

מדינת ישראל

נגד

1. גיבור סברונה מפעלי טקסטיל בע"מ

2. סברונה שיווק בע"מ

3. אורי דנאי

4. חיים רוזנברג

### בבית-משפט השלום בתל-אביב-יפו

[15.2.96]

לפני סגן הנשיא השופטת ח' חפץ

### הכרעת-דין

1. הנאשמים, נאשמת 1, גיבור סברונה מפעלי טקסטיל בע"מ (להלן: גיבור סברונה); נאשמת 2, סברונה שיווק בע"מ; (להלן: סברונה שיווק); נאשם 3, אורי דנאי (להלן: דנאי); ונאשם 4, חיים צבי רוזנברג (להלן: רוזנברג), הואשמו בעבירה של סירוב בלתי סביר של בעל מונופולין לספק את הנכס שבמונופולין עבירה על הוראות סעיפים 26, 29 ו- 47 (ב) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח - 1988 (להלן: החוק) ולגבי הנאשמים 3 ו- 4, בצירוף סעיף 48 לחוק.

2. בכתב האישום נטען, כי גיבור סברונה היא חברה העוסקת בייצור מוצרי טקסטיל, שהוכרזה ביום 26.3.89, על-ידי הממונה על הגבלים העסקיים, כמונופולין לגבי אספקת גרבי מכנס. סברונה-שיווק עוסקת בשיווק מוצרי טקסטיל של גיבור סברונה, והיא חברת-בת של גיבור סברונה, אשר 86% ממניותיה מוחזקות בידי גיבור סברונה. יתרת המניות מוחזקות בידי דנאי - מנכ"ל סברונה שיווק; ובידי רוזנברג - מנהל המכירות של סברונה שיווק.

בין חודש יולי 1991 לבין חודש דצמבר 1991 או בסמוך לכך, סיפקה סברונה שיווק מוצרים שונים מתוצרת גיבור סברונה, כולל גרבי מכנס למר אהרון לרמן (להלן: לרמן), שהוא הבעלים של חנות "תחרה" בבת-ים. לרמן מכר את מוצרי גיבור סברונה, כולל גרבי מכנס, מתחת למחירים המומלצים שהופיעו במחירון שסיפק לו סוכן מטעם סברונה שיווק.

בחודש דצמבר 1991 הודיע הסוכן ללרמן, כי יש תלונה נגדו על כי הוא מוכר את מוצרי גיבור סברונה מתחת למחירי המחירון, ודרש כי ישמור על רמת המחירים המופיעה במחירון. לרמן סירב להיענות לדרישה. לאחר כמה ימים הודיע לו הסוכן, כי סברונה שיווק לא תוסיף לספק לו סחורה, כולל גרבי מכנס, בגלל הורדות המחירים שהוא נוקט.

בשיחת טלפונית בין לרמן לרוזנברג, הבהיר האחרון, כי סברינה שיווק מסרבת לספק לרמן מוצרים, עקב העובדה שהוא מוכר את מוצרי גיבור סברינה מתחת למחיר המחירון. מאז האירועים דנן, סברינה שיווק אינה מספקת למתלונן את מוצרי גיבור סברינה, כולל גרבי מכנס. בכך מהוות פעולותיה סירוב בלתי סביר לספק גרבי מכנס, שהן נכס שבמונופולין. עד כאן לשון כתב האישום.

3. הנאשמים כפרו באשמה.

4. כמה מילים של רקע:

התחום בו עסקינן הוא חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח. חוק זה החליף את החוק שקדם לו משנת תשי"ט-1959, כשמטרתו כמצוטט בהלכה פסוקה:

"..... כפי שהוא עולה מלשונו, ממבנהו ומההיסטוריה החקיקתית, היא לאסור הסדרים כובלים, הפועלים בטובת הכלל....

מגמת החוק היא לפנות את הדרך לפעילות כלכלית חופשית, על ידי סילוק מכשולים המונעים פעילות כזאת. גישתו של המחוקק היא שתחרות חופשית פועלת לטובת המדינה ויש בה כדי להעמיק את החופש המשפטי של הפרט".

(בג"צ 47/83 [1], בעמ' 178, בין אותיות ב-ג) (להלן: תור-אור).

ובמה שנוגע לנושא המשפט כאן:

"תכליתה של חקיקה העוסקת בהגבלים עסקיים לפקח על יצירת ופעולתם של גופים כלכליים, בעלי עוצמה מונופוליסטית.

בעיקרון בידי בעלי העוצמה המונופוליסטית יש שליטה על המחיר או הכמות של מוצרים או שירותים בענף. ניצול השליטה תוצאתו, בדרך כלל, רווח מעל לנורמאלי, לבעל הכוח המונופוליסטי, ועלות גבוהה יותר לשירותים או למוצרים שהוא מספק.

בנוסף לדעה זו, שעיקרה בשינוי חלוקת העושר בחברה, נלווית בדרך כלל להפעלת העוצמה המונופוליסטית, גם התוצאה של עיוות בהקצאת המקורות - שהשלכותיה, השליליות, חורגות מעבר לגדרו של הענף שבו פועל בעל העוצמה המונופוליסטית".

(מ' בורנבסקי, "על יסודות הכבילה שבהסדר ותוצאותיה - חדש ואין חדש" מחקרי משפט ה, בעמ' 125) (להלן: בורנבסקי).

ב. בפסיקת בתי המשפט ובספרות המשפטית הדגישו את חשיבותה של התחרות החופשית :

"קיומה של תחרות חופשית הוא אינטרס ציבורי, שיטתנו החברתית והכלכלית מכירה בערכה של תחרות חופשית... תחרות חופשית עשויה להביא להורדת מחירים, לשיפור איכותו של המוצר ולשיפור השירות אשר ניתן אגב מכירתו.

תחרות חופשית עשויה אף לעודד פיתוחו של המשק בדרך של יוזמות לגיטימיות לסוגיהן, הישגים אלו אשר התחרות החופשית עשויה להשיג, אנו מבקשים לעודד" (רע"א 371/89 [2], בעמ' 327, מול האותיות ב- ג).

"התחרות הינה ערך מוגן ששיטת המשפט שמה לה מטרה לשמר".

(תיק מונופול 1/93 [4], ראה מס' 6 בכרך אסמכתאות המאשימה) להלן : פסק דין דובק).

"חקיקה בעניין הגבלים עסקיים מבוססת על ההנחה (או האמונה) שתחרות חופשית מיטיבה עם המשק והחברה. תורת הכלכלה ובחינת ניסיון העבר מלמדות שמונופולין או קרטל (התארגנות משותפת של מתחרים) עלולים להביא להעלאת מחירים ולהפחתת תפוקה. יש חשש לתופעות לוואי נוספות, כגון הקטנת המאמצים להגברת יעילות, לשיפור באיכות, לצמצום ההוצאות; האטה בקידום של טכנולוגיות; הקצאה מעוותת של משאבים וניצול ציבור צרכנים".

(א' קסטנבאום, "הערות והרהורים על הצגת חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ד - 1984 משפטים טו 453, בעמ' 454) (להלן : קסטנבאום).

את החוק יש לפרש בהתאם למטרתו החקיקתית והתכלית הנורמטיבית והחברתית הזו שאותה הוא מבקש להשיג (פסק-דין תור-אוויר [1] הנ"ל, בעמ' 175).

ג. פרק ד' לחוק דן במעמדו של המונופולין על מהותו נכתב :

"מונופולין מעצם טבעו שולל קיומה של תחרות; עם זאת ישנם מקרים שבהם הוא בלתי נמנע ואז מתמצה תפקידו של הפיקוח במניעת ניצול לרעה של עוצמת החברה והרחבת יתר של המונופולין" (קסטנבאום, עמ' 454).

אשר על כן, בישראל קיומו של מונופולין אינו אסור כשלעצמו, אולם החוק מאפשר הטלת פיקוח והוראות המחייבות את בעל המונופולין בניהול עסקים.

"הכלל הוא שמונופולין יכול להיות קיים כדין באורח תקין וסביר, כגון כאשר בעל מפעל מפתח את עסקו ומנצל את משאביו או עושרו ושולט בייצור או ברכישת מצרך מוגדר במדינה... אבל מצב דברים זה יוצר לעיתים צורך להגן על הציבור הנזקק למצרך או לשירות שמספק בעל המונופולין.

דבר זה נעשה על ידי הטלת תנאים או מגבלות על בעל עסק כזה ולזה מכוונות ההוראות בענייני מונופולין".

(ד' בכור, "ההוראים בחוק ההגבלים העסקיים, תשכ"ט-1959" ספר זוסמן, 133 בעמ' 144) (להלן: בכור).

מכוח מעמדו המיוחד מוטלת על המונופולין אחריות מיוחדת להימנע מהתנהגות אשר לו ביצע אותה בעל עסק רגיל שמעמדו בשוק אינו מונופוליסטי - עשויה הייתה להיחשב כלגיטימית.

הכלל הוא שצעד עסקי שמבצע מונופולין ייבחן ביתר חשדנות, בשל האיום שהוא עלול להוות לתחרות החופשית הנובע ממעמדו כמונופולין.

(פסק-דין דובק [4] בעמ' 50-53 מפי אב"ד, כבוד השופטת נאור, וראה המקורות המובאים שם).

ד. לנאשמים מיוחסת עבירה בניגוד לסעיף 29 לחוק הקובע:

"לא יסרב בעל מונופולין סירוב בלתי סביר לספק את הנכס השירות שבמונופולין"  
(הדגשה שלי - ח' ח').

כלומר, בניגוד לבעל עסק רגיל, החופשי להחליט לפי שיקול-דעתו למי לספק נכס שהוא מוצר, על בעל המונופולין מוטלת חובה מיוחדת - לספק את הנכס שבמונופולין לכל דיכפין, והוא רשאי לסרב לעשות כן, רק אם היו טעמיו לסירוב סבירים.

ה. עשויה לעלות הטענה, כי הטלת מגבלות על חופש הפעולה של מונופולין - מגבלות שאינן מוטלות על בעל עסק רגיל - יש בהן כדי לפגוע בחופש העיסוק של בעל המונופולין.

בהקשר זה נקבע בהלכה פסוקה:

"על כפות המאזניים מונחים ערכים המתנגשים זה בזה. מחד גיסא, קיימת זכותה של החברה לרבות החברה בעלת המונופול, לכלכל את ענייניה כהבנתה ומן הצד האחר, עומדים הערכים עליהם מגן סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים..."

סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים נועד, בין השאר, לשמור גם על החופש העסקי של חברות אחרות שאינן בעלות מונופול, ואף נועד למנוע מבעל המונופולין לפגוע בתחרות" (פסק דין דובק, בעמ' 16).

דברים אלה, שנאמרו ביחס לסעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים, שעניינו סמכות בית הדין לתת הוראות למונופולין בדבר הצעדים שעליו לנקוט. יפים לדעתי גם לעניינו.

ו. משפט השוואתי

גם שיטות משפט אחרות מצאו לנכון להטיל הגבלות על קיומו של מונופולין. אסקרן בקצרה.

(1) ארה"ב:

חוק שרמן משנת 1890 הטיל בארה"ב איסור כללי על יצירת מונופולין או הסכמים שיש בהם יצירת הגבלים עסקיים. (ראה: מ' מזרחי, "מיזם משותף כהסדר כובל", משפטים כג 213, עמ' 231-232).

וראה:

(H. HOVENKAMP, ECONOMICS AND FEDERAL ANTITRUST LAW עמ' 135-140) (אסמכתאות מאשימה (5)).

(2) הקהילה האירופאית:

סעיף 86 לאמנת רומא, אוסר על התנהגות שעשויה להיות מותרת בסיטואציה תחרותית רגילה, אבל אינה מותרת לחברות דומיננטיות (מונופולין), שהן בעלות "אחריות מיוחדת", בשל הסכנה שהפעולות שלהם מהוות לתחרות באופן כללי ולאינטרסים של מתחרים, ספקים, לקוחות וצרכנים באופן מיוחד.

(BELLAMY & CHILD, COMMON MARKET LAW OF COMPETITION עמ' 168) (אסמכתאות מאשימה (3)).

5. אלה העובדות העולות מאלו מן הראיות שהובאו ושהיו מהימנות בעיני:

א. חברת סברינה שיווק (נאשמת 2), היא חברת-בת של חברת גיבור סברינה מפעלי טקסטיל (נאשמת 1) (עמ' 204 שורה 23). 86% ממניות חברת סברינה שיווק מוחזקות בידי גיבור סברינה (עמ' 172 שורה 15). יתרת מניותיה מוחזקות על ידי נאשם 3, אורי דנאי (להלן: דנאי), ונאשם 4, חיים רוזנברג (להלן: רוזנברג).

ב. נאשם 3, אורי דנאי, הוא מנכ"ל חברת סברינה שיווק (עמ' 204).

ג. נאשם 4, חיים רוזנברג, הוא מנהל המכירות של חברת סברינה שיווק (עמ' 160).

ד. חברת סברינה שיווק עוסקת בשיווק מוצריו של קונצרן גיבור סברינה בשוק המקומי, וכך בשיווק מוצרים מיובאים של יצרנים אחרים (עמ' 204 שורות 25-27, עמ' 172 שורה 17).

ה. 1. ביום 2.8.88 נשלח מכתב לגיבור, מהממונה על ההגבלים העסקיים המודיע לה כי:

"בהסתמך על מידע שברשותנו אני סבור כי הנך מונופולין לגבי - 'מכנסי גרב' ו'שירות קאשרל'" (מוצג ת/ 5).

2. ביום 5.10.88 נשלחה תגובת גיבור סברינה לפיה "איננו מערערים על התביעה בקשר לייצור גרבי מכנס". עם זאת ערערה לגבי הקאשרל (ראה מוצג ת/ 6), (הדגשה שלי - ח' ח').

3. ביום 25.12.88 הכריז הממונה על קיום מונופולין במכתב שמוען לגיבור סברינה, לגבי גרבי מכנס (ת/ 7).

4. ביום 21.2.89 הכריז הממונה לפי סעיף 26 לחוק על קיום מונופולין לגבי כמה חברות, ובהן (במה שנוגע לענייננו), "גיבור - גרבי מכנס" (ראה מוצג ת/ 8).

5. ביום 26.3.89 פורסמה ההכרזה בילקוט הפרסומים (ת/ 4).

6. רק ביום 11.8.94 פנתה גיבור סברינה לשמואל סומך ממשרד התעשייה והמסחר, בבקשה לביטול הכרזת המונופולין (ראה ת/ 18).

ו. בין היתר, משווקת סברינה-שיווק מוצרי הלבשה תחתונה, גרביים מכל הסוגים, ביניהם גרבי מכנס עמ' 81).

ז. שוק לקוחותיה של סברינה-שיווק מורכב מכ- 2,000 חנויות ומרשתות השיווק "שקס" ו"המשביר" (עמ' 160).

ח. ההחלטה, אם למכור את מוצרי סברינה לחנות מסוימת, מתקבלת על ידי הסוכן, בהתאם לקריטריונים שמציבה לו החברה (עמ' 166).

ט. בסוף כל שנה מחליטה הנהלת סברינה-שיווק אם להמשיך בקשר עם בעל החנות. בין השיקולים המנחים את החברה בהחלטתו עומדים מגוון והיקף המוצרים שרוכש בעל החנות (עמ' 166, 176; עמ' 177).

י. סברינה מכורת את מוצריה לחנויות ללבני נשים, לפרפומריות, לרשתות שיווק ולחנויות סדקית (עמ' 82).

יא. בין המוצרים שמייצרת גיבור סברינה, וחברת סברינה-שיווק משווקת, מצויים גרבי מכנס מסוג "קאן-קאן" (עמ' 205).

יב. בנוסף, למותג "קאן-קאן", שהוגדר כמותג עממי, גיבור סבריינה מייצרת גם גרבי מכנס מסוג "קאשארל", שהוא מותג יוקרתי (עמ' 223).

יג. גיבור סבריינה מייצרת אף גרבי מכנס מסוג "בל" שהם גרבי מכנס הדומים למותג "קאן-קאן", ואולם הם משווקים לסיטונאים, ולא - כגרבי "קאן-קאן" - ישירות לקמעונאים באמצעות חברת סבריינה-שיווק (עמ' 163).

יד. בתקופה הרלוואנטית לכתב האישום, היו גרבי המכנס "קאן-קאן", המוצר הפופולרי ביותר והמבוקש ביותר ("הלהיט") מטעם בעלי חנויות (עמ' 71 שורה 21).

טו. גרבי המכנס "קאן-קאן", היו בתקופה הרלוואנטית לכתב האישום מוצר בפיקוח. דהיינו, משרד המסחר והתעשייה קבע מחיר מקסימאלי למכירתם (עמ' 207). בשל הפיקוח על המחירים היה המותג "קאן-קאן" רווחי פחות ממוצרים אחרים של סבריינה (עמ' 208).

טז. סבריינה-שיווק הפיצה בין לקוחותיה מחירון, ובו היה נקוב המחיר המקסימאלי שקבע משרד המסחר והתעשייה, כמחיר מומלץ לצרכן (עמ' 83); וכן: ת/ 10, ת/ 11 - מחירון מומלץ). התנאים שאותם הציבה סבריינה לבעלי החנויות, אינם קובעים כי המחיר מחייב כמחיר מינימום (עמ' 161).

יז. בסוף שנת 90'. פתח אהרון לרמן, ע"ת 2 (להלן: לרמן) חנות לדברי סדקית בעיר בת-ים, בשם "תחרה". בין היתר נמכרו בחנותו: גרביים, סרטים, כפתורים, דברי תפירה, תיקים וארנקים למיניהם, וכן משחקים (עמ' 29, עמ' 42, עמ' 75).

יח. לרמן חפץ למכור בחנותו את גרבי המכנס מסוג "קאן-קאן". לאחר כמה פניות לחברת סבריינה שנענו בשלילה, הופנה לסיטונאי שמכר גרבי מכנס מסוג "בל". מאחר שלא גילה עניין במוצר זה, פנה שנית לסבריינה (עמ' 29).

יט. בערך בתחילת שנת 91' נשלח לחנותו של לרמן סוכן של חברת סבריינה שיווק (ע"ת 3), רמי אדמון (להלן: אדמון). אדמון נשלח מטעם חברת סבריינה שיווק לבדוק את חנותו של לרמן ומיקומה. במהלך פגישתו עם לרמן, הודיע אדמון ללרמן על תנאי ההתקשרות שדורשת סבריינה: רכישת מגוון מוצרי החברה, תשלום ראשוני במזומן (עמ' 82).

כמו כן, אדמון ביקש מלרמן ש"ינסה לעמוד במחיר לצרכן", כפי שזה מופיע במחירון שסיפק לו (עמ' 33).

כ. מנהל השיווק של סבריינה, רוזנברג, אישר את קבלתו של לרמן כלקוח חדש של סבריינה (כמ' 82).

כא. באמצעות הסוכן אדמון, רכש לרמן ממוצרי סבריינה ועמד בדרישות התשלום שהוצבו לו (עמ' 30).

כב. לרמן רכש מסבריינה מגוון מוצרים של סבריינה: גרבי מכנס "קאן-קאן", מוצרי הלבשה תחתונה וגרביים (עמ' 84).

עם זאת, רכישותיו היוו אחוז קטן מכלל סוגי המוצרים שמייצרת גיבור סבריינה (עמ' 87) שייצרה מעל כ- 200 סוגי מוצרים, כשכל מוצר מתחלק לגדלים שונים בגוונים (צבעים) שונים (עמ' 165).

כמחצית מכלל המוצרים שרכש לרמן היו מן המותג "קאן-קאן" (עמ' 225, וכן הפרטים המסומנים ב-X בת' 15).

כג. לרמן רכש בחודשים יולי עד דצמבר '91 (עמ' 40). מוצרים של חברת סבריינה בסכום כולל של כ- 10,000 ש"ח (ת' 9 - העתקי חשבונות) היקף רכישותיו היה בינוני ומטה (עמ' 89 - עדות הסוכן אדמון).

חניות אחרות בבת-ים הרוכשות ממוצרי סבריינה, רוכשות בהיקף של 7,000 עד 30,000 לחודש (עמ' 89). היקף המכירות של גיבור סבריינה בעיר בת-ים בשנה הוא כ- 2 מיליון ש"ח (עמ' 161).

כד. לרמן פרסם מודעות המפרסמות את החנות "תחרה" שבבעלותו בעיתון מקומי בעיר בת-ים (עמ' 34 שורה 8, ת' 12). חלק מהמוצרים שפרסם היו מתוצרת סבריינה (עמ' 50 שורה 21).

כה. לרמן מכר את מוצרי סבריינה, וביניהם גרבי "קאן-קאן", ותחתונים הארוזים בשישיות, במחיר זול מן המחיר מומלץ לצרכן שהופיע במחירון שסיפק לו רמי אדמון (עמ' 34 שורה 24).

רווחיו של לרמן ממכירת גרבי "קאן-קאן" היו 15% ממחיר המכירה, ו- 17% ממחיר הקנייה (עמ' 49).

כו. בעלת חנות לבנים בשם "קיסרית" הנמצאת בסמוך לחנותו של לרמן, אישה בשם רחל, פנתה אליו בתרעומת על כך שהוא מוכר במחירים הנמוכים מן המחירון. משסירב לשנות ממנהגו, הודיעה לו כי תתלונן על כך בחברת סבריינה (עמ' 32).

כז. זמן מה לאחר מכן, פנה רמי אדמון ללרמן, וביקשו למכור את מוצרי סבריינה במחיר לצרכן המופיע במחירון, לרמן סירב (עמ' 34, עמ' 83).

כח. שבע-שבועיים לאחר מכן, הודיע רמי אדמון ללרמן, כי חברת סבריינה אינה מעוניינת להוסיף ולמכור לו את מוצריה, אם יוסיף למכור את מוצריה, אם יוסיף למכור את מוצריה



במחיר זול. בדבריו אלה הונחה רמי אדמון בידי - רוזנברג (עמ' 85). בעקבות שיחה זו תחליט לרמן לפנות לתוכנית הטלוויזיה "כלבוטק".

כט. בינתיים, העתיק לרמן את מיקומה של חנותו, וזמן מה לאחר מכן הופיע בחנותו החדשה רמי אדמון. והודיע לו כי סבריה החליטה לנתק את הקשר השיווקי עימו, וכי עליו "לקבל את דין החברה הקובע שיש מחיר מכירה כלל ארצי" (עמ' 85);

ראה ת/ 13 תמליל השיחה בעמוד הראשון משורה 7 למעלה ואילך).

י. בעקבות זאת התקשר לרמן לרוזנברג, טלפונית, וזה חזר על עמדתה של סבריה שלא להוסיף ולהספק מוצרים ללרמן (ראה ת/ 1 תמליל השיחה בעמ' 3 שורה 13 ואילך). לא. במהלך שיחתם הטלפונית הציע רוזנברג ללרמן לרכוז גרבוני "בל", ולמכרם בכל מחיר שיחפץ בו, כלשונו: "אתה יכול לעשות מה שאתה רוצה עם הבל" ... (עמ' 72 שורות 10-12, ראה גם תמליל השיחה ת/ 1, עמ' 2 שורה 7 מלמעלה). וכך עשה לרמן (עמ' 73 שורה 16).

לב. בחודש ינואר '92 שודרה תוכנית הטלוויזיה "כלבוטק" שעסקה בעניין זה (עמ' 51).

לג. במהלך שנת 1992 לאחר שידור התוכנית ולאחר שסבריה הפסיקה למכור ללרמן את מוצריה, הוסיף לרמן למכור ממוצרי סבריה שהיו במלאי העסקי ואף לפרסם (ת/ 12 מפברואר '92, עמ' 51).

לד. לשני מנהליה של סבריה-שיווק, אורי דנאי, המנכ"ל בתקופה הרלוואנטית ומנהל המכירות שלה, צבי רוזנברג, היתה מעורבות אישית זו או אחרת במקרה לרמן. כשרוזנברג היה מעורב באופן פעיל באקט "הסירוב" (ראה עדותו בעמ' 162 שורות 17 ואילך לפרוטוקול, עמ' 210, ובעמ' 209) ודנאי היה פעיל ואחראי על מדיניות השיווק הכוללת של החברה (עמ' 212).

6. עיקר טענות באי-כוח ההגנה הן כדלקמן:

א. לא הוכח כי גיבור-סבריה היתה "בעלת מונופולין" בתקופה הרלוואנטית לכתב האישום (1991).

ב. לא ניתן להטיל על חברת גיבור סבריה אחריות פלילית למעשיה של חברת סבריה-שיווק.

ג. מעשיה של סבריה-שיווק לא היו בבחינת "סירוב" לספק נכס שבמונופולין, כמשמעותו בחוק.

ולחלופין, בנסיבות העניין היה סירובה של סבריה-שיווק, "סירוב סביר".

אדון בטענות אחת לאחת.

7. מונופולין :

א. טענת ההגנה היא, שגיבור סבריינה וחברת הבת שלה סבריינה שיווק, לא היו גוף שהוא "בעל מונופולין", כהגדרת מונח זה בחוק, יחסית בתקופה הרלוואנטית לאישום, דהיינו, בדצמבר 91', או שלכל הפחות קיים ספק סביר בשאלה זו, שהתביעה לא הצליחה להוכיחו ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט פלילי.

ב. הוראות החוק הנוגעות לעניינו הן כדלקמן :

סעיף 26 (א) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, הקובע :

"(א) לענין חוק זה יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים או מכלל רכישתם, בידי של אדם אחד (להלן : בעל המונופולין). על קיומו של מונופולין כאמור יכריז הממונה כהודעה ברשמות; על הכרזה כאמור יחולו הוראות סעיף 43 (ב) עד (ה), כאילו היתה קביעה לפי סעיף 43 (א)" (הדגשים שלי - ח' ח').

וכן סעיף 43 (ה) לחוק קובע :

"קביעת הממונה תהיה ראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי" (הדגשה שלי - ח' ח').

במקרה דנן, על פי הראיות שהובאו ועל פיהן נקבעו העובדות כאן, הכריז הממונה על קיום מונופולין, במכתב שמוען לגיבור סבריינה וביום 26.3.89 פורסמה ההכרזה בילקוט הפרסומים (ת/ 4) (וראה העובדות בסעיף 5 (ה) 1-6 להכרעת-דין זו).

על פי סעיף 34 א לפקודת הראיות [נוסח חדש], תל"א-1971 : "דבר שפורסם ברשומות חזקה שנעשה כראוי..." ומדובר ב"חזקה שבחוק" - הניתנת לסתירה (ראה קדמי, על הראיות בעמ' 475 ואילך).

על מהותה של "חזקה שבחוק" נאמר :

"חזקה שבחוק ניתנת לסתירה, וכאמור - הנאשם נושא ב'נטל השכנוע' בהקשר זה; להבדיל מן החזקה החלוטה שאינה ניתנת כלל לסתירה, ומן החזקה שבעובדה - שדי בספק על מנת להיחלץ מאחיזתה.

אין הנאשם יוצא חובת סתירתה של חזקה שבחוק לחובתו, אלא אם הוכיח זאת במידה המוטלת על תובע במשפט אזרחי, והקמת ספק בלבד אינה מספקת 'חזקה זו מעבירה הן את הנטל הבאת הראיות והן את נטל השכנוע'".

(קדמי, על הראיות (חלק שני) עמ' 844-845).

ולענייננו, כדי לצאת ידי חובת סתירתה של חזקת קיום המונופולין שהוכרז ככזה בפרסום רשמי, היה מוטל על ההגנה להביא ראיות, שיש בהן כדי להוכיח (לפי מאזן ההסתברויות), כי בתקופה הנדונה החזיקה גיבור סבריינה, בנתח שוק מתוך שוק גרמי המכנס, השווה ל- 50% או נמוך ממנו. ואין די לעניין זה בהטלת ספק סביר.

מבדיקת הראיות שהובאו, מתברר, כי ההגנה לא יצאה ידי חובתה בנטלים הללו - לא המציאה ראיות של ממש שיהא בהן כדי להפריך את חזקת קיומו של מונופולין בתקופה הרלוואנטית (1991).

המסקנה מהאמור היא, כי לפרסום ברשומות יש כוח ראייתי הנובע מעצם הפרסום, להיותה של החברה "מונופולין", המתחזק בעובדה שהחברה הסכימה לכך בהצהירה במפורש בתגובה שלא תערער על הקביעה הזו (ת/ 6) - ואכן לא הגישה ערר על כך.

אולם טוענת ההגנה, כי עצם העובדה שקביעת הממונה נעשתה כשלוש שנים לפני המועד הרלוואנטי, והזמן הרב שעבר יש בהם כדי לקעקע את תחולתה ונכונותה של החזקה בדבר קיומו של מונופולין, וכן גם העובדה שהתביעה לא הסתפקה בהכרזת הממונה ובחזקה שבחוק הנובעת ממנה, אלא טרחה והביאה ראיות נוספות להוכחות קיומו של מונופולין - מפחיתה ממשקלה של החזקה.

אין דעתי כדעת הסנגור. כל עוד לא בוטלה הכרזת הממונה לפני המועד הרלוואנטי (ובמהלך השנה הרלוואנטית - '91), עומדת החזקה במלוא תוקפה. ובוודאי, העובדה שצד לדיון טרח לבסס את ראיותיו אולי אף מעבר לנדרש ממנו, אינה יכולה לעמוד לו לרועין.

מוסיפה ההגנה לרכז את מאמציה בתקיפת המונופולין, בנסותה לקעקע את בסיסן של הראיות הנוספות שהביאה התביעה, כדלקמן:

#### 1. חישוביו של העד סומך

א. התביעה הביאה כעד תביעה את סגן ממונה מחלקת הלבשה וסריגה בחטיבת הטקסטיל במשרד התמ"ס בירושלים, שמואל סומך (להלן: סומך) (ע"ת 5) אשר ערך מסמך (מוצג ת/ 16) - הבהיר כי גם ב- '91 היתה חברת גיבור סבריינה מונופול. תוך שהוא מסתמך על נתונים הנוגעים לחלקם של המפעלים המקומיים בשוק גרבי המכס (גיבור סבריינה, ומרסי) אשר התקבלו מהמפעלים עצמם ללא אפשרות בדיקה, וחלקו של היבוא בשוק זה.

על פי מסמך זה, משקלה של גיבור סבריינה, בשיווק גרבי המכנס, בצריכה המקומית בשנת [?????] ובשנת '92 64.2% (ראה ת/ 16).

העד סומך העיד, כי לצורך חישוב הנתונים הנוגעים לגיבור סבריינה, הסתמך על נתונים שקיבל מגיבור סבריינה עצמה, בערכים דולריים של כלל המכירות, הכוללים גרבי מכנס וגרבי ברך יחד (גרבוניס) (ת/ 17, ת/ 18).

אשר לאחוז גרבי המכנס מתוך סך כל מכירות הגרבוניס, לגבי שנת 1991, אף נתון זה נתקבל מגיבור סבריינה בשני שדרי פקסימיליה (ראה מוצג ת/ 19, ת/ 20).

גם לצורך חישוב נתוני הייבוא, הסתמך סומך על נתונים שקיבל מגיבור סבריינה המכילים את "פרטי המכס", שאותם כללו אנשי גיבור סבריינה בנתונים ששלחו לסומך (ת/ 17 ו-ת/ 18).

מאחר שפרטי המכס הנ"ל התייחסו הן לגרבי ברך ובן לגרבי מכנס, נטל סומך כחלק מחישוביו רק פרטי מכס שמתייחסים לגרבי מכנס, כאשר הקביעה, אם פרטי מכס נוגע לגרבי מכנס, נעשתה לפי הקריטריונים של הנהלת המכס ובירורים שערך סומך עם אנשי המכס (עמ' 131).

בהסתמך על אותם פרטי מכס, שאיבחו כנוגעים לגרבי מכנס, נטל העד את נתוני הייבוא המתאימים בערכים דולריים, כפי שפרסמה הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה בת/ 17.

ב. באי-כוח ההגנה תוקפים את חישוביו של סומך, בין השאר, בהגשת מכתב של סגן ראש מינהל טקסטיל במשרד המסחר והתעשייה, בו היא מציינת, כי בדיקה שנערכה (כמתברר על ידי מר סומך - עמ' 123 שורה 10) העלתה כי נתח השוק של שוק גרבי המכנס וגרבי הברך הנשלט בידי גיבור סבריינה ומרדי יחד, לשנת 1992, היוו כ- 55% מכלל צריכת הגרבוניס.

לאור האמור, מציע בא-כוח ההגנה, כי אאמץ קונסטרוקציה שונה לחישוב שנתח השוק של גיבור סבריינה בשוק גרבי המכנס:

בחישובו הוא מבקש, כי אסתמך על ההבחנה כי החלוקה שבין גיבור סבריינה למרסי בשוק גרבי הברך זהה לחלוקה שביניהם בשוק גרבי המכנס, ועל כן חלקם של גיבור סבריינה ומרסי יחד, בשוק גרבי המכנס בלבד, זהה אף הוא ל- 55% (כפי שנקבע בנ/ 15 ביחס לגרבי מכנס וגרבי ברך יחד).

מאחר שלפי ת/ 16 בשנת '91, חלקה של מרסי בשוק גרבי המכנס היה 15% מחלקה של גיבור סבריינה, הרי שאם "יולבש" נתון זה על הנתון של 55% כפי שהוא מופעי בנ/ 15 יהיה חלקה של גיבור סבריינה 46.5% בלבד.

איני סבורה שיש לקבל קונסטרוקציה זו.

ההנחה שהחלוקה בגרבי מכנס בלבד, זהה לחלוקה בגרבי מכנס וגרבי ברך יחד - אין לה על מה להתבסס, ובוודאי אין לקבל את טענת בא-כוח ההגנה, כי התביעה היא שהיתה צריכה לסתור הנחה זו.

הנתונים ששימשו כבדיד לת/ 16 התקבלו כאמור ישירות מגיבור סבריינה, לפיכך, אין מקום לחשוש כי יש בה משום הגזמה לרעתה, כך שאין בכך די כדי לפסול את ת/ 16. מה גם שבטיעוניו, בא-כוח ההגנה עצמו מסתמך על היחס שבין מרסי לגיבור סבריינה, כפי שהוא עולה מת/ 16 - שכנגד אמינותו טען.

על כן אין בידי לקבל את הצעתו זו.

ג. בנוסף, מבקש בא-כוח ההגנה להסתמך על נ/ 1 - מכתב ששלח אייל פביאן, יועץ סגנית שר התמ"ס, כשלוש שנים לאחר המועד הרלוואנטי, לפיו משקלה של גיבור סבריינה בצריכת גרבי מכנס וגרבי ברך (גרבוניס) בשוק המקומי בשנת '92, הסתכם בכ- 50%. מעיון בו מתברר, כי המסמך מתייחס לצריכת גרבי המכנס וגרבי הברך יחד בנוסף, מדובר במסמך שאינו מדויק אלא מכיל הערכה כוללת - כשעולה מעיון בו כי כותב המסמך עצמו הפנה את הפונה לבירור רשמי לדיון במעמדה של החברה במונופול (ראה שם).

לפיכך, מסמך זה אין בו, לדעתי, כדי להראות כי במועד הרלוואנטי היה חלקה של גיבור סבריינה בשוק גרבי המכנס בלבד שווה ל- 50% או פחות ממנו - כהצעה ההגנה.

## 2. לסיכום

ההגנה לא הצליחה לדעתי, לסתור את החזקה שבחוק בדבר היות גיבור סבריינה מונופולין, חזקה המתחזקת בראיה שלמעשה הנאשמים השלימו בשעתו עם הקביעה בדבר היותם מונופולין במועד הרלוואנטי, לא ערערו על כך ולפיכך, הסכימו לכך במפורש בכתב (ר מוצג ת/ 6).

כל שעשתה ההגנה היה ניסיון להטיל תמיהות בדרך ביצוע החישוב של סומך (ת/ 16) ולהציע קונסטרוקציות אחרות - שאינן מדויקות ואין ניתן לאמצן.

נשאר עוד להחליט אם בתקופה הרלוואנטית הייתה גם סבריינה-שיווק "בעל מונופול".

בעניין זה סעיף 26 (ו) קובע:

"בסעיף זה, "אדם" - לרבות חברה ובנותיה, בנות של חברה אחת וכן אדם וחברה שהוא שולט בה".

היינו, המסקנה הנובעת מהאמור עד כה היא כי מכוח סעיף 26 (ו) לחוק, חלה ההכרזה על קיומו של מונופולין גם על סברינה שיווק, שהיא חברת-בת של גיבור סברינה. היינו, שתי החברות היוו "בעל מונופול" כהגדרתו בחוק בתקופה הרלוואנטית.

#### 8. קיומו של סירוב לספק נכס שבמונופולין

א. אחת מטענות ב-אוח ההגנה היא, כי סברינה שיווק לא "סירבה" כלל לספק נכס שבמונופולין (כלשון סעיף 29 לחוק), מאחר שהנכס שבמונופולין במקרה דנן, היה "גרבי מכנס", וסברינה שיווק הציעה למכור ללרמן, ואף מכרה לו, גרבי מכנס אחרים בשם המותג "בל" הזהים לגרבי המכנס "קאן-קאן". מדובר לפיכך, באותו מוצר גרבי מכנס, כשהשוני ביניהם הוא בשם המותג בלבד.

לדעת ההגנה, החובה המוטלת על סברינה-שיווק כמונופולין, היא למכור גרבי מכנס כלשהם, ולא כל מותג של גרבי מכנס, אותו היא מייצרת.

לפיכך, נכונותה להמשיך ולספק גרבי מכנס מסוג "בל", שוללת את קיומו של עצם "הסירוב".

לגרסתה, המותג "קאן-קאן" שונה מן המותג "בל" ב"שמו הטוב" בלבד, דהיינו במוניטין של המוצר, של גרבוני יוקרה, אשר סברינה שיווק השקיעה כספים ומאמצים כדי לטפחו ולבנות את תדמיתו.

לא יעלה על הדעת, ממשיכה וטוענת ההגנה, כי החוק יחייב את היצרן והמשווק למכור לכל דיכפין את כל סוגי הנכסים שהוא מייצר (סיכומי נאשמת 1, עמ' 36), שכן חיוב שכזה ימנה מן היצרן או המשווק ליצור מוניטין למוצר יוקרתי שהוא חפץ ביקרו.

#### ב. אין אני מקבלת את טענות ההגנה הללו.

המחוקק הטיל על המונופולין חובה למכור את הנכס שבמונופולין, חובה שלה סייג אחד בלבד - סירוב שהוא "סביר". משכך הוא, הרי שאף כי ייתכן שסירוב המונופולין למכור יהיה סביר - ואל כן לא יהיה בסיס להטלת אחריות פלילית - שהרי שהחובה העיקרית למכור היא כללית וחלה לגבי כל סוגי הנכס שהמונופולין מייצר או משווק.

חיזוק למסקנה זו ניתן למצוא בצו ההגבלים העסקיים (קביעת מונופולין), תש"ס-1980, לפיו מונופולין הוא מי שמחזיק שיעור של יותר מ-50% של המצרך "או של כל סוג או מין שלו". ניתן לפיכך לקבוע בפשטות, כי גרבי מכנס לסוגיהם הם גרבי מכנס, גם אם הם כוללים סוגים שונים של גרבי מכנס בצבע או בעובי שונה - עדיין הם "גרבי מכנס".

כפי שלא יעלה על הדעת, כי למונופולין יהא שיקול דעת למכור גרבי מכנס מצבע מסוים או מעובי מסוים ללקוח מסוים, ולהימנע ממכירת גרבי מכנס בצבע אחד ללקוח אחר - ובכך לקיים

כביכול את דרישות החוק, כך אין למונופולין שיקול-דעת למכור מותג אחד ולא אחר, משנקבע כבעל מונופולין ל"גרבי מכנס" של כל סוג או מין שלו.

ובמאמר מוסגר אוסיף, כי ניתן להניח כי שונה מקרה בו מייצר המונופולין נכס עבור לקוח מסוים, תחת שם מותג המיוחד לאותו הלקוח, ממקרה בו המונופולין עצמו הוא שמעניק את שם המותג למוצר שהוא משווק - ובכך הופכו לחלק בלתי נפרד מן "הנכס שבמונופולין" ושעליו מוטלת חובה למכרו, כמו במקרה דנן.

המסקנה היא, כי התביעה הוכיחה קיומו של "סירוב" לספק נכס שבמונופולין. משהוכח סירובה של סברינה שיווק לספק ללרמן גרבי מכנס מסוג "קאן-קאן".

#### 9. הסיבות לסירוב

א. כבר בשלב זה ניתן לקבוע כממצא עובדתי כי הגורם שהביא להחלטת סברינה שיווק להפסיק ולמכור גרבי "קאן-קאן" ללרמן, היה המחיר בו מכר לרמן את הגרביים, ולא שיקולים אחרים שעניינם התאמתה של חנותו של לרמן למכור את גרבי "קאן-קאן", מבחינת אופי החנות וכמות ומגוון הסחורה שרכש לרמן.

מחומר הראיות עולה בבירור, כי לו היה לרמן נענה לדרישתה של סברינה שיווק (היינו, לדרישה של מנהל המכירות רוזנברג, והסוכן רמי אדמון), למכור את גרבי "קאן-קאן" במחיר המומלץ או קרוב לו - היתה סברינה שיווק ממשיכה לספק גרבי "קאן-קאן" ללרמן - כפי שהסכימה לספק זאת בתחילה - למרות העובדה שחנותו לא היתה חנות טקסטיל יוקרתית, ולמרות שלא רכש מסברינה כמות מוצרים גדולה ומגוונת.

אתן כמה דוגמאות המעוגנות בחומר הראייתי:

רמי אדמון הסוכן העיד, כי לרמן אושר מטעם רוזנברג כלקוח של סברינה וסופקה לו סחורה (עמ' 82, שורה 29).

זאת לאחר שאדמון עצמו בדק את חנותו של לרמן והציב לפניו את תנאי סברינה להתקשרות: רכישת מגוון מוצרים ותשלום ראשוני במזומן (עמ' 82).

על המשך השתלשלות האירועים העיד אדמון:

"בהמשך התקבלו תלונות גם אלי וגם להנהלה, למשרדים שלנו, על זה משר לרמן מוריד מחירים בצורה חריגה... ניגשתי למר לרמן לבדוק את הנושא הזה... כשהגעתי אליו הוא הכחיש, ניסה להכחיש, דיברתי על ליבו, אמרתי לו שזה לא מקובל, שאין לו רווח מספיק". (עמ' 83).

ובהמשך :

"בהתחלה הוא הכחיש, לאחר מכן הבטיח לי שהוא ימכור במחירים המומלצים, כפי שדיברנו. לאחר שבוע-שבועיים שוב קיבלנו תלונות מבעלי חנויות..." (עמ' 84).

דהיינו, לרמן עבר את תנאי הסף שהציבה סברינה שיווק, מבחינת סוג החנות ותנאי הרכישה, ורק מאוחר יותר - לאחר שהגיעו תלונות שהוא מוכר את מוצרי סברינה במחירים הזולים בצורה חריגה, התעוררו "בעיות".

ומשהסכים לרמן למכור במחירים המומלצים נחה דעתה של סברינה שיווק וקברניטיה".

והנה מתברר, כי לרמן "חוזר לסורו" ולמכירה במחירים זולים ואף מפרסם זאת, ועל כן נשלח שוב הסוכן אדמון והציג לפני לרמן את עמדת סברינה :

"הצגתי לו את עמדת החברה, שאם הוא ימשיך בפרובוקציה, כך אני קרוא לה, אם הוא ימשיך בפרסום ולהצהיר בפני כולם שהוא מוכר מוצרי סברינה בזול לא נמשיך לעבוד איתו" (עמ' 85 שורות 11-13).

"סה"כ כל הדבר שאנחנו מהתחלה באים ואומרים שמר לרמן הלך ועשה פרסום, הוריד מחירים, לכן הפסקנו למכור לו, ללא קשר עם המחזור והמגוון (הדגשות שלי - ת' ת' עמ' 178).

ב. אין בסיס ראייתי, אם כן, לאותן טענות שהעלתה ההגנה (ראה למשל, סיכומי בא-כוח נאשמים 2-4 בעמ' 12 ובעמ' 18 או סעיף 7 בעמ' 2 לחוות דעתו של מומחה ההגנה צבי לימון נ/ 27), לפיהן הסירוב במקרה דנן נובע משיקוליה של סברינה שלא לספק את מוצריה לחנותו של לרמן אשר אינה מתאימה מבחינת אופייה למכירת גרבי "קאן-קאן".

10. "מהו סירוב סביר"

נותר, אם כן, לדון בשאלה העיקרית והיא, האם היה סירובה של סברינה למכור ללרמן גרבי מכנס מסוג "קאן-קאן", כעולה מהעובדות שנקבעו בהכרעת-דין זו, סירוב "סביר" כמשמעותו בחוק.

א. המונח "סביר" המופיע בסעיף 29 לחוק מצביע, לדעתי, על מבחן אובייקטיבי, הוא מבחן "האדם הסביר" שאותו נקט המחוקק בתחומי משפט רבים.

יפים אם כן לעניין זה דברים שנאמרו הגם בהקשר אחר :

"האדם הסביר... הינו דמות ערטילאית שמעצב בית המשפט, ללא כל קשר לאדם העומד בפניו. האדם הסביר אינו מתיימר להציג את האדם הממוצע באוכלוסיה נתונה. זוהי דמות



ערטילאית שאין לה נציג מוחשי במציאות, ובאמצעותה מבטא ביהמ"ש את הרצוי. ואל את המצוי.

קביעת 'דמותו' של האדם הסביר הינה קביעה אובייקטיבית הנעשית על-ידי בית השמפט על פי שיקולים של מדיניות משפטית". (קדמי, על הדין בפלילים (חלק א') עמ' 95).

סבורני, כי גם "האדם הסביר", שלפי מידתו תיבחן סבירות סירובו של המונופולין לספק נכס שבמונופולין, אינו דמות "הסוחר הממוצע", כי אם "הסוחר הסביר", שאת מאפייניו קובע בית המשפט מתוך שיקולים של מדיניות משפטית, ובראש ובראשונה, מתוך המגמה לתת ביטוי למטרת החוק.

ב. ביסוס למסקנה, כי מבחן הסירוב הסביר אינו מחפש הצדקה עיסקית גרידא למעשה, אנו מוצאים בשינוי חקיקות נוסח הסעיף הרלוואנטי כאן.

בעוד שבחוק ההגבלים העסקיים תשי"ט – 1959 הקודם, נאסר על מונופולין לסרב למכור, סירוב שאינו בהתאם לנוהגי המסחר המקובלים, הרי שבחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח - 1988 שבו אנו דנים, חל איסור על סירוב בלתי סביר.

על השוני בין הדברים כותב בכור, במאמרו "הרהורים בחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959" (ספר זוסמן, עמ' 138, 144): כי יש להבחין בין סירוב סביר, לבין סירוב שתואם לנוהלי המסחר המקובלים:

"בקביעה האם סירוב הוא סביר אם לאו, יש לשופט מקום להפעיל את שיקול דעתו, אבל בקביעה אם סירוב אינו בהתאם לנוהגי המסחר המקובלים, יכול שיתגלה גם נוהג מסחר מקובל שאינו נראה סביר בעיני השופט, ובכל זאת לא יוכל השופט לפסול אותו.

גם בדברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ג - 1983 (הצעות חוק 1647), נאמר:

"ההתייחסות לסבירות הסירוב עדיפה על ההתייחסות לשאלה אם הסירוב תואם נוהגי מסחר, שיכולים להיות אף בלתי-סבירים.

דהיינו, ייתכנו שיקולים עסקיים לגיטימיים שהם הוגנים ומקובלים בעולם העסקים, שאינם מגיעים כדי "סירוב סביר", כמשמעותו בחוק.

אשר על כן, סבורני כי נכונה גישתה של התביעה כי מבחן הסבירות הנקוט בסעיף 29 לחוק הוא מבחן משפטי ולא מבחן כלכלי-עסקי.

ג. בפרשנות דבר חקיקה יש לתת ביטוי למטרת החום ולתכליתו הנורמטיבית; אי לכך, סירוב סביר, כלשונו של סעיף 29 לחוק, הוא סירוב העולה בקנה אחד עם עקרונות דיני ההגבלים העסקיים והתחרות החופשית.

מנקודת מוצא זו אבחן את טענות ההגנה שהועלו בקשר ל"סבירות" הסירוב.

#### 11. סיבת "הסירוב"

לטענת הנאשמים, סירובם היה סביר לנוכח שימושו של לרמן בגרבי ה"קאן-קאן" כ"פיתיון" למשיכת לקוחות. לדבריהם, לרמן מכר את גרבי ה"קאן-קאן" שהם מוצר פופולארי שהדרישה אליו רבה, במחיר זול באופן חריג, כך שלמעשה לא היה לו כלל רווח ממכירתם. זאת במטרה למשוך לקוחות לחנותו (וזאת עשה גם על ידי פרסום של המחירים הזולים בהם הוא מוכר גרבי "קאן-קאן" ומוצרי סברינה אחרים), כשהוא נהנה מכך, שבאותו הזמן רוכשים הלקוחות מוצרים אחרים המצויים בחנות; מוצרים אלה אין הוא מוכר במחירים זולים מן הרגיל, ולעיתים אף מוכרם במחירים גבוהים מהחנויות אחרות.

דהיינו, לרמן עושה שימוש ציני ובלתי הוגן במוצר ה"דגל" של סברינה, כדי לקדם את מכירתם של מוצרים אחרים בחנות, שימוש המתבטא בכמה אופנים:

א. שימוש בגרבי מכנס "קאן-קאן" כ"פיתיון" למשיכת לקוחות תוך כדי מכירה במחיר הפסד.

ב. תחרות בלתי הוגנת ביתר בעלי החנויות.

ג. גרימת נזק ממשי לחברת גיבור סברינה ולבעלי חנויות.

ד. גרימת נזק לצרכן עצמו.

ה. פגיעה בהון המותג.

#### פיתיון

ניתן לקבוע כבר בשלב זה לנוכח מכלול הראיות, כי אכן יש מן האמת בטענת ההגנה בדבר השימוש בגרבי "קאן-קאן" כ"פיתיון", וזאת, מן הטעם שלרמן עצמו הסכים לטענת הסנגור כי גרבי "קאן-קאן" כמוצר אטרקטיבי משמשים כמוקד משיכה של לקוחות לחנות, כאשר באותה הזדמנות רוכש הלקוח גם מוצרים אחרים בחנות (עמ' 68).

א. אם זאת, סבורני, כי בראיות שהובאו אין כדי לבסס מסקנה חד-משמעית כי בעשותו זאת מכר גרבי "קאן-קאן", במחירי הפסד כנטען מטעם ההגנה.

טענת ההגנה, היא כי במחיר המכירה שלרמן מכר את מוצרי גרבי "קאן-קאן" - וברווח של 15% בלבד מהמחיר בו רכש את הגרביים מסברניה - הרי שלאחר ניכוי הוצאות התפעול של החנות, לא נותר בידו כל רווח נקי.

לרמן עצמו העיד שהוא מכר את גרבי "קאן-קאן" ברווח קטן יותר מן הרווח שיש לו על המוצרים האחרים שהוא מוכר בחנותו (עמ' 66).

ההגנה הביאה שלושה בעלי חנויות טקסטיל שהעידו מטעמה, ומסרו בבית המשפט, כי רווח גולמי של 15% אינו רווח ריאלי לבעלי חנויות (עמ' 188) שורה 26, ע"ה 2 ז'ק מאירי, עמ' 194 שורות 21-24, ע"ה + גדליה דורסמן. עמ' 200 שורה 16, ע"ה 5, מרקוס דנה). בנוסף, אף הביאה עד מומחה מטעמה, מר ליברמן, שבחוות-דעתו (נ/ 30) הוא רושם:

"על פי נתוני סברניה מכרה "תחרה" (חנותו של לרמן - ה. ה.), גרבוני "קאן-קאן" במרווח של 15% בלבד מעל עלות הרכישה, בהתחשב ברמת המחירים הרווחת בשוק (הטווח המקובל), ובעלויות השונות הכרוכות בהפעלת חנות טיפוסית, ניתן לקבוע כי מרווח זה מייצג מחיר הפסד" (עמ' 7 סעיף 34, לב/ 30). לא שוכנעתי בכך.

בעלי החנויות שהעידו מטעם ההגנה הם בעלי חנויות בתל-אביב ורמת-גן, וניתן להניח כי הוצאות התפעול והאחזקה של בעל חנות ברמת-גן או בתל-אביב, אינן זהות בעליל להוצאותיו של בעל חנות בבית-ים. כך שלא יהא זה מדויק לקבוע ממצאים עובדתיים על-פי עדויותיהם.

על כן, אם הוצאות התפעול והאחזקה של חנותו של לרמן זיו זולות במיוחד, ייתכן שנותן לרמן רווח קטן, כפי שהעיד כאמור. דהיינו, אין ניתן להסתמך על עדויות ההגנה כדי לקבוע כמסקנה עובדתית חד-משמעית, כי לרמן מכר את גרבי המכנס "קאן-קאן" במחיר הפסד.

## ב. תחרות בלתי-הוגנת

1. אם כך, יש לבחון עתה את דרך הפעולה "הפתייונית"; אם יש בה משום תחרות בלתי הוגנת כנטען.

2. בעניין זה, מתברר, "דווקא" מעדויות עדי ההגנה, כי גרבי "קאן-קאן", מעצם מהותם, אינם מוצר רווחי לבעל חנות, וניתן לראותם גם אצל בעלי חנויות אחרים, כ"פיתיון" למשיכת לקוחות לרכישת מוצרים אחרים.

אדגים:

ע"ה 4 דורסמן העיד, כי אין הוא סבור שיש מי "שחי" ממכירת הגרביים (עמ' 195). לדבריו, גרבי המכנס הם מוצר חיוני בחנות, עד שאין ניתן לקיים חנות בלעדיו. למעשה, כל מחיר שבו נמכר המוצר אינו סביר (עמ' 194).

לדברי העד, מכירת הגרביים אינה מביאה רווח מן המוצר עצמו, אלא מביאה רווח בעקיפין, לא מהמוצר עצמו, אלא מזה שנכנסים לחנות וקונים מוצרים אחרים באותה הזדמנות (עמ' 195).

גם ע"ה 2, העיד, כי גרבי סבירנה מהווים רק כ 2% מכלל המוצרים בחנותו. ולמעשה, אין עיקר פרנסתו עליהם (עמ' 190).

עולה מן האמור, כי אף אם השתמש לרמן בגרבי "קאן-קאן" כמוקד משיכה, הוא לא חרג מהתנהגות מסחרית הנהוגה אצל סוחרים אחרים.

3. העד המומחה ליברמן בחוות-דעתו (נ/ 30) מגדיר את התנהגותו של לרמן כ"תחרות טורפנית" - ובאנגלית "PREDATORY PRICING" - תוך שימוש ב"מוביל הפסד". לפי הגדרתו - התנהגות שעיקרה מכירת מוצר במחיר הפסד כדי ליצור מוקד משיכה ללקוחות שהמחיר הנמוך מפתה אותם לפקוד את אתר המכירה ולרכוש מוצרים נוספים שמחיריהם אינם זולים במיוחד - התנהגות שכזו מוגדרת כבלתי חוקית על פי דיני ההגבלים העסקיים (עמ' 6 סעיפים 31, 33 נ/ 30).

ואולם, מעיון בספרות מקצועית רלוואנטית אחרת, מתברר, כי העד ליברמן לא דייק בהגדרתו זו.

שם נכתב כי "תחרות/תמחור טורפניים" קיימים, רק במקום שבו המטרה של הורדת המחירים או מכירה במחירי הפסד, היא דחיקת מתחרים מן השוק הרלוואנטי, או מביעת כניסתם של מתחרים פוטנציאליים, כך שהתוצאה היא הפיכתו של הגוף הנוקט מדיניות של "תמחור/ תחרות טורפניים" - למונופולין.

(ראה: "621 BELLAMY & CHILD COMMON MARKET LAW OF COMPETITION").

(MONROE, "PRICING: MAKING PROFITABLE DECISIONS" (עמ' 391)).

מה שאין בכך בענייננו.

קשה, ואולי אף מגוחך לראות בלרמן - שהוגדר על ידי הסוכן של חברת סבירנה, כבעל חנות פשוטה מאוד (עמ' 88 שורה 31) - ואת המחזור בחנותו, כמחזור בינוני ומטה (עמ' 89) כמי שמתאים להגדרה של:

"גוף הנוקט במדיניות של תחרות טורפנית" - שמגמתו הפיכת החנות בבת-ים שבניהולו, "למונופולין".

לסיכום: מדובר כאן, לדעתי, בהורדת מחירים לגיטימית מטעם לרמן, במטרה לעודד קניית מוצרים אחרים: התנהגות שאינה שונה, לעניות דעתי, מהתנהגותן של רשתות הסופרמרקט למיניהן, דבר הידוע לכל צרכן, המציעות דרך קבע, מבצעי מכירות שונים בהוזלה ניכרת (למשל, מבצעי "שניים במחיר אחד" וכדומה).

מכאן, אין התנהגות זו מצדיקה "סירוב". וסירובה של סברינה למכור לרמן, רק מסיבה זו, אינו סביר.

#### ג. גרימת נזק לבעלי החנויות

(1) מוסיפה וטוענת ההגנה, כי במכירת גרבי "קאן-קאן" במחיר זול באופן משמעותי, מבעלי חנויות הטקסטיל או הקו-אופ שבסמיכות לחנותו, ופרסום מחירים אלה בעיתון, לרמן יוצר תחושה אצל קהל הלקוחות הפוטנציאליים כי בעלי החנויות האחרים הם "יקרנים" והדבר עלול לגרום לכך שבעתיד ידו הלקוחות רגליהם מן החנויות הללו, כשיבקשו לרכוש מוצר אחר מאשר גרבי "קאן-קאן", זאת מאחר שלבעל החנות נוצרה תדמית של "יקרן".

(2) בעלי החנויות שהעידו מטעם ההגנה, תמכו בטענת סברינה בדבר הנזק הפוטנציאלי במכירת גרבי "קאן-קאן", במחיר זול במיוחד, בידי לרמן והעידו על התנגדותם לכך שבעל חנות שכנה להם ימכור את גרבי "קאן-קאן" במחיר מוזל, דבר שיצור לחנותם תדמית של "יקרנים" וירתיע לקוחות פוטנציאליים מלקנות בה (עמ' 188 שורות 18 ואילך, עדות ע"ה 2, ז'ק מאירי, עמ' 194 שורות 4-7, עמ' 197 שורות 13-17 עדות ע"ה 4 דורסמן).

דעתי היא, כי הטענות - אינן משכנעות.

אפילו אניח, כי לבעלי החנויות נגרם "נשק", כאשר חנות סמוכה מוכרת מוצר זהה במחיר זול יותר, או במחיר הפסד, מדובר ב"נזק" שהוא תוצר מבוסס של התחרות החופשית. מטרתו ליצור תחרות בין בעלי החנויות, תחרות בריאה, שבסופה ייקבע מחירו האמיתי של התוצר בידי מנגנוני השוק.

קביעת מחיר אחדי לבעלי החנויות המוכרות גרבי "קאן-קאן" - או לחלופין, סף מינימום - מנוגדת מעצם טבעה למטרתם של דיני ההגבלים העסקיים, שכן אין ספק שמי שנהנה מהוזלת גרבי "קאן-קאן" על ידי לרמן, הוא הצרכן, שאל רווחתו התכוון המחוקק בחקקו את החוק ההגבלים העסקיים.

#### ד. גרימת נזק לצרכן

בסיכומיו מבקש בא-כוח הנאשמות 2-4 לטעון כי מכירת גרבי "קאן-קאן" בזול עשויה לגרום נזק לצרכן עצמו שכן הוא טועה לחשוב שגם המוצרים האחרים בחנותו של לרמן, זולים מן המקובל בשוק - מה שאין הוא כך.

לא מצאתי ממש בטענה זו.

ראשית, אין ספק, כי מי שנהנה קודם כל מהוזלת הגרב הוא הצרכן, או הצרכנית במקרה דנן. גם רוזנברג הודה בכך "במקצת" בהעידו:

"לאישה כצרכנית זה לא רע, אבל כפי שאמרתי, זה רע מאד לבעלי החנויות" (הדגשות שלי - ח' ח') (עמ' 164).

ואכן, ברור כי הצרכן, ובמקרה דנן האישה הרוכשת גרבי מכנס "קאן-קאן", מוצר יומיומי הנרכש בתדירות גבוהה, נהנית כאשר מוזל מחירם.

ואם הוזלת המוצר על ידי בעל חנות אחת תביא להוזלת מחיר גרבי "קאן-קאן", מטעם בעלי חנויות אחרים, או להוזלת מחיריהם של מוצרים אחרים, ייהנה הצרכן שבעתיים.

לא זו אף זו. בתחרות על ליבו של הצרכן משחקים בתפקיד לא רק מחיר המוצר, כי אם גם איכות השירות המוענק, תנאי החנות ועוד.

כך למשל, ע"ה 2 העיד, כי כשנפתחה בקרבתו חנות מתחרה שמכרה במחירים זולים יותר, הצליח להתגבר על כך בעצמו, באמצעות שרות טוב יותר, מקצועיות ואמינות ואף הורדת מחירים סבירה. לבסוף החנות המתחרה נסגרה (עמ' 189).

דהיינו, הצרכן הוא ש"ירוויח" בסופו של דבר, מהורדת המחירים על ידי לרמן, ומהתחרות המתנהלת בין הסוחרים - בין אם מכך שיוכל לרכוז מוצרים במחיר זול מן הרגיל, ובין אם על ידי שיפור השירות ללקוח בחנויות אחרות.

שנית, אין בהשוואה שערכה ההגנה במחיריהם של חלק מן המוצרים (ראה עדות ע"ה 1 בעמ' 152-155, ועדות הנאשם רוזנברג ב עמ' 167 ואילך) הוכחה חד-משמעית לכך שלרמן אינו זול יותר מחנויות אחרות באזור בת-ים - חנויות שלא נבדקו מטעם ההגנה, או שאינו זול יותר במוצרים אחרים - שאף הם לא נבדקו מטעם ההגנה.

יש להניח, כי הצרכן הישראלי הוא בעל תבונה מספקת וידע כדי להעריך בעצמו את רמת המחירים בחנות בהשוואה לחנויות אחרות - ואין זה תפקידה של סברנה "להצילו מפני ידו של לרמן".

אין זה גם מעניינו של היצרן המשווק (ובמקרה דנן, הוא "בעל המונופול"), לשקול שיקולים "פטרנליסטים" מעין אלה.

וכך נקבע בהלכה פסוקה :

"...השיקול של תחרות חופשית קיים גם מקום בו מדובר בתחרות פנימית בין מפיצים של מוצר זהה.

גם כאן יש בתחרות החופשית כדי לעודד הורדת מחירם ושיפור השירות ללקוח, לאינטרס הציבורי בדבר קיומה של תחרות חופשית נלווה גם האינטרס הציבורי בדבר חופש העיסוק של כל אחד ואחד, מהפרטים בחברה" (ע"א 901/90 [3] העמ' 264-265).

אשר על כן, גם טענה זו נדחית.

ה. איומי בעלי החנויות השכנות על סבריה ומידת הפגיעה בה

טוענת ההגנה, כי הנזק לבעלי החנויות גורם נזק לסבריה שיווק, מאחר שבעלי החנויות - שרוכשים אצל סבריה שיווק מוצרים בהיקף רכישה גדול פי כמה מונים מאשר לרמן - איימו על סבריה שיווק, כי יפסיקו לרכוש את תוצרתה. וכך עלול להיגרם הפסד כלכלי רב לסבריה שיווק.

עוד טוען בא כוחן של נאשמות 2-4 בסיכומיו, כי כאשר מאיימות חנויות גדולות להפסיק רכישת מוצרים מסוימים אצל סבריה שיווק - אם לא תפסיק לשווק מוצריה לרמן - הרי ש"סבריה אינה יכולה להרשות לעצמה לוותר על לקוחות אלה - שעליהם עיקר פרנסתה, ואם יש לה באותה סביבה מספר חנויות גדולות וטובות, הרי שזה בהחלט סביר שהיא תוותר על לרמן שרכישותיו מזעריות ולא תוותר על אותן חנויות" (סיכומי בא-כוח הנאשמות 2-4, עמ' 8, סעיף 22).

בטענה זו תומך אף העד, המומחה מטעם ההגנה, צבי לימון (נ/ 27 עמ' 3) בהוסיפו, כי אם סבריה מתרשמת שהאיומים הצד לקוחות גדולים ו"טובים" כשלשונו, הם איומים אמיתיים, סביר מאוד שתחליט "להפסיק למכור לחנות 'תחרה' ולשמור על הלקוחות הגדולים והוותיקים (נ/ 27 עמ' 3 פסקה ב').

מטעם ההגנה העידו הן רוזנברג והן הסוכן אדמון על תלונות שהופנו אליהם מבעלי חנויות שונות באזור, ובהן חנות "קיסרית", וסניף הקו-אופ באזור, שאיימו, לדברי העדים, כי אם תוסיף סבריה לשווק מוצרים לרמן, ינתקו את קשריהם העסקיים עמה.

אשר לעצם התלונות, העובדה שאיש מבעלי החנויות באזור שבו אנו מדברים (בת-ים) לא מטעם החנות "קיסרית", ולא מטעם הקו-אופ, לא הובא להעיד מטעם ההגנה, לאימות הטענה העובדתית - מעוררת תמיהה. תמיהה, המתחזקת בסתירה שנוצרה בין ת/ 3 הודעתו של רוזנברג לפני הרשות להגבלים עסקיים, לבין עדותו, כשבהודעתו מוזכרת רק "בעלת חנות שהתלוננה" ואין

מוזכר סניף הקו-אופ או לקוח רציני אחר (ת/ 3 עמ' 2) הדבר אומר "דרשני", לגבי אמינות הטענה העובדתית.

אולם מעבר לכך, גם אם נניח לרגע, שלקוח "גדול וטוב" כרשת שיווק, אכן התלונן, אין להתעלם מכובד משקלו בשוק של צרכני ענק כרשתות השיווק, המאפשר להם ניצול כוח הקנייה העצום.

עם זאת, מאידך גיסא, גם רשתות השיווק פועלות בשוק ובמסגרת התחרות החופשית. דרך ההתמודדות שלהם עם תחרות זו, אינה יכולה להיות הכתבה לסבריה - למי למכור.

חוששני, כי בקבלת טענת ההגנה ייפתח פתח למצב בו בעלי מונופולין יוכלו למכור את תוצרתם אך ורק ללקוחות הענק המפעילים לחץ, ובכך למעשה ייסתם הגולל על אפשרותו של בעל העסק הקטן להתחרות בשוק-ענקים זה.

סבורני, כי שיקולי מדיניות משפטית ראויה אינם מאפשרים תוצאה זו.

ו. פגיעה בהון המותג :

(1) נזק אחר, הנטען מטעם ההגנה הוא כאמור פגיעה ב"הון המותג" של המוצר "קאן-קאן" תדמית יוקרתית ואיכותית, ולמעשה, מדובר במוצר "הדגל" שלה. ברם, הורדת מחיריהם של גרבי המכנס באופן דרסטי עשויה להתפרש בתודעת הצרכן כאיתות על איכותו הנחותה של הפריט, ועל כן לפגוע במוניטין ובתדמית שטרחה סבריה ליצור לגרבי "קאן-קאן".

(2) לטענת ליברמן, העד המומחה של ההגנה :

"ביחס לכל מוצר/מותג נתון מסתגל הצרכן לטווח מחירים מסוים שבמסגרתו חש בנוח. צרכן הפועל במסגרת הטווח יירתע לא רק ממחיר גבוה מדי למוצר/מותג, אלא גם ממחיר נמוך מדי.

...מחיר נמוך מדי מחוץ לטווח יתפרש בתודעת הצרכן כאיתות על איכות נמוכה של הפריט" (ת/ 30 עמ' 5-6, סעיפים 27-28).

(וראה גם חוות-דעת העדת המומחה לימון, נ/ 27 עמ' 2 סעיף 6).

השאלה היא, אם כן, הרשאית סבריה לקבוע ללקוחותיה מחיר מינימום, בו ימכרו את מוצריה - כתנאי להמשך התקשרותה עימם, וזאת במטרה שמור על "הון המותג" של המוצר?

(3) משמעות המושב "הון מותג" ומוניטין :



ב-נ/ 30 (חוות-דעת העד המומחה ליברמן) מוגדר "הון מותג" כ :

"צרוף מוצלח של תכונות מוצר מוחשיות משובחות ושל דימוי חיובי הנוצר מהשקעה שיווקית ופרסומית במותג" (נ/ 30, עמ' 3, סעיף 15).

"הצרכן מקבל תרומה כפולה מבון מותג. ראשית, הוא קונה מוצר העונה בתכונותיו הפיסיות לדרישותיו המיידיות. שנית, השקעה בהון המותג נוטעת בצרכן תחושת ביטחון מתמשכת באיכות המוצר....משום שהשקעה זו מוליכה להכרה שלמותג יש אבא..." (נ/ 30, עמ' 4 סעיף 17).

וכן :

"הון המותג הוא נכס חשוב לא פחות מהנכסים הפיזיים של היצרן..." (ת/ 30, עמ' 4 סעיף 19).

יש אם כן דמיון רב, כדעת בא-כוח המאשימה בסיכומיו עמ' 22, בין המושג בו השתמשו המומחים מתחום מינהל העסקים "הון מותג", לבין המושג המקובל "מוניטין". לנוכח הדמיון בין שני המושגים ניתן להיעזר לענייננו במה שנקבע לגבי מוניטין בהלכה פסוקה: "נכס בלתי מוחשי...." ועוד לפני כן :

"בעל תדמית חיובית של המוצר בעיני הציבור, אשר הודות לה קיים שוק של לקוחות בכוח, אשר מעוניינים ברכישתו של המוצר..."

(רע"א 371/89 [2], בעמ' 315-316) (להלן : ליבוביץ).

וכן :

"יצרן המוצג בוחר לו את אפיקי השיווק הרצויים לו, דרכם הוא מבקש לשווק את סחורתו. החלטה למי למכור את סחורתו היא בידו.

עם זאת, לאחר שמכר את סחורתו והעביר לרוכש את זכות הקניין בה, אין הוא יכול, מכוחו של המוניטין, להמשיך ולשלוט על אפיקי ההפצה של הסחורה. הרוכש את הסחורה רוכש אותה יחד עם המוניטין אשר צמוד אליה. סביר, כי המוניטין היווה שיקול ברכישתה של הסחורה.

יש להניח, כי קיום מוניטין אף בא לידי ביטוי בתמורה הכספית ששילם הרוכש עבור הסחורה.

עתה, משרכוז את הסחורה, רשאי הרוכש להפיצה הלאה, תוך שהוא נהנה מהמוניטין אשר קיים לסחורה זו היצרן אינו יכול, מכוחו של המוניטין לעקוב אחר הנכס שייצר וכשהוא מוכר אותו נפרד ממנו באופן מוחלט". (ההדגשה שלי - ח' ח').

"אכן יתכנו מקרים בהם ירצה היצרן לשלוט על אפיקי השיווק והמכירה של סחורתו. במקרים כאלו הוא עשוי להתנות התניות חוזיות בהסכם ההפצה, המגבילות את המפיץ באשר להמשך הפצתה של הסחורה".

(פסק-דין ליבוביץ [2] הנ"ל, בעמ' 319).

אמנם, במקרה שלפנינו, אין היצרן חופשי בהחלטתו לי למכור את סחורתו, עקב הגבלות המוטלות על סברינה שיווק מהיותה מונופולין. עם זאת, רוח הדברים יפה לעניינו.

המוניטין של המוצר קובע אומנם את המחיר בו מוכרת אותו סברינה, ואולי אף עשוי להשפיע על תנאי המכירה. אולם, משמכרה את המוצר, אין היא רשאית לחייב את הרוכש למוכרו הלאה במחיר מסוים.

הענקת כוח כזה למונופולין, לווסת את רמת המחירים שבה נמכרים מוצריו - אינה הולמת את חוק ההגבלים העסקיים, שמטרתו לשים סייג לכוחו של המונופולין.

(4) יתר על כן, אפילו קיבלתי לרגע את טענת ההגנה, לפיה ניתן להעניק למונופולין כוח "לעקוב" אחר מוצריו, ולקבוע תנאים במטרה לשמור על "הון המותג" או המוניטין של המוצר, ספק אם זהו המקרה המתאים.

לרמן מכר את גרבי המכנס "קאן-קאן" במחיר של 2.5 ש"ח ליחידה, בעוד המחיר המומלץ היה 3.20 ש"ח. הפרש של 70 אגורות, אינו בגדר חריגה קיצונית מן המחיר המומלץ. מה גם שלרמן הציע את גרבי "קאן-קאן" למכירה במבצע: 4 זוגות גרביים במחיר של 10 ש"ח (מוצג ת/ 12) (עמ' 35 שורה 19).

בהקשר זה העידו גם עדי ההגנה המומחים, כי הנזק הפוטנציאלי ל"הון המותג" שאליו הם טוענים, אינו קיים במכירה במבצע (עמ' 235, עמ' 247 שורות 25-30).

(5) כן התברר במהלך הדיון, כי לסברינה מותג נוסף, יוקרתי יותר, בשם קאשארל.

גיבור סברינה מייצרת את שני המותגים הללו, קאן-קאן וקאשארל, והן את גרבי המכנס "בל", המיועדים לשיווק לשוק הסיטונאי (עמ' 223, עדות אורי דנאי).

בעלי החנויות, שהעידו מטעם ההגנה, ידעו לספר כי קאן-קאן הוא "מוצר עממי", הנמכר בתדירות רבה (עמ' 187 שורה 20, עדות העד ז'ק מאיר, ע"ה 2, עמ' 193 שורות 17-19).

הרושם שקיבלתי מהראיות שהובאו לפני הוא, כי מדובר במותג עממי, "במקום טוב באמצע" בתחום גרבי המכנס.

קשה, על כן, לקבל את טענות ההגנה כי מדובר במוצר יוקרתי - במידה כזו שמכירתו במחיר הנמוך ב- 70 אגורות ממחירו המומלץ (דהיינו, הנחה, של כ- 20% ממחיר המוצר), עלולה לגרום לנזק ל"הון המותג", ולפגיעה בתדמית המוצר בעיני הרוכשים אותו.

גם העד ליברמן לא בדק את טווח המחירים המקובל למותג "קאן-קאן" (עמ' 247), כך שלא הוכח שמחיר של 2.5 ש"ח מהווה פגיעה ב"הון המותג".

בייחוד אין לקבל טענה זו, משלא הובא כחלק מחומר הראיות מחקר כלשהו שיש בו כדי להצביע באופן פרטני על הנזק שעלול היה להיגרם ל"הון המותג" במקרה הספציפי דנן. עדים המומחים אף העידו, כי לא עשו כל הערכה של נזק להון המותג (עמ' 232, עמ' 246, שורות 28-29), אלא כל שהובא הייתה חוות-דעת המבוססת על הכללות והשערות בלבד, המובילות למסקנות שאינן מתיישבות עם נסיבות המקרה דנן.

ז. לסיכום:

טענות ההגנה אין בהן, אם כך, בכדי לבסס סירוב סביר. העובדות כפי שעלו מן הראיות שהובאו לפניי, מעגנות את הסירוב (של סבריה שיווק) בהחלטתו של לרמן, שלא למכור את מוצרי סבריה, במחיר המומלץ על ידיה, כפי שהוא מופיע במחירון, אלא בפחות מזה.

על מדיניותה של סבריה שיווק אנו למדים מדברי הסוכן אדמון, ומדבריו של רוזמברג ללרמן

אדמון:

"דין החברה קובע שיש מחיר מכירה שזה כלל ארצי, כדי שאז לא יכול לקרות דבר כזה, שכולם יבואו לקנות רק אצל אהרון וכל אחד.....

..... אם אתה עובד לפי המוסכמות ומדיניות החברה. שעובדת לפי מחירים אחידים - אנחנו בשמחה רבה נקבל ממך הזמנה" (ת/ 13).

אין מחלוקת, כי במגעיו עם לרמן, פעל אדמון כשלוחה של סבריה, ועל דעת מנהלה רוזנברג.

גם בסיכומי בא-כוח הנאשמים 2-4 הוא מדגיש, כי מטרתה של סבריה הייתה לשמור על "תחרות הוגנת" בשוק גרבי המכנס (עמ' 24 לסיכומיהם).

מבין השיטין עולה, אם כן, מטרתה של סבריה להנהיג מחיר מכירה אחיד, כלל ארצי, למוצריה, תוך שהיא מנצלת את כוח השוק שלה כמונופולין במטרה למנוע הוזלת מחירם חריגה כדי להפחית את התחרות החופשית שבין החנויות.

מדיניות שכזו סותרת את מטרת חוק ההגבלים העסקיים ותכליתו, אשר סומך את ידו על התחרות החופשית (גורם התורם לרווחת הפרט והכלל), ויש בה כדי להביא לתוצאה הפוכה מזו של התכוון המחוקק.

דהיינו, הפחתת התחרות בין החנויות השונות העוסקות בממכר טקסטיל בכלל, וגרבי קאן-קאן בפרט.

המחוקק כבר הביע דעתו, כי הדרך הנאותה להשיג מטרה זו היא על ידי עידוד התחרות החופשית.

לפיכך, דעתי היא כי סירוב - שמטרה העומדת בבסיסו או לחלופין תוצאתו - הוא תיאום מחירים - אינו סביר.

## 12. אחריותה של גיבור סבריינה למעשיה של סבריינה שיווק

א. כבר קבעתי קודם לכן, כי לצורך הגדרת "בעל מונופולין" וזהותו די בהוראות החוק הרלוואנטיות (סעיף 26, סעיף 26 (ו), סעיף 29 לחוק) כדי לראות בשתי החברות ישות אחת.

אצטט שוב את הוראות החוק הרלוואנטיות:

סעיף 26 (א) לחוק קובע:

"לעניין חוק זה יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידיו של אדם (להלן: בעל מונופולין)..."

וסעיף-קטן (1) לאותו סעיף קובע, כ"בעל מונופולין":

"בסעיף זה "אדם" לרבות חברה ובנותיה, בנות של חברה אחת וכן אדם וחברה שהוא שולט בה" (הדגשה שלי - ח' ח').

מוסיפה התביעה וטוענת, כי הוראות החוק הללו חלות גם לעניין קביעת ישות אחת בעניין הסירוב סביר הבלתי סביר הקבוע בסעיף 29 לפיו:

"לא יסרב בעל מונופולין סירוב בלתי סביר לספק את הנכס או את השירותים שבמונופולין".

כשלגרסתה, הטלת האחריות הפלילית על גיבור סבריינה, זו שאלה משפטית מובהקת המוכרעת רק מלשון החוק עצמו ואין בינה לבין אופיים של הקשרים המסחריים בין שתי החברות ואל כלום.

לעומת זאת, לגרסת ההגנה, השאל, אם יש לראות בחברת האם ובחברת הבת ישות אחת לצורך סעיף 29 לחוק, היא שאלה עובדתית, שיש להכריעה לפי נסיבות העניין - בהתאם לראיות שהובאו לפני בית המשפט.

אני נוטה להסכים עם בא-כוח הנאשמת 1 (גיבור סבריינה) בגישתו, שלפיה אין ניתן לייחס אוטומטית לחברת גיבור סבריינה אחריות פלילית למעשי חברת הבת שלה.

ניתן להיעזר בפרשות זו, בפסק-דין שנתן בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים. הגם שניתן בהקשר אחר - נעורו בו שאלות דומות בקשר לסעיף 26 (ו) לחוק, ושם נאמר, בין השאר, כי:

"הסעיף נותן ביטוי למגמת החוק לפרוץ את מעטה התאגיד ולראות, לצורך החוק, כ'אדם' גם יחידה כלכלית המורכבת מתאגידים שונים ועצמאיים מבחינה משפטית, כאשר תאגידים אלו קשורים אלה באלה..."

....ואולם, אין אנו חושבים שעצם היותם של תאגידים חברה וחברת בת או חברות אחיות, מחייב מאליה את המסקנה, שיש לראות תאגידים כאלה בכל הנסיבות כגוף אחד לכל דבר ועניין..."

באותו עניין נקבע, כי המבחן המתאים הוא:

"על פי מהות הפעולות העסקיות, לאור הקשר המשפטי שבין התאגידים הקשורים בעסקאות אלה" (עמ' 196).

שם נסקרה שורה של פסקי-דין שנתן בית הדין של הקהילייה האירופית, מהם עולה כי:

"שני תאגידים שקיימת ביניהם קירבה (כגון חברה וחברת-בת), ייראו כיחידה כלכלית אחת אם לגבי ייצור אותו מוצר קיימים בין שני התאגידים אינטרסים זהים, תאגיד אחד נשלט על ידי התאגיד האחר ושני התאגידים פועלים לקידום אינטרס כלכלי משותף.

ואולם, גם בהקשר זה עדיין פתוחה הדרך לחברת הבת להראות שבעניין הנדון פעלה היא מתוך שיקולים עצמאיים, ושלא על פי הוראותיה של החברה האם ועל כן יש לראות בה יחידה עצמאית" (שם, עמ' 198)

(ראה ערר (ה"ע) 1/89 [5]).

סבורני כי יש להבחין בין הרמת מסך תחקיתית, לעניין זהותו של בעל המונופולין, לבין הטלת אחריות פלילית על גוף מהגופים המרכיבים את בעל המונופולין, כשלנושא האחרון יש להתייחס ביתר זהירות הנובעת מהמאטריה הפלילית, שבה אנו עוסקים.

קבלת פרשנותו שלבא-כוח התביעה עלולה להוביל לתוצאה לא-רצויה לפיה, לדוגמא, ב"אשכול" חברות - המורכב מחברות מספר, מעשיה של אחת החברות הנוגדות את החוק - ייוחסו "אוטומטית" אף לאחרות, וביניהן לא רק חברות האם והבת, כמו במקרה זה, אלא גם ל"חברות אחיות" (כלשון סעיף 26 ו) - "בנות של חברה אחת" וכדומה.

סבורני, כי סעיף 26 ו) מצביע על המגמה "להתבונן מעבר למסך ההתאגדות", אל הקשר הקיים בין החברות כדי לתת מענה לשאלה: אם ניתן לראות בחברת האם וחברת הבת, המרכיבות את המונופולין, ישות אחת - לצורך הגדרת בעל המונופולין.

אך לצורך הטלת אחריות פלילית, יש לשקול בזהירות את הראיות שהובאו בדבר נסיבות היחס והקשר שבין שתי החברות, כמו מידת השליטה של חברת האם, בחברת הבת, הן הפורמאלית והן המעשית - וזהות האינטרסים שלהן.

בדיקת הראיות מתוך היבט זה מעלה כדלקמן:

אין מחלוקת, כי סברינה שיווק היא חברת-בת של גיבור סברינה. 86% ממניותיה מוחזקות על ידי גיבור סברינה, ויתרת המניות מוחזקות בידי הנאשמים 3 ו-4; אורי דנאי - מנכ"ל סברינה השיווק, וחיחים רוזנברג - מנהל המכירות של סברינה שיווק.

חברת האם מקבלת דיווח באמצעות המחשב על היקף המכירות של חברת הבת (עמ' 212 שורה 9) בנוסף, קיים נוהל דיווח חודשי לחברה האם, וכן נעשות פגישות תיאום בין הנהלות שתי החברות.

בנוגע למוצרים השונים המשווקים (עמ' 212 שורות 20-21). כשהחברה הבת משמשת כצינור השיווק העיקרי של החרה האם בשיווק מוצריה בשוק המקומי.

החשוב לענייננו הוא, כי על פי הראיות שהובאו מתברר כי מדיניות השיווק נקבעת בלעדית ע"י סברינה שיווק, ללא התייעצות בחברת האם - גיבור סברינה (ראה עמ' 211)

ב. לנוכח האמור, סבורני, כי משעולה מחומר הראיות שהביאו ההגנה, (שלא נסתר) שסברינה שיווק ושני מנהליה הפעילים (הנאשמים 3-4) פעלו בעניין נושא כתב האישום, מתוך שיקולים עצמאיים ושלא על פי הוראותיה של חברת גיבור סברינה, הרי שניתן לראות את חברת סברינה שיווק ומנהליה כ"יחידה עצמאית" - ולא ניתן להסיק כדבר מבין מאליו שיש לייחס את מעשיה וכוונותיה - לחברת גיבור סברינה. לפיכך, דעתי היא, כי יש לזכות את חברת-האם גיבור סברינה המיוחס לה.

13. באשר לאחריותם של שני המנהלים, הנאשמים 3 ו-4, בא-כוחם לא טען כי עומדות להם ההגנות המפורטות בסניף 48 לחוק. אולם, טען, כי על פי סעיף 17 לחוק העונשין, תשל"ז-1977,

עומדת להם הגנה בדבר "טעות כנה וסבירה בדבר מצב הדברים", ומ"סירותם" נבע מהסתמכות על פסק-דין בעניין אחר שניתן לזכותם לפני שנים רבות בבית משפט השלום, במקרה דומה (מוצג נ/14). לפיכך אין הם נושאים באחריות פלילית.

קשה להשתכנע שמדובר בטעות כנה ו"סבירה".

אין לראות בקיומי של פסק הדין נ/14 העוסק בפרשה דומה, הגנה לנאשמים, שכן פסק הדין, עניינו חוק ההגבלים העסקיים, במתכונתו הקודמת, לפיו די היה, ש"הסירוב" הוא על פי נוהגי המסחר המקובלים - מה שאין כן בענייננו.

מדובר להתרשמותי, בשני מנהלים בכירים היודעים היטב שיג ושיח מסחרי (ראה לדוגמא שיחת אחד מהם בתמלילים (מוצג ת/1).

ניתן להניח שהם בעלי נגישות "חופשית" לייעוץ משפטי שוטף במהלך עסקיה של החברה, ייעוץ שיכול היה בנקל להבחין בין עובדות המקרה, שם, מהמקרה דנן.

קשה לי להאמין כי שניהם האמינו שעל ידי פסק דין נמצאת בידם מעין "תעודת ביטוח" משפטית, כנגד מקרים דומים שיקרו בעתיד, כמו במקרה של לרמן.

הטענה נדחית.

14. סוף דבר

א. בתקופה הרלוואנטית לכתב האישום, היו שתי החברות, חברת האם גיבור סבריינה וחברת הבת סבריינה שיווק, "בעל מונופולין" לעניין "גרבי מכנס" כמשמעותו בחוק.

בעניין זה לא הצליחה ההגנה לסתור את החזקה שבחוק, הצומחת מעצם "הקביעה" שלא ערערו עליה, ומפרסום הכרזת המונופולין ברשומות, ומראיות אחרות שהובאו.

ב. סעיף 29 לחוק, מטיל על בעל מונופולין חובה כללית לספק נכס או שירות שבמונופולין, חובה זו משתרעת על כל המינים והסוגים של הנכס שבמונופולין.

משמעותה של "החובה המיוחדת" המוטלת על המונופולין, היא בראש ובראשונה, למכור מוצריו לכל עסק, אף אם מתחריו של אותו עסק מתנגדים לכך.

ג. הגורם שהביא לסירובה של חברת סבריינה שיווק היה המחיר הזול שבו מכר לרמן את גרבי המכנס "קאן-קאן".

ד. במקרה דנן, לא היה טעם סביר לסירוב של סבריינה שיווק לספק גרבי מכנס ללרמן.

התנהגותו של לרמן, לא היתה מנוגדת לעקרונות דיני ההגבלים העסקיים, וההגנה אף לא הצליחה לבסס את טענותיה, כי מעשיו לש לרמן טמנו בחובם נזק כלפי שתי החברות ונזק לגורמים אחרים, שיהא בו כדי לבסס "סירוב סביר".

ה. "סירוב" שעיקרו כניעת המונופולין ללחץ המופעל עליו מצד לקוח "גדול", להפסיק מכירותיו ללקוח "קטן", אינו סביר והוא מנוגד למטרות חוק ההגבלים העסקיים.

אם ייקבע, כי רשאי מונופולין (להבדיל מבעל עסק רגיל) להיכנע ללחץ המופעל עליו מצד לקוחות גדולים שלו, ולסרב בכך למכור סחורה למתחריהם המוכרים סחורה זהה בזול יותר - הרי שיש בכך כדי לפגוע בעקרונות התחרות החופשית משורשיה.

במסגרת כוחות השוק ומנגנוניו, התערב המחוקק בעניין המונופולין. מתוך מגמה לרסן מונופולין הצובר כוח רב כל כך, עד שביכולתו לעוות את כללי המשחק לטובתו.

ו. גיבור סבריינה וסבריינה שיווק, אף שהיו כאמור "בעל מונופולין", לא היו בתקופה הרלוואנטית, ישות כלכלית אחת מנקודת ראות דיני ההגבלים העסקיים, במה שנוגע לסעיף 29 לחוק, ועל כן, אין, על פי הראיות שהובאו, כדי לייחס את מעשיה של האחרונה לראשונה.

ז. ניסיונו של בעל מונופולין, לכפות על הרוכשים ממנו סחורה, בטווח מחיר מינימום אחיד, מנוגד לעקרונות התחרות החופשית שאותה בא חוק ההגבלים העסקיים לקדם - שעל כן סירוב שזוהי מטרתו ולחלופין תוצאתו - אינו סביר.

15. אשר על כן אני מרשיעה את חברת סבריינה שיווק, נאשמת 2, ומנהליה הפעילים, נאשם 3 ונאשם 4, בעבירות שיוחסו להם בכתב האישום המתוקן, ומזכה את חברת גיבור סבריינה, נאשמת 1, מהמיוחס לה.

16. בשולי הכרעת הדין אני מבקשת להודות לבאי-כוח הצדדים, עו"ד הכוהן, עו"ד גלעדי, עו"ד ירון ועו"ד דנאי על סיכומיהם מאירי העיניים, בשאלות מורכבות, שהתעוררו לראשונה בהליך זה.

17. במקום לקרוא את הכרעת הדין, מסרתי, בהתאם לסעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב - 1982, לבא-כוח הנאשמים, עו"ד דנאי ועו"ד פירון, ולבאי-כוח התביעה, עו"ד הכהן ועו"ד גלעדי, העתק ממנה, והסברתי בפומבי את עיקר תוכנה.

ניתן והודע היום, 15.2.96, במעמד באי-כוח הצדדים.