



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5823/14

ע"פ 5824/14

ע"פ 5858/14

לפני :
כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט א' שהם

המערער ע"פ 5823/14 : שופרסל בע"מ

המערער ע"פ 5824/14 : אליעזר גידור

המערער ע"פ 5858/14 : אפרים רוזנהויז

נ ג ד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
(השופט נ' יונד הכהן) בת"פ 118/10 מיום 6.7.14 (הכרעת הדין
מיום 23.12.13)

תאריך הישיבה : ג' בניסן התשע"ה (23.3.15)

בשם המערער : עו"ד יעל גרוסמן, עו"ד צבי אגמון, עו"ד נתן שמחוני, עו"ד רוני בלקין,
עו"ד מתן מרידור, עו"ד אורי פורת, עו"ד מורן אומן, עו"ד סלי ליכט

בשם המערער : עו"ד נתן שמחוני, עו"ד יואב סננס
ע"פ 5824/14 :

בשם המערער : עו"ד יעל גרוסמן, עו"ד צבי אגמון, עו"ד רוני בלקין, עו"ד מתן מרידור,
עו"ד אורי פורת, עו"ד מורן אומן, עו"ד סלי ליכט
ע"פ 5858/15 :

בשם המשיבה : עו"ד אורי שוורץ, עו"ד תומר דגני חנית

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. שלושה ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט מ' יועד הכהן) בת"פ 118/10 מיום 6.7.14 (הכרעת הדין מיום 23.12.13), הנוגעים הן להכרעת הדין והן לחומרת העונש שהושת על המערערים. המערער בע"פ 5858/14 הוא אפי רוזנהויז (להלן רוזנהויז), אשר עבד בתקופה הרלבנטית לכתב האישום כמנהלה הכללי של המערערת בע"פ 5823/14 (להלן שופרסל), אז כן היום – רשת המזון הגדולה בישראל. המערער בע"פ 5824/14 הוא אליעזר גידור (להלן גידור), אשר עבד בתקופה הרלבנטית כסמנכ"ל סחר ושיווק בשופרסל. המערערים הואשמו והורשעו בעבירות הנוגעות לשני נושאי ליבה בדיני ההגבלים העסקיים: הפרת האיסור על היות אדם צד להסדר כובל והפרת תנאי שנקבע במסגרת אישור מיזוג. הם נדונו לעונשים אלה: רוזנהויז לארבעה וחצי חודשי מאסר, מהם חודשיים בבית האסורים והיתר בעבודות שירות, למאסר על תנאי של שישה חודשים ולקנס של 450,000 ₪, וכן לפסילה לשלוש שנים מכהונת דירקטור בחברה ציבורית. גידור נדון לשניים וחצי חודשים מאסר, מהם חודש בבית האסורים והיתרה בעבודות שירות ומאסר על תנאי של ארבעה חודשים. שופרסל נדונה לקנס בן 3 מיליון ₪ ולהתחייבות בת 5 מיליון ₪ שלא לעבור עבירה מתחום ההגבלים העסקיים לשלוש שנים.

כתב האישום

ב. להלן עיקריו של כתב האישום המתוקן אשר הוגש נגד המערערים ביום 24.3.2010, הכולל שני אישומים. ברקע הדברים, הוצג אישור הממונה בתנאים למיזוג בין שופרסל וקלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ (להלן קלאבמרקט) אשר ניתן ביום 31.8.05. מיזוג זה אושר בתנאים חרף חששות תחרותיים כבדים מהגדלת כוחה של שופרסל, וזאת נוכח היותה של קלאבמרקט שרויה בהתמוטטות פיננסית. באישור המיזוג צוין, שכיון שמדובר במיזוג של שתיים מתוך שלוש רשתות המזון הגדולות בישראל, יש להציב בין היתר את התנאים הבאים על מנת להפיג במידת הניתן את החשש התחרותי:

תנאי 11.1 קובע, כי "שופרסל לא תדרוש מספק איזה מן הדרישות הבאות ולא תסרב לרכישת מוצרי הספק או תתנה אותה בדרישות הבאות, כולן או כל אחת

מהן: אי אספקת מוצרי הספק, כולם או חלקם, למתחרה של שופרסל; ... והכל במישרין או בעקיפין."

תנאי 12 קובע, כי "שופרסל לא תתערב בדרך כלשהי בתנאים המסחרים הניתנים על-ידי ספק כלשהו למתחרה שלה, לא תבקש לשנותם ולא תחייב ספק, בקיזוז או בדרך אחרת, בשל העובדה שמוצריה נמכרים אצל מתחרה של שופרסל במחיר זול יותר מזה בו הם נמכרים בשופרסל, תת רשת שלה או סניף מסניפיה".

האישום הראשון

ג. ביום 21.12.2008, ערב חג החנוכה, פורסמו בעיתונות מבצעים לכבוד החג של הריבוע הכחול ישראל בע"מ (להלן הריבוע הכחול), אחת מרשתות המזון הגדולות בישראל והבעלים של מספר רשתות מזון נוספות – 'מגה', 'מגה בעיר' ו'מגה בול' (להלן יחד מגה). על-פי מודעות המבצע, הוצעו למכירה בסניפי 'מגה' ו'מגה בעיר' מוצרים שונים במחירים של 3.99 ₪ ו-1.99 ₪, אשר הותנו ברכישת סל מוצרים בשווי של 100 ₪ או 200 ₪, בהתאמה (להלן מבצע מגה). באותו יום פורסמו בעיתונות גם מודעות מבצע של שופרסל, בהן הוצעו מוצרים דומים לאלה שבמבצע מגה במחירים גבוהים יותר, אולם ללא תלות ברכישת סל מוצרים (להלן מבצע שופרסל).

בעקבות מבצע מגה ובסמוך אליו, החליטו – כנטען – רוזנהויז וגידור ליצור קשר עם מנהלי החברות אשר מוצריהם נמכרו בשני המבצעים במקביל כדי להביא להפסקת מבצע מגה (להלן יחד הספקים).

לשם כך, שוחח רוזנהויז, בין היתר, עם אביעזר קפלן (להלן קפלן), מנהלה הכללי של אסם השקעות בע"מ (להלן אסם) בתקופה הרלבנטית; עם גד לסין (להלן לסין), מנהלה הכללי של שטראוס ישראל בע"מ (להלן שטראוס) בתקופה הרלבנטית; עם רון מרדכי וינשטין (להלן וינשטין), מנהלה הכללי של תה ויסוצקי ישראל בע"מ (להלן ויסוצקי) בתקופה הרלבנטית; ועם יצחק תמיר (להלן תמיר), מנהלה הכללי של קבוצת ישראל של החברה המרכזית לייצור משקאות בע"מ,

אליה משתייכות, בין היתר, החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ והחברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ (להלן יחד החברה המרכזית למשקאות). בשיחות אלה, הביע רוזנהויז כעס כלפי כל אחד מן הספקים הללו על כך שמוצריהם הוצעו למכירה במחירים האמורים במבצע מוגה, וניסה להגיע עימם להבנה כדי שיפסיקו מבצע זה; רוזנהויז עידכן את גידור באמור.

לאחר שהספקים סירבו לעשות כדבריו של רוזנהויז, החליטו רוזנהויז וגידור להוציא חלק ממוצריהם ממגוון המוצרים אותם מוכרת שופרסל לצרכן (להלן, על פי המינוח שבו ננקט בכתב האישום ובו השתמשו הצדדים ובית המשפט קמא – הוצאה מגיוון), ובהם: מים מינרליים 'נביעות' (להלן נביעות), שמספקת החברה המרכזית למשקאות; סדרת מוצרי קפה נמס 'רד מאג' (להלן רד מאג), אותם מספקת אסם; סדרת משקאות 'אייס T' (להלן אייס T), אותם מספקת ויסוצקי; ומוצרי דבש ושמן זית 'יד מרדכי' (להלן מוצרי יד מרדכי) אותם מספקת שטראוס. בהתאם, ביום 23.12.08 או בסמוך אליו הוצאו מוצרי נביעות, רד מאג ואייס T מגיוון; מוצרי יד מרדכי לא הוצאו לבסוף, נוכח האירועים הבטחוניים באותה העת ואיומי הטילים על קיבוץ יד מרדכי בו מיוצרים המוצרים האמורים.

בנוסף לאמור, ניסה רוזנהויז להגיע עם תמיר להבנות לפיהן תפעל החברה המרכזית למשקאות להפסקתם או מניעתם של מבצעים דומים בעתיד. בנוסף, גידור שוחח עם יורם שגיא (להלן שגיא), מנהלה הכללי של החברה המרכזית להפצת משקאות בע"מ, וניסה להגיע גם עמו להבנות דומות.

ועוד, רוזנהויז הציע לתמיר כי החברה המרכזית למשקאות תפחית את ההנחות שהיא מעניקה לריבוע הכחול, וזאת כדי להפסיק את מבצע מוגה; וכן דרש מוינשטין כי ויסוצקי תפסיק את אספקת מוצריה לריבוע הכחול, אף זאת כדי להפסיק את מבצע מוגה.

בגין אלה, הואשם רוזנהויז בשתי עבירות של אי קיום תנאי שנקבע באישור מיזוג – עבירה לפי סעיף 47(א)(4) בשילוב עם סעיף 21 לחוק ההגבלים

העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן חוק ההגבלים העסקיים או החוק); הראשונה – אי קיום תנאי 11.1 האמור, בכך שדרש מויסוצקי להפסיק לספק את מוצריה לריבוע הכחול; השניה – אי קיום תנאי 12 האמור, בכך שהתערב בתנאים המסחריים הניתנים על-ידי החברה המרכזית למשקאות לריבוע הכחול. בנוסף, נטען בכתב האישום שסמנכ"ל סביר יכול היה לדעת בנסיבות העניין על כך שלא קוימו התנאים המתוארים, ולכן הואשם גם גידור באותן עבירות, בשילוב עם סעיף 48 לחוק – מנהל פעיל בחבר בני אדם בו נעברה עבירה לפי חוק ההגבלים העסקיים.

כן יוחסו לרוזנהויז וגידור 4 עבירות של ניסיון לעשיית הסדר כובל – עבירה לפי סעיף 47(א)(1) בשילוב עם סעיף 2(א) וסעיף 4 לחוק, ובשילוב עם סעיף 25 וסעיף 29(ב) לחוק העונשין; זאת, כיון שניסו בצוותא לעשות הסדר בינם לבין כל אחד מן הספקים האמורים, לפיו כל אחד מן הספקים יגביל עצמו באופן שעלול היה להפסיק את מבצע מגה ולא לקיים מבצעים דומים בעתיד, ובכך להפחית את התחרות בין שופרסל ומגה. לחלופין, נטען כי יש להרשיע את רוזנהויז וגידור מכוח תפקידם כמנהלים בכירים בחבר בני אדם, לפי סעיף 48 לחוק.

אשר לשופרסל, זו הואשמה בביצוע כל העבירות שיוחסו לרוזנהויז וגידור, לפי סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין, שענייננו הרשעת תאגיד מכוח מעשיו של אדם במהלך מילוי תפקידו בתאגיד.

האישום השני

ד. נציין כבר כעת, כי בתום הליך ההוכחות מצא בית המשפט המחוזי לזכות את המערערים מן המיוחס להם במסגרת אישום זה. כיון שהמדינה אינה מערערת על כך, לא נרחיב בכך מעבר לנדרש. במסגרת אישום זה, נטען כי באמצע חודש דצמבר 2008 או בסמוך לכך, החליט גידור ששופרסל תפסיק לעבוד עם מוצרים שמספקת לה רזיט שיווק בע"מ (להלן רזיט); זאת, כיון שרזיט החלה לספק למותג הפרטי של מגה מוצרים אותם סיפקה למותג הפרטי של שופרסל. בהתאם, הוצאו בהמשך מוצריה של רזיט ממגוון המוצרים אותם מוכרת שופרסל ללקוחותיה. בגין

האמור, הואשם גידור באי-קיום תנאי שנקבע באישור מיזוג, ושופרסל הואשמה גם היא בגין מעשיו. בנוסף, רוזנהויז הואשם באמור מעצם היותו בכיר בתאגיד.

ה. הצדדים לפנינו מערערים כאמור הן על הכרעת הדין הן על העונש. לשם נוחות, נביא בשלב זה את עיקרי הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי וטענות הצדדים הנוגעות לה בלבד; עיקרי גזר הדין (ש"שורתו התחתונה" הובאה בפתיח מעלה) והטענות לעניין העונש יובאו בהמשך.

הכרעת הדין

ו. בתום דיוני ההוכחות, מצא בית המשפט המחוזי להרשיע את רוזנהויז, גידור ושופרסל במיוחס להם במסגרת האישום הראשון, ולזכותם – כאמור – מהמיוחס להם במסגרת האישום השני. לעניין האישום הראשון, הכרעת הדין נשענת במידה רבה על עדויותיהם של המנהלים הכלליים של הספקים שצוינו בכתב האישום, אשר נמצא כי הן מבססות את הנטען בכתב האישום. נרחיב על אלה בהמשך. בסיכומה של סקירת העדויות קבע בית המשפט המחוזי, כי המנהלים הכלליים של הספקים השונים התרשמו שרוזנהויז דרש מהם לפעול מול מגה לשם הפסקת המכירה של המותגים במחירים כה נמוכים, בין אם במסגרת המבצע, בין אם במסגרת מבצעים דומים בעתיד. אשר להורדת המוצרים השונים ממגוון מוצריה של שופרסל, נקבע כי חומר הראיות בתיק מצביע על כך שההורדה לא היתה מקרית, אלא נועדה להפעיל לחץ על הספקים כדי שאלה יפעלו להפסקת מכירתם של המוצרים במחירים בהם נמכרו, בין אם בזמן המבצע ובין אם בעתיד.

ז. אשר לניסיון לערוך הסדר כובל, נקבע כי כעולה מן העדויות השונות כוונתם של רוזנהויז וגידור היתה להקטין את ההנחות השונות שמעניקים הספקים למגה, ומכאן כי כוונתם היתה להגיע להסדרים כובלים, גם אם כוונה זו לא השתכללה לכדי הסדר כובל מושלם שכן שהמנהלים הכלליים של הספקים סירבו לשתף עמם פעולה. עוד נקבע כי מדובר בניסיון לערוך הסדרים כובלים שעניינם "המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם", כלשונו של סעיף 2(ב)(1) לחוק, ולכן ישנה חזקה חלוטה כי ההסדרים – אילו השתכללו – היו פוגעים בתחרות. לחלופין

נקבע, כי אף בהיעדר החזקה החלוטה, ברי כי מדובר בהסדרים שעלולים היו לפגוע בתחרות, שכן נוגעים הם לשתי הרשתות הקמעונאיות הגדולות בישראל, ומכאן כי באים הם בגדרי סעיף 2(א) לחוק.

ח. אשר לעבירות של אי-קיום תנאי שנקבע באישור מיזוג, נקבע כי מעדותו של וינשטין עולה, שרוזנהויז התקשר אליו בכוונה להביא להפסקת אספקת מוצריו למגה. אשר לתמיר, זה העיד כי לאחר שהתקשר אל רוזנהויז כדי להבין את פשר הורדתם של מוצרי "נביעות" מחנויות שופרסל, שאל אותו רוזנהויז האם הוא מתכוון לעשות משהו בנוגע למבצע מגה, ומשענה תמיר בשלילה, השיב רוזנהויז שאם כך אינו יודע לנהל את מותגיו, ולכן הם לא יהיו על מדפי שופרסל. בהסתמך על אלה, קבע בית המשפט כי יש להרשיע את רוזנהויז בעבירות של אי-קיום תנאי שנקבע באישור מיזוג.

ט. אשר להרשעת גידור, ציין בית המשפט כי בכל הנוגע לעבירות הניסיון לערוך הסדר כובל, יש להרשיעו הן מכוח אחריותו הישירה כמבצע בצוותא, הן מכוח אחריותו כמנהל פעיל בתאגיד לפי סעיף 48 לחוק. לעניין אחריותו הישירה, צוין כי מעדותם של רוזנהויז וגידור עולה, שרוזנהויז יידע את גידור בדבר החלטתו לשוחח עם מנהלי הספקים, וכן יידע אותו לאחר השיחות; בנוסף, עולה מן העדויות כי ההחלטה להוציא את המוצרים האמורים ממגוון המוצרים שמוכרת שופרסל התקבלה במשותף על-ידי שניהם, וגידור אף ערך שיחות טלפון עם חלק מסמנכ"ל הספקים בעניין זה. לעניין אחריותו מכוח סעיף 48, קבע בית המשפט כי גידור היה מנהל בכיר בתאגיד, וידע ואף לקח חלק פעיל בביצוע העבירות, ולכן יש להרשיעו לפי סעיף זה.

י. אשר להרשעת גידור בעבירות של הפרת תנאי מיזוג, צוין בהכרעת הדין כי אלה יוחסו לו מכוח סעיף 48 בלבד ולא כמבצע בצוותא. בהמשך לכך, אף שלא נערך דיון נפרד לעניין הרשעתו בעבירות אלה והדיון אוחד עם עבירות הניסיון לערוך הסדר כובל, צוין כי ממכלול העדויות עולה שגידור ידע על אודות מעשיו

של רוזנהויז, וכי לא עשה די, אם בכלל, למנוע את ביצוע העבירות, ומכאן כי יש להרשיעו.

יא. לעניין אחריותה של שופרסל, נקבע כי מדובר באחריות ישירה הנובעת ממעשיהם של רוזנהויז וגידור, מכוח תורת האורגנים. צוין, כי למעשה לא הייתה מחלוקת כי מעשיהם של רוזנהויז וגידור נעשו כחלק מתפקידם בשופרסל, ולכן הרשעתה של שופרסל נגזרת אוטומטית מהרשעתם שלהם.

הערעורים על הכרעת הדין – הודעות הערעור, עיקרי הטיעון והדין לפנינו

ע"פ 5858/14 רוזנהויז נ' מדינת ישראל

יב. לעניין הניסיון לערוך הסדרים כובלים, רוזנהויז מערער הן על קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי והן על הפרשנות המשפטית שניתנה להן. אשר לפן העובדתי נטען בין היתר, כי שגה בית המשפט בכך שדחה את טענתו של רוזנהויז לפיה השיחות שביצע עם הספקים נערכו באופן לא מתוכנן ואמוציונלי, וקבע שמדובר בפעילות מתוכננת וסדורה. נטען לעניין זה, כי רוזנהויז נחשף למודעה אך במהלך ישיבה שגרתית בשופרסל, ולכן בשונה מקביעת בית המשפט המחוזי לעניין זה, לא היתה זו ישיבה מיוחדת שנקבעה לשם קבלת החלטה על קו פעולה כדי להתמודד עם מבצע מגה.

יג. עוד נטען, כי מעדויות הספקים עולה, שהמערער הלן בשיחות עמם כי אינם יודעים לנהל את מותגיהם, ולא כי מבקש הוא מהם להפסיק את מבצע מגה; הובהר לעניין זה, כי פיחות בערך המותגים עלול להביא לירידה במתח הרווחים של שופרסל, ומכאן דאגתו של המערער למותגים. מנגד, רק שניים מתוך שמונת הספקים העידו כי המערער דרש מהם לבצע צעד אופרטיבי מול מגה (הפסקת אספקה או הורדת הנחות). כן נטען, כי בית המשפט לא נתן דעתו לכך שהספקים המדוברים הם מן הגדולים במשק, חלקם אף בעלי מונופולין, ומכאן כי מערך הכוחות מעיקרא אינו נוטה בהכרח לטובת שופרסל, ולראיה – אף לא אחד מהספקים לא עשה כדבריו של רוזנהויז. בנוסף נטען, כי בית המשפט לא נתן דעתו

בהכרעת הדין לעדויות ספקים נוספים, המבססות את טענת רוזנהויז לפיה אך טען בפני הספקים כי המבצע הורס את מותגיהם, ולא מעבר לכך.

יד. אשר לפן המשפטי נטען בין היתר, כי אין המדובר בניסיון לעריכת הסדר כובל שכן אין מדובר בהסדר. נאמר לעניין זה, כי משהמדינה לא הוכיחה באיזו דרך ביקש המערער מן הספקים לפעול כדי להפסיק את מבצע מגה, אין ההסדר עומד בדרישת המסוימות הנדרשת לשם ביסוס יסוד ה"הסדר". במעמד הדיון הדגישה באת כוח רוזנהויז, כי מדובר היה בהחלטה רגעית שנעשתה מחמת כעסו של רוזנהויז, לא מתוך מטרה ליצירת הסדר מחייב, ולראיה – לא הוצעה לספקים כל תמורה בעבור עמידתם לכאורה בתנאי ההסדר. לחלופין נטען לעניין זה, כי לא היה מדובר בשאיפה להסכמה דו צדדית, אלא לכל היותר בדרישה חד צדדית שאינה עולה כדי הסדר; יתרה מכך, אף נטען, באופן מעורר תמיהה משהו, כי אילו נענו הספקים להצעתו לא היה מדובר בהסדר, אלא, בלשון הודעת הערעור, ב"החלטה עצמאית מצדם להיענות לדרישה החד צדדית של המערער" (פסקה 20.4 להודעת הערעור). עוד נטען, כי החוק האמריקאי הפדרלי בנושא (להלן The Sherman Act) אינו מאפשר הרשעה בעבירת ניסיון להשגת הסדר כובל אלא אך בהשגת הסדר כובל מושלם המשקף מפגש רצונות ותכנית משותפת של הצדדים, וגם בכך יש לתמוך בטענתם כי אין להרשיע את רוזנהויז בניסיון להשגת הסדר כובל.

טו. עוד נטען, כי אין מתקיים בענייננו יסוד ה"חשש לפגיעה בתחרות", כנדרש לפי סעיף 2(א) לחוק לשם גיבוש עבירת ההסדר הכובל, וגם מטעם זה יש לזכות את רוזנהויז. בהמשך לכך נטען, כי לשונו של סעיף 2(א) מצביעה על כך שיש לבחון את הפגיעה התחרותית אך במישור שבין הצד שהגביל את עצמו – ובענייננו, הספקים – לבין הצד האחר להסדר או לבין גורם אחר; ואילו בענייננו, גם אילו יצא ההסדר אל הפועל לא הייתה נפגעת התחרות במישור שבין הספקים לבין שופרסל או מגה, שכן אינם מתחרים מעיקרא, ולכן מטעם זה בלבד אין מתקיים יסוד החשש לפגיעה תחרותית. במעמד הדיון הבהירה באת כוח רוזנהויז – שטענה כל הניתן – כי לשיטתה, מטעם זה, רובם המוחלט של ההסדרים האנכיים אינו בא בגדרי החוק, בין אם סעיף 2(א) ובין אם סעיף 2(ב); כך למשל, בתשובה לשאלת

בית המשפט, השיבה באת הכוח, כי אף אילו ערך רוזנהויז שיחת ועידה עם כלל הספקים, ודרש להפחית את ההנחות למתחרים ולא לספק להם סחורה, שאחרת ינקוט נגדם באמצעים שונים – לא היה הדבר עולה כדי הסדר כובל אסור (ע' 7 לפרוטוקול). עוד נטען לעניין זה, כי העובדה שהממונה טרח לאסור במסגרת תנאי המיזוג של שופרסל וקלאבמרקט, בסעיפים 11 ו-12, את צורת ההתנהגות האמורה שם, מצביעה על כך שההתנהגות היתה מותרת אלמלא תנאים אלה, שהרי אחרת לא היתה סיבה להצבתם. עוד נטען, לחלופין, כי המדינה לא הציגה בפני בית המשפט חוות דעת כלכליות שיעידו על הפגיעה המסתברת בתחרות מעצירת המבצע, ולכן לא הוכיחה מעבר לכל ספק סביר כי קיים חשש לפגיעה בתחרות; נטען, כי המבצע עצמו מזיק לתחרות בטווח הארוך על-ידי יצירתה של תחרות מחירים שקמעונאיות המזון אינן יכולות לעמוד בה לאורך זמן, ולכן עצירתו אינה פוגעת בתחרות. במעמד הדיון הודגש לעניין סעיף 2(ב), כי זה לא נזכר כלל בכתב האישום, ולכן לא היה מקום להרשיע את המערערים מכוחו.

טז. לעניין עבירות תנאי המיזוג, רוזנהויז טוען כי שגה בית המשפט קמא בהסתמכו על עדויות תמיר ווינשטין לשם ביסוס עבירות אלה, שעה שאינן מצביעות במידה הנדרשת בפלילים על אחריותו של רוזנהויז; כך למשל, רוזנהויז אמר לתמיר "אתה רשאי להוריד הנחות", וכן "יש ענייני הנחות ויש דברים אחרים", אולם אלה אינן יכולות להיחשב כהתערבות בתנאי הסחר שנותן ספק למתחרה, כפי שקובע תנאי 12 כאמור.

ע"פ 5824/14 – גידור נ' מדינת ישראל

יז. נטען, כי בית המשפט שגה באופן בו כרך את הרשעתו של גידור בהרשעתו של רוזנהויז בכלל העבירות, וכי חומר הראיות מצביע על כך שלא היה מקום להרשיעו במיוחד לו. אשר לעבירות הניסיון לעריכת הסדר כובל ואחריות גידור כמבצע בצוותא נטען, כי שגה בית המשפט המחוזי בקבעו כי גידור היה שותף להחלטת רוזנהויז לפנות לספקים ולקח חלק בשיחות לספקים; וכן כי נטל חלק פעיל בהורדת מוצרי הספקים ממדפי שופרסל. בהמשך לכך נטען, כי חומר הראיות מצביע, לכל היותר, על החלטות עצמאיות של רוזנהויז, וכי גידור לא היה שותף

להן. כן נטען, כי הוראת רזונהויז לגידור שעליה התבסס בית המשפט לשם הרשעת גידור – כי יברר מול הספקים כיצד הגיעו למחירי המבצע הנמוכים במיוחד – איננה מעלה חשש לפלילים; ולראיה, גם המשתתפים הנוספים באותה ישיבה שבה אמר רזונהויז את שאמר, לא חשבו שכוונתו הייתה לבצע מעשה פלילי. לכן, אין הדבר מגבש – כנטען – ביצוע בצוותא של העבירות.

יח. בנוסף נטען, כי שגה בית המשפט המחוזי בקבעו שגידור העביר מסר לחלק מן הסמנכ"לים של הספקים וכן לשגיא, לפיו יש כעס בשופרסל על כך שהם נמנעים מפעולה נגד מבצע מגה. כך, למשל, נטען כי בית המשפט המחוזי לא הסביר מדוע העדיף את גרסתו של שגיא, לפיה המערער העביר מסר כנטען על-ידי המדינה, על פני גרסת גידור לפיה לא היו דברים מעולם. בנוסף, אף אם נאמרו הדברים, המדובר בשאלה כללית ופתוחה, ושגה בית המשפט בכך שלא נתן משקל לדברי שגיא לפיהם נשאלות שאלות מעין אלה כדבר שבשגרה, ולכן אין בכך כל חריג.

יט. אשר להוצאת המוצרים ממגוון המוצרים אותם מציעה שופרסל ללקוחותיה – המערער אינו מכחיש כי לקח חלק בכך; אולם לטענתו הדבר לא נעשה כאמצעי להעניש את הספקים על מבצע מגה, אלא ממטרות מסחריות גרידא, כפי שנעשה מעת לעת, ללא תלות בהתנהלותו של ספק זה או אחר. לכן, אין המדובר בניסיון להשגת הסדר כובל.

כ. לעניין הרשעתו בעבירות של הפרת תנאי מיזוג מכוח סעיף 48 לחוק נטען, כי שגה בית המשפט המחוזי בקבעו שגידור לא עשה כל שביכולתו כדי להבטיח את שמירת החוק, שעה שנקט בכל האמצעים הסבירים לשם הבטחת החוק ואף מעבר לכך, על-ידי יצירת קוד אתי ותכנית אכיפה העולים בקנה אחד עם דיני ההגבלים העסקיים; בדיון בפנינו הדגישה באת כוח גידור כי הוא לא ידע על שעשה רזונהויז, ולכן לא יכול היה לנקוט צעדים מפורשים נגד מעשיו. עוד נטען, כי שגה בית המשפט בכך, שלא נתן דעתו להבדל שבין האמצעים הסבירים אותם על המנהל לנקוט כאשר מבצעה העיקרי של העבירה הוא אחד הכפופים לו, לבין מעשים

שצריך לנקוט מנהל הכפוף בעצמו למנהל אחר, אשר הוא המבצע העיקרי של העבירה, כבענייננו. מטעמים אלה, כך נטען, יש לזכות את גידור גם מעבירות אלה.

ע"פ 5823/14 – שופרסל נ' מדינת ישראל

כא. ערעורה של שופרסל על הכרעת הדין מושתת במלואו על ערעורם של רוזנהויז וגידור, וכלשון הודעת הערעור התמציתית: "על מנת שלא לשוב על הנימוקים ללא צורך, הרי שככל שהדברים נוגעים להרשעתה של המערערת היא מצטרפת לערעורים שהגישו רוזנהויז וגידור, על הכרעת הדין...". מלשון ההן נשמע הלאו – שופרסל אינה מערערת על האופן שבו עשה בית המשפט המחוזי שימוש בתורת האורגנים על מנת למצוא אותה אחראית בפלילים, שעה שרוזנהויז וגידור נמצאו אשמים במיוחס להם. לכן, הדיון לעניין הכרעת הדין יתמקד בערעורם של רוזנהויז וגידור.

עמדת המדינה

כב. במסגרת עיקרי הטיעון, השיבה המשיבה ביום 15.3.15 לשלושת הערעורים יחד. לעניין הניסיון לעריכת הסדרים כובלים נטען, כי חומר הראיות מצביע בבירור על כך שרוזנהויז ניסה להשפיע על מבצע מגה ולהביא לסיומו באמצעות הספקים. בנוסף, ניכר כי שעה שלא עלה בידו לשכנע את הספקים, הגיב רוזנהויז בהורדת חלק ממוצריהם ממדפי שופרסל. לעניין יסודות העבירה נטען, כי די בשיחות הטלפון שהתקיימו כדי לבסס את הטענה שמדובר בניסיון להגיע ל"הסדר" כנדרש על-פי סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים; אשר ליסוד ה"כבילה", נטען כי הדרישה מספקים לפעול על מנת להפסיק את מבצע מגה, דהיינו להעלות את המחירים בהם מוכרת מגה את מוצריה לצרכן, עולה כדי כבילה. בדיון בפנינו הודגש, כי יש לדחות את טענת רוזנהויז לפיה מעשיו נעשו בלהט הרגע ולא באופן מתוכנן; לעמדת המדינה, העובדה שרוזנהויז התקשר לספק אחר ספק במשך שלושה ימים והביע מורת רוח בפני הספקים על מבצע מגה, מצביעה על כך שמדובר במהלך מתוכנן ולא בהתקף זעם רגעי. אשר לטענה כי סעיף 2 אינו חל כיון שהספקים הם שהיו נדרשים לכבול עצמם ואלה אינם מתחרי שופרסל, נטען

כי טענה זו שגויה מבחינה משפטית. זאת, כיון שפעמים רבות במסגרת הסדרים כובלים אנכיים, כבענייננו, נפגעת התחרות דווקא בצדו של הנהנה מן ההגבלה ולא בצד המוגבל; כך, בהסדרים כובלים שבין ספק ומפיץ, משכיר ושוכר ועוד.

כג. עוד נטען, כי הטענה לפיה יסוד "העלילות לפגיעה בתחרות" אינו מתקיים, שגויה – שכן יסוד זה מתקיים נוכח מעמדן של שופרסל ומגה בשוק הקמעונאי ונתח השוק הגדול שהיה להן בתקופה הרלבנטית, וכן נוכח האופן בו ניסו המערערים להשפיע על המחירים בהם מוכרת מגה את מוצריה לצרכן. כן נטען, כי ענייננו נכנס באחת החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, ולכן אין צורך להידרש ליסוד ה"עלילות"; כך, כיוון שענייננו בניסיון להגיע להסדר הנוגע ל"מחיר שיידרש, שיוצע או שישולם", ובשונה מטענת המערערים, העובדה שמדובר בהסדר אנכי אינה מעלה או מורידה לעניין זה.

כד. אשר לעבירות של הפרת תנאי מיזוג נטען, כי ערעורו של רוזנהויז בנוגע לכך עניינו בקביעות העובדתיות המבוססות של בית המשפט המחוזי, ולכן אין מקום להתערבות. בהמשך לכך נטען, כי שיחותיו של רוזנהויז עם תמיר ווינשטין, כפי שהן משתקפות מעדויות האחרונים, מצביעות באופן ברור על כך שרוזנהויז הפר את תנאי המיזוג.

כה. לעניין הרשעת גידור כמבצע בצוותא בעבירות הניסיון להשגת הסדר כובל נטען, כי כפי שקבע בית המשפט המחוזי, החלטתו של רוזנהויז להתקשר לספקים התקבלה יחד עם גידור; גידור גם נטל חלק ביוזמה ובהחלטה על הורדת חלק ממוצרי הספקים ממדפי שופרסל; וכן ערך שיחות עם הספקים, בהם הסביר להם את הקשר בין הורדת המוצרים לבין מבצע מגה. אשר להרשעת גידור בעבירות של הפרת תנאי המיזוג מכוח סעיף 48 נטען, כי הוא לא הרים את הנטל הראשוני להראות שלא ידע על העבירות וכי נקט בכל אמצעי סביר למנוע אותן, ודי בכך כדי למצאו אחראי מכוח סעיף זה בעבירות של הפרת תנאי המיזוג.

כו. טרם ניגש לשלב ההכרעה נציין לשלמות התמונה, כי במהלך הדיון שאלנו את באי כוח רוזנהויז וגידור תוך שהדגשנו כי הדברים נשאלים מבלי לטעת מסמרות, האם ישנה הסכמה מצד המערערים, לכך שאם יוחלט להותיר את ההרשעה על כנה אולם להתערב בעונש שהושת על המערערים, יבוטלו רכיבי המאסר מאחורי סורג ובריח אולם עונשי עבודות השירות יוארכו באופן מסוים; באי כוח הצדדים נתנו הסכמתם לכך.

הכרעה

כז. במרכזו של חוק ההגבלים העסקיים ניצב האינטרס רם-המעלה של תחרות חופשית. החוק מושתת על התפיסה לפיה תחרות חופשית היא שתביא לתמחור מיטבי של המוצרים, בהתאם לכוחות השוק, לשיפור איכות המוצר, להגדלת הכמות המוצעת ממנו ולשיפור השירות שניתן לקהל הלקוחות (רע"א 371/89 ליבוביץ נ' אליהו, פ"ד מד(2) 309, 327 (1990)). בכך תגדל האפשרות לחדשנות ולהקצאה יעילה של משאבים, והכל למען הגדלת הרווחה החברתית; כפי שציינתי בעניין קודם:

"תחרות חופשית היא ערובה ומנוע, כמו גם אות, לכלכלה בריאה בה מובטח לצרכנים המוצר הטוב ביותר במחירו האמיתי - כפי שקבעוהו כוחות השוק - באופן המשקף לאשורו את הביקוש למוצר. תחרות בין יצרנים מחייבת עמידתם התמידית על משמר ייעולו של המוצר ופיתוחו למען לא יפגרו אחרי מתחריהם, והיא המובילה ליישומן ופיתוחן של טכנולוגיות חדשות ולניהול משאבים חסכני ויעיל, החיוניים לפעילותו ולצמיחתו של המשק" (ע"פ 2560/08 מדינת ישראל נ' וול, פסקה פ"א (2009) (להלן עניין וול); וראו גם בג"צ 588/84 ק.ש.ד. סחר אזבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד מ(1) 29, 37-38 (1986); ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 861-860 (2005) (להלן עניין בורוביץ); מ"ש גל ומ' פרלמן "חשיבות הניתוח המשפטי והכלכלי של חוק ההגבלים העסקיים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים - כרך א' 17, 17 (תשס"ח-2008))

כח. בהתאם, נקבע בפסיקתו של בית משפט זה, כי יש לפרש חוק זה בצורה תכליתית, באופן שיגשים את המטרות האמורות, יגביר את התחרות החופשית במשק ולא יגביל שלא לצורך את הפעילות המסחרית הרצויה: "בבואנו לפרש את חוק ההגבלים נשוה נגד עינינו כל העת את תכליתו של החוק, נשמור על קשר עין עם תכלית זו ובעקבותיה נלך. תכלית זו היא עמוד האש ועמוד הענן להולכינו הדרך, וחייבים אנו נאמנות לה כל העת" (דנ"א 3113/03 א.מ. חניות ירושלים 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים, פסקה 12 לפסק דינו של השופט - כתארו אז - מ' חשין (2003) (להלן דנ"א חניות); ודברים דומים נקבעו גם בדנ"א טבעול, בעמ' 97; עניין שמאי המקרקעין, פסקה 15; עניין וול, פסקה פ"ב; וראו גם מ"ש גל, א' ישראלי ומ' פרלמן "הסדרים כובלים – יסודות האיסור" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים 193, 288-291 (תשס"ח-2008) (להלן גל, ישראלי ופרלמן)).

כט. ענייננו שלנו בשתיים מן הסוגיות המהותיות עמן בא החוק להתמודד: הראשונה והעיקרית – הסדרים כובלים, המוסדרת בפרק ב' לחוק; והשנייה – מיזוגים, המוסדרת בפרק ג' לחוק; ובפרט – בעבירת ההסדר הכובל הקבועה בסעיף 2(א) ובסעיף 2(ב) בצירוף סעיף 4 וסעיף 47(א)(1) לחוק; ובעבירת אי-קיום תנאי שנקבע באישור מיזוג, לפי סעיף 19 בצירוף סעיף 47(א)(4) לחוק. נדון בדברים לפי סדרם.

עבירת ההסדר הכובל – סעיף 2(א) לחוק – תשתית נורמטיבית

ל. כך קובע סעיף 2(א) לחוק:

"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."

לא. עבירת ההסדר הכובל היא עבירת הליבה של חוק ההגבלים העסקיים. היא משקפת בצורה הטובה ביותר את תכלית החוק במובנה הבסיסי ביותר – "לפנות את הדרך לפעילות כלכלית חופשית, על ידי סילוק מכשולים המונעים פעילות

כזאת" (בג"צ 231/61 ארגון ארצי לשיווק צמיגים בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד י"ז 319, 326 השופט – כתארו אז – לנדוי (1963)), תוך הבנה כי "יצר לב האדם לנטות להשתכר ולהרויח גם אם האמצעים אינם כשרים ביותר" (עניין וול, פסקה כ"ב). למעשה, מושג התחרות החופשית הוא – בעולם הריאלי – מושג מתעתע, במובן זה שהוא מניח בדרך זו או אחרת כי "מצב הטבע", ללא התערבות ממשלתית או אחרת, הוא מצב של תחרות. אולם במובנים רבים, בודאי כאשר ענייננו במשק קטן וריכוזי כמשק הישראלי, הבחירה ה"טבעית" של מתחרים עלולה להיות לתאם ביניהם את מחיריהם ואת כמויות המוצרים אותם ייצרו, באופן שיאפשר להם למכור את מוצריהם במחיר המונופוליסטי – בשונה ממחיר השוק הנקבע על-ידי כוחות ההיצע והביקוש – וכך להפיק רווח מרבי. גם זו מרעות יצר לב האדם, מתוך נוחות ופוטנציאל רווח. מכאן הצורך באיסור על עריכת הסדר כובל במובנו הבסיסי, דהיינו בין מתחרים פוטנציאליים (הסדרים אופקיים). בהמשך נרחיב גם על הצורך בהגבלת מערכת היחסים העסקית בין מי שאינם מתחרים (הסדרים אנכיים).

לב. היסוד העובדתי בעבירת ההסדר הכובל לפי סעיף 2(א) כולל ארבעה רכיבים: (1) הסדר; (2) בין בני אדם המנהלים עסקים; (3) יסוד הכבילה – אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו; (4) עלילות (אפשרות) למנוע או להפחית את התחרות ("מבחן העלילות"). אין חולק בענייננו כי מדובר בבני אדם המנהלים עסקים, ולכן אדרש לשלושת היסודות הנותרים בלבד.

הסדר

לג. סעיף 1 לחוק מגדיר "הסדר" כך: "בין במפורש ובין מכללא, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו". עניינו הרואות כי לשון החוק רחבה מעיקרא, וניכר כי המחוקק ביקש ללכוד ברשת החוק מנעד רחב של הבנות בין מנהלי עסקים. בהתאם, פורש יסוד זה בהרחבה רבה בפסיקה לאורך השנים. כך קבע בשעתו השופט – כתארו אז – זילר:

"הפירוש 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 יוצאו בעתיד, ושיביאו לכלל תיאום בין הצדדים עליהם מדבר החוק. החוק דובר אל קוראיו כך: כל דרך שתנקטו אותה ושיש בה, או שהיא מובילה, לתיאום המוביל להסדר כובל, הוא 'ההסדר' הכתוב בחוק" (ת"א (י-ם) קיסין נ' פטרולגו (1990); ראו גם עניין וול, פסקה קס"ב; ע"פ 1042/03 מצרפלט שותפות מוגבלת בע"מ (1974) נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 721, 729-728 (2003) (להלן עניין מצרפלט)).

אפשר לתמצת דברים נכוחים אלה בביטוי "יצר לב האדם", המסוגל לתכנן, ויהיו שיקראו בלשון העם לתחמן, דרכים שונות ומשונות שאין להן גבול, כדי להשיג מטרה.

לד. נוכח טענות המערערים השאובות במידה רבה מדיני החוזים, אוסיף כי מושג ה"הסדר" שבחוק ההגבלים העסקיים, שונה במובנים רבים מהגדרת "חוזה" בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן חוק החוזים). הסדר כובל אשר לא אושר על-ידי בית הדין להגבלים עסקיים (סעיף 9 לחוק) ולא ניתן פטור מן הצורך באישורו (סעיף 14 לחוק), נעשה פעמים רבות, מעצם טבעו, במחשכים, תוך הבנה בין העושים אותו כי הם עוברים על החוק או מהלכים על תפר החוקיות, ולכן עליהם להיזהר בלשונם ובפעלם; מטבע הדברים, באותם מקרים אין המדובר בניסיון להביא לחוזה בר-אכיפה בבית משפט, הן נוכח החשש להסתבך בפלילים (או להיחשף לסנקציה מינהלית או נזיקית) והן כיוון שאפילו השתכלל חוזה מעין זה, יראהו כבטל מכוח סעיף 30 לחוק החוזים (עניין בורוביץ' בעמ' 861; דנ"א

טבעול, בעמ' 108-109; ד' גילה "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים ומונופולין" חוזים – כרך ג' 646-647 (ד' פרידמן ונ' כהן עורכים, 2003). מגד, חוזה, לפחות במובנו הקלאסי, נועד לתת פומבי למפגש הרצונות של הצדדים ולאומר דעתם, בדיעה כי הצדדים עלולים להגיע ביום מן הימים לערכאה שיפוטית שם יצטרכו להוכיח איש איש את טענותיו (מ' גל, ישראלי ופרלמן, בעמ' 212-213). מטעמים מעשיים אלה, אין דרישה כי ההסדר, על פי חוק ההגבלים העסקיים, יעמוד בקריטריונים של גמירות דעת ומסוימות, הנדרשים לשם גיבושו של חוזה לפי חוק החוזים, או לכל הפחות לא באותה מידה או באותו אופן שהיו נדרשים לשם הוכחת קיומו של חוזה; ראו לעניין זה גל, ישראלי ופרלמן, בעמ' 212-213:

"האם מן הראוי לאמץ את דרישת המסוימות גם לעניין יצירת הסדר כובל? האם קיימים פרטים מסוימים שאותם חייב ההסדר לכלול על מנת שייחשב ככזה? האם למשל חייב ההסדר לכלול פרטים מדויקים בדבר מהות הכבילה? האם חייב ההסדר לכלול פרטים בדבר מועד התחלה וסיום? האם חייב ההסדר לכלול פרטים בדבר קיומם של גורמים המפקחים על אכיפתו? אנו סבורים כי באופן כללי התשובה לשאלות אלה היא בשלילה... בהתחשב בהבדלים בין מטרות דיני החוזים לדיני ההגבלים העסקיים ותמריצי הצדדים, דרישת המסוימות היא פחות נוקשה בנוגע לרכיב ההסדר בהגדרת ההסדר הכובל."

לה. בנוסף, שאלת הפגמים בכריתה אינה עולה במלוא עוצמתה כאשר ענייננו בהסדר כובל; טול למשל מצב בו נכפה על צד מסוים, בעל כרחו, חוזה או הסדר – אילו היינו במאטריה החוזית, יתכן כי היינו רואים חוזה זה כבטל בשל כפיה, מכוח סעיף 17 לחוק החוזים. אולם כאשר ענייננו בדיני ההגבלים העסקיים, וצד מסוים כופה על האחר, או מנסה לכפות על האחר, הסדר כובל אסור, עדיין יבוא המקרה בגדרי סעיף 2 לחוק, והצד הכופה עדיין יכול שיהא חשוף לסנקציה פלילית, מנהלית או אזרחית (הדברים מורכבים יותר כאשר מדובר בצד עליו נכפה ההסדר, אך דיון זה חורג מענייננו); מסכים אני עם גל, ישראלי ופרלמן בעניין זה: "האלטרנטיבה, שלפיה יותרו פגיעות קשות בתחרות רק בשל העובדה שצד אחד מפעיל כוח על הצד האחר, נראית לנו בלתי רצויה ואינה מתיישבת עם מטרת החוק" (שם, בעמ' 220).

לו. אם כן, דיני ההגבלים העסקיים ודיני החוזים הם מאטריות משפטיות שונות, הנשענות על רציונלים שונים, ולכן אינן משליכות ישירות האחת על חברתה; כאשר ענייננו בדרישת ההסדר, להבדיל מחוזה, "די ברמה מינימלית כלשהי של הבנה משותפת, הסכמה או שיתוף פעולה בין הצדדים לשם יצירתו" (עניין בורוביץ, בעמ' 860, הדגשה הוספה – א"ר; וראו גם מ' (שיצר) גל "מהו הסדר? קו הגבול בין תיאום לבין התאמה בחוק ההגבלים העסקיים" עיוני משפט כט(3) 591, 599 (תשס"ז)). ניתן להניח כי הבחנה זו נובעת גם מקשיי הוכחתו של הסדר כובל הנעשה, כאמור, בהיותו פעילות עבריינית, במסתרים.

לז. עוד נציין, כי 'הסדר' כלשונו בסעיף 2(א) יש שיהיה אופקי, היינו בין שני מנהלי עסקים או יותר המתחרים זה בזה, למשל בין שני קמעונאים או יותר, ספקים, יצרנים ועוד – זוהי ליבת הסעיף, ובפרט עבירת הקרטל; ויש שיהיה אנכי, היינו בין שני מנהלי עסקים או יותר הנמצאים בצדדים שונים של שרשרת המסחר, למשל בין קמעונאי לספק, בין יצרן למשווק, בין משווק לקמעונאי ועוד. הקביעה כי סעיף 2(א) חל גם לגבי הסדרים אנכיים נובעת הן מלשון החוק אשר אינה מפרידה בין הסדרים אופקיים לאנכיים, והן מפרשנות תכליתית של הוראות החוק (ד' גילה וי' שפיגל "הסדרים אנכיים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים – כרך א' 323, 405-412 (תשס"ח-2008) (להלן גילה ושפיגל)). כך, כיון שהסדרים אנכיים רבים עלולים לפגוע בתחרות במשק ולמעשה בתחרות בין מתחרים, אף אם לא בהכרח במידה זהה להסדרים אופקיים. דוגמא אחת היא הסדרי בלעדיות, בהם מתחייב יצרן מסוים לספק את מוצריו אך לקמעונאי ספציפי. לצורך המחשה, אם אותו יצרן הוא בעל מעמד מונופוליסטי, יביא הסדר הבלעדיות הן לפגיעה בתחרות התוך-מותגית (*Intrabrand Competition*) – שכן ניתן יהיה לרכוש את אותו מוצר קונקרטי אך מן הקמעונאי הקונקרטי, והן לתחרות החוץ מותגית (*Interbrand Competition*) – כיון שמעיקרא התחרות בענף פחותה נוכח קיומו של היצרן המונופוליסטי, ולכן קשה יהיה לקמעונאים אחרים להתחרות באותו קמעונאי שקיבל בלעדיות על המוצר; כך עלול להתחזק מעמדו של אותו קמעונאי, באופן שיביא לעליית המחירים ולפגיעה בשירות הניתן על-ידיו לקהל

הלקוחות (ראו גם דנ"א 8619/14 Tommy Hilfiger Licensing LLC נ' אלעד מנחם סויסה, פסקה ט"ז (15.2.2015)). בנוסף להסדרי בלעדיות, ניתן למנות גם הסדרים של הכתבת מחיר מרבי או מזערי, הסדרי זכיינות ועוד (ראו גילה ושפיגל, בעמ' 402-332 וטבלה מסכמת בעמ' 403-404; גילה – סכר ההסדרים הכובלים, בעמ' 757-766).

כבילה'

לח. כבילה, כפי שפורשה בספרות הישראלית ובפסיקה, משמעה הגבלת חופש הפעולה הנתון למי מן הצדדים להסדר (מ' בורנובסקי "על יסודות הכבילה שבהסדר ותוצאתה – חדש ואין ישן" מחקרי משפט ה' 125, 132 (תשמ"ז); עניין בורוביץ, בעמ' 867). יסוד זה הוא הבעייתי ביותר בהגדרת ההסדר הכובל. כך, כיון שהסדרים מסחריים, מבחינה מילולית, כובלים מעצם טבעם במידה כלשהי את הצדדים להסכם. כך למשל, כאשר מתחייב יצרן פלוני לספק ליבואן אלמוני 500 מכוניות במחיר של 80,000 ₪ ליחידה, ללא ספק חוזה סטנדרטי ועל פניו לגיטימי בין יצרן ליבואן, הוא כובל עצמו, לפחות מבחינה מילולית, למחיר אותו ידרוש, ולכן כביכול עומד ביסוד הכבילה (ולמעשה אף עומד כביכול בדרישת סעיף 2(ב)(1) לחוק, שעניינו חזקות חלוטות בדבר הפגיעה התחרותית; נעמוד על כך בהמשך). לכאורה, פרשנות מעין זו ליסוד הכבילה אינה תורמת לבחינת השאלה האם ענייננו בהסדר כובל אסור שיש בו כדי לפגוע בתחרות. מנגד, גם פרשנות מצמצמת יתר על המידה ליסוד הכבילה עלולה להוציא מתוכו הגבלות שונות על התחרות, אשר בסופו של יום, במסגרת ההסדר בין הצדדים, היה בהן כדי לפגוע בתחרות (ראו גל, ישראלי ופרלמן, בעמ' 249-250; גילה – סכר ההסדרים הכובלים, בעמ' 767-771).

לט. הפסיקה אינה מעניקה תשובה חד משמעית לשאלה העקרונית בדבר גבולות השתרעותו של יסוד הכבילה, במיוחד לא בהסדרים אנכיים; השאלה נבחנת ממקרה למקרה על-פי נסיבותיו הקונקרטיות. כך למשל, בעניין לשכת שמאי המקרקעין, קבעה השופטת חיות כי מחיר מקסימום שנקבע כתנאי סף למכרז אינו עומד בתנאי הכבילה; השופט – כתארו אז – ריבלין קבע בעניין חניות, בהסתמך על דבריו של

הנשיא לנדוי בע"א 626/70 תמרה שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ, פ"ד כה(1) 824, 831 (1971), כי הסדר שבמסגרתו מגביל בעלים של מקרקעין את חופש הפעולה של המשתמש במקרקעין אינו הסדר כובל (עניין חניות, בעמ' 598-600).

מ. מנגד, נדמה כי ישנה תמימות דעים בספרות האקדמית, לפיה חרף הבעייתיות במונח הכבילה, אין לעשות בו שימוש כדי לצמצם את תחולתו של סעיף 2 לחוק. כך למשל, טוענת מ' מזרחי כי "המונח 'מגביל עצמו' (בסעיף 2(א)) לוכד כל התקשרות בין עסקים... אמנם, מן ההיבט של השמירה על התחרות אין צורך שמונח זה ילכוד כל עסקה פעוטה בין עסקים, אך יש טעם בכך שכל עסקה, שיש לה חשיבות מבחינת גריעה ממשאביו החופשיים של העסק, לא תצא ממעגל הפיקוח" (מ' מזרחי "מיזם משותף כהסדר כובל" משפטים כג 213, 223 (תשנ"ד)). גם גל, ישראלי ופרלמן סבורים כי "יסוד הכבילה אינו המקום המתאים לצורך צמצום הוראות החוק" (שם, בעמ' 252). בנוסף, נדמה כי גילה מחזיק בעמדה דומה, בצינו כי הניתוח המהותי צריך להיות בשאלת הפגיעה בתחרות וניתוח מצומצם של החזקות שבסעיף 2(ב), דהיינו לא בשאלת הכבילה (ד' גילה "האם רצוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" עיוני משפט כז(3) 751 (תשס"ד) (להלן הסדרים אופקיים ואנכיים; וראו גם ד' גילה "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו" עיוני משפט כח (2) 517 (תשס"ה) (להלן כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו)).

מא. מבט מעבר לים מעלה, כי דיני ההגבלים העסקיים האמריקניים, למשל, אינם מכילים דרישה כי אחד הצדדים יגביל עצמו במסגרת ההסדר. כך קובע סעיף

1 ל - The Sherman Anti-trust Act (1890):

"Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal."

בנוסף, בית המשפט העליון בארה"ב הבהיר לפני למעלה ממאה שנים, כי מעצם השימוש במונח "in restraint of", אין ללמוד כי מדובר ב"every restraint", אלא יש לבחון את סבירות החלתו של הסעיף על המקרה הנדון, בהתאם לפגיעה התחרותית:

"The act of Congress [Section 1 of the Sherman Act – E.R.] must have a reasonable construction, or else there would scarcely be an agreement or contract among businessmen that could not be said to have, indirectly or remotely, some bearing upon interstate commerce and possibly to restrain it" (*Hopkins v. United States* 171 U.S. 578, 600, Justice Peckham (1898)).

הדגש בסעיף הוא אם כן על הגבלת התחרות, לא על הגבלת הצדדים כלפי עצמם או האחר.

מב. לדידי, מכל הטעמים המנויים מעלה, אין לתת משקל רב מדי לניתוח יסוד הכבילה, אלא למקד את הדיון, ככלל, בשאלת הפגיעה בתחרות לפי סעיף 2(א) סיפא ("מבחן העלילות"). השאלה שעלינו לשאול עצמנו היא האם ההסדר שבין הצדדים עלול לפגוע בתחרות; וכפי שמציין המלומד *Areeda*: "Every antitrust suit should begin by identifying the ways in which a challenged restraint might possibly impair competition. This step occasionally reveals that competition is not implicated at all and thus that the parties' dispute is not an antitrust case" (Philip E. Areeda *Antitrust Law - Book VII* 372(1986) גם ראו Richard Wish & David Bailey *Competition Law* 116-117 (7th Edition, 2012). (להלן *Wish & Bailey*). שאלת הכבילה אינה תורמת לניתוח תחרותי-מהותי של ההסדר, ועלולה אך לצמצם שלא לצורך, או להרחיב מעבר למידה, את תחולת השתרעותו של הסעיף (ראו לעניין זה גם תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 9), התשס"ה-2005). מכל מקום, כפי שאציין בהמשך, אין צורך לטעת מסמרות בסוגיה זו בענייננו, כיון שיסוד הכבילה מתקיים באופן מובהק.

‘מבחן העלילות’

מג. מבחן זה הוא לב ליבו של סעיף 2(א). כאמור, חוק ההגבלים העסקיים בא להגן על התחרות החופשית ולקדמה, ובכך להגדיל את הרווחה המצרפית במשק. מכאן הקביעה כי הסדר אשר עלול למנוע או להפחית את התחרות הוא הסדר כובל אסור, אלא אם קיבל את אישורו של בית הדין או פטור לכך מן הממונה.

מד. אדרש תחילה לטענת המערערים לפיה יסוד זה אינו יכול להתקיים בענייננו מלכתחילה, כיון שלפי הנטען שופרסל הגבילה את הספקים, ואילו הפגיעה בתחרות הנטענת היא בצד הקמעונאי בו נמצאת שופרסל (וכמוה גם מגה). טיעון זה נשען על פרשנות לשונית מצמצמת של סעיף 2(א) לחוק, הקובע כאמור כי הסדר כובל הוא הסדר בו "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" (הדגשות הוספו – א"ר). היינו, על פניו, סעיף 2(א) לחוק אינו כולל בתוכו מקרים בהם נפגעת התחרות בין הצד שלא "הגביל את עצמו" (שופרסל) לבין צדדים נוספים.

מה. ואולם, כפי שנקבע לא אחת, את סעיף 2 לחוק יש לפרש, ככל חוק, באופן תכליתי (עניין חניות, בעמ' 598; עניין בורוביץ, בעמ' 871-870; עניין וול, פסקה פ"ה). תכליתו של חוק ההגבלים העסקיים כאמור היא שמירה על התחרות החופשית במשק. הפרשנות שמבקשים המערערים להעניק להוראת החוק חותרת תחת תכלית זו. כך, כיון שהסדרים כובלים אנכיים רבים פוגעים מעצם מהותם בתחרות בין הצד שלא כבל עצמו לבין אחרים שאינם צד להסכם (ה"ע (ירושלים) 469/98 דלק נ' תחנת דלק באר יעקב, פסקאות 61-62 (2001); ראו גם כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו, בעמ' 527-552, שם סוקר גילה סוגיה זו בפירוט וכן את ההיסטוריה החקיקתית אשר הובילה לנוסח הנוכחי של החוק, "נוסח רשלני מעט", במלותיו של גילה).

מו. דוגמה בולטת לעניין זה היא הסכמי רכישה או הפצה בלעדיים אותם הזכרנו מעלה, במסגרתם מתחייבים מפייץ, קמעונאי וכיוצא באלה לרכוש באופן

בלעדי מוצרים מספק או יצרן מסוימים ולא ממתחריהם, או להפך – ספק או יצרן המתחייבים למכור רק ללקוח מסוים ולא למתחריו (ראו למשל קביעה לפי סעיף 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, בדבר הסדר בלעדיות במקרקעין בין קניון הראל בע"מ לבין בנק דיסקונט לישראל בע"מ, 5000136 הגבלים עסקיים (2005); החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסכם בין Henkel AG and co. לבין שוקי זיקרי אחזקות (1993) בע"מ, 5001788 הגבלים עסקיים (2011); החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסכם בין Pace PLC לבין די בי אס שירותי לוויין (1998) בע"מ, 500336 הגבלים עסקיים (2013)); וכן כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו, בעמ' 527-529). נניח מקרה בו שוק מכירת הרהיטים לצרכן מורכב מארבע רשתות קמעונאיות אשר מחזיקות כל אחת ב-25% מהשוק; ושוק ייצור הרהיטים מורכב מארבע יצרניות המחזיקות כל אחת ב-25% מהשוק. כעת נניח, כי כל אחת מהרשתות חותמת על הסכם בלעדיות חד-צדדי עם יצרנית הרהיטים שונה, לפיו כל אחת מהרשתות מתחייבת שלא לרכוש רהיטים אלא מן היצרנית המסוימת, וזאת לתקופה של 30 שנה. במצב עניינים זה, אם יבקש קמעונאי חדש לחדור אל השוק יוכל לכאורה לעשות כן, שכן הסדרי הבלעדיות חלים אך על הרשתות ולא על היצרנים, ואלה יוכלו למכור גם לו רהיטים. ואולם, יצרן רהיטים חדש יתקשה לחדור אל השוק כמות שהוא – זאת, שכן ארבע הרשתות מחויבות כל אחת לרכוש את מוצריהן מיצרן מוגדר, כך שלא יוותר קמעונאי שיהיה מוכן לרכוש את מוצריו. במקרה זה, אף שהרשתות הקמעונאיות הן שהגבילו עצמן, ברי כי הפגיעה התחרותית היא דווקא בשוק היצרנים. אילו קיבלנו את הפרשנות שמציעים המערערים כאמור, לא היו עולים הסדרים אלה כדי הסדר כובל כמשמעו בסעיף 2(א) לחוק; זאת, אף שהפוטנציאל לפגיעה תחרותית במקרה זה משמעותי, שכן ההסדרים המתוארים מותירים למעשה את שוק יצרני הרהיטים כשוק ריכוזי וקפוא, ואינם מאפשרים לשחקן חדש להיכנס ולהתחרות, וכך להוביל לירידת המחירים שבהם מוכרים היצרנים את הרהיטים לרשתות או לטיוב הרהיטים הנמכרים. דוגמא זו היא המחשה אחת בלבד מדוע פרשנות תכליתית של סעיף 2(א) מחייבת כי בחינת הפגיעה התחרותית תיעשה במישור

הרחב (לדוגמאות נוספות ראו כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו, בעמ' 527-552); דהיינו, יש לבחון האם ההסדר שבין הצדדים עלול לפגוע בתחרות בשוק כלשהו, ומבלי קשר לשוק בו נמצא הצד שהגביל עצמו (לעמדה דומה ראו גל, ישראלי ופרלמן, בעמ' 254-257; גילה - כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו, בעמ' 552-553; גילה - תניות אי תחרות, בעמ' 112). הדבר מתחייב מפרשנות תכליתית של חוק ההגבלים העסקיים.

מז. משעמדנו על סוגי ההסכמים האנכיים אשר ניתן לקבוע לגביהם כי הם "עלולים למנוע או להפחית את התחרות" – וכאמור, מדובר בקשת רחבה – נידרש לשאלה כיצד יש לבחון האם עומד ההסדר הקונקרטי בדרישת מבחן העלילות. השאלה המרכזית היא האם כדי לעמוד במבחן העלילות, חובה על המדינה או התובע להגדיר את השוק הרלבנטי ולערוך מחקר שוק קונקרטי. חוק ההגבלים העסקיים אינו קובע זאת מפורשות; זאת בניגוד לבחינת פעילותו של בעל מונופולין, אשר מעצם הגדרת המונופולין בסעיף 26 לחוק – "ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידיו של אדם אחד" – עולה החובה להגדיר את השוק בו פועל המונופולין, לכאורה, כדי לקבוע כי הוא אכן מונופולין – "יותר ממחצית" בשוק הרלבנטי; ראו גם גל, ישראלי ופרלמן, בעמ' 265. גם לעניין הסדרים כובלים, נדמה כי אין חולק, הן בפסיקה הן בספרות, "כי הגדרת שוק הינה כלי חשוב, ובמקרים רבים גם הכרחי, לניתוח היבטי התחרות הנובעים מהסדר מסוים" (עניין טגר, פסקה 55 לפסק דינה של השופטת ברלינר; ראו גם עניין וול, פסקה צ"ו; גל, ישראלי ופרלמן, בעמ' 265; גילה - תניות אי-תחרות, בעמ' 111-114). ועם זאת, נקבע בפסיקה כי אין חובה גורפת לבצע ניתוח שוק מהותי, אלא מדובר בשאלה תלוית נסיבות (עניין טבעול, בעמ' 97; עניין טגר, פסקה 55). כך ציינתי בסוגיה זו בעניין וול:

"ברי, כי השפעתו של הסדר כובל על התחרות אינה יכולה להיבחן בחלל ריק. יתכנו מקרים מובהקים בהם ברור כשמש בצהרי היום שלפנינו הגבל עסקי על פי הראיות – כמעט בפרפרזה על אמרתו הנודעת של השופט פוטר סטיוארט, שבעקבותיה נאמר 'כשאני

רואה הגבל, אני יודע זאת'. ואולם, במקרים רבים מאד הגדרת השוק הרלבנטי היא שלב ראשון ולעתים הכרחי לבחינת קיומו או העדרו של הגבל עסקי, ולקביעת 'עוצמת השוק' של הצדדים ויכולת השפעתם על התחרות החופשית בשוק... באמצעות הגדרת השוק ניתן לזהות השפעה שלילית על השוק – 'כשל שוק', המאפשר לחברות המחזיקות בכוח שוק להרע את תנאי הסחר בו באופנים שונים, על-ידי העלאת מחירים או הורדת איכות המוצר, בהשוואה לתנאים שהיו נקבעים על-ידי כוחות השוק בשוק תחרותי-חופשי" (שם, פסקה צ"ו).

בין הפרמטרים השונים אותם יש לבחון במסגרת ניתוח השוק, ניתן למנות, בין היתר, את מידת ריכוזיותו של הענף, נתחי השוק של הצדדים הרלבנטיים, קושי בכניסה אל הענף ועוד (גילה – תניות אי תחרות, בעמ' 113-114). כאמור, הדבר תלוי נסיבות ומשתנה מהסדר למשנהו.

מח. לסיכום חלק זה, יש לפרש את יסודות עבירת ההסדר הכובל לפי סעיף 2(א) באופן הבא: "הסדר" – יש ליתן ליסוד זה פרשנות מרחיבה, שתכלול גם רמה נמוכה של תיאום כמו קריצת עין או כל הבנה אחרת, תוך מתן חשיבות מוגבלת, אם בכלל, לדרישת המסוימות החוזית, נוכח השוני המהותי שבין "הסדר" ל"חוזה"; "כבילה" – יש להעניק משקל מופחת ליסוד זה כיון שאינו תורם לבחינה תחרותית מהותית של ההסדר הקונקרטי; "עלילות" – יש לפרש יסוד זה באופן תכליתי ולהימנע מפרשנותו הדווקנית, וכן אין חובה לערוך ניתוח שוק בכל מקרה ומקרה כדי להראות כי יסוד זה מתקיים – כל מקרה ייבחן לגופו.

סעיף 2(א) לחוק - מן הכלל אל הפרט

מט. נסיונם של רזנהויז וגידור להגיע להסדר מול הספקים נלמד בעיקר מעדויותיהם והודעותיהם השונות של הספקים. אלה, לטעמי, אינן מותירות ספק באשר לכוונתם להגיע עמם להסדר כובל אסור. בית המשפט מצא גרסאות אלה מהימנות, ומנגד דחה את הסברי המערערים לדברים, לאחר שמצא כי אינם משכנעים. לא מצאתי כי יש בטענות המערערים לעניין זה כדי לשנות מממצאיו

העובדתיים של בית המשפט המחוזי, אשר יתרונו בהתרשמותו הישירה מן העדים שהעידו לפניו (ע"פ 6972/09 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פסקה ל"ב (2012); ע"פ 993/93 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 485, 491 (1993); ע"פ 8591/10 נחום נ' מדינת ישראל, פסקה ט"ו (2011)). העדויות וההודעות מפורטות בהרחבה בהכרעת הדין, ולכן אביא בקצרה אך את עיקרן.

שיחות רוזנהויז עם הספקים

ג. וינשטיין, מנכ"ל ויסוצקי, העיד כי רוזנהויז התקשר אליו פעמיים. בשיחה הראשונה מיום 21.12.2008 התלונן רוזנהויז על כך שוינשטיין ממשיך לספק סחורה למגה למרות מחירי המבצע הנמוכים (ע' 29 לפרוטוקול הדיון מיום 10.3.2011, ש' 5); משהשיב לו וינשטיין כי אינו יכול לעשות זאת שכן ויסוצקי בעלת מונופולין בתחומה – וכלשון וינשטיין: "אני אמרתי שעל פי החוק אני לא יכול להפסיק לספק סחורה" – רוזנהויז התעקש והשיב בכעס כי וינשטיין יכול לעשות כן (שם, ע' 32, ש' 23-28), ושהוא עצמו ישקול את צעדיו (שם, ע' 33, ש' 14). למחרת, התקשר אליו רוזנהויז בשנית, ושאל אותו בכעס האם ראה שהמבצע ממשיך. זמן קצר לאחר מכן החליטו בשופרסל על הורדת כל מוצרי אייס טי ויסוצקי ממדפי שופרסל, מוצרים אשר נמכרים ברשת, לפי עדותו של וינשטיין, החל משנת 1996 (שם, ע' 34, ש' 1-8). כתימוכין לעדותו של וינשטיין הובאה גם עדותו של מר נתי בר, סמנכ"ל מכירות בויסוצקי, אשר שהה בזמן השיחה הראשונה עם וינשטיין במשרד, והעיד כי שמע את דבריו האמורים של וינשטיין לרוזנהויז (פרוטוקול הדיון מיום 17.3.2011, ע' 144, ש' 25-27).

נא. קפלן, מנכ"ל אסם, העיד כי גם אליו התקשר רוזנהויז, יידע אותו בדבר מבצע מגה, והטיח בו כי אינו יודע לנהל את מותגיו (פרוטוקול הדיון מיום 31.3.2011, ע' 275, ש' 13-14). השיחה הסתיימה בכך שקפלן, שלטענתו היו לו יחסים קרובים עם רוזנהויז (שם, ע' 277, ש' 5), אמר לרוזנהויז שהוא יבדוק את הדברים (שם, ע' 278, ש' 13). כשנשאל על-ידי בא-כוח המדינה האם הבין מה היתה כוונתו של רוזנהויז בשיחה זו, השיב קפלן: "אני הבנתי בצורה מאוד ברורה שאפי רוצה שאני אפסיק את המבצע שקיים ברשת הריבוע הכחול" (שם, ע' 282,

ש' 14-10). אשר להוצאת המותג "רד מג" בבעלות אוסם מגיוון המוצרים של שופרסל, ציין קפלן: "אני בכל חיי לא זוכר הודעה חד צדדית כפי שהייתה במקרה הזה... מבלי התדיינות, מבלי דיבורים, מבלי לניסיון (כך במקור – א"ר) להגן על גזר דין המוות קיבלנו הודעה שלא קונים יותר רד מג" (שם, ע' 288, ש' 8-12).

נב. תמיר, מנכ"ל קבוצת ישראל של החברה המרכזית, התקשר אל רוזנהויז לאחר שיחה מקדימה בין גידור לשגיא, מנכ"ל החברה המרכזית להפצת משקאות, שסבבה סביב הורדת מוצרי נביעות, של החברה המרכזית, ממדפי שופרסל; לאחר ששגיא מחה בפני גידור על הורדת מוצרי נביעות, השיב גידור כי הוא מציע שתמיר יתקשר לרוזנהויז בעניין (פרוטוקול הדיון מיום 23.6.2011, ע' 551, ש' 15-6). תמיר הביע פליאה באזני רוזנהויז בעניין זה, שכן לא היה באותה העת סכסוך בין החברות, ותשובתו של רוזנהויז הייתה – "ראית את המודעה (של מגה – א"ר)?" (שם, ע' 553, ש' 10-15). תמיר השיב כי ראה וכי אינו מרוצה מכך, אולם אינו רשאי לעשות דבר בעניין. בתגובה השיב לו רוזנהויז כי הוא אינו יודע לנהל את מותגיו, "ואם אתה לא מותג – אז אני לא צריך אותך על המדפים שלי" (שם, ש' 15-24). כשאמר לו שאינו יכול לעשות דבר בעניין, שכן הוא מוגבל מבחינה חוקית, השיב רוזנהויז – "אתה יכול לעשות הרבה, ואתה יודע שאתה יכול לעשות הרבה. יש ענייני הנחות, ויש דברים אחרים... אתה רשאי להוריד הנחות" (שם, ע' 554, ש' 5-17). תמיר הדגיש כי הורדת מוצרי נביעות ממדפי שופרסל היא דבר "חסר תקדים. זה לא חריג, זה חסר תקדים" (שם, ע' 558, ש' 9-10).

נג. לסין, מנכ"ל שטראוס, אשר הודעותיו הוגשו בהסכמה לאחר שהמערערים ויתרו על זכותם לחקרו בחקירה נגדית (ע' 888 לפרוטוקול הדיון מיום 27.10.2011), מסר בהודעתו מיום 31.12.08, כי רוזנהויז התקשר אליו בכעס, ונוף בו על כך ששטראוס מוכנה למכור את מוצריה למגה במחיר כה נמוך "ושהעניין לא מקובל עליו... השתמע מדבריו שהוא רצה שנפנה לרשת הריבוע הכחול על מנת להפסיק את המבצעים שהיא ערכה..." (ת/108, גיליונות 4-5, שורות 94-105). בהודעות שניתנו בהמשך מסר אמנם לסין גרסאות מרוככות יותר של האירועים, אולם כפי שקבע בית המשפט המחוזי, ואינני מוצא מקום

להתערב בכך, ניכר כי הדבר נבע מרצונו שלא להיקלע לסכסוך עם המערערים (פסקה 29 להכרעת הדין).

מעורבותו של גידור

נד. רוזנהויז העיד, כי פנה לגידור בישיבה הפנימית שנערכה בשופרסל, ואמר לו "אלי תדבר עם הספקים ותבדוק איתם את המבצע הזה במגה" (פרוטוקול הדיון מיום 31.7.2012, ע' 1916, ש' 6-7). בהמשך רוזנהויז הביע פליאה בפני גידור, מדוע הספקים אינם עושים דבר נוכח מבצע מגה – "למה הם לא משתוללים" (פרוטוקול הדיון מיום 8.7.2012, ע' 1816, ש' 23-25). אלא שלאחר הישיבה החליט רוזנהויז לעשות מעשה בעצמו, והודיע על כך לגידור (פרוטוקול הדיון מיום 1.7.2012, ע' 1715, ש' 32 – ע' 1716, ש' 3).

נה. ועם זאת, גידור ערך שיחות עם מספר גורמים בקרב הספקים הנוגעים למבצע מגה. אחת השיחות היתה עם שגיא, סמנכ"ל החברה המרכזית, אשר העיד כי שוחח עם גידור מספר פעמים, ובכל פעם שביקש התייחסות רשמית של שופרסל לעניין הוצאת נביעות מהגיוון, למשל מכתב ממנהל הקטגוריה הרלבנטית בשופרסל, נאמר לו מפי גידור כי עליו לומר לתמיר שיתקשר לרוזנהויז בעניין (פרוטוקול הדיון מיום 3.7.2011, ע' 640, ש' 15-20). עוד ציין שגיא, כי גידור חזר והעלה את נושא מבצע מגה; וכאשר שאל אותו שגיא מה יהיה לאחר שיסתיים מבצע מגה, האם אז ישיבו במגה את מוצרי נביעות, השיב גידור – "ומה אם יהיו עוד מבצעים?" (שם, ע' 643, ש' 11).

נו. במסגרת חקירתו, הרחיב גידור באשר למעורבותו בקבלת ההחלטות להורדת מוצרי הספקים ממדפי שופרסל, נוכח המשכו של מבצע מגה:

"ביום ראשון דיברנו על זה וביום השני, שזה התפרסם פעם נוספת החלטנו להגיב. מאחר והכותרת היא חנוכה חשבנו שזה חד פעמי וברגע שזה ראינו שזה התפרסם פעם נוספת ביום שני הבנו שרוצים

להעביר פה מסר לספקים ובעקיפין גם לנו" (ת/16 –
הודעת גידור מיום 1.1.2009, ש' 133-136).

מדברי גידור אף משתמע, כי המערערים ציפו שהספקים יפעלו להפסקת
המבצע לאחר שיחותיהם עמם, והתבדו כאשר ראו שהמבצע ממשיך:

"ביום השני גילנו שההודעה פורסמה בשנית. מכאן
למדנו שעולם כמנהגו נוהג, דהיינו הרשת ממשיכה
לזלזל במוצרים ובמותגים. למרות שחלפו 24 שעות
אף אחד מהספקים לא השכיל לשכנע את הרשת
להפסיק את המבצעים הבעייתיים... אנחנו משוכנעים
שאף אחד מהספקים לא עשה כלום לשכנע את הרשת
על גודל הטעות" (שם, ש' 193-197).

בהמשך מסר גידור, כי כיון שהמבצע לא הופסק, החליטו הוא ורוזנהויז על
הורדת חלק ממוצרי הספקים ממדפי שופרסל: "כתוצאה מהמבצע החלטנו להאיץ
את התהליך של צמצום המגוון..." (שם, ש' 217), וכן – "אנחנו קיבלנו חיזוק שאם
אפשר למכור מוצר של מותג מסוים ב-1.99 ש"ח (מחיר המבצע של מגה – א"ר) אז
אפשר גם לוותר על מותג זה באותה הזדמנות" (ש' 235-237). עוד ציין גידור:
"המבצע הזה הבהיר לשופרסל שהחברות שמופיעות במבצע לא רואות יותר את
החשיבות למותגים שלהם... זה הקשר שאני הסברתי לספקים. שמקרה א', כלומר
מבצע המחירים, מלמד שמקרה ב' של הורדת מוצרים יתקבל בהבנה" (שם, ש'
373-378).

נז. דומה כי התמונה המצטיירת אינה משתמעת לשני פנים. רוזנהויז וגידור
החליטו, בצוותא חדא, להתקשר לספקים ולהביא לכך שיפסיקו את מבצע מגה או
מבצעים דומים בעתיד, באמצעות הפחתת או ביטול ההנחות שמעניקים הספקים
למגה, או באמצעות הפסקת אספקת מוצריהם למגה. אמנם חלקו של רוזנהויז
משמעותי מזה של גידור, ולדבר השלכות לעניין העונש, ועל כך בהמשך. אילו
דובר בשיחת טלפון בודדת או שתי שיחות אשר היו נערכות מיד עם החשיפה
למבצע מגה, יתכן כי ניתן היה לקבל את טענת רוזנהויז שמדובר היה במעין אבדן
עשתונות זמני, לא רציונלי אלא אמוציונלי ("תפס עצבים"), שנבע מ"אופיו

הג'ינג'י", כלשוננו, ולא מתוך כוונה של ממש להגיע לכדי הסדר בניגוד לחוק; זאת מבלי לטעת מסמרות בדבר האפשרות של קבלת טענת "מעין קנטור" שכזו בכל הנוגע להסדרים כובלים. מכל מקום, לא כך אירע בענייננו, שעה שמדובר במספר שיחות לדרג הבכיר ביותר, אצל מספר ספקים שונים, ויתרה מכך – שיחות עוקבות שנעשו ביום למחרת, משנמצא כי הספקים אינם עושים כמבוקשם של רוזנהויז וגידור; ומשלא נענו הספקים, חלקם אף נענשו בהורדת חלק ממוצריהם מגיוון. הוה אומר: משנתרבו צעדי הפניה והסנקציות, פג טעמה של טענת האמוציונליות.

נח. ודוק, נראה שגם אין להלום את הטענה כי הורדת המוצרים נבעה משיקולים מסחריים גרידא. ראשית, גידור עצמו, בהודעתו האמורה, היה זה שקישר בין הורדת המוצרים מהגיוון לבין אי-הפסקתו של מבצע מגה על-ידי הספקים, אף אם טען כי מדובר ב"חיזוק" בלבד לצעד שנשקל בעבר. שנית, כפי שעולה מעדויות הספקים שהובאו מעלה, מדובר היה בצעד חריג לחלוטין, שלא ננקט בעבר לגבי מוצרים אלה, אשר נמכרים ברשת שנים רבות. שלישית, גם גורמים נוספים בשופרסל מסרו בהודעותיהם, כי ככלל, כאשר מוחלט להוציא מוצר מגיוון, נשלח מכתב בעניין לספק הרלבנטי, צעד שאין חולק כי לא ננקט בענייננו; ראו למשל הודעות מנהלי הקטגוריות בעניין – מר ליאור גרטל, אשר השיב בחיוב כאשר נשאל האם בדרך כלל נשלח מכתב טרם הסרת מוצר מגיוון (ת/151, ע' 5, ש' 11-13); ומר עופר לב, אשר השיב בחיוב כאשר נשאל האם הוא תמיד שולח הודעה בכתב לפני הורדת מוצר (ת/165, ע' 3, ש' 1-3); כן ראו מכתבי הורדה סטנדרטיים שהוגשו לבית המשפט המחוזי (ת/72, ת/76, ת/91 ועוד). העובדה כי ההסרה מגיוון נעשתה אך לגבי מוצרים של חלק מהספקים ולא של כולם, אין בה כדי להפחית מהטענה כי מדובר היה בסנקציה מרתיעה כתגובה למבצע מגה – ברי, די בהסרת מוצריהם של חלק מן הספקים כדי לשדר מסר מאיים לספקים הנוספים, למען יראו וייראו. יטען הטוען, כי אי משלוח מכתב מעיד על אמוציונליות ו"יריה מן המותן" או "תגובת בטן". המענה לכך הוא, כאמור, בלוח הזמנים של מספר פעולות וכן בשיתוף בין רוזנהויז לגידור, המעקר את המעטה הרגשי.

נט. מכל האמור, אין אלא להסיק כי מדובר בנסיונם של רוזנהויז וגידור לערוך הסדרים כובלים אנכיים, בין שופרסל לבין הספקיות האמורות, לפיהן תגבלנה הספקיות עצמן ביחסיהם המסחריים מול מגה; להסדרים אלה, אילו התגבשו, היו השפעות אופקיות מובהקות וישירות, שכן מטרתם היחידה היתה להעלות את המחירים שמציעה מגה, מתחרתה הישירה של שופרסל, לקהל לקוחותיה. רוזנהויז וגידור ביקשו לעשות כן באמצעות פניה ישירה לספקים להפסקת המבצע, הנלמדת כאמור הן מתוכן השיחות הראשוניות, והן מעצם קיומן של השיחות ביום שלמחרת. אף כי לא ידוע מהי הדרך המדויקת בה ביקשו המערערים להביא להפסקת המבצע, ברי כי היה בהסדר, אילו התגבש, כדי לכבול את הספקים במערכת היחסים בינם ובין מגה, ולהרע את התנאים המסחריים שמציעים הספקים למגה, או להפסיקם כליל. די בכך כדי לבסס את קיום יסודות ה"הסדר" ו"הכבילה". עצם קיומו של העונש בחלק מן המקרים – הורדת חלק מן המוצרים מגיוון – אף שאינו הכרחי לשם ביסוס יסודות העבירה, תומך מבחינה ראייתית במובהק בעובדה שהמערערים שאפו לקיים הסדר כובל של ממש, ולא היה מדובר באיומי סרק או בפרץ זעם רגעי של רוזנהויז, כטענתם. בלשון פשוטה: אילו צלח הפצם של רוזנהויז וגידור, היה הצרכן משלם יותר בעבור מוצרי הספקים שרכש במגה. מה לפנינו – אם לא מאמץ להסדר כובל?

ס. אשר לשאלת העלילות של הפגיעה התחרותית – כאמור, המערערים טוענים כי שגה בית המשפט בקביעתו אילו התגבש ההסדר, היה בו כדי לפגוע בתחרות, שעה שלא הוגשו חוות דעת כלכליות המוכיחות זאת. ואולם, כפי שציינתי מעלה, אין הכרח בכל מקרה ומקרה כי תוגש חוות דעת כלכלית המבססת את הפגיעה התחרותית על סמך מחקר שוק מעמיק, כיון שיתכנו מקרים בהם די בנסיבות המקרה כדי לבסס את יסוד העלילות. כזה הוא המקרה שלפנינו – מדובר בניסיון להגביל את התחרות בשוק המזון הקמעונאי בין שתי הקמעונאיות הגדולות במשק. דו"ח ה-OECD (The Organization for Economic Co-operation and Development) משנת 2014 בחן באופן השוואתי את ריכוזיות שווקי המזון בין מדינות ה-OECD. בין היתר, נבחנה הריכוזיות באמצעות מדד ה-CR2, היינו נתח השוק של שתי הרשתות הקמעונאיות החזקות במדינה. מדינת ישראל דורגה במקום

החמישי מבין כלל מדינות ה-OECD לשנת 2009 (המקום הראשון הוא הריכוזי ביותר; ונזכיר כי המעשים נשוא ענייננו בוצעו בשלהי שנת 2008), ונרשם לשופרסל נתח שוק של 37% ולמגה נתח שוק של 23%, דהיינו יחד 60% (OECD "Competition Issues in the Food Chain Industry" 235-236 (2013), available at: <http://www.oecd.org/daf/competition/CompetitionIssuesintheFoodChainIndustry.pdf>); וכפי שנכתב באותו הדו"ח – *"The concentration level in the grocery retail sector at the national level in Israel is among the highest in the OECD"*; באותו עניין ראו גם דו"ח חברת "מוניטור" שהוכן לצרכי עבודת הצוות לבדיקת התחרותיות והמחירים בשוק המזון בראשות שרון קדמי, אז מנכ"ל משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה (להלן ועדת קדמי) ("בחינת רמת התחרותיות והמחירים בתחום מוצרי המזון והצריכה השוטפת" (יולי 2012), צורף כנספח 6 לדו"ח הסופי של ועדת קדמי מיולי 2012, זמין כאן: <http://www.moit.gov.il/NR/exeres/7A7BB890-FD65-4C72-AC4A-D84B1C033BEB.htm>). בנוסף, כפי שעולה מדו"ח מרכז המחקר והמידע של הכנסת, בשנים 2007 החזיקו שופרסל ומגה יחד נתח שוק של 69% מתוך שוק המזון הקמעונאי, בשנת 2010 64% ובשנת 2012 58% (א' מילרד ות' אגמון "ניתוח השפעת הריכוזיות בענף מוצרי המזון על עליית מחירי מוצרי המזון בישראל" מרכז המחקר והמידע של הכנסת (יולי 2013)).

ובמלים אחרות – בימי חג החנוכה בשנת 2008 יכול היה צרכן לפסוע לסניף מגה וליהנות מנס חנוכה קטן, לבחור לקנות מוצרים ב-100 או 200 שקלים ולזכות במספר מוצרים בהנחה מופלגת, או לחלופין לגשת לשופרסל ולקנות מוצרי מבצע בלבד, בהנחה פחותה. זו תמונה תחרותית ראויה; ללא תיאום בין השחקנים השונים; ותוך רווח ברור לצרכנים. אילו צלחה דרכם של המערערים, היו שוללים מן הצרכן אפשרות בחירה זו, הן בימים אלה והן בעתיד, וזאת ב-60% לערך מן השוק הקמעונאי. די בכך לעמוד במובהק בתנאי העלילות.

סא. תמונת המצב אם כן ברורה – ענייננו בשוק ריכוזי, בו נתח השוק של שופרסל ומגה בשנים הרלבנטיות הוא משמעותי במיוחד; מכאן, כי יצירת הסדר

כובל בנסיבות אלה היתה, על פני הדברים, פוגעת בתחרות בשוק הקמעונאי בצורה ניכרת, ובסופו של יום פוגעת במחירים המוצעים לצרכנים הסופיים. ואולם, לטענת המערערים, על בית המשפט היה לבחון את המבצע הקונקרטי ואת השפעתו על התחרות במקרה הנקודתי, ואילו עשה כן היה מגיע למסקנה כי הפסקתו אינה פוגעת בתחרות; כך, כיון שמעיקרא מדובר במבצע בו מכרה מגה את מוצרי הספקיות במחירי הפסד, ולכן בטווח הארוך היה מביא ל"תחרות פרועה", כלשון הודעת הערעור, שסופו יכול היה להיות קריסתה של אחת הרשתות ופגיעה בתחרות.

סב. אין באפשרותי להלום טענות אלה. ראשית, לא הוצג כל בסיס לכך שהמבצע לא היה כלכלי בעבור מגה; וזאת, אף אם לפי הדיווחים בעיתונות הכלכלית של העת האחרונה, כ-7 שנים לאחר הפרשה, נמצאת מגה בקשיים כלכליים. אמנם, אין חולק כי המוצרים נמכרו, לפחות חלקם, במחירי הפסד (ראו למשל עדות ויינשטיין, בה ציין כי המחיר בו ויסוצקי מספקת את התה מתוצרתה למגה גבוה בהרבה מזה שבו מכרה מגה את המוצר לצרכן (פרוטוקול הדיון מיום 10.3.2011, ע' 28, ש' 6-16); וראו דברים דומים מפי קפלן (פרוטוקול הדיון מיום 31.3.2011, ע' 278, ש' 19-26); אך המבצע הותנה ברכישת סך מוצרים מינימלי של 100 ו-200 ₪, כך שיתכן שבתמונה הכוללת המבצע היה רווחי למגה משדירבן את הצרכנים להגדיל את סל מוצריהם. בנוסף לכך, מטבע הדברים מבצעים כגון אלה תחומים בזמן, ומטרתם, בין היתר, למתג את הרשת כרשת משתלמת, ובכך למשוך לקוחות אשר ילוו את הרשת בהמשך אף לאחר שהמבצע יסתיים והמחירים יעלו. מכל מקום, אילו היו המערערים משוכנעים בצדקת דרכם וביתרונות התחרותיים שבהפסקת המבצע, יכלו לפנות בבקשה מתאימה לממונה או לבית הדין להגבלים עסקיים, בהתאם לחוק, ולא לפעול בצורה כה אגרסיבית.

סג. שנית, וזו העיקר – תהיה זו לטעמי טעות לבחון את השלכות ההסדר הכובל שניסו המערערים ליצור בפרספקטיבה של המבצע הקונקרטי בלבד. בשוק המזון הקמעונאי, היחסים בין הספקים, ודאי ספקים משמעותיים כספקים בענייננו,

לבין הרשתות הקמעונאיות, הם יחסים ארוכי טווח. מטבע הדברים, במסגרת זמן ארוכה זו, בונים הצדדים יחסי אומון מסוימים, ומתפתחים נהגים כאלה ואחרים הנוגעים לתנאי המסחר השונים. בנוסף, יחסי האומון ארוכי הטווח מולידים תלות מסוימת בין הצדדים, וברי כי ישנו חשש מובנה של הספקים, לפיו מסיבה כזו או אחרת תוציא שופרסל את מוצריהם מגיוון מוצריה, כפי שאכן אירע בענייננו בנוגע לחלק מן המוצרים (באופן דומה, ישנו חשש מובנה של הקמעונאי לפיו מסיבה כזו או אחרת יפגעו הספקים בתנאים המסחריים בהם מספקים הם את מוצריהם לקמעונאי). מכאן, האופן בו אחד מהצדדים מתנהל באירוע קונקרטי, עלול בסבירות רבה להשפיע על מערכת היחסים בין הצדדים בהמשך. כפי שציין קפלן בעדותו: "צריך להבין את הסיטואציה המאוד רגישה, בסך הכל מערכת היחסים בין כל גורם קמעונאי לבין הגורמים היצרנים היא מערכת של תלות הדדית..." (פרוטוקול הדיון מיום 31.3.2011, ע' 361 ש' 27 – ש' 28).

ובענייננו, אין מדובר בהשערה בלבד – מן העדויות ומההודעות השונות עולה, כי כוונת המערערים הייתה הלכה למעשה להשפיע על התנהלות הספקים אל מול מגה גם לאחר סיום המבצע הקונקרטי, כדי שמקרים מעין אלה, בהם מגה מוכרת את מוצרי הספקים במחירים הנראים למערערים נמוכים מדי, לא יישנו. כך למשל, כפי שציינו מעלה, שגיאה העיד כי במהלך שיחתו עם גידור, כאשר שאל את גידור האם לאחר תום המבצע ישיבו שופרסל את מוצרי נביעות בחזרה לגיוון, השיב לו גידור - "ומה אם יהיו עוד מבצעים?" (פרוטוקול הדיון מיום 3.7.2011, ע' 643, ש' 11). בנוסף, תמיר העיד כך:

"אף אחד לא חשב שזה שהסיפור הזה של מגה ייגמר באירוע הזה... רק תמים יחשוב שמודעה אחת של שבוע ובזה ייגמר הסיפור של מלחמת המחירים... אפי [רוזנהויז] לא התייחס לשבוע הזה, הוא לא טיפש... מה שהטריד אותו... זה התהליך שהתחיל... תהליך שמתחיל שבו יהיו מלחמות מחיר" (פרוטוקול הדיון מיום 23.6.2011, ע' 618, ש' 11 – ע' 619, ש' 3).

אשר לתלות בין הצדדים, הדבר עולה מפורשות מן העדויות השונות: גידור ציין כי "שופרסל צריכה את הספקים... והספקים צריכים את שופרסל בשביל

לקדם את המכירות של המוצרים שלהם..." (פרוטוקול הדיון מיום 10.2.2013, ע' 2002, ע' 4-6); קפלן ציין כי "לא יכול להיות היום ספק משמעותי במדינת ישראל בתחום המזון שלא פועל ברשת שופרסל" (פרוטוקול הדיון מיום 31.3.2011, ע' 270 ש' 9-10); מנכ"ל שטראוס, גדי לסין, ציין כי הוצאת מוצרי יד מרדכי ממגוון שופרסל "יכולה להיות פשיטת רגל של יד מרדכי... מבלי להקצין, אפשר לסגור את העסק בקיבוץ" (פרוטוקול הדיון מיום 6.10.2011, ע' 882, ש' 26-28); תלות זו מחזקת את החשש שמא נסיונה של שופרסל להלך אימים על הספקים, היה מוביל לפגיעה ממשית וארוכת טווח בתנאים המסחריים שהיו מציעים הספקים למגה, מתוך חשש שמא שופרסל תתנכל להם, כפי שכאמור עשתה בהורדת חלק מהמוצרים מגיוון. האסדרה (רגולציה) על-ידי המחוקק בתחום ההגבלים העסקיים כוללת עיקרון המצוי בדברי חכמי המשפט העברי וההולם את ענייננו: "הוי מתפלל בשלומה של מלכות שאלמלא מוראה איש את רעהו חיים בלעו" (משנה אבות ג', ב', מפי רבי חנינא, סגן הכהנים). המחוקק קבע דרכים לטיפול בתחרות העסקית ובהשלכותיה; לא כל דאלים גבר ולא יד איש ברעהו.

סעיף 2(א) - טענות נוספות של הצדדים

סד. כזכור, עוד טוענים הצדדים כי שעה שפעילותה של שופרסל עולה, לפי הנטען, בגדר הפרת תנאי המיזוג עם קלאבמרקט, לא ניתן לראות באותה פעילות ממש ניסיון ליצירת הסדר כובל. לפי הנטען בהקשר זה, עצם יצירת התנאי בהסדר המיזוג שאותו לכאורה הפרה שופרסל, מצביע על כך שהדבר אינו בגדר ניסיון ליצירת הסדר כובל, שכן אילו עלה הדבר כדי ניסיון ליצירת הסדר כובל, לא היה נדרש הממונה מתחילה ליצור תנאי קונקרטי זה. אין בידי לקבל טענה זו. ראשית, אין לה כל ביסוס בחוק או בפסיקה, והמערערים אף לא תמכו טענתם בספרות רלבנטית. שנית, גם ההיגיון והשכל הישר אינו מאפשר לקבלה – הממונה קובע תנאי מיזוג כאלה ואחרים, כדי להבהיר לחברות מסוימות את מגבלותיהן במקרה הקונקרטי. החוק אינו מאפשר לממונה להורות לכל אחת מן החברות במשק כיצד לנהוג שלא אגב מיזוג (למעט חריגים מסוימים לעניין בעלי מונופולין – סעיף 30 לחוק, ולעניין קבוצות ריכוז – סעיף 31 לחוק). מכאן, העובדה שהממונה מצא לנכון, במסגרת המיזוג בין שופרסל לקלאבמרקט, לקבוע כי "שופרסל לא תדרוש

מספק איזה מן הדרישות הבאות ולא תסרב לרכישת מוצרי הספק או תתנה אותה בדרישות הבאות, כולן או כל אחת מהן: אי אספקת מוצרי הספק, כולם או חלקם, למתחרה של שופרסל", אין משמעה כי אלמלא תנאי זה, רשאית היתה שופרסל לעשות כן; הדברים נאמרו אך כדי להבהיר זאת באופן חד משמעי, ולהקל על הרשות, אם יבוא היום – כפי שאכן הגיע – בהגשת כתב אישום או בהטלת סנקציה מנהלית, שכן ברי כי הוכחת הפרתו של תנאי שנקבע מפורשות פשוטה יותר מאשר הוכחת קיומו של הסדר כובל ופגיעתו בתחרות. משמעות קבלת הטענה היתה למעשה, כי נוכח תנאים 11 ו-12 האמורים, מותר לכל חברה בישראל, אלא אם נקבע מפורשות אחרת אגב אישור עסקת מיזוג, להתערב בתנאים המסחריים אותה מקבלת מתחרתה מספק כלשהו; ברי כי אין בכך היגיון.

יתרה מכך – מטבע הדברים, שיחה בין קמעונאי לספק, בה מועלים התנאים המסחריים אותם מציע הספק לקמעונאי מתחרה, היא שיחה הנכנסת לתחום האפור של דיני ההגבלים העסקיים בכלל, ודיני ההסדרים הכובלים בפרט; כך במיוחד, כאשר השיחה נוגעת למחירים בהם מציע הספק את מוצריו לקמעונאי המתחרה. השכל הישר, אותו ידיד ותיק, מורה כי אין בכך כדי לומר כי כל שיחה מעין זו היא בהכרח עבירה על חוק ההגבלים העסקיים; כך למשל, יתכן כי קמעונאי מסוים מעוניין לדרוש מהספק שיפחית את המחיר בו הוא רוכש את מוצריו הימנו, כיון שהוא סבור, לפי המחיר בו מתחרהו מוכר את המוצר לצרכן, כי המתחרה מקבל מחיר טוב יותר מאותו ספק. ואולם, מציאות החיים מלמדת כי המדרון במקרה זה הוא חלקלק, וקצרה הדרך שבין עצם העלאת הנושא, לבין – כבענייננו – ניסיון להתערב ביחסי המסחר השוטפים שבין הספק לקמעונאי המתחרה, באופן העלול לפגוע בתחרות במשק והעולה כדי יצירת הסדר כובל אסור. על העוסקים בתחום ליתן לכך את ליבם ולנקוט בזהירות המתבקשת; כך במיוחד כאשר מדובר בחברות בעלות נתחי שוק משמעותיים אשר פוטנציאל השפעתן על השוק גדול. מבלי לפגוע, בהקשרים אלה, ככל שמצטברות ראיות, פוחתת הנחת תום הלב.

סה. באותו הקשר, אין להלום כלל ועיקר את טענת "ההגנה על המותג" שהשמיעו המערערים, לפיה נהגו כפי שנהגו כדי להגן על מותגי הספקים השונים,

כך שלא ייפגעו רווחיה של שופרסל כתוצאה מהפגיעה בערך המותג. באותה מידה יכולים היו המערערים לכאורה לפנות ישירות למגה ולדרוש ממנה להעלות מחיריה במוצרים אלה, בשם "ההגנה על המותג" וכיון שהפגיעה בערך המותג פוגעת בהכנסותיה של שופרסל ממותג זה. ברי, כי הסדר מעין זה היה בגדר קרטל בוטה, הבא באופן מובהק בגדרו של סעיף 2(ב)(1) לחוק (אליו נידרש בהמשך), וסבורני כי מאותם טעמים אין לקבל טענה זו גם בענייננו. כך – מה גם שבהקשר הקונקרטי, בו עסקינן במותגים חזקים וחלקם אף בעל מעמד של מונופולין, ניכר כי בידיהם להגן בכוחות עצמם על מותגיהם. יודגש עם זאת, כי אין באמור כדי להעיד על המותר והאסור, בהקשר ההסדרים הכובלים, לעניין החלטה עצמאית וחד צדדית של ספק להפסיק את ההתקשרות עם משווק או קמעונאי מטעמיו העסקיים, לרבות הגנה על המותג, סוגיה השונה בתכלית מזו נשוא ענייננו (ראו למשל *Areeda – כרך 7, בעמ' 166; Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717, 741 (1988); (להלן עניין *Business Electronics Cernuto*), 595 F.2d 164, 168 (3d Cir. Pa. 1979) *Inc. v. United Cabinet Corp.* (להלן עניין *Cernuto*)).

סו. טענה נוספת של המערערים נוגעת לעצם השימוש באפשרות להרשיע בניסיון לעריכת הסדר כובל בענייננו, ולמעשה בכלל. נטען, כי פעולות המערערים עולות, לכל היותר, כדי פעולה חד צדדית, אשר נבחנת בדיני ההגבלים העסקיים בגדרי ההגבלות החלות על בעל מונופולין, ולא במסגרת דיני ההסדרים הכובלים. מכאן, גם אילו ביצעו המערערים את המיוחס להם – טענה המוכחשת כאמור על-ידיהם – לא היה בכך כדי לעבור על סעיף 2(א) לחוק. בהמשך לכך טוענים המערערים, כי הדין האמריקני, למשל, אינו מאפשר כלל הרשעה בניסיון לעריכת הסדר כובל, ופעולה חד צדדית, כבענייננו, תיבחן אך תחת סעיף 2 ל- *Sherman Act*, שעניינו ההגבלות החלות על בעל מונופולין.

בהמשך לכך טוענים המערערים, כי אפילו ניתן היה להרשיע בעבירת ניסיון לעריכת הסדר כובל, לא כך בענייננו הקונקרטי; זאת, בין היתר, כיוון שהמערערים לא חצו את הקו שבין הכנה לבין ניסיון – כנדרש לפי סעיף 25 לחוק

העונשין המגדיר ניסיון כ"מעשה שאין בו הכנה בלבד" – ולא עשו לטענתם את כל הנדרש להשלמת העבירה.

סז. דומה כי אין להלום טענות אלה של המערערים. אשר לעצם האפשרות להרשיע בניסיון, סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, קובע מפורשות כי "מלבד אם נאמר בחיקוק או משתמע ממנו אחרת, כל דין החל על הביצוע העיקרי של העבירה המושלמת חל גם על ניסיון...". הוראה זו אינה משתמעת לשני פנים, ולא מצאתי טעם להחריג דווקא את עבירת ההסדר הכובל מתוך כלל העבירות עליהן חל סעיף זה; והדברים אף נקבעו מפורשות בבית משפט זה בהקשר עבירת ההסדר הכובל בע"פ 7399/95 נחשתן תעשיות מעליות בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105 (1998) (להלן עניין נחשתן). אכן, המחוקק הפדרלי האמריקני בחר בדרך שונה, כאשר קבע ברירת מחדל הפוכה, היינו שהאפשרות להרשיע בניסיון לביצוע עבירה קיימת אך כאשר הדבר מצוין מפורשות בחוק (*United States v. Hite*, 769 F.3d 1154, 1162 (9th Cir.1983); *United States v. Hopkins*, 703 F.2d 1102, 1104 (D.C.Cir. 2014); *United States v. Joe*, 452 F.2d 653, 654 (10th Cir.1971)); אולם אין בכך כדי להשליך על ענייננו, שכן החוק הישראלי שונה.

סח. אשר להרשעה בניסיון במקרה הקונקרטי, קשה לקבל את הטענה כי מעשיהם של המערערים עולים כדי הכנה בלבד; למעשה, המערערים עשו כל שביכולתם כדי להגיע להסדר הכובל האמור; לא זו שהם ביקשו, בסגנון שמשמעו דרישה, מן הספקים לפעול למען הפסקת מבצע מגה, אלא שאף גילו דעתם כי יענישו ספקים סוררים, בכך שהורידו חלק מן המותגים מגיוון. כל שהיה חסר להתגבשות ההסדר הוא הסכמת הספקים שתתבטא בשיתוף פעולה מצדם מול מגה, הא ותו לא. כפי שצוין בהקשר זה בעניין נחשתן, "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, בעמ' 129, השופט קדמי). מכאן, חוששני כי אין לקבל את טענות המערערים בהקשר זה.

סט. לעניין היסוד הנפשי הנדרש: ענייננו כאמור בעבירת ניסיון לביצוע הסדר כובל, ולכן נדרש להראות כי רוזנהויז וגידור פעלו מתוך מודעות ליסודותיה העובדתיים של עבירת ההסדר הכובל – "העבירה המושלמת", ומתוך כוונה להשלים את ההסדרים הכובלים ולהוציאם אל הפועל, אף שהדבר כאמור לא הסתייע (ע"פ 291/62 רבו רביעה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י"ז 2913, 2933 (1963); ע"פ 5150/93 פאיו סריס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(2) 183, 186 (1994)). כפי שציין בית המשפט המחוזי בעניין זה (פסקה 89 להכרעת הדין), ואינני מוצא מקום להתערבותנו, האופן בו פעלו המערערים, כמתואר מעלה, מצביע על כך שהיו מודעים לנסיונם לעריכת הסדרים כובלים עם הספקים השונים, וגם אם החלו הדברים בפרץ זעם ספונטני של רוזנהויז, נתפתחה כוונה כי ההסדרים יצאו אל הפועל.

ע. מכל האמור עולה, כי רוזנהויז וגידור פעלו בצוותא חדא, ליצירת הסדרים כובלים שעלולים היו לפגוע בתחרות בשוק המזון הקמעונאי בצורה ניכרת, אך הימנעות הספקים משיתוף פעולה מנעה שכלולם. מכאן שאין להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי, לפיה יש להרשיעם בארבע עבירות של ניסיון להסדר כובל – עם ויסוצקי, שטראוס, החברה למשקאות ואסם – לפי סעיף 47(א)(1) לחוק עם סעיף 2(א) וסעיף 4 לחוק, בשילוב עם סעיף 25 וסעיף 29(ב) לחוק העונשין.

סעיף 2(ב) לחוק

עא. כאמור, מהנמקת בית המשפט המחוזי עולה, כי ההסדר נשוא ענייננו בא גם בגדרי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים. כך קובע הסעיף:

מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:
 (1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;
 (2) הריוח 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.

משמצאנו כי ההסדר נשוא ענייננו הוא הסדר כובל אסור על-פי סעיף 2(א) לחוק, על פניו אין צורך לבחון את השאלה האם ההסדר בא בנוסף בגדרי סעיף 2(ב); כך במיוחד שעה שהמדינה לא ביקשה בכתב האישום להרשיע את המערערים על-פי סעיף זה. אולם, מוצא אני להקדיש דברים קצרים לנושא זה, כיון שהנמקת בית המשפט המחוזי דנה בהסדר נשוא ענייננו בגדרי סעיף 2(ב), והנמקה זו – חוששני – אינה חפה מקשיים, ועלולה להרחיב את תחולתו של סעיף 2(ב) אף על הסדרים תמימים שאינם נשוא ענייננו, בחינת *hard cases make bad law*. כך, שכן עצם החלת החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) על הסדרים אנכיים אינה מובנת מאליה, ועלולה להביא למצב בו הסדרים שגורמים בין שני גורמים – אשר מעצם הגדרתם של הסדרים אנכיים, אינם מתחרים זה בזה – ייחשבו הסדרים כובלים אסורים, ולחשוף את עורכי ההסכמים לסנקציות פליליות, מנהליות ואזרחיות. עם זאת, בסופו של יום מצאתי, כי נוכח אופיו החרגי של ההסדר האנכי המסוים לו כיוונו המערערים, שכל כולו ניסיון לפגוע בתחרות במישור האופקי בין שופרסל לבין מתחרתה מגה, מדובר במקרה מיוחד הבא בגדרו של סעיף 2(ב). אסביר בקצרה.

עב. ככלל, הסדרים אנכיים נבדלים באופן משמעותי מהסדרים אופקיים.

ראשית, הסדרים אנכיים שונים נעשים מדי יום ביומו כדבר שבשגרה, בין יצרן למפיץ, מפיץ לקמעונאי, ספק תשומה לספק מוצר ועוד; יתרה מכך, חלק ניכר מן הסדרים אלה עניינם, על פניו, בחזקות המופיעות כאמור בסעיף 2(ב) לחוק כאמור, בין אם הם נוגעים למחיר בו ימכור אחד הצדדים את המוצר למשנהו (הסדר הנוגע ל"מחיר שיידרש", כלשון ס"ק 1), ובין אם הם מעגנים את היקף המכירות (הסדר שעניינו "כמות הנכסים", כלשון ס"ק 4). כפי שמציין גילה, אין המדובר בהכרח בהסדרים אנטי-תחרותיים אלא הסדרים הנובעים מ"מניעים טבעיים" של הצדדים העסקיים (גילה – פרץ ההסדרים הכובלים, בעמ' 756-757; ראו גם *Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 57-58 (1977) (להלן עניין *Sylvania*)); כבר בכך נבדלים הם מהסדרים אופקיים בין

מתחרים, אשר מעיקרא מעלים – בחינת פשיטא – חשד תחרותי מסוים, ודאי כאשר עניינם במחיר המוצר או בהיקף הספקתו.

שנית, זהות האינטרסים הקיימת בין צדדים בהסדר אופקי – למשל, מכירת המוצרים לציבור במחיר הגבוה ביותר שניתן, דהיינו המחיר המונופוליסטי – קיימת במידה פחותה בהסדרים אנכיים, ואף ישנם ניגודי עניינים מובנים. כך למשל, כאשר ענייננו בספק וקמעונאי ושוררת תחרות בשוק בו פועל הספק, האינטרס של הספק הוא מכירת המוצר לצרכן במחיר מינימלי ובתפוצה מרבית, כיוון שרווחיו נובעים, ככלל, מהמכירה הסיטונאית, ולכן הגדלת היקף המכירות לצרכן, תביא להגדלת היקף הרכישות הסיטונאיות ובכך תגדיל את רווחיו של הספק (אולם במקרים מסוימים יש לאזן זאת עם האינטרס של הגנה על יוקרת המותג ורצון להימנע ממחירי רצפה בהתאם); מנגד, הקמעונאי מעדיף למכור את המוצר לצרכן במחיר המונופוליסטי שיביא אמנם למכירות בהיקף מופחת – אולם לרווח מרבי (R. Posner, *Antitrust* ; Note, 88 Harv. L. Rev. 636, 641 (1975)).
Policy and the Supreme Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Merger and Potential Competition Decisions, 75 Colum. L. Rev. 282, 283 (1975) (להלן *Posner*)). השוני באינטרסים עלול להקשות על הצדדים להגיע להבנה ארוכת טווח, ומכאן כי ככלל החשש התחרותי בהסדרים מעין אלה נמוך יותר (ראו גם P. E. Areeda *Antitrust Law – VIII* 33-37 (1989) (להלן *Areeda*)).

שלישית, להסדרים אנכיים רבים יש תועלת תחרותית של ממש. כך למשל, הספרות מרחיבה בעניין בעיית "הרוכב החופשי" (*Free Rider*); מדובר במקרה בו נהנים מספר מתחרים ממאמצי השיווק של מתחרה נוסף הנמצא עמם באותה חוליה, והנושא בעלויות באופן בלעדי; למשל, קידום מוצר מסוים על-ידי מפיץ מסוים, כאשר המוצר מופץ באמצעות מספר מפיצים מתחרים. בטווח הארוך, נוכח העלויות אותן הוא משקיע בקידום המותג, לא יוכל אותו מפיץ להתחרות מבחינת המחיר במפיצים הנוספים, ועלול הוא להיפלט מהשוק, ולהזיק למותג ולתחרות הבין מותגית בשוק הרלבנטי. הסדר בלעדיות, למשל, בין יצרן למפיץ, ימנע בעיה זו במובן מה, ובטווח הארוך – בתנאי שוק מסוימים – אף כי מעצם טבעו יהיה בו

כדי לפגוע בתחרות התוך מותגית, יגביר את התחרות הבין-מותגית (Wish & Bailey, at p. 627; Posner, at p. 285; Sylvania, at p. 55; גילה – סכר ההסדרים הכובלים, בעמ' 761; ח' בולמש הגבלים עסקיים – מערכות היחסים בערוצי השיווק וההפצה 58-59 (התשע"ג-2013) (להלן בולמש)).

עג. נדמה כי במשפט הישראלי הדעות חלוקות באשר להחלת סעיף 2(ב) על הסדרים אנכיים. כך, בעניין טבעול נקבע ברוב דעות, כי יש להחיל את סעיף 2(ב) על כל הסדר הבא בגדרי המקרים המנויים בסעיף 2(ב), והמבחן הוא בעיקרו מבחן צורני – האם המקרה בא בגדר החזקות החלוטות המנויות בסעיף 2(ב) או לא (דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 98-94 (2001) (להלן דנ"א טבעול); וראו גם פסק הדין מושא הדיון הנוסף – ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נב(3) 145, 174 (1998) (להלן עניין טבעול)). עם זאת יוער, כי אף שלא נעשתה הבחנה באותו מקרה בין הסדרים אופקיים לאנכיים, ההסדר מושא העניין היה אופקי באופיו ולכן, לטעמי, יש ליתן משמעות מוגבלת לאותה קביעה בכל האמור להסדרים אנכיים. ברע"א 6233/02 אקסטל נ' קאלמא ווי תעשייה, פ"ד נח(2) 634 (2004) (להלן עניין אקסטל), נחלקו עמדות השופטים בסוגיה. השופט טירקל ציין בדעת יחיד, כי נוכח השוני עליו עמדנו בין הסדרים אופקיים לאנכיים יש לקבוע שהסדרים אנכיים, ככלל, אינם באים בגדר סעיף 2(ב) (שם, בעמ' 647). השופטת – כתארה אז – נאור סברה מנגד, גם כן בדעת יחיד, כי אף שיש ממש בטענות הכלכליות השונות לעניין זה, לשון החוק אינה מאפשרת הבחנה זו, ולכן יש להותיר תיקון זה למחוקק (שם, בעמ' 658). השופטת פרוקצ'יה באותו העניין לא נדרשת לשאלת ההסדר הכובל, ומכאן כי למעשה לא נקבעה באותו פסק דין הלכה ברורה בסוגיה.

עד. בעע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין נ' משרד המשפטים (2004) (להלן עניין לשכת שמאי המקרקעין), ציינה השופטת חיות כי לשון החוק אינה מבחינה בין הסדרים אופקיים להסדרים אנכיים; מכאן, קבעה שם כי אין ליתן פרשנות מילולית להוראותיו של סעיף 2(ב) אלא לפרשו באופן תכליתי, "כדי להסיר את החשש

מפני כתם של אי חוקיות, העלול לדבוק, שלא בצדק, בהסדרים 'תמימים' וראויים, ומפני סטיגמה עבריינית העלולה לדבוק במתקשרים בהם" (שם, פסקה 15). כתוצאה מכך נקבע, כי אין לראות בהסדר האנכי מושא אותו עניין – קביעת רף עליון של מחיר כתנאי סף במכרז – כבא בגדרי סעיף 2(ב). עם זאת יצוין, כי באותו מקרה נקבע שאין המדובר כלל ב"כבילה", ומכאן כי ההסדר כלל אינו בא, אף לא על פניו, בגדרי החזקות המופיעות בסעיף 2(ב) (כזכור, על מנת שהסדר יבוא בגדרי סעיף 2(ב) עליו לעמוד ביסודות 'הסדר', 'בין מנהלי עסקים' ו'כבילה').

עה. אשר לספרות המקצועית, נדמה כי הדעה הרווחת נוטה לאי החלתו של סעיף 2(ב) כמות שהוא על הסדרים אנכיים שונים. כך למשל, טוען גילה כי נוכח ההבדלים השונים עליהם עמדנו מעלה בין הסדרים אופקיים לאנכיים, אין להחיל את סעיף 2(ב) כלל על הסדרים אנכיים. לדידו, עצם ההחלה של סעיף 2(ב) על הסדרים אנכיים הביאה את בית משפט זה ליצור כללים לא ראויים לעניין סעיף זה, אשר מחד גיסא מוציאים מתחולת הסעיף הסדרים כובלים אשר חשוב למנעם, ומאידך גיסא מכניסים לתחולת הסעיף הסדרים ראויים מבחינה כלכלית. לשיטתו, "הסדרים אנכיים יוכלו להיות הסדרים כובלים רק לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, קרי, רק אם הם עלולים לפגוע בתחרות, בענף רלוונטי כלשהו, באופן לא זניח" (גילה – סכר ההסדרים הכובלים, בעמ' 751). במאמר נוסף מבהירים גילה ושפיגל, כי לשיטתם אין הדבר מצריך שינוי חקיקתי, אלא ניתן להגיע לתוצאה זו באמצעות פרשנות תכליתית של החוק הקיים (גילה ושפיגל – הסדרים אנכיים, בעמ' 415; ראו גם גילה – תמורות בהתייחסות להסדרים כובלים אנכיים, בעמ' 50). המלומדים גל, ישראלי ופרלמן מחזיקים בעמדה דומה, וגם הם, בדומה לגילה, סבורים כי אין הדבר מצריך שינוי חקיקתי: "יש להבחין בין הסדרים אופקיים לאנכיים ולבחון תחת החזקה (סעיף 2(ב) – א"ר) רק את הראשונים... אמנם נכון, לשונו של הסעיף איננה מבחינה בין מישורי הפגיעה בתחרות, אולם נראה לנו כי הפסיקה עתה בשלה מספיק על מנת להחיל הבחנה זו, הנשענת על תכלית החוק ואיננה מתנגשת חזיתית עם לשונו" (גל, ישראלי ופרלמן, בעמ' 290).

עו. בהמשך לכך, פירסם הממונה על הגבלים עסקיים – פרופ' גילה – לפני כשנתיים את כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסויימות), התשע"ג-2013, אשר יעמדו בתוקף עד שנת 2018. סעיף 2 לכללים קובע כך:

"הסדר כובל שאינו הסדר אופקי ואין בו כבילות מחיר פטור מקבלת אישור בית הדין להגבלים עסקיים, אם מתקיימים בו שני אלה:
(1) הכבילות שבהסדר הכובל אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות בשוק כאמור;
(2) עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו."

יתכן כי ניתן לחלוק משהו על האופן בו נוסחו הכללים ועל מידת בהירותם, אולם הלכה למעשה יש בהם כדי להפחית במידה רבה את תחולת סעיף 2(ב) על הסדרים אנכיים. כך למשל, על פני הדברים, הסדרי בלעדיות בין יצרן וקמעונאי ייבחנו בהתאם להגבל התחרות בגללם, ולא ייקבעו כאסורים לכשעצמם מכוח סעיף 2(ב)(3), כך מפני שעניינם, לכאורה, ב"חלוקת שוק, כולו או מקצתו". הפטור מסוג זה של הסדרים נוסף על הפטורים הנוגעים להסדרים אנכיים שונים, לרבות הפטור הסטטוטורי להסדרי בלעדיות הדדיים המעוגן בסעיף 3(6) לחוק, אשר פורש בצמצום על-ידי הממונה ובתי המשפט, וכן נוסף על פטורי סוג שונים שהוצאו מכוח סעיף 15א לחוק, לרבות כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית), התשס"ו-2006; כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית), התשס"ו-2006; כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי זכיינות), התשס"ו-2006; ועוד (ראו גם ח' בולמס, בעמ' 68-70).

עז. עיון משהו במשפט האמריקני מעלה כי הבחנה זו בין הסדרים אופקיים לאנכיים היא שכיחה, ומביאה ככלל לבחינה שונה של ההסדרים הרלבנטיים על פי סוגם ותכליתם. הסעיף המנחה כאמור בארצות הברית הוא סעיף 1 ל-Sherman Act שהובא מעלה; אף שבדומה לחוק הישראלי, הסעיף אינו כולל בתוכו הבחנה בין

שני סוגי ההסדרים, בית המשפט העליון של ארה"ב מצא להבחין בין שני סוגי ההסדרים, כדי להגיע לתוצאה כלכלית צודקת ההולמת את תכלית החקיקה. ככלל, ההלכה האמריקאית בתחום זה היא שיש לבחון את השאלה האם ענייננו בהסדר כובל אסור על-פי כלל הסבירות (Rule of Reason), דהיינו, האם עולה ממכלול הנסיבות כי יהא בהסדר כדי לפגוע בתחרות בצורה לא סבירה ולכן יש לאסרו (עניין *Business Electronics*, בעמ' 723). עם זאת, בעניינים מסוימים, בהם ככלל התועלת שבהסדר מאותו סוג תהא קטנה מהנזק שיגרום, יש להטיל איסור *Per Se* ("כלשעצמו", "לגופו") על ההסדר ואין צורך לבחון את פגיעתו הקונקרטית בתחרות; ההסדרים האחרונים הם בעיקר, אולם לא רק, אלה הכוללים "כבילות ערומות", תיאום מחירים של ממש בין מתחרים והסדרים אופקיים של חלוקת שוק. וכך נקבע:

"[A]greements or practices which because of their pernicious effect on competition and **lack of any redeeming virtue** are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use (*Northern Pacific Railroad Co. v. United States* 514, 518 (Justice Black) (1958) (emphasis added – E.R); see also *Sylvania*, at pp. 49-50)

עח. בהמשך לכך, ככלל, נבחנים הסדרים אנכיים שונים בארצות הברית לפי כלל הסבירות (Areeda, pp. 44-45). כך למשל, נקבע בעניין *Sylvania*, כי הסדר חלוקת שוק, בו היצרנית קובעת לכל זכיון אזור מוגדר למכירת מוצריו, ייבחן בגדרי כלל הסבירות. באותו עניין הבחין בית המשפט – ועל כך עמדנו מעלה – בין ההגבלה שיש בהסדר מעין זה על תחרות תוך-מותגית, אשר נגרמת באופן אינהרנטי מחלוקת השוק, לבין הפוטנציאל שיש בהסדר להגברת התחרות הבין-מותגית, נוכח האפשרות הניתנת ליצרן להשיג תועלות מסוימות בשיווק מוצריו בחלוקת שוק מעין זו. כך למשל, יצרן חדש המנסה להחדיר מוצריו לשוק מסוים, יוכל לתמרץ את הזכיון להשקיע מאמצים גדולים יותר בשיווק המוצר וקידומו, בידיעה כי אין לזכיון מתחרים אחרים באותה טריטוריה. אמנם, כאמור, יהא בכך כדי להגביל את התחרות התוך-מותגית (לא יהיה זכיון נוסף שיתחרה בו על המחיר והשירות שהוא מציע לציבור באותו מותג קונקרטי), אולם תגבר היתכנותה של תחרות חוץ-מותגית (בשוק המוצרים יהיה כעת מותג חדש אשר יתחרה במותגים

אחרים, ויוכל להביא להפחתת המחיר לצרכן או לטוב השירות). מכאן נקבע, כי אין מקום להחיל איסור *per se* על הסדרים אלה, אלא לבחנם בגדרי כלל הסבירות. עם זאת, בית המשפט הדגיש כי אין באמור כדי לקבוע כי ככלל אין לבחון הסדרים אנכיים בגדרי כלל ה-*per se*, אלא כל מקרה לגופו ובהתאם לרציונל הכלכלי שבבסיסו (שם, בעמ' 58-59); לסקירה תמציתית של התפתחות ההלכה בארצות הברית ראו: D. Daniel Sokol "The Transformation of Vertical Restraints: Per Se Illegality, The Rule of Reason, and Per Se Legality" 79 *Antitrust Law Journal* No. 3 1003 (2014). אגב, במאמר זה נסקרת השפעתו של השופט רוברט בורק (Bork), מי שכזכור היה מועמד הנשיא ריגן לבית המשפט העליון של ארה"ב וכשל בתהליך האישור בסנט, על דיני ההגבלים העסקיים בארה"ב בהקשר המופיע בכותרת המאמר.

עט. לאחר שניתן פסק הדין בעניין *Sylvania*, התפתחה בפסיקה האמריקאית מחלוקת בנושא המזכיר במידה רבה את ענייננו שלנו. בעניין *Cernuto* נדון בבית המשפט הפדראלי של ה-Third Circuit מקרה בו יצרנית של ארונות מטבח, חברת *United Cabinet Corporation*, הפסיקה לספק את מוצריה לקמעונאי א' – *Cernuto* – נוכח תלונות של קמעונאי מתחרה ב' – *Famous Farnus and Supply* – כי המחירים בו קמעונאי א' מוכר את מוצריו לצרכן נמוכים מדי; נוכח תלונת קמעונאי ב', החליטה היצרנית להפסיק את התקשרותה עם קמעונאי א'. השאלה שנדונה בבית המשפט היא האם יש לבחון את ההסדר המתואר בגדרי כלל ה-*per se* ולקבוע כי ההסדר פסול מעיקרו, או שמא לבחנו בגדרי כלל הסבירות, היינו האם בפועל היו להסדר השלכות על התחרות בשוק ארונות המטבח. חשוב לציין, כי בית המשפט הדגיש כי בנסיבות המקרה, אם ייבחן ההסדר המתואר בגדרי כלל הסבירות, ככל הנראה לא יהיה ניתן להוכיח את הפגיעה התחרותית כיון שהשוק הרלבנטי הוא על פניו תחרותי, ולכן על פניו ההסדר הקונקרטי אינו פוגע בפועל בתחרות ולכן לא יהיה מקום לפסלו. בית המשפט ציין, כי אף שההסדר הוא לכאורה אנכי, השפעתו העיקרית היא במישור האופקי, כלפי הקמעונאי המתחרה:

"[I]f the action of a manufacturer or other supplier is taken at the direction of its customer, the restraint becomes primarily horizontal in nature in that one

customer is seeking to suppress its competition by utilizing the power of a common supplier. Therefore, although the termination in such a situation is, itself, a vertical restraint, the desired impact is horizontal and on the dealer, not the manufacturer, level (Ibid, p. 168).

בהמשך, נקבע כי הסדר מעין זה המתואר אסור *per se*, אף שמדובר לכאורה בהסדר אנכי, ואף שאינו כולל כבילת מחיר מפורשת. כך נקבע:

"It is true that the alleged combination in the case at hand did not set prices at an exact level. But such a traditional conspiracy is not a Sine qua non of a Per se violation of the Act under the price-fixing rubric. ***If the purpose and effect of the challenged conduct is to restrain price movement and the freeplay of market forces, it is then illegal Per se***" (Ibid, pp. 168-169 ;emphasis added – E.R).

פ. ואולם, בעניין *Business Electronics* הגיע בית המשפט העליון של ארה"ב לתוצאה שונה מזו שבעניין *Cernuto* (ראו עניין *Business Electronics*, בעמ' 735-736). באותו מקרה יצרנית של מחשבוני Sharp Electronics – התקשרה בהסכם בלעדיות עם קמעונאי א' – Business Electronics – כדי שיפיץ את מוצריה; לאחר מכן התקשרה בנוסף עם קמעונאי ב' – Gilbert Hartwell. ככלל, המחירים בהם מכר קמעונאי א' את מוצרי היצרנית לקהל לקוחותיו היו נמוכים מאלה של קמעונאי ב'. קמעונאי ב' התלונן ליצרנית כי מחיריו של קמעונאי א' נמוכים מדי, כאשר לטענתו קמעונאי א' "רוכב חופשי" על מאמצי השיווק של קמעונאי ב' ולכן בידיו למכור את מוצריו במחיר זול יותר ללקוחותיו, באופן המעניק לו יתרון לא הוגן. נוכח תלונותיו החוזרות ונשנות ואולטימטום שהציב קמעונאי ב', לפיו אם לא תופסק ההתקשרות עם קמעונאי א' יפסיק את עסקיו עם היצרנית, החליטה היצרנית להפסיק את עסקיה עם קמעונאי א'. השאלה שנשאלה בבית המשפט היתה האם יש לבחון הסדר זה בגדרי כלל הסבירות או שמא, בדומה לקביעת בית המשפט כאמור בעניין *Cernuto*, יש לקבוע כי הסדרים מעין אלה אסורים *per se*.

פא. דעת הרוב סברה, כי יש לבחון את ההסדר נשוא העניין בגדרי כלל הסבירות. נקבע, כי ככלל, יש לעשות שימוש זהיר בכלל ה-*per se*, וכי ברירת המחדל היא כלל הסבירות, במיוחד בהסדרים אנכיים. קונקרטי, כדי שהסדר יהיה אסור *per se*, נקבע כי יש להראות שההסדר בין היצרנית לבין קמעונאי ב' כולל בתוכו, פרט לשכנוע היצרנית להפסיק את עסקיה עם קמעונאי א', הסכמה מפורשת על המחירים המדויקים או רמת המחירים בה ימכור קמעונאי ב' את המוצרים: "[E]conomic analysis supports the view, and no precedent opposes it, that a illegal *per se* unless it includes some agreement on "vertical restraint is not price or price levels (שם, בעמ' 735-736); כיון שההסדר נשוא העניין לא כלל הסכמה מפורשת מעין זו, נקבע כי יש לבחון בגדרי כלל הסבירות. בית המשפט הדגיש, כי פעמים רבות יתכן כי הרצון להימנע מ"רוכב חופשי", הוא שיוביל יצרן מסוים להפסיק את התקשרותו עם "חותך מחירים" (Price Cutter), ולכן אין לאסור זאת מעיקרא, אלא לבחון את ההסדר לגופו ואת פגיעתו האפשרית בתחרות.

פב. דעת המיעוט הגיעה למסקנה שונה. ראשית, צוין כי הסדר בו קמעונאי משכנע יצרן להפסיק את התקשרותו עם קמעונאי אחר, אף שעל פניו מדובר בהסדר אנכי, מכיל למעשה כבילה במישור האופקי, כאשר קמעונאי אחד מגביל את האחר. צוין לעניין זה, כי הסדר אנכי "רגיל" אליו מתייחסת הפסיקה, הוא הסדר בו יצרן וקמעונאי (או מפיץ, משווק, סוכן וכיוצא באלה) מחליטים מראש על סטנדרטים בהם על הקמעונאי לעמוד, הנוגעים לשיווק המוצר, אופן הצגתו בחנות, תחזוקת המוצר ועוד; אם הקמעונאי אינו עומד בסטנדרטים אלה, מותר יהיה ליצרן להפסיק את ההתקשרות עמו. אלה הם הסדרים אנכיים הכוללים כבילות אנכיות שאינן קשורות למחיר, ולגביהם נקבע כי ככלל יבחנו על פי כלל הסבירות. ההסדר נשוא העניין, כך נקבע, אינו הסדר מעין זה, שעה שמדובר בהוצאת קמעונאי א' מהתחרות אך נוכח דרישת הקמעונאי החזק יותר, קמעונאי ב', וללא כל התחייבות מצדו של האחרון לשיפור השירות הניתן על-ידו: "The termination was plainly the product of coercion by the stronger of two dealers rather than an attempt to maintain an orderly and efficient system of distribution" (שם, בעמ' 741). מכאן, נמצא כי מדובר בהסדר המכיל כבילה עירומה, לפיו התחייבה היצרנית לסיים את עסקיה עם קמעונאי א', אך ורק נוכח דרישת קמעונאי ב' ובעקבות

המחירים הנמוכים שגבה קמעונאי א' מלקוחותיו. מתחילה, כך נקבע, העובדה שהיצרנית אינה מקבלת את החלטותיה בעצמה אלא על סמך תלונותיו של הקמעונאי, יש בה כדי לעורר חשש תחרותי. בנוסף, העובדה שמדובר בהסדר אנכי בין יצרן וקמעונאי, אין בה כדי להפחית מהקביעה כי הכבילה עצמה נעשית במישור האופקי, כאשר קמעונאי ב' פוגע מפורשות בתחרות עם קמעונאי א' על-ידי הוצאתו משוק המוצר, פגיעה אשר יהא בה כדי לפגוע בציבור הצרכנים (שם, בעמ' 755-756). כך ציינו השופטים לעניין זה:

"If... we continue to accept the premise that competition in the relevant market is worthy of legal protection...we can agree that the elimination of price competition will produce wider gross profit margins for retailers, but we may not assume that the retailer's self interest will result in a better marketplace for consumers" (*Ibid*, at p. 756).

ובהמשך:

"In sum, this simply is not a case in which procompetitive vertical nonprice restraints have been imposed; in fact, it is not a case in which any procompetitive agreement is at issue. The sole purpose of the agreement between respondent and Hartwell was to eliminate price competition at Hartwell's level" (*Ibid*, at pp. 757-758)

מכאן, מצאו כאמור שופטי המיעוט כי ההסדר נשוא העניין הוא הסדר כובל *per se* ואין לבחנו בגדרי כלל הסבירות.

פג. יודגש, כי אף שיש טעם רב בלימוד הדין בארה"ב בסוגיות אלה, אין ללמוד גזירה שווה הימנו לדין הישראלי; כך, שכן החוק הישראלי כולל מפורשות אפשרות להביא את ההסדר לאישור בפני בית הדין להגבלים עסקיים מכוח סעיף 7 לחוק, או להגיש בקשה לממונה לפטור מהגשת האישור מכוח סעיף 14 לחוק, ואילו החוק האמריקני אינו כולל אפשרות מעין זו (ראו לעניין זה גם דנ"א שף הים, בעמ' 102;

עניין אקסטל, בעמ' 658). מכאן, שעל פניו יש מקום רב יותר לסיווג הסדרים ככובלים על-פי הדין הישראלי מאשר זה האמריקני, כיון שאין משמעותו הישירה שהצדדים אינם יכולים לערוך הסדר מעין זה (פן ייחשפו לסנקציות פליליות, מינהליות או אזרחיות), אלא שעליהם להביאו בפני מערך הפיקוח והאישור בטרם יוציאו את ההסדר אל הפועל.

פד. ואולם, אישור הסדר בבית הדין או הגשת בקשת פטור לממונה דורשים השקעה של זמן ומשאבים, ובחיי המסחר השוטפים יש קושי, ולעתים ספק אם צריך, להביא בפני מערך הפיקוח כל הסדר אנכי שאף אין כל טענה כי הוא פוגע בפועל בתחרות (ונזכיר כי אם ההסדר עלול לפגוע בתחרות, הוא ממילא בא בגדרי סעיף 2(א) כאמור). בנוסף לכך, הליך אישור ההסדר בבית הדין מצריך את פרסום ההסדר והזמנת צדדים רלבנטיים להגיש את התנגדויותיהם, באופן שעלול להאריך אף יותר את מסגרת הזמנים (סעיף 7 וסעיף 8 לחוק). ואכן, המציאות מלמדת כי השימוש שנעשה באפשרות זו מוגבל ביותר. בדיקה במערכת "נט המשפט" והצלבה עם נתוני מזכירות בית הדין להגבלים העסקיים העלתה, כי בשנת 2013, לדוגמא, הוגשו ארבע בקשות לאישור הסדר כובל, ומתחילת שנת 2015 הוגשו שתי בקשות; בשנת 2014 לא הוגשה ולוא גם בקשה בודדת. מכאן, אף אם נניח כי בקשות רבות יותר מוגשות לממונה עצמו במסגרת בקשות פטור (מכוח סעיף 14 כאמור), סבורני כי לא ניתן להשליך את כל יהבנו על עצם קיומו של מערך הפיקוח, ויש להבחין בפרשנותו של סעיף 2(ב) עצמו, בין הסדרים אופקיים ואנכיים כאמור (ראו בהקשר זה גם עניין שמאי המקרקעין, סעיף 15); וכמובן שכל מקרה יבחן בהתאם לנסיבותיו.

פה. ואכן, יש לנקוט משנה זהירות בהחלת סעיף 2(ב) על הסדרים אנכיים שונים. כפי שעולה הן מהספרות והן מהפסיקה הזרה, הטלת איסור *per se* – שזו למעשה תוצאת החלתן של החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) – על הסדרים אנכיים, עלולה להפחית את הרווחה החברתית ובכך לחטוא למטרות עליהן בא חוק ההגבלים העסקיים להגן. השוני הכלכלי הקיים לעתים קרובות בין הסדרים אופקיים לאנכיים, המצביע על כך שפגיעתם של האחרונים בתחרות היא פחותה,

ובמקרים מסוימים כאמור אף מגבירה את התחרות הבין-מיתגית, מחייב בחינה חוקית שונה של הסדרים אלה. אמנם, סעיף 2(ב) לחוק אינו כולל הבחנה זו מפורשות, אולם לשונו גם אינה מוציאה הבחנה כזו. כפי שראינו, אף סעיף 1 ל-Sherman Act אינו כולל כל הבחנה בין סוגי ההסדרים, ובכל זאת חזרה וציינה הפסיקה האמריקאית כי יש להבחין בין סוגי ההסדרים השונים; והדבר אף נתמך כאמור בעמדת החוקרים המובילים בתחום. בהמשך לכך, לטעמי, יש לתת את הדעת למבחן התכליתי, במיוחד בחקיקה כלכלית כדוגמת חוק ההגבלים העסקיים, שכן מציאות החיים מלמדת שהסיטואציות הכלכליות השונות – כמו החידושים הטכנולוגיים – לעד יקדימו את המחוקק, כל עוד אין סתירה חזיתית אל מול המבחן הלשוני (ראו הערתי בע"א 4609/12 אגף המכס ומע"מ – מס קניה נ' טמפו, פסקאות ב'-ג' (24.6.2015)). מכאן עלינו לפרש את חוק ההגבלים העסקיים באופן תכליתי אשר יתאים עצמו למציאות הכלכלית המשתנה, בתנאי שלא יעמוד בסתירה ללשון החוק. כפי שציין השופט – כתארו אז – חשין:

"נזכור את עקרון התבונה והשכל הישר, והוא עקרון-יסוד בתורת המשפט ובתורת הפרשנות. עיקרון זה ראוי לו שיחול על פירוש החוק: הן על דרכי החלתו בידי בתי-המשפט והן על דרכי החלתו בידי בית-הדין להגבלים עסקיים, בידי הממונה ובידי התביעה הכללית – והכול, להחלת החוק במידתו הראויה: שלא להרחיב את שראוי להצר, ושלא להצר את שראוי להרחיב; לגמול לאיש חסד כמפעלו וליתן לרשע רע כרשעתו. אכן, עקרון התבונה והשכל הישר אינו אלא בנו של קול התבונה, וקול התבונה, ידענו כולנו, תורת-חיים הוא" (דנ"א טבעול, בעמ' 86; ראו גם עניין חניות, בעמ' 598; עניין שמאי המקרקעין, פסקה 15).

פו. קונקרטי, עלינו לשאול את עצמנו מהי הפרשנות ההולמת את תכלית העיקרית של החוק – הבטחת התחרות במשק והגדלת הרווחה החברתית – והאם פרשנות זו עולה בקנה אחד עם לשון החוק. סבורני, נוכח ההבדלים המהותיים עליהם עמדנו, כי על בתי המשפט – והממונה – לעשות שימוש זהיר בהחלת סעיף 2(ב) על הסדרים אנכיים מטבעם, וככלל לבחנם תחת סעיף 2(א), היינו בהתאם לעלילות פגיעתם בתחרות. זאת ככלל למעט מקרים חריגים במיוחד, אשר לא ניתן לתחם מראש במסגרת רשימה סגורה, בהם הפגיעה התחרותית הפוטנציאלית היא

כה מובנת מאליה, ואילו הערך הכלכלי החיובי של ההסדר הוא נמוך עד מאוד, כך שאין נחוצה בחינה בפועל של עלילות הפגיעה בתחרות; וכקביעת בית המשפט העליון של ארצות הברית, כאשר ההסדר "lack[s] of any redeeming virtue" (*Northern Pacific Railroad*, בעמ' 518), או כאשר ההסדר הוא "manifestly anticompetitive" (*Sylvania*, בעמ' 49-50). כפי שציין *Areeda*:

"With no legitimate objective or restraint, society sacrifices nothing by condemning a restraint without inquiry into power or effect, even if such an inquiry would ultimately show that the conspirators lacked the power to implement their antisocial scheme." (*Areeda*, book IIV, p. 411; see also: Roger D. Blair & Daniel D. Sokol "The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach", 78 *Antitrust L.J.* 471, 471 (2012); *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1, 19-20 (U.S. 1979)).

כאמור, לא ניתן ליצור רשימה ממצה מראש, וההסדרים השונים ייבחנו ממקרה למקרה. ועוד הערה: על בית המשפט להשקיע מאמץ בבדיקת התשתית העובדתית הספציפית, כדי שאותה "הנחה" במקרי ההסדר האנכי לא תהפוך לרועץ ולמדרון חלקלק, ולגדרי אותו כלל ישתחלו גם מקרים שמקומם בשורת החריגים.

פז. משעמדנו על האמור, נשוב לענייננו. לדידי, בהתאם לאמור, ההסדר אותו ניסו המערערים לערוך בענייננו בא במובהק בגדרי החריג האמור, שכן אין בו ולא דבר פרט לניסיון לפגוע בתחרות בין שתי קמעונאיות מתחרות, שופרסל ומגה; למעשה, העובדה שהיוזמת של ההסדר היא שופרסל, אשר ביקשה להגביל את התחרות עם מגה – מתחרתה הישירה, באמצעות הספקים, מביאה לכך כי אילו היה מתגבש ההסדר, השפעתו במישור האופקי היתה מיידית, ולמעשה ההבדל בינו לבין הסדר אופקי של ממש, היה מזערי (ראו לעניין זה *Business Electronics*, בעמ' 745-746; *Areeda* – כרך 7, בעמ' 174). המערערים לא הציגו הסבר מתקבל על הדעת, תחרותי או אחר, לעצם ההסדר אותו ניסו להשיג, פרט להסדר שמטרתו היחידה פגיעה בתחרות; וכאמור מעלה, אין לקבל את טענת ה"הגנה על המותג" שהוצגה על-ידי המערערים.

פח. יתרה מכך, סבורני כי במסגרת הדין הישראלי ניתן לקבוע שככלל, כאשר ענייננו בהסדר בו מנסה קמעונאי (או מפיץ, משווק וכיוצא באלה) להוביל להפסקת ההתקשרות בין ספק (או יבואן, יצרן וכיוצא באלה) לבין קמעונאי מתחרה, וכמובן כאשר מדובר בניסיון להעלאת המחירים בהם ימכור הקמעונאי את המוצרים לציבור, יש לקבוע כי ההסדר בא בגדרי סעיף 2(ב) לחוק והוא פסול מעיקרו אף ללא בחינה תחרותית של ממש. מערך הפיקוח, אף שכאמור אינו חף מקשיים כאמור, מאפשר איפוא ליצור נקודת איזון הנושקת לקביעת בית המשפט כאמור בעניין *Cernuto* ועמדת המיעוט בעניין *Business Electronics*, ושונה מזו שנקבעה בדעת הרוב באותו עניין; הכוונה היא שיש לקבוע שההסדרים האמורים אסורים *per se*. אכן, באותם מקרים – ולטעמי מדובר יהיה במקרים חריגים, אם בכלל – בהם סבורים קמעונאי וספק שיש טעם אמיתי שאינו רק אנטי-תחרותי להסדר כאמור (למשל, טענה מסוג "הרוכב החופשי" עליה עמדנו מעלה), יוכלו הצדדים לפנות לממונה בבקשת פטור או לבית הדין לבקשת אישור ההסדר, ואלה ישקלו את השיקולים הרלבנטיים ויחליטו כפי שיחליטו. אוסיף לכך, כי השוק הישראלי גם שונה באופיו מהשוק האמריקני, גם בשל הבדלי גודל, וככלל מאופיין בריכוזיות רבה יותר ובתחרות פחותה (מ' גל "תפקידו של חוק ההגבלים העסקיים במארג החוקים הכלכליים של מדינת ישראל" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים – כרך א' 31, 32 (תשס"ח-2008)); גם בכך יש כדי להטות את הכף לכך שהסדרים כגון זה נשוא ענייננו יוגדרו כאסורים *per se*, שעה שלא ניתן להניח, כפי שהניחה למשל דעת הרוב בעניין *Business Electronics*, כי ככלל "dominant retail power...is rare" ולכן "cannot justify adopting a rule of per se illegality" (שם, בעמ' 719). מטעמים אלה, יש לראות את ההסדר שניסו המערערים ליצור כהסדר כובל אסור לפי סעיף 2(ב) לחוק. ודוק, מודע אני לכך שקביעת החריג האמור תפגע במידת מה בודאות המשפטית, משנותר פתח, גם אם צר, לסיווג הסדרים אנכיים ככאלה הבאים בגדרי סעיף 2(ב). אולם לטעמי חוסר ודאות זה נותר בשוליים, שעה שמובהר שמדובר בענייננו בהסדר חריג, בעל אופי אופקי ברור, וכי ככלל אין זו הדרך ההולמת לבחון הסדרים אנכיים שגרתיים; וההלכה תפתח ממקרה למקרה. מכל מקום, כאמור, הדברים נאמרים במידה רבה מעבר

לצורך, שעה שקבענו כי ענייננו בהסדר כובל על-פי סעיף 2(א) לחוק, ובכך
ההרשעה.

הפרת תנאי באישור מיזוג

פט. סוגיית המיזוגים היא כאמור אחת הסוגיות העיקריות שעמן בא להתמודד
חוק ההגבלים העסקיים. הרציונל שבפיקוח הגבל עסקי על מיזוגים שונים במשק,
נובע מן החשש שמא ברכישת חברה אחת על-ידי חברה אחת, יגדל כוח השוק של
החברה המאוחדת באופן שיפגע בתחרות. עם זאת, בשונה באופן מהותי מהסדר
כובל, חוק ההגבלים העסקיים אינו מניח כי מיזוג מזיק לתחרות; ההנחה היא כי
מיזוגים הם חלק בלתי נפרד מהעולם העסקי ופעמים רבות מגבירים את היעילות
והרווחה המצרפית, ולכן אך במקרים קונקרטיים על הממונה להתערב ולמנוע את
המיזוג או לאשרו בתנאים. כפי שמציין לעניין זה גילה:

"החוק מסדיר את נושא המיזוגים בשל החשש
שהמיזוג יצור שינוי במבנה השוק באופן שתיגרם
פגיעה בתחרות החופשית ובאינטרסים כלכליים
חברתיים. יחד עם זאת, החוק תופס את המיזוג
כתופעה כלכלית חשובה היכולה להביא ליעילות,
באמצעות ביטול כפילויות, יתרונות לגודל, חסכון
בעלויות, הגדלת תמריצים להשקיע וכדומה. מכאן
שיש לערוך איזון עדין בבואנו להגדיר את הכללים
המשפטיים המסדירים את הטיפול במיזוגים בחוק
ההגבלים העסקיים" (ד' גילה "מיזוגים על פי חוק
ההגבלים העסקיים – ניתוח ביקורתי" משפט ועסקים
ח' 333, 334 (תשס"ח)).

צ. סעיף 19 הוא שקובע את חובת החברות, במקרים המוגדרים בחוק, להגיש
הודעת מיזוג, ואת סמכות הממונה שלא לאשר את המיזוג או לאשרו בתנאים.
וכלשון החוק: "לא יתמזגו חברות אלא אם כן ניתנה תחילה הודעת מיזוג ונתקבלה
למיזוג הסכמת הממונה, ואם היתה הסכמתו מותנית - לפי התנאים שקבע...". ענייננו
שלנו בתנאים שקבע הממונה כאמור אגב מיזוגם של שופרסל וקלאב-מרקט בשנת
2005, אשר כאמור קובעים כך:

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

תנאי 12: "שופרסל לא תתערב בדרך כלשהי בתנאים המסחרים הניתנים על-ידי ספק כלשהו למתחרה שלה, לא תבקש לשנותם ולא תחייב ספק, בקיזוז או בדרך אחרת, בשל העובדה שמוצריה נמכרים אצל מתחרה של שופרסל במחיר זול יותר מזה בו הם נמכרים בשופרסל, תת רשת שלה או סניף מסניפיה".

צא. נדמה כי אין צורך להרחיב על כך, שחומר הראיות כפי שהובא מעלה, מגלה באופן ברור שרוזנהויז הפר את תנאי המיזוג. שיחותיו של רוזנהויז עם הספקים מצביעות על כך שניסה להתערב ב"תנאים המסחריים הניתנים על-ידי ספק כלשהו למתחרה שלה", בניגוד לדרישת תנאי 12, וכי ניסה להביא חלק מהספקים להפסיק את אספקת מוצריהם למגה, לכל הפחות בעקיפין, בניגוד לדרישת תנאי 11; ונזכיר את עדות תמיר, שציין כי רוזנהויז אמר לו להביא להפסקת מבצע מגה, בין היתר באמצעות הפחתת ההנחות אותן מעניקה החברות המרכזית למשקאות למגה (פרוטוקול הדיון מיום 23.6.2011, ע' 554, ש' 5-17), ואת עדותו של וינשטיין שציין כי רוזנהויז אמר לו שאינו מבין איך הוא ממשיך לספק סחורה למגה (ע' 29 לפרוטוקול הדיון מיום 10.3.2011, ש' 5). בזאת יש הפרה ישירה של תכלית חוק ההגבלים העסקיים, שכן – בלשון פשוטה – מה יותר מקריאה להעלאת מחירים, כפי שהיתה בפועל, כדי להתנגש חזיתית עם כל רעיון התחרות?

צב. אשר לאחריותו של גידור, זו נסמכת על סעיף 48 לחוק הקובע כך:

"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."

סעיף זה חל הן כאשר מבצע העבירה העיקרי נמצא בעמדה זוטרה מזו של אותו "מנהל פעיל", והן כאשר נמצא הוא בעמדה בכירה יותר, כבענייננו, בו אחריותו של גידור היא במהותה למעשיו של רוזנהויז. כפי שמציין לעניין זה לדרמן:

"מקום שנושאי-משרה אלה יודעים או שניעור חשדם כי בכירים מהם במעמד בגוף המשפטי מעורבים, במישרין או בעקיפין, בפעילות עבריינית במהלך עבודתם ובמסגרתה, הם חייבים לנקוט צעדים למנוע את מימוש העשייה הפלילית, שאם לא-כן, יחוייבו גם הם בעונשין בעטייה" (א' לדרמן "אחריות פלילית של אורגנים ושל נושאי משרה בכירים אחרים בתאגיד" פלילים ה' 101, 144-145 (תשנ"ו)).

צג. ואולם, השאלה מתי יש להרשיע בכיר בחברה בגין מעשיו של עובד הבכיר ממנו אינה שאלה פשוטה. כך, כיון שבעוד שכאשר מדובר בעובד זוטר, יכולתו של העובד הבכיר להביאו לחדול ממעשיו הפליליים גדולה יותר, ישנו ספק עד כמה יכול עובד להביא את מעסיקו לחדול ממעשיו הפליליים, ומהם "האמצעים הסבירים" עליו לנקוט, כלשון הסעיף, כדי שתוסר ממנו אחריות לפי סעיף זה. כך למשל, האם די שיפנה למנהלו ויסב את תשומת ליבו לכך שמעשיו אינם חוקיים? האם עליו לדרוש ממנו לחדול, בדיעה כי כך עלול הוא לאבד את עבודתו? האם עליו לפנות לרשויות או שניתן להסתפק בפניה לדירקטוריון החברה? כאמור, אין מדובר בשאלה פשוטה, והחיים מזמנים מצבים מורכבים שאין לפטרם ולפתרם בקלות. אולם השאלה אינה טעונה מענה בענייננו. זאת, כיון שלא עלה בידי גידור להראות – וכלשון הסעיף, נטל ההוכחה רובץ על כתפיו – כי נקט מעשה כלשהו לשם הבטחת החוק בנסיבות הקונקרטיות. מכאן, לא מצאתי טעם להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי גם לעניין זה.

צד. לסיכום, סבורני כי יש להותיר על כנו גם את הרשעות רוזנהויז וגידור בעבירות הפרת תנאי המיזוג – רוזנהויז באחריות ישירה, ואילו גידור באחריות מכוח סעיף 48.

צה. סיכומם של דברים, לא ראיתי להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי, לפיה יש להרשיע את רוזנהויז וגידור במיוחס להם כאמור, הן לעניין עבירות הניסיון לערוך הסדר כובל, והן לעניין העבירות של הפרת תנאי מיזוג. אשר להרשעת שופרסל, זו נלמדת ישירות ממעשיהם של רוזנהויז וגידור כאורגנים בחברה (ראו ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 364 (1991); עניין מליסרון, פסקאות קי"א-קכ"א); וכאמור, למעשה אף שופרסל עצמה אינה מערערת על כך. נעבור עתה לשאלת העונש.

גזרי הדין והערעורים על העונש

גזר הדין

צו. בית המשפט המחוזי קבע כי מתחם הענישה ההולם, הן בעניינו של רוזנהויז והן בעניינו של גידור, נע בין מספר חודשי מאסר בעבודות שירות לבין מספר חודשי מאסר שירוצו מאחורי סורג ובריח; זאת בנוסף לקנס ומאסר על תנאי משמעותיים שיהיה בהם כדי להרתיעם מביצוע המעשים בעתיד. אשר לשופרסל נקבע כי מתחם הענישה ההולם צריך להיות קנס משמעותי וכן קנס מותנה שסכומו יהא מרתיע.

צז. אשר לעונשים בתוך המתחם, נזכיר כי בית המשפט קבע את העונשים הבאים:

על רוזנהויז הושטו ארבעה וחצי חודשי מאסר, מתוכם חודשיים בבית האסורים והיתר בעבודות שירות; קנס בגובה 450,000 ₪ או ארבעה חודשי מאסר תמורתו; ומאסר על תנאי של ששה חודשים, למשך 3 שנים, והתנאי הוא שלא יבצע עבירות של הסדר כובל, לרבות ניסיון, וכן עבירות של הפרת תנאי מיזוג. בנוסף, רוזנהויז נפסל מכהונה כדירקטור בחברה ציבורית למשך שלוש שנים.

על גידור הושתו שניים וחצי חודשי מאסר, מתוכם חודש בבית האסורים והיתר בעבודות שירות; קנס בגובה 250,000 ₪ או חודשיים מאסר תמורתו; מאסר על תנאי של ארבעה חודשים, למשך 3 שנים, והתנאי הוא שלא יבצע עבירות של הסדר כובל, לרבות ניסיון, וכן עבירות של הפרת תנאי מיזוג.

על שופרסל הוטל קנס בגובה 3 מיליון ₪, בנוסף לחתימה על התחייבות בגובה 5 מיליון ₪, לפיה לא תעבור עבירה מתחום ההגבלים העסקיים למשך 3 שנים.

צח. בית המשפט סקר את עדויות האופי השונות שהובאו בעניינם של רוזנהויז וגידור; לגבי רוזנהויז, הובאו עדויות של אנשי עסקים שונים אשר העידו על כישוריו הניהוליים המרשימים, וכן בעלי תפקידים בארגוני צדקה שונים אשר העידו הן על תרומתו של רוזנהויז מטעם שופרסל והן על תרומתו האישית לפעילותיהם של ארגונים שונים. אשר לגידור, הובאו עדויות של אנשי עסקים וכן מעסיקיו השונים, אשר העידו כי הוא אדם שומר חוק. לעניין שופרסל צויינה תרומתה לחברה במסגרת עמותות ופרויקטים חברתיים שונים.

צט. בקבעו את עונשי המערערים, נתן דעתו בית המשפט לערך המוגן בבסיס העבירות בהן הורשעו המערערים – התחרות החופשית, ולטעמו די בנסיון המערערים ליצור את ההסדרים הכובלים כדי לפגוע בערך חברתי זה. מנגד, צוין כי בפועל, כיון שמדובר בניסיון שלא צלח, לא נגרם נזק ממשי לשוק, ויש להביא זאת בחשבון לצד קולה. לעניין רף הענישה הנוהג, סקר בית המשפט את ההלכות השונות בתחום, וקבע כי אמנם רף הענישה הנוהג מצביע על כך שמאסר מאחורי סורג ובריח הוטל אך במקרי קרטל של ממש, אולם צוין כי ניכרת מגמת החמרה בעבירות מתחום ההגבלים העסקיים, וככלל, העונש הראוי במקרים מעין אלה הוא מאסר מאחורי סורג ובריח. אשר לקנסות, צוין כי החוק מאפשר השתת קנס בגובה 2,020,000 ₪ בגין כל אחת מן העבירות בהן הורשעו רוזנהויז וגידור, ועל שופרסל 4,040,000 ₪ בגין כל עבירה; זאת, לפי סעיף 47א(1) וסעיף 47א(4) לחוק ההגבלים העסקיים, בצירוף סעיף 61א(4) לחוק העונשין, וצו העונשין

(שינוי שיעורי קנסות), התשס"ג-2002. עוד צוין בהקשר זה כי בעבירות כלכליות על הקנס להיות משמעותי, שכן עבירות אלה נולדו מעיקרא על רקע הרצון לייצר רווח, ולכן על הקנס להיות גורם מרתיע מביצוע עבירות אלה בעתיד.

הערעורים על העונש

ק. בערעורו של רוזנהויז נטען, בין היתר, כי שגה בית המשפט בכך שהתייחס למערער כאל מי שהורשע בארבע עבירות של ניסיון להסדר כובל, שעה שמדובר היה, לכל היותר, בהסדר כובל בודד עם ארבעה ספקים. עוד נטען, כי העונש שהוטל על רוזנהויז חורג באופן ניכר ממתחם הענישה הראוי, הן לעניין המאסר והן לעניין הקנס. קונקרטי, נטען כי בית המשפט לא נתן משקל מספק לכך שרוזנהויז לא תיכנן את העבירות טווח ארוך מראש; לכך שלא נגרם נזק ממשי מלא יצאו העבירות אל הפועל; לנסיבות שהביאו את רוזנהויז לפעול כפי שפעל – תחושות השפלה וכעס נוכח מבצע מוגה; ולעברו העסקי המפואר של רוזנהויז ולתרומתו לחברה. עוד נטען, כי בית המשפט לא נתן משקל מספק לעונש הנוהג בעבירות כדוגמת אלה בהן הורשע רוזנהויז, באשר עד כה הושת עונש של מאסר בפועל בגין הסדר כובל אך בשני מקרים, ובשניהם מדובר היה בקרטל של ממש שנמשך מספר שנים; ואילו בענייננו מדובר אך בניסיון להשגת הסדר אנכי שלא יצא אל הפועל. כן צוין כי שגה בית המשפט בכך שלא נתן דעתו לכך שזו הפעם הראשונה בו מורשע אדם בעבירה של הפרת תנאי מיזוג, וגם בכך יש כדי להקל את העונש. לעניין פסילתו של רוזנהויז מכהונה כדירקטור נטען, כי נדרשות נסיבות חריגות לשם שימוש בסמכות זו של בית המשפט, ואלה אינן מתקיימות כאן. מטעמים אלה ועוד נטען, כי העונש ההולם בענייננו של רוזנהויז הוא מאסר על תנאי בלבד, בצירוף קנס בגובה כ-100,000 ₪, וללא פסילתו מלכהן כדירקטור.

קא. בערעורו של גידור נטען בין היתר, בדומה לערעורו של רוזנהויז, כי שגה בית המשפט בכך שלא התייחס אל מכלול האירועים כאל אירוע אחד וכשיקול להקלה בעונשו. לעניין העבירה של הפרת תנאי מיזוג נטען, כי לא היה ראוי להגיש כתב אישום בגין כך, שעה שבעניין דומה הגיעה הרשות עם חברה אחרת והמנהלת הכללית של החברה לצו מוסכם לפי סעיף 50 לחוק, חלף הליך פלילי, שבמסגרתו

שולמו קנסות בגובה 1.5 מיליון ₪ על-ידי החברה ו-50,000 ₪ נוספים על-ידי המנהלת הכללית. בנוסף, כך נטען, כיון שמדובר בפעם הראשונה בה מורשע אדם בעבירה זו, היה מקום להתחשב בכך כשיקול נוסף להקלה בעונש. אשר לעבירות הניסיון להגיע להסדרים כובלים נטען, כי שגה בית המשפט בכך שלא נתן משקל מספק לכך שמדובר בהסדר אנכי ולא בהסדר אופקי בין מתחרים, ולכך שמתחילה השפעתו של זה על התחרות נמוכה יותר; כך במיוחד בענייננו, שעה שמדובר בניסיון בלבד ולמעשה לא נגרם נזק בפועל. עוד נטען, כי בית המשפט לא נתן משקל מספק לכך שחלקו של המערער בביצוע העבירות היה משמעותי פחות מזה של רוזנהויז, ולכן היה מקום להפחתה נוספת בעונשו. אשר לקנס נטען, כי מדובר בקנס גבוה במיוחד החורג בצורה משמעותית מקנסות שהושתו במקרים דומים. מטעמים אלה ועוד נטען, כי העונש ההולם בענייננו של גידור נע בין מאסר על תנאי לבין שירות לתועלת הציבור, ובנוסף קנס בגובה 50,000-150,000 ₪.

קב. בערעורה של שופרסל נטען בין היתר כי גובה הקנס שהושת על שופרסל חורג באופן משמעותי מקנסות שהושתו במקרי עבר, וכן חורג מן העונש הראוי בנסיבות המקרה. נטען בהקשר זה כי בית המשפט שגה בכך שלא נתן דעתו לפערי הכוחות בין שופרסל לספקים, אשר שניים מהם בעלי מעמד מונופוליסטי, ומכאן כי מעיקרא אפשרותה של שופרסל להפעיל על הספקים לחץ מוגבלת. עוד נטען כי לא ניתן משקל מספק לתרומתה של המערערת למשק ולחברה הישראלית לאורך השנים, לרבות תרומות בסך מיליוני שקלים כל שנה במסגרות שונות. מכאן נטען, כי מתחם העונש הראוי הוא 300,000 ₪ עד מיליון ₪, ובעניינה הקונקרטי של שופרסל, מטעמים אלה ואחרים, העונש צריך שיהא ברף התחתון של המתחם.

קג. לטענת המדינה, אין מקום להתערב בגזר הדין, שעה שבית המשפט המחוזי הלך כברת דרך ארוכה אל עבר המערערים, ולמעשה ראוי היה להשית עליהם עונשים חמורים מאלה שהושתו בפועל. בין היתר נטען, כי בית המשפט העליון קבע, בשורה של פסקי דין, כי המדיניות הראויה בעבירות מתחום ההגבלים העסקיים היא מאסר מאחורי סורג ובריה בנוסף לקנס משמעותי, וכי ניכרת מגמה להחמיר בענשם של מבצעי עבירות כלכליות למיניהן. עוד נטען, כי הנזק שיכול

היה להיגרם בענייננו הוא גדול, נוכח מעמדן של שופרסל ומגה בשוק הקמעונאי. בנוסף נטען, כי מהות ההסדר שניסו המערערים ליצור היא למעשה אופקית, שכן אף שלכאורה הצדדים להסדר עתידים היו להיות שופרסל והספקים, מטרתו היתה להגביל את התחרות בין שופרסל למגה, ובשונה מהסדרים אנכיים אחרים, תכליתו היחידה של ההסדר היתה לפגוע בתחרות; בכך, כנטען, היה כדי לשמש נסיבה להחמרה בעונשם של המערערים.

הכרעה לעניין העונש

קד. בסופו של יום, לאחר עיון מעמיק בטענות הצדדים ובפסיקה הרלבנטית, סבורני כי אין להיעתר לערעורם של רוזנהויז ושופרסל לעניין העונש; אולם יש להיעתר לערעורו של גידור, במובן זה שנבטל את רכיב המאסר מאחורי סורג ובריאח בענייננו ונקבע כי ירצה עונש מאסר של חודשיים וחצי בעבודות שירות, ויתר רכיבי העונש יישארו בעינם.

קה. סקירת בית משפט זה מעלה כי אכן כטענת המערערים, העונש אשר הושת עליהם חמור מזה שנהג לאורך השנים בפסיקת בתי המשפט בעבירות דומות מתחום ההגבלים העסקיים. סקירת הענישה הנוהגת מעלה כי מחד גיסא, עמדו בתי המשפט על הצורך להחמיר בענישה בתחום, תוך ציון שנקודת המוצא צריכה להיות מאסר בפועל מאחורי סורג ובריאח בשילוב קנסות משמעותיים (ע"פ 1042/03 מצרפלט נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (2003) (להלן עניין מצרפלט); ע"פ 7068/06 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה, פסקה 14 (2007) (להלן עניין אריאל); עניין וול, פסקה ר"ט; ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' אהרון, פסקה 72 (2007) (להלן עניין אהרון); ע"פ 845/02 מדינת ישראל נ' תנובה, פסקה 6 (2008) (להלן עניין תנובה); ומאידך גיסא, בפועל נמנעו מלעשות כן בשל שיקולים אינדיבידואליים בכל תיק ותיק, תוך הסתפקות בעונשים של עבודות שירות, מאסרים על תנאי וקנסות הנמוכים מענייננו בצורה ניכרת (עניין מצרפלט, פסקה 24; עניין אריאל, פסקה 22; עניין וול, פסקאות רכ"ב – רל"ג; עניין אהרון, פסקאות 90-91; עניין תנובה, פסקה 8).

עונש של מאסר בפועל מאחורי סורג ובריה (תשעה חודשים) הושת על המערער במסגרת "קרטל המרצפות", אשר אין חולק כי נסיבותיו חמורות בהרבה מענייננו; שם מדובר היה בהסכמים שונים בין יצרניות מרצפות הנוגעים לתיאום מחירים, כמויות וחלוקת שוק, במסגרת קרטל שנמשך למעלה מעשור (ע"פ 2919/02 אלוני נ' מדינת ישראל (2002); וראו גם ע"פ 2929/02 מדינת ישראל נ' סבירסקי (2003)).

קו. עד כאן הענישה הנוהגת; אולם אין זו בהכרח הענישה הראויה לענייננו. בשנים האחרונות עמדו בתי המשפט ובהם בית משפט זה על הצורך בהחמרת הענישה בתחום העבירות הכלכליות, הניכרת עד כה בעיקר, אולם לא רק, בתחום העבירות בניירות ערך. כך למשל, במסגרת ע"פ 6020/12 מדינת ישראל נ' עדן (2013), הושת לראשונה עונש של מאסר בפועל מאחורי סורג ובריה – עשרה חודשים – על מי שעשה שימוש במידע פנים; במסגרת ע"פ 99/14 מדינת ישראל נ' מליסרון (2014), הושת לראשונה עונש של מאסר בפועל – שנת מאסר – על מי שביצע את עבירת המניפולציה תוך "עירוב כוונות", דהיינו כוונה מסחרית לגיטימית ובצידה כוונה פלילית; ובמקרים רבים אחרים הושתו עונשי מאסר משמעותיים על מבצעי עבירות שונות בתחום זה, תוך מגמה ברורה של החמרת הענישה בעבירות הכלכליות (וראו למשל ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל (2008); ע"פ 4430/13 שרון נ' מדינת ישראל (2014); ע"פ 4666/12 גורביץ' מדינת ישראל (2012); ועוד). לטעמי, מגמה זו ראוי שתיושם גם לעניין עבירות מתחום דיני ההגבלים העסקיים, אשר בדומה לעבירות בתחום ניירות הערך, יש בהן כדי להשפיע על כלל הציבור והמשק; זאת במיוחד כאשר מדובר בחברות ענק כחברות נשוא הליך זה.

קז. החמרת הענישה נובעת מהשינוי התפיסתי בדבר עבירות "הצווארון הלבן". דהיינו, כי אף שמדובר בעבריינים אשר מגיעים ככלל מרקע נורמטיבי, וחרף היעדרו של "דם בזירת האירוע", מדובר בעבירות חמורות, אשר הנזק אותו הן גורמות לפרט ולציבור הוא רב. כפי שציין חברי השופט הנדל בעניין קודם:

"ככל שהכלכלה התפתחה והפכה למורכבת יותר, כך התרחב מנעד הפשיעה נגד הרכוש ... ואולם, על אף ה'הילה' (בלשון סגי נהור כפולה ומכופלת) העוטפת עבירות מסוג זה, ואולי דווקא בגלל הביצוע הסטרילי לכאורה של פשיעה כאמור, על מערכת אכיפת החוק והענישה לעמוד על המשמר ביתר שאת, תוך קביעה חד משמעית לפיה גם פשיעה זו אינה משתלמת" (ע"פ 8458/11 שובל נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (2012)).

אמנם, מדובר ככלל במקרים אלה במי שרקעם נורמטיבי ולעתים קרובות חיובי, ולא תמצאם שולחים ידם בפשע "קלאסי", אך להיטות היתר להצליח בעסקים ולנצח בקרבות העסקיים עלולה להביאם לעבירות, שמשמען הכלכלי-חברתי עלול להיות רב. חומרת העבירות והנזק אשר בצידן, הם המחייבים עונש שיהא בו כדי להרתיע הן את מבצעי העבירות והן נושאי משרה אחרים במבט לעתיד. כפי שהזדמן לי לציין במספר פרשיות, דווקא בעבירות אלה יש מקום רב יותר לסברה לפיה יוכל עונש משמעותי, ובמיוחד עונש מאחורי סורג ובריח, להשיג את מטרות ההרתעה – הן הרתעת היחיד הקונקרטי והן הרתעת הרבים:

"לטעמי, גם מי שאינו סבור כי הרתעת הרבים, אולי להבדיל מהרתעת היחיד, פועלת ככלל בעבריינות ה'קלאסית' של רצח, שוד ואונס, חבלה ודומותיהן ... יוכל לסבור כי יש לה סיכוי בעבירות כלכליות, מכל מקום של'הצווארון הלבן'. המתכנן עבירות – או שמא נאמר 'מתחמק' – ושומע כי דינו עלול להיות מאסר, אולי יחשוב פעמיים... כאמור, נדמה כי בענייננו עונש הרתעתי נועד להרתיע לא רק את המערער עצמו בלבד במבט לעתיד, אלא לא פחות את הרבים, ובעיקר – כפי שציין בית המשפט המחוזי – את המכהנים בתפקידים בכירים בתאגידים, לבל ימעלו אלה באמון שניתן בהם. דווקא כלפי אנשים נורמטיביים בבסיסם המתכננים את מעשיהם, אולי יכול ה'תכנון' גם את הסיכון שבהעמדה פלילית לדין (ע"פ 677/14 דנקנר נ' מדינת ישראל, פסקאות ל"ח-ל"ט (2014)).

ובעניין נוסף:

"אכן הרשעה פלילית היא כתם, מאסר בעבודות שירות הנחשב מאסר בפועל אינו נעים – אך אין להשוותם כל עיקר למאסר מאחורי סורג ובריח, תענוג מפוקפק גם בבתי הסוהר הטובים ביותר; משמעו שלילת חרות, ניתוק מן המשפחה, היות האדם נתון למרות יומיומית של הזולת, חברה לא מלבבת על פי רוב, ועוד כיוצא באלה. אין איפוא להקיש מאסר כזה לענישה אחרת, בודאי לאדם שהוחזק נורמטיבי, וכל חייו רק קרא על בתי סוהר או צפה בהם בסרטים" (חוות דעתי בעניין עדן; ראו גם חוות דעתה של המשנה לנשיאה – כתארה אז – באותו העניין).

וראו באשר לכך גם ע"פ 5783/12 גלס נ' מדינת ישראל, פסקה ג' (2014); עניין מליסרון, פסקאות ק"ה-ק"ח.

קח. ומן הכלל אל הפרט: אשר לרוזנהויז, מדובר במנהלה של קמעונאית המזון הגדולה בישראל; ההסדרים אותם ניסה להשיג היו עם ספקיות המזון והמשקאות הגדולות בישראל; וזאת באופן שעלול היה להשפיע ישירות על קמעונאית המזון השניה בגדלה בישראל. עינינו הרואות כי עסקינן ברובד הגבוה ביותר של שוק המזון, על משמעות הדברים בנושא התחרות, וברי כי אין דינו של עובד במכולת שכונתית כדינו של מנהלה הכללי של קמעונאית המזון הגדולה בישראל. כפי שציינתי מעלה, העובדה כי מדובר על פניו בהסדר אנכי, אין בה כדי להפחית מפגיעתו הפוטנציאלית הברורה במישור האופקי, ובכך שלמעשה אין בהסדר לו כיוונו המערערים דבר פרט לפגיעה תחרותית. בנוסף לכך, כאמור, לטעמי תהא זו טעות לבחון את ההסדרים נשוא העניין אך באספקלריה של המבצע הקונקרטי שנתבקשה הפסקתו, אלא יש להתחשב בנסיונו של רוזנהויז להשפיע על מערכת היחסים הנמשכת בין שופרסל לספקיות השונות, באופן שהיה עלול – במובהק – להביא לפגיעה ארוכת טווח בתחרות הקמעונאית בשוק המזון.

קט. במובנים רבים, תיק זה ממחיש את העובדה הפשוטה שתחרות איננה מצב הטבע, והגם שמעיקרא היה ניתן אולי לסבור כי תחרות מובנית בהתנהגות

האנושית, בנימה דרויניסטית, כמסתבר לעתים הסדר בין מתחרים, או בענייננו הסדר שנועד לפגוע במתחרים, בחינת הגבל עסקי, תועלתו הכלכלית לצדדים לו היא רבה, אך היא באה על חשבון הציבור. בנידון דידן, ברי כי פשוט יותר היה לרוננהויז להתקשר לספקים השונים בדרישה כי יביאו לסיומו של מבצע מגה, מאשר להתחרות ישירות במגה ולהוריד את המחירים אותם מציעה שופרסל; לדבר לא היה השפעה כספית על מאזניה של שופרסל, אלמלא ההליך הפלילי לא היה נגרם לה נזק, ואילו השתכללו מאמציו של רוננהויז, הייתה שופרסל גם מרויחה רווח קל על-ידי מחיסול התחרות, בין באופן רגעי באמצעות הפסקת המבצע ובין, כאמור, באמצעות ההשפעה ארוכת הטווח על היחסים עם הספקים, שהיו בנקל "מבינים את הרמז". מכאן הצורך האמור בענישה משמעותית ומרתיעה – כדי שיידעו מנהלי תאגידים בכירים שהפשע הכלכלי אינו משתלם, וכי עליהם לבחור בדרך הארוכה ועשיית רווח כלכלי אמיתי, על פני הדרך הקצרה ויצירת רווחים מלאכותיים על חשבון קהל הצרכנים. בנוסף, כזכור, רוננהויז הורשע לא רק בניסיון להשיג הסדרים כובלים, אלא גם בעבירות של הפרת תנאי מיזוג; תנאי מיזוג אלה "נתפרו למידותיה" של שופרסל, לשונם ברורה, ואף כפי שהעיד רוננהויז, הוא עצמו לקח חלק בניסוחם (ראו פרוטוקול הדיון מיום 5.7.2012, ע' 1757, ש' 28-20). גם בכך יש כדי להחמיר לגבי עונשו. מכאן, אף כי ניכר שאיננו מצויים ב"רף העליון" של עבירות ההגבלים העסקיים שעה שההסדרים בהם עסקינן לא יצאו אל הפועל, יש לקבוע כי ענייננו מחייב מאסר בפועל, וכאמור כך ראוי שיהא ככלל בעבירות מעין אלה; ולא למותר לציין, כי סעיף 47(א) לחוק קובע עונש מרבי של 3 שנות מאסר בגין כל אחת מן העבירות בהן הורשע רוננהויז. כפי שציינתי מעלה, אכן עונש זה אינו משקף את הענישה הנוהגת עד כה בעבירות אלה בהן נמנענו ככלל מהשתת עונשי מאסר בפועל, אולם לטעמי הוא משקף את הענישה הראויה; וכפי שציינה השופטת ברק-ארז בעניין עדן: "אל לנו להיקלע ל'מעגל שוטה' בשל כך, על יסוד גישה שתתריע תמיד כנגד החלתה של גישה ראויה בפעם הראשונה. כל זאת, בצד המודעות לכך שהעלאתו של רף הענישה צריכה להתבצע בהדרגה" (שם, פסקה 23). בהמשך לכך, סבורני כי בית המשפט העלה את רף הענישה באופן הדרגתי וקבע עונש מידתי, שעה שהשית על רוננהויז עונש שחלקו (הקטן יותר) מאסר מאחורי סורג ובריה וחלקו בעבודות שירות, הכל כאמור מעלה. הזכרנו כי

נשקלה אפשרות להמרת העונש בשישה חודשי מאסר בעבודות שירות, ואיננו מתעלמים מזכויותיו ומעלותיו המרשימות, כפי שפורטו מעלה, אך בסופו של יום נראה, כי יש מקום למתן ביטוי לכוונת המחוקק ולצורך בהעלאת הענישה הנוהגת בכגון דא, אף שערים אנו למשמעות הלא פשוטה לגבי רוזנהויז בכניסה לבית האסורים.

קי. הוא הדין גם בנוגע לקנסות שהושטו על רוזנהויז ושופרסל, וכן על ההחלטה למנוע מרוזנהויז לכהן כדירקטור. אשר לקנסות, עמדנו על כך כי מטרתם היא להרתיע, הן את היחיד והן את התאגיד, מפני ביצוע חוזר של העבירות; לשם כך על הקנסות להיות משמעותיים. אשר לרוזנהויז, כעולה מהדו"חות הכספיים של החברה בשנים הרלבנטיות, שכרו בשופרסל עמד על מיליוני שקלים בשנה, וזאת בנוסף למענקים השונים שקיבל, בסך מיליוני שקלים גם הם; לא למותר לציין כי ביום 9.2.2010, כשבוע בלבד לאחר שהוגש כתב האישום נשוא ענייננו, החליטה שופרסל להעניק לרוזנהויז מענק בגובה 4.5 מיליון ₪ (ראו טבלת המענקים בעמ' 10 לדו"ח השנתי של החברה לשנת 2009, וכן הערת שוליים 11 בעמ' 11 לדו"ח). בהינתן אלה, סבורני כי הקנס אשר הושט עליו אינו חורג מגבולות הסביר. כך גם באשר לשופרסל – מדובר כאמור בקמעונאית המזון הגדולה בישראל, שרווחיה התפעוליים בתקופה הרלבנטית עמדו על מאות מיליוני שקלים בשנה (ראו החלקים הרלבנטיים מדוחות החברה אשר הוגשו לבית המשפט המחוזי וסומנו ת/263). מכאן שאין להתערב בגובה הקנסות.

קיא. אשר להחלטה למנוע מרוזנהויז לכהן כדירקטור, זו נשענת על סעיף 226(א)(3) לחוק החברות כפי שעמד בתוקף בתקופה הרלבנטית (כיום ההוראה קבועה בסעיף 226(א1) לחוק); סעיף זה מסמיך את בית המשפט לפסול אדם מכהונת דירקטור "בשל הרשעה בעבירה אחרת אשר בית משפט קבע כי מפאת מהותה, חומרתה או נסיבותיה אין הוא ראוי לשמש כדירקטור בחברה ציבורית". בע"פ 4783/09 שולשטיין נ' מדינת ישראל, פסקה 39 (2010) נקבע, כי חוק ההגבלים העסקיים בכלל ועבירת ההסדר הכובל יכולים לבוא בגדר הסעיף והשאלה תלויה בנסיבות ביצוע העבירה. באותו עניין הוחלט למנוע מן המערער לשמש כדירקטור,

משנמצא כי התרשל בביצוע תפקידו בחברה באופן שהקים לו חבות בפלילים מכוח סעיף 48 כאמור. לטעמי, הדברים אמורים לענייננו מקל וחומר, שכן התנהגותו של רוזנהויז כאמור נעשתה בכוונה של ממש, והוא שעמד מאחורי ביצוע המעשים באופן ישיר. מכאן, שחרף כישוריו הניהוליים המוכחים של רוזנהויז, מצדיק האינטרס הציבורי את הרחקתו לתקופה מסוימת מכהונת דירקטור, כפי שקבע בית המשפט המחוזי.

קיב. שונים הדברים לעניין העונש במידת מה בענייניו של גידור. כפי שעולה מחומר הראיות, אף שגידור הורשע בביצוע בצוותא של עבירות הניסיון להשגת הסדר כובל, ניכר כי חלקו בהן היה פחות באופן משמעותי מזה של רוזנהויז, אשר היה ההוגה הראשי של הניסיון להשגת הסדרים כובלים וכן המבצע העיקרי בפועל. אשר לעבירות של הפרת תנאי המיזוג, כזכור גידור לא הורשע בביצוע בצוותא של עבירות אלה אלא מתוקף תפקידו ולמעשה נוכח מעשיו של רוזנהויז, הבכיר ממנו בשופרסל, וגם בכך יש כדי להבדיל בין השניים. סבורני איפוא כי עקרון הענישה האינדיבידואלית והשוני שבין רוזנהויז לגידור מצדיקים הפחתה מסוימת בעונשו של גידור; מכאן, אם תישמע דעתי, נמיר את עונשו של גידור בהסכמתו בשלושה חודשי מאסר שיוכלו להיות מרוצים בעבודות שירות, בעוד יתר רכיבי העונש יוותרו בעינם.

קיג. אחר הדברים הללו, עיינתי בדבריו של חברי השופט הנדל. יש שוני מסוים, לא גדול, בין עמדותינו בנושא אחד: לדידו של חברי, משקבענו כי ככלל הסדרים אנכיים באים בגדרי סעיף 2(א) לחוק, אין מקום להצביע על חריג, כפי שהצעתי בפסקה פ"ו מעלה, לפיו מקום בו הפגיעה התחרותית הפוטנציאלית מובנת מאליה ביותר, ואילו הערך הכלכלי החיובי של ההסדר נמוך עד מאוד, יבוא גם הסדר אנכי בגדרי סעיף 2(ב). מכבד אני את רצונו של חברי ליצור ודאות משפטית, ואולם סבורני כי קריאת לשון החוק הישראלי ועיון בפסיקה האמריקאית מצביעים על מורכבות, שמכוחה ראוי להשאיר את פתחי החריג במקרים מיוחדים. בסוגיה האם יש לסווג הסדר כאסור *per se* או שמא תחת כלל הסבירות, עברה פסיקתו של בית המשפט העליון האמריקני תמורות עם השתנות העתים, בהתאם לתפיסות כלכליות

רלבנטיות ובהתאם לנסיון החיים ורוח העידן, על פי המציאות האמריקנית בכל עת נתונה. כך, למשל, בשלב מסויים סווגו הסדרי חלוקת שוק אנכיים כהסדרים אסורים *per se* (*United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365, (1967)379); וכעשור לאחר מכן נקבע כי יש לסווגם תחת כלל הסבירות (Sylvania, at pp. 58-59). הסדרים הנוגעים להכתבת מחיר מרבי סווגו תחילה כאסורים *per se* (*Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145, 151-153 (1968)) ולאחר מכן נקבע כי יש לסווגם תחת כלל הסבירות (*State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3, 22 (1997)); כך גם הסדרים הנוגעים להכתבת מחיר מזערי (ראו תחילה - *Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911) (להלן עניין Miles); ובהמשך - *Leegin Creative Leather Prods. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 907 (2007) (להלן עניין Leegin). אמנם ברי, כפי שציינתי מעלה וכפי שמציין חברי, כי המגמה ברורה, והיא נוטה לבחינת רובם המוחלט של ההסדרים האנכיים תחת כלל הסבירות; אולם סבורני כי יש חשיבות לתהליך, אשר נמשך בארצות הברית כמאה שנה ונדון במספר גדול עד מאוד של פסקי דין, וראוי שלא לעבור באבחה אחת מן הגישה שנהגה כאן עד כה, לפיה ככלל, הסדרים אנכיים, על סוגיהם השונים, יכולים להיבחן תחת החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב), לגישה בקצה האחר של המנעד אותה מציע חברי, לפיה אף הסדר אנכי לא יוכל, בכל מקרה, להיבחן תחת חזקות אלה.

קיד. סבורני כי פסק הדין שניתן בארצות הברית בעניין *Leegin* ממחיש בצורה מיטבית את חשיבות התהליך. באותו עניין נדונה שאלת סיווגו של הסדר במסגרתו מכתוב היצרן לקמעונאי מחיר מזערי שבו עליו למכור את מוצריו; זו הייתה מדיניות היצרן, אשר ככלל סירב למכור את מוצריו לקמעונאים שמיאנו להתחייב שלא למכור את מוצריו לציבור מתחת למחיר מזערי אותו קבע. בפסק דין *Miles* שניתן כמאה שנים קודם לכן, נקבע כי הסדר מעין זה אסור *per se*. בעניין *Leegin*, מצאה דעת הרוב להפוך את ההלכה, ונקבע כי יש לבחון הסדר זה תחת כלל הסבירות; למעשה, נקבע כלל רחב יותר, לפיו "Vertical price restraints are to be judged according to the "rule of reason (Justice Kennedy, at p. 907). ואולם,

ההלכה נקבעה על חודו של קול, ודעת המיעוט, לאחר חוות דעת מפורטת, סיכמה כך:

"The only safe predictions to make about today's decision are that it will likely raise the price of goods at retail and that it will create considerable legal turbulence as lower courts seek to develop workable principles (Justice Breyer, at p. 929)"

סוגיית הכתבתו של מחיר מזערי היא אך דוגמא אחת מני רבות העלולות להתעורר כשענייננו בהסדרים אנכיים. אכן, בדומה לקביעת דעת הרוב בעניין *Leegin*, ייתכן כי אין להחיל על הסדרים אלה את החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב), אלא להסתפק בהחלת סעיף 2(א) ולבחון בכל מקרה האם הוכחה פגיעה תחרותית (לתמיכה בעמדה זו ראו למשל גילה – סכר ההסדרים הכובלים, בעמ' 765-766). ואולם, יתכן כי המציאות הישראלית נוטה יותר לעבר עמדת המיעוט באותו עניין, דהיינו כי במקרה בו מתערב היצרן בשיקול הדעת של הקמעונאי על-ידי הכתבת מחיר מזערי לצרכן, יש לאסור זאת *per se* באמצעות החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב). מכל מקום, מדובר בסוגיה מורכבת, וענייננו אינו המקום להכריע בכך. לטעמי עלינו להותיר לאחר פסק דין זה פתח, גם אם צר במובהק, לליבון סוגיות מורכבות אלה ואחרות, ככל שהנסיבות יצריכו; וזאת בנוסף לסוגיה הקונקרטית אשר עלתה בנסיבות ענייננו, ועליה הורחב בפסקאות פ"ז-פ"ח. חוששני כי לשיטת חברי משנעל פתח צר זה, יוכרעו סוגיות שונות בטרם נדונו לאשורן. מכל מקום, כאמור, חילוקי הדעות בינינו אינם מעיבים על התוצאה המשותפת הכללית בתיק.

סיכום

קטו. איננו נעתרים איפוא לשלושת הערעורים על הכרעת הדין. אשר לערעורים על העונש, לא נקבל את ערעוריהם של רוזנהויז ושופרסל, אולם ניעתר לערעורו של גידור כאמור בפסקה קי"ב. רוזנהויז יתייצב לריצוי עונשו ביום 7.10.2015 בבית המעצר ניצן, מתחם איילון, עד שעה 0900. הממונה על עבודות שירות יגיש תוך 30 יום (ימי פגרה במניין) חוות דעתו לגבי עבודות השירות באשר לרוזנהויז וגידור.

ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה

השופט נ' הנדל:

1. עיינתי היטב בחוות דעתו המקיפה והמרשימה של חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין. באופן עקרוני מסכים אני לקביעותיו, הן ביחס להכרעת הדין, והן ביחס לגזר הדין. אמנם, ישנה מחלוקת מסוימת בינינו בתוצאה. מחלוקת זו אינה במרכז העניינים, אלא בשוליים, אך ניתן לומר שהמחלוקת נגזרת מהצטרפותי לעמדותיו במובן הרחב. לנוכח חשיבותם של ההיבטים הכלליים בדבר תחולת הסדר כובל כהגדרתו בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: החוק), והתפרשותו על הסדרים אופקיים או אנכיים – ראיתי לנכון לציין כמה דגשים שונים, לצד הנמקתו המפורטת של חברי.

2. נפתח בהצגת סעיף 2 לחוק:

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

עיון בחוק מלמד כי סעיף 2 עומד בליבתו. הוא מופיע בסימן א' בפרק ב', שכותרתו – "הסדר כובל מהו". נושא זה הוא הראשון שזוכה להתייחסות בחוק, ולא בכדי. החוק יוצא נגד הסדר כובל מהטעם המוצהר לפיו הוא עלול למנוע או להפחית

תחרות בעסקים. ההנחה היא שפגיעה בתחרות תגולם במחיר לצרכן, שיפגע ממנה, וכנגד זה יש להילחם.

ההבדל בין סעיף 2(א) ל 2(ב) ברור הוא. 2(א) מגדיר את המונח "הסדר כובל". המוקד הוא הפגיעה האמורה בתחרות. אין מדובר במבחן תוצאתי – פגיעה בתחרות בפועל – אלא ביצירת מצב בו עלולה להיווצר פגיעה שכזו. לעומתו, סעיף 2(ב) כולל ארבעה תתי סעיפים, שבהתקיים אחד מהם קיימת חזקה חלוטה שההסדר הינו הסדר כובל (דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף היס (1994) בע"מ (19.08.2001)). לאמור, אמת המידה לפיה ההסדר מגביל את אחד הצדדים באופן שעלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים, מפנה דרך לקיומם של קריטריונים שונים, שדי בהתקיים אחד מהם בכדי להיכנס להגדרת הסדר כובל. מבחינה מעשית, כוחה של החזקה החלוטה רב. השאלה הנדונה בחוות דעתו של חברי הינה האם בהקשר זה קיים הבדל בין הסדר אופקי לבין הסדר אנכי.

3. בית משפט זה נדרש לסוגיה זו בעניין אקסטל לפני למעלה מעשור (רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה (4.2.2004)). דא עקא, נחלקו שם הדעות באופן בו לא ניתן לומר כי קיימת דעת רוב. השופט טירקל הביע דעתו כי סעיף 2(ב) יחול בגדר חזקה חלוטה רק על הסדר אופקי. השופט נאור הסכימה כי זוהי אפשרות בעלת קסם מסוים, המבוססת על הבחנות מקובלות במשפט המשווה, אך דחתה את האבחנה בהיעדר עיגון לשוני לכך. זאת אומרת, סעיף 2(ב) אינו מסייג את תחולתו להסדר אופקי בלבד. מכאן דעתה כי אין לאבחן בין המצבים – אופקי מול אנכי – ובשניהם, בכפוף לתנאים בסעיף 2(ב), תקום חזקה חלוטה בדבר הסדר כובל. השופטת פרוקצ'יה נמנעה מלהביע את עמדתה במחלוקת שנפלה בין שני חבריה להרכב, ומשכך, נותרה הסוגיה בצריך עיון. בענייננו, חבריי המשנה לנשיאה רובינשטיין והשופט שוהם, הצטרפו למעשה לעמדת השופט טירקל בעניין אקסטל. דהיינו, כעת קיים רוב בעד תחולת סעיף 2(ב) רק על הסדר אופקי, ולא על הסדר אנכי. כאמור, בעניין זה אף דעתי כדעתם.

4. משוכה אחת עומדת בפני יצירת ההבחנה בין הסדר אופקי והסדר אנכי בסעיף 2(ב) – המשוכה הלשונית. אך כנגדה נימוקים שונים, שמשקלם רב, עד כדי הטיית הכף. כידוע, יש לפרש חוק על פי לשונו. בהתקיים יותר מאפשרות פרשנית אחת, שיקולים נוספים – לרבות תכלית החוק – יכריעו. אכן, המונחים הסדר אופקי או הסדר אנכי אינם מופיעים בלשון החוק. עם זאת, ניתן למצוא להבחנה זו עיגון לשוני מסוים, ואודה – ולו בדוחק.

סעיף 2(ב), שעניינו החזקות החלוטות, פותח במילים "ומבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן א". לשון זו, לרבות המילה "כלליות", יוצרת זיקה בין שני חלקי הסעיף, ובמובן מסוים אף מכפיפה את סעיף ב' לסעיף א'. רוצה לומר, כי החלק העיקרי של הסעיף הוא כמובן הגדרת הסדר כובל, ומבלי לגרוע מכלליות האמור, הוספו ארבעה מקרים בהם קיימת חזקה חלוטה. ואולם, סעיף 2(ב) אינו עומד לבדו, ועליו להשתלב יחד עם ההגדרה הכללית בסעיף 2(א).

ניסוח זה פותח פתח פרשני מסוים. פתח זה מוגבל הוא. הוא אינו חל על קו הגנה של נאשם לפיו המקרה הקונקרטי שלו אינו תואם את החזקות החלוטות. הסיבה לכך היא כי החזקות החלוטות בסעיף 2(ב) נועדו למנוע דיון במקרה הקונקרטי. אם לא נאמר כך, התוצאה היא שריקנו את החזקות החלוטות מתוכן. אלא ישנה קבוצה אחת יוצאת מן הכלל של מקרים – הסדר כובל אנכי – שכפי שיובהר אינה תואמת את הנחת היסוד בזיקה שבין סעיף 2(א) לסעיף 2(ב). לאמור, גם אם מתקיימת אחת החזקות החלוטות, מוטל ספק רב האם באופן מובנה וכללי מדובר בהסדר העלול להפחית או לפגוע בתחרות, כלשון סעיף 2(א). אם כך המצב, ניתן לומר כי הקבוצה האמורה אינה עונה על הרישא של סעיף 2(ב) – "מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן א". כך נוצר פתח לפרשנות היוצרת הבחנה בין הסדרים אופקיים להסדרים אנכיים. גם המשפט המשווה מלמד שהדוגמא של הסדר אנכי מהווה קבוצה חריגה ובולטת. ניתן אף לומר – ייחודית. העניין יובהר בהמשך. בקליפת האגוז נסביר כי סעיף 2(א) שם דגש על המצב שבו עלולה להיפגע התחרות. ואילו הסדר אנכי, בניגוד להסדר אופקי, אף עשוי להיטיב עם התחרות. הפרשנות המוצעת עשויה לשמר את הקשר הראוי בין סעיף קטן ב',

לסעיף קטן א'. ודוק, אין כוונתי לפתוח את סעיף החזקות החלוטות (סעיף 2(ב)) לבדיקה קבוצתית. אלא הסדר כובל אנכי הינו, לפחות כיום, בן חורג שזכה להכרה ככזה, בתוך הארץ ומחוצה לה. העניין נובע ממציאות כלכלית שלא ניתן לעצום עין ממנה.

בהציגי דברים אלו אינני מתעלם מכך כי אף אם יש לעמדותי עיגון לשוני מסוים, העמדה הלשונית הנגדית חזקה יותר. ברם, ישנם שלושה נימוקים שמשקלם המצטבר מצדיק את העדפת הפרשנות המוצעת לסעיף 2(ב). הראשון, תכלית החוק והמשפט המשווה. השני, עקרונות כלליים של המשפט הפלילי. השלישי, הנוהג הקיים על רקע מבנה החוק הרלוונטי.

5. תכלית החוק והמשפט המשווה – סעיף 2(א) מגדיר הסדר כובל כהסדר בו אחד מהצדדים "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". כאמור לעיל, המפתח לסיווג הסדר כהסדר כובל הוא המצב בו עלולה להיפגע התחרות. דברי ההסבר של המחוקק בהצעת החוק (הצעת חוק ההגבלים העסקיים, ה"ח התשמ"ד-1983, עמ' 42) מבהירים את הראציונל לסעיף קטן ב':

"בסעיף קטן (ב) באה רשימה של נושאים שבהם השלכת ההסדר בין הצדדים על צמצום התחרות אינה מוטלת בספק. הסדרים אלו יראו כהסדרים כובלים מבלי שיהא צורך לבוחנם בכל מקרה לאור המבחן הכללי האמור."

לאמור, החזקה פוטרת את המדינה מהוכחת היסוד. וזאת מתי? במקרה בו "השלכת ההסדר בין הצדדים על צמצום התחרות אינה מוטלת בספק". בהסדר אנכי, צמצום התחרות מוטל בספק לעיתים רבות, ובמספר גדול של מקרים – ההסדר אף מועיל לתחרות בשוק הרלוונטי. כפי שעולה ממאמרו של דיויד גילה (האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים, עיוני משפט כז(3) (2004) (להלן: גילה,

הסדרים אופקיים ואנכיים), ישנן כמה וכמה דוגמאות להסדר אנכי שמטיב עם התחרות בשוק – כגון הסדר רכישה בלעדית, הסדר הפצה בלעדית, הסדר מחיר מקסימום ועוד. כולם הסדרים אנכיים, שבהתאם לפרשנות המרחיבה של סעיף 2(ב), חסו תחת כנפיו וניתן היה לסווגם כאסורים, למרות שבמקרים רבים אינם פוגעים בתחרות.

אף המשפט המשווה תומך בפרשנות המבחינה בין הסדר אופקי להסדר אנכי. כפי שציין חברי, המשנה לנשיאה רובינשטיין, המשפט האמריקאי מהווה דוגמא שכזו. שם נפסק כי בבוא בית משפט לבדוק האם חוזה פוגע בתחרות לפי הדין הקובע (The Sherman Act 15 U.S.C.), סוגיית המפתח היא האם עסקינן בהסדר הפועל על חברות שהקשר ביניהן הינו אופקי או אנכי (Static Control Components, Inc. v. Lexmark Intern., Inc., 487 F. Supp 2d 861 (E.D. Ky. 2007)). נקבע כי הסדר אופקי מהווה הפרה, לגופו (Per Se), של כללי חוק ההגבלים האמריקאי (AT & T Corp. v. JMC Telecom, LLC, 470 F.3d 525 (3d Cir. 2007)). לעומת זאת, הסדר אנכי, ככלל, אינו מסווג כהפרה Per Se של החוק ההגבלים האמריקאי, ויש להחיל עליו את כלל הסבירות (Rule of Reason). כיום, רובם של ההסדרים האנכיים במשפט האמריקאי מסווגים ככפופים לכלל הסבירות. (Hovenkamp, (Economics and Federal Antitrust Law §§1.9-1.10, 9.1- 9.4 (1985)). המגמה היא הרחבת המקרים בהם הסדר אנכי אינו מסווג כאסור באופן גורף, אלא כאמור יש לבודקו בהתאם לכלל הסבירות (International Trade and U.S. Antitrust Law § 1:4 (2d ed (וראו גם את המקורות שהובאו על ידי חברי, המשנה לנשיאה בנדון)). כמובן, ההבדל בין Per Se, לבין Rule of Reason תואם את הרציונל כי הסיווג אינו אוטומטי, אלא דורש בחינה קונקרטית.

ברי כי הדין האמריקאי אינו מחייב במערכת המשפט בישראל. אך מן הניסיון שם עולה כי תחולת החזקה החלוטה על הסדרים אנכיים, ללא בדיקה קונקרטית, תהא בלתי נכונה בעליל. אין מדובר בחריג, אלא עולה כי רובם המכריע של המקרים הללו אינם מתאימים לכלל גורף. המסקנה היא כי תכלית החוק פועלת באופן מובהק לטובת הקביעה לפיה אין להחיל את סעיף 2(ב) על הסדרים אנכיים.

אם כך, פרשנות שמתעלמת מדברים אלו, לא רק שאינה תואמת את תכלית החוק, אלא אף מתנגשת בו. כך גם עולה מעמדת המלומדים שהתייחסו לנושא בכתיבה בישראל (מיכל גל, לבור את המוץ מהתבן – היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל בהתאם לפסיקה האחרונה, דין ודברים א (התשס"ה) ; גילה, הסדרים אופקיים ואנכיים).

6. עקרונות המשפט הפלילי – עסקינן באיסור על פי המשפט הפלילי. הפרשנות המוצעת מצמצמת את היקף תחולת האחריות הפלילית. תוצאה זו מתאימה לעיקרון העל של המשפט הפלילי לפיו אין להרשיע נאשם, אלא אם הוכחה אשמתו מעבר לכל ספק סביר. מצב בו נאשם יורשע כתוצאה מחזקה חלוטה, שאינה תואמת את המציאות משום שאינה פוגעת בתחרות, עשוי – שלא במכוון – לגרום לעיוות דין. בל נשכח כי לא מדובר באחריות קפידה, אלא בסעיף שיוצר אחריות פלילית. לכך נוסיף כי אי תחולת סעיף 2(ב) על נאשם שהוא צד להסדר אנכי, אינו פוטר אותו בהכרח מאשמה פלילית. על התביעה להוכיח את אשמתו בגדרי סעיף 2(א), באם מתקיימת פגיעה בתחרות, יחד עם התנאים הנוספים הנדרשים בסעיף. יוצא כי התוצאה לפיה סעיף 2(ב) אינו חל, אך ישנה תחולה לסעיף 2(א), מהווה איזון רצוי בין זכויות הצדדים. המדינה יכולה להביא להרשעה במקרה המתאים, אך הנאשם לא יורשע על לא עוול בכפו על בסיס חזקה חלוטה שאינה בהכרח מתאימה לעניינו.

7. הנוהג הקיים – חוק ההגבלים העסקיים מעניק מעמד מיוחד לממונה על ההגבלים העסקיים כרגולטור בעל מומחיות, ובהתאם לכך – גם סמכויות. למשל, סעיף 43 קובע כי "הממונה רשאי לקבוע אם – הסדר או הסדר שצדדים מבקשים להגיע אליו, הינו הסדר כובל" (עוד ראו סעיפים 7, 8, 44, 45 לחוק ההגבלים העסקיים). מכאן חשיבותו של נוהל אשר נקבע על ידי הממונה – פרופ' גילה, שיוותר בתוקף עד שנת 2018. הנוהל מקנה פטור להסדר כובל, בנסיבות מסוימות, כאשר מדובר בהסדר שאינו אופקי (כפי שנכתב בסעיף עו' בחוות דעת חברי, המשנה לנשיאה). מצב משפטי זה מצמצם מאוד את תחולת סעיף 2(ב) על הסדרים

אנכיים, ומתווה את הנוהג. אף לכך יש משקל, ובמיוחד כאשר הנוהג נובע ממעמדו המיוחד של הממונה לפי דין.

8. כאמור – כוחם המצטבר של שלושת הנימוקים שהועלו לעיל – תכלית החוק והמשפט המשווה, עקרונות כלליים של המשפט הפלילי והנוהג הקיים, מצדיק את התוצאה אליה הגיעו חבריי, לפיה סעיף 2(ב) לא חל על הסדר אנכי.

כלל וחריג לצידו – האמנם?

9. חברי, המשנה לנשיאה, הגיע כאמור למסקנה לפיה סעיף 2(ב) לא חל על הסדרים אנכיים. נימוקיו משכנעים, ואף אני הבהרתי את עמדתי המצטרפת. בנקודה זו רואים אנו עין בעין. עם זאת, בסיום פסק דינו, נסוג חברי במידת מה מכלל אי התחולה. וכך הוא כותב:

"זאת ככלל, למעט מקרים חריגים, אשר לא ניתן לתחמם מראש במסגרת רשימה סגורה, בהם הפגיעה התחרותית הפוטנציאלית היא כה מובנת מאליה, ואילו הערך הכלכלי החיובי של ההסדר הוא נמוך עד מאוד, כך שאין נחוצה בחינה בפועל של עלילות הפגיעה בתחרות [...] כאמור, לא ניתן ליצור רשימה ממצה מראש, וההסדרים השונים ייבחנו ממקרה למקרה".

לדעתי, משנקבע שסעיף 2(ב) לא חל על הסדר אנכי, לא יהיה זה נכון לחרוג מכלל זה. רשימה בלתי סגורה של חריגים לסעיף החזקה החלוטה עלולה ליצור מימד של אי וודאות, שלטעמי יקלקל את השורה. לאמור, מבחינת ודאות משפטית, ניתן להחיל את הכלל, וניתן שלא. המשפטן יכול להתאים את עצמו לשתי האפשרויות הללו. עם זאת, קביעה לפיה הכלל לא יחול על קבוצה מסוימת למעט חריגים שאינם מוגדרים, נזקה רב על תועלתה. הואיל והעניין אינו ברור, מטבע הדברים תנסה המדינה להרחיב את רשימת החריגים, באופן שלא יאפשר ודאות משפטית. זאת במיוחד כאשר לשון החוק אין בה כדי לסייע בקביעת חריגים מוגדרים. יתר על כן – נראה כי בפועל, הדרך לקבוע מתי קיים חריג לסעיף 2(ב) בהתאם לדבריו של חברי, הינה באמצעות הוכחה של יסוד הפגיעה בתחרות – לב ליבו של

סעיף 2(א). אם כך, סעיף 2(ב) ימשיך לעלות על שולחן הדיונים גם בהסדרים אנכיים. היתרון בביטול התחולה של סעיף 2(ב) על הסדר אנכי, מבחינה חוקתית ומעשית, מאבד ממשמעותו.

עיינתי בהתייחסות חברי, המשנה לנשיאה, לסוגיית הכלל והחריג לצידו. לטעמי, יש בנימוקיו בנקודה זו הישענות יתר על שיטת המשפט האמריקאית. אכן, שיטה זו חשובה בכלל ובנושא ההגבלים העסקיים בפרט. אמנם, כפי שהדגיש גם חברי, ההבחנה היא בין Rule of Reason ל- Per Se. אלה שני כללים משפטיים שמטבעם מאפשרים גמישות מסוימת ביישומם. לעומת זאת, בשיטה הישראלית ההבחנה הדומה-אך-שונה היא בין שני סעיפי חוק – סעיף 2(א) וסעיף 2(ב). הראשון עניינו בחינה כללית והשני עניינו חזקות חלוטות. לא שני כללים שונים אלא הסדרים ראייתיים נפרדים. דעתי נותרה כי בדין הישראלי ראוי להבחין בין שני הסעיפים, וערבוב ביניהם – חסרונותיו עולים על יתרונותיו. בכל מקרה, בל נשכח כי הסדר אנכי עדיין כפוף למשטר של סעיף 2(א) כך שניתן להרשיע במקרה המתאים מכוחו, ובמיוחד כאשר הפגיעה בתחרות היא בולטת וברורה.

המסקנה היא כי הוספת החריג, בגדר רשימה בלתי סגורה, תפגע בוודאות הדרושה במשפט הפלילי, ואף אינה ראויה לטעמי משיקולים מעשיים. לכן, ודווקא בשל נימוקי חברי, לדעתי אי החלת החזקה החלוטה בסעיף 2(ב) על הסדרים אנכיים יעשה ככלל, ללא חריג לצידו.

סוף דבר

10. אני מצטרף, אפוא, לתוצאה אליה הגיע השופט רובינשטיין בדבר דחיית הערעור על גזר הדין, ולכלל לפיו סעיף 2(ב) לא יחול על הסדרים אנכיים. עם זאת, ובניגוד לדעתו, אינני סבור כי יש מקום ליצור חריג לכלל זה.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

1. אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו המקיף והיסודי של חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, אשר העמיד את ההלכה בנושא המורכב ורב הפנים של ההגבלים העסקיים, על מכונה. אני מסכים לדחיית הערעורים על הרשעתם של המערערים כולם, ואשר לעונש – נראה לי כי אין מנוס מהטלת עונש מאסר לריצוי בפועל, גם אם קצר במשכו, על רוזנהויז. ועוד מקובלת עליי עמדתו של חברי, לפיה גידור ישא את מלוא תקופת המאסר בדרך של עבודות שירות. אשר ליתר רכיבי העונש, אף אני סבור כי אין מקום להתערבותנו.

2. לאחר שעיינתי בהערותיו של חברי, השופט נ' הנדל, התחזקתי בדעתי כי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים לא נועד ביסודו לחול על הסדרים אנכיים, וכאשר מדובר בהסדר אנכי מן הראוי לבחנו בגדרי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים. אשר לדברי חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, לפיהם יש להותיר פתח צר, המיועד למקרים חריגים במיוחד, שדרכו ניתן יהיה לבחון הסדרים אנכיים תחת סעיף 2(ב), נראה כי הדבר אינו דרוש להכרעה במסגרת הערעורים שלפנינו, והייתי מותיר את הנושא בצריך עיון, לעת מצוא.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין ובהסכמת השופטים נ' הנדל ו-א' שהם, כי אין להיעתר לשלושת הערעורים על הכרעת הדין וכן אין להיעתר לערעורם של רוזנהויז ושופרסל על העונש; ואילו יש להיעתר לערעורו של גידור על העונש, כאמור בפסקאות קי"ב וקט"ו מעלה.

עוד הוחלט, כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה ובהסכמת השופטים הנדל ושהם, כי ככלל, הסדרים אנכיים ייבחנו בהתאם לסעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ולא בהתאם לסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים. אשר לשאלה האם יש להותיר פתח צר לבחינת הסדרים אנכיים חריגים לפי סעיף 2(ב), נותרה השאלה בצריך עיון; המשנה לנשיאה סבור, כי יש מקום בהותרת פתח צר מעין זה במקרים חריגים במיוחד, מן הטעמים שהובאו בחוות דעתו; השופט הנדל בעמדה כי אין לעשות כן מהטעמים שהובאו בחוות דעתו; ואילו

השופט שהם סבור, שהסוגיה אינה טעונה הכרעה בענייננו ולכן השאירה בצריך עיון.

ניתן היום, כ"ה באב התשע"ה (10.8.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה