

בעניין:

התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) 580178697
ע"י ב"כ עוה"ד אליעד שרגא ו/או נילי אבן-חן ו/או תומר נאור ו/או יעל קריב-
טייטלבוים ו/או איתמר שחר ו/או זהר אלטמן – רפאל ו/או שקד בן-עמי

מרח' יפו 208 ירושלים
ת.ד. 4207 ירושלים 91043
טל': 02-5000073 ; פקס : 02-5000076

התנועה

ובעניין:

בועז יפעת

ע"י ב"כ עוה"ד צביקה מצקין ו/או אלרון שפירא בר-אור
ממשרד שפירא בר-אור מצקין ושות', עורכי דין
מרחוב תובל 11, רמת גן 5252226
טל': 03-5513013 ; פקס : 03-6776272

המבקש

- נגד -

1. המועצה לענף הלול
2. אפרוחי נשר-אמי – אגודה שיתופית חקלאית בע"מ
3. אפרוחי פלא – אגודה שיתופית חקלאית בע"מ
4. אפרת רביית פטם שותפות מוגבלת
5. מדגרות בן אהרון
6. י. בראון ובניו בע"מ
7. אפרוחי ג.ש.ם אגודה שיתופית בע"מ
8. מדגרות קבוצת יבנה
9. מילועוף אינטגרית פטם אגודה שיתופית חקלאית
10. א.מ.י. אפרוחי משואות יצחק
11. אפרוחי משמר העמק – קיבוץ משמר העמק אגש"ח בע"מ
12. משק קלומק בע"מ
13. אפרוחי רביבים אגודה שיתופית חקלאית בע"מ
14. מדגרות שרייבר בע"מ
15. מדגרת ע.מ. אגודה שיתופית חקלאית בע"מ

כולן ע"י ב"כ עוה"ד טומי מנור ואח'
ממשרד נשיץ, ברנדס, אמיר ושות'
רח' תובל 5 תל-אביב, 6789717
טל': 03-6235000 ; פקס : 03-6235005

וע"י ב"כ מהרצוג פוקס נאמן, עורכי דין
מבית אסיה, רחוב ויצמן 4, תל אביב, 64239
טל': 03-6925960 ; פקס : 03-6966464
וע"י עו"ד איילת מיכאלי
מקבוצת יבנה ד.נ. אבטח 79233
טל': 08-8548377 ; פקס : 08-8548341

המשיבות

סיכומים מטעם התנועה לאיכות השלטון (המשתתפת בדיונים מכוח

סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006)

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 20.6.18 (להלן: "ההחלטה"), אשר קיבלה את בקשת התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) (להלן: "התנועה") להשתתף בדיוני התובענה הייצוגית שבכותרת, מכוח סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: "בקשת הצטרפות"), מוגשים בזאת סיכומי התנועה.

בהחלטה נקבע כי "השתתפות המבקשת בתובענה לא תסרבל את ההליך ולא תגרום להתארכותו שלא לצורך. עמדתה תוצג בדרך של סיכומים בכתב והמשיבות תוכלנה להתייחס לטענותיה במסגרת הסיכומים מטעמן". בהתאם לאמור, תפרט להלן התנועה את עמדתה הפרשנית בסוגיה המשפטית נשוא בקשת האישור, עמדה התומכת בתזה בה מחזיק המבקש, ואשר ממנה עולה כי במועדים הרלוונטיים לבקשת האישור היה קרטל הפטם (כהגדרתו להלן) בלתי חוקי.

במסגרת הסיכומים להלן ייעשה שימוש בקיצורים הבאים: תיקון מס' 14 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 ייקראו "תיקון מס' 14" ו-"חוק ההגבלים העסקיים" או "החוק"; הפטור מכוח סעיף 3(4) לחוק ייקרא "הפטור החקלאי" או "הפטור"; רשות ההגבלים העסקיים תיקרא "הרשות"; הבקשה לאישור התובענה הייצוגית שבכותרת תיקרא "בקשת האישור"; התשובה לתגובה לבקשה לאישור תובענה ייצוגית תיקרא "התשובה לתגובה"; התצהיר המשלים מיום 30.4.17 ייקרא "התצהיר המשלים"; ותשובת המשיבות לתשובה לתגובה לבקשה לאישור תובענה ייצוגית, מיום 15.6.17, תיקרא: "התשובה לתצהיר המשלים".

כל ההדגשות המופיעות במסגרת ציטוטים להלן – הוספו על ידי התנועה, למעט אם נאמר אחרת.

א. פתח דבר

1. ההליך שבכותרת עוסק בהתאגדות קרטליסטית של כלל הגופים העוסקים בייצור ושיווק חומרי רבייה ואפרוחי פטם בישראל בהסדר שזכה לכינוי "קרטל הפטם" (או, כלשונן של המשיבות, "הסדר התיאום" או "הסדר הויסות").
2. בלב המחלוקת בין הצדדים, עומדת השאלה: האם קרטל הפטם חסה תחת "הפטור החקלאי" בחוק ההגבלים העסקיים, לאחר כניסתו לתוקף של תיקון מס' 14. שכן, אם הסדר זה לא חסה תחת הפטור החקלאי לאחר מועד כניסת התיקון לתוקף (26.3.15) הרי שבמשך מספר חודשים, עד לביטולו על ידי המשיבות בהודעה מיום 20.7.15 (נספח 10 לבקשת האישור), היו המשיבות קשורות ביניהן בהסדר כובל בלתי חוקי, המקים בין היתר עילה לתובענה נזיקית כנגדן.
3. יודגש כי המחלוקת בין הצדדים, אשר בעניינה יש לתנועה מומחיות ואשר בגינה אושרה השתתפותה בדיוני התובענה הייצוגית, היא ביסודה מחלוקת משפטית-פרשנית בדבר היקף

תחולתו של סעיף הפטור החקלאי לאחר תיקונו, ולא מחלוקת עובדתית.¹ גם בהחלטת בית המשפט הנכבד מיום 20.6.18, אשר התירה את השתתפות התנועה בדיוני בקשת האישור, הודגש (עמ' 7) כי בלב המחלוקת בין בעלי הדין עומדת "שאלה משפטית עקרונית של פרשנות".

4. מטעם זה, אף אין בהעלאת הטענות הפרשניות שנכללו בבקשת ההצטרפות (ואשר יפורטו להלן) משום "הרחבת חזית", לא כל שכן כאשר בהתאם להחלטה הטענות מועלות כסדרן במסגרת סיכומים אלו ולמשיבות ניתנת ההזדמנות להשיב להן – והדברים יפורטו כדבעי בפרק ה' להלן. לצד זאת יצוין ויוטעם, כי המשיבות נמנעו לחלוטין מלהשיב לטענות התנועה (ובכלל זאת: לחלוק על טענות עובדתיות, לסתור מסמכים שצורפו לבקשה או להציב טענות משפטיות ופרשניות חלופיות) במסגרת תגובתן לבקשת ההצטרפות, על אף שניתנה להן מלוא ההזדמנות לעשות כן. בחירתן להימנע מכך פועלת לחובתן.

5. כמפורט בכתבי הטענות מטעם המבקש – בקשת האישור, התשובה לתגובה והתצהיר המשלים – קיימים שני טעמים מובהקים בגינם קרטל הפטם אינו חוסה תחת הפטור החקלאי לאחר תיקון מס' 14: האחד, היות המועצה לענף הלול (להלן: "המועצה") אחד מן הצדדים להסדר, על אף שברור לכל שהיא איננה "מגדל" כהגדרתו בסעיף הפטור המתוקן; והשני, העובדה שלפחות שתיים מבין המשיבות, שהיו צד להסדר, הן באופן מובהק בגדר "משווקות סיטונאיות" ועל-כן אינן יכולות לחסות תחת סעיף הפטור המתוקן (המשיבות 4 ו-9).²

6. המשיבות השיבו לטענות אלו, ובין היתר נימקו לראשונה במסגרת התשובה המשלימה – לאחר שעד לשלב זה נמנעו מלעשות זאת – מדוע לשיטתן הן חוסות תחת הפטור החקלאי; וטענו, כי הן חוסות תחת החלופה הראשונה של הגדרת "מגדל" בסעיף הפטור המתוקן: "מי שעוסק בגידול תוצרת חקלאית לשיווק".

7. בתמצית, המשיבות טענו כי רשתות השיווק הקמעונאיות (שהן גם הסיטונאיות של תוצרת חקלאית) הן אשר "על הכוונת" של תיקון מס' 14. בכך ניסו המשיבות ליצור זהות בין המשווקים הסיטונאים והרשתות הקמעונאיות (ראו בין היתר סעיף 118 לתגובה).

8. המשיבות 2-15 הוסיפו וטענו כי הן בגדר "מגדלים של תוצרת חקלאית" באופן המחיל עליהן את הפטור החקלאי – וזאת רק מכוח היותן עוסקות בייצור חומר רבייה ומבלי שנכנסו לעובי הקורה באשר לזהות המחזיקים בהן ולתחומי העיסוק שלהם (ראו בין היתר סעיפים 25 ו-34 לתגובה).

9. בסעיף 35 לתגובה, ציינו המשיבות, באופן מעורפל וסתום, כי "לחלק מהמשיבות פעילות או זיקה עקיפה לחוליות אחרות בשרשרת הייצור של הפטם", אך תוך כדי דיבור הוסיפו הבהרה לפיה,

¹ ברי כי בין הצדדים לבקשת האישור נטושות מחלוקת נוספות, וייתכן שחלקן עובדתיות (כך, בענייני הוכחת הנזק, וכן הלאה) – אך עמדתה של התנועה, אשר תפורט להלן, אינה נוגעת בכל אלו, כי אם ממוקדת בסוגיה המשפטית-פרשנית העקרונית העומדת בבסיס בקשת האישור: שאלת היקף תחולתו של סעיף הפטור החקלאי.

² יצוין כי במסגרת "תשובה מטעם המשיבות ל"תשובה לתגובה לבקשה לאישור תובענה ייצוגית"", מיום 15.6.17 (להלן: "התשובה המשלימה"), סעיף 25, הוסיפו המשיבות וציינו בהקשר זה אף את המשיבה 13, הקשורה באינטגרציית העוף 'עוף עוז'. עוד יצוין, כי אפשר לסבור שכל המשיבות – ללא יוצא מן הכלל – הן בגדר משווקות סיטונאיות של חומר רבייה (דהיינו ביצים מופרות ואפרוחים בני-יומם), כפי שעולה בבירור מהסכם הוויסות עצמו, שבו הן מוגדרות כמי שפועלות ל"שיווק" חומר רבייה (ראו פרק V.1.1 לסיכומי המבקש).

כביכול: "החשוב לענייננו הוא, שאף אחת מהמשיבות אינה עוסקת במכירה קמעונאית של פטם לצרכן".

10. כפי שיפורט בסיכומים להלן, פרשנותן של המשיבות חסרת כל שחר: מדובר בפרשנות הנוגדת הן את לשון סעיף הפטור המתוקן, הן את תכליתו של הסעיף לאור תיקון מס' 14 והן את כוונת המחוקק כפי שהובעה מפורשות בדיוני ועדת הכלכלה בהן נדון התיקון. פרשנות זו אף סותרת את עמדת רשות ההגבלים העסקיים (כפי שהובאה במסגרת נספחי המשיבות עצמן), ובעיקר: עומדת בסתירה למעשיהן של המשיבות, אשר הגישו בקשת פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים ובכך הודו בהודאת בעל דין כי לשיטתן ההסדר ביניהן מהווה הסדר כובל (הזקוק לפטור).

11. כמפורט להלן, המשיבות אינן יכולות לחסות תחת סעיף הפטור משלושה טעמים מרכזיים³:

א. ראשית, סעיף הפטור חל על רשימה סגורה של סוגי תוצרת חקלאית, המיועדים לשיווק לצרכן – ואילו המשיבות 2-15 עוסקות בייצור חומר רבייה (ביצים מופרות ואפרוחים בני יומם), אשר כלל אינו נכלל בהגדרת "תוצרת חקלאית" עליה חל סעיף הפטור.

ב. שנית, הפטור החקלאי לא חל מקום בו אחד המגדלים החברים בהסדר (או צד קשור לו) הוא גוף סיטונאי שמרבית שיווקו נוגע לתוצרת שלא גודלה על ידו – ובענייננו המשיבה 4 היא שותפות שבה יש לחברת 'תנובה' 50%;

ג. ושלישית, המשיבות 2-15, שהינן תאגידי עסקיים, חייבות לעמוד בתנאים המפורטים בסעיף ביחס ל"תאגיד מגדלים", והן אינן עומדות בהם ולו משום זיקתן של המשיבות 4 ו-9 למקטע השיווק הסיטונאי;

12. כמפורט בבקשת ההצטרפות, התנועה היא עמותה ציבורית הפועלת מזה 27 שנים לקידום האינטרס הציבורי, ואשר עוסקת רבות בין היתר בתחומי הריכוזיות, כשלי שוק, הסדרים מבניים במשק המדינה והמועצות החקלאיות. מעורבותה של התנועה בתיקון מס' 14, אשר קדמו לה שנים של ליווי המאמצים הממושכים לתיקון סעיף הפטור החקלאי, מציב את התנועה בעמדה ייחודית כמי שיכולה להעיד מכלי ראשון, מתוך היכרות ומעורבות ארוכות שנים בסוגיות נשוא בקשת האישור, על הכשלים שהביאו לצורך בתיקון, על הרציונלים שליוו את הליך החקיקה, ועל כוונתם של המעורבים בתיקון – מחוקקים ורגולטורים כאחד.

13. עניינה של הסוגיה אשר בה מתמקדת בקשה זו – היקף תחולתו של סעיף הפטור החקלאי המתוקן – חורג מעניינה של בקשת האישור הקונקרטי נשוא הליך זה, ולמעשה עשויה להיות לו השפעה מזיקה לא רק על חברי הקבוצה בהליך זה כי אם גם על הציבור הרחב כולו. זאת, שכן אימוץ פרשנותן השגויה והמעוותת של המשיבות לתנאי סעיף הפטור עלולה לרוקן מתוכן את מטרת תיקון מס' 14 ולשים לאל את כוונת המחוקק – ותאפשר לגופים סיטונאיים מובהקים (דוגמת חברת תנובה) "להלבין" עצמם ולחסות תחת הפטור החקלאי, גם במקרים בהם הגידול החקלאי הוא אחוז מזערי מכלל פעילותם ויש להם זיקה משמעותית בהרבה למקטע השיווק הסיטונאי.

³ וזאת נוסף על הטעם הנוגע להיות המועצה חלק מהקרטל – טעם אשר סיכומים אלו אינם מתמקדים בו.

14. דומה כי גם בית המשפט הנכבד ראה למול עיניו את האינטרס הרוחבי הקיים בגיבוש פרשנות נכונה לתיקון מס' 14, בכותבו במסגרת החלטתו מיום 20.6.18 (עמ' 7): **"יש להביא בחשבון שהתובענה הייצוגית נוגעת בסוגיה רלוונטית לכלל הציבור בישראל"**.

ב. הפטור החקלאי: רקע היסטורי, והכשלים שנוצרו בגינו

ב.1. הפטור החקלאי - כללי

15. במדינות רבות ניתן למצוא התייחסות מיוחדת לתחום החקלאות במסגרת חוקי קידום התחרות וההגבלים העסקיים. ככלל, ישנם טעמים עניינים בהגנה על ציבור החקלאים-המגדלים באמצעות מתן לגיטימציה להסכמים כובלים בין המגדלים לבין עצמם. זאת, לאור המאפיינים המיוחדים של ענף החקלאות – המספר הרב של מגדלים, חוסר יכולת אובייקטיבית להתאים את ההיצע בטווח הקצר, ובפרט העובדה שמדובר בתוצרת עונתית ומתכלה. **ההסדרים הנובלים מאפשרים לחקלאים-המגדלים לתאם ביניהם את הסדרי השיווק לפינוי עודפים וגורמים להם להתארגן יחד על מנת לחזק את כוח המיקוח שלהם מול קוני התוצרת (רשתות שיווק וסיטונאים).**

16. בישראל, מסיבות היסטוריות, המחוקק לקח את "הפטור החקלאי" צעד אחד קדימה – והחיל אותו **לא רק על מגדלי התוצרת אלא גם על המשווקים הסיטונאים (ובשלב מוקדם יותר של החקיקה: גם על המשווקים הקמעונאים)**. זאת, כחלק ממדיניות ארוכת שנים של מעורבות אינטנסיבית בתכנון ענפי החקלאות השנים (מדיניות הכוללת גם את הקמת המועצות החקלאיות השונות, התערבות בקביעת המחירים, הקצאת מכסות ייצור, הגבלת הייבוא והייצוא ועוד).⁴

17. **ברבות השנים, הביאה עובדה זו לעיוות מבני, אשר פגע גם בסקטור החקלאים המגדלים וגם בציבור הרחב.**

18. כמעט בכל שוק ישנו ניגוד עניינים מובנה בין האינטרסים של היצרנים לאינטרסים של המשווקים – שהרי כל אחד מהצדדים מעוניין למקסם את רווחיו באמצעות הקטנת רווחי חברו. במקרה של השוק החקלאי בישראל נטייה זו מובאת לקיצוניות, שכן השוק בנוי כך שיש הרבה יצרנים ומעט

⁴ ראו: רד דשא "הפטור החקלאי בחוק ההגבלים העסקיים: מחקר השוואתי והרהורים על היקף תחולת הפטור" הפרקליט נא 349, 367 (התשע"א) (להלן: "רד דשא") – המאמר זמין בלינק:

<http://www.hapraklit.co.il/Uploads/dbsAttachedFiles/ptorhakrai.pdf>

"כל אלה הובילו למצב שבו נדרשה התערבות ממשלתית בדמות יד מכוונת אשר מטרתה לווסת את השוק החקלאי ולהסדירו. שאיפת הממשלה הייתה להגן על ענפים חלשים ולווסת את השוק באמצעות מדיניות מכוונת שנועדה להסדיר את הפעילות השוטפת בענפי החקלאות השונים על מנת למנוע מצב שבו ענפי החקלאות נשלטים על ידי כוחות השוק בלבד. זאת, במטרה להבטיח את כדאיותם הכלכלית ואת המשך הפעילות היצרנית המקומית וגם על מנת לבסס רמה מסוימת של עצמאות באספקת מזונותיה של המדינה. הנחת היסוד הייתה כי מאחר שמדובר בתוצרת אשר תוחלת החיים שלה קצרה, נדרש, מחד גיסא, "שיווק מהיר" שלה, אך מאידך גיסא, היכולת לווסת את שיווקה מוגבלת וכך גם מכירתה. כיוון שכך, תיאום מהלכי הייצור והגידול השונים: תכנון מועדי זריעה וגידול, היקף הגידולים לרבות זני הגידול וסוגיהם, כמו גם תיאום השיווק בין המגדלים לבין המשווקים ובין המשווקים עצמם: היקפי הרכישה, השווקים שבהם תופץ התוצרת וחלוקת נתחי שוק – הם תנאי לקיומו של ענף יצרני זה.

על כן, ועל מנת לאפשר לסקטור החקלאי לווסת את כמויות הגידול והשיווק כדי למנוע תנודות חדות בכמות התוצרת החקלאית, ביחס שבין ביקוש להיצע ובמחירה של התוצרת בעונות השנה השונות, הוחלט על מדיניות של מעורבות ממשלתית חריגה יחסית, שמטרתה תכנון, הכוונה ופיקוח של השוק החקלאי."

מאוד קונים (אוליגופסוניסטי), ולכן למשווקים יש יכולת התארגנות וכוח רב הרבה יותר ביחס ליצרנים-המגדלים.

19. לאור המאפיינים הייחודיים של השוק, המגדל הוא החוליה החלשה ובעלת כוח המיקוח הקטן ביותר בשרשרת הייצור והשיווק של התוצרת החקלאית. **העובדה שהפטור החקלאי חל, עקב עיוות היסטורי, גם על סיטונאים – פגע בראש ובראשונה בציבור המגדלים (שעליהם מלכתחילה נועד הפטור החקלאי להגן!).**

20. זאת ועוד: **ככל שכוחם של המשווקים גדל, כך נפגע גם ציבור הצרכנים הרחב** – שכן התאגדותם של הסיטונאים מאפשרת להעלות את פערי התיווך ולהעלות את מחיריהם של מוצרי התוצרת החקלאית (אשר ככלל, הביקושים לה קשיחים).

21. במילותיה התמציתיות של ורד דשא, אשר נכתבו טרם תיקון מס' 14:

"הענקת הפטור למשווקים מרעה עם המגדלים אשר מקבלים תמורה נמוכה על תוצרתם ובמקביל פוגעת בצרכנים אשר משלמים מחיר גבוה עבור התוצרת".⁵

2.2. סעיף הפטור בחוק והניסיונות לצמצום

22. במהלך השנים ניכרת מגמה ברורה ומדורגת של צמצום תחולת הפטור החקלאי:

א. **חוק ההגבלים העסקיים הישן** (חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959) (להלן: "**החוק הישן**") קבע בסעיף 8 נוסח רחב מאוד של "הפטור החקלאי", הן מבחינת סוג ההסדר הרלוונטי והן מבחינת הצדדים הרלוונטיים אשר יכולים ליהנות ממנו. הפטור חל על כל הסדר שנוגע לגידולי שדה (נוסח רחב ביותר), וחל על "יצרנים או משווקים" כך שכלל כל "משווק" באשר הוא, ואפילו משווקים קמעונאיים.

ב. **בשנת 1963, במסגרת תיקון מס' 2 לחוק הישן**, צומצם נוסח הסעיף כך שיוציא מתחולתו משווקים קמעונאיים ויחול רק על "יצרנים או משווקים בסיטונות". גם הנוסח הנוגע לסוג ההסדר שונה באופן שהבהיר כי הסעיף נועד לחול רק על חקלאות מקומית ("לתוצרת מקומית או לגידול מקומי"), באופן המחריג תוצרת חקלאית שמקורה ביבוא.⁶

ג. **בחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 המקורי** (כנוסחו לפני תיקון מס' 14) נעשה צמצום נוסף של סעיף הפטור, בחלק הנוגע לסוג ההסדר⁷ – לא עוד הנוסח הרחב העוסק בהסדר "שכבילותיו נוגעות לתוצרת מקומית וכי", אלא פירוט ספציפי של שני עניינים בהם יכול לעסוק ההסדר הפטור: גידול ושיווק: "הסדר שכל כבילותיו נוגעות לגידול ושיווק של תוצרת חקלאית מגידול מקומי".

23. הווי אומר – עוד לפני חקיקת תיקון מס' 14 ניכרה מגמה ברורה של צמצום תחולת הפטור החקלאי; ברם, גם לאחר הצמצום המדובר, הפטור החקלאי עדיין כלל את הסיטונאים – על אף שאלה כללו

⁵ ורד דשא, שם, עמ' 386.

⁶ ראו: עפ 7014/06 מדינת ישראל נ' אהרון לימור (פורסם בנבו; 4.9.07), פסקה 12 לפסק דינו של כב' השופט גיובראן (להלן: "עניין לימור").

⁷ זאת בניגוד לנטען בסעיף 75 לתשובת המשיבות לבקשת האישור.

גופים עסקיים שלא עסקו כלל בגידול תוצרת חקלאית, ועל אף ניגוד האינטרסים בינם לבין האינטרס של המגדלים, והנזק שנגרם בשל כך הן למגדלים והן לציבור הצרכנים.

- השוואת שלושת נוסחיו הראשונים של סעיף הפטור צורפה לבקשת ההצטרפות **כנספח 1**.

24. **כבר בשלב זה, זמן רב לפני תיקון מס' 14, היה ברור לכל כי אין כל הצדקה להכללתם של סיטונאים תחת הפטור החקלאי.** נביא בעניין זה מתוך דבריו הנכוחים של הממונה על ההגבלים העסקיים לשעבר, דוד תדמור, בישיבת ועדת הכספים של הכנסת מיום 6.12.1999:

"כאשר מסתכלים בפרקטיקה הנוהגת בעולם מגלים, למשל, שאותן הסכמות ואותם אישורים לא חלים על קביעת מחירים, לא חלים על שיווק מוצרים.

אני רוצה להזכיר שעד תחילת שנות ה-70, הפטור שקיים כאן חל גם על תוצרת קמעונאית. אפשר היה להתקרטל באופן חופשי וחוקי גם בשיווק תוצרת קמעונאית. הפטור הזה בוטל ב-1971.⁸ היום הוא עדיין קיים על שיווק סיטונאי.

אני לא מכיר אף סיבה לגיטימית, ולו אחת, שמכוחה גופים משווקים יכולים ליצור להם קרטל מחירים בתחום החקלאות, ולצאת נקיים כאילו לא אירע דבר."

25. ואכן, בשנים הבאות נעשו ניסיונות רבים לסייג ולצמצם את הפטור החקלאי כך שלא יכלול עוד את המשווקים הסיטונאיים. ברם, על אף שהיו אלה יוזמות חקיקה ממשלתיות, אשר נתמכו בהחלטות ממשלה, ונעשו לאורך תקופה של עשור – כל יוזמות החקיקה התנפצו אל מול "הלובי החקלאי" אשר עמד איתן כנגדן, ולא התגבשו לכדי חקיקה.

26. נצטט בעניין זה מתוך מאמרה של ורד דשא:

"במהלך השנים נעשו ניסיונות רבים לצמצם את תחולת הפטור ולהוציא מתוכו את המשווקים הסיטונאיים:

א. **ביום 22 באוגוסט 1999** קיבלה ממשלת ישראל את החלטה מס' 152 שלפיה יצומצם הפטור מהסדר כובל החל על משווקים סיטונאיים. [...]

ב. **ביום 16 בספטמבר 2000** קיבלה ממשלת ישראל את החלטה מס' 2209 שעל פיה יצומצם הפטור, כאמור בהחלטה מס' 152.

ג. בהחלטה מס' 837 **מיום 15 בספטמבר 2003** החליטה שוב הממשלה על צמצום הפטור על פי החלטה מס' 152.

ד. בהחלטה מס' 2309 **מיום 30 ביולי 2002** (שנה קודם לכן), בדבר הגברת התחרות במשק, קיבלה ממשלת ישראל החלטה שלשונה כדלקמן:

"מחליטים: לתקן את סעיף 3(4) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, באופן שיצומצם הפטור מתחולת החוק [...]"

ה. **ביום 15 באוגוסט 2004**, בהחלטה מס' 2434, קבעה הממשלה כי יבוצעו תיקוני החקיקה הדרושים לשם הקטנת פער התיווך הסיטונאי בענפי החקלאות בדרך של הגבלת הפטור הקבוע בסעיף 3(4) לחוק ההגבלים העסקיים.

ו. בהחלטה מס' 444 **מיום 12 בספטמבר 2006**, שעניינה עידוד התחרות בשיווק תוצרת חקלאית צמחית, שוב החליטה הממשלה על צמצום תחולת הפטור הקבוע בסעיף 3(4) לחוק.

ז. **בהצעת חוק התקציב לשנת 2007** שוב החליטה הממשלה לאשר את צמצום

⁸ ככל הנראה מדובר בטעות, שכן כאמור החרגת המשווקים הקמעונאיים נעשתה כבר בשנת 1963.

הפטור, תוך שהיא מאזכרת את החלטה מס' 444 מיום 12 בספטמבר 2006 [...].
ח. **בהצעת חוק התקציב לשנת 2008** שוב החליטה הממשלה לצמצם את תחולת הפטור [...].

אלא שאף על פי כן, אף אחת מן ההצעות הנזכרות לעיל לא אושרה בכנסת."

27. התיאור הנ"ל מלמדנו על עוצמתו של האינטרס הכלכלי האדיר שהיה לגופי השיווק הסיטונאי בהתמשכותו של הפטור החקלאי.⁹ **אינטרס כלכלי זה בא לידי ביטוי באופן מובהק, בין היתר, באירועים נשוא בקשת האישור בהליך שבכותרת – אשר כיוונה זרקור על האופן בו אחד מבין אותם קרטלים, שהתיימרו לפעול בחסות החוק, הזיק לכיסו של הציבור בהיקף של עשרות מיליוני שקלים, ולרוע המזל המשיך לעשות כן גם לאחר שהמחוקק הצליח סוף לעמוד בפרץ ולצמצם את תחולת הפטור החקלאי.**

ג. המחאה החברתית ותיקון מס' 14 לחוק

ג.1. הנסיבות שהובילו לתיקון מס' 14

28. ההזדמנות לתיקון נוסחו של סעיף הפטור החקלאי נקרתה לבסוף בעקבות המחאה החברתית אשר פרצה בשנת 2011, על רקע יוקר המחיה המאמיר.

29. המחאה החברתית הביאה לעיסוק ציבורי מוגבר וחסר תקדים בגורמים השונים ליוקר המחיה בישראל, דוגמת הריכוזיות במשק. הלחץ הציבורי שנוצר על מקבלי ההחלטות, לצד שינוי השיח הציבורי והתקשורתי, הביאו למינוי ועדות שונות וגופים שונים, ובמקרים מסוימים אף לחקיקת חוקים, שמטרתם לטפל בגורמים ליוקר המחיה, ובכלל זאת בתחום המזון. **במסגרת פעילות זו, יוחד הדיבור, בין השאר, לצורך בתיקונו של סעיף הפטור החקלאי.**

30. בהקשר זה תציין התנועה את דוח הוועדה לשינוי כלכלי חברתי ("ועדת טרכטנברג")⁹, אשר הוגש לראש הממשלה ביום 11.9.2010. הדוח ציין את הפטור מחוק ההגבלים העסקיים אשר ניתן לענף החקלאות, כאחד הגורמים להתייקרות החדה במחירי המזון:

"ענף זה הוא אחד הענפים בהם ניתוח יוקר המחיה לעיל מגלה את כשלי התחרות הגדולים ביותר. [...] על סמך ניתוח מפורט שערכה הוועדה, ההסבר לממצאים אלו מצוי, בין היתר, ברמת הריכוזיות הגבוהה במקטע הייצור/הייבוא של מוצרי המזון במשק הישראלי ובהגנות מפני תחרות, הן הגנות מכסיות והן הגנות אחרות, שמעניקה המדינה לענף מזה שנים רבות. החל בחוקי ההסדרה של ענפי הגידול החקלאי והפטור מחוק ההגבלים העסקיים וכלה במכסי מגן גבוהים במיוחד ומכסות יבוא קבועות."

⁹ ייתכן עוד, כי העובדה שהתיקון כשל מלהתקבל בכנסת קשורה לעובדה שלאורך תקופות ארוכות ועדת הכלכלה נשלטה על ידי חברי כנסת מסיעת העבודה, אשר באופן מסורתי תומכת בעמדת "הלובי החקלאי" – המייצג בעיקר את הגופים הגדולים והחזקים ופחות את החקלאים-המגדלים הקטנים.

¹⁰ הפרק הרלוונטי זמין בלינק: <http://www.teammanuel2011.org.il/wp-content/uploads/2011/09/%D7%AA%D7%97%D7%A8%D7%95%D7%AA%D7%99%D7%95%D7%AA-%D7%95%D7%99%D7%95%D7%A7%D7%A8-%D7%94%D7%9E%D7%97%D7%99%D7%94.pdf>

31. בהקשר זה יש לציין גם דוח בנושא "מחירי הפירות והירקות בישראל ובמדינות אירופה" אשר הוכן על ידי מרכז המחקר והמידע של הכנסת והוגש לוועדת הכלכלה ביום 11.2.12. לאחר שהדוח דן בריכוזיות הגבוהה בתחום רשתות השיווק, צוין הפטור החקלאי כאחד מן הגורמים לרמת הריכוזיות בענף התוצרת החקלאית, ונאמר כי המדינה נערכת לשינוי חקיקה בנושא:

"נוסף על רמת הריכוזיות הגבוהה בשוק רשתות השיווק בישראל, מגזר שיווק התוצרת החקלאית פטור מדיני הגבלים עסקיים, והדבר מוסיף לרמת הריכוזיות בענף. [...]"

הפטור הניתן היום הן לחקלאים והן לסיטונאים מפחית את כוחם של החקלאים ומחזק את כוחם של המשווקים, שעומדים ממילא בעמדת כוח. הפחתת המחיר על-ידי המשווקים – רשתות השיווק, אשר קשורות בחברות סיטונאיות – אינה מתורגמת להורדת המחיר לצרכן, אלא מעלה את כוחם של המשווקים והקמעונאים בענף.

בשנים האחרונות הכניסה הממשלה סעיף להצעת חוק ההסדרים לביטול הפטור למשווקים של תוצרת חקלאית, אולם סעיף זה לא אושר בכנסת. משרד החקלאות והרשות להגבלים עסקיים נתונים בימים אלו בדיונים למציאת פתרונות ולשינוי המצב."

32. בהמשך לאמור, המלצות הדו"ח הסופי של הצוות לבדיקת התחרותיות והמחירים בשוק מוצרי המזון והצריכה ("ועדת קדמי"), אשר הוגש ביום 18.7.12 לשרי התמ"ת והאוצר,¹² המליצו באופן חד משמעי (בעמוד 19) על צמצום היקפו של הפטור החקלאי:

"המקטע החקלאי בישראל פועל תחת רגולציה והינו מסודר ומנוהל. הצוות סבור כי יש לפעול לצמצום היקפו של הפטור החקלאי המאפשר לבצע הסדרים כובלים".

33. המלצות דוח ועדת קדמי אומצו בהחלטת הממשלה מס' 5176 מיום 21.10.12¹³ ובמסגרתה נאמר:

"9. לשם הגברת התחרות במגזר החקלאי, הממשלה רושמת את הודעת הממונה, כי פרסם בתוך 30 יום ממועד קבלת החלטה זו, טיוטת תזכיר חוק לצמצום סעיף 4)3 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"א-1988, אשר חל כיום גם על כל המשווקים בסיטונות של תוצרת חקלאית. התזכיר יפורסם לאחר התייעצות עם משרד החקלאות ופיתוח הכפר."

34. על רקע התפתחויות אלו, ביום 10.2.13 פרסם הממונה על ההגבלים העסקיים תזכיר חוק בעניין תיקון סעיף הפטור החקלאי. במסגרת סעיף 77 להצעת חוק לשינוי סדרי עדיפויות לאומיים (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנים 2013 ו-2014), התשע"ג-2013 ("הצעת החוק"), אשר פורסמה ביום 11.6.13, נכלל נוסח הזהה במהותו לתזכיר החוק, למעט מספר שינויים סמנטיים.¹⁴

35. התיקון שהוצע במסגרת הצעת החוק כלל שלושה רכיבים עיקריים:

¹¹ הדוח זמין בלינק: <https://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02990.pdf>

¹² הדוח זמין בלינק: <http://economy.gov.il/publications/publications/documents/kedmireport2012.pdf>

¹³ החלטת הממשלה זמינה בלינק:

<http://www.pmo.gov.il/Secretary/GovDecisions/2012/Pages/des5176.aspx>

¹⁴ יצוין כי ביום 31.7.13 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק פרטית של ח"כ מיקי רוזנטל: "הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון – פטור לתוצרת חקלאית), התשע"ג-2013" ("הצעת החוק הפרטית"), הדומה במהותה ובפרטיה להצעת החוק הממשלתית. הדיון בשתי הצעות החוק אוחד מאוחר יותר בהחלטת ועדת הכנסת מיום 21.1.14.

- א. האחד, שינוי מיקום המונח "בסיטונות" כך שיחול לא על הצדדים להסדר (מגדלים או משווקים בסיטונות") כי אם על סוג ההסדר ("שכל כבילותיו נוגעות לגידול ושיווק בסיטונות");
- ב. השני, התרת שני סוגים בלבד של הסדרים כובלים – או בין מגדלים לבין עצמם, או בין המגדל של תוצרת חקלאית לבין הרוכש של אותה תוצרת בהסדר שנוגע לשיווק בסיטונות, ולמעט הסדר בין משווקים בסיטונאות לבין עצמם;
- ג. השלישי, הוספת הגדרה של המונח "מגדל", לפי אחת מארבע חלופות, שמטרתן להבטיח כי אכן מדובר במי שעיסוקו כחקלאי-מגדל הוא עיקרי.

• תזכיר החוק צורף לבקשת ההצטרפות **כנספח 2**.

• הודעה לעיתונות שפרסמה הרשות יום לאחר פרסום התזכיר צורפה לבקשת ההצטרפות **כנספח 3**.

• הצעת החוק צורפה לבקשת ההצטרפות **כנספח 4**.

36. וכך נכתב בדברי ההסבר להצעת החוק האמורה:

"הפטור הסטטוטורי הקבוע בסעיף 3(4) לחוק ההגבלים הוא רחב מידי, באשר הוא חל, שלא לצורך, גם על הסדרים כובלים לשיווק תוצרת חקלאית, בין מי שהם אינם מגדלי התוצרת אלא משווקים בסיטונות.

מצב זה הוא בלתי מידתי והוא פוגע שלא לצורך בתחרות ובציבור צרכני התוצרת החקלאית ואף בציבור המגדלים. ההצדקות העקרוניות לפטור הסטטוטורי ביחס לגידול תוצרת חקלאית ולהגנה על פעילות החקלאים אינן קמות ביחס לפעילות השיווק לבדה, באמצעות גופים עסקיים לחלוטין, שאינם חקלאים.

לפיכך מוצע לצמצם את הפטור הקיים כיום בסעיף 3(4) לחוק ההגבלים, ולקבוע כי יחול רק על הסדר שכל כבילותיו נוגעות לגידול ושיווק בסיטונות של תוצרת חקלאית שכל הצדדים לו הם המגדלים של התוצרת החקלאית שאליה נוגע ההסדר או שהם מגדל אחד או יותר ורוכש תוצרת חקלאית של אותו מגדל או של אותם מגדלים" (בעמ' 762; פורסמה ביום 11.6.2013).

37. להשלמת התמונה, נציין כי במקביל לדיוני ועדת הכלכלה בתיקון מס' 14 התקיימו בין חודש דצמבר 2013 לחודש מרץ 2014 דיוניה של ועדה משותפת לוועדת הכלכלה ולוועדת הכספים, אשר דנה ואישרה את החוק לקידום התחרות בענף המזון, תשע"ד-2014 (להלן: "חוק המזון"). מטרת חוק זה, אשר התבסס על מסקנות ועדת קדמי, הייתה הגברת התחרותיות במשק והורדת יוקר המחיה, בדגש על מקטע השיווק לצרכן, תוך התמקדות בהחלשת כוחם המונופוליסטי של ספקים גדולים וקמעונאים גדולים (כרשתות השיווק). בהקשר זה יוער כי, כפי שיפורט להלן, אין שחר לטענת המשיבות כאילו "על הכוונת" של תיקון מס' 14 עמדו רשתות השיווק (סעיף 118 לתשובה לבקשת האישור) – המחוקק התמודד עם הכשלים שנוצרו בשוק הקמעונאי במסגרת חוק המזון, ואילו תיקון מס' 14 העמיד במוקדו את המשווקים הסיטונאיים.

2.ג. הדיונים בהצעת החוק ומעורבותה של התנועה

38. הצעת החוק המתקנת נדונה במסגרת שלושה דיונים בוועדת הכלכלה: ביום 6.1.14, ופעמיים ביום 5.3.14 ("הדיונים").

39. התנועה, אשר כאמור לעיל עוסקת באופן נרחב בנושאים הקשורים לריכוזיות, לכשלי שוק ולהסדרים מבניים במשק המדינה, נערכה לדיונים אלו והשתתפה בהם באופן פעיל.

40. בין היתר, לקראת הדיון הראשון בהצעת החוק, פרסמה התנועה, בשיתוף עם תנועות אזרחיות נוספות, נייר עמדה מפורט, בו הוצגה עמדת התנועה ביחס לתיקון המוצע. התנועה הצביעה על העובדה שהצעת החוק "אנמית" מדי בצעדים שהיא נוקטת לצמצום הפטור החקלאי, ופירטה את הצעדים הנחוצים לדעתה על מנת לתת מענה לכשלים שטמונים בהצעת החוק.¹⁵

• נייר העמדה מיום 5.1.14 צורף לבקשת ההצטרפות **כנספח 5**.

41. בדיונים עצמם נכחו נציגים מטעם התנועה, ומנהלת המחלקה הכלכלית של התנועה, עו"ד נילי אבן-חן, אף הציגה בפני חברי הכנסת והנוכחים את עמדת התנועה ואת השינויים הנדרשים בהצעת החוק. לצד פעילותם בדיונים, נפגשו נציגי התנועה גם עם חברי כנסת, במטרה להסביר להם על אודות הכשלים הנובעים מן הפטור החקלאי ולשכנעם לתמוך בצמצום הפטור.

42. למותר לציין כי כנגד עמדת התנועה, וארגונים חברתיים וצרכניים אחרים, הופעלו לחצים כבדים מצד ארגוני המשווקים והמועצות החקלאיות, אשר חששו מפני צמצום הפטור ועשו מאמצים כבירים על מנת "למסמס" את הצעת החוק – כפי שעלה בידם לעשות במשך עשרות השנים הקודמות. ואכן, בשלב מסוים בין הדיון הראשון לבין דיוני ההמשך, התפרסמו ידיעות על כך שהלובי החקלאי מטיל את מלוא כובד משקלו ונציגיו נפגשים עם נציגי רשות ההגבלים העסקיים וחברי ועדת הכלכלה במטרה להגיע לנוסח "מרוכך" של התיקון.

• אורה קורן, "הלובי החקלאי נגד הממשלה: מנסה לצמצם את החלת חוק ההגבלים על הענף", *The Marker*, 6.2.14, הכתבה צורפה לבקשת ההצטרפות **כנספח 6**.

• אורה קורן, "ביטול הפטור לסיטונאים מחוק ההגבלים טוב לחקלאים ולצרכנים, *The Marker*, 9.2.14, הכתבה צורפה לבקשת ההצטרפות **כנספח 7**.

43. יצוין כי פרסומים אלו ממחישים את הקשר ההדוק בין סעיף הפטור החקלאי לבין ההסכם המכונה **קרטל הפטם**, נושא בקשת האישור: על פי הפרסום מיום 6.2.14, מחירי העוף זינקו בסוף 2012 ב-40%, מכוח הסדר כובל שזכה לחסות תחת הפטור החקלאי – ועובדה זו נקשרה להתנגדות לתיקון סעיף הפטור אותה ביטאו הקיבוצים, "שמחזיקים בגופים עסקיים שיש להם פעילות המשכית לגידולים חקלאיים, כמו גרנות ומילואות".¹⁶

44. התנועה הוסיפה ופעלה אפוא אל מול חברי הכנסת הרלוונטיים, חברי ועדת הכלכלה, ושלחה אליהם מכתב בו הדגישה כי הגורמים המתיימרים לדבר בשם החקלאים (קרי "הלובי החקלאי") – אינם למעשה מייצגים את ציבור המגדלים, אלא את גורמי השיווק הסיטונאי, וכי ציבור המגדלים דווקא תומך בצמצום סעיף הפטור.

• מכתב לחברי הכנסת מיום 13.2.14 צורף לבקשת ההצטרפות **כנספח 8**.

¹⁵ בהקשר זה ציינה התנועה כי יש לבצע שינויים משמעותיים בהצעת החוק, כמפורט בהערות שוליים 14 לבקשת ההצטרפות.

¹⁶ מילואות הוא קואופרטיב המחזיק במשיבה 9 - מילועוף.

45. יצוין כי לפני קיום הדיונים הנוספים ביום 5.3.14, פורסם נוסח מעודכן של הצעת החוק על ידי רשות ההגבלים העסקיים, שהינו קרוב ביותר לנוסח אשר עוגן בחוק הסופי. נוסח רשות ההגבלים צורף

- נוסח רשות ההגבלים העסקיים לדיון ב-5.3.14 צורף לבקשת ההצטרפות כנספח 9.

3.ג. נוסח החוק הסופי

46. באופן גס, ניתן לחלק את סעיף הפטור המתוקן לשני חלקים: חלקו הראשון מגדיר שלושה סוגי הסדרים עליהם חל הפטור (ס"ק (4)(א) עד (4)(ג)), וחלקו השני מגדיר את סוגי הצדדים אשר יכולים ליהנות מהפטור (ס"ק (4)(ד)). **נמצא, כי כדי לצלוח את מבחני הסעיף ולחסות תחת הפטור החקלאי, נדרש:**

(א) **כי הצדדים להסכם יהיו אלה שהסעיף נועד לחול עליהם; ו-**

(ב) **כי ההסדר עצמו יהיה מאחד משלושת הסוגים הנזכרים בסעיף (ובכל מקרה, עליו לעסוק ב"תוצרת חקלאית").**

47. באשר לסוגי ההסכמים, נקבע כי הפטור יחול רק על אחד משלושה סוגי הסכמים,¹⁷ אשר רק השניים הראשונים מתוכם רלוונטיים לענייננו¹⁸ (סעיפים 3(4)(א) (1) ו-3(4)(א) (2) לחוק; להלן, בהתאמה: "חלופת ההסדר הראשונה" ו"חלופת ההסדר השנייה"):

(1) הסכם שהצדדים לו הם המגדלים של כלל התוצרת החקלאית בה עוסק ההסדר;

(2) הסכם שהצדדים לו הם מגדלים של תוצרת חקלאית מהסוג בו עוסק ההסדר – תוך שנקבע כי הפטור לא יחול במידה ואחד מהצדדים להסדר, או צד קשור לו, הוא סיטונאי של תוצרת מהסוג בו עוסק ההסדר ומרבית התוצרת שהוא משווק מקורה במגדלים שאינם צד להסדר.

48. יובהר כבר כעת, כי חלופת ההסדר השנייה מנוסחת באופן רחב יותר מחלופת ההסדר הראשונה, והאמור בה חל אפוא על כל מצב בו אחד מחברי ההסדר איננו רק מגדל אלא גם משווק סיטונאי (או קשור במשווק סיטונאי) – בעוד שחלופת ההסדר הראשונה רלוונטית רק מקום בו מדובר במגדלים שאינם משווקים.

¹⁷ בהקשר זה ציין היועץ המשפטי של הרשות, עו"ד אורי שוורץ, בדיון הראשון מיום 5.3.14:

"יש לנו בעצם שלוש קבוצות:

קבוצה מספר 1 מדברת על הסדר שבו הצדדים הם המגדלים שעושים את ההסדר על התוצרת שהם עצמם מגדלים. זאת אומרת קבוצה של מגדלים התאספה – כל אחד מביא את מה שהוא גידל, ועל זה הם עושים ההסדר.

סעיף (2) מדבר על מצב קצת שונה. זאת אומרת כשחקלאים עושים את ההסדר לא רק על התוצרת שהם עצמם מגדלים. [...] אנחנו יודעים שבתעשייה הזאת יש ביזנס של משווקים שהם אולי קצת מגדלים, אבל הם עושים עוד הרבה דברים, למשל משווקים דברים שאין להם שום קשר אליהם. זה אנחנו רוצים להגביל. לכן הסעיף הזה מסייג ומגביל את היכולת של משווקים סיטונאים לקחת חלק בהסדרים מהסוג הזה.

סעיף (3) הוא בעצם הסעיף האנכי. הוא מגדיר שהפטור חל, כמובן, על הסדרים אנכיים – מה שנקרא, הסדרים בין המגדל לבין המשווק."

¹⁸ החלופה השלישית עוסקת בהסדר בין מגדל לרוכש – סעיף 3(4)(א) (3).

49. באשר להגדרת ה"מגדל" – נקבעה בסעיף 3(4)(ד) הגדרה שכללה שתי חלופות (כפי שיפורט להלן בחלק הבא): **חקלאי בשר ודם או "תאגיד מגדלים"** (להלן, בהתאמה: **"חלופת המגדל הראשונה"** ו"**חלופת המגדל השנייה**"):

(1) "מי שעוסק בגידול תוצרת חקלאית לשיווק" – חלופה זו מתייחסת לחקלאי הבודד והבלתי מאוגד, העוסק בגידול תוצרת חקלאית (להלן: **"חקלאי-מגדל"**).

(2) **"תאגיד מגדלים"** המוחזק בשיעור של 75% לפחות ע"י מגדלים. חלופה זו מתייחסת לתאגיד, בין אם הוא עצמו עוסק בגידול תוצרת חקלאית ובין אם לאו, והוא נדרש לעמוד בתנאים המצטברים הבאים:

(א) התאגיד לא יישלט ע"י מי שאינו חקלאי-מגדל; וגם:

(ב) התאגיד לא יוחזק בשיעור כלשהו על ידי משווק (סיטונאי או קמעונאי) שאינו חקלאי-מגדל; וגם:

(ג) במקרה שהתאגיד עוסק בשיווק סיטונאי ויש לו בעל שליטה – בעל השליטה יהיה המגדל של רוב התוצרת המשווקת על ידי התאגיד.

50. תיקון מס' 14 התקבל בכנסת, פורסם בספר החוקים ביום 26.3.14 ונכנס לתוקף ביום 26.3.15.

ד. יישום בענייננו והיעדר תחולת הפטור על המשיבות

ד.1. המשיבות הודו בהודאת בעל דין שקרטל הפטם היה הסדר כובל

51. בטרם נפנה לבחינת הוראות סעיף הפטור החקלאי המתוקן ויישומן בנסיבות העניין, יודגש כי הדברים להלן נאמרים למען הזהירות בלבד, ועל פניו אין בהם צורך – זאת, שכן **המשיבות עצמן העידו בזמן אמת, בכתב ובמעשה, בהודאת בעל דין, כי אפילו לשיטתן (וכמו כן: לשיטת רשות ההגבלים העסקיים כפי שנודעה למשיבות בזמן אמת) קרטל הפטם נחשב להסדר כובל לאחר כניסתו לתוקף של תיקון הפטור החקלאי.**

52. **הדבר עולה באופן ישיר מעצם הגשת בקשת הפטור על ידי המשיבות לרשות ההגבלים העסקיים.** לו היה ההסדר חוסר תחת הפטור החקלאי, לא היה כל צורך להגיש בעניינו בקשה לפטור מאישור בית הדין, לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, שכן הוא לא היה נחשב כהסדר כובל.¹⁹ עצם הגשת בקשת הפטור מוכיחה אפוא כי המשיבות ידעו שקרטל הפטם אינו חוסה תחת הפטור החקלאי, ולפיכך סברו שיש צורך לאשרו על ידי בקשת פטור (שלבסוף לא ניתן להן). **הדבר מהווה הודאת בעל דין ברורה וחד משמעית.**

53. מעבר לכך – מן האמור בבקשת הפטור עצמה, עולה כי במועד הגשתה (כשנה לאחר חקיקת תיקון מס' 14) **המשיבות ידעו כי גם רשות ההגבלים העסקיים סבורה שקרטל הפטם מהווה הסדר כובל.**

¹⁹ בהתאם להוראות סעיף 3 רישא לחוק ההגבלים העסקיים, לפיו הסדר העומד בהוראות אחד מחריגי סעיף 3 אינו נחשב להסדר כובל.

כך, בסעיף 14 לבקשת הפטור (נספח 5 לתשובה לבקשת האישור) ציינו המשיבות במפורש כי רשות ההגבלים העסקיים הבהירה למשרד החקלאות כי –

”כל עוד לא התקבל התיקון לחוק המועצה לענף הלול יש לפנות בבקשה פרטנית לקבלת פטור מאישור הסדר כובל להסכם במתכונתו הנוכחית, ולא ניתן להכשירו באמצעות סעיפים 3(1) ו-3(4) לחוק ההגבלים העסקיים”.

54. יודגש כי בניגוד למצג שמנסות המשיבות להציג, המשיבות לא קיבלו בשום שלב את אישור הרשות לחוקיותו של ההסדר. ההיפך הוא הנכון – מכתבו של עו”ד ברקוביץ מהרשות מיום 30.6.15 זכה מפורשות את בקשת המשיבות להימנע מנקיטת צעדי אכיפה עד מועד תום ההסדר או עד הסדרת החקיקה בנושא.²⁰

55. הרשות הסכימה להימנע מנקיטת צעדי אכיפה באופן זמני ותחום, רק עד מועד החלטת הממונה בבקשת הפטור או כל החלטה אחרת, לפי המוקדם. מנספחי בקשת האישור עולה כי (א) הרשות מתחה ביקורת על כך שבקשת האישור הוגשה בשיהוי רב ו-(ב) עו”ד ברקוביץ מהרשות ביקש, כבר בשיחה עם ב”כ המשיבות מיום 2.6.15,²¹ את התייחסות המועצה בדבר השאלה האם ההסדר עומד ביתר התנאים המנויים בסעיף הפטור החקלאי – קרי בנוגע לעמידתן של המשיבות 2-15 ושל ההסדר בתנאי הסעיף; לאחר מכן נאלץ לתזכר אותם מספר פעמים; עד שכחלוף כארבעה חודשים מהגשת הבקשה, המועצה הודיעה במפתיע על משיכת הבקשה.

56. לו היו המשיבות 2-15 סבורות בזמן אמת, כטענתן כיום, כי הן עומדות בתנאים השונים המפורטים בסעיף הפטור החקלאי – מדוע הן העדיפו לגרור רגליים במשך חודשים 14? ובעיקר – מדוע נמנעו ממתן מענה ישיר לבקשת ההבהרה של הרשות בנוגע לעמידתן בתנאי הסעיף? ולא זו בלבד, אלא שאף העדיפו למשוך את בקשת הפטור (!) ובלבד שלא ייאלצו להציג בפני הרשות את פרשנותן לסעיף ולהבהיר אם הן חוסות תחתיו?

57. אין זאת אלא שהמשיבות ידעו היטב שפרשנותן לסעיף, אשר מבקשת להסתייע בו על מנת להחסות תחת כנפיו משווקים סיטונאיים וגופים שהמחוקק לא העלה על דעתו להכלילם תחת הפטור (כנראה להלן), תיזחה על ידי הרשות.

58. המשיבות נקטו כל תכסיס אפשרי על מנת למשוך זמן ולהימנע ממתן התייחסות לבקשת ההבהרה של הרשות, תוך שהן גורמות לציבור נזק בסך עשרות מיליוני שקלים – ומשכלו כל הקיצין, העדיפו למשוך את בקשת הפטור ובלבד שלא תיאלצנה להציג בפני הרשות פרשנות מעוותת זו.

59. עוד ראו בעניין זה בסעיפים 273 עד 289 לסיכומי המבקש.

60. לצד האמור לעיל, יודגש כי גם לאורך תשובתן הארוכה לבקשת האישור, נמנעו המשיבות באופן בולט מלטעון, ולו ברמז, כי המשיבות 2-15 כלולות בהגדרת “מגדל” לפי סעיף הפטור. אף לשיטת המשיבות, לפיה בקשת האישור כוונה כנגד חברותה של המשיבה 1 בהסדר – ניתן היה לצפות כי המשיבות תבהרנה במסגרת תשובתן על מה ולמה חל הפטור לטעמן על המשיבות 2-15; אלא שהן העדיפו להימנע מכך, ורק כאשר “נדחקו אל הקיר”, עקב הטענות המפורטות שהופנו כלפיהן בהקשר

²⁰ ראו גם סעיפים 122 עד 128 להלן.

²¹ כך על פי מכתבו מיום 30.6.15 – נספח 7 לתשובה לבקשת האישור.

זה בתשובה לתגובה ובתצהיר המשלים – "נזכרו" לפתע להצהיר כי הן סבורות שהן חוסות תחת הגדרת החלופה של "מי שעוסק בגידול תוצרת חקלאית לשיווק".

61. **הימנעותן של המשיבות מלטעון כן בשלב מוקדם יותר, וכחלק אורגני מכתב התשובה לבקשת האישור, אומרת דרשני ומלמדת כי הן פונות לפרשנות דחוקה זו של סעיף הפטור רק כמוצא אחרון ומשכלו כל הקיצין.**

62. בהקשר זה יוער כי המשיבות לא טרחו בשום שלב לבאר איזה מבין סוגי ההסדרים (המנויים בסעיף 3(4)(א) לחוק) חל לשיטתן על הסדר התיאום, והתמקדו רק בחלקו השני של סעיף הפטור (סעיף 3(4)(ד)), העוסק בחלופות להגדרת הצדדים. גם הימנעות זו נזקפת לחובתן, שכן לו הייתה בידן פרשנות תקפה התומכת בעמדה לפיה סעיף הפטור חל על הסדר התיאום – הן היו מפרטות פרשנות זו ברחל בתך הקטנה.

2.ד. גם לגופו של עניין, ההסדר אינו עומד בתנאי סעיף הפטור החקלאי המתוקן

63. נוכח האמור לעיל – ברי כי המשיבות עצמן סברו בזמן אמת כי קרטל הפטם לא חסה תחת הפטור החקלאי המתוקן. עם זאת, נוכח הטענות שהועלו על ידן במענה לבקשת האישור, תציג התנועה להלן את פרשנותו הנכונה של סעיף הפטור ותבהיר מדוע אין לו כל תחולה בנסיבות העניין.

64. במסגרת התשובה המשלימה, טוענות המשיבות 15-2 כי לעמדתן הפטור חל עליהן אך משום שהן כלולות בחלופה הראשונה של הגדרת "מגדל", דהיינו "מי שעוסק בגידול תוצרת חקלאית לשיווק".

65. **לדברים אלה אין כל שחר. מדובר במשאלת לב של המשיבות, הסותרת חזיתית הן את לשון החוק והן את כוונת המחוקק אשר הובעה באמירות מפורשות בדינוי ועדת הכלכלה של הכנסת. לו תאומץ פרשנות זו של המשיבות, הדבר ירוקן לחלוטין מתוכן את תיקון מס' 14 ויאפשר באופן מעשי לכל משווק סיטונאי לחמוק בקלות מתחולת התיקון ולהמשיך ליהנות מהפטור החקלאי.**

66. להלן יפורטו שלושה טעמים בגינם הקרטל נשוא בקשת האישור אינו יכול לחסות תחת הפטור החקלאי. זאת, נוסף על הטעם הנוסף והמרכזי שפורט על ידי המבקש, קרי העובדה שהמשיבה 1 (מועצת הלול) מהווה אחד מצדדי הקרטל, אליו תתייחס התנועה בקצרה בלבד.

2.ד. (1) ראשית, המשיבות 15-2 כלל אינן עוסקות בגידול "תוצרת חקלאית" כמשמעות המונח בחוק ההגבלים

67. המשיבות 15-2 הן "קבלני רבייה" אשר לפי עדותם "עוסקים בהדגרת ביצים מופרות עד לבקיעתן, ובשיווק אפרוחי הפטם לחוות גידול (לולים)".²² המוצרים אותם המשיבות 15-2 מייצרות ומשווקות בסיטונות הינם ביצי-רבייה מופרות ואפרוחים בני-יומם (סעיפים 35 ו-40 לתשובה לבקשת האישור). לטענת המשיבות (בסעיף 24 לתשובה לתצהיר המשלים), היותן עוסקות בהדגרת ושיווק חומר רבייה כנ"ל, מבהיר לכאורה כי "המשיבות הן 'מגדלי' שכן הן עוסקות 'בגידול תוצרת חקלאית לשיווק'".

²² סעיף 34 ל"תשובה מטעם המשיבות לבקשה לאישור תובענה ייצוגית" מיום 4.9.16 (להלן: "התשובה לבקשת האישור"). כן מצוין בתשובה לבקשת האישור, בסעיף 34, כי המשיבה 12 עוסקת רק "בגידול להקת האמהות ושיווק הביצים המופרות למי מן הקבלנים האחרים".

68. אלא שבניגוד לטענת המשיבות הנ"ל, מוצרים אלה – ביצי-רבייה מופרות ואפרוחים בני-יומם, קרי "חומר רבייה" – אינם כלולים בהגדרת "תוצרת חקלאית" על פי חוק ההגבלים העסקיים, לא על פי לשון החוק ולא על פי מהותו ותכליתו.

69. סעיף הפטור החקלאי נפתח ברשימה סגורה של עשרה סוגים של תוצרת חקלאית, אשר רק הסדר כובל העוסק בגידולם ושיווקם עשוי ליהנות מתחולת הפטור החקלאי: "תוצרת חקלאית מגידול מקומי מסוגים אלו: פירות, ירקות, גידולי שדה, חלב, ביצים, דבש, בקר, צאן, עופות או דגים".

70. לענייננו, רלוונטיים הסוגים "ביצים" או "עופות". בחינת משמעותם של מונחים אלו כפי שהוגדרו בחוק הרלוונטי – הוא חוק המועצה לענף הלול (ייצור ושיווק), תשכ"ד-1963 (להלן: "חוק המועצה") – מוכיחה כי המוצרים בהם עוסקות המשיבות 15-2 כלולים תחת ההגדרה של "חומר רבייה", ואינם כלולים לא תחת הגדרת "ביצים" ולא תחת הגדרת המונח "עופות":

"הגדרות"

1. בחוק זה –

"עופות" – תרנגולים, אווזים, ברווזים, ברבורים, ברברים, מולרדים, יענים ותרנגולי הודו מכל גזע, מין וגיל;

"ביצי דגירה" – ביצי עופות המשמשות לדגירה;

"חומר רבייה" – ביצי דגירה ואפרוחים בני יומם;

"ביצים" – ביצי עופות שאינן ביצי דגירה, לרבות מוקפאות בכל צורה שהיא;

71. נמצא, כי החוק הרלוונטי עורך הפרדה ברורה בין ביצי מאכל ועופות למאכל (שהם אלה המוגדרים כ-"ביצים" וכ-"עופות"), לבין ביצי דגירה ואפרוחים בני יומם, אשר כלולים בהגדרת "חומר רבייה". ומכאן, כי המונחים "עופות" ו-"ביצים" הכלולים ברשימת התוצרת החקלאית בסעיף הפטור החקלאי – אינם חלים על "חומר רבייה", שהוא, ורק הוא, סוג המוצר בו עוסקות המשיבות 15-2.

72. לסיבור האוזן, ניתן להמשיל את המוצרים הכלולים במונח "חומר רבייה" לזרעים של צמחים, או לזרע של בהמות משק (דוגמת שוורים) – אלה גם אלה אינם מהווים מוצר מוגמר המשווק לצרכנים, אלא מהווים שלב בעיבוד החקלאי. כשם שזרעים, או זרע, אינם "תוצרת חקלאית" (ואכן, הם אינם כלולים ברשימה הסגורה המנויה לעיל), כך גם חומר רבייה.

73. ראיה נוספת לכך שהמחוקק ביקש לצמצם את סוגי ה"תוצרת החקלאית" לגביה יחול הפטור החקלאית היא בכך שלא הסתפק בצמצום האמור, אלא הבהיר במסגרת הגדרת "מגדל", כי מגדל לצורכי הפטור הינו "מי שעוסק בגידול תוצרת חקלאית לשיווק". דהיינו, ובהניחנו כי המחוקק לא ביקש להשחית את מילותיו לריק, אף הסיפא הנ"ל מבהירה, כי הפטור אינו חל על תוצרים שאינם מיועדים לשיווק, כדוגמת "חומר רבייה" המשמש, כאמור, כחומר גלם.

74. ודוק: הרשימה הסגורה של עשרה סוגי גידולים הוספה לסעיף הפטור החקלאי רק בגלגולו השלישי, עם חקיקת החוק הנוכחי בשנת 1988,²³ וזאת כחלק מהמגמה לצמצם את הפטור החקלאי. הסעיף לא נועד לפטור כל מי שעוסק בחקלאות ובתוצרי לוואי של הפעילות החקלאית על כל שלביה (כך, הפטור לא יחול על יצרנים ומשווקים של זבל עופות, זבל פרות, דשנים, ציוד השקיה, חממות, זרעים

²³ ראו לעיל, סעיף 22.

וכן הלאה). הפטור יוחד רק לחקלאים העוסקים בגידול תוצרת המשווקת לצרכן. בית המשפט העליון אף קבע מפורשות כי:

"את המונח 'מוצר שיוצר מתוצרת חקלאית', יש לפרש איפוא בצמצום, שאחרת לא רק שתסוכל התכלית בדבר קידום התחרות, אלא אף שיהיה בו כדי לפגוע במי שעליו נועד הפטור להגן."²⁴

75. לאור האמור והמפורט לעיל, נמצא כי המשיבות 2-15 כלל אינן עוסקות ב"תוצרת חקלאית" כמשמעותה בחוק (ובוודאי שלא ב"תוצרת חקלאית לשיווק") – וזאת בניגוד לטענתן במסגרת התשובה לבקשת האישור – ומכאן כי הפטור החקלאי לא חל ואינו יכול לחול עליהן, וקרטל הפטם היה בלתי חוקי.

76. בעניין זה תדגיש התנועה, כי אין כל שחר לטענת המשיבות (בסעיפים 60-61 לתגובתן לבקשת ההצטרפות) לפיה כביכול הטענה אשר פורטה לעיל בחלק זה, מהווה "הרחבת חזית": כאמור בסעיף הקודם, המשיבות עצמן הן שהעלו ראשונות את הטענה לפיה היותן מדגירות ומשווקות חומר רבייה, הופכת אותן ל"מגדל" – ומשהעלו טענה בעניין זה, כבר ביום 15.6.17 (זמן רב לפני שהוגשה בקשת ההצטרפות, אשר הוגשה רק ביום 10.8.17), אין לקבל טענה לפיה העלאת טענת התנועה בעניין זה מהווה הרחבת חזית.

ד.2. (2) שנית, ההסדר נדרש לעמוד בתנאי סעיף 3(4)(א)(2), והוא אינו עומד בתנאי סעיף זה מאחר שחלק מהמשיבות 2-15 קשורות במשווקים סיטונאיים דוגמת 'תנובה'

77. גם אם נניח שהמוצרים בהם עוסקות המשיבות 2-15 (ביצי דגירה ואפרוחים בני יומם) כלולים בהגדרת "תוצרת חקלאית" כמשמעותה בסעיף הפטור – וכאמור לעיל אין הדבר כן – עדיין יש לקבוע כי קרטל הפטם נשוא בקשת האישור היה בלתי חוקי משעה שתיקון מס' 14 נכנס לתוקף. זאת, משום שההסדר כולל את המשיבה 4, שחברת 'תנובה' שותפה בה בשיעור של 50% – ותנובה היא משווק סיטונאי שמשווק בעיקר, או רק, תוצרת שלא גודלה על ידו.

78. כאמור לעיל, מטרתו העיקרית של תיקון סעיף הפטור החקלאי הייתה להרחיק מתחולת הפטור את המשווקים הסיטונאיים. לצורך כך, נקבעו בסעיף שתי 'מסננות': האחת, בסעיף 3(4)(ד), מטפלת בהגדרת הצדדים להסדר באמצעות הגדרת "תאגיד מגדלים", וביקשה להבטיח שכאשר תאגיד נוטל חלק בהסדר מי שעומד מאחורי מסך ההתאגדות הוא מגדל (ועל מסננת זו נרחיב להלן), והשנייה, בסעיף 3(4)(א), מטפלת בהגדרת סוגי ההסדרים, וביקשה להבטיח שכאשר צד להסדר העוסק בתוצרת חקלאית הוא גם משווק סיטונאי של תוצרת מאותו סוג – הפטור יוכל לחול רק אם אותו מגדל-משווק משווק בעיקר תוצרת עצמית שלו.

79. כך נאמר בסעיף 3(4)(א)(2):

"כל הצדדים להסדר הם מגדלים של תוצרת חקלאית מאותו סוג שאליו נוגע ההסדר; ובלבד שלא יהיה צד להסדר מי שהוא או אדם קשור אליו הוא משווק סיטונאי של תוצרת חקלאית מאותו סוג שאליו נוגע ההסדר, אשר למעלה ממחצית התוצרת החקלאית כאמור שהוא משווק מקורה במגדלים אחרים, ואם הוא תאגיד מגדלים – מקורה של למעלה ממחצית התוצרת החקלאית כאמור

²⁴ עניין לימור, פסקה 16 לפסק דינו של כב' השופט גיזבראן. וראו לעניין זה גם להלן, סעיפים 134 עד 140.

שהוא משווק במגדלים שאינם מחזיקים בתאגיד"

80. במילים פשוטות: כאשר צד להסדר הוא לא רק מגדל אלא גם משווק סיטונאי של תוצרת מהסוג בה עוסק ההסדר, עלינו לבחון את אופי ה"כובע" הסיטונאי שלו: אם כסיטונאי הוא משווק בעיקר תוצרת עצמית שלו – הוא רשאי להשתתף בהסדר; אך אם מדובר בסיטונאי שמשווק בעיקר תוצרת שלא הוא גידל – אזי לא נאפשר לו לקחת חלק בהסדר וליהנות מהפטור החקלאי.

81. במילותיו של היועץ המשפטי של הרשות, עו"ד אורי שוורץ, בדיון הראשון מיום 5.3.14:

סעיף (2) מדבר על מצב קצת שונה. זאת אומרת כשחקלאים עושים את ההסדר לא רק על התוצרת שהם עצמם מגדלים. [...] אנחנו יודעים שבתעשייה הזאת יש ביזנס של משווקים שהם אולי קצת מגדלים, אבל הם עושים עוד הרבה דברים, למשל משווקים דברים שאין להם שום קשר אליהם. זה אנחנו רוצים להגביל. לכן הסעיף הזה מסייג ומגביל את היכולת של משווקים סיטונאים לקחת חלק בהסדרים מהסוג הזה.

ובהמשך דבריו באותו דיון:

"אנחנו ניסינו בהצעת החוק הזאת להעביר את הקו. אנחנו רוצים מגדלים בפנים ומשווקים בחוץ, אבל מה לעשות? יש אנשים שהם גם וגם. ואז אתה צריך להחליט לגבי כל בן-אדם מהו. אנחנו החלטנו מהו, לפי מה שהוא יותר. כל עוד הוא משווק 51% שלו ו-49% של אחרים אנחנו נתעלם מ-49% של האחרים ונגיד: אתה מגדל. ברגע שנחצה הקו, ברגע שאתה משווק יותר אחרים מאשר את עצמך אנחנו נתעלם מ-49% גם כאן, ונגיד: אתה יותר משווק. שם העברנו את הקו."

82. לעניין הרציונל העומד מאחורי הגבלתם של סיטונאים שעיקר שיווקם אינו תוצרת עצמית, התייחסה הכלכלנית מעיין נשר (מאגף התקציבים במשרד האוצר) בדיון השני מיום 5.3.14:

"אני חוזרת לכלכלה מאחורי הדברים. אם יש חקלאי, מה שמעניין אותו זה למקסם את הרווח שלו על הגזר או הפלפל. לא מעניינת אותו העמלה שהוא יכול לקבל כמשווק עבור מישהו אחר, מעניין אותו למקסם את הרווח עבור התוצרת.

אם הוא חקלאי שהוא גם משווק, אז מה שמעניין אותו זה עדיין למקסם את הרווח עבור התוצרת שלו ולכן אם הוא עושה הסדר עם מישהו אחר, זה לא מפריע לנו, כי אנחנו מסכימים שחקלאי עם חקלאי יעשה הסדר.

אם הוא חקלאי שהוא בעיקר משווק, מעניין אותו מה שנקרא הקומיסיון הזה, כמו סיטונאי בשוק הסיטונאי. אם הוא מצא עוד שלושה חברים שמוכנים לתת לו יחד את התוצרת והוא ישלח את של כולם במשאית, הוא לא עושה את זה כי הוא חבר טוב ונחמד, זה כי מעניין אותו העמלה. ואם הוא עכשיו רוצה לתאם עם מישהו אחר על העמלה הזאת, לא משנה שהוא מושבניק מסכן או מישהו שמוכר את מרכולתו בצד הדרך, זה מה שאנחנו רוצים למנוע"

83. יודגש, למען הסר ספק, כי חלופת ההסדר השנייה מנוסחת באופן רחב יותר מחלופת ההסדר הראשונה: חלופת ההסדר השנייה עוסקת במקרה שבו "כל הצדדים להסדר הם מגדלים של תוצרת חקלאית מאותו סוג שאליו נוגע ההסדר", ואילו חלופת ההסדר הראשונה עוסקת במקרה שבו "כל הצדדים להסדר הם המגדלים של כל התוצרת החקלאית שאליה נוגע ההסדר". הסיטואציה המתוארת בחלופת ההסדר הראשונה כלולה בזו המתוארת בחלופת ההסדר השנייה, וממילא, גם עליה חל הסייג המפורט במסגרת חלופת ההסדר השנייה בנוגע למשווק סיטונאי ("ובלבד שלא יהיה צד להסדר...").

84. בענייננו, כאמור בכתבי הטענות מטעם המבקש – וכפי שמאשרות המשיבות עצמן בתשובה לתצהיר המשלים – לפחות 3 מבין המשיבות (המשיבות 4, 9 ו-13) פועלות בעצמן או קשורות לחברות שפועלות בעצמן במקטע השחיטה והשיווק הסיטונאי. כך, כאמור בתצהיר המשלים מטעם המבקש, המשיבה 4 היא שותפות שחברת 'תנובה' חברה בה בשיעור של 50%.

85. 'תנובה' היא משווק סיטונאי מהגדולים בארץ, והיא איננה עוסקת בגידול פטם – כך שכסיטונאי היא משווקת בעיקר (אם לא רק) תוצרת של מגדלים אחרים. יישום התנאים הקבועים בחלופה (2) על מצב עניינים זה, מורה אפוא כי הכללתה של המשיבה 4 בהסדר מכתימה אותו באי חוקיות.

86. כן ראו בעניין זה סעיפים 191-237 לסיכומי המבקש, מהם עולה בבירור מעורבותם של נציגי תנובה, ומשווקים סיטונאיים אחרים, בגיבוש ואישור ההסכם.

87. מכאן, כי הסדר התיאום נשוא בקשת האישור – היה הסדר כובל, שלא נהנה מתחולת הפטור החקלאי לאחר תיקונו, ועל כן היה בלתי חוקי.

ד.2.3 (3) המשיבות 15-2 נדרשות לעמוד בתנאי ההגדרה של "תאגיד מגדלים" בסעיף 3(4)(ד),

מאחר שהן תאגידיים – והן אינן עומדות בתנאי הגדרה זו

88. גם אם נניח כי המשיבות יכולות להתעלם מן האמור בחלופת ההסדר השנייה ולהסתמך על חלופת ההסדר הראשונה – וכאמור לעיל, לא ניתן לעשות זאת שכן חלופת ההסדר השנייה רחבה יותר וחלה בנסיבות העניין שלנו – קרטל הפטם נשוא בקשת האישור עדיין הינו בלתי חוקי תחת סעיף הפטור המתוקן. זאת, משום שהמשיבות 15-2, בהיותן תאגידיים, חייבות לעמוד במבחנים המצטברים שנקבעו בסעיף הפטור המתוקן לעניין "תאגיד מגדלים" – והן אינן עומדות בהם.

89. קריאת דיוני ועדת הכלכלה בעניין סעיף הפטור מעלה באופן מובהק וחד משמעי כי המחוקק ביקש להפריד בין שני סוגים של ישויות שיכולות להיכלל בהגדרת "מגדל": הראשונה, חקלאי בשר ודם, העוסק למחיתו בגידול תוצרת חקלאית; השנייה, תאגיד. ובמילות החוק: "מגדל – מי שעוסק בגידול תוצרת חקלאית לשיווק א תאגיד מגדלים".

90. ודוק: בניגוד לטענת המשיבות בתשובה המשלימה, ובפרט בה"ש 2 שם, החלופה הראשונה ("מי שעוסק בגידול תוצרת חקלאית לשיווק") לא נועדה לחול על תאגידיים, אלא על חקלאים בשר ודם, העוסקים בגידול תוצרת חקלאית באופן פרטי ולא מאוגד.

91. ראשית, הדבר עולה מלשונו של החוק. לו חפץ המחוקק להכליל בחלופה הראשונה גם תאגידיים (או חבר בני אדם), היה משתמש במונח המקובל בחקיקה למצב זה וכותב: "אדם העוסק בגידול תוצרת חקלאית לשיווק" – בידוענו, שלפי חוק הפרשנות, תשמ"א-1981, המונח "אדם" כולל גם תאגידיים.²⁵ משבחר המחוקק, בידועינו, להימנע מן השימוש במונח המקובל בחקיקה "אדם", ברי כי התכוון לכלול בחלופה זו רק יחידים שאינם מאוגדים.

92. בחירתו של המחוקק להתנסח בחלופה זו באופן שאינו מכליל תאגידיים (כפי שיכול היה לעשות באמצעות השימוש במילה "אדם"), מתחדדת לאור הסביבה המילולית שבתוכה נטועה חלופה זו:

²⁵ סעיף 4 לחוק הפרשנות: "מקום שמדובר באדם - אף חבר-בני-אדם במשמע, בין שהוא תאגיד ובין שאינו תאגיד".

החל מן העובדה שסעיף 2 לחוק, המגדיר את עבירת ההסדר הכובל, עושה שימוש במונח "אדם",²⁶ וכלה בעובדה שהחלופה השנייה עוסקת ב"תאגיד מגדלים" באופן המנגיד בין "תאגיד" לבין מי שאינו תאגיד. בהקשר זה יצוין כי הגדרת "תאגיד מגדלים" כשלעצמה – "תאגיד שמי שעוסקים בגידול תוצרת חקלאית לשיווק מחזיקים לפחות 75% [...] – מורה על הנגדה בין ה"תאגיד" לבין "מי שעוסקים בגידול", קרי מי **שאינם** תאגידים.

93. **שנית**, הדבר עולה באופן מפורש מאמירות רבות במהלך דיוני הוועדה, אשר נביא להלן מקצתן על מנת שלא להאריך:

94. מדבריו של ח"כ יצחק וקנין, אשר הנגיד בין "הטייקונים" (קרי, תאגידי השיווק הגדולים) לבין "החקלאי הקטן":

[...] **אני מסכים איתכם ללכת על הראש של הטייקונים כמה שאתם רוצים. מי שלא חקלאי, מי שמתחבר לטייקון, מסכים איתכם, אל תלכו על החקלאי הקטן.** החקלאי הקטן לא יכול לעשות קומבינות עם אף אחד, הוא בקושי מקבל את המחיר לתוצרת. רבותי, אני אומר לכם, חקלאות זה לא דבר מובן מאליו. כולם הולכים רואים מה שיש על הבסטות, החקלאי הוא בשורה התחתונה תמיד הנפגע הראשי.²⁷

95. וכן מדבריו של מר אלון מסר ממשרד האוצר:

"אני יודע מה החשש, בסוף רוצים שהמגדלים יהיו בתאגיד שיהיה מורכב ממגדלים, זה בסדר. ככל שיש לך יותר הון זר, התאגיד הוא פחות בבעלות של מגדלים **וזה יכול להיות אנשים שיש להם אינטרסים שהם לא בהכרח זהים לאינטרסים של מגדלים**"²⁸

96. וכן מדבריו של היועץ המשפטי של הרשות, עו"ד אורי שוורץ:

"אורי שוורץ:

הבנתי, אני רוצה לשאול שאלה. **האם תאגיד המגדלים הזה, שיש לו את מניית הזהב, מבחינתי אם אני משרשר אותו למגדלים שבסוף יושבים למעלה, בסוף ישנם מגדלים, אם אני משרשר אני אמצא שהמגדלים האלה מגדלים את רוב התוצרת החקלאית שמשווק התאגיד הזה?**

דיויד גילה:

אם כן, הם בפנים. **אם לא, הם בחוץ.** זה הכול, בלי הרבה סיפורים.

אורי שוורץ:

נכון. אני משרשר את התוצרת החקלאית מעבר למבנה התאגיד."²⁹

²⁶ "הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, 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".

²⁷ דיון שני מיום 5.3.14, עמ' 23.

²⁸ דיון שני מיום 5.3.14, עמ' 38.

²⁹ דיון שני מיום 5.3.14, עמ' 43.

97. מדברים אלה עולה במפורש שיש לבחון את "ראש הפירמידה", ואם מי שמצויים בראש אינם חקלאים-מגדלים – אזי, כלשונו של פרופ' גילה, "הם בחוץ", היינו מחוץ להגדרת "מגדל" והם אינם חוסים תחת הפטור החקלאי.

98. כן עולים הדברים מדבריו של פרופ' דיויד גילה, יו"ר הרשות בזמנו:

"דיויד גילה:

חברת הכנסת גמליאל, אני חושב שמה שהיא מתכוונת זה שאם יש משווקים שנמצאים לכאורה בפטור, כלומר משווקים שמשווקים בעיקר את התוצרת של עצמם, ולא מדובר בתאגידי מגדלים, אלא מישהו בודד, אדם - - -

היו"ר אבישי ברוורמן:

מגדלים שמשווקים את התוצרת של עצמם.

דיויד גילה:

כן, מישהו בודד, אדם. שחמישה מהם עוברים ביחד יותר מ-50% מהשוק, ושוק זה לפי מבחן התחליפיות".³⁰

• פרוטוקולי ועדת הכלכלה מהימים 6.1.14, 5.3.14 (דיון ראשון) ו-5.3.14 (דיון שני) צורפו לבקשת ההצטרפות כנספחים 10, 11 ו-12, בהתאמה.

99. ודוק: חלקים נרחבים בדיוני הוועדה (בפרט בשני הדיונים שנערכו ביום 5.3.14) נגעו לסוגיית תאגידי המגדלים: מטרת הכנסת מודל זה לחקיקה הייתה לאפשר מימון הפעילות החקלאית באמצעות השקעות חיצוניות, שיכניס "הון חיצוני" למערכת; ברם, לצד יתרון זה של המודל התאגידי על פני החקלאי הפרטי, ביקש המחוקק לוודא שהדבר לא יהווה פתח להסתננות אל תחת כנפיו של הפטור החקלאי מצד גורמים אינטרסנטיים (דוגמת משווקים סיטונאיים), בחסות מסך ההתאגדות.

100. כדברי היועץ המשפטי של הרשות:

"אנחנו לא רוצים שיהיה מצב שבו, בסדר, הכנסנו הון חיצוני, אבל בעל ההון החיצוני נהפך גם לשולט של התאגידי. כי זו לא המטרה, המטרה לאפשר זרימה של הון לחקלאות, אבל לא שליטה בחקלאות".³¹

101. לפיכך הוקדשו בדיונים מאות ואלפי מילים,³² במטרה להבטיח שמי שייחנה מתחולת הפטור הוא רק מי שעוסק בעצמו, כחקלאי בודד, בגידול תוצרת חקלאית – או לחלופין, תאגידי שמוחזק בסופו של דבר, בראש הפירמידה, על ידי רוב של בני אדם שעוסקים בעצמם בגידול תוצרת חקלאית – ולהבטיח שתאגידיים שעוסקים בפעילויות אחרות לא יוכלו "להלבין" את עצמם ולחדור אל תחולת הפטור באמצעות רכישת גופים העוסקים בגידול או רכישת חלקה חקלאית בודדת.

102. כך נאמר בדבריו של היועץ המשפטי לרשות, עו"ד אורי שוורץ:

"אורי שוורץ:

אדוני, עכשיו אנחנו מגיעים לשאלה, זה בעצם קצת דומה למה שדיברנו עליו קודם, נאמר שיש לנו תאגידי ויש לו בעלי מניות או שותפים רבים, והשאלה איך אנחנו

³⁰ דיון שני מיום 5.3.14, עמ' 78.

³¹ דיון שני מיום 5.3.14, עמ' 35.

³² בפרט במסגרת הדיון הגדרת "תאגידי מגדלים"; דיון שני מיום 5.3.14, עמ' 33 עד 46.

מוודאים שאין עליו, במרכאות כפולות ומכופלות, השתלטות עוינת של גורם שלא עוסק בגידול, או אני אגיד יותר מזה, גורם שמנסה להלבין את עצמו באמצעות איזה חלקה קטנה, ואז הוא כבר מגדל

היו"ר אבישי ברוורמן :

אבל זה לא שייך למה שקורה כאן, וחס וחלילה שלא תגידו, אני ראיתי בימי חלדי, בעברי, איך ששחקנים מושחתים היו לוקחים כל מיני דברים ומלבינים. לא מדברים כאן במקום הזה, אנחנו רוצים הון חיצוני חיובי, אבל חובתו גם של המחוקק להתייחס לאפשרויות האלה שדברים כאלה קורים.

אורי שוורץ :

אז מה שכאן הכנסנו, שהמבחן שמי ששולט בתאגיד הזה, אם יש מי ששולט בתאגיד הזה, הוא גם זה שמגדל, הוא מגדל הכי הרבה בין כל המגדלים שמחזיקים באמצעים בתאגיד³³.

וכן בדבריו של סמנכ"ל משרד החקלאות, אורי צוק-בר :

"כל החוק הזה הוא בשביל שלא תהיה שליטה של מישהו שהוא לא חקלאי"³⁴

103. עיינו הרואות כי הממונה על ההגבלים העסקיים ויתר המשתתפים בדיונים, הבהירו והנגידו באופן מפורש ועקבי בין החקלאי הבודד, שהוא יחיד (ולא תאגיד), לבין תאגיד המגדלים. ומכאן, כי תאגיד ייבחן בכלים שנועדו לו – קרי, בהתאם לתנאים שנקבעו בהגדרת "תאגיד מגדלים" בסעיף 3(ד). המשיבות 4 ו-9 (ועל פניו גם 13) אינן עומדות בתנאים אלו, עקב זיקתן למקטע הסיטונאי – ולפיכך הסדר בהשתתפותן אינו יכול ליהנות מתחולת הפטור.

ד.2. (4) פרשנותן של המשיבות נוגדת את גישת דיני ההגבלים ואת תכלית תיקון מס' 14

104. פרשנותן של המשיבות, לפיה יש להתעלם כביכול מפעילותן הסיטונאית (של המשיבות 4, 9 ו-13 או של החברות הקשורות בהן) – אינה מתיישבת עם הגישה הכוללת המאפיינת את דיני ההגבלים העסקיים בכלל ואת חוק ההגבלים העסקיים בפרט, המתעלמת מהפרדות תאגידיות מלאכותיות ובוחנת את המהות הכלכלית של הפעילות העסקית הנבחנת.

105. כך, למשל, סעיף 3(5) לחוק ההגבלים העסקיים פוטר מעולו של חוק ההגבלים העסקיים: "הסדר שהצדדים לו הם חברה וחברת בת שלה"³⁵. צדו השני של אותו מטבע הוא, כי רואים מעשי חברת בת כחלק ממעשי ישות כלכלית אחת (single undertaking), הכוללת את חברת האם (ראו: בקשה (י-00/35) הממונה על ההגבלים העסקיים נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (פורסם בנבו; החלטה מיום 31.1.02), פסקה 13).

³³ דיון שני מיום 5.3.14, עמ' 36

³⁴ דיון שני מיום 5.3.14, עמ' 41.

³⁵ ראו: דני"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 93; ת"פ 149/96 מ"י נ' תנובה מרכז שיתופי ואח', עמ' 38 (2001); ת"פ 1126/00 מדינת ישראל נ' אברהם בלילי; הגבלים עסקיים 5000141, פסקאות 33-34 (2005); פטור מאישור בית הדין להסדר כובל לעסקאות אלסינט בע"מ - Picker International Inc. ואלסינט בע"מ - GE Medical Systems, הגבלים עסקיים 3001950 (1999). הסדר דומה בארה"ב: Copperweld Corp. v. Mitchael v. Intracorp, Inc., 179 F.3d 847, ; Independence Tube Corp., 467 U.S. 752, 771-772 (U.S. 1984) (10th Cir. Kan. 1999). 857

106. על כך שבחוק ההגבלים העסקיים מושם הדגש על ה"ישות הכלכלית" בראיה רחבה וכוללת עמד הממונה על ההגבלים העסקיים, ד"ר יורם טורבוביץ, בהחלטתו בעניין "רכישת מניות חברת נחושתן על ידי מר גרשון זלקינד" מיום 26.7.1992:

"החוק, לאור מטרתו ותכליתו, ממקד מבטו אל אותם גורמים עסקיים, בעלי עוצמה כלכלית, אשר בכוחם להשפיע על ההתחרות... עקרון זה, מוצא את ביטויו גם בהוראת החוק הפוטרת חברה וחברת בת מהאיסור לעשות בינהן הסדר כובל; סעיף 3(5) לחוק, בהוראת החוק הקובעת כי בעבירה שנעברה לפי החוק, בידי חבר בני אדם, יואשם גם כל אדם אשר בשעת ביצוע העבירה היה מנהל פעיל; סעיף 48 לחוק. גם במדינות אחרות מקובל העיקרון של אישיות כלכלית כיחידה הרלוונטית בחוק ההגבלים העסקיים."

107. תפיסתן של המשיבות, לפיה יש ליצור חוצץ בינן לבין בעלות השליטה בהן, מנוגדת, אפוא, לא רק ללשון החוק ולתכליתו, כפי שעולה מהדיונים שנערכו בוועדות הכנסת (כמפורט לעיל), אלא אף אינה עולה בקנה אחד עם גישתם העקרונית והבסיסית של דיני ההגבלים העסקיים לבחון את הישות הכלכלית המהותית ולהתעלם מהפרדות תאגידיות מלאכותיות.

108. בענייננו, המשיבות 15-2 הן תאגידי שעוסקים בייצור חומר רבייה ושיווקו לחוות גידול (לולים) – כאמור בסעיף 24 לתשובה לתצהיר המשלים. בהתאם לאמור בתצהיר המשלים, לפחות אחת מהן, המשיבה 9, היא תאגיד העוסק בעיסוקים רבים אחרים מלבד ייצור חומר רבייה ובכלל זאת בשחיטה, עיבוד מוצרי עוף, שיווק והפצה. כמו כן, המשיבה 4 היא שותפות ש-50% ממנה בידי חברת תנובה – שהיא חברה הנשלטת על ידי קונצרן סיני, שאין לה פעילות בתחום הגידול החקלאי – ומכל מקום, לא בתחום מוצרי חומר הרבייה.³⁶

109. אין זה אלא אבסורד לטעון כי המשיבות 4 ו-9, הנמנות על תאגידי ענק עסקיים וקשורות בהם בשרשרת אינטגרטיבית, הן "מגדל" נפרד ומובחן שזכאי ליהנות מהגנת הפטור. קריאה זו של התיקון לחוק תאפשר להכניס את האינטגרציה כולה לאותו קרטל, באופן שמאפשר לה לנווט את הקרטל לתועלת האינטגרציה כולה, להרוויח ממנו ולסכל את כל מטרת התיקון.

110. בעניין הכשלים והחסרונות שבמתן פטור מהחוק למשווקים סיטונאיים ולאיינטגרציות אנכיות שעוסקות גם בשיווק סיטונאי, תפנה התנועה לטענות, לאסמכתאות ולציטוטים מאירי העיניים שהובאו במסגרת תשובת המבקש לתגובה לבקשה לאישור (סעיפים 59 עד 67). חקיקת תיקון מס' 14 ביקשה להוציא מגדר הפטור את המשווקים הסיטונאיים בדיוק בשל אותם כשלים: המחוקק לא העלה על דעתו לאפשר לפתוח את שערי הפטור החקלאי בפני אינטגרציה השולטת בכל שרשרת ייצור הפטם, כולל במקטע השיווק הסיטונאי (דוגמת המשיבה 9), או לאפשר מצב בו מי שייחוו מן הפטור הם לא חקלאים כי אם בעלי המניות של תשלובת מזון סינית (כדוגמת המצב בעניין המשיבה 4), והכל תוך פגיעה בציבור הצרכנים!

111. מטעם זה, נקבע (בסעיף 3(4)(ד) מסלול אחד לחקלאים קטנים ובלתי מאוגדים ("מי שעוסק בגידול תוצרת חקלאית לשיווק"), ומסלול שני לתאגידי ("תאגיד מגדלים"), בו נקבעו תנאים מפורטים

³⁶ כן צוין בתצהיר המשלים כי ייתכן שקיימות משיבות נוספות שלהן זיקה לעוסקים בתחום השיווק הסיטונאי, והמשיבות עצמן ציינו בהקשר זה את המשיבה 13 הקשורה באינטגרציית עוף עוז (סעיף 25 לתשובה המשלימה).

לעניין בעלי העניין בתאגיד; ומטעם זה צוין מפורשות (בסעיף 3(א)(4) כי כאשר אחד המגדלים החבר בהסדר הינו גם משווק סיטונאי, המשווק בעיקר תוצרת חיצונית – הפטור לא יחול.

112. מטרת העל הינה להבטיח שמי שנהנה בסופו של דבר מפירותיה של ההתאגדות, ומן הפטור החקלאי, הם רק חקלאים העוסקים בגידול, אשר אינם סיטונאים שמשווקים בעיקר תוצרת שלא גודלה על ידם. לא יכול להיות ספק שהכללתן של המשיבות 4 ו-9 בקרטל הפטם אינה יכולה לעלות בקנה אחד עם לשון החוק ועם תכליתו.

113. לו תתקבל פרשנותן של המשיבות לסעיף הפטור, יימצא כי כל תאגיד העוסק בשיווק סיטונאי (שלא לדבר על תאגיד שעוסק בנושאים אחרים לגמרי, כייצור מכונות דפוס או מתן שירותי ביטוח) יוכל "להלבין" עצמן ולהיכלל בהגדרת "מי שעוסק בגידול תוצרת חקלאית לשיווק" בקלות רבה: כביכול, די בכך שיגדל כמות קטנה של תוצרת חקלאית לשיווק, ומיד ייחשב התאגיד כולו כ"מגדל" הזכאי ליהנות מהפטור החקלאי ולהתקשר בהסדרים כובלים בתחום החקלאות. פרשנות זו סוטה באופן פרוע מכוונת המחוקק, ואין לקבלה.³⁷

114. לו נאפשר למשווקים סיטונאיים דוגמת תנובה ומילונוף לקחת חלק בהסדרים מסוג זה, ולמעשה נאפשר קיומו של הסדר כובל במקטע השיווק הסיטונאי, הרוכש מן המגדלים את התוצרת החקלאית – נמצאנו חוטאים למטרתו העיקרית של תיקון 14, שהייתה הרחקת המשווקים הסיטונאיים מתחולת הפטור החקלאי. בעניין זה ציין הממונה על ההגבלים העסקיים דאז פרופ' גילה בדיון השני מיום 5.3.14:

"מותר למגדלים להכתיב לרוכש מה לעשות, למשל מותר למגדלים להכתיב לרוכש את המחיר לצרכן, מותר להם להכתיב לרוכש בלעדיות וכל מיני דברים שברגיל יכול להיות שאסור לפי החוק, זה מותר, אבל אסור ששני רוכשים יהיו שניהם צד להסדר. אם שני רוכשים הם צד לאותו הסדר, אז זה כבר הסדר בין הרוכשים וזה מה שרצינו למנוע. רצינו לאפשר הסדר בין המגדלים לרוכש, אבל לא בין הרוכשים לבין עצמם."

115. לאור האמור, יש לקבוע כי גם אם ייצור חומר רבייה נחשב כגידול "תוצרת חקלאית", כמובנה בסעיף הפטור החקלאי – וכאמור לעיל, אין הדבר כך – הרי שנכח זהותן ומאפייניהן של המשיבות 2-15, ובפרט המשיבות 4 ו-9, הן אינן יכולות להיכלל בגדר "מי שעוסק בגידול תוצרת חקלאית לשיווק", אינן עומדות בתנאים המפורטים הנוגעים ל"תאגיד מגדלים", ואינן יכולות להיכלל בפטור שכן הן סיטונאים המשווקים בעיקר תוצרת של אחרים.

3. ד. הכללתה של המשיבה 1 בהסדר התיאום, כשלעצמה, נגועה באי-חוקיות

116. להשלמת התמונה, תעיר התנועה כי הכללתה של המשיבה 1 כצד להסדר התיאום, כשלעצמה, אינה מאפשרת להסדר לחסות תחת סעיף הפטור. התנועה לא תאריך בעניין זה, שכן טענה זו פורטה באופן

³⁷ וראו שוב בעניין זה את דבריו של עו"ד אורי שוורץ, שהובאו לעיל, מתוך הדיונים בהצעת החוק: "השאלה איך אנחנו מוודאים שאין עליו, במרכאות כפולות ומכופלות, השתלטות עוינת של גורם שלא עוסק בגידול, או אני אגיד יותר מזה, גורם שמנסה להלבין את עצמו באמצעות איזה חלקה קטנה, ואז הוא כבר מגדל"

נרחב בכתבי הטענות מטעם המבקש, וכן בסיכומים מטעמו,³⁸ ועם זאת תבקש לציין בהקשר זה מספר הערות קצרות :

117. ראשית, אין כל שחר לטענת המשיבות כאילו מי ממאפייניה של המשיבה – העובדה שהיא כביכול לא "מנהלת עסקים" לא "מגבילה עצמה", וכן הלאה – מונע את עמידתה בתנאי האיסור על עשיית הסדר כובל. בעניין זה נפסק ברורות, כי עבירת ההסדר הכובל היא עבירה שמטיבה מבוצעת בצוותא, וכי אין דרישה כי כל תנאי הסעיף יחולו על כל אחד ואחד מן המבצעים (כמפורט בתשובת המבקש לתגובת המשיבות, סעי' 74-77, ובפסיקת בית המשפט העליון בעניין סבירסקי המובאת שם).

118. יודגש, כי המשיבות כלל אינן יכולות להיבנות מן הטענה כי המועצה הינה "שקופה מבחינה הגבלית" – שכן, לו נסיר את מסך ההתאגדות מן המועצה (כפי שהן לכאורה מציעות לעשות) נמצא שהמועצה מורכבת לא רק מנציגי ממשלה ומגדלים כי **אם גם מנציגי סייטונאים (תנובה, עוף עוז, מילועוף) ואפילו מנציגי קמעונאים (רשתות השיווק 'ויקטורי' ו'הריבוע הכחול')**.³⁹

119. נמצא, כי ההסדר נרקם ונחתם בין היתר על ידי נציגים של המקטע הסיטונאי (ואף של רשתות השיווק), וזאת בשעה שהמשווקים הסיטונאיים הם הגורמים המרכזיים אותם ביקש התיקון לחוק להרחיק מתחולת הפטור החקלאי.⁴⁰ **אין ספק שהמחוקק לא התכוון לאפשר למשווקים הסיטונאיים (ולרשתות השיווק) לקחת חלק בניסוחו וביישומו של הסדר כובל שמטרתו הגבלת כמות מוצר מסוים באופן שיביא לייקור מחירו!**

120. שנית, אין כל יסוד לטענת המשיבות כאילו ניתן להסתמך בהקשר זה על סעיף 3(1) לחוק ההגבלים העסקיים, שעניינו "הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין" – זאת, באשר אין כל דבר חקיקה, בפרט לא בחוק המועצה לענף הלול, אשר מתיר מפורשות למועצה להתקשר בהסדר כובל. הסמכויות שניתנו למועצה ברורות ומובחנות – והתקשרות בהסדרים כובלים אינה אחת מהן.

121. התנועה, העוסקת רבות בנושא המועצות החקלאיות (בתחומים שונים) ובכשלי השוק שנגרמים עקב פעילותן, תדגיש כי מעורבותה של המועצה בהסדר איננה שולית אלא משמעותית ביותר, שכן היא הגורם האוכף והמסדיר שבו תלוי כל תוקפו של ההסדר. **העובדה כי נערך שימוש בכוחה של המועצה, שהיא גוף סטטוטורי, והעובדה שההסדר מקיף על פניו את כלל השוק הרלוונטי – מביאות למסקנה כי בנסיבות העניין לא רק הסדר כובל יש כאן אלא הסדר כובל בנסיבות מחמירות, בהגדרתו בסעיף 47 לחוק.**

122. שלישית, באשר לטענה כי עמדה זו כביכול "קיבלה גושפנקא" מהרשות – הרי שכאמור לעיל, עמדת הרשות ביחס לחוקיות ההסדר הייתה מסויגת הרבה יותר מן האופן שבו הדבר מתואר על ידי המשיבות, וניתנה למעשה כתשובה חלקית וזמנית רק לתקופת בירור בקשת הפטור.

³⁸ ראו: הבקשה לאישור, סעיפים 54 עד 71; "תשובה לתגובה לבקשה לאישור תובענה ייצוגית", סעיפים 68 עד 92 וסעיפים 112 עד 135; סיכומי המבקש, סעיפים 238 עד 272.

³⁹ ראו נספח 15 לתשובה לבקשת האישור.

⁴⁰ ראו הציטוט המובא בסעיף 114 לעיל.

יצוין כי לשיטת המשיבות (בסעיף 118 לתשובה לבקשת האישור) "על הכוונת של אותו תיקון היו רשתות השיווק שהן גם סייטונאיות של תוצרת חקלאית". כאמור לעיל, לדברים אין שחר, שכן השתתפות קמעונאים בקרטל הייתה בלתי חוקית גם לפני התיקון.

123. ודוק: הממונה על ההגבלים העסקיים קבע, מכוח סמכותו לפי סעיף 43 לחוק, נוהל מסודר בעניין בקשות ל"חוות דעת מקדמית" ("פרה רולינג"), המכונה: "כללי מתן חוות דעת מקדמיות מטעם הממונה על ההגבלים העסקיים" (להלן: "הנוהל"). בנוהל נקבעו תנאים מפורטים הנוגעים למהות הנושאים בעניינם ניתן לפנות, חובת גילוי מוגברת החלה על מגיש הבקשה, נפקות חוות הדעת המקדמית, וכן הלאה.

• העתק "כללי מתן חוות דעת מקדמיות מטעם הממונה על ההגבלים העסקיים" צורף לבקשת ההצטרפות **כנספח 13**.

124. בענייננו, אין כל ספק שדברים שנאמרו במסגרת הודעת דוא"ל או שיחה בע"פ מפי אחד מעורכי הדין ברשות – אינם מהווים "חוות דעת מקדמית" כהגדרתה בנוהל – וממילא, לא ניתן להסתמך עליהם כאינדיקציה לעמדתה הרשמית של הרשות בסוגיה משפטית עקרונית.

125. למען הזהירות בלבד תוסיף התנועה ותציין, כי אף אם ניתן היה לטעון שהדברים שנאמרו למשיבה 1 בהודעת דוא"ל מהרשות היו בבחינת "חוות דעת מקדמית" – וכאמור אין הדבר כך – **המשיבות אינן יכולות להיבנות מכך**, שכן בשנה שעברה ניתן פסק דין של בית המשפט העליון, הקובע ברורות כי עמדה שמביע רגולטור במסגרת "פרה רולינג" (קרי, טרם מתן החלטה מנומקת בבקשה שהוגשה לו) **אינה בעלת מעמד של אישור או הרשאה חוקית, וממילא אין כוחה יפה כלפי כולי עלמא** (ע"א 4154/14 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה נ' דוד כהן (פסק דין מיום 16.5.17; פורסם בנבו).

126. בנסיבות העניין שם, נדונה בבית המשפט המחוזי בקשה לאישור תובענה ייצוגית אשר הוגשה על ידי בעלי מניות מקרב הציבור, כנגד קבוצת דלק בע"מ, והתגלעה מחלוקת בשאלת סיווגם של בעלי מניות אחרים בחברה כ"מחזיקים בנפרד" או כ"מחזיקים יחד" – שאלה שיש לה השלכה על חיוב החברה לפרסם הצעת רכש מיוחדת, אשר הפרתו עשויה להקים עילה נזיקית. בעלי המניות האחרים טענו, כי גם אם אכן היה צורך לפרסם הצעת רכש מיוחדת – הם חוסים תחת הפטור הנקוב בסעיף 6 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], עקב פנייתם לרשות והמענה שקיבלו ממנה:

"אם קביעת בית המשפט המחוזי לפיה היה עליהן לבצע הצעת רכש מיוחדת במועד דיווח אוגוסט תיוותר על כנה, כי אז יש לפטור אותן מאחריות בגין הפרת חובה זו נוכח פנייתן המקדמית לרשות ולאור לשונו ותכליתו של סעיף 6 לפקודת הנזיקין. לטענתן דיווח אוגוסט ניתן, כלשון הסעיף, "בתחום הרשאה חוקית" או למצער "מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית" והן מדגישות בהקשר זה את קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה פנייתן לרשות הייתה "כמצופה וכנדרש" ועמדתה ניתנה לאחר כחצי שנה של מגעים עימה במהלכם העבירו אל הרשות כל מסמך או הבהרה שדרשה."

127. בית המשפט העליון, מפי כב' השופטת חיות, **דחה טענה זו**. לאחר דיון ממצה בנושא של מוסד הפרה-רולינג בתחומי המשפט והרגולציה בישראל, קבע בית המשפט העליון כי **תשובה הניתנת מאת הרשות מחייבת לכל היותר את הרשות – ואינה יוצרת נורמה חוקית מחייבת, החלה כלפי כולי עלמא**:

"מענה שניתן על ידי רשות בהליך של פרה-רולינג משקף ככלל את עמדתה המקצועית-המקדמית בעניין הנוגע לפנייה והגם שלעיתים הוא עשוי לכבול את אותה הרשות לעמדה זו (אהרן נמדר מס הכנסה 52 (מהדורה שלישית, 2010)), אין בה כדי ליצור נורמה משפטית חדשה ואין בכוחה לשנות נורמה משפטית קיימת (ראו והשוו: ת"א (ת"א) 1792/09 מנחם נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ, בפסקה 28 (4.4.2011)). דברים ברוח זו נכללו במסמך הנוגע לעמדות של סגל הרשות

לניירות ערך בנושאים שונים מיום 14.2.2008, אשר פורסם באתר האינטרנט שלה המתייחס, בין היתר, להליך הפרה-רולינג ולכך שעמדות הניתנות על ידי הרשות במענה לפניית בהליך זה אין להן תוקף משפטי מחייב והן "בבחינת תיאור עמדות הגוף המקצועי המופקד על התחום ולא מעבר לכך". **ובמילים אחרות, לעמדת הרשות הניתנת במענה לפנייה בהליך של פרה-רולינג מעמד מוגבל המצומצם למישור היחסים שבין הפונה הקונקרטי ובין הרשות ואף זאת אך ורק ביחס לסוגיה הקונקרטית שבה עוסקת הפנייה. מכאן נובע כי בדומה לגישה האמריקאית, עמדה שמביע סגל הרשות במענה לפנייה בהליך של פרה-רולינג אין לה מעמד של אישור או הרשאה חוקית לפעולה שמבקש הפונה לבצע וממילא אין כוחה יפה כלפי כולי עלמא, ובכלל זה כלפי הניזוקים מפעולה או מחדל שמחליט הפונה לנקוט בעקבות אותו המענה. זאת ועוד – לנוכח האמירות המפורשות של הרשות באשר למעמדן המוגבל של עמדות סגל הרשות בהקשר זה, נראה כי לא רק שאין מדובר בהתנהגות המצויה "בתחום הרשאה חוקית", לענין הוראת הסיפא של סעיף 6 לפקודת הניזוקין, המזיק אף אינו יכול להיחשב כמי שפעל ב"אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית". בכך שונה עמדת סגל הרשות הניתנת במסגרת הליך של פרה-רולינג מאישור מפורש הניתן על ידי הרגולטור במסגרת חובה המוטלת עליו, למשל כמפקח על הביטוח, לאשר תנאים של פוליסה (עניין דיקלה), או מפיקוח צמוד והנחיות אקטיביות וכתובות הניתנות על ידי הרגולטור בעניינים שעליהם הוא מופקד (עניין קול ברמה)."**

128. **וביישום דברים אלו לענייננו:** אף אם תתקבל עמדת המשיבות כי הבינו את דבריו של עו"ד ברקוביץ מהרשות כמתן "הרשאה" לפעולתן – **וכאמור אין הדבר כן** – הרי שמכל מקום, לאור פסיקת בית המשפט העליון, **לא ניתן לראות "הרשאה" לכאורית זו כ"מגן" אשר המשיבות יכולות להסתתר תחתיו כאשר הן נתבעות בעילה נזיקית על ידי מבקש המייצג את קבוצת הנפגעים מנזקי הקרטל.**

129. התנועה תוסיף ותפנה בעניין אחרון זה לדברים המפורטים בסעיפים 290 עד 297 לסיכומי המבקש.

130. **לבסוף,** כפי שצוין בתשובת המבקש לתגובת המשיבות, המועצה נכנסת להגדרת "איגוד עסקי", כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים, שכן מטרותיה של המועצה הן, בין השאר, קידום ענייניהם של החברים בה (ראה, למשל, סעיף 3(8) לחוק מועצת הלול).⁴¹ כפי שעולה מתגובת המשיבות,⁴² במועצה חברים נציגי המשווקים הסיטונאים, רשתות השיווק, המשחטות ועוד.

131. בהתאם לסעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים:

"קו פעולה שקבע איגוד עסקי לחבריו או חלקם העלול למנוע או להפחית תחרות בעסקים ביניהם, או קו פעולה כאמור שהמליץ עליו לפנייהם, יראו כהסדר כובל כאמור בסעיף 2, ואת האיגוד העסקי וכל אחד מחבריו הפועל על פיו כצד להסדר כובל."

132. ואכן, אף מכוח היותה "איגוד עסקי" יש לראות את המועצה כצד ישיר ומרכזי לקרטל הפטם – וראו בעניין זה בסעיפים 253 עד 256 לסיכומי המבקש.

133. יוער בהקשר זה, כי **למגדלי העופות יש ארגון מייצג נפרד:** ארגון מגדלי עופות בישראל, אגודה חקלאית שיתופית בע"מ (בשונה מהמועצה, בה יש ייצוג גם לנציגי משחטות, סיטונאים וקמעונאים). **העובדה שההסדר נערך בחסותה של מועצת הלול, ולא במסגרת הארגון המייצג את האינטרסים של המגדלים, מוכיחה פעם נוספת כי ההסדר לא נועד להיטיב עם האינטרסים של המגדלים כי**

⁴¹ סעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים: "איגוד עסקי" - חבר-בני-אדם, בין מאוגד ובין שאינו מאוגד, שמטרותיו, כולן או חלקן, הן קידום ענייניהם העסקיים של החברים בו".

⁴² נספח 15 לתשובה לבקשת האישור.

אם עם האינטרסים של כלל החברים במועצת הלול ובכללם המשווקים הסיטונאים והקמעונאים; והדבר מצביע שוב על חוסר התחלת בטענה שהפטור החקלאי יכול לחול על הסדר זה.

ד.4. הנחיה פרשנית: הפסיקה קבעה כי יש לפרש את סעיף הפטור בצמצום

"עבירת ההסדר הכובל היא עבירת הליבה של חוק ההגבלים העסקיים. היא משקפת בצורה הטובה ביותר את תכלית החוק במובנה הבסיסי ביותר – "לפנות את הדרך לפעילות כלכלית חופשית, על ידי סילוק מכשולים המונעים פעילות כזאת"⁴³

134. עבירת ההסדר הכובל היא לבו של חוק ההגבלים העסקיים. האיסור להתקשר בהסדר כובל הוא הכלל; אמנם נמנו לו בחוק מספר חריגים, המפורטים בסעיף 3 לחוק – אך כדרכם של חריגים, יש להתייחס אליהם ככאלה ולפרשם בצמצום (וראו בעניין זה גם סעיפים 157 עד 168 וכן סעיפים 307 עד 321 לסיכומי המבקש).

135. באופן ספציפי לגבי הפטור החקלאי, הנקוב בסעיף 3(4) לחוק, קבע בית המשפט העליון בעניין לימור (פסקה 16) כי יש לפרשו בצמצום:

"את הפטור החקלאי, ובכלל זה את המונח "מוצר שיוצר מתוצרת חקלאית", יש לפרש איפוא בצמצום, שאחרת לא רק שתסוכל התכלית בדבר קידום התחרות, אלא אף שיהיה בו כדי לפגוע במי שעליו נועד הפטור להגן"

136. מגמה מצמצמת זו בפרשנות סעיף 3(4) לחוק נובעת בראש ובראשונה מן החשיבות הרבה של התחרות בענף החקלאות להבטחת רמת מחירים נאותה לצרכן – כאמור בעניין לימור בפסקה 7:

"התוצרת החקלאית מהווה, במידה רבה, מצרך יסוד, דבר הגורר עמו ביקוש קשיח באופן יחסי. עליית מחירי התוצרת החקלאית אינה מביאה עמה איפוא ירידה בביקוש באותו היחס, ומכאן החשיבות הרבה של התחרות בענף זה כגורם המבטיח רמת מחירים נאותה. היותם של הירקות והפירות מוצרי יסוד מביאה לכך שהפגיעה בצרכנים אף נושאת אופי רגרסיבי, שכן מחקרים כלכליים מלמדים כי האחוז בהכנסה המוקצה לרכישת מזון גבוה בהרבה בקרב האוכלוסייה הענייה מאשר בקרב האוכלוסייה האמידה, ומכאן שהפגיעה בה בשל הסדרים כובלים בחקלאות חמורה יותר (ראו מחקרו של ד"ר יעקב שיינין בדבר ביטול המע"מ על מזון כתחליף להפחתת המע"מ (2005), www.modelim.co.il/public/vat-food.pdf).

137. דברים אלה נאמרו ונפסקו בטרם תיקון מס' 14 העומד ביסוד ההליך הנוכחי.

138. קל וחומר כי את נוסחו הנוכחי של הפטור החקלאי, לאחר תיקון מס' 14 – אשר כפי שצוין לעיל בא לעולם לאחר חבלי לידה ארוכים וממושכים ולאחר שגורמים עתירי הון והשפעה בחשו בו והפעילו לחצים כבדים במטרה לסרס את כוונתו המקורית – יש לפרש בצמצום ובדוקנות.

139. בענייננו, הפרשנות שמציגות המשיבות משמעותה כי תאגיד דוגמת המשיבה 9, העוסק בשיווק סיטונאי, או תאגיד דוגמת המשיבה 4, שהוא שותפות שמחצית ממנה שייכת לאחד המשווקים הסיטונאיים הגדולים בארץ, אשר אינו עוסק כלל בגידול חקלאי ואשר נשלט על ידי קונצרן סיני – יוכלו לקחת חלק בעריכת ולהתקשר בהסדר כובל להגבלת מספר הפטמים בשוק, באופן המייקר

⁴³ ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל (פסק דין מיום 10.8.15; פורסם בנבו) פסקה ל"א לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין.

את המוצר, שהם עצמם משווקים! פרשנות זו חורגת באופן פרוע מכוונת המחוקק, אשר ביקש להרחיק את המשווקים הסיטונאיים מתחולת הפטור החקלאי.

140. יוער כי בנסיבות העניין, בהן עולה מן הראיות הרבות שהובאו על ידי המבקש (ראו סעיפים 334 עד 453 לסיכומי המבקש) כי הקרטל הביא להתייקרות מוצרי הפטם יחסית למצב התחרותי – על אחת כמה וכמה כי המחוקק לא התכוון לאפשר למשווקי המוצר להתקשר בהסדר כובל מסוג זה. כדברי כב' השופט ג'ובראן בעניין לימור (פסקה 18) – אשר ניתן טרם חקיקת תיקון מס' 14 :

"במקרה שבו מתברר כי מחיר המוצר חורג בהרבה מן המחיר התחרותי, יש מקום לשקול היטב האם ראוי לאפשר למשווקיו להיקשר בהסדרים כובלים ולהסתכן בעלייה נוספת של מחירו."

ה. מענה לטענות בדבר "הרחבת חזית"

141. במסגרת תגובתן לבקשת ההצטרפות (להלן, בחלק זה, "התגובה" ו"הבקשה"), המשיבות (אשר נטלו חירות לעצמן לא להתייחס לטענות המשפטיות שהועלו בבקשת ההצטרפות) התייחסו לטענות התנועה כ"טענות חדשות" (סעי' 10 לתגובה) – וזאת מבלי שטרחו להגדיר במדויק אלו מן הטענות הרבות הכלולות בבקשה מהוות לטעמן "טענה חדשה", למעט רמזים עמומים ואזכור של סעיפים בודדים (ראו סעי' 8 וסעי' 60 לתגובה).

142. בהקשר זה יובהר, ביחס לרשימת הסעיפים אשר פורטה בסעיף 59 לתגובה, כי המשיבות אינן מפנות כלפי אותם סעיפים טענה שהם מהווים הרחבת חזית.⁴⁴

143. בחירתן של המשיבות להימנע (במסגרת תגובתן לבקשת ההצטרפות) מלהתייחס באופן קונקרטי למי מטענות התנועה (ובכלל זאת: לחלוק על טענות עובדתיות, לסתור מסמכים שצורפו לבקשה או להציב טענות משפטיות ופרשניות חלופיות, ולענייננו: לציין מהן הטענות המהוות הרחבת חזית), על אף שניתנה להן מלוא ההזדמנות לעשות כן – פועלת לחובתן, ומשולה לזניחת טענת הרחבת החזית תוך כדי העלאתה.

144. המשיבות העלו טענה זו בעלמא, ללא פירוט מינימלי, ובאופן הפוגע ביכולתה של התנועה להשיב כדבעי על הטענה ולהתגונן מפניה. נוכח היעדרה של התייחסות מפורטת מצד המשיבות, המבקשת נאלצת לשער, כי קצפן של המשיבות יצא כנגד העלאת טענות הנוגעות לפרשנות סעיף הפטור, ובפרט להגדרת המונח "מגדל" בגדרו – המהווה את עיקרה של בקשת ההצטרפות (כמו גם של סיכומים אלו).

145. למען הזהירות בלבד נפרט להלן מדוע אין יסוד לטענת המשיבות בדבר הרחבת חזית אסורה, גם בהקשר של פרשנות סעיף הפטור והמונח "מגדל".

⁴⁴ פירוט הסעיפים הנ"ל מובא במסגרת התגובה לבקשת ההצטרפות, כחלק מן הטענה לפיה המבקשת "רואה עצמה כבר כצד להליך, עוד בטרם קיבלה רשות" – קרי, תלונתן של המשיבות בהקשר זה נוגעת לעיתוי העלאת הטענות, ולא בהכרח לתוכן. למצער, המשיבות לא טרחו להבהיר מה בתוכן של אותן טענות עולה כדי הרחבת חזית המחלוקת – ועיון בסעיפי הבקשה אליהם מפנה סעי' 59 לתגובה אינו מאפשר להבין זאת (לשם המחשה, סעיפים 100, 102 לבקשה, אליהן מפנה סעי' 59, לתגובה בסך הכל מפנים לטענות שהועלו על ידי המבקש בתשובתו לתגובת המשיבות לבקשת האישור ובתצהיר המשלים מטעמו).

ה.1. לכאורה בית המשפט כבר הכריע כי טענות המבקשת בדבר הגדרת "מגדל" אינן בגדר הרחבת חזית

146. ראשית יצוין, כי על פני הדברים בית המשפט הנכבד – לאחר שעיין הן בטענות שפורטו בבקשת ההצטרפות, והן בטענות המשיבות לפיהן מדובר ב"טענות חדשות" – **כבר הכריע כי העלאת טענות אלו אינה עולה כדי הרחבת חזית אסורה.**

147. במסגרת החלטת בית המשפט הנכבד מיום 20.6.18 נדחן טענות המשיבות כנגד הצטרפות התנועה להליך, והצטרפותה אושרה, תוך שנקבע בהחלטה כי עמדת התנועה "תוצג בדרך של סיכומים בכתב והמשיבות תוכלנה להתייחס לטענותיה במסגרת הסיכומים מטעמן", וכי "אין בהשתתפות המבקשת בדיונים משום היתר להרחבה או לשינוי חזית".

148. זאת ועוד, במסגרת ההחלטה, ולאחר שבית המשפט הנכבד עיין בבקשת ההצטרפות לאורכה ולרוחבה, על הטענות שנכללו בה, קבע בית המשפט הנכבד כך:

"מתן אפשרות למבקשת להשתתף בדיונים אין בה כדי להרחיב את חזית המחלוקת ואין בה כדי לעכב או לפגוע בניהול ההוגן והיעיל של התובענה. יריעת המחלוקת נותרה בעינה והיא תחומה ומוגדרת על ידי כתבי הטענות".

149. בית המשפט הנכבד קבע אפוא, לכאורה, כי בהעלאת טענות התנועה במסגרת בקשת ההצטרפות, לא היה בכדי להרחיב את יריעת המחלוקת (באשר, כמפורט להלן, השאלה המרכזית בהליך הייתה ונותרה, האם המשיבות נכללות בפטור שחל על "מגדל").

ה.2. גם לגופו של עניין, טענות המבקשת בדבר הגדרת "מגדל" אינן בגדר הרחבת חזית

150. גם אם נניח כי אמירותיו של בית המשפט הנכבד במסגרת החלטתו בבקשת ההצטרפות היו אמירות כלליות, אשר לא התייחסו במפורט לטענות הקונקרטיות שפורטו על ידי התנועה בבקשת ההצטרפות – **לעמדת התנועה, הבקשה, והטענות המפורטות בה לעניין הגדרת "מגדל", אינן משנות את הגדרת הפלוגתא כפי שהוצבה בכתבי הטענות.**

151. **השאלה המרכזית בהליך הייתה ונותרה, האם המשיבות נכללות בפטור שחל על "מגדל".**

152. **המבקש עצמו עסק בשאלה זו, ובהרחבה, בין היתר בתשובה לתגובה לבקשה לאישור (שם, סעי' 27 עד 45), ובמסגרת טענותיו פירט בהרחבה הן את הטעמים לכך שהמשיבות (או לפחות חלקן) אינן יכולות להיכלל תחת ההגדרה "מגדל" בשל היותן קשורות למקטע הסיטונאי; ואף פירט, ובהרחבה, את הרציונל לאיסור זה (שם, סעי' 46 עד 67).**

153. **במסגרת בקשת ההצטרפות, ובמסגרת סיכומים אלו, ביקשה התנועה להאיר ולחדד את הטענה המשפטית – אשר כאמור הובעה ופורטה זה מכבר בכתבי הטענות מטעם המבקש – לפיה המשיבות אינן יכולות לחסות תחת סעיף הפטור.**

154. בהקשר זה, עושה התנועה שימוש במומחיותה, בניסיונה ובהיכרותה המעמיקה עם תחום ההגבלים העסקיים, עם הרקע החקיקתי ועם הליך החקיקה הקונקרטי של סעיף 14, על מנת להביא בפני בית המשפט את התמונה המלאה ואת מלוא הנימוקים הרלוונטיים בהקשר זה, לפי מיטב ידיעתה והבנתה המקצועית.

155. **בנסיבות אלו אין באמת בהעלאת טענות התנועה משום העלאת "טענות חדשות"**. יתרה מכך: אף אם יש בדברים, או בחלקם, משום חידוש, הרי שאין בכך כל פסול, בהינתן העובדה שלשם כך בדיוק נועד סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 – הכל כמפורט בחלק הבא.

ה. אף אם היו בטענות הבקשה "טענות חדשות" – אין בכך כל פסול, והדבר הולם את אופי ההליך

156. **אף אם יש חלקים מסוימים בטענות הבקשה שאינם חופפים במאת האחוזים את טענותיו של המבקש – אין בכך כל פסול, שכן זו כל מטרתה והגיונה של הפרוצדורה המתירה צירוף צדדים להליך הייצוגי, והדבר אינו פוגע בזכותו הדיונית של מאן דהוא:**

157. **ראשית** יודגש כי "הרחבת חזית" היא מונח שיכול לחול, מטיבו, רק על הצדדים להליך – ולא על צד המצטרף להליך במהלכו, דוגמת צד המבקש להצטרף כידיד בית המשפט.

158. בהקשר זה נקבע בדנ"א 7398/09 **עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית** (פורסם בנבו; 14.4.15), בהקשר דומה – הצטרפותו של היועץ המשפטי לממשלה להליך משפטי מתנהל, כי **הכלל האוסר על הרחבת חזית מכוון למצב בו אחד מבעלי הדין הוא אשר משנה מקו הטיעון שלו עצמו במהלך ההליך:**

"**הכלל האוסר על הרחבת חזית מכוון, לפחות באופן טיפוסי, למצב בו בעל דין משנה מקו הטיעון שלו עצמו במהלך ההליך, באופן שיש בו להקשות על בעלי הדין האחרים בהליך (ראו, שם, בפיסקה 5, אודות חשיבות הגדרת הפלוגות; ע"א 8871/07 יודפת מושב עובדים להתיישבות חקלאית בע"מ נ' נגוהות בע"מ, [פורסם בנבו] פסקה 19 (12.7.2011)). מצב זה שונה ממקרה שבו היועץ מתייצב וטוען טענותיו לראשונה בהליך שהוא לא היה צד בו.** בנסיבות אלה אין מדובר בשינוי החזית או בסטייה מהפלוגות שהגדיר היועץ בשלב מוקדם יותר, שכן הטענות מועלות על ידו לראשונה רק באותו שלב. אם קיימת סטייה מהטענות, הרי שהיא מתייחסת ל"חזית" שהגדירו בעלי הדין ולא היועץ עצמו. בנוסף, כפי שיתואר להלן, מבחינה מהותית מייצג היועץ אינטרס שעשוי להיות שונה מהאינטרס של בעלי הדין ועל כן, בהגדרה, קיימת אפשרות כי טענותיו תהיינה שונות מטענותיהם. כפי שיובהר, אין כל פסול בעצם קיומו של שוני בין טענות הצדדים לבין טענות היועץ, ועובדה זו לבדה אינה מצדיקה למנוע ממנו להישמע. מכאן, שהכלל של "הרחבת חזית" פחות הולם, לשיטתי, את המקרה הנדון."

159. המקרה של בקשת ידיד, או הצטרפות לפי סעיף 15, דומה במובן זה לעניין הנדון בפסק הדין בדנ"א 7398/09: מי שנאסר עליו לשנות מקו הטיעון הם הצדדים להליך; איסור זה אינו חל, מטבע הדברים, בהגשת בקשת ידיד או בקשה לפי סעיף 15.

160. יצוין כי לא בכדי המשיבות לא הפנו, במסגרת תגובתן לבקשת הצטרפות, לפסיקה או מקור חוקי כלשהו האוסרים על צד המבקש להצטרף לפי סעיף 15 לכלול בבקשתו טענות המתייחסות לטענות שהעלו הצדדים. הפסיקה אליה מפנות המשיבות (סעי' 56 לתגובה) כלל אינה עוסקת בבקשות לפי סעיף 15, או בבקשות ידיד, כי אם בסיטואציות בהן הצדדים המקוריים להליך העלו או ניסו להעלות טענות חדשות בשלב מאוחר של ההליך. בענייננו – המצב שונה באופן מהותי, כמפורט.

161. כל מהותו של מוסד בקשת הידיד, הינה להאיר צדדים שלא הוארו כל צורכם על ידי הצדדים המקוריים להליך. בקשת ידיד, מטבעה ובמהותה, תמיד תכלול "הרחבה" של היריעה המשפטית (ולעתים העובדתית) הנוגעת להליך. בקשת ידיד אשר הייתה מוגשת בלא שיש בה חידוש כלשהו ביחס לכתבי הטענות שהוגשו בהליך – הייתה, כמובן, מיותרת לחלוטין.

162. ממילא, אין כל מקום לטעון בהקשר זה טענה מסוג "הרחבת חזית".

163. שנית, הדברים קל וחומר בבקשת הצטרפות לתובענה ייצוגית: התובענה הייצוגית, מטיבה, נועדה להגן על אינטרס רחב של ציבור, ולא של צד פרטי; ובהתאם לכך, כל הגיונו ומטרתו של סעיף 15, הינו להתיר הצטרפות של ארגון כאמור "לשם הגנה על עניינם של חברי הקבוצה".

164. צא וחשוב: לו הייתה בפני בית המשפט בקשת אישור "מושלמת", לא היה כל צורך בהצטרפותו של מאן דהוא לשם הגנה על חברי הקבוצה. ברור אפוא שהמחוקק ביקש לאפשר השתתפות של ארגונים בהליך הייצוגי דווקא מתוך הבנה שלארגונים אלו יש את היכולת להאיר צדדים שלא הוארו על ידי המבקש המקורי, וזאת מפאת החשיבות שראה המחוקק בהגנה על חברי הקבוצה, גם במחיר של "שיבוש" מסוים של הפרוצדורה ההליכית.⁴⁵

165. ודוק: אפילו בסכסוך בין בעלי דין פרטיים, הדין מתיר הגשת בקשת ידיד שבמסגרתה עשויות לעלות טענות חדשות (ראו להלן); קל וחומר בהליך ייצוגי, שבו הסכסוך מטיבו אינו בין צדדים פרטיים כי אם בעל אופי ציבורי-קבוצתי, שמותר לבקש להצטרף להעלות טענות ודגשים שלדעתו לא מוצא על ידי המבקש המקורי, וזאת לשם הגנה על אינטרס הקבוצה. קל וחומר בן בנו של קל וחומר בהליך הייצוגי דנן, שהשלכותיו אפילו אינן תחומות לגדרה של הקבוצה, כי אם עשויות להשפיע על פרשנות סעיף הפטור המתוקן ולפיכך על יוקר המחיה בכללותו.

166. שלישית, העלאת טענות חדשות (ככל שיש כאלו) על ידי התנועה איננה פוגעת בזכות דיונית כלשהי של המשיבות, שכן הותר להן להתייחס לטענות אלו בסיכומיהן.

167. המשיבות הלינו בתגובתן לבקשת ההצטרפות, כי "אם ייעתר בית המשפט לבקשה, מבלי שיתיר למשיבות להשיב לדברים לגופם כראוי, יהא בכך כדי לפגוע בזכויותיהן המהותיות של המשיבות" – וזאת, תוך שבחרו, במודע, "להתעלם" (כלשונו הן!) ממה שהן מכנות "טענות חדשות", על אף שניתן להם די והותר זמן להתייחס לבקשת ההצטרפות על כל חלקיה.

168. מכל מקום, אף אם ניתן לראות במי מהטענות שהועלו בבקשה "טענה חדשה" (וכאמור, אין הדבר כן) – הדבר אינו מוביל לתוצאה של מחיקת טענות אלו; שכן במצב כזה, ובהינתן כי ענייננו במחלוקת שטיבה משפטית, ניתן לאפשר למשיבות להשלים את טענותיהן בהקשרים קונקרטיים אלו.

169. ואכן, בענייננו, בית המשפט הנכבד (אשר דחה את עמדת המשיבות והתיר את הצטרפות התנועה), קבע בהחלטתו כי "המשיבות תוכלנה להתייחס לטענותיה במסגרת הסיכומים מטעמן". בכך, התיר בית המשפט הנכבד למשיבות "להשיב לדברים לגופם כראוי" (כלשונו של המשיבות), ואין אפוא יסוד לעמדתה לפיה יש למחוק את טענות התנועה.

170. למעלה מן הצורך, נוסף ונציין כי הדברים אף מעוגנים בדין ובפסיקה: משעה שהמחוקק ביקש להתיר הצטרפות מאוחרת, ומרחיבה, מעין זו המוסדרת בסעיף 15 – ברי כי אין בהעלאת טענות

⁴⁵ ראו לעניין זה סעיף 13 לחוק, המסמיך את בית המשפט "לאשר תובענה ייצוגית בכל שינוי שיחליט עליו ביחס לבקשה לאישור" (!) – סמכות זו (אשר הוגדרה בפסיקה כסמכות "רחבה"), לצד סמכויות עזר נוספות שהוענקו לבית המשפט בחוק, מצביעה על מגמתו של החוק שלא להציב מכשולים דיוניים או אחרים בפני ההליך הייצוגי מקום בו הוא מהווה את הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, ובשים לב לאינטרס הציבורי שאותו משרת ההליך הייצוגי (ראו: ע"א 2718/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ (פורסם בנבו; 28.5.12), פסקה 20 לפסק דינה של כב' השופטת ביניש).

חדשות בגדרה משום "פגיעה בזכות דיונית" של מי מהצדדים; שהרי הזכות הדיונית מוגבלת ומוגדרת על ידי הגדרות החוק בעניין.

171. ראו לעניין זה החלטת כב' השופטת דותן בבר"ע (ת"א) 2857/06 אגודת העיתונאים בתל אביב נ' רון קופמן (פורסם בנבו; 12.3.07), בה התקבלה בקשת אגודת העיתונאים להצטרף להליך במעמד של ידיד בית המשפט, תוך שנקבע כי ככל שיש בבקשה משום העלאת טענות חדשות תינתן למשיבה הזכות להתייחס אליהן:

"בבקשתה להצטרף כ"ידיד בית המשפט" להליך זה, טוענת המבקשת כי השאלות המועלות בבקשה הינן שאלות עקרוניות הנוגעות לתנאי העסקתם של עיתונאים, [...]

משיב 1 מסכים להצטרפותה של המבקשת, ואילו משיב 2 מתנגדת מאחר שלהשקפתה הבקשה מהווה ניסיון להעלאת טענות שלא הובאו בפני הערכאה הדיונית ובכך לסייע למשיב 1 לשפר עמדות בשלב הערעור.

עוד נטען כי צירופה של המבקשת יאפשר שינוי והרחבת חזית, בניגוד לכלל לפיו ערכאת הערעור לא תדון בנימוק המועלה בפניה לראשונה. [...]

מאחר שהשאלות הנדונות בהליך זה הינן משפטיות בעיקרן, ובהתחשב בתפקידה ומטרותיה של המבקשת, סבורה אני כי התקיימו בעניינה התנאים הן ביחס לתרומתה הפוטנציאלית להצגת העמדה המוצעת והן באשר לאינטרס הכללי אותו היא מייצגת. [...]

יודגש, כי השאלה העומדת לדיון בבקשת הרשות לערער הינה בעיקרה משפטית, ומשכך ניתן יהיה להתייחס לטענותיה הנוספות של המבקשת, מבלי שתפגע זכותה של המשיבה 2 להשיב להן.

לסיכום: הבקשה מתקבלת.

172. טרם סיום חלק זה, נשוב ונזכיר כי אין כל שחר לטענת המשיבות (בסעיפים 60-61 לתגובתן לבקשת ההצטרפות), לפיה טענת התנועה כי חומר רבייה אינו חוסה תחת הגדרת "תוצרת חקלאית" בחוק, מהווה כביכול "הרחבת חזית": כאמור, המשיבות עצמן הן שהעלו ראשונות את הטענה לפיה היותן מדגירות ומשווקות חומר רבייה, הופכת אותן ל"מגדל" – ומשהעלו טענה בעניין זה, כבר ביום 15.6.17 (זמן רב לפני שהוגשה בקשת ההצטרפות, אשר הוגשה רק ביום 10.8.17), אין לקבל טענה לפיה העלאת טענת התנועה בעניין זה מהווה הרחבת חזית.

ו. סיכום

173. כמפורט לעיל, מעשיהן ודבריהן של המשיבות עצמן, בזמן אמת, מוכיחים כי הן ידעו שסעיף הפטור המתוקן אינו חל על קרטל הפטם – גם לא לדעת הרשות – ועל כן טרחו ופנו בבקשה לקבל פטור מאישור בית הדין להסדר הכובל, לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים (בקשה אותה משכו לאחר מספר חודשים).

174. גם לגופו של עניין, לא יכול להיות ספק כי המשיבות בענייננו אינן יכולות לחסות תחת הפטור החקלאי משעה שנכנס לתוקפו תיקון מס' 14.

175. זאת, לא רק בשל היות המועצה צד להסדר, אלא אף מחמת מעורבותן של המשיבות 15-2, אשר עוסקות בייצור חומר רבייה אשר אינו "תוצרת חקלאית"; מחמת זיקתה של המשיבה 4 עם 'תנובה',

שהיא סיטונאי שמשווק בעיקר תוצרת שאינה מגידול עצמי ; ומחמת מעורבותן של המשיבות 4 ו-9, אשר אינן עומדות במבחנים הרלוונטיים ל"תאגיד מגדלים" עקב זיקתן למקטע השיווק הסיטונאי.

176. בנסיבות אלו, ובהתאם לראיות שהוצגו על ידי המבקש, נמצא כי לאחר מועד כניסתו לתוקף של תיקון מס' 14 היו המשיבות מצויות בהפרה של חוק ההגבלים העסקיים – ויש לחייבן אפוא בפיצוי הקבוצה המיוצגת על ידי המבקש על הנזק שגרמו בכך לציבור.

177. התנועה פירטה באריכות את הטעמים העומדים ביסוד עמדתה, בהדגישה כי **אימוץ פרשנותן השגויה של המשיבות לתנאי סעיף הפטור עלולה לרוקן מתוכן את מטרת תיקון מס' 14 ולשים לאל את כוונת המחוקק, באופן שישליך לרעה לא רק על חברי הקבוצה בהליך זה כי אם גם על הציבור הרחב כולו.**

178. בשים לב לנוסחו של סעיף הפטור החקלאי לאחר התיקון, ובפרט בשים לב למגמת המחוקק והפסיקה **לצמצם** את תחולת הפטור החקלאי, להוציא מתחולתו משווקים סיטונאיים וצדדים הקשורים בהם, ולהחילו רק על הזקוקים לו באמת – קרי, החקלאים – **אין ספק לעמדת התנועה כי ההסדר הכובל נשוא בקשת האישור לא חסה תחת הפטור החקלאי המתוקן.**

ירושלים, ל' תשרי, תשע"ט (9.10.18)

איתמר שחר, עו"ד

נילי אבן-חן, עו"ד

ב"כ התנועה