). ואילו לעותרת שלפנינו אין זכות הופעה דומה לפני ערכאה מנהלית כלשהי.

מן הפסיקה האמריקנית כבר הוזכר בבג"צ 28/71, פסק-דין מנחה של בית- המשפט הפדרלי Communications Commission v. Sanders (1940) 60 S.Ct 693 F.C.C v. Sanders העליון בענין v. Sanders Bros. Radio Station: Federal 309 U.S 60; 470 S.Ct. 693, 84 L.Ed. 869. (אשר הרחיב את זכות העמידה של מתחרה "לתבוע את עלבוננו של חוק", כביכול (1940)). כנציג הציבור, ולהגן בדרך עקיפין זו על האינטרס האנוכי שלו (ראה דברי השופט זוסמן, שם בע' 236). הבעיה המעסיקה רבות את בתי-המשפט בארצות-הברית בסוגייה זו היא באיזו מידה נותנת הפרת חוק חרות על-ידי רשות מנהלית, המוסמכת לדון בענינו של מתחרה עסקי, זכות עמידה Electric Power Co. v. Tennessee Valley Authority (1939) 59 S.Ct Tennessee 366, Co.Florida Blue Ridge corp.v.Tennessee Valley Tennessee Electric Power 118, 59 S.Ct. 366, 369, 375. 83 L. Ed 543. (Authority (1939) 306 U.S עילת לה עילת 375. 83 L. Ed 543. (Authority (1939) 306 U.S . נפסק שחברת חשמל אין לה עילת 375. 83 L. Ed 543. (Authority (1939) 306 U.S תביעה לפני בית-המשפט בטענה שרשות ממשלתית מתחרה בה בניגוד לחוק ולחוקה, כי אין עותר unless the right invaded is a legal right - one of property, one out of contract. one protected against tortuous invasion. or arising founded on a statute which confers a privilege ..." (p. 369) one

יצויין שגם שם נטען, שהרשות הממשלתית מסוגלת לגבות מחירים זולים יותר עבור החשמל המופק על-ידה מפני שהיא פועלת לפי תחשיב שאינו כולל חלק מן ההשקעה ומהוצאות ההפעלה (שם, בע' 375).

בבעיה זו, מה זכות העמידה של עותר הקובל על פגיעה בכושר ההתחרות שלו עקב פעולת המינהל, עברו על הפסיקה האמריקנית תמורות רבות שלא כאן המקום לעקוב אחריהן לפרטיהן. אני מציע שנעיין בפסיקה עשירה ומסובכת זו לשם השכלתנו בלבד ולא כדי ללכת בעקבותיה, על שינויי הכיוון החלים בה מידי פעם.

שינוי במגמת פסיקתו של בית-המשפט העליון הפדרלי חל בשנת 1970 בענין Data of Processing Service Organizations v. Camp 90 S.Ct. 827 Association

[1 8] כאשר קבע בית-המשפט מבחן חדש לזכות העמידה של העותר : "אם ניתן לטעון כי האינטרס שעליו מבקש העותר להגן הוא בתחום האינטרסים שמן הראוי כי החוק החרות או הערובה החוקתית יגנו עליהם או יסדירם".

פסק-דין של בית-משפט פדרלי לערעורים 433 F. (1970) *Ballerina Pen Co. v. Kunzig* 2d 1204 Pen Company v Robert L. Kunzig (1970) 433 F. 2d 1204, 207.) (Ballerina) מדגים התפתחות חדשה זו בפסיקה האמריקנית בענין זכות העמידה. העובדות דומות במידת מה לעניננו, כי העותרת שם קבלה על נזק שנגרם לה במסחרה עקב העדפת מוסד סעד לעוורים בקבלת חוזה להספקת עטים כדוריים ומילויים למשרדי ממשלה. בית- המשפט הסתמך על הלכת *Association of Data Processing Service Data Proccessing*. (U.S. Organizations, Inc. v. Camp, 397) S.Ct. 827, 838; 25 L. Ed. 2d 90 ; 150. 184.

ובירר אם הרשות המנהלית פעלה "בשרירות לב או מעבר לסמכות הסטטוטורית capriciously (arbitrarily or in excess of its statutory authority) וכך פגעה באינטרס שניתן לומר כי הוא בתחום האינטרסים המוגנים על-ידי החוק החרות או הערובה החוקתית הנוגעים לדבר" (שם, בע' 1 207). נקבע שהיתה שרירות לב, בעיקר על יסוד בחינה של קורות החקיקה הנדונה, ומשום כך הוחזר הדין לבית-המשפט בערכאה ראשונה לשם דיון לגוף בקשתה של החברה העותרת. שני תנאים נתמלאו איפוא בענין ההוא שאף אחד מהם לא נתקיים כאן (ואין אני מתכוון לומר בזה שעלינו לאמץ את גישת המשפט האמריקני, ללא בדיקה מעמיקה יותר של הקרקע שעליה צמחה): העותרת שלנו אינה יכולה להצביע על אינטרס המוגן בדין ואין היא טוענת שהמשיבים פעלו בשרירות לב.

המלומד Kenneth Culp Davies מותח ביקורת רבה על הלכת *Data Processing* ומעדיף את חוות דעתו המסתייגת של השופט ברנן באותו ענין (שם, בע' 838), העומד על הבחנה חדשה בין זכות העמידה הדיונית לבין הזכות המהותית לביקורת שיפוטית על החלטתה של רשות מנהלית. לביסוס זכות העמידה של העותר הוא מסתפק בטענה שפעולת המנהל גרמה בפועל לעותר נזק כלכלי או אחר. אבל יצויין, שגם סופר זה שם סייג למבחן גמיש זה, ואלה דבריו :

"be pushed to its outer limits. For The concept of injury in fact need not" to the plaintiff's competition instance, a holding that a governmental grant plaintiff would be reasonable in many does not inflict injury in fact upon the (supplement, 22.21 at p. 784 circumstances." (Administrative Law, 1970

סיכומו של דבר, אין לעותרת זכות עמידה לפני בית-משפט זה, כי הנזק המסחרי הנגרם לה (אם אמנם נגרם לה נזק כטענתה) אין די בו כדי לבסס את זכות העמידה ; התחיקה הפיסקלית שעל-פיה הוענקו למט"ח כמה מן ההקלות אינה נותנת אחיזה לקובלתו של צד שלישי כמו העותרת

וגם טענת הפליה אין לה יסוד, כי אין הפליה אלא בין שווים, ונתוניהם של העותרת כחברה עסקית ושל מט"ח כמוסד ציבורי אינם שווים.

לפיכך דעתי היא שיש לדחות את העתירה ולבטל את הצו-על-תנאי, בלי להיכנס לבירור נוסף של העובדות השנויות במחלוקת.

**השופט אלון: אני מסכים.**

### **השופטת בן-פורת:**

כפי שהבהיר חברי הנכבד הנשיא (לנדוי) "לא רק זכות מעוגנת בהוראה של החוק החרות ראוייה להגנה בבית-משפט זה, אלא גם זכות או חירות "שאינן כתובות על ספר", כגון חופש העיסוק...". ברור כמו כן, כדבריו, שאין האזרח זכאי על-פי דין לדרוש, בתור כלל, שהמדינה תיצור תנאים שווים להתחרות מסחרית, אולם, שלא כדעתו, סבורה אני כי מתן טובות הנאה לפלוני יכול להקים זכות-עמידה לעותר לא רק כאשר בכך גורם המנהל, ללא סימוכין בדין, "למצב שבו נסתם מקור פרנסתו של העותר כליל". בדומה לדיני היושר גם הזכויות שעליהן יש להגן למען הצדק הן פרי ההלכה הפסוקה שלעולם אינה קופאת על שמריה. מ"מ הנשיא הנכבד מביא בחוות דעתו את of Data Processing Service Organization v. Camp. 90 S.Ct. 827 Association Brennan - ו White תוך הבהרת עמדתו של הרוב והמיעוט. שופטי המיעוט Cohen (1968) 392 U.S. 83 Flast v. Cohen (1968) 392 U.S. 83; 88 S.Ct. 1942, 20 L.Ed 2d 947.) (Flast : והביעו על יסודו את דעתם בזו הלשון :

"In the light of Flast standing exists when the plaintiff alleges, as the Plaintiff in each of these cases alleges, that the challenged action has caused him injury in fact ,economic or otherwise "

(שם בע' 841) אולם למיטב ידיעתי דווקא דעת המיעוט היא שנתקבלה בפסיקה היותר מאוחרת, Arlington Heights v .Metropolitan Hous. Dev. CorP. 429 U.S. 252 Village of ; Simon v. Eastern Ky .Welfare Rights Organization. 429 u.s. 26 (1977) of Arlington Heights V .Metropoltan Housing Development corp.) Village . ((1977) 429 U.S. 252 .

Simon v. .(Kentucky Welfare Rights Organisation (1976) 426 U.S ., (1976) Eastern 1917; 48 L.Ed 2d 450. (26; 96 S.Ct לאחרונה סקר בית-המשפט לערעורים בפסק-הדין Power Co. v. Carolina Environmental Study G roup 98 S. Co .2620, (1978) Power Co. v. Carolina Environmental Study Group (1978), 98 S.Ct) Duke (2620 . את הפסיקה החדשה שממנה עולה שקיימות שתי דרישות לביסוסה של

זכות העמידה : פגיעה בפועל בעותר וקשר סיבתי בין פגיעה זו לבין המעשה המותקף. בכך סמך בית- המשפט לערעורים את ידו על היריעה שנפרשה בפסק-דין, Flast (אם כי סירב להרחיבה מעבר לזה, על-ידי הכללה של non taxpayer suits). לעומת זאת נמנע בית המשפט בענין Duke Power מלאזכר את Data Processing הנ"ל ויש הסבורים שבכך הסתייג בשתיקה מהמבחן (של הרוב) שנקבע שם :

92.Harvard Law Review 260

חדירתו לעולם המסחר של גוף לא מסחרי כמו מט"ח אין בה כשלעצמה טעם לפגם. להיפך, הרווח הנובע מהשכרת הציוד, המנוצל רק חלקית למטרות הגוף, מפחית את הנטל הרובץ על הציבור שמכספיו מט"ח מתקיים. אולם עיסוק מסחרי של גוף כזה היא תופעה חריגה החייבת לדעת להתבצע תוך התחשבות ברווח הסביר אשר עולם הסוחרים זכאי לצפות לו. לשון אחרת : על מט"ח לדרוש בעד השכרת הציוד, או בעד העמדתו לרשות אדם אחר למטרות מסחר, לא פחות ממחיר השוק, ובאין מחיר שוק - סכום שיש בו כדי להותיר רווח מתקבל על הדעת בידי משכיר מן השורה. יתכן שדעתי היתה אחרת אילו מדובר היה במקרי השכרה נדירים שמשקלם המצטבר אינו מגיע לכדי התחרות העשויה לפגוע בסוחרים פגיעה של ממש. אולם כאן המדובר בהשכרה כמעט שוטפת, מצב הדורש, כאמור, התחשבות. לפיכך, אילו העלתה העותרת טענה, תוך ביסוס עובדתי וראיתי נאות, שמט"ח נוהג כמתואר לעיל, הייתי כשלעצמי רואה בכך בסיס מספיק לעמידתה לפנינו. אולם כל מה שמצאתי בעתירה הם מקרים בודדים, ללא פירוט עובדתי מספיק או מסמכים להמחשתם, אשר בהם כביכול גרמה מט"ח לדחיית הצעתה של העותרת על-ידי מה שכוונה סתמית כמחירים בלתי מסחריים (ראה סעיפים 8-14). בטיעון סתמי כזה לא סגי אפילו במשפט רגיל, קל וחומר בבג"צ, שהדיון בו חייב מעצם טיבו להיות מהיר וקצר. לפיכך נותרת טענתה של העותרת כי טובות ההנאה שמקבל מט"ח מגבירות את כושר ההתחרות שלו. ברם, לא כושר התחרות הוא מעניינה של העותרת, אלא הדרך בה משתמש מט"ח בכושר זה, היינו הפגיעה הממשית בה.

לפיכך הגעתי גם אני למסקנה שדין העתירה להידחות על הסף.

הוחלט לדחות את העתירה ולבטל את הצו-על-תנאי. על העותרת לשלם הוצאות בעתירה זו בסך 10,000 ל"י למשיבים 4--1 ובאותו סכום למשיבה מס' 5.

ניתן היום, יח באייר תשל"ט (15.5.1979).