

בתי המשפט

פ 167/03		<u>בבית המשפט המחוזי בירושלים</u>	
10/10/2005		כב' השופט משה רביד	בפני:

בעניין: מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד דוד גדעון

המאשימה

נ ג ד

1. מרדכי כהן
2. אהוד פוזיס
3. פארמה גרין בע"מ

הנאשמים 1, 3, עוה"ד שמואל גלינקא ויוסף בנקל
2. עוה"ד נבות תל-צור ואילת לשם

החלטה

1. עניינה של החלטה זו בטענתם המקדמית של הנאשמים, לפיה "אין להשיב לאשמה", עת לדידם, עם סיום הבאת ראיות התביעה, אין עליהם להשיב לאשמה באשר אין בפרשת התביעה, ולו לכאורה, ראיות לגבי האישומים המיוחסים להם בכתב האישום.

כתב האישום

2. נגד הנאשמים, מרדכי בן יעקב כהן (להלן - "נאשם 1"), אהוד בן אליעזר פוזיס (להלן - "נאשם 2") וחברת פארמה גרין בע"מ (להלן - "נאשמת 3") הוגש כתב אישום, המייחס להם ניסיון לעשיית הסדר כובל.

3. במועדים הרלוונטים לכתב האישום, היתה הנאשמת 3 חברה פרטית, אשר עסקה בייבוא של מזון בריאות ובשיווק, ושיווקה, בין היתר, את חטיף הבריאות אנרגיי, הנטען להיות בעל נתח השוק הגדול ביותר בשוק חטיפי הבריאות.

נאשם 1 כיהן כמנהלה הכללי של נאשמת 3, חברת בת של חברת פארם אפ בע"מ (להלן - "פארם אפ"), והחזיק ב-11% ממניותיה. נאשם 2, הבעלים של פארם אפ ומנהלה הכללי, כיהן כיושב ראש מועצת המנהלים של נאשמת 3 ושימש כמנהלה הפעיל.

4. במועדים הרלוונטים לכתב האישום שימש מעוז מטרסו (להלן - "מטרסו") מנהל השיווק של החברה המאוחדת להפצה ולמסחר בע"מ (להלן -

דן הכט (להלן - "הכט") שימש, במועדים הרלוונטים לכתב האישום, מנהלה הכללי של פידן סחר בע"מ (להלן - "פידן סחר"), חברה פרטית, אשר ניהלה במהלך שנת 2001 משא ומתן עם חברה אחרת, לפיו היתה אמורה לקבל על עצמה הפצתו של חטיף הבריאות צ'ואי.

5. כעולה מעובדות כתב האישום, ביום 8.8.2001 התקיימה, ביוזמתו

של נאשם 1 ובידיעתו של הנאשם 2, פגישה בין הנאשם 1 לבין מטרסו, בבית קפה אלכסנדר בתל-אביב. במהלך הפגישה הבהיר נאשם 1 למטרסו כי הוא פונה אליו על בסיס תיאום מוקדם עם הכט ופידן סחר, בהציעו למטרסו לתאם מחירי חטיפי הבריאות, המשווקים על-ידי הנאשמת 3 והחברה המאוחדת. נאשם 1 אמר למטרסו כי על החברה המאוחדת להעלות את מחירו של חטיף הבריאות קורני, כשהוא נוקב בטווח מחירים לצרכן, בגדרו החברה המאוחדת תקבע את מחירו של חטיף הבריאות. מטרסו הבהיר בתגובה כי עליו להתייעץ עם גורמים בכירים בחברה המאוחדת, קוד והיועץ המשפטי של החברה המאוחדת, וכי מכל מקום לא יעלה בידי החברה המאוחדת לעדכן את מחיר חטיף הבריאות קורני קודם לשלהי חודש דצמבר 2001, מפאת התקשרויות קודמות של החברה המאוחדת עם רשתות השיווק.

לאחר הפגישה דלעיל ובהתייעצות עם קוד, פנה מטרסו לרשות להגבלים עסקיים והביא העניין לידיעתה.

ביום 11.11.2001 וביום 26.11.2001 התקיימו שתי שיחות טלפון נוספות בין נאשם 1 לבין מטרסו, במהלכן חזר נאשם 1 והציע למטרסו לתאם את מחירי חטיפי הבריאות המשווקים על-ידי הנאשמת 3 והחברה המאוחדת. נאשם 1 הוסיף ואמר כי העלאת מחיר החטיף קורני צריכה להיעשות מייד. מטרסו הביע הסכמתו להצעת הנאשם 1, בהסתייגו מהמועד המדויק להעלאת מחיר חטיף הבריאות.

ביום 6.1.2002 התקיימה פגישה בין הנאשמים 1 ו-2 לבין מטרסו, במלון דן בתל-אביב, במהלכה חזרו על ההסכמה ביחס למחירי חטיפי הבריאות. נאשמים 1 ו-2 ניסו לגרום לחברה המאוחדת לפעול לביצועה המידי של ההסכמה, היינו, שתעלה באופן מיידי את מחיר חטיף הבריאות קורני. הנאשמים 1-2 אף ביקשו לפעול בשיתוף פעולה עם החברה המאוחדת מול

תמצית טענות הנאשמים 1 ו-3

6. לטענת באי-כוח הנאשמים 1 ו-3, עוה"ד יוסף בנקל ושמואל גלינקא, יש לזכות הנאשמים מן הטעם כי אין בראיות המאשימה אף לא הוכחה לכאורה של האשמה המיוחסת להם בכתב האישום. באי-כוח הנאשמים סומכים טענתם על מספר אדנים. האחד, לפיו המאשימה לא הוכיחה, אף לא לכאורה, קיומו של שוק חטיפי בריאות, המהווה יסוד מיסודותיה העובדתיים של עבירת הניסיון לעשיית הסדר כובל. השני, לפיו המאשימה לא הוכיחה, אף לא לכאורה, קיומה של כבילה, המהווה אף היא יסוד מיסודותיה העובדתיים של עבירת הניסיון לעשיית הסדר כובל. כעולה מחומר הראיות, יש לראות בפגישות שנערכו בין הנאשם 1 למטרוסו אך בגדר החלפת רעיונות בין אנשי שיווק, ואין בהן כדי ללמד אף לא על ראשיתה של הצעה לכבילה או להגבלה של מי מהצדדים, הגם שהנאשם 1 נעצר לפני שניתנה לו האפשרות לרשום ולקבל אישור להסדר ולנהוג על-פיו. השלישי, לפיו מעשי הנאשמים הינם לכל היותר בגדר שלב ההכנה, שעה שאלה לא הבשילו לכדי עבירת הניסיון כהגדרתה בחוק ולאור הפרשנות שניתנה לה בפסיקה.

באי-כוח הנאשמים הוסיפו וטענו כי יש לזכות הנאשמים אף מחמת עקרון "זוטי דברים", עת נתח השוק המצרפי של חטיפי הבריאות, נשוא ההליך דנן, הינו זניח בהיותו מהווה, לכל היותר, 3.5% מהשוק.

בתגובה לסיכומי בא-כוח המאשימה, עו"ד דוד גדעוני, הוסיפו באי-כוח הנאשמים כי השיחות בנוגע למחירי חטיפי הבריאות היו בהקשר של צרכן הסופי ולא בהקשר של קביעת המחיר לקמעונאים, להם מוכרים החברה המאוחדת והנאשמת 3 החטיפים, עת אין באפשרות האחרונים לקבוע מחיר סופי לצרכן, הואיל וזה נתון בידי הקמעונאים.

תמצית טענות הנאשם 2

7. באי-כוח הנאשם 2, עוה"ד נבות תל-צור ואילת לשם, הצטרפו לטיעוני באי-כוח הנאשמים 1 ו-3 דלעיל, בהוסיפם כי הנאשם 2 היה נוכח רק

אשר לעבירה החלופית בה מואשם נאשם 2, עבירה לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן - "החוק"), טוענים באי-כוחו כי לא הוכח, אף לא לכאורה, כי הנאשם 2 היה "מנהל פעיל" בנאשמת 3, ובפרט לאור הפרשנות שניתנה להיגד זה בפסיקה, לפיה נדרש כי פעילות המנהל בחברה תהא שוטפת ועניפה על מנת שניתן יהא לראות בו "מנהל פעיל". בהקשר דנא טוענים באי-כוח הנאשם 2 כי חרף היות הנאשם הבעלים של חברת פארס-אפ, חברת האם של הנאשמת 3, הרי שפעילותה של האחרונה היתה שולית ביחס לכלל החברות שבבעלות הנאשם וכפועל יוצא מעורבותו בנעשה בנאשמת 3 היתה מצומצמת וזניחה.

בתגובה לסיכומי בא-כוח המאשימה, הוסיפו באי-כוח הנאשם 2 כי השיחות הנוספות והפגישה במלון דן מטרותן היתה לשחזר הניסיון שבוצע, בדיעבד. עוד הוסיפו באי כוח הנאשם 2 כי מעורבותו הזניחה של הנאשם 2 מצדיקה טענתם כי לנאשם 2 עומדת ההגנה של זוטי דברים, מה גם שהגיע לפגישה במלון דן באופן ספונטאני ולא מתוכנן. בנוסף, לא ניתן להסתמך על הודעות מפלילות לכאורה של הנאשם 1 לחובתו של הנאשם 2, שכן אם נאשם 1 יבחר בזכות השתיקה לא ניתן יהיה להשתמש בראיות מפלילות הכלולות בהודעות שמסר נגד הנאשם 2.

תמצית טענות המאשימה

8. לטענת בא-כוח המאשימה, עו"ד דוד גדעוני, יש לדחות טענת הנאשמים כי "אין להשיב לאשמה". בהתייחסו לטענה בדבר העדר הוכחה של שוק רלוונטי, טען בא-כוח המאשימה כי המונח "שוק" אינו נמנה על יסודות

אשר לטענה בדבר העדר הוכחת יסוד הכבילה, טען בא-כוח המאשימה כי הראיות מלמדות בבירור כי לא רק שהנאשם 1 חתר להגיע להבנה עם מתחריו באשר לרמת המחירים המינימאלית של חטיפי הבריאות, הבנה אשר די בה להוכחת יצירת הסדר כובל, אלא שהנאשם 1 אף הגיע לכלל הסכמה בענין דנא ושב ודחק במטרסו להוציאה מהכוח אל הפועל, רכיב אשר הינו מעבר לנדרש להוכחת יסודות העבירה.

אשר לטענה כי מעשי הנאשמים לא עברו כלל את שלב ההכנה, טען בא-כוח הנאשמים כי לא זו בלבד שבמעשיהם עברו הנאשמים את שלב ההכנה אלא שיש בהם אף כדי לקיים כלל יסודותיה של העבירה המושלמת של עשיית הסדר כובל. הצעת הנאשמים לעריכת הסדר כובל, שעיקרה קביעה משותפת של רמת מחירים מינימאלית, מהווה עבירת הניסיון, ואם לא די בכך, הרי שבעצם יצירת הסדר כובל, כבענייננו, אף מבלי שזה יצא אל הפועל, יש כדי להביא להתגבשות העבירה המושלמת.

בהתייחסו לטענות הנוגעות לנאשם 2 בדבר מעורבותו הזניחה בפעילות הנאשמת 3, טען בא-כוח המאשימה כי מחומר הראיות נלמד דווקא ההיפך, היינו, כי הנאשם 2, אשר נמנה, גם על-פי הודעתו (ת/10), על הגוף המנהל בנאשמת 3, היה מעורב באופן פעיל ויומיומי בפעילותה ובניהולה, בעמדו בקשר רציף ואינטנסיבי עם הנאשם 1 (על מעמדו של הנאשם 2 ניתן ללמוד גם מסעיף 6.4 להסכם המייסדים, ת/30). ככל שהדבר נוגע לפגישה שהתקיימה במלון דן, הרי שלטענת בא-כוח המאשימה, הנאשם 2 נטל בה חלק פעיל כמו גם במהלך הדברים שקדם לפגישה, בהתייחסו-הוא לחשיבות קביעת רמת מחירים מינימאלית לחטיפי הבריאות. די באמור כדי לבסס מעורבותו של הנאשם 2 במעשים לעשיית הסדר כובל, לא כל שכן ברמה הלכאורית של ההוכחה הנדרשת בשלב זה. כמו כן, ניתן להרשיעו לא רק באחריות ישירה לעבירת הניסיון המיוחסת לו, אלא גם מכוח היותו מנהל פעיל, בכך שלא קיים החובה המוטלת עליו בתור שכזה, למנוע את ביצוע עבירת הניסיון על-ידי הנאשמת 3.

אשר לטענת הנאשמים בדבר תחולת עקרון "זוטי דברים", טען בא-כוח המאשימה כי יש לדחותה הן במישור העובדתי והן במישור המשפטי, וכי מכל מקום מקומה של הכרעה בטענה כאמור בסופו של ההליך לאחר שמיעת כל הראיות. טענת הנאשמים, לפיה נתח השוק המצרפי של אנרג'י וקורני עמד על שיעור של 3.5% הינה שגויה וסתמית, עת כעולה מחומר הראיות, במועדים הרלוונטים לכתב האישום, עמד נתח שוק מצרפי זה על כ-70%-80% מהשוק. בהיבט המשפטי, טען בא-כוח המאשימה כי הואיל וההסדר נוגע לתיאום מחירים בין מתחרים, אשר תכליתו להפיק רווחים על חשבון הציבור, ברי כי אין מקומו לחסות בצילו של סייג "זוטי דברים", אשר נועד לנפות מקשת המקרים הבאים במסגרתה הפורמאלית של העבירה הפלילית את הרובד התחתון של מעשי זוטות קלי ערך שאינם מגיעים כדי הרף המינימאלי של אנטי-חברתיות.

ולבסוף, ביקש בא-כוח המאשימה לדחות הטענה כי בשלב זה אין להיזקק להודעותיו של נאשם 1 נגד נאשם 2, שכן לא ניתן יהיה להשתמש בהן אם הנאשם 1 יבחר בזכות השתיקה. לדעתו, בית המשפט יכול בשלב זה לצאת מנקודת הנחה כי הנאשם 1 יעלה על דוכן העדים, ואז ניתן יהא לקבל הודעותיו כראיה ולהשתמש בהן כראיות מפלילות נגד הנאשם 2.

דיון

המתווה הנורמטיבי

9. סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, אשר כותרתו זיכוי בשל העדר הוכחה לכאורה, מורה כי משנסתיימה פרשת התביעה ולא הוכחה האשמה אף לכאורה, יזכה בית המשפט את הנאשם. על המשמעות המעשית שיש ליתן להיגד "הוכחה לכאורה" עמד בית המשפט העליון, מפי השופט אגרנט (כתוארו דאז), בפסיקתו מקדמת דנא, בע"פ 28/49 סעידי חוסין זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ד 504, שם נדרש בית המשפט להבחנה בין "חובת הראיה" (או "נטל השכנוע"), המונחת במשפט הפלילי מראשיתה ועד סופה על שכמה של התביעה, לבין "חובת ההוכחה" (או "נטל הבאת הראיות"), העוברת לעתים מצד אחד למשנהו. כך, השופט אגרנט, באומרו בעמוד 526 כדלהלן:

**"המושג 'הוכחה לכאורה' - נוכל להבהירו עתה
ביתר קלות - פירוש, אותה כמות של עדות
שהקטיגוריה חייבת להביא בשלב הראשון של**

בע"פ 732/76 מדינת ישראל נ' רפאל כחלון, פ"ד לב(1) 170 חזר בית המשפט העליון, השופט שמגר (כתוארו דאז), ואימץ ההלכה, בקובעו בעמודים 179-180 כהאי לישנא :

"בית-המשפט לא יטה אוזן קשבת לטענה שלפיה אין להשיב לאשמה אם הובאו ראיות בסיסיות, אם כי דלות, להוכחת יסודותיה של העבירה שפרטיה הובאו בכתב-האישום. ראיות בסיסיות לענין זה אין משמען כאמור ראיות שמשקלן והיקפן מאפשר הרשעה על אתר, אלא כדברי בית-המשפט העליון, ב-ע"פ 28/49 הנ"ל, ראיות במידה היוצרת אותה מערכת הוכחות ראשונית, המעבירה את הנטל של הבאת ראיות (להבדיל מנטל השכנוע) מן התביעה לנאשם.

...

אין לדקדק בשלב דיוני זה כחוט השערה ולערוך בדיקה מסועפת כדי להסיק אם אכן הוכח לכאורה כל פרט שולי וכל יסוד מישני מאלה שהוזכרו באישום. די בכך שיהיו ראיות לכאורה לגבי היסודות המרכזיים של האישום (ראה ע"פ 48/42 הנ"ל)".

(ראו גם: ע"פ 405/80 מדינת ישראל נ' זבולון בן אברהם שדמי, פ"ד לה(2) 757, עמודים 761-760; ע"פ 5105/02 עאמר אבו קישק נ' מדינת ישראל, תק-על 2002(3), 2679; בש"פ 825/98 מדינת ישראל נ' מחמוד דחלה, פ"ד נב(1) 625, עמודים 629-630; יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים, חלק שני (תשס"ג-2003) עמודים 1049, 1053).

10. כעולה מן המקובץ, בשלב זה של הדיון בטענה כי אין להשיב לאשמה, די בקיומן של ראיות דלות ובסיסיות להוכחת יסודות העבירה המיוחסת לנאשמים כדי לחייבם להשיב לאשמה, היינו, כדי להעביר נטל

על רקע ההלכה שגובשה באשר למשמעות שיש ליתן להיגד "הוכחה לכאורה" בהקשר של דיון בטענה כי אין להשיב לאשמה, אפנה עתה לבחינת טענות הנאשמים בבקשתם לזכותם מחמת העדר הוכחה לכאורה של האשמה נגדם.

הוכחה לכאורה של שוק רלוונטי

11. 11. טענתם הראשונה של באי-כוח הנאשמים הינה, כאמור, כי הואיל ושוק רלוונטי נמנה על יסודותיה העובדתיים של עבירת הניסיון לעשיית הסדר כובל, ומשלא עלה בידי המאשימה להוכיח קיומו, כשלה המאשימה בהוכחת אשמת הנאשמים אף לכאורה. בא-כוח המאשימה דחה, כאמור, הטענה בהוסיפו כי אף למעלה מן הצורך הוכיחה המאשימה ולו לכאורה קיומו של שוק רלוונטי, אשר המתחרים העיקריים בו הינם חטיפי הבריאות אנרג'י, קורני וצ'ואי.

12. 12. בהתאם לאמור בכתב האישום, מואשמים הנאשמים בעבירת ניסיון לעשיית הסדר כובל, כהגדרתו בסעיף 2 לחוק, על שתי חלופותיו. האחת, לפי הוראת סעיף 2(א) לחוק, הקובע מבחן פונקציונאלי של פגיעה בתחרות, אשר במסגרתו נבחנת השאלה האם ההסדר עלול למנוע תחרות בעסקים או להפחיתה; והשני, לפי הוראת סעיף 2(ב), הקובע חזקה חלוטה, לפיה הסדר באחד מן העניינים המנויים בה חזקה עליו כי הוא פוגע בתחרות ושוב אין צורך להוכיח פגיעה בתחרות, על מנת שישווג כהסדר כובל.

הסיפא לסעיף 2(א) לחוק קובע מפורשות כי ההגבלה של צד להסדר באופן העלול למנוע או להפחית התחרות בעסקים, נוגעת ל"תחרות בעסקים **בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר.**" לשון אחר, ההוראה מתייחסת להשפעתו השלילית של ההסדר על תחרות בין צדדים, המנהלים עסקים, להבדיל מאלה שאינם כאלה (ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' דר' איתמר בורוביץ' ואח'** תק-על 2005(1) 4756, פסקה 81 לפסק הדין). די שמטרת ההסדר הינה להפחית התחרות ואין צורך להוכיח שהוא פגע בפועל בתחרות (**שם**, פסקה 88 לפסק הדין). לשון אחר, די בפגיעה פוטנציאלית כדי להעמיד בסכנה את הערכים החברתיים שעליהם בא החוק להגן. מדובר במבחן תיאורטי-הסתברותי, שמטרתו למנוע מראש פגיעה בתחרות. הדבר עולה מלשון סעיף 2(א) לחוק האומר: "עלול למנוע או להפחית התחרות בעסקים" (דנ"א 4465/98 **טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994)**

באשר לסעיף 2(ב) לחוק, המונה כאמור רשימה של הסדרים, אשר קיימת לגביהם חזקה חלוטה שהם מהווים הסדרים כובלים, משנמצא כי אין כל צורך בהוכחת קיומה של פגיעה בתחרות, ממילא מתייחר הצורך בהוכחת קיומו של שוק רלוונטי (ראו גם, דנ"א 4465/98, לעיל, עמודים 97-95). במילים אחרות, בהינתן כי חל סעיף 2(ב) לחוק, עלינו לבחון האם התקיימו חזקות הכבילה מבלי להידרש למידת הפגיעה הפוטנציאלית של ההסדר בתחרות (ראו, ע"פ 4855/02 לעיל, פסקאות 88-90 לפסק הדין; ע"פ 7829/03 **מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ**, תק-על 2005(3) 420, סעיף 16 לפסק דינו של השופט לוי; רע"א 6233/02 **אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ ואח'**, פ"ד נח(2) 635, עמוד 659; דיויד גילה "לקראת מדיניות משפטית חדשה כלפי תניות אי תחרות", **עיוני משפט כ"ג** 63, עמודים 102-103; דיויד גילה "האם ראוי לפרוץ את הסכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים", **עיוני משפט כ"ז**(3) 751, עמוד 781 (ראו הציטוט של הדברים בפסקה 30 להלן)).

יחד עם זאת, אין בידי להתעלם מביקורת הפסיקה והמלומדים, המופנית כלפי הלשון הרחבה בה נוקט סעיף 2 לחוק, התופסת בגדרה כמעט כל הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים. בהקשר זה לא יהא זה למותר לציין כי בחודש מרץ השנה מינה מר אהוד אולמרט, שר התעשיה, המסחר והתעסוקה, וועדה לבחינה מחודשת של חוק ההגבלים העסקיים, אשר עמדה, כבר בתחילת עבודתה, על הצורך המידי בתיקון הגדרת התיבה "הסדר כובל", עת הדגש הושם על בחינת קיומו של חשש לפגיעה בשוק כלשהו המושפע מן ההסדר. נוסח התיקון המוצע לסעיף 2(א) לחוק מצמצם תחולתו להסדרים העלולים למנוע או להפחית התחרות בשוק בכללותו, עת אין די בקיומה של השפעה שלילית של ההסדר על התחרות בין צדדים (ראו תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 9), התשס"ה-2005, אתר רשות ההגבלים העסקיים באינטרנט www.antitrust.gov.il). אשר לנוסח התיקון המוצע לסעיף 2(ב) לחוק, חל צמצום ניכר בהיקפן של החזקות החלוטות, כך שאלה תחולנה רק על הסדרים שעניינם תיאום התנהגות של מתחרים. יחד עם זאת, גם בתיקון

13. מבלי לקבוע מסמרות בסוגיה זו ותחולתה בנסיבות המקרה דנן, בשלב מקדמי זה של ההליך, סבורני כי ככל שהדבר נוגע לעבירה לפי סעיף 2(א) לחוק, עלה בידי המאשימה להוכיח, לכאורה, קיומו של שוק רלוונטי, אשר עליו עתיד היה להשפיע ההסדר הכובל הנטען, שמטרתו פגיעה בתחרות. כעולה, על פניו, מהתשתית הראייתית שהניחה המאשימה, לרבות העדויות שנשמעו לפני, הרי שבתקופה הרלוונטית לכתב האישום היתה קטגוריה של חטיפי הבריאות, אשר המתחרים העיקריים בה היו החטיפים אנרג'י, קורני וצ'ואי מוצרים חליפיים המשווקים על-ידי שלושה מתחרים בשוק זה, כאשר אנרג'י היה החטיף המוביל (ראו, יצחק (צחי) יגור **דיני ההגבלים העסקיים** (תשנ"ז-1997) עמודים 89-91, 95-96).

ראוי להדגיש בהקשר זה כי לא אופן סידור המוצרים על המדפים במרכולים קובע את מסגרת השוק. התחרות בין החברה המאוחדת לבין הנאשמת 3 עניינה שוק חטיפי הבריאות ולא שוק הדגנים, כנטען. במאמרו של דיויד גילה "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים ומונופולין", **לעיל**, עמוד 639 ה"ש 11, מציע מחבר הרשימה את מבחן התחליפיות הסבירה כמבחן לקביעת גדריו של השוק. הבחינה הינה האם קיים שוק צר או שהשוק הרלוונטי רחב יותר. הדוגמא שמביא המחבר הינה שוק היוגורט: במידה ואחד מיצרני היוגורט יעלה את מחיר היוגורט, יש לבחון האם הצרכן יפנה לקניית יוגורט מיצרן אחר או שמא יעבור למעדן חלב אחר. ובענייננו, ברור שאם יעלה מחיר חטיפי הבריאות הצרכנים לא יפנו לרכישת דגני בוקר אלא ירכשו חטיף בריאות של יצרן אחר.

בעדותו בבית המשפט העיד מטרסו על קיומו של שוק חטיפי בריאות, שוק אשר הוערך על-ידו בשווי של 25-30 מיליון ₪ בשנה (פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 7 שורות 10-7 ועמוד 24 שורות 14-13, 23-24). מטרסו העיד כי בשוק הרלוונטי **"היו שלושה שחקנים במותגים מוכרים"** צ'ואי, קורני ואנרג'י, עת מותגים נוספים שהיו באותה עת **"לא שרדו, היו קטנים מידי כדי להגיע למסה"** (פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 7 שורות 9-8, 14-15). תימוכין לכך ניתן למצוא גם בהודעת הנאשם 2 בציינו, בהתייחסו לחטיפים קורני וצ'ואי כמוצרים מתחרים, כי **"בקטגוריה יש שלושה שחקנים מרכזיים ועוד שניים שוליים. שלושה ראשונים, כיום אנחנו מובילים זמנית בגלל הפרסום והקידום מכירות..."** (ת/37, עמודים 105-104). כך כעולה גם מהודעת הנאשם 1, בהתייחסו לחטיפי הבריאות קורני וצ'ואי כמוצרים מתחרים לחטיף אנרג'י (ת/1, עמוד 1; ת/36 עמוד 4; וראו גם נ/1). משכך, סבורני כי יש לדחות טענת הנאשמים בדבר העדר הוכחת שוק רלוונטי.

הוכחה לכאורה של "הגבלה"

14. טענתם הנוספת של באי-כוח הנאשמים הינה כי המאשימה לא הוכיחה, אף לא לכאורה, קיומה של כבילה, עת לשיטתם יש לראות בחילופי הדברים בין הנאשמים למטרוסו לכל היותר החלפת רעיונות, אשר לא הבשילה לכדי הצעה לכבילה. בא-כוח המאשימה דחה כאמור הטענה, בציינו כי די ברמה מינימאלית של הבנה ליצירת הסדר כובל, עת בענייננו הנאשם 1 אף הגיע לכלל הסכמה באשר לרמת המחירים המינימאלית של חטיפי הבריאות.

15. סעיף 2(א) לחוק קובע כי הסדר כובל הינו "הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים..." (ההדגשות אינן במקור - מ' ר').

הגדרת ההיגד "הסדר כובל" מונה, בין רכיביה, יסוד של הגבלה עצמית. בע"פ 4855/02 לעיל, קבע בית המשפט העליון כי יש להבחין בין עצם קיומה של הגבלה לבין מידת הפגיעה של ההגבלה בתחרות. בהתייחסו למשמעות שיש ליתן לרכיב ההגבלה העצמית בהגדרת הסדר כובל, קבע בית המשפט בפסקה 87 לפסק הדין, כהאי ליסנא:

"הגבלה שתיחשב כיוצרת הסדר כובל, היא הגבלה המצמצמת את חופש הפעולה הנתון למי שמנהל את העסקים. זאת, בין אם כתוצאה מההגבלה נאסר לעשות דבר-מה (לדוגמה, לפנות לקהל מסוים של לקוחות) ובין אם ההגבלה מחייבת אותו לפעול רק באופן מסוים (לדוגמה, למכור את מוצריו רק במחיר מוסכם כלשהו). מלשון החוק עולה כי די בכך, שאחד הצדדים להסדר יגביל את עצמו באופן האמור, על מנת שההסדר ייחשב להסדר כובל מבחינת כל השותפים לו."

עמד על כך גם המלומד מ' בורונובסקי במאמרו "על יסודות הכבילה שבהסדר ותוצאתה - חדש ואין חדש", מחקרי משפט ה' (תשמ"ז) 125, בהציעו לבחון קיומה של הגבלה באמצעות הצבת השאלה "האם על פי ההסדר חופשי צד לנהוג כרצונו?" תשובה שלילית לשאלה תלמדנו כי לפנינו הגבלה, בעטייה יש לראות ההסדר כהסדר כובל (שם, עמוד 132).

יתרה מזאת, אין בידי להתעלם מהפרשנות הרחבה שניתנה למונח "הסדר", המוגדר בסעיף 1 לחוק כדלקמן: "**בין במפורש ובין מכללה, בין בכתב ובין**

"צריך לקבוע, שהמילה הסדר כוללת כל דרך מתואמת, המופעלת על ידי בני אדם, המנהלים עסקים, ושמגמתה השלטת הסדר כובל. אין זה מעניינו של החוק אם תיאום זה הושג בדרכי קונספירציה, או בדרכי הסדר, או באמצעות צד ג', או על ידי קריצת עין, או על ידי צחוק של הבנה, או על ידי מתאם שהוא זר להסדר, או על ידי דברים שנאמרו למאן דהוא שאינו שייך לעניין, כדי שהדברים יישמעו על ידי מישהו השייך לעניין, או בכל דרך אחרת. המילה 'הסדר', שנקט אותה המחוקק היא רחבה מספיק, כדי ללכוד בתוכה את כל מגוון האפשרויות שתוארו לעיל, כמו גם כל אפשרות אחרת, וכל חידוש או המצאה שיחודשו או יומצאו בעתיד, ושיביאו לכלל תיאום בין הצדדים עליהם מדבר החוק."

עמד על כך בית המשפט העליון גם בע"פ 4855/02 לעיל, בהידרשו להגדרת המונח "הסדר", בקובעו בפסקה 79 לפסק הדין כהאי לישנא:

"המונח 'הסדר' מוגדר בסעיף 1 לחוק ההגבלים... הגדרה זו, כפי שניתן לראות, הינה הגדרה רחבה ביותר והיא עוסקת בדרכים שונות ומגוונות בהן ניתן לגבש הסדר. המונח 'הסדר' עצמו רחב יותר מהמונחים 'חוזה' או 'הסכם'. הגדרה רחבה זו נועדה לכלול בחובה כל סוג של הסכמה וכל דרך של הגעה להסכמה בין הצדדים להסדר. ההסדר אינו צריך להיות בעל מעמד משפטי של חוזה (כך לדוגמה, הוא איננו כפוף לכללים הרגילים של הצעה וקיבול או מסוימות) ודי ברמה מינימלית

(ראו גם: ת"פ (י-ם) 209/96 **מדינת ישראל נ' אהליך יעקב בע"מ**, תק-מח 2002(3) 708 פסקה 42 לפסק דינו של השופט עדיאל).

16. ובענייננו, סבורני כי בשלב זה, עלה בידי המאשימה להוכיח, לכאורה, קיומו של לפחות ניסיון כבילה, הנוגע לקביעת מחיר מינימאלי של חטיפי הבריאות, אשר יש בו, כשלעצמו, ניסיון לצמצם חופש הפעולה של החברה המאוחדת, זאת אף מבלי שאדרש, בשלב זה, לבחינת מידת הפגיעה הפוטנציאלית של ההגבלה בתחרות. בהקשר זה, לא יהא זה למותר לציין כי ככל שהדבר נוגע לעבירה לפי סעיף 2(ב) לחוק, המונה שורה של חזקות חלוטות, ממילא אין צורך להוכיח פגיעה פוטנציאלית בתחרות.

עיון מעמיק בעדויות התביעה מעלה, כי לכאורה ביקשו הנאשמים לקבוע רמה מינימאלית של מחיר חטיפי הבריאות, בהפנותם ההצעה למטרוסו להעלות המחיר של החטיפ קורני לרמה הפחותה במעט ממחיר החטיפ אנרגיי ולהפסיק המבצעים מן הטעם **"שזה לא טוב לקטגוריה, לא טוב להם, שהצרכנים צריכים לשלם יותר, שאין הצדקה שנמכור בזול חטיפ בריאות שכזה"** (פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 12 שורות 11-12). כך כעולה גם, בין היתר, מהודעת הנאשם 1, בציינו כי אמר למטרוסו שעליו לעלות מחיר חטיפ הקורני, הואיל ומחירי המוצר אינם טובים לקטגוריה (ת/1, עמודים 10-12 שורות 353-434). לכשנשאל הנאשם 1 האם הציע למטרוסו לקבוע יחדיו רמה של מחירים, השיב: **"רמה שלא יורדים ממנה. אמרתי לו לאורך כל השיחה כי רמת המחיר צריכה להיות בין 13.90 ל-14.90"** (שם, שורות 413-415; וגם ת/18 שורות 51-57, 83-84, 130-143; ת/21 שורות 125-129, 145-157, 330-333).

משכך, סבורני כי די באמור לעיל, בשלב זה, כדי לדחות הטענה בדבר העדר הוכחת כבילה לצורך קבלת הטענה שאין להשיב לאשמה.

ניסיון או הכנה

17. טענתם הנוספת של באי-כוח הנאשמים הינה כי יש לראות במעשי הנאשמים לכל היותר מעשי הכנה, אשר לא הבשילו לכדי עבירת הניסיון. בא-כוח המאשימה דחה כאמור הטענה בהוסיפו כי במעשי הנאשמים יש אף כדי לקיים כלל יסודותיה של העבירה המושלמת של עשיית הסדר כובל.

18. סעיף 25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן - "חוק העונשין") קובע הגדרת עבירת הניסיון, כדלהלן: **"אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה."**

בקליפת אגוז - המחוקק בחר, במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, להרחיב ההגדרה של עבירת הניסיון, אשר נקבע לגביה בפסיקה כי המבדיל בין התנהגות המהווה ניסיון לבין התנהגות שאין בה אלא הכנה גרידא הינו מעשה המהווה חוליה בשרשרת המעשים המרכיבים את יסודה העובדתית של העבירה המושלמת (ע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד (5) 221, עמוד 284); וכדברי השופט ת' אור בע"פ 6411/98 מנבר נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 150, עמוד 210, יש לראות ב"פעולה או פעולות שהן חלק מסדרת פעולות שלולא הופרעו היו מקיימות את היסוד ההתנהגותי של העבירה" כנכנסות לגדר עבירת הניסיון (ראו גם, מרים גור-אריה "על ההבחנה בין הכנה לניסיון" משפטים ל"ב 505). המשפט רואה בניסיון עבירה משום שבניסיון לבצע העבירה כבר קיים האיום בפגיעה בערך חברתי מוגן בשל התנהגות העבריין, אף אם טרם השלים את התנהגותו העבריינית. זהו למעשה מהות ההבדל בין הכנה לבין הניסיון, אשר הינו בר ענישה (ראו גם, תפ"ח (י-ם) 5008/02 מדינת ישראל נ' אכרם (בן עבד אלכרים) זהרה, תק-מח 2002(3), 1494).

בע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105, עמוד 130, קבע בית המשפט העליון, מפי השופט קדמי, כי יש לראות בהעלאת הצעה לעשיית הסדר כובל מעשה, אשר יש בו כשלעצמו משום ניסיון. שם, ניהלו הנאשמים משא ומתן עם גורם שלישי במטרה להניעו להסכים לעשיית הסדר כובל עימם וקיימו עימו שורה של שיחות, במהלכן עשו מאמץ נכבד לשכנעו בפיתויים ובאיומים מרומזים לקבל את הצעתם. בית המשפט קבע כי די בהעלאת ההצעה, כשלעצמה, כדי להוות ניסיון, בהדגישו כהאי לישנא:

"כאשר מדובר בעבירה דו-צדדית, שהשלמתה מצריכה שיתוף פעולה מצדו של אדם נוסף ההופך גם הוא לעבריין, יש במאמץ לשכנע אדם כאמור

19. ובענייננו, כעולה מראיות המאשימה, כמפורט לעיל ומבלי שאדרש, בשלב זה, לכל אחד מהמוצגים ומהעדויות שהובאו לפני, עולה לכאורה כי הנאשם 1 יזם פגישה עם מטרסו במסגרתה העלה בפניו הצעה קונקרטית, לפיה ייקבע רף מחירים מינימאלי מוגדר, אשר יידרש עבור חטיפי הבריאות. על הצעה זו שב הנאשם בשיחות נוספות בין השניים, בהעלותו בפני מטרסו הטעמים והתועלת העומדים בצידה. בנסיבות אלה אין לומר כי התנהגות הנאשמים היתה רק בשלב של הכנה מוקדמת לקראת ביצוע העבירה של הסדר כובל. לא זו אף זו, יתכן אף לומר כי התגבשה העבירה של הסדר כובל, משום שההתנהגות העבריינית הושלמה וכך גם המחשבה הפלילית (ע"פ 7399/95 לעיל, עמוד 120; ע"פ 4855/02 לעיל, פסקה 133 לפסק הדין).

משכך, סבורני כי די בראיות המאשימה, לכאורה, כדי לדחות הטענה לפיה יש לראות במעשי הנאשמים אך בגדר שלב ההכנה, וממילא אין בה כדי לקבל הטענה כי אין להשיב לאשמה.

הנאשם 2

20. באמתחתם של באי-כוח הנאשם 2 טענה נוספת, כאמור, לפיה מעורבותו של נאשם 2 בפרשה היתה מקרית ואקראית, עת זה לא היה מודע כלל לנושא תיאום המחירים. בהתייחסם לעבירה לפי סעיף 48 לחוק, טענו באי-כוחו של הנאשם 2 כי אין לראותו בגדר "מנהל פעיל", ומשכך כשלה המאשימה בהוכחת יסוד עובדתי זה של העבירה, בעטיו יש לזכות הנאשם כבר בשלב זה. בא-כוח המאשימה דחה טענות אלה, בציינו הן את ידיעת הנאשם 2, בפועל, להצעה לקבוע רף מחירים מינימאלי לחטיפי הבריאות, והן את מעורבותו הפעילה, הרציפה והיומיומית של הנאשם 2 בפעילות הנאשמת 3 ובניהולה.

21. כעולה מראיות המאשימה, במועדים הרלוונטיים לכתב האישום היה הנאשם 2 הבעלים והמנכ"ל של חברת פארם אפ, חברת אם של הנאשמת 3. בהודעתו אומר הנאשם, בהתייחסו לתפקידו בנאשמת 3, **"אם אינני טועה זה לא מוגדר באף מקום בצורה רשמית אבל בפועל כיהנתי כיו"ר"**, בהוסיפו כי בפועל נאשם 1 היה מתייעץ עימו, בהעדר מועצת מנהלים לנאשמת 3 (ת/12, שורות 43-46. ראו גם, ת/10 שורה 15; ת/30 סעיף 6.4 להסכם המייסדים). בהתייחסו לתכיפות פגישותיו עם הנאשם 1, אומר נאשם 2 בהודעתו כי **"לרוב יש שיטה שהיא לרוב מתקיימת שאנחנו נפגשים כל יום ראשון... ויש חוץ מזה ישיבות מיוחדות...."** (ת/10, שורות 58-61). לכשנשאל הנאשם על תכיפות

אשר לשאלת ידיעת הנאשם 2 בדבר המגעים שקוימו בין הנאשם 1 למטרסו בנוגע לקביעת רף מינימאלי של מחירי חטיפי הבריאות, אומר הנאשם 2 בהודעתו כי נהג לדבר עם נאשם 1 **"יותר מפעם אחת שהם [החברה המאוחדת] פועלים לא נכון בכמה מישורים בין היתר במחירים, שהמחיר שלהם בנקודות הגדולות מהותית יותר נמוך מהנקודות השכונתיות."** (ת/10, שורות 110-111), כי ידע שנאשם 1 נפגש עם מטרסו וכי נאשם 1 סיפר לו **"שהוא אמר לו [למטרסו] שבנושא המחירים הוא פועל לא נכון."** (שם, שורות 117-118). תימוכין לכך מצאתי גם בהודעת נאשם 1, במסגרתה אומר הנאשם 1 כי עדכן את נאשם 2 **"כמה פעמים, שהעברתי את המסר שלי לקורני ואמרתי להם שזו טעות שהם בחרו את הדרך שלהם."** (ת/1, שורות 508-510), ובהמשך, לכשנשאל במה עדכן את הנאשם 2 בנוגע לקורני, אמר **"שהם עושים טעות שהם מוכרים במחיר נמוך ולדעתי הם צריכים להגיע למחיר הריאלי כי זה יתפוצץ להם בפרצוף."** (שם, שורות 519-521 ; 477-481, 490-491, 529-531). בהודעתו אומר הנאשם 1 כי הנאשם 2 ידע על פגישתו עם מטרסו במסגרתה דובר על **"אסטרטגיית מחירים"** (שם, שורות 522-523).

כמו כן, בתמליל הקלטת, המתעדת הפגישה בין מטרסו, נאשם 1 ונאשם 2, עולה כי נאשם 2 היה בסוד העניינים (ראו סיפא התמליל, שורות 658-673, 721-738). לא זו אף זו, בהנחה כי נאשם 2 לא ידע מהי מטרת הפגישה, הרי ברגע שהבין כי השיחה גולשת לתיאום מחירים, לכאורה, היה עליו להפסיק הפגישה ולפזר הנוכחים (ראו ע"פ 526/90 עו"ד שרגא בלזר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 133, עמודים 197-203).

22. הוכח לכאורה מחומר הראיות כי הנאשם 2 היה פעיל בענייני הנאשמת 3, בין אם נשא תואר רשמי בנאשמת 3 ובין אם לאו. מחומר הראיות עולה, לכאורה, כי הנאשם 2 לא נקט באמצעים סבירים לשמור על הוראות החוק. מעמדו של הנאשם 2 אצל הנאשמת 3 חייב אותו למנוע מעורבותה של זו בניסיון לבצע הסדר כובל. במילים אחרות, בין אם תוכח אחריותו הישירה לעבירת הניסיון ובין אם לאו, ניתן יהא, לכאורה, להרשיעו בעבירה לפי סעיף 48 לחוק, שהיא עבירה של אחריות קפידה (ראו, ע"פ 4855/02, פסקה 175 ; ע"פ 4148/03 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 629, עמוד 632 ; רע"פ 26/97 לקס נ' מדינת

כעולה מן המקובץ, סבורני כי המאשימה עמדה, בשלב זה, בנטל ההוכחה הלכאורי, הרובץ לפתחה, בדבר מעורבותו של הנאשם 2 בפעילותה השוטפת והניהולית של נאשמת 3, ואין בטענות באי-כוח הנאשם 2 כדי לבסס הטענה כי אין להשיב לאשמה.

טענות נוספות של ב"כ הנאשם 2

23. טענה נוספת שהעלו באי-כוח הנאשם 2, הינה כי בשלב הדיון בטענה של אין להשיב לאשמה אין להתחשב באמירות מפלילות של הנאשם 1 כנגד הנאשם 2 הואיל ואין הודעה של נאשם אחד, אשר בוחר בזכות השתיקה ואינו עולה על דוכן העדים, יכולה להפליל נאשם אחר. לדעה זו יש סימוכין בהחלטה שניתנה על-ידי השופט גרוניס בבש"פ 2557/04 **מדינת ישראל נ' ברוך בן ציון ואח'**, פ"ד נח(4) 83, עמוד 92 (ראו גם דברי השופטת דורנר בבש"פ 7625/95 **מדינת ישראל נ' עטייה**, פ"ד מט(4) 184, עמוד 187; דברי השופט בד בבש"פ 4169/95 **ראובן אדזיאשווילי נ' מדינת ישראל**, תק-על 95(2), 485).

ברם, קיימת גם גישה אחרת בפסיקה, כך בבש"פ 5858/05 **סאמר אבו עמרה נ' מדינת ישראל**, תק-על 2005(3), 468 אומרת השופטת ארבל, בהסתמכה על דברים שכתבה השופטת פרוקצ'יה בבש"פ 1572/05 **אילן זוארץ נ' מדינת ישראל**, תק-על 2005(2), 64, כי יש להניח, במיוחד כשמדובר בעבירות חמורות, כי הנאשם שמסר הודעה ובה הפליל גם את חברו הנאשם עימו, לא ימלא פיו מים ויציג את גרסתו, משום ששתיקתו עשויה לפעול נגדו (ראו סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982). במקרה כזה, בו הנאשם עולה על דוכן העדים ניתן יהיה להציג את הודעותיו במשטרה ולהשתמש בתוכן ההודעות נגד הנאשמים האחרים.

דעתי כדעת השופטות פרוקצ'יה וארבל, תוך הבעת הסתייגות כי יש לבחון כל מקרה לגופו. אין מדובר כאן באפשרות ספקולטיבית שהנאשם 1 ישמור על זכות השתיקה, דבר שלא נטען על-ידי באי-כוחו. גם קשה להאמין שלאור הראיות נגדו יבחר הנאשם 1 באפשרות זו ויחבל בסיכויי הגנתו. גם קשה להניח כי הנאשם 2, המואשם בעבירה, אשר העונש בצידה חמור, יבחר שלא

24. גם הטענה כי אין לנאשמים ולחברה המאוחדת השפעה על מחיר חטיף הבריאות לצרכן, הנמכר על-ידם לקמעונאים, אינה מדויקת. המחיר לקמעונאי יכול להשפיע על המחיר לצרכן ויתרה מזאת, היצרן יכול להמליץ לקמעונאי על מחיר מחירון של המוצר הנמכר לצרכן. במילים אחרות, תיאום המחירים בין הנאשמים למטרסו, הנוגע לקביעת המחיר לצרכן, הינו עקיף ומכל מקום די בתיאום שנעשה כדי לבסס, לכאורה, עבירה של ניסיון. העובדה כי הנאשמים 1-2 ומטרסו דיברו על תיאום מחירים לצרכן, מצביע על כך כי ידעו שיש בכוחם להשפיע על מחירו של החטיף לצרכן.
25. אף טענת הנאשמים, לפיה היתה בכוונתם לפנות לרשות להגבלים עסקיים ולקבל היתר בהתאם לסעיף 7 לחוק, דינה להידחות. ההיתר צריך היה להינתן מראש. גם עיון בתמלילי השיחות שניהל מטרסו עם הנאשמים מעלה כי אין אמירה כי תיאום המחירים כפוף לאישור בית הדין להגבלים עסקיים (סעיף 4 לחוק). אישור להסדר כובל צריך להינתן לפני שכלולו של ההסדר הכובל (ע"פ 7399/95 לעיל, עמוד 120). יתרה מזאת, לא ניתן לבקש היתר כאמור, שעה שהנאשמים כופרים מכל וכל בטענה שחפצו לתאם מחירים עם החברה המאוחדת.
26. כמו כן, יש לדחות הטענה שהפגישה במלון דן היתה רק ניסיון של הרשות להגבלים עסקיים לשחזר את מה שאירע קודם לכן בבית הקפה אלכסנדר. לסברה זו אין כל רלוונטיות שכן בית המשפט בוחן את השאלה האם יש בידי התביעה ראיות לכאורה על-פי הראיות הקבילות והרלוונטיות להוכחת יסודות העבירה שבכתב האישום.

זוטי דברים

27. טענה נוספת שהעלו באי-כוח הנאשמים הינה כי יש לזכות הנאשמים מחמת עקרון זוטי דברים, עת נתח השוק המצרפי של חטיפי הבריאות הינו זניח, בהיותו מהווה לכל היותר 3.5% מהשוק. בא-כוח המאשימה דחה הטענה בציינו כי כעולה מראיות המאשימה נתח השוק המצרפי של אנרגיי וקורני עמד, במועדים הרלוונטיים לכתב האישום, על כ-70%-80% מהשוק, ומכל מקום הואיל וההסדר נוגע לתיאום מחירים בין מתחרים, אין מקומו לחסות בצילו של סייג "זוטי דברים" לאחריות הפלילית.

28. אפתח ואומר כי אף בענין זה הדין עם בא-כוח המאשימה. חוק ההגבלים העסקיים עיקרו הבטחת עקרון התחרות החופשית בשוק העסקי בישראל. פגיעה בתחרות משמעה שלילת זכות הציבור ליהנות מיתרונותיה הרבים של התחרות, המתבטאים בין היתר בהפחתת מחירים, בשיפור איכות המוצרים ובהקצאתם היעילה של המקורות במשק (ראו גם, דנ"א 4465/98 לעיל, עמודים 78-79; ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פ"ד נב(5), 213, עמודים 229-230). בחינת תחולת עקרון זוטי דברים בנסיבות אלה, ראוי כי תעשה במשורה, בשים לב לטיבו של ההסדר הכובל הנטען, מאפייניו ומידת פגיעתו באינטרס הציבור, אשר לדידי, זוכה בנסיבות מסויימות לבכורה.

29. סעיף 34 לחוק העונשין קובע כדלקמן:

"34. זוטי דברים

**לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור
טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס
הציבורי, המעשה הוא קל ערך."**

הרעיון הניצב ביסודו של הסייג הינו שחוק העונשין אינו עוסק בזוטות וכלשון דברי ההסבר להצעת החוק (הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 2098, 115 בעמוד 139), עיקרו בהנחה כי:

**"השתבצותו הפורמלית של מעשה בהוראה חקוקה,
המגדירה עבירה פלילית פלונית, כשלעצמה, אינה
מוכיחה בהכרח שיש באותו מעשה לפחות מינימום של
אנטי-חברתיות האופיינית לעבירה פלילית. הכלל שלפיו
הוראה כאמור לא נועדה לזוטי דברים, בא לנגוס מן
ההיקף הפורמלי של תחום ההסדרה של נורמה אוסרת,
את הרובד התחתון שאינו שייך לה מבחינה עניינית."
(ההדגשה אינה במקור - מ' ר').**

בהתאם להוראת סעיף 34 לחוק העונשין, חל עקרון זוטי דברים גם על עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים (ראו, ע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ, פ"ד נז(2) 590, עמדת השופטים אור וטירקל בעמוד 602 לעומת עמדת השופט ריבלין בעמוד 600, אשר הותיר בצריך עיון תחולת עקרון זוטי דברים לאור כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), התשס"א-2001 (להלן - "כללי ההגבלים העסקיים פטור סוג"), הקובעים כי, ככלל, הסכם שפגיעתו קלת ערך יזכה לפטור מקבלת אישור בית הדין להגבלים עסקיים).

יחד עם זאת, סעיף 2 לכללי ההגבלים העסקיים פטור סוג, קובע כי החזקה לתחולת הפטור אינה קמה כאשר המדובר בהסכם שעיקרו כבילה באחד מהעניינים המנויים בסעיף 4 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"א-2001 (להלן - "כללי הגבלים עסקיים הוראות כלליות"). סעיף 14(1) לכללי ההגבלים העסקיים הוראות כלליות קובע כי פטור סוג לא יחול על הסכם, הכולל במישרין או בעקיפין, כבילה שעניינה "תיאום מחירים שיוצגו, יידרשו או ישולמו, או הכתבתם." (ראו גם, דיויד גילה "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים ומונופולין", לעיל, עמוד 684).

כך נקבע גם בע"פ 4855/02 דלעיל, כי הסדרים כובלים שעניינם תיאום מחירים וחלוקת השוק בין המתחרים, אינם יכולים ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות היא קלת ערך. עמדה על כך גם המלומדת מיכל גל במאמרה "לבור את המוץ מהתבן - היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל בהתאם לפסיקה האחרונה" דין ודברים א' (תשס"ה) 533, באומרה בעמוד 557 כהאי ליסנא:

"הגנת זוטי הדברים ראוי שתחול, לטעמי, בכל המקרים, למעט במקום שבו תכליתו העיקרית והמפורשת של הסדר בין מתחרים היא תיאום מחירים, הקטנת הכמויות או חלוקת שוק. במקרים מסוג זה קיימת חשיבות רבה ליצירת ודאות משפטית ורמת הרתעה גבוהה על יד החלת כלל חד-משמעי וברור שיאסור באופן קטגורי הסדרים כאמור."

יחד עם זאת, בית המשפט הוסיף וקבע (שם, פסקה 88 לפסק הדין) כי אף לגבי הסדרים אלה, שעניינם תיאום מחירים, אין כל מניעה עקרונית משימוש בהגנת זוטי הדברים, כמשמעה בסעיף 34 לחוק העונשין.

30. יתרה מזאת, אין די בהינף קולמוס בהעלאת טענה בדבר הגנת זוטי דברים, אלא על הטוען לה להוכיחה כדבעי. כך לשון סעיף 1 לכללי ההגבלים העסקיים פטור סוג, הקובע הגדרת "פגיעה קלת ערך" כדלקמן:

"פגיעה אשר קלה השפעתה המסתברת והשפעתה בפועל על התחרות בעסקים, בהתחשב, בין השאר, במעמדם של הצדדים בשוק המוצר, משך הזמן שבו נועדה להתקיים ומידת התחרות הקיימת באותו שוק מוצר."

המלומד דיויד גילה, במאמרו "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים", **עיוני משפט כ"ז(3)** (2003) 751, עמד על חשיבות יישום פטור הסוג להסדרים שפגיעתם קלת ערך, בהדגישו הצורך בניתוח כלכלי אמיתי. כך בעמוד 781 למאמרו, בקובעו כדלהלן:

"באותם מקרים שבית המשפט מגיע בהם למסקנה כי הסדר כובל פטור מכוח פטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך (או על סמך הדוקטרינה הישנה יותר של זוטי דברים) שומה עליו לנתח באופן כלכלי את השפעת ההסדר הכובל על השווקים הרלוונטיים, ואכן להגיע למסקנה כי הפגיעה בתחרות הינה קלת ערך. לא ניתן להכריע על סמך תחושת בטן בלבד ובלי ניתוח כלכלי מעמיק אם הסדר כובל פוגע בתחרות בענפים הרלוונטיים באופן זניח אם לאו.

...

במקרים רבים ההימנעות מן הניתוח הכלכלי היא במקומה. זאת כאשר הכבילה נכנסת לגדר סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים ומהווה הסדר כובל בלי קשר לפגיעתה בתחרות. אם הכבילה נכנסת גם לגדר הרשימה השחורה של סעיף 4 לפטורי הסוג - הוראות כלליות, היא לא תוכל ממילא ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך, וגורל הכבילה מוכרע לפיכך ללא צורך בניתוח כלכלי: מדובר בהסדר כובל שלא יושע מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות קלת ערך."

ובעמוד 776 נאמר:

"כאשר מדובר בכבילות חמורות מעין אלה [המנויות בסעיף 4 לכללי הגבלים עסקיים הוראות כלליות], ההניעה האנטי-תחרותית כה מובנת מאליה שלא ראוי לתת להן פטור המבוסס על פגיעה קלת-ערך בתחרות. מתן פטור מעין זה יוביל למצב שצדדים יתיימרו לחרוץ דין לעצמם שכבילותיהם החמורות,

31. ומן הכלל אל הפרט, סבורני כי בנסיבות המקרה דנן לא עלה בידי הנאשמים להוכיח, בשלב זה, כי התקיימו תנאיו של עקרון זוטי הדברים, אלא נהפוך הוא, כעולה מראיות המאשימה, הרי שלכאורה, במועדים הרלוונטיים לכתב האישום היו הצדדים להסדר הנטען, נאשמת 3 והחברה המאוחדת, מהמובילים בשוק מוצרי חטיפי הבריאות, עת הנאשמת 3, המייבאת והמשווקת של חטיפי הבריאות אנרג'י, היתה בעלת נתח השוק הגדול ביותר.

כך כעולה, בין היתר, מהודעת הנאשם 1, לכשנשאל על נתח שוק הנאשמת 3, השיב: **"ממוצע מעל 50%, בנובמבר היה 63%. היינו בקמפיין בטלוויזיה בנובמבר. קורני 22%, בנובמבר ירד ל-17%. צ'ואי ממוצע 20%, בנובמבר היה 12%."** (ת/1, שורות 27-29), וכן כעולה מדעדות מטרסו, בהתייחסו להיות חטיפי הבריאות אנרג'י, קורני וצ'ואי, המובילים בשוק, עת הראשונים **"מהווים 70% או 80% מהשוק"** (פרוטוקול דיון מיום 12.9.2004, עמוד 35 שורה 3), ובהתייחסו לחלוקת השוק, **"החלוקה לא היתה שליש-שליש-שליש, אלא היה יתרון לאנרג'י... אפשרית להגדיר את אנרג'י באותה תקופה 40%-45%. לקורני 30%-35%. לצ'ואי את היתר."** (פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 7 שורות 11-14). בעדותו, העיד קוך כי היו **"שלושה שחקנים בשוק"** קורני, אנרג'י וצ'ואי, ובהתייחסו לנתח שוק חטיפים אלה אמר כי **"אם אני צריך להעריך ואני יודע שיש עוד דעות, הערכנו שבאותה תקופה אנרג'י החזיק כ-40% מהשוק, אנחנו [קורני] החזקנו כ-30% מהשוק, צ'ואי בין 20% ל-25% מהשוק."** (פרוטוקול דיון מיום 6.4.2005, עמוד 71 שורות 5-10. ראו גם, נ/1).

כעולה מעדות מטרסו, המדובר בשוק ששוויו לצרכן הינו 25-30 מיליון ₪ בשנה (פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 7 שורות 15-16). ראו בהקשר זה מאמרו של דיויד גילה **"חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים ומונופולין"**, לעיל, עמוד 639 ה"ש 10.

בהעדר נתונים לסתור, סבורני כי, בשלב זה, כשלו הנאשמים בהוכחת היות ההסדר שהוכח, לכאורה, הסדר שפגיעתו קלת ערך, וממילא אין בידי לקבל כי ההסדר הינו פעוט ערך מן ההיבט של אינטרס הציבור בכלל וציבור הצרכנים בפרט. דומה כי העבירה שבה מואשמים הנאשמים לא הצמיחה מידה מינימאלית קלת ערך של סכנה לציבור עד שאין להכתים את שמם של

פועל יוצא, דין הטענה, בדבר זיכוי הנאשמים מחמת תחולת עקרון זוטי דברים בענייננו, להידחות.

סוף דבר

32. לסיכום, הנני לדחות טענת הנאשמים 1-3 כי לא הוכחה אשמתם אף לכאורה.

המזכירות תשלח העתק ההחלטה לב"כ הצדדים.
ניתנה היום ז' בתשרי, תשס"ו (10 באוקטובר 2005) בהעדר הצדדים.

משה רביד, שופט