

מדינת ישראל בתי המשפט
בית משפט מחוזי בתל אביב
ע"פ 191/89

ע.פ. 191/89
בפני הרכב ס"נ השופט י. גלעדי
כב' השופט י. גולדברג
כב' השופטת ע. ארבל

המערערת: "תנובה"
מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ ואח'
ע"י עו"ד לילי דורון

- נ ג ד -

המשיבה: מדינת ישראל ואח'
ע"י עו"ד מ. מנראי

פסק - דין

המערערת מס' 1 (להלן, המערערת) ושלוש ממנהליות (המערערים 2-4) וכן המשיבה מס' 3 ומנהליות הורשעו בבית משפט השלום בעבעירה על סעיפים 2, 18, 40, 42 ו- 44 לחוק ההגבלים העסקיים תשי"ט - 1959 והוטלו עליהם קנסות. בפנינו ערעור המערערים על הרשעתם.

העובדות

בתאריך 24.2.84 נחתם הסכם שותפות (ת/1) בין ארבעה והם המערערת ; קאופ ת"א דן השרון בע"מ (המשיבה 3) : המשביר לצרכן בע"מ והמשביר המרכזי בע"מ. השותפות שנוצרה הפעילה "סופר שוק" למכירת טובין מסוגים שונים על שטח בבאר שבע אותו שכרה המשיבה מס' 3 מבעליו.

בסעיף 10 ג' להסכם ת / 1 נקבע כי :

" לכל צד בהסכם זה תהיה הזעות הבלעדית לשווק לשותפות את המוצרים אשר בשטח התמחותו. רשימת המוצרים שישווקו בלעדית ע"י כל אחד מהצדדים מצורפת להסכם מסומנת ג' ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו".

ברשימה המצורפת, ניתנה למערערת בלעדיות בהספקת מוצרי בשר מעובדים (למעט מוצרי בשר מסוימים שיסופקו ע"י המשיבה 3 בלבד), גלילות ושלגונים, עופות וכל מוצרי ענף הלול טריים ומעובדים וכן דבש.

המערערת והשותפים קיימו את ההסכם ת / 1 ובשל כך לא נכנסו לסופר שוק שהוקם ותופעל על ידי השותפות ונקרא "לב הנגב", מוצרים של חברת "זוגלובק" שבתחום הבשר ושל חברת "שטראוס", שבתחום החלב והגלילות .

"המשביר לצרכן" ו"המשביר המרכזי" פרשו מהשותפות כשנה לאחר הקמתה ונגד שני אלה לא הוגש כתב אישום.

המערערים טענו בבית משפט וגם בפנינו כי הסדר השותפות, שאליו נכנסו הנ"ל, איננו הסדר כובל לפי החוק, כמו-כן, טענו המערערים, שאפילו יש פסול בהסדר, הרי לא הם או המשיבה מס' 3 אחראים לכך, אלא השותפות שהוקמה ושהפעילה את הסופר שוק "לב הנגב". שותפות זו היא אישיות משפטית נפרדת, והיא כלל לא הואשמה בכתב האישום שהוגש נגד המערערת ונגד המשיבה 3 ומנהליה בלבד.

בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, כלשונו, בעת שנעברה העבירה, נאמר :

"הסדר כובל הוא הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים הבא לנוע או להגביל במפורש או מכללא את אחד הצדדים להסדר באחד העניינים המנויים להלן לגבי מצרך או שירות (להלן כבילה) באלה

הענינים: (3) העיסוק, תנאיו צרכיו, כמותו, איכותו
או סוגו".

לדעת בית משפט קמא הוראות הסעיף הנ"ל באו ביום היתר למנוע הקניית בלעדיות לגוף כלשהו בשווק מוצריו בלחי שיהיה חשוף להתחרות. מה שארע במקרה הנדון הוא הסכם השותפות הגביל את זכותה של המשיבה 3 למכור בסופר-שוק, בתחום החלב והבשר כנ"ל, מוצרים שאינם של המערער.

אשר לטענת המערערים שלא "תנובה" או יתר הנאשמים הפעילו את הסופר-שוק הנ"ל אל השותפות לאפשר לכל אחד מארבעת השותפים את היכולת לשווק מוצריו בסופר-שוק.

עצם קיומה של השותפות אין לה כל השלכה על היותו או אי היותו של הסדר מסוים הסדר כובל. אם לא תאמר כך, ירוקן חוק ההגבלים העסקיים או לפחות, הסעיף שבנדון, מכל תוכנו. כמעט תמיד ניתן לומר, שהסדר, שניתן בין שני צדדים או יותר שיש בו כבילה, יוצר שותפות לפי פקודת השותפות, כאשר המחקק בחוק הנ"ל רצה להוציא מתחולתו הסדרים מסוימים, הוא עשה זאת כמפורש. כך, לדוגמא, אמר המחקק (בסעיף 7), כי הסדר, שארגון עובדים או מעבידים צד לו וכבילותיו נוגעות להעסקתם של עובדים ולתנאי עבודתם איננו הסדר כובל. שותפות איננה נכללת בין ההסדרים שהוצאו מתחולת החוק. במקרה דנן, השותפות מהווה אורגן שנוצר ע"י השותפים הם, שאחראים לפעולת השותפות והם לא איבדו את זהותם עם הקמתה.

לאור האמור לעיל הגיע בית המשפט למסקנה כי ע"י מתן בלעדיות לכל אחד מן השותפים לגבי מוצרים מסוימים נעברו העבירות הנ"ל.

בערעורים טוענים המערערים את הטענות כדלקמן: בכתב האישום המקורי מצוינות היו שתי כבילות. האחת היא הכבילה הנ"ל שהמשיבה 3 נתנה בלעדיות למערערת מס' 1. השנייה זו התחייבות של המערערת מס' 1 להמנע מהקמת מערך קמעונאי מתחרה. אשר לכבילה השנייה, בית המשפט הגיע למסקנה שכבילה זו לשם הוכחה. נשאלה איפוא הכבילה הראשונה. ברם, כבילה כזו אינה אסורה, על פי החוק, כפי שלומדים אנו מפסק הדין בע.א. 626/70 (שמעוני נגד אולמי לחיים בע"מ פד"י כ"ה (1). עמ' 524. באותו פס"ד היה הסדר בין בעל אולם חתונות לבין צלמת, לפיו נתן בעל האולם לצלמת זכויות בלעדיות לצלם באולם. הצלמת התחייבה לגבות מבעלי השמחה תשלום שיסוכם עם בעל האולם, ולהפריש חלק ממנו לבעל האולם.

נפסק, כי בעל האולם זכאי להעניק לזולתו זכיון בלעדי, בהתאם לתנאים שנקבעו ביניהם וכי בעל עסק "הרשאי להגביל את חופש הפעולה של לקוחותיו והוא מגבילו תוך שימוש מקובל בזכותו כבעל מקרקעין, אין לומר עליו שהוא מגביל את חופש העיסוק שלו עצמו

בהסדר כובל כאשר הוא מעניק זכיון לצד שלישי, כדי שהלה יעשה בתוך המקרקעין אותה שלכאורה גם אינם חורגים מגדר המקובל בשוק החופשי" (שם בעמ' 834).

ההסדר גם לא כבל לפי פסה"ד הנ"ל את הצלמת. שכן לפני אותו הסדר לא היתה לה מלכתחילה זכות לצלם באולם ללא הסכמת בעליו. מה שנתן לה בעל האולם היא זכות חדשה כפופה לתנאים מסוימים. לא רק שלא נלקחה ממנה כל זכות אלא שהיא קיבלה זכות נוספת.

טוענים המערערים: בין אם נתייחס לעיסקה כפי שתוארה בכתב האישום בתיק שלפנינו ושלפיה הסופר-שוק מופעל ע"י המשיבה 3, ובין אם הוא מופעל ע"י השותפות כפי שנקבע ע"י בית המשפט, הרי לפי האמור בפסה"ד כ.ע.א. 626/70 הנ"ל לא נעברה כל עבירה. המערערת כמות כצלמת אשר קיבלה מאת המחזיק במקרקעין, היינו המשיבה מס' 3, זכיון מסוים. גם כמקרה דנן לא לקח המחזיק במקרקעין מהמערערת מס' 1 כל זכות שהיתה לה שהרי בית המשפט קבע כי לא הוכח, שנאסר עליה להקים מערך קמעוני מתחרה. יתרה מזו, אם המחזיקה במקרקעין איננה השותפות, שהיא אישיות נפרדת, אלא השותפים ובתוכם המערערת, פירושו של הדבר שהמערערת אינה יכולה למנוע מכירתם של מוצרים מתחרים בחנותה שלה. אין כל הבדל מבחינה זו אם החנות כולה שייכת לה או רק בחלקה שייכת לה. לא יתכן למנוע מאדם, שלא למכור בחנותו שלו מוצרים מתחרים.

ממשיכים וטוענים המערערים: סעיף 2 לחוק הנ"ל הוא הסדר הבא "למנוע או להגביל" את "אחד הצדדים" להסדר. אך השותפות שהוקמה, והיא זו היחידה שהוגבלה בהסכם, אינה "אחד הצדדים" להסדר. לבסוף, טוענים המערערים, כי קביעתו של בית משפט, מביאה למסקנה לפיה שותף המתחייב שלא להתחרות בעסקי שותפו עבור עבירה פלילית, שהרי על ידי כך, המערערת יצרה את השותפות הנ"ל עם המשיבה 3 נמנע ממנה לאסור על משיבה זו למכור מוצרים מתחרים במוצריה. ברם לפי פקודת השותפות, כל שותף חייב בנאמנות כלפי יתר שותפיו, ואסור לו להתחרות בהם. אם קואופ ימכור מוצרים מתחרים למוצרי המערערת מס' 1 יפגע בחובת הנאמנות שלו, ואם לא ימכור יעבור עבירה פלילית לפי חוק ההגבלים העסקיים. סתירה זו כשלעצמה בין שני החוקים די בה כדי לזכות את המערערים.

ב"כ המשיבה טוענת, שהצדדים האמיתיים להסדר הם המערערת והמשיכה והמשיבה מס' 3. הקמת השותפות כאשר השותפים ממשיכים להתקיים איננה משנה מהמצב, שהרי אחרת ניתן היה לעקוף את חוק ההגבלים העסקיים על ידי יצירת שותפות. כל מטרתו של החוק היא לאפשר התחרות ולמנוע מצב בו צדדים יסכימו שלא להתחרות ביניהם. כתוצאה מהסכם כזה עלול צרכן להיפגע. במקרה דנן, צרכן שיכנס לסופר שוק הנ"ל ימצא במדפים רק את המצרכים של השותפים ולא של מתחריהם במצרכים אלה, למרות שהמחירים בהם נמכרים המצרכים על ידי המתחרים זולים אולי יותר מהמחירים בהם מוצעים המצרכים למכירה בסופר-שוק.

אשר לפס"ד בע.א. 626/70 הנ"ל, טוענת המשיבה שהוא מוגבל למצב בו בעל הנכס מקנה לאחר זכות במקרקעין. במקרה דנן לא הוכח ולא הובאה ראיה, שהמערערת רכשה מהמשיבה 3 זכות כזו.

לדעתנו צדק בית משפט קמא בקביעתו שהקמתה של השותפות אינה יכולה לפטור את השותפים מתחולת החוק, אם ההסדר אליו הגיעו הוא הסדר כובל. רק כאשר מספר צדדים יוצרים בהסדר הכובל גוף נוסף ומפסיקים להתקיים עם יצירתו של גוף זה, ניתן לומר שאין פגיעה בחוק. החוק לא מנע מיזוג בין גופים מתחרים כל עוד לא נשארו בידי הצדדים זכויות כלשהן. למסקנה זו הגיעה גם המועצה להגבלים עסקיים כפי שהצביעה ב"כ המשיבה בסיכומיה.

יש גם הגיון כלכלי ומשפטי בתוצאה כזו, שהרי מהרגע בו התמזגו הגופים הנ"ל שוב אין לי ספקות להסדר הכובל. גם מנוסח ה ***** של סעיף 2 בחוק ניתן ללמוד כי מרגע שהתמזגו הצדדים להסדר הכובל אין קיים עוד מי שהוגבל באחד העניינים המנויים בסעיפי המשנה. ברם כאשר הצדדים שיצרו את אותו גוף נוסף, ממשיכים להתקיים ומשאירים בידיהם זכויות לגבי נושא ההסדר, אין הם יכולים כאמור להיפטר מאחריות להסדר, תוך טענה שמי שקיבל על עצמו את ההגבלה הוא הגוף שיצרו.

השאלה היא, איפוא, אם ההסדר אליו הגיעו המערערת והמשיבה מס' 3 הוא הסדר כובל? הניתן לאבחן בין המקרה הנדון לבין מה שנקבע כע.א. 626/70 הנ"ל? טוענת המשיבה כאמור, שהתשובה לשאלה זו היא חיובית. במקרה הנ"ל נתן בעל האולם לצלמת זכות להיכנס למקרקעין ולצלם. בעוד שבמקרה הנדון בפנינו כל שאפשרה המשיבה 3 למערערת הוא למכור בסופר-שוק שבמקרקעין שלה, שרוה בלעדית של מצרכים.

סבורים אנו שאין מקום לאבחנה כזו. בשני המקרים מדובר בבעל זכויות במקרקעין (והיא המשיבה 3 ששכרה את המקום מבעליו) המאפשר לאחר שימוש במקרקעין שלו תוך ויתור על בלעדיות בשימוש, שהיתה לו לפני אותו הסדר. אם בע.א. 626 הנ"ל שעל קביעותיו אמנם נמתחה ביקורת על ידי מלומדים (ראה מאמרו של ד"ר גדעון קריב, חוק ההגבלים העסקיים - הלכה ואין - - כן, הפרקליט כח עמ' 30), שדן בענין אזורי נקבע שאין ההסדר "כובל", על אחת כמה וכמה כשמדובר באישום פלילי לפי החוק האמור. ראוי לציין, שהחוק תוקן בשנת תשמ"ח - 1988 (ס.ח. 1258 ע' 127) ואין (היינו לאחר שהוגש כתב האישום). חולקים כי אילו היה התיקון בתוקף לא היה מקום לערעור.

נוסחו של סעיף 2 (א) בחוק כיום הוא :

"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".

במאמרו של זאב גלמור "גישתו של הממונה לפקוח על ההגבלים עסקיים - סוגיות נבחרות" - עיוני משפט 16 589 (1990) בעמ' 596 עומד המחבר על השוני בין החוק שתוקן לבין החוק החדש לענין הגדרת "הסדר כובל". המשמעות כיום של "הגדרת הסדר כובל" בסעיף 2 (א) היא שכל הסדר בין מנהלי עסקים שיש בו מניעה או הפחתה של התחרות, יחשב כהסדר כובל.

זו נטישת הגישה הקודמת של הגדרת "הסדר כובל" לפי צורתו ושימת הדגש שבתוכן ובתוצאה הצפויה של ההסדר על ההתחרות, כפי שאומר המחבר המלומד "הגדרה זו היא לכאורה הרחבה ניכרת של מושג ההסדר הכובל ובכוחה להקיף הסדרים, שלא היו נחשבים להסדרים כובלים, על פי הגדרת החוק הקודם על אף פגיעתם הרעה במצב ההתחרות".

במקרה הנדון ללא ספק, שההסדר בא למנוע התחרות בין הצדדים לו. ברם, לאור המצב החוקי, כפי שנתפרש בע.א. הנל 626/70 ושהיה קיים לדעתנו בעת שנעשה ההסדר, היה מקום לזכות את המערערים וכך אנו עושים.

אם הקנסות שולמו על די המערערים הם יוחזרו להם.

והודע היום 1.9.93 בנוכחות הצדדים.