

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

[19.1.72, 5.1.72, 26.9.71, 14.9.71]

לפני מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופטים ח' כהן, י' כהן

בג"צ 363/71

בג"צ 382/71

1. טחנת קמח "דגן" בע"מ

2. טחנת קמח "גולן" בע"מ

**נגד**

1. שר המסחר והתעשייה

2. מנהל הסחר הממשלתי

3. אגף טחנות הקמח בהתאחדות בעלי התעשייה בישראל ואח'

בג"צ 363/71

1. טחנת קמח שטיבל בע"מ

**נגד**

1. שר המסחר והתעשייה

2. מנהל הסחר הממשלתי

3. אגף טחנות הקמח בהתאחדות בעלי התעשייה בישראל

בג"צ 382/71

א' שפאר, ח' סיטון – בשם העותרות ;

ד"ר מ' חשין, סגן בכיר לפרקליט המדינה – בשם המשיבים מס' 1, מס' 2 ;

א' שמרון – בשם המשיב מס' 3

## צו

מ"מ הנשיא (זוסמן): זוהי תשובה לצו-על-תנאי בשני עניינים שנתבררו יחדיו, אשר נושאים המשותף הוא סדר מכירת חיטה על ידי הממשלה.

משק החיטין בארץ נמצא מאז ומעולם בפיקוח הממשלה אך שיטת הפיקוח נשתנתה מדי פעם. הצד השווה שבכל השיטות שנהגו עד ככה הוא, שאיש זולת הממשלה אינו רשאי לייבא חיטה, והממשלה אף קונה את כל כמות החיטה מיבולי הארץ. בדרך זו מרוכזים כל החיטין הניתנים לשיווק ולטחינה בידי הממשלה. עד לשנת 1962 הייתה הממשלה מעסיקה את טחנות הארץ - 22 במספר - במלאכת הטחינה, תמורת תשלום שכר. מכירת הקמח למאפיות הייתה בידי הממשלה.

בשנת 1962 עברו לשיטה אחרת ומכרו את החיטין לטחנות במחיר קבוע, ואלה היו חייבות למכור את התוצרת במחיר שנקבע. שיטה זו הביאה לידי קביעת מכסות מתוך הכמות הכללית המוצאת למכירה, בין כל התחנות. מכסה זו נקבעה על-פי כושר הטחינה של כל טחנה וטחנה כמו שנקבע על ידי השלטונות, והכלל הנקוט בידיהם היה, שלא למצות את מלוא כושר התפוקה של התחנות. על הטעם לכך עוד ידובר. באותו פרק זמן לא הותרה הקמת טחנות חדשות בארץ.

אחרי מלחמת ששת הימים עלה הביקוש לקמח, בעיקר מפני שתושבי השטחים המוחזקים נזקקו לאספקה מאת הטחנות הפועלות במדינה. שינוי הנסיבות הביא בשנת 1969 לשינוי שיטת הפיקוח המשתקף במכתבו של שר המסחר והתעשייה מיום 28.4.69 אל המנהל הכללי של משרדו, ומנהל הסחר הממשלתי הכפוף לו (מוצג בל/2). באותו מכתב נאמר, כי הגיעה השעה לאפשר התחרות חופשית בין הטחנות. אמנם טחנות חדשות - פרט לאחת באשדוד - לא הוקמו, אבל בעלי הטחנות הקיימות הרחיבו את עסקיהם, וההגנה הפרושה עליהן עקב שיטת הפיקוח - הבטחה מראש של אספקת החיטין לפי מכסות ומכירת התוצר הטחון - השפיעה לרעה על טיב הטחינה ורמת השירותים. לפיכך החליט השר, החל ביום 1 באוגוסט 1969, למכור חיטה לכל דכפין, לא רק לטחנות הקיימות אלא גם לטחנות חדשות שמעתה הותר לבנותן, ובכל כמות שהיא, במחיר קבוע.

2. ואולם מה שהממשלה התירה, הטוחנים סיכלו. אמנם הורשו להוסיף טחנות חדשות וקיבלו חיטין לטחינה ללא הגבלה, וכושר הייצור עלה מ- 500,000 טון בשנת 1967 ל- 740,000 טון בתחילת 1970. אך התחרות העשויה לשפר את טיב הסחורה לא קמה, הואיל והטחנות היו קשורות בהסכם ביניהן. הסכם זה נעשה באוקטובר 1966 (המוצג א/1) למשך חמש שנים, אך לא קיים למעשה אחרי 31 במרס 1971. באותו הסכם הוסכם למנוע "התחרות פרועה" בין הטחנות, ולצורך כך קבעו הטחנות ביניהן מכסות לטחינה וחילקו ביניהן את השוק. בסעיף 20 למוצג א/1 הוטלה על הטחנות חובת הסודיות, שלא לגלות את עשיית ההסכם. הממשלה לא הייתה צד להסכם האמור, ולא ידעה את הפרטים שנקבעו בו, אך ידעה שנעשה הסכם בין הטחנות והיא השלימה עמו ברצון, מכיוון שהדבר לא הפריע את מטרתה להבטיח אספקה סדירה של קמחים. הלכה למעשה, הוחלף בכך פיקוח על-ידי הממשלה בפיקוח על ידי הנוגעים בדבר, הטוחנים עצמם, ואין פלא שהציבור לא יצא נשכר, והמטרה עליה דיבר השר במכתבו האמור לא הושגה.

נעיר כאן במאמר מוסגר ששלוות הממשלה כלפי ההסדר הקיים בין הטחנות - והעותרות שלפנינו ביניהן - אכן עשויה להפליא, שכן יש רגליים לסברה - אין אנו מצווים לפסוק בדבר בהליכים אלה - שסממנים של עסקה לא - חוקית, לפי חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט - 1959, מצויים בו ואלמלא אדישות הממשלה כלפיו, לא היה הדבר ניתן לביצוע.

3. ביום 31 במרס 1971 תם למעשה ההסדר בין טחנות הקמח, שכאמור צריך היה לעמוד בתוקף עד אוקטובר, 1971 מכיוון שטחנות העותרות בבג"צ 363/71 חדלו לנהוג לפיו. משפרשו אלה מהציבור, הן הצליחו להגדיל תוך זמן קצר את כמות החיטין שנרכשו ונטחנו על-ידיהן. הפיקוח הממשלתי על המסחר מגביל אמנם את חופש העיסוק של הסוחרים, אבל הוא יוצר בעלי חזקה הנהנים ממנו, ונוכח חוסר האפשרות לחדש את ההסדר הפנימי, פנו אלה אל הממשלה ודרשו ממנה לחזור את שיטת המכסות שהייתה נהוגה בשלב השני, משנת 1962 עד לשנת 1969, וגרמה לאותם

העיוותים וההיזק לציבור עליו דיבר שר המסחר והתעשייה במכתבו הנ"ל מיום 28 באפריל 1969. אולי רק טבעי הוא, שבכורח הנסיבות השוררות בארץ, יש המעדיפים את החיים המוגנים בחממה ממשלתית על גידול בהתחרות חופשית. הם ראינו שרובן ככולן של הטחנות לא רק התמוטטו עקב הפיקוח, אלא גם הצליחו להרחיב מפעליהן במידה ניכרת.

שר המסחר והתעשייה, המשיב הראשון שלפנינו (להלן - המשיב) נענה לדרישה זו, וביום 25 באוגוסט 1971 החליט על שינוי השיטה. העיקרון שנקבע מכאן ולהבא היה מעין ניסיון לזכות בשני עולמות, לאמור לגבי 80% מן התצרוכת הוחזרה עטרה לישנה ונקבעו מכסות לטחנות לפי השיטה שהייתה נהוגה עד 1969, אך המכסות נקבעו לא לפי כושר הטחינה הממשי, כפי שהיה ב-1971, אלא לפי כמות הטחינה בפועל בשנה שנסתיימה במרס 1971, היינו לפי אחוזי המכסות שבהסכם שבין הטחנות. לגבי 20% מהתצרוכת איפשר המשיב התחרות חופשית בין הטחנות, בכך שהסכים למכור להן כמות זו מדי חודש בחודשו, אך לא במחיר קבוע, אלא במכרז. ההסדר החדש, הנוהג החל בספטמבר 1971, מניח את דעתן של הטחנות המאורגנות באגף הטחנות שבהתאחות בעלי התעשייה בישראל (המשיב השלישי לפנינו), ואלה תומכות בו, אך שלוש מתוך 22 הטחנות מערערות עליו, ולבקשתן הוציא בית משפט זה שני צווים על תנאי, האחד ב-בג"צ 382/71 לבקשת שטיבל בע"מ, והאחר ב-בג"צ 363/71 לבקשת טחנת קמח "דגן" לישראל בע"מ וטחנת קמח "גולן" בע"מ. לאחר שהוצאו הצווים על-תנאי הורשה ארגון של אופים "גג", אגודה שיתופית של המאפיות הקואופרטיביות בע"מ, להצטרף למשפט, וכאילו אין די בכך, פנתה אלינו התאחדות הסוחרים הכלליים בישראל בע"מ, בבקשת רשות להצטרף (בהמרצה 879/71). זכותן של שתי בעלות-דין נוספות אלה לעמוד בדיון לפנינו בעניין שבין התחנות לבין הרשות מוטלת בספק רב, אך אנו שמענו גם את דבריו של הפרקליט המייצג את שתיהן.

4. בטרם נדון בטרוניות שלוש הטחנות העותרות, עלינו לעמוד בקצרה על מניעי המשיב להטלת הפיקוח והפעלתו. מהאמור לעיל יוצא, כי הפיקוח שהוטל, לא הוטל מכוח חיקוק אלא מופעל בדרכים אחרות, מסחריות כביכול, על ידי ריכוז כל היבוא בידי הממשלה. טון חיטה עולה לממשלה 330 לירות, ונמכר על-ידה לטחנות בהפסד של 12 לירות הטון. זוהי סובסידיה הניתנת על-ידי הממשלה, כדי להוזיל את המצרך. בסוף השרשרת עומדים האופים והם מקבלים מהמדינה סובסידיה נוספת. בכך מבוצעת הממשלה להבטיח אספקת לחם במחיר שווה לכל נפש.

אך סידורים אלה נוגעים רק למחיר הלחם, ובשל חיוניות המצרך רואה המשיב חובה נוספת לעצמו, להבטיח אספקה סדירה, בפרט בשעת חירום. לצורך כך דרושה מצד אחד הפעלה תמידית וקבועה של כל 22 הטחנות הפזורות על פני הארץ, כך שעם הפסקת פעולתה של טחנה פלונית, עקב צרה שלא תבוא, תובטח אספקת הקמחים ללקוחותיה מטחנה אחרת, קרובה. ונוכח העניין החיוני בהפעלת הטחנות, חייבת המדינה גם להבטיח את הרווחיות שלהן, שכם המדובר בעסק פרטי. מצד אחר נמנעת משום כך התחרות בין הטחנות. לכל אחת מהן נקבעה המכסה שלה, והקמת טחנות חדשות, העלולות להתחרות אתן, אינה מותרת. שיטת הפיקוח מבטיחה לכל טחנה וטחנה תעסוקה, והמכסה שנקבעה להן עומדת ביחס ישר לכושר הייצור של כל אחד מהמפעלים. כולם יכולים אפוא להתקיים ולהרוויח.

כבר אמרנו שבעוד שמגמת המשיב היא לקבוע לכל טחנה מכסה התואמת את כושר הייצור שלה, אין הוא מרשה ניצול אותו כושר עד כדי 100%, ואף זאת תוך דאגה לשעת-חירום. בשעת חירום "קופץ" הביקוש, ומן ההכרח שההיצע לא יפגר אחריו, אלא שתהא אספקה מיידית של כל הדרוש. בימי המלחמה בשנת 1967 היו טחנות שנאלצו לעבוד כדי מלוא כושר אספקתן, ואם בשעת חירום יפסיקו טחנות לפעול, מן הצורך להבטיח את אספקת המצרך משאר הטחנות. המשיב מרשה אפוא ניצול כושר הייצור כדי 65% בלבד, ומשאיר את היתר ב"רזרבה" כאילו, שתענה על הצרכים המיידים והפתאומיים העלולים לקום בשעת מצוקה.

כללו של דבר: המשיב מעוניין במעין איזון בין הטחנות, שיוכלו כולן להתקיים ולפעול, אך לא ינצלו, בתנאים רגילים, את כושר ייצורן עד תומו. אין צריך לומר שהקמת אותו איזון אשר הציבור מטעמים מובנים מעוניין בו, אינה מלאכה קלה, ואולי אף ייפלא הדבר שהמשיב הצליח בכך עד כה, בלא שהוצרך להפעיל אמצעים תחיקתיים. על עצם "המדיניות" שהמשיב הניח נר לרגליו, אין עוררין, אך העותרות טוענות שביצוע אותה מדיניות כלפיהן גורם עיוות דין המחייב את התערבותו של בית המשפט זה.

5. כעת הגיעה השעה לדון בטענות העותרות, ונפתח ב-בג"צ 382/71. בתקופת "הליברליזציה", בה הותרה בניית טחנות חדשות, שתמה באוגוסט 1971, הספיקה זו להקים טחנה נוספת, המכונה טחנת קישון, אם כי כנראה עשתה הכנות לכך עוד לפני שפתח המשיב דף חדש בשנת 1969, שכן הצידוד החדש רכשה כבר בשנת 1968 (מוצג ע/4). המשיב אומר, שלמעשה לא הקימה טחנה חדשה, אלא הרחיבה את הטחנה הקיימת, דבר שרבים אחרים עשו כמוה. בשאלה אם אמנם זו טחנה חדשה או רק תוספת לטחנה קיימת ופועלת, אין אנו מביעים דעה, מאין צורך בכך. בין כה ובין כה, עובדה היא, שכושר הייצור של העותרת גדל במידה רבה, מ-80 טון ל-200 טון. והנה, כאשר חוזר המשיב לשיטת הקצבה של חיטין, המיועדת להעסיק כל טחנה ביחס התואם את כושר הייצור שלה, הוא מסרב להקציב לטחנת הקישון את הכמות המגיעה לה, באמרו שטחנה חדשה שבנייתה הושלמה רק באוגוסט 1971, לא תובא בחשבון. מנת החיטה שתוקצב לכל טחנה וטחנה היא 80% מקנייתה במשך השנה החל ביום 1 באפריל 1970 וכלה ביום 31 במרס 1971, והיתר במכרז כאמור. העותרת תזכה למנה של 80% רק לגבי הטחנה הקודמת, ולא תקבל הקצבה לגבי טחנת קישון. טענת העותרת היא - בקיצור - שהיא זכאית לכך שבקביעת המכסה יובא כושר הייצור של הטחנה החדשה, של 120 טון, בחשבון.

לדעתנו צודקת העותרת בטענה זו. בטרם ננמק את דעתנו, עלינו לסלק מעל דרכנו, טענה אחת שהובאה לפנינו על-ידי המשיב. אומר סגן פרקליט המדינה בשם המשיב, שהעותרת חפצה ליהנות מסובסידיה הניתנת על ידי הממשלה, כי הרי לשם הוזלת המצרך מוכרת הממשלה את החיטה מתחת למחיר הקרן, והציבור נושא בהפסד של 12 לירות לכל טון; ואין לאדם זכות קנויה לקבל סובסידיה שכזאת מן המדינה. אם חפצה העותרת לייבא חיטה מחוץ-לארץ, אין המשיב מפריע אותה מעשות כן, והוא מוכן להתיר לה את היבוא, על-אף המונופול המופעל כעת על-ידיו. אבל אז תשלם העותרת בעד החיטה את מחיר השוק המלא, והיא תוכל לטחון ולמכור ככל העולה על רוחה.

תשובה זו המשיב אינה ממין הטענה. סובסידיה ניתנת על-ידי הממשלה, אבל היא ניתנת לצרכן ולא לטחנות. אלה חייבות למכור את הקמחים במחיר קבוע; נמצא, לא הם נהנות מהסובסידיה. אכן, אין לאדם זכות קנויה, לקבל סובסידיה מקופת המדינה, שזו ברצותה - מעניקה, וברצותה - מבטלת. על ביטול כזה אמר השופט ויתקון ב-בג"צ 298/70, [1], בע' 8, כי צרת רבים היא, "ולזה, כנראה, כל אחד חייב להיות מוכן". ואולם אין לפנינו קובלנה על ביטול כללי שכזה, אלא הטענה היא, שחלוקת החיטה, שאמנם מסובסדת על ידי המדינה, נעשית תוך הפרת חובת הרשות, שלא לנהוג בשרירות לב כלפי האזרח. חובתה הראשונית של הרשות היא, לנהוג שוויון בין שווים, ולא לפעול על-פי שיקולים שאין להם ביסוס צודק בנסיבות העניין. אם מפרה הרשות חובתה זו, הרי זו עילה להתערבותנו, ואחת היא אם יש בידי עותר זכות קנויה מכוח הדין, או אם נעשה המעשה מכוח שיקול דעתה של הרשות: בג"צ 70/298 (1) הנ"ל.

כאמור, דין עוררין על עמם המדיניות של הקצבת חיטין לטוחנים, המבטיחה תעסוקה לכל הטחנות מצד אחד, ואספקה סדירה של קמח לציבור, תוך הקדמת רפואה למכה העלולה לבוא בשעת חירום, מאידך גיסא. אבל שיטה זו חייבת להיות צודקת. הכלל הנקוט בידי המשיב, להקציב לכל טחנה כמות מסויימת של חיטין, התואמת את כושר הייצור שלה, נראה גם בעינינו, ולצורך קביעת הכושר האמור היה המשיב רשאי לקבוע כל תאריך המשקף נאמנה את יכולתן של הטחנות. כלשונו של השופט ברנזון בבג"צ 118/62, (2) בע' 2544-2545:

"הקפאתו של מצב מסוים כיסוד לשיטה או לתכנית פעולה בעתיד, אין לומר עליה שהיא פסולה".

ואולם השופט ברנזון מוסיף:

"אך אם לוקחים הסדר קיים אשר בשעת הקפאתו יש בו יסוד של העדפה בלתי מוצדקת, אין להצדיק את השיטה החדשה בכך שהיא מהווה המשך של הסדר קיים".

6. כל עוד לא הרשה המשיב הקמת טחנות חדשות, לא הועדף איש על פני חברו כאשר הקצבת החיטין בוצעה בהתאם לכושר הטחינה של הטחנות. עם זה הצליחו הטחנות הקיימות, באין מפריע להגדיל את כושר הייצור שלהן. אבל המצב השתנה, כשהחליטו בשנת 1969 לנטוש את הכלל של "סגירת השוק" ולהתיר בניית טחנות חדשו, ואפילו לעודד התחרות שתביא ברכה לציבור. אין טוען שהמשיב מנוע מלאסור מה שהתיר בשנת 1969, ולחזור לשיטה הקודמת, אבל בעשותו כן, אין הוא יכול להתנכר למה שנעשה במשך השנתיים ברשותו ובעידודו. מי שבנה טחנה חדשה - או הוסיף על טחנתו הקיימת - במשך שתי שנים אלה, ראוי להתחשבות הרשות כחברו הוותיק במקצוע, ואם מבססים את חלוקת החיטין בשנת 1971 על שיטה של התעלמות מאלה שהתווספו באורח חוקי למקצוע, הרי זו הפליה, שאמנם אינה זדונית, אבל היא פסולה מחמת חוסר צידוק ענייני. מי שהוסיף טחנה בתקופת המעבר משנת 1969 ועד 1971, היה נוכח קו המדיניות של המשיב באותו פרק זמן, רשאי לצפות לכך, שאם תונהג שיטת קיצוב מחדש, לא יתייחסו אליו כאל מפר חוק או מסיג גבול,

הגורע שלא כדין מן החלק שמתחריו הוותיקים זוכים בו. בציפייה זו אין המשיב רשאי לאכזב אותו. ב-בג"צ 363/71 (לא פורסם) הגדילו שתי העותרות, שהן אגב, העותרות ב-בג"צ 363/71 שלפנינו את כושר תפוקתן של הטחנות לאחר שהוזהרו שלא יתחשבו בהגדלה כזאת, ולכן לא יכלו לבוא בטרניה עם המשיב. זה היה כמובן לפני 1969. לא כך אפשר לנהוג כלפי מי שעשה את המותר, ואפילו הרצוי לרשות. בנדון זה אין דין העותרות דנן שונה מדין העותר ב-בג"צ 134/67, (3), שקנה משאית תוך ציפייה, שלא יסרבו לאשר לו רישיון הסעה שלפי המדיניות הנהוגה אותה שעה ניתן לאחרים. בעליו של מפעל חדש עשה רק את המותר, והשלטונות אף היו מעוניינים בכך שתקום התחרות. שיטה מבוססת על כושר הטחינה של כל אחת מן הטחנות הפועלות בארץ אינה יכולה להשאירו בחוץ, בלא לגרום אי-צדק. ב-בג"צ 298/70, (1) הנ"ל, פסקנו, כי הסדר לעידוד יצוא של סחורה שנבע מטעות אינו ניתן לביטול כשהתקשר אדם, בהסתמך עליו, בהתחייבויות שלא ניתן לבטלן. ומה יעשה אדם שהשקיע כספו בהוספת טחנה, וביום 6 בספטמבר 1971 מודיעים לו, כי החל באותו יום לא יוכל לקבל חיטה לטחינה אלא בעבור מפעלו הקודם (ראה מוצג 1/ע)? אלמלא הייתה לעותרת טחנה אחרת, האם חייבת הייתה להשבית טחנתה, בעוד שאחרות פועלות?

7. בא-כוח המשיב השלישי תומך בעמדת המשיב ומקשה, כלום יכול הסדר שהוכיח עצמו במשך שנים להיחפך בלתי-סביר, כאשר ניטש לשנתיים ולאחר מכן חוזרים אליו? אך לא זו בלבד שהסדר זה אוכף על הציבור הסכם בין הנוגעים בדבר החשוד על אי-חוקיות מפאת היותו הגבל עסקי, לפי חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט - 1959, אלא כבר אמרנו, שהשיטה המתבססת על כושר הייצור של כל טחנה וטחנה אינה לוקה בחוסר סבירות. ההסדר היה סביר כל עוד הופעל עד לשנת 1969. אך משנתחדש בשנת 1971, נפגם בשל כך, שמתעלמים מן האירועים במשך השנתיים – 1969-1971 – כאילו לא היו. הפגם שבשיטה הוא, שזיקתה היא לעבר ולא למציאות שבהווה.

גם טענת המשיב השלישי שטחנת קישון מתנהלת ללא רישיון אינה מתקבלת על דעתנו. צו הפיקוח על מצרכים ושירותים (הסחר במזון, ייצורו והחסנתו), תשכ"א - 1960 (קה"ת 1082), אינו מחייב בעל טחנה בנטילת רישיון בעבור כל "ייחידת ייצור" לחוד כטענת המשיב השלישי, ולא הופנינו אל כל חיקוק האוסר על העותרת לנהל גם את המפעל החדש מכוח הרישיון שניתן לה בזמנו.

8. אומר המשיב שכושר הייצור המדויק של הטחנות למעשה אינו ידוע לו, אלא כללי ההקצבה המקובלים עליו מימים ימימה מתבססים על השערות ואומדנות. המשיב מתכוון להזמין מומחה מחוץ לארץ שיסייע בידו לקבוע שיטת חישוב מדויקת. המומחה טרם הוזמן ועיבודה של שיטה מדויקת יצריך זמן.

אין אנו סבורים שהפעלת השיטה מחייבת דיוק מדעי. ברשות המשיב מצויים מספרים שנאספו על ידי עושה דברו, ואיננו מוצאים כל פסול בכך שהמשיב יקבע את כושר הייצור במשוער לפי אומדן, בעזרת אותם המומחים בארץ שיעצו לו עד כה (ראה מוצג 10/א) שצורף לתצהיר התשובה של המשיב השלישי ב-בג"צ 363/71).

אנו מסכמים אפוא ואומרים, שבמידה שהמשיב מבסס את קביעת כמות החיטה על כושר הייצור של הטחנה, עליו לנהוג לפי כושר הטחינה כמו שהיה סמוך לקביעתו, ואין הוא רשאי להוציא תוספת ייצור שנוספה עד לתאריך קביעתו מן הכלל. כושר הייצור - הקבוע או המשווער - חייב לשמש בסיס להקצבה לכל הטחנות, וממילא גם לשתי העותרות ב-בג"צ 363/71.

9. אך שתי העותרות ב-בג"צ 363/71 משמיעות קובלנה נוספת. הן קובלות על הוראת המשיב ש-20% מן החיטה יימכרו למרבה במחיר לפי מכרז. אמנם מודות העותרות בכך ששיטת המכרז כשלעצמה רצויה היא ומאפשרת חופש ההתחרות. אך הן אומרות, שלעומת 19 הטחנות המאוגדות בארגון (המשיב השלישי) אין זה אלא חופש מדומה. כאשר כל הטחנות מתאגדות ופועלות על-פי הסדר ביניהן, קל להן להציע מחיר מוגזם בעד החיטה ולשאת במשותף בנזק, ובלבד שהעותרות הפורשות יוצאו מן השוק.

גם בשיטת המכרז אין להשיג שוויון מוחלט. מציע אחד יכול תמיד לצאת מקופח בעמדו נגד מתחרה חזק, המוכן לקבל את החוזה בריווח נמוך או אפילו ללא ריווח, על מנת להוציא חלשים ממנו מן השוק. עם זה ניתנה האמת להיאמר שנוכח התאגדות הטחנות נשקפת לעותרות הסכנה שהן יאלצו לעמוד בהתחרות לא הוגנת. דרך משל, אם יחלק הארגון אותם 20% מהחיטה, שנרכשו במחיר מוגזם, בין כל חבריו, לא יתקשו אלה לשאת במעמסה, והדבר עלול לגרום לעיוות: בבג"צ 210/52, [4]. אך המשיב עד לסכנה זו. במכתבו מיום 12 בספטמבר 1971 אל בא-כוח העותרות (המוצג ע/4/א) אומר הוא, שאמנם אינו רשאי למנוע הגשת הצעות במשותף על ידי יותר מאשר טחנה אחת, "אך לא נאפשר קניית חיטים על בסיס התארגנות קרטלית".

סבורים אנו, שבמידה שהמשיב יבטיח שחיטה הנקנית במכרז תימסר לאותה טחנה הקונה בלבד ולא תיטחן במקום אחר, ושלא יעשה בין חברי הארגון, המשיב השלישי, הסדר העלול לערער את שוויון המציעים במכרז, אין להטיל דופי במכירה במכרז.

הסיכום: אנו עושים את הצווים-על-תנאי מוחלטים וקובעים, שבקבעו כלל מכירת חיטין לטחנות על-פי כושר הייצור שלהן, על המשיב להביא בחשבון את כושר הייצור של כל הטחנות כמו שהיה סמוך לקביעתו. אין בכך כדי למנוע את המשיב מלקבוע שיטה אחרת, ובלבד שגם בה ינהג בכל הטחנות יחס שווה. אך במידה שהצו-על-תנאי ב-בג"צ 363/71 נוגע לעניין המכירה במכרז, אנו מבטלים אותו בנתון להערוטינו דלעיל. ההמרצות הקשורות בשני העניינים הנ"ל מתבטלות. המשיב והמשיב השלישי ישלמו לעותרות את הוצאותיהן. אנו מאשרים בכל אחד משני העניינים הנ"ל סך 1,000 לירות שכר טרחת עורך דין כולל בו ישאו שני המשיבים הנ"ל לחצאין.

ניתן היום, ג' בשבט תשל"ב (19.1.1972).