

בתי המשפט

<u>פ 001126/00</u>		<u>בית המשפט המחוזי בירושלים</u>	
07/11/2005	תאריך:	כבוד השופט יהונתן עדיאל	בפני:

בעניין: מדינת ישראל

ע"י ב"כ היועץ המשפטי לממשלה
מרשות ההגבלים העסקיים, עו"ד איריס אכמון

המאשימה

- נ ג ד -

1. אברהם בלילי
ע"י ב"כ עו"ד יוסף גבאי

הנאשמים

2. ז'אן מנשה פור

הכרעת-דין

1. בכתב האישום נשוא הליך זה מייחסת המאשימה לנאשמים, שתי עבירות על חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן – חוק ההגבלים העסקיים או החוק), שתיהן בתחום ההסדרים הכובלים בשוק הלולבים.
 2. באישום הראשון נטען, שבמהלך התקופה הרלבנטית לאישום זה, היו הנאשמים, שהם בני אדם המנהלים עסקים אשר בתקופה הרלבנטית לכתב האישום ובשנים שקדמו לה עסקו בייבוא לולבים ממצרים לישראל, במכירתם ובשיווקם, צדדים להסדרים כובלים בתחום ייבוא לולבים ממצרים לישראל, מכירתם ושיווקם. במהלך החודש שקדם לחג הסוכות התשנ"ט, נטען בכתב האישום, נפגשו הנאשם 1 (להלן – בלילי), הנאשם 2 (להלן – מנשה פור), אחמד אבו נאג'ה (להלן – אבו נאג'ה) ואמוץ טפרברג (להלן – טפרברג), וערכו ביניהם הסדר כובל בתחום ייבוא לולבים ושיווקם לקראת פרוש חג הסוכות. עניינו של אותו הסדר היה בקביעה של מכסה לכמות הלולבים אותה ייבא לארץ כל אחד מהנאשמים, וכן בשיתוף פעולה בפעילויות מכירה, שיווק, מסירה והעברה של לולבים. כמו-כן הוסכם על חלוקת הוצאות ושיתוף פעולה בין הנאשמים.
- בעקבות עריכת ההסדר הכובל, חתמו הנאשמים, אבו נאג'ה, טפרברג ואדם נוסף בשם אנסבכר (להלן – אנסבכר) על חוזה אשר בו נכללו, בין היתר, ההסכמות דלקמן:

- א. מכסות – נקבעה כמות הלולים אותה ייבא לארץ כל אחד מהנאשמים לקראת חג הסוכות. נקבעה כמות הלולים הכוללת שתיובא, והיא חולקה בין הנאשמים לארבעה חלקים: רבע מן הכמות ייבא בלילי, רבע ייבא מנשה פור, רבע ייבא אבו נאג'ה ורבע נוסף ייובא על-ידי טפרברג ואנסבכר יחדיו.
- ב. ייבוא משותף – נקבע כי הנאשמים ישתמשו אך ורק בשירותיה של עמילת מכס אחת, לצורך ייבוא הלולים לארץ.
- ג. אכסון, מכירה ושיווק משותפים – נקבע כי כל ייבוא שייעשה על-ידי מי מהנאשמים יועבר למחסן אחד, וכי הנאשמים יבצעו ביחד פעילויות מכירה, שיווק, מסירה והעברה של לולים. נקבע כי לשותפות תהיה בלעדיות, והנאשמים לא יעסקו בפעילויות מכירה, שיווק, מסירה והעברה של לולים מחוץ למסגרת השותפות.
- ד. חלוקת רווחים – נקבע כי הרווחים ממכירת הלולים יחולקו בהתאם לחלוקת השוק בין הנאשמים.

לאחר חתימת ההסכם, נטען באישום זה, הרחיבו הנאשמים את ההסדר הכולל ביניהם והגיעו להסכמות נוספות כדלקמן:

- א. נקבע המחיר בו יימכרו לולים לסוחרים.
- ב. סוכמו תנאי התשלום בהם יימכרו לולים לסוחרים. בהקשר זה נקבע כי הנאשמים לא ימכרו באשראי, בניגוד לנהוג בשנים קודמות. תחילה נקבע כי התשלום יהא במזומן בלבד. מאוחר יותר הוסכם, כי התשלום יוכל להתבצע גם כנגד הפקדת שיק לבטחון.
- ג. נקבע כי איש מהנאשמים לא ייבא לולים בכמות גדולה מהמכסה שנקבעה בהסכם, אלא אם קיבל לכך את הסכמת הנאשמים האחרים.
- ד. נקבע כי הנאשמים יחלקו ביניהם את הוצאות שיתוף הפעולה.

במעשים המתוארים, נטען בכתב האישום, היו הנאשמים צדדים להסדר כובל, מבלי שקיבלו לכך אישור מאת בית הדין להגבלים עסקיים, היתר זמני מאת אב בית הדין או פטור מאת הממונה על ההגבלים העסקיים מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדר. הכבילות בהסדרים הכובלים, נטען, נוגעות הן למחיר שיידרש שיוצע או שישולם, הן לרווח שיופק והן לכמות הנכסים בעסק.

על יסוד עובדות אלה יוחסה לנאשמים עבירה של היותם צדדים להסדר כובל – עבירה לפי סעיף 47(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים בצירוף סעיפים 4, 2(א), 2(ב)(1), 2(ב)(2), ו-2(ב)(4) לחוק.

3. אחד מיסודות עבירת ההסדר הכובל לפי סעיף 2 לחוק, הוא היותם של מי שהנם צד להסדר "בני אדם המנהלים עסקים". יסוד זה, על-פי הראיות שהוצגו לפני, התקיים בנאשמים.

כך העיד בלילי, כי הוא עוסק בתחום הלולבים מאז שנת 1984, בערך 19 שנה (עמ' 303 לפרוטוקול, ש' 8), וכי ניהל עסקים גם בתחומים נוספים – חקלאות, גידול עגבניות ופרחים (עמ' 303 ש' 7-4).

גם מנשה פור העיד כי עסק משך שנים ארוכות בעסקי הלולבים (עמ' 422 ש' 25-18; עמ' 423 ש' 14-1). אמנם, בשנת 1998, היא השנה הרלבנטית לעניין האישום הראשון, מנשה פור לא ייבא בפועל לולבים. אולם, בכך אין כדי לשלול את היותו אדם המנהל עסקים. זאת, הן בשל פעילותו בתחום זה בשנים שקדמו לאותה שנה והן בשל פעילויותיו האחרות בתחום זה, בכלל זה, שיווק הלולבים שביצע אותה שנה.

4. בא-כוח הנאשם 1 טוען בסיכומיו, שמבחינתו של בלילי, העיסוק בנושא הלולבים, בכלל זה העסקה נשוא האישום, היה בגדר עסקת אקראי ולכן אין לראותו, לצורך זה, כאדם המנהל עסקים כמשמעותו בסעיף 2 לחוק.

5. אינני מקבל טענה זו. לאור העובדה שבלילי עסק, כפי שהעיד על עצמו, בתחום הלולבים מאז שנת 1984, היינו כ-19 שנה (עד לאירועים נשוא כתב האישום), לא ניתן לומר לגביו שמדובר בעסקת אקראי. בנוסף, "עסק" מוגדר בחוק ההגבלים העסקיים כ"עיסוק בייצור נכס, במכירתו, בשיווקו, ברכישתו, ביבואו או ביצואו, וכן עיסוק במתן שירות או בקבלתו" (סעיף 1 לחוק). הגדרה זו אינה מבחינה בין עיסוק ארעי או חולף לבין עיסוק קבוע, וגם מי שמקיים עסק באופן ארעי נופל בתחום הגדרה זו. כפי שנקבע בדיון הנוסף בפרשת טבעול (דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (להלן – עניין טבעול), הביטוי "בני אדם המנהלים עסקים" שבסעיף 2 לחוק, נועד לתפוס בגדר ההסדר הכובל, "הסדר שהוא בטיבו הסדר עסקי

להבדילו מהסדר שאין הוא הסדר עסקי" (עמ' 92). מכאן, שגם עסקת אקראי יכול שתהא בגדר הסדר כובל, אם מדובר בהסדר בעל אופי עסקי, וכזה הוא אופיו של ההסדר שלפנינו.

6. מהסכם השותפות (נ/41) עולה, שביום 17.9.98 חתמו הנאשמים על הסכם שותפות עם צדדים נוספים: אבו נאג'ה, טפרברג ואנסבכר (להלן – הסכם השותפות). כך עולה מעדותם של בלילי (עמ' 359 ש' 21), מנשה פור (עמ' 442 ש' 24-26), וטפרברג (עמ' 234 ש' 11-15). הסכם זה כולל הוראות שונות המסדירות את פעילותה של השותפות, ייעודה ומטרותיה, וכן הוראות לגבי התנהלותם של השותפים בכל הקשור לתחום הלולבים. להוראות אלה אתייחס בהמשך.

7. המאשימה טוענת, שעצם הקמתה של השותפות, מהווה הסדר כובל. זאת, משום ששותפות בין מתחרים מצמצמת, מעצם טיבה, את מספר השחקנים בשוק, בעוד שתחרות חופשית מתאפיינת בריבוי מתחרים ויצרנים (סעיף 24 לסיכומים. ראה: פסק הדין בעניין: ה"ע 465 דטה-קאר נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (טרם פורסם); ערר 1/97 איסכור שירותי פלדה נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (טרם פורסם), סעיף 8 לפסק הדין; מאמרה של השופטת מ' מזרחי: "מיזם משותף כהסדר כובל" משפטים כג תשנ"ד, 213).

8. בא-כוח הנאשם 1, טוען, מנגד, שאין לשעות לטענה זו, משלא נטענה בכתב האישום.

9. כתב האישום בעניין זה אינו ברור כל צרכו. מחד, אין בו טענה מפורשת לפיה עצם הקמתה של השותפות מהווה הסדר כובל. מאידך, נטען בכתב האישום "ששיתוף הפעולה בין הנאשמים בפעילויות מכירה, שיווק, מסירה והעברה של לולבים" (סעיף 2 לאישום הראשון), שיתוף פעולה המבטא את מהותה וייעודה של השותפות, מהווה הסדר כובל (סעיף 5 לאישום זה).

מכל מקום, במקרה שלפנינו, ההסכמות הקונקרטיות שהושגו בין הנאשמים, הן במסגרת הסכם השותפות והן לאחר החתימה על הסכם השותפות, כוללים כבילות המקימות, כשלעצמן, הסדר כובל.

שיווק משותף

10. עיקרו של הסכם השותפות התבטא בהסכמה לשיווק משותף של הלולים. כך נקבע ב"הואיל" הראשון של ההסכם:

"הואיל והצדדים מעוניינים לפעול במשותף בהתקשרות לייבוא ושיווק לולים ותרמילים לארבע מינים על דרך של ייסוד שותפות בלתי רשומה".

וסעיף 2 להסכם קובע את מטרות השותפות בזו הלשון:

"מטרתה העיקרית של ההתקשרות בין הצדדים היא התקשרות על בסיס שותפות בין הצדדים בחלקים שווים כמפורט בהסכם זה לייבוא ושיווק לולים".

11. שיווק משותף, נקבע בפסיקה, עשוי לשמש כטכניקה קרטליסטית מובהקת:

"לשיווק משותף (Joint Selling) נודעת השלכה שלילית על התחרות. הפגיעה בתחרות עקב השימוש בטכניקה זו, נובעת מעצם שיתוף הפעולה בין המתחרים, אשר עשוי להביא לכך שמתחרים אלה מפסיקים להתחרות זה בזה בכל התחומים המוסדרים על-ידי המשווק המשותף, ובמקום זה הם מתחילים לשתף פעולה זה עם זה. שיתוף פעולה כזה עשוי להפוך את המשווק המשותף לכלי לתיאום בין המתחרים. התיאום היותר שכיח הוא תיאום מחירים, הנובע מכך שהמשווק המשותף הוא אשר קובע עתה מחיר אחיד לכל היצרנים, זאת בניגוד למצב שקדם לשיווק המשותף שבו כל יצרן קבע את מחיריו באופן עצמאי. בנוסף להיותו מכשיר לתיאום מחירים, יכול המשווק המשותף לשמש גם ככלי לויסות כמויות הייצור של כל אחד מהיצרנים המתחרים אשר משווקים דרכו. זאת, באמצעות הסכמים המסדירים את הכמויות שיירכשו על-ידי המשווק המשותף מכל אחד מהיצרנים ומתן בלעדיות ברכישת המוצרים למשווק זה.

עולה מן האמור, שהטכניקה של שיווק משותף אשר כוללת אלמנטים של תיאום בין מתחרים, הנה טכניקה קרטליסטית מובהקת המהווה הסדר כובל" (ת"פ 209/96 מדינת ישראל נ' אהליך יעקב ואח' (להלן – עניין אהליך יעקב).

אמנם, כפי שנקבע בפסק הדין בעניין פוד קלאב (ה"ע 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (טרם פורסם), לא כל שיווק שבו משווק אחד משווק את

תוצרתם של מספר ספקים הנו, בהכרח, הסדר כובל, אלא רק שיווק משותף הכולל תיאום, ישיר או עקיף, בין מתחרים:

”עם זה, שיווק שבו משווק אחד משווק תוצרתם של מספר ספקים אינו נוגד, בהכרח, את דיני ההגבלים העסקיים. הפסול שבשיווק המשותף קם בהתקיים יסוד התיאום. התיאום יכול שיהא תיאום ישיר, בין הספקים לבין המשווק ובינם לבין עצמם, או תיאום עקיף, על-ידי הסמכת המשווק לקבל עבורם את ההחלטות החשובות הנוגעות לייצור ולשיווק אשר מאיינות את התחרות בין הספקים” (ס’ 142 לפסק הדין).

בפרשה שלפנינו מדובר בשיווק משותף המבוסס על תיאום ישיר בין הנאשמים (והשותפים האחרים) של רכיבי השיווק הבאים:

תיאום מחירי הלולבים

12. הכבילה המרכזית בהסדר הכובל שלפנינו עניינה בתיאום מחירי השיווק של הלולבים. בהסכם השותפות עצמו אין התייחסות ישירה לשאלה כיצד ייקבעו מחירי הלולבים, אולם, עצם העובדה שהשיווק מתבצע במשותף, מחייבת, על פניה, גם קביעה משותפת של מחירי הלולבים. שהרי שיווק הלולבים מחייב קביעת מחיריהם, ומשהסכימו הנאשמים לבצע את השיווק במשותף, שיתוף פעולה זה כלל, בהכרח, גם קביעה משותפת של מחירי השיווק. כך גם אירע בפועל.

העיד על כך בלילי:

”ת. ... לא היה מצב ששותף יכול היה לקחת סחורה ולמכור אותה כראות עיניו ובמחירים שהוא רוצה. השותפות יושבה והחליטה על כללי מכירה, כללי שיווק והמחירים שהיא רוצה, ולא היה מצב ששותף יכול לעשות כראות עיניו, להוריד מחיר או להעלות מחיר. ש. ואם השוק לא מקבל את המחיר? ת. אז יושבים וחושבים מה לעשות. אם להוריד מחיר או לייבא פחות סחורה. אנחנו צריכים לתכנן את עצמנו במהלך העבודה” (עמ’ 318 ש’ 24 - עמ’ 319 ש’ 2).

בלילי חזר ואישר כי במסגרת השותפות נקבע מחיר הלולבים על ידי הנאשמים (והשותפים האחרים) באופן משותף גם בחקירתו הנגדית:

"בישיבות העבודה בשותפות קבעתם באיזה מחירים תמכרו את
הלולים?
ת. כן.
ש. לפי רמות סחורה
ת. נכון" (עמ' 345 ש' 19-22).

בלילי מסר גרסה זו גם בהודעתו בפני חוקרי רשות ההגבלים העסקיים (ת/2 עמ' 10 ש'
14-20).

כך העיד גם טפרברג, שהיה אף הוא שותף בשותפות (אך ההליכים נגדו עוכבו על-ידי
היועץ המשפטי לממשלה):

"הבאנו את כל הסחורה למחסן בסגולה. הבאנו אך ורק
מהמחסן סחורה. ניהלנו שותפות כמו כל שותפות אחרת.
קבענו מחירים של השותפות" (עמ' 34, ש' 19-20).

וכן:

"ש. ככלל, מי החליט שהמחיר יהיה 7 שח?
ת. השותפות החליטה. אני לא זוכר את הסיטואציה בדיוק איך
זה קרה, אבל זה היה בהסכמת כל השותפים" (עמ' 238 ש' 26-
27).

תיאום המחיר בין השותפים עולה גם מעדותו של הרב רביץ. הרב אברהם רביץ,
ששימש באותה תקופה כחבר כנסת וכיו"ר ועדת הכספים של הכנסת, סיפר בעדותו, שקיבל
תלונות על קרטל המתקיים בשוק הלולים ועל העלאת מחירים אחידה. לאחר ששמע זאת, הוא
פרסם בעיתון "יתד נאמן" מודעה, לפיה אין לרכוש לולים עד להודעה חדשה. בעקבות פרסום
המודעה, פנה אליו אנסבכר וביקש כי יאות להיפגש עם חברי השותפות. הפגישה קוימה בביתו
של הרב רביץ ביום 25.9.98 ונכחו בה, פרט לרב רביץ, כל השותפים וכן מר בצלאל קאהן,
שהוא עיתונאי במקצועו. בפגישה זו, עולה מעדותו של הרב רביץ, הסתבר לו שמחיר הלולים
נקבע על-ידי הנאשמים יחדיו:

"הם סיפרו לי את הסיפור שלהם, על הנסיבות המיוחדות,
הלולים הגיעו ממצרים והבעיות הכרוכות בכך, והניצול
שניצלו אותם המצרים וזה מחייב אותם לעשות מחירי מינימום.
לפיכך הם נאלצו להכתיב את השוק..." (עמ' 121 ש' 19-21).

(וראה גם הודעתו של הרב רביץ כפי שהוקראה על ידו בפני בית המשפט בעמ' 124 ש')

(10-13).

13. מהעדויות עולה, שתחילה עמד המחיר המתואם בין השותפים על כ-10 ש"ח ללולב, ובהמשך הורד המחיר והועמד על ידי השותפים על 7.5-8 ש"ח ללולב (עדויות של בלילי, עמ' 348 ש' 20 - עמ' 349 ש' 15-1). בכך לא היה כדי למנוע סטייה מסוימת מהמחיר המוסכם, למשל, בדרך של מתן הנחה לסיטונאים הרוכשים סחורה בכמויות גדולות. כך עולה גם מעדותו של אנסבכר (עמ' 261 ש' 10 - עמ' 262 ש' 20), ומטבלאות המכירה של השותפות שנרשמו על-ידי מנשה פור (ט/109-104) שהם חלק מ-ת/20 (וראה גם עדותו של מנשה פור בעמ' 434, ש' 20-18). טבלאות אלו מתעדות את מכירות השותפות לסוחרים, כאשר ברוב המקרים המחיר עמד על 7.5 ש"ח ללולב ופעמים הגיע ל-8 ואף ל-9 ש"ח ללולב. מסמכים אלו אושרו גם על-ידי טפרברג (עמ' 236 ש' 9-4) ואנסבכר (עמ' 263 ש' 11-9). ברוח דברים אלו העיד גם יואל זיו, סוחר בשוק הלולים (עמ' 14 ש' 29; עמ' 15 ש' 30-1).

14. תיאום מחירי הלולים מהווה כבילה אסורה המקימה הסדר כובל לפי סעיף 2(ב)(1) לחוק.

15. הצדדים הקדישו חלק ניכר מטיעוניהם לשאלה האם מחירי הלולים שנקבעו על-ידי השותפות היו גבוהים מהמחירים ששררו בשוק קודם להקמת השותפות. הם נחלקו גם באשר לשאלה מה היו הסיבות שהביאו להעלאת המחיר (ככל שהייתה) והאם המחיר שנקבע על ידי השותפים היה מוצדק לאור תנאי השוק.

לעניין זה יש לציין, ראשית, שתיאום המחיר כשלעצמו מקים הסדר כובל, וזאת ללא קשר לשאלה אם המחיר המתואם גבוה מהמחיר ששרר בשוק קודם לעשיית ההסדר הכובל, אם לאו.

16. בא-כוח הנאשם 1 טוען, שהמאשימה מנועה מלטעון לעניין גובה המחיר, שכן בכתב האישום לא נטען שהנאשמים גרמו להעלאת מחיר השוק של הלולים. הוא סומך טענה זו על ההחלטה שניתנה בעניין התנגדותו להצגת ראיות בעניין זה ביום 18.5.03, שבה נקבע, כי "הטענה שלא זו בלבד שההסדר הכובל בוצע, אלא שבעקבות הביצוע עלה

מחיר השוק, היא טענה בנושא מהותי שלא ניתן להוכיחה בהעדר התייחסות לעניין זה בכתב האישום" (סעיף 17 להחלטה).

יש לדחות טענה זו. שכן, שבאותה החלטה הותר למאשימה, באופן מפורש, להציג ראיות לגבי הנושאים שנמנו בסעיפים 8 ו-10 לאותה החלטה, שעניינם כוחה של השותפות להשפיע על מחירי השוק בכוח ובפועל. כך הוחלט, לאור שאלות רבות שהוצגו בעניין זה על-ידי הנאשמים (כפי שפורט בסעיף 20 להחלטה), וחרף העדר האזכור של הנושא בכתב האישום.

17. בא-כוח הנאשם 1 טוען, כי הראיות שהוצגו מצביעות דווקא על כך שהמחירים שדרשה השותפות בשנה הנדונה היו נמוכים, או לכל היותר זהים, למחירים בהם מכרו השותפים לולבים בשנה הקודמת כאשר פעלו בנפרד, וזאת למרות שעלויות הייבוא עלו לעומת השנה הקודמת. הוא מפנה בעניין זה לעדותו של אנסבכר (עמ' 261 ש' 18-10).

בכל מקרה, טוען בא-כוח הנאשם 1, לא ניתן להשוות בין מחירי הלולבים בשנה אחת לעומת מחיריהם בשנה אחרת, וקשה אפילו להשוות מחירי עסקאות שונות שמתבצעות באותה שנה. לטענתו, קיימים גורמים רבים אשר יכולים להשפיע על מחיר הלולב, כמו: שינויים בהיטלים למיניהם בתשלומים לרשויות השונות המטפלות בייבוא; עלויות הלולבים במצרים; ההיצע והביקוש הקיים באותה שנה בשוק אשר נגזר בין היתר מהכמות הנקטפת בשוק המקומי והביקוש מצד הסוחרים והציבור; חרושת שמועות ומניפולציות מצד הסוחרים בשוק המתקיים משך זמן קצר מאד; הזמן המדויק שבו מתבצעת העסקה, כאשר מחיר הלולב יורד ככל שהחג מתקרב והיבואן חושש להיתקע עם סחורה לא מכורה; וכן מידת ההיכרות והאמון שבין היבואן לבין הסוחר הספציפי.

הראיות היחידות שהובאו בעניין זה, טוען בא-כוח נאשם 1, הם המחירים בהם השותפות עצמה מכרה את לולביה או המחירים שבהם השותפים מכרו את לולביהם. אולם באלה אין כדי להעיד על מחירי השוק באותן תקופות. לא זו אף זו, טוען בא-כוח הנאשם 1, לולב הוא מוצר שכלל אי אפשר לדבר על מחיר השוק שלו. זאת, ראשית, משום שאין ללולבים שוק רציף והם נמכרים במרווחים של שנה (מדי ערב חג הסוכות), שבהם המחירים יכולים להשתנות עקב פרמטרים שונים. זאת ועוד, מחיר הלולב הנו בסופו של דבר פועל יוצא של איכותו. במובן זה אין למחיר שנקבע עם הסוחרים משמעות, שהרי השותפים תמיד יכולים לספק סחורה לא ממוינת שערכה נמוך יותר. אכן, בשנת 1998 החליטו השותפים, שלא כבשנים

הקודמות, למיין את הלולים ובכך ליצור רמות שונות של הידור. על רקע זה לא ניתן להשוות בין מחירי לולים מהודרים שנמכרו בשנת 1998 למחירי הלולים בשנת 1997, שאז לא נערך מיון של הלולים. גם להתחייבויות ולסיכומים בהם "נסגרות" עסקאות על מכירת לולים מראש, טרם תחילת העונה, אשר עמדו גם על 10-12 ש"ח ללולב, טוען בא-כוח נאשם 1, אין כל משמעות ואין בהם כדי לבטא קביעת מחיר קרטליסטי. לטענתו, מדובר בקביעת מחיר המוכתבת על-ידי אופי הפעילות בשוק, שמתבטאת בזריקת "סינגלים" לשוק בתחילת כל עונה כדי לבחון את תגובת השוק וכדי לבדוק האם השוק מוכן לקבל מחירים אלה. אף אם בשנה הקודמת נגבו מחירים נמוכים יותר, טוען בא-כוח הנאשם 1, הדבר נבע מסכסוך שנפל אותה שנה בין הנאשמים. בנוסף, יש להביא בחשבון את העובדה שעלות הלולים במצרים הייתה גבוהה יותר אותה שנה (הודעתו של אנסבכר, ת/12, ועדותו בבית המשפט בעמ' 257; ועדותו של נתנאל ארנון בעמ' 199 ש' 14-16).

על רקע זה, טוען בא-כוח הנאשם 1, אין משמעות להשוואת עסקאות שנעשו בזמנים שונים, לפני העונה, היינו לפני קום השותפות, ולאחריה – במהלך פעילותה של השותפות.

לסיכום, טוען בא-כוח הנאשם 1, כי לא השותפות היא שהכתיבה את מחירי השוק אלא היה זה השוק אשר הכתיב את המחיר לשותפות (עדותו של אנסבכר עמ' 262 ש' 14-27). בכל מקרה, הוא טוען, המחיר של 7.5-8 ש"ח שקבעה השותפות עבור הלולים הנו מחיר הגיוני (עמ' 101 ש' 19-26).

18. לעניין גובה מחירי הלולים שקבעו השותפים במסגרת השותפות, מהראיות שהוצגו, עולה שמחירי הלולים שתואמו כאמור לעיל היו גבוהים במידה ניכרת מהמחירים ששררו בשוק בשנה הקודמת (1997), אשר עמדו על כ- 1.05-1 דולר ללולב.

כך עולה מהודעתו של מנשה פור, לפיה שבשנה הקודמת הוא מכר בין 90,000 ל-100,000 לולים במחירים שנעו בין 3.5 ועד ל- 4.5-4 שקלים ללולב (ת/7, עמ' 13 ש' 4-16). מנשה פור חזר על כך גם בעדותו בבית המשפט (עמ' 441 ש' 12-14). גם טפרברג העיד שבשנה הקודמת מכר לולים במחיר שבין 4-5 ש"ח ללולב (עמ' 230 ש' 29 – עמ' 231 ש' 1). אנסבכר העיד אף הוא, כי באותה שנה (97') מכרו לולים במחירים שבין 4-6 ש"ח (עמ' 256 ש' 6-12). ברוח דומה העידו רפאל אדמון, סוחר בשוק הלולים (עמ' 94 ש' 9-15); יואל זיו, גם הוא סוחר לולים (עמ' 26 ש' 24-28); ורפי אדמוני (עמ' 102 ש' 4-16).

מהעדויות עולה, שהמחיר המתואם שנקבע על-ידי השותפות, היה גבוה גם ביחס למחיר שנקבע בראשית העונה של אותה שנה, בה בוצע ההסדר הכובל, אז עמדו מחירי הלולים על כ-4 ש"ח ללולב. כך עולה מהראיות הבאות: עדותו של בלילי (עמ' 351 ש' -12-13); עדותו של מנשה פור (עמ' 436 ש' 1-6); חשבוניות ט/97 מיום 27.9.98 המתייחסות למכירות עליהן הוסכם לפני קום השותפות במחירים של 4 ש"ח ללולב; הודעתו של מנשה פור (ת/7, עמ' 4 ש' 13, עמ' 16 ש' 14 – עמ' 18 ש' 8); עדותו של טפרברג, לפיה בתחילת העונה הוא ואנסבכר התחייבו למחירים נמוכים מהמחירים שקבעה השותפות מאוחר יותר (עמ' 236 ש' 10-17, ומסמך ט/104); ת/31, שהוא זיכרון דברים בין טפרברג ואנסבכר לבין הדסי צפתמן ונתנאל ארנון, לפיו שני הראשונים התחייבו למכור לאחרונים עד ליום 17.9.98 (הוא המועד שבו הוקמה השותפות) לולים במחיר של 1.05 דולר ללולב; מוצגים ט/77 מיום 27.9.98 ו-ט/71 מיום 27.9.98, שהוגשו כחלק מת/21א ו-ט/71, שהם זיכרון דברים בין טפרברג ואנסבכר לבין קוני לולים המתייחסים גם הם למחירים של 1 דולר ליחידה.

19. העלאת מחירי הלולים, עולה מהעדויות, לא הייתה מקרית, אלא נבעה מהחלטה מכוונת ומחושבת של השותפים להביא להעלאת מחירי הלולים.

כך מסר בלילי לחוקרי הרשות להגבלים עסקיים:

"הסוחרים נפגעו מכך שהרמתי את מחיר הלולב מהפסד למחיר ריאלי ופנו למקורבו של רביץ, יעקב גוטרמן" (ת/1, עמ' 2).

ובהודעתו שמסר ברשות להגבלים עסקיים אמר בלילי:

"נתח הרווחים של סוחרים אלה היו מאות אחוזים. ברגע שייקרתי את הלולב, נתח המחירים שלהם ירד" (ת/2, עמ' 13 ש' 8-9).

גם מנשה פור הודה בהעלאת מחירי הלולים. כך הוא העיד:

"ש. בהודעתך אמרת, לגבי השנה של השותפות, '98, ש'השנה ההכנסה של הלקוחות החרדים תהיה יותר נמוכה מאשר ההכנסה שלהם בשנים הקודמות'.

ת. כן, ואני אסביר את זה. את יודעת מי הגיע להגיש את התלונה? הרי הגיעו הסוחרים הסיטונאים שקונים מהיבואנים. ש. מי היבואנים באותה שנה? ת. השותפות. הסוחרים קונים מאיתנו. מי הנפגע? לא אותו אדם שלוקח לולב והולך להתפלל עמו בבית הכנסת. אני רציתי לפגוע בסוחרים. הסוחרים מוכרים סטים. הם קוברים אותנו משך כל השנים. אני רציתי לפגוע בהם" (עמ' 441 ש' 25 – עמ' 442 ש' 3).

20. כל שאר טענות הצדדים בנושא זה נוגעות, למעשה, לשאלה האם המחיר שנקבע היה מחיר סביר אם לא, והאם נתוני השוק חייבו או הצדיקו את העלאת המחיר. לשאלה זו אינני רואה מקום להתייחס, שכן אין לה כל קשר לעצם עריכתו של ההסדר הכובל. סבירותו או אי סבירותו של המחיר אינה יסוד מיסודות העבירה, לא פי סעיף 2(א) לחוק וודאי לא לפי סעיף 2(ב). התייחסתי לכך בפסק הדין בת"פ 385/98 מדינת ישראל נ' טגר ואח' (טרם פורסם), סעיפים 96 ו-97 לפסק הדין (וראה גם: *U.S. v. Trenton Potteries* 273 U.S. 392).

קביעת תנאי תשלום אחידים

21. כבילה נוספת באה לידי ביטוי בתיאום שנעשה על-ידי הנאשמים לגבי תנאי התשלום שידרשו עבור מכירת הלולבים. תחילה הוסכם כי התשלום יהא אך ורק במזומן, אך בשלב מאוחר יותר הוסכם שניתן יהא להסתפק גם בשיק בטחון. העיד על כך בלילי:

"ש. אני מבינה מהודעתך שהחלטה לדרוש מזומן, הייתה החלטה של השותפות
ת. נכון." (עמ' 351, ש' 11-12).

כך מסר בלילי גם בהודעתו (ת/2, עמ' 21 ש' 11-8). מתמלילי שיחות שהוקלטו במחלקת החקירות של רשות ההגבלים העסקיים, מסתבר שהשותפות עמדה על כך שהתשלום יבוצע במזומן בלבד (ת/29, עמ' 6, 12; ת/26, עמ' 22, ש' 781-772). עניין זה אושר גם בעדותו של אנסבכר (עמ' 269 ש' 26), וכן על-ידי נתנאל ארנון, בהודעתו ת/35 שהוגשה (עמ' 185) לפי סעיף 10א לפקודת הראיות.

22. בא-כוח הנאשם 1 טוען, שהשותפות לא תיאמה את תנאי התשלום. לטענתו, בהתחשב במוסר התשלומים הירוד בענף, לאור העונתיות הקצרה והסיכון שעקב אי כיבוד

התחייבויות הסוחרים, כל הנזק ייפול על היבואן, שאיפתו של כל אחד מהשותפים, עוד קודם להקמת השותפות וללא כל קשר אליה, הייתה לגבות את מחיר הלולים במזומן ולא באשראי. בכל מקרה, עובדה היא כי לאור התחרות בשוק, השותפות לא הצליחה לעמוד בשאיפה זו של השותפים, למכור רק במזומן או כנגד בטחונות, ובסופו של דבר מכרה לולים גם שלא כנגד מזומן.

23. לאור העדויות שפורטו לעיל, מקובל עלי שהנאשמים תיאמו ביניהם גם את תנאי התשלום. גם כאן, בטענת בא-כוח הנאשם 1 אין משום כפירה בעצם התיאום, והיא מתייחסת, למעשה, לסבירותו. בעניין זה, כפי שנאמר לגבי סבירות המחיר, לסבירות תנאי התשלום שתואמו בין הנאשמים, על רקע מוסר התשלומים הנמוך בשוק או נסיבות אחרות, ולעובדה שהנאשמים היו שואפים להשיג תנאי תשלום כאלה (במזומן) גם אלמלא התיאום, אין קשר לשאלת קיומו של הסדר כובל.

24. תיאום תנאי התשלום מהווה אף הוא כבילה בנוגע למחיר, כמשמעה בסעיף 2(ב)(1) לחוק אשר מקימה הסדר כובל (ראה: Whish בספרו *Competition Law*, 5th. Ed. p. 469 (2003)).

בלעדיות והסכמה להימנע מתחרות בשותפות

25. המאשימה טוענת שכבילה נוספת בהסכם השותפות, באה לידי ביטוי בהתחייבותם של השותפים שלא להתחרות בשותפות בפעילות היבוא והשיווק של הלולים.

26. הסכם השותפות אמנם כולל תניות בלעדיות ואי תחרות (סעיפים 3.1, 3.3 ו-3.5 להסכם). אולם, המאשימה לא ייחסה לנאשמים, באישום זה עבירה לפי סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים, שעניינה כבילה של חלוקת שוק, שהיא הכבילה אשר עשויה לקום עקב תנייה זו (המאשימה ביקשה לתקן את כתב האישום על-ידי הוספת הוראת חיקוק זו (סעיף 2(ב)(3)), אך זאת, בהתייחס לאישום השני בלבד). בנסיבות מסוימות, תנייה מסוג זה יכול שתהווה גם כבילה לפי סעיף 2(ב)(4) לחוק ((דנ"א 4465/98, הנ"ל, סעיף 43 לפסק הדין של כב' השופט חשין), אלא שהמאשימה לא ביקשה בסיכומיה להרשיע את הנאשמים בעבירה לפי סעיף זה, ואינני רואה מקום לדון בכך מיוזמתי.

27. טענה נוספת שמעלה בא-כוח הנאשם 1, היא שההסדר נשוא הדיון אינו בגדר הסדר כובל, שכן הוא נעשה בין אנשים שהיו חלק בלתי נפרד מישות כלכלית אחת, היא השותפות. משמדובר בשותפות אמיתית ואוטונומית, טוען בא-כוח הנאשם 1, הסדרי הפעילות אותם גיבשה השותפות הם הסדרים עסקיים לגיטימיים, שאינם מסוג ההסדרים שסעיף 2 לחוק מטפל בהם. האיסור הקבוע בחוק על ביצוע הסדר כובל, חל על שיתופי פעולה בין גופים עסקיים שונים ונפרדים, השומרים על עצמאותם תוך הגבלת פעולתם העצמאית באופן הפוגע בתחרות. עקרון זה אינו חל, לפי הטענה, על אורגנים של אותה ישות כלכלית, במסגרת פעילותם בתוך אותה ישות כלכלית. כאשר אורגנים שונים של ישות כלכלית אחת מקבלים החלטות בשם אותה ישות כלכלית, נטען, הם לא מגבילים את עצמם באופן אשר עלול לפגוע בתחרות. זאת, משום שאותם אורגנים אינם פועלים ואינם מתחרים באותו שוק, אלא השותפות בלבד. במקרה שלפנינו, נטען, ברגע שבלילי הכניס את כל עסקי הלולבים שלו לתוך השותפות והפסיק כל פעילות עצמאית בתחום זה, לא התקיימו עוד עסקים בינו לבין אחרים. על כן, פעילותו במסגרת השותפות אינה יכולה לפגוע או להפחית את התחרות בעסקים שאינם קיימים. מטבעה של שותפות, כך הטענה, שהקשרים בין חבריה סובבים סביב ניהול בצוותא של עסק השותפות. ראיית פירות הניהול המשותף, קרי, החלטות השותפות בדבר דרכי פעילותה, כהסדר כובל בין חבריה, תביא לכך שכל שותפות (וגם כל חברה) תידרש, עוד בטרם היווסדה, ואף השכם והערב במהלך פעילותה, לפנות למערך ההגבלים העסקיים לשם קבלת אישור או פטור לכל החלטה עסקית שתקבל, תוצאה שאינה מתקבלת על הדעת.

בא-כוח נאשם 1 סומך טענתו, בין היתר, על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע, בע"פ 191/89 "תנובה" מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל (טרם פורסם). הוא מפנה, כמו כן, לחוות-דעתו של כבוד השופט טירקל בפרשת טבעול, אשר קבע, בדעת מיעוט, כי, "הסכם בין שותפים בשותפות – יהיו אשר יהיו ההגבלות שהוא מטיל על כל אחד מהם – הוא הסכם בין בני אדם המנהלים עסק, לשון יחיד, שהוא עסקה של השותפות. אין זה הסכם בין בני אדם המנהלים עסקים לשון רבים" (ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל, מינהל ההרכשה והיצור, פ"ד נב(3) 145, 161-160). גם בדיון הנוסף בפרשת טבעול מציין בא-כוח הנאשם 1, דן בית המשפט בתניית אי תחרות בין שותפים בתקופה שלאחר פירוק השותפות, תוך שציין כי "אין ענייננו עתה בשני אנשי עסקים היוצרים שותפות מלאה בין עסקיהם, והמתחייבים בהסכם השותפות איש-כלפי-רעהו כי לעת השותפות

לא יתחרו בשותפות בעסק נפרד. מערכת עובדות זו צורכת דיון לעצמה, לא בה ענייננו וממילא לא נכריע בה...". בא-כוח הנאשם 1 גם מפנה למשפט המשווה, שם מוצאים הסדרים המתקיימים במסגרת ישות כלכלית אחת מכלל האיסורים על פעילות קרטליסטית.

28. אינני מקבל טענה זו של בא-כוח הנאשם 1. כפי שציינתי במקום אחר (ת"פ 149/96 מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית לישראל בע"מ ואח' (טרם פורסם) (להלן – עניין תנובה), הדוקטרינה של הישות הכלכלית האחת (Single Economic Unit) מוכרת בספרות ובפסיקה במשפט המשווה. הרציונאל העומד ביסודה של דוקטרינה זו, הוא שאם מדובר בישות כלכלית מהותית אחת, שאין למרכיביה קיום כלכלי – עסקי נפרד, אין להתייחס ליחסים שבין מרכיביה של אותה אישיות כאל בני אדם המנהלים עסקים (בלשון רבים), אלא כאל אדם אחד. אדם אינו יכול לעשות הסדר עם עצמו, וממילא לא חל בנסיבות כאלה, האיסור על עשיית הסדר כובל.

29. במקרה שלפנינו, אני סבור שלא ניתן לראות ביחסים שבין הנאשמים כיחסים שבין רכיביה של אישיות עסקית אחת, ולא ניתן להוציא את ההסכמות בין הנאשמים, על רקע זה, מגדרה של הגדרת ההסדר הכובל.

30. הטעם לדבר, ראשית, הוא ששיתוף הפעולה בין הנאשמים והשותפים האחרים התייחס לנושא שיווק הלולבים בלבד, והוא לא התייחס לכל עסקיהם של הנאשמים והשותפים האחרים. התייחס לכך כב' השופט חשין בדיון הנוסף בפרשת טבעול:

"ועוד: לענייננו של הסדר אי-תחרות, דומה שיש להבחין הבחן-היטב בין מקרה בו ממזגים שני אנשי-עסקים את עיסוקיהם להיותם של העסקים עסק אחד, לבין מקרה בו יוצרים שני אנשי-עסקים שותפות אך בחלק מעסקיהם, תוך שכל אחד מן השניים שומר על מסגרת פעילות נפרדת ועצמאית. גם אם אמרנו כי סוג המקרים הראשון לא יציג לפנינו הסדר כובל – בין שהחוק לא יחול מעיקרו על ההסדר ובין שההסדר כובל הוא אשר יזכה באישור או בפטור – אין כן דינו של המקרה השני" (שם, בעמ' 93).

במקרה שלפנינו, בא-כוח הנאשם 1 אינו טוען שהשותפות מיזגה את כל עסקיהם של השותפים. טענתו היא ש"פעילותו של כל אחד מהשותפים בתחום הלולבים [הדגשה לא במקור] הועתקה למסגרת השותפות" (סעיף 163 לסיכומים).

על פי הראיות, השותפות לא מיזגה את כל עסקיהם של השותפים אפילו בתחום הלולבים. היא מיזגה את פעילותם בתחום שיווק הלולבים בישראל בלבד, בעוד שביבוא הלולבים וברכישתם פעלו השותפים בנפרד (פרט לנאשם 2 שהנאשם 1 ייבא לולבים גם עבורו). כך העיד בעניין זה בלילי:

"ת ... אם מישוהו רכש במצרים לולב במחיר כזה או אחר, לא התייחסנו לקנייה במצריים אלא פרופר ללולב. כך שהשותפות בעצם הייתה אמורה לקבל מכל שותף, כמות של לולבים, במידה שווה, על מנת שלא להיכנס למחיר קניית הלולב, משום שכל ספק במצרים היה לו את המחיר שלו. כל אחד היה אמור להביא כמות זהה של לולבים ומכאן הכל התחלק חצי חצי או רבע רבע" (עמ' 344, ש' 14-19).

וכן:

"ש. אתה מספר שבעצם כל אחד ייבא בנפרד והביא את כמות הלולבים לשותפים
ת. זה לא סותר את מה שהעו"ד כתב.
ש. כתוב שאתם מתחייבים לייבא אך ורק באמצעות השותפות.
ת. נכון. ברגע שזה מגיע למסוף ומשתחרר, אנו משחררים אותו כשותפים, מהמסוף הוא משתחרר לכספים של השותפות וממשיך הלאה. לפני כן ציינתי שהלולבים במצרים נקנים על ידי כל שותף באופן עצמאי אצל הספק שלו. אציין כי מאחר והקניות במצריים כבר חלק מהם בוצעו, לפני השותפות, לכן היה טבעי שיקנו אצלי אותם ספקים" (עמ' 347 ש' 15-22).

(ראה גם בעמ' 382, ש' 23-24).

מעדותו של בלילי אף עולה, שהוא ניהל עסקים נוספים, בתחום החקלאות והמסחר (גידול עגבניות, לול מטילות, גידול פרחים ומסחר בפרחים), שלא במסגרת השותפות (עמ' 303 ש' 4-8; הודעתו ת/2 עמ' ש' 15 – עמ' 3 ש' 5).

גם מנשה פור לא העיד שהוא מיזג אל תוך השותפות את כל עסקיו. כך, משנשאל אם הוא ובלילי הוא שותפים "לכל דבר ועניין", הוא השיב: "בלולבים כן" (עמ' 440 ש' 2-3).

31. בנוסף, בעת שנחתם הסכם השותפות הנאשמים ודאי היו בני אדם שינהלו עסקים נפרדים. גם לכך התייחס השופט כב' חשין בדיון הנוסף בפרשת טבעול:

"שנית, ביחסים שבין טבעול לבין קיבוץ אילו ושף-הים, ניתן וראוי להבחין בין שלוש תקופות: התקופה שלפני היות השותפות; תקופת השותפות; והתקופה הבתר-שותפות. הסכם השותפות נכרת בתקופה הראשונה, לפני היות השותפות, ובתקופה זו היו שני הצדדים – לכל הדעות – בבחינת בני אדם המנהלים עסקים נפרדים" (שס, בעמ' 56).

32. חשיבות מיוחדת בהקשר זה נודעת למעמד של הנאשמים קודם להקמת השותפות, שלא זו בלבד שניהלו עסקים נפרדים, אלא שהיו מתחרים בפועל או בכוח בתחום הייבוא והשיווק של הלולים.

גם המשפט המשווה מביא בחשבון, לעניין זה, את מעמדם של השותפים קודם ליצירת השותפות. כך מציינים מחברי ה- *Antitrust Law Development*, בהוצאת ה- American Bar Association 4th. Ed. p. 412 כי נושא המעמד העצמאי של הורי מיזם משותף צריך שייבחן על בסיס פעילותם של אלה קודם להקמתו של המיזם המשותף:

"Challenges to a joint venture's pricing and output decisions, or to collateral restraints in the joint venture agreement, raise the threshold question of whether the joint venture represents the plurality of actors necessary for a finding of liability under Section 1. Since the Supreme Court's decision in *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.* Litigants have invoked that decision to argue that a joint venture is a single economic entity, the members of which are incapable of conspiring with each other. In determining whether *Copperweld* applies to joint venture among separately-owned entities, courts have focused primarily on whether the venture "bring[s] together the economic power of actors which were previously pursuing divergent interests and goals".

בהתייחס להקמת עסק (לאו דווקא מיזם משותף) מציין Areeda בספרו *Antitrust Law, An Analysis Principles and Their Application*, Little, Brown and Co. Boston כי בני אדם אשר מקימים עסק לא ייחשבו כמסכימים או כקושרים לפגוע בתחרות לפי סעיף 1 של ה-Sherman Act, ובלבד שהם אינם מתחרים בכוח, או למצער בפועל, בשוק בו פועל העסק:

"Individual investors forming the usual business enterprise obviously "agree" or "conspire" to do so. This agreement is subject to scrutiny under Sherman Act ... 1, and can be unlawful when the creators are actual or potential competitors in some markets affected by the new enterprise or when the creators are potential independent entrants into the market to be served by the new firm. Even in those circumstances, the formation agreement will usually be lawful. And when the creators are not already in a business related to that of the new firm, the formation is presumptively, if not always, lawful because no trade is restrained by the creation of the new enterprise" (Vol VII, P. 338).

הוא הדין, מסביר Areeda, בנוגע לשותפות, ובלבד שמקימי השותפות:

"... need be nothing more than mere investors who were neither actual nor potential competitors with each other or with the firm they created". (Ibid, p. 342).

33. טענה נוספת שמעלה בא-כוח נאשם 1, היא שהשותפות מהווה, לכל היותר, מעין מיזוג בין מספר גופים אשר אינו כפוף להוראות החוק בדבר הפיקוח על מיזוגים. לפי הטענה, החברים בשותפות, בכללם בלילי, שינו את מעמדם הכלכלי כפי שהיה קודם להסדר, כאשר העתיקו את פעילותם בשוק לשותפות החדשה. זאת, באופן שלא נותר בעת ההיא דבר מפעילותם הכלכלית הנפרדת והעצמאית של השותפים בשוק הלולבים (בישראל) קודם להקמת השותפות. לפיכך, הוא טוען, מדובר, לכל היותר, במעין מיזוג בין מספר יחידים, מיזוג שאינו בגדר מיזוג חברות כמשמעותו בחוק, ואין מקום, לפיכך, להתערבות מערך ההגבלים העסקיים במיזוג מסוג זה.

34. גם טענה זו אין לקבל. אמנם, בספרות המשפטית הובעה הדעה, כי "הדעת נותנת שאם עסקה מהווה 'מיזוג לצורך חוק ההגבלים, אין אפשרות לתקפה 'בדלת האחורית' דרך פרק ב' לחוק, כהסדר כובל" (ד' גילה בספרם של ד' פרידמן ונ' כהן חוזים כרך ג' עמ' 691). אולם, הקמת השותפות אינה בגדר מיזוג כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים. על כן, גם לפי דעה זו, אין מניעה מלהחיל עליה את פרק ההסדרים הכובלים שבחוק.

מקובלת עלי גם גישתו של הממונה, כי מיזוג משקף איחוד יציב בין שני גופים או יותר, שקודם לכן פעלו כגופים נפרדים (ראה סעיף 1.3.1 של דו"ח הועדה למיזוגים וקונגלומרטים; P. Areeda and Turner, *Antitrust Law, An Analysis Principles and Their Application*, Vol. V Little, Brown and Co. Boston, 1980, p. 303;

הסכם השותפות לא היה איחוד יציב שכזה. כך עולה מהסכם השותפות עצמו אשר קובע את תקופת ההסכם לשישה חודשים לפחות (אשר ניתנת להארכה באופן אוטומטי לתקופות נוספות אם לא בוטל על-ידי הצדדים). כך גם עולה מעדותו של בלילי, לפיה "כמו בכל עונה. אני מתחיל בזה שאני הולך לייבא לולבים בעצמי ופונים אלי יבואנים אחד או שניים ומציעים לי שותפות..." (עמ' 306 ש' 12-13). ברוח דומה העיד נאשם 2 (עמ' 416). מכאן, שהשותפות הייתה בבחינת הסדר ארעי בין הנאשמים, שלא היה בו משום שינוי קבוע ויציב במבנה עסקיהם והיא אינה עולה כדי מיזוג כמשמעותו בחוק (גם אילו יכולה הייתה, בעקרון, לבוא בגדרו של מיזוג).

35. בא-כוח הנאשם 1 מוסיף וטוען, שההסדר נשוא הדיון נופל בגדרה של הוראת סעיף 3(8) לחוק הקובעת, כי "התחייבות של מוכר עסק, בשלמותו, כלפי רוכש העסק שלא לעסוק באותו סוג עסק, כשהתחייבות אינה בניגוד לנוהגים סבירים ומקובלים", אינה בגדר הסדר כובל. גם במקרה שלפנינו, נטען, השותפות שנוסדה בלעה את עסקיהם של השותפים, כאשר כל שותף, למעשה, מכר את עסקו, במלואו, לשותפות ומכאן ואילך הפסיק את פעילותו בשוק. על כן, ההתחייבות לא להתחרות בשותפות, נופלת בגדרו של החריג הקבוע בסעיף זה.

36. גם טענה זו אינה מקובלת עלי. עניינו של סעיף 3(8) לחוק ההגבלים העסקיים, כאמור, בהתחייבות הניתנת במכירת עסק בשלמותו, שלא לעסוק באותו סוג עסק. במקרה

שלפנינו, לא הוצגה כל ראייה המעידה על מכירת עסק כלשהו מהותיים לשותפות. על כך יש להוסיף, שתכליתה של הוראת חוק זו, כפי שנקבע בעניין טבעול, היא לאפשר מכירת המוניטין של העסק באופן שלאחר המכירה לא ימשיך המוכר לעסוק באותו עסק כמתחרה לקונה, ובכך יפגע במוניטין שנמכר (שס, עמ' 99-100). במקרה שלפנינו, אין בחוזה השותפות זכר למכירת מוניטין על-ידי השותפים לשותפות או לרצון להגן על מוניטין שהשותפות רכשה כביכול מהשותפים.

37. על-פי כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), התשס"א-2001 (להלן – פטור הסוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), נקבע פטור מהחובה לקבל את אישורו של בית הדין להגבלים עסקיים להסכם שפגיעתו בתחרות "קלת ערך". "פגיעת קלת ערך" הוגדרה בסעיף 1 של פטור סוג זה, כ"פגיעה אשר קלה השפעתה המסתברת והשפעתה בפועל על התחרות בעסקים, בהתחשב, בין השאר, במעמדם של הצדדים בשוק המוצר, משך הזמן שבו היא נועדה להתקיים ומידת התחרות הקיימת באותו שוק מוצר".

פטור סוג זה אמנם הותקן לאחר המועדים הרלבנטיים לענייננו. אולם, בא-כוח הנאשם 1 טוען, כי לפטור תחולה רטרואקטיבית לאור סעיף 5(א) לחוק העונשין הקובע כי חיקוק המקל עם העושה בנוגע להגדרתה של עבירה או לאחריות לה או בנוגע לעונש שנקבע לה, יחול על העושה כל עוד לא ניתן פסק-דין חלוט. במקרה שלפנינו, טוען בא-כוח הנאשם 1, לאור נתוני השוק מהם עולה כי סביר להניח שהשותפות עצמה לא החזיקה בחלק ממשי מן השוק, ולאור כמות השחקנים בשוק, יחסי הכוחות ביניהם, אופי המסחר ביניהם, ונסיבות המסחר קצרות המועד, הוכח על-ידי הנאשמים, במידה מספיקה ולפחות במידת הספק הסביר, כי אם בכלל הייתה לשותפות ולפעילותם של השותפים במסגרתה השפעה מסתברת או השפעה בפועל על התחרות בשוק הלולבים, הרי שהייתה זו השפעה קלת ערך בלבד, כמשמעה בפטור הסוג הנ"ל, אשר חל בנסיבות אלו על הנאשמים. בא-כוח נאשם 1 מציין, שאמנם, לפי הוראת סעיף 34 לחוק העונשין, נטל ההוכחה לתחולתו של סייג זה לאחריות חל על הנאשמים, אולם, על-פי סעיף 34(ב) לחוק העונשין, די בקיומו של ספק סביר שלא הוסר להוכחת הסייג. בנטל הוכחה זה, נטען, הנאשמים עמדו במקרה שלפנינו.

38. מקובלת עלי טענת בא-כוח הנאשם 1, כי לאור הוראת סעיף 5(א) לחוק העונשין פטור הסוג יכול שיחול על הנאשמים רטרואקטיבית, אם אלו עומדים בתנאיו וכל עוד לא ניתן

פסק-דין חלוט. כן מקובלת עלי הטענה, כי די לנאשמים, לצורך החלת הפטור, לעורר ספק סביר שמא קם הסייג לאחריות הפלילית, אם הספק לא הוסר, כקבוע בסעיף 34(ב) לחוק העונשין. מאידך, אינני סבור שהנאשמים הוכיחו את תחולתו של הפטור לגביהם, גם לא כדי קיומו של ספק סביר שלא הוסר.

כך, ראשית, משום שפטור זה אינו חל במקום שבו מדובר בכבילות הנזכרות בסעיף 4 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"א-2001 (הכוללות, בין היתר, תיאום מחירים) (ראה ד' גילה בספרם של ד' פרידמן ונ' כהן לעיל, כרך ג' בעמ' 685; ד' גילה במאמרו: "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק", עיוני משפט, כרך כז' 751, 775). בכל מקרה, לאור היקף הייבוא של השותפות (320,000 לולבים), אינני סבור כי ניתן לקבוע, שהשפעתה המסתברת של פגיעתו של ההסדר שעשו הנאשמים בתחרות הייתה קלת ערך. סביר יותר להניח (הגם שלא ברמת הוודאות הנדרשת להרשעה, אם זו הייתה מותנית בהוכחת היקף הפגיעה) שאין מדובר בפגיעה קלת ערך.

39. אפילו התקיימו במקרה שלפנינו היסודות העובדתיים של העבירה, טוען בא-כוח הנאשם 1, לא התקיים בנאשם 1 היסוד הנפשי הנדרש להקמת אחריות פלילית. זאת, לפי הטענה, משום שמחשבה פלילית דורשת "שעל העושה להיות מודע מודעות של ממש לכך שההסדר שהוא צד לו עונה להגדרת 'הסדר כובל' שבסעיף 2 לחוק, או לכל הפחות – שיחשוד באפשרות שההסדר שהוא צד לו הוא הסדר כובל כאמור (ושימנע מלברר חשד זה). עוד נטען, כי "מחומר הראיות שהוצג בפני בית המשפט אין ביסוס לסברה לפיה לבילי הייתה כביכול מודעות בפועל או חשד לקיום נסיבת ההסדר הכובל". בילי לא חשב כי הוא "מגביל עצמו" או "מגביל אחרים" בכך שהוא פועל ביחד איתם בשותפות, הוא גם לא העלה על דעתו, כי שותפות בתחום הלולבים בשנה מסוימת, שנועדה לצמצם הוצאות וסיכונים, עלולה לקרב אותו לתחום ההגבלים העסקיים וחיפה למעשה פלילי, ולא ראה בקביעת המחיר כ"הגבלה" כלשהי של מי מהשותפים מהבחינה העובדתית (סעיפים 294, 303, 307, 308 ו-312 לסיכומי בא-כוח נאשם 1).

40. בטענה זו אין ממש, משום שעניינן של הטענות כולן, בהיעדר מודעות לתוצאות המשפטיות של הנסיבות העובדתיות של המעשים, היינו לכך כי מדובר במעשים

אסורים שהם בגדר הסדר כובל לפי החוק, ולא בהיעדר מודעות לרכיבים העובדתיים של העבירה. טענה דומה נדחתה על-ידי בית המשפט העליון בע"פ 4855/02 הנ"ל:

"היסוד הנפשי הנדרש בעבירת ההסדר הכובל, הוא מודעות בפועל של עושה העבירה לטיב הפיזי של מעשיו ולקיום הנסיבות שבגדרן נעשו. בהגדרת יסודה הנפשי של העבירה האמורה אין כל דרישה להתייחסות סובייקטיבית-ערכית מצד עושה העבירה, ויסוד זה מתקיים גם כאשר העושה איננו מודע לאופי האנטי-חברתי של התנהגותו, או אף מאמין באמת ובתמים שבמעשיו אין כל פסול" (סעיף 96 לפסק הדין).

הגנה מן הצדק

41. הנאשמים טוענים להגנה "מן הצדק" על רקע מעורבותו בפרשה של ח"כ רביץ ששימש אותה עת כיו"ר ועדת הכספים של הכנסת וכן על רקע אי העמדתם לדין של השותפים האחרים: אבו נאג'ה, אנסבכר וטפרברג, כמו גם הרב רביץ עצמו.

42. אשר למעורבותו של הרב רביץ, לטענת הנאשמים, הם הבינו מהרב, בפגישתם עמו, כי הטרוניה של הרב רביץ כלפיהם הייתה בנוגע למחיר שדרשה השותפות עבור הלולבים שסיפקה. לאחר שהשותפים הסבירו לרב מה שהסבירו, סיכם עמם הרב, לטענתם, שהלולב לא יימכר במחיר שמעל ל-7.5 ש"ח ולא מתחת למחיר של 4 ש"ח. כך העיד בלילי:

"לאחר שהרב רביץ הבין את העלויות והסיכונים במסחר והבין את כל השוק הזה, הוא אמר, אז אל תמכרו ביותר מ-7.5 ש"ח, כי זה מחיר מעל זה כבד לסוחרים בבני-ברק. ... והוא אמר זה מה שהוא רוצה. ואז הוא אמר, או קיי, בזה אנחנו מסכמים" (עמ' 312 ש' 24-20).

ובהמשך:

"ש. סיכמתם עם רביץ על טווח מחירים?
ת. כן. ממחיר מינימום שיהיה עד מקסימום - 7.5 ש"ח.
הטווח היה בין 4 ל-7.5 ש"ח, משהו כזה" (עמ' 313 ש' 21-23).

בעקבות כך, סברו הנאשמים, לטענתם, כי הרב רביץ נתן "הכשר" לשותפות. כך העיד טפרברג: "לחצנו ידיים ואמר לנו שהשותפות היא בסדר גמור והמחירים הוגנים, ושהוא לא יפגע בשותפות" (עמ' 241 ש' 9-12). בא-כוח הנאשם 1 מדגיש, שהרב רביץ לא ראה כל פסול בעצם הפעילות המשותפת של השותפים, אלא במחיר שאלו גבו בלבד. תימוכין לכך הוא מוצא גם בעדותו של בצלאל קאהן (עמ' 221, ש' 1-4). גם הרב רביץ העיד:

"... והגיעו להסכם אצלי בבית, הסכם איתי, זאת אומרת, אני לא שייך לעניין באופן מסחרי, אבל בכל אופן קיבלו את מעמדי כאיש ציבור וכן את העובדה שאני אכן יכול לפנות אל הציבור, והגענו להסכם" (עמ' 121 ש' 22-25).

43. לטענת ההגנה מן הצדק שמעלים הנאשמים על רקע זה, שני היבטים. ההיבט האחד, הוא שהשותפים ראו במעורבותו של הרב רביץ, מתוקף תפקידו הממלכתי וכאיש ציבור האמון על החוק, "מעורבות ממלכתית", שהיה בה כדי להכשיר את מעשיהם ולמנוע נקיטת הליכים פליליים נגדם. ההיבט האחר, עניינו בכך שהמאשימה החליטה להגיש כתב אישום נגד הנאשמים בלבד ולא נגד הרב רביץ. לטענת הנאשמים, אם נעשה במקרה זה הסדר כובל, הסדר זה נעשה על-ידי הרב רביץ ובחסותו, ואילו היה מדובר באדם אחר שאינו ח"כ, ברור שאותו אדם היה מועמד לדין יחד עם יתר הנאשמים או לפחות נחקר על-ידי הרשות בחשד לסיוע לביצוע הסדר כובל. התנהגות המאשימה, שלא ראתה לנקוט בהליכים כלשהם כלפי הרב רביץ, אלא נגד הנאשמים בלבד, נטען, היא שערורייתית, מקוממת ובלתי נסבלת ודינה להביא לביטול האישומים נגדם.

44. את הטענה בדבר אכיפה בורנית, כטעם להקמתה של הגנה מן הצדק וביטול כתב האישום, יש לדחות. לעניין זה נקבע בפסיקה, שכדי שתתקבל טענה כזו על הנאשם להוכיח כי התביעה פעלה מתוך מניע פסול או על יסוד שיקולים זרים או שרירות לב (בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג' (3) 289, 305). במקרה שלפנינו הדבר לא הוכח.

באשר לאנסבכר וטפרברג, אלה מלכתחילה הועמדו לדין בתיק זה יחד עם הנאשמים, אך ההליכים נגדם עוכבו על-ידי היועץ המשפטי לממשלה. השיקולים בשלהם החליט היועץ המשפטי לממשלה לעכב את ההליכים לא הובררו במהלך הדיון. בסיכומיה טוענת המאשימה, שעוכבו ההליכים נבע מ"גילם הצעיר ונסיבות אישיות נוספות" שלא פורטו בסיכומי המאשימה. אשר לרב רביץ, מסתבר שהמאשימה לא שקלה בשום שלב נקיטת צעד כזה נגד הרב. גם בעניין

זה אין לקבל את טענת ההגנה מן הצדק שמעלים הנאשמים. ראשית, כפי שמציינת המאשימה בסיכומיה, תיאום המחיר בוצע על-ידי הנאשמים עוד לפני הפגישה אצל הרב רביץ (הודעתו של מנשה פור, ת/7, עמ' 5, ש' 21, עמ' 6, ש' 1, עמ' 18, ש' 3-8; עדותו של טפרברג, עמ' 241, ש' 17-22). מעבר לכך, כפי שטוענת המאשימה, הרב רביץ לא היה חבר בשותפות, הוא היה מנותק מהשותפות ורווחיה ולא היה שותף להסכם וליישומו בפועל. למעשה, הרב רביץ נחלץ לעזרת הציבור והאמין כי הוא מביא להורדת המחיר של הלולבים בשוק. בנסיבות אלה אין כל מקום להשוואה בהקשר זה בין הרב רביץ לבין הנאשמים.

45. מעורבותו של הרב רביץ בפרשה אינה יכולה להקים לנאשמים טענת הגנה מן הצדק גם בהיבט של ה"הכשר הממלכתי" שלו זכו, כביכול, לקבל מהרב. כפי שמציינת המאשימה בסיכומיה, הרב רביץ היה איש הרשות המחוקקת, לא הייתה לו כל סמכות בנושא הגשת כתבי אישום, ניהול חקירות פליליות, או בחינת חוקיותם של מעשי הנאשמים. הנאשמים לא יכלו לצפות לקבל הכשר ממלכתי מהרב רביץ למעשיהם, והם גם לא טענו שביקשו לקבל ממנו זאת. מהראיות עולה, כי פנייתם לרב רביץ נעשתה כדי שזה יבטל את הקריאה שפרסם בעיתון, לפיה אין לקנות לולבים. אכן, על-פי כל העדויות, השיחה בין הנאשמים לבין הרב רביץ נסבה על גובה מחיר הלולב שגובים הנאשמים בלבד, ולא על שאלת חוקיות מעשיהם של הנאשמים או על השאלה מה יעלה בגורלה של התלונה שהגיש הרב רביץ נגדם לרשות להגבלים עסקיים. אמנם, הרב רביץ העיד כי אין לו ספק בכך, "שהם היו בטוחים שאני אעזור להם" (עמ' 133 ש' 24-25), וכשיצאו ממנו הנאשמים היה ברור להם שהוא יפעל לביטול התלונה (עמ' 134 ש' 1-2). אולם, הוא הוסיף והעיד, "אבל אני לא חושב שאמרתי איזו שהיא מילה, באופן פוזיטיבי, שאני מבטל או שיש לי סמכות לבטל תלונות" (עמ' 133 ש' 25).

הרב רביץ גם הסביר, כי לא היה ידוע לו שהנאשמים שותפים, הגם שהיו "פה ושם דברים המעידים על כך" (עמ' 135 ש' 7-9), ואף הייתה לו "הרגשה שזו שותפות" (עמ' 124 ש' 7).

גם מעדותו של בצלאל קהאן עולה, שהרב רביץ לא התעניין במהות היחסים שבין הנאשמים ועניין אותו רק נושא המחיר:

"לרב לא היה אכפת, כן שותפות שלהם או לא שותפות. היה מעניין אותו דבר אחד, ציבור קונה הלולבים הוא ציבור חרדי, אין לו כסף, ולכן רצה שיהיה מחיר סביר, מחיר שווה לכל

נפש. זה מה שעניין אותו. טובת הציבור עמדה לנגד עיניו מבחינת המחיר בלבד" (עמ' 221 ש' 4-1).

אכן, מהעדויות עולה בבירור, שהנושא שנידון בפגישה שקוימה בין הרב רביץ לבין הנאשמים התייחס למחיר הלולים בלבד. נושא השותפות ותיאום המחיר בין הנאשמים כלל לא עלה על הפרק.

בנסיבות אלה אין יסוד לטענת ההגנה מן הצדק, על בסיס המבחן המסורתי של "התנהגות בלתי נסבלת של הרשות", או "התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם" (ע"פ 2910/94 יפת ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221). לטענת הגנה זו אין יסוד במקרה שלפנינו, גם על בסיס הגישה המרחיבה מבחן זה, כפי שנוסחה לאחרונה בע"פ 4855/02 הנזכר לעיל, לפיה "בעיקרון עשויה אפוא ההגנה לחול בכל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות כפי שזו נתפסת בעיניו של בית המשפט" (סעיף 21 לפסק הדין).

האישום לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים

46. בסיכומי המאשימה לא מצאתי כל התייחסות לאישום לפי סעיף 2(א) לחוק. לא זו אף זו, המאשימה ציינה בסיכומיה באופן מפורש, כי: "הסדר כובל מן הסוג שהנאשמים היו צד לו, הוא הסדר כובל הבא בגדרי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים. ככזה, אין המאשימה נדרשת להראות כי ההסדר עלול לפגוע בתחרות, לא כל שכן, שפגע בתחרות הלכה למעשה" (סעיף 160 לסיכומים). גם בסעיף 178 לסיכומיה ציינה המאשימה, כי "המאשימה אף תדגיש, כי הנאשמים הועמדו לדין לפי סעיף 2(ב) לחוק, ולכן המאשימה גם אינה צריכה להראות שההסדר עלול לפגוע בתחרות, לא כל שכן, שפגע בה בפועל".

מכאן, שהמאשימה זנחה את האישום לפי סעיף חוק זה. הוא הדין באישום לפי סעיף 2(ב)(4) (כמות הנכסים או השירותים שבעסק) לחוק, שגם אליו לא התייחסה המאשימה בסיכומיה.

הגנת הטעות בהסתמך על עצה משפטית

47. הגנתם העיקרית של הנאשמים בתיק זה היא הגנת הטעות, שיסודה בהסתמכות על ייעוץ משפטי שניתן להם על-ידי עורך הדין דני עזריאל, שהוא אשר ניסח עבורם את הסכם השותפות וייעץ להם לחתום על הסכם זה.

48. בא-כוח הנאשם 1 טוען, כי השותפות נוסדה בחסות ייעוץ משפטי מקיף מאת עו"ד עזריאל, גם הסכם השותפות הותווה ונוסח במסגרת ייעוץ משפטי זה, ואף בשלב מאוחר יותר, כאשר העיתונות החרדית וח"כ רביץ העלו טענות כלפי השותפות, קיבלו השותפים ייעוץ משפטי נוסף מעו"ד עזריאל, אשר חיווה דעתו כי אין מדובר בעבירה על חוק ההגבלים העסקיים.

במקרה זה, טוען בא-כוח הנאשם 1, התקיימו בנאשמים כל התנאים שנקבעו בפסיקה להקמת הגנת ההסתמכות.

ראשית, עו"ד עזריאל, שעל עצתו סמכו הנאשמים את פעולותיהם, היה בעל ידע מקצועי וניסיון מתאימים, בתחום המסחרי בכלל ובנושא ההגבלים העסקיים בפרט. מדובר בעו"ד ותיק, מנוסה ובעל מוניטין, אשר מעבר לפעילותו רבת השנים כעו"ד המספק ייעוץ משפטי ליחידים ולחברות, ואשר עסק גם בתחום ההגבלים העסקיים, שימש גם בתפקידים ציבוריים בכירים. הוא גם היה אמון על הצדדים כבר-סמכא בתחום המסחרי, זאת מאחר והם הופנו לעו"ד עזריאל על-ידי טפרברג, שאת אביו ייצג עו"ד עזריאל משך שנים ארוכות בתחום המסחרי. גם עו"ד עזריאל עצמו, העיד כי היה לו ניסיון משפטי ברוב התחומים, בעיקר בנושאים אזרחיים, והוא עסק לא מעט גם בנושא ההגבלים העסקיים.

הייעוץ המשפטי שניתן במקרה זה על-ידי עו"ד עזריאל, מוסיף וטוען בא-כוח הנאשם 1, היה ייעוץ ספציפי בתחום ההגבלים העסקיים. חוות-דעתו הייתה חוות-דעת אקטיבית, ישירה, שניתנה בזמן אמת והייתה חד-משמעית. הנאשמים סמכו בתום-לב על עצתו של עו"ד עזריאל ופעלו על פיה, ואילו היה להם חשד קל שבקלים, שפעילותם כשותפים בשוק הלולבים היא פעילות בלתי חוקית, לא היו נותנים ידם לפעילות זו. עובדה היא, מציין בא-כוח הנאשם 1, שלגבי הסכם השותפות הקודם שערכו הנאשמים ואחרים עם צוריאל אברג'יל, קבע עו"ד עזריאל באופן מפורש, כי ההסכם אינו חוקי מבחינת דיני ההגבלים העסקיים. על כן הוא דחק בשותפים לבטל אותו הסכם, ואלה עשו כעצתו, מה שמעיד על כך שהנאשמים לא היו אדישים לגבי אי החוקיות הנוגעת להגבלים עסקיים, וברגע שעלה החשש כי הסכם קודם שערכו, הגם

שלא יצא אל הפועל, איננו חוקי, הם מיד ביטלו את ההסכם. הנאשמים גם לא הסתפקו בייעוץ שקיבלו קודם לחתימה על ההסכם, ומיד לאחר שהועלו טענות כלפיהם בעיתונות ועל ידי ח"כ רביץ, הם חזרו ופנו לעו"ד עזריאל וביקשו לדעת אם דבק במעשיהם פגם של אי-חוקיות. ושוב הם קיבלו מעו"ד עזריאל ייעוץ לפיו אין בהסכם כל פגם.

בא-כוח הנאשם 1 מוסיף, שבפני עו"ד עזריאל היו כל הנתונים הרלבנטיים מבחינתו כדי לחוות את דעתו המקצועית בנושא. לטענתו, יש לקבל את עדותו של עו"ד עזריאל גם בעניין הבדיקה המעמיקה שבדק את החוזה לפני החתימה, ויש לדחות מכל וכל את טענת המאשימה, כי עו"ד עזריאל "שם לו למטרה למלט את לקוחותיו מן הדין, וזאת גם במחיר מתן גרסה שקרית בבית המשפט" (ס' 268 לסיכומי המאשימה). הייעוץ שניתן על-ידי עו"ד עזריאל, מוסיף בא-כוח הנאשם 1, היה ייעוץ סביר, ומכל מקום, סבירות הייעוץ המשפטי צריך שתיבדק מנקודת מבטו של הנאשם ולא מנקודת מבטו של עורך הדין נותן הייעוץ. הנאשמים לא יכולים היו לבחון את סבירות הייעוץ המשפטי שניתן להם על-ידי עו"ד עזריאל, שהרי לא היה להם מושג כלשהו בתחום זה. בנסיבות העניין, גם לא היו צריכים לעלות בליבם ספיקות לגבי נכונותו של הייעוץ שקיבלו והם לא היו חייבים לערוך בירורים נוספים בקשר לחוקיות פעולותיהם באמצעות פניה לעורך דין אחר או לרשות להגבלים עסקיים.

על יסוד עובדות אלה טוען בא-כוח הנאשם 1, קמה לנאשמים הגנה של טעות במצב הדברים לפי סעיף 34 לחוק העונשין. לחילופין, קמה להם הגנת הטעות במצב המשפטי מכוח סעיף 34 לחוק, שכן הטעות בה מדובר הייתה, מבחינתם, טעות בלתי נמנעת באורח סביר.

49. באת-כוח המאשימה מבקשת לדחות טענת הגנה זו של הנאשמים. היא מדגישה, שהכלל הבסיסי הוא, שטעות בחוק הפלילי אינה מקימה סייג לאחריות פלילית. כלל זה נותר על כנו גם אחרי תיקון 39 לחוק העונשין, שגם בו נקבע הכלל הרחב, כי טעות בדבר קיומו של האיסור הפלילי ובדבר הבנתו את האיסור אינה מסייגת את אחריותו הפלילית של הנאשם. אמנם, לכלל זה נקבע חריג, אשר מתקיים כאשר טעותו של הנאשם "הייתה בלתי נמנעת באורח סביר". אולם, מדובר במצבים חריגים בהם הפרט לא יכול היה להבין את היקפו של האיסור הפלילי אף שנקט בכל המאמצים הסבירים לבירור הדין וחרף זאת לא עלה בידו לעמוד נכונה על גבולותיו של האיסור הפלילי. סטנדרט ההתנהגות הנדרש מנאשם המבקש לבוא בגדרו של חריג זה, טוענת המאשימה, הוא סטנדרט גבוה המחייב את הנאשם לגלות רמת זהירות גבוהה ולהראות

כי נקט בכל האמצעים הסבירים על מנת לוודא את היקפו של האיסור הפלילי. אמצעים אלה כוללים, סטנדרט עשייה אקטיבי של בירור, דרישה וחקירה, של השתדלות ונקיטת אמצעים בפועל על מנת לברר את הדין וגבולותיו. רק כאשר חרף נקיטת כל האמצעים הסבירים לבירור הדין לא ניתן היה להימנע מן הטעות, יעמוד הסייג לזכותו של הנאשם. שיקולים כבדי משקל של מדיניות משפטית ראויה, טוענת המאשימה, מחייבים לנהוג משנה זהירות והקפדה יתרה בטרם החלט סייג הטעות במצב משפטי, כאשר טעותו של הנאשם נסמכת על חוות-דעת שגויה של עו"ד. לפיכך, על נאשם המבקש לבוא בגדר הסייג, לתמוך את הטענה בדבר טעותו בראיות ברורות, מוצקות וחד-משמעיות.

בענייננו, טוענת המאשימה, הנאשמים לא עמדו בנטל האמור ובחינת מכלול הנסיבות מובילה למסקנה ברורה, כי לנאשמים לא ניתנה עצה משפטית של ממש, והתייחסותו של עו"ד עזריאל לחוקיות ההסכם בו התקשרו הנאשמים הייתה, לכל היותר, התייחסות אגבית, שניתנה כלאחר יד, כמעט על אתר, ללא שהובאו בפניו העובדות הרלבנטיות, ללא שנעשתה כל בדיקה משפטית, וללא כל התייחסות ספציפית לדיני ההגבלים העסקיים. הגרסאות שמסרו הנאשמים ועורך הדין בהקשר זה רצופות סתירות ומעידות אף הן על כך שאין מדובר בעצה של ממש אלא בטענת הגנה שנולדה בדיעבד ולצורך המשפט בלבד. מהראיות עולה, שהנאשמים היו אדישים לשאלת חוקיות מעשיהם, הם כלל לא ביקשו לברר אם התנהגותם מהווה עבירה פלילית, לא כל שכן לא טרחו לעשות כל מאמץ בעניין זה, ואף בחרו להתעלם מתמרורי אזהרה שניצבו בדרכם ושסימנו להם בבירור כי מעשיהם נגועים באי חוקיות. על כך מצביעות, לטענת המאשימה, העובדות הבאות:

ראשית, טוענת המאשימה, טענת ההסתמכות על ייעוץ משפטי רלבנטית, אם בכלל, רק לעניינו של בלילי. זאת, משום שמנשה פור הסתמך על בלילי ולא על עורך הדין.

שנית, טענת ההסתמכות על ייעוץ משפטי כלל אינה רלבנטית לעניין תיאום המחירים. זאת, משום שתיאום המחירים שערכה השותפות נעשה שלא במסגרתו של הסכם השותפות שאותו ערך עו"ד עזריאל, אלא במסגרת פעילותם המשותפת של השותפים במהלך התקופה שלאחר כריתת ההסכם. גם עו"ד עזריאל אישר בעדותו, שכלל לא דובר עמו על מחירים או על קביעתם.

שלישית, הנאשמים ידעו שהסכם השותפות הקודם (שנערך עם צוריאל אברג'יל) הנו הסכם בלתי חוקי שעמד בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים. הדבר נאמר להם במפורש על-ידי עו"ד צוריאל. משראו הנאשמים כי ההסכם הקודם הוא הסכם בלתי חוקי, מוסיפה המאשימה, ניתן היה לצפות, בהיותם צדדים להסכם בלתי חוקי אשר עברו עבירה פלילית, כי ימשכו ידם מסוג הפעילות הטבוע בהסכם וידירו רגליהם מאי החוקיות שדבקה בו. לא כך אירע במקרה זה. הנאשמים לא ביקשו מעו"ד צוריאל שיסביר להם מהו הפגם החוקי שנפל בהסכם הישן וכיצד עליהם להימנע ממנו, וכרתו הסכם שותפות חדש, שאינו אלא המשכו הישיר של הסכם השותפות הקודם, שבינו לבין ההסכם הישן והבלתי חוקי אין כל הבדל מהותי. שני הסכמי השותפות, עוסקים בריכוז לולבים המיובאים בנפרד על-ידי כל אחד מהשותפים, שחרורם מהמכס באמצעות עמילת מכס אחת, ריכוזם במחסן אחד, ומכירתם המשותפת. שני ההסכמים מחלקים שווה בשווה את ההשקעה של כל אחד מהשותפים בשותפות וקובעים יחס שווה לחלוקת רווחי השותפות בין השותפים. ההסכם הישן, ממש כמו הסכם השותפות, מתייחס אף הוא לכמויות הלולבים שעל כל אחד מהשותפים לייבא בעצמו, אף כי קובע כמויות שונות לכל אחד מהשותפים. למעשה, גם במבט מעמיק בשני ההסכמים יקשה המתבונן להבחין בין מהותו של האחד לזו של האחר. גם הנאשמים עצמם התקשו להבחין בין ההסכמים, (עדותו של בלילי בחקירתו הראשית, בעמ' 310 ש' 9-21, ובחקירתו הנגדית, בעמ' 377 ש' 17-21, ועדותו של מנשה פור, כי לא ידע מדוע ההסכם הישן אינו חוקי והסתמך בעניין זה על בלילי), והם החליפו את ההסכם הישן בהסכם החדש, לא בשל אי חוקיותו של ההסכם הישן, אלא רק משום שאחד השותפים להסכם הישן, צוריאל אברג'יל, לא ייבא סחורה ולכן היה לנטל על השותפות. מכאן עולה, טוענת המאשימה, כי לא זו בלבד שהנאשמים לא התנערו מפעילותם הבלתי חוקית, כפי שהתבטאה בהסכם הישן, אלא שהם שבו וחזרו על מתכונתו בהסכם נשוא האישום, חרף ידיעתם כי מעשיהם פסולים ואסורים. בנסיבות אלה, נטען, ברור שלא ניתן לדבר על נקיטת אמצעים סבירים למניעת הטעות, כמו שגם ברור שהטעות כלל לא הייתה בתום-לב, לאור עצימת העיניים של המשיבים.

רביעית, טוענת המאשימה, מהראיות עולה, שכלל אין מדובר בעצה משפטית. מעדותו של עו"ד צוריאל עצמו עולה, כי הוא לא ערך כל בדיקה משפטית, לא כל שכן בדיקה יסודית ומעמיקה, כדי לוודא שההסכם החדש עולה בקנה אחד עם הוראות חוק ההגבלים העסקיים. התייחסותו של עו"ד צוריאל לנושא זה, טוענת המאשימה, לא הייתה מפורטת ולא ממוקדת, אלא, לכל היותר, אמרת אגב בעלמא אשר לא כללה פירוט אמיתי באשר לסוגיית ההגבלים העסקיים או להבחנה בין ההסכמים. עובדה היא שההסכם החדש נערך תוך שעות ספורות

במתכונתו של ההסכם הישן, שהנאשמים ידעו שהוא בלתי חוקי. הנאשמים גם לא מסרו לעזריאל עובדות מרכזיות ורלבנטיות למתן עצה משפטית שלמה ומושכלת. התמונה שהוצגה בפני עו"ד עזריאל, כאילו השותפות נועדה בעיקר לחסוך בעלויות והוצאות של פעילות הנפרדת של השותפים (עדותו בעמ' 393 ש' 24 – עמ' 394 ש' 2), לא הייתה נכונה, שכן הוכח שהשותפות לא חסכה בהוצאות, שהרי השותפים המשיכו לייבא בנפרד. מעדותו של עו"ד עזריאל אף עולה, כי הוא לא ידע שמוקד השותפות בשיווק משותף בארץ, ולא בחסכון בעלויות הנאשמים גם לא ידעו את עו"ד עזריאל בדבר היותם היבואנים היחידים, או לכל הפחות העיקריים, של לולבי אל-עריש (עדותו של עזריאל, עמ' 410 ש' 16 – עמ' 411 ש' 6). על כן, עורך הדין לא ידע שהשותפות חולשת על נתח שוק מכריע מפעילות היבוא והשיווק של לולבי אל-עריש. עו"ד עזריאל אף לא ידע על תיאום המחירים שערכו השותפים במהלך פעילות השותפות שהתרחשה לאחר תום מעורבותו בעריכת ההסכם.

מהראיות אף עולה, טוענת המאשימה, שעו"ד עזריאל והשותפים הבינו את משמעות הסכם השותפות באופנים שונים וסותרים לחלוטין. כך, בהודעתו בפני רשות ההגבלים העסקיים (נ/40) אמר עו"ד עזריאל, כי הסכם השותפות נועד כולו לצמצום הוצאות האחסון של הלולבים וכל אחד מהשותפים היה חופשי לייבא ולשווק לולבים כאוות נפשו. לעומת זאת, בעדותו בבית המשפט, מסר גרסה שונה לפיה פעילות השותפים אכן הוגבלה והם פעלו בהתאם ל"כללי השותפות". בהודעתו ברשות ההגבלים העסקיים עו"ד עזריאל טען, כי השותפים לא היו מוכנים לקיים ביניהם שקיפות מה שהביא להגבלת כמויות השיווק, גרסה שנדחתה על-ידי בלילי עצמו, וברור כי אינה נכונה. סתירה נוספת בין עדותו של עו"ד עזריאל לבין עדותו של בלילי עולה לגבי קביעת ההסכם בעניין מכירת הלולבים לקמעונאים. בעוד שעזריאל אמר בהודעתו כי כל אחד מהשותפים יכול למכור בנפרד, בלילי כפר בכך וטען כי "ההסכם היה שעובדים ביחד מהרגע הראשון ועד הסוף".

מקום בו הנאשם ועורך דינו אינם מסוגלים להגיע אפילו להסכמה עובדתית באשר לתוכנה של העצה המשפטית שניתנה, טוענת המאשימה, כיצד מבקשים הם לטעון ברצינות להסתמכות על עצה משפטית?

50. הגנת ההסתמכות בהקשר לטענת הטעות נדונה בפסיקת בית המשפט העליון, בפסק הדין בפרשת הורביץ (ע"פ 1182/99 הורביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 1). באותו מקרה, הכיר בית המשפט העליון בהגנת ההסתמכות על ייעוץ מקצועי שניתן לנאשמים,

כהגנה אשר עשויה לשלול כוונה פלילית המיוחסת לנאשם. הגנה זו, הסביר בית המשפט העליון (מפי כב' השופט אור):

"... מבוססת על ההנחה כי בשטחים רבים הדורשים התמחות, כמו ראיית-חשבון, משפטים, רפואה, וכן בשטחים רבים נוספים אין לאדם מן היישוב, אשר אינו מומחה באותם שטחים, ידע מספיק, והוא נאלץ להסתמך על ייעוץ של מומחים לדבר. כך, בבואו לפעול פעולה משפטית מסוימת או לעשות עסקה פלונית, אם ירצה לדעת את השלכותיה, לרבות אם היא מותרת על-פי הדין או אסורה, הוא יזדקק לעצתם ולהנחייתם של מומחים. הסתמכות בתום לב על עצה שיקבל בקשר לכך מעורך-דין, שעליו הוא יכול לסמוך כבעל הידע המשפטי הנדרש, ואשר ידועות לו כלל העובדות שלא כדין. במקרה כזה תעמוד לו טענת ההסתמכות" (שס, בעמ' 156).

וכן:

"... כשפועל נאשם בתום-לב על יסוד חוות-דעתו של מומחה לדבר היודע את העובדות, נשללת הכוונה לפעול שלא כדין. מה שחשוב הוא, שבית המשפט ישתכנע שהנאשם פעל בתום-לב על-פי עצה שקיבל מבר סמכא שעליו היה יכול לסמוך כמי שיודע את העובדות ואת הדין" (שס, בעמ' 159).

עם זאת, הודגש בפסיקה, כי יש להיזהר בקבלת טענת ההסתמכות, והוכחתה, המוטלת על הנאשם, מחייבת הצגת ראיות משכנעות. כך ציין כב' השופט אור בעניין הורוביץ הנזכר לעיל:

"מקובל עלי, אמנם, כי יש להיזהר בקבלת טענת ההסתמכות. החשש הוא ממקרים בהם הפנייה לייעוץ היא מן השפה ולחוץ, מבלי שהיא משקפת הסתמכות אמיתית בתום לב מצידו של הנאשם. ... כאשר מתעוררת שאלת אחריות בפלילים, לאחר שהאירועים המהווים בסיס לאישום אירעו זה מכבר, וכאחד מקווי ההגנה מועלית טענת ההסתמכות, יהיה קשה להוכיח דברים שנעשו או נאמרו שנים קודם לכן, מבלי שיהיו לכך ראיות משכנעות. לפיכך, על בית המשפט יהיה לנהוג בזהירות ולהשתכנע מה היה מצב הדברים בזמן אמת, קודם שיאמץ טענת ההסתמכות. אולם, אם קיימות ראיות חותכות מהן ניתן להסיק הסתמכות כזאת, תוך שמתמלאים התנאים לקבלת הטענה, אין לדחות את טענת ההסתמכות רק מכיוון שלא הייתה פנייה מיוחדת – בכתב או בעל-פה – של הנאשם, לקבלת חוות-דעת ממי שייעץ לו" (סעיף 38 לפסק דינו של כבוד השופט ת' אור בעניין הורוביץ הנזכר לעיל).

בת"פ 149/96 מדינת ישראל נ' תנובה ואח' דנתי בשאלה האם הלכת הורבין חלה גם לגבי טעות משפטית של נאשמים, אשר סברו, על יסוד ייעוץ משפטי מוטעה שקיבלו, שלא היה במעשיהם משום עבירה על סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים. באותו פסק דין (שערעור עליו תלוי ועומד בפני בית המשפט העליון) נקבע, שטעותו של נאשם אשר סבר עקב עצה משפטית מוטעית שקיבל שמעשיו אינם נוגדים את חוק ההגבלים העסקיים, יש בה, בעקרון, כדי להקים טענת הגנה של טעות לפי סעיף 34 ללחוק העונשין.

51. במקרה שלפנינו טוען בא-כוח הנאשם 1, כי טעותו של הנאשם 1 התבטאה בכך שסבר, בטעות, כי ההסכם שהוא מתעתד להיות צד לו הינו הסכם שותפות, ולא "הסכם בין בני אדם המנהלים עסקים", וכי החלטה שהוא מקבל בתור אורגן של השותפות אין בה משום הגבלה עצמית הפוגעת בתחרות. טעות זו, נטען, היא טעות בדבר קיומה של נסיבה שהיא רכיב ביסוד העובדתי, ועל כן, היא שאלה שבעובדה. זאת, גם כאשר קיומה של הנסיבה כרוך בבירור שאלה משפטית שאינה בתחום האיסור הפלילי עצמו, היינו, שאלה משפטית "לבר-פלילית". על-כן, טוען בא-כוח הנאשם 1, מדובר ב"טעות במצב הדברים" עליה חל סעיף 34(א) לחוק העונשין לפיו: "העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא ישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה מצב לאמיתו כפי שדימה אותו".

טענה מעין זו נדחתה לאחרונה בע"פ 4855/02 הנזכר לעיל, שם נקבע:

"... אך דומה שמאז כניסתו לתוקף של תיקון מס' 39 לחוק העונשין, שבסעיפים 34 ו-34 יט עיגן בבירור את רכיביהן (השונים אלה מאלה) של "טעות במצב דברים" ושל "טעות במצב משפטי", שוב אין מקום להידרש להבחנה שהוכרה בפסיקה בעבר, בין טעות בדין פלילי לבין טעות בדין לבר-פלילי, לעניין שיוכה לאיזו משתי הקטגוריות של טעות נטענת בהבנת תוכנה של נורמה עונשית שנקבעה בחוק לבר-פלילי. סעיף 34 כג לחוק העונשין מורה, כי 'באין בחוק הוראה לסתור, יחולו הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי גם על עבירות שלא לפי חוק זה'. בהיעדר 'הוראה לסתור' בחוק ההגבלים מתחייבת המסקנה, כי טעות בהבנת תוכנה של נורמה עונשית שנקבעה בחוק ההגבלים הריהי 'טעות במצב משפטי' כמשמעה בסעיף 34 ללחוק העונשין" (סעיף 178 לפסק הדין).

52. כדי שטעות בדין תקים הגנה, עליה להיות, לפי סעיף 34 ל חוק העונשין, "בלתי נמנעת באופן סביר". במקרה שלפנינו, אציין כבר עתה, כי אף שהנאשמים טעו בדין, טעותם לא הייתה בלתי נמנעת באורח סביר.

53. במקרה שלפנינו, שלא כמו בעניין תנובה, המאשימה אינה כופרת בכך שבעקרון מתן עצה משפטית שגויה יכול שתקים ללקוח שסמך על עצה זו ופעל על פיה, הגנת טעות מפני הרשעה בעבירת ההסדר הכובל. טענותיה של המאשימה בענייננו, הן בעיקר טענות עובדתיות, לפיהן, בנסיבות המקרה, לא ניתנה לנאשמים על-ידי עו"ד עזריאל עצה משפטית של ממש, ואף אם ניתנה עצה כזו, הנאשמים לא היו רשאים לסמוך פעולותיהם על אותה עצה, ומשעשו כן, לא ניתן לומר עליהם כי טעותם הייתה בלתי נמנעת באופן סביר.

54. מהראיות שהוצגו עולה, שהנאשמים אכן פנו לעו"ד עזריאל כדי שיכין להם הסכם שותפות, וזה הכין להם הסכם כזה, עליו הם חתמו.

כך העיד בעניין זה טפרברג:

"אני אמרתי באותה פגישה, והם הסכימו איתי, שאני רוצה שעו"ד שאני מכיר יעשה את החוזה בינינו של השותפות, והם אמרו לי שהם ייסעו לירושלים. ... לא זכור לי שסיכמנו משהו בסגולה. אני חושב שהסיכום היחיד שהיה זה לעלות לירושלים ולסכם עם עו"ד את כל הדברים" (עמ' 233 ש' 16-11).

ובהמשך:

"ש. לגבי עו"ד עזריאל, אני מבין שהוא היה עו"ד של אביך?
ת. נכון.
ש. אף אחד מהשותפים לא הכיר אותו לפני כן?
ת. נכון, לפי מיטב ידיעתי.
ש. בהודעתך בת/14, אמרת שסמכת עליו בעיניים עצומות.
ת. סמכתי עליו.
ש. למעשה, כשאתה באת לדני עזריאל, ביקשת ממנו שיעשה לך חוזה שקודם יהיה חוזה חוקי ויגן עליך מכל הבחינות?
ת. אמת" (עמ' 243 ש' 10-4).

בדומה העיד אנסבכר:

"לא היינו בקיאים בנושא הזה. פנינו לעו"ד כדי שיעשה הסכם כשר, אתה לא מצפה שאתה הולך לעו"ד שיערוך לך חוזה לא כשר. ... " (עמ' 279, ש' 27-28).

וכן:

"ש. האם היה לך יסוד באותה פגישה שבה חתמתם על ההסכם, להעלות מיוזמתך שאלה ספציפית לגבי ההסכם שנוגעת לכשרות ההסכם על-פי דיני ההגבלים העסקיים?
ת. לא. ... בכלל לא ידעתי אז מה זה הגבלים עסקיים" (עמ' 279).

כך העיד גם בלילי:

"אמוץ משך אותנו לכיוון ירושלים, לעו"ד שמייצג את החברה של אביו, לעו"ד דניאל עזריאל... הוא אמר ... אני אנסח לכם הסכם שותפות שתוכלו לצאת לדרך ... " (עמ' 309 ש' 15 – עמ' 310 ש' 8).

גם מעדותו של מנשה פור עולה, כי הוא חתם על הסכם השותפות לאחר שהחוזה הוכן על-ידי עו"ד עזריאל ולאור הייעוץ שקיבל מעורך הדין, כי החוזה חוקי. כך הוא העיד:

"ש. ואז אתה מקבל הסכם אחר מעו"ד דניאל. ומה אתה חושב מבחינת החוקיות שלו בעניין ההגבלים העסקיים?
ת. שהוא מעל לכל ספק בנושא ההגבלים העסקיים, הוא חוקי מוחלט.
ש. במה הסכם זה שונה מההסכם של אברג'יל?
ת. אני יודע ששאלתי באופן אישי את עו"ד דניאל, האם ההסכם הוא חוקי, למרות שזו שאלה טיפשית, אבל חששתי מההסכם הראשון, כי עליו אמר דניאל שזו עבירה על חוק רשות ההגבלים" (עמ' 429, ש' 14-20).

ברוח דברים אלו העיד עו"ד עזריאל:

"הוא [אמוץ טפרברג] פנה אלי וביקש ממני לעשות הסכם שותפות בין הצדדים. המטרה העיקרית שהוגדרה לי הייתה, הסכם בין שותפים על מנת לצמצם את הוצאות הייבוא של הלולבים, ההכנסה וההחזקה של אותם לולבים. ... ואז הציגו לי, אם אני לא טועה, טיוטה או הסכם קודם שערכו. ... אמרתי לו שאין בעיה לעשות את זה. כמובן שדיברנו על נושא ההגבלים העסקיים, והמטרה של כולם הייתה לעשות הסכם

על-פי חוק ועל-פי המותר, כולל הנושא הזה של ההגבלים העסקיים שעלה במפורש. ואני ערכתי את ההסכם הזה מתוך ידיעה ומתוך כוונה שההסכם הזה איננו סותר ואיננו בניגוד לחוק" (עמ' 393-394 לפרוטוקול).

עו"ד עזריאל הוסיף והעיד:

"לפי התרשמותי, הם סמכו עלי במאה אחוז, על העצה המשפטית שנתתי להם" (עמ' 405 ש' 4).

ובהתייחס לחוות-דעתו המקצועית (בזמן אמת) לגבי חוקיות הסכם השותפות, העיד

עו"ד עזריאל:

"אמרתי זאת כל הזמן ואני מוכן לחזור על כך גם כאן, לדעתי אין בהסכם זה שום סתירה להוראות חוק ההגבלים העסקיים בשום מצב" (עמ' 394 ש' 25-26).

ועוד העיד עו"ד עזריאל:

"אני מודיע ואומר במפורש, שמה שעמד לנגד עינינו לפני עריכת ההסכם, היה לעשות הסכם שאיננו נוגד את חוק ההגבלים העסקיים. זאת הכוונה מלכתחילה" (עמ' 395 ש' 2-3).

מסתבר, שלהסכם השותפות קדם הסכם אחר, שנחתם בין הנאשמים, מחמוד אבו נאג'ה וי.מ.ב.ל ייזום והשקעות בע"מ (בבעלותו של צוריאל אברג'יל), שגם הוא נועד להקים שותפות דומה בתחום הלולבים ולהסדיר את פעילותה (נ/36) (להלן – הסכם השותפות הקודם). בפגישתם עם עו"ד עזריאל, הציגו הנאשמים בפניו את הסכם השותפות הקודם, או את חלקו, וזה הודיע להם כי אותו הסכם נוגד את חוק ההגבלים העסקיים. על-פי עצתו של עו"ד עזריאל, הנאשמים אף ביטלו את הסכם השותפות הקודם, בהיותו בלתי חוקי (ומסיבות נוספות). מכתב בעניין זה, שנוסח בעזרתו של עו"ד עזריאל, הם שלחו לאברג'יל (נ/42). באותו מכתב נאמר, בין היתר, כי "נוסף לביטול ההסכם על ידך התברר לנו שיש נימוקים אחרים בהסכם המבטלים את ההסכם וגם אלה הם באחריותך הבלעדית". בעדותו בבית המשפט הסביר הנאשם 2, ש"הנימוקים האחרים" הנזכרים במכתב זה, מתייחסים לעבירות ההגבלים העסקיים כפי שהוסברו לו על-ידי עו"ד עזריאל (עמ' 429 ש' 12-13).

כך העיד בעניין זה בלילי:

"וכשפנינו כל השותפים, מלבד אורי... לערוך זכ"ד קודם לחוזה אצל העו"ד, הצגתי או הצגנו לו, אני לא זוכר מי, את החוזה שערך עזריאל אברג'יל. ולמה הצגנו לו את זה? כדי לחסוך בזמן, כי העונה הייתה בפתח ורצינו שיכול להיות שהוא ישתמש באותו חוזה שהוא כבר כתוב ורק לשנות שמות. ואז הוא עיין בהסכם הזה ואמר, רבותי, ההסכם הזה לא טוב. אמרנו לו מה זה לא טוב? הסכם שותפות, הוא אמר שלא, יש פה עניין של קרטל, הסדר כובל ולא ידענו מה זה. הוא הפנה אותנו לשני סעיפים, סעיף 11 להסכם ואמר שהסעיף הזה מונע מאחרים להתחרות בשותפות וזה יצר מצב שאנחנו כשותפים צריכים לדאוג למנוע מאחרים לקנות מהספקים שלנו, וזה כשלעצמו קרטל. כך הבנו מעו"ד עזריאל. הבנו שההסכם של עו"ד עזריאל בא להסדיר את העניין... הוא אמר 'תתנתקו מזה'. הוא אמר שזה לא חוקי לחלוטין, והוא גם אמר שנוציא לו מכתב והוא סגן לנו את המכתב, כמדומני ג'אן כתב את המכתב באותו רגע... הוא אמר שההסכם לא חוקי, זה הסדר כובל, ואמר 'תתנתקו מייד מהבחור, מההסכם...' (עמ' 309 ש' 15 – עמ' 310 ש' 8).

55. המסקנה העולה מעדויות אלו, היא שהנאשמים אכן פנו לעו"ד עזריאל על מנת שזה יכין להם הסכם שותפות, עו"ד עזריאל הכין הסכם כזה והנאשמים חתמו עליו. על רקע זה אתייחס בהמשך לטענות המאשימה, אשר סבורה שיש לדחות טענת הגנה זו של הנאשמים.

56. בעניין זה, יש לדחות תחילה את הטענה שהגנת הטעות על יסוד עצת עורך הדין אינה יכולה לעמוד לזכותו של מנשה פור, אלא, אם בכלל, לזכותו של בלילי בלבד, שכן מנשה פור סמך על בלילי ולא על הייעוץ שניתן לו על-ידי עורך הדין עזריאל. מנשה פור אמנם העיד כי הוא סמך בקשר לביצוע העסקה על בלילי שהיה שותפו, אך ההסתמכות על בלילי אינה שוללת את ההסתמכות על הייעוץ המשפטי שניתן לו על-ידי עו"ד עזריאל (ראה עדותו של מנשה פור בעמ' 450, ש' 13-7).

עדותו של מנשה פור בעניין זה לא נסתרה, ולאור העובדה כי הוא נכח במשרדו של עו"ד עזריאל בעת שזה יעץ לשותפים מה שיעץ ואף נשא בשכר טרחתו של עו"ד עזריאל, אינני רואה סיבה להטיל ספק בדבריו. לכל היותר, ניתן לטעון, כי נכונותו של מנשה פור לסמוך על עצתו של עו"ד עזריאל, יסודה באימון שנתן בבלילי. לשון אחר, מכיוון שבלילי סמך על עצתו המשפטית של עורך הדין, גם מנשה פור היה מוכן לסמוך עליה. אולם, העובדה שהנאשם 2

סמך על עצת עורך הדין בשל כך שגם הנאשם 1 סמך על עצתו, אינה שוללת את הגנת הטעות המבוססת על הסתמכות על הייעוץ המשפטי שניתן.

57. אינני מקבל גם את טענת המאשימה, לפיה הגנת ההסתמכות על ייעוץ משפטי אינה רלבנטית לעניין תיאום מחירי הלולים, שכן תיאום זה לא נעשה על-ידי הנאשמים במסגרת הסכם השותפות שאותו ערך עו"ד עזריאל, אלא במסגרת פעילותם המשותפת של הנאשמים לאחר כריתת ההסכם.

58. אכן, הסכם השותפות אינו מזכיר, באופן מפורש, את נושא מחירי הלולים ואף אינו קובע הוראות בדבר הדרך בה ייקבע מחירם. עם זאת, כפי שכבר נאמר, ההסכם מסדיר את השיווק המשותף של הלולים וזה כולל, כיסוד מובנה בשיווק המשותף, גם קביעה משותפת של המחיר. שהרי לא ניתן לשווק מוצר בלא לקבוע את מחירו. אף אם תאמר שההסכם עצמו לא כלל כבילה מפורשת בעניין תיאום המחיר, ותיאום כזה נעשה בין השותפים לאחר חתימת הסכם השותפות, בעת שקבעו במשותף את מחירי השיווק של הלולים, גם אז אני סבור שהסכם השותפות אשר הכשיר, מבחינה משפטית, את השיווק המשותף, גם הכשיר, כפועל יוצא מכך, את הקביעה המשותפת של המחיר. גם עו"ד עזריאל העיד כי היה ברור לו שהשותפות תקבע, במסגרת שיווק הלולים, גם את המחיר בו הלולים ישווקו:

”ש. אני רוצה להבין, מה שיוצא מהשותפות הם יכולים למכור באותו מחיר?
ת. מחיר לא עלה. מה שעלה זה שיטת הפעילות. הפעילות שדובר בה זה מקימים שותפות, השותפות מחליטה איך להתעסק עם הסחורה, מה לעשות איתה, איפה לאחסן אותה, איך למכור אותה, איך לשווק אותה. לא עלה נושא של מחיר לחלוטין.
ש. איך לשווק ואיך למכור זה כולל מחיר או לא?
ת. אם את שואלת שאלה עניינית, ודאי שמחיר כלול בשיווק. אבל בהקשר של העניין שלנו לא עלה נושא של מחיר אלא דרך פעולה של שותפות” (עמ' 414, ש' 14-21).

ובהמשך:

”ת. מבחינת ההסכם בהחלט היתה יכולה להיות התייחסות של השותפות למחירים. בפועל, אצלי במשרד, קודם להליכי ההסכם וגם לאחריו, לא היתה התייחסות איתי לנושא

המחירים. בודאי שחלק מהתפקידים של השותפות בשיווק הוא גם קביעת מחירים.
ש. זה נובע מההסכם שאתה ערכת?
ת. ודאי, זה נובע מעצם השותפות" (עמ' 421 ש' 10-15).

59. המאשימה טוענת שהייעוץ המשפטי שניתן על-ידי עו"ד עזריאל לנאשמים לא היה ייעוץ משפטי של ממש. זאת משום שייעוץ זה ניתן "על רגל אחת" בלא שעו"ד עזריאל ערך בעניין זה בדיקה משפטית של ממש כדי לוודא שההסכם עולה בקנה אחד עם הוראות חוק ההגבלים העסקיים, וכל זאת בתוך שעות ספורות ועל-פי המתכונת של ההסכם הישן, שלגביו היה ידוע לכל המעורבים כי מדובר בהסכם לא חוקי.

60. גם בעניין זה לא אוכל לקבל את טענת המאשימה. גם אם הבדיקה שערך עו"ד עזריאל בנושא זה לא הייתה בדיקה מעמיקה, ואינני סבור שעלי לקבוע בעניין זה מסמרות, כבר נקבע, "שסבירות הייעוץ המשפטי צריך שתיבחן מנקודת מבטו של הנאשם, שהרי מדובר בהגנתו של הנאשם, וזה אינו יכול בד"כ לבחון את סבירות הייעוץ המשפטי, אלא אם הנסיבות שבהן הוא ניתן, צריכות היו להעלות בלב הנאשם ספקות לגבי תקפותו המקצועית של הייעוץ המשפטי (ת"פ 149/96 לעיל, סעיף 137 להכרעת הדין). גם השופטת פרוקצ'יה ציינה בפסק דינה בעניין פרומדיקו (ת"פ (י-ם) 55/96 מדינת ישראל נ' פרומדיקו בע"מ ואח', פ"מ, כרך תשנ"ז, חלק שני, עמ' 1), כי הייעוץ המקצועי שניתן צריך, כדי להקים טענת הסתמכות, שיעמוד "על פניו" במבחן הסבירות כפי שיכול נישום בהתאם לכישוריו האינדיבידואליים לבחון. בכגון דא יילקחו בחשבון כישוריו המיוחדים של הנישום להעמיד במבחן ביקורת את הייעוץ המשפטי שניתן..." (שם, בעמ' 71).

במקרה שלפנינו אני סבור שהנאשמים לא יכולים היו, בנסיבות העניין ובהתחשב בדלות כישוריהם בתחום זה, להעמיד למבחן את הייעוץ המשפטי שניתן להם על-ידי עו"ד עזריאל.

61. הצדדים הרחיבו את הדיבור, בהקשר זה, על ההבדלים הקיימים בין הסכם השותפות הישן לבין הסכם השותפות החדש. המאשימה מבקשת ללמוד מהשוואה זו, שלמעשה אין הבדל של ממש בין שני ההסכמים, לא מבחינת תוכנם ולא מבחינת תכליתם. היא מצביעה על כך, שגם הנאשמים וגם עו"ד עזריאל התקשו לנקוב בהבדלים בין שני

ההסכמים. בנסיבות אלה, טוענת המאשימה, משהנאשמים ידעו על אי החוקית שבדבקה בהסכם הקודם, ולאור הדמיון הרב בין שני ההסכמים, היה עליהם לפחות לבדוק ולחקור מה הייתה אי החוקיות שנפלה בהסכם הקודם ולוודא שאי חוקיות זו לא תדבק גם בהסכם החדש. משהנאשמים לא עשו זאת, וחזרו וערכו הסכם בלתי חוקי, חרף ידיעתם שגם ההסכם הקודם היה בלתי חוקי, לא ניתן לומר, טוענת המאשימה, שטעותם הייתה בלתי נמנעת באורח סביר.

62. מקובל עלי שההבדלים בין שני ההסכמים אינם גדולים. עם זאת, עובדה היא שבהסכם הישן נכללה הוראה (סעיף 11), אשר דורשת מהשותפים להבטיח בלעדיות בהספקת הלולים לשותפות, על-ידי חיוב הספקים המצריים שלא לספק לולים ליבואנים אחרים בישראל, הוראה שלא נכללה בהסכם השותפות החדש. עו"ד עזריאל העיד כי הסביר לנאשמים שהגבלה זו אינה יכולה לעמוד (עמ' 397 ש' 16-21). גם באת כוח המאשימה אינה טוענת שלהוראה זו שבהסכם השותפות הקודם אין היבטים אנטי תחרותיים, אלא שלטענתה, בהסכם החדש כלל לא היה צורך בהוראה חוזית מעין זו, שכן השותפות התארגנה ברגע האחרון, בשלב שבו לא הייתה עוד משמעות להגבלת הספקים המצריים, שכן מי שסיפק לולים ליבואן בישראל עשה זאת עוד קודם לכן. באת-כוח המאשימה מייחסת חשיבות רבה גם לכך שבליילי התקשה להעיד על ההבדלים בין שני ההסכמים, והוא הסתייע לצורך כך בדפים שהכין לעצמו קודם למתן העדות. גם עו"ד עזריאל, לטענת המאשימה, מסר גרסאות סותרות לגבי ההבדל בין ההסכמים. בעוד שבעדותו הראשית הוא אכן העיד שההבדל ביניהם נעוץ בהגבלת היבוא ממצרים (עמ' 397), בחקירה הנגדית הוא טען שהסכם הישן נתן כוח בידי השותפים לקבוע מחיר אחיד למוצרים (עמ' 414 ש' 22 – עמ' 415 ש' 5).

63. אני מוכן לקבל את טענת המאשימה, כי נראה שהנאשמים לא ידעו בזמן אמת, מהם ההבדלים בין ההסכמים, בהיבט של דיני התחרות. ספק בעיני אם הם מודעים להבדלים אלו גם כיום. עם זאת אני סבור, שהדרישה שמציבה המאשימה לפני הנאשמים, לבחון את ההבדלים בין שני ההסכמים בהיבט של דיני התחרות, ולו בעזרתו של עורך הדין, ולהסיק מהיעדר הבדל ממשי ביניהם מסקנות לעניין אי החוקיות של ההסכם השני הינה דרישה מרחיקת לכת. זאת, גם לאור כישוריהם של הנאשמים והעדר כל ניסיון קודם או כל עיסוק שהוא בתחום המשפטי. חוששני שגם הדרישה שמפנה המאשימה לנאשמים לבחון ולבדוק אצל בא כוחם במה השתנה ההסכם החדש מההסכם הישן, וכיצד יש

בשונה זה שבין ההסכמים כדי להסיר את אי החוקיות בנושא ההגבלים העסקיים שדבקה לדבריו בהסכם הקודם, הנה דרישה לא מציאותית, ועל כל פנים מחמירה מדי. זאת, לפחות לגבי הנפשות הפועלות במקרה שלפנינו, שלא הייתה להם השכלה משפטית, וכדבריהם, אותם אני מקבל, לא היה להם מושג קלוש ביותר בתחום זה.

64. אשר לעדותו של עו"ד עזריאל, טוענת באת כוח המאשימה, שלאור הבדלי הגרסאות שמסר בדבר השוני בין ההסכמים, יש לקבוע כי "עדותיו ... היא בלתי אמינה בעליל, והומצאה לצורך עדותו". לטענת המאשימה, "ברי כי עזריאל שם לו למטרה למלט את לקוחותיו לשעבר מן הדין, וזאת גם במחיר מתן גרסה שקרית בבית המשפט" (סעיף 268 לסיכומים).

65. אינני מקבל טענה חמורה זו. אכן, עדותו של עו"ד עזריאל בנושא הפגם שנפל בהסכם השותפות הישן בשלו הוא ייעץ לנאשמים להכין הסכם חדש לא הייתה בהירה כל צרכה. עם זאת, לא התרשמתי שעו"ד עזריאל שיקר בעדותו. שהרי בנושא העיקרי הנוגע להגנת הטעות, אין חולק על כך שעו"ד עזריאל אכן הכין עבור הנאשמים את הסכם השותפות, יעץ להם לחתום עליו, ואלו אכן עשו כעצתו. בנסיבות אלו אינני סבור שלשאלה מה היה הפגם שנפל בהסכם השותפות הישן נודעת חשיבות של ממש לענייננו. יתירה מזו, המאשימה מאמצת בסיכומיה את גרסת הנאשמים ועו"ד עזריאל, לפיה עו"ד עזריאל אכן אמר לנאשמים שהסכם השותפות הישן הוא בלתי חוקי מבחינת דיני ההגבלים העסקיים. דווקא מאמירה זו היא מבקשת ללמוד שעל הנאשמים היה לחקור ולבדוק מדוע ההסכם הישן היה בלתי חוקי, ולהבטיח שאי החוקיות שדבקה בהסכם הישן אינה פוגמת גם בהסכם החדש. אם עו"ד עזריאל אכן ערך לנאשמים הסכם שותפות, ואף אמר להם שהסכם השותפות הישן הוא בלתי חוקי מבחינת דיני ההגבלים העסקיים, לא ברור איזה שקר מייחסת המאשימה לעו"ד עזריאל. לכל היותר ניתן לומר שעו"ד עזריאל לא ידע לומר בעת מתן עדותו, בחלוף כחמש שנים מעת שנתן את הייעוץ לנאשמים, מה היה הפגם שמצא בהסכם השותפות הישן. אינני סבור שהדבר מעיד על כך שמדובר בעדות שקרית.

66. מאידך, אני סבור שיש ממש בטענה, שהנאשמים לא הביאו לידיעתו של עו"ד עזריאל את כל העובדות הרלבנטיות. תנאי הכרחי להקמתה של הגנת הטעות מכוח הסתמכות על עצה משפטית, הוא שעורך הדין נותן העצה היה מודע לכל העובדות הרלבנטיות.

חשיבותו של עניין זה הודגשה מספר פעמים בפסק דינו של כב' השופט אור בעניין הורוביץ הנזכר לעיל. המאשימה טוענת, כאמור, שהנאשמים לא עמדו בדרישה זו.

67. בעניין זה אני סבור נודעת חשיבות רבה לעובדה שבשנת 97' אשר קדמה לשנת השותפות הנאשמים קיימו ביניהם תחרות חריפה בתחום הלולבים, תוך הורדת מחירים אשר גרמה לשניהם הפסדים מרובים.

כך העיד בעניין זה בלילי:

"... ב-97' ג'אן הצליח להביא לולבים על-ידי איש קש ונלחם בי מלחמת חורמה, הוא נלחם בי אבל כל השוק נרגע. ש. למה הוא עשה זאת?
ת. הוא חיפש לפגוע בי והוא הצליח. הוא הציע לקניינים שלי מחיר הפסד. אני לא הסכמתי למכור במחירים כאלה, ואז הוא מכר במחירים של \$ 0.8-0.7, זה פחות ממחיר השוק ואז כל השוק נפגע. הוא איים עלי כל הזמן שיפגע בי. הוא הוריד מחירים רק כדי לפגוע בי. גם אם ג'אן היה מוריד מחירים, השוק היה 10% ומעלה. גם במחיר של 10% יותר, אני מפסיד" (ת/2, עמ' 3 ש' 21 ואילך; עמ' 4 ש' 1-8).

ובעדותו מסר בלילי:

"ש. שנה שלפני השותפות – אמרת לחוקרת שבשנה שלפניכן הייתם 'פריירים' של השוק.
ת. נכון.
ש. כי הסחורה הכי זולה באה מאל עריש. והמחיר שלכם היה הכי נמוך.
ת. אם זה מה שאמרתי אז כן.
ש. זה נכון?
ת. נכון.
ש. בשנה שלפני כן, הילדים וג'אן מכרו ב-4 ש"ח ומשכו את כל השוק למטה.
ת. כנראה שכן.
ש. אמרת שג'אן חיפש לפגוע בך אותה שנה?
ת. נכון.
ש. וגם הצליח?
ת. פגע קודם בעצמו ואח"כ בי.
ש. בהודעתך אמרת שג'אן מכר במחירים של 70-80 סנט.
ת. יכול להיות שזה מה שאמרתי. אם זה מה שאמרתי אז נכון.
ש. אמרת שזה פחות ממחיר השוק.
ת. זה פחות ממחיר עלות.

ש. ואז כל השוק נפגע?
ת. נכון. אם מוכרים מתחת לעלות, אז נפגעים" (עמ' 351 ש' 17
– עמ' 352 ש' 6).

מעדותו של בלילי אף עולה, כי הוא הקים את השותפות, בין היתר, בשל תחרות זו
וההפסדים שנגרמו לו בעקבותיה. כך הוא הסביר בהודעתו:

"ש. למה חזרתם אתה וג'אן, להיות שותפים?
ת. חברים במושב רצו לסיים סכסוך של שנים שהיה בינינו ופנו
אלי וביקשו ממני לעזור לו על מנת שיוכל לייבא לולבים.
הסכמתי. זו אחת הסיבות. הסיבה השניה היא ש'אכלתי אותה'
שנה קודם. שנה שעברה הוא כופף אותי. ואז החלטתי להתחבר
איתו העונה" (ת/2, עמ' 5 ש' 10-6).

גם מנשה פור הודה בתחרות הקשה שקוימה בינו לבין בלילי ובמלחמת המחירים
שהתפתחה בין השניים בשנת '97, אשר גרמה לו הפסדים:

"ש. תסכים איתי שהמחיר היה יותר נמוך באותה שנה [97].
אמרת שמחיר הגג היה 4.5 ש"ח.
ת. יכול להיות. כן. ב-97' אני ייבאתי לולבים לבד ואבי בלילי
שהיה שותף שלי לשעבר ניסה להוציא אותי מהשוק. אם זה
יפה או נאה זה לא המקום לבית המשפט, אבל הוא ניסה
להוציא אותי מהשוק הזה. אני מכרתי את הלולבים במחירי
הפסד רק בשביל להיות בתוך השוק, לא לתת לאבי שיהיה לבד
בשוק. זה ההסבר שלי למה שאת אומרת" (עמ' 441 ש' 10-
24).

גם בהודעתו מסר מנשה פור:

"ש. כיצד פעלתם כל אחד מהשותפים בשנים שלפני הקמת
השותפות?
ת. בשנה הקודמת, 1997, אני מכרתי לבד והתחריתי בצורה
חריפה ביבואנים הרשומים וביבואנים אחרים. הפסדתי כספים,
אני בתביעה משפטית נגד מספר סוחרים שלא שילמו לי כספים
על הלולבים" (עמ' 13 ש' 6-3).

ועוד מסר מנשה פור בהודעתו בהקשר זה:

”ש. אתה יכול לפרט לנו למה אתה מתכוון, שהלקוחות עושים יד אחת נגדכם, למה אתה אומר את זה?
 ת. כי לדעתי השנה הכנסתם תהיה קטנה מעט, מאחר והם, לדעתי, לא מסתפקים בעד 100% רווח על המוצר, לאחר עבודתם אלא במאות אחוזים של רווח.
 ש. מה היה שונה השנה?
 ת. השנה מכירת הלולב היא ברמה מסוימת, במחירים גבוהים משנה שעברה וזאת הרגשת הבהלה שלהם. קשה להם להתמודד עם הוצאה נוספת מכיסם” (עמ’ 4 ש’ 8-14).

68. כפי שנאמר לעיל, על הנאשמים מוטל הנטל להראות, כי מסרו לעורך הדין את כל המידע והעובדות הרלבנטיים לעניין הייעוץ המשפטי שניתן להם. הראיות שהוצגו בעניין זה מלמדות שהמידע שנמסר לעו”ד עזריאל היה מידע חלקי ביותר.

כך העיד בלילי:

”ש. אני מפנה אותך לחקירת עו”ד עזריאל מיום 25.10.98, ... הוא מעיד שהסכם, אותו הסכם שערך, נערך לבקשתכם על-פי פרטים שמסרתם לו על-פי הנחיות החוק ויתר הכללים הכלולים בשותפות. איזה פרטים מסרתם לו?
 ת. אני רוצה לציין לגבי ‘פרטים’. אנחנו לא מסרנו לו פרטים אלא הסכם קודם שנערך [הדגשה לא במקור]. אמרנו לו שבביל מה לבזבז זמן, יש לנו הסכם, תראה אם הוא בסדר ורק נשנה שמות. הוא הסתכל, ראה ואמר שההסכם הזה לא טוב ואני רוצה לשמוע ממכם מה אתם רוצים. ואז אמרנו לו שאנחנו רוצים הסכם שותפות מלא לכל דבר בין השותפים, מרגע הקנייה עד רגע המכירה, השיווק והמכירה, לטוב ולרע, רווח והפסד” (עמ’ 314 ש’ 27 – עמ’ 315 ש’ 6).

גם עדותו של מנשה פור אינה מלמדת מהם הפרטים שנמסרו לעורך הדין קודם לעריכת

ההסכם:

”ש. ברור שכדי להגיע לעו”ד צריך לתאם ולדבר על נושאי השותפות?
 ת. בעניין הזה אבי היה יותר דומיננטי. הוא התקשר אלי ואמר לי שצריך לעלות לירושלים לחתום על הסכם שותפות, אצל עו”ד המקורב לאמוץ.
 ש. אתה הקראת לו את ההסכם הקודם שהיה עם צוריאל?
 ת. נכון.
 ש. מה היה שם?

ת. אני הראיתי לו את ההסכם. היום הוא אמר שראה רק כמה דפים. היום אינני זוכר כמה דפים היו בהסכם, אבל לא הסתרתי ממנו שום דבר. ...” (עמ’ 428 ש’ 19-10).

עו”ד עזריאל העיד בעניין זה:

”מבין כל הצדדים להסכם הזה הכרתי את אמוץ טפרברג, שהיה בן של חבר שלי. ... הוא פנה אלי וביקש ממני לעשות הסכם שותפות בין הצדדים. המטרה העיקרית שהוגדרה לי הייתה, הסכם בין שותפים על מנת לצמצם את הוצאות הייבוא של הלולים, האחסנה והאחזקה של אותם לולים. כי גם מבחינתם רצו לחסוך ולהרוויח כמה שיותר בעניין הזה. ואז הציגו לי, אם אני לא טועה, טיוטה או הסכם קודם שערכו.

...
ש. אבקש לנסות לרענן את זיכרוני, ותעיין גם בהסכם שלפניך, דיברת על אחת המטרות של השותפות והיא לצמצם את ההוצאות: של ייבוא, עמילות מכס, אחזקה. האם היו מטרות נוספות לשותפות?

ת. לא. במסגרת האחסנה והעלויות היה גם עניין השיווק. אחרת לא יכלו לממש או לנצל את אותו ייעול בהוצאות שהיו להם באחזקה. ... וזה גם כתוב בגוף ההסכם, במטרה העיקרית שלו “ייבוא ושיווק לולים” (עמ’ 393 ש’ 24 – עמ’ 394 ש’ 17).

וכן:

”ש. כדי להכין את ההסכם הזה ודאי קיבלת איזה שהם פרטים. מהם הנתונים שקיבלת?

ת. באו אלי 4 מהאנשים. ... הם נתנו לי פרטים, כמו שאמרתי קודם, הם ביקשו לצמצם, זאת הייתה המטרה העיקרית, לחסוך בכל העלויות ובכל אותם דברים, והם רוצים לעשות שותפות משותפת. כל אחד יש לו כמות קטנה, הכמות הגדולה מצמצמת את ההוצאות והם רוצים לצמצם את הדברים האלה.

ש. השאלה שלי התמקדה יותר למאפייני השוק שקיבלת.

ת. באותו זמן ממה שנמסר לי וגם מבדיקה שלי, כעו”ד, וגם מהאנשים שמסרו לי מהשוק, שיש בערך שיווק של כ-2 מיליון לולים בשנה בשוק. לכל אחד מהשותפים היה 70,000 לולים. פחות מ-320,000 לולים שהיו צריכים לייבא. הם נתנו לי נתונים, שהעלויות היו גבוהות מאד מהכמויות. אם אתה מביא מקרר שמאחסן 300,000 לולים ואתה מאחסן רק 70,000 לולים – ההוצאות גדולות. הם באו ואמרו לי שבנושא של השיווק עצמו, הובלות הלולים, לא זוכר כרגע את הפרטים, אבל תיארו בפניי. אמרתי להם שבזה אין בעיה. יש דברים אחרים שאמרתי להם שזה לא אפשר והם הורידו את זה מייד” (עמ’ 395 ש’ 24-8).

ועוד העיד עו"ד עזריאל:

"ת. זאת הייתה המטרה. לחסוך בעלויות והוצאות של השותפות. וזה כתוב גם בהסכם. וזה היה המוטו של כל השותפות הזאת מלכתחילה, כדי לחסוך ולייעל. ש. אתה יודע שכל ההתייעלות הזאת גרמה להעלאת מחירים באותה שנה. ת. קודם כל, אני לא יודע. שנית, זה לא נכון משום שממה שאני יודע מאותו ההסכם השני, זה רק ירד המחיר לפי מה שנאמר לי ולא הפוך. ש. מי אמר לך את זה? ת. אחרי ההסכם, כאשר באו אלי להתייעץ על סיכום קודם, הם אמרו לי בפירוש, שזה אפילו גרם לירידה של המחירים. ש. ביחס לשנה קודמת? ת. קשה לי להגיד לך במדויק. אני רק זוכר שזה היה אחד הטעונונים של אחד הצדדים" (עמ' 418 ש' 9-21).

69. מעדויות אלו עולה, שהמידע שנמסר לעו"ד עזריאל על-ידי הנאשמים התייחס למטרת השותפות, שהייתה בעיקר לצמצם ולחסוך בעלויות. כמו כן נמסר לעורך הדין, מהי מכסת הלולבים שהיה אמור לייבא כל אחד מהשותפים ומהו ההיקף הכולל של השוק (המידע האחרון נמסר לעורך הדין, ככל הנראה, על-ידי אחרים, ולא על-ידי הנאשמים).

על-פי הראיות שהוצגו, לעורך הדין עזריאל לא נמסר מידע ביחס למסכת היחסים ששררה בין הנאשמים קודם להקמת השותפות. לא נמסר לו כי בשנה הקודמת הנאשמים התחרו זה בזה באופן אגרסיבי, תוך הורדת מחירים. לא נאמר לו שגם השותפים האחרים ("הילדים" - אנסבכר וטפרברג) מכרו באותה שנה לולבים במחיר של 4 ש"ח "ומשכו", כדבריו של בלילי, "את כל השוק למטה". כמו כן, לא נמסר לעורך הדין שכתוצאה מתחרות זו סבלו שני הנאשמים בשנה הקודמת הפסדים. בלילי גם לא גילה לעורך דין עזריאל, שהחלטתו לחבור לנאשם 2 בשנת '98 נפלה, בין היתר, על רקע העובדות דלעיל, משום שכדבריו "אכלתי אותה שנה קודם", היינו, כדי למנוע התפתחותה של תחרות שתביא לפגיעה ברווחיו גם בשנת 1998. גם הנאשם 2 לא הביא עובדות אלו לידיעתו של עורך הדין, למרות שהוא מודה כי רצה "לפגוע בהם [בסוחרים]" (עמ' 442 ש' 3), "כי ... השנה הכנסתם [של הסוחרים] תהיה קטנה מעט", וברור שגם היה מודע להשפעתה של החבירה בין השותפים על התחרות ביניהם ועל יכולתו לפגוע בסוחרים.

לעובדות אלו, אני סבור, נודעת הייתה חשיבות רבה לעניין הייעוץ המשפטי שניתן לנאשמים על-ידי עורך הדין. אילו נמסרו עובדות אלו לעורך הדין עזריאל, היה בכך כדי למקד את שימת הלב בהשפעתה האפשרית של החבירה בין הנאשמים והשותפים האחרים על התחרות ועל מחירי הלולבים. בכך גם היה כדי למנוע יצירת מצג מטעה, לפיו השפעתה של החבירה בין הנאשמים והשותפים האחרים מצטמצמת לעניין החיסכון בהוצאות.

ודוק: אינני קובע שהנאשמים לא מסרו את המידע האמור לעורך הדין בחוסר תום לב, על מנת להביא ביודעין למתן ייעוץ משפטי מוטעה. אני מוכן להניח לטובתם, אך שאינני משוכנע בכך, שאי מסירת כל המידע הרלבנטי נעשתה בתום לב. בכך בלבד, אין כדי להפוך את הטעות ל"בלתי נמנעת באורח סביר". שכן, המבחן לעניין זה הוא מבחן אובייקטיבי, המבוסס על סבירות הטעות מבחינתו של האדם הסביר. כלשונו של כב' השופט מצא: "לפי פשוטו של מקרא, אין ההגנה עומדת אלא על יסוד הקביעה כי גם אדם סביר באותן נסיבות היה טועה במצב המשפטי" (ע"פ 389/91 מדינת ישראל נ' ויסמרק ישראל, פ"ד מט(5), 705, 728). (וראה גם: ע"א 1999/92 אליהו חדד נ' פקיד שומה נתניה, פ"ד מט(1), 441, 448; ע"פ (י-ם) שאול גוטמן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), סעיף 53 לפסק הדין של השופט מ' דרורי וסעיף 4 לפסק הדין של השופט י' צבן; י" קדמי, על הדין בפלילים - חוק העונשין, מהדורת 2004, עמ' 570-571; מ' גור אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי)", התשנ"ב-1992, משפטים כד (1), 9, 63).

בהיבט זה, אני סבור שאדם סביר היה מוסר מידע זה לידיעתו של עורך הדין ממנו הוא מבקש לקבל ייעוץ משפטי. דווקא העובדה שהנאשמים, כמו אנשים רבים אחרים, לא היו מודעים לדיני ההגבלים העסקיים, כמו שלא היו מודעים למערכות דינים אחרות, שאף הן יכולות לחול בעניינם, חייבה אותם למסור לעורך הדין את כל העובדות הקשורות להקמת השותפות. הן העובדות שברקע הדברים, כמו יחסי השותפים בעבר (לפחות בשנה שקדמה להקמתה השותפות), והן העובדות שיכולה להיות להן השלכה לעניין התוצאות הכרוכות בהקמתה של השותפות, הן לגבי השותפים והן לגבי אחרים.

משעובדות אלו לא נמסרו לעו"ד עזריאל, לא ניתן לומר שהאחרון היה מודע לכל העובדות החשובות לעניין העצה המשפטית שנתן לנאשמים והחווה שניסח עבורם. בנסיבות אלו, לא ניתן לומר שטעותם של הנאשמים הייתה "בלתי נמנעת באורח סביר". מכאן, שיש לדחות את הגנת הטעות שהנאשמים העלו בהסתמך על עצה משפטית שקיבלו מעורך דינם.

70. התוצאה היא שיש להרשיע את הנאשמים באישום הראשון.

האישום השני

71. באישום זה יוחס לנאשמים ניסיון להיות צדדים להסדר כובל, עבירה על סעיפים 47(א)(1), 4, 2(א), ו-2(ב)(4) לחוק ההגבלים העסקיים, בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

על-פי הנטען באישום זה, בלילי, מנשה פור ואבו נאג'א קיימו, במהלך החודשים אוגוסט-ספטמבר 1999, מספר שיחות טלפון עם אחד בשם ששון כהן (להלן – כהן), שייבא לולבים ממצרים לצורך שיווקם בישראל, וניסו להניא אותו מלמכור את הלולבים אותם ייבא. כהן סירב להצעותיהם. במחצית הראשונה של חודש ספטמבר 1999, נטען באישום זה, יזמו בלילי ומנשה פור פגישה עם כהן, במהלכה ניסו בלילי, מנשה פור ואבו נאג'א להגיע עם כהן להסדר לפיו ירכשו ממנו, יחדיו, את כל כמות הלולבים אותה ייבא. כהן סירב להצעתם. במעשים אלה, נטען בכתב האישום, ניסו הנאשמים ואבו נאג'א להיות צדדים להסדר כובל בתחום רכישה ושיווק של לולבים המיובאים ממצרים לישראל, אשר הכבילות שבו נוגעות לכמות הנכסים בעסק. ביום 30.10.2002 תוקן האישום, באופן שלנאשמים יוחסה, מכוח העובדות דלעיל, גם עבירה של חלוקת שוק על פי סעיף 2(ב)(3) לחוק (עמ' 119 לפרוטוקול).

72. בא-כוח הנאשם 1 מעלה בקשר לאישום זה מספר טענות מקדמיות. הטענה האחת היא, שחוק ההגבלים העסקיים כלל לא התכוון להעניש או להפליל את הניסיון לעבור עבירת הסדר כובל. זאת, לפי הטענה, לאור ההגדרה הרחבה של עבירה זו. אם לא כן, נטען, "נמצא עצמנו מפלילים אנשי עסקים במצבים העולים כדי אבסורד". הרחבה כזאת, לפי הטענה, תפגע אנושות בחופש הביטוי ובחופש המחשבה של אנשי עסקים. והיא תפגע ב"סתם שיחות חולין" שמקיימים ביניהם אנשי עסקים.

בטענה זו אין ממש. סעיף 25 לחוק העונשין קובע, כי "אדם מנסה לעבור עבירה, אם במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה". סעיף 34 לחוק זה קובע כי "באין בחוק הוראה לסתור, יחולו הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי [של חוק העונשין] גם על עבירות שלא לפי חוק זה". בחוק ההגבלים העסקיים אין הוראה לסתור. על כן, עבירת

הניסיון מתקיימת, במקום שבו מתקיים ניסיון כהגדרתו בסעיף 25 לחוק העונשין לעבור עבירה לפי חוק ההגבלים העסקיים, בכלל זה עבירת ההסדר הכובל. ברוחב ההגדרה של עבירת ההסדר הכובל אין כדי לשלול את פליליות הניסיון לעבור עבירה זו (ע"פ 7399/95 נחושתן תעשיות בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל פ"ד נב(2) 105).

73. גם אם ניסיון לעבור עבירת הסדר כובל עולה כדי עבירה, טוען בא-כוח נאשם 1, מעשיהם של הנאשמים במקרה זה לא חרגו ממעשי הכנה שאינם עולים כדי ביצוע הניסיון.

74. אין לקבל גם טענה זו. שהרי אם הנאשמים אכן הציעו לכהן לרכוש את כל הלולים שברשותו וכן ביקשו ממנו לצאת מן השוק, ובהנחה דלעיל, כי אילו נענה כהן להצעתם, היה ההסדר שקם בין הנאשמים לבין כהן בגדר הסדר כובל, כי אז, ברור שפנייתם של הנאשמים לכהן והצעתם האמורה חרגו ממעשה הכנה ועלו כדי ניסיון של ממש. שהרי לאחר שהנאשמים הציעו לכהן את מה שהציעו, לא נותר, כדי להשלים את העבירה, אלא לקבל את תשובתו החיובית של כהן (ע"פ 7399/95 לעיל).

75. טענה מקדמית נוספת שמעלה בא-כוח הנאשם 1 לגבי אישום זה, היא שהמאשימה לא פירטה בכתב האישום את מעשה הניסיון המיוחס לנאשמים. כל שנטען בסעיף 10 לכתב האישום היה, שהנאשמים ניסו "להניא אותו [את כהן] מלמכור את הלולים אותם ייבא", ובסעיף 11 לכתב האישום נטען, שהם ניסו "להגיע עם כהן להסדר לפיו ירכשו ממנו, יחד, את כל כמות הלולים אותה ייבא". רכישת כל הסחורה שבידי כהן אינה עולה, לטענת הנאשמים, כדי עבירה על חוק ההגבלים העסקיים. מאידך, הטענה כי הנאשמים ניסו להניא את כהן מלמכור את הלולים אינה מפרטת כיצד ניסו הנאשמים לעשות זאת.

76. יש לדחות גם טענה זו. מקובל עלי אמנם, שהטענה בסעיף 10 לכתב האישום, לפיה הנאשמים ניסו להניא את כהן מלמכור את הלולים אותם ייבא, אין בה פירוט מספיק, ולא ברור ממנה, פרט לאמור בסעיף 11 לכתב האישום, כיצד, מבחינה עובדתית, ניסו הנאשמים להניא את כהן מלמכור את הלולים. ככל שהניסיון התבטא, כנטען בסעיף 11 לכתב האישום, בניסיונם של הנאשמים "להגיע עם כהן להסדר לפיו ירכשו ממנו, יחד, את כל כמות הלולים אותה ייבא", אכן שאלה היא, אם רכישת כל הסחורה של

כהן עולה, כשלעצמה, כדי הסדר כובל. לכך אתייחס בהמשך. ככל שהניסיון להניא את כהן מלמכור את לולביו התבטא במעשים אחרים, ולא ברכישת כל הלולים, היה על המאשימה לפרט את העובדות המבססות ניסיון זה בכתב האישום. מסיבה זו, אילו ביקש בא-כוח הנאשם 1 לחייב את המאשימה לפרט את האמור בסעיף 10 לכתב האישום, היה מקום להיעתר לבקשה זו. אלא, שהנאשם 1 לא הגיש בקשה כזו בשום שלב של הדיון. כיום, לאחר תום שלב שמיעת הראיות, במהלכו הוצגו, ללא התנגדות, ראיות לגבי הדרך בה ניסו הנאשמים להניא את כהן לצאת מן השוק (פרט להצעה לרכוש את כל לולביו), אין לשעות לטענת היעדר הפירוט, כנימוק לזיכוי. מה גם שהנאשמים אינם טוענים שהגנתם קופחה בשל כך. הם גם לא העלו בעניין זה כל טענה במהלך שמיעת הראיות. בפועל, אני סבור שהגנתם של הנאשמים לא קופחה עקב ליקוי זה בכתב האישום.

77. לגופו של האישום, אין מחלוקת בין הצדדים שהנאשמים אכן נפגשו עם כהן והציעו לו לרכוש את כל כמות הלולים שייבא ושעמד לייבא באותה שנה. עיקר המחלוקת ביניהם ביחס לאישום זה נפלה לגבי השאלה, האם הנאשמים הציעו לכהן, כפי שהאחרון העיד, גם להפסיק את פעילותו בשוק הלולים ולצאת מן השוק.

בעניין זה העיד כהן:

"ת. ... באותה פגישה פגשתי את ג'אן ואבי בלילי. צלצל אלי גם אחמד באותו עניין. כולם רצו שכאילו אני ארד מהנושא של הלולים והשוק הוא חלש גם ככה ולא צריך כל כך הרבה יבואנים. אני לא כל כך הסכמתי. ש. מה זאת אומרת לא כל כך הסכמתי? ת. סך הכל השוק הצריכה שלו היא כזו. יש הרבה יבואנים. אמרתי או-קי יש הרבה יבואנים, יהיה עוד יבואן אחד. הם ביקשו ממני לרדת מהקטע של השוק. עזוב, בא, כמה הזמנת 100,000, אני מוכן לקנות, צא מהשוק! לא הסכמתי. אמרתי אם הייתם באים אלי בעסקה בא ותביא גם אתה ונקנה ונמכור יחד, אז הייתי מוכן. לרדת מהעסק לא הייתי מוכן. ש. מי אמר לך את הדברים שאתה אומר. ת. נדמה לי גם אבי בלילי וגם ג'אן וכמובן אחמד אבו נג'א ואני דובר ערבית פרפקט ושוחחנו בערבית אף על פי שהוא דובר עברית לא רע" (עמ' 31 ש' 28 – עמ' 32 ש' 6).

במהלך החקירה הנגדית העלה בא-כוח נאשם 1 בפני כהן את האפשרות, שכל שביקשו ממנו הנאשמים היה לקנות את כל הלולים שברשותו, אך לא ביקשו להוציאו מהשוק. על כך השיב כהן:

"ת. אני לא יכול לדעת מה היה בבטן שלו ובלב שלו. ההצעה הייתה לקנות את הסחורה שלי ולשלם לי סכום כדי שאני לא אייבא לולים" (עמ' 33 ש' 1-2).

ובהמשך:

"כ. הוא הציע לקנות והציע גם לתת איזה תמורה בלי לקנות ולצאת מהקטע הזה של הלולים" (עמ' 33 ש' 6-7).

מאידך, מגרסתו של כהן כפי שעלתה מתשובותיו בחקירתו הנגדית של מנשה פור עלתה גרסה ברורה פחות:

"ש. אני מצטער להגיד לאדם מבוגר כמוך שדברייך לא נכונים לחלוטין. אני מוכן איתך לגשת למכונת אמת שתהיה קבילה לבית המשפט שמעולם לא דיברתי איתך בסוגיות האלה. אני מודיע לך שדברייך אינם נכונים ויתר גסות – שקר. ת. האם הוא אמר שקל מעבר למחיר או קח שקל וצא מהייבוא, על זה יש לי ספקות ועל זה יש לי קצת בראש משהו לא... האם הוא אמר שקל מעל המחיר או קח שקל וצא מהייבוא ואל תכנס לקטע של הייבוא. על שקל שהוא אמר אין לי ספקות אך אני לא יודע איך להכניס את השקל הזה, קח 100,000 לולים וצא. ש. אתה אומר כאן לבית המשפט, שאתה לא זוכר שאם זה היה שקל יותר מממה שמוכרים בשוק או שקל עבור כל לולב. ת. לא. לא. לא שקל על כל לולב. את השקל הזה אני אומר עכשיו שכרגע אני לא יכול לשייך אותו האם מעבר למחיר לדוגמה מוכרים 4 ש"ח קח ממני 5 ש"ח. או קח שקל וצא מהמשחק וצא מהייבוא של הלולים את זה אני לא זוכר" (עמ' 36 ש' 16-27).

הנאשמים כפרו בגרסתו של כהן. בלילי העיד כי הוא אמנם הציע לכהן לקנות את כל הלולים שלו, אך לא הציע לו לצאת מהשוק. כדבריו בעדותו:

"ש. ששון כהן טוען שהצעתם לו תמורה כדי לצאת מהשוק? ת. אני אפרט. אנחנו במסגרת מאבקי הכוח והדיס-אינפורמציה, הייתי צריך להעביר לששון כהן כל מיני דברים שעברו לו בראש באותו רגע. הערכתי פחות או יותר את הכמות שהוא הולך לייבא, והכמות שהלך לייבא זה משהו בסביבות המאה

אלף. אני הייתי צריך לצורך האנשים שעבדו איתי משך שנים, לפחות 150,000. לכן הצעתי לו לקנות את כל הלולים שלו. לצאת מהשוק זה כבר פירוש שלו, או לא יודע מה. אבל אכן רציתי לקנות את כל הלולים שלו. ש. הוא אומר ב'רחל בתך הקטנה' שהצעת לו תמורה בלי לקנות, שיצא מהלולים. ת. יש לי שאלה, אם הצעתי לו תמורה בלי לקנות אז מאיפה יהיו לי לולים? איפה ההיגיון כאן? אני אתן לו כסף ולא יהיו לי לולים? ש. אבל אתה קונה מאבו-נאג'א במילא? ת. אם אני קונה מאבו-נאג'א, למה לי לקנות מששון כהן? ! למה אמרת 'אתה קונה מאבו-נאג'א במילא', מאיפה זה בא? ! רק אחרי שהמו"מ עם ששון נשבר אז פניתי לחברת ק.א.ר. ולא לאבו-נאג'א, כי רציתי לחסוך את פער התיווך של אבו-נאג'א. ש. אז הצעת לששון כהן תמורה בלי לקנות? ת. כפי שאמרתי קודם, זה לא הגיוני ולא הצעתי לו הצעה שכזאת" (עמ' 368 ש' 15 – עמ' 369 ש' 1).

ועוד העיד בלילי:

"ש. האם הצעת לששון קודם לצאת מהשוק? שיפסיק לייבא ולמכור לולים? ת. בשום פנים ואופן לא. ש. ביקשת ממנו להפסיק לייבא לולים? ת. מה פתאום. לא. ש. גם לא בדיס-אינפורמציה? ת. בדיס-אינפורמציה אמרתי לו דברים אחרים, אבל לא להפסיק לייבא לולים. ש. איזה דברים אחרים היו בדאוויין? ת. כל מיני הפחדות, כדאי לך למכור לי משום שהשוק מוצף ואתה חדש, ואתה לא מכיר את השוק הזה, ואתה לא מכיר את מוסר התשלומים בשוק הזה, אז תמכור לי. אני סוחר בזה, אני יודע את השוק הזה, יש לי לקוחות" (עמ' 326 ש' 22 – עמ' 327 ש' 3).

גם מנשה פור טען בעדותו כי לא הציע לכהן להימנע מלמכור לולים בישראל:

"ש. אז אתה זה שאומר לו בטלפון אל תמכור לולים בישראל? ת. שקר וכזב. לא דיברתי על זה איתו בחיים. ... אני ביקשתי ממנו למכור לולים לארה"ב וזהו" (עמ' 431 ש' 20-23).

78. המאשימה טוענת שיש להעדיף את גרסתו של כהן על פני גרסתם של הנאשמים בשל השיקולים הבאים: ראשית, גרסתם של הנאשמים בעניין זה היא גרסה כבושה. זאת, משום שבחקירתם בפני רשות ההגבלים העסקיים הם בחרו בזכות השתיקה בכל הקשור לאישום זה לטענת המאשימה, הנאשמים לא המציאו כל נימוק סביר לשתיקתם זו, מה שמלמד על כך שהשתיקה הייתה מתואמת ונבעה מחששם של הנאשמים מפני חשיפת עובדות מפלילות. בלילי אמנם טען בעדותו בבית המשפט, כי שתק משום שהחקירה נערכה באמצע העונה והייתה גורמת לו לאיבוד זמן יקר. אולם, טוענת המאשימה, החקירה בוצעה הרבה לאחר חג הסוכות. גם מנשה פור לא מסר טעם של ממש לשתיקתו פרט לכך ש"נמאס לי ואני לא רוצה לראות אותם". בנוסף, מצביעה המאשימה על סתירות שנפלו בין עדויותיהם של בלילי ומנשה פור, הן לעניין התמורה שהוצעה לכהן והן בעניין מטרת העסקה. לגבי התמורה, טען מנשה פור בעדותו כי הוצע לכהן לרכוש את כל הלולים שלו במחיר הקרן, היינו, במחיר בו רכש אותם, בתוספת של שקל אחד. לעומת זאת, בלילי טען בעדותו, כי הוצע לכהן מחיר של שקל אחד מעל מחיר השוק במצרים. לעניין תכליתה של ההצעה לכהן, טוענת המאשימה, כי בעוד שבליילי העיד שמטרתם הייתה לרכוש סחורה שהייתה חסרה להם, מנשה פור טען כי ביקש לרכוש לולים כדי לייצאם לארה"ב. המאשימה מוסיפה וטוענת, שגרסתו של בלילי, לפיה ביקש לרכוש את הלולים מכהן משום שחסרה לו סחורה אינה מתקבלת על הדעת. זאת, משום שכמות הלולים שהייתה אותה עת בידי כהן הייתה מצומצמת מאוד, שכן עד למועד הפגישה הוא ייבא לארץ כ-10,000 עד 12,000 לולים בלבד, כמות שלא התקרבה למימדי הייבוא שהנאשמים היו רגילים בהם. מעבר לכך, אם חסרו לבלילי לולים, לא היה היגיון שיפנה לכהן, כדי לרכוש לולים, יחד עם מנשה פור ואבו נג'ה, מה שהיה מפחית מכמות הלולים אותם יכול היה לרכוש לעצמו.

79. בא-כוח נאשם 1 מבקש, מנגד, להעדיף את גרסתם של הנאשמים. לטענתו, בלילי ומנשה פור כלל לא ייבאו סחורה באותה שנה. בלילי הסתכסך עם הספק המצרי שלו וכך גם מנשה פור. לאחר שהנאשמים נותרו ללא סחורה והואיל ולא היו יכולים להודות בפני כהן שנותרו ללא סחורה, טוען בא-כוח נאשם 1, היה עליהם "למכור" לכהן סיפור אחר שיסביר את פשר הצעתם לרכוש את כל הלולים שלו. על-כן, הם סיפרו לו כל מיני סיפורים אחרים, רק כדי שימכור להם במחיר נוח מבחינתם. מסיבה זו, הם גם לא טרחו להכחיש את תיאורית הקונספירציה שרקם לעצמו כהן, לפיה הם מנסים להוציאו מהשוק. בא-כוח הנאשם 1 מוסיף וטוען, שהפעם הראשונה והיחידה בה העלה כהן את

הטענה שהנאשמים הציעו לו סכום כסף כדי לצאת מהשוק הייתה על דוכן העדים וגם זאת רק בחקירתו הנגדית. הוא לא טען זאת בחקירתו ברשות ההגבלים העסקיים וגם לא בחקירתו הראשית בבית המשפט. בא-כוח נאשם 1 מצביע גם על כך שלכהן היו בעניין זה שתי גרסאות. על פי הגרסה האחת, ההצעה שהוצעה לו הייתה לקנות את כל לולביו ולשלם לו, בנוסף, סכום כסף כדי שיצא מהשוק. הצעה זו, טוען בא-כוח הנאשם 1, אינה סבירה. שהרי לאור התקופה הקצרה בה נמשך המסחר בלולבים, אם הנאשמים היו רוכשים את כל הלולבים שכהן ייבא אותה שנה, ממילא הם היו גורמים להוצאתו מהשוק. הטענה גם אינה הגיונית, משום שבשוק ישנם הרבה יבואנים ולא היה כל טעם, מבחינתם של הנאשמים, בהוצאתו מהשוק של אחד היבואנים בלבד, ודאי לא במחיר של שקל אחד מעל מחיר השוק בישראל, כפי שטען כהן בעדותו. הגרסה השנייה, הייתה שהנאשמים הציעו לכהן תשלום עבור יציאה מן השוק, גם בלא לרכוש את הלולבים שלו. גם גרסה זו, נטען, אינה הגיונית, שהרי הנאשמים היו זקוקים ללולבים של כהן, ומדוע ירצו להוציאו מן השוק כשאין להם לולבים? לטענת הנאשמים, אין גם שום משמעות ראייתית לשתיקתו של בלילי בעניין האישום השני בחקירתו במשטרה. ראשית, בפועל בלילי לא שתק, אלא מסר את גרסתו בעניין האישום השני בת/17. שנית, בלילי כלל לא הוזהר כי הוא נחקר בחשד לעבירה זו של ניסיון לערוך הסדר כובל כדי להוציא את כהן מן השוק.

80. כפי שכבר נאמר, הנאשמים לא כפרו בכך כי הציעו לכהן לרכוש את כל כמות הלולבים שבידו. מכאן, יכולה הייתה לעלות השאלה, האם ההצעה לרכוש את כל הלולבים שבידו של כהן, גם אלמלא נלוותה לה ההצעה שכהן יצא מן השוק, הינה ניסיון לביצוע כבילה הנוגעת לכמות הנכסים בעסק (לפי סעיף 2(ב)(4)) לחוק, או כבילה של חלוקת שוק לפי סעיף 2(ב)(3) לחוק.

81. המאשימה טוענת, בהסתמך על פסק הדין בה"ע 4741/01 או, פי. סי רמת חובב בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' (טרם פורסם), שכאשר מתחרה מבקש לרכוש באופן בלעדי את כלל פעילותו, תוצרתו או מפעלו של אחר, מדובר בהסדר כובל. אולם, בעניין שנדון בה"ע 4741/01 הנ"ל דובר בהסכם לפיו התחייב יצרן החשמל הפרטי למכור את כל תוצרתו, משך שנים רבות, לחברת החשמל ולה בלבד, ולא למכור חשמל לאחרים. במקרה שלפנינו, עצם ההצעה לרכוש את כל הסחורה של כהן, אף שאילו יצאה אל הפועל היה בה, מבחינה מעשית, להבטיח לנאשמים בלעדיות דה-פאקטו ברכישת לולביו של

כהן, לא כללה הגבלה מפורשת המונעת מכהן למכור את לולביו לקונים אחרים. לעניין זה יש להבחין בין הגבלה כלכלית לבין הגבלה משפטית (ראה פיתוח הבחנה זו במאמרה הנזכר לעיל של השופטת מ' מזרחי). מכירת כל הסחורה של כהן לנאשמים, יש בה משום נטילת הגבלה כלכלית, שכן הדבר ימנע ממנו למכור בעתיד סחורה לאחרים. מאידך, בעסקת מכר כזו, אין משום נטילת הגבלה משפטית. בהקשר זה מציעה השופטת מזרחי במאמרה הנזכר, להבחין בין המונח "מגביל עצמו" שבסעיף 2(א) לחוק, אשר יכול שיכלול הגבלה כלכלית בלבד, לבין כבילה כמשמעה בסעיף 2(ב) לחוק, אשר צריך שתכלול גם הגבלה משפטית. קבלתה של הבחנה זו תשלול, במקרה שלפנינו, ניסיון לביצוע הסדר כובל לפי סעיף 2(ב) לחוק. אשר לסעיף 2(א) לחוק, גם בהנחה שהגבלה כלכלית מעין זו מקימה הגבלה ("מגביל עצמו") כמשמעה בסעיף זה, עדיין עולה השאלה האם הגבלה זו עלולה הייתה לפגוע בתחרות בשוק, או למצער לפגוע בתחרות בין הצדדים להסדר (בהנחה, שלשם הקמת הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק די בפגיעה בתחרות בין הצדדים, גם אם היא אינה עלולה לפגוע בתחרות בשוק). הצדדים לא התייחסו בסיכומיהם לסוגיות אלו. המאשימה גם לא הבהירה בסיכומיה, האם היא טוענת לניסיון לבצע עבירה לפי סעיף 2(א) או 2(ב) לחוק.

בנסיבות אלו אינני רואה להידרש לשאלות האמורות בהכרעת הדין. הטעם לדבר, בנוסף על היעדר טיעון מטעם הצדדים, הוא שהמאשימה לא טענה בסיכומיה, שההצעה לרכוש את כל הלולים של כהן, היא כשלעצמה, מהווה ניסיון לעשות הסדר כובל. היא כרכה בסיכומיה את ההצעה לרכוש את כל הלולים עם ההצעה לצאת מן השוק, כאשר השילוב בין שתי ההצעות, הוא שהקים, לשיטתה של המאשימה, ניסיון לביצוע הסדר כובל (ראה סעיפים 365 ו-367 לסיכומים).

82. על רקע זה, עולה השאלה האם הנאשמים, בנוסף על הצעתם לכהן לרכוש ממנו את כל הלולים שבידו, גם הציעו שיפסיק את עיסוקו בייבוא לולים ויצא מן השוק. כפי שכבר נאמר, בעניין זה הנאשמים וכהן מסרו גרסאות נוגדות.

83. בעניין זה אני סבור, שהתביעה לא הוכיחה את גרסתה ברמת הוודאות הנדרשת במשפט פלילי. הטעם לכך הוא שגרסתו של כהן בעניין זה לא הייתה חד משמעית. הוא מסר בנושא זה שתי גרסאות. לפי הגרסה האחת, הנאשמים הציעו לרכוש את כל הלולים שבידו במחיר השוק בצירוף שקל אחד. לפי הגרסה האחרת, הנאשמים כלל לא הציעו כי ירכשו את לולביו, וכל שהציעו היה לשלם לו שקל אחד לכל לולב על מנת שיפסיק

את פעילותו בשוק. להבדל זה בין הגרסאות נודעת חשיבות רבה. שהרי, משהצעת הנאשמים לכהן הייתה, לשיטתה של המאשימה, שיימנע מהמשך פעילותו בשוק, ברור שהצעה זו חייבה מתן תמורה מעבר לתמורה עובר רכישת הלולבים עצמם. הגרסה השנייה של כהן, לפיה דובר בתשלום של שקל אחד רק עבור יציאתו מן השוק, בלא לרכוש את הלולבים, אינה סבירה על פניה. זאת, הן משום שהנאשמים היו זקוקים באותה שנה ללולבים של כהן, והן משום שאם כהן לא היה מוכר את הלולבים לנאשמים, היה עליו למכור אותם לאחרים, מה שאינו עולה בקנה אחד עם הכוונה המיוחסת לנאשמים לגרום לו לצאת מן השוק. בנסיבות אלו ובהיעדר גרסה ברורה וחד משמעית מטעם המאשימה, אני סבור שלא ניתן לבסס הרשעה באישום זה על גרסתו של כהן.

84. מעבר לכך, עדותו של כהן, כי הנאשמים אמרו לו כי "השוק הוא חלש גם ככה ולא צריך כל כך הרבה יבואנים", אכן תואמת את התרשמותו שהנאשמים "רצו שכאילו אני ארד מהנושא של הלולבים". אך דברים מעין אלו יכולים לבטא גם ניסיון לשכנע את כהן למכור לנאשמים את כל הלולבים שבידו, בנימוק שהשוק חלש, ולא דווקא כניסיון לגרום לכהן, מעבר למכירת כל הלולבים, שייטול על עצמו מגבלה שלא להמשיך בפעילותו בשוק.

85. התוצאה היא שיש לזכות את הנאשמים מהאישום השני.

86. התוצאה היא שאני מרשיע את הנאשמים בעבירת ההסדר הכובל, עבירה לפי סעיף 47(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים בצירוף סעיפים 4, 2(ב)(1), ו- 2(ב)(2) לחוק ההגבלים העסקיים, המיוחסת להם באישום הראשון. אני מזכה את הנאשמים מהעבירה המיוחסת להם באישום השני.

ניתנה היום, ה' בחשון תשס"ו (7 בנובמבר 2005), במעמד הנאשמים, בא-כוח נאשם 1 ובאת-כוח המאשימה.

י' עדיאל, שופט