



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

לפני כב' השופט משה יועד הכהן

מדינת ישראל

ע"י ב"כ היועץ המשפטי לממשלה  
מרשות ההגבלים העסקיים  
עו"ד תומר דגני – חנית

המאשימה:

נגד

1. אפרים רוזנהויז

הנאשמים:

ע"י ב"כ עו"ד אגמון ושות'

2. אליעזר גידור

ע"י ב"כ עו"ד אדרת, שמחוני ושות'

3. שופרסל בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד אגמון ושות' ועו"ד אדרת, שמחוני ושות'

### הכרעת דין

1. בפתח הדברים אציין, כי החלטתי לזכות את הנאשמים מעבירה של אי קיום תנאי שנקבע באישור מיזוג שיוחסה להם במסגרת האישום השני שבכתב האישום, ולהרשיע אותם בשתי עבירות של אי קיום תנאי שנקבע באישור מיזוג ובארבע עבירות של ניסיון לעשיית הסדר כובל, שיוחסו להם במסגרת האישום הראשון שבכתב האישום.

### כתב האישום

2. כתב האישום מייחס לנאשמים עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן: "החוק"). נאשמת 3 (להלן: "שופרסל") היא אחת מרשתות שיווק המזון הגדולות בישראל ובמועדים הרלוונטיים לאישום היא שיווקה בין היתר מוצרים תחת מותג פרטי הנושא את שמה. שני הנאשמים האחרים היו מנהלים פעילים של



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

- שופרסל, נאשם 1 שימש כמנכ"ל (להלן: "רוזנהויז") ונאשם 2 שימש כסמנכ"ל הסחר והשיווק (להלן: "גידור", שני נאשמים אלו יכוננו להלן ביחד "הנאשמים").
3. ברקע לאישום, עסקת מיזוג במסגרתה רכשה שופרסל את מלוא זכויותיה של הרשת הקמעונאית "קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ" (להלן: "קלאבמרקט"). המיזוג אושר על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים ביום 31.08.05 תוך שהוא התנה אותו במספר תנאים (להלן: "תנאי המיזוג"). בין התנאים שנקבעו, נאסר על שופרסל לדרוש מספק כלשהו שלא לספק את מוצריו, כולם או חלקם, למתחרה שלה. כמו כן, נאסר על שופרסל להתערב בדרך כלשהי בתנאים המסחריים הניתנים על ידי ספק כלשהו למתחרה שלה. בכלל זה, לא לבקש לשנותם ולא לחייב ספק, בקיזוז או בדרך אחרת, בשל העובדה שמוצריו נמכרים אצל מתחרה של שופרסל במחירים זולים יותר מאלו שהם נמכרים בשופרסל.
4. ביום 21.12.08 פורסמו בעיתונות מודעות מבצע של הריבוע הכחול גם היא אחת מרשתות שיווק המזון הגדולות בישראל, שבבעלותה מספר רשתות שיווק, ביניהן "מגה", "מגה בעיר" ו"מגה בול" (להלן: "מגה"). במסגרת המבצע שפורסם לרגל חג החנוכה שחל באותה עת, הוצעו למכירה בסניפי מגה מספר מוצרים במחירים של 3.99 ₪ ו-1.99 ₪. מחירי המבצע הותנו בקניית סל מצרכים בשווי כולל של לפחות 100 ₪ או 200 ₪ בהתאמה (להלן: "מבצע מגה"). באותו יום, פורסמו בעיתונות גם מודעות מבצע של שופרסל במסגרתן הוצעו למכירה, בסניפי שופרסל, בין היתר, מוצרים זהים או דומים למוצרים שנכללו במבצע מגה אך במחירים גבוהים מזה בו הם נמכרו במבצע מגה, אם כי מחירי מבצע שופרסל לא הותנו בקניית סל מצרכים בשווי מינימאלי כלשהו (להלן: "מבצע שופרסל").
5. בעקבות פרסום מבצע מגה, החליטו הנאשמים, כי רוזנהויז ייצור קשר עם מנהלי החברות אשר מוצריהן נמכרו במקביל בשני המבצעים כדי להביא לכך שאותן חברות יפעלו להפסקת מבצע מגה (להלן: "הספקים"). רוזנהויז יצר קשר טלפוני עם מנהלי הספקים שמוצריהם נמכרו במקביל במבצע מגה ובמבצע שופרסל, ובין היתר שוחח עם מנכ"ל אסם מר אביעזר קפלן (להלן: "קפלן"); מנכ"ל שטראוס מר גד לסיין (להלן: "לסיין"); מנכ"ל ויסוצקי מר רון מרדכי וינשטיין (להלן: "וינשטיין");



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

ומנכ"ל קבוצת ישראל בחברה המרכזית למשקאות מר יצחק תמיר (להלן: **"החברה המרכזית"** ו**"תמיר"** בהתאמה). לפי הנטען, בשיחותיו אלו הביע רוזנהויז בפני כל אחד ממנהלי הספקים את כעסו על כך שמוצריו הוצעו למכירה במחירי מבצע מוגה, וניסה להגיע עם כל אחד מהם להבנה שיפעל להפסקת מבצע מוגה. כך, במסגרת שיחות הטלפון שניהל עם תמיר, ניסה רוזנהויז להגיע עמו להבנה, כי החברה המרכזית תפעל למניעת מבצעים דומים בעתיד וכי לשם הפסקת מבצע מוגה שהתקיים באותה עת, תקטין החברה המרכזית את ההנחות שהיא נותנת לריבוע הכחול (מגה). כך, במסגרת שיחות טלפון שקיים רוזנהויז עם וינשטיין, דרש ממנו רוזנהויז כי ויסוצקי תפעל להפסקת מבצע מוגה בדרך של הפסקת אספקה לריבוע הכחול (מגה). לאחר מכן, עדכן רוזנהויז את גידור בשיחות אלו, וזה שוחח עם מר יורם שגיא, ששימש כמנכ"ל החברה המרכזית (להלן: **"שגיא"**) וניסה להגיע עמו להבנה דומה לפיה החברה המרכזית תפעל למניעת מבצעים במחירים דומים בעתיד.

6. בנוסף, ביום 22.12.08 או בסמוך לכך, החליטו הנאשמים להוציא מוצרים מסוימים של אותם ספקים, שעם מנהליהם שוחח רוזנהויז, מגיוון שופרסל באופן מיידי ולהפסיק לרוכשם. כך, הוחלט על הוצאה מגיוון של כל סדרת מוצרי קפה נמס "רד מאג" המסופקת על ידי אסם; מוצרי דבש ושמן זית "יד מרדכי" מסוגים שונים המסופקים על ידי שטראוס; כל סדרת משקאות "אייס T" המסופקת על ידי ויסוצקי; ושישית מים מינרליים "נביעות" המסופקים על ידי החברה המרכזית. בסופו של דבר חזרו בהם הנאשמים מהכוונה להוציא מגיוון את מוצרי "יד מרדכי" בשל אירועיים בטחוניים שהתקיימו באותה תקופה בשטח בו נמצא גם הקיבוץ יד מרדכי. הוצאת המוצרים מגיוון נעשתה נוכח העובדה שהספקים לא פעלו להפסקת מבצע מוגה ועל-מנת לגרום לאותם ספקים לפעול למניעת מבצעים דומים בעתיד.

7. בנסיבות אלו, הואשם רוזנהויז בשתי עבירות של אי קיום תנאי שנקבע באישור מיזוג, עבירה לפי סעיף 47(א)(4), בשילוב סעיף 21 לחוק. שופרסל הואשמה בעבירות אלו בשילוב סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: **"חוק העונשין"**). גידור הואשם בשתי עבירות לפי סעיף 48 לחוק בצירוף סעיפים 47(א)(4) וסעיף 21 בהיותו מנהל פעיל בשופרסל. כמו כן הואשמו הנאשמים ושופרסל בארבע עבירות של



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

ניסיון לעשיית הסדר כובל, עבירה לפי סעיף 47(א)(1) לחוק בשילוב סעיפים 2(א) ו-4 לחוק ובשילוב סעיפים 25 ו-29(ב) לחוק העונשין, כששופרסל הואשמה בשילוב סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין והנאשמים כמנהלים פעילים לפי סעיף 48 לחוק.

אישום נוסף שיוחס לנאשמים ולשופרסל הוא אירוע מאמצע חודש דצמבר 2008 או בסמוך לכך, אז החליט גידור כי שופרסל תפסיק לעבוד עם "רזיט שיווק בע"מ" (להלן: "רזיט") חברה שעסקה בשיווק והפצה של מוצרי מאפה ותבלינים, ובין היתר, סיפקה לשופרסל מוצרים שיוצרו על ידי "אפיפית" נצרת תעשיית ביסקויט (יצור 1971) בע"מ" (להלן: "אפיפית") שחלקם נמכרו כמותג פרטי של שופרסל. זאת, בשל העובדה שרזיט החלה לספק כמותג פרטי של מנה מוצרים אותם סיפקה כמותג פרטי של שופרסל. בהתאם להחלטת גידור, הוצאו מגיוון שופרסל החל מיום 31.12.08 כל המוצרים אותם סיפקה או שיווקה רזיט. בכך לא קיימו גידור ושופרסל את תנאי המיזוג, עבירה לפי סעיף 47(א)(4) בשילוב עם סעיף 21 לחוק ושופרסל סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין. רוזנהויז הואשם בשל היותו מנהל פעיל לפי סעיף 48 לחוק בצירוף סעיפים 47(א)(4) ו-21 לחוק.

### התשובה לאישום

8. בתשובתם לאישום, כפרו הנאשמים בנטען כלפיהם ובמיוחס להם כי הם החליטו שרוזנהויז ייצור קשר עם מנהלי החברות שמוצריהן נמכרו למגה כמו גם בקיומן של השיחות עם ה"ה קפלן, לסין, ויסוצקי ותמיר. הנאשמים גם כפרו בכך ששוחחו ביניהם לגבי שיחותיו של רוזנהויז עם הספקים. כן כפרו במיוחס להם בגין הוצאת מוצרים מגיוון, כשטענתם הייתה שהמוצרים הוצאו מהגיוון מטעמים כלכליים מסחריים.

9. באשר לאישום השני נטען, כי ההחלטה להפסיק לעבוד עם רזיט הייתה פועל יוצא מכך שרזיט החלה לספק לרשת הריבוע הכחול מותג פרטי שפותח על ידי שופרסל, וזאת מבלי שטרחה ליידע אותה או לקבל את הסכמתה.

### הראיות במבט-על



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

10. להוכחת האישומים העידה המאשימה את מנהלי הספקים עמם שוחח רוזנהויז ביום פרסום מבצע מגה (21.12.08) וביומיים שלאחר מכן: וינשטיין מנכ"ל ויסוצקי (עמ' 123-26 לפרוטוקול), קפלן מנכ"ל אסם (עמ' 369-265 לפרוטוקול); תמיר מנכ"ל החברה המרכזית (עמ' 625-546 לפרוטוקול); לסין מנכ"ל שטראוס (עמ' 886-806 לפרוטוקול); מר יוני שסטוביץ מנכ"ל חברת שסטוביץ (להלן: "שסטוביץ", עמ' 1087-1049 לפרוטוקול); מר מוטי קרן מנכ"ל יוניליוור (להלן: "קרן", עמ' 1193-1141 לפרוטוקול). המאשימה גם הביאה כחלק ממסכת ראיותיה עדויות של מנהלים בכירים נוספים של הספקים, אשר חלקם היו עדים לשיחות שניהל רוזנהויז עם מנהלי הספקים, כמו סמנכ"ל ויסוצקי מר נתי בר (להלן: "בר", עמ' 225-140 לפרוטוקול) וחלקם ניהלו שיחות עם מנהלי הספקים בסמוך לשיחות שקיימו עם רוזנהויז ושמעו מהם "בזמן אמת" על תוכן השיחות עם רוזנהויז. כך למשך העידו סגנו של קפלן מר דודי מנביץ' (להלן: "מנביץ'", עמ' 469-373 לפרוטוקול) על שיחתו עם קפלן ומר ציון בלס סגנו של לסין (להלן: "בלס") על שיחתו עמו (הודעותיו הוגשו בהסכמה חלף חקירה ראשית – ת/112 ו-ת/115). באשר לתוכן השיחות של מנהלי הספקים עם רוזנהויז, הסתמכה המאשימה גם על רישום שערך מר צבי גולדשטיין, מנהל איגוד תעשיות המזון בהתאחדות התעשיינים (להלן: "גולדשטיין", עדותו בעמ' 1404-1347 לפרוטוקול) במהלך פגישה שהתקיימה ביום 23.12.08 אחר הצהריים במסגרת איגוד יצרני המזון שבה השתתפו חלק ממנהלי הספקים עמם שוחחו רוזנהויז וגידור, ועל סיכום אותה ישיבה שהפיץ מר גולדשטיין. מסמכים אלו תיעדו את התבטאויותיהם של המנהלים שנכחו בפגישה אודות שיחתם עם רוזנהויז ומסקנותיהם מאותן שיחות. אנשים נוספים שנכחו באותה ישיבה הוזמנו גם הם למתן עדות לגבי הנאמר בה, ביניהם גם עו"ד אלדד כורש היועמ"ש של איגוד יצרני המזון (עדותו בעמ' 1446-1404 לפרוטוקול).

11. המאשימה גם העידה את עובדי הספקים שעבדו מול שופרסל בכל הנוגע להורדת מוצרים ממגוון שופרסל, על מנת להציג את אופן ההתנהלות בכל הנוגע להורדת מוצרים ממגוון במקרה זה, אל מול דרך ההוצאה של המוצרים ממגוון במקרים אחרים. בין העדים היו עובדים של הספקים מולם פעלו הנאשמים - מר אריה בן חמו שעבד בוויסוצקי (עמ' עמ' 264-225 לפרוטוקול); מר שחר בשן (עמ' 776-759



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

לפרוטוקול), מר צפריר כהן (עמ' 470-502 לפרוטוקול) ומר משה אטיאס מאסס (עמ' 502-541 לפרוטוקול); מר רוני קוברובסקי מנכ"ל החברה המרכזית (עמ' 933-1029 לפרוטוקול) ומר אורן שקד שעבד בה (עמ' 776-804 לפרוטוקול); מר דוד אבישר (עמ' 1088-1094 לפרוטוקול) ומר איתי בן אבי משטראוס (עמ' 889-931 לפרוטוקול). כמו כן, העידו עובדים של שופרסל, מר שלמה זוהר שהיה סמנכ"ל כספים (עמ' 1209-1198 לפרוטוקול); מר אמיר דואניס שהיה אף הוא סמנכ"ל (עמ' 1194-1198 לפרוטוקול), מר שלומי כהנא שהיה מנהל קטגוריית שתייה (עמ' 1575-1610 לפרוטוקול); מר עופר לב (עמ' 1212-1288 לפרוטוקול), מר ליאור גרטל (עמ' 1345-1288 לפרוטוקול) ומר עידו שריד (עמ' 1640-1664 לפרוטוקול).

12. מלבד עדויות והודעות העדים הציגה המאשימה גם מסמכים רבים, ביניהם מסמכים הנוגעים לאישור המיזוג בין שופרסל לקלאבמרקט; מודעות שונות שפרסמה שופרסל; דוגמאות להודעות על הוצאות פריטים ממגוון שופרסל והתכתבויות שונות הקשורות להוצאת מוצרים מהמיגוון; דוחות תקופתיים של שופרסל ומסמכים אודות נתונים כלכליים ועסקיים; התכתבויות שונות בדוא"ל של עובדי שופרסל ותכתובות פנימיות בחברה; מצגות וחברות שונות של שופרסל כמו גם פרוטוקולים וסיכומים של ישיבות שונות בדרגים שונים שנערכו בשופרסל. כן הוגשו על ידי המאשימה מסמכים מיומנו של רוזנהויז ותזכורות שרשמה מזכירתו; סיכום ישיבת הנהלת איגוד תעשיות המזון ומסמכים שונים הקשורים לישיבה זו; דוחות תקופתיים של אסם ומכתבים שהוחלפו בין אסם לשופרסל; מסמכים שונים של רזיט כהצעות מחיר למוצרים שונים; הודעות הנאשמים; דוחות חיפוש וזכ"דים.

13. מטעם ההגנה העידו רוזנהויז (החל מעמ' 1684 ועד עמ' 1953 לפרוטוקול); גידור (מעמ' 2246-1988 לפרוטוקול); מר אלון רון, עובד שופרסל (עמ' 1978-2056 לפרוטוקול); מר גדי פרל חוקר הרשות להגבלים (עמ' 1955-1978 לפרוטוקול); ד"ר אופק מומחה למחשוב שהגיש חוות דעת בנוגע למשלוח צרופות להודעות דוא"ל (עמ' 1986-1956). בין המסמכים השונים שהוגשו על ידה היו מסמכים שונים הכוללים נתונים עסקיים של שופרסל ומבצעים שונים שניהלה; קטלוג שופרסל; רשימת מוצרים שהורדו ממגוון והתכתבויות שונות בין שופרסל לספקים השונים הקשורות להורדות מוצרים ממגוון; נתונים שיווקיים ועסקיים שונים הקשורים למוצרי תה



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

קר של ויסוצקי; תקנון איגוד תעשיות המזון; הסכם ייעוץ שנכרת בין שופרסל לבין השף איתי שלו בנוגע לייעוץ קולינארי בקשר למותגים הפרטיים של שופרסל; דוחות הערכת איכות מוצרים הקשורים לקרקרים המהווים מותגים פרטיים של שופרסל; דוגמאות שונות לאריזות קרקרים של חברות שונות. כן הוגשו דוחות תקופתיים לשנים 2008 ו-2009 של רשת החנויות "רמי לוי שיווק השקמה"; דוחות תקופתיים לשנים 2010 ו-2011 של "ע.ר. צים שיווק ישיר בע"מ"; דוחות תקופתיים של "ויקטורי רשת סופרמרקטים בע"מ" לשנת 2011; דו"ח תקופתי של שופרסל לשנת 2009; דוחות תקופתיים לשנים 2007, 2008 ו-2009 של הריבוע הכחול ישראל.

### דיון והכרעה – האישום הראשון

#### הרקע לפרסום מבצע מגה ותגובת שופרסל לפרסום

14. ברקע האירועים המתוארים בכתב האישום, היו הכנות רבות שנקטה שופרסל לקראת השקת חנויות "מגה בול", הדומות לפורמט ה-"Heavy Discount" של שופרסל ה"שופרסל דיל". מהעדויות עלה, כי במהלך שלושת החודשים שקדמו למבצעי שופרסל ומגה העלתה שופרסל הלוך בכל הנוגע לתחרות מול מגה, שעה שהשקת פורמט "מגה בול" תוכננה ליום 23.12.08. מבלי להיכנס למחלוקת בין הצדדים האם הסכנה הכלכלית הגדולה שצפתה שופרסל הייתה מהתעצמותה של מגה כטענת המאשימה, או שעיקר החשש של שופרסל לא היה ממגה אלא מרשתות קמעונאיות פרטיות (כדוגמת רמי לוי שיווק השקמה, קו אופ ישראל, מחסני כמעט חינם, טיב טעם ועוד) כטענת ההגנה, ברור מתוך חומר הראיות כי השקת "מגה בול" הייתה מבחינת שופרסל מהלך משמעותי שדרש הערכות רציניות. האירועים בגינם הואשמו הנאשמים התרחשו בראשיתו של אותו שבוע שבו תוכננה השקת פורמט "מגה בול", אירוע שהיה אמור להיות השיא של התחרות בין שתי הרשתות. פרסום מבצע מגה (ת/57) על הנחות גדולות משל שופרסל על אותם מוצרים שפורסמו במסגרת מבצע שופרסל (ת/57א), (9 מתוך 10 מוצרים במבצע מגה היו מתוך 23 מוצרים שבמבצע שופרסל) יצרו אצל הנאשמים תחושה שנערך "ריגול תעשייתי" מוצלח של מגה בשופרסל, דבר שהעלה את תחושות הכעס והעלבון שחשו עם חשיפת מבצע מגה אשר העמיד את כל מאמציהם הרבים לקראת מבצע חנוכה בו נקטה



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

שופרסל באור מגוחך מול מבצע מגה. זאת שכן במבצע שערכו, הם מכרו את אותם מוצרים שנמכרו במבצע מגה, במחירים הגבוהים במאות אחוזים ממחירי מבצע מגה.

15. נסיבות אלו הובילו לכינוס ישיבת פורום מנהלי פורמטים בשופרסל, שבה השתתפה כל הנהלת שופרסל, ובכלל זה רוזנהויז וגידור ובה נדונה בהרחבה התגובה למבצע מגה. בסיכום הישיבה נכתב מפיו של רוזנהויז "התמודדות מול הספקים על המחירים האבסורדיים" (ת/43). כפי שעלה מהודעתו של מר מרדכי סלע, מנהל המבצעים בשופרסל (להלן: "סלע") מיום 14.01.09 (ת/42), בסיומה של הישיבה ביקש רוזנהויז מגידור לדבר עם הספקים על מבצע מגה, אך לאחר מכן נמלך בדעתו והחליט לדבר עם הספקים בעצמו. אמר ועשה. עם חלקם הוא אכן יצר קשר עוד באותו יום ועם חלקם רק למחרת. בד בבד, גידור ניהל גם פגישות עם מנהלים בכירים בתאגידים של הספקים. ביום 21.12.08 הוא שוחח עם סמנכ"ל אסם, מנביץ'. בהמשך אותו שבוע הוא שוחח שלוש פעמים עם סמנכ"ל החברה המרכזית, שגיא, וכן שוחח עם סמנכ"ל שטראוס, בלס. אין מחלוקת כי במהלך הימים 21.12.08 ו-22.12.08, יום פרסום מבצע מגה והיום שלאחריו, הוצאו מהמגוון של שופרסל, "נביעות" של החברה המרכזית, "רד מאג" של אסם ו"אייס T" של ויסוצקי.

16. אין גם מחלוקת, כי במסגרת השיחות עם מנהלי הספקים דיבר עמם רוזנהויז בטון כעוס מאוד והביע בפניהם כעס ותרעומת על מבצע מגה. השאלה העומדת להכרעה היא מה היו תוכן של השיחות, ומה כיוון רוזנהויז להשיג באמצעותן – האם ניסה להגיע עם מנהלי הספקים להבנה שעליהם לפעול להפסקת מבצע מגה ו/או למניעת מבצעים דומים בעתיד, כטענת המאשימה. או שמא, מדובר בשיחות שנועדו אך "להוצאת קיטור" ו/או לשיפור תנאי המסחר של שופרסל בעתיד מול הספקים, כטענת הנאשמים. טענה נוספת שנשמעה בפי הנאשמים הייתה כי מטרת השיחות הייתה לנזוף בספקים על הפגיעה במותגיהם ולדרוש מהם לשמור על המותגים ולמנוע פגיעה בהם.

17. ייאמר כבר עתה כי בחינת מכלול העדויות והראיות מובילות למסקנה כי חרף הבדלים דקים לגבי תוכנם המדויק של הדברים, שנאמרו בשיחות שניהלו מנהלי





## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

הספקים עם רוזנהויז, עולה תמונה ברורה לגבי תכלית פנייתו של רוזנהויז לספקים, והיא רצונו להניע אותם לפעול להפסקת מבצע מוגה, אם לא המבצע שהתקיים באותה עת, אזי מניעת מבצעים דומים בעתיד.

### השיחות עם מנהלי הספקים

#### שיחת רוזנהויז עם וינשטיין מנכ"ל ויסוצקי

18. וינשטיין, מנכ"ל ויסוצקי, העיד שרוזנהויז הביע בפניו תדהמה וכעס על מבצע מוגה ועל המחירים הנמוכים של המותגים, אך הוסיף כי רוזנהויז ציין ש"הוא לא מבין איך אני ממשיך לספק סחורה לריבוע הכחול... הוא אמר לי שהוא לא מבין איך אני ממשיך את האספקה, איך אני נותן שימשיכו למכור במחיר הזה שזה מזנון את המוצר.. את המותג" (עמ' 29 לפרוטוקול. הדגשים שלי מ.ה.). בהמשך חקירתו ציין, כי רוזנהויז ביקש במפורש שהוא יפסיק לספק סחורה למגה (עמ' 31 לפרוטוקול). וינשטיין, הוסיף כי טען בפני רוזנהויז שלפי החוק הוא אינו יכול להפסיק לספק את הסחורה. אולם רוזנהויז התעקש וטען שהוא יכול לעשות זאת (עמ' 32 לפרוטוקול). יצוין, כי ב"כ הנאשמים טענו שעדותו של וינשטיין לפיה רוזנהויז ביקש ממנו במפורש להפסיק לספק סחורה למגה, נמסרה על ידו לא במסגרת תיאור תוכן שיחתו עם רוזנהויז במסגרת עדותו ואף לא במסגרת שאלות הבהרה שנשאל, אלא רק לאחר שנשאל במפורש על ידי ב"כ המאשימה האם הוא זוכר שרוזנהויז אמר לו לעצור את האספקה (שאלה שנפסלה על ידי בית המשפט, עמ' 30-31) ורק לאחר שהוצגה בפניו הודעתו השנייה מיום 1.04.09 (ת/18). מכאן נתבקש שלא לתת אימון בגרסה זו. אולם, לא התרשמתי כי וינשטיין ניסה להגזים בעדותו, ובודאי שלא ניסה לפעול במתכוון להפליל את רוזנהויז. מכל מקום המשמעות הברורה של דבריו גם בשלב המוקדם של חקירתו וגם התעלם מתשובתו לשאלה שנפסלה היתה, שרוזנהויז דרש ממנו, בנוסח זה או אחר, להפסיק את האספקה למגה.

19. אכן, בין דבריו של וינשטיין ניתן למצוא אי דיוקים באשר לאיכותו המסחרית של מותג ה"אייס T", אך אין בכך כדי לקעקע את גרסתו העיקרית ולתלות בו כוונה להפליל את הנאשמים על לא עוול בכפם. מה גם, שתוכן הדברים עולה בקנה אחד עם דבריו של בר, שנכח לצד וינשטיין שעה ששוחח בטלפון עם רוזנהויז ושמע את דבריו



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

של הראשון בשיחה (עמ' 143-144 לפרוטוקול). בר אמנם שמע רק את דברי וינשטיין בשיחה, אך הוא העיד כי שמע אותו אומר לרוזנהויז משפטים בנוסח: "אתה יודע שאסור לי", אני לא יכול", זה מנוגד לחוק", "כמונופול אסור לי" (עמ' 144-146 לפרוטוקול), יש בכך בבירור כדי לתמוך בגרסת וינשטיין באשר לתוכן שיחתו עם רוזנהויז ולשלול את גרסתו של רוזנהויז לגבי תוכן הדברים. בר גם העיד, כי מיד בסיום השיחה אמר לו וינשטיין שרוזנהויז כעס מאוד וביקש ממנו להפסיק את האספקה למגה של המוצר שלהם שבמבצע מגה (עמ' 148-150 לפרוטוקול). וינשטיין בחקירתו הנגדית אף ציין כי חש מאוים נוכח דברי רוזנהויז.

20. בחקירתו הנגדית טען אמנם רוזנהויז, שלא אמר לו וינשטיין להפסיק את האספקה למגה ואף ציין בפניו כי הוא מודע לכך שאין באפשרותו לעשות זאת וכי כל מה שביקש הוא ש"ינהל את המותגים שלו". אולם, צודק ב"כ המאשימה כי ניהול השיחה בנוסח עליו העיד רוזנהויז, אינו מתקבל על הדעת והוא חסר פשר. במסגרת השיחה אמר וינשטיין לרוזנהויז: "אני לא יכול", "זה מנוגד לחוק", "אתה יודע שאסור לי", "כמונופול אסור לי" (עמ' 144-146 לפרוטוקול). לדברים אלו לא ניתן לתת משמעות הגיונית, במידה ווינשטיין לא נדרש על ידי רוזנהויז לבצע פעולה כלשהי. בנוסף, לא עלה בידי רוזנהויז בעדותו בבית המשפט להסביר מה הייתה כוונתו בדרישתו "לניהול המותגים", בייחוד שעה שהם נאמרו על רקע הכעס ממבצע מגה. למעשה, רוזנהויז הודה שוינשטיין אמר לו מספר פעמים במהלך השיחה, כי הוא אינו יכול להשפיע על המבצע ועל כן אינו מבין מה הוא רוצה ממנו. לכן, לא ניתן לקבל את הטענה שדברים אלה נאמרו ביוזמת וינשטיין, מבלי שנדרש לכך קודם לכן על ידי רוזנהויז לעשות דבר מה. מה גם, שכאמור, עדותו של בר, שבה אני נותן אמון מלא, מלמדת כי דבריו של וינשטיין נאמרו כתגובה לדרישות שבאו מצד רוזנהויז. לא-זו-אף-זו, תוכן הדברים שוינשטיין העיד כי שמע מפי רוזנהויז עולים בקנה אחד (כמפורט להלן), גם עם הבנת שאר מנהלי הספקים את כוונת רוזנהויז בשיחותיו עמם, אף אם להם הדברים לא נאמרו באותה חדות. למחרת היום, ביום 22.12.08, לאחר שרוזנהויז נוכח שמודעות מבצע מגה ממשיכות להתפרסם (עדויותו של רוזנהויז בעמ' 1750 לפרוטוקול), הוא שב ושוחח עם וינשטיין, ולדברי וינשטיין הביע בפניו כעס על כך שמבצע מגה נמשך. גם עובדה זו מחזקת את מסקנתו כי רוזנהויז אכן



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

ציפה לפעולה אקטיבית מצדו של וינשטיין וכשהבין שהדבר לא נעשה, התקשר אליו בשנית והביע את כעסו על כך.

### שיחת רוזנהויז עם גזי קפלן מנכ"ל אסם

21. קפלן, מנכ"ל אסם, סיפר בעדותו כי בשיחתו עם רוזנהויז הגיב האחרון בזעם ובדאגה לגבי ניהול המותגים (עמ' 275 לפרוטוקול). הוא ציין כי הבין מרוזנהויז שהוא מעוניין שאסם תפסיק את המבצע במגה (עמ' 282 ו-333 לפרוטוקול). מעדותו של קפלן בבית המשפט (עמ' 283-284 לפרוטוקול) ומעדות סגנו מנביץ (עמ' 375-376 לפרוטוקול) עולה, כי לאחר השיחה עם רוזנהויז, קפלן בדק האם אסם קשורה למבצע מגה, וכשהתברר לו שהתשובה שלילית, הוא הבין שאין לו אפשרות חוקית להפסיק את המבצע.

### שיחת גידור עם שגיא סמנכ"ל החברה המרכזית

22. שגיא, סמנכ"ל החברה המרכזית, שוחח עם גידור ביום 22.12.08. הוא ציין, כי לאחר שהבהיר לגידור שאין לחברה המרכזית קשר למבצע מגה והוא נעשה שלא בידיעתה, אמר לו גידור "ומה אם יהיו עוד מבצעים... משהו בסגנון של – ואם הם ימשכו, או אם יהיו מבצעים אחרים אז מה הלאה" (עמ' 643 לפרוטוקול), ובהמשך: "האם גם אז לא תעשו שום דבר" (עמ' 648). אכן, גידור ניסה לטעון בעדותו, כי מבצע מגה כלל לא עלה בשיחותיו עם שגיא (עמ' 2182 ו-2186 לפרוטוקול). אולם בד בבד, עלה מדבריו שהוא דיבר על מבצע מגה עם שגיא (עמ' 2156 לפרוטוקול). למעשה, כבר בהודעתו בחקירתו בפני רשות ההגבלים העסקיים (להלן: "הרשות") מיום 1.01.09 (ת/16) הוא ציין, כי הסביר לספקים את הקשר בין הורדת המוצרים ממגוון למבצע מגה, בכך שמבצע מגה מלמד שהספקים מוכנים לוותר על ערכי המותגים שלהם, וכי דיבר על כך גם עם שגיא. גם תמיר, מנכ"ל החברה המרכזית, העיד, כי שגיא שוחח עמו לאחר שיחתו עם גידור וסיפר לו, כי גידור שוחח עמו על מבצע מגה והשפעתו על הורדת "נביעות" ממגוון (עמ' 551 לפרוטוקול).



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

### שיחת רוזנהויז עם תמיר מנכ"ל החברה המרכזית

23. בעקבות דרישתו של גידור, בשיחתו עם שגיא, שתמיר יתקשר אל רוזנהויז, התקשר תמיר לרוזנהויז ושאל אותו לפשר הורדת "נביעות" ממגוון שופרסל. תשובת רוזנהויז, לפי עדותו של תמיר, הייתה "ראית את המודעה" כשכוונתו הייתה למודעת מבצע מגה. לדברי תמיר, הוא ציין בפני רוזנהויז, כי הוא כועס על המודעה ואז רוזנהויז שאל אותו "מה אתם מתכוונים לעשות?". כשהשיב לו שלפי החוק הוא אינו רשאי לעשות דבר, אמר לו רוזנהויז "ככה אתה שומר על המותגים שלך? ... ואם אתה לא מותג, אז אני לא צריך אותך על המדפים שלי" (עמ' 553 לפרוטוקול). הוא הוסיף שרוזנהויז אמר לו כי מדובר ב"חוסר אחריות" והליך על כך שהחברה המרכזית לא עושה דבר כדי לעצור את המבצע הזה (עמ' 556 לפרוטוקול). תמיר הוסיף, כי לאחר שאמר לרוזנהויז שמדובר במעשה המנוגד לחוק, השיב לו רוזנהויז שאין מניעה לעשות זאת וכי הוא רשאי להוריד הנחות (עמ' 554 לפרוטוקול). רוזנהויז הוסיף ואמר לו, כי הוא אינו יודע לנהל את מותגיו ולכן מותגיו לא יהיו על מדפי שופרסל. רוזנהויז הוסיף וטען נגדו, מדוע אין הם עושים דבר ביחס למהלך המסוכן של מגה וציין כי אם הם יפעלו מול מגה, המוצרים של החברה המרכזית יוחזרו למגוון (עמ' 555-556). לשאלת ב"כ המאשימה, האם רוזנהויז הציע לו דרך פעולה מסוימת השיב תמיר כי תשובת רוזנהויז הייתה: "אם אתה רוצה אתה יכול לעשות הרבה, ואתה יודע שאתה יכול לעשות הרבה. יש ענייני הנחות ויש דברים אחרים" (עמ' 554). הוא התווכח עמו בשאלה האם הדבר מותר לו מבחינה חוקית ורוזנהויז אמר לו "אתה רשאי להוריד הנחות" (שם).

24. בחקירתו הנגדית, בתשובה לשאלת ב"כ הנאשמים, האם סביר שהפסקת ההנחות למגה באותו שלב הייתה מפסיקה את מבצע מגה, השיב תמיר כי "אף אחד לא חשב שזה הסיפור הזה של מגה ייגמר באירוע הזה של פריגת. זה היה ברור שזה רק התחלה ואם לא יפסיקו את זה, זה יימשך עוד ועוד... אפי לא התייחס לשבוע הזה, הוא לא טיפש, זה לא, מה שהטריד אותו זה לא השבוע הזה, זה התהליך שהתחיל... ואם ניתן לזה לקרות בלי שנפעל ונגיב זה יימשך עוד ועוד..." (עמ' 618 לפרוטוקול). לדבריו, רוזנהויז כיוון את דבריו לעתיד ולכך שאם החברה המרכזית לא תגיב למבצע מגה, הדבר ידרדר את השוק. תמיר ציין, כי רוזנהויז היה כעוס מאוד ונסער



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

במהלך השיחה והיא הסתיימה בכך, שהוא אמר לרוזנהויז כי הוא יפנה לעורך הדין של החברה לבדוק את יכולת התערבותו במבצע. יצוין, כי טענת רוזנהויז כי פניותיו למנהלי הספקים נועדה ל"הוצאת קיטור" בלבד, אינה עולה בקנה אחד עם העובדה שלא רוזנהויז הוא זה שהתקשר לתמיר, אלא תמיר התקשר אליו, ושהשיחה לא התקיימה ביום הראשון בו התוודע רוזנהויז לראשונה למבצע מגה (21.12.08), אלא אך למחרת.

25. אכן, ההגנה בסיכומיה ניסתה להטיל ספק במהימנות עדותו של תמיר, אולם לא מצאתי בטענות אלו ממש. עדות של תמיר מהימנת עלי והתרשמתי הייתה כי הוא לא ניסה להגזים או להפריז, בוודאי שלא ביקש למסור עדות שקר שתפליל את רוזנהויז. ב"כ הנאשמים ציינו, כי לשאלה האם על רקע מבצעים של רשתות מתחרות ביקש רוזנהויז לעצמו מחירים טובים יותר מן הספקים, השיב תמיר שלוש תשובות שונות: כן, לא וגם. אולם, עיון בעדותו מלמד כי לא אלה פני הדברים. תמיר נשאל תחילה (עמ' 617 לפרוטוקול), האם "באירועים קודמים" רוזנהויז דרש הנחה והשיב בחיוב. בהמשך, התייחס ספציפית לשיחתו עם רוזנהויז, בקשר למבצע מגה והוצאת "נביעות" ממגוון שופרסל. בהקשר זה השיב, כי בשיחה לא ביקש רוזנהויז להוריד את המחיר לעצמו, ומיד תיקן, כי גם עניין זה עלה, אך השיחה התמקדה בטענה מדוע הספקים הגדולים לא עושים דבר לעצירת "השתוללות המחירים בשוק" (עמ' 618). גם לא מצאתי ממש בטענות הנוספות של ב"כ הנאשמים כנגד גרסתו של תמיר, והשינויים הקלים שיש בגרסתו עליהם הצביעו בסיכומיהם. שינויים אלה הם שינויים מינוריים שיש לתלותם בחלוף הזמן. לא התרשמתי כי תמיר ניסה לכסות עובדות ולהסתירן במהלך עדותו. אדרבה, אמירותיו כי אינו זוכר בדיוק את תוכן הדברים, מלמדות דווקא על מהימנותו. אכן, תמיר ציין בעדותו שרוזנהויז אמר לו כי אם החברה המרכזית לא תעשה דבר מול מגה, שופרסל תוריד את מוצריה מהמדף. זאת, שעה שאין מחלוקת כי שישית "נביעות" הוצאה מהמגוון של שופרסל לפני שיחתם של השניים, והשיחה התקיימה בעקבות ההורדה. עם זאת, לא מצאתי בכך כדי לפגום במהימנות גרסתו של תמיר. לפי עדותו של תמיר, עניין ההורדה מהמגוון תפס חלק משמעותי בשיחה, כשלגרסתו, המהימנה עלי, רוזנהויז כרך בין שני הדברים – ההוצאה ממגוון ומבצע מגה – ואף ציין כי נקיטת צעדים כנגד מגה תוביל להשבת המוצרים למגוון.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

26. כאמור, הרקע לשיחת תמיר עם גידור היה – לפי עדותו של שגיא, שגם במהימנותה לא מצאתי מקום לפקפק – תשובת גידור לשגיא באשר לסיבת הוצאת "נביעות" מהמגוון. שגיא העיד שגידור אמר לו, כי על תמיר לפנות לרוזנהויז בעניין וכי יש כעס גדול בקשר למבצע מגה. בנסיבות אלו, אינני רואה משמעות גדולה להתנסחותו של תמיר שרוזנהויז אמר, כי העדר פעילות מצד החברה המרכזית מול מגה תביא להורדה מהמדף וניתן לקבוע כי רוזנהויז הוא שקשר בין שני העניינים. ב"כ הנאשמים ניסו להטיל ספק במהימנותו של תמיר, גם בעניינים נוספים. לדבריהם, הוא הסתיר שיחות מהותיות שהיו לו עם קוברובסקי בעניין מבצע מגה, העיד עדות מופרכת בדבר מועד חשיפתו למבצע מגה, מסר דברים שאינם אמת בנוגע למועד כינוס ישיבת איגוד יצרני המזון וסיבת כינוס הישיבה וכן שינה את הסיבה להחזרת "נביעות" למגוון. אולם, גם אם יש ממש בחלק מטענות אלו ותמיר לא דייק בעניינים הנזכרים, אין מדובר בעניינים שיש להם השלכה מהותית על ליבת עדותו הנוגעת לתוכן הדברים ששמע מפיו של רוזנהויז ואינני סבור כי מדובר בסתירות מהותיות היורדות לשורשו של עניין, כאלו שיש בהן כדי להטיל ספק בגרסתו העיקרית. סעיף 57 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 קובע כי "סתירות בעדותם של עדים אין בהן, כשלעצמן, כדי למנוע את בית המשפט מקביעת עובדות שלגביהן חלו הסתירות" (ראו ע"פ 1385/06 פלוני נ' מדינת ישראל, 6.04.09). גם התפתלות של עד המנסה להסתיר חלק מהאמת בעניינים שאינם בלוי עדותו, אין בה כדי להשליך על מהימנותו בכל הנוגע לעיקרי עדותו הרלוונטיים (ע"פ 2014/94 סאלח נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 624 (1996)). לניסיונות אלו להימנע ממסירת עובדות שאינן נוגעות לתוכן העדות הנדרשת, יכולות להיות סיבות שונות, ומכאן ועד למסקנה כי תמיר לא אמר אמת באשר לתוכן שיחתו עם רוזנהויז וביקש להפלילו לשווא, קיים מרחק רב. מה גם, שעדותו באשר לתוכן השיחות נתמכת בעדויותיהם של מנהלי הספקים האחרים שסיפרו על תוכן דומה, ושנלוות אליהן כאמור, ראיות חיצוניות נוספות (השוו ע"פ 4223/07 פלוני נ' מדינת ישראל, 29.11.07; ע"פ 7758/04 בדר עבד אלקאדר נ' מדינת ישראל, 19.07.07).

27. בנוסף, לא מצאתי בסיס ממשי לטענה, לפיה אנשי החברה המרכזית פעלו ללא ליאות בניסיון לגבש חזית אחידה במטרה לפעול כנגד שופרסל. גם לא מצאתי בסיס



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

לטענה לפיה אנשי החברה המרכזית ביקשו להעליל על שופרסל ולתלות בה דברים שלא אירעו. העובדה שמר רוני קוברובסקי, יו"ר החברה המרכזית (להלן: "קוברובסקי"), בסיועו של תמיר, היה מיוזמי ישיבת איגוד יצרני המזון, אינה מלמדת על רדיפה של שופרסל מצדו. מעבר לכך, לנוכח העובדה שקוברובסקי שימש באותה עת כיו"ר האיגוד ומתוקף תפקידו ניהל את הישיבה, לא ירדתי לפשר הטענה של ב"כ הנאשמים, לפיה היותו הגורם הדומיננטי בישיבה מצביעה על הובלת המהלך כולו על ידי החברה המרכזית מול שופרסל.

### שיחת רוזנהויז עם לסין מנכ"ל שטראוס

28. לסין, מנכ"ל שטראוס, תאר בהודעתו הראשונה בחקירתו ברשות מיום 31.12.08 (ת/108) את שיחתו עם רוזנהויז במילים הבאות: "בשיחה הוא כעס מאוד כיצד אנו מוכנים שמותג שלנו יימכר במחיר כה זול ושהעניין לא מקובל עליו... אמרתי שאני מבקש שירגיע את העניינים ויפסיק את הלחצים של השיחות, אמרתי שמבחינתנו אנו לא מתערבים במחירים שמוכרים את מוצרינו, אני לא אוהב את התופעה של ה-loss leader, אבל לא מתכוון לפנות לריבוע הכחול בבקשה להפסיק את המבצע". בהמשך הודעתו אמר ביחס לרוזנהויז באותה שיחה: "הוא דיבר באופן מאוד אמוציונאלי וכעוס, זה לא חדש אצלו, והשתמע מדבריו שהוא רצה שנפנה לרשת הריבוע הכחול על מנת להפסיק את המבצעים שהיא ערכה ולדאוג שתופעת הורדת המחירים אל הרצפה תפסק. אני לא זוכר בדיוק את הניואנס של דבריו".

29. בהודעות מאוחרות יותר שמסר לסין ביום 4.01.09 (ת/109) וביום 18.01.09 (ת/108) הוא הציג, אכן, גרסאות מפלילות פחות ומרוככות יותר של האירועים וטען כי רוזנהויז לא ביקש ממנו להפסיק את מבצע מגה או מבצעים דומים בעתיד וכי קיימות פרשנויות נוספות לדבריו. זאת דוגמת דאגת רוזנהויז לשחיקת המותגים בישראל או כוונה לקבל הנחות משטראוס כדי לצאת בעתיד למבצעים זהים למבצע מגה. אולם, על רקע יתר הראיות ניתן להבין, כי הדבר נועד בעיקר על מנת שלא להיקלע לסכסוך עם הנאשמים וכי דווקא גרסתו הראשונה של לסין היא המדויקת יותר. כך, למשל, עו"ד אלדד כורש, היועץ המשפטי של איגוד תעשיות המזון, שנכח



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

בישיבת ספקי המזון תאר בהודעתו בחקירתו ברשות מיום 7.01.09 (ת/176), כי לסין סיפר על שיחתו עם רוזנהויז, בה הוא נדרש על ידי רוזנהויז להתערב במבצע מגה. הוא דבק בגרסתו זו באשר לדברי לסין על שיחתו עם רוזנהויז גם בחקירתו הנגדית בבית המשפט (עמ' 1430 לפרוטוקול). גם קוברובסקי (בעדותו בעמ' 1009 לפרוטוקול) וגולדשטיין (בהודעתו בחקירתו ברשות מיום 4.01.09 - ת/170) סיפרו, כי לסין אמר בישיבת הספקים שמופעלים עליו לחצים להפסיק את מבצע מגה.

### שיחת רוזנהויז עם מנהלים נוספים

30. גם מנהלי ספקים שלא נכללו בכתב האישום, העידו על שיחותיהם עם רוזנהויז באותו יום. שסטוביץ', מנכ"ל חברת שסטוביץ', העיד כי ביום 21.12.08 הודיעו לו במהלך ישיבה בה נכח, כי רוזנהויז מבקש לשוחח עימו. הוא יצא מהישיבה ושוחח עם רוזנהויז. נושא השיחה היה מבצע מגה, ושסטוביץ' אישר בעדותו את שאמר בהודעתו בחקירתו ברשות, כי ניתן היה להבין מדבריו של רוזנהויז שהוא ציפה ממנו לעשות משהו בקשר למבצע מגה ולפנות בעניין לריבוע הכחול (עמ' 1055, 1065-1067 ו-1083 לפרוטוקול). לדבריו, רוזנהויז היה נסער באופן חריג ולהבנתו הוא התקשר על מנת לנזוף בו על כך שמוצר שלו נמכר על ידי מגה במחיר 3.99 ₪ בלבד.

31. גם מר קרן, מנכ"ל יוניליוור, שוחח עם רוזנהויז ביום פרסום מבצע מגה. הוא סיפר כי רוזנהויז דיבר על הפגיעה במותגים שנגרמה בעקבות המבצע. בהמשך עדותו, הוא ציין כי הרגיש שרוזנהויז רוצה להעביר לו מסר שהתחרות בין שופרסל למגה עלולה להזיק לכולם, בכלל זה לספקים, ולכן אם יש משהו שהוא יכול לעשות, כדאי שהוא יעשה אותו (עמ' 1153 לפרוטוקול).

32. לנדסברג, מנכ"ל סנו, העיד כי רוזנהויז התקשר אליו ביום בו התפרסם מבצע מגה והוא נשמע כעוס מאוד. הוא טען בפניו כי הם אינם מגנים על מוצריהם אך הוא השיב לו כי הוא אינו אחראי על המחיר שהרשתות מוכרים בו את מוצריהם.

### סיכום – תכלית שיחותיו של רוזנהויז עם מנהלי הספקים





## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

33. בחינת העדויות כולן כמקשה אחת מלמדת, כי אין ממש בטענת רוזנהויז לפיה אינו יודע להסביר מה הביא אותו להתקשר לספקים, וכי מדובר במעשה שלא היה מתוכנן. טענתו כי היה מדובר בפעולה ספונטאנית שלא היה לה כל תכלית מעשית וכי הוא פנה לספקים רק כדי "להוציא קיטור", אינה עולה בקנה אחד עם העובדה שהפנייה לספקים הייתה חלק מהפעולות עליה הוחלט במהלך ישיבת מנהלי פורמטים של שופרסל ביום 21.12.08. כאמור, בסיכום הישיבה נכתב מפיו של רוזנהויז כהחלטה "התמודדות מול הספקים על המחירים האבסורדיים" (ת/43) וקביעה זו מתיישבת עם שיחות הטלפון שהופנו למנהלי הספקים ומסבירה אותן. מר סלע, מנהל המבצעים בשופרסל, שהשתתף באותה ישיבה מסר, כאמור, בהודעתו בחקירתו ברשות ביום 14.01.09 (ת/42) כי רוזנהויז נתן הנחיה לגידור "לבדוק את ההתרחשויות מול הספקים ולראות ממה היא נובעת. לראות איך הגיעו למחירים האבסורדיים. לפנות לספקים ולברר כיצד הם נותנים למותג שמשקיעים בו הרבה השקעה שיווקית ואחר כך מוכרים אותו בשקל".

34. רוזנהויז טען, בין היתר, כי שיחותיו עם הספקים נעשו לא מתוך מחשבה, אלא ביטאו את אופיו האמוציונאלי (עמ' 1831 לפרוטוקול). הוא ציין, כי בשיחות עם הספקים הוא רתח (עמ' 1716 ועמ' 1739), הוא הרים את הקול וכעס. עוד לדבריו, הוא לא פעל בצורה רציונאלית (עמ' 1739 ועמ' 1750). לטענתו, "ככה אני מדבר, ככה אני משוחח" (עמ' 1831). ב"כ הנאשמים הצביעו בסיכומיהם על כך שהתרגשותו של רוזנהויז ניכרה מספר פעמים גם במהלך עדותו בבית המשפט. אכן, האדמת פנים, הרמת קול ואף חבטות על דוכן העדים לצורך הדגשת טיעון שביקש להציג, ליוו קטעים שונים של העדות. אולם, על אף סגנון דיבורו הנסער בחלקים שונים של העדות, לא התרשמתי מאדם בלתי מחושב, הפועל באופן אימפולסיבי. נהפוך הוא, ההתרשמותי מרוזנהויז הייתה כי מדובר באדם חד מחשבה, ממולח ומחושב היודע לכלכל היטב את צעדיו, ובחירתו על ידי שופרסל לנהל אותה תעיד אף היא על כך.

35. להתרשמותי, אופיו "הג'ינג'י", כלשונו של רוזנהויז עצמו, וסגנונו הבוטה, רק עמדו לשירותו וסייעו לו כדי להשיג את מטרותיו. הכעס שביטא בפני מנהלי הספקים, רק חידד באוזניהם את רצינותו בדרישתו מהם לפעול אל מול מנהל. רוזנהויז עצמו אישר



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

בעדותו, כי שיחות כאלו עם ספקים אינן שיחות נטולות אינטרס כלכלי או כפי שנטען בסיכומי ההגנה "להוצאת קיטור" בלבד. לדבריו: "שיחות מהסוג הזה יש בהם עניין של כסף... בשיחות מהסוג הזה שמנכ"ל שופרסל מתקשר לספקים יש גם איזושהי אמירה, יש אמירה של משהו, יש אמירה אתה חייב לי... (עמ' 1748). ובחקירתו הנגדית הוסיף: "באותו רגע ספק מבין, מבין שהדו-שיח שמתקיים איתו זה לא דו-שיח שמתקיים איתו לצורך אקדמי, ממש לא, הוא יודע שיושב בקצה, הם הולכים לחיות כל החיים ביחד... וביום אחד זה יעלה לך כסף, לא עכשיו, לא מחר בבוקר, אנחנו יושבים על הסכמים, שנתיים, יושבים על מוצרים שלך, יושבים על מוצרים שאתה רוצה להכניס לגיוון, כן, זה הדו-שיח..." (עמ' 1838).

36. אכן, הדעת נותנת שלא ניתן היה להפסיק את מבצע מגה באיבו. מדובר היה במבצע קצר מועד שפורסם בציבור למשך שבוע אחד, ברור גם שאם מי מהספקים היה מפסיק את אספקת אחד המוצרים שנכללו במבצע, לא היה בכך כדי להביא להפסקת המבצע, בשל המלאי הקיים שהיה בידי מגה. ספק גדול גם אם מבחינה חוקית הייתה בידי הספקים היכולת להפסיק את האספקה באופן חד צדדי ומיידי. אמנם, גם אם תתקבל טענת המאשימה שחלק מהעדויות תומכות במסקנה שהפסקת אספקה למגה הייתה מונעת בפועל את המבצע, מדובר היה רק בהפסקה חלקית שלו - בחלק מהמוצרים בלבד ובהתאם למלאי שהיה קיים במגה, וכנראה רק בימים האחרונים של המבצע. אולם, השאלה אם הייתה יכולת מעשית להפסיק את המבצע אינה כה משמעותית, שכן בהתאם להוראת סעיף 26 לחוק העונשין, לעניין ביצוע עבירת ניסיון, אין נפקא מינה אם עשיית העבירה לא הייתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו. השאלה המרכזית היא אפוא, מה הייתה כוונתו של רוזנהויז שעה שפנה לספקים, ומה סבר הוא ביחס ליכולתם של הספקים להשפיע על מבצע מגה שהתקיים באותה עת או על מבצעים דומים שעשויים להתקיים על ידי מגה בעתיד.

37. כאמור, ממכלול העדויות עולה שמנהלי הספקים התרשמו כי רוזנהויז דרש מהם לפעול באופן ממשי מול מגה להפסקת המכירה של המותגים במחירים כה נמוכים, אם לאלתר בהפסקת האספקה או בהפסקת הנחות, או לפחות בנקיטת צעדים כלפי מגה שימנעו הישנות מבצעים מעין אלו בעתיד. לסיין ציין, כי השתמע מדברי רוזנהויז



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

"שהוא רצה שנפנה לרשת הריבוע הכחול על מנת להפסיק את המבצעים... (הודעתו מיום 31.12.08 – ת/108); תמיר ציין כי רוזנהויז ביקש שהם יפעלו "להפסיק את ההתנהלות המטורפת הזאת של מחירי רצפה" (עמ' 619 לפרוטוקול); וינשטיין ציין כי רוזנהויז אמר לו "שהוא לא מבין איך אני ממשיך לספק סחורה לריבוע הכחול... הכוונה הייתה שאני אפסיק את האספקה" (עמ' 29-30 לפרוטוקול); קפלן ציין שהתרשם שרוזנהויז מצפה שהוא יפעל שרשת הריבוע הכחול יפסיקו את המבצע עם הקטשופ של "אוסס" (עמ' 334 לפרוטוקול); קרן ציין שהרגיש שרוזנהויז "רוצה להעביר לי מסר... ואם יש משהו שאני יכול לעשות, אז כדאי שאני יעשה אותו" (עמ' 1153 לפרוטוקול); ושסטוביץ' אמר כי "ברור שניתן היה להבין מדבריו שהוא ציפה שאני אעשה משהו" (עמ' 1065 לפרוטוקול).

38. בנסיבות אלו, גם קבלת גרסת רוזנהויז וגידור כי לא אמרו לאיש ממנהלי הספקים **בלשון מפורשת** לפעול להפסקת מבצע מגה, אין בה כדי לשנות את העובדה שכל מנהלי הספקים הבינו מדברי רוזנהויז שהוא מצפה, ואף דורש מהם, לפעול להפסקת המבצע בו נמכרים מותגיהם ב"מחירי רצפה". ייתכן אמנם, כי בין היתר עמדה ביסוד הדברים גם השאיפה לשפר את תנאי הסחר של שופרסל כלפי הספקים בעתיד. אך סביר הוא כי גם עניין זה עמד לנגד עיניו של מנכ"ל שופרסל. אולם, אין מדובר בתכלית יחידה, אף לא עיקרית. תוכן השיחות מלמד כאמור, בצורה מפורשת, כי מטרתו של רוזנהויז הייתה שהספקים יפעלו אל מול מגה להפסקת מבצע זה של מכירת מותגיהם ב"מחירי רצפה" או לפחות למניעת מבצעים כאלו בעתיד.

### טענת רוזנהויז כי פעל כנגד הפגיעה במותגים

39. מעבר לכך, רוזנהויז עצמו מודה שהוא פעל להפסקת מכירת המוצרים במחירים שנמכרו במבצע, אם לא בשבוע שנקבע לו, אזי במקרים דומים בעתיד. כל שטען להגנתו היה שהוא לא פעל בשיחות עם הספקים בשל הפגיעה שנגרמה לשופרסל כתוצאה ממבצע מגה, אלא מתוך רצון למנוע את הפגיעה במותגים השונים של הספקים כתוצאה ממכירתם במחירים כה נמוכים, כפי שמכרה אותם מגה במסגרת המבצע. כנשאל רוזנהויז בהודעתו בחקירתו ברשות מיום 1.01.09 (ת/6) מה יכול לעשות ספק כדי להגן על מותגיו השיב כי "זו שאלה קשה ומורכבת איך להגן".



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

בהמשך הוסיף "יכול להיות שהיה ניתן למנוע את הפגיעה ללא הפרסום. לכן ייתכן וספק צריך לשלוט על הפרסום ולאשר מראש פרסום שעשוי לפגוע במותג. יש כאן קונה ומוכר מרצון, חייב להיות דו שיח". האם ניתן לקבל את האפשרות שרוזנהויז, אשר לפי טענתו פנה לספקים בדרישה להגן על המותגים, ושב ופנה אליהם בשנית בחלוף יום נוסף כשהבין שדרישתו להגן על המותגים לא נענתה, לא ידע - בחלוף כעשרה ימים - להסביר כיצד בדיוק ניתן היה להגן על המותגים. ברור כי כוונת רוזנהויז בשיחותיו עם הספקים לניהול מותגים והגנה עליהם - ככל שזו אכן הייתה כוונתו במסגרת שיחותיו עם הספקים - כללה ציפייה לתגובה מסוימת של הספקים באופן מיידי, שאם לא כן מדוע התקשר אליהם ביום השני של המבצע כשהבחין שמודעות מבצע מגה פורסמו בשנית.

40. למעשה, רוזנהויז הודה כי שיחותיו עם מנהלי הספקים, ביום השני של מבצע מגה, היו לאחר שהתוודע לפרסום המודעות אודות מבצע מגה פעם נוספת והבנתו כי הספקים לא פעלו להפסקת המבצע, כפי שציפה מהם. זאת, לאחר שיחתו עמם ביום הראשון למבצע. כך, בהודעתו בחקירתו ברשות מיום 1.01.09 (ת/6) כשנדרש לפשר שיחותיו עם הספקים ביום השני של מבצע מגה, ציין רוזנהויז כי "רשת אחראית מרימה שוב טלפון לאותם ספקים ואומרת שהדבר נמשך... זה אחראי ונכון ואני מקווה שכולם ינהגו כמוני במצב כזה". דברים אלה סותרים את טענתו כיום, שהדבר נעשה מתוך כעס רגעי וללא כוונה מיוחדת. המדובר היה בפעולה מכוונת ומודעת שלו ומבחינתו הייתה ציפייה שבעקבות השיחה ביום הראשון למבצע יגרמו הספקים לכך שהמבצע, ולמצער פרסומו לא יימשכו. בעדותו אומנם הכחיש רוזנהויז, כי ביקש לדבר עם הספקים פעם שנייה ביום השני למבצע מגה ולא ידע להסביר את הכיתוב ביומן הטלפונים שלו (ת/33). אולם, דברים אלו אינם מתיישבים עם דבריו הנזכרים לעיל בהודעתו. למעשה, הדברים גם עולים מדברי רוזנהויז בעדותו בבית המשפט (עמ' 1865-1866), לפיהם לאחר שהתקשר לשניים-שלושה ספקים ביום השני של המבצע, הוא הפסיק לדבר עם ספקים אחרים כי הבין "שזה תקליט שחוק". לאמור, הספקים לא הגיבו כפי שציפה מהם, ושבּו על תשובותיהם מיום אתמול כי אין בידם לעשות דבר. גם גידור ציין בהודעתו בחקירתו ברשות מיום 1.01.09 (ת/16), כי שופרסל ומנהליה התאכזבו מתגובת הספקים. לדבריו: "התגובות שקיבלנו היו ממש לא רציניות 'אתה יודע שאני לא יכול לעצור אותם', 'אתה יודע שאני לא



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

משפיע'. פתאום הספקים הגדולים במדינה שמחזיקים יותר מ-50% משוק המזון מגלים פאסיביות כאשר פוגעים להם במותג'. ובהמשך: "אנחנו הרמנו ידיים לגבי שיתוף הפעולה של הספקים עם מבצעים מסוג זה". כאמור, גם תגובות הספקים לדברי רוזנהויז באותן שיחות, שעיקרן חוסר יכולתם לפעול אל מול מנהל, מלמדות כי בקשת רוזנהויז לא הייתה ללמדם כיצד לנהל את המותגים שלהם, אלא דרישה לפעילות מעשית מצדם אל מול מנהל, להפסקת המבצע.

41. יחודד בעניין זה, כי כאשר נשאל רוזנהויז בבית המשפט אודות הדרך להגנה על המותגים, השיב כי הספקים למעשה לא יכלו לעשות דבר לגבי המחירים הנמוכים (1.99 ₪) שבהם נמכרו חלק מהמותגים במבצע מנהל – "הוא לא יכול לעשות לגבי המחיר של ה-1.99 שקל שום דבר, הוא רק יכול לעשות דבר אחד, עכשיו לבוא לשופרסל אחרי שמותגים שלו נמכרו ב-1.99 שקל והם לא שווים שום דבר ולהגיד בואו שופרסל, בואו, אני עכשיו לא שעובד אתכם, מה שעשיתי קודם אני הולך לעשות לכם פי שתיים... ואני יודע שהם חייבים לי..." (עמ' 1842). לאמור, רוזנהויז טוען, מחד, כי מכירת המותגים במחירים נמוכים ביותר היא דבר חמור שבעטיו פנה לספקים כדי שימנעו אותה, ומאידך מאשר שהספקים לא יכלו לעשות מאומה בעניין וכי פנייתו אליהם נועדה לשפר את תנאי הסחר של שופרסל כלפיהם בעתיד ולקבל מהם הנחות דומות.

42. בעיניי, אין גם בעובדה שניסיונותיהם של הנאשמים להגיע להסדר עם מי מהספקים או עם כולם נכשלו, כדי להוביל למסקנה שלא היה כאן ניסיון להגיע להסדר שכזה. בניגוד לטענת ב"כ הנאשמים, אי ההצלחה אינה מלמדת על שלומיאליות או על היעדר מטרה מבחינתו של רוזנהויז, אלא רק על העובדה שהספקים העדיפו שלא להתערב במבצע מנהל, אם בשל המגבלות החוקיות הרובצות עליהם ואם משיקולים כלכליים שלהם. גם העובדה ששיחות הטלפון עם הספקים נמשכו זמן קצר בלבד אינה מלמדת, שלא הייתה כוונה מצד רוזנהויז להגיע להסכמה עם הספקים. אין מחלוקת, כי דבריו של רוזנהויז אודות מבצע מנהל היו נוקבים וברורים, ורוזנהויז עצמו סבר שהצליח בדבריו הקצרים להניע את הספקים לפעולה. שכן, כפי שציין הוא עצמו הוא הופתע ביום המחרת, כשראה בעיתון שמבצע מנהל נמשך.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

43. גם אם אצא מהנחה שרוזנהויז לא הציג לספקים דרישה מפורשת להפסקת אספקה או לגבי אי מתן הנחות, אין בכך כדי ללמד כי לא ביקש להגיע להסדר עימם. יש יסוד לקבוע, כי כמנהל עסקים מנוסה, הוא נמנע מלעשות זאת באופן ישיר ומפורש בידעו כי מדובר במעשה אסור ולכן בחר לפעול בדרך עקיפה שאותה יוכל להציג בדיעבד ככזו שאינה חוצה את הגבול בין המותר לאסור. אולם, מכלול הנסיבות מלמד, כי קו גבול זה נחצה על ידו. שהרי, גם אם מנהלי הספקים לא שמעו מרוזנהויז מה **בדיוק** הוא מצפה מהם לעשות, כולם הבינו מתוך דבריו שהוא מצפה מהם לפעול באופן מסויים כדי למנוע ממגה למכור במחירים כה נמוכים את מותגיהם – אם במניעת אספקה, אם בהפסקת מתן הנחות ואם בכל דרך אחרת. די בכך כדי ללמד שרוזנהויז ניסה להביא את הספקים לפעולה שתביא להפסקת מכירת המוצרים של מגה במחירים נמוכים באמצעות הפעלת לחץ מצידם. אך סביר הוא, שהדרך בה תושג המטרה לא בהכרח עניינה אותו. גם אם הותיר רוזנהויז את דרך הפעולה לבחירת הספקים, הרי שיש בפנייתו, כפי שתוארה לעיל, כדי להוות עבירה של ניסיון להסדר כובל.

44. אכן, ב"כ הנאשמים הצביעו על כך שניתן ללמוד מדברי מנהלי הספקים, שרוזנהויז הביע בפניהם דאגה מפגיעה במותגים. כך ציין קפלן בעדותו (עמ' 278), כי רוזנהויז "דיבר בעיקר על איך אנחנו נותנים לאחרים להרוס את המותגים שלנו. זה היה המסר המרכזי הוורבאלי שעבר בשיחה...". כך ציין לסין בהודעתו מיום 18.01.09 (ת/110) ביחס לדברי רוזנהויז בשיחתו עמו כי "אני מניח שמבחינתו הוא הודאג מערך המותגים של שטראוס" ובעדותו (עמ' 830): "אולי הוא (רוזנהויז – מ.ה.) דרש שאני אדאג למותגים של שטראוס". כך מר דודי עזרא שהיה יו"ר מועצת המנהלים של קבוצת נטו סיפר בעדותו (עמ' 1038): "הוא אמר לי... שזה מבצע שהורס את המותג עצמו". וכך קרן בעדותו (עמ' 1145): "הוא אמר שהוא מודאג שזה בעצם הורסים מותגים במדינת ישראל". אולם, קשה לקבל ששיחתו עם הספקים נועדה רק להביע כעס אודות הפגיעה במותגים שלהם ודרישה להגן עליהם להבא, ולו בשל כך שגרסה זו עומדת בסתירה לטענות אחרות שלו, דוגמת הטענה כי מטרת השיחות הייתה אך "להוציא קיטור" או להביא שיפור תנאי הסחר של שופרסל בעתיד ולקבל מחירים דומים מהספקים.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

45. טענת ב"כ הנאשמים, כי הפנייה לספקים שנועדה לדרוש מהם לנהל את מותגיהם הייתה פנייה "גמישה" כהגדרת הנאשמים, נטולת תוכן קונקרטי ופתוחה לאפשרויות שונות, מתעלמת לחלוטין מהמועד בו נעשתה הפנייה, מן ההקשר שבו נעשתה וממכלול הנסיבות שאפפו אותה. ברור לחלוטין מן הראיות, שלא מדובר היה בדרישה מנותקת הקשר מן הספקים להגנה עקרונית על מותגיהם. עולה בבירור שאותה פנייה באה על רקע מבצע מוגה, היא כללה את כל מצבת הספקים שמוצריהם נמכרו במבצע מוגה, ורוזנהויז גילה צפייה שדבריו – שלפי טענתו עסקו בפגיעה במותגים – יבואו לידי ביטוי מייד בהקשר למבצע מוגה. שכן, כאמור, שעה שהבחין בפרסום, בעקבות דבריו מן היום הקודם, שב ופנה לספקים. מכאן, שגם אם הפגיעה במותגים הייתה בראש מעייניו, דבריו כווננו לנקיטת צעדים מעשיים ומידיים אל מול מוגה להפסקת פגיעה זו, אם במסגרת המבצע שהתקיים אז או בהגבלת פרסומו ואם במניעת מכירה במחירים דומים בעתיד. בעניין זה, כפי שנטען על ידי הנאשמים בסיכומיהם (עמ' 32), וכפי שטען רוזנהויז עצמו בעדותו (עמ' 1707), הדאגה למותגים לא היתה אך "לשם שמיים" אלא מתוך דאגה לאינטרס של שופרסל. זאת בשל העובדה ששופרסל, לדבריה, נטלה חלק מרכזי בבניית המותגים ובייצור "ערך היתר" שלהם ומאחר שמחיריהם של מוצרים ממותגים ושינוי בהם משפיעים על היררכיית המחירים כולה.

46. אמנם, לטענתו של רוזנהויז, פנייתו לספקים בעניין "ניהול המותגים" נגעה רק לפגיעה בערכם. אולם, כפי שנקבע לעיל, פנייה זו לוותה גם בדרישה לבצע פעולות ממשיות שימנעו את זילות המותגים בהקשר למבצע מוגה. לפיכך, די היה בפניה בנוסח זה, כדי לשכלל עבירה של ניסיון להסדר כובל והפרה של תנאי המיזוג שאסרו על שופרסל להתערב בדרך כלשהי בתנאים המסחריים הניתנים על ידי ספק כלשהו למתחרה שלה. אכן, אין להעלות על הדעת שרוזנהויז סבר שבעקבות פנייתו, הספקים ייתנו בלעדיות לשופרסל וימנעו ממכירת מוצרים למגה. ברור מאליו כי לספקים יש אינטרס לעבוד גם מול מוגה שהיא אחת מרשתות המזון הגדולות בישראל. אולם, עצם הפעלת הלחץ על הספקים לפעול מול מוגה, כדי שתימנע ממכירת מותגיהם, בין במבצע הנוכחי ובין במבצעים עתידיים, במחירים מוזלים או אף מוזלים ביותר, עד כדי מה שנתפס כפגיעה במותג, מהווה לכשעצמה ניסיון לעריכת הסדר כובל והפרת תנאי המיזוג.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

47. יתר על כן, החוק האוסר על עריכת הסדרים כובלים, כמו גם תנאי המיזוג שנקבעו במסגרת אישור המיזוג של שופרסל עם קלאבמרקט, אינם מתייחסים למניע שעומד בבסיס הרצון להגיע להסדרים אלו. לכן, ללא קשר למניע של שופרסל ואף אם רוזנהויז דאג דאגה כנה לערכם של המותגים, עצם הפניה כפי שנעשתה עומדת בניגוד לתנאי המיזוג ומהווה ניסיון לעריכת הסדר כובל. מטרת הניסיון היתה להביא להסדר בין שופרסל לבין ויסוצקי, אוסם, החברה המרכזית ושוטראוס, לפיה האחרונות יגרמו להעלאת מחיר מוצריהם הנמכרים במגה או ימנעו את מכירתם על ידה במחירים הפוגעים בערך המותג. המדובר בבירור בהסדר שבו אחד הצדדים מגביל עצמו באופן הפוגע בתחרות ובמקרה דנן גם נועד להשפיע "על המחיר שיידרש, שיוצק או שישולם", כלשון סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים. בנוסף, גם פירוש דווקני ומצומצם של המילה "להתערב" שבתנאי 12 לאישור המיזוג הקובע כי: "שופרסל לא תתערב בדרך כלשהי בתנאי המסחריים הניתנים על ידי ספק כלשהו למתחרה שלה..." מוביל למסקנה לפיה, בניגוד לטענת ב"כ הנאשמים בסיכומים בעל-פה (עמ' 2259 לפרוטוקול), העלאת מחירים על ידי הספקים בעקבות הסכמה עם שופרסל, כמו גם הפסקת האספקה באופן מידיי על ידם כדי מנת למנוע מכירה של המוצרים במחירי המבצע או דרישה להפסקת פרסום המבצע, לפי אותה הסכמה כל אלה עולים כדי עבירה של הסדר כובל, כמו גם הפרה של תנאי המיזוג.

### ההוצאה ממגוון

48. גם פעולת ההוצאה מהמגוון שנהגה בה שופרסל כלפי הספקים שמוצריהם נמכרו במבצע מגה המועד והאופן שבו הדבר נעשה מחזקים את המסקנה, שהייתה כאן פעולה מכוונת של שופרסל, בהובלת רוזנהויז, כנגד הספקים השונים במטרה להניע אותם לפעול אל מול מגה.

49. אכן, הנאשמים טוענים, כי אין ממש בטענה כי מדובר בפעולת "ענישה" כנגד הספקים. לראייה הצביעו על הורדת שישית "נביעות" מהמגוון עובר לשיחת רוזנהויז עם תמיר. אולם, בכך אין לשלול את המסקנה כי ההורדה מהמגוון נועדה ליצור לחץ על הספקים לפעול אל מול מגה בשל המבצע, להפסקתו או למניעת מבצע דומה





## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

בעתיד. המשותף לכל העדויות בעניין זה היה כי הוצאת מוצרי הספקים מהמגוון עם תחילת מבצע מגה נעשתה באופן מיידי בניגוד לדרך המקובלת שבה פעלה שופרסל, בדרך כלל, מול הספקים, לגבי הורדת מוצרים ממגוון.

### העדויות על הורדת מוצרי הספקים ממגוון שופרסל

#### הורדת ה"אייס T" מהמגוון מול ויסוצקי

50. וינשטיין, מנכ"ל ויסוצקי העיד, שלא התקיימו דיונים על הוצאת המוצר מהמגוון עובר להורדתו (עמ' 35-36 לפרוטוקול) וכי הוא לא מכיר מקרה נוסף שבו הוחלט באופן פתאומי להוציא מוצר מהמגוון (עמ' 36). גם בר העיד, כי מדובר בהתנהלות חריגה שאינה תואמת את ההתנהלות בין שופרסל לויסוצקי ואת הפרוצדורה שנהגה במשך השנים ביחס להוצאת מוצרים ממגוון (עמ' 154-155 לפרוטוקול). מר אריה בן חמו, מנהל הסחר בויסוצקי (להלן: "בן חמו"), ציין אף הוא בעדותו, כי נהוג לתת הודעה מראש על הורדה ממגוון, על מנת לאפשר משא ומתן על כך והוצאה ממגוון באופן מיידי היא חריגה (הודעת בן חמו בחקירתו ברשות מיום 6.01.09 – ת/59 ועדותו בבית המשפט בעמ' 254 לפרוטוקול). עדות זו זכתה לאישוש גם בעדותו של מר שלומי כהנא, מנהל קטגוריית משקאות בשופרסל (להלן: "כהנא"), שעבד בין היתר מול ויסוצקי (הודעות כהנא בפני הרשות מיום 1.01.09 ומיום 5.01.09 – ת/198 ות/200 בהתאמה). בן חמו טען בהודעותיו בפני הרשות, שבסמוך לפני הורדת ה"אייס T" הוא קיבל אישור מכהנא למבצע שתוכנן להיערך בחודש ינואר 2009 בנוגע ל"אייס T" (הודעה מיום 6.01.09 – ת/59). כהנא, שהיה כאמור מנהל קטגוריית המשקאות הקלים בשופרסל העיד, כי כחלק מההכנות לשנת 2009 הוא נכנס למו"מ עם כל הספקים בקטגוריה שלו לשיפור תנאי הסחר ובמסגרת זו התכוון להתמחרות מול ויסוצקי על ה"אייס T". הורדת המוצר מהמגוון נעשתה מבלי להתייעץ עמו. נתונים אלה מלמדים על התנהלות חריגה שאינה תואמת את הטענה שמדובר בהוצאה "שגרתית" מהמגוון.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

### הורדת "רד מאג" מהמגוון מול אוסם

51. קפלן העיד, כי הורדת מותג "רד מאג" ממגוון שופרסל הייתה לא שגרתית ולא אפיינה את מערכת היחסים בין שופרסל לאסם. הוא ציין שהוא אינו זוכר בעבר הודעה חד-צדדית, כפי שארע במקרה זה (עמ' 288 לפרוטוקול). קפלן הוסיף כי התרשמותו הייתה שמדובר בתגובה לכך שהם לא פעלו להפסקת מבצע מזה, כפי שרוזנהויז ציפה (עמ' 353 לפרוטוקול). גם מנביץ אמר, כי מדובר באירוע חריג מאוד. הוא ציין, כי בדרך כלל מדובר בתהליך ארוך שנמשך שבועות ולעיתים חודשים, ואשר נועד למנוע נזקים משני הצדדים, כאשר מועד ההוצאה נעשה בתיאום מלא בין שני הצדדים. הוא גם העיד, כי היה ברור לו שמדובר בתגובה למבצע מזה. עדים נוספים – מר משה אטיאס מנהל היחידה העסקית באסם מול שופרסל, כמו גם עובדיו מר צפריר כהן ומר שחר בשן, ליאור גרטל מנהל קטגוריית מוצרי היסוד והמוצרים הקולינאריים בשופרסל (להלן: "גרטל") ועופר לב מנהל קטגוריית המשקאות החמים והממרחים בשופרסל (להלן: "לב") – העידו אף הם על התהליך הרגיל של הורדת מוצר ממגוון. הליך זה כולל קיום דיון ומתן הודעה מראש כשבועיים-שלושה לפני ההורדה. המאשימה אף הגישה מספר דוגמאות למכתבים מעין אלו המדווחים על הורדת מוצר ממגוון (ת/72, ת/76, ת/78, ת/79, ת/91, ת/95, ת/96, ת/162). גם עובדות אלה מעידות על התנהלות חריגה ולא שגרתית בנוגע להורדת הרד מאג מהמגוון, בניגוד לטענת הנאשמים.

### הורדת "נביעות" מהמגוון מול החברה המרכזית

52. תמיר מסר אף הוא בעדותו, כי ביחסים שהיו לחברה המרכזית עם שופרסל, הצעד של הורדת "נביעות" מהמגוון הוא "דבר חסר תקדים" (עמ' 558 לפרוטוקול). שגיאת טען אף הוא, כי הורדה של מוצר מהמגוון ללא מתן הודעה בכתב, כפי שנעשה במקרה זה הוא דבר חריג וכי בדרך כלל מתקיים דיון לפני הורדת מוצר ממגוון (עמ' 639 לפרוטוקול). שגיאת ציין עוד, כי מר אורן שקד מנהל הסחר בחברה המרכזית מול שופרסל, הודיע לו ביום 22.12.08 אחר הצהריים שכהנא אמר לו כי "נביעות" יוצא מהמגוון על יסוד החלטה "מלמעלה" ומבלי שניתנו לכך נימוקים (עמ' 628 לפרוטוקול). בקשותיו מגידור לקבל הודעה בכתב על הורדת "נביעות" מהמגוון לא



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

נענו (עמ' 640). שגיא הוסיף, כי באותו ערב הוא התקשר לגידור כדי לאמת עמו את הידיעה אודות הורדת "נביעות" ולא קיבל תשובה עניינית לסיבת ההורדה. כל שאמר לו גידור היה "שאיציק (תמיר – מ.ה) ידבר עם אפי (רוזנהויז)" ו"שיש איזה שהוא כעס על המבצע של מגה" (עמ' 628 לפרוטוקול). גולדשטיין ומר גלעד זילברברג שנכחו בישיבת איגוד יצרני המזון ביום 23.12.08 העידו, כי תמיר דיבר במפורש על הקשר שבין שתיקת החברה המרכזית לנוכח מבצע מגה לבין הסרת מוצריה ממגוון שופרסל (גולדשטיין בהודעתו מיום 4.01.09 – ת/170, וזילברברג בהודעתו מיום 5.01.09 – ת/99). בנוסף, גם שקד העיד כי ההתנהלות הרגילה היא שמתנהל משא ומתן בינו לבין כהנא עובר להורדת מוצר ממגוון וניתנת הודעה של כשבוע שבועיים מראש בטרם ההורדה. במקרה זה, כהנא הודיע לו כי קיבל הנחייה להורדת בבקבוקי "נביעות" מהמגוון ובקשתו לפעול לפי הנוהל לא נענתה. אפילו בקשתו לדחות את מועד ההורדה מהמגוון בימים ספורים, מאחר והמשאיות כבר היו עמוסות במוצרי "נביעות", נדחתה (עמ' 777 לפרוטוקול). העובדה שההורדה ממגוון נעשתה עובר לשיחה של רוזנהויז עם תמיר אינה משנה את מטרת ההורדה מהמגוון. זאת נוכח העובדה שרוזנהויז ניסה להשיג את תמיר בטלפון כבר ביום ראשון ה-21.12.08 והדבר לא עלה בידו ולנוכח דבריו של גידור באשר לתכלית ההורדה ממגוון.

### הורדת מוצרי "יד מרדכי" מהמגוון מול שטראוס

53. גם לסין בהודעתו הראשונה בחקירתו ברשות, מיום 31.12.08 (ת/108), ציין כי בעקבות פרסום מבצע מגה החל לחץ של שופרסל על שטראוס, הלחץ כלל הודעה שנמסרה לסמנכ"ל ומנהל חטיבת המכירות בשטראוס, בלס, שהחל מיום 1.01.09 רוב מוצרי יד מרדכי ששייכים לקבוצת שטראוס יוצאו מגיוון שופרסל. הוא הוסיף, כי הם הבינו שכנראה בעקבות מבצע מגה, החליטה שופרסל להעניש את הספקים שמוצריהם השתתפו במבצע בהוצאה של מוצרים ממגוון הרשת. לפי הערכתו, נבע הדבר מתוך כוונה להפעיל לחץ על הספקים, על מנת שיפנו למגה שתפסיק את המבצע. כשנשאל מדוע הוציאה שופרסל דווקא את מוצרי יד מרדכי השיב, כי הדבר מוזר ולא ברור לו והוא אינו יודע מדוע בחרה שופרסל במוצר זה דווקא.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

54. מר איתי בן אבי, אחראי הסחר מול שופרסל בשטראוס (להלן: "בן אבי") העיד, כי בהליך רגיל של הורדת מוצר ממגוון הוא מקבל מכתב רשמי בנוסח קבוע עם פירוט המוצרים להורדה (הודעה בחקירתו ברשות מיום 7.01.09 - ת/122). בהודעתו גם ציין כי ביום 21.12.08 התקשר אליו לב, מנהל הקטגוריה בשופרסל ואמר לו שדבש "יד מרדכי" יצא מהמגוון, פרט לדבש 350 גרם. באותו יום, נשלח לו מכתב בנושא. לדבריו, הוא שאל את לב לגבי הסיבה להורדת המוצר, אך לא קיבל תשובה. בן אבי ציין, כי נראה לו שלב אמר "זה משהו מלמעלה". גם מגרטל, מנהל קטגוריה בשופרסל, הוא לא קיבל תשובה. הוא התרשם, כי היה זה ניסיון התחמקות ו"רוח הדברים הייתה שזה הוראה מלמעלה". הוא גם ציין, כי לא התקיימו דיונים בין שופרסל לשטראוס על הורדת המוצרים והדבר הפתיע אותו. לדבריו בכל הנוגע לשמן של יד מרדכי, אכן דובר על כך עם שופרסל קודם לכן, אך השיח עסק ברווחיות ולא דובר על הורדה ממגוון. בנוסף ציין, שהתלונות על רווחיות השמן נמשכו במשך שנתיים. הוא העיד כי בסופו של דבר שונתה ההודעה, ולא הורדו מוצרי הדבש אלא רק שלוש מתוך שבעה ממוצרי השמן.

55. בלס העיד, כי במהלך הורדה רגילה מהמגוון, ניתנה לשטראוס הודעה מראש של מספר ימים עד מספר שבועות (הודעה מיום 1.01.09 - ת/115). המאשימה גם תמכה את טענותיה בעניין זה במספר דוגמאות של הודעות על הורדה ממגוון של מוצרים שונים (ת/121, ת/132, ת/134, ת/164, נ/17, נ/21, נ/48, נ/56, נ/57 ועוד). במקרה זה, הורדת מוצרי יד מרדכי נעשתה בטווח זמן "מידי", וכפי שנכתב בכתב יד על הודעת ההורדה ממגוון של מוצרים אלו ליד התאריך 31.12.08 שנמחק בקו (ת/156). ויצוין כי גרטל אישר בהודעתו מיום 13.01.13 (ת/154), כי "יכול להיות" שהכיתוב "מידי" על גבי ההודעה הוא כתב ידו, אולם לא ידע להשיב מדוע רשם זאת, מי ביקשו לרשום זאת ומהן הסיבות להורדה המיידית.

### סיכום – תכלית הורדת מוצרי הספקים ממגוון שופרסל

56. העובדה שהנאשמים נהגו בדרך חריגה לא רק מול ספק אחד, אלא מול מספר ספקים שהמכנה המשותף שלהם היה השתתפות מוצריהם במבצע מגה, עיתוי ההורדה מהמגוון באותו יום של פרסום מבצע מגה וביום שלאחריו, נסיבות ההורדה החורגות



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

מהדרך בה נעשית פעולה זו בדרך כלל, והצירוף העדויות, ביניהן אלו של הנאשמים עצמם, התומכות בקשר שבין הורדת המוצרים ממגוון למבצע מגה, מובילים למסקנה, כי ההורדה של המוצרים ממגוון שופרסל לא היתה מקרית. ההורדה נועדה להוות מכשיר בידי הנאשמים לחזק את המסר של רוזנהויז בשכנוע הספקים לפעול אל מול מגה להפסיק למכור את מוצריהם שבמבצע במחירים שבהם נמכרו, אם לא במסגרת המבצע שהתקיים באותה עת, אזי לכל הפחות בעתיד. למעשה, גידור אף הודה במפורש בקשר שבין הורדת המוצרים ממגוון לבין מבצע מגה במפורש. בהודעתו בחקירתו ברשות מיום 1.01.09 (ת/16) ציין גידור כי ביום השני למבצע מגה (22.12.08) הם (הוא ורוזנהויז) גילו שמודעת המבצע פורסמה בשנית. הם למדו מכך "שעולם כמנהגו נוהג דהיינו הרשת ממשיכה לזלזל במוצרים במוותגים". לדבריו, הם הבינו שאף אחד מהספקים לא עשה דבר על מנת לשכנע את מגה בגודל הטעות שבמחירי המבצע ואף לא אחד מהספקים השכיל לשכנע את מגה להפסיק "לפמפם" את המבצע. בתגובה לכך, בשיחה משותפת עם רוזנהויז, הם החליטו "להאיץ את התהליך של התאמת המגוון למיתון".

57. חרף זאת, הנאשמים טענו כי פעולות ההוצאה מגיוון של מוצרי הספקים הייתה מטעמים כלכליים בלבד, כשמבצע מגה היווה אך עיתוי מתאים לבצע את ההוצאה. לשם כך, הם הכבירו בראיות מהן ביקשו ללמד על בעיית הרווחיות שהייתה קיימת עובר למבצע מגה לגביה מוצרים שהוצאו מהמגוון. כך נטען, כי מוצרי סדרת "רד מאג" גרמו לשופרסל הפסדים והם הורדו ממגוון בשל בעיות רווחיות וכדי לשפר את התנאים המסחריים בהם שופרסל רוכשת מוצרים אלו מאסם. בנוגע ל"אייס T" נטען כי מדובר במוצר שהיה ב"פרפורי גסיסה" עובר למבצע מגה, שהסב הפסדים כבדים לוויסוצקי וגרם לבעיות תפעוליות בשופרסל. הם גם הצביעו על כך שכבר בקיץ 2008 החלו בשופרסל דיונים מול ויסוצקי בעניין הוצאת ה"אייס T" מהמגוון (עדותו של בר בעמ' 171 לפרוטוקול ועדותו של בן חמו בהודעתו בחקירתו ברשות מיום 6.01.09 - ת/59). בהמשך נטען גם כי ששיית "נביעות" יצאה גם היא ממגוון שופרסל על רקע בעיית רווחיות, אם כי היא לא הסבה הפסדים גדולים לשופרסל. הנאשמים הצביעו על כך שהתקיימו דיונים בין החברה המרכזית לשופרסל בנוגע לשיפור הרווחיות (עדותו של כהנא בעמ' 1591 לפרוטוקול. וראו גם עדותו של שגיא בעמ' 689-690 לפרוטוקול).



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

58. באשר להוצאה ממגוון של מוצרי "יד מרדכי" נטען, כי ההוצאה במקרה זה בוצעה בנוהל הרגיל. נשלחו מכתבי הוצאה סטנדרטיים (ת/123 ו-ת/124) שבהם ניתנה התראה של מעל לשבוע לקראת הורדת המוצרים מהמדפים. הנאשמים טענו גם, כי ההחלטה על הורדת מוצרי יד מרדכי התקבלה כבר ביום 18.12.08 עובר לפרסום מבצע מגה. עוד נטען, כי הוצאת שמן הזית של יד מרדכי מגיוון שופרסל ביום 21.12.08 הייתה רק צעד אחד בשורה של צעדים מסחריים שחלקם נעשו תוך הידברות וחלקם צעדים תקיפים כלפי שטראוס שמטרתם לשפר את רווחיותה של שופרסל. הם הצביעו על כל שבלס מסר בהודעתו בחקירתו ברשות מיום 1.01.09 (ת/115) שהסיבה שנמסרה לו להוצאת מוצרי יד מרדכי מהגיוון הייתה שהמיתון הצפוי בשנת 2009 אינו מצדיק עסקית את החזקת מוצרי יד מרדכי על המדפים.

59. אכן, כפי שהעידו חלק ממנהלי הספקים, הוצאה ממגוון נעשית לעיתים על רקע של בעיות רווחיות והיא משמשת במקרים רבים חלק ממאבק מסחרי בין רשתות השיווק לבין היצרנים. אולם, גם הנאשמים מודים שמדובר בפעולה הננקטת בנסיבות חריגות. מהעדויות גם עלה כי אין מדובר במהלך הננקט "מהיום למחר" וקודמים לו ברובם המכריע של המקרים דיונים ומשא ומתן בין הצדדים. מהעדויות עלה כאמור, כי על פי רוב, המהלך מלווה גם בתכתובת ובמתן הודעות מסודרות. הוצאה ממגוון ללא הודעה מוקדמת היא ככלל נדירה ביותר. קיים ביסוס מסוים לטענת הנאשמים, כי במהלך שנת 2008 נערכה שופרסל למיתון שנחזה על ידי גורמים שונים במשק הישראלי, ובמסגרת היערכות זו פעלה שופרסל גם להתאמת המגוון לתקופה בה לקוחות רגישים יותר כלכלית ובכלל זה הוצאה ממגוון מוצרים המצויים מתחת לרף מכירות מסוים או מתחת לרף רווחיות מספק. אולם, גם אם אקבל את טענת הנאשמים, כי המוצרים שהורדו מהמגוון עם תחילת מבצע מגה היו מוצרים בלתי רווחיים ודיונים אודותם החלו עובר למבצע מגה, קשה עד בלתי אפשרי לקבל את הטענה כי הוצאת המוצרים של הספקים שמוצריהם השתתפו במבצע מגה ביומיים הראשונים של המבצע, בדרך ובמועד בו הדבר נעשה, נעשתה על בסיס שיקולים מסחריים בלבד.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

60. הנאשמים עצמם מודים, כי מפאת עוצמתם של הספקים והחשש ממאבק עמם, שופרסל נמנעה ככלל מפעולות חדות כמו הוצאה מיידית ממגוון גם כאשר היה מדובר על מוצרים בעייתיים. הנאשמים גם מודים שהוצאת המוצרים ממגוון הייתה בעקבות פרסום מבצע מזה אף כי לטענתם, הדבר לא נעשה כאמצעי לחץ על הספקים, אלא כניצול הזדמנות עסקית שנקרתה על דרכם (עדות רוזנהויז בעמ' 1719 ועדות גידור בעמ' 2022). בחינה כוללת של הנסיבות, דרך ההוצאה, השיחות שהתקיימו עם הספקים בצמידות להורדה – עם חלקם לאחר ההורדה ועם חלקם לפני – העובדה שהוצאו המוצרים של הספקים שמוצריהם השתתפו במבצע מזה, כמו גם הקישורים שנעשו במרומז ובמפורש, כפי שעלה מהעדויות שפורטו לעיל, בין ההוצאה של המוצרים מהמגוון לבין מבצע מזה, מובילה באופן ברור למסקנה שאין מדובר רק בניצול הזדמנות חד-פעמית "להכות" בספקים. זאת תוך ניצול העיתוי שבו נתפסו בחולשתם לאור מבצע מזה שפגע בהם והחלישה את מותגיהם, כפי שטוענת ההגנה. גם אין מדובר בניצול מהיר של הזדמנות מסחרית חד-פעמית. היגיון כלכלי פשוט מצביע על כך, שעל אף רצונם של הנאשמים להניע את הספקים לפעולה כנגד מזה, הם לא הייתה פועלים להשגת מטרה זו בהסרת מוצרים רווחיים מבחינת שופרסל, תוך כדי "יריה עצמית ברגל" ולפיכך בחרו לעשות שימוש דווקא במוצרים אחרים של גדות. שופרסל סברה שרווחיותם מפוקפקת יש להוציאם מהמגוון. המסקנה המתבקשת לאור תכלית השיחות שקיימו רוזנהויז וגידור עם מנהלי הספקים, כפי שפורט בהרחבה לעיל הינה, כי מדובר היה במהלך משולב וההוצאה מהמגוון באה לחזק את הדרישה של הנאשמים מהספקים לפעול אל מול מזה בכל הנוגע למחירי המבצע ולשמש כ"שוט" נגדם, כדי לחזק את דרישת הנאשמים כלפיהם "ולהקנות לה שיניים".

61. העובדה לה טוענים הנאשמים, כי החזרת "נביעות" בתנאי סחר משופרים בהמשך מלמדת בדיעבד על כך שההורדה נבעה מלכתחילה משיקולים מסחריים, אין בה כדי לשנות ממסקנה זו. ראשית, מוצרי "נביעות" הוחזר למגוון שופרסל רק לאחר הפתיחה בחקירה גלויה כנגד הנאשמים וגביית הודעותיהם, ובנסיבות אלו לא ניתן ללמוד דבר מהחזרת מוצרי "נביעות" למגוון על האירועים נשוא כתב האישום. שנית, מוכן אני להניח, כי ביסודו של דבר היה גם מניע כלכלי למשא ומתן שניהלה שופרסל מול החברה המרכזית בעניין "נביעות", עוד לפני מבצע מזה. אולם, הביצוע של



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

ההורדה בפועל, בדרך שלא ננקטה בדרך כלל בעבר, העיתוי שבו הדבר נעשה, וכן דברי גידור לשגיא בנוגע להורדה מהמגוון לפיהם על תמיר ליצור קשר עם רוזנהויז ו"יש איזה שהוא כעס על המבצע של מגה, (עמ' 628 לפרוטוקול), מלמדים, כי להורדה נלוותה תכלית ברורה נוספת תכלית זו היתה לחזק כאמור, את דרישת הנאשמים מהחברה המרכזית לפעול נגד מגה.

62. באשר להורדת "הרד מאג" מהמגוון, אמנם, אין לשלול את טענת הנאשמים שאומתה בנתונים כלכליים, לפיה מוצר זה היה מוצר הפסדי מבחינת שופרסל ואסם הייתה מודעת לבעיית הרווחיות של שופרסל בכל הנוגע למוצר זה. לכך יש לצרף את העובדה ש"רד מאג" הוחזר למגוון לאחר ששופרסל קיבלה לגביו הנחה. עם זאת, צירוף מכלול הנסיבות החריגות לגבי אופן ההורדה וההסבר המוזר שניתן לה, כפי שפורט לעיל, מלמדים על מטרה נוספת בהוצאת המוצר מהמגוון הקשורה למבצע מגה. בנוסף לכך, יש להטיל ספק במשמעות "התמימה" ההחזרה של "רד מאג" למגוון, זאת לאור עדותו של מנביץ שגידור הודיע לו בפגישה ביניהם, ביום 21.01.09, כי עקב חקירת הרשות להגבלים עסקיים, "רד מאג" יוחזר למגוון, רק בתנאי שהרווחיות תשופר ויוגדלו אחוזי ההנחה. דברים אלו קיבלו אישוש מתרשומת בזמן אמת – מייל ששלח לקפלן ביום 3.02.09 (נ/7), שבו ציין כי גידור הדגיש בפניו שמבחינתו לא ניתן להעלות על הדעת את החזרת המוצרים ללא פתרון נושא הרווחיות, שכן זו עיקר טענתם בפני הממונה על ההגבלים העסקיים בכל הקשור להוצאת המוצרים מהמגוון. אמירה זו מעידה על כך שהחקירה היא זו ששימשה מניע מרכזי להחזרת המוצר למגוון בתנאים המשופרים.

63. כך גם ביחס ל"אייס T", אין מחלוקת כי שופרסל הלינה על בעיות רווחיות לגביו עובר למבצע מגה. אכן, ייתכן כי בר כמו גם בן חמו לא קישרו בין הוצאת ה"אייס T" גיוון לבין השיחה בין רוזנהויז לויינשטיין אודות מבצע מגה. אולם, כאמור, אילו היה מדובר במקרה אחד של הוצאה ממגוון של מוצר אחד של ספק אחד, היה מקום לתת לנאשמים ליהנות מן הספק ולא לקשור זאת בצורה ברורה וחד משמעית בין ההוצאה ממגוון למבצע מגה ורצונם של הנאשמים להשפיע על הספקים לעצור את המבצע או למנוע מבצעים דומים בעתיד. אולם, כאמור, צירוף הנסיבות, העובדה שמדובר במספר מוצרים שהורדו בדרך חריגה ונדירה לה שייכים דווקא לאותם





## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

ספקים שמוצרים אחרים שלהם פורסמו במבצע מגה, סמיכות הזמנים והשיחות שאפפו את ההוצאה ממגוון, אינם מותירים מקום לספק באשר לתכליתה שנוותה להוצאה. בנסיבות אלו, גם מבלי להיכנס לשאלה, מתי בדיוק נתקבלה ההחלטה לגבי הורדת שמן הזית של "יד מרדכי" מהמגוון, ביום 18.12.08, כטענת הנאשמים או רק לאחר ה-21.12.08, כטענת המאשימה השימוש בהוצאת מוצר זה שימש, לצד השיחות עם מנהלי שטראוס, כדי לחזק את דרישת הנאשמים כלפי שטראוס לפעול כנגד המחירים בהם מכרה מגה את מוצרי הספקים.

### המסקנות העובדתיות

64. המסקנה היא אפוא, כי רוזנהויז פעל אל מול הספקים בשם שופרסל, על מנת שאלו יפעלו להפסקת מכירת המוצרים על ידי מגה במחירים הנמוכים בהם היא מכרה אותם במסגרת המבצע, כמו גם למניעת מבצעים דומים בעתיד. לשם כך השתמשה שופרסל גם באמצעי של הורדת מוצרי הספקים ממגוון באופן מיידי ושלא בנוהל ובדרכים המקובלים לכך. בנסיבות אלו, גם אם הנאשמים לא פרטו בפני הספקים מהי הדרך הספציפית שבה עליהם לנקוט כדי להביא לתוצאה - הפסקת מבצע מגה שהחל ביום 21.12.08 או מניעת מבצעים דומים בעתיד - אם בהפסקת האספקה באופן מיידי כדי לעצור את המבצע שהתקיים באותה עת ואם בהפסקת או צמצום ההנחות שהעניקו הספקים למגה בעתיד מול רוזנהויז - עובדה היא, כי כל מנהלי הספקים הבינו בדיוק את אותו מסר. מסר זה שעלה מטון הדיבור, מתוכנו ומהורדת המוצרים מהמגוון היה שעליהם לפעול בדרך כלשהי לעצירת מכירת המוצרים על ידי מגה במחירים כה נמוכים, והוא מהווה עבירה של ניסיון להסדר כובל. העובדה שרוזנהויז לא פנה לכלל הספקים שהשתתפו במבצע, אין בה כדי לשלול את המסקנה בדבר כוונתו של רוזנהויז להביא להפסקת המבצע. רוזנהויז שוחח עם רוב מנהלי הספקים שהשתתפו במבצע ולו עלה בידו לשכנעם להסכים עמו, הוא היה משיג את מטרתו. גם העובדה שהמאשימה בחרה להשתית את כתב האישום רק על חלק מהשיחות שקיים רוזנהויז עם מנהלי הספקים, אין בה כדי לשלול את המסקנה בדבר המשמעות והכוונה שעמדה מאחריהם..



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

65. ריבוי העדים שעדותם תמכה בטענות המאשימה, במידה כזו או אחרת, אם בהבנת כוונתו של רוזנהויז במסגרת השיחות עמו, אם באשר לתוכן דבריהם של רוזנהויז וגידור, אם באשר לאמירות של רוזנהויז וגידור במסגרת ישיבת פורום מנהלי פורמטים בשופרסל ואם באשר לדברים שנאמרו על ידי מנהלי הספקים במסגרת ישיבת איגוד יצרני המזון, אינה מוביל למסקנה אחת וחד משמעית, השיחות שניהלו רוזנהויז וגידור עם הספקים, יחד עם הפעולה המקבילה והכוללת שננקטה על ידם להורדה ממגוון שופרסל של מוצרים של הספקים שמוצרים אחרים שלהם פורסמו במבצע מגה (כדלהלן), נועדו לשכנע את הספקים לפעול אל מול מגה בהפסקת מכירת מוצרי הספקים במחירים נמוכים, אם כבר במסגרת המבצע שהתנהל אז, ואם, למצער, במבצעים שתערוך מגה בעתיד.

66. לא מצאתי ממש בניסיונות הנאשמים להטיל ספק במהימנותם של חלק מהעדים הרבים, אם במכוון ביחס לעד כזה או אחר ואם ביחס למכלול העדים בטענה של זיהום עדויותיהם. זאת לאור השתתפותם בישיבת איגוד יצרני המזון ולאור הפרסומים בנושא בתקשורת. הנאשמים מבקשים לראות בישיבת איגוד יצרני המזון את המקור ל"זיהום" עדויות המאשימה. שכן, לדבריהם, באותה הזדמנות נתוודעו העדים לגרסאות חבריהם באשר לשיחותיהם עם רוזנהויז, וגרסתם נתגבשה על בסיס הזנה הדדית במסגרת אותה שיחה משותפת. ככלל, זיהום עדויות הוא עניין למשקל ולא לקבילות (ע"פ 6399/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 36 לפסק דינו של השופט י' שוהם, 15.07.12). יתכנו אפוא, מקרים בהם יהיה כרסום משמעותי במשקלן של עדויות שנגע בהן הזיהום או שקיים חשש שהן הושפעו מאחרות. אולם, עד ששמע עדותו של אחר אינו נפסל לעדות בשל כך בלבד. אכן, מקום בו קיים חשש ל"זיהום עדויות", יש לנקוט זהירות יתר בהערכתן. עם זאת, על אף שהעדויות של הספקים מתארים תמונה דומה ביחס להתרשמותם מכוונותיו של רוזנהויז, אין מדובר בעדויות זהות. העדויות שונות זו מזו באופן שיש בו כדי להקהות את החשש מפני "זיהום העדויות" (השוו ע"פ 4936/11 ישועה נ' מדינת ישראל, פסקאות 56-58 לפסק דינו של השופט ח' מלצר, 31.12.12).

67. בנוסף לכך, חלק לא מבוטל מעדויות מנהלי הספקים נתמכת בראיות חיצוניות, שקדמו לישיבת איגוד יצרני המזון. כך, עדותו של בר שהיה עד לשיחתו של וינשטיין



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

עם רוזנהויז, כך לגבי שיחותיו של תמיר עם שגיא בעקבות השיחות שניהלו השניים – תמיר עם רוזנהויז ושגיא עם גידור. מעבר לכך, יש לזכור כי רק שלושה מבין שמונת מנהלי הספקים ששוחחו עם רוזנהויז נכחו בישיבת איגוד יצרני המזון – וינשטיין, תמיר ולסין. שאר מנהלי הספקים שהעידו, כלל לא נכחו באותה ישיבה ואף על פי כן גרסתם באשר לתוכן שיחותיהם עם רוזנהויז, ובעיקר באשר לתכלית שעמדה לנגד עיניו של רוזנהויז במסגרת אותן שיחות, תאמה את עדויותיהם של מנהלי הספקים שנכחו באותה ישיבה. גם עניין זה מקהה את החשש מ"זיהום העדויות".

68. ריבוי העדויות לכשעצמו, יש בו כדי להוביל למסקנה כי העדויות לא "זוהמו", שכן לא ניתן לקבל שכל העדויות הרבות – בכללן גם של עדים שהעידו על הדברים שנאמרו על ידי מי ממנהלי הספקים במהלך אותה ישיבה, כגולדשטיין וקוברובסקי – הן למעשה תולדה של תיאור לא נכון של המציאות שהועלה על ידי מאן דהו במהלך הישיבה ואומץ על ידי כלל המשתתפים בה. קשה עד בלתי אפשרי להניח בנסיבות העניין ולנוכח ריבוי העדויות, הן של מי שנכח באותה ישיבה והן של מי שלא נכח בה, כי כל העדים גיבשו עמדה זהה ביחס לשיחותיהם עם רוזנהויז, רק בעקבות ישיבת איגוד יצרני המזון. ברור אפוא, כי לא נגרם "זיהום" משמעותי, אם בכלל, לעדויות, וודאי לא במידה שיש בה כדי לפגוע באפשרות חשיפת האמת. גם לא מצאתי מקום להטיל ספק באשר לאופן שבו הבינו מנהלי הספקים את כוונתו ומטרתו של רוזנהויז בשיחותיו עמם. לא זו בלבד שחלק מהמנהלים היו בקשר קבוע עם רוזנהויז הכירו אותו ואת אופיו והאפשרות שטעו בהבנתו רחוקה, אלא שכאמור, אין מדובר בהבנה של אדם אחד או שניים, אלא בהבנה של מספר לא מבוטל של מנהלים שכולם הסכימו על כך שכוונת רוזנהויז בשיחותיו עמם היתה להביא להפסקת מבצע מגה.

69. אכן, הנאשמים טענו לעוינות של מנהלי הספקים כלפי הנאשמים, הן בשל כך ששופרסל החלה מתחרה בהם באמצעות מותגי הבית והן בשל המעבר של שופרסל לסדרנות עצמית באמצע שנת 2008. אולם, לא התרשמתי מחקירת העדים ומעדויות רוזנהויז וגידור עצמן כי קיימת עוינות שכזו מצד מי מהספקים ביחס לשופרסל שתגרום להם להפליל את הנאשמים על לא עוול בכפם. בנוסף, התרשמתי מן העדויות, שעל אף קיומם של מתחים מסחריים בין שופרסל לספקים, מנהליהם מתפקדים בדרך כלל בידידות אישית וללא עוינות גלויה. מעבר לכך, מלבד העדים



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העיסקיים נ' רוזנהויז ואח'

עובדי אסם, איש מעובדי הספקים לא נשאל על ידי ב"כ הנאשמים אודות קיומם של מתח או עוינות בינם לבין שופרסל ואנשיה בשל ייצור מותגי בית, בשל המעבר לסדרנות עצמית או בשל כל סיבה אחרת. לא-זו-אף-זו, ההתרשמות הייתה, כי ככל שחל שינוי בגרסאות העדים אל מול אמירותיהם בחקירתם בפני הרשות, היו אלו דווקא נסיגות מאמירות שפעלו לרעת הנאשמים. התחושה הייתה, כי מרבית מנהלי הספקים מצאו עצמם בעמדה לא נוחה כשהיו צריכים להעיד על שארע באופן שיש בו כדי לפגוע ברוזנהויז וכי הם נוטים לצמצם את היקף הדברים שנאמרו ביניהם ולמזער את משמעותם. מעבר לכך, יש לזכור שחלק נכבד מהספקים, שלא לומר כולם, תלויים בשופרסל לצורך פרנסתם ואינם מעוניינים להסתכסך עמה או עם מנהליה שלא לצורך. יצוין גם, כי דווקא ויסוצקי היא זו שייצרה עבור שופרסל את אחד ממותגיה הפרטיים ובנסיבות אלו ברור, שאין מקום לטענה כי קיימת עוינות מצד הספקים כלפי שופרסל בשל השקת מותג פרטי של שופרסל. כל התרשמותי הייתה כי כלל עדי המאשימה היו מהימנים, וגם אם עד זה או אחר לא דייק באשר לנוסח המדויק ששמע מפיו של רוזנהויז או של אדם אחר, המסקנה האמורה עולה, מתוך עדויות רבות ואינה נשענת על עדות אחת או שתיים. אדרבה, חלק לא מבוטל ממנהלי הספקים היו בידידות קרובה עם רוזנהויז וברור כי הם לא ניסו להפלילו. כך למשל, רוזנהויז עצמו העיד על קפלן כי הוא היה אחד מחבריו הטובים והמוערכים על ידו (עמ' 1885).

70. המסקנה המסכמת הינה אפוא, כי רוזנהויז אכן שוחח עם הספקים בכוונה לגרום להם לפעול אל מול מגה, על מנת שמגה לא ימכרו את מותגי הספקים ב"מחירי רצפה", אם במסגרת מבצע מגה שהתרחש באותה עת ואם במסגרת מבצעים עתידיים, בדרך זו הבינו את דבריו כל מנהלי הספקים עמם שוחח ולתמיר ולוינשטיין, אף נאמרו דברים שאינם יכולים להשתמע לשתי פנים בעניין. עם תמיר ביקש רוזנהויז להגיע להסכמה כי החברה המרכזית שבניהולו תפעל מול מגה למניעת מבצעים דומים בעתיד וכי לשם הפסקת מבצע מגה שהתנהל באותה עת תקטין החברה המרכזית את ההנחות שהיא נותנת למגה. מוינשטיין דרש רוזנהויז כי ויסוצקי תפעל להפסקת מבצע מגה, בדרך של הפסקת האספקה למגה.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

### הפן משפטי – עבירת הניסיון לעריכת הסדר כובל

71. ביסודו של חוק ההגבלים העסקיים עומד הערך של קיומה של תחרות חופשית, ערך שהוכר כאינטרס ציבורי הממלא מספר תכליות בעלות חשיבות חברתית וכלכלית מכרעת, בכללן הורדת מחירים, שיפור איכות המוצרים ושיפור השירות אשר ניתן אגב מכירתם (רע"א 371/89 ליבוביץ' נ' א. את. י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 327). הסדר כובל, מעצם טבעו עלול לפגוע בתחרות החופשית ועל כן נאסר בחוק, והוא מוגדר בסעיף 2 שבו כך:

**2". (א) הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר.**

72. בהמשך, בסעיף קטן (ב), קבע המחוקק ארבעה סוגי הסדרים שכבילה לגביהם פוגעת כשלעצמה בתחרות, ובהם פטורה התביעה מהוכחת יסוד הפגיעה או העלילות לפגיעה בתחרות:

**2". (ב) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:**

- (1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;**
- (2) הריווח שיופק;**
- (3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;**
- (4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם."**

73. חזקות אלו הן חזקות חלוטות ומשחלה אחת מהחזקות האמורות, הנחת היסוד היא, כי הכבילה שנתקיימה פגעה בתחרות, מבלי שנדרש להוכיח כיסוד מיסודות העבירה, כי מתקיים בכך פוטנציאל הפגיעה האמור (דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' ...



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

**שף-הים (1994) בע"מ**, פ"ד נו(1) 56, 95; רע"א 6233/02 **אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ**, פ"ד נח(2) 635, 656. עם זאת, בד בבד עם הבחינה האם הסדר ספציפי נכנס לגדרי החזקות האמורות, יש לבחון גם האם בחינה תכליתית של המקרה, בראי הפגיעה בתחרות, מצדיקה את החלתו של החוק (ע"פ 2560/08 **מדינת ישראל - רשות ההגבלים העסקיים נ' וול**, 6.07.09 (להלן גם – **"עניין וול"**)).

74. במקרה זה כאמור, מטרת הנאשמים בפנייתם למנהלי הספקים, הייתה להגיע איתם להסכמה, לפיה הם יפעלו מול מגה להגבלת מחירי המכירה של המוצרים שלהם. ברור כי לו ניסיונם של הנאשמים היה צולח והספקים היו נעתרים ומסכימים, מדובר היה בכבילה שפוגעת באופן ברור בתחרות הבאה בגדרי סעיף 2(ב)(1), שכן היא נועדה ליצור כבילה בנוגע למחיר שיידרש. ברור גם, כי אילו ההסדר היה מוסכם על הספקים, היה מדובר בהסדר כובל מושלם, כהגדרתו בסעיף 2(א) לחוק. זאת שכן הוא עונה על כל הרכיבים המנויים בו: קיומו של הסדר; "בין בני אדם המנהלים עסקים"; הגבלה שנוטל על עצמו לפחות אחד הצדדים; ועלילות למניעת תחרות בין המוגבל לבין אחרים או להפחתתה. במקרה זה, אכן מדובר בניסיון לקיומו של "הסדר", שכן בהתאם להגדרה שבסעיף 1 לחוק: "הסדר" - בין במפורש ובין מכללה, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו". מה גם, שיש ליתן למלה "הסדר" את הפירוש המרחיב ביותר (ע"פ 1042/03 **מצרפלס שותפות מוגבלת בע"מ (1974) נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(1) 721, 728 (להלן: "עניין מצרפלס"); עניין וול, בפסקה קסו לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין).

### קיומה של כוונה להגיע להסדר כובל

75. כאמור, מצאתי כמהימנות את עדותו של תמיר, לפיה רוזנהויז דרש ממנו להקטין את ההנחות שהחברה המרכזית נותנת למגה, ואת עדותו של ויינשטיין לפיה רוזנהויז דרש ממנו להפסיק את האספקה למגה - שדי בהן כבר כדי לבסס את הרשת של רוזנהויז. אולם, גם לו הייתי מתעלם מעדויות ישירות ומפורשות אלו, הרי שיש די ראיות, גם אם נסיבתיות, כדי להגיע למסקנה הברורה כי הנאשמים פעלו במטרה להגיע להסדר עם הספקים, על מנת שאלו יפעלו למניעת המחירים הנמוכים בהם



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

מכרה מגה את מוצריהם. כידוע, אין כל מניעה להרשיע, גם בעבירות של הגבלים עסקיים, על יסוד ראיות נסיבתיות (מיכל גל, אמיר ישראלי ומנחם פרלמן "הסדרים כובלים - יסודות האיסור", **ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים** כרך א (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008), בעמ' 210; ענין וול, בפסקה רמח לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין). פעמים רבות משקלן של ראיות אינו נמדד על פי משקלה של כל ראיה בפני עצמה, אלא על פי משקלן הכולל כמארג (ע"פ 334/02 **סיבוני נ' מדינת ישראל**, 13.01.03). במקרה זה, מכלול העדויות הרבות של מנהלי הספקים ואחרים התומכים באותה גרסה, שהבינו, כל אחד בנפרד, כי כוונת רוזנהויז בשיחותיו עמם הייתה להביא אותם להסכמה לפעול מול מגה להפסקת המכירה ב"מחירי רצפה", יוצרות יחד תמונה ברורה בדבר אשמתם של המערערים, גם ללא עדויותיהם המפורשות של וינשטיין ותמיר.

76. בגדר החזקה הקבועה בהוראת סעיף 2(ב)(1) לחוק יש לכלול כל הסדר - לאמור, כל דרך מתואמת, המופעלת על-ידי בני-אדם המנהלים עסקים ושמגמתה השלטת הסדר כובל - אשר יש בו כדי להשפיע, אם באופן ישיר ואם באופן עקיף, על מחיר המוצר. כדברי כב' השופט המנוח ו' זיילר בעניין **פטרולגז (ת"א (מחוזי י-ם) 396/87 קיסין נ' פטרולגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ**, 9.05.90, שצוטטו בהסכמה על ידי בית המשפט העליון בעניין **מצרפלס**, בעמ' 728):

**"צריך להינתן למלה 'הסדר' שבסעיף 2 בחוק, הפירוש המרחיב ביותר. החוק נועד למנוע מצבים בהם יפעלו אנשים תוך הבנה משותפת, במטרה ליצור הסדר כובל במשמעותו בחוק. ברור, שהמחוקק לא רצה להגביל עצמו בשום דרך, בניסיונו ללכוד את כל האפשרויות, בהן יגיעו בני אדם לכלל הבנה כזו. הוא טרח, לכן, והשתמש במילה 'הסדר', ולא 'הסכם' או 'חוזה'. הוא ציין, שאין חשיבות לשאלה אם מדובר בהבנה מפורשת או מכללא.**

...

נוכח האמור לעיל נראה לי, שהפירוש היחיד המשיג את מטרת החוק בתחום זה צריך לקבוע, שהמילה הסדר כוללת



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

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 יוצאו בעתיד, ושיביאו לכלל תיאום בין הצדדים עליהם מדבר החוק. החוק דובר אל קוראיו כך: כל דרך שתנקטו אותה ושיש בה, או שהיא מובילה, לתיאום המוביל להסדר כובל, הוא 'ההסדר' הכתוב בחוק".

77. בעניין **בורוביץ** (ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776, 860) נקבע למעשה, כי "די גם בהסכמה שבשתיקה ליצירת ההסדר". זאת תוך הטעמה, כי "הסדר כובל שנעשה על-פה, או הסדר שעליו הסכימו הצדדים בקריצת עין או על-ידי הנהון בראשיהם, עלול לפגוע בתחרות לא פחות מהסדר כובל שנעשה בכתב תוך הבעת הסכמה מפורשת של הצדדים". גם אין צורך בעשיית מעשה ליישומו של ההסדר הכובל ואין צורך שהצדדים להסדר יפעלו בהתאם לו, אלא די בעצם גיבוש ההסדר והסכמה על תנאיו כדי להביא לשכלולו (ראו ע"פ 7399/95 **נחושטן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(2) 105, 120; ע"פ 2920/02 **מדינת ישראל נ' סבירסקי**, פ"ד נז(3) 135, 141-142).

78. אכן, רוזנהויז לא פרט בפני כלל מנהלי הספקים מהי הדרך להשגת המטרה שהיתה גם לשיטתו מניעת מכירת מוצרי הספקים במחירי רצפה על ידי מגה. אולם, באי הפירוט לכשעצמו אין לראות העדר מסוימות. ברוב ההסדרים הכובלים בהם אחד מהצדדים מעוניין בתוצאה מסוימת, הדרך להשגתה אינה חייבת להיות מפורטת בהסכם עצמו ואין בכך כדי לפגוע במסוימותו של ההסכם. מטרתו של רוזנהויז





## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

הייתה למנוע מכירת מוצרי הספקים במחירים בהם מכרה אותם מגה במסגרת המבצע. הדרך בה כל ספק יביא לתוצאה המיוחלת, אם בדרך של מניעת אספקה אם בדרך של ביטול הנחות, או בכל דרך אחרת, לא הייתה חשובה לו. מה גם, שההלכה היא שהמונח "הסדר" שבחוק רחב יותר מהמונחים "חוזה" או "הסכם", והוא כולל בחובו כל סוג של הסכמה וכל דרך של הגעה להסכמה בין הצדדים להסדר. ההסדר גם אינו צריך להיות בעל מעמד משפטי של חוזה, והוא איננו כפוף לכללים הרגילים של הצעה וקיבול או מסוימות. לשם התגבשותו של הסדר, די ברמה מינימאלית כלשהי של הבנה משותפת, הסכמה או שיתוף פעולה בין הצדדים (ע"פ 4855/02 בעניין בורוביץ, בעמ' 860).

79. אכן, בסופו של יום, הספקים לא הגבילו את פעילותם מול מגה, אך זאת בשל העובדה שהם לא נענו בחיוב להצעתו של רוזנהויז. אולם, אין בכך ללמד דבר לגבי ניסיונם ורצונם של הנאשמים להצליח בביצוע העבירה ולשכנע את הספקים להסכים עמם על הצורך בשינוי מחירי מגה ולפעול מול מגה לשם השגת מטרה זו. בענייננו, הוכח כאמור, כי רוזנהויז פעל מול מנהלי הספקים, מתוך כוונה להגיע עמם להסדר, לפיו הם יפעלו מול מגה להגבלת מחירי המכירה של המוצרים שלהם. מכאן, שמתקיים הרכיב הראשון ביצירתו של הסדר כובל שהוא קיומו של הסכם.

80. אין מחלוקת לגבי קיומו של הרכיב השני בהגדרת הסדר כובל, היינו שההסדר נכרת "בין בני אדם המנהלים עסקים".

81. גם הרכיב השלישי - הגבלה שנוטל על עצמו לפחות אחד הצדדים - מתקיים בענייננו. כפי שנפסק בעניין בורוביץ, בעמ' 867 :

**"הגבלה שתיחשב כיוצרת הסדר כובל היא הגבלה המצמצמת את חופש הפעולה הנתון למי שמנהל את העסקים... בין שכתוצאה מההגבלה נאסר עליו לעשות דבר-מה (לדוגמה, לפנות לקהל מסוים של לקוחות) ובין שההגבלה מחייבת אותו לפעול רק באופן מסוים (לדוגמה, למכור את מוצריו רק במחיר מוסכם כלשהו). מלשון החוק עולה כי די בכך שאחד הצדדים**



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

### להסדר יגביל את עצמו באופן האמור על-מנת שההסדר ייחשב להסדר כובל מבחינת כל השותפים לו".

82. בהסדר לו שאפו הנאשמים התקיים תנאי הכבילה, שכן כוונת הנאשמים הייתה שהספקים יפעלו אל מול מגה על מנת שזו תפסיק למכור במחירים הזולים בהם מכרה את אותם מוצרים, אם בהפסקת אספקת המוצרים, אם בביטול הנחות או בהעלאת מחירים, כמו גם בהפעלת סנקציות אחרות כלפי מגה, על מנת שזו לא תמכור את המוצרים באותם מחירים.

83. באשר לרכיב הרביעי - רכיב ה"עלילות" הנדרש לשם התגבשות הסדר כובל, המדובר בכך שהכבילה נעשתה "באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים". כאמור, מקרה זה בא בגדרי החזקה הקבועה בסעיף 2(ב)(1) לחוק והמייטרת את הצורך בהוכחת ה"עלילות", שכן ההסכם אליו חתרו הנאשמים להגיע עם הספקים נועד ליצור כבילה בנוגע למחיר שיידרש, תוך הגבלת מחירי המכירה של המוצרים שלהם על ידי מגה. בהתקיימות אחת מהחלופות המנויות בסעיף 2(ב) המקימות חזקה חלוטה להתקיימות של ההגדרה בסעיף קטן (א), אין צורך לדון בהתקיימות תנאי ה"עלילות" שבסעיף 2(א) (ע"פ 5672/05 **טגר בע"מ נ' מדינת ישראל**, פסקה 44 לפסק דינה של השופטת ברלינר, 21.10.07). עם זאת, מעבר לצריך, הרי שגם ללא החזקה האמורה, בנסיבות העניין, ברור לחלוטין כי ההסדר אותו ביקשו הנאשמים לגבש טומן בחובו פוטנציאל לפגיעה בתחרות, ולו בשל היקף התחרות בין שופרסל למגה, שהיו למעשה, בתקופה הרלוונטית לאישום, שתי הרשתות הקמעונאיות הארציות היחידות. אין איפוא, צורך בניתוח שוק מהותי להוכיח את הברור לכל כי ההסדר הוא הסדר כובל (השוו דנ"א 4465/98 בעניין **טבעול**, בעמ' 97). בהקשר זה גם יצוין, כי לשם ביצוע עבירה מושלמת של היות צד להסדר כובל, אין צורך בפגיעה בפועל בתחרות כי אם בקיומו של פוטנציאל פגיעה שכזו (ראו למשל, עניין בורוביץ, בעמ' 866; ע"פ 2560/08 מדינת ישראל נ' ירון, 6.07.09). למעשה, על אף כפירתם הגורפת של הנאשמים בתשובתם לאישום, הם לא טענו בסיכומיהם כי לא מתקיים רכיב ה"עלילות". הנאשמים אמנם גרסו בסיכומיהם כי התמונה שהמאשימה ביקשה לצייר לפיה עיקר התחרות בשוק הקמעונאות הייתה בין שופרסל למגה, אינה נכונה, וכי למעשה התחרות והאיום האמיתיים שהטרידו את שופרסל היו התחרות והאיום



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

מצד הרשתות הפרטיות. אולם, בכך אין כדי ללמד דבר באשר להפחתת התחרות בעסקים בין שופרסל לבין מגה שהייתה נגרמת לו אכן הנאשמים היו מצליחים בכוונתם, והספקים היו מגבילים את מגה לגבי המחירים בהם היא יכולה למכור את מוצריהם. להבנתי, מדובר באחד מאותם "מקרים מובהקים בהם ברור כשמש בצהרי היום שלפנינו הגבל עסקי על פי הראיות - כמעט בפרפרזה על אמרתו הנודעת של השופט פוטר סטיוארט, שבעקבותיה נאמר "כשאני רואה הגבל, אני יודע זאת", כדברי כב' השופט א' רובינשטיין בפסקה קנב לחוות דעתו בעניין וול. לפיכך גם הרכיב הרביעי ("עלילות") הנדרש לשם הוכחתו של הסדר כובל מתקיים במקרה זה.

84. אכן, ללא הסכמת הספקים לא היה מתגבש הסדר כובל, ואלו לא גילו דעתם שהם מסכימים להצעה. אולם בכך אין כדי ליטול ממעשי הנאשמים את אופיים כעבירה של ניסיון. ממכלול הראיות עלה כאמור, כי פניות רוזנהויז וגידור למנהלי הספקים נועדו לתכלית אחת והיא מניעת מכירת מוצרי הספקים על ידי מגה במחירים הנמוכים בו הם נמכרו במסגרת מבצע מגה, בין בהפסקת מבצע מגה שהתקיים בעת הפניות לבין, למצער, במניעת מבצעים דומים בעתיד. רוזנהויז אמנם לא דרש ממנהלי הספקים לפעול בדרך אחידה. מחלקם הוא דרש להקטין את ההנחות או להפסיק את אספקת המוצרים. בפני חלק אחר הוא הביע את דאגתו וכעסו מהמצב והותיר בידיהם את הבחירה כיצד לפעול. אולם, אין בכך כדי לשנות את התמונה הכללית ואת המסקנה המפלילה המתבקשת ממנה. גם אילו נהג רוזנהויז כלפי כל מנהלי הספקים בדרך האחרונה, היינו לא כיוון אותם לדרך פעולה מסוימת, אין בכך כדי ללמד שאין מדובר בניסיון להגיע להסדר כובל. שכן, כאמור, אין כל מניעה כי ההסדר יכוון לתוצאה, שהיא מניעת המכירה במחירים זולים במיוחד, תוך הותרת דרך הפעולה בידי הספקים. בענייננו, שעה שהנאשמים אכן פעלו אל מול הספקים כדי להביא אותם לפעילות מול מגה למניעת המכירה במחירים כה מוזלים, המסקנה היא, כי הנאשמים פעלו במטרה להגיע להסדר כובל שהיא, כאמור, עבירה לפי סעיף 47(א)(1) לחוק.

85. כפי שעלה מהעדויות, בכלל זה שיחותיו של רוזנהויז עם חלק ממנהלי הספקים, ביום השני למבצע מגה, רוזנהויז שאף להשלים את ביצוע העבירה וקיווה כי מנהלי הספקים ימלאו את חלקם בהסדר, כפי שנדרשו על ידו ויפעלו מול מגה. הוא ציין,



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

כאמור, שהוא כעס מאוד, שעה שהבחין בקיומה של מודעת מבצע מזה גם ביום השני למבצע, ה-22.12.08, הדבר גרם לו להתקשר בשנית אל מנהלי הספקים, ולהביע בפניהם את כעסו על כך שחרף ציפיותיו להפסקת המבצע, המבצע ממשיך להתקיים. בנסיבות אלו, אין מקום לקבל את טענת ב"כ הנאשמים בסיכומיהם, כי לא הוכחה כוונה להשלמת העבירה המושלמת. ברור מאליו, כי העובדה שרוזנהויז כשל בניסיונותיו אל מול כל הספקים, אין בה ללמד כי לא היה בכוונתו להצליח. זאת בוודאי לנוכח העובדה שמדובר במעשה בלתי חוקי. הטענה כי מנהלי הספקים הגיבו בשוויון נפש ובחיוך לשיחותיו של רוזנהויז עמם תוך המתנה "עד יעבור זעם", כלשון ב"כ הנאשמים בסיכומיהם, אינה עולה בקנה אחד עם הראיות המלמדות, כי המנהלים דיברו על השיחות עם עמיתיהם בחברות בהן הם עובדים וחלקם אף דנו בעניין במסגרת ישיבת איגוד יצרני המזון. זאת תוך הבעת דאגה מתוכן הדברים שלא נתפסו כ"הוצאת קיטור" או כאמירה סתמית. אכן, לפי גרסת רוזנהויז הוא למד ביום השני למבצע שמאמציו לא נשאו פרי ובלשונו "הבנתי שזה תקליט שחוק, נגמר הסיפור" (עמ' 1866 לפרוטוקול) ולפיכך הוא חדל משיחותיו עם מנהלי הספקים. אולם, אין בכך כדי לומר כי עבירת הניסיון לא התגבשה עוד קודם לכן. יתר על כן, חדילתו של רוזנהויז ממאמציו לא נבעה מתוך חרטה, אלא מהעדר שיתוף פעולה של הספקים, ולפיכך גם לא עומדת לו ההגנה שבסעיף 28 לחוק העונשין.

86. בענייננו ברור, כי פעולותיו של רוזנהויז חצו את הקו המבדיל בין הכנה לניסיון. מעשים, החורגים מתחום מעשה ההכנה ונכנסים לגדר עבירת הניסיון, הינם "פעולה או פעולות שהן חלק מסדרת פעולות שלולא הופרעו היו מקיימות את היסוד ההתנהגותי של העבירה" (ע"פ 6411/98 **מנבר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 150, 210). בענייננו, אין ספק שהצעת הנאשמים למנהלי הספקים, שיחות הטלפון הנשנות יחד עם הורדת המוצרים מהמגוון, היוו "תנועה" לעבר הביצוע, היוצאת משלב ההכנה" (ע"פ 5150/93 **סריס נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(2) 183; ע"פ 9511/01 **קובקוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(2) 687, 694), ואף היה בה קרבה ממשית להשלמת ביצוע העבירה. בנוגע לעבירת ניסיון להסדר כובל נקבע בע"פ 7399/95 בעניין **נחשתן**, בעמ' 129, כי בשל העובדה שעבירת עריכת הסדר כובל היא עבירה דו-צדדית שהשלמתה מצריכה שיתוף פעולה מצדו של אדם נוסף ההופך גם הוא לעבריין, אזי:



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

**"יש במאמץ לשכנע אדם כאמור לשיתוף פעולה, כדי להוות 'ניסיון' לעבור את העבירה המושלמת. כך, למשל, מהווה מאמץ לשדל אדם להצטרף ל'קשר' - ניסיון לעבור עבירה של קשירת קשר; וזאת אף שהשלמת העבירה מצריכה הסכמה מצדו של המשדל, ההופך אף הוא לעבריין עם השלמת העבירה".**

87. בענייננו אפוא, די בכך שהנאשמים העלו הצעותיהם לערוך הסדר כובל, כדי להוות עבירה של ניסיון לעריכת הסדר כובל. בניגוד למקרה הנדון בת"פ (מחוזי-י-ם) 366/04 **מדינת ישראל נ' בידרמן**, 20.12.10, שאליו הפנו ב"כ הנאשמים בסיכומיהם, שם נערכו מספר ישיבות ולא התברר באילו מהישיבות נאמרו דברים שיש בהם כדי להוות ניסיון להסדר כובל ולא הוברר כלל מה היה תוכן השיחות, במקרה לפנינו, הנתון היחיד החסר להפיכת הניסיון להסדר מושלם, היה הסכמת הספקים לדרישת רוזנהויז. רוזנהויז אף ציפה והאמין, כי לאחר שיחתו הראשונה עמם ביום 21.12.08 הם השתכנעו מדבריו ופעלו להפסקת המבצע. לכן, כאמור, הוא התפלא כשהבחין למחרת במודעת מבצע מגה מתפרסמות שנית והבין שהספקים לא פעלו כפי שנדרש מהם.

### קיומו של היסוד הנפשי

88. באשר לקיומה של מחשבה פלילית. עבירת ההסדר הכובל דורשת קיומה של מחשבה פלילית לשם השתכללותה, המוגדרת בסעיף 20 לחוק העונשין, כמודעות בפועל של עושה העבירה לטיב המעשה ולקיום הנסיבות, היינו, ליסודותיה העובדתיים של העבירה, הלוא הם רכיבי הגדרת ההסדר הכובל. כאמור, אין צורך בהוכחת קיומה של כוונה ליישום ההסדר בפועל, כתנאי לשכלול היסוד הנפשי של העבירה. מחשבה פלילית היא עניין שבלב ובהעדר ראיה ישירה לגביה יש לפנות ל'חזקת המודעות', על פיה אדם מודע, בדרך כלל, למשמעות התנהגותו, מבחינת טיבה הפיסי, קיום נסיבותיה ואפשרות גרימת התוצאות הטבעיות שעשויות לצמוח ממנה (ע"פ 807/99 **מדינת ישראל נ' עזיזיאן**, פ"ד נג(5) 747, 767).



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

89. בעבירת ניסיון, היסוד הנפשי הנדרש כולל שני יסודות משנה מצטברים: האחד, היסוד הנפשי הנדרש לעבירה אותה ניסה הנאשם לבצע, הלוא היא 'העבירה המושלמת'. השני, היסוד הנפשי הנדרש לעבירת הניסיון עצמה, שהוא המטרה להשלים את העבירה המושלמת. היינו, חפצו של הנאשם לבצע את העבירה המושלמת. במקרה זה, מכוח "חזקת המודעות", יש לראות את הנאשמים, כמי שהיו מודעים להתנהגותם, כפי שזו באה לידי ביטוי בשיחות שניהלו השניים עם מנהלי הספקים, כמפורט בהרחבה לעיל. לאמור, יש לראות בנאשמים כמי שהיו מודעים בפועל להיותם צד לניסיון לעריכת הסדר, שנעשה בינם לבין מנהלי הספקים - שניהם מנהלי עסקים - לפיו הם יטילו הגבלות על מגה או יימנעו מלספק לה מוצרים, על מנת שזו תמנע ממכירת מוצריהם במחירים כה נמוכים. כאמור, איני מקבל את טענת רוזנהויז, לפיהן שיחותיו נועדו ל"הוצאת קיטור" בלבד או כי הן נועדו רק לשפר את תנאי הסחר של שופרסל אל מול הספקים.

### אחריותה של שופרסל

90. אחריותה האישית של שופרסל בפלילים, בגין ביצוע העבירה של ניסיון לעריכת הסדר כובל, נגזרת מדוקטרינת תורת האורגנים, אשר פותחה והשתרשה במשפט הישראלי (ע"פ 3027/90 **חברת מודיעים בינוי ופיתוח נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(4) 364, 375 (1991), ומצאה ביטוי, לימים, במסגרת סעיף 23 לחוק העונשין (ע"פ 2560/08 **עניין וול**), המזהה את האורגן עם התאגיד ורואה את מעשיו כמעשי התאגיד. לפי אותה דוקטרינה יש לראות במעשה או במחשבה הפלילית המיוחסים לרוזנהויז ולגידור וביחס מעשה או מחשבה של שופרסל. למעשה, הנאשמים לא טענו כנגד אחריותה של שופרסל במקרה שרוזנהויז וגידור יורשעו בעבירות שיוחסו להם, ולא הייתה אפוא, מחלוקת שרוזנהויז כמנהלה הכללי של שופרסל וגידור כסמנכ"ל הסחר והשיווק שלה, ביצעו את פעולותיהם, האופייניות לפעילות התאגיד, במסגרת תפקידם בשופרסל ולמענה, והם באים בגדרי ההגדרה הרחבה של "אורגן" לעניין האחריות הפלילית האישית של התאגיד (ע"פ 2560/08 **עניין וול**; ת"פ (מחוזי-י-ם) 417/97 **מדינת ישראל נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ**, 18.12.01). שופרסל אחראית אפוא, לביצוע העבירות לא רק בשל אחריותה הפלילית



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

ה"שילוחית" למעשי מנהליה כי אם באחריות "אישית" וישירה, מכוח תורת האורגנים, המזהה כאמור, את האורגן עם התאגיד ורואה את מעשיו כמעשי התאגיד (ע"פ 7399/95 נחשתן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105 (1998)).

91. לאור כל האמור, הנאשמים כולם נושאים באחריות לביצוע ארבע עבירות של ניסיון לעשיית הסדר כובל, בשל פנייתו של רוזנהויז למנכ"ל אוסם, מנכ"ל שטראוס, מנכ"ל ויסוצקי ומנכ"ל החברה המרכזית.

92. מכאן לדיון בעבירה של אי קיום תנאי שנקבע באישור מיזוג, עבירה לפי סעיף 47(א)(4) לחוק שעניינה באיש קיום תנאי שנקבע באישור המיזוג.

### עבירה של אי קיום תנאי שנקבע באישור מיזוג

93. במקרה זה נטען כי הנאשמים לא קיימו שני תנאים באישור המיזוג שבין שופרסל לקלאבמרקט. המדובר בסעיפים 11 ו-12 לתנאי המיזוג שזו לשונם:

**"11. שופרסל לא תדרוש מספק איזה מן הדרישות הבאות ולא תסרב לרכישת מוצרי הפסק או תתנה אותה בדרישות הבאות, כולן או אחת מהן:**

**11.1 אי אספקת מוצרי הספק, כולם או חלקם, למתחרה של שופרסל;**

...

**12. שופרסל לא תתערב בדרך כלשהי בתנאים המסחריים הניתנים על ידי ספק כלשהו למתחרה שלה, לא תבקש לשנותם**



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

**ולא תחייה ספק בקיזוז או בדרך אחרת, בשל העובדה שמוצריו  
נמכרים אצל מתחרה של שופרסל במחיר זול יותר מזה בו הם  
נמכרים בשופרסל, תת רשת שלה או סניף מסניפיה"**

94. מהעדויות עולה כאמור, כי הנאשמים אכן הפרו שני תנאים אלו. וינשטיין שעדותו נמצאה מהימנה עלי, סיפר בעדותו כי בשיחתו הראשונה עם רוזנהויז, ציין האחרון בפניו, שאינו מבין כיצד הוא ממשיך לספק סחורה למגה, ואיך הוא נותן שימשיכו למכור במחיר הזה (עמ' 29 לפרוטוקול). כשנשאל ע"י ב"כ המאשימה, האם רוזנהויז הציע לו לעשות משהו בקשר למבצע, השיב כי "באופן כללי הכוונה הייתה שאני אפסיק את האספקה". בהמשך, לאחר שזכרוננו רוענן באמצעות הודעתו השנייה בפני מוצרי הרשות מיום 1.04.09 (ת/18) הוא ציין כי רוזנהויז "ביקש שאני אפסיק לספק את הסחורה" (עמ' 31). הוא הוסיף, כי התווכח עם רוזנהויז סביב השאלה, האם מותר לו לפי החוק להפסיק את אספקת הסחורה, כשרוזנהויז התעקש כנגדו על כך שהדבר מותר. השיחה הסתיימה, לפי עדות וינשטיין, באמירת רוזנהויז כי "אם אני לא יודע לנהל לי את המותג אז הוא ינהל לי את המותג". והוסיף כי "הוא ישקול את צעדיו" (עמ' 32-33). ממכלול הדברים עולה כי וינשטיין נדרש על ידי רוזנהויז להפסיק את האספקה למגה.

95. ניסיון ב"כ הנאשמים בסיכומיהם לטעון כי לכל היותר, רוזנהויז הביע פליאה אודות המשך אספקת המוצרים על ידי ויסוצקי, אך לא הביע בזמן זה דרישה מפורשת, אין בו כדי להועיל לנאשמים. שכן, כאמור, לא זו בלבד שעדותו של וינשטיין שהדבר נאמר לו במפורש מהימנה עליי, אלא שגם במידה שלא הייתה אמירה מפורשת, אלא "אך" הבעת פליאה, די בכך כדי לשכלל את היסוד העובדתי של העבירה. נסיבות העניין מלמדות, כי "הבעת פליאה" לא הייתה "מרומזת" כלשון ב"כ הנאשמים, אלא היוותה דרישה ברורה לכל דבר ועניין. גם העובדה שבמהלך החקירה הנגדית השיב וינשטיין לשאלת ב"כ הנאשמים, כי לא הייתה דרישה מפורשת להפסקת מבצע מגה, אלא אך להפסקת האספקה, אינה מועילה לנאשמים, שכן כאמור, מכלול הנסיבות מלמד, כי הכוונה של רוזנהויז הייתה הפסקת מבצע מגה, והוא חתר להשגת מטרה זו, בין היתר, באמצעות הפסקת האספקה למגה. עדותו של וינשטיין גם נתמכה בעדותו של בר, אשר שמע את וינשטיין אומר לרוזנהויז משפטים בסגנון: "אתה יודע





## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

שאסור ל"י, אני לא יכול", זה מנוגד לחוק", "כמונפול אסור ל"י" (עמ' 144-146 לפרוטוקול). בנוסף, סופה של אותה שיחה עם רוזנהויז, אמר לו וינשטיין, שרוזנהויז כעס מאוד וביקש ממנו להפסיק את האספקה של המוצר שלהם שבמבצע מגה. מה גם, שתוכן הדברים עליהם העיד וינשטיין כי שמע מפי רוזנהויז, עולה בקנה אחד גם עם הבנת שאר מנהלי הספקים את כוונת רוזנהויז בשיחותיו עמם, גם אם להם הדברים לא נאמרו במפורש.

96. רוזנהויז שוחח גם עם תמיר, מנכ"ל החברה המרכזית, לאחר שזה האחרון פנה אליו בעקבות הוצאת שישית "נביעות" ממגוון שופרסל ולאור תשובת גידור, לשאלת שגיאת לגבי סיבת ההוצאה מהמגוון, כי על רוזנהויז לשוחח עם תמיר. לפי עדותו של תמיר, הוא שאל את רוזנהויז לפרשן ההורדה של "נביעות" ממגוון, וזה השיבו בשאלה, האם לא ראה את מודעת מבצע מגה. הוא ציין בפני רוזנהויז, כי הוא כועס על המבצע ובתגובה אמר לו רוזנהויז: "מה אתם מתכוונים לעשות? אתה מתכוון לעשות משהו בעניין הזה?" תשובתו הייתה כי אין לו יכולת להתערב במבצע והוא מנוע מהתערבות שכזו לפי החוק (עמ' 553-554 לפרוטוקול). כשאמר לו רוזנהויז שאם כך, הוא אינו יודע לנהל את מותגיו ולכן מותגיו לא יהיו על מדפי שופרסל. רוזנהויז המשיך להלין כלפיו מדוע הם אינם עושים דבר כנגד המהלך המסוכן של מגה וציין, כי אם החברה המרכזית תפעל מולה, המוצרים של החברה המרכזית יוחזרו למגוון (עמ' 555-556). לשאלת ב"כ המאשימה, האם רוזנהויז הציע לו דרך פעולה מסוימת השיב תמיר כי תשובת רוזנהויז הייתה: "אם אתה רוצה אתה יכול לעשות הרבה, ואתה יודע שאתה יכול לעשות הרבה. יש ענייני הנחות ויש דברים אחרים". הוא התווכח עמו בשאלה האם הדבר מותר לו מבחינה חוקית ורוזנהויז אמר לו "אתה רשאי להוריד הנחות" (עמ' 554).

97. בחקירתו הנגדית נשאל תמיר האם סביר בעיניו שהפסקת הנחות על ידי החברה המרכזית באותו מועד הייתה עוצרת את מבצע מגה. תמיר השיב כי: "אף אחד לא חשב שזה הסיפור הזה של מגה ייגמר באירוע הזה של פריגת. זה היה ברור שזה רק התחלה ואם לא יפסיקו את זה, זה יימשך עוד ועוד... אפי לא התייחס לשבוע הזה, הוא לא טיפש, זה לא, מה שהטריד אותו זה לא השבוע הזה, זה התהליך שהתחיל... ואם ניתן לזה לקרות בלי שנפעל ונגיב זה יימשך עוד ועוד..." (עמ' 618 לפרוטוקול).



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

תמיר ציין, כי רוזנהויז היה כעוס מאוד ונסער במהלך השיחה שהסתיימה בכך הוא אמר לרוזנהויז שהוא יפנה לעורך הדין של החברה לבדוק את יכולת התערבותו במבצע.

98. בנסיבות אלו, תהא הפרשנות המצמצמת לנורמות האיסוריות שבתנאי המיזוג אשר תהא (ראו ת"פ 22847-12-10 **מדינת ישראל נ' בובליל**, פסקה 34, 19.12.12), ברי כי מדובר בדרישה לאי אספקת מוצר למתחרה של שופרסל ובניסיון להתערב בתנאי המסחריים שניתנו על ידי הספקים, או מי מהם, למתחרה שלה, בשל העובדה שמוצריה נמכרו במגה במחיר זול יותר מזה בו הם נמכרים בשופרסל. אין ספק כי דברי רוזנהויז לוינשטיין, שהוא אינו מבין כיצד הוא ממשיך לספק סחורה למגה, ובקשתו להפסיק לספק את הסחורה מהווים "דרישה", כמשמעותה בסעיף 11 לתנאי המיזוג. הצעת רוזנהויז לתמיר להקטין את ההנחות שמעניקה החברה המרכזית למגה אף היא "התערבות" אסורה בתנאי המסחריים שמעניקים ספקים למתחרי שופרסל, כמשמעותה בסעיף 12 לתנאי המיזוג. היסוד הנפשי הנדרש לשכלולה של עבירה של הפרת תנאי מיזוג הוא מחשבה פלילית, דהיינו מודעות לטיבו הפיסי של המעשה ולקיומן של הנסיבות המהוות חלק מהגדרת העבירה, ולאור האמור ברי כי אלו התקיימו במקרה זה.

99. הוכח אפוא, כי רוזנהויז פעל בניגוד לתנאים שנקבעו באישור המיזוג ואף ניסה להגיע להסדר כובל עם הספקים – ויסוצקי והחברה המרכזית.

100. מכאן גם נגזרת אחריותה הפלילית "האישית" ו"השילוחית" של שופרסל לעבירות אלו אשר נעברו על ידי המנהל הכללי שלה במסגרת תפקידו, לפי תורת האורגניזם כאמור לעיל. מכאן לשאלת אחריותו של גידור.

### אחריותו של גידור

101. בכתב האישום יוחסה העבירה של אי קיום תנאי אישור המיזוג לגידור בהתאם להוראות סעיף 48 לחוק בצירוף סעיפים 47(א) ו-21 (וסעיף 21 לחוק בשל היותו מנהל פעיל בשופרסל. לעומת זאת, העבירה של ניסיון להסדר כובל יוחסה לגידור באופן



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

ישיר בשל חלקו בה לצדו של רוזנהויז, ורק לחילופין לפי סעיף 48 לחוק בשל היותו מנהל פעיל בשופרסל.

### אחריות כ"מבצע בצוותא"

102. טענת המאשימה הייתה, כי יש לראות בגידור ורוזנהויז "מבצעים בצוותא" שפעלו ביחד להשגת מטרה משותפת, ובשל כך בגידור כמבצע גם ביחס לפעולות שביצע רוזנהויז. חומר הראיות אכן מלמד, כי כך הם פני הדברים. כאמור, במסגרת ישיבת מנהלי הפורמטים בשופרסל ביום 21.12.08, בעקבות פרסום מבצע מוגה, אמר רוזנהויז לגידור שידבר עם הספקים ויבדוק איתם את מבצע מוגה (עדותו של רוזנהויז בעמ' 1916 ו-1919 לפרוטוקול). לאחר הישיבה, שינה רוזנהויז את טעמו והחליט לדבר בעצמו עם מנהלי הספקים, והוא הודיע על כך לגידור (עדות רוזנהויז בעמ' 1715 ובעמ' 1911, ועדות גידור בהודעתו ברשות מיום 1.01.09 – ת/16). רוזנהויז שוחח כאמור, עם מנהלי הספקים ולאחר מכן דיווח על שיחותיו לגידור (עדות רוזנהויז בעמ' 1818 לפרוטוקול והודעתו של גידור מיום 1.01.09). בהודעת גידור מיום 1.01.09 (ת/16) הוא ציין במפורש, כי דיבר על מבצע מוגה עם רוזנהויז ביום 21.12.08, ולמחרת, כשהבחינו שהמודעה התפרסמה שוב, הם החליטו להגיב. בהמשך ציין גידור כי החליט עם רוזנהויז "להאיץ את התהליך של התאמת מגוון למיתון..." הוא הוסיף כי "בעקבות המודעה והתנהגות של הספקים החלטנו שצריך להאיץ את התהליך הכואב". בהמשך לכך, הם החליטו, כך לטענתם, להוציא ממגוון שופרסל את "נביעות" "רד מאג" ו"אייס T" של ויסוצ'קי. לפי דבריו באותה הודעה, הוא גם היה שותף בהחלטה על הורדת מוצרי יד מרדכי מגיוון. גרסה זו נתמכה גם בעדותו של גרטל, מנהל הקטגוריה בשופרסל שהעיד כי גידור הודיע לו על ההחלטה להוריד את מוצרי יד מרדכי מגיוון (הודעת גרטל בחקירתו ברשות מיום 13.01.09 – ת/154). גם רוזנהויז אישר, כי ההחלטה בדבר הוצאת מוצרים ממגוון נתקבלה על ידו ועל ידי גידור במשותף (עמ' 1922 לפרוטוקול).

103. גידור, לפי דבריו בהודעתו מיום 1.01.09 (ת/16), שוחח בעניין זה עם הסמנכ"לים של הספקים, ביצע את הוצאת "נביעות" ממגוון שופרסל דיווח על כך לרוזנהויז. גידור ציין בהודעתו במפורש כי ההוצאה מגיוון נעשתה "בעקבות המודעה והתנהגות של



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

הספקים". לדבריו: "למרות שחלפו 24 שעות אף אחד מהספקים לא השכיל לשכנע את הרשת להפסיק את המבצעים הבעייתיים. גם אם המבצע בתוקף עד ה-29 זה לא אומר שצריך לפמפם אותו ולכן אנו משוכנעים שאף אחד מהספקים לא עשה כלום לשכנע את הרשת על גודל הטעות". הקשר שראה גידור בין הוצאת המוצרים מהמגוון לבין מבצע מגה עולה כאמור גם מדברי גידור לשגיאה, שעה שנשאל על ידו על סיבת הוצאת "נביעות" מהמגוון. גידור ענה לו, שתמיר ידבר על כך עם רוזנהויז, כשהוא מוסיף ומציין כי יש תלונות על מבצע מגה. כאמור, שגיאה ציין בעדותו כי שוחח עם גידור ביום 22.12.08 וזה הביע בפניו כעס על מבצע מגה. לדבריו, במענה לטענתו כי לחברה המרכזית אין קשר למבצע מגה אמר לו גידור "ומה אם יהיו עוד מבצעים... משהו בסגנון של – ואם הם ימשכו, או אם יהיו מבצעים אחרים אז מה הלאה" (עמ' 643 לפרוטוקול), ובהמשך: "האם גם אז לא תעשו דבר" (עמ' 648). כאמור, גידור הודה כי דיבר על מבצע מגה עם שגיאה (עמ' 2156 לפרוטוקול), ואף ציין בהודעתו (ת/16) כי הסביר לספקים את הקשר בין הורדת המוצרים ממגוון למבצע מגה.

104. המסקנה היא איפוא, כי לגידור היה חלק מהותי בביצוע העבירה. הוא היה שותף בהחלטה לפנות לספקים לאחר פרסום מבצע מגה. הוא עצמו היה שותף בביצוע שיחות אלו. הוא גם העביר מסר לסמנכ"לים של הספקים, לפיו יש כעס בשופרסל על כך שהם לא פועלים כנגד מבצע מגה ונגד מבצעים דומים בעתיד. בנוסף, נטל חלק פעיל בהורדת מוצרי הספקים ממגוון, לדבריו, בין היתר בשל מבצע מגה ואי פעילות הספקים כנגדו. יש לזכור, כי גידור שימש כסמנכ"ל סחר ושיווק בשופרסל, היה ממונה על מנהלי תחומי מסחר, חבר בפורום הנהלת שופרסל, היה אחראי ונמצא בקשר שוטף עם הספקים הגדולים של שופרסל, והיה מעורב, בין היתר, בהשקת מוצרים, תוכניות שנתיות ובנוסחים (הודעת גידור, ת/16). תפקידו הבכיר של גידור בשופרסל, והפעולות שביצע בעצה אחת עם רוזנהויז, ממקמים אותו ב"מעגל הפנימי" של מבצעי העבירה. זאת שכן מעמדו ביחס להחלטה לגבי ביצוע העבירה היה של איש "פנים", תרומתו היתה "פנימית" וחלקו בביצוע היה מהותי להגשמת התכנית המשותפת (ראו: [ע"פ 2796/95 פלונים נ' מדינת ישראל](#), פ"ד נא(3) 388, 403 (1997); ראו גם: [דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל](#), פ"ד נב(5) 1, 22 (1998)).



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

### אחריות לפי סעיף 48 לחוק

105. מעבר לנדרש יצוין, כי צודקת המאשימה בטענתה, כי לגידור גם אחריות לפי סעיף 48 לחוק, הקובע כי מקום שנעברה עבירה בידי חבר בני אדם, יואשם בעבירה גם כל מנהל פעיל המכהן באותו תאגיד. המדובר באחריות פלילית, כעין שילוחית, שנועדה להמריץ את המנהלים לנקוט באמצעים נאותים ולהבטיח כי אמצעי זהירות יקוימו על מנת למנוע ביצוע עבירות במסגרת התאגיד וכן להטיל אחריות על נושאי משרה בכירים שקיימת הסתברות גבוהה כי היו מעורבים בביצוע העבירות של התאגיד אך לא ניתן להוכיח זאת (ע"פ 3027/90 **חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(4) 364, 387). משכך, נקבע בחוק כי לא תוטל אחריות על נושא משרה בתאגיד שיוחסה לו עבירה, אם עלה בידו להוכיח כי הוא לא ידע על העבירה וכי נקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירת הוראות החוק. המדובר בטענות מצטברות שהנטל להוכחתן רובץ על כתפי נושא המשרה.

106. במקרה זה אין מחלוקת, כי הנאשמים היו מנהלים פעילים בשופרסל והשאלה היא האם הם עמדו, שניהם או אחד מהם, בנטל להוכחת שתי ההגנות הנזכרות. באשר לרוזנהויז, לא זו בלבד שלא עומדת לו ההגנה כי לא ידע על ביצוע העבירות וכי נקט אמצעים סבירים להבטחת שמירת הוראות החוק, אלא שכאמור, הוא עצמו היה זה שביצע את העבירות מטעם שופרסל, והוא זה שפנה אל מנהלי הספקים בניסיון להגיע עמם להסדר כובל והוא זה שחרג מתנאי המיזוג ופעל אל מול הספקים שלא לספק מוצרים למגה ולשנות את תנאי המסחר שלהם מול מגה.

107. באשר לגידור, כאמור, גם הוא נטל חלק פעיל בהפעלת הלחץ על הספקים, כדי שיפעלו מול מגה להפסקת המכירה ב"מחירי רצפה", אם בשיחתו עם שגיא ואם בפעילותו להורדת מוצרים של הספקים ממגוון שופרסל. ברור מאלי, כי הוא ידע על מעשיו של רוזנהויז שכאמור עדכן אותו ופעל עמו בעצה אחת, וכמובן שהוא לא הצביע על אמצעי אחד בו נקט להפסקת פעילות זו, שלה כאמור, היה שותף בעצמו. העובדה שהוא היה כפוף לרוזנהויז, אין בה כדי להסיר את האחריות ממנו כמנהל פעיל בשופרסל. אכן, לא דין אמצעים סבירים שעל מנכ"ל לנקוט לשם שמירת



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

הוראות הדין, כדין האמצעים שעל מנהל פחות בכיר לנקוט. תוכן האמצעים שעל "מנהל פעיל" לנקוט משתנה לפי נסיבות כל מקרה ומקרה, ותלוי, בין היתר, במעמדו של אותו מנהל, בתפקידו ובסמכויותיו. עם זאת, הרשעתו של המנהל הבכיר כשלעצמה אין בה כדי להפחית מאחריות סגנו, כמו גם מכל מנהל אחר הכפוף לו שהיה בכוחו למנוע את ביצוע העבירות ולא עשה כן (ראו דנ"פ 5189/05 **איילון חברה לביטוח נ' מדינת ישראל**, פסקה 23, 20.04.06). במקרה זה, גידור לא הצביע על פעולה כלשהי שנעשתה על ידו לשם מניעת ביצוע העבירות. אדרבה, מהעדויות עלה כאמור, כי הוא היה שותף למעשים אלו. ב"כ הנאשמים בסיכומיהם טענו, כי גידור יצא ידי חובתו להוכיח כי פעל לשמירת החוק בקיומה של תכנית האכיפה הפנימית הנהוגה בשופרסל (ת/20) כמו גם בקוד האתי שלה המכונה "קובץ ערכי שופרסל להתנהגות עסקית נאותה" (ת/19). בנוסף הצביעו ב"כ הנאשמים על העברת תכנים חשובים אלו למנהלי שופרסל בימי עיון ובהדרכות ייעודיות. ואולם, בכך אין די, וודאי לא מקום בו "מנהל פעיל" רואה לנגד עיניו התקמות תכנית שנועדה להתבצע בניגוד לחוק ואינו פועל לעצירתה. בענייננו גידור נוכח לדעת על דרך הפעולה מול הספקים שנועדה לעצור את מבצע מגה, או למנוע חזרה על מבצע מעין זה בעתיד ולא נקט כל פעולה להפסקתה, אלא ההיפך מכך היה בעצמו שותף פעיל ביישומה.

108. אני מוצא אפוא, גם את גידור אשם בעבירות שיוחסו לו במסגרת האישום הראשון, הן בנוגע לניסיון עריכת הסדר כובל והן באי קיום התנאים שנקבעו באישור מיזוג.

109. בסיכומי של אישום זה, אני מרשיע את הנאשמים כולם בשתי עבירות של אי קיום תנאי שנקבע באישור מיזוג בשל מעשיהם של רוזנהויז וגידור מול הספקים ויסוצקי והחברה המרכזית, ובארבע עבירות של ניסיון לעשיית הסדר כובל, שיוחסו להם בכתב האישום בשל פניותיו של רוזנהויז לספקים אוסם, שטראוס, ויסוצקי והחברה המרכזית.

מכאן, לדיון באישום השני.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

### האישום השני

### הרקע לאישום והמחלוקת בין הצדדים

110. באישום השני ייחסה המאשימה לנאשמים את הפרת סעיף 11.1 שבאישור המיזוג. סעיף זה קובע כי:

**"שופרסל לא תדרוש מספק איזה מן הדרישות הבאות ולא תסרב לרכישת מוצרי הספק או תתנה אותה בדרישות הבאות, כולן או כל אחת מהן:**  
**11.1 אי אספקת מוצרי הספק, כולם או חלקם, למתחרה של שופרסל".**

111. לפי המתואר בכתב האישום, באמצע חודש דצמבר 2008 או בסמוך לכך, החליט גידור, כי שופרסל תפסיק לעבוד עם רזיט ותחדל ממכירת המוצרים אותם רזיט מספקת ו/או משווקת לה. זאת, בשל העובדה שרזיט החלה לספק למותג הפרטי של מגה מוצרי קרקר אותם סיפקה למותג הפרטי של שופרסל החל מחודש ספטמבר 2007.

112. במהלך שנת 2006 הציע מר יוסי פישמן, מנהל רזיט (להלן: "פישמן"), במהלך פגישה עם מר עוזי פרץ, מנהל המותג הפרטי בשופרסל (להלן: "פרץ"), כי רזיט תספק לשופרסל קרקרים עבור המותג הפרטי שלה. בסוף חודש אוגוסט של אותה שנה, פנה פישמן אל פרץ עם הצעה כתובה לשלב סוגים שונים של קרקרים במותג הפרטי של שופרסל (ת/210א'). בעקבות פנייה זו, נוהל משא ומתן בין שופרסל לבין רזיט שבסופם הוחלט, כי רזיט תספק לשופרסל את המוצרים הבאים כמותג פרטי: קרקר עם שומשום, קרקר עם מלח וקרקר עם זעתר באריזות במשקל 220 גרם; קרם קרקר באריזה במשקל 230 גרם; קרקר דק חיטה מלאה ושומשום באריזה במשקל 240 גרם; קרקר דק מחיטה מלאה וקרקר דק מחיטה מלאה וסובין באריזות במשקל של 240 ו-900 גרם. המוצרים יוצרו על ידי הדר אפיפית אשר מכרה אותם לרזיט וזו



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

האחרונה מכרה אותם לשופרסל, כששמה שלה מופיע על גבי האריזות כשם הספק. קרקרי המותג הפרטי של שופרסל מתוצרת הדר אפיפית עלו לבסוף על מדפי שופרסל במהלך חודש ספטמבר 2007.

113. לא הייתה מחלוקת, כי גידור סירב, בשמה של שופרסל, לרכוש את מוצרי רזיט בגלל שהיא סיפקה קרקרים למותג הפרטי של מגה. המחלוקת נסבה סביב שאלת הסיבה להורדת מוצרי רזיט ממגוון שופרסל וההשלכה שיש לכך על האיסור שנקבע באישור המיזוג. הנאשמים טענו, כי גידור סרב לרכוש את מוצרי רזיט בגלל שהמוצרים שסיפקה רזיט למותג הפרטי של מגה, היו מוצרים ששופרסל הייתה מעורבת בפיתוחם ודבר זה היווה מבחינתו "מעילה באמון" ששופרסל נתנה ברזיט. אליבא דנאשמים, בנסיבות אלו מותר היה לשופרסל לסרב לרכוש מוצרים מרזיט, שכן אין מדובר במוצר של הספק כי אם מוצר של שופרסל וככזה אין סעיף 11.1 לאישור המיזוג חל בעניינו. המאשימה מצידה, ביקשה להוכיח כי אין מדובר במוצר של שופרסל וכי שופרסל כלל לא נטלה חלק בפיתוחו, ובודאי לא חלק משמעותי. לדבריה, הסיבה היחידה והבלעדית לפעולה שנקטה שופרסל, באמצעות גידור, כלפי רזיט הייתה מכירת מוצריה למותג הפרטי של מגה. המאשימה הוסיפה, כי גם היה לשופרסל חלק ביצירת המוצר, הדבר לא היה ידוע לגידור בשעת מעשה והוא הורה להוריד את המוצר רק בשל מכירתו על ידי רזיט למגה. מה גם, שגם אם גידור ידע על שותפות שופרסל ביצירת המוצר, לא היה בכך כדי להכשיר את הפסקת רכישת המוצר בניגוד להוראות תנאי המיזוג.

### דיון והכרעה

114. בפי הנאשמים למעשה, שתי טענות. האחת, כי הקרקרים שבגין מכירת מוצרים זההים להם, הפסיקה שופרסל את רכישת מוצרי רזיט, הם למעשה מוצרים שלה ועל כן אין כל תחולה לתנאי 11.1 לתנאי המיזוג העוסק ב"מוצרי הספק". הטענה השנייה היא, כי גם אם אין מדובר במוצרים של שופרסל, מדובר במוצרים ייחודיים ששופרסל הייתה שותפה משמעותית בהליך ייצורם, כמו גם בעיצוב אריזותיהם. משום כך, גידור ראה במכירת מוצרים זהים למגה כמותג פרטי, פגיעה קשה באמון





## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

באופן שמצדיק את הורדת כלל מוצרי רזיט ממדפי שופרסל. הורדה מטעם זה, כך נטען, אינה באה בגדרי האיסור שבסעיף 11 לתנאי המיזוג.

### האם מדובר במוצר של שופרסל

115. כבר בראשית הדברים יצוין, כי לא מצאתי ממש בטענה, כי מדובר במוצרים של שופרסל ולא במוצר הספק. הטענה לבעלות במוצר לא נטענה במסגרת תשובת הנאשמים לכתב האישום, אז נטען רק כי רזיט סיפקה למגה מותג שפותח עבור שופרסל, אך לא נטען שמדובר במוצר ששופרסל פיתחה והוא שייך לה. למעשה, גם כשהטענה לבעלות במוצר הועלתה על ידי הנאשמים היא נותרה כטענה בעלמא ולא הובאו לה כל ראיות של ממש.

116. הנאשמים טענו כי בפגישה הראשונה בין פישמן לצוות המותג הפרטי בשופרסל, הביא עמו פישמן שלושה מוצרים אותם הציע לשופרסל: קרקר דגן מחיטה מלאה (נ/107), קרקר טופו (נ/108) וקרקר טופו חיטה מלאה באריזת 1 ק"ג (נ/109), אך כל ההצעות לא נתקבלו על ידי שופרסל, לא מבחינת אריזתן וגודלן ולא מבחינת הטעמים. שופרסל, כך נטען, הציעה קרקרים בטעם זעתר, שלא היה חלק מאפשרויות הטעמים אותן הציג פישמן. לפי הטענה, טעם זה הוא פרי פיתוחה המלא של שופרסל. הנאשמים הוסיפו כי להדר אפיפית, שייצרה את הקרקרים, כלל לא הייתה באותה עת תערובת בטעם זעתר והיה צורך בפנייה של טכנולוגית המזון של הדר אפיפית ליצרן תבלינים על מנת לקבל דוגמאות. בפגישה נכחו, לפי טענת הנאשמים, גם מר עוזי פרץ מנהל המותג הפרטי, מר אלון רון מנהל הקטגוריה הרלוונטי, מר ליאור לזובסקי טכנולוג מזון, והשף מר איתי שלו. ואולם, השף שלו, שלפי טענת שופרסל היה מעורב בשינויים במוצרי הקרקרים מטעמה, לא זומן להעיד. בהקשר זה יצוין כי המעורבות של השף שלו, לה טענו הנאשמים, מתוארכת למועד מאוחר יותר מהמועד שבו הוכנסו הקרקרים של רזיט למגוון של שופרסל, והסכם הייעוץ שנחתם בין שופרסל ובין השף שלו ביום 21.03.06 (נ/65), עליו הצביעו הנאשמים, אינו מלמד על מעורבות ספציפית שלו בפיתוח המותג הפרטי של הקרקרים, אלא רק בבדיקת איכות וטריות המוצר, בדיקות הנעשות לכל מוצרי המותג הפרטי לא רק לגבי אלה שפותחו על ידי שופרסל. הנאשמים גם טענו, כי



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

אריזות המוצרים הן חדשניות וייחודיות והן עוצבו על ידי מומחה האריזות מר אבי רותם (להלן: "רותם") והמעצב פיליפ בולקייא (להלן: "בולקייא"). לדבריהם, אף אחת מהאריזות שהציע פישמן לא התקבלו על ידי שופרסל. שופרסל גיבשה עמדה כיצד היא מעוניינת שהאריזות תראינה, ורותם ובולקייא פיתחו ועיצבו את האריזות לאחר שהשקיעו בכך מחשבה, זמן, מאמץ ומשאבים רבים (נ/111). אולם, לא רותם ולא בולקייא, הוזמנו להעיד. רק מר אלון רון (להלן: "רון"), שהיה קשור בפיתוח המוצר זומן להעיד, אך לא זו בלבד שמדובר בעד שאישר קיומם של יחסים עסקיים משמעותיים עם שופרסל עבור העסק בו הוא מכהן כמנכ"ל (מכוורת עמק חפר), אלא שמעדותו, עלה כי הקשר שלו לפיתוח היה קלוש ביותר. הוא עצמו גם ציין בעדותו במפורש כי פיתוח קרקר בטעם הזעתר הוא "לא המצאת הגלגל" (עמ' 2040). לכך יש להוסיף, כי גם קרקר עם חיטה מלאה וסובין הוא מוצר שהיה קיים בשוק שיוצר על ידי אסם (נ/122 א-ב) וכך גם קרקר סובין עם שומשום שיוצר על ידי הדר אפיפית (מופיע בקטלוג שופרסל ישיר 2007 – נ/68).

117. ברור כי בנסיבות אלו לא ניתן לקבל טענה לבעלות במוצר. זאת שעה שאין מחלוקת, כי היצרן ששמו מופיע על המוצר אינו שופרסל. ההלכה היא כי מעמידים בעל דין בחזקתו שלא ימנע מבית המשפט עדות שהיא לטובתו, ואם נמנע מהבאת עד שהוא בהישג ידו, ללא הסבר סביר, ניתן להסיק שלו היה העד מתייצב למתן עדות, הייתה העדות פועלת כנגדו (ע"פ 5019/09 חליווה נ' מדינת ישראל, 20.08.13; ע"פ 11331/03 קיס נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 453 (2004)). הטענה, כי חובת חקירת עדים אלו הייתה מוטלת על הרשות במסגרת החקירה שניהלה כחלק מחובתה לפעול לגילוי האמת, אין בה ממש במקרה זה. אכן, מטרת חקירה משטרתית כמו גם של רשות אחרת הפועלת כגוף חקירתי אינה איסוף ראיות להרשעת חשוד כי אם איסוף ראיות לחשיפת האמת, בין אם זו עשויה להוביל לזיכוי החשוד ובין אם היא עשויה להוביל להרשעתו (ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל, 18.05.06; ע"פ 721/80 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 466 (1981)). במסגרת זו, מוטלת על התביעה החובה לזמן לחקירה את מי שעדותו יכולה לסייע בהשלמת ה"פאזל" הראייתי וחשיפת האמת העובדתית במלואה. אולם, מקום בו הנאשמים עצמם לא טענו לבעלות במוצרים במסגרת חקירתם, והיא הועלתה על ידם לראשונה במסגרת הסיכומים, ולמצער במהלך ההוכחות, ברור כי חובת הבאת עדים אלו מוטלת על הנאשמים,



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

ומההימנעות מהבאתם יש להסיק כי אילו היו העדים מתייצבים למתן עדות, עדותם הייתה פועלת כנגד הנאשמים.

118. מעבר לכך, בצדק נטען, כי גם אם היה מדובר בפיתוח מוצר ייחודי, חזקה על שופרסל שהייתה דואגת להגן על זכויותיה בקשר לפיתוחים אלו, לפחות במסגרת הסכם כתוב עם יצרן המוצר. תשובתו של גידור בעניין זה כי "שותפות לא צריכה להיות כתובה" אינה מניחה את הדעת, וודאי לא לאור הדברים הכתובים במצגת אכיפה פנימית שהועברה בשופרסל בשנת 2005 (נ/113), לפיהם "הומלץ והוסכם לערוך הסכם בכתב עם כל הספקים". כך גם צוין בישיבת הנהלת שופרסל מיום 21.01.07 (ת/37), כי לא ייחתם חוזה ברשת שופרסל, שלא נבדק ולא אושר על ידי המחלקה המשפטית. תשובת גידור כי באותה ישיבה לא דובר על הסכמי סחר עם ספקים, אינה עולה בקנה אחד עם תוכן הדברים שנאמרו באותה ישיבה. מה גם, שברור לחלוטין, כי הסכמים הנוגעים לזכויות של שופרסל במוצרים שלטענתה היא עצמה הייתה שותפה בפיתוחם, היו צריכים להיעשות בכתב. גם בדוחות התקופתיים של שופרסל לשנים 2006-2008 (ת/146-א-ג) נכתב, כי שופרסל מתקשרת עם ספקים שונים המייצרים עבורה מגוון רחב של מוצרים ממותגים הנמכרים על ידה במסגרת קטגוריית המותג הפרטי. וצוין כי "על פי הסכמי המותג הפרטי הקבוצה הינה הבעלים הבלעדי של זכויות הקניין הרוחני במוצרי המותג הפרטי, לעניין שם המוצר ואופן עיצובו. הסכמי המותג הפרטי קובעים את תקופת ההתקשרות, ואופן הפסקת ההתקשרות וזכויות הצדדים במקרה כזה". כשעומת גידור עם הכתוב בדוחות השיב כי ההנחיות אינן מבוצעות ולא נכרתים הסכמים בכתב (עמ' 2104 לפרוטוקול). בהמשך הודה גידור, כי היו הסכמים עם ספקי המותג הפרטי והייתה שאיפה בשופרסל לעשות הסכמים עם כולם (עמ' 2106). מאחר שהוכח, כי שופרסל פועלת על מנת להגן על זכויותיה, מקום שיש לה זכויות כלשהן ובכלל זה היא אף פנתה לא פעם לערכאות משפטיות הדבר אינו עולה בקנה אחד עם עמדתו של גידור, לפיה מדובר ביחסים שאינם דורשים עיגון הסכמות בכתב.

### הסיבה להורדת מוצרי רזיט ממדפי שופרסל



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

119. לא נותר, איפוא, לדון, אלא בשאלה מה עמד בבסיס פעולתו של גידור להורדת מוצרי רזיט ממדפי שופרסל. האם רק העובדה שהיא מכרה את מוצריה למגה, או שמא הדבר נעשה בשל הפגיעה באימון שבאה לידי ביטוי במכירת מוצר ששופרסל נטלה חלק נכבד בעיצובו והוא הוכן במיוחד עבורה כמותג פרטי. שאלה נוספת היא, האם הורדת המוצרים מסיבה זו, באה בגדרי האיסור שבסעיף 11 לתנאי המיזוג.

120. לפי עדותו של גידור, במהלך חודש דצמבר 2008 הוא נסע יחד עם אנשים נוספים משופרסל לבקר בחנות מגה בול בחולון. במהלך הביקור הם שמו לב למוצרי קרקר, שנמכרו תחת המותג הפרטי של מגה ואריזותיהם זהות לחלוטין לאריזות מוצרי הקרקרים שמשווקת שופרסל במסגרת המותג הפרטי שלה. גם טעמי הקרקרים היו זהים לטעמים שפותחו על ידי שופרסל. הם גם שמו לב שיצרן הקרקרים הוא היצרן שמייצר עבור שופרסל את המותג הפרטי. גידור שלטענתו, לא היה מעורה בהליכי פיתוח המוצרים, קיבל מידע מפרץ ומצוותו אשר ציינו בפניו בוודאות מלאה כי מדובר בהעתק של המוצר שפיתחה שופרסל יחד עם הדר אפיפית במשך תקופה של כשנה וחצי (עמ' 2108 לפרוטוקול). לפי גרסת גידור, מיד עם חזרתו מהביקור בסניף מגה בול בחולון ועל בסיס המידע שסיפק לו פרץ, הוא התקשר לפישמן והודיע לו כי מאחר ולא ביקש רשות לספק למגה את הקרקרים, הוא יחפש מקור אחר לקרקרים של המותג הפרטי. הוא אמר לפישמן, כך לפי עדותו: "אתה לא חושב שמוצר שפיתחנו ביחד לאורך תקופה כל כך ארוכה של שנתיים אתה לפחות לא צריך ליידע אותי במסגרת מערכת יחסים בריאה של ספק רשת?". את השיחה הוא סיים כשאמר לפישמן: "אני רואה פה פגיעה באמינות במערכת היחסים בינינו ולכן תחת אמונתי של קונה מרצון, מוכר מרצון, אני אחפש לי מקור אחר לקרקרים". מיד לאחר שיחה זו הנחה גידור להפסיק לרכוש ממוצרי רזיט. לדבריו, "ברגע שמדובר באמינות, זה לא מדובר במוצר אלא מדובר בספק. מבחינתי זה היה להפסיק לעבוד עם רזיט בכלל" (עמ' 2110 לפרוטוקול).

121. טענת המאשימה הייתה כאמור, כי לא "בגידה באמון" בשל מעורבות בפיתוח כלשהו של המוצרים עמדו לנגד גידור, אלא אך ורק עצם העובדה שרזיט מספקת מוצר דומה גם למותג הפרטי של מגה. המאשימה ביקשה לערער את מהימנותו של גידור בכל הנוגע לסיפור הביקור בסניף מגה בול בחולון והפתעתו עת נחשף לדבריו, לראשונה,



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

לעובדה שרזיט משווקת למגה כמותג פרטי, מוצר זהה לחלוטין למוצר שהיא משווקת כמותג הפרטי של שופרסל. לדברי המאשימה, עת התקשר גידור לפישמן הוא כלל לא היה מודע למידת מעורבותה של שופרסל בפיתוח הקרקרים ולא היה לו כל עניין בכך. כל שעניין אותו היה הדמיון בין הקרקרים. בהקשר זה היא הצביעה על כך, שבחקירתו הנגדית טען גידור שהוא ביקר בסניף מגה בול בחולון, ככל הנראה, לפני ההשקה הרשמית של מגה בול שהייתה ביום 23.12.08 (עמ' 2081 לפרוטוקול). הוא גם הופתע, לדבריו, לראות שמגה יצאה במוצג פרטי מאחר, כאשר עד אותם ימים מגה הכריזה שהיא נגד מותג פרטי (עמ' 2108). אולם, לטענת המאשימה, דבריו אלו אינם עומדת במבחן המציאות, שכן גידור ידע על המותג הפרטי של מגה כבר חודשים לפני הביקור בסניף מגה בחולון. כראיה, היא הצביעה על פרוטוקול ישיבת הנהלת שופרסל מיום 12.10.08 (ת/73) שם נכתב בבירור כי המותג הפרטי של מגה מבוסס על מוצרי שפע שוק. מכאן, לדבריה, שכבר ביום 12.10.08 גידור ידע כי מגה עומדת להשיק מותג פרטי המבוסס על המותגים הפרטיים של שפע שוק. גם בדו"ח השנתי של שופרסל לשנת 2008 (ת/146) נכתב במפורש, כי ביום 29.10.08 הודיעה הריבוע הכחול על השקת פורמט חנויות חדש בתצורת "hard discount" בשם מגה בול וכן על השקת מותג פרטי.

122. בנוסף, ביום 23.12.08, שלחה מזכירת מחלקת המותג הפרטי בשופרסל לגידור ולעוד מספר אנשים בשופרסל הודעת דוא"ל ובה טבלה המפרטת את המוצגים הקיימים במוצג הפרטי של מגה (ת/259). המאשימה גם הצביעה על דוא"ל שנשלח ביום 22.12.08 ממר דני סיני, מנהל פורמט ביג בשופרסל לגידור, שבו עדכן את גידור "לגבי תצוגות ונראות מגה בול", וציין כי לדעתו "יש לקנות פריטי P.L. מותג פרטי שמגה בול כבר פרש על מנת להשוות את המחירים" (ת/242ד'). תשובת גידור הייתה "עוזי יצא לשם". לטענת המאשימה, אם מייל זה נשלח קודם הביקור בסניף מגה בחולון, גידור לא היה צריך להיות מופתע, ואם המייל נשלח לאחר הביקור, מדוע היה צורך לשלוח את עוזי פרץ אחר שגידור נוכח בדבר בעצמו. על יסוד כל אלה נטען כי הגרסה בדבר הביקור בסניף מגה בחולון היא גרסה כבושה שנשמעה לראשונה מפי גידור על דוכן העדים ואין לה זכר בהודעותיו ברשות (ת/16 ו-ת/18), לכן יש להטיל ספק במהימנות הסיפור אודות הביקור גם בשל כך ששותפיו של גידור לביקור, לפי טענתו, לא הובאו למתן עדות.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

123. אכן, בעדותו סיפר גידור, כי שעה שהם התקרבו למוצרים בסניף מגה בחולון הם ראו כי מדובר "במוצרים זהים לחלוטין לקרקר של שופרסל, של המותג הפרטי שופרסל". לדבריו, הם ראו "מוצרים תחת השם מותג פרטי מגה שהם העתק מלא אחד לאחד ללא שום, לא החסירו שום פרט תחת המותג מגה. במילים פשוטות העתיקו פשוט את המוצר מא' עד ת', מוצר שנמכר תחת השם שופרסל הוצג לראשונה תחת השם מגה. כמובן שניגשנו למוצר, הפכנו, הסתכלנו על המרכיבים, הסתכלנו מי היצרן וראינו שמדובר ברזיט שהוא הספק שעד כה הוא סיפק לנו ואנחנו רואים שהוא מתחיל לספק מוצר זהה לרשת מגה, מגה בול" (עמ' 2108 לפרוטוקול). בדבריו אלו של גידור אין זכר לפיתוח כלשהו שהושקע במוצרים אלא רק לגבי אספקת מוצר זהה. נכון גם, כי גידור לא נתן תשובות מספקות לתמיהות שהעלתה המאשימה אודות טענתו שלא ידע על קיומו של מותג הפרטי של מגה, וטען כי אינו זוכר את הודעות הדוא"ל שנשלחו אליו ממזכירת מחלקת המותג הפרטי בשופרסל וממר דני סיני, מנהל פורמט ביג בשופרסל (עמ' 2082 ו-2083 לפרוטוקול). כמו כן, טען כי על אף שהשתתף בישיבת הנהלת שופרסל ביום 12.10.08, אין זה אומר שהמידע שנמסר בה היה בידיעתו (עמ' 2112 לפרוטוקול). גידור גם ציין בעדותו כי "רק בדיעבד הסתבר לי שכל צוות שופרסל על שלל יועציו היה מעורב בתהליך הפיתוח הזה במשך השנתיים" (עמ' 2109 ו-2136 לפרוטוקול). גרסתו של גידור בעניין זו הייתה מהוססת ולא החלטית. פעם טען כי ידע אודות שותפות שופרסל בפיתוח ופעם טען, כי ידע על כך אחרי שיחתו עם פישמן. פעם אחרת התעקש, כי הייתה לו ידיעה כללית על פיתוח האריזה על ידי רותם אך אישר כי לא היה לו מידע לגבי תכולת המוצר (עמ' 2123). נכון גם, כי כשנשאל גידור כיצד ידע שהקרקרים במותג הפרטי הם בעצם מוצר שפותח על ידי שופרסל הוא השיב, כי מי שהסב את תשומת לבו היה פרץ. הוא ציין כי אם פרץ לא היה מסב את תשומת לבו לכך הוא לא היה יודע שמדובר במוצרים זהים (עמ' 2109). פרץ לא זומן למתן עדות וגם עניין זה נזקף לחובתו של גידור.

124. חרף כל זאת, לא ניתן לשלול את טענתו של גידור, כי הוראתו להפסיק לרכוש את מוצרי רזיט, לא נבעה מעצם מכירת מוצרים למגה, אלא אך בשל העובדה שרזיט פגעה באופן מהותי באימון שבינה לבין שופרסל, בכך שסיפקה למגה מוצרים,



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

שלמצער לשיטת גידור, היה לשופרסל חלק משמעותי בעיצובם. זאת מבלי ליטול את רשותה של שופרסל. אדרבא, העד המרכזי עליו נסמכת המאשימה, הוא פישמן מנהל רזיט. עד זה ציין במפורש בעדותו, כי גידור דיבר עמו על כך שמדובר במוצרים ששופרסל עיצבה והם שייכים לה, והוא חלק עליו בעניין וטען כי המוצרים הם של רזיט ולא היה צורך בקבלת רשות משופרסל. אכן, פישמן גם טען כי גידור אמר לו בשיחה "כי מי שיעשה להם לא יעשה לנו" (עמ' 1517 לפרוטוקול). אולם, לא היה בידו להסביר כיצד אמרה משמעותית זו שלפי דבריו "גרמה לו לנדודי שינה במשך שבועיים שלמים" (עמ' 1518), לא באה לידי ביטוי בחקירתו ברשות שהתקיימה במהלך אותם שבועיים, מה שמטיל ספק במהימנותה.

125. מכל מקום, שני הצדדים לשיחה מאשרים, כי התווכחו ביניהם על מהות השותפות של שופרסל בקרקרים, ובהעדר עדות אחרת ובהתחשב בכך שפישמן הוא עד מטעם המאשימה, ניתן לקבוע כי דברים אלו אכן נאמרו, לכן יש להניח לזכותו של גידור, ולו מחמת הספק, כי אכן עניין זה עמד בבסיס הורדת מוצרי רזיט ממדפי שופרסל, וכי אלמלא סיבה זו, גידור לא היה מורה על הורדת המוצרים של רזיט מהמדפים, רק בשל מכירת מוצרים על ידה למגה. לא ניתן לשלול את גרסת גידור, כי הוא תפס את המוצר שנמכר למגה כזהה לחלוטין למוצר שיוצר עבור שופרסל, שהייתה גם שותפה של ממש בעיצובו וכי המדובר בהעתקה צרכנית. זאת, למרות השוני בסדר הרכיבים המופיעים על גבי האריזות, שכן לקוח מן השורה אינו מבחין בהבדלים כלשהם בין המוצרים (עמ' 2097 לפרוטוקול).

126. גם הודעת דוא"ל ששלח מר ליאור לזובסקי טכנולוג המזון של המותג הפרטי בשופרסל לגלינה, טכנולוגית המזון של הדר אפיפית מאששת את טענותיהם של הנאשמים, כי שופרסל הייתה מעורבת בצורה כזו או אחרת בפיתוח הקרקרים, והיא לא רק אישרה מוצר קיים שישמש כמותג הפרטי שלה. בדוא"ל (נ/69) שנשלח גם לרון, כתב לזובסקי לגלינה: "לאחר שבחנו את הדוגמאות ששלחת לנו ביחס למוצר התואם של המותג המוביל אנחנו מבקשים את השינויים הבאים: הדוגמא של נסיון 4 – לא התקבלה. הדוגמא של נסיון 3 – יש לקרוא לה קרקר מחיטה מלאה וסובין. יש לייצר דוגמא עם הרבה פחות סובין מהשתיים האלה – כדי שתיקרא קרקר מחיטה מלאה. קרקר טופז 8.67% שומן – דוגמא מאושרת כפי שהיא. קרם קרקר



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

עם שמן – דוגמא מאושרת. מבקש דוגמא נוספת ללחמית חיטה מלאה". הודעת הדוא"ל אינה עוסקת בבקרת איכות בלבד, כפי שטענה המאשימה בסיכומיה, אלא בפיתוח מוצרים חדשים ועולה ממנה כי שופרסל הייתה מעורבת, גם בטעמו של הקרקר מחיטה מלאה. באשר לקרקר בטעם זעתר, יש רגליים לטענות הנאשמים, כי דברי פישמן שטעם הזעתר היה קיים במפעלי הדר אפיפית וכי הוא הביא טעם זה עמו לשופרסל כבר בפגישתו הראשונה עמם, אינם עולים בקנה אחד עם האמור במסמך שנשלח על ידו לפרץ ביום 26.08.06 (ת/210א').

127. מהראיות גם עולה, כי שופרסל הייתה מעורבת במידה כלשהי גם בפיתוח אריזות הקרקרים של המותג הפרטי שלה: אריזות ה-220 גרם ואריזות ה-900 גרם. אכן, פישמן העיד, כי הוא זה שקידם את הרעיון לארוז שתי חבילות של 110 גרם והביא אותו לשופרסל כרעיון מוגמר (עמ' 1463), וגם רון, שהעיד מטעם הנאשמים, אישר כי היה זה רעיון של פישמן (עמ' 1991). ברם, שופרסל כן הייתה מעורבת בפיתוח האריזות ה-220 גרם בכך שהיא ביקשה ליצור אריזה אטומה ולא שקופה, ובכך שלאריזה יהיה שטח פנים רחב (עמ' 1994). עיון בהודעת דוא"ל ששלח רון לעליזה מהדר אפיפית ביום 15.07.07 (נ/67) מלמד, כי פישמן הביא לרון קופסה מוכנה שנועדה למוצרי ה-900 גרם, ורון חשב שיש בעייה מסוימת באריזה זו. לפיכך, הוא עשה שינוי קטן וחתך את הקופסה לגודל מעט שונה וביקש שהקופסה תהיה בגודל שהוא תכנן. כך גם עלה מעדותו של רון (עמ' 2001). באשר לעיצוב צורת אריזות ה-240 גרם, רון העיד כי פישמן הציג לו מספר תבניות וגדלים של קרקרים שהיו קיימים בהדר אפיפית ומתוכם שופרסל בחרה את התבנית המועדפת עליה (עמ' 1995).

128. כאמור, מן הנתונים שפורטו לעיל עולה, כי אין מדובר במוצר שפותח על ידי שופרסל ואין מדובר במוצר השייך לה. יחד עם זאת, לא ניתן לשלול את טענת הנאשמים, כי המוצרים אינם מוצרים שהיו קיימים עובר לפניית פישמן לשופרסל והם רק יוצרו תחת המותג הפרטי של שופרסל. ברור למדי, כי מדובר במוצרים שעברו התאמות ושינויים, הן בהרכביהם והן באריזותיהם, לפי הנחיות של שופרסל. גם אם, אין מדובר בהמצאה חדשה, אלא בשינויים מסוימים על בסיס מוצרים שהיו קיימים, לשופרסל הייתה מעורבות כזו או אחרת בעיצוב המוצרים. לפיכך לא ניתן לשלול





## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

מעל לספק סביר את הטענה, כי הסיבה בגינה הורה גידור להוריד את מוצרי רזיט ממדפי שופרסל לא הייתה בשל מכירת מוצרים לספק אחר, אלא גם בשל כך שרזיט מכרה מוצרים זהים למוצרים ייחודיים ששופרסל הייתה מעורבת בייצורם ובכך פגעה באימון שרכשה לה שופרסל. גידור טען בעדותו, כי שעה שספק מציע את מוצריו לרשת לשם בניית מותג פרטי, או אז כל עוד לא נוצר כל שינוי במוצרים, הם שייכים לספק בלבד. אולם, מרגע שמתחיל תהליך של עבודה משותפת ויש הלכה למעשה, שינוי בנוסחה הראשונית שהציג הספק, הרי שהנוסחה החדשה תירשם תחת השם שופרסל, והספק אינו רשאי לספק אותה לרשתות אחרות (עמ' 2113-2111 לפרוטוקול). אכן, מהראיות עולה שלא ניתן לשלול, ולו ברמה של נטיעת ספק סביר, שגידור חשב, או למצער האמין בתום לב, שהמוצרים שסופקו למגה הם מוצרים שפותחו על ידי שופרסל.

129. הנאשמים גם הצביעו על כך שקיימים ספקים רבים המספקים מוצרים גם לשופרסל וגם לרשתות אחרות ואף על פי כן שופרסל לא פעלה כנגד אותם ספקים. אמנם, המאשימה טענה כי במועד הרלוונטי לאישום, לא היו ספקים רבים שסיפקו מוצרים למותג הפרטי של שופרסל ובד בבד סיפקו מוצרים למגה, אלא רק ארבעה (ת/259), ששלושה מהם (זנלכל, פרח, פפשו) נבדלים מרזיט בכך, שרזיט לא ייצרה בעצמה את מוצריה, אלא הייתה אך מתווכת בין היצרן ובין שופרסל. אולם, בסופו של דבר, התמונה המצטיירת היא, כי בפעולה של הסרה גורפת של כלל מוצרי יצרן, נקטה שופרסל רק כלפי רזיט, ויש בכך כדי לאשש את טענת גידור שהפגיעה באמון הנובעת מייחודיות המוצרים שייצרה רזיט עבור מגה ודמיונם למוצרים שייצרה רזיט עבור שופרסל, היא זו שעמדה בבסיס החלטתו להסרת כלל מוצרי רזיט. אכן, בעקבות הנחיית גידור, הודיע מר עידו שריד שהיה אחראי על קטגוריית המלוחים בשופרסל לפישמן ביום 23.12.08, כי מוצרי רזיט יוצאו מגיוון "מאחר ומחזורם והמלאי הקיים בשופרסל אינו מצדיק המשך שיווקם" (ת/211) ומכתב זה אינו עולה בקנה אחד עם טענות הנאשמים כיום. אולם, לא ניתן לשלול את טענת גידור כי שריד פעל על דעתו והנוסח לא הוכתב על ידו. מה גם שכאמור, פישמן עצמו אישר, כי גידור אמר לי שטרונייטו כלפי רזיט היא מכירת מוצרים ייחודיים שלשופרסל שותפות משמעותית בעיצובם, למגה.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

### האם הופרו תנאי המיזוג

130. המסקנה היא איפוא, שלא ניתן לשלול את טענת הנאשמים, לפיה הורדת מוצרי רזיט מהמדפים של שופרסל לא נבעה רק מאספקת אותם מוצרים למגה, אלא בשל העובדה שהמוצרים שסיפקה רזיט למותג הפרטי של מגה היו מוצרים ששופרסל הייתה מעורבת בפיתוחם. דבר זה היווה מבחינתו של גידור "בגידה באמון" ששופרסל נתנה ברזיט. בנסיבות אלו, אין מקום להרשיע את הנאשמים בהפרת תנאי המיזוג.

131. אכן, במסגרת סעיף 11 לתנאי המיזוג נאסר על שופרסל לסרב לרכישת מוצרים מספק בשל אספקת מוצרי הספק, כולם או חלקם, למתחרה שלה. התנאי האמור אמנם אינו קובע שסירוב לרכישת מוצרים אסור רק כאשר מכירת מוצרים למתחרה היא בשל עילה מסוימת. אולם, שעה שמדובר במשפט פלילי ודאי מקום בו מדובר בפרשנות סעיפי אישור מיזוג, יש לתת ללשון התנאים פרשנות תכליתית ולא מילולית דווקנית (השוו ע"פ 2560/08 עניין וול ; 766/07 כהן נ' מדינת ישראל, 19.11.07; ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005); עע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים, פ"ד נח(3) 293). ברור לכן כי אין מקום לכלול באיסור באופן גורף כל סירוב לרכישת מוצרים גם כאשר מדובר בטיעון עסקי מוצדק. הסעיף קובע הן את האיסור לדרוש מספק שלא למכור מוצר למתחרה והן את האיסור לסרב לרכוש מספק מוצר בשל מכירה למתחרה אחר. בנסיבות אלו, ברור כי אם מדובר היה בשותפות של שופרסל בעיצוב המוצרים באופן המקנה לה זכות למנוע שיווק מוצר דומה, לא היה בדרישה למנוע מכירת מוצר דומה, הפרה של סעיף 11 לתנאי המיזוג. אכן, במקרה זה, אין מדובר, כאמור, במוצרים של שופרסל ושופרסל אף לא הוכיחה כי מדובר בשותפות שלה בעיצוב המוצרים באופן המקנה זכות למנוע שיווק מוצר דומה. יחד עם זאת, מהראיות עלה כאמור, כי לשופרסל היה חלק כלשהו בעיצוב המוצרים וגם בתוכם. לכן לא ניתן לשלול את טענת גידור כי סבר כי בשיווק מוצרים זהים למגה פגעה רזיט בזכויות שופרסל ופגעה באמון



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 118-10 רשות ההגבלים העסקיים נ' רוזנהויז ואח'

ביניהם, אמון הכרחי לקיום יחסי מסחר, ורק בשל כך הוא הורה על הסרת המוצרים של רזיט ממדפי שופרסל. בנסיבות אלו, יהא זה מרחיק לכת להרשיע את הנאשמים בהפרת סעיף 11 לתנאי המיזוג, ואני מזכה אותם מהמיוחס להם באישום השני.

132. כאמור אפוא, אני מזכה את הנאשמים מהעבירות שיוחסו להם באישום השני ומרשיע אותם בכל העבירות שיוחסו להם במסגרת האישום הראשון.

ניתנה היום, כ' טבת תשע"ד, 23 דצמבר 2013, במעמד הצדדים

---

משה יועד הכהן, שופט