



בתי המשפט

1

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

בעניין: **מדינת ישראל**

על-ידי עוה"ד א' סיון, א' יוסטמן, ט' רוטשטיין
ב"כ היועץ המשפטי לממשלה
מהרשות ההגבלים העסקיים
ועוה"ד מלכתא אלמור
מפרקליטות מחוז תל-אביב (מיסוי וכלכלה)

המאשימה

- נ ג ד -

1. מודגל בע"מ
 2. אילון בן הרצל
 3. מנדל גולדברג
- נאשמים 1-3 ע"י ב"כ עו"ד י' לוי ועו"ד ע' קורלנדר
4. ישראל מנדלסון, הספקה טכנית והנדסית בע"מ
 5. סמי לוי
- נאשמים 4 ו-5 ע"י ב"כ עו"ד נ' זקלר
6. א.ש. טסה (1993) בע"מ
 7. א.א.א. טסה בע"מ
 8. אליהו טסה
 9. שאלתיאל טסה
- נאשמים 6-9 ע"י ב"כ עו"ד י' אהרונסון



בתי המשפט

2

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

10. ח.ג.י.י. חברה לשיווק והספקה לבנין בע"מ

11. ח.ג.י.י. – המשביר בע"מ

12. רוזנברג משה

נאשמים 10-12 ע"י ב"כ עו"ד ת' תורג'מן ועו"ד ד' צרפתי

13. חודרלנד מרדכי

נאשם 13 ע"י ב"כ עו"ד ר' בכר

14. ש.א.ח.פ הנדסה (1979) בע"מ

15. ברי אוריאל

16. ברי מרדכי

17. ש.א.ל ציוד טכני בע"מ

18. ש.אל מרכז בע"מ

19. מיכאל אלקלעי

20. ניר אלקלעי

21. יעקב אלשייך

22. חיים בחסי

נאשמים 14-22 ע"י ב"כ עו"ד ג' אדרת ועו"ד נ' ליפסקר

23. פרופילון סחר (1987) בע"מ

24. אברהם ברנט

ע"י ב"כ עו"ד ז' סוחוליצקי

25. י.א. וולפמן בע"מ

26. וולפמן יורם

ע"י ב"כ עו"ד ז' סוחוליצקי

הנאשמים



בתי המשפט

3

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

תוכן עניינים

עמודים

סעיפים

פתח דבר

15 - 8

12 – 1

1. העבירות והנאשמים

27 - 15

35 – 13

2. רקע תחרותי על היבטיו השונים

פרק ראשון: האישום הראשון – הסדר מחיר המינימום

א. ניתוח הראיות

31 - 28

39 – 36

1. המודל של סבירסקי

46 – 31

49 – 40

2. ראיות ישירות להסכמה שהתגבשה בבית איטונג

56 – 46

57 – 50

3. הראיות המכבידות על טענת ההסכמה

63 – 56

64 – 58

4. ההסכמה המבססת על-פי דין הסדר כובל

70 – 63

70 – 65

5. ראיות נוספות – תלונות המשווקים כראיה נסיבתית להסדר

93 - 70

91 – 71

6. ראיות נוספות – ביצוע "ההמלצה" כראיה נסיבתית להסדר



בתי המשפט

4

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

ב. טענות הגנה להסדר מחיר המינימום

96 – 93	92	1. הטענות העובדתיות
96		2. הטענות הגנה משפטיות כלליות
108 - 97	108 – 93	א. טענת הטעות במצב המשפטי
133 – 108	137 – 109	ב. טענת ההגנה הכללית בדבר קיומה של המלצת מחיר בהסדר
		אנכי
		ג. קיום יסודות העבירה
135 – 133	138	1. הסכמה בין גופים מנהלי עסקים באמצעות המנהלים והאישום
		החלופי
136 – 135	139	2. היסוד הנפשי
137 – 136	140	3. מיהו "מנהל פעיל" כמשמעותו בסעיף 48?
158 – 137	144 – 141	4. התוצאה – האחראים לעבירת הסדר מחיר המינימום

פרק שני: אישום שלישי – הסדר המכסות

160 – 158	146 – 145	1. מהות מנגנון הבונוסים
162 – 160	149 – 147	2. טענות המאשימה לעניין התמריצים על-פי המנגנון
166 – 163	150	3. ההשלכה על הסדר מחיר המינימום
166	151	4. המסגרת שנקבעה למשווקים הקטנים



בתי המשפט

5

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

170 – 166	153 – 152	5. הבנת המנגנון על-ידי המשווקים
170	154	6. ביצוע הסדר המכסות
176 – 170	156 – 155	7. המחלוקת לעניין מהות הסדר המכסות

פרק שלישי: אישום שני – הסדר אי-הייבוא

177 – 176	157	1. מדיניות החשיפה לייבוא
180 – 177	161 – 158	2. הדיפת הייבוא באמצעות התקן
182 – 180	164 – 162	3. הגופים שעסקו בייבוא פיטינגים וקשייהם
190 – 182	169 – 165	4. הראיות לגבי חילופי הדברים בבית איטונג לגבי הייבוא
202 – 191	178 – 170	5. הדיבורים על דחיית הייבוא הסיני והרקע להם
205 – 202	179	6. התלונות על כניסת הייבוא כראיה להסדר
210 – 205	182 – 180	7. הסתרת המעורבות של מנדלסון כראיה להסדר
211 – 210	183	8. העובדה שבתקופה הרלבנטית לא נכנס ייבוא לארץ
212 – 211	185 – 184	9. עיקר טענות הצדדים בשאלת קיומו של הסדר אי-ייבוא
		10. הכרעה בשאלה האם הגיעו משתתפי הישיבות בבית איטונג להסדר אי-ייבוא
214 – 213	187 – 186	
219 – 214	189 – 188	11. האם ניתן להסיק הסדר מכללא



בתי המשפט

6

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

12. הקושי לבסס הרשעה על ראיות נסיבתיות 190 221 – 220

פרק רביעי: אישום רביעי – הסדר פרטני מודגל – טסה

1. מסמך ההסדר והחתומים עליו 195 – 191 224 – 221

2. הראיות לגבי ההסכמה וביצועה 201 – 195 229 – 224

3. האם מנדל גולדברג היה צד להסדר 203 – 202 232 – 229

4. יסודות העבירה 205 – 204 233 – 232

פרק חמישי: אישום חמישי – הסדרי אי-ייבוא וקביעת מחיר בין מודגל ל-ש.א.ח.פ

1. הכבילות הכלולות ב-ת/91 206 234 – 233

2. המחלוקת בשאלה אם ת/91 מייצג הסכם בין הצדדים 212 – 207 240 – 234

3. הכרעה במחלוקת לעניין תוקפו של ת/91 215 – 213 242 – 240

פרק שישי: האישום השישי – הסדר פרטני מודגל – פרופילון

1. המסמך ת/102 כמבטא את ההסדר הנטען 219 – 216 244 – 243

2. המחלוקת לגבי תוקפו של ההסכם ת/102 223 – 220 248 – 245

3. הכרעה במחלוקת לעניין תוקפו של ת/102 224 249



בתי המשפט

7

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרק שביעי: אישום מס' 7 - עבירות על חוק ניירות ערך

252 – 250	259 – 225	1. חובת הדיווח שהופרו
253 – 252	260	2. החיסיון מפני הפללה עצמית
258 – 253	265 – 261	3. טענת חוסר מהותיות
275 – 258	282 – 266	4. טענת ההגנה מן הצדק
277 – 275	288 - 283	סיכום קצר



בתי המשפט

8

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

הכרעת – דין

פתח דבר

1. העבירות והנאשמים

1. תיק זה התנהל לפני במשך שנים לא מעטות, שבחלק מהן קצב ימי הדיונים היה מואץ (יותר מעשרת אלפי עמודי פרטיכל). עיקרו של התיק בעבירות הסדר כובל על-פי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: החוק), לגבי פיטינגים – המתוארים בכתב האישום כאביזרי יציקת ברזל חשילה לחיבור צינורות אינסטלציה. מדובר בשם כולל לאביזרי צנרת מתברגים מברזל יציקה, המיועדים לחיבור צינורות פלדה, להובלת מים, דלק, אוויר וקיטור. השימוש העיקרי בהם הוא לצנרת מים העשויה מפלדה, שבה הפיטינגים עמידים בפני קורוזיה.

בשל סוג המוצר, הדעת נותנת כי השפעת ההסדרים הנטענים על הצרכן הסופי, הרוכש דירה או המשפץ דירתו, קטנה, ולו מהטעם שבדרך כלל הפיטינג נרכש על-ידי קבלנים בהליך הבניה. מטעם זה סברתי, שראוי היה שתיק זה ימצא פתרונו על דרך גישור פלילי – בטרם יתרבו ימי הדיונים - ואולם, חרף מאמצים רבים של מגשר (כב' השופט בדימוס עזרא קמא), הדבר לא נסתייע. כשלו גם מאמציי להביא את הצדדים להסכמה על עובדות.

2. כתב האישום מייחס לנאשמים, ובהם יצרנית הפיטינגים הבלעדית בארץ (נאשמת 1 להלן: מודגל), ומשווקי הפיטינגים העיקריים שלה (החברות הנאשמות 4, 6, 7, 10, 11, 14, 17, 18, 23, 25) עבירות הסדר כובל שבוצעו בעיקרן בתקופה שבין 1.9.94 ועד 30.12.06. על-פי הנטען, עבירת הסדר המכסות התקיימה עד 1998.



בתי המשפט

9

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

3. על-פי כתב האישום, החברות הנאשמות רכשו את עיקר הפיטינגים ששיווקו ממודגל.

הנאשמים האחרים תוארו בכתב האישום על-פי תפקידם בתקופה הרלבנטית:
נאשם 2 – היה מנכ"ל מודגל. נאשם 3 – היה יו"ר דירקטוריון מודגל. נאשם 5 – מנכ"ל נאשמת 4. נאשם 8 – מנהל פעיל בנאשמת 6. נאשם 9 – מנכ"ל ובעל מניות בנאשמת 6. נאשם 12 – מנכ"ל נאשמת 10. נאשם 13 – יו"ר דירקטוריון ובעלים בנאשמת 10. נאשם 15 – מנכ"ל ובעל מניות בנאשמת 14. נאשם 16 – מנהל פעיל ובעל מניות בנאשמת 14. נאשם 19 – מנכ"ל נאשמת 17. נאשם 20 – מנהל פעיל ובעל מניות בנאשמת 17. נאשם 21 – מנכ"ל נאשמת 17. נאשם 22 – מנהל ואחראי רכש בנאשמת 17. נאשם 24, מנכ"ל נאשמת 23 ובעל מניות בה. נאשם 26 – בעלים ומנהל פעיל בנאשמת 25.

בכתב האישום נכלל תחילה נאשם נוסף, אהוד סבירסקי (כנאשם 27), אשר לאחר מכן צורף לאישום בתיק אחר (תיק המרצפות), בו הודה בעבירות שיוחסו לו בתיק זה, ודינו נגזר. כך, עניינו של סבירסקי הסתיים עוד לפני שהחל שלב ההוכחות בתיק שלפני.

4. פיטינג הוא אביזר צנרת מים, המשמש כמחבר לצינורות, והוא יוצר על-ידי מודגל בתהליך של יציקה, בהתאם לתקן הישראלי 255, שבינואר 1985 פורסם לו נוסח עדכני והוא נעשה תקן רשמי. הפיטינג משמש כרכיב מערכת אינסטלציה למגורים. הפיטינגים יוצרו על-ידי מודגל בשני אופני גימור: "מגולוון" ו"שחור". הגילוון מספק למוצר הגנה בפני קורוזיה. הגנה זו היא שהכשירה את הפיטינג לשימוש המרכזי – הולכת מים במבני מגורים, בעוד שהפיטינג השחור מיועד בעיקר להולכת דלקים, קיטור וחומרים נוספים. מחירו של הפיטינג המגולוון היה גבוה מזה של השחור. מודגל היתה היצרנית היחידה בישראל של פיטינגים מברזל יצוק.



בתי המשפט

10

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

אין מחלוקת, כי קיימים שלושה סוגי מערכות צנרת למגורים: צנרת פלדה, צנרת פלסטיק וצנרת נחושת, שבכל אחת מהן אביזרים רבים. אביזר לסוג צנרת אחד אינו תחליפי לאביזר לסוג צנרת אחר. ואולם, מבחינת פונקציונאליות, כל מערכת נתפסה כמכלול אחד ויכולה להחליף אחרת. אין מחלוקת, שבתקופה הרלבנטית מודגל ראתה באביזרי הפלסטיק תחליפים מתחרים לתוצרתה, ואפילו כאיום על עצם קיומה, וחששה פן הצרכנים יעברו לשימוש בצנרת פלסטיק. גם אין מחלוקת, שמודגל גם חששה מייבוא פיטינגים מברזל יצוק.

את הפיטינגים מתוצרתה שיווקה מודגל בתקופה הרלבנטית באמצעות שבעה מפיצים גדולים, והם החברות האחרות שבכתב האישום (להלן גם: המשווקים, המפיצות). מנדלסון וטסה היו המפיצות הגדולות ביותר בשוק, כ-16% מסך מכירות הפיטינגים, והחברות האחרות בסדר גודל של כ-8% - ח.ג.י.י. כ-6%-9%, שחף ופרופילון כ-7%-8%. מודגל עצמה לא עסקה בהפצה. המשתמש הסופי היחיד שרכש פיטינגים ישירות ממודגל בתקופה זו היתה חברת **חרות**, וזאת מטעמים היסטוריים.

לא היתה מחלוקת, כי הפיטינגים נמכרו על-ידי המפיצות בדרך כלל במסגרת "סל מוצרים", הכולל מוצרי אינסטלציה שונים. ואולם, מהראיות עלה, כי הפיטינגים היו בבחינת "לחם וחלב" של מוצרי האינסטלציה, דהיינו – מוצר הכרחי בסל.

5. על-פי טענות המאשימה, בתחילת התקופה הרלבנטית – בין יום 1.9.94 ועד ליום 30.12.96 או בסמוך לה – החלו מודגל והחברות הנאשמות להיוועד באורח קבוע בבית איטונג, באמצעות מנהליהן הבכירים. הפגישות נמשכו עד לתום התקופה הרלבנטית (להלן: פגישות בית איטונג). אליבא דמאשימה, בבית איטונג, בין היתר, תיאמו ביניהם הנאשמים את מחירי הפיטינגים כלפי ציבור הצרכנים והגבילו את כמות הפיטינגים המיוצרים והמשווקים על ידם, ואף הסכימו להימנע מלייבא פיטינגים או לשווק פיטינגים מייבוא.



בתי המשפט

11

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

6. כתב האישום כולל אישומים כדלקמן:

האישום הראשון, עניינו הסדר מחיר מינימום לצרכן. על-פי כתב האישום, הנאשמים קבעו מחיר מינימום למכירת פיטינגים ללקוחות. המחיר עמד על 57% הנחה ממחירון מודגל שבתוקף. הכבילות במסגרת הסדר זה נגעו למחיר שיידרש עבור פיטינגים ולרווח שיופק בגין מכירתם על-ידי הנאשמים. לטענת המאשימה, הסדר זה הינו תיאום מחירים קלאסי, והוא נכנס בגדר הסעיפים 2(ב)(1) ו-2(ב)(2) לחוק.

הסדר זה מיוחס לכל הנאשמים המפורטים בכתב האישום (להוציא את נאשמים 3 ו-9) כצדדים להסדר כובל לפי סעיף 47(א)(1) לחוק בצירוף סעיפים 2(ב)(1), 2(ב)(2), 2(א) וסעיף 4 לחוק, וכן, לחלופין, לנאשמים בן הרצל, לוי, אליהו טסה, רוזנברג, חודלנדר, אוריאל ברי, מרדכי ברי, מיכאל אלקלעי, ניר אלקלעי, אלשיך, בחסי, ברנט, וולפמן – לפי הסעיפים האמורים, בצירוף סעיף 48 לחוק.

7. **האישום השני** עוסק בהסדר אי-יבוא. על-פי כתב האישום, הנאשמים הסכימו כי החברות הנאשמות לא תייבאנה פיטינגים ולא תשווקנה פיטינגים שמקורם מייבוא. על-פי הנטען, הכבילות שנטלו על עצמם הנאשמים במסגרת ההסדר נגעו לכמות הנכסים שבעסק, איכותם וסוגם.

אישום זה מיוחס לכל הנאשמים כצדדים להסדר כובל, לפי סעיף 47(א)(1) לחוק, בצירוף סעיפים 2(ב)(4), 2(א) וסעיף 4 לחוק, וכן, לחלופין, לנאשמים בן הרצל, לוי, אליהו טסה, שאלתיאל טסה, רוזנברג, חודלנדר, אוריאל ברי, מרדכי ברי, מיכאל אלקלעי, ניר אלקלעי, אלשיך, בחסי, ברנט, וולפמן – עבירות לפי הסעיפים האמורים, בצירוף סעיף 48 לחוק.

8. **האישום השלישי** עוסק בהסדר מכסות. אישום זה מתייחס גם לתקופה שלאחר "התקופה הרלבנטית", כמשמעותה באישומים הראשונים, עד לשנת 1998. על-פי הנטען, נקבע לכל אחת מהחברות הנאשמות מכסה. המכסה, שהיוותה נתח קבוע מסך מכירות



בתי המשפט

12

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

הפיטינגים, שימשה לצורך שיטת תמחור הפיטינגים שהייתה נהוגה על-ידי מודגל טרם ההסדר. על-פי ההסדר, אם רכשה אחת מהחברות הנאשמות יותר מכפי מכסתה, קוֹזֵז הבונוס שלה בשני רכיבים: האחד הוא רכיב הנחת המחזור על הפיטינגים שמעבר למכסה, והשני הוא שיעור הרווח הישיר מהמכירה העודפת של הפיטינגים (הכמות העולה על המכסה) המחושב על-פי מחיר המינימום ללקוח, משמע, נוכה מחשבונה כל הבונוס הצפוי מקניית הפיטינגים העודפים. במידה שאחת מהחברות הנאשמות רכשה פחות מכפי מכסתה, היא זכתה להשלמה בגין אותם שני רכיבים, בשיעור הכמות הנדרשת להשלמה כדי מכסתה. המאשימה טוענת, כי הכבילות שנטלו על עצמם הנאשמים במסגרת ההסדר נגעו למחיר שיידרש, לרווח שיופק ולכמות הנכסים שבעסק, איכותם וסוגם, והן נכנסות לגדר סעיפים 2(ב)(1), 2(ב)(2) ו-2(ב)(4), 2(א) וסעיף 4 לחוק.

אישום זה מיוחס לנאשמים להם יוחס האישום הראשון, לפי סעיף 47(א)(1) לחוק בצירוף סעיפים 2(ב)(1), 2(ב)(2), 2(ב)(4), 2(א) וסעיף 4 לחוק, ולחלופין, לפי הסעיפים האמורים בצירוף סעיף 48 לחוק.

על-פי המאשימה, המנגנון המתואר יצר תמריץ שלילי למכירת פיטינגים, ביטל את התחרות בין הצדדים להסדר והביא למצב בו מכירה מעל למכסה הפכה לבלתי משתלמת כלכלית עבור המשווקים.

9. באישומים 4 – 6 לכתב האישום, מתוארים הסדרים שצדדיהם מועטים יותר (להלן: ההסדרים הפרטניים), אשר הוסכמו, על פי הנטען, בין מודגל לטסה, בין מודגל ל-ש.א.ח.פ, ובין מודגל לפרופילון. שלושה הסדרים אלה מוקדמים מבחינה כרונולוגית להסדרים המתוארים באישומים 1-3.

האישום הרביעי לכתב האישום עוסק בהסדר פרטני בין מודגל לטסה, ולפיו הסכימו השתיים כי טסה תימנע מייבוא פיטינגים ומשיווק פיטינגים מיובאים, וכן הסכימו כי מודגל לא תמכור את מוצריה ללקוחות טסה. לשיטת המאשימה, הכבילות



בתי המשפט

13

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

שנטלו על עצמן שתי הנאשמות במסגרת הסדר זה נגעו לכמות הנכסים שבעסק, איכותם וסוגם, והן נכנסות לגדר סעיף 2(ב)(4) לחוק.

אישום זה מיוחס לשתי החברות: מודגל וטסה (נאשמות 6 ו-7), וכן לבן הרצל, גולדברג, אליהו טסה ושאלתיאל טסה, לפי סעיף 47(א)(1), בצירוף סעיפים 2(ב)(4), 2(א) וסעיף 4 לחוק, ולחלופין לנאשמים בן הרצל, גולדברג, אליהו טסה ושאלתיאל טסה, לפי הסעיפים האמורים בצירוף סעיף 48 לחוק.

אישומים 5-6 לכתב האישום עוסקים בהסדרים פרטניים בין מודגל ו-ש.א.ח.פ. (אישום 5), וכן בין מודגל ופרופילון (אישום 6), שעניינם מחיר מינימום במכירת פטינגים לצרכן (אשר הועמד על 59% הנחה ממחירון מודגל שבתוקף), וכן הימנעות החברות המשווקות מייבוא ומשיווק פטינגים מיובאים. על-פי הנטען, ההסדרים בין מודגל לבין ש.א.ח.פ. ופרופילון קדמו כרונולוגית להסדרי בית איטונג, וכללו גם הסדר מחיר מינימום, בגובה 59% הנחה. לשיטת המאשימה, הכבילות שנטלו על עצמם הנאשמים במסגרת הסדרים אלה נגעו למחיר שיידרש ולרווח שיופק. כן נגעו הכבילות לכמות הנכסים שבעסק, כמותם וסוגם, ונכנסו לגדרם של סעיפים 2(ב)(1), 2(ב)(2) ו-2(ב)(4) לחוק.

האישום החמישי מיוחס למודגל, ש.א.ח.פ. והנאשמים בן הרצל, אוריאל ברי ומרדכי ברי, כצדדים להסדר כובל, לפי סעיף 47(א)(1) לחוק בצירוף סעיפים 2(ב) (1), 2(ב)(2), 2(א) וסעיף 4 לחוק, ולחלופין, לנאשמים בן הרצל, אוריאל ברי, מרדכי ברי, לפי הסעיפים האמורים בצירוף סעיף 48 לחוק.

האישום השישי מיוחס למודגל, פרופילון, ולנאשמים בן הרצל וברנט כצדדים להסדר כובל, עבירה לפי סעיף 47(א) בצירוף סעיפים 2(ב)(1), 2(ב)(2), 2(א) וסעיף 4 לחוק, ולחלופין לנאשמים בן הרצל וברנט – עבירות לפי הסעיפים האמורים בצירוף סעיף 48 לחוק.



בתי המשפט

14

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

10. **האישום השביעי** עוסק בעבירות על חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 שנעשו על-ידי החברות הציבוריות ומנהליהן. מדובר בחברות **מודגל**, **מנדלסון** ו-**ח.ג.י.י.** והאורגנים שלהן, **בן הרצל**, **גולדברג**, **לוי**, **רוזנברג** ו**חודרלנד**.

על-פי כתב האישום, נאשמים אלה לא גילו בדו"חות שהגישו את ההסדרים להם היו צד כנדרש על-פי חוק ניירות ערך ותקנותיו. על-פי הנטען, היה עליהם לגלות בדו"חות את היותן של מודגל, מנדלסון וח.ג.י.י. צדדים להסדרים כובלים, שפורטו באישומים 1 – 6 לכתב האישום, ולא עשו כן בניגוד לסעיפים 53 ו-36 לחוק ניירות ערך ולתקנות בדבר **עריכת דו"חות כספיים שנתיים** ובדבר **עריכת דו"חות תקופתיים**.

אשר ל**אישום השביעי**, אציין, כי ביום 23.4.02 דחיתי את הטענה המקדמית שהועלתה על-ידי מנדלסון ולוי (נאשמים 4 ו-5), לפיה יש להורות על מחיקתו, משום שעומד לנאשמים חסיון מפני הפללה עצמית. על-פי טענה זו, הדיווח על-פי חוק ניירות ערך, שבשל העדרו יוחסו להם העבירות כאמור - היה בו כדי להפילם בעבירות על חוק ההגבלים העסקיים. באותה החלטה קבעתי, כי יש לדחות את טענת הנאשמים משני טעמים: האחד, מאחר שהנאשמים לא תבעו את החיסיון בזמן אמת, ולכן אינם יכולים להישען עליו, והשני, כי תוצאת איזון הערכים המנוגדים הרלבנטיים מביאה לידי המסקנה של דחיית החיסיון, משום שהשיקולים שעניינם הגנה על המשקיעים בשוק ניירות הערך גוברים על השיקולים התומכים בהחלת החיסיון.

11. אין מחלוקת, כי הנאשמים לא רשמו הסדר כובל כלשהו בכל הנוגע לפרשות שתוארו בכתב האישום ולא קיבלו אישור כלשהו של בית הדין. בעניין זה הוגשה תעודת עובד ציבור של רשמת ההגבלים העסקיים, עו"ד צ' נחמו ז"ל.

12. הנאשמים הכחישו קיום הסדר כובל כלשהו ביניהם.



בתי המשפט

15

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

לא היתה מחלוקת עובדתית לעניין קיום הפגישות בבית איטונג. ואולם, לשיטת הנאשמים, המפגשים וההבנות שנתגבשו בהן אופייניות לקשר אנכי בין יצרן לבין משווקי תוצרתו ונועדו לחזק קשר זה, דבר שאינו פוגע בתחרות ושלא נאסר על-פי החוק. כן טענו הנאשמים, כי הסתמכו על ייעוץ משפטי, לפיו אין פסול במעשיהם.

לגבי האישום השביעי, לא היתה מחלוקת עובדתית לעניין אי-הגילוי הנטען, ואולם, המחלוקת עסקה בשאלה אם אמנם חובת הנאשמים היתה לגלות את העובדות הנטענות והאם נתקיימו יתר רכיבי העבירות. כמו-כן, הנאשמים טענו לתחולת ההגנה מן הצדק.

ב. רקע תחרותי על היבטיו השונים

13. כביתר הוראותיו, חוק ההגבלים העסקיים עוסק גם בהגדרת "הסדר כובל" (סעיף 2 לחוק) בהגנה על התחרות. ההגדרה מורכבת משני חלקים: האחד, מתייחס להסדרים שיש בהם כבילה בשורת עניינים, וביניהם המחיר, הרווח שיופק, סוג הנכסים שבעסק וכמותם (סעיף 2(ב) לחוק), והשני עוסק באופן כללי בהסדרים שיש להם השפעה על התחרות (סעיף 2(א)). די שההסדר "יילכד" על-ידי אחת משתי הוראות אלו, כדי שייכנס לגדרו של החוק כ"הסדר כובל". לגבי סוגי ההסדרים שפורטו בסעיף 2(ב) לחוק - קבעה הפסיקה שפגיעתם בתחרות היא בגדר חזקה **חלוטה**, ראו: דנ"א 4465/98 **טבעול (1993)** **בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ ואח'**, פ"ד נו(1) 56, 97. ההסדרים הנטענים בתיק שלפני כולם נכנסים לגדר איסורים כאלה. ויוטעם, הפסיקה הבהירה, כי המונח "הסדר" הוא רחב ביותר, ובא לתאר כל דרך של הבנה או הסכמה (ראו להלן, סעיף 58). על-פי הנטען, הושגו בין המעורבים הסכמות הנכנסות לגדר החזקות החלוטות.

סעיף 4 לחוק קובע איסור להיות צד להסדר כובל ללא אישור כדן. בסעיף 47 לחוק נקבעת אחריותו של מי ש"היה צד להסדר כובל שלא אושר כדן". הגדרת הסדר כובל מצויה בסעיף 2, לפיו נקבע כי "הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם **המנהלים**



בתי המשפט

16

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים...". הביטוי "מנהלים עסקים" פורש בפסיקה באופן מרחיב, והובהר כי אין דרישה לזהות בין תחום העיסוק העיקרי של העסק לבין התחום שהוא נושא הכבילה (ראו: ע"א 2768/90 **פטרולגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ נ' מ"י**, פ"ד מו(3) 599, 603). אשר להיותו של אדם צד להסדר כובל, נאמר בע"פ 4855/02 **מ"י נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776 (להלן: **פרשת בורוביץ**) פסקה 76 –

"אדם נחשב צד להסדר כובל כאשר ההסדר חל לגביו והוא שותף לו בדרך זו או אחרת. אין צורך בעשיית מעשה כלשהו ליישום ההסדר על מנת להיות 'צד' לו. הוצאתו לפועל של ההסדר אינה נדרשת לשם שכלול העבירה".

במבוא זה, בכוונתי להציג בקיצור את הסוגיות העיקריות שבהן תעסוק הכרעת הדין.

14. לא היתה מחלוקת, כי התקופה שקדמה לתקופה הרלבנטית על-פי כתב האישום התאפיינה בתחרות עזה בין החברות המשווקות במכירת הפיטינגים מתוצרת מודגל ובשחיקת הרווחיות של המשווקים לגביהם (ראו: עדות בן הרצל, פ"ד 9.6.04, עמ' 3628).

15. לא היתה גם מחלוקת, כי בנסיבות אלו מודגל עמדה בפני לחצים רבים מצד המשווקים להגדיל את רווחיותם במכירת הפיטינגים. בעיית קשיי הרווחיות משיווק הפיטינגים של מודגל, באופן טבעי, עלולה היתה להפנות מבטם של המשווקים כלפי מוצרים מתחרים: ייבוא פיטינגים מברזל מחו"ל או אף למכירת מערכת מתחרה מפלסטיק. על רקע זה פנתה מודגל ל**אהוד סבירסקי**, יועץ כלכלי עצמאי, כדי שימצא פתרון כולל לבעיות הכלכליות עימן מתמודדת מודגל (פ"ד 5.11.03, עמ' 9).

16. במהלך מספר פגישות שהתקיימו בין סבירסקי לבן הרצל, שטח בן הרצל בפני סבירסקי את בעיותיה הכלכליות והשיווקיות של מודגל. לדברי סבירסקי, בן הרצל ביקש



בתי המשפט

17

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

למצוא פתרון שיווקי-מסחרי, כולל להתמודדות עם חדירה של ייבוא, בעיקר ייבוא מהמזרח, ככל הנראה מסין (שם).

17. עוד הסביר סבירסקי בעדותו, כי בן הרצל ציין בפניו שהייבוא עומד להיכנס לארץ במחירים נמוכים משמעותית מהמחירים בהם שיווקה מודגל את מוצריה בארץ, וכן הביע חשש מכך שהייבוא ינגוס בכמות המשווקת בארץ על-ידי מודגל. לדברי סבירסקי, במסגרת הפגישות עלה הצורך בחיפוש מודל או מנגנון כלשהו, אשר יאפשר למודגל לשמור על כמות הייצור והשיווק, ברמתה ערב כניסת הייבוא. סבירסקי העלה את הרעיון לפנות למשווקיה של מודגל, **ובשיתוף פעולה** עמם, לחפש מודל שיאפשר לכולם להתמודד עם חדירת הייבוא (פ' 5.11.03, עמ' 146-147).

תהליך זה הוביל למפגשים אליהם הוזמנו על-ידי מודגל נציגי החברות המשווקות. המזמין היה, בדרך כלל, **מאיר פלס**, מנהל המכירות של מודגל. המפגשים התקיימו בבית איטונג בתל-אביב. ביומניהם של בחסי (ת/104), סמי לוי (ת/135) ואילון בן הרצל (ת/127) מופיעה הפגישה הראשונה של בית איטונג בתאריך 24.7.94, ואולם, כתב האישום מתייחס לתקופה שמיום 1.9.94. תחילה התקיימו הפגישות פעם בחודש, ולאחר מכן פעם בשלושה חודשים. אין מחלוקת שבפגישות נדון נושא הפיטינגים. חלק מהמשתתפים כינו את הפורום "המועדון". הפגישות נפסקו לאחר 30.12.96, עת החלה חקירת הרשות להגבלים עסקיים בפרשה (פ' 5.3.03, עמ' 708).

18. המאשימה הסבירה, כי העדר שביעות רצון בקרב משווקי הפיטינגים מתוצרתה דחף את מודגל לחפש פתרון שימנע מצב שבו אלה יפנו לייבוא או יעדיפו שיווקם של פיטינגים מיובאים על פני תוצרתה, והפתרון נמצא במערכת הסדרים (שלושה), שגובשה במפגשי בית איטונג.

המאשימה הדגישה את זהות האינטרסים של מודגל ושל המשווקים המונחת ברקע ההסדרים. לדבריה, המסקנה אליה הגיעה מודגל היא, כי על הפתרון לכלול את כל



בתי המשפט

18

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

שבעת משווקיה על יסוד שיתוף פעולה שלהם עמה, וכן שיתוף פעולה בינם לבין עצמם. היא מוסיפה, כי האינטרסים של המשווקים עצמם הביאו אותם לאותה מסקנה, מאחר שפתיחת שערי המדינה לייבוא איימה גם על המשווקים. המאשימה ציינה, כי כל משווק היה גם מייבא פוטנציאלי, דבר שאיים על מכירות מודגל בשוק. לדבריה, כל משווק העדיף שאם הוא עצמו אינו מייבא, גם השאר לא ייבאו, שכן הייבוא עלול היה לגרום לשחיקה קיצונית של המחירים ולירידה בביקוש למוצרי מודגל שרכשו. על-פי טיעון זה, האינטרס המשותף והכולל לכל המשווקים ולמודגל יחדיו היה **מניעת הייבוא**, בצד שיפור הרווחיות של המשווקים.

19. כדי להביא לכך שהמשווקים ימשיכו לרכוש ממנה כמויות פיטינגים כפי שרכשו, יזמה מודגל, על-פי הנטען, קודם כל **הסדר לתיאום מחיר** הפיטינגים (על-ידי מניעת הנחה הגדולה מ-57% ממחירון מודגל), במגמה להגדיל רווחיות המשווקים במכירת הפיטינגים. הסדר זה, שהושג בישיבות בית איטונג, לווה **בהסדר המכסות** שתואר בכתב האישום ובהסדר **אי-ייבוא**. לגבי שיטת המכסות שאומצה על-ידי המעורבים, טוענת המאשימה, כי מקובל בחיי הכלכלה שמכירה מוגברת של מוצר משרתת את האינטרס של מייצרו או של משווקו, ואילו בגדר הסדר זה, התמריץ למכור פיטינגים נוטרל. הבונוס שניתן למשווק והרווח שהפיק לא הותאמו לכמות אותה הוא מכר ביחס ישיר עימה, אלא לכמויות קבועות מראש (המכסות). על-פי המאשימה, עם ביטול התמריץ למכור פיטינגים - בוטל גם התמריץ להתחרות. כמו-כן, על פי הנטען, הסכימו המשתתפים בישיבות להימנע מייבוא פיטינגים ו/או להימנע מלמכור פיטינגים מייבוא.

המאשימה מסכמת את ההשפעות הנטענות של ההסדרים האמורים כדלקמן:
קביעת מחיר המינימום ללקוח הביאה לביטול התחרות על המחיר; **הסדר אי-הייבוא** הביא לביטול התחרות על מגוון המוצרים המסופקים ללקוח, כמותם, סוגם ומחירם, ולחסימת התחום מפני כניסתם של מתחרים חדשים; **והסדר המכסות** הביא לביטול התחרות במכירת פיטינגים מתוצרת מודגל ולאכיפת הסדר מחיר המינימום. כל אלו, לטענת המאשימה, הן כבילות המקימות חזקות חלוטות על-פי סעיף 2(ב) לחוק.



בתי המשפט

19

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

20. כבר נאמר, כי הגרעין העובדתי הקשור לעצם פגישות בית איטונג ולעיקר הנושאים שנדונו בהן לא היה במחלוקת של ממש. כך הודו כולם, כי מודגל המליצה על מחיר מינימום, אלא שלטענת הנאשמים, מדובר בהמלצה חד-צדדית בלתי מחייבת שאינה בגדר הסדר כובל. המונח "המלצה חד-צדדית" כאן, בא לתאר המלצה שלא לוותה בהסכמה מראש של הצד האחר. המחלוקת התמקדה בשאלת החד-צדדיות של ההמלצה, בין בהיבט העובדתי ובין בהיבט המשפטי. ביסוד המחלוקת מצויה השקפת הנאשמים, שתמונת השוק הרלבנטי מלמדת על קשר אנכי בין מודגל והמשווקים. על-פי טענה זו, לא אמורה להתקיים תחרות בין מודגל ומפיצי סחורתה, ועל כן לא ניתן לקבוע כי בנסיבות האמורות נפגעה תחרות כלשהי, וממילא ההסדרים הנתענים אינם נכנסים לגדר תכלית החוק למנוע הסדרים כובלים הפוגעים בתחרות.

21. המאשימה חולקת על הטענה שמדובר בקשר אנכי. כנגד טענה זו, מצביעה המאשימה על העובדה שמודגל עצמה מכרה ללקוחות קצה, אף כי גם לשיטת המאשימה, מדובר בהיקף קטן ביותר. המאשימה מוסיפה, כי כל משווק היה בבחינת יבואן פוטנציאלי, וחלק מהם (מנדלסון, טסה) אף ייבאו בפועל פיטינגים קודם לתקופה הרלבנטית, וגם מהיבט זה יש לשיטתה לראות בקשר בין מודגל והמשווקים קשר אופקי, בהתחשב בתחרות הפוטנציאלית. המאשימה הדגישה, כי מודגל חששה בעיקר מייבוא חוקי, כעולה מפורשות מדברי בן הרצל בהודעותיו: **"אנחנו חששנו מהמחיר הנמוך של פיטינגים שיכנסו לארץ שהם יהיו מתאימים לתקן ... החשש שלנו, הרציני, היה מול פיטינגים במחיר נמוך שמתאימים לתקן אם הם יכנסו"**. המאשימה הצביעה, בין השאר, על דבריו של פלס בבית המשפט, לפיהם לכל החברות שנציגיהם נכחו בישיבות בית איטונג היה פוטנציאל לייבא: **"אני מעריך שלכל אחד מהם היה פוטנציאל לייבא, לחלק יותר לחלק פחות, אבל כולן חברות גדולות ורציניות ולכולם יש פוטנציאל לייבא"** (פר' 13.1.03, עמ' 161).



בתי המשפט

20

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

המאשימה אף הפנתה לדבריו של בן הרצל בהודעתו ובעדותו, המאשרים זאת, והוסיפה, כי הגדרת המושג "מתחרה" כוללת בחובה לא רק מתחרים בפועל, אלא גם **מתחרים פוטנציאליים**. על-פי גישת המאשימה, ברור מתמונה זו הקשר האופקי שבין מודגל לבין המשווקים.

הנאשמים חולקים על תיאור זה בנימוקים שונים, וביניהם הנימוק שהיבוא כלל לא עמד על הפרק בשל בעיית התקן ומשיקולים עסקיים.

22. אומר כבר כאן, כי גם אם הנאשמים מתארים נכון את תכונתו העיקרית של הקשר בין מודגל לכל אחד מהם כקשר אנכי, אין ספק כי מדובר בהתמקדות בחלק אחד של התמונה, תוך החמצת עיקרה. חלקה האחר והחשוב של התמונה, בכל הנוגע להסדרים הנטענים, הוא הקשר **האופקי הקיים בין המשווקים לבין עצמם**. בשל היבט עובדתי זה, שלא ניתן לחלוק עליו, איני רואה לנכון להרחיב בשאלה אם מדובר בקשר אנכי או בקשר אופקי שנעשתה מרכזית בתיק זה, לנוכח טענות ההגנה של הנאשמים. מבחינתי, ברי כי מדובר במערכת אופקית, שמעורבותה של מודגל בגדרה נבעה מאינטרס להבטיח רכישת פיטינגים מתוצרתה. מודגל לא הכחישה כי חפצה לשמור על רווחיות המשווקים כדרך להבטיח את נפח מכירות הפיטינגים מתוצרתה בשוק, למול התחרות מצד צנרת הפלסטיק ואף מצד ייבוא פיטינגים מחו"ל. במצב דברים זה, היה לה עניין שהמשווקים ישמרו על מחיר מינימום המותיר לכל אחד מהם רווח הולם. שמירה על רווחיות זו יכולה היתה מבחינתה של מודגל לבוא על חשבון צרכני הפיטינגים, באמצעות הגבלת התחרות בין המשווקים.

23. לאור האמור, העובדה שתפקידי הצדדים שנטלו חלק בפגישות בית איטונג בשוק הפיטינגים הם שונים (יצרן מחד, ומשווקי תוצרתו מאידך), אין בה לכאורה כדי למנוע מסקנה שאם הושג ביניהם הסדר מההסדרים הנטענים, מדובר בהסדר הבא להגביל תחרות (למצער תחרות בין המשווקים). ההסדר העיקרי שבו עסקו הראיות הוא הסדר שבמרכזו מחיר מינימום מומלץ לכלל המשווקים, ומטרתו היתה להביא את המשווקים



בתי המשפט

21

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

להימנע ממכירה במחיר נמוך יותר, כדי שיהא להם כדאי למכור פטינגים מתוצרת מודגל. הסדר זה מנוגד על פניו לתחרות. הסדר מחיר המינימום הוא לב המחלוקת בין הצדדים – שבעיקרה היא מחלוקת משפטית - ואעסוק בהסדר בהמשך הדברים בהרחבה. הסדר המכסות הנטען הוא, כפי שאסביר להלן, נדבך של הסדר מחיר המינימום, ואעסוק בו בצמוד להסדר המחיר. המחלוקת לגבי הסדר זה לא היתה עובדתית, אלא עסקה במשמעותו הכלכלית. הסדר נוסף, שלשיטת המאשימה היה עילת הזמנת המשווקים לבית איטונג, הוא הסדר מניעת הייבוא, שמעצם טיבו נושא עמו השפעה רבה על התחרות. המחלוקת לגבי הסדר זה היא בעיקרה עובדתית. כזו היא גם המחלוקת לגבי ההסדרים הפרטניים הנטענים.

24. אוסיף ואתעכב כאן להבהרת התמונה על מפת האינטרסים של היצרן (מודגל) והמשווקים. על פי טענת הנאשמים – שנתמכה גם בחוות דעת המומחים **גילה ושפיגל**, נ/166, שתידון להלן – ניגודי האינטרסים בין מודגל והמשווקים מובילים למסקנה, כי הטענה לפיה המחיר המומלץ נקבע בתיאום והסכמה, נטולת היגיון. בגדר טענת הנאשמים הודגש, כי מודגל היתה מעוניינת במחיר מכירה נמוך ככל שניתן, מאחר שרווחיה נבעו רק מהמחיר הסיטונאי אותו גבתה (מכל יחידה נמכרת נוספת). מנגד, למשווקים היה אינטרס הפוך – להעלות את מחירי המכירה לצרכן לצורך הגדלת רווחיהם. שיקול זה הונח ביסוד הנמקת טענת הנאשמים, שקיום הסדר כובל לעניין מחיר מינימום הוא בלתי מתקבל על הדעת. אתייחס כאן לשיקול האמור, על רקע מפת האינטרסים הנטענת.

25. בסיכומי נאשמים 4 ו-5 נכתב בהקשר למפת האינטרסים (סיכומי אישום ראשון, עמ' 46-48):

"כאשר רווחי היצרן נובעים אך ורק מהמחיר הסיטונאי שהוא גובה ממפיציו, היצרן מעוניין שהמפיצים יקבעו מחיר מכירה נמוך לצרכנים, כדי שמכירות המוצר ואיתו הרווח הסיטונאי של היצרן יגדלו עד כמה שאפשר. מובן שהיצרן חייב להבטיח למפיצים רווחים מינימאליים ממכירת המוצר, כדי לתמרץ אותם לקדם את מכירות



בתי המשפט

22

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

המוצר באמצעות מאמצי שיווק נאותים, אולם בכפוף למגבלה זו היצרן יעדיף מחיר לצרכן נמוך ככל האפשר. כלומר, מנקודת ראותה של מודגל, עדיף היה שמחיר הפיטינגים יהיה נמוך ככל האפשר. לכן היה למודגל גם אינטרס להמליץ על מחיר נמוך, כדי להגדיל עד כמה שאפשר את מכירות הפיטינגים על ידי מפיצה ובכך גם להגדיל את הרווח הסיטונאי שלה. שנית למודגל היה אינטרס להתחרות בפלסטיק בשעה שלמפיצים לא היה אינטרס דומה. שיקול נוסף שיצר ניגוד אינטרסים מובהק בין מודגל לבית המפיצים לעניין המחיר המומלץ לצרכן היה העובדה שבעוד מודגל חששה מהמעבר לצנרת פלסטיק, הרי שלמפיצים שהתמחו במכירת סל מוצרים שבו היו כלולים בין השאר גם צינורות ואביזרי פלסטיק לא היה חשש דומה. מנקודת ראותם, המעבר לצנרת פלסטיק היה משנה רק את תמהיל המכירות שלהם אך לא את גודלו... לכן לו היו המפיצים מעוניינים לתאם מחירים היה כדאי להם לקבוע מחיר לצרכן של פיטינגים ברמה מאוד גבוהה ואגב כך להעלות את מחיר מערכת האינסטלציה מפלדה כולה. אם הצרכנים יסכימו לשלם מחיר זה, מה טוב, אם לא יסכימו הרי שהאלטרנטיבה הניצבת בפני המפיצים היא רכישת צנרת פלסטיק שגם עליה המפיצים מרוויחים. ... על כן, אם מודגל בחרה כן להמליץ בפני המפיצים על מחיר לצרכן, סביר להניח שכוונתה היתה לעודד את המפיצים לגבות מחירים נמוכים יותר מאלה אותם היו מעוניינים לגבות אלמלא ההמלצה... ניתוח האינטרסים של הצדדים מחייב את המסקנה כי המחיר נקבע חד צדדית על ידי מודגל".

26. דברים אלה מקובלים עלי באופן כללי, ואולם, אין בידי להסכים עם המסקנה שהמעלה אותם ביקש להסיק מהם, ולפיה לא ניתן למצוא בין היצרן למשווקים אינטרס



בתי המשפט

23

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

משותף. בדברים אלה עצמם נאמר, כי **"היצרן חייב להבטיח למפיצים רווחים מינימאליים ממכירת המוצר כדי לתמרץ אותם לקדם את מכירות המוצר"**, ואם כן, ברור גם האינטרס של היצרן להביא למחיר מינימום הולם, פן יישחקו באופן ממשי רווחי המשווקים ממכירת המוצר שנוצר על ידו, דבר שיביאם להפנות את מאמצי השיווק למוצר אחר. דהיינו, קיים מפגש אינטרסים.

תרגומו של טיעון זה לנסיבות המקרה הוא כדלקמן: לא ניתן לשלול מראש קיומו של אינטרס משותף למודגל ולמשווקי תוצרתה, למנוע תחרות השוקת את מחירי המשווקים, והעלולה להביא לכך שהאחרונים יעדיפו לשווק צנרת פלסטיק או פיטינגים מייבוא.

27. אשלים תמונה זו ואומר, כי העובדה שלמודגל היה על פי ההיגיון הכלכלי אינטרס שהמחיר של המשווקים לא יהיה גבוה מידי – כדי שימכרו פיטינגים מתוצרתה בשוק – אינה מלמדת שהמחיר המומלץ היה "מחיר תחרותי", החובק **רווח נורמאלי** בלבד. היצרן אינו אמור לעשות חישובי רווח של המשווקים, ולו מהטעם שהנתונים הרלבנטיים של כל משווק אינם ידועים לו לאשורם. יתר על כן, הנאשמים עצמם טענו שכלל לא נענו להמלצה שניתנה להם, והפנו לראיות לפיהן מכרו את הפיטינגים בהנחה יותר גדולה, כפי שארחיב להלן, ומכאן, שניתן היה למכור בהנחה גבוהה יותר, ומחיר המינימום לא היה המחיר שהיה מתקבל בשוק בתנאי תחרות.

28. טענה נוספת, הרלבנטית לתמונה התחרותית, עניינה טענת הנאשמים שבבית איטונג לא הושגה הסכמה לגבי מחיר מינימום, אלא הופנתה למשווקים המלצה חד-צדדית לא מחייבת בלבד לגבי מחיר המינימום. על פי טענה זו, אין מדובר ב"הסדר" בין מנהלי עסקים כלל, אלא בפעולה חד-צדדית של אחד (היצרן), הנחשפת לאחר (המשווק). טענה זו תידון בהרחבה בהמשך הדברים. אציין כבר כאן, שבחינת הראיות מלמדת כי לא היתה זו פעולה חד-צדדית, אלא פעולה שהתגלגלה לכלל הבנה והסכמה. כפי שיובהר בראיות שיפורטו להלן, נציגי המשווקים שהשתתפו בישיבות התבטאו ביחס להמלצת



בתי המשפט

24

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

המחיר, ובסופו של דבר הסתמנה מכלל התגובות הסכמה כללית לפעול על-פי ההמלצה, בין במפורש ובין בהתנהגות (לרבות בשתיקה) של המשתתפים.

29. בהקשר זה אדגיש את העובדה שאינה במחלוקת, לפיה ההמלצה הופנתה עת המשווקים היו מכונסים יחדיו והיה ביד כל אחד מהם ללמוד תגובת האחרים להמלצה. עובדה זו הקלה על היווצרותו של הסדר. משלא התעוררו ויכוחים משמעותיים בעת שנשמעה ההמלצה (כעולה מהראיות שיפורטו להלן), וניתן היה להתרשם כי ההמלצה מקובלת על כלל המשווקים שנטלו חלק בפגישה, היה ביד כל אחד מהם להבין כי יש "גיבוי" לדרך הפעולה של הימנעות מהורדה גדולה יותר של המחיר. כלומר, היה ביד כל אחד מהם לשלול סיכון שמא אחר יוזיל את המחיר יותר ממנו ויזכה בלקוח. תחושת "גב" כזו בולמת הורדת מחיר והיא פוגעת בתחרות. אכן, לא היתה התחייבות מפורשת של כל אחד מהמשתתפים להימנע מהורדה כזו, והראיות מלמדות שמודגל גם לא "שידרה" שהיא תפקח על אכיפת ההמלצה ותשמש שוטר לעניין זה בשוק, אבל די בכך שלאחר שמיעת ההמלצה בישיבה המשותפת השתקפה בחילופי הדברים הסכמה בדבר אימוץ ההמלצה כדי לבסס ציפייה שהמעורבים יעמידו את המחיר המומלץ. דיני התחרות רואים בהסכמה כזו כיוצרת "כבילה". גם על היבט זה ארחיב בהמשך, בגדר בחינת טענת ההגנה המרכזית כי מדובר בהסדר אנכי שאינו הסדר כובל.

30. כאמור, הטענה שמדובר בהסדר אנכי עמדה ביסוד טענות הנאשמים, כי לא עמד ביניהם הסדר הפוגע בתחרות. על-פי טענה זו, אין מדובר בהסדר בין צדדים האמורים להתחרות, אלא בין יצרן למשווקי תוצרתו שלא אמורה להתקיים ביניהם תחרות. הנאשמים מפנים בהקשר זה להתפתחויות בפסיקה, מהן ניתן לשיטתם ללמוד, כי דיני ההגבלים העסקיים אינם עוסקים בקשרים מעין אלה. עמדתי בנושאים אלה שונה, וארחיב להלן.

אציין, כי הטענה שהסדר אנכי אינו פוגע בתחרות נלווית בדרך כלל לטענה שהוא נושא עימו תועלת תחרותית. הנאשמים הרחיבו טענותיהם בהקשר זה, בהפנותם לפסיקה



בתי המשפט

25

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

אמריקאית, ובעיקר לפסק הדין של בית המשפט העליון האמריקאי בענין **ליגין** (ראו להלן). דא עקא, כפי שיוטעם להלן, לא הובהרה על ידי הסנגורים התועלת התחרותית שנשאה עמה ההמלצה האמורה וההסכמה בעקבותיה, להוציא מניעת שחיקת רווחים השומרת על מערכת השיווק עצמה (למול הלכות). מטענות חלק מהסנגורים (בעיקר מטענות ב"כ נאשמים 1-3) עולה, כי התרומה התחרותית היא אינהרנטית להמלצת המחיר, כנובעת מהעובדה שהרווחים שנוצרו מופנים בהכרח להטבת השירות ללקוח. איני סבורה כי המציאות תומכת בגישה זו. בהקשר זה הדגיש ב"כ נאשמים 1-3, כי ממילא היתה למודגל תחרות מצד מערכות הפלסטיק. ואולם, איני סבורה כי התחרות מצד מערכת הפלסטיק נוגעת לעניין. חשובה בכל מקרה גם התחרות בין המשווקים על הפיטינג מתוצרת מודגל, ולשיטתי, לא ניתן לדבר על תועלת לתחרות, כאשר מי שהיה מעוניין דווקא בפיטינג כזה נאלץ לרכשו במחיר שבו גולמה הדאגה למשווקים דווקא. אין ספק, כי אין זה בהכרח המחיר הנמוך ביותר שאליו היתה מביאה התחרות בשוק.

31. מהאמור לעיל נובע, כי העובדה שמודגל יזמה את הזמנת המשווקים לבית איטונג כדי להשמיע לפנייהם המלצת מחיר, אין בה כדי למנוע מסקנה בדבר קיומו של הסדר הפוגע בתחרות, אם הראיות ילמדו על הסכמה הנכנסת לגדר סעיף 2 לחוק. היותה של מודגל צד למעגל ההסכמי שנוצר לא גורעת מהעובדה, שעיקר משתתפיו הם משווקים בעלי אינטרס משותף, שהקשר ביניהם הוא אופקי, קשר בין מתחרים.

32. ביוצאם מההנחה השגויה שמדובר בהסדר אנכי, ומהטענה שלא הוכחה בנסיבות המקרה, לפיה הסדרים אנכיים אף תורמים לתחרות, מוסיפים הנאשמים וטוענים, כי היה על המאשימה להביא ראיות לפגיעה תחרותית ואלה לא הובאו. לשיטתי, טענה זו מתעלמת קודם כל מהעובדה שהוראת סעיף 2(ב) לחוק טרם השתנתה, ובה מובהר, על דרך קביעת חזקה, כי כל כבילה ביחס למחיר, לכמות או לסוג הטובין הנמכרים, פוגעת בתחרות. במצב דברים זה, שומה היה על הנאשמים להוכיח תרומה לתחרות. הנאשמים לא הצביעו על תרומה כזו, ולכן, אם יוכח קיום "הסדר" (אם תוכח הסכמה הדדית של המשווקים לפעול על-פי ההמלצה), אזי גם אם יובהר כי מודגל לא ביקשה לחייב את



בתי המשפט

26

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

המשווקים לפעול על-פי ההמלצה – כטענת הנאשמים - וכל חפצה היה להפנות המלצה בלתי מחייבת בלבד - עדיין יהא זה הסדר כובל. לשון אחר, שאלת קיומו של הסדר אינה יכולה להיות מוכרעת על-ידי העובדה שההמלצה שביסודו הופנתה על ידי היצרן, אלא על-פי תוכן ההסכמה שהושגה בפועל בין המעורבים במישור האופקי.

33. אחת הטענות שהעלו הנאשמים מטעימה, כי בשוק לא שווקו פיטינגים כמוצר בודד, אלא שיווקו אותם כחלק **מסל מוצרי אינסטלציה**, שבגדרו מחיר הפיטינג לא היה משמעותי וכאשר ממילא היה ביד המשווק ליתן הנחה כוללת על הסל. בנסיבות אלו, לשיטתם, לא היה כל טעם להגיע להסדר כובל לגבי מחיר הפיטינג. בהקשר זה אציין, כי העובדה הנטענת – לגבי מכירת הסל – הוכחה, ואולם, דין טענה זו להידחות, ככל שהיא באה לשלול קיומו של הסדר כובל. **ראשית**, הובהר כי הפיטינג היה רכיב הכרחי ובסיסי בסל, וככל שמחירו של פיטינג בודד זניח (מספר שקלים) - הדעת נותנת כי לא נמכר פיטינג בודד בכל סל כזה. **שנית**, העיסוק המשמעותי של המפיצים בנושא מחיר הפיטינג, כעולה מהראיות, אינו עולה בקנה אחד עם טענת זניחותו ביחס למוצרים האחרים, מה גם שאין מחלוקת כי ניתן היה לרכשו לא רק בגדר סל. ויוטעם, חב' **וולפמן**, ולפני הקמתה **בית מסחר לבני**, מכרו רק פיטינגים.

34. ואולם, העובדה שעיקר מכירות הפיטינגים על-ידי רוב המשווקים נעשתה במסגרת סל כאמור, מובילה למסקנה כי היה ביד כל משווק בנקל "לעקוף" את ההסדר הכובל, אם היה כזה, על-ידי מתן הנחה על הסל בכללותו. לשון אחר - באמצעות ניתוב התחרות לתחרות על הסל - היה ההסדר מתרוקן מחשיבותו ומהשלכתו. עובדה זו, לשיטתי, גם אם אינה מבטלת את הראיות המלמדות על ההגעה להסדר, מובילה למצער למסקנה כי מידת השפעה של ההסדר על **התחרות האפקטיבית** בשוק לא היתה גדולה, שהרי אם ניתן בקלות להתעלם מהשפעתו בדרך פשוטה, לא ניתן לייחס לו השפעה גדולה.

אוסף, כי הטענה שהמפיצים מכרו סל מוצרים שכלל פיטינגים ולא פיטינגים בנפרד, משרתת את טיעוני הנאשמים בהקשר נוסף: עובדה זו מלמדת לכאורה כי לא היתה



בתי המשפט

27

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

תחרות בין מודגל למשווקים, מאחר שכל אחד מהם מכר, על-פי הנטען, מוצר אחר, אלא שכאמור, אם ההסדר הכובל הביא לתיאום מחיר בין המשווקים, אשר ביניהם בוודאי אמורה להתקיים תחרות, להיבט זה אין משמעות.

35. במהלך הדיון הוגשה מטעם נאשמות 4 ו-5 "חוות דעת בנושא מערכת היחסים בין מודגל לבין מפיצה", שסומנה נ/166. מחברי חוות הדעת הם ד"ר גילה (כתוארו אז) וד"ר שפיגל. חוות הדעת הוגשה כחוות דעת כלכלית. ואולם, אין ספק, כי עיקרה הוא הכרעה בכלל השאלות המשפטיות המרכזיות העולות בתיק. בחוות הדעת הוסבר, כי הדבר נעשה על יסוד עובדות שסופקו למחברים על-ידי הנאשמים. אציין, כי הגם שתחום ההגבלים העסקיים הוא תחום כלכלי, ההכרעות הנדרשות בתיק שלפני הן משפטיות, ואין בתי המשפט נזקקים בגדרן לחוות דעת משפטיות. בהחלטתי לעניין הגשת הראיה (מיום 2.10.05), הבהרתי כי משקלה של חוות הדעת תלוי בהוכחת העובדות עליהן היא נסמכת. אוסיף ואדגיש, כי הרובד הכלכלי שבחוות דעת זו – גם הוא מצוי בגדר הידיעה השיפוטית.

חרף האמור, איני רואה לנכון לפסול את חוות הדעת כולה (ולו בשל הרובד הכלכלי), אך אציין, כי מאחר שהעובדות שעליהן נסמכת חוות הדעת לא הוכחו, ממילא ערכה בהכרעה שלפני לא יכול להיות רב. מחברי חוות הדעת הודרכו על-ידי הנחות עובדה לא מבוססות. העובדות לאשורן הוכחו לפני יותר מאוחר, ובחלקן הן שונות מאלו שהניחו באופן משמעותי. בכלל זה המחברים מנתחים את נושא הסדר מחיר המינימום, בין השאר, על יסוד ההנחה שהופנתה המלצת מחיר בלבד, ומבלי שעמד לפנייהם חומר הראיות לגבי ההתנהלות בבית איטונג. לכן, ברי כי בכל הנוגע להסדר זה, אין בחוות הדעת כדי לתרום להכרעתי.

לנושאים אחרים בחוות הדעת אתייחס בהמשך, ככל שהדבר יידרש.



בתי המשפט

28

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

הצבעתי בפרק זה על חלק מהטענות שהועלו בהקשר התחרותי, כדי להניח יסוד להבנת משמעות העובדות שיפורטו בהרחבה בהמשך. אחזור לטענות העיקריות בהמשך הדברים.

פרק ראשון: האישום הראשון – הסדר מחיר המינימום

א. ניתוח הראיות

1. המודל של סבירסקי

36. בפתח הבחינה הראייתית אציין, כי מספרי העמודים בפרוטוקול המצוי בבית המשפט אינם תמיד זהים למספרים שאליהם הפנו הצדדים, לכן, יש לחפש לעיתים בקרבת מקום.

כאמור, לשיטת המאשימה, ההסדרים שתוארו בשלושת האישומים הראשונים נולדו בפגישות בית איטונג. לפגישות אלו מאיר פלס הזמין את נציגי המשווקים.

על-פי הראיות, המשתתפים בפגישות היו, בדרך כלל, **בן הרצל, סמי לוי, אלי טסה, מרדכי ברי, רוזנברג, אברהם ברנט, יורם וולפמן, חיים בחסי**. לא הוכח ברמת וודאות מספיקה, כי השתתף בפגישות מנדל גולדברג. קיים ספק גם לגבי השתתפות **ג'קי אלשייך**. **ניר אלקלעי** נכח בישיבה אחת או בשתיים.

הפגישות התקיימו תחילה אחת לחודש, ולאחר תקופה מסוימת – אחת לשלושה חודשים. הישיבות נמשכו כל פעם כשעה, ולא עסקו בנושא הפיטינגים בלבד (להלן: פגישות בית איטונג). על-פי גרסת הנאשמים, פגישות בין יצרן ומשווקי מוצריו היו דבר מקובל באותה תקופה, והפגישות לא היו יוצאות דופן.



בתי המשפט

29

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

כבר נאמר לעיל, כי לפתרון בעיות מודגל שכר **אילון בן הרצל**, מנכ"ל מודגל, את שירותיו של הכלכלן **סבירסקי**. סבירסקי נשכר כבר בשנת 1993, והועסק כמלווה ויועץ כלכלי בשכר חודשי עד אוגוסט 1995. מעדויות רבות, ובכלל זה עדויות סבירסקי עצמו ואילון בן הרצל, עולה שבמסגרת הייעוץ והליווי שהעניק למודגל, השתתף סבירסקי בפגישות בית איטונג, ככל שהתקיימו עד לאותו מועד. בבית איטונג הציג סבירסקי את המודל שהגה ושהתגבש בשיחות בינו לבין בן הרצל. מודל זה היווה את היסוד להסדרים הנטענים.

כאמור, כתב האישום המקורי כלל כנאשם את סבירסקי, אך דינו נגזר כבר בראשית דרכו של התיק, לאחר שהאישום צורף לת"פ 366/99 שנדון על-ידי כב' השופטת י' צור. כטענת המאשימה, בנסיבות אלו, עדותו בתיק שלפני נקייה מכל אינטרס, ומצאתיה מהימנה.

37. **סבירסקי** העיד, כי מטרת העסקתו היתה חיפוש אחר מודל שיאפשר לשמר את כמות הייצור והשיווק של מודגל, כפי שהייתה ערב כניסת הייבוא, **"והרעיון היה לפנות למשווקים, ולחפש יחד ותוך שיתוף פעולה איתם מודל שיאפשר להתמודד עם חדירת הייבוא"** (פר' 5.11.03, עמ' 1846-1847). גם בן הרצל קשר בהודעתו בין העסקת סבירסקי, איום הייבוא ודרישות המשווקים לשיפור בתנאים (הודעה מיום 19.2.97, עמ' 4 ש' 9-16).

סבירסקי הציג בפגישות בית איטונג את המודל. בפגישות הוצג כיועץ כלכלי, ואף כמי שעשוי לשמש בעתיד בורר בין משתתפי הפגישות (פר' 5.11.03, עמ' 1862-1863).

מאיר פלס, מנהל המכירות במודגל בתקופה הרלבנטית ועושה דברו של מנכ"ל מודגל בן הרצל, היה עד תביעה מרכזי בתיק זה, ועורר לאורך כל עדותו רושם אמין. המאשימה הדגישה, כי פלס סיפר כבר בחקירתו את כל הידוע לו, מבלי לדרוש דבר ומבלי שהוצע לו דבר. הוא לא היה עד מדינה.



בתי המשפט

30

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פלס העיד, כי הרעיון של הנחה עד 57% נולד בתחילת תקופת הישיבות בבית איטונג, לקראת סוף שנת 94', ונועד ליישום מטרות המודל (פר' 15.1.03, עמ' 289-290).

38. סבירסקי הסביר, כי הובהר למשווקים בבית איטונג כי למודגל היה עניין לשמור על מחיר פחות או יותר קבוע בשוק, וגם על כמויות מכירה שאינן שונות מהמכסות שנמכרו קודם לכן על-ידי המשווקים. את האופן בו קביעת המחיר (וגם קביעת המכסה) שירתה את מטרות המודל, תיאר סבירסקי במילים אלו:

"ת. בסופו של דבר מודגל רצתה לשמור על המחיר, המחיר נגיד מחיר המטרה שהיא ציפתה שיגיע לשוק, כלומר לא רוצה למצוא את עצמה במצב שבעצם המשווקים דוחפים חזק מדי, ודוחפים חזק מדי זה בדרך כלל בא על חשבון מחיר, ש. מה זאת אומרת בא על חשבון מחיר?

ת. זאת אומרת בדרך כלל משווק שרוצה להגדיל את החלק היחסי שלו, בדרך כלל נותן הנחות נוספות של החלק השולי או על החלק האחרון, וזה יוצר בסופו של דבר מצב שהקונה הסופי נהנה מהנחה נוספת והמחיר יכול, מחיר שיווי המשקל או המחיר שפחות או יותר משתרר בשוק הולך ונשחק. עכשיו למודגל היה אינטרס בעניין הזה לשמור על מחיר פחות או יותר קבוע בשוק, ומהבחינה זאת בעצם המודל, מעבר לזה שהוא רצה לתת את התמרוץ למפיצים, על מניעת הייבוא, הוא גם רצה לשמור באיזה שהוא אופן גם על המחיר הממוצע בשוק. ולכן מפה בא הרציו שאם מישהו ירוץ מהר מדי, או ירוץ מעבר למכסה שלו ישווק מעבר למכסה שלו, הוא לא יקבל על החלק העודף בונוס, ואז הוא פחות או יותר יבין שאין לו מה לרוץ על המאה קרטונים האחרונים או מאתיים קרטונים אחרונים, כי הוא בעצם מעבר לזה שאולי יגדיל את השוק שלו, הוא



בתי המשפט

31

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

לא יהיה לו שום רווח כלכלי לטווח קצר (פר' 5.11.03, עמ' 163-162).

לעניין המכסות, שגם בו עוסק סבירסקי בדברים אלו, ארחיב בפרק שעניינו הסדר המכסות. כאן אתייחס לנושא מחיר המינימום על-פי המודל של סבירסקי.

לדברי **סבירסקי**, לולא שמירת הסדר מחיר המינימום, היה המחיר במסחר הפיטינגים "מחיר חופשי לגמרי", "מחיר של תחרות" (פר' 24.11.03, עמ' 57). לטענת המאשימה, מכאן עולה בבירור, כי גם לשיטתו מדובר בהסדר כובל הפוגע בתחרות, שהרי ההסדר בא כדבריו לשמור על המחיר בשוק.

39. על-פי גרסת הנאשמים, בבית איטונג הועלתה המלצה לעניין מחיר שייגבו מלקוחותיהם, זאת בישיבה אחת, בין הראשונות שבהן (בן הרצל, פר' 3.5.04, עמ' 3405). ברם, עולה מהראיות, כי פרט לישיבה בה הוצג המודל של סבירסקי וההמלצה, הועלו בישיבות נוספות תלונות לעניין המחיר שנגבה בפועל, ובדרך זו הנושא הועלה שוב.

2. ראיות ישירות לגבי ההסכמה שהתגבשה בבית איטונג

40. מהראיות עולה, כי המודל שהוצג העלה בפני המשווקים בבית איטונג המלצה על הנחה של עד 57%, וכי כאשר העלה בן הרצל המלצה זו, התקיים מעין דיון על גובה ההנחה המומלצת. המשווקים החליפו דעות והביעו את עמדתם בנושא, ואף היה ויכוח, שבסופו התגבשה הסכמה. כך סיפר בעדותו **מאיר פלס**, מנהל המכירות במודגל:

"ת. בנושא של המחירים היו דיבורים על הנחה מומלצת, שהמפיצים יתנו ללקוחותיהם.

ש. מה היתה אותה הנחה?

ת. ההנחה המומלצת היתה 57% מהמחירון של מודגל, 57% הנחה מהמחירון של מודגל, בר התוקף.



בתי המשפט

32

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

...

ש. מי מהמשווקים הודיע שהוא לא מקבל את ההמלצה?
ת. לא זוכר כרגע, היה מישהו שניסה לבקש שהמחיר המומלץ יהיה נמוך יותר. היו דיבורים היה איזשהו ויכוח על הנושא הזה וזה ההסכמה שהגיעו בסוף שהמחיר המומלץ יהיה 57%. היה מישהו שסבר שצריך להיות מחיר עוד יותר נמוך, אני לא זוכר כרגע מי זה" (פר' 13.1.03, עמ' 192).

מעדות פלס נובע, כי הגם שרעיון ההנחה של 57% הוצע ביוזמת מודגל כדי לשמור על רווחיות המשווקים (כדי שלא יעברו לשיווק מוצרים אחרים), הוא לובן בבית איטונג בהשתתפות המשווקים, תוך כדי החלפת דעות ורעיונות. כך גם עלה מדבריו בהקשר אחר:

"ש. עכשיו, אני מבין שההחלטה של מודגל בעצם להמליץ על מחיר נולדה בעקבות תלונות של מפיצים על רמת רווחיות נמוכה נכון?

ת. גם.

ש. גם?

ת. גם.

ש. אבל זה היה אולי השיקול המרכזי כדי לשמור להם על איזושהי רמת רווחיות ולא שיעברו לפלסטיק, ולמוצרים מייבוא נכון?

ת. שיהיו מרוצים מהסחורה שלנו, כן. הם צריכים לחיות.

ש. הם צריכים לחיות, לכן המנגנון הזה של מחיר מומלץ היה על מנת שיהיו מרוצים נכון?

ת. נכון.

ש. כתוצאה בעצם מתלונות שלהם על רמת רווחיות נמוכה נכון?

ת. נכון.

ש. וגם כאן ההמלצה על המחיר המומלץ או על ההנחה המומלצת היא בסופו של דבר היתה החלטה של מודגל, שלקחה בחשבון את



בתי המשפט

33

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

הפרמטר הזה של 15% שולי רווח למפיץ נכון? זו היתה החלטה של מודגל?

ת. זו היתה המחשבה של מודגל מאחורי המחיר המומלץ.
ש. אבל גם כאן מודגל החליטה. זו היתה החלטה שלה, זו לא החלטה שלה אם המפיצים, היא החליטה לבד על זה נכון?
ת. על המספר עצמו אם היא החליטה לבד או את עצם ההחלטה?
ש. את עצם ההחלטה על המחיר המומלץ, זו החלטה של מודגל?
ת. אני חושב שכן.
ש. ועל עצם המספר?

ת. המספר היה מספר שנדון בבית איטונג, ככה החליפו דעות וזה משהו שהתגבש במהלך השיחות" (פר' 17.2.03, עמ' 420 - 421).

שיתוף הפעולה בקביעת שיעור ההנחה המכסימאלית משתקף גם בדברי פלס במקום אחר:

"ש. עכשיו, מר פלס, בוא נעבור בקצרה איך נקבעה ההמלצה הזאת של ה 57%.

אני רוצה להקריא לך מההודעה של אילון בן הרצל, הוא אומר בהודעה שלך ככה – 'לשאלתך ההנחה הזו נקבעה על בסיס חישוב תיאורטי שלנו, בהתייחס למחיר המכירה שלנו למשווקים, במטרה שיישאר לנו רווח סביר, ומצד שני שלא יהיה גבוה מדי ללקוחות'. אתה מסכים עם הדברים האלה?
ת. כן,

ש. כלומר, זה יהיה נכון אם אומר שה 57% נקבע על פי חישוב כלכלי שאתם ערכתם.

ת. קודם כל זה לא נקבע רק על ידינו, אלא אמרתי, זה נקבע במשותף. זו הייתה הצעה, אמרתי גם אני חושב בהודעה שלי, שהיו



בתי המשפט

34

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

כאלה שחשבו על מספרים אחרים (פר' 3.3.03, עמ' 645, 646).

ובמקום אחר ציין פלס, שכאשר נושא המחיר עלה לדיון בפורום בית איטונג, הובעו על ידי המשווקים דעות שונות, והוסיף, כי על אף שלא הייתה הצבעה, **"כנראה שהדעה של רוב המשתתפים היתה ש-57 זה המספר"** (פר' 17.3.03, עמ' 817).

41. דברים אלו בעדותו של פלס שוללים את הטענה שמדובר בהמלצה חד-צדדית שהופנתה ממודגל למשווקים והיתה על דעתה של מודגל בלבד. לפי **פלס**, גובה ההנחה נקבע למעשה במשותף, בהתאם לדעת רוב המשתתפים בבית איטונג (פר' 17.2.03, עמ' 420, 421; פר' 13.1.03, עמ' 192; פר' 3.3.03, עמ' 645, 646; פר' 17.3.03, עמ' 817) ודוגמאות רבות נוספות). פלס גם הציג בעדותו את אותו "מחיר מומלץ" במפורש **"כהסכמה"** אליה הגיעו מודגל והמשווקים, במסגרת פורום בית איטונג, כפי שכבר הובא לעיל:

ש. מי מהמשווקים הודיע שהוא לא מקבל את ההמלצה?
ת. לא זוכר כרגע, היה מישהו שניסה לבקש שהמחיר המומלץ יהיה נמוך יותר. היו דיבורים היה איזשהו ויכוח על הנושא הזה וזה ההסכמה שהגיעו בסוף שהמחיר המומלץ יהיה 57%. היה מישהו שסבר שצריך להיות מחיר עוד יותר נמוך, אני לא זוכר כרגע מי זה" (פר' 13.1.03, עמ' 192).

מדברי פלס, שהובאו עד כאן, עולה להבנתי, כי מדובר בהסכמה שהתגבשה לאור המלצת מודגל. ההמלצה הביאה לתגובות, ובסופו של דבר הסתמנה הסכמה.

אעיר כבר כאן, כי הנאשמים לומדים מדברים אחרים של פלס, כי לא היתה החלפת דעות שהביאה להסכמה, ודברים אלו יובאו בסופה של בחינת הראיות. כפי שיובהר שם, אין באותם דברים כדי להביא למסקנה אחרת.



בתי המשפט

35

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

42. גם סבירסקי התייחס למחיר המומלץ כמוקד של הבנות, דהיינו, כאל דבר מוסכם:

"ת. אני מניח שאם לא היו מדברים על איזה שהוא מחיר מומלץ ולא בונים מסביב איזה שהיא מערכת של הבנות, אני מניח שהמחיר בשוק היה מחיר חופשי לגמרי" (פר' 24.11.03, עמ' 57).

43. גם משה רוזנברג אישר בהודעותיו, כי לא מדובר באמירה חד-צדדית של מודגל.

לדבריו, התקיים דיון בנושא ו"57% היה האחוז המוביל בדיון". רוזנברג אף נקב בשמותיהם של הנאשמים אשר לקחו חלק פעיל בדיון שעסק בשיעור ההנחות:

"ש. אמרת שהיו אחוזי הנחה שונים שהוזכרו בבית איטונג. מי הזכיר הנחות אלה?

ת. פעם דבר על זה אלי טסה, פעם אברהם ברנד [צ"ל: ברנט], לשאלתך אם אני זוכר שמרדכי ברי הזכיר אחוזים אני משיב שלא, אותו דווקא אני לא זוכר.

ש. מה אתה אמרת בקשר ל 57%?

ת. לא זוכר שאני הבעתי דעה. בכינוסים כאלה אני מעדיף להקשיב" (הודעה מיום 25.3.99, עמ' 1-2 ש' 21-25).

בהודעה אחרת, בתשובה לשאלה האם הוא זוכר מישהו מהמשווקים אשר סרב לאותה "המלצת מחיר", ענה רוזנברג שהיו שביקשו שההנחה שתיקבע תהיה פחותה מ-57%, אך גם הדגיש כי 57% היה המספר המוביל:

"ש. אמרת באחת מההודעות ש-57% היה האחוז המוביל בבית איטונג. מה כוונתך המוביל?

ת. הכוונה היא שההמלצה וההסכמה, תכתוב הסכמה במרכאות, היתה סביב 57%, וכפי שעניתי בתשובתי הקודמת היו לפי מיטב זכרוני כאלה שרצו הנחה פחותה יותר בין 54% ל 57%, לא זוכר



בתי המשפט

36

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

בדיוק. אני אומר הסכמה במרכאות כי אני לא האמנתי לאנשים

בבית איטונג" (הודעה מיום 13.4.99, ש' 118-135).

מדברים אלה עולה, כי למצער, למראית עין, הסתמנה הסכמה, גם אם רוזנברג לא האמין בה.

רוזנברג העלה בעדותו בבית המשפט את הטענה, לפיה אותה הסכמה עליה דיבר בחקירותיו ברשות לא הובעה כתגובה להמלצה, אלא משמעותה היתה רק "הסכמה לשמוע" את ההמלצה. המאשימה מתייחסת לכך בהומור, שקל להסכים עם טעמו: "כלומר, על-פי טענה זו, המפיצים הביעו הסכמתם לכך שבעת שאילון בן הרצל יפתח את פיו וידבר הם לא יכסו את אוזניהם, אלא ישמעו את דבריו. לבד מכך שמדובר בגרסה כבושה שאין לייחס לה כל משקל, הרי שמדובר בטענה אבסורדית וחסרת הגיון. הטענה אינה מתיישבת עם השכל הישר הן מבחינה כרונולוגית והן מבחינה לוגית בסיסית".

אני מקבלת את טענת ב"כ המאשימה, לפיה הגרסה שהשמיע רוזנברג בעדותו בבית המשפט אינה אמינה, והיא בבחינת ניסיון לא מוצלח לחזור בו מהדברים שנאמרו בחקירתו כחשוד. בחקירותיו אמר רוזנברג במפורש, כי המשווקים אמרו "כן" להמלצת המחיר. רוזנברג אינו בוחן כליות ולב, ואין בידו לומר כי הכוונה היתה רק להסכמה לשמוע, ומכל מקום, הסכמה למראית עין, גם אם היתה מילולית בלבד, יוצרת את אותה ציפייה, שהיא בגדר כבילה לצורך קיום הסדר כובל (ראו ניתוח משפטי להלן, ולמשמעותו הרחבה של המונח "הסדר") כל משווק היודע כי אחרים יודעים על ההמלצה והראו נטיה להתחשב בה, חושש פחות מהאפשרות שהאחרים יתחרו בו על-ידי הפחתה במחיר. ציפייתו הטבעית היא ליישור קו מחירים בין המשווקים על-פי ההמלצה, דבר המאפשר לו להימנע מהפחתה במחיר.



בתי המשפט

37

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

44. על פי תיאור **מרדכי ברי** (נאשם 16), בבית איטונג נאמר לכל המשווקים לא לחרוג מהנחה של 57%:

"ש. מר ברי, בבית איטונג דובר על הנחה מומלצת של 57% כמחיר אחיד לכל המשווקים, נכון?
ת. לא. הייתה המלצה שלא נחרוג מ-57%.
ש. זה היה אחיד לכל המשווקים מר ברי?
ת. אמרו לכולם לא לחרוג מה-57%" (28.12.06, עמ' 2 ש' 4-7).

גם לפי **מרדכי ברי**, ההמלצה נדונה בבית איטונג, מאחר שהמשווקים הביעו דעתם לגביה. לדבריו, לאחר ש"דיברו ודיברו", אילון בן הרצל פסק שההנחה תעמוד על 57%:

"ש. תראה, פלס אמר במפורש שהמחיר נקבע במשותף. גם יורם וולפמן אמר שנקבע מחיר מומלץ במשותף בפורום, אני מוכנה אפילו להקריא לך, הוא נשאל, "ממי יצאה המלצת המחיר, האם מאנשי מודגל, האם מהמפיצים?" והתשובה שלו הייתה "בשיתוף". גם מוקה בהודעה שלו הזכיר דיון בין המשווקים ואמר ש-57% היה האחוז המוביל. מוקה גם אמר שהמשווקים אמרו כן להמלצת המחיר של מודגל אף שהוא ציין שלדעתו זה היה מס שפתיים. מה יש לך לומר על זה מר ברי?

ת. אז אני לא מתכחש לזה, רק תיאור של סמנטיקה של מילים, אני מסכים שהיה דיון בבית איטונג על גובה המחיר המומלץ, אני לא זוכר אם כולם הביעו את דעתם או חלקם, אני דווקא קיבלתי קומפלימנט במאמר מוסגר אני אומר ממאיר הוא אומר שאני דרשתי שיהיה פחות, מתאים לאופי שלי, אבל להגיד לך שהתקבלה החלטה במשותף אני זוכר שדיברו ודיברו ובסוף אילון פסק 57% זה המחיר המומלץ" (פר' 28.12.06, עמ' 3).



בתי המשפט

38

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

לשיטתי, העובדה שאילון בן הרצל "פסק" לאחר הדיון בנושא כי ההמלצה תעמוד על 57% אינה גורעת מעובדת ההסכמה שהסתמנה. עובדה זו אינה עושה את ההמלצה שוב "חד-צדדית". אשוב להיבט זה להלן.

עוד אמר **מרדכי ברי**, כי המשווקים הסכימו להמלצה, מאחר שלמעשה לא היתה להם ברירה, מאחר שמודגל היתה עבורם מקור הפיטינגים, וכי חפצם היה לתת "צ'אנס" להמלצה ששיפרה את הרווחיות שלהם. הוא הוסיף והדגיש, כי לא היתה זו הכתבה של מחיר:

"ש. מה בדבר מה שמוקה סיפר שהמשווקים אמרו כן להמלצת המחיר?

ת. **הסכימו, יש לנו ברירה? היה לנו מקום אחר לקחת פיטינגים?**

יכולתי לעשות משהו אחר? ואם הייתי אומר לא, אז מה?

ש. מר ברי, ההסכמה, אני אומרת לך שההסכמה לא הייתה להנחה מומלצת כך שכל אחד יעשה מה שעולה על דעתו וימכור באיזה מחיר שהוא רוצה, אלא משמעות ההסכמה הזאת הייתה שכל מפיץ יפעל בהתאם למה שסוכם, נכון?

ת. לא. אני טוען שהייתה המלצה למחיר של 57%, **וללא ספק**

שאנחנו המשווקים רצינו לתת צ'אנס להצעה כי זה משפר את

הרווחיות שלנו, אבל ללא ספק זה הייתה המלצה ולא הכתבה של

מחיר" (פרי' 28.12.06, עמ' 3).

ויוטעם, העובדה שמודגל לא "הכתיבה" את המחיר אינה משנה את העובדה שהמחיר שהומלץ זכה להסכמה שדי בה כדי לסמן קו מחירים דומה בשוק (וראו דיון בנושא "מחיר מומלץ" להלן). מרדכי ברי הבהיר, כי ההבנה בנושא זה היתה פרי **אינטרס** משותף, וכי לכל משווק היה עניין שגם האחרים יקפידו על אותה הנחה. גם הוא נקט בביטוי **"הסכמה"**:



בתי המשפט

39

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

"מראש לפסול את זה על הסף, שישנה הסכמה שאולי נרוויח במקום 7% - 9% על הפיטינגים? מה קרה, למה שנתנגד? ... יש להסכים להיות סוחר הגון ולהשתדל לכבד אחד את השני ולעבוד במחירים סבירים למה לא? בהחלט יש שנסכים. היה אפשר להגיד מראש אני לא מוכן, עובדה שלא אמרו את זה, אנשים שמחו, אנחנו כולנו סוחרים, זה המקצוע שלנו" (פר' 28.12.06, עמ' 5).

דברים אלו מבליטים את הקלות שבה צמחה ההסכמה על רקע האינטרסים ההדדיים, בצד הבנתו של ברי לגבי מהות ההסכמה מבחינת המשווקים – להיות "סוחר הגון" ולמכור במחיר טוב יותר מבחינת כל המשווקים. דבריו של ברי מלמדים, כי הבין שהמתחרים כולם ישתדלו למכור במחיר זה, וכך הם מבהירים את ההשלכה התחרותית של ההבנה. להיות "סוחר הגון" מבחינתו הוא לא להתחרות בחברו הסוחר:

"ש. ... מר ברי יש לי שאלה אליך, מה ההיגיון בזה שידברו על גובה ההנחה אם לא הייתה שום כוונה ליישם אותה?

ת. אני לא אמרתי שלא הייתה כוונה ליישם אותה. הייתה כוונה לשמור על ה-57, זה היה האינטרס שלנו, מה זאת אומרת? אם אני יודע שהמתחרים שלי יקפידו גם כן או ישתדלו למה שאני לא אתן צ'אנס? אם אחרי חודשיים שלוש אני רואה שיש פריצות ימינה ושמאלה אז גם אני הייתי פורץ, ועובדה גם שפרצנו דרך אגב. אבל אני אומר מראש לפסול את זה על הסף שישנה הסכמה שאולי נרוויח במקום 7% 9% על הפיטינגים, מה קרה? למה שנתנגד?

ש. מר ברי בנוגע למה שאמרת על ההמלצה, אני רוצה לשאול אותך מה המשמעות של הסכמה שלכם למחיר מומלץ? הרי אם הוא רק מומלץ אין למה להסכים, למה צריך שתסכימו?

ת. למה לא? יש ועוד איך נסכים, יש להסכים להיות סוחר הגון ולהשתדל לכבד אחד את השני ולעבוד במחירים סבירים, למה לא? בהחלט יש שנסכים, היה אפשר להגיד מראש אני לא מוכן, עובדה



בתי המשפט

40

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

שלא אמרו את זה, אנשים שמחו, אנחנו כולנו סוחרים זה המקצוע שלנו" (פר' 28.12.06, עמ' 6).

מרדכי ברי אף אישר מפורשות, כי **ש.א.ח.פ.** היתה שותפה להסכמה על המחיר המומלץ ואת העובדה שקיבלה אותה על עצמה:

"ש. כלומר אתם הייתם שותפים להסכמה הזאת על המחיר המומלץ, נכון?
ת. אנחנו היינו שותפים וקיבלנו את ההמלצה של אילון על 57%"
(פר' 28.12.06, עמ' 10).

יתר-על-כן, על-פי עדותו, הוא עצמו שמח על ההמלצה. משמע, שהיא הלמה את האינטרסים שלו:

"ש. פלס בחקירה הראשית שלו מיום 13.1.03 אמר שהוא לא זוכר שמישהו הודיע למודגל שהוא לא מקבל את ההמלצה.
ת. אני יכול לענות בשמי אני לא יכול לענות בשמם של אחרים
ש. אני שואלת מה היה בבית איטונג?
ת. אני שמחתי על ההמלצה" (פר' 28.12.06, עמ' 5).

קל גם להגיע למסקנה שהוא נתן ביטוי לשמחה זו בישיבה בבית איטונג, ומדבריו שהובאו לעיל עלה, כי ידע שגם המתחרים שלו יעשו כן (**"אם אני יודע שהמתחרים שלי יקפידו גם כן או ישתדלו למה שאני לא אתן צ'אנס"**). על-פי תיאורו כמובא לעיל, נובע בבירור כי היתה **הסכמה** לגבי המחיר שהומלץ, כמחיר שיועמד על-ידי המשתתפים בפגישות.

יתר-על-כן, מרדכי ברי גם הבהיר, כי יישם בפועל את ההמלצה ושמר על הנחות בשיעור של 57%. לדבריו, לא רצה להיות **"הראשון שיקפוץ וייתן הנחה יותר גדולה"**. מדבריו, שהוא לא יהיה הראשון שייתן הנחה גבוהה יותר, ניתן להבין כי היה תחת הרושם



בתי המשפט

41

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

שהמשווקים האחרים ישמרו על ההנחה שנקבעה. יש מקום להעריך, כי זו היתה התחושה הכללית:

"ש. אבל מר ברי אנחנו, סיפרתי לך כבר מה מצאנו בחשבוניות של התקופה הרלבנטית והראיתי לך שבאופן מכריע או גורף לא ראינו כמעט חשבוניות של מעל 57% בתקופה הרלבנטית ולכן השאלה הבאה שלי, למה דווקא החל מספטמבר '94 החלטתם שהמחיר הגבוה ביותר שאפשר יהיה לראות על חשבונית הוא 57%.

...

ת. אז התשובה שלי כיוון שהייתה המלצה של חברת מודגל להשתדל לשמור על 57 אז אני משתדל לשמור, אני לא אהיה הראשון שיקפוץ וייתן הנחה יותר גדולה" (פר' 28.12.06, עמ' 24).

מדברי מרדכי ברי עלה במפורש, שהמשתתפים בישיבה לא ראו בהתייחסות לדברים ששמעו בבית איטונג המלצה שהשפעתה עליהם זניחה, אלא הסכימו לה והבינו שיש להשתדל לשמור עליה. הוא גם קשר בין ההמלצה לבין תלונות בבית איטונג על מתן הנחה גדולה יותר, כדבר שהפר את ההסכמה:

"ש. אז אני רוצה לשאול אותך שאלה עקרונית, בהנחה שזה היה כי שמענו שאנשים אחרים זוכרים שהיו כאלה דברים אם לא הייתה הסכמה על הנחה מכסימלית ללקוח, אם זה היה רק המלצה כמו שאתה מנסה לטעון, למה עלו תלונות בבית איטונג על מכירה בהנחות גבוהות מההנחה המומלצת, למה שמישהו ירגיש שיש לו זכות להתלונן?

ת. את אומרת רק המלצה אני לא אומר רק המלצה, את אומרת את זה ככה by the way זה רק, זה לא רק זה הרבה מאוד, אני חושב שיושבים משווקים ומסכימים לנסות להשתדל לשמור על מערכת הנחות סבירה בשוק זה לא כל כך רק, ואנשים אם התלוננו כמו שאת אומרת בהנחה שהתלוננו אז אני מתבסס על הנחה שלך זה



בתי המשפט

42

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

עושה לי שכל כי למה כבר ביום הראשון להתחיל לשבור את מה

ששבו קודם סיכמנו? כמו עם גאידמק זה חוזר עם עופר נמרודי,

לא רצינו לתת לזה כזה" (פר' 28.12.06 עמ' 8).

45. גם **יורם וולפמן** (נאשם 26), אמר מפורשות בחקירתו ברשות (הוא נמנע ממתן עדות בבית המשפט), שהמלצת המחיר נקבעה בשיתוף של מודגל והמשווקים. יובהר כאן, כי מאחר שוולפמן לא העיד, דבריו בהודעה שיובאו להלן משמשים ראיה כלפיו בלבד:

"ש. ממי יצא המלצת המחיר האם מאנשי מודגל? האם מהמפיצים?

ת. **בשיתוף.**

ש. מה הביא לאותה המלצת מחיר של 57% ממחירון מודגל

ת. אני זוכר שבשנים 1993-1994 היה ללבני מאזן שלילי, כלומר הפסדים, ואז החלטנו אצלנו בלבני או שלא עובדים יותר עם הפיטנגים או שהמצב ישתנה. לשאלתך אם היה לחץ על מודגל להוריד מחירים אני משיב שכן, אבל לחץ זה לא עזר. מאותם הפסדים אני מניח שגם האחרים סבלו, גם אנשי מודגל הרגישו לחץ מהמפיצים כלפיהם להוריד את מחיר המכירה שלהם, % הנחה בשוק היה אז בסביבות 60% שזה אומר 3%-5 רווח שזה הפער בין מחיר הקניה למכירה. ראינו שזה לא הגיוני פער זה ואז יצאה ההמלצה על 57%" (הודעה מיום 26.3.97, עמ' 8, ש' 21-8).

מדברים אלו עולה, כי המחיר המקובל אז בשוק היה בסביבות 60% וההסכמה על 57% **הגדילה את הרווח** - דהיינו, **העלתה את המחיר**. מכאן, ששיעור ההנחה הותאם לאינטרס של המשווקים, ולא היה בהכרח המחיר התחרותי.

במקום אחר בהודעתו אמר וולפמן, כי מודגל לא חייבה אף פעם באחוז הנחה כזה או אחר, אלא הייתה **שותפה להמלצה, יחד עם המשווקים**. יתרה מכך, כשנשאל על ידי החוקר מי מהצדדים היה דומיננטי בנוגע להמלצת המחיר, ענה שלא היה צד דומיננטי



בתי המשפט

43

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

וסיפר על **האינטרס הברור של המפיצים בקביעת המחיר ועל מעורבותם והשפעתם בעניין זה** (הודעה מיום 26.3.97, עמ' 12 ש' 2 - עמ' 13 ש' 4). וולפמן הוסיף, כי במסגרת הדיבורים בבית איטונג הגיעו לעמק השווה מבחינת מחירים ללקוח, ובפועל - השינוי שנכנס הוא מחיר מומלץ של 57%, אשר פועלים על פיו, גם אם הוא אינו טאבו (הודעה מיום 26.3.97, עמ' 7 ש' 10 - עמ' 8 ש' 4). לדבריו "המחיר המומלץ - ההנחה המומלצת בת 57% מוסכמת על כולם ואין ויכוחים על זה" (הודעה מיום 26.3.99, עמ' 10 ש' 10-7).

ושוב אטעים, כי מאחר שוולפמן לא העיד בבית המשפט, הדברים שאמר בהודעתו משמשים כאן כראיה אך ורק כלפיו, מאחר שכלפי יתר הנאשמים הם בגדר עדות שמיעה.

46. גם **אברהם ברנט** (נאשם 24) אישר בהודעתו כי הוא לא היה היחיד שאימץ את ההמלצה של מודגל, והוסיף: "**גם אני אמרתי למודגל בבית איטונג שאני אקבל את המלצת היצרן**" (הודעה מיום 9.6.99, עמ' 5-6 ש' 152-188), ולגבי המשתתפים האחרים, אמר שלא זכור לו מי מבין הנוכחים התבטא ומי לא עשה כן.

47. גם **סמי לוי** (נאשם 5) מסר בהודעותיו, שהייתה הסכמה של המשווקים "ללכת על זה", כדי לשפר את הרווחיות שלהם, כלשונו:

"ש. מה אחרים בבית איטונג אמרו שיעשו

ת. **עד כמה שאני זוכר היתה בסוף הסכמה על זה, ללכת על זה, הסכמה של המשווקים**. החברה, המשווקים בבית איטונג, הבינו שמודגל מחזיר את הכדור אלינו ואומר תמכרו במחיר מומלץ כזה וכזה, ככה תשפרו את ההנחות שלכם, למה למכור בהנחות מופקעות, תמכרו במחיר מומלץ וככה תשפרו את הרווחיות שלכם" (הודעה מיום 15.4.99, עמ' 9).



בתי המשפט

44

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

על-פי דברי **סמי לוי** בחקירתו (ברשות ההגבלים), הוא עצמו הבהיר בבית איטונג שהוא תומך בהמלצת מודגל. הוא אף סיפר, כי הכריז שיהיה **נושא הדגל** ויעביר את ההנחיה לאנשיו:

"ש. אמרת למודגל שתאמץ את ההמלצה שלהם?

ת. **זה עלה בבית איטונג ואמרתי שאני אהיה נושא הדגל**, אעביר את

ההנחיה הזאת לאנשים שלי" (הודעה מיום 15.4.99, ש' 287-286).

ברם, בעדותו העיד, כי אמר דברים אלה לבן הרצל ב"ארבע עיניים". המאשימה טוענת, כי מדובר בגרסה כבושה שנועדה להתאים דבריו עם גרסת **בן הרצל** בבית המשפט. אכן, מההודעה עולה מפורשות כי את תגובתו האמורה העלה בבית איטונג.

סמי לוי הוסיף וציין, כי היה "ויכוח" לגבי ההמלצה:

"היה שם ויכוח ... חלק גדול מהויכוח הזה היה על חוקי או לא

חוקי. ולמה בכלל 57% למה לא 52 ולמה לא 60. משני הכיוונים. ואז

אני קראתי לזה גבירתי הסכמה ... הסכמנו ללכת על זה ...

ש. למה היה צריך שיהיה דין ודברים על גובה ההמלצה?

ת. לכל אחד היה שם אינטרס שונה ...

כב' השופטת: מה שהוא שואל אותך זה, אם זה לא היה משהו

אופרטיבי אז זה לא היה מציק להם. הם לא היו מתווכחים.

לכאורה זה המלצה, עשו מה שרוצים, למה בכלל להתווכח" (פר'

6.6.05, עמ' 28).

דברים אלו מבליטים את העובדה, שהמשווקים לא ראו בהמלצה המסוימת דבר זניח שאין לו השפעה על מהלכיהם, שהרי אחרת לא היה מתעורר ויכוח.

48. אף **אילון בן הרצל** עצמו אישר בהודעותיו, כי מתוך הישיבות בבית איטונג ניתן היה להבין שאחוז ההנחה של 57% היה מקובל על המשווקים:



בתי המשפט

45

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

**"ש. האם מתוך הישיבות בבית איטונג ניתן היה להבין ש 57% הנחה מומלצת היה מקובל על המשווקים?
ת. לפי דעתי כן. לא זוכר שהייתה מלחמה לשנות את ההמלצה הזאת. היו תלונות שהמחירים בשוק הם בהנחות יותר גדולות מ-57%, לפעמים. לשאלתך לא זכור לי מי התלונן" (הודעה מיום 26.1.99, עמ' 21 ש' 5-11).**

גם בהודעה אחרת, **בן הרצל** הבהיר כי מתגובת המשווקים עלה, כי ההמלצה מקובלת עליהם:

**"ש. מה היתה דעתם של המפיצים על ההנחה המומלצת של 57%?
ת. לא זכורה לי איזושהי דעה ספציפית.
ש. האם המפיצים התלוננו על כך שההנחה המומלצת גבוהה או נמוכה מדי?
ת. לא זכור לי תלונות מיוחדות בנושא.
ש. אבל אמרת שמודגל נהגה להתייעץ עם המפיצים בנושא ההנחה המומלצת, מה אומרים המפיצים?
ת. את שואלת שאלה כללית מדי ואני לא זוכר מה אמרו המפיצים, אם היינו מדברים על פגישה ספציפית שאני זוכר מי אמר מה ומתי הייתי אומר לך אבל על שאלה מה אמרו המפיצים, אין לי תשובה.
באופן כללי, למיטב זכרוני, המפיצים קיבלו את ההנחה המומלצת" (הודעה מיום 24.2.99, עמ' 12).**

49. לעובדת ההסכמה של משתתפי ישיבות בית איטונג לקביעת מחיר שלא יפחת מ-57% מהמחירון יש, אפוא, עיגון בראיות ישירות רבות. כבר נאמר, שמודגל בחרה ליתן את "המלצתה" למחיר שבו ימכרו המשווקים תוצרתה כאשר המשווקים היו מכונסים יחדיו. מטבע העניין, כאמור לעיל, הדבר הועיל לזהות את תגובתם ולהביא להסכמה משותפת, וכך הושג הסדר אופקי של המשווקים.



בתי המשפט

46

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

ההסדר אמנם נועד, מנקודת מבטה של מודגל, לשמר את מעמדה כמוכרת פייטניגים בשוק, אך זאת על ידי מציאת פתרונות לאינטרסים המשותפים לה ולמשווקים ורתימת המשווקים למהלך משותף. מקובלת עלי עמדת המאשימה, כי העובדה שבבית איטונג נוהל דיון בדבר גובה ההנחה הרצוי, מלמדת ש"ההמלצה", שהיתה תחילה חד-צדדית, הובילה בסופו של הדיון להבנה משותפת בדבר אימוץ מחיר מינימום מתואם והמשתתפים יצאו מהישיבה בתחושה שתוכן ההמלצה מקובל על כולם.

המאשימה מטעימה, כי היא אינה חולקת על כך שמודגל לא כפתה על אף אחד מהנאשמים את ההסדר. אכן, עובדת אי-הכפייה הוכחה. ברם, למעשה, לא היה צורך בכפייה. עולה מהראיות שלא זו בלבד שהמשווקים לא התנגדו למחיר המינימום, אלא הייתה הסכמה לקבלו כמחיר מתואם הולם.

3. הראיות המכבידות על טענת ההסכמה

50. ואולם, שורת הראיות הנ"ל, שביססה לכאורה את עובדת ההסכמה שהושגה בבית איטונג היא חלקית, במובן זה שהנאשמים מדגישים ראיות אחרות, אשר לשיטתם מבססות תמונה שונה. אציג מספר ראיות המעיבות לכאורה על המסקנה שהוסקה, במגמה לבחון אם היה בהן כדי למנוע את קבלתה.

ראשית, הנאשמים מדגישים שוב ושוב, כי מלכתחילה היה מדובר במחיר מומלץ, שכל אחד יכול היה לקבלו או לדחותו. כך סמי לוי העיד, בהתייחס להמלצתו של בן הרצל, כי מטרתה היתה אך ורק למנוע לחצים על מודגל להוריד מחיריה כלפי המשווקים, כאשר לאחר ההמלצה היה ביד בן הרצל לומר "תפסיקו לבוא אלי בטענות" על שאינכם מרוויחים. לדבריו, מעבר לכך, לא היה לבן הרצל עניין לפקח על מעשיהם בפועל של המשווקים:



בתי המשפט

47

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

"מצד אחד הוא נתן מחיר מומלץ כי זה מה שהוא יכול לתת רק מחיר מומלץ כשהוא הדגיש את זה 30, 40 פעם, רק מחיר מומלץ. כאשר החברה בבית איטונג לא פעם ולא פעמיים התקיפו אותו על כך שהם לא מרוויחים כסף על המוצרים שאותם הוא מבקש מהם להפיץ בשבילו ... אילון הוא לא טיפש, הוא ידע שהמחיר בשביל להתחרות במוצרים שהתחרו בו עמד על 57 ... אז הוא אמר תפסיקו לבוא אלי בטענות. אני יכול להגיד לכם שאני בדקתי משפטית ואני יכול להמליץ לכם למכור ב-57. עכשיו תמכרו ב-60 תמכרו ב-90, יותר, זה לא מעניין אותי יותר, אני לא שוטר שלכם" (פר' 30.5.50, עמ' 111-110).

51. **פלס**, עד התביעה העיקרי, נשאל בחקירתו הנגדית על דבריו בהודעתו, לפיהם לא היתה הסכמה כללית, ונצמד לתוכן תשובותיו בחקירתו הפלילית ברשות כפי שהוצגו לו, מהם עלה כי המשווקים לא הודיעו כי ינהגו על-פי ההמלצה ובפועל לא נהגו על פיה:

ש. שאלו אותך במשרדי הרשות האם בישיבות בבית איטונג המשווקים הסכימו ביניהם על אחוז הנחה מכסימאלי שבו הם ימכרו ללקוחות שלהם וזה האחוז שהומלץ על-ידי מודגל, כלומר 57%, ואני מצטט זה הודעה מיום 31.12.96 עמ' 11 ... 'לא היתה הסכמה כללית לזה היו חילוקי דעות גם על המספר וגם על העיקרון שיהיה בכלל דבר כזה מחיר מומלץ. רובם אמרו אני קונה את הסחורה ואני יעשה איתה מה שאני רוצה' – זה נכון?

ת. זה נכון.

ש. במהלך העדות שלך נשאלת על-ידי עורך דין פלדור האם מישהו מהמפיצים הודיע למודגל שהוא לא מקבל את ההמלצה ... ואתה ציינת שאתה לא זוכר, ואני שואל אותך האם מודגל ביקשה ממישהו מהמפיצים שיוודע לה אם הוא מקבל או לא מקבל את אחוז ההנחה המומלצת?



בתי המשפט

48

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

ת. למיטב זכרוני לא ביקשנו.

ש. כן, זאת אומרת שגם לא היתה ציפייה שמישהו יודיע למודגל מה

העמדה שלו בקשר להנחה המומלצת נכון?

ת. לא היתה ציפייה, אבל אם מישהו רצה להגיד את זה, זה היה לגיטימי.

ש. אתה אמרת שאתה לא זוכר אם מישהו הודיע למודגל שהוא לא מקבל את ההמלצה, אתה לא זכרת

ת. נכון

ש. אבל אני עכשיו מסתכל מהצד של מודגל. מודגל לא ביקשה שהמפיצים יודיעו לה אם הם מקבלים או לא מקבלים.

ת. לא, לא

ש. זאת היתה הנחה מומלצת, זה היה מחיר מומלץ, אז אנחנו חוזרים ואומרים כאן מדובר בהמלצה ולא בשום דבר

ת. נכון

...

ש. אתה גם אמרת בחקירות שלך ברשות שבפועל המפיצים לא

קיבלו את ההמלצה של מודגל, מכרו למעלה, מכרו למטה, נכון

ת. זו היתה תחושת כי אני לא יכול לראות את הספרים שלהם, הם

לא מראים לי את זה, אבל כמו שאני מכיר את השוק זה היתה

תחושה, שכל אחד עשה מה בראש שלו" (פר' 17.2.03, עמ' 472-

474).

להערכתך, נימה זו בדברי לוי ופלס לגבי מה שהתרחש בבית איטונג, בישיבה שבה הוצג מודל מחיר המינימום ולגבי רוח הדברים בישיבות שלאחר מכן – השוללות לכאורה קיומה של הסכמה - נובעת מהשקפה מוטעית, ש"הסכמה" משמעותה התחייבות הדדית. נראה גם, כי המעורבים ייחסו חשיבות מופרזת לעובדה שלא היתה הצבעה בבית איטונג ושהצעתה הראשונית של מודגל - למחיר מינימום של 57% - היא זו שהתקבלה בסופו של



בתי המשפט

49

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

דבר, על-פי הכרעתו של אילון בן הרצל. כמו-כן, הם ייחסו חשיבות מופרזת לעובדה שלא הוצב איסור על מכירה במחיר אחר ושלא נקבעו על-ידי מודגל מנגנוני אכיפה, ולא היתה ענישה למפר. כפי שיודגש להלן, שיקולים מעין אלה – העדר הצבעה, העדר איסור של מודגל, העדר מנגנון אכיפה - אינם גורעים מעצם ההבנה המושגת לגבי הנחה מסוימת, יהא מציעה הראשון אשר יהיה, כאשר ניתן ללמוד על קיומה על-פי הראיות. העובדה המשמעותית היא עצם קיום ההסכמה או ההבנה שנקמה בבית איטונג, ולא שאלת מקור ההמלצה או עובדת אכיפתה.

52. להדגמת השלכת השיקולים האמורים על גישת העדים, אפנה לטעמי סמי לוי לשלילת ההסכמה, כפי שמצאו ביטוי בעדותו כדלקמן:

"אני לא יודע לאיזה הסכמה מאיר מדבר. אילון בא מגובש עם 57

הוא יצא עם 57. אני לא יודע אם זה הסכמה. בסופו של דבר כולם

צעקו וצעקו ואמרו למה לא ככה, לא ככה. אילון אמר זה מה שאני

יכול לעשות" (פר' מיום 30.5.05, עמ' 114).

"... אבל לא היה שם דיון לא היה שמה לא פתחו נושא לדיון ...

ת. ... לא החתימו אותי.

לא היתה הבנה, לא היתה הסכמה על התחייבות על קנס על כל דבר

אחר ..." (שם, עמ' 119).

סמי לוי מדגיש כאן את העובדה שבן הרצל "בא מגובש עם 57 ויצא עם 57" ואת העובדה שהוא עצמו לא הוחתם ולא היתה התחייבות או קנס. ברם, היבטים אלו אינם היבטים מכריעים.

העובדה שהמספר 57 הועלה בישיבה ביוזמת מודגל ושלא היתה הצבעה לגביו הודגשה גם על-ידי בן הרצל כשיקול חשוב:

"המספר 57 לא נקבע במשותף ... אנחנו הבאנו את המספר ...

אנשים התבטאו ... אנחנו לא שינינו את דעתנו ולא קיבלנו החלטה



בתי המשפט

50

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

**אחרת ... אבל בפירוש ההחלטה לא התקבלה בשיתוף בהצבעה ...
ודאי לא התקיימה הצבעה ...
באנו לישיבה עם מספר, המלצנו עליו, שמענו מה אנשים אומרים
ונשארנו עם אותו מספר" (פר' 23.6.04, עמ' 3669-3671).**

ואולם, כיצד העובדה האמורה שוללת הגעה להסכמה לגבי אותו מספר, בסופו של דבר? האם אי-אפשר להסכים על אימוץ ההצעה המקורית? והאם רק על דרך הצבעה מתקבלת הסכמה? בהמשך הדברים אוסיף ואבהיר מדוע לשיטתי היבטים כגון אלו אינם בעלי חשיבות בשאלת ההגעה להסכמה.

גם פלס, שאמר כאמור שהמספר נדון בבית איטונג וכי החליפו דעות לגביו, הדגיש כי "מי שלקח בסוף החלטה אחרי שהוא שמע את מגוון הדעות היה בן הרצל" (פר' 17.2.03 עמ' 480). נראה, אפוא, כי גם לשיטת פלס עובדה זו היא משמעותית, ולהערכתי היא שהדריכה חלק מתשובותיו בנושא, בין בחקירתו ברשות להגבלים עסקיים ובין בבית המשפט. הנאשמים מדגישים גם דבריו אלו של פלס, המתייחסים לאופן שבו מודגל הציגה את נושא מחיר המינימום לפני משתתפי הישיבה:

"ש. זאת היתה הנחה מומלצת, זה היה מחיר מומלץ.

**אז אנחנו חוזרים ואומרים כאן מדובר בהמלצה ולא בשום דבר
מחייב נכון?**

ת. נכון

**ש. עכשיו, בהודעה שלך ברשות מיום 8.7.98, הודעה 8(ב) בעמוד 15
בשורות 10 עד 11, נשאלת האם הלשון שמודגל השתמשה בה
במהלך הישיבות היתה לשון המלצה?
התשובה שנתת היא א. כן. זאת אומרת, כלומר מודגל השתמשה
במונח המלצה, כן. ו-2 אינני יכול להכריח אף אחד שקונה את
מוצרי ומשלם מה לעשות איתם. אני רק יכול להגיד לו מה דעתי
איך למכור.**



בתי המשפט

51

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

אתה מאשר את זה?

ת. אני מאשר את זה" (שם).

הנאשמים מדגישים גם את העובדה שפלס הבהיר בעדותו כי הוסבר למשווקים על-ידי מודגל שאין היא השוטר בשוק. כך, בהקשר לתלונות מפיצים על אחרים בתקופה שלאחר ההמלצה, אמר פלס:

"ש. מה אתה היית עושה עם הדברים האלה, אם בכלל

ת. התשובה שלי היתה שאני לא השוטר בשוק וכל אחד שימכור

איך שהוא מבין למכור. אני לא שוטר, לא יכול להיות שוטר, ובזה

פטרתי את עצמי" (פר' 15.1.02, עמ' 291).

פלס הבהיר בעדותו, כי לדידו חשובה העובדה שמודגל לא שינתה עמדתה לגבי ההמלצה לאחר שנשמעו הדעות בבית איטונג:

"לא התקיים דיון. אנשים הביעו את דעתם. אנחנו באנו עם נתון,

באנו עם מספר. אנשים הביעו את דעתם לא סתמנו לאנשים את

הפיות. שמענו מה שיש להם להגיד ואמרנו שאנחנו לא מתכוונים

לשנות את ההחלטה" (פר' 23.6.04, עמ' 3669-3671).

פלס גם אישר, כי להבנתו ההמלצה הותירה "שיקול דעת עצמאי לכל מפיץ".

כדבריו:

"ש. תאשר לי רק דבר אחד, שההמלצה של מודגל הותירה שיקול

דעת עצמאי, חופשי לכל מפיץ למכור את המוצר, את הפיטינגים

במחיר שרצה, נכון?

ת. אני מאשר" (פר' 17.2.03, עמ' 487).

53. בנוסף, הודגש שוב ושוב בטענות הנאשמים, כי הראיות מלמדות שמלכתחילה ההמלצה לא יועדה להביא למחיר מינימום מוסכם, אלא באה מבחינת מודגל להדוף



בתי המשפט

52

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

טענות המשווקים על שחיקת רווחים, משהיה בידה לומר להם לאחר ההמלצה: אילו העמדתם מחיר של 57%, לא היתה לכם בעיית רווחיות. לעיל הובאו דבריו של סמי לוי בהקשר זה (פר' 30.5.05, עמ' 110).

סמי לוי גם הדגיש בעדותו, כי הדיון שהתקיים לגבי המחיר נקטע על-ידי בן הרצל - אילון בא מגובש עם 57% ויצא עם אותו מספר וכי גם הבהיר שלא יהיה השוטר, ולפעול כך או אחרת זה עניינם של המשווקים:

"התקיים שמה דיון, למה לא. התקיימה שמה שיחה למה לא 59 מומלץ? למה לא 42? למה לא 35? ואילון, יאמר לזכותו, קטע את זה על המקום ואמר אתם תעשו מה שאתם רוצים, אני המלצתי לכם וזה מה שמותר לי אתם תמכרו איך שאתם רוצים, אני המלצתי לכם וזה מה שמותר לי, אתם תמכרו איך שאתם רוצים, אני לא שוטר שלכם, אני יכול רק להמליץ לכם על מחיר" (פר' 20.4.05, עמ' 49-50).

54. סמי לוי הסביר בעדותו את רתיעתו בעת מתן העדות מהמילה "הסכמה", בשונה מהתבטאותו בעת החקירה, בלשון זו:

"ש. אתה בעצמך בהודעה שלך אומר – שואלים אותך מה אחרים בבית איטונג אמרו שיעשו. תשובה: עד כמה שאני זוכר היתה בסוף הסכמה ללכת על זה ...

ת. גברתי אני אמרתי שהניואנס הסכמה לא הסכמה, הבנה לא הבנה הוא בשבילי ברגע שנחקרתי היה לא ממש ברור לי. מה שאני בא ואני אומר לשאלה הזאת עניתי קודם.

כב' השופטת: אבל למה התכוונת כשאמרת את זה?

ת. אז זהו זה, עניתי קודם לגברת גפני וגם לגברתי. אני הסתכלתי על תמונה שלמה. בא אילון נותן לנו הנחת מחזור שלא הייתה לנו. לשפר לנו את העמדה. אומר לנו השוק יגדל, תקבלו עוד כסף, עוד



בתי המשפט

53

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

רווח. אם השוק יגדל. אם השוק לא יגדל – לא תקבלו. אני רוצה
מכם שתגדלו שתמכרו יותר. בהמשך הוא עונה לכל המקטרגים לכל
אלה שהתבכיינו וצעקו שלא מרוויחים כסף ולמה לא פה, ולמה לא
שם. הוא הלך והתייעץ איתי וכנראה גם עם אחרים. והוא בא
מגובש גם בעמדה הזאתי שלא תמכרו ב-57 קיבלתי על זה יעוץ
משפטי. מותר לי להמליץ לכם. אבל תעשו מה שאתם רוצים לא
קנס ולא כיוצא מהעניין הזה של כביכול, הגענו להסכמה. מה זאת
אומרת הגענו להסכמה גברתי? התחייבנו?

כב' השופטת: אתה אומר ללכת על זה אז מה הכוונה במילים?
הגענו להסכמה ללכת על זה.
ת. הוא אמר את מה שהוא אמר אז אמרנו לו כן אנחנו ניקח את
הדבר הזה וננסה לעשות ממנו משהו. אבל לא שלקחנו את עצמנו
גברתי. חתמנו הסכם? מה המילה הסכמה משדרת לי כרגע?
שלקחתי חתיכת נייר ואמרתי אני החתום מטה מסכים בזה לא
לחרוג. ואם אני אחרוג תוציא אותי להורג, תקנסו אותי. תענישו
אותי.

כב' השופטת: לא. אבל זאת לא הכוונה בהקשר שלנו.
ת. אבל אני הוצאתי את המילים מהקשרם גברתי ואמרתי הסכמה
כי אני לא משפטן. אני יושב שם בחקירה גברתי. אני אומר את
הדברים בתמימות. ולא יאהבו פה בתביעה לשמוע את המילה
תמימות. הסכמה לקבל את הנחת המחזור שהוא נתן לנו. אבל זה
מה שקראתי הסכמה גברתי אני הסברתי לך את זה. בא היצרן
היחיד המונופוליסט אומר הנחת מחזור. נותן לנו ונדיב איתנו
אפילו. פתאום מכניס יד לכיס. בא ואומר לכל אלה שאומרים אנחנו
לא מרוויחים כסף עדיין ממשיכים להגיד שהשוק יורד כמו
ששמענו כבר קודם תמכרו ב-57 והוא הולך להיוועץ ומקבל יעוץ
משפטי. אחרי שהוא מציג כזה מצב ובאמת מצ'פר אותנו. אז מה



בתי המשפט

54

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

באמת יכולנו לעשות? איזה התנגדות יכולה להיות? מה יכולנו להביע שם? אז מה להגיד שאנחנו לא מסכימים, אנחנו לא, זאת אומרת מה יכולנו בדיוק לעשות? אז אני קראתי לזה הסכמה. ככה קראתי לזה. בית המשפט יחליט מה הייתה המשמעות של ההבנה שלי בעניין הזה" (פר' 30.5.05, עמ' 127-128).

המסקנה העולה מדברים אלו היא, לשיטתי, הפוכה מזו שאומר הדברים התכוון לה. הוא ביקש למנוע מסקנה שהסתמנה הסכמה, ובפועל הסביר את טעמה של ההסכמה שהסתמנה. לאור דברים אלו, לא ניתן להשתכנע מדבריו בהמשך כי לא יצא מבית איטונג עם הבנה כלשהי: **"לא יצאתי עם שום הבנה ... לא יצאתי עם שום הסכמה ועם שום הבנה"** (פר' 6.6.05, עמ' 25-26).

55. מדבריהם של סמי לוי ושל פלס שהובאו לעיל, עולה בבירור מדוע התקשו שניהם לקרוא לתוצאת חילופי הדברים בישיבה "הסכמה", אף כי היא עלתה בבירור גם מדבריהם. להבנתי, השיקולים עליהם נשענו דוברים שונים בהקשר זה, שצוינו לעיל, אינם רלבנטיים לשאלת קיום ההבנה. אם למשל, לשיטתו של סמי לוי לא היתה ברירה אלא להסכים, הדבר אינו שולל את ההסכמה שהסתמנה. אולי לא היתה זו הסכמה במלוא מובן המילה, וכמובן לא כזו שהשתכללה עד כדי התחייבות הדדית, ואולם, כל הבנה – ולמצער זו שהצדדים **ישתדלו** לפעול על פיה – די בה לקיום הסדר, ובוודאי כזו שסמי לוי התייחס אליה מפורשות: **"הוא אמר את מה שהוא אמר אז אמרנו לו כן, אנחנו ניקח את הדבר הזה וננסה לעשות ממנו משהו"** (כמובא לעיל). לשון אחר – המשווקים אמרו לאילון בן הרצל בבית איטונג כי ינסו לפעול על-פי המלצתו. דברים אלה אינם מתיישבים עם מסקנתו של סמי לוי, שלא היתה הסכמה. הוא הדין בכל הנוגע למסקנתו של פלס. לשיטתי, תשובותיו של פלס, שהודגשו על-ידי הנאשמים, אינן פוגעות במסקנתי שהיתה הבנה בין המשתתפים בישיבה, כפי שהוסקה מדבריו לעיל. מה גם, שהשיקולים שהרתיעו אותו מלהסיק קיומה של הבנה כזו אינם רלבנטיים לשאלת ההסכמה.



בתי המשפט

55

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

56. מכל מקום, אמירות אלו של עד התביעה המרכזי ושל סמי לוי, מלמדות לכאורה שרקמת ההסכמה בבית איטונג, אם היתה, היתה פתוחה ביותר. לכאורה, הובעה אפילו נימת התנגדות לקבלת ההמלצה, ומודגל עצמה העדיפה שלא לדעת כיצד יפעלו המשווקים, אלא שכלל הראיות שהובאו לעיל גוברות על רושם זה, ומלמדות שהסתמנה הסכמה למחיר שהומלץ, דהיינו, הבנה לאמצו בעתיד. לשון אחר, אני סבורה, כי הוכח מעבר לספק כי מודגל, בהזמינה את המשווקים לישיבה משותפת בעת מתן המלצתה, הביאה בפועל להסכמה, ולו מכללא, של המשתתפים, הסכמה בדבר אימוץ ההמלצה, שניתן לה ביטוי בישיבה. הישיבה המשותפת של המשווקים הקלה על יושבי בית איטונג להעריך באופן קולע למדי כיצד יפעלו האחרים, זאת גם אם מודגל לא קבעה מנגנוני עקיבה אחר ההתנהלות ולא הזמינה בישיבה עצמה הודעה של כל אחד מהם לגבי התנהלותו בעתיד. לכן, הדברים של פלס המלמדים על הסכמה לגבי תוכן ההמלצה, הם המשקפים את התנהלות הדברים בישיבה בצורה המדויקת יותר. כמו-כן, הערכתו כי לאחר הישיבה לא ידעו המשווקים איזה מחיר יקבע כל אחד מהם אינה סותרת את המסקנה שכל אחד מהם יכול היה להעריך, על-פי התגובות בישיבה, שהאחרים יטו להעמיד את מחיר ההמלצה כמחיריהם. בתחום ההגבלים העסקיים, אין צורך בוודאות לגבי התנהגות האחרים, אלא די בנטיה כאמור כדי שתנבע ההשלכה התחרותית וכדי שיוכר קיומו של הסדר כובל.

57. לסיכום, בהסכמה שהושגה בישיבה, מטבע העניין, היה כדי לבסס ציפייה לגבי ההתנהגות העתידית של המשתתפים. כל אחד מהם אמנם לא ידע בוודאות כיצד האחרים יפעלו, אבל הדעת נותנת שנטה להעריך שהאחרים יפעלו על-פי ההבנה שהסתמנה. אכן, לא היה לו ביטחון בכך, במיוחד אם הובהר שהמחיר "מומלץ" בלבד, ואולם, על יסוד הראיות שהוצגו, מסקנתי היא שתגובות המעורבים ביססה הערכה כזו. אין צורך בראיה מיוחדת לביסוס מסקנה זו, מאחר שהיא נשענת על הטבע האנושי, דהיינו, על האופן הטבעי והמקובל שבו אנשים מעריכים התנהגות של אחרים. אופן זה מונח ביסודו של חוק ההגבלים העסקיים, בכל הנוגע להסקת קיומו של הסדר. יסודו של כל הסדר בהבנה כלשהי. כבר נאמר, כי החוק אינו דורש הסכם בעל תוקף מחייב, אלא מסתפק בהבנה ובהסכם מכללא, וזאת מאחר שדי בהבנה כזו כדי להשפיע על ההתנהגות העתידית של



בתי המשפט

56

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

הגורמים הפעילים בשוק. **לא נדרשת רמת וודאות גבוהה לגבי הערכת התנהגות האחר.** אף סיכוי סביר, שאינו גבוה, לגבי נקיטת מחיר מסוים, יש בו כדי ל"הרגיע" מתחרה המעריך שהאחר נוטה לאמץ אותו מחיר, וההשפעה גדלה ככל שהסיכוי גדול יותר. לכן, הטענה הנסמכת על דברי **פלס** בעדותו, שהוא לא ידע לאחר הישיבה בבית איטונג איזה מחיר כל אחד מהמשווקים יעמיד, ואף העדות לפיה אילון **בן הרצל** ופלס אמרו למשווקים שכל אחד ינהג על-פי רצונו (פר' 20.4.05 עמ' 49; פר' 17.2.03, עמ' 472), אינן מובילות למסקנות אחרות. אכן, הן גורעות מהביטחון שהיה לכל אחד מהמשווקים לגבי אופן ההתנהגות של המשווקים האחרים, אבל עדיין - ההבנה בבית איטונג שהמשווק היה עד לה - ביססה באופן טבעי מבחינתו סיכוי סביר להתנהגות **מסוימת** דווקא של האחרים, וכך השפיעה, בדרך הטבע, גם על מחיריו שלו.

מהאמור לעיל נובע, כי מהראיות על חילופי הדברים בבית איטונג, עולה שלא היתה זו המלצה בלבד ש"לקחו" המשווקים מיישיבת בית איטונג, אלא היתה זו הסכמה רב-צדדית מבוססת למדי, להעמיד את מחיר המינימום.

4. ההסכמה המבססת על-פי הדין הסדר כובל

58. כדי לבסס את הטענה שההמלצה היתה מעשה-חד-צדדי של מודגל, טענו חלק מהמשווקים להגנתם כי לא בוצעה הצבעה כדי לברר מי בעד המחיר המומלץ ומי נגד (כך, למשל טען **סמי לוי**), והיו שהדגישו כי לא דובר בהתחייבות. ברם, צודקת המאשימה בטענתה, כי לטענות אלה אין כל משמעות בהוכחת העבירה, מאחר שחוק ההגבלים העסקיים אינו דורש התחייבות מפורשת ולא השתכללות ההסכמה. אפרט עמדתי לגבי מהותה של ההסכמה הנדרשת לקיומו של הסדר, בפרק הדן בהגנות להסדר מחיר המינימום, ואולם, אומר גם כאן חלק מהדברים הנחוצים, כדי להשלים את התמונה העובדתית שנפרשה כאן.



בתי המשפט

57

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

המאשימה מפנה לדברי כבוד השופט ד' חשין בפרשת הביטוח, שנודעה אחר כך בבית המשפט העליון כפרשת בורוביץ, בסעיף 117 לפסק-דינו (ת"פ (י-ס) 417/97 מ"י נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ, תק-מח 2001(4), 381):

"דיני ההגבלים העסקיים מסתפקים בעניין זה בהרבה פחות מהתחייבות או הסכם מפורש, ודי בהבנה ובצפייה שמקורן ב"אורה" של "נשמע ונעשה", שהתגבשה בקרב הנוכחים, כדי להשלים את יסוד ההסדר הנדרש לשם הרשעה בעבירת ההסדר הכובל".

בית המשפט העליון, בערעור על אותו פסק דין (בפרשת בורוביץ), הוסיף והדגיש באותו הקשר, כי משמעות המונח "הסדר" רחבה ביותר:

"המונח 'הסדר' מוגדר בסעיף 1 לחוק ההגבלים: 'בין במפורש ובין מכללא, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על-פי דין ובין אם לאו'. הגדרה זו, כפי שניתן לראות, הינה הגדרה רחבה ביותר, והיא עוסקת בדרכים שונות ומגוונות שבהן ניתן לגבש הסדר. המונח 'הסדר' עצמו רחב מהמונחים 'חוזה' או 'הסכם'. הגדרה רחבה זו נועדה לכלול בחובה כל סוג של הסכמה וכל דרך של הגעה להסכמה בין הצדדים להסדר. ההסדר אינו צריך להיות בעל מעמד משפטי של חוזה (כך לדוגמה הוא אינו כפוף לכללים הרגילים של הצעה וקיבול או מסוימות), ודי ברמה מינימלית כלשהי של הבנה משותפת של הסכמה או של שיתוף פעולה בין הצדדים לשם יצירתו" (שם, סעיף 79).

הראיות שפורטו לעיל, מלמדות ש"רמה מינימאלית של הבנה משותפת או של הסכמה" בוודאי התקיימה בבית איטונג לעניין ההנחה המירבית. בית המשפט העליון הוסיף שם, כי אף מחויבות למראית עין להסדר וציפייה ליישומו מבססת קיומו של הסדר:



בתי המשפט

58

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

"די, אפוא, בכך שלפני החברות השותפות להסדר ... הפגינה איילון למראית עין מחויבות להסדר וצפייה ליישומו ולאכיפתו כדי לחייב את המסקנה שהיא נושאת באחריות לעשייתו ולקיומו של הסדר זה" (שם, סעיף 136).

אוסף, כי הציפייה ההדדית לפעולה על-פי ההמלצה עונה על דרישת המונח "כבילה" או "מגבלה" המופיע בהגדרת המונח הסדר כובל. ראו: מאמרו של מ' בורנובסקי **"על יסודות הכבילה שבהסדר ותוצאתה – חדש ואין חדש"**, מחקרי משפט, ה', תשמ"ז, 125. כדבריו:

"ההסדר על-פי החוק אינו מחייב קשר חוזי דווקא או כל קשר משפטי מחייב. לעיתים, די בהבנה וההתחייבות – הגבלה יכולה להיות לא יותר מאשר צפייה של אדם להתנהגות אחר" (שם, עמ' 135).

גם בנושא "הכבילה" ארחיב להלן.

59. בענייננו, שורת ראיות מבססת את העובדה שמודגל ציפתה שהמשווקים ימכרו במחיר המומלץ. כך עלה מדברי אילון בן הרצל בחקירתו ברשות, בתשובה לשאלה האם יידע את המשווקים בדבר ציפייה זו באופן מפורש, הוא ענה: **"ודאי שאמרנו להם, לשם מה יש הנחה מומלצת אם לא כדי שימכרו לפיה?"**:

**"ש. המשווקים ידעו שצפיתם מהם למכור באחוז ההנחה המומלץ?
ת. אני מניח שאם יש הנחה מומלצת והמפיצים יודעים שיש הנחה מומלצת אז הם גם יודעים שציפינו מהם שהם ימכרו בהנחה המומלצת.**

ש. האם אמרתם למשווקים שאתם מצפים מהם למכור בהנחה המומלצת?



בתי המשפט

59

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

ת. **ודאי שאמרנו להם, לשם מה יש הנחה מומלצת אם לא כדי שימכרו לפיה.** " (הודעה מיום 27.1.99, עמ' 25 ש' 11-3).

גם בעדותו בבית המשפט אישר **בן הרצל** כי מודגל ציפתה מהמשווקים שישמרו על ההנחה המומלצת:

"עו"ד פלדור: בסדר. אז ראינו מחיר 57, שתרשה לי להגיד 'נדון בפורום' על הטיעון העובדתי שלך, שאתם אמרתם בפורום, העד: אני לא מסכים למילה 'נדון', אבל אתה יכול להגיד מה שאתה רוצה.

ש. ושבעקבותיו אתם ציפיתם שהמשווקים ימכרו, ונתתם למשווקים להבין את זה, או לא. אני טועה? **מעצם העובדה שיש הנחה מומלצת הם היו צריכים להבין שאתם מצפים שישמרו עליה.** ת. המסקנות שאתה מסיק אתה רשאי להסיק. ש. אני שואל אותך.

ת. **אני אומר, אנחנו המלצנו.**

ש. **המלצתם וציפיתם, כן?**

ת. **נקודה. המלצנו וציפינו** " (פר' 23.6.04, עמ' 3674).

בן הרצל הוסיף, כי לאחר הדיון שהתנהל בנושא ומשנפלה ההחלטה על המספר 57, לא היה מי שקם ואמר שאינו מקבל את המלצת המחיר. לדבריו: **"אף אחד לא עלה על הבריקדות בנושא הזה, ולא הצהיר בפומבי שהוא הולך למכור בהנחה כזו או אחרת שונה מההנחה המומלצת"** (פר' 23.6.04, עמ' 3678). ברם, על יסוד הדברים שפורטו, אני מסיקה, כי באופן טבעי נוצרה בנסיבות שתוארו אצל נציגי מודגל ואצל כלל נציגי המשווקים תחושה מבוססת שהמשתתפים בבית איטונג יפעלו על-פי ההמלצה.

אכן, גם המלצה חד-צדדית היתה יוצרת ציפייה אצל מודגל (ואולי גם אצל המשווקים), ואולם, קבלת ההמלצה יחדיו בבית איטונג ותגובת ההסכמה עליה שם, ואף



בתי המשפט

60

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

אם היתה חלקית (דהיינו, אף אם לא כל המשתתפים התבטאו), יצרה ציפייה הדדית של המשווקים שכל אחד מהם ישמור על אותה הנחה, באופן הנכנס לגדר הגדרת הסדר כובל. המלצה חד-צדדית אינה הסדר, ואולם, במצב שתואר, אין מדובר רק בהמלצה, אלא למעשה **בהסכמה**, שאליבא דכולי עלמא, היא הסדר כובל. גם מי ששתק בישיבה יצר בשתיקתו רושם זה באחרים, וכפי שיודגש להלן, התקשורת לצורך הסדר יכולה להיעשות גם בשתיקה. השאלה הרלבנטית היא כיצד היה ביד האחרים לפרש את השתיקה. הראיות מבססות קביעה, כי נקשר הסדר רב-צדדי מכללא. **בהיבט העיוני** של ההסכמה שהושגה, ארחיב בפרק העוסק בטענות ההגנה.

60. לא יכול להיות מאן דפליג, כי ההבנה שתוארה משפיעה על המחירים בשוק באופן ממשי, בעצבה למעשה מחיר מינימום בלתי תחרותי. סבירסקי סיפר בעדותו בבית המשפט, כי בפורום בית איטונג חזרו והדגישו שיש "**מחיר מינימום לצרכן, שמה שלא יהיה, המפיצים, הסוחרים, מתבקשים לא לחרוג ממנו**" (פר' 5.11.03, עמ' 1862 ש' 17-24). מדברים אלו עולה, כי ההמלצה לא הוצגה כדבר חסר חשיבות. נהפוך הוא: המפיצים נקראו ליישם אותה. גם עובדה זו תומכת במסקנה, לפיה כבר בבית איטונג חולצה מהמשווקים הסכמה.

61. המאשימה מטעימה, כי יישום ההנחה המומלצת עלה בקנה אחד עם האינטרסים של כלל הנאשמים. כל אחד מהמשווקים היה מעוניין ביישום ההסכמה על ידי מתחריו, שכן כל עוד המשווקים שומרים על ההנחה שנקבעה כהנחה מכסימלית – וכך היה ביד המעורבים להניח, גם אם לא היתה להם וודאות מלאה – המחיר גבוה יותר עבור כולם. המאשימה מוסיפה, כי הסיטואציה האמורה הייתה ברורה לחלוטין לנאשמים עצמם, בזמן אמת, כדבריו של **מרדכי ברי** בעדותו (שהובאה לעיל):

"הייתה כוונה לשמור על ה- 57, זה היה אינטרס שלנו, מה זאת

אומרת? אם אני יודע שהמתחרים שלי יקפידו גם כן או ישתדלו,

למה שאני לא אתן צ'אנס? ...



בתי המשפט

61

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

מראש לפסול את זה על הסף שישנה הסכמה שאולי נרוויח במקום

7% 9% על הפיטינגים, מה קרה? למה שנתנגד?" (פר' 28.12.06,

עמ' 5).

עדות זו, אינה עולה בקנה אחד עם מסקנתו של פלס, לפיה כל משווק לא ידע לאחר ישיבות בית איטונג כיצד ינהג חברו, ותומכת במסקנה לפיה היה בידם להעריך מה תהיה ההתנהגות העתידית של כל אחד מהם.

62. על יסוד כלל האמור לעיל, מתבקשת המסקנה שהנוכחים בבית איטונג נתנו האחד לאחר להבין – בין במפורש ובין מכללא – כי כולם ישמרו על מחיר המינימום שהומלץ. מידת ההסכמה הנחוצה לקיומו של ההסדר (ועל-פי פסק דין **בורוביץ**: **"די ברמה מינימאלית כלשהי של הבנה משותפת"**) – הוכחה. מסקנה זו אוסיף ואבסס להלן, בפרק העוסק בהיבטים המשפטיים של ההסכמה. לשיטתי, טענת ההגנה המרכזית לגבי אישום זה, לפיה המחיר הומלץ על ידי מודגל באופן חד-צדדי, ולא הייתה לו משמעות כלשהי מעבר לכך – אינה מתיישבת עם הראיות הברורות. אין ספק, כי למצער התעוררה בין המשתתפים ציפייה או הבנה שתיושם המלצת ההנחה המירבית בגובה 57% אצל המשווקים כולם. לא היתה זו המלצה חד-צדדית, אלא המלצה שניתנה לה הסכמת כלל המשווקים בבית איטונג (הסכמה מפורשת או מכללא), וככזו, יצרה ציפייה הדדית אשר כלל המשווקים בפגישות בבית איטונג חלקו – לרבות אלו שלא הביעו הסכמה מפורשת להמלצה (אלא שתקו). לשון אחר, מדובר ב"הסדר" ולא בפעולה חד-צדדית של מודגל.

63. בהגיעי למסקנה זו, נתתי דעתי לטענה נוספת של המאשימה. לפי טענה זו, לא ניתן להשתכנע כי כל שביקשה מודגל בהמלצה היה ליידע את המשווקים מהו המחיר שישמור על הרווח הסביר לכל אחד מהם. מקובלת עלי טענה זו, ולו מהטעם שממילא המשווקים לא רכשו את הפיטינגים באותו מחיר, כעולה מעדותו של **בן הרצל**, כדלקמן -



בתי המשפט

62

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

"ש. אתה גם תסכים איתי שהמחיר ... שמבטיח רווחיות לא' מבטיח רווחיות אחרת לב', משום שיש להם שונות גדולה בתנאי הקניה.

ת. **מסכים איתך. לא אצל כולם חשבון העלויות אותו דבר.**

ש. עוד לפני חשבון העלויות, עוד לפני כמה עולה לו המחסנים וההובלה. ממך הוא קונה בתנאים שונים. זאת אומרת, אם אני לוקח את 'מנדלסון', שקיבל 62% הנחה, ועוד 8% הנחת מחזור, אז הוא קנה בסופו של דבר ב-34.96% הנחה מהמחירון.

ת. **נכון. הם לא קנו בתנאים זהים.**

ש. אז ההבדל בין זה שקונה במחיר הכי זול, שזה 'מנדלסון', לבין אלה שקונים במחיר הכי יקר, שזה "שעל" ו"חגי", הוא יוצא למעלה מ-8%?

ת. יכול להיות.

ש. בערכי נטו

ת. בשקלול של ההנחה עם הנחת המחזור.

ש. זאת אומרת, כמובן שההנחה שמבטיחה רווחיות ל'מנדלסון' יש בה הפסד, או פחות רווחיות ל"חגי" ולהפך.

ת. **כן.**

ש. ההנחה שמבטיחה רווחיות ל"חגי", מבטיחה רווחיות הרבה יותר גדולה ל'מנדלסון'.

ת. בהחלט יכול להיות" (פרי' 23.6.04, עמ' 3667).

מכל האמור לעיל, ניתן ללמוד כי למודגל לא היו הכלים להחליט, על דעת עצמה, מהו המחיר אשר יבטיח רווחיות הולמת לכל אחד מהמפיצים, ועדיין המחיר "הומלץ" כמחיר אחיד לכולם. ברי, כי כדי למצוא מחיר אחיד שהוא מתאים גם למפיצים הרוכשים במחיר יקר יותר, או לאלו שהם פחות יעילים, בהכרח היה צורך להעמיד מחיר גבוה, דהיינו, להמליץ לכולם על הנחה קטנה יחסית. בנוסף, מתבקשת המסקנה, כי המחיר היה



בתי המשפט

63

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

צריך להיות גבוה מהמחיר שאליו הביאה התחרות החריפה ששררה בשוק, שהרי מחיר זה – ששחק את הרווח – הוא זה שהדאיג את מודגל והביא להעסקתו של סבירסקי.

64. **בן הרצל** הסביר, שהמספר 57 נקבע משום שההנחה של 57% היתה ההנחה הממוצעת המקובלת במסחר הפיטינגים. עוד טען בן הרצל, כי מודגל ראתה בו מחיר תחרותי, **"מחיר שהוא לא מוגזם מבחינת הלקוח הסופי"**. כן הסביר בן הרצל, שהמחיר יכול היה לשמש את מודגל להדיפת טענות של חוסר רווחיות מצד המשווקים (פר' 12.5.04, עמ' 3436 ש' 18-22). על-פי טענה זו, כאמור, היה ביד מודגל לטעון אל מול המפיץ שדרש כי תגדיל את ההנחה שקיבל ברכישותיו ממנה, כי היה עליו להימנע ממתן הנחה (ללקוחותיו) העולה על ההנחה המומלצת. ברם, הסברים אלו להפניית ההמלצה אינם משנים את התמונה הכוללת. הוכחה ההסכמה או ההבנה הדרושה לקיומו של הסדר כובל, וההשפעה התחרותית – הימנעות מתואמת מהפחתת מחיר, היא תוצאה בלתי נמנעת הימנה. כמו-כן, לא הוכח כי המחיר שהומלץ היה המחיר שהיה מתקבל בתנאי תחרות או, בלשון אחרת – המחיר שהלם את טובת צרכן הפיטינגים.

עד כאן נלמדה ההסכמה על יסוד חילופי הדברים בבית איטונג, כפי שהשתקפו בעדויות הצדדים. אעבור לראיות נוספות מהן לומדת המאשימה על דבר קיום ההסכמה.

5. ראיות נוספות – תלונות המשווקים כראיה לקיום ההסכמה

65. המאשימה הפנתה בסיכומיה לשורת תלונות שהעלו המשווקים, ושעניינם היה אי-עמידה בהנחה של 57%, וטענה כי גם תלונות אלו הן ראיה להסכמה שהושגה בפגישות בית איטונג. אכן, ההסכמה על הנחה מכסימאלית של 57% יכולה להסביר את התלונות הרבות של המשווקים – איש על רעהו – בגין מכירה בהנחות גבוהות מ-57%, כלומר, אי-עמידה במחיר המינימום. הנאשמים טוענים, כי ההסבר לתלונות הוא אחר. לשיטתם, התלונה שימשה את המפיץ כמכשיר להוזלת מחיר הקניה שלו ממודגל. העובדה שנמכרו פיטינגים על-ידי מפיץ אחר בהנחה גדולה יותר, לימדה לכאורה שהמוכר רכש במחיר נמוך יותר



בתי המשפט

64

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

ודירבנה לדרישת הגדלת הנחה ברכישה ממודגל. ברם, גם אם הסברם של הנאשמים לתלונות אפשרי, יש לזכור שאין מדובר בראיה המרכזית לקיומו של ההסדר. לעיל פורטו ראיות המלמדות כי בבית איטונג הופנתה המלצת מחיר מסוימת, אשר התקבלה בהסכמה על-ידי הנוכחים. לכן, התלונות, כראיות נסיבתיות נוספות, הן מחזקות ראיות אלו, ואין הראיות היחידות להסכמה.

יתר-על-כן, עובדה היא שהתלונות מוצגות על-ידי המעורבים כתלונות על אי-עמידה **בהנחה המומלצת**, ולא כתלונות שבאו לצורך הטבת תנאי רכישה ממודגל. כך תיאר אותן פלס בעדותו:

”ש. במהלך הישיבות בבית איטונג, האם אתה יכול לזכור איזשהם דיבורים על ההנחה? אחרי שהיא נקבעה אני מתכוון?
ת. אחרי שהיא נקבעה?
ש. כן.
...

ש. התייחסויות שהיו להנחה לאחר שהומלצה ההנחה?
ת. היו במהלך הפגישות, זה לא דברים שאני יכול לזכור מתי בדיוק, אבל היו במהלך הישיבות הרבה פעמים היו תלונות של אחד על השני, מפיץ על רעהו, שהוא לא בדיוק עמד בהנחה המומלצת ובסגנון הזה שמעתי שאתה לא מכרת בהנחה המומלצת, וכו' וכו'”
(פר' 15.1.03, עמ' 290).

לכן, אף אם התלונה באה גם כדי להיטיב את תנאי האשראי, עובדה היא שתוכנה התמקד באי-קיום ההמלצה, כדבר המלמד על ציפייה מוקדמת המובנת למעורבים שההמלצה תיושם, ציפייה שהופרה.

יש להדגיש, כי ”ההפרה” אינה מלמדת על אי-קיומה של ההבנה מלכתחילה. האינטרס הפרטי של כל מתחרה בשוק הוא למכור ללקוח הספציפי, וזאת אף תוך



בתי המשפט

65

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

התעלמות מההמלצה, וגם אם משווק מכר במחיר זול יותר מהמחיר המצופה, אין לדעת אם לא היה מציע מחיר נמוך יותר אלמלא ידע על אותה הבנה המגנה עליו ממתחריו.

66. גם **אילון בן הרצל** סיפר שהיו בבית איטונג תלונות של המשווקים איש על רעהו, על מכירה בהנחה גבוהה מההנחה המומלצת:

"... אישרת לנו קודם שהיו תלונות בבית איטונג. למה עולות תלונות

כאלה?

העד: **היו תלונות, אנשים באו עם תלונות לגבי מפיץ פלוני שהוא**

מוכר בהנחה יותר גבוהה מההנחה המומלצת.

ש. למה?

ת. למה היו תלונות כאלה?

ש. כן.

ת. **להראות שאנשים לא מוכרים לפי ההנחה המומלצת. זה הכל"**

(פר' 23.6.04, עמ' 3694).

כאמור, קיומן של התלונות תומך, ולו כראיה מחזקת, בקיומה של הבנה בדבר שמירת ההנחה ועל תחושת "הבגידה" שחשו המתלוננים משהבנה הופרה.

67. גם **אברהם ברנט** (נאשם 24), אישר בהודעתו שהועלו בבית איטונג תלונות של משווק אחד כלפי משנהו, לגבי מכירה בהנחה גבוהה יותר:

"ש. האם היו הטחות בבית איטונג למשל שמשווק אחד אמר

למשווק אחר אתה מכרת כ - 60% הנחה וגנבת לקוח שלי.

ת. היו הטחות כאלה אבל אני לא זוכר מספרים" (הודעה מיום

4.6.98, עמ' 18-19).

עוד סיפר **ברנט** בהודעתו, **שפלס** מדי פעם פנה אליו ואמר שמשווקים אחרים פנו למודגל בתלונה על הורדת מחירים מצדו, ועל-ידי כך - גניבת לקוחות:



בתי המשפט

66

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

"ש. ראיתי בצורה חדה שהיו משווקים שפנו למודגל בתלונה על גניבת לקוחות, שבירת מחירים. משווק אחד התלונן על אחר. האם שמעת מזה?"

ת. קרה שמאיר פלס פנה אלי ואמר שמשווקים אחרים התלוננו עלי שאני מוריד מחיר וגונב לקוחות. לשאלתך אם אני התלוננתי בצורה דומה בפני אנשי מודגל אני עונה שלא זכור לי שהתלוננתי" (הודעה מיום 4.6.98, עמ' 16 ש' 5-19).

68. **משה רוזנברג** סיפר בהודעתו, כי **המתלוננים הבולטים** בהקשר זה בבית איטונג היו **סמי לוי ויורם וולפמן** (הודעה מיום 23.12.98, עמ' 14 ש' 529-535).

כשנשאל רוזנברג מה הייתה התשובה של אותם משווקים אליהם הופנו התלונות, אמר שבדרך כלל התגובה הייתה הכחשה, אך גם הועלו "**תירוצים מגוונים**":

"ש. מה הייתה התשובה של האנשים אליהם הופנו התלונות?

ת. בדרך כלל היו הכחשות כאלה או אחרות, אף אחד לא נקב באילו הנחות הוא נתן.

ש. האם נכון שלפעמים צורת ההצטדקות של זה שקיבל תלונה הייתה שנתן הנחה יותר גבוהה כי קיבל תנאי אשראי יותר טובים?

ת. ברגע שהתחילו התלונות גם התחילו גם תירוצים מגוונים." (פר' 23.12.98, עמ' 14-15).

גם **סמי לוי** אישר בהודעתו שהיו "**טענות של משווקים על חריגה מה- 57%**" וכן ש"**היו הרבה משווקים שהתלוננו שניתנה המלצה וזה לא עושה וההוא לא עושה**" (הודעה מיום 15.4.99, עמ' 10 ש' 309-328).

69. אחת הדוגמאות להתנהלות כזו, היא התלונה על סמי לוי בגין אי-עמידה בהנחה של 57%. המלין היה יורם וולפמן ומהות התלונה - מכירת פיטינגים בהנחה של 59%.



בתי המשפט

67

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

בתגובה לתלונה, שהועלתה בבית איטונג, ערך סמי לוי בירור, אשר העלה כי התשלום באותה עסקה התקבל במזומן, וכי זו הסיבה למכירה בהנחה האמורה. את תוצאות הבירור המפורטות שלח סמי לוי למשתתפי פורום בית איטונג (ת/13).

בחנית ההתנהלות האמורה מלמדת בבירור, שמדובר בתלונה המתייחסת לאי-יישום המחיר המומלץ (ולא בהקשר של שיפור תנאי הרכישה ממודגל). העד **פלס** סיפר, שאחד המשווקים הביא את החשבונית האמורה (ת/13), כראיה לכך שלוי מוכר פיטינגים בהנחה של 59%. לדברי פלס, סמי אמר שיבדוק את הנושא, ולאחר בדיקה הגיע למסקנה שהחשבונית שולמה במזומן. עוד הסביר פלס, כי **לוי העביר את המסמכים המסומנים, כאמור, ת/13, למודגל ולמשווקים על מנת להראות שהוא לא מכר מעבר למחיר המומלץ** (פר' 13.1.03, עמ' 200).

המסמכים ששלח לוי למשתתפי הפורום כללו את חשבונית המכירה + קבלה, ודף פקס שצורף אליהן, נושא תאריך 22.5.96. ניתן לראות במוצג כי ההנחה שניתנה בחשבונית היא אכן 59%. על גבי הקבלה כותב **אורי לוי**, מנהל סניף תל-אביב לסמי: "**החשבון הנ"ל שולם במזומן. החשבון יצא ב- 12.2.96 והצ'ק ניתן ל- 13.2.96 והופקד ב- 20.2.96. אז כמו תמיד אתה נמצא בצד המנצח!!!**" במכתב אשר הופנה לאילון בן הרצל, עם העתק למשווקים, כותב סמי: "**ראה חומר מצורף המדבר בעד עצמו. כפי שחשבתי החשבון שולם במזומן. ראה קבלה מצורפת.**" כלומר, סמי יצא מגדרו על מנת להסביר למשתתפי בית איטונג את מהותה של מכירת פיטינגים בהנחה של 59%, **שהוסברה על ידי תשלום במזומן**, תוך המצאת הקבלה. לוי קשר את בדיקתו לתלונות המשווקים: "**כמו שאמרתי קודם שיש טענות של משווקים על חריגה מ-57% ... היו הרבה משווקים שהתלוננו שניתנה המלצה וזה לא עושה והוא לא עושה**" (הודעה מיום 15.4.99, ש' 328-309).

יצוין, כי בעדותו בבית המשפט נסוג לוי מהדברים שמסר בהודעתו, וביקש להעניק למסמכים הכתובים ולמילותיו שלו משמעות שונה מזו שעלתה קודם. מדבריו בעדותו עלה, כי בדיקתו נעשתה ללא קשר להמלצה בדבר מחיר מינימום, אלא בשל תלונה שיועדה



בתי המשפט

68

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

לשיפור תנאי הרכישה ממודגל, לפיה אם מנדלסון יכולה למכור בהנחה של 59%, יש לה, ככל הנראה, תנאי קניה טובים יותר מלאחרים (פר' 20.4.05, עמ' 66-67).

כך, משנשאל לוי בבית המשפט מה רצה להראות באמצעות ההסבר ששלח לנאשמים בנושא זה, ענה כי לא רצה להראות להם שהוא עובד על-פי ההמלצה, אם כי הוסיף שניסה למכור לפי ההמלצה, דהיינו, לא הכחיש את יישום ההמלצה:

"ת. שקודם כל רציתי להראות שאני הרי מה ניסו פה חברי או חברי לעשות פה? לנגח את אילון. הנה אתה המלצת המלצה כזאתי ואחרת שהיא חוקית למהדרין. אבל הנה תראה סמי לוי הלקוח הכי גדול שלך אתה בטח נותן לו כזה גיבוי. הוא יכול למכור בחמישים תשע אותנו אתה מקפח. ההנחה שלנו הרבה יותר קטנה. הנה בבקשה תראה מה אתה עושה. זה בעצם. אז אני ניסיתי את זה למנוע. את זה ניסיתי למנוע. הרי גברתי בסופו של דבר בבית איטונג כולם הבינו שההמלצה היא חוקית. כשאני הלכתי ושאלתי את דן את היועץ המשפטי שלי הוא אמר שזה מותר. אני גם לא מכחיש שניסיתי למכור לפי ההמלצה של מודגל. אני אמרתי את זה גם בעדות המרכזית שלי. אני לא ניסיתי להכחיש.

כב' השופטת: רצית להראות שאתה פועל על פי ההמלצה?

ת. לא.

כב' השופטת: מה רצית להראות?

ת. לא ניסיתי שאני עובד לפי המלצה. אלא ניסיתי להראות שאני קודם כל לא חרגתי מה זה 59. 59 זה חריגה? וכי מי אמר איפה החריגה צריכה להתאפיין. אני הבנתי שמנסים לנגח את אילון ב-59. זאת אומרת אתה נותן לסמי כזה מספר הוא יכול למכור ב-59 בקלות. למרות שאתה ממליץ 57. זו הייתה הכוונה. לא לתת להם את הכלים ללכת ולקבל ממנו הנחה יותר גדולה" (פר' 31.5.05, עמ' 45-46).



בתי המשפט

69

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

המאשימה טוענת, כי הסברו זה של **סמי לוי**, הסבר שעלה דווקא בבית המשפט, הוא הסבר כבוש שאין לתת לו משקל כלל. אכן, ניסיון זה של לוי בעדותו לשנות את אופי התלונה אינו משכנע, ואני מעדיפה את דבריו בהודעתו. מכל מקום, לוי אישר בעדותו שניסה למכור לפי ההמלצה של מודגל. יתר-על-כן, כפי שכבר נאמר, העובדה שניתן היה להשיג באמצעות התלונה תנאים טובים יותר אינה מבטלת את משמעות העובדה שהדבר נעשה בהתייחס להמלצה המסוימת בדבר ההנחה המירבית שהמשתתפים "אמורים" היו לקיימה.

70. הנאשמים טענו, כי תלונות בגין מכירה במחירים נמוכים ובגין גניבת לקוחות היו מאז ומעולם והן עלו בין המשווקים בכל פורום בו נפגשו, ולכן אין בכך משום ראייה להסדר מחיר מינימום. ברם, כטענת המאשימה, מהראיות עולה במפורש, כי התלונות שהועלו בבית איטונג היו בעלות אופי מסוים וייחודי. בניגוד לתלונות אשר לטענת הנאשמים היו קיימות במסחר הפיטינגים "מאז ומעולם", הרי שהתלונות בבית איטונג לא היו תלונות כלליות על מכירה במחירים כלשהם. התלונות בבית איטונג היו תלונות על מכירה בהנחה גבוהה מ-57%. לשיטת המאשימה, מטרתן של תלונות אלה הייתה ממוקדת וברורה, והיא, כפי שאמר בן הרצל במפורש: **"להראות שאנשים לא מוכרים בהנחה המומלצת"** (פר' 23.6.04, עמ' 3694), או **"ללכלך על אחרים ולהגיד עליהם כאילו שהם מוכרים הנחה יותר גדולה מההנחה המומלצת"** (פר' 23.6.04, עמ' 3955). בנוסף, התלונות לא הועלו על ידי משווק כזה או אחר בפגישה פרטנית עם מודגל. פגישה פרטנית כזו הולמת ניסיון של משווק להשיג לעצמו שיפור בתנאיו המסחריים. ברם, כאן הועלו התלונות בפורום בו ישבו עם היצרן המתחרים של אותו משווק, והן נסבו סביב נושא ממוקד - מכירה במחירים נמוכים מהמחיר שאומץ באותו פורום בדיוק - 57% הנחה.

המאשימה שואלת בסיכומיה איזה טעם מצאו המשווקים בתלונות על משווקים אחרים בגין מכירה בהנחה גבוהה מ-57%, אם למספר הזה לא הייתה כל משמעות יישומית (כפי שמנסים הנאשמים לטעון)? תשובת המאשימה היא, כי ממכלול הראיות



בתי המשפט

70

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

עולה שבמסגרת פורום בית איטונג הסכימו הנאשמים על מחיר מינימום ללקוח, העומד על הנחה של 57% ממחירון מודגל שבתוקף. המשווקים חשו שהם בעלי הזכות להתלונן על מי מהם שנתפס במכירה במחיר נמוך מזה שסוכם, שכן נוכח תוכנה של ההסכמה הייתה להם ציפייה כי המשווקים ינהגו על פיה, והפרת ההסכמה נתפסה כ"בגידה" שנועדה "לגנוב" לקוחות.

אמרתי לעיל, כי לשיטתי הראיות לגבי התלונות משלימות את הראיות לגבי חילופי הדברים בבית איטונג, ותומכות בפרשנות המאשימה באשר לקיומו של הסדר כובל. להבנתי, קשה לקבל טענה שדווקא בבית איטונג בחרו המשווקים להעלות את הטענות האינדיבידואליות שלהם לגבי ההנחות שאחרים מקבלים ממודגל. כפי שהדגישה המאשימה, גם מדברי חלק מהנאשמים ניתן ללמוד כי פורום בית איטונג לא היה המתאים לדיון על התנאים המסחריים של המשווקים, לרבות ההנחה (בן הרצל, הודעה מיום 19.2.97 עמ' 21; רוזנברג, הודעה מיום 30.12.06 עמ' 4). לכן, אני דוחה את הטענה שלמטרה זו הועלו התלונות בבית איטונג. לעומת זאת, הפגישות בבית איטונג הלמו את העלאת התלונות בגין הפרת הסדר המחיר בשל ההבנה הקודמת שהושגה בהן בין המשתתפים לעניין הסדר המחיר.

6. ראיות נוספות - ביצוע "ההמלצה" כראיה נסיבתית לקיומו של ההסדר

71. ראיות נוספות שהמאשימה נשענת עליהן הן הראיות הלמדות על ביצוע ההמלצה על-ידי המשווקים. על-פי ההלכה, ביצוע ההסדר הכובל אינו יסוד מיסודות העבירה של היות אדם או חברה צד להסדר כובל, ואולם, אין ספק שיש בביצוע ההסדר כדי לשמש ראיה לקיומו.

סמי לוי למשל, חזר ואמר כי ניסה ליישם את ההנחה המכסימאלית שנקבעה בבית איטונג. בהודעתו אמר לוי, כי אינו מכחיש שניסה ליישם "את המכסימום 57%". כלשונו:



בתי המשפט

71

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

"... היו הרבה משווקים שהתלוננו שניתנה המלצה וזה לא עושה
וההוא לא עושה. אני לא מכחיש שניסיתי ליישם את המכסימום
57%, אם אפשר היה למה לא. זה ההמלצה של המונופוליסט"
(הודעה מיום 15.4.99, ש' 320-322).

גם בחקירתו הנגדית בבית המשפט, אישר לוי כי ניסה ליישם את ההמלצה:

"ש. מה שאנחנו רואים בהודעה שלך זה ככה: עסקה אחת שעליה
אתה אומר שצריך לבקש רשות. ובסוף העניין הזה מה שאתה אומר
הוא אני לא מכחיש שניסיתי ליישם את 57% כלומר אתה רצית
לעמוד בהמלצה הזו, לכן באת למנהל הסניף שלך בטענה שהוא לא
ביקש ממך רשות כי ניסית ליישם את המכסימום. 57% זה מה
שאתה אומר בהודעה שלך. אם אפשר היה למה לא? זאת ההמלצה
של המונופוליסט זה מה שאתה אומר.

ת. גברתי אני לא ראיתי פסול אחרי שאומר לי המונופוליסט שהוא
קיבל חוות דעת משפטית. ואחרי שאני מקבל חוות דעת משפטית.
לא ראיתי בזה משהו שהוא לא חוקי כשהציעו דברים לא חוקיים
אנחנו פסלנו אותם, ואנחנו לא הסכמנו. והיה ויכוח על עצם
ההמלצה. אני שוכנעתי שהמלצה היא חוקית. ואני לא מכחיש
שניסיתי ליישם אותה גברתי. אני לא מכחיש את זה שאני ניסיתי
ליישם. לא התחייבתי, לא הענישו אותי, לא אמרו לי שאני אנזק, לא
אמרו לי שיענישו אותי. אני קיבלתי המלצה. אמרו לי שהיא חוקית.
ניסיתי ליישם אותה. אני ממליץ, אני נותן הנחיות לאנשים שלי לא
רק בתחומים האלה. כשקבלתי המלצה וגם כשלא קיבלתי המלצה
מהיצרן. יש המון יצרנים שממליצים מחיר מומלץ המון. זה לא דבר
חריג שיצרן ממליץ על מחיר מומלץ. אז כאילו אני מנסה להסתיר
את זה שאני ניסיתי ליישם את ה, ניסיתי להביא את זה לידי, לא
מסתיר את זה קיבלתי המלצה חוקית.



בתי המשפט

72

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

ש. אנחנו עכשיו מדברים על עניין הרשות מראש.

ת. בדקתי שהיא חוקית עשיתי אותה, ניסיתי לעשות אותה.
(פר' 31.5.05, עמ' 69-70).

72. גם **ניר אלקלעי** (נאשם 20) העיד, כי ידע שב-**ש.א.ל** "מנסים ומעדיפים" למכור את הפיטינגים מתוצרת מודגל בהנחה מכסימאלית של 57%:

"ש. השאלה אם לגבי ה 57% אתה ידעת שזה קשור למודגל,
ת. בוודאי שכן, מה זאת אומרת?

ש. שזה קשור לבקשה של מודגל, אני לא יודעת איך להגדיר את זה בדיוק, אבל שזה מגיע ממודגל.
ת. אני אדייק, בסדר? אני ידעתי שמנסים ומעדיפים למכור את המוצרים של הפיטינגים של חברת מודגל, בהנחה שהיא לא יותר גבוהה מ 57% (פר' 4.1.07, עמ' 40 ש' 32-27).

כמו-כן, כאשר עומת **מרדכי ברי** עם הטענה שההנחה המכסימאלית שהעניק ללקוחות ש.א.ח.פ בתקופה הרלבנטית אמנם הייתה 57%, אישר ברי את הנטען כעובדה: **"כיוון שהייתה המלצה של חברת מודגל להשתדל לשמור על 57 אז אני משתדל לשמור, אני לא אהיה הראשון שיקפוץ וייתן הנחה יותר גדולה"**. כלומר, מדבריו של ברי עלה, כי לא רק ש-ש.א.ח.פ שמרה על ההנחה המכסימאלית, אלא שלהבנתה גם שאר המשווקים עשו כן, שהרי ברי לא רצה להיות **"הראשון"** מבין חברי הקבוצה שיתן הנחה יותר גדולה.

73. גם **אוריאל ברי** (נאשם 15) סיפר, כי פעלו בהתאם להמלצה, לפיה עליהם להשתדל למכור פיטינגים בהנחה של עד 57%. כדבריו: **"זה נכון שרוב המכירות התבצעו בהנחה הזו"**:

"כב' השופטת: אתם קיבלתם את ההמלצה או לא קיבלתם ?

ת. אני קיבלתי המלצה ממרדכי שנשתדל למכור ב-57% פיטינגים
וזה מה שעשינו, מכרנו גם במחירים אחרים ויש עובדות שמכרנו



בתי המשפט

73

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

במחירים אחרים, או יותר גבוהים או יותר נמוכים, זה נכון שרוב
המכירות התבצעו בהנחה הזו" (פר' 7.12.06, עמ' 4).

עוד סיפר אוריאל ברי, כי ב-ש.א.ח.פ ראו בקביעת ההנחה בבית איטונג הזדמנות
להעלות את המחיר: "אם יש הזדמנות שנוכל לשפר את המרווח בין הקנייה למכירה
ולמכור במחיר קצת יותר טוב אנחנו נעשה את זה. לכן עשינו את זה". ברי התקשה
להסביר למה כוונתו במילה "הזדמנות" (פר' 7.12.05, עמ' 25), ובסופו של דבר, הסביר כי
ההזדמנות באה מהבנתם שגם משווקים אחרים ינהגו כך (שם, עמ' 26). זה בדיוק הכח
הקרטלי, המאפשר להעלות מחירים, משסר איום התחרות. רק לאחר שאלות חוזרות למה
התכוון במילה "הזדמנות", הסביר מונח זה כהזדמנות להעלות מחירים:

"כב' השופטת: תסביר מה התכוונת במילה הזדמנות? מה
ההזדמנות?"

ת. היה את אותם כנסים ופגישות של לקוחות עם מודגל, ומרדכי
אמר לי תשמע אורי מתאריך מסוים אני מבקש שתקטין את
ההנחות ללקוחות יש מחיר מומלץ 57% הנחה, אני מבקש שתשתדל
לפעול במחיר הזה, ואז אנשי מכירות קיבלו הנחייה כל אחד
ללקוחות שלו לפעול להודיע להם שחל מתאריך מסוים ההנחה
קטנה כל אחד מההנחה שהוא קיבל ל-57%, ברוב המקרים זה
הצליח למעט כמה מקרים שהיו לקוחות שזה לא הצליח ומכרנו
להם באמת גם" (פר' 7.12.06, עמ' 25-26).

...

"כב' השופטת: זאת אומרת ההזדמנות נבעה מכך שגם חשבתם
שאחרים ינהגו כך? לא כל כך ברור מה שאתה אומר.
ת. אז אני יענה, כן ...

כב' השופטת: אז מה ההזדמנות היתה?
ת. להעלות מחירים" (פר' 7.12.06, עמ' 26).



בתי המשפט

74

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

מדברים אלה עולה, כי דובר על הקטנת ההנחה הקיימת והעלאת מחיר, משמע – ההנחה הקודמת היתה גדולה יותר והמחיר נמוך יותר. אם כך, הטענה שההסדר היטיב עם הציבור אינה נתמכת למצער בעדות זו. כמו כן, מובהר בהם, כי "ההזדמנות" שאוריאל ברי ראה, נבעה מההבנה שגם משווקים אחרים יתיישרו לפי אותו קו מחיר. גם היבט זה מבהיר כי ההשפעה התחרותית של ההסדר היתה שלילית, וכי ברי הבין כי גם המשווקים האחרים ינהגו כך, ועל כן, יש לו הזדמנות להעלות מחיר.

דבריו של אוריאל ברי, וגם של אחיו מרדכי, תומכים בעוצמה בהערכה הנובעת מהחששות שביסוד דיני ההגבלים העסקיים, לפיה ההבנה בדבר הנחת מקסימום של 57% - היוותה עבור המשווקים **הזדמנות** להעלאת מחירים על חשבון הלקוחות, בטמנה בחובה את הבנת המשווקים כי הם (ומתחריהם) ישמרו על אותו מחיר. לפני ההבנה שבאה בעקבות ההמלצה, לא היה ביד משווק להעלות את המחיר כרצונו – אם לא רצה לאבד לקוח – בשל חששו שלקוחותיו יפנו למתחריו. אולם, משהובהר כי המשווקים כולם לא ימכרו בהנחה גבוהה מ-57% או למצער לא יטו לעשות כן, יכול היה גם אוריאל ברי להעלות את המחירים ללא מורא, שכן ידע כי כך יעשו גם מתחריו וללקוחותיו לא תעמוד חלופה זולה יותר. אוסיף, כי האחים ברי לא הבהירו כי תוצאה זו של העלאת המחיר לוותה בתועלת כלשהי ללקוח.

74. בגדר ראיות הביצוע, המאשימה הוסיפה והפנתה להשלכת ההסדר על הסכמים קודמים עם מוסדות שבהם הוטמעו הנחות גבוהות. **פּלס** העיד, כי כאשר נקבעה בבית איטונג ההנחה המכסימאלית של 57%, היו מספר משווקים שאמרו שיש להם הסכמים קודמים עם מוסדות, במסגרתם הם מחויבים לספק פיטינגים בהנחות גבוהות מההנחה המכסימאלית שנקבעה. לדברי פלס, אותם מפיצים הביאו עובדה זו לידיעת הפורום, וסוכם שהם ישלחו את אותם הסכמים ספציפיים למודגל (פר' 13.1.03, עמ' 192, 193). אכן, מהלך זה מבסס את עובדת ההסכמה וההבנה שחלקו המשתתפים בפגישות, ושולל גם הוא את הטענה שמדובר אך ורק בהמלצה חד-צדדית של מודגל. עולה ממנו, כי הובן שלהמלצה יש השפעה אופרטיבית על התנהלות המשווקים.



בתי המשפט

75

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

כך, חברת ש.א.ח.פ. שלחה אל פלס מעטפה שהכילה הסכמים עם מוסדות, בהם ההנחה עלתה על 57% (פר' 13.1.03, עמ' 199-193). הוצגה גם המעטפה שנשלחה לפלס מ- ש.א.ח.פ., שהכילה מספר הסכמים של חברת ש.א.ח.פ. עם מוסדות שונים (משרד הביטחון, חברת חשמל, מקורות). להסכמים אלה צורף פתק מאוריאל ברי, נושא תאריך 31.7.94, בלשון זו: **"רצ"ב הסכמים עם מוסדות. בברכה, אורי ברי"** (ת/11). אוריאל ברי אישר, בחקירתו הנגדית, כי מדובר בכתב ידו, וכי הוא זה ששלח לפלס את המסמכים (7.12.06, עמ' 9-10).

המאשימה טוענת, בצדק, כי התנהגות זו מהווה ראיה טובה לכך, שכאשר דובר והוסכם בבית איטונג על אותה "הנחה מומלצת" של 57% - **הכוונה הייתה להנחה מכסימאלית אשר אין לחרוג ממנה**. התנהגות זו גם מבהירה, שההסכמה בדבר הנחה מכסימלית של 57% כללה בחובה הסכמה ליישום אותה הבנה באופן מיידי. באם ההנחה הייתה בגדר המלצה בלבד ולא נשאה עימה את ההבנה בדבר יישומה, היה מתעורר קושי להבין מדוע טרחו המשווקים לגלות דבר הסכמים אליהם הגיעו קודם לישיבות בית איטונג, שבמסגרתם הם מחויבים להנחות גבוהות מ-57%, עובדה מסחרית שנהוג להסתירה.

אוריאל ברי טען בעדותו, כי לא שלח את המסמכים האמורים (ת/100, ת/11) בעקבות ההסכמה על הנחה מכסימאלית של 57% בבית איטונג. לטענתו, המסמכים נשלחו במטרה ללחוץ על מודגל להגדיל את ההנחה שנתנה בזמנו לחברת ש.א.ח.פ. (פר' 7.12.06, עמ' 11 ש' 9-17). ברם, קשה להבין מדוע הצגת חוזים **קיימים** עם הנחה גבוהה יש בה לשכנע את מודגל כי גם היא צריכה לצאת מגדרה ולתת הנחה יותר גדולה. יתר-על-כן, המאשימה הדגישה, כי הסבר זה נשמע לראשונה בין כתלי בית המשפט ואין לו כל זכר בהודעותיו של אוריאל ברי. בחקירתו ברשות להגבלים עסקיים בחר אוריאל ברי למעשה לשמור על זכות השתיקה, סירב להתייחס למסמכים ונמנע מלהשיב על השאלות שהופנו אליו בנושא זה (הודעה מיום 24.5.98, ש' 36-66). המסמכים האמורים הוצגו לברי



בתי המשפט

76

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

בחקירותיו והיו לו הזדמנויות רבות להסביר את עצמו בעניין זה. בצדק טוענת המאשימה, כי תגובתו בעדותו אינה מתיישבת עם מניעים תמימים.

המאשימה מטעימה, כי מרדכי ברי, אחיו של אוריאל, אישר בעדותו כי זכר את המסמכים כאלו **שנשלחו לפלס בעקבות המחיר המומלץ של 57% הנחה בבית איטונג** (פר' 28.12.06, עמ' 10 ש' 4-11). בעדותו אישר אוריאל ברי כי הוא עודכן על ידי אחיו, מרדכי, בעיקרי הדברים שדוברו בפגישות בבית איטונג (פר' 23.11.06, עמ' 50). משנשאל מרדכי ברי, בחקירתו הנגדית, מה היתה מטרת שליחת המסמכים, הסביר כי המסמכים נשלחו לפלס בעקבות המחיר המומלץ ועל מנת לקבל ממודגל גיבוי להסכמים אלה מול תלונות המשווקים על "**חריגות**", וכדי שפלס יוכל להסביר להם שזה מכרז ישן (פר' 28.12.06, עמ' 10 ש' 12-31).

המאשימה מדגישה, כי שימוש זה של ברי במונח "**חריגות**" בהקשר של תלונות המשווקים, תומך גם הוא במסקנה כי משמעות ההבנה בבית איטונג בנוגע להנחה המכסימאלית היתה תחושת **מחויבות** של המשווקים איש כלפי רעהו לפעול בהתאם. מרדכי ברי ידע, כי המשווקים עשויים לבוא בתלונות על כי ש.א.ח.פ מוכרת בהנחה גבוהה מ- 57% ורצה להבטיח לעצמו גיבוי אל מול תלונות המשווקים.

מהיומנים של **סמי לוי וחיים בחסי** (ת/135, ת/104א) עולה, כי הפגישה הראשונה בבית איטונג התקיימה ב-14.7.94 (לפני המועד שצוין בכתב האישום כתחילת קיום ההסדר). מכאן, שכשבוע לאחר הפגישה הראשונה בבית איטונג, שלח אוריאל ברי את המעטפה והמסמכים האמורים למאיר פלס (ת/100, ת/11). המאשימה טוענת, כי אין ספק שלא מדובר בצירוף מקרים גרידא, ולאור עדותו הברורה של פלס, לפיה אנשי ש.א.ח.פ התריעו כי הם כבר מחויבים להנחות גבוהות מ-57%, מתבקשת המסקנה כי המסמכים נשלחו לפלס על-ידי אוריאל ברי, בעקבות ההבנה בבית איטונג באשר להנחת מכסימום של 57%, וכדי "להכשיר" את ההסכמים האמורים.



בתי המשפט

77

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

המאשימה מוסיפה, כי תגובתו המיידית של **אוריאל ברי** להבנות ולהסכמות שנדונו במסגרת פגישות בית איטונג, אשר באה לידי ביטוי בשליחת המסמכים לפלס, ראויה לציון במהירותה וביעילותה, ואינה מותירה ספק לגבי ידיעתו על הנחת המכסימום והיותו מעודכן בתוכן הפגישות. אכן, תגובה זו גם מלמדת על הנכונות של האחים ברי ליישם באופן מידי את ההמלצה ורצונם לקבל אישור של מודגל למצב ההנחות בפועל, לבל ייחשבו מפירי ההבנה המשותפת.

75. מסקנה דומה עולה מפרשת מכרזי **החברה למשק וכלכלה**. עדות **פלס** לימדה, כי הועברו אליו מסמכים נוספים בעקבות ההסכמה על הנחת מכסימום בבית איטונג. מסמכים אלה הועברו על ידי **חברת ח.ג.י.י.** ונתפסו במשרדי מודגל (ת/12). בעדותו סיפר מאיר פלס, כי מדובר במסמכים שבגידרם אנשי ח.ג.י.י. יידעו אותו בדבר הסכם קודם עם לקוח מוסדי בשם "**החברה למשק וכלכלה**", לפיו הם מחויבים לספק פיטינגים בהנחה העולה על 57%. פלס מוסיף ואומר, שהמסמכים הועברו לידיו על ידי **משה רוזנברג** (פרי 13.1.03, עמ' 197 - 198).

מדובר במכתב משלמה יובינר, מנהל מחלקת אינסטלציה בח.ג.י.י., למשה רוזנברג, מיום 1.9.94, המודפס על דף רשמי של חברת ח.ג.י.י. במכתב כותב יובינר לרוזנברג: "בבדיקה שערכתי בנושא הנחות פיטינגים ללקוחות החברה עקב **שינוי ההנחות בשוק** הריני להזכירך כי החברה למשק וכלכלה (עיריות ומועצות מקומיות) אנו חתומים על חוזה שבו ההנחה ללקוח 59.26% (ת/98).

שלמה יובינר אישר בעדותו את כתב ידו על גבי המסמך, ואמר כי הוא מעריך שהמכתב נכתב על ידו לבקשת משה רוזנברג (פרי 2.4.03, עמ' 1135). ברם, משה רוזנברג טען בחקירתו ברשות (הודעה מיום 23.12.98, ש' 455 ואילך), שהמכתב מהווה תשובה להנחה שבעיני מודגל הייתה חריגה, ושייתכן שמודגל ביקשו פרטי הנחות חריגות בעיניהם, כלומר - הנחות מעל 57%, וזו סיבת שליחתו. עוד אמר רוזנברג שהוא אינו זוכר שראה את המסמך.



בתי המשפט

78

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

בחקירה נוספת ברשות (הודעה מיום 25.3.99, ש' 65-37) נשאל **רוזנברג** שוב לגבי המסמך, וטען שח.ג.י. נדרשה, על ידי מודגל, לספק הסבר לגבי המכרז הספציפי, מאחר שדובר במכרז ארצי, ש"משך תשומת לב והאנשים עקבו אחר תוצאותיו". אף שבחקירתו הקודמת טען רוזנברג שלא ראה את המסמך מעולם, זכר בחקירה הנוספת שסמי לוי כעס מאוד על אחוז ההנחה שניתן במכרז הזה, וכי היה "רעש ... סביב למכרז".

בהתייחס לשאלה שהתייחסה ללשון המכתב, בו כותב יובינר במפורש כי הבדיקה בוצעה "עקב שינוי הנחה בשוק", ענה רוזנברג כי אינו פוסל את האפשרות כי "אכן דובר בשוק על שינוי המחירים", אך נצמד לאמירה, כי בין מה שדובר בבית איטונג למה שבוצע בפועל המרחק רב. רוזנברג התקשה (בגדר הודעה זו) לזכור מדוע המסמך נשלח.

בעדותו (בחקירה הראשית) אמר רוזנברג, כי ביקש מיובינר לבצע בדיקת רווחיות, על מנת שיהא בידו להעביר הפרטים לפלס ולבקש ממנו שמודגל תעניק לח.ג.י. הנחה חריגה, כלומר תגדיל את ההנחה שהיא נותנת לח.ג.י. לגבי המכרז הזה. הסבר זה נשמע בפעם הראשונה בבית המשפט. בחקירותיו נתן רוזנברג הסברים אחרים. המאשימה שואלת: באם זהו אכן ההסבר להוצאת המסמך – מדוע סיפק רוזנברג כל כך הרבה הסברים ושברי-הסברים בחקירותיו, ודווקא את ההסבר האמור לא העלה עד לעדותו בבית המשפט? כך, בחקירותיו ברשות רוזנברג, כלל לא זכר שביקש מיובינר לעשות בדיקה כזו או אחרת ו/או לספק לו את התשובה הכתובה במסמך, ולפתע "נזכר" שביקש מיובינר את המסמך? המאשימה תמחה כיצד לפתע הוא אף "נזכר" שביקש מיובינר לערוך בדיקת רווחיות, וכן "נזכר" שהמטרה הייתה בקשת גיבוי ממודגל והגדלת ההנחה ממנה? לכן, לדבריה, אין לקבל את ההסבר בו דבק רוזנברג בעת מתן עדותו.

76. מקובלת עלי עמדת המאשימה. כל ההסברים שנשמעו מפיו של רוזנברג, ובכלל זה ההסבר האחרון שמסר בעדותו בבית המשפט, אינם עולים בקנה אחד עם לשון המסמך. במסמך כותב יובינר לרוזנברג באופן מפורש: "**בבדיקה שערכת בנושא הנחות פיטינגים**



בתי המשפט

79

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

ללקוחות החברה עקב שינוי הנחות בשוק... "לא נכתב כאן - עקב בדיקת רווחיות כללית לשם בקשת גיבוי ממודגל ולא עקב פנייה מצד מודגל בנוגע למכרז הספציפי - אלא **עקב שינוי הנחות בשוק**. לשונו של המסמך אינה משתמעת לשתי פנים, ורוזנברג לא סיפק הסבר משכנע ללשון זו, כשנשאל על כך שוב ושוב (פ' 4.9.06, עמ' 32, עמ' 12).

מקובלת עלי גם טענת המאשימה, כי הסברו של **רוזנברג** בחקירתו הראשית אף אינו עולה בקנה אחד עם השכל הישר. במכרז המצוין במסמך **ת/12** זכתה ח.ג.י. בשנת 1993. כיצד יתכן שדווקא בספטמבר 1994 "נזכרה" ח.ג.י. לבקש ממודגל גיבוי ומתן הנחה מיוחדת עבור מכרז זה? קל להסכים עם טיעון זה.

מעבר לכך, במחצית השניה של שנת '94 שיפרה מודגל את תנאי הרכש של ח.ג.י. והעלתה לה את הנחת המחזור. בן הרצל סיפר בחקירתו בבית המשפט, שהנחת המחזור של המשווקים הועלתה ב- 3.5% (פ' 23.6.04, עמ' 3699). גם רוזנברג אישר, כי בשלב מסוים הוגדל הבונוס שקיבלה ח.ג.י. ממודגל במספר אחוזים (פ' 4.9.06, עמ' 51). בסיכומיה תמחה המאשימה, נוכח האמור לעיל, כיצד יעלה על הדעת שבשנת '93, כאשר הבונוס שקיבלה ח.ג.י. ממודגל עמד על 3% ממחזור הקניות, סברו אנשי ח.ג.י. כי מכירת פטינגים לחברה למשק וכלכלה בהנחה של 59% היא משתלמת והגישו הצעה זו במכרז, ודווקא בספטמבר '94, לאחר שתנאי הקנייה של ח.ג.י. ממודגל שופרו, החליטו לפתע אנשי ח.ג.י. כי החוזה האמור אינו מאפשר להם רווחיות סבירה ופנו למודגל לקבלת גיבוי והגדלת ההנחה?

כאשר מצרפים זאת לתאריך המסמך - 1.9.94, ונוכח העובדה שיום לאחר מכן, בתאריך 2.9.94, התקיימה ישיבה במחלקת האינסטלציה ב-ח.ג.י., שבה הועברה ההנחה בדבר שינוי ההנחה על מוצרי מודגל ל- 57% (**ת/40**), טוענת המאשימה בצדק, כי הדעת נותנת שההסבר האמיתי למסמך זה הוא כדלקמן: בעקבות ההבנה בדבר הנחה מכסימלית של 57%, אליה הגיעו הנאשמים בבית איטונג, הורה רוזנברג ליובינר לבצע בדיקה ולדלות



בתי המשפט

80

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

הסכמים, במסגרתם מחויבת ח.ג.י. להנחה גבוהה מ- 57%, ואת הפרטים העביר למאיר פלס, בדיוק כפי שדובר בבית איטונג.

מהראיות עולה, כי גם **חודרלנד** (נאשם 13) היה מעורב בנושא המכרז של החברה למשק וכלכלה, משנת 93' (הודעה מיום 13.4.99, עמ' 3 שי 77-79). ברם, בחקירתו הנגדית בבית המשפט, הכחיש חודרלנד את מעורבותו ו/או ידיעתו בכל הנוגע למסמך ת/12 בפרט ולהנחיה בנוגע להנחה מכסימלית של 57% בכלל.

77. תהליך דומה התרחש לגבי **מכרז חברת מקורות**. בסוף שנת 1993 פרסמה חברת מקורות מכרז פומבי מס' 11/93, אשר כלל אספקה שנתית של פיטינגים מתוצרת מודגל (ת/81). מדובר במכרז שנתי, לאספקה שוטפת של מוצרי צנרת ואינסטלציה. המכרז התייחס לשנה אחת, וכלל אופציה להארכה משנה לשנה, במשך שנתיים נוספות, כעולה מעדותו של **אלי מלמד**, מנהל מחלקת קניות וייצור במקורות (פר' 20.10.03, עמ' 1752). על-פי פרטיכל וועדת הקניות והייצור (ת/82), זכו במכרז (מתוך החברות הנאשמות) החברות **מנדלסון, ש.א.ח.פ.ו-ש.א.ל.**

עדות **מלמד** מלמדת, כי בסוף שנת 1994, המשווקות אשר זכו במכרז 11/93 פנו במכתבים לחברת מקורות, והודיעו על הקטנת אחוז ההנחה למוצרי מודגל מ- 63% ל- 57% (ת/84).

סמי לוי שלח למקורות מכתב מתאריך 9.11.94, שתוכנו כדלקמן:

"בעקבות שינויים משמעותיים והורדת הנחות דרמטית מחברת 'מודגל', שהינה היצרן היחיד בארץ לייצור אביזרים מגולבנים למים, אנו נאלצים להקטין את ההנחה למוצר זה ל- 57% החל מאספקות 1.12.94. אנו תקווה שתקבלו צעד זה בהבנה".

המכתב ששלח **מרדכי ברי** מחברת ש.א.ח.פ. נושא תאריך 10.11.94 ותוכנו דומה:



בתי המשפט

81

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

"כידוע לכם חב' מודגל הינה יצרן בלעדי לאביזרים מגולבנים. עקב הקטנה משמעותית ביותר במחירי הקניה שלנו בחברה זו, אנו נאלצים להקטין את ההנחות למוצרים אלו ל- 57%. אנו מקווים שתקבלו צעד זה בהבנה. תוקף התכולה [צ"ל: תחולה] החל מ- 1.12.94".

מחברת ש.א.ל נשלח מכתב נושא תאריך 4.12.94, שתוכנו כמעט זהה לתוכן

קודמיו:

"בהמשך לשיחתנו ובעקבות הורדת הנחות + גידול בעלויות, הריני להודיעך כי החל מ- 1.12.94 תהיה ההנחה על אביזרי צנרת (פיטינגים) מתוצרת חברת מודגל: 57%".

78. המאשימה טוענת, כי תוכן המכתבים ותאריכיהם הדומים מדברים בעד עצמם והסברם אחד. בתאריכים סמוכים (נובמבר-דצמבר 1994) הודיעו שלושה מהמשווקים הזוכים במכרז 11/93 לחברת מקורות, כי עקב שינויים משמעותיים והורדת הנחות דרמטית במחירי הקנייה ממודגל, אשר הינה יצרן הפיטינגים היחיד בארץ, נאלצים שולחי ההודעה להקטין את ההנחות על מוצרים אלה להנחה של 57%. כמו-כן, ציינו שלושת המשווקים, כי תאריך תחילת השינוי יהיה 1.12.94.

המאשימה מדגישה, כי תוכן המכתבים ששלחו שלוש המשווקות למודגל שקרי. שלושתן תלו את העלאת המחיר בשינויים משמעותיים במחירי הקנייה ממודגל, כאשר למעשה לא התקיימה כל הרעה בתנאי הרכישה שלהן ממודגל באותה התקופה, נהפוך הוא.

כך לגבי מנדלסון - ההנחה בה רכשה פיטינגים ממודגל לא השתנתה, ועמדה על 62% לכל אורך התקופה הרלבנטית. הבונוס שקיבלה ממודגל למעשה הוגדל בתקופה זו מ-



בתי המשפט

82

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

8% ל-11.5%. כך, על-פי מכלול הראיות, ביניהן עדותו של סמי לוי עצמו (פר' 20.4.05, עמ' 33).

באשר ל-ש.א.ל - גם לגבי התנאים בהם חברה זו רכשה ממודגל לא חלה כל הרעה, ולמעשה ההיפך הוא הנכון. בסמוך למועד שליחת המכתב (ת/84) למקורות הוגדלה ההנחה בה רכשה ש.א.ל פיטינגים ממודגל (ת/14; ת/35 בשילוב ת/18). נוסף על הגדלת ההנחה, כאמור, במחצית השניה של שנת 94' הוגדל גם הבונוס שקיבלה ש.א.ל באופן קבוע, אחת לרבעון, על רכישות הפיטינגים ממודגל, ב- 3.5% נוספים. כך על-פי עדויות רבות שנשמעו בתיק זה (עדויות של **בן הרצל**, 12.5.04, עמ' 3449; 23.6.04, עמ' 3699; וכן עדותו של **מאיר פלס**, 15.1.03, עמ' 242; ועוד).

וגם ב-ש.א.ח.פ לא חלה כל הרעה בתנאי הקנייה ממודגל. בתחילת שנת 94' רכשה ש.א.ח.פ פיטינגים ממודגל ב- 61.5% הנחה בתנאי אשראי של שוטף + 37 ובונוס של 1.5%. ביום 1.3.94 החלה ש.א.ח.פ לקבל ממודגל בונוס גדול יותר, בגובה 3% (ת/14). באוקטובר 94' שונתה ההנחה שקיבלה ש.א.ח.פ ממודגל ל- 61%, אולם תנאי התשלום שופרו והוארכו לשוטף + 60 (ת/35). נוסף על כך, לקראת סוף 94' הוגדל הבונוס הקבוע אותו קיבלה ש.א.ח.פ ממודגל, ולמעשה הוכפל, כאשר שונה מ- 3% ל- 6.5%. כך על-פי עדויות רבות שנשמעו בתיק זה (למשל, עדותו של **בן הרצל**, 12.5.04, עמ' 3449; 23.6.04, עמ' 3699; וכן עדותו של **מאיר פלס**, 15.1.03, עמ' 242; ועוד). בפברואר 95' הועלתה שוב ההנחה בה רכשה ש.א.ח.פ פיטינגים ל- 61.5% ותנאי התשלום נשארו שוטף + 60 (ת/35).

יתר-על-כן, מאיר **פלס** העיד מפורשות, כי במהלך התקופה הרלבנטית לא היו שינויים בהנחות שקיבלו ש.א.ח.פ ומנדלסון ממודגל. לדבריו, אם היו שינויים, הם היו מזעריים לכל היותר (פר' 13.1.03, עמ' 203).

79. מודגל שיתפה פעולה עם שלושת הספקים. **מקורות** בדקה את הנושא ישירות עם מודגל, ומודגל הוציאה למקורות מכתב המאשר כי "**החל מאוקטובר 94' בוצעה הורדה**



בתי המשפט

83

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

ברמת ההנחות ללקוחות מודגל" (ת/20), וזאת אף כי, כפי שהעיד מאיר פלס, לא היתה זו אמת. לדברי פלס, העביר את המסמך למנדלסון, על-פי בקשת אלי דלאל. משנשאל פלס מדוע כתב מסמך שאינו נכון, ענה כי כאשר לקוח גדול וחשוב פנה אליו וביקש לקבל מסמך מסוג זה כגיבוי - הוא עשה כן. עוד הוסיף פלס, כי הוא משוכנע שהתייעץ עם בן הרצל לפני הוצאת המכתב ויידע אותו על תוכנו (פר' 13.1.03, 205 - 206).

משנשאל סמי לוי, בחקירתו ברשות, האם אלי דלאל ביקש את המסמך ממודגל על דעת עצמו, אמר לוי: **"אם אלי עשה את זה הוא בטח דיבר איתי על זה. אני ריכזתי את נושא מודגל"** (הודעה מיום 2.11.99, ש' 226-233). שיתוף פעולה זה מחזק מאוד את הערכתי, שכל המעורבים הבינו שיש לפעול על-פי ההסכמה שהושגה בבית איטונג כלפי צדדים שלישיים, ולתמוך האחד באחר.

אלי מלמד העיד, שוועדת הקניות והייצור במקורות אישרה את השינויים הנ"ל **"כי לא היו לה ברירות בעצם..."** (פר' 20.10.03, עמ' 1762 - 1763). ניתן לראות שבמכרז הבא שהוציאה חברת מקורות כעבור שלוש שנים - 6/96 (ת/86) - הצעותיהם של המשווקים, משתתפי פורום בית איטונג אשר התמודדו במכרז, על מוצרי מודגל **זהות ועומדות על 57% הנחה**. כך בהצעת המחיר של מנדלסון, ח.ג.י.י., ש.א.ל.ו-ש.א.ח.פ (ת/86). עובדה זו גם עולה בבירור מפרטיכל ועדת קניות וייצור בחברת מקורות (ת/87).

גם **מיכאל בן-נון**, מנכ"ל ש.א.ל. אשדוד בתקופה הרלבנטית, סיפר על הקטנת ההנחות ללקוחות ש.א.ל. החל מספטמבר '94, והעמדת ההנחה המכסימלית על 57% במקום 59%. לדבריו, ש.א.ל. תרצה את ההעלאה במחיר באוזני לקוחותיה בכך שמודגל העלתה לה את מחירי הרכישה, אולם הדבר לא היה נכון:

"ש. איך הסברתם ללקוחות את הירידה הזאת בהנחה מ-59 ל-

57?

ת. עבודה של סוחר, אמר לו שהורידו לנו הורדנו לאחרים, גלגלנו את זה כאילו הלאה.



בתי המשפט

84

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

ש. סליחה?

ת. גלגלנו את זה, כאילו הורידו לנו מלמעלה אז הורדנו את

ההנחות.

ש. מי זה מלמעלה?

ת. ממודגל, אבל זה לא היה נכון.

ש. זה לא היה נכון?

ת. לא היה נכון" (פר' 24.3.03, עמ' 958).

80. אם כן, ממכלול הראיות עולה בבירור, כי לא הייתה כל הרעה בתנאים המסחריים שקיבלו שלושת זוכי מכרז מקורות ממודגל. למעשה, תנאיהם שופרו והבונוסים שקיבלו הוגדלו. **תוכן המכתבים אשר שלחו שלושתם למקורות היה שקרי, ומלמד על שיתוף פעולה ביניהם.** התחוויר גם, שמודגל שיתפה פעולה עמם. קל, אפוא, לקבל את טענת המאשימה, כי ההסבר לפניית שלושת הספקים למקורות לשם הקטנת ההנחה על מוצרי מודגל ל- 57% הוא פגישות בית איטונג, וההסכמה על העמדת ההנחה המכסימלית של הפיטינגים ממודגל על 57%. בפועל, ההסדר הביא להעלאת המחיר כלפי מקורות.

הסבר המאשימה לפרשת מקורות הוא זה המתיישב עם מכלול העובדות. הובהר גם בראיות אלו, כי המשמעות של "המחיר המומלץ" היתה מחיר גבוה יותר ללקוחות, תוך יצירת קו מחיר אחיד, מבלי שהוצגה תועלת תחרותית בצידו.

81. המאשימה ביקשה להוכיח עליית מחירים בפועל בעקבות הסדר "מחיר המינימום" באמצעות מקבץ החשבוניות והעסקאות ת/142 ו-ת/146. ת/142 הוא טבלה מסכמת של נתוני כ-6,440 חשבוניות, שנתפסו בחלקן על-ידי חוקרי הרשות או הועברו לחוקרים על-ידי הנאשמות על-פי דרישות החוקרים והועתקו לטבלה. הטבלה הוגשה בהסכמה.

הנאשמים נשענו מנגד על חוות דעת סטטיסטית (נ/138), אשר שללה את תוקף המסקנות העולות לכאורה מ-ת/142, כפי שיפורט להלן.



בתי המשפט

85

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

82. המאשימה התייחסה בסיכומיה גם לעולה מהחשבוניות האמורות. על-פי טיעון המאשימה, **בחברת מנדלסון**, מתוך 102 חשבוניות מכירה אשר נופקו לפני 1.9.94, מצביעות 84 חשבוניות על מתן הנחה גבוהה מ-57%. בתקופה שלאחר 1.9.94 מצביעות חשבוניות המכירה שהנפיקה מנדלסון על מתן הנחה נמוכה או שווה ל-57% **במאה אחוז מהעסקאות**. דהיינו, אין עסקה אחת המתעדת הנחה גבוהה מ-57%.

המאשימה מצביעה גם על 1,032 **חשבוניות של טסה** בתקופה שבין 1.5.93 לבין 30.6.95. מתוך 336 חשבוניות שלפני 1.9.94 – 303 חשבוניות מעידות על הנחה גבוהה מ-57%. חשבוניות אלו מהוות כ-90% מכלל חשבוניות המכירה מאותה תקופה. רק 33 חשבוניות, כ-10% מהחשבוניות באותה תקופה, מראות הנחה נמוכה או שווה ל-57%. בתקופה שלאחר 1.9.94 מעידות 647 חשבוניות מכירה, מתוך 661, על הנחה נמוכה ו/או שווה ל-57%. 14 חשבוניות בלבד מצביעות על הנחות גבוהות מ-57%.

אשר ל-**ח.ג.י.**, המאשימה נשענת על 2,488 חשבוניות, אשר נופקו על-ידי החברה בתקופה שבין 1.7.94 לבין 30.6.97. בתקופה שלפני 1.9.94 מעידות כ-39.5% מכלל החשבוניות (458 מתוך 1,163) על הנחה גבוהה מ-57%. לעומת זאת, לאחר 1.9.94 רק ב-8 מתוך 1,261 חשבוניות ההנחה עלתה על 57% (כחצי אחוז).

83. בחוות הדעת נ/138 קבע המומחה מטעם הנאשמים, ד"ר שפי, שהמדגם הרלבנטי לא היה תקף מבחינה סטטיסטית. בקשת המאשימה להגיש חוות דעת מומחה בסוגיית מידת מהימנותו הסטטיסטית של ת/142, נדחתה, מהטעם שהטענה בדבר אי-תקפותו הסטטיסטית של ת/142 היתה ידועה זמן רב קודם לכן. לכן, בסופו של דבר, עומדת לפני חוות דעת של מומחה לסטטיסטיקה, נ/138, השוללת את התקפות הסטטיסטית של ראיות המאשימה בעניין זה.

ד"ר שפי כתב:



בתי המשפט

86

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

"מדגם" החשבוניות שעליו ביססה הרשות את גרף השוואת ההתפלגויות (ת/146) הוא שרירותי ואינו ממלא את התנאים של מדגם סטטיסטי מייצג. על כן, תוצאת המדגם אינה מייצגת תוצאה אמיתית של כלל החשבוניות.

אחת מתוצאות 'מדגם' החשבוניות היא גרף השוואת ההתפלגויות (ת/146). ראייה זו מבוססת על מראה עיניים בלבד, שעל פיו לא ניתן לקבוע כי תוצאת המדגם היא משמעותית ולא סתמית.

... נמצא בבירור כי 'מדגם' החשבוניות, כמו גם ת/146 אשר נערך על בסיסו, אינם יכולים לשמש כראיה סטטיסטית להוכחת שינוי ברמת ההנחות של המפיצים בין אוגוסט לספטמבר 1994, ואם יש בהם ראיה כלשהי, הרי היא דווקא לכך שבתאריך הנדון לא חל כל שינוי חריג ברמת ההנחות."

84. בנושא בחינת המחירים בפועל, מנדלסון הגישה את המוצג נ/155, שהוא גרף המשקף ממוצע הנחות משוקלל שהעניקה ללקוחותיה בתקופה שבין ינואר – אוגוסט 1994 ובמהלך שנת 1995. ראייה זו נסמכת על עדותה של הגב' **צביה כהן**, עובדת בנאשמת 4, שעל פי עדותה ביצעה את החישובים על בסיס כלל החשבוניות – 42,823 חשבוניות מהתקופה שאליה מתייחס הגרף (פר' 21.11.05, עמ' 12). ב"כ נאשמת 4 הודיע על **נכונותו לספק את החשבוניות**, ועל יסוד נכונות זו הוגשה הראיה.

לטענת המאשימה, לא הומצאו לה החשבוניות והיא קיבלה לבדיקה פלטי מחשב בלבד ולא את בסיס הנתונים עליו דובר בעדות האמורה. היא מוסיפה, כי החשבוניות לא הומצאו גם לבית המשפט. עוד טוענת המאשימה, כי אין התאמה בין נתוני דו"חות מכירה להנחות שנכתבו על גבי חשבוניות שבידה. מכל מקום, על-פי עמדת המאשימה, לא ניתן להישען על נ/155 מהטעם שהתנאי להגשתו לא התקיים.



בתי המשפט

87

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

85. בויכוח לעניין משקלו של נ/155, אני מעדיפה את טענות המאשימה. מהעדות עלה, כי החישובים של העדה כהן נערכו על יסוד החשבונות שנבדקו אחת אחת, וזה מקור כוחה של הראיה. על כן, לא היה מקום לספק לבדיקה נתונים אחרים. בשל כך, איני רואה לנכון לייחס משקל ל-נ/155, משלא התאפשרה בדיקת הראיה. מקובלת עלי גם טענת המאשימה, **כי היה מקום להראות מהי ההנחה הרווחת באותה תקופה, ובדיקת ממוצע ההנחות המשוקלל אינה מלמדת מהי ההנחה הרווחת**. כטענת המאשימה, עסקה אחת או מספר עסקאות בודדות וזניחות לחלוטין בהנחה גבוהה בהרבה מ-57% תטה את הממוצע ותביא לתוצאה מוטעית. עוד מוסיפה המאשימה, כי על-פי הגרף, ההנחה המכסימאלית שניתנה לאורך שנת 1995 עמדה על 57.3%, נתון שלמעשה מחזק את גרסתה לגבי ההנחה המכסימאלית (נתון זה למצער אינו רחוק מההנחה הנטענת על ידה).

86. מכל מקום, מכח חוות הדעת של ד"ר שפי, לא עומדת לפני ראייה בעלת תוקף סטטיסטי התומכת בטענת המאשימה לגבי יישום מחיר המינימום במכירות המשווקים. ברם, גם כך יש בחשבונות אלו כדי ללמד למצער, שבעסקאות שהחשבונות מעידות עליהן – והן רבות – נשמר הקו שעליו דובר בבית איטונג. אכן, מקובל עלי שאי-אפשר ללמוד מהן **על כלל העסקאות** ולהסיק מסקנות על עליה כללית של מחיר ביחס לתקופה הקודמת, אבל ניתן ללמוד שלפחות באותן עסקאות קונקרטיות נשמר קו ה-57%. יתר-על-כן, בשאלה אם ההסדר בוצע, גם אם לא עומדת לפני ראייה סטטיסטית תקפה, יש לציין כי עמדו ראיות חשובות אחרות, ובכללן, אישורי **המשווקים עצמם**, כי ביצעו את ההסדר או השתדלו ליישמו, שהובאו בחלקם לעיל בפרק הדן על ביצוע ההסדר.

בהקשר זה אף חשוב להדגיש, כי גם אם ניתנת הנחה גדולה מ-57% בתקופת ההסדר הנטען, אין בכך כדי לאיין את קיומו, ולהיבט זה התייחסתי בפרק המבוא. כאשר משווק מודע לקיומו של הסדר ומניח את דבר השפעתו על חבריו, אפשר שהוא נמנע מלתת הנחה **גדולה יותר** מזו שהיה נותן אלמלא ההסדר, כנובע מכוחות השוק. על כן, השפעתו של ההסדר אינה נמדדת רק בעובדה שניתנת הנחת מחיר של עד 57%. כאמור לעיל, מספר אמירות של נאשמים הראו כי הם **השתדלו** ליישם את ההמלצה. אדגיש, כי ראיתי לנכון



בתי המשפט

88

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

להזהיר עצמי מפני קביעה שכל הנחה הפחותה מ-57% היא תוצאה של ההסדר, ולכן, מצאתי את "הודאות" הנאשמים בדבר יישום ההסדר, חשובות בהקשר זה, מאחר שהן קושרות בין ההסכמה בבית איטונג והפעולות של המעורבים לאחר מכן. הודאות כאלו יוצגו גם בהמשך הדברים.

87. ראיות רבות מלמדות על שינויים בהנחות בתקופה הרלבנטית לעומת תקופה קודמת. כך למשל, ב-ח.ג.י.י., על-פי עדות רוזנברג, "בעקבות ההמלצה בבית איטונג מומי החליט לשנות את ההנחות אצל חלק מהלקוחות" (פר' 28.9.06, עמ' 12), וניתנו הנחיות בדבר הנחה מכסימאלית של 57% (ת/39, פר' 2.4.03, עמ' 1135-1136; פר' 28.9.06 עמ' 12-13). רוזנברג הוא שנתן ליובינר הנחיות להוריד את ההנחות על-פי ההמלצה: "אמרתי לו שהיתה המלצה ונלך על זה, גם אם יכול להיות שבגלל המהלך הזה אנו נפסיד לקוחות" (הודעה מיום 23.12.98, עמ' 14). רוזנברג גם אמר (בהודעתו מיום 13.4.99 עמ' 5):

"אני אמרתי לך בהודעותי הקודמות, ההמלצה של מודגל מולאה לפחות בחלקה ולפחות לזמן מסוים".

גם כאן יש אישור ביצוע וביטוי לקשר ברור בין המחיר שנקבע בפועל לבין ההמלצה בבית איטונג.

אף סמי לוי הודה, כאמור, שניסה ליישם את ההמלצה, וציין כי ההמלצה יושמה על-ידי מנדלסון, ולו באופן חלקי. הוא הביע צער על "חלקיות" זו: "לצערי רק בחלקה ההמלצה הזאת יצאה לפועל ובחלקה לא בוצעה" (הודעה מיום 15.4.99, עמ' 9). מצויות גם ראיות, לפיהן ההנחיות הפנימיות שניתנו במנדלסון על-ידי סמי לוי למנהלי הסניפים היו: "מתאריך 1 בספטמבר ההנחה המכסימלית ללקוחות תהיה 57%", כעולה מפרוטוקולים של ישיבות הנהלה (ת/73, ת/74, ת/171, ת/66, ת/68, ת/71. ראיות אלו ואחרות מלמדות, שהביצוע במנדלסון היה נרחב, ופחות "חלקי".



בתי המשפט

89

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

בעדותו בבית המשפט טען לוי, כי בעקבות המלצת המחיר בבית איטונג הוא בדק ומצא כי המחיר הממוצע של פיטינגים באותה תקופה היה 56.85% (דהיינו, הנחה קרובה להנחה המומלצת). ואולם, טענה זו היא בבחינת עדות כבושה שלא הועלתה בהודעותיו, ואין היא משכנעת גם מטעם זה. בהודעתו מיום 15.4.99, עמ' 9 ש' 270-272, אישר לוי כי אימץ את ההמלצה שניתנה בבית איטונג.

על-פי עדות אבנר נחום, סגן מנהל סניף תל-אביב במנדלסון, הנחיה זו באה מכח הנחיית מנכ"ל (פר' 8.9.03 עמ' 1639). הוא הוסיף, כי למעשה דובר בהעלאת מחיר של 2% על מוצרי מודגל לכל הלקוחות. לוי הבהיר: **"העברתי הנחיה למכור במכסימום 57% כשמוכרים מעל זה היה צריך לדווח לי, לבקש רשות לחרוג"** (הודעה מיום 15.4.99, עמ' 9). לא ניתן להתעלם מההשפעה ההכרחית של הנחיות אלו, אפילו אם בפועל כדי "לתפוס עסקה" ניתנה במקרה זה או אחר הנחה גדולה יותר. לעיל פורט גם ניסיונו של לוי לשכנע את המשתתפים בבית איטונג, על-ידי המצאת מסמכים, שלא הפר את "ההסדר".

גם ב-ח.ג.י. ניתנו הנחיות פנימיות המעמידות את ההנחה המירבית על 57%, כעולה מ-ת/38 ומ-ת/40. רוזנברג אישר בעדותו המתפתלת, כי ההחלטה לשנות את ההנחות לגבי חלק מהלקוחות התקבלה על-ידי יובינר בעקבות ההמלצה בבית איטונג (פר' 28.9.06, עמ' 12-13). על-פי גרסת רוזנברג, בעקבות ההמלצה ביקש **מיובינר לבדוק את הרווחיות של קבוצות מוצרים, וביניהם הפיטינגים**. ואולם, יובינר לא הזכיר בחקירותיו ברשות בדיקה זו כהסבר לשינוי ההנחות, וגם בבית המשפט – משהוצג לו ההסבר האמור – לא אישר אותו יובינר, אלא התייחס אליו כ"השערה שיכולה להיות נכונה ויכולות להיות השערות נוספות" (פר' 2.4.03, עמ' 1155). מנכ"ל ח.ג.י. המשביר, דוד זרח, ציין כי קבוצת ח.ג.י. מכרה פיטינגים בשנים 1994-1996 בהנחה מכסימאלית של 57%, אך רוזנברג נמנע בחקירתו מלאשר את הביצוע המלא. לדבריו:

"אני אמרתי לך בהודעותיי - הקודמות ההמלצה של מודגל מולאה

לפחות בחלקה ולפחות לזמן מסוים" (הודעה מיום 13.4.99, עמ' 5 ש'

.(131-135)



בתי המשפט

90

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

גם ב-ש.א.ח.פ ניתנו הנחיות פנימיות לעובדים, לפיהן ההנחה המכסימאלית הינה 57% (ת/99; פר' 6.11.06 עמ' 16; פר' 7.12.06 עמ' 4, 21). הביצוע גם הוכח בהודיות מנהלי ש.א.ח.פ. כך מרדכי ברי אישר, כפי שצוין לעיל, כי יישם את ההמלצה "כיוון שהיתה המלצה להשתדל לשמור על 57 אז אני משתדל לשמור, אני לא אהיה הראשון שיקפוץ ויתן הנחה יותר גדולה".

88. הוכח כי גם ב-ש.א.ל ניתנה הנחיה בתקופה הרלבנטית למכור את הפיטינגים מתוצרת מודגל בהנחה מכסימאלית של 57% (בן נון, פר' 24.3.03, עמ' 956-957; איריס סדרס, פר' 24.3.03 עמ' 927), וקודם לכן ההנחה היתה 59%. מיגל בן-נון העיד על הנחיה של "פלוס מינוס 57%", ולדבריו, אחרי שנת 1996 "הסכרים נפרצו" וההנחות פרצו את מחסום ה-60% (פר', שם, עמ' 958). על-פי עדות בן נון, מנכ"ל ש.א.ל אשדוד, מי שנהג להעביר את ההנחיות היה ג'קי אלשייך "איש הכלכלה ואיש החישובים", והשינוי נעשה בסביבות ספטמבר 1994. וולשטיין, מנכ"ל ש.א.ל צפון, העיד גם הוא שניתנה הנחיה כאמור, וכי בשיחה עם ג'קי אלשייך אישר האחרון ש"זה מה שהולך בשוק", וכך נהגה ש.א.ל צפון (פר' 8.9.03 עמ' 1687-1688). לדבריו, רק "הרבה יותר מאוחר" גדלה ההנחה. עוד הובהר בראיות, כי חברות-הבת פעלו כך על-פי הנחיות ג'קי אלשייך. גם ניר אלקלעי הודה כי ההנחיה ב-ש.א.ל בתקופה הרלבנטית היתה למכור בהנחה מכסימאלית של 57%, והיתה גם הנחיה שלא יראו בחשבוניות מכירת פיטינגים בהנחה גבוהה מ-57% (פר' 1.1.07 עמ' 10). הדעת נותנת, כי הנחיה מעין זאת, שמשמעותה הסתרת הנחה גדולה יותר, באה כדי שלא תיטען כנגד ש.א.ל טענה של "הפרת ההסכמה".

ניר אלקלעי אמר בעדותו, בהתייחס למכתב למקורות ששלחו ש.א.ל מנדלסון ו-ש.א.ח.פ (ראו לעיל), "אני מעריך שגם בחברות אחרות עשו את אותו מאמץ לשמור על 57%" (פר' 4.1.07, עמ' 89). משמע, כי להבנתו מדובר בקו פעולה שנקט גם על-ידי משווקים אחרים וגם הוא ביצע אותו.



בתי המשפט

91

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

עוד עולה מהראיות, כי באותה תקופה רכישות ש.א.ל מפרופילון ומוולפמן היתה ב-57% הנחה, ואף **ביגלר**, סמנכ"ל רכש ושיווק בחברת **טכנובר**, רכש מ-ש.א.ל ב-57% הנחה (פר' 17.12.03, עמ' 2252-2253), וכך גם ממשווקים אחרים. הדבר נתמך על-ידי החשבוניות שהנפיקה ש.א.ל לטכנובר (ת/202), וכך גם עולה מחשבוניות שהנפיקה ש.א.ל ללקוח בשם "**הגרעין**" (ת/203). גם מטבלאות ההנחות ללקוחות ש.א.ל מרכז (ת/204), (ת/205), ניתן ללמוד, כי לא היה לקוח אשר קיבל הנחה גבוהה מ-57%, וזאת בין בשנת 1995 ובין בשנת 1996.

89. הראיות מלמדות, שגם **פרופילון** ביצעה את ההסדר. **ברנט** אמר בהודעתו שאימץ המלצת מודגל ל-57%, וכי כך עשו גם אחרים (הודעה מיום 9.6.99). על-פי עדות ברנט, לאחר קבלת ההמלצה הודיע לאריה באום שישתדל להעמיד מחיר זה, וההנחות ללקוחות במחשבי פרופילון שונו בהתאם (פר' 29.1.07 עמ' 39, 41). על גבי החשבוניות שהנפיקה פרופילון נכתב, כעולה מ-ת/212, "**שים לב!!! פיטינגים – 57%**", ועל פי עדות **באום**, פרופילון הורידה את ההנחה על פיטינגים ל-57% בתקופה המדוברת, בעוד שקודם לכן ההנחה עמדה על 59% ולאחר מכן עלתה עד 60% (פר' 17.9.03 עמ' 1695-1697). בכך תומכות גם חשבוניות מכירה ל**טכנובר** וגם טבלאות ההנחה ללקוחות שונים (ת/122). במכתב לרשת **אייס** (ת/80), הודיעה פרופילון כי החל מספטמבר 1995 ההנחה תשונה ל-55%, וברנט הודה שבכך פרופילון ניסתה לאמץ את המחיר עליו הוסכם בבית איטונג (פר' 5.2.07 עמ' 44).

גם חברת **וולפמן**, וקודם לכן בית מסחר לבני, יישמו את ההמלצה, כעולה מעדות ברוך **נייגו** (פר' 10.9.03 עמ' 1672-1673). נייגו העיד, כי היה בודק אם ההנחה כמו שצריך ולא היו הנחות גבוהות מ-57%. ברוך נייגו היה מחסנאי עוד בתקופת לבני. לדבריו, מי שקבע את המחירים היו לבני או וולפמן. בשנים 1995 ו-1996 ההוראה היתה שהמחיר יהיה 57%, וקודם היה בדרך כלל בין 59% ל-60%, והמעבר היה "במכה אחת" (פר' 10.9.03 עמ' 1640). גם **וולפמן** סיפר בחקירתו ברשות להגבלים עסקיים: "**מאז ההחלטה על המחיר המומלץ בבית איטונג התנדנד המחיר ללקוח סביב 57% הנחה**" (הודעה מיום



בתי המשפט

92

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

6.3.97, עמ' 8-9). וולפמן בחר, כאמור, שלא להעיד בבית המשפט, והדבר מחזק את ראיות המאשימה נגדו.

הראיות מלמדות, אפוא, כי המלצת מחיר המינימום, כנובע מההסכמה, יושמה באופן נרחב למדי על-ידי המשווקים.

אכן, התרשמותו של פלס לגבי ביצוע ההסדר היתה שונה, ואולם, הדעת נותנת, כי ממקום מושבו במודגל לא היה לו מידע ישיר על המתרחש אצל כל אחד מהמשווקים. פלס אמר: "אין ספק שלא כל המכירות היו במחיר המומלץ, אני גם יודע שהיו גם בפחות וגם ביותר" (פר' 3.3.03, עמ' 648), ואולם, הוא הדגיש "זו היתה תחושת כי אני לא יכול לראות את הספרים שלהם. הם לא מראים לי את זה" (פר' 17.2.03, עמ' 474). דא עקא, ראיות רבות אחרות מלמדות על השפעה ממשית של ההסכמה בבית איטונג על המחירים בשוק.

90. לסיכום, ואפילו היה נכון לומר כי לא הוכחה עליית מחירים כללית באמצעות הראיה הישירה הטובה ביותר – של בדיקת כלל מחירי המכירות של המשווקים באותה תקופה – הוכח כי הם נטו ליישם את ההנחה המומלצת, וכבר הודגש כי לא ניתן לשלול הערכה שכל מחיר שנקבע הושפע בפועל על-ידי ההסדר – אף זה שבו גולמה הנחה יותר גדולה – במובן זה שבלעדיו היה מושג במו"מ חופשי מהשפעה אף מחיר נמוך יותר.

91. התשובה לשאלה האם על יסוד כלל הראיות הוכח שבבית איטונג הגיעו מודגל והמשווקות, באמצעות מנהלי החברות, להסדר כובל בדבר מחיר מינימום והאם יש להרשיע בשל כך את המעורבים בעבירה על חוק ההגבלים העסקיים תלויה בהשלכתן של טענות ההגנה שהועלו וייבחנו להלן. עד כאן הובהר למצער, כי הוכחה עובדת הסכמת משתתפי הישיבות בדבר אימוץ מחיר כאמור. עתה אעבור לשורת טענות שהעלו הנאשמים כנגד הסקת המסקנה לפיה נעברה עבירת הסדר כובל.



בתי המשפט

93

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

ב. טענות הגנה להסדר מחיר המינימום

1. הטענות העובדתיות

92. הנאשמים העלו שורת טענות למניעת המסקנה שהסדר מחיר המינימום הוא הסדר כובל. טענות אלו הן בחלקן עובדתיות (דהיינו, מכוונות ישירות כנגד הקביעה העובדתית בדבר השגת ההסדר), ובעיקרן טענות משפטיות הבאות לשלול מההסדר, אם הוכח, משמעות משפטית מפלילה.

עיקר הטענות התוקפות את המסקנה העובדתית בדבר קיומו של הסדר הוזכרו למעשה לעיל, והן כדלקמן:

א. **המחיר המומלץ נקבע באופן חד-צדדי על-ידי מודגל.** מהראיות שפורטו עולה, כי טענה זו מתארת נכון אך ורק את תחילתו של המהלך. אכן, מודגל היא זו שיזמה את המהלך, כדי לחזק את קשריה עם המפיצים, ואולם, התנהלותה ביחד עם נציגי המפיצים בבית איטונג הביאה להתגבשות של הסדר, שבגדרו הושגה **הסכמה** לגבי ההתנהגות של המפיצים בתחום המחירים בעתיד, כעולה מהראיות שכבר פורטו.

ב. **מודגל לא ביקשה לקבל את הסכמת המפיצים למחיר המומלץ או לשיעורו.** התשובה לטענה זו – אפילו אניח שיש לה בסיס ראיתי – היא התשובה לטענה הקודמת. אולי כך היה מלכתחילה, אך בסופו של דבר בבית איטונג גובשה בפועל הסכמה. עובדה היא שמודגל בחרה להפנות את ההמלצה כאשר המשווקים ישבו יחדיו וכאשר כל אחד מהם יכול היה להתבטא (ולפחות חלקם התבטאו), כפי שצפוי מראש שיתרחש במצב כזה, וכך היה ביד כל אחד מהם להבין כי האחרים ינהגו בדרך שגובשה בהמלצה.

ג. **מוגדל לא אכפה את המחיר המומלץ. בכלל זה לא ביקשה לקבל תלונות מצד המפיצים כנגד מפיצים החורגים מהמחיר המומלץ ולא עודדה תלונות כאלו.**



בתי המשפט

94

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

שיקול הדעת של המשווקים נותר עצמאי. כך, על פי הנטען, מודגל הבהירה שאינה "השוטר בשוק, וכל אחד שימכור איך שהוא מבין למכור" (מתוך עדות פלס מיום 15.1.03, עמ' 291). התשובה לטענה זו מובילה קודם כל להגדרת הסדר בחוק ההגבלים העסקיים, לפיה לא נדרש כי ההסדר יהיה "**מחייב**" את צדדיו. די בהבנה או הסכמה שאין כל חובה לקיימה ושאינה נאכפת, כדי ליצור את ההשפעה התחרותית השלילית. כך גם די בציפייה שהמעורבים יפעלו מכח הבנתם על-פי ההמלצה, כדי לבסס תחושה של כל אחד מהם שאין עליו לחשוש שהאחר יזייל את המחיר כדי "למשוך" ממנו את הלקוח. לכן, גם הטענה כי שיקול הדעת של כל אחד מהם נותר חופשי ליישם ההמלצה או להימנע מכך, אין בה כדי לגרוע מהמסקנה. ההסכמה יצרה הסדר אופקי - התנהלות רב-צדדית מתואמת מכח הבנה לגבי ההתנהגות הצפויה של הכלל. במצב דברים זה, היה עניין לכל אחד מהמפיצים לנצל את המצב שהתהווה בשוק לטובתו כדי להשיא את רווחיו, והדעת נותנת שלכך היה חותר, תוך שימוש בשיקול דעתו החופשי. בכל מקרה, כאשר כל מפיץ מניח שהאחרים יטו ליישם את ההמלצה המוסכמת, נכונותו להעמיד ללקוח מחיר נח יותר פוחתת, גם כשהוא עצמאי לגמרי בקביעת מחירו.

ד. **מודגל קבעה את שיעור ההנחה המומלצת באופן עצמאי**, לאחר שבדקה מול חלק מהמפיצים מהו שיעור ההנחה הממוצע בשוק – טענה זו אין בה כדי להשפיע על המסקנה אליה הגעתי לעיל, על יסוד חילופי הדברים בפגישות בית איטונג. ההסכמה של המשווקים התגבשה למצער בבית איטונג, לאחר שהושמעה ההמלצה. לא ניתן לקבוע כי המחיר המומלץ היה זהה למחיר שהיה מתקבל בתנאי תחרות מלאה. כאמור, לדברי המשווקים עצמם, הם ראו לנכון אף למכור במחיר נמוך יותר. ההסכמה הושגה בין מתוך הרצון לרצות את הממליצה ובין בשל השיקולים הנעוצים באינטרסים של המשווקים, ובסופו של דבר, המחיר שהומלץ הלם את רצון כלל המשווקים, וכל אחד מהם הבין שתצמח מכך פעולה מתואמת לעניין המחיר, דהיינו, שכלל המשתתפים ישתדלו להעמיד מחיר זה.



בתי המשפט

95

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

ה. **תלונות על חריגה מהמחיר אינן מלמדות על קיומו של הסדר**, דבר עליו עמדה הפסיקה האמריקאית. טענה זו הועלתה, תוך הפניה לפסיקה כאמור, כדי לשלול את טענת המאשימה, לפיה התלונות מלמדות כי הושגה הבנה בבית איטונג לגבי הנחת המכסימום.

לענין זה אציין, כי מקובל עלי שתלונות יכולות לנבוע מסיבות רבות, לרבות הרצון ללחוץ על היצרן כדי להביא להורדת מחיריו בטענה שמשווק אחר מקבל תנאים טובים יותר, אם יש בידיו להוריד מחירים. ברם, בענייננו, קיימות ראיות ישירות על שהתרחש בבית איטונג, והתלונות משתלבות עמן היטב ותומכות במסקנה העולה מהן, כפי שהוסקה לעיל. כמו-כן, התלונות עסקו ישירות באי-עמידה בהנחת המכסימום. ויוטעם, הפגישה בבית איטונג היתה קרקע נוחה להיווצרות ההסדר, וגם ללא התלונות ניתן, על יסוד יתר הראיות, להגיע לאותה מסקנה. אוסיף, כי לטעמי מאמציו של לוי להסביר הנחה אשר עלתה על-פי התלונה על 57% (ראו לעיל, סעיף 69) לכלל משתתפי בית איטונג, אינו משתלב טוב עם טענת הנאשמים בדבר מטרת התלונות. העובדה שמנדלסון רכשה כמויות גדולות היתה ידועה לכולם והצדיקה לכאורה הנחות ממשיות. האם דווקא היא נבחרה על-ידי המתלוננים כאמצעי לשפר את מחירי הרכישה שלהם? סמי לוי עשה כל מאמץ להסביר את התנהלותו באותה פרשה, כנובעת מרצונו לבלום ניסיון של אחרים לכופף את מודגל כדי לתת להם הנחה גדולה יותר. ואולם, אין בידי להשתכנע שזו היתה הסיבה היחידה למאמציו. להערכת, הסיבה העיקרית לכך היתה רצונו להראות שלא הפר את ההסכמה, מה גם שהוא עצמו אישר כי אמר למודגל שישמש נושא הדגל באימוץ ההמלצה (ראו הדיון בנושא זה לעיל).

ו. **הראיות, שבהישען עליהן טוענת המאשימה כי ההסדר בוצע, אינן ראיות העומדות בנדרש בפלילים**, ולכן אין בהן גם כדי להוכיח קיומו של הסדר, כגון: ההישענות על מדגם החשבונות ת/142 ועל התלונות. באותו הקשר נטען, כי העובדה שהמפיצים העבירו למודגל את תנאי המכירה בהם הם מחויבים במכרזים בהם זכו בעבר, באה במטרה לשכנע אותה להעניק להם גיבוי על הנחות שניתנו



בתי המשפט

96

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

לפני קביעת המחיר המומלץ ושלא בהקשר להסדר כלשהו. גם לעניין זה אומר, שאין אלו הראיות הבלעדיות או העיקריות להסדר, אלא ראיות המשתלבות עם הראיות המלמדות על ההסכמה, שמקורן בתיאור המעורבים לגבי מה שהתרחש בפגישות בבית איטונג. הנאשמים 1 - 3 מכירים בכך שמכתב הגיבוי של מודגל שנשלח לחברת מקורות (ראו לעיל) אינו עולה בקנה אחד עם הסבריהם, והם מדגישים כי מכתב זה הוצא באופן חריג על-פי שיקול דעתו של מר פלס, ומבלי שניתן לו כל גיבוי מהנהלת מודגל ומבלי שנדון בפגישות בבית איטונג. ואולם, פלס העיד כאמור: "אני משוכנע שהתייעצתי עם המנכ"ל ויידעתי אותו על תוכן המכתב הנ"ל" (פר' 13.1.03, עמ' 206). אכן, בן הרצל שלל זאת (פר' 23.6.04, עמ' 3722), ואולם, אני מתקשה לקבוע שפלס לא הבין את משמעות המתרחש בבית איטונג ואת מהות האינטרסים של המעורבים ופעל בהקשר זה על דעתו שלו בלבד. אין ספק כי הוא פעל על-פי ההבנה שהושגה וכדי ליישמה. יתר-על-כן, הדמיון המדהים בהצגת סיבת שינוי המחיר, במכתבים שהופנו למקורות, שהיתה שקרית, וכן הדמיון במועד שינוי המחירים בשוק, על-פי המכתבים, מלמד גם הוא על תיאום בין המשווקים.

על יסוד האמור, אני סבורה שבמישור העובדתי הוכחה **הסכמה** של משתתפי בית איטונג על הנחה מירבית של 57% ממחירון מודגל, ולא רק פעולה חד-צדדית של מודגל, שעניינה המלצת מחיר.

2. טענות הגנה משפטיות כלליות

אעבור עתה לטענות ההגנה המשפטיות הכלליות, הבאות לשלול משמעות מפלילה מהעובדות שהתבררו.



בתי המשפט

97

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

א. טענת הטעות במצב המשפטי

93. הנאשמים טענו, כי לא ידעו כי הסדר מחיר המינימום על רכיביו מנוגד לחוק, ולשיטתם, עומדת להם הגנת הטעות במצב המשפטי. הכוונה להגנה הקבועה בסעיף 34 י"ט לחוק העונשין, התשל"ז-1977. בטרם אתייחס לעובדות הקונקרטיות המבססות לטענת הנאשמים את ההגנה, אציג את ההלכה בנושא זה.

סעיף 34 י"ט קובע:

"טעות במצב משפטי

לעניין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באופן סביר".

94. לאחרונה נקבעו בפסיקת בית המשפט העליון אמות מידה לבחינת תחולת ההגנה של טעות במצב המשפטי. ראו: ע"פ 5672/05 **טגר בע"מ נ' מ"י**, תק-על 2007(4) 395 (כב' השופטת ברלינר, פסקאות 64-78) (להלן: **"פסק דין טגר"**); ע"פ 845/02 – **מ"י נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית לישראל בע"מ**, תק-על 2007(4), 129, 153 (2007) (כב' הנשיאה ביניש, פסקאות 36-38) (להלן: **"פסק דין תנובה"**). ניתן לחלק אמות מידה אלו לשניים: להיבט סובייקטיבי ולהיבט אובייקטיבי. בהיבט הסובייקטיבי נדרש שהטעות תהא כנה. בהיבט האובייקטיבי נדרש כי הטעות תהא סבירה ובלתי נמנעת באופן סביר.

95. בהיבט הסובייקטיבי נקבע **תנאי תום הלב** - **"הסתמכותו של הלקוח על עצת עורך דינו צריך שתיעשה בתום-לב"**. לעניין זה, כב' הנשיאה ביניש ציינה, כי "כאשר הלקוח



בתי המשפט

98

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

אינו טועה מבחינה סובייקטיבית טעות כנה בנוגע לדין הפלילי, או כאשר הלקוח חושד בכך שמעשהו הוא אסור, הרי נתקיים בו היסוד הנפשי שבעבירה ולא יהיה בחוות דעתו של עורך דינו ואף לא של גורם מייעץ אחר, כדי לפטור אותו מאחריות פלילית" (תנובה, פסקה 37).

בעניין טגר הובהר, כי תום לב בא לידי ביטוי בכך שנדרש כי התנהגותו של המתיעץ עם עורך דין תשקף ניסיון כן ואמיתי לדעת מהן דרישות החוק ולעמוד בהן. כב' השופטת ברלינר הוסיפה: "מובן מאליו, כי פנייה לעורך דין אשר נעשית שלא מתוך כוונה כנה לעמוד בכל דרישות החוק אינה פניה בתום לב" (טגר, שם, פסקה 77).

כבר כאן אומר, כי אין לפני ראיות השוללות את תום לבם של הנאשמים לעניין הבנתם שההסדר בבית איטונג אינו בגדר הסדר כובל. הקושי עולה בהקשר להיבט האובייקטיבי.

96. אשר להיבט האובייקטיבי - הובהר כי יש לערוך "בחינה בדיעבד באשר לסבירות טעותו המשפטית של הנאשם" (טגר, פסקה 64), זאת "בהתאם לנסיבות הקונקרטיות הנוגעות לאותו אדם, לאפשרויות הקיימות לבירור המצב המשפטי ולשאלה המשפטית שהתעוררה" (תנובה, פסקה 36).

בפס"ד טגר (פסקה 65) צוין, כי "דרישת הסבירות אופפת את ההסתמכות לאורך כל הדרך, והיא משתרעת הן על מהלך ההתייעצות והן על ההחלטה להסתמך על העצה. היא כוללת את עצם הפניה לעורך הדין, בחירת עורך הדין, את המידע שנמסר לעורך הדין והיקפו וכדומה".

על פי קביעותיו של בית המשפט העליון, מבחן הסבירות עשוי לבוא לידי ביטוי בבחינת כמה היבטים:



בתי המשפט

99

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

א. **מורכבות השאלה המשפטית - בעניין תנובה צוין, כי "ככל שמדובר בשאלה משפטית מורכבת יותר שהדין לגביה אינו ברור וחד משמעי, כך תהא ההסתמכות על ייעוץ מקצועי לרבות, עצת עורך דין, בנוגע לאותה שאלה סבירה יותר. ככל שהשאלה מורכבת פחות וככל שההתנהגות שחוקיותה נבחנת קרובה יותר ל"גרעין הקשה" של העבירה הנדונה, כך תפחת סבירות ההסתמכות על עצת עורך דין כמכשירה את אותה התנהגות" (שם, פסקה 36).**

ב. **מעמדו וניסיונו המקצועי של אדם המבקש להסתמך על עצת עורך דין – הובהר, כי יש בנתונים הסובייקטיביים של הנאשם כדי להשפיע על ההכרעה בדבר סבירות ההסתמכות על העצה שניתנה. "ככל שאדם הוא בעל עמדה מקצועית בכירה יותר וככל שניסיונו המקצועי רב יותר, כך מצופה ממנו להיות בקיא ומודע יותר לדינים הנוגעים לתחומי עיסוקו ולסוגיות הבעייתיות הכרוכות בהם; בנסיבות כאלה, הסתמכות "עיוורת" שלו על עצת עורך דין בנוגע לאותם דינים תהיה פחות סבירה".**

ג. **בחינה שהטעות משפטית היא "בלתי נמנעת באורח סביר", כפי שנקבע בסעיף 34 יט' לחוק העונשין: "על בית המשפט לבחון, בנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה, האם ההתייעצות עם עורך הדין, כפי שהתנהלה, וההסתמכות עליה, הובילו לכך שהטעות המשפטית הייתה 'בלתי נמנעת באורח סביר'" (טגר, פסקה 65).**

97. **בשני פסקי הדין הנזכרים נקבעו כללי עזר לבחינת היות הטעות בלתי נמנעת, כדלקמן:**

א. **חובה למסור לעורך הדין את התשתית העובדתית הרלבנטית והמלאה - "על הייעוץ המשפטי להתבסס על מלוא התשתית העובדתית הרלבנטית למקרה מסוים" (כב' הנשיאה ביניש, שם). קרי, על הנאשם המבקש לקבל חוות דעת**



בתי המשפט

100

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

משפטית, להביא בפני הגורם המייעץ את כל העובדות הרלוונטיות לעניינו ולמסור לו את המידע המדויק הדרוש לו לשם מתן העצה. כב' הנשיאה ביניש ציינה לעניין זה חריג, והוא "כאשר מדובר בעורך דין המצוי באופן שוטף בענייניו של הלקוח, עשויה התשתית העובדתית לחוות הדעת להתבסס גם על הידיעות המצויות בידיעתו האישית של עורך הדין, ובלבד שמבקש חוות הדעת משוכנע כי העובדות הן בידיעת עורך דינו" (תנובה, פסקה 37).

בעניין **טגר**, פורטו על ידי כב' השופטת ברלינר גם הנחיות עזר לכך (פסקאות 74-76, 78).

(1) **המידע הרלבנטי מהו?** "מידע רלוונטי הינו כל מידע הקשור לעניין לגביו התבקשה עצת עורך הדין ושעשוי להשפיע בצורה כשלהי על עמדתו המקצועית של עורך הדין לגבי חוקיותה של הפעולה עליה הוא מחווה את דעתו". כב' השופטת ברלינר הוסיפה, כי אמת המידה המתאימה לבחינת מהות המידע הרלבנטי היא על דרך האנלוגיה של "חובת הגילוי של חומר החקירה המוטלת על התביעה במשפט פלילי. המבחן שנקבע הוא: "חומר החקירה, במובן ההוראה האמורה, גם ראיות השייכות באופן הגיוני לפריפריה של האישום במשמע" (בג"ץ 233/85 **אל הוזייל נ' משטרת ישראל**, פ"ד לט(4)124, 129), (טגר, פסקה 74).

(2) **דרישה לקשר של סיבתיות** - כב' השופטת ברלינר ציינה, כי נדרש קשר של סיבתיות, כשהכוונה היא "לקשר פוטנציאלי בין טעות אפשרית של עורך דין לבין המידע שסופק". היינו, כאשר מתברר כי פרט מידע לא הובא לידיעת עורך הדין, יש לבחון, על פי מבחן אובייקטיבי, את השאלה: "האם עשוי היה המידע (האם היה לו פוטנציאל) להשפיע על חוות דעתו של עורך הדין", כאשר די בכך שלמידע שלא נחשף היה פוטנציאל להשפיע על כשרות הפעולה, גם אם לא לגבי אותה עילה משפטית שבשלה נקבע לבסוף שהיא אינה חוקית (שם, פסקה 75 ופסקה 78).



בתי המשפט

101

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

(3) מבחן האדם הסביר - ראוי לבחון על ידי מבחן סבירות ולפי נסיבות העניין, "האם הועמד בפני עורך הדין כל המידע אשר אדם סביר היה רואה בו חשיבות לעורך דין לשם גיבוש דעתו המקצועית". כב' השופטת ברלינר הדגישה, כי יש לנקוט אמת מידה מרחיבה בעניין (שם, פסקה 76).

98. **ב. לעורך הדין מומחיות בשאלה עליה ניתנה חוות הדעת** - בפסק דין **תנובה**, קבעה כב' הנשיאה: "על אדם המבקש לקבל חוות דעת לעניין הדין הנוהג בשאלה מסוימת לפנות לעורך דין בעל מומחיות בתחום שבו מתבקשת חוות הדעת המשפטית". עם זאת, כב' הנשיאה הוסיפה, כי "פנייה לעורך דין שלכאורה אינו בעל המומחיות המיוחדת, כשלעצמה, אין בה כדי לשלול את תוקפה של ההגנה והכל תלוי בתום ליבו של הפונה" (שם).

99. **ג. חוות הדעת המשפטית ראוי שתינתן בכתב** – בהקשר זה, בעניין **תנובה**, קבעה כב' הנשיאה ביניש, כי "על מנת שעצה משפטית תקנה לאדם העומד לדין פלילי את האפשרות ליהנות מן ההגנה של טעות במצב המשפטי עליה להיות **רצינית על פניה**, ולפיכך, מן הראוי שבדרך כלל תהא בידו חוות דעת משפטית בכתב". כב' הנשיאה ביניש הוסיפה לעניין זה, כי תפקידה של דרישת הכתב בכל הנוגע להגנה הקבועה בסעיף 34"ט לחוק העונשין הוא בעיקר במישור הראייתי (שם, פסקה 37). עוד אמרה, כי: "במישור הראייתי תיתן חוות הדעת הכתובה לבית המשפט אפשרות לבחון מהי בדיוק העצה המשפטית שניתנה ללקוח על ידי עורך דינו, וכך להעריך טוב יותר את קיומה של ההגנה של טעות בדין ואת סבירות האמצעים שנקטו על ידי הנאשם לשם בירור הדין. זאת ועוד, יש בחוות דעת כתובה כדי לחזק את רצינות הטענה של הסתמכות הנאשם על ייעוץ משפטי שניתן לו". כן ציינה כב' הנשיאה, כי מקובל עליה שאין לקבוע דרישה מוחלטת לחוות דעת כתובה, אך ברור כי לרוב, ייעוץ משפטי שלא ניתן בכתב לא יעמוד ברף הנדרש לקביעת היות הטעות "בלתי נמנעת באורח סביר".



בתי המשפט

102

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

על-פי כב' הנשיאה ביניש, בכל הנוגע למישור המהותי של דרישת הכתב, "מטבע הדברים חוות דעת כתובה בנוגע לחוקיותם של מעשה או עסקה מסוימים, תהא מוקפדת ותוכנו של הייעוץ עליו מתבססת התנהגותו של הטוען להגנה יהיה ברור, ובעל משקל רב יותר" (שם).

100. ד. יש לבחון האם הנאשם נקט באמצעים אחרים מתאימים יותר לבירור הדין – על-פי פסק דין תנובה - "חוות דעת משפטית שיש בה כדי לשמש הגנה מפני אחריות בפלילים כהגנה בלעדית, הינה בעלת ערך ומשקל רק אם נקט הנאשם באמצעי האמור לבירור הדין בהיעדר אמצעים אחרים מתאימים יותר, כגון חוות דעת מוקדמת של רשות מוסמכת לפרש את הדין שהיא מחילה על הנסיבות מן הסוג הנדון, קיומו של פסק דין קודם ונהלים או הנחיות המקובלים לאותו עניין. על כך יש להוסיף, כי אם בידי המסתמך על הטעות בדין מידע קונקרטי הנוגע לסוגיה הנדונה, הוא יילקח בחשבון בעת בדיקת כנות הטעות וכנות ההסתמכות על האמצעים שנקט כדי למנוע טעות בדין" (פסקה 37).

בהקשר זה גם צוינה האפשרות לפנות לרשות המנהלית המוסמכת כדי לקבל את עצתה המשפטית - לדברי כב' הנשיאה: "כאשר קיימת בפועל אפשרות ממשית לקבל את עמדתה המשפטית של הרשות המוסמכת, ובמיוחד במצב בו ישנו הסדר סטטוטורי המאפשר זאת (כמו ההסדר הקבוע כיום בסעיף 43א לחוק ההגבלים), טעותו בדין של הנאשם, שהעדיף להסתמך על עצתו המשפטית של עורך דינו ולא לפנות לרשות המוסמכת, נראית על פני הדברים כטעות שאינה בלתי נמנעת באורח סביר" (שם, פסקה 38). עוד נאמר שם, כי "הנטל על הנאשם בנסיבות כאלה הוא להבהיר מדוע בנסיבות העניין הסתפק בעצתו המשפטית של עורך דינו ומדוע היה זה אמצעי סביר, על אף קיום האפשרות לקבל את עמדתה המשפטית של הרשות המוסמכת..."



בתי המשפט

103

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

101. ה. **עצת עורך הדין אמורה להתייחס ישירות למקרה הקונקרטי - כב' השופטת ברלינר הדגישה: "ככלל הסתמכות על יעוץ משפטי שניתן על-ידי עורך דין לא תחשב לסבירה אם הייעוץ לא ניתן לגבי המקרה הקונקרטי. הטעם העיקרי לנכונות לראות בהסתמכות על עצת עורך דין פעולה העשויה להקנות הגנה מפני אחריות פלילית הינו ההכרה בנחיצותה של מומחיות להבנת איסורים פליליים מסוימים. צידו השני של המטבע הוא, שתחולתה של חוות דעת שניתנה לגבי מקרה מסוים תוך שקילת נתוניו הפרטניים והיחודיים מצומצמת למקרה זה. אם במומחיות עסקינן, אין מקום להבנתו העצמאית של הפונה שתורכב על אותה מומחיות ותרחיב את התחום שלגביו ניתן הייעוץ, מבלי שהמייץ היה בתמונה" (טגר, פסקה 98).** באותה פרשה נדחתה טענת הסתמכות, לפיה הטוענים לה הסיקו שהסכם מסוים הוא כשר **על סמך זמיונו להסכם אחר** (פסקה 99). יודגש, כי לעקרון זה חשיבות רבה בכל הנוגע לאישום הרביעי, שעניינו ההסדר הפרטני בין מודגל לטסה, בו אדון בהמשך הדברים.

מהסקירה דלעיל עולה, כי נקבעו בפסיקה דרישות חמורות לקבלת הגנת הסתמכות על עצה משפטית. האם דרישות חמורות אלו התקיימו במקרה שלפני? התשובה לכך היא לשיטתי שלילית, ואפרט עמדתי להלן, לאחר הצגת העובדות הרלבנטיות.

102. אציג עתה את גרסת הנאשמים לגבי ההסתמכות על העצה המשפטית בנוגע להסדר מחיר המינימום. על-פי גרסה זו, מי שוידא בשיחה עם עורך דין את חוקיות המפגשים בכללותם ואת עניין ההנחה המומלצת בפרט היה **אילון בן הרצל**. בן הרצל העיד: "ש. מה היתה התגובה של המפיצים כאשר מודגל ביקשה לקיים את הפגישות?"

ת. לא זכורה לי התנגדות לקיום הפגישות. הם רצו לדעת אם זה מותר.

ש. עצם קיום הפגישות

ת. עצם קיום הפגישות



בתי המשפט

104

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

ש. ומה ענית להם

ת. אני התייעצתי עם יועץ משפטי והוא אמר לי שזה אפשרי.

ש. מה היו הסוגיות שהטרידו אותך שהלכת לייעוץ משפטי בעניין

הזה

ת. הנושא של עצם הפגישות ונושא של ההנחה המומלצת.

ש. ומה היה הייעוץ המשפטי שקיבלת

ת. שאין עם זה בעיה" (פר' 3.5.04, עמ' 3406).

מדברים אלה עולה, כי בן הרצל התייעץ עם עורך דין הן לגבי עצם קיום הפגישות

והן לגבי הפניית ההמלצה למשווקים.

בן הרצל הבהיר כי חוות הדעת ניתנה **בעל-פה**, וכי עורך הדין עימו התייעץ היה

עו"ד **יוסי לוי** (בא-כוחו בדיון שלפני). בן הרצל העיד:

"ש. מי נתן לך את הייעוץ ... לגבי הנושא הזה

ת. עו"ד יוסי לוי

ש. ואיך ניתנה חוות הדעת של מר לוי לגבי הפגישות והמחיר

המומלץ

ת. אני נפגשתי איתו ותיארתי לו בקצרה מה אנחנו רוצים לעשות

מבחינת המפגשים, איזה נושאים אני רוצה לדבר עם המפיצים על כל

הנושא עם הבעיות של מודגל תחזיות שוק, תכניות למוצרים חדשים,

כל הדברים האלה, כשהמטרה היא לשפר את מערכת היחסים עם

המפיצים, ובמסגרת הזאת גם אמרתי לו שאני רוצה להמליץ לתת

המלצה מחיר, הנחה. להמליץ על הנחה בשוק, והוא נתן לי תשובה

שזה בסדר הוא לא רואה עם זה בעיה.

ש. סיפרת לו שהפגישות יהיו עם המפיצים המרכזיים שלכם

ת. סיפרתי לו שהפגישות יהיו עם המפיצים הגדולים שלנו, כן

ש. סיפרת לו שיכול להיות שתצטרך לעדכן את המחיר המומלץ מדי

פעם בפעם



בתי המשפט

105

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

ת. לא. לא דיברנו על פרטים.

ש. למה בכלל פנית למר לוי להתייעץ ...

ת. פניתי מאחר וכשדיברתי על זה עם המפצים על התכניות של הנושא, הם שאלו אותי האם קיבלתי ייעוץ משפטי שזה מותר ואז החלטתי להתייעץ" (פר' 9.6.04, עמ' 3552).

103. אין מחלוקת שטענת ההתייעצות האמורה לא הועלתה על-ידי **בן הרצל** בחקירותיו, בין ברשות להגבלים עסקיים ובין ברשות לניירות ערך (בן הרצל, שם), **אף כי בן הרצל נשאל מפורשות בנושא**. משמע, מדובר בגרסה כבושה לחלוטין. מטבע העניין, גרסה כזו מעוררת בעיית אמינות. הסברו של **בן הרצל** לכך לא היה משכנע. לדבריו, העדיף להכחיש התייעצות **מחשש שעו"ד לוי לא יזכור אותה** (פר' 30.6.04, עמ' 4000 ואילך).

חרף האמור, הגעתי למסקנה שיש לקבל את הגרסה הכבושה כמשקפת את האמת, בשל שני נימוקים. **האחד**, העובדה שאינה במחלוקת, **שמשה רוזנברג** אמר כבר **בחקירתו** שבן הרצל אמר בבית איטונג כי התייעץ עם עורך דין, וגם באו עדויות נוספות על כך. אכן, אפשר שבן הרצל אמר זאת למשתתפים מבלי שהתייעץ, ואולם – כאן בא הנימוק השני, והוא העיקרי – אני סבורה כי יש לייחס משקל רב לעובדה שבן הרצל נקב בשמו של **עו"ד לוי** שייצג אותו במהלך הדיון לפני כמי שהתייעץ עמו. קשה להעלות על הדעת שבן הרצל היה משקר ומייחס לעורך דינו – הנוטל חלק בדיון – את מתן העצה, **אשר בסופו של דבר, בנסיבות המקרה, לא הוכיחה עצמה כטובה**, כעולה מעצם הסתבכות הנאשמים בתיק שלפני, אלמלא היו הדברים נכונים.

104. ואולם, גם כך אין בגרסה כדי לשמש הגנה לנאשמים. על פני הדברים, לא נמסרו לעורך הדין המייעץ הפרטים הרלבנטיים (למצער לא באה עדות מפורשת לפיה נמסרו הפרטים). גם אם נמסר לעורך הדין כי ההמלצה תינתן כאשר המשווקים יושבים יחדיו – עובדה שלשיטתי לא הובהרה כל צרכה בעדות בן הרצל – לא באה עדות לפיה עורך הדין נשאל אם מצב שבו המשתתפים יביעו הסכמה להמלצה והנושא ילובן בישיבה המשותפת



בתי המשפט

106

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

הוא חוקי. העובדה שלא נמסרו הפרטים האמורים עולה מגרסת ההתייעצות עצמה, כפי שהועלתה בבית המשפט (פ' 9.6.05, שם). על-פי **בן הרצל**, דובר על עצם הפגישות ועל נושא של ההנחה המומלצת, והוא לא נכנס בשאלותיו עם עורך הדין לפרטים. כאמור, גם לא באה עדות מפורשת, לפיה נאמר לעורך הדין שההמלצה אמורה להימסר בשבת המשווקים יחדיו (ואולם, אפשר שניתן להבין זאת מהקשר הדברים), אך בעיקר לא נאמר כי נשקלה בגדר ההתייעצות האפשרות שהמפגשים יגיבו ובסופו של דבר תשתמע הסכמה מפורשת או מכללא לתוכן ההמלצה. לעיל הובהר, כי העבירה לא גלומה בהמלצה, אלא בהסכמה שבאה בעקבותיה. לכן, נראה, כי היה בידו של עורך הדין – במיוחד אילו הפעיל את דמיונו - להבין כי אם תושמע ההמלצה, אפשר שהדבר ייגרר לכלל הסדר המונע תחרות בין המשווקים. מהיבט זה, ההתייעצות לא עסקה בהתרחשות הרלבנטית לאישום. כמו-כן, קשה להתייחס לשאלות לקוניות שהעלה בן הרצל לפני עורך דינו כפי שתיאר, ללא כל פירוט, כאל התייעצות **רצינית**, **דהיינו**, **התייעצות שבעקבותיה הטעות היתה בלתי נמנעת באופן סביר**. חוסר הרצינות של ההתייעצות השתקף גם בעובדה שבן הרצל עצמו חשש שלוי **כלל לא יזכור אותה**, כעולה מהסברו לגבי הכחשת גרסת ההתייעצות בחקירתו. קשה לכנות התייעצות כזו, שלא נערכה בכתב ואף קיים ספק אם עורך הדין יזכור אותה, כהתייעצות רצינית. הובהר בפסקי הדין **תנובה וטגר**, כי דרישת "**הרצינות**", כמשמעותה כאן, היא דרישה מהותית, שאין להקל בה בבחינת היות הטעות בלתי נמנעת באופן סביר. במונח "**רצינות**" אני כוללת כאן את כלל הרכיבים המבטיחים שהטעות היא בלתי נמנעת באופן סביר, כעולה מהאמור לעיל.

105. אוסיף, כי אפשר שאילו נכנס בן הרצל לפרטים בשיחה עם עורך דינו, היתה מן הסתם עולה על הפרק האפשרות שהפניית ההמלצה בעת שהמשווקים נמצאים יחדיו תיגרר למצב של הסכמה הדדית על העמדת המחיר המומלץ. ברם, גם אם ניתן לומר כי היה על עורך הדין לצפות מצב כזה ולהזהיר את בן הרצל מפני התרחשותו, אין בידי לקבוע זאת, לנוכח דלות הפרטים לגבי המידע שנמסר לעורך הדין. מכל מקום, לא עמדה לפני ראייה, לפיה עורך הדין אמר כי יש ביד המשווקים ביחד עם מודגל **להסכים** על העמדת הנחת מחיר מסוימת. לא באה גם ראייה המלמדת כי בן הרצל הבין מעורך הדין כי הסכמה



בתי המשפט

107

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

של כלל המשווקים בנושא המחיר – בעת הפניית ההמלצה – אינה עומדת בניגוד לחוק. בנסיבות אלו, אין העצה שניתנה מקימה את ההגנה הנטענת. "השמיכה" קצרה מלשמש הגנה כנדרש.

106. עד כאן לגבי מודגל ובן הרצל. בוודאי שניתן לדבר על חוסר רצינות בנוגע לנאשמים האחרים, אשר על-פי טענותיהם הסתמכו על דבריו של בן הרצל בישיבה בבית איטונג, מבלי שנועצו **ישירות** ומבלי שביררו את נסיבות ההתייעצות והיקפה. הם גם לא ביררו עם מי נעשתה ההתייעצות ומה הועלה בגדרה, ומכל מקום, לא באה עדות על כך. הובאו לעיל דברים מתוך פס"ד **טגר** לעניין ייעוץ שניתן שלא עסק **ישירות** במקרה הקונקרטי. כאמור, הסתמכות כזו אינה מלמדת על רצינות. גם הסתמכות על עצה שניתנה לאחר אינה בבחינת הסתמכות רצינית, **שהטעות לאחריה היא בלתי נמנעת**. כאמור, בעניין **טגר**, בית המשפט העליון לא קיבל טענת הסתמכות שהתבססה על דמיון בין מצבים, מבלי שנתקבלה עצה לגבי המקרה הקונקרטי. מאותו טעם, אין גם מקום לטענה שדי היה לנאשמים לסמוך על העובדה שבן הרצל הוא מנכ"ל של חברה מכובדת ומבוססת אשר בוודאי פועלת כחוק (כטענת הנאשמים 6-9 גם לעניין האישום הרביעי). בסופו של דבר, מדובר בעצה שניתנה לאחר ולא למשווקים המסתמכים עליה, ובמצבים כאלה, על מקבל העצה להבין כי קיים חשש לאי-התאמה.

בנסיבות אלו, לא עמדה הגרסה מבחינתו של בן הרצל בדרישת מסירת התשתית העובדתית המלאה לעורך הדין, ואף יתר המשתתפים בפגישה לא נהגו באופן הרציני הנדרש בקבלת חוות דעת, כדי שניתן יהיה לקבוע שהטעות לעניין הסדר מחיר המינימום היתה "בלתי נמנעת באורח סביר".

107. להשלמת התמונה, אתייחס לתוכנה של העצה. לשיטתי, הפניית המלצה "חד-צדדית" למשווקים אינה הסדר כובל בדרך כלל, ואולם, עצם העובדה שנמסרת המלצה על-ידי היצרן בעת שהמשווקים יושבים יחדיו מגדילה סיכוי להתגבשות הסכמה בדבר אימוץ ההמלצה, ואינה גורעת מהיווצרות הסדר כובל, כאשר בפועל מושגת הסכמה. לכן, עצת



בתי המשפט

108

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

עורך הדין היתה נכונה אך בחלקה, ובסופו של דבר, לא הלמה את השתלשלות העניינים. על ההבדלים בין המצבים (המלצה חד-צדדית להסכמה רב-צדדית) אתעכב בפרק הבא.

108. נאשמים 4 ו-5 טוענים גם להסתמכות על עצתו של עורך הדין **דן אור**, אשר שימש אותה עת כעורך הדין הקבוע של חברת מנדלסון. לדבריהם, עולה מחומר הראיות, כי מר לוי שאל את עו"ד אור לגבי **חוקיות מתן מחיר מומלץ על-ידי ספק לכל מפיציו**, וקיבל תשובה כי הדבר חוקי. ואולם, גם עצה זו אין בה כדי לשמש הגנה. גם היא מתייחסת להיבט ההמלצה בלבד, שהיא כשלעצמה אינה מעוררת בדרך כלל בעיה.

ב. טענת ההגנה הכללית בדבר קיומה של המלצת מחיר בהסדר אנכי

109. הגדרת הסדר כובל בסעיף 2 לחוק עוסקת בתוכן הקשר שבין גופים המנהלים עסקים, ותכליתה למנוע הסדרים הפוגעים בתחרות. כבר נאמר, כי גם **הבנות** בנושאים שסעיף 2 עוסק בהן, בין מנהלי עסקים, חזקה על-פי החוק שהן פוגעות בתחרות.

עסקתי עד כה בעיקר בצד העובדתי של מחלוקת זו, תוך כדי נגיעה בהיבטים המשפטיים. כאמור, הנאשמים טוענים, כי הראיות מלמדות שמדובר בהמלצת מחיר שניתנה בקשר אנכי של יצרן ומשווקים. לטענה זו שני ראשים: **האחד** – העובדה שהופנתה המלצה בלבד שלא חייבה את המשווקים. **השני**, העובדה שהמלצת המחיר הופנתה בגדר קשר אנכי בין יצרן ומשווקים.

110. הנאשמים גם טוענים, כי הפרקטיקה של המלצת מחיר למשווקים היא פרקטיקה מקובלת ולגיטימית שאינה עולה כדי הסדר כובל. על-פי הנטען, זוהי למעשה עמדת המאשימה עצמה בכובעה כרשות ההגבלים העסקיים. כך בעמדת הממונה על ההגבלים העסקיים בענין **הסדרי סחר בין ספקים ורשתות קמעונאיות**, שבה נאמר:

"להבדיל מהכתבה או הסכמה בין ספק ורשת בדבר המחיר שתגבה הרשת מהצרכן עבור מוצרי הספק, המלצה של ספק לקמעונאי בדבר



בתי המשפט

109

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

מחיר המכירה לצרכן אינה מקימה כשלעצמה הסדר כובל, אם אמנם עסקינן בהמלצה גרידא שלא נלווית לה כל פעולה שמטרתה או תוצאתה היא אימוץ ההמלצה על-ידי הקמעונאי".

111. עיון מדוקדק בדברים אלו – בראיות ובטיעונים משפטיים מעין אלה - אינו תומך בטענות הנאשמים. בענייננו, הוכחה הסכמה בין הספק לבין המפיץ לגבי המחיר, וכאמור, הסכמה כזו משמעותית מבחינת השפעה על המחיר של כלל המפיצים בשוק, גם אם אינה מחייבת. לא היתה זו המלצה חד-צדדית בלבד, אלא המלצה שבעקבותיה באה הסכמה והבנה תואמת של כלל המפיצים לגבי העמדת המחיר בעתיד. המשווקים עשו מאמץ ליישם אותה הסכמה והתלוננו בבית איטונג בפגישות נוספות על הפרתה, ומודגל סייעה להם למנוע הפרה (ראו למשל, שיתוף הפעולה של מודגל בתמיכה בטענת המשווקים השקרית מול חברת מקורות).

בהיבט העובדתי, כבר קבעתי לעיל, שאין מדובר בהמלצה חד-צדדית (אלא בהסכמה בין מנהלי עסקים), ואף נגעתי בפגיעה התחרותית של קשר זה, ולו בחלקה. עתה ארחיב בהיבט המשפטי - האם העובדה שבין מודגל לבין המשווקים עמד קשר אנכי משנה את פני התמונה?

112. בהיבט המשפטי של קשר אנכי עסקתי באריכות בפסק דיני בת"פ 1142/01 מ"י נ' שולשטיין (סעיפים 18-38) (להלן: עניין שולשטיין), ואיני רואה מקום לחזור על הניתוח שהובא שם. כאן אדגיש את עיקר מסקנות אותו דיון, אשר לשיטתי תוקפו לא פג.

ראשית, אדגיש, כי העובדה שמדובר בהפניית המלצה (ולא במסגרת משפטית מחייבת) אינה מונעת את האפשרות לראות בשיתוף הפעולה שנוצר הסדר כובל, לאור ההגדרה הרחבה שבסעיף 1 לחוק, הקובעת כי הסדר מתקיים "בין במפורש בין מכללא בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות בין אם הוא מחייב על-פי דין ובין אם לאו". בכך תומך גם הפירוש הרחב שניתן בפסיקה למונח "הסדר" שבסעיף 2 לחוק. בית המשפט העליון,



בתי המשפט

110

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

בע"פ 1042/03, 1058/03 **מצרפלס שותפות מוגבלת בע"מ**, פ"ד נ"ח(1) 728 (סעיף 14) ובע"פ 2560/08 **מ"י נ' וול** (נבו) (סעיף קס"ב), אימץ את דברי כב' השופט ו' זילר בת"א (י-ם) 396/87 **קיסין נ' פטרולוג, חברת הגז הישראלית** כדלקמן:

"כך למשל, צריך להינתן למילה 'הסדר' שבסעיף 2 בחוק, הפירוש המרחיב ביותר. ברור שהמחוקק לא רצה להגביל עצמו בשום דרך בניסיונו ללכוד את כל האפשרויות בהן יגיעו בני האדם לכלל הבנה כזו. הוא טרח לכן להשתמש במילה 'הסדר' ולא הסכם או 'חוזה'. הוא ציין שאין חשיבות לשאלה אם מדובר בהבנה מפורשת או מכללא. נוכח האמור, נראה לי שהפירוש היחיד המשיג את מטרת החוק בתחום זה צריך לקבוע שהמילה הסדר כוללת כל דרך מתואמת המופעלת על-ידי בני אדם המנהלים עסקים ושמגמתה השלטת הסדר כובל ... אין זה מעניינו של החוק אם תיאום זה הושג בדרכי קונספירציה או בדרכי הסדר או באמצעות צד ג', או על-ידי קריצת עין, או על-ידי צחוק של הבנה, או על-ידי מתאם שהוא זר להסדר או על-ידי דברים שנאמרו למאן דהוא שאינו שייך לעניין כדי שהדברים ישמעו על-ידי מישהו השייך לעניין, או בכל דרך אחרת".

ובעניין **בורוביץ**, קבע בית המשפט העליון (כפי שהובא לעיל):

"הסדר אינו צריך להיות בעל מעמד משפטי של חוזה (כך לדוגמה, הוא אינו כפוף לכללים הרגילים של הצעה וקיבול או אף מסוימות) ודי ברמה מינמלית כלשהי של הבנה משותפת, הסכמה או שיתוף פעולה בין הצדדים לשם יצירתו (ראו: ע"פ 1042/03 מצרפלס שותפות מוגבלת בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 721, 728-729; יי גור דיני הגבלים עסקיים (מהדורה שלישית, תשס"ב-2002) 148להלן: יגור); ד' גילה "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים ומונופולין" (בתוך דניאל פרידמן ונילי כהן - חוזים (כרך ג' - תשס"ד), 645-646)). מלשון הגדרתו של המונח 'הסדר' עולה, כי



בתי המשפט

111

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

ההסכמה להסדר איננה צריכה להיות מפורשת, ויכולה להיות גם הסכמה מכללא או הסכמה בהתנהגות. מכך ניתן ללמוד, כפי שטוענת המדינה, כי די גם בהסכמה שבשתיקה ליצירת ההסדר.

...

חוק ההגבלים נועד למנוע את עצם עריכתם של הסדרים כובלים, וזאת ללא קשר לאופן הבעת ההסכמה על-ידי הצדדים לגיבושם. החשיבות הנודעת לאופן הבעת ההסכמה איננה, אם כן, במישור המהותי אלא במישור הראייתי גרידא. לפיכך, דעתנו היא, שגם הסכמה שבשתיקה עשויה להיות מספקת לשם הבעת נכונות להצטרף להסדר כובל."

מדברים אלה של בית המשפט העליון, עולה שדי בקיום הסכמה בין הצדדים להסדר, בעניינים שהחוק עוסק בהם, כדי שיוכר הסדר. לכן, אם בעקבות ההמלצה באה הסכמה כזו, אין בעובדה שהופנתה המלצה שאינה מחייבת כדי למנוע הכרה בקיומו של הסדר. הקביעה המפורשת בעניין **בורוביץ**, כי גם הסכמה שבשתיקה עשויה להיות מספקת בהקשר זה, שומטת את היסוד מטענת חלק מהנאשמים, שחלק מהיושבים בבית איטונג לא הביעו הסכמה מפורשת.

113. אותה מסקנה הוצגה בעניין **שולשטיין** הנ"ל, שבו נבחנה על-ידי סוגיית ההמלצה, בעיקר לאור משמעות המונח "כבילה" על-פי החוק, כאשר נטען שבשל העובדה שדובר בהמלצה בלבד, שיקול הדעת העצמאי של מקבלי ההמלצה לא צומצם. שם בחנתי את יסוד הכבילה או ההגבלה הטמונה במונח "מגביל עצמו" אשר בסעיף 2 לחוק, וצינתי, כי כל הבנה המבססת ציפייה להתנהגות בדרך שתואמה, נכנסת לגדר מונח זה. ויוטעם, אמירה זו לא הבחינה בין הסדר אנכי להסדר אופקי. החוק אינו מבחין מפורשות בין הסדרים אלה. לשיטתי, מנקודת מוצא זו (של נוסח החוק), הנטל על הטוען לאבחנה, להראות כי החוק אינו לוכד גם הסדרים אנכיים שיש בהם תיאום, נושא שעוד אשוב אליו.



בתי המשפט

112

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

העובדה שמדובר במחיר שאך "הומלץ" על-ידי מודגל אינה משנה את התמונה המשפטית שנוצרה עם ההגעה להסכמה שתוארה, זאת אף אם בעת חילופי הדברים בישיבה המשותפת היה ביד כל אחד מהמעורבים להבין שמדובר מבחינת מודגל בהמלצה בלבד, שאין כל חובה לאמצה ושלא תיאכף באמצעות אמצעי אכיפה, זאת, במיוחד לאור הבהרות מפורשות של בן הרצל בישיבה. סיבת הדבר היא, העובדה שעל-פי החוק גם הסדר שאינו מכיל התחייבות בת-תוקף חוקי ("בין אם הוא מחייב על-פי דין ובין אם לא") נכנס לגדר הסדר כובל. לכן, העובדה שהופנתה "המלצה" שאינה מחייבת, אינה גורעת מהיכולת למצוא הסדר כובל.

114. היכן נמצאת ה"כבילה" בהסדר דנן, שתחילתו בהמלצה?

להיבט הכבילה בהקשר ל"המלצה" התייחסתי באריכות בעניין שולשטיין הנ"ל, וצינתי, בין השאר, כי בית המשפט העליון בע"פ 4855/02 מ"י נ' בורוביץ, הפנה בהקשר לפירוש המונח "מגבלה" למאמרו של מ' בורונבסקי "על יסודות הכבילה שבהסדר ותוצאתה – חדש ואין חדש", מחקרי משפט, ה' תשמ"ז 125. במאמר זה נאמר, בין השאר:

"ההסדר על-פי החוק אינו מחייב קשר חוזי דווקא או כל קשר משפטי מחייב. לעתים די בהבנה; וההתחייבות – ההגבלה, יכולה להיות לא יותר מאשר צפיה של אדם להתנהגות אחר. לפיכך, גם מבחינת מהות ההסדר וגם מבחינת כוחו המחייב על-פי דין, אין הכרח שהסדר יגרע דווקא מחירות שהיתה לאדם, שכן לצד ההסדר ממשיכה לעמוד אותה חירות שעמדה לו קודם להתקשרותו ואין הוא מחויב לקיים את הכבילה. נהפוך הוא, אסור לו לקיים את הכבילה ... לשון החוק אף היא אינה מלמדת על כך שהסדר מן ההכרח שיגרע מזכות משפטית...

לו היה בכוונת המחוקק להגדיר את מושג ההסדר וההגבלה כמחייבים הטלת חובות על אדם, יכול היה לעשות כן במפורש, אך בחוק אין למונחים כאלה כל זכר" (שם, 135).



בתי המשפט

113

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

בהמשך להישענות על דברי בורנובסקי, ציין בית המשפט בפרשת **בורוביץ** –
"די, אפוא, בכך שכלפי החברות השותפות להסדר ... הפגינה
איילון למראית עין מחויבות להסדר וצפייה ליישומו ולאכיפתו כדי
לחייב את המסקנה שהוא נושא באחריות לעשייתו ולקיומו של
הסדר זה" (שם, עמ' 906).

בספרם "ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים" (נבו, 2008), מציינים
המחברים, פרופ' מ' גל ומ' פרלמן:

"יסוד הכבילה הוא אחד מהיסודות הבעייתיים ביותר בסעיף 2(א)
לחוק. הסיבה לכך היא שכבילה מסוימת קיימת בכל מערכת
יחסים הסכמית באשר היא" (עמ' 248).

הקשר בין קיומה של "הסכמה" ליסוד הכבילה ברור בדברים אלה.

המחברים מוסיפים ביחס ליסוד הכבילה, כי "הפרשנות הראויה לו היא הפרשנות
המילולית אשר בהתאם לה כבילה משמעותה צמצום חופש הבחירה". כל הסכמה בין
מנהלי עסקים בעניין המחיר שיעמידו למוצר שהם מוכרים יש בה משום כבילה, מאחר
שהיא משפיעה על התנהגותם בעתיד ומגבילה אותה בפועל, גם אם החופש בידם לקבוע גם
מחיר אחר.

בעניין **בורוביץ** (פסקה 87), נקבע לגבי יסוד הכבילה:

"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
מסויים של לקוחות (ובין שההגבלה מחייבת אותו לפעול רק באופן
מסויים (לדוגמה, למכור את מוצריו רק במחיר מוסכם כלשהו).



בתי המשפט

114

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

מלשון החוק עולה, כי די בכך שאחד הצדדים להסדר יגביל את עצמו באופן האמור על מנת שההסדר ייחשב להסדר כובל מבחינת כל השותפים לו".

מאחר שהחוק מבהיר במפורש כי אין צורך שההסדר יהיה מחייב, נובעת בהכרח המסקנה כי גם **הסכמה בלתי מחייבת** למכור במחיר מסוים היא בהכרח "כבילה" או הגבלה מסוימת, מאחר שהיא מנתבת באופן מלאכותי את המחיר לכיוון המסוים, ובכך מצמצמת בפועל את אפשרויות הבחירה. אכן, במצבים שמדובר בהם מלכתחילה בהמלצה – ובהנחה המקובלת עלי, לפיה הובהר על-ידי מודגל בבית איטונג שמדובר בהמלצה המותירה חופש פעולה ובחירה לכל אחד – עדיין, משהתחוויר כי ההמלצה בעיקרה מקובלת על המשתתפים, כעולה מהראיות שפורטו, נוצר הבסיס לתיאום, ודי בכך כדי לבסס קיומו של הסדר. חשוב גם להבין, כי גם אם כל אחד מהמשווקים לא ראה לנכון להקפיד לאחר מכן בכל מכירה על הנחה מרבית של 57%, מחיר זה שימש כ"**מחיר בסיסי המשמש כנקודת מוצא מוסכמת ומתואמת לקביעת המחיר הסופי על-ידי כל הצדדים להסדר**" (מתוך הכרעת הדין בעניין **מצרפלס**, כמובא בעניין **וול**, סעיף קע"ה).

115. מהאמור לעיל נובעת גם המסקנה, שכבילה טמונה **בכל הסכמה** להעמיד מחיר מסוים. לשון אחר, הסכמה המנתבת את המעורבים למחיר מסוים דווקא, משמעותה היא קיומו של הסדר הכולל כבילה, כמשמעות המונח בסעיף 2 לחוק. הסכמה להעמיד מחיר מסוים כוללת, מטבע הענין, "כבילה" להעמיד מחיר זה, מאחר **שבפועל** מצומצם חופש הבחירה (על-ידי מתווה ההסכמה) ומתקיים סיכוי מוגבר שכלל המסכימים יאמצו מחיר זה.

אכן, כנטען על-ידי הנאשמים, גם כאשר נמסרת המלצה חד-צדדית למשווקים בדרך אחרת – למשל על-ידי ציון המחיר המומלץ על המוצר, כמקובל בשיווק ספרים שעל כריכתם נכתב בדרך כלל מחיר מומלץ על-ידי המוציא לאור – גובר הסיכוי להעמדת המחיר שהומלץ. ואולם, בהקשר להמלצת מחיר, יש להבחין בין **התנהלות חד-צדדית לבין**



בתי המשפט

115

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

התנהלות דו-צדדית. במקרה של המלצת ספרים כאמור, מדובר בהמלצה חד-צדדית במלוא מובן המילה, שאינה מתלווה לה הסכמה מראש של חנויות הספרים (אלא אם העובדות הספציפיות מלמדות אחרת ואם אין אמצעי דירבון המובילים לקבלת ההמלצה). קבלת ההמלצה במובן הפיסי של המונח, ואפילו קבלת ההמלצה לגופה, דהיינו – קבלת החלטה להעמיד את המחיר שהומלץ, עדיין מותרות את ההתנהלות כחד-צדדית, בהעדר הבנה מראש כי כך יפעלו המעורבים. לעומת זאת, במקרה דנן, ולו מאחר שההמלצה ניתנה כאשר המשווקים ישבו יחדיו ונתקבלו תגובותיהם שהובילו להבנה של קבלת ההמלצה, מדובר בהסדר דו-צדדי, דהיינו, בנסיבות המקרה – בהבנה רבת משתתפים, בגדרה הובהר כי מחיר מסוים הוא המועדף על-ידי כלל המשתתפים למכירות עתידיות. זאת, גם אם רק חלק מהמשתתפים הביעו דעתם בישיבה, מאחר שגם כך, בשל שתיקת האחרים, נוצר הרושם של הסכמה כללית מכללא למחיר של 57% הנחה.

מהאמור לעיל נובעת המסקנה, כי הסכמות בין מנהלי עסקים הנוגעות לאופן קביעת מחיר כוללות כבילה, וזאת, אף בהעדר התחייבות הדדית בת-תוקף משפטי. אפשר ששיקול הדעת העצמאי של כל אחד מהצדדים לקבוע כל מחיר נשמר, אבל לא ניתן להתעלם מההשפעה של ההבנה על התנהגותו בפועל. יש להימנע מהטעות, לפיה אי-הגבלת שיקול הדעת באופן משפטי די בה למניעת הכרה בהסדר. בעניין **שולשטיין** ציינתי, כי המונח של "צמצום חופש הבחירה" מתייחס לא רק לצמצום היכולת המשפטית לפעולה אחרת, דהיינו, לקבלת **התחייבות** לפעול בדרך מסוימת בלבד. הצמצום הרלבנטי הוא גם **צמצום בפועל**, וצמצום כזה קיים גם כאשר "צד א' מקבל המלצה של צד ב' למכור מוצר במחיר מסוים, אף שהוא רשאי מהבחינה המשפטית למכור אותו מוצר במחיר אחר. לאחר אותה הסכמה הוא למצער יצר ציפייה שימכור דווקא במחיר שהסכים לקבלו ויש בכך משום כבילה או הגבלה בפועל. בראיה מציאותית, ניתן להעריך ששני הצדדים יתחשבו בצפייה זו בהמשך התנהלותם בשוק ויוגבלו כך בהתנהלותם, ודי בכך כדי להשפיע על התחרות" (פס"ד **שולשטיין**, סעיף 26).



בתי המשפט

116

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

116 בענייננו, אכן, מודגל השמיעה בבית איטונג המלצה בלתי מחייבת, אבל הדעת נותנת כי היה בידה להעריך מראש כי המוזמנים לישיבה יביעו דעתם לגבי ההמלצה ויתרשמו מעמדות חבריהם. בדיעבד התגבשה בבית איטונג, בידיעת נציגי מודגל, הסכמה לעניין המחיר המומלץ, שיצרה "מגבלה" על ההתנהגות המשווקים לאחר מכך. זאת, גם אם כוונותיה המקוריות של מודגל לא היו בהכרח להביא לכך. מגבלה כזו נובעת מעצם ההסכמה שהסתמנה, אשר בהכרח היתה לה **השפעה על ההתנהלות העתידית של המשווקים**. בנסיבות שתוארו, היה בעצם העלאת ההמלצה בעת שהמשווקים יושבים יחדיו משום "משחק באש". כך, אם מודגל היתה שולחת בדואר המלצה כזו לכל אחד מהמשווקים, אפשר שהתוצאה היתה שונה.

117. אעבור עתה להשלכת האבחנה בין הסדר אנכי להסדר אופקי. דיון זה מתבקש, לאור העובדה שהנאשמים ייחסו חשיבות רבה לטענה לפיה מדובר בהמלצה שניתנה בקשר אנכי. בפתח הדברים אדגיש, כי לשיטתי הדיון אינו נחוץ, מאחר שלמעשה ההסדר שהושג הוא אופקי (הסדר בין המשווקים הנתמך על-ידי היצרן) ולגבי הסדר אופקי בין מנהלי עסקים, לא קיימת מחלוקת שהחוק רואה בו הסדר כובל, ואולם, מאחר שהסנגורים עשו מאמצים רבים לראות בו הסדר אנכי, אתייחס לנושא זה ביתר הרחבה.

118. הדיון ייעשה בעיקר לאור מאמרו של פרופ' ד. גילה (להלן: המאמר), שנכתב לאחר מתן פסק הדין בעניין **שולשטיין**, ועסק בו בין השאר. כותרת המאמר היא: **"האם המלצה על מחיר היא הגבל עסקי ומדוע"** (פורסם באתר אינטרנט. עותק המאמר מונח בתיק). במאמר נפרשת באריכות, בין השאר, ביקורת על קביעותיי בפסק דין שולשטיין, ומאחר שהנושאים שנבחנו שם רלבנטיים גם לתיק שלפניי, ברורה חשיבות ברור הנושא כאן. הנאשמים מוצאים במאמר זה תמיכה בטענותיהם העקרוניות לעניין אי-תחולת החוק על ההסדר בו עסקינן, שבו לטענתם הופנתה המלצת מחיר בהסדר אנכי. אציין כבר בפתח הדברים, כי אין בידי להסכים עם הניתוח שבמאמר, וכך עם דברי הסנגורים, המבוססים עליו.



בתי המשפט

117

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

119. ראשית, אציין את השוני בהגדרות, אשר לדעתי העיב על מסקנות הביקורת של ד"ר גילה על ניתוחי בפסק דין שולשטיין. לגבי המונח "המלצה", המאמר יוצא מנקודת מוצא אחרת מזו שעשיתי בה שימוש. אין למונח זה הגדרה בחוק. להבנתי, השימוש המקובל בביטוי "המלצה" – מונח שאינו מופיע כלל בחוק – בא כדי לבטא פניה לאחר לפעול בדרך מסוימת כשהאחר אינו חייב **משפטית** לאמצה **(להלן: המלצה בלבד)**. מצב זה מכיל בקרבו הרבה מאוד מצבים, הנכנסים כולם לגדר ספקטרום שבצידו האחד מצבים שבהם להמלצה לא מתלווה כל פעולת דרבון לאימוץ ההמלצה ושלא נתקיימה לגביה כל תקשורת המלמדת על **הבנה** מראש שההמלצה תאומץ. בצדו האחר של הספקטרום, מצבים שבהם מופעל לחץ על מקבל ההמלצה באופן שהוא חש מחויב למעשה לקבל את ההמלצה **(להלן: מצבי לחץ)**. במצבי לחץ כאלה, אף שמה**היבט של העדר חובה משפטית לקבל את ההמלצה מדובר בהמלצה בלבד**, ברי כי כאשר מדובר ביחס שבין גופים המנהלים עסקים, לא ניתן לשלול קיום הסדר כובל. אזכיר שוב, כי על-פי החוק, יכול הסדר להתקיים גם כאשר בין המעורבים לא קיימת התחייבות המוכרת בדין. מכאן, שקיום "המלצה בלבד" אינו שולל הסדר כובל, אם הנסיבות הנוספות מלמדות על קיומו. על כן, יש להיזהר בראיית כלל המצבים בהם מופנית **המלצת יצרן** למשווק תוצרתו כזהים מבחינת ההשלכה על התחרות.

במאמר הנזכר קובע פרופ' גילה: **"המשפט המשווה, כמו גם הוראות פטור סוגי ועמדות שפרסם הממונה על ההגבלים העסקיים בישראל מראים כי המלצת מחירים אנכית איננה אסורה על פי דיני ההגבלים העסקיים, זאת כל עוד ההמלצה היא המלצה "אמיתית" ואיננה מלווה באמצעי דירבון או כפיה לאימוץ ההמלצה"** (סעיף 3.2, שם). מכאן שדבריו של גילה במאמר במקומות שונים, לפיהם **"המלצת מחירים אנכית מותרת"** מותנים בהסתייגות שהוא עצמו מפרט, ומתייחסים אך ורק להמלצה "אמיתית" כהגדרתו. בשל הסתייגויות אלו, נראה כי דבריו של ד"ר גילה (תוארו אז), לפיהם המלצת מחירים אנכית איננה אסורה, מתייחסים למעשה רק לחלק קטן ממצבי ההמלצה הנכנסים להגדרתי - לאותם מצבים "טהורים" שבהם אכן ניתן לשלול כל השפעה תחרותית. הובהר לאורך פס"ד **שולשטיין**, כי מצב "טהור" כזה לא התקיים בגדר עובדותיו כלל, לכן פסה"ד



בתי המשפט

118

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

בענין שולשטיין לא יכול להיות שגוי כטענת גילה. השאלה היחידה היא, האם הנמקתי בפס"ד שולשטיין אינה רחבה מידי והיא מתייחסת כאל הסדרים כובלים גם למצבים ה"טהורים". אני סבורה כי התשובה לכך שלילית, ואפרט בהמשך.

120. ממאמרו של גילה עולה בבירור, כי לשיטתו, המלצה של יצרן למשווקים (או כדבריו – המלצת מחירים אנכית) אינה הסדר כובל. כבר נאמר, כי חרף ניסוחיו הרחבים, נראה כי אף הוא סבור שהדבר נכון רק לגבי חלק מהמצבים בהם ניתנה המלצה. מכל מקום, הסברו של גילה למסקנתו הוא, שמדובר ב"התנהגות שהיא בגדר אקט חד צדדי של גוף עסקי" (סעיף 3 למאמר). לשיטתי, אמירה גורפת זו מתעלמת ממצבים רבים שבהם הופנתה המלצה, ובשל כלל נסיבותיהם, לא ניתן לתארם כאקט חד צדדי. השאלה אם מדובר באקט חד-צדדי תלויה בעובדותיו של כל מקרה. העובדות שפורטו בפסק דיני בעניין שולשטיין, וגם העובדות בעניין שלפני, אינן נכנסות לגדר מצבים כאלה. לכן, אמירת גילה לעניין היות ההמלצה אקט חד-צדדי היא אמירה בלתי מדויקת, המתייחסת לתמונה חלקית בלבד או למקרה פרטי בלבד. המציאות מספקת מצבי המלצה אנכית שאינם בגדר אקט חד-צדדי.

ויוטעם, הממצאים שפורטו בפסק הדין בענין שולשטיין מלמדים, באופן שלא ניתן להחמיצו, שבנסיבות העניין שם הופעלו אמצעי דרבון על רשתות השיווק, ואף יותר מזה: הוכח כי היתה הבנה בין המעורבים שטמבור תדאג לכך שגם מתחרים אחרים בשוק ישמרו על מחיר מומלץ, דהיינו, מדובר במערכת של הסכמות, שבגדרה ההמלצה לא היתה אקט חד-צדדי. לשון אחר, בנסיבות שתוארו, לא יכול להיות ספק שמדובר בהסדר כובל ממש, וזאת אף לגישתו של גילה.

121. ביסוד גישתו של פרופ' גילה, כעולה מהמאמר, מונחת ההנמקה הבאה: "התנהגות שהיא בגדר אקט חד צדדי של גוף עסקי ואינו מהווה הסדר בין שני גופים עסקיים עצמאיים, לא יכולה להוות הסדר כובל" (שם, סי' 3), וכן, "המלצה אנכית לא מהווה הסדר משום שרואים אותה כאקט חד צדדי של הספק שמממש את חופש העיסוק שלו להמליץ (המלצה לא מחייבת) מה הוא רואה כמחיר לצרכן. באותו האופן אימוץ



בתי המשפט

119

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

ההמלצה על-ידי המפיצים בהתנהגותם מהווה אקט חד צדדי של המפיצים (שם). איני חולקת ולא חלקתי על דברים אלה. ברם, אין כל סיבה הגיונית שתשלול אפשרות שיחד עם המלצה של יצרן יתקיים הסדר ממש מכח הבנה או הסכמה בין המעורבים (היצרן והמשווק או המשווקים), ולכן, אין הצדקה לקבוע שכל המלצה היא אקט חד-צדדי. ויוטעם, גם גילה עצמו סבור, שדי לקיום הסדר **"גם כאשר המפיצים מביעים את הסכמתם (שלא בהתנהגות גרידא) לאמץ את המחיר המומלץ"** (שם, ס' 3.4).

דברי גילה, בעניין ראיית המלצה אנכית כחורגת מהגדרת הסדר, מנותקים מעובדות המקרה שבו עסק המאמר (עניין שולשטיין), והם מתקיימים אך ורק בגדר ההגדרה המצומצמת שאומצה על ידו למונח "המלצה". הקורא את פסק דין **שולשטיין** מגלה, כי בהכרעת הדין הובהר מספר פעמים כי הוכחו אמצעי דירבון לאימוץ המלצת המחיר, ואף הוכחה, מעבר להמלצה, **התחייבות** נוספת – התחייבות טמבור להביא לאימוץ המחירים המומלצים על-ידי רשתות אחרות. משמע, מדובר שם בהבנה הדדית מלאה לאמץ את המחירים. דברי גילה, שמדובר באקט חד-צדדי, אפוא, נסמכים על הנחה עובדתית לא נכונה. ככאלה, הם אינם רלבנטיים לעובדות המקרה שם, וכך גם לעובדות מקרים אחרים שבהם מופנות המלצות בקשר אנכי ונולדת הסכמה רחבה, כגון המקרה כאן. מבחינה זו, יש בניסוח האמור של גילה כדי להניח מכשול לפני מי שאינם בקיאים בתחום.

יתר-על-כן, באותו עניין, גילה בחר להניח הנחה שאינה רלבנטית בעליל לעובדות המקרה. כדבריו, **"אם נניח שמדובר בהמלצה טהורה, שאיננה מלווה במנגנוני דרבון לאימוצה (כגון איום בשלילת הטבות מצד טמבור) ואם טמבור מצידה לא התחייבה כלפי המפיצים לדאוג לכך שהמחיר המומלץ יאומץ, הרי שהסיכוי שהמלצת מחירים אנכית כזו יפגע [כך במקור] בצרכנים הוא קלוש"**. דא עקא, פסק הדין בעניין שולשטיין מבהיר, כי עובדות המקרה היו שונות לחלוטין. מה טעם, אפוא, בהנחה כזו שאין לה קשר לעובדות המקרה וכיצד ניתן לבסס באמצעותה ביקורת משפטית על פסק דין? אדגיש שוב, כי ברמת הממצאים העובדתיים, הובהר בהכרעת הדין בעניין שולשטיין, כי לא זו בלבד שהיו אמצעי דרבון – איום בהפסקת הנחות ופעולה ישירה של עובדת טמבור אצל הרשתות לביצוע



בתי המשפט

120

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

עדכון המחירים - אלא אף הוכחה התחייבות של טמבור להביא לאימוץ אותם המחירים על-ידי הרשתות האחרות, וכן היתה הסכמה של המפיצים לאמצו (סעיף 8 להכרעת הדין, להלן: "האלמנטים הנוספים"). על כן, מתבקשת המסקנה שלביקורת המצויה במאמר, ככל שהיא מופנית כלפי פסק הדין בעניין שולשטיין, אין קשר לעובדות פסק הדין וגם לא להנמקתו. אטעים, כי גילה מזכיר את העובדות שצינתי כאן במאמרו, אך משום מה הוא נמנע מלהסיק מהן מסקנה.

122. אוסיף כי, מדבריו של גילה במאמר עולה, כי נפלה טעות נוספת בפסק הדין בעניין שולשטיין, והיא מצויה במישור התיאורטי-ניתוחי. לדבריו, כאשר המלצה "מלווה באמצעי דרבון או אכיפה המתמרצים את המפיצים לאמצה, כבר אין מדובר בהמלצה אלא בהכתבה המהווה הסדר" (שם, ס' 3.4). מדבריו עולה, שטעות היתה גם בכך שאותה סיטואציה לא נקראה על-ידי "הכתבת מחירים", וחלף זאת נבחנה בגדר "המלצה". ואולם, גילה אינו מסביר מדוע היה עלי לקרוא למצב "הכתבה" – כאשר אין כל הגדרה בחוק לא "הכתבה" ולא ל"המלצה".

להדגמת טענתו בדבר הטעות שבפסק הדין, טוען גילה כי במקומות שונים בפסק הדין צוין, כי אין צורך לברר אם הכחשת הנאשם לעובדות שצוינו נכונה, "משום שגם המלצת מחירים אנכית מהווה ... הסדר כובל", ובהקשר זה הוא מפנה לדברים אלו שבהכרעת הדין:

"תיאורית ההמלצה בלבד ... אין בה כדי לשנות את המצב. הוסבר כי הרצון החופשי של הרשת לקבל את ההמלצה אינו מונע קיומו של הסדר, כפי שרצונם החופשי של הצדדים לקרטל לקיים ביניהם הבנה עסקית לגבי המחירים אינו שולל קיומו של קרטל ... גם העובדה שלא היו אמצעי אכיפה אינה משנה את המצב המשפטי".

דברים אלו, שהובאו על-ידי גילה מתוך הכרעת הדין ושהם נשללה השלכת הרצון החופשי והשלכת העדר אמצעי אכיפה על קיומו של הסדר, יש להבין על רקע עובדות המקרה שם, שהכילו גם הסכמה והבנה לפעול על-פי המחירים המומלצים, ואף הכילו



בתי המשפט

121

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

אמצעי דירבון, כגון איום בשלילת הנחות, שגם אם אין לקרוא להם **אמצעי אכיפה** ממש, די בהם כדי להקים הסדר. אין לנתקם ממערכת זו.

123. גילה ממשיך ואומר שם, שאם אין הכרעה עובדתית במחלוקת העובדתית הרלבנטית לאלמנטים הנוספים, יוצא שתוצאת פסק הדין וההרשעה נשענים אך ורק על הקביעה (המוטעית לגישתו), כי המלצת מחירים אנכית גרידא היא הסדר כובל. על-פי גילה, אם לעומת זאת יש הכרעה עובדתית מעבר לכל ספק סביר (לגבי האלמנטים הנוספים), הרי שמדובר בפרשה זו בכלל **בהכתבת מחירים אנכית** (לאור האיום של טמבור בשלילת הנחות ולאור התחייבותה כלפי כל מפיץ לדאוג שהמפיצים האחרים יאמצו את המחיר המומלץ), ואז כל הדיון של פסק הדין בעניין המלצת המחירים כהסדר כובל **הוא אוביטר דיקטום ולא נדרש לצורך הכרעה**.

דברים אלו אינם מתיישבים עם תוכן הכרעת הדין ועם הטיעון שלגביו ניתנה ההכרעה. גילה עצמו מתייחס במאמרו לממצאי הכרעת הדין – משמע, שמצא אותם בו – ויחד עם זה הוא מעורר שאלה אם אלו קיימים. משמע, הוא מתעלם מממצאים עובדתיים ברורים של הכרעת הדין. כמו-כן, אם הטעות לשיטתו נעוצה בכך שלא עקרתי את הדיון שהתקיים מגדר הדיון בהמלצה – גישתו אינה מבהירה מדוע **חובה** לקרוא למצב זה "הכתבת מחירים" **ולא ניתן לדון בו בגדר טענת המלצה, כשהנאשם שם טען שמבחינתו היה מדובר בהמלצה שלא היה חייב לקבלה**. טענות הנאשם שם בפועל הועלו בגדר טענת "המלצה שאין חובה לאמצה", דבר שמעצם טבעו קבע את מסגרת הדיון. מצב זה, שבו מסגרת הדיון נקבעת על-ידי הטענות הקונקרטיות, הוא מצב רגיל ומקובל במשפט. בנוסף, בשום מקום בהכרעת הדין לא נקבע כי הרשתות היו חייבות לקבל את ההמלצה או שהמחיר הוכתב להם, ולכן אין כל הגיון בקביעה כי הכרח היה לקרוא לאותו מצב "הכתבת מחיר". גם המאשימה לא טענה כי מדובר ב"הכתבת מחיר". אכן, הביטוי "הכתבת מחיר" הוא ביטוי מקובל בכתיבה בתחום ההגבלים העסקיים, אבל הוא טרם אומץ בדיון ואין הוא מחייב איש.



בתי המשפט

122

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

124. יתר על כן, אין סיבה לקבוע כי המונח "המלצת מחיר" בשימוש המקובל מתייחס אך ורק לאקט החד צדדי המתואר על ידי גילה. אכן, איני שוללת קיומם של מצבים כאלה, בהם היצרן באורח חד צדדי מודיע מהו המחיר המומלץ על ידו, המשווקים רואים עצמם חופשיים לחלוטין לקבל מחיר זה, ואין כל הבנה או הסכמה מוקדמת בין היצרן למשווקים בדבר קבלתו (מצב כזה קיים, לשיטתי, בכל הנוגע בהמלצות מחיר על ספרים, כפי שצוין לעיל). אני גם מוכנה להסכים, כי בהמלצה כזו אין חוק ההגבלים העסקיים עוסק. ואולם, בענין שולשטיין, לא עסקתי בהמלצה כזו כלל, ואין לנתק דברים שנאמרו שם מהקשרם. יתר-על-כן, ברי, כי אם מוכרי הספרים יסכימו ביניהם לפעול על-פי המלצת המחיר, יוצר הסדר כובל, למרות שההמלצה ניתנה לכל אחד מהם על-ידי המוציא לאור.

125. מחלוקת נוספת פעורה בין גישתי לבין גישת גילה, והיא נוגעת לאפיון הדין. לשיטת גילה, **"ההלכה הנוהגת היא שהמלצת מחירים אנכית איננה בגדר הסדר"** (סעיף 3.4 למאמרו).

קביעה זו רחבה מדי, למצער בכל הנוגע לדין בישראל, וגם היא יוצאת מהגדרה מצומצמת למצבי המלצה, כמתייחסים אך ורק להמלצה חד-צדדית. קביעה זו יש בה כדי להטעות, מאחר שלא כל מצבי המלצה הם בגדר "המלצה חד-צדדית".

גילה מפנה למשפט המשווה - לגישה המשתקפת לדבריו בפסיקה האמריקאית ואצל הרשויות באמריקה, לגישה באוסטרליה ולגישה באירלנד. אשר לישראל, נשען גילה, בהעדר פסיקה תומכת, על **"הוראות צווים, מסמכי עמדה ופטורי סוג שהוציא הממונה על הגבלים עסקיים"**. זאת, מבלי שהוא מסביר כיצד באלה מתמצה הדין בישראל. מכל מקום, הבודק הוראות אלו (ההוראות הישראליות) למיניהן, מגיע להבנתי למסקנה שמסקנות גילה אינן מדויקות. מההוראות אליהן הפנה עולה בבירור, כי במצבים בהם יש חשש להשפעות תחרותיות, אין די בכך שמדובר בהמלצה אנכית כדי לשלול קיום הסדר.

להדגמה, אפנה שוב לצו בעניין **הסדרי סחר בין ספקים לרשתות קמעונאיות**, אליו הפנה גם גילה (בסעיף 3.1 למאמר):



בתי המשפט

123

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

"רשאי ספק להמליץ לרשת שיווק על מחיר בו יימכרו לצרכן אחד או יותר ממוצרי, ובלבד שהספק אינו נוקט בפעולה שעניינה, מטרתה או תוצאתה הידועה מראש בעת נקיטתה הם אכיפת ההמלצה, לרבות פניה כלשהי לרשת בגין אי קיום ההמלצה (לרבות הפצרות ברשת לקיים את ההמלצה) שמשמעה איום, מפורש או משתמע לשלול מהרשת הטבות אם לא תקיים את ההמלצה".

הסייג המשמעותי המצוי בדברים אלו מלמד, כי לא ניתן ללמוד מהם כי הכלל שהוצג בדברי גילה משקף את הדין.

בשולי הדברים אעיר – בהקשר למחלוקת עם פרופ' גילה שצוינה לעיל, ושעניינה זיהוי הנושא כ"הכתבת מחיר", כי בפיסקה זו לצו מדובר על "המלצה" המצטרפת לאמצעי דרבון. אין היא נקראת בה "הכתבת מחיר". ואולם, גם אם נכון יותר לקרוא לה כך, טרם נקבעה חובה לעשות כן, והמציאות מלמדת שהביטוי "המלצה" בלבד ננקט כל אימת שאין חובה משפטית לקבל את ההמלצה, ולא דווקא כאשר מדובר במצב של אקט חד-צדדי, שבו עוסק גילה בגדר מונח זה.

לסיכום, כאשר עסקינן ב"המלצת מחיר", יש להיזהר מהתעלמות מיתר העובדות המאפיינות את הקשר הנבחן. כך, העובדות יכולות ללמד ש"ההמלצה" אינה ממצה את היבטי העניין, אלא מתקיימת בצידה גם הסכמה או הבנה, שמשמעותה – הסדר כובל. שבעתיים יש להיזהר, כאשר למעשה נרקם הסדר אופקי בין מקבלי ההמלצה. בנוסף, יש להיזהר מהתרשמות יתר מהמונח "המלצה" כאילו הוא מלמד על העדר כל הבנה מוקדמת או מאוחרת, שמשמעותה בפועל היא "כבילה".

התשובות שהובאו לעיל לטיעוני גילה במאמר הן גם אלו המונעות קבלת טיעוני הנאשמים, ככל שהם נשענים על המאמר או על נימוקים דומים לאלו שהועלו בו.



בתי המשפט

124

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

126. אחזור לעובדות המקרה שלפניי. כאמור, הניתוח העובדתי מלמד, כי אין מדובר בהמלצה חד-צדדית בלבד, כטענת הנאשמים. גם אם היוזמה להמלצת ההנחה המכסימאלית באה ממודגל ואפשר היה להעבירה בגדר המלצה חד-צדדית, בפועל משתתפי בית איטונג הביעו הסכמתם לה וקיבלו אותה יחדיו על עצמם באופן הדדי.

המלצה הניתנת למשווקים היושבים יחדיו, כשהם לומדים כי התגובה של חבריהם להמלצה חיובית, נותנת לכל אחד מהם למצער את הביטחון שגם חבריהם קשובים לה, וכאשר מתקיים גם דיון לגביה ומסתמנת הסכמה לה, יכול כל אחד מהם להניח כי לקוח לא ימצא אצל משווק אחר מחיר זול מזה שהציע לו. ההמלצה, אפוא, לבשה צורת הסכמה, ולאחר מטמורפוזה כזו, אין ספק שהיא פוגעת בתחרות. לאור ההבנה כאמור, כל משווק לוקח בחשבון שיקוליו את הגיבוי למחיר שניתן בגדר ההמלצה ומגיע, באופן טבעי, למסקנה שאין צורך שיפחית במחיר מתחת למחיר שהומלץ, לאור ציפייתו שגם האחרים יפעלו על-פי ההמלצה, והציפייה, כאמור, יוצרת את המגבלה. ושוב, אין צורך בהתחייבות תקפה בדין לביסוס אותה ציפייה. די בעצם ההסכמה שהסתמנה כדי לבסס את הציפייה המנוגדת לתחרות.

127. ויודגש שוב, הממליצה במקרה זה טרחה לכנס את כלל המשווקים למתן ההמלצה, ולא בכדי: הישיבה המשותפת נתנה למשווקים מושג טוב לגבי השאלה כיצד יתנהגו בעתיד מתחריהם. הדעת נותנת, שמודגל ביקשה לראות תגובה זו ולעודדה, כדי להבהיר לכל אחד מהם שהוא נמצא בשדה בטוח. לאחר התגובה שתוארה, **קשה לתאר את ההמלצה כ"חד צדדית", שהרי נתקבלה לה תגובה והסכמה.** לשיטתי, יש מקום להעריך, שמודגל ביקשה להבטיח, באמצעות זימון המפיצים לישיבה המשותפת, שהמשווקים יכירו את תגובת חבריהם, כדבר שיעודד אימוץ ההמלצה כלפי הצרכנים, שאחרת מדוע לא העבירה את ההמלצה בנפרד לכל אחד מהם. מודגל נקטה - גם אם לא התכוונה לכך מלכתחילה - דרך פשוטה ואפקטיבית ליצירת הסדר אופקי של המשווקים בשוק, דהיינו, יצירת הבנה הדדית בין המשווקים כולם לגבי המחיר שייגבה על-ידי כל אחד מהם לפיטינגים. מכל מקום, יהיו אשר יהיו תוכניות בן הרצל מלכתחילה, הדינאמיקה האינהרנטית לישיבות



בתי המשפט

125

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

רבות משתתפים - שהם בעלי אינטרס משותף - הובילה בקלות רבה להבנה אופקית, מצב שניתן היה להעריך מראש התרחשותו. לכך יש להוסיף את העובדה, שלכל אחד מהמשווקים היה עניין לרצות את מודגל וליישר קו עימה, שהרי היתה הגוף היחיד שייצר בארץ פיטינגים מברזל יצוק.

128. אחד הקשיים שמעוררת הסיטואציה שבה מופנית ההמלצה על-ידי יצרן למשווקים היושבים יחדיו היא זיהוי הסכמתם של המשווקים **השותקים** להסדר. אם אחד המשווקים אמר בתגובה להמלצה כי ההמלצה מקובלת עליו והאחרים שתקו, האם כולם הסכימו לה? **הנאשמים חולקים על כך.**

אני סבורה, כי מאחר שהסדר על-פי החוק יכול להתקיים גם **בהתנהגות, לרבות שתיקה** – וראו הדברים המובאים מתוך פסק הדין בעניין **בורוביץ** (סעיף 78) - **כדי "לצאת" מגדר "המסכימים", יש לבטא מפורשות אי-הסכמה.** לשתיקה, בהקשרים לא מעטים, מקובל לייחס הסכמה. מכל מקום, בהקשר הנדון, אין צורך לבחון את השוליים של המונח "הסדר", מאחר שעל פי הראיות שפורטו לעיל, בבית איטונג בוטאה הסכמה לא רק של אחד המשתתפים, אלא שרוב המשתתפים התבטאו בדרך זו או אחרת, או למצער כמה משתתפים, ובנסיבות אלו, קל לייחס הסכמה לכלל המשתתפים, מאחר שהרושם הכללי שקיבלו ותרמו לו כולם היה - שפעולה על-פי ההמלצה היא פעולה מוסכמת. ויוטעם, מהיבט הפגיעה בתחרות, אין זה מעלה או מוריד אם בלבו סבר אחד או יותר מהם, שאין בדעתו להיענות להמלצה. די שהרושם הכללי שהתעורר הוא שהמשווקים מסכימים להמלצה כדי להשפיע על המחיר בשוק, שהרי גם אלו שסברו כי הם עצמם ינהגו אחרת, יקחו הסכמה זו בחשבון בעת שיקבעו מחיר.

129. לסיכום, הטענה שיש לראות בפניית מודגל למשווקים אך ורק המלצה של היצרן – שהיא חד-צדדית – מתייחסת לחלקה של התמונה בלבד. ראשית, כפי שהוסבר, חומר הראיות מלמד, כי ההמלצה התקבלה (במובן של קבלתה כמוסכמת) על-ידי כלל המשתתפים יחדיו בישיבות בית איטונג. הפניית ההמלצה כשהמשווקים יושבים יחדיו,



בתי המשפט

126

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

תוך כדי ליבונה, מביאה לכך שהמחיר המומלץ נעשה מחיר מתואם. זאת, מאחר שעל-פי הדין, כבילה נוצרת מכח הסכמה, בשל הציפייה של המעורבים לכך שהמוצר יימכר במחיר המוסכם על ידי כלל המשווקים.

130. טענה נוספת שהעלו הנאשמים, השלובה בטענת המלצת המחיר, היא הטענה שמדובר בהסדר אנכי, היוצא ככזה מגדר הוראות החוק, **מכח תכלית החוק**. לעיל התייחסתי להיבט העובדתי של טענה זו, והדגשתי את ההיבט האופקי שבהשתתפות שורת משווקים. יוטעם, לשיטתי, קל לקבל את הטענה **שבבית איטונג** ובהקשר להסדר מחיר המינימום פעלה מודגל בכושרה כיצרן. להערכתך, כך גם ראו אותה בעיקרו של דבר המשווקים. לכן, מקובל עלי, כי נכון להתייחס לקשר שבין מודגל לבין כל אחד מהמשווקים כאל קשר אנכי בהקשר הנדון. ואולם, כאמור, כאשר משתתפים במעגל ההסכמה כלל המשווקים, אין בעובדה שאליהם מצטרפת מודגל כדי לעשות את הקשר אנכי.

131. מכל מקום, חשוב להדגיש, כי המונח "הסדר אנכי" אינו מונח קסם. גם בהקשר זה אפנה לעניין **שולשטיין**, בו דחיתי טענה שהעובדה שמדובר בהסדר אנכי משמשת הגנה לנאשמים, אף כי ציינתי כי קל להסכים **שקיים קושי בקביעה שכל הסדר אנכי נלכד על-ידי החוק**, מהטעם שהסדרים אנכיים הם אלה שפגיעתם בתחרות היא בדרך כלל פחותה באופן משמעותי בהשוואה להסדרים אופקיים, ולכן, הדעת נותנת, שיימצאו הסדרים אנכיים נטולי כל השפעה על התחרות. אכן, עם הסדרים כאלו אין טעם להתמודד בגדר ההגנה על התחרות. קל גם להסכים, שתכליתו של החוק אינה לעסוק בהם. הפסיקה ראתה **בתכלית** זו כלי לסינון הסדרים שאינם נכנסים לגדרו של החוק, ובדנ"מ 2142/04 **לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים ואח'** (פורסם בנבו), התייחס כב' השופט חשין לפסיקה הרלבנטית באומרו:

"לא מצאתי כי דברים שאמר בית המשפט חורגים מהלכות קודמות

שנפסקו לעניין זה – ההלכה שנפסקה בדנ"א 4465/98 **טבעול נ' שף**

הים, פ"ד נו(1) 56, וההלכות שבאו לאחריה, למשל: ע"א 3700/98



בתי המשפט

127

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

א.מ. חניות נ' עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 590 ; דנ"א 3113/03 א.מ.
חניות נ' עיריית ירושלים (לא פורסם), בפרשות אלו הסברנו כי חוק
ההגבלים העסקיים יפורש על פי תכליתו והגיונו ולא באורח
מכניסטי".

מצויה בפסיקה גם האמירה, לפיה להסדרים אנכיים יש השפעה פרו-תחרותית.

כך, בע"פ 7068/06 מ"י נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים (נבו), ציינה כב' השופטת
ארבל כי להסדרים אנכיים "עשויים במקרים מסוימים להיות יתרונות פרו-תחרותיים,
כגון הרצון לתמרץ שיווק אגרסיבי של מוצר או הרצון לשמור על מוניטין של רשת מוצרים
באמצעות 'כבילת' הזכויות לרמת איכות מסוימת" (שם, סעיף 8).

132. ואולם, החוק בשלב זה אינו מבחין בין שני סוגי ההסדרים, והוא מחיל את הגדרת
"הסדר כובל" על כלל "בני אדם המנהלים עסקים", וכאלה הם גם יצרן ומשווק, אף
שביניהם בדרך כלל לא אמורה להתקיים תחרות. כך, כב' השופטת מ' נאור, ברע"א
6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול, הדגישה:

"חברי השופט טירקל מציע לנו לקבוע כי הסדרים אנכיים אינם
נכנסים בגדר סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים ... בית משפט זה
עסק לא מכבר בהרחבה בפרשנותו של חוק הגבלים העסקיים
ובמבנהו בפרשת טבעול: דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף
הים (1994) בע"מ ואח', פ"ד נו(1) 56 ... בית המשפט קבע ברוב דעות,
בין השאר, כי החזקות המפורטות בסעיף קטן (ב) של סעיף 2 שצוטט
לעיל חזקות חלוטות הן ...
סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים ... אינו מבחין בין הסדרים
אופקיים והסדרים אנכיים. לדעתי ועם כל הקסם שבהצעה, לא נוכל
להכניס את האבחנה המוצעת בדרך של פרשנות".



בתי המשפט

128

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

מקובלת עלי גישה זו כגישה העולה בקנה אחד עם לשון החוק, וכפי שאדגיש להלן, בנסיבות העניין, גם עם תכליתו. מכל מקום, במקרה דנן, כפי שצוין, עסקינן למעשה בתיאום מחיר אופקי בין משווקים – שביניהם אמורה להתקיים תחרות – כאשר מדובר בכלל משווקי הפיטינגים מברזל יצוק. קשה להתעלם מההשפעה התחרותית שיש למערכת כזו. לכן, אין רלבנטיות לטענות הנאשמים בעניין אי-תחולת החוק על הסדר אנכי.

133. **בתזכיר הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 9), התשס"ה-2005** (אתר משרד המשפטים), הוצע לתקן את החוק באופן שהחלק השני של הגדרת הסדר כובל (החלק העוסק בחזקות חלוטות), יחול על הסדרים בין מתחרים בלבד. בתזכיר הוגדרו מתחרים – "מי שהתקיימה ביניהם תחרות כלשהי בפועל", ולכאורה, בין מודגל והמשווקים לא קיימת תחרות. ואולם, חשוב להדגיש, כי הצעת החוק עוסקת בחזקות חלוטות בלבד, ואינה גורעת מעצם התחולה הכללית של ההגדרה גם על הסדרים אנכיים. אם תתקבל ההצעה, יהא צורך לבחון כל הסדר אנכי בחינה כלכלית, כדי לברר את השפעתו על התחרות, מבלי שתקום חזקה חלוטה. ויוטעם, ביסוד הצעה זו, מונחת ההכרה שהחוק חל גם על ההסדרים האנכיים, אך מהותם של אלו דורשת בחינת הנסיבות הרלבנטיות כדי לקבוע אם ההסדר פוגע בתחרות.

לשיטתי, הגישה שגולמה בתזכיר הצעת החוק היא הדרך הנכונה לקביעת תחולת החוק על הסדרים אנכיים, מאחר שהיא מותירה בגדרו הסדרים אנכיים **הפוגעים בתחרות**. כזה הוא גם ההסדר בו מדובר, אפילו אם יש מקום לראותו כאנכי (וזה לא דעתי).

134. ב"כ הנאשמים ייחסו חשיבות רבה לפסק הדין של בית המשפט העליון האמריקאי, בעניין Leegin משנת 2007, שבו בוטלה הלכת Miles, ונקבע כי הכתבת מחיר מינימום אינה אסורה per se, אלא יש לבחנה על-פי עקרון ה-Rule of Reason. Leegin Creative. Leather Prods. V. PSKS, Inc. 127 S. Ct. 2705 (2007). ואולם, בהלכה חדשה זו אין כדי להאיר באור חדש את התמונה המשפטית הרלבנטית. במקרה דנן, אין הלכה זו



בתי המשפט

129

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

מלמדת כי בכל מקרה של הסדר אנכי אין לדבר על השפעה שלילית על התחרות. נהפוך הוא. אף נאשמים 1-3 בסיכומיהם כותבים מפורשות:

"בית המשפט בעניין Leegin אינו פוסח כמובן גם על בחינת ההשפעות השליליות אשר יכולות להיות להסדר אנכי [עמ' 12-14]. על אף קיומן של אלו, ומבלי להתעלם מהאפשרות כי להסדר אנכי תהיה במקרים מסוימים השפעה שלילית על התחרות, בית המשפט קובע כי לא ניתן לומר כי הסדר אנכי **תמיד** או **כמעט תמיד** מגביל את התחרות ומצמצם את התוצרת בשוק הרלוונטי" (סיכומי נאשמים 1-2 לאישום הראשון, עמ' 113).

באי-כח נאשמים 4 ו-5 הדגישו את תשתית חוות הדעת הכלכלית שבית המשפט בעניין ליגין נשען עליה. ואולם, הגם שבפסק הדין האמור נעשה צעד משמעותי בגישה האמריקאית, אין למצוא בפסק הדין יותר מאשר פתיחת הדרך לבדיקת כל הסדר אנכי לגופו, חלף פסילתו מראש. כך גם אין בו קביעה לפיה בכל הסדר אנכי יש משום תועלת תחרותית, אלא לכל היותר קביעה כי אפשר שתהיה לו תועלת כזו.

כטענת המאשימה, "ההצדקות הפרו-תחרותיות, המיוחסות בספרות הכלכלית למצב של הכתבת מחיר מינימום על-ידי יצרן למשווקיו, מניחות המרה של התחרות על המחיר בתחרות במישורים אחרים" (סיכומים בכתב, כרך I עמ' 64). אך בעניין דנן, לא הוכח כי היתה המרת תחרות המחירים בתחרות מסוג אחר או כי המעורבים ביקשו להשיג התייעלות או שיפור כלשהו המיטיב עם הציבור.

ויוטעם, השאלה שלפני אינה השאלה אם בכל מקרה הסדר אנכי פוגע בתחרות, אלא אם ההסדר בו עסקינן פוגע בתחרות, והתשובה עליה היא חיובית. להשפעה שלילית זו אוסיף ואתייחס להלן.



בתי המשפט

130

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

135. לצורך ביסוס הטענה שהסדר אנכי מסוים אינו נכנס לגדר תכלית החוק, יש להראות את היבטיו החיוביים, דהיינו, את תרומתו לציבור. בעניין דנן, כל שהצביעו עליו נאשמים 1 ו-2 בסיכומיהם (סיכומים לעניין האישום הראשון, עמ' 111) הוא:

"אמנם הכתבת מחיר מינימום על-ידי יצרן אחד מביאה על-פי רוב לצמצום התחרות הפנים מותגית. ואולם, מצב דברים זה מעודד את המפיצים להשקיע בשירותים מוחשיים שיווקיים אשר משרתים את מעמדו של היצרן ביחס ליצרנים אחרים".

דברים אלו כלליים וסתמיים, ומכל מקום לא נקשרו לעובדות המקרה, כפי שהוכחו. גם יתר הנאשמים לא הצביעו על התרומה הקונקרטית. יתר על כן, בענייננו, אין מדובר אך ורק בהסדר אנכי, אלא בהסדר בעל משמעות אופקית ברורה, ובמצב דברים זה, חלה עליו החזקה בדבר פגיעה תחרותית (שהרי ההסדר עוסק במחיר).

אשר לתועלת הבאה מהסדר אנכי בהקשר לתחרות הבין-מותגית, הנאשמים הוסיפו וטענו, כי עניין Leegin שהוזכר לעיל, מלמד על ההצדקות לקיומו של הסדר אנכי שעניינו **הכתבת מחירי מינימום**, ומקל וחומר, לענייננו. כך, לדבריהם, עולה ממנו, כי קביעת מחירי מינימום במערכת יחסים אנכית יכולה לעורר תחרות בין מותגית (Interbrand), קרי – תחרות בין יצרנים של מוצרים שונים מאותו הסוג, וזאת על-ידי הפחתת התחרות הפנים-מותגית (Intrabrand), שהיא התחרות בין מוכרי אותו מוצר. אם ניישם זאת לענייננו, אפשר שמבקשים הם לטעון, כי בא שיפור לתחרות בין פייטינגים מפלדה של מודגל למערכות הפלסטיק, אם גם קטנה התחרות בין מוכרי הפייטינגים מפלדה. דא עקא, שלא הופניתי לראיות המלמדות על התפתחות חיובית כלשהי הנובעת מכך. בנסיבות שהוכחו, אכן יש בידי להעריך, כי ההסדר בלם ירידה גדולה יותר במחירי הפייטינג מפלדה אצל המשווקים, וכך אפשר שתתרחש הצלחת שיווק הפייטינג מפלסטיק. האם לתהליך כזה ניתן לקרוא השפעה חיובית על התחרות? אם נשווה לנגד עינינו אותו קבלן שחפץ דווקא בפייטינג מפלדה – הוא בוודאי לא היה מרוצה מכך. נראה, אפוא,



בתי המשפט

131

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

שעובדות המקרה אינן מבססות טענה שתכלית החוק מצדיקה אי-תחולתו בהקשר הנדון, מטעמי טובת הציבור.

יצוין, כי הטענה כי בצד ההגבלה הפנים מותגית הסדר אנכי משפר את התחרות הפנים מותגית במגוון של פרמטרים מרכזיים, דוגמת איכות המוצר והשירות, קידום מכירות וייעול מערך ההפצה, מופיעה לאורך הסיכומים (ר' שם, וגם עמ' 107). ברם, הסבר כללי זה הוצג מבלי שנקשר לעובדות כפי שהוכחו לפני, אלא כהולם כל הסדר אנכי. איני סבורה כי ניתן על יסוד פתח "התכלית" להוציא את כלל ההסדרים האנכיים מגדר החוק, מה גם שאין ספק כי קיימים הסדרים אנכיים הפוגעים בתחרות. להלן אפנה להדגמת הפגיעה במקרה דנן, ככל שהיא עולה מהראיות הקונקרטיות.

136. אעמוד עתה בקיצור על ההשפעה התחרותית השלילית, כפי שהוכחה בעניין דנן. הראיות מלמדות, כי השגת מטרת הכינוס בבית איטונג, שהיתה שמירת רווחיות המשווקים על-ידי שמירת המחיר ברמת ההמלצה, באה על חשבון לקוחות הפיטינגים. הוכחה ברורה לכך עולה מעדותו של אוריאל ברי, שהובאה לעיל. ברי תיאר את המחיר המומלץ כ"הזדמנות" להעלות מחיר, ונתבקש להסביר זאת. תשובתו בהקשר זה הובאה לעיל, ותובא כאן שוב:

"חשבתי שאם מודגל ממליץ כמו שלנו יש הזדמנות להעלות מחיר

ולהרוויח יותר אני מניח שכל מי שמפעיל את הכלכלי וקנה פחות או יותר במחירים שלי וגם לא היה לו רווח, ינסה למכור במחיר קצת יותר גבוה.

כב' השופטת: **אז מה ההזדמנות היתה.**

ת. **להעלות מחירים.**

כב' השופטת: כן, אבל למה זה צריך, מה השתנה בשוק בעקבות ההמלצה הזאת ...

ת. **אם אני יכול למכור יותר ביוקר אז למה לא.**

כב' השופטת: **אתה כל הזמן יכולת לעשות מה שאתה רוצה.**



בתי המשפט

132

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

ת. לא, אז לא היו קונים אצלי. אני מניח שאם יש המלצה של המפעל לכל או לרובם או לכולם ...

כב' השופטת: אבל ידעת אם האחרים יקבלו את ההמלצה או לא

...

ת. לא, אבל היינו יכולים לזהות את זה תוך חודש חודשיים. אם יש לך צניחה במכירות ואתה רואה שלקוחות בורחים לך, אז אתה מבין שאחרים פועלים אחרת" (פר' 7.12.06, עמ' 26).

דברים אלה נותנים ביטוי מוחשי שאין בהיר ופשוט ממנו לחשש הכלכלנים מפני הסדר כובל. הם מלמדים, כי מי שנתן הנחה יותר גדולה קודם להסדר מצא באופן טבעי "הזדמנות" להעלות מחיר, בשל כך שחבריו הקשיבו לאותה המלצה והסכימו לה, וזאת גם כאשר לא ידע בוודאות אם גם חבריו יאמצו את ההמלצה. הפניה המשותפת הקלה על המעורבים לזהות את האינטרסים ההדדיים, ואת גישת חבריהם החיובית לגבי "ההמלצה", ועל פי הראיות, התגובה הכללית הסתכמה בהבנה חיובית לגבי ההצעה.

כמו-כן, התנהגות המשווקים לגבי המכרזים המוסדיים, לימדה באופן ברור וממוקד על הפגיעה בלקוחות. אחד ממכרזים אלה היה מכרז מקורות. על פי המתואר לעיל, שלושה משווקים פנו במועד סמוך למקורות בטענה שיקרית, שבשל עליית מחיר של הספק עליהם להעלות מחירים. התוצאה של ההסדר, היתה, אפוא, למצער אצל חלק מהמשווקים, העמדת מחיר גבוה יותר. נוצרה (כדבריו של ברי) "הזדמנות" לעשות כן. לא הוכח כי תהליך זה לוה בהטבה כלשהי ללקוחות – כגון הוזלת מחירים או שיפור השירות.

137. התוצאה היא, שלא הוכח שלהסדר האנכי שתואר היתה השפעה חיובית כלשהי אשר יש בה כדי להצדיק קביעה לפיה הפגיעה בתחרות בשל תאום המחיר פחותה בחשיבותה. ההשפעה היחידה שהוכחה היא שמירת רווחיות המשווקים עצמם במכירת הפיטינגים כדי לסייע למודגל לדחוק פיטינגים ממקורות אחרים ומערכות אינסטלציה אחרות מהשוק. אין בידי לקבוע שמדובר בהשפעה תחרותית חיובית.



בתי המשפט

133

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

הנאשמים טוענים, כי היה על המאשימה להוכיח השפעה שלילית של ההסדר והיא לא עמדה בו, זאת מאחר שלשיטתם מדובר בהסדר אנכי. אני סבורה כי כיום, בטרם תוקן החוק על-פי הצעת התזכיר הנזכרת, כאשר קמה הבנה לגבי מחיר, גם כאשר מעורב בהסדר יצרן ולא רק משווקים המצויים בקשר אופקי, קמה חזקה **חלוטה** של פגיעה בתחרות. יתר-על-כן, במקרה דנן, ההשלכה הרוחבית האופקית של ההסדר ממשית, מאחר שמלכתחילה נועד המחיר להישמר בין **כל המשווקים** כדי למנוע שחיקת רווחיהם, ומודגל עצמה עשתה כל שביכולתה להביאם לשמור על המחיר, כדי לשמור על רווחים אלו. הראיות מלמדות, כי האינטרס האמור לא הוסתר על-ידי מודגל, אלא נפרש לפני המשווקים והם עודדו אותו בתגובותיהם. יתר-על-כן, הוכח כי המשווקים הבינו כי משמעות ההבנה היא "הזדמנות" להעלאת מחיר באין מפריע.

בנסיבות אלו, אני סבורה כי יכול להתקיים ספק לגבי השפעתו השלילית של ההסדר על התחרות.

ג. קיום יסודות העבירה

1. ההסכמה בין גופים מנהלי עסקים באמצעות המנהלים והאישום החלופי

138. כאמור לעיל, הוכח כי בבית איטונג הסתמנה הסכמה למחיר מינימום מסוים. לעיל כבר הוסבר, כי מצב זה נלכד על-ידי הגדרת הסדר כובל. בהגדרת הסדר כובל עסקתי לעיל. במקרה דנן, המשתתפים בישיבת בית איטונג ייצגו גופים המנהלים עסקים, בהיותם מנהליהם או בעלי משרה אחרת בהם. בעניין **בורוביץ** הנ"ל (שם, סי' 77), נדחתה הטענה לפיה מנהלי התאגיד אינם יכולים להיחשב בעצמם "צד" להסדר ולשאת באחריות אישית וישירה למעשי התאגיד, להבדיל מאחריות עקיפה של נושאי משרה בתאגיד לפי סעיף 48 לחוק, שבו אעסוק להלן. בית המשפט שם הפנה לפסק הדין בפרשת **נחושטן** (ע"פ 7399/95), שבו כתב כב' השופט קדמי:



בתי המשפט

134

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

"הדעת אינה סובלת ש'האדם' שביצע בפועל את מעשה העבירה יימצא פטור מאחריות למעשהו רק בשל כך שהמעשה נעשה תחת ה'כותרת' של התאגיד. אורגן של תאגיד, כמו של בן אנוש, אחראי למעשיו בפלילים גם כאשר הוא פועל כ'אדם תאגיד' ... לעניין אחריותו הפלילית של נעמן להפיכת נחושתן ל'צד' כאמור, רואים אותו 'כאילו' הוא עצמו הפך ל'צד' ... ה'צד' המשפטי הפורמאלי להסכם הכובל הוא אכן נחושתן, אך הנושאים באחריות המשפטית העניינית להיותה כזאת הם שניים: נעמן ונחושתן".

אחריות מסוג אחר היא זו הקבועה בסעיף 48 לחוק, הקובע אחריות הנגזרת מאחריות התאגיד:

"נעברה עבירה לפי חוק זה בידי חבר בני אדם, יואשם בעבירה גם כל אדם אשר בשעת ביצוע העבירה היה באותו חבר בני אדם מנהל פעיל, שותף – למעט שותף מוגבל – או עובד מינהלי בכיר האחראי לאותו תחום אם לא הוכיח שהעבירה נעברה שלא בידיעתו ושנקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק זה".

מכאן, שאם ניתן לקבוע על-פי הראיות כי חברה נאשמת ביצעה את העבירה, נגזרת מכך גם אחריות מנהליה או אחריות העובד הבכיר לפי העניין, אלא אם התקיימו תנאי הסייג שנקבע בסיפא.

כאמור, אין מחלוקת כי ההסדר האמור לא נרשם, לא אושר על-ידי בית הדין בדרך הקבועה בחוק, ולא ניתן לו פטור על-פי החוק (ראו: ת/42 – תעודת עובד ציבור חתומה על-ידי רשמת רשות ההגבלים העסקיים, עו"ד צ' נחמו ז"ל). לכן, גם רכיב זה של העבירה הוכח.



בתי המשפט

135

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

לעניין הסיפא של סעיף 48 לחוק, אציין כי איש מהנאשמים לא הוכיח "שהעבירה נעברה שלא בידיעתו ושנקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו" של חוק ההגבלים העסקיים, ומכאן שלא הוכחה ההגנה שקובע סעיף זה.

עוה"ד אדרת וליפסקר טענו בהקשר לסעיף 48, כי **"בפרק העובדות שבאישומים אין כל התייחסות או פירוט כיצד עברו הנאשמים את עבירות המנהלים שהובאו לחלופין"** (סיכומיהם, עמ' 3), ובסיכומים בעל-פה הבהיר עו"ד ליפסקר, כי הפגם הוא בכך שלא צוין לגבי הנאשמים שלהם מיוחסת האחריות הנגזרת כי היו מנהלים פעילים ושעליהם היתה מוטלת חובת שמירה ופיקוח למניעת עבירות על-פי החוק.

אכן, על-פי סעיף 85(4) לחוק סדר הדין הפלילי, על כתב האישום לכלול את **"תיאור העובדות המרכיבות את העבירה"**. ברם, לגבי כל הנאשמים שלהם יוחס אישום על-פי סעיף 48, צוין בכתב האישום תפקידם הניהולי. היסוד להטלת האחריות הוא תפקיד זה, וגם אם רצוי היה להוסיף כי בגדר תפקיד זה היה עליהם לעשות למען שמירת החוק, הרי בפועל העדרה של הפיסקה האמורה לא מנע את התמקדותם של כל הנאשמים בהגנתם בשאלות הרלבנטיות לאישום זה, ובכלל זה בניסיון "להרחיק" עצמם ככל שניתן מהעיסוק של קביעת מחירי הפיטינגים. על-כן, מסקנתי היא שהניסוח בכתב האישום, בכל הנוגע לאישום החלופי, לא פגע בהגנת הנאשמים והיה ברור דיו. איני רואה גם סיבה לקבוע שאילו נקטו אמצעים סבירים לשמירתו של החוק – לא היו מביאים ראיות לעניין זה.

2. היסוד הנפשי

139. מכח סעיף 20א' לחוק העונשין ומכח סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, ולאור פס"ד **"בורוביץ"** הנ"ל (פסקה 92), המחשבה הפלילית הנדרשת מצד להסדר כובל היא **"מודעות בפועל לרכיבים העובדתיים של העבירה"** (בורוביץ, שם), דהיינו, מודעות לכך שהוא צד להסדר שצדדיו מנהלי עסקים שבו לפחות צד אחד מגביל עצמו "באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות", כלשון סעיף 2(א) לחוק, או שמדובר בהסדר שעניינו אחד



בתי המשפט

136

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

הנושאים המפורטים בסעיף 2(ב) לחוק, וזאת כאשר אין להסדר אישור כחוק. נסיבות המקרה לא מותירות ספק לגבי קיום מודעות כאמור לכל אחד מהנאשמים.

בנסיבות ההסכמה שתוארו, נתתי דעתי לקושי הבא – כאשר הוזמנו המשווקים לבית איטונג הם לא ידעו מראש מה יעלה לדיון וכיצד יתנהלו העניינים בפגישה, ולפי האמור לעיל, משבאו תגובות להמלצת המחיר, כבר נעשו המעורבים לכאורה עבריינים. יתר-על-כן, לאור ההנמקה דלעיל – אפילו אלו ששתקו נעשו צד להסדר. האם די במודעות במשך זמן הישיבה בבית איטונג כדי לקיים את הדרישה האמורה? והרי לכאורה לכל אחד מהמשווקים לא היתה שליטה על התנהגות בן הרצל והמשווקים האחרים. האם נעשו הם צדדים להסדר מכח פעולות ורצונות של אחרים? לשיטתי, אין צורך אמיתי לענות על שאלה זו, מאחר שהתנהלותם של המשווקים **לאחר** הישיבה לא רק שלא לימדה על התנערותם מהסדר, **אלא לימדה על אימוצו**. אימוצו של ההסדר נלמד מראיות רבות, ובכללן הודאות לפיהן ההסדר אומץ, לפחות לזמן מסוים. חלק מראיות אלו פורטו בעיקר בפרק הדין על ביצוע ההסדר, בגדר הטענה שהביצוע הוא ראיה נסיבתית לקיומה של ההסכמה, וחלק יפורטו להלן (בפרק הדין באחראים לעבירה). כאן אדגיש חשיבותן של ראיות אלו, כדי ללמד על המודעות הנמשכת. ראיות אלו מלמדות, כי אין מדובר ב"הילכדות" בעבירה בפתאומיות ללא כל הכנה ומחשבה פלילית מוקדמת, אלא במודעות נמשכת מרצון לרכיבים שתוארו לעיל, והשתלבות מלאה מרצון חופשי במצב הפלילי שנוצר כבר בישיבה והתבסס לאחריה.

3. מיהו "מנהל פעיל" כמשמעותו בסעיף 48?

140. בפסק הדין בעניין **בורוביץ** שנוזכר לעיל, הובהר (בסעיף 173), כי את המונח "מנהל פעיל" יש לפרש "כך שיחול לכל הפחות על אותם נושאי משרה שבכוחם למנוע (או לצמצם) בפועל את מעורבות החברה בביצוען של עבירות לפי החוק".



בתי המשפט

137

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

בדנ"פ 5189/05 **איילון חברה לביטוח בע"מ נ' מ"י** (פסקה 23), ציין כב' המשנה לנשיא (כתוארו אז) מ' חשין, כי כוחו של מנהל פעיל למנוע או לצמצם את מעורבות החברה בביצוע עבירות חייב לנבוע מהקשר בין תפקידו לבין התחום שבו בוצעה העבירה. בהישענו על דברי פרופ' ש"ז פלר, שהוזכרו ברע"פ 5389/01 **המועצה הישראלית לב השרון**, הגיע כב' המשנה לנשיא חשין למסקנה, כי תחיקה המטילה אחריות על נושאי תפקידים יש לפרש באופן מצמצם, כך שיכללו בהם רק אותם בעלי התפקידים הקשורים בתחום שבו בוצעה העבירה, **"גם אם על-פי לשון ההוראה ניתן לחייב באחריות נושאי תפקידים שעל פי המתכונת ההיררכית של הארגון לא היו אמורים לטפל בתחום שבו בוצעה העבירה על-ידי התאגיד"**. ראו בהקשר למשמעות המונח "מנהל פעיל" וגבולותיו ניתוחו מאיר העיניים של כב' השופט י' ענבר בת"פ 366/04 **מ"י נ' בידרמן ואח'** (נבו).

בעניין דנא, כל הנאשמים שלהם יוחסה האחריות הנגזרת ושיורשעו בעבירה זו הם נושאי תפקיד בעלי זיקה לתחום הפיטינגים, כפי שיפורט בפרק הבא.

4. התוצאה - האחראים לעבירת הסדר מחיר המינימום

141. ניתוח הראיות מלמד, אפוא, כי חרף שורת טענות הגנה, הוכח מעבר לספק קיומו של **הסדר כובל**, שתוכנו – שמירת המשווקים על מחיר מינימום, הנגזר מהנחה מכסימאלית של 57% ממחירון מודגל. כך הוכח, כי המלצת מודגל להעמיד מחיר זה ניתנה בפורום של המשווקים בבית איטונג ובאופן שהמשווקים יכלו ללמוד שגם מתחריהם יאמצו את ההמלצה, ובפועל, **לאחר שהועלתה ההמלצה**, הסתמנה הסכמה מכללא של המשתתפים לאמצה. הסכמה כזו, על פי החוק, היא הסדר כובל, מהטעם שהמשווקים אמורים להתחרות ביניהם על המחיר. הראיות שפורטו מלמדות, כי המשווקים היו מודעים להסכמה זו, שעסקה ישירות במחיר שיעמידו לפיטינגים לאחר הישיבה, ואף פעלו על פיה.



בתי המשפט

138

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

ואולם, עדיין יש לקבוע למי מהנאשמים ניתן לייחס את העבירה, זאת בהתחשב בטענות ההגנה הספציפיות הנוגעות לתפקידם של הנאשמים בגופים אליהם הם משתייכים.

מאחר שעל פי הראיות ההסדר הושג בבית איטונג בין המשווקים שהשתתפו בפגישות יחד עם נציגי מודגל, לכאורה, לא ניתן לייחס את העבירה לנאשמת שלא היה לה ייצוג בבית איטונג, אלא אם הוכח שהיא קיבלה על עצמה את ההסדר באופן אחר. ראיה מסוג כזה היא ראיה המלמדת באורח חד-משמעי על פעולה מודעת על-פי ההסכמה שהושגה. כך, לשיטתי, ככל שמתעוררים קשיים לעניין מעמדו של הנציג מטעמה של ש.א.ל בבית איטונג (בחס), התנהגותה של ש.א.ל בפרשת מכרז מקורות מלמדת מעבר לספק, כי אימצה את ההסדר.

כאמור, הוכח כי בפגישות עצמן השתתפו בן הרצל, סמי לוי, אלי טסה, רוזנברג, מרדכי ברי, אברהם ברנט, חיים בחסי ויורם וולפמן. נאשמים אלו היו בוודאי מודעים להסכמה שקרמה עור וגידים בבית איטונג. למנדל גולדברג המאשימה אינה מייחסת את האישום הראשון (ונראה כי גם לא נכח בפגישות עצמן). הנוכחים בפגישות היו לכאורה צדדים להסדר מכח הסכמתם שם, וכך לכאורה גם התאגידים להם שימשו כאורגנים.

142. אפרט את הנאשמים שלהם מיוחס הסדר מחיר המינימום, ואתעכב על נאשמים שלגביהם הועלו טענות קונקרטיות מיוחדות הקשורות למעמד הגופים אליהם הם קשורים או למעמדם שלהם באותם גופים.

1. **הנאשמת 1 – מודגל, ונאשם 2 – אילון בן הרצל**, היו שניהם "צד" להסדר, מכח הסכמת אילון בן הרצל. מודגל אמנם לא מכרה ישירות פטינגים ללקוחות סופיים, אבל היא דאגה לכינוס המשווקים ונטלה חלק בהסכם שעניינו המחיר שיעמידו המשווקים, וזאת עשתה מכח האינטרסים שלה לשמור על רווחי המשווקים. היא גם שיתפה עמם פעולה לתמיכה במחיר זה כלפי צדדים שלישיים (כמוכח על-ידי פעילותה בעניין מכרז מקורות).



בתי המשפט

139

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

הרשעת נאשמים 1 ו-2 לא מעוררת, אפוא, קשיים.

2. לגבי **נאשמת 4** – ישראל מנדלסון בע"מ, **ונאשם 5** – סמי לוי - הוכחה השתתפותו של סמי לוי בישיבה בה נוצר ההסדר וכן הסכמתו ונכונותו לפעול לפיו. הוכח גם יישומו בפועל על-ידי מנדלסון. יש מקום, אפוא, להרשיע את נאשמים 4 ו-5.

3. לגבי **נאשמת 6** – א.ש. טסה (1993) בע"מ, **נאשמת 7** – א.א.א. טסה בע"מ, **נאשם 8** – אליהו טסה, נטען, כי נאשם 8 לא נטל חלק ממשי בפגישות בית איטונג ונוכחותו היתה חלקית וסבילה. בא-כוחו של נאשם 8 הוסיף וטען, כי לא די היה למאשימה להוכיח כללית כי מישחו מטסה נכח בישיבות בית איטונג, **אלא היה צורך להוכיח מי מאנשי טסה היה נוכח בפגישה בה נדונה המלצת המחיר**. לשיטתי, הוכחה נוכחותו של נאשם 8 בישיבות בית איטונג, לרבות בישיבה הרלבנטית. פלס העיד: "מטעם האחים טסה בדרך כלל היו אלי טסה ושאלתיאל טסה" (פר' 13.1.03, עמ' 160), והוא עצמו הודה שהשתתף, אלא שלדבריו עשה זאת חלקית. נוכחותו עלתה גם מדברי סמי לוי (פר' 30.5.05, עמ' 13). העובדה שהנציג מטעם טסה נכח בישיבה הרלבנטית גם הוכחה באמצעות הראיות המלמדות כי טסה פעלה על פי ההסדר. בכלל הטענות לעניין ביצוע ההסדר, המאשימה הצביעה על כך שבחינת הצעות המחיר של טסה בתקופה הרלבנטית (ת/63), כפי שהוציא אלי מנו על-פי הנחיות אליהו טסה, משקפות - אחרי 1.9.94 - הנחה מירבית של 57%. הוכח גם שאליהו טסה עסק בחברת **טסה** בנושא הפיטינגים, לכן, אני מגיעה למסקנה כי מבין שני האחים **אליהו טסה** הוא זה שנכח בישיבה הרלבנטית להסדר. מכל מקום, אליהו טסה נתפס גם על-ידי האחריות הנגזרת על-פי סעיף 48.

אשר ל**נאשמת 6**, נטען כי היא חדלה לפעול ממחצית שנת 1994, ועל כן ניתן לייחס לה, לכל היותר, את האישום הרביעי המוקדם בזמן, שיידון להלן. ברם, טענת הפסקת הפעילות לא הוכחה. הוכח שהיא הוקמה ב-19.4.93, וכי על פי תעודת



בתי המשפט

140

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

ההתאגדות שהוגשה כחלק מ-ת/105ב', היא הוגדרה **כפעילה בשנת 1998**. נאשם 8 העיד שחשב שפעלו במסגרת חברה לא רשומה (פר' 23.3.06, עמ' 8), אך כאשר הוצגו לו המסמכים המלמדים שהנאשמת 6 היתה פעילה, אמר **"אם כתוב, אין לי שום בעיה"** (שם). הראיה היחידה אליה מפנים סיכומי הנאשמים כמלמדת על הפסקת הפעילות היא עדותו של **אלי מנו**, לפיה החברה היתה פעילה מחצית השנה בלבד. ואולם, המסמכים מלמדים אחרת, ואיני סבורה כי יש בכח עדות אלי מנו, עובד טסה, לגבי ההיבט הרישומי, לבטל משמעותם.

עוד נטען, כי **נאשמת 7** פעלה רק מתחילת שנת 1997, ולכן לא ניתן לייחס לה עבירה כלשהי. ברם, על פי ת/105ב', נאשמת 7 הוקמה ב-14.11.96. המאשימה מדגישה, כי התקופה הרלבנטית לאישום השלישי מגיעה עד לשנת 1998. ברם, תקופת הקמת החברה, נאשמת 7, היא תקופת תום הסדר מחיר המינימום, ואיני מוצאת לפני ראייה המלמדת על הצטרפותה של נאשמת 7 להסדר מחיר המינימום בתקופה זו. **בנסיבות אלו, אני רואה לנכון לזכות את נאשמת 7.**

לסיכום, יש להרשיע את נאשמת 6 ונאשם 8 בעבירת הסדר מחיר המינימום, ולזכות את נאשמת 7 (אישום זה לא יוחס לנאשם 9).

4. לגבי **נאשמת 10** – ח.ג.י. חברה לשיווק והספקה לבנין בע"מ, **נאשמת 11** – ח.ג.י. המשביר בע"מ, **נאשם 12** – משה רוזנברג - מתעוררות מספר בעיות. ראשית, הובהר בראיות כי **ח.ג.י. המשביר**, שהיא חברה-בת של נאשמת 10, לא עסקה במכירת פיטינגים (אלא באופן זניח ובנסיבות מיוחדות), ואיש מטעמה לא נכח בבית איטונג. הנאשמים 12 ו-13 לא היו מנכ"לים שלה (אלא בעלי מניות בלבד). הובהר גם, כי לא נקבעה לה מכסה בגדר מנגנון הבונוסים. בנסיבות אלו, איני סבורה כי יש מקום לייחס לה את אישום הסדר מחיר המינימום, כאילו היתה צד להסדר, וגם אין סיבה לייחס אחריות נגזרת בגינה לנאשמים הקשורים אליה על-פי כתב האישום. הראיות מלמדות, כי בענייני קביעת המחיר ח.ג.י. המשביר



בתי המשפט

141

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

היתה לכל היותר "טרמפיסטית" של נאשמת 10 – כתיאור המנכ"ל שלה **דוד זרח** בעדותו - אבל אין כל ראיה שמחירה נקבעו מתוך מודעות להסדר הכובל. מהראיות עולה, כי ח.ג.י. המשביר היתה "באחריות" רוזנברג (חודרלנד, הודעה מיום 23.12.98 עמ' 2 ש' 2), ואין לזהות פעולה עצמאית שלה בהקשר הנדון.

רוזנברג – נאשם 12 – היה בתקופה הרלבנטית מנכ"ל ח.ג.י. שיווק (נאשמת 10), ואין מחלוקת שהוא נטל חלק בישיבות בית איטונג, ובכלל זה בישיבה הרלבנטית לקבלת ההמלצה. נטען על-ידי באת-כוחו, כי הוא שתק במהלך הישיבה, ואיש לא יכול היה לדעת כיצד ינהג לאחר מכן. רוזנברג טען גם, כי כל שהבין מההתרחשות בבית איטונג הוא שמדובר בהמלצה המותירה את שיקול הדעת לעניין קביעת המחיר בידי המשווק. על פי רוזנברג, המלצה זו היתה מבחינתו אך קטליזטור ל"בדק בית", וההחלטה בעניין שינוי המחיר שבאה לאחריה נבעה מבדיקה זו (הודעה מיום 23.12.98 עמ' 14). מכל מקום, הוא זה שנתן ליובינר, מנהל האינסטלציה ב-ח.ג.י., את ההנחיה המתאימה –

"ועליתי למומי ואמרתי לו שיבדוק את זה. אמרתי למומי

שהבנתי שזו המלצת המפעל ואני לא יודע מה יעשו האחרים"

(הודעת רוזנברג מיום 23.12.98).

ברם, גם אם אמר כך ליובינר, אני סבורה כי היה בידו להבין כי גם האחרים יטו לפעול על-פי ההמלצה. מכל מקום, טענות אלו מחזירות לטענות ההגנה הכלליות שעסקו בשאלת ההסכמה בבית איטונג. טענות אלו נדחו לעיל, ולא אחזור לדון בהן בהקשר הנדון כאן.

גם לגבי **נאשמת 10** נטען שלא היתה צד להסדר, כעולה מהעובדה שבמחירי הפיטינגים עסק **שלמה יובינר**, מנהל מחלקת האינסטלציה, אשר על-פי עדותו שמר על שיקול דעת עצמאי בקביעת המחירים. הוא גם העיד כי לא נמסרו לו הנחיות ספציפיות לגבי מחירי פיטינגים. לדברי יובינר, אף אחד ב-ח.ג.י. לא אסר



בתי המשפט

142

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

עליו לאשר מכירת פיטינגים בהנחה גבוהה מ-57%. ברם, כבר הובהר, כי ההסדר התגבש בבית איטונג, ושאלת ביצועו בפועל אינה השאלה הקובעת. ההסכמה מכללא הושגה בבית איטונג בנוכחות רוזנברג למצער ומבלי שהביע דעה נוגדת. יתר-על-כן, הראיות מלמדות כי ההמלצה הספציפית אומצה על-ידי ח.ג.י. מעדות יובינר עלה, כי בתקופה הרלבנטית ההנחות ללקוחות ב-ח.ג.י. נעו בין 55%-57% (פר' 2.4.03, עמ' 1139): **"ההנחה המכסימלית שניתנה היתה 57%"** (שם, עמ' 1186), ועל פי דברי רוזנברג עצמו, דבר זה נעשה בהמשך להמלצה של מודגל: **"אני אמרתי לך בהודעותי הקודמות – ההמלצה של מודגל מולאה לפחות בחלקה ולפחות לזמן מסוים"** (הודעה מיום 13.4.99, עמ' 5). רוזנברג הוסיף ואמר, לעניין דבריו ליובינר:

"אמרתי לו שהיתה המלצה ונלך על זה גם אם יכול להיות

שבגלל המהלך הזה אנחנו נפסיד לקוחות" (הודעה מיום

23.12.98, עמ' 14).

מדברים אלו גם עולה, כי רוזנברג היה הדומיננטי בקביעת עקרונות קביעת המחירים ללקוחות. גם דברי יובינר בנושא תמכו באותה מסקנה. מכאן, ששתיקתו הנטענת של רוזנברג בפגישה בבית איטונג לא ביטאה אי-הסכמה לתוכן ההמלצה, והוא אף בחר לפעול לפיה לאחר מכן. מודעותו לעבירה הובהרה בעליל, כעולה מכך שגם לאחר הישיבה שבה נכח ושבחה התגבשה ההסכמה, הוא מצא לנכון לפעול על פיה. בשלב זה, דהיינו, לאחר שנתגבשה הסכמה, בוודאי שלא היה מדובר ביישום המלצה בלבד. רוזנברג השתתף בישיבה, וגם אם ידע כי יוזמת ההמלצה היתה מודגל, קרוב לוודאי שהבין שלמעשה התגבשה הסכמה סביב ההמלצה מכח עצם ישיבתו והקשבתו באותה ישיבה. מדבריו גם עלה, כי בפועל השתנו אחוזי ההנחה אצל נאשמת 10, וזאת כדבריו **"בעקבות ההמלצה בבית איטונג"**.

יתר-על-כן, הובהר בראיות, כי ב-ח.ג.י. מי שקבע את מדיניות המחירים היה **רוזנברג**, ואילו יובינר – שאליו ביקש רוזנברג להרחיק את קביעת המחירים – היה



בתי המשפט

143

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

אך מממש מדיניות זו מול הלקוחות בשטח. על יסוד האמור, אני סבורה **שרוזנברג** הוא שהיה האחראי ב-ח.ג.י.י. על אימוץ ההסדר הכובל ויישומו ויש לייחס לו ול-**ח.ג.י.י. שיווק** את העבירה, כנטען על-ידי המאשימה.

לגבי **נאשם 13** – מרדכי חודרלנד, המצב שונה. הובהר כי הוא לא היה מנכ"ל ח.ג.י.י. שיווק, אלא **יו"ר הדירקטוריון ב-ח.ג.י.י. שיווק**, וזאת במקביל לתפקיד ניהולי שהיה לו בחברה אחרת, **סופר קרמיק**. הוא השתתף בפגישה אחת בבית איטונג, בהחליפו את מר רוזנברג, ומכלל הראיות, לרבות עדותו, עולה כי לא היתה זו הישיבה בה הוצגה המלצת המחיר. אכן, משתתפים שונים זכרו כי חודרלנד השתתף בישיבות, אבל לא הובהר כי מדובר ביותר מישיבה אחת, וכי היתה זו דווקא ישיבת ההמלצה. גם אין ראיה אחרת הקושרת בינו לבין הידיעה על ההסדר. לכן, איני רואה מקום להרשיעו כצד להסדר.

אשר לאחריות הנגזרת של חודרלנד, על-פי סעיף 48, מקובלת עלי הטענה, כי דירקטור או יו"ר הדירקטוריון אינו **"מנהל"**. ב"כ נאשם 13, עו"ד ר' בכר, הטעים, כי על פי סעיף 92 לחוק החברות, תפקיד הדירקטוריון להתוות את מדיניות החברה ולפקח על ביצוע תפקידי המנהל הכללי. אין זה ניהול החברה, ובוודאי שלא הניהול היומיומי. יתר על כן, על פי סעיף 95 לחוק החברות, חל איסור על יו"ר הדירקטוריון לכהן כמנהל הכללי של החברה. רק באופן חריג (אישור האסיפה הכללית) ניתן להעניק לו סמכויות המנכ"ל.

על יסוד תמונה משפטית זו, הדגיש ב"כ נאשם 13, כי הפרשנות הנכונה של סעיף 48 צריכה להיות כזו שאינה מטילה אחריות שילוחית פלילית על דירקטורים. לדבריו, יש גם לפרש הוראת חוק המטילה אחריות על נושאי תפקידים באופן מצמצם, כך שתלכוד רק אותם בעלי תפקידים הקשורים בתחום שבו בוצעה העבירה. ב"כ נאשם 13 מדגיש בצדק, כי גישה זו מתחייבת מכח עקרון החוקיות במשפט הפלילי. ב"כ נאשם 13 הוסיף והראה, כי כאשר המחוקק בוחר להטיל אחריות פלילית על



בתי המשפט

144

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

דירקטורים, הדבר נעשה במפורש, כגון: בחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981, סעיף 50, ובחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1081, סעיף 105, ועוד.

טיעון זה מוביל למסקנה, כי משהבחין המחוקק בבירור בין מנהל פעיל לבין דירקטור, לא ניתן לומר כי חודרלנד, בפעולתו כדירקטור, נכנס לגדר "מנהל פעיל" כהגדרתו בסעיף 48.

ברם, אין בכך כדי למצות את הדיון בשאלת אחריותו של חודרלנד מכח סעיף 48. ברוח ניתוחו של כב' השופט ענבר בת"פ 366/04 מ"י נ' **בידרמן** הנ"ל, אשר שני הצדדים עסקו בו, אפשר שיימצא אחראי אם ידע על ההסדר הכובל או אם בפועל חרג מתפקידו כדירקטור ושימש בתפקיד ניהולי. אשר לנושא הידיעה על ההסדר, הסביר כב' השופט ענבר (שם, ס' 298), כי כאשר דירקטור מודע לכך שהתאגיד מפר חוק עליו לפעול ללא דיחוי למניעתה של הפרת החוק או הפסקתה באמצעות זימון מיידית של הדירקטוריון, וזאת מכח **סעיף 257 לחוק החברות, תשכ"ט-1999**. על-פי אותו הסבר, חובת פעולה זו יוצרת זיקה מיידית וישירה בין תפקידו של הדירקטור לבין המשכה של הפעילות העבריינית, וזיקה זו אוצרת בחובה כח להפוך את הדירקטור בהקשר לעבירה ל"מנהל פעיל". גישה זו משכנעת. אכן, כתב האישום שלפני מתייחס לתקופה שקדמה לחוק, וכך גם היה בתיק **בידרמן** הנ"ל. כב' השופט ענבר שאל שם, האם ניתן לעגן חובה זו בחובות הזהירות והאמון שחלות על הדירקטור, ואולם, גם בתיק שלפניו וגם בתיק שלפני לא הוכחה ידיעה זו, ולכן אין צורך להכריע בשאלה זו.

נותר לבחון האם חודרלנד "קנה בפועל שליטה ופיקוח אפקטיביים על תחום פעילות החברה שבו בוצעה הפרת חוק" (כדברי כב' השופט ענבר, שם, סעיף 296). המאשימה הטעימה, כי לא טענה מעולם שהגדרת התפקיד הפורמאלית של



בתי המשפט

145

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

הנאשם 13 כיו"ר הדירקטוריון די בה כשלעצמה לשם הרשעתו בביצוע עבירה לפי סעיף 48 לחוק, אלא לדבריה:

"עמדתנו היא כי הנאשם 13 קנה לעצמו בפועל סמכויות פעולה אפקטיביות, מעבר לתפקידו וסמכויותיו כיו"ר דירקטוריון בתחום בו התבצעו העבירות. סמכויות אלה הפכו את הנאשם 13 למי שבכוחו למנוע או לצמצם התנהגות פלילית של החברות הנאשמות ומכוחו יש להרשיע בביצוע עבירות לפי סעיף 48 לחוק".

המאשימה טוענת, כי היו לחודרלנד סמכויות ניהול אפקטיביות, כעולה מעדותו של יובינר, לפיה הוא כפוף לנאשמים 12 ו-13, וכך מעדותו של מר דוד זרח, מנכ"ל הנאשמת 11, לפיה בעניינים חשובים קיבל הוראות מהנאשם 13. המאשימה הוסיפה והפנתה לראיות המלמדות על מעורבותו במכרזים. חודרלנד העיד כי היה מעורב כמאשר הצעות **במכרזים מהותיים**. בהקשר זה הפנתה המאשימה לראיות שצוינו כאן (עדותו של יובינר ועדותו של דוד זרח, וכן למעורבותו בענייני מכרזים, העולה מכמה ראיות), אלא שטענות אלו של המאשימה נפקדות מכתב האישום. בכתב האישום אין כל התייחסות לתפקידי ניהול של חודרלנד, מעבר להיותו דירקטור. כל שנאמר לגביו הוא, כי היה "יו"ר דירקטוריון ח.ג.י. ובעלים בה בתקופה הרלבנטית". די בכך כדי ליתר התייחסות לטיעון האמור. אוסיף, כי אין בידי לקבוע שהמעורבות שעליה הצביעה המאשימה בגדר ראיות אלו היא מעורבות שאינה בגדר **תפקיד הדירקטור**. כך, דבריו של יובינר, לפיהם חודרלנד היה אחד הממונים עליו, אינם מלמדים על מעורבותו בניהול שוטף דווקא, ואין סיבה שלא לקבל את דבריו, כמתארים את העובדה שראה אותו כממונה מכח היותו יו"ר דירקטוריון. אין כל ראיה אחרת המלמדת על פעילות ניהולית של חודרלנד כלפי יובינר, ויובינר העיד מפורשות שלא עבד מול חודרלנד (פר' 2.4.03, עמ' 1163). גם מעדות דוד זרח עלה, כי חודרלנד "היה במעמד ייצוגי, הוא לא היה הבן אדם שהתעסק בפרטים השוטפים" (פר', שם, עמ' 1192). הראיות מלמדות, שמעורבותו



בתי המשפט

146

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

של חודרלנד בענייני מחירי פיטינגים לא היתה יותר מאשר בחינת רווחיות כלל החומר השחור (פר' 23.11.06, עמ' 9), ואיני רואה סיבה לראות פעולה זו כחורגת מתפקיד דירקטור.

מקובל עלי, על יסוד שיקולים אלו, שלא ניתן לייחס לחודרלנד גם אחריות נגזרת.

לסיכום, יש להרשיע את נאשמת 10 ואת נאשם 12, ולזכות את נאשמת 11 ואת נאשם 13.

5. על-פי הראיות, **נאשם 16** - מרדכי ברי השתתף מטעם **נאשמת 14** - ש.א.ח.פ. הנדסה (1979) בע"מ בישיבות בית איטונג. לגרסת אוריאל ברי, מנכ"ל ש.א.ח.פ., הוא עצמו השתתף בישיבה אחת בלבד. מכל מקום, גם ב-ש.א.ח.פ. ניתנה לאחר הישיבה הנחיה, לפיה **"ההנחה המכסימאלית היא 57% ואם רוצים למכור בהנחה גבוהה מכך צריך לקבל אישור מבריי"** (ת/99).

נאשם 15 - אוריאל ברי, אישר שידע על ההמלצה ופעל לפיה: **"ידעתי ממרדכי שהוא מבקש שאנחנו נשתדל למכור ב-57% הנחה פיטינגים. אני לא יודע עם מי ישבו, מתי ישבו ואיך ישבו..."** (פר' 23.11.06, עמ' 74), וגם אמר **"אני קיבלתי המלצה ממרדכי שנשתדל למכור ב-57% פיטינגים וזה מה שעשינו. זה נכון שרוב המכירות התבצעו בהנחה הזו"** (פר' 7.12.06, עמ' 4). אורי גם הסביר שראה בכך **"הזדמנות להעלות מחיר"** (פר', שם, עמ' 26), ומרדכי ברי אמר **"אני שמחתי על ההמלצה"** (פר' 28.12.06, עמ' 5). יתר-על-כן, מדבריו עלה, כי הבין שיש כוונה של המשתתפים בישיבה לשמור על ההמלצה. דבריו של מרדכי ברי כבר הובאו לעיל:

"ש. מר ברי, יש לי שאלה אליך, מה ההיגיון בזה שידברו על

גובה ההנחה, אם לא היתה שום כוונה ליישם אותה?

ת. אני לא אמרתי שלא היתה כוונה ליישם אותה. הייתה

כוונה לשמור על ה-57. זה היה האינטרס שלנו, מה זאת



בתי המשפט

147

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

**אומרת? אם אני יודע שהמתחרים שלי יקפידו גם כן או
ישתדלו למה שאני לא אתן צ'אנס" (שם).
"... כיוון שהיתה המלצה של חברת מודגל להשתדל לשמור
על 57 אז אני משתדל לשמור, אני לא אהיה הראשון שיקפוץ
ויתן הנחה יותר גדולה" (פר' 28.12.06, עמ' 24).**

מדברים אלה עולה בבירור, שמרדכי ברי היה צד להסכם. הוא היה מודע להסכמה הכללית שהושגה בבית איטונג, ובעקבותיה פעלה ש.א.ח.פ. ב-ת/99, שהוא פירוט הנחות לספקים ב-ש.א.ח.פ., נכתב "עד 57%, יותר מ-57 אישור ברי". באי-כוחם של האחים ברי כותבים בסיכומיהם: "בפועל הרישום רק מחזק את גרסת הנאשמים שהשתדלו למכור פיטינגים במחיר שהמליץ עליו היצרן אך במקרים המתאימים חרגו ממנו". די בכך כדי ללמד על ביצוע של המוסכם בבית איטונג. הובהר כך, שההמלצה שימשה נקודת מוצא לקביעת המחיר.

אלא שבהבדל ממרדכי שהשתתף בישיבות בית איטונג, לגבי אוריאל מתעוררת לכאורה השאלה אם ידע על ההגעה להסכמה במהלך הישיבה. מדבריו שהובאו לעיל עלה, כי ידע על ההמלצה של היצרן, אך גם עלה כי ידע שהמתחרים שלו יקפידו גם הם לאמץ את ההמלצה. על-פי דבריו, ראה בכך "הזדמנות" להעלות מחיר, כמי שיודע שגם אחרים ינהגו כך, והלקוח לא יברח (ראו, לעיל). אני סבורה, כי דברים אלו מלמדים על ידיעה על ההגעה להסדר וקבלתו, ולכן ניתן לייחס לו עבירה לפי סעיף 47. אוריאל ברי גם שלח לפלס לאחר הישיבה הסכמים, במסגרתם התחייבה ש.א.ח.פ. להנחה יותר גבוהה מ-57%, כדי לקבל גיבוי (ת/11, ת/100), אוריאל גם אישר כי עודכן על-ידי אחיו לגבי עיקרי הדברים שהועלו בפגישות (פר' 23.11.06, עמ' 50). מכל מקום, ניתן לייחס לאוריאל לחלופין אחריות נגזרת לפי סעיף 48. בהקשר זה יוטעם, כי גם אם אוריאל היה המנכ"ל, חומר הראיות מלמד, כי מרדכי ברי היה פעיל לא פחות. כך, פלס העיד כי האנשים שמולם עבד בתקופה הרלבנטית היו שני האחים, כאשר רוב המשא ומתן היה מול



בתי המשפט

148

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

מרדכי, אבל בהחלט היו יכולים להיסגר דברים גם מול אוריאל ברי (פר' 13.1.03, עמ' 139).

לסיכום, יש להרשיע את חברת ש.א.ח.פ, את אוריאל ברי ואת מרדכי ברי בעבירת הסדר כובל בעניין מחיר המינימום, בין מכח סעיף 47 ובין מכח סעיף 48.

6. לעניין **נאשמת 17** – ש.א.ל. ציוד טכני בע"מ **ונאשמת 18** – ש.א.ל. מרכז בע"מ (החברות המכונות יחדיו ש.א.ל.) – אין מחלוקת כי מטעמן נכח בבית איטונג **נאשם 22** – חיים בחסי, מנהל הרכש של ש.א.ל. ברם, גם אין מחלוקת שבחסי לא היה מנהל רשום ולא בעל מניות בתאגיד. בכתב האישום, תואר כ"מנהל ואחראי **רכש בתקופה הרלבנטית**". לגביו נטען, כי היה שכיר בעל מעמד לא גבוה ב-ש.א.ל. ואולם, על-פי הראיות, בחסי ריכז את הפעילות בקבוצת ש.א.ל. בתחום תוצרת הארץ, והוא זה ש"סיכם את ההנחות" של הפיטינגים, כעולה מעדות **איריס סדרס** (פר' 24.3.03, עמ' 918-919). בחסי היה גם מי שריכז את רכישת הפיטינגים ממודגל וביצע את הקניות עבור כל החברות בקבוצת ש.א.ל. עד שלב מסוים בשנת 1995. לא בכדי הוא היה זה שנשלח מטעם ש.א.ל. לשיבות בית איטונג. על כן, יש למצער לראותו "עובד מינהלי בכיר האחראי לאותו תחום" (כלשון סעיף 48). הוא היה אורגן של ש.א.ל. בכל הנוגע להסדר והוא זה שהשתתף בישיבה הרלבנטית בבית איטונג וידע כי הושגה הסכמה מכללא לגבי ההמלצה. מכאן, שאם יש להרשיע את התאגיד עבורו עבד, כעולה מהראיות שבתיק – ניתן להרשיע גם את בחסי מכח סעיף 48, וכך בדעתי לעשות.

נטען גם, כי לא ניתן להרשיע את המנהלים של נאשמות 17 ו-18 (ש.א.ל.) (ג'קי אלשייך, מיכאל אלקלעי, ניר אלקלעי), שהם נאשמים 19-21, מאחר שתיפקודם כמנהלים בתקופה הרלבנטית היה חלקי. תיפקוד ג'קי אלשייך ומיכאל אלקלעי נחלש מטעמי בריאות, וניר אלקלעי תיפקד חלקית, כהולם את קצב כניסתו לתפקיד מנכ"ל.



בתי המשפט

149

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

אין מחלוקת שנאשם 20 - ניר אלקלעי, השתתף בישיבה אחת או שתיים בבית איטונג, ואולם, לגרסתו, בתקופה הרלבנטית לישיבות אלה לא שימש כמנכ"ל. על פי הנטען מטעמו, אמנם בינואר 1996 הוכרז פורמאלית מינויו של ניר כמנהל, אבל הוא נעשה מנהל בפועל רק בינואר 1977. על פי עדות ניר אלקלעי, הוא לא עסק בנושא הפיטינגים בתקופה הרלבנטית לכתב האישום. ואולם, הובהר מפיו, כי **ש.א.ל פעלה על-פי ההמלצה שהושמעה בבית איטונג בתקופה הרלבנטית**. ניר אלקלעי הודה בעדותו שההנחיה ב-ש.א.ל בתקופה הרלבנטית היתה למכור בהנחה שלא תעלה על 57%, ואף הוסיף שהיתה הנחיה **שלא יראו בחשבוניות מכירת פיטינגים בהנחה גבוהה מ-57%** (פר' 1.1.07, עמ' 10-11). עובדה זו תומכת במסקנה שלנגד עיני ש.א.ל עמד הרצון לעמוד במחיר שנקבע בהסדר, ולו למראית עין. התנהגות ש.א.ל בפרשת מכרז מקורות (ר' לעיל, סעיף 63) מלמדת בבירור על פעולה על-פי ההסדר.

הגם שלא ניתן לקבוע כי ניר אלקלעי נטל חלק בישיבות שבהן התגבש ההסדר, יש לציין כי הוא אישר **"אני ידעתי שמנסים ומעדיפים למכור את המוצרים של הפיטינגים של חברת מודגל בהנחה שהיא לא יותר גבוהה מ-57%"** (פר' 4.1.07, עמ' 40). פעילותה של ש.א.ל בנושא זה נבנתה קרוב לוודאי על המידע שבא מבחסי (נאשם 22), דהיינו, מהנציג של ש.א.ל בישיבות בית איטונג. מינואר 1996 היה ניר אלקלעי מנכ"ל בחברת ש.א.ל (פר' 4.1.07, עמ' 8), וקודם לכן היה **מנהל תפעול**. ואולם, מדברי ניר עצמו, עלה כי למעשה תפקידו לא השתנה מרגע המינוי (הודעתו מיום 8.3.99 עמ' 1-2). אכן, לדבריו – אף שקיבל תפקיד מנכ"ל – היה מתייעץ עם גיקי אלשייך. עובדה זו אינה עושה אותו למנהל "בלתי פעיל" לעניין סעיף 48. דבריו מבססים קביעה, לפיה כי היה בכוחו בתקופה זו לקבל החלטות גם בתחום ההנחות (שם), ובתשובה לשאלה **"אתה נתת את התשובה כשביקשו ממך תשובה?"** ענה **"בדיוק, כן, ראשית אני נתתי את התשובות חד וחלק ... אני לא איזה בובה על חוטים"** (שם). הוא גם אמר **"אני מעריך שגם בחברות אחרות עשו**



בתי המשפט

150

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

את אותו מאמץ לשמור על 57" (שם, עמ' 89). בנסיבות אלו, אני סבורה, כי יש לקבוע שניר אלקלעי היה "מנהל פעיל" בכל התקופה הרלבנטית.

בכל התקופה הרלבנטית – מספטמבר 94' עד סוף 96' – נעשה ב-ש.א.ל מאמץ לשמור על הנחה של 57%, עובדה שהובהרה בעדויות שצוינו לעיל (וכן ראו עדות בן נון להלן). נציגה של ש.א.ל העביר, אפוא, את מסר ישיבת בית איטונג, ו-ש.א.ל התנהגה על-פי ההסדר כמי שאימצה אותו. על כן, בתקופה שמינואר 1996, ברי כי ניתן להרשיע את ניר אלקלעי כמנהל פעיל, מאחר שאין מחלוקת כי מתקופה זו היה מנהל, אך גם ניתן להרשיעו באותו אופן לגבי התקופה הקודמת לינואר 1996, דהיינו, לתקופה מספטמבר 1994, משעלה כאמור מדבריו שתיפקודו בתקופה קודמת לא היה שונה.

נאשם 21 – יעקב (ג'קי) אלשייך הכחיש השתתפותו בישיבות בית איטונג. מעדות פלס עלה, כי מיכה אלקלעי וג'קי אלשייך השתתפו במספר ישיבות, ברם, סמי לוי, מרדכי ברי ורוזנברג התייחסו לנוכחותו של ג'קי אלשייך בלשון "אולי" או "יתכן". אין גם אישור של ממש להשתתפות מיכה אלקלעי, ודבריו של פלס בהקשר זה היו כלליים מדי. לכן, אין בידי לקבוע כי השתתף בישיבות האמורות.

לגבי שני המנהלים **ג'קי אלשייך ומיכאל אלקלעי** – באה עדות ניר אלקלעי, לפיה הם סבלו מבעיות רפואיות בתקופה הרלבנטית ותיפקודם כמנהלים היה חלקי. ברם, מהראיות נובע, כי השניים היו פעילים דיים כדי להיות אחראים בתקופה זו על הקשר עם חברות הבת, זאת גם בהקשר של מחירי הפיטינגים. בן נון, מנכ"ל ש.א.ל אשדוד העיד:

"ש. ... כלומר, 94-96 מכרתם פיטינגים בהנחה מכסימאלית של 57% הנחה ... אתה השבת לחוקרים שהדבר נבע מפגישות פנימיות שלך עם השותפים שלך מ-ש.א.ל מיכה אלקלעי וג'קי אלשייך. אתה מאשר את זה



בתי המשפט

151

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

ת. כן" (פר' 24.3.03, עמ' 97).

על כן, איני רואה סיבה לקבוע שהבעיות הרפואיות מנעו פעילות של אלשייך ומיכה אלקלעי ב-ש.א.ל עצמה.

אשר **למיכה אלקלעי**, אכן עלה גם מהראיות כי בתקופה הרלבנטית בנו ניר החל מקבל את מקומו בחברה, תוך שהודרך על-ידי ג'קי אלשייך במגמה להכשירו כמנכ"ל. מיכה אלקלעי, על-פי הודעתו, אף כי צמצם פעולותיו בחברה בתקופה הרלבנטית, המשיך לטפל בה בתחום הבנקים ובתחום הייבוא. גם אם הובהר כי הניח לבנו ניר לטפל בנושאים החשובים, אין לומר שמעורבותו של מיכה אלקלעי בתחום הפיטינגים נעלמה כליל בתקופה זו. מעורבות זו עולה מדברי בן נון דלעיל, ועולה גם מראיות המלמדות על פעילותו בנושא היקף המכסה (של הפיטינגים) של ש.א.ל ובחלוקת הבונוס, כעולה מעדות פלס (פר' 15.1.03, עמ' 266). בנסיבות אלו, אין בידי לראותו כמנהל המנותק מהתחום הרלבנטי. יש לציין, כי ג'קי אלשייך ומיכה אלקלעי בחרו שלא להעיד בבית המשפט, ולכך, על-פי סעיף 162 לחסד"פ, יש משמעות ראייתית הפועלת נגדם והתומכת במסקנות המאשימה לעניין מעורבותם ופעילותם.

ג'קי אלשייך, על-פי הגרסה שהוצגה באמצעות ניר אלקלעי ועלתה מהודעות ג'קי אלשייך ומיכה אלקלעי, צמצם תפקידיו בתקופה הרלבנטית מטעמי בריאות, ואולם, מהראיות עולה, כי הוא המשיך לבצע תפקיד של מבקר לגבי ניר אלקלעי, ובתקופה זו גם הדריך את ניר. אכן, החל ממועד מסוים בתקופה הרלבנטית ניהל אלשייך משא ומתן במגמה לפרוש מהחברה. ואולם, הראיות מבהירות, כי בעיות הבריאות לא מנעו ממנו אותה עת לשמש כמנכ"ל כלפי חברות הבת ש.א.ל אשדוד ו-ש.א.ל צפון בכל התחומים, ובכלל זה הנחות הפיטינגים. כמו-כן, מהודעתו של אלשייך עלה כי היה פעיל בנושא מכסות הפיטינגים (הודעה מיום 18.2.99, ש' 479-505). אמנם, על-פי הודעתו של ג'קי, הוא עצמו לא היה מעורב בקביעת ההנחות.



בתי המשפט

152

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

ברם, מראיות אחרות עלתה בבירור מעורבותו בישיבות ניהול ש.א.ל. באותה תקופה וכן במתן הנחיה לפיה תאומץ הנחה של עד 57%, כעולה מעדות **מיגל בן נון**, מנכ"ל ש.א.ל. אשדוד באותה תקופה (פר' 24.3.03, עמ' 956). ג'קי אלשייך, על-פי דבריו שלו, ניהל מלמעלה את חברות הבת ש.א.ל. צפון ואשדוד (הודעה מיום 18.2.99, ש' 274-290), היה "**אחראי מיניסטרילית**" על התחום של תוצרת הארץ וקבע את כללי המשחק (הודעה מיום 18.2.99, ש' 141-133). כמו-כן, פלס העיד כי בכל העניינים המהותיים שוחחו הוא ובן הרצל עם מיכה או עם ג'קי, ולאחר מכן עם ניר, כשהוא מונה לתפקיד (פר' 13.1.03, עמ' 189). פלס לא סייג זאת בכל הנוגע לתקופה הרלבנטית. על יסוד האמור, מתבקשת הקביעה כי מצבו הבריאותי של ג'קי אלשייך איפשר לו לפעול ב-ש.א.ל. ולהיות מנהל פעיל בתחום הרלבנטי.

לסיכום, יש מקום להרשיע את נאשמות 17 ו-18 (ש.א.ל.) ואת ניר אלקלעי, ג'קי אלשייך, מיכה אלקלעי וחיים בחסי בעבירות שייחס להם כתב האישום לגבי הסדר מחיר המינימום, בין מכח סעיף 47 ובין מכח סעיף 48 לחוק.

7. מטעמה של **נאשמת 23** - פרופילון סחר (1987) בע"מ, נכח בבית איטונג המנכ"ל אברהם ברנט - **נאשם 24**, ועל כן, לכאורה, לא צריך להתעורר קושי לגבי היותו צד להסדר ועימו פרופילון. חרף האמור, על יסוד עדויות **ברנט ובאום**, נטען כי ברנט לא עסק בפרופילון בתימחור ברמת הלקוחות. באום היה מנהל המכירות של פרופילון בתקופה הרלבנטית, ועל פי עדות ברנט, הוא עצמו היה "מנכ"ל על" ואילו באום היה מנכ"ל בפועל: "הוא ידע את הכל, אני לא ידעתי" (פר' 5.2.07, עמ' 15). על פי עדות **באום**, הוא עצמו החליט בנושא ההנחות ונהנה מעצמאות בקביעתן, דבר שעשה בהתחשב במידע לגבי המחיר בשוק ורווחיות השיווק. ניסיון זה להרחיק את ברנט מהניהול לא היה משכנע, מאחר שמכלל עדויותיו והודעותיו עלה כי הוא שימש באופן מלא בתפקיד המנכ"ל. הוא היה זה שהתעסק כדבריו ב"פיננסים", הוא היה היחיד שחתם על שיקים של פרופילון והוא זה שקיים מגעים



בתי המשפט

153

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

עם פלס. גם אם לבאום היה תפקיד חשוב במכירות, אין ספק כי ברנט תיפקד כמנהל גם בתחום זה.

אין בידי לקבל את הטענות המרחיקות את ברנט מזירת העבירה בשל מספר סיבות. ראשית, מאחר שההסדר התגבש, על פי הראיות, בנוכחות ברנט כמנכ"ל בבית איטונג. שנית, טענות אלו, המבקשות להעמיד במרכז הבמה את באום, שפעל אחרי הפגישה בבית איטונג, מטבע העניין, נוגעות אך ורק לעניין היישום של ההסדר ואינן רלבנטיות לעצם העבירה (קיום ההסדר). כמו-כן, הוכח כי ברנט ידע על ההמלצה של מודגל ועל ההסדר שבא בעקבותיה כמי שהשתתף בישיבה הרלבנטית - לראיות הרלבנטיות התייחסתי לעיל - ולא הוכחה התנערותו מההסדר. יתר-על-כן, ברנט אישר שאימץ המלצה של מודגל ל-57%. כדבריו בהודעתו: **"ראינו כי זכותו של היצרן להכתיב מחיר מומלץ ... איני רגיל לפעול כנגד המלצת היצרן ... אני הסכמתי להמלצה של מודגל ... גם אני אמרתי למודגל בבית איטונג שאני אקבל את המלצת היצרן"** (הודעה מיום 9.6.99, ש' 152-193). דברים אלה עצמם מלמדים על מודעותו גם להסכמתם של אחרים להעמדת המחיר, דהיינו, להיותו צד להסדר כובל.

ברנט אמר בבית המשפט, כי בעקבות "המחיר המומלץ" שונו ההנחות המוזנות במחשבי פרופילון והועמדו על הנחה מכסימאלית של 57% (פר' 29.1.07, עמ' 41), ובתגובה לשאלה בדבר הורדת הנחות ללקוחות מתחת ל-57% אמר:

"ת. אני חוזר על מה שאמרתי, ניסינו, נכון, אמת, ניסינו ... אני אומר במפורש אנחנו ניסינו לקבל מה שיותר כסף. זה שלא הצלחנו זה בעיה אחרת, אבל שהיה ניסיון לאמץ את הדבר הזה, בהחלט כן" (פר' 5.2.07, עמ' 44).

ברנט גם אישר, כי כאשר ניתנו הנחות הגבוהות מ-57%, הדבר נעשה מחוץ לחשבונית. בחשבוניות מספטמבר 94 החל להופיע המשפט **"שים לב!! פיטינגים"**



בתי המשפט

154

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

57". כפי שנאמר לעיל, גם מטבלאות ההנחות של פרופילון בתקופה הרלבנטית, ת/222, עולה כי ההנחה המכסימאלית היתה 57%.

בסיכומי באי-כוחו (עמ' 3) נאמר: "ברנט לא הסתיר כי המחיר המומלץ שימש כמנוף למו"מ עם הלקוח, אבל הוכח בודאות כי המחיר שנסגר מול הלקוחות לא היה על המחיר המומלץ". אטעים, כי לא הופניתי לראיות המלמדות על "וודאות" נטענת זו. בהקשר זה גם נטען בסיכומים, כי כוונת ברנט היתה, כעולה מעדותו, "לאמץ את המחיר המומלץ, אולם כל זאת בכפוף למחיר השוק ולהתמחרות מול כל לקוח בנפרד" (סיכומים, סעיף 37). ברם, כבר נאמר, כי כוונתו של כל אחד מהנוטלים חלק בהבנה לפעול באופן "עצמאי" לאחריה, אין בה כדי למנוע הכרה בהשלכתו של הסדר הפועל כנקודת התייחסות או כנקודת מוצא לתימחור בפועל, ודי בכך להשפעה השלילית על התחרות.

בנסיבות אלו, אחריות ברנט ואחריות פרופילון נובעת מהיותם צדדים להסדר, ואחריות ברנט נגזרת גם מסעיף 48 לחוק.

לסיכום, יש מקום להרשיע את פרופילון ואת ברנט באחריות להסדר מחיר המינימום.

8. לגבי **נאשם 26** - יורם וולפמן, נטען על ידי באי-כוחו, כי עד לשנת 1996 היה רק שכיר בבית מסחר לבני בתפקיד שאינו בכיר (על פי עדותו, עסק כסבל ראשי בסידור סחורה ובקבלת הזמנות), וצבי לבני, חותנו, היה הבעלים ומקבל ההחלטות. עוד נטען, כי החברה י.א. וולפמן (נאשמת 25), שבבעלות וולפמן עצמו, הוקמה בשנת 1995 והחלה לפעול רק במרץ 1996, כעולה מעדויות פלס ונייגו. לאור האמור, על פי הנטען, בעת שיורם וולפמן השתתף בשיבות שבהן ההסדר התגבש (לשיטת המאשימה - סמוך לתחילת התקופה הרלבנטית שבכתב האישום) לא היה הוא אורגן של חב' וולפמן, שהרי זו טרם הוקמה.



בתי המשפט

155

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

מועד הקמת חברת וולפמן בניהולו של וולפמן - אינו במחלוקת. יחד עם זאת, אין בידי לקבוע כי תפקיד וולפמן לא היה בכיר בבית מסחר לבני. הוא היה חתנו של לבני, ועובדה היא שהגיע מטעם לבני לישיבות בית איטונג. כמו-כן, הוכחה מעורבותו הברורה בתלוות על הפרת ההסדר, בין השאר בהודעתו שלו (וכל זאת עוד בטרם הוקמה חברת וולפמן). תלוות וולפמן היא שהביאה למאמצים של סמי לוי להראות כי לא נתן הנחה יותר גדולה מזו שהומלצה בבית איטונג. מאמצים אלו תוארו לעיל. על פי הודעת וולפמן, קיבל סמכויות מלבני, למצער כחצי שנה לפני שלבני נפטר, וכמו כן, ניתן לו יפוי כח והיה בעל זכות חתימה בבנקים כבר עשר שנים קודם לכן (הודעתו מיום 13.12.98, ש' 14-35). הוא ציין בהודעתו: **"לאחר שצבי לבני נפטר אני ניהלתי את העסק"** (שם, ש' 44-41). יצוין, כי לבני נפטר בשלהי 1994, ולאחר מותו של לבני נעשתה אשתו בעלים בעסק והפעילה אותו. אין ספק, כי בתקופת ניהול בית המסחר על-ידי לבני, ואחר כך על-ידי אשתו, לוולפמן היה מעמד ניהולי בכיר בבית המסחר.

קל, אפוא, להגיע למסקנה, כי אף קודם להקמת החברה שלו היה וולפמן "עובד מינהלי בכיר האחראי לאותו תחום" מטעמו של לבני.

ברם, לא יוחסה כל עבירה לבית המסחר לבני, ושאלת בחינת אחריותו לא נדרשת על-פי נוסח כתב האישום. עם זאת, הפסיקה הבהירה, כי הגם שנושא המשרה אינו אחראי אם התאגיד איננו אחראי, "לשם גיבוש אחריותו הפלילית של נושא המשרה אין צורך להרשיע את התאגיד בהליך פלילי וממילא אין צורך להעמידו לדין", ראו: ע"פ 3027/90 **חברת מודיעים בינוי ופינוי בע"מ נ' מ"י** (סעיף 13) (תקדין); ע"פ 1042/03 **מצרפס נ' מ"י** (סעיף 15) (תקדין). מאחר שאין ספק כי לבני היה צד להסדר באמצעות חתנו וולפמן, ואילו היה מואשם גם היה מורשע, אין כל מניעה להרשיע את וולפמן גם לגבי התקופה שקדמה להקמת החברה שלו למצער מכח סעיף 48, ולאחר מכן גם את חברת וולפמן כ"צד" ישיר, למצער ממועד



בתי המשפט

156

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

תחילת פעולתה, שהרי ההסדר נמשך עד שלהי 1996. לעניין חובת פירוט העובדות הרלבנטיות בכתב האישום, יש לציין כי כתב האישום מתייחס לוולפמן גם כמנהל פעיל בבית מסחר לבני. אשר לתקופת חברת וולפמן, הובהר על-פי עדות נייגו, כי לא היו אצל וולפמן הנחות גבוהות מ-57%. כמו-כן, בעת שחברת וולפמן החלה לפעול, עדיין עמד ההסדר, שנולד בהשתתפותו של וולפמן. מכאן נובעת המסקנה כי יש להרשיע את החברה וגם את וולפמן כמנהלה וכאורגן שלה, משהוכח כי נכח בישיבה בה השתכללה ההסכמה בדבר ההמלצה, ואף יישם את ההמלצה מאז הקמתה של החברה.

בשולי הדברים אציין, כי וולפמן ובחסי לא הוכיחו קיומה של הגנה על פי סעיף 49 לחוק, לפיה:

"תהיה זו הגנה טובה לעובד או למורשה הנאשם בעבירה לפי חוק זה אם יוכיח שפעל בשם מעבידו או בשם מרשו ובהתאם להוראותיו וכי האמין בתום לב שאין במעשהו משום עבירה על חוק זה".

הגנה זו לא הוכחה, ולו מהטעם שהשניים בחרו שלא להעיד ולא נתנו כל הסבר ברוח סעיף 49 לפעילותם.

לסיכום, יש להרשיע את חברת וולפמן ואת יורם וולפמן לגבי כל התקופה הרלבנטית להסדר מחיר המינימום.

143. נושא אחרון שיש לעסוק בו במסגרת הסדר המחיר הוא התקופה הרלבנטית. המאשימה מדגישה, כי קיימות ראיות לכך שהסדר המחיר נוצר עוד קודם לספטמבר 1994 ומועד תחילת הפגישות הוא למעשה חודש יולי 1994. ואולם, על-פי הסברה, התאריך שצוין בכתב האישום, 1.9.94, הוא התאריך המשמעותי שממנו אין כל ספק לגבי התגבשותם של הסדרי בית איטונג. כך, ההנחיות הפנימיות שהועברו בחברות הנאשמות



בתי המשפט

157

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

בנוגע להנחה המכסימאלית של 57% - תחילת תוקפן מתאריך זה, והשינוי בהנחות מצא ביטוי בהודעות ללקוחות מחודש ספטמבר.

אשר למשך תקופת ההסדר, ראיות רבות מבססות מסקנה כי ההסדר התקיים משך כל התקופה הרלבנטית, דהיינו, עד לסוף 1996 (עד 30.12.96). בתקופה זו המשיכו להתקיים פגישות בית איטונג, ואין ראיה המלמדת כי ההמלצה בוטלה או כי המשווקים הודיעו כי אינה מקובלת עליהם יותר. יתר-על-כן, בראיות שהובאו לעיל מפי מנהלי המשווקות או נושאי משרה בהן, עלה במפורש כי בין השנים 1994-1996 נמכרו פייטנגים בהנחה של 57%. ראו דברי ניר אלקלעי שהובאו לעיל. גם דברי יובינר לעיל התייחסו לתקופה זו, וראו הדיון לעיל לעניין ביצוע ההמלצה.

מכל מקום, יש להבחין בין שאלת קיומו של ההסדר לבין שאלת משך ביצועו של ההסדר. אין ספק שההסדר בוצע על-ידי כל המשווקים המעורבים לפחות בחלק מהתקופה, ואולם, אין בידי לקבוע כי בוצע בפועל בכל התקופה, מאחר שלא עומדות לפני ראיות המלוות את כל המכירות בתקופה הרלבנטית. ואולם, כאן אדגיש, כי ראיה מעין זו לא נדרשה. לשיטתי, כל עוד לא הובהר בבית איטונג כי ההסכמה אינה קיימת יותר, עמדה לכאורה ההסכמה הקודמת, שלא שונתה ולא בוטלה, ולכן לא ניתן לקבוע כי המשווקים השתחררו מהשפעתה. לשון אחרת, כאשר כל אחד מהם קבע מחיריו, יכול היה להניח שהאחרים ימשיכו לנהוג על-פי ההמלצה. לשון אחר, יש מקום להניח כי ההשפעה התחרותית השלילית שהיתה להסכם לא פגה, כל עוד לא נפסקו ישיבות בית איטונג, מאחר שבהעדר הסכמה משותפת המבטלת את הקודמת, נשמרה בזכרונם של המשתתפים ההסכמה שביסוד ההסדר שהוכח. זאת, גם אם בפועל הועמדו מחירים אחרים ממחיר ההמלצה. כאמור, אין לדעת אם לא היו נקבעים מחירים נמוכים יותר בהעדר אותה הסכמה.



בתי המשפט

158

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

144. לאור האמור, אני מרשיעה את כל הנאשמים שלהם יוחס הסדר מחיר המינימום (פרט לנאשם 13 ולנאשמות 7 ו-11), בין מכח סעיף 47 לחוק ובין מכח סעיף 48 לחוק בעבירת עשיית הסדר כובל, שעניינו הסכמה על מחיר מינימום לפיטינגים מתוצרת מודגל.

פרק שני: האישום השלישי - הסדר המכסות

1. מהות מנגנון הבונוסים

145. על-פי כתב האישום, בישיבות בית איטונג נולד גם הסדר המכסות, שהופעל עד לשנת 1999, וצדדיו הם אותם צדדים – מודגל ושבעת המשווקים, כאשר על פי הנטען, חברת וולפמן בע"מ – שאז פעלה כבית מסחר לבני - הצטרפה להסדר רק ב-1995. ראיתי לנכון לדון בהסדר המכסות מייד לאחר הדיון בהסדר המחיר – ולא על-פי הסדר שבכתב האישום – בשל הקשר המיוחד בין שני הסדרים אלו, שיפורט להלן.

על-פי הנטען, עד להסדר האמור, הרווח של כל משווק הורכב מההפרש בין מחיר הקניה ממודגל למחיר המכירה וכן מזיכוי רבעוני, בונוס, שקיבל המשווק ממודגל על סך קניותיו. זיכוי זה חושב כאחוז קבוע מהסכום הכולל של קניותיו במודגל באותו רבעון (פר' 15.1.03, עמ' 236 ; ת/ת, 14/ת, 48/ת).

בגדר הסדר המכסות הנטען, שונה אופן חישוב הבונוס לחברות המשווקות, ובוצע על יסוד מכסה בסיסית (להלן: **המכסה הבסיסית**). מכסה זו נקבעה על פי היקף המכירות לכל משווקת בשנת 1993, **שבה לא היה ייבוא מתחרה למודגל** (עדות פלס מיום 15.1.03, עמ' 210). אם ברבעון מסוים רכשה החברה המשווקת **יותר** מכדי מכסתה הבסיסית (המכסות פורטו ב-ת/ת, 14), הבונוס ששילמה מודגל לחברות, אשר קודם לכן, כאמור, עמד על אחוז קבוע - קוזז על-ידי מודגל בשיעור הרווח הצפוי לאותה חברה ממכירת הכמות "העודפת", **בחישוב שנעשה על-פי מחיר המינימום ללקוח**, עליו הוחלט בבית איטונג (כאמור לעיל, עמד מחיר זה על 57% הנחה). בנוסף, נוכח מזיכוייה של אותה חברה אשר



בתי המשפט

159

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

חרגה ממכסתה, כל הבונוס הצפוי מרכישת אותם פיטינגים "עודפים" (אותו אחוז קבוע של בונוס אשר סוכם עימה). יש לציין, כי מניירות העבודה של פלס, עלה כי המכסה הבסיסית שנקבעה **למשווקים הקטנים** היתה גבוהה מממוצע הקניות שלהם ממודגל בשנת 93' (ת/31, ת/22, ת/27, ת/34).

לעומת זאת, כאשר אחת מהחברות המשווקות רכשה **פחות** פיטינגים מהמכסה שהוקצתה לה, הוגדל הבונוס שקיבלה באחוז קבוע מסך קניותיה, כאילו רכשה ממודגל פיטינגים בגובה המכסה. בנוסף, זוכתה אותה חברה על-ידי מודגל, בשיעור הרווח שהיה מגיע לידיה לו הייתה מוכרת את אותם קרטוני פיטינגים "חסרים" במחיר המינימום ללקוח אשר נקבע בבית-איטונג.

ממועד החלת ההסדר (החל מספטמבר 94' בקירוב ואילך), הופסק, כאמור, מתן הבונוסים באחוז קבוע, כפי שהיה נהוג עד אז, ושונה אופן חישוב הבונוס הרבעוני למשווקים. בד בבד הוגדל האחוז הקבוע של הנחת המחזור, ב- 3.5%.

146. המאשימה טוענת, כי באמצעות ההסדר נוצר מנגנון, שבמסגרתו משווקת שמכרה פחות פיטינגים מהחלק היחסי שנקבע לה, הרוויחה "על חשבון" אותה משווקת שמכרה למעלה מהמסגרת שנקבעה עבורה. לשון אחר, המשווקת שמכרה יותר שילמה "קנס" והבונוס שלה קוזז, ואילו המשווקת שמכרה פחות קיבלה "פרס", מעין השלמה למכירותיה, בגובה אותו חלק יחסי שנקבע לה מתוך סך מכירות הפיטינגים.

אין מחלוקת, כי מודגל, כמי שבידה רוכז כל המידע, היא שערכה את החישובים וביצעה את ההתחשבויות מול החברות המשווקות. אחת לרבעון הקריא בן הרצל בבית-איטונג את אחוזי הביצוע של המשווקים ושל סך כל מכירות הפיטינגים (הודעה מיום 19.2.97, עמ' 10 ש' 1-8; הודעה מיום 26.1.99, עמ' 4 - עמ' 5). בפגישות ניתנו גם תחזיות לגבי השאלה האם מודגל צופה שהרבעון הבא יהיה חזק או חלש (פר' 3.5.04, עמ' 3404).



בתי המשפט

160

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

גם למודגל עצמה נקבעה מסגרת, על-פי מכירותיה בעבר ללקוחות, מעבר לשבעת המשווקים משתתפי פורום בית-איטונג. פלס הסביר, כי סיבת הדבר היתה העובדה שמודגל מכרה ללקוחות סופיים שונים, ומכירותיה אלה היוו את המסגרת שנקבעה עבורה, כחלק מאותו מנגנון מכסות ובונוסים (פר' 15.1.03).

אין מחלוקת עובדתית בין המאשימה לנאשמים על קיומו של מנגנון הבונוסים המתואר. מנגנון זה תואר לפרטיו ע"י פלס בעדותו, ואילון בן הרצל אישר את קיומו ואת תחילת הפעלתו בשנת 1994. בן הרצל גם הסביר את אופן חישוב הבונוסים, כאשר בכל הנוגע לאופן ביצוע התחשיב - הסברו של בן הרצל זהה למתואר בכתב האישום.

2. טענות המאשימה לעניין התמריצים על-פי המנגנון

147. המאשימה טוענת ש"הסדר המכסות" המתואר יצר תמריצים שליליים למכירת פיטינגים, והביא למצב בו למשווקים היה כדאי למכור את כמות הפיטינגים המינימאלית הנדרשת כדי להישאר חברים בקרטל, או ב"מועדון" (כפי שכינה סמי לוי ביומנו את קבוצת המשווקים שנפגשו בבית-איטונג) ולא מעבר לכך. לשיטתה, בגין הסדר זה לא היה למשווקים כל אינטרס בהגדלת היקף מכירת פיטינגים של מודגל. המאשימה מטעימה, כי על-פי המנגנון, גם אם משווק מסוים לא מכר אפילו פיטינג אחד לכל אורך הרבעון, היה זכאי לאותו "פיצוי" - השלמת הבונוס והבאתו למצב כאילו מכר פיטינגים בגובה המכסה שנקבעה לו. לכן, המשווקים יכלו, לכאורה, לשקוט על שמריהם, שכן גם אם כלל לא מכרו פיטינגים, היו מקבלים בסופו של הרבעון את הבונוס שהיה מגיע לידיהם לו מכרו פיטינגים בכמות השווה למכסה שנקבעה לכל אחד מהם.

לשיטת המאשימה, מערך התמריצים שיצר אופן החישוב האמור, ביטל למעשה את התחרות במכירת פיטינגים בין המשווקים לבין עצמם, והאינטרס למכור פיטינגים בכמות מסוימת נבע אך ורק משתי סיבות עיקריות:

א. מדובר במוצר חיוני במסגרת סל האינסטלציה שמכרו המשווקים.



בתי המשפט

161

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

ב. מכירת פיטינגים ברמה סבירה הבטיחה למשווקים להמשיך ולקחת חלק בפורום בית-איטונג ולהמשיך ולהיות חלק מהקרטל. על-פי המאשימה, יש להניח כי אם משווק לא היה מוכר כלל פיטינגים לאורך זמן, היה נדחה אל מחוץ לגבולות "המועדון", שכן המשווקים האחרים לא היו מוכנים "לממן" אותו ולשאתו על גבם.

אין לתמוה, אפוא, טוענת המאשימה, שהמשווקים נמנעו בפועל מלרכוש פיטינגים ממודגל מעבר למכסתם.

148. הנאשמים טוענים מנגד, כי ההסכמה על מנגנון המכסות והפעלתו אינה בגדר הסדר כובל. לטענתם, המנגנון אינו מהווה יותר מאשר צורת חישוב לבונוסים שקיבלו המשווקים ממודגל, ואין לייחס לו דבר מעבר לחישוב המספרי הטכני. עוד טוענים הם, כי מדובר בשיטת חישוב שהונהגה באופן חד צדדי על-ידי מודגל והם לא ירדו לעומקה, ומכל מקום, לא הוגבלו כלל לרכוש מעבר למכסה.

להלן אכריע במחלוקת זו.

149. על-פי סבירסקי, מודגל ביקשה להביא לכך שכמות הפיטינגים שמכרה בשנת 1993 לא תקטן, אך לא שאפה לכך שהיא תגדל ולא עודדה מכירה כזו באמצעות מנגנון המכסות שתואר.

סבירסקי העיד, כי על-פי המנגנון שהוחל (פר' 5.11.03, עמ' 1847 ואילך), משווק שמכר יותר מהכמות שנקבעה עבורו הבונוס שלו הוקטן. משמעות הדבר היתה, שהבונוס הנוסף שהיה אמור לקבל על אותה כמות שמכר מעבר למכסה שלו, קוזז. סבירסקי הוסיף, שעל הכמות העודפת שמכר המשווק מעבר למסגרת שלו, קוזז לאותו משווק גם הרווח, כלומר - ההפרש בין מחיר הקנייה שלו ממודגל למחיר המומלץ שנקבע בבית איטונג, 57% הנחה. עולה מדברים אלו, כי משווק שרכש יותר ממודגל – כדי למכור כמות גדולה יותר



בתי המשפט

162

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

בשוק – נענש. יש לציין, כי לא מצאתי הסבר סביר לשאלה מדוע למודגל לא היה עניין למכור מעבר לכמות הפיטינגים שמכרה בשנת 1996. האם סברה כי אין בידה לעמוד בקצב ייצור מואץ? האם סברה כי בכמות זו יישמר מחיר המינימום? ואולי כל המטרה היתה אחרת לגמרי, כטענת ב"כ נאשמת 5, לפיה המנגנון נועד להיטיב עם המשווקים הקטנים ולשמור על שליטת מודגל בשוק (ראו גם להלן). אין בידי לענות על שאלות אלה.

אשר לתכלית המנגנון, הסביר סבירסקי כי המודל הכללי שאומץ נועד להבהיר למשווקים שמודגל מצפה מהם להטות שכם ולשווק את מוצריה בלבד, תוך הימנעות משיווק מוצרי ייבוא, וכי בתמורה לכך – הוצעה למשווקים מערכת של בונוסים ותמריצים נוספים:

”ש. ובוא תסביר לנו בבקשה את המודל, איך הוא עובד?

ת. המודל בגדול אמר שמודגל מצפה מהמשווקים שלה שיטו שכם ובעצם ישווקו בלעדית את מוצרי מודגל, כלומר אותם משווקים שנהגו לפני כניסת הייבוא לשווק את מודגל, שימשיכו לשווק רק את מודגל, והוצעה מערכת של בונוסים ותמריצים נוספים לאותם משווקים, שלמעשה המטרה שלהם יהיה לשמור על הנאמנות של אותם משווקים למודגל, תוך כדי למעשה הבטחה או ניסיון להבטחה שאותם משווקים לא ישווקו במקביל או לא יאפשרו לייבוא להיות משווק על ידם” (פ’ 5.11.03, עמ’ 1847).

על-פי ההסבר האמור, הוענקו למשווקים בונוסים נוספים (בהשוואה לתקופה קודמת), כדי להביא לכך שימכרו אך רק את מוצרי מודגל באותה תקופה (פ’ 5.11.03, עמ’ 1848). יתר-על-כן, סבירסקי לא הסתיר כי הרציונאל אשר עמד בבסיס המודל, היה נטרול התחרות בין המשווקים לבין עצמם. לדבריו, המטרה הייתה שהמשווקים לא יתחרו אחד בשני “על השוק או על המשתמש הסופי”. הרעיון היה, אליבא דסבירסקי, שהקבוצה כקבוצה תמכור פחות או יותר את הכמות המצופה מהם, וכל אחד ימכור את החלק היחסי שלו בתוך הקבוצה (פ’ שם, עמ’ 1854 - 1855).



בתי המשפט

163

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

3. ההשלכה על הסדר מחיר המינימום

150. המאשימה מדגישה, כי המנגנון האמור תמך בהסדר מחיר המינימום, והפנתה לדבריו של סבירסקי, שאמר בעדותו כי על אותה כמות שמכר המשווק מעבר למכסה, לא נוצר למשווק כל רווח, וכאילו "החליף כסף בכסף", וכי הרציונל שעמד מאחורי המודל היה יצירת תמריץ למשווקים שלא למכור מעל למכסה שנקבעה עבורם ומתחת למחיר המינימום. המאשימה מוסיפה, כי מדברי סבירסקי עלה, שמאחר שהמשווק היה צריך לקחת בחשבון גם הוצאות מכירה שונות בהן נשא (עלויות אשראי, הובלה, שיווק וכדומה), **הרי שהמנגנון יצר מצב בו מכירה במחיר נמוך ממחיר המינימום משמעותה עבור המשווק היתה הפסד**. על כן, המאשימה סבורה כי המודל יצר תמריץ שלילי למכירת פייטניגים במחיר נמוך מהמחיר המומלץ עליו הוחלט בבית-איטונג, והיווה **מנגנון אכיפה** להסדר מחיר המינימום. סבירסקי תמך בהסבר זה בעדותו:

"ש. הבנתי, זאת אומרת בוא נגיד רגע שמה שהיה מצופה ממשווק מסוים, ברבעון נתון סתם, זה למכור מאתיים קרטונים, והוא מכר מאתיים ושנים עשר, אז מה קרה?

ת. אז על השנים עשר האחרונים נניח, הוא היה כאילו קונה את זה מהמפעל במחיר שמאוד קרוב למחיר השוק ולמעשה לא נוצר לו שום מרווח נוסף, כאילו החליף כסף בכסף, מבחינת השיווק.

ש. מה קורה אם המשווק מכר את אותם שנים עשר קרטונים במחיר נמוך יותר מאותו חמישים ושבע נגיד, הוא הלך ומכר את השנים עשר קרטונים בחמישים ושמונה, תשע?

ת. בעיקרון מודגל הציבה למפיצים ולסוחרים מה פחות או יותר מחיר המינימום שהיא מצפה שאותם מפיצים ישווקו, במידה ואיזה שהוא מפיץ היה מוכר בפחות, אז הדברים האלה מעת לעת היו עולים, או מזה שאיזה שהוא מתחרה אחר, או איזה שהוא מפיץ אחר היה מעיר את ההערה ואומר שהוא נתקל במחירים יותר



בתי המשפט

164

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

נמוכים, מודגל הייתה מעירה לאותו מפיץ, שבאמת היא חושבת או שיש שמועה שהוא מכר בפחות ומנסה פחות או יותר להעיר לו ולמכור לו במחיר הנכון. בעיקרון הרעיון היה, הרציו שעמד מאחור, שאם איזה שהוא מפיץ מוכר מתחת למינוס חמישים ושבע, אז המשמעות היא שהוא נוגס מהרווחיות האישית או העצמית שלו. ככה שבסך הכל לא הייתה איזה שהיא מוטיבציה לאיזה שהוא מפיץ, למכור מתחת למחיר –

ש. ... בוא תסביר לנו מה זאת אומרת?

ת. זאת אומרת שאם הוא קונה, סתם לדוגמא, את המוצר במינוס שישים או מינוס שישים ושתיים ומוכר אותו למשתמש הסופי גם כן במינוס שישים ושתיים, אז המשמעות היא ששוב פעם הוא מעביר את כל ההנחה המסחרית שהוא קיבל מהמפעל, למשתמש הסופי, ומהבחינה הזאת מודגל כמובן לא פיצתה אותו ולא נתנה לו שום תמריץ נוסף, כך שהוא בעצם כמו שאמרתי קודם, החליף כסף בכסף במקרה הזה.

ש. עכשיו, בוא תאמר לנו, קודם אני רוצה לשאול אותך במובן הכלכלי, בחלק ברציונל של המודד, אם משווק קונה בחמישים ושבע ומוכר בחמישים ושבע לצורך הדוגמא, מה קורה לו כלכלית, הוא מחליף כסף בכסף או –

ת. הוא מחליף כסף בכסף, שלא לדבר על ההוצאות שיש לו ועל הסיכון העסקי שיש לו, כי הוא מוכר באשראי, או מוכר לאיזה שהוא מקור שאמור גם לשלם לו, הוא גם לוקח על עצמו סיכונים אשראי וסיכונים עסקיים, יש לו הוצאות שיווק. בוא נגיד אין שום מוטיבציה למעט זה שאיזה שהוא משווק מנסה להגדיל את הכמות שלו בשוק, אין בזה שום היגיון כלכלי, שיווקית אולי כן, אבל לא כלכלית" (פר' 5.11.03, עמ' 1850 - 1852).



בתי המשפט

165

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

סבירסקי חזר ואמר במהלך עדותו, כי אחת ממטרות המנגנון הייתה **שמירה על מחיר מכירה מינימאלי של פיטינגים** ללקוח הסופי:

"ש. בוא תסביר לנו מה הרציונל הכלכלי מאחורי להגביל את הכמות שעליה מקבלים את הבונוס. זאת אומרת למה שמשווק לא ימכור 8000, חזינו 1000 והוא ימכור מיליון.

ת. בסופו של דבר מודגל רצתה לשמור על המחיר, המחיר נגיד מחיר המטרה שהיא ציפתה שיגיע לשוק, כלומר לא רוצה למצוא את עצמה במצב שבעצם המשווקים דוחפים חזק מדי, ודוחפים חזק מדי זה בדרך כלל בא על חשבון מחיר,

ש. מה זאת אומרת בא על חשבון מחיר?

ת. זאת אומרת בדרך כלל משווק שרוצה להגדיל את החלק היחסי שלו, בדרך כלל נותן הנחות נוספות של החלק השולי או על החלק האחרון, וזה יוצר בסופו של דבר מצב שהקונה הסופי נהנה מהנחה נוספת והמחיר יכול, מחיר שיווי המשקל או המחיר שפחות או יותר משתרר בשוק הולך ונשחק. עכשיו למודגל היה אינטרס בעניין הזה לשמור על מחיר פחות או יותר קבוע בשוק, ומהבחינה זאת בעצם המודל, מעבר לזה שהוא רצה לתת את התמרוץ למפיצים, על מניעת הייבוא, הוא גם רצה לשמור באיזה שהוא אופן גם על המחיר הממוצע בשוק. ולכן מפה בא הרציו שאם מישהו ירוץ מהר מדי, או ירוץ מעבר למכסה שלו ישווק מעבר למכסה שלו, הוא לא יקבל על החלק העודף בונוס, ואז הוא פחות או יותר יבין שאין לו מה לרוץ על המאה קרטונים האחרונים או מאתיים קרטונים אחרונים, כי הוא בעצם מעבר לזה שאולי יגדיל את השוק שלו, הוא לא יהיה לו שום רווח כלכלי לטווח קצר" (פר' 5.11.03, עמ' 1859, 1860).



בתי המשפט

166

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

4. המסגרת שנקבעה למשווקים הקטנים

151. כבר נאמר, כי למשווקים הקטנים יותר (ש.א.ל, פרופילון, ח.ג.י.י. ש.א.ח.פ וולפמן) קבעה מודגל מסגרת גבוהה מממוצע הקניות שלהם בשנת 1993. לדברי בן הרצל, מודגל עשתה זאת על-מנת לתמוך במשווקים הקטנים כדי לחזק אותם מול הגדולים (מנדלסון וטסה) ולמנוע מצב של השתלטות משווק או שניים על מכירות הפיטינגים.

ברי, כי **מסגרת גבוהה יותר משמעה הטבה**, שהרי ככל שמסגרתו של משווק גבוהה יותר, כך הבונוס שהוא מקבל גבוה יותר. משנקבעה למשווקים הקטנים מסגרת גבוהה מממוצע הקניות שלהם בשנת 1993, הרי שלמעשה קיבלו המשווקים הקטנים את אותה "השלמה" של שני רכיבי הרווח (הנחת המחזור + רווח ישיר הנובע מהפרש בין מחיר הקניה למכירה במחיר המינימום) עד לגובה אותה מסגרת גבוהה שנקבעה להם. משמעות הטבה זו היא קבלת בונוס גבוה יותר באופן קבוע. העלאה זו בבונוס באה על-חשבון המשווקים הגדולים (מנדלסון וטסה), שכן חלקם היחסי של המשווקים הקטנים הוגדל על-חשבון זה של הגדולים. בן הרצל אישר, כי **הגדלת המסגרת משמעותה הגדלת הבונוס** וכי בכך שהגדילה למשווקים הקטנים את המסגרות שיפרה מודגל את תנאיהם וחיצקה את יכולת התחרות שלהם אל מול מנדלסון וטסה (24.5.04, עמ' 3474 ש' 9 - עמ' 3475 ש' 21; עמ' 3489 ש' 23-25; 23.6.04, עמ' 3729 ש' 21 - עמ' 3730 ש' 21).

5. הבנת המנגנון על-ידי המשווקים

152. קיימת מחלוקת בין הצדדים בנוגע להבנת המשווקים את שיטת הבונוסים. לשיטת המאשימה, המשווקים הבינו את השיטה. חלק מהנאשמים טוענים שהשיטה לא היתה ברורה להם. המאשימה ראתה לנכון להרחיב בנושא זה.

על פי הראיות, שיטת המכסות והבונוסים הוצגה למשווקים בבית איטונג על-ידי **בן הרצל**. לדברי בן הרצל, הוא הציג אז את השיטה במילים כלליות ואחריו הסביר



בתי המשפט

167

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

סבירסקי את אופן החישוב בפירוט (פר' 12.5.04, עמ' 3449 - 3450). גם פלס עסק בהסברת שיטת החישוב החדשה. **פלס** העיד, כי המשווקים פנו אליו באופן קבוע בבקשות לקבלת הסבר בדבר אופן חישוב הבונוס, כפי שבוצע לפי מנגנון המכסות. לדברי **פלס**, כשמשווק מסוים ביקש ממנו הסבר לזיכוי הרבעוני, נהג להכין טיוטה, על-מנת להסביר לו כיצד בוצעה ההתחשבות (פר' 15.1.03, עמ' 216). **פלס** הוסיף, כי כל משווק אשר חפץ בכך, קיבל ממנו הסברים מפורטים ומדוקדקים בנוגע לפעולת מנגנון המכסות ואופן חישוב הבונוס, הסברים אשר ניתנו לכל דורש כמספר הפעמים שנתבקשו, ובמקרים מסוימים אף הועלו עבור משווק כזה או אחר על הכתב.

ברנט העיד כי **פלס** הגיע למשרדו עם תעודת זיכוי, נאות לבקשתו להסביר לו את הזיכוי, ובדרך זו למד על אופן ביצוע החישוב. עוד סיפר ברנט, כי כתב את ההסבר שנמסר לו מפיו של פלס והעביר את ההסבר הכתוב למנהלת החשבונות של **פרופילון** (פר' 29.1.07, עמ' 38). **ברנט** הוסיף, כי ביקש ממנהלת החשבונות "לעשות עבודת בית" בכל הנוגע לחישוב הזיכוי. כלומר, הנהלת החשבונות בפרופילון קיבלה הסבר כתוב בדבר אופן ביצוע החישוב וכן הוראה ללמוד אותו (8.2.07, עמ' 13). עוד סיפר **ברנט**, כי העלה את ההסברים שקיבל מפלס על הכתב והוסיף פרטים והערות כדי שמנהלת החשבונות של פרופילון תבין את אופן ביצוע החישוב ויהיה בידה לבדוק את הזיכויים (פר' 8.2.07, עמ' 19). **ברנט** ציין, כי ידע שעל פי העיקרון עליו בנויה השיטה, הוא מקבל בונוס בהתאם לכמות רכישותיו ממודגל, כאשר המכסה שלו היא 1,000 קרטונים. ברנט אף אישר כי היה מודע לעיקרון על-פיו מחושב הבונוס הרבעוני: בונוס המחושב כאחוז קבוע מסך-כל הרכישות ממודגל, ועליו קיזוזים/תוספות, בהתאם לחריגה מהמכסה. המאשימה טוענת, כי נוכח דבריו אלה של ברנט, המתווספים לעדותו של פלס בדבר ההסברים שנתן לו, לא יכול להישאר ספק באשר למודעותו של ברנט להסדר המכסות.

על-פי הראיות, לא רק פלס, גם **סבירסקי** נתן הסברים לגבי המודל, ולא רק בבית איטונג. בעדותו סיפר סבירסקי כי בתקופה הרלבנטית ערך במשרדו פגישה עם נציג מנדלסון, לשם מתן הסבר על המודל. עוד סיפר סבירסקי כי בשיחות אקראיות שקיים עם



בתי המשפט

168

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

המשווקים, הסביר להם את המודל. שיחות אלה התקיימו, לדבריו, לא רק במסגרת פורום בית-איטונג (פר' 24.11.03, עמ' 17 - 18).

סמי לוי טען בעדותו לקשיים בהבנת המנגנון שאומץ. לדבריו, בזמן אמת היה מודע לקיומה של שיטה, לפיה ככל שמכר יותר - קיבל יותר בונוס ואילו במידה שביצעו היו מתחת למסגרת שלו - קיבל זיכוי יותר קטן (פר' 30.5.05, עמ' 34). עוד טען לוי, כי לא היה מודע לעקרון לפיו קיבל תוספת אם מכר פחות מהמסגרת והפחתה או קיזוז אם מכר למעלה מהמסגרת. על-פי גרסתו של לוי בעדותו, הוא הבין כי קיים יחס ישיר בין כמות הקניות ממודגל לבין גובה הבונוס. לוי ביקש לשכנע, כי בזמן אמת סבר שמנגנון הבונוסים מתפקד כהנחת מחזור רגילה על סך-כל הקניות - ככל שקונים יותר מקבלים יותר בונוס.

בעדותו בבית המשפט ציין לוי, כי במסגרת ההסבר שנתן בן הרצל בבית איטונג באשר למנגנון הבונוסים, הוסבר כי **המסגרת של כל משווק תותאם לכלל מכירות הפיטינגים באותו רבעון וכי ככל שכמות המכירות הכוללת תגדל, כך יגדלו הבונוסים בהתאמה** (פר' 20.4.05, עמ' 42; עמ' 44). המאשימה מדגישה, כי בחקירתו ברשות לא הכחיש לוי את העובדה, כי **לאחוזי הביצוע שהקריא בן הרצל בבית איטונג הייתה השפעה על הזיכויים הרבעוניים. לדבריו, הוא הבין כי הזיכויים קשורים לכמויות הרכישה של המשווקים, אף שלא ידע כיצד התבצע חישוב הבונוס באופן מדויק**. עוד אמר לוי, בחקירתו ברשות, כי אם ביצעו, ברבעון מסוים, היו פחותים מ-100%, המשמעות היא שביצעו של משווק אחר נעשו על חשבון כלל מכירות הפיטינגים, וחלק מזה - על חשבוננו.

יש לציין, כי לאורך כל עדותו עורר לוי רושם של אדם שקול ומחושב ביותר, שהאינטרסים של מנדלסון עמדו בראש מעיניו. אני מתקשה, במצב דברים זה, להאמין שלא הבין את מנגנון המכסות, אף כי המנגנון הוסבר במהלך הפגישות. קשה להלום שלוי פעל במשך תקופה לא קצרה מבלי שעשה כל שביכולתו כדי להכיר את המנגנון, אף כי אין סיבה לחשוב כי מודגל עצמה ביקשה להסתיר את אופן פעולתו, ופלס ובן הרצל ואף סבירסקי היו מוכנים ומזומנים להסבירו בכל עת.



בתי המשפט

169

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

לאור האמור, מקובלת עלי המסקנה, כי גם לוי הבין את "מנגנון המכסות" והשלכותיו, ולמצער הבין כי רכישה מוגברת מעבר לכמות המכסה – וכך אף מכירה מוגברת בשוק – אינה רצויה למודגל.

153. מעדותו של פלס עלה, כי **כל משווק ידע מה המסגרת שנקבעה לו**, אולם לא היה מודע לגובה המסגרת של המשווקים האחרים. ברם, הדעת נותנת, כי גם אם לא ידעו הנאשמים מהי המסגרת הכמותית שיש לכל אחת מהמשווקות, הבינו כי הרווח שלהם מפטינגים אינו גדל ביחס ישר להיקף המכירות. משמעות זו עולה בבירור מאופן החישוב שהוצג להם על פניו, וזאת גם אם לא התעמקו בדברים. יתר על כן, הוכח כי בתקופה הרלבנטית היו משווקים אשר פנו למודגל בבקשות חוזרות ונשנות להגדלת המסגרת שנקבעה להם. פניות אלה של המשווקים להגדלת המסגרת מצביעות על כך שהיה ביד המשווקים להבין כי **ככל שהמכסה הבסיסית או המסגרת שנקבעה למשווק גבוהה יותר, כך גדל הבונוס שהם מקבלים בסופו של כל רבעון**.

כך, חברת ש.א.ל פנתה למודגל בבקשה להגדיל את המכסה שנקבעה עבורה. כך נובע מעדותו של מאיר פלס, אשר סיפר כי **מיכה אלקלעי** פנה אליו להגדלת המכסה (פרי' 15.1.03, עמ' 245 - 246; עמ' 266). גם **יורם וולפמן** ביקש להגדיל מסגרת. בקשה דומה הפנה למודגל סמי לוי **ממנדלסון** עם רכישת חברת "גפני שדה". כך, על-פי עדותו של מאיר פלס (פרי' 15.1.03 עמ' 212 - 213). גם לוי העיד, כי עם רכישת **גפני שדה** ביקש ממודגל כי מסגרתו תוגדל, מאחר שהבין את המשמעות הכלכלית הטמונה במסגרת. הוא אישר, כי הבין שככל שהמסגרת תהיה גבוהה יותר כך יגדל הבונוס שהוא מקבל (פרי' 20.4.05, עמ' 44 - 45). כלומר, המשווקים היו מודעים למשמעות הכלכלית של המכסה הבסיסית וליתרונות הקיימים עבורם בקיומה של מכסה גבוהה. המשווקים ידעו שככל שהמסגרת שלהם תהיה גבוהה יותר, כך הבונוס שיקבלו יהיה גדול יותר, וניסו לשכנע את מודגל להגדיל את המסגרות שלהם.



בתי המשפט

170

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

המאשימה מדגישה, כי המנהלים המופיעים בכתב האישום הם אשר עמדו בקשר עם מודגל בנוגע להתחשבנויות כספיות, כעולה מהראיות שפורטו בסיכומים. ראיות אלו עוסקות **בסמי לוי** במנדלסון, **אלי שאלתיאל** בטסה, **משה רוזנברג** ומוטי חודרלנד בח.ג.י., **ג'קי אלשייך וחיים בחסי** וכן **ניר אלקלעי** ב-ש.א.ל, **אוריאל ברי ומרדכי ברי** ב-ש.א.ח.פ, **אברהם ברנט** בפרופילון, **יורם וולפמן** בולפמן. מקובלת עלי גם טענת המאשימה, שמתוקף תפקידם כל אלה הבינו מהי מערכת היחסים הכספית עם מודגל ועם המשווקים בנושא הפיטינגים וכיצד נקבע הבונוס, בהקשר לכמויות הנרכשות על ידם.

6. ביצוע הסדר המכסות

154. המאשימה מוסיפה וטוענת, כי הסדר המכסות בוצע. לדבריה, הראיות מצביעות על כך שהמשווקים עמדו במכסות. לשיטת המאשימה, זו גם ראייה לעצם קיום ההסדר. עובדה זו עולה מדו"חות המכירה של מודגל מהתקופה הרלבנטית (ת/22, ת/27, ת/34). זאת לגבי כל המשווקים. יתר-על-כן, כבר צוין כי סבירסקי העיד שבמהלך הרבעון, כאשר המשווק "רץ מהר מידי", היתה מודגל מודיעה לו שיאט את הקצב, ומנסה לבלום אותו (פ' 5.11.03, עמ' 1847-1849). עובדה נוספת שהמאשימה נשענת עליה היא העובדה שחלק מהמשווקים העדיפו לרכוש פיטינגים ממשווקים מתחרים על פני רכישתם ממודגל. כך עשתה ח.ג.י. (ת/142) וכך עשתה גם ש.א.ל (ת/142). על-פי עדות **איריס סדרס**, בתו של מנכ"ל ש.א.ל אשדוד, ש.א.ל אשדוד נהגה לרכוש פיטינגים מפרופילון במקרים בהם היא עברה את מסגרת הקניות שהוקצבה לה (פ' 24.3.03, עמ' 920-921).

7. המחלוקת לעניין מהות הסדר המכסות

155. כאמור, הנאשמים טוענים, כי הסדר המכסות הוטען היה שיטת חישוב לתמורה ממודגל בלבד ולא היה בו כדי להגביל אותם למכסה מסוימת או למכירת כמות מסוימת. בגדר טענה זו, הדגישו הנאשמים כי מעולם לא הוגבלו בכמויות הרכישה ממודגל ולמעשה היה בידם לרכוש כל כמות פיטינגים שחפצו (ראו למשל, דברי מרדכי ברי, פ' 11.12.06,



בתי המשפט

171

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

עמ' 10; ניר אלקלעי פר' 1.1.07, בעמ' 14). למעשה, על כך כלל אין מחלוקת בין המאשימה לנאשמים. גם לשיטת המאשימה, משמעות המכסה או המסגרת שנקבעה למשווקים אינה בהגבלת כמויות הרכישה ממודגל.

הנאשמים מגדירים את טענות המאשימה לגבי הסדר המכסות כ"טעות אופטית". הנאשמים נשענים בהקשר זה על חוות דעת – שלטענתם היא חוות דעת כלכלית - בחתימת ד"ר דיוד גילה וד"ר יוסי שפיגל (נ/166). התייחסתי לחוות דעת זו בפרק המבוא. על-פי הנטען בחוות הדעת, כמויות המסגרת לא שימשו כלל "מכסות" (שם, עמ' 36):

"כל שהמנגנון עשה היה לקבוע לכל מפיץ תעריף בין שני חלקים, שהורכב ממחיר סיטונאי אחד ליחידה ואשר היה בלתי תלוי היקף רכישותיו של המפיץ, וזיכוי שהיה בלתי תלוי ברכישותיו של המפיץ ממודגל ...

כמויות המסגרת לא מילאו כל תפקיד של 'מכסות' אשר אין לחרוג מהן כלפי מעלה או כלפי מטה: כאמור כל מפיץ רשאי היה לרכוש ממודגל כל כמות פיטינגים שהיא, ויתר על כן, חריגה מכמות המסגרת כלפי מעלה או כלפי מטה לא היתה כרוכה בקנס כספי כלשהו או בשינויים במחיר הסיטונאי ליחיד מחד ו/או בזיכוי שאותו קיבל המפיץ. זאת משום שהן המחיר הסיטונאי האחיד ליחידה והן הזיכוי היו בלתי תלויים לחלוטין בהיקף הרכישות של המפיץ ממודגל.

לפי מנגנון התמחור שמודגל קבעה, כל מפיץ שמכר כמות הנופלת מהמסגרת שנקבעה לו אמור לקבל זיכוי בגובה הרווח שהמפיץ היה מפיק לו מכר את כמות המסגרת במחיר המומלץ שמודגל קבעה. לפיכך, כל עוד המפיץ נמצא מתחת למסגרת שנקבעה לו, מכירת יחידות נוספות מניבה לו מחד רווח בגובה ההפרש בין מחיר המכירה שלו ... לבין המחיר הסיטונאי ה'רשמי' שהוא משלם למודגל, אך מאידך היא מקטינה את הזיכוי שאותו הוא אמור לקבל ממודגל



בתי המשפט

172

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

בסכום השווה לרווח שהמפיץ היה מפיך לו מכר יחידות אלו במחיר המומלץ. ההקטנה בגובה הזיכוי מהווה עלות נוספת מנקודת ראותו של המפיץ, והיא מצטרפת למחיר הסיטונאי ה'רשמי' שהוא משלם למודגל. זאת, משום שסך התשלום למודגל מורכב מהמחיר הסיטונאי כפול מספר היחידות הנרכשות, בניכוי הזיכוי. הקטנה של הזיכוי (עקב מכירת יחידות נוספות) מגדילה לכן את התשלום למודגל, ועל כן מהווה מרכיב עלות נוסף מנקודת ראות המפיץ, ממש כמו המחיר הסיטונאי ה'רשמי' (ההבדל ביניהם הוא טרמינולוגי בלבד – אין כל הבדל מהותי בין השניים) ... כיוון שהירידה בגובה הזיכוי זהה בין אם המפיץ נמצא מתחת למסגרת ובין אם הוא נמצא מעליה, המחיר האפקטיבי שהמפיץ משלם למודגל בגין כל יחידה שהוא רוכש זהה בכל המקרים. כלומר, היא איננה תלויה כלל בכמות שהמפיץ רוכש. לפיכך, הטענה לפיה המחיר הסיטונאי קופץ כלפי מעלה כאשר המפיץ גולש מעבר למסגרת וכי קפיצה זו במחיר הסיטונאי היא בבחינת 'נס' שהמפיץ משלם על חריגה ממכסה שנקבעה לו איננה אלא טעות אופטית שמקורה בהתעלמות מהעובדה שגם על מכירת יחידות מתחת למסגרת מוטל 'קנס' זהה. כיוון ש'קנס' זה מוטל בין אם המפיץ נמצא מעל או מתחת למסגרת, הרי שאין זה כלל 'קנס', כי אם מחיר שיש לשלם על רכישת כל יחידה נרכשת".

ניתוח זה מקובל עלי במלואו.

המאשימה טוענת מנגד, כי אין זה נכון שהמסגרות לא נתפסו כמכסות, והצביעה על כך שסבירסקי השתמש במילה **מכסה** כשהתייחס למסגרות, באומרו: "מבחינת כמות השיווק, עד כמה שאני יודע היה לכל משווק פחות או יותר איזה שהיא מכסה" (פרי 5.11.03, עמ' 1849 ש' 19-20).



בתי המשפט

173

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

156. גישה זו של המאשימה מעוררת קשיים. אכן, המעורבים השתמשו במונח "מכסות", אבל גם המאשימה מסכימה שכמות הרכישה לא היתה מוגבלת. אף לשיטת המאשימה **המכסה שימשה אך ורק פרמטר בחישוב ולא מגבלת רכישה**. לכן, אין לביטוי "מכסה" בהקשר זה המשמעות המקובלת בתחום ההגבלים העסקיים. הראיות לא הניחו בסיס הולם לטענה שהנאשמים הבינו שאין בידם לרכוש יותר, דהיינו, ש"המכסה" מגבילה אותם בכמות הרכישה, להבדיל מהבנה שכדאיות הרכישה מושפעת מכמות הרכישה ואינה עולה ביחס ישר עם הגדלת הכמות. יתר על כן, גם אם הגדלת כמות הרכישה הביאה את המשווק לתחומי בונוס נמוכים יותר, עדיין היה בידו להרוויח מהפער בין מחיר המכירה ללקוח למחיר הרכישה ממודגל. לשון אחר: גם אם הבונוס ממודגל היה קטן יותר, עדיין היה למשווק רווח במכירת כל יחידה נוספת.

מאחר שלא הוגבלה רכישת כמות גדולה יותר ממודגל, אני סבורה כי נכון יותר לראות ב"הסדר המכסות", כפי שהמאשימה קוראת לו – השלמה של הסדר מחיר המינימום ולא הסדר כובל בפני עצמו. בקביעת מהותו של "הסדר המכסות", יש לזכור כי ביד כל יצרן לקבוע **באופן חד-צדדי** דרך לחישוב התגמול של המשווקים (דהיינו, לקבוע את מחיר הרכישה), והחופש בידיו אף ליצור תמריץ שלילי – כגון מחיר גבוה יותר החל מיחידה מסוימת - כדי להביא לכך שלא ירכשו את מוצריו בכמות שאינה רצויה לו. אכן, המשווקים קיבלו את צורת החישוב "בהסכמה", ואולם, אין מקום יש לייחס משמעות להסכמתם, מעבר להיותה **הסכמה למחיר**, שאינה יוצרת הסדר כובל. **היצרן הודיע להם כיצד הוא יתמחר את רכישותיהם והם קיבלו זאת בלית ברירה**. לשיטתי, גם אם סברו כי החישוב מיועד לבלום את רכישותיהם וכך מכירותיהם, אין לראות בקבלת הודעת היצרן לגבי הבונוס משום הסכמה להסדר כובל. לאור האמור, אני סבורה שיש לראות בהסדר המכסות הסדר כובל בפני עצמו, אלא קובעת שיש לראותו כרכיב המחזק את הסדר מחיר המינימום. בהקשר אחרון זה יש לזכור, כי החישוב נעשה **על יסוד מחיר זה**.



בתי המשפט

174

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

גם פרופ' פרשטמן בחוות דעת, שהמאשימה בחרה שלא לחקור עליה, בחן את הסדר הבונוסים, והגיע למסקנה שאין בנוסחה דבר המביא ל"חלוקת "שוק". לדבריו, מערכת הבונוסים והתמריצים שניתנה על-ידי חברת מודגל שקולה **להעלאת מחיר רכישה ומתן בונוס**, שהוא סכום קבוע שיכול לעלות ולרדת כפונקציה של סך הכמות הנמכרת בשוק.

פרשטמן הוסיף כי המפיץ מכר סל מוצרים, שבו חלקם של הפיטינגים עמד על כ- 5% - 10% (ברוב המקרים 5%). מחומר הראיות עולה, כי לא היה סביר שהמפיץ יימנע ממכירה ללקוח המבקש לרכוש פיטינגים מעל המכסה, מאחר ובכך היה עלול לאבד את הלקוח. פרשטמן מדגיש, כי כאשר המפיץ קיבל בונוס מופחת, הוא קיבל לידיו סכום נוסף בגין הרווחים שהפיק בפועל ממכירת הכמות העודפת, ולחלופין, כאשר קיבל בונוס מוגדל, הוא החסיר את סכום הרווחים שיכול היה להפיק ממכירת הכמות החסרה. ההסדר אינו מגביל כמות וגם לא רווח.

לעיל הובאו דברים מתוך חוות דעתם של **שפיגל וגילה**. דברים אלה מכחישים את הטענה שמדובר בהסדר מכסות במשמעותו המקובלת. משהגעתי למסקנה שצוינה לגבי מהותו של "הסדר המכסות", לא ראיתי מקום לעסוק בטענות שהעלתה המאשימה כנגד חוות דעת זו, שבמוקדן הטענה שמדובר בחוות דעת משפטית. מבחינתי, חוות הדעת של שפיגל-גילה מבטאת היגיון פשוט ובהיר, ואני בהקשר זה רואה לנכון להישען עליה לא כעל "חוות דעת" כלכלית חיצונית, אלא כעל כלי קיבול לטיעון הגיוני פשוט, שיכול היה להגיע גם בסיכומי הסנגורים. כפי שהוסבר, לשיטתי, בהקשר זה, מכריעה העובדה שלא היתה כל הגבלה על הרכישה של הפיטינגים וכי למוכר (מודגל) היתה זכות לקבוע את מחיר המוצר שהוא מעמיד למכירה בדרכו שלו. גם אם קיבלו המשווקים את המחיר האמור, אין בכך כדי להכניס את ההבנה הכוללת לגדר הסדר כובל. ויוטעם, גם כאשר קובע המוכר את המחיר באופן המשפיע על העלאת המחירים בשוק, המלווה בהקטנת הכמות הנמכרת (כגון על ידי העלאת מחיר מוצריו), אין בכך כדי להכניס דרך תימחור זו לגדר הגדרת הסדר כובל. בהקשר זה נכון התיאור, לפיו מדובר בפעולה **חד-צדדית** של היצרן. קביעת מחיר



בתי המשפט

175

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

היא פעולה חד-צדדית, מאחר שלמוכר יש שליטה מלאה עליה. כאשר משווק "מסכים" לקבל בונוס קטן יותר, אף כי הוא מגדיל את רכישותיו, או לקבל "פרס" כאשר הוא רוכש פחות, מדובר למעשה בהסכמה למחיר, ואין לראותה כהסדר כובל יותר מאשר מצב בו הוא מסכים לרכוש במחיר גבוה יותר.

ויוטעם, אין בחוק דבר שימנע יצרן לקבוע באופן חד-צדדי דרך לחישוב המחיר שהוא מעמיד לפני המשווקים והחופש בידיו אף ליצור תמריץ שלילי, כדי להביא לכך שלא ירכשו את מוצריו בכמות שאינה רצויה לו. ואולם, בנסיבות המקרה דנן, כאשר דרך החישוב גם עלתה בקנה אחד עם מחיר מינימום שנקבע בהסכמה, צודקת המאשימה בטענתה, כי החישוב האמור בא לתמוך בהסדר מחיר המינימום. כך גם התייחס סבירסקי לרכיב המכסות בחישוב, כעולה מתוך דבריו שהובאו לעיל. יש, אפוא, לראות את מערכת העובדות שהמאשימה מכנה "הסדר המכסות" כמערכת התומכת בהסדר מחיר המינימום, ולא כהסדר כובל הקיים בנפרד. מטעם זה, אילו עמדה לפני מערכת עובדות זו בלבד, לא הייתי מרשיעה בגינה את הנאשמים בעבירת הסדר כובל, אף שהעובדות הנטענות לגביה הוכחו. על כן, משהופרד אישום זה והוצג כאישום נפרד, יש לזכות את הנאשמים הימנו.

יש גם להביא בחשבון את העובדה שהמאשימה לא מצאה לנכון לציין רכיב זה בגדר האישום שעניינו הסדר המינימום. לכן, איני רואה לנכון גם לעסוק בו ביתר אריכות כרכיב המשלים את הסדר המינימום. אסתפק בהערה אחת: אין ספק, כי מודגל ביקשה באמצעות מנגנון המכסות להשפיע על קצב רכישת הפיטינגים ממנה, וכך על היקף מכירתם בשוק. מקובל בגישה הכללית שיש קשר ישר בין הקטנת כמות להגדלת מחיר, ובמנגנון האמור קשר זה לא נשמר. במובן זה המנגנון תימרץ את מנגנון מחיר המינימום, משבלם הורדת מחיר. ואולם, ההשפעה הנובעת מהמנגנון על השוק כמוה כקביעת מחיר גרידא על-ידי היצרן, שאין להתערב בה. כאמור, הסדר מחיר המינימום הוא הסדר כובל בגין ההסכמה הכללית שהושגה לגביו. ברם, בכל הנוגע למנגנון המכסות, אין לדבר על



בתי המשפט

176

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

הסכמה כזו. כאמור, המשווקים קיבלו אותו כקבל מחיר, דהיינו, כאקט חד-צדדי של מודגל.

ביחס להשפעה הכוללת של מנגנון הבונוסים, יש לומר כי מודגל לא חסכה בגדרו בכסף. מצבם הכולל של המשווקים מהיבט הבונוסים והזיכויים ששילמה להם מודגל השתפר בעקבותיו. מהיבט זה היה בידם גם להעביר חלק מהתמורה ללקוחותיהם ולהוזיל את המחיר. ואולם, **דרך הענקת הסכומים הנוספים**, על פניה, לא נועדה לעודד תחרות במחיר. נהפוך הוא: עצם העובדה שגם מי שלא מכר פיטינגים זכה לתשלום כפי שתואר, בולמת כמובן תחרות.

פרק שלישי: אישום שני - הסדר אי-הייבוא

1. מדיניות החשיפה לייבוא

157. על-פי טענת המאשימה, בבית איטונג התגבש גם הסדר אי-הייבוא, דהיינו, הנאשמים הסכימו להימנע מייבוא פיטינגים או משיווק פיטינגים שמקורם בייבוא. ברקע הסדר זה מונח, על-פי המאשימה, חששה של מודגל מתחרות מצד הייבוא. אליבא דמאשימה, הסדרי בית איטונג הנטענים נבעו, בעיקרו של דבר, מחפצה של מודגל למנוע את הייבוא.

אין מחלוקת שמודגל חששה מתחרות זו. האיום נעשה ממשי לאחר שבשנת 1991 שינתה ממשלת ישראל מדיניותה בנוגע לסחר הבינלאומי, והנהיגה את "תכנית החשיפה". ויוטעם, בתקופה שקדמה לתכנית החשיפה החזיקה מדינת ישראל במדיניות מוצהרת של מניעת ייבוא, שבמסגרתה שר המסחר והתעשייה אף הבטיח כי המשרד יפעל לחסימת ייבוא מהמזרח הרחוק ולאכיפת כללי תקינה חמורים לגבי כל ייבוא אחר (נ/123, נ/125). ואולם, בשנת 1991, כתוצאה ממשבר כלכלי בשנות ה-80 ולחצי אינפלציה, הממשלה אימצה את "תכנית החשיפה", שהיתה מבוססת בעיקרו של דבר על ביטול משטר רישוי



בתי המשפט

177

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

הייבוא ממדינות שלישיות והפחתה דרמטית של שיעורי המכס על ייבוא. הרעיון אשר עמד בבסיס תכנית החשיפה היה פתיחת שערי הארץ לתחרות מבחוץ (החלטת הממשלה על תכנית החשיפה סומנה נ/87 ודו"ח הוועדה לתכנית החשיפה סומן נ/88). במסגרת התכנית אמנם בוטלה חובת הרישוי על הייבוא, ואולם, דרישת התקן נותרה על כנה (ראו עדות פלס, פ' 27.1.03, עמ' 382; פ' 13.1.03, עמ' 145).

בישראל תקן רשמי לפיטינגים, שמספרו 255. הפיטינגים של מודגל תאמו את הנדרש בתקן. אין מחלוקת, כי שר התעשייה והמסחר הוסמך להעניק אישור לייבוא במקרים מיוחדים, אף אם אינם עומדים בתקן. עניין זה עוגן בסעיף 2(ד) לצו ייבוא חופשי, תשל"ח-1978.

2. הדיפת הייבוא באמצעות התקן

158. באי-כח הנאשמים 1-3 הדגישו בטענותיהם, כי המשקל שהניחה המאשימה על חששה של מודגל מייבוא פיטינגים מברזל יצוק מוגזם ביחס לחששה האמיתי, שהיה מצנרת הפלסטיק. על-פי טענה זו, ביחס לייבוא פיטינגים, היה ביד מודגל להישען על דרישת חוקיות הייבוא, ובכלל זה על חובת עמידתו בתקן. לדבריהם, אחד ממרכיבי תכנית החשיפה היה **אכיפת חוקיות הייבוא**, זאת כדבר שנבע ממטרת מדיניות החשיפה לפתוח את שערי המדינה לייבוא מכל העולם באופן הדרגתי ומבוקר, כך שתימנע פגיעה בתעסוקה ובכלכלה המקומית. עוד טוענים הם, שאם התעשייה הישראלית היתה נדרשת להתמודד לא רק עם ייבוא זול מאוד ממדינות עולם שלישי, אלא גם עם ייבוא בלתי חוקי, היא היתה קורסת. על פי טענתם, דרך הטיפול של ישראל בייבוא בלתי חוקי אמורה היתה להיות דומה לטיפול של מדינות מערביות בייבוא כזה. דרך זו היא - טיפול הנסמך על אמנות בינלאומיות שישאל צד להן, ובכלל זה מונע ייבוא הנגוע בסבסוד או ייבוא שהוא מנוגד לתקן רשמי. אמנם, הם הטעו, בתקופה הרלבנטית ממשלת ישראל לא עשתה את כל הדרוש כדי לאכוף את חוקיות הייבוא, אלא הפקירה את המפעלים שחשפה לייבוא לתנאים בלתי תחרותיים. בן הרצל ציין בהודעתו (19.2.97 עמ' 5), כי עיקר הייבוא



בתי המשפט

178

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

הפוטנציאלי מקורו היה בסין, תאילנד, קוריאה, ברזיל ותורכיה, שבהן משולם שכר עבודה נמוך ואין בהם תקני בטיחות, ובמצב דברים זה, הייבוא יכול היה להיות הרבה יותר זול.

159. באי-כח הנאשמים 1-3 מוסיפים, כי אי-אכיפת חוקיות הייבוא על-ידי המדינה, ובכלל זה נושא העמידה בתקן, אילצה את התעשיינים המקומיים, וביניהם את מודגל, לבצע בעצמם את תפקיד המדינה ולפעול למניעתו של ייבוא בלתי חוקי. על-פי טיעונם, בעקבות תכנית החשיפה, היה ברור למודגל כי ייבוא יכנס לארץ, וכניסתו היא רק שאלה של זמן. יחד עם זאת, מהר מאוד גם התברר למודגל כי **התקן הישראלי** משמש מחסום גבוה בפני כניסת ייבוא פיטינגים. זאת, מאחר שהשוני המהותי בין התקן הרשמי בישראל לייצור פיטינגים (ת"ר 255) לבין תקנים אחרים לייצור פיטינגים הקיימים בעולם, הביא לכך שפיטינגים שיוצרו בעולם (לרבות ארצות אירופה, ארה"ב והמזרח הרחוק), על-פי תקני ייצור מקומיים, לא התאימו לדרישות התקן הישראלי. התאמת קו ייצור של פיטינגים מתוצרת זרה לדרישות התקן הישראלי הייתה כרוכה בהשקעות כספיות נכבדות. כל זאת, כאשר הכדאיות הכלכלית של התאמת קו ייצור פיטינגים לדרישות התקן הישראלי הייתה מוטלת בספק, שכן שוק הפיטינגים הישראלי נתפס במונחים עולמיים כשוק זעיר וזניח.

160. מן הראיות עולה, כי עד לשנת 1996 לא היה **מכון התקנים** מוכן להכיר בבדיקות של מעבדה מורשית לביצוע בדיקות התאמה לתקן, כדוגמת **מכון המתכות של הטכניון** כאסמכתא מספיקה למתן אישור תקן, ודרש לערוך בדיקה מטעמו לכל משלוח ייבוא הדורש קבלת אישור תקן. דבר זה הקשה על הייבוא. מצב זה החל להשתנות בשנת 1996.

במקביל, בין השנים 93-95, חלה, כעולה מהראיות, האצה משמעותית בחדירת צנרת הפלסטיק לתחום הבניה למגורים כאשר, חלקן של מערכות צנרת הפלסטיק, עלה משיעור של 25% בשנת 93 לשיעור של כ-50% בשנת 95, ואילו חלקן של מערכות צנרת הפלדה, ובכלל זה הפיטינגים, ירד משיעור העולה על 70% בשנת 93 לשיעור של 45% בשנת



בתי המשפט

179

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

95' (סקר אינסייט מאוקטובר 1993 – נ/93; וכן סקר אינסייט מאפריל 1996 – נ/116) (נתוני הסקר משנת 96' מתייחסים לשנת 1995).

161. לשיטת הנאשמים 1-3, הקשיים האמורים הביאו לכך שגם לאחר התחלת יישום תוכנית החשיפה, שלוותה כאמור בפתיחת שערי המשק לייבוא והפחתת מכסים הדרגתית על פני מספר שנים, נותר מכשיר התקן הרשמי כאמצעי אפקטיבי למניעת ייבוא עד לסוף שנות ה-90. רק בשנת 1999, עם שינוי המדיניות של מכון התקנים וההקלות שהוכנסו בתקן הישראלי, החל ייבוא סדיר של פיטינגים על ידי מנדלסון, ולאחר מכן על-ידי יובאנים נוספים שאינם נמנים על מפיציה של מודגל (עדות סמי לוי מיום 31.5.05, עמ' 92).

הרחבת היריעה הדיונית אל עבר היבטי הייבוא נעשתה בעיקר על-ידי הנאשמים 1-3, במגמה להראות שמודגל ראתה באיום הפלסטיק – ולא באיום הייבוא – איום אסטרטגי על עצם קיומה, שכן משמעות המעבר של צרכנים לשימוש בצנרת פלסטיק היתה הפסקת השימוש בפיטינגים מברזל (בין מתוצרתה ובין מייבוא). לשיטת נאשמים 1-3, מסקנה זו גם מניחה יסוד לטענתם, לפיה מודגל לא ביקשה בבית איטונג להגיע להסדר אי-ייבוא (מהטעם שלא היה צורך בכך). גם נאשמים אחרים הדגישו, כי התקיימו טעמים של ממש שהצדיקו בתקופה הרלבנטית הימנעות מייבוא, במגמה לשלול את הטעם להסדר כובל בתחום זה. על-פי טענות ב"כ הנאשמים 1-3, מודגל ביקשה להתמודד מול חדירת צנרת הפלסטיק, ובמסגרת זו פעלה לחיזוק הקשר עם מפיציה, בין היתר, באמצעות הפגישות בבית איטונג, שבהן ביקשה לעודד את המפיצים להגביר את שיווק מוצריה על פני תחליפים מתחרים, זאת עשתה בעיקר באמצעות מנגנון הבונוסים. במקביל, על-פי הנטען, מודגל פעלה ביתר שאת על מנת לנצל את חסם התקינה והחקיקה הקשורה בכך, כנגד כל מי שמנסה לסטות ממנה.

ברם, גם אם הודגש בדברי הנאשמים 1-3 הרצון להדוף את מוצרי הפלסטיק, עלתה מדבריהם גם הכרה בצורך של מודגל להילחם בייבוא של פיטינגים מברזל. בוודאי כך לגבי ייבוא שאינו עומד בתקן. על פי טענתם, ייבוא כזה היה מוציא שם רע גם



בתי המשפט

180

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

לפיטינגים מברזל מתוצרת מודגל. הנאשמים לא הכחישו שמודגל פעלה כנגד ייבוא מסין, שנעשה ע"י חברת ליונינג, זאת, לאחר שהתברר למודגל לגרסתה, כי ייבוא זה אינו עומד בתקן ולכן אינו חוקי. בגדר מלחמה זו, הגישה מודגל תלונה לממונה על התקינה, נקטה הליכים משפטיים ופרסמה בשוק, ובכלל זה בבית איטונג, כי מדובר במוצר לא תקני. יחד עם הפעילות כנגד ייבוא בלתי תקני, הדעת נותנת כי למודגל היה עניין ממשי גם למנוע תחרות של ייבוא העומד בתקן. בייבוא כזה טמון היה החשש העיקרי של מודגל, מאחר שלא היה בידה, באמצעים משפטיים, למנוע.

3. הגופים שעסקו בייבוא פיטינגים וקשייהם

162. אין מחלוקת כי חרף קשיי הייבוא, ובמיוחד בעיית התקן, בשנות ה-80 וה-90 נעשו מפעם לפעם ניסיונות מצד גורמים שונים, לרבות מצד חלק מהחברות הנאשמות, לייבא פיטינגים לארץ, בין לפני התקופה הרלבנטית ובין במהלכה או לאחריה, ואולם ככלל, מדובר היה בייבוא לא סדיר ובהיקפים קטנים (עדות פלס, פר' 27.1.03, עמ' 378).

163. מהראיות עולה, כי בין החברות שניסו מדי פעם, ואף הצליחו בהיקפים לא גדולים בתקופות מסוימות, לייבא בפועל פיטינגים לארץ, בלטו **מנדלסון וטסה**. כאשר נשאל בחקירתו הראשית על-ידי ב"כ המאשימה למי מהמפיצים של מודגל היה ניסיון בייבוא פיטינגים, השיב על כך מר פלס:

"אני יכול להגיד רק מה שאני מעריך, כי לי אין הוכחה מוצקה לזה. אני מעריך שהאחים טסה באותה תקופה היה להם ניסיון של ייבוא לארץ בצורה זו או אחרת. לחברת מנדלסון היה ניסיון מוכח כי הם ייבאו כמה שנים קודם פיטינגים מחברת קרן [צ"ל – קריין] בע"מ" (פר' 13.1.03 עמ' 164).

אף **בן הרצל** העיד, כי חברת מנדלסון נתפסה על-ידי מודגל כחברה מוטית ייבוא, אשר תייבא פיטינגים או תשווק פיטינגים מייבוא, ככל שהדבר יהיה אפשרי מבחינתה.



בתי המשפט

181

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

עם זאת, פלס גם ציין כי לכל החברות שהשתתפו בפגישות בית איטונג היה פוטנציאל לייבא, מאחר שכולן היו "חברות גדולות ורציניות" (שם, 161).

על-פי הנטען על-ידי הנאשמים, המשווקים, להוציא מנדלסון וטסה, כלל לא היו מעוניינים לעסוק בייבוא של פיטינגים, משיקוליהם הפנימיים, ועובדה זו היתה ידועה לשחקנים הפועלים בשוק, ובכלל זה למודגל. בהקשר זה **בן הרצל** העיד כי הוא סבור שלמפיץ שמשווק כמות של כ-800 קרטונים אין כדאיות לייבא (עדות בן הרצל מיום 9.6.04, עמ' 3579). רוב המפיצים (למעט מנדלסון וטסה) שיווקו כמויות שנעו בין 800 ל-1,100 טון. נתון זה עולה בקנה אחד עם עדותו של פלס דלעיל, בה הזכיר את **מנדלסון וטסה** בלבד כבעלות ניסיון בייבוא פיטינגים.

164. אוסיף, כי ההשקעה בייבוא היתה מסוג ההשקעות שפירותיהם היו נראים רק בריחוק זמן, אם בכלל. ליבואן היה צורך להתמודד קודם כל עם בעיית התקן, דהיינו, למצוא יצרן יציב בחו"ל המתאים את ייצורו לתקן הישראלי, וזאת אף כי ישראל היא שוק קטן. בנוסף, היה עליו לדאוג למלאי בארץ, דהיינו, למימון האיחסון בארץ, זאת במקביל למימון הייבוא עצמו. יתר על כן היו משווקים שלא היה להם כלל עניין להיכנס להרפתקאת הייבוא, והעדיפו תוצרת ישראל מטעמים של העדפת תוצרת הארץ (כגון ח.ג.י.י.).

מהאמור עולה, כי לא ניתן לשלול רצון של מודגל למנוע ייבוא, וכך לחסוך לעצמה מלחמות גם נגד הייבוא שנכנס לארץ, בצד המלחמות מול צנרת הפלסטיק, ואולם, חששה מייבוא פיטינגים מחו"ל צריך היה להתרכז, על-פי ניסיון העבר, כלפי חלק קטן מהמשווקים בלבד, שהיה בידם להרים מהבחינה הכלכלית את הייבוא והיה להם עניין לייבא. אם כך, מאחר שגם מודגל קראה את השוק, הדעת נותנת כי היא ידעה שהסכנה הממשית שמשווק ייבא רלבנטית אך ורק לגבי חלק מהמשווקים, ולא היה צריך להיות לה



בתי המשפט

182

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

עניין בהסדר של כלל המשווקים בנושא זה. שונה המצב לגבי רכישת פיטינגים מיובאים מגורם אחר, אשר יצליח להביא פיטינגים תקינים.

4. הראיות על חילופי הדברים בבית איטונג לגבי הייבוא

165. ברי, כי לא די בשיקולים העוסקים באינטרסים כדי להסיק קיומו של הסדר, ואף החשש הגדול ביותר מייבוא זול אינו מוביל בהכרח להסדר. ויטעם, ניתן להתמודד מול ייבוא לא רק באמצעות הסדר כובל. השאלה אם נוצר הסדר כובל לעניין הייבוא בפגישות בית איטונג צריכה להיות מוכרעת על-פי חילופי דברים בישיבת בית איטונג.

כאמור, על-פי עדות בן הרצל, בסוף שנת 1993 פנתה מודגל לאהוד סבירסקי כדי לקבל ממנו, בין היתר, ייעוץ בנושא היערכותה של מודגל מול התעצמות חדירת הפלסטיק ולנוכח אפשרות כניסת ייבוא פיטינגים מברזל בעתיד הרחוק (פר' 3.5.04, עמ' 3400). סבירסקי העיד, כי לאחר מספר פגישות עם בן הרצל, גיבש את המלצותיו, ולפיהן נדרשת מודגל להדק את הקשר בינה לבין מפיצי העיקריים, במטרה לחזק את תמריצי המפיצים להגביר את השיווק של מוצרי מודגל בשוק (פר' 5.11.03, עמ' 1846). ההמלצה העיקרית של סבירסקי היתה לערוך כנסים משותפים למפיצי העיקריים של מודגל, אשר במסגרתם תוכל לחזק את הקשר עם ולעודד למכור מערכות צנרת מפלדה ולשפר את המוטיבציה שלהם למכור את תוצרתה של מודגל על פני פיטינגים מיובאים.

במסגרת גיבוש ההמלצות, נפגש סבירסקי רק עם בן הרצל, כך שהקשר היחיד שהיה לסבירסקי בהקשר זה היה מול מודגל, אשר שכרה את שירותיו, ובשום שלב, מדגישים הנאשמים, לא היה לו קשר עבודה כלשהו עם המפיצים. ואולם, אין מחלוקת שסבירסקי השתתף למצער בחלק מהפגישות שערכה מודגל למפיצים, אם כי הוא לא נטל חלק פעיל בישיבות, ובעיקר האזין לאחרים (עדות סבירסקי מיום 5.11.03, עמ' 1852 ש' 23-27). בשל כך היה בידו להעיד על חילופי הדברים בבית איטונג.



בתי המשפט

183

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

166. המאשימה לומדת מהראיות, כי בבית איטונג הוסכם גם להימנע מייבוא ומשיווק פיטינגים מייבאים. הנאשמים מכחישים טענה זו. אפרט להלן את הראיות לעניין זה.

אין מחלוקת, כי בבית איטונג דובר גם על הייבוא, ואולם, תוכן הדברים ומשמעותם מצויים במחלוקת. הנאשמים טוענים, כי עיון בדברי העדים השונים שהתייחסו לנושא זה, ובכללם עדי התביעה, פלס וסבירסקי, מוביל למסקנה שהדברים שנאמרו בנושא, מטרתם היתה אך ורק עידוד המפיצים להגביר את שיווק מוצרי מודגל על פני מוצרים מתחרים. לדבריהם, עידוד להגברת שיווק מוצרי הספק, הוא בגדר פעולה לגיטימית וטבעית במערכת יחסי ספק-מפיץ, אשר לא דבק בה כל פגם או גוון פלילי. עוד טוענים הם, כי ביטויים כגון "התמודדות עם הייבוא", ואפילו "במטרה למנוע את הייבוא" (שנקט סבירסקי בהקשר לכוונות כלפי הייבוא), אין בהם כשלעצמם פסול כלשהו. הם מוסיפים, כי כל העדים שהשתמשו בביטוי "למנוע ייבוא" או ביטוי כלשהו דומה לכך, בקשר עם הפגישות בבית איטונג, הבהירו במהלך עדותם כי מהות הדברים היתה חיובית – עידוד המפיצים להגברת שיווק מוצרי מודגל, וזאת מבלי שנלווה לכך יסוד של הגבלה כלשהי. העידוד האמור נעשה בעיקרו באמצעות תמריצים כספיים, בונוסים, שמודגל הבטיחה לשלם למשווקים, וגם קיימה.

אמנם, מסכימים גם הנאשמים, עידוד המפיצים להגביר את שיווק מוצרי הספק על פני תחליפים אחרים, תוצאתו האפשרית היא הפחתה ואף הפסקה של שיווק מוצרים מתחרים, ובכלל זה מוצרי הייבוא, היינו, צידו האחר של עידוד המפיצים עלול להביא למניעת שיווק מוצרי הייבוא (על-ידי המפיצים). ואולם, על פי טענתם, בהעדר כל כפיה או סנקציה, עידוד המפיצים להגביר את שיווק מוצריה של מודגל אינו כרוך בהגבלה כלשהי על חופש העיסוק של המפיצים ואין מדובר בהסדר כובל. הנאשמים הוסיפו וטענו, כי בבית איטונג עלתה ביוזמת מודגל בעיית אי-עמידת הייבוא בתקן, וייבוא כזה היה בלתי רצוי לכל אחד מהמפיצים.



בתי המשפט

184

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

167. על רקע עמדות אלו, אעבור לראיות הישירות המלמדות לשיטת המאשימה כי בפגישות בית איטונג צמח גם הסדר שעניינו אי-יבוא פיטינגים. המאשימה לומדת ממכלול ראיות, כי מלחמתה של מודגל בייבוא הרחיקה מעבר להרחקת ייבוא שאינו עומד בתקן, וסבירסקי נשכר מלכתחילה כדי למנוע כל ייבוא. המאשימה מפנה קודם כל לעדות סבירסקי:

"... אילון התחיל להציג בפני איזה שהיא בעיה בנושא של שיווק, ובעיה של נושא של חדירה או עמידה, למעשה חשש מחדירה של מוצרי ייבוא, בדיוק עמדו להיכנס באותה תקופה, מוצרי ייבוא מתחום הפיטינגים שעמדו להיכנס באותה תקופה, או שכבר נכנסו, אני לא זוכר בדיוק את השלבים, ובעצם הוא שמע שאני עוסק ברקע של ייעוץ כלכלי ושיווקי, וקיבל עלי המלצות, ורצה להתייעץ איתי איך אפשר מבחינה שיווקית, מסחרית, להתמודד עם הנושא הזה" (פר' 5.11.03, עמ' 1846).

סבירסקי הוסיף, כי הרעיון היה לבנות, יחד עם המשווקים, מודל שיאפשר להתמודד עם חדירת הייבוא:

"ש. ומה אתה יעצת בעקבות הפנייה הזאת? איך זה נעשה, מתי? ת. במסגרת השיחות, מה שבעצם עלה, בצורה די משותפת, זה לחפש איזה שהוא מודל או איזה שהוא מכניזם לשמור על פחות או יותר כמות הייצור, או השיווק שמודגל הייתה לפני שהגיע הייבוא, שמודגל שיווקה לפני שהגיע הייבוא, כאשר הרעיון היה לפנות למשווקים, למפיצים, שאיתם נהגה מודגל לעבוד עד לאותה תקופה, ולחפש יחד איתם, בשיתוף פעולה איתם, איזה שהוא מודל שיאפשר להתמודד עם חדירת הייבוא" (פר' 5.11.03, עמ' 1847).



בתי המשפט

185

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

סבירסקי לא הותיר ספק, כי מטרת המנגנון המדובר הייתה לגרום למשווקים להימנע מייבוא, חרף רצון טבעי לייבא או למכור מייבוא. לדבריו, מנגנון כזה חיפש בן הרצל:

"ת. ... אחת ההמלצות שלי ואחד הדברים שדנו בהם, זה איך להגיע למצב שהמשווקים אכן למרות הרצון הטבעי שלהם, אולי גם לייבא וגם לשווק את הפלח הזה, איך הם ימנעו מייבוא, זאת אומרת איך נמצא איזה שהוא מנגנון מסחרי שיווקי, שיאפשר להם להימנע מייבוא, למרות הרצון.

ש. אתה חושב שמשווק של ממש, היה באמת נמנע מייבוא והיה מאפשר לשוק להיכנס למתחרים אחרים ולמשווקים אחרים לגבי נושא הייבוא, מכל סיבה שהיא?

ת. ההצגה של הנושא הזה הייתה ברמה שהמשווקים בעסק הזה פנו למודגל, מאחר שמודגל ניסה לשכנע אותם לא להסכים לייבוא, שהוא ייתן להם את הפתרון לבעיה הזאת, שהוא ייצור להם את הכלים להתמודד עם ייבוא, במידה וייכנס או יתחרה בו. זה היה למעשה המהות של כל הסיפור הזה" (פר' 24.11.03, עמ' 60).

168. דברי סבירסקי דלעיל מאשרים את המטרה – למנוע את הייבוא, שהועמדה במרכז פעולותיו בבית איטונג, אבל מדבריו לא עולה כי התקבלה החלטה משותפת להימנע מייבוא. הדברים אך מלמדים שהוטל עליו למצוא מנגנון מסחרי שיווקי, שיביא לכך. אין הוא אומר כי מודגל דרשה בבית איטונג מהמשווקים שלא לייבא. לשיטתי, ניתן להבין מעדותו כי מודגל הציגה את הכלי שהיה אמור להביא גם את המשווקים להעדיף את תוצרתה, וזו התכנית הכוללת של מחיר המינימום והבונוסים, ולא דווקא עשתה זאת באמצעות הסכם על אי-ייבוא. השימוש בכלי של מחיר המינימום והבונוסים אמור היה להביא להגדלת הרווחיות משיווק מוצרי מודגל וייתר למעשה הסכם מפורש בדבר אי-רכישה מגורמים אחרים, ובכלל זה מייבוא. מסקנתי זו נתמכת על-ידי העובדה שלא מצויה עדות ישירה כלשהי של משתתפי הפגישות, לרבות של סבירסקי, לגבי חילופי



בתי המשפט

186

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

הדברים בפועל בישיבות בעניין הייבוא, שעליה ניתן לבנות מסקנה בדבר התגבשותו של הסכם אי-ייבוא. בן הרצל העיד כי תכנית הבונוסים נועדה לשפר את הרווחיות של המשווקים, כדי שהמשווקים יימנעו מלשווק ייבוא. עדות זו מחזירה אותנו שוב להסדר שנבחן לעיל, ושעניינו מחיר המינימום שלווה על-ידי מנגנון והבונוסים:

"ש. זה גם היה אחת המטרות של תוכנית הבונוסים, נכון?

ת. האיום של הייבוא, לא. **תוכנית הבונוסים באה על מנת לשפר את**

הרווחיות כדי שהם יעדיפו את הפיטינגים של מודגל על פני הפלסטיק והייבוא.

ש. אז כן. חלק מהמטרה של תוכנית הבונוסים הייתה שלא יעברו לשווק ייבוא. גם שלא יעברו לשווק פלסטיק וגם שלא יעברו לשווק ייבוא. נכון או לא נכון?

ת. כן" (פר' 28.6.04, עמ' 3868).

שימוש בכלים המעודדים רכישה של אותו יצרן, על חשבון ייבוא, אינו בגדר הסדר כובל, כל עוד אינו הסכם הכולל כבילה. בהקשר זה פלס העיד כי "הכוונה שהמפיצים יהיו שבעי רצון מצורת העבודה איתנו ... וברגע שהם ירוויחו הם ישארו איתנו" (פר' 13.1.03, עמ' 177).

סבירסקי הסביר כי הכוונה היתה **להתמודד** עם הייבוא, ואולם, גם בדבריו אין התייחסות להסכם אי-ייבוא מפורש או לדברים שנאמרו בהקשר זה באופן קונקרטי בפגישות, המלמדים על הסכמה כזו. כאמור, על פי דבריו, כשהנושא המדובר בפגישות היה **"איך מתמודדים עם הייבוא"**. אילו הוסכם מפורשות שלא לייבא, היה תוכן השיחות מתייחס להסכמה עצמה. אין בדבריו אמירה המתייחסת ישירות **להסכמה** כזו. לכל היותר, ניתן להסיק הסכמה כזו באופן עקיף:

"ת. בעיקרון המשווקים, **המשווקים עד כמה שאני זוכר מאוד**

שיתפו פעולה עם מודגל בעניין של איך כחזית אחת, למנוע את

הייבוא. היה גם, עד כמה שאני זוכר, שיתוף פעולה שאם אותו יבואן



בתי המשפט

187

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פנה לאחד המשווקים, או ניסה לגשש, או שיבואן פנה ישירות
לאחד מהלקוחות של המפיצים, הדברים האלה ישר היו עולים
בפורום, היו דנים בנושא, מה עושים, איך עושים, איך מתמודדים.
ש. היו איזה שהם הסכמות בעניין הייבוא?
ת. הסכמה בסיסית אמרה שבסופו של דבר המפיצים רואים עין
בעין עם מודגל את הנושא הזה והם בהחלט ישתפו פעולה ויעזרו
בכל דרך אפשרית למנוע את החדרת הייבוא" (פר' 5.11.03, עמ'
1856).

דברים אלו, אף שהם מתייחסים ישירות להסכמה למניעת ייבוא, אינם מפרטים
חילופי דברים שנאמרו בהקשר זה, ומכל מקום, וכפי שיודגש בהמשך הדברים, הובהר
לאחריהם בעדות סבירסקי עצמו, כי מדובר אך ורק בפרשנותו לדברים שנאמרו בישיבה,
ולא בדברים שנאמרו עצמם.

ויוטעם, אכן, סבירסקי הבין שדובר בהבטחה מצד המשווקים, שלא ישווקו
במקביל למוצרי מודגל גם מוצרים מיובאים (5.11.03, עמ' 1847), והוא הסיק קיום
הסכמה בסיסית לעניין זה. ברם, מדברים נוספים שסבירסקי אמר, עולה בעליל כי מדובר
בהבנתו הסובייקטיבית, וכי הדברים לא נאמרו במפורש. יתר-על-כן, סבירסקי הבהיר כי
אף אחד מהמשווקים לא אמר שאינו מוכן להימנע מייבוא וכל שצין בהקשר זה הוא, כי
זאת הייתה **"רוח הדברים"**. ואולם, גם בהתייחסו למונח "רוח הדברים", לא פירט מה
דובר:

"ש. טוב, אתה לא שמעת שום הסכמה מפורשת בנושא הזה, יכול
להיות שפשוט לא הגיבו, על איזה שאלה או פנייה אליהם.
ת. אני לא זוכר שמישהו, בוא נגיד הפוך, אני לא זוכר שמישהו אמר
שלא, או מישהו אמר שהוא לא מוכן –
ש. לא זוכר שמישהו אמר שלא, - רלבנטי, יכולה להיות גם הסכמה
בשתיקה, או שפשוט הם לא אמרו שום דבר, נכון?



בתי המשפט

188

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

ת. נבו,

ש. בסדר, בהמשך אתה מדבר שזאת הייתה רוח הדברים, רוח הדברים. מה זה רוח הדברים, אתה יכול להסביר לנו? התרשמות כללית, כשאת דברים מפורשים?

ת. זה אחד הנושאים –

ש. מה זה רוח הדברים, המונח הזה רוח הדברים?

ת. רוח הדברים זה, אני לא זוכר את המילים המפורשות שנאמרו, אבל זה היה אחד הנושאים העיקריים שעלו מעת לעת, בשולחן, ובכל ההתייעצויות ובכל ההבנות ובכל ההיגיון שעמד מאחורי הניסיון להגיע להסדר" (פר' 24.11.03, עמ' 56-57).

מדברי סבירסקי נבע גם, כי הדיון בעניין הייבוא נכרך בבעיית אי-העמידה בתקן של הייבוא שעמד אז על הפרק, ואם כך, מתעוררת השאלה האם ההתנגדות לייבוא לא היתה בעצם התנגדות לייבוא הספציפי מסין שהוצג על-ידי מודגל כבלתי חוקי:
 "ש. עכשיו, אתה זוכר איזה נושאים נוספים נדונו בפורומים המשותפים?

ת. דובר כל הזמן, היה ברקע נושא של הייבוא, מה קורה עם הייבוא, באיזה שלב של הייבוא, כמה הוא מפריע, מה המצב שלו בעניין של התקן, היה נושא של איזה שהיא השערה, או איזה שהיא הערכה שהמוצר הזה לא עומד בתקן ושהוא לא קיבל אישור ממכון התקנים ושהוא עובד על הנושא הזה ושהוא מקבל אישור מפה ומקבל אישור משם והיה כל הזמן –

ש. על הנושא הזה?

ת. זאת אומרת שהמוצר הזה למעשה עומד לקבל תקן, או שקיבל תקן, ונדמה לי שמודגל פעלה במקביל גם להוכיח שהמוצר לא עומד בתקן, והתנהל איזה שהוא דיונים על הנושא הזה, מה בדיוק השוק חושב על המוצר, ואם המוצר הוא טוב, לא טוב, ואיך אפשר בעצם



בתי המשפט

189

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

**לא רק להלחם בו מסחרית, אלא גם למנוע את הכניסה שלו לארץ
בדרך של להוכיח שהוא לא עומד בתקן או בסטנדרט" (פר' 5.11.03,
עמ' 1855-1856).**

גם **בן הרצל** אישר את הבנתו של סבירסקי באומרו: "אני מאשר את הדברים
ברמה של ציפייה" (פר' 28.6.04, עמ' 3874-3875), ובהמשך הבהיר שהציפייה הייתה בין
מודגל לבין המשווקים, שהם לא ייבאו:

"ת. אני למיטב הבנתי הדברים האלה מאשרים את מה שאני
אמרתי, שזה בדיוק ציפייה שהייתה בינינו ובין המשווקים שהם לא
ייבאו, אבל לא מעבר לזה" (עמ' 3875).

ברם, גם בדבריו של בן הרצל אין התייחסות ישירה לחילופי דברים המלמדים על
ההסדר. לא כל ציפייה מבססת כבילה. מותר ליצרן לצפות שהמשווק יעדיף אותו גם
בעתיד, כאשר הוא נותן לו תנאים טובים ומשפר את רווחיותו. שונה הדבר כאשר מקור
הציפייה הוא הסכם בין הצדדים הכולל כבילה להימנע מייבוא.

169. המאשימה נשענת גם על עדות **פלס**, ממנה עולה לדבריה כי **הובעה הסכמה שלא**
לרכוש מייבוא ולא לייבא:

"ת. ... היתה הבנה והסכמה בין המפיצים שלא לייבא ולא
להתחרות במוצרים, לא לייבא מוצרים שמודגל מייצרת אותם
ומשווקת אותם.

כב' השופטת: איך אתה מסיק את ההבנה הזאת?

ת. אני מסיק את זה מדיבורים שהיו בין האנשים לפני ואחרי. אני
נמצא בשוק הזה, אני נפגש עם האנשים אני מדבר איתם כל שבוע
בפגישות, במשרדיהם ובכל מיני מקומות אחרים וזה היתה
ההתרשמות שלי" (פר' 13.1.03, עמ' 161).



בתי המשפט

190

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

גם מדברים אלה עולה, כי מדובר **בהבנה** של פלס, ואין בהם הצגת אמירה מפורשת שנאמרה על-ידי המשתתפים בנושא. לשון אחר, פלס לא העיד כי שמע דברים מפורשים בבית איטונג, המלמדים על הסכמה למנוע ייבוא, ומכל מקום, לא פירט מהם אותם דברים שנשמעו.

פלס ציין שכל משווק **נתן להם להבין** שכל עוד הוא קונה את מוצריה של מודגל, הוא אינו מייבא. לאורך עדותו נמנע פלס מלציין כי כך נאמר מפורשות על ידי המפיצים, אלא הציג זאת כהבנתו:

"ת. היחסים, הרבה מן הדברים בינינו לבין המפיצים **היו מושתתים כמו שאני אמרתי על הבנה**, ועל יחסים קורקטיים במשך שנים. אני לא אמרתי שכל מפיץ עבר לדום ואמר אני נשבע לא לייבא לא היה אקט כזה, אני נשבע לא לייבא, אבל בדברים האלה הוא נתן לנו להבין, כל מפיץ נתן לנו להבין שהוא לא ייבא כל זמן שהוא קונה ממודגל, נתן לנו להבין. עוד פעם, הוא לא עמד לדום, ולא נשבע על זה, נתן לנו להבין בשיחות, אני לא אייבא כל זמן שאני קונה את התוצרת שלכם" (פר' 17.3.03, עמ' 844).

מכאן, שגם דברי פלס אינם מפרטים אמירות של המשווקים, הכוללים הסכמה שלא לייבא, אלא הם **מסקנתו** שלו מדברים ששמע, וזאת, **לאו דווקא בישיבות בית איטונג** (כעולה מהדברים שהובאו לעיל, "לפני ואחרי").

אלו הן הראיות העיקריות לעניין חילופי הדברים בישיבות בית איטונג בנושא הייבוא.



בתי המשפט

191

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

5. הדיבורים על דחיית הייבוא הסיני והרקע להם

170. ראייה חשובה נוספת המלמדת, לשיטת המאשימה, על הסדר אי-הייבוא היא פרשת דחיית ייבוא פיטינגים מסין. הייבוא האמור בוצע על-ידי קבלני האינסטלציה **רן עזיזה ועידו לוקוב**, כנציגי **חברת ליונינג**. הייבוא לא צלח בסופו של דבר, משמודגל נלחמה בו באמצעות התקן. כבר כאן יצוין, כי הפרשה החלה במחצית הראשונה של שנת 1994, ואילו ההסדר מתייחס לתקופה שמספטמבר אותה שנה.

נסיבות העניין היו כדלקמן: אנשי חברת ליונינג הצליחו להכניס לארץ בדצמבר 1994 משלוח ייבוא סיני באמצעות היתר ייבוא **חד פעמי**, מכח הוראת סעיף 2(ד) לצו ייבוא חופשי. לשיטת הנאשמים 1-3, את ההיתר קיבלו השניים לאחר מסע תחנונים במשרד המסחר והתעשייה, אשר פטר אותם מהצורך בקבלת אישור תקן למשלוח הייבוא ממכון התקנים (נ/73). למעשה, כך נטען, נכנס הייבוא הסיני לארץ מבלי לעבור בדיקות כנדרש בדבר התאמתו לתקן הישראלי הרשמי 255.

חברת **ליונינג** ונציגיה **עזיזה ולוקוב** ועורך דינם **גיורא לביא**, החלו בניסיונות לשווק את הייבוא הסיני לפני כניסתו לארץ החל מאמצע שנת 1994. עזיזה ולוקוב פנו למשווקיה של מודגל לשם שיווק הפיטינגים המיובאים, שכן היו אלה המשווקים הדומיננטיים ביותר בתחום אספקת הפיטינגים בארץ באותה תקופה. על-פי עדות השניים, בניגוד למצופה, משווקי מודגל, פרט **למנדלסון**, סרבו לשווק את הסחורה המיובאת.

מטרת אנשי ליונינג הייתה לחתום על הסכם הפצה בלעדי עם משווק חזק בארץ (גיורא לביא, 8.12.03, עמ' 2045). **מנדלסון** היתה היחידה מבין המשווקים הדומיננטיים שהשיבה בחיוב להצעת הייבוא. ואולם, המאשימה מטעימה, כי מהראיות עולה כי היא הסתירה מפני הנאשמים האחרים את מעורבותה זו. **במאי 1994 (ויוטעם, לפני תחילת הפגישות בבית איטונג) נחתם הסכם הפצה בלעדי בין מנדלסון לבין ליונינג**. המגעים נוהלו עם סמי לוי (גיורא לביא, 8.12.03, עמ' 2048). הסכם זה סומן נ/68, ולפיו כמות



בתי המשפט

192

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

הרכישה המינימאלית שמנדלסון מתחייבת לרכוש מליונינג, "מדי שנה", תעמוד על כ- 20% מ"כמות המוצרים הנמכרים בטרטוריה". הוסכם גם כי תוך 14 יום ממועד החתימה תזמין מנדלסון מליונינג 6 מכולות (כ-120 טון).

על-פי הראיות, הפיטינגים שיובאו על-ידי ליונינג קיבלו תעודת התאמה לתקן ממכון המתכות שליד הטכניון, וזאת לאחר שהיצרן בסין הסכים לייצרם באופן מותאם לארץ. לפי חוק התקנים, התשי"ג-1953, אישור התאמה צריך היבואן לקבל ממכון התקנים או מ"מעבדה מאושרת". אין מחלוקת שמכון המתכות, הנמצא בטכניון ענה על הגדרה זו. ברם, אנשי מודגל טענו, כי הבדיקה לא היתה תקינה והנושא הגיע להתדיינות משפטית.

171. **לוקוב ועזיזה** נפגשו עם משווקים שונים, וסורבו בטרם חתמו על ההסכם עם מנדלסון. גם לאחר שנחתם ההסכם האמור, ביצעו השניים שיחות עם משווקים אחרים, כדי ל"הניע" את הדברים מהר יותר, כפי שהסביר עזיזה (7.1.04, עמ' 2732-2733). **עזיזה** העיד כי הם ביקשו למכור את הפיטינגים גם ליתר המשווקים, ובלשונו: "ללקוחות נוספים שאולי מנדלסון לא יכול, לא מגיע אליהם, אולי לא אוהבים לקנות אצלו" (פר' 8.12.03, עמ' 2169-2170).

על-פי עדותם, בבואם להציע את סחורתם למשווקים האחרים, קיבלו עזיזה ולוקוב תגובות ששידרו כולן **פחד** לדבר עמם על היבוא. כך אמר זאת עזיזה בהודעתו: "ש... עכשיו, אתה גם אמרת פנינו למנדלסון, לשעל לבני, חגי, אני לא זוכר למי עוד, רק מנדלסון הסכימו לדבר איתנו, לגבי השאר, הרגשתי שהם מפחדים לדבר איתי, זה נכון. ת. זה נכון" (פר' 7.1.04, עמ' 2733).

ואולם, יש להדגיש כי הסירוב האמור קדם לתקופה הרלבנטית, שהרי ההסכם עם מנדלסון נכרת במאי 1994. על כן, אין מקום לראות בו ראיה כלשהי להסדר שעוד טרם



בתי המשפט

193

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

נוצר. נהפוך הוא, אפשר שהוא מוכיח את חששות רוב המשווקים מייבוא ונטייתם להיצמד לתוצרת הארץ שאספקתה מובטחת בתנאים המוכרים להם, ללא כל קשר להסדר.

המאשימה מדגישה, כי תגובה זו של המשווקים באה אף כי ליונינג הציעה למשווקים מחירים שהם 30% מהמחיר שבו הם קנו. בתגובה נאמר על ידי המשווקים לנציגיה: "אתם לא תוכלו להביא פיטינגים לארץ" כדברי עזיזה:

"...שמענו את זה מכל עבר. זה נראה מוזר, אתה בא לחגי, אתה בא לשאל, אתה בא לטאסה אתה מציע להם מחירים שבדיעבד, לאט לאט הבנו מה המחירים, נתנו מחירים 30% מהמחיר שהם קונים היום אז צריך להיות ודאי מניע לא מסחרי, כדי לא להגיד לפחות תביא דוגמאות. אנחנו מדברים על אנשי עסקים שמנסים למכסם את הרווח בעסקים שלהם. זה לא עשה שכל, זה פשוט לא עשה שכל, ואמרו תשמעו אתם לא תוכלו להביא. מה יותר מזה שכן אדם אומר לך תשמע, אנחנו לא נסכים בשום פנים ואופן ובכל תנאי שתכניסו את הפיטינגים האלה לארץ" (פר' 8.12.03, עמ' 2180).

כך, לדברי עזיזה, הם התקשרו גם ללאלי טסה, אשר בתקופות אחרות לא משך ידו מייבוא, אך זה אמר מיידית בטלפון כי אינו מעוניין וסירב להיפגש. גם לוקוב אמר דברים דומים (פר' 17.12.03, עמ' 2300).

172. **לוקוב ועזיזה** גם נפגשו עם נציגי ח.ג.י.י. **בתחילת 1994** כדי להציע להם את מרכולתם, והתחוויר להם במהלך המגעים שאין אלה מעוניינים בסחורתם, מסיבות שלא הובהרו להם. ברי, כי בשל מועד הפגישה לא יכולה תוצאתה להיות קשורה להסדר שנוצר בספטמבר 1994. **עזיזה** העיד על הפגישה עם נציגי ח.ג.י.י. דברים אלה:

"ש. אז בוא תספר לנו מה אם בכלל אמר לך מוטי וחגי?

ת. מוטי וחגי קודם כל הטיילו ספק, כן, לא, כן, לא, והתחילו גם למשוך קצת בנושא של מחירים וקצת ברקע הבנו שזה משהו קצת



בתי המשפט

194

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

גדול עלינו פה, עוד לא הבנו, לא ידענו שום דבר מה קורה פה, אבל הרגשנו שמשהו, אני לא יכול, אני כן יכול, כל מיני כאלה, לא שבא ואמר משהו ברחל בתך הקטנה, אבל אוקיי, המחיר לא מתאים לך? אנחנו יודעים שהמחיר הוא טוב. מה לא מתאים לך? לא נעים לך לעבוד איתנו? אנחנו לא יפים? הרגשנו שמשהו, אבל עד אז לא כך כל ראינו."

(פר' 8.12.03, עמ' 2170-2171).

לוקוב הוסיף שבפגישה עם נציגי ח.ג.י.י. חודרלנד אמר לו – כאשר **רוזנברג** יצא מהפגישה - שעל אף היכרותם הארוכה, הוא אינו יכול להיכנס לעסקה הזו. זאת, אף כי מבחינתו כניסתם של פיטינגים לארץ, זה בגדר "**חלום הכי ורוד שיכול להיות**", אך הוא לא יכול לתת לזה יד, כי זה עושה לו "**ניגוד אינטרסים**":

"ת. **חודרלנד**, זה עוד פעם, הדברים שנשארים לך חרוטים, הוא אמר **תשמע, אני מכיר אתכם שנים**, גם מניירת אתם קונים ממני הרבה, עוד באיריס השרון לפני זה זה היה, ואחרי זה, זה הפך לחגי המשביר באמת היינו קונים גדולים יחסית אצלם.

אם תהיה לכם בעיה של כסף אני מוכן לתת פה מתנה, אבל **אני את הדבר הזה, אני לא יכול להיכנס פנימה לעסקה הזאת. זה עושה לי ניגוד אינטרסים**, אני עובד עם חברת כלל, אני מוכר להם מוצרי בניה, יש לי איתם הרבה עסקים, אני לא יכול להיכנס לזה, אבל אני מת לראות את הדבר הזה. **זה ממש מבחינתי חלום הכי ורוד שיכול להיות, לראות שפיטינג נכנס לארץ, אני לא מאמין שזה יהיה**" (פר' 17.12.03, עמ' 2299).

ניתן להעריך, כי חודרלנד חשש מתגובת מודגל אם יפנה למקור נוסף לפיטינגים, אבל לא ניתן לקבוע כי עשה כן מכח הסכם כובל.



בתי המשפט

195

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

173. גם בפגישה עם ש.א.ל, קיבלו עזיזה ולקוב את אותה התחושה. לדברי עזיזה, חיים בחסי מ-ש.א.ל. אמר להם את המשפט: "אם תצליחו להביא את הפיטינגים האלה לארץ, ילמדו את זה באוניברסיטה". עוד סיפר עזיזה כי בחסי הציג אותם בפני אחד מבעלי הבית של ש.א.ל, שרצה לראות "מי החיזרים האלה שמנסים להביא פיטינגים" (פר' 8.12.03, עמ' 2171).

לדברי עזיזה, הם הציעו לבחסי מחירים נמוכים מאלה שמנדלסון רכש בהם והוא עדיין עמד בסירובו ואמר את הדבר הנוגע ללימודים באוניברסיטה:

"אותו דבר מר בחסי משעל. שבאנו אליו ואמרנו לו, וזרקנו מספרים הרבה פחות ממה שמכרנו למנדלסון כי רצינו לראות. תשמע הבנו שפה משהו מריח קצת לא, איך אומרים, דג מלוח, קצת ריח לא נעים, ובכל זאת הוא אמר לי שנלמד את זה באוניברסיטה גם כשהצענו שם מחירים כדי לראות באמת במה מדובר, ומזה הקשנו שמשו רע קורה פה, אם שאלת מאיפה הקשנו ומאיפה הגענו למסקנות" (פר' 31.12.03, עמ' 2596).

גם לוקוב תיאר תיאור דומה. לדבריו, הפגישות עם נציגי ש.א.ל היו בסוף 1994 (עובדה שיכולה לקשור את התגובה לפגישות בית איטונג). לפגישה השנייה, הגיע חיים בחסי עם בעלי הבית - האחד אנגלו סכסי גבוה והשני שהמעט לדבר. האנגלו-סכסי חזר מספר פעמים על כך ש"אנחנו כל כך מסודרים רק את זה אנחנו לא צריכים, פשוט זה יהרוס לנו את השוק" (פר' 17.12.03, עמ' 2289). לוקוב סיפר (פר' 17.12.03, עמ' 2289) שחיים בחסי אמר את אותו המשפט שציטט עזיזה, "אם אתם תצליחו לעשות עם זה משהו, את זה ילמדו באוניברסיטה".

חיים בחסי הסביר ללוקוב, לדבריו, שהוא לבדו לא יוכל לקנות ממנו, אלא רק דרך ה"מועדון", והבהיר להם גם: "ההסדר לא יהיה איתנו, אתם תגיעו להסדר עם מודגל, עזוב, אני כבר לא יכול להיות בעניין" (פר' 17.12.08, עמ' 2289).



בתי המשפט

196

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

174. גם אל פרופילון הגיעו נציגי ליונינג. לוקוב סיפר שאברהם ברנט אמר לו שלא ניתן להכניס את הסחורה הזו לארץ: "אף אחד לא ייתן". הוא אף העלה אפשרות של הסדר כספי, שיגרום לעזיזה ולוקוב לוותר על הרעיון:

"ת. ... אברהם אמר לי, הוא היה די קצר, הוא אמר שיש פה משהו מאוד כבד, מדובר פה בהמון כסף ובשום אופן אף אחד לשוק הזה לא ייתן להיכנס, מה שאפשר זה לתת לך איזשהו סכום כסף ולהוציא אותך מהעניין, לא תוכל להיכנס לשוק הזה בשום אופן" (פר' 17.12.03, עמ' 2292).

175. גם יורם וולפמן הבהיר ללוקוב, שהוא לא יכול להכניס את הסחורה לארץ – "זה עסק מסודר מידי וזה נוגד את האינטרסים שלו" זה "יקלקל לו מחירים". לעומת זאת, הביע נכונות לנסות להעביר את הסחורה לעזה, דהיינו, להוציא אותה מהארץ:

"ש. ומה קרה, אני מדברת על הפיטינגים המגולבנים עכשיו.
ת. היו לו [ליוורם וולפמן] כמה הצעות, הוא חזר אלי פעם בטלפון, הוא אמר שהעסק כאן הוא בעייתי למכור כאן, שזה עסק מסודר מדי וזה נוגד אינטרסים שלו.

מה שנראה לו שהוא יכול את הסחורה הזאת להעביר לעזה. הוא כמה פעמים ניסה עם הצעות מחיר וכל מיני, הוא ניסה לחפש את הסחורה הזאת להוציא החוצה אבל לא להכניס אותה לשוק, כי זה יקלקל לו משהו.

ש. איך הוא אמר?

ת. יקלקל לו מחירים.

ש. ומה עשית עם מה שהוא אמר לך?

ת. תראי היו כמה פגישות עם יורם. יורם הוא טיפוס שמפטפט המון, והיו בפעמים הראשונות, נגיד אחרי הפעם הזו, דובר מועדון,



בתי המשפט

197

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

נזרק מועדון, נזרק טבעת עליונה, נזרק כל מיני" (פר' 17.12.03, עמ' 2291 - 2292).

התבטאויות משווקי מודגל בדבר אי-היכולת לרכוש פיטינגים מייבוא וההתייחסות ל"מועדון", ביססו בליבו של עזיזה חשד ממשי, והוא הגיש תלונה לממונה על ההגבלים העסקיים דאז, יורם טרובוביץ (פר' 8.12.03, עמ' 2180 - 2181).

176. כאמור, ההסכם של ליונינג עם סמי לוי בא לעולם כבר במאי 1994. עולה מהראיות, כי כבר אז סמי לוי לא היה מעוניין שמודגל תדע שמנדלסון נתנה יד לייבוא. משמע, זאת ללא קשר להסדר, אם נוצר, בבית איטונג, אלא כחלק מעורמה מסחרית שבגדרה לא מרגיזים את היצרן בארץ, עמו צפוי היה למנדלסון קשר נמשך. לאחר שנודע לסמי לוי שלמודגל נודע על כניסת הייבוא הסיני, ביקש סמי מליונינג כי לפני שהוא מבצע הזמנה נוספת ייפגש נציג ליונינג עם בן הרצל (עו"ד לביא, פר' 8.12.03, עמ' 2050), זאת כדי שמודגל תסכים לעצום עין לגבי אותו הייבוא (שם, 2075). כתוצאה מכך, עו"ד **לביא** נפגש עם **בן הרצל** פעם או פעמיים, בתיווך **סמי לוי**. בכל אותה תקופה לא חשף לוי בפני מודגל את העובדה שהוא קשור בייבוא הסיני, אלא הציג עצמו כמתווך ותו לא. לאחר מספר פגישות התקיימה במרץ '95 פגישה רבת-משתתפים במשרדי בית איטונג שבפרדס-חנה (עו"ד לביא, פר' 8.12.03, עמ' 2050 - 2051). בפגישה נכחו: מנדל גולדברג, בן הרצל, פלס, עזיזה, גיורא וסמי לוי. (עו"ד לביא, ראשית, פר' 8.12.03, עמ' 2051; לוקוב (פר' 17.12.03, עמ' 2301 ש' 10-19).

עו"ד לביא סיפר, ש"מי שהוביל את הישיבה למעשה היה מנדל גולדברג"
(פר' 8.12.03, עמ' 2051-2052), ובפגישה נאמר להם:
"... מודגל לא תיתן לכם ככה להמשיך הלאה. אנחנו מסכימים לקנות מכם מוצרים אבל כמובן אנחנו לא מדברים על הכמויות האלה שאתם מדברים".



בתי המשפט

198

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

ובסוף הישיבה הבהיר **גולדברג**, באופן בוטה מאוד, כי מודגל תמנע בכל דרך הכנסת פיטינגים לארץ (8.12.03, עמ' 2052):

"... בסוף הישיבה זה כבר היה בצורה בוטה מאוד. אמר מנדל גולדברג אנחנו נמנע בכל דרך הכנסת פיטינגים לארץ, בכל דרך".

לוקוב, נתן תיאור דומה, ולפיו בדבריו של גולדברג "היה הרבה יותר מנימת איום". הוא אמר להם: **"אנחנו את הסכר נסגור"**:

"ת. תשמע, אני לא רוצה להגיד שאני פחדתי אבל היה הרבה יותר מנימת איום. הוא [הערה: גולדברג] ישב כנגסטר כזה, ואמר אתם חברה נכנסתם לפה, לא בטוח שתצאו מפה. אנחנו את החור בסכר נסגור, הוא הסתכל בעיניים ישירות ובצורה מאיימת. אני אומר עוד פעם, אני לא פחדתי, אני לא בן אדם שמפחד" (פר' 17.12.03, עמ' 2302).

יש לציין, כי "נימת האיום" שהיתה בדברי מנדל גולדברג מקוממת וראויה לגינוי, אבל אינה מעוררת בעיה הנכנסת לגדר התיק שלפני.

סמי לוי סיפר, בהודעתו, שגם בפגישה זו הועלה הרעיון שמודגל תקנה את הסחורה של ליונינג, וכך תימנע את הפצתו בארץ ואת ירידת המחירים של הפיטינגים מתוצרת מודגל (הודעה מיום 2.11.99).

בשלב מסוים, הציע לוי באותה ישיבה כי הוא עצמו ירכוש את הסחורה המאשימה מדגישה, כי עמדה זו היתה כוזבת, שהרי לוי כבר התחייב קודם לכן כלפי היבואנים לרכוש את הסחורה, ולכן טוענת היא כי הצעתו זו היתה משום ניסיון להסתיר מעורבותו בייבוא (עדות לוקוב, פר' 17.12.03, עמ' 2303 - 2304). ואולם, גם בהקשר זה יש להדגיש, כי ניסיון כזה אינו בהכרח מלמד על קיומו של הסדר, וסיבתו יכולה להיות



בתי המשפט

199

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

אינטרס של סמי לוי למנוע מהיצרן לחשוב שאינו נאמן לו. אינטרס כזה יש באופן טבעי לכל סוחר.

177. ב- 12.4.95 הגישה מודגל תביעה נגד **עזיזה, לוקוב, עו"ד גיורא לביא, ליונינג ואח' (נ/12)**. מודגל לא כללה את סמי לוי, ככל הנראה מאחר שמעורבותו לא היתה ידועה לה. במסגרת התביעה ניתן על-ידי כב' השופט וינוגרד **צו מניעה** נגד ליונינג, שתוכנו כדלקמן:

"המשיבים בין בעצמם ובין על ידי מי מטעמם, במישרין או בעקיפין, יימנעו מייצור, שיווק, מכירה, ייבוא, הפקה או שימוש בכל דרך אחרת, בפטינגים מיובאים מכל מין וסוג שהוא שלא קיבלו תו תקן ו/או אישור התאמה לתקן של מכון התקנים הישראלי, ו/או אישור התאמה על תקן של מכון המתכות, כל עוד האחרון מוגדר מעבדה מאושרת לצורך סעיף 12(א) לחוק התקנים".

לשיטת לוקוב ועזיזה, מאחר שנתקבל לייבוא הסיני אישור של מכון המתכות, משמעות הצו היתה שליונינג יכולה הייתה להמשיך לייבא גם לאחר צו המניעה שכן הפטינגים שלה קיבלו את אישורו של מכון המתכות, אשר גם בית המשפט הכיר בהיותו מעבדה מאושרת לצורך זה. ואולם, לדברי עו"ד לביא, מודגל השיגה את שלה, מאחר שהוטלו עיקולים על הנתבעים באותו תיק (פר' 8.12.03, עמ' 2091), וזו היתה הסיבה שבגינה ליונינג חדלה לייבא.

178. כאמור, לא באה ראיה המלמדת כי בבית איטונג דרשה מודגל או ביקשה שלא לייבא ייבוא **העומד בתקן**. על יסוד חומר הראיות, יש בידי לקבוע כי עיקר פעולתה של מודגל התבטא בשכנוע המשווקים בבית איטונג (וקודם לכן) בחסרונות הייבוא הסיני. אכן, המשווקים הבינו כי מדובר בפטינגים זולים, אבל התעורר בלבם חשש שמא שיווקם יעורר בעיות, משיתברר עם הזמן כי תיפקוד הפטינגים לקוי. יש לזכור, כי הפטינגים אינו מוצר הגלוי לעיני קונה הבית או הבניין, שהרי הוא טמון בקירות. חומר הראיות לא רק מגלה את העובדה שמודגל התאמצה בבית איטונג לעורר חששות במשווקים בהדגישה



בתי המשפט

200

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

שהייבוא אינו תקני, אלא גם שהמשווקים חששו לרכוש את הייבוא הסיני בשל איכותו, וזאת גם אם היה זול בהשוואה לפיטינגים מתוצרת מודגל.

אכן, ייבוא שאינו עומד בתקן ניתן היה למכור במחירים זולים, וגם מאפשרות זו חששו המשווקים. החשש הכולל עולה מפורשות מדברי וולפמן בעדותו:

"שאלה: מההודעות שגבינו עולה שמודגל מחשש לייבוא

הסכימה עם המפיצים שלהם שהם לא ייבאו, תגובתך?

תשובה: חששנו כולנו מייבוא מתחרה. סחורה זולה מחו"ל,

שהיא ברמה ירודה חששנו מהמחיר והאיכות, לשאלתך לגבי

המחיר בחו"ל אני משיב שהוא הרבה יותר זול. אני בדקתי אישית

אצל היבואנים שהביאו את הסחורה. שם היבואן הוא ליונינג רן

ועידו שאינני יודע שם משפחתו, הם היו אצלי בחנות. הייבוא הזה

הכניס אותנו ללחץ. הערנו את מודגל, הכוונה למאיר פלס ולבן

הרצל, הערנו את תשומת לבם או שהם ילחמו בייבוא כזה, או

שיתאימו עצמם מבחינת מחירים. ... " (פר' 26.3.97, עמ' 2-3).

המאשימה טוענת, כי הובהר שהייבוא הסיני עמד בתקן, וקיבל אישור חוקי. ברם, לא עומדת כאן שאלת אמינות ההשמצות. די בכך שהתעורר חשש במשווקים, כדי להסביר את רתיעתם מייבוא זה.

ויוטעם שוב, החשש האמור לא נקשר דווקא לבית איטונג, אלא מודגל דאגה לבססו בכל הזדמנות. האווירה החשדנית כלפי הייבוא – בשל איכותו הגרועה כנטען – שררה עוד לפני הפגישות בבית איטונג וללא קשר אליהן. כך לדוגמא עלה מדברי רוזנברג כי הוא ומוטי חודרלנד (אולי) דיברו עם מודגל על הבעייתיות בייבוא, לא בישיבה בבית איטונג בהשתתפות שאר המשווקים, אלא "באופן פרטני" (כעולה מהודעתו ברשות, הודעה מיום 23.12.98, ש' 610-626). מעדותו עולה גם כי הדברים עלו בהקשר לאמירות של נציגי מודגל לגבי הבעייתיות בייבוא. לבעייתיות זו קל היה להם להסכים:



בתי המשפט

201

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

"ש. טוב. תאשר לי שאתם אמרתם למודגל באופן ספציפי שאתם לא מתכוונים לייבא פיטינגים?

ת. אנחנו באחת הפגישות הפרטניות עם חברת מודגל עם נציגי מודגל, אמרנו להם אחרי שבאחת השיחות או בחלק ניכר מהשיחות, מאיר בכל פעם טרח להסביר את הבעייתיות של הייבוא ואת האיכות הירודה, ואת הבעיות הצפויות, אני אמרתי לו מאיר זה לא רלוונטי לגבינו מכיוון שאנחנו במילא לא מתכוונים להביא בכלל פיטינגים, כי במדיניות שלנו כרגע אנחנו לא מייבאים חומר שחור ובזה מבחינתי ראיתי את העניין מול מודגל כגמור. היה לנו מדיניות לא להביא חומר שחור, בתוך זה היה קבוצת הפיטינגים והיה ברור שאנחנו לא מתכוונים להביא.

ש. תאשר לי שמודגל אמרה לכם במפורש שהיא מעדיפה כמדיניות שלא תקנו פיטינגים מיובאים?

ת. את שואלת כללי, את מצטטת משהו?

ש. אני שואלת אותך אם מודגל אמרה לכם את זה, אני מבקשת שתאשר את זה שמודגל אמרה לכם במפורש שכמדיניות היא מעדיפה שלא תקנו פיטינג מיובא.

ת. מדיניות שלה ? בהחלט, היא אמרה את זה, כמדיניות שלה מודגל אמרה בהחלט, התשובה היא כן" (פר' 28.9.06, עמ' 55).

לשיטתי, יש לייחס אמינות לגרסה זו, מאחר שרוזנברג לא התחמק בגדרה מהודאה במתן הבטחה שלא לייבא לאילון בן הרצל, ואולם, זאת לא במסגרת פגישות בית איטונג, אלא בפגישה פרטנית (כדברי העד) וכביטוי של מדיניות חברת ח.ג.י.י. שלא לייבא ולא כפועל יוצא של הסכמה עם משווקים אחרים בבית איטונג.



בתי המשפט

202

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

גם אברהם **ברנט** העיד, כי הוא הודיע למודגל שהוא לא מתכוון לייבא, מבלי לקשור זאת לפגישות בית איטונג:

"ש. אבל אמרת למודגל שלא תייבא

ת. כן, אמרתי שאני לא מייבא, אבל לא התחייבתי.

ש. כשאתה אומר למודגל לא לייבא, הכוונה גם לא לקנות סחורה מיובאת?

ת. הכוונה לייבוא בלבד. אני יכול להוסיף לך שהיו לי הצעות על סחורה מיובאת, אך לא היתה ברמה טובה, תקנית, ולכן לא קניתי. אבל בהחלט שקלתי, עד שראיתי את הדוגמאות ש. ממה שאומרים אנשי מודגל כן אמרת להם שלא תסחור בייבוא. האם אכן היה כך. אני מדבר על שנים 94-96. האם התחייבת בפניהם לכך?

ת. לא התחייבתי, אך צלום המצב היה שאני לא קונה אצל אחרים ולא מייבא. אם אמרתי להם או לא אני לא זוכר".

נראה, אפוא, כי אותם גורמים שלא היה בכוונתם לייבא הביעו זאת מפורשות לפני מודגל, מאחר שידעו שמודגל שמחה לשמוע זאת, ואולם, אמירות אלו אינן קשורות לישיבות בית איטונג ולהסכמה אופקית משותפת שהושגה בהן שלא לייבא.

בנסיבות אלו, אני מתקשה לראות ביחס של המשווקים לייבוא הסיני ראיה להסדר כובל בדבר אי-ייבוא שהושג בבית איטונג. אמשיך ואבסס דברי בעניין זה בהמשך.

6. התלונות על כניסת הייבוא כראיה להסדר

179. המאשימה סבורה כי ראיה נוספת להסדר הן תלונות המשווקים לפני מודגל על כניסת ייבוא או דיווחיהם כלפיה על פניות שקיבלו לרכישת פיטינגים מיובאים. זאת, בתקופת ישיבות בית איטונג. כך, לשיטת המאשימה, הראו המשווקים למודגל שהם



בתי המשפט

203

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

מקיימים את ההסדר והדיווחים הללו היו מעין "הלשנה" למודגל, תוך ניסיון לגרום לה להיות "עם האצבע על הדופק" בכל הנוגע לייבוא.

פלס העיד שרוב המשווקים העבירו לו דיווחים לגבי ייבוא מתחרה שהגיע לארץ:

"ש. והיו התייחסות של שאר המשווקים לייבוא?

ת. אני חושב שמידי פעם קיבלנו אינפורמציות נוספות גם ממשווקים אחרים, לא יכול לזכור ספציפית כרגע, אבל בהחלט הייתי מדווח מעת לעת על ידי רוב המפיצים, אני לא רוצה להגיד כולם, אבל לרובם היתה אינפורמציה כזו או אחרת, לגבי ייבוא מתחרה שהגיע לארץ" (פר' 13.1.03, עמ' 177).

ת/150, הוא מקבץ מזכרים שכתב בן הרצל בעניין דיווחים כאלה בתקופה הרלבנטית. בן הרצל אישר בעדותו את כתב ידו על מזכרים אלה (פר' 28.6.04, עמ' 3862; 30.6.04, עמ' 3956). בן הרצל אמר בהודעתו כי המסמכים נכתבו בעקבות פגישות או שיחות שהיו לו עם המשווקים, אשר עדכנו אותו בנושא הייבוא (28.4.99, ש' 114-116).

לא היתה מחלוקת שרוזנברג וחודרלנד דיווחו למודגל על פניית "ליונינג", שייבאה פיטינגים מסין. רוזנברג אישר זאת בחקירתו ברשות:

"ש. לכם היה דיבור עם היבואן הסיני על הייבוא. כוונתי לליונינג. והעברתם את הפרטים של היבואן הסיני למודגל. איזה תוצרת יש לו. למה העברתם להם זאת?

ת. העברנו את האינפורמציה לחברת מודגל,

...

ש. בראיה כללית שמי שמיבא יכול להמריץ עוד יבואנים, הסכר יפרץ, המחיר עלול לרדת, העוגה תקטן, אפשר להבין את העברת האינפורמציה. שמודגל תבדוק את עניין הייבוא



בתי המשפט

204

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

ת. אני לא רואה קשר ישיר בין העברת האינפורמציה למניעת הייבוא. אנחנו כחברת ח.ג.י.י. ברגע שהחלטנו לא להביא לא ראינו פסול להעביר את האינפורמציה למודגל" (13.4.99, ש' 254-269).

רוזנברג גם אישר זאת בעדותו בבית המשפט (פר' 28.9.06, עמ' 69).

גם וולפמן דיווח למודגל על הייבוא, כעולה מת/10 מיום 18.10.94, שהוא מזכר שכתב מאיר פלס לבן הרצל ובו דיווח של יורם וולפמן. בסעיף 2 למזכר רשום: "אינפורמציה באותו נושא אך כללית הרבה יותר הגיעה מיורם - לבני". לפי אחד מהדיווחים הכלולים בת/150, מסר וולפמן דיווח נוסף: "22 מכולות לדברי יורם וולפמן".

גם מאיר פלס סיפר בעדותו שיורם וולפמן היה מעביר למודגל דיווחים שוטפים בנושא הייבוא:

ש. אני מפנה אותך לסעיף 2 של המסמך, אתה יכול להתייחס?

ת. שאינפורמציה באותו נושא, אך כללית הרבה יותר הגיעה גם מיורם לבני ושני המקורות מקבלים פרטים נוספים ביום למחרת. ש. מי זה יורם לבני?

ת. זה יורם וולפמן הבעלים של העסק י.א. וולפמן.

...

ש. אתה שמעת משהו מיורם וולפמן לענין הייבוא?

ת. מיורם שמעתי הרבה פעמים דברים בקשר לייבוא, הוא בתור מפיץ נאמן היה מידי פעם מיידע אותי בכל מיני אינפורמציות כאלה ואחרות שהוא שמע, חלקם רשמתי וחלקם לא, אבל בהחלט הוא היה מיידע אותנו בכל מיני אינפורמציות" (פר' 13.1.03, עמ' 176-177).



בתי המשפט

205

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

גם **וולפמן** עצמו אישר דברים אלה, בחקירתו ברשות (בבית המשפט, כזכור, בחר שלא להעיד):

"ש: בהודעה שמסרת במשרדינו אמרת שהיבוא של הפיטינגים הכניס אתכם ללחץ. אנחנו רואים מהמסמכים שאתה נתת כל הזמן דיווחים לאנשי מודגל על המגעים שהיו לך עם היבואנים. האם זה נכון?"

ת: כן" (הודעה מיום 31.12.98).

דא עקא, שהתנהגות זו מתיישבת גם עם העובדה שרצונה של מודגל שלא תירכש סחורה מתחרה נחשף לפני המשווקים, כך שהמדווחים חפצו לשאת חן בעיניה, על-ידי עצם הדיווח, מה גם שהיו מודעים לחשש אי-העמידה בתקן. אין להסיק מהם בהכרח את דבר הסכמתם של המשווקים בישיבות בית איטונג שלא לייבא או שלא לקנות מייבוא. לכל אחד מהם היה עניין שלא תימכר בשוק סחורה זולה מייבוא שאין הם משווקיה, ולכן, לכל אחד היה אינטרס להביא לפעולה של מודגל כנגד ייבוא כזה, מה גם שהיה סיכוי של ממש שאינו עומד בתקן.

כראיה נסיבתית, המידע על הייבוא שהועבר למודגל (או התלונות על הייבוא) אינו מלמד בהכרח על ההסדר דווקא, מאחר שהוא ניתן גם להסבר אחר, שהוא, כאמור, הבעת נאמנות ליצרן, כדי לשפר את תנאי הרכישה ממנו או רצון טבעי למנוע כניסת ייבוא מתחרה בלתי תקני או אפילו תקני, וממילא התלונות לא נקשרו לישיבות בית איטונג דווקא.

7. הסתרת המעורבות של מנדלסון כראיה להסדר

180. המאשימה רואה גם בכעס של מודגל על מעורבות מנדלסון בייבוא הסיני הוכחה להסכמה בעניין אי-הייבוא.



בתי המשפט

206

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

כאמור, **מנדלסון** היתה המשווקת היחידה אשר נענתה להצעתה של ליונינג לשווק פייטינגים מיובאים מסין וההתקשרות הנוגעת לעניין הוסתרה ונעשתה **לפני פגישות בית איטונג**. עם היוודע הדבר לבן הרצל, הוא "השתולל מכעס" על סמי לוי. כך סיפר לוי בהודעתו (2.11.99, ש' 62-65). משנשאל סמי לוי מדוע אילון בן הרצל "השתולל מכעס", הסביר זאת בפשטות באכזבתו של אילון בן הרצל מקיום התחרות מייבוא, ולא בהפרת ההבנה שהיתה:

ש. מה יש לאילון להשתולל?

ת. **מאיפה את אומרת את זה?**

ש. אתה אמרת את זה בהודעה שלך.

ת. **שמה?**

ש. אילון בן הרצל השתולל מכעס. איך אני מחזיק ייבוא. גם משווקים כעסו. הקנאה אכלה אותם.

עו"ד זקלר: באיזה הודעה?

ש. באותה הודעה שקראתי קודם. הודעה אחרונה. שורה לקראת 65. מה יש לאילון להשתולל מכעס?

ת. **מה הוא היה צריך לעשות גברתי למחוא כפיים לייבוא? איזה שאלה שהוא ישתולל מכעס.**

ש. מה יש לו להשתולל אם אין לו שום הסכמה איתך שלא תייבא.

עו"ד זקלר: תענה, תענה.

ת. אני לא מבין גברתי. אילון בן הרצל מנהל מפעל. אני לא יודע מאתיים וכמה עובדים בחצור. נכנס ייבוא. חרב עולמו. לא מספיק יש לו תחרות עם הפלסטיק פתאום יש ייבוא. אז מה שהוא ישב ימחא כפיים בטח שהוא ישתולל. כשהוא השתולל אני תיארתי את זה כהשתולל השתולל מכעס.

...



בתי המשפט

207

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

אילון היה בסערת רוחות גברתי. עצם העניין שנכנס הייבוא, עצם זה שגילו את הפתח את הפרצה הזאתי שהביאה את הייבוא. הוא היה במצוקה גדולה. כמובן שהוא השתולל.
כב' השופטת: **הצעה שלה שבעצם הוא כעס על זה שאתה הפרת את ההבנה שהייתה בעניין הזה.**
ת. כמובן גברתי. כמובן שאני שולל אותה ואני שולל אותה לחלוטין"
(פר' 31.5.05, עמ' 94; עמ' 95).

הסברו זה של לוי, הקושר את התנהגות בן הרצל בחששו מפגיעה במפעלו שבחצור שבו עובדים מעל 200 עובדים, סביר ומשכנע.

181. יתר-על-כן, **בן הרצל** סיפר בעדותו, כי הוא הכיר את מדיניותה האגרסיבית של מנדלסון בייבוא והוא ידע שאם סמי לוי ימצא מקור שיעמוד בתקן, הוא ייבא פטינגים: "ש. ... מה היה ידוע לך על הגישה של מנדלסון לייבוא בשנים שמעניינות אותנו, 90-96?"
ת. **מנדלסון, היתה לו מדיניות ייבוא אגרסיבית.** בסך הכל כל מוצר שהוא יכול היה לייבא, שהיה יצרן מקומי והוא יכול היה לייבא, אנחנו ידענו שהמדיניות שלו היא שהוא ילך לחפש מקור מייבוא.
ש. סמי לוי אמר לך את זה באופן אישי?
ת. סמי לוי גם אמר לי את זה באופן אישי. אנחנו גם ידענו את זה, הרי הוא ייבא בעבר גם פטינגים ואנחנו ידענו שאם תהיה לו אפשרות לייבא אם הוא ימצא מקור, אם הוא יכול למצוא מקור שיעמוד בתקן ויעמוד בכל הדרישות, הוא ייבא" (פר' 9.6.04, עמ' 3552).

דברים אלה לא נסתרו. בנסיבות אלו, קשה להשתכנע שמודגל סברה כי די יהיה בהסכמה על אי-ייבוא שתושג בבית איטונג כדי למנוע ייבוא על-ידי אותם המשווקים,



בתי המשפט

208

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

שהיתה להם מדיניות ייבוא. כאמור, בבית איטונג השתמשה מודגל בכלי של מחיר המינימום ובמנגנון הבונוסים, כדי לשכנע את המשווקים **שכדאי** להם שלא לייבא. היא ביקשה לפתות את המשווקים לשווק את תוצרתה באמצעות תמריצים הנוגעים למכירת הפיטינגים מתוצרתה.

אשר לכעס של בן הרצל על סמי לוי - גם בהקשר זה ייאמר שסיבת הכעס יכולה להיות עצם היבוא, אשר מודגל הבהירה כי אינו רצוי לה והינו מנוגד לנאמנות לה, ולא דווקא הפרת הסכמה שנוצרה בבית איטונג. כמו-כן, עובדה היא שההתקשרות של מנדלסון עם אנשי ליונינג התרחשה מספר חודשים לפני ישיבות בית איטונג.

אכן, כאשר גילה בן הרצל כי סמי לוי עומד מאחורי הייבוא, הוא הביא עובדה זו לידיעתם של כלל המשווקים בבית איטונג. כך אמר בחקירתו הראשית:

"ש. כשנודע לך שמנדלסון היה המפיץ של הייבוא הסיני, מה עשית עם הידיעה הזאת?"

ת. **אני הבאתי את זה לידיעת המשתתפים שאר המפיצים בבית איטונג**, ולמעשה דרכם זה גם אינפורמציה שהועברה לכל השוק."
(פר' 9.6.04, עמ' 3553).

אדגיש, כי עובדה זו אינה מלמדת בהכרח על הסכמה מוקדמת של משתתפי בית איטונג להימנע מייבוא. באותה מידה היא יכולה ללמד על הלך הרוח שבו מודגל ביקשה להציף את המשתתפים בבית איטונג, דבר שעשתה ללא הרף על ידי הצבעה על פגמי הייבוא. כמו-כן, נראה, כי הדבר השתלב גם עם רצונה של מודגל להציג את מנדלסון כמפיץ בלתי נאמן לה, כדי לדרבן משווקים אחרים לנאמנות. תגובת המשתתפים בבית איטונג היתה כעס, ואולם, גם על כעס זה יש לומר שסיבתו אינה חייבת להיות ההסדר הכובל, אלא הפגיעה באינטרסים שלהם, בשל חששם שמנדלסון תוכל למכור פיטינגים בזול ותתחרה בהם. כך אמר סמי לוי בחקירתו ברשות:



בתי המשפט

209

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

"ת. ... אני זוכר שעלינו כעסו שאנחנו החזקנו גם מלאי ייבוא וגם מודגל. כולם כעסו עלינו על זה. אני לא יכול להגיד במדויק. אילון בן הרצל השתולל מכעס איך אני מחזיק ייבוא, גם המשווקים כעסו. **הקנאות אכלה אותם**. לשאלך לגבי שם ספציפי אני עונה שאני לא יכול לך שם ספציפיים. הקנאות אכלה את כולם שהשגתי פיטינגים בזול" (2.11.99, ש' 62-65).

"שאלה: היו לך שיחות פגישות עם מוטי חודרלנד ומוקה בנוגע לייבוא הסיני, גם שהוא יהיה תחת בקרה תשובה: היו הרבה שיחות, לא יודע אם תחת בקרה. כל מיני שיחות עם נציגי חגי, **פעם עם מוקה פעם עם חודרלנד, אני מדבר עם שניהם כל הזמן. הם אמרו שאני נהנה משני העולמות, גם משווק ייבוא וגם מודגל**.

שאלה: במסגרת השיחות איתם דובר על כמויות שייבואו ? תשובה: לא שאני זוכר. זה במסגרת הזכרון שלי. אני לא יכול להגיד לך בפרוטרוט כל דבר. **אין ספק שהרגיז את כולם שקניתי את הפיטינגים הסינים**" (שם, ש' 79-93).

הכעס לא נקשר בדברים אלה להפרת הסדר כלשהו, וסיבתו, כאמור, יכולה בנקל להיות אחרת.

גם רוזנברג אמר, בחקירתו ברשות, ש"מודגל לא אהבו את המהלך של סמי עם הייבוא" (הודעה מיום 23.12.98, ש' 596-597). ואולם, הוא לא אמר שמהלך זה היה מנוגד להסכם או להבנה שהושגה בבית איטונג.

כאשר רוזנברג התייחס לעובדה שמנדלסון מייבאים, אמר: **"עד היום לא ברור מי עמד אחרי הייבוא הזה ומי מימן אותו. כנראה שמנדלסון על אף הישיבות בבית איטונג"** (הודעה מיום 13.4.99, ש' 242-245). הדגשתי את הסיפא, מאחר שלכאורה עולה ממנה



בתי המשפט

210

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

המסקנה שהושגה הסכמה בבית איטונג בעניין הייבוא. ברם, איני סבורה שהתבטאות זו מלמדת מעבר לספק כי בבית איטונג הוסכם יחדיו שלא לייבא. אכן, אין מחלוקת שבבית איטונג התבטאה מודגל שוב ושוב כנגד הייבוא שעמד על הפרק, ואף מנתה את חסרונותיו. העובדה שהמשווקים שמעו את הדברים אינה מלמדת כי קיבלו על עצמם שלא לייבא, וזאת אף אם לא שללו את רוח הדברים. בהמשך הדברים אף אבהיר מדוע איני מסיקה בהקשר זה קיומו של הסדר מכללא.

182. המאשימה נשענת גם על כך שלוי הסתיר את עובדת מעורבותו בייבוא לא רק ממודגל, אלא מכל משתתפי פגישות בית איטונג. לדברי ב"כ המאשימה, לסמי לוי היה ברור שאם יודע לנאשמים כי הוא העומד מאחורי הייבוא הסיני, הדבר יעורר עליו את זעמם בבית איטונג והוא "יזכה" למבול של תלונות. "מבצע ההסתרה" היה כל-כך מוצלח, עד שמשתתפי הפורום כלל לא ידעו בוודאות מי עמד מאחורי הייבוא. לטענת המאשימה, הרצון להסתיר את הייבוא סותר את טענתו של לוי בדבר המדיניות המוצהרת של מנדלסון לייבא ומעיד על כך שהאינטרסים של מנדלסון השתנו, כך שאם בעבר היה לה כדאי להצהיר שהיא מייבאת, הרי שבתקופה הרלבנטית היא בחרה להסתיר זאת. המאשימה מוסיפה, כי הראיות מלמדות שכאשר מנדלסון ניסתה לשווק את הייבוא הסיני, היא לא פנתה למשווקים משתתפי פורום בית איטונג (אשר היו, כאמור, המשווקים הדומיננטיים), אלא למשווקים אחרים, תוך שהיא דואגת לכך שלוקוב ועזיזה הם שיציעו את הסחורה למשווקי בית איטונג, אלא שאין מדובר בראיה נסיבתית חזקה דיה (ראו להלן לגבי ראיות נסיבתיות), שהרי לא ניתן לומר שהיה לסמי לוי עניין לפרסם דבר מעורבותו בייבוא, כאשר לא הובהר אז שהוא יפסיק לרכוש ממודגל. בנסיבות אלו, למה לו להרגיז את מקור האספקה שלו, גם אם אינו היחיד?

8. העובדה שבתקופה הרלבנטית לא נכנס ייבוא לארץ

183. המאשימה מוסיפה ומטעימה, כי בתקופה הרלבנטית לכתב האישום כמעט ולא נכנס ייבוא לארץ, וטוענת כי גם עובדה זו היא בגדר ראיה נסיבתית לקיומו של ההסדר.



בתי המשפט

211

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

המאשימה מציינת, כי סמי לוי, מי שהיה בעיני מודגל יבואן הפיטינגים העיקרי - בכוח ובפועל, הפסיק במהלך התקופה הרלבנטית לייבא פיטינגים. כך מעידים הנתונים שמסר הוא עצמו, במסגרת חוות דעת המומחים אשר הוגשה מטעמו (נ/166). מטבלה 2 לחוות הדעת עולה כי בשנת 94' 12% מהפיטינגים שמכר היו מיובאים, בשנת 95' קטן אחוז הפיטינגים המיובאים ששיווק ל- 4.85% ובשנת 96' כבר לא מכרה מנדלסון פיטינגים מיובאים כלל. גם מאיר פלס אישר בעדותו, שעיקר השימוש בפיטינגים מגולוונים בארץ בתקופה הרלבנטית היה מתוצרתה של מודגל (פר' מיום 5.3.03, עמ' 708-707).

ואולם, עובדה זו אינה מלמדת באורח חד-משמעי כי הושג הסכם שעניינו אי-ייבוא, מאחר שסיבותיה יכולות להיות רבות, כגון דרישת התקן, טיבו של הייבוא שניתן היה להכניס לארץ, ההשקעה הגדולה שנדרשה לצורך הייבוא התקני, ועוד (וראו הפרק לעניין הראיות הנסיבתיות להלן).

9. עיקר טענות הצדדים בשאלת קיומו של הסדר אי-הייבוא

184. המאשימה סבורה, כי כלל הראיות מובילות למסקנה שההבנה שהושגה בבית איטונג היתה הבנה כללית להימנע מייבוא. לדבריה, סיבת אי-ההתקשרות של המשווקים עם ליונינג נעוצה בהסדר אי-הייבוא. המאשימה מדגישה, כי למודגל היה עניין לקבל התחייבות של המשווקים שלא להתחרות בה, על ידי הימנעותם מעיסוק בייבוא. חששה היה כי ייבוא הפיטינגים ממדינות העולם השלישי היו זול בצורה משמעותית ממוצריה. גם למשווקים, טוענת המאשימה, השתלמה ההתחייבות להימנעות מעיסוק בייבוא. כך זכו לשמור על רווחיותם המשופרת באמצעות הסדר מחיר המינימום והמכסות, באפס מאמץ וסיכונים מסחריים, אלא פשוט באמצעות הסכמה להימנע מייבוא. בנוסף, מהמשווקים "נחסכה" ירידת המחירים שכניסת הייבוא הייתה מחוללת. כמו-כן, המאשימה טוענת שהעדויות שנפרשו בבית המשפט מלמדות על הסכמה בדבר אי-ייבוא שהושגה בבית איטונג.



בתי המשפט

212

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

המאשימה מוסיפה, כי כבר קודם להסדר בית איטונג בנושא הייבוא, קרמו עור וגידים הסדרים פרטניים בנושא ההימנעות מייבוא בין מודגל לבין טסה, ש.א.ח.פ. ופרופילון המהווים את הבסיס לאישומים 4-6, בהתאמה. כך, על-פי ת/49, ת/91 ו-ת/102, התחייבו לטענתה טסה, ש.א.ח.פ. ופרופילון (בהתאמה), "לא לייבא מוצרים המיוצרים על-ידי מודגל. כמו כן מתחייבת (טסה/ש.א.ח.פ./פרופילון) לא לשווק ולא למכור מוצרים מיובאים כאמור". כמו-כן, למעשה, טסה הסכימה כבר בשנת 90' להימנע מייבוא (ת/5). מכאן, טוענת המאשימה, שבבואה לפגישות בית איטונג כבר ידעה מדגל מראש שטסה, פרופילון ו-ש.א.ח.פ. מוכנות לשתף עימה פעולה בהתחייבות שמהותה הימנעות מייבוא.

185. הנאשמים טוענים מנגד, כי לא הוכח הסכם אי-ייבוא וכי פרשת הייבוא הסיני אינה מלמדת על קיום הסדר כובל ביניהם. לדבריהם, היו סיבות טובות למשווקים שלא להתקשר עם ליונינג. ראשית, מאחר שבאותה תקופה אנשי ליונינג היו גורם לא מוכר וחסר כל ניסיון בתחום הייבוא. משלוח הייבוא שלהם טרם הגיע, ובידי אנשי ליונינג היתה תעודת התאמה לתקן ביחס לארבעה סוגי פטינגים בלבד (נ/78; עדות רן עזיזה פר' עמ' 2370, ש' 9-14).

בנסיבות אלו, טוענים הנאשמים, מלחמתה של מודגל בייבוא הסיני, אותו ראתה כייבוא פסול ובלתי חוקי שנכנס לארץ תוך הונאת הרשויות, היתה לגיטימית, וכשלונו של ייבוא זה לבסס אחיזה בשוק המקומי נגרם מטעמים אובייקטיביים שונים, ובראשם אי-עמידתו בתקן ואיכותו הירודה. בשל אותן סיבות, על-פי הנטען, נמנעו מפיציה של מודגל, למעט מנדלסון, ממיומן הייבוא הסיני, ובהמשך משיווקו, ואולם, עשו זאת בהתאם לשיקול דעתם החופשי, ומבלי שתוטל עליהם כל הגבלה בקשר לכך מצדה של מודגל ומבלי שהגיעו עמה להסכמה על כך. על-פי הסבר הנאשמים, ההתנגדות לייבוא שעמד על הפרק נבעה בעיקרו של דבר מחשש אי-התאמתו לתקן, כאשר תעודת ההתאמה שהושגה היתה ממילא חלקית.



בתי המשפט

213

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

ח. הכרעה בשאלה האם הגיעו משתתפי הישיבות בבית איטונג להסדר אי-ייבוא

186. אני סבורה, כי כלל הראיות שעליהן נשענת המאשימה אינן מובילות מעבר לספק למסקנה לפיה בבית איטונג הושג הסדר אי-ייבוא. ראשית, כפי שפורט לעיל, לא הוכחו חילופי דברים המלמדים על הסדר, אלא לכל היותר, הוכח כי חלק מהמעורבים, שהם עדים, הסיקו הסכמה כזו. מסקנות אלו של העדים אינן מחייבות הכרעה דומה כאן, שהרי מלאכת קביעת הממצאים לא יכולה להתבסס על מסקנות של אחרים ואמורה להיעשות על-ידי בית המשפט על יסוד כלל הראיות הישירות והעקיפות. שנית, הראיות שלפני מלמדות בעליל, כי המשווקים חששו מפני ייבוא שאינו עומד בתקן, ותגובתם בבית איטונג ומחוצה לו ביחס לייבוא הסיני או ייבוא אחר, נבעה בוודאי גם מחשש כזה.

187. לאור האמור, אני סבורה כי לא הוכח שהושג בבית איטונג הסדר כובל שלא לייבא. זאת, קודם כל מאחר שלא הוכחה הגעה להסכמה ברוח זו שם, בהישען על חילופי הדברים בין המעורבים. כמו-כן, את יחסם של המשווקים לייבוא בשיחות בית איטונג ניתן בנקל לייחס להתמודדות עם ייבוא בלתי חוקי (שאינו עומד בתקן). בשל האפשרות הממשית של ייבוא כזה הובעה ההתנגדות בבית איטונג, לא ניתן לקבוע כי הוכח הסדר אי-ייבוא שמקורו בהסכמה שהושגה שם.

גם הראיות על הדיווחים למודגל על הייבוא אינן מחייבות מסקנת קיומו של הסדר, מהטעם שהן מתיישבות עם רצון המשווקים לשאת חן בעיני מודגל על-ידי הוכחת נאמנות. הוא הדין לגבי ראיות "ההסתרה" (דהיינו, הסתרת המעורבות של סמי לוי בעניין הייבוא הסיני), לנוכח ניסיונותיה הברורים של מודגל בבית איטונג ומחוצה לו לחזק את נאמנות המשווקים ולהביא לכך שירכשו את תוצרתה. היה למשווקים עניין להוכיח לה "נאמנות" על-ידי הדיווחים, מבלי שקיבלו על עצמם "כבילה" שלא לייבא. כמו-כן, טבעי שלסמי לוי לא היה עניין לגלות את דבר הייבוא באמצעות מנדלסון. בבית איטונג, כאמור, נתנה מודגל "תמורה" לנאמנות באמצעות הסדר הבונוסים, ואין זה סביר לצפות שסמי לוי יראה לה שהוא פחות נאמן מהאחרים, שהרי היה לו בכל עת עניין לקבל ממודגל



בתי המשפט

214

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

הנחות על רכישות מנדלסון. אוסיף, כי מעדותם של לוקוב ועזיזה לא עלה שסמי לוי ביקש מהם להסתיר את ההתקשרות עמו. יתר-על-כן, עובדה זו לא היתה ניתנת להסתרה, ולו לאורך זמן, מאחר שסמי לוי חפץ למכור את הסחורה בשוק, ולא להסתירה במחסניו. בנוסף, אדגיש כי לוי הגיע להסכם עם ליונינג עוד לפני ישיבות בית איטונג, וגם אז הסתיר זאת, כנובע מהאינטרס הברור שלו להימנע מהכעסת היצרן היחיד בארץ לפיטינגים שהוא נזקק להם. משמע, ההסתרה אינה נובעת דווקא מההסדר הנטען.

בעת שבאים להסיק מסקנות מראיות שפרשה המאשימה, יש לזכור כי אין מחלוקת שמודגל ביקשה לדרבן את המשתתפים בישיבות בית איטונג לקנות דווקא את תוצרתה. זאת עשתה מודגל, בין השאר, על-ידי השמצת הייבוא. מודגל ניסתה גם לחזק את הקשר באמצעות מנגנון מחיר המינימום והבונוסים, שהיטיב עם המשווקים, ובעקרון, אין פסול במתן הטבות למיניהן. המשווקים לא העלו התנגדות למאמץ זה, ואולם, לא הוכח כי נטלו על עצמם אז כבילה שלא לייבא, בין במפורש ובין מכללא.

11. האם ניתן להסיק הסדר מכללא

188. מתעוררת השאלה האם לא ניתן להסיק מהראיות הישירות לגבי הדברים שנאמרו בבית איטונג ומיתר הראיות למצער הסכם מכללא על אי-ייבוא? אכן, לקיומו של הסדר כובל אין צורך בהסכם מפורש, ודי על-פי החוק בהסכמה מכללא, ו"רוח הדברים" (כלשונו של סבירסקי) בבית איטונג היתה נגד ייבוא. ברם, השיקולים המונחים ביסוד הקביעה כי לא הוכח הסדר כובל מפורש שמקורו בישיבות בית איטונג הם גם השיקולים המונעים הסקת הסדר מכללא. כך, גם כדי להסיק קיום הסדר מכללא שנוצר בבית איטונג, יש קודם כל לדעת מהות הדברים שהוחלפו בבית איטונג בנושא זה, וזו לא הובהרה. משחוזקה נאמנות המפצים למודגל באמצעות המנגנונים שהוצגו בבית איטונג ושפורטו לעיל, פועל יוצא טבעי מכך הוא, שהמעורבים יימנעו מרכישה ממקורות אחרים. יתר-על-כן, מהראיות עולה, שהייבוא הוצג כל אותה תקופה כבלתי עומד בתקן, והחשש לעסוק



בתי המשפט

215

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

במוצר כזה היה משותף לכולם. על-כן, שאלת מהות ההבנה שהושגה בבית איטונג מותרת ספק סביר גם בכל הנוגע לקיום הסדר מכללא שעניינו אי-יבוא.

אשר לפרשת ליונינג, הובהר כי קשיי השיווק של הפיטינגים הסיניים התעוררו עוד לפני ישיבות בית איטונג, והדבר מעיב על קביעת הקשר בן הסדר כלשהו והתנהלות הצדדים כלפי יבוא זה. רצונה של מודגל לחזק את הקשר עם המפיצים היה ברור להם, וטבעי שהם התנהלו "בנאמנות" מופגנת למודגל ודאגו שהיא תדע על כך כדי להשיג תנאי רכישה טובים ממנה, ועל כן, לא ניתן לקבוע בוודאות את טעמי אותו סירוב לרכוש מליונינג. כך גם בנוגע לדיווחי המפיצים על הייבוא. דהיינו, קשה לייחס דווקא להסדר מבית איטונג.

בשל היות שאלת אי-הסקת הסכם מכללא שאלה נוקבת בנסיבות שתוארו, אשוב ואפנה כאן לראיות הישירות לגבי השיחות בבית איטונג, כדי להצביע על כך שלא ניתן ללמוד מהם גם קיומו של הסדר מכללא. אטעים, כי מאחר שהשיקולים בהקשר זה דומים לשיקולים הרלבנטיים להסקת הסכם מפורש, יש בדברים כאן, במידה מסוימת, משום חזרה על דברים קודמים, והפעם בהקשר של הסדר מכללא.

כבר נאמר, כי סבירסקי אמנם הבין שהמשווקים הבטיחו, שלא ישווקו במקביל למוצרי מודגל גם מוצרים מיובאים (פר' 5.11.03, עמ' 1847). ואולם, מדברים שסבירסקי הוסיף ואמר, עלה כי מדובר **בהבנתו הסובייקטיבית**, וכי הדברים לא נאמרו במפורש על-ידי מי מהנוכחים בבית איטונג. **סבירסקי ציין מפורשות כי אף אחד מהמשווקים לא אמר שאינו מוכן להימנע מייבוא**. לדבריו, זאת הייתה "רוח הדברים". רוח הדברים הינו מונח שאינו בהיר דיו. אשוב לקטע מעדותו שהובא לעיל, כדי להבהיר את קביעתי, לפיה קיים ספק גם לגבי קיומה של הסכמה מכללא, בהעדר דברים מפורשים. הדברים גם אינם מבססים מסקנה בדבר הסכם מכללא, מהטעם שפורטה בהם רק **מסקנתו** של סבירסקי ולא חילופי הדברים עצמם. כבר נאמר, כי מסקנת אחד המעורבים אינה יכולה להכריע, וברי שכך בהקשר הפלילי:



בתי המשפט

216

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

י"ש. טוב, אתה לא שמעת שום הסכמה מפורשת בנושא הזה, יכול להיות שפשוט לא הגיבו, על איזה שאלה או פנייה אליהם.

ת. אני לא זוכר שמישהו, בוא נגיד הפוך, **אני לא זוכר שמישהו אמר שלא, או מישהו אמר שהוא לא מוכן** –

ש. לא זוכר שמישהו אמר שלא, - רלבנטי, יכולה להיות גם הסכמה בשתיקה, או שפשוט הם לא אמרו שום דבר, נכון?
ת. **נכון**,

ש. בסדר, בהמשך אתה מדבר שזאת הייתה רוח הדברים, רוח הדברים. מה זה רוח הדברים, אתה יכול להסביר לנו? התרשמות כללית, כשאין דברים מפורשים?
ת. זה אחד הנושאים –

ש. מה זה רוח הדברים, המונח הזה רוח הדברים?
ת. **רוח הדברים זה, אני לא זוכר את המילים המפורשות שנאמרו, אבל זה היה אחד הנושאים העיקריים שעלו מעת לעת, בשולחן, ובכל ההתייעצויות ובכל ההבנות ובכל ההיגיון שעמד מאחורי הניסיון להגיע להסדר**" (פר' 24.11.03, עמ' 56, עמ' 57).

בנוסף, סבירסקי כאמור גם הבהיר, כי נושא הייבוא הסיני קיבל ביטוי נרחב בישיבות בית איטונג, ומדבריו עלה שמודגל דאגה לכך שמשתתפי הישיבות יאמינו שהייבוא אינו עומד בתקן. נראה, כי נציגיה האמינו בכך (איני רואה צורך להכריע כאן בסוגיית העמידה בתקן. די בהקשר הנדון בהערכה המבוססת, שכך סברו כל המעורבים). סבירסקי העיד בהקשר זה:

י"ש. עכשיו, אתה זוכר איזה נושאים נוספים נדונו בפורומים המשותפים?

ת. **דובר כל הזמן, היה ברקע נושא של הייבוא, מה קורה עם הייבוא, באיזה שלב של הייבוא, כמה הוא מופרע, מה המצב שלו בעניין של התקן, היה נושא של איזה שהיא השערה, או איזה שהיא**



בתי המשפט

217

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

הערכה שהמוצר הזה לא עומד בתקן ושהוא לא קיבל אישור ממכון התקנים ושהוא עובד על הנושא הזה ושהוא מקבל אישור מפה ומקבל אישור משם והיה כל הזמן – ש. ... על הנושא הזה?

ת. זאת אומרת שהמוצר הזה למעשה עומד לקבל תקן, או שקיבל תקן, ונדמה לי שמודגל פעלה במקביל גם להוכיח שהמוצר לא עומד בתקן, והתנהל איזה שהוא דיונים על הנושא הזה, מה בדיוק השוק חושב על המוצר, ואם המוצר הוא טוב, לא טוב, ואיך אפשר בעצם לא רק להלחם בו מסחרית, אלא גם למנוע את הכניסה שלו לארץ בדרך של להוכיח שהוא לא עומד בתקן או בסטנדרט" (פר' 5.11.03, עמ' 1855-1856).

כאמור, ההבנה שהייבוא אינו עומד בתקן מסבירה את התגובה נגד הייבוא, שמצאה ביטוי בבית איטונג, ומונעת בהקשר הפלילי מסקנה שהייבוא הסיני לא נקלט על-ידי המשווקים בשל הסדר כובל, בין מפורש ובין מכללא.

ויוטעם שוב, הייבוא הסיני עמד על הפרק לפני התקופה הרלבנטית, כאשר לוקוב ועזיזה פנו למשווקים כבר בתחילת 1994, עוד קודם למפגשי בית איטונג. גם אז, לפני המפגשים, נתקלו השניים בקשיים ממשיים לשווק את הייבוא הסיני, חרף מחירו הזול.

גם עדות פלס, עליה סומכת המאשימה כמלמדת על ההסכמה להימנע מלרכוש מייבוא ולא לייבא, אינה מפרטת את חילופי הדברים שממנה הוסקה מסקנתו של פלס, וגם הימנה לא ניתן להסיק הסדר מכללא. כאמור, אין די במסקנתו של עד כדי ללמד על הסכם מכללא:

"ת. ... היתה הבנה והסכמה בין המפיצים שלא לייבא ולא להתחרות במוצרים, לא לייבא מוצרים שמודגל מייצרת אותם ומשווקת אותם.



בתי המשפט

218

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

כב' השופטת: איך אתה מסיק את ההבנה הזאת?

ת. **אני מסיק את זה מדיבורים שהיו בין האנשים לפני ואחרי. אני נמצא בשוק הזה, אני נפגש עם האנשים אני מדבר איתם כל שבוע בפגישות, במשרדיהם ובכל מיני מקומות אחרים וזה היתה ההתרשמות שלי** (פר' 13.1.03, עמ' 161).

פלס הוסיף, שכל משווק נתן להם להבין שכל עוד הוא קונה את מוצריה של מודגל, הוא אינו מייבא. לאורך עדות **פלס**, הוא נמנע מלציין כי כך אמרו המפיצים, אלא מציג זאת כ**הבנתו** לגבי כוונתם, כפי שהובעה בדרך כלל, ולא דווקא בבית איטונג. לכן, גם בדברי פלס אין די להסקת הסכם מכללא שהושג בישיבות בית איטונג:

"ת. היחסים הרבה מן הדברים בינינו לבין המפיצים **היו מושתתים כמו שאני אמרתי על הבנה**, ועל יחסים קורקטיים במשך שנים. אני לא אמרתי שכל מפיץ עבר לדום ואמר אני נשבע לא לייבא לא היה אקט כזה, אני נשבע לא לייבא, אבל בדברים האלה הוא נתן לנו להבין, **כל מפיץ נתן לנו להבין שהוא לא ייבא כל זמן שהוא קונה ממודגל, נתן לנו להבין**.

עוד פעם, הוא לא עמד לדום, ולא נשבע על זה, **נתן לנו להבין בשיחות**, אני לא אייבא כל זמן שאני קונה את התוצרת שלכם" (פר' 17.3.03, עמ' 844).

לסיכום, מדברי סבירסקי ופלס עולות **מסקנותיהם** בדבר קיום הסכמה על אי-ייבוא, אך לא עולים מהם חילופי הדברים של המעורבים מהם ניתן ללמוד על הסכמה, ולו מכללא. ויוטעם, האפשרות להסיק קיומו של הסדר **מכללא** אינה מבטלת את הצורך ללמדו מתוך ראיות ספציפיות, שאינן ניתנות להסבר אחר. אכן, משלא ניתן ללמדו מחילופי הדברים, ניתן ללמדו מראיות אחרות. דהיינו, מראיות נסיבתיות. ברם, כבר הוסבר, כי לעמדה השלילית בעניין הייבוא, כפי שהשתקפה לעיני סבירסקי ופלס, יכולים להיות הסברים אחרים, שמצאו ביטוי ממשי בראיות. הסבר כזה הוא כאמור החשש



בתי המשפט

219

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

מבעיית אי-העמידה בתקן. יתר על כן, הובהר, כי אנשי ליונינג חיפשו למעשה מימון לייבוא, ובאופן חלקי מצאו מימון כזה אצל מנדלסון. מכאן, שהתקשרות עם אנשי ליונינג היתה בבחינת הרפתקאה עסקית, שהצלחתה היתה מוטלת בספק. גם עובדת צמצום היקף הייבוא בתקופה הרלבנטית עולה בקנה אחד עם קשיי הייבוא (עמידה בתקן, בעיות מימון), ואינה מחייבת הסקת קיומו של הסדר. מדובר בראיות נסיבתיות, שיש להן גם הסבר חלופי סביר.

189. יתר-על-כן, מהאמור לעיל עולה, כי לא עמדה לפני בית המשפט כל ראיה ישירה המלמדת על פניית מודגל למשווקים בבית איטונג לקבלת הסכמה שלא לייבא. לשון אחר, לכל היותר, ניתן לומר כי המשווקים קראו את רצונה זה של מודגל, כחלק מרצונה להביא לכך שפיטינגים יירכשו ממנה בלבד, אבל לא ניתן לקבוע כי נתנו הסכמתם לכך. לא עמדה לפני כל ראיה ישירה לפיה המשווקים הביעו הסכמתם **להימנע מייבוא תקני**.

אוסוף, כי בבית איטונג למדו כל המשווקים כי כדאי להם לרכוש ממודגל, מאחר שיקבלו בונוס מתאים, ובמצב דברים זה, הצורך בהסכמה ישירה מפורשת או מכללא על אי-הייבוא התייתר. לכן, תגובות המשווקים בתקופת בית איטונג מוסברות גם בתחושות של המשווקים שהבונוס שנותנת מודגל – או מחיר המינימום – שומרים על רווחיותם במידה מספקת, ואין סיבה שישתבכו הם עצמם בייבוא המגיע מעבר לים. ייבוא כזה היה צריך לממן, וגם רכישת מגורים שפתר את בעיית המימון לא הבטיחה בהכרח מקור יציב ואמין. ליונינג, ללא ספק, לא היתה גורם כזה. לכן, התגובה שהסתמנה כלפי הייבוא – ובאותה עת עמד על הפרק הייבוא הסיני – בוודאי שאינה עונה על הדרישות המופנות כלפי ראיות נסיבתיות. אין היא ראיה המצביעה באופן **חד-סטרי** על קיומו של הסדר אשר נולד בפגישות בית איטונג.



בתי המשפט

220

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

12. הקושי לבסס הרשעה על ראיות נסיבתיות

190. בשורה ארוכה של פסקי דין נקבע, כי ביסוס הרשעה על יסוד ראיות נסיבתיות ניתן להיעשות רק כאשר הראיות הללו מצביעות באופן חד משמעי על המסקנה המרשיעה כמסקנה ההגיונית היחידה. בית המשפט העליון, בע"פ **ישראל מימון נ' מ"י**, פ"ד מו(2) 873, 868 קבע:

"הכלל הוא כידוע שבבחינת השאלה אם יש בראיות נסיבתיות שהובאו לפניו כדי לבסס הרשעה, מוטל על בית המשפט לבחון את מכלול הראיות הנסיבתיות ואת הסבר הנאשם במבחני ההיגיון וניסיון החיים ורק אם המסקנה המרשיעה אשר מוסקת מן הבחינה הזאת **גוברת באופן ברור והחלטי על כל תיזה חלופית ואינה נותרת כל מסקנה סבירה אחרת**, ניתן לומר שאשמת הנאשם הוכחה מעל לספק סביר".

לאור האמור, כלל הראיות הנסיבתיות שפורטו אין בהן, אף בהצטרפן יחדיו, כדי לחייב את המסקנה המרשיעה, מאחר שהן ניתנות להסבר אחר. לכן, אין בידי, על יסוד כלל הראיות שלפני, לקבוע כי אמנם הושג בבית איטונג הסכם לפיו המשווקים לא ייבאו פיטינגים. אכן, הוכח שמודגל ביקשה לדרבן את המשתתפים בשיבות בית איטונג לקנות דווקא את תוצרתה. מודגל גם דאגה "להשמיץ" את הייבוא. המשווקים לא גילו התנגדות למאמץ זה, ואולם, לא ניתן לקבוע שנטלו על עצמם כבילה שלא לייבא (ייבוא תקני), בין במפורש ובין מכללא. אין כל עדות ישירה המלמדת שבן הרצל או גורם אחר מטעם מודגל העלה מפורשות בקשה כזו ואין כל עדות ישירה המלמדת כי למצער אחד המשווקים אמר שלא ייבא ייבוא תקני. אכן, מהראיות עלה, כי נושא הייבוא הסיני קיבל ביטוי נרחב בשיבות בית איטונג - לכך יש ראיות רבות, ומכל מקום, אין על כך מחלוקת, אלא שמודגל דאגה לכך שמשותפי הישיבות יבינו שהייבוא אינו עומד בתקן.



בתי המשפט

221

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

על כן, נותר ספק סביר לגבי קיומו של הסדר מניעת ייבוא, כנטען באישום החמישי, ואני רואה לנכון זכות את הנאשמים מעבירת הסדר אי-הייבוא שנולדה בבית איטונג ושפורטה באישום זה.

פרק רביעי: אישום רביעי - הסדר פרטני מודגל-טסה

1. מסמך ההסדר והחתומים עליו

191. האישום הרביעי עוסק בהסדר שצדדיו הם מודגל וטסה בלבד, ושעניינו אי-ייבוא. הסדר זה, על-פי הנטען, קדם בזמן להסדרים בבית איטונג. על-פי כתב האישום, במסגרת ההסדר האמור מודגל התחייבה לספק לטסה תנאי רכישה טובים יותר, בתמורה להתחייבות של טסה לא לייבא ולא לסחור במוצרי ייבוא. על-פי המפורט בכתב האישום, ההסכם הושג בפגישות שהתקיימו ב-13.5.93 וב-31.5.93 באמצעות **בן הרצל, גולדברג, אליהו טסה ושאלתיאל טסה**.

על פי המאשימה, ההסדר מבוטא מפורשות **במסמך ת/49**, שהינו הסכם חתום בין מודגל לבין טסה מיום 1.7.93, בו כלולה התחייבות מפורשת מצד טסה להימנע מייבוא פיטינגים וממסחר בייבוא. המסמך מפרט את תנאי המכירה אותם מתחייבת מודגל לספק לטסה וכולל גם התחייבות של מודגל להימנע ממכירה ללקוחות טסה, תוך הבטחה להנחה נוספת בסוף השנה, במידה ותנאי ההסכם יקוימו.

192. בסעיף 2 ל-ת/49 מתחייבת טסה מפורשות להימנע מייבוא:

"טסה מתחייבים לא לייבא מוצרים המיוצרים ע"י מודגל, כמו כן מתחייבת טסה לא לשווק ולא למכור מוצרים מיובאים כאמור".



בתי המשפט

222

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

מודגל מתחייבת מצדה, בסעיף 3, לא להתחרות בטסה באמצעות מכירה ישירה ללקוחות טסה:

"מודגל מתחייבת לא למכור מוצרים מתוצרתה ללקוחות טסה..."

ובסעיף 4 מובהר כי טסה תקבל הנחה נוספת של 5% ממכירותיה בכל שנה, זאת רק אם יקיימו את ההתחייבות: **"הנחה נוספת של 5% תשולם... במידה וטסה עמדו בכל התחייבויותיהם עפ"י סיכום זה"**. כלומר- הימנעות מייבוא הינה תנאי לקבלת ההטבה.

193. לטענת נאשמים 1-3 המעורבים בהסכם ת/49 לא ייחסו חשיבות להסכם אי-הייבוא. המאשימה מפנה לדברי מנדל גולדברג, ולומדת מהם שמטרת ההסכם הייתה מניעת איום התחרות מייבוא:

"שאלה: האם נכון שרוח הדברים שהם יקבלו תנאים מסחריים טובים יותר, ואתם תקבלו מהם הסכמה לא לייבא או לסחור בייבוא?"

תשובה: כן. הם אמרו שאם לא ישופרו תנאיהם הם יעשו תחרות חריפה. יפנו לייבוא" (הודעה מיום 26.1.99, ש' 415-413).

לאור דברים אלה, טוענת המאשימה כי אין לטענות הנאשמים, לפיה סעיף אי-הייבוא הוסף כלאחר יד, על מה להסתמך. וממילא, עובדת היות המסמך חתום על ידי שני הצדדים מהווה עדות חותכת להסכמתם לתוכנו.

194. על ההסדר האמור חתומים **אילון בן הרצל וצנטנר** מטעם מודגל (מנדל גולדברג אינו חתום), ולכאורה **אלי ושאלתיאל טסה** מטעם טסה. לגבי חתימת שאלתיאל טסה התעורר ספק. **צנטנר** לא היה בטוח בכך בעדותו:

"ש. מה זה המסמך הזה?"

ת. זה אותו הסכם שנכתב לאחר שסוכמו הדברים באותם הישיבות, והוא נוסח על ידינו, הוא חתום על ידי אילון בן הרצל ועל ידי מטעם



בתי המשפט

223

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

מודגל, וחתום על ידי אלי טסה, והחתימה השנייה אני חושב שזה שאלתיאל, אני לא בטוח. אלי טסה אני בטוח" (פר' 28.4.03, עמ' 1212).

משנשאל שאלתיאל טסה, בחקירותיו ברשות, לגבי החתימה המופיעה בתחתית מסמך ת/49 ליד חתימת אליהו טסה, אמר כי המסמך לא מוכר לו ואינו זוכר את החתימה, אך אישר כי החתימה שעל גבי ההסכם דומה לחתימתו (הודעה מיום 11.4.99, עמ' 2; הודעה מיום 2.6.99, ש' 154-157).

על דוכן הנאשמים השתנתה גרסתו של שאלתיאל טסה, והוא טען ש"במאה אחוז" אין מדובר בחתימתו, כי אם במישהו שחתם בשמו (פר' 24.4.06, עמ' 23 - עמ' 24). לשיטת המאשימה, שאלתיאל לא סיפק הסבר המניח את הדעת לשינוי הקיצוני במידת הוודאות שלו ביחס לזהות החותם, ועל כן, אין לייחס חשיבות לדבריו הנחרצים בהכחשת חתימתו, אלא יש להישען על דבריו המוקדמים, לפיהם החתימה דומה לחתימתו. המאשימה מוסיפה, כי גם השוואה פשוטה בין החתימה שעל ת/49 לחתימת שאלתיאל טסה על הודעתו מיום 2.6.99 מבהירה כי אכן חתימתו של שאלתיאל טסה היא זו שמתנוססת על ת/49 בסמוך לחתימת אלי טסה. המאשימה מדגישה שנפסק לא אחת, כי בית המשפט רשאי לסמוך על מראה עיניו לצורך זיהוי כתב יד, ואינו נזקק דווקא לעזרת מומחים (בר"ע 530/82, עטר חברה למסחר בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 337).

על יסוד הכרת שאלתיאל בדמיון של החתימה לחתימתו, ובהתחשב בכך שאלי טסה טען כי אינו מזהה את החתימה המצויה לצד שמו שלו על גבי המסמך, כלומר למצער, לדבריו - לא הוא שחתם את שמו של שאלתיאל על גבי המסמך, סבירה בעיני הקביעה כי החותם הוא שאלתיאל, מה גם שאלי טסה הבהיר כי על חוזים של החברה יכולים לחתום רק "בעלי הבית". לדברי אלי טסה, על מכתבים יכול לחתום גם מנהל בחברה, אולם על מסמכים מחייבים - חותמים בעלי-הבית בלבד, כלומר הוא ואחיו שאלתיאל (פר' 24.4.06, עמ' 17-18). המאשימה טוענת בצדק, כי אין ספק כי הסכם עם



בתי המשפט

224

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

היצרן הוא מסמך מחייב. כמו-כן, **אלי מנו** מטסה ציין, כי חתימה בשם אדם אחר בחברת טסה נעשית רק לאחר קבלת אישור טלפוני ממי שחותמים בשמו (פר' 30.4.03, עמ' 1445, עמ' 1450 עמ' 1451).

לאור האמור, אני קובעת כי מדובר בחתימת שאלתיאל או בחתימתו של מי ששאלתיאל הסמיכו לעשות כן.

2. הראיות לגבי ההסכמה וביצועה

195. מכל מקום, הראיות מלמדות כי הדברים הרשומים ב-ת/49 הוסכמו בין הצדדים מודגל וטסה. מסקנה זו נובעת למעשה כבר מעצם חתימות נציגי החברות עליו. צנטנר אישר בעדותו כי בשנת '93 השתתף, מטעם מודגל, במשא ומתן עם חברת טסה וכי המסמך - **ת/49** - אמנם מהווה את הסיכום שהושג בין מודגל לבין טסה (פר' 28.4.03, עמ' 1211 - עמ' 1212).

גם **אילון בן הרצל** אישר, הן בהודעותיו והן בעדותו בבית המשפט, כי המסמך משקף את הסיכום בין מודגל לבין טסה. לדבריו: **"זה סיכום של תנאי עבודה בין מודגל לבין טסה"** (הודעה מיום 27.1.99, עמ' 27 ש' 6-7), ולגבי סעיפים 2,3,4 בת/49 (תניית אי-היבוא, תניית אי-התחרות מצד מודגל ומתן הנחת המחזור המותנית בקיום ההסכם), אמר: **"קראתי סעיפים אלו, זה מה שסוכם זה מה שכתוב"** (שם, ש' 18-19). בעדותו בבית המשפט חזר בן הרצל ואישר כי האמור בת/49 משקף את ההסכמות אליהם הגיעו מודגל וטסה. לדבריו **"זה הסיכום שהגענו אליו"** (פר' 30.6.04, עמ' 3970), וכן **"אני לא מתכחש למה שכתוב פה בהסכם ומה שחתום ומה שזה, אני לא הכחשתי פה שום דבר. אני אמרתי הדברים האלה סוכמו"** (שם, עמ' 3977).

196. עוד הסביר בן הרצל, כי הצבת דרישת ההימנעות מייבוא בפני טסה נראתה לו לגיטימית. הוא הוסיף, כי העתיק תניה זו מהסכם פשרה בנושא אחר (בין מודגל לחברת



בתי המשפט

225

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

שיוכל), אשר נבדק על-ידי עורכי-דין. לדבריו, עורכי הדין של מודגל לא ראו לנכון להעיר דבר מה לגבי סעיף כזה שנכלל בו. אני סבורה כי טענות אלה של בן הרצל אינן מקימות טענה של הסתמכות על עצה משפטית. אין מדובר בהתייעצות עם עורך דין לצורך העניין הקונקרטי, ואף אין מדובר בהישענות על עורך דין שנבחר בשל התאמתו למתן עצה בתחום, אלא במסקנה שחילץ אדם שאינו עורך דין, על יסוד התנהלות אחרת שעורך דין היה מעורב בה. אין רצינות בהישענות כזו – דהיינו, אין מדובר בבדיקה רצינית למניעת הטעות – ולכן, אין לומר שהטעות היא בלתי נמנעת באופן סביר. ראו הדיון לעיל בנושא ההסתמכות על עצה משפטית, המפנה לדברים שנאמרו בפס"ד **טגר ותנובה**.

197. בפתח ת/49 מובהר כי להסכם שבת/49 קדמו למצער שתי פגישות שנערכו, ביום **13.5.93** במשרדי איטונג בפרדס חנה וביום **31.5.93** במשרדי טסה בתל אביב:

"בעקבות פגישותינו שהתקיימו ב- 13.5.93 במשרדי איטונג בפרדס

חנה וב- 31.5.93 במשרדיכם אשר בדרך לוד מס' 95 תל-אביב, להלן

סיכום הנושאים שהועלו בדיונים אלה להסדרת תנאי העבודה של

חברת טסה עם מודגל ..."

בפגישה שנערכה במשרדי איטונג בפרדס חנה השתתפו אלי ושאלתיאל טסה, אילון בן הרצל, משה צנטנר, שלמה בנימין ומנדל גולדברג, ובפגישה שהתקיימה במשרדי טסה בתל אביב השתתפו אלי ושאלתיאל טסה, בן הרצל, צנטנר ופזל, כך על פי ת/153 (טיוטות ההסכם ת/49) ועל פי עדותו של צנטנר בבית המשפט (פרי' 28.4.03, עמ' 1212). מנדל גולדברג אישר את השתתפותו בפגישה שנערכה במשרדי איטונג בפרדס חנה עם האחים טסה במאי '93 (פרי' 2.1.05, עמ' 4611). אילון בן הרצל אישר את השתתפותו בשתי הפגישות פרי' (30.6.04, עמ' 3972) וציין כי מצד טסה המו"מ התנהל מול אלי ושאלתיאל טסה (הודעה מיום 19.2.97 עמ' 7 ש' 6).

אין מחלוקת שיום לאחר הפגישה מ-13.5.03 נשלחה לטסה טיוטה שכללה את סעיף אי-הייבוא.



בתי המשפט

226

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

198. האחים טסה טענו כי אינם זוכרים את הפגישות ותוצאותיהן.

המאשימה מדגישה, כי הגם ששאלתיאל טען שאינו זוכר את הפגישות, הוא לא שלל את קיומן ואת השתתפותו בהן, ועל כן יש לקבוע, על פי מכלול העדויות, כי נכח בשתי הפגישות שקדמו לחתימת ההסכם. דברים אלו יפים גם ביחס לאלי טסה, שטען שאינו זוכר פגישות ספציפיות שנגעו למסמך **ת/49**, אך לא שלל את קיומן, וציין כי היו הרבה פגישות בין טסה למודגל (פר' 23.3.06 עמ' 19). אלי טסה גם זכר פגישה אחת עם גולדברג, שעסקה בפיטינגים. המאשימה מטעימה, כי בתחילה ציין אלי כי עיקר עניינה של הפגישה היה תחום הבלוקים (פר' 23.3.06, עמ' 31-30) ורק לבסוף, לאחר פיתולים, אישר שמטרת הפגישה עם מנדל גולדברג הייתה דיון על שיפור תנאי הרכש של טסה ברכישת פיטינגים (שם, עמ' 34).

199. בעדותו סיפר בן הרצל, כי נושא הייבוא כלל לא נדון בפגישה הראשונה, וכי דרישת אי הייבוא מטסה הוספה לסיכום הכתוב רק לאחר הפגישה. המאשימה מדגישה, כי גרסתו זו של בן הרצל נשמעה לראשונה על דוכן הנאשמים. בעת שמסר הודעה קודמת, הוצג לו המסמך והוא נשאל על סעיף הייבוא. בן הרצל ציין אז כי לא ציפה שאנשי טסה יעמדו בהתחייבותם אך לא הזכיר טענה לפיה הדבר כלל לא עלה בפגישה עימם (הודעה מיום 27.1.99, עמ' 27 ש' 18-22).

כבר בטיוטה הראשונה להסכם **ת/49**, שנכתבה יום לאחר הפגישה בפרדס חנה, מופיע סעיף 2, סעיף אי הייבוא (**ת/153**, מסמך מיום 14.5.93). מכותרת המסמך: "**סיכום פגישה שהתקיימה ביום 13.5.93**" עולה, לטענת המאשימה, כי הדברים הכתובים במסמך הם הדברים שנדונו בפגישה. גם בכל יתר הטיוטות להסכם מופיע סעיף אי-הייבוא, ובעוד שניתן להבחין כי בסעיפים הנוגעים לתנאים המסחריים שתקבל טסה חלו שינויים לאורך המו"מ, **סעיף זה נותר על כנו מתחילת הדרך**, כהתחייבות היחידה של טסה אל מול התחייבויותיה הרבות של מודגל.



בתי המשפט

227

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

200. המאשימה מוסיפה, שביצעו של ההסדר אינו יסוד מיסודות עבירת ההסדר הכובל, ולפיכך, טענות הנאשמים כאילו לא פעלו על פי ההסכם **ת/49** אין בהן כדי לאיין את קיומו ואת ביצוע העבירה הכרוכה בעצם סיכומו. יחד עם זאת, מציינת המאשימה, כי בניגוד לטענות הנאשמים, מחומר הראיות עולה כי ההסדר הפרטני **ת/49** אכן בוצע, ולדבריה, הראיות לעניין ביצוע ההסדר הפרטני מהוות ראיות נסיבתיות לעצם קיומו של ההסדר האמור.

אליבא דמאשימה, מכלול הראיות אשר הובאו בתיק זה מצביע גם על כך שלאחר שסוכם ונחתם ההסדר הפרטני **ת/49** יחסי העבודה בין מודגל לטסה התקיימו על פי המסוכם במסמך. פלס אמר זאת מפורשות בהתייחס **לת/49**: **"אלה היו תנאי העבודה באותה התקופה"** (פ' 13.1.03, עמ' 154). בנוסף, **מת/173** עולה כי ההנחה של 60.7% ברכישת פטינגים, אשר סוכמה בהסדר הפרטני **ת/49**, נשמרה וקוימה, וכך עולה גם **מת/14**, לגבי העיד פלס כי הוא מייצג את תנאי העבודה של המשווקים השונים (פ' 13.1.03, עמ' 202). ניתן ללמוד **מת/14** כי גם תנאי התשלום שנקבעו בהסכם **ת/49** - שוטף +60 - נשמרו וקוימו, וכי אף הנחת המחזור הנוספת של 5%, אשר סוכמה במסמך **ת/49**, ניתנה לטסה עד לתחילת שנת 1994 (אז גדלה ההנחה). גם **בת/32** (חשבונית מספר 3585) ניתן לראות כי ההנחה הנוספת של 5% שסוכמה במסמך **ת/49** אכן ניתנה לטסה עד לתחילת 1994.

על-פי טענת המאשימה, העובדה שהראיות מצביעות על ביצוע חלקים רבים כל-כך של ההסכם **ת/49**, מעידה על ביצועו באופן כללי, מה גם שסעיף 4 להסכם מתנה את קבלת הנחת המחזור בכך ש"טסה יעמדו בכל התחייבויותיהם עפ"י סיכום זה". כך העובדה כי טסה אכן קיבלה את אותה הנחה נוספת מעידה כי מודגל סברה כי טסה קיימה את התחייבויותיה בהתאם להסכם **ת/49**. על-פי הנטען, לא יעלה על הדעת שמודגל תקיים מצידה את התחייבויותיה ותעניק לטסה שיפור משמעותי בתנאים וכן בונס נוסף על רכישותיה, בעוד שטסה מצידה לא תעמוד בהתחייבותה שלה - הימנעות מעיסוק בייבוא.



בתי המשפט

228

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

201. האחים טסה טענו מנגד, כי ייבאו פיטינגים בתקופת חלותו של ההסדר הפרטני. כדי להוכיח זאת הגישו האחים טסה, בין היתר, את מוצג נ/170 - הכתוב בגרמנית. שאלתיאל טסה הגיש את המסמך כפי שהוא, ללא תרגום אשר יאפשר להבין את תוכנו, וביקש לסמוך בעניין זה על מילתו, לפיה מדובר במסמך המעיד על ייבוא פיטינגים על ידי חברת טסה בתקופה הנטענת.

אולם, המאשימה מדגישה, כי משנשאל שאלתיאל על המסמך בחקירתו הנגדית, התברר כי גם לשאלתיאל טסה עצמו אין מושג מה כתוב במסמך ולמעט מילה אחת לא הבין שאלתיאל את המסמך ולא ידע לומר מה במסמך מלמד על כך שמדובר בייבוא פיטינגים שביצעה חברת טסה. כך, משהתבקש שאלתיאל להראות לב"כ המאשימה היכן מצוין שמה של טסה במסמך, לא עלה בידו לעשות זאת (במסמך מופיע שמן של שתי חברות אחרות) (פר' 1.5.06, עמ' 32-36). בראש המסמך, מצד שמאל כתוב: "עבור: סיאם פיטינגים; מאת: BSR בע"מ". מהמסמך עצמו עולה לכאורה, כי מדובר בטלפקס מחברה גרמנית בשם BSR בע"מ לחברת סיאם פיטינגים, ואין בו כל זכר לקשר כלשהו לחברת טסה. משעומת שאלתיאל טסה עם הדברים, השיב: "יכול להיות שזה איזה סוכן בגרמניה שעשינו דרכו את הזה" (פר' 1.5.06, עמ' 33 - עמ' 34). המאשימה טוענת, כי תשובותיו היו בלתי מהימנות ולא משכנעות, טענה שבנקל ניתן להסכים עימה.

המאשימה מוסיפה, כי המסמך נ/170 הנו מסמך מיום 22.4.93, כך שלמעשה - גם אם היה קשור לטסה בדרך כלשהי, הוא מוקדם להסדר הפרטני ת/49, אשר נחתם והוסכם ביום 1.7.93, ואף מוקדם לפגישות המו"מ שהתנהלו לקראת חתימתו של הסדר זה, במאי 93'. יתר-על-כן, לדברי המאשימה, טענותיהם של האחים טסה בדבר קיומו של ייבוא לכל אורך התקופה תמוהות נוכח העובדה שאלי טסה עצמו סיפר בעדותו כי לאחר שייבאו פיטינגים בשנת 93', הפסיקה טסה לייבא פיטינגים (פר' 2.3.06, עמ' 14). המאשימה הפנתה גם ל-ת/8, שהינו מכתב ששלחו האחים טסה למודגל בשנת 95', ובו מועלית טענה לפיה



בתי המשפט

229

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

מודגל מתחרה בהם במכירה ישירה ללקוחות טסה והם מזהירים שמעשים כאלה יובילו אותם להתחרות על ידי ייבוא:

"אנו מפיצים את הסחורה שלכם ישירות ללקוחותינו... ומנענו מהם לייבא סחורה דומה לשלכם... נודע לנו שאתם עוקפים אותנו ומוכרים ישירות ללקוחותינו... אנו מבקשים שהסטטוס יישאר בינינו... ברור לכם שמעשים כאלו יגררו אותנו לחפש דרכים להחזיר את לקוחותינו ולא דרך סחורה של מודגל, אנו נלחמנו לא לשבור ולא לפוצץ הסכם ולא להציף את השוק בסחורה מחוץ שאנו ערוכים בזמן קצר לייבא..."

ממכתב זה עולה, כי האחים טסה ביקשו להבהיר למודגל כי הם עדיין שומרים על ההתחייבות שקיבלו על עצמם. מכתב זה גם מלמד על תפיסת טסה שמודגל מתחרה בה (ויש בו כדי להעיב על טענתם של הנאשמים, שהקשר עם מודגל היה קשר אנכי). המכתב חתום על ידי **שאלתיאל ואלי טסה**, כאשר שמות שניהם מודפסים וליד כל שם מצויה חתימה בכתב יד. אלי טסה אישר כי מדובר בחתימתו (פר' 3.4.06, עמ' 19).

3. האם מנדל גולדברג היה צד להסדר

202. אשר למנדל גולדברג - המאשימה טוענת, כי לאורך כל עדויותיו בפני בית המשפט נקט גולדברג ברצף של התחמקויות ותמרונים בכל הנוגע לפגישותיו עם האחים טסה, בניסיון ליצור מצג שווא, לפיו לא היה מעורב כלל בהסכם אי-הייבוא.

בתחילת הדרך, בהודעה שמסר לחוקרי רשות ההגבלים העסקיים, טען גולדברג כי נפגש עם האחים טסה פעם אחת בלבד. בהמשך, הוצגו לגולדברג המוצגים ת/49 ות/153 המתארכים לפגישה בה השתתף בשנת 93', והוא נשאל האם זו הפגישה שזכר, וגולדברג השיב בחיוב ואף אישר את עניין ההימנעות מייבוא כדבר שעלה בפגישה (שם, ש' 420-409).



בתי המשפט

230

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

ברם, בעדותו אמר גולדברג, כי כל התשובות שנתן בהודעתו בנוגע לפגישה עם האחים טסה התייחסו למעשה לפגישה משנת 90' (פרי' 6.1.05, עמ' 19-20). המאשימה טוענת, כי מאחר שהודה בהשתתפות בפגישה אחת העדיף גולדברג לטעון כי הייתה זו הפגישה שמחוץ לתקופת כתב האישום, ואולם, לדבריה, טענתו זו יסודה בשקר. המאשימה מוסיפה בהקשר זה, כי כשאשר גולדברג בהודעתו את השתתפותו בפגישה עם האחים טסה, היה זה לאחר שהוצג לו סיכום הפגישה, הנושא את תאריך הפגישה, משנת 93', ובהמשך ההודעה הוצג לו סיכום הפגישה משנת 90', הנושא גם הוא את תאריך הפגישה. החוקר אף התייחס מפורשות להבדלי המועדים בין הפגישות. אותה עת גולדברג דבק בעמדתו כי הפגישה הזכורה לו היא זו שנערכה בשנת 93'. אינדיקציה זו המלמדת, לטענת המאשימה, כי חזקה על גולדברג שהבחין בין הפגישות.

לאור האמור, מבקשת המאשימה שתועדף הודעתו של גולדברג על פני עדותו בפני בית המשפט, לעניין מועד הפגישה בה השתתף עם האחים טסה. טענה זו מקובלת עלי, מטעמי המאשימה. ואולם, אין הדבר מכריע גם בשאלה אם גם מנדל גולדברג נתן ידו להסכם אי-הייבוא, כטענת המאשימה.

המאשימה טוענת, כי גם דבריו של צנטנר תומכים במעורבותו של גולדברג בהסכם אי-הייבוא עם האחים טסה:

"... אני אמרתי באופן אינסטינקטיבי מנדל ידע, ויש על זה על מה להתבסס. אני לא יכול להצביע באצבע באיזה תאריך ומי סיפר לו את הדבר הזה, אבל ישנם דברים בחיים המשותפים של הפורום שאתה יודע אותם, אז בדיוק כאשר בא עורך דין ושואל אותך מתי בדיוק סיפרת לו, מתי סיפרו לי, אני לא יודע. אבל אני יודע שהוא ידע את זה, מפני שזה לא דבר קטן שאילון בן הרצל ישב איתי וחתמנו על חוזה. זה דבר גדול שהוא השתתף בישיבות, הוא קיבל דיווח על מה הוסכם בישיבות האלה, ואם נחטט בתיקים שלו,



בתי המשפט

231

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

נמצא גם את החוזה הזה. אז להצביע בדיוק מתי ומי אמר למנדל,

זה מה שהוא דרש ממני ...

אז מתי אמרו לו, מי אמר לו, וזה, לא, אני לא מסוגל לענות על

שאלה כזו. אבל עניתי, מנדל ידע, אינסטינקטיבית, מפני שאני יודע

ואני בטוח שהוא ידע. כי זה לא דבר קטן שמסתירים אותו

ומחליטים" (פרי' 28.4.03, עמ' 1366).

עדות זו אינה מבססת את אחריות מנדל גולדברג מעבר לספק, מאחר שהיא מבוססת על **הערכה בלבד** ולא על ידיעה ממש.

203. אני סבורה, כי בכל הנוגע לחתומים על נ/49 לא מתעורר ספק לגבי ההסכמה על ההסדר המבוטא ב-ת/49, ואולם, המצב שונה לגבי מנדל גולדברג, **שאינו חתום**. אכן, הוא נכח בפגישה הראשונה עם האחים טסה ביום 13.5.93, אך אין ראיה כי נטל חלק פעיל בפגישה זו. על-פי הראיות, הבקשה לנוכחותו באה מטסה, ולשיטת בן הרצל, הוא כלל לא היה נחוץ. בנוסף, על פי הראיות, הוא היה פסיבי בפגישה. מכל מקום, בפגישה המסכמת מ-31.5.93 הוא לא נטל כלל חלק. הדעת נותנת, כי אם מבחינת מודגל היה הוא גורם משמעותי בהתקשרות, היה החוזה מובא גם לחתימתו. בקביעה זו תומכת גם עדותו של בן הרצל, לפיה נושא הייבוא כלל לא נדון בפגישה הראשונה (ראו, לעיל, סעיף 125), והרי אין מחלוקת שגולדברג לא נטל חלק בפגישה השניה. עדות צנטנר, לפיה "הוא יודע" שגולדברג **ידע** על ההסכם לא היתה ראיה המסירה כל ספק. ניתן להעריך, כי אכן גולדברג התעניין וקיבל מידע לגבי תוצאות הפגישות שבהן נטל חלקית חלק, אבל אין די בכך לצורך קביעת ממצא מעבר לספק בהליך פלילי.

אשר לאישום החלופי - גם לגבי מנדל גולדברג נכון הניתוח שהוצג לעיל לגבי חודרלנד. בכתב האישום הוא מתואר **"יו"ר דירקטוריון מודגל בתקופה הרלוונטית"**, ואין כל התייחסות לפעילותו כמנהל. על פי העובדות שהתבהרו, הוא היה **"יו"ר הדירקטוריון של מודגל**, ולא הוכח כי היה בפועל מנהל, וככזה - גם לא היה **"מנהל פעיל"** לפי סעיף 48



בתי המשפט

232

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

לחוק, מעורבותו באירועים שכתב האישום מתייחס אליהם, לא חרגה מתפקידו כדירקטור, והמאשימה לא טענה אחרת. ויוטעם, כפי שצוין לעיל, לא הוכח מעבר לספק כי גולדברג ידע מה כלל ההסכם ת/49 עובר לחתימתו, שהרי על-פי הראיות, נטל חלק רק בתחילת המו"מ בין הצדדים. לכן, לא ניתן להרשיעו גם על-פי האישום החלופי.

4. יסודות העבירה

204. מהאמור לעיל עולה, כי ת/49, הנושא את הכותרת "**סיכום תנאי עבודה**" הינו הסכם חתום המכיל כבילות מפורשות. כזו היא תניית אי-הייבוא, המצויה בסעיף 2 להסכם. כן מוחלת, במסגרת ההסכם, הגבלה על מודגל - לפיה היא מתחייבת שלא למכור פטינגים ללקוחותיה של טסה. גם זו כבילה. כלומר, במסגרת ההסדר – אשר כאמור יש ללמדו מ-ת/49 - הגבילו עצמם שני הצדדים - מודגל וטסה - אחת כלפי רעותה, באופן המבטל את התחרות ביניהן - מודגל התחייבה שלא למכור ללקוחותיה של טסה ובכך לא להתחרות בה בתחום השיווק וטסה, מצידה, התחייבה שלא לעסוק בייבוא ובכך להימנע מלהתחרות במודגל בתחום הייבוא.

התחייבות טסה "**לא לייבא מוצרים המיוצרים על ידי מודגל**"... "**לא לשווק ולא למכור מוצרים מיובאים כאמור**" (ת/49, סעיף 2), הינה התחייבות המגבילה במובהק את סוג המוצרים שיכולה הייתה טסה להציע ללקוחותיה. מגבלה זו נכנסת לגדר סעיף 2(ב) לחוק. גם התחייבות מודגל "**לא למכור מוצרים מתוצרתה ללקוחות טסה**" (ת/49, סעיף 3) הינה התחייבות המגבילה את "כמות השירותים המוצעים בעסק, איכותם וסוגם" (סעיף 2(ב)(4) לחוק) ואף נוגעת ל"חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו" (סעיף 2(ב)(3) לחוק).

המאשימה מוסיפה בהקשר זה, כי לחלופין, ההסדר נופל לגדרו של סעיף 2(א) לחוק, בשל פגיעתו הברורה בתחרות. בהקשר זה אוסיף, כי העובדה שאינה במחלוקת,



בתי המשפט

233

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

לפיה טסה נהגה לייבא פיטינגים והתחרתה במודגל, אינה מניחה מקום לטיעון לפיו מדובר בהתחייבות שבקשר אנכי.

205. אשר ליסוד הנפשי, מפנה המאשימה לחתימות שלושה מן הנאשמים - אלי טסה בן הרצל ושאלתיאל טסה, המתנוססות על גבי ההסכם ת/49, כמעידות על מודעותם למעשיהם. ובנוסף, סיכומי הפגישות, התכתובות שהוחלפו בין הנאשמים ועדויות הנאשמים עצמם לגבי המעורבים מלמדות כי לכל המעורבים היה ברור מהי מטרת ההסכם. לכל אחד מהנאשמים – **בן הרצל, אליהו ושאלתיאל טסה** - היה תפקיד פעיל בהיווצרות ההסדר.

ההסדר לא קיבל אישור או היתר מבית הדין או מאת הממונה. הצדדים לא פנו אל בית הדין להגבלים עסקיים לקבלת אישור (לפי סעיף 9 לחוק), היתר זמני (לפי סעיף 13 לחוק) או פטור לגביו (לפי סעיף 14 לחוק). על כך העידה **תעודת עובד הציבור**, החתומה על ידי רשמת ההגבלים העסקיים הגב' ציפי נחמו ז"ל - ת/42.

על יסוד הראיות שפורטו, אני סבורה כי הוכחו עובדות האישום הרביעי ויש להרשיע בגינו את הנאשמים מודגל, טסה, בן הרצל, אליהו טסה, שאלתיאל טסה, בעבירות שיוחסו להם באותו אישום. ואולם, אני מזכה את מנדל גולדברג מאישום זה.

פרק חמישי: אישום חמישי - הסדרי אי ייבוא וקביעת מחיר בין מודגל לש.א.ח.פ.

1. **הכבילות הכלולות בהסכם ת/91**

206. האישום החמישי שבכתב האישום עוסק בהסדר פרטני בין מודגל וש.א.ח.פ. אישום זה מיוחס **למודגל, ש.א.ח.פ., בן הרצל, אוריאל ברי ומרדכי ברי**, ולטענת המאשימה, הוא בא לידי ביטוי במסמך ת/91. גם אישום זה מתייחס לראשית 1994, וקדם בזמן לאישומים המתייחסים להסדרי בית איטונג.



בתי המשפט

234

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

על-פי תוכנו, ת/91 הוא הסכם מודפס הכולל הסכמה על אי-ייבוא ועל מחיר מינימום. בתחתית ההסכם מקומות חתימה למודגל ול-ש.א.ח.פ. על-פי סעיף ב' למסמך זה, מתחייבת ש.א.ח.פ.: **"לא לייבא מוצרים המיוצרים ע"י מודגל. כמו כן מתחייבת ש.א.ח.פ. לא לשווק ולא למכור מוצרים מיובאים כאמור"** וכן, **"לא להציע ולא למכור את הפיטינגים של מודגל בהנחה הגדולה מ 59% כולל מכרזים פומביים"**. בתחתית המסמך מופיעים גם רישומים בכתב יד של מרדכי (ראו להלן). במסמך יש גם התייחסות לקביעת מסגרת של רכישות.

המאשימה מטעימה, כי בשונה מההסדר הפרטני שנערך עם טסה, ההסדר שערכו מודגל ו-ש.א.ח.פ. כלל גם קביעת **מחיר מינימום**, ובמסגרתו התחייבה ש.א.ח.פ. להימנע ממכירת פיטינגים של מודגל בהנחה גבוהה מהנחה מכסימלית מסוימת, בנוסף להתחייבות להימנע מייבוא וממסחר בייבוא. המאשימה מוסיפה, כי למעשה, בהסדר הפרטני בין מודגל ל-ש.א.ח.פ. ניתן למצוא רמזים למאפייני הסדרי בית איטונג, כגון: התחייבות למחיר מינימום (הנחת מכסימום) ללקוח, התחייבות לאי-ייבוא ומסגרת רכישה.

2. המחלוקת בשאלה אם ת/91 מייצג הסכם בין הצדדים

207. המאשימה טוענת, כי המסמך ת/91 מבטא הסדר כובל בין הצדדים המצוינים בו. על-פי הנאשמים, מדובר בטיוטת הסכם שלא נחתם מהטעם שלא באה לגביו הסכמה של המשווקים, וכך לא בא לעולם. כאמור, המסמך ת/91 אינו חתום. על-פי הראיות, המסמך הוכן במודגל כדי שייחתם עם ש.א.ח.פ. למול איום הייבוא ובשל הרצון לשפר רווחיות המשווקים. ואולם, גם על-פי גרסת מודגל, בסופו של דבר לא הושג הסכם, כעולה מדברי בן הרצל בהודעותיו ובעדותו בבית המשפט (פר' 24.5.04, עמ' 3485, עמ' 3486; הודעה מיום 27.1.99, עמ' 13). **בן הרצל** הוסיף, כי הרעיון להסדר שבוטא ב-ת/91 היה רעיון שלו, ואישר כי אין כל אפשרות שמסמך כמו **ת/91** יוצג למשווקים בלא ידיעתו (פר' 30.6.04, עמ' 3987



בתי המשפט

235

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

- 3988). ברם, בן הרצל סיפר, כי לא עלה בידו להביא את הגורמים ב-ש.א.ח.פ להסכים למסמך. בבית המשפט העיד **בן הרצל** כי כשהוצג **ת/91** למשווקים, הם לא הסכימו לאמור בו בסעיף ב' (פר' 24.5.04, עמ' 3486). גם לגרסת אוריאל ומרדכי ברי בבית המשפט, מסמך זה אינו מייצג כלל הסכם שהושג בין הצדדים, אלא טיוטה להסכם שהוכנה על-ידי מודגל.

לדברי המאשימה, טענת בן הרצל, לפיה נציגי ש.א.ח.פ לא הסכימו לחתום על ההסכם עברה שינויים רבים עד שהגיעה למתכונתה זו. בהודעתו הראשונה, כשנשאל **בן הרצל** על **ת/91**, טען שהמסמך לא נחתם ונגזו כיוון שבמודגל הבינו שהמגבלות המוטלות בו על המשווקים הינן בעייתיות. בן הרצל לא ציין עמדה כזו או אחרת של המשווקים בנוגע למסמך ולא טען כי עמדתם היא שהשפיעה על החלטות שהתקבלו במודגל בנוגע למסמך זה. על-פי גרסתו אז, ההחלטה בדבר גניזת המסמך הייתה החלטה עצמאית של מודגל (הודעה מיום 19.2.97, עמ' 20 ש' 17 - עמ' 21 ש' 4). לעומת זאת, בעדותו טען כי התנגדות המשווקים היא הסיבה בגינה ההסדר - **ת/91** - לא יצא לפועל:

"ש. אני רוצה להבין את הסדר, מתי הגעת למסקנה שיש בעיה

חוקית עם ההסדרים האלה?

ת. אחרי שהם התנגדו לחתום על זה.

ש. זאת אומרת קודם הצגת את זה גם לשחף וגם לפרופילון.

ת. נכון.

ש. ואחרי שהם התנגדו לחתום על זה, הגעת למסקנה שבעצם

ההסכמים לא חוקיים?

ת. נכון.

ש. אז מה הסיבה שההסכמים לא נחתמו? זאת אומרת אם הם היו

חותמים, אז הכול היה בסדר מבחינתך.

ת. יכול להיות, אני לא יודע. אם הם היו חותמים, יכול להיות שהיו

בסדר, ויכול להיות שהם היו חותמים והיינו הולכים להתייעץ עוד,

אני לא יודע מה היה קורה אם הם היו חותמים, אבל בהחלט יכול

להיות " (פר' 30.6.04, עמ' 3988).



בתי המשפט

236

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פלס העיד כי ש.א.ח.פ. הסכימה להגבלות האמורות, דהיינו, להימנע מייבוא ולשמור על הנחה מכסימאלית ללקוחותיה:

"ש. מיד אנחנו נרענן את זכרונו, אתה זוכר מה היו, אני פשוט לא

שמתי לב, מה אמרת שסוכם במסמכים האלה?

ת. אמרתי שבמסמכים האלה נרשמה כמות מסגרת קניות, מסגרת

חודשית למיטב זכרוני בקרטונים, **אני זוכר שמצד שחף היתה**

הסכמה לא למכור בהנחה מעבר להנחה מסוימת, ומצד שחף היה

גם הבנה או אני לא יודע איך לקרוא לזה, שלא ייבאו מוצרים

שמתחרים למוצרים של מודגל" (פר' 13.1.03, עמ' 159).

ואולם, פלס לא הוסיף פרטים ולא נתבקש להסביר מדוע המסמך לא נחתם ומה משמעות עובדה זו. נראה, כי העד פלס, בתוקף מעמדו הבכיר במודגל, היה העד המתאים להסביר תמיהה זו. הוא גם זה אשר על-פי עדויות כל המעורבים ממודגל ומ-ש.א.ח.פ., הציג את המסמך לחתימת אוריאל ברי, ולמאשימה אין גרסה אחרת.

208. בהודעתו (בחקירתו ברשות להגבלים) תיאר אוריאל ברי את המסמך כהסכם בין מודגל לש.א.ח.פ., המהווה סיכום תנאי עבודה בין החברות. לדבריו שם, הוא עצמו סיכם את הדברים בפגישה בינו לבין מאיר פלס במשרדי חברת ש.א.ח.פ. בקריית אתא. אורי ביקש להדגיש כי הדברים שנכתבו בכתב היד בתחתית המסמך לא נכתבו בזמן עריכת המסמך כי אם מאוחר יותר, והוסיף כי יתכן שהסיכום עם בן הרצל לגבי הבונוס, המוצא את ביטוי בדברים שנכתבו, היה טלפוני (הודעה מיום 30.12.96, עמ' 2 ש' 15-19; עמ' 4 ש' 1-10). דברים אלו עולים כמובן בקנה אחד עם גרסת המאשימה.

כך, על פי הגרסה שמסר אוריאל ברי בחקירתו ברשות, הוא היה מי שסיכם את המסמך המודפס עם מאיר פלס, בעוד **שמרדכי** הוסיף ורשם על גבי המסמך בשלב מאוחר



בתי המשפט

237

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

יותר, בכתב ידו, סיכום בנוגע לבונוס הנוסף, אותו סיכם עם בן הרצל. נוסח הסיכום בנוגע לבונוס הנוסף, הרשום בתחתית המסמך, **בכתב ידו של מרדכי**, הוא כדלהלן:

"סוכם עם אילון + מאיר

1.5% לחודש 2/94

החל מ- 1.3.94 3% לחודש"

כלומר, בהתאם לגרסה זו, אוריאל ברי, הוא **"האיש שסיכם את המסמך"** כלשונו, מול מאיר פלס, בעוד שמרדכי ברי, לאחר שקיבל את המסמך לידיו מאחיו, טרח וסיכם עם אילון ופלס שהבונוס הנוסף, אשר הובטח ל-ש.א.ח.פ. בסעיף ג. להסדר, **"במידה שעמדה בכל התחייבויותיה עפ"י הסכם זה"** יחל להשתלם כבר בחודש פברואר 94, אם כי יינתן בהדרגה (בחודש הראשון - 1.5% ולאחר מכן, כפי שכתוב במסמך - 3%).

209. ברם, בבית המשפט טען אורי ברי כי הוא כלל לא היה מעורב בסיכום וכי כל נגיעתו לעניין התמצתה בתיוק המסמך בתיק ההסכמים. זאת לאחר שבהודעתו הנזכרת הוא אמר, מיוזמתו: **"אני הוא האיש שסיכם מה שכתוב במסמך"**. בסופו של דבר, טען כי היום (בעת מתן העדות) הוא **"יודע"** שלא הוא סיכם את המסמך, אף כי חשב אחרת בעת חקירתו:

"ש. את זה אתה יודע היום, מה שלא ידעת בעצם אתה טוען עשר

שנים קודם בחקירה שלך,

ת. את זה אני יודע היום, מה שבאותו יום חשבתי שלא כך,

ש. חשבת שאתה סיכמת,

ת. כן,

ש. מר ברי, אם לפני עשר שנים חשבת שאתה סיכמת את המסמך,

לא נראה לך יותר הגיוני שהזיכרון שלך אז היה קצת יותר טרי

מאשר היום?" (פרי' 23.11.06, עמ' 16 - 17).



בתי המשפט

238

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

לשון אחר, אוריאל ברי העיד, כי בחקירתו שגה באשרו כי הוא אשר סיכם את הדברים הכתובים במסמך. הוא הוסיף, כי ההודעה נגבתה ממנו כשהוא מבוהל ונרגש, בשעה שנחקר לראשונה בחייו כחשוד, והוא הושפע מזה שהמסמך נמצא בתיק המסמכים שלו.

מרדכי ברי שתק בחקירתו, ואת גרסתו השמיע לראשונה מעל דוכן העדים בבית המשפט. מרדכי טען, כי ההסכם הוצג לו בפגישה עם פלס ובן הרצל, **ולדעתו** דחה אותו על הסף תוך דקות ספורות (פר' 11.12.06, עמ' 7). מרדכי הוסיף, כי הוא לא זוכר בדיוק את הפגישה ודבריו הם בגדר "השערה בלבד".

לשיטת המאשימה, הגרסה שהשמיע מרדכי ברי לראשונה בבית המשפט הינה בלתי אמינה, גרסה כבושה, אשר הוכנה לקראת העדות ותואמה עם גרסתו הכבושה של אוריאל, כטקטיקת הגנה ותו לא.

210. המאשימה סבורה, כי לא ניתן לקבל את גרסתו המאוחרת של **אורי ברי**, כאילו לעובדות קבלת המסמך מאחיו מרדכי, תיקו לשם מעקב ושמירתו במשרדו ב"קלסר הסכמים עם ספקים" אין משמעות לעניין מעורבותו בהסדר. לדברי המאשימה, גם על-פי הגרסה שהעלה אורי ברי בבית המשפט, ברור חלקו בהסדר הפרטני: הלא גם על פי גרסה זו, הוא קיבל לידי את ההסכם ממרדכי, קרא אותו ותיק אותו במשרדו בתיק המכיל את הסכמי הספקים.

המאשימה מוסיפה, כי כשהציג אורי ברי את **ת/91** לחוקרי הרשות, הוא תיאר אותו כ**סיכום תנאי עבודה** בין ש.א.ח.פ לבין מודגל. הוא לא ציין כי המסמך אינו חתום או כי אין לו תוקף מחייב, ולא סייג את דבריו בנוגע לחלקים כאלה או אחרים בו. למעשה, כשנשאל אורי ברי על ידי החוקרים האם יש לו הסכמים בכתב עם מודגל, הצביע על מסמך ההסדר הפרטני, בלא שהביע הסתייגות ו/או היסוס כלשהם (הודעה מיום 30.12.96, עמ' 2 ש' 10-14):



בתי המשפט

239

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

י"ש: האם יש לך הסכמים בכתב עם חב' מודגל.

ת: לא. למעט המסמך הזה (מצביע על מסמך מסומן בנומרטור ג מ

30.12.96 00001) המהווה סיכום תנאי עבודה וכפי שרשום בו אנו

מקבלים % 1/2. 61 הנחה מהמחירון שלהם".

211. ת/91 אמנם לא חתום כאמור, אבל המאשימה בדעה, כי העובדה שאוריאל הוציאו והציגו לחוקרים מתוך תיק הסכמי רכש עם ספקים כהסכם שנכנס לתוקף, מאינת חשיבות עובדה זו. המאשימה מטעימה, כי אין עסקין בדיני החוזים, ולשם שכלולו של הסדר כובל אין כל דרישת חתימה או אפילו דרישת כתב. עוד מוסיפה המאשימה, כי בעדותו טען אורי ברי, כי הוא שמר את המסמך בשל סעיף א.2 שבו, המציין את ההנחה שתקבל ש.א.ח.פ על רכישת פיטינגים ממודגל, ובשל הבונוס המופיע בכתב ידו של מרדכי בתחתית המסמך (פרי' 6.11.06 עמ' 7). ברם, על גבי ת/91 אין כל סימון המדגיש דווקא את סעיף א.2 ואת הכתוב בכתב ידו של מרדכי, כעדיפים על פני הסעיפים האחרים ואף אין כל מחיקה של הסעיפים שלטענת אוריאל ברי "לא עניינו אותנו". כמו-כן, מדגישה המאשימה, ברור שהמסמך היה בעל חשיבות לאחים ברי, שהרי הוא נשמר כמסמך תקף בתיק ההסכמים. המאשימה מוסיפה, כי גם אם אותם סעיפים, הכוללים תניית אי-ייבוא (סעיף ב.1. לת/91) וקביעת מחיר מינימום ללקוח (סעיף ב.2. לת/91) "לא עניינו" את האחים ברי, כלשונם (פרי' 23.11.06, עמ' 28-29), הרי שאין בכך כדי לאיין את הסכמתם לגביהם וגם את אחריותם הפלילית להסדר זה. אכן, גם אם הסכימו האחים ברי על ההסדר לשם השגת אותן המטרות אשר באו לידי ביטוי בסעיפים שכן עניינו אותם, ואך לשם כך הסכימו לקיומן של הכבילות אשר "לא עניינו אותם", אין בכך כדי לשחררם מהאחריות למוסכם.

212. המאשימה מוסיפה, כי דברי האחים ברי לוקים בחוסר היגיון, שהרי מחד האחים מודים, כי ת/91 כולל הסכמות בנוגע לבונוס ובנוגע לאחוז ההנחה ברכישת פיטינגים ממודגל, ויחד עם זה, לטענתם, כל יתר התנאים וההתחייבויות הרשומים בת/91 לא הוסכמו (פרי' 6.11.06 עמ' 7, פרי' 21.12.06, עמ' 30, עמ' 31).



בתי המשפט

240

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

כמו-כן, לשיטת המאשימה, יש לדחות את גרסת האחים ברי בשל חוסר אמינותה. כך, עדותו של אוריאל ברי אינה מהימנה, שהרי העיד בבית המשפט עדות כבושה, השונה בתכלית השינוי מהדברים שמסר בהודעתו לחוקרי רשות ההגבלים העסקיים. בנוסף, **מרדכי ברי** שתק לכל אורך חקירותיו ברשות, שתיקה שיש לה משמעות ראייתית. נאשם אשר בהיותו חשוד עשה שימוש בזכות השתיקה ובחר למסור גרסה אך במהלך הדיון במשפטו - עשויה שתיקתו בשלב החקירה לפעול לחובתו ולחזק את ראיות התביעה נגדו. על-פי טענות המאשימה, גם גרסת בן הרצל בהקשר למסמך האמור אינה משכנעת. זאת, מאחר שלפי בן הרצל, הסעיף היחיד שלא הוסכם **בת/91** הינו הסעיף הכולל את תניית אי-הייבוא וקביעת מחיר המינימום ללקוח (פר' 30.6.04, עמ' 3996), דהיינו, אותו סעיף שאליו מתייחס האישום.

תמוה, מדגישה המאשימה, מדוע יופיעו באותו מסמך דברים שהוסכמו וגם דברים שלא הוסכמו ללא אבחנה ביניהם. יתר-על-כן, טענות אלה, בדבר חלקיות הסכמה על **ת/91** אינן עולות בקנה אחד עם הדברים שמסר **אוריאל ברי** בהודעתו, בגידרה לא סייג את הכתוב במסמך; עם הערתו של מרדכי ברי, שנרשמה על גבו; עם תיוק המסמך ב"תיק ההסכמים" של חברת ש.א.ח.פ. מסקנות המאשימה הן, שההסכמות בין מודגל ל-ש.א.ח.פ. הן העולות מ-**ת/91** כולו, בלא הסתייגות מסעיפים כאלה או אחרים. היא מטעימה, כאמור, שאין זה סביר כי דווקא הסעיפים המפלילים לא הוסכמו ואחרים כן. המאשימה מבקשת להעדיף את הודעת אורי ברי בחקירתו, הנתמכת בעדותו האמינה של פלס, על פני עדותו בבית המשפט לגבי עצם ההגעה להסכמות "המפלילות".

3. הכרעה במחלוקת לעניין תוקפו של **ת/91**

213. השאלה העומדת לפני היא, אם הטענות שהעלתה המאשימה מסירים כל ספק לעניין היות של ההסדר **ת/91** הסדר שנקשר בין הצדדים. בסופו של דבר, נותרה שאלה מרכזית ללא כל הסבר - מדוע המסמך אינו חתום על-ידי מי מהצדדים הנטענים לו, **אף כי הוכנו בו מראש מקומות לחתימה**. עניין זה לא הוסבר גם על-ידי פלס, העד שהציג אותו



בתי המשפט

241

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

לחתימה, על-פי הגרסאות של ברי ושל אילון. פלס לא נשאל על-ידי המאשימה כל שאלה בנושא זה. אמנם, בעדותו אמר העד פלס כי הוא לא הכין את המסמך (פר' 15.1.03, עמ' 157-159), אבל גם אמר "אני יודע שההסכם הזה הוגש ל-ש.א.ח.פ" (שם). נראה, אפוא, שהוא גם יכול היה להתייחס לשאלת אי-חתימתו, כמי שבקיא בהסכמי מודגל. מכל מקום, עובדה היא שלא היתה לפני עדות כלשהי אשר התייחסה לנסיבות כריתת ההסכם, והמאשימה מעלה שורת שיקולים נסיבתיים גרידא, כדי לתמוך בכריתתו. איני סבורה כי די בכך כדי למנוע ספק. ויוטעם, העדר החתימות מתיישב עם גרסות הנאשמים בן הרצל והאחים ברי. גרסות אלו מחזקות גם על-ידי העובדה שההסכם עם טסה, ת/49, נחתם, משמע- נהוג לחתום על הסכמים מעין אלה, מה גם שהוכנו עליו מקומות חתימה. משמע – עד התביעה, שהיה עד ישיר לפעולת הצגת המסמך לחתימה או כל עד אחר, לא ביסס בעדותו את טענת ההסכמה, חרף העדר חתימה, וההסכמה הוכחשה בעדויות הנאשמים הנוגעים בדבר. אין דבר בלתי סביר באפשרות שהוא הוצג לברי לחתימה, וברי, בסופה של מחשבה, לא הסכים לו.

214. אוסיף, כי להבנתי, העובדה שההסכם הוכנס לקלסר הסכמים אינה מלמדת שאמנם סעיפיו כולם הוסכמו. אין ספק, כי למצער מדובר בהצעה לחתימה, ועל כן מקומה הטבעי באותו קלסר (כחלק מהיסטוריית ההתקשרות בין הצדדים), ואין סיבה שהיא תושמד ותסולק גם אם לא הושגה הסכמה כוללת לגביה, שהרי על כך מעידה עובדת אי-החתימה. מכל מקום, אין די בעובדת מקום הימצא ההסכם כדי ללמד על ההסכמה. לשיטתי, גם אין סיבה לקבוע כי אם אין מחלוקת שסעיפים מסוימים המצויים בו הם סעיפים מוסכמים, גם סעיפים אחרים הם כאלה. אם היה הדבר כך, יש להניח שהמסמך היה חתום. טענת המאשימה, לפיה הסדר כובל אינו חייב להיות בכתב ואף לא לשאת אופי פורמאלי היא אמנם נכונה, ואולם, עדיין יש להשתכנע כי הוא אמנם הוסכם.

גם טענת המאשימה, לפיה הועלו גרסאות רבות להסברת אי-החתימה, אינה רבת משקל. אין מדובר בגרסאות מנוגדות, שהרי אפשר שלאחר שהמסמך הוצג למשווק ולאחר



בתי המשפט

242

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

שמודגל בחנה שנית את המסמך, הגיעה גם היא למסקנה כי המסמך בעייתי והוא נגזר גם במודגל. בן הרצל העיד לגבי המסמך ת/91 והמסמך ת/102 שיוזכר להלן:

"הצגתי אותם בפני המשווקים ולאחר ששמעתי את דעתם ולאחר שיקול דעת נוסף החלטתי לא לחתום עליהם ולא להפעיל אותם" (הודעתו מיום 27.1.99 עמ' 9).

יתר-על-כן, על-פי גרסת מודגל – **המנוגדת לאינטרס שלה להראות שבתום לב סברה כי אין כל פסול בהסדר מחיר המינימום** – ש.א.ח.פ הביעה הסתייגות מסעיף הגבלת ההנחה והגבלת הייבוא כסעיף בלתי חוקי (בן הרצל, פ' 24.5.04, עמ' 3485-3486, 3488).

215. השיקול היחיד התומך בעמדת המאשימה שהוא בעל משקל בעיני, הוא השיקול המתבסס על דברי אוריאל ברי בהודעתו, אבל גם שיקול זה ראיתי לנכון לדחות, זאת מאחר שהתרשמתי כי ההסבר שנתן לטעותו היה סביר ואמיתי. לא ראיתי לנכון להעדיף את האמור בהודעתו על דבריו בעדותו לפני. שיקול מרכזי בהקשר זה מצאתי בעדות בן הרצל. אדגיש, כי אף שלא קיבלתי את עמדת בן הרצל לעניין הסדר מחיר המינימום, גישתי נבעה משיקולים משפטיים ולא מהתרשמות שאמר דברי שקר. נהפוך הוא: להערכת, הוא היה עד מהימן ביותר לפני. אני רואה לנכון להישען על עדותו של בן הרצל כעדות מהימנה ולקבל את גרסתו, לפיה ת/91 אינו הסכם שנכרת בין הצדדים. מדובר בהצעה לחתימה שהוכנה על-ידי מודגל ונתקלה בהסתייגות נציגי ש.א.ח.פ, ובסופו של דבר, לא הוסכמה.

בנסיבות אלו אני סבורה, כי הניסיון שהתחיל במודגל להביא להסכם לא צלח והמסמך לא נחתם ולא סוכם גם בעל-פה.

המסקנה היא, כי עובדות האישום החמישי לא הוכחו, ויש לזכות את הנאשמים שלהם יוחס אישום זה.



בתי המשפט

243

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרק שישי: האישום השישי - הסדר פרטני מודגל – פרופילון

1. המסמך ת/102 כמבטא את ההסדר

216. האישום מתייחס להסדר כובל בין מודגל לפרופילון, ובגדרו מיוחסות עבירות למודגל, פרופילון, בן הרצל וברנט. על-פי הנטען, מדובר בהסדר מתחילת 1994.

הסדר זה כלל, על-פי הנטען, גם קביעת מחיר מינימום. על-פי כתב האישום, במסגרת ההסדר התחייבה פרופילון להימנע ממכירת פטינגים של מודגל בהנחה גבוהה מהנחה מכסימאלית מסוימת, וכן התחייבה להימנע מייבוא וממסחר בייבוא.

217. ההסדר הנטען עם פרופילון מצא ביטוי, לטענת המאשימה, ב-ת/102, שאין מחלוקת כי הינו מסמך שהוכן במודגל, בתגובה לאיום הייבוא ובשל הרצון לשפר את רווחיות המשווקים. מסמך זה מכיל מגבלה בהקשר למחיר מינימום וגם להימנעות מייבוא. כך סיפר בן הרצל בהודעותיו ובבית המשפט:

"עו"ד לוי: אני רוצה להציג לך את ת/91 ות/102. תספר לנו במה מדובר כאן.

ת. המסמכים האלה הם מסמכים מתחילת '94. כפי שציינתי בעדותי בשבוע שעבר, בתקופה הזאת זו היתה תקופה שחששנו בעיקר משני דברים בעייתיים שהיו לנו, זה הנושא של פתיחת השוק לייבוא עקב תוכנית החשיפה והנושא של חדירת הפלסטיק. **חיפשנו דרכים לשפר את הרווחיות של המפיצים במטרה שהם יעדיפו את המוצרים שלנו על פני הפלסטיק ועל פני המוצרים המיובאים.** חיפשנו דרכים, ניסינו כמה אפשרויות, ביניהן עלתה האפשרות הזאת להחתים חלק מהמפיצים על מסמך כזה שהוא כולל התחייבות שלהם לא לייבא. כאמור בתקופה הזאת לא חשבנו שדרישה כזאת יש איתה איזה בעיה וגם להכניס פה סעיף להגביל



בתי המשפט

244

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

אותם מבחינת ההנחה ללקוחות שלהם. " (פר' 24.5.04, עמ' 3485 -
עמ' 3486).

עוד סיפר בן הרצל כי כתיבת **ת/102** נעשתה ביוזמתו, ואף אישר כי אין כל אפשרות
שמסמך כמו **ת/102** יוצג למשווקים בלא ידיעתו (פר' 30.6.04, עמ' 3991).

גם לדברי אברהם ברנט, מודגל הציעה לו את ההסכם לחתימה בשל איום הייבוא
ובשל בעיית הרווחיות (פר' 1.2.07, עמ' 57).

218. על פני המסמך מופיעים נתונים בכתב יד. מאיר פלס העיד, כי הוא התבקש על ידי
בן הרצל להעביר אותם נתונים. נתונים אלה הם מספר הקרטונים המדויק, אשר נקבע
כמסגרת הקניות החודשית של פרופילון (1,000 קרטונים, ראו סעיף א.1. **ת/102**), ההנחה
המכסימלית ללקוח (59%, ראו סעיף ב.2. **ת/102**) והבנוס הקבוע לפרופילון (3% על סך
כל קניות הפיטינגים, ראו סעיף ג' ל-**ת/102**) (פר' 27.1.03, עמ' 351 - עמ' 352; עמ' 354 -
עמ' 355).

219. בפתח **ת/102** נרשם כך: **"בהמשך לפגישות ושיחות שקיימנו בנושא הנדון להלן
סיכום הדברים כפי שהוסכם בין הצדדים"**. המאשימה מדגישה, כי מנוסח זה עולה
שתוכן המסמך נדון בפגישות שקדמו לחתימתו. כך עולה אף מדבריו של ברנט בהודעתו
לפיהם **"היו שיחות על זה בינינו"**, ו**"השיחות היו רק עם מאיר פלס"** (הודעה מיום
4.6.98, עמ' 21 ש' 13, עמ' 22 ש' 2-3). לשיטת המאשימה, הדבר מלמד שהמסמך לא הוצג
לברנט בהפתעה, שכן קדמו לו שיחות הכנה עם אנשי מודגל. ברם, בבית המשפט טען ברנט
כי מאיר פלס העביר לו את המסמך בלא כל הודעה מוקדמת ובלא שיתקיים לגביו כל
מו"מ (פר' 29.1.07, עמ' 65).



בתי המשפט

245

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

2. המחלוקת לגבי תוקפו של ההסכם ת/102

220. ברנט אישר כי כתב ידו מצוי על גבי המסמך **ת/102** (פר', 1.2.07, עמ' 49). ברם, אין מחלוקת **שחתימת ברנט על ת/102 נמחקה ושאין עליו גם חתימה של נציג מודגל**. פרט לחתימה, אשר על פי גרסתו נמחקה על ידו, רשם ברנט מספר שמות על **ת/102** (רשימת משתתפים). ברנט טען בבית המשפט שחתם על **ת/102** מיד כשפלס הציג אותו בפניו, בלא לקרוא אותו כלל, ועשה זאת על מנת "להתחנף" למודגל ולפלס, ולהתנהג כאילו הוא סומך עליהם "בעיניים עצומות". לגרסתו, לאחר שקרא את המסמך והבין על מה חתם התפרץ בכעס על פלס ומחק את חתימתו. בעדותו בבית המשפט הדגיש ברנט במיוחד את דרישת אי-הייבוא כדבר שגרם להתפרצותו, כיוון שלדבריו לא היה מוכן לקבל הכתבות מאף אחד (פר' 29.1.07, עמ' 65-66). בהודעתו במסגרת החקירה הפלילית, ציין שלא הסכים לתנאי אי-הייבוא, מבלי להזכיר את סלידתו מ"הכתבות" (הודעה מיום 4.6.98, עמ' 21).

עוד טען ברנט, כי היה מצוי אז בתחילת תקופת התקשרותו עם מודגל, ועל כן היה ב"תקופת ניסיון". לדבריו, תקופה זו היא שהביאה אותו לחתום תחילה על מסמך ההסדר **ת/102**, כמפגן של נאמנות ו"חנפנות". אולם, המאשימה הדגישה, כי מחקירתו הראשית עלה, כי כבר בשנת 1992 החל לרכוש סחורה ממודגל, ולכן, לדבריה, קשה לקבל את הטענה, כי בשנת '94 עדיין מצוי היה בתקופת ניסיון, אם הייתה כזו (פר' 29.1.07, עמ' 35). כמו-כן, המאשימה הוסיפה, כי בחיפוש שערכו חוקרי הרשות להגבלים עסקיים ב-8.1.97 נמצא **ת/102** במשרדו של ברנט, **מתוּיָק בקלסר "פרופילון סחר שוטף"**. כך על פי דו"ח החיפוש (**ת/98**) ועל פי עדותו של החוקר דוד דרוויש (פר' 23.2.04, עמ' 3121). המאשימה מקשה: כיצד מסתדרת העובדה שברנט שמר על המסמך ותוּיָק אותו בקלסר במשרדו עם הטענה שהשמיע בבית המשפט לפיה, לכאורה, המסמך הזה **"לא היה שווה את הנייר שהוא כתוב עליו"** (פר' 29.1.07, עמ' 66).



בתי המשפט

246

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

בתחתית **ת/102** כתב ברנט בכתב ידו את הפרטים הבאים: **"המשתתפים: מנדלסון, שאל, ש.אחפ, חגי, לבני"**. ליד השם **"לבני"** ציין **"מסרב בינתיים"**, וליד כל אלה ציין את התאריך **"12.4.94"**. כשנשאל ברנט, בחקירתו ברשות לפרש הערה זו, הסביר כי כשפלס הציג לו את המסמך הוא גם סיפר לו על פגישה צפויה בין כל המשווקים וסיפר מי צפוי להשתתף בה. לדבריו, בתאריך **12.4.94** העלה רשימה זו על הכתב, וכתב אותה שם (הודעה מיום 4.6.98, עמ' 21 ש' 10-4). אולם, לשיטת המאשימה, מפער הזמנים בין מועד רישום המשתתפים העולה מדברי ברנט בהודעתו (**12.4.94**) לבין התאריך הרישום בראש **ת/102 (1.3.94)**, נובעת המסקנה כי **ת/102** לא היה "נייר טיוטה" כפי שניסה ברנט לטעון, אלא שברנט שמר את המסמך וזכר לחזור אליו לתיעוד הדברים שסופרו לו בנוגע למשווקים הצפויים להשתתף בפגישה שעמדה על הפרק.

221. בחקירתו ברשות להגבלים עסקיים, טען **בן הרצל** כי **ת/102** לא נחתם, מאחר שבמודגל הבינו שהמגבלות המוטלות בו על המשווקים הינן בעייתיות. מדבריו עלה, כי המסמך נגזז בהחלטה עצמאית של מודגל (הודעה מיום 19.2.97, עמ' 20 - עמ' 21). בן הרצל התייחס לסעיף אי-הייבוא ולסעיף תיאום מחיר המינימום ללקוח והסביר ששיקול דעת נוסף הוא שמנע את חתימת המסמך (הודעה מיום 27.1.99, עמ' 12 ש' 15-12; עמ' 13 ש' 14-3). ברם, בבית המשפט טען בן הרצל לראשונה שהמשווקים הסתייגו מההסדר וכי מאיר פלס דיווח לו על התנגדות המשווקים. בעדותו טען בן הרצל, כי למעשה **ת/102** לא הוסכם עקב התנגדות המשווקים ולא, כפי שטען בהודעותיו, בשל שיקול דעת שהפעיל בעצמו (פר' 30.6.04, עמ' 3988).

222. על יסוד האמור, המאשימה סבורה כי מדובר בתהליך שינוי גרסאות, המלמד על עיבוד הנתונים לקראת עדותו של בן הרצל, והצגתם בבית המשפט באופן שייטיב עימו. לטענתה, בכל שלב בחר בן הרצל בהסבר שייטיב עמו. כך, בתחילת הדרך, טען בן הרצל כי **ת/102** כלל לא הוסכם, שכן הוא נמלך לכאורה בדעתו, מאחר שחשב כי ההסדר אינו חוקי. ברם, טענה זו, מטעימה המאשימה, אינה עולה בקנה אחד עם מכלול הראיות, ובהן עדותו של מאיר פלס בדבר קיומם של הסכמות והבנות על-פי **ת/102**.



בתי המשפט

247

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

223. לשיטת המאשימה, יש ללמוד מעדות בן הרצל את דבר ההסכמה, כעולה מכך שבן הרצל אישר כי סעיף א(4)-(1) וסעיף ג' למסמך ההסדר הפרטני **ת/102 הוסכמו** בין מודגל לפרופילון:

"ש. זאת אומרת בשני המסמכים האלה [הכוונה לת/91 ולת/102] סעיף א' היה מוסכם, סעיף ג' היה מוסכם, ורק סעיף ב' לא היה מוסכם.

ת. לא מדויק. בפרופילון אתה רואה שגם סעיף א' לא היה מוסכם בכולו.

ש. אתה צודק, אז אני מתקן את עצמי. בת/91 עם שחף, סעיף א' היה מוסכם, סעיף ג' היה מוסכם אבל לא סעיף ב', **ועם פרופילון, סעיף א', סעיפים קטנים 1 עד 4 היה מוסכם, סעיף ג' היה מוסכם אבל לא סעיף ב'.**

ת. **נכון** " (30.6.04, עמ' 3996).

יצוין, כי גם אברהם ברנט טען בהודעתו כי סעיף ב' לא היה מוסכם (הודעה מיום 4.6.98, עמ' 22 ש' 8-17).

ואולם, המאשימה מדגישה, כי סעיף ב' בת/102 (כמו גם סעיפים א 1-4 ; ג ו- ד) לא נמחק. על פי סעיף זה מתחייבת פרופילון: **"לא לייבא מוצרים המיוצרים ע"י מודגל. כמו כן מתחייבת פרופילון לא לשווק ולא למכור מוצרים מיובאים כאמור"**, וכן: **"לא להציע ולא למכור את הפיטינגים של מודגל בהנחה הגדולה מ-59% כולל מכרזים פומביים"**. לעומת זאת, נמחקו במסמך סעיפים הנוגעים לאובליגו. הותרת סעיף ב' על כנו, טוענת המאשימה, מלמדת אותנו על הסכמתו של ברנט לתוכן הסעיף.

בתמיכה לעמדתה, המאשימה מפנה לחשבונית 3583 ב-ת/148, שהינה חשבונית זיכוי של מודגל לפרופילון לחודשים מרץ עד יוני 1994. ברנט אישר, כי כתב על גבי



בתי המשפט

248

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

החשבונית הערה למנהלת החשבונות, כדי שתוודא כי פרופילון קיבלה את הזיכוי המגיע לה על-פי ההסכם עם מודגל ("לבדוק ההסכם והמחזור המתאים") (פר' 1.2.07, עמ' 86-86). המאשימה מטעימה, כי ברנט אישר בהודעתו (מיום 9.6.99 ש' 342-344) "יתכן שקיים הסכם בכתב", ולא הצביע על הסכם אחר. הזיכוי האמור מתייחס לתקופה אליה מתייחס ת/102, ואחוז ההנחה הנוספת שקיבלה פרופילון ממודגל על-פי החשבונית זהה לזה הרשום ב-ת/102. התאמה זו בנתונים, טוענת המאשימה, מלמדת כי ת/102 הוא ההסכם אליו כיוון ברנט בהערותו.

אליבא דמאשימה, למרות שפרופילון מעולם לא ייבאה פיטינגים, לא מנע הדבר מברנט להשתמש באיום הייבוא ביחסיו עם מודגל על מנת לקבל תנאי רכישה טובים יותר. איום הייבוא שימש את ברנט ביחסיו עם מודגל ככלי להשגת שיפור בתנאים. השימוש של ברנט באיום הייבוא, העדר ייבוא על ידי פרופילון ומעל לכל אי-מחיקת תניית אי-הייבוא בת/102 מצטרפים, לשיטת המאשימה, כולם יחד לחיזוק המסקנה כי ברנט הסכים לסעיף אי הייבוא שבת/102.

עוד טוענת המאשימה, כי בעוד סעיפים א' ו-ג' ב-ת/102 מהווים התחייבויות של מודגל כלפי פרופילון, הרי שסעיף ב' הינו הסעיף היחיד ב-ת/102 המפרט את התחייבויות פרופילון כלפי מודגל. על-פי טענה זו, מסמך ההסדר הפרטני בנוי כך שפרופילון מצידה מתחייבת שלא לייבא ו/או לסחור בייבוא וכן לא להציע או למכור פיטינגים מתוצרת מודגל בהנחה גבוהה מ- 59% (סעיף ב' ל-ת/102) ואילו מודגל מצידה מעניקה לפרופילון שיפור בתנאי הרכש וכן בונוס קבוע נוסף, על קנייתיה (סעיפים א' ו-ג' ל-ת/102); זאת, "במידה ופרופילון עמדה בכל התחייבויותיה עפ"י הסכם זה" (סעיף ג' ל-ת/102).

המאשימה מוסיפה, כי מחומר הראיות עולה כי ההסדר הפרטני ת/102 אכן בוצע, דבר שלשיטתה מלמד גם הוא על עצם קיומו של ההסדר נשוא האישום, וכן מהוות ראיות נוספות להתקיימות היסוד הנפשי בנאשמים.



בתי המשפט

249

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

ג. הכרעה במחלוקת לעניין תוקפו של ת/102

224. חרף השיקולים הרבים שפרשה המאשימה, אני מתקשה לקבוע שהמסמך ת/102 מבטא הסכמה שהושגה בין פרופילון ומודגל. גם כאן (כמו לעניין ההסדר הנטען עם ש.א.ח.פ), העובדות המכריעות לשיטתי הן, שהסכם זה אינו חתום ושאינו עד המעיד על השגת ההסכמה לפיו, דהיינו, על נסיבות ההתקשרות. גם כאן נפקדה עדות פלס, אשר מתוקף תפקידו ניתן היה לצפות שיסביר את פשר העדר החתימות על המסמך, אף שיש בו מקום לחתימות. יש להדגיש בהקשר זה, כי גם לשיטת המאשימה, פלס היה מעורב במגעים הקשורים להסדרים הפרטניים האמורים. מכאן, שהעד, שידע היטב מהם ההסכמים שמודגל היתה צד להם, לא ביסס בעדותו את טענת קיום ההסכם או למצער הסביר את פשר העדר החתימה. זאת, כאשר המעורבים בהסכם הכחישו קיומו. כמו-כן, הסברו של ברנט לחתימה המחוקה מתקבל על הדעת (תחילה חתימה ללא מחשבה ואחר כך ביטול החתימה באותו מעמד, משנקלט תוכנו). גם כאן איני רואה סיבה שלא לקבל את עדות בן הרצל, לפיה בסופו של דבר לא הושגה הסכמה. ויוטעם, לא הוצג העתק כלשהו (למשל העתק שנמצא במודגל), שבו החתימה אינה מחוקה. גם אין חתימה של מודגל על ההסכם. אף ההסבר שניתן לשמירת המסמך בקלסר "שוטף" בחברת פרופילון הוא סביר. המקום הטבעי להצעת ההסכם הוא בקלסר מעין זה, כמסמך המהווה ציון דרך ביחסים המסחריים בין הצדדים, גם אם לא השתכלל להסכם. אוסיף, כי העובדה שבמסמך הופיעו גם תנאים שאין מחלוקת שהם מוסכמים, משתלבת עם העובדה שמדובר בתנאים נהוגים כבר קודם לכן במערכת היחסים עם פרופילון, ואין היא מחייבת מסקנה שהם הוסכמו באמצעות אותו הסכם.

לאור האמור, אני קובעת כי לא הוכח קיומו של הסדר כובל בין פרופילון ומודגל, כנטען בכתב האישום, ויש לזכות את הנאשמים מהאישום השישי.



בתי המשפט

250

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

פרק שביעי: אישום מס' 7 - עבירות על חוק ניירות ערך

1. חובות הדיווח שהופרו

255. על-פי האישום השביעי, במועדים הרלבנטיים לכתב האישום היו **מודגל, מנדלסון וח.ג.י.** חברות ציבוריות הכפופות להוראות חוק ניירות ערך התשכ"ח – 1968 (בפרק זה: "החוק"), **ובן הרצל, גולדברג, לוי, רוזנברג וחודרלנד** (בהתאמה) היו בהן האורגנים החייבים בחובות הדיווח.

256. על-פי האישום השביעי, הנאשמים הנ"ל לא גילו בדו"חות שהגישו את ההסכמים הכובלים, חרף דרישות תקנות ני"ע (דוחות תקופתיים ומידיים) תש"ל - 1970 (להלן: תקנות ני"ע תקופתיים), ותקנות ניירות ערך (עריכת דו"חות כספיים שנתיים) התשנ"ג – 1993 (להלן: תקנות ני"ע שנתיים).

האישום השביעי מייחס לנאשמים, שפעלו כאורגנים בחברות הציבוריות ולחברות הציבוריות עצמן, שלוש עבירות לפי סעיף 53(ג)(8) לחוק ניירות ערך: (א) **אי-דיווח על התקשרויות מיוחדות בדו"חות כספיים שנתיים** (סעיף 36 לחוק, תקנות 1 ו-37 לתקנות בדבר עריכת דו"חות כספיים שנתיים), (ב) **אי-דיווח על מצב ענייני התאגיד בדו"חות הדירקטוריון השנתיים** (סעיף 36 לחוק ותקנות 1 ו-10 לתקנות בדבר דו"חות תקופתיים ומידיים), (ג) **אי-דיווח על מצב ענייני התאגיד בדו"חות הדירקטוריון לתקופת הביניים** (סעיף 36 לחוק ותקנות 1 ו-48).

לעניין העבירה שיש לייחס למודגל ולבן הרצל, רלבנטי לא רק הסדר מחיר המינימום, אלא גם הסדר אי-הייבוא עם טסה (האישום הרביעי), שגם לגביו לא בא כל דיווח בדו"חותיה של מודגל. שני הסדרים אלו הוכחו.



בתי המשפט

251

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

257. לשיטת המאשימה, מכח תורת האורגנים, המעוגנת בסעיף 23 לחוק העונשין, ניתן להטיל על הנאשמות: **מודגל, מנדלסון ו-ח.ג.י.י.** אחריות פלילית לכל סעיפי האישום המפורטים בכתב האישום. על-פי הנטען, כל הנאשמים בשר ודם הכלולים בסעיף 7 לכתב האישום מהווים אורגנים של נאשמות אלה ויש לייחס את מעשיהם כפי שהוכחו, ומחשבתם הפלילית כפי שהוכחה, לתאגידים, הנאשמות הנ"ל, שבמסגרתן פעלו. על-פי המאשימה, הטלת אחריות פלילית על מודגל, מנדלסון ו-ח.ג.י.י., מכח פעולת האורגנים שלהן, עומדת **יחד** עם אחריותם הפלילית האישית של הנאשמים בשר ודם.

המאשימה מטעימה, כי הדרג המנהל של התאגידים הציבוריים, שהוא למעשה האחראי להוציא לפועל את חובת הדיווח, מורכב מאנשים אשר נטלו על עצמם לנהל תאגיד בורסאי, ובתור שכאלה חייבים הם להיות מסוגלים לעמוד בחובות המטילות עליהם אחריות כבדה וסטנדרטים גבוהים של ביצוע להבטחת יעילות השוק וטובת ציבור המשקיעים. אך טבעי הוא, שעל גופים כאלה המחוקק יטיל אחריות מירבית.

258. יצוין, כי מאז הגשת כתב האישום, חל שינוי בתקנות הרלבנטיות, בעקבות **דו"ח ועדת ברנע**, ואולם, אין מחלוקת כי גם אם הנוסח השתנה ב-2004, האיסור אינו שונה במהות מזה שהיה קיים קודם לכן.

תקנה 10 נבלעת בסעיף 8א' לתקנות ניירות ערך (דוחות תקופתיים ומידיים) ובסעיפים 9, 10, 13, 14 ו-16 לתוספת הראשונה לתקנות ניירות ערך (פרטי התשקיף וטיוטת תשקיף - מבנה וצורה), תשכ"ט - 1969.

השינויים בתקנות בשנת 2004 הרלבנטיים לעניינינו הינם:

- א. הביטוי "**תיאור תמציתי של התאגיד וסביבתו העסקית**" המוזכר בחלק העובדתי של האישום, נמחק מתקנה 10(ב)(1)(א) לתקנות דוחות תקופתיים כחלק מהתיקון האמור.
- ב. הסעיף הראשון לתוספת הראשונה של תקנות דוחות תקופתיים, אליו מפנה תקנה 10(ב)(1) סיפא, שהבהיר כי המילים **סביבה עסקית**



בתי המשפט

252

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

של תאגיד כוללות תיאור הענפים בהם התאגיד פועל, ומידת התחרות בהם, נמחק.

במקביל, ובאותו תיקון ממש, הורחבה הדרישה באשר לחובת הגילוי והדיווח בנוגע לדו"חות התקופתיים על ידי תיקון סעיף 8א לתקנות ניירות ערך (דוחות תקופתיים ומידיים), באופן שמרחיב את התיאורים הנדרשים להופיע בתשקיף גם לדוחות התקופתיים.

259. אין מחלוקת, כי גולדברג ובן הרצל לא גילו בדו"חות השונים שהגישה מודגל לפי חוק ניירות ערך והתקנות מכוחו (ת/55), את הסדר מחיר המינימום ואת ההסדר הפרטני עם טסה, כמפורט בכתב האישום. גם מנדלסון ומנהלה לוי, לא גילו בדו"חות השונים שהגישה מנדלסון לפי חוק ניירות ערך ותקנות מכוחו (ת/56), את הסדר מחיר המינימום שנעשה בינם לבין צדדים אחרים, כמפורט בכתב האישום.

גם אין מחלוקת, כי ח.ג.י.י. ומנהלה רוזנברג, לא גילו בדו"חות השונים שהגישה ח.ג.י.י. לפי חוק ניירות ערך ותקנות מכוחו (ת/57), את הסדר מחיר המינימום שנעשה בינם לבין צדדים אחרים, כמפורט בכתב האישום.

2. החיסיון מפני הפללה עצמית

260. ביום 23.04.02 דחיתי את הטענה המקדמית שהועלתה על-ידי הנאשמים 4 ו-5, מנדלסון ולוי, לפיה יש להורות על מחיקת האישום המייחס להן עבירות אי-דיווח, משום שעומד לנאשמים חסיון מפני הפללה עצמית. על-פי הטענה שנדחתה, הדיווח הנדרש על-פי חוק ניירות ערך ושבשל העדרו יוחסה להם עבירה כאמור, היה בו כדי להפלילם בעבירות על חוק ההגבלים העסקיים.



בתי המשפט

253

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

הטענה נדחתה משני טעמים: **האחד**, כי הנאשמים לא תבעו את החסיון בזמן אמת ולכן אינם יכולים להישען עליו. **השני**, כי תוצאת איזון הערכים המנוגדים מביאה לידי המסקנה של דחיית החסיון, משום שהשיקולים שעניינם הגנה על המשקיעים בשוק ניירות הערך, גוברים על השיקולים התומכים בהחלת החסיון.

3. טענת חוסר מהותיות

261. לשיטת הנאשמים, אי-הדיווח המיוחס להם לא נדרש כלל בדין. לדבריהם, חובת הדיווח כפופה לעקרון המהותיות, והיא נועדה לחול רק על עניינים מהותיים הדרושים למשקיע סביר המבקש לרכוש ניירות ערך של התאגיד.

אכן, דרישת המהותיות עצמה אינה יכולה להיות במחלוקת. ואולם, הצדדים חלוקים לגבי חשיבות המידע שבו מדובר. שאלת המהותיות של מידע זה תוכרע על-פי תכלית חובת הגילוי.

בע"א 218/96, 1237/96 **ישקר בע"מ ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'** (תקדין) ניתח כב' הנשיא ברק את נחיצותה של חובת הגילוי הנאות ואת המטרות שחובה זו מגשימה. בפסק דין **ישקר** צוין, כי עיקרון הגילוי הנאות מגשים מספר מטרות. **האחת**, מסירת מידע לציבור המשקיעים המאפשר החלטת השקעה מושכלת. **השניה**, מטרה הרתעתית, שימוש בגילוי ככלי לעיצוב התנהגות ראויה של החברה ומנהליה. **השלישית**, חיזוק אמון הציבור בשוק ההון, על בסיס ההנחה כי הציבור יסחר בשוק ההון רק אם יקבל מידע מלא על החברות הנסחרות בו. מפסק הדין עולה, כי ביסוד חובת הגילוי הנאות מונחת המטרה להבטיח את שקיפותה של החברה הבורסאית. השקיפות נדרשת, מהטעם שקיים פער מידע בין ציבור המשקיעים לבין החברה הציבורית לגבי איתנותה ורווחיותה. המידע אינו נגלה לציבור המשקיעים מנייר הערך עצמו כמו מנכס פיזי אחר, אלא על-ידי חשיפת נתוני החברה. כמו-כן, הבעלות בחברה הציבורית מפוזרת בידי הציבור הרחב. השליטה בה נתונה בידי קבוצה קטנה (של בעלי מניות ודירקטורים). למשקיע הבודד אין



בתי המשפט

254

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

אינטרס החזק דיו להגשים פיקוח על בעלי השליטה ולכן נדרשת התערבות חקיקתית שתבטיח את הפיקוח. בנוסף, במקרים מסוימים לחברה הציבורית קיים אינטרס שלא לפרסם מידע חיוני, למשל כאשר מדובר במידע שלילי על עסקיה.

262. בע"א 1928/93 **הרשות לניירות ערך נ' גיבור סברינה מפעלי טקסטיל בע"מ**, פ"ד מט(3) 177, התייחס כב' השופט גולדברג לתכליות חובת הגילוי בשוק המשני (בשלב שבו ניירות הערך של החברה כבר נסחרים בבורסה) בלשון זו:

"לחובת הגילוי ב'שוק המשני' שלוש תכליות: האחת, לספק מידע זמין, מדויק ומהיר למשקיעים על נסיבות משתנות העשויות להשפיע על האופן שבו יכלכלו מעשיהם. השנייה, להרתיע בעלי כוח בחברה מפני התנהגות חריגה העלולה לפגוע בחברה, ומפני שימוש במידע פנים לתועלתם, תוך אפשרות פיקוח על פעולותיהם. והתכלית השלישית, לבסס שוק יעיל לניירות ערך, שבו מגיבים מחירי ניירות הערך הנסחרים באופן מיידי לכל מידע בעל חשיבות, ובכך לסייע לגיוס הון ולפיתוח המשק..." (שם בעמ' 186).

ובע"א 5320/90 **ברנוביץ' נ' רשות ניירות ערך**, פ"ד מט(2) 818, 831, סיכס כב' הנשיא שמגר (כתוארו אז) את התכלית על היבטיה בדברים אלו:

"עיקרו של דבר, מקובל לראות את פועלו של הגילוי בשניים: האחד – הספקתו של בסיס מידע נאות למשקיעים, באופן המאפשר קבלת החלטות רציונליות בנוגע להשקעותיהם. השני – הרתעתם של בעלי הכח בחברות ציבוריות מתרמית ומהתנהגות מניפולטיבית, תוך אפשרות פיקוח על פעולותיהם".

יש, אפוא, לבדוק מה היתה חשיבות המידע שלא גולה למשקיע הסביר.



בתי המשפט

255

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

263. על-פי טענות הנאשמים, לא הוכחה מהותיות המידע שלא נחשף, מאחר שאין מדובר ב"התקשרויות מיוחדות" או ב"התקשרות חורגת מהמקובל", כאמור בתקנה 37, או בעניינים ש"הם חשובים להבנת מצב ענייני התאגיד באופן מאוזן בידי משקיע סביר" או בעניינים "שהשפעתם על נתוני הדו"חות הכספיים ביניים ועל הנתונים בתיאור עסקי התאגיד מהותית מאוד" או ב"אירועים העשויים להצביע על קשיים כספיים", כלשון תקנה 48. הנאשמים מפנים גם לדבריו של כב' הנשיא שמגר בע"א 5320/90 א.צ. ברנוביץ הנ"ל, לפיהם חובת הגילוי "משתרעת על עובדה אשר לו המשקיע הסביר בניירות ערך היה יודע אודותיה היה בכך כדי לשנות באופן משמעותי את מכלול האינפורמציה שעל בסיסה יקבל החלטות הנוגעות להשקעה בניירות ערך בחברה הנוגעת לענין" (שם, בעמ' 837). לטענת הנאשמים, המאשימה לא הוכיחה מהותיות זו. בהקשר זה, רוב המשווקים הדגישו כי פייטינגים היו רק מוצר אחד ממוצרים רבים אחרים בהם עסקו, וכי באופן יחסי היקף הסחר בפייטינגים הגיע לשיעור קטן ושולי בעסקיהם, ועל כן, לשיטתם, לא ניתן לומר כי ההתייחסות להתקשרות העוסקת בפייטינגים היתה עניין מהותי בעסקיהם.

264. כך נטען לגבי מנדלסון, כי הפייטינגים היו פריט אחד מ-24,000 פריטים אותם מכרה. כמו-כן, לגבי נאשמים 10, 12 ו-13 נטען, כי תחום הפייטינגים הינו תחום זניח בקבוצת ח.ג.י.י. אפרט את טענות ח.ג.י.י., כדי להדגים סוג זה של טיעון. ח.ג.י.י. מחזיקה במספר חברות בנות וביניהן ח.ג.י.י. המשביר, סופר קרמיק, מרכז אילת. במסגרת דו"חותיה הכספיים, מדווחת הקבוצה במרוכז על כלל פעולות החברות המרכיבות אותה. בעבור קבוצה זו, פייטינגים היו בתקופה הרלבנטית לכתב האישום מוצר אחד ממגוון רחב של מוצרים (עדות חודרלנד, פר' 23.10.06). לקבוצת ח.ג.י.י. היו כ-200 ספקים, ולח.ג.י.י. עצמה כמאה ספקים (עדות רוזנברג, פר' 4.9.06), וביחס למחזור המכירות, מחזור הפייטינגים עמד על 5 מיליון ש"ח, בעוד שמחזור המכירות הכולל עמד על בין 280 ל-330 מיליון ש"ח לשנה (עדות רוזנברג, פר' 4.9.06). דהיינו, היחס של מכירת הפייטינגים עמד על 1.5% לכל היותר. עוד נטען, כי המשקיעים לא קונים החזקה רק ב-ח.ג.י.י. חברת האם, אלא גם בחברות-הבנות, דהיינו – בכל הקבוצה. הנתון שהמשקיע רואה לנגד עיניו הוא נתון כספי של הקבוצה, ומכאן שזו נקודת המבט הרלבנטית לדיווח הנדרש. לכן, טוענים



בתי המשפט

256

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

הנאשמים, כי ההתקשרות בין ח.ג.י.י. למודגל לא היתה רלבנטית למשקיע סביר, ובוודאי שאינה התקשרות מיוחדת. נטען גם, שאין זה הגיוני לדרוש מתאגיד לפרט את מידת התחרות בכל אחד מאלפי מוצרים אותם הוא מוכר. לכל היותר, במסגרת תיאור הסביבה העסקית, נדרש תאגיד לתאר את מידת התחרות בענפים מרכזיים בפעילותו. חובה זו לא יכולה לכלול פעילות בתחום זניח ושולי כמו במקרה שלפנינו.

מנגד טענה המאשימה, כי הובהרה בראיות החשיבות של הפיטינג **לסל** מוצרי האינסטלציה שמוכרת ח.ג.י.י., ובשל מקומו בסל, חשיבותו היתה מעבר לערכו הכספי. הפיטינג היה מוצר **הכרחי** להשלמת סל המוצרים שנמכר על-ידי המשווקות. לדברים אלו ניתן להוסיף, כי קשה להשתכנע שהפיטינגים והקשר עם מודגל בגינם היה בלתי חשוב למשווקות, ובכל זאת נענו המשווקות לפניית מודגל וקיימו את פגישות בית איטונג ברמת בכירים בחברות. מתבקשת המסקנה, כי מדובר במוצר בסיסי שהמשווקים ייחסו לו חשיבות לא מועטה.

ואולם, לשיתני, השיקול המכריע הוא שונה. בהחלטת ביניים מיום 23.4.02, בעת שהנושא עלה בגדר טענה מקדמית, הבעתי דעתי, כי לכאורה מהותיות הדיווח החסר ברורה, בשל המעורבות בעבירה פלילית, וכך כתבתי בעניין זה:

"ראוי גם לציין לעניין המהותיות, כי אף לכאורה, התקשרויות קרטליות, יש בהן כדי להגדיל את רווחיהם של הגופים הנוטלים בהן חלק, יש בצד תועלת זו גם לשקול את האפשרות שהעבירות יתגלו בסופו של דבר ואז תתלווה לפגיעה בשם הטוב של הגוף הנוטל חלק בהן גם פגיעה עונשית, העוקרת לעיתים את הרווח, מכוח המגמה העונשית לשלול את כדאיות ביצוע עבירות מעין אלו. מידע על התקשרויות כאלו הוא אפוא מידע מהותי שהמשקיע הסביר מטבע העניין זכאי לקבלו..." (בסעיף 20 להחלטה).

"השלכת מניעת המידע מהמשקיעים על השוק נובעת כמובן ממהות של המידע הרלבנטי. המידע בו עסקין – מידע על הסביבה העסקית



בתי המשפט

257

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

של התאגידים המעורבים – הוא מידע מהותי... מדובר בעובדות מהותיות לפי כל מבחן אפשרי. מידע על התקשרויות עסקיות – ואפשר כי דווקא התקשרויות המגלמות עבירה על החוק – הוא מידע מהותי, מידע שהדעת נותנת שהמשקיע הסביר מייחס לו חשיבות, ויש בו כדי להשפיע על מחיר נייר הערך...".

גישה זו יוצאת מהשקפה, לפיה התשובה לשאלה אם מדובר בנתונים מהותיים צריכה להינתן מנקודת מבטו של המשקיע הסביר. כל אדם סביר סולד מעבירות. אכן ברור, כי אין לחברה ציבורית המעורבת בעבירה עניין לגלות מעשה שהוא עבירה, אבל בהעדר הגנת החיסיון מפני הפללה עצמית, מנועה היא מלטעון כי הגילוי פוגע בדימויה.

העובדה שתאגיד מעורב בעבירה על חוק חשובה, אם כך, למשקיע, למצער מאחר שלגילוי עובדה כזו יש השפעה ברורה על הרווחים העתידיים של התאגיד. יתר-על-כן, ניתן להעריך כי המשקיע גם סולד מהעובדה שהרווח מושג בעבירה, ואפילו אם מדובר בחלק קטן מהרווח. בנסיבות אלו, יש לדחות טענת העדר מהותיות.

להשלמת טיעון זה, אדגיש כי גם אם במקרה מסוים ההשפעה של גילוי עבירה על שווי נייר הערך אינה גדולה, אפשר שתהא במקרה אחר משמעותית מאוד, ולכן לא ניתן לשלול מראש את ההשפעה המזיקה. על יסוד שיקול זה, לשיטתי, יש לקבל את עמדת המאשימה, לפיה התקיימו חובות גילוי ההסדרים בדו"חות התקופתיים ללא אבחנה בין הנאשמים.

265. הנאשמים הוסיפו וטענו, כי המאשימה לא הוכיחה את קיומו של היסוד הנפשי. לדברי באי-כח הנאשמים 3-1, הובהר בראיות שאילון בן הרצל האמין כי אין מדובר בנתונים שיש לדווח עליהם, מאחר שלא ראה בהם עניינים בעלי חשיבות מנקודת ראותו של המשקיע הסביר. ב"כ הנאשמים 3-1 מפנים לעדות בן הרצל, לפיה גם רואי החשבון ועורכי הדין שסייעו להם בעניין הכנת הדו"חות לא ייעצו להם לעשות כן. אלא שלא הובהר



בתי המשפט

258

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

בעדות, כי עורכי הדין ורואי החשבון – ששמותיהם בהקשר זה לא צוינו – ידעו על העבירות, דהיינו, על "ההתקשרות החריגה". לכן, אין כל תועלת בהסתמכות כזו. יתר-על-כן, בן הרצל העיד, כי הוא וגולדברג לא גילו לעורכי הדין שעסקו בהכנת הדו"חות על הפגישות עם המפיצים ועל המחיר המומלץ (ראו עדותו מיום 30.06.04 עמ' 4019). כבר נאמר, כי הנאשמים היו מודעים לנסיבות העבירות על חוק ההגבלים העסקיים, ומכאן, נובעת גם הקביעה כי הבינו את הדרוש להערכת חשיבות חובת הדיווח.

3. טענת ההגנה מן הצדק

266. טענה נוספת שהעלו הנאשמים בקשר לאישום על-פי חוק ניירות הערך, היא **טענת ההגנה מן הצדק**. לפי טענה זו, המאשימה בחרה דווקא כנגד הנאשמים בתיק זה להעלות אישום כפול – גם עבירה על חוק ההגבלים העסקיים וגם עבירה על חוק ניירות ערך, בעוד שנמנעה מלעשות כן לגבי חברות ציבוריות אחרות שכלפיהן הוגשו כתבי אישום בגין הסדרים כובלים. טענה זו הועלתה בגדר טענה מקדמית, ונדחתה על ידי בהחלטה מיום 19.2.09, לאור ההסבר לפיו בעת שהוגש כתב האישום בתיק זה היה שיתוף הפעולה עם רשות ניירות הערך בחיתוליו.

בגדר הטיעון שהעלו הנאשמים בסיומו של התיק, הודגש כי קביעתי בהחלטה הקודמת, שנשמכה על טענות המאשימה, לפיה מדובר בסנונית ראשונה המסמנת תחילת מגמה של אישומים "כפולים" כאמור, הוכחה כבלתי משקפת את המציאות. על-פי טענת הנאשמים, נפקד האישום הכפול גם בשורת כתבי אישום שהוגשו לאחר הגשת כתב האישום בתיק שלפני. כך, לא הוגש אישום כפול בכתב האישום שהוגש ביום 6.4.04, ושעניינו היה הסדר כובל כנגד יצרניות מעטפות, וביניהן חברת **דפרון בע"מ**, שהיא חברה ציבורית, ובכתב האישום כנגד יצרניות ומשווקות ירקות קפואים, וביניהן חברת **סנפרוסט בע"מ** וחברת **כלל תעשיות בע"מ**, אשר גם הן חברות ציבוריות, שהוגש ביום 1.6.05. גם בעניין חברת **טמבור**, שגם היא חברה ציבורית הנסחרת בבורסה, לא הוגש אישום כפול. לאור האמור טוענים הנאשמים, כי כתב האישום בו עסקינן היה "**אפיזודה חריגה**



בתי המשפט

259

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

וחולפת". הנאשמים הוסיפו והתייחסו לחקירות נוספות שנערכו ברשות להגבלים עסקיים בענייני הסדרים כובלים, שכלל לא הביאו לפתיחת חקירה בהקשר להפרת חוק ניירות ערך (ראו להלן).

267. לסיכום, על-פי טענות הנאשמים, במהלך תקופה של כתשע שנים שלאחר הגשת כתב האישום בו עסקין, הוגשו על-ידי המאשימה למצער שלושה כתבי אישום, אשר במסגרתם הואשמו חברות ציבוריות שונות בעבירות לפי סעיף 2 לחוק, ללא אישום כפול. על יסוד עובדות אלו, נטען כי ההנחה אשר עמדה ביסוד ההחלטה הנזכרת לדחות את טענת האכיפה הבררנית לא התממשה, ובפועל פועלת המאשימה ללא כל מדיניות סדורה.

268. הסברי המאשימה כנגד טיעון זה נשענו על אופן ההתנהלות של שני הגופים – הרשות להגבלים עסקיים והרשות לניירות ערך – שהנחיית פרקליטת המדינה קבעה שעליהם לפעול בשיתוף פעולה – תוך הדגשת מורכבות החקירה בנושאים בהם מדובר ומורכבות שיתוף הפעולה. המאשימה הרחיקה לכת ואף הודתה ב"מחלות ילדות של קשר" (פר' 18.10.09, עמ' 28), או כתיאורה, "שיתוף פעולה בתחילת דרכו שתוך כדי תנועה בלשון העם מגלים איזשהם קשיים ובעיות ומנסים להתמודד עם זה וללמוד את הלקחים לפעם הבאה, אבל זה בהחלט איזשהם בעיות של מחלות ילדות, של חבלי קליטה, של קשר בתחילת התהוותו" (שם). עוד הובהר, כי בתיקים בהם לא הוגש אישום כפול לא בוצעה במועד החקירה על-ידי הרשות לניירות ערך.

במסמך משותף לרשות ההגבלים העסקיים ולרשות לניירות ערך שהוגש לבית המשפט, נכתב לעניין שיתוף הפעולה:

"יסודו של שיתוף הפעולה מעוגן בהנחיית פרקליטת המדינה והיועץ המשפטי לממשלה. כידוע, הנחיית פרקליטת המדינה קובעת כי רשויות תביעה וחקירה נפרדות ישאפו לתיאום ולהגשת כתבי אישום משותפים כאשר מדובר בפרשה אחת. הנחייה זו מבוססת בין היתר, על החלטת בית המשפט העליון ברע"פ 3396/99 **ניאז תאופיק נאבסו**



בתי המשפט

260

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

נ' מ"י תק-על 99(2) 684, שם טענו העוררים טענה של הגנה מן הצדק בשל הגשת שני כתבי אישום נפרדים בשל אותה פרשה, האחד על-ידי מע"מ והשני על-ידי מס הכנסה. בית המשפט באותו עניין אמנם דחה את טענת ההגנה מן הצדק, אך קבע כי חשוב שרשויות התביעה ישאפו לתיאום ביניהן בהעמדה לדין.

כתב האישום בת"פ 1274/00 הוגש מראש במשותף על-ידי שתי רשויות תביעה נפרדות, מתוך שיקולי הגינות ויעילות, על מנת לחסוך את אי הנוחות מהנאשמים ולחסוך מזמנו של בית המשפט הנכבד כאשר עסקינן בפרשה אחת המצמיחה הן עבירות על חוק ההגבלים העסקיים והן על חוק ניירות ערך (ראי סעיפים 9-11 לתגובתנו הנוספת מיום 3.2.02).

תהליך האכיפה ושיתוף הפעולה בין רשות ניירות ערך ורשות ההגבלים העסקיים החלו עוד קודם לת"פ 1274/00. התיק הראשון בו התבצעה חקירה של שתי הרשויות, הן רשות ההגבלים העסקיים והן רשות ניירות ערך, היה ת"פ 366/99 (להלן: תיק המרצפות), אלא שאז לא היתה קורלציה במועדים בין הרשויות, ומו"מ להסדרי טיעון קויים בין רשות ההגבלים העסקיים לבין הנאשמים בתיק זה בטרם מוצתה החקירה ברשות ניירות ערך.

לפיכך, ובעיקר לאור הנחיית פרקליטת המדינה והיועץ המשפטי לממשלה שתוארה לעיל, לפיה יש להגיש כתבי אישום משותפים על מנת למנוע עינוי דין מן הנאשמים, לא הוגש כתב אישום נפרד בעבירות ניירות ערך לאחר הגשת כתב אישום בעבירות הגבלים עסקיים.

המבקשת הדגישה במיוחד את התנהלות הרשויות בת"פ 377/04 (להלן: תיק המעטפות). יובהר כי באותה עת לא נוהלה חקירה משותפת סימולטנית של שתי הרשויות, עובדה אשר השפיעה על מכלול השיקולים של פתיחה בחקירה של רשות ניירות ערך והגשת



בתי המשפט

261

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

כתב אישום משותף. על דעת פרקליטת מחוז ת"א (מיסוי וכלכלה) והיועצת המשפטית של רשות ההגבלים העסקיים, הוחלט בתיק זה כי בשל השיקולים של ייעול ההליך והשגת הכרעה שיפוטית מהירה בעבירות של הגבלים עסקיים בתיק המעטפות, לא תיפתח חקירה על-ידי רשות ניירות ערך.

לגבי ת"פ 960/05 (להלן: תיק סנפרוסט), בדיקה שערכנו לגבי תיק זה העלתה כי חומר החקירה לא הועבר לרשות ניירות ערך, מהסיבה שתפורט להלן. החשדות בתיק סנפרוסט הובאו לידיעת רשות ההגבלים העסקיים בשנת 2001, זאת בעוד שההסדר הכובל עצמו, על-פי הנטען בכתב האישום, נמשך עד למחצית הראשונה של 1998. בנסיבות אלה, על אף שבשלב מסויים אכן נשקלה על-ידי רשות ההגבלים העסקיים אפשרות לפנות לרשות לניירות ערך, הוחלט לא לעשות כן, לאור תקופת הזמן שחלפה מאז סיום ההסדרים הכובלים, ועל מנת שלא לגרום לעיכובים נוספים בטיפול בתיק.

בנוסף, כפי שפירטנו בתגובתנו לטענת המבקשת מיום 25.12.01, אין המדובר בטענת אכיפה בררנית של המעורבים באותה פרשה **בפרשת בורוביץ**, אלא בטענת אכיפה בררנית כלפי תיקים אחרים שהוחלט לגביהם לא לפתוח בחקירת ניירות ערך בשל השיקולים המפורטים לעיל (ראי סעיף 89 לתגובתנו מיום 25.12.01).

לגבי שני התיקים שלא נחקרו על ידי רשות ניירות ערך בשל השיקולים המפורטים לעיל, לא הגיוני כי תתקבל טענה של נאשם שנמצאו כנגדו ראיות לכאורה להעמידה לדין, כי עבריינים אחרים לא נחקרו ועל כן הוא מופלה לרעה.

ראשית, מדובר בטענה שניתן לטעון בכל תחומי האכיפה ולא רק בתחום האכיפה הכלכלית. אכיפה לעולם אינה אבסולוטית ואינה מגלה את כל העבריינים. הדברים נכונים ביתר שאת בעבירות כלכליות אשר חשיפתן כרוכה בעלויות כספיות ומשאבי כח אדם



בתי המשפט

262

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

מרובים. זאת, עפי שעולה בבירור מהפסיקה שצינו לעיל בפרשת זקין ובפרשת אייל (סעיף 12 לעיל).
שנית, אין בידי בית המשפט הכלים הראויים לקבוע כי באותם תיקים שלא נחקרו עבירות ניירות ערך ניתן היה להעמיד לדין בשל עבירות אלה. על אף שמקימן של ראיות להסדר כובל שנעשה על ידי חברה ציבורית עולה חשד אף לעבירות בניירות ערך, נדרשת עדיין חקירה שתבחן קיומן של ראיות לקיום יסודות העבירות בניירות ערך. לעומת אותם שני תיקים בהם לא נחקרו בסופו של דבר עבירות ניירות ערך, מן השיקולים שפורטו לעיל, הרי שבתיק דנן נחקרו החשדות ונמצאו ראיות, ובנסיבות אלה לא היה מקום להימנע מלהעמיד לדין את המבקשים וכמובן שאף אין הצדקה למחוק את האישום נגדם".

אוסף ואתייחס לגופו של הסבר זה להלן, לאחר הצגת הדוקטרינה שביסוד טענת ההגנה מן הצדק, כדי לברר אם יש בו כדי למנוע תחולת ההגנה.

269. כידוע, ה"הגנה מן הצדק" היא דוקטרינה המכירה בסמכות בית המשפט לבטל כתב אישום שהגשתו או המשך בירורו עומדים בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית, וזאת במנותק משאלת אשמתו או חפותו של הנאשם. עד לאחרונה, היתה ההגנה מן הצדק יציר ההלכה הפסוקה. ביום 15.5.07 עוגנה הלכה זו כטענה מקדמית, בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "חוק סדר הדין הפלילי"). סעיף 149 (10) לחוק סדר הדין הפלילי קובע עתה, כי לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון כטענה מקדמית, כי: "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". סעיף 151 לחוק סדר הדין הפלילי קובע, כי אין מניעה לטעון טענה של הגנה מן הצדק גם בשלבים אחרים של המשפט. התוצאה הנובעת מקבלתה של טענה זו היא תיקון או ביטול של כתב האישום.



בתי המשפט

263

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

בעבר גישת בית המשפט לעניין קבלת טענה של הגנה מן הצדק היתה נוקשה ומסויגת מאוד. כלשון בית המשפט בע"פ 2910/94 **יפת נ' מ"י**, פ"ד נ(2) 221, 361 :
"המבחן הקובע כפי שאני רואה לאמצו, הוא מבחן ה'התנהגות הבלתי נסבלת של הרשות' היינו התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם ... המדובר במקרים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו. ברי כי טענה כגון זו תעלה ותתקבל במקרים נדירים ביותר, ואין להעלותה כדבר שבשיגרה ובעניני דיומא סתם".

270. מבחן זה, של התנהגות בלתי נסבלת של הרשות, רוכך במידת מה בע"פ 4855/02 **מ"י נ' בורוביץ הנ"ל**.

על-פי פסק דין **בורוביץ** (פיסקה 21), מטרת החלתה של ההגנה היא לעשות צדק עם הנאשם ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה על מעשיהן הנפסדים, ואולם לרוב (אם כי לא תמיד) תיוחס הפגיעה בצדקתו ובהגינותו של ההליך הפלילי להתנהגות נפסדת של הרשויות. בית המשפט הוסיף, כי לא כל מעשה נפסד שעשו הרשויות החוקרת או המאשימה, או רשות מעורבת אחרת, יצדיק את המסקנה שדין האישום להתבטל מטעמי הגנה מן הצדק. עוד ציין בית המשפט שם, כי בדרך כלל יידרש הנאשם להראות שיש קשר סיבתי בין ההתנהגות הנפסדת של הרשויות לבין הפגיעה בזכויותיו. ואולם, אפשר שההליך יפגע בתחושת הצדק וההגינות גם ללא התנהגות שערורייתית של השלטונות, אך זאת רק במקרים חריגים ביותר:

"ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני שבית-המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר. בדרך כלל יידרש הנאשם להראות, שהתקיים קשר סיבתי בין התנהגות הנפסדת של הרשויות לבין הפגיעה בזכויותיו. עם זאת אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיוחס, לא



בתי המשפט

264

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

להתנהגות שערורייתית של הרשויות, אלא, למשל, לרשלנותן, או
אף לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל-עיקר אך המחייבות
ומבססות בבירור את המסקנה, כי במקרה הנתון לא ניתן יהיה
להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי
יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות. אך נראה כי מצב-
דברים כזה אינו צפוי להתרחש אלא במקרים חריגים ביותר" (שם,
עמ' 807).

וראו גם ע"פ 5672/05, 5679/05 טגר בע"מ נ' מ"י (נבו).

271. אזכיר את המבחן שקבע בית המשפט בעניין בורוביץ להחלת הגנה מן הצדק במקרה נתון, מבחן בן שלושה שלבים:

"בשלב הראשון על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו
בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם, וזאת,
במנותק משאלת אשמתו או חפותו.
בשלב השני על בית-המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי
חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות.
בשלב זה, נדרש בית המשפט לאזן בין האינטרסים השונים... בתוך
כך עשוי בית-המשפט לייחס משקל, בין היתר, לחומרת העבירה
המיוחסת לנאשם; לעוצמת הראיות (הלכאוריות או המוכחות)
המבססות את אשמתו; לנסיבותיהם האישיות של הנאשם ושל
קורבן העבירה; למידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן;
לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולנסיבות שהביאו לגרימתה;
למידת האשם הרובץ על כתפי הרשות שפגעה בהליך או בנאשם,
וכן לשאלה אם הרשות פעלה בזדון או בתום-לב. ברי כי בגיבוש
האיזון בין השיקולים הנגדיים ייחס בית-המשפט לכל אחד



בתי המשפט

265

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

מהשיקולים את המשקל היחסי הראוי לו בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון ...
בשלב השלישי, מששוכנע בית-המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון האם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים יותר מתונים ומידתיים מאשר ביטולו של כתב-האישום (שם, עמ' 807-808).

מבחנים אלו ממשיכים להנחות את בית המשפט גם לאחר עיגון הלכת ההגנה מן הצדק בחוק סדר הדין הפלילי (ראה ע"פ 7014/06 מ"י נ' לימור (נבו, סעיף 58)).

272. השלב הראשון, על-פי המבחן שנקבע בפרשת **בורוביץ**, הוא, כאמור, זיהוי הפגם. על הפגם לכאורה בהתנהלות הגשת כתבי האישום במקרה דנן, עמדתי להלן. השלב השני הוא בחינת השאלה האם "האישום הכפול" כנגד הנאשמים נוגד עקרונות של צדק והגינות משפטית? אעבור לבחינת שלב זה. בפסיקה נפסלה אכיפה בררנית. סוגיית האכיפה הבררנית עמדה לדיון מפורט ומעמיק בבג"צ 6396/96 **זקין נ' ראש עיריית באר שבע**, פ"ד נג(3) 289 (1999). בית המשפט העליון פסל לחלוטין **אכיפה בררנית**, אך ציין כי "**אכיפה חלקית** אינה בהכרח אכיפה פסולה" (שם, עמ' 304). בעניין **זקין** הבהיר בית המשפט מהם יסודות האכיפה הבררנית באומרו:

"ללא יומרה להציע הגדרה ממצה, אפשר לומר, לצורך עתירה זאת, כי אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא. דוגמה מובהקת לאכיפה בררנית היא, בדרך כלל, החלטה לאכוף חוק כנגד פלוני, ולא לאכוף את החוק כנגד פלמוני, על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או מתוך יחס של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני" (עמ' 305).



בתי המשפט

266

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

בענייננו, לא הועלתה טענה של אכיפה המיועדת להשגת מטרה פסולה, ואם כן, לא הועלתה טענת אכיפה בררנית, במובן הקיצוני שנדון בעניין זקין. ואולם, עדיין יש לבחון אם אין מדובר באכיפה חלקית פסולה.

273. בראשית הדיון, יש להדגיש כי שוני בגישה כלפי נאשמים שונים אינו בהכרח פסול. בעניין בורוביץ הנ"ל הובהר, כי אפשר ששיקולים ראויים על יסוד קריטריונים מוגדרים וברורים יביאו לתוצאה של מיצוי הדין עם חלק מהמעורבים דווקא, וזאת על אף שברור כי האשמת כל המעורבים מקיימת את עקרון השוויון ומונעת תחושת אי-צדק:

"הנחת המוצא היא אמנם, כי גם בעבירה מרובת משתתפים, מוטל על התביעה לשאוף להעמדה לדין של כל המעורבים בה. האשמת כל המעורבים מגשימה את האינטרס הכללי שיש לציבור בהעמדתו לדין של כל מי שהפר איסור פלילי ויש נגדו ראיות לכאורה. כן היא מקיימת את עקרון השוויון ומונעת חששות לתחושת אי-צדק ולפגיעה באמון הציבור במערכות האכיפה, המתלווים לאכיפה חלקית, שבעיני הציבור עלולה להתפרש כאכיפה שרירותית. אך לכלל זה יש גם יוצאים, ואף כשהמדובר בעבירה מרובת משתתפים רשאית התביעה, משיקולים ענייניים, להסתפק בהעמדתם לדין של חלק ממבצעי העבירה ...

אך ניתן לומר, כי גם כשאין המדובר בעבירה המערבת המונים, רשאית התביעה - במקרים חריגים ועל יסוד קריטריונים מוגדרים, ברורים ושוויוניים - להסתפק בהאשמת חלק מן המעורבים. בגיבוש עמדתה לעניין זה מוטל על התביעה להביא בחשבון ולייחס משקל ראוי למכלול של שיקולים, ובהם: מהות העבירה ונסיבות ביצועה; מספר מבצעי העבירה וחלקו (המוחלט והיחסי) של כל אחד מהם; מידת העניין הציבורי שיש, בנסיבות העניין, באכיפה מלאה, לעומת היתרונות האפשריים שבהעמדתם לדין של חלק מן המבצעים, כחיסכון במשאבים, ייעול ההליך והשגת הכרעה



בתי המשפט

267

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

שיפוטית מהירה. סבירות החלטתה בכל מקרה שכזה נגזרת מקיום שיקולים ראויים התומכים בהחלטה ומקיום איזון ראוי בין שיקולים אלה לבין השיקולים הנגדיים (שם, עמ' 821).

מדברים אלה עולה, כי "קריטריונים מוגדרים ברורים ושוויוניים" עשויים להצדיק אכיפה חלקית מותרת. גם בעניין **בורוביץ**, צוין, כפי שאף נאמר בעניין **זקין**, כי ההכרעה בשאלה אם מדובר באכיפה חלקית מותרת או באכיפה בררנית פסולה, תהא לרוב תלויה בשאלה אם האבחנה בין המעורבים נעשתה על יסוד שיקולים ענייניים או שמא הרשות פעלה "לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא".

274. אעבור עתה למבחן להחלת ההגנה, כפי שנקבע בתיקון החוק.

בע"פ 5671/05 **טגר הנ"ל**, ציינה כב' השופטת ברלינר, כי התיקון בחוק סדר הדין הפלילי, העוסק בטענה המקדמית של ההגנה מן הצדק, מנוסח – "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית", ונוסח זה מאמץ גרסה הקרובה למבחן "הפגיעה הממשית" שנקבע בפרשת **בורוביץ**, מבחן שכוונה על ידה "מבחן מרוכך" ביחס למבחן שקדם בזמן. כדבריה:

" מבין ההצעות השונות שעמדו בפני הועדה ... מבחן 'הסתירה המהותית' שאומץ בסופו של דבר בתיקון לחוק הוא הקרוב ביותר באופיו למבחן 'הפגיעה הממשית' שנקבע בפרשת **בורוביץ**. לא פגיעה חמורה ואף לא קיצונית, אלא פגיעה מהותית שהולמת כאמור את 'הרף המרוכך' שבפרשת בורוביץ. לפיכך, ספק אם יש בכניסתו של התיקון לחוק משום מהפכה בהשוואה למצב הקיים מאז הלכת **בורוביץ**. הגנה מן הצדק כך נראה, היתה ונותרה טענה שיש לקבלה במקרים חריגים בלבד. עם זאת, אין בדעתי לקבוע מסמרות בשאלה האם הביא עימו התיקון לחוק שינוי בנקודות האיזון, שכן, כפי שנראה, אין הדבר נצרך לענייננו. אבקש להותיר



בתי המשפט

268

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

שאלה זו לעת מצוא, אשר אני מניחה שאינה רחוקה. באשר לשלבי
הבחינה בהם יש להעביר את טענת ההגנה מן הצדק, נראה שאין
סיבה לשנות מהמבחן התלת שלבי שנקבע בפרשת בורוביץ' (שם,
סעיף 11).

עוד קבעה כב' השופטת ברלינר:

"מוקד הבדיקה על-פי התיקון לחוק הוא שאלת הצדק שבניהול
ההליך הפלילי ... פרמטר מרכזי בבחינה זו הוא מפלס
ה'שערורייתיות' שבהתנהגות הרשות. אולם, אין זה בהכרח
הפרמטר היחיד" (שם, סעיף 115).

בהתייחסה למבחן המרוכך יותר, ציינה כב' השופטת ברלינר, כי בפסק הדין בעניין
בורוביץ' גרס בית המשפט, כי בעיקרון עשויה ההגנה לחול בכל מקרה שבו **"קיומו של**
ההליך פלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות כפי שזו נתפסת בעיניו של בית
המשפט" (עמ' 806). מבחן זה, **"מבחן הפגיעה הממשית בתחושת הצדק"**, לדברי כב'
השופטת ברלינר, שונה מהמבחן שנקבע בפרשת יפת בשני היבטים. ראשית, רף הפגיעה
הנדרש לתחולתה של ההגנה הונמך במידת מה. עם זאת, השופטת ברלינר צימצמה מסקנה
זו בהדגישה, על יסוד האמור בפסק דין בורוביץ' (שם, עמ' 807), כי ביטולו של הליך פלילי
מטעמי הגנה מן הצדק מהווה מהלך קיצוני שבית המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים
חריגים ביותר. שנית, מוקד הבחינה הוסט מהתנהגות הרשות אל הסתכלות כוללת על
נסיבות ההליך, אף כי ברוב המקרים תהיה סוגיית ההגנה מן הצדק קשורה להתנהגות
הרשות. כב' השופטת ברלינר הפנתה לקביעת בית המשפט בעניין בורוביץ', המלמדת כי
מצבי רשלנות של הרשות, או אף נסיבות שאינן תלויות ברשויות, אפשר שיבססו את
תחולת ההגנה, בשל עוררן חשש שלא ניתן להבטיח לנאשם משפט הוגן, או שקיומו של
ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות.



בתי המשפט

269

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

275. ובחזרה לענייננו. המבחן העומד כיום לתחולת ההגנה על-פי פסיקת בית המשפט העליון הוא, אפוא, "מרוכך" בהשוואה למהותו בתקופה קודמת. כמו-כן, הובהרה בפסיקה חשיבות השאלה אם הרשות, בעת שהיא מבדילה בין שווים, פועלת על-פי קריטריונים מוגדרים ושוויוניים. לאור האמור, כדי לדעת האם החלטת הרשות להגבלים עסקיים עומדת במבחן השוויון, העולה בקנה אחד עם תחושת הצדק וההגינות, עלי לבחון קודם כל האם קיימים קריטריונים ברורים וסבירים ושיקולים ענייניים, לפיהם החליטה הרשות להגיש "אישום כפול" כנגד הנאשמים.

מההסבר המשותף של הרשות להגבלים עסקיים והרשות לניירות ערך, עלה כי חרף קיום קריטריונים שהיו מביאים, אילו יושמו כדבעי, לשוויון בהגשת כתבי האישום, נכשל שיתוף הפעולה עקב קשיי ההתנהלות המשותפת, בהתאמת מועדי החקירות וקצב כל חקירה. המסקנה המתבקשת היא, כי לא נקבעו קריטריונים ברורים ליישום דרך הפעולה המשותפת.

כדברי ב"כ הרשות לניירות ערך, עו"ד תירוש:

"צריך לזכור שמדובר ברשויות שלא מגישות מאות כתבי אישום ... כאן בכל התקופה הזאת הוגשו שלושה כתבי אישום כאלה כנגד חברות ציבוריות. בואו נשים את הדברים בגבולות פרופורציה, ולכן מתוך שלושה מקרים כאלה אם פעם אחת או פעמיים היה איזשהו כשל שנובע, מיד אני אכנס לזה, מאיזשהי התנהלות ככה חבלי לידה, אני קוראת לזה, זה עדיין לא אומר שאין כאן מדיניות ויש כאן חלופה שנתפרה למידות הנאשמים כאן או משהו כזה" (פר' 18.10.09, עמ' 28-29).

"... יש נוהל, הנוהל אומר שברגע שלרשות הגבלים יש איזשהו מידע אודות חקירה שמתנהלת כנגד חברות ציבוריות היא תעביר בכפוף גם, או בהתחשב בשיקולים נוספים אבל בהחלט היא תעביר את זה לרשות ניירות ערך. רשות ניירות ערך במצב שיש לה חשד



בתי המשפט

270

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

לקיום עבירה שקשורה בדיווח על הסדר כובל תפתח בחקירה"
(שם, עמ' 38).

עו"ד תירוש תיארה את מצב החקירה שהתקיימה לגבי אחד מהתיקים (תיק המעטפות (דפרון) ת"פ 377/09 מ" נ' ירון וול), בהם לא הוגש אישום כפול, כדלקמן:

"המידע הועבר וברשות ניירות ערך בתחילה חשבו שאין שם די בשר נקרא לזה ככה להתגבשות חשדות לחקירה ובהמשך הדרך בתוך התהליך, לאחר ששקלו שוב, התברר והחליטו לפתוח בחקירת רשות ניירות ערך. בשלב הזה שהיה כבר שלב מאוחר, הסתבר שרשות ההגבלים מאוד התקדמה בתהליך ואפילו הגישה טיוטת שימוע לנאשמים, טיוטת כתב אישום לשימוע לנאשמים ואפילו ביצעה שימוע ונערך דיון משולב ... והחלט, על מנת לא לגרום לעינוי דין לנאשמים בפרשה זאת, למשוך את החקירה בנושא ניירות ערך ולהמשיך במסלול שכבר היה קבוע כמעט להקראה ... בפרשת דפרון ... משכבר רשות ההגבלים היתה מוכנה עם כתב אישום אפילו שהיה קבוע להקראה, היה הדבר עלול לעכב את ההליך יתר על המידה ולגרום לעינוי דין משמעותי ובשיקול דעת של כל המעורבים ... שאולי זה היה שיקול דעת מוטעה, אבל היה כאן שיקול ענייני שישבו עליו גורמים מהרשויות, בדקו וחשבו והחליטו נוכח שיקול של עינוי דין לא לפתוח בחקירה נוספת שתאריך ... למעלה מן הצורך את ההליך" (שם, עמ' 31-30).

276. הסבר זה אינו משכנע. קשה להשתכנע שהחקירה שהרשות לניירות ערך אמורה היתה לבצע היתה חקירה הדורשת זמן ממושך. ניתן להעריך – בין השאר על יסוד ההודעות של הנאשמים שהוגשו בתיק שלפני לביסוס העבירה על-פי חוק ניירות ערך - שאין מדובר בחקירה מורכבת, מה גם שחלקה העיקרי (לעניין קיומו של ההסדר) מבוצע ברגיל ברשות להגבלים עסקיים. גם לא נטען, כי בתיקים אחרים נעשה מאמץ לרכז את



בתי המשפט

271

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

ביצוע החקירה לזמן קצר ככל שניתן, דבר שהיה מאפשר לגשר על פער הזמן בין מועדי סיום החקירות בשתי הרשויות. מכל מקום, לא הובהר קיומו של קריטריון שיתגבר על הפער האמור וימנע את "מחלת הילדות", כתיאור ב"כ הרשות לניירות ערך.

יתר-על-כן, בהתייחס לתיק אחר, ת"פ 960/05 מ"י נ' מרגלית (תיק הירקות הקפואים), על-פי תיאור הגב' תירוש, המידע אודות החקירה לא הועבר בזמן מרשות ההגבלים לרשות לניירות ערך. האיחור בהעברה עמד על שלוש-ארבע שנים (שם, עמ' 33), והתעורר חשש להתיישנות. על-פי הגב' תירוש, המידע גם לא הועבר מהרשות להגבלים עסקיים לרשות לניירות ערך בשני תיקים נוספים: ת"פ 366/04 מ"י נ' בידרמן הנ"ל (קרטל הגז), מפני שלא ידעו שמעורבת חברה ציבורית וגם לגבי תיק ת"פ 1142/01 מ"י נ' טמבור, שלגביו צוין כי שיתוף הפעולה בין הרשויות היה מצוי בראשיתו וחומר החקירה לא הועבר לרשות ניירות ערך מהטעם שגיבוש ההחלטה במחלקה המשפטית של ההגבלים העסקיים נמשך זמן רב.

כלל מצבים אלו אינם מלמדים על התייחסות רצינית לנושא החקירות המקבילות, מאחר שהבעייתיות שנוצרה בהם ניתנת למניעה או לצמצום באמצעות כללים מתאימים. קיומם של כללים כאלה לא הובהר.

באת-כח הרשות לניירות הערך לא הסתירה את תחושתה, שיש פגם בהתנהלות שתוארה, ובעניין זה בהגינותה גם אמרה לפרוטוקול דברים אלה:

"גם אם אנחנו רואים התנהגות שהיא לא התנהגות תקינה וההתנהגות כאן יכולה היתה להיות טובה יותר, אני לא מכחישה את זה, זה על השולחן כאן. הייתי רוצה שהדברים יתקתקו בצורה אחרת, שייבוא מידע ויועבר ובמקביל ייפתחו שתי חקירות ואז תהיה התכנסות להגשת כתב אישום משותף והכל יהיה כמו שצריך, ואני עדיין מקווה שככה הדברים ייעשו, ועדיין האם ההתנהגות הנפסדת או הפגמים שנפלו בהתנהגות הרשות מצדיקים, יוצרים



בתי המשפט

272

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

איזשהי תחושת פגיעה קשה בצדק ובהליך ההוגן שנעשה כאן כנגד נאשמים שיש בעניינם ראיות של ממש לביצוע הסדר כובל וכן לביצוע עבירת ניירות ערך" (פר', שם, עמ' 41-42).

טוען זה מלמד, כי גם אם שתי הרשויות מתייחסות ברצינות לקידום הנושאים עליהם הן מופקדות, טרם נוצרה שגרת עבודה המוסדרת על יסוד כללים המבטיחים כי הגשת כתבי האישום עם "אישום כפול" לא תתבצע באופן **מקרי** הקשור בשאלה אם החקירה ברשות לניירות ערך נפתחה בזמן שהלם את הגשת כתב האישום הכולל. מצב זה, על פניו, עלול בנקל לפגוע בשוויון.

277. ההסבר שניתן כאן על-ידי הרשויות אינו יכול להניח את הדעת. ראשית, העובדה שמעורבות שתי רשויות חוקרות: רשות ההגבלים העסקיים והרשות לניירות ערך, אינה אמורה להיות בעייתו של הנאשם, ובוודאי גם לא קצב התנהלותן ההדדי. שנית, לא ניתן להסביר מצב שבו יוגש אישום כפול כנגד חברה ציבורית אחת ולא לגבי אחרת אך ורק בשל מועד העברת המידע מרשות אחת לרשות שניה, מה גם, שלא הובהר כי נקבע כלל הכרחי לצורך זה, לפיו המידע יועבר מיידית לרשות האחרת עם הגיעו לאחת מהן ואופי החקירה שתנוהל בכל רשות ייקבע בתכנון משותף או שייקבע כלל המבטיח הגשת כתב אישום רק לאחר סיום שתי החקירות, תוך קביעת סדר התנהלותן, כדי שהאחת לא תחבל באחרת.

אכן, אין ספק כי מדובר בהתנהלות **בתום לב**. לא היתה כאן פעולה להשגת מטרה פסולה או פעולה על יסוד שיקול זר, וברי שלא היתה כאן התנהגות מכוונת וזדונית. ואולם, עדיין נפגעת תחושת הצדק באופן המניח יסוד הולם לתחולת ההגנה, כטענת הסנגורים.

משלא הוצג כלל המבטיח מועד אחיד להעברת המידע, יוצא שההתנהלות המתואמת של שתי הרשויות תלויה היתה בגורם **מקרי**. גורם מקרי כזה הוא למעשה גורם שרירותי. על-פי הגדרת מילון א' אבן שושן, "**המעשה השרירותי** – הוא מעשה הנובע



בתי המשפט

273

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

מתוך רצון פרטי סתם ולא מתוך הגיון פנימי או מתוך צורך בדבר". המקריות המשפיעה על הגשת כתב האישום, כעולה מהסברי המאשימה, היא דבר שאינו נובע "מתוך הגיון פנימי או מתוך צורך", ועל כן, לא ניתן לשלול קיומה של **שרירות**.

278. אשוב למשמעות ההסברים שנשמעו בנסיבות המקרה שלפני. כאמור, בשלב הראשון של התנהלות התיק, דחיתי את טענת ההגנה מן הצדק שהועלתה כטענה מקדמית, בין השאר לאור הטענה ששיתוף הפעולה בין שתי הרשויות היה אז בחיתוליו. ואולם, בעשר השנים שעברו, הוגשו שלושה כתבי אישום שמעוררים שאלת פגיעה בשוויון בעניין דן, והובהר כי מספר המקרים המעוררים את השאלה רב יותר. הנאשמים הפנו לשורת **חקירות** שנערכו מאז הוגש כתב האישום דן ברשות ההגבלים העסקיים כלפי חברות ציבוריות, ואשר לא הניבו כתבי אישום, אלא קביעות ממונה שמדובר בהסדר כובל או צו מוסכם בלבד, וזאת אף כי נתגלתה עבירה. באי-כח הנאשמים מדגישים, כי בחקירות אלו, שלכאורה היה בהן גם כדי להביא לאישום פלילי והמעורבים נחקרו באזהרה, **לא נפתחה כלל חקירה ברשות לניירות ערך**. עובדה זו לא היתה במחלוקת. מכאן, שלא אומץ כלל המבטיח את השוויון, על-ידי הבטחת מועד סיום מקביל לשני מסלולי החקירות (כמובן, על-ידי קביעת מועד תחילת החקירה המקבילה).

279. לאור האמור, אין בידי לקבוע כי הוצגה על-ידי הרשויות המעורבות שיטה אחידה המיישמת קריטריונים בהירים לפעולה, ועובדה זו מעוררת תחושת אי-צדק חריפה. אכן, אפשר ששיקולים הקשורים בחומר הראיות מובילים לצו מוסכם דווקא או לקביעה על-פי סעיף 43 לחוק בלבד ואינם מצדיקים גם חקירה ברשות לניירות ערך, ואולם, שיקולים ספציפיים אלו לא פורטו ולא הובהר כי שיקול של ממש עומד מאחורי הגשת "אישום כפול" דווקא במקרה שלפני, וזאת, אף כי התבקש הסבר לשוני בגישה ואף כי ניתנה הזדמנות להציגו. בנסיבות אלו, נותרה תמונת המדיניות הכוללת בלתי נהירה ובלתי סדורה, וככזו איני רואה הבדל בינה ובין "שרירות".



בתי המשפט

274

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופט מרים מזרחי

280. כבר נאמר, כי אמנם אין "זדון" או כוונה רעה מאחורי התנהלות זו, והכל נעשה בתום לב. ואולם, גם כך נפגעו השוויון "ותחושת הצדק האוניברסלית" (ע"פ 2910/94 יפת נ' מ"י). בהקשר זה ב"כ הנאשמים הפנו לע"פ (מחוזי ת"א) 70095/08 ישראל נ' אליהו אור (תקדין), שבגדרו כתב כב' השופט ע' פוגלמן:

"ודוק – טענה של אכיפה בירנית היא טענה של פגיעה בשוויון ... לשם הוכחת פגיעה בשוויון לא נדרשת בהכרח הוכחה של הפליה מכוונת וזדונית ואין לשלול אפשרות כי הפגיעה בשוויון תהיה פועל יוצא של פעולת רשות שבתום לב יסודה".

כן הפנו ב"כ הנאשמים באותו הקשר לע"פ (מחוזי י-ם) 30636/06 מ"י נ' מטר נדיה (תקדין), ואף לספרה של מ' טמיר **אכיפה סלקטיבית** (נבו), בו נכתב:

"לדעתי, אכיפה מדגמית מאבדת את הלגיטימיות שלה כאשר המדגם הוא פרט בודד אחד. במצב כזה גובר החשש כי שיקולים זרים השפיעו על בחירתו של הפרט המסויים מבין הפרטים הרבים הידועים לרשויות האכיפה כמפריס את הנורמה הרלבנטית. זאת ועוד, גם אם לחשש זה אין בסיס בנסיבות, הרי שתחושתו הקשה של הפרט כי הוא 'שעיר לעזאזל' וכי המדינה פועלת בשרירות – מטה את הכף לעבר שלילת מדגם הכולל רק פרט אחד" (שם, 170).

בדברים אלה גלום הרעיון, לפיו אף כאשר נבחר המקרה היחיד שבגדרו מבוצעת האכיפה **בשיטה אובייקטיבית כלשהי** אשר בוחרת בתום לב מקרה אחד מתוך רבים, מתעוררת תחושת חוסר צדק. קל וחומר, כאשר המקרה היחיד "נבחר" שלא מכח יישום כלל כלשהו, אלא באופן מקרי לחלוטין. לשיטתי, גישה כזו היא **שרירותית** ופסולה.

281. על יסוד שיקולים אלה, מקובלת עלי טענת הנאשמים, כי הגשת האישום בעניין עבירות חוק ניירות הערך כלפיהם נגועה בשרירות, ומניחה מקום להגנה מן הצדק, וכך לביטולו של האישום.



בתי המשפט

275

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

בשולי הדברים אעיר, כי ההתנהלות המשותפת שתוארה, שליקוייה ברורים, טעונה תיקון ושיפור. מן הראוי ששתי הרשויות תטפלנה בנושא הגשת האישום הכפול על-ידי תכנון היורד לפרטים והמבטיח, בין השאר, שהחקירה בכל אחת מהן תפתח במועד שיבטיח שהתנהלות הרשות האחת לא תעכב את הרשות השניה.

282. לעניין השלב השלישי שצוין במבחן שהעמיד בית המשפט בעניין בורוביץ, ושבגדרו על בית המשפט להשתכנע שלא ניתן לרפא את הפגמים באמצעים יותר מתונים ומידתיים מאשר ביטולו של כתב האישום. אציין, כי לא הוצעו אמצעים כאלה ולא מצאתי אותם. אוסיף, כי להערכתי ההרשעה בעבירה על חוק ההגבלים העסקיים די בה במקרה דנן כדי להבטיח את ההתרעה הפלילית הדרושה. כמו-כן, אין מדובר בביטולו של כתב האישום כולו, אלא בביטול חלק ממנו, וגם מהיבט זה אין הדבר פוגע בהרתעה הנחוצה. לכן, מהלך זה של ביטול האישום על-פי חוק ניירות ערך אינו מרחיק לכת כלל.

סיכום קצר

283. משבעת האישומים שכלל כתב האישום הוכחו רק שניים מהם לגבי חלק מהנאשמים.

284. משלושת האישומים הראשונים שעסקו, על-פי הנטען, בהסדרים שנולדו בישיבות בית איטונג (מחיר מינימום, אי-ייבוא, מכסות), הוכח רק הראשון, שעניינו הסדר מחיר המינימום. על-פי קביעות הכרעת דין זו, אין לראות הסדר זה כהמלצת מחיר חד-צדדית שהופנתה בבית איטונג, אלא כהסכמה של כלל משווקות הפיטינגים יחד עם יצרן הפיטינגים לעניין המחיר שיועמד בשוק, הסכמה שהושגה בישיבות בית איטונג. קביעה זו נעשתה על יסוד הראיות הישירות לגבי חילופי הדברים בישיבה, וגם על יסוד ראיות נסיבתיות.



בתי המשפט

276

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

לגבי הסדר אי-היבוא – לא היו ראיות ישירות טובות דיין להוכחת הסכמה שעניינה אי-יבוא, וגם לא ראיות נסיבתיות חזקות דיין, ובאשר להסדר המכסות – גם אם "מנגנון המכסות" הוכח, הובהר כי לא נקבעו בגדרו מכסות מכירה או רכישה, אלא הוא שימש כאמצעי לחישוב הבונוסים, וכך היה למעשה בגדר קביעת מחיר חד-צדדית לפיטינגים, שמודגל היתה זכאית להעמידה. קבלת המחיר בהסכמה על-ידי המשווקים לא היה בה כדי להוות הסדר, כפי שהיענות לכל מחיר ברכישה אינה הסדר כובל.

285. משלושת האישומים הנוספים המתייחסים להסדרים כובלים, שכונו על-ידי המאשימה "הסדרים פרטניים" – אישום רביעי, אישום חמישי ואישום שישי – הוכח רק אחד, ההסדר עם טסה, שעניינו אי-יבוא.

שני ההסדרים האחרים לא הוכחו מעבר לספק.

286. נותר **האישום השביעי**, המתייחס לאי-גילוי דבר ההסדרים הנטענים, שבהקשר אליו רלבנטיים רק ההסדר אליו מתייחס האישום הראשון וההסדר אליו מתייחס האישום הרביעי, מאחר שהאחרים לא הוכחו. אישום זה בוטל על-ידי, לאחר קבלת טענת ההגנה מן הצדק.

להלן רשימת הנאשמים שדינם הרשעה:

287. **מחיר המינימום**

אני מרשיעה את מודגל, בן הרצל, מנדלסון, סמי לוי, א.ש. טסה (1993) בע"מ, אליהו טסה, ח.ג.י.י. חברה לשיווק והספקה לבניין בע"מ, רוזנברג משה, ש.א.ח.פ. הנדסה (1979) בע"מ, ברי אוריאל, ברי מרדכי, ש.א.ל. ציוד טכני בע"מ, ש.א.ל. מרכז בע"מ, מיכאל אלקלעי, ניר אלקלעי, יעקב אלשייך, בחסי חיים, פרופילון סחר (1987) בע"מ, אברהם ברנט, י.א. וולפמן בע"מ, יורם וולפמן, ומזכה את שאלתיאל טסה, חב' א.א.א. טסה בע"מ, מרדכי חודרלנד, חב' ח.ג.י.י. המשביר בע"מ.



בתי המשפט

277

ת"פ 1274/00

בית המשפט המחוזי ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי

בעבירת הסדר כובל שעניינה **הסדר פרטני מודגל טסה**, להימנע מייבוא, אני מרשיעה את מודגל, בן הרצל, א.ש. טסה (1993) בע"מ, אליהו טסה, שאלתיאל טסה, ומזכה את מנדל גולדברג.

288. אשר ליתר האישומים – יזוכו כלל הנאשמים שהעבירות הכלולות בהן יוחסו להם.

ניתנה היום, ז' בניסן תש"ע (22.3.2010), במעמד באי-כח המאשימה, הנאשמים ובאי-כוחם.

מרים מזרחי, שופטת