

**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים**

ע"פ 7014/06

ע"פ 7128/06

ע"פ 7852/06

ע"פ 8030/06

כבוד השופטת ע' ארבל  
כבוד השופט ס' גובראן  
כבוד השופט י' אלון

בפני :

מדינת ישראל

המערערת בע"פ 7014/06  
והמשיבה בע"פ 7128/06,  
בע"פ 7852/06 ובע"פ  
8030/06 :

אבי מרגלית

המערער בע"פ 7128/06 :

סנפרוסט בע"מ

המערערת 2 בע"פ 7852/06 :

שעיה טנצר

המערער בע"פ 8030/06 :

נ ג ד

אהרון לימור

המשיב בע"פ 7014/06  
והמערער 1 בע"פ 7852/06 :

ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט המחוזי  
בירושלים מיום 20.7.06 בתיק פ' 960/05 שניתן על ידי  
כבוד השופט נ' סולברג

(4/6/07)

י"ח בסיון התשס"ז

תאריך הישיבה :

עו"ד א' גושן

בשם המערערת בע"פ  
7014/06 והמשיבה בע"פ  
7128/06,  
בע"פ 7852/06 ובע"פ  
8030/06 :

בשם המערער בע"פ 7128/06 : עו"ד ז' חן

בשם המערערים 2-1 בע"פ עו"ד י' לוי  
7852/06 :

בשם המערער בע"פ 8030/06 : עו"ד נ' זקלר, עו"ד ע' ארגוב, עו"ד ד' גלעד כהן

בשם המשיב בע"פ 7014/06 : עו"ד יוסי לוי, עו"ד ע' קורלנדר, עו"ד ר' אליהו

### פסק-דין

1. המערער בע"פ 7128/06 (להלן: מרגלית) שימש כמנכ"ל חברת כור אגרו שהייתה חטיבה בחברת כור תעשיות בע"מ וריכזה במועדים הרלוונטיים את פעילות מפעלי המזון שלה. הוא כיהן בתפקידו במועדים הרלוונטיים ועד לסוף חודש פברואר 1996. המערער 2 בע"פ 7852/06 היא חברה שעסקה במועדים הרלוונטיים בייצור ירקות מוקפאים ובשיווקם. המערער 1 באותו ערעור שימש עד לחודש אפריל 1997 כמנהלה של המערער 2 (ביחד, להלן: לימור וסנפרוסט). המערער בע"פ 8030/06 (להלן: טנצר) שימש כמנכ"ל חברת פוד-קלאב בע"מ (להלן: פוד-קלאב), אשר שיווקה במועדים הרלוונטיים את הירקות המופקאים מתוצרת חברת מילוטל ירקות מוקפאים בע"מ (להלן: מילוטל).

2. על-פי עובדות כתב האישום נגד המערערים ונאשמים נוספים, החל ממועד כלשהו בשנת 1992 או בסמוך לו ולכל הפחות עד למועד כלשהו במחצית הראשונה של שנת 1998 או בסמוך לו, היו המערערים והנאשמים הנוספים צדדים להסדרים בנוגע למחירי המכירה של ירקות מוקפאים שייצרו ושיווקו; בנוגע לשיעורי ההנחה שיינתנו על-ידם ללקוחות מסוגים שונים; וכן בנוגע לחלוקת הלקוחות ביניהם. לצורך ביצוע מעשים אלה, ובכלל זה תיאום מחירים, תיאום אחוזי ההנחה, חלוקת לקוחות ויישוב מחלוקות ביניהם, נהגו המערערים או חלקם והצדדים האחרים להסדרים, וכן נציגי החברות המעורבות, להיפגש מעת לעת. עוד נהגו המערערים, הצדדים האחרים להסדר ונציגיהם לפנות בטלפון ובפקסימיליה זה לזה ולהתלונן על חריגות מן ההסדרים. כל זאת עשו המערערים בלא שקיבלו פטור מאישור הסדר

כובל מאת הממונה על ההגבלים העסקיים, היתר זמני מאב בית הדין להגבלים עסקיים או אישור מבית הדין להגבלים עסקיים, ומעשיהם לא באו בגדר פטור סוג.

3. עם תחילת משפטם העלו הנאשמים וביניהם המערערים מספר טענות מקדמיות, ובכלל זה טענה כי ההסדרים בהם נקשרו חוסים תחת הפטור הקבוע בסעיף 3(4) לחוק ההגבלים העסקיים (להלן: הפטור החקלאי), טענה להתיישנות אותה העלה מרגלית, וטענה להגנה מן הצדק, אותה העלו לימור וסנפרוסט וכן טנצר. בית המשפט המחוזי דחה את טענותיהם המקדמיות השונות של המערערים, ומשכך, הודו המערערים ביום 7.5.06 במרבית עובדות כתב האישום שיוחסו להם בכפוף להסתייגויות שונות. בחלוף שבוע, הוגשו לבית המשפט מסמכי הסכמות שונות בין המדינה לבין המערערים השונים בנוגע לעובדות כתב האישום, ועל בסיסם של אלה, כמו גם על בסיס הודאותיהם, הרשיע בית המשפט המחוזי את המערערים בעבירות שיוחסו להם, בכפוף להסתייגויות המוסכמות.

הערעור שלפנינו מופנה נגד דחיית הטענות המקדמיות על-ידי בית המשפט קמא. לצד זה מערערים לימור וסנפרוסט על חומרת העונשים שנגזרו עליהם ואילו המדינה מערערת מצדה על קולת העונש שנגזר על לימור. נבחן לפי הסדר את הטענות השונות בערעור.

טענה לפטור לפי סעיף 3(4) לחוק ההגבלים העסקיים

4. המערערים מעלים שורה של טענות נגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי שדחה את טענתם המקדמית וקבע כי ההסדר אליו הגיעו אינו חוסה תחת הפטור הניתן בסעיף 3(4) לחוק ההגבלים העסקיים (להלן: הפטור החקלאי). לטענתם, יש לראות בירקות המוקפאים ששיווקו "תוצרת חקלאית" כאמור בסעיף, וככזו להחיל עליה את הפטור החקלאי.

סעיף 3(4) לחוק ההגבלים העסקיים קובע כי הסדר כובל לא ייחשב לכזה אם הוא-

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.

5. נקודת המוצא לבחינת השאלה האם ההסדר אליו הגיעו ארבעת המערערים וצדדים נוספים חוסה תחת כנפי הפטור החקלאי הינה לשונו של החוק, משמע האם בתיבה "תוצרת חקלאית" קיים עיגון, ולו מינימאלי, להחלת הפטור החקלאי על ירקות מוקפאים (ראו אהרון ברק פרשנות במשפט 97-108 (כרך שני, 1993) (להלן: ברק); ראו גם: רע"א 3899/04 מדינת ישראל נ' אבן זוהר (לא פורסם 1.5.06); ע"א 93/88 מעבדות טרבינול (ישראל) בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פ"ד מו(2) 385, 396 (1992); ע"א 77/88 צימרמן נ' שרת הבריאות, פ"ד מג(4) 63, 72 (1989)). נראה כי לשון החוק המחילה את הפטור החקלאי על "תוצרת חקלאית" אך שוללת אותו מ"מוצר שיוצר מתוצרת חקלאית" אינה מסייעת במקרה זה, באשר היא יכולה לשאת מגוון של משמעויות לשוניות, ובכלל זה את האפשרות להחיל את הפטור על ירקות מוקפאים, כמו גם את האפשרות לשלול אותו. התיבות "תוצרת חקלאית" ו"מוצר שיוצר מתוצרת חקלאית" נושאות אופי כללי, שאינו מדויק ואינו חד משמעי, ומכאן שבגדרן ניתן לכלול תוצרת טרייה ותוצרת שעברה עיבוד כאחד.

6. נפנה איפוא לשלב השני במסע הפרשנות, הוא שלב איתורה של תכלית החקיקה. על המהות העומדת מאחורי המונח תכלית החקיקה עמד הנשיא א' ברק בבג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 764 (1993), שם ציין כי-

"תכלית החקיקה היא המטרות, הערכים, המדיניות, הפונקציות החברתיות והאינטרסים, אשר דבר חקיקה נועד להגשימם. תכלית החקיקה הינה מושג נורמאטיבי. היא מורכבת מתכליתו הסובייקטיבית של

דבר החקיקה ומתכליתו האובייקטיבית. תכליתו הסובייקטיבית של דבר החקיקה היא התכלית אשר יוצר החוק ביקש להגשים בשעת חקיקתו. זו 'כוונת המחוקק'. תכליתו האובייקטיבית של דבר החקיקה היא התכלית שדבר החקיקה נועד להגשים בחברה דמוקרטית מודרנית. זו 'מטרת החקיקה'."

לשם איתור תכליתה של הוראת חוק, יפנה הפרשן למקורות פנימיים הקשורים בחוק שבגדרו מצויה ההוראה, ולמקורות חיצוניים הכוללים בין השאר את ההיסטוריה החקיקתית, הרקע החברתי שבתוכו צמח דבר החקיקה ועקרונות היסוד של השיטה המשפטית שבמסגרתה הוא נחקק (ראו ברק, בעמ' 291-301; בג"צ 47/83 תור אוויר (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על ההגבלים העסקיים, פ"ד לט(1) 169, 175 (1985)). איתור התכלית שעמדה לנגד עיני המחוקק בקובעו את הפטור החקלאי יאפשר לבחור מבין המשמעויות הלשוניות שהטקסט החקיקתי סובל את זו המגשימה את התכלית באופן המלא ביותר (ברק, בעמ' 85; ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70 (1985)).

7. כבר בתחילה ייאמר, כי בהוראות חוק ההגבלים העסקיים ביטא המחוקק את עמדתו העקרונית בדבר היותה של התחרות הדרך האופטימאלית להנעת הפעילות הכלכלית במשק ולהבטחת ניצול יעיל של משאביו המוגבלים. אף כי בחוק הוסדרה, תוך בלימה ואיזון, הדרך לסטות במקרים מתאימים מן הנתיב המרכזי ולהיקשר בהסדרים שהינם כובלים, יש לזכור כי הסדרה זו, הכוללת גם את הפטור החקלאי, אינה אלא חריג לעיקרון הכללי בדבר קידום התחרות במשק לשם השאת התועלת המצרפית, וככזה יש לפרשו בצמצום, במיוחד נוכח מרכזיותו וחשיבותו של העיקרון הכללי.

פירוש מצומצם של הוראות החוק נדרש גם עקב קשיים ספציפיים הקשורים בהיעדר תחרות בשוק החקלאי. התוצרת החקלאית מהווה, במידה רבה, מצרך יסוד, דבר הגורר עמו ביקוש קשיח באופן יחסי. עליית מחירי התוצרת החקלאית אינה מביאה עמה איפוא ירידה בביקוש באותו היחס, ומכאן החשיבות הרבה של התחרות בענף זה כגורם המבטיח רמת מחירים נאותה. היותם של הירקות והפירות מוצרי

יסוד מביאה לכך שהפגיעה בצרכנים אף נושאת אופי רגרסיבי, שכן מחקרים כלכליים מלמדים כי האחוז בהכנסה המוקצה לרכישת מזון גבוה בהרבה בקרב האוכלוסייה הענייה מאשר בקרב האוכלוסייה האמידה, ומכאן שהפגיעה בה בשל הסדרים כובלים בחקלאות חמורה יותר (ראו מחקרו של ד"ר יעקב שיינין בדבר ביטול המע"מ על מזון כתחליף להפחתת המע"מ (2005), [www.modelim.co.il/public/vat-food.pdf](http://www.modelim.co.il/public/vat-food.pdf)). פרשנות המעניקה חופש פעולה מלא למעגלים השונים של העוסקים בחקלאות באשר הם, להיקשר בהסדרים מדכאי תחרות, ללא כל קשר למאפיינים הייחודיים של הענף, תעצים את הפגיעה בציבור הצרכנים רוכשי התוצרת החקלאית, בדרך של עליית מחירים, באופן בלתי מאוזן ובלתי מידתי ותסכל את התכלית העומדת בבסיס חוק ההגבלים העסקיים.

8. המערערים הציעו בסיכומיהם מספר תכליות אפשריות העומדות בבסיס הפטור החקלאי. טנצר סבר כי הרצון לקדם את הסקטור החקלאי בכללותו בשל טעמים שבחלוציות היווה בסיס עיקרי לקביעת הפטור. לצד תכלית זו הצביע טנצר ועמו גם לימור וסנפרוסט על אופייה העונתי של התוצרת החקלאית ועל הרצון להבטיח אספקה רציפה של התוצרת ללא תלות בעונות השנה, כתכלית נוספת. בית המשפט קמא קבע בפסק דינו כי אורך החיים הקצר של התוצרת החקלאית הוא שבעטיו ניתנה ההגנה לחקלאים ולמשווקים בסיטונאות בדרך של פטור.

9. ברי כי הרצון העקרוני להגן על ציבור החקלאים במדינה הצעירה בעלת האתוס החלוצי שימש כתכלית סובייקטיבית מרכזית לקביעתו של הפטור. על תפקידה המרכזי של החקלאות כמי שמימשה את רעיון גאולת הקרקעות כבסיס להתחדשות לאומית בעשרות השנים שקדמו להקמת המדינה אך ודאי גם בעשוריה הראשונים עמד הסוציולוג פרופ' עוז אלמוג בספרו הצבר-דיוקן (1997):

"עבודת האדמה סימלה את היציאה מעבדות לחירות, את השתחררות היהודי מהגטו הדחוס ומן העיירה היהודית המבודדת, שאליהם דחק אותו הגוי, ואת יציאתו אל מרחבי הטבע חסרי הגבולות. העבודה החקלאית המאפשרת לאיכר להתפרנס מיגיע כפיו (...) סימלה את העצמאות הכלכלית ואת ביטול העיוותים

הכלכליים שבחיי היהודים בגלות (...) עבודת האדמה איששה את זכות היהודים לנחלה בארץ. החלוץ הוא גיבור שבכוח רצונו, נחישותו ואמונתו האיתנה שרה עם אדמת הטרשים ויכול לה ולכן זכאי הוא לרשת אותה" (עמ' 254-256).

ואמנם, עיון בפרוטוקול הדיונים שקיימה הכנסת עובר לאישור "גלגולו" הראשון של חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים המקורי), מעלה כי היחס המיוחד שניתן לחקלאים עובדי האדמה, כמי שמגלמים באישיותם את תמצית גאולת הארץ, שימש כשיקול מרכזי בהחלטת הכנסת להעדיף את טובתו של הסקטור החקלאי על פני שיקולים כלליים של מניעת פגיעה בתחרות. כך, בישיבה שנערכה ביום 13.1.1958 תהה ח"כ לוי אשכול מדוע יש לראות ב"התארגנות בחקלאות" דבר אסור, בציינו כי-

"העם הזה והמדינה הזאת שבמאמצים כאלה מנסה להקים לו מעמד חקלאי, ואנו כבר מונים משנה לשנה יותר, וכולנו רוצים בשניים, שלושה דורות חקלאיים-כולנו יודעים כמה עיניים כלות בחוריהן ומצפות לעתיד שדור אחרי דור ישתרש בקרקע ובחקלאות" (ד"כ ישיבה שפ"ט, 13.1.58, בעמ' 599).

בישיבה אחרת שעסקה באותו חוק הצביע ח"כ יעקב כץ על תכלית דומה-

"אנו רואים באותם החקלאים העובדים את האדמה ואשר מפרי עמלם מקבלים אנו את תנובת האדמה, אנשים ומשקים הראויים ליחס מיוחד (...) אנשים אלה מוציאים תוצרת מן האדמה, הם יגעים ועמלים יומם ולילה (...) כלפיהם יש להתייחס ביחס מיוחד. כי הם המביאים לנו את אוכל הנפש (...) אצלם אפשר לזרוע ולא לקצור דבר, ולכן גם כאשר הם מתאגדים כדי להגן על האינטרסים שלהם, כאשר הם מתאגדים כדי לארגן את ייצורם ושיווקם עלינו לראותם בעין טובה, לעודד אותם, לעזור להם.

על ייחודו של הסקטור החקלאי לעניין חוק ההגבלים העסקיים עמד גם השופט עדיאל בה"ע (ירושלים) 1/00 פוד-קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא

פורסם, (לא פורסם, 29.5.03) (להלן: עניין פוד-קלאב), כמו גם הממונה על ההגבלים העסקיים, דוד תדמור, בדיון בוועדת הכספים שעסק בפטור החקלאי (פרוטוקול מס' 58, עמ' 4, 6.12.99) (להלן: הדיון בוועדת הכספים)).

10. ברם, אף אם הרצון לסייע לסקטור החקלאי המתפתח שימש כגורם וכתכלית מרכזיים בהחלטה בדבר הפטור החקלאי, נותרת בעינה השאלה מה המשקל שיש לתת לתכלית זאת ועד כמה ראוי להרחיב את התפרסותו של הפטור, בדרך פרשנית, על רקע ההשלכה הנודעת להסדרים כובלים על התחרות ודרכה על רווחת הצרכנים. התבוננות בפלטפורמה החקיקתית שבה מצוי הפטור ובתכלית הכוללת שהיא נועדה להשיג, כמו גם עמידה על עקרונות היסוד של השיטה המשפטית ובכלל זה העקרונות החוקתיים שהשתרשו בעשור וחצי האחרונים מציבות קשיים בפני מתן הגנה מרחיבה לסקטור החקלאי בלא כל קשר למאפייניו הייחודיים שבעטים נדרש הפטור. הדבר מעורר שאלות של שוויון, של צדק חלוקתי, וכאלה הנוגעות למידת התאמתו של הפטור לפתרון הקשיים האמיתיים שעמם נאלצים החקלאים להתמודד, במיוחד לאור המחיר הכרוך בו (ראו והשוו בג"צ 3939/99 קיבוץ שדה נחום נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(6) 25 (2002)). את תכליתו האובייקטיבית של הפטור החקלאי יש אם-כן לאתר על פי מאפייניה של התוצרת החקלאית ותוך בחינה עניינית של הפתרון הניתן על-ידי הפטור לאותם מאפיינים עצמם.

11. כאמור, המערערים הצביעו על אופייה העונתי של התוצרת החקלאית כמצדיק את הפטור החקלאי. אכן, הממד העונתי של חקלאות השדה, אף אם נחלש משמעותית לאור פיתוחים טכנולוגיים ומדעיים (ראו למשל חקלאות בישראל 15 (חיים אופז עורך, 1967) (להלן: אופז); ראו גם חוות דעתו של המומחה עמוס לוין (להלן: לוין), שהוגשה מטעם מילוטל שהייתה הנאשמת 14 בתיק המקורי ולא ערערה, בעמ' 4) הוא מן המפורסמות, ואחת ממטרות הפטור החקלאי היא להתמודד עם אופי זה ולאפשר אספקה רציפה של התוצרת בכל עונות השנה, על רקע אי יכולתה של כלכלת השוק החופשי ומערכת המחירים שהיא מולידה לשמש כגורם המווסת היחיד. על תכלית זו עמד הממונה על ההגבלים העסקיים בדיון בוועדת הכספים, בצינו כי

לפטור החקלאי חשיבות על רקע היותה של התוצרת החקלאית "תוצרת עונתית" ובכך שהוא-

"מאפשר לחקלאים לתכנן במשותף ייצור. מגדלים יכולים לתכנן כמויות ייצור, ויש לכך חשיבות גדולה, כי אחרת יש תקופות שיש שפע גדול ותקופות שיש מחסור גדול".

גם בספרות החקלאית הובעה הדעה כי אופייה העונתי של החקלאות מחייב תכנון מוקדם. המלומד חיים גבתי מסביר בספרו פיתוח החקלאות בישראל. כיצד? (1958) כי-

"אין כמעט להימנע מכך, שיתהוו עודפים מפעם לפעם, ללא אפשרות לשווק אותם בדרכי השיווק הרגילים. עובדה זו מחייבת קודם כל לדאוג לתכנון הייצור (...) הניסיונות שנעשו בשנים האחרונות, לתכנן את גידול הירקות לכל עונה ועונה (...) מורים דרך כיצד אפשר להגיע במשך הזמן לתכנון הייצור בענף זה, שסבל יותר מענפים אחרים מתנודות חמורות, מחמת עודפים עונתיים מצד אחד ומחסור עונתי מצד שני" (עמ' 50).

התרת יצירת הסדרים בין חקלאים לבין עצמם בעניין כמות הגידולים מכל זן, מועדי הזריעה וכיו"ב, ובין חקלאים לבין משווקים בעניין היקפי הרכישה או השווקים שבהם תופץ התוצרת, נועדה איפוא לאפשר לסקטור החקלאי לווסת את כמויות הגידול והשיווק כדי למנוע תנודות חדות בכמות התוצרת החקלאית, ביחס שבין ביקוש להיצע ובמחירה של התוצרת בין עונות השנה.

12. לצד תכלית זו יש לתת את הדעת למשך הזמן הקצר באופן יחסי, מרגע קטיפתו של היבול החקלאי ועד למועד בו לא ניתן עוד לשווקו. הגם שהטכנולוגיה המודרנית צמצמה בעיה זו באורח משמעותי, והאריכה בדרכים מלאכותיות את "חיי המדף" של התוצרת, משך הזמן שבו ניתן לשווק את התוצרת החקלאית עודנו מוגבל לתקופה קצובה, הנעה בין ימים לשבועות אחדים. מצב זה מציב בפני העוסקים

בחקלאות פרק זמן מצומצם לשיווק תוצרת טרייה בטרם תרקב או תתקלקל, ומצדיק מתן פתח לתכנון ותיאום בין הגורמים הרלוונטיים על מנת להבטיח שהתוצרת תגיע בכמויות ובמועדים המתאימים לשווקים, וכי לא ייווצר מצב שעודפים של ייבול חקלאי יוותרו על מדפי החנויות באין דורש, עד אשר ייבלו.

על הצורך בתיאום בין העוסקים בחקלאות לשם מתן מענה לתוחלת החיים הקצרה של התוצרת עמדו בעת הדיונים שקדמו לאישור חוק ההגבלים העסקיים המקורי ולתיקונים לו מספר חברי כנסת שהיו מעורבים בהליך החקיקה. כך, וכשם שהוזכר על-ידי בית המשפט המחוזי, ציין שר האוצר לוי אשכול בעת הדיון בהצעת חוק ההגבלים העסקיים המקורי כי-

"הנחת החוק היא שעל פי רוב תוצרת חקלאית ששיווקה מהיר הוא תנאי הכרחי, מן הדין שתהיה מוסדרת בקרטל זה או אחר..." (ד"כ תשי"ח 322).

על הזיקה בין הפטור החקלאי לבין תוחלת החיים הקצרה של התוצרת החקלאית עמד גם ח"כ ברוך אזניה בדברו בפני מליאת הכנסת בשם ועדת הכלכלה בעת העמדתו להצבעה של התיקון בחוק ההגבלים העסקיים המקורי אשר הוציא מתחולת הפטור הסדרים שהמשווקים הקמעונאיים הם צד להם, והסדרים הקשורים בתוצרת שמקורה בייבוא -

"ענף החקלאות עוסק במצרכים שהם רוב רובם סחורה טרייה. דבר זה טומן בחובו את הסכנה של קלקול סחורה והוא בלבד כבר מצדיק ומחייב לקבוע באופן כולל סידורים המבטיחים שהתוצרת תגיע בכמויות ובזמנים מתאימים לשווקים המקומיים, בהתאם לצרכי השעה, כדרוש לצרכנים ולתעשייה המעבדת. דרוש גם תכנון קולקטיבי של הייצור והאספקה כדי למנוע מחסור בצרכי האוכל (...). יש גם צורך לעשות הסכמי אספקה בין חקלאים או משקים לבין משווקים סיטונאיים, המחייבים את הסיטונאים לקבל ברציפות למכירה גידולי שדה ותוצרת חקלאית אחרת בתנאים קבועים מראש והמשחררים את החקלאי מהדאגה למכירת תוצרת באופן אינדיבידואלי" (ד"כ ישיבה ר"פ 2618).

דברים ברוח זו נאמרו גם על-ידי ח"כ שמואל שורש בשם ועדת הכלכלה בציינו כי-

"לפי אופייה של החקלאות, רובה המכריע של התוצרת היא טרייה. והחקלאות סובלת מפגע טבע ואין לה הגנה שיש לתעשייה ולמסחר (...) אי אפשר לטעון כי רוצים חוק אנטי-קארטלי, ועם זה כשבאים להגשים זאת ודנים בדבר, להתעלם מן הצורך לתמוך בצורה עניינית" (ד"כ תשי"ט 2739).

עניינו הרואות, חיי המדף הקצרים של מרבית התוצרת החקלאית יוצקים תוכן ענייני ההופך את הפטור החקלאי בחוק ההגבלים העסקיים לאמצעי המתאים לשם התמודדות עם תכונותיה של התוצרת.

דנו במרבית התוצרת, ולא בכדי. סעיף 3(4) מונה בין המוצרים החוסים תחת הפטור גם דבש ומחריג מתוכו תוצרת חקלאית מיובאת. אכן, תוחלת חייו של הדבש אינה קצרה כמו של שאר המוצרים המפורטים בסעיף 3(4) לחוק ההגבלים העסקיים ועם זאת מנייתו של סוג אחד של תוצרת חקלאית שאינו מקיים את המאפיינים שעליהם עמדנו לצד תשעה סוגים אחרים המקיימים מאפיינים אלה, אינו שולל את הקשר העמוק שבין התכלית האמורה לבין הפטור החקלאי. ואמנם, אף בגדר האסמכתאות שהובאו מדברי הכנסת בימים שקדמו לחקיקת חוק ההגבלים העסקיים המקורי, דובר על כך שהתוצרת החקלאית הינה על-פי רוב תוצרת טרייה שסיווגה מהיר (ראו לעיל). באשר לתוצרת החקלאית שמקורה בייבוא, הרי שאף שזו מתאפיינת באותם מאפיינים של תוצרת חקלאית מקומית בכל הקשור למשך הזמן שבמסגרתו הן ניתנות לשיווק, אין גם באי החלת הפטור עליה כדי לעמוד בסתירה לתכלית החוק שצוינה. ראשית יצוין, כי הפטור החקלאי בחוק ההגבלים העסקיים המקורי חל בגרסתו הראשונה גם על תוצרת חקלאית שמקורה בייבוא, ואולם בשנת

1963 תוקן החוק ומתחולת הפטור החקלאי הוצאה התוצרת שמקורה בייבוא. המהלך הוסבר בדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון חוק ההגבלים העסקיים המקורי ברצון-

"לצמצם במקרים מסוימים את תחום הפטורים האוטומטיים מהוראות החוק העיקרי"

ובאופן ספציפי-

"לצמצם את חוג הגורמים היכולים להצטרף כצדדים להסדרי ייצור או שיווק של מצרכים מתוצרת חקלאית" (ה"ח 530).

בצמצום חוג הנהנים מן הפטור החקלאי רק לתוצרת מקומית במטרה להפחית למינימום את הפגיעה הרוחבית בציבור הצרכנים עקב התרתם של הסדרים כובלים, אין כדי לסתור את התכלית העומדת בבסיס הפטור, אלא כדי לבסס את העיקרון הכללי בדבר חשיבות התחרות ולהציב את הפטור החקלאי במקומו כחריג לכלל.

13. תכלית נוספת שבכוחה להסביר את קביעתו של הפטור החקלאי צוינה בארה"ב, שם נומק הפטור האמור ברצון לסייע לחקלאים קשיי היום להתמודד בדרך אפקטיבית מול התאגידים הגדולים, המשווקים והיצרנים הרוכשים את תוצרתם, ולמנוע מהם לנצל את מעמדם וכוחם כדי להוריד את המחירים שבהם נרכשה התוצרת (ראו: The Clayton act, 15 U.S.C § 17 (1914); The Capper-Volstead Act, 7 (U.S.C. § 291 (1922); Tigner v. Texas, 310 U.S. 141, 145 (U.S 1940)). עם זאת, תכלית זו קשורה בקשר עמוק למאפייניו ולמבנהו של המשק האמריקאי ומכלל מקום, איני סבורה כי יש בה כדי להשליך על פרשנות הפטור בישראל.

14. נסכם ונאמר כך: על רקע האתוס החלוצי של ראשית המדינה ותפקידה המרכזי של החקלאות, ובעיקר בשל מאפייניהם הייחודיים של תוצריו, זוכה המגזר החקלאי לפטור מן האיסור להיקשר בהסדרים כובלים. פטור זה נועד לאפשר לעוסקים בחקלאות, בין אם מגדלים הם ובין אם משווקים בסיטונאות, לתאם,

להסדיר ולתכנן במשותף את היקף הגידולים ומועדיהם. בדרך זו מובטחת אספקה רציפה של תוצרת חקלאית לכל אורך השנה ונמנעת הצטברות סחורה עודפת העומדת כאבן שאין לה הופכין וסופה שנרקבת או שמביאה לעודפי היצע הגוררים ירידת מחירים תלולה ופגיעה ביציבות הסקטור החקלאי. בדרך זו אף מצטמצמת אי הודאות היחסית המאפיינת את הענף החקלאי, ונובעת מהיותו תלוי, יותר מכל ענף כלכלי אחר, באיתני הטבע. נבחן עתה איפוא האם החלת הפטור החקלאי על ירקות מוקפאים מוצדקת לאור העיקרון הכללי ולאור התכליות שלשמן הוא נקבע.

15. מחוקק חוק ההגבלים העסקיים הגביל את תחולת הפטור החקלאי שקבע למה שהגדיר "תוצרת חקלאית", תוך שהוא מחריג מגדר הפטור "מוצרים שיוצרו מתוצרת חקלאית". ההחלטה שלא להחיל את הפטור החקלאי על "מוצר שיוצר מתוצרת חקלאית", הפונה בעיקר למשווקים בסיטונאות המעבדים את התוצרת החקלאית לפני שיווקה, או למגדלים ב"כובעם" כמשווקים בסיטונאות, נעוצה במידה רבה בתכליות שלשמן נקבע הפטור החקלאי ועל בסיסן יש לבחון. כך, רבים מן המוצרים המיוצרים מתוצרת חקלאית אינם מוצרים טריים, ניתן לשווקם לתקופות ארוכות והשפעת העונתיות עליהם נמוכה יחסית. ככאלה, לא נדרש בעניינם תיאום בין מגדלים ומשווקים, תכנון או קביעה מראש של כמויות. אמנם, עשויים להיות מוצרים שאין חולק שיוגדרו כמוצרים שיוצרו מתוצרת חקלאית אף כי תוחלת החיים שלהם קצרה ושיווקם מתרכז בעיקר בעונה אחת בשנה. כאלה הם למשל מוצרים שגם בגלגולם הסופי מתווסף להם יכול חקלאי טרי, מוצרי חלב שונים או תבשילים העושים שימוש בעוף. ברם, יצרניהם של מוצרים אלה לרוב אינם נדרשים בעצמם לבצע את אותן פעולות הנדרשות מאלו הפועלים ב"שוק הראשוני" ובכלל זה תיאום הכמויות, קביעת מועדי הזריעה, הבטחת רציפות בהספקה או חלוקה גיאוגרפית של התוצרת בין השווקים על מנת למנוע הצטברות עודפים. פעולות אלו נעשות לרוב בשלב מוקדם יותר, בשוק הראשוני שבין המגדלים לבין עצמם ובין המגדלים והמשווקים בסיטונות, והשימוש שנעשה בתוצרת החקלאית כחומר גלם נעשה לאחר שהגורמים הרלוונטיים בשוק הראשוני התמודדו זה מכבר עם הקשיים שבעטיים נקבע הפטור. עם זאת, נימוק זה אינו מתקיים בכל מקרה ומקרה וייתכנו משווקים של מוצרים רבי תפוצה הנדרשים אף הם לאותם החישובים המבוצעים על ידי אנשי

המעגל הראשון. משווקים אלה עלולים להידרש להזמין את חומרי הגלם לשם ייצור מוצריהם פרק זמן רב מראש כשהם אינם מודעים בהכרח להיקפי הביקושים הקיימים להם, ומכאן שהם עלולים להיקלע לאותם קשיים הקשורים בתוצרת החקלאית בהם נתקלים מגדליה ומשווקיה הסיטונאיים. ואמנם, באשר לאותם מקרים שבהם המוצר שיוצר מתוצרת חקלאית נושא אותם מאפיינים של התוצרת החקלאית ובמקביל הגורם המייצר רוכש את התוצרת החקלאית ישירות מן המגדלים או אף מגדלה בעצמו, נעוצה אי החלת הפטור החקלאי על מוצרים שיוצרו מתוצרת חקלאית באותו טעם שבעטיו הוצאו מתחולת הפטור בשנת 1963 המשווקים הקמעונאיים והתוצרת שמקורה ביבוא, משמע הרצון לצמצם את מעגל הנהנים מן הפטור בכדי להפחית ככל הניתן את הפגיעה בתחרות (ראו לעיל סעיף 8 לפסק דין זה).

16. המחוקק הגביל איפוא את תחום התפרסותו של הפטור החקלאי למעגל הראשון, לעוסקים בגידול ובשיווק הסיטונאי של גלגולה הראשון של התוצרת החקלאית. אף אם ייתכנו מקרים שבהם גם המוצרים המיוצרים מן התוצרת הם בעלי אותם מאפיינים של התוצרת עצמה, בחר מחוקק חוק ההגבלים העסקיים להגביל את תחולתו של הפטור ולא להרחיב את הפתח המתיר היקשרות בהסדרים קרטליסטיים. החרגת מוצרי המשנה, שפעמים רבות, נושאים הם אופי תעשייתי מובהק וזיקתם לתוצרת החקלאית המקורית רחוקה יותר, עולה בקנה אחד עם תכליתו הכללית של החוק לעודד את התחרות ולהעדיף את רווחת הכלל על פני גריפת רווחים קרטליסטיים על-ידי קבוצה קטנה. יש לזכור כי מתן הגנה לגורמים המרוחקים מן הסקטור החקלאי עצמו עלול לפגוע בסופו של יום דווקא בחקלאים עצמם, ואסביר.

בדיון בועדת הכספים הסביר שר החקלאות ופיתוח הכפר חיים אורון את התנגדותו לביטול תחולת הפטור החקלאי גם על המשווקים בסיטונות, בכך ש-

"(...)הבחנה בין הגידול ובין השיווק, במציאות היומיומית של החקלאות לא מתקיים (...) איפה החומה הסינית בין הגידול ובין השיווק (...) איפה מתחיל הגידול ואיפה מתחיל השיווק? זה פטנט ישראלי?" (עמ' 19-20 לפרוטוקול הדיון בועדת הכספים)

במקרים שבהם בכל זאת קיימת הפרדה בין הגידול והשיווק ובין הגידול והייצור עלול הפטור הניתן למשווקים לעודדם להיקשר בהסדרים אופקיים ביניהם ולעמוד כגוש אחד אל מול החקלאים, שאם לא יהיו מאורגנים דיים ימצאו עצמם נאלצים למכור את יבולם, שתוחלת חייו קצרה, למשווקים במחיר נמוך (ראו גם Donald M. Barnes & Christopher E. Oudek, The Capper-Volstead Act: Opportunity Today and Tomorrow 2 (Jenkins & Gilchrist ed. 1997) at <http://www.uwcc.wisc.edu/info/capper.html>). אף אם הורדת העלות השולית של המשווקים עקב הוזלת עלות היבול עשויה להוריד במקביל גם את המחיר לצרכן, יביא כאמור הדבר גם לפגיעה בהגנה שנותן הפטור לסקטור החקלאי ובכך לסיכול תכליתו. את הפטור החקלאי, ובכלל זה את המונח "מוצר שיוצר מתוצרת חקלאית", יש לפרש איפוא בצמצום, שאחרת לא רק שתסוכל התכלית בדבר קידום התחרות, אלא אף שיהיה בו כדי לפגוע במי שעליו נועד הפטור להגן. וזאת יוזכר, כי באותם מקרים שבהם סוברים יצרניהם של מוצרים שיוצרו מתוצרת חקלאית כי היקשרות בהסדר כובל נחוצה לשם הבטחת המטרות שעמדו בבסיס הפטור לתוצרת חקלאית או לשם הגשמת מטרות חברתיות אחרות, פתוחה בפניהם הדרך להגשת בקשה לאישור ההסדר בפני בית הדין להגבלים עסקיים, כאמור בסעיף 7 לחוק ההגבלים העסקיים.

17. את ההבחנה בין תוצרת חקלאית לבין מוצרים מעובדים ניתן לתלות גם באופייה של חלק ניכר מתוצרת זו כמוצר יסוד. כך, הרצון לספק את צרכיה הקיומיים הבסיסיים של האוכלוסייה המתרחבת בשנים הראשונות של המדינה הצעירה, עוד בטרם החלו להיווצר עודפי ייצור, יכול לספק הסבר להקלות שניתנו לסקטור החקלאי בשווקו את תוצריו, הנחשבים למוצרי יסוד (אופז, בעמ' 8-10; חיים מסינג התפתחות החקלאות הישראלית 19 (מהדורה מעודכנת 1978)). אף כי בחלוף ימי הצנע, נחלש משקלה של תכלית זו, עודנה קיימת חשיבות להבטחת אספקה קבועה ורציפה של פירות וירקות, חלב ועוף בתצורתם הבסיסית, למען יבוא אוכל לפיהם של מי אשר מצויים במלחמת הקיום, כמו גם לכלל האוכלוסייה, גם בעיתות מחסור ובצורת ובעיתות חירום. דרישה זו נחלשת כשמדובר במוצרים מעובדים שבמרבית המקרים

(גם אם לא בכולם) התרחקו מתצורתם המקורית, ואינם נמנים עוד על מוצרי היסוד שאספקתם הרציפה נחוצה כדי לספק את צרכיה הראשוניים של האוכלוסייה. אף כי עלולים להתעורר קשיים בקביעת קריטריון אובייקטיבי שאינו תלוי זמן ומקום בשאלה זו, ניתן בכל זאת לקבוע כי באופן כללי, אופיו של המוצר שעל הפרק ונחיצותו התזונתית הבסיסית יכול אף הוא לשמש שיקול להבחנה בין תוצרת חקלאית לבין מוצר המיוצר ממנה.

18. ברי עם זאת שיש להתייחס לתכלית זו שבבסיס ההבחנה בין תוצרת חקלאית לבין מוצר שיוצר ממנה בזהירות מרבית, ולבחון את התאמתה לכל מקרה לפי נסיבותיו. הדבר נובע מכך שהרצון להבטיח אספקה קבועה של מוצרי יסוד בדרך של התרת תיאומים והסכמות בין חקלאים ומשווקים בסיטונאות עלול להביא, בהיעדר פיקוח מדינתי, דווקא לעליה במחירים של מוצרים אלה לאור היעדר התחרות בענף ולסיכולה המעשי של אותה התכלית עצמה. נראה כי המגמה הרצויה בעניין זה, בהקשר זה ובכלל, צריכה לבחון את מחיר המוצר בטרם יזכה להגנתו של הפטור, ואת שאלת היותו מוצר שמחירו מפוקח. במקרה שבו מתברר כי מחיר המוצר חורג בהרבה מן המחיר התחרותי, יש מקום לשקול היטב האם ראוי לאפשר למשווקיו להיקשר בהסדרים כובלים ולהסתכן בעלייה נוספת של מחירו. במקרה שמדובר במוצר מפוקח, או כשקיימת אינדיקציה לכך שהתרת ההסדר לא תגרור עלייה משמעותית במחירים, תגבר הנטייה לאפשר את היקשרותם של המגדלים והמשווקים בסיטונאות בהסדרים ביניהם תוך שהם חוסים תחת הפטור החקלאי.

עמדה זו זוכה לעיגון בדברי הכנסת, המצביעים על כך שהפיקוח המדינתי על מחיריהם של כמה ממוצרי היסוד החקלאיים, באמצעות מועצה שהדבר היה בגדר סמכותה, הקל על חששו של המחוקק מפני עליית מחיריה של התוצרת החקלאית כתוצאה מהתרת הקרטלים. כך, בדיון בכנסת בשאלה זו ציין ח"כ זאב צור כי-

"אתה יודע בוודאי כמוני שגם באנגליה אין חל על המועצות לייצור ושיווק של תוצרת חקלאית הפיקוח האנטי-קארטלי. ומועצות הייצור והשיווק הן למעשה בפיקוח. הממשלה יושבת בהן, משתתפת בהן באופן

פעיל. יש לה אפשרות להטיל וטו, יש לה אפשרות לעכב החלטות" (ד"כ תשי"ח 328).

בדיון אחר ציין ח"כ שמואל שורש כי –

" כבר נעשתה התחלה של הקמת מועצות ייצור ושיווק (...) במועצות אלה יש לממשלה זכות ויטו. אי-אפשר להסדיר שום דבר בלי הסכמת הממשלה. לממשלה יש פיקוח על הייצור, על השיווק ועל כל פעולה שיכולה להיעשות נגד טובת הציבור. דבר זה מובטח. אין טעם להכבדה נוספת. אין טעם שיהיה צורך לבוא פעם לפני המועצה להגבלים עסקיים ולבקש היתרים על מה שהחליטה המועצה בהסכמת הממשלה" (ד"כ תשי"ט 2378-2379)

גם את האפשרות שמחירו של המוצר ירקיע באופן שיפגע בצרכנים במידה ניכרת יש איפוא לשקול עובר למתן הכשר חוקי להיקשרות בהסדרים כובלים.

יישום התכליות: המבחנים להבחנה בין תוצרת חקלאית לבין מוצר שיוצר ממנה

19. בית המשפט המחוזי קבע מבחן כפול לשם הבחנה בין תוצרת חקלאית לבין מוצר שיוצר מתוצרת חקלאית. על-פי בית המשפט, בשלב הראשון יש לבדוק האם העיבוד שנעשה לתוצרת החקלאית היה הכרחי לשם שיווקה (להלן: מבחן ההכרחיות). במידה ויימצא כי העיבוד שנעשה אמנם היה הכרחי לשם השיווק, יש לראות במוצר משום "תוצרת חקלאית" ובהתאם להחיל עליו את הפטור החקלאי. במידה ויימצא לעומת זאת, כי העיבוד שנעשה לתוצרת לא היה הכרחי לשם השיווק, יש לעבור לשלב השני שבמסגרתו תיבחן השאלה האם העיבוד שנעשה לתוצרת החקלאית שינה אותה מצורתה הבסיסית במונחים של מצב צבירה, צורה, טעם או שילוב של חומרים זרים (להלן: מבחן השינוי). במידה והתשובה לכך חיובית, ייקבע שהמוצר הינו מוצר שיוצר מתוצרת חקלאית ולא יחול לגביו הפטור החקלאי.

ביישמו את המבחן הכפול מצא בית המשפט כי היות שניתן למכור ירקות גם במצב טרי, העיבוד שנעשה בירקות המוקפאים אינו הכרחי לשם שיווקם, ובכך

נשלל מבחן ההכרחיות. עוד קבע בית המשפט, בהתבסס על חוות דעת מומחים שהוגשו לו, כי תהליכי חליטה והקפאה שעוברים הירקות גורמים לשינויים בלתי הפיכים בהם ביחס לתוצרת המקורית באשר הם משנים את טעמו של הירק, דבר המתבטא בשינוי בתכונותיו האורגנולפטיות (צמיגות, אלסטיות, פריכות, קשיות) ואת המרקם שלו, בשל התרחבות המים בממברנות של תאי הירק. לאור זאת, קבע בית המשפט כי הירקות המוקפאים הם מוצר שיוצר מתוצרת חקלאית וככזה לא חל עליו הפטור החקלאי.

20. המערערים העלו טענות הן נגד אופי המבחן שקבע בית המשפט המחוזי, הן נגד דרך יישומו בפועל על-ידי בית המשפט. בעניין אופי המבחן טוען טנצר כי מבחן ההכרחיות זורה אי וודאות ובלבול שכן הוא בלתי ישים בחיי המעשה ועלול להפוך עשרות חקלאים ומשוקים לעבריינים פליליים. להדגמת טענתו, מצביע טנצר על תהליכי ההבחלה שעוברים בננות ועל תהליך ההקפאה שעובר העוף. לדידו, אף כי באופן תיאורטי תהליכים אלה אינם "הכרחיים" לשם שיוקם של אלה, ברי כי אין לסווג תוצרת חקלאית שעברה תהליכים כאמור כמוצר שיוצר מתוצרת חקלאית. עוד מלין טנצר על כך שאם יוותר מבחן זה על כנו, כל פיתוח עתידי של עיבוד לפני שיוק של תוצרת חקלאית ייחשב למעשה פלילי, מהטעם שהליכי עיבוד עתידיים אלו, שכל מטרתם הכנת התוצרת החקלאית לשיוק, אינם הכרחיים לשיוק התוצרת החקלאית. באשר למבחן השינוי טוען טנצר, כי בניגוד לדברי בית המשפט, אין מדובר במבחן שהוצע על ידו, שכן המבחן שהוא העלה בסיכומיו עניינו בשאלה האם תהליכי העיבוד שעובר הירק הם תהליכים שנועדו אך ורק להאריך את אורך חיי המדף שלו ואת טריותו, ומבחן זה, לטענת טנצר, הינו מבחן ראוי יותר.

באשר לדרך שבה יישם בית המשפט את המבחן הכפול שקבע, טוענים המערערים, כי לפי מבחן ההכרחיות יש לסווג ירקות מוקפאים כתוצרת חקלאית, שכן ללא הקפאה לא ניתן יהיה לספק את התוצרת במשך כל השנה ומכאן שההקפאה הכרחית לצורך השיוק. בנוגע למבחן השינוי טוען טנצר, כי שגה בית המשפט כשהסתמך, ביישמו מבחן זה, על דברי הדיאטנית טליה לביא (להלן: לביא) שחוות דעתה הוגשה על ידי לימור וסנפרוסט, לפיהם הליך חליטת הירקות המוקפאים,

כמוהו כבישול ומכאן שהוא משנה את טעמם של הירקות ואת תכונותיהם האורגנולפטיות. לדברי טנצר, לא היה מקום לאמץ את חוות דעתה של לביא, וזאת מארבעה טעמים: ראשית, משום שבהיותה דיאטנית, הנושא אינו בתחום מומחיותה; שנית, משום שהקביעה שעליה התבסס בית המשפט מופיעה במילים ספורות בלבד ב"פתח דבר" לעלון פרסומי לא מדעי המופץ בין הצרכנים, וסותרים דברים אחרים שאמרה במסגרת חוות הדעת שהוגשה לבית המשפט; שלישית, משום שזו סותרת את חוות דעתו של המומחה לתחום הנדסת המזון וייצורו, אינג' יחיאל סמדר (להלן: סמדר), שקבע כי הליך החליטה בירקות קפואים אינו בגדר בישול. רביעית, משום שבין אם הליך החליטה, שווה ערך הוא לבישול, ובין אם לאו, לא נטען בשום מקום כי הוא שינה את טעמו של המוצר. עוד מוסיף טנצר, כי בית המשפט שגה כשהתעלם מחוות דעתו של סמדר שקבעה כי תהליך ההקפאה לא רק שאינו פוגע בממברנות של תאי הירק, אלא אף מאריך את חיי הירק ומונע התייבשות וריקבון. עוד בעניין הקפאת הירקות וחליטתם מוסיפים לימור וסנפרוסט, כי אלו אינם משנים את טבע בריאתם, מצב צבירתם, צורתם או טעמם של הירקות, ולא מוסיפה להם חומרים זרים כלשהם, ומכאן שיצאה שגגה מלפני בית המשפט בקובעו כי בעת החליטה וההקפאה חל שינוי בירקות ההופך אותם למוצרים שיוצרו מתוצרת חקלאית. טענות ברוח זו הועלו בעניין זה גם על-ידי מרגלית.

דיון

21. גבולות הפטור החקלאי נועדו להגשים את התכליות העומדות בבסיסו. קביעת המבחנים המתאימים להבחנה בין תוצרת חקלאית החוסה תחת כנפי הפטור לבין מוצר שיוצר מתוצרת חקלאית שאינו נכלל במסגרתו, צריכה איפוא לעלות בקנה אחד עם תכליתו של הפטור. כך, בשלב הראשון, נדרשת בחינה של מאפייני המוצר העומד לדיון, על מנת לוודא כי תכונותיו הבסיסיות במונחים של חיי מדף ועונתיות, אכן מצדיקות על פניהן את החלת הפטור החקלאי עליו. בשלב זה לא נבחנות שאלות בדבר ההיקף שראוי שיינתן לפטור החקלאי מבחינת חוג הגורמים שיכולים לחסות תחתיו, וסוג המוצרים שראוי שייכנסו בגדרו, אלא רק מידת רגישותו של המוצר החקלאי לאותן מגבלות שבעטין, כשם שהוסבר, מתאפשר

לעוסקים בחקלאות להיקשר בהסדרים כובלים. במידה והמוצר הנדון אינו נושא את המאפיינים שבעטים ניתן הפטור החקלאי, ניתן לקבוע כי אין להחיל עליו את הפטור החקלאי עוד קודם לבחינת השאלה האם העיבוד שהוא עבר מרחיק אותו מן המעגל הראשוני של הייצור החקלאי ואת משווקיו מן המעגל הראשוני של העוסקים בחקלאות, באופן השולל את תחולת הפטור עליו. כשהמוצר שלפנינו אינו מקיים אחר התכליות שצוינו כבר בשלב הראשון של הבדיקה לא נדרש אם-כן מעבר אל השלב השני ובחינת הסממנים הנוספים להבחנה בין תוצרת חקלאית למוצר מעובד.

במקרה שבו מתקיימים במוצר אותם מאפיינים שבעטיים ניתן הפטור החקלאי, ובכלל זה תוחלת חיים קצרה או רגישות עונתית, יש לעבור ולבחון האם לאור התכלית הכללית העומדת ביסוד חוק ההגבלים העסקיים, שעניינה הגנה על התחרות במשק, יש לראות במוצר הנדון תוצרת חקלאית ולהחיל עליה את הפטור, או מוצר שיוצר מתוצרת שכזו, שאז חרף תכונותיו, יש להותירו מחוץ לתחום המוגן. חלק זה של המבחן, הפונה בעיקר למשווקים בסיטונאות של המוצרים המעובדים, נועד להבחין משיקולים הקשורים בתכלית הפטור ובתכלית הכללית של החוק, וכן משיקולי מדיניות, בין מוצרים ומשווקים שעברו את "מבחן הכניסה" שבשלב הראשון וראוי שיזכו לעמוד תחת מטריית הפטור, לבין אלו שעל אף שמקיימים הם את תכליותיו המרכזיות של הפטור, אין מקום להחיל עליהם את הפטור החקלאי. הבחנה זו תיעשה תוך בחינת הסממנים שצוינו להבחנה בין תוצרת חקלאית לבין מוצר מעובד, והקשורים בתכליות שבבסיס ההבחנה, וכן באמצעות שימוש במבחן הכפול שהוצע על ידי בית המשפט המחוזי: מבחן ההכרחיות, ומבחן השינוי. בנוגע למבחן כפול זה, נוסף כי איננו סבורים שיש לראות בו בבחינת "הוא ואין בלתו" ומהווה הוא לטעמי אך אינדיקציה, גם אם מרכזית, להבחנה שבין תוצרת חקלאית לבין מוצר מעובד שיוצר ממנה, שתישקל לצד שיקולים נוספים במטרה להגשים באופן מיטבי את תכלית הפטור על רקע תכליתו הכללית של החוק. עוד יוסף, כי אין לראות במערכת השיקולים שנסקרה בשלב שני זה של המבחן "רשימה סגורה" וכל קריטריון אחר שיצביע על היותו של מוצר "תוצרת חקלאית" ויימצא מתאים על-ידי בית המשפט ראוי שיישקל במסכת השיקולים בשאלה זו.

22. חלקו הראשון של המבחן משמש אם-כן כתנאי הסף, כ"שער הכניסה" הראשון לגדר תחולת הפטור החקלאי. מוצר שאינו ממלא אחר המבחן לא יחסה תחת הפטור, עוד קודם להבחנה שבין תוצרת חקלאית לבין מוצר שיוצר ממנה. הוספת שלב זה למבחן, אשר לא היה קיים במבחן שנקבע בבית המשפט המחוזי, נועדה, לצד חיזוק הקשר שבין תכלית הפטור לבין גבולותיו, גם לחסוך בהתדיינות ארוכה שודאי תהיה כרוכה בבחינת אופי העיבוד שנעשה בתוצרת החקלאית והכוללת בין השאר, בחינה של חוות דעת וראיות נוספות אחרות וחקירות עדים בבית המשפט. בחינה זו ממילא אינה נדרשת כאשר המוצר שעל הפרק אינו ממלא אחר המאפיינים שלאורם נקבע הפטור, ומכאן שבהוספת המבחן הנוסף יש כדי להוסיף למבחן ממד של יעילות.

חלקו השני של המבחן, הנבדק רק בהתקיים החלק הראשון, נועד להגביל את תחולת הפטור החקלאי רק לאותם מוצרים שזיקתם למעגל הראשון של החקלאות גבוהה, והשינויים שעברו, שלא היו הכרחיים לשם שיווקם, לא הרחיקו אותם ממעגל זה עד שאין עוד לראות בהם תוצרת חקלאית מקורית. רכיבים נוספים שייבחנו במסגרת חלק זה של המבחן, קשורים במידת תפיסתו של המוצר כמוצר בסיס; באפשרות עליית מחירו ובמידתה במקרה שבו הוא יזכה לפטור; ובעוצמת זיקתו של הגורם המשווק ל"מעגל הראשון" של העוסקים בחקלאות, ההופכת את השתתפותו במערכת התיאומים וההסכמות הנוגעות לאופן, היקף ודרך הגידול והשיווק של התוצרת החקלאית, לגיטימית לאור רגישות מוצריו שנקבעה בשלב הראשון של המבחן. חלק זה של המבחן הולך "יד ביד" עם תכליתו הכללית של חוק ההגבלים העסקיים, ונועד, בין השאר, שלא להרחיב את תחולת הפטור החקלאי יתר על המידה, פן שכרו של הפטור בהגשמת התכליות שלשמן הוא נועד, יצא בהפסד הפגיעה הקשה בתחרות בשוק המוצרים החקלאיים. מן הצד השני, יש לציין, כי מבחן ההכרחיות המהווה רכיב מחלקו השני של המבחן הכולל, פועל לטובת העוסקים בחקלאות, שכן בהיעדרו היו מוצאים עצמם רבים מהם במצב שבו עיבוד התוצרת החקלאית, שלא היה מנוס ממנו לצורך השיווק, היה מוציאם מחוץ לגדרי הפטור החקלאי, באופן שעשוי היה לסכל את תכליתו.

23. הירקות המוקפאים אשר נמכרו על-ידי המערערים במקרה שלפנינו אינם מקיימים אחר התכליות העומדות ביסוד הפטור החקלאי ומכאן שאין מקום להחילו על שיווקם. הקפאת הירקות מאפשרת את העמדתם לשיווק לפרקי זמן של חודשים ולעיתים אף שנים אחדות, ובכך להתגבר על חלק ניכר מן הקשיים שעליהם עמדנו, קשיים שלאורם נקבע הפטור החקלאי. העונות החולפות: חום הקיץ, צינת החורף, עליו המצהיבים של הסתיו ופריחת האביב, כל אלה אינם משפיעים על הירקות המוקפאים, השוכנים להם בבטחה במקפיא ונכונים לשיווק בכל עונה ועונה. המחסור העונתי בירקות מסוימים והצטברות העודפים בעונות אחרות אינם מאפיינים תחום זה, באשר ניתן לשווק ירקות מוקפאים (עד כמה שהצרכנים ייטו לראות בהם מוצר תחליפי לתוצרת חקלאית טרייה) ולהקפיא טריים לשם שיווקם כמוקפאים במועד אחר, בעת הצטברות עודפים.

ברי גם כי תוחלת החיים של הירקות המוקפאים אינה כה קצרה כזו של הירקות הטריים. שיווק ירקות טריים מתאפיין בקיומו הקבוע של "שעון חול" ההולך ואוזל במהירות עד לריקבונם. מגבלת זמנים זו מחייבת את מכירתה המהירה של התוצרת ועלול לאלץ את החקלאים להוריד את מחירה ככל שחולף הזמן, אף מתחת לעלותה השולית, היות שעלות זו היא בבחינת "עלות שקועה" וכל שיתקבל בעבור התוצרת בטרם תרקב מוטב הוא על לא כלום. הירקות המוקפאים לעומתם, ניתנים כאמור לשיווק לפרקי זמן ארוכים, המגיעים במקרים מסוימים אף לשנים אחדות. גם במקרה שבו חלה ירידה זמנית בביקוש להם, או עליה זמנית בהיצע, לא מונחת על צוואר המשווקים מאכלת הנבילה או הקלקול, ואין הם נאלצים להתמודד, ככלל, עם מצבים של חוסר יציבות או של חוסר ודאות. הצורך בהסדרים לשם תכנון או תיאום היקף גידולה של התוצרת, מועדי זריעתה או מקום שיווקה אינו מתקיים בנוגע למוצרים אלה, ומכאן שאין הצדקה להחיל עליהם את הפטור החקלאי.

24. לטענת המערערים, קביעה כי ירקות מוקפאים הם מוצר שיוצר מתוצרת חקלאית אינה מתיישבת עם הנטייה הרווחת בימינו לשווק ירקות מצוננים בשקיות. לדידם, ירקות אלה עוברים תהליכי קירור הדומים לאלה שעוברים הירקות

הקפואים, המאפשרים את שיווקם לפרק זמן של 10 ימים, ועם זאת, אין חולק כי הם ייחשבו לתוצרת חקלאית. התשובה לטענה זה טמונה בשאלה הנשאלת: צינור הירקות בטמפרטורה של מינוס 4 מעלות אמנם מאריך את משך חייהם, ואולם פרק הזמן הנוסף שבו ניתן לשווק את הירקות עקב צינורם אינו מתמודד עם מרבית הקשיים הכרוכים בשיווקם ואשר בגללם נקבע הפטור החקלאי. אף כי הארכת תוחלת החיים של הירקות המצוננים מאריכה את משך הזמן שבו ניתן לשווקם ותורמת לאספקה הרציפה של התוצרת לטובת הצרכנים, אין בפרק זמן הנוסף שבו ניתן לשווק את התוצרת די כדי להעניק למגדלים ולמשווקים "אורך נשימה" שיחלצם מאי הודאות ומן החשש שלא יצליחו למכור את מרכולתם בזמן, ואין הוא מצליח לגשר על הזיקה שבין הירק או הפרי לבין העונה שבה ניתן למכרו. נדמה כי מתאימה יותר היא ההשוואה בין הירקות המוקפאים לבין הירקות המשומרים. אלה וגם אלה ראויים לשיווק לפרקי זמן ארוכים בהרבה מתוחלת חייהם המקורית כירקות טריים; אלה וגם אלה עוברים תהליכים דומים שמטרתם לעקר או להפחית את החיידקים המצויים בהם ונבדלים האחד מן השני רק בכמות החיידקים המוצאים מהם (ראו פסקה 28 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי, המתבססת על חוות דעתה של לביא); ומכאן שאת אלה וגם את אלה יש לסווג כמוצרים שיוצרו מתוצרת חקלאית ואין להחיל עליהם את הפטור החקלאי.

25. די היה בכך כדי לשלול את תחולת הפטור החקלאי על ירקות מוקפאים, שכן תוצאת השלב הראשון סותמת את הגולל על אפשרות סיווגם של הירקות המוקפאים כתוצרת חקלאית. חרף כך, למען הסר ספק, משמדובר בהליך פלילי, והיות שהצדדים הרחיבו טעון בעניין זה, מצאתי לבדוק בכל זאת את תנאי השלב השני שנועד כאמור לבחון את גבולות הפטור החקלאי ולאזן בין תכליתו הכללית של חוק ההגבלים העסקיים לבין מאפייניו של הסקטור החקלאי המצדיקים את אי החלת האיסור עליו. לשם כך אבחן את הסממנים השונים שצוינו ובכלל זה אעשה שימוש במבחני העזר שהוצעו על-ידי בית המשפט המחוזי, מבחן ההכרחיות ומבחן השינוי. נשוב ונדגיש כי בשלב שני זה נבדק האפקט המצטבר של הסממנים שפורטו, הנבחנים באופן סימולטאני על פי נסיבות המקרה והעניין, וכאמור אינם מהווים רשימה

סגורה, כל זאת מבלי להכריע בשאלה שעל הפרק על-פי מאפיין אחד באופן עצמאי

#### שיקול הכרחיות העיבוד

26. מבחן הכרחיות העיבוד בוחן האם העיבוד שנעשה לתוצרת החקלאית היה הכרחי לשם שיווקה. בניגוד לטענת המערערים, שקילת הכרחיות העיבוד לצורך השיווק, שנעשתה לראשונה בעניין פוד-קלאב, אינה מהווה פגיעה בהם, שכן יש בה כדי להציב מחסום נוסף בפני התביעה הרוצה להוכיח כי ההסדר הקרטליסטי אינו זכאי להגנת הפטור החקלאי. המבחן, המעניק הגנה להליך עיבוד שהיה נחוץ לשם השיווק, אף אם זה שינה מתכונותיה של התוצרת החקלאית, הינו ראוי בעיניי, מפני שככלל, אין לראות בהחלת הפטור על מי שביצע פעולה שהייתה נחוצה לשם שיווק התוצרת, משום הרחבת הפטור באורח מופרז. עיבוד שכזה נבלע בתוך התוצרת והופך לחלק ממנה עד כי השימוש הרווח בשמה של התוצרת מכוון למעשה לזו המעובדת, שכן בלעדיה לא יגיע המוצר כלל אל השוק. כשם שהוסבר, בהיעדר מבחן ההכרחיות עלול היה להישלל הפטור ממשווקים רבים באופן לא ראוי ושאינו תואם את תכליתו של הפטור. מבחן השינוי אשר הוצע על-ידי המערערים עצמם יישקל אף הוא במסגרת שיקולי "השלב השני" ועל-כן לא ראיתי מה למערערים כי ילינו. וזאת יודגש: די בכך שיוכח כי המוצר המעובד הוא דרך השיווק הרגילה המקובלת של התוצרת החקלאית, וכזו הננקטת על-ידי רוב-רובם של המשווקים הסיטונאיים על מנת שיתקיים מבחן זה. אף אם יימצאו משווקים אשר אינם מוכרים את המוצר באופן מעובד כאמור, לא יהיה בכך כדי להוכיח בהכרח שעיבוד שבוצע לא היה הכרחי לצורך שיווק התוצרת החקלאית. בדרך זו, אין ללמוד מן העובדה שבמקומותינו ידוע שיווק של ירקות ופירות אורגניים, שלא עברו את אותם תהליכי עיבוד שעוברים מרבית הירקות והפירות, על שלילת היותם של אלו האחרונים תוצרת חקלאית. עיבוד שכזה, ובכלל זה תהליך ההבחלה שעוברות בננות לשם האצת בשלותן, נעשה באופן רגיל ומקובל במרבית התוצרת החקלאית, ואין בו כדי לשלול את זכאות מגדליהם ומשווקים בסיטונות להגנת הפטור החקלאי.

27. יש לדחות את טענת המערערים כי מבחן ההכרחיות מתקיים בירקות המוקפאים ששיווקו. כאמור, מטרה מרכזית של מבחן ההכרחיות היא למנוע מצב שבו רבים מן המגדלים או המשווקים הסיטונאיים ימצאו עצמם נטולי הגנה מפני יצירת הסדרים קרטליסטיים אף כי פעולות העיבוד שביצעו היו נחוצות לשם שיווק התוצרת או שהן נעשו על מנת לשווק את התוצרת בדרך הרגילה והמקובלת. בדרך זו גם הוסבר המבחן בעניין פוד-קלאב, שכשם שצוין היה הבסיס למבחן ההכרחיות שנקבע בבית המשפט קמא, על-ידי השופט עדיאל (ראו פסקה 136 לפסק הדין). לשם הגשמת תכלית זו יש לקבוע שהעיבוד הינו הכרחי רק במקרה שבו קביעה אחרת תמנע מן העוסקים באותו ענף חקלאי באופן מעשי כל אפשרות לזכות בהגנת הפטור, בשל העובדה שהעיבוד המבוצע על ידם נחוץ לשם השיווק. לא כך לגבי הקפאת ירקות שאינה הדרך היחידה לשווקם. קביעה כי ההקפאה אינה הכרחית לא תסכל את תכלית הפטור החקלאי ולא תהפכו לאות מתה בכל הקשור לירקות מוקפאים, ומכאן שאין מקום לקבוע שהעיבוד שבוצע בירקות המוקפאים, הכרחי הוא.

יתרה מכך, מטענת המערערים לפיה קיים הכרח בהקפאת הירקות על מנת לשווקם במשך כל השנה, עולה כי כל עיבוד שמטרתו להאריך את משך חיי הירק ולאפשר את שיווקו באופן רציף, יחסה תחת הגנת הפטור החקלאי. לפי היגיון זה, יזכו גם שימורי ירקות, שאין חולק כי אינם תוצרת חקלאית, להגנת הפטור באשר העיבוד שבוצע בהם, כל מטרתו היא להאריך את תוחלת חיי התוצרת ולאפשר את שיווקה לאורך כל השנה. פרשנות זו, לטעמי, חורגת מתכלית הפטור ומרחיבה אותו יתר על המידה ומעבר לנדרש. הקפאת הירקות איננה פעולה הכרחית לשם שיווקם, אף שהיא מאפשרת שיווק רציף. ההגנה הניתנת באמצעות הפטור נועדה להתמודד עם הקשיים הכרוכים בשיווק ירקות טריים במשך כל השנה; הירקות המוקפאים אינם זקוקים להגנה זו שהרי שיווקם אפשרי ממילא במשך כל השנה ללא הגבלה. ניתן לומר כי הפטור וההקפאה, שתי דרכים שונות ומקבילות הן להתמודד עם המגבלה העונתית ועם תוחלת החיים הקצרה של הירקות. לא ראיתי סיבה להרחיב את הפטור, להעמיק את הפגיעה בתחרות באופן הפוגם בתכליתו הכללית של חוק ההגבלים העסקיים, ולהעניק למערערים שאינם חשופים לקשיים הקשורים בירקות הטריים, את האפשרות להיכנס בגדרי הפטור החקלאי.

28. טוענים המערערים כי שגה בית המשפט כשלא בחן במסגרת מבחן ההכרחיות את השאלה האם קיימת אפשרות מעשית שכל כמות הירקות המוקפאים, כ-25,000 טון בשנה, תשווק על ידי החקלאים כתוצרת טרייה, בהתחשב במגבלות הקשורות בעונתיות ובתוחלת החיים הקצרה של הירקות הטריים. לא ראיתי מדוע התשובה לשאלה זו משמשת אינדיקציה לשאלה האם המוצר מהווה תוצרת חקלאית או מוצר שיוצר מתוצרת חקלאית. מוצר שיוצר מתוצרת חקלאית אינו מהווה בהכרח מוצר תחליפי לתוצרת חקלאית, וככזה אין כל חובה שהפסקת שיווקו תביא לגידול זהה בצריכת חומר הגלם שממנו הוא עשוי. גם מוצרים שבמובהק הינם מוצרים שיוצרו מתוצרת חקלאית, ובכלל זה שימורי ירקות, לא יביאו, עם הפסקת שיווקם, לעליה מקבילה בביקוש לחומר ממנו הם עשויים. דווקא האפשרות שמעלים לימור וסנפרוסט, אף שאינם קובעים עמדה לגביה, כי לא ייעשה שימוש בכל הירקות המוקפאים מצביעה על ההבדל ביניהם לבין ירקות טריים, בכל הקשור לתכונות ולמאפיינים, ומלמדת על התרחקותו של המוצר המשווק על-ידי המערערים מצורתו הראשונית והטבעית.

29. המערערים מלינים על אופיו השמרני של המבחן וגורסים שלפי האופן שבו יישם בית המשפט קמא את המבחן, כל דרך עתידית של עיבוד לפני שיווק של תוצרת חקלאית לא תהיה ניתנת ליישום מהטעם שהליכי עיבוד עתידיים שכאלה, שכל מטרתם הכנת התוצרת החקלאית לשיווק, לא ייחשבו, לפחות בשלב הראשון, להכרחיים לצורך השיווק. טענה זו של המערערים מתעלמת הן מהיותה של הכרחיות השיווק שיקול אחד, גם אם משמעותי, במסגרת השיקולים הנשקלים לשם ההבחנה, כשלצדו עומד, בין השאר, גם מבחן השינוי שיוצג להלן, הן מכך שעיבודים מודרניים עתידיים שישמרו על זהות המוצר, גם אם ישפרו את טיבו, עשויים להיחשב הכרחיים לפי הסטנדרטים של אותה התקופה, ממש כשם שתהליך ההבחנה שעוברות בננות נחשב ככזה. ההכרחיות אינה רק מושג עובדתי, אלא גם נורמטיבי, וביישומו יישקלו, בין השאר, גם חידושי הזמן. נעבור עתה איפוא, לשיקול השני אותו יש לשקול במסגרת חלק זה של המבחן, הוא השיקול בדבר מידת ואופי השינוי שנגרם לתוצרת החקלאית כתוצאה מן העיבוד שנעשה בה.

30. מבחן השינוי נועד לתחום את גבולות הפטור החקלאי, להציב מחסום בפני אלו המבקשים להיכנס בגדרו אף שבגלגולם הנוכחי התרחקו ממהותם הטבעית, ולהעניק הגנה רק לאותם מוצרים שלא נוספו להם חומרים זרים ששינו את מהותם, וששמרו על מאפייניהם המקוריים במונחים של טעם (ומאפיינים אורגנולפטיים) ומצב צבירה. אף כי אין לעניין נפקות מיוחדת, יוער בכל זאת, כי בניגוד לטענת בא כוחו של טנצר, עו"ד זקלר, מבחן זה, שעתה מלין הוא על עצם השימוש בו, הוצע על-ידי לא אחר מאשר הוא עצמו, גם אם הוא לא הוסיף ודבק בו בהמשך והציע מבחן אחר תחתיו (ראו פרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי מיום 29.11.05, עמוד 9 שורה 31 עד עמ' 10 ש' 2; עמ' 10, ש' 21-22; עמ' 10 ש' 28 עד עמ' 11 ש' 1; עמ' 11 ש' 9-10; וראו גם חוות דעתו של סמדר שניתנה מטעמו של עו"ד זקלר, בעמ' 6). עוד יצוין, כי המבחן שהציע זקלר בשלב מאוחר יותר של הדיון, שלפיו יסווג מוצר כ"תוצרת חקלאית" אם תהליכי העיבוד שעבר נועדו להאריך את אורך חיי המדף שלו ואת טריותו, ותו לא, מעורר קושי. מבחן זה אינו מגשים את אחת התכליות המרכזיות שעמדו בבסיס חלקו השני של המבחן שקבענו לקביעת גבולות הפטור, באשר הוא מרחיב את חוג הנהנים מן הפטור החקלאי יתר על המידה. ודוק, מבחן זה מאפשר לכל מוצר שעבר שינויים שנועדו להאריך את חייו ביחס לתוצרת החקלאית שממנה הוא נוצר, ליהנות מהגנת הפטור בלא כל קשר לאופי השינויים שבוצעו בו, לחומרים שנוספו לו ולזיקתו לתוצרת המקורית. כך, יחסו תחת מבחן זה גם ירקות משומרים, שעברו תהליכים כימיים שונים לנטרול חיידקים, שפעמים רבות הם בעלי מרקם שונה ושממילא אין חולק כי הם אינם מהווים "תוצרת חקלאית". הארכת חייהם של תוצרים חקלאיים אינה שומרת בהכרח על "גרעין הזהות" שלהם, עשויה לחרוג מגדר הכנת התוצרת החקלאית בתור שכזו לקראת שיווקה (ד"נ 17/80 אגודת הכורמים הקואופרטיבית של יקבי ראשון לציון וזיכרון יעקב בע"מ נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, פ"ד לו(1) 729, 747 (1982)), ומכאן שהשימוש בה כקריטריון לקביעת גבולות הפטור אינו רצוי, ובהתקיים מבחן חלופי, המגשים את תכלית הפטור בדרך טובה יותר, יש לבכרו.

31. בית המשפט המחוזי השתית את החלטתו כי תהליכי החליטה וההקפאה גורמים לשינוי בירקות המוקפאים, בעיקר על חוות דעתה של לביא שניתנה במסגרת החוברת "ירקות מוקפאים-עובדות מדעיות" היוצאת מטעמו של מכון תנובה למחקר (להלן: החוברת). לדברי לביא, חליטה כמוה כבישול בטמפרטורה של 98 מעלות; היא מביאה לשינוי מסוים בצבעו של הירק; היא מפחיתה את המטען המיקרוביאלי (החידקי) של הירק; והיא תורמת לקיצור משך הבישול של הירקות במטבח ביתי. על עובדה אחרונה זו לא הייתה מחלוקת בין הצדדים. לצורך הקביעה בדבר הקשר שבין חליטה לבין בישול הפנה בית המשפט גם לדבריו של אורן אגמון, מנהלה של סנפרוסט, במסגרת הודעה שהגיש. באשר להקפאה קבע בית המשפט בהתבסס על החוברת, כי זו גורמת לקפיאת הנוזל התוך-תאי, משמע לשינוי במצב הצבירה שלו, ועמו להתבקעות תאי הירקות. עוד הפנה בית המשפט לחוות דעתו של המומחה לזון, לפיה ההקפאה גורמת לנזק בלתי הפיך למרקם הירקות. בית המשפט קמא הוסיף וציין בהקשר זה כי בעקבות ההקפאה ולאחר ההפשרה, הופך מרקם הירקות לרך יותר. את חוות דעתו של סמדר דחה בית המשפט על בסיס קביעתו כי אין מקום ליצור הבחנה בין שימורי ירקות, שאין חולק שאינם תוצרת חקלאית, לבין ירקות מוקפאים, רק על בסיס ההבחנה הכמותית בתוצאת ההליך העובר על השניים. עוד ציין בית המשפט כי גם בשל ניסיונו של סמדר להכריע בשאלה משפטית במהותה, והיא שאלת ההבחנה בין תוצרת חקלאית לבין מוצר שיוצר ממנה, ראה לדחות את חוות דעתו.

32. לא מצאנו להתערב בקביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא, ובהעדפתו את חוות דעתה של לביא על פני זו של סמדר. בנוגע למידת המומחיות של לביא בנושאים שבהם חוותה את דעתה, הלכה היא כי ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בעניין רמת מומחיותו של עד (ראו: ע"פ 889/79 חמו נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 479 (1980); ע"פ 436/88 רבינוביץ' נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 553 (1989)). מעבר לכך, לא ראינו אף לגופו של עניין מדוע השכלתה של לביא, אין די בה, או שאין היא רלוונטית לשאלות שעל הפרק. לא נחזור על פרטי השכלתה של לביא ועל תחומי עיסוקה, כשם שנסקרו על ידי בא כוח המדינה, ונסתפק באמירה שבדברי טנצר לא

ניתן כל טעם טוב להטיל ספק ביכולתה של לביא לחוות דעתה בשאלות הנידונות בתיק זה.

באשר לחוות הדעת של לביא גופה (במסגרת החוברת), יצוין תחילה, כי בכך שזו הובאה מטעם המערערים (אף אם לא מטעם טנצר עצמו), ולא מטעם המדינה, יש כדי להעניק לדבריה שאינם משרתים את הצד שבחר להביאם, מידה של אמינות ותוקף. עוד יצוין כי העובדה שקביעתה של לביא לפיה דין חליטה כדין בישול נאמרו במסגרת חוברת שלא הוכנה באופן ספציפי לצורך הדיון בתיק זה, מוסיפה אף היא ממד של אובייקטיביות לדברים, ומחזקת את תוקפם. מטענת המדינה, שלא נסתרה, ומעיון בחוברת, שלביא תיארה בעדותה כ"חוברת מקצועית לדיאטנים", עולה כי זו יצאה לאור מטעם מכון תנובה למחקר, שלביא מכהנת כעורכת המגזין מטעמו, ומכאן שאין סיבה אפריורית להטיל ספק ברצינותם או במהימנותם של הדברים הנאמרים בה. לטעמי, דווקא בסטייתו של לביא מטענתה בחוברת בדבר הזיקה שבין חליטה ובישול, במסגרת חוות דעת נוספת שהגישה, ושבניגוד לזו הראשונה, יועדה אך לדיון בתיק זה, יש, בשים לב לתכליות שבבסיס כל אחד מהמסמכים, כדי לחזק מסקנתי ביחס לאמור בחוברת, הנושאת כאמור אופי אובייקטיבי. עוד יצוין בהקשר זה, כי לפי קביעתו של בית המשפט קמא, תיאור החליטה כבישול בחוברת לא התמצה באמירה גרידא, אלא כלל גם תיאור תהליכים המלמדים שהחליטה כמוה ולו כמקצת בישול, וגם בכך יש כדי לתמוך במסקנתנו.

בנוסף, כשם שציין טנצר עצמו, סמדר מקדיש חלק משמעותי מדבריו להוכחת טענתו כי כל ההליכים שעוברים הירקות הקפואים הם כאלה שנועדו להארכת טריותם וחיי המדף שלהם. כפי שהוסבר באריכות, מבחן זה, שהוצע על-ידי טנצר (לצד מבחן השינוי), לא נתקבל על-ידינו ובהוכחתו לא די כדי לקבוע את גבולות הפטור החקלאי. עוד יוסף, כי בקביעתה של לביא בדבר אופיה של החליטה כבישול תמך כאמור גם מנהלה של סנפרוסט בהודעה שהגיש, ואילו קביעתה בדבר השפעת ההקפאה על התוצרת החקלאית ובדבר הנזק הבלתי הפיך שהיא גורמת למרקם הפרי, זוכה לחיזוק בחוות דעתו של לוי (עמ' 8 לחוות הדעת). לצד זה יש לתת את הדעת לדמיון בין התהליכים בהם מועברים הירקות המוקפאים והירקות

המשומרים, כעולה מעיון משותף בחוות הדעת של סמדר ושל לביא, ולעובדה שכפי שציין בית המשפט קמא, ההבדל ביניהם הינו הבדל כמותי ולא הבדל איכותי.

33. לאור כל האמור, ובשים לב לכך שערכאת הערעור אינה נוטה בדרך כלל להתערב במסקנות בית המשפט שלדיון בנוגע להעדפת חוות דעתו של מומחה פלוני על פני זו של מומחה אלמוני (ראו למשל: ע"א 2027/96 אוביץ' נ' בית חולים ביקור חולים, פ"ד נד(2) 849 (2000); ע"פ 349/86 בן שושן נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 792 (1987). השוו: ע"א 325/87 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מב(1) 848 (1988)), לא מצאנו להתערב בהחלטתו של בית המשפט קמא להעדיף את עדות לביא על עדות סמדר.

משאימצנו את חוות דעתה של לביא, קובעים אנחנו כי השינוי שבוצע בירקות המוקפאים, ביחס למצבם הטבעי כירקות טריים, ובעיקר החליטה וההקפאה, משנים את תכונותיהם האורגנולפטיות של הירקות, בדומה לבישול, הופכים אותם לרכים יותר (עמוד 6, פסקה 2 לחוות דעתו של סמדר), משנים את מרקמם, פוגעים בממברנות התאים שלהם, מפחיתים את כמות החיידקים המצויים בהם ומקצרים את הזמן הנדרש לשם בישולם. לאור כל זאת, ניכר בירקות המוקפאים שינוי "המרזיקם" מתצורתם המקורית כירקות טריים ומקיים אחר הקריטריונים שנקבעו במבחן השינוי.

ירקות מוקפאים- מוצרים בסיסיים?

34. באין מידע אודות מידת התחליפיות הגלומה בירקות המוקפאים, אין לשלול את האפשרות שאלה ישמשו תחליף לירקות הטריים בעתות מחסור ובצורת. אף על-פי כן, נראה כי את שאלת "בסיסיותו" של המוצר הנדון אין לבחון לפי תפקודו במצבי קצה כתחליף למוצר היסוד המקורי, אלא על-פי טיבו ומהותו העצמאית, שהרי במצבים בהם קיים מחסור בתוצרת בסיסית עשויים גם מוצרים תעשייתיים במובהק, ובכלל זה שימורים, לספק את צרכיה התזונתיים הראשוניים של האוכלוסייה. בחינה שכזו אינה מצביעה על היותם של הירקות המוקפאים, בפני עצמם, כמוצר יסוד

המצדיק הגנה קרטליסטית לשם אספקתו הרציפה. די בכך שהגנה כאמור תינתן לחומרי הגלם מהם עשויים הירקות המוקפאים, הם הירקות הטריים.

35. מכל האמור, ואף מבלי לבחון את טענת המדינה בדבר הפיקוח הקיים על שיווק ירקות ופירות טריים בישראל, לעומת היעדרו של פיקוח מקביל על שיווקם של ירקות מוקפאים, קובעים אנחנו שיש לראות בירקות המוקפאים מוצרים שיוצרו מתוצרת חקלאית שאינם זוכים להגנת הפטור החקלאי בחוק ההגבלים העסקיים.

האם ניתן היה לקבל החוברת כראיה בלא שטנצר היה מיוצג?

36. לדברי טנצר, הצדדים הגיעו להסכמה דיונית ביחס לתשתית העובדתית שתעמוד בפני בית המשפט לשם הכרעה בטענת הפטור החקלאי, והוסכם כי תשתית זו תכלול מסמכים שכבר הוגשו במסגרת התיק ומסמכים שיוגשו לו בעקבות ההסכמה, והכל בלא שמיעת עדים ובלא קיום חקירות נגדיות. לטענתו, שהועלתה לראשונה בפנינו, לאור העובדה שבניגוד לשאר המערערים בתיק הוא לא היה מיוצג במהלך הדיון בבית המשפט קמא, אף שהגיש לבית המשפט בקשות לקבלת ייצוג, לא ניתן היה להסתמך על חוות דעתה של לביא במסגרת החוברת, וזאת מכוח הוראת סעיף 10ב לפקודת הראיות [נוסח חדש] תשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות).

הוראת החוק הרלוונטית לעניין חוות דעת מומחה היא זו שבסעיף 20 לפקודת הראיות (להלן: הפקודה).

. ההוראה אינה מחייבת את הבאתו של המומחה לעדות בבית המשפט ואינה כפופה להיותם של הצדדים לדיון מיוצגים, אף שבית המשפט רשאי להורות, לפי סעיף 26 לפקודת הראיות, כי המומחה כותב חוות הדעת ייחקר בבית המשפט, מיוזמתו או לבקשת בעל דין.

37. טנצר לא היה מיוצג במהלך הדיון בבית המשפט המחוזי. היעדר ייצוג עלול לפגום ביכולתו של נאשם לקבל החלטה מושכלת בדבר הויתור על חקירה נגדית של כותב חוות הדעת, וזאת בשל חוסר המיומנות של הנאשם עצמו, במרבית המקרים,

להעריך ולשקול את טיב ומהות הראיות המובאות ולאמוד את מידת האפקטיביות של החקירה הנגדית (ראו קנת מן "אפליית נאשם לרעה על רקע חוסר ביצוע החקירה שכנגד" הפרקליט לח 469 (תשמ"ח)). ואמנם, עובדת אי ייצוגו של טנצר הטילה על בית המשפט חובה מוגברת לשמור על זכויותיו (על חשיבות השמירה על זכות הייצוג בפלילים, ראו: ע"פ 5889/01 נחום נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 817 (2005) (להלן: עניין נחום); בג"צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746 (2004); ראו גם איתן מגן "הזכות לייצוג בפלילים" הפרקליט מד 243 (תשנ"ט)). עם זאת, הדאגה לזכויותיו הדיוניות של טנצר אינה לובשת צורה אחרת, ועובדת היותו בלתי מיוצג אינה מחייבת את בית המשפט לדחות את ההסכמה הדיונית אליה הגיעו הצדדים ולהורות על חקירה נגדית של כותבי חוות הדעת. בסעיף 10ב לפקודת הראיות אין כדי לשנות קביעה זו, וזאת מכוח הוראת סעיף 10ג לפקודה, הקובע כי אין בסעיף 10ב כדי "לפסול ראיה שהיא כשרה לפי דין אחר". "דין אחר" לעניין זה הן הוראות סעיפים 20-26 לפקודה, העוסקות בחוות דעת מומחה.

38. במקרה שלפנינו, לא שוכנענו כי השימוש שנעשה בחוברת כראייה פגע בזכויותיו הדיוניות של טנצר או גרם לעיוות דין. יודגש ראשית, כי סעיף 20 לפקודת הראיות, העוסק בחוות דעת מומחה, מאפשר קבלת חוות דעת כאמור כראיה, מבלי שהמומחה ייחקר עליה בבית המשפט כל עוד לא נגרם עיוות דין. כשם שצוין, בשימוש שנעשה בחוברת לא היה ממילא כדי להשפיע על תוצאת פסק הדין לאור קביעתנו שהירקות המוקפאים אינם מקיימים את תכליות הפטור החקלאי אף בלא קשר למבחן השינוי. מעבר לכך, מצאנו שהשימוש בחוברת לא פגע בזכויות דיוניות בשם לב לעובדה שהחוברת הוגשה על ידי לימור וסנפרוסט החולקים אינטרס משותף עם טנצר בשאלת הפטור החקלאי; כל שאר המערערים אשר ניאותו לקחת חלק בהסכמה הדיונית היו מיוצגים על ידי סגורים שלא הוכח ואף לא נטען כי השיקולים שנשקלו על ידם אינם עולים בקנה אחד עם טובתו של טנצר ולא נטען בשום שלב כי קיים ניגוד עניינים ביניהם; בפועל נמנע המערער מלפרט כיצד היה פועל לו זכה לייצוג בעת ההחלטה על ההסכמה הדיונית והאם קיים סיכוי משמעותי כי לו היה מיוצג, הייתה תוצאת ההליך שונה. משכך, ובמיוחד בהתחשב בכך שההכרעה בעניין

נפלה על תכליות הפטור החקלאי, לא ראינו להיעתר לבקשתו של טנצר ולזכותו מאשמה, חרף העובדה שלא זכה לייצוג משפטי.

פסק הדין בעניין פוד-קלאב

39. פרק נבחר בטענות הצדדים, הוקדש לדיון בפסק הדין בעניין פוד-קלאב. המערערים ביקשו לראות בפסק הדין קביעה פוזיטיבית, שאף אם אינה מחייבת, נושאת היא משקל רב, באשר לסיווג מוצרים חקלאיים מוקפאים כתוצרת חקלאית הראויה להגנת הפטור החקלאי. לטענת המערערים, בעניין פוד-קלאב נקבע על-ידי בית הדין להגבלים עסקיים כי תהליכי העיבוד של עוף קפוא הנעשים בטרם שיווקו אינם שוללים את היותו "תוצרת חקלאית". לדבריהם, מעניין פוד-קלאב ניתן ללמוד על דרך יישומם של המבחנים להבחנה בין תוצרת חקלאית לבין מוצר שיוצר ממנה. לטענתם, התוצאה שלפיה עוף קפוא ייחשב לתוצרת חקלאית לעניין הפטור החקלאי, ולעומתו הירקות המוקפאים ייחשבו למוצר שיוצר מתוצרת חקלאית, מביאה למצב אבסורדי שאין לקבלו. על כך משיבה המדינה כי צדק בית המשפט המחוזי כשפסק כי "אין לתלות בפסק דין פוד-קלאב את אשר תולים בו הנאשמים" וזאת משני טעמים: ראשית, משום שקביעותיו של בית המשפט לא עסקו בעוף קפוא אלא במה שכונה "עוף מעובד" ומכאן שלא נקבעה כל הלכה בנוגע לסיווג מוצרים קפואים כ"מוצר שיוצר מתוצרת חקלאית"; שנית, היות שבין כך ובין כך קבע בית המשפט בסופו של הדיון כי ההסדרים הכובלים הנטענים אינם חוסים תחת הפטור החקלאי היות שלא כל הצדדים להסדרים הנטענים הם בגדר "המגדלים או המשווקים בסיטונות" ומכאן שכל קביעותיו של בית המשפט בעניין זה לא הולידו ממילא כל הלכה.

40. לאחר ששבנו ועיינו בפסק הדין בעניין פוד-קלאב, סבורים אנחנו כי הצדק עם המדינה, וכי אין ללמוד מפסק הדין קביעה ברורה בנוגע לסיווגם הנכון של מוצרים מוקפאים. כשם שציינה המדינה, למעט במקרה אחד נמנע בית המשפט מלנקוב במילה "הקפאה" לאורך הדיון שקיים בשאלת הפטור החקלאי, ותחת זאת דן הוא ב"עוף מעובד" אותו הגדיר כ"פטם או הודו אשר עבר תהליך של שחיטה, פירוק, הכשרה,

או עיבוד אחר במשחטה". אכן, וכפי שנאמר על-ידי המדינה, ייתכן והמונח "עיבוד אחר" טומן בחובו גם הקפאה, ואולם הדבר לא נקבע במפורש בפסק הדין. יתרה מכך, גם מדברי בית המשפט לפיהם סיבה מרכזית לסיווג העוף הקפוא כמוצר חקלאי הינה ש"אי החלת הפטור על עופות מעובדים, בשל כך שאלה אינם מוצרים חקלאיים כמשמעותם בחוק, תמנע מראש את החלת הפטור על חלקו הגדול של השיווק הסיטונאי של עופות", ניתן להסיק כי בית המשפט אינו דן דווקא בעופות מוקפאים. הדבר נובע מכך שכשם שציינו לימור וסנפרוסט, "חלק לא מבוטל מן העופות המשווקים בישראל משווקים כעופות טריים שאינם מוקפאים" ומכאן שקביעה כי באי החלת הפטור לא תזכה מרבית השיווק הסיטונאי של עופות להגנה אינה מתיישבת עם התייחסות דווקא לעופות מוקפאים.

באשר לטענת המערערים כי סיווג העוף המעובד כתוצרת חקלאית מעמיד את אי סיווגם של הירקות המוקפאים באותו האופן באור בלתי עקבי, ייאמר כי את קביעותיו של בית המשפט יש לראות על רקע הנמקותיו. בית המשפט בעניין פוד-קלאב נקט במבחן שונה מזה שבו נקטנו אנו ומזה שנקט בו בית המשפט המחוזי בענייננו, לשם קביעת גבולות הפטור החקלאי. בית המשפט לא עמד על אופי השינוי שנגרם לעוף במהלך עיבודו, הסתפק בהצבעה על ענף השחיטה ככזה העומד "בקו התפר שבין החקלאות לבין התעשייה" וחתם בקביעה שהיקף תחולתו של הפטור החקלאי אינו יכול להיקבע על בסיס טיבו ואופיו של העוף המעובד או לפי טיבו של הליך השחיטה (סעיף 134 לפסק הדין). תחת זאת נימק כאמור בית המשפט את קביעתו כי יש לראות בעוף המעובד מוצר שיוצר מתוצרת חקלאית (שאף היא לא נאמרה באופן מפורש) בכך שקביעה אחרת תרוקן במידה רבה את הפטור מתוכן משמרבית השיווק הסיטונאי של עוף הוא של עוף מעובד. איני סבורה איפוא כי ניתן ללמוד מעניין פוד-קלאב קביעות הסותרות את הקביעות שנקבעו בענייננו. לכך יוסף, כי בערר 2/94 (י-ם) תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא פורסם, 27/2/95)) שניתן אמנם לפני עניין פוד-קלאב, נקבע כי לעניין ההבחנה בין תוצרת חקלאית לבין מוצר שיוצר ממנה לפי סעיף 3(4) לחוק ההגבלים העסקיים, נחשב ענף המשחטות לענף תעשייתי (סעיף 2(ד) לפסק הדין), אף אם לא נשללה האפשרות שהפטור החקלאי חל על העוף המעובד.

לסיכום נקודה זו, לא ראינו בפסק הדין בעניין פוד-קלאב כל קביעה שאינה מתיישבת עם המסקנה אליה הגענו בתיק דנן, ודין הטענה בעניין זה להידחות.

טענת לימור וסנפרוסט לקיומו של הצדק סביר להתנהגותם

41. לטענת לימור וסנפרוסט, קיים הצדק סביר להתנהגותם של המערערים. לדידם, בהימצא מחקרים אובייקטיביים המעידים כי ירקות מוקפאים זהים לירקות טריים, ולאור העובדה שהמערערים פעלו באקלים משפטי מעורפל, אשר בו סביר יהיה להניח כי ירקות מוקפאים דומים בתכונותיהם לירקות טריים, יש להחיל בעניינם את הגנת ה"הצדק הסביר" וכל ספק או אי בהירות צריכים לפעול לטובת המערערים.

אף מבלי לבחון את מידת התאמתה של טענת "ההצדק הסביר" להליך הפלילי, יש לדחות את טענתם של לימור וסנפרוסט כי אין להרשיעם בפלילים לאור חוסר הבהירות שאפיינה את שאלת פרשנותו של הפטור החקלאי, והספקות שהתעוררו בעניינו. המדינה סקרה בפנינו מקורות מספר המלמדים כי בזמן עריכת ההסדרים שבין המערערים, לא סברו הם, או למצער קינן בהם חשש, שמא הפטור החקלאי אינו חל על עניינם. כך, בתשובה לשאלה האם סנפרוסט ניסתה לתאם את מחירי המכירה של הירקות המוקפאים בישראל, שנשאל במסגרת חקירתו ברשות ההגבלים העסקיים, השיב לימור כי "אפשר לדרוש מהמנכ"ל של סנפרוסט שיבין שזו עבירה על החוק (... ) ללכת להציל את כלל במחיר של עבירה על החוק זה לא הגיוני" (עמ' 4 למסמך ההסכמות בין המאשימה לבין לימור וסנפרוסט שהוגש כת/2 לעונש). בהמשך נשאל לימור: "האם במפגשים עם שאר היצרנים שוחחתם על כך שייתכן שיש בעיה חוקית לתאם את מחיר הייצוא?" והשיב: "אני לא זוכר, יכול להיות שכן" (שם). ואמנם בית המשפט המחוזי דחה בגזר דינו את טענותיו של לימור כי לא היה מודע לכך שהוא עובר עבירה וקבע כי "דומני כי ידע הנאשם 8 (לימור-ע.א) גם ידע על אי החוקיות שבדבר, הוא וחבריו הנאשמים ביחד עמו" (פסקה 17 לגזר הדין מיום 2.6.02).

כך גם לגבי מרגלית. בהודעתו מיום 2.6.02 ציין מרגלית שהוא "חושב שתיאום מחירים הוא לא חוקי, הוא לא יעבוד לעולם בענף הזה. זה לא ענף שיכול להתקיים בו תיאום מחירים" (עמ' 5 למסמך ההסכמות בין המאשימה לבין מרגלית שהוגש כת/1 לעונש). בהמשך הוסיף מרגלית כי "לא תיאמנו שום מחירים לגבי שום לקוח כיוון שזה לא חוקי". ואמנם, בהסדר הדיוני אשר נחתם בין הצדדים, הסכימו כל המערערים על העובדה-

"שאף אחד מהנאשמים טען בחקירתו שסבר שמותר לתאם מחירים ו/או הנחות של ירקות מוקפאים או לחלק לקוחות בנוגע לירקות מוקפאים בהיות ירקות מוקפאים תוצרת חקלאית"

42. עינינו הרואות: המערערים שלפנינו ידעו או לפחות חשדו ו"עצמו את עיניהם" אל מול האפשרות שהמהלך הקרטליסטי שביצעו אינו חוקי ואינו חוסה תחת כנפי הפטור החקלאי. אף אם המצב המשפטי בסוגיות שעל הפרק לא היה ברור דיו, במצב שבו הנאשם היה מודע לאפשרות הממשית כי הדרך שבה בוחר הוא לילך עלולה להתברר כמנוגדת לחוק, אין לקבל את טענתו לקיומו של הצדק סביר.

סיכום

43. בחנו את טענתם המקדמית של המערערים לתחולת הפטור החקלאי הניתן לפי תנאי סעיף 3(4) לחוק ההגבלים העסקיים, על שיווק ירקות מוקפאים. מצאנו כי לאור תכליות הפטור החקלאית ותכליתו הכללית של חוק ההגבלים העסקיים, אין לראות את הירקות המוקפאים כתוצרת חקלאית, ואין לפטור את העוסקים בשיווק ירקות המוקפאים מן האיסור להיקשר בהסדרים כובלים.

התיישנות העבירות

44. מרגלית טען בבית משפט קמא טענה מקדמית, לפיה כתב האישום נגדו הוגש לאחר שחלפה תקופת ההתיישנות. טענתו נדחתה, והוא שב וטוען אותה בערעור.

וכך היא הטענה: העבירות המיוחסות למרגלית בכתב האישום הינן כולן מסוג עבירות ה"עוון". על פי הוראות סעיף 9 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חסד"פ) :

9(א) באין הוראה אחרת לענין זה בחוק אחר, אין להעמיד אדם לדין בשל עבירה אם עברו מיום ביצועה -

(1) בפשע שדינו מיתה או מאסר עולם - עשרים שנים ;

(2) בפשע אחר - עשר שנים ;

(3) בעוון - חמש שנים ;

(4) בחטא - שנה אחת.

(ב) בעבירות לפי החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, התש"י-1950, 7, ולפי החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י-1950, 8 - אין התיישנות.

(ג) בפשע או בעוון אשר תוך התקופות האמורות בסעיף קטן (א) נערכה לגביהם חקירה על פי חיקוק או הוגש כתב אישום או התקיים הליך מטעם בית המשפט, יתחיל מנין התקופות מיום ההליך האחרון בחקירה או מיום הגשת כתב האישום או מיום ההליך האחרון מטעם בית המשפט, הכל לפי המאוחר יותר.

המערער מרגלית פרש מעבודתו בחברת כור תעשיות בע"מ (הנאשמת 7 בכתב האישום) ביום 25.2.1996, והתביעה אינה חולקת כי מיום זה ואילך הסתיים חלקו בביצוע העבירות נשוא כתב האישום. תקופת חמש שנות ההתיישנות נשלמה איפוא לכאורה ביום 24.2.2001. כתב האישום הוגש כעבור למעלה מארבע שנים (ביום 1.6.05).

45. המאשימה טענה בבית המשפט קמא, כי בטרם חלפה תקופת חמש השנים מיום ביצוע העבירות (24.2.01) פתחה הרשות בחקירת העבירות נשוא כתב האישום, ועל כן, על פי סעיף 9(ג) לחסד"פ, לא תתחיל תקופת ההתיישנות להימנות אלא "מיום ההליך האחרון בחקירה", ומאותו היום ועד להגשת כתב האישום לא חלפה תקופת ההתיישנות בת חמש השנים.

לטענת המדינה, פעולת החקירה הראשונה התקיימה ביום 15.1.01, שעה שבמהלך חיפוש שערכו חוקרי הרשות נתפסו על ידם ארבעה מסמכים שהיו בהם הוכחות לכאורה לביצוע העבירות נשוא כתב האישום דנן. פעולת החיפוש נערכה במסגרת חקירה אחרת שעסקו בה חוקרי הרשות (חקירת הסדרים כובלים בין פרי גליל לרשתות השיווק).

פעולת החקירה הבאה הייתה ביום 24.1.01. אותו היום שלחו החוקרים הזמנה לחקירה אל מנכ"ל פרי גליל שיווק, מר אדי גלבוע, לימים עד המדינה בפרשת האישומים דנן. ארבעה ימים לאחר מכן, ביום 28.1.01, נערכה פגישה בין החוקרים לבין אדי גלבוע ועורך דינו, במהלכה נדונה הצעת האחרון להסדר חסינות למרשו תמורת נכונותו להעיד על מעשי הנאשמים השונים בעבירות של הגבלים עסקיים, לרבות הפרשה דנן.

פעולת החקירה הרביעית, כך הטענה, הייתה ב-12.2.01. אותו היום התקשרה טלפונית אחת החוקרות אל מר אדי גלבוע, ובמהלך שיחתם (שתועדה בזיכרון דברים) ביררה עמו היכן ניתן למצוא מסמכים שונים ביחס לפרשה דנן, ואדי גלבוע מסר לה פרטים מדויקים באלו משרדים, באלו חדרים ובאלו קלסרים ניתן יהיה למוצאם.

פעולת החקירה החמישית הייתה ב-20.2.01. אותו היום התקיימה פגישה בהשתתפות פרקליט מחוז ירושלים, סגן היועץ המשפטי של הרשות להגבלים עסקיים ומנהל מחלקת החקירות של הרשות. באותה הפגישה נבחנה ואושרה הצעתו

של מר אדי גלבוע להיות עד מדינה בשתי פרשיות של הסדרים כובלים, אחת מהן פרשת האישומים דנן.

חמש פעולות החקירה הנ"ל (הראשונה ב-15.1.01 והאחרונה ב-20.2.01) נערכו בטרם חלפו חמש שנים "מיום ביצוע העבירה" (25.2.96, מועד פרישתו של מרגלית מהנאשמת 7), ועל כן – כך טענת המדינה – היה בכל אחת מהן – ובכולן יחדיו – לקטוע את תקופת ההתיישנות ולהעתיק את מועד תחילתה למועד סיום החקירה.

46. הנאשם מרגלית טען לעומתה, כי אף לא אחת מחמשת הפעולות הנ"ל עולה כדי "פתיחת החקירה" (כמובן הדברים בס"ק 9 (ג) לחסד"פ). החיפוש מיום 15.1.01 נערך במסגרת חקירה אחרת ונפרדת שניהלה הרשות (פרשת "רשתות השיווק"), ובדרך אגב נתפסו במהלכו ארבעת המסמכים, שלימים נתברר כי הם קשורים לחקירת הפרשות נשוא כתב האישום דנן (פרשת "הירקות הקפואים").

זימונו מיום 24.1.01 של אדי גלבוע לבוא לחקירה, אין בו ללמד כי נועד לחקירת הפרשה נשוא האישומים דנן ואין בו כשלעצמו ללמד על "פתיחת חקירה" בחשדות דנן, להבדיל מהפרשה האחרת (רשתות השיווק) שהחקירה בה הייתה בעיצומה. כך טוען מרגלית גם לגבי הפגישה עם מר גלבוע שהתקיימה ב-28.1.01, בשיחת הטלפון עמו מ-12.2.01 ובישיבה עם פרקליט המחוז מ-20.2.01.

כל אלה עסקו, לטענתו, בבדיקות מוקדמות לעניין אפשרות מתן מעמד עד מדינה לאדי גלבוע ביחס לפרשה האחרת, מבלי שהוחל כלל אותה שעה בחקירת הפרשה דנן.

47. בהחלטת בית המשפט קמא מיום 10.4.06 נתקבלו טענותיו של מרגלית לעניין החיפוש מיום 15.1.01 וזימונו של גלבוע מיום 24.1.01 להופיע לחקירה. נקבע, כי שתי הפעולות האמורות היו על פניהן בגדרה של החקירה האחרת שניהלה

הרשות (רשתות השיווק), ואין בהן אינדיקציה בדבר היותן פתיחת החקירה בעניין האישומים דנן.

לעומת זאת, מצא בית המשפט קמא כי הישיבה שהתקיימה ביום 28.1.01 בין אדי גלבוש ועורך דינו לבין חוקרי הרשות יש לראות בה את תחילת החקירה בפרשת האישומים דנן. כזכור, אותה ישיבה הייתה תחילתו של משא ומתן בין גלבוש ועורך דינו לבין חוקרי הרשות בהצעת גלבוש להיות עד מדינה. חלק מהישיבה הוקדש לבירור גרסתו לעניין החקירה האחרת, פרשת פרי הגליל ורשתות השיווק.

אולם, במהלך אותה הישיבה הוצגו בפניו על ידי החוקרים המסמכים שנתפסו על ידם בחיפוש שנערך שבועיים לפני כן (ב-15.1.00) ואשר מתוכם נבטו החשדות לעניין העבירות שלימים פורטו באישומים נשוא כתב האישום דנן. שיחה מקדימה זו כללה שאלות חקירה והבהרה שהפנו החוקרים אל גלבוש לעניין החשד שהחל מתעורר ביחס לעבירות נשוא פרשת "הירקות הקפואים" העומד בבסיס האישומים בכתב האישום שבעניינו. תוכן השיחה האמורה הועלה בזיכרון דברים מפורט שהוצג בפני בית המשפט.

השופט קמא מוסיף ומציין, כי אותו זיכרון דברים נמנה על "חומר החקירה" (כמובנו בס' 74 לחסד"פ) באישומים דנן, שעל התביעה לגלותו בפני הנאשמים, הגם שתוכנו אינו יכול לשמש ראיה כנגד גלבוש, וזאת מכוח הנחיות היועץ המשפטי לממשלה לעניין עדי מדינה.

לאור מסקנתו כי הישיבה האמורה מיום 28.1.01 היוותה את "תחילת החקירה" באישומים דנן, כמובן הדברים בסעיף 9(ג) לחסד"פ, דחה בית המשפט את טענת ההתיישנות שהעלה מרגלית.

כיוון שכך, מצא בית המשפט כי התייתר הצורך לבדוק אם גם הפעולות הנוספות מ-12.2.01 ומ-20.2.01 היו בגדר פעולות חקירה באישומים דנן, אם כי הוסיף וציין כי דעתו לעניין זה הינה כעמדת המאשימה, לפיה גם שתי פעולות אלה

נכללות בגדרה של החקירה שהתנהלה במסגרת האישומים נשוא כתב האישום שבפנינו.

48. סנגורו של מרגלית, עורך הדין ז' חן, משיג בהודעת הערעור שבפנינו וביתר שאת בטיעונו על פה כנגד החלטתו האמורה של השופט קמא. לטענתו, הזימון לחקירה שנשלח לגלבווע ביום 24.1.01 היה לצורך חקירתו בפרשה האחרת (רשתות השיווק) ולא בפרשת "הירקות הקפואים" נשוא האישומים דנן. כך גם קבע בית משפט קמא ביחס לאותו הזימון. כיוון שכך, אין לראות בהתייבבותו לחקירה ביום 28.1.01, עקב אותו הזימון, משום חקירה בחשדות לעניין "הירקות הקפואים".

הסנגור אינו חולק כי במהלך ישיבת 28.1.01 העלה גלבווע גם נושאים הקשורים לפרשת הירקות הקפואים ונשאל שאלות על ידי החוקרים לעניין זה, תוך הפנייתו למסמכים שנתפסו בחיפוש מיום 15.1.01. אין גם מחלוקת, כי החומרים שהובאו לידיעת החוקרים בישיבת 28.1.01 הנ"ל היוו נקודות מוצא ותפנית ואפשרו את קידום החקירה בפרשת הירקות הקפואים עד שהבשילה לכלל כתב האישום האישומים המפורטים בו.

על אף זאת, טוען הסנגור, ככל שישיבת 28.1.01 התייחסה לפרשה דנן, לא הייתה התייחסות זו אלא תוצר לוואי למטרה לשמה זומנה הפגישה (פרשת רשתות השיווק), ועל כן אין לראות באותה הישיבה משום פתיחת החקירה בפרשת הירקות הקפואים.

49. תימוכין לטענתו זו מבקש הסנגור למצוא בדברים שנפסקו בע"פ 207/56 צויטאט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא(1) 518. באותו עניין העבירה שיוחסה למערער הייתה עדות שקר שמסר ביום 6.7.52. תקופת ההתיישנות לאותה עבירה, אותה השעה, הייתה שלוש שנים. ב-25.4.55 מסר המערער הנ"ל עדות אחרת בפני משרד הרישום בחיפה, ושם נתעורר החשד בדבר אמיתות עדותו הקודמת. ב-13.6.55 הוגשה תלונת מנהל משרד הרישום למשטרה וביום 29.6.55 התקבל

לבקשת המשטרה תיק המערער הנ"ל במשרד הרישוי, שהיווה את חומר החקירה לכתב האישום שהוגש כנגדו ב-12.11.55.

השאלה שהתעוררה הייתה, האם החלה "פעולת חקירה" בטרם חלפו שלוש שנים מיום העבירה, דהיינו 6.7.55. לעניין זה נפסק מפי כבוד השופט ברנזון כדלהלן:

"מכאן, שעלינו להבחין בין שני שלבי חקירה שנוהלה נגד המערער.  
השלב הראשון הוא זה שבו היא התנהלה על ידי משרד מרשם התושבים או מטעמו ולמענו. בשלב זה לא היוותה החקירה יותר מאשר חקירה משרדית מוקדמת אם יש מקום להעביר את העניין לחקירה פלילית רשמית ...  
והשלב השני, שבו מקבלת החקירה אופי משטרתי רשמי, מתחיל עם עשייתה של הפעולה הממשית הראשונה על ידי המשטרה לאחר פתיחת התיק, כהכנה למשפט העתיד לבוא. פעולה כזאת היתה פניית המשטרה למשרד מרשם התושבים בדבר קבלת התיק" (שם, בעמ' 524).

הסנגור מבקש ללמוד עיקר מהתיחום הפורמאלי, העולה לכאורה מהדברים הנ"ל. לאמור, חקירה בחשדות לא תיחשב לפעולת חקירה אלא אם כן קדמה לה פעולה פורמאלית-רשמית הנושאת מעין הצהרה בדבר פתיחת מסגרת חקירתית בחשדות ספציפיים אשר רק לאחריה יוכלו פעולות החקירה לגופן להיחשב כחלק מאותה החקירה.

50. איננו מקבלים הבחנה זו שטוען לה הסנגור. ההיגדים "תלונה" ו"חקירה" ממוקמים בציר הזמן והעניין בהוראות פרק ד' לחסד"פ שכותרתו "הליכים שלפני המשפט" כדלהלן:

"58. תלונה

כל אדם רשאי להגיש תלונה למשטרה על שבוצעה עבירה.

59. חקירת המשטרה  
נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה".

מהוראות אלה ברור, כי ה"תלונה" וה"חקירה" נבדלות ביניהן הן בציר הזמן (התלונה בדרך הטבע קודמת לחקירה) והן בציר העניין. לאמור, הגשת התלונה הינה אחת הדרכים המובילות לפתיחה בחקירה. אולם, חקירה יכול ותיפתח אף מבלי שהוגשה תלונה. די בכך שדבר ביצוע עבירה (וליתר דיוק – חשד לביצוע עבירה) נודע למשטרה. הגשת "תלונה" כשלעצמה אינה עולה כדי פעולת חקירה, שכן ה"חקירה" נפתחת כאמור לאחר התלונה (ראו ע"פ 309/78 ברמי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(1) 576 (1979)). אבחנה זו שבין "תלונה" ל"חקירה" תתקיים בדרך כלל מקום שהמדובר בהגשה "טכנית" של התלונה מבלי שלוותה להגשתה פעולת חקירה מקבילה ובו זמנית. אולם אם המדובר בהגשת תלונה שכבר במהלך הגשתה נחקר המתלונן לגופן של טענותיו – במסגרת שאופייה חקירתי – יתכן בהחלט שגם תלונה שכזו המשולבת במהלך חקירתו של המתלונן תיחשב ל"פעולת חקירה" כמובנה בס"ק 9(ג) לחוק. המבחן יהיה ענייני לטיבה של התלונה, דרך הגשתה וצורת הטיפול בה בעת הגשתה.

בין אם החשד לביצוע העבירה נודע למשטרה עקב תלונה ובין שנודע לה מבלי תלונה, על המשטרה (או גוף החקירה האחר המוסמך על פי דין) לפתוח בחקירה. לאור הבחנה ברורה זו שבדין, אין מקום, לטענת סנגורו של מרגלית, כי ישיבת 28.1.01 תיחשב פעולת חקירה הואיל ולא קדמה לה תלונה. כאמור, הגשה טכנית בלבד של ה"תלונה" כשלעצמה אינה מהווה פעולת חקירה, אולם פעולת החקירה תיתכן גם מבלעדיה.

השאלה האם אותה הישיבה היוותה פעולת חקירה אם לא, תיבחן על פי שני מבחנים. הראשון, האם הדברים שבוצעו ונעשו במהלך אותה הישיבה נעשו על ידי החוקרים לאחר שנודע להם על החשד לביצוע העבירות נשוא האישומים דנן (קרטל

הירקות הקפואים); השני, האם הפעולות שנעשו באותה הישיבה היוו לגופן פעולות של "חקירה" בעניין ביצוע אותן העבירות.

התשובה לשתי השאלות הינה בחיוב. כמפורט לעיל, קדמו לישיבת 28.1.01 שתי פעולות נוספות, החיפוש מיום 15.1.01 במשרדי פרי הגליל ובו נתפסו ארבעה מסמכים העוסקים ישירות בפרשת הירקות הקפואים, והפעולה הנוספת מיום 24.1.01 בה זומן אדי גלבוע לחקירה בעקבות ממצאי אותו החיפוש. מהלך ישיבת 28.1.01 תועד בזיכרון דברים מפורט שהוגש בהסכמה לבית המשפט קמא. עיון בזיכרון דברים זה (נספח כ"ב למוצגי המדינה), מעלה כי פרשת הירקות הקפואים (נשוא העתירות דנן) תפסה מקום מרכזי באותה הישיבה, תוך הפניית שאלות וקבלת הבהרות מאדי גלבוע לעניין זה בכלל ולעניין חלק מהמסמכים שנתפסו בחיפוש מיום 15.1.01 בפרט.

בכל קנה מידה שנבחר בו, עולים חילופי הדברים, השאלות, התשובות וההבהרות בין החוקרים לבין אדי גלבוע וסנגורו באותה הישיבה כדי פעולות חקירה שנועדו מלכתחילה לחקור ולברר בעניין קרטל הירקות הקפואים שהינו נשוא העבירות דנן.

העובדה כי אותה ישיבה התנהלה במסגרת משא ומתן בהצעת גלבוע לקבלת מעמד של עד מדינה בפרשה, אינה גורעת מאופייה ומתוקפה ה"חקירתי" של אותה הישיבה. חקירה, מעצם טבעה, הינה תהליך מתמשך ומתגלגל. שעה שהחוקרים בוחנים הצעת פלוני לשמש עד מדינה – בטרם יועבר הנושא לאישור הדרגים המוסמכים לכך – מבצעים הם בכך פעולת חקירה. יתכן שבהמשך יבשילו הדברים לכלל ראיות שיהיו קבילות בהליך המשפטי, יתכן ולא. כך או אחרת, הפעולה כשלעצמה, גם בשלב המשא ומתן הראשוני, הינה "פעולת חקירה" מובהקת.

51. צדק איפוא בית המשפט קמא בקובעו כי ישיבת 28.1.01 היוותה אירוע מפסיק של מרוץ ההתיישנות, כמובן הדברים שבסעיף 9(ג) לחוק. מכך מתבקשת מאליה המסקנה, כי שתי הפעולות הנוספות, מ-12.2.01 ומ-20.2.01, מהוות חוליות

המשך לחקירת העבירות דנן, וזאת מתוך טיב הפעולות שהתבצעו במהלכן (בירור טלפוני עם גלבוה לגבי איתור ומציאת מסמכים שונים ביחס לקרטל הירקות הקפואים וישיבה עם פרקליט המחוז לאישור הסכם עד המדינה עם גלבוה).

נוכח מסקנה זו, מתייטר הצורך לשוב ולבחון, כבקשת ב"כ המדינה, את צדקת החלטת בית המשפט קמא כי הפעולות מ-15.1.01 (החיפוש) ומ-24.1.01 (זימון גלבוה לחקירה) לא היו פעולות חקירה כמובן סעיף 9(ג) בעבירות דנן.

אכיפה סלקטיבית ושיהוי

החלטת בית המשפט המחוזי

52. ביום 10.4.06 דחה בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופט נ' סולברג) את הטענות המקדמיות אותן העלו המערערים. נתייחס רק לפרקים בהחלטה הרלוונטיים לטענות שהעלו המערערים בפנינו בערעור זה, ואלו הם הפרקים העוסקים באכיפה סלקטיבית ובישיהוי.

בית המשפט המחוזי דחה את שני היבטיה של טענת ההפליה אותה העלו המערערים והם הימנעות מהגשת כתבי אישום במקרים אחרים בהם הופר חוק ההגבלים העסקיים וכן הימנעות מהגשת כתבי אישום לחברות ואנשים אשר לקחו חלק בפרשה שלפנינו. בית המשפט דחה טענה זו בקובעו כי לרשויות התביעה ואכיפת החוק מוקנית הסמכות להחליט מתי, ובאילו נסיבות, להגיש כתבי אישום וכי בית המשפט יתערב במקרים של אכיפה בדרגתית רק כאשר החלטותיה של התביעה נבעו מטעמים שאינם כשרים. בית המשפט קמא התייחס במפורש לטענותיו של טנצר לעניין העובדה שהוחלט שלא להעמיד את חברת תנובה לדין למרות שהיה ידוע כי הייתה מעורבת בהסדרים כובלים עם משחטות העוף. בעניין זה קבע בית המשפט כי המערערים אינם היחידים שהוגש נגדם כתב אישום בגין עבירות של הסדרים כובלים וכי המשיבה הסבירה מדוע לא הוגשו כתבי אישום במקרים אחרים ולכן נראה כי הרשות לא הונחתה על-ידי שיקולים זרים. בנוגע לרכיב השני של טענת ההפליה,

ציין בית המשפט כי המשיבה הסבירה מדוע לא הגישה כתב אישום כנגד חברות ונושאי משרה אחרים בפרשה זו וזאת מחמת שיקולים שונים כגון העדר עניין לציבור, התיישנות וקשיים ראיתיים. לאור סיבות אלו קבע בית המשפט כי ההחלטה להגיש כתב אישום כנגד הנאשמים דווקא ולא כנגד גורמים אחרים הינה החלטה סבירה.

לעניין השיהוי, קבע בית המשפט כי אמנם עבר זמן רב ממועד ביצוע העבירות, אך היות ומדובר בעבירות כלכליות לא מדובר בפרק זמן בלתי-סביר ובשיהוי המצדיק את ביטולו של כתב האישום.

טענותיהם של לימור וסנפרוסט

53. בערעור מעלים לימור וסנפרוסט שתי טענות במסגרת הטענה המקדמית של הגנה מן הצדק אותן דחה בית המשפט המחוזי והן טענת האכיפה הסלקטיבית וטענת השיהוי.

בעניין האכיפה הסלקטיבית טוענים השניים כי דוקטרינת "ההגנה מן הצדק" אשר התקבלה במשפט הישראלי מאפשרת להעלות טענות בנוגע לביטולו של כתב האישום, ובכללן טענה של אכיפה סלקטיבית, אף כאשר התביעה פעלה בתום לב וכי לא בכל מקרה יש להראות כי התנהגותה של התביעה הייתה שערורייתית. לימור וסנפרוסט טוענים כי עמדתם אכן עוררה בבית המשפט המחוזי תחושת הפליה, אשר ציין כי לא כל המעורבים בפרשה נותנים את הדין על מעשיהם. בנוסף, טוענים הם כי כל הנחקרים בתיק זה ציינו באופן ברור כי בשוק המשומרים התקיימו הסדרים קובלים באופן שוטף ולכן העובדה שלא הגישו כתב אישום נגד חברות בשוק זה מעידה על אכיפה סלקטיבית הפוגעת בשוויון.

בעניין השיהוי טוענים לימור וסנפרוסט כי חלפו עשר שנים מן המועד בו חדלו מביצוע העבירות ועד למועד בו הם נדרשים לרצות את עונשם. לטענתם, אין

כל הסבר לשיהוי זה, אשר אינו סביר, אף כאשר מדובר בעבירות כלכליות וכי היה בו בכדי להקשות על מלאכת ההגנה שלם וגרם להם נזק ראייתי בלתי הפיך.

טענותיו של טנצר

54. טנצר טוען כי דוקטרינת ההגנה מן הצדק חלה בענייננו באופן אשר מחייב את ביטול כתב האישום. המערער היה צד להליך קודם (עניין פוד קלאב), אשר לטענתו נקבע בו כי עוף קפוא הינו בגדר תוצרת חקלאית ולכן לא ניתן לטעון כיום כי הפטור החקלאי שבסעיף 3(4) לחוק ההגבלים העסקיים אינו חל על ירקות קפואים. עוד טוען המערער כי הממונה החליט שלא להעמיד לדין פלילי את חברת תנובה, למרות שסבר כי הייתה צד להסדרים כובלים אסורים בעניין פוד קלאב.

טענות המדינה בתגובה לערעורם של לימור וסנפרוסט

55. המשיבה דוחה את טענות המערערים בעניין אכיפה סלקטיבית וטוענת כי מדובר בטענות לא מבוססות אשר אינן נסמכות על עובדות כלשהן. לימור וסנפרוסט אינם מעלים טענות קונקרטיות בנוגע לאי העמדה לדין של מעורבים אחרים בפרשה וכן אינם מבססים את טענתם לפיה יש להעמיד לדין את החברות בשוק שימורי הירקות והדגים. עוד טוענת המשיבה, כי בדיון בפני בית המשפט קמא התייחסה התביעה לנושא זה וציינה כי אין תשתית ראייתית מספקת אשר תצדיק את חקירתן של אותן חברות, והסברה התקבל על-ידי בית המשפט. לעמדת המשיבה יש לדחות אף את טענת המערערים בעניין השיהוי וזאת היות ולמעשה עברו פחות מארבע שנים וחצי מן היום שבו נודע לרשות ההגבלים העסקיים על העבירה ועד ליום הגשת כתב האישום. עוד טוענת המשיבה, כי השניים לא שיתפו פעולה עם גורמי החקירה וכי טענתם בנוגע לנזק ראייתי שנגרם להם אינה מפורטת ואינה מבוססת ולכן לא ניתן לקבלה.

טענות המדינה בתגובה לערעורו של טנצר

56. לטענת המשיבה אין לקבל את טענתו העיקרית של טנצר, לפיה יש לבטל את כתב האישום כנגדו היות ולא הוגש גם כתב אישום כנגד תנובה, וזאת היות וההחלטה שלא להעמיד את חברת תנובה לדין לא נבעה משיקולים זרים. לטענת המשיבה, רשות ההגבלים העסקיים פעלה בצורה סבירה כאשר החליטה לנקוט בהליך של בקשת צו מניעה ולא לפעול להגשת כתב אישום כנגד תנובה וזאת, בין היתר, היות ומדובר בהסדרים כובלים אשר התקיימו במשך עשרות שנים בגלוי. עוד טוענת המשיבה, כי לא מדובר במקרה זה באכיפה סלקטיבית היות והממונה על ההגבלים העסקיים פעל כנגד תנובה במספר מישורים והיא אף הועמדה לדין פלילי פעמיים בגין הפרה של חוק ההגבלים העסקיים בטרם פתיחת ההליכים בתיק זה. באשר למעורבותו של המערער בפרשת פוד קלאב, שבה המשיבה וטוענת כי באותה פרשה לא נקבעה כל הלכה בקשר לעוף קפוא וכן כי אין כל קשר סיבתי בין אותה פרשה לבין המקרה דנן אשר יצדיק את ביטול כתב האישום. לבסוף, טוענת המשיבה כי העובדה שבית משפט קמא התייחס בפסק דינו אל תחושותיו הקשות של המערער באשר לכך שתנובה לא הועמדה לדין, אינה מצדיקה את ביטול כתב האישום וכי דווקא אי העמדתו לדין היא שהייתה יוצרת הפליה לעומת המורשעים האחרים בפרשה.

דיון

57. טענת ההגנה מן הצדק, הקובעת כי ישנן נסיבות בהן מוסמך בית המשפט לבטל כתב אישום אשר הגשתו עמדה בסתירה לעקרונות הצדק וההגינות, הוכרה כדוקטרינה מקובלת במשפט הישראלי בע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996), בו נקבע המבחן הבא להחלטה של הדוקטרינה:

"המבחן הקובע כפי שאני רואה לאמצו, הוא מבחן "ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות היינו התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם... המדובר במקרים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסאלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו. ברי כי טענה כגון זו תעלה ותתקבל במקרים נדירים

ביותר, ואין להעלותה כדבר שבשגרה ובענייני דיומא סתם. חשיבותה של טענת ההשתק הפלילי למקרים בהם התנהגות הרשות הייתה כה מקוממת עד כי אי אפשר להרשיע אדם, כשמי שמעמדו לדין הוא שהביאו לכלל מעשה" (שם, בעמוד 370).

בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (להלן: פרשת בורוביץ), חזר בית משפט זה על ההלכה לפיה טענת ההגנה מן הצדק תתקבל במקרים נדירים בלבד, אך יחד עם זאת קבע כי ניתן יהיה להעלותה גם במקרים בהם התנהלותה של התביעה הייתה רשלנית אך באופן אשר אינו עולה עד כדי התנהגות שערורייתית:

"...ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני שבית המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר. בדרך כלל יידרש הנאשם להראות שהתקיים קשר סיבתי בין התנהגותו הנפסדת של הרשויות לבין הפגיעה בזכויותיו, עם זאת אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיוחס לא להתנהגות שערורייתית של הרשויות, אלא למשל לרשלנותן, או אף לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל עיקר אך המחייבות, ומבססות, בבירור את המסקנה כי במקרה הנתון לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות. אך נראה כי מצב דברים כזה אינו צפוי להתרחש אלא במקרים חריגים ביותר" (שם, בעמוד 207).

באותה פרשה נקבע מבחן משולש אשר יש להחילו כאשר מועלית טענת הגנה מן הצדק. לפי מבחן זה יש לבחון בשלב הראשון מהם הפגמים שנתגלו בהליך המשפטי שננקט כנגד הנאשם ומהי עוצמתם; בשלב השני יש לקבוע האם ניתן לקיים את ההליך הפלילי, בצורה הוגנת וצודקת, חרף הפגמים שנתגלו בו. בשלב זה על בית המשפט לאזן בין האינטרסים הרלוונטיים השונים תוך התחשבות בנסיבות כל מקרה ומקרה והתייחסות, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם, למידת הפגיעה ביכולתו להתגונן כראוי ולמידת אשמתה של הרשות. בשלב השלישי על בית המשפט לבדוק, במידה והשתכנע כי ההליך אכן נוהל באופן אשר נוגד את עקרונות הצדק וההגינות, האם ניתן לנקוט באמצעים מתונים יותר מאשר ביטול כתב-האישום על-מנת לרפא את הפגמים.

58. לאחרונה, עוגנה דוקטרינת ההגנה מן הצדק, כפי שפותחה בפסיקתו של בית משפט זה, בסעיף 149(10) לחסד"פ (ראו חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), התשס"ז-2007 (התקבל ביום 15.5.07)). לפי האמור בסעיף, נאשם רשאי לטעון טענה מקדמית לפיה "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". המבחנים שנקבעו בפרשת בורוביץ ימשיכו, אם כן, להנחות את בית המשפט בבואו לבחון האם יש לקבל טענה של נאשם לפי סעיף זה, ואף את הטענות שהועלו בעניינו נבחן לאורם.

59. לאחר שבחנו את טענותיהם השונות של המערערים באשר להתנהלותה של המשיבה בניהול ההליך הפלילי בעניינם, הגענו לכלל מסקנה כי אין מקום להחיל את דוקטרינת ההגנה מן הצדק במקרה שבפנינו וזאת מהנימוקים הבאים:

אכיפה סלקטיבית

60. כאשר הרשות מפעילה מדיניות אכיפה אשר מפלה בין פלוני לאלמוני על בסיס שיקולים זרים כגון דת, גזע או מין, או כאשר היא נוהגת במדיניות של אכיפה שרירותית, יהיה זה מוצדק, במקרים מסוימים, לבטל את כתב האישום מכוח דוקטרינת ההגנה על הצדק. יחד עם זאת, חשוב לזכור כי לא כל אכיפה חלקית הינה בהכרח אכיפה סלקטיבית פסולה. יפים לעניין זה דבריו של בית משפט זה בבג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 305, 289 (1999):

"אכיפה חלקית אינה בהכרח אכיפה פסולה. כך גם אכיפה מדגמית, שהרי המדינה אינה יכולה להקצות אלא משאבים מוגבלים לאכיפת החוק... אולם, אפשר שאכיפה חלקית תהיה אכיפה בררנית ובשל כך גם תהיה אכיפה פסולה. מהי אכיפה כזאת? ...ללא יומרה להציע הגדרה ממצה, אפשר לומר, לצורך עתירה זאת, כי אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני-אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא".

לימור וסנפרוסט מלינים על כך שלא הוגש כתב אישום נגד שווקים אחרים בהם מתקיימים, לטענתם, הסדרים כובלים, כגון שוק המשומרים. דינה של טענה זו להידחות היות והיא אינה מבוססת על תשתית עובדתית אשר ממנה ניתן ללמוד כי המשיבה פעלה ממניעים זרים (ראו ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 30.11.05, פסקה 12)). יתרה מכך, כפי שעולה מהחלטתו של בית משפט קמא, המשיבה הסבירה כי לא הגישה כתב אישום כנגד החברות בענף שימורי הירקות לאחר שפתחה בחקירה אך לא הצליחה לאסוף די ראיות וכן כי לא פתחה בחקירה בנוגע לענף שימורי הדגים מפאת חוסר תשתית עובדתית מספקת (פסקה 25 להחלטה וכן עמודים 73-74 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי מיום 7.2.06). לאור האמור לעיל נראה כי לא מדובר במקרה זה באכיפה סלקטיבית אשר נועדה להשגת מטרה פסולה או בהפעלת מדיניות אכיפה שרירותית אשר תצדיק את ביטולו של כתב האישום מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק.

61. טנצר טוען כי יש לבטל את כתב האישום שהוגש נגדו וזאת בעיקר מאחר שלא הוגש כתב אישום נגד חברת תנובה בגין מעורבותה בהסדרים כובלים עם משחטות עוף, הסדרים אשר לקיומם טען בפרשת פוד קלאב. אין בידנו לקבל טענה זו. ראשית, החלטתו של הממונה לפעול כנגד חברת תנובה באמצעים אזרחיים ולא פליליים, אשר התקבלה, בין היתר, לאור העובדה שמדובר בהסדרים אשר התקיימו במשך עשרות שנים בגלוי, הינה החלטה סבירה. בעניין זה נציין כי הממונה פעל בעבר כנגד חברת תנובה לא פעם, הן במישורים אזרחיים והן במישורים פליליים (ראו עמוד 66 לעיקרי הטיעון שהוגשו מטעם המשיבה). שנית, כשם שהוסבר באריכות, לא ניתן להסתמך בהקשר זה על פרשת פוד קלאב, כפי שמבקש לעשות המערער. באותה פרשה לא נקבע במפורש כי עוף קפוא הינו תוצרת חקלאית ובחלקים הרלוונטיים בפסק הדין דובר על עוף מעובד ולא על עוף קפוא. בנוסף, הקביעה כי הפטור בסעיף 3(4) לחוק לא חל באותו מקרה, התקבלה מטעמים אשר אינם רלוונטיים לשאלה האם מדובר בתוצרת חקלאית אם לאו (ראו פסקאות 40-39 לעיל). שלישית, העובדה שהמערער חש, באופן סובייקטיבי, כי נגרם לו עוול בכך שהוגש נגדו כתב אישום אמנם קיבלה את ביטויה בהחלטתו של בית משפט קמא (פסקה 23 להחלטה), אך יחד עם זאת, אין בתחושתו זו בכדי להביא לביטולו של

כתב האישום מקום בו אין הוכחות קונקרטיות לכך שהמשיבה פעלה ממניעים לא כשרים בהגשתו (ע"פ 1003/00 הנדימן – עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"ע לח 262 (2002); מרדכי לוי "עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה לפני פסק הדין בעניין בורוביץ ובעקבותיו" המשפט י (תשס"ה) 353, 370).

טענת השיהוי

62. לימור וסנפרוסט טוענים כי יש לבטל את כתב האישום שהוגש נגדם בשל הזמן הרב שחלף מביצוע העבירות המיוחסות להן ועד להרשעתם. אמנם, ייתכנו מקרים נדירים בהם השתהותה של התביעה בהגשת כתב האישום תהיה בלתי סבירה באופן אשר יצדיק את ביטולו של כתב האישום וזאת בייחוד כאשר השתהות זו לא נובעת מסיבות מוצדקות. איננו סבורים כי המקרה שבפנינו הוא אחד מאותם מקרים נדירים, וזאת בעיקר מאחר ועסקינן בעבירות כלכליות אשר מעצם טיבן מצריכות זמן ארוך יותר לחקירתן:

"אין הרי עבירה כלכלית מורכבת הכרוכה בפענוחן של סוגיות עובדתיות ומשפטיות סבוכות, כהרי עבירת רכוש פשוטה שאין כל קושי לגלותה ולבסס ראיות להגשת כתב אישום בגינה. בעבירות מן הסוג הראשון ניתן יהא להשלים ביתר קלות עם חקירה ארוכה המשהה את הגשת כתב אישום" (ישגב נקדימון הגנה מן הצדק (2003) 317).

יתרה מכך, בית משפט קמא התחשב בכך שחלפו שנים רבות מאז ביצוע העבירות בעת גזירת עונשם של המערערים במסגרת השיקולים לקולא (ראו פסקה 6 לגזר-דינו של בית המשפט המחוזי). לאור האמור לעיל, לא מדובר בנסיבות חריגות אשר יש בהן כדי להצדיק את ביטולו של כתב האישום בשל הזמן הרב שחלף מאז ביצוע העבירות.

63. הנה כי כן, יש לדחות את טענותיהם השונות של המערערים באשר לביטולו של כתב האישום מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק, היות ואין בהן דבר אשר יצביע על כך שהתנהלותה של התביעה בהגשתו הייתה רשלנית ולבטח לא שערורייתית באופן אשר יש בו לפגוע בעקרונות הצדק וההגינות.

64. בית המשפט גזר על לימור עונש של מאסר בפועל למשך 6 חודשים, שירוצה בדרך של עבודות שירות, קנס כספי של 250,000 ₪ ומאסר על תנאי למשך שנה. על סנפרוסט השית בית המשפט קנס כספי בסך 900,000 ₪ כמו גם התחייבות כספית בסך 500,000 ש"ח, להימנע מביצוע עבירה לפי סעיף 47(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים. במסגרת גזר הדין פרש בית המשפט את השיקולים שהביאוהו אל העונש אותו קבע. כשיקולי ענישה כלליים לחומרא, עמד בית המשפט על חומרתה של העבירה; על הפגיעה בתחרות החופשית שאינה ניתנת לתיקון עקב היעדר היכולת לזהות את מי שרכשו את הירקות המוקפאים; על כך שמדובר בהסדר אופקי בין מתחרים שקיימת חזקה חלוטה בדבר היותו כובל לפי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים; על שלל סוגי הירקות שנכללו בהסדר; על שילוב שתי טכניקות קרטליסטיות במסגרתו: תיאום מחירים וחלוקת לקוחות; על כך שההסדר הקיף את כל היצרנים בענף הירקות המוקפאים; ועל קיומו של מנגנון לאכיפת ההסדר. כשיקולים כלליים לקולא, עמד בית המשפט על חלוף הזמן מאז ביצוע העבירה; על כך שחלקו של ההסדר בוצע בתקופה שבה עדיין לא רווחה המודעות לאיסור להיקשר בהסדרים כובלים; על גילם המתקדם של מרבית הנאשמים, ועל כך שחלקם איבד מהונו מאז; על עיקרון אחדות הענישה, על רקע העובדה שהדין לא מוצה עם כל המעורבים בתיק; על הודאתם של המערערים, שלא כנגד תמורה, ועל הזמן השיפוטי שנחסך בעטייה ועל העובדה שההסדר לא כלל את רשתות השיווק הארציות.

65. באופן ספציפי, קבע בית המשפט כי על אף שההסדר לא כלל את רשתות השיווק הארציות, לאור מעמדה המוביל של סנפרוסט בשוק המוסדי ובכלל, אין הצדקה לנקוט בגישה סלחנית כלפיה. לפי בית המשפט, גם אם נפל חלקה של סנפרוסט בשוק הנגוע ביחס לחלק מן המערערים האחרים, הייתה סנפרוסט, לאור גודלה ופעילותה, דומיננטית מאוד בהסדר הכובל ובלעדיה ספק אם היה מתקיים.

באשר ללימור, מצא בית המשפט, כי הוא נטל חלק בישיבות המשותפות לצורך תיאום המכירות, שיעורי ההנחות, חלוקת הלקוחות ויישוב המחלוקות בין הצדדים, וכי הוא היה מודע לאי החוקיות שבמעשיו. עוד עמד בית המשפט על גילו המתקדם של לימור (70), על היותו אדם חיובי ועל תרומתו לחברה ולמדינה לאורך חייו, וכן על נטילת האחריות על מעשיו והחרטה הכנה שהביע. בשקלול השיקולים השונים, ולאור קביעתו כי יש לסווג את מעשיהם של המערערים בראש מדרג החומרה ביחס לנאשמים האחרים בתיק, פסק בית המשפט כי מאסר בעבודות שירות, קנס כספי בשיעור משמעותי ומאסר על תנאי, די בהם כדי לשמש גמול הולם על המעשה ולהבטיח הרתעה מפני הישנותו.

#### טענות הצדדים

66. לימור וסנפרוסט מערערים על חומרת העונש אשר נגזר עליהם ואילו המדינה מערערת מצדה על קולתו ובפרט על אי הטלת עונש מאסר בפועל על לימור, שלא בדרך של עבודות שירות.

לטענת לימור וסנפרוסט, העונש מתעלם מכך שהעבירות בהן הורשעו בוצעו ברובן בתחילתה של תקופת אכיפתו של האיסור להיקשר בהסדרים כובלים, ובטרם השתרשה המודעות הציבורית לתופעה. לדידם, חומרת העונש שהושת עליהם, המצוי ברף העליון של הענישה בעבירות מסוג זה, פוגמת באחידות הענישה ועמה בעקרון השוויון, במיוחד לאור היותן של העבירות במקרה דנן קלות בחומרתן מאלו שנידונו במקרים אחרים בהם נגזרו עונשים קלים יותר, או שווים בחומרתם. לדידם, תהיה זו שגיאה להשליך מן הקביעה בפסק הדין בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 775 (2005) (להלן: עניין בורוביץ'), לפיה העונש הראוי בעבירות הגבלים עסקיים הוא מאסר בפועל שלא ירוצה בעבירות שירות, על ענייננו, הן לאור עקרון הענישה האינדיבידואלית, הן לאור נסיבותיו השונות, הן לאור העובדה שהקביעות שנקבעו בו, 8 שנים לאחר שהמערערים חדלו מלבצע את העבירות בהן הורשעו, התוו מדיניות ענישה שלא הייתה מקובלת קודם לכן. לטענתם, להוציא פרשה אחת,

הרף העליון של הענישה בעבירות אלה הוא עונש מאסר בפועל לריצוי בעבודות שירות.

67. בנוסף מצביעים לימור וסנפרוסט על משך הזמן הארוך שחלף ממועד סיום ביצוע העבירות ועד עתה, העומד על כ-10 שנים; על העובדה שהודייתם מתייחסת לתקופה מצומצמת של 3 שנים וחצי לעומת תקופת 6 השנים שבה הודו חלק מהמערערים האחרים; על כך שההסדר לא בוצע בפועל; על גילו המתקדם של לימור ועל השכר הנמוך באופן יחסי שהרוויח בשנות ניהולו; על הודייתם המהירה שחסכה זמן שיפוטי; ועל אי קיומו של מנגנון אכיפה של ההסדר. בעניין אחרון זה, טוענים לימור וסנפרוסט כי בניגוד לעמדת המשיבה, אין לראות בפגישותיו של לימור עם מי מהמתחרים לצורך תיאום מחירים, חלוקת לקוחות וכיו"ב, ובשיחות הטלפון והחלפת הפקסים בינו לבין המתחרים, המתקיימים בכל קרטל, משום מנגנון אכיפה. עוד טוענים הם כי אין גם לראות בחלוקת הלקוחות ובתיאום המחירים וההנחות טכניקות מורכבות שיש בהן לשמש נימוק לחומרא, שכן טכניקות אלה עומדות ביסוד מרבית הקרטלים. לצד זה מציינים הם כי יש לתת את הדעת לשינוי הבעלות בסנפרוסט ולמדיניות החדשה שהיא מפעילה במטרה "למתוח קו" על העבר. לטענת לימור וסנפרוסט האפקט המצטבר של השיקולים היה צריך להשתקף בדרך של הקלה משמעותית בעונשם.

68. בהמשך מצביעים לימור וסנפרוסט על מעורבותם הפחותה, לטענתם, בהסדרים שבעטיים הורשעו. בנוגע ללימור נטען, כי הוא לא היה מיוזמי ההסדר הכובל ולקח בו חלק אך לתקופה קצרה; כי נכח במספר פגישות מצומצם, וכי היכרותו עם השוק הייתה שולית. בנוגע לסנפרוסט נטען, כי החומרה היתרה שיוחסה למעשיה נובעת ממעמדה הכללי של סנפרוסט בשוק בלא קשר למידת מעורבותה בהסדר עצמו. לדברי השניים, חלקה של סנפרוסט ב"שוק הנגוע", שלא כלל את רשתות השיווק הארציות, היה קטן מאוד, וגם בתוך שוק זה התקיימה החלוקה אך לגבי מספר מצומצם של לקוחות.

לבסוף, יוצאים לימור וסנפרוסט נגד הימנעותו של בית המשפט מלקיים הליך להוכחת הנזק הגלום בהסדר לצורך קביעת הקנס הראוי. לדידם, על המאשימה היה לספק בידי בית המשפט נתונים בדבר גובה הנזק על מנת שבית המשפט יוכל להעריך את התועלת שבהסדר לצדדים לו ואת הנזק שהוא גורם, ולו על דרך האומדן.

69. בתגובה לטענות אלה ובמסגרת הערעור שהגישה המדינה עצמה על קולת העונש, טוענת היא כי יש לדחות את הגדרתם של לימור וסנפרוסט לגבי מיהותו של "השוק הנגוע" שכן זו סותרת את הודייתם ואת הכרעת דינם. לטענתה, מן העדויות והמסמכים השונים עולה כי שוק זה כולל את השוק הפרטי הממותג שבו היה לסנפרוסט חלק דומיננטי, ואם מוסיפים מקטע זה של השוק להגדרת השוק הנגוע, יוצא כי סנפרוסט הייתה החברה הגדולה ביותר בשוק זה. המדינה מצביעה על הדומיננטיות הרבה של סנפרוסט בשוק הירקות המוקפאים בכללותו וטוענת כי לאור מעמד זה, בצדק לא ייחס בית המשפט קמא משקל רב לכך שההודיה וההרשעה לא כללו את רשתות השיווק הארציות.

70. חלק אחר של טענות המדינה עניינו באורך התקופה שבה הייתה סנפרוסט קשורה בהסדר. לדידה, הבסיס היחיד לטענתם של לימור וסנפרוסט לפיה הצדדים האחרים יזמו את הקרטל ואילו הם הצטרפו אליו מאוחר יותר, הוא העובדה שהודאתם והרשעתם חלה רק על תקופה שתחילתה במחצית השנייה של שנת 1993 ואילו האחרים הודו והורשעו החל משנת 1992. המדינה מוסיפה וטוענת כי גם טענתם של לימור וסנפרוסט, כי הקרטל המשיך גם אחרי אפריל 1997 ללא השתתפות סנפרוסט, דינה להידחות, בהיעדר כל ראיה בפני בית המשפט שסנפרוסט פרשה מההסדר הכובל לפני יתר הצדדים ולאור עדותם של יתר הנאשמים כי היו צדדים להסדר כובל עד המחצית הראשונה של שנת 1998 עם סנפרוסט.

71. המדינה מוסיפה כשיקולים לחומרא את שילובן של שתי טכניקות קרטליסטיות: תיאום מחירים וחלוקת לקוחות; את קיומו של מנגנון אכיפה; את דבריו של לימור בחקירתו ברשות להגבלים עסקיים כי ידע בזמן אמת שאסור לו לתאם מחירים ואת קביעתו של בית המשפט כי לימור אמנם ידע על אי החוקיות

שבמעשהו; את מעורבותו הברורה של לימור בקרטל, ואת השתתפותו, בעצמו או באמצעות הכפופים לו בפגישות התיאום עם המתחרים כעולה מן ההסכמה הדיונית בין הצדדים; ואת היותו של ההסדר "עירום", משמע כזה שלא הגשים כל מטרה לגיטימית זולת הפגיעה בתחרות. לטענתה, נסיבות המקרה אינן מצדיקות את סטייתו של בית המשפט ממדיניות הענישה עליה הצהיר פעם אחר פעם, לפיה העונש הראוי בעבירות של הסדרים כובלים הינו עונש של מאסר בפועל שירוצה שלא בדרך של עבודות שירות.

המדינה חותמת דבריה בהתייחס לשאלת הנזק. לדידה, לא מוטלת עליה החובה להוכיח את גובה הנזק שנגרם בעקבות ההסדר, לאור הקושי הרב שבו כרוך העניין. חרף כך מפנה המדינה בכל זאת למסמך הנושא את הכותרת "ניתוח מכירות שנת 1994" שממנו עולה כי בשנת 1994, השנה הראשונה לאחר תחילת הקרטל, חלה עלייה גדולה במחירם של המוצרים הלא ממותגים, בשיעור ריאלי של 7%, השקול לסכום של 1.6 מיליון ₪. סכום זה, מצינת המשיבה, שהופק בשנה אחת מתוך 3.5 השנים בהן הייתה סנפרוסט צד להסדר, גדול בהרבה מסכום הקנס שהושת עליה, ואף אם לא נבע הוא כולו מההסדר, ברי כי חלקו הוא תוצאה של ההיקשרות בקרטל, ובהסתכלות על כל תקופת ההסדר, אין ללימור ולסנפרוסט מה להלין לגבי גובה הקנסות שהושתו עליהם.

דיון

72. בית משפט זה קבע ברבות מפסיקותיו מדיניות ברורה ועקבית באשר לענישה הראויה בעבירות בתחום ההגבלים העסקיים, לפיה ככלל יש להטיל על מבצעהן של עבירות בתחום זה עונשים של מאסר בפועל שלא בדרך של עבודות שירות (ראו למשל ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776 (2005); ע"פ 1042/03 מצרפס שותפות מוגבלת נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 721 (2003); ע"פ 2919/02 אלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 1.10.02); ע"פ 7068/06 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ (טרם פורסם 31.5.07) (להלן: עניין אריאל)). מדיניות עונשית זו לא נקבעה בעלמא, אלא היא נועדה להגשים תכלית של

הרתעה מיטבית בשים לב למאפייני העבירות ובעיקר למאפיינים הרווחים של מבצעה, ובכלל זה היותם במקרים רבים, בעלי בסיס כלכלי איתן. קנס לבדו, ואפילו בשיעור גבוה, עלול שלא להניא את מי שחוכך בדעתו להיקשר בהסדר קרטליסטי אם מכפלת רווחיו האפשריים מן ההסדר, בסיכוי שלא ייתפס, עולה על מכפלת גובה הקנס בסיכוי שאמנם יוטל (ראו גם משה בורנובסקי "על האכיפה העונשית והפרטית של דיני הגבלים עסקיים" עיוני משפט טו (3) 537, 542 (1990)). בהינתן הרווחים הפוטנציאליים האפשריים כתוצאה מהסדר כובל ולאור הקושי לאמוד במדויק את גובה הנזק הנגרם לתחרות ואת היקף הרווחים עקב ההסדר, עלול להתעורר פעמים קושי להטיל קנס שימנע את החסר ההרתעתי שצוין. נדמה גם כי אין בעונש של קנס כדי להעביר את המסר המתבקש בנוגע למורת הרוח הקולקטיבית כתוצאה מעבירות הפוגעות בעבור בצע כסף וללא הבחנה בכלל ציבור הצרכנים, מסכלות נורמות של יעילות, מעקרות את תמריציהם של הצדדים להסדר להתאמץ ולהשתפר, ולרוב אינן מקדמות כל תכלית לגיטימית התורמת לשוק הרלוונטי. גם בהטלת עונש של מאסר בפועל בדרך של עבודות שירות אין בחלק גדול מן המקרים, כך סבורה אני, כדי להגשים את תכליות הענישה בתחום ההגבלים העסקיים, והוא עשוי להיראות לצדדים להסדר כ"עסקה משתלמת" בשים לב לסכומי הכסף הניכרים שניתן לגרוף כתוצאה מן הקרטל.

73. כריכת עונש של קנס בעונש של מאסר בפועל שלא בעבודות שירות, הינה הדרך האופטימאלית להרתעת מבצעיהם הפוטנציאליים של עבירות כלכליות, הנהנים בדרך כלל ממעמד חברתי וכלכלי ומנהלים לרוב אורח חיים נורמטיבי בשאר תחומי חייהם. יעילותו של עונש המאסר בפועל נעוצה בהשלכות הקשות, שפעמים רבות אינן ניתנות לכימות כספי, המלוות נאשם שהיה עד כה "בעל בעמיו" בעקבות עונש המאסר שנגזר עליו. בעונש זה יש גם כדי לספק תגמול הולם לחומרה המיוחסת לעבירות בתחום ההגבלים העסקיים. הקנס המשמעותי שיש להשית על הצדדים להסדר משמש כמשלים למאסר, שכן אף אם אינו מאיין את הרווחים שגרפו הצדדים או מכסה את מלוא גובה הנזק שנגרם בעקבות ההסדר, יש בו ודאי כדי לצמצם את הטעם הכלכלי העומד בבסיסם של מרבית ההסדרים.

74. אכן, כדברי המערערים, במרבית המקרים בחרו בתי המשפט להטיל עונשים פחותים בחומרתם ממדיניות מנחה זו. ואמנם, התווית מדיניות ענישתית קוהרנטית, המיושמת הלכה למעשה במקרים קונקרטיים, וההולמת את חומרתן של העבירות, אינה משימה פשוטה בהינתן נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה ונסיבותיהם האישיות הפרטניות של הנאשמים במקרים השונים. כשם שכבר נקבע על ידי בית משפט זה-

"בכל תחום של עבריינות (...) מלאכת גזירת הדין היא מלאכה מורכבת וסבוכה, המסורה (...) לחוכמתו, ללב ולמצפנו של השופט, הכל לפי העבירה, לפי העברין ולפי מה שהשעה צריכה" (רע"פ 402/01 אבו גנאם נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3), 138 (2002)).

חרף כך, ועל מנת שכלל זה, המגשים יותר מכל מדיניות עונשית אחרת את תכלית הענישה בתחום ההגבלים העסקיים, לא יוותר רק מן השפה ולחוץ, שומה על בתי המשפט להציבה כנקודת מוצא וליישמה בהיעדר נסיבות מיוחדות הקשורות במקרה הקונקרטי או בנאשמים הספציפיים או אם חלקם של נאשמים ביישום ההסדר ובאכיפתו קטן ואינו מצדיק את שליחתם אל מאחורי סורג ובריח. גם כאשר מחליט השופט לחרוג ממדיניות זו, עליו לתת לה משקל ולא להתעלם ממנו (ראו רות קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דוח ועדת גולדברג" מחקרי משפט טו 147, 158 (1999)) וכן לנמק את החלטתו להקל בעונש. יפים לעניין זה דברי השופט ד' לוין ברע"פ 1776/94 עובדיה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 25.5.04):

"לצד הבחינה העניינית הפרטנית של כל מקרה ומקרה על פי נסיבותיו, חייבת להתקיים מדיניות ענישה עקרונית, ערכית מדריכה ומכוונת וזו, בדרך כלל, מדיניות הנקבעת מבית היוצר של ערכאה זו. בתי המשפט בדרגות השונות צריכים לכוון עצמם ולהתיישר על פי המדיניות המנחה של בית משפט זה ולא על פי מציאות שמתקיימת אולי בבתי משפט שונים ורבים, לפיה הענישה נוטה לקולא ולעיתים אף לקולא מופרזת" (ראו גם ע"פ 3511/90 מדינת ישראל נ' עניזאן, פ"ד מו(3) 781 (1992)).

משנקבעה מדיניות ענישתית ברורה, אין בסטייה ממנה במקרים נקודתיים, אשר נומקה בנימוקים הקשורים במקרה הקונקרטי, כדי ללמד על קיומה של מדיניות חלופית שיש בה כדי להשפיע על רמת הענישה הראויה במקרים עתידיים (ראו גם רע"פ 2714/00 אלחמדה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 13.4.00)).

75. לאחר שעמדנו על מאפייניה הכלליים של הענישה הראויה בעבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים, נעמוד עתה על מאפייניו של המקרה שלפנינו ונבחן האם היה מקום לסטייה מנקודת המוצא העונשית שתוארה והאם אף בחריגה זו, החמיר בית המשפט עם המערערים יתר על המידה, כשם שטענו.

התקופה בה בוצעה העבירה

76. כשם שצוין, סברו המערערים כי יש לתת משקל רב לכך שהעבירה בה הורשעו בוצעה ברובה בתקופה של תת אכיפה של דיני ההגבלים העסקיים, שבה המודעות לאיסורים שבחוק טרם גובשה וטרם הבשילה.

טענה זו מולידה לטעמי, שיקולים נוגדים. מן הצד האחד, אכיפתם המוגבלת של דיני ההגבלים העסקיים ונטייתן של רשויות המדינה להקל עם מי שביצעו עבירות מכוח חוק ההגבלים העסקיים ולא למצות עמם את הדין בתקופה המדוברת (ראו ע"פ 2754/97 צבי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 7.1.98)), לא השרישה דיה את המודעות למגבלות המוטלות מכוח החוק ולא היה בה כדי לכוון את התנהגותם של מי שנקשרו בהסדרים קרטליסטיים. בהקשר זה יש לתת את הדעת גם לעקרון אחדות הענישה הנגזר משוויון הנאשמים בפני החוק ולציפייתו של נאשם כי בית המשפט לא ינקוט עמו יד קשה מעבר לרף הענישה המקובל במועד ביצוע העבירה (ראו רות קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" מחקרי משפט י 39, 84-92 (1993)).

מאידך גיסא, לא קיימת לנאשם זכות קנויה כי יושת עליו עונש ברמה מסוימת בשל העבירה בה הורשע או כי בית המשפט לא יחמיר בעונשו מעבר לרמת הענישה הנוהגת במועד ביצוע העבירה. עקרון אחידות הענישה בכל הנוגע להשוואה בין נאשמים בתיקים שונים בעלי נסיבות דומות, מהווה אך שיקול אחד מני רבים שעל בית המשפט לשקול בעת גזירת עונש, ומשקלו עשוי להשתנות בין מקרה למקרה על-פי נסיבותיו (ראו: רע"פ 1804/06 מחרבי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 3.3.06); ראו גם רע"פ 8310/05 שוורץ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 5.3.06)). בנוגע ליישום העיקרון כשמדובר בנאשמים שונים שביצעו בצוותא את אותה העבירה נקבע כי העיקרון נועד "למנוע אפליה בין נאשמים שפשעו יחדיו ובנסיבות דומות אך לא בא לכפות על בית המשפט אמת-מידה עונשית מוטעית, רק מפני שהיא ננקטה במקרהו של אחד הנאשמים המשותפים" (ע"פ 5450/00 שושני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 817, 822 (2000)). אם כך לגבי צדדים לאותה העבירה קל וחומר הוא כי הדברים נכונים ואף ביתר תוקף גם בנוגע לנאשמים המואשמים בתיקים שונים בעבירות בעלות מאפיינים דומים. לו קבענו אחרת, לא ניתן היה להוציא אל הפועל כל רפורמה ברמת הענישה כזו שבוצעה במחצית השנייה של שנות ה-90 של המאה הקודמת, שכן זו כרוכה בהכרח ב"קפיצת מדרגה" ברמת ענישה, שקדם לה רף ענישה נמוך יותר. בעניין זה נקבע כי-

"כאשר בית משפט זה סבור שרמת הענישה אינה הולמת וכי יש להעלות את רף הענישה, עליו לומר דברו בעניין זה ולהחמיר בעונש, אפילו רמת הענישה במועד גזר הדין בבית המשפט המחוזי היתה נמוכה יותר (ע"פ 3015/98 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 10.10.00)).

77. יש לדחות את טענת המערערים כי יש להקל בעונשם עקב כך שהעונש שנגזר עליהם אינו מתחשב בכך שהעבירה בוצעה בתקופה המתאפיינת בתת אכיפה של דיני ההגבלים העסקיים. כבר בתחילה ייאמר שקיים ספק אם יש ממש בטענה כי העונש חורג מן העונשים שנגזרו באותה התקופה וחורג מן העיקרון בדבר אחידות הענישה. בא כוח המדינה סיפק בידינו פסיקה המצביעה על כך שכבר בשלהי שנת 1995 וכך גם במרוצת שנת 1996, גזר בית המשפט עונשים של מאסר על תנאי

וקנס כספי משמעותי על מי שהיו צדדים להסדר כובל (ראו: ת"פ 238/94 מדינת ישראל נ' נחושטן תעשיית מעליות (לא פורסם 17.10.95) שנידון בערעור בע"פ 7399/95 נחושטן תעשיית מעליות נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105 (1998); ת"פ (י-ם) 308/95 מדינת ישראל נ' מוסקוביץ' (לא פורסם, 24.7.96); ת"פ (י-ם) 161/96 מדינת ישראל נ' כרמילפלס (לא פורסם, 13.11.96)). ואמנם שנת 1994 תוארה בפסיקתו של בית המשפט המחוזי בתור "דמדומי תקופת תת האכיפה" של דיני ההגבלים העסקיים (ת"פ 209/96 מדינת ישראל נ' אהליך יעקב (לא פורסם, 17.12.02)) ואילו השנים שבאו לאחריה תוארו על-ידי בית המשפט המחוזי כשנים שבהן "מדיניות האכיפה הייתה נמרצת וברורה" (ת"פ 1142/01 מדינת ישראל נ' שולשטיין (לא פורסם, 14.1.02)).

לפי הודייתם והרשעתם היו לימור וטנצר צדדים להסדר החל מסוף תקופת תת האכיפה של דיני ההגבלים העסקיים (המחצית השנייה של 1993) וכלה בתקופה שאף לפי השניים, התאפיינה באכיפה יותר אינטנסיבית של החוק (אפריל 1997). ההסדר הוסיף להתקיים גם לאחר שמדיניות אכיפתן של עבירות אלה התגבשה ולאחר שהפסיקה החמירה במקרים מסוימים עם מבצעייהן של עבירות בתחום ההגבלים העסקיים. העונש שנגזר על המערערים עולה בקנה אחד עם הפסיקה שהחלה להינתן במהלך תקופת ביצועו ועם המדיניות שהחלה מתגבשת, גם אם עדיין הייתה "בחיתוליה" ולא יושמה בכל מקרה ומקרה.

מכל מקום, וכשם שהוסבר, כל עוד מצוי העונש הנגזר במתחם הקבוע בחוק, אין בתהליך הדרגתי של החמרה בענישה ממקרה למקרה על מנת לגבש מדיניות חדשה כוללת, כדי לפגוע בזכות קנויה הנתונה לנאשמים לענישה פחותה, כי אם, לכל היותר, פגיעה בציפייה שאינה עולה אף כדי הסתמכות. לעניין זה יפים דבריה של השופטת מ' נאור בבג"צ 2223/04 לוי נ' מדינת ישראל (לא פורסם 4.9.06):

"אין דינה של פגיעה בזכות קנויה, ובמיוחד זכות יסוד, כדינה של פגיעה בציפייה שאינה מגיעה כדי זכות (...). הנכונות של בית-המשפט לבטל החלטה בשל פגיעה בשוויון קטנה יותר כאשר ההחלטה אינה פוגעת בזכות אלא בציפייה כזאת. במיוחד כך, כאשר פגיעה כזאת

אינה נובעת משיקולים פסולים של מין, לאום, מפלגה  
וכיוצא באלה, אלא משיקולים של טובת הציבור"

דברים אלה זוכים לחיזוק כשמועד גזירת העונש הוא לאחר שינוי במדיניות  
הענישה שהייתה נהוגה בעת ביצוע העבירה. אף כי השינוי המאוחר ברמת הענישה  
אינו יכול עוד לשמש גורם מרתיע בעבור מבצע העבירה עצמו יש בו כדי להרתיע  
מבצעי עבירה בכוח מפני ביצוע עבירות דומות. דבקות ברף הענישה הקודם לאחר  
שינוי מדיניות עלול לסכל, ולו לתקופה, את התכליות העומדות ביסוד הרפורמה  
העונשית, אף אם בית המשפט סבור כי רף הענישה הקודם היה שגוי ולא היה בו כדי  
להגשים את תכליות הענישה בדין הרלוונטי.

78. פאן אחר של עקרון אחדות הענישה הוא ההשוואה בין העונש שנגזר על  
המערערים שלפנינו לבין העונש שנגזר על יתר הנאשמים בתיק, תוך התייחסות  
להבחנה ביניהם על בסיס נסיבות אישיות, חלקם בהסדר וכיו"ב. השוואה זו תתבצע  
על פי מידת מעורבותם של הצדדים בהסדר הכובל. כבר בתחילה ייאמר כי כשם שנקבע  
זה מכבר, "עקרון אחדות הענישה אינו עיקרון שיש למוד אותו במאזניים אלקטרוניים" (ע"פ  
5268/03 אהרונוביץ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.1.04); ראו גם יעל חסין ומרדכי קרמניצר  
"אחידות בענישה בעבירות תעבורה" משפטים יח 103 (1988)), ואת הפער בין  
הענישה הנגזרת על עבריינים, ואפילו הם נאשמים בגין אותו המקרה, אין לבחון  
באופן פרטני אלא על בסיס מכלול נרחב של שיקולים. עם זאת, מסכימה אני כי  
כשמדובר בצדדים לאותה עבירה מתחזק הממד האורדינלי של הענישה, במובן זה  
שלנאשם שביצע את העבירה החמורה ביותר יינתן, ככלל, העונש החמור ביותר,  
בכפוף לנסיבות אישיות ולנסיבות ביצוע העבירה, ועל הנאשמים האחרים ייגזרו  
עונשים פחותים על פי מדרג חומרת מעורבותם. נבחן איפוא את חלקם של לימור  
וסנפרוסט בהסדר באופן מוחלט, וביחס לנאשמים האחרים. בית המשפט המחוזי קבע  
כי השניים עומדים בראש מדרג החומרה. האם יש מקום להתערב בקביעה זו?

משך הזמן שבו היו לימור וסנפרוסט צד להסדר הכובל ביחס לנאשמים אחרים

79. רכיב אחד של השוואה זו קשור בפרקי הזמן שבהם היה כל אחד מן הצדדים צד להסדר. לימור וסנפרוסט הורשעו, לפי הודאתם, בהסדר כובל בנוגע לתקופה קצרה יותר מזו שהאשמו בה וקצרה משל כמה מן הנאשמים האחרים, כעולה מהכרעת דינם של הנאשמים האחרים. המדינה מבקשת להראות כי סנפרוסט לקחה חלק בהסדר החל מראשיתו במועד כלשהו בשנת 1992 ועד לסופו במועד כלשהו בשנת 1998. זאת אין לעשות. הלכה היא כי בעת הדיון בעונש, אין רשאים הצדדים להביא ראיות שיסתרו ממצאים שנקבעו בהכרעת הדין (ראו למשל: ע"פ 1641/02 אוסלן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 3.10.06); ע"פ 360/80 אפנג'ר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 228 (1980)). במצב דברים שבו כתב האישום וגזר הדין עוסקים בעבירות בתקופה שתחילתה בשנת 1992 וסופה ב-1998, ומשהרשעת לימור וסנפרוסט חלה על תקופה קצרה יותר, על-פי הודאתם, אין לייחס להם ביצוע הסדר כובל לתקופה כולה או לתקופה זהה לצדדים אחרים להסדר שלא סייגו את הודיתם בנוגע למשכו של ההסדר.

אין להבין מדברים אלה כי יש להקל ראש בתקופה שבה הייתה סנפרוסט צד להסדר. 3 השנים ומחצית השנה שבה לקחה סנפרוסט חלק בהסדר הכובל מהווים תקופה משמעותית. אין מדובר בתיאום נקודתי או חד פעמי אלא בכזה שנמשך פרק זמן ממושך, במהלכו נפגעה התחרות בשוק, לפי כל קנה מידה (על הסדר המבוצע במשך פרק זמן ממושך כשיקול לחומרא, ראו גם עניין אריאל).

חלקם ומעורבותם של המערערים בהסדר הכובל ביחס לנאשמים האחרים

80. רכיב נוסף בהשוואה שבין הנאשמים עניינו רמת מעורבותם בהסדר הכובל. לימור וסנפרוסט חזרו וטענו כי כוחה של סנפרוסט ב"שוק הנגוע" נפל מכוחן של הפירמות האחרות. טענתם התבססה על כך שהודייתם החריגה את רשתות השיווק הארציות מההסדר הכובל. השניים הראו כי היקף מכירותיהם מחוץ לרשתות השיווק עמד על 4700 טון תוצר, כמות הנופלת מ-5500 טון המכירות של מילוטל באותו שוק נגוע. בא כוח המדינה הסב את תשומת ליבנו לכך, שלמעשה היקף המכירות של לימור בשוק הנגוע גדול יותר בשים לב לירקות המוקפאים הממותגים בשוק הפרטי.

לדבריו, הודאת המערערים, שעל בסיסה הורשעו, סייגה רק את מעורבותם בהסדרים הקשורים לרשתות השיווק הארציות אך לא את מעורבותם בקרטל הקשור במוצרים הממותגים בשוק הפרטי. בעניין זה מפנה המדינה לעדויותיהם של לימור, מרגלית וכן בנצי פוגל, לשעבר סמנכ"ל כספים וכלכלה של סנפרוסט (להלן: פוגל), מהם עולה כי מכר מוצרים ממותגים נעשה גם בשוק הפרטי (פרוטוקול 18.6.06, עמ' 200, 205-206, 214-215). מסמך אחר שצורף, המכיל טבלאות מכירות של החברה לשנת 1994, מעלה כי חלקם של הירקות הממותגים ששווקו מחוץ לרשתות לשיווק מסך כל הירקות הממותגים ששיווקה סנפרוסט עמד בשנה זו על 30% ועל 1352 טון. כשמוסיפים כמות זו לירקות המוקפאים שאינם ממותגים, ששווקו מחוץ לרשתות השיווק, מגיעים לכמות של כ-6000 טון העולה על הכמות ששיווקה על-ידי מילוטל בשוק הנגוע. באי כוח לימור וסנפרוסט לא הציגו בפנינו תשובה מספקת כיצד החרגת רשתות השיווק הארציות במסגרת הודאתם, ותו לא (פרוטוקול 7.5.06, עמ' 13), עולה בקנה אחד עם צמצום הודייתם בהמשך רק למוצרים שאינם ממותגים, תוך החרגת השוק הפרטי הממותג. לימור וטנצר גם לא הביאו ממצא לסתור את טבלת המכירות עליה התבססה המדינה, המראה כי חלקה של סנפרוסט בשוק הנגוע היה גדול מחלקן של החברות האחרות. כוחה של סנפרוסט בשוק זה מלמד על חוסנה הכולל, שכן לפי עדותו של מרגלית, שוק זה במונחים כספיים, מכסה את מרבית מכירותיהם של ירקות מוקפאים בישראל (פרוטוקול 18.6.06, עמ' 198).

81. לדומיננטיות של חברה בשוק הנשלט על-ידי קרטל קיימת משמעות בנוגע למידת הפגיעה בתחרות וליציבותו של הקרטל ושימורו. נתח השוק הנשלט על-ידי הפירמה הדומיננטית כתוצאה ממוניטין, איכות וכיו"ב עשוי לאפשר לה להשפיע על תחזוקתו של הקרטל ודרכו על רמת המחירים, במיוחד כאשר אין בשוק מתחרים רבים ונתח השוק של הפירמות האחרות קטן. הדבר יתרחש בעיקר במצב שבו אין מחוץ לקרטל מספיק פירמות משמעותיות שבכוחן להשפיע על המחיר ואם הפירמות הקטנות המצויות מחוץ לקרטל אינן בעלות כושר ייצור המאפשר להן להתחרות באופן אפקטיבי בקרטל הניצב מולן או לסכן את יציבותו. בנוסף, הימצאה של פירמה בעלת נתח שוק גדול בגדרי ההסדר עשוי לשמר את הקרטל ולמנוע את פירוקו.

היותו של פירמה כאמור מחוץ לקרטל עלולה לאפשר לה, במקרה של העלאת מחירים על-ידי הקרטל, לנצל את יתרונה במונחים של מוניטין, איכות המוצר ויכולת לספוג, בשל גודלה, תקופה של פיחות ברווחים, להציע מחירים נמוכים יותר ממחירי הקרטל, לשמר אצלה את לקוחותיה הרבים ואף לפתות אחרים. מצב זה עלול להפוך את הימצאה של הפירמה הדומיננטית במסגרת הקרטל לגורם מרכזי בשימורו.

82. המדינה מצביעה חלקה הדומיננטי של סנפרוסט בשוק הכללי. ממסמך שצירף מרגלית עולה כי בשנת 1995 עמד חלקה של סנפרוסט בתחום הירקות המוקפאים בשוק הכללי על 41%, לעומת 25% למילוטל, 22% לפרי הגליל ו-12% לפרי העמק. לכך יש להוסיף את דבריו של לימור בנוגע למעמדה החזק של החברה בתחום-

"אני לא חושב שהיו לסנפרוסט מתחרים (...) סנפרוסט הוגדרה כמונופול בשנים האלה (...) הייתה תחרות אבל מבחינת השליטה על השוק, סנפרוסט הייתה מספר אחד" (שורה 102 ואילך להודעה מיום 22.5.01).

בית המשפט המחוזי קבע כי לשליטתה של סנפרוסט בשוק בכללותו השפעה על "השוק הנגוע". האם צדק?

פוגל העיד כי "כל מקטע שוק משפיע על האחרים ומושפע על ידם" (פרוטוקול 18.6.06, עמ' 216, ש' 10). נראה כי השפעתו של מקטע שוק אחד על משנהו תלויה במידת התחליפיות של השווקים, ובמילים אחרות במידת היותו של כל אחד ממקטעי השוק, שוק נפרד בפני עצמו (על מבחן התחליפיות הסבירה כמבחן לצורך הגדרת שוק ראו: ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לתוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213 (1998); דיויד גילה "הגבלים עסקיים- מושגי יסוד" רואה החשבון נב(1) 7, 14-16 (2003); דיויד גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק" עיוני משפט כז (3) 751, 782-784 (2004)). התבוננות על שוק הירקות המוקפאים כשוק אחד שמוצרי תחליפיים, עשוי להביא לכך שבמצב שבו סנפרוסט

מודעת למחיר הקרטליסטי במקטע השוק הנגוע, ומשפיעה על גובהו, עשוי הקרטל לפגוע בתחרות גם במקטע השוק שהסדר הכובל אינו חל עליו, שכן בכפוף לסעיף 6 לחוק ההגבלים העסקיים, באפשרותה של סנפרוסט להעלות המחיר ברשתות השיווק הארציות עד למחיר הקרטליסטי בשוק הנגוע, מבלי להסתכן בירידה בביקושים ועלייתם במקטע השוק האחר. אמנם, במקרה זה קיימת אפשרות להורדת מחירים על-ידי מתחריה ברשתות השיווק הארציות, וסיכון שליטתה בהן (ראו הודעתו של לימור מיום 22.5.01 שהוגשה במסגרת מטעם המדינה במסגרת מסמך ההסכמות בינה לבין לימור) ואולם גם במקטע שוק זה, כך עולה מהודייתן והרשעתן של כמה ממתחרותיה האחרות של סנפרוסט באותו מקטע, קיים היה קרטל מחירים, ומכאן שנראה כי חופש הפעולה של סנפרוסט כמי שלא לקחה, לפי הודייתה והרשעתה, חלק באותו קרטל, היה רב יותר. ברם, אף כי כשמדובר במוצרים בעלי דמיון (ירקות מוקפאים ממותגים וכאלה שאינם ממותגים) ואף, ייתכן, זהות (באשר למוצרים הממותגים בשני מקטעי השוק) לא יהיה זה מרחיק לכת להניח כי ככל שמדובר ברשתות שיווק המצויות באותו איזור גיאוגרפי, קיימת מידה של תחליפיות בין המוצרים הנמכרים, לא הובאו כל ראיות להוכחת שאלה זו. בהיעדר נתונים, אין איפוא לייחס לשיקול בדבר השפעתם ההדדית של מקטעי השוק השונים מקום מרכזי במסכת השיקולים בנוגע לגובה העונש.

83. לצד הטענות בדבר מידת מעורבותה של סנפרוסט בהסדר נשוא תיק זה, מעלים לימור וסנפרוסט טענות לפיהן חלקו של לימור בהסדר הכובל נפל מחלקם של האחרים, דבר שהתבטא, בין השאר בעובדה שהוא נכח אך במספר מצומצם של פגישות עם הצדדים האחרים להסדר. טענה זו של המערערים סותרת את האמור במסמך ההסכמות שבין המדינה לבין לימור וסנפרוסט. לטענת המדינה, שלא נסתרה על-ידי לימור, חרף טענתו לפיה בילה חלקים נרחבים בשנה מחוץ לישראל דבר המלמד לדידו על מעורבותו השולית בהסדר, שהה למעשה לימור בישראל במועדים שבהם התקיימו 19 מתוך 20 הפגישות שתועדו ביומניהם של גורמי השיווק של סנפרוסט. לטענת לימור, על אף שניהן כמנכ"ל סנפרוסט בתקופה הרלוונטית, היה היקף מעורבותו בהסדרים חלקי ומצומצם. המדינה מצדה גורסת כי אף אם מרבית

הפעולות האסורות בוצעו על-ידי הכפופים ללימור, ולא על-ידי לימור עצמו, אין בכך לגרוע מן הקביעה בדבר מעורבותו הגבוהה בהסדר.

עיון בטענות ובנספחים הרלוונטיים מעלה, כי אף שלא ניתן לקבוע במדויק את מידת מעורבותו של לימור בהסדר נשוא דיוננו, בכלל וביחס לאחרים, ניתן לומר בכל זאת בבירור כי לימור גילה מעורבות גבוהה בקרטל ובשימורו. כאמור, אין חולק שלימור השתתף במספר פגישות תיאום עם מתחריו בשוק הנגוע. לצד זה, וכשם שציין לימור עצמו, בינו לבין המנכ"לים האחרים התקיימו שיחות טלפוניות שבמסגרתן הם התאוננו נגדו על חזירתה של סנפרוסט למגזרי לקוחות "שלהם". דבריו של לימור לפיהם במקרים כאלה היה פוטר את מתחריו בכך "שיפנו לרפי ברזילי (האחראי מטעמה של סנפרוסט על השיווק בשוק הנגוע- ע.א) אני לא מתעסק בזה" אינם משכנעים לא רק מפני שהם נראים כניסיונו של מנכ"ל לנער חוצנו ממעורבות מזיקה ולהטיל את האחריות על עובד הכפוף שלו (שנפטר ואינו יכול להבהיר המצב) אלא גם משום שכמי שעמד בראש החברה, והיה מודע היטב לחלוקות, לתיאומים ולהסכמות המתקבלות בפגישות בין המתחרים, נראית הפניית המתלונן אל ברזילי כניסיון לעצום את עיניו לנעשה בהסכמתו, בידעתו ובהשתתפותו בשוק הנגוע. משהוכחה מודעותו של לימור לטיב ההסדר והשתתפותו לפחות בחלק מן הפגישות, ומשכשם שהוסבר, לימור היה מודע לטבעם האסור של המעשים (פסקה 30 לערעור על הפטור החקלאי) אין בעובדה שחלק מהפעולות המעשיות להוצאתו לפועל של ההסדר לא בוצעו על ידו אלא על ידי דרגים נמוכים ממנו בחברה, כדי להפחית מחומרת מעשיו, בהינתן שכמנכ"ל החברה היה ביכולתו למנען. גם הסבריו האחרים של לימור לא הניחו את דעתי ולא הביאוני לכדי ספק שמא חלקו של לימור בהסדר היה שולי כשם שטען.

טענת המערערים בעניין האחידות בענישה- סיכום

84. נמצאנו למדים כי סנפרוסט הייתה החברה הדומיננטית ביותר בשוק הנגוע שבמסגרתו שווקה מרבית התוצרת החקלאית במונחים כספיים. מצאנו כי לעובדה זו

יש משמעות בנוגע למידת החומרה שיש לייחס למעשיה. מצאנו מאידך גיסא שפרק הזמן שבו הייתה צד להסדר, כך לפי הודאתה והרשעתה, אשר עמד על 3 שנים וחצי (או מעט יותר) נפל באורכו מזה שבו היו חלק מן הנאשמים האחרים, שחתמו על הסדר טיעון עם המדינה, צדדים לאותו הסדר. נבחן עתה את טענותיהם הנוספות של הצדדים בנוגע לעונש שנגזר על לימור וסנפרוסט, ולאחר מכן נשקלל את השיקולים השונים, לרבות את השיקול בדבר אחידות בענישה, כדי להכריע בשאלה האם יש מקום להתערב בעונש שנגזר בבית המשפט המחוזי.

טענות נוספות שהועלו על-ידי המערערים

(א) קיומו של מנגנון אכיפה

85. חרף היקשרותם של צדדים בהסדרים כובלים, לא גווע רצונם במקרים רבים, לזנוב בו ולהשתחרר ממנו, באופן שלא יורגש על ידי חבריהם להסדר, להוריד את המחיר מתחת למחיר הקרטליסטי ולזכות בפלח שוק שלא היה בידיהם עובר להסדר. רצונם זה של הצדדים, הנובע מהנחה כי רווחי הטווח הקצר בעבורם עולים על נזקי הטווח הארוך כתוצאה מפירוק הקרטל, יש בו כדי להביא להפרת חוזה בלתי חוקי שבו הם מצויים ובד בבד לקדם את התחרות במשק, ועל-כן הוא נחשב לרצוי (ראו גם דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (2001) (להלן: עניין טבעול)). בהימצא מנגנון אכיפה של ההסדר פוחת באורח משמעותי הסיכוי כי הצדדים יבחרו להשתחרר מן ההסדר, שכן רווחי הטווח הקצר שייקצרו עלולים להיבלע על-ידי הסנקציות שיינקטו נגד הצדדים הסוררים כתוצאה מאותו מנגנון. דרך אחת לכינונו של מנגנון אכיפה שכזה היא זו שננקטה בעניין אריאל ועניינה הפקדת כספים אצל צד שלישי לשם הבטחת ההתחייבויות מכוח ההסדר. דרך אחרת תוארה בת"פ (י-ם) 366/99 מדינת ישראל נ' סבירסקי (לא פורסם, 6.7.02), שם הופעל מערך ביקורת באמצעות חוקרים פרטיים שבחן את הקפדתן של החברות שהיו צד להסדר על המחירים הקרטליסטיים שנקבעו. לצורך הבדיקה, התחזו החוקרים ללקוחות פרטיים ופנו לגורמים המפיצים בבקשה להצעת מחיר, תוך שהם מקליטים את השיחות עמם כדי שאלו ישמשו ראיה. על מי שחרג מן ההסדר הוטל קנס כספי.

בת"פ (י-ם) 160/96 מדינת ישראל נ' חוליות תעשייה פלסטיק (לא פורסם, 9.4.97) תואר מנגנון פיקוח על ביצוע ההסדרים שבוצע בדרך של חילופי מידע לגבי היקף המכירות של מי מן הצדדים במסגרת שיחות ותכתובות שהתקיימו ביניהם, ובעזרת דיווח לצד שלישי, שחישב את גובה תשלומי הקנס שיש להשית על הצדדים בגין חריגות מן ההסדר, ואת גובה הפרס שיש להעניק להם בגין דבקות בו. ואולם דרכים אלה אינן הדרכים היחידות, ואין חקר לתחכומם של צדדים להסדר ביצירת דרכים לשימורו. האם בענייננו היה, כטענת המדינה וכקביעתו של בית המשפט המחוזי, מנגנון כאמור?

לימור וסנפרוסט הודו בעובדות כתב האישום לפיהן –

"22. לצורך תיאום המחירים, תיאום אחוזי ההנחה, חלוקת הלקוחות ויישוב מחלוקות שהתעוררו אגב יישום ההסדרים נפגשו מעת לעת הנאשמים או חלקם וכן נציגים נוספים של החברות הנאשמות ושל פרי העמק לישיבות משותפות, בין היתר במשרדי כור אגרו, סנפרוסט ופרי העמק.

23. לצורך יישום ההסדרים נהגו הנאשמים לפנות בטלפון ובפקסימיליה זה לזה ולנציגים הנוספים של החברות הנאשמות ושל פרי העמק, ולהתלונן על החריגות מן ההסדרים".

לא מצאתי כי ב"מנגנון" המתואר יש כדי לשמש שיקול לחומרה. אכן, במעקב הצדדים אחר יישום ההסדר ובאפשרות שעמדה בפניהם לפנות לצדדים האחרים בכל מקרה שבו זוהתה חריגה מן התנאים שהוסכמו, ולהתלונן, כשם שאמנם נעשה (ראו הודעתו של לימור במיום 22.5.01), היה ודאי כדי להרתיע מפני מהלכים אופורטוניסטיים שמטרתם ניצול המחיר הקרטליסטי לשם גריפת רווחים. עם זאת, בניגוד למנגנוני הפיקוח שנצפו במקרים אחרים, הפגישות והתלוננות ההדדיות בענייננו לא טמנו בחובן סנקציות קונקרטיות, כספיות או אחרות, נגד מי שמפר את ההסדר והותירו את אכיפתו לרצונם הטוב של הצדדים ולתועלת הכלכלית הצומחת להם ממנו. נראה כי פיקוח הדדי מן הסוג שתואר הוא תנאי ראשוני לשימורו של כל קרטל ואין בו מידה מיוחדת של חומרה המצדיקה באופן עצמאי החמרה בעונשם.

86. בית המשפט קמא קבע כי העובדה שהמערערים הורשעו והודו בשימוש בשתי טכניקות קרטליסטיות, תיאום מחירים וחלוקת לקוחות, מהווה שיקול לחומרא, ובדין קבע זאת. טענת המערערים לפיה מדובר בטכניקות הבאות במרבית המקרים בצוותא חדא, אינה הכרחית (ראו למשל ההסדר שתואר בעניין טבעול). ואמנם, סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים הקובע חזקה להיותם של הסדרים מסוימים כובלים מפריד בין הסדרים שהכבילה בעניינם נוגעת למחירים לבין כאלה שהכבילה בעניינם נוגעת לחלוקת לקוחות או לחלוקה לפי סוג המוצר.

הטכניקות הקרטליסטיות בהן נעשה שימוש בהסדר האופקי דנן ושבהן הודו והורשע לימור וסנפרוסט, נמנים על ההסדרים האסורים מעצם טבעם, לפי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, שלגביהם לא נדרשת הוכחה בדבר עצם הפגיעה בתחרות וישנה חלטה בדבר היותם כובלים (ראו למשל: עניין אריאל; רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ, פ"ד נח (2) 635 (2004)). בנוגע להסדרים מסוג זה נקבע בעניין טבעול כי "מניעת תחרות והפחתת תחרות בשוק הסחורות והשירותים (... ) זו התכלית בהן, זו מטרתן, זה העיקר בהן". אופי ההסדרים מהווה איפוא שיקול לחומרא בעניינם של המערערים שלפנינו. בעניין זה יוסף, כי כבית המשפט המחוזי, לא ראיתי אף אני בעובדה שחלוקת הלקוחות השתרעה על פני 70 לקוחות בלבד כדי להפחית מחומרת העבירה, שהרי השאלה הרלוונטית לעניין זה אינה שאלה מספרית, אלא כזו הבוחנת את משקלם של הלקוחות, שביניהם היו, בין השאר, גם משווקים בסיטונות ולקוחות גדולים אחרים, בשוק הרלוונטי.

(ג) הוכחת הנזק שנגרם בעקבות ההסדר

87. לדברי לימור וסנפרוסט שגה בית המשפט כשנמנע מלחייב את התביעה להוכיח את שיעור הנזק שנגרם על ידם בעקבות ההסדר הכובל והסתפק באמירה כי

"עצם העובדה שהנאשמים שקדו על ההסדר והתמידו במשך שנים מלמדתנו כי ההסדר השפיע על השוק לשביעות רצונם והצדיק את המאמץ שבעשייתו". בעניין אריאל נקבע כי בכל הקשור להסדרים המנויים בסעיף 2(ב) לחוק –

"ככלל בחינה כמותית מדויקת של מידת הפגיעה בתחרות שנגרמה בעקבות הסדר כובל, בעת גזירת העונש, טומנת בחובה קשיים. ראשית (...) בחינה שכזו נושאת עמה קשיי הוכחה מרובים ושאלות מורכבות של סיבתיות, שפעמים רבות אינן מאפשרות כימות מדויק של גובה הנזק בעקבות ההסדר. שנית, וכפועל יוצא מן הקושי הראשון, בחינה שכזו שמה לאל, במידה רבה, את התכלית בדבר חיסכון במשאבים ובזמן שיפוטי, שבעטייה, לצד תכליות נוספות, נקבעה החזקה החלוטה בדבר היותם של ההסדרים המנויים בסעיף 2(ב) לחוק, כובלים (...). שלישית, הסדרים כובלים מן הזן המנוי בסעיף 2(ב) לחוק נושאים חומרה יתרה מעצם טיבם וטבעם (...) בלא קשר למידת הפגיעה הפרטנית בשוק הרלוונטי" (ראו גם דברי השופט עדיאל בת"פ (י-ם) 209/96 מדינת ישראל נ' אהליך יעקב (לא פורסם, 17.12.02); השוו: ת"פ (י-ם) 162/99 מדינת ישראל נ' המשביר לחקלאי בע"מ (לא פורסם, 7.10.99)).

עוד נקבע בעניין אריאל, כי אף שיש להחמיר בעונשם של צדדים להסדר כאמור גם בלא הוכחת מידת הפגיעה בתחרות, במקרה שבו מוכח גובה הנזק שנגרם, יישקל הדבר במסגרת השיקולים לעניין העונש. הדברים נכונים גם לענייננו אנו. הקושי הכרוך בהוכחת הנזק לתחרות ובאמידת הרווח בו זכו הצדדים, הרצון להימנע מקיום פרשת ההוכחות שנמנעה בזמן המשפט עצמו בעת הדיון בעונש, החומרה הרבה הטמונה בהסדרים מן הזן הנדון ודבקותם של הצדדים בו במשך מספר שנים, דבר המעיד על תוצאותיו החיוביות מבחינתם במונחים של רווח, כל אלה מצדיקים הימנעות מחיוב המדינה בהוכחת גובה הנזק המדויק. במצב זה נדרש ביסוס הענישה על מדיניות הענישה שנקבעה על-ידי בית המשפט העליון בעבירות כגון דא והתכליות העומדות בבסיסו, וכן על אינדיקציות לגבי היקף מחזור המכירות בשוק הנגוע, חלקן של החברות הנידונות באותו שוק, מידת מעורבותן בהסדר וכיו"ב. עמדה זו זוכה לחיזוק בסעיף 47(א) לחוק ההגבלים העסקיים, המאפשר לקבוע קנס העולה פי

עשרה על הקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין בלא שנדרשת הוכחת הנזק  
שנגרם בעקבות ההסדר או הרווח שהפיקו הצדדים בעטיו.

(ד) שיקולים אינדיבידואליים

88. בית המשפט המחוזי עמד על שיקולים אינדיבידואליים שונים בגוזרו את  
עונשם של המערערים שלפנינו. בין השיקולים לקולא בעניינו של לימור עמד בית  
המשפט על גילו המבוגר, על אישיותו החיובית, על הצלחתו בניהול מפעלי תעשייה  
שונים, ביניהם בישובי קו העימות; על העובדה ששכרו לא "הרקיע שחקים" ועל  
החרטה הכנה שהביע בעקבות המעשים. בית המשפט נתן דעתו גם לעדויות האופי  
השונות שהצביעו על היותו של לימור אדם חיובי, רגיש, ישר, אכפתי ובעל כושר  
מנהיגות. לטענת לימור וסנפרוסט היה מקום לתת משקל גדול יותר לחלוף 10 השנים  
מאז ההסדר ובעיקר לכך שהקנס הגבוה שהושת עליו, הגבוה בהרבה מזה שהושת  
על הנשמים האחרים, יותירו ללא מקורות כספיים לימי הפנסיה.

בחינת המאפיינים האינדיבידואליים של הנאשמים בעבירות בתחום ההגבלים  
העסקיים מפגישה את השופט במקרים רבים עם אנשים שאינם רק נורמטיביים  
בתחומי חיהם האחרים, אלא גם כאלה שתרומתם לחברה ולכלכלה ניכרת. עובדה  
זו אינה צריכה להפתיע שכן הנאשמים בעבירות אלה עומדים פעמים רבות בראש  
החברות שנקשרו בהסדרים, ומאחוריהם היסטוריה ארוכה של ניסיון ניהולי ושל  
תפקידי הנהגה והובלה. מדיניות הענישה שנקבעה כאמור על ידי בית משפט זה,  
לקחה בחשבון את מאפייניהם הרווחים של נאשמים אלה וקבעה רמת ענישה שנועדה  
לתת מענה דווקא למאפיינים אלה. מדיניות זו נועדה לצנן את הפיתוי שבגריפת  
רווחים מהירים ולבטא את מורת הרוח המיוחסות לעבירות הכלכליות, הפוגעות  
בציבור ללא הבחנה ופעמים רבות אף ללא אפשרות לפיצוי. ברם, יש שניצבים מול  
בית המשפט נאשמים שמצבם הכלכלי אינו שפיר עוד כבעבר ושהטלת קנס בשיעור  
גבוה על כתפיהם חורגת מגדר הרתעת נאשמים בכוח ובפועל אל עבר פגיעה של  
ממש ברווחתם הכלכלית בערוב ימיהם או אף גרוע מכך, אל עבר מסכת הליכים  
בהוצאה לפועל בגין חוסר יכולתם לשלם את הקנס שהוטל. כך הוא לדוגמא עניינו

של טנצר, עליו לא נגזר קנס כספי בשל הקושי הממשי שיהיה כרוך בגבייתו, לאור מצבו הכלכלי. כך גם נעשה לגבי משה ברושי, מנכ"ל חברת מילוטל, עליו הושת קנס בסך 5,000 ₪ (לצד עבודות שירות) בשל מצבו הכלכלי הירוד, במסגרת הסדר טיעון. לימור לא הציג בפנינו ראיות המעידות על מצב כלכלי קשה, זולת אמירות כלליות, ואולם בית המשפט קמא קבע כממצא עובדתי שמשכורתו כמנכ"ל סנפרוסט לא הייתה גבוהה במיוחד. לכך יוסף שלא הובאו ראיות לכך שרווחיה הנוספים של סנפרוסט כתוצאה מן הקרטל זיכו את לימור באופן אישי בתוספת כספית כלשהי. נתנו דעתנו גם לנטילת האחריות ולחרטה הכנה שהביע לימור. מדיניות עונשית מאוזנת אינה מתמצה אך בהטלת עונשים מרתיעים למי שסרח כדי למנוע את הישנות העבירה על ידו ועל העבריינים בכוח, אלא גם בהקלה מסוימת בעונש בעבור מי שבית המשפט שוכנע שבכוונתו להשתקם, לפתוח "דף חדש" ולנטוש את דרכו הרעה, כל זאת על מנת לעודדו לעשות כן ולהעניק לו "רוח גבית". במצב דברים זה, ולאור הפער הניכר שבין עונשו של לימור לבין עונשם של האחרים, שאף שהינו מוצדק לאור חלקו הדומיננטי בהסדר, נראה כי הוא עולה במידת מה על הנדרש, מצאנו כי יש להפחית קמעא בעונשו בגזרת הקנס.

89. באשר לסנפרוסט, טוענים המערערים שלפנינו כי היה מקום לתת את הדעת לכך שבמהלך העשור שחלף מאז חדלה החברה מביצוע העבירות, התחלפה הנהלת החברה ומדיניותה דהיום שונה בתכלית מזו שהייתה נהוגה בתקופה הרלוונטית. לדידם, מאז עברה הבעלות מידי קבוצת כלל לחברת תנובה מיושמת בחברה תכנית אכיפה פנימית מכוח ההוראות שהוטלו על תנובה על-ידי בית הדין להגבלים עסקיים. עוד טוענים הם כי סנפרוסט מעוניינת "למתוח קו" על העבר ולשם כך סברו ראשיה הנוכחיים כי יש להודות בעובדות כתב האישום כדי להביא פרשה זו לקיצה ולחסוך זמן שיפוטי.

התלבטנו בעניין ושקלנו להיענות לקריאה זו של סנפרוסט ולהפחית מעט מעונשה. עם זאת, לאור החומרה הגלומה במעשה שביצעה ושמצאנו כי בית המשפט איזן כראוי בין השיקולים השונים, מצאנו להותיר את העונש שנגזר עליה על כנו.

90. לטענת המדינה, החיבור בין חומרת העבירה, חלקו של לימור בעבירות ומדיניות הענישה הקבועה בבית משפט זה, מצדיקה החמרה בעונשו של לימור והטלת עונש של מאסר בפועל שלא בדרך של עבודות שירות. התלבטנו רבות האם ראוי לקבל את ערעור המדינה ולהחמיר בעונשו של לימור. מן הטעמים שהוסברו לאורך פסק הדין, אנו רואים חשיבות בכך שהמדיניות שהתוותה על-ידי בית משפט זה לא תהפוך לאמירה דקלרטיבית הנאמרת אך כ"מס שפתיים" בלא כל כוונה ליישמה בפועל. מאפייני ההסדר שלפנינו, הסדר כובל אופקי של חלוקת שוק ותיאום מחירים והנחות הפוגע בתחרות ובציבור ללא הבחנה, מהווים מקרה ראוי ליישום המדיניות האמורה. עם זאת, לא ניתן להתעלם מן העונשים שנגזרו על יתר הצדדים להסדר, חלקם בדרך של הסדר טיעון וחלקם לאחר הודייתם של הצדדים שלא במסגרת הסדר. חרף החומרה היתרה המאפיינת את חלקה של סנפרוסט בהסדר, לא קיימת הצדקה לקיומו של פער כה גדול בין עונשיהם של הצדדים. לא ניתן גם להתעלם מחלוק השנים מאז ניהול המשפט, מהודייתם המהירה של הצדדים, בכפוף לטענות המקדמיות שהעלו, שביטאה לקיחת אחריות כנה וחרטה, ושחסכה זמן שיפוטי, ומההלכה לפיה בית המשפט שלערעור ייטה שלא למצות את העונש במקרה שבו המדינה מערערת על קולתו (ראו למשל: עניין אריאל; ע"פ 150/87 מדינת ישראל נ' צייקובסקי, פ"ד מא (4) 492 (1987)). לאור כל האמור, ולאחר התלבטות, החלטנו לדחות את הערעור המדינה ולהותיר את עונש המאסר בפועל בן ששת החודשים בדרך של עבודות שירות, על כנו.

גזר הדין הסופי

91. לאור כל האמור החלטנו להעמיד את עונש הקנס של לימור על 180,000 ₪ או 5 חודשי מאסר תמורתו. הקנס ישולם ב- 18 תשלומים חודשיים, שווים ורצופים, החל מיום 17.9.07 וביום הראשון לכל אחד מ- 24 החודשים שבעקבותיו.

שאר העונשים שנגזרו על לימור ועל סנפרוסט יוותרו בעינם.

ניתן היום כ"א באלול תשס"ז (4.9.07)

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

\