



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6644/16

לפני: כבוד המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופטת ע' ברון

העותרת: התאחדות התעשיינים בישראל - פורום טחנות הקמח

נגד

המשיבים: 1. שר הכלכלה והתעשייה
2. משרד החקלאות ופיתוח הכפר
3. רשות ההגבלים העסקיים
4. ארגון עובדי הפלחה אגודה שיתופית חקלאית

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לצו ביניים

תאריך הישיבה: ח' באדר התשע"ז (6.3.2017)

בשם העותרת: עו"ד אסף ביגר, עו"ד אפרים אופק אהרון,
עו"ד אביטל שוקרון

בשם המשיבים 1-3: עו"ד מיטל בוכמן שינדל

בשם המשיב 4: עו"ד גיל להב, עו"ד סער פאוקר, עו"ד גילת אברהם

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם יש פסול בהוראות הנוהל המתנה הענקת רישיון לייבוא חיטה בפטור ממכס ברכישה של חיטה ממגדלי חיטה מקומיים? זו השאלה שעמדה במרכז העתירה שבפנינו.

רקע עובדתי: שוק הקמח בין גידול חיטה וייבוא חיטה

2. העתירה שבפנינו נסבה על הסדרתו של שוק הקמח המקומי. על כן, ראוי לפתוח בהצגתן של מספר עובדות יסוד הנוגעות לפעילותו של שוק זה כפי שהן עולות מטענות הצדדים לעתירה. תהליך ייצור הקמח בישראל מבוצע על-ידי טחנות קמח, שהעותרת, התאחדות התעשיינים בישראל – פורום טחנות הקמח, מייצגת את רובן. טחנות קמח אלה, כ-15 במספר על-פי האמור בעתירה, מספקות חלק ניכר מצריכת

הקמח המקומית, ואף חלק מהצריכה ברשות הפלסטינית. צריכת החיטה של טחנות הקמח מתבססת על חיטה מיובאת לצד חיטה מקומית. הצדדים חלוקים על היחס ביניהן, אך לא על כך שמרבית החיטה הנטחנת היא מיובאת. עוד יצוין כי כרבע מכלל השטחים המעובדים בישראל, ובכללם שטחים רבים שבהם החקלאות היא חקלאות בעל, משמש לגידול חיטה.

3. בעבר, מגדלי החיטה המקומיים מכרו את תבואתם למדינה והיא זו שמכרה אותה לטחנות הקמח. מאז תחילת שנות התשעים של המאה הקודמת חל שינוי בפרקטיקה זו. כיום, המגדלים המקומיים מוכרים את החיטה לקבלנים של מלאי חירום (להלן: הקבלנים), שעזימם מתקשר משרד החקלאות במסגרת מכרזים פומביים מידי שלוש שנים. בהתאם למכרז, הקבלנים רוכשים את החיטה מהמגדלים המקומיים מיד לאחר הקציר, מאכסנים אותה כחלק ממלאי חירום של חיטה למאכל, ומוכרים אותה לטחנות הקמח. המחיר שנקבע לרכישת החיטה המקומית מחושב לפי נוסחה המבוססת על מחיר החיטה בבורסת שיקגו לחיטה אמריקנית (להלן: מחיר הלינקג'). הקבלנים רוכשים את החיטה מהמגדלים המקומיים במחיר הלינקג' במועד הרכישה ומוכרים אותה לטחנות הקמח במחיר הלינקג' במועד המכירה.

המסגרת הנורמטיבית

4. התחום של יבוא טובין למדינת ישראל מוסדר בפקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש], התשל"ט-1979 (להלן: פקודת היבוא והיצוא או הפקודה). סעיף 2 לפקודה זו קובע את נורמת הבסיס בכל הנוגע לייבוא טובין כדלקמן:

"שר התעשייה, המסחר והתיירות (להלן בסעיף זה ובסעיפים 3 עד 6 – שר התעשייה) רשאי לקבוע בצו הוראות שייראו לו מועילות לאיסור או להסדרה של ייבוא טובין בכלל או טובין שפורשו בצו... צו כאמור (להלן – צו פיקוח) יכול להיות כללי או מסוייג, הכל לפי מבחנים שייראו לשר התעשייה בנסיבות הענין".

5. בהתאם לכך, מוציא השר (בתוארו העדכני כיום – שר הכלכלה) מעת לעת צו המגדיר את התנאים הכלליים לייבוא של טובין שונים לישראל. העתירה דנן מתמקדת בצו העדכני, הוא צו יבוא חופשי, התשע"ד-2014 (להלן: צו יבוא חופשי או הצו). סעיף 2(א) לצו קובע היתר כללי לייבוא של טובין רבים, אך מוסיף ומתנה קבלת רישיון יבוא בכל הנוגע לטובין המפורטים בתוספת הראשונה לצו.

6. התוספת הראשונה לצו יבוא חופשי כוללת רשימה ארוכה של סוגי טובין, שלכל אחד מהם נקבע מספר המגדיר אותו. לצדו של כל פרט כזה נקבע מיהו הגורם המנפיק רישיון יבוא. באשר לפרט "חיטה וחיטה מעורבת בשיפון" נקבע כי הגורם המנפיק רישיון יבוא הוא "משרד החקלאות – הרשות לתכנון חקלאות וכלכלה".

7. הלכה למעשה, משרד החקלאות מוציא מדי שנה (למעט בשנות שמיטה) "נוהל קבלת רישיונות ליבוא חיטה למאכל" (להלן: הנוהל). קבלתו של רישיון יבוא בפטור ממכס על פי הנוהל מבוססת על תנאי עיקרי אשר מצוי בלב המחלוקת בין הצדדים – הטלת חובה לרכישת חיטה מקומית מהקבלנים בלבד, בכמות מסוימת (בהתאם להיקף יבוא החיטה של אותה טחנת קמח) ובמחיר נקוב. הסדר זה יוצר אפוא קשר בין הענקת רישיון לייבוא בפטור ממכס לבין רכישת תוצרת מקומית, וידוע בעגה המקצועית של העוסקים בתחום בשם "הסדר הלינקג'". משרד החקלאות הוציא נוהל כאמור אף בשנת 2016, ועתירה זו מכוונת כנגדו. כבר עתה יובהר, כפי שהטעימה המדינה בתגובותיה, כי הנוהל מסדיר את ייבוא החיטה בפטור ממכס. לצד זאת, אין מניעה חוקית לייבא חיטה לישראל שלא בהתאם להסדר הלינקג', אולם ייבוא זה חייב במכס בשיעור של 50%.

8. חשוב להוסיף כי התניית ההענקה של רישיון יבוא חיטה בפטור ממכס ברכישת תוצרת מקומית איננה סוגיה חדשה. מדיניות זו נוהגת בישראל כבר שנים רבות. עתירה שהוגשה נגדה נדחתה בעבר בבג"ץ 3155/91 חלג – חברה ליבוא ושיווק גרעינים בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מה(5) 691 (1991) (להלן: עניין חלג). בפסק דין זה נקבע כי, בעיקרו של דבר, "הגנה על הייצור המקומי היא מטרה לגיטימית, ככל שהדבר נוגע לעניין יישומן של הוראותיהם של הפקודה והצו" (שם, בעמ' 693). עם זאת, בית המשפט הוסיף וקבע כי ביישומה של מדיניות זו הממשלה "אינה יכולה להכתיב לעותרת מחיר גבוה ממחיר השוק", כך שקביעת המחיר צריכה להיעשות, בהעדר מנגנון אחר, על-ידי שמאי "מומחה לדבר" (שם, בעמ' 694).

הטענות בעתירה

9. העתירה דן חוזרת ותוקפת את חוקיותו של הסדר הלינקג' המעוגן בנוהל. העתירה הוגשה נגד הרשויות הרלוונטיות – שר הכלכלה, משרד החקלאות ופיתוח הכפר ורשות ההגבלים העסקיים, וכן צורף לה כמשיב 4 ארגון עובדי הפלחה אגודה שיתופית חקלאית ארצית בע"מ (להלן: ארגון עובדי הפלחה), המייצג את מגדלי החיטה המקומיים.

10. לשיטתה של העותרת, למרות שהסדר הלינקג' אושר בפסיקתו של בית משפט זה, יש כעת הצדקה לחזור ולבחון אותו – הן בשים לב לטענות שכלל לא הועלו בעבר והן בהתחשב בתמורות נורמטיביות אחרות שחלו במשפט הישראלי, ובראשן חקיקתו של חוק יסוד: חופש העיסוק. אפתח אפוא בהצגת עיקרי הטענות.

11. טענות במישור הסמכות – העותרת טוענת כי צו יבוא חופשי כולל למעשה העברה של הסמכויות הנתונות בחוק בעניין זה משר הכלכלה למשרד החקלאות. מדובר אפוא לשיטתה בהעברת סמכויות של שר שלא לפי ההסדר הקבוע בחוק יסוד: הממשלה, המחייב לקבל את אישורה של הכנסת, ולכן אינו חוקי. לחלופין, נטען כי מדובר באצילה של סמכות במתכונת של אצילה "אופקית" – אל בעלי תפקידים במשרד ממשלתי אחר, וכי פרקטיקה זו היא בדרך כלל פסולה. לשיטת העותרת, טענות אלה כלל לא עלו וממילא לא נבחנו בעניין חלג. העותרת אף מפנה בעניין זה להתייחסותו של השופט א' גולדברג – גם אם למעלה מן הצורך – בבג"ץ 2313/95 קונטקט לינסן (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נ(4) 397 (1996) (להלן: עניין קונטקט לינסן) להסדר הקבוע בצו יבוא חופשי (באשר להסדר החל על פרט אחר בו – תמיסות לעדשות מגע).

12. טענות במישור ההליך המינהלי – העותרת מצביעה על החלטת ממשלה המחייבת את משרדי הממשלה האחראים על רשויות שמטפלות בנושאי יבוא לקיים התייעצות עם הממונה על חוקיות הייבוא במשרד הכלכלה (להלן: הממונה על חוקיות הייבוא) "בכל קביעה הנוגעת לדרישות ולתנאים בנושא חוקיות היבוא". הכוונה היא להחלטת ועדת שרים לענייני יוקר המחייבה, הריכוזיות ועידוד התחרותיות במשק, בעניין הגברת התחרות וייעול תהליכי האסדרה בתחום הייבוא, שקיבלה תוקף בהחלטת ממשלה 2318 מיום 11.12.2014 (להלן: החלטת ממשלה 2318). לשיטת העותרת, משרד החקלאות כלל לא התייעץ עם הממונה על חוקיות הייבוא עובר לפרסום הנוהל העדכני בנושא הסדר הלינקג', וזאת כאמור בניגוד להחלטת ממשלה 2318.

13. טענות במישור שיקול הדעת – העותרת טוענת כי הנוהל פוגע בחופש העיסוק, ואף אינו עומד במבחניה של פסקת ההגבלה, מאחר שאינו מבוסס על הסמכה בחוק וכן אינו מידתי. בהקשר זה נטען כי גם אם מדובר בהסדר שנועד להבטיח תמיכה כלכלית בייצור מקומי, הרי שתכלית זו ניתנת להשגה באופן מידתי יותר, כשבהקשר זה הודגשה האפשרות של תמיכה ישירה של הממשלה במגדלי החיטה ולא "על גבן" של טחנות הקמח. העותרת מוסיפה וטוענת כי הנוהל אף פוגע בזכותה לשוויון, בעיקר בהשוואה לייבואני הקמח, אשר אינם נדרשים לרכוש תוצרת מקומית כתנאי לייבוא קמח ללא

מכס. העותרת אף טוענת כי הנוהל מוביל לייצור חיטה באיכות ירודה משום שהמגדלים המקומיים יודעים שהחיטה האמורה תירכש כולה בכל מקרה.

14. טענות במישור ההגבלים העסקיים – העותרת טוענת כי הנוהל סותר את הוראותיו של חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים), ובכלל זה פוגע בתחרות בשוק החיטה בישראל. זאת, מאחר שהוא יוצר הלכה למעשה הסדר כובל בשוק החיטה כמובנו בסעיף 2 לחוק האמור – בכך שהוא קובע הן את מחיר הקנייה האחיד של חיטה והן את כמות החיטה המקומית שעל טחנות הקמח לרכוש, ובהתחשב בעובדה שהקנייה היא ממספר מוגבל של קבלנים. עוד נטען בהקשר זה כי החריג הקבוע בסעיף 3(1) לחוק ההגבלים העסקיים (בעניינו של "הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין") אינו חל במקרה הנוכחי, מאחר שהנוהל לא נקבע בחוק או בתקנה ולכן אין מדובר בהסדר "על פי דין".

15. בצד טענות אלה מעלה העותרת גם טענות פרטניות יותר, ובכללן טענות שעניינן טיב הפיקוח על הקבלנים ואופן חישובו של מחיר הלינקג'.¹⁵

16. מנגד, המדינה טוענת כי דין העתירה להידחות על הסף, בהתחשב בכך שהיא חוזרת ומעלה נושא שנבדק ואושר בעבר בפסיקתו של בית משפט זה בעניין חלג, כמו גם בשל אי-צירוף משיבים רלוונטיים לעתירה, כדוגמת הקבלנים ויבואני הקמח. בנוסף, המדינה טוענת כי דין העתירה להידחות גם לגופה, כפי שיפורט להלן.

17. עמדתה של המדינה היא שצו יבוא חופשי אינו כולל העברת סמכויות אסורה, אלא מהווה שימוש לגיטימי בסמכויותיו של שר הכלכלה, אשר מטבע הדברים אמור להסתייע בגורמים הרלוונטיים במערך הממשלתי. המדינה מוסיפה וטוענת כי פקודת היבוא והיצוא משמשת מעין פקודת מסגרת המעניקה לשר הכלכלה סמכות רחבה ומאפשרת לו לאצול מסמכויותיו על-פי הפקודה למשרדי הממשלה השונים (וזאת מכוח סעיף 15 לפקודה שעניינו אצילת סמכויותיו של השר). מסקנה אחרת, כך נטען, תוביל לביטולן של מאות הוראות דומות.

18. באשר לחובת ההתייעצות טוענת המדינה כי הסדר הלינקג' הוא הסדר הנוהל למעלה מ-20 שנה ועל כן החלטת ממשלה 2318, אשר התקבלה כאמור ביום 1.12.2014, ובה נקבעה חובת ההתייעצות, אינה חלה עליו. בהקשר זה מדגישה המדינה כי לא מדובר בחובת התייעצות סטטוטורית. בנוסף לכך, לטענת המדינה ביום 18.9.2016 קוימה התייעצות בדיעבד בין משרד הכלכלה למשרד החקלאות בנושא (להלן: ההתייעצות הראשונה). בדיון שהתקיים בפנינו, הסכימה באת-כוח המדינה כי

ראוי היה לקיים התייעצות מסודרת מבעוד מועד, אך הטעימה כי בדיעבד, משהופקו הלקחים המתאימים, אין מקום להתערב בהחלטות שהתקבלו המקובלות על משרד הכלכלה.

19. בכל הנוגע לעמידה בהוראותיו של חוק ההגבלים העסקיים, המדינה טוענת כי הנוהל אינו נכלל בהגדרת "הסדר כובל" לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, מאחר שהוא כלל אינו נחשב ל"הסדר" המבוסס על הסכמה או תיאום של הגורמים הפועלים בתחום. הנוהל, כך נטען, נקבע על-ידי המדינה וטחנות הקמח מחויבות לפעול בהתאם אליו ובניגוד לרצונן.

20. לגופם של דברים, המדינה מצביעה על חשיבותו הרבה של ההסדר מבחינת הבטחתו של גידול החיטה המקומי, שלו יש אף יתרונות סביבתיים. כמו כן, המדינה טוענת כי ההסדר אינו פוגע בחופש העיסוק של בעלי טחנות הקמח, וככל שישנה פגיעה כאמור הרי שהיא עקיפה ומצומצמת. בהקשר זה מדגישה המדינה כי הנוהל אינו מונע מיבואנים לייבא חיטה אלא רק מונע מהם קבלת פטור ממכס. באופן כללי יותר, המדינה טוענת כי אף אם ייקבע שהנוהל פוגע בזכויותיהם של בעלי טחנות הקמח, הרי שפגיעה זו עומדת בתנאי פסקה ההגבלה.

21. זאת ועוד, המדינה טוענת כי מחירי החיטה בחו"ל מובאים בחשבון לצורך קביעת המחיר במסגרת הנוהל. כמו כן, נטען כי אף אם מחיר החיטה המקומית הוא גבוה במקצת ממחיר החיטה המיובאת, ההשפעה שלו במכלול היא שולית לנוכח ההיקף המצומצם של השימוש בחיטה המקומית בתוך סך פעילותן של טחנות הקמח, שעומד לפי הנטען על 10%-15%.

22. לבסוף, המדינה טוענת כי איכות החיטה המקומית היא טובה מאוד, כי קיימים מנגנונים המספקים תמריץ למגדלים המקומיים לגדל חיטה באיכות גבוהה, וכי ככלל קיים פיקוח על פעילותם של הקבלנים. המדינה מוסיפה ומטעימה כי העתירה הוגשה בשיהוי, כחודשיים לאחר כניסתו של הנוהל לתוקף.

23. ארגון עובדי הפלחה, המאגד את רוב מגדלי גרעיני החיטה למאכל בישראל, מצטרף לעמדתם של גורמי המדינה ומצביע על חיוניותו של הסדר הלינקג' מבחינת המגדלים עצמם, שאלמלא כן היו קהל שבוי בידיהם של בעלי טחנות הקמח, בין היתר משום שלא ניתן למכור חיטה למדינות שכנות ולנוכח ההגנות של מדינות אירופה על חיטה מקומית. כמו כן, ארגון עובדי הפלחה טוען כי חיזוק ענף החיטה המקומי משרת

אינטרסים לאומיים, ובכלל זה שמירה על שטחים פתוחים, חיזוק הפריפריה, ותמיכה בקיומו של מלאי חירום של חיטה לעתות משבר.

24. בנוסף לאמור לעיל, ארגון עובדי הפלחה טוען כי יש לדחות את העתירה על הסף בשל שיהוי ניכר בהגשתה וכן בשל חוסר ניקיון כפיה של העותרת, אשר נמנעה מלגלות לבית המשפט "עובדות בסיסיות ומהותיות", כגון השתתפותן של רוב טחנות הקמח בדיון על-אודות הנוהל עובר לכניסתו לתוקף, והשתתפותן של חלק מטחנות הקמח במכרז לבחירת הקבלנים. בהקשר זה, נטען כי לנוכח השתתפותן של חלק מטחנות הקמח במכרז, אשר התייחס במפורש להסדר הלינקג', הן מושתקות מלטעון כנגדו.

25. בתשובתה לתגובות המשיבים, העותרת טוענת כי ניתן להבטיח את קיומו של מלאי חירום גם באמצעות חיטה מיובאת ולא רק בהתבסס על חיטה מקומית. כמו כן, היא דוחה את טענות ארגון מגדלי הפלחה בדבר היעדר יכולתם של המגדלים המקומיים לשווק את החיטה לחו"ל, בהצביעה על כך שהם מוכרים אותה בפועל לשטחי הרשות הפלסטינאית בשנות שמיטה. בהקשר זה טוענת העותרת כי הקושי הנטען של המגדלים למכור את החיטה מחוץ לישראל נובע מהמחיר הגבוה של החיטה ומאיכותה הירודה. לבסוף, העותרת טוענת כי היקף השימוש בחיטה מקומית של טחנות הקמח ביחס להיקף החיטה המיובאת עומד על 16.6% לפחות, בניגוד לטענות המדינה.

26. למען שלמות התמונה יצוין כי בקשה שהגישה העותרת למתן צו ביניים נדחתה על-ידי בית משפט זה ביום 29.8.2016 (השופט י' דנציגר).

השלמת טיעון בעניין התחייבויותיה הבינלאומית של מדינת ישראל

27. עיון בטענות הצדדים העלה כי שניהם גם יחד לא התייחסו להשלכות שעשויות להיות להתחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל על העמדות שהציגו, הגם שנושא הדיון נוגע באופן ישיר בסחר החוץ של המדינה. בנסיבות אלה, ביום 5.4.2017 הורינו למדינה להגיש הודעה משלימה שבה היא התבקשה להבהיר האם הנוהל מתיישב עם התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל במסגרת הסכמי הסחר שלה, וכן האם עמדת העותרת בדבר מתן מענקים באופן ישיר לענף גידול החיטה המקומי מתיישבת עם התחייבויות אלה. כמו כן, התבקשה המדינה להבהיר האם היבטים אלה של הנושא נבחנו במסגרת הליך ההתייעצות הראשונה שקיים משרד החקלאות עם משרד הכלכלה.

28. ההודעה המשלימה של המדינה הוגשה ביום 12.6.2017, ובה היא נדרשה לסוגיה של הסדרת התמיכה בחקלאות מקומית ב"סבב אורוגוואי" שהתקיים במסגרת הסכם ה-General Agreement on Tariff and Trade (להלן: הסכם הגאט"ט), כפי שזו מתבטאת בהסכם המסדיר את המסחר הבינלאומי בתוצרת חקלאית (Agreement on Agriculture, AoA, להלן: הסכם החקלאות).

29. בפתח הודעתה המשלימה עומדת המדינה על כך שהמשפט הבינלאומי ההסכמי אינו בעל מעמד מחייב במשפט הפנימי אלא אם נקלט באמצעות דבר חקיקה פנימי, אם כי יש להתחשב בו במסגרת שיקול הדעת המנהלי. לגופו של עניין, המדינה טוענת כי הנוהל עומד בהתחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל, שכן על-פי הסכם החקלאות ניתן לגבות מכס על יבוא חיטה בשיעור מקסימלי של עד 128%, ואילו בפועל, לפי צו יבוא חופשי, המכס שמוטל על יבואנים (מחוץ להסדר הלינקג') הוא בשיעור של 50% בלבד, כלומר נמוך בהרבה מהמכס המקסימלי שאותו ישראל רשאית להטיל. המדינה מוסיפה וטוענת כי היא מדווחת לגורמים הרלוונטיים בארגון הסחר העולמי בשקיפות מלאה במשך למעלה מעשרים שנה בעניין הנוהל. בנוסף, המדינה מדגישה את ההבנה שהושגה בין המדינות החברות בארגון הסחר העולמי לגבי חשיבות הנושא של הבטחת הספקתו של מזון לשוק המקומי, וכך גם את הגמישות שיש לכל מדינה בבואה להתוות את ההסדרים בתחום זה.

30. באשר לשאלה האם מתן מענקים ישירים לענף גידול החיטה המקומי (כפי שמציעה העותרת) עולה בקנה אחד עם התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל, נטען כי מענקים העולים על 10% מערך הייצור של אותו ענף (5% במדינות מפותחות) מוגדרים על-ידי ארגון הסחר העולמי כ"תמיכה מעוותת סחר" המחויבת בחובת הפחתה, בהפניה לפסקאות 6.4 ו-7.2 להסכם החקלאות.

31. לבסוף, המדינה טוענת כי בהתייעצות הראשונה שקיים משרד החקלאות עם משרד הכלכלה לא נדונה השאלה האם הנוהל מתיישב עם התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל, אך אלה נבחנו ביום 20.4.2017 (להלן: ההתייעצות השנייה) בעקבות החלטתו של בית משפט זה מיום 5.4.2017. המדינה מוסיפה וטוענת כי התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל עמדו לנגד עיניה "לכל אורך חייו" של הנוהל.

32. ביום 24.7.2017 הגישה העותרת תגובה להודעה המשלימה מטעם המדינה. העותרת טוענת כי ההתחייבויות הבינלאומיות של ישראל הן שיקול רלוונטי בהפעלת הסמכות המינהלית, וכי בנסיבות העניין המדינה לא שקלה התחייבויות אלה בעת

קביעת הנוהל. העותרת אף מתחה ביקורת על הדיווחים שמדינת ישראל מסרה לארגון הסחר העולמי.

33. באשר לאפשרות לתת מענקים ישירים לענף גידול החיטה המקומי, העותרת טוענת כי לפי פסקה 6.5 להסכם החקלאות ניתן להעניק תמיכות ישירות בכפוף לעמידה במספר תנאים, ואף-על-פי-כן המדינה לא התייחסה לתחולתם של תנאים אלה בעניינה בהודעתה המשלימה. כמו כן, העותרת טוענת כי המדינה התייחסה בהודעתה רק לקושי שמעלה החלופה המידתית הראשונה שהוצעה בעתירתה (מתן מענקים ישירים לענף גידול החיטה) ביחס להסדרים הבינלאומיים, ולא לחלופה נוספת שהעלתה העותרת – יצירת מנגנון לפיו טחנות הקמח עצמן ישמרו מלאי חירום במחסניהם.

34. להשלמת התמונה יצוין כי ביום 3.8.2017 הגיש גם ארגון מגדלי הפלחה תגובה קצרה להודעה המשלימה מטעם המדינה. לטענת הארגון, בעיקרו של דבר, הנוהל תואם את התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל.

דיון והכרעה

35. לאחר שבחנתי את הדברים אני סבורה שדין העתירה להידחות. אקדים ואומר כי טענותיה של העותרת הן טענות רציניות ומעוררות מחשבה. כמו כן, אני סבורה כי העתירה הנוכחית אכן מעלה שאלות שלא נדונו בעניין חלג, ועל כן אין לדחות את העתירה רק מן הטעם שהסדר הלינקג' נדון בו בעבר. אולם, בסופו של דבר, סברתי כי אין די בטענות האמורות כדי להצדיק הוצאת צו על תנאי, וממילא אף לא את קבלת העתירה.

36. קודם שאדרש למכלול הטענות אציין כי מבחינות רבות הפן המעשי של הסעד העיקרי שהתבקש – ביטולו של הסדר הלינקג' – לא הובהר די צרכו. לאמיתו של דבר, אפילו הייתה מתקבלת טענתה של העותרת במלואה והסדר הלינקג' היה נפסל לא היה בכך בלבד כדי לסייע לעותרת. כאמור, הסדר הלינקג' אינו מונע את האפשרות לייבא חיטה, ואף אינו כופה על הייבואנים לקנות תוצרת מקומית. הסדר הלינקג' אך מעניק לייבואנים שרוכשים מתוצרת מקומית הטבה – רישיון לייבא בפטור ממכס. אם כן, ביטול הסדר הלינקג' היה מותיר את העותרת בפני האפשרות הקיימת בפניה אף כיום – לייבא חיטה לישראל בכפוף לתשלום המכס הקבוע בצו יבוא חופשי, ואשר כנגדו לא הועלתה כל טענה. במובן מסוים, די בכך כדי לדחות את העתירה. עם זאת, לנוכח רוחב היריעה שנפרסה בפנינו, אוסיף ואבחן את טענות העותרת גם לגופן.

שאלת הסמכות: בין העברת סמכות לאצילת סמכות

37. האם קביעתו של שר הכלכלה בצו יבוא חופשי כי ההחלטה על הענקת רישיון יבוא תהיה מסורה למשרד החקלאות היא החלטה של העברת סמכות אסורה, שאינה עומדת בהוראותיו של חוק יסוד: הממשלה, או למצער אצילת סמכות "אופקית" שאינה ראויה? אפתח בבחינתה של שאלה זו.

38. האם מדובר בהעברת סמכות שאינה תואמת את הוראותיו של חוק יסוד: הממשלה? אני סבורה שיש להשיב על שאלה זו בשלילה. סעיף 31(ב) לחוק יסוד: הממשלה עוסק במצב מוגדר ומתוחם – העברה מלאה של הסמכות והאחריות המיניסטריאלית מהשר האחראי למשנהו כך שהראשון מפסיק לפעול באותו תחום ו"יוצא מן התמונה" (להרחבה, ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 193-194 (2010) (להלן: ברק-ארז, כרך א)). לפעולה זו נדרש, כאמור בחוק היסוד, אישור של הכנסת. לעומת זאת, בענייננו, הסמכות ליתן את רישיון הייבוא לא נמסרה לשר החקלאות, אלא לבעלי תפקיד במשרדו. זו אינה הבחנה סמנטית. שר הכלכלה הוא שהוציא את צו יבוא חופשי. הוא נשאר בעל הסמכות והוא זה שגם יכול לתקן את הוראותיו בכל עת (ראו למשל: בג"ץ 170/81 סלמה נ' ראש המועצה המקומית טורעאן, פ"ד לו(2) 433, 436-437 (1982)). שר הכלכלה רק הסמיך בעל תפקיד מחוץ למשרדו לפעול. יתר על כן, הוא זה שקבע מיהם בעלי התפקידים שיפעלו בתחום זה. הוא אף יכול לבטל הסמכה זו. אשר על כן, לא העברת סמכות בפנינו, אלא אצילת סמכות. שאלה נפרדת היא האם זוהי אצילת סמכות תקינה. לדיון בכך אעבור כעת.

39. כידוע, סעיף 33(ב) לחוק יסוד: הממשלה קובע כי "סמכות הנתונה לאחד השרים על פי חוק או שהועברה לו על פי סעיף 31(ב), למעט סמכות להתקין תקנות, רשאי השר לאצול, כולה, מקצתה או בסייגים, לעובד ציבור". אין ספק שבמקרה זה האצילה הייתה לעובדי ציבור. אולם, אלה אינם עובדי ציבור הכפופים לשר הכלכלה במישרין, אלא לעובדים במשרד החקלאות. אכן, זהו מצב שאינו רגיל בתחום דיני האצילה – מצב של אצילה "אופקית", דהיינו אצילה של סמכות לגורם מחוץ למשרדו של השר הנוגע בדבר. בפסיקתו של בית משפט זה הוסבר כי בדרך כלל אצילה מסוג זה אינה רצויה, מאחר שהיא חורגת מן המבנה ההיררכי הרגיל, ולכן אינה מאפשרת פיקוח של בעל הסמכות הסטטוטורית על מי שמפעיל אותה בפועל (ראו: בג"ץ 9486/96 איילון נ' ועדת הרישום על-פי חוק הפטיכולוגים, תשל"ז-1977, פ"ד נב(1) 166, 182 (1998) (להלן: עניין איילון); בג"ץ 6741/99 יקותיאל נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673, 695-696 (2001)).

40. אני סבורה כי עמדה עקרונית המסתייגת מאצילת סמכות "אופקית" היא עמדה נכונה. אולם, יש לבחון את יישומה בהתאם לשיקולים של מדיניות וסבירות, כמו גם שיקולים שעניינם מהות הסמכות ונסיבות הפעלתה. אין מדובר באיסור מוחלט. כנגד הרתיעה המוצדקת מאצילת סמכות "אופקית" במקרה הרגיל, בשל קשיי הפיקוח בהפעלת הסמכות, יש לשקול את התכלית החקיקתית, את היקף שיקול הדעת של בעל הסמכות ואת שיקולי המדיניות של התחום הספציפי (ראו גם: בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות, פ"ד מו(1) 410, 428 (1992); ברק-אדל, כרך א, בעמ' 174).

דווקא בענייננו דומה שאצילת סמכות לגורמי המקצוע הרלוונטיים במשרד החקלאות היא מתבקשת בהתחשב במאטריה שבה מדובר ובעובדה שהמומחים הרלוונטיים לתחומי הייבוא השונים נמצאים במקרים רבים במשרדי ממשלה אחרים. טיפול במכלול הרחב של תנאים לייבוא באופן בלעדי על-ידי שר הכלכלה – בנושאים שבחלקם רחוקים מאד מתחום המומחיות של גורמי המקצוע במשרד הכלכלה – אינו נראה יעיל ורצוי, ואין לומר כי הוא עולה מלשון פקודת היבוא והיצוא או מתכליתה (ראו והשוו: עניין איילון, בעמ' 182). אם כן, גם אם הטענה כנגד אצילה "אופקית" בעניין זה אינה טענה חסרת יסוד, הרי שבסופו של חשבון אין מקום לקבלה בנסיבות המיוחדות של צויבוא חופשי. ניתן להוסיף, בכל הזהירות הראויה, כי מבנה זה של דיני היבוא והיצוא נוהג בישראל זה עשרות בשנים, ודומה שלא בכדי לא נדונה טענה זו לגופה עד כה.

ההליך המינהלי וחובת ההתייעצות

41. הטענות שנסבו על ההליך המינהלי התמקדו במקרה זה בחובת ההתייעצות המעוגנת בהחלטת ממשלה 2318. בסעיף 13(א) להחלטה זו נקבע כך:

"משרדי הממשלה האחראים על [ה]רשויות המוסמכות יקיימו היוועצות עם הממונה על חוקיות היבוא בכל קביעה הנוגעת לדרישות ולתנאים בנושא חוקיות היבוא, לרבות קביעה שבדין, בנוהל, בהנחיה או בכל הוראה כללית אחרת, בטרם הקביעה. זאת, בין היתר, במטרה למלא את מחויבותיה הבינלאומיות של ישראל במסגרת הסכמי סחר. לשם כך יגובש נוהל בהיוועצות עם משרדי הממשלה הרלוונטיים ובו יפורטו מועדים להיוועצות, לרבות אפשרות קיום היוועצות בדיעבד במקרים דחופים שאינם טובלים דיחוי" (ההדגשות הוספו – ד' ב' א').

42. כזכור, המדינה טענה כי חובת ההתייעצות אינה חלה משום שמדובר בנוהל הנוהג שנים רבות – לפני כניסתה של החלטת ממשלה 2318 לתוקף, בעוד ההחלטה "מנוסחת באופן הצופה פני עתיד". אין בידי לקבל טענה זו. אכן, מדיניות הלינקג' אינה חדשה ונהגה גם בעבר. עם זאת, כפי שמסרה המדינה עצמה, הנוהל שנותן

למדיניות זו ביטוי מתחדש מדי שנה "בשינויים המתחייבים" ואינו חל באופן אוטומטי או ללא הגבלת זמן. אני סבורה כי בנסיבות אלו, שבהן מדובר בנוהל אשר הסדריו נבחנים מדי שנה, יש מקום להחלטה של החלטת ממשלה 2318 ולקיום ההתייעצות המתחייבת מכוחה במסגרת בחינה שנתית זו. הצורך בקיום ההתייעצות האמורה מתחדד אף נוכח העובדה שבמקרה הנדון נדרשו שתי התייעצויות בדיעבד רק לאחר הגשת העתירה, עובדה המלמדת אף היא על מורכבות ההסדרה והשיקולים המלווים אותה. למעשה, הבדיקה שעניינה התאמת הנוהל להתחייבויות הבינלאומיות של ישראל התקיימה רק במסגרת ההתייעצות השנייה כתולדה של הערתנו בנושא זה. זאת, חרף האמור בהחלטת ממשלה 2318 הקובעת כי מטרתה של חובת ההתייעצות היא, בין היתר, למלא את מחויבויותיה הבינלאומיות של ישראל במסגרת הסכמי הסחר. לא למותר לציין כי גם התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל בהקשרים אלו יכולות להשתנות במהלך השנים שבהן נוהגת מדיניות מסוימת, ולכן מתחזקת ההצדקה לעריכת התייעצות כל אימת שניתן תוקף לנוהל חדש המבוסס עליה. מסקנה אחרת תרוקן מתוכן את אחת התכליות המרכזיות העומדות בבסיס ההתייעצות – העמידה במחויבויות הבינלאומיות – כפי שצוין בה במפורש. אני סבורה כי הדברים יפים מקל וחומר לגבי הסדרים המבוססים על עקרונות שגובשו לפני שמחויבויות אלה באו לאוויר העולם. מהאמור עולה אפוא כי ההתייעצות בהתאם להחלטת ממשלה 2318 חשיבות רבה בענייננו, וזאת על אף העובדה שהנוהל חל בצורה דומה גם בעבר.

43. על כך יש להוסיף כי החלטת הממשלה מטעימה כי התייעצות תתקיים בדיעבד רק במקרים "דחופים אשר לא סובלים דיחוי" (סעיף 13(א) להחלטה). במקרה דנן דומה שהנסיבות אפשרו התייעצות מוקדמת, ולכאורה לא הייתה הצדקה לבצע את ההתייעצויות רק בדיעבד.

44. נוכח האמור, אני סבורה כי אכן נפל פגם בהתנהלות המדינה שלא קיימה הליך התייעצות עובר לאישור הנוהל לשנת 2016. יש להצטער על כך ולקוות שהלקחים המתחייבים יופקו במלוא הרצינות ובהקדם. עם זאת, בנסיבות העניין דומה שאין מקום לפסול את הנוהל מטעם זה בלבד. בנוסף לכך שאין מדובר בהפרה של חובת התייעצות סטטוטורית (אלא במגבלה שהממשלה הטילה על עצמה), נודעת חשיבות רבה לכך שבמישור המהותי עמדתו של משרד החקלאות מקובלת על משרד הכלכלה, כפי שמלמדות תוצאותיה של ההתייעצות המאוחרת. כמו כן, כפי שצוין, במקרה זה התקיימו בסופו של דבר שתי התייעצויות בדיעבד. כידוע, כאשר התקיים תחליף סביר לדרישה הפרוצדורלית שהופרה על ידי הרשות, הדבר מהווה שיקול כנגד החמרה עם הרשות במישור הסעד. זאת, להבדיל ממקרה שבו לא קיומו הדרישות הפרוצדורליות כלל (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 837-838 (2010) (להלן: ברק-ארז, כרך

ב)). לצד זאת ראוי לציין כי אין משמעות הדברים כי התייעצות בדיעבד תוכל, בכל מקרה, לרפא את הפגם שבאי-קיום התייעצות במועד. הכרעה זו יפה לנסיבות המקרה דנן מן הטעמים שהוסברו, ואינה מבטאת בהכרח את הכלל.

שיקול הדעת המינהלי ושאלת המידתיות

45. נותרה אפוא שאלת שיקול הדעת העומד ביסודה של ההחלטה להתנות את קבלת הרישיון לייבוא חיטה בפטור ממכס בקניית חיטה מן המגדלים המקומיים.

46. כאמור, טענתה של העותרת היא, בתמצית, שמדובר בפגיעה שאינה מוצדקת ואינה מידתית בחופש העיסוק שלה. כפי שצוין בפתח הדברים, דווקא טענה זו של העותרת כבר זכתה, למעשה, לדיון בבית משפט זה, כאשר מדיניות ה"לינקג' אושרה בעיקרה בעניין חלג. אכן, פסק דין זה אינו חדש, אך עקרונות היסוד החלים על התחום לא השתנו. אמנם בינתיים נחקק חוק יסוד: חופש העיסוק, אולם כידוע חופש העיסוק היה עיקרון יסוד חשוב במשפט הישראלי כבר מראשית דרכו (ראו למשל: בג"ץ 1/49 בד'רנו נ' שר-המשטרה, פ"ד ב 80, 82-83 (1949); בג"ץ 146/88 קורן נ' עיריית רחובות, פ"ד מב(4) 72, 76 (1988)). אכן, לחקיקתו של חוק יסוד: חופש העיסוק הייתה השפעה משמעותית על המשפט המינהלי, במובן זה שהיא הכפיפה את הפעילות השלטונית למגבלות החוקתיות המעוגנות בחוק היסוד (ברק-אוז, כרך א, בעמ' 72). עם זאת, בכל הנוגע להחלטות מינהליות, להבדיל מדברי חקיקה, חוק יסוד: חופש העיסוק הביא בעיקרו של דבר להכרה חגיגית נוספת במעמדה של זכות יסוד זו (להבדיל משינוי במדרג הנורמטיבי), ולהפעלת פרשנות המושפעת מעקרונות היסוד החוקתיים. מכל מקום, מאחר שהטענות בעניין הפגיעה בחופש העיסוק חזרו והועלו בפנינו בהרחבה, מצאתי לנכון להתייחס אליהן.

47. ראוי להקדים ולציין כי הגם שאין לכחד כי כל רגולציה של פעילות עסקית משליכה על חופש העיסוק, אין בפנינו טענה לפגיעה בליבתה של זכות זו. כידוע, בהקשר זה נהוג להבחין בין מניעה או שלילה של עיסוק במשלח יד מסוים לבין הסדרת גבולות העיסוק, כדוגמת הטלת מגבלות על דרך העיסוק או על היקפו (ראו: בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 476-477 (1994); בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673, 692-693 (1999)). אין בכך כדי לייתר את החובה להראות כי הפגיעה האמורה מקיימת את הוראותיה של פסקת ההגבלה. עם זאת, כידוע, טיב הפגיעה בחופש העיסוק ועוצמתה עשויים להשפיע על בחינת הפגיעה במשקפיה של פסקת ההגבלה (ראו: בג"ץ 4769/95

מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 260 (2002). ראו גם חוות דעתי בבג"ץ 7956/10 גבאי נ' שר האוצר (19.11.2012)).

48. בנסיבות העניין, ברי כי הפגיעה נעשית מכוח חוק, שהרי סעיף 2 לפקודת היבוא והיצוא מעניק סמכות לקבוע הוראות להסדרה של ייבוא טובין. כמו כן, לא יכולה להיות מחלוקת שהיא נעשית לתכלית ראויה – הגנה על גידול החיטה המקומי, שלו חשיבות לאומית, מן ההיבט של הגנה על מלאי החירום של המדינה, וסביבתית, מבחינת השמירה על שטחים פתוחים. כך, בכתבי הטענות הוסבר כי החיטה היא גידול בעל (שאינו דורש השקיה), וכי גידול מקומי שלה מונע את היווצרותם של שדות בור המהווים כר נרחב לסכנת זיהומים ושריפות. כמו כן, מרבית שדות החיטה נמצאים בנגב כך שנשמר האינטרס הציבורי (הכלכלי, החברתי והביטחוני) המחייב קיומה של התיישבות חקלאית מפותחת באזורים אלה (עניין חלג, בעמ' 694).

49. בהמשך לכך, יש לפנות למבחן המידתיות. כפי שתואר לעיל, העותרת התמקדה בטענה כי הסדר הלינקג' אינו מידתי. אציין כבר עתה כי התייחסותה של העותרת לחלופות אפשריות להסדר הלינקג' הייתה כללית, ולא נגעה בכל המשמעויות הנובעות מהן. הדברים אמורים במיוחד בנוגע לטענת העותרת לפיה חלופה אפשרית להסדר הלינקג' היא חיוב של טחנות הקמח עצמן לשמור מלאי חירום במחסניהן, טענה שלא זכתה לדיון של ממש במסגרת העתירה. עם זאת, הם נכונים במידה רבה גם ביחס לחלופה שזכתה ליתר התייחסות ועמדה במוקד הדיון – הענקת תמיכות ישירות לחקלאים, שימומנו, כך יש להניח, על-ידי מערך המיסוי הכללי.

50. בעניין זה יש להזכיר כי לא אחת נקבע שכאשר נבחנת חלופה להחלטה מינהלית המגבילה במידה זו או אחרת חירות הפעולה של עותר, אין מקום להנחה כי הוצאה תקציבית היא תמיד האמצעי שפגיעתו פחותה. כן נקבע כי כאשר נבחנת טענה בדבר "אמצעי שפגיעתו פחותה" יש לתת משקל להיקף עלותה של החלופה הפוגענית פחות, וליחס בין צמצום הפגיעה לבין המשאבים הדרושים לשם כך (ראו למשל: בג"ץ 4638/07 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת חשמל לישראל, פסקה 14 (29.10.2007); בג"ץ 1676/09 מנכ"ל משרד הביטחון נ' מועצת הכפר קלנדיה, פסקאות 22-25 (30.11.2011)). להרחבה, ראו: ברק-ארז, כרך ב, בעמ' 780-781). בענייננו, מעבר לטענה הכללית כי הסדר הלינקג' אינו מידתי לא הובאה תשתית עובדתית מפורטת דיה המאפשרת לבחון את החלופה המוצעת כנדרש (ראו גם: בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 31 (2.4.2013) (להלן: עניין איתנית)). דברים אלה יפים במיוחד כאשר מביאים בחשבון את "מתחם המידתיות" אשר מותר מרווח מסוים ביישומה של דרישת המידתיות (ראו: בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1)

729, 740 (2004); בג"ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל, פסקה 13 (10.5.2006); אהרן ברק מידתיות במשפט 500 (2010)).

51. זאת ועוד: טענתה של העותרת היא מרחיקת לכת במובן זה שהיא מבוססת על הנחה חזקה לפיה לא קיימת אפשרות לקדם תכליות ציבוריות אלא באמצעות מערך המיסוי הכללי (המשמש מקור תקציבי לחלוקת תמיכות). אכן, כעניין של נקודת מוצא יש עדיפות לפעולה באמצעות מערך המיסוי הפרוגרסיבי. עם זאת, לא אחת נבחרות שיטות אחרות לקידום תכליות ציבוריות, וזאת מטעמים שונים. לעתים, הדבר קשור בתפיסות שעניינן חוסר היעילות היחסית של פעולה באמצעות מערכת המיסוי הכללית. במקרים אחרים, שימוש בתשלום חובה ממוקד יותר עשוי להשיג תכליות נוספות ולהוביל להשגת יעדים לאומיים וחברתיים (למשל, השתתפות מכס תורמת להכוונת התנהגויות בכל הנוגע לייבוא. ראו עוד: בג"ץ 2651/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, פסקה 24 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (15.6.2011); אלפרד ויתקון ויעקב נאמן דיני מסים 18-19 (מהדורה רביעית, 1969)). השאלה האם עדיף לממן פעולה כלשהי באמצעות מערכת המיסוי הכללית או שמא להשית את העלויות על סקטור מסוים הנושא באחריות מיוחדת לבעיה הטעונה תיקון, עשויה להיות שנויה במחלוקת. כך למשל, מוכר הדיון העשיר בסוגיה של השתתפות עלויות על מעסיקים בכל הנוגע להתאמה של מקומות עבודה לבעלי מוגבלות. יש הסוברים כי המעסיקים אחראים לעיצובו של שוק העבודה במתכונתו הלא מותאמת ולכן צריכים לשאת באחריות לתקנו (ראו: שגית מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה" עיוני משפט לה 97, 111-112 (2012)), ויש הסבורים כי יש לחתור לפיצוי של המעסיקים על העלויות היתרות שהם נושאים (ראו: גדעון ספיר "הצדקות לחובה לערוך התאמות בתחום התעסוקה בעבור אנשים עם מוגבלות" משפט וממשל יג 411, 434-435 (2011)). בתחום דיני העבודה נושאים בפועל המעסיקים בעלויות הכרוכות בחובה לנהוג בשוויון כלפי עובדים, גם מעבר לסוגיית ההתאמות לבעלי מוגבלויות, והמדינה בדרך כלל אינה נושאת בחובה לשפותם. הספרות המשפטית והכלכלית כוללת דיונים רבים בשאלה זו (ראו למשל: Christine Jolls, *Antidiscrimination and Accommodation*, 115 HARV. L. REV. 642 (2001) כהן-אליה "שלוש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי ההפליה בחקיקת העבודה בישראל" עבודה, חברה ומשפט יא 195 (התשס"ו). כן ראו את הדיון בעניין איתנית בסוגיה של חיוב מפעל מזהם בנשיאה חלקית בעלויות סילוקו של המפגע הסביבתי). מכל מקום, דבר אחד ניתן לומר בוודאות: הנחת המוצא של העותרת כי די בכך שברקע הדברים קיימת אפשרות לעשות שימוש במערכת המס אינה משמשת בסיס מספיק להתערבות במדיניות שננקטה.

52. הדברים מתחדדים לנוכח שתי עובדות רלוונטיות נוספות: ראשית, טחנות הקמח שאותן מייצגת העותרת יכולות "לגלגל" הלאה את העלויות הכרוכות בהסדר הלינקג' ללקוחותיהן, על ידי העלאה של מחירי הקמח. שנית, וחשוב יותר, דווקא בענייננו הסדר הלינקג' אינו עומד לבדו – וברקע הדברים עומד הסדר מיסוי, המאפשר ייבוא של חיטה לישראל בכפוף למכס, ללא כל חיובים נוספים. כפי שהוזכר כבר בפתח הדברים, לעותרת אין טענה נפרדת כנגד עצם חוקיותה של גביית מכס בגין ייבוא חיטה. במובן זה, כאמור, קיימת בפני העותרת חלופה אחרת לבחירתה, לצד הסדר הלינקג'.

53. למעלה מן הצורך, ניתן להוסיף כי הקשר בין טחנות הקמח לגידול החיטה המקומי אינו מופרך או מלאכותי. לטחנות קמח אין קיום ללא החיטה שנטחנת בהן, בבחינת אם אין חיטה אין טחנה. אכן, העותרת מנסה לנתק זיקה זו ולטעון כי הטחנות אינן נזקקות לחיטה מקומית דווקא, אולם בחינת הזיקה אינה נעשית ברמת קונקרטיזציה זו. בדיוק כפי שבעלי עסקים שהם שחקנים בשוק העבודה נושאים בעלות של חוקי המגן הקוגנטיים המקנים זכויות לעובדים, בעלי טחנות הקמח הם שחקנים בשוק הרלוונטי, נהנים מפעולותיו, וכך נושאים גם בעלויות הכרוכות בתכליות הציבוריות הקשורות בשוק זה.

דיני ההגבלים העסקיים

54. בשלב זה, אתייחס בקצרה לטענות במישורים נוספים שהעלתה העותרת. האם הנוהל יוצר הלכה למעשה הסדר כובל בניגוד להוראות סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים? דומה שאף כאן יש להשיב על השאלה בשלילה, אף מבלי להידרש לסוגית תחולתו של חוק זה על פעילותה של המדינה (להרחבה, ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג – משפט מינהלי דיוני 537-540 (2013)).

55. ראשית, לפי סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים "הסדר כובל הוא הסדר... לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר" (ההדגשה הוספה – ד' ב' א'). סעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים קובע הגדרה רחבה ביותר למונח הסדר, ועל-פיה, הסדר יכול להיקבע במפורש או מכללא, בכתב, בעל-פה או בהתנהגות. הפסיקה קבעה כי הגדרה רחבה זו נועדה לכלול בחובה כל סוג של הסכמה וכל דרך של הגעה להסכמה בין הצדדים להסדר. בהתאם לכך, נקבע כי ההסדר אינו צריך להיות בעל מעמד משפטי של חוזה (כך לדוגמה, הוא איננו כפוף לכללים הרגילים של הצעה וקיבול או מסוימות) ודי ברמה מינימלית כלשהי של הבנה

משותפת, הסכמה או שיתוף פעולה בין הצדדים לשם יצירתו (ראו: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 860 (2005) (להלן: עניין בורוביץ)). עם זאת, צריך שיהיה מדובר בסוג של הסכמה, להבדיל מפעולה חד-צדדית של אחד הצדדים הפועלים בשוק (ראו: מיכל (שיצר) גל "מהו 'הסדר'? קו הגבול בין תיאום לבין התאמה בחוק ההגבלים העסקיים" עיוני משפט 591, 595-596 (2006)). מכל מקום, העותרת עצמה לא הגיעה להסדר המבוסס על הסכמה, הבנה משותפת או שיתוף פעולה עם הרשויות לגבי הסדר הלינקג'. למעשה, בדיוק על רקע אי-ההסכמה לנוהל האמור הוגשה העתירה דנן.

56. שנית, אין מדובר בהסדר שנקבע בין "בני אדם המנהלים עסקים". לא אחת נפסק כי במצב בו המדינה פועלת מכוח תפקידה השלטוני, כבענייננו, היא עצמה איננה נחשבת לצד להסדר כובל (ע"א 2768/90 פטרולוגז חברת הגז הישראלית נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 599, 604-605 (1992); דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 92 (2001); עניין בורוביץ, בעמ' 862). זאת, מן הטעם שהמדינה, במסגרת החלטה או פעולה שלטונית, רשאית לתת משקל גם לשיקולים אחרים מלבד שיקולי תחרות – כגון אינטרסים ציבוריים הנוגעים לרווחת הכלל (להרחבה, ראו: מיכל (שיצר) גל, אמיר ישראלי ומנחם פרלמן "הסדרים כובלים – יסודות האיסור" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 193, 241-240 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008)). דומה שאין חולק על כך שהוצאת הנוהל על-ידי משרד החקלאות היא פעולה שלטונית שנועדה לקדם אינטרסים לאומיים – הגנה על ענף החיטה בישראל.

57. אם כן, המסקנה היא כי הסדר הלינקג' אינו מהווה "הסדר כובל" כהגדרתו בחוק ההגבלים העסקיים. נוכח מסקנה זו, אין מקום לדיון בטענות שעניינן תחולתו של החריג הקבוע בסעיף 3(1) לחוק ההגבלים העסקיים, חריג שיש לו משמעות רק כאשר מלכתחילה מדובר בהסדר כובל.

הערות בעניין הסכמי הסחר של ישראל והשלכותיהם

58. כפי שציינתי בפתח הדברים, קושי בסיסי שליווה את הדיון בעתירה היה הימנעותם של הצדדים מלהתייחס ביוזמתם למשמעות של עמדותיהם במישור ההתחייבויות של ישראל במשפט הבינלאומי. העתירה נסבה על סוגיה מובהקת הקשורה לסחר בינלאומי ולהגבלות שחלות על הסחר הבינלאומי שבו מעורבת ישראל (באופן כללי, ראו: ארגון הסחר העולמי וישראל: משפט, כלכלה ופוליטיקה (אריה רייך עורך, התשס"ו)). יתר על כן, החלטת ממשלה 2318, שעל משמעויותיה נחלקו הצדדים,

מציינת במפורש כי מטרת ההתייעצות בין משרדי הממשלה הרלוונטיים היא, בין היתר, עמידה ב"מחויבויותיה הבינלאומיות של ישראל במסגרת הסכמי סחר". אכן, גם אם הסכמים בינלאומיים שישראל היא צד להם אינם מחייבים כשלעצמם במישור המשפט הפנימי, כידוע חלה על המדינה חובה לחתור לכך שהתנהלותה תתאם את התחייבויותיה הבינלאומיות, ובהתאם גם יש לחתור לפרשנות הדין באופן שיתאם להתחייבויות אלה (ראו למשל: בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, פ"ד נג(4) 817, 835-836 (1999); דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הבטחון, פ"ד נד(1) 721, 742 ו-767 (2000); ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, 353-354 (2008); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ב – פרשנות החקיקה 251 (1993)). התחייבויות אלה אמורות להנחות אף את הפעלתו של שיקול הדעת המינהלי (ראו: דפנה ברק-ארז ואורן פרז "המשפט המינהלי הישראלי בעידן הגלובלי" עיוני משפט לד 93 (2011)).

59. על כן, וכמפורט לעיל, ביקשנו את התייחסות הצדדים לשאלה כיצד מתיישבות עמדותיהם עם התחייבויותיה של ישראל במישור הבינלאומי. שאלה זו כוונה בראש ובראשונה למדינה, שאמונה על גיבוש המדיניות בתחום זה, אך הייתה חשובה גם מהיבטה של העותרת, שחלק מרכזי בטיעון שהציגה היה מבוסס על קיומם של פתרונות מידתיים יותר, אשר גם הם נדרשים להתאם להתחייבויות הבינלאומיות של המדינה.

60. באופן יותר ספציפי, השאלה מתעוררת בהקשר להתחייבויותיה של ישראל במסגרת ארגון הסחר העולמי – הסכם גאט"ט, והסכם החקלאות הנספח לו, לפי מה שמכונה "סבב אורוגוואי". בתמצית, הסכמים אלה כוללים הגבלות שונות על מתן העדפות לתוצרת מקומית ויצירתם של חסמי סחר. פרטי ההסדרים שנקבעו בכל הנוגע לתוצרת חקלאית הם מורכבים, במיוחד בהתחשב בהוראות המעבר שנקבעו בעניין זה ובהתחשב בהסדרים ספציפיים שאושרו בעניינן של מדינות שונות, תוך מתן משקל למצב ששרר בהן קודם לכן.

61. במרכזו של הסכם החקלאות עומד המעבר ממגבלות סחר שונות שנהגו בעבר לשיטה אחידה של קביעת תעריפי מכס על יבוא. על-פי התפיסה המתבטאת בהסכם, גם אם יש לאפשר למדינות להטיל הגבלות יבוא של תוצרת חקלאית, ראוי שהן יעשו כן בעיקר באמצעות מכס, משום ששיטה זו היא "שקופה" ואינה יוצרת עיוותים בשוק. על רקע זה, נדרשו הסברים ברורים יותר באשר להתאמתה של המדיניות הנוהגת להסכם החקלאות, ומן הצד השני – באשר להתאמתה של חלופת המענקים הישירים לענף החיטה המקומי שהעותרת הפנתה אליה באופן כוללני למדי. כפי שתואר לעיל, מהודעתה המשלימה של המדינה עולה כי מענקים ישירים עשויים להיחשב בנסיבות

מסוימות כ"תמיכה מעוותת סחר" לפי הסכם החקלאות. נקודה זו היא נקודה הדורשת התייחסות משמעותית מצד העותרת, ככל שהיא טוענת כי מתן מענקים כאמור מהווה חלופה פוגענית פחות ביחס להסדר הלינקג'. אולם, למרבית הצער, תגובות הצדדים לא שפכו אור מספיק על נושא זה, והתמקדו ברמה הכללית של תיאור הוראות המסגרת של ההתחייבויות הבינלאומיות. אכן, העותרת טענה כי הסכם החקלאות מתיר מתן מענקים ישירים בתנאים מסוימים, אולם אף טענה זו הועלתה מבלי התייחסות לגופם של תנאים ולשאלה האם החלופה המוצעת על ידם עומדת בהם והאם יש בה, תחת תנאים אלה, כדי להוות חלופה פוגענית פחות אשר תגשים את תכלית הסדר הלינקג'. זאת ועוד, מן הפרספקטיבה של ההתחייבויות הבינלאומיות של ישראל להעלאה של התמיכות בענף אחד עשויות להיות השלכות על ענפים אחרים.

62. מכל מקום, בנסיבות העניין, הגעתי לכלל דעה שאינני נדרשת למצות את הדיון בנושא זה. כפי שצוין לעיל, לא עלה בידיה של העותרת להצביע על חלופה פוגענית פחות אשר משרתת במידה מספקת את התכליות שהסדר הלינקג' נועד לשרת, אף ללא קשר לעננה שכרוכה בחלופה זו מהיבט התחייבויותיה של ישראל. יתר על כן, וכפי שהודגש בפתח הדברים, אפילו הייתה מתקבלת טענתה של העותרת במלואה והסדר הלינקג' היה נפסל לא היה בכך בלבד לסייע לעותרת בהתחשב בסעדים שהתבקשו על-ידה (כמוסבר, על רקע האפשרות לייבא חיטה בכפוף לתשלום מכס). בנסיבות אלה, אסתפק בהערות שלעיל.

טענות נוספות

63. טענות נוספות של העותרת נסבו בין היתר על אופן חישוב מחיר הלינקג', על איכות החיטה המקומית, וכן על התמריצים של המגדלים המקומיים לפעילות מיטבית. אני סבורה שביחס לטענות בעניין זה לא הונחה תשתית עובדתית מספקת, ומכל מקום העותרת לא הראתה כי בעניינים אלה נמצא בסיס להתערב בשיקול דעתם של גורמי המקצוע של משרד החקלאות (ראו גם: בג"ץ 2621/04 זולטק נ' שר התעשייה המסחר והתעסוקה, פסקה 7 (30.1.2006); ברק-ארז, כרך ב, בעמ' 620-623).

64. בנוסף לכך, לא אדרש לטענות העותרת בדבר מועד כניסת הנוהל לתוקף בהתחשב בשיהוי שבו הן לוקות. כאמור, העתירה הנוכחית הוגשה רק ביום 29.8.2016 ואילו הנוהל נכנס לתוקף כבר ביום 1.7.2016.

65. לקראת סיום אתייחס לעניין נוסף שלכאורה היה צריך להיבחן בפתח הדברים – טענות הסף שהעלתה המדינה בעניין אי-צירוף צדדים, בהתחשב בטענות העותרת

בעניין ניהולם של מחסני החירום. מן הבחינה העקרונית, היה מקום להתחיל בכך. אולם, למעשה, הצורך בצירופם של הצדדים הנוספים, הקבלנים המנהלים את מחסני החירום, התחדד רק לאחר שהתחווה המשמעות האמיתית של חלק מטענות העותרת לאחר הדיון שהתקיים בפנינו. לכן, לא נמנענו מלבחון את העתירות לגופן. אולם, ראוי שייאמר כי העותרת אכן חדלה בצירופם של צדדים רלוונטיים – הקבלנים המנהלים את מחסני החירום, ואף יבואני הקמח. בנסיבות אלה אנו מסתפקים בקביעה העקרונית כי נודעת חשיבות לכך שמשרד החקלאות יקיים פיקוח אפקטיבי על הקבלנים, ובמידת הצורך ינקוט באמצעים מתאימים במקרים שבהם אלה יחרגו מחובותיהם, וזאת מבלי לנקוט עמדה ביחס לאירועים כאלה ואחרים שאליהם התייחסה העותרת.

לסיכום

66. גם לאחר שהלכתי לאורכה של הדרך שבה הזמינה אותנו העותרת לפסוע נותרתי במקום שבו פתחתי. לעת הזו העותרת לא הצביעה על טעם לפסילת הנוהל החל על יבוא חיטה לישראל בפטור ממכס כמפורט לעיל.

67. עם סיום העבודה על התיק, ובטרם חתימה, הגישה העותרת בקשה להוספת אסמכתה. לא מצאתי כי יש בבקשה זו כדי לשנות מחוות דעתי, וממילא איני נדרשת אליה לגופה.

68. סוף דבר: אציע לחבריי לדחות את העתירה. בנסיבות העניין, על-אף שלא ראיתי להורות על ביטול הנוהל, אני סבורה כי יש מקום לתת ביטוי לצדקת הטענה בדבר הפרת חובת ההתייעצות הקבועה בהחלטת ממשלה 2318, ועל כן לא לחייב את העותרת בהוצאות.

ש ו פ ו ת

המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן:

1. מסכים אני לאמור בחוות דעתה הבהירה והממצה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז. לחברתי, אף אני סבור כי העתירה שלפנינו מלמדת כי נפל פגם בהליך המנהלי שסופו באישור הנוהל לשנת 2016, משלא התקיימה התייעצות בין הגורמים הנוגעים בדבר בניגוד להחלטת הממשלה 2318. לצד זאת, כמו חברתי אינני מוצא כי יש בפגם זה כדי להוביל לקבלת העתירה. ואבאר בקצרה.

2. חרף החשיבות הרבה הטמונה לשיטתי בקיום הליך מנהלי תקין (השוו לעמדתתי בנושא קיום הליך שימוע כדבעי, לו מן המשותף עם קיום חובת ההתייעצות: בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ד) נ' ראש ממשלת ישראל, פסקות 38-34 לפסק דיני (27.3.2016) (להלן: עניין מתווה הגז); בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פסקות 92-101 לפסק דיני (2.7.2014)), הלכה מושרשת היא כי איתורו של פגם בהליך המנהלי – ובכלל זאת פגם בקיום חובת ההתייעצות – אינו מחייב הוראה על בטלות ההחלטה, אלא יש לבחון כל מקרה על פי נסיבותיו (ראו והשוו: עניין מתווה הגז, פסקות קמה-קמו לפסק דיני (2.7.2014)), הלכה לנשיאה א' רובינשטיין; בג"ץ 2910/04 מרכז השלטון המקומי בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד נט(3) 625, 642-645 (2004); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 1233-1231 (מהדורה שנייה, 2011); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 815-817 (2010)). כפי שציינה חברתי השופטת ד' ברק-ארז, במקרה שלפנינו קוימו התייעצויות בדיעבד שבמסגרתן לובנו בין גורמי המקצוע הסוגיות הכרוכות בנוהל, לרבות הלימתו את מחויבותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל. בנסיבות האמורות, ולנוכח קיומו המושרש, המוסכם וארוך השנים של הנוהל – נחה דעתי כי השלכותיו המעשיות של הפגם אינן משמעותיות דיין כדי להצדיק את קבלת העתירה. לצד זאת, שותף אני לתקוותה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז כי קביעותינו בדבר אי-תקינות ההליך לא יפלו על אוזניים ערלות, וכי אלו יביאו לתיקון ולטיוב נהלי העבודה בנושא זה.

3. אשר ליתר טענות העותרת, דעתי כדעת חברתי השופטת ד' ברק-ארז ומטעמיה כי דינן להידחות.

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופטת ע' ברון:

חברתי השופטת ד' ברק-ארז, בחוות דעתה היסודית והמקיפה לא הותירה אבן על אבן, בהתייחסות לעתירה ולשאלות שהיא מעוררת. כפי שקבעה חברתי, בנסיבות המקרה ומשהתקיימה בדיעבד חובת ההתייעצות של משרדי הממשלה הרלוונטיים עם הממונה על חוקיות הייבוא המעוגנת בהחלטת ממשלה 2318, לא יהא זה נכון לפסול את הנוהל לשנת 2016 המתנה הענקת רישיון לייבוא חיטה בפטור ממכס ברכישה של חיטה ממגדלי חיטה מקומיים. בהקשר זה ראיתי מקום לחזור ולהדגיש שאין זה מתקבל על הדעת כי נוהל המתחדש מידי שנה ו"בשינויים המחויבים", כלשון המדינה, יופטר מחובת ההתייעצות כאמור. כך במיוחד שעה שאחת ממטרות ההתייעצות כפי שניתן לה ביטוי מפורש בהחלטה 2318, היא "במטרה למלא את מחויבותיה הבינלאומיות של ישראל במסגרת הסכמי סחר". הסכמי הסחר הבינלאומיים, ובהתאם גם מחויבותיה

של ישראל במסגרתם, הם מטבע הדברים דינמיים; ועמידה בהתחייבויות אלה אינה עולה בקנה אחד עם העמדה שהציגה המדינה, שלפיה היא רואה עצמה פטורה מהתייעצות עם הממונה על חוקיות הייבוא מקום שהנוהל במתכונתו הנוכחית קיים מימים ימימה. ודומה שהדברים אמורים ביתר שאת, בהינתן שהסדר שביסוד הנוהל התגבש כטענת המדינה לפני למעלה משני עשורים. סופו של דבר, אני מסכימה עם חוות הדעת של השופטת ברק-ארוך על נימוקיה.

ש ו פ ו ת

הוחלט כאמור, בפסק דינה של השופטת ד' ברק ארוך.

ניתן היום, כ"ח בתשרי התשע"ח (18.10.2017).

ש ו פ ו ת

ש ו פ ו ת

המשנה לנשיאה (בדימ')