

תור אויר (ישראל) בע"מ

נגד

1. יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים
2. הממונה על ההגבלים העסקיים

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
[14.2.85]

לפני השופטים א' ברק, ד' לוין, ש' נתניהו

חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט - 1959. סעיפים 2, 4, 6, 7, 8, 9, 10א, 25, 28, 40, 42, 43, 45 - הצעת חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ח - 1957, ה"ח 86 - חוק ההגבלים העסקיים (תיקון), תשכ"א - 1961, ס"ח - הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון), תשכ"א 1960, ה"ח 44 - חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס 2), תשכ"ג - 1963, ס"ח 141 - הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), תשכ"ג - 1962, ה"ח 2, סעיף 7.

פסק דין

השופט א' ברק : האיגוד הבינלאומי של חברות הובלה באוויר (י.א.ט.א.) מכיר באפשרות של רכישת כרטיסים מוזלים בטיסות לישראל וממנה. תנאי לכך הוא, שהטיסות תעשינה במסגרת קבוצת נוסעים עם מספר מינימאלי של נוסעים. על הנוסעים להזמין שירותי קרקע בסכום מינימאלי בארץ היעד מועד היציאה זו החזרה וכן מסלול הנסיעה צריך שייקבעו מראש. לחברת אל על מזה ולסוכני הנסיעות בישראל מזה נתחוו, כי סוכן הנסיעות הבודד אינו יכול לארגן קבוצות נוסעים, שיענו על דרישותיה של י.א.ט.א. חשבו ומצאו פתרון: תוקם חברה - היא, תור אויר (ישראל) בע"מ, המערערת שלפנינו - אשר מחצית ממניותיה יהיו בידי אל - על ומחצית מניותיה בידי סוכני הנסיעות. כל סוכן נסיעות יפנה לאותה חברה, ורק אליה, את כל ההזמנות לטיסות הקבוצתיות. הסוכן יגבה מהנוסע את המחיר המוזל בתוספת מסויימת, אשר חלקה יכסה את הוצאות תפעולה של תור אויר (ישראל) בע"מ, וחלקה האחר יוחזר לסוכנים כעמלה, המתווספת לעמלה אותה מקבל הסוכן מחברת התעופה המבצעת את הטיסה. באמצעות הסדר זה יכולה המערערת לארגן מספר ניכר של טיסות קבוצתיות, בתדירות גדולה וליעדים רבים, כאשר הצרכנים נהנים ממחירים מוזלים. החברה קמה, ומקובל על הכול, כי ההסדר העומד ביסודה הוא הסדר כובל כמשמעותו בסעיפים 2, ו-4 לחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט - 1959 (להלן - החוק). נתגלעו חילוקי דעות בין המערערת מזה לבין הממונה על הגבלים עסקיים מזה, אם ההסדר האמור הוא "הסדר שכל כבילותיו נוגעות לתובלה בין לאומית". שאם כן, כי אז מכוח הוראותיו של סעיף 10 א לחוק, הסדר כזה שהודעה עליו נמסרה לשר התחבורה "איננו הסדר כובל". להכרעה בשאלה זו נזקקה מועצת ההגבלים העסקיים (להלן המועצה) אשר החליטה, כי "הפטור שבסעיף 10 אינו חל על ההסדר נשוא הדיון". מכאן הערעור שלפנינו.

2. החלטתה של המועצה עניינה פירושו של סעיף 10 א לחוק, שזו לשונו :

"הסדר שכל כבילותיו נוגעות לתובלה בין - לאומית, בים או באוויר, והודעה עליו נמסרה לשר התחבורה, בטופס שקבע שר התחבורה בתקנות - איננו הסדר כובל".

בהתייחסה להוראה זו. קבעה המועצה לאמור :

"כאן אנו דנים בהסדר נעשה למעשה בין אל-על לבין סוכני הנסיעות ומטרתו להגדיל את הסיכויים לארגן קבוצות קבועות רבות ככל האפשר לטיסות מוזלות. סוכני הנסיעות אינם מובילים ורוב חברי המועצה בדעה שיש לפרש את הפטור שניתן על- ידי סעיף 10 א הקיים כחל על הסדרים בין מובילים, בדומה למצב בחוץ לארץ, ועל כל פנים אין להחילו על ההסדר נושא דיון זה. בהקשר זה יש לציין שבהסדר מדובר גם על הוספת עמלה לאיר- תור על מחיר הכרטיס שנקבע על פי תקנות יאטא, ועמלה זו היא בנוסף לעמלה שמקבלים סוכני הנסיעות מחברות התעופה, והיא משמשת בחלקה הקטן בלבד לכיסוי הוצאות איר-תור והחלקה הגדול להחזר לסוכני הנסיעות כעמלה נוספת, ולא ברור לנו אם זהו דבר מותר על פי כללי יאטא או בכלל, וקשה לנו לומר שכבילה זו נוגעת לתובלה, בין - לאומית, אם כי היא קשורה".

על קביעה זו מלינה המערערת לפנינו. לטענתו של מר רזיאל, בא כוח המערערת, אין כל יסוד להגביל את תחולתו של סעיף 10 א לחוק להסדר שכל צדדיו הם מובילים. הגבלה כזו אינה מופיעה בגוף ההוראה, והזיקקות לה עומדת בסתירה לכלל הפרשנות. לפיו יש ליתן פירוש להוראה, הבאה לשלול הגבלות על חופש האזרח. זאת ועוד: אין כל רמז להגבלה זו בהיסטוריה החקיקתית, ואין כל יסוד להכנסתה בדרך הפרשנות, שאינה אלא נטילה שלא כדין על ידי המועצה של סמכות החקיקה של הכנסת. לבסוף, ולגוף העניין, הסדר, שכבילותיו מתייחסות אך ורק להטסת נוסעים בטיסות קבוצתיות מוזלות ובהן בלבד, נוגע לתובלה בינלאומית באוויר. לעומתו גורסת גבי רובינשטיין, שטענה למשיבים, כי החלטת המועצה בדיון יסודה. לטענתה, כוונת המחוקק - כפי שניתן ללמוד עליה מהיסטוריה החקיקתית - היא להשוות את המצב בארץ למה שמקובל בארצות אחרות, ובאלה הפטור חל רק לגבי אותם הסדרים כובלים. הנעשים בין מובילים בינלאומיים לבין עצמם. מכיוון שמטרת החקיקה למנוע הפלייתם לרעה של המובילים הישראליים לעומת המובילים הבינלאומיים, יש לפרש את החוק כחל רק לעניין צדדים להסדר כובל שכולם מובילים. מה גם שהמחוקק סבר, כי ראוי הוא לאפשר למובילים לתקשר בינם לבין עצמם בענייני תובלה. לדעת גבי רובינשטיין, מותר לנו להיזדקק להיסטוריה חקיקתית זו, שכן לשונו של סעיף 10 א לחוק אינה ברורה, וכדי ליתן לה את הפירוש הנכון יש לפנות למטרת החוק ולכוונת המחוקק. זאת ועוד: סעיף 10 א לחוק עניינו פטור להסדר כללי, הדורש פיקוח על ידי המועצה לטובת הכלל, וכלל פרשנות הוא. כי בנסיבות אלה יש ליתן לפטור פירוש מצמצם. לבסוף, גם לגופו של ההסדר אין לומר עליו, כי כל כבילותיו נוגעות לתובלה בינלאומית, שכן ההסדר הוא פנים ארצי, ואין לו קשר (ישיר או עקיף) להסדרי התעופה הבינלאומיים.

3. הוראת החוק היא, כי הסדר, שכל כבילותיו "נוגעות" לתובלה בינלאומית בים או באוויר, אינו הסדר כובל. מלת המפתח היא "נוגעות". ביטוי זה מצביע על זיקה או על קשר בין כבילותיו של ההסדר לבין התובלה הבינלאומית. אך מהו קשר זה? התיבה "נוגעות" אינה אוצרת בחובה, מכוחה היא, הכוונה לשונית מספקת באשר לאינטנסיביות הנגועה. אין בה כשלעצמה כדי להדריך בפתרון השאלה, מהי הזיקה החייבת להתקיים בין כבילות ההסדר לבין התובלה הבינלאומית. הדי בנגיעה רופפת או שמה צריך נגיעה הדוקה? טול הסכם בין יצרני מזון שעניינו כבילות בדבר אספקת מזון לטיסות בינלאומיות: האם כבילותיו של הסדר זה

"נוגעות" לתובלה בינלאומית, אם כי טעמיהם שונים. בא כוח המערערת נימק עמדתו בכך, כי עניין המזון מתייחס לשטחי פעולה כללית ונרחבים, בעוד שכרטיס הטיסה הוא מיוחד לטיסה. אך היכן מצאנו כי זהו המבחן הראוי? באת-כוח המשיבה נימקה עמדתה בכך, כי הצדדים להסכם המזון אינם מובילים, ועל כן אין כבילותיו נוגעות להובלה אך מדוע קיים קשר חיוני בין נגיעותה של הכבילה לבין זהותם של הצדדים?

4. אכן, הביטוי "נוגעות" הוא כללי, ואין לו תוכן חד משמעי. הוא בעל "רקמה פתוחה". כמוהו רבים הם הביטויים בלשוננו, המורכבת ממילים המהוות סימנים או סמלים, הנעדרים משמעות פנימית עצמית. כאשר לשון זו נקלטת במחשבתנו, אין היא מעלה דימוי אחד ויחיד, המשותף לכל המשתמשים בלשון. מעצם מהותה זו של הלשון. שתיאורים אלה מעלים, בדרך כלל, מספר דימויים. אין דימוי שהוא תמיד, ובכל הנסיבות, הדומיננטי אשר בלעדיו-אין. כתוצאה מכך מתקבלים מספר מובנים ללשון החוק: היטיב להביע זאת הנשיא אגרנט באמרו:

"לא השפה המדוברת ולא הלשון הכתובה הינן אמצעי קומוניקציה שהוא כליל השלמות. המובן שאליו התכוון בעל הדברים שעה שהשמיעם או כתבם אינו תמיד, או אינו בהכרח, המובן שייחס להם הנמען בעת ששמעם או קראם. ההסבר לתופעה זו הוא שמלים, בהיותן סמלים בלבד, אינן אלא בחינת כלי ריק ללא מובן. וכדי לרדת לסוף מובן, שומה על הנמען לפרשן" (ש' אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" עיוני משפט י (תשמ"ד - מ"ה) 233, 237).

משמעותן של מלות החוק לא באה להן מאליה, אלא הן זקוקות לפירוש. כל אחד מאיתנו עוסק על העת בפירוש. כל טקסט מצריך פרשנות, וכל חוק מצריך פרשנות. "גם ההוראה הפשוטה והברורה ביותר מתייצבת לפנינו בפשטותה, רק לאחר שהעברנו אותה, במודע או שלא במודע, בכור ההיתוך של תפיסתנו הפרשנית" (ע"פ 928/80 (1), בעמ' 760). להבין משמעותו לפרש.

5. אך כיצד יפורש הביטוי "נוגעות" בסעיף 10 לחוק? כפי שראינו, יש לו לביטוי זה משמעויות לשוניות שונות. אין הן בלתי מוגבלות, אך הן מרובות. "הנגיעה" יכולה להיות קלה או חמורה, קרובה או רחוקה. רפויה או ניכרת. באיזו אפשרות מכל אלה נכיר? כולן לגיטימיות מבחינת הלשון, אך הפרשן אינו בלשן (בג"צ 188/63 [2], בעמ' 350). עליו לבחור באותה אופציה לשונית, המגשימה את תכלית החוק. הוראת חוק אינה חסרת כיוון או מטרה. הנורמה החוקה היא נורמה תכליתית. "החוק הוא יצירה נורמטיבית, הבאה להגשים תכלית חברתית, והוא ביטוי למדיניות. על הפרשן לחשוף, מבין קשת האפשרויות הלשוניות, אותה משמעות אשר הגשים את מטרת החוק" (ד"ר 40/80 [3], בעמ' 715). "חוק הוא מכשיר לשם ביצועה של מטרה תחיקתית, ולכן הוא צריך פרשנות לפי המטרה הגלומה בו" (ע"א 481/73 (4), בעמ' 516 - השופט זוסמן).

ראוי לו לשופט, בבואו לפרש את החוק, לשאול את עצמו: חוק זה איזו תכלית נורמטיבית, חברתית, הוא מבקש להשיג? (השופט ד' לויין בע"פ 71/83 (5), בעמ' 770). על מטרת החוק ותכליתו ניתן ללמוד ממקורות שונים. החשוב והעיקרי שבהם הוא לשון ההוראה הספציפית הדורשת פירוש. אך הוראה זו אינה קיימת בבדידותה. נקבע לה מקום בחוק, ומיקום זה הוא אמצעי לפירוש מבנהו הכללי של החוק מסייע גם הוא לפירוש, כמו גם מיקומו במערך החקיקה הכללי. כל אלה הם מקורות חשובים ועיקריים, אך לא יחידים. כל שאלה פרשנית נפתחת בחוק, אך אינה מסתיימת בו המוח האנושי חייב לקלוט כל מידע שהוא רלוואנטי וליתן לו משקל על פי אמינותו. ידועים דברים של נשיא בית משפט העליון האמריקני, מרשל

(Marshall C.J.), בפרשת 386 United States v. Fisher et al. אשר אמר:

"Where the mind labors to discover the design of the legislature, it seizes every thing from which aid can be derived".

על כן ניתן ללמוד על מטרת החוק ועל תכליתו מההיסטוריה החקיקתית שלו, כגון דינים וחשבונות של ועדות ציבוריות, הצעת החוק, דברי השר בקריאה ראשונה ודברי יושב ראש הוועדה בקריאה השנייה (בג"צ 131/65 (6), בעמ' 377).

6. על רקע עקרונות אלה נחלקו באי כוח הצדדים שלפנינו. לדעת בא-כוח המערער, מר רזיאל, אל לנו לפנות להיסטוריה החקיקתית של סעיף 10א לחוק, שכן פנייה כזו מותרת היא אך ורק אם ההוראה אינה ברורה, בענייננו ברורה היא. "נוסחו (של סעיף 10א) ברור ומשמעו ברור, ולפיכך לא היה מקום להזקק לדברים שמחוצה לו כדי לפרשו, אלא לפרשו לפי מילותיו ותוך מה שיש בו". לעומתו טענה באת כוח המשיבים, גב' רובינשטיין, כי ההזדקקות למקורות חיצוניים מותרת היא בענייננו, שכן "לעניות דעתי" אין לשון החוק ברורה לחלוטין, ומאחר והמילה "נוגעת" הינה מילה שאינה חד משמעית וסובלת פירוש רחב או מצומצם כדי לתת את הפירוש הנכון חייבים אנו לפנות ולבדוק את מטרת החוק וכוונת "המחוקק". במחלוקת פרשנות זו אין בדעתי כדעת בא-כוח המערער. נראה לי, כי עיון קל בסעיף 10 א לחוק ובדרישה, כי כבילות ההסדר "נוגעות" לתובלה בינלאומית, מצביע על כך, כי ההוראה בכלל ולשון "נוגעות" בפרט מצביעות על מסגרת רחבה של אפשרויות, החל מ"נגיעה" קלה וכלה בנגיעה הדוקה. אך למעלה מזאת: כפי שראינו, כל חוק מחייב פרשנות, וכל חוק אינו ברור בטרם פורש. אומר פרופ' טדסקי:

"In claris non fit interpretatio" (כללים ברורים אינם טעונים פירוש): אימרה זו אמנם אינה רומאית קלאסית, אך היא מקודשת בשל מסורתה הארוכה, והיא מפורסמת אל כל משפטי העולם. אבל חכמי הדורות האחרונים מכירים במידה גוברת בעובדה כי ההשקפה הגלומה בה, כאילו עשוי הכלל - ולוא הכלל ה"ברור" - 'לדבר בעדו', תמימה מדי. מחשבת הזולת אינה יכולה לפעול בנו אלא אם היא נקלטת על ידינו, אם בה מצידנו אותו שיתוף פעולה המהווה דווקא את התהליך; בין אם הפירוש קשה ומיגע, ובין אם הוא נעשה על נקלה ואף ללא - משים, והנה, גם במקרה האחרון, בוא יבוא הפירוש, ודווקא הקלות והביטחון, בהם הוא נעשה על נקלה ואף ללא משים, והנה, גם במקרה האחרון, בוא יבוא הפירוש, ודווקא בקלות והביטחון, בהם הוא נעשה, מתירים לנו להסיק המסקנה כי אכן הטקסט או ההתנהגות הנדונים - ברורים הם.

קביעתה של האימרה הלאטינית שהזכרנו אינה נכונה יותר - אם תותר לנו השוואה כזו - מדברי האומר שמזון קל אינו דורש עיכול. שכן, גם כאן, קלות העיכול ומהירותו הן הן המוכיחות את היות המזון קל. אחר, אין לייחס לקביעה מעין זו מובן כלשהו. (ג' טדסקי, מסות במשפט (המכון למחקי חקיקה למשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשל"ח) 1).

נמצא כי כל חוק, לרבות זו שלשוננו "ברורה", מחייב פרשנות. מחייב פרשנות. החוק הוא "ברור" רק לאחר שהפרשנות ביררה אותו. אין הוא ברור ללא פרשנותו. אין מלים "ברורות" כשלעצמן. אכן, אין לך דבר פחות ברור מהקביעה, כי המילים הן "ברורות". בצדק ציין השופט טריינר (Traynor):

"Plain words, like plain people, are not always so plain as they seem" (R.J Traynor, "No Magic Words Could Do It Justice" 49 *callif. L. Rew.* (1961) 615, 618)

ועל אותו רעיון עומד השופט ח' כהן באמרו:

.... כבר הקשו רבים וגילו גדולים שאין למילים משמעות, פשוטה, או משמעות יחידה, והמשמעותיות משתנות; ועד למסקנה המעציבה הגיעו שאותה, משמעות פשוטה של המילים אשר שופטים כה רבים מאמינים, לעיתים כה קרובות, שהיא המשמשת נר לרגליהם בפרשנות החוק, אינה לאמיתו של דבר לאל אשליה

בעלמא" (ח' כהן, "פרשנות נאמנה - תלתא משמע" משפטים ז (תשל"ז - ל"ז) 5, 7).

על כן מותר גם מותר לפנות להיסטוריה החקיקתית, כמו גם לכל מקור אמין אחר, כדי לגבש מתוכם את מטרת החקיקה, אשר היא יחד עם הקשרה הסטטורי של הוראת החוק, שופכים אור על פירושה ועושים אותה בסופו של תהליך הפרשנות לברורה ולפשוטה. אכן, המשמעות של חוק אינה ברורה, כל עוד אין היא עולה בקנה אחד עם מטרה חקיקתית ברורה. עמדו על כך הפרופסורים הארט וזקס (Hart and Sacks), תוך שנתנו לכך ביטוי חריף וקולע:

"The meaning of a statute is never plain unless it fits with some intelligible purpose. Any judicial opinion... which finds a plain meaning in a statute without consideration of its purpose, condemns itself on its face. The opinion is linguistically, philosophically, lagally, and ga-nerally ignorant. It is deserving of nothing but contempt" (H.M. Hart and A.N. Sacks,, *the Legal process* (cam-bridge, 1958) 1157)

תחושת הבהירות הקמה עם תחילת קריאתו של החוק היא אך ראשונית ורגעית. היא הולכת ונעלמת שעה שמתברר, כי משמעות "בהירה" זו אינה מגשימה את מטרת החקיקה. עם פעולתו (המהירה או האיטית) של תהליך שהפרשנות, מתגבשת התכלית החקיקתית. אפשרויות לשוניות שונות נפסלות. נבחרת אפשרות אחת ויחידה, זו המגשימה את מטרת החקיקה. אפשרות זו מתגלית אז לפרשן בכל פשטותה ובהירותה. עמד על כך פרופסור גלנויל ויליאמס Glanvill Williams באמרו:

"It is a misleading formulation of the problem of inter-pretation to say that there are two separate questions to be asked: first, 'Is the Act plain and unambiguous'? so as to further the probale intention of Prliament'? The first questions is not independent of the second, and sometimes it better reflects the actual process of inter-pretation to reverse them. The primary questions then is, What was the statute trying to do[? Next comes the questions: 'Will a paticular prposed interperatation affectuate the object' ? and only lastly, Is the interperatation ruled out by the language? " (G. Williams, *The Meaning of Liberal Interperatation*" 131 *NewL.J* (1981) 1128 and 1149, 1150).

נמצא, כי בראש ובראשונה על הפרשן לגבש את תכלית החקיקה ומטרתה. לשם כך ראשי הוא לפנות לכל מקור אמין המסייע בהגשמה של משימה זו. משעשה כן. הוא בוחר משלל האפשרויות הלשוניות האפשרויות את זו המגשימה את מטרת החקיקה ותכליתה. למשימות אל נפנה עתה.

7. מטרת החוק, כפי שהיא עולה מלשונו, ממבנהו ומההיסטוריה החקיקתית, היא לאסור הסדרים כובלים, הפוגעים בטובת הכלל (ראה דברי הסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ח - 1957). " מגמת החוק היא

לפנות את הדרך לפעילות כלכלית חופשית, על ידי סילוק מכשולים המונעים פעילות כזאת " (בג"צ 231/61 [7], בעמ' 326 - השופט לנדוי). גישתו של המחוקק היא, שתחרות חופשית פועלת לטובת המדינה, ויש בה כדי להעמיק את החופש המשפטי והכלכלי של הפרט (ע"א 626/70 (8) וכן, "L Kestenbaum " Israel's Restrictive Trade Practices Law: Antitrust Misadventures in a (Small Developing Country" 8 Isr.L Rev. 411, 452 (1973)). לשם השגתן של מטרות אלה נקבע איסור על עשיית דבר או הימנעות מעשותו על פי הסדר כובל (סעיף 40 לחוק) המושג "הסדר כובל" הוגדר באופן רחב ביותר (ע"א 626/70 [8]). הפרת הוראות החוק מהווה עבירה (סעיפים 42 ו- 43 לחוק) ועוולה סעיף 45 לחוק) עם זאת נקבע, כי המועצה - שהיא גוף סטטוטורי עצמאי - רשאית לאשר הסדר כובל, אם היא סבורה שההסדר הוא לטובת הכלל (סעיפים 25 ו- 28 לחוק). גישתו של המחוקק היא אפוא, כי לא כל הסדר כובל פסול הוא. עשויים להיות הסדרים כובלים שהם לטובת הכלל. לשם בחינתם של אלה הוקמה המועצה, המנותקת מהמנגנון הממשלתי, והמפתחת לעצמה מומחיות וקווי מיניות, והקובעת על-פי שיקול דעתה באילו נסיבות הסדר כובל הוא לטובת הכלל, ובאילו נסיבות אין הוא לטובת הכלל. בכך דומה שיטתנו שלנו לזו הנוהגת באנגליה, ושונה היא מהשיטה של דיני - Antitrust האמריקניים, לפיהם קיים איסור "מוחלט" להיכנס לגדר "הסדר כובל" (ראה מ' שפר "חוק ההגבלים העסקיים". רבעון לכלכלה יד (תשכ"ח) 163 ו טו (תשכ"ט) 177).

8. במקביל להסדר זה של איסור מחד גיסא ואפשרות התרתו מאידך גיסא, הכיר המחוקק במספר מצבים מיוחדים, אשר בהם החוק קבע במפורש, כי חרף העובדה, שנתקיימו בהסדר היסודות של הסדר כובל, אין לראותם כהסדר כובל, ועל-כן אין צורך באישור המועצה. בין אלה נכללים הסדרים בדבר הקניין התעשייתי (סעיף 6), בדבר איגוד מקצועי (סעיף 7), בדבר תוצרת חקלאית (סעיף 8) ובדבר התובלה הבינלאומית (סעיף 10א). ספק בעיניי אם הטעם, העומד ביסוד חריגים אלה, אחד הוא. נראה, כי לא הכי חריג בעניין האיגוד המקצועי, המבוסס כנראה על הצורך להגן העל העובדים ולאפשר להם להשיג מחיר רואי לשירותם 0 ראה פ' רדאי, "ארגוני עובדים - פריבילגיות ופיקוח" עיוני משפט (תשמ"ג - מ"ד) 543). כהרי חריג בעניין התוצרת החקלאית, שעניינו כנראה טובת המשק וטובת הצרכן, בצד טובתם של החקלאים עצמם. שאלה יפה היא, מדוע נקט המחוקק את שיטת החריג הסטטוטורי, ולא השאיר אף עניין זה לשיקול דעתה של המועצה, ומן הראוי הוא, שהמחוקק עצמו ייתן בהם דעתו, תוך מתן סמכות פיקוח של הסדרים אלה לגופים ממשלתיים מקצועיים (כגון שרי העבודה והחקלאות), הפועלים במסגר סמכויות סטטוטוריות המוענקות להם בחוקים השונים שמחוץ לחוק ההגבלים העסקיים עצמו (ראה ד"כ 23 (תשי"ח) 596).

9. בפנותו אל ההסדר בעניין תובלה בינלאומית, נראה, כי בחוק המקורי לא הייתה כל הוראה בעניין זה. נמצא, כי נאסר הסדר כובל בעניין תובלה בינלאומית, תוך מתן סמכות למועצה, על-פי שיקולים של טובת הכלל, להתירו. במצב דברים זה חל שינוי עם חקיקתו של חוק ההגבלים העסקיים (תיקון), התשכ"א - 1961, אשר הוסיף את סעיף 10 א לחוק, שזו לשונו:

"הסדר שכל כבילותיו נוגעות לתנאי הסעת נוסעים או הובלת מטען, בים או באוויר - איננו הסדר כובל".

מההיסטוריה החקיקתית ניתן ללמוד, כי המחוקק ביקש לקבוע הסדר מיוחד לתובלה הבינלאומית בשל אופייה הבינלאומי וכדי לאפשר לה להתחרות עם גורמים זרים. המחוקק סבר, כי הפיקוח על הסדרים אלה צריך שיהא פיקוח מקצועי-מדיני, ואין די בשיקול הדעת הכללי של המועצה (ראה דברי הסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון) תשכ"א - 1960, בעמ' 45, וד"כ 30 (תשכ"א) 675).

10. לאחר שנתיים שונה הסעיף (חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2) תשכ"ג - 1963) לנוסחו הנוכחי בהצעת החוק הוצע השינוי הבא :

"הסדר שכל כבילותיו נוגעות לתובלה בין-לאומית, בים או באוויר, במידה שאושר, לעניין סעיף זה על ידי שר התחבורה - איננו הסדר כובל" (הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), תשכ"ג - 1962, סעיף 7).

מטרת הצעת השינוי הייתה כפולה : מחד גיסא, לקבוע את היקפו של החריג אך לתובלה בינלאומית בים או באוויר, אשר בהם דורש האינטרס הציבורי, המוצא ביטוי בכושר התחרות של הענף, התרתו של הסדר כובל ; ומאידך גיסא, לדרוש את אישורו של שר התחבורה, בטרם יקום ההסדר הכובל. הכנסת אישרה את ההצעה בחלקה הראשון אך סירבה לאשר את חלקה השני במקום אישורו של שר התחבורה הסתפק המחוקק בהודעה לשר התחבורה יהיה מודע לקיומו של הסדר הכובל, הוא יוכל לפעול במסגרת הסמכויות הנתונות לו, אם ההסדר לא ייראה לו (ראה ד"כ 37 (תשכ"ג) 2615).

11. בדקנו את תכלית החוק ומטרתו, תוך בחינת לשון החוק, מבנהו ותולדותיו. מה ניתן להסיק מכך לעניין פירושה של הוראת סעיף 10 לחוק, המוציא הסדר, שכל כבילותיו "נוגעות" לתובלה בינלאומית, מהמסגרת האורגנית של האיסור הכללי ושיקול הדעת הספציפי של המועצה? נראה לי כי המסקנה העיקרית המתבקשת מבדיקה זו הינה, כי לא די "בנגיעה" קלושה ורופפת בין כבילות ההסדר לבין התובלה הבינלאומית. במצב דברים זה, אין כל טעם מיוחד בהוצאת הסדר מתחום האחריות המקצועית של המועצה והפלייתו לעומת הסדרים דומים, אכן המתבקש ממטרת החוק ומתכליתו הוא, כי ה"נגיעה" הקבועה בסעיף 10 א לחוק תהא נגיעה ממשית וישירה, וכי הזיקה שבין כבילות ההסדר לבין התובלה הבינלאומית תהא זיקה קרובה ואינטימית. בנסיבות אלה יש אכן צידוק, על פי מערכת השיקולים של המחוקק, בהוצאת ההסדר מאחריותה של יש אכן צידוק, על-פי מערכת השיקולים של המחוקק, בהוצאת ההסדר מאחריותה של המועצה ומשיקוליה המקצועיים ובהבחנתו מהסדרים אחרים והעברת הסוגיה כולה להסדר אובייקטיבי של המחוקק מחד גיסא. אכן, בהקשרים דומים, בהם הוצאו הסדרים כובלים מהמשטר הכללי והרגיל הקבוע בחוק, תוך שנקבעו להם הסדרים מיוחדים, עמדו בתי המשפט על שיקולים אלה, ודרשו אף הם קיומה של זיקה ישירה או אינטימית " זו (ראה : In re Scottish Daily Newspaper Society's Agremt. (1971) [10] ; Meat Tea (1965) [12] השווה גם ע"א 25/71 [9] Cutters v/Jewel).

12. מהי "נגיעה" של ממש ? מתי הזיקה היא ישירה ואינטימית? שאלות אלה קשות הן, ויש להשיב עליהן במסגרת החקיקתית עליה עמדנו. כך, למשל, ניתן לעיתים לעמוד על קיומה או על העדרה של הזיקה הדרושה על-פי מבחן, הבודק את תוכנו של ההסדר : הסדר אשר תוכנו הוא התובלה הבינלאומית נוגע לתובלה זו, ואילו הסדר שתוכנו אינו התובלה הבינלאומית אלא עניין אחר אינו "נוגע" לתובלה הבינלאומית. על פי גישה זו, הסדר שכבילותיו נוגעות לעצם השירות של התובלה הבינלאומית - הסדר שכבילותיו "נוגעות" לתובלה הבינלאומית. לעומת זאת, הסדר שכבילותיו נוגעות לשירות או למוצר אחר - כגון הסדר שכבילותיו נוגעות לבניית שדה תעופה - אינו הסדר שכבילותיו "נוגעות" לתובלה הבינלאומית. אמת הדבר, ההוצאות בעניין שדה התעופה - כמו גם הוצאות לעניין הובלת נוסעים לשדה תעופה וממנו או לביטוח הנוסעים - משפיעות על מחירו הסופי של שירות התובלה, אך השפעה זו עקיפה היא ורופפת. הסדרים אלה אין עניינם תובלה בינלאומית, אלא עניינם הוא, על פי תוכנם עבודות בניית שדה תעופה או ביטוח. כמובן, מבחן זה עצמו, בכל אמת מידה משפטית, יש בו "גרעין" שקל להפעילו ולידו איזור נרחב של "אפולולית יחסית" הגורמת קשיים וחוסר בהירות. בין הקצה האחד, בו מצויים הסדרים ישירים וממשיים, לבין הקצה האחר, בו מצויים הסדרים רחוקים ורופפים, מצוי תחום נרחב של חוסר ודאות. טול הסדר, שכבילותיו נוגעות

לבידור או למזון המתחלק תוך כדי הטיסה, או הסדר, הנוגע להובלה נוסעים מבית הנתיבות אל המטוס עצמו. האם תוכנו של הסדר זה הוא התובלה הבינלאומית, או שמה תוכנו הוא בידור או מזון או הובלה "פנימית"?

13. אמת מידה שנייה, אשר ניתן לגבשה במסגרת מטרת החקיקה, היא זו המתייחסת למידת השפעתו של ההסדר הכובל על התובלה הבינלאומית. על פי אמת מידה זו הסדר שלכבילותיו השפעה ישירה, עיקרית ודומיננטית על התובלה הבינלאומית הוא הסדר שכבילותיו "נוגעות" לתובלה הבינלאומית. הסדר זה מצדיק, על פי מטרת החקיקה, הוצאתו מתחום אחריותה המקצועית של המועצה והעברתו לאחריותו של שר התחבורה. לא כן הסדר שלכבילותיו אך השפעה עקיפה ושולית על התובלה הבינלאומית, והשפעתו הישירה, העיקרית והדומיננטית היא בשוק אחר. בנסיבות אלה אך טבעי הוא, על פי מבנה החקיקה והגיונה, כי מי שאחראי לאותו שוק אחר, (המועצה או גוף ממשלתי) הוא שיפעיל שיקול דעת באותו עניין, ולא שר התחבורה, כך למשל, נראה לי כי הסדר, שכבילותו נוגעת להשכרת אוזניות בשעת הטיסה, השפעתו הישירה והדומיננטית היא על מחיר הכרטיס, ועל כן יש לראות את כבילותיו כ"נוגעות" לתובלה הבינלאומית (השווה [13] (1972) *Laveson v. Trans World Airlines*). לעומת זאת הסדר, שכבילותיו נוגעות להובלת נוסעים אל שדה התעופה וממנו, השפעתו הישירה והדומיננטית היא בשוק ההובלה הפנים מדינתית, והשפעתו על ההובלה הבינלאומית היא עקיפה בלבד. אף לפי מבחן זה עשוי להתקיים, כמובן, תחום נרחב של חוסר ודאות. כך, למשל, מה הדין, אם לכבילותיו של הסדר השפעה ישירה, ממשית ודומיננטית הן על השוק התובלה הבינלאומית והן על שוק אחר? במצב מעורפל זה עשוי, למשל, להימצא הסדר, שכבילותיו נוגעות לביטוח הטיסה.

14. שתי אמות המידה האמורות (תוכן ההסדר והשפעתו) אינן היחידות הבאות בחשבון. הן רק מהוות גיבוש רציונאלי של מספר שאלות שיש לשאול כדי לבחון את ממשות ה"נגיעה" ו"שירותה", כמתבקש ממטרת החקיקה. ייתכנו אמות מידה נוספות, כגון מטרת הכבילה ומניעה, אם היא באה להשפיע על התובלה האווירית או על עיסוק או שירות אחר. זאת ועוד: לא רק שאמות המידה האמורות כוללות בתוכן, כפי שראינו, תחום נרחב של חוסר ודאות, אלא שיתכן שהן סותרות אף זו את זו ומביאות לתוצאות נוגדות, כך, למשל, על פי המבחן של תוכן ההסדר, ייתכן שהסדר, אשר כבילותיו נוגעות למחיר המזון או הביטוח של הטיס, אינו "נוגע" לתובלה (אלא נוגע למזון ולביטוח). לעומת זאת, על-פי מבחן ההשפעה, מקרים אלה עשויים להשפיע במישרין ובאופן דומיננטי על התובלה הבינלאומית עצמה. אכן, עניין לנו בתחום רגיש ועדין, אשר לו השלכות חשובות בתחומים נכרים של כבילה, כגון חקלאות, עבודה, תחבורה. נטיב לעשות, אם לא ננסה - שכן גם לא נצליח - לקבוע מסמרות ואמות מידה נוקשות. נשאיר את התפתחות ההלכה בתחום זה למציאות החיים המשתנים. נהיה ערים לשאלות ענייניות שונות שיש לשאול, תוך שנעמיד לנגד עניינו את המטרה העיקרית, שעניינה הקשר הישיר והממשי שבין הכבילה לבית התובלה. על רקע זה נכל עתה לפנות לפרשה שלפנינו.

15. ההסדר בין חברת אל-על לבין סוכני הנסיעות כולל בחובו שתי כבילות: האחת, לפיה יופנו כל הנוסעים על ידי הסוכנים למערכת, כך שסוכן בודד לא יהא רשאי לארגן הטסת נוסעים בטיסות קבוצתיות מחוץ למסגרתה של תור אויר; האחרת, לפיה סוכני הנסיעות יגבו תוספת מסוימת, אשר חלקה יועבר לתור אויר לכיסוי הוצאותיה, וחלקה האחר יוחזר לסוכנים כעמלה נוספת לזו שהם מקבלים מחברות התעופה המבצעות את הטיסו. כדי שהסדר זה ייפול למסגרתו של סעיף 10א לחוק, דרוש הוא, כי כל כבילותיו נוגעות לתובלה בינלאומית. נמצא, שאם אחת הכבילות נוגעת לתובלה בינלאומית ואילו הכבילה האחר אינה נוגעת לה, ההסדר כולו הוא הסדר כובל. לדעתי, הכבילה השנייה מבין שתי הכבילות הנזכרות אינה נוגעת לה ההסדר כולו הוא הסדר כובל. לדעתי, הכבילה השנייה מביע שתי הכבילות הנזכרות אינה נוגעת לתובלה הבינלאומית. לאור מסקנתי זו, שוב אין לי צורך להביע את דעתי בהרחבה בדבר הכבילה הראשונה. אציין רק, כי אילו ההסדר היחיד היה זה הראשון, כי אז הייתי רואה את כבילותיו כנוגעות לתובלה בינלאומית (השוואה [14] (1977) *Nader v. Air Transport Ass'n of America*). הסדר זה, על פי תוכנו, נוגע לשירות התובלה הבינלאומית, שכן עניינו דרכי המכירה של הטיסה. השפעתה העיקרית והדומיננטית של הכבילה היא על שוק הטיסה, וזאת בדרך של הורדת מחירה. מטרת ההסדר היא להשפיע על שוק התובלה הבינלאומית בדרך של קיום טיסות קבוצתיות. כל אלה גם יחד יוצרים קשר ישיר וממשי בין הכבילה הראשונה

לבין התובלה הבינלאומית. מתקיימת אפוא זיקה ממשית ואינטימית בין הכבילה לבין התובלה הבינלאומית ועל פי כל אמות המידה האפשריות עניין לנו אפוא בהסדר, שכילותיו נוגעות לתובלה הבינלאומית.

16. עניינה של הכבילה השנייה הוא תוספת מסויימת למחיר הכרטיס, הנגבית מהלקוחות. כפי שראינו, תוספת זו מתחלקת לשניים: חלקה האחד מממן את הוצאותיה של תור אויר, ואילו חלקה האחר מוחזר לסוכנים כעמלה נוספת לזו המתקבלת על ידיהם במהלך הדברים הרגיל. לדעתי, הכבילה בדבר חלקה השני של התוספת אינה כבילה הנוגעת לתובלה בינלאומית. כבילה זו נגיעתה בתובלה הבינלאומית היא קלושה ורופפת. אין זיקה ממשית, ישירה ואינטימית בינה לבין התובלה הבינלאומית. על פי תוכנה זו כבילה הקובעת את מחירו של שירות הסוכן, בדומה להסכם בין מבטחים לעניין מחירו של ביטוח הטיסה או הדומה להסכם בין מובילים פנים ארציים לעניין מחיר ההובלה אל שדה התעופה. בכל אלה תוכן הכבילה הוא שירות הסוכנות, הביטוח או ההובלה הפנים מדינתית ולא התובלה הבינלאומית. על פי השפעתה, קשורה הכבילה בעניין החזרת העמלה לסוכנים בשוק סוכני הנסיעות ולא בשוק התובלה הבינלאומית. על-פי החומר שלפנינו, הוצאותיה של תור אויר מכוסות על-ידי חלקה הראשון של התוספת, ואילו חלקה השני אינו חיוני כלל לשם קיומן של הטיסות הקבוצתיות. נמצא, כי לכבילה בעניין החזרת העמלה לסוכנים אין השפעה ידירה וממשית בשוק התובלה הבינלאומית, והשפעתה הישירה והממשית היא בשוק סוכני הנסיעות, שהוא שוק נפרד משוק התובלה הבינלאומית. בחנתי עד כה את הישירות והממשות של הקשר שבין הכבילה לבין התובלה הבינלאומית על פי מבחני התוכן וההשפעה. אין בידי לעשות כן על פי מבחן המטרה. שכן אין בידי מספיק נתונים על כך. עם זאת, על פני הדברים - ובלא שנעניין הראיות נוספות בעניין זה - מטרת ההסדר בדבר החזרת העמלות לסוכנים היא השפעה על שוק הסוכנים ולא קיום שירות התובלה, העשוי להתקיים ולפעול, בין אם תוספת העמלה נגבית על ידי הסוכנים - המקבלים ממילא עמלה רגילה מחברות הטיסה - ובין אם לאו.

17. סיכומי של דבר: "המודדים" השונים, כל אחד בנפרד ועל פי משקלם המצטבר, מצביעים על כך, לעניין החזרת העמלה לסוכנים אין לנו עניין בכבילה הנוגעת לתובלה הבינלאומית. אין בין כבילה זו לבין התובלה האווירית אותו קשר ישיר, ממשית ואינטימי, המצדיק - על פי גישתו של המחוקק ועל פי מטרת החקיקה - הוצאת הטיפול בכבילה מתחום ההסדרים הרגילים שבפיקוח המועצה והעמדתם על בסיס סטטוטורי מיוחד, בפיקוח (עקיף) של שר התחבורה. עניין לנו, בסופו של דבר, בכבילה הנוגעת לשירותי הסוכנים, והקשר בינה לבין הובלה הבינלאומית, אף שהוא קיים, הוא עקיף ורופף. מכאן שאין לומר עליו על ההסדר כולו על שתי כבילותיו גם יחד, כי "כל כבילותיו נוגעות לתובלה בינלאומית"; ועל-כן צדקה המועצה במסקנתה.

18. הגעתי אפוא למסקנה, כי כבילותיו של ההסדר שלפנינו אינן "נוגעות" כולן לתובלה בינלאומית. למסקנה זו הגעתי מתוך פירוש לשון החוק על רקע תכליתו. לעניין זה לא ייחסתי משקל מכריע לזהותם של הצדדים להסדר, אם כולם מובילים אם או לאו. מציין אני זאת, שכן עיקר הנמקתה של המועצה עצמה, ומכך גם טיעוני הצדדים לפנינו, התרכזו בשאלה זו. לדעתי אין זה תנאי הכרחי - ובוודאי לא מספיק - להיות ההסדר נוגע לתובלה בינלאומית, כי הצדדים להסדר הכובל יהיו אך מובילים. הגבלה כזו אינה מופיעה בלשונו של סעיף 10 א לחוק, אם כי היא מופיעה בסעיפים אחרים (השווה סעיפים 7, 8, 9 לחוק). דבר זה כשלעצמו לא היה בו כדי להכריע, שכן את לשון החוק ניתן להרחיב ולצמצם, אם הדבר מתבקש לשם הגשמת מטרת החוק, כפי שראינו, אין צמצום זה נדרש כדי להגשים את התכלית החקיקתית. לשון החוק, מבנהו וההיסטוריה שלו מצביעים על הצורך לבחון זיקות וקשרים ענייניים ולא נתונים "מוסדיים" באשר לצדדים להסכם. בעניין זה יש להצביע על כך, כי ההיסטוריה החקיקתית מלמדת, כפי שראינו, על רצון לשמור על כושר התחרות של שוק התובלה הבינלאומית הישראלי ועל רצון לקבוע הסדר מקומי, שאינו שונה מההסדר הנוהג מחוץ לישראל. בדקתי עניין זה ומצאתי, שאין לומר כלל ועיקר כי על פי המצב המשפטי מחוץ לישראל, הפטור מתחולת דיני ההסדרים הכובלים ניתן, רק אם כל הצדדים להסדר הכובל הם מובילים ניתן, רק אם כל הצדדים להסדר הכובל הם מובילים בים או באוויר. כך, למשל, בארצות-הברית קיים הסדר מיוחד, הדוחה את תחולתם של כללי ה- antitrust לעניין חוזה, הנוגע לתובלה אווירית (affecting air transportation). וזאת בין אם הצדים לו הם מובילים אוויריים, ובין אם אחד הצדדים לו הוא מוביל אווירי והצד האחר הוא מוביל אחר (לאו

דווקא, (ראה 49 U.S.C., s 1382). כך, למשל בפרשת [15] (1976) Big Bear Cartages, Inc.v. Air Cargo, Inc. נקבע, כי ההסכם שנדון בו משוחרר מתחולת הדין הרגיל. הצדדים לאותו הסכם היו מוביל אווירי מחד גיסא ומובילי משאיות מאידך גיסא. בדיקתי העלתה, כי גם באנגליה לא נדרש כי כל הצדדים יהיו מובילים. בסעיף 2 לתוספת של ה - The Fair Trading Restrictive Trade Practices (Services) Order, 1976. נדון חריג לחוקי הגבלת המסחר בנוגע לתובלה הימית. נקבע, כי החריג חל גם בהסדרים מסויימים, אשר אחד הצדדים לו הוא מוביל ימי ואילו הצד האחר הוא מקבל שירותי התובלה. גם לעניין התעופה נקבע (סעיף 3 לתוספת), שהסדרים מסויימים בין מוביל אווירי לבין סוכנו (agent) נהנים מפטור. הוא הדין בגרמניה, אשר גם בה קיים חוק בעניין הגבלות של התחרות העסקית (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) (מה-27 ביולי 1957). החוק קובע חריגים בעניינים מסויימים, כגון חקלאות, בנקאות, ביטוח וחשמל. אחד החריגים עניינו תחבורה. בעניין אחרון זה נקבע (סעיף 99 (2) (1)), כי איסורי החוק לא יחולו לגבי עסקים, שתוכנם הובלה ימית ואווירית. אין בסעיף כל הוראה, לפיה כל הצדדים להסכם צריך שיהיו מובילים ימיים או אוויריים.

19. אף שדעתי היא, כאמור, כי אין זה תנאי חיוני, כי כל הצדדים להסדר יהיו מובילים כדי שכבילותיו תהיינה "נוגעות" לתובלה בינלאומית, הרי אין ספק, כי קיים מסוים, אם כי לא חיוני, בין הצדדים להסכם לבין נגיעתו לתובלה הבינלאומית. אך טבעי הוא, כי הסכם, אשר כל הצדדים לו הם מובילים, סיכויי לקיים את מבחני החוק רבים יותר מאשר הסכם, שלא כל צדדיו הם מובילים. עניין לנו אפוא בהסברות וסיכויי לא בתנאי בלעדיו - אין.

התוצאה היא, כי הערעור נדחה. המערערת תשא בהוצאות המשיבים. לרבות שכר - טרחה בסכום של 1,000,000 שקל. סכום זה ישא ריבית והצמדה מהיום ועד לתשלומו בפועל.

השופט ד' לוי: אני מסכים.

השופטת ש' נתניהו: אני מסכימה.

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ברק.

ניתן היום, כ"ג בשבט תשמ"ה (14.2.85).