

## בתי המשפט

פ 167/03		בבית המשפט המחוזי בירושלים	
07/02/2007		כב' השופט משה רביד	לפני:

בעניין: מדינת ישראל  
ע"י ב"כ עו"ד אבנר פינקלשטיין

המאשימה

נ ג ד

1. מרדכי כהן  
2. אהוד פוזיס  
3. פארמה גרין בע"מ  
ע"י ב"כ 1, 3. עוה"ד יוסף בנקל ושמואל גלינקא  
2. עוה"ד נבות תל-צור ואילת לשם

הנאשמים

## הכרעת דין

### כתב האישום

1. נגד הנאשמים, מרדכי בן יעקב כהן (להלן - "נאשם 1"), אהוד בן אליעזר פוזיס (להלן - "נאשם 2") וחברת פארמה גרין בע"מ (להלן - "נאשמת 3") הוגש כתב אישום, המייחס להם ניסיון לעריכת הסדר כובל, עבירה לפי סעיף 4 בשילוב עם סעיף 2(א) וסעיף 2(ב)(1) בשילוב עם סעיף 47(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן - "חוק ההגבלים העסקיים"), בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן - "חוק העונשין").

2. העובדות המפורטות בכתב האישום הינן כדלקמן: במועדים הרלוונטים לכתב האישום, היתה הנאשמת 3 חברה פרטית, אשר עסקה בייבוא של מזון בריאות ובשיווק, ושיווקה, בין היתר, את חטיף הבריאות אנרג'י, הנטען להיות בעל נתח השוק הגדול ביותר בשוק חטיפי הבריאות. נאשם 1 כיהן כמנהלה הכללי של נאשמת 3, חברת בת של חברת פארם אפ בע"מ (להלן - "פארם אפ"), והחזיק ב-11% ממניותיה. נאשם 2, הבעלים של פארם אפ ומנהלה הכללי, כיהן כיושב ראש מועצת המנהלים של נאשמת 3 ושימש כמנהלה הפעיל.

במועדים הרלוונטים לכתב האישום, שימש מעוז מטרסו (להלן - "מטרסו") מנהל השיווק של החברה המאוחדת להפצה ולמסחר בע"מ (להלן - "החברה המאוחדת"), אשר עסקה בייבוא ובשיווק מוצרי מזון, ושיווקה, בין היתר, את חטיף הבריאות קורני. דן הכט (להלן - "הכט") שימש, במועדים הרלוונטים

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

ביום 8.8.2001 התקיימה, ביוזמתו של הנאשם 1 וכדיעתו של הנאשם 2, פגישה בין הנאשם 1 לבין מטרסו, בבית קפה אלכסנדר בתל-אביב. במהלך הפגישה הבהיר נאשם 1 למטרסו, כי הוא פונה אליו על בסיס תיאום מוקדם עם הכט ופידן סחר, בהציעו למטרסו לתאם מחירי חטיפי הבריאות, המשווקים על-ידי הנאשמת 3 והחברה המאוחדת. נאשם 1 אמר למטרסו, כי על החברה המאוחדת להעלות את מחירו של חטיף הבריאות קורני, כשהוא נוקב בטווח מחירים לצרכן בגדרו החברה המאוחדת תקבע את מחירו של חטיף הבריאות. מטרסו הבהיר בתגובה, כי עליו להתייעץ עם גורמים בכירים בחברה המאוחדת וכי מכל מקום לא יעלה בידי החברה המאוחדת לעדכן את מחיר חטיף הבריאות קורני קודם לשלהי חודש דצמבר 2001, מפאת התקשרויות קודמות של החברה עם רשתות השיווק. לאחר הפגישה דלעיל, פנה מטרסו למאשימה, הרשות להגבלים עסקיים (להלן - "המאשימה") והביא העניין לידיעתה.

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

ביום 6.1.2002 התקיימה פגישה בין הנאשמים 1 ו-2 לבין מטרסו, במלון דן בתל-אביב, במהלכה חזרו על ההסכמה ביחס למחירי חטיפי הבריאות. נאשמים 1 ו-2 ניסו לגרום לחברה המאוחדת לפעול לביצועה המיידית של ההסכמה, היינו, שתעלה באופן מיידית את מחיר חטיף הבריאות קורני. הנאשמים 1-2 אף ביקשו לפעול בשיתוף פעולה עם החברה המאוחדת מול מנהלי רשתות השיווק, על מנת לשכנע האחרונים לבנות קטגוריה מבודלת לחטיפי הבריאות ולהקצות לה שטחי מדף גדולים יותר, והוסיפו והציעו לחברה המאוחדת להקים גוף משותף, אשר יפיץ את חטיפי הבריאות אנרג'י וקורני יחדיו.

## תשובת הנאשמים

3. בדיון שהתקיים ביום 2.6.2004 כפרו הנאשם 1 והנאשמת 3 במרבית עובדות כתב האישום המיוחסות להם. לטענתם, לא קיים שוק חטיפי בריאות וממילא מוכחשת חלוקת השוק הנתענת, לפיה חטיפי הבריאות אנרג'י, קורני וצ'ואי, הינם המובילים בשוק כאמור, וכי אנרג'י בעלת נתח השוק הגדול ביותר. הנאשמים הודו כי במועדים הרלוונטים לכתב האישום עסקה הנאשמת 3, שהינה חברה פרטית, בייבוא של מזון בריאות ובשיווקו, ובין היתר שיווקה את חטיף הבריאות אנרג'י, וכי הנאשם 1 החזיק ב-11% ממניות הנאשמת 3. הנאשם 1 כפר בעובדה, לפיה יזם הפגישה עם מטרסו בבית קפה אלכסנדר בתל-אביב וכן כפר באמירות המיוחסות לו באותה פגישה, בהציגו הגרסה לפיה השיחה נסבה על נושאי הבריאות באופן כללי על רקע תנועות בשוק מוצרי הבריאות ונסיונות ליצור מיזוגים או רכישות של יבואנים. אשר לשיחות שהתקיימו ביום 11.11.2001 וביום 26.11.2001, כפר הנאשם 1 במיוחס לו בצינו כי השיחות נסבו על מדיניות שיווקית, עת מטרסו, אשר חפץ לסלק מתחרה מהשוק, הסיתו והדיחו לדבר עבירה. אשר לפגישה מיום 6.1.2002 במלון דן בתל-אביב, הנאשם 1 כפר באמירות המיוחסות לו באותה פגישה, בהוסיפו כי זו נמנתה על אותן פגישות בהן דנו בשוק מוצרי הבריאות. אשר לכוונת הנאשמים לפעול בשיתוף פעולה עם החברה המאוחדת מול רשתות השיווק על מנת לשכנעם לבנות קטגוריה מובדלת לחטיפי הבריאות, הנאשמים הודו במיוחס להם, בהדגישם כי לא קיים שוק חטיפי בריאות, וכל כוונתם היתה ליצור מצב שבעקבותיו יהא בעתיד שוק כאמור. הנאשמים 1 ו-3 הודו כי לא קיבלו היתר מבית הדין להגבלים עסקיים או אישור הממונה על הגבלים עסקיים, בהינתן כי אין לראות במעשיהם ניסיון לעריכת הסדר כובל.

4. אשר לנאשם 2, הלה הצטרף בתשובתו לכתב האישום לתשובת הנאשמים 1 ו-3, בהוסיפו כי הוא כופר בטענה כי שימש מנהל פעיל בנאשמת 3, עת הנאשם 1 ניהל את החברה באופן בלעדי, בעוד הוא שימש הבעלים והמנהל של פארם אפ, חברה אשר נפח פעילות הנאשמת 3 בה היה אך של 4%. הנאשם 2 כפר בעובדות הנתענות ביחס לפגישה שהתקיימה בבית קפה אלכסנדר בתל-אביב ביום 8.8.2001 בין נאשם 1 לבין מטרסו ולשיחות שהתקיימו בין השניים ביום 11.11.2001 וביום 26.11.2001, מחוסר ידיעה. אשר לפגישה שהתקיימה כאמור בבית קפה אלכסנדר, הנאשם 2 כפר במיוחס לו, בהוסיפו כי קיבל מהנאשם 1 עדכון כללי ביותר בנוגע לאותה פגישה, שנגע לפעילות בדבר יצירת קטגוריית

שוק והתארגנות מול רשתות השיווק. אשר לפגישה שהתקיימה במלון דן בתל-אביב, הנאשם 2 לא כפר בקיומה, אלא שהצטרף אליה באופן ספונטני, בשל אילוצי מזג אוויר שהביאו לסיומו המוקדם של סיור קודם בו נטל חלק. הפגישה עצמה היתה פגישת היכרות ודובר בה על יצירת קטגוריה מול רשתות השיווק, כאשר ניסיון מטרסו להעלות את נושא המחירים ולהדיח הנאשמים נקטע באיבו עם כניסת חוקרי המאשימה לפגישה.

## הצגת הראיות

5. בהתאם להוראת סעיף 144 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, הודיעו באי-כוח הצדדים, בדיון שהתקיים לפני ביום 2.6.2004, על הסכמתם להגשת מוצגי התביעה (ת/1-41) לתיק בית המשפט, שלא באמצעות עדים, בכפוף לזכות הנאשמים לחקור הגורמים הרלוונטים על חומר זה. הנאשמים הגישו מוצגיהם (נ/1-15), הכוללים, בין היתר, חוות דעתו של פרופ' מיכאל פרי, מומחה בתחום התכנון האסטרטגי והשיווקי, וחוות דעתו של עו"ד יונתן נפתלי, מומחה בתחום הגרפולוגיה. מטעם המאשימה העידו מטרסו, אריה אשד - ראש צוות מודיעין ברשות להגבלים עסקיים, שלומי קוך - מנכ"ל החברה המאוחדת (להלן - "קוך"), שרון צ'צ'יק - חוקרת ברשות להגבלים עסקיים, והכט. מטעם הנאשמים העידו הנאשם 1, הנאשם 2, יוני שסטוביץ - מנכ"ל חברת שסטוביץ, אילן שחר - מנהל מסחרי וקניין, ופרופ' מיכאל פרי. טרם בחינת הראיות בתיק, הערכתן וניתוחן, לאור הסוגיות המתעוררות בנסיבות המקרה דנן, אעמוד בקליפת אגוז על המתווה הנורמטיבי של עבירת ההסדר הכובל, הקבועה בחוק ההגבלים העסקיים.

## המסגרת הנורמטיבית

6. כתב האישום מייחס, כאמור, לנאשמים ניסיון לעריכת הסדר כובל, שעניינו תיאום מחירים בין הנאשמת 3 לחברה המאוחדת, אשר ייבאו ושיווקו, כל אחת, במועדים הרלוונטים לכתב האישום, את חטיפי הבריאות אנרג'י וקורני, בהתאמה, עבירה לפי חוק ההגבלים העסקיים. על התכלית המונחת ביסוד חוק ההגבלים העסקיים עמדו בתי המשפט בשורה של פסקי דין, בקובעם כי תכלית החוק הינה הבטחת עקרון התחרות החופשית בשוק העסקי בישראל. פגיעה בתחרות החופשית משמעה שלילת זכות הציבור ליהנות מיתרונותיה הרבים של התחרות, המתבטאים, בין היתר, בהפחתת מחירים, בשיפור איכות המוצרים

ובהקצאתם היעילה של המקורות במשק. כך הנשיא א' ברק בע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213 (1998), בקובעו בעמודים 229-230 כהאי לישנא:

"התחרות החופשית היא אבן יסוד בכל שיטת משטר דמוקרטי, בהיותה סממן בולט של חירות הפרט להגשמת האוטונומיה שלו. בהגשמת התחרות החופשית ובשמירה עליה יש משום ביזור מוקדי ההכרעה החברתיים ומניעת ריכוז יתר של כוח בידי השלטון או גופים מונופוליים פרטיים. היו שראו בשמירה על התחרות החופשית, כמנגנון הכרעה דמוקרטי בקבלת החלטות חברתיות בתחום הכלכלי, כאשר שמירת כוחו של הצרכן להכריע בין אלטרנטיבות כלכליות מקנה לו, למעשה, כוח להשפיע ולהכריע גם בהכרעות כלכליות כלליות של החברה. ... ההגנה על התחרות החופשית עומדת גם ביסוד ההגנה על זכויות יסוד אחרות. כך, לדוגמא, אין לנתק בין חופש התחרות לבין חופש העיסוק. ... חופש התחרות ויתרונותיו אינם אך יתרונות של היצרנים המתחרים זה מול זה. תחרות חופשית וההגנה עליה באים גם להגן על הצרכן. דיני ההגבלים העסקיים, הם ה'מגנא כרטא' של זכויות הצרכן והתחרות החופשית."

וראו גם דברי השופט מ' חשין בדנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ ואח', פ"ד נו(1) 56 (2001), אשר בנמקו היות עקרון התחרות החופשית דוקטרינת תשתית בשיטת המשפט בישראל, הורנו בעמודים 78-79 לפסק הדין:

"כי תחרות חופשית חיונית היא להגברת היעילות במשק, לפיתוחו של המשק ולצמיחתו; כי התחרות היא הערובה האופטימלית להשגת המוצר והשירות הטובים ביותר בתנאים הטובים ביותר; כי תחרות מעודדת יוזמות חדשות, מביאה להחלפתם של גורמי יצור ישנים בגורמי יצור יעילים וטובים מהם; כי תחרות מסייעת לנייד משאבים לאפיקי פעילות מועילים יותר."

בהוסיפו בעמוד 80 לפסק הדין:

"על צידנו שלנו נוסיף, כי התחרות החופשית מהווה שריג - ושריג רב-ערך - בעקרון תקנת הציבור, וכי בימינו נועדה היא בראש ובראשונה להגן על הצרכן, אותו צרכן שתניות האי-תחרות עלולות לפגוע בו."

7. בהתאם לתכלית הניצבת בבסיס חוק ההגבלים העסקיים, ביקש המחוקק להצר צעדיהם של הסדרים, אשר נועדו לפגוע בתחרות החופשית. כך מצונו הוראת סעיף 4 לחוק, הקובעת כי "לא יהיה אדם צד להסדר כובל, כולו או מקצתו".

המונח 'הסדר' מוגדר בסעיף 1 לחוק כדלקמן:

"הסדר" - בין במפורש ובין מכללה, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו."

בע"פ 1042/03 מצרפס שותפות מוגבלת בע"מ (1974) נ' יעקב בן יצחק הרץ, פ"ד נח(1) 721 (2003) אימץ בית המשפט העליון את הפרשנות המרחיבה שהעניק נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים, השופט ורדי זילר, למונח 'הסדר' בת"א (מחוזי ירושלים) 396/87 אורי קיסין נ' פטרולגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ, דינים-מחוזי כרך לב(6), 650 (1990), בהתייחסו לפרשנות שיש ליתן לביטויים ולמונחים שונים בחוק ההגבלים העסקיים לאור תכליתו, בקובעו בעמוד 11 לפסק הדין לאמור:

"כך, למשל, צריך להינתן למלה 'הסדר' שבסעיף 2 בחוק, הפירוש המרחיב ביותר.

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

נוכח האמור לעיל נראה לי, שהפירוש היחיד המשיג את מטרת החוק בתחום זה צריך לקבוע, שהמילה הסדר כוללת כל דרך מתואמת, המופעלת על ידי בני אדם, המנהלים עסקים, ושמגמתה השלטת הסדר כובל. אין זה מעניינו של החוק אם תיאום זה הושג בדרכי קונספירציה, או בדרכי הסדר, או באמצעות צד ג', או על ידי קריצת עין, או על-ידי צחוק של הבנה, או על-ידי מתאם שהוא זר להסדר, או על-ידי דברים שנאמרו למאן דהוא שאינו שייך לעניין, כדי שהדברים יישמעו על-ידי מישהו השייך לעניין, או בכל דרך אחרת. המילה 'הסדר' שנקט אותה המחוקק היא רחבה מספיק, כדי ללכוד בתוכה את כל מגוון האפשרויות שתוארו לעיל, כמו גם כל אפשרות אחרת, וכל חידוש או המצאה שיחודשו או יומצאו בעתיד, ושיביאו לכלל תיאום בין הצדדים עליהם מדבר החוק. החוק דובר אל קוראיו כך: כל דרך שתנקטו אותה ושיש בה, או שהיא מובילה, לתיאום המוביל להסדר כובל, הוא 'ההסדר' הכתוב בחוק."

עמד על כך בית המשפט בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' דר' איתמר בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005), בקובעו בעמודים 860-861 כדלהלן:

"המונח 'הסדר' עצמו רחב יותר מהמונחים 'חוזה' או 'הסכם'. הגדרה רחבה זו נועדה לכלול בחובה כל סוג של הסכמה וכל דרך של הגעה להסכמה בין הצדדים להסדר. ההסדר אינו צריך

להיות בעל מעמד משפטי של חוזה (כך לדוגמה, הוא איננו כפוף לכללים הרגילים של הצעה וקיבול או מסוימות) ודי ברמה מינימלית כלשהי של הבנה משותפת, הסכמה או שיתוף פעולה בין הצדדים לשם יצירתו. ... מלשון הגדרתו של המונח 'הסדר' עולה, כי ההסכמה להסדר איננה צריכה להיות מפורשת, ויכולה להיות גם הסכמה מכללית או הסכמה בהתנהגות. מכך ניתן ללמוד, כפי שטוענת המדינה, כי די גם בהסכמה שבשתיקה ליצירת ההסדר.

...

פרשנות רחבה זו של המונח הסדר תואמת גם את תכליתם העיקרית של דיני ההגבלים העסקיים, אשר נועדו להבטיח את התחרות החופשית במשק ועל-ידי כך לקדם את האינטרס של ציבור הצרכנים ליהנות ממוצרים באיכות טובה יותר במחירים סבירים. ... יתר על כן, התחרות החופשית, עליה מגנים דיני ההגבלים העסקיים, מגבירה את יעילות הקצאת המשאבים במשק, מעודדת את הצמיחה ואף תורמת לחלוקה צודקת יותר של ההכנסות במשק.

...

כאשר באים לפרש את המונח 'הסדר', לאור תכליתם האמורה של דיני ההגבלים העסקיים, ברי כי אין לייחס חשיבות רבה לאופן שבו הביעו הצדדים את הסכמתם להסדר הכובל. הסדר כובל שנעשה על-פה, או הסדר שעליו הסכימו הצדדים בקריצת עין או על-ידי הנהון בראשיהם, עלול לפגוע בתחרות לא פחות מהסדר כובל שנעשה בכתב תוך הבעת הסכמה מפורשת של הצדדים. כאמור לעיל, ההסדר הכובל אף אינו צריך להיות מחייב על-פי הדין, על מנת שייחשב להסדר על-פי חוק ההגבלים (למעשה, ההסדר הכובל הוא חוזה בלתי חוקי לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ואיננו תקף אף בין הצדדים לו. ...). 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.

עמדה על כך גם המלומדת מיכל (שיצר) גל, במאמרה "מהו 'הסדר'? קו הגבול בין תיאום לבין התאמה בחוק ההגבלים העסקיים" עיוני משפט כט (תשס"ז-2006) 591, בקובעה בעמודים 595-596 כהאי לישנא:

"מטרתו העיקרית של חוק ההגבלים העסקיים היא למנוע מכשלות מלאכותיות לתחרות, אשר יעצרו את הדינמיקה הטבעית של כוחות השוק ויפגעו ברווחת הכלל. במסגרת זו החוק אוסר הסדרים בין חברות שמשנים באופן רצוני ומכוון את התנאים השוררים בשוק, ואשר פגיעתם בתחרות עולה על יתרונותיהם לציבור. כפי שמדע הכלכלה מוכיח, להסדרים אלה

- שחברות בוחרות בהם על מנת להימנע מהצורך להתחרות ולקבל החלטות באופן עצמאי - עלולות להיות השפעות שליליות משמעותיות על הרווחה החברתית.

...

תכליתה של הגדרה רחבה זו [של המונח 'הסדר' בסעיף 1 לחוק] היא להבטיח לכידה של כל הווריאציות והאפשרויות הקיימות בעשיית הסדרים עסקיים. כמאמרו של השופט דוד חשין, תכלית ההגדרה היא 'הימנעות מכך שניצחונה, הצפוי [של המציאות] על כוח הדמיון של המחוקק יביא לפגיעה לא רצויה ביכולתם של דיני ההגבלים העסקיים להגן על קיומה של התחרות החופשית. שהרי, המציאות חזקה מכל דמיון...'. בהתאם לכך, במקום לתחום רשימת מקרים ספציפיים שבהם משתכלל הסדר, אימץ המחוקק הגדרה כללית הכוללת כל הסכמה בין צדדים עסקיים."

העולה מן המקובץ, הסכמה להסדר אינה חייבת להיות מפורשת וזו יכולה להיות גם מכללא או בהתנהגות, עת אין באופן הבעת ההסכמה על-ידי הצדדים ובגיבושה כדי להשליך על קיומו של הסדר דה-פקטו.

8. אשר להיגד 'הסדר כובל', מורנו סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, לאמור:

## "2. הסדר כובל

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

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

(1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;

(2) הריווח שיופק;

(3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;

(4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם."

סעיף 2 לחוק קובע שני סוגים של הסדרים כובלים. הסוג האחד, הקבוע בהוראת סעיף 2(א) לחוק, עניינו מבחן מהותי-פונקציונאלי, קרי, מבחן של פגיעה בתחרות, במסגרתו תיבחן השאלה האם ההסדר שנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים מונע תחרות בעסקים או מפחיתה. די שמטרת ההסדר הינה להפחית את התחרות ואין צורך להוכיח שהוא פגע בפועל בתחרות. נדרשת התנהגות העלולה לגרום, בהסתברות מסוימת, לתוצאה של פגיעה בתחרות. לאמור, די בפגיעה



פוטנציאלית בתחרות כדי להעמיד בסכנה את הערכים החברתיים שעליהם בא חוק ההגבלים העסקיים להגן (ראו, ע"פ 4855/02, לעיל, עמודים 867-868).

הסוג השני, הקבוע בהוראת סעיף 2(ב) לחוק, עיקרו מבחן צורני, קרי, הוראת הסעיף קובעת חזקה חלוטה, לפיה הסדר באחד מן העניינים המנויים בה חזקה עליו כי פוגע הוא בתחרות, ומשכך הינו בגדר הסדר כובל. הלכה פסוקה היא, כי הסדר הנופל בגדר אחת החלופות, המנויות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, מקים חזקה חלוטה לקיומו של הסדר כובל ושוב אין צורך להוכיח פגיעה בתחרות (ראו, דנ"א 4465/98, לעיל, עמוד 95; ע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 590, עמוד 599 (2003); ע"פ 4855/02, לעיל, עמודים 869-870. ראו גם עמדתו החולקת של השופט טירקל ברע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ, פ"ד נח(2), 635, עמוד 646 (2004), הסבור כי יש לנקוט גישה מצמצמת בהגדרת ההיגד הסדר כובל, לפיה אין לראות במקרים המנויים בסעיף 2(ב) לחוק חזקות חלוטות, אלא יש לבחון את סבירות פגיעתו של ההסכם בתחרות). עמדה על כך גם המלומדת מיכל (שיצר) גל במאמרה "לבור את המוץ מהתבן - היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל בהתאם לפסיקה האחרונה" דין ודברים א (תשס"ה-2004) 533, בהדגישה בעמוד 547, כי קיומן של החזקות החלוטות, המוגדרות בבירור והחלות בקטגוריות של מקרים בהם הפגיעה המסתברת בתחרות היא כמעט חד משמעית, מהווה דין רצוי, בהיותן מקדמות את הוודאות המשפטית, את רמת ההרתעה של החוק וכן חוסכות משאבים יקרים של אכיפה והוכחה.

9. אשר ליסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל, הרי שבהתאם להוראת סעיף 19 לחוק העונשין, החלה על העבירות הקבועות בחוק ההגבלים העסקיים מכוח הוראת סעיף 34 כג לחוק העונשין, עבירת ההסדר הכובל דורשת קיומה של מחשבה פלילית לשם השתכללותה. מחשבה פלילית מוגדרת בסעיף 20 לחוק העונשין כמודעות בפועל של עושה העבירה לטיב המעשה ולקיום הנסיבות, היינו, ליסודותיה העובדתיים של העבירה, הלוא הם רכיבי הגדרת ההסדר הכובל, לפי אחת משתי החלופות הקבועות בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים. כמו כן, על עושה העבירה להיות מודע לרכיב השלילי בהגדרת עבירת ההסדר הכובל בסעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים, שעניינו העדר 'הכשר' מתאים להסדר הכובל. עמד על כך בית המשפט העליון בע"פ 4855/02, לעיל, בקובעו בעמוד 873 לפסק הדין לאמור:

“נדרשת מודעות בפועל של עושה העבירה, לכך שהוא צד (או אורגן של צד) להסדר, שנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר. אם מדובר בהסדר שעניינו אחד מהנושאים המפורטים בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, פוטנציאל הפגיעה של ההסדר בתחרות איננו אחד מרכיבי היסוד העובדתי של העבירה. אשר על כן, לא נדרשת במצב מעין זה מודעות לפוטנציאל הפגיעה של ההסדר בתחרות אלא די בכך שתוכח מודעות של עושה העבירה לנושא הכבילה הרלוונטי בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים. לדוגמה, מודעות לכך שהכבילה נוגעת למחיר שיידרש, שיוצע או שישולם; או מודעות לכך שהכבילה נוגעת לרווח שיופק.”

שם, דחה בית המשפט הן הטענה בדבר דרישה למניע מיוחד או מטרה של הצדדים להסדר לפגוע בתחרות, בקובעו כי די בכך שמבצע העבירה היה מודע לכך שההסדר עלול לפגוע בתחרות, והן הטענה בדבר הצורך בקיומה של כוונת מבצע העבירה ליישום ההסדר בפועל, בהוסיפו בעמוד 876 כדלהלן:

“בהגדרת יסודה הנפשי של העבירה האמורה אין כל דרישה להתייחסות סובייקטיבית-ערכית מצד עושה העבירה, ויסוד זה מתקיים גם כאשר העושה איננו מודע לאופי האנטי-חברתי של התנהגותו, או אף מאמין באמת ובתמים שבמעשיו אין כל פסול.”

10. לאחר שעמדנו על מושכלות ראשונים בעבירת ההסדר הכובל, הקבועה בחוק ההגבלים העסקיים, הרי שנפתח לפנינו הצוהר לבחינת יריעת המחלוקת, אשר לאחריה נבוא לניתוח מפורט ומעמיק של הוראותיו הרלוונטיות של חוק ההגבלים העסקיים, לרבות הוראותיו של חוק העונשין, ככל שאלה נוגעות לנסיבות המקרה שלפנינו.

### **תמצית טענות המאשימה**

11. לטענת ב"כ המלומד של המאשימה, עו"ד אבנר פינקלשטיין, הוכח מעל לכל ספק סביר, כי הנאשמים ביצעו העבירה של ניסיון לעריכת הסדר כובל. בנתחו בהרחבה חומר הראיות בתיק, לרבות תמלילי השיחות, הודעות הנאשמים והעדויות שניתנו בבית המשפט, טען ב"כ המאשימה, כי יסודות עבירת ההסדר הכובל התקיימו בעניינם של הנאשמים, לפי כל אחת משתי החלופות הקבועות בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, בהינתן היות הנאשמים כולם מנהלי עסקים,

אשר היו צד להסדר, שעניינו רמת מחירים מינימאלית של חטיפי הבריאות, הסדר אשר לא קיבל את אישור בית הדין או היתר הממונה על הגבלים עסקיים.

ב"כ המאשימה ביקש לדחות טענות ההגנה שהעלו הנאשמים במהלך הדיון, באמצעות באי-כוחם, בהדגישו המשקל הרב שיש לייחס לתמלילי השיחות ולהודעות הנאשמים, אשר ניתנו בזמן אמת, להבדיל מעדותם המאוחרת, אשר במסגרתה ביקשו הנאשמים לטעון לקווי הגנה, אשר אינם נתמכים בחומר הראיות הקיים בתיק ועיקרם "שכלול ומקצה שיפורים", כלשונו. בהתייחס לטענת הנאשמים, לפיה השיחות נשוא כתב האישום נסבו על בחינת אפשרות למיזוג החברות או להפצה משותפת, הרי שלבד מכך כי אין בה כדי לגרוע מניסיון הנאשמים לתאם עם מטרסו רמת מחירים מינימאלית בה יימכרו חטיפי הבריאות, הרי שזו נטענה לראשונה במסגרת עדותו הראשית של הנאשם 1 בבית המשפט, ובהיותה עדות כבושה, אשר לא ניתן הסבר מניח הדעת לכבישתה, יש לייחס לה משקל אפסי. לדידו, יש לדחות את גרסת הנאשם 1, לפיה השיחות על מחירי חטיפי הבריאות היו בקשר עם הצעתו למטרסו לרכוש את חטיף הבריאות קורני או להפיצו, בהיותה גרסה מופרכת מיסודה, המלמדת אף היא על חוסר מהימנות הנאשם 1. אשר לטענת הנאשמים, לפיה אין לראות בשיחות על מחירי חטיפי הבריאות משום תיאום מחירים, הואיל ואלה נסבו על המחיר לקמעונאי, עליו אין לנאשם 1 ולמטרסו כל השפעה, ולא על המחיר לצרכן, ביקש ב"כ המאשימה לדחותה מכל וכל. כך, בהפנותו, בין היתר, לתמלילי השיחות בין הנאשם 1 למטרסו, במסגרתן גילה הנאשם 1 דעתו הנחרצת בדבר יכולתו להשפיע על המחיר לצרכן, הן באמצעות "טיפול" בקמעונאי והן באמצעות הפסקת שיווק חטיף הבריאות לקמעונאי.

אשר לנאשם 2, ביקש ב"כ המאשימה לדחות קו ההגנה בו נקט, בהדגישו כי, כעולה מחומר הראיות בתיק, הנאשם 2 היה מעורב ומידוע בנוגע לכלל השיחות שקיים נאשם 1 עם מטרסו, עובר לפגישה במלון דן בתל-אביב, שעניינן תיאום רמת מחירים מינימאלית של חטיפי הבריאות. לחילופין, ומבלי לגרוע מן האמור, טען ב"כ המאשימה כי אחריותו בפלילים של הנאשם 2 נלמדת אף מהיותו 'מנהל פעיל' בנאשמת 3, עת בהתאם להוראת סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים, משימש הנאשם 2 מנהל פעיל בנאשמת 3, בהיותו מעורב ובקיא בפעילותה ובניהולה באופן שוטף ויומיומי, יש לייחס לו ביצוע עבירה של ניסיון לעריכת הסדר כובל. ב"כ המאשימה ביקש לדחות גרסאותיו הסותרות של הנאשם 2, המלמדות על חוסר מהימנותו.

### תמצית טענות הנאשמים 1 ו-3

12. בפתח דבריהם טענו ב"כ המלומדים של הנאשמים 1 ו-3, עוה"ד יוסף בנקל ושמואל גלינקא, כי נסיבות המקרה דנן עניינן ניסיון של מתחריה הממורמרים של הנאשמת 3, מטרסו וקוך, אשר עשו יד אחת עם המאשימה, לטמון פח לנאשמים ולהפלילם, על מנת לפגוע בעסקיה המשגשגים של הנאשמת 3. לדידם, הנאשם 1 יזם את הפגישה עם מטרסו בבית קפה אלכסנדר, כחלק ממסכת של פגישות שקיים באותה עת עם מספר רב של חברות במשק, בניסיון למכור את חטיף הבריאות אנרג'י, לרכוש מותג נוסף או למזג את פעילותה של הנאשמת 3 עם חברות אחרות, על רקע עסקיה הצומחים, באותה עת, של הנאשמת. ולראיה, סדרת הפגישות אותן ערך הנאשם 1 הביאה למכירת המותג אנרג'י לחברת "עלית", במהלך שנת 2002. ענין המחירים אוזכר בפגישה ובשיחות רק באופן שולי וזניח, כחלק מההסבר שנתן הנאשם 1 למטרסו בדבר כוונתו למצב את חטיף הבריאות קורני היה והחברה המאוחדת תאפשר לנאשמת 3 הפצה משותפת של חטיפי הבריאות, בהדגישם כי לנאשם 1 ולמטרסו אין ולא היתה כל יכולת להשפיע על המחיר לצרכן של חטיפי הבריאות. ב"כ הנאשמים שבו והדגישו, כי בפגישה בבית קפה אלכסנדר לא הוצע וממילא לא הושג הסדר כלשהו, ומשכך, לא מתקיים היסוד העובדתי בעבירת הסדר כובל, בדבר קיומו של 'הסדר'. כמו כן, לא הוכחו היסודות העובדתיים הנוספים בעבירת ההסדר הכובל, הן בדבר קיומה של הגבלה על אחד הצדדים להסדר, והן בדבר קיומו של שוק רלוונטי בהתאם למבחן תחליפיות המוצרים.

אשר לשיחות הטלפון שהתקיימו לאחר הפגישה בבית קפה אלכסנדר והפגישה במלון דן, אלה נערכו ביוזמת מטרסו, אשר שימש סוכן מדיח, ולפיכך יש לדחות תוכנן, אשר, כשלעצמן, אינן מהוות עבירה, ולזכות הנאשמים מן העבירה המיוחסת להם. יתרה מזאת, יש לראות בשיחות הטלפון ניסיון כושל ל"דוג" ראיות בדבר עבירה שנעברה, לכאורה, בבית קפה אלכסנדר, ובפגישה במלון דן כהדחה לעבירה חדשה, עת עיקרה משא ומתן בדבר הפצה משותפת של חטיפי הבריאות אנרג'י וקורני באמצעות הנאשמת 3.

בהקשר דנא, הוסיפו ב"כ הנאשמים וטענו לחוסר מהימנות מטרסו, קוך ואשר, עדיה המרכזיים של המאשימה, כעולה מעדויותיהם השקריות ורצופות הסתירות, אשר יש לדחותן במלואן, בעטיו מתבקש בית המשפט לזכות הנאשמים, לכל

הפחות, מחמת הספק. יתרה מזאת, מעשי הנאשמים כלל לא עברו את שלב ההכנה, ואף מטעם זה יש לזכותם מן האשמה המיוחסת להם.

לבסוף, טענו ב"כ הנאשמים 1 ו-3 לשורה של הגנות, אשר בעטיין יש לזכות הנאשמים, כדלקמן: הגנת זוטי דברים, הגנה בדבר טעות במצב המשפטי, הגנה בדבר טעות במצב העובדתי והגנה מן הצדק.

## תמצית טענות הנאשם 2

13. לטענת ב"כ המלומדים של הנאשם 2, עוה"ד נבות תל-צור ואילת לשם, יש לזכות את הנאשם מעבירת הניסיון לעריכת הסדר כובל, הואיל ולא היה צד לעבירה כאמור. הנאשם 2 לא נכח בפגישה בבית קפה אלכסנדר ולא היה צד לשיחות הטלפון, במועדים בהם, לטענת המאשימה, בוצעה העבירה. הפגישה במלון דן, אשר רק בה נכח הנאשם 2, נסבה על הוצאת ההסדר הכובל שגובש מהכוח אל הפועל, כטענת המאשימה, עת תכליתה יצירת תשתית ראייתית להוכחת האירועים שהתרחשו קודם לכן, ודי בכך כדי לזכות את הנאשם 2. ב"כ הנאשם 2 ביקשו להדגיש, כי לנאשמים לא היה כל מניע לערוך הסדר כובל, בהינתן כי הורדת מחיר חטיף הבריאות קורני כלל לא סייע בידי החברה המאוחדת בהגברת מכירותיה לטווח הרחוק, עת פער המחירים בין המוצרים היה מחוייב המציאות, על מנת לבדל את אנרגי' כמוצר איכותי-יוקרתי לעומת קורני, שלא נתפס ככזה. לדידם, מטרתם וקוץ פעלו על מנת להפליל את הנאשם 1, ולפיכך, יש ליתן לעדויותיהם, אשר ניתנו בשל אינטרס אישי והלוקות בסתירות רבות, משקל מינימאלי.

בהתייחסם לתוכן הפגישות והשיחות שהתקיימו בין מטרתם לנאשמים, טענו ב"כ הנאשם 2, כי חומר הראיות בתיק תומך בטענה כי הפגישה בבית קפה אלכסנדר כלל לא נסבה על תיאום מחירים. אשר לשיחות הטלפון, שהתקיימו לאחר מכן, הרי שתכליתן תרגילי חקירה יזומים ומתוכננים, במסגרתם ביקש מטרתם להפיל את הנאשם 1 בפח ולגרום לו לדבר על תיאום מחירים, בעוד כל חפצו של הנאשם 1 היה בהצגת תפיסתו לבניית קטגוריית מחירים למוצר.

בהתייחסם לפגישה שנערכה במלון דן, טענו ב"כ הנאשם 2 כי הנאשם הצטרף לפגישה באופן ספונטני, מבלי שהיה שותף לפגישה ולשיחות שהתקיימו קודם לכן בין מטרתם לנאשם 1, עת זו נסבה הן על הצורך בבנייה של הקטגוריה ובמיצובה והן על חשיבות הפלנוגרמה וסידור המדפים. נושא המחירים עלה

בזיקה לנושאים אלה, ויש לראות בדברי הנאשמים בהקשר דנא, לכל היותר, בגדר מתן ייעוץ שיווקי לגיטימי למטרסו בדבר המחר הראוי של חטיפי הבריאות. וודאי שאין לייחס לנאשם 2, אשר נכח רק בפגישה זו ואף זאת באופן אקראי, משום הבנה ומודעות לניסיון לתאם מחירים. יתרה מזאת, כעולה מחומר הראיות, לא הוכח כי הנאשם 2 ידע, כי הנאשם 1 שוחח עם מטרסו, כנטען, על מחיר חטיפי הבריאות קורני, ומשכך אין לייחס לנאשם 2 מודעות בענין דנא. מכל מקום, אין די בנוכחותו בפגישה במלון דן כדי להרשיעו בביצוע עבירה של ניסיון לעריכת הסדר כובל, עת לא הוכח כי נוכחותו היתה חיונית או למצער תרמה לביצוע העבירה.

בסכמם אופיין של הפגישות והשיחות כאמור, טענו ב"כ הנאשם 2 כי עיקרן היה בחינת האפשרות לשיתוף פעולה אסטרטגי בין הנאשמת 3 לחברה המאוחדת, בין בדרך של מיזוג ובין בדרך של איחוד מערך ההפצה, ודי בכך כדי ליתן הסבר המעורר ספק, בעטיו יש לזכות את הנאשמים.

בהתייחסם לאחריות הנאשם 2 לביצוע העבירה כנושא משרה בנאשמת 3, בהתאם להוראת סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים, טענו באי-כוחו, כי כעולה מחומר הראיות, הנאשם 2 לא שימש 'מנהל פעיל' בנאשמת 3, אלא היה זה הנאשם 1, אשר שימש כמנהלה וכמחליט בלעדי בה. הנאשם 2, אשר היה בעל מניות עיקרי בנאשמת 3, לא עסק כלל בענייני שיווק שוטפים והיה אך שותף לדיוני תקציב ואסטרטגיה. אף מטעמי מדיניות משפטית, אין זה ראוי כי בנסיבות הענין תוטל על הנאשם 2 אחריות פלילית, מכוח הדוקטרינה הקבועה בהוראת סעיף 48 לחוק.

## דיון

### הסדר כובל

14. סעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים קובע, כאמור, האיסור להיות אדם צד להסדר כובל, אלא אם קיבל לכך אישור מבית הדין להגבלים עסקיים או היתר זמני או פטור מהממונה על ההגבלים העסקיים, כמפורט בלשון הסעיף. להלן, נפנה לבחון האם בנסיבות המקרה דנן, התקיימו יסודות עבירת הניסיון לעריכת ההסדר הכובל, המוגדר בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים וכפי שפורש בהרחבה בהלכה הפסוקה. ארבעה הם רכיביו של המונח 'הסדר כובל': האחד, קיומו של "הסדר"; השני, ההסדר "נעשה בין בני אדם המנהלים עסקים"; השלישי, הסדר "לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו", קרי, הגבלה המוטלת על לפחות אחד הצדדים להסדר; והרביעי, ההגבלה נעשית "באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות

בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר", קרי, בין הצד המגביל לבין אחרים (ראו, דנ"א 4465/98, לעיל, עמודים 96-97; ע"פ 4855/02, לעיל, עמוד 860). אשר לסוג השני של הסדרים כובלים, הקבוע בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, הרי שתחת הרכיב הרביעי לקיומו של הסדר כובל, דלעיל, די כי יוכחו אחד העניינים הקבועים בסעיף, למשל, כי ההגבלה נעשתה באשר ל"מחיר שיידרש, שיוצע או שישולם". וכלשון השופט מ' חשין, כתוארו דאז, תחת הרכיב ה'פונקציונאלי', בא אחד העניינים ה'צורניים' (דנ"א 4465/98, לעיל, עמוד 97). כאמור, מדובר בחזקות חלוטות, אשר נושאי הכבילה הקבועים בהן הם כאלה שמטבעם כבילה לגביהם פוגעת בתחרות. לגבי הסדר כזה, הנופל בגדר אחת החזקות, אין צורך להוכיח כי הוא עלול לפגוע בתחרות ואין צורך בניתוח שוק מהותי, שכן "ברור לכל", כלשונו של השופט מ' חשין, כי "ההסדר הסדר כובל הוא" (דנ"א 4465/98, לעיל, עמוד 97).

אם כן, רק עבירה לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים מחייבת הוכחת פגיעה פוטנציאלית של ההסדר בתחרות, עת הסדר, הנופל בגדר אחת החלופות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק, מקים חזקה חלוטה לקיומו של הסדר כובל ושוב אין צורך להוכיח פגיעה בתחרות, שכן פגיעה כזו אינה מוטלת בספק בעיני המחוקק. אעיר כבר עתה, כי הצורך בהגדרת השוק הרלוונטי עשוי להתעורר מקום בו נדרש ניתוח של מידת הפגיעה הפוטנציאלית בתחרות - הרכיב הנסיבתי הרביעי, כאמור, בעבירה לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, רכיב אשר אינו נמנה על יסודות עבירת ההסדר הכובל לפי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים. יחד עם זאת, בידי לקבל עמדת המאשימה כי הגדרת השוק הרלוונטי אינה נמנית על יסודות עבירת ההסדר הכובל, על שני סוגי הקבועים בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, ואין המאשימה חייבת בהוכחה פורמאלית כאמור, לצורך הוכחת קיומה של עבירת הסדר כובל (דנ"א 4465/98, לעיל, עמודים 95-97; ראו גם, עמדתו החולקת של המלומד דיויד גילה בפרק "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים ומונופולין" בספרם של דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג (תשס"ד-2003), 635 בעמודים 638-639, הסבור כי כל ניתוח של פגיעה בתחרות, לצורך דיני ההגבלים העסקיים, מצריך הגדרה של שוק רלוונטי. וכן, מאמרו "לקראת מדיניות משפטית חדשה כלפי תניות אי-תחרות" עיוני משפט כג (תש"ס-2000) 63, עמודים 111-113, במסגרתו הביע המלומד דעתו, כי על מנת לקבוע האם הסדר הינו הסדר כובל מכוח סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, נדרש ניתוח שוק מהותי, המראה כי ההסדר עלול לפגוע בתחרות בענף רלוונטי כלשהו, ניתוח

אשר אינו חל מקום בו ההסדר נכנס לגדר הכבילות המנויות בסעיף 2(ב) לחוק).  
אשוב לענין זה בהמשך.

משהובהרה ההבחנה בין עבירת ההסדר הכובל, לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, לעבירה כאמור לפי סעיף 2(ב) לחוק, נפנה, תחילה, לבחון האם המעשים בהם מואשמים הנאשמים בכתב האישום נופלים בגדר אחת החזקות, הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק, המבוססות על כלל ה-"*Per Se*", לפיו נושאי הכבילה הקבועים בהן פוגעים, מעצם טבעם, בתחרות, ולפיכך אסורים.

### "המחיר שידרש, שיוצע או שישולם"

15. סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים מורנו כי הסדר, אשר הכבילה בו נוגעת ל"מחיר שידרש, שיוצע או שישולם", יראוהו כהסדר כובל, אשר בהעדר אישור מתאים, היות אדם צד לו מהווה עבירה פלילית. בענייננו, כתב האישום מייחס לנאשמים ביצוע עבירה של ניסיון לעריכת הסדר כובל, שעיקרו תיאום רמת מחירים מינימאלית למכירת חטיפי הבריאות קורני ואנרגי, כפי שגובש בפגישה בין הנאשם 1 למטרוסו בבית קפה אלכסנדר, בשיחות שקיימו השניים ביום 11.11.2001 וביום 26.11.2001, ובפגישה שהתקיימה בין הנאשמים 1 ו-2 למטרוסו במלון דן ביום 6.1.2002.

אין חולק כי הנאשם 1 שימש במועדים הרלוונטים לכתב האישום מנהלה הכללי של הנאשמת 3, אשר עסקה בייבוא של מוצרי מזון בריאות ובשיווקם, לרבות חטיפי הבריאות אנרגי, וכי מטרוסו שימש במועדים הרלוונטים לכתב האישום מנהל השיווק של החברה המאוחדת, אשר עסקה אף היא בייבוא ובשיווק של מוצרי מזון, בין היתר, חטיפי הבריאות קורני. לפיכך, אין חולק כי הנאשם 1 ומטרוסו, עונים, שניהם, על הגדרת ההיגד "בני אדם המנהלים עסקים", אשר זכה לפרשנות מרחיבה בפסיקה (ראו, ע"פ 4855/02, לעיל, עמודים 862-863), בהינתן תפקידם בחברות, המהוות, כל אחת, "עסק", כהגדרתו בסעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים.

כיום, אין חולק כי הפגישה הראשונה שהתקיימה בין הנאשם 1 למטרוסו ביום 8.8.2001 בבית קפה אלכסנדר, התקיימה ביוזמת הנאשם 1, כפי שהלה העיד בפרוטוקול דיון מיום 5.1.2006, בעמוד 157 שורה 26 ובעמוד 159 שורות 11-14 (ראו גם, הודעת הנאשם 1, ת/1, שורות 176-177, ועדות מטרוסו, פרוטוקול דיון



מיום 7.6.2004, עמוד 8 שורות 6-9). נזכיר, כי בתשובתו לאמור בסעיף 7 לכתב האישום, לפיו התקיימה הפגישה דלעיל ביוזמת הנאשם 1, כפר הנאשם בפרט זה. בהתייחס לתכני הפגישה שהתקיימה בבית קפה אלכסנדר, העיד מטרסו כי זו נסבה על שני נושאים עיקריים: האחד, יצירת קטגוריה חדשה לחטיפי הדגנים, והשני, המחיר לצרכן של החטיפ קורני, גרסה עליה חזר גם בחקירתו הנגדית (פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 20 שורה 12). בהסבירו האסטרטגיה בה נקט בשיווק החטיפ קורני וההפרש בין מחירו של זה למחיר החטיפ אנרג'י, עובר לפגישה עם הנאשם 1, הוסיף מטרסו והעיד כדלקמן:

"מוטי כהן [הנאשם 1] טען שיהיה נכון שיווקי, להעלות את המחיר, לא לרמה של אנרג'י, אבל לרמה פחותה מאנרג'י, כיוון שלאנרג'י יש ערכים תזונתיים גבוהים יותר כמו ויטאמינים ומינרליים. אנרג'י נמכר לצרכן ב- 13.90-14.90 ₪, היום זה 3 ₪ יותר. קורני נמכר לצרכן ב- 9.90 או 8.90 ₪- 10.90 ₪. אריזות של 6. הוא טען שיהיה נכון להעלות את המחיר ואז מהכסף שנקבל, נשקיע עוד בפרסום ובהגדלת השוק.

...

ההצעה היתה שאני מוכר זול מדי, שאעלה את המחיר, אפרסם, יקנו ממני יותר."

(פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 9 שורות 7-11 ו-15).

בהמשך, במסגרת חקירתו הנגדית, בהתייחסו לפרטי ההצעה, העיד מטרסו כדלקמן:

"המליץ [הנאשם 1] לי שיהיה נכון יותר להעלות את המחיר לרמה של שקל פחות מהם."

(פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 26 שורות 1-2).

ובהמשך, בהשיבו לטענה כי הנאשם 1 הציע לו בפגישה רק להפסיק את מדיניות המבצעים, העיד מטרסו כדלקמן:

"מה שנאמר בשיחה בקפה אלכסנדר, מוטי כהן [הנאשם 1] אמר שהמחירים נמוכים מדי. זה הרסני והוא מזנה את המוצר. לטווח הארוך הוא אמר שלא אוכל למכור במחיר הרגיל. הדבר השני, במחיר יום יום על המדף הוא אמר שהמוצר צריך להימכר עד שקל אחד פחות מאיתנו בגלל שיש לנו [הנאשם 1] יותר רכיבי בריאות."

(פרוטוקול דיון מיום 12.9.2004, עמוד 34 שורות 2-5).

מטרסו הוסיף והעיד, כי במענה לשאלת הנאשם 1 בדבר עמדתו ל"הצעה", השיב כי בשלושת או בארבעת החודשים הקרובים לא יהא בידו לבצע ההעלאה של

המחיר, הואיל ויש לו "תוכניות עבודה עם רשתות השיווק השונות, מבצעים לקראת החגים..." (פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 9 שורות 25-26), וכי עליו לעדכן את הנהלת החברה המאוחדת. מטרתו הדגיש בעדותו כי הוא והנאשם 1 קבעו לדבר בהמשך וכי "שום דבר קונקרטי לא נסגר" (פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 10 שורה 6). לגרסתו, הוא שב למשרד ועדכן את קוך, מנהלה הכללי של החברה המאוחדת, הנשוי לאחותו, אשר אמר לו כי עליהם לעדכן את הממונה על הרשות להגבלים עסקיים. מטרתו הוסיף וציין, כי קוך נחקר בעבר על-ידי חוקרי הרשות בפרשת קרטל חברות הביטוח, ולפיכך נזהר וביקש שלא לקחת סיכונים מיותרים (ראו גם, עדות קוך, פרוטוקול דיון מיום 6.4.2005, עמוד 71 שורות 24-25, עמוד 72 שורות 26-33). ואכן, קוך פנה לעו"ד נשיץ, אשר ייעץ לו לפנות בענין דנא לרשות להגבלים עסקיים (פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 10 שורות 8-15 ובעמוד 19 שורות 12-16).

כעולה מעדות מטרתו, הוא וקוך פנו לרשות להגבלים עסקיים ונתנו תצהיריהם בפרשה, כלשונו, "מהטעם הפשוט של לנקות את שמנו מכל רבב" (פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 18 שורה 19. ראו גם, עדות קוך, עמוד 73 שורות 15-16). בחקירתו הנגדית הוסיף מטרתו והעיד, כי "באלכסנדר, כשמוטי עבר לדבר על מחירים, זה נראה לי לא בסדר ברמה שאני איישם. זה לא נראה לי משחק הוגן מבחינת התחרות." (פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 24 שורות 29-31), בהוסיפו, בהמשך חקירתו הנגדית, כי "מדובר בשיחה בין מתחרים קשים שמהווים 70% או 80% מהשוק." (פרוטוקול דיון מיום 12.9.2004, עמוד 35 שורה 3). מאוחר יותר, התבקשו מטרתו וקוך לשתף פעולה עם הרשות, והגם שמטרתו לא היה נלהב לעשות כן בתחילה, נאותו, בסופו של יום, אף מן הטעם כי חשו כי הנאשם 1 דוחק את מוצריהם מהשוק ומאיים על קיומם כמתחרים (פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 11 שורות 20-23 ו-31-33 ובעמוד 21 שורות 15-19). כן העיד מטרתו כי משלב זה ואילך, פעל על בסיס הנחיותיהם של חוקרי הרשות להגבלים עסקיים באשר להמשך החקירה (פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 15 שורות 20-21).

16. ב"כ הנאשמים 1 ו-3 העלו הטענה, לפיה הפגישה בבית קפה אלכסנדר היוותה חלק ממסכת של פגישות שקיים הנאשם 1 באותה עת עם מספר רב של חברות במשק, בניסיון למכור את חטיף הבריאות אנרג'י או לרכוש מותג נוסף או למזג את פעילותה של הנאשמת 3 עם חברות אחרות, על רקע עסקיה הצומחים, באותה עת, של הנאשמת. ענין המחירים אוזכר בפגישה רק באופן שולי וזנית, כחלק

מההסבר שנתן הנאשם 1 למטרסו בדבר כוונתו למצב את החטיף קורני היה והחברה המאוחדת תאפשר לנאשמת 3 הפצה משותפת של חטיפי הבריאות.

דא עקא, גרסה זו, באשר להקשר שבו הועלה נושא מחירי החטיפים קורני ואנרגי בפגישה, לא הועלתה במפורש בתשובת הנאשם 1 לכתב האישום, ואינה נתמכת בחומר הראיות בתיק. אפרט:

אין חולק כי בפגישה בבית קפה אלכסנדר נכחו מטרסו והנאשם 1 בלבד, וכי זו לא תועדה באמצעי הקלטה כלשהו. על תוכן הפגישה יש ללמוד, קודם לכול, מעדותם של הצדדים לה - מטרסו והנאשם 1. אמירות של צדדים שלישיים, אשר דווחו על תוכן השיחה, יש בהן כדי לחזק אחת משתי הגרסאות או לאו, אך וודאי שאין בהן כדי להוות ראיה בדבר אמיתות תוכנן, בהיותן עדות מפי השמועה (ראו גם, יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון (תשס"ד-2003), עמודים 481-487 ו-496-498).

בעדותו, בהתייחסו לגרסת מטרסו, לפיה הפגישה בבית קפה אלכסנדר נסבה על תיאום מחירים, השיב הנאשם 1 כי נושא המחירים היה פרט זניח בשיחה ביניהם, בהוסיפו כדלקמן:

**"הסברתי לו שהם לא יודעים לעבוד עם המוצר הזה והוא אישר לי זאת. הוא לא הבין איך יכול להיות שמוצר דומה מבחינת התפיסה, אני מצליח למכור אותו למעלה מ-6 שקלים מעליו ואני תופס תאוצה גדולה בהיקפי המכירות כשהוא יורד בהיקפים. אמרתי לו שיתן לי או שימכור לי או שיעביר לי להפיץ את מוצריו, אני בניהול שלי, אבנה את הקטגוריה ואבנה רצף של מחירים נכון לצרכן לאותו מוצר, מה שלא היה קיים עד אותו יום. הוא שאל אותי איך אמכור, אמרתי לו שזה המקצוע שלי. אני יודע למכור את המוצר במחיר הנכון.**

...

**הדיבור על המחירים היה סביב הסיטואציה שהפצת או מכירת קורני עוברת אלי, אני זה שמוכר. הוא בצד. השיחה על המחירים לא התייחסה למצב שאנו מתחרים."**

(פרוטוקול דיון מיום 5.1.2006, עמוד 159 שורות 19-24 ו-31-33).

הנאשם 1 אינו חולק כי השיחה בבית קפה אלכסנדר נסבה על המחיר שיש למכור את החטיף קורני. לגרסתו, לא דובר על תיאום מחירים כמתחרים, אלא על המחיר לצרכן של החטיף קורני בהנחה שהנאשם 1 יפיץ גם אותו, בהינתן כי "הצעתי לו למכור לי את העסק שלו" (פרוטוקול דיון מיום 5.1.2006, עמוד 159 שורות 28-32 ועמוד 160 שורות 5-6). אעיר כבר עתה ולמעלה מן הנדרש, כי עדות הנאשם

1, לפיה ביקש לשכנע את מטרסו למכור לו את החטיף קורני (ראו גם, פרוטוקול דיון מיום 5.1.2006, עמוד 161 שורות 10-12), זאת לאחר שהעיד כי לצד החטיף אנרג'י "היו שני חטיפים מאד זניחים...קורני וצוא"י" (שם, עמוד 157 שורות 10-11), מטילה ספק גדול בדבר כשרות התנהגותו, לאור הפגיעה הפוטנציאלית בתחרות בענף חטיפי הבריאות, הטמונה בהצעה כאמור (ראו בהיקש, סעיפים 17 ו-21 לחוק הגבלים עסקיים).

אם כן, עניין לנו בשתי גרסאות של הצדדים לשיחה, שהתקיימה בבית קפה אלכסנדר, באשר להקשר בו נדונו מחירי החטיפים קורני ואנרג'י במסגרתה. אלא, שעיון בתמלילי שיחות הטלפון שהתקיימו בין מטרסו לנאשם 1 לאחר מכן - ביום 11.11.2001 (ת/18) וביום 26.11.2001 (ת/21) - כמו גם בתמליל הפגישה במלון דן מיום 6.1.2002 (ת/27) ובאמירות הנאשם 1, מלמדנו על ניסיון הנאשם 1 לתאם עם מטרסו, מתחרהו, רמת מחירים מינימאלית למכירת החטיפים כאמור.

#### שיחת הטלפון מיום 11.11.2001

17. ביום 11.11.2001 התקיימה שיחת טלפון בין הנאשם 1 למטרסו, שיחה אשר מטרסו יזמה בהנחיית חוקרי הרשות להגבלים עסקיים. לאחר מילות פתיחה פנה מטרסו לנאשם 1 ואמר לו, כי "בהמשך לשיחתנו הקודמת" מחודש אוגוסט ולאחר שעלה בידו להתרשם מפעילות הנאשם 1 "למה ללכת ראש בראש כשאפשר לקדם את זה שדיברנו" (ת/18, שורות 26-31). אמר ולא הוסיף. במענה ישיר לדברים אלה, השיב הנאשם 1 "...מה אתה מוכר ב-8.90 לא חבל." (ת/18, שורה 32), כך בהתייחסו הן למחיר בו נמכר החטיף קורני והן למחיר בו נמכר החטיף אנרג'י, בהמליצו, בתחילה, למטרסו "כדאי שתעלו מחיר ותתחיל להרוויח כסף יש אחד כבר שמפרסם אז לפחות אתה תרוויח כסף." (ת/18, שורות 37-38). בהמשך דבריו, בצינו כי "אף אחד לא ימכור אותי ב-8.90...", הוסיף הנאשם 1 ואמר "חייבים מיד לא, לאלתר להקפיץ את המחיר, תשמע אתה נהנה מהפרסום שאני מפרסם." (ת/18, שורות 49-50). כאמור, הנאשם 1 לא שוחח על מחיר החטיף קורני במסגרת ההפצה המשותפת על-ידו, כפי שמצופה היה שיאמר, בהינתן גרסתו - לפיה עניין המחירים אוזכר בפגישה בבית קפה אלכסנדר רק באופן שולי וזניח, כחלק מההסבר שנתן למטרסו בדבר כוונתו למצב את החטיף קורני היה והחברה המאוחדת תאפשר לנאשמת 3 הפצה משותפת של חטיפי הבריאות - אלא הדגיש דווקא את רמת המחירים המינימאלית של החטיף קורני, המשווק על-ידי החברה המאוחדת, ביחס למחיר החטיף אנרג'י, וכלשונו:

"...אתה ממצב את עצמך נמוך וחבל שהקטגוריה הזאתי תהיה במחיר נמוך כי היא לא צריכה להיות במחיר נמוך, היא צריכה להיות בגבולות ה-12.90 עד 14.90. תהיה שקל מתחתיי אם אתה רוצה להיות זול יותר ממני למרות שאתה יכול להיות באותו מחיר וליהנות מהפרי עד הסוף, אבל אל תיתן לנבלות ליהנות."

(ת/18, שורות 51-54).

לשאלת מטרסו מתי עליו לפעול כהצעתו, השיב הנאשם 1:

"במידי, מבחינתי במידי כי זה תזהר מהעניין של שינוי המטבע, עליתי מ-13.90 ל-14.90 כאשר הפרנק השוויצרי התחיל להשתולל לי.

...

במידי, אתה חייב להעלות מחיר, 1. בשביל לא לגרום לזה שהמוצר יהיה זונה. 2. בשביל זה שאתה רוצה להיות מוביל בקטגוריה יחד איתי, תתייצב לידי."

(ת/18, שורות 55-57 ו-82-84).

לתשובת מטרסו "אוקיי", אף הוסיף הנאשם 1 ואמר "צ'ואי ימות" (ת/18, שורות 85-86). כעולה מתמליל השיחה, הנאשם 1 הציע למטרסו, מתחרהו בשוק חדש ומתהווה זה של חטיפי בריאות, להעלות את מחיר החטיף קורני, על מנת לחנך את הצרכנים, ובכך להגביל את החברה המאוחדת באשר לקביעת מחיר החטיף קורני. וכלשונו:

"אנחנו בונים שוק עכשיו לומדים את הצרכנים לקחת את המוצר מהמדף, מרגילים אותם לקחת את זה ב-14.90 למה לרדת? למה? תחנך, תעזור לי בחינוך של הקטגוריה..."

ובהמשך:

"אני אומר בוא אם אתה איתי ביחד בוא נקבע רמת מחיר, בוא לא נזיין את הקטגוריה הזאתי, עובדים עכשיו על תוכנית, עובדים עכשיו על בריאות מחנכים את הצרכנים למה הם צריכים לעבוד למוצר הזה... אני לא אדרדר לרמת המחיר, אני מחנך קהל ותנסה להתיישר יחד איתי.

...

בסדר, הכי נמוך, אני אומר לך מה הכי נמוך שלי זה 12.99 ... והמרכי שלך צריך להיות 14.90 אתה צריך לשחק יחד איתי באותו משחק."

(ת/18, שורות 109-111, 130-134 ו-137-138).

18. אם כן, נמצאנו למדים כי השיחה שהתקיימה בין מטרסו לנאשם 1 ביום 11.11.2001, אשר הוקלטה על-גבי קלטת (ת/17) ותועדה כאמור בדוח ביצוע

הקלטה (ת/16), תומכת בגרסת מטרסו, לפיה הנאשם 1 - אשר הבחין הבחן היטב בינו לבין מטרסו כמנהלי שיווק של חברות נפרדות המשווקות חטיפים הנמנים על אותה "קטגוריה", כלשוננו - אכן הציע ואף דחק במטרסו להעלות את מחיר החטיף קורני, על מנת למצב את קטגוריית חטיפי הבריאות ולחנך את ציבור הצרכנים למחיר כאמור בהצעה. לציין כי בסיום השיחה הנאשם 1 אף הציע למטרסו כי תיערך פגישה משותפת עם קוך (ת/18, שורות 150-151), על כך להלן, וכן סוכם כי הם ישוחחו שוב בשבוע שלאחר מכן.

אמנם, בשיחה בין הנאשם 1 למטרסו מציע הנאשם לקחת ממטרסו את ההפצה של קורני (ת/18, שורה 115), אלא שההצעה נזרקה לחלל האוויר, ללא תגובה מצד מטרסו ואשר מהמשך השיחה ניתן להבין כי מטרסו אינו חפץ בכך (שם, שורות 119-122).

#### שיחת הטלפון מיום 26.11.2001

19. ביום 26.11.2001 נערכה שיחת טלפון נוספת בין הנאשם 1 למטרסו. כבר בראשיתה העמיד הנאשם 1 את מטרסו על טעותו באשר למספר "השחקנים בקטגוריה", בצינו כי ישנם שלושה שחקנים ולא שניים כנטען - אנרג'י, קורני וצ'ואי (ת/21, שורות 31-32). הנאשם 1 הוא שמעלה לראשונה ומיוזמתו את נושא מחיר החטיף קורני, בפנותו למטרסו לאמור: "תגיד לי מה האסטרטגיה שלך, תמשיך להצליל את המחירים למטה, ..." (ת/21, שורות 44-45). בהמשך מתייחס הנאשם 1 ל"פגישה האחרונה" בה מטרסו הבהיר לנאשם 1 כי אינו יכול להעלות את מחיר החטיף קורני, הואיל ועד חודש דצמבר 2001 הוא מחויב למבצעים, בהוסיפו "עשית עשית, אבל עכשיו עברנו כבר את הקו הזה אז עכשיו בוא לפחות תנסה ליצור איזה סף שממנו לא יורדים למטה." (ת/21, שורות 145-155). הנאשם 1 מבהיר למטרסו כי הוא חפץ שהחטיף אנרג'י יהא הכי יקר בשוק "אני ממצב את עצמי כפרמיום, אני רוצה להיות הכי יקר" (ת/21, שורות 154-155). מטרסו, הנחזה לשתף פעולה עם הצעתו, מבקש שיובהר מהו טווח המחירים של החטיפים ונענה על-ידי הנאשם 1 כדלקמן:

"מ-13.90 ל-14.90 זה המשחק שלנו, אתם צריכים להיות 12.95  
13.95, בנקודות היקרות.

...

שקל תמיד מתחת לאנרג'י."

(ת/21, שורות 245-249. ראו גם, שורות 271-272).

אין חולק כי גם בשיחה זו הבחין הנאשם 1, הבחן היטב, בינו לבין מטרסו, המנהלים, כל אחד, חברות מתחרות. הנחיות הנאשם 1, כמו גם בשיחתו הקודמת מיום 11.11.2001, נוגעות למחיר הרצוי והנכון מבחינת הנאשם 1 של החטיף קורני, עת אין כל זכר להצעה הנוגעת, ולו בעקיפין, להפצה משותפת של החטיפים. הנאשם 1 שב וחזר על היות המחיר הנוכחי של החטיף בגדר טעות הן לחברה המאוחדת והן לקטגוריה, כלשונו. דומה כי הדיאלוג הבא ממחיש ביתר שאת הבנת הצדדים לשיחה בדבר רמת המחירים המינימאלית של החטיפים:

”מ [מטרסו]: כמה אני צריך למכור את הבודדים לדעתך?

כהן [נאשם 1]: לצרכן?

מ: לצרכן

כהן: לא פחות משלושה שקלים, אם אני 3.5 אז לא פחות מ-3, אתה צריך לנוע מ-3 עד 4, זה סדר גודל, אני תמיד בחצי שקל או שקל מעליך.”

(ת/21, שורות 296-300).

יש לציין כי גם בשיחה זו מאיץ הנאשם 1 במטרסו לפעול בהקדם להעלאת מחיר החטיף קורני, בחזרו שוב על הצעתו לנצל את עליית ערך המטבע, כפי שהוא עשה ביחס לחטיף אנרגי, בהדגישו “...ניצלתי את ההזדמנות ועליתי על הגל.” (ת/21, שורות 332-339).

לא זו אף זו, לשאלת מטרסו האם הנאשם 1 מתיר לו לעדכן את הגורמים הרלוונטים בגרמניה (היצרן של קורני) בנושא השיחה, השיב הנאשם 1 כדלקמן:

”כהן [נאשם 1]: שמע, אני אה... אני לא יודע מה להגיד לך אפילו, זאת אומרת, אני לא יכול להגיד לא, ואני לא יכול להגיד לך כן. אתה יכול להגיד שאתה מדבר איתי אבל לא, אל תגיד שמתאמים שמדברים על מחירים.”

מ [מטרסו]: אוקי

כהן: נראה לי כאילו לא בסדר בהווה.”

(ת/21, שורות 359-366).

הנאשם 1 ומטרסו הוסיפו וקבעו להיפגש טנטיבית במחצית חודש דצמבר 2001, לא לפני שהנאשם 1 אישר למטרסו, בהתייחסו ל”יוזמה הזאת”, כי “אף אחד לא יודע ורק אני בחדר עם דלתות סגורות.” (ת/21, שורות 449-451).

20. העולה מן המקובץ, בשיחה שהתקיימה בין מטרסו לנאשם 1 ביום 26.11.2001, אשר הוקלטה על-גבי קלטת (ת/20) ותועדה כאמור בדוח ביצוע הקלטה (ת/19), גובשה הבנה בדבר רמת המחירים המינימאלית בה ימכרו, כל אחד מהצדדים

לשיחה, את החטיפים קורני ואנרגי, לפיה מחיר החטיפ קורני יהא נמוך בשקל ממחיר החטיפ אנרגי. ברי כי שיחה זו, התומכת אף היא בגרסת מטרסו, אינה עולה בקנה אחד עם גרסת הנאשם 1, לפיה ענין המחירים אוזכר בשיחות הטלפון באופן שולי וזניח, כחלק מההסבר שנתן למטרסו בדבר כוונתו למצב את החטיפ קורני היה והחברה המאוחדת תאפשר לנאשמת 3 הפצה משותפת של חטיפי הבריאות.

### הפגישה במלון דן בתל-אביב

21. ביום 6.1.2002 התקיימה פגישה בין מטרסו, הנאשם 1 והנאשם 2 במלון דן בתל-אביב. מטרסו העיד, כי הנאשם 1 יזם הפגישה, הואיל וחפץ בנוכחות קוך, מנהלה הכללי של החברה המאוחדת, בהבינו כי ללא מעורבותו של זה, הצעתו של הנאשם 1 לא תצא אל הפועל (פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 15 שורות 26-29 ופרוטוקול דיון מיום 12.9.2004, עמוד 44 שורה 21). גרסתו נתמכת בתמליל השיחה, שהתקיימה בין הנאשם 1 למטרסו, מיום 11.11.2001 (ת/18, שורות 150-151) ובתמליל השיחה שהתקיימה בין השניים ביום 26.11.2001 (ת/21, שורה 66).

22. הפגישה בין השלושה נפתחה בשיחת היכרות, במסגרתה תיאר מטרסו את פעילות החברה המאוחדת לאורך השנים, לרבות התקשרותה עם החברה הגרמנית לצורך שיווק החטיפ קורני. לאחר מכן, התפנו הצדדים לשוחח על הקטגוריה, כלשונם, של חטיפי הבריאות. במסגרת העלאת רעיונות, שוחחו הצדדים על שטחי המדף במרכולים (ת/27, שורות 494-499) ועל ההכרח בהעלאת מודעות הצרכנים לחטיפים כאמור, המהווים "מוצר בריאות". נושא מחיר החטיפים עלה בהמשך השיחה, במסגרתה שב הנאשם 1 והדגיש הצורך "לשמור על רמת מחיר של 14 נח". (ת/27, שורה 368). דברי הצדדים לשיחה מובאים כלשונם:

"כ [נאשם 1]: ... מה הם מקבלים, ללא סוכר, ללא משפרי טעם, מספר טעמים, דגמים... והצרכן קונה את המוצר במחיר הנכון.

מ [מטרסו]: מה זה מחיר נכון?

כ: לפי דעתי מדובר לא פחות מסדרי גודל של המחיר לצרכן שתיים שלושים (2.30) שתיים חמישים (2.50) כפול מספר היחידות באריזה.

פ [נאשם 2]: על המדף.

כ: על המדף.

מ: לא לקו הקופות?



כ: לא. קו הקופות אנחנו נמתינ..

מ: שתיים וחצי כפול שש זה יוצא חמש עשרה, כן?

פ: תעשה שתיים שלושים, עשינו להם הנחה

מ: שתיים שלושים אז זה יוצא.. רגע

כ: שלוש עשרה תשעים

מ: שלוש עשרה תשעים..

כ: עד ארבע עשרה תשעים

מ: עד ארבעה עשרה תשעים שזה ולא מעבר לכך.

(ת/27, שורות 657-672).

גם בפגישה זו, ביקשו הצדדים לתאם את רמת המחירים המינימאלית של החטיף קורני, עת הנאשם 1 חזר על הצעתו, כאמור בשיחת הטלפון מיום 11.11.2001 בדבר המחיר המרבי של החטיף קורני בשיעור של 14.90 (ת/18, שורות 137-138).

אשר למועד בו מטרסו נדרש לפעול בהתאם להצעה, שב הנאשם 1 והורה למטרסו, כי "צריך לפעול במידי" (ת/27, שורה 722), בהוסיפו לאמור:

"כ [נאשם 1]: במשך השבוע הזה הם [רשתות השיווק] מקבלים מכם הוראות על הנקודה, עד לראשון בפברואר כי זה לא הרבה זמן. אין ברירה. שההתכתבויות על המחיר לא יהיו עלינו, שיהיו על הרשתות בעצם ותשבו עליהם ..

מ [מטרסו]: לאיפה אנחנו צריכים לתת קפיצה להגיע ל?

כ: מ-2.30 עד 2.50, כעקרון שתיים עשרה תשעים עד שלוש עשרה (נקטע)

פ [נאשם 2]: מה שמוטי [נאשם 1] אומר זה יהיה לא נכון שהקופסא הזאת תעלה תשעה שקלים או תשעה שקלים לצרכן זה לא רגיל.

כ: הוא יתרגל לזה."

(ת/27, שורות 722-729).

לאור האמור לעיל, אין ממש בטענת ב"כ הנאשמים, לפיה ענין מחירי חטיפי הבריאות עלה רק בהקשרו לאיחוד ההפצה של חטיפי הבריאות באמצעות הנאשמת 3. כעולה מתמליל השיחה שהתקיימה בין הנאשם 1, הנאשם 2 ומטרסו, הצדדים העלו במסגרתה שורה של רעיונות, הנוגעים, לבניית הקטגוריה ולחשיבות סידור המדפים במרכולים, כחלק ממיצובה. הנאשם 2, אשר נפגש לראשונה עם מטרסו, פנה אליו, לאחר שהנאשם 1 אמר כי יש לשמור על רמת מחיר של 14 ₪, באומרו "איך אתה רואה את העניין, אנחנו פתוחים לכל רעיון

**באמת" (ת/27, שורות 368-369), שיח אשר לאחריו העלה הנאשם 2 גם את הרעיון, לפיו "יהיה גוף אחד שיפיץ את כל המוצרים..יהיה מישוהו שמכיר" (ת/27, שורה 381). ברם, ככל ששבתי ועיינתי בתמליל השיחה, רעיון זה, בדבר הפצה משותפת של החטיפים אנרג'י וקורני, נמנה על אחד הנושאים בשיחה מבלי שנקשר להצעת הנאשם 1 בדבר תיאום מחירי החטיפים, כפי שהעלה הנושא בשיחותיו הקודמות עם מטרסו. כמו כן, אין בידי לקבל הטענה, לפיה הצעת הנאשמים למטרסו בדבר המחיר המינימאלי של החטיפ קורני היתה בגדר ייעוץ שיווקי לגיטימי למטרסו. בל נשכח כי מדובר במתחרים, המבקשים ללמוד את השוק החדש של מוצר חטיפי הבריאות, המשווק על-ידי כל אחד מהם בנפרד, וכפועל יוצא חפצים המה בשיווק המוצר במחיר המניב הרווח המקסימאלי מבחינתם. ייעוץ כאמור בדבר מחיר מינימאלי לאו ייעוץ הוא, כי אם הצעה החותרת להגשמת ציפיותיהם וחפצם כאמור.**

23. העולה מן המקובץ, אף בפגישה שהתקיימה במלון דן ביום 6.1.2002, אשר הוקלטה על-גבי קלטת (ת/26) ותועדה כאמור בדוח ביצוע הקלטה (ת/25), יש כדי לתמוך בגרסת מטרסו, לפיה גובשה הבנה בדבר המחיר המינימאלי של מחיר החטיפ קורני. כאמור, עיון בתמליל השיחה מלמדנו, כי הנאמר בה אינו עולה בקנה אחד עם גרסת הנאשם 1, לפיה ענין המחירים אוזכר אך בהקשרו להפצה משותפת של החטיפים.

## הודעת הנאשם 1

24. בהודעת הנאשם 1 מיום 6.1.2002, אשר נגבתה בסמוך לאחר שחוקרי הרשות להגבלים עסקיים קטעו הפגישה שהתקיימה במלון דן בתל-אביב, פתח הנאשם ואמר, כי תכלית הפגישה היתה בחינת שיתוף פעולה בקשר לרכישת החברה המאוחדת, המשווקת את החטיפ קורני (ת/1, שורה 24). הנאשם הוסיף ואמר, כי גם הפגישה הראשונה, שהתקיימה בינו לבין מטרסו בבית קפה אלכסנדר, נסבה על שיתוף פעולה לענין מיזוג ורכישה של החברה המאוחדת (ת/1, שורות 33-36). לשאלת החוקרת שרון צ'יצ'יק-מרקוביץ, מתי עלה לראשונה נושא המחירים בשיחות בינו לבין מטרסו, שב הנאשם 1 וטען, כי רק לקראת סיום הפגישה במלון דן, בהדגישו כי נושא מחיר החטיפים לא עלה בשום שיחה קודמת בין השניים, בהוסיפו "אני לא דיברתי בשיחות שלנו על נושא של מחירים אלא רק על הנושא של אפשרויות חיבור ומיזוג" (ת/1, שורות 56-57, 65-99, 115-119, 205-208, 231-241, 251-252, 277-281 ו-289-309).

הנאשם 1 הוסיף וטען, כי התייחסותו לנושא מחיר החטיפה קורני היתה אך בהתייחס להיות האסטרטגיה בה נקט מטרסו בשיווק המוצר, אסטרטגיה מוטעית (1/ת, שורות 295-301).

לאחר שהחוקרת הציגה לנאשם 1 קטע מקלטת השיחה, שהתקיימה ביום 26.11.2001 (20/ת), אמר הנאשם, תחילה, כי "אין לי מה להגיד" (1/ת, שורה 319). כאשר התעשת, חזר בו הנאשם מגרסתו, לפיה לא דיבר עם מטרסו כלל וכלל על מחירים, עובר לפגישה במלון דן, וטען כי אמר למטרסו שאסטרטגיית המחירים שלו אינה נכונה, כך בהוסיפו כי מטרסו הוא-הוא ששאל אותו מה המחיר לצרכן של החטיפה אנרגי' (1/ת, שורות 312-344). ראוי להביא את דברי הנאשם 1 כלשונם:

"בכל המקרים אמרתי לו [למטרסו] שאני חושב שהוא עושה טעות במישוב המחיר, ואף פעם לא אמרתי לו להעלות, איך להעלות, מה לעשות ואם בכלל לעלות. אמרתי לו שהוא עושה טעות שהמחיר שלו ממוצב נמוך וזה לא בדיוק עוזר לו וגם היום אמרתי לו את אותו דבר. ...".

(1/ת, שורות 346-349).

בהמשך, כשנשאל הנאשם 1 האם אמר למטרסו, כי הוא חושב שעל מטרסו לעלות את מחיר החטיפה קורני, שינה הנאשם גרסתו והשיב "אמרתי לו שהיא לא נכונה [אסטרטגיית המחירים] ואני חושב שהוא צריך לעלות מחיר". (1/ת, שורות 357-358); ובהמשך, "הוא שאל אותי מה רמת המחירים שלי בשוק נתתי לו טווחים, הוא שאל אותי מה אני ממליץ אמרתי לו שאני חושב שהוא צריך להעלות את המחיר". (1/ת, שורות 361-362). לשאלת החוקרת האם אמר למטרסו, כי כדאי לקבוע סף מחירים ממנו לא יורדים, השיב הנאשם 1 כי אינו זוכר זאת, "אבל אם זה מוקלט אז יכול להיות". (1/ת, שורות 365-372), ובהמשך, משהקריאה לו החוקרת "ציטוטים נבחרים מכמה שיחות", השיב "אם אני אומר אז אני אומר. מה אני יכול להגיד". (1/ת, שורות 392-394). הלכה למעשה, הנאשם 1 אישר בהודעתו, כי הציע למטרסו לקבוע יחדיו רמה מינימאלית של מחירים, וכלשונו "רמה שלא יורדים ממנה. אמרתי לו לאורך כל השיחה כי רמת המחיר צריכה להיות בין 13.90 ל-14.90". (1/ת, שורות 413-415). אשר לפנייתו למטרסו, בשיחה שהתקיימה ביניהם ביום 11.11.2001 (18/ת), לפיה על מטרסו להתיישר עימו, השיב הנאשם 1, כי כוונתו היתה "להתיישר לפי רמת המחירים של הקטגוריה. ... אמרתי לו שהכי נמוך זה 12.95 והכי גבוה זה 14.95. ...". (1/ת, שורות 416-424). הנאשם 1 אישר בהודעתו, כי אחת ממטרות הפגישה במלון דן היתה "לבוא ולהגיד לקורני פעם נוספת שהם

טועים באסטרטגיית המחיר." כלומר, "שאנחנו ממליצים להם להעלות את המחיר." (ת/1, שורות 426-433). ובהמשך:

"רצינו שקורני יעלו את רמת המחירים, הערנו לקורני שרמת המחירים שלהם לא נכונה ואנחנו חושבים שהם צריכים להעלות אותה לרמת המחירים שהקטגוריה נמכרת."

(ת/1, שורות 431-433).

לא למותר לציין, כי הנאשם הסתבך, בנסיונו לתרץ את ענין המחיר שהועלה בשיחותיו עם מטרסו, באומרו כי מטרסו שאל אותו מה המחיר לצרכן, מחיר אשר, לדבריו בעדותו בבית המשפט, אינו בשליטתו ואין לו כל השפעה על קביעתו (ת/1, שורות 339-342). על כך, עוד ארחיב הדיון בהמשך.

25. העולה מן האמור, בעוד שבראשית חקירתו ברשות הכחיש הנאשם 1, מכל וכל, היות השיחות עם מטרסו, עובר לפגישה במלון דן, נוגעות למחיר החטיפים קורני ואנרג'י, הרי שלאחר שהוצג לפניו קטע מקלטת השיחה, שהתקיימה ביום 26.11.2001, חזר בו הנאשם מגרסתו וטען, כי לשאלת מטרסו אמר לו שאסטרטגיית המחירים שלו אינה נכונה. הא ותו לאו. לא למותר לציין, כי לאחר אימות הנאשם 1 עם ציטטות מתמלילי שיחות הטלפון, שב הנאשם ושינה גרסתו, הפעם בצינו כי אכן הציע למטרסו להעלות מחיר החטיפ קורני, ובהמשך אף אישר, כי הציע למטרסו לקבוע יחדיו רמה מינימאלית של מחירים. לדידי, גם בהודעה זו יש כדי לתמוך בגרסה, לפיה הנאשם 1 חתר להגיע להבנה בדבר תיאום מחיר חטיפי הבריאות אנרג'י וקורני.

26. ויודגש, גם בדוח ידיעה, שכתב אריה אשד ביום 30.8.2001 (נ/3), יש כדי לתמוך בגרסת מטרסו, לפיה הפגישה בבית קפה אלכסנדר נסבה גם על הצעת הנאשם 1 למטרסו להעלות מחיר החטיפ קורני, כך ברשמו בדוח, באשר להצעות שהציע הנאשם 1 למטרסו, כדלקמן:

"2. החלטה משותפת על הפסקת מבצעים ללקוחות ברשתות במטרה להעלות את מחיר החטיפים, ממחיר של 8-6 ₪ לשישיה במבצע למחיר של כ-14 ₪."

## סיכום ביניים

27. בחומר הראיות בתיק, כפי שהובא בהרחבה לעיל, יש כדי לבסס עובדות כתב האישום, לפיהן הנאשם 1 ומטרסו - בני אדם המנהלים עסקים - חתרו לגיבוש

הבנה - שהינה בגדר הסדר - בדבר רמת מחירים מינימאלית של החטיפים קורני ואנרגי, זאת הן במהלך הפגישה בבית קפה אלכסנדר, הן בשיחות הטלפון שקיימו השניים ביום 11.11.2001 וביום 26.11.2001, והן בפגישה שהתקיימה במלון דן. בפגישה בבית קפה אלכסנדר ושיחות הטלפון ניסה הנאשם 1 לשכנע את מטרסו להעלות את מחיר החטיפ קורני לרמה של שקל מתחת למחיר של החטיפ אנרגי ו"במידי". בפגישה במלון דן ניסו הנאשמים 1 ו-2 לשכנע את מטרסו להעלות את מחיר החטיפ על המדף "במידי".

טרם אפנה לבחון התקיימות היסוד הנפשי בעניינו של הנאשם 1, שאלת אחריות הנאשמת 3 והנאשם 2 בפלילים וההגנות שנטענו, אבקש להתייחס למספר טענות, שהעלו באי-כוח הנאשמים בסיכומיהם, כדלקמן:

#### מיוזג, רכישת החטיפ קורני או הפצה משותפת

28. לטענת באי-כוח הנאשמים, הפגישות ושיחות הטלפון שהתקיימו בין מטרסו לנאשם 1 נסבו אך על בחינת האפשרות לשיתוף פעולה אסטרטגי בין הנאשמת 3 לחברת המאוחדת, בין בדרך של מיוזג, בין בדרך של רכישת החטיפ קורני ובין בדרך של איחוד מערך ההפצה, עת נושא המחירים עלה במסגרתן באופן שולי וזניח בהקשרו לעניינים אלה, ולפיכך, יש לזכות הנאשמים ולו מחמת הספק.

29. אומר כבר בפתח דבריי, כי דין הטענה להידחות משלושה טעמים, כדלקמן:

האחד, כעולה מחומר הראיות ובפרט מתמלילי שיחות הטלפון, שהתקיימו בין הנאשם 1 למטרסו ביום 11.11.2001 וביום 26.11.2001, נושא מחיר החטיפים נדון באופן עצמאי ונפרד, מבלי שהנאשם 1 קשר אותו לאפשרות של מיוזג החברות, רכישת החטיפ קורני על-ידי הנאשמת 3 או הפצה משותפת של החטיפים. כאמור לעיל, הנאשם 1 הבחין, הבחן היטב, בינו לבין מטרסו, מנהלי השיווק של חברות מתחרות, וכמתחרהו בשוק, פנה אליו בהצעה להעלות את מחיר החטיפ קורני, על מנת להתייבב לצידו, כמובילי הקטגוריה, באומרו, בין היתר, "בוא נקבע רמת מחיר", "סף שממנו לא יורדים למטה", ובהדגישו טווח המחירים המינימאלי בו על מטרסו למכור החטיפ קורני, בהשוואה למחיר בו הוא - הנאשם 1 - מוכר החטיפ אנרגי. לציין כי גם בהודעתו, מבחין הנאשם 1 בין שלושת ה"דברים העיקריים" בהם התמקד בשיחותיו עם מטרסו, לאמור "אחד זה נושא פלנוגרמות שהוא שחקן בקטגוריה צריך לעזור לבנות את הפלנוגרמה. שניים, בכל השיחות איתי העלתי בפניו את הרצון לעשות חיבור.

ושלוש, בכל השיחות איתנו הוא שאל אותי מה המחיר שלנו לצרכן. (ת/1, שורות 342-344). קרי, הנאשם 1, כשלעצמו, מבחין בין נושא "החיבור" של החברות לבין נושא המחירים, אשר כאמור לעיל, זכה לשינוי גרסאות מצד הנאשם 1 ככל שאומת בחקירתו עם תוכן שיחות הטלפון, שהתקיימו בינו לבין מטרוסו, כמפורט לעיל.

השני, כעולה מחומר הראיות, האפשרויות בדבר מיזוג החברות, רכישת החטיף קורני או הפצה משותפת של החטיפים, כלל לא הועלו כהצעה של הנאשם 1 למטרוסו במסגרת שיחותיהם ופגישותיהם המשותפות. לאמור, חרף טענת הנאשם 1 בהודעתו, לפיה העלה בשיחותיו עם הנאשם 2 "הרצון לעשות חיבור", כאשר אומת, בהמשך הודעתו, עם הטענה, לפיה אמר כי לפני כמה חודשים כבר אמר למטרוסו שהוא חפץ לקנות את קורני או למזג את החברות, השיב כי "במהלך השיחות בטלפון לא דיברנו על זה אף פעם" (ת/1, שורות 558-559). ודוק, עיון בתמלילי שיחות הטלפון מעלה כי הצעה כאמור לא הועלתה באופן מפורש על-ידי הנאשם 1, כי אם התייחסותו, אגב אורחא, לאפשרות להפצה משותפת, כך כהשיבו לדברי מטרוסו כדלקמן:

**"מעוז [מטרוסו]: כל כך הרבה דברים, כל כך הרבה פריטים, כל כך הרבה מוצרים**

**מוטי [הנאשם 1]: אתה רוצה שאני אקח ממך את קורני ואני אפיץ אותו בשבילך, אני אעשה לך את זה."**

(ת/18, שורות 114-122).

הנאשם 1 הציע לעזור למטרוסו, ולאחר חילופי דברים על פעילות החברה המאוחדת באופן כללי, שבו הצדדים וסיכמו טווח המחירים המינימאלי של החטיפים, נושא אשר היווה ליבת השיחה ביניהם. לאמור, על הצעה זו לא באה שום תגובה ממטרוסו, שייתכן שאפילו לא שמעה. בשיחת הטלפון מיום 26.11.2001 אמר מטרוסו לנאשם 1, לאחר שיחה ארוכה על המחיר לצרכן של החטיף קורני, כדלקמן: "ונעשה את זה, נעשה את זה בפברואר ותיתן לי, תעשה סטנדים כמו של אנרג'י וכולי וכולי" (ת/21, שורה 349). גם ממשפט זה עולה, כי בעת שהחברה המאוחדת תעלה את מחיר החטיף קורני, כפי שהציע הנאשם 1, היא תקבל, לכל היותר, סטנדים מהנאשם 1. הא ותו לא. גם מתמליל הפגישה במלון דן עולה, כי לא דובר על הפצה משותפת אלא על בניית קטגוריה, אשר, כדברי הנאשמים, גם קורני תרוויח ממנה (ת/27, שורות 208, 210-211, 282-285, 294 ו-448-449). אמנם, גם בשיחה זו העלה הנאשם 2 רעיון ש"יהיה גוף אחד שיפיץ את כל המוצרים" (ת/27, שורות 380-381), אלא שאין בתגובת

מטרסו - "זה דווקא לא רע" (ת/27, שורה 382), משום הסכמה להפצה משותפת, נושא אשר נזנח בהמשך השיחה.

לא למותר לציין, כי בחקירתו הראשית בבית המשפט חזר בו הנאשם 1 מגרסתו בחקירתו ברשות, לפיה במהלך שיחות הטלפון הוא ומטרסו לא דיברו על נושא המיזוג או רכישת החטיף קורני (ת/1, שורות 558-559), באומרו "רציתי לרכוש את החברה הזאת ממנו, למזג אותה איתי או להפיץ אותה. כל השיחות הלכו לכיוון הזה." (פרוטוקול דיון מיום 5.12.2006, עמוד 162 שורות 2-3). כמו כן, בחקירתו הנגדית התכחש הנאשם 1 לדבריו על רווחי הקטגוריה, כאמור לעיל, וטען כי אין ענף כזה (פרוטוקול דיון מיום 23.2.2006, עמוד 172 שורות 5-9).

לא זו אף זו, בחקירתו, מסר הנאשם 1, בתחילה, הגרסה לפיה השיחות שקיים עם מטרסו ובפרט הפגישה במלון דן, נסבו על כוונת הנאשמים לרכוש את החטיף קורני, בהדגישו כי הפגישות נערכו עם מטרסו, הואיל ורצה לקנות את החטיף קורני. דא עקא, כשהתבקש ליתן פרטים בדבר הצעתו, כביכול, לרכוש את החטיף קורני או את ה"סוכנות של קורני", לא היה בפיו פרטים כאמור, לאמור:

ש: בכמה רצית לקנות אותו?

ת: לא הגענו לזה

ש: כמה רצית להציע?

ת: לא יודע, עוד לא הגענו לזה בכלל.

ש: כמה הוא שווה?

ת: לא יודע.

ש: רצית לקנות מישהו ואתה לא יודע כמה הוא עולה?

ת: איך אפשר לדעת.

...

ש: לא נשמע לך מוזר שאתה בא לקנות מישהו בלי לדעת כמה בערך הוא שווה?

ת: אני לא יכול להציע הצעת מחיר בלי שאני לומד את הסיפור.

ש: לי זה נשמע מוזר

ת: לא התקדמנו כי הוא אמר שזה לא בסמכות שלו ובזה זה

נגמר."

(ת/1, שורות 141-156).

יתרה מזאת, לשאלת החוקרת האם חפץ להתמזג עם החברה המאוחדת השיב הנאשם 1 בשלילה, כפי שהדברים מובאים כלשונם:

”ש: רציתם לקנות את הסוכנות של קורני?

ת: כן

ש: או להתמזג איתם?

ת: לקנות.

ש: מי העלה את רעיון הקניה

ת: אני”.

(ת/1, שורות 164-167).

גם בהודעתו של הנאשם 2 יש כדי ללמד על העדר תוכנית ממשית לקנות את החטיף קורני, כך במענה לשאלה האם העלו הוא והנאשם 1 קודם לכן את רעיון הקניה של קורני, השיב הנאשם 2 כדלקמן:

”ת [הנאשם 2]: חשוב לי להסביר שהנושא לא עלה בצורה מסודרת לדיון אמיתי אף פעם. לא נערך דיון מסודר בנושא למיטב זכרוני ולא נעשתה למיטב זכרוני עבודת מטה אפילו שטחית בנושא. הרעיון, כמו אין סוף רעיונות אחרים, עלה יותר מפעם אחת בפגישות ואינני זוכר על ידי מי וכמה פעמים.

ש: בדקתם מה הערך של קורני?

ת: לא, לא נעשתה אפילו עבודת מטה ראשונית או הערכה, אפילו בע”פ לא חשבנו על זה. סתם היינו זורקים את זה.

ש: האם אמרת לעו”ד שלך כי אתה חושב על רעיון קניה של קורני?

...

ת: לפי מיטב זכרוני לא.

ש: ולא בעבר

ת: לא. לפי מיטב זכרוני. לא. זה לא עלה. רק אתמול בלילה סיפרתי לו על זה שזה עלה אתמול בפגישה והוספתי לאחר מחשבה שנייה זה יורד מייד. זה לא בא בחשבון מהיבט מסחרי. זה רעיון שהוא לא נכון עסקית.”

(ת/10, שורות 441-456).

העולה מן המקובץ, עיון בתמלילי השיחות שהתקיימו בין הנאשם 1 למטרוסו, כמו גם בהודעתו (ת/1) ובהודעת הנאשם 2 (ת/10), מעלה כי בשיחות בין השניים כלל לא עלה נושא מיזוג החברות, כמו גם נושא רכישת החטיף קורני על-ידי הנאשמת 3; כי נושא ההפצה המשותפת עלה אגב אורחא; וכי מכל מקום, עיקרן היה גיבוש הבנה בדבר רמת מחירים מינימאלית של החטיפים, ללא קשר לאחת משלוש האפשרויות הנטענות דלעיל.



השלישי, גם אם הייתי מוצא, כי יש ממש בטענת הנאשמים, לפיה השיחות והפגישות נסבו על בחינת האפשרות למיזוג, לרכישת החטיף קורני או להפצה משותפת, הרי שאין בכך כדי לגרוע מדבריהם של הנאשמים 1 ו-2, כי יש להגיע לרמת מחירים מינימאלית בה יימכרו חטיפי הבריאות בכלל והחטיף קורני בפרט, אשר ניצבת בגפה, מבלי שעניינים נוספים שביקשו הצדדים לגבש ביניהם, ייגרעו מעוצמתה. הדברים יפים אף בנוגע לעדות הנאשם 1, לפיה במועדים הרלוונטים לכתב האישום בחן אפשרויות שונות למסירת ההפצה של מוצרי הנאשמת 3 לחברה בעלת פלטפורמת הפצה גדולה יותר, וכן ביקש לבדוק אפשרויות לשיתוף פעולה בין יבואני מוצרי הבריאות בבניית קטגוריה למוצרים אלה (פרוטוקול דיון מיום 5.1.2006, עמודים 157-159, וכן עדות יוני שסטוביץ, פרוטוקול דיון מיום 9.3.2006, עמודים 207-208). בהקשר דנא אוסיף, כי משנשאל הנאשם 1 האם הוא נפגש, כדבר שבשגרה, עם מתחרים, השיב כי הוא אינו נפגש עם מתחריו (ת/1, שורות 138-141). כיום, אין חולק כי הנאשם 1 נפגש עם דני הכט ועם מטרסו, מתחריו. לא למותר לציין, כי עדות הנאשם 1 כאמור, בדבר פגישותיו עם מתחרים לצורך איתור חברה בעלת פלטפורמת הפצה גדולה יותר לחטיף אנרג'י, סותרת, מניה וביה, גרסתו, לפיה חפץ ברכישת החטיף קורני. ויטעם, גרסת הנאשם 1 בהודעתו ברשות סותרת גם את האמור ביומנו (ת/32, ת/35, ת/5 וחקירתו הנגדית בנושא זה, פרוטוקול דיון מיום 23.2.2006, עמודים 168-171). כאמור, אין בפעולותיו אלה כדי לגרוע מהצעת הנאשם 1 למטרסו, לקבוע רמת מחירים מינימאלית לחטיפי הבריאות קורני ואנרג'י, כמתואר בהרחבה לעיל.

30. אוסיף גם זאת, חרף גרסת ב"כ הנאשמים - לפיה הפגישות ושיחות הטלפון שהתקיימו בין מטרסו לנאשם 1 נסבו אך על בחינת האפשרות לשיתוף פעולה אסטרטגי בין הנאשמת 3 לחברת המאוחדת, בין בדרך של מיזוג, בין בדרך של רכישת החטיף קורני ובין בדרך של איחוד מערך ההפצה - מטרסו, אשר היווה 'צידו השני של המטבע', בהיותו צד ישיר לשיחות ולפגישות אלה, לא נחקר על כך. הימנעות ב"כ הנאשמים מחקירת מטרסו בנושאים אלה מחזקת גם היא את המסקנה כי עיקרן של השיחות בין השניים לא היה בחינת האפשרויות דלעיל, אלא גיבוש הבנה בדבר רמת מחירים מינימאלית של החטיפים, כנלמד ממכלול הראיות בתיק. לאמור, מטרסו לא עומת בחקירתו עם הטענה דלעיל, מן הטעם כי הנאשמים חששו כי חקירתו בענין דנא תחזק את ראיות המאשימה ותסלק גם את אותו ספק, לכאורה, עליו ביקשו הנאשמים להשתית את הגנתם.

הלכה פסוקה היא מקדמת דנא, כי הימנעות מהבאת ראיה, לרבות השמעת עד, הצגת שאלות לעד או קיום חקירה נגדית, מקימה למעשה לחובתו של הנמנע חזקה שבעובדה, הנעוצה בהגיון ובניסיון החיים, לפיה דין ההימנעות כדין הודאה בכך שאילו הובאה אותה ראיה, זו היתה פועלת לחובת הנמנע (ראו, ע"פ 437/82 סלומון אבו נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 85, עמודים 97-98 (1983); ע"פ 548/78 נועה שרון נ' יוסף לוי, פ"ד לה(1) 736, עמוד 760 (1980); ע"פ 677/84 אמנון דוד נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 33, עמוד 48 (1987); ע"פ 7463/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(4), 865 עמוד 876 (2001); ע"פ 398/04 מדינת ישראל נ' דני בניאשווילי, תק-על 2004(4), 2831 (2004)).

ובענייננו, הימנעות ב"כ הנאשמים מהצגת שאלות למטרוסו בטענה מהותית זו, אשר בעטיה טוענים הנאשמים לזיכויים, פוגמת באמינות עדות הנאשמים בענין דנא ומחזקת את ראיות המאשימה, לרבות עדות מטרוסו בדבר תכני הפגישה בבית קפה אלכסנדר (ראו פסקה 15 לעיל), אשר חיזוק לה מצאנו גם בתמלילי שיחות הטלפון, בתמליל הפגישה במלון דן ובהודעת הנאשם 1 (ראו גם, יעקב קדמי על הראיות, חלק שלישי (תשס"ד-2003), עמודים 1649-1652 ו-1660-1661).

31. פועל יוצא, עדות הנאשם 1, לפיה שיחותיו עם מטרוסו נסבו על מיזוג, רכישת החטיף קורני או הפצתם המשותפת של החטיפים, עומדת בסתירה להודעתו (ת/1), לתמלילי השיחות מיום 11.11.2001 (ת/18) ומיום 26.11.2001 (ת/21) ולתמליל הפגישה במלון דן (ת/27), אשר ניתנו קודם לכן ובזמן אמת. כלל הוא, כי כאשר מתגלה סתירה בין גרסה מוקדמת שמסר העד לבין עדותו המאוחרת, חזקה על העדות המוקדמת שהיא הנכונה, בכפוף להיעדרו של הסבר מתקבל על דעת בית המשפט לקיומה. יפים בהקשר דנא דבריו של השופט ח' כהן בע"פ 421/71 משה מימרן נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 281 (1972), בהתייחסו לסתירות המתגלות בעדויות של עד, שנמסרו מפיו בהזדמנויות שונות, בקובעו בעמוד 287 לאמור:

"אל העובדה הפסיכולוגית הפשוטה שלענין חיפוש האמת וקביעתה, עדיפה עדות מוקדמת על פני עדות מאוחרת, מצטרפת עובדה נוספת הנלמדת מניסיון החיים, והיא שאם חוזר בו העד מעדותו המקורית ומעיד את היפוכה, אין הוא עושה זאת בדרך כלל כדי לתקן טעות שטעה בתום-לב, כי אם כדי להשיג מטרה אשר אין לה עם קביעת האמת ולא כלום - בין שפעלה עליו השפעתם של המעוניינים ונוגעים בדבר, בין שהוא מצפה לטובת הנאה לעצמו משינוי עדותו, ובין שעדותו החדשה רק הותאמה לצרכי המשפט. אולי שיקול מעין זה הוא המונח ביסוד הוראתו של המשפט העברי, שאין עד יכול לחזור בו מעדותו הקודמת ('כיון שהגיד, שוב אינו חוזר ומגיד': סנהדרין,

מ"ד, ע"ב; מכות, ג', ע"א, ועוד) - ואפילו נתן טעם לדבריו, כגון מוטעה הייתי, שוגג הייתי ונזכרתי שאין הדבר כן, לפחדו עשיתי, אין שומעין לו (כלשון הרמב"ם, הלכות עדות, ג', ה')."

(ראו גם, קדמי, על הראיות חלק שלישי, לעיל, עמוד 1618; וכן, הוראת סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971; קדמי, על הראיות, חלק ראשון, לעיל, עמודים 316-319, 323-324, 336-338 ו-348-352).

סתירות מהותיות אלה בין עדות הנאשם 1 בבית המשפט, המאוחרת בזמן, לבין גרסאותיו בחקירה ברשות להגבלים עסקיים ולאמור בתמלילי השיחות ובתמליל הפגישה, דלעיל, פוגמות פגימה של ממש במהימנות הנאשם 1 בענין דנא, ולפיכך, אין להשתית על עדותו של הנאשם 1 בבית המשפט בענין דנא ממצא כלשהו.

32. טענה נוספת, שנשמעה מפי ב"כ הנאשמים, הינה כי השיחות בין הנאשם 1 למטרוסו נסבו על המחיר לצרכן של החטיפים, כחלק מהצגת חזונו של הנאשם 1 בדבר בניית הקטגוריה. לדידם, תיאום מחירים, הנופל בגדר הסדר כובל, הינו אך הסדר הנוגע למחיר לקמעונאי, בהינתן כי אין ביכולת הנאשם 1 ומטרוסו לתאם המחיר לצרכן של החטיפים.

33. עיון בתמלילי השיחות מיום 11.11.2001 ומיום 26.11.2001, כמו גם בתמליל הפגישה מיום 6.1.2002 מעלה כי אלה אכן נסבו על המחיר לצרכן של החטיפים קורני ואנרגי. אם כן, שאלה היא מהו ה'מחיר', כהגדרתו בסעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, אשר תיאומו אסור ונופל בגדר הסדר כובל. המונח 'מחיר' מוגדר בסעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים, כדלקמן:

"לרבות הפרשי הצמדה למדד או למטבע, ריבית, שיעורי  
תשלום ותנאי תשלום אחרים."

קרי, לשון החוק נוקט בהגדרה רחבה של המונח 'מחיר', המבקש להביא בכנפיו כל צורה של השפעה על המחיר, אשר יש בה כדי להפחית התחרות בשוק. עמד על כך בית המשפט בע"פ 4855/02, לעיל, בקובעו כי תיאום בין מתחרים, הנוגע לשיעור ההנחה, גם כאשר מחיר הבסיס שונה, נחשב לכבילה הנוגעת למחיר לפי סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, הן לאור הגדרתו הרחבה של המונח 'מחיר' והן לאור פרשנות תכליתית של חזקת הכבילה (עמוד 870 לפסק הדין).

עמד על כך גם המלומד יצחק יגור בספרו דיני הגבלים עסקיים (תשנ"ז-1997), אשר בהתייחסו לקביעת מחיר אופקית (*Horizontal Price Fixing*), המתרחשת בין מתחרים, הביא את פסק הדין שניתן בארצות הברית, בענין *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.* 310 U.S. 150 (1940), הדין במפעלי זיקוק גדולים לנפט, אשר הסכימו ביניהם לרכוש את כל רזרבת הנפט ממזקקי נפט קטנים ועצמאיים במחיר השוק. הגם שחברי הקבוצה לא קבעו מחיר אחיד לנפט, קבע בית המשפט כי קביעת מחיר אופקית שכזו בין מתחרים הינה אסורה ובלתי חוקית, הואיל ובהתארגנות זו של היצרנים, שהינם מתחרים, יש כדי להשפיע על המחירים. קרי, די בהשפעה עקיפה על המחיר, כדי שהסדר יהא בגדר הסדר כובל, בהתאם לכלל ה-*Per-se* (חזקת הכבילה), כך בהוסיפו בעמוד 135 כהאי לישנא:

”פסק הדין בענין Socony-Vacuum יצר איפוא את כלל ה-*Per-se* אשר עליו מושתת הרעיון של 'חזקת הכבילה' המעוגן בסעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים. משמעות הכלל היא, שאם יש להתארגנות בין מתחרים כדי להשפיע על המחיר, אזי אין צורך בחקירת המניע או הכוונה הסובייקטיבית של חברי הקרטל, ואף אין חשיבות לכוח או נתח השוק שיש בידי המתארגנים. ... ההלכה היא כי התארגנות המשפיעה על המחיר היא על פניה בלתי חוקית.”

העולה מן המקובץ, בגדר החזקה הקבועה בהוראת סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, יש לכלול כל הסדר - לאמור, כל דרך מתואמת, המופעלת על-ידי בני-אדם המנהלים עסקים ושמגמתה השלטת הסדר כובל (ראו, פסקה 7 לעיל) - אשר יש בו כדי להשפיע, אם באופן ישיר ואם באופן עקיף, על מחיר המוצר. היות המחיר, נשוא ההידברות בין הצדדים להסדר, 'המחיר לצרכן' או 'המחיר לקמעונאי' אינו רלוונטי, בהינתן בחינה מהותית - לאור לשונה הרחב של הגדרה כאמור ולאור התכלית העומדת ביסוד חוק ההגבלים העסקיים - האם הכבילה עלולה מעצם טבעה למנוע או להפחית את התחרות.

34. בענייננו, מקל וחומר, עת כעולה מחומר הראיות בתיק, הנאשם 1 הציע למטרסו לקבוע רמת מחירים מינימאלית של החטיפים קורני ואנרג'י. קרי, התייחסות הצדדים לרמת המחירים כאמור היתה מפורשת וישירה, בנקבם בשיעורם של אלה. תיאום כאמור של מחיר המוצר מהווה, על פניו, הסדר כובל אסור.

טענת הנאשם 1, לפיה שיחותיו עם מטרסו נסבו על המחיר לצרכן, עליו אין לו כל השפעה, אין לה על מה שתסמוך. ראשית, זו מנוגדת להגיון ולשכל הישר בהבנת הגורמים לקביעת מחירו הסופי של מוצר פלוני; לאמור, קביעת מחיר המוצר על-ידי כל אחת מחוליות שרשרת הייצור של המוצר ושיווקו, בהכרח משפיעה על מחירו הסופי לצרכן, בהיותה אחד המרכיבים במחיר הסופי לצרכן. עמד על כך גם מטרסו, בעדותו במסגרת החקירה הנגדית, בציינו כדלהלן:

”אני לא מסכים עם זה שיכולת השפעתי על מחיר המוצר ברשת נמוכה.

אם אני מוכר לרשת שיווק מוצר ב-10 שקלים, תוסיף מע"מ, את הרצון להרוויח, תמכור את זה ב-14-15 שקלים. אם אמכור את זה ב-6 שקלים, היא לא תמכור ב-15 אלא ב-9 שח.

קרו מקרים שימכרו גם ב-15.

מאידך גיסא, היא יכולה גם למכור מתחת למחיר העלות שלה, זה כדי למשוך את הצרכן.

המחיר שאני מוכר לקמעונאי זה רק פקטור אחד מהפקטורים הקובעים את המחיר לצרכן.”

(פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 23 שורות 18-23) .

דהיינו, לנאשם 1, מנהל השיווק של החטיף אנרג'י, כמו גם למנהלי שיווק אחרים, המשווקים מוצריהם לרשתות השיווק, ישנה השפעה על מחיר לצרכן של החטיף, בין היתר, באמצעות המחיר בו משווק החטיף לרשתות השיווק. ודוק, הנאשם 1, המשווק את החטיף לרשתות השיווק יכול להשפיע על המחיר לצרכן גם בדרכים אחרות, כפי שלמדנו מדבריו המפורשים למטרוסו:

"המחיר הכי נמוך שלי הוא בין 13.00 שקל 12.95. יש לי איזה הבלחה אחת ואני מטפל בה עכשיו באופן אישי, שמישהו שם מוכר ב-11.90. אם תסתכל בחצי חינם אני לא נמצא, כי הוצאתי את כל הסחורה שלי מחצי חינם. אף אחד לא ימכור אותי ב-8.90 וחבל לי מאד שאתה דוהר כלפי מטה..."

(ת/18, שורות 46-49).

ודוק, הנאשם 1 אינו מסתפק בהעלאת ההצעה בפני מטרוסו להעלות את המחיר לצרכן של החטיף קורני, אלא מסביר לו כיצד עליו לעשות כן בהתמודדותו מול רשתות השיווק, באומרו כי עליו לנצל את עליית שער הפרנק, כפי שהוא עשה קודם לכן, ובכך צלח את רשתות השיווק:

"מעוז [מטרוסו]: כן הפרנק באמת משתולל אנחנו ראינו את זה ב'פמיליה'."

מוטי [הנאשם 1]: אז העלתי אותו בשקל אתה ראית את זה בפמיליה."

מעוז: תשמע זה מלחמה אדירה אבל בימים אלה בין הרשתות מוטי: הם העלו אני אומר לך, כולם העלו, כולם העלו, לא נתתי להם אפשרות, אמרתי להם, אם תרצו אתם לא מעלים אז אני לא יכול לעמוד יותר ב.. [קטע חסר]."

(ת/18, שורות 58-62).

הנאשם 1 פנה גם להכט, אשר שימש בשנים 2001-2002 מנכ"ל חברת עידן סחר בע"מ, וניהל משא ומתן עם חברת פרופ, בין היתר, להפצת המוצר צ'ואי. כעולה מתמליל השיחה, שהתקיימה בין הכט למטרוסו, מיום 13.11.2001, לכשנשאל הכט בדבר פניית הנאשם 1 אליו, השיב כדלקמן: "תראה, אני יכול בפוזיציה שלקחתי, הייתי מסיים מיד את הפסקת המחירים הייתי מסיים את כולם, אני לא קשור אני לא יבואן או משהו, וחשבתי להפסיק את ההידרדרות [של המחירים] כי כבר זה מעבר לקמעונאי לדעתי, זה משפיע כבר לצרכן הסופי, לצרכן שרגיל היה לקנות בשקל הם ירדו לשקל, לא ישלמו אחר כך 4 שקלים או שלושה על פריט או יותר." (ת/15, עמוד 4 שורות 20-23; פרוטוקול דיון מיום 9.6.2005, עמוד 101 שורה 27), ללמדנו על תפיסת מנהלי העסקים השפעתם על

המחיר הסופי לצרכן. ויודגש, אין בידי לקבל את גרסתו המאוחרת של הכט, בעדותו בבית המשפט, לפיה המלצות מנהלי השיווק של חטיפי הבריאות בדבר מחיר החטיפים אינן מהוות פקטור בקביעת המחיר לצרכן על-ידי רשתות השיווק. גרסה זו אמנם נתמכה בעדותו של אילן שחר, אשר שימש כמועדים הרלוונטים לכתב האישום, מנהל מסחרי ברשת הריבוע הכחול, תפקיד הכולל קניה של מוצרים ותמחורם, בציינו כי למטרסו ולנאשם 1 היתה באותה תקופה השפעה זניחה מאד על מחיר המוצרים. ברם, אף לשיטתו, אם מתבצעת העלאת מחיר המוצר על-ידי הספק וזו מאושרת על-ידי רשת השיווק, "מייד היתה מתבצעת העלאת מחירים לצרכן". (פרוטוקול דיון מיום 9.3.2006, עמוד 211 שורות 2-3).

לא זו אף זו, גרסת הנאשם 1, לפיה שיחותיו עם מטרסו נסבו על המחיר לצרכן, עליו אין לו כל השפעה, עומדת בסתירה גם לדבריו הבאים של הנאשם 1, כפי שהביאם בפני מטרסו, במסגרת שיחות הטלפון, באומרו: "כדאי שתעלו מחיר ותתחיל להרוויח כסף, יש אחד כבר שמפרסם אז לפחות אתה תרוויח כסף". (ת/18, שורות 37-38). ובהמשך "תהיה שקל מתחתי אם אתה רוצה להיות יותר זול ממני למרות שאתה יכול להיות באותו מחיר וליהנות מהפרי עד הסוף, אבל אל תיתן לנבלות ליהנות". (ת/18, שורות 53-54). קרי, לשיטת הנאשם 1, העלאת המחיר לצרכן של החטיף קורני משמעה כי החברה המאוחדת תשיא רווחיה. לאמור, מטרסו, מנהל השיווק של החברה המאוחדת, יכול להשפיע על המחיר לצרכן, שהרי אם לא כן, הכיצד ישיא רווחיו.

שנית, אף אם נלך לשיטת הנאשם 1, לפיה שיחותיו עם מטרסו נסבו על המחיר לצרכן, עליו אין לו כל השפעה, הרי שלאור לשון סעיף 2(ב) (1) לחוק ההגבלים העסקיים והגדרת המונח 'מחיר' בסעיף 1 לחוק, די בקיומו של הסדר, אשר יש בו כדי להשפיע על מחיר המוצר. בחינה, לגופו של ענין, של תכני השיחות והפגישות שהתקיימו בין הנאשם 1 למטרסו, מעלה כי הנאשם 1 דחק במטרסו להעלות את מחיר החטיף קורני ולהיות לכל היותר שקל מתחת לאנרגי, הנטען להיות על-ידי הנאשם 1, החטיף ה'יוקרתי' בקטגוריה, וכלשונו:

"אנחנו בונים שוק עכשיו לומדים את הצרכנים לקחת את זה ב-14.90 למה לרדת? למה? תחנך, תעזור לי בחינוך של הקטגוריה, הכי גדול היה אם היית יוצא עכשיו בפרסום כאילו אתה מגיב אליי, זה היה הכי גדול בעולם."

(ת/18, שורות 110-112).

לאמור, הנאשם 1 הציע למטרוסו להעלות את מחיר החטיפה קורני על מנת למצב את ענף חטיפי הבריאות ו"לחנך" את ציבור הצרכנים. בכך, ביקש הנאשם 1 להשפיע באופן ישיר על ה'מחיר', התנהגות אשר יש בה, כשלעצמה, כדי להוות ניסיון להסדר כובל, בהתאם לחזקה הקבועה בסעיף 2(ב)(1) לחוק הגבלים עסקיים.

35. אשר לטענת ב"כ הנאשמים, לפיה השיחות נסבו אך על הצעה להפסקת מדיניות המבצעים, אשר אינה נופלת בגדר החזקה הקבועה בסעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים (ראו גם, חקירתו הנגדית של מטרוסו, פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 25 שורות 29-32 ופרוטוקול דיון מיום 12.9.2004, עמוד 33 שורות 26-30 ועמוד 34 שורות 8-9), הרי שגם כבילה ביחס לשיעורי הנחה, וממילא העדרם עם הפסקת מדיניות המבצעים, היא כבילה הנוגעת למחיר שיידרש, הואיל וגם כבילה זו עלולה מעצם טבעה למנוע או להפחית את התחרות. עמד כל כך בית המשפט בת"פ (ירושלים) 417/97 מדינת ישראל נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (חלק שני), תק-מח 2001(4), 929 (2001), בקובעו בפסקה 76 לפסק הדין לאמור:

"אכן כן, פרשנות תכליתית של החוק דוחקת בנו לומר, כי גם כבילה ביחס לשיעור ההנחה היא כבילה הנוגעת למחיר שיידרש, משום שגם כבילה זו עלולה מעצם טבעה למנוע או להפחית את התחרות: לא יכולה להיות מחלוקת, כי שיעור ההנחות הניתן לצרכן הינו מרכיב במחיר הסופי אותו ישלם הצרכן עבור המוצר. אין כל צורך שהסדר בדבר תיאום מחירים 'יסגור' את המחיר הסופי לצרכן כדי שיפגע בתחרות."

ובהמשך:

"המסקנה המתבקשת משני הנימוקים האלה - ההנחה כמרכיב במחיר הסופי לצרכן וכאלמנט שיווקי מן המדרגה הראשונה - היא כי כבילה שעניינה שיעורי הנחה פוגעת במטרת החוק לא פחות מכבילה שעניינה המחיר הבסיסי; ועל כן, הגשתה של תכלית החוק מחייבת שגם הסדר שבו הכבילה נוגעת ישירות לשיעורי ההנחה המירביים שיינתנו למבוטחים יבוא בגדרה של החזקה שבסעיף 2(ב)(1) לחוק."

(ראו גם, ע"פ 4855/02, לעיל, עמוד 870).

36. ואחרון, הטענה, כי אין למפיץ השפעה על המחיר הסופי לצרכן, כלל אינה עולה מתוכן השיחות, שנוהלו בין הנאשם 1 למטרוסו, לרבות מתוכן הפגישה במלון דן בין הנאשמים 1 ו-2 למטרוסו. קבלת פרשנות הנאשמים בעדותם בבית המשפט משמעה כי הנאשמים ניהלו עם מטרוסו שיחות ללא תוחלת בנושא עיוני ללא



משמעות פרקטית. טענה זו, שאינה הגיונית ואינה מתקבלת על הדעת, אין בידי לקבל.

37. העולה מן המקובץ, השיחות בין הנאשם 1 למטרוסו, כמפורט לעיל, נסבו על ה'מחיר', כהגדרתו בסעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים.

### יסוד ההגבלה

38. טענה נוספת של ב"כ הנאשמים הינה, כי יש לזכות הנאשמים מן הטעם, כי לא הוכח יסוד הכבילה בהגדרת עבירת ההסדר הכובל, עת ההסדר הנטען לא הטיל כל הגבלה על אחד הצדדים.

כאמור, הרכיב השלישי בהגדרת ההסדר הכובל הינו קיומו של הסדר "לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו". יסוד ההגבלה העצמית נדרש בין אם המדובר בהסדר, אשר חלות לגביו החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, ובין אם המדובר בהסדר כובל כאמור בסעיף 2(א) לחוק. על המשמעות שיש ליתן לרכיב זה בהגדרת המונח 'הסדר כובל', עמד בית המשפט בע"פ 4855/02, לעיל, בקובעו בעמוד 867 לפסק הדין, כדלהלן:

"יש אפוא להבחין בין בחינת עצם קיומה של הגבלה לבין בחינת מידת הפגיעה של ההגבלה בתחרות (בחינה, שכפי שנראה בהמשך, איננה תמיד נדרשת). הגבלה שתיחשב כיוצרת הסדר כובל, היא הגבלה המצמצמת את חופש הפעולה הנתון למי שמנהל את העסקים (ראו: בורנובסקי, עמ' 131-132). זאת, בין אם כתוצאה מההגבלה נאסר עליו לעשות דבר-מה (לדוגמה, לפנות לקהל מסוים של לקוחות) ובין אם ההגבלה מחייבת אותו לפעול רק באופן מסוים (לדוגמה, למכור את מוצריו רק במחיר מוסכם כלשהו). מלשון החוק עולה כי די בכך, שאחד הצדדים להסדר יגביל את עצמו באופן האמור, על מנת שההסדר ייחשב להסדר כובל מבחינת כל השותפים לו."

בית המשפט הוסיף וקבע, כי די שאחד הצדדים להסדר יגביל את עצמו באופן העלול לפגוע בתחרות, על מנת שכל הצדדים להסדר הכובל, גם אלה שאינם מגבילים עצמם, ישאו באחריות פלילית להסדר (שם, עמוד 874).

בהחלטתי מיום 10.10.2005, בטענה "אין להשיב לאשמה", הפניתי למאמרו של המלומד מ' בורנובסקי "על יסודות הכבילה שבהסדר ותוצאתה - חדש ואין חדש" מחקרי משפט ה (תשמ"ז) 125, עמוד 132, אשר הציע לבחון קיומה של הגבלה, באמצעות הצבת השאלה "האם על פי ההסדר חופשי צד לנהוג כרצונו". כאמור, תשובה שלילית לשאלה תלמדנו כי לפנינו הגבלה, אשר יש לראותה

כהסדר כובל. בהפנותם לדברי המלומד, טענו ב"כ הנאשמים, כי כעולה מעדות מטרוסו, הצדדים לא התחייבו לפעול האחד כלפי רעהו ומשכך היו חופשיים לנהוג כרצונם.

39. אין בידי לקבל הטענה. הנאשמים הואשמו, כאמור, בניסיון לעריכת הסדר כובל, בין היתר, בהעדר השלמת ההתנהגות בה מותנית העבירה. קרא: ניסיון בלתי מושלם (ראו, ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב (1987), עמודים 79, 91-92 ו-104). לפיכך, אף אם הנאשם 1 ומטרוסו לא הגבילו עצמם, בפועל, בהעדר התחייבותם, כלשון ב"כ הנאשמים, למכור החטיפים ברמת המחירים עליה דובר, היינו שכלול ההסדר, הרי שדי בהתנהגותם כמפורט לעיל, כדי להוות ניסיון לעריכת הסדר כובל. אפרט:

אין חולק כי ההצעה של הנאשם 1 למטרוסו לתאם רמת מחירים מינימאלית של החטיפים קורני ואנרג'י, הינה, כשלעצמה, ניסיון להגבלה שמטרתה לצמצם את חופש הפעולה הנתון למטרוסו ולנאשם 1, מנהלי עסקים, בהיותה מחייבת אותם לפעול רק באופן מסוים - למכור את חטיפיהם רק בטווח מחירים מוסכם, כמפורט בהרחבה לעיל. ובתשובה לשאלת המלומד בורנובסקי במאמרו, לעיל, הנאשם 1 ומטרוסו, מתחרים ומנהלי השיווק של החטיפים, לא היו חופשיים לנהוג כרצונם, אילו מטרוסו היה נותן הסכמתו להצעה (ראו גם, ע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105, עמוד 129 (1998)).

אכן, ללא הסכמת מטרוסו לא היה מתגבש הסדר כובל, והלה גילה דעתו שלא להסכים להצעה, בכך שפנה לרשות להגבלים עסקיים. יחד עם זאת, אין בהעדר השתכללות העבירה המושלמת כדי ליטול ממעשי הנאשמים, כמפורט בהרחבה לעיל, את אופיים כמעשה של ניסיון. ראו, סעיף 26 לחוק העונשין, המורנו כי "לענין ניסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו". (ראו גם, ש"ז פלר, לעיל, עמודים 62-63; ע"פ 675/85 ראובן בן חיים גרציאנו נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 763, עמודים 772-773 (1986); ד' ביין "הערות לעבירת הניסיון לאור תיקון 39 לחוק העונשין" המשפט ג (1996), 297; ש' ז' פלר "התשתית הנורמטיבית של פלילות הניסיון הכשל לפי הדין הישראלי" גבורות לשמעון אגרנט, 215, עמודים 218-219).

כאמור, מטרוסו העיד, כי בהתייחס לפגישה הראשונה בינו לבין הנאשם 1, שהתקיימה בבית קפה אלכסנדר, אכן לא היתה התחייבות של מי מהצדדים

לשיחה, בהוסיפו "אבל הוא בנה מפת מחירים שהוא עומד בצד אחד של המשוואה ואני עומד מהצד השני של המשוואה." (פרוטוקול דיון מיום 12.9.2004, עמוד 34 שורות 26-27). לאחר הפגישה שהתקיימה בבית קפה אלכסנדר, שבו הנאשם 1 ומטרוסו והידברו ביניהם, בשיחות הטלפון מיום 11.11.2001 ומיום 26.11.2001. הנאשם 1 הבין כי ללא אישור קוך לא תוכל תוכניתו לצאת אל הפועל ולכן חפץ לפגוש, כפי שתוכנן להיעשות בבית מלון דן בתל-אביב (ת/18, שורות 150-151; ת/21, שורות 59-72; עדות מטרוסו מיום 7.6.2004, עמוד 9 שורות 27-28). במהלך שיחות הטלפון ובפגישה שהתקיימה בבית מלון דן, שבו הנאשמים על ההצעה, שעניינה קביעת רמת מחירים מינימאלית לחטיפי הבריאות. כך למשל, כעולה מחילופי הדברים, בין הנאשם 1 למטרוסו, כדלקמן:

"מ [מטרוסו]: כמה אני צריך למכור את הבודדים לדעתך?

כהן [נאשם 1]: לצרכן?

מ: לצרכן

כהן: לא פחות משלושה שקלים, אם אני 3.5 אז לא פחות מ-3, אתה צריך לנוע מ-3 עד 4, זה סדר גודל, אני תמיד בחצי שקל או שקל מעליך".

(ת/21, שורות 296-300).

ודוק, בהמשך השיחה, לכשנשאל הנאשם 1 האם הוא מתיר למטרוסו לשתף את היצרן בגרמניה, השיב "אתה יכול להגיד שאתה מדבר איתי אבל לא, אל תגיד שמתאמים שמדברים על מחירים... נראה לי כאילו לא בסדר בהווה." (ת/21, שורות 362-366). קרי, הנאשם 1 גילה דעתו מפורשות בדבר מהות השיחות בין השניים, שעניינה ניסיון לעריכת הסדר כובל, שעניינו הגבלה המצמצמת את חופש פעולתם.

לא למותר לציין, כי הלכה פסוקה היא, כי לאור לשון הוראת סעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים, אין צורך בעשיית מעשה ליישומו של ההסדר הכובל, אלא די בעצם גיבוש ההסדר כדי להביא לשכלולו. לאמור: אין צורך שהצדדים להסדר יפעלו בהתאם לו, עת די בקיומה של הסכמה על תנאיו (ראו, ע"פ 7399/95, לעיל, עמוד 120; ע"פ 2929/02 מדינת ישראל נ' אהוד סבירסקי, פ"ד נז(3) 135, עמודים 141-142 (2003); מיכל (שיצר) גל, "מהו 'הסדר'? קו הגבול בין תיאום לבין התאמה בחוק ההגבלים העסקיים", לעיל, עמודים 598-599). ובענייננו, הוכח בראיות ברורות וישירות קיומה של הצעה, שעניינה הגבלה הנוגעת לרמת

מחירים מינימאלית של חטיפי הבריאות, אשר החלה להתגבש בין הצדדים בהדרגה, לאורך תקופה מסויימת, במסגרת השיחות והפגישות דלעיל, כפי שעמד על כך בית המשפט בע"פ 4855/02, לעיל, בקובעו בעמוד 903 לאמור:

**"מטבעם של הסדרים כובלים שאין הם נכרתים בפומבי ולעין כול. ככלל - כך הדעת מחייבת - יימנעו הצדדים להסדר כובל מתיעוד הסכמותיהם האסורות במסמכים גלויים. הסדרים כובלים אף אינם מתגבשים, בהכרח, באחת. יש שההסכמה מתגבשת בהדרגה ולאורך זמן..."**

40. העולה מן המקובץ, הנאשמים הואשמו בניסיון לעריכת הסדר כובל, בין היתר, בהעדר השלמת ההתנהגות בה מותנית העבירה. לפיכך, הגם שהנאשם 1 ומטרוסו לא הגבילו עצמם, דה-פקטו, בהעדר הסכמתו המפורשת של מטרוסו למכור את החטיפ קורני ברמת המחירים עליה דובר, לאמור שכלול ההסדר, הרי שדי בהתנהגות הנאשמים כמפורט לעיל, כדי להוות ניסיון לעריכת הסדר כובל. סוגיה זו מובילנו לדיון בטענה נוספת של ב"כ הנאשמים, לפיה מעשי הנאשמים לא עברו את שלב הכנה, ולפיכך, יש לזכותם מעבירה של ניסיון לעריכת הסדר כובל.

#### **הכנה או ניסיון לביצוע עבירה**

41. לטענת ב"כ הנאשמים, השיחות בין הנאשם 1 למטרוסו לא היו יותר משלב של היכרות, גישוש ואיסוף מידע על נכונות מטרוסו לשתף פעולה עם הנאשם 1. אף אם דובר על תיאום מחירים, יש לראות בכך החלפת דעות כלליות, אשר לא עברו את שלב ההכנה וממילא לא התגבשו כדי ניסיון לעריכת הסדר כובל.

42. סעיף 25 לחוק העונשין מגדיר את עבירת הניסיון כדלקמן:

#### **"25. ניסיון מהו**

**אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה."**

החוק אמנם אינו מגדיר הכנה מהי, אך הלכה פסוקה היא, כי במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, ביקש המחוקק להרחיב את ההגדרה של עבירת הניסיון, אשר נקבע לגביה בפסיקה, כי המבדיל בינה לבין התנהגות המהווה הכנה גרידא, הינו מעשה המהווה חוליה בשרשרת המעשים המרכיבים את יסודה העובדתי של העבירה המושלמת (ע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5)

221, עמוד 284 (1996)). וכלשון השופט ת' אור בע"פ 6411/98 נחום מנבר נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 150, עמוד 210 (2000), אשר קבע כי מעשים, החורגים מתחום מעשה ההכנה ונכנסים לגדר עבירת הניסיון, הינם "פעולה או פעולות שהן חלק מסידרת פעולות שלולא הופרעו היו מקיימות את היסוד ההתנהגותי של העבירה." בהצטרפו לדברי הנשיא א' ברק, בע"פ 5150/93 פאיז סריס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(2) 183 (1994), הוסיף וקבע כדלהלן:

"...נדרשת 'תנועה' לעבר הביצוע, היוצאת משלב ההכנה. תנאי הוא, כמובן, כי סידרת פעולות זו לא השלימה את היסוד העובדתי, שהרי אם התרחשה ההשלמה, שוב אין לנו עניין בניסיון אלא בביצוע העבירה 'המושלמת' עצמה..." (שם, בעמוד 187).

(ראו גם, ע"פ 9511/01 קונסטנט קובקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 687, עמוד 694 (2002), שם קבע בית המשפט כי לשם ביצוע עבירת ניסיון נדרשת פעולה של אדם, המהווה תחילת הוצאת הכוונה הפלילית לפועל במעשה גלוי לעין ובאמצעים המתאימים להגשמת המטרה).

בע"פ 9849/05 מדינת ישראל נ' ראובן ברואיר, תק-על 2006(4), 1894 (2006), הוסיף בית המשפט וקבע כי ניתן להטיל אחריות בגין ניסיון לבצע עבירה, באחת משתי דרכים חלופיות, כך בפסקה 6 לפסק הדין, לאמור:

"מסלול אפשרי אחד הוא זה הקובע כי שלב הניסיון מתחיל מרגע שנעשה מעשה 'המקרב את תהליך ביצועה של העבירה המושלמת'. על-פי המסלול השני, ניסיון לבצע עבירה עשוי להתקיים עוד לפני שהמבצע מתקרב להשלמת העבירה. על-פי מבחן זה ניתן להסתפק גם בתחילת הביצוע, אולם יש להוסיף ולדרוש שבאותו שלב התחלתי היה גם 'כדי לגלות בצורה חד-משמעית את כוונת העבריין'."

בישראל, כעולה מנוסח סעיף 25 לחוק העונשין, ביכר המחוקק את החלופה של תחילת ביצוע העבירה, על-פני החלופה של קרבה להשלמתה. בעוד מבחן הקרבה להשלמת ביצוע העבירה בוחן את מספר הפעולות שנותרו עד להשלמת ביצוע העבירה ואת איכותן, תוך שימת דגש על מה שנעשה, מבחן תחילת הביצוע מבחין בין הכנה לניסיון בגבול התחתון של הביצוע ועד להשלמת העבירה. לשון אחר, בעוד מבחן הקרבה להשלמת ביצוע העבירה בוחן המעשה האחרון שעושה העבירה חפץ לעשות בהשוואה למה שביצע בפועל, מבחן תחילת הביצוע בוחן את חפץ נפשו של העושה והאם המעשה או המעשים שעשה מבצע העבירה מעידים על תחילת ביצוע. בכך, הרחיב המחוקק את תחומה של

עבירת הניסיון (ראו גם, מרים גור-אריה "על ההבחנה בין הכנה לניסיון" משפטים לב (תשס"ב-2002) 505, עמוד 532).

43. בענייננו, אין ספק שהצעת הנאשמים 1 ו-2 למטרוסו חרגה משלב ההכנה, עת היה בה קרבה ממשית להשלמת ביצוע העבירה. עמד על כך בית המשפט העליון בע"פ 7399/95, לעיל, בדונו בניסיון לעבור עבירה של הסדר כובל, בקובעו בעמוד 129 כהאי ליסנא:

"כאשר מדובר בעבירה דו-צדדית, שהשלמתה מצריכה שיתוף פעולה מצדו של אדם נוסף ההופך גם הוא לעבריין, יש במאמץ לשכנע אדם כאמור לשיתוף פעולה, כדי להוות 'ניסיון' לעבור את העבירה המושלמת."

שם, הוסיף בית המשפט וקבע, כי די בכך שהנאשמים העלו הצעותיהם לקבוע הסדר כובל, כדי להוות עבירה של ניסיון לעריכת הסדר כובל (שם, שם).

כעולה מתמלילי שיחות הטלפון מיום 11.11.2001 ומיום 26.11.2001, הנאשם 1 העלה בפני מטרוסו הצעה קונקרטית לעריכת הסדר כובל, שעניינו תיאום רמת מחירים מינימאלית של חטיפי הבראות (ראו, בין היתר, תמליל השיחה מיום 11.11.2001 - 18/ת, שורות 37-38; 51-54, 109-111, 130-134 ו-137-138; תמליל השיחה מיום 26.11.2001 - 21/ת, שורות 148-155 ו-245-249; הודעת הנאשם 1 - 1/ת, שורות 413-415; עדות מטרוסו - פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 9 שורות 7-15). הצעה זו אף גובשה לכלל הבנה עם מטרוסו (ראו, בין היתר, 18/ת, שורות 296-300; 21/ת, שורות 296-300; תמליל השיחה במלון דן - 27/ת, שורות 657-672). דומה כי די בהצעה כאמור כדי להוות עבירה של ניסיון לעריכת הסדר כובל. יתרה מזאת, הנאשם 1 אף ביקש להניע את מטרוסו להסכים להצעתו לעריכת הסדר כובל, בהעלותו בפני מטרוסו הטעמים והתועלת העומדים בצידה של הצעה זו (ראו, 18/ת, שורות 37-38 ו-49-50; 21/ת, שורות 332-339), בדחקו במטרוסו לעשות כן לאלתר (ראו, בין היתר, 18/ת, שורות 49-50, 55-57 ו-82-84; 21/ת, שורות 332-339; 27/ת, שורה 722).

44. העולה מן המקובץ, מעשי הנאשם 1, כפי שפורטו בהרחבה לעיל (פסקאות 17 ו-19 לעיל), נכנסים לגדר עבירת ניסיון לעריכת הסדר כובל, על-פי כל אחת משתי החלופות, כפי שנקבעו בע"פ 9849/05, לעיל. קרי, יש לראות בהצעת הנאשם 1 לתיאום רמת מחירים מינימאלית לחטיפי הבראות קורני ואנרג'י, כפי שהביאה בפני מטרוסו בפגישה בבית קפה אלכסנדר ואשר הנאשם 1 חזר עליה בשתי שיחות טלפון נוספות, לרבות בפגישה שנערכה בבית מלון דן, מעשים המקרבים

את הנאשם 1 לביצוע העבירה המושלמת - קרא: שכלול ההסדר הכובל. ממילא, יש לראות במעשי הנאשם 1 תחילת הביצוע, שהרי הלה גילה כוונתו בפועל באופן גלוי לעין ובאמצעים המתאימים - פנייה למטרוסו, מתחרהו, לשם תיאום רמת מחירים מינימאלית כאמור (ראו גם, תמליל שיחה בין הכט למטרוסו מיום 13.11.2001, בדבר פניה של הנאשם 1 להכט ובתגובה דברי הכט בדבר הפסקת הורדת המחירים, ת/15, עמוד 4 שורות 17-31).

### הגדרת שוק רלוונטי

45. לטענת ב"כ הנאשמים, הגדרת שוק רלוונטי נמנית על יסודותיה העובדתיים של עבירת ההסדר הכובל, הקבועה בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים. משכשלה המאשימה בהוכחת קיומו של שוק חטיפי בריאות יש לזכות הנאשמים מביצוע העבירה, כך בהפנותם לחוות דעתו של פרופ' מיכאל פרי, מומחה מטעם הנאשמים, המשמש הבעלים והמנהל של חברת מיצוב בע"מ, העוסקת בתכנון אסטרטגי, ייעוץ שיווקי, מחקרי שוק וייצוא (נ/14), אשר קבע כי בשנים 2000-2001 לא היה קיים שוק רלוונטי של חטיפי בריאות, אשר כלל את החטיפים אנרגי, קורני וצ'ואי, עת השוק הרלוונטי אליו השתייכו חטיפים אלה, בשנים אלה, היה שוק החטיפים, הכולל חטיפים מתוקים וחטיפים מלוחים למיניהם.

כאמור לעיל, דעתי היא כי הגדרת שוק רלוונטי אינה נמנית על יסודות עבירת ההסדר הכובל, על שני סוגיו, הקבועים בהוראת סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, ואין המאשימה חייבת בהוכחה פורמאלית כאמור, לצורך הוכחת קיומה של עבירת הסדר כובל (דנ"א 4465/98, לעיל, עמוד 95-97; ת"פ (י-ם) 385/98 מדינת ישראל נ' חברת טגר בע"מ, החלטה בטענה "אין להשיב לאשמה" מיום 13.4.2003, פורסם במאגר המשפטי "נבו", פסקה 16 להחלטה). ויודגש, אין בשימוש שעשתה המאשימה בהיגד "שוק חטיפי הבריאות", בתיאור עובדות כתב האישום, כדי לחייבה בהוכחתו, במסגרת הוכחת יסודות עבירת ההסדר הכובל לפי סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, הנלמדים אך מלשונו המפורשת של החוק.

יתרה מזאת, הצורך בהגדרת שוק רלוונטי עשוי להתעורר מקום בו נדרש ניתוח של מידת הפגיעה הפוטנציאלית בתחרות, הרכיב הרביעי ביסודותיה העובדתיים של עבירת ההסדר הכובל, לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים. בענייננו, הוכח נסיון הנאשם 1 לערוך הסדר כובל, בהתאם לחזקה החלוטה, הקבועה בסעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, אשר הרכיב הרביעי דלעיל אינו נמנה

על יסודותיה. לפיכך, ממילא אין כל מקום לטענה בדבר הצורך בהוכחת קיומו של שוק רלוונטי, בהעדר היזקקות לבחינה של מידת הפגיעה הפוטנציאלית בתחרות. מסקנה זו הולמת את התכלית העומדת בבסיס הוראת סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, כפי שעמד עליה בית המשפט בדנ"א 4465/98, לעיל בעמוד 95, לאמור:

**"יש בהן בחזקות שנקבעו בסעיף 2(ב) כדי להנחות את הקהילייה העסקית באשר לכללי המותר והאסור; לחסוך את הצורך המורכב של בחינת השוק ומתן משקל להערכות מומחים שונות ולהקל דרך-כלל על ההתדיינות המשפטית."**

(ראו גם, ע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ, תק-על 2005(3), 420 פסקה 16 לפסק הדין; ע"פ 4855/02, לעיל, עמודים 869-870; דיויד גילה "לקראת מדיניות משפטית חדשה כלפי תניות אי-תחרות" עיוני משפט כג (תש"ס-2000) 63, עמודים 111-113, אשר הביע עמדה דומה, לפיה ניתוח שוק מהותי, המראה כי ההסדר עלול לפגוע בתחרות בענף רלוונטי כלשהו, אינו נדרש מקום בו ההסדר נכנס לגדר הכבילות המנויות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים; מנחם פרלמן "הגדרת שווקים כלים כמותיים וניתוח כלכלי" תאגידים א/3 (2004) 20, עמודים 20-21).

העולה מן המקובץ, הגדרת השוק הרלוונטי עשויה לשמש כלי עזר אנליטי לניתוח הפגיעה בתחרות כתוצאה מקיומו של הגבל עסקי, לרבות הסדר כובל, בהיותה משמשת כלי הן לזיהוי השחקנים המהווים איום תחרותי, והן להערכת כוחם של אלה בשוק. קרי, הגדרת שוק רלוונטי מסייעת בניתוח ההשפעות על התחרות של ההגבל העסקי. יחד עם זאת, כעולה מלשון הוראת סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים ולאור התכלית העומדת בבסיס חוק ההגבלים העסקיים, אין בהגדרה כאמור כדי להימנות על יסודות עבירת ההסדר הכובל.

מבלי לגרוע מן האמור ולמעלה מן הדרוש, אוסיף גם זאת - כעולה מחומר הראיות בתיק, דווקא אמירותיהם של הנאשמים ומטרוסו מלמדות על תפיסתם כי קיים שוק של חטיפי הבריאות, אשר המתחרים בו הינם החטיפים אנרג'י, קורני וצ'ואי. כך כנלמד, בין היתר, משיחת הנאשם 1 ומטרוסו מיום 26.11.2001, המובאת כלשונה:

**"מ [מטרוסו]: הקטגוריה, הקטגוריה גדלה, יש אהה.. נכון לעכשיו שני שחקנים**

**כהן [הנאשם 1]: למה, למה לא שלושה, למה אתה אומר שניים**



מ: או, שלושה, סליחה, אה, צ'ואי, אתה ואנחנו ו.. אני מניח ש..  
כולם אהה.. נכון לעכשיו מוכרים יותר

כהן: טוב ברור שאתם מוכרים יותר, אין ספק שיורד גשם יורד  
על כולם".

(ת/21, שורות 31-35).

אמנם, בחקירתו הנגדית התכחש הנאשם 1 לקיומה של קטגוריה כאמור  
(פרוטוקול דיון מיום 23.2.2006, עמוד 172 שורות 5-9), ברם, כעולה מתמלילי  
השיחות, הנאשם 1 מדבר עם מטרסו על קטגוריה נפרדת של חטיפי הבריאות  
(ת/18, שורות 51-52, 73-74, 83-84, 130-131; ת/21, שורות 31-32, 128-129,  
295-300; ת/27, שורות 281-283, 294, 364-365, 406-412, 448-449, 498-  
499).

לא זו אף זו, בהודעתו, לכשנשאל הנאשם 1 בדבר נתח השוק של החטיפ אנרג'י,  
השיב כדלקמן: "ממוצע מעל 50% בנובמבר היה 63%. היינו בקמפיין בטלוויזיה  
בנובמבר. קורני 22% בנובמבר ירד ל-17%. צ'ואי ממוצע 20% בנובמבר היה  
12%". קרי, אף שלא נשאל באשר לנתח השוק של החטיפים האחרים, ציין  
הנאשם 1, מיוזמתו הוא, נתונים אלה, ללמדנו כי הנאשם 1 בדק ובירר  
אינפורמציה זו, הנוגעת למתחריו בשוק (לענין נתח שוק, ראו גם ת/1, שורות 27-  
29; ת/37, עמודים 100, 108, 117, 123 ו-138). גם בעמוד הראשון למחברת,  
שנתפסה במשרדו של הנאשם 1 (ת/41), מופיעים, לצד החטיפ אנרג'י, רק  
החטיפים קורני וצ'ואי, ונתונים בדבר המחירים המינימאליים והמקסימאליים של  
אלה, כחלק מאינפורמציה, אשר הנאשם 1 מצאה כרלוונטית לעניינו. ודוק.

תימוכין לדברי הנאשם 1 מצאנו גם בעדות מטרסו, אשר העיד על קיומו של שוק  
חטיפי בריאות, בהסבירו כדלקמן:

"בשנים 2001, תחילת 2002, היה חטיפ שהיה הראשון שהגיע,  
בשם צ'ואי, שנה שנה וחצי לפנינו, היצרן זה חב' קווקר, היבואן  
הוא מ' פרופ ובנו, שחקן שני זה היה אנחנו. היו שלושה  
שחקנים במוותגים מוכרים. השלישי היה אנרג'י שמיוצר  
בשוויץ. את האנרג'י הביאה פרמה גרין שנרכשה על ידי עלית,  
שנה ושלושה חודשים אחרי האירוע שבתיק.

החלוקה לא היתה שליש-שליש-שליש, אלא היה יתרון לאנרג'י  
... אפשרית להגדיר את אנרג'י באותה תקופה 40%-45%.  
לקורני 30%-35%. לצ'ואי את היתרה. היו מותגים נוספים  
שהגיעו אך לא שרדו, היו קטנים מידי כדי להיכנס למסה. כל  
השוק היה שווי לצרכן של 25-30 מיליון ₪ בשנה כולל מס  
הכנסה ואני אומר זאת מהעיתונים לא מסקרים.

...

## מאז הקטגוריה השתנתה לחלוטין...

...

השוק השתנה לגמרי מחברות קטנות לחברות ענק, זה הפך להיות כסף גדול בניגוד למה שהיה בעבר."

(פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 7 שורות 7-22)

ראו גם, עדות מטרסו, פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 24 שורות 24-25, עמוד 35 שורה 3.

גם קוך, בעדותו בבית המשפט, בהתייחסו לחטיף קורני, המשווק על-ידי החברה המאוחדת, שהוא מנהלה הכללי, אמר "ב-2001 היינו שלושה שחקנים בשוק, היה חטיף בשם צ'ואי שמשתייך ליבואן אחר. היה אנרג'י... והיו עוד שחקנים קטנים אחרים, אף אחד מהם לא החזיק מעמד בשוק. ... הערכנו שבאותה תקופה אנרג'י החזיק כ-40% מהשוק, אנחנו החזקנו כ-30% מהשוק, צ'ואי בין 20% ל-25% מהשוק." (פרוטוקול דיון מיום 6.4.2005, עמוד 71 שורות 5-10). הכט, אשר שימש בשנים 2001-2002 מנכ"ל חברת עידן סחר בע"מ, וניהל משא ומתן עם חברת פרופ, בין היתר, להפצת המוצר צ'ואי, העיד אף הוא כי "באותה תקופה המתחרים של צ'ואי היו קורני, אנרג'י, אלה בעיקר." (פרוטוקול דיון מיום 9.6.2005, עמוד 98 שורה 7. וגם, תמליל שיחת הטלפון בין מטרסו להכט, עמוד 6 שורות 2-4). ראו גם, דוח נילסן, חברה העוסקת במדידת התנהגות צרכנים בנקודות מכירה קמעוניות, אשר בחן את היקף המכירות ונתח השוק, נכון לחודש נובמבר 2001, בהצביעו על היות החטיפים אנרג'י, קורני וצ'ואי, שלושת החטיפים המובילים בשוק: אנרג'י - 62.2%, קורני - 17% וצ'ואי - 12.2%, סה"כ 91.4% מנתח השוק (נ/1).

משגילו הצדדים דעתם כאמור בדבר הזירה התחרותית הרלוונטית, לאמור מרחב המוצרים - אנרג'י, קורני וצ'ואי - והשחקנים העוסקים בהם - הנאשמים, החברה המאוחדת והכט (כבעל פוטנציאל להפיץ את החטיף צ'ואי), הרי שבנקודת מבטם זו יש כדי ללמד, יותר מכל, על השוק הרלוונטי ודרכי פעולתם במסגרתו, מבלי שניזקק, כאמור למעלה מן הדרוש, לאמות מידה כמותיות בבחינת גדריו של השוק.

לא למותר להוסיף ולהפנות למאמרו של דייוויד גילה בפרק "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים ומונופולין" בספרם של דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג (תשס"ד-2003), 635 בעמוד 639, אשר הציע את מבחן התחליפיות הסבירה כמבחן לקביעת גדריו של השוק. בהיקש מן הדוגמא המובאת שם,

סבורני, כי עם העלאת מחיר חטיפי הבריאות הצרכנים לא ירכשו דגני בוקר אלא ירכשו חטיפי בריאות של יצרן אחר.

47. משקבעתי כי הגדרת שוק רלוונטי אינה נמנית על יסודות עבירת ההסדר הכובל, הקבועה בהוראת סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, ממילא לא מצאתי להידרש לבחינת חוות דעתו של פרופ' מיכאל פרי, לרבות המדדים שבחר בהגדרת השוק הרלוונטי והנתונים ששימושו, עת קבע כי בשנים 2000-2001 לא היה קיים שוק רלוונטי של חטיפי בריאות, אשר כלל את החטיפים אנרג'י, קורני וצ'ואי, אשר השתייכו לשוק החטיפים, הכולל חטיפים מתוקים ומלוחים למיניהם (נ/14).

למעלה מן הצורך אוסיף, כי חוות דעתו של פרופ' פרי לוקה בחסר. כעולה מחקירתו הנגדית, הלה לא התייחס בחוות דעתו לראיות בדבר קיומה של קטגוריה כאמור, בצינו כי הסתמך "בעיקר על מידע כללי" (פרוטוקול דיון מיום 9.3.2006, עמוד 217 שורות 2-4); הנתונים שאסף הינם נתונים אקראיים של כ- 30-40 אנשים, לדבריו "לא מדגם מייצג מסודר" (שם, שורות 7-9), עת לדבריו לא ערך מחקר עם צרכנים. יתרה מזאת, פרופ' פרי העיד, כי לא קרא את כל החומר הנוגע לשאלת התחליפיות (שם, עמוד 216 שורה 29), אלא רק קטעים או תמציות מדוחות הנוגעים לענין (שם, עמוד 221 שורות 22-30). בנוסף, יש להדגיש כי קיומו של שוק רלוונטי או העדרו במדינה אחת אינו מצביע על קיומו או העדרו של שוק כאמור במדינה אחרת, שכן העדפותיהם של צרכנים בכל מדינה הינן שונות.

## סוכן מדיח

48. לטענת ב"כ הנאשמים, מטרסו שימש סוכן מדיח, עת הוא וקוך קשרו קשר עם חוקרי הרשות להגבלים עסקיים להפליל את הנאשמים. כך כנלמד מהעובדה, כי לאחר הפגישה בבית קפה אלכסנדר, הנאשם 1 לא יצר כל קשר עם מטרסו, משך כשלושה חודשים, עד לשיחה שיזם מטרסו בין השניים. כמו כן, כעולה מעדות מטרסו, הלה הודרך על-ידי חוקרי הרשות לחתור ולהגיע לנושא תיאום מחירים בשיחות שקיים עם הנאשם 1, לרבות בפגישה שהתקיימה בבית מלון דן.

סוכן מדיח (*Agent Provocateur*) הינו סוכן משטרתי המשדל אדם לעבור עבירה, שלולא השידול לא היה מבצעה. עמד על כך השופט שמגר (כתוארו דאז) בע"פ 18/78 משה ביבס נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 64, עמוד 73 (1978),

בצטטו דברי השופט זילברג בע"פ 129/61 נזימה אשת נג'י שלום נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טו 2444 (1961), בקובעו בעמוד 2446, כהאי לישראל:

"ייתכן - כי כאשר מגיע לאזני המשטרה כי ראובן עומד לבצע עבירה המצריכה שותפות של שני אנשים, ויש יסוד להניח כי הוא, ראובן, כבר החל במעשי ההכנה לכך, אזי מותר לה, למשטרה, לשלוח אליו את שמעון, ולנקוט תחבולות שונות כדי שאותה עבירה 'רצויה' תבוצע בעזרת הסוכן ותוכח בבוא הזמן לפני בית-המשפט. אבל כאשר ראובן כלל לא היה בדעתו לעבור מעשה עבירה זה, והמשטרה היא שיוזמת את הדבר, שולחת אליו את שמעון, הסוכן המדיח, כדי שזה יעורר אצל ראובן את היצר שבו, וראובן יבצע את העבירה היוזמה על ידה - הרי זה הוא ממש שידול לדבר עבירה, שידול אשר בלעדיו לא היתה העבירה נעשית כלל, ועלינו להביע את מורת רוחנו מהתנהגות שכזאת."

השופט שמגר הוסיף וסיכם ההלכה, בקובעו:

"בהחדרתם של סוכני משטרה כדי לתפוס עבריו, תוך כדי פעולת הפסול (למשל...כדי למנוע המשך פעילותו הפלילית בדרך כלל), אין לגלות פגם משפטי או מוסרי, אליבא דכולי עלמא."

לאמור, יש להבחין בין מי שפעל כ'סוכן מדיח', אשר לולא הדחתו העבירה לא היתה מתבצעת כלל, לבין ה'סוכן המודיע', אשר מלווה את מעשה העבירה לצורך איסוף ראיות, הדרושות למשטרה לשם העמדת חשוד לדין, כחלק מהמאבק בפשיעה (ראו גם, קדמי, על הראיות חלק ראשון, לעיל, עמוד 424).

מכל מקום, הלכה פסוקה היא, כי פעולתו של סוכן מדיח אינה פוטרת נאשם מאחריותו הפלילית, אלא עשויה, לכל היותר, להביא להקלה בעונשו. עמד על כך בית המשפט בע"פ 4048/91 יאסין בן עלי דהאר נ' מדינת ישראל, תק-על 93(4), 319 (1993), בקובעו בפסקה 10 לפסק הדין כדלהלן:

"הדחה על-ידי סוכן משטרי - שבישראל אינה מהווה הגנה הפוטרת מאחריות פלילית אלא עילה להקלה בעונש בלבד - מהווה שידול לדבר עבירה."

הסוכן שותף את רעיון ביצוע העבירה במחשבתו של המודח. בהעדר פעולת ההדחה של הסוכן, העבירה לא היתה מבוצעת על-ידי המודח. יחד עם זאת, במקום שהנאשם גמר בליבו לבצע את הפשע עוד טרם כניסתו של 'הסוכן המדיח' לתמונה, והסוכן המשטרי רק יצר הזדמנות נוחה למימוש כוונתו הפלילית של הנאשם, הרי שלא מתקיימת הדחה."

(ראו גם, ע"פ 5268/04 ליודמילה מינין נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(4), 924 (2005); ע"פ 222/93 איברהים עמור נ' מדינת ישראל, תק-על 97(4), 42 (1997); ע"פ 15/78, לעיל, עמודים 73-74).

49.

במקרה דנן אין בסיס לטענת סוכן מדיח. כעולה מחומר הראיות בתיק, אין חולק כי הנאשם 1 הוא שיזם הפגישה הראשונה עם מטרסו, שהתקיימה בבית קפה אלכסנדר. אמנם הצדדים השיחה היו חלוקים לגבי תכניה, אך כפי שהובאר בהרחבה לעיל, בחומר הראיות יש כדי לתמוך בגרסת מטרסו, שאותה העדפתי, לפיה במסגרת הפגישה דלעיל, פנה הנאשם 1 למטרסו בהצעה להעלות את מחיר החטיפה קורני, על מנת לקבוע רמת מחירים מינימאלית של החטיפים אנרגי וקורני. אמת הדבר כי הצדדים לא הגיעו לכלל הסכמה וכי מטרסו הוא שיזם שיחות הטלפון, שהתקיימו לאחר מכן בין השניים, בהנחיית חוקרי הרשות להגבלים עסקיים, לאחר שמטרסו וקורן פנו לרשות והביאו תוכן הפגישה בבית קפה אלכסנדר לידיעתם. ברם, כעולה מתמליל שיחת הטלפון, אשר מטרסו יזמה, הנאשם 1 הוא שהעלה ראשון את נושא מחיר החטיפים, בהשיבו לדברי מטרסו, לפיהם "בהמשך לשיחתנו הקודמת...למה ללכת ראש בראש כשאפשר לקדם את מה שדיברנו." (ת/18, שורות 26-36). במסגרת שיחה זו והשיחה שבאה לאחריה, ציין הנאשם 1 מפורשות טווח המחירים המינימאלי המוצע - "סף שממנו לא יורדים למטה" - על מנת לחנך ציבור הצרכנים, בדחקו במטרסו לפעול "במידי". בעקבות הפגישה שהתקיימה בבית קפה אלכסנדר, פנו מטרסו וקורן לחוקרי הרשות להגבלים עסקיים, אשר ביקשו מהראשונים לשתף עימם פעולה ולסייע בידם לאסוף ראיות להוכחת ביצוע העבירה בה נחשד הנאשם 1. בהפעלת מטרסו כ'סוכן מודיע' אין כל פסול, כך, כעולה מההלכה הפסוקה, בהינתן כי לדידי הלה, לכל היותר, יצר הזדמנות נוחה למימוש כוונתו הפלילית של הנאשם 1. כך, כנלמד גם מדברי אשד, ראש צוות מודיעין ברשות להגבלים עסקיים, בעדותו בבית המשפט, בהתייחסו להנחיית מטרסו וקורן עובר לפגישה במלון דן, לפיהם "אמרתי להם לא להציע שום דבר, לא ליזום שום דבר, לא לפתות לדבר עבירה, לשאוב מידע ולעורר שאלות." ובהמשך "הנחנו לא ליזום, לא להציע את ההצעות אלא רק לשאול שאלות ולקבל תגובה." (פרוטוקול דיון מיום 22.9.2004, עמוד 62 שורות 5-6 ו-18-19). ויודגש, כעולה מתמליל השיחות שנערכו בין מטרסו לנאשם 1 ומתמליל הפגישה בבית מלון דן בתל-אביב, מטרסו לא הדיח את הנאשמים, לא שידלם ולא נטע בהם ההצעה - קרי: לא יזם העלאת נושא תיאום מחיר החטיפים - ומשכך אין לראותו כ'סוכן מדיח'.

יתרה מזאת, הלכה פסוקה היא כי 'איסוף ראיות' לבקשת רשויות החקירה, על ידי הקלטת השיחות שקיים סוכן עם נאשם, אינה הופכת אותו ל'סוכן מדיח'. כך, ברע"פ 1804/06 רועי מחרבי נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(1), 2799 (2006), שם קבע בית המשפט לאמור:

**"במצבים בהם הפעילו רשויות החקירה סוכן כדי להשיג ראיות הדרושות להעמדתו לדין של אדם, שעל-פי המידע שבידי המשטרה מבצע פשעים, אין לראות בכך הדחה".**

לשון אחר, מקום בו מתבקש, מי שפנה למשטרה, להקליט שיחות עם מי שהוא החשוד בביצוע עבירה, אין בכך כדי להפכו ל'סוכן מדיח'. (ראו, ע"פ 7399/95, לעיל, עמוד 128; ע"פ 470/83 משה מורי נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 1, עמוד 5 (1985)).

50. מבלי לגרוע מן האמור לעיל, הרי שכאמור, אין בהדחת נאשם על-ידי סוכן משטרתי כדי לפטור נאשם מאחריותו הפלילית, עת לכל היותר יכול הדבר לשמש להקלה בעונשו. די בכך, כדי לדחות טענת ב"כ הנאשמים בדבר זיכוי הנאשמים בעטייה של הדחה כנטען, אשר כאמור לא מצאתי לה תימוכין בחומר הראיות.

## **סיכום ביניים**

51. משלא מצאתי ממש בטענות ב"כ הנאשמים, שעיקרן העדר הוכחה לקיום יסודותיה העובדתיים של עבירת הניסיון לעריכת ההסדר הכובל, ולאור הודאת הנאשמים בתשובתם לכתב האישום, כי לא קיבלו אישור בית הדין להגבלים עסקיים או היתר זמני או פטור מהממונה על הגבלים עסקיים (ראו גם, ת/33), נפנה לבחון שאלת התקיימות היסוד הנפשי בעניינו של הנאשם 1.

## **היסוד הנפשי של הנאשם 1**

52. עבירת ההסדר הכובל דורשת, כאמור, קיומה של מחשבה פלילית לשם השתכללותה, המוגדרת בסעיף 20 לחוק העונשין כמודעות בפועל של עושה העבירה לטיב המעשה ולקיום הנסיבות, היינו, ליסודותיה העובדתיים של העבירה, הלוא הם רכיבי הגדרת ההסדר הכובל - ובנסיבות המקרה דנן - לפי החלופה הקבועה בסעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים. כאמור, אין צורך בהוכחת קיומה של כוונה ליישום ההסדר בפועל, כתנאי לשכלול היסוד הנפשי

של העבירה, וכן אין צורך להוכיח מודעות הנאשם להיות ההסדר הסדר כובל אסור, היינו, לעצם קיומו של האיסור הפלילי (ע"פ 4855/02, לעיל, עמודים 875-877).

53. הלכה פסוקה היא, כי אחת הדרכים המקובלות להוכחת יסוד נפשי היא הסתמכות על חזקות, בעיקרן חזקות עובדתיות, שהן למעשה ראיות נסיבתיות. נאמר לא אחת כי מחשבה פלילית היא ענין שבלב ובהעדר ראיה ישירה לגביה יש לפנות ל'חזקת המודעות', על פיה אדם מודע, בדרך כלל, למשמעות התנהגותו, מבחינת טיבה הפיסי, קיום נסיבותיה ואפשרות גרימת התוצאות הטבעיות שעשויות לצמוח ממנה. עמדה על כך השופטת ד' דורנר בע"פ 807/99 מדינת ישראל נ' חיים עזיזיאן, פ"ד נג(5) 747, עמוד 767 (1999), בקובעה, בהתייחסה לחזקת המודעות, לאמור:

"חזקה זו משקפת את ההנחה, המבוססת על ניסיון החיים, ולפיה בני-אדם מודעים לרכיבים העובדתיים של מעשיהם. עמד על כך פרופ' פלר בציינו:

"יוצאים מן ההנחה... [שהאדם] מודע לכל אלה, מעצם כך שיש לו הפוטנציאל המנטלי-ההכרתי להיות מודע להם. מניחים זאת, משום שכל אדם בר-דעת רוכש נסיון מינימאלי בחיי יום-יום, המלמד אותו להיות ער לפרטי התנהגותו מבחינת טיבה, נסיבותיה ותוצאותיה." (ש"ז פלר, יסודות דיני עונשין (כרך א, תשמ"ד), בעמוד 543).

בהוסיפה:

"לחזקת המודעות משקל כמעט מכריע כאשר ההתנהגות האסורה מתבטאת במעשה אקטיבי, להבדילו ממעשה פסיבי - כגון מחדל או נוכחות בזירת העבירה - שאז על התביעה להוכיח כי הנוכחות נבעה מן השותפות."

(ראו גם, ע"פ 4230/99 סברי אבו ג'נאם נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 34, עמוד 45 (2001); ע"פ 3158/00 אוהד מגידש נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 80, עמוד 89 (2000); יעקב קדמי על הדין בפלילים חוק העונשין, חלק ראשון (תשס"ה-2004), עמודים 189-190).

ויודגש, חזקת המודעות הינה חזקה הניתנת לסתירה. יחד עם זאת, משכשל הנאשם להביא ראיות או ליתן הסברים, שיש בהם כדי להראות, כי החזקה אינה הגיונית כלל ועיקר, ובהינתן היות הנסיבות המפלילות בעלות משקל ראוי לשמו, בית המשפט יהא רשאי לבסס עליה הרשעה בדין. עמד על כך בית המשפט בע"פ

384/80 מדינת ישראל נ' לוי דוד בן ברוך, פ"ד לה (1) 589, עמוד 592 (1980), בקובעו כהאי לישנא:

"כמובן, הנחה זו, שאינה אלא פרי ההיגיון וניסיון החיים, ניתנת לסתירה. אין מרשיעים אדם על יסוד מחשבה פלילית שעשויה להיות לו, אלא אך על יסוד מחשבה פלילית שיש לו. על-כן, רשאי נאשם להביא ראיות או ליתן הסברים, שיש בהם להראות, כי ההנחה ההגיונית אינה הגיונית כלל ועיקר או כי עצמתה של ההנחה, לאור הסבריו, אין בכוחה לקיים את מידת ההוכחה הנדרשת במשפט פלילי. אך במקום שהנאשם לא הרים נטל טקטי זה, ולא הביא ראיות או לא נתן הסברים המניחים את הדעת, הופכת ההנחה למציאות. שוב אין אנו אומרים, כי יש להניח, או כי לכאורה ניתן לומר, כי הנאשם התנהג התנהגות פלונית, והיה בעל מחשבה אלמונית, אלא אנו אומרים, כי הוכח, במידת הוודאות הדרושה במשפט פלילי, כי אכן הנאשם התנהג התנהגות פלונית, והיה בעל מחשבה פלילית אלמונית. מה שהחל כהנחה לכאורית הופך להנחה מוחלטת, דהיינו למציאות עובדתית - התנהגותית או מחשבתית."

(ראו גם, ע"פ 319/88 יהודה אלמליח נ' מדינת ישראל, פ"ד מג (1) 693, עמוד 698 (1989); ע"פ 8027/04 שמעון אלגריסי נ' מדינת ישראל, תק-על 2006 (1), 2530 (2006), פסקה 14 לפסק הדין).

יתרה מזאת, יש להדגיש כי היסוד הנפשי הנדרש בעבירת ניסיון מונה שני יסודות משנה מצטברים: האחד, היסוד הנפשי הנדרש לעבירה אותה ניסה הנאשם לבצע, הלוא היא 'העבירה המושלמת', כמפורט לעיל. השני, היסוד הנפשי הנדרש לעבירת הניסיון עצמה, כנלמד מלשון הוראת סעיף 25 לחוק העונשין, דהיינו, המטרה להשלים את העבירה המושלמת. קרי, הדגש הינו על חפצו של הנאשם לבצע את העבירה המושלמת (ראו, ע"פ 5150/93, לעיל, עמוד 186, ע"פ 291/62 סלימאן מחמוד אבו רביעה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז (4) 2913, עמוד 2933 (1963)).

54. ומן הכלל אל הפרט, מכוח חזקת המודעות, יש לראות הנאשם 1, כמי שהיה מודע להתנהגותו, מבחינת טיבה ונסיבותיה, כפי שזו באה לידי ביטוי בפגישה שהתקיימה בינו לבין מטרסו בבית קפה אלכסנדר, בשיחות הטלפון שהתקיימו בין השניים לאחר מכן, ובפגישה במלון דן בתל-אביב, כמפורט בהרחבה לעיל. לאמור, יש לראות בנאשם 1 כמי שהיה מודע בפועל להיותו צד לניסיון לעריכת הסדר, שנעשה בינו לבין מטרסו - שניהם מנהלי עסקים - לפיו תוטל הגבלה על לפחות אחד מהם, שעניינה המחיר שיידרש לחטיפי הבראות קורני ואנרג'י, מכוחה של הנחה זו, המבוססת על השכל הישר וניסיון החיים.



אין בידי לקבל טענת ב"כ הנאשמים, לפיה הנאשם 1 סבר כי השיחות בינו לבין מטרוסו נסבו על הצעתו לרכוש את קורני או למזג את פעילותן של הנאשמת 3 והחברה המאוחדת, וכי המדובר ב"שיח של חרשים", כלשונם, המלמדים כי לא התקיים בעניינו של הנאשם 1 היסוד הנפשי הדרוש להשתכללות העבירה (ראו פסקאות 27-30 לעיל). כעולה מחומר הראיות ובפרט מתמלילי שיחות הטלפון, שהתקיימו בין הנאשם 1 למטרוסו (ת/18 ו-ת/21), מתמליל הפגישה במלון דן תל-אביב (ת/27) ומהודעת הנאשם 1 (ת/1), הנאשם 1 הוא שיזם העלאת נושא המחירים, עת פנה למטרוסו בהצעה להעלות את מחיר החטיף קורני, על מנת שיתייצב לצידו, כמובילי הקטגוריה, בהדגישו טווח המחירים המינימאלי בו על מטרוסו למכור החטיף קורני. בכך, גם גילה הנאשם 1 דעתו בדבר כוונתו את חפץ נפשו, עת חתר לשכלול ההסדר הכולל. כאמור, טענת הנאשם 1, לפיה השיחות נסבו אך על בחינת האפשרות לשיתוף פעולה אסטרטגי, בין בדרך של מיזוג, בין בדרך של רכישת החטיף קורני ובין בדרך של איחוד מערך ההפצה, נדחתה על-ידי, כמפורט בהרחבה לעיל (ראו, פסקאות 27-30 לעיל). פועל יוצא, לא עלה בידי הנאשמים להביא בפני בית המשפט ראיות, אשר יש בהן כדי לסתור חזקת המודעות.

55. זאת ועוד, על מודעות הנאשם 1 להיותו צד לניסיון לעריכת הסדר, שנעשה בינו לבין מטרוסו - מנהלי עסקים - לפיו תוטל הגבלה על לפחות אחד מהם, שעניינה המחיר שיידרש לחטיפי הבריאות קורני ואנרג'י, ניתן ללמוד גם מן התשתית הראייתית, אשר הונחה לפני בית המשפט, ממנה נמצאנו למדים, כי נאשם 1 הבחין, הבחן היטב, בינו לבין מטרוסו, מנהלי השיווק של חברות מתחרות, וכמתחרהו בשוק (ראו, בין היתר, ת/18, שורות 51-54, 83-84 ו-130-134; ת/21, שורות 154-155; ת/1, שורות 431-433), ופנה אליו בהצעה להעלות את מחיר החטיף קורני, על מנת להתייצב לצידו, כמובילי הקטגוריה, באומרו, בין היתר, "בוא נקבע רמת מחיר", "סף שממנו לא יורדים למטה", ובהדגישו טווח המחירים המינימאלי בו על מטרוסו למכור החטיף קורני, בהשוואה למחיר בו הוא - הנאשם 1 - מוכר את החטיף אנרג'י (ראו, בין היתר, ת/18, שורות 109-111, 130-134 ו-137-138; ת/21, שורות 148-155, 245-249 ו-296-300; ת/27, שורות 657-672 ו-722-729).

יתרה מזאת, הנאשם 1 אף היה מודע לעצם קיומו של האיסור הפלילי, הגם שאין צורך בהוכחה כאמור כתנאי להשתכללות העבירה, כך, כעולה מתמליל השיחה שהתקיימה ביום 26.11.2001, עת לשאלת מטרוסו, האם הנאשם 1 מתיר לו לעדכן

את הגורמים הרלוונטים בגרמניה (היצרן של קורני) בנושא השיחה, השיב  
הנאשם 1 כדלקמן:

”כהן [נאשם 1]: שמע, אני אה... אני לא יודע מה להגיד לך  
אפילו, זאת אומרת, אני לא יכול להגיד לא, ואני לא יכול להגיד  
לך כן. אתה יכול להגיד שאתה מדבר איתי אבל לא, אל תגיד  
שמתאמים שמדברים על מחירים.

מ [מטרסו]: אוקי

כהן: נראה לי כאילו לא בסדר בהווה.”

(ת/21, שורות 362-366).

ודוק. דומה כי באמירה זו בדבר טיבה הפלילי של התנהגותו, יש כדי ללמד ביתר  
שאת בדבר מודעותו של הנאשם לטיב המעשה ולקיום הנסיבות, כאמור בעבירה  
לפי סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים. פרשנותו של הנאשם 1 לדברים  
האמורים, במסגרת עדותו בבית המשפט (פרוטוקול דיון מיום 23.2.2006, עמוד  
181 שורות 13-32), אינה עולה בקנה אחד עם הדברים שאמר למטרסו. עיון  
בתמליל השיחה מעלה, כי הנאשם 1 לא התייחס כלל לצורך להמתין לסגירת  
ההסכם, קודם ליידוע יצרנית החטיף קורני, בשל התחרות בינה לבין יצרנית  
החטיף אנרג'י.

56. אשר לטענת ב"כ הנאשמים, לפיה לנאשמים לא היה כל מניע לערוך הסדר כובל,  
בהינתן כי לאור דוח נילסן (1/נ) החטיף אנרג'י נהנה מגידול קבוע בנתח השוק,  
עת לא היה בהורדת מחיר החטיף קורני כדי להביא להגברת מכירותיו של  
האחרון לטווח הרחוק - אין בידי לקבלה.

עיון בלשון החוק מעלה, כי הגדרת עבירת ההסדר הכובל אינה מונה בין רכיבי  
יסודותיה דרישה להוכחת מניע מיוחד, לשם השתכללותה (ראו גם, הוראת סעיף  
90א(2) לחוק העונשין). כך בע"פ 4855/02, לעיל, שם קבע בית המשפט, כי  
לשם שכלול היסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל נדרשת אך מודעות בפועל  
של עושה העבירה לרכיביה העובדתיים של העבירה, בהוסיפו כי אין בסיס  
לטענה בדבר הצורך להוכיח מניע מיוחד או מטרה של הצדדים להסדר לפגוע  
בתחרות, זאת לאור לשון חוק ההגבלים העסקיים ותכליתו (שם, עמודים 873-  
874).

## התקיימות יסודות העבירה בעניינו של הנאשם 1

57. לאור האמור לעיל, הנני לקבוע, כי התקיימו, בעניינו של הנאשם 1, יסודות עבירת הניסיון לעריכת הסדר כובל, בהתאם להוראת סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, והוכח מעל לספק סביר ביצוע העבירה כאמור.

## אחריות הנאשמת 3

58. אחריותה האישית של הנאשמת 3 בפלילים, בגין ביצוע העבירה של ניסיון לעריכת הסדר כובל, נגזרת מדוקטרינת תורת האורגנים, אשר פותחה והשתרשה במשפט הישראלי ומצאה ביטוייה, לימים, במסגרת תיקון מספר 39 לחוק העונשין, במסגרת סעיף 23 לחוק, הקובע כדלקמן:

”23. היקף אחריותו הפלילית של תאגיד

(א) תאגיד יישא באחריות פלילית -

(1) לפי סעיף 22, כשהעבירה נעברה על-ידי אדם במהלך מילוי תפקידו בתאגיד;

(2) לעבירה המצריכה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות, אם, בנסיבות הענין ולאור תפקידו של האדם, סמכותו ואחריותו בניהול עניני התאגיד, יש לראות במעשה שבו עבר את העבירה, ובמחשבתו הפלילית או ברשלנותו, את מעשהו, ומחשבתו או רשלנותו, של התאגיד.

(ב) ...”

כאמור, תיקון מספר 39 לחוק העונשין לא שינה מעקרונות דוקטרינת תורת האורגנים, כפי שזו השתרשה בהלכה הפסוקה עובר לתיקון; כך בע”פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע”מ נ’ מדינת ישראל, פ”ד מה(4) 364 (1991), שם עמד השופט א’ ברק, כתוארו דאז, בהרחבה על מהות הדוקטרינה ועקרונותיה, בקובעו בעמודים 378-379 לאמור:

”במשך השנים התפתחה ‘תורת האורגנים’, אשר נועדה להתגבר על היעדרו של מימד אנושי לחברה ובכך לאפשר לה לקיים את דרישות החוק באשר לקיום תכונות אנושיות הדרושות לשם הטלת אחריות או לשם מתן חסינות מאחריות (אזרחית, פלילית או אחרת) ... על-פי תורה זו - שאינה מוגבלת לתחום הפלילי, אלא חלה בכל התחומים (...) - היסוד נפשי שמתקיים אצל האורגן נתפס כיסוד הנפשי של התאגיד. בדומה, הרכיב ההתנהגותי האקטיבי שמתקיים אצל האורגן נתפס כרכיב ההתנהגותי האקטיבי של התאגיד (...). באמצעות תורה זו ניתן

לייחס לתאגיד - חרף היעדר תכונות אנושיות - מחשבה ומעשה של האורגן, ובכך ניתן לקיים את הוראותיו של כל דין (או חוזה), המתנה תוצאה משפטית בקיום תכונות אנושיות אלה.

בהתייחס לסוגיית הטלת אחריות פלילית על תאגיד מכוח תורת האורגנים, קבע בית המשפט, כי חרף מחלוקת מלומדים בסוגיה דנא, זו השתרשה במשפט הישראלי, בהוסיפו, בעמוד 383 לפסק הדין, כהאי ליסנא:

"היעדים החברתיים, אותם מבקשת החברה להשיג באמצעות המשפט הפלילי, עולים בקנה אחד עם הכרה באחריות פלילית אישית של התאגיד. בחברה המודרנית, התאגיד הוא בסיס עיקרי לפעילות אנושית. ישנן מדינות בהן יש יותר תאגידים מבני אדם. במקום שבמסגרת התאגיד מתרחשת התנהגות הנתפסת על-ידי החברה כעבריינית - העלמת מס, הפרת חוקי תכנון ובניה, ניהול פעילות הנוגדת את המוסר הציבורי (סרסרות לזנות) וכיוצא בהם - מקדמים את הערכים שהחברה רוצה להגן עליהם על-ידי הטלת אחריות פלילית אישית על התאגיד. בכך מקדמים מטרות של מניעת הישנות העבירות והרתעה."

אשר לזהות האורגנים, אשר במעשיהם קמה אחריות התאגיד בפלילים מכוח דוקטרינת תורת האורגנים, קבע בית המשפט, בעמוד 382 לפסק הדין, כדלהלן:

"גוף או נושא משרה בכיר בתאגיד (אסיפה כללית של בעלי המניות, דירקטוריון, דירקטור, מנהל כללי, מנהל עסקים) יהא בוודאי אורגן שלה. אך גם נושא משרה שאינו בכיר עשוי להיחשב כאורגן התאגיד, וזאת אם על-פי מסמכי התאגיד או מקור נורמאטיבי אחר, רואים את פעולתו ומחשבתו, כפעולת התאגיד עצמו."

ובהמשך, בעמודים 386-387:

"חוג האנשים המהווים אורגן לעניין האחריות הפלילית האישית של התאגיד מוגדר מבחינה ארגונית ופונקציונאלית גם יחד, כלומר, כל אלה שעל-פי הדין, על-פי מסמכי התאגיד או על-פי כל מקור נורמאטיבי אחר, מן הראוי הוא לראות בפעולותיהם את פעולות החברה."

וידגש, בהוראת סעיף 23(2) לחוק העונשין אימץ המחוקק גישה מרחיבה זו של ה'אורגן', בקובעו כי אחריות התאגיד בפלילים תוטל "לאור תפקידו של האדם, סמכותו ואחריותו בניהול עניני התאגיד".

(ראו גם, ע"פ 7399/95, לעיל, עמודים 122-123; מאמרו של אמיר ונג "תורת האורגנים ועבירות הגבלים עסקיים - הרטוריקה וחיי המעשה" תאגידים ב/5 (2005) 46, עמודים 48-52, אשר מצא כי, בפועל, בתי המשפט הטילו אחריות

פלילית על תאגיד מכוח תורת האורגניזם, רק מקום בו אורגניה שימשו בתפקיד בכיר, לאמור, דרג הכפוף ישירות למנכ"ל ומעלה; יחיאל בהט חברות - החוק החדש והדין חלק שני (תשס"ה-2004), עמודים 670-672; קדמי, על הדין בפלילים חוק העונשין, חלק ראשון, לעיל, עמודים 255-258; מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים "האחריות הפלילית של התאגיד" ספר שמגר כרך ב' (תשכ"ג-2003), עמודים 54 ואילך).

59. ומן הכלל אל הפרט, אין חולק כי הנאשם 1, אשר היה בעל מניות בנאשמת 3, שימש מנהלה הכללי של הנאשמת, וכתוארו בעדותו בבית המשפט "אני, כמנכ"ל פארמה גריין, נהניתי מחופש פעולה מלא, מעצמאות מוחלטת ומשיקול דעת עצמאי לחלוטין בניהול החברה שלי." (פרוטוקול דיון מיום 5.1.2006, עמוד 162 שורות 29-30). יתרה מזאת, מעשיו של הנאשם 1, כמתואר בהרחבה לעיל, המהווים על-פי חוק פעילות עבריינית, נעשו במסגרת פעילותו בנאשמת 3. משכך ולאור התחזקות מעמד התאגידיים במשפט המודרני, בהיותם בסיס עיקרי לפעילות אנושית, וודאי בשוק העסקי בישראל, הרי שהטלת אחריות פלילית אישית על הנאשמת 3, אף תקדם הערכים שהחברה רוצה להגן עליהם, העומדים בבסיס חוק ההגבלים העסקיים - הבטחת עקרון התחרות החופשית במשק הישראלי. לפיכך, ולאור ההגדרה הרחבה והמקיפה של ה'אורגן', ברי כי יש לראות בנאשם 1 אורגן של הנאשמת 3, וכפועל יוצא, לראות במעשי הנאשם 1 (האורגן) מעשי הנאשמת 3 (התאגיד), קרי, לייחס לנאשמת 3 אחריות פלילית אישית לעבירה שביצע הנאשם 1 - ניסיון לעריכת הסדר כובל, בהתאם להוראת סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, בצירוף סעיפים 23 ו-25 לחוק העונשין.

## אחריות הנאשם 2

60. כעולה מתשובת הנאשם 2 לכתב האישום, הלה שימש, במועדים הרלוונטים לכתב האישום, הבעלים ומנהלה הכללי של פארם אפ, חברת אֵם של הנאשמת 3. לטענת המאשימה, הנאשם 2 היה מעורב ומיודע בנוגע לכלל השיחות שקיים נאשם 1 עם מטרסו, עובר לפגישה במלון דן בתל-אביב, שעניינן תיאום רמת מחירים מינימאלית של חטיפי הבראות. לחילופין, טענה המאשימה כי אחריותו בפלילים של הנאשם 2 נגזרת מהוראת סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים, בהינתן כי הנאשם 2 שימש 'מנהל פעיל' בנאשמת 3, בהיותו מעורב ובקיא בפעילותה ובניהולה באופן שוטף ויומיומי. בתשובתו לכתב האישום כפר הנאשם 2 במיוחס לו, בהדגישו, כי לא ידע על שיחות הטלפון בין מטרסו לנאשם 1 עובר לפגישה

במלון דן בתל-אביב וכי נוכחותו בפגישה זו היתה אקראית, עת במסגרתה ביקש, לכל היותר, להציג חזונו בנוגע לקטגורית חטיפי הבריאות. כן כפר הנאשם 2 בטענה, כי שימש מנהל פעיל בנאשמת 3, בציינו כי הנאשם 1 ניהל את החברה באופן בלעדי בעוד הוא שימש הבעלים והמנהל של פארם אפ, חברה אשר נפח פעילות הנאשמת 3 בה היה אך של 4%.

אם כן, נפנה, תחילה, לבחון האם התקיימו בעניינו של הנאשם 2 יסודות עבירת הניסיון לעריכת הסדר כובל, שעניינו תיאום רמת מחירים מינימאלית למכירת חטיפי הבריאות קורני ואנרגי, בהתאם להוראת סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים.

61. כעולה מחומר הראיות בתיק, אין חולק כי עובר לפגישה שהתקיימה במלון דן בתל-אביב, לא התקיימה בין הנאשם 2 למטרוסו הידברות כלשהי. אשר לנסיבות הצטרפות הנאשם 2 לפגישה כאמור, עליה סוכם מראש בין הנאשם 1 למטרוסו, הרי שכעולה מחומר הראיות בתיק, זו אכן היתה אקראית וספונטאנית. בהודעתו אמר הנאשם 2, כי במועד בו התקיימה הפגישה במלון דן, תכננו הוא והנאשם 1, עוד קודם לכן, לצאת לסיור בשטח, ורק מחמת אילוץ מזג האוויר, הנאשם 2 הסתפק בסיור בנקודות המכירה הגדולות ולפיכך הצטרף לפגישה כאמור. וכלשונו "זאת פגישה שתוכננה בלעדי", "לא הייתי צריך להיות בכלל" (ת/10, שורות 137-154, 215-217 ו-421-429). כך גם הנאשם 1, בתארו הצטרפות הנאשם 2 לפגישה, כדלקמן: "אודי היה טרמפיסט על הפגישה." (ת/1, שורות 262-263; ראו גם, עדותו של הנאשם 2, פרוטוקול דיון מיום 26.2.2006, עמוד 189 שורות 4-9 ו-30 ועמוד 198 שורה 4). גם בעדותו של מטרוסו יש כדי לתמוך בגרסה בדבר נסיבות הצטרפות הנאשם 2 לפגישה במלון דן, בציינו "הופתעתי לראות אותו בלובי של מלון דן." (פרוטוקול דיון מיום 12.9.2004, עמוד 40 שורות 28-30. ראו גם, עדות אריה אשד, פרוטוקול דיון מיום 22.9.2004, עמוד 65 שורות 12-14; נ/11).

אשר לתוכן הפגישה, שהתקיימה כאמור במלון דן, טען הנאשם 2, כי המדובר היה בפגישה כללית, שעיקרה חשיבות שטחי מדף של הקטגוריה ופלנוגרמה, זאת על רקע הסיור שערך בבוקר והבנתו חשיבות נקודות מהותיות אלה (ת/10, שורות 165-169, 224-225). לשאלה האם ידע כי הנאשם 1 מתכוון לדבר עם מטרוסו, במהלך הפגישה, על נושא המחירים, השיב בשלילה, כמו גם לשאלה האם נכון שאחד הרעיונות לשיתוף פעולה היה ליישר מחירים עם קורני (ת/10,

שורות 471-478). בסיום חקירתו, ביקש הנאשם 2 להדגיש כי לא ידע ולא חשד כי ישנה כוונה לתאם מחירים בכל צורה שהיא (ת/10, שורות 543-545).

יש לציין, כי בחקירתו הראשונה, שהתקיימה ביום 6.1.2002, בסמוך לאחר קטיעת הפגישה במלון דן, בחר הנאשם 2 בזכות השתיקה (ת/6).

אשר לידיעת הנאשם 2 קיומן של השיחות בין הנאשם 1 למטרוסו, עובר לפגישה במלון דן, אמר הנאשם כי לא ידע כי אלה נסבו על ניסיון לתאם רמת מחירים מינימאלית לחטיפים קורני ואנרג'י (ת/10, שורות 90-95 ו-107-108). לדידו, הנאשם 1 "סיפר לי שהוא אמר למעוז [מטרוסו] בדומה לדעתי שלדעתו הוא פועל לא נכון... והוא סיפר לי שהוא אמר לו שבנושא המחירים הוא פועל לא נכון." (ת/10, שורות 113-122). בהמשך, ביקש הנאשם 2 להדגיש, כי הוא איננו זוכר מה הנאשם 1 אמר לו בדיוק לגבי נושא המחירים, בהוסיפו "אינני בטוח שהוא הזכיר אז את נושא המחירים." (ת/10, שורות 314-320 ו-344-353).

62. כעולה מתמליל השיחה, הפגישה שהתקיימה במלון דן בתל-אביב נפתחה, כאמור, בשיחת היכרות, במסגרתה תיאר מטרוסו את פעילות החברה המאוחדת לאורך השנים, לרבות התקשרותה עם החברה הגרמנית לצורך שיווק החטיפי קורני. לאחר מכן, התפנו הצדדים לשוחח על הקטגוריה, כלשונם, של חטיפי הבריאיות. במסגרת העלאת רעיונות, שוחחו הצדדים על שטחי המדף במרכולים (ת/27, שורות 494-499) ועל ההכרח בהעלאת מודעות הצרכנים לחטיפים כאמור, המהווים "מוצר בריאות". דומה כי הנאשם 2 אכן שם הדגש על חזונו באשר לקטגוריית חטיפי הבריאיות.

נושא מחיר החטיפים עלה בהמשך השיחה, במסגרתה שב הנאשם 1 והדגיש בפני מטרוסו הצורך "לשמור על רמת מחיר של 14 שח." בהמשך ישיר לדברי הנאשם 1, פנה הנאשם 2 למטרוסו באומרו: "איך אתה רואה את העניין, אנחנו פתוחים לכל רעיון באמת" (ת/27, שורות 368-369). אין חולק, כי הנאשם 2 לקח חלק פעיל בשיחה, שנרקמה בין הנאשם 1 למטרוסו בשאלת "המחיר הנכון" של חטיפי הבריאיות קורני ואנרג'י (ת/27, שורה 659), המובאת כלשונה:

"כ [נאשם 1]: ... מה הם מקבלים, ללא סוכר, ללא משפרי טעם, מספר טעמים, דגמים... והצרכן קונה את המוצר במחיר הנכון.

מ [מטרוסו]: מה זה מחיר נכון?

כ: לפי דעתי מדובר לא פחות מסדרי גודל של המחיר לצרכן שתיים שלוש (2.30) שתיים חמישים (2.50) כפול מספר היחידות באריזה.

פ [נאשם 2]: על המדף.

כ: על המדף.

מ: לא לקו הקופות?

כ: לא. קו הקופות אנחנו נמתין..

מ: שתיים וחצי כפול שש זה יוצא חמש עשרה, כן?

פ: תעשה שתיים שלושים, עשינו להם הנחה

מ: שתיים שלושים אז זה יוצא.. רגע

כ: שלוש עשרה תשעים

מ: שלוש עשרה תשעים..

כ: עד ארבע עשרה תשעים

מ: עד ארבעה עשרה תשעים שזה ולא מעבר לכך.

(ת/27, שורות 657-672).

בהמשך, הוסיף הנאשם 2 ואמר למטרוסו: "מה שמוטי [נאשם 1] אומר זה יהיה לא נכון שהקופסא הזאת תעלה תשעה שקלים או תשעה שקלים לצרכן זה לא רגיל." (ת/27, שורות 727-728). תמליל הפגישה מלמדנו, כי הנאשם 2 לקח חלק פעיל בשיחה שעניינה, בין היתר, 'המחיר הנכון' של חטיפי הבריאות. ברי, כי יש לקרוא תמליל פגישה זו בהקשרה לפגישה שהתקיימה בין הנאשם 1 למטרוסו בבית קפה אלכסנדר ולשיחות הטלפון שהתקיימו בין השניים, אשר מתמליליהן הוכח ניסיון הנאשם 1 לתאם עם מטרוסו רמת מחירים מינימאלית לחטיפים קורני ואנרג'י. לאמור, הנאשם 2 היה מעורב בשיחה הנוגעת למחיר, והיווה למעשה צד לניסיון לעריכת הסדר כובל, כמפורט לעיל. תימוכין לכך ניתן למצוא גם בדברי הנאשם 1, אשר השיב בחקירתו, כי הנאשם 2 ידע שהוא (הנאשם 1) "רוצה שקורני יעלו מחירים", בציינו "הוא יושב במועצת המנהלים הוא יודע בדיוק שהאסטרטגיה של קורני היא הורדת מחירים." (ת/1, שורות 435-439).

גרסת הנאשם 2 - לפיה התייחסותו שלו, להבדיל מהתייחסות הנאשם 1, ל"מחיר הנכון" של החטיפ קורני, היתה אגב שיחתו העיקרית על סידור המדפים ועל חשיבות בניית הקטגוריה - אינה גורעת ממעורבותו הישירה בשיחה כאמור, שעניינה רמת מחירים מינימאלית של החטיפ קורני, כפי שהדבר נלמד גם מעדותו בבית המשפט, עת כשנשאל האם נושא המחירים של חטיפי הבריאות עלה בפגישה במלון דן השיב, כדלהלן:

"ת [הנאשם 2]: אנחנו פה מדברים על העתיד. על אנרג'י וקורני ביחד, הוא מחיר כמו שצריך על המדפים ואז מדובר פה בעתיד מה יהיה סדר גודל של מחירים לצרכן של קטגוריה זו.



ש: אני יכולה להבין שתשובתך היא חיובית שזה היה על נושא המחירים?

ת: אני מסכים שנושא המחירים עלה.

...

ש: אני שואלת על המחירים של חטיפי הבריאות, האם היית מעורב בשיחה?

ת: כן."

(פרוטוקול דיון מיום 26.2.2006, עמוד 198 שורות 20-29).

לא למותר לציין, כי כעולה מעדות הנאשם 2, הרעיון של "לעשות חיבור עם אנרג'י וקורני ביחד", לשיטת הנאשם 2, "לא היה הגיוני", עת הלה שינה דעתו מספר פעמים, וכלשונו, "אחרי החקירות ברשות זה נראה לי לא הגיוני אך עכשיו זה נראה לי כן הגיוני" (פרוטוקול דיון מיום 26.2.2006, עמוד 198 שורות 14-17). ודוק, לדברי הנאשם 2, הוא כלל אינו בטוח שנושא שיתוף הפעולה בין החברה המאוחדת לנאשמת 3 עלה בינו לבין הנאשם 1 לפני הפגישה שהתקיימה במלון דן בתל-אביב (פרוטוקול דיון מיום 26.2.2006, עמוד 198 שורות 8-10).

יתרה מזאת, אינני מקבל את גרסת הנאשם 2, כי לא ידע על מטרת הפגישה במלון דן. כך כנלמד גם מהודעתו, לפיה הנאשם 1 סיפר לו על הפגישה המתוכננת עם מטרסו, והגם שהנאשם 2 אמר לנאשם 1 כי אינו חפץ להצטרף, הנאשם 1 ביקש את הנאשם 2 להצטרף לפגישה, הואיל וגם המנכ"ל של החברה המאוחדת, קוך, עתיד להצטרף אליה (ת/10, שורות 137-146). לאמור, בין הנאשם 1 לנאשם 2 הוחלפו דברים בנוגע לפגישה המתוכננת, כפי שמסר גם הנאשם 1 בהודעתו, בהתייחסו לידיעת הנאשם 2 תוכן הפגישה המתוכננת ותכני השיחות הקודמות, שהתקיימו בין הנאשם 1 למטרסו, כדלקמן:

"ש: הוא [הנאשם 2] ידע שנפגשתם כבר בעבר?

ת [הנאשם 1]: כן. נפגשנו רק פעם אחת.

ש: הוא [הנאשם 2] ידע כי אתה הולך לדבר איתם גם על המחירים שלהם?

ת: אני אמרתי לו ועדכנתי אותו כמה פעמים שהעברתי את המסר שלי לקורני ואמרתי להם שזו טעות שהם בחרו את הדרך שלהם. גם לא ניסינו לכפות עליהם אמרנו להם רק את דעתנו בכל הזדמנות שדיברנו. ....

ש: מה עדכנת את אודי שהעברת לקורני? איזה מסר?

ת: שהם עושים טעות שהם מוכרים במחיר נמוך ולדעתי הם צריכים להגיע למחיר הריאלי כי זה יתפוצץ להם בפרצוף.

ש: כלומר, הוא ידע שנפגשת עם מעוז [מטרסו] ודיברתם על מחירים?

ת: על אסטרטגיית מחירים.

...

ש: הוא [הנאשם 2] שאל אם קורני הסכימו איתך והם מוכנים להעלות את המחיר?

ת: הוא שאל מה הם אמרו. ואמרתי לו שהם אמרו שזה הכיוון שלהם וזה מה שהם יכולים להגיב ברמת המחיר.

(1/ת, שורות 506-531).

הנאשם 1 אישר בהודעתו, כי אחת ממטרות הפגישה במלון דן היתה "לבוא ולהגיד לקורני פעם נוספת שהם טועים באסטרטגיית המחיר". בהדגישו, "שאנחנו ממליצים להם להעלות את המחיר." (1/ת, שורות 426-433). ובהמשך:

"רצינו שקורני יעלו את רמת המחירים, הערנו לקורני שרמת המחירים שלהם לא נכונה ואנחנו חושבים שהם צריכים להעלות אותה לרמת המחירים שהקטגוריה נמכרת."

(1/ת, שורות 431-433).

ודוק, בחקירתו ברשות להגבלים עסקיים, הקודמת לעדותו בבית המשפט (במסגרתה ביקש לחפות, ככל יכולתו, על הנאשם 2), נקט הנאשם 1 בלשון רבים, באומרו כי הוא והנאשם 2 חשבו שעל מטרסו להעלות את מחיר החטיף קורני, פנו אליו והמליצו לו לעשות כן.

מבלי לגרוע מן האמור לעיל, גם אם אצא מנקודת הנחה, כי הנאשם 2 לא ידע מה מטרת הפגישה במלון דן, היה עליו להפסיקה, וודאי מתוקף תפקידו, כאשר שמע את הנאשם 1 מציע למטרסו לעלות את מחיר החטיף קורני (ע"פ 526/90 עו"ד שרגא בלזר נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 133, עמודים 197-203 (1991)).

63. אשר להתקיימות היסוד הנפשי בעניינו של הנאשם 2, הרי שמכוח חזקת המודעות יש לראותו כמי שהיה מודע להתנהגותו, כמפורט לעיל, מבחינת טיבה ונסיבותיה. לאמור, מכוחה של חזקת המודעות, המבוססת על ניסיון החיים והשכל הישר, יש לראות הנאשם 2 כמי שהיה מודע בפועל להיותו צד לניסיון לעריכת הסדר, לפיו תוטל הגבלה, שעניינה המחיר שיידרש לחטיפי הבריאות קורני ואנרג'י. ויודגש, הנאשם 2 לא הביא ראיות שיש בהן לסתור חזקה זו.

64. העולה מן המקובץ, חרף הצטרפותו הספונטאנית של הנאשם 2 לפגישה במלון דן, והיות עיקר דבריו בפגישה סבים על הצגת חזונו באשר לקטגוריה ולסידור המדפים, הרי שעיון בתמליל הפגישה מעלה, כי הנאשם 2 היה מעורה בתכני

הפגישה ונטל חלק פעיל בשיחה שנסבה על המחיר המינימאלי של החטיף קורני. לפיכך הנני לקבוע כי גם בעניינו של הנאשם 2, התקיימו יסודות עבירת הניסיון לעריכת הסדר כובל, בהתאם להוראת סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, והוכח מעל לספק סביר ביצוע העבירה כאמור.

למעלה מן הצורך, הגם שמצאתי כי יש להרשיע הנאשם 2 באחריות ישירה לביצוע עבירה של ניסיון לעריכת הסדר כובל, נפנה לבחון אחריותו העקיפה של הנאשם 2 בפלילים, בהתאם להוראת סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים.

### אחריות עקיפה

65. סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים, הקובע אחריותו העקיפה של "מנהל פעיל" בתאגיד לעבירת הגבל עסקי, לרבות הסדר כובל אסור, שנעברה על-ידי התאגיד, מורנו כדלקמן:

#### "48. אחריות של חבר-בני-אדם

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."

על התכלית העומדת בבסיס הוראה זו עמד בית המשפט בע"פ 4148/03 ישי כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 629 (2003), בקובעו בעמוד 632 כהאי לישנא:

"אכן, ניהולו של תאגיד הוא עניין רציני. מילוי תפקיד ניהולי בתאגיד כרוך באחריות כבדה, המיועדת לא רק להבטחת ענייניהם של התאגיד עצמו, של בעלי מניותיו ושל נושיו, אלא גם להבטחת עניינו של הציבור. הסדרים כובלים אסורים, הפוגעים בתחרות החופשית בין עוסקים שונים, מסבים נזק לא רק לעוסקים שכנגדם כוונו ההסדרים. גם ציבור הצרכנים, ובעקיפין גם הציבור בכללו, נפגעים מקיומם. האחריות הפלילית, שסעיף 48 לחוק מטיל על מנהלים ונושאי משרה אחרים בתאגיד, מהווה ערובה מרכזית וחשובה לשמירת עניינו של הציבור ולמניעת פגיעה בו. מהוראת סעיף 48 נובע, כי על מנהל תאגיד מוטלת חובה לנקוט - באופן יזום, ואף בהיעדר חשש לביצוע עבירה - אמצעים סבירים לשמירת הוראותיו של החוק. אמצעים אלה מוטל על מנהל לנקוט תוך זמן סביר לאחר כניסתו לתפקידו; ואף אם קיומה של דרישה זו מחייב שינוי מסוים בסדר העדיפויות הניהולי הרגיל, אין המדובר בדרישה מופרזת שמנהל סביר אינו יכול לעמוד בה."

אשר לפרשנות שיש ליתן להיגד 'מנהל פעיל', עמד בית המשפט בע"פ 4855/02, לעיל, בקובעו בעמוד 929, כדלהלן:

"תכליתו הכללית של חוק ההגבלים ותכליתו הספציפית של סעיף 48 מחייבות לפרש את המונח 'מנהל פעיל' כך שיחול, לכל הפחות, על אותם נושאי משרה שבכוחם למנוע (או לצמצם) בפועל את מעורבות החברה בביצוען של עבירות לפי החוק."

על הלכה זו חזר בית המשפט בהחלטתו בעתירה לקיום דיון נוסף בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בע"פ 4855/02, דנ"פ 5189/05 איילון - חברה לביטוח בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(2), 474, פסקה 23 לפסק הדין (2006).

66. ומן הכלל אל הפרט, אין חולק כי הנאשם 2 שימש הבעלים של פארם אפ, חברת האם של הנאשמת 3, ומנהלה הכללית. כמו כן, שימש הנאשם 2 הבעלים של הנאשמת 3, בהיותו בעל המניות העיקרי בה, כך כעולה גם מעדותו בבית המשפט (פרוטוקול דיון מיום 26.2.2006, עמוד 187 שורות 12-13). נבחן עתה האם חרף תפקידו הפורמאלי, יש לראות הנאשם 2 כמי ששימש 'מנהל פעיל' בנאשמת 3, לאמור, נושא משרה שבכוחו למנוע בפועל מעורבות החברה בביצוען של עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים.

בחקירתו אמר הנאשם 2, לכשנשאל בדבר הגדרת תפקידו, כי "אם אינני טועה זה לא מוגדר באף מקום בצורה רשמית, אבל בפועל כיהנתי כיו"ר". אשר למשמעות התפקיד בפועל, השיב "מוטי בא להתייעץ איתי. לא היתה מועצת מנהלים ממש לחברה. היו לנו יועצים חיצוניים ואני." (ת/12, שורות 43-44 ו-45-46). קרי, הנאשם 2 ראה עצמו כנמנה על 'ההנהלה' של הנאשמת 3. בחקירתו אישר הנאשם 1 הגדרת תפקיד זו, בהוסיפו כדלקמן:

"ש: מה התפקיד של אודי פוזיס [הנאשם 2] בפארמה גרין [הנאשמת 3]?"

ת: יו"ר

ש: מה כולל התפקיד?

ת: הוא בעל מניות מרכזי בחברה. ובעיקר משמש לי כמנחה, כיו"ר.

ש: במה הוא משמש כמנחה?

ת: יש לי עם מי להתייעץ, מהווה פרטנר, לוקח חלק בקבלת החלטות.

ש: באיזה רמה של קבלת החלטות?

ת: בדרכי ברמה אסטרטגית, כלומר, כניסה לתחום פעילות, מהלך שיווקי כזה או אחר, אישור תוכניות עסקיות, אישור

מהלכים של חשבונאות, הוצאת כספים, רכישת סחורות.  
בנוסף, גם מה שעשינו עכשיו בשנה האחרונה הכוונה לחיפוש  
פרטנר."

(ת/5, שורות 88-97).

לא למותר לציין כי הנאשם 2 "היה חותם על שיקים של פרמה גרין [הנאשמת 3]  
חתימה שנייה" (עדות הנאשם 1, פרוטוקול דיון מיום 23.2.2006, עמוד 167  
שורה 15; ראו גם, ת/5 - הודעת הנאשם 1, שורות 294-297; עדות הנאשם 2,  
פרוטוקול דיון מיום 26.2.2006 עמוד 196 שורות 5-6), ללמדנו על מעורבות  
הנאשם 2 בפעילות הנאשמת 3, חברה פרטית קטנה, כמי שנמנה על הנהלתה.  
ומעניינית בהקשר דנא התייחסותו של הנאשם 2 למערך היחסים בינו לבין  
הנאשם 1 בנאשמת 3, באמרו בעדותו בבית המשפט "...אני טיפוס דומיננטי  
מאד. כשמוטי ואני ביחד, אז אני יותר למעלה, אין מה לעשות, אני בעל הבית.  
אני יותר בכיר ממנו." (פרוטוקול דיון מיום 26.2.2006, עמוד 190 שורות 2-4).

לא זו אף זו, בהתייחסו לתכיפות המפגשים בין השניים, אמר הנאשם 2 בחקירתו,  
כי לרוב הם "נפגשים כל יום ראשון" וכי "חוץ מזה ישיבות מיוחדות שנגיד הוא  
מזמן אנשים ומציג תוכנית עבודה שנתית." "השיטה היא לרוב בימי א'." (ת/10,  
שורות 58-65; ראו גם, ת/12 - הודעת הנאשם 2, שורות 22-24; ת/5 - הודעת  
הנאשם 1, שורות 61-69). לכשנשאל הנאשם 2 האם נכון הדבר כי הנאשם 1  
מעדכן אותו בכל דבר, השיב כדלקמן: "בואי נגיד שהוא נוהג לדבר איתי הרבה  
יותר מכל מנהל אחר שלי בעיקר על דברים יום יומיים, ..." ובהמשך "אני רוצה  
לחדד את הנקודה. הוא נוהג לדבר איתי יותר מכל מנהל אחר." (ת/10, שורות 72-  
79). כך, כעולה גם מהודעת הנאשם 1, לפיה הוא מעדכן את הנאשם 2 בכל  
(ת/1, שורות 499-502).

על מעורבות הנאשם 2 בנעשה בנאשמת 3, ניתן ללמוד גם מלקיחתו חלק בסיורי  
חנויות בשטח, כך כעולה מהודעת הנאשם 1 "...כנראה שלא היתה ישיבה  
שבועית באותו שבוע כי יצאנו לסיבוב חנויות...". וראו גם דברי הנאשם 2  
בחקירתו: "היה רשום לי ביומן שאני רוצה לצאת איתו [עם הנאשם 1] ולראות  
את נקודות המכירה הקרות, קיוסקים פיצוציות. היה רשום לי ביומן שאני רוצה  
לצאת איתו לשטח." (ת/10, שורות 139-140). הנאשם 2 אף הוסיף וחיידד  
חשיבותם של הסיוורים בשטח, לכשנשאל כמה פעמים יצא עם הנאשם 1 לסיורי  
חנויות, בהשיבו "לא זוכר את התדירות. אני אישית דווקא מאד מעריך סיור שטח  
כי אין כמו מראה עיניים. ... לטעמי לא עשינו את זה מספיק בשטח ביחד. היינו  
צריכים להיות יותר ביחד ולראות איך אפשר לשפר כל מיני דברים." (ת/12,

שורות 38-42). ראו גם, דפי יומן פגישותיו של נאשם 1 (ת/32), המצביע על מעורבותו של נאשם 2 בענייני הנאשמת 3.

דומה כי מעורבות זו של הנאשם 2 בפעילות הנאשמת 3, נלמדת אף מתמליל הפגישה שהתקיימה במלון דן בתל-אביב, שם ביקש להביא חזונו באשר לבניית קטגורית חטיפי הבריאות, ללמדנו על מעורבותו בפעילות החברה, וודאי אחריותו להיבטי רגולציה בהקשרם לנאשמת 3, הנגזרת מעדותו - בהתייחסו לנאשמת 3 - לפיה "האחריות העליונה היתה עלי". (פרוטוקול דיון מיום 26.2.2006, עמוד 194 שורות 29-31).

67. העולה מן המקובץ, לאור חומר הראיות בתיק ובהינתן התכלית העומדת בבסיס חוק ההגבלים העסקיים, יש לראות בנאשם 2 - נושא משרה בנאשמת 3, אשר היה מעורב בפעילותה השוטפת והניהולית - כמי שהיה בכוחו למנוע את מעורבות החברה בביצוען של עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים. לפיכך, מצאתי כי הנאשם 2 אכן שימש 'מנהל פעיל' בנאשמת 3, כהגדרת ההיגד בסעיף 48 לחוק. משלא עלה בידי הנאשם 2 להוכיח, כי העבירה נעברה שלא בידיעתו וכי נקט אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק ההגבלים העסקיים, הנני לקבוע כי הנאשם 2 עבר העבירה של ניסיון לעריכת הסדר כובל, גם מכוח סעיף 48 לחוק. לאמור, הנאשם 2 חדל ממילוי חובתו להבטחת שמירת הוראות חוק ההגבלים העסקיים על-ידי הנאשמת 3; וכפי שעמדתי על כך לעיל, גם אם אצא מנקודת הנחה, כי הנאשם 2 לא ידע מה מטרת הפגישה במלון דן, היה עליו להפסיקה, וודאי מתוקף תפקידו, כאשר שמע את הנאשם 1 מציע למטרוסו לעלות את מחיר החטיפ קורני (ע"פ 526/90 עו"ד שרגא בלזר נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 133, עמודים 197-203 (1991)).

68. טרם אבוא לסוף דברים, אתייחס לטענות ההגנה שהעלו הנאשמים בסיכומיהם בכתב, כדלקמן:

-

#### זוטי דברים

69. לטענת ב"כ הנאשמים, יש לפטור הנאשמים מאחריות פלילית למעשיהם גם מחמת עקרון זוטי דברים, הקבוע בהוראת סעיף 34 לחוק העונשין, בהינתן גודלו הזניח של שוק חטיפי הבריאות ומידת השפעתם הזניחה של הנאשמים על המחיר לצרכן. לדידם, השפעתו של מעשה העבירה הינה כה מזערית, עד שאין זה ראוי להכתים את הנאשמים בהרשעה בפלילים.

70. סעיף 34 לחוק העונשין, הקובע את עקרון זוטי דברים (*de minimis*), מורנו כדלקמן:

**"34. זוטי דברים**

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

בהתאם לעקרון זה, כאשר מתבצע מעשה שהוא עבירה, לא יטה בית המשפט לעסוק בכך אם מדובר במעשה קל ערך. כך, כעולה גם מדברי ההסבר להצעת החוק (הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח מספר 2098, 115 בעמוד 139), שם נאמר כדלהלן:

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

פרופ' מרדכי קרמניצר במאמרו "תיקון 39 לחוק העונשין - חמש שנים לחקיקתו" מגמות בפלילים (תשס"א-2001) 55, עמוד 80, סבור כי ניתן לפרש את הסעיף פירוש צר ופירוש מרחיב. פירוש צר, לפיו מדובר באותם מקרים שבהם ברורה קלות הערך של המעשה כבר בשעת עשייתו וללא התחשבות בעברו של עושה העבירה, כך שלו נשאל המחוקק, בשעת עשיית המעשה, אם למעשה זה התכוון בעת שנחקק האיסור, היה משיב על כך בשלילה. פירוש אחר, המקובל על פרופ' קרמניצר, מרחיב את היריעה גם למעשים שבשעת עשייתם היה מקום להעניש את עושה העבירה בגין ביצועם, אך האינטרס בענישתם פג בשל חלוף הזמן וכן בהתחשב בהתנהגותו הכוללת של עושה העבירה לפני המעשה ולאחריו. כעולה מטיעוני ב"כ הנאשמים, טענתם לתחולת עקרון זוטי דברים הינה בהתאם לפרשנות המצרה.

בהחלטתי מיום 10.10.2005, בטענה 'אין להשיב לאשמה', הוספתי וקבעתי כי בהתאם להוראת סעיף 34 לחוק העונשין, חל עקרון זוטי דברים גם על עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים, לרבות עבירה לפי סעיף 2(ב) לחוק, חרף קיומם של כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), התשס"א-2001, אשר תוקנו לאחרונה, במסגרת כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), תשס"ו-2006, פורסמו בק"ת תשס"ו

מספר 6483, מיום 11.5.2006 עמוד 796; כך בהפנותי לדעת הרוב בע"א 3700/98, לעיל, כפי שאומצה בע"פ 4855/02, לעיל, עמוד 936, שם הוסיף בית המשפט וקבע, כי עקרון זוטי דברים עשוי לחול גם על מעשים, הנכנסים לגדר חזקות הכבילה הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים.

ויורא, כאמור בהחלטתי דלעיל, ניסיון הנאשמים לעריכת הסדר כובל, שעניינו תיאום רמת מחירים מינימאלית של חטיפי הבריאות, אינו יכול לחסות תחת הגנת כללי ההגבלים העסקיים דלעיל, הואיל והחזקה לתחולת הפטור אינה קמה כאשר המדובר בהסכם שעיקרו כבילה, שענינה "תיאום... המחירים שיידרשו, יוצאו או ישולמו..", כבענייננו (סעיף 2 לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), התשס"א-2001).

71. כאמור בהחלטתי, אין די בהינף קולמוס בהעלאת טענה בדבר הגנת זוטי דברים, אלא על הטוען לה להוכיחה כדבעי. עמד על כך המלומד דיויד גילה במאמרו "האם רצוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים", עיוני משפט כז(3) (תשס"ד-2004) 751, בהדגישו הצורך בניתוח כלכלי אמיתי לצורך יישום פטור הסוג להסדרים שפגיעתם קלת ערך או לצורך בחינת תחולת הגנת זוטי דברים. כך בעמוד 781 למאמרו, בקובעו כדלהלן:

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

...

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



בנסיבות המקרה דנן, מצאתי כי הנאשמים אחראים בפלילים לביצוע עבירה של ניסיון לעריכת הסדר כובל, שעניינו החזקה, הקבועה בסעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים. כאמור, אין בכללי ההגבלים העסקיים דלעיל, כדי להקנות לנאשמים פטור הסוג שעניינו הסדר שפגיעתו קלת ערך. יחד עם זאת, הואיל ואין בכך כדי לגרוע מתחולת עקרון זוטי דברים, הקבוע בהוראת סעיף 34<sup>ז</sup> לחוק העונשין, על הטוען להגנה כאמור להוכיח כדבעי, היות המעשה קל ערך, זאת באמצעות ניתוח כלכלי בדבר היות ההסדר פוגע בתחרות בענף הרלוונטי באופן זניח או לאו. בניתוח כלכלי כאמור יש כדי להגשים התכלית הניצבת בבסיס חוק ההגבלים העסקיים - הבטחת עקרון התחרות החופשית בשוק העסקי בישראל (השוו, ע"פ 4855/02, לעיל, עמודים 935-937). ובענייננו, השוק שבו מדובר - שוק חטיפי הבריאות - מגלגל, כדברי הנאשם 1, מיליונים, ולכן, גם לשיטתו, אין המדובר במעשה "קל ערך". לאמור, אין זה המקרה בו המחקק, בחוקקו סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, היה סבור, לו נשאל, כי יש לראותו כמקרה המתאים להחלת הפטור.

לאור האמור לעיל, משלא עלה בידי הנאשמים להוכיח היות מעשיהם קלי ערך, וודאי לא באמצעות ניתוח כלכלי כאמור, לא מצאתי כי יש לפטורם מאחריות פלילית מכוח עקרון 'זוטי דברים'. ניסיון הנאשמים לתאם רמת מחירים מינימאלית של חטיפי הבריאות, עבירה לפי סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, עולה על אותו סף מינימאלי של אנטי חברתיות, האופייני לעבירות הקשורות ביצירת הסדרים כובלים ובקיומם, בהינתן חזקה חלוטה כי הסדר כאמור פוגע בתחרות החופשית.

73. לטענת ב"כ הנאשמים 1 ו-3, יש לפטור הנאשמים מאחריות פלילית מחמת טעות במצב המשפטי, הגנה הקבועה בהוראת סעיף 34 ל חוק העונשין. לדידם, הנאשם 1 לא הבין כי שיחותיו עם מטרסו הינם בגדר הסדר כובל אסור, כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים, עת סבר כי אלה נסבו על בחינת אפשרויות לשיתוף פעולה אסטרטגי, בין בדרך של מיזוג, בין בדרך של רכישה ובין בדרך של איחוד מערך ההפצה של שני חטיפי הבריאות. בנוסף, הנאשם 1 לא פנה בבקשה לקבלת הכשר מתאים, הואיל וסבר כי עליו לעשות כן רק לאחר שההסכם עם מטרסו ייכרת, ומשכך, לא היה בידו להימנע מטעות זו באורח סביר. לציין כי טענה זו לא נטענה בתשובת הנאשם 1 לכתב האישום.

74. סעיף 34 ל חוק העונשין, הקובע סייג לאחריות בפלילים בעטיה של טעות לגבי קיומו של איסור פלילי, מורה לאמור:

**"34. טעות במצב משפטי**

לענין 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 באורח סביר."

ככלל, אי ידיעת החוק, לרבות נורמה פלילית הקובעת החובה לפעול, אינה פוטרת מאחריות בפלילים, אלא אם יוכיח הנאשם כי מתקיים החריג בסיפא סעיף 34 ל חוק, דהיינו, כי הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר (ראו גם, ש"ז פלר בספרו יסודות דיני עונשין, חלק ב' (תשמ"ז-1987), עמודים 564-565; ע"פ 4855/02, לעיל, עמודים 931-932).

75. בענייננו, לא מצאתי כי הנאשם 1 אכן טעה באשר למצב המשפטי, קרי, לא מתקיים הרישא לסעיף 34 ל חוק העונשין. כעולה מחומר הראיות בתיק, הנאשם 1, אשר ידע על קיומו של חוק ההגבלים העסקיים, היה מודע גם לעצם קיומו של האיסור הפלילי, כך בשיחה שקיים עם מטרסו, באומרו "אל תגיד שמתאמים שמדברים על מחירים. ... נראה לי כאילו לא בסדר בהווה". (ת/21, שורות 362-366). ודוק. אין בחומר הראיות כדי לתמוך בטענה, לפיה שיחותיו של הנאשם 1 עם מטרסו נסבו על כוונה למיזוג, לרכישה או להפצה משותפת, לאמור, כי הנאשם 1 דימה כי מעשהו אינו אסור. כאמור בהרחבה לעיל, גרסה זו עומדת בסתירה להודעת הנאשם 1 (ת/1), לתמלילי שיחות הטלפון (ת/18 ו-ת/21) ולתמליל הפגישה במלון דן (ת/27), אשר ניתנו בזמן אמת, קודם

להעלאת גרסה זו לראשונה במסגרת עדותו בבית המשפט. כפי שקבעתי לעיל, הנאשם 1 היה מודע לניסיונו לערוך הסדר כובל, שעניינו תיאום רמת מחירים מינימאלית של חטיפי הבריאות עם מטרסו, ואין ממש בטענה כאילו סבר אחרת.

76. אשר לטענה, כי הנאשם 1 טעה בדבר הבנתו את האיסור, בין היתר, באשר להכרח לקבל הכשר להסדר הכובל, בהתאם להוראת סעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים, קודם לשכלולו - אין בידי לקבלה. ראשית, משטען הנאשם 1 כי שיחותיו עם מטרסו כלל לא נסבו על תיאום מחירים, אין הוא יכול לטעון לכוונה לקבל הכשר מתאים בעתיד, בבחינת לאחוז החבל בשני קצותיו. קרי, הכחשתו של הנאשם 1 עצם המעשים המיוחסים לו סותרת את גרסתו, לפיה טעה לחשוב כי עליו לקבל הכשר מתאים בעתיד. שנית, אין באי ידיעת המועד להגשת בקשה לאישור ההסדר הכובל, כדי להוות טעות בלתי נמנעת באורח סביר, עת המדובר בפעולה פשוטה של בירור משמעות הוראת חוק, הקובעת איסור פלילי, בין היתר, מול הרשות להגבלים עסקיים. מקל וחומר, שעה שהנאשם 1 ידע על קיומו של חוק ההגבלים העסקיים. שלישית, טענה זו, לפיה הנאשם 1 לא פנה בבקשה מתאימה לקבלת הכשר מתאים, הואיל וסבר כי עליו לעשות כן רק לאחר שההסכם עם מטרסו ייכרת, לא הועלתה במסגרת תשובתו לאישום ונטענה לראשונה רק במהלך שמיעת הראיות.

לא למותר לציין, כי בכל השיחות שקיים הנאשם 1 עם מטרסו, לרבות הפגישות בבית קפה אלכסנדר ובמלון דן, הנאשם 1 לא העלה כלל את הצורך בקבלת הכשר מתאים, וממילא אף לא בעתיד, לאחר השתכללות ההסדר. נהפוך הוא, עיון בתמלילי השיחות מעלה, כי הנאשם 1 דחק במטרסו לפעול לאלתר "במייד" להעלאת מחיר החטיפ קורני, מבלי שציין, כי יש להמתין לקבלת אישור, כאמור בסעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים. בשיחת הטלפון מיום 26.11.2001, בהתייחסו לדברי מטרסו בשיחתם הקודמת כי הוא אינו יכול להעלות המחיר, הואיל ועד חודש דצמבר 2001 הוא מחויב למבצעים, הוסיף הנאשם 1 לאמור "עשית עשית, אבל עכשיו עברנו כבר את הקו הזה אז עכשיו בוא לפחות תנסה ליצור סף שממנו לא יורדים למטה." (ת/21, שורות 154-155).

77. מסקנתי היא אפוא, כי הנאשם 1 לא הוכיח, כי הוא טעה באשר לקיומו של איסור פלילי כאמור, וממילא לא עלה בידי הנאשם 1 להוכיח, כדי יצירת ספק סביר לטובתו, שמא טעותו בהבנת פליליות מעשיו היתה בלתי נמנעת באורח סביר (ראו, ע"פ 4855/02, לעיל, עמודים 931-934).

## טעות במצב העובדתי

78. טענה נוספת שהעלו ב"כ הנאשם 1 הינה, כי יש לפטור הנאשמים מאחריות פלילית מחמת טעות במצב העובדתי, הגנה הקבועה בהוראת סעיף 34 לחוק העונשין. לדידם, הנאשם 1 דימה כי השיחות שניהל עם מטרסו נסבו על בחינת אפשרויות לשיתוף פעולה אסטרטגי, בין בדרך של מיוזג, בין בדרך של רכישה ובין בדרך של איחוד מערך ההפצה של חטיפי הבריאות קורני ואנרג'י, כנלמד גם משיחות נוספות שקיים עם גורמים רבים אחרים בשוק, ולפיכך יש לראותו כמי שטעה במצב הדברים, בעטיה יש לזכותו מכל אשמה.

79. סעיף 34 לחוק העונשין, הקובע סייג לאחריות בפלילים בעטיה של טעות במצב הדברים, מורה לאמור:

### "34. טעות במצב דברים

(א) העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו."

עיקרה של הגנה זו הינו, כי אחריותו הפלילית של אדם למעשיו נבחנת ונקבעת על-פי בסיס מצב הדברים שדימה לעצמו. קרי, מצב דברים אשר לפי אמונתו היה מצב הדברים האמיתי. בהתאם לסייג הקבוע בהוראת סעיף 34, מקום בו באספקלריה הסובייקטיבית של העושה, לא היה במעשיו משום עבירה, לא יישא העושה באחריות פלילית לאותו מעשה, זאת, על אף שבפועל היה בעשייתו של אותו מעשה משום עבירה. הלכה פסוקה היא, כי נוסח הוראת סעיף 23 לחוק, מורה כי על הטעות להיות כנה, באופן שהנאשם האמין במצב דברים שאינו מתקיים בפועל (ראו, ע"פ 115/00 אריק טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289, עמודים 307-309 (2000); ע"פ 4463/04 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(3), 2999 (2005); ע"פ 9187/03 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(3), 3902 (2005); קדמי, על הדין בפלילים חוק העונשין, חלק ראשון, לעיל, עמוד 561).

80. ובענייננו, משדחיתי גרסת הנאשם 1, לפיה פגישותיו ושיחותיו עם מטרסו נסבו על בחינת אפשרויות לשיתוף פעולה אסטרטגי, בקובעי כי התשתית הראייתית מלמדת היפוכו של דבר - לאמור: נושא מיוזג החברות, כמו גם נושא רכישת החטיפ, כלל לא עלו במסגרת השיחות והפגישות, נושא ההפצה המשותפת עלה אגב אורחא, עת עיקרן היה גיבוש הבנה בדבר רמת מחירים מינימאלית של החטיפים, ללא קשר לאחת משלוש החלופות דלעיל (ראו, פסקאות 27-30 לעיל).

- הרי שנשמט הבסיס לטענה בדבר טעות במצב העובדתי, כשיטת ב"כ הנאשמים, ודי בכך כדי לדחותה.

יתרה מזאת, כעולה מדברי הנאשם 1, בהתייחסו לשאלת מטרסו האם הנאשם 1 מתיר לו לעדכן הגורמים הרלוונטים בגרמניה אודות השיחה, השיב הנאשם 1 "אל תגיד שמתאמים שמדברים על מחירים. ... נראה לי כאילו לא בסדר בהווה." (ת/21, שורות 362-366); לאמור, הנאשם 1 ידע את המצב לאמיתו, בהבינו גם טיבה הפלילי של התנהגותו, וודאי אין לראות בנאשם 1 כמי שהאמין בכנות ובתום לב כי שיחותיו נסכו אך על בחינת אפשרויות לשיתוף פעולה.

אשר לטענת הנאשם 1, לפיה טעה במצב הדברים משלא ידע שמטרסו משמש סוכן מדיח, המפליל אותו והמבקש להפילו כפח, דינה להידחות משני טעמים: האחד, משנדחתה גרסה זו (ראו, פסקאות 47-49 לעיל), הרי שגם הטענה כי נאשם 1 טעה באשר להיות מטרסו סוכן מדיח, דינה להידחות. השני, משום שמלכתחילה אין המדובר כלל בטעות במצב דברים. לאמור, גם אם מטרסו היה סוכן מדיח, לא היה הדבר פוטר את הנאשם 1 מאחריות פלילית. עיון בטענות הנאשם 1, מעלה כי טענתו בדבר טעות במצב הדברים הינה טענה המשתבצת כטעות במצב המשפטי. הנאשם 1 לא טעה בעובדות, לפיהן רצה לגרום לחברה המאוחדת "להתיישר" לפי רמת המחירים של הנאשמת 3, מצב דברים שבגינה הוא נושא באחריות פלילית (לענין זה ראו גם, ש"ז פלר "טעות במצב הדברים בעקבות פסק דין בע"פ 5612/92 (פרשת האינז' 'שמרת') ונוכח תיקון מס' 33 של חקו העונשין" מחקרי משפט יב, 5; ש"ז פלר דיני עונשין, כרך ב' (תשמ"ז-1987), עמודים 531-532).

81. פועל יוצא, אף בענין דנא, מסקנתי היא אפוא, כי הנאשם 1 לא הוכיח, כדי יצירת ספק סביר לטובתו, כי הוא טעה באשר למצב הדברים, עת כאמור לעיל, האפשרות כי טעה כלל אינה מסתברת מגרסתו העובדתית.

### הגנה מן הצדק

82. לטענת ב"כ הנאשמים, נוכח פגמים שנפלו במהלך החקירה, על רקע הקנוניה שרקמו מטרסו, קוך וחוקרי הרשות להגבלים עסקיים להפליל הנאשמים ולהפילם כפח, כלשונם, שעיקרם הסתרת דבר חקירתו הראשונה של הכט, הסתרת קיומו של תמלול קלטת הפגישה במלון דן ובידוי הראיות על-ידי קוך, יש לזכות הנאשמים מחמת הגנה מן הצדק, בהינתן כי פגמים אלה פגעו בניהול המשפט

ובהגנת הנאשמים. בדיון שהתקיים לצורך השלמת סיכומים בעל-פה, טען ב"כ המאשימה כי הגם שנפלו שני פגמים טכניים בחקירה, אשר כללה פעולות חקירה רבות, אלה התרחשו בשגגה ובתום לב, עת לא הוכח כי חוקרי הרשות להגבלים עסקיים פעלו מתוך מניע פסול, וודאי שלא היה בפגמים אלה כדי לגרוע מיכולת הנאשמים להתגונן כראוי.

83. דוקטרינת 'הגנה מן הצדק' מכירה בסמכות בית המשפט לבטל כתב אישום, אשר הגשתו או בירורו עומדים בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית. בע"פ 2910/94 ארנסט יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996), עמד בית המשפט בהרחבה על מהותה של דוקטרינת 'הגנה מן הצדק' בפלילים, בקובעו בעמוד 370 כהאי ליסנא:

"קבלתה של תורת ההשתק אל תוך המשפט הפלילי, באמצעות העקרון הידוע של 'הגנה מן הצדק' (אשר פורט בהרחבה לעיל) נשענת על סמכותו הטבועה של בית המשפט לבטל אישום העומד בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית. לבית המשפט במדינת ישראל שיקול דעת לעכב הליכים משאין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן ו/או משיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות, כפי שבית המשפט רואה אותו. המבחן הקובע כפי שאני רואה לאמצו, הוא מבחן ה'התנהגות הבלתי נסבלת של הרשות', היינו התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם או כלשון הלורד Devlin: "oppressive". 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 ובענייני דיומא סתם. חשיבותה של טענת ההשתק הפלילי למקרים בהם התנהגות הרשות היתה כה מקוממת עד כי אי אפשר להרשיע אדם, כשמי שמעמידו לדין הוא שהביאו לכלל מעשה."

בבג"ץ 1563/96 עו"ד מרדכי כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(1) 529 (1997), הוסיף בית המשפט וקבע בעמוד 544 כדלהלן:

"לנוכח דברים ברורים אלה, שוב אין מקום לויכוח בדבר עצם קליטתה של הדוקטרינה של 'הגנה מן הצדק' במשפט הפלילי הישראלי, מכוחה של ההלכה הפסוקה; ושוב אין מקום למחלוקת, כי בנסיבות חריגות, בהן מגעת התנהגות הרשות כדי 'התנהגות-בלתי-נסבלת' במשמעות האמורה, רשאי בית המשפט, מכוח סמכותו הטבועה, לבטל את כתב האישום.

'הגנה-מן-הצדק' הצומחת מהתנהגות 'בלתי נסבלת' של הרשות, מבטאת את נקיעת הנפש הציבורית מפני הנקיטה באותו קו של התנהגות; כאשר נקיעת הנפש משקפת לא רק סלידה מאותה התנהגות, אלא גם חשש מפני הפיכתה לנורמה. ההגנה מכוונת, לא רק להוקיע את ההתנהגות הפסולה של הרשות

ולחנך ולרסן את העושים במלאכת אכיפת החוק, שלא לפגוע בזכויות היסוד של הפרט לחקירה ולמשפט הוגנים; אלא גם להתריע מפני הסכנות הכרוכות באותו קו התנהגות לזכויות היסוד של הפרט במקרים אחרים, ולהשמיע באזני הרשות התראה חמורה מפני חזרה על אותה התנהגות בעתיד."

בע"פ 4855/02, לעיל, עמד בית המשפט בהרחבה על עקרונות דוקטרינת 'ההגנה מן הצדק', בסקרו ההלכה הפסוקה בסוגיות שהתעוררו לאורה במרוצת השנים. בסכמו קווים מנחים להחלתה של הדוקטרינה במשפט הפלילי, קבע בית המשפט בעמודים 806-807, לאמור:

"עיקר עניינה של ההגנה מן הצדק הוא בהבטחת קיומו של הליך פלילי ראוי, צודק והוגן. בעיקרון עשויה אפוא ההגנה לחול בכל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות כפי שזו נתפסת בעיניו של בית-המשפט. 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; ובמקרים כאלה אכן מוטל על בית-המשפט לבקר את מהלכיהן. ברם, לא כל מעשה נפסד שעשו הרשויות החוקרת או המאשימה, או רשות מעורבת אחרת, יצדיק את המסקנה שדין האישום להתבטל מטעמי הגנה מן הצדק; בין מפני שבאיוון בין האינטרסים הציבוריים המתנגשים גובר העניין שבקיום המשפט, ובין (וזה, כמדומה, המצב השכיח) מפני שבידי בית-המשפט מצויים כלים אחרים לטיפול בנפסדות מהלכיהן של הרשויות. ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני שבית-המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר. בדרך כלל יידרש הנאשם להראות, שהתקיים קשר סיבתי בין התנהגותו הנפסדת של הרשויות לבין הפגיעה בזכויותיו. עם זאת אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיוחס, לא להתנהגות שערורייתית של הרשויות, אלא, למשל, לרשלנותן, או אף לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל-עיקר אך המחייבות ומבססות בבירור את המסקנה, כי במקרה הנתון לא 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."

(ראו גם, ישגב נקדימון הגנה מן הצדק (תשס"ד-2003), עמודים 343 ו-417-418).

העולה מן המקובץ, דוקטרינת 'ההגנה מן הצדק', המכירה בסמכות בית המשפט לבטל כתב אישום, מחמת התנהגות שערורייתית, מקוממת ובלתי נסבלת של הרשות, תופעל כמשורה ותוגבל אך למקרים חריגים ויוצאי דופן, בהם נהיר כי לא ניתן להבטיח זכות הנאשם להליך הוגן וכי עצם קיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות.

ומן הכלל אל הפרט, ב"כ הנאשמים סומכים טענתם לזיכוי הנאשמים בעטיה של דוקטרינת 'הגנה מן הצדק', בנימוק כי בהתנהגות הרשות נפלו פגמים, שעיקרם אי גילוי קיומה של חקירתו הראשונה של הכט והטעיית הנאשם 1 בחקירתו ברשות כאילו הפגישה בבית קפה אלכסנדר הוקלטה.

בחקירתו ביום 22.9.2004, לכשנשאל אשד בדבר הטעמים להזמנת הכט לחקירה ברשות להגבלים עסקיים (נ/8 - הזמנת הכט לחקירה מיום 2.12.2001, נ/9 - הזמנת הכט לחקירה מיום 8.1.2002), אמר כי הכט הוזמן על מנת לוודא שאין לו נגיעה לענין, בהוסיפו כי נ/9 "מתייחסת לחקירה בתיק החטיפים" (פרוטוקול דיון מיום 22.9.2004, עמוד 60 שורות 17-21). בחקירתו החוזרת, ביום 28.11.2005, התבקש אשד להתייחס לאי גילוי העובדה, כי גם חקירתו הראשונה של הכט (נ/8) נסבה על מגעיו של הכט עם הנאשם 1 בקשר לחשד שעלה בדבר ביצוע עבירה לפי חוק ההגבלים העסקיים, נשוא ההליך דנן. הלה העיד כי המדובר בתקלה בהכנתו לתיק, בהדגישו כי הטעות נעשתה בתום לב ובהוסיפו "הייתי צריך לנהוג במידת הזהירות ולהגיד כמיטב זכרוני ולא עשיתי את זה. ...תקלה שלא עברתי על כל חומר החקירה לפני העדות בבית המשפט ומכאן נבעה הטעות שכל כולה זה תום לב." (פרוטוקול דיון מיום 28.11.2005, עמוד 151 שורות 24-27). אשד הוסיף והסביר כי הכט נחקר בחקירה זו על מערכות היחסים בין הרשתות לספקים, במטרה להבין איך נבנית הקטגוריה, ולדידו, מטעם זה טעה בציינו, כי רק החקירה השניה של הכט נסבה על מגעיו של הכט עם הנאשם 1 בקשר לחשד שעלה בדבר ביצוע עבירה לפי חוק ההגבלים העסקיים (פרוטוקול דיון מיום 28.11.2005, עמוד 152 שורות 4-7).

אמת הדבר כי נפל פגם באי גילוי היות החקירה הראשונה של הכט, נוגעת גם לעניינו של הנאשם 1, כפי שביקשה הרשות לבדוק לאור חשדה כי הנאשם 1 ביצע לכאורה העבירה כאמור. ברם, לא מצאתי כי הרשות פעלה בהקשר דנא מתוך זדון והתעמרות, המגיעים כדי התנהגות בלתי נסבלת של הרשות, אלא לכל היותר, המדובר ברשלנות, אשר - החשוב לעניינו - לא פגעה בזכות הנאשמים להליך הוגן, הן נוכח ריפוי הפגם במהלך בירור האשמה, בעצם גילוי תוכן חקירה זו, והן בהעדר השלכה כלשהיא של חקירה זו על התשתית הראייתית, שהונחה בפני, בדבר אחריותם הפלילית של הנאשמים בעבירה המיוחסת להם. קרי, פגם זה לא פגע ביכולתם של הנאשמים למצות אפשרותם להתגונן. הנאשם 1 אמנם טען כי הדבר פגע בהכנת הגנתו, אך באמירת דברים כלליים לא סגי (ע"פ 4855/02, לעיל, עמודים 848-850).



הדברים נכונים גם לגבי הטעיית הנאשם 1, בחקירתו ברשות, כאילו הפגישה בבית קפה אלכסנדר הוקלטה. גם במקרה זה לא הוכח לפני, כי בפגם כאמור, אשר נפל בהתנהגות הרשות, נפגעה זכות הנאשם להליך הוגן, וממילא אין לראות בפגם זה משום התנהגות בלתי נסבלת של הרשות, העולה כדי פגיעה בזכויות הנאשם לחקירה ולמשפט הוגנים. מבלי לגרוע מן האמור, סבורני כי אין לראות בשיטת חקירה זו, בה הציגה החוקרת בפני הנאשם 1 הטענה בדבר קיומה של קלטת, המתעדת הפגישה בבית קפה אלכסנדר, כדי להוות שיטת חקירה פסולה. עמד על כך בית המשפט בע"פ 2208/04 מדינת ישראל נ' תומא וזהראן, תק-על 2005(4), 2599 (2005), בהידרשו לסוגיית חופשיות רצון המערערים בעת מסירת הודאותיהם, לאור הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות. שם, קבע בית המשפט כי התחבולה בה נקטה החוקרת, כאשר הטיחה במערערים, כי בידיה קלטת בה הם נשמעים מודים בביצוען של העבירות, אף שידעה כי קלטת כזו לא קיימת, אינה נכנסת לגדרה של 'טכניקת חקירה פסולה'. בהפנותו לע"פ 216/74 גד כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 340, עמוד 352 (1974), הוסיף בית המשפט כדלהלן:

"אכן, 'מותר לחוקר לנקוט 'תחבולות' שאינן אסורות על-פי הדין, כי מלחמה נגד פשיעה אף היא בגדר מלחמה, וכידוע 'בתחבולות תעשה לך מלחמה' (משלי כד, ו [א]).' ההוראה הקבועה בסעיף 12 לפקודת הראיות לא נועדה לשלול את האפשרות כי במהלך החקירה ירתום החוקר ידע שאינו מצוי ברשותו של החשוד, כדי לדובב אותו. אמנם, הרצון להביא לחשיפתה של האמת ולמיצוי הדין עם מבצעי העבירות, אין משמעותו כי 'כל האמצעים כשרים'. אך גם 'אין להיתמם ולדרוש מן החוקרים שלא ישאלו שאלות מכשילות או שלא ישתמשו במה שנקרא 'תחבולות'. חקירתו של פושע אינה משא-ומתן בין שני סוחרים שלווים והגונים המנהלים את עסקם על בסיס אמון הדדי מרבי."

(ראו גם, ע"פ 7033/04 יחזקאל יאיר נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(3), 4110 (2006); ע"פ 9613/04 ציון בן סימון נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(3), 3625 (2006); ע"פ 9216/03 ז'אן אלרוז נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(1), 576 (2006); ע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, עמוד 291 (1996)).

גם הטענה כי הרשות להגבלים עסקיים הסתירה מהנאשמים, כי קוך לא היה אמור להגיע לפגישה שהתקיימה במלון דן וכי בהודעה שנגבתה ממטרסו ובחקירתו הראשית, טען כי במהלך הפגישה שוחח בטלפון עם קוך, בעוד שבפועל שוחח עם החוקר אשד, אשר הנחה אותו מה לומר במהלך הפגישה - גם בכך אין לראות

פגם, אשר פגע בהגנת הנאשמים, אשר אחריותם בפלילים מבוססת על חומר הראיות בתיק, ובפרט שיחות הטלפון והפגישה במלון דן, שהוקלטו.

86. סיכומו של דבר, לא מצאתי כי בפגמים שנפלו בפעולות הרשות יש משום התנהגות שעוריינית ובלתי נסבלת, המצדיקה קביעה כי בהעמדת הנאשמים לדין יש משום פגיעה מקוממת המעמידה לנאשמים הגנה מן הצדק. דומה כי באיזון בין מכלול הערכים, העקרונות והאינטרסים הכרוכים בקיומו של המשפט הפלילי - לרבות העמדת עבריינים לדין ומיצוי הדין עמם, מחד גיסא, והגנה על זכויות היסוד של הנאשם ושמירה על טוהר ההליך השיפוטי, מאידך גיסא - יש לקבוע כי חרף הפגמים שנפלו בהליכים שנקטה הרשות בעניינם של הנאשמים, אלה אינם מגיעים כדי פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות.

87. אשר לטענה כי מטרסו, קוך ואנשי הרשות להגבלים עסקיים רקמו מזימה להפליל הנאשמים ולהפילם בפח, הרי שלא מצאתי לכך תימוכין בחומר הראיות בתיק. כאמור, מטרסו וקוך העידו, כי פנו לרשות להגבלים עסקיים על רקע חששם להסתבך בפלילים, לאחר שקוך אף קיבל ייעוץ משפטי לעשות כן. ויוטעם, אף אם פנייתם של אלה לרשות נבעה ממניעים אחרים, שמקורם בתחרות עסקית בינם לבין הנאשמים, הרי שלא מצאתי כי יש בכך כדי לשנות מן המארג הראייתי שהונח לפני בדבר אחריות הנאשמים בפלילים בגין ניסיון לעריכת הסדר כובל, עליו עמדתי בהרחבה לעיל. לא זו אף זו, אשד, ראש צוות מודיעין ברשות להגבלים עסקיים, אשר היה אמון על החקירה בתיק, העיד כי פנה למטרסו ולקוך, לאחר שהוחלט לאמת את דברי מטרסו בדבר הפגישה בבית קפה אלכסנדר, על מנת "לשכנע אותם לשתף איתנו פעולה מעבר למידע שמסרו לנו" (פרוטוקול דיון מיום 22.9.2004, עמוד 53 שורות 10-13), בהוסיפו כי נדרש "לשכנע אותם לשתף פעולה" (ראו גם, פרוטוקול דיון מיום 22.9.2004, עמוד 60 שורות 32-33). בחקירתו הנגדית, הכחיש אשד כל כוונה 'להפיל בפח' את הנאשמים, בהדגישו כי במידע שמסר לו מטרסו בדבר הפגישה בבית קפה אלכסנדר עלה חשד לביצוע עבירה, המחייבו לפעול, במסגרת תפקידו, לשם אכיפת חוק ההגבלים העסקיים (פרוטוקול דיון מיום 22.9.2004, עמוד 58 שורות 2-6).

אומר כך: חרף העובדה כי מטרסו הודה שמניעיו לשיתוף פעולה עם הרשות להגבלים עסקיים לא היו אלטרואיסטים, הרי שהרשעת הנאשמים, כפי שכבר הודגש, אינה מבוססת אך על העדפת עדות אחת על-פני רעותה, אלא על תמלילי שיחות מזמן אמת. דומה כי מבחינת מטרסו, הידיעה כי הנאשמים פנו לחברה

הגרמנית, המייצרת את החטיף קורני, בבקשה כי תייצר עבורם גרונלה לחטיף אנרג'י (פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 11 שורות 13-23), וכן מסע הפרסום שהעלה הנאשם 1 לחטיף אנרג'י בשלהי שנת 2001, על רקע מידע שקיבל ממטרוסו בשיחות קודמות בין השניים (פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 21 שורות 21-30, עמוד 22 שורה 26 ו-29-30) - אכן הניעו את מטרוסו לפנות לרשות. ברם, אין בכך כדי לפגוע בראיות התביעה כאמור, אשר יש בהן כדי לבסס אחריות הנאשמים בפלילים.

88. ובהקשר דנא, אבקש להוסיף ולהדגיש, כי לא מצאתי ממש בטענת ב"כ הנאשמים בדבר חוסר מהימנות מטרוסו ואשד. עדויותיהם היו מהימנה עליי. אין בניסיון ב"כ הנאשמים להיתלות בעניינים שוליים, הנוגעים לעדויותיהם, כדי לשנות ממסקנתי זו, בפרט לנוכח התשתית הראייתית המוצקה שהונחה בפני, בדבר אחריותם של הנאשמים בפלילים בגין ביצוע עבירה של ניסיון לעריכת הסדר כובל. ויודגש, עדות מטרוסו משתלבת במארג הראייתי, הנלמד בפרט מתמלילי שיחות הטלפון והפגישה במלון דן.

אך לשם המחשה, היתלות הנאשמים בדברי מטרוסו בחקירתו ברשות להגבלים עסקיים, לפיה שוחח במהלך הפגישה במלון דן עם קוך אשר התעד להצטרף לפגישה, הגם שידע כי לא כך הוא הדבר, אין בה כדי לפגוע בהגנת הנאשמים ובהיות ההליך המשפטי שהתנהל נגדם הליך הוגן. יתרה מזאת, החוקרת שרון צ'צ'יק-מרקוביץ, מסרה בעדותה בבית המשפט כי מטרוסו "לא ניסה לעבוד עלי, ידעתי ששלומי לא אמור להגיע ... יכול להיות שלא כתבתי את ההודעה מפורטת ושכחתי לכתוב הערה. אני הבנתי את הדברים ששלומי קוך לא אמור להגיע לפגישה". (פרוטוקול דיון מיום 7.4.2005, עמוד 83 שורות 9-18). ודוק, בחקירתו הראשית חזר בו מטרוסו מדבריו בחקירה ברשות והודה, כי במהלך הפגישה במלון דן שוחח, בפועל, עם החוקר אשד ולא עם קוך (פרוטוקול דיון מיום 7.6.2004, עמוד 17 שורות 6-15). ודוק, לא מצאתי באמור, הנוגע לכל היותר לתחבולות חקירה כשרות של הרשות, כדי לגרוע ממהימנות עדותו של מטרוסו, בפרט בהתייחסה לשאלת אחריות הנאשמים בפלילים.

89. לטענת ב"כ הנאשמים, קוך שיקר, הן בצינו כי המכתב ששלח לרעייתו (נ/2א) הינו המכתב המקורי, כך כעולה מחוות דעת המומחה, הגרפולוג עו"ד יונתן נפתלי (נ/15), והן בהכחישו כי אמר לעובדת הרשות, עו"ד לבנת ברג, לאחר הפגישה של מטרוסו והנאשם 1 בבית קפה אלכסנדר, כי אנרג'י וצ'ואי משתפים פעולה. מבלי שאדרש לשאלת נכונות טענות אלה, הרי שאין בהן, כשלעצמן, כדי

להשליך על שאלת אחריות הנאשמים בפלילים. לאמור, גם אם הן נכונות, אין להן כל השלכה על הכרעת הדין ועל הרשעת הנאשמים. היות המכתב נ/2 מקורי, כן או לאו, בהינתן העדר מחלוקת בדבר תוכנו של מכתב נ/2, היתה לו, התומך, לכל היותר, בגרסה, לפיה הנאשם 1 פנה למטרוסו בדרישה להפסיק את מדיניות המבצעים ולמכור החטיף במחיר מלא - אינו גורע מהצעת הנאשם 1 למטרוסו גם להעלות את מחיר החטיף קורני, כפי שהוכח לפני בראיות ישירות. לא למותר לציין, כי בעדותו אמר קוך, כי המכתב לא שיקף כלל העניינים שעלו בשיחה, בהוסיפו כי "בפירוש זוכר שדובר על תיאום מחירים." (פרוטוקול דיון מיום 6.4.2005, עמוד 77 שורות 13-19; וראו גם, פסקה 34 לעיל, שם קבעתי כי גם הפסקת מדיניות מבצעים הינה כבילה הנוגעת למחיר שיידרש). ויפים הדברים גם באשר לתוכן השיחה שהתקיימה בין קוך לעו"ד לבנת ברג, המהווה לכל היותר, עדות מפי השמועה בנוגע לשיחה שהתקיימה בין הנאשם 1 למטרוסו, עליה למדנו מפי הצדדים לה - מטרוסו והנאשם 1 - בראיות מאוחרות וישירות.

ויוטעם, חלקים מעדותו של קוך אכן מעוררים סימן שאלה. דא עקא, עדותו מבוססת על דברים ששמע ממטרוסו, ובסתירות שבין עדותו לעדות מטרוסו, עדיפה בעיני עדות מטרוסו, התומכת בתמלילי שיחות הטלפון והפגישה במלון דן מזמן אמת. בטענות שהעלו ב"כ הנאשמים נגד קוך אין כדי לקעקע את הרשעתם של הנאשמים.

## סוף דבר

90. הריני מרשיע את הנאשם 1 בניסיון לעריכת הסדר כובל, עבירה לפי סעיף 4 בשילוב סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין.
- הריני מרשיע את הנאשם 2 בניסיון לעריכת הסדר כובל, עבירה לפי סעיף 4 בשילוב סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין. מאחר שהנאשם הורשע בעבירה זו, אין מקום להרשיעו גם בעבירה לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים, למרות שהונחה לכך תשתית ראייתית, כמפורט לעיל.
- הריני מרשיע את הנאשמת 3 בניסיון לעריכת הסדר כובל, עבירה לפי סעיף 4 בשילוב סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, בצירוף סעיפים 23 ו-25 לחוק העונשין.

ניתנה היום י"ט בשבט, תשס"ז (7 בפברואר 2007) במעמד הצדדים.