

הפטור החקלאי בחוק ההגבלים העסקיים: מחקר השוואתי והרהורים על היקף תחולת הפטור

ורד דשא*

- א. מבוא
- ב. סעיף 3(4) לחוק – הפטור להסדרים כובלים בתחום החקלאי
 1. כללי
 2. יסודות הסעיף ותנאי הפטור החקלאי
 3. רקע היסטורי – החקלאות ותפקידה בבניין הארץ והקמת המדינה
 4. הפטורים החקלאיים בחוק – תכליתם והרציונל שביסודם
- ג. משפט משווה
 1. כללי
 2. הפטור החקלאי בארצות-הברית
 3. הפטור החקלאי באיחוד האירופי
- ד. ניתוח השוואתי בין הוראות הפטור בדינים השונים
- ה. הפיקוח על הפטור
 1. השגות בדבר תחולת הפטור על המשווקים
 2. סיכום ומסקנות

א. מבוא

הנחת היסוד של משטרים התומכים בכלכלה חופשית היא כי תחרות חופשית תוביל, בדרך כלל, לשמירה על מחירים נמוכים ועל איכות גבוהה – אינטרסים שעניינם טובת הצרכן. חוק ההגבלים העסקיים נועד להגן על הציבור מפני הגבלת התחרות במשק או פגיעה בה.¹ מטרתו ועיקר תכליתו של החוק היא בפיקוח על התחרות,² ונשוא אותו פיקוח הם אותם מקרים שבהם מבקשים עסקים להגביל בפעולותיהם את התחרות

* עו"ד בשירות המדינה, בעלת תואר בוגר במשפטים ותואר מוסמך במשפט אזרחי מסחרי.

1 חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח–1988, ס"ח 1258 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים" או "החוק").

2 למעשה, קיימות לא מעט מטרות העומדות בבסיס דיני ההגבלים העסקיים. עם זאת, ההנחה המקובלת היא כי ההגנה על התחרות היא האינטרס העיקרי שעליו בא החוק להגן. על תכלית החקיקה ומטרות החוק בהרחבה ראו להלן בהמשך המאמר.

על מנת ליהנות מהגדלת רווחיהם על חשבון הצרכן.³ פעולות אלה הן אותם ההגבלים העסקיים. עצם הפיקוח מוביל למעשה לתוצאה שהחוק "נושא על גבו" את העיקרון של עידוד וקידום התחרות החופשית, והופך אותו אגב כך לאחת המטרות העיקריות שלו.⁴

הגנת התחרות בחוק ההגבלים העסקיים באה לידי ביטוי בפיקוח ובאכיפה בשלושה מישורים מרכזיים: הגנה מפני קרטלים או הסדרים כובלים – הסדרים בין בני אדם המנהלים עסקים באופן שעלול להגביל, למנוע או להפחית את התחרות;⁵ הטלת איסורים על בעלי מונופולים לנצל את מעמדם המונופוליסטי לרעה; ופיקוח על פגיעות בתחרות בעקבות מיזוגים בין חברות.⁶

החוק אוסר על אדם להיות צד להסדר כובל, אלא אם כן זכה לקבל אישור, היתר או פטור מכוח החוק.⁷ הוא ממשיך וקובע כי הסדר כובל, כהגדרתו בחוק,⁸ הוא אסור, אלא אם כן הותר באחת הדרכים הקבועות בחוק.⁹ אדם שעבר על הוראות אלה עובר עברה פלילית כמו גם עוולה בנזיקין.¹⁰

ואולם, הגם שקידום התחרות החופשית הוא אינטרס בעל חשיבות רבה, קיימים מנגד אינטרסים נוספים הראויים להגנה. לפיכך, ככל שמדובר בהסדרים כובלים, קבע המחוקק שורה של פטורים ודרכים נוספות להתגבר על ההגבלות שמציב בהקשר זה חוק ההגבלים העסקיים.

סעיף 3 לחוק מונה רשימה של הסדרים אשר חרף היותם נכנסים בגדר הסדר כובל, לא ייחשבו כהסדרים כובלים. כל אחד מהפטורים המפורטים בסעיף 3 לחוק משקף אינטרס שעליו בחר המחוקק להגן, בגבולות מסוימים שנקבעו בחוק עצמו,

³ אם כי הפסיקה אינה מחייבת שהעסק ינוהל לשם הפקת רווחים, ראו משה ברונובסקי **פיקוח פרטי על הגבלים עסקיים בישראל** 61 (עבודת דוקטורט, אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 1982) והאסמכתאות הנזכרות שם.

⁴ דוד בכור "הרהורים בחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט–1959" **ספר זוסמן** 131, 133–134 (א' ברק, י' זמיר, ח' כהן, נ' ליפשיץ, ג' שלו עורכים, 1984). השופט בכור כיהן בשעתו כיושב ראש המועצה להגבלים עסקיים שקדמה לבית הדין להגבלים עסקיים.

⁵ ס' 2(א) לחוק.

⁶ ס' 1 לחוק מגדיר הגבל עסקי כהסדר כובל, מונופולין או מיזוג חברות.

⁷ ס' 4 לחוק, ס' 40 לחוק ההגבלים העסקיים, התשי"ט–1959 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים הראשון" או "החוק הראשון").

⁸ על פי ס' 2(ב) לחוק, הסדר יחשב כהסדר כובל אם יש בו תיאום של מחיר, כמות המוצר או השירות, חלוקת השוק או הרווח שיופק.

⁹ פטור מכוח ס' 3 לחוק, היתר זמני מכוח ס' 13 לחוק, אישור על ידי בית הדין להגבלים עסקיים על פי ס' 9 לחוק; הממונה על ההגבלים העסקיים פטר אותו מן החובה לקבל אישור של בית הדין (ס' 14 לחוק), או שהממונה קבע אותו כהסדר הפטור מן החובה לקבל את אישורו של בית הדין (ס' 15א לחוק).

¹⁰ ס' 47(א)(1) ו-ס' 50 לחוק, בהתאמה.

ותוך מתן עדיפות לאותו אינטרס, כאשר הוא עומד אל מול האינטרסים הכלליים עליהם מגן חוק ההגבלים העסקיים.

במילים אחרות, החוק מורנו כי הגם שחופש התחרות הוא ערך חשוב, יש להעמידו אל מול אינטרסים, נורמות וערכים אחרים, נוספים, ולמצוא את נקודת האיזון ביניהם. נקודת האיזון על פי המחוקק היא אותה רמת הגנה הניתנת בחוק לאותו אינטרס רלוונטי.

עם זאת, נוכח מרכזיותו וחשיבותו של העיקרון הכללי בדבר קידום התחרות במשק, הדעה המקובלת היא כי ככלל, יש לפרש את הוראות הפטור בצמצום.

אחד האינטרסים עליו בחר המחוקק להגן הוא עידוד החקלאות. סעיף 3(4) לחוק מעניק פטור גורף למגזר החקלאי מן האיסור על קיומם של הסדרים כובלים. הפטור כולל גם את מגדלי התוצרת וגם את משווקי התוצרת בענף זה.

עם זאת, כפי שיפורט להלן בהמשך המאמר, במהלך השנים שחלפו למן כינון הפטור ועד למועד זה, חלו במגזר החקלאי תמורות ושינויים משמעותיים, שבעטיים ראוי היה לבחון מחדש את היקף הפטור ותחולתו.

מאמר זה יסקור את הרציונל שביסודו של הפטור אשר הוענק למגזר החקלאי, את הרקע והסיבות אשר היה בהם כדי להצדיק את מתן הפטור ואשר הובילו ליצירתו, אגב ביצוע השוואה בין הפטור החקלאי בישראל לבין הפטור החקלאי בשיטות משפט אחרות.

בהמשך נסקור את התמורות והשינויים אשר חלו במהלך השנים בענף זה, ונציע להתאים את היקף הפטור, לבצע בו את השינויים הנדרשים לאור המציאות המשתנה ולשקול את תיקון החוק בעקבות זאת. כפי שנראה להלן, התאמה זו היא כמעט חיונית ונדרשת על מנת לקיים את הרציונל שביסודו של הפטור.

ב. סעיף 3(4) לחוק – הפטור להסדרים כובלים בתחום החקלאי

1. כללי

חוק ההגבלים העסקיים הישראלי כולל שני פטורים בעלי השלכה על המגזר החקלאי, שעל פיהם הסדרים כובלים במגזר זה פטורים מאכיפת האיסור הקבוע בחוק. הראשון הוא הפטור הקבוע בסעיף 3(1) לחוק, המאפשר קיום הסדרים כובלים אם קיים חוק המתיר אותם, כגון הסדרים במסגרת מועצות הייצור הסטטוטוריות; והשני הוא הפטור החקלאי הקבוע בסעיף 3(4) לחוק המאפשר הסדרים כובלים בין חקלאים לבין עצמם, בין משווקים בסיטונות לבין עצמם ובין חקלאים למשווקים בסיטונות – בכל הקשור לגידול ולשיווק תוצרת חקלאית מייצור מקומי.

הפטור הסטוטורי הראשון שהוא בעל חשיבות למגזר החקלאי הוא הפטור הקבוע בסעיף 3(1) לחוק. על פי סעיף זה לא ייחשב כהסדר כובל:

"הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין".

הפטור על פי סעיף זה, שעליו נרחיב להלן בהמשך המאמר, היה בעבר בעל חשיבות מרכזית בתחום החקלאי. ברם בשנים האחרונות, עם ביטול משטר מכסות הייצור, פחת משקלו לעומת הפטור הקבוע בסעיף 3(4) לחוק.

סעיף 3(4) לחוק מעניק פטור להסדרים כובלים בתחום החקלאי. פטור זה הוא למעשה הפטור היחיד בחוק כיום אשר מתייחס לסקטור ספציפי.¹¹ על פי סעיף זה, קרטלים בתחום החקלאות פטורים ממערך האכיפה של פרק ב' לחוק ההגבלים העסקיים, כלומר: הסדר כובל או קרטל חקלאי – הוא מותר. הוראת סעיף 3(4) לחוק קובעת כדלקמן:

"הסדר שכל כבילותיו נוגעות לגידול ושיווק של תוצרת חקלאית מגידול מקומי מסוגים אלה: פירות, ירקות, גידולי שדה, חלב, ביצים, דבש, בקר, צאן, עופות או דגים, אם כל הצדדים להסדר הם המגדלים או המשווקים בסיטונות; הוראה זו לא תחול על מוצרים שיוצרו מתוצרת חקלאית כאמור; השר, בהסכמת שר החקלאות ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי בצו להוסיף או לגרוע לסוגים של תוצרת חקלאית".

כעולה מן הסעיף, כבילה הנוגעת לגידול ולשיווק תוצרת חקלאית מקומית, שהופקה בישראל, לא תיחשב כהסדר כובל. לשם החלת הפטור נדרש שיהיה מדובר בהסדר שבו מתקיימים חמישה תנאים מצטברים המנויים בסעיף.¹² ככלל, יוענק הפטור אך ורק לתוצרת חקלאית מקומית שהופקה בישראל, והצדדים להסדר חייבים להיות המגדלים או המשווקים של אותה תוצרת. החוק מסייג וקובע כי ההוראה מתייחסת לתוצרת חקלאית בלבד ולא למוצרים שהופקו או יוצרו מאותה תוצרת.

הפטור חל אפוא בשלוש רמות:

1. על הסדר כובל בין מגדל למגדל (יצרן ויצרן).
2. על הסדר כובל בין מגדל למשווק.
3. על הסדר כובל בין משווק למשווק.

¹¹ בשל כך נמתחה ביקורת על עצם קיומו של הפטור, אשר מעניק למגזר החקלאי הטבה על פני מגזרים אחרים במשק. ראו יצחק (צחי) יגור **דיני הגבלים עסקיים** 345–348 (מהדורה שלישית, 2002).

¹² להרחבה בכל אחד מן התנאים המצטברים וסקירת הפסיקה, ראו בהמשך המאמר.

החוק פוטר אפוא כל סוג של הסדר – אופקי או אנכי¹³ – מן האיסור הכללי על עשיית הסדר כובל. עם זאת, הוא אינו פוטר את הסקטור החקלאי מאיסורים אחרים הנכללים בחוק: כך למשל מיזוג בין חברות במגזר החקלאי אינו פטור מתחולת החוק, והוא כפוף להוראותיו ובכלל זה לאישור הרשות. באופן דומה אין החוק פוטר את הסקטור החקלאי מן ההוראות לגבי מונופול.

כפי שנראה להלן בהמשך המאמר, פטור למגזר החקלאי מיישומם של חוקי Antitrust (חוקי ההגבלים העסקיים) מצוי בשיטות משפט רבות. החוק הישראלי אינו שונה במובן זה מן החוקים במרבית המדינות המפותחות בעולם. עם זאת, בשונה מן הדין האמריקני והאירופי, החוק הישראלי פוטר, מסיבות היסטוריות, לא רק את המגדלים של התוצרת החקלאית, אלא גם את המשווקים בסיטונות של התוצרת החקלאית, אף שהם אינם מעורבים בגידול התוצרת כלל.¹⁴

זאת ועוד, תחולת הפטור רחבה באופן כזה שהיא חלה על כל סוגי ההסדרים שבין המגדלים לבין עצמם, בין המשווקים בסיטונות לבין עצמם ובין המגדלים למשווקים בסיטונות, ולא, כפי שניתן היה לצפות, רק על הסדרים בין החקלאים המגדלים את התוצרת.

לטעמנו, אין לפטור למשווקים מקום, בשל היותו מסכל את מטרות הפטור. בנוסף, הפטור הוא אוטומטי, ואינו נתון לפיקוח של הרשות או בית הדין להגבלים עסקיים במובן זה שכמעט שהוא אינו מאפשר לרשות להגבלים עסקיים לבדוק, להתערב, לפקח או להטיל סנקציה כלשהי, גם במקרים שמדובר בפגיעה משמעותית בתחרות.¹⁵ החוק קובע כי השר, בהסכמת שר החקלאות, ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי להוסיף או לגרוע בצו, סוגים שונים של תוצרת חקלאית שלגביהם

¹³ הסדר אופקי הוא הסדר בין גופים מתחרים, ואילו הסדר אנכי הוא הסדר בין יצרן לבין משווק או מפיץ. מקובל לחשוב כי פגיעתו של הסדר אופקי בתחרות חמורה הרבה יותר, מפני שבדרך כלל יש בו תיאומי מחירים, תיאומי כמויות בין מתחרים, חלוקת השוק בין מתחרים וכיוצא באלה הסכמות בין הגופים המתחרים. לעומת זאת, פגיעתו של הסדר אנכי בתחרות אינה מובנת מאליה, שכן להסכמות בין הצדדים להסדר כזה יכולות להיות סיבות לגיטימיות. ראו בעניין זה: רע"א 6233/02 **אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ**, פ"ד נח(2) 635 (2004). כן ראו: דיויד גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" **עיוני משפט** כז 751 (2004).

¹⁴ כך לדוגמה, לא התנגד בשעתו הממונה על ההגבלים העסקיים להסדר בין חברת תנופורט לחברת פרי אור שבבעלות מהדרין, במסגרתו הקימו השניים את חברת מהדרין תנופורט יצוא (מ"ת") בשנת 2001, לצורך ייצוא פרי הדר.

¹⁵ שלא ברומה לחוקים הזרים, או למשל למנגנון המופיע בס' 7-15 לחוק והכולל מעין בקרה של הרשות על הסדרים כובלים המושפעת משיקולים שונים ובכללם שיקולים של טובת הציבור, כאמור בס' 10 לחוק; או בניגוד לפטורי סוג אשר אישורם כפוף לכללים מסוימים, ולא ייתן אם הכבילות שבהסדר מגבילות את התחרות בחלק ניכר של השוק או שיש בהן כדי לפגוע בפגיעה משמעותית בתחרות, כאמור בס' 15 לחוק.

יחול הפטור.¹⁶ בכך אין משום סמכות פיקוח, אלא סמכות לשינוי החוק לעניין סוגי התוצרת שעליהם יחול הפטור.

נושא הפיקוח על הפטור מעורר כמה תהיות: ראשית, תחת הענקת סמכות הפיקוח לרשות ההגבלים העסקיים שהיא הרשות הממונה, הגוף המקצועי ובעלת הסמכות הטבעית לפיקוח על הפטור, הוענקה סמכות הפיקוח על הפטור למחוקק, ובאופן ספציפי לשר החקלאות; שנית, תחת מדיניות של אישור הסדרים ספציפיים שיש להם הצדקה כלכלית, בחר המחוקק כלל רחב המונע הלכה למעשה פיקוח של הרשות או למצער של הגוף המפקח.

התוצאה היא אפוא היעדרו של מנגנון פיקוח בכלל. כפי שנראה מניתוח הדברים בהמשך המאמר, תוצאה זו יש גם בה לפגוע במטרות הפטור.

סקירה של גרסותיו הקודמות של החוק מגלה כי מאז חוקק עבר החוק כמה שינויים, כאשר בעבר הייתה תחולתו רחבה יותר, ועם השנים חל צמצום מה בהיקף הפטור, הן באשר למוצרים שעליהם חל החוק והן באשר לצדדים להסדר, הזכאים לפטור.

עיון בנוסח חוק ההגבלים העסקיים הראשון משנת 1959 מגלה כי בסעיף הפטור החקלאי המקורי היה נוסחו של סעיף הפטור שונה. וכך נאמר שם:

"הסדר שכל כבילותיו נוגעות לגידולי שדה, פירות, חלב ומוצרי חלב, בהמות, עופות ודגים, בשר, ביצים או דבש, להבדיל ממוצריהם התעשייתיים, ושכל הצדדים לו הם יצרנים או משווקים של המצרך שההסדר חל עליו – איננו הסדר כובל" (ההדגשה שלי – ו.ד.).¹⁷

השוואה בין שני הנוסחים, המקורי והנוכחי, מובילה למסקנה כי לשון החוק העכשווי צמצמה את תחולתו של הפטור החקלאי. בנוסח המקורי הגביל החוק וקבע שהפטור לא יחול על מוצרים תעשייתיים שהופקו מתוצרת חקלאית, ואילו בנוסח החדש הורחב האיסור וצומצמה תחולתו של הפטור למוצרים שיוצרו מתוצרת חקלאית שאינם בהכרח רק מוצר תעשייתי. עד לנוסח העכשווי עבר סעיף זה שינויים נוספים בדרך: בגרסתו הראשונה חל הפטור החקלאי בחוק ההגבלים העסקיים הראשון גם על תוצרת חקלאית שמקורה ביבוא. בנוסף, קבע סעיף 8 לחוק כי הפטור יחול כאשר הצדדים להסדר הם יצרנים או משווקים של מצרכים. בשנת 1963, כמה שנים לאחר חקיקתו של החוק, נעשה התיקון הראשון בסעיף הפטור החקלאי, ומתחולת הפטור החקלאי הוצאה התוצרת שמקורה ביבוא.¹⁸

¹⁶ על פי הסיפא של ס' 3(4) לחוק.

¹⁷ ס' 8(א) לחוק ההגבלים העסקיים הראשון.

¹⁸ חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), התשכ"ג–1963, ס"ח 141.

תכליתו של השינוי הוסברה בדברי ההסבר להצעת החוק, ועל פיה מטרת השינוי הייתה "לצמצם במקרים מסוימים את תחום הפטורים האוטומטיים מהוראות החוק העיקרי". בהתייחס לפטור החקלאי באופן ספציפי נאמר כי מטרת התיקון היא: "לצמצם את חוג הגורמים היכולים להצטרף כצדדים להסדרי יצור או שיווק של מצרכים מתוצרת חקלאית". המונח "משווק" בסעיף החוק המקורי היה רחב מדי, מאחר שהוא כלל גם סיטונאים וקמעונאים. התיקון בא לצמצם הגדרה זו וליתן את הפטור רק ליצרני מצרכים ולמשווקים של אלה בסיטונות.¹⁹

תכליתו של התיקון הייתה להחיל את הפטור רק על השלבים הראשונים של הייצור החקלאי, אלה הנוגעים לחקלאות עצמה, לעבודת האדמה ואלו הסמוכים לה.²⁰ לפיכך במסגרת התיקון הוצאה מתחולת הפטור החקלאי תוצרת שמקורה ביבוא, ויצאו מתחולתו המשווקים הקמעונאיים.

צמצום הפטור לתוצרת מקומית בלבד לא היה בו כדי לסתור את התכלית העומדת ביסוד הפטור, אלא הוא בא להפחית ככל הניתן את הפגיעה בציבור הצרכנים בשל מניעת התחרות ולהזכיר כי העיקרון הכללי בדבר חשיבות התחרות עדיין בעינו עומד, והפטור החקלאי הוא חריג לכלל זה.

מגמת צמצום תחולתו של הפטור באה לידי ביטוי גם בתיקון נוסף שנעשה בנוסח הסעיף בחוק ההגבלים העסקיים הנוכחי משנת 1988, אשר קבע כאמור כי הפטור החקלאי לא יחול על מוצר שיוצר מתוצרת חקלאית. משמע שאם בעבר נדרש שהתהליך שתעבור התוצרת החקלאית יהיה תעשייתי על מנת להוציא אותו מתחולת הפטור, הרי כיום די בכך שיהיה זה "מוצר" שיוצר מן התוצרת החקלאית, קרי שינוי של התוצרת, לא דווקא בדרך תעשייתית.²¹

חריף השינוי של הגדרה זו, השאלה מהי תוצרת חקלאית עולה לא פעם בפסיקה, ויש לגביה מחלוקות. זאת, שכן גם בנוסחה העכשווית, עדיין יוצרת הגדרה זו מסך של ערפל ואינה קובעת באופן ברור מהו גבול ההגדרה, והיכן עובר המוצר נשוא המחלוקת את הקו והופך מתוצרת חקלאית למוצר שיוצר מתוצרת חקלאית.²²

2. יסודות הסעיף ותנאי הפטור החקלאי

בבחינת השאלה אם הסדר כלשהו חוסה תחת כנפי הפטור החקלאי, נקודת המוצא היא לשון החוק. להלן יידונו התנאים המצטברים אשר יש הכרח בהתקיימותם לשם

¹⁹ הצעת חוק לתיקון חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), התשכ"ג-1963, ה"ח 530.

²⁰ ת"פ (מחוזי י"ם) 960/05 מדינת ישראל – הממונה על ההגבלים עסקיים נ' מרגלית, תק"מ-306 (3) 2336 (2006) (להלן: עניין הירקות הקפואים).

²¹ שם.

²² במסגרת הדיון בתנאים המצטברים, יידון גם המונח "תוצרת חקלאית".

החלת הפטור החקלאי דגן:

א. "כל כבילותיו": לשון הוראת הפטור מתייחסת רק להסדר "שכל כבילותיו נוגעות" לגידול ולשיווק של תוצרת חקלאית מגידול מקומי. אין די בכך שחלק ממרכיבי ההסדר יהיו בקשר לגידול ושיווק של תוצרת חקלאית, או שהם יהוו חלק – משני או עיקרי – הימנו. על מנת לפטור את ההסדר מתחולת החוק, נדרש שכל כבילותיו של ההסדר תיגענה בנשוא הפטור – גידול ושיווק תוצרת חקלאית מייצור מקומי. במילים אחרות: די בכך שאחת מן הכבילות בהסדר לא "תיגע" בנשוא הפטור כדי להוציא את ההסדר כולו מתחולת הפטור.

עיון בלשונם של סעיפי פטור אחרים בחוק מעלה כי נוסח זהה ניתן למצוא כמעט בכל סעיפי הפטור הסטטוטוריים. כך למשל נוקט המחוקק לשון דומה בסעיפים (1)3, (2)3, (3)3, (4)3, (6)3, (7)3 ו-(9)3 לחוק. השאלה היא מהו הדין אם חלק מכבילות ההסדר נוגעות לתוצרת חקלאית וחלק אחר לא. האם אז ייחנה ההסדר מן הפטור? בית המשפט העליון נדרש כמה פעמים לניתוח אחת ההוראות הנ"ל שהיא כאמור בעלת ניסוח דומה. בעניין **תור אויר**²³ נדרש בית המשפט לפרשנות של סעיף 10 לחוק, אשר קבע כי "הסדר שכל כבילותיו נוגעות לתובלה בין לאומית, בים או באוויר [...] אינו הסדר כובל".²⁴ השופט אהרן ברק (כתוארו אז) בהן שתי כבילות במסגרת הפטור, אחת מהן "נגעה" לאמור בפטור אך השנייה לא נגעה בו. השופט ברק קבע כי "כדי שההסדר הנדון ייפול למסגרת של סעיף 10 לחוק, דרוש הוא, כי כל כבילותיו נוגעות לתובלה בינלאומית [...] מכאן אין לומר על ההסדר כולו על שתי כבילותיו גם יחד כי 'כל כבילותיו' נוגעות לתובלה בינלאומית [...] נמצא, שאם אחת הכבילות נוגעת לתובלה בינלאומית ואילו הכבילה האחרת אינה נוגעת לה, ההסדר כולו הוא הסדר כובל".²⁵ הסדר כזה אינו זכאי ליהנות מן הפטור. השופט ברק מוסיף כי מסקנה זו מתחזקת גם לאור תכלית החוק לאסור הסדרים כובלים הפוגעים בכלל. לשם כך הוגדר המונח "הסדר כובל" באופן הרחב ביותר, ומשום כך נגזרת המדיניות שעל פיה יש לפרש את הוראות הפטור מתחולת החוק בצמצום. צמצום זה משמעותו לענייננו, כי די בכבילה אחת שאינה במסגרת הפטור, על מנת להוציא את ההסדר כולו מתחולתו.

בהחלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין דלתות הביטחון נדונה סדרת הסכמים בין שלוש החברות הגדולות בענף דלתות הביטחון.²⁶ בעקבות בדיקה של

²³ בג"ץ 47/83 **תור אויר (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים**, פ"ד לט (1) 169, 182–183 (1985) (להלן: עניין **תור אויר**).

²⁴ כיום ס' (7)3 לחוק.

²⁵ עניין **תור אויר**, לעיל ה"ש 23.

²⁶ החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים "קביעה בדבר הסדר כובל בין רב בריח בע"מ, שריונית חסם יצור מוצרי ביטחון (1991) בע"מ, שמשון מערכות בע"מ" (17.3.1995), שעניינה קביעה לפי ס' 43 לחוק בעניין הסדר כובל בענף דלתות הביטחון (להלן: "עניין דלתות הביטחון"). ניתן לצפייה

הרשות פנה הממונה אל החברות וביקש את הפסקת ההסדרים. החברות טענו לפטור לפי סעיף 3(2) לחוק ולחלופין לפי סעיף 3(6) לחוק.²⁷ בהחלטתו ניתח הממונה את הוראות סעיפי הפטור והתבסס בין היתר על פסק הדין הנזכר לעיל בעניין **תור אויר** והחיל אותה פרשנות מצמצמת גם על סעיפים אלה.

במקרה אחר השווה בית המשפט בין לשונו של סעיף 3(1) לחוק, אשר על פיו "**הסדר שכל** כבילותיו נקבעו על פי דין" לא ייחשב הסדר כובל, לבין מונופולין, וקבע כי אנלוגיה כזו תתקיים רק כאשר מדובר במונופולין **שכל** פגיעותיו האפשריות בציבור ובתחרות (השקולות לכבילותיו של ההסדר הכובל) מתחייבות, או לפחות מוסדרות, מכוח הדין.²⁸ באופן דומה פורש בפסיקה גם סעיף 3(3) לחוק.²⁹ הנה כי כן, בתי המשפט העניקו לסעיפים אלה פרשנות מצמצמת ודווקנית, ברוח הפרשנות המצמצמת הנדרשת להוראות הפטור.

באשר לסעיף 3(4) נשוא דיוננו, בעניין **הירקות הקפואים** נדונה פרשנות סעיף זה.³⁰ בית המשפט המחוזי בירושלים גזר גזרה שווה מפסקי דין אלה, נקט פרשנות מצמצמת וקבע כי נדרש ש"כל כבילותיו" של ההסכם יהיו בקשר לגידול ושיווק של התוצרת החקלאית. מקום שבו מקצת כבילותיו של ההסכם לא תהיינה נוגעות לגידול ולשיווק של תוצרת חקלאית, די בו על מנת שההסדר כולו לא יזכה לפטור הקבוע בסעיף.

ב. "נוגעות": בפסק הדין בעניין **תור אויר**, ניתח השופט ברק (כתוארו אז) את המונח "נוגעות"³¹ בעת שהוא דן בפטור לגבי "הסדר שכל כבילותיו נוגעות לתובלה בינלאומית בים או באויר"³² וקבע כי לא די ב"נגיעה" קלושה ורופפת בין כבילות ההסדר לבין התובלה הבין-לאומית. מטרת החוק מנחה אותנו כי ה"נגיעה" הקבועה בסעיף 10א לחוק תהיה ממשית וישירה, וכי הזיקה בין כבילות ההסדר לבין התובלה הבין-לאומית תהא זיקה קרובה ואינטימית. על פי כך, הסדר שכל כבילותיו נוגעות לתובלה הבין-לאומית הוא הסדר שלכבילותיו השפעה ישירה, עיקרית ודומיננטית על התובלה הבין-לאומית.³³

ככתובת: <http://archive.antitrust.gov.il/ANTItem.aspx?ID=1848&FromSubject=&FromYear=2009&FromPage=0> (נבדק לאחרונה ב-31.3.2011).

²⁷ ס' 3(2) לחוק מעניק פטור להסדר שכל כבילותיו נוגעות לזכות השימוש בקניין רוחני; ס' 3(6) לחוק מעניק פטור להסדר אנכי בין רוכש נכס לספק המקנה בלעדיות הדדית.

²⁸ ערר (הגבלים עסקיים) 7/95 "בזק", **החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, דינים הגבלים עסקיים 3(3) 1037 (1997).

²⁹ ת"א (מחוזי י"ם) 1642/97 **פז חברת נפט בע"מ נ' שרלין**, תק-מח 1(1) 283 (2002).

³⁰ עניין **הירקות הקפואים**, לעיל ה"ש 20.

³¹ עניין **תור אויר**, לעיל ה"ש 23.

³² ס' 10א לחוק ההגבלים העסקיים הראשון.

³³ עניין **תור אויר**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 180-181, וראו גם החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין דלתות הביטחון, לעיל ה"ש 26.

בעניין הירקות הקפואים אימץ בית המשפט גישה זו, וקבע כי עצם העובדה ששיעור נמוך מתוך הירקות המוקפאים לא היה מייצור מקומי, אין בה, כשלעצמה, כדי לשלול את תחולת הפטור, שכן הסדר כובל שנעשה לגבי ירקות שאינם מגידול מקומי בנסיבות אותו מקרה, עודנו "נוגע" לגידול ושיווק של ירקות מגידול מקומי, באשר הוא משפיע על המחירים ועל כמויות הייצור.

ג. "כל הצדדים להסדר הם המגדלים או המשווקים בסיטונות": על פי לשון הסעיף, פטורים הסדרים כובלים בין חקלאים לבין עצמם, בין חקלאים למשווקים ובין משווקים לבין עצמם. החוק איננו מבחין בין שני המגזרים: היצרני – המגדל החקלאי, והמשווק – הסיטונאי הרוכש מהמגדל את התוצרת.³⁴

בעניין פוד קלאב נדון מיזוג בין תנובה לעופקל.³⁵ בית הדין להגבלים עסקיים שלל את תחולת הפטור מהטעם שעל פי לשון הסעיף, הפטור החקלאי חל רק אם כל הצדדים להסדר הם המגדלים או המשווקים בסיטונות. במקרה זה המשטות, שהיו צד להסדר, אינן נכללות בגדר "מגדלים" ואף לא בגדר "משווקים בסיטונות", ועל כן לא יחול הפטור.

בעניין הירקות הקפואים נבחנה השאלה אם יצרני הירקות הקפואים אשר טענו לפטור מכוח סעיף 3(4) הם "המגדלים" או "המשווקים" של התוצרת.³⁶ בית המשפט קבע כי השיווק המוגן על פי החוק וחוסה תחת הפטור הוא "השיווק החקלאי שהוא בשר מבשרו של התהליך החקלאי". באותו מקרה, קבע בית המשפט, השיווק איננו אותו שיווק סיטונאי שאליו התכוון המחוקק, ליבת העיסוק היא עיבוד תוצרת חקלאית, הנאשמים הם יצרנים תעשייתיים ולא משווקים בסיטונות, ובכל מקרה פעילות השיווק היא נספחת לעיסוק העיקרי, דבר הסותר את תכלית החוק ועל כן לא יחסו תחת מטריית הפטור.

ד. "תוצרת חקלאית": הפטור חל על תוצרת חקלאית בלבד, מגידול מקומי, מסוגים אלה: פרות, ירקות, גידולי שדה, חלב, ביצים, דבש, בקר, צאן, עופות או דגים. הסעיף קובע כי הפטור לא יכלול "מוצרים שיוצרו מתוצרת חקלאית".

בחינה מושכלת של רשימת התוצרת החקלאית הנכללת בחוק מגלה כי מרבית המוצרים הנמנים ברשימה הם אכן מוצרים טריים בעלי תוחלת חיים קצרה. עובדה זו עולה בקנה אחד עם מטרת הפטור, אשר נועד לשמש כלי לשם התמודדות עם תכונותיה או עם מגבלותיה של התוצרת נשוא הדיון. בין כלל המוצרים אמנם מונה החוק גם דבש – מוצר אשר תוחלת חייו אינה קצרה כמו של שאר המוצרים, ולכאורה הוא אינו מקיים את מאפייניה. עם זאת, מדובר במוצר חקלאי טהור, אשר הכללתו

³⁴ ביקורת לא מועטה נמתחה על העובדה שאין הבחנה בין שני המגזרים, ונעשו ניסיונות לבטל את הפטור למשווקים, אשר עד כה לא צלחה. ראו בהמשך מאמר זה.

³⁵ ה"ע (הגבלים עסקיים) 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תק-מח 03(2) 5587 (2003) (להלן: עניין פוד קלאב).

³⁶ לעיל ה"ש 20.

ברשימה קשורה לתכליות אחרות ביסוד החוק ואשר יידונו להלן. השאלה מהי תוצרת חקלאית העסיקה את הרשות ואת בתי המשפט בישראל לא פעם, אולם הלכה למעשה לא הוכרעה לגמרי. מחלוקת משמעותית בעניין זה שררה בין הממונה על ההגבלים העסקיים לבין חברת תנובה על פירוש ההגדרה "תוצרת חקלאית", בהקשר של ענף שחיטת העוף. חברת תנובה שולטת על ענף שחיטת העוף באמצעות מערכת של הסדרים שבמרכזם הסדרי שיווק, תיאומי מלאי ותיאומי מחירים בין תנובה לבין המשחטות הפועלות בשוק.³⁷ חברת תנובה היא בעליה המשותפים של המשחטות עוף הנגב ומעוף, ולצד תוצרתן של אלה, היא משווקת גם תוצרת של ארבע משחטות נוספות – עוף הגליל, עוף העמק, מילועוף ועוף טוב. בעקבות בדיקה שערכה הרשות פנה הממונה לתנובה וביקש את הפסקת הסדרי השיווק בשל העובדה שהם אינם מתיישבים עם הוראות חוק ההגבלים העסקיים. תנובה טענה כי ההסדרים פטורים לפי סעיף 3(4) לחוק, אולם הייתה נכונה להתיר את ההסדרים. לפיכך ביום 3.4.2003 פנה הממונה על ההגבלים העסקיים לבית הדין להגבלים עסקיים וביקש כי יורה על הפסקת ההסדרים הכובלים בין תנובה לארבע המשחטות הנ"ל. ביום 20.11.2003 ניתן על ידי בית הדין להגבלים עסקיים פסק דין בהסכמה שבמסגרתו הורה בית הדין על הפסקת ההסדרים הכובלים בין תנובה למשחטות.³⁸ עם זאת, בית הדין לא הביע עמדה בשאלה אם מוצרי העוף הם "תוצרת חקלאית" כמשמעה בחוק, קרי, הנכנסת בגדר הפטור.

בעניין **פוד קלאב** נדון ערעור על החלטת הממונה לאשר מיזוג בין תנובה לעופקל – מפעל העוסק בייצור מוצרי עוף, אשר במסגרתו רכשה תנובה את השליטה במפעל זה.³⁹ תנובה טענה כי שיווק העוף המעובד נופל בגדרו של הפטור החקלאי הקבוע בסעיף 3(4) לחוק. בית הדין להגבלים עסקיים דן בשאלה אם העוף המעובד היוצא מן השחיטה הוא בגדר "תוצרת חקלאית" או שמא הוא "מוצר אשר יוצר מתוצרת

³⁷ הטענה הועלתה בעניין **פוד קלאב**, לעיל ה"ש 35. לעניין שליטתה של תנובה בענף שחיטת העוף ראו גם פסק הדין בע"א 2247/95 **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה**, פ"ד נב(5) 213 (1998). באותו עניין נדון ערעור על החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים שלא לאשר את המיזוג בין חברת תנובה לבין משחטת עוף הנגב. הערעור התקבל בחלקו, והמיזוג אושר בסופו של דבר בתנאים.

³⁸ ראו הודעות הממונה על ההגבלים העסקיים לעיתונות, שפורסמו באתר הרשות להגבלים עסקיים: "הממונה ביקש מבית הדין להגבלים עסקיים להורות על הפסקת הסדר כובל בין תנובה למשחטות עוף הגליל, עוף העמק, מילועוף ועוף טוב" (15.4.2003). ניתן לצפייה בכתובת: <http://archive.antitrust.gov.il/files/5730/503009591.pdf> (נבדק לאחרונה ב-31.3.2011); "בית הדין להגבלים עסקיים נתן פסק דין בהסכמה בו הורה על הפסקת הסדר כובל בין תנובה למספר משחטות" (24.11.2003). ניתן לצפייה בכתובת: <http://archive.antitrust.gov.il/files/5778/503009983.pdf> (נבדק לאחרונה ב-31.3.2011).

³⁹ עניין **פוד קלאב**, לעיל ה"ש 35.

חקלאית". בית הדין קבע כי מדובר במוצר גבולי, אולם סיווג את העוף המעובד כ"תוצרת חקלאית" בנימוק שעיקר השיווק של עופות בישראל הוא שיווק של עוף מעובד, ועל כן אי-החלת הפטור על עופות מעובדים תמנע מראש את החלת הפטור על חלקו הגדול של השיווק הסיטונאי של העופות, דבר הנוגד את תכלית החקיקה. בסופו של דבר לא ניתן הפטור בשל העובדה שהמשחטות לא נכנסו להגדרת "מגדלים" או "משווקים בסיטונות", כאמור.

במקרה אחר, בעניין **שותפות רפת משפחת כהן**, קבע בית המשפט כי על אף העובדה שתנובה מעבדת את החלב המגיע למחלבותיה מן החקלאים, עדיין היא נחשבת למשווק סיטונאי החוסה תחת הפטור, בין היתר משום שהחלב מעובד כדי להכשירו לשיווק.⁴⁰

בעניין **הירקות הקפואים** הואשמו הנאשמים בהיותם צד להסדר כובל שבו תואמו מחירי המכירה של ירקות מוקפאים שיוצרו או שווקו על ידם.⁴¹ הנאשמים טענו שההסדר פטור לפי סעיף 3(4) לחוק, וכי "תוצרת חקלאית" כוללת גם ירקות מוקפאים. בין היתר התבססו הנאשמים על פסקי הדין בעניין **שותפות רפת משפחת כהן** ובעניין **פוד קלאב** בנימוק שלא ניתן לשווק חלב מבלי שיעבור תהליך עיבוד מסוים (פסטור), ובאופן דומה לא ניתן לשווק את העוף מבלי לשחטו. על כן, אם עוף קפוא העובר תהליך של "שמונה מדורים" במשחטה נחשב "תוצרת חקלאית", קל וחומר שירקות קפואים דינם דומה, ועל כן הרי הם תוצרת חקלאית. בית המשפט הביע דעתו בהערת אגב כי בעניין העוף הקפוא היה מקום לקבוע כי אין מדובר בתוצרת חקלאית, אלא בתוצרת תעשייתית.⁴²

לגופו של עניין קבע בית המשפט מבחן כפול שעל פיו תוצרת חקלאית שנעשה בה עיבוד שהוא הכרחי לשם שיווקה, נכללת בגדר "תוצרת חקלאית", ואילו כאשר העיבוד שנעשה איננו הכרחי לשם השיווק, אז יש לבחון אם עברה התוצרת שינוי בטעם, בצורה, במצב צבירה וכו'. אם עברה התוצרת שינויים אלה – כי אז אין מדובר בתוצרת חקלאית, אלא במוצר שיוצר מתוצרת חקלאית. במקרה זה העיבוד שינה את המוצר ביחס לתוצרת המקורית, ועל כן הוא איננו בגדר תוצרת חקלאית כי אם מוצר שיוצר מאותה תוצרת.

בית המשפט העליון, בדונו בערעור בעניין **הירקות הקפואים** קבע כי את ההבחנה בין תוצרת חקלאית לבין מוצרים מעובדים ניתן לתלות גם באופייה של חלק ניכר מן

⁴⁰ בש"א (מחוזי ת"א) 26498/05 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' שותפות רפת משפחת כהן**, תק-מח 405(4) 9633 (להלן: עניין **שותפות רפת משפחת כהן**).

⁴¹ עניין **הירקות הקפואים**, לעיל ה"ש 20. על פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט העליון. ראו עניין **לימור**, להלן ה"ש 43. הערעור נדחה.

⁴² בהתבסס על פרשה אחרת, ערר (הגבלים עסקיים) 2/94 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, תק-מח 1095(1) 11077 (1995), שם סיווג בית הדין את העוף המעובד בצאתו מן השחיטה כתוצרת תעשייתית.

התוצרת החקלאית כמוצרי יסוד.⁴³ אופיו של המוצר ונחיצותו התזונתית הבסיסית יכול אף הוא לשמש שיקול להבחנה בין תוצרת חקלאית לבין מוצר המיוצר ממנה. הנה כי כן אנו רואים כי המחלוקת לגבי פרשנות המונח "תוצרת חקלאית" לא הוכרעה לגמרי. קיימות שאלות היפותטיות אשר טרם נבחנו. כך למשל קילוף התוצרת ואריזתה ללא קליפתה (לדוגמה גרגרי רימון), או מוצרים מצוננים המתאימים לתרבות הצריכה המודרנית כגון ירקות שנקצצו, נשטפו ונארזו לסלט; או פרי אשר מסיבות שונות שיווקו כמוצר טרי לא צלח והוקפא על ידי המגדל לשם הארכת חיי המדף שלו, דבר שבנסיבות העניין התברר כהכרחי לשם שיווקו⁴⁴ – האם עדיין ייחשבו בגדר תוצרת חקלאית אם לאו. התשובה לכך אינה ברורה לחלוטין. בעניין הירקות הקפואים העיר בית המשפט המחוזי כי מוטב היה לו היה המחוקק קובע מבחן ברור יותר, וכי יש מקום להסדיר את הנושא במפורש.

ה. "גידול מקומי": כנזכר לעיל, בנוסח החוק המקורי נכללה גם תוצרת אשר מקורה ביבוא. לאחר תיקון החוק בשנת 1963 צומצמה תחולת החוק והוצאה ממנו תוצרת מיובאת.

בעניין הירקות הקפואים נטען כי בחלק מן הכבילות נכללו סוגי ירקות מיבוא, קרי: כאלה שאינם מייצור מקומי. שיעור חלקו של היבוא באותו מקרה הוערך בכ-5 אחוזים. בית המשפט פסק כי שיעורו הנמוך של היבוא בקרב הירקות הקפואים אינו צריך, כשלעצמו, לשלול את תחולת הפטור.

3. רקע היסטורי – החקלאות ותפקידה בבניין הארץ והקמת המדינה

לאחר שעמדנו על לשון החוק, על מבנהו ועל תולדותיו, כעת ננסה לרדת אל חקר תכליתו, קרי: אל הרקע ההיסטורי אשר עומד מאחורי תכלית החקיקה, תוך ניסיון לתהות מהו הרציונל אשר יש בו כדי להצדיק התרת קרטלים בתחום החקלאי. התייחסות מיוחדת למגזר החקלאי בהיבטים רבים, ובכלל זה בהיבטים של חוקי ה-Antitrust, ניתן למצוא במדינות רבות, ובכלל זה במדינות מפותחות ומתקדמות דוגמת ארצות-הברית ומדינות האיחוד האירופי.⁴⁵ בישראל, הגם שניתן למצוא דמיון בחלק מן ההיבטים למדינות אחרות, קשור היחס המיוחד המוענק למגזר החקלאי, המצוי בבסיסו של הפטור החקלאי, קשר הדוק עם ערכים שביסוד הקמת המדינה.

⁴³ ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' לימור, תק-על 3779 (3)07, פס' 17 (2007) (להלן: עניין לימור).

⁴⁴ שאלה בעניין זה היא אם יש לתת משקל לעובדה שתהליך ההקפאה נעשה על ידי המגדל אם לאו, ראו דיון בעניין זה בהמשך המאמר.

⁴⁵ להרחבה, ראו להלן פרק ג'.

על מנת להבין את התכלית העומדת ביסודו של הפטור החקלאי בחוק ההגבלים העסקיים, יש לפנות קודם כל אל השנים של ראשית המדינה ואל תפקידה המרכזי של החקלאות במימוש גאולת הארץ והרעיון הציוני. המגזר החקלאי שימש שחקן מרכזי ובעל תפקיד מכריע ביישוב הארץ החל מתחילת שנות העשרים של המאה הקודמת. האתוס החלוצי, תפיסת הקרקעות, גאולתן, השמירה עליהן וההגנה על הגבולות, הפרחת השממה, פיתוחן והשבחתן של הקרקעות בדרך ליישוב הארץ והקמת המדינה שבדרך ופיתוח כלכלתה, ההישענות על הייצור החקלאי בשל היעדר תשתיות בסיסיות להקמה ולפיתוח ענפי תעשייה – כל אלה יצרו מצב שבו החקלאות היוותה את הבסיס להתחדשות הלאומית בשנים של טרום הקמת המדינה ובעשורים הראשונים לאחר הקמתה.

בתחילת הדרך סימלה עבודת האדמה את היציאה מעבדות לחירות, את העצמאות הכלכלית ואת זכות היהודים לנחלה בארץ.⁴⁶ מאוחר יותר נתפסו החקלאות ותנועות ההתיישבות כמשרתות את המטרות הלאומיות שביסוד הארץ: בהיבט של בניין הארץ, יישובה וביטחונה הושמו השמירה על קרקעות המדינה ותפיסת השטחים, השמירה על השטחים הפתוחים, מקורות המים ומשאבי הטבע, השמירה על גבולות המדינה והרחבתם; פיזור האוכלוסייה היהודית ופריסתה ברחבי הארץ הן מטעמים של יישוב הארץ בשטח רחב ככל שניתן והן מטעמים הקשורים בביטחון הארץ ובסכסוך הישראלי-ערבי אשר דרש הקמת יישובים יהודיים באזורים רבים אשר נחשבו עד לאותה עת כלא מיושבים או כמעוז של שכנינו הערביים. בהיבט הכלכלי נתפסה החקלאות כענף יצרני המבוסס על עבודה עצמית שאינה תלויה בגורמים חיצוניים ואשר מטרתו בין היתר הספקת מקומות עבודה לציבור המהגרים והעולים מארצות אירופה וצפון אפריקה, אספקת מזון מגוון לכלל האוכלוסייה במחירים סבירים, ובהמשך אף כענף יצרני כלכלי ברמה טכנולוגית גבוהה המשליך על ענפים משלימים.

גם בהיבט חברתי היה להתיישבות תפקיד מרכזי: דמותו של הישראלי החלוץ אשר בכוח רצונו ונחישותו היווה אמצעי וסמל לחזרת העם היהודי לאדמת אבותיו ההיסטורית ולבניינה, ההתיישבות ביישובים חקלאיים שיתופיים דוגמת קיבוצים ומושבים שיתופיים המבוססים על ערכים של עבודה עצמית, עזרה הדדית, קנייה ומכירה משותפת, התרבות והמסורת הכפרית, גם אלה שימשו מודל לעיצוב פני הארץ ודמותה.

בשל כל אלה, אך טבעי היה כי המגזר החקלאי יהיה בעל מעמד מיוחד ביחס למגזרים כלכליים אחרים, וייהנה בשל כך מיחס מועדף מרשויות המדינה.

⁴⁶ עוז אלמוג **הצבר – דיוקן** 254–256 (1997); וכפי שצוטט על ידי בית המשפט העליון בעניין **לימור**, לעיל ה"ש 43.

4. הפטורים החקלאיים בחוק – תכליתם והרציונל שביסודם

מהו אפוא הרציונל העומד ביסודו של הפטור החקלאי? מדוע, חרף העיקרון הכללי בדבר היותו של הסדר כובל אסור, ואף שהמחוקק הכיר בחשיבות שבמניעת הסדרים כובלים וקידום התחרות במשק, הוא מצא לנכון להכשיר הסדרים כובלים במגזר החקלאי?

כמה סיבות עיקריות עומדות ככל הנראה ביסודו של הפטור: הראשונה שבהן הייתה הרצון לקדם את המגזר החקלאי ולסייע לו בשל אותו המעמד המיוחד הנזכר לעיל. סיבה זו היוותה ללא ספק את הבסיס לקביעת הפטור החקלאי ושימשה שיקול מרכזי בהחלטת הכנסת בעת שהוחלט על מתן פטור זה. עיון בפרוטוקול הדיונים שקיימה הכנסת עוד טרם אישור חוק ההגבלים העסקיים הראשון מעלה כי היחס המיוחד שניתן לחקלאים עובדי האדמה, כמי שמגלמים באישיותם את תמצית גאולת הארץ ו"ההשרשה בקרקע"⁴⁷, שימש אחד השיקולים המרכזיים בהחלטת הכנסת להעדיף את טובתו של מגזר זה על פני השיקולים הכלליים של מניעת פגיעה בתחרות. בישיבות שעסקו בחוק ההגבלים העסקיים הראשון נאמר על כך, כי "יש לראות באנשים אלה העובדים את האדמה אנשים ומשקים הראויים ליחס מיוחד. על כן, כאשר אנשים אלה מתאגדים כדי לארגן את ייצורם ושיוקם על מנת להגן על האינטרסים שלהם, עלינו לראות זאת בעין טובה, לעודד אותם ולעזור להם"⁴⁸.

לצד תכלית זו והרצון לסייע למגזר החקלאי קיימים גם טעמים ענייניים משמעותיים נוספים העומדים בבסיסו של הפטור החקלאי. התוצרת החקלאית נחשבת למצרך יסודי שהביקוש לו קשיח, הן כשלעצמה והן בהיותה חומר גלם חשוב למזון מעובד. עיון ברשימת התוצרת החקלאית כפי שהיא מוגדרת בחוק הישראלי כמו גם בחוקים הזרים, מגלה כי הלכה למעשה היא כוללת בתוכה את רשימת מרבית המוצרים החשובים בסל המזון, שכן עסקינן בירקות, בפרות, בחלב, בביצים, בבשר, בעוף, בדגים ועוד. על כן נראה לנו כי לא תהיה זו טעות לקבוע כי התוצרת החקלאית כוללת את הרכיבים המשמעותיים ביותר בסל המזון בכלל.

לפיכך עליית מחירי תוצרת חקלאית אינה מובילה לירידה בביקוש באותו יחס. עליית מחירים, לבד מהיותה פוגעת בצרכן הסופי כשלעצמה, יש לה אף השפעה משמעותית על רמת המחירים בענף המזון, וכפועל יוצא, גם על מדד המחירים לצרכן. מכאן חשיבות השמירה על רמת המחירים בענף זה.

⁴⁷ מונח הלקוח מדבריו של ח"כ לוי אשכול, בשעתו שר האוצר ולימים ראש ממשלת ישראל, בעת הדיון שהתנהל בכנסת ביום 13.1.1958 בעניין הפטור החקלאי בחוק ההגבלים העסקיים הראשון (ד"כ 23, 599 (התשי"ח)).

⁴⁸ דברי ח"כ יעקב כץ בישיבה שעסקה בחוק הראשון, כפי שצוטטו בפסק הדין בעניין הירקות **הקפואים**, לעיל ה"ש 20.

לאור האמור היה מקום, לכאורה, שלא לאפשר קיומם של הסדרים כובלים שבמהותם הם הסדרים מדכאי תחרות. אך מאחר שהתוצרת היא עונתית, בטיבה ובאופייה, וככזו אינה מאפשרת שליטה מלאה על כמויות הייצור ועל איכות המוצר, ומאחר שהתוצרת בעלת אורך חיים וחיי מדף קצרים ואופי מתכלה, ותהליך הייצור הביולוגי מושפע מגורמים אובייקטיביים שונים ואינו נתון לשליטה ולבקרה מוחלטת של היצרן, קיימת תנודתיות רבה בהיצע של התוצרת וחוסר יכולת לשלוט ולווסת את כמות התוצרת המגיעה לשווקים. היצף המביא להיווצרות עודפים גדולים של תוצרת, או מן הצד השני ביקוש יתר בתקופות של חוסר בתוצרת, הם תופעות שגרתיות בענף זה.

במצב דברים זה, ובשל ייחודו של המוצר נשוא הדיון, יש הצדקה לאפשר לחקלאים המגדלים את התוצרת להתאגד ולהתקשר בינם לבין עצמם בקולקטיבים או בהסדרים, אשר יאפשרו להם לווסת את כמויות הגידול, לבחור את הזנים ולתכנן את מועדי הזריעה. כך יוכלו החקלאים להבטיח רציפות באספקה, חלוקה גאוגרפית בין השווקים, ויסות הכמויות המגיעות אליהם באופן מושכל ומניעת היווצרותם של עודפים.⁴⁹ מתן אפשרות זו לחקלאים, יש עמה בסופו של דבר תועלת לענף כולו ולכלל הצרכנים.

טעם נוסף, עניינו בשיקולי יעילות וכדאיות כלכלית: מרבית המשקים החקלאיים בארץ הם משקים משפחתיים קטנים, אשר מטבע הדברים אף ממוקמים בפרפריה ורחוק ממרכזי השיווק המצויים בערים הגדולות, בעיקר במרכז הארץ. בשל גודלם של המשקים ובשל נפח הפעילות הקטן יחסית בכל משק בנפרד, וכן בשל העלויות הגבוהות הכרוכות בהקמת מערכי מיון, אריזה, אחסון, קירור, שינוע, הובלה והפצה של התוצרת, אין באפשרותו של כל משק להקים מערך מסוג זה בנפרד. אין לכך אף הצדקה כלכלית. בנוסף, בשל כמויות התוצרת הקטנות יחסית המופקות מכל משק בנפרד, שינועה של התוצרת ושיווקה מחייב אף הוא התארגנות משותפת, בארגונים או בקולקטיבים, למטרה זו.

התארגנות כזו משרתת אגב כך גם מטרה חשובה נוספת, והיא הגדלת כוח המיקוח של המגדלים, אשר כל אחד מהם כשלעצמו אינו חזק דיו להתמודד עם המשווקים ועם פירמות השיווק השולטות בשוק הסיטונאי וברשתות השיווק. הטעם לכך, יסודו בכך שציבור המגדלים נתפס, בצדק, כחוליה החלשה ביותר ובעלת כוח המיקוח הקטן ביותר בשרשרת הייצור והשיווק של התוצרת החקלאית הכוללת את היצרנים, הספקים, המשווקים, הסוחרים הסיטונאים והקמעונאים. חולשה זו היא פועל יוצא של כמה סיבות, שהעיקריות שבהן הן ריבוי המגדלים בענף

⁴⁹ ראו בעניין זה: Vladislav Valentinov, *Why are Cooperatives Important in Agriculture?* An Organizational Economics Perspective, 3 JOURNAL OF INSTITUTIONAL ECONOMICS 55 (2007).

ואופייה הייחודי של התוצרת החקלאית. מדובר בתוצרת טרייה בעלת חיי מדף קצרים, ולפיכך נדרש שיווק מהיר יחסית על בסיס יומיומי שוטף, שאם לא כן, יתכלה המוצר, ובאופן טבעי הדבר יגרום נזקים כלכליים כבדים למגדל. חולשה זו של המגדל עלולה להיות מושא לניצול לרעה של פירמות השיווק בעלות ההשפעה הגדולה על השוק. ניצול לרעה יכול לבוא לידי ביטוי בהכתבת המחיר הרצוי למשווק, גם אם הוא נמוך ממחיר השוק, או בדרכים אחרות הפוגעות במגדל.

נזכיר כי בשל ריבוי היצרנים בענף זה, אין המשווק יוצא נפגע כמעט בשום מקרה, במיוחד בתקופה שבה ההיצע רב מן הביקוש. המגדל, לעומתו, אם לא ימכור את התוצרת סמוך למועד הקטיף, יאלץ קרוב לוודאי להשליך אותה, שכן בשל היותה בעלת אורך חיים מוגבל, היא חייבת לרוב בשיווק יומיומי ואיננה ניתנת לאחסון לתקופה ארוכה. על כן ברור מדוע נאלץ המגדל להתכופף אל מול דרישותיו של המשווק ולמכור לו את התוצרת כמעט בכל תנאי.

עובדה זו היא בעלת משמעות פוגענית גם מנקודת המבט של הצרכן הסופי, רוכש התוצרת, שכן המשווק הוא למעשה גורם מתווך בין המגדל לצרכן. ככל שכוחו של המשווק רב יותר וחולשתו של המגדל גדולה יותר, כך עולה החשש להיווצרותו של פער תיווך גדול יותר בין התמורה אותה מקבל המגדל עבור התוצרת, לבין המחיר שישלם בסופו של דבר הצרכן.

ניצול כוחם של המשווקים (כמו גם רשתות השיווק) מפר אפוא את שיווי המשקל בשוק, יוצר פער משמעותי בין המחיר שמשלם הצרכן לבין המחיר שמקבל המגדל, מרע את רווחת הצרכנים ופוגע במגדלים. לאור זאת, ראוי ונכון לאפשר למגדלים פטור מן האיסור לעשיית הסדר כובל במקרים של התארגנות לפעילות משותפת לצורך מכירה ושיווק של התוצרת, דבר אשר יש בו באופן טבעי כדי לשפר את כוח המיקוח שלהם אל מול המשווקים. כפי שעולה מן האמור לעיל, פטור זה, יש עמו בסופו של דבר גם תועלת לצרכן הסופי וגם למשק כולו.

ההצדקה לפטור רחב אשר חל על כלל ההסדרים בין המגדלים בענף זה, תחת מדיניות של אישור הסדרים ספציפיים כפי שקיים בענפים אחרים, מקורה אף היא באותם טעמים: ריבוי מגדלים, משקי בית קטנים, אופי הגידול ותכונותיה המיוחדות של התוצרת, ובעקבות זאת ריבוי עסקאות בהיקף קטן המספקות מענה לבעיות המיוחדות של הענף והתוצרת החקלאית, המאפשרות יעילות כלכלית ואינן אמורות לפגוע באופן ממשי בתחרות.

ייאמר כבר עתה, מכלול הסיבות הללו מצדיק אמנם לטעמנו הענקת הפטור למגדלים המשווקים את תוצרתם, אולם, לטעמנו, וכפי שנראה להלן, הוא מאפשר למשווקים שאינם מגדלים לנצל לרעה נקודת תורפה זו של המגדל שלא לצורך התועלת של כלל הצרכנים, והדבר מוביל בסופו של דבר לתוצאה הפוגעת באופן טבעי גם בצרכן וגם, ובעיקר, במגדלים.

כך או כך, בהיבט המצומצם הנובע ממכלול הסיבות דלעיל, מקובל לחשוב כי בשל אופייה המיוחד של התוצרת, ועל מנת לאפשר אספקה רציפה של התוצרת בכל עונות השנה, יש מקום לאפשר תכנון משותף של הגידול מתוך רצון להימנע מתנודות חמורות בשווקים הנובעות מעודפים עונתיים מצד אחד וממחסור עונתי מצד שני.

בהיבט הרחב יותר, וכתוצאה של מכלול הגורמים הללו גם יחד, נתפסת החקלאות כענף המחייב מנגנוני תכנון ופיקוח. הפטור מקיומו של הסדר כובל בענף החקלאות, משמש למעשה מעין כלי בידי הרשויות למניעת כשלי השוק הנגרמים עקב אופייה המיוחד של התוצרת ולאיוון מערך הכוחות בין השחקנים בשוק התוצרת החקלאית, שהיא כאמור, רכיב משמעותי מאוד בענף המזון. למעשה, לפנינו מנגנון של רגולציה שמטרתו הסדרה ופיקוח בענף ספציפי זה. הסדרה זו היא ביטוי לאחת המטרות אשר ביסודה של החקיקה ההגבלית. הדעה הרווחת בעניין זה היא כי מטרת החקיקה המגבילה התנהגות של פירמות, היא להביא לשיפור היעילות הכלכלית על ידי מניעת הסדרים או מיזוגים שיגרמו נזק לחברה עקב ניצול כוח שוק.⁵⁰ מטרת החקיקה המגבילה היא אפוא שמירת התחרותיות לטובת כלל הרווחה הכלכלית במשק על ידי מניעת היווצרות כוח שוק.

זהו בעצם הרציונל העומד בבסיסו של הפטור החקלאי, וזוהי גם הסיבה לקונצנזוס הקיים בשיטות המשפט השונות באשר לצורך בפטור מן האיסור על קיומו של הסדר כובל למגדלים החקלאיים.

בישראל ניתן להוסיף לכל אלה מגבלות ייחודיות נוספות המשפיעות על הגידול כגון בצורת או מצוקת מים, מצוקת עובדים זרים, מצב ביטחוני⁵¹ ועוד. בנוסף, הצלחתם של מושבי העולים שהוקמו בישראל בשנות החמישים ועלייה בפריון היו אחד הגורמים להיווצרות עודפי תוצרת גבוהים כבר בשנים המוקדמות.

הרציונל הכלכלי, כמו גם רציונלים לבר-כלכליים, ובכלל זה הרצון לשמור על הקהילות הכפריות, הובילו להוצאתו של המגזר החקלאי מתחולתם של אמצעי פיקוח רגילים הנוגעים לשוק החופשי, ותחת זאת, הסמיכו את הממשלה לבצע רגולציה במגזר זה. לאלה יש להוסיף את אורך החיים וחיי המדף הקצרים של המוצרים החקלאיים, בעיות של היצע וביקוש חריגים ובלתי סדירים הנובעות ממגבלות גידול בעונות השנה השונות, פגעי מזג האוויר, נזקי טבע, וכיוצא באלה.

DENNIS W. CARLTON & JEFFREY M. PERLOFF, MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION, 50
chapter 4 (4th ed. 2005).

מסיבות שונות, הקשורות הן לתנאי אקלים הן לעתודות קרקע והן לשיקולי נדל"ן, מיוצר חלק ניכר מהחקלאות העונתית בישראל בצפון הארץ ובדרומה, אזורים רגישים מבחינה ביטחונית. בשני העשורים האחרונים נעשה חלק ניכר של גידול הירקות העונתיים באזור הנגב הגובל ברצועת עזה (עוטף עזה), ונתון בעקבות זאת למגבלות ביטחוניות הנובעות מהיותו של האזור אזור עימות.

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.⁵²

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. שיטות המעורבות הממשלתית בפעילות היצרנית החקלאית באו לידי ביטוי בדרכים שונות, אשר העיקריות שבהן היו התערבות במחירי התוצרת החקלאית והקצאת מכסות ייצור. התערבות במחירי התוצרת חייבה קביעת מחירים מובטחים לחקלאים בצירוף תמיכות ממשלתיות. התערבות זו נעשתה באמצעות קניית עודפים או באמצעות מתן סובסידיה לפער שבין מחיר השוק למחיר המובטח. המחיר שקובעי המדיניות היו מעוניינים שיתקבל בשוק למוצרים חקלאיים שונים, אמור היה לשקף פעילות יצרנית יעילה מבחינה כלכלית.

אשר למכסות הייצור – נקבעו מכסות ייצור בענפי החקלאות השונים. המכסה נקבעה כהיקף ייצור כולל שאסור לעבור, וזאת, על מנת לשמור על היקף כמות המוצר שיועבר לשווקים ולמנוע היצף בשוק. המטרה היא לשמור על מחיר ראוי, כפי שייקבע על ידי קובעי המדיניות ולהבטיח את מחירו של אותו מוצר כאמור. לצורך מימושה של מדיניות התערבות זו, הוקמו בישראל החל מסוף שנות החמישים מועצות ייצור לענפי ייצור חקלאיים שונים כמו למשל המועצה לענף הלול

⁵² חיים גבתי **מאה שנות התישבות** (1981); משה שוורץ ודן גלעדי "25% חקלאים? מציאות ותפיסות בעשור הפורמטיבי של חקלאות ישראל: 1949–1959" **רבעון לכלכלה** 40(3) 391 (1993).

(להלן: "מועצת הלול"),⁵³ המועצה לייצור ולשיווק של ירקות (להלן: "מועצת הירקות"),⁵⁴ המועצה לייצור פרות ולשיווקם (להלן: "מועצת הפרות"),⁵⁵ מועצת הפרחים, מועצת החלב, המועצה לייצור צמחי נוי ועוד. הקמתן של אלה נועדה להסדיר את הפעילות הכלכלית בענפים אלה תוך מתן ביטוי למדיניות חברתית כלכלית. עיקר פעילותן של מועצות הייצור היה תכנון הייצור לפי צרכיה המשתנים של האוכלוסייה, הסדרת השיווק, עידוד פיתוח ענפי חקלאות אלה וסיוע בהעלאת פריון העבודה ועוד כיוצא באלה מטרות. כל אחת ממועצות ייצור אלה הוקמה בחוק ייחודי שהעניק לה סמכויות שונות, לרבות סמכות לקבוע כללים לתכנון הגידול, לקבוע את היקף הייצור, להקצות מכסות ייצור למגדלים, לקבוע תנאים והגבלות לייצוא ירקות וכדומה.⁵⁶

משטר המכסות היה מלווה גם בפיקוח על היבוא ובמניעתו. יעילות השיטה בהקשר זה הייתה מבוססת על כך שהמשק, בהיותו סגור, אינו חשוף ליבוא בלתי מבוקר, ובכך מאפשר שליטה על כמות הסחורה הנמצאת בשוק, ומייתר למעשה את תכנון הייצור. זאת, להבדיל מיבוא מבוקר שבמסגרתו קיימים פיקוח ובקרה על הכמויות המוזרמות לשווקים. זהו מנגנון פיקוח המשתלב בשיטת המכסות.

מועצות הייצור הוסמכו אף להסדיר את נושא יצוא התוצרת החקלאית מישראל החוצה, הן באמצעות הוראות מיוחדות אשר הסמיכו אותן לעשות כן,⁵⁷ והן בדרך של יצירת מונופול בתחום הייצוא שבא לידי ביטוי בהקמת חברה מיוחדת שיעודה לכך: אגרקסקו, חברה לייצוא חקלאי בע"מ (להלן: "אגרקסקו"), שהייתה באותה עת בעלת הזכות הבלעדית לייצוא תוצרת חקלאית מישראל למדינות אחרות. חברת אגרקסקו היא חברה מעורבת כמשמעה בחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה–1975, והיא פעלה כזרוען הארוכה של מועצות הייצור.

יצוא התוצרת החקלאית מישראל היה טעון רישיון, כמו כל יצוא אחר,⁵⁸ אולם הוא גם הוסדר על ידי הוראות מיוחדות שבחוקי מועצות הייצור, שעל ביצוען ממונים

⁵³ אשר כוננה בחוק המועצה לענף הלול (ייצור ושיווק), התשכ"ד–1963.

⁵⁴ אשר כוננה בחוק המועצה לייצור ולשיווק של ירקות, התשי"ט–1959.

⁵⁵ אשר כוננה בחוק מועצת הפרות (ייצור ושיווק), התשל"ג–1973.

⁵⁶ כך, למשל, חוק המועצה לייצור ולשיווק של ירקות הסמיך מועצה זו לקבוע, באישור שר החקלאות ושר התעשייה והמסחר, מכסות גידול כלליות ואישיות למגדלים; חוק המועצה לענף הלול (יצור ושיווק), התשכ"ד–1963; חוק תכנון משק החלב בישראל, התשנ"ב–1992 וחוקים דומים נוספים הסמיכו מועצות אלה לקבוע הסדרים שונים בתחומן. לדוגמה: פקודת פרי ההדר (פיקוח ושיווק), התש"ח–1948; חוק המועצה לצמחי נוי (ייצור ושיווק), התשל"ו–1976 (חוקים אלה בוטלו החל מיום 4.1.01 והוחלפו על ידי חוק מועצת הצמחים (ייצור ושיווק), התשל"ג–1973. ראו ס' 72 לחוק זה); כן ראו חוק המועצות למוצרי פרות וירקות, התשל"ג–1973.

⁵⁷ ס' 11, ס' 20 ואילך לחוק מועצת הצמחים (ייצור ושיווק), שם.

⁵⁸ ס' 2 לפקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש], התשל"ט–1979 וצו מתן רישיונות יצוא, 1940.

שר החקלאות ושר התעשייה והמסחר. בחוקים אלה, כל אחד בתחומו, נכללו הוראות מסמיכות לקביעת הסדרי יצוא של ירקות, פרות פרחים וכולי.

כך למשל הסמכות להסדיר בכללים את הייצוא של ירקות מישראל הופקדה בידי מועצת הירקות.⁵⁹ סמכות דומה הוענקה למועצת הפרות.⁶⁰ הסדרים תחיקתיים אלה נועדו להגשים את התפיסה הכלכלית אשר גרסה כי ריכוז הייצוא בידי גורם מרכזי אחד יעניק יתרונות לתוצרת החקלאית הישראלית (אשר בסוגים מסוימים שלה נחשבה באותה עת משמעותית בשוק האירופי). הדבר ימנע תחרות בין מגדלים ישראלים או בין גורמי שיווק פרטיים על כיבוש השווקים בחוץ לארץ, יביא לחיסכון בהוצאות ויבטיח יצוא חקלאי רווחי ותשואה נאה למגדלים.

הנה כי כן בדרך זו הונהגו, בהכוונה ממשלתית, במרבית גידולי החקלאות, משטר ויסות ומכסות ייצור אשר יצרו הלכה למעשה מעין קרטלים חוקיים של היצרנים בכל אחד מהענפים.

פרקטיקה זו עוגנה בחקיקה הראשית ובחקיקת המשנה, כפי שפורט לעיל.⁶¹ לפיכך, ובהתאם להוראות אלה, הסדרים, אשר ככלל היו נחשבים להסדרים כובלים האסורים על פי חוק, זכו לפטור על פי סעיף 3(1) לחוק ההגבלים העסקיים, אשר קבע כאמור לעיל כי "הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין" לא ייחשב הסדר כובל. יצוין כבר עתה כי להוראה, זו השוללת תחרות באופן לגיטימי, אין שום מקבילה בדין האמריקני, אולם יש בה דמיון לשיטה האירופית – גם בה יש תכנון מרכזי במגזר החקלאי.

בד בבד העניק המחוקק בסעיף 3(4) לחוק, פטור ספציפי להסדרים כובלים בתחום החקלאי. פטור זה בא כאמור להגן על האינטרסים של החקלאים בשל טיבה ואופייה של התוצרת שהם מייצרים ומשווקים. אולם ההגנה על האינטרסים של החקלאים הביאה לכך שגם האינטרסים של הצרכנים היו מוגנים במידה מסוימת. אמנם לא במובן של אינטרס התחרות, אשר כשלעצמו נפגע לכאורה בשל קיומו של

⁵⁹ ס' 36 לחוק המועצה לייצור ולשיווק של ירקות; כללי המועצה טעונים אישור השרים על פי ס' 38 לחוק זה. מכוח סמכות זו קבעה מועצת הירקות באישור השרים עוד בשנת 1964 כי "ייצואם של ירקות יהיה בידי המועצה בלבד" (ס' 2 לכללי המועצה לייצור ולשיווק של ירקות (הסדר הייצוא), התשכ"ד–1964).

⁶⁰ חוק מועצת הפרות (ייצור ושיווק), בחלקיו הנוגעים לענייננו, העניק את הסמכות לקבוע את הסדרי הייצוא לשרים עצמם. ס' 31 לחוק זה העניק לשרים סמכות לקביעת יצואן יחיד. בשנת 1974 עשו השרים שימוש בסמכותם לפי ס' 31(א) והורו, בידיעת ועדת הכלכלה של הכנסת, כי "מועצת הפרות שהוקמה לפי ס' 2(א) לחוק תהיה היצואן היחיד לכל הפרות שיוצרו בישראל" (ס' 1 להוראת מועצת הפרות (ייצור ושיווק) (יצואן יחיד), התשל"ה–1974).

⁶¹ הפעלת המכסות נעשתה בתחילה באמצעות חקיקת תקנות לשעת חירום, לאחר מכן באמצעות חקיקה כלכלית, על פי חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח–1957 ובשלב מאוחר יותר גם בחקיקה ראשית.

הפטור, אלא במובן זה שהצרכן יכול היה ליהנות ממגוון של תוצרת חקלאית על פני כל עונות השנה, במחירים סבירים יחסית.

במהלך השנים חל פיהות משמעותי במשטר מכסות הייצור עד כדי ביטול כמעט מוחלט. בסוף שנות השישים ובתחילת שנות השבעים בוטלו כל מכסות הגידול בענף הירקות למעט בארבעה גידולים: עגבניות, בצל, גזר ותפוחי אדמה. כן בוטלו באמצע שנות השמונים מכסות הגידול בענפי הפרות והפרחים, ובסוף שנות השמונים גם המכסות בענף תרנגולי הודו. במהלך השנים המשיכה מגמה זו, ובהדרגה בוטלו המכסות כמעט בכל ענפי החקלאות. מכסות הייצור בענף העגבניות ובענף הפטם בוטלו באמצע שנות התשעים, ונכון למועד זה נותרו מכסות ייצור רק בענף רפת החלב וייצור ביצי מאכל. ענפים אלה הם הענפים היחידים שבהם עדיין מובטח לחקלאי מחיר מינימום המבוסס על תחשיבים של עלויות ייצור, רכישת תשומות ורווח לחקלאי.

במקביל חל שינוי בהסדרי השיווק של התוצרת החקלאית. תחילתו של שינוי זה בפתחת שיווק פרי הדר לייצוא ולשוק המקומי באמצעות חברות מסחריות והמשכו בפתחה הדרגתית של הייצוא בענפים אחרים. סמכויות מועצות הייצור צומצמו לאין שיעור, והתכנון הכמותי-פרטני ברוב ענפי החקלאות הופסק למעשה.

אלא שלמרות השינויים המשמעותיים במדיניות המעורבות הממשלתית, והשינוי בהסדרי השיווק, לא נערכה התאמה של נוסח הפטור החקלאי. עובדה זו היא בעלת השלכות משמעותיות על הענף, כפי שנראה להלן.

ג. משפט משווה

1. כללי

מסקירה של הדינים הרלוונטיים בארצות-הברית ובאירופה עולה כי גם במדינות אלה המטרה היא לחזק את החקלאים מול החברות המסחריות אשר קונות את תוצרתם ולאפשר להם להתארגן לשיווק ולעיבוד משותף של התוצרת.

מדינות רבות, ובכללן מדינות מתקדמות ומפותחות, רואות את החקלאות, מבין כלל המגזרים, כסקטור מיוחד הדורש מדיניות של התערבות ורגולציה אינטנסיבית, הבאה לידי ביטוי בין היתר במנגנוני פיקוח וויסות מחירים, הגנה מפני יבוא מתחרה וכיוצא באלה. מדיניות זו נראית ומורגשת בחוזקה גם בשדה הבין-לאומי. במדינות רבות באירופה נחשבת החקלאות כ"מגזר מיוחד" שאינו כפוף לכללים הרגילים של הפיקוח על התחרות. כך, למשל, ידועה העובדה שמדינות רבות מסרבות לפתוח את שעריהן ליבוא מתחרה של מוצרי חקלאות – ירקות ופרות. בכך יש משום פיקוח ומניעת יבוא הפוגעת בתחרות, וזאת, חרף האינטרס הכללי של קידום התחרות וחרף

עמדתו של המחוקק בדבר היותה של התחרות אמצעי אופטימלי להנעת הפעילות במשק. במקביל ויחד עם מדיניות זו, מחריגות מדינות רבות את החקלאים מחוקים כלכליים שונים ומעניקות למגזר זה פטורים מתחולתם של חוקים אלה.⁶²

הרקע העומד ביסודה של גישה זו קשור למעמד המיוחד אשר ניתן למגזר החקלאי בכל המדינות המפותחות בעולם. משך אלפי שנים הייתה החקלאות הבסיס לקיומה של הציביליזציה האנושית, והתוצרת החקלאית היוותה את עיקר המושא של הפעילות הכלכלית. עם תחילת המהפכה התעשייתית החלה חשיבותה של החקלאות בכלכלה יורדת בכל העולם. בשל התפתחות הסחר העולמי, השימוש בטכנולוגיות ובאמצעי תעבורה שאפשרו בין השאר שינוע זול של תוצרת חקלאית ממקום למקום, והמעבר לכלכלת שוק גלובלית שהתרחש במחצית השנייה של המאה העשרים, נדרשה החקלאות להתמודד עם היצף של תוצרת זולה ממדינות שבהן כוח העבודה ואמצעי הייצור זולים יותר, ועם כוח המשיכה ההולך וגובר של הענפים הלא חקלאיים. החקלאות נתפסה כענף נחות ולא מתקדם, ואגב כך נתפסו החיים ביישובים כפריים כחיים שזוהו עם חיי פשטות וחוסר קדמה.

בשל כך הפכה החקלאות במהלך השנים מגורם שתורם למדינות את עיקר הכנסתן, לגורם הזקוק לסיוע מן המדינה. במרבית המדינות הונהגה מדיניות של סיוע ממשלתי ותמיכות לחקלאות (באמצעות סובסידיות, מכסי מגן, מענקים, הטבות מס והשתתפויות ממשלתיות במימון, במחקר ופיתוח וכדומה), אשר נועדו לאפשר את המשך קיומה של החקלאות במדינות המתועשות.⁶³

הסיבות העיקריות למדיניות התמיכה היו בין היתר:

- א. רצון לשמירה מסוימת של אוטרקיות באספקת מזונותיה של המדינה.
- ב. שמירה על רמת מחירים מסוימת של מוצרי המזון.
- ג. שיפור באיכות המזון ואספקת מזון בריא יותר.
- ד. פתרון לבעיית אבטלה בפריפריה.
- ה. התלות בין קיום תיירות כענף מרכזי בפריפריה לאופי החקלאי של הפריפריה ולתעשיות המשניות של החקלאות.
- ו. החשיבות של החקלאות במרקם חברתי ובשימור התרבות והמבנה החברתי בפריפריה, ובכלל זה הנוף, המסורת המקומית והתרבות הקולינירית.

מדיניות של התערבות ותמיכה אנו מוצאים למשל בשווייץ, שם קובע חוק החקלאות

⁶² לסקירה בעניין זה ראו: Paulo Buccirossi, *Competition Policy and the Agribusiness Sector in the European Union*, 29 EUROPEAN REVIEW OF AGRICULTURAL ECONOMICS (2002) 373. כן ראו המחקר ההשוואתי בהמשך מאמר זה.

⁶³ מרכז המחקר והמידע של הכנסת "תמיכות ממשלתיות בחקלאות" (8.5.2007). כן ראו מאמרם של גיורא בן דרור ומיכאל סופר "הגורמים להיחלשות המושבים" (2008). ניתן לצפייה בכתובת: www.news1.co.il/Archive/003-D-32494-00.html (נבדק לאחרונה ב-31.3.2011).

הפדרלי (LwG) משנת 1989 מדיניות של סובסידיות והסדרים נוספים הנוגעים להתערבות המדינה במשק החקלאי כדי להבטיח את קיומו, את ייצור המזון שתושבי המדינה צורכים ואת אספקתם בדרך של תמיכות ישירות ובקביעת מחירי מינימום ומקסימום לתוצרת החקלאית;⁶⁴ כך גם בהולנד,⁶⁵ באוסטריה, בגרמניה, בדנמרק,⁶⁶ בארצות-הברית, בקנדה, ביפן ובמדינות נוספות. גם האיחוד האירופי תומך בחקלאות באמצעות סובסידיות, מחירי מינימום ומכסי יבוא כמדיניות של תמיכות מחירים והגנה מפני יבוא מתחרה.

ובענייננו, בהתייחס לחוקי ה-Antitrust: מסקירה של הדין בארצות-הברית, אנגליה ומדינות האיחוד האירופי עולה כי פטור חקלאי ניתן למצוא גם בחוקים של מדינות אלה, אשר ראו לנכון לפטור את המגזר החקלאי מתחולתם של חוקי ה-Antitrust.

בחינה של הדינים הנוהגים במדינות אלה מגלה כי ככלל, הפטור של ענף החקלאות מן האיסור על עשיית הסדר כובל נועד לאפשר פעילות משותפת של חקלאים בתחומים כגון שיווק התוצרת, ויסות הכמויות, קביעת סטנדרטים, פרסום וקידום מכירות וכדומה. בכל אותם מקרים רואים את החקלאות כבעלת מאפיינים מיוחדים המהווים סיבה לפטור מהסדר כובל בחוקי ההגבלים העסקיים בעולם. בין מאפיינים אלה ניתן לכלול בין היתר את מבנה הייצור האטומיסטי, המבוסס על ריבוי יצרנים קטנים; תהליך ייצור ביולוגי (כלומר שאינו תעשייתי), שאינו מאפשר שליטה מלאה על כמויות הייצור ועל איכות המוצר; ייצור עונתי ובדרך כלל מוצרים מתכלים. מאפיינים אלה גורמים לתנודתיות רבה בהיצע ובמחירי התוצרת, אינם מאפשרים לעתים התאמה מהירה של כמויות הייצור לשינויים בביקוש ומחלישים את כוח המיקוח של חקלאים מול קוני התוצרת.

בשל אלה ההנחה המקובלת היא כי פעילות משותפת של החקלאים יכולה להועיל גם להם וגם לצרכנים במניעת כשלי שוק ובניצול יתרונות לגודל, לדוגמה במתקני אריזה משותפים, מתקנים משותפים לאחסון, מחקר ופיתוח משותפים

⁶⁴ ס' 27 לחוק החקלאות של שווייץ (Bundesgesetz: über die Landwirtschaft). ניתן לצפייה בכתובת: www.admin.ch/ch/d/sr/9/910.1.de.pdf (נבדק לאחרונה ב-31.3.2011).

⁶⁵ ההתערבות באה לידי ביטוי בכך שהממשלה קונה מוצרים מסוימים במחיר מובטח כאשר מחירם בשוק צונח לרמה של הפסד. ראו מדיניות המשרד באתר משרד החקלאות של הולנד. ניתן לצפייה בכתובת: http://english.minlnv.nl/portal/page?_pageid=116,1640354&_dad=portal&_schema=PORTAL (נבדק לאחרונה ב-31.3.2011).

⁶⁶ ראו למשל את אתר משרד החקלאות ואיכות הסביבה הפדרלי של אוסטריה. ניתן לצפייה בכתובת: www.gruenerbericht.at (נבדק לאחרונה ב-31.3.2011); אתר משרד החקלאות, המזון והפיתוח הפדרלי של גרמניה. ניתן לצפייה בכתובת: www.bmelv.de (נבדק לאחרונה ב-31.3.2011); אתר משרד המזון, החקלאות והדגה של דנמרק. ניתן לצפייה בכתובת: www.fvm.dk (נבדק לאחרונה ב-31.3.2011).

וכיוצא באלה. התארגנות משותפת מאפשרת גם להתגבר על בעיית ה"טרמפיסט" (Free Riding)⁶⁷ העלולה למנוע השקעות במחקר ופיתוח (מו"פ) ובקידום מכירות.⁶⁸ בנוסף, התארגנות של מגדלים בקבוצות לשם מכירה ושיווק משותפים משפרת גם את כוח המיקוח של המגדלים אשר כל אחד מהם לבד אינו חזק דיו על מנת להתמודד מול המשווקים או פירמות השיווק השולטות בשוק הסיטונאי וברשתות השיווק. שליטתם, או לכל הפחות השפעתם הגדולה של המשווקים על השוק הסיטונאי מאפשרת להם לנצל לרעה את כוחם ולכפות על המגדלים תנאים, דרישות ומחירים, אשר המגדל נאלץ לקבל בליט ברירה על מנת שיוכל למכור את התוצרת.⁶⁹ חולשתו של המגדל וכוח המיקוח הנמוך שלו מובילים גם לאחת הבעיות הנוספות שמהן סובל ענף זה, והוא פערי התיווך הגבוהים בין מחירה של התוצרת לצרכן לבין התמורה שמקבל המגדל עבור תוצרתו.

בארצות-הברית הפטור הייחודי לסקטור החקלאי אומץ על ידי הקונגרס עוד ב-18 בפברואר 1922 במסגרת חוק Capper-Volstead.⁷⁰ החוק, אשר כונה גם חוק השיווק המשותף, נחקק בעקבות משבר המחירים בחקלאות שלאחר מלחמת העולם הראשונה. החוק פטר כמה סוגים של הסדרים בתחומי החקלאות מתחולתם של חוקי ההגבלים העסקיים, והעניק לשר החקלאות סמכות לפקח על הסדרים אלה על מנת למנוע יצירת מונופולים.

במדינות האיחוד האירופי נכלל הפטור במסגרת אמנת ליסבון.⁷¹ יצוין כי באיחוד האירופי יש להבחין בין החקיקה הפנימית של אותן המדינות החברות באיחוד לבין החקיקה של האיחוד האירופי עצמו. ככל שמדובר על השפעה על המסחר בתחומי אותה מדינה, יחולו חוקי ההגבלים העסקיים של אותה מדינה בלבד. כללי האיחוד האירופי יחולו רק מקום שבו קיימת השפעה על המסחר בין מדינות האיחוד. בדרך כלל תידרש חברה לכבד גם את הוראות החוקה של האיחוד וגם את החוקים הספציפיים של מדינתה, ובמקרה של סתירה בין חוקי המדינות לבין חוקת האיחוד האירופי, גוברת חוקת האיחוד. מקום שבו עניין מסוים מוסדר בחוק לאומי אך אינו

⁶⁷ הכוונה למצב שבו קבוצה מסוימת נהנית משירות או ממוצר מסוים מבלי שהיא נושאת בעלויות שלו או שהיא נושאת בהם באופן חלקי.

⁶⁸ David L. Baumer, Robert T. Masson, Robin A. Masson, *Curdling the Competition: An Economic and Legal Analysis of the Antitrust Exemption for Agriculture*, 31 Vill. L. Rev. 183 (1986).

⁶⁹ ראו להלן הדיון בעניין חשיבות הפטור למגדלים בלבד.

⁷⁰ Capper-Volstead Act, 7 U.S.C §§ 291-292 (1922).

⁷¹ The Treaty on the Function of the European Union (TFEU), פרק 3 ס' 42 לאמנת ליסבון. יצוין כי עד לכניסתה לתוקף של אמנה זו (ביום 1.12.2009) נכלל הפטור באמנה בדבר הקמת הקהילה האירופית, Treaty Establishing the European Community (להלן: "האמנה האירופית"), בס' 36.

מטופל על ידי חוקת האיחוד, יחולו על אותו מקרה חוקיה של אותה מדינה.⁷² גם בגרמניה וגם באנגליה ניתן למצוא פטור דומה למגזר החקלאי. הפטור משולב בחוק ההגבלים העסקיים הגרמני⁷³ ובחוק ההגבלים העסקיים האנגלי,⁷⁴ אשר לקיומו הייתה באופן טבעי השפעה ניכרת על חוק ההגבלים העסקיים הישראלי. במצב דברים זה, גם ללא המעמד המיוחד של החקלאים בישראל, היה זה אך טבעי שבחוק הישראלי ייכלל סעיף שיעניק פטור להסדרים כובלים במגזר החקלאי. עם זאת, כפי שנראה להלן, קיימים כמה הבדלים בין הדין הישראלי לדינים בארצות-הברית ובאיחוד האירופי לגבי תחולת הפטור.⁷⁵ להלן נסקור את הפטור החקלאי בשיטות המשפט הללו בהשוואה לדין הישראלי.

2. הפטור החקלאי בארצות-הברית

הפטור החקלאי בחוק הפדרלי בארצות-הברית אושר על ידי הקונגרס במסגרת חוק קלייטון⁷⁶ וחוק Capper-Volstead מ-1922. קדמו לחוקים אלה חוקים מדינתיים

⁷² L. Trancs, *Competition Laws in the European Union*, New Jersey Law Journal, 29.5.2000
ניתן לצפייה בכתובת: [www.nmmlaw.com/index.php?option=com_content&task=](http://www.nmmlaw.com/index.php?option=com_content&task=view&id=225&Itemid=28)
(נבדק לאחרונה ב-31.3.2011).

⁷³ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), 1998 (Act Against Restraints of Competition). Sections 1-2. לחוק זה מגדירים את האיסור על עשיית הסדר כובל. Section 28. מפרט את הפטור החקלאי, והוא קובע כי: "Section 1 shall apply to agreements between agriculture producers or to agreements and decisions of associations of agricultural producers and federations of such associations of agricultural producers with concern 1. The production or sale of agricultural products, or 2. The use of joint facilities for the storage, treatment or processing of agricultural products". בהמשך הסעיף נקבע כי הפטור חל גם על הסדרים הנוגעים למיון ולאריזה של תוצרת חקלאית. רשימת המוצרים החקלאיים רחבה יחסית, והיא כוללת את הרשימה המפורטת בנספח 1 לאמנת ליסבון (ראו בהמשך המאמר), וכן למוצרים הנוצרים מהטיפול או העיבוד של התוצרת החקלאית, ככל שהם מטופלים או מעובדים על ידי היצרנים החקלאיים או ארגוניהם.

⁷⁴ Competition Act, 1998, c.41 (Eng.). חלק 3 בחוק זה (Schedule 3) נושא את הכותרת General Exclusion וקובע כי האיסור הכללי לקיים הסדר כובל לא יחול על הסדר שנעשה בין מגדלים, ארגון מגדלים או ארגון של ארגוני מגדלים המתייחס לייצור או לשיווק של תוצרת חקלאית, שימוש בשירותי אחסון, טיפול או עיבוד תוצרת חקלאית. גם פה רשימת המוצרים היא זהה לזו שבאמנה.

⁷⁵ בשל הדמיון בין הוראות הפטור בדין הגרמני ובדין האנגלי לא נרחיב בהן, ונתמקד בהוראות הרלוונטיות באיחוד האירופי.

⁷⁶ חקיקת ההגבלים העסקיים בארצות-הברית (Antitrust) מבוססת על שלושה חוקים עיקריים: Sherman Act, 15 U.S.C. §§ 1-7 (2010) (להלן: "חוק שרמן"), אשר נחקק לראשונה בשנת 1890; Clayton Act, 15 U.S.C. §§ 12-27 (2010) (להלן: "חוק קלייטון"), אשר נחקק בארצות-הברית לראשונה בשנת 1914 והרחיב את חוקי ה-Antitrust; וה-Federal Trade

(State laws) בעלי תוכן או מטרה דומה, שנועדו גם הם לאפשר את קיומם של קואופרטיבים חקלאיים ולהוציאם ממערך האכיפה של חוקי ה-Antitrust. הרקע לחקיקתם של חוקים אלה היה מבנה הייצור של המשקים החקלאיים הקטנים וחוסר היכולת של המשק הבודד להתמודד מול ענקי השיווק הגדולים וכושר המיקוח הנמוך שלו לעומת אותם גופים גדולים אשר שלטו בתהליך העיבוד והשיווק של התוצרת החקלאית. זאת ועוד, ריבוי החקלאים הבודדים הקטנים והריחוק הגאוגרפי בין החוות החקלאיות לבין עצמן ובין לבין הצרכנים, הביא באופן טבעי להופעת גורמים מתווכים אשר תיווכו בין המגדלים לבין הצרכנים תוך שהם "גוזרים" לעצמם פערי תיווך גבוהים, הן על חשבון המגדלים והן על חשבון הצרכנים.⁷⁷ בעקבות זאת החלו החקלאים להתאגד בקואופרטיבים ובארגונים משותפים לצורך ייעול מערך השיווק וההפצה של התוצרת, הן לצורך צמצום עלויות והן להרחבת היקף הפריסה והשיווק. אלא שעל פי חוק שרמן, שהיה כאמור חוק ההגבלים העסקיים הראשון שחוקק בארצות-הברית, התארגנות מסוג זה למטרה של שיווק משותף ותיאום מחירים הייתה הפרה של החוק,⁷⁸ דבר שהוביל לכך שכמה קואופרטיבים הובאו לדין בשל הפרת חוקי ההגבלים העסקיים ונמצאו אשמים.⁷⁹ מצב דברים דומה שרר באותה עת גם בארגוני עובדים מקצועיים. גם התאגדויות אלה נחשבו כהפרות של חוקי ה-Antitrust. בשנת 1914, במסגרת חוק קלייטון, החליט הקונגרס האמריקני כי התאגדות מקצועית של עובדים, חקלאים וגננים, כאשר היא נעשית למטרה של עזרה הדדית שנועדה לשם ביצוע חוקי של מטרה לגיטימית ולא למטרה של עשיית הון או רווח כלכלי, אין בה משום הפרה של חוקי ההגבלים העסקיים.⁸⁰ ברם, כפי שניתן לצפות, המונחים "עזרה הדדית" ו"מטרה לגיטימית" דרשו הבהרה.

בשנת 1922 התקבל בקונגרס חוק Capper-Volstead. חוק זה הגדיר את המונח "מטרה לגיטימית" שבגינה תותר ההתאגדות בקואופרטיבים כ"עיבוד משותף, הכנה לשיווק, טיפול ושיווק של התוצרת החקלאית של חברה לתועלתם המשותפת".

Commission Act, 15 U.S.C. §§ 41-58 (2010), אשר נחקק לראשונה בשנת 1914. ס' 1 לחוק שרמן אוסר ביצוע הסדרים כובלים (אופקיים ואנכיים), ס' 2 לחוק שרמן אוסר ניצול מעמד דומיננטי. חוק קלייטון אסר ביצוע סוגי הסדרים כובלים ועסקות בלעדיות וכן רכישת מניות של חברה אחרת שתוצאתה יצירת מונופול או הקטנת התחרות. החוק הוציא מתחולתו ארגונים חקלאיים ואיגודים מקצועיים.

⁷⁷ Baumer, Mason & Mason, לעיל ה"ש 68, בעמ' 186-187.

⁷⁸ ס' 1 לחוק שרמן דומה בנוסחו לס' 2 לחוק ההגבלים העסקיים שלנו ואוסר על עשיית כל הסכם או הסדר, שילוב בין עסקים או קשר שנועד להגביל את המסחר, וקובע כי הסדר כזה אינו חוקי.

⁷⁹ ראו למשל: Ford v. The Chicago Milk Shippers' Association, 39 N.E. 651 (Illinois, 1895); Reeves v. Decorah Farmers' Corporative Society, 140 N.W. 844 (1913).

⁸⁰ ס' 6 לחוק קלייטון.

הסעיף חל על יצרנים של אותה תוצרת חקלאית אשר הוגדרו כאנשים שמעורבים בייצור התוצרת החקלאית כגון חקלאים, מגדלי ירקות, פרות ואגוזים, שתלנים, בעלי חוות ויצרני חלב. במילים אחרות, התארגנות בקואופרטיבים הותרה רק למגדלים עצמם.

על מנת להבטיח שהקואופרטיבים אכן יישמשו למטרה המוגדרת של אותה תועלת משותפת עבור חברי הארגון, הגדיר החוק כמה תנאים מצטברים שרק ארגונים אשר מילאו אחר כולם הורשו לפעול בשיתוף לצורך תיאום המחירים ושיווק התוצרת. ואלו התנאים: (1) החברות בארגון מוגבלת ליצרנים חקלאיים בלבד; (2) חבר בקואופרטיב לא יהיה בעל יותר מקול אחד ללא קשר למספר המניות שלו או ההון שהשקיע בתאגיד; (3) הארגון לא ישלם דיבידנד של למעלה מ-8 אחוזים מדי שנה; (4) הארגון לא יטפל ולא יעסוק בתוצרת של מגדלים שאינם חברי הקואופרטיב, אלא בכמות שאינה עולה על כמות התוצרת של חברי הקואופרטיב עצמו כאשר לפחות 50 אחוזים מערך התוצרת המשווקת באמצעות הארגון שייכת לחברי הארגון; (5) הארגון יפעל לתועלת ההדדית של חבריו כיצרנים חקלאיים.⁸¹

יצוין כי על פי אותו סעיף, ארגון אשר עמד בכל התנאים והורשה לפעול כקואופרטיב, הורשה אף לשתף פעולה עם ארגונים דומים לצורך הקמת סוכנויות שיווק משותפות.

לסיכום, החוק מגן רק על קואופרטיבים המגבילים את החברות בהם לחקלאים או ליצרנים עצמם, או לארגונים של יצרנים חקלאיים. למטרות של עיבוד, הכנה לשוק, טיפול ושיווק התוצרת, הקואופרטיב חייב לפעול לטובת התועלת המשותפת של חבריו בלבד ולחלק רווחים עד תקרה של 8 אחוזים לשנה בלבד.

החוק איננו מעניק פטור למשווקי התוצרת החקלאית, אלא ליצרנים בלבד, המוגדרים כאנשים המעורבים בייצור התוצרת החקלאית באופן פעיל. גם בכך בא לידי ביטוי הרציונל העומד ביסודו של הפטור שמטרתו לחזק את החקלאים ולשפר את כוח המיקוח שלהם אל מול המשווקים הרוכשים את תוצרתם.⁸²

⁸¹ ס' 291 ל-Capper-Volstead Act; כן ראו: David Volkin, *Understanding Capper-Volstead*, United States Department of Agriculture, Rural Business and Cooperative Development Service, Cooperative Information Report 35 (1985) (Reprinted 1995).

⁸² בהערת אגב יצוין כי מתוך הכרה בצורך לחזק את החקלאים אל מול רוכשי תוצרתם, מותרת בארצות-הברית גם התארגנות בין מגדלים בענפי הפרות, הירקות, האגוזים והחלב לצורך פעילות שיווקית משותפת הכוללת ויסות כמויות ובכלל זה חלוקת מכסות ייצור, הטלת מגבלות שבועיות ועונתיות על הכמות המכסימלית לשיווק לכל משווק, קביעת סטנדרטים בנושאי אריזה, איכות וגודל, כללי פרסום וקידום מכירות משותפים ומחקר ופיתוח משותפים. ראו בעניין זה Nicolas J. Powers, *Federal Marketing Orders for Fruits, Vegetables, Nuts, and Speciality Crops*, United States Department of Agriculture, Economic Research Service (1990).

עוד יצוין כי על פי החוק, הקואופרטיב כפוף הן לפיקוח אדמיניסטרטיבי (שר החקלאות) והן לפיקוח שיפוטי, וזאת במקרים של התארגנות מונופוליסטית, מעורבות בפעילות הפוגעת בתחרות כגון תיאום מחירים בין מתחרים באופן שיוצר שלא כדין העלאה מוגזמת של מחירי התוצרת וכדומה. במקרים כאלה, כאשר ההתארגנות מגבילה את המסחר באופן שגורם להעלאת מחירים מוגזמת, הסמיך החוק את שר החקלאות להורות על הפסקת הפעילות המשותפת.

עובדה זו מהווה ביטוי לכך שאין החוק בא להעניק למגזר החקלאי פטור גורף, אלא שיחד עם מתן הפטור, שמטרתו ברורה ומוגדרת, יש הכרה בחשיבות התחרות, והחוק איננו מעוניין להגביל אותה באופן מוחלט, וודאי שאין כוונתו להגביל את התחרות בין המגדלים עצמם.

כמו בחוק הישראלי, גם כאן, עולה שוב סוגיית סמכות הפיקוח ועמה השאלה מדוע נתונה הסמכות לשר החקלאות ולא לרשות ההגבלים העסקיים – היא הסמכות הטבעית הממונה על הנושא. עם זאת, בשונה מן החוק הישראלי, כאן הסמכות המוענקת לשר היא סמכות פיקוח רחבה הרבה יותר.⁸³

ההצדקה לבחירה במנגנון רגולציה קשורה לשאלת ההצדקה הכלכלית והחברתית להתערבות רגולטורית. אחת התכליות המשמעותיות בעניין הפטור החקלאי בארצות-הברית קשורה ברצון לסייע לחקלאים להתמודד עם התאגידים הגדולים – המשווקים והיצרנים הרוכשים את התוצרת, ולמנוע מן האחרונים לנצל את מעמדם וכוחם כדי להוריד את המחירים בהם נרכשה התוצרת.⁸⁴ הבחירה בשר הממונה כבעל סמכות הפיקוח קשורה אפוא ככל הנראה למטרה זו ולמעמדו המיוחד של המגזר החקלאי, ומכאן ההסבר או ההצדקה לעצם הבחירה בשר החקלאות כרגולטור.

לבחירה זו יש ככל הנראה השפעה על היקפו של הפטור המנוסח באופן רחב ומוענק לכלל המגדלים, להבדיל ממתן אישור לעסקאות בודדות בכפוף לקיומה של הצדקה כלכלית.⁸⁵

עם זאת, בארצות-הברית יצר לדעתנו המחוקק מנגנון המאזן בין ההגנה על החקלאים ובין השמירה על אינטרס התחרות ומניעת ניצולו של הפטור לרעה. איזון זה מושג הן בכך שהפטור חל על המגדלים בלבד, והן באמצעות מנגנון הפיקוח הנכלל בחוק, המונע פגיעה בתחרות על ידי תיאום מחירים, העלאת מחירים מוגזמת, התארגנות מונופוליסטית או כזו המגבילה את המסחר וכיוצא באלה פעולות המהוות ניצולו לרעה של הפטור.

⁸³ שם כזכור מצומצמת הסמכות לשינוי סוגי התוצרת החקלאית.

⁸⁴ *Tigner v. State of Texas*, 310 U.S. 141 (1940); אוזכר גם בפסק הדין בעניין לימור, לעיל ה"ש 43.

⁸⁵ ראו עוד בעניין זה במסגרת הדיון בנושא הפיקוח על הפטור, בפרק ה' להלן.

אשר למטרות הפטור, עיון מושכל בהוראות החוק האמריקני מגלה כי מטרת הפטור החקלאי בארצות-הברית אינה זהה לחלוטין למטרת הפטור בישראל. מן ההיסטוריה החקיקתית הישראלית ומניתוח הפסיקה בארץ עולה כי מטרת החוק בישראל הייתה להגן על הייצור החקלאי בשל תוחלת החיים הקצרה של התוצרת החקלאית, דבר המחייב הסדרים לוויסות השיווק והמכירה.⁸⁶ הסדרים אלה מותרים לתוצרת חקלאית בלבד, שהיא תוצרת טרייה או תוצרת שנעשה בה עיבוד שהוא הכרחי לשם שיווקה, ואינם כוללים מוצרים מעובדים תעשייתיים שיוצרו מתוצרת חקלאית. בנוסף, הסדרים כובלים יכולים כאמור לעיל להיערך גם בין משווקים בסיטונות של תוצרת חקלאית, שאינם חקלאים.

בארצות-הברית החקלאים יכולים להתארגן לעיבוד ולשיווק משותף של תוצרתם, אם ההתארגנות שלהם ממלאת אחר התנאים הקבועים בחוק, אשר מחייבים למעשה התארגנות קואופרטיבית. פרשנות המונח "תוצרת" היא רחבה הרבה יותר באשר היא מאפשרת לכלול ברשימת התוצרת החקלאית גם מוצרים מעובדים מבלי הסייגים שנקבעו בדין הישראלי. בנוסף, במסגרת הקואופרטיב, יכולים החקלאים לתאם מחירים ותנאי מכירה, ולעסוק בכל הפעילויות הדרושות לשיווק ולעיבוד התוצרת שלהם, לשתף פעולה עם קואופרטיבים חקלאיים אחרים, ובכלל זה שיווק משותף וקביעת מחירים, ולהחזיק בנתח שוק משמעותי ללא עברה על חוקי ההגבלים העסקיים. עם זאת, שלא כמו בחוק הישראלי, החוק האמריקני מבטיח את ההגנה על המגדלים, דורש כי הקואופרטיב יפעל לטובת התועלת המשותפת של חבריו וכולל מגבלות לצורך מניעת ניצול לרעה של הוראות הפטור.

הנה כי כן, המנגנונים הקבועים בחוק האמריקני, הן ככל שהדבר נוגע לתנאים המצטברים שבהם נדרש לעמוד הארגון, והן מנגנון הפיקוח של שר החקלאות, אשר כאמור לעיל רשאי להורות על הפסקת הפעילות במקרה של פעילות הפוגעת בתחרות, מספקים שתי תוצאות חשובות שלא קיימות בחוק הישראלי: חיזוק החקלאים והגנה עליהם מחד גיסא, ושמירה על האינטרס של כלל הצרכנים רוכשי התוצרת מפני העלאה מוגזמת של המחירים מאידך גיסא.

שאלת סמכות הפיקוח הנתונה לשר החקלאות ולא לרשות ההגבלים העסקיים הייתה עלולה לכאורה להטיל ספק באשר ליעילות ההגנה על ציבור הצרכנים רוכשי התוצרת. עם זאת, לטעמנו, היקף הפטור ומנגנוני הפיקוח יצרו איזון בין ההגנה על החקלאים ובין השמירה על אינטרס התחרות ומניעת ניצולו של הפטור לרעה לטובת כלל הצרכנים. שני אלה מגלמים הלכה למעשה את האינטרס הציבורי אשר ביסודו של הפטור.

⁸⁶ עניין הירקות הקפואים, לעיל ה"ש 20.

3. הפטור החקלאי באיחוד האירופי

בדומה לארצות-הברית, תפקידו העיקרי של הפטור החקלאי במדינות האיחוד האירופי הוא לאפשר את קיומם של קואופרטיבים חקלאיים של מגדלים חקלאיים לצורך ניהול ושיווק יעיל של השוק החקלאי. הרקע לכך הוא גם במקרה זה מבנה הייצור האטומיסטי של המגזר החקלאי, המבוסס על מספר רב של משקי בית קטנים שלכל אחד מהם כושר ייצור קטן יחסית וכוח מיקוח נמוך כפועל יוצא טבעי של כך. אולם, במקרה זה, שלא כמו בארצות-הברית, כוונת הפטור היא לאפשר גם את מימוש המדיניות של מעורבות ממשלתית במגזר זה. כך גם במדינות השוק המשותף ובכמה מדינות נוספות. באיזון הכללי שבמסגרתו נבחנים האינטרסים של המגזר החקלאי אל מול המדיניות הכללית של עידוד וקידום התחרות, מעניקה מדיניות זו, יחד עם הוראות החוקים הרלוונטיים, עדיפות לאינטרסים של המגזר החקלאי.

הפטור החקלאי במדינות האיחוד האירופי אומץ לראשונה בשנת 1962 על ידי מועצת האיחוד האירופי במסגרת תקנה 26, אשר מהווה תיקון לאמנה האירופית.⁸⁷ סעיפים 81 ו-82 לאמנה האירופית מהווים את הבסיס לחוקי ההגבלים העסקיים החלים במדינות האיחוד האירופי. סעיף 81 לאמנה האירופית אוסר יצירת קרטלים, קרי, התנהגות משותפת של גופים שמטרתם או תוצאתם הגבלת התחרות,⁸⁸ וסעיף 82 אוסר על פירמות לנצל את המעמד הדומיננטי שלהן.⁸⁹ עם כניסתה לתוקף של אמנת ליסבון, הוחלפו סעיפים 81 ו-82 בסעיפים 101 ו-102, בהתאמה. כותרת 3 לאמנת ליסבון עוסקת בחקלאות ובדיג. סעיף 38 באותו פרק מגדיר יעדים ומטרות משותפות של השוק המשותף וקובע שהשוק המשותף יפעל לפיתוח ולהרחבת החקלאות והמסחר במוצרים חקלאיים. מוצרים חקלאיים לעניין אמנה זו מוגדרים כדלקמן:

“‘Agricultural products’ means the products of the soil, of stock farming and of fisheries and products of first stage processing directly related to these products”.

⁸⁷ Council Regulation 993/62, 1962 O.J (30). הקהילה האירופית הוקמה בשנת 1958 ובאותה שנה נכנסה לתוקף האמנה שהקימה אותה.

⁸⁸ ובלשון הסעיף עצמו: “All agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market”.

⁸⁹ שלא כמו בחוק הישראלי, המגדיר נתח שוק ספציפי של 50 אחוזים, סעיף זה בחוקת האיחוד אינו מגדיר מהו נתח שוק ספציפי המהווה מעמד דומיננטי.

במילים אחרות: ההגדרה של מוצרים אלה רחבה יחסית, וכוללת את המוצרים הגדלים באדמה, מוצרי בעלי חיים ודגה, ומוצרים חקלאיים שעברו עיבוד ראשוני, קרי: תוצרת חקלאית לא מעובדת ומוצרים מעובדים הקשורים ישירות לתוצרת החקלאית. רשימה של המוצרים הנחשבים מוצרים חקלאיים מפורטת בנספח 1 לאמנת ליסבון, והיא כוללת גם מוצרים מעובדים כגון בשר קפוא ומעובד, גבינות, אבקת חלב, מיצי פרות, שימורי ירקות ופרות, אגוזים קלויים, קמח, שמנים, סוכר ויין. סעיף 101 לאמנת ליסבון אוסר ביצוע פעולות שיש בהן משום השפעה, מניעה או הגבלת התחרות בתוך השוק המשותף, בין היתר: פעולות אשר יש בהן בעקיפין או במישרין לתאם את מחירי המכירה; הגבלה או שליטה בייצור, שיווק, פיתוח טכני, חלוקת השוק או חלוקת מקורות הייצור, עשיית עסקאות או הסדרים הפוגעים בתחרות וכדומה.

תקנה 26 חוקקה בשנת 1962 בשל החשש לסתירות בין המדיניות החקלאית המשותפת של האיחוד ובין הכללים הלאומיים הנוגעים להגבלים עסקיים, ועל מנת לאפשר את הפעלת המדיניות החקלאית המשותפת של הקהילה האירופית.⁹⁰ סעיף 1 לתקנה 26 קובע כי כל הוראות האמנה האירופית הנוגעות להגבלים עסקיים יחולו גם על מוצרים חקלאיים, לבד מהפטור להסדר כובל המוגדר בסעיף (1)2 לתקנה.

סעיף (1)2 לתקנה 26 קובע :

“Article 81(1) of the Treaty shall not apply to such of the agreements, decisions and practices referred to in Article 1 of this Regulation as form an integral part of a national market organization or are necessary for attainment of the objectives set out in Article 33 of the Treaty In particular, it shall not apply to agreements, decisions and practices of farmers, farmers' associations, or associations of such associations belonging to a single Member State which concern the production or sale of agricultural products or the use of joint facilities for the storage, treatment or processing of agricultural products, and under which there is

⁹⁰ Common Agricultural Policy (CAP) – המדיניות החקלאית המשותפת – מדיניות זו מטרתה ליצור שוק משותף בתחום החקלאי באמצעות יישום עקרונות של מחיר אחיד, סולידריות פיננסית והעדפת תוצרת הקהילה האירופית כדי לשפר את רמת החיים בפריפריה, את יעילותו של המשק החקלאי ויכולתו להתחרות, את השמירה על איכות הסביבה ופיתוח חקלאות ירוקה (ראו דו"ח על המדיניות החקלאית המשותפת, הניתן לצפייה בכתובת: www.ec.europa.eu/agriculture (נברדק לאחרונה ב-31.3.2011)).

no obligation to charge identical prices, unless the Commission finds that competition is thereby excluded or that the objectives of article 33 of the treaty are jeopardized".

על פי האמור בסעיף זה, סעיף 81(1) לאמנה האירופית, אשר הוחלף כאמור בסעיף 101 לאמנת ליסבון, ואשר מתייחס להגבלת התחרות בקשר לייצור וסחר של מוצרים המפורטים בנספח 1 לאמנת ליסבון – לא יחול על הסכמים, על החלטות ועל דרכי פעולה שהם חלק אינטגרלי מהסדר לאומי של שוק חקלאי;⁹¹ על הסדרים שהם הכרחיים להשגת המטרות של המדיניות החקלאית המשותפת; ואף לא יחול על הסדרים בין מגדלים ובין ארגוני מגדלים שנוגעים לייצורה או למכירתה של תוצרת חקלאית או שנוגעים לשירותים משותפים לאחסנתה של התוצרת, טיפול או עיבוד של התוצרת.

סעיף 2(1) דורש כי לצורך תחולת הפטור יתמלאו כל המטרות והיעדים של המדיניות החקלאית המשותפת של הקהילה האירופית המפורטים גם בסעיף 39 לאמנת ליסבון, קרי: אמנת ליסבון קובעת מגבלה שעל פיה אסור שההסדר ימנע תחרות או יסכן את המטרות של המדיניות החקלאית המשותפת של האיחוד.⁹² סמכות הפיקוח וההחלטה במקרים אלה נתונה לנציבות האיחוד.

יועזר כי האיחוד האירופי רואה חשיבות גדולה במדיניות החקלאית המשותפת. סעיף 42 לאמנת ליסבון מעניק עדיפות למטרות של המדיניות החקלאית המשותפת על פני המדיניות של חוקי ההגבלים העסקיים. אחת המטרות של המדיניות החקלאית המשותפת היא ארגון משותף של השווקים, הכוללת בתוך כך שמירה על התחרות בשווקים לתוצרת חקלאית (Competition Policy), ונועדה להגן ולפתח תחרות יעילה בשוק האירופי המשותף. במסגרת מדיניות זו נקבעו גם כללי הגבלים עסקיים והאיסור להפר אותם,⁹³ כמו גם איסור לתמוך במדינות האיחוד הפוגעות בתחרות.

במילים אחרות, האיחוד האירופי אינו מעניק פטור גורף מחוקי ההגבלים העסקיים למגזר החקלאי. למעט הפטור המוגבל להסדרים כובלים המוגדר בתקנה 26, חלים חוקי ההגבלים העסקיים באיחוד האירופי גם על המגזר החקלאי. הפטור למגזר החקלאי מתייחס לסעיף 101 באמנת ליסבון בלבד, בעוד שהוראת סעיף 102

⁹¹ הרשימה המפורטת בנספח 1 איננה בהכרח עונה על העקרונות המפורטים בסעיף 101. כך למשל הרשימה אינה כוללת לדוגמה פרוות בעלי חיים אשר לכאורה הן מוצר מעובד. ראו: Case

T-61/89 Dansk Pelsdyravlforening v. Commission [1992] ECR II 1931

⁹² Common Agricultural Policy (CAP) – המדיניות החקלאית המשותפת, לעיל ה"ש 90.

⁹³ ס' 101–102 לאמנת ליסבון.

לאותה אמנה,⁹⁴ האוסרת על פירמות לנצל את מעמדן הדומיננטי, כמו גם הוראות האמנה הנוגעות למיזוגים, חלות על המגזר החקלאי כשם שהן חלות על כל המגזרים האחרים. יצוין כי סעיף 101(a) קובע כי תנאי למתן הפטור הוא שלא בוצעו תיאומי מחירים. זאת ועוד: במקרה שבו ההסדר מונע תחרות או מסכן את המטרות של המדיניות החקלאית המשותפת של האיחוד, רשאית נציבות האיחוד לבטל את ההסדר הכובל.

ניתוח הוראת הפטור מעלה כי הפטור מתיר באופן מפורש שיתוף פעולה בין חקלאים לייצור ושיווק של מוצרים חקלאיים, טיפול (כגון מיון ואריזה) ועיבוד תוצרת חקלאית.

רשימת התוצרת החקלאית שעליה יחול הפטור היא רחבה מאוד וכוללת תוצרת חקלאית לא מעובדת ומוצרים מעובדים הקשורים באופן ישיר לתוצרת החקלאית כגון מוצרי בשר מעובדים, שימורים ומיצי ירקות ופרות, יין, קמח, שמנים ועוד. כמו הפטור החקלאי בארצות-הברית, ובניגוד לפטור בחוק הישראלי, חל הפטור באיחוד האירופי רק על חקלאים ועל ארגונים של חקלאים ולא על משווקים בסיטונות של התוצרת. עם זאת, הפטור רחב מעט יותר במובן זה שהוא מאפשר התארגנות לא רק בין המגדלים לבין עצמם, אלא אף בין ארגוני מגדלים (כמו קואופרטיבים) ובין ארגונים של ארגוני מגדלים (Farmers, Farmers' Associations or Associations of Such Associations). יצוין כי בתי המשפט של האיחוד האירופי מנעו את החלת הפטור על ארגונים שבהם מעורבים מי שאינם חקלאים או ארגוני חקלאים, כמו למשל מעבדים או סוחרים של תוצרת חקלאית, גם אם ארגונים אלה כללו בחלקם חקלאים, וקבעו כי הסדר שבו אחד הצדדים איננו חקלאי לא יינה מהפטור.⁹⁵ בנוסף, הפטור יחול רק על חקלאים או על ארגון חקלאים אשר שייך למדינה אחת של האיחוד, שבה מיוצרת או משווקת התוצרת, או שבה נעשה השימוש בשירותי האחסון המשותפים. בנוסף, התיקון כולל איסור לתאם מחירים. אם ההסדר בין החקלאים או בין הקואופרטיבים החקלאיים מונע את התחרות, לא יהיה הסדר זה זכאי לפטור, כאמור.⁹⁶

⁹⁴ ס' 102 לאמנת ליסבון אוסר על שימוש לרעה על ידי צד בעל עמדה דומיננטית בשוק המשותף, אשר עלול להשפיע על המסחר בין המדינות החברות באיחוד. שימוש לרעה מוגדר כהשפעה בלתי הוגנת על מחירי המכירה או הרכישה או על תנאים אחרים הפוגעים במסחר ההוגן; צמצום הייצור, פיתוח שווקים או העדפה של צרכנים ופעולות נוספות הפוגעות בתחרות.

⁹⁵ כך למשל בהחלטה הבאה: 50 (L 348) O.J. 1986, Commission Decision 596/86, שם נדון הסכם בין חמישה צדדים. ארבעה מהם היו ארגוני חקלאים, ואילו הצד החמישי היה חברה פרטית. ההסכם לא היה זכאי לפטור, ראו ס' 55 להחלטה זו.

⁹⁶ כך למשל, נדון מקרה בו בורסת הפרחים בהולנד, שהיא קואופרטיב של מגדלי פרחים הולנדים, השכירה למשווק פרחים בסיטונות מתקני אחסון בשטח הבורסה בתנאים המגבילים את התחרות. נקבע כי ההסכם אינו זכאי לפטור על פי תקנה 26, ראו: Commission Decision 491/88, 1988 O.J. (L 262) 27.

יצוין כי הבחנה זו בין חקלאים למשווקים באה לידי ביטוי גם בתקנה 2200/96 של הארגון המשותף של השוק לפרות וירקות.⁹⁷ הארגון מאפשר החלה של כללי האיחוד גם על ארגוני מגדלים וגם על התארגנויות ענפיות (Inter-branch Organization). כאשר מטרת המדיניות היא לעזור למגדלים להתארגן למטרת שיפור כוח המיקוח שלהם אל מול רוכשי התוצרת שלהם ולאפשר להם לשווק את התוצרת בעצמם.

תקנה 2200/96 מאפשרת התארגנות של ענף שלם, אשר מורכב מנציגים של פעילויות הקשורות לייצור פרות וירקות, שיווקם או עיבודם. לנציגים אלה ניתנת אפשרות להשתלב בארגון בתפקיד אשר יאפשר להם מידה של שליטה ואפשרות להשפיע על הנעשה בארגון. קבלת ההחלטות חייבת להתבצע על פי כללים מסוימים על מנת להבטיח את השליטה והפיקוח של המגדלים בנעשה בו. המגדלים רשאים לקבל החלטות לצורך שיפור השיווק, לחלק מכסות ייצור לשם התאמת הייצור לדרישות השוק ולשלוט בכמויות התוצרת המוזרמות לשוק, לעתים על ידי רכישה או השמדה של כמויות מסוימות של תוצרת במקרה של היצף על מנת לשמור על רמת מחירים סבירה. על פי התקנה, ניתן להחיל את הכללים שנקבעו על ידי ארגון המגדלים או ארגון של ארגוני מגדלים כאשר הארגון מייצג לפחות 2/3 של המגדלים ו-2/3 של הייצור באותו אזור, בכפוף להוראת סעיף 101 לאמנת ליסבון. מכאן שמתחייב אישור של נציבות האיחוד, אשר כזכור רשאית לשלול את הפטור במקרה של פגיעה בתחרות או סיכון המטרות של המדיניות החקלאית המשותפת.⁹⁸ לסיכום, בד בבד עם מדיניות של תכנון, פיקוח ותמיכה במגזר החקלאי, ושאיפה לשמירה על התחרות במידה מסוימת, קיים באיחוד האירופי פטור מוגבל מהאיסור לקיים הסדרים כובלים בין חקלאים לארגוני חקלאים, ובמסגרת הארגונים המגדלים חופשיים לעסוק בכל פעילויות השיווק והעיבוד של תוצרתם. בתקנה אין מגבלות על אופן ההתארגנות, אולם היא מאפשרת את אותה התארגנות אך ורק לחקלאים, לארגונים בהם חברים חקלאים בלבד ולארגונים של ארגוני מגדלים. כלל החברים בהתארגנות יכולים להיות מגדלים או ארגוני מגדלים בלבד.

מגוון המוצרים הנהנים מן הפטור רחב בהשוואה לפטור הישראלי, אולם הפטור מוגבל יחסית לזה הישראלי, במובן זה שהוא חל רק על חקלאים וההתארגויות שלהם ואינו חל על המשווקים של המוצרים החקלאיים. בנוסף, הפטור אינו מאפשר

⁹⁷ Council Regulation 2200/96, 1996 O.J. (L 297) 1 (להלן: "תקנה 2200/96"). הארגון המשותף של השוק לפרות וירקות (Common Organization of the Market of Fruit & Vegetables), חל על כל הפרות והירקות המיוצרים באיחוד האירופי למעט תפוחי אדמה, ענבי יין, בננות, תירס מתוק, זיתים, אפונה ושועועית למספוא, ומטרתו לחזק את מעמדם של המגדלים לאור הריכוזיות הגוברת של הסוחרים והמשווקים הרוכשים את הפרות והירקות מן המגדלים.

⁹⁸ ס' 102 לאמנת ליסבון וס' 18 לתקנה 2200/96, שם.

לארגוני חקלאים או לקואופרטיבים לערוך הסכמים שמגבילים את התחרות עם גופים שאינם חקלאיים.

אשר לנושא סמכות הפיקוח: סעיף 2(1) לתקנה 26 קובע בסיפא שלו, כי הפטור יינתן אלא במקרים שבהם מצאה נציבות האיחוד כי ההסדר פוגע בתחרות או מסכן את המדיניות החקלאית המשותפת של האיחוד:

“1. [...] unless the Commission finds that competition is thereby excluded or that the objectives of article 33 of the treaty are jeopardized”.

סמכות הפיקוח מוענקת אפוא לנציבות האיחוד.
סעיף 2(2) ממשיך וקובע:

“2. After consulting the member state and hearing the undertakings concerned and any other natural or legal person that it considered appropriate, the commission shall have sole power, subject to review by the court of justice, to determine, by decision which shall be published, which agreements, decisions and practices fulfill the conditions specified in paragraph 1”.

נהנה כי כן, שלא כמו בארצות-הברית ובישראל (שם נתונה סמכות הפיקוח כזכור לשר החקלאות), באיחוד האירופי, כפוף הפטור לפיקוח אדמיניסטרטיבי של נציבות האיחוד, אשר רשאית להצהיר על ביטול הפטור מקום שבו נמצא כי ההסדר מונע תחרות או מסכן את המטרות של המדיניות החקלאית המשותפת. סמכות הפיקוח המוענקת לנציבות האיחוד היא בלעדית, אם כי היא כפופה לביקורת שיפוטית.

ד. ניתוח השוואתי בין הוראות הפטור בדינים השונים

מהשוואה של הוראות הפטור הישראלי, האמריקני והאיחוד האירופי עולה כי בארצות-הברית ובאיחוד האירופי התפקיד העיקרי של הפטור הוא לאפשר למגדלים להתאגד באמצעות ארגונים לשיווק ולעיבוד משותף של תוצרתם. גם להסדרים כובלים בין הארגונים הללו יש פטור.

הגישה המונחת ביסודה של ההוראה היא כי התארגנות של חקלאים יכולה לשפר את כוח המיקוח שלהם מול רוכשי התוצרת שלהם, בשוק שבו מספר הקונים לעתים קטן יחסית וההיצע גדול. באמצעות קואופרטיב, יכולים החקלאים לארוז,

לעבד ולשווק את התוצרת בעצמם, תוך ניצול של יתרון הגודל. ההתארגנות גם מאפשרת לחקלאים להשקיע במחקר ובפיתוח במשותף, לקבוע סטנדרטים משותפים של איכות, בניית מותגים, פרסום וקידום מכירות משותף, איסוף מידע והחלפתו וכיוצא באלה. נוסף על כך, קיימים במדינות אלה הסדרים נוספים התומכים בחקלאות כגון סובסידיות וחקיקה המאפשרת התארגנות של ענפים שלמים לפעילות משותפת.⁹⁹

הפטור באיחוד האירופי ובארצות-הברית מאפשר לארגוני החקלאים להפעיל הסדרים בתוך הארגון, אשר ללא פטור היו נחשבים כהסדרים כובלים. הפטור מאפשר גם הסדרים כובלים בין ארגונים של חקלאים כמו למשל הסכמים בין קואופרטיבים על חלוקת שווקים (בארצות-הברית גם לגבי קביעת מחירים), או שיווק משותף של קואופרטיבים באמצעות חברת שיווק משותפת.

שלושה הבדלים משמעותיים קיימים בין הפטור בארצות-הברית ובאיחוד האירופי לבין הפטור הישראלי: ההבדל הראשון נוגע לציבור הזכאים לחסות תחת מטריית הפטור; השני, עניינו רשימת המוצרים שעליהם חל הפטור; והשלישי נוגע לנושא הפיקוח על הפטור.

ציבור הזכאים לפטור: ההבדל החשוב ביותר לדעתנו בין הפטורים בארצות-הברית ובאיחוד האירופי לבין הפטור הנהוג בישראל נעוץ בעובדה שבישראל כולל הפטור גם את המשווקים בסיטונות הקונים מן החקלאים, להבדיל מן המדינות האחרות שבהן נהנים מן הפטור רק חקלאים או קואופרטיבים/ארגונים לשיווק ועיבוד שבהם חברים חקלאים בלבד. נזכיר שוב כי למעשה, כפי שפורט לעיל, מטרת הפטור אשר הוענק למגזר החקלאי בארצות-הברית ובאיחוד האירופי הייתה לעודד את החקלאים ולהגביר את כוח המיקוח שלהם מול הסוחרים והמשווקים הגדולים הרוכשים מהם את התוצרת.

ההבחנה בין יצרנים או חקלאים לבין התארגנויות וארגונים שיכולים להיות גם משווקים של תוצרת ובין משווקים סיטונאיים שאינם חקלאיים או בבעלות חקלאים היא חשובה מאוד ותידון בהרחבה להלן.

בקליפת האגוז, בין שני המגזרים הללו קיים ניגוד אינטרסים ברור: החקלאים מעוניינים למכור את תוצרתם במחיר גבוה ככל שניתן, ואילו משווקים בסיטונות מעוניינים לרכוש את התוצרת מן המגדלים במחיר נמוך ככל האפשר בעיקר מתוך רצון להשאת רווחים גדולה יותר עבור עצמם.

חולשתו של המגדל אשר חייב למכור את תוצרתו סמוך למועד הקטיף מחייבת אותו להתאים את עצמו לתנאים אשר נכפים עליו על ידי המשווק. חולשה זו של המגדל יוצרת את הבסיס לניצול הפטור לרעה על ידי המשווק.

⁹⁹ ראו לעיל ה"ש 90 והטקסט הסמוך לה; כן ראו: Lambros Papadias, *agriculture, in* COMPETITION LAW OF EUROPEAN COMMUNITY (Valentine Korach ed., 2nd ed. 2001).

גם בהיבט של התחרות הכללית וטובת הצרכן אין הצדקה לפטור הגורף למשווקים הסיטונאים. שיווק התוצרת החקלאית הטרייה מאופיין בפערים גבוהים בין התמורה שמקבל החקלאי עבור התוצרת ובין המחיר שהצרכן משלם עבורה. הדבר נובע מפער התיווך שגובים המשווקים הסיטונאים והקמעונאים בדרך לצרכן. בישראל פער התיווך מגיע לעתים קרובות לעשרות ולמאות אחוזים מהמחיר שמקבל החקלאי עבור התוצרת.

הענקת הפטור למשווקים מרעה עם המגדלים אשר מקבלים תמורה נמוכה על תוצרתם ובמקביל פוגעת בצרכנים אשר משלמים מחיר גבוה עבור התוצרת. בנוסף, מרכיב זה יש לו לטעמנו השפעה ישירה לעניין המדיניות והפרשנות הראויה של יתר רכיבי הפטור – רשימת המוצרים ונושא הפיקוח על התוצרת, כפי שנראה מיד.

רשימת המוצרים: מגוון המוצרים החקלאיים הנהנים מן הפטור הוא רחב יותר בארצות-הברית ובאיחוד האירופי מאשר בישראל.¹⁰⁰ בישראל נוגע הפטור לתוצרת חקלאית טרייה או תוצרת שנעשה בה עיבוד שהוא הכרחי לשם שיווקה. באיחוד האירופי לעומת זאת מוגדרת רשימה רחבה מאוד הכוללת תוצרת חקלאית לא מעובדת ומוצרים מעובדים הקשורים ישירות לתוצרת החקלאית. עיון ברשימת המוצרים מגלה כי שלא כמו בחוק הישראלי, נכללים בה גם מוצרים אשר יוצרו מן התוצרת החקלאית: בשר קפוא ומעובד, גבינות, אבקת חלב, מיצי פרות, שימורי פרות וירקות, אגוזים קלויים, קמח, שמנים, סוכר ויין. מרבית המוצרים הללו אינם עוברים את המבחנים שנקבעו על ידי הפסיקה בישראל. גם בארצות-הברית מוגדר המונח "תוצרת" באופן רחב, והוא מאפשר לכלול גם מוצרים מעובדים. כל זאת, בתנאי שהמגדלים הם אלה אשר עוסקים בייצור התוצרת, בשיווקה, בטיפול בה או בעיבודה.

הרחבת רשימת המוצרים בארצות-הברית ובאיחוד האירופי אין משמעה בהכרח הרחבת תחולת הפטור, שכן הלכה למעשה מוגבל הפטור על ידי החלתו על ציבור המגדלים בלבד. בכך יש למעשה משום דרך נוספת לחיזוק החקלאים, שכן מקום שבו חקלאי אינו מוצא פרנסתו בגידול בלבד, החוק מאפשר לו ערוץ נוסף לשיווקה של התוצרת שגידל, בין בדרך של עיבוד ראשוני ובין בדרך של שימור המוצר. בכך יש גם משום פתרון נוסף לתוצרת טרייה שהמגדל לא הצליח למכור בשל חיי המדף הקצרים שלה.

בחוק הישראלי, לעומת זאת, צומצמה לכאורה רשימת התוצרת, אולם רשימת הזכאים לפטור הורחבה עד מאוד. עצם הכללת המשווקים ברשימה זו מעניקה הלכה למעשה תחולה רחבה יותר של הפטור, דבר שלא בהכרח מסייע למגדלים. למעשה ההיפך הוא הנכון. לדעתנו, בחינת הרציונל אשר בבסיסו של הפטור, מביאה אותנו

¹⁰⁰ ראו הדיון בתקנה 2200/96, לעיל ה"ש 97.

למסקנה כי לצורך חיזוקם של המגדלים וההגנה עליהם, ראוי היה לאמץ את השיטה האמריקנית או האירופית, לצמצם את רשימת הזכאים למגדלים בלבד ולהרחיב תחת זאת את רשימת המוצרים שעליהם יחול הפטור, בכפוף לכך שהטיפול או העיבוד ייעשו על ידי המגדלים עצמם.

כך למשל וכדוגמה, חקלאי המגדל פרות אשר מסיבות שונות, בין בשל איכות הפרי, בין בשל מחיר נמוך עד כדי אי-כדאיות השיווק, ובין בשל כשלי שיווק אחרים, נותר עם מלאי פרי שחיי המדף שלו קצרים, הצליח באמצעות תהליך פשוט של קילוף והקפאה של הפרי לאחסנו ולאחר מכן לשווקו ליצרן גלילות, לדוגמה, יוכל עדיין ליהנות מן הפטור, חרף היות התוצרת מעובדת לכאורה. סיטואציה כזו, שכיום אינה עומדת בתנאי החוק ואינה זכאית לפטור, עדיין משרתת את האינטרס שבבסיסו של הפטור, ולפיכך נכון היה לשקול לכלול אותה בתוכו ולאפשר למגדל עדיין לחסות בצלו של הפטור.

בכך לא תהיה, לטעמנו, משום סתירה לתוצאה שנקבעה בעניין הירקות הקפואים. עם זאת, המבחן או הדרך המוצעת הם שונים. באותו מקרה ביקשו חברות סנפרוסט ופוד קלאב ליהנות מן הפטור באמצעות הענקת פרשנות רחבה למונח "תוצרת חקלאית". בית המשפט קבע מבחן כפול הבודק אם עיבוד התוצרת היה הכרחי לשם שיווקה ואם פעולות העיבוד שינו את אופייה של התוצרת, מרקמה וכולי.¹⁰¹

לטעמנו, אימוץ של הכללים הנהוגים במשפט האמריקני והאירופי היה מוביל בהכרח לתוצאה שבה סנפרוסט ופוד קלאב אינן זכאיות לפטור, מעצם העובדה הפשוטה שהן אינן נמנות עם ציבור המגדלים, וזאת גם מבלי להיכנס לניתוח מורכב של המונח "תוצרת חקלאית". בכך יהא גם משום פישוט של המבחן הקובע מתי יחול הפטור, ייתיתר הצורך בפרשנות מהי אותה תוצרת חקלאית הנכנסת בגדר החוק, ואגב כך, תושג מטרה נוספת שהיא חיזוק החקלאים ומתן אפשרות להרחבת מקורות ההכנסה שלהם באמצעות תהליכי עיבוד פשוטים של התוצרת שהם מגדלים.

הפיקוח על הפטור: בארצות-הברית כמו גם באיחוד האירופי ניכרת מדיניות ברורה של שמירה על התחרות בשוק החקלאי באמצעות מנגנוני פיקוח על הפטור. גם בארצות-הברית וגם באיחוד האירופי הונהגו מגבלות לצורך מניעת ניצול הפטור לרעה. עם זאת, קיים הבדל משמעותי בין שני החוקים באשר באיחוד האירופי מוענקת סמכות הפיקוח לנציבות האיחוד, ואילו בחוק האמריקני נתונה הסמכות לשר החקלאות, שהוא השר הממונה על הענף. אשר למנגנוני הפטור: בארצות-הברית יכול שר החקלאות להורות על הפסקת הפעילות המשותפת אם היא מעלה את המחירים במידה מוגזמת, ובאיחוד האירופי אסור שההסדר ימנע תחרות או יסכן את המטרות של המדיניות החקלאית המשותפת של האיחוד. במקרה כזה רשאית הנציבות להצהיר על בטלות הפטור.

¹⁰¹ לעיל ה"ש 41-42 והטקסט הסמוך אליהן.

בחוק ההגבלים העסקיים הישראלי אין מגבלה דומה, ולמעשה אין אפשרות לבדיקה או התערבות של הרשות להגבלים עסקיים. החוק מעניק לכאורה סמכות לשר הממונה, אולם מדובר בסמכות צרה המוגבלת לשינוי רשימת המוצרים בלבד, ואין מדובר בסמכות פיקוח ממש.

הענקת סמכות הפיקוח לשר החקלאות, שהוא דמות המזוהה עם הענף הספציפי, היא שאלה משמעותית אשר השלכותיה לעניין פרשנותו של החוק יידונו להלן בהמשך המאמר.¹⁰² אמנם החוק האמריקני מעניק אף הוא את הסמכות לשר החקלאות, אך עם זאת, לא ניתן להתעלם מן הפער המשמעותי בעניין זה בינו לבין החוק הישראלי – פער הנובע לא רק ממנגנון הפיקוח, אלא גם מהיקף הפטור.

ראשית, תחולתו של הפטור בחוק האמריקני והאירופי מצומצמת הרבה יותר מאשר בחוק הישראלי. בחוקים הזרים מצומצם הפטור למגדלים בלבד, ואילו המשווקים, שאין חולק כי הם בעלי כוח רב יותר מן המגדל הבודד, אינם זכאים לפטור כלל. הפיקוח הקיים בחוקים הזרים, מיושם אפוא הלכה למעשה על המגדלים בלבד, גורמים אשר מלכתחילה אינם נחשבים ככאלה אשר עלולים לגרום נזק או לפגוע משמעותית בתחרות בשוק. למרות זאת, מצא המחוקק הזר לנכון לכלול בתוך החוק מנגנון פיקוח אשר מטרתו לאפשר את התחרות בענף זה גם בין המגדלים לבין עצמם, על מנת למנוע אפשרות של ניצול הפטור לרעה על ידי התארגנות מונופוליסטית או ניצול כוח שוק גדול מדי לרעה.

התוצאה היא אפוא שחרף קיומו של הפטור, וחרף העובדה שהחוקים הזרים מעניקים הגנה משמעותית למגדלים, עדיין ניכרת מגמתו של המחוקק הזר לשמור על התחרות ולהגן עליה.

החוק הישראלי, לעומת זאת, חרף הכללת המשווקים בתוכו – דבר המרחיב עד מאוד את תחולתו – אינו כולל שום מנגנון פיקוח. הפועל היוצא של עובדה זו הוא כי הלכה למעשה, מעניק החוק פטור גורף למגדלים ולמשווקים ללא כל אפשרות לפיקוח ובקרה. לשם המחשת הבעייתיות נציג מצב שבו כל מגדלי המנגו בישראל מתארגנים לשיווק משותף ויוצרים התארגנות מונופוליסטית לכל דבר ועניין. בעולם המעשה, מצבים כאלה בקרב מגדלים כמעט שאינם אפשריים בשל הקושי לאגד אלפי מגדלים יחד, הן מסיבות לוגיסטיות והן מסיבות כלכליות.

מטבע הדברים, כמויות התוצרת, ההבדל באיכותן, תקופות השיווק השונות ואזורי הגידול השונים משתנים ממגדל למגדל, ולכן כמעט שאין אפשרות למציאת מכנה משותף שיצדיק התאגדות מסיביות בין מגדלים מכל רחבי הארץ. תיתכן אמנם תופעה של התאגדויות של כמה משקי בית לצורך התייעלות השיווק והשינוע, או התאגדות אזורית לצורך מיון ואריזה, אך התאגדות מסיבית אשר עלולה להביא

¹⁰² ראו דיון בעניין זה בפרק ה' להלן.

לניצול לרעה של הפטור בקרב המגדלים היא תרחיש שכיח פחות.¹⁰³ לעומת זאת, מצב כזה בקרב המשווקים הסיטונאיים או פירמות השיווק הוא בהחלט אפשרי. הסדרים בין משווקים הכוללים תיאום מחירים, חלוקת שוק אסורה והעלאה מוגזמת של מחירים לדוגמה, לבד מכך שהם ללא ספק אינם עולים בקנה אחד עם מטרות הפטור, הם בדיוק אותם המקרים שבהם נדרש פיקוח בשל חשש לריכוז כוח שוק גדול מדי עד כדי ניצולו לרעה. דוגמה זו ממחישה גם היא את הבעייתיות שבעצם הענקת הפטור למשווקים כשלעצמו. עם זאת, במציאות הנוהגת, שבה הלכה למעשה הוענק הפטור גם לעסקאות בין המשווקים לבין עצמם – היעדר הפיקוח הוא בהחלט נדבך נוסף אשר מכביד על המגדלים ופוגע בצרכן.

ה. הפיקוח על הפטור

שאלת הפיקוח על הפטור ושאלת הסמכות המפקחת הן שאלות בעלות משמעות גדולה לעניין פרשנותו הראויה של החוק. החוק הישראלי, כמו גם החוק האמריקני, מעניק את סמכות הפיקוח לשר החקלאות. המשמעות היא שמקומה הטבעי של רשות ההגבלים העסקיים כרשות האמונה על הסדרת תחום זה, נתפס על ידי רגולטור אחר – הוא השר הממונה על ענייני התחום הספציפי. הענקת סמכות פיקוח לדמות המזוהה עם הענף הספציפי ולא לרשות המקצועית האמונה על התחום עשויה להעלות ספקות בדבר היות הפטור משרת אינטרסים אחרים לבד מאלה של אותו ענף ספציפי, כמו גם להיות לגבי נוסחו, שהרי במובחן מן המדיניות של אישור הסדרים ספציפיים שיש להם הצדקה כלכלית, ובהבדל מן המנגנון הכללי הנכלל בחוק היוצר מעין בקרה ופיקוח של הרשות, העדיף המחוקק כלל רחב אשר הלכה למעשה מונע פיקוח של הרשות. יתר על כן, גם באותם מיעוט המקרים הדורשים התערבות, נמסר הפיקוח לשר הממונה על הענף ולא לרשות התחרות. עובדה זו מעלה תהיות באשר לקיומה של תחרות מוסדית בין הגופים בעלי האינטרסים השונים ומזמינה מטבע הדברים שאלות ותהיות הדורשות דיון.

ככלל, מטרת החקיקה המגבילה היא, כאמור, שמירה על התחרות במשק לטובת האינטרס הציבורי בכללותו. במונחים של הגבלים עסקיים מוגדר אינטרס זה בין היתר, כשיפור היעילות הכלכלית על ידי מניעת הסדרים או מיזוגים שיגרמו נזק לחברה עקב ניצול כוח שוק. בחינתה של מערכת יחסי הכוחות בין כלל השחקנים בשוק התוצרת החקלאית אשר הובאה לעיל בהרחבה, הובילה אותנו אל המסקנה הטבעית שעל פיה הפטור החקלאי משמש אמצעי רגולטורי לאיזון מערך הכוחות

¹⁰³ עם זאת, והגם שלטעמנו ראוי להשאיר את הפטור למגדלים על כנו, ייתכן שיש מקום לשקול מנגנון או סייגים המונעים התארגנויות מסיביות בין המגדלים לבין עצמם.

בשוק זה. במצב דברים זה, ראינו לנכון לבחון את הסוגיה באספקלריה של התנהגות רגולטורית.

מחקרים בתחום הרגולציה מצביעים על הצדקות שונות לבחירה ברגולציה ככלי להסדרת מאבקי הכוחות בענפים שונים. תאוריות שונות ניסו לבחון את ההקשרים וההצדקות לבחירה ברגולציה בכלל, כמו גם את הבחירה במסגרות הארגונית והפרוצדורלית ליישומה של הרגולציה.

בהתייחס לטעמים לבחירה ברגולציה עצמה, נמצא כי הסיבות לכך קשורות במקרים רבים להצדקות כלכליות וחברתיות שבעטיין נדרשת ההתערבות הרגולטורית.

אשר לבחירה בשר הממונה כבעל סמכות הפיקוח – זו קשורה לדעתנו, לתזה הגורסת שהחלטה בדבר רגולציה בקבוצת אינטרס מסוימת, מתקבלת כתגובה לדרישתה של אותה קבוצת אינטרס, וכי הרגולציה מתוכננת ומופעלת בעיקר לתועלתה של הקבוצה.¹⁰⁴ מכאן השאיפה שהרגולטור יבטא, במסגרת תפקידו, את מירב התועלת הרצויה למגזר שהוא בא להסדיר.

תאוריה זו מכונה תאוריית הרגולטור השבוי (Regulatory Capture). כינוי זה מתייחס לנטייה של מסדירים (רגולטורים) להזדהות עם האינטרסים של הענפים שעליהם הם אמורים לפקח. לפי תאוריה זו, מוסד הרגולטור הממונה על הסדרת הענף לטובת הציבור הרחב, מתחיל לזהות את טובת הציבור עם טובת היצרנים באותו ענף, יותר מאשר עם טובת הצרכנים או עם טובת הציבור כולו. בשלב כזה או אחר, הופך אותו רגולטור "שבוי" בידי אותה הפירמה שעל הסדרתה הוא אמון, והוא מבטא, באמצעות הרגולציה, את מירב התועלת הרצויה לאותו ענף ספציפי.¹⁰⁵ תאוריית "הרגולטור השבוי" מוכרת לנו מענפים רבים, והיא נבחנה ונדונה רבות בספרות, על יתרונותיה וחסרונותיה. אין כוונתנו להרחיב יתר על המידה בסוגיה זו, היות שאין זה נושא הדין. עם זאת, נראה לנו כי יש בתאוריה זו כדי להצביע על המקור לבחירת הגורם המפקח ומנגנון הפיקוח במקרה דנן.

ביישום לענייננו, הבחירה ברגולציה כשלעצמה קשורה ללא ספק למעמד המיוחד שממנו נהנה המגזר החקלאי בישראל ובעולם. כזכור, הטעמים לאותו מעמד מיוחד קשורים, בין היתר, לשיח פוליטי ואידאולוגי, ולא בהכרח להיבטים כלכליים טהורים. זאת, משום שחשיבותו של המגזר החקלאי, בישראל כמו גם בעולם כולו, אינה כלכלית בלבד, והיא נבחנת גם במונחים נוספים של שמירת קרקעות הלאום,

Goerge J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 BELL JOURNAL OF ECONOMICS AND MANAGEMENT SCIENCE 3 (1970)

Stigler, *שם*, כן ראו: ROBERT BALDWIN & MARTIN CAVE, UNDERSTANDING REGULATION: THEORY, STRATEGY AND PRACTICE (1999); James Q. Wilson, *Neglected Areas of Research on Regulation*, in REGULATORY POLICY AND THE SOCIAL SCIENCE (Robert Noll ed., 1985)

שיקולים ביטחוניים, רצון לרמה מסוימת של עצמאות באספקת מזונותיה של המדינה, שמירה על שטחים ירוקים, וכולי. בשל אלה, הוגדר הצורך לשמור על ענף זה ולשמרו. עם זאת, יחסי הכוחות בענף זה מצביעים על חוסר איזון בולט בין המשווקים, שהם בעלי כוח ויכולת ההשפעה הגדולה על השוק, ובין המגדלים הבודדים שנתפסים, כאמור, כחוליה החלשה של הענף. מכאן ההצדקה לקיומה של רגולציה בענף.

אשר לבחירה בשר החקלאות כסמכות הפיקוח: ראשית, לא מן הנמנע כי הבחירה בשר החקלאות כרגולטור משמעה גם כי קבוצת האינטרס – במקרה זה החקלאים – הצליחה לנצל את כוחה היחסי אל מול רשויות השלטון כדי לקדם את האינטרס שלה עצמה.

שנית, פרט לחשיבות האידאולוגית-מדינית-ביטחונית של החקלאות, קיימות סיבות אובייקטיביות-ענייניות הקשורות לאופיו המיוחד של הענף ולאופייה המיוחד של התוצרת החקלאית, בשונה מתוצרת תעשייתית, כפי שנבחנו בהרחבה במאמר. הבעיות והמאפיינים המיוחדים של הענף מצדיקים אפוא פיקוח של סמכות מקצועית הבקיא בתחום.

מכלול הסיבות האלה, סייע ככל הנראה אף הוא למחוקק להחליט להעניק את סמכות הפיקוח לשר החקלאות – הוא השר המקצועי הממונה על הענף, תחת הענקתה לרשות ההגבלים העסקיים אשר מטבע הדברים שופטת על פי אמות מידה וכלים כלכליים אובייקטיביים בלבד, אשר אינם מבטאים את ייחודו של הענף.

עם זאת, ראוי להזכיר שוב כי בחוק האמריקני נקבע מנגנון פיקוח המונע פגיעה בתחרות, דבר שאין בחוק הישראלי. כאן צומצמה סמכותו של שר החקלאות לשינוי סוגי התוצרת בלבד, ואף לכך נדרש אישורה של ועדת הכלכלה של הכנסת. בכך מבטיח המחוקק כי החלטה בדבר שינוי התוצרת החקלאית תתקבל רק לאחר אישורה בידי גורם אובייקטיבי. ברם בכך אין די, שכן הבעיה העיקרית של הפטור, זו הדורשת פיקוח, היא הכלל הרחב והיעדר היכולת לפיקוח ובקרה על ההסדרים הכובלים עצמם, בין המגדלים לבין עצמם ובעיקר אלה הנעשים עם המשווקים או בין המשווקים לבין עצמם.

מנגד, ראוי לציין כי ענף החקלאות אינו פטור מהוראות החוק המתייחסות למיזוגים ולמונופולין. במילים אחרות, מיזוג חברות בענף החקלאות, אשר בעקבותיו יעלה נתח השוק של החברות המתמזגות על 50 אחוזים או על הסכום הקבוע בחוק, קרוב לוודאי שלא יאושר על ידי רשות ההגבלים העסקיים אם קיים חשש לפגיעה משמעותית בתחרות.¹⁰⁶ באופן דומה רשאי הממונה להסדיר את פעילותה של חברה מסוימת בענף החקלאות שהוכרזה מונופולין במקרים של פגיעה בתחרות.¹⁰⁷

¹⁰⁶ ס' 17, ס' 21 לחוק.

¹⁰⁷ ס' 30 לחוק.

שאלה היא אם עצם הפיקוח על מונופולים ומיזוגים מייתר את הצורך בפיקוח על הסדרים כובלים. התשובה לשאלה זו לטעמנו שלילית. חולשתו של המגדל (אשר מקורה כזכור בין היתר בריבוי המגדלים ובאופייה המתכלה של התוצרת המחייב שיווק מהיר) מציבה אותו בעמדה נחותה גם מול משווקים ופירמות שיווק שאינן תופסות נתח כה ניכר מן הפעילות בשוק או עולות כדי מונופולין. זאת ועוד: ניצול כוחם של המשווקים (הסכמים קשוחים, הכתבת מחיר, התניית רכישת תוצרת בתוצרת אחרת ואמצעי לחץ נוספים), קיים אפוא לא רק במקרים של תאגידי הענק, אלא גם ובעיקר במקרים של הסדרים בין משווקים או פירמות שיווק קטנות יותר.

אשר להשלכותיה של הבחירה בשר החקלאות כסמכות הפיקוח: הבחירה בשר החקלאות כרגולטור היא קרוב לוודאי, בעלת השפעה על היקפו הרחב של הפטור, ועל היעדר מנגנון פיקוח. ברם, ככל שהדבר נוגע למגדלים בלבד, אין אנו רואים בכך בעיה, שכן לטעמנו ובהתבסס על הסיבות השונות אשר הובאו לעיל, חשיבותו של הפטור למגדלים בעינה עומדת. הפטור למגדלים מונע אמנם תחרות ברמה מסוימת, אולם גם בהיעדר תחרות מוגברת ו"פיקוח מוגבר", בסופו של דבר הנזק מבחינת האינטרס הציבורי בעצם מתן הפטור למגדלים אינו גדול, כאשר למולו נשמר האינטרס הציבורי בהגנה על החקלאות (מדיניות שסיבותיה פורטו בהרחבה בתחילת המאמר). כך, התועלת בשמירה על ענף החקלאות עולה על הנזק המועט שנגרם לציבור מהיעדר מסוים של תחרות.

עם זאת, תמוה כיצד אירע שעד למועד זה, חרף צמצום מדיניות ההתערבות הממשלתית והעברת השיווק לגופים פרטיים ומסחריים, לא נערכה התאמה של נוסח הפטור וצמצומו כפי שנדרש. יישומה של תאוריית הרגולטור השבוי על ענייננו, מחזקת את הרושם כי אכן לפנינו מצב שבו גורמי השיווק המשמעותיים בענף הצליחו לנצל את כוחם היחסי אל מול רשויות השלטון כדי למנוע תיקון החוק.

1. השגות בדבר תחולת הפטור על המשווקים

בהתבסס על ההבחנה המפורטת לעיל בין יצרנים-חקלאים לבין המשווקים בסיטונות, מתעוררות תהיות באשר לרציונל אשר עמד ביסודה של ההחלטה להרחיב את תחולת הפטור בחוק ההגבלים העסקיים הישראלי ולהעניקו גם למשווקים הסיטונאיים. זאת, לאור הניתוח דלעיל, אשר מצביע על כך שהפטור גם למשווקים סיטונאיים שאינם חקלאים אינו דרוש להשגת המטרות שלשמן בא הפטור ושאותן רצו הממשלות לעודד, כגון אפשרות לפעילות משותפת של חקלאים ושיפור כוח המיקוח שלהם.

פעילות כגון ויסות כמויות אינה מהווה הצדקה לפטור גורף למשווקים בסיטונות שאינם חקלאים וצריכה להתבצע במסגרת מועצות הייצור. פטור גורף למשווקים הסיטונאיים שאינם חקלאים, בדמות זה הקיים כיום בחוק הישראלי, אף יכול להזיק

לחקלאים עקב ניגוד אינטרסים בינם לבין המשווקים. ניסיון לתהות אחר המקור לנוסח הרחב של הפטור והחלתו גם על המשווקים הסיטונאיים מחזיר אותנו שוב אל ראשית ההתיישבות בישראל, עם הקמת הקואופרטיבים הראשונים שנוסדו במקביל להקמת המשק הכלכלי הארץ ישראלי. להבדיל מארצות-הברית ומהאיחוד האירופי, שם אומץ הפטור החקלאי כאמצעי שמטרתו לאפשר לחקלאים להתארגן בקואופרטיבים על מנת לסייע להם בשיווק המשותף, בישראל הוקמו קואופרטיבים אלה כבר בראשית דרכה של ההתיישבות החקלאית. כאשר כונן חוק ההגבלים העסקיים הראשון, בשנת 1959, היו קואופרטיבים אלה כבר מבוססים מאוד, ובעלי כוח שיווקי ופוליטי רב אשר ללא ספק היה בו כדי להשפיע על אימוץ הנוסח הרחב של הפטור החל גם על המשווקים הסיטונאיים.¹⁰⁸

הקואופרטיבים החקלאיים הראשונים היו בתחום היצרני והוקמו כאמור עם ראשית ההתיישבות. הכוונה הייתה לאפשר איגודים שיתופיים של חקלאים הכוללים בתוכם התאגדויות לצורך מתן אשראי, רכישת תשומות ואספקת מצרכים לחברים (הן למטרות אישיות והן למטרות חקלאיות), ייצור ועיבוד חקלאי, שיווק ומכירת תוצרת חקלאית במאורגן ובמשותף לצורך ניצול יתרון הגודל. כך, הוקמו להם קואופרטיבים ואגודות חקלאיות שיתופיות רבות כגון תנובה, גרנות,¹⁰⁹ כרמל מזרחי,¹¹⁰ פרדס, אגודת הכורמים, מילואות.¹¹¹ קואופרטיב של משקי עמק הירדן, משקי עמק בית שאן, משקי הגליל העליון, האגודה השיתופית החקלאית בחבל מעון,¹¹² משקי הנגב, ועוד. החברים בהם אינם אנשים פרטיים, אלא לרוב יישובים חקלאיים שלמים – כלומר, קיבוצים ומושבים שיתופיים. כל עוד מטרת הקואופרטיבים הייתה לאגד את המגדלים היצרנים לארגון מתוך רצון לנצל את יתרון הגודל הן בתחום שיווק התוצרת החקלאית והן בריכוז קניות

¹⁰⁸ ד"כ 21, 325 ואילך (התשי"ז), וכן ד"כ 27, 2731 (התשי"ט).

¹⁰⁹ "גרנות" היא אגודה שיתופית חקלאית המהווה כיום את התשלובת החקלאית-תעשייתית הגדולה בישראל וכוללת 20 מפעלים ותאגידים בבעלות 41 קיבוצים ומושבים, ופועלת בתחומי החקלאות, התעשייה, השירותים, התשתיות, האנרגיה, המזון, הנדל"ן, המימון, השמת עובדים, הדרכה, רכב, סיעוד וטכנולוגיית המידע.

¹¹⁰ אחד מוותיקי הקואופרטיבים. הוקם בשנת 1906, בעת שנמסרה הבעלות וניהול היקבים בראשון לציון ובזכרון יעקב לכורמי המושבות שייסדו את קואופרטיב מגדלי היין כרמל מזרחי אשר לימים הפך אחד הגורמים הדומיננטיים בענף היין הישראלי.

¹¹¹ "מילואות" הוא קואופרטיב חקלאי תעשייתי מהגדולים בישראל, המאוגד כיום כחברה פרטית שמניותיה מוחזקות על ידי 23 קיבוצים ו-2 מושבים שיתופיים. כיום פועלים במסגרת "מילואות" 31 תאגידים ויחידות עסקיות בתחומים שונים (שאינם חקלאיים) ו-5 התארגנויות של מגדלים בתחומי החקלאות השונים.

¹¹² אגודה שיתופית חקלאית במועצה אזורית אשכול שבנגב המערבי, אשר מונה כיום 13 קיבוצים, ונחשבת לאחד העסקים הכלכליים הגדולים ביותר בהתיישבות החקלאית.

עבור המשקים, כי אז הושגה אל נכון מטרת הפטור. השייך העצמי עבור המגדל היחיד אכן איננו קל, הן מבחינת שינוע התוצרת, הן מבחינת הפצתה בשווקים המתאימים והן בשל כושר המיקוח הנמוך לגבי מחירה. מטעם זה, הגיוני ונכון לאפשר מיון, אריזה, הובלה, שיווק וכיוצא באלה פעולות נוספות במשותף לקבוצת חקלאים, במיוחד לאור העובדה שבשעתו שימשו המגדלים גם כמשווקים על ידי כך ששלטו הלכה למעשה בחברות השיווק הגדולות.

אלא שהדינמיקה בתחום זה הייתה שונה: ארגוני הסוחרים והמשווקים צברו כוח רב, והם ניצלו אותו במרבית המקרים נגד החקלאים, מהטעם הפשוט של חוסר זהות בולט בין האינטרסים שלהם ושל המגדלים.

ניגוד האינטרסים בין שני המגזרים, אשר אינו שונה אגב מניגוד אינטרסים בין יצרנים למשווקים בכל ענף אחר, בא לידי ביטוי בכך שהמגדלים (היצרנים) שואפים למצב שבו התמורה שתיוותר בידם בגין התוצרת תהיה גבוהה ככל הניתן ותגלם כיוסי עלויות ורווח מסוים, עם שאיפה לפער תיווך נמוך ככל האפשר. מן הצד השני שואפים המשווקים הסיטונאים לשלם על התוצרת שרכשו מן החקלאים מעט ככל שניתן. זאת, הן בשל אותן תכונות של התוצרת החקלאית (תוצרת מתכלה – אורך חיים, חיי מדף קצרים וכדומה) והן מתוך רצון להשאת רווחים גדולה יותר עבורם. מבנה השוק האטומיסטי (ריבוי יצרנים) והאוליגופסוניסטי (מעט קונים), מחליש את כוח המיקוח של המגדלים ומאפשר למשווקים להשיג את מטרותם. לפיכך, החשש הוא ממצב שבו משווקים סיטונאיים שאינם חקלאים עלולים לנצל את הפטור ולפגוע ברווחת החקלאים כפי שפורט לעיל בהרחבה.

חולשתו של המגדל הנובעת מעצם ההכרח למכור את התוצרת סמוך למועד הקטיף שאם לא כן תירקב, מחייבת אותו להתכופף אל מול דרישות המשווק ולמכור את התוצרת כמעט בכל מחיר.

הבעיה מחריפה במקרה של אותם קואופרטיבים, דוגמת תנובה או קו-אופ, אשר כחלק מפעילותם שולטים גם ברשתות שיווק קמעונאיות. אלה העדיפו לעתים למכור את התוצרת החקלאית במחירי היצף הנמוכים ממחיר השוק רק על מנת למשוך את הצרכנים לכצע את קנייתיהם במרכולים של אותם קואופרטיבים. הראשונים להיפגע במקרה כזה הם כמובן המגדלים, אשר בסופו של דבר יקבלו עבור תוצרתם מחיר נמוך ממחיר השוק, במקרים רבים, אף נמוך ממה שסוכם בינם לבין הסיטונאי, ולעתים נמוך מעלויות הייצור. הדבר עלול בסופו של דבר אף למוטט ענף חקלאי שלם.

יוצא אפוא שהפטור נשוא הדיון אשר חל גם על משווקים סיטונאיים (הקשורים לרשתות השיווק), יוצר קרקע פורייה לניצול הפטור גם על ידי הרשת הקמעונאית.

זאת ועוד, בחלק מן המקרים אף נהגו ארגוני שיווק בעלי מעמד דומיננטי בענף מסוים, לנצל לרעה את מעמדם הדומיננטי בכך שהתנו את רכישת התוצרת בענף שבו היה להם מעמד דומיננטי, עם רכישת תוצרת מענף אחר לצורך חיזוק מעמדם באותו ענף. במקרים אחרים מוכרת תופעה שבה ארגוני השיווק מנצלים תנאים קשיחים

ומגבילים בחוזים עם המגדלים. ניצול לרעה יכול לבוא לידי ביטוי בהסכמים קשוחים המונעים מן המגדלים למיין ולארוז את התוצרת בבתי אריזה אחרים, ומנגד, מקשים על המגדל השתחררות מן החוזה. דרך אחרת של ניצול לרעה היא כאשר הסיטונאי מתנה רכישת תוצרת שהמגדל מתקשה לשווק, ברכישתה של תוצרת אחרת שבה הוא מעוניין, תוך הכתבת המחיר הרצוי לו, גם אם הוא נמוך ממחיר השוק, או שהוא נמנע במכוון מרכישת תוצרת מסוימת מן המגדל כאמצעי לחץ מאותן סיבות. פעולות אלה פוגעות כמובן במגדל.

הנה כי כן, למשווק יתרון משמעותי על המגדל מעצם אופיו של השוק ומעצם אופייה של התוצרת החקלאית. הענקת הפטור למגדלים יכולה הייתה לאזן את מערך הכוחות הזה בכך שהיה בה כדי לאפשר למגדלים עצמם להתארגן יחד בנושאים כמו תכנון וויסות של כמויות הגידול באמצעות תיאום מועדי זריעה, זנים, כמויות וכולי לצורך הבטחת רציפות באספקה בין כלל השווקים באזורים השונים בארץ על מנת להימנע מיצירת עודפי שוק ולאפשר למגדלים לשווק את מרבית תוצרתם במחיר המרבי האפשרי.

הענקת הפטור למשווקים יוצרת למעשה מטרה הפוכה, שכן היא מחזקת את המשווקים החזקים ממילא ומאפשרת להם להתאגד בינם לבין עצמם בהסכמים לחלוקת שוק, תיאום מחירים וכיוצא באלה פעולות הפוגעות במגדל.

יתר על כן, כאמור לעיל, הפטור למשווקים פוגע הלכה למעשה גם באינטרס של הצרכן. האינטרס הברור של ציבור המשווקים הוא כאמור לשלם עבור התוצרת תמורה נמוכה ככל האפשר. זאת, לא על מנת להעבירה לצרכן הסופי, אלא לשם השאת רווחים, בין ישירים ובין עקיפים, לעצמו. פעילות כזו, לבד מכך שהיא מקטינה את רווחת החקלאים המגדלים ומעשירה את המשווקים הקונים מן החקלאים, גם פוגעת בסופו של דבר בתחרות ובצרכן הסופי. האחרון אינו יוצא בסופו של דבר נשכר מן העובדה שהמשווק רכש את התוצרת במחיר נמוך, והמגדל, הוא הפונקציה שעליה ביקש החוק להגן, בוודאי נפגע מכך באשר התמורה שקיבל בסופו של דבר עבור התוצרת לעתים נמוכה עד כדי אי-כיסוי עלויות ייצור. הפועל היוצא של התנהלות זו הוא פגיעה ישירה במגדלים, פגיעה בצרכן הסופי אשר אינו נהנה מן המחיר הנמוך, ובהיבט הרחב יותר – פגיעה באינטרס הציבורי הנוסף אשר ביסודו של הפטור – שמירה על ציבור החקלאים בשל אותם טעמים, בין כלכליים ובין לבר-כלכליים, הנזכרים לעיל.

הנה כי כן, הוראת הפטור מאפשרת למשווקים ליהנות מן ההגנה שמעניק סעיף 3(4) לחוק, לצורך עשיית רווח והון כלכלי לעצמם בלבד, על גבו של המגדל החקלאי אשר נאלץ להיכנע לתכתיבי ארגון המשווקים. הפטור למשווקים משמש במקרה זה כבומרנג נגד החקלאים, בניגוד מוחלט לתכלית הפטור ולרציונל שביסודו. יצוין בהקשר זה כי ארגון השיווק אינו חייב הלכה למעשה להכתיב תנאים קשיחים. די בכוחו העצום כדי להפעיל את הלחץ על החקלאי גם מבלי לדרוש זאת באופן מפורש.

אחד הקואופרטיבים הגדולים ביותר הוא תנובה, אגודה שיתופית שנוסדה בשנת 1929.¹¹³ תחילתו של ארגון זה כקואופרטיב של יצרנים חקלאים, שממנו הפכה תנובה במהלך השנים לאחד הקונצרנים הגדולים בישראל העוסקים בשיווק מוצרי מזון, אם לא הגדול ביותר, ולגוף בעל השפעה רבה במשק הישראלי, הן כלכלית והן פוליטית. תנובה מרכזת את שיווק התוצרת החקלאית של כל תנועות ההתיישבות – קיבוצים ומושבים, ומאגדת בתוכה יותר מ-600 אגודות שיתופיות אשר את תוצרתן היא משווקת.

תחום פעילותה העיקרי של תנובה חובק כיום את כל ענפי המזון כגון חלב ומוצריו, ביצים, עופות, בשר, דגים, ירקות ופרות, גלידות ועוד. במרבית המקרים היא מחזיקה נתח משמעותי מן הענפים. כך למשל שולטת תנובה במשק החלב – היא קולטת כ-95 אחוזים מתוצרת החלב הגולמי ומעבדת ומשווקת כ-75 אחוזים מן החלב המעובד ומוצריו. בשל כך הוכרזה תנובה כמונופולין במשק החלב.¹¹⁴ בשנת 2001 פרשה תנובה מאחזקותיה בתחומי הירקות והפרות בעקבות מעבר של המגדלים לשיווק ישיר של תוצרתם. עם זאת, היא פועלת בתחום זה בדרך של הקמת שותפויות עם גורמים פרטיים, בדרך כלל בחלקים שווים, כאשר תנובה מעמידה לשותפות את המימון והגורם הפרטי מעמיד ידע ושירותי ניהול. שיטת פעולה זו ננקטת גם בתחומי הבשר, הפטם וההודו, והבשר הקפוא. גם בענפים אלה היא שולטת על נתח עיקרי של השוק. עוד עוסקת תנובה בשיווק ביצים, דגים טריים, מוצרי בשר קפוא ומעובד, וכן היא שותפה במפעלי מזון נוספים.¹¹⁵

התעצמותה של תנובה ושליטתה במספר כה רב של ענפים, הפכו אותה לקונגלומרט בעל כוח מיקוח רב ביותר הן מול המגדלים, הן מול רשתות השיווק והן מול הקמעונאים והצרכן הסופי.¹¹⁶ עצמתה של תנובה באה לידי ביטוי גם לכל אורך שרשרת הייצור וגם בתחומים המשיקים של מוצרי המזון האחרים. משמעות הדבר במילים פשוטות היא, שמגדל הפטם עשוי למצוא את עצמו במצב שבו הוא נאלץ לרכוש את האפרוחים מבתי הגידול שבהם מעורבת תנובה, על מנת להבטיח לעצמו

¹¹³ תנובה, מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ.

¹¹⁴ הכרזה על תנובה כבעלת מונופולין באספקת מוצרי חלב, י"פ התשמ"ט 2365.

¹¹⁵ לבד מן החברות העוסקות בייצור, יבוא או שיווק מוצרי בשר, נקניקים, דגים ומוצרי דגים, בית מטבחיים ומשחטות עופות והודו, לתנובה חברות רבות, חלקן בבעלותה וחלקן בשותפות. ביניהן חברת "אוליביה" לייצור רטבים, "מעדנות" לייצור מאפים ופיצות קפואות, "סנפרוסט", "ענבי ציון" לייצור ריבות וקונפיטורות, ששון ושות' פרות יבשים, "קליית יוסי" מפעל לקליית פיצוחים, "תנובות שדה ומטע", מפעל לקילוף בוטנים ושקדים ומיון קטניות. המידע נלקח מאתר חברת תנובה, ניתן לצפייה בכתובת: www.tnuva.co.il (נבדק לאחרונה ב-31.3.2011).

¹¹⁶ בע"פ 845/02 מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לתוצרת חקלאית בע"מ, תק-על 108 (1) 225, 229 (2008), קבע בית המשפט כי "מידת הנזק הפוטנציאלי שעלול להיגרם לציבור הצרכנים כתוצאה מהתקשרותם של תאגידים מעין אלה בהסדרים קרטליסטיים עולה משמעותית על הנזקים שעלולים להיגרם מעבירות על חוק ההגבלים העסקיים".

את האפשרות למכירת הפטם בסוף תהליך הגידול לאחת המשחטות, שרובן ככולן נמצאות בבעלותה של תנובה.

במקביל, הצטמצמה במהלך השנים באופן הדרגתי השפעתם של המגדלים בתנובה, הגם שפורמלית נותרו החקלאים עדיין לכאורה בעלי השליטה בקואופרטיב זה, בהיותם בעלי המניות בו. תהליך זה הלך והתעצם עד למצב שבו הפך הקונצרן לקונגלומרט כלכלי ותעשייתי אשר אין לחקלאים כל השפעה או שליטה על הנעשה בו, תחומי העיסוק של הקונצרן הפכו מסחריים לחלוטין ומרוחקים מן האינטרסים של המגדלים החקלאים, ואותו ארגון, שנולד ככלי שרת עבור המגדלים, הפך הלכה למעשה לגולם שקם על יוצרו.

ואם לאחר כל זאת נותר עוד ספק קטן בדבר היותה של תנובה קואופרטיב של מגדלים שייעודו לשרת את האינטרסים שלהם, הרי שלאחר מכירתה של תנובה לחברת אייפקס, לא יכול עוד להיות ספק כי הארגון חדל זה מכבר להיות "ארגון מגדלים" במובנו המקורי חרף העובדה שכ-23 אחוזים ממניותיו עדיין מוחזקות בידי הקיבוצים.¹¹⁷

עניין עצמתה הפיננסית של תנובה והחשש מפני ניצול לרעה של מעמדה נדון ונדחה על ידי בית הדין להגבלים עסקיים ובית המשפט העליון בערעור שהוגש על ידי הממונה על פסק הדין של בית הדין להגבלים עסקיים בעניין מיזוג תנובה עם עוף הנגב.¹¹⁸

בית המשפט העליון קבע כי אין חולק שתנובה היא מן הגורמים החזקים ביותר במשק החקלאי, ובידיה אמצעים ועתירות הון גדולים, אך עניין זה אין בו כשלעצמו חסם שיש בו כדי לפסול את המיזוג; מעורבותה האנכית בכל שרשרת הייצור של הענף נשוא הדיון כמו גם מעורבות בענפים רבים אחרים אינה שנויה במחלוקת, אך לא הוכח שיש בה כדי לפסול את המיזוג; אין מחלוקת לגבי עצמתה הפיננסית וכוחה הקונגלומרטי, אך לא הובאו ראיות של ממש לעניין השתלטות על השוק או תחרות דורסנית.

בית המשפט הוסיף כי אישורו של המיזוג מעורר מידה רבה של חוסר נוחות, ברם חרף זאת הוא בחר שלא להפוך את החלטת בית הדין להגבלים עסקיים, דחה את ערעורו של הממונה ואישר את המיזוג.

¹¹⁷ ביום 20 בנובמבר 2006 זכתה חברת אייפקס פרטנרס במכרז לרכישת תנובה, עסקה בשווי 1.025 מיליארד דולר. העסקה הייתה חייבת באישור בעלי תעודות השתתפות בתנובה – 1000 קיבוצים ומשקים חקלאיים. העסקה הושלמה ביום 7 ינואר 2008 כאשר לאחר ההפרטה ומכירת גרעין השליטה בחברה מצב האחזקות הוא: קרן אייפקס: 56.05%, מבטח שמיר: 20.67%, ותאגיד אחזקות המאגר את אחזקות הקיבוצים שלא מכרו את כל תעודות ההשתתפות: 23.3%.
¹¹⁸ עניין תנובה מרכז שיתופי לשיווק, לעיל ה"ש 42, ועניין הממונה על ההגבלים העסקיים, לעיל ה"ש 37.

קריאת פסק הדין אכן מעלה תחושות אי-נוחות ומעוררת תהיות באשר לתוצאתו: תחושת חוסר הנוחות נוצרת מכמה סיבות: ראשית, ערעורו של הממונה נדחה מטעמים דינאיים ולא מהותיים;¹¹⁹ שנית, לא ניתן משקל לנתונים שהוצגו על ידי הממונה שעל פיהם לתנובה מעמד דומיננטי שעולה עד כדי 70–80 אחוזים משחיטת ושיווק הפטם, וזאת עוד לפני המיזוג עם עוף הנגב; שלישית, גם אם אין בכל אחד מן הגורמים לשלעצמו מחסום כניסה, וגם אם לא הוכחו באופן פוזיטיבי אחד או חלק מן הרכיבים, עדיין מתעוררת שאלה אם לא ראוי היה לתת משקל לעובדה שמדובר במכלול של סיבות.

תוצאת פסק הדין היא אפוא כי תחת הגבלת כוחו של תאגיד ענק זה, שאין מחלוקת לגבי היותו בעל מעמד דומיננטי כמשווק במרבית ענפי החקלאות, נמצאנו מחזקים אותו ומסייעים לו להגדיל את כוחו המונופוליסטי ממילא.

משל תנובה עוסק אמנם במיזוג ולא בהסדר כובל, וייתכן שהוא אולי הדוגמה הקיצונית ביותר שניתן היה לבחור, שלא רבים כמותה בענף, עם זאת, הוא בהחלט מייצג דוגמה אופיינית לבעיה שמבקש המאמר להציג: ארגון שראשיתו כארגון מגדלים שקם למטרת שיווק משותף של תוצרת חבריו, בתקופה של מעורבות ופיקוח ממשלתי הדוק; עם הרחבת הפעילות המסחרית הפכה מטבע הדברים השאת הרווחים למטרתו העיקרית תוך שהיא דוחקת את האינטרסים של המגדלים כמעט באופן מוחלט; ובמקביל פחתה באופן משמעותי השפעת המגדלים על המתרחש בארגון עד כדי היעדר השפעה מוחלט וחוסר זהות באינטרסים המגיע כדי ניגוד אינטרסים כמעט מוחלט. במצב המתואר, נמצאנו מתקשים למצוא נימוקים והצדקות להמשך החלת הפטור על ארגון כזה גם כיום.

זאת ועוד: בעניין תנובה, שראשיתה כארגון מגדלים – ניתן אמנם לטעון להיעדר הצדקה כיום, עם זאת, ברורה הסיבה לעצם הכללתה מלכתחילה בתוך הפטור. במקרים רבים אחרים, לעומת זאת, המשווקים הסיטונאיים בענף החקלאות כלל אינם מגדלים ומעולם לא היו כאלה. מדובר בעוסקים אשר כל עניינם שיווק ומסחר בלבד, ואין הם שונים בעניין זה ממשווק בכל ענף אחר. סעיף 3(4) לחוק, המעניק להם פטור, לבד מכך שאינו משרת את האינטרס של ציבור המגדלים ואת האינטרס הציבורי כפי שהובהר לעיל, הוא גם מעניק לציבור זה העדפה ופריבילגיה משמעותית לא מוצדקת על פני משווקים בענפים אחרים.

¹¹⁹ בחינתה של הפגיעה בתחרות נבחנה על פי מבחן הריכוזיות ומבחן מחסומי הכניסה לענף. בעניין הריכוזיות קבע בית המשפט העליון כי לא הובאו בפניו נתונים שיש בהם כדי לבסס ולעגן החלטה עקרונית בדבר סף הריכוזיות הרצוי לאימוץ בארץ, כמבחין בין מיזוג "אסור" למיזוג "מותר" (עניין **הממונה על ההגבלים העסקיים**, לעיל ה"ש 37, פס' 22); אשר לחסמי הכניסה, בית המשפט מציין כי דיון בסוגיה זו מחייב תשתית ראייתית מספקת שיש בה כדי ללמד הן על המציאות בהוזה והן לשמש יסוד למסקנות ותחזיות לעתיד, תשתית אשר לא הובאה בפניו.

הוצאת המשווקים מתחולת הפטור תיתן לדעתנו מענה גם לשתי בעיות נוספות העולות מנוסח הפטור: שאלת סוגי התוצרת הזכאים לפטור ובעיית הפיקוח על הפטור.

סוגי התוצרת: כפי שפורט לעיל, החוקים הזרים מעניקים פטור גם על מוצרים מעובדים, בתנאי שהמגדלים הם אלה העוסקים בייצור או בשיווק. החוק הישראלי לעומת זאת אינו כולל פטור למוצרים אשר יוצרו מן התוצרת החקלאית. כזכור, עניין זה עורר לא מעט מחלוקות. כך לדוגמה קבעה הפסיקה כי עוף קפוא נחשב תוצרת חקלאית הזכאית לפטור, אך ירקות קפואים לא נמצאו ככאלה. תרבות הצריכה המודרנית כמו גם מגבלות שיווק אובייקטיביות ורווחיות נמוכה מן הגידול עצמו, הובילו את החקלאים המגדלים לחפש פתרונות לשיווקה של התוצרת באמצעים אחרים. כך לדוגמה ניתן בתהליך פשוט לייבש פרחים, לשטוף ולקצוץ ירקות סלט, לקלוף ולפרוס פרי ולשווקו באריזה מיוחדת, להקפיא בתהליך מהיר פרי שלא שווק ולמכור אותו ליצרני גלילות או מעדני חלב וכולי.

כל אחד מן המוצרים הנ"ל הוא במובן מסוים מוצר מעובד או מוצר אשר יוצר מן התוצרת החקלאית ואשר על פי המבחנים הנוהגים כיום אינו זכאי לפטור.

לטעמנו, מקום שבו מדובר במוצר חקלאי, אשר עבר תהליך עיבוד ראשוני או סמי-תעשייתי שמטרתו שימור התוצרת לצורך הארכת חיי המדף שלה, כאשר העיבוד והשיווק מבוצע על ידי המגדל עצמו, כי אז, בדומה לשיטה האירופית והאמריקנית – לא צריכה להיות מניעה להמשיך ולהעניק למגדל את הפטור. מתן אפשרות כזו כשלעצמה מחזקת את החקלאים בדרך נוספת, מאפשרת להם ערוץ שיווקי שולי נוסף ואיננה מסכלת כשלעצמה את מטרת הפטור.

לעומת זאת, מקום שבו מעורבת בתהליך הייצור חברה תעשייתית או יצרן גדול דוגמת תנובה, פוד קלאב, סנפרוסט וכדומה – כי אז אכן אין שום הצדקה לזכות חברה כזו בפטור, אך זאת לא בשל אופי המוצר, אלא בשל היותן חברות תעשייתיות ולא מגדלים.

הוצאת המשווקים מגדר הזכאים לחסות תחת הפטור, עשויה כפועל יוצא נוסף, לפתור גם חלק ניכר מן המחלוקות בנושא מהות התוצרת הזכאית לפטור.

הפיקוח על הפטור: החוק הישראלי כזכור אינו כולל מנגנון של פיקוח על אותם הסדרים כובלים בתחום החקלאי. ריבוי המגדלים הקטנים והמבנה המיוחד של משקי בית קטנים, מקשה עד מאוד על מנגנון פיקוח לגבי הסדרים אלה. אולם פיקוח על עסקאות אלה איננו חיוני לטעמנו כלל ועיקר, שהרי מדובר בהסדרים קטנים יחסית אשר ממילא אינם מסכנים את התחרות בענף.¹²⁰

הצורך בפיקוח ממשי קם בעיקר במקרים שבהם מדובר בגופים גדולים וחזקים, אשר מטבע הדברים הם דווקא המשווקים. הסדרים בין משווקים סיטונאיים או

¹²⁰ ראו דוגמת מגדלי המנגו שהובאה לעיל, בסוף פרק ד'.

פירמות שיווק הכוללים תיאום מחירים, חלוקת שוק וכדומה, מותרים כיום אף שלא יכולה להיות מחלוקת שהם פוגעים באינטרס הן של המגדלים והן של הצרכן הסופי. היעדר פיקוח על הסדרים אלה מכשיל על כן את מטרות הפטור.

הוצאת המשווקים מתחולת הפטור, תמזער, כפועל יוצא נוסף, גם את החסרונות הברורים שבהיעדר מנגנון פיקוח.

הניסיונות לצמצום הפטור: לאור הגישה שננקטה באשר לנוסח החוק שעל פיה יש "לצמצם את חוג הגורמים היכולים להצטרף כצדדים להסדרי ייצור או שיווק של מצרכים מתוצרת חקלאית",¹²¹ ולאור המגמה לצמצום הפיקוח וההתערבות הממשלתית במגזר החקלאי – דבר אשר בא לידי ביטוי בביטול מכסות הייצור, צמצום סמכויותיהם של מועצות הייצור ופתיחת השיווק לגורמים פרטיים ומסחריים, ולאור הנסיבות המתוארות לעיל, אך טבעי היה כי ייבחן תיקון החוק והוצאת המשווקים הסיטונאיים מכלל הזכאים לחסות תחת מטריית הפטור.

ואכן, 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. הממשלה החליטה לתקן את סעיף 3(4) כדלקמן: "באופן שיבוטל הפטור מתחולת החוק על הסדר שכל כבילותיו נוגעות לשיווק תוצרת חקלאית מגידול מקומי". במילים אחרות, הכוונה הייתה להותיר את הפטור על כנו רק ככל שהוא נוגע לגידול התוצרת.
- 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, כך שהסדר שכל כבילותיו נוגעות לשיווק תוצרת חקלאית מגידול מקומי מהסוגים המפורטים שם לא יוסיף ליהנות מהפטור האמור, אלא אם צדדים לשיווק התוצרת הינם מגדלים".¹²²

¹²¹ ראו את הסקירה בדבר התיקונים שנעשו בחוק בשנת 1963 ובשנת 1988, לעיל בפרק ב.1.
¹²² החלטה מס' 2309 של הממשלה ה-29 "המדיניות הכלכלית לשנת 2003, הרכב התקציב ושינויים מבניים" (30.7.2002). ניתן לצפייה בכתובת: www.finance.gov.il/tak2003new.doc

- 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.¹²³
- 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.¹²⁴
- ז. בהצעת חוק התקציב לשנת 2007 שוב החליטה הממשלה לאשר את צמצום הפטור, תוך שהיא מאזכרת את החלטה מס' 444 מיום 12 בספטמבר 2006, אשר חרף אישורה, לא בוצעו שינויי החקיקה הנדרשים, ולפיכך הוצע להעלות את ההצעה פעם נוספת.¹²⁵
- ח. בהצעת חוק התקציב לשנת 2008 שוב החליטה הממשלה לצמצם את תחולת הפטור כדלקמן:

"מחליטים: לתקן את סעיף 3(4) לחוק ההגבלים העסקיים באופן שהפטור שנקבע בו לעניין הסדר כובל לא יחול על הסדר שבו אחד או יותר מן הצדדים להסדר הוא משווק בסיטונות של תוצרת חקלאית, אשר הינו בעל עניין במשווק, קמעונאי, או שמשווק קמעונאי הוא בעל עניין בו; לעניין זה, 'בעל עניין' – כהגדרתו בחוק החברות התשנ"ט–1999."¹²⁶

אלא שאף על פי כן, אף אחת מן ההצעות הנזכרות לעיל לא אושרה בכנסת. קריאה של פרוטוקולי הישיבות בניסיון לאתר את הסיבות לכך מגלה כי חברי הוועדה סברו כי נוסח החוק הנוכחי מיטיב עם החקלאים וכי שינוי החוק יגרום

(נבדק לאחרונה ב-31.3.2011).

¹²³ החלטה מס' 2434 של הממשלה ה-30 "צמצום הפטור החקלאי מהסדר כובל על משווקים בסיטונאות" (15.8.2004).

¹²⁴ החלטה מס' 444 של הממשלה ה-31 "עידוד התחרות בשיווק תוצרת חקלאית צמחית" (12.9.2006).

¹²⁵ הצעת חוק התקציב לשנת הכספים 2007, חוברת יט, עמ' 34 ("פטור מהסדר כובל"). ניתן לצפייה בכתובת: <http://ozar.mof.gov.il/budget2007/docs/haklaut.pdf> (נבדק לאחרונה ב-31.3.2011). וראו גם פרוטוקול ישיבה של ועדת הכספים, הכנסת ה-17 (24.12.2006), שם נדון חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי תקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2007) התשס"ז–2006. ניתן לצפייה בכתובת: www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/ksafim/2006-12-24-05.rtf (נבדק לאחרונה ב-31.3.2011).

¹²⁶ הצעת חוק התקציב לשנת הכספים 2008, חוברת יט, עמ' 35 ("עידוד התחרות בשיווק תוצרת חקלאית צמחית"). ניתן לצפייה בכתובת: <http://ozar.mof.gov.il/budget2007/docs2008/> (נבדק לאחרונה ב-31.3.2011).

לפגיעה בהם. חברי הוועדה לא השכילו להבין מה השלכתו של התיקון המוצע על החקלאים; הנוכחים לא הבינו כי הפטור ימשיך לחול על המגדלים גם במקרים של שיווק התוצרת; העובדה שניסיונות קודמים לתקן את הסעיף נכשלו כמה פעמים עוררו אף הם חשש לגבי נכונות הכוונות לסייע לחקלאות, ובחלק מהתבטאויות הנוכחים הובע חשש כי מדובר בדרך שיכולה להביא בסופו של דבר לחיסול החקלאות כולה.¹²⁷

לא מן הנמנע כי הסיבה לחוסר ההצלחה להעביר את השינוי המוצע קשורה לכוח הפוליטי שצברו הקואופרטיבים במהלך השנים, אשר מטבע הדברים מעוניינים בשימור הנוסח הנוכחי.

יש שיטענו כי הגורמים להכללת המשווקים בנוסח הפטור, או לחוסר ההצלחה לתיקון החוק מקורם בכוחם הפוליטי של ארגוני השיווק הגדולים, ויש שיטענו כי הכללת המשווקים יסודה בסיבות היסטוריות שהיו בעבר מוצדקות וטרם באו על תיקונן.

כך או כך, מניתוח כלל הרכיבים במאמר, ובמצב הדברים דהיום אנו מתקשים למצוא הצדקה כלשהי להמשיך ולכלול את המשווקים בתוך ציבור הזכאים לפטור.

ז. סיכום ומסקנות

חשיבות התחרות החופשית זכתה זה מכבר להכרה רבתי בשיטתנו המשפטית והחברתית. חוק ההגבלים העסקיים עניינו ועיקר תכליתו בקידום התחרות החופשית ומטרתו לאסור הסדרים כובלים הפוגעים בטובת הכלל. על כן פטור מהסדר כובל הוא חריג לעיקרון הכללי, ולפיכך יש להעניקו במשורה, ומקום שבו הוענק, יש לפרשו בצמצום.

סעיף 3(4) לחוק ההגבלים העסקיים מעניק פטור גורף מעולו של פרק ב' לחוק, להסדרים כובלים הנוגעים לגידול ולשיווק של תוצרת חקלאית כמפורט בו. פטור זה חל הן על המגדלים והן על המשווקים הסיטונאיים.

מקורו של הפטור בסיבות היסטוריות שעניינן עידוד החקלאות, קידום הסקטור החקלאי וחיזוק ההתיישבות. סיבות אלה בעינן עומדות גם כיום, הן בישראל והן במרבית המדינות המפותחות בעולם.

עם זאת, בעשורים האחרונים חלו בענף החקלאות בישראל תמורות ושינויים רבים, אשר באו לידי ביטוי הן בצמצום מדיניות ההתערבות הממשלתית והן בתמורות משמעותיות שחלו במערך השיווק. אחד הגורמים המשמעותיים בעניין זה הוא עליית כוחם של ארגוני השיווק והקואופרטיבים, אשר הפכו לתאגידים כלכליים בעלי אינטרסים מסחריים בלבד – אינטרסים אשר במקרים רבים הם מנוגדים לאינטרסים

¹²⁷ ראו פרוטוקול ישיבה של ועדת הכספים, לעיל ה"ש 125.

של החקלאים. בתור כאלה, הפכו הקואופרטיבים וארגוני השיווק מגופים אשר הוקמו על מנת לחזק את החקלאים, לארגונים אשר אינם מייצגים עוד את המגדלים, ואינם דורשים את טובתם.

בחינה של המציאות העכשווית בענף החקלאות כפי שפורטה לעיל מובילה למסקנה כי התמורות והשינויים הנזכרים הובילו לתוצאה שבה הלכה למעשה הפטור, בנוסחו העכשווי, אינו עולה בקנה אחד עם הרציונל שביסודו ואינו משרת עוד את תכליתו. למעשה, ההפך הוא הנכון, הענקת פטור למשווקים הסיטונאיים, לא רק שאינה מסייעת לחקלאים, אלא היא אף פוגעת ברווחתם, מחלישה אותם ופוגעת בכוח המיקוח שלהם, תוך שהיא מאפשרת לארגוני השיווק לחסות תחת ההגנה שמעניק להם החוק, ולנצל אותה לעשיית הון ורווח כלכלי על גבם של המגדלים-היצרנים.

התוצאה הסופית היא שהלכה למעשה נמצאנו מחטיאים את מטרת הפטור בשניים: ראשית, תחת חיזוקם ושיפור מצבם של החקלאים, נמצאנו פוגעים בהם ומרעים את מצבם.

שנית, ומן הצד האחר שעניינו האינטרס הציבורי, עצם הענקת הפטור לסוחרים ולמשווקים מסייעת להם להגדיל את כוחם תוך פגיעה באינטרס של ציבור הצרכנים רוכשי התוצרת.

במצב דברים זה מתעוררות תהיות באשר להצדקה להמשך קיומו של הפטור בנוסחו העכשווי הגורף, המעניק למגזר המשווקים הסיטונאיים פריבילגיה משמעותית שאיננה מוצדקת, אינה עולה בקנה אחד עם תכלית החוק ולמעשה מנוגדת לו בעליל, ובנוסף, מעניקה למגזר זה העדפה לעומת משווקים במגזרים אחרים.

לדעתנו, נוכח העובדות והניתוח המפורט לעיל יש מקום לצמצם את הפטור בדרך של הוצאת המשווקים והסוחרים מתחולתו, בד בבד עם המשך החלתו על הסדרים שעניינם גידול תוצרת חקלאית או למצער אף שיווקה, ככל שהשיווק נעשה על ידי המגדלים עצמם.

בכך תהיה משום חזרה אל היסודות והרציונל אשר הנחו את המחוקק בעת שכונן הפטור. בכך תאומץ הגישה המצומצמת אשר מתאימה לתכלית החוק ותואמת גם את הגישה בארצות-הברית וגם באיחוד האירופי וינתן פתרון הולם לאור המציאות העכשווית המשתנה.

