

בבית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 149/96

בפני:

כבוד השופט יהונתן עדיאל

בעניין:

מדינת ישראל

באמצעות היועץ המשפטי לממשלה ע"י רשות ההגבלים העסקיים

ע"י ב"כ עוה"ד משה הכהן ו/או דנה רוטמן

המאשימה

נגד

1. תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית לישראל בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד ש. פרידמן ושות'

2. יצחק לנדסמן ת.ז. 1017211

ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר א. קלגסבלד ואח'

3. מאיר עזרא ובנו (1980) בע"מ

4. דוד עזרא ת.ז. 09082322

שניהם ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר י. לשם ואח'

הנאשמים

הכרעת – דין

1. בכתב האישום יוחסו לנאשמים עבירות של עשיית הסדר כובל בניגוד לסעיפים 2(א), 2(ב)(1), 2(ב)(2), 2(ב)(3) ו-21(ב)(4) לחוק ההגבלים העסקיים בצירוף סעיף 47 (א)(1) לחוק, ולגבי הנאשמים 2 ו-4 - לפי אותן הוראות חיקוק בצירוף סעיף 48 לחוק.

הנאשמת מספר 1 - תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (להלן - "הנאשמת 1" או "תנובה") היא אחד מהתאגידים הגדולים במשק הישראלי, העוסקת בשיווק מוצרי מזון, והיא מאגדת בתוכה יותר מ-600 אגודות שיתופיות, קיבוצים מושבים ואחרים, שאת תוצרתם היא משווקת. בין היתר עוסקת תנובה גם בשיווק בשר.

הנאשם 2 - (להלן - "הנאשם 2" או "לנדסמן") היה בזמנים הרלבנטיים לאישום זה המנהל הכללי של תנובה.

הנאשמת 3 - מאיר עזרא ובנו (1980) בע"מ (להלן - "הנאשמת 3" או "מאיר עזרא"), היא חברה ציבורית אשר גם היא פעלה בתחומים רבים בענף המזון, ובין היתר בשיווק בשר בקר, ובמתן שירותי אחסנה בקירור ואחסון בערובה.

הנאשם 4 - דוד עזרא (להלן - "הנאשם 4" או "דוד עזרא"), היה בכל הזמנים הרלבנטיים לכתב האישום המנהל הכללי של הנאשמת 3.

במהלך שנת 1993 החליטה הממשלה לפתוח בהליך ליברליזציה שמטרתו להעביר את ייבוא הבשר הכשר הקפוא, שעד אז הוסדר על-ידי משרד התעשייה והמסחר, מינהל הסחר ממשלתי, לייבוא מסחרי פרטי. היבוא המסחרי בפועל החל באוקטובר 1993.

על רקע זה החליטו תנובה ומאיר עזרא לשתף ביניהם פעולה ביבוא ושיווק בשר בקר כשר קפוא ולהקים לצורך כך מיזם משותף שיעסוק בייבוא הבשר הקופא לישראל ושיווקו.

לצורך כך, נעשה בין הנאשמות ביום 28.7.93 הסכם מסגרת לשיתוף פעולה ביניהן - ת1/ (להלן - "הסכם המסגרת" או "ת1/").

במבוא להסכם המסגרת מציינות הנאשמות, כי לתנובה ניסיון ויכולת מוכחת בתחום של שיווק בשר קפוא וחלקי פנים של בשר בקר ולמאיר עזרא ניסיון ויכולת מוכחת בתחום של ייבוא הבשר ממקורות שונים ברחבי העולם, וכן בשיווקו. כמו כן מציינות הנאשמות במבוא להסכם המסגרת, שלמיטב ידיעתם, במהלך שנת 1993 עומדת להתממש האפשרות לבצע ייבוא של בשר שלא באמצעות גופי סחר ממשלתיים (להלן - "הרפורמה").

על רקע זה הסכימו הנאשמות, כפי שנקבע בהסכם המסגרת, להקים את חברת "תנובה מאיר עזרא, ייבוא ושיווק בע"מ" (תמ"ע). הצדדים גם הסכימו שההון המונפק והנפרע של החברה, יוחזק על-ידי תנובה ומאיר עזרא בחלקים שווים, וכי לכל אחת מהן תהא הזכות למנות מחצית ממספר הדירקטורים בחברה. עוד הוסכם, שליו"ר הדירקטוריון של החברה, ימונה אדם על-פי המלצתה של תנובה, ובלבד שמאיר עזרא תיתן הסכמתה למינוי, ולמנכ"ל החברה ימונה אדם על-פי המלצתה של מאיר עזרא, ובלבד שלמינוי תינתן הסכמה של תנובה. מינוי בעלי תפקידים בכירים בחברה וקביעת תנאי העסקתם, ייעשה בהסכמה. ההסכם גם כלל הוראות לגבי המימון שיועמד לתמ"ע בחלקים שווים על-ידי הנאשמות.

ביום 26.7.93 התאגדה חברת תנובה - מאיר עזרא יבוא ושיווק בע"מ (להלן - "תמ"ע"), אשר הוקמה על-פי הסכם ההקמה.

הנאשמים 2 ו-4 שימשו, במקביל לתפקידיהם בנאשמות, כחברי גרעין ניהולי מצומצם של תמ"ע, שכונה "מינהלת תמ"ע" והיה אחראי על הניהול השוטף שלה.

הנאשם 2 (לנדסמן) שימש חבר מינהלת תמ"ע וכן היה חבר מועצת המנהלים ויו"ר מועצת המנהלים של תמ"ע.

הנאשם מס' 4 כיהן גם הוא כחבר מועצת המנהלים של תמ"ע, ושימש עד לחודש יולי 1994, או עד למועד סמוך לכך, כמנכ"ל תמ"ע.

זמן קצר לאחר חתימתו של הסכם ההקמה, ביום 25.11.93, התקבלה במסגרת ישיבת דירקטוריון של תמ"ע החלטה שכותרתה: "פרוטוקול משיבת דירקטוריון שנתקיימה ב- 25.11.93". החלטה זו הסדירה את מדיניות השיווק של תמ"ע. באותו פרוטוקול הוחלט לאשר את הסכם ההקמה מיום 28.7.93. כמו כן הוחלט על-פי האמור בפרוטוקול כי "עד אשר תתקבל החלטה אחרת על-ידי הדירקטוריון, מדיניות השיווק של תמ"ע לעניין הבשר אשר היא תיבא תהיה כאמור בהחלטות שלהלן". (להלן - "הפרוטוקול" או "ת"3"). בהמשך הפרוטוקול נרשמו החלטות שונות שהתקבלו באותה ישיבה לגבי מדיניות שיווק הבשר. עיקרן של החלטות אלה, שיפורטו בהמשך, הוא במינוי של הנאשמות כמשווקות של תמ"ע, קביעת הוראות לגבי הלקוחות שלהם שיווק הבשר על-ידי תמ"ע ועל-ידי הנאשמות, חלוקת מכסות השיווק של הבשר בין הנאשמות וקביעת הוראות שונות לגבי מחירי הבשר הנמכר והנחות במחירים. פרוטוקול זה ופירושו הם העומדים במרכזו של הדיון הנוכחי.

העובדות המתוארות עד כאן אינן שנויות בין הצדדים במחלוקת.

2. לטענת המאשימה, תמ"ע נועדה לשמש את הנאשמות ככלי לביצוע הסכמותיהן המשותפות בתחום שיווק הבשר. במסגרת זו, נטען בכתב האישום, הן הסכימו למנות עצמן כמשווקות הבלעדיות של בשר שתיבאנה באמצעות החברה המשותפת אשר תרכושנה את הבשר הקפוא רק ממנה בתנאים מסחריים זהים לכל אחת מהן, וכן הסכימו לתאם ביניהן את יבוא ושיווק הבשר הכשר הקפוא כדלקמן:

- חלוקת שוק הלקוחות, באופן שהנאשמות תימנענה מלהתחרות זו בזו בשיווק, וכל אחת מהן תימנע מלפנות בהצעת מכירה ללקוחות המזוהים כלקוחות של חברתה;
- חלוקת שוק הלקוחות באופן שלקוחות מסוימים, אשר הנאשמות הסכימו על זהותן ועל מאפייניהן, ואשר כונו על ידן "לקוחות נבחרים", ייחשבו כלקוחותיה של החברה המשותפת (תמ"ע), והנאשמות תימנענה מלשווק להם בשר בעצמן;

□ חלוקת כמויות הבשר המיועד לשיווק על-ידי הנאשמות, באופן שכמות הבשר שתמכר לנאשמות תתחלק כך שתנובה תרכוש כ-80% מכמות הבשר, ומאיר עזרא תרכוש כ-20% מכמות הבשר;

□ תיאום מחירים, באופן שייקבע מחיר מינימום למכירת סוגי הבשר המשווקים על-ידי כל אחת מן הנאשמות, ושתייהן תימנענה מלשווק את הבשר במחיר נמוך הימנו או בהנחה, אלא בהסכמה הדדית. בהקשר זה הוסכם בין הנאשמות כי מחיר המינימום ייקבע מפעם לפעם במסגרת החברה המשותפת.

□ תיאום מבצעי הנחות, ותנאים מסחריים ללקוחות, כגון תנאי אשראי.

כל ההסכמות האמורות, טוענת המאשימה בכתב האישום, הן בגדר הסדרים כובלים על-פי חוק ההגבלים העסקיים, בהיותם הסדרים שבהם נטלו על עצמן הנאשמות, שהן בני אדם המנהלים עסקים, הגבלות בנוגע לסוג הלקוחות וזהות הלקוחות עמם התקשרו, כמויות הבשר שמכרו, המחיר ותנאי האשראי שדרשו והרווח שיופק על ידן מן המכירה. הגבלות אלה, וכל אחת מהן, טוענת המאשימה בכתב האישום, עלולות למנוע את להפחית את התחרות בין הנאשמות ובין לבין מי שאינו צד להסדרים ועיסוקו בשיווק בשר.

הסדרים כובלים אלה, מוסיפה המאשימה וטוענת, לא אושרו כדין, ולא ניתן לגביהם היתר זמני או פטור לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988- (להלן - "החוק").

המאשימה מוסיפה וטוענת, שבפועל הנאשמות אף ביצעו את ההסדרים הכובלים. בכך שהקימו את תמ"ע, מינו עצמן כמשווקות של תמ"ע חלקו ביניהם את התפקידים הבכירים בתמ"ע והחל מאוקטובר 1993 ולפחות עד חודש אוקטובר 1994, תיאמו ביניהן מפעם לפעם, במסגרת ישיבות מנהלת תמ"ע, מחירי מינימום עבור סוגי בשר שונים המשווקים על-ידי כל אחת מהן. כמו-כן תיאמו הנאשמות, על-פי הנטען בכתב האישום, את מחירי הבשר, ובכללם גם מחיר בשר ברזיל ואורוגוואי, שיימכר ל"חברה לישראל" ותנאים מסחריים ומחירים לרשתות ולסיטונאים גדולים.

3. קווי ההגנה שנקטו הנאשמים בתיק זה אינם זהים. הנאשמים 1-2 הודו, למעשה, ברוב הטענות העובדתיות של המאשימה ביחס לתיאומים השונים אשר נעשו בין הנאשמות. הגנתם העיקרית של נאשמים אלה הייתה שמבחינה משפטית, תיאומים והסכמות אלה אינם מהווים הסדרים כובלים על-פי החוק וכי עומדת להם, בכל מקרה, טענת הגנה של טעות בדין המבוססת על הסתמכות על ייעוץ משפטי.

גם נאשמים 3 ו-4 העלו טענות משפטיות דומות (אך לא זהות) לטענותיהם של הנאשמים 1-2. אולם, נאשמים אלה כפרו גם בעובדות כתב האישום עצמן. לטענתם, הנאשמות כלל לא

הסכימו ביניהן על התיאומים שמייחסת להם המאשימה בנוגע לחלוקת השוק ומחירי הבשר המשווק. פרשנותה של המאשימה את הפרוטוקול, שעליו בוסס כתב האישום, נטען על-ידי נאשמים אלה, שגויה.

על רקע זה, אדון תחילה בפן העובדתי שבכתב האישום, תוך התייחסות, אחת לאחת, להסכמות - כבילות שמייחסת המאשימה לנאשמים בכתב האישום.

תיאום מחירים והנחות

4. תיאום זה בא לידי ביטוי, לטענת המאשימה, בסעיפי הפרוטוקול הבאים:

"א.2. החברה תקבע מעת לעת מחיר מינימלי מומלץ למוצריה (להלן: "מחיר רצפה"). כמו-כן תקבע החברה מעת לעת את מסגרות האשראי (סכום ותקופה) ומסגרות ההנחות המותרות ממחיר הרצפה במכירות ללקוחות הנבחרים.

ב.1. תנובה ומאיר עזרא (להלן: "המשווקים") ישווקו את הבשר שיירכש על ידם מהחברה, ללקוחות שאינם הלקוחות הנבחרים.

ב.2. המשווקים מורשים לבצע מכירות במחיר הרצפה או במחיר גבוה יותר.

ב.3. המשווקים יורשו ליתן הנחה ממחיר הרצפה רק על-פי הסכמה מראש של החברה.

השיקולים אשר ינחו את החברה בבואה להחליט אם ליתן הנחה, יהיו בין השאר, אלה:

- (*) השיעור הממוצע של ההנחות במכירות ללקוחות נבחרים.
- (*) היקפי המכירות ללקוח אשר במכירות לו מתבקשת ההנחה.
- (*) הביטחונות שנתקבלו מהלקוח ותנאי האשראי הניתנים לו.

ב.6. בגין מכירותיה למשווקים (בניכוי החזרות) תשלם החברה למשווקים עמלה בשיעור של 3% (בתוספת מע"מ) ממחיר הרצפה (ללא מע"מ). לא תשולם עמלה בשיעור שונה ללא החלטה של הדירקטוריון.

אם משווק ימכור ללקוח במחיר העולה על מחיר הרצפה, הוא יהיה זכאי למלוא ההפרש בין מחיר הרצפה למחיר המכירה בפועל, ולא תשולם בגין הפרש זה עמלה על-ידי החברה."

5. בנושא זה הוצגו במהלך שמיעת הראיות שתי גרסאות נוגדות. גרסתה של המאשימה הייתה כי בפרוטוקול דובר במחירי ריצפה שתמ"ע קבעה למשווקות שלה - תנובה ומאיר עזרא -

אשר לא היו רשאויות למכור את הבשר ללקוחותיהן במחירים נמוכים ממחירי הרצפה ולא היו רשאויות לתת הנחות המפחיתות את מחירי הבשר ממחירי הרצפה, אלא באישור מיוחד של תמ"ע.

הנאשמים 1 ו-2 לא חלקו ואף תמכו בגרסתה העובדתית של המאשימה בנושא זה. עם זה, הם טענו, משיקולים שיפורטו בהמשך, שאין בתיאום זה של מחירים משום הסדר כובל כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים.

הנאשמים 3-4 החזיקו בגרסה שונה. לפי גרסה זו, מחירי הרצפה שבהם דן הפרוטוקול הם המחירים שבהם מכרה תמ"ע את הבשר למשווקות - תנובה ומאיר עזרא, ולא המחירים שבהם מכרו המשווקות את הבשר ללקוחותיהן. לגרסתם, לתמ"ע לא היה כל עניין במחירים שבהם מכרו המשווקות את הבשר ללקוחותיהם, פרט לקבלת התמורה שהגיעה לתמ"ע עבור הבשר מהמשווקות, אשר עמדה על מחיר הרצפה. מסיבה זו טענו נאשמים אלה, מבחינתה של תמ"ע, הנאשמות היו רשאויות למכור את הבשר ללקוחותיהן בכל מחיר שירצו, והן לא היו צריכות לבקש את אישורה של תמ"ע למחירים אלה, ובלבד שישלמו לתמ"ע את מחירי הרצפה שנקבעו על ידה. אישורה של תמ"ע למחירי המכירה ללקוחות נדרש, לפי גרסה זו, רק במקום שבו ביקשו המשווקות ליתן ללקוחותיהן הנחות מתחת למחיר הרצפה ולחייב את תמ"ע באותן הנחות, היינו לשלם לתמ"ע מחיר אשר נופל ממחירי הרצפה.

6. בגרסתה של המאשימה תמכו העדים אליעזר גלבע, מאיר ברנד, טוביה מרגלית ולנדסמן.

אליעזר גלבע, אשר שימש כמנהל ענף כלכלה ופיתוח עסקים בתנובה, היה חבר הצוות הניהולי המצומצם של תנובה, יו"ר מועצת המנהלים של תמ"ע וחבר מינהלת תמ"ע העיד בנושא זה כדלקמן:

"ת. ... הכוונה הייתה פה שהחברה תמ"ע תקבע מחיר שהוא יהיה מחיר ללקוח, מחיר רצפה ללקוח שהמשווקים, אם הם רוצים...

ש. מי זה המשווקים?

ת. המשווקים במקרה זה, תנובה ומאיר

...

ת. ... יש פה סינונים בין המילה משווק ובין מלה הפצה. במהות העסקה זו פעולה שמה שמופיע בפרוטוקול זה מפיצים. זאת אומרת, פעולה הפצה. היא איננה, המשווק הזה לא קובע לו שום דבר ברמה של מה שנקרא מדיניות שיווק. אין שם דבר למפיץ הזה, סמכות לקבוע במדיניות שיווק, הוא לא נותן, לא את ההנחות, הוא לא, אין לו את המחיר, את מחיר ה-reference. הוא לא קובע את הפרסום הוא לא

קובע הובלה, הוא לא קובע כל פעולה שהיא מסוג הפעולות שאתה מצפה שמשווק יעשה.

...

המחיר הוא מחיר שהולכים ללקוח, ממנו המפיץ או המשווק מקבל עמלה שנמוכה מאד שצריכה לכסות לו את עמלת ההפצה."

(פ. 20.5.97, עמ' 58-59).

כך העיד גם מאיר ברנד, שכיהן כמנהל אגף בע"ד (בשר, דגים ועופות) בתנובה שהוא האגף האחראי על שיווק הבשר בתנובה וכן שימש כחבר מינהלת תמ"ע:

"ש. עכשיו איפה נקבע מחיר המכירה שתנובה מוכרת את הבשר הקפוא ללקוחותיה?

ת. בהנהלת מאיר עזרא נקבע מחיר של הבשר. סליחה, הנהלת תמ"ע, אני מתקן, בהנהלת תמ"ע נקבע מחיר הבשר למשווקים, מהמחיר הזה לא היה צריך לרדת למטה, כלפי מעלה אפשר היה להתחרות, וכך בעצם זה נעשה בשטח.

ש. לרדת למטה כלפי מי?

...

ת. בהנהלת תמ"ע נקבע מחיר שבו ... מוכרת תמ"ע לשני המשווקים. מהמחיר הזה ללקוח הסופי לא היה צריך להוריד את המחיר. להעלות אותו כן.

ש. מי לא היה צריך להוריד את המחיר ללקוח הסופי?

ת. שני המשווקים..."

וכן:

"ש. טוב אדוני. כדירקטור בתמ"ע, מה היתה המדיניות של תמ"ע לגבי מחירי המכירה הסופיים בכלל?

כ.ה. של תנובה ושל מאיר עזרא אתה מדבר?

ש. כן, של תמ"ע, מחירי המכירה הסופיים כלומר תנובה ומאיר עזרא והלקוחות.

ת. לא לרדת מהמחיר שנקבע."

(פ. 16.11.97, עמ' 15, 18).

יצחק לנדסמן, מנכ"ל תנובה, תמך גם הוא בגרסת המאשימה בנושא זה:

"ש. עכשיו מה בקשר לקביעת המחיר? הרי תמ"א (צ"ל - תמ"ע) ברגע שהיא מכרה ללקוחות הנבחרים אז היא קבעה להם את המחיר, מה בקשר לשאר הלקוחות?

ת. מכרו לתנובה, לרשת ההפצה של תנובה, לרשת ההפצה של מאיר עזרא, במחיר מה שכתוב פה, מחיר רצפה שהוא המחיר ללקוח.

ש. מה זאת אומרת המחיר ללקוח?

ת. המחיר לחנווני שתנובה מוכרת אותו הלאה".

(פ. 9.12.98, עמ' 35).

וכן:

"הוא [עו"ד ינובסקי] אמר לי מחיר רצפה, זה המחיר וככה אני הבנתי את החוזה שמחיר הרצפה הוא מחיר בו מועברות הסחורה לשתי זרועות השיווק וזה המחיר שמוכרים אותו לצרכן".

(פ. 9.12.98, עמ' 50).

באותה רוח העיד גם טוביה מרגלית אשר שימש כחשב תנובה, היה חבר בצוות הניהולי המצומצם של תנובה, דירקטור ויו"ר המינהלה של תמ"ע. (פ. 4.5.98, עמ' 70 ש' 8-11, עמ' 94, ש' 3-5).

7. פרשנות שונה למשמעותם של מחירי הרצפה על-פי הפרוטוקול, ניתנה על-ידי דוד עזרא. לשיטתו, מחירי הרצפה שבהם דובר בפרוטוקול היו מחירים מומלצים שבהם מכרה תמ"ע את הבשר למשווקות, דהיינו לתנובה ולמאיר עזרא. לגרסתו, תמ"ע כלל לא התעניינה במחיר ללקוח הסופי שאותו גובות המשווקות מצרכניהן ולא הייתה כל מניעה מצידה שהנאשמות ימכרו את הבשר גם במחירים נמוכים ממחירי הרצפה. אלא שבמקרה כזה, אליבא גרסה זו, היה על הנאשמות לספוג את ההנחה בעצמן. האישור שנדרשו הנאשמות לקבל מתמ"ע, כעולה מהפרוטוקול, כדי לרדת ממחיר הרצפה, נועד, על-פי גרסה זו, רק למקום שבו ביקשו המשווקות שההנחה תינתן על-ידי תמ"ע ועל חשבונה, ולא על ידן.

כך העיד דוד עזרא:

"ת. ... ברגע שמישהו מושך קילו בשר מתוך החברה הזאת שנקראת תמ"ע, הוא יודע כמה עלה לו הבשר, הוא משלם את המחיר שנקבע ועל זה הוא מקבל 3% הנחה, כל היתר לא עניין אותי, שיקחו את הבשר הזה וימכרו אותו ביותר או ימכרו אותו בפחות זה לא מעניין אותי ואלה הנחיות שנתתי לעורכי הדין ...

פה עשיתי עסק מאוד פשוט, אמרתי לבית קירור, המחיר ידוע. מאותו רגע שמשכו את הטונה בשר יודעים הוא עלה להם X, עלה המחיר הזה X לתנובה, על זה היא מקבלת 3% הנחה, היא יכולה לקחת את הבשר הזה לשווק אותו למי שהיא רוצה, איך שהיא רוצה הכסף שלי בחברת תמ"ע מובטח, מקבל אותו בשוטרף שלושים מתנובה ...

...

אז בא לייזר ואמר ... בסדר, בוא נעדכן את זה שבמקרים מיוחדים אפשר יהיה לפנות ולבקש הנחות מיוחדות. אמרתי, אין שום בעיה.

ש. לפנות מי פונה למי?

ת. תנובה או מאיר עזרא יפנו למנכ"ל ... תמ"ע ויבקשו הנחות מיוחדות. היות ואני מנכ"ל תמ"ע אמרתי אין בעיה, תרשום, שבמקרים מיוחדים אתה יכול לפנות למנכ"ל תמ"ע ולקבל הנחות מסחריות וזה מה שרשום".

(פ. 26.1.1999, עמ' 33-34).

וכן:

"הכוונה הייתה שהבשר יוצא מהמחסנים של תנובה מאיר עזרא יש לו מחיר, אם אחר כך משהו רוצה לתת על חשבונו, שיתן כמה הנחות שהוא רוצה.

אם הוא רוצה לבוא לחברה ולבקש איזושהי הנחה, המנכ"ל רשאי לתת לו את ההנחה, אבל הוא לא יכול לחייב את המנכ"ל בשום הנחה. המחיר נקבע ברגע של המשיכה של הבשר.

אם לתנובה יש בעיה עם לקוח, היא רשאית לפנות, המנכ"ל ירצה יתן, לא ירצה לא יתן, אבל היא לא יכולה לחייב אותו בשום דבר וזה המחיר רצפה שנקבע וזה המחיר קנייה. ככה זה עבד, ככה זה עובד עד היום".

(פ. 26.1.1999, עמ' 37).

גרסה זו נתמכה על-ידי אהרון ביאליסטוק, ששימש כמנהל אגף בע"ד בתנובה וכדירקטור וחבר מינהלת תמ"ע, ומאוחר יותר כמנכ"ל תמ"ע (פ. 14.6.98, עמ' 15)

ברוח זו העיד גם עו"ד ברנדויין:

"אנחנו, צריך לראות את הפילוסופיה שעמדה ביסוד כתיבת הפרוטוקול ומה שנכלל בפרוטוקול. כמה חברה משותפת, אמורה לפעול באופן עצמאי כמרכז רווח והפסד עצמאי, באו הצדדים ואמרו במקרה שלי בא דוד עזרא ואמר, ראה צריך לדאוג שתמ"ע אכן תפעל בצורה כזאת שהמשווקים לא יעבירו אליה הפסדים אם ייווצרו להם בעתיד".

לכן נבנה מנגנון שמתיישב לדעתי עם חוק ההגבלים העסקיים שבא ואומר כך ראו, החברה המשותפת תמ"ע קובעת מחירון למוצריה, היא ממנה שני משווקים, תנובה וחברת מאיר עזרא, כל הוצאות ההובלה, הוצאות הפרסום, הוצאות גבייה, על החברה המשותפת, אם לקוח לא משלם עבור סחורה שסופקה לו, הדבר הוא על חשבונו של תמ"ע.

עכשיו באה תמ"ע ואומרת כך, משווק יקר, אני תמ"ע רוצה לקבל את מחיר המחירון, את אותו מחיר שאני מוכרת לך, מספקת לך את הסחורה, אתה ממחיר זה רשאי לגבות עמלתך, נא שלם לי את היתרה. רוצה המשווק, יכול המשווק למכור במחיר גבוה, אדרבא, ימכור ייהנה, תמ"ע לא מתערבת ביחסים בין המשווק לבין לקוחותיו. רוצה למכור במחיר המחירון? גם בסדר גמור ובלבד שידאג לשלם את

הסכום המתאים לתמ"ע. רוצה למכור במחיר הנמוך ממחיר המחירון? יש לו את האפשרות לוותר על עמלתו, יש לו אפשרות לפנות אל תמ"ע ולומר לה ראי תמ"ע, אני רוצה לתת הנחה, עכשיו ההנחה על-פי הפרוטוקול היא על חשבון תמ"ע. מאחר ואני רוצה להשית עליך את ההנחה ... עליך תמ"ע אני מבקש את אישורך ופה הפרוטוקול בא וקובע מה תמ"ע תשקול. אני מפנה לסעיף ב'3 לפרוטוקול. ... רוצה המשווק לספוג הוא עצמו את ההנחה? שהדבר יהיה על חשבוננו? בודאי שהוא יכול לעשות את זה, זה לא מעניינה של תמ"ע בכלל".

(פ. 15.6.98, עמ' 65-66).

הביצוע של מדיניות השיווק בנושא תיאום המחירים

8. מחלוקת נוספת שנפלה בין הצדדים, שיש לה השלכה גם על פרשנותו של הפרוטוקול, נוגעת לשאלה, האם מדיניות שיווק זו שלה טוענת המאשימה בנוגע לתיאום המחירים וההנחות, אף בוצעה בפועל על-ידי הנאשמות.

9. הראיות שהוצגו במהלך הדיונים מלמדות, כפי שטוענים הנאשמים, שבפועל הנאשמות לא תיאמו, או כמעט שלא תיאמו ביניהם את מחירי הבשר שמכרו ללקוחותיהן. מכל מקום, תיאום כזה, בהיקף ממשי, לא הוכח. מכאן, שאם מדיניות השיווק שנקבעה בפרוטוקול חייבה ביצוע תיאום מחירים בין הנאשמות (ובכך אדון בהמשך), מדיניות זו, ככלל, לא בוצעה.

כך העיד בנושא זה גלבוע, אשר כזכור תמך בעמדתה של המאשימה בכל הנוגע לפרשנות הפרוטוקול:

"בפועל, מה שקרה זה לא התנהל ככה. מכיוון שלפחות בתנובה זה לא קרה ככה, אני לא יודע בדיוק איך זה קרה אצל מאיר עזרא, אבל בתנובה זה לא קרה ככה, מכיוון שבתנובה ישנם מספר מרכזי הפצה, לא אחד, וישנה תחרות סמויה גם בין, בתוך החברה, חלק מאותה הנחה של ה-3% ראינו אחרי זה בדוחות בדיעבד, משווקים, או מנהל האגף נתן כהנחה בשביל לקדם את המכירות שלו. זאת אומרת, הוא נתן חלק מה-3%, אבל זה לא היה על חשבון החברה. יתר הדברים היו על חשבון החברה."

(פ. 14.1.97 עמ' 60).

בהמשך עדותו הוסיף העד והסביר:

"ת. זאת אומרת בדיעבד הייתי מקבל דו"ח ושמה היה בדו"ח ראיתי שלא מכרו במחיר רצפה אלא מחיר מתחת למחיר רצפה. ...

ש. זאת אומרת אני מבין שדבר שתיארת עכשיו זה לא תואם את ההחלטה שנתקבלה?

ת. נכון. קודם כל זה נכון, אבל איך אומרים אני אמרתי ששום דבר לא תאם את ההחלטה שנתקבלה. זאת אומרת, אני מוכרח להגיד שכשהראו לי את הפרוטוקול הזה, היה לי צורך להיזכר בו למרות שאני הייתי דירקטור בחברה וישבתי בכל הישיבות ובכל המנהלות ובכל הדברים, ואחרי זה גם הייתי יושב ראש הדירקטוריון. כשהראו לי את הפרוטוקול הזה, לקח לי זמן להיזכר בו מכיוון שלא התייחסתי אליו בפועל".

(פ. 20.5.97, עמ' 61).

10. בולט בהקשר זה העדרן של ראיות בהיקף ממשי (למעט שני פרוטוקולים אליהם אתייחס בהמשך) לקיומו של מחיר רצפה שהוכתב בפועל למשווקות ולאנשי המכירות שלהן על-ידי תמ"ע. מהראיות אף עולה שבפועל הוראות כאלה לא ניתנו, או כמעט ולא ניתנו.

כך העיד בעניין זה ביאליסטוק:

"ש. כתוצאה מהקמת תמ"ע האם מישהו אמר לך שאתה חייב להגביל את עצמך לגבי האופן שבו אתה משווק היום ומוכר ללקוחות של תנובה את המוצרים, את מוצרי הבשר?

ת. אני כמנהל בעד אני אומר לא היה לי שום מגבלה, אני עבדתי אצלי מה שחשוב היה זה התחום המסחרי, והיו שופטים בהתאם לתוצאות...."

(פ. 14.6.98, עמ' 11).

בדומה העידו נדב נחמני, ששימש באותה תקופה כמנהל המכירות הארצי של אגף בע"ד שבראשו עמד ברנד ולאחר מכן החליף את ברנד בתפקיד זה (פ. 3.12.98, עמ' 12-13), ודוד ז'אריצ'נסקי, אשר שימש כמנהל שיווק ארצי בחברת מאיר עזרא (פ. 14.6.98, עמ' 75).

11. המאשימה טוענת, כי סיכומים ספציפיים שהושגו בישיבות מינהלת תמ"ע והועלו על הכתב בפרוטוקולים של מנהלת תמ"ע מעידים על כך שההסכמות על תיאום מחירי רצפה שבהם יימכר הבשר ללקוחות הסופיים אף בוצעו בפועל. כדי להוכיח טענה זו הציגה המאשימה כראיה פרוטוקולים מישיבות מינהלת תמ"ע, בהן התקבלו, לטענתה, החלטות המצביעות על תיאום מחירים אשר מתייחס למכירות הבשר על-ידי הנאשמות ללקוחותיהן.

12. העיון בפרוטוקולים אלה מלמד, שחלקם אכן תומך בטענתה של המאשימה. מאידך, תוכנם של חלק מהפרוטוקולים אינו חד משמעי והוא ניתן לפרשנויות שונות, שאכן הוצגו על-ידי הצדדים במהלך שמיעת הראיות.

13. על הפרוטוקולים מהסוג הראשון, המצביעים על פניהם על תיאום מחירי רצפה, נמנה פרוטוקול ישיבת מנהלת תמ"ע מיום 25.11.93 (ת5/), שבו נקבע, בין היתר:

4. הוחלט לאשר לחברת "מאיר עזרא" למכור ממלאי זה 100 טון בשר מברזיל ו100- טון בשר מאורגואי במחיר 9.18 עד 9.34 ש"ח לק"ג, לבצע עד יום ג' 30.11.93."

לגבי פרוטוקול זה (כמו גם לגבי פרוטוקולים אחרים) נשמעו עדויות סותרות. על-פי עדותו של מרגלית, דובר בפרוטוקול זה במחיר מינימום שתמ"ע קבעה למוצריה (פ. 4.5.1998, עמ' 69). לעומתו טוען דוד עזרא שפרוטוקול זה התייחס לבשר שתמ"ע הייתה אמורה למכור לממשלה, אך הממשלה בקשה מתמ"ע להשאיר אותו ברשותה ולא למכור לה אותו. עלות הבשר לתמ"ע הייתה גבוהה ממחיר הבשר על-פי צו הפיקוח על המחירים (8.80 ש"ח לק"ג). לפיכך, כדי שלא ייגרמו לתמ"ע הפסדים, ביקש דוד עזרא למכור את הבשר במחיר 9.18 ש"ח (מחיר הצו - 8.80 ש"ח + 38 אג' - הוצאות קירור והוצאות נלוות אחרות). תמ"ע לא רצתה למכור את הבשר במחיר העולה על מחיר הצו ולכן הוסכם שמאיר עזרא תמכור את הבשר במחיר זה עבור תמ"ע (פ. 26.1.99, עמ' 43-44). העד ביאליסטוק שהעיד גם הוא מטעם הנאשמים, נתן לפרוטוקול זה הסברים שונים: ההסבר האחד היה כי דובר בפרוטוקול זה בהנחה שניתנה למאיר עזרא על חשבון החברה (תמ"ע). הסבר אחר שניתן על-ידי עד זה, היה שתמ"ע הייתה צריכה להתחייב כלפי מאיר עזרא על מסגרת המלאים שיש לה כדי שזו תוכל להתחייב כלפי הלקוח. הסבר שלישי היה כי מדובר בהוצאות הקירור שתמ"ע גבתה ממאיר עזרא בגין החזקת כמות בשר העולה על 500 טון. בסופו של דבר הודה העד כי אין לו ידיעה ספציפית על משמעותו של פרוטוקול זה והסבריו לעיל היו בגדר השערות בלבד (פ. 14.6.98, עמ' 56-59).

חרף הסברים סותרים אלה, ברור מלשון הכתוב שזו עוסקת במחירי הבשר שיימכר על-ידי חברת "מאיר עזרא" ללקוחותיה, ולא במחיר המכירה של תמ"ע למאיר עזרא. לשון אחר, תמ"ע אישרה את המחיר שבו תמכור מאיר עזרא את הבשר.

פרוטוקול נוסף המצביע גם הוא על תיאום מחירי מכירה ללקוחות הוא פרוטוקול ישיבת מנהלת תמ"ע מיום 17.1.94 (ת9/), שבו הוחלט:

1. לגבי בשר בקר:

...
(ב) יישאר בידינו כ- 2,500 טון - יימכר במחיר 9.18

...
(ה) תנובה תמכור במחיר 8.80 + 38 אג'."

גם לגבי פרוטוקול זה הוצגו ראיות סותרות, שחלקן היו בגדר השערות (למשל, עדותו של גלבוע מיום 20.5.97, בעמוד 35). על-פי הסברו של ביאליסטוק, לא דובר באותו פרוטוקול במחיר המכירה של הבשר על-ידי תנובה, אלא במתן תזכורת לגבי מחיר הצו שאותו ראה מי שרשם את הפרוטוקול להזכיר ("זה רשום, ככה מזכירים את העניין, מחיר הצו", עמ' 48). עדות זו אינה תואמת את הכתוב ואף אינה מתקבלת על הדעת. על-פי עדותו של דוד עזרא, משמעות הרישום היא שתנובה תוכל (אם תרצה) למכור את הבשר במחיר העולה על מחיר הצו (שהיה 8.80). כך נרשם, לדבריו, על רקע ויכוח שהתעורר בנושא זה באותה ישיבה (פ. 26.1.99, עמ' 44-45).

גם לגבי פרוטוקול זה, עולה מלשונו, כי מדובר במחיר שבו תנובה תמכור את הבשר (ולא תקנה מת"ע) ללקוחותיה. משמע, תמ"ע מאשרת לתנובה את המחיר שבו היא תמכור את הבשר ללקוחותיה. אישור כזה הוא בגדר תיאום מחירים.

לשונם של פרוטוקולים אחרים שהוצגו כראיה לא הייתה חד משמעית, והיא סובלת פרשנויות שונות, כפי שאכן ניתנו על-ידי העדים במהלך המשפט.

כך, בפרוטוקול מיום 9.12.93 (ת26/) אשר נרשם על-ידי מרגלית נאמר:

4. הוחלט להוריד את מחירי הלשון והמוח החל מיום א' ה- 12.12.93 ו-21 ש"ח לק"ג. המחיר ללשון יהיה 28 ש"ח והמחיר למוח 30 ש"ח."

על-פי עדותו של מרגלית, אשר רשם פרוטוקול זה, דובר באותה החלטה ב"מתן הוראה להוריד את המחיר לשלושת הגופים, תנובה ומאיר עזרא עצמה, ... שהם צריכים להוריד מחיר הלשון מ30-28 ש"ח" (פ. 4.5.98, עמ' 63). עד זה גם שלל את האפשרות, אשר נראתה בעיניו כאפשרות בלתי הגיונית, כי החלטה זו התייחסה למחיר הבשר בעסקה שבין תמ"ע לבין המשווקות (פ. 4.5.98, עמ' 99).

מנגד העידו עדי הנאשמים, גם כאן, שמדובר במחירים שתמ"ע גבתה מהנאשמות - המשווקות - עבור מכירת הבשר (עדותו של ביאליסטוק - פ. 14.6.98, בעמ' 22; ודוד עזרא - פ. 26.1.99, בעמ' 47).

לאור לשון הכתוב שאינה חד משמעית ואינה מפרשת למי מכוונת ההחלטה ומי אמור על-פי אותה החלטה למכור את הבשר במחיר שנקבע בהחלטה, לא ניתן להכריע בין הגרסאות השונות בעניין זה. על-פי נוסח זה, לא ניתן להוציא מכלל אפשרות שהמחיר שנקבע בהחלטה זו מתייחס למחיר המכירה ללקוחות הנבחרים, הם לקוחותיה של תמ"ע, או, אולי, למחיר המכירה למשווקות, ולאוו דווקא מחירי המשווקות ללקוחותיהן.

בדומה, בפרוטוקול ישיבת מינהלת תמ"ע מיום 2.10.94 (ת10/), נרשם: "סוכם למכור X9 ארגנטיני CAP + ברזיל במחיר 7.50 (נטו)". גם לגבי משמעותו של פרוטוקול זה הוצגו עדויות סותרות. אולם גם כאן, המילים "סוכם למכור" יכול שתתפרשנה, הן כמכירה על-ידי תמ"ע למשווקות או ללקוחות הנבחרים, והן כמכירה של המשווקות ללקוחות.

גם פרוטוקול ישיבת מינהלת תמ"ע מיום 6.10.94 (ת11/), נוקט בלשון שאינה חד משמעית: "הצעה: מיום ראשון למכור 1+1 ברזיל, + 1 אורוגוואי במחיר 8.00". על-פי עדויותיהם של ביאליסטוק ועזרא, אכן עולה שמדובר במחירי המכירה של הבשר תמ"ע למשווקות. פרשנות זו עשויה לעלות בקנה אחד עם לשונו של הפרוטוקול.

14. המסקנה העולה מהראיות שהוצגו הנה שככלל, תיאום המחירים שעליו הוסכם לטענת המאשימה בין הנאשמות, ככל שהייתה הסכמה כזאת (ולכך אתייחס בהמשך), הלכה למעשה, לא התקיים, או כמעט ולא התקיים. מה שאירע הוא שכל נאשמת קבעה לעצמה את המחיר שבו היא תמכור את הבשר ללקוחותיה על-פי שיקול דעתה ובהתאם לצרכיה המסחריים.

במסקנה זו, יש להדגיש, אין כדי לשלול, בהכרח, את קיומו של הסדר הכובל שעניינו תיאום מחירים אשר יוחס על-ידי המאשימה לנאשמות. זאת משום שקיומו של הסדר כובל אינו דורש ביצוע. כך נקבע בנושא זה בע"פ 7399/95 **נחושטן תעשיות מעליות בע"מ ואחרים נ' מדינת ישראל** (פ"ד נב (2) 105): "על מנת להיות 'צד' להסדר כובל, די, לשיטתי, בעצם שכלולו של ההסכם המבטא 'הסדר כובל'; ואין צורך בעשיית מעשה ליישומו של ההסדר הכובל".

15. אחד השיקולים השוללים, לטענתם של הנאשמים 3-4, את גרסת המאשימה בדבר קיומו של תיאום מחירים בין הנאשמות, עולה מהעובדה שבפועל הסדר כזה לא בוצע. העדר הביצוע מעיד, לשיטתם של נאשמים אלה, על כך שמלכתחילה הנאשמות לא התכוונו לתאם ביניהם את מחירי המכירה של הבשר ללקוחותיהן, בבחינת סוף דבר מעיד על ראשיתו.

הנאשמים 1-2, אשר לא חלקו כאמור על פרשנותה של המאשימה את הוראות הפרוטוקול בעניין תיאום המחירים, טוענים גם הם שבפועל תיאום המחירים לא בוצע. אך המסקנה העולה מכך, לגישתם, שונה. לפי גישה זו של נאשמים אלה, העדר הביצוע ואף העדר ניסיון לכפות את הביצוע מעידים על כך שמדובר היה מלכתחילה בהחלטה פנימית של תמ"ע שלא חייבה את הנאשמות - המשווקות. זאת, לטענתם, משום ש"אילו ההחלטות בפרוטוקול מדיניות השיווק היו בעלות תוקף של הסכם בין המשווקות, לא ניתן להניח כי המשווקות היו משלימות עם אי ביצוען, אלא הן היו נוקטות צעדים על מנת לאכוף את ההסכמות. לכל

הפחות היה מקום לצפות כי המשווקות, או מי מהן, יפנו זו לזו בדרישה לבצע את ההחלטות האמורות, וזאת עוד מבלי להידרש לשאלה מדוע לא נקטו בצעדים חריפים מאלה למניעת ה"הפרות" כגון הגשת תביעות משפטיות. אין זאת אלא כי המשווקות תפסו את מדיניות השיווק כבלתי אכיפה ביחסים שביניהן".

16. לטענת המאשימה, אי הביצוע בפועל של תיאום מחירים בין הנאשמות (עובדה אשר אינה מוסכמת על-ידי המאשימה), אינו שולל את עצם קיומו של ההסדר הכובל, כפי שעולה מהפרוטוקול, והיא מעלה בהקשר זה מספר שיקולים.

השיקול האחד, הוא שהלכה פסוקה היא, שהסדר כובל אינו דורש ביצוע מכל סוג שהוא. טענה זו אינה שנויה במחלוקת והיא מבוססת על לשונו של סעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים, כפי שפורשה על-ידי בית המשפט העליון בע"פ 7399/95 הנזכר לעיל.

טענתה השנייה של המאשימה בהקשר זה, היא כי בעיית ההפרה היא אחת מבעיות היסוד של קרטלים והיא מאפיינת קרטלים רבים המתקשים לכפות על חברי הקרטל לקיים את הוראות ההסדרים הכובלים בשל הפיתוי שבהפרה והרווח הצפוי עקב כך. "נוכח חשיבותה של בעיית ההפרות במהלך חיו של כל קרטל, כמו גם שכיחותן של ההפרות על-ידי המשתתפים בקרטל", טוענת המאשימה, "לא יעלה על הדעת להקל על עושיו רק משום שתנאי הקרטל הופרו על-ידי המשתתפים בו. בעולם של קרטלים הפרות הם הכלל - ולא החריג - ואינן יכולות לשמש הגנה לנאשמים בעשייתם של קרטלים. כל גישה אחרת תרוקן מתוכן את חוק ההגבלים העסקיים, לגבי הסדרים כובלים רבים".

טענתה השלישית של המאשימה, הנה שיש להביא בחשבון בנושא זה את הקשיים הראייתיים העומדים בפני התביעה בדרך הוכחת הביצוע של הסדר כובל. שיקול זה היה אחד השיקולים אשר הביאו, לטענת המאשימה, לכך שהמחוקק הסתפק בקביעת איסור על עצם עשיית ההסדר הכובל ולא הציב, כיסוד מיסודות האיסור, גם את ביצועו. שיקול זה צריך שישלול, טוענת המאשימה, את משקלו של הטיעון בדבר העדר ראיות לביצוע ההסדר הכובל.

17. הנאשמים 3 ו-4 תומכים את גרסתם בדבר העדר הסכמה על תיאום מחירים ואת פרשנותם לגבי האמור בנושא זה בפרוטוקול בטעמים נוספים. הטעם האחד, הוא שתיאום מחירי הפשר, לשיטתם, הוא בלתי אפשרי "ואין איש בר דעת המבין בתחום שהתכוון לעשות כך" (סעיף 156.1 לסיכומים). על-פי טענה זו, אופיו של השוק, התחרות החריפה והאגרסיבית בשוק, כמו גם הצורך של המשווקים להיפטר מסחורה ישנה, מונעים כל אפשרות לתיאום מחירים. על רקע זה, גם אם יעשה ניסיון על-ידי שני משווקים, גם כאלה שאוחזים בנתח שוק ממשי, להעלות מחיר על-ידי תיאום מחירים, יתמלא הביקוש באופן מיידי על-ידי

משווקים אחרים שיספקו את הבשר במחיר זול יותר. לפיכך, נטען, ייחוס הכוונה לקביעת מחירי רצפה לנאשמים אינה נכונה ואף אינה מתקבלת על הדעת.

כך העיד הנאשם 4 :

"אף אחד לא יכול לשלוט על האנשים בשטח, אי אפשר לתאם שום דבר, אי אפשר לעשות שום דבר ואף אחד לא חושב שהוא היה יכול לעשות כזה דבר ואף אחד גם לא התכוון לעשות כזה דבר, כי הרעיון היה שהחשבון של תנובה מאיר עזרא נגמר עם המשיכה של המשטח".

(פ. 26.1.99, עמ' 41).

בדומה העיד נדב נחמני :

"ת. ...אתה לא יכול בכלל בשוק מסחרי לקבוע איזה שהוא כלל שאומר 8.80 לכו לעבוד, אם אתה רוצה לעבוד אז אתה חייב גמישות מסחרית".

(פ. 3.12.1998,

עמ' 11).

וכן :

"בשוק תחרותי אם אתה לאט נותן מרוח גמישות וחופש החלטה למערכת המכירות שלך ויוצר חסמים בירוקרטיים שעל כל דבר קטן יפנו אליך בשביל שתרגיש את עצמך חשוב. אז יכול להיות שבסוף תרגיש את עצמך חשוב אבל למכור סחורה לא תמכור... אז אם אתה רוצה למכור בשוק תחרותי אתה חייב לתת גמישות לאנשי המכירות שלך...".

(פ. 3.12.1998, עמ' 11).

עד נוסף שחזק בעדותו טענה זו היה סיטונאי הבשר יגאל חמאווי :

"ש. אתה יכול בבקשה להתייחס לטענה שנשמעת כאן שמערכי השיווק של תנובה ושל מאיר עזרא מתואמים ביניהם?

ת. בחיים לא, לא יכולים להיות מתואמים,

ש. למה לא?

ת. מפני שבמסחר לא יכול להיות מתואם, אף אחד לא כיסה את השמש אף פעם במסחר.

ש. מה זאת אומרת?

ת. זאת אומרת אין אף אחד שיהיה כמה שיהיה גדול, שיכול להגיע למצב שהוא שולט בשוק, ואני אולי לפניהם אומר לך, אין אחד שיבוא ויגיד אני שולט זה המחיר, כל בוקר קמים חדשים".

(פ. 15.6.98, עמ' 51).

ברוח זו העידו גם דוד ז'ריצ'ינסקי (פ. 14.6.98, עמ' 81-82) ואהרון ביאליסטוק (פ. 14.6.98, עמ' 11).

18. גם העובדה שהבשר שווק על-ידי שתי הנאשמות כחלק מסל מוצרים שלם, שוללת, לטענת ב"כ הנאשמים 3 ו-4 כל כדאיות כלכלית לקיום משטר של פיקוח על מחיר מינימום. זאת, לפי הטענה, מכיוון ששתי הנאשמות לא ייחסו חשיבות לרווחיות שיווק הבשר כשלעצמה, והן מדדו את הרווחיות לפי ההצלחה בשיווק סל המוצרים השלם. תנאי בסיסי להצלחה המסחרית בשיווק סל המוצרים, על-פי טענה זו, קיומה של גמישות המאפשרת להגיב לתנודות המחירים בשוק על-ידי שינוי מהיר במחיר של פריט פלוני בתוך הסל. רק כך ניתן להפוך את הסל בכללותו לאטרקטיבי יותר וזה על-ידי ויתור על הרווח בבשר כדי להגדיל את הרווח בשיווק המוצרים האחרים בסל.

טענה זו נתמכה בעדויותיהם של ביאליסטוק, נחמני וז'אריצ'ינסקי. כך העיד בנושא זה העד האחרון:

"כיוון שאנחנו עוסקים בסל מסוים, אז פריט כזה או אחר זה לא חשוב, אני צריך להביא מכירה, או הסוכן צריך להביא מכירה מלקוח, כעשרה אחוז ברוטו, אז אם הוא צריך להתפשר פעם אחת על מחיר עוף, או פעם אחת על מחיר של בשר או דג אז זה לא משנה. הסל הזה כולל כמו שאמרתי עופות קפואים, חלקי עופות, בשר קפוא וחלקי בשר וחלקים פנימיים דגים קפואים ושימורים".

(פ. 14.6.98, עמ' 68-69).

תמך בגרסה זו גם עו"ד ברנדויין:

"ההנחה על חשבון תמ"ע מחייבת את הסכמתה של תמ"ע רוצה משווק, לספוג את ההנחה שיערב לו. והדברים מתקשרים למתן הנחות במסגרת של סל מוצרים.

...
בדקתי את הדאגה מכך שבמסגרת של סל מוצרים שלפריטי הרכבו לא ירדתי, לא תהיה אפשרות שעל חשבונה של תמ"ע מישוה מהמשווקים יסבסד ויהפוך את הסל לאטרקטיבי, תוך גרימת הפסד לתמ"ע, זו ההנחה שקיבלתי ואני חושב שהיא גם מומשה בפרוטוקול הזה".

(פ. 15.6.98, בעמ' 92-93).

בהתייחס לעדותו של עו"ד דרור ברנדווין, מציינים באי כוח הנאשמים 3 ו-4, כי עדות זו נסבה לא רק על הייעוץ המשפטי שנתן העד לנאשמים 3-4, אלא גם על ההנחיות שקיבל מדוד עזרא בקשר לעסקה ופרטיה כפי שסוכמו בפועל בעת ביצוע העסקה.

19. לאחר ששקלתי את הראיות ואת וטענות הצדדים בנושא זה הגעתי לכלל מסקנה שיש לקבל את עמדת המאשימה וגרסת עדיה בנושא זה ולהעדיפה על פני גרסתם של הנאשמים 3-4. אלה טעמי.

הטעם העיקרי שביסוד מסקנה זו מבוסס על לשון הפרוטוקול. זו אינה משתמעת, לדעתי, לשתי פנים ועולה ממנה בבירור שמדובר במחירי רצפה שבהם יהיו הנאשמות - המשווקות רשאיות למכור את הבשר ללקוחותיהן, ולא במחירי המכירה מתמ"ע לנאשמות. בנושא זה אני מאמץ את טעמיה של המאשימה כפי שפורטו בסיכומיה.

סעיף 2א להסכם ש"החברה תקבע מעת לעת מחיר מינימלי מומלץ למוצריה (להלן - "מחיר רצפה"). כפי שטוען ב"כ המאשימה, אם כוונת הסעיף למחיר שבו נמכר הבשר על-ידי תמ"ע למשווקות, לא ברור מה משמעות נודעת בהקשר זה למילה "מומלץ", שהרי תמ"ע איננה אמורה להמליץ בפני עצמה על המחיר שבו היא תמכור את הבשר. כן לא ברור מהו מחיר מינימלי. שהרי תמ"ע מוכרת את הבשר למשווקות במחיר שעליו היא מחליטה. מדוע יש לכנות מחיר זה כמחיר מינימום?

גרסתו של דוד עזרא, נוגדת את לשונו הפשוטה והברורה של סעיף 2א לפרוטוקול, לפיה "המשווקים מורשים לבצע מכירות במחיר הרצפה...". לבצע מכירות, משמע, למכור ללקוחות ולא לקנות מתמ"ע. גם לביטוי "מורשים" יכול שתהא משמעות בהקשר זה רק בהתייחס למחיר המכירה ללקוחותיהן של הנאשמות. כך גם נאמר בסעיף 3. לפרוטוקול: "המשווקים יורשו ליתן הנחה ממחיר הרצפה רק על-פי הסכמה מראש של החברה". גם כאן מדובר לשון הכתוב על מתן הנחה, ולא על קבלת הנחה (מתמ"ע). לתת הנחות ניתן רק למי שמוכרים לו את הבשר, היינו ללקוחות. בעוד שעל-פי גרסתו של דוד עזרא מדובר בקבלת הנחות על-ידי המשווקים מתמ"ע.

סעיף 2א לפרוטוקול מתיר למשווקים לבצע מכירות במחיר הרצפה "או במחיר גבוה יותר". אם, על-פי פרשנותו של דוד עזרא, המחיר אליו מתייחס הסעיף הוא המחיר אשר נקבע במערכת היחסים שבין תמ"ע למשווקות, אין כל משמעות בהקשר זה למחיר גבוה ממחיר הרצפה. לעומת זה, אם אותו מחיר הגבוה ממחיר הרצפה שבו מורשים המשווקים למכור את

הבשר, הוא, כפי שמתבקש, מחיר המכירה ללקוחות, הרי גם מחיר הרצפה שבו מדבר הכתוב באותו הקשר ("במחיר הרצפה או במחיר גבוה יותר") צריך שיהא מחיר המכירה ללקוחות. יתירה מזו, אם כגרסתו של דוד עזרא, תמ"ע כלל אינה מתעניינת במחיר בו נמכר הבשר על-ידי המשווקות ללקוחותיהן כל עוד היא איננה נדרשת לשאת בהנחות שמתחת למחיר הרצפה, (ולאור כך זכאיות המשווקות, כאשר הבשר נמכר במחיר גבוה ממחיר הרצפה, לקבל את עודף המחיר (מעל מחיר הרצפה)), לא ברור מדוע ראו הנאשמים צורך לכלול בפרוטוקול הוראה המתייחסת למחיר גבוה ממחיר הרצפה.

הפרוטוקול מגביל את יכולתן של המשווקות ליתן הנחה ממחיר הרצפה "רק על-פי הסכמה מראש של החברה". הפרוטוקול איננו קובע שהסכמתה של החברה למתן הנחות מתחת למחיר הרצפה, נדרשת רק במקום שהנאשמות מבקשות לזקוף הנחה זו על חשבונה של תמ"ע. הבהרה כזאת הייתה מתבקשת הן משום שהיא איננה עולה בקנה אחד עם פשוטו של מקרא (סעיף ב3), והן משום שהיא נוגדת גם את הוראת סעיף ב2 האוסר על מכירה במחיר הנמוך ממחיר הרצפה.

בנוסף, אם, כטענתו של דוד עזרא, משמעות הפרוטוקול היא שהסכמת תמ"ע למתן הנחות מתחת למחירי הרצפה נדרשת רק במקום שבו מבקשות המשווקות ליתן את ההנחה על חשבונה של תמ"ע, והיא איננה חלה במקום שבו מבקשות המשווקות לתת את ההנחה על חשבונן, ודברים אלה לא הובהרו באופן מפורש משום שהם ברורים מאליהם, לא ברור מדוע נקבעה הוראה כזאת לגבי מחירים גבוהים ממחירי הרצפה, שהרי גם שם הדברים צריכים, על-פי קו מחשבה זה, להיות ברורים מאליהם.

אשר לאי הביצוע של תיאום המחירים, אני סבור שאין בשיקול זה משום אינדיקציה משמעותית לגבי פרשנותו של הפרוטוקול לכאן או לכאן. מחד, יש ממש בטענת ב"כ הנאשמים 3-4 שאילו כוונת הצדדים הייתה מלכתחילה להגביל עצמם במחירי הבשר הנגבים מלקוחותיהם, היה ניתן לצפות שייעשה איזה שהוא ניסיון לבצע תיאום כזה. מצד שני, מקובלת עלי עדותו של גלבע, לפיו לאחר הקמתה של תמ"ע, הסתבר שהנושא פשוט לא עבד. אשר לתמיהתו של ב"כ הנאשמים 3-4 כיצד ייתכן שלא נעשה על-ידי איש מהצדדים אפילו ניסיון לכפות את ביצוע ההסדר, התמונה המתקבלת היא שלאיש מהצדדים לא היה עניין לכפות הסדר זה. כך, עולה מעדותו של גלבע שבתנובה לא ניתן היה ליישם את ההסדר פשוט בשל התחרות הפנימית הסמויה בין מרכזי ההפצה, כאשר כל מנהל אזור היה מעוניין לקדם את המכירות באזורו, גם אם הדבר היה כרוך בהפחתת המחיר. הסבר נוסף העולה מעדותו של גלבע, הוא שההסדר שנעשה בין הצדדים צפה פני אפשרות של מחסור בבשר. במצב של מחסור, כך הוא העיד בהתייחס לשאלה מדוע לא יצאה אל הפועל חלוקת מכסות הבשר בין המשווקות כפי שהוסכם עליה בפרוטוקול, באופן שתנובה תשווק 80% מכמות הבשר המיובאת על-ידי תמ"ע, בעוד שמאיר עזרא תשווק 20% :

"... עכשיו מראש צריך להבין שזה יבוא לידי ביטוי בתקופת מחסור, זה לא כל כך בתקופת עודף. העובדה הייתה שבפועל נוצר מהר מאוד עודף וכל הרעיון היפה שתכננתי ועשיתי מודל, לא עבד".

(פ. 14/1/97, עמוד 51).

וכן:

"... המציאות הייתה שונה ממה שחשבנו כשהקמנו את החברה ... הממשלה תוך כדי תהליך ההפרטה, יצרה מחסור במדינה ... חצי שנה אחרי ההפרטה או שלושת רבעי שנה אנחנו מוצאים את עצמנו עם מלאים גדולים ... והבעיה הייתה שהיינו צריכים למצוא מהר דרכי שיווק של גם כמויות גדולות וגם תוצרת נחותה לעומת התוצרת שאנחנו ייבאנו ...".

(פ. 14.1.97, עמ' 53).

על-פי עדותו של גלבוש תמ"ע מצאה עצמה באותה תקופה במצב קשה:

"...אני מעריך שאנחנו מוצאים את עצמנו לקראת תחילת 95' במצב מאד לא סימפטי. כלומר, נוצר לנו מצב שבו יש לנו מצד אחד הרבה בשר אצלנו ושחלקו באיכות נחותה, ואנחנו צריכים למצוא דרך איך לשווק. הממשלה עדיין יש לה צו פיקוח מחירים בכל המערכת העובדת תחת אילוצים קשים של יכולת מסחר של היצע וביקוש, וסיטונאים אחרים מתחילים להיכנס, מתארגנים ומתחילים לייבא כמויות בשר גם הם, גדולות ומתחילים לשווק את זה בשוק כשלהם יש יתרון שהבשר שלהם הוא יותר צעיר בחלקו, הוא צעיר יותר, ואנחנו צריכים למכור חלק מהבשר היותר מבוגר".

(פ. 14.1.97, עמ' 54).

דומה שהסבר זה לגבי אי מימוש ההסדר בנוגע לחלוקת מכסות המכירה יפה גם לגבי אי מימוש תיאום המחירים. שכן, כאשר מצאה תמ"ע את עצמה במצב "לא סימפטי", כלשונו של גלבוש, עם עודפי מלאי גדולים ובשר באיכות נחותה, אין פלא שהמאמץ העיקרי היה למכור את הבשר שבמלאי. בנסיבות כאלה של עודף מלאי "ענק" באיכות נחותה, לא הייתה כל משמעות לתיאום מחירים, בדיוק כשם שלא הייתה כל משמעות לחלוקת מכסות מכירה.

גם הסבריו של ב"כ המאשימה, בדבר הקושי בשמירה על תיאומים מסוג זה, קושי אשר מובנה בכל הסדר קרטליסטי, יש בו כדי להסביר את אי הביצוע בפועל של ההסדר.

מעבר לכך, אותה שאלה שמציב ב"כ הנאשמים 3-4: כיצד מתיישב הסדר התיאום הנטען על-ידי המאשימה עם העדר כל ניסיון לממשו, ניתן להציב גם מהצד ההפוך: כיצד מתיישבת הגרסה, לפיה הוסכם בין הצדדים שניתן יהיה לחייב את תמ"ע, כפוף לאישורה, בהנחות מתחת למחיר הרצפה, עם העובדה שלא הוצגה כל ראיה על כך שתמ"ע התבקשה על-ידי מי

מהנאשמות לאשר לה מתן הנחות כאלה. זאת למרות שלפי העדויות מכרו הנאשמות, או לפחות תנובה, במחירים נמוכים ממחירי הרצפה (ראה עדותו של גלבוט בעמ' 61).

גם הטענה כי "אף אחד לא כיסה את השמש", והצורך ב"גמישות מסחרית", אינה שוללת את האפשרות של תיאום מחירים. ראשית, טענות אלה, בדבר העדר ההגיון שבניסיון לתאם מחירים אינן יכולות לעמוד כנגד לשונו המפורשת של הפרוטוקול. כפי שכבר נאמר, בשוק שאיננו בשליטה מוחלטת של גוף אחד ייתקל כל קרטל בקושי לתאם מחירים, מה שאיננו שולל מלכתחילה את האפשרות לנסות ולבצע תיאום כזה. שנית, מסתבר שגם האפשרות ל"כסות את השמש" היא פועל יוצא של מצב השוק, היינו אם קיים עודף היצע או מחסור. במצב של עודף היצע, מסתבר שקשה לבצע תיאום מחירים, אך המצב עשוי להיות שונה כאשר קיים מחסור בסחורה. תיאום מחירים גם איננו שולל, בהכרח, קיומה של גמישות מסחרית. שהרי גם במצב של מחירים מתואמים או לפחות "מומלצים", ניתן לאפשר לאנשי המכירות גמישות מסחרית מסוימת במשא ומתן הפרטני המתנהל עם הלקוחות.

משקל מיוחד יש לייחס בהקשר זה לעדותו של לנדסמן, אשר תמך בנושא זה בגרסת המאשימה, למרות שעדותו נגדה על פניה את האינטרס שלו. אינני רואה כל סיבה סבירה בשלה יודה לנדסמן בתיאום מחירים, אם תיאום כזה לא היה ולא נברא.

20. המסקנה העולה מכל האמור הנה שבפרוטוקול (ת/3) אכן נקבעו הוראות בדבר תיאום מחירים והנחות בין הנאשמות במכירת הבשר. תיאום מחירים זה התייחס בראש ובראשונה למכירות הבשר ללקוחות הנבחרים, שעל כך אין מחלוקת (בכפוף לטענותיהן האחרות של הנאשמות בנושא זה). אך הוא התייחס גם למכירות הבשר על-ידי הנאשמות ללקוחותיהם. בפועל, מסתבר שההסכמה האחרונה לא בוצעה או שכמעט ולא בוצעה, וכל נאשמת קבעה לעצמה את המחיר שבו היא תמכור את הבשר ללקוחותיה ואת ההנחות שתעניק להם על-פי שיקול דעתה ובהתאם לצרכיה המסחריים. בכך אין, כאמור, כדי לשלול את עצם קיומו של הסדר כובל בין הנאשמות שעניינו בתיאום מחירים.

תיאום תנאים מסחריים אחידים וזהים והסכמה על רכישת בשר מתמ"ע בלבד

21. כבילה נוספת שבהסדר הכובל נשוא הדיון היא, לטענת המאשימה, מתבטאת בתיאום התנאים המסחריים בפעילותם בשוק מכירות הבשר, זאת הן ברכישת הבשר מתמ"ע והן ביחסים כלפי הלקוחות.

במישור היחסים בין הנאשמות לבין תמ"ע, מתייחסים תיאומים אלה, לטענת המאשימה, למחירי הבשר הנרכש שהיו זהים לשתי הנאשמות, לתנאי האשראי שקיבלו מתמ"ע, איכות המוצר, אריזתו, אופן קבלתו מתמ"ע, הובלת המוצר, שיעור ההחזרות (באופן יחסי להיקפי

המכירה), שיעור העמלה שנתנה תמ"ע למשווקות אשר הייתה עמלה אחידה שעמדה על 3%, האחריות לסיכונים הכרוכים בהובלת המוצרים, שבהם תישא תמ"ע, פרסום המוצרים, טיב המוצרים וחובות אבודים.

במישור היחסים כלפי הלקוחות, מתבטא התיאום, לטענת המאשימה, בקביעת מחירי המכירה וההנחות. לנושא זה של תיאום מחירי המכירה כבר התייחסתי לעיל.

עוד נטען על-ידי המאשימה, שהנאשמות הסכימו שלא לרכוש בשר שלא מתמ"ע אלא באישורה של זו.

22. בנושא זה מקובלת עלי טענת בא כוח נאשם 2, שכבילה זו אינה נכללת בגדרן של העבירות שיוחסו לנאשמים בכתב האישום. עובדות אלה אמנם נזכרו בסעיף 13 לפרק העובדות שבכתב האישום, שם נטען כי הנאשמות "הסכימו כי הן תרכושנה בשר כשר קפוא רק ממנה (מתמ"ע), בתנאים מסחריים זהים לכל אחת מהן". אולם, לא נטען בכתב האישום כי עובדות אלה מקימות מעשה עבירה המיוחס בכתב האישום לנאשמים. כך עולה מסעיף 21 לכתב האישום, שם פירט נסח כתב האישום את ההסכמות והפעולות המהווים הסדרים כובלים. כך נאמר בעניין זה באותו סעיף:

"בהסכמות ובפעולות המתוארות בסעיפים 12, 14, 19, ו- 20 לכתב האישום עשו הנאשמות 1 ו- 3, שהם בני אדם המנהלים עסקים הסדרים כובלים... בנוטלן על עצמן הגבלות בנוגע לסוג הלקוחות וזהות הלקוחות עימם התקשרו, כמויות הבשר שמכרו, המחיר ותנאי האשראי שדרשו והרווח שיופק על ידן מן המכירה. הגבלות אלה, וכל אחת מהן, עלולות למנוע או להפחית את התחרות בין הנאשמות, ובינן לבין מי שאינו צד להסדרים ועיסוקו בשיווק בשר".

23. ההסכמה בדבר רכישת בשר מתמ"ע בלבד, כמו גם ההסכמה על תנאים מסחריים זהים שתעניק תמ"ע לנאשמות ברכישת הבשר, אינן מפורטות בסעיפים 12, 14, 19, ו- 20 לכתב האישום, שהעובדות המפורטות בהן מהוות, לפי הנטען בכתב האישום הסדר כובל. לפיכך מקובלת עלי הטענה, שייחוס אישומים אלה לנאשמים חורג מכתב האישום.

חלוקת השוק

24. על-פי טענת המאשימה, כבילה מרכזית בהסדר הכובל נשוא האישום באה לידי ביטוי בחלוקת השוק בין הנאשמות: חלוקת הלקוחות וחלוקת המכירות על-פי היקפיהן.

חלוקת לקוחות

25. המאשימה חזרה בה בסיכומיה מהאישום בנוגע להסכמה בדבר הימנעות מתואמת של הנאשמות מתחרות על הלקוחות של כל אחת מהן. לעניין זה הודתה המאשימה, בהגינותה, שסעיף זה לכתב האישום (סעיף 14א), שבו נטען שהנאשמות הסכימו ביניהן על "חלוקת שוק הלקוחות, באופן שהנאשמות תימנענה מלהתחרות זו בזו בשיווק, וכל אחת מהן תימנע מלפנות בהצעות מכירה ללקוחות המזוהים כלקוחות של חברתה, "לא הוכח כדבעי, מעבר לכל ספק סביר".

26. עם זה, טוענת המאשימה, הוכחה הסכמה לחלוקת השוק בכל הנוגע ל"לקוחות הנבחרים", באופן שתמ"ע לבדה תשווק בשר ללקוחות הנבחרים ואילו הנאשמות תמנענה מלשווק בשר ללקוחות אלה. הסכמה זו עולה, לטענת המאשימה, מסעיפים א1 ו - ב1 לפרוטוקול שבהם נקבע:

1.א. החברה תשווק במישרין ללקוחות המנויים בנספח א' לפרטיכל זה (להלן: "הלקוחות הנבחרים"). כל שינוי ברשימת הלקוחות הנבחרים יהיה כפוף להחלטת הדירקטוריון."

1.ב. תנובה ומאיר עזרא (להלן - "המשווקים") ישווקו את הבשר שיירכש על ידן מהחברה ללקוחות שאינם הלקוחות הנבחרים."

הלקוחות הנבחרים פורטו בנספח א' לאותו פרוטוקול והם כללו את הלקוחות הבאים: רשת "קואופ דן השרון", רשת "שופרסל", רשת "השקם ומפעלי הבשר של השקם", רשת "היפרשוק" (תנובה + כלל), רשת "קואופ ירושלים", רשת "קואופ צפון", מפעלי בשר הפועלים במסגרת "מועדון היצרנים": "זוגלובק", "יחיעם", "טירת צבי" ו"השקם", מפעלי הבשר של "טיבון ויל" ומעדני "עוף ירושלים".

רשימה זו, הובהר על-ידי הצדדים באותו נספח, כוללת את כל החנויות הכלולות ברשתות המנויות לעיל, וכן כל רשת נוספת, קיימת או חדשה, המופעלת, נשלטת או נמצאת בבעלות אחד הגופים דלעיל במישרין או בעקיפין.

מדובר, טוענת המאשימה בסיכומיה, בפלח שוק העומד על כ- 25% מתצרוכת הבשר החודשית נכון למועדים הרלבנטיים לכתב האישום.

27. חלוקת הלקוחות הנבחרים נתמכה, בנוסף על האמור בפרוטוקול, בעדותיהם של גלבו, ברנד, לנדסמן ועו"ד ברנדויין. כך העיד בעניין זה גלבו:

"ת. החברה תמ"ע, תנובה מאיר עזרא, היא זו שעושה את הפעילות השיווקית ובה מתרכז הרווח. ולכן היא חילקה את צורת העבודה

שלה כלפי הלקוחות לשלוש קבוצות. קבוצה ראשונה זאת קבוצה שהחברה משווקת ישירות להם. בדרך כלל, אלה היו הגופים הגדולים שלפני ההפרטה רובם קנו ישירות מהמדינה.

ש. איך הם היו מכונים? רק אתה יכול להגיד את המונח?

ת. פה קראנו להם 'לקוחות נבחרים'.

ש. בסדר

ת. איך אומרים, זה השם שלי הייתי צריך לתת להם איזשהו שם ונתתי להם שם על מנת שיזהו, יקראו להם 'לקוחות נבחרים'. מורמים מעם. הם היו הלקוחות שהם היו, בעצם, עבדו רובם כלפי המדינה, והיה להם אישור לקנות ישירות והם לא היו צריכים משהו משווק בדרך...

ש. מה המסלול השני?

המסלול השני זה לקוחות של תנובה. כלומר, תנובה תהיה המשווק והיא תמכור ללקוחותיה, תפיץ ללקוחותיה את הבשר והשלישי, זה מאיר עזרא שיפיץ ללקוחותיו".

(פ. 20.5.97, עמ' 47).

מאיר ברנד העיד בנושא זה :

"ש. לאילו לקוחות מכרתם את הבשר הקפוא?

ת. לכל הלקוחות למעט מספר לקוחות שתמ"ע מכרה להם ישירות.

ש. מה הייתה משמעות ההחלטה הזו לגביך כמנהל תמ"ע, כמנהל אגף הבשר בתנובה?

ת. המשמעות היתה שאני לא הלכתי להציע להם מחיר ללקוחות האלה. אני לא מכרתי להם.

ש. לאלה לקוחות תנובה כן מכרה?

תנובה מכרה לכל הלקוחות, למעט הלקוחות שתמ"ע מכר להם. בעיקר לקוחות קטנים, אבל כל הלקוחות".

(פ. 16.11.97, עמ' 25).

זו הייתה גם גרסתו של לנדסמן :

"תמ"ע שיווקה להם (ללקוחות הנבחרים) ישירות ובזה היא חסכה את ה-3% שהיא צריכה לשלם למפיצים שלה".

(פ. 9.12.98, עמ' 33).

ברוח זו העיד לנדסמן גם בחקירתו ברשות ההגבלים העסקיים:

"ש. מדוע הוחלט בעת הקמת תמ"ע שלא להתחרות על חלק מהלקוחות המכונים במסמכי ההקמה "לקוחות נבחרים"?

ת. יש פה חלוקת שוק פונקציונאלית שנותנת חסכון בהוצאות שזה מגדיל את הרווח או מקטין את ההפסד. הקריטריונים של "לקוחות נבחרים" הם שההזמנה היא גדולה, נפרקת במקום אחד וההוצאות הם רק על הובלה וההפצה משם ואילך היא על הקונה".

(ת/19א עמ' 9).

כך עולה גם מעדותו של עו"ד ברנדויין:

"ש. כשאתה כותב - חלק מהבשר משווק על ידה במישרין, דהיינו על יד תנובה מאיר עזרא, אלה מה שנקרא השם קוד במשפט הזה, הלקוחות הנבחרים?

ת. נכון

ש. ובחלקו על-ידי תנובה ומאיר עזרא אשר רוכשות ממנה בשר, אלה המשווקים, הזרוע הארוכה.

ת. נכון

ש. וכאשר נאמר שבסמוך להקמתה הכוונה היתה כי את השיווק לרשתות ולמפעלים תעשה במישרין חברת תנובה מאיר עזרא, שוב, אלה הלקוחות הנבחרים? את השיווק לרשתות ולמפעלי הבשר העיקריים.

ת. כן

ש. תעשה במישרין על-ידי תנובה מאיר עזרא

ת. נכון".

(פ. 15.6.98, עמ' 75).

28. לטענת המאשימה, גם בפועל, כפי שעולה מהראיות, יוחדה הספקת הבשר ללקוחות הנבחרים לתמ"ע, והנאשמות לא התחרו בתחום זה בתמ"ע ולא שיווקו את הבשר ללקוחות אלה.

כך, טוענת המאשימה, לגבי "מזרע", העיד מאיר ברנד, כי במקרה אחד תנובה הציעה לשווק את מרכולתה למפעל זה, אך לאחר שהסתבר לו שהמפעל מקבל את הסחורה ישירות מתמ"ע הוא הסתלק מכוונתו זו (עמ' 26). במקרה אחר, עולה מעדותו של ברנד, ניסתה תנובה למכור בשר למפעל "יחיעם", שכן הוא היה סבור כי מדובר במפעל רחוק וקטן יחסית הנזקק להפצה ועל כן לא היה מקום לכלול אותו ברשימת הלקוחות הנבחרים של תמ"ע. עמדה זו אף אושרה על-ידי הנהלת תמ"ע (עמ' 28).

29. גם בנושא זה קיים שוני בקווי ההגנה של הנאשמים. הנאשמים 1-2 אינם כופרים בהסכמה, כפי שבאה לידי ביטוי בפרוטוקול, לפיה המכירה ללקוחות הנבחרים יוחדה לתמ"ע. טענותיהם גם בנושא זה נסבו על כך שמדובר בהחלטה פנימית של תמ"ע ולא בהסכם בין הנאשמות, ועל כן אין מדובר בהסדר בין אנשים המנהלים עסקים (בלשון ברבים), אלא בהסדר פנימי של תמ"ע. הנאשמים 3-4 כופרים בעצם קיומה של הסכמה בדבר חלוקת הלקוחות הנבחרים.

30. בפתח הדיון בנושא זה מצביעים הנאשמים על ההגיון הכלכלי שעמד ביסוד המציאות לפיה תמ"ע ולא הנאשמות, היא ששיווקה את הבשר ללקוחות הנבחרים. הגיון זה נעוץ, לפי הטענה, בכך שמדובר בגופים גדולים שגם לפני ההפרטה רובם קנו את הבשר ישירות מהמדינה והם לא נזקקו לצד שלישי שיתווך בינם לבין היבואן. מסקנה זו מתבקשת, לפי הטענה, על רקע ההיבטים המסחריים הנוגעים בדבר: היקף המכירות, יכולתם הכלכלית של גופים אלה לתת ערבויות מתאימות, המחיר שנקבע ללקוחות אלה בהתחשב בהיקפי הכמויות הנרכשות על ידם אשר לא הצדיק את העמלה של 3% שקיבלו הנאשמות מתמ"ע עבור השיווק והעדר הצורך במערכות ההפצה של הנאשמות, מאחר וגופים אלה משכו בעצמם את הבשר שנרכש על ידם ממחסניה של תמ"ע.

31. על רקע זה, טען דוד עזרא, שרשימת הלקוחות הנבחרים שיקפה את אותם לקוחות שרכשו בעבר בשר באופן ישיר מהממשלה, שהיה ברור שצריך יהיה לתת להם הנחה וכי הנחה זו תינתן על-ידי תמ"ע. לאור כך, נטען על-ידי הנאשמים 3-4, אין להבין את הוראת הפרוטוקול בנושא הלקוחות הנבחרים כאיסור שהוטל על הנאשמות למכור להם בשר בעצמן, אלא כצילום של מצב שהתקיים בפועל. כך העיד בנושא זה דוד עזרא:

"ת. הלקוחות הנבחרים, הלקוחות הנבחרים עוד פעם, אנחנו לא ידענו איך הנושא הזה יתנהל, כלומר לא ידענו איך שוק הבשר יתנהל, מי ילך לקנות, מה, איפה ילכו לקנות?

באנו ואמרנו אותם לקוחות גדולים שהיו רגילים לרכוש את הבשר, אמרנו אותם לקוחות נבחרים או אותם לקוחות גדולים, שבעבר רכשו את הבשר בממשלת ישראל, באו ומשכו גם את הבשר פיזית ממחסני הקירור של הממשלה, אנחנו לא ידענו איך הם יתנהגו אבל היה ברור לנו שאם אנחנו רוצים אולי לשמור עליהם, או לתת להם איזשהו יתרון יחסי, אלה לקוחות שיצטרכו לקבל איזשהי הנחה מהמחיר שאותו קצב שבא לקנות 10 קרטונים או משטחים או מה שלא יהיה, שתנובה או מאיר עזרא משווקים אליו לחנות.

אז לקחנו את הרשימה של הלקוחות הגדולים שעד לאותו זמן קנו אך ורק מממשלת ישראל ואמרנו בוא נרשום את הרשימה של הלקוחות האלה ונחליט שאותם לקוחות אם הם יבואו לרכוש אצלנו את הבשר הם אפילו יהיו זכאים לאותה העמלה שתנובה ומאיר עזרא של משווקים בגובה של 3% ניתן להם הנחה במחיר כדי למשוך אותם לתוך, לרכוש את הבשר אצלנו ולא אצל האחרים.

אז יצרנו את הרשימה הזאת, והיה ברור שאם הם יבוא לקנות אצלנו הם צריכים איזושהי הנחה מסוימת, אז החברה תנובה מאיר עזרא תיתן להם את ההנחה המסוימת והיה איזושהי תיאוריה שהעלנו אותה על הכתב ורשמנו את הרשימה של אותם לקוחות.

...

זאת אומרת הרשימה הזאת של הלקוחות הנבחרים זה צילום מצב של השוק, שהיה".

(פ. 26.1.00, עמ' 27-28).

32. גם בפועל, טוענים הנאשמים, הלקוחות הנבחרים לא קנו בשר רק מתמ"ע, שכן הנאשמות שווקו בשר, תוך שהן מתחרות זו בזו, גם ללקוחות אלה. כך העיד, דוד עזרא:

"לא נאסר ברשימה הזאת לא נאסר על תנובה ומאיר עזרא לא למכור להם בשר ...

אמרנו בואו נכניס אותם לאיזושהי רשימה, כדי שהם יקבלו איזושהי העדפה לגבי הנושא הזה אבל לא חל איזושהו איסור מוחלט על תנובה או מאיר עזרא להתקרב ללקוחות האלה.

אני רוצה להגיד לך שאני בידיעה ברורה אומר לך, שמכרנו ללקוחות האלה והיה ידוע לתנובה שאנחנו מוכרים ללקוחות האלה והיה ידוע לי גם שתנובה מוכרת ללקוחות האלה...

אנחנו בצורה חיובית קיבלנו פה החלטה שתנובה מאיר עזרא תהיה רשאית לתת להם הנחה, ללקוחות הנבחרים האלה, עד לגובה העמלה. אז אם דווקא סופר סל, למרות שתנובה מאיר עזרא רוצה לתת לו הנחה של 3% רוצה דווקא לקנות את הבשר במאיר עזרא אז שיקנה את הבשר במאיר עזרא.

עובדה שגם מאיר עזרא וגם תנובה, אני אומר לך את זה על-פי ידיעה, גם תנובה וגם מאיר עזרא שיווקו ללקוחות האלה את הבשר.

גם לא נאמר שתנובה מאיר עזרא רשאית למכור רק ללקוחות הנבחרים. עובדה שאני בתור מנכ"ל מכרתי למי ששילם, איך אתה יכול להגביל פעילות של חברה, אתה לא יכול להגביל פעילות של חברה".

(פ. 26.1.99, עמ' 31-32).

33. חרף עדות זו של דוד עזרא, עולה גם מעדותם של עדי הנאשמים, ביאליסטוק ונחמני, שבפועל תנובה לא מכרה או כמעט לא מכרה בשר ללקוחות הנבחרים, מכיוון שתמ"ע היא שמכרה בשר ללקוחות אלה. כך העיד ביאליסטוק:

"לא הייתה החלטה שהיא לא מוכרת, (הכוונה שתנובה אינה מוכרת ללקוחות הנבחרים - י.ע.), אבל מאחר שתמ"ע מכרה, לאותם לקוחות, אז לא היה טעם שגם היא תמכור".

(פ. 14.6.98, עמ' 39-40).

גם נדב נחמני העיד שעיקר המכירות ללקוחות הנבחרים בוצעה על-ידי תמ"ע ולא על-ידי תנובה :

"לא ידוע לי על החלטה כזו, אני יודע שדה-פקטו תמ"ע החברה מכרה הרבה מאוד לרשתות השיווק הגדולות ולחלקן לפחות במקרים כאלה או אחרים גם אני מכרתי, אבל אין ספק שלרשתות השיווק רוב המכירות היו מתמ"ע אליהן אבל יש לזה גם הסבר מאוד מאוד ברור, משום שברגע לקוח גדול בהיקף של אלפי טון בשנה אין לו סיבה לקנות מיד שניה, הוא יכול או לייבא לעצמו או לקנות מיבואן מיד ראשונה בתנאים מועדפים".

(פ. 3.12.98, עמ' 59).

34. לטענת ב"כ הנאשמים 3-4, אין בהוראת הפרוטוקול בעניין זה משום הטלת איסור על הנאשמות למכור בשר ללקוחות הנבחרים אלא "ניסוח של הברור מאליהן באותה עת, שהלקוחות הללו אינם בפוטנציאל הלקוחות עבור הסיטונאים תנובה ומאיר עזרא ובנו" (סעיף 317 לסיכומים). בשל סיבה זו, נטען, גם לא נרשם בפרוטוקול ת3/ שהנאשמות לא ישווקו בשר ללקוחות הנבחרים, אלא כל שנרשם הוא שהן ישווקו בשר ללקוחות שאינם לקוחות נבחרים.

ב"כ הנאשמים מפנה בעניין זה גם למוצגים נ14/3 - נ16/3/ מהם עולה שהנאשמת 3 מכרה בשר לקו-אופ הריבוע הכחול, לסופרסול ולזוגלובק שכולם נמנים על הלקוחות נבחרים. גם ז'רניצ'נסקי, מנהל המכירות הארצי של הנאשמת 3, העיד כי מכר בשר לכל אחד מהלקוחות הנבחרים (פ. 14.6.98, עמ' 76).

אשר למכירות ל"מזרע", טוען ב"כ הנאשמים 3 ו-4, כי עצם העובדה שתנובה, כעולה מעדותו של ברנד, הסתלקה משיווק בשר ללקוח זה לאחר שהתברר לה שתמ"ע מספקת לו בשר, אין בה כדי להוכיח קיומה של הסכמה לפיה אסור היה לתנובה לשווק בשר ללקוח זה או ללקוחות הנבחרים ככלל.

לגבי טענת המאשימה בדבר ההסכמה בנוגע לאי שיווק בשר על-ידי הנאשמות להיפר-שוק, טוען ב"כ הנאשמים 3 ו-4, כי בת25/ נקבע, בנוסף על הקטע שצוטט על-ידי ב"כ המאשימה, ש"החל מ - 1.7.94 הנחות מיוחדות לרשת ההיפר שוק לא יהיו על חשבון תנובה מאיר עזרא". מכאן עולה, לפי הטענה, שגם תנובה ומאיר עזרא, שיווקו בשר להיפר שוק, שרק כך ניתן להבין את הקביעה שהנחות מיוחדות לרשת זו לא יהיו על חשבון תמ"ע.

ב"כ הנאשמים 3-4 מסכם את טענותיו בנושא זה כדלקמן :

א. בקביעה אודות הלקוחות הנבחרים אין איפוא משום "חלוקת שוק" משום שאותם לקוחות לא היו חלק מן השוק של תנובה ומאיר עזרא ובנו.

ב. בקביעה הזו אין משום "כבילה" שכן תנובה ומאיר עזרא לא ראו עצמן באותה עת כמי שיש להם מה להציע ללקוחות הללו, ומאליו ברור שהן לא התכוונו לכבול עצמן מלפנות למי שממילא לא פנו אליו עד לאותה עת.

ג. בקביעה זו אין משום מניעה או הפחתה של התחרות כיוון שבפלח שוק זה לא הייתה תחרות בין תנובה לבין מאיר עזרא.

ד. בקביעה זו לא התקיים כל יסוד נפשי של מודעות למניעה או להפחתה של התחרות

35. אינני מקבל טענות אלה של הנאשמים 3 ו-4.

ראשית, פרשנות של דוד עזרא לגבי משמעותן של הוראות הפרוטוקול בעניין הלקוחות הנבחרים נוגדת את לשונו המפורשת של הפרוטוקול. הקביעה בפרוטוקול לפיה "החברה תשווק במישרין ללקוחות המנויים בנספח א' (הלקוחות הנבחרים) (סעיף א1) בצירוף ההוראה לפיה, "תנובה ומאיר עזרא ... ישווקו את הבשר שיירכש על ידן מהחברה ללקוחות שאינם הלקוחות הנבחרים" (סעיף ב1), אינה בגדר "צילום מצב", אלא קביעה מפורשת המייחדת את שיווק הבשר ללקוחות הנבחרים לתמ"ע ואוסרת על הנאשמות למכור בשר ללקוחות אלה.

אפילו אין בהוראות אלה שבפרוטוקול משום איסור מפורש על מכירת בשר על-ידי הנאשמות ללקוחות הנבחרים, ואינני סבור כך, יש בה, לפחות, לשקף הבנה בין הנאשמות, לפיה המכירה ללקוחות הנבחרים תתבצע על-ידי תמ"ע, ולא על ידן. בכך די כדי להקים הסדר כובל.

גם בקיומו של הגיון כלכלי בהסכמה שתמ"ע, ולא הנאשמות, היא שתשווק את הבשר ללקוחות הנבחרים, אין כדי לשלול את העובדה שמדובר בהסדר כובל.

אין ממש גם בטענה שאין מדובר ב"חלוקת שוק" משום שאותם לקוחות לא היו חלק מן השוק שבו פעלו הנאשמות. עובדה היא שלפי עדותו של דוד עזרא עצמו, מאיר עזרא, ובמידה פחותה גם תנובה, שיווקו בשר גם ללקוחות הנבחרים. גם העדר תחרות בעבר בין הנאשמות בפלח שוק זה, איננה שוללת מההסדר את אופיו כהסדר כובל. העדר תחרות בין הנאשמות לגבי הלקוחות הנבחרים בעבר נבעה מכך שלקוחות אלה רכשו את הבשר באופן ישיר מהממשלה. אך לאחר ההפרטה, כאשר יבוא הבשר עבר לידים פרטיות, לא הייתה עוד כל מניעה שלקוחות אלה ירכשו בעתיד בשר גם מהנאשמות או מי מהן. כאמור, כך גם נעשה בפועל, לפחות על-ידי מאיר עזרא. מכאן שהנאשמות היו, לגבי פלח שוק זה, לפחות מתחרות בכוח.

36. לטענת המאשימה, גם בהעדר הסכמה מפורשת כי הנאשמות לא ישווקו את הבשר ללקוחות הנבחרים, מוטלת על הנאשמות חובה שלא להתחרות במיזם המשותף - מכוח הדין.

חובה זו עולה, לפי הטענה, ממספר מקורות: המקור האחד הוא סעיף 39 לפקודת השותפויות [נוסח חדש], התשל"ה-1975- האוסר על שותף להתחרות בשותפות. מקור נוסף לחובה זו מעוגן, לטענת המאשימה, בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, המחייב את הצדדים לנוהג בקיום החוזה בתום לב. סעיף זה פורש בפסיקה באופן המונע שותף מלהתחרות בשותפות (ע"א 415/88, **החברה הכלכלית לאילת בע"מ נ' ברטון תכנון וייצור בע"מ**, פ"ד מג(4) 672). התחייבות כזאת - שלא להתחרות בתמ"ע - עולה במקרה זה, לטענת המאשימה, גם מההתחייבות החוזית שנטלו על עצמן הנאשמות בסעיף 6.2 להסכם ההקמה, "לפעול בתום לב להצלחת עסקיה של החברה ולהימנע מכל מעשה או מחדל העלולים, במישרין או בעקיפין, לפגוע בתוצאות פעילותה של החברה ו/או למנוע את הרחבתם".

לפיכך, טוענת המאשימה, שעצם הקמתו של המיזם המשותף הטילה על הנאשמות מחויבות שלא להתחרות בו, בכלל זה לא למכור בשר ללקוחות של המיזם המשותף, הם הלקוחות הנבחרים, מה שמניח קיומה המשתמע של כבילה.

37. טיעון זה מעלה את השאלה האם עצם הקמתו של מיזם משותף, גם בלא שהסכם ההקמה יכול כבילה מפורשת, מהווה הסדר כובל, לאור הוראות הדין האוסרות על השותפים להתחרות בשותפות, או בשל קיומה בעניין זה של הסכמה מכללא בין השותפים. שאלה נוספת אשר עולה בהקשר זה, הנה האם האיסור להתחרות במיזם המשותף, בהנחה שאיסור זה מעוגן בדין, אינו מוציא את המיזם המשותף מכלל ההסדרים הכובלים על יסוד הוראת סעיף 13(1) לחוק ההגבלים העסקיים, אשר מוציא מגדרו של הסדר כובל, כל "הסדר שכל כבילותיו נקבעו על-פי דין".

38. בענייננו אינני נדרש לעסוק בסוגיות אלה, שכן מקובלת עלי בעניין זה טענת באי כוח הנאשמים, לפיה לא נטען בכתב האישום שהקמתה של תמ"ע, היא כשלעצמה, מהווה הסדר כובל. כך עולה מהוראת סעיף 21 לכתב האישום לפיה לא יוחסה לנאשמים עבירה בגין עצם הקמתה של תמ"ע, אלא רק בגין הכבילות המפורשות שנטלו על עצמם הנאשמים, כפי שפורטו בסעיפים 12, 14, 19, ו-20 לכתב האישום. מקורן של כל אותן כבילות שבגינן יוחסו לנאשמים העבירות המפורטות בכתב האישום, בהסכמות מפורשות שקיבלו על עצמן הנאשמות, והן אינן כוללות כבילות אשר מובנות בעצם הקמתה של תמ"ע כפועל יוצא מהוראות הדין השולטות על פעילותה, שאין להן עיגון מפורש בהסכמים בין הצדדים.

כפי שמציין ב"כ הנאשם 2 בסיכומיו, גם בתעודת עובד הציבור שהוגשה מטעם המאשימה (ת16/) תוארו ההסדרים הכובלים כ"הסדרים כובלים בין הנאשמות... שעניינים תיאום שיווק בשר

קפוא בין הנאשמות, לרבות מגבלות בנוגע לסוג הלקוחות וזהות הלקוחות עמן יתקשרו, כמויות הבשר שימכרו, המחיר ותנאי האשראי שידרשו והרווח שיופק על ידן מהמכירה, הכל לפי המפורט בסעיף 21 בכתב האישום". בין הסדרים אלה לא ימצא הסדר המתייחס לעצם הקמתה של תמ"ע.

חלוקת השוק לפי כמות הנכסים

39. כבילה זו עולה מסעיף ב.11 לפרוטוקול שבו נקבע:

"כ- 80% מכמות הבשר שאינה משווקת ללקוחות נבחרים תימכר לתנובה ותשווק על יד ו- 20% מכמות הבשר שאינה משווקת ללקוחות נבחרים תימכר למאיר עזרא ותשווק על ידה. תוך שלושה חודשים יחליט הדירקטוריון אם ובאיזה שיעור יוגדל שיעור שירותי השיווק שתרכוש החברה ממאיר עזרא".

40. גם בנושא זה נשמעו עדויות סותרות.

העד גלבוע הסביר בעדותו את המטרה שלשמה נועד סעיף זה מנקודת הראות של תנובה:

"...עכשיו, לנו כתנובה, היה חשוב מאוד שמערך ההפצה שלנו יקבל את הכמות בשר שרצינו ושחשבנו שנוכל למכור. המסמך הזה מעגן את זה. מבטיח לנו שאנחנו נוכל לקבל את הכמות הזו, אבל צריך להבין שעשו את זה במסגרת עמלת קומינסיון או עמלה מאוד נמוכה שהיא לא השאירה פעילות. זה הייתה הכוונה כשאני הכנתי את המסמך".

(פ. 14/5/97 עמוד 44).

וכן:

".....ואני יכול להגיד שבכל המשא ומתן שניהלנו עם דודיק עזרא לגבי הקמת החברה ואחרי זה גם לגבי הפרוטוקול, לתנובה הייתה חשיבות רבה שההפצה תיעשה באמצעותה. רצינו להבטיח את זה. אנחנו עוד היינו תחת ההשפעה, הרושם וההשפעה של התקופות המחסור שנוצרו על-ידי הממשלה. תנובה ראתה בבשר הבקר המיובא השלמה לסל המוצרים שמפיצה, את ההודו, את הפטס ואת הדגים. זה היה משלים. תנובה משווקת בעיקר ללקוחות הקטנים, את הבשר בעיקר, היא נתנה כהשלמת סל ללקוחות קטנים. הלקוחות הגדולים היו קונים ישירות והלקוחות הקטנים ניתנו על-ידי תנובה. ולכן היה חשוב לנו שיהיה לנו על הסל שלנו, של היצע ללקוחות, את הסל המלא.

...

ולכן מופיע פה בפרוטוקול את אותו סכום שאנו מעריכים, ביקשנו שלאחר שהחברה תמכור ללקוחות הנבחרים, לתנובה יהיה זכות לקבל את הכמות הגדולה שפה מופיעה בפרוטוקול - 20-80. שאלת אותי קודם ואני אגיד עכשיו, למה זה 20-80, אני מוכרח להגיד שאני לא יודע, אני לא מצאתי שום דקומנטציה למה הגעתי למספר 20-80. יתכן שבמחשבה שלי היה הראיה על היקף הפעילות של החברה בכלל

ומתוך ראייה שהחברה יכולה לייבא, אני יודע, 12 אלף טון, 15 אלף טון לשנה, ראיתי את ה- 80 אחוז האלה כחלק שתנובה יכולה לשווק, ובעצם, זה מה שאני צריך בערך. אבל מעבר לזה אני לא יכול להגיד...".

(פ. 20.5.97, עמ' 49-50).

עם זה, עולה מעדותו של גלבו, שדברים אלה נתפסו בעיני תנובה יותר כהצהרת כוונות מאשר כהתחייבות משפטית:

"ש. האם הוסכם בין המייסדים או השותפים של חברת תמ"ע שתנובה חייבת לרכוש 80 אחוז מן הבשר המיובא?

ת. לא.

ש. האם הוסכם שדודי עזרא או מאיר עזרא חייבת לרכוש 20 אחוז או שהחברה חייבת למכור להם את הכמויות האלה? כן או לא?

ת. לא. אני חושב שלא.

ש. האם קבעתם איזשהו מנגנון שיטור של יישום הציפיות שלכם? כיצד ישווק 80 אחוז וכיצד זה ישווק 20 אחוז או כמה ישווק?

ת. אין".

(פ. 20.5.97, עמ' 76).

וכן:

"ש. זה נכון שכשאתם קבעתם את סוכם העניין הזה של ה- 20-80 לא סוכם בין תמ"ע לבין תנובה לבין מאיר עזרא או בין תנובה לבין מאיר עזרא, איזשהו הסכמות אופרטיביות איך מביאים את תנובה ל- 80 אחוז?

ת. לא. בהחלט לא. אם אומרים, עד כדי כך לא הייתי נאיבי. זאת אומרת, לא היה ברור, היה צריך לתת לדברים קצת לקרות, לא עשינו אותו במסד.

ש. זאת אומרת שזה יהיה נכון לומר שחברת מאיר עזרא לא לקחה על עצמה ולא התכוונה לקוחת על עצמה שום מגבלות בתחרות עם חברת תנובה שכדי להביא לתוצאה הזו של 20-80?

ת. לא. שום דבר שאנחנו דיברו עליו. התשובה היא, שלא, זאת אומרת, לא נעשתה כל מגבלה ולא הטלנו שום מגבלה על

...

כ.ה. אז מה הייתה המשמעות של הסעיף הזה?

ת. הסעיף הזה היה סעיף של כוונות בעיקר, ורצינו להגן על עצמנו בתקופת מחסור, אנחנו לא, הלחץ מתחיל להיות כשיש מחסור. ואז כשנשב בישיבה ונצטרך לחלק, יהיה מפתח. זאת אומרת, לא יצרנו מצב של איזשהו מנגנון שמוודא שזה קורה, אבל אם נגיע למצב שצריך לחלק סחורה, יש לנו מפתח מוסכם בינינו איך מחלקים את זה. עכשיו, בפועל, זה אף פעם לא עלה מכיוון שמהר מאוד הגענו למצב שזה בכלל לא היה רלבנטי. היינו בעודף ענק".

(פ. 20.5.97, עמ' 106).

כך עולה גם מעדותו של לנדסמן :

"ש. עכשיו אני בא לשאול אותך איזה שאלה שהיא גם כתובה בעקרונות השיווק וזה הנושא של מה שנקרא פה 20-80 שיש שמה איזה הסכמה, שהוא כ- 80% מהשיווק יעשה ללקוחות אחרים... מה היה הרעיון מאחורי ההסכמה הזאת?

ת. זה היה כמו שאומרים רעיון, אמנם כתוב בהסכם העקרונות שהוא נספח לחוזה. אני חשבתי שטוב לחברה וגם דאגתי לתנובה שהיא תהיה יותר גדולה מאשר מאיר עזרא".

(פ. 8.12.98, עמ' 35).

בפועל, מקובל על כל העדים כי הוראה זו שבפרוטוקול לא מומשה :

"כשהגענו בפועל, המציאות הייתה לגמרי אחרת ובכלל כל הפרוטוקול הזה והרעיון איך בונים ואיך זה עובד, לא עבד בכלל בפועל ולא התייחסנו אליו, וגם לאחר מכן שאפילו הכנסנו מבקר פנים כדי לעשות כל מיני דברים והוא העיר לנו, שזה לא נעשה לפי הזה, זה לא היה דבר שהוא הדאיג את החברה ושקיבלו עליה החלטות לחזור אל הפרוטוקול, אלא פשוט הדבר הזה היה מן כוונה, רעיון, וכשיצאנו על השטח הוא לא בא לידי מימוש".

(עדויות של גלבע, פ. 20.5.97, בעמ' 44).

לגישתו של הנאשם 4, מאידך, לא הייתה להוראה זו שבפרוטוקול כל משמעות. כך העיד דוד עזרא בעניין זה :

"זה סעיף או הנושא הזה עלה על-ידי אליעזר גלבע. בא אליעזר גלבע ואמר לי תשמע, אני חייב להציב בפני החברים איזשהו יתרון יחסי מהשותפות הזאת, או מהמיזם הזה שאנחנו עושים ביחד.

בוא נגיד שאנחנו נמכור שמונים אחוז ואתה תמכור עשרים אחוז. אמרתי לו לייזר ומה, איזה כלים יש לך שאתה תמכור שמונים ואני אמכור עשרים, לפי מה אתה יכול לקבוע כזאת קביעה?

הוא אומר תשמע, זה נראה טוב כלפי החברים, שאני אבוא ואציג לכם שאנחנו נהפוך להיות דומיננטיים בנושא הזה של הבשר, זה משהו שיותר קל להעביר בהנהלת תנובה כי הנושא של הבשר היה עליו לחץ

מכל הכיוונים, המשחטות לא אהבו את הנושא שתנובה תיכנס לייבוא בשר, מר בק לא אהב את הנושא הזה שתנובה תיכנס לייבוא בשר, לא חשבו שתנובה צריכה להיכנס בכלל לנושא הזה של ייבוא בשר, בקיצור בוא נגיד שזה היה איזשהו קישוט מבחינת לייזר שהיה לו קל להעביר את זה.

אמרתי לו תשמע, לייזר אני אין לי בעיה שתרושם את זה, ואין לי בעיה שזה יצויין אבל בוא נכניס סעיף אחרי זה שהנושא ייבחן בעוד שלושה חודשים ואז נחליט אם זה יהיה 20-80 או שזה יהיה בכלל איזשהו משהו".

(פ. 26.199, עמ' 23-24).

וכן :

"לא הבנתי שזה מחייב אותי בשום דבר, כי אין פה שום התחייבות של תנובה שהיא מתחייבת למכור שמונים אחוז ואין פה שום התחייבות שלי שאני אקנה עשרים אחוז, אין פה שום התחייבות זה איזשהו הצהרת כוונות של איזשהו משהו שבסעיף אחרי זה מוציא את התוכן מאותה הצהרת כוונות וזה משהו שלא יכול היה להתקיים בשום וריאציה".

(פ. 26.199, עמ' 25).

על-פי עדותו של עו"ד ברנדויין עולה, שמשמעותה של הוראה זו שבפרוטוקול אכן הייתה, למעשה, חלוקת שוק, הגם שלדעתו, ולכך אתייחס בהמשך, לא היה בכך משום כבילה אסורה :

"ושוב, כאשר השיווק ללקוחות אחרים יעשה בחלקו הארי באמצעות מכירות לתנובה, זה השמונים אחוז, אם מותר לי לשים תוויות על הדבר הזה, ובחלקו הקטן יותר באמצעות מכירות למאיר עזרא, זה העשרים אחוז, אם מותר לי לשים את התווית הזאת".

(פ. 15.6.98, עמ' 75).

עם זה, העיד עו"ד ברנדויין כי דוד עזרא לא ייחס להוראה זו שבפרוטוקול משמעות של ממש :

"דוד עזרא אמר לי, שתנובה מעונינת להביא לידי ביטוי אפשרות כזאת, העמדה שלו הייתה שאין לו התנגדות לכך, מאחר והוא ראה בזה מעין חלומות באספמיה, דבר שלא, אין לו שום משמעות, אי אפשר לבצע אותו, ליתר בטחון רצה וכך גם נוסח לשמור את האפשרות לשנות את ההחלטה הזאת, הדברים נכתבו בפרוטוקול של תמ"ע, כפי שאני מבין ההנחה והנחת היסוד של דוד עזרא אכן התממשה.

...

עכשיו בפועל היא גם לא התממשה, לא התקיימה וכפי שנמסר לי על-ידי דוד עזרא ולכן הוא היה טולרנטי וסבלני להצעה הזאת, אין שום סיכוי ואין שום יכולת לממש ולכן אין שום אף אחד לא נקט בשום צעדים לממש את זה, ולכן הדבר לא הפריע לו, משום שלא יכולה להיות כוונה לממש את זה, לא במצב בין יכולות השיווק של מאיר

עזרא ושל תנובה היה ברור שמדובר פה באות מתה שאין לה שום משמעות.

...

ש. אז למה צריך לרשום את זה?

ת. אני אענה לך עו"ד הכהן, אני אענה לך אך ורק מהצד של דוד עזרא ותנובה מאיר עזרא. לפעמים בהסכמים בפרוטוקולים, יש כתיבת נוחות שאין שום בעיה, אתה לא רואה שום בעיה להוסיף דבר מה לבקשת הצד השני, כאשר הוא לא פוגע באינטרס שלך, על אחת כמה וכמה כאשר אתה משוכנע ומראש, שהוא לא יתממש".

(פ. 15.6.98, עמ' 89-91).

תמיכה מסויגת יותר לגרסתו של דוד עזרא בדבר חוסר החשיבות שהוא ייחס להוראה זו שבפרוטוקול ניתן למצוא גם בעדותו של מר גלבוע:

"הרושם שלי היה שדודיק עזרא התייחס לשאלה הזו בפחות התלהבות, זאת אומרת, בפחות - לא התלהבות, אלא בפחות נתן לזה חשיבות לנושא, ולכן מופיע פה בפרוטוקול את אותו סכום

...

אני יכול להגיד שמה שהתרחש שלי היה מהשיחות ומזה, שהוא נתן פחות חשיבות, בעוד שלי היה ברור שלמשל, אם היו מציעים לנו, לתנובה שמשו אחר ישווק 80% ואנחנו 20% לא הייתי חותם על הסכם כזה".

(פ. 20.5.97, עמוד 49, 51).

41. לטענתו של ב"כ נאשמים 3 ו-4, אין לראות בהוראה זו שבפרוטוקול משום הסכמה של ממש מצדו של הנאשם 4 שכן מבחינתו הוא "הסכים כאן לקביעה, שהייתה בעיניו בלתי אפשרית לחלוטין", שהיא "ערטילאית לחלוטין, שאין בצידה שום היבט אופרטיבי, שאינה מחייבת את מאיר עזרא ובנו להגביל באופן כל שהוא את פעולתה. זו הייתה הצהרת כוונות גרידא, שמר עזרא ראה אותה כלא יותר מאשר חלומות באספמיה" (סעיף 338 לסיכומים).

מסקנה זו נתמכת לפי הטענה, גם בכך שתנובה כלל לא התחייבה לרכוש שמונים אחוז מהבשר כמו גם בהעדר כל הגיון בכך שהנאשמת 3 תשקיע חמישים אחוז מן ההשקעות הנדרשות לפעילות של תמ"ע אך תקבל רק עשרים אחוז מפלח הפעילות שלה.

42. גם בנושא זה אינני מקבל את עמדתם של הנאשמים 3-4.

מהבחינה העובדתית, מקובל עלי ששני הצדדים לא התייחסו להוראה זו שבהסכם כאל התחייבות משפטית. מסקנה זו עולה הן מעדותו של דוד עזרא והן מעדותם של גלבוע ולנדסמן. שהרי

גם גלבוץ ציין בדבריו כי "הסעיף הזה היה סעיף של כוונות בעיקר", ואילו לנדסמן אמר "זה היה כמו שאומרים רעיון". אולם מכאן לא עולה שלא הייתה להוראה זו שבפרוטוקול כל משמעות. גם אם לא היה בהוראה זו כדי לחייב את הצדדים מבחינה משפטית, וגם אם לא נקבע בפרוטוקול מנגנון פיקוח המאפשר את אכיפתה, יש בהוראה זו הצהרת כוונות של שני הצדדים כיצד הם רואים את חלוקת כמויות הבשר אשר ישווקו ביניהם. עובדה היא שגלבוץ ראה בהוראה זו, כדבריו, "מפתח מוסכם" שעל יסודו תוכל תנובה בתקופות של מחסור, לבסס את דרישתה לקבלת 80% מכמות הבשר המשווקת על-ידי תמ"ע, דבר שיאפשר לה לספק ללקוחותיה את צורכיהם ולשמור בה בעת על הרכב הסל שאותו היא מספקת ללקוחותיה.

אינני מקבל גם את הטענה דוד עזרא לא ייחס להוראה זו כל משמעות שהיא. שהרי עובדה היא שהוא בעצמו דרש לסייג הוראה זו באופן שיבטיח בחינה נוספת של חלוקה זו בעוד שלושה חודשים. לעניין זה אין כל נפקא מינה לכך שדוד עזרא סבר שהוראה זו איננה מחייבת מבחינה משפטית ושלא ניתן יהא לאוכפה.

43. המונח "הסדר" מוגדר בחוק ההגבלים העסקיים בצורה רחבה ביותר והוא איננו מוגבל רק להסדר מחייב מבחינה משפטית. כך קובע סעיף 1 לחוק: "הסדר" - "בין במפורש ובין מכללא, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות".

ידועים בעניין זה דבריו של הנשיא ו. זיילר בפסק הדין בעניין קיסין (ת"א (י-ם) 396/87 **אורי קיסין ואח' נ' פטרולגז ואח' (טרם פורסם)**):

"כך, למשל, צריך להינתן למלה "הסדר" שבסעיף 2 בחוק, הפירוש המרחיב ביותר. החוק נועד למנוע מצבים בהם יפעלו אנשים תוך הבנה משותפת, במטרה ליצור הסדר כובל במשמעותו בחוק. ברור, שהמחוקק לא רצה להגביל עצמו בשום דרך, בניסיונו ללכוד את כל האפשרויות, בהן יגיעו בני אדם לכלל הבנה כזו. הוא טרח, לכן, והשתמש במילה "הסדר", ולא "הסכם" או "חוזה". הוא ציין, שאין חשיבות לשאלה אם מדובר בהבנה מפורשת או מכללא..."

נוכח האמור לעיל נראה לי, שהפירוש היחיד המשיג את מטרת החוק בתחום זה צריך לקבוע, שהמילה הסדר כוללת כל דרך מתואמת, המופעלת על-ידי בני אדם, המנהלים עסקים, ושמגמתה השלטת הסדר כובל. אין זה מעניינו של החוק אם תיאום זה הושג בדרכי קונספירציה, או בדרכי הסדר, או באמצעות צד ג', או על ידו 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".

המחברים Van Bael & Bellis מציינים בספרם *Cometiton Law of the European Community*, בהתייחס להסכם שאיננו מחייב מבחינה משפטית אך משקף את כוונות הצדדים:

"For art. 85(1) to apply to an agreement, it is suffffices that a provision expresses the intention of the parties without it being necessary for it to constitute a valid and binding contract".

(p. 32).

44. לאור האמור אני סבור שגם הוראה זו שבפרוטוקול, חרף היותה בגדר הצהרת כוונות בלבד שאיננה מחייבת את הצדדים מבחינה משפטית, נתפסת בגדרו של "הסדר" כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים.

45. עד כאן לגבי השאלות העובדתיות שהיו שנויות במחלקות בין הצדדים בתיק זה. המסקנה העולה מן האמור הנה, שמבחינה עובדתית, ובכפוף לטענות ההגנה האחרות של הצדדים שיידונו בהמשך, הפרוטוקול ת3/ כולל הוראות שהן בגדר כבילות אסורות שעניינן: תיאום מחירים והנחות; חלוקת הלקוחות הנבחרים וחלוקת כמויות השיווק בין הנאשמות. לשון אחר, מדובר, כפוף לסייג דלעיל, בהסדר כובל.

בהמשך אתייחס לטענותיהן המשפטיות של הצדדים, שבהן, לפחות ככל שמדובר בנאשמים 1-2, נעוצה המחלוקת העיקרית בתיק זה.

46. טענותיהם המשפטיות של הנאשמים נסבו על הטענות הבאות:

א. הגנה מן הצדק.

ב. העדר תחולה, על יסוד פרשנות מצמצמת המבוססת על כלל ההגיון (Rull of reason), לסעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, בשל העדר פגיעה בתחרות.

ג. העדר תחולה לסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, בשל העדר פגיעה בתחרות וכן בשל העדר כוונה פלילית.

ד. ההסדר איננו הסדר בין בני אדם בלשון רבים - המנהלים עסקים, כדרישת סעיף 2 לחוק, בהיותו הסדר פנימי של תמ"ע ולא הסדר בין הנאשמות.

ה. טעות במצב המשפטי עקב הסתמכות על ייעוץ משפטי.

הגנה מן הצדק

47. טענה זו פותחה בייחוד על-ידי הנאשמים 1-2, אך גם הנאשמים 3-4 לא משכו ממנה את ידם. הגנה זו מבוססת על הטענה שהרשויות הנוגעות בדבר - משרד המסחר והתעשייה והממונה על ההגבלים העסקיים ידעו על פעילותם של הנאשמים בהקמתה ובהפעלתה של תמ"ע, כאשר משרד התמ"ס אף שיתף פעולה עם תמ"ע. חרף ידיעה זו, נטען, הממונה על ההגבלים העסקיים לא העמיד את הנאשמים על האפשרות שפעילות זו נוגדת את החוק והוא אף נתן להם להבין שאין פסול בפעילותה של תמ"ע.

48. חברת תמ"ע הוקמה בחודש יולי 1993 ונרשמה ברשם החברות בשם: "תנובה - מאיר עזרא יבוא ושיווק בע"מ". כבר כאן, בשם שניתן למיזם המשותף, נטען, העידו על עצמם הנאשמים, בצורה גלויה ומפורשת על זהותם של בעלי המניות של תמ"ע ועל תחומי הפעילות המשותפים - ייבוא ושיווק, שבהם עומדת תמ"ע לעסוק. הקמתה של תמ"ע, זהות בעלי מניותיה ותחומי עיסוקה אף זכו לסיקור תקשורתי נרחב והדבר אף דווח, לפי הטענה, לרשויות המוסמכות. משרד המסחר והתעשייה ידע, כעולה מעדותו של דניאל אשרי אשר היה אחראי בתמ"ס על שיווק ואחסון בשר קפוא, על פעילותה של תמ"ע. על-פי עדותו של דוד עזרא, משרד המסחר והתעשייה אף ביצע עסקאות עם תמ"ע, אשר ייבאה עבור הממשלה בשר מדרום אמריקה, ושמשה כקבלן הרענון הגדול ביותר של הממשלה. משרד התמ"ס אף גמל לתמ"ע, על-פי עדותו של דוד עזרא, על עזרתה ברכישת הבשר ויבואו במחירי הפסד תוך שהיא נושאת בהוצאות החזקת המלאי ובעלות אחסנתו, בכך שאפשר, או לפחות העלים עין מכך שתמ"ע מכרה בשוק הפרטי את יתרות הבשר שנותרו בידה לאחר רכישת הממשלה, במחירים גבוהים מהמחירים המרביים שנקבעו בצו הפיקוח על המחירים.

כל זאת עשה התמ"ס, לפי הטענה, שעה שידע שתמ"ע הנה מיזם משותף בבעלות הנאשמות, שהן 2 מהחברות המרכזיות בתחום זה במשק אשר פעלו בעבר - כל אחד בנפרד - בשיווק בשר קפוא.

49. גם רשות ההגבלים העסקיים, טוענים הנאשמים, הייתה מודעת היטב להקמתה ולפעילותה של תמ"ע, כמו גם לזהות בעלי מניותיה ומעמדם בשוק. כבר בחודש נובמבר 1993, העיד דוד עזרא, קוימה פגישה בינו ועו"ד ברנדווין עם הממונה על ההגבלים העסקיים, שבה הוצגה בפני האחרון פעילותה המתוכננת של תמ"ע, כמו גם כוונתה להפוך לגורם דומיננטי בשוק הבשר.

ביום 11.3.94 אף שלח עו"ד ברנדווין מכתב לממונה על ההגבלים העסקיים אליו הוא צרף את מסמכי היסוד של תמ"ע ואף פרט את עיקרי פעילותה. מכתב זה כלל, לפי הטענה, את ההחלטות המרכזיות שנקבעו במסגרת פרוטוקול מדיניות השיווק ונאמר בו, בין היתר:

"לתנובה - מאיר עזרא אין הסכמים בכתב או הסכמי מסגרת לשיווק הבשר. חלק מהבשר משווק על ידה במישרין ובחלקו ע"י תנובה ומאיר עזרא אשר רוכשות ממנה בשר. לעניין זה יצוין, כי בסמוך להקמתה הכוונה הייתה כי את השיווק לרשתות ומפעלי הבשר העיקריים תעשה במישרין חברת תנובה - מאיר עזרא, כאשר השיווק ללקוחות אחרים יעשה בחלקו הארי באמצעות מכירות לתנובה ובחלקו הקטן יותר באמצעות מכירות למאיר עזרא. לאור תנאי השוק האמור לעיל אינו מיושם והחלק הארי של המכירות שאינן מבוצעות במישרין על-ידי תנובה - מאיר עזרא מבוצע כיום באמצעות מאיר עזרא".

גם מהחלטת הממונה על ההגבלים העסקיים מיום 4.2.94 (נ/4/2) בעניין בקשת מיזוג שהגישה חברת מאיר עזרא ובנו (1980) בע"מ עולה כי הממונה היה מודע אותה עת לקיומה ולפעילותה של תמ"ע, הוא הכיר את הסכם ההקמה ואף ציין באותה החלטה כי "גם הסכם זה (הכוונה להסכם ההקמה) צריך שייבחן בפריזמת חוק ההגבלים. לכאורה, עשוי הסכם הקמת תנובה-עזרא, קל וחומר הסכם הקמת "חובר - יבוא מזון בע"מ", להוות הסדר כובל כמשמעותו בסעיף 2 לחוק ההגבלים".

בחודש יולי 1994 הבהיר הממונה פעם נוספת בהחלטתו בעניין "עוף הנגב" כי הוא מודע לקיומה של תמ"ע כמו גם לכך שהיא "צפויה לשלוט על נתח עיקרי משוק יבוא הבשר הקפוא לישראל" (נ/5/2, עמ' 256). הממונה אף ציין בהחלטתו זו כי "מיזם זה נמצא בבדיקתו באספקלריית התאמתו לדיני ההגבלים העסקיים".

חרף זאת, נטען, לא עשה הממונה בעניין זה דבר והוא פתח בחקירה פלילית בנושא זה רק כשנה אחר כך.

מעדותו של גלבוע עולה שגם תנובה מסרה לממונה על ההגבלים העסקיים מידע אודות תמ"ע. לדבריו, נערכו עם הממונה בנושא זה שלוש פגישות, שהראשונה מביניהם נערכה כבר בינואר 1994. באחת הפגישות נכח גם הנאשם 2. באותן פגישות תיאר גלבוע, על-פי דבריו בעדותו, בפני הממונה את דרכי השיווק של תמ"ע בכלל זה השיווק ללקוחות הנבחרים.

פעילות זו של הממונה והיותו מודע במשך תקופה ארוכה להקמתה ולפעילותה של תמ"ע, בלא שהוא מעלה בפני הנאשמים הסתייגות כל שהיא מפעילותה של תמ"ע, אינה מתיישבת, לטענת הנאשמים, עם פתיחתה של חקירה פלילית כשנה אחר כך.

בנושא זה יש להביא בחשבון, לטענת באי כוח הנאשמים, גם את מערכת היחסים שנרקמה בין תנובה, ובעיקר על-ידי ע"ד ינובסקי, לבין רשות ההגבלים העסקיים ובעיקר עם הממונה על ההגבלים העסקיים דאז. במסגרת זו נוצרה מעין הבנה בין הממונה לבין ע"ד ינובסקי, לפיה כאשר רשות ההגבלים העסקיים נתקלה בפרקטיקה אנטי תחרותית מצד תנובה, פנה הממונה ישירות לע"ד ינובסקי וזה פעל על מנת לתקן את המצב לשביעות רצונו של הממונה.

בדיעבד מתברר, טוען ב"כ נאשם מס' 2, ע"ד ד"ר קלגסבלד, בסיכומיו, כי השיחות שניהל הממונה על ההגבלים העסקיים עם נציגי הנאשמות לא היו שיחות תמימות והן היו קשורות בחשדות ספציפיים שהתעוררו כנגד תמ"ע כבר אז. כך עולה, לפי הטענה, מפגישה שקוימה ברשות ההגבלים העסקיים בהשתתפותו של מר אשרי מהתמ"ס, שבו נדונו החשדות נגד תמ"ע עוד בחודש ינואר 1994. בנסיבות אלה, טוענים הנאשמים, אם היו לרשות ההגבלים העסקיים חשדות פליליים נגד הנאשמים, היא לא הייתה רשאית לקיים עם נציגי הנאשמים בעניין זה "שיחות חולין", "תמימות" לכאורה, והיה עליה לנקוט בעניין זה בהליכי חקירה פלילית תוך מתן אזהרה לנאשמים באשר למהות החשדות הנבדקים על ידה. העדר האזהרה, טוען ב"כ הנאשם 2, גרם להכשלתו של הנאשם 2, שלא היה מודע לדברים שנכתבו על-ידי הממונה בהחלטותיו הנזכרות (4/2 נ' ו - 5/2 נ') שבהן הוא ציין שפעילותה של תמ"ע עשויה לעורר שאלות בדבר התאמתה לחוק ההגבלים העסקיים.

50. התעלמותן של הרשויות מההיבטים האנטי תחרותיים (להשקפתן) בפעילותה של תמ"ע עולה, לטענת הנאשמים, גם מההתייחסות לדו"ח ועדת סדן. ועדה זו, אשר מונתה על-ידי הממשלה כדי לבחון את נושא ההפרטה של יבוא הבשר, הזהירה כבר באפריל 1992 מפני החשש של חברתם של גורמים דומיננטיים בשוק הבשר העלולים לנסות ולהשתלט על היבוא על-ידי יצירת הסדר כובל בשלבים המוקדמים של ההפרטה (נ' 1/2, עמ' 10). אולם משרד המסחר והתעשייה, טוען ב"כ נאשם מס' 2, התעלם מדו"ח זה, לא נקט בשום פעולה מעשית למניעת היווצרות ריכוזיות בשוק ואף התעלם מפנייתו של רשות ההגבלים העסקיים אשר התריעה גם היא מפני יצירת ריכוזיות בענף עקב המכרזים השנתיים הגדולים לרענון הבשר הקפוא במלאי החירום.

51. כל אלה, טוענים הנאשמים, מקימים להם הגנה מן הצדק שצריך שתמנע העמדתם לדין.

52. הדוקטרינה של "ההגנה מן הצדק" הוכרה במשפט הישראלי בפסק הדין בע"פ 2910/94 **ארנסט יפת נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ' (2) 221. אולם, בית המשפט העליון, מפי כבוד השופט לוין, הציב תנאים חמורים לקבלתה של טענת הגנה זו. כדבריו:

"...קבלתה של תורת ההשתק אל תוך המשפט הפלילי, באמצעות העיקרון הידוע של 'ההגנה מן הצדק' ... נשענת על סמכותו הטבועה של בית המשפט לבטל כתב אישום העומד בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית. לבית המשפט במדינת ישראל שיקול-דעת לעכב הליכים משאין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן ו/או משיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות, כפי שבית המשפט רואה אותו.

המבחן הקובע, כפי שאני רואה לאמצו, הוא מבחן 'ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות', היינו התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם... המדובר במקרים שבהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה ואין הדעת יכולה לסובלו. ברי כי טענה כגון זו תעלה ותתקבל במקרים נדירים ביותר, ואין להעלותה כדבר שבשגרה ובענייני דיומא סתם".

(שם, עמ' 370).

53. ב"כ הנאשמים טוענים, כי ראוי להרחיב את ההגנה מן הצדק ולהחילה במקום שבו התנהגות הרשויות כלפי הנאשמים חורגת מסטנדרט ראוי של הגינות וסבירות, גם אם אין מדובר במקרים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת. בעניין זה הם מסתמכים על שורה של פסקי דין שניתנו לאחר פסק הדין בעניין יפת, שבהם הכירו בתי המשפט בתחולת ההגנה מן הצדק כאשר התנהגות הרשויות כלפי הנאשמים חרגה מסטנדרט ראוי של הגינות וסבירות, גם אם לא היה בה משם "התנהגות בלתי נסבלת" או "התנהגות שערורייתית" של הרשות הגורמת למצפון להזדעזע ולתחושת הצדק האוניברסלית - להיפגע. כך, בת"פ 1024/95 **מדינת ישראל נ' הירש ואח'** (לא פורסם) ביטל בית המשפט המחוזי בתל אביב כתב אישום נגד נאשמים שהואשמו בשימוש חורג בדירה, לאחר שהתברר שגם עיריית תל אביב עשתה באותה דירה שימוש דומה. בפסק-דין אחר (ע"פ (ת"א) 387/98 **גדעון מנשה נ' מדינת ישראל** (דינים מחוזי ל"ב (3) 50), קיבל בית המשפט טענת הגנה זו מפי נאשם שהוציא אשפה למדרכה בהסתמך על הבטחת הרשות כי זו תפנה אשפה שהתושבים יוציאו למדרכה בשעה מסוימת, הבטחה שלא קוימה על-ידי הרשות, אשר אף האשימה אותו בעבירה. במקרה אחר (ע"פ (ת"א) 286/96 **מדינת ישראל נ' לים** (דינים מחוזי ל"ב (2) 406), נקבע שהרשות - המכס - מנועה מלהעמיד לדין נאשם אשר פעל על יסוד מצג שיצרה ושיחרר ממחסן ערובה שנוהל על ידו מוצרים פטורים ממכס. במקרה אחר (ת"פ (ת"א) 6650/93 **מדינת ישראל נ' תומרקין** (לא פורסם)) בוטל על יסוד הגנה זו כתב אישום נגד נאשם שהועמד לדין שלוש שנים לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה החליט שלא להעמידו לדין.

54. לטענת ב"כ הנאשם 2, הלכת יפת בוססה על הדין שחל באותה עת, לפיו טעות בדין אינה מקימה הגנה במשפט הפלילי. בעניין זה גזר בית המשפט העליון, לפי הטענה, גזירה שווה מהעדר הנפקות של טעות משפטית לצורך הקמת הגנה בדין הפלילי, להעדר הנפקות של טעות בהבנתו של הנאשם את האיסור הפלילי או את מדיניות הרשויות בהפעלתו, כמקימה

הגנה מן הצדק. גזירה שווה זו, טוען ב"כ נאשם 2, אינה יכולה עוד לעמוד לאחר תיקון 39 לחוק העונשין, אשר הכיר בטעות סבירה במצב משפטי כטענת הגנה. שינוי זה בדין הפלילי המהותי, צריך שיביא, נטען, לשינוי גם במעמדה של ההגנה מן הצדק המבוססת על הסתמכות על מצג של הרשות.

55. אין בידי לקבל טענה זו של הנאשמים. אמנם, פסקי הדין עליהם מסתמכים ב"כ הנאשמים, יישמו אמות מידה מרחיבות ומקילות מהלכת יפת ביישום ההגנה מן הצדק. אך פסיקה זו אינה משקפת, בהכרח, את ההלכה שנקבעה בנושא זה על-ידי בית המשפט העליון, ואין בה כדי לשנות הלכה זו. יש לציין, שגם לאחר פסק הדין בעניין יפת, חזר בית המשפט העליון בשורה של פסקי דין, על ההלכה לפיה טענת "ההגנה מן הצדק" תתקבל רק במקרים נדירים וקיצוניים בהם מדובר בהתנהגות בלתי נסבלת של הרשות.

בבג"צ 1563/96 עו"ד מרדכי כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (תקדין-עליון 97(2) 700), טען העותר, כי שניים מהליכי החקירה שננקטו בעניינו - הפעלת עד מדינה חשאי וקיום האזנות סתר שלא כחוק - מקימה מניעות בפני הגשת כתב אישום מכוח ה"הגנה מן הצדק". בית המשפט העליון, מפי כב' השופט קדמי, חזר וקבע, על-פי הלכת יפת, שהמבחן לקבלתה של "הגנה מן הצדק" הוא התנהגות "שערורייתית" של הרשות:

"....כפי שמתחייב מן האמור בפסק דינו של השופט ד. לוי בפרשת הבנקאים הנ"ל, עומדת בבסיסה של ה"הגנה מן הצדק"- אם כבסיס לטענת "הגנה" ואם כבסיס לטענת "מניעות" בפני הגשת כתב אישום- התנהגות "שערורייתית" מצידה של הרשות".

הפעלתו של סוכן חשאי וביצועה של האזנת סתר, נקבע באותו פסק-דין, אינם עולים כדי התנהגות בלתי נסבלת של הרשות, ואין בהם כדי להקים הגנה מן הצדק. (ראה לעניין זה גם: ע"פ 568/99 עסאף עסאף נ' מדינת ישראל, דינים עליון כרך נט 460 ; בבג"צ 6781/96 חבר הכנסת אהוד אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, דינים עליון, כרך נג עמ' 195).

בפסק הדין ברע"פ 3396/99 ניאז תאופיק נאבסו נ' מדינת ישראל, נתן בית המשפט העליון במפורש את דעתו לשאלה, האם ראוי להרחיב את גדרה של ה"הגנה מן הצדק" והשיב על שאלה זו בשלילה, תוך שהוא חוזר ומאמץ את הלכת יפת. כך עולה מפסק דינה של כב' השופטת בייניש:

"....המקרה דנן אינו עומד במבחן שנקבע בהלכת יפת הנ"ל, המתאים למקרים נדירים ביותר; אף אין כל יסוד לקבוע כי בשיטתנו ראוי להנהיג אמות מידה מרחיבות יותר ליישומה של הגנה זו".

56. לאור הלכה פסוקה זו אני סבור, שאין בהתנהגותן של הרשויות, בנסיבות המקרה שלפנינו, כדי להקים לנאשמים הגנה מן הצדק. אשר למשרד המסחר והתעשייה, זה אמנם היה מודע לכך שהנאשמות הקימו מיזם משותף, אולם אין טענה כי היה מודע גם להסדרים הכובלים הספציפיים נשוא כתב האישום, הנוגעים לתיאום מחירים וחלוקת שוק, שהן הכבילות נשוא כתב האישום. גם הממונה על ההגבלים העסקיים ידע על דבר הקמתה של תמ"ע, אולם אין טענה כי ידע גם על ההסכמות בנוגע לתיאום מחירים. הדברים הנזכרים במכתבו של עו"ד ברנדווין לממונה מיום 11.3.94, אמנם עשויים להעלות חשד בדבר קיומו של הסדר לחלוקת שוק. אולם, אין בתיאור שבאותו מכתב הנוקט בלשון מעורפלת ("הכוונה הייתה") משום הצגה ממשית של התיאומים שנעשו בין הנאשמות בנושא זה. מעבר לכך, הממונה ציין עוד בהחלטתו בנושא המיזוג מיום 4.2.94 כי הסכם זה עשוי "לכאורה ... להוות הסדר כובל". הממונה חזר על דברים אלה גם בהחלטתו בעניין עוף הנגב מחודש יולי 94 כאשר קבע כי "מיזם זה נמצא בבדיקתנו באספקלריית התאמתו לדיני ההגבלים עסקיים". בנסיבות אלה אינני רואה כיצד ניתן לטעון שהממונה החריש ולא גילה את דעתו שקיימת בעניין זה בעיה בהיבט של דיני התחרות, וודאי שלא ניתן לטעון שהממונה עודד את הנאשמים לבצע את העבירות המיוחסות להם.

57. לאור האמור, אני סבור כי לא קמה לנאשמים בנסיבות המקרה הגנה מן הצדק.

סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים

58. ב"כ הנאשמת 1, עו"ד גורדון, טוען, שיש לפרש את סעיף 2 לחוק, בכלל זה סעיף 2(א) באופן מצמצם, אשר מחייב קיומה של **פגיעה משמעותית** בתחרות וברמת **הסתברות ראויה**. זאת, בדומה להוראת סעיף 7 ל-Clayton Act שעניינו בפגיעה אשר מפחיתה באופן משמעותי את התחרות ("To substantially lessen"), וכפי שפורש סעיף 1 ל-Sherman Act בפסיקה האמריקאית.

59. ב"כ הנאשמת 1 מבסס פרשנות זו על מספר שיקולים. ראשית, הוא טוען, חוק ההגבלים העסקיים פוגע בחופש העיסוק, שהוא ערך חוקתי המעוגן בחוקי היסוד (חוק יסוד: **כבוד האדם וחירותו** וחוק יסוד: **חופש העיסוק**). לפיכך, יש להחיל בעניין זה את מבחני האיזון שננקטו על-ידי בית המשפט העליון בהתקיים התנגשות בין האינטרס של חופש העיסוק לבין הערך של קידום כלכלת המדינה. בנסיבות אלה, נקבע בבג"צ 1452/93 **איגלו חברה קבלנית נ' שר המסחר והתעשייה**, פ"ד מז(5) 610, "מן הראוי להחיל את מבחן האפשרות הסבירה של פגיעה ממשית בכלכלת המדינה". מבחן דומה נקבע בתיק מונופול 1/93 **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' חברת דובק בע"מ**, לצורך פרשנותו של סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים בנוגע להיקף הפגיעה בתחרות אשר עשויה להיגרם על-ידי בעל מונופולין וההסתברות למימושה. שיקולים נוספים התומכים בפרשנות זו, לפי הטענה, הם: הפגיעה הנגרמת על-ידי חוק ההגבלים העסקיים בחופש החוזים; הפן הפלילי של ההסדר

הכובל, אשר מחייב גם הוא, לפי הטענה, מתן פרשות מצמצמת לסעיף זה והעיקרון של 'זוטי דברים'.

60. הקושי בפרשנות זו טמון בכך, שהיא אינה עולה באופן מפורש מלשונו של סעיף 2 לחוק, המתייחס לפגיעה בתחרות ולא לפגיעה משמעותית בתחרות. פרשנות זו אף אינה עולה בקנה אחד עם הוראת סעיפים 14 ו-15א לחוק ההגבלים העסקיים. עניין של הוראות אלה במתן פטורים ספציפיים ופטורי סוג על-ידי הממונה על ההגבלים העסקיים בנוגע (בין היתר) לכבילות ש"אין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק". מלשונם של סעיפים אלה עולה, שגם פגיעות שאינן פגיעות של ממש בתחרות נופלות בגדרו של הסדר הכובל לפי סעיף 2 לחוק, שאילמלא כן לא היה צריך לפטור הסדרים כאלה מאישור בית הדין על-פי סעיפים 14 ו-15א לחוק.

61. בינתיים, כפי שמציין כב' השופט מ' חשין בפסק הדין בדיון הנוסף בפרשת טבעול (דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ ואח', דינים-על' ס' 195), עוגן עקרון 'זוטי הדברים' באופן מפורש בדין החרות (ראה כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), התשס"א-2001, קה"ת תשס"א, 660), באופן אשר פוטר הסדרים כובלים שאין בהם כדי לפגוע בתחרות פגיעה משמעותית מקבלת אישור בית הדין. אולם, פטור סוג זה אינו מוציא הסדרים אלה, שפגיעתם בתחרות קלת ערך, מגדרה של הגדרת ההסדר הכובל, אלא פוטר את הצדדים מקבלת אישור להסדרים אלה על ידי בית הדין.

62. לגבי ההסדר שלפנינו, אני סבור שלא ניתן, בכל מקרה, לומר שפגיעתו בתחרות היא פגיעה בלתי משמעותית, וודאי שלא ניתן לומר על הסדר זה כי מדובר ב'זוטי דברים'. זאת, לאור מעמדם של הצדדים להסדר בשוק, כאשר נתח השוק אשר הוחזק בידי תנובה עובר להקמת תמ"ע עמד על כ-20% (עדות גלבוע בעמ' 14-15 לפרוטוקול מיום 20.5.97), ונתח השוק של חברת מאיר עזרא עמד על כ-10% (עדות דוד עזרא בעמ' 5 לפרוטוקול מיום 26.1.99). על-פי המבחנים המקובלים להגדרתה של פגיעה שאינה פגיעה משמעותית בתחרות לא ניתן לראות בהסדר בין בני אדם המנהלים עסקים שנתח השוק המצרפי שבידם עומד על כ-30%, כהסדר שפגיעתו בתחרות איננה משמעותית. כך, על-פי פטור הסוג הנזכר שהוצא על-ידי הממונה על ההגבלים העסקיים לגבי הסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך, נקבע שהסכמים בין צדדים מתחרים או מתחרים בכוח שנתח השוק המצרפי שלהם עולה על שעור של 20%, חזקה עליהם כי הם פוגעים בתחרות פגיעה שאינה קלת ערך. (ראה גם קביעת נציבות הקהילייה האירופאית ב-"Notice On Agreements Of Minor Importance" (OJ 1986 C 23-2)).

סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים

63. לגבי סעיף זה העלו ב"כ הנאשמים 1 ו-3-4 שתי טענות. הטענה האחת שסעיף זה דורש, חרף לשון החוק, הוכחת חשש לפגיעה בתחרות. טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט העליון (ברוב דעות של כב' השופטים גולדברג ודורנר) בפרשת טבעול (ע"א 622/97 **טבעול (1993)**) בע"מ נ' **שף הים (1994)** בע"מ, דינים עליון כרך נד, 510), והיא נדחתה סופית בפסק הדין בדיון הנוסף בפרשה זו שנוכר לעיל, שבו נקבע כי החזקה הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים היא חזקה חלוטה שאין אחריה ולא כלום.

הכוונה הפלילית בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים

64. טענה נוספת שמעלים ב"כ הנאשמים 1, 3 ו-4 בנושא זה הנה, שגם אם יש לפרש את סעיף 2(ב) לחוק כקובע חזקה חלוטה בדבר קיומו של חשש לפגיעה בתחרות עקב הכבילות הנזכרות בסעיף זה, עדיין נדרשת, לשם הרשעה, הוכחת מחשבה פלילית של הנאשם גם לגבי יסוד זה של החשש לפגיעה בתחרות.

65. ב"כ הנאשמים 3-4, עורך הדין ד"ר לשם, טוען שבעניין זה - של מהות החזקה - יש להבחין בין המשפט האזרחי למשפט הפלילי. כדבריו בסיכומיו:

"ואולם למיטב הידיעה שאלת מהות החזקה לא נדונה מעולם בהכרעת-דין בהליך פלילי, ומעולם היא לא אובחנה לאור המהפך החוקתי שחל לאחר חקיקת חוק היסוד ולאור תכלית החקיקה כפי שהיא משתקפת מתיקון 39. בחינת מהותה של החזקה הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק לאור חוק היסוד ולאור תיקון 39, מעלה בבירור שבכל הנוגע להליכים פליליים, מן הדין שהחזקה תהא ניתנת לסתירה. קביעת חזקה חלוטה, שאינה מותירה לנאשם כל אפשרות להפריכה, היא בלתי חוקתית ובלתי מידתית.

... חזקה חלוטה אינה מידתית, לאור מהותה הטוטליטרית. זה אולי הפגם החוקתי החמור ביותר באפשרות קיומה של חזקה חלוטה במשפט הפלילי. עצם הרעיון, שהמחוקק ייקבע אפריורי כלל המתיימר להיות נכון באופן אבסולוטי, ללא כל ערעור - הוא רעיון מצמרר, הנוגד כללי צדק בסיסיים וטבעיים של המשפט הפלילי והדין הכללי (כגון זכות הטיעון). בכל חזקה חלוטה טמון יסוד פיקטיבי, ועצם הרעיון שאדם יורשע בפלילים על סמך מערכת עובדות פיקטיבית (או אפילו ספק-פיקטיבית) ללא שיש בידו הזכות לשכנע במסקנה ההפוכה מהנחת המחוקק, נוגדת את עקרון היסוד ש'המשפט עומד על אמת'. ... לכן חזקה אינה אלא כלי לגילוי האמת, ואין ניתן לגלות את האמת כאשר לנאשם אין זכות להביא ראיותיו לעניין זה, וכאשר בית המשפט מנוע מכוח חוק להטות לנאשם אוזן".

66. חרף ניסוחה המרשים של הטענה, לא אוכל לקבלה. הטעם לכך הוא, שכפי שמציין כב' השופט מ. חשין בדיון הנוסף בפרשת **טבעול**, שחרף ניסוחו של סעיף 2(ב) לחוק ככלל ראייתי, למעשה, מדובר בכלל של מהות:

"...הוראת סעיף 2(א) מגדירה "הסדר כובל" מהו, והוראת סעיף 2(ב) מחרה-מחזיקה אחריה בקובעה כי "יראו כהסדר כובל" הסדר שבו נוגעת הכבילה לאחד מן העניינים המנויים בה. המושג "יראו" ("יראו אותה" "יראו אותו") פורש בהלכה - בהקשרים שונים - כמושג הקובע חזקה חלוטה (או פיקציה), קרא: כקובע כלל-של-מהות. כך פורש גם המושג האנגלי המקביל "shall be deemed". ראו, למשל: דנ"א 1558/94 נפ"ס נ' נפ"ס, פ"ד נ(3) 573, 621. נוסף ונעיר כי ראוי היה לנו - לעת קביעת נורמה-של מהות - שנשחרר עצמנו משיח בלשון של משפט הראיות. ראוי היה לו לסעיף 2(ב) שייאמר בו (למשל) כי במקום בו נוגעת כבילה לעניינים אלה ואחרים, ההסדר הסדר כובל הוא. ואולם גם כך משמיעה ההוראה אותנו באורח ברור כי מכוונת היא לכלל-של-מהות".

משמעותה של הקביעה כי מדובר ב"כלל-של-מהות", היא שהפגיעה בתחרות כלל אינה נמנית על יסודותיה של הגדרת ההסדר הכובל לפי סעיף 2(ב) לחוק.

כפי שנקבע ב - Wigmore: On Evidence v. IX p. 292 :

"In strictness, there cannot be such a thing as a "conclusive presumption". Wherever from one fact another is said to be conclusively presumed, in the sense that the opponent is absolutely precluded from showing by any evidence that the second fact does not exist, the rule is really providing that, where the first fact is shown to exist, **the second fact's existence is wholly immaterial** for the purpose of the proponent's case; and to provide this is to make a rule of substantive law, and not a rule apportioning the burden of persuading as to certain propositions or varying the duty of coming forward with evidence".

(ההדגשה לא במקור)

הואיל וקיומו של חשש לפגיעה בתחרות אינו נמנה על יסודות העבירה, הרי שאין מדובר בסעיף זה בעבירת תוצאה, שהיא עבירה "המותנית בגרימה או באפשרות גרימה של תוצאה מזיקה מסוימת הקבועה בהגדרת העבירה, על-ידי ההתנהגות המרכיבה אותה" (פרופ' ש.ז. פלר **יסודות בדיני עונשין**, עמ' 420). ממילא אין צורך בקיומה של מודעות לאפשרות גרימתה של תוצאה כזאת - הפגיעה בתחרות.

67. אמנם, גם בלא שהתוצאה האפשרית של פגיעה בתחרות נמנית על יסודות העבירה, המחוקק רואה בהסדרים כובלים מסוג ההסדרים המנויים בסעיף 2(ב) כהסדרים שפגיעתם בציבור רעה בשל הסכנה לפגיעה בתחרות המובנית בהם. אולם סממן זה שבעבירה נמנה על הסכנות המקופלות בעבירה הפלילית מעצם הגדרתה. כפי שקובע פרופ' פלר בספרו :

"עם הגדרת מערכת נתונים עובדתיים ונפשיים כסוג מסוים של עבירה פלילית, נקבע גם חזקה מוחלטת - *praesumptio juris de jure* - על אופיו המסוכן לציבור. כל מעשה קונקרטי, אשר מתקיימים בו הנתונים האמורים, הוא בגדר אותו סוג של עבירה, ואין עוד צורך להביא כל ראיה כדי להוכיח את הסכנה לציבור הנובעת מביצועו".

(שם, בעמ' 57).

משמע, הסכנה לציבור הכרוכה בעבירה מהווה רכיב נורמטיבי אקסיומטי אשר טמון ביסוד הגדרתו של המעשה כעבירה, שאינו דורש הוכחה ואף אינו ניתן לסתירה. יסוד נורמטיבי זה איננו דורש, כחלק מיסודות העבירה, התייחסות נפשית של מבצע העבירה. כפי שקובע בעניין זה פרופ' פלר בספרו:

"היסוד הנפשי שבעבירה הפלילית מתייחס לכל רכיבי היסוד העובדתי, למעט הרכיב הנורמטיבי שבו".

(שם, בעמ' 487).

68. המסקנה העולה מאלה היא שהוכחת העבירה של היותו של אדם צד להסדר כובל לפי סעיף 2(ב) אינה דורשת הוכחת מחשבה פלילית לגבי הפגיעה בתחרות. הדין שונה לגבי הוכחת העבירה של עשיית הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק, שכן סעיף זה דורש, כיסוד מיסודות ההגדרה של ההסדר הכובל, חשש למניעתה או הפחתתה של התחרות בעסקים. אולם גם כאן, אין נדרשת הוכחת כוונה מיוחדת לפגיעה בתחרות, כפי שנדרש, למשל, בעבירה של ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי, ודי, לשם הקמתה של עבירה זו, במחשבה פלילית רגילה כהגדרתה בסעיף 20 לחוק העונשין, היינו ב"מודעות ... לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה".

מיוזם משותף כהסדר כובל

69. שאלה נוספת שעלתה בסיכומי הצדדים הייתה, האם עצם ההסכמה על הקמתה של תמ"ע, גם ללא קשר לכבילות הספציפיות המיוחסות לנאשמים בנושא תיאום המחירים וחלוקת השוק, מהווה הסדר כובל.

70. ב"כ הנאשמים טוענים שאין בעצם הקמתה של תמ"ע כמיזם משותף, משום עשיית הסדר כובל. כך טוען ב"כ הנאשמים 3-4, עו"ד לשם בסיכומיו: "ההגנה מתנגדת בכל תוקף לטענת התביעה, כאילו בכל מיזם משותף יש מניה וביה משום הסדר כובל". לדבריו, "הגדרת ההסדר הכובל לפי חוק ההגבלים העסקיים רחבה דיה, אף ללא שייחסי קרבה ו-'קירוב לבבות' גרידא ייחשבו להסדר כובל (מה גם שבין הנאשמות לא היו יחסי קרבה כלשהם, אלא נהפוך הוא, התנגחות לשמה)".

לטענת ב"כ הנאשמים, מסקנה כזו גם אינה עולה מפסק הדין האמריקאי בפרשת Penn-Olin (United States v. Penn-Olin Chemical Co, 12 L ed 2d, 775, 779), ולו מחמת הטעם שבאותו פסק-דין נשללה הטענה בדבר הפרה של סעיף 1 ל-Sherman Act והדיון הוחזר לבית המשפט המחוזי בשאלת המיזוג בלבד (לפי סעיף 7 ל-Clayton Act).

71. עמדתה של המאשימה בנושא זה בסיכומיה לא הייתה חד משמעית.

מחד, טענה המאשימה:

"ודוק - לא עצם הקמת המיזם המשותף בידי הנאשמות הוא העומד במרכזם של האישומים הנדונים, כי אם השלכותיה הפוגעניות בעיני התחרות של הפעילות המשותפת בשיווק הבשר הקפוא".

(עמ' 17 לסיכומי המאשימה).

מאידך, המאשימה לא משכה ידה גם מטענות שמהן עולה, כי הפסול שבדק במיזם המשותף מקורו בעצם הקמתה של תמ"ע. כך טוען ב"כ המאשימה בסיכומיו, כפי שכבר נזכר, ש"עצם חברת מתחרים לכדי מיזם משותף מטילה על החוברים מגבלות על התחרות אף בלא שהתחייבו לכך באופן מפורש".

וכן:

"שיתוף פעולה מתקיים בין גופים מתחרים, החוברים למטרה משותפת, צפוי לפגוע בתחרות. מעצם שיתוף הפעולה - ובמקרה שלפנינו בפעילותו של הגוף המשותף בתחום שיווק הבשר - צפויה להצטמצם התחרות בין אותם גופים אל מול המצב בו היו השניים פועלים באופן עצמאי. המיזם המשותף עצמו - מטבעו - לא יטה להתחרות בהוריו".

(עמ' 20 לסיכומים).

72. שאלה זו - האם עצם הקמתו של מיזם משותף, גם בלא שההסכמה על הקמתו כוללת כבילות ספציפיות אשר פוגעות בתחרות - מהווה הסדר כובל, עלתה בעבר בפסיקת בית הדין להגבלים עסקיים בפסקי הדין בעניין דטה-קאר ובעניין איסכור. בפסקי דין אלה נקבע, אגב אורחא, שכל מיזם משותף בין מתחרים (או מתחרים בכוח), גם בלא שיכלול כבילות ספציפיות המגבילות את התחרות, מהווה הסדר כובל.

73. במקרה שלפנינו אינני צריך להידרש לשאלה זו. זאת, משום שבכתב האישום שלפנינו (סעיף 21), כפי שכבר נזכר, לא יוחסה לנאשמים עבירה בקשר לעצם הקמתה של תמ"ע.

הסעיף היחיד בכתב האישום אשר מפרט את הפגם שרואה המאשימה בהקמתה של תמ"ע, איננו מתייחס לעצם הקמתה, אלא לכבילות הספציפיות שהיו כרוכות בהקמתה או בפעילותה של תמ"ע. כך נקבע בסעיף 13 לכתב האישום:

"עוד הסכימו הנאשמות 1 ו-3, לייסד חברה משותפת, בחלקים שווים, שתשמש כלי לביצוע הסכמותיהן, כמפורט בפרק זה. הן הסכימו למנות עצמן כמשווקות הבלעדיות של בשר שתיבאנה באמצעות החברה המשותפת, והסכימו כי הן תרכושנה בשר כשר קפוא רק ממנה, בתנאים מסחריים זהים לכל אחת מהן".

מכאן, שכתב האישום איננו מייחס לנאשמים עבירה של עשיית הסדר כובל בקשר לעצם הקמתה של תמ"ע, וגם לא נטען בו שיש במעשה זה - הקמת המיזם המשותף - משום עשיית הסדר כובל. הפגם היחיד שנפל בהקמתה של תמ"ע, כעולה מכתב האישום, נכרך בביצוען של הכבילות נושא כתב האישום הנוגעות לתיאום המחירים וחלוקת השוק. לפיכך, נקודת המוצא בדיון זה תהא, לאור ניסוח כתב האישום, שעצם הקמתו של המיזם המשותף, אינו בגדר הסדר כובל.

הכשרתו של המיזם המשותף (תמ"ע) על רקע שיקולים כלכליים שהצדיקו את הקמתו

74. לטענת הנאשמים, הקמתה של תמ"ע כמיזם משותף אינה נוגדת את דיני ההגבלים העסקיים, גם כאשר זו נכרכה בכבילות נושא כתב האישום. זאת, על רקע הטעמים הכלכליים שעמדו ביסוד הקמתה של תמ"ע.

טעמים או יתרונות כלכליים אלה שבהקמת מיזם משותף, טוענים הנאשמים, הוכרו בפסיקה ובספרות המשפטית כשיקולים המצדיקים הקמתו של מיזם משותף. ב"כ הנאשמים סומכים טענה זו גם על מאמרה של השופטת מ. מזרחי, "מיזם משותף כהסדר כובל", **משפטים** כ"ג (תשנ"ד) 213, 216, שם נאמר בנושא זה:

"התבוננות במציאות מגלה, כי לשיתוף פעולה בין עסקים יש לא אחת מטרות אחרות זולת הגבלת התחרות. כך, השאיפה למימוש יתרונות גודל (economies of scale) היא מניע שכיח לשיתוף פעולה בין עסקים. ככלל, יעילותה של פעילות כלכלית גדלה ככל שהיקפה של הפעילות מתרחב. יתר על כן: יש משימות כלכליות שביצען אינו לפי כוחותיו של העסק היחיד, ושיתוף פעולה בין עסקים מתבקש כל אימת שמשימה כזו אינה ניתנת לחלוקה".

75. הרקע להקמתה של תמ"ע, מציינים ב"כ הנאשמים, הייתה החלטת הממשלה על הפרטת יבוא הבשר הקפוא. בעקבות כך החליטה תנובה להיכנס, מייד עם ביצוע ההפרטה, לתחום יבוא הבשר. אולם, הכניסה לתחום זה, הוחלט על-ידי תנובה, תתבצע רק באמצעות שיתוף של גורם פרטי. החלטה זו - שלא להיכנס לתחום זה אלא במסגרת שותפות עם גורם פרטי - הוסברה על-ידי לנדסמן במבנה הארגוני של תנובה שהייתה גוף גדול ומסורבל אשר סבל מקשיי ניהול והתקשה עקב כך להתחרות בהצלחה בגורמים פרטיים בשוק, והיא תאמה את דפוס הפעילות הכללי שנהג אצל תנובה בתקופת כהונתו של לנדסמן. להחלטה זו הייתה הצדקה מיוחדת, נטען, בתחום היבוא של בשר קפוא, אשר דרש מומחיות מיוחדת בשל שלל גורמים ושיקולים המאפיינים ענף זה, בכללם: איכויות הבשר, בטי המטבחיים בארצות השונות, המחירים המקובלים בעולם, ההיצע והביקוש והשינויים הצפויים בהם, השחיטה הכשרה וקשרים מקצועיים עם הרבנות ועם גורמים מקצועיים אחרים, כגון מחסני קירור ימיים. בכל התחומים הללו לא היה לתנובה ידע וניסיון מספיק ועל כן היא נדרשה לשיתוף פעולה עם גורם עסקי פרטי שהיה בעל המומחיות הנדרשת בתחום זה.

מאידך הייתה בידי תנובה היכולת הפיננסית הדרושה לשם מימון השקעת ההון הגדולה אשר נדרשה לשם ביצוע היבוא, מימון המלאי, ומימון האשראי ללקוחות.

לחברת מאיר עזרא ולדוד עזרא היו, כעולה מהראיות, הידע והניסיון המקצועי אשר חסר לתנובה. על רקע זה, ולאור ניסיון עסקי מוצלח קודם בין השתיים, הקימו תנובה ומאיר עזרא את תמ"ע.

76. מבחינה עובדתית, אני מוכן להניח, לאור הראיות שהוצגו במהלך הדיון, שהייתה במקרה זה הצדקה עסקית וכלכלית לחבירה בין הנאשמות בהקמת המיזם המשותף לשם ייבוא הבשר הקפוא. מקובלת עלי גם הטענה, כי לא הוכח שהקמתה של תמ"ע נועדה להסוות את שיתוף הפעולה והתיאומים שנעשו בין הנאשמות, וכי הקמתה של חברה זו נועדה לשמש לנאשמים ככסות פיקטיבית לשיתוף הפעולה העסקי שנקם ביניהם לשם יבוא הבשר ושיווקו וביצוע התיאומים המיוחדים להם בכתב האישום.

77. מאידך, אינני מקבל את הטענה, שההצדקה הכלכלית שביסוד הקמתה של תמ"ע, היה בה כדי להכשיר מיזם משותף זה, ולשלול את אי החוקיות שדבקה בו, בשל כבילותיו, כהסדר כובל.

78. טעמים ויתרונות כלכליים המצדיקים הקמתו של מיזם משותף צריך שיבואו בגדר שיקוליו של בית הדין להגבלים עסקיים המתבקש לאשר הסדר כובל כזה, ואולי גם בגדר שיקוליו של הממונה על ההגבלים העסקיים בעת שהוא שוקל מתן פטור מהצורך לקבל את אישור בית הדין להסדר כובל כזה. אולם, בשיקולים אלה, אין כשלעצמם, כדי להכשיר עשייתו של הסדר הכובל ללא קבלת אישור או פטור כנדרש על-פי החוק.

מעבר לכך, טעמים כלכליים אלה שעמדו ביסוד ההקמה של המיזם המשותף, יפים לגבי נושא ייבוא הבשר. שהרי כל השיקולים שהעלו ב"כ הנאשמים לגבי הצורך לחברה יחדיו תוך ניצול הידע והניסיון המקצועי של חברת מאיר עזרא מחד והיכולת הפיננסית של תנובה מאידך, מתייחסים לייבוא הבשר, ואין להם נגיעה ישירה לשיווקו, שבכך עסקו שתי הנאשמות עוד קודם להקמתה של תמ"ע. אמנם, כפי שהעיד מר אשרי מהתמ"ס, "ברור שאם חברה מייבאת בשר היא חייבת לעשות פעולת שיווק". אולם, פעולת השיווק לא חייבת הייתה להיעשות דווקא באמצעות הנאשמות. בנוסף, ועיקר, פעולת השיווק לא חייבה את התיאומים המיוחדים לנאשמות בנושא המחירים וחלוקת השוק. תיאומים אלה אינן בגדר כבילות נלוות (Ancillary Restraint), שכן הן אינן חיוניות, או לפחות נדרשות באופן סביר לפעילותו של המיזם המשותף, ועל כן הן אינן יכולות לחסות, מבחינת ההצדקה לאישורן, תחת כנפיו.

79. שיקול נוסף שיש בו, לטענת הנאשמים, להכשיר את המיזם המשותף נשוא הדיון, הוא שמדובר בכניסה לתחום עיסוק חדש, כאשר ללא הקמת המיזם המשותף, הצדדים או מי מהם כלל לא היו נכנסים לפעילות עצמאית בשוק שבו פועל המיזם המשותף. בנסיבות כאלה, נטען, אין בהקמת המיזם המשותף כדי לפגוע בתחרות, שכן גם אילמלא המיזם המשותף לא הייתה מתקיימת תחרות בין מקימיו, ואין לראות בו, בנסיבות אלה, כהסדר כובל.

ב"כ הנאשמים סומכים טענה זו על האמור במאמרה של השופטת מזרחי הנזכר לעיל, אשר התייחס לפסק הדין המנחה של בית המשפט העליון של ארה"ב בסוגיה זו (U.S. v. Penn- Olin Chemical Co. 378 U.S. 158 (1964)) :

"בית המשפט העליון של ארה"ב קבע, כי כאשר קיימים סיכויים סבירים לכניסה נפרדת של מתחרים לשוק חדש, עלול המיזם המשותף להיות בלתי חוקי, מאחר שהוא פוגע בתחרות בכוח, דהיינו: מונע תחרות שהייתה מתקיימת אילמלא הכניסה המשותפת".

(שם, בעמ' 232).

כזה המצב, טוענים ב"כ הנאשמים, גם במקרה שלפנינו. שכן תחום ייבוא הבשר היה תחום פעילות חדש הן לתנובה והן למאיר עזרא, אשר לא התחרו זו בזו בתחום זה קודם לכן, ורק חברתן יחדיו במסגרת המיזם המשותף היא שאפשרה את כניסתה של תמ"ע לתחום זה.

על רקע זה, נטען, המיזם המשותף בדמותה של תמ"ע לא רק שלא פגע בתחרות אלא אף קידם אותה, שכן בהעדרו של מיזם זה, איש מיחידי המיזם לא היה מתחרה באותו שוק וממילא לא היה בהקמתה של תמ"ע כדי לפגוע בתחרות בשוק זה.

80. גם טענה זו איננה מקבלת. ראשית, הדרישה שהורי המיזם המשותף יהיו מתחרים בפועל או בכוח, הנה פועל יוצא של הדרישה להוכחת הפגיעה בתחרות. זאת משום שאם הורי המיזם אינם מתחרים זה בזה, לא בפועל וגם לא בכוח, אין במיזם המשותף כדי לפגוע בתחרות. מכאן שרציונאל זה יפה לגבי סעיף 2(א) הדורש, לשם הקמתו של הסדר כובל, חשש לפגיעה תחרות. אולם, דרישה זו אינה חלה לגבי סעיף 2(ב) אשר מניח שהסדרים הכוללים את הכבילות המנויות בו, חזקה חלוטה שהם פוגעים בתחרות. גם בכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"א-2001, נקבע כי פטורי הסוג לא יחולו, אם לא נקבע באופן מופרש אחרת, על הסדרים כובלים מסוג ההסדרים הנכללים בסעיף 2(ב) לחוק.

שנית, הטענה בדבר אי כניסה לשוק ללא שיתופו של גורם עסקי נוסף נטענה רק לגבי תנובה והיא לא נטענה לגבי חברת מאיר עזרא. אולם, הדרישה בדבר קיומה של תחרות בפועל או בכוח אינה חלה, בהכרח, על שני הצדדים להסדר הכובל, ודי לצורך כך שאחד הצדדים אשר הגביל עצמו יהא מתחרה בפועל או בכוח בתחומי הפעילות של המיזם המשותף. כך עולה מסעיף 2(א) לחוק הדורש, כיסוד בהגדרת ההסדר הכובל, שלפחות אחד הצדדים להסדר הכובל יגביל עצמו תחרות, כאשר ההגבלה בתחרות אינה מתייחסת דווקא לתחרות בינו לבין הצדדים האחרים להסדר הכובל אלא גם לתחרות בינו לבין אדם שאינו צד להסדר.

שלישית, ועיקר, ההסדר הכובל נשוא הדיון מתייחס לפעילותן של הנאשמות בתחום שיווק הבשר ולא בתחום היבוא. בעוד שהטענה כי תנובה לא הייתה נכנסת לבדה לתחום העיסוק של המיזם המשותף מתייחסת לתחום היבוא בלבד. בשוק שיווק הבשר הקפוא הייתה תנובה פעילה עוד לפני הקמת המיזם המשותף.

ישות כלכלית אחת והעדר תחולה לתנאי הדורש עשיית הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים

81. טענת הגנה מרכזית של הנאשמים היא הטענה, שההסכמות או התיאומים אשר יוחסו להם בכתב האישום אינם בגדר הסדר כובל, שכן לא מתקיים במקרה זה התנאי הנדרש להקמתו של הסדר כובל על-פי החוק, לפיו צריך שההסדר ייעשה "בין בני אדם המנהלים עסקים".

גם טענה זו מבססים הנאשמים על כך שתמ"ע הוקמה כגוף עצמאי וממשי שפעל כמרכז רווח עצמאי ולא ככלי לביצוע ההסכמות בין תנובה לבין מאיר עזרא. טענה זו, מהפן העובדתי, כפי שהוסבר לעיל, מקובלת עלי.

82. על רקע זה, טוענים ב"כ הנאשמים, כל הפעילות השיווקית עליה נסב כתב האישום, היא פעילות שבוצעה על-ידי המיזם המשותף - תמ"ע - ולא על-ידי הנאשמות. כאישיות או כישות משפטית וכלכלית עצמאית ונפרדת, טוענים הנאשמים, תמ"ע הייתה רשאית לקבוע את מדיניות השיווק שלה כפי שנקבע בפרוטוקול מדיניות השיווק (ת3/3) וכל ההחלטות

שהתקבלו בעניין זה מהוות החלטות פנימיות של תמ"ע ולא הסדר בין תנובה לבין מאיר עזרא.

זו גם הייתה הסיבה, נטען, להפרדתו של הפרוטוקול מהסכם ההקמה. שכן מדיניות השיווק ושינויה מעת לעת אינם עניין להסכם בין בעלי מניות, אלא עניין מובהק, להחלטת הדירקטוריון של תמ"ע, וככזו יש לראות בה מסמך פנימי של תמ"ע ולא הסכם בין בעלי המניות שלה.

גם העובדה שמדיניות השיווק של תמ"ע כפי שבאה לידי ביטוי בפרוטוקול ת3/ נעשתה עוד בטרם הקמתה של תמ"ע, אין בה, לפי הטענה, כדי לשנות מהעובדה שבמהותה זו החלטה פנימית של החברה ולא הסכם בין בעלי מניותיה. אמנם בעת שהתקבלה ההחלטה על מדיניות השיווק, היו אלו הנאשמות אשר קיבלו את ההחלטה, אולם בעניין זה הן פעלו, לפי הטענה, כיזמות של תמ"ע, שמאוחר יותר הפכו לבעלי המניות בה. מעת הקמתה של תמ"ע ולאחר שזו אשררה את פעולתן, יש לייחס את כל הפעילות שבוצעה במסגרת תמ"ע, לרבות הפעילות שבוצעה על-ידי היזמות לקראת הקמתה, כפעילות של תמ"ע עצמה ולא כהתקשרות בין הנאשמות.

לפיכך, נטען, יש להתייחס לתמ"ע כאל ישות משפטית עצמאית ונפרדת מהנאשמות, ויש לבחון את מהות הפעולות שבוצעו על-ידי תמ"ע באמצעות הנאשמים, בכלל זה מדיניות השיווק שלה, ביחס לפעילותה של תמ"ע ולא בהקשר היחסי שבין הנאשמות.

לטענת ב"כ הנאשמים, בהיותה של תמ"ע ישות נפרדת, הן מהבחינה הפורמלית - משפטית והן מבחינת המהות הכלכלית, וכאשר מדובר בפעילות המתבצעת על-ידי אותה ישות עצמאית, אין לעובדה שאותה ישות מורכבת מגורמים שונים, כדי להוות הסדר כובל בין בני אדם שונים המנהלים עסקים. בנסיבות אלה, נטען, לא ניתן להתעלם מקיומה של תמ"ע כאישיות משפטית עצמאית ולא ניתן לייחס את פעולותיה לנאשמות, אלא אם יוכח, כפי שאכן נטען על-ידי המאשימה, כי תמ"ע שימשה ככלי לתיאום ההסכמות שבין תנובה למאיר עזרא, ולא הייתה אלא "פיקציה" אשר נועדה לכסות על שיתוף הפעולה שבין הנאשמות. כדי להוכיח זאת, טוענים ב"כ הנאשמים, על המאשימה להראות כי התקיימו במקרה זה התנאים להרמת מסך ההתאגדות מעל תמ"ע, וכי אין מקום להתחשב לצורך כך באישיות המשפטית העצמאית של חברה זו. בנטל זה, טוענים הנאשמים, המאשימה לא עמדה.

בכל מקרה, נטען, לא הוכח היסוד הנפשי הנדרש לקביעה כי תמ"ע שימשה במקרה זה ככלי בלבד לביצוע ההסכמות שבין תנובה לבין מאיר עזרא וכי לא הייתה חברה בעלת תוכן כלכלי ממשי ועצמאי.

אשר למעמדן של הנאשמות במסגרת אותה אישיות משפטית וכלכלית עצמאית - תמ"ע, טוענים ב"כ הנאשם 2, שיש להפריד בין מעמדן כבעלות מניות בתמ"ע לבין פעילותן העסקית במסגרתה.

בפעילותן העסקית במסגרת המיזם המשותף שימשו הנאשמות, לטענת הנאשם 2, כמווקות - סוכנות של תמ"ע. במערכת יחסים מעין זו, שבין סוכן לספק, נטען, הסיכון הכלכלי שבפעילות השיווק מוטל כולו על הספק ולא על הסוכן, הסוכן משמש כידו הארוכה של הספק ואין לו מעמד עצמאי בקביעת מדיניות השיווק. יחסי סוכנות כאלה, טוען ב"כ הנאשם 2, מהווה דוגמא אופיינית למערכת יחסים פנימית בתוך ישות המוכרת במשפט המשווה כישות כלכלית אחת.

כזה בדיוק, לפי הטענה, היה מעמדן של הנאשמות ויחסיהן עם תמ"ע. תמ"ע היא שהייתה הקובעת בכל הקשור למדיניות השיווק, היא שקבעה: את המחיר המינימלי לצרכן הסופי, את מדיניות מתן ההנחות, את מתן ההנחות בפועל ואת מדיניות הפרסום. תמ"ע גם השתתפה בקידום המכירות והיא שנשאה בעלויות ההובלה אל המשווק. אומנם, בנוסח הסופי של פרוטוקול מדיניות השיווק כונתה העברת הבשר מתמ"ע למשווקות כ"מכירה". אולם, לטענת ב"כ הנאשם 2, היחסים המשפטיים בין תמ"ע לבין המשווקות היו במהותם יחסי סוכנות. כך גם נרשם בטיטא הראשונה של פרוטוקול מדיניות השיווק (ת23/ ס.1.4), ולפי עדותו של עו"ד ינובסקי לא היה כל שינוי במהות במעבר מאותה טיטא לנוסח הסופי של הפרוטוקול (עמ' 32).

מערכת יחסים זו של שליחות או סוכנות היא שמסבירה, לטענת ב"כ הנאשם 2, מדוע הייתה זו תמ"ע אשר קבעה למשווקות את מדיניות השיווק ואת התנאים הכספיים הקשורים במכירה, בכלל זה את מחירי הרצפה וההנחות. הטעם לכך היה שתמ"ע הייתה זו אשר נשאה בכל הסיכונים הכספיים הכרוכים בייבוא הבשר ושיווקו, ולפיכך היא גם נטלה על עצמה את קביעת המחיר שהייתה, לפי טענת ב"כ הנאשם 2, "גורם מפתח לשליטה בסיכוי ובסיכון". מסיבה זו, מוסיף ב"כ הנאשם 2 וטוען, גם היה לתמ"ע עניין לקבוע את רשימת הלקוחות הנבחרים, שיקבלו את הסחורה ישירות ממנה. שהרי לגבי לקוחות אלה לא היה לתמ"ע כל עניין לשלם עמלה למשווקות. גם הקביעה שמערכת ההפצה של תנובה תיטול על עצמה את עיקר נטל השיווק (כ-80%) ואילו מערכת ההפצה של מאיר עזרא תיטול על עצמה כ-20% בלבד, נובעת, לפי הטענה, מהעניין שהיה לתמ"ע להבטיח את יעילות ההפצה באמצעות מערכת ההפצה המפותחת של תנובה.

בהתקיים מערכת יחסים כזאת שבין שולח לשלוח, טוענים ב"כ הנאשם 2, יש להתייחס לספק (תמ"ע) ולסוכניו כאל ישות כלכלית אחת, ואין לראות ביחסים שביניהם משום הסדר בין אנשים שונים המנהלים עסקים.

במסגרת זו גם אין מניעה, לפי הטענה, שהמיזם המשותף יקבע חלוקה טריטוריאלית של אזורי השיווק שבהן תפעל כל אחת מהמשווקות - הסוכנות, או יורה לסוכניו באלה מחירים עליהם למכור את תוצרתו של המיזם המשותף.

לעניין זה, נטען, אין נפקא מינה אם אותה אישיות משפטית נוצרה עקב חבירה בין אנשים שניהלו קודם לכן עסקים נפרדים. שהרי, לאחר הקמת המיזם המשותף, יש לבחון את פעילותו תוך התייחסות למיזם עצמו ולא למרכיביו.

כך עולה, לטענת ב"כ הנאשם 2, גם מספרו של Areeda : vol. VII, 334 **Antitrust Law**, בו נכתב בנושא זה :

"Once the enterprise is lawfully formed, antitrust law usually ignores its creators. The actions of the resulting entity are treated as those of a single unit, which 'cannot conspire with itself'".

83. ברוח זו העיד גם עו"ד ינובסקי, שהיה בא כוחם ויועצם המשפטי של הנאשמים 1-2 בכל הזמנים הרלבנטיים לכתב האישום. עדותו של עו"ד ינובסקי לא נועדה להסביר את המצב המשפטי בנושא זה, אלא לבסס את הגנת ההסתמכות על עצה משפטית שהעלו הנאשמים 1-2, אשר נסמכה על ייעוץ משפטי שניתן להם על-ידי עו"ד ינובסקי. לטענה זו, שאותה העלו גם הנאשמים 3-4, אתייחס בהמשך. בשלב זה ראוי לציין שהשקפתו המשפטית של עו"ד ינובסקי, שעל יסודה הוא יעץ ללקוחותיו שאין במיזם משותף זה ובפעילותו פגם כלשהו בהיבט של דיני ההגבלים העסקיים, תואמת את טענותיהם של באי כוח הנאשמים 1-2 בסוגייה זו כפי שפורטו לעיל.

84. ב"כ המאשימה טוען, מנגד, שללבוש הצורני החיצוני שניתן על-ידי הצדדים לשיתוף הפעולה ביניהם אין כל נפקות. הבחינה צריך שתעשה, לדעתו, על-פי המהות, וזו מלמדת מכל זווית שלא תשקיף על עובדות המקרה, שמדובר בשיתוף פעולה בין הצדדים אשר מגביל אותם בתחרות. כלשונו בסיכומיו :

"מתחרים נכנסים להסכמי קרטל משום שצפון בהם רווח ניכר הנובע מהשבתת התחרות וגביית מחיר לא תחרותי. שאלת מקורו של הסכם הקרטל, אם בהסכם גרידא או במיזם או חברה משותפת כבמקרה זה - אינה מעלה ואינה מורידה. שאלת מיקומו של הקרטל אינה רלבנטית משעה שהוא קיים הואיל ותמיד בקרטל טמון רווח אין היותו 'מרכז רווח עצמאי' כדי לגרוע מטענת הקרטל אלא, להפך - לחזקו."

היות תמ"ע מרכז רווח עצמאי, היותה מנהלת מערכת חשבונאות עצמאית, ומערכת היחסים השוררת בין האורגנים השונים המרכיבים אותה, בעלי המניות, מועצת המנהלים, מינהלת תמ"ע ונושאי המשרה בה - כולם עניינים עליהם חולשים דיני התאגידים ואינם רלוונטיים לדיון דנן. במוקד דיני ההגבלים העסקיים מצוי שיתוף הפעולה בין חברת תנובה לבין חברת מאיר עזרא בתחום שיווק הבשר הקפוא. העובדה כי מערכת יחסים זו נתגבשה לכדי מיזם משותף שעל האורגנים שבו חלות חובות שונות, שמקורן במערכות דינים שונות, אינה מעלה או מורידה לעצם בחינת מהות שיתוף הפעולה בראי דינים אלה".

85. הדוקטרינה של הישות הכלכלית האחת (Single Economic Unit) מוכרת בספרות ובפסיקה במשפט המשווה. הרציונאל העומד ביסודה של דוקטרינה זו, הוא שאם מדובר בישות כלכלית מהותית אחת, שאין למרכיביה קיום כלכלי - עסקי נפרד, אין להתייחס ליחסים שבין מרכיביה של אותה אישיות כאל בני אדם המנהלים עסקים (בלשון רבים), אלא כאל אדם אחד. אדם אינו יכול לעשות הסדר עם עצמו, וממילא אין חל בנסיבות כאלה, האיסור על עשיית הסדר כובל.

כך קובע המלומד Wish בספרו: *Competition Law*, 3 ed, London 1993 :

"Article 85(1) will not be applied to agreements between undertakings which form a single economic unit."

(p. 212).

כפי שצוין בפסק הדין בעניין **מזרחי** (הע 2/987 **עמית מזרחי נ' הממונה על הגבלים עסקיים** (דינים-מחוזי, לב (4) 556), השקפה זו מיושמת במשפט הקהילייה האירופאית בתנאים ידועים, גם לגבי הסכמי שליחות (סוכנות) בהם מוענקת לשלוח זכות ייצוג בלעדית (ראה לעניין זה: Notice on exclusive agency contracts made with commercial agents, (OJ 1962, 2921).

השקפה זו מקובלת גם במשפט האמריקאי. כך נאמר בנושא זה בספרו של Areeda :

"Concerted action by persons within a single corporation is not a 'contract, combination... or conspiracy' within the meaning of Sherman Act sec 1".

(p. 219).

86. רעיון זה של ישות כלכלית אחת, שאינה מאפשרת להתייחס להתקשרות שבין מרכיביה השונים כאל התקשרות בין אנשים המנהלים עסקים (בלשון רבים) בא לידי ביטוי בפסק דינו של כב' השופט טירקל שהיה בדעת מיעוט בפסק-דין בעניין טבעול. כך קבע כב' השופט טירקל בפסק דינו בנושא זה:

"הסדר בין צדדים - שהם רכיביה של אישיות עסקית אחת, שאחדותה אינה פורמלית גרידא אלא מהותית - אינו אלא הסדר פנימי ש"כבילותיו" מכוונות כלפי הצדדים לו ולא כלפי הציבור. אין לראות בו הסדר כובל".

אולם, בפסק הדין שניתן בדיון הנוסף בפרשה זו נשללה הפרשנות המייחסת לביטוי "בני אדם המנהלים עסקים" שבסעיף 2(א) לחוק משמעות אשר מייחדת ביטוי זה לעסקים בלשון רבים, להבדיל מעסק בלשון יחיד. כך נקבע בעניין זה באותו פסק-דין:

"האם הסכם אי-תחרות בין שותפים באה בגדרו של סעיף 2 לחוק, אם לאו? השופט טירקל מודיענו כי שותפים אינם באים בדברי המושג "בני אדם המנהלים עסקים", ולו מן הטעם ששותפים מנהלים "עסק" ולא "עסקים".

... צר לי, אך לא אוכל לצרף דעתי לדעתו של חברי. כמה וכמה טעמים לדבר. ראשית לכל אומר, שהביטוי "בני אדם המנהלים עסקים" בסעיף 2 לחוק, לא נועד כלל, לדעתי, להסב עצמו על "עסקים" דווקא - לשון רבים - להבדילם מ"עסק" - לשון יחיד; לאמור: **אין** לפרש ביטוי זה כמכוון עצמו לבני אדם המנהלים שני עסקים (למצער) אך לא לבני אדם המנהלים עסק אחד. הביטוי "בני אדם המנהלים עסקים" יש לפרשו כפשוטו: מכוון הוא עצמו **לאנשי - עסקים** להבדילם ממי שאינם אנשי עסקים, קרא: להסדר שהוא בטיבו הסדר עסקי להבדילו מהסדר שאין הוא הסדר עסקי...."

(סעיפים 34-35 לפסק דינו של כב' השופט חשין).

87. גם אם אתייחס להלכה שנקבעה בדיון הנוסף בעניין טבעול, כמתייחסת לנושא שנדון באותו פסק-דין באופן ישיר בלבד - שעניינו ביחסים בין שותפים - ולא למערכות יחסים אחרות בתוך ישות כלכלית אחת, שלא נבחנו באותו פסק-דין, גם אז אני סבור שלא ניתן לראות ביחסים שבין הנאשמות במקרה הנוכחי כיחסים שבין "רכיביה של אישיות עסקית אחת, שאחדותה אינה פורמלית גרידא אלא מהותית", ולא ניתן להוציא את ההסכמות שבין הנאשמות, על רקע זה, מגדרה של הגדרת ההסדר כובל.

הטעם לדבר הוא, שלא ניתן להתעלם במקרה שלפנינו ממעמדן של הנאשמות כהורי המיזם המשותף אשר יזמו את הקמתו בעת שהיו מתחרות פעילות בשוק שיווק הבשר ותוך כדי כך הגיעו להסדרים בנושא מדיניות השיווק אשר צמצמו, בהכרח, את התחרות ביניהן. ההתמקדות בנסיבות אלה ביחסי השליחות שבין תמ"ע לבין הנאשמות, תוך התעלמות מכל

שאר ההיבטים הקשורים למערכת היחסים שבין הנאשמות תוך הפרדה מלאכותית בין פעולותיהן של הנאשמות כשלוחות של תמ"ע לבין פעולותיהן מחוץ למסגרת זו, הן לפני הקמתו של המיזם המשותף והן לאחריה - במהלך חייו של המיזם המשותף, כמתחרות בשוק שיווק הבשר, היא בחינה מלאכותית המתעלמת מההיבטים האנטי תחרותיים המהותיים אשר כרוכים במיזם משותף זה ואין לקבלה.

רציונאל זה עולה גם מפסק הדין בדיון הנוסף בפרשת טבעול, שבו נקבע: "ביחסים שבין טבעול לבין קיבוץ אילון ושף הים, ניתן לראוי להבחין בין שלוש תקופות: התקופה שלפני היות השותפות; תקופת השותפות; והתקופה הבתר-שותפות".

אשר לתקופה שקדמה להקמתו של המיזם המשותף, מציין כב' השופט חשין בפסק דינו:

"הסכם השותפות נכרת בתקופה הראשונה, לפני היות השותפות, ובתקופה זו היו שני הצדדים - לכל הדעות - בחינת "בני אדם המנהלים עסקים" נפרדים".

כך אירע גם במקרה שלפנינו. הפרוטוקול ת3/ שבו נכללו הכבילות נשוא כתב האישום, אמנם נרשם כהחלטת הדירקטוריון של תמ"ע, אולם, ברור מהשתלשלות הדברים כי מדיניות השיווק של תמ"ע כפי שנקבעה במסמך זה הנה תוצר רצונותיהם העצמאיים של הנאשמות, שהתגבשה כבסיס להקמתו והפעלתו של המיזם המשותף עוד לפני הקמתה של תמ"ע. כך עולה מהראיות שבמסגרת ההסכמות אליהן הגיעו הנאשמות עוד בטרם הוקמה תמ"ע, הוסכם כי תמ"ע תשווק את הבשר המיובא באמצעות הנאשמות ותתבסס לצורך כך על מערכי ההפצה של הנאשמות ולא תקים מערך הפצה עצמאי משלה. כן הוסכם במסגרת זו על חלוקת השוק בין הנאשמות, כמו גם על מדיניות המחירים וההנחות של תמ"ע והנאשמות. העיד על כך עו"ד ינובסקי:

"הם אמרו לי שהם הולכים להקים גוף משותף שייקח על עצמו את כל הייבוא, שברור שהדבר הזה דורש השקעות רבות, תוקם חברה והחברה הזאת תהיה מבוססת על עיקרון של חמישים-חמישים, כאשר החברה הזו תשתמש בצינורות השיווק הקיימים כי זה יהיה שיגעון להקים מערכת חדשה, יעכב את העניין... יש לתנובה מערכת שיווק ויש לדודי עזרא מערכת שיווק, להקים מערכת שיווק חדשה זה הון תועפות וזה גם לא היה ברור שזה יהיה מוצלח כל כך וחוף מזה איפה ההיגיון, ושלמעשה זה עסק שהם מתכוונים להיכנס בו בעוצמה רבה ולהיות גורם די דומיננטי בשוק".

(פ. 18.5.1998 עמ' 17).

אכן, טיטות הסכם ההקמה והפרוטוקול מעידים על כך שאלה גובשו על-ידי הצדדים יחדיו כחלק מההסכמות היסודיות שעליהן בוססה הקמתה של תמ"ע. כך עולה מטיטות שני ההסכמים

שנשלחו על-ידי עו"ד ברנדווין אשר ניסח את הטיטוטות הראשונות לעו"ד ינובסקי עוד ביום 11.7.93, (נ/6/2) עוד לפני ייסודה של תמ"ע והחתימה על הסכם ההקמה.

גם לנדסמן העיד שהפרוטוקול "... הוכן מה שנקרא, פרללי להסכם עצמו" (פ. 9.12.98, עמ' 32).
וכן: "... ישבו והכינו את שני המסמכים באותו תקופה כי זה לא מתקבל על הדעת להכין מסמך עקרוני שיווק שהוא המפתח להצלחה המסחרית של המפעל בנפרד" (פ. 9.12.98, עמ' 49).

מכאן שמדובר בהסכמות אשר הושגו בין הצדדים אשר היוו בסיס לשיתוף הפעולה בין הצדדים עוד קודם להקמתה של תמ"ע בתקופה שבה היו הנאשמות "לכל הדעות - בחינת 'בני אדם המנהלים עסקים' נפרדים". הסכמות כאלה לא ניתן לראות כבאות בגדר פעילות הפנימית של תמ"ע גם אם זו אשררה אותן לאחר הקמתה.

אשר לתקופה שלאחר הקמתה של תמ"ע, יש להביא בחשבון את מעמדם העצמאי של הנאשמות בשוק שיווק הבשר שבו הן המשיכו להתחרות זו בזו גם לאחר הקמתה של תמ"ע. בנסיבות אלה לא ניתן לראות בנאשמות כרכיבים פנימיים ולא עצמאיים של תמ"ע. גם לנושא זה התייחס בית המשפט העליון בפסק הדין בדיון הנוסף בפרשת טבעול:

"ועוד: לעניינו של הסדר אי-תחרות, דומה שיש להבחין הבחן היטב בין מקרה בו ממוזגים שני אנשי-עסקים את עיסוקיהם להיותם של העסקים עסק אחד, לבין מקרה בו יוצרים שני אנשי עסקים שותפות אך בחלק מעסקיהם, תוך שכל אחד מן השניים שומר על מסגרת פעילות נפרדת ועצמאית. גם אם אמרנו כי סוג המקרים הראשון לא יציג לפנינו הסדר כובל - בין שהחוק לא יחול מעיקרו על ההסדר ובין שההסדר כובל הוא אשר יזכה באישור או בפטור - אין כן דינו של המקרה השני. מכל מקום, לעניין התנאי של 'בני אדם המנהלים עסקים', תנאי זה מתנהל במלואו במקרה השני, ובבחינת תכליתו של החוק אין טעם טוב לשלול את חלותו על סוג מקרים זה".

(סעיף 37 לפסק הדין).

גם המשפט המשווה מביא בחשבון לעניין זה את מעמדם של הורי המיזם בשוק, הן לפני הקמת המיזם המשותף והן בחיי המיזם. כך מציינים מחברי ה-**Antitrust Law Developments**, בהוצאת ה-**Anarican Bar Association**, כי נושא המעמד העצמאי של הורי המיזם המשותף צריך שייבחן על בסיס פעילותם של אלה קודם להקמתו של המיזם המשותף:

"Challenges to a joint venture's pricing and output decisions, or to collateral restraints in the joint venture agreement, raise the threshold question of whether the joint venture represents the plurality of actors necessary for a finding of liability under Section 1. Since the Supreme Court's

decision in *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.* Litigants have invoked that decision to argue that a joint venture is a single economic entity, the members of which are incapable of conspiring with each other. In determining whether *Copperweld* applies to joint venture among separately-owned entities, courts have focused primarily on whether the venture "bring[s] together the economic power of actors which were previously pursuing divergent interests and goals".

(p. 412).

גם טענת ב"כ הנאשמים הנסמכת על האמור בספרו של Areeda, לפיה כאשר הקמתו של המיזם המשותף היא חוקית, מתעלמים דיני ההגבלים העסקיים, מכאן ואילך, מקיומם העצמאי של מקימיו, אינה תואמת את הסיטואציה הנוכחית. כפי שמציינים המחברים בהמשך, מסקנה זו צריך שתבחן על-פי מכלול של שיקולים, אשר עשויים להביא למסקנה שיש לייחס את פעילותו של המיזם המשותף להוריו באופן שפעילותו של המיזם תחשב כקשר מתמשך (לפגוע בתחרות) ולא כפעילות של ישות אחת. בין השיקולים אשר עשויים להביא למסקנה האחרונה, מונה המחבר את השיקולים הנוגעים למעמדם של הורי המיזם המשותף טרם הקמתו של המיזם, במיוחד האם הם היו מתחרים פעילים בשוק שבו פועל המיזם המשותף, ומעמדם לאחר הקמתו של המיזם המשותף, דהיינו האם הם בעלי מניות גרידא או ממשיכים להתחרות בשוק הרבולנטי:

"... when the activities of an enterprise, association, or joint venture are attributed to their creators or members and thus seen as a conspiracy among them rather than as a unilateral act of the organization as a single entity. The answers will vary with the nature of the organization ..., the pre-formation activities of the creators (whether individual investors or competitors in the market affected by the organization's activities), their post-formation status (whether mere 'shareholders' or continuing competitors in a market affected by the organization) ...".

(p. 335).

המסקנה העולה מכל אלה, הנה, שלא ניתן במקרה זה לראות בפרוטוקול ובהסכמות נשוא הדיון כהסדר פנימי של תמ"ע אשר נערך בין "רכיביה של אישיות עסקית אחת". לפיכך, ההסכמות אשר הושגו בין הנאשמות כפי שבאו לידי ביטוי בפרוטוקול השיווק, הן בגדר הסדרים בין בני אדם המנהלים עסקים, ולא ניתן להוציאן מגדר ההגדרה של הסדר כובל.

הגנת הטענות במצב משפטי על יסוד הסתמכות על עצה משפטית

88. טענתם האחרונה של הנאשמים, אשר תכריע את הכף בפרשה זו, היא טענת הטעות במצב משפטי על יסוד הסתמכות על ייעוץ משפטי. לטענתם, יש לפטור אותם מאחריות פלילית בקשר לעבירות נשוא האישום בשל כך שסמכו את מעשיהם בפרשה זו על ייעוץ משפטי שניתן להם על-ידי עורכי דינם אשר העלה כי העסקה נשוא הדיון כשרה מבחינת דיני ההגבלים העסקיים.

לאור כך, טוענים הנאשמים, קמה להם הגנה מכוח סעיפים 34 יח' ו - 34 יט' לחוק העונשין, התשל"ז-1977, וכן מכוח סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים.

המאשימה טוענת, כי אין לקבל טענת הגנה זו של הנאשמים, והיא מבססת טענה זו בעיקר על שיקולים משפטיים.

הגנת ההסתמכות על ייעוץ משפטי - הפן העובדתי

89. קודם שאדון בפן המשפטי של הטענה, יש להתייחס להיבט העובדתי שלה. מבחינה זו, אין חולק על כך שהנאשמים אכן קיבלו ייעוץ משפטי מעורכי דינם לגבי העסקה נשוא הדיון וכי על-פי ייעוץ משפטי זה לא הייתה מניעה לבצע את העסקה. בסיכומיה הראשונים המאשימה אף לא חלקה על כך שהנאשמים סמכו על ייעוץ משפטי זה בתום לב. כך ציין בנושא זה ב"כ המאשימה בסיכומיו:

"הנה כי כן, אף שברי כי ה"ה לנדסמן ועזרא הסתמכו על דעתם של עורכי דינם, וסביר אף כי עשו כן בתום לב, ולו בהנחה שתנאי זה אכן התקיים במקרה שבפנינו, אין די בהסתמכות בתום לב כשלעצמה. תום הלב צריך שיהיה מלווה בחוות-דעת של ממש. כזו אין במקרה שבפנינו".

(עמ' 83 לסיכומים).

90. הראיות שהוצגו אכן מלמדות שהנאשמים קיבלו ייעוץ משפטי מעורכי דינם. על-פי ייעוץ זה, לא דבק בעסקה כל פגם בהיבט של דיני ההגבלים העסקיים. כך העיד בנושא זה לנדסמן:

"...אני הנחתי כבר בשלבים הראשונים את מר גלבוע לא לשכוח והיו לי טעמים לכך, לא לשכוח את הנושא של ההגבלים העסקיים".

...
 "ת. ...הייעוץ המשפטי היו צריכים להכין את החומר כפי שאמרתי, וישבתי פעם עם אורי ושהתגלגל, בנושא הזה ואמרתי לו אורי (עו"ד ינובסקי), בהמלצה שלך אני מבין שהנושא של ההגבלים העסקיים היא חד משמעית, אין לנו בעיה, זה זן חדש, פעילות שלא הייתה קיימת בתנובה אף פעם לפני זה, ייבוא עם כל מה שקשור בזה... והוא אמר לי, אתה יודע מה תן לי לעשות שעורי בית אני אבדוק עוד פעם ואחזור אליך..."

ש. ואז הוא חזר אליך אחרי שהוא בדק את זה?

ת. כן, ודאי ודאי, זה היה בזמן שלא רחוק מהחתימה, חזר ואמר לי יש, אין לך בעיה עם הנושא של ההגבלים העסקיים, אתה יכול להיכנס לנושא ולא לבקש את האישור מהממונה על ההגבלים העסקיים.

...
 ת. אמר לי, יש איזה מיזם משותף, חדש, שבקטע הזה אין צורך במה שנקרא אישור של הממונה על ההגבלים העסקיים והוא עונה על כל הקריטריונים, הסתפקתי בזה".

(פ. 9.12.98 עמ' 27-28).

ברוח זו העיד גם מרגלית :

"ש. יפה, עכשיו אני שואל אותך שוב מחזיר אותך לעניין הידיעה שלך והזיכרון שלך. אני אומר לך שאתה יודע שעורכי הדין במקרה הקונקרטי הזה של תנובה, בכל מה שקשור להכנת ההסכם, והפרוטוקול, הם ערכו את זה ואישרו את תוכנו עם הדגש גם בכל הקשור לדיני ההגבלים העסקיים,

ת. נכון,

ש. עכשיו, האם ידוע -

כ.ה. מה אתה מתכוון שאתה אומר שזה נכון, הם עשו את זה בהדגש, היו התייעצויות קונקרטיות, בנושא הזה?

ת. הייתה התייחסות ספציפית לשאלה האם הקמת החברה עומדת בסתירה בעייתית, אם יש בעיה עם חוק ההגבלים העסקיים, הנושא הזה עלה, ונאמר לנו על-ידי עורכי הדין כל הזמן, כבוד העורך דין המלומד מזכיר רק את עורך דין ינובסקי, אבל היה גם עורך דין מהצד השני, והם היו שותפים לדיון הזה ונאמר שאין לנו בעיה עם הנושא הזה".

(פ. 4.5.98 עמ' 88-89).

גם מעדותו של גלבוע עולה, כי :

"בשלב, בשלבים מסוימים אני ודאי הראיתי את זה לעוד, לפחות גורם אחד או שניים בתנובה להתייעצות. לי אין ספק שאני פניתי והתייעצתי על זה עם עורך הדין של תנובה, עם מר ינובסקי.

...
 על הפרוטוקול. יש לו אצבעות גם. מה שנקרא, יעוץ משפטי בנושא הזה. אינני זוכר מתי, אבל לי אין ספק שבמהלך העסקים בצורת העבודה הרגילה שעבדתי בה, בנקודה זו, הייתי מתייעץ עם עורך הדין שלנו, ומקבל על זה את האו.קיי. לא הייתי מתקדם, לא מתקדם במהלך כזה חשוב בלי לקבל חוות דעת".

(פ. 20.5.97, עמוד 28).

"ש. קיבלתם איזה חוות דעת משפטית כתובה על זה? אתה זוכר?
 ת. לא. אני לא קיבלתי חוות דעת כתובה. אין מסמך כזה. לא זוכר שקיבלתי, אבל בהחלט קיבלתי, לפי מיטב זכרוני, את האוקיי.
 ש. ממני? מעורך דין... איזה עורך דין?
 ת. העורך דין שאני עבדתי איתו על הנושא הזה היה עורך דין ינובסקי".

(פ. 20.5.97, עמ' 45).

עו"ד ינובסקי אשר שימש כיועץ המשפטי של תנובה במועדים הרלוונטיים תמך בעדותו של לנדסמן ללא סייג, והסביר בצורה חד משמעית כי ייעץ לתנובה וללנדסמן שאין במיזם

המשותף כל בעיה מבחינת דיני ההגבלים העסקיים. יש לציין שמעורבותו של עו"ד ינובסקי בנושא זה לא הצטמצמה לבדיקת חוקיותו של המיזם המשותף מההיבט של דיני ההגבלים העסקיים. עו"ד ינובסקי עסק בגיבוש המשפטי של העסקה כולה, בכלל זה ניסוח המסמכים הנוגעים בדבר - הסכם ההקמה ופרוטוקול מדיניות השיווק. כך העיד בעניין זה עו"ד ינובסקי:

"ת. אני טיפלתי מטעם תנובה בקשירת העסקה. הייתי שותף לניסוח המסמכים, מסמכי היסוד.

...
ת. תראה זו עסקה שאני טיפלתי בה מהמשא ומתן ועד החתימה..."

(פ. 18.5.98, עמ' 3).

"... קיבלתי אור ירוק מיצחק של מה שהולכים לעשות וסוכם שאת הדרפט הראשון יכין דרור וככה אני נתתי את ההערות ובדקתי את מה שצריך לבדוק... התבקשתי לנסח את הניסוח... והיינו מאד ערים לעניין של הממונה, אז הוא אמר תבדוק את המצב גם מבחינת הממונה על הגבלים עסקיים..."

(עמ' 16-18).

לאחר בדיקת הנושא, הסביר עו"ד ינובסקי:

"באתי ליצחק, אמרתי לו בדקתי את הנושא, הכל כשר ואפשר ללכת קדימה".

(עמ' 26).

במהלך עדותו פרס עו"ד ינובסקי גם את השקפתו המשפטית בנושא זה, שעל יסודה הוא נתן ללקוחותיו את הייעוץ שנתן:

"הגישה שלי, צריך להבין, הגישה שלי הייתה, שהוקם עסק חדש, זה עסק חדש ועסק חדש צריך להתנהל. עסק חדש מנוהל על-ידי מועצת מנהלים, ומועצת המנהלים או דירקטוריון הוא הקובע את הדברים ולכן ישנו פרוטוקול והפרוטוקול קובע את הדברים שקשורים לניהול החברה.

לכן כדי שיהיה הגבל עסקי, צריך להיות הגבל עסקי בין שני אנשים לפחות. לא יכול להיות שאחרי שגוף אחד עושה הגבל עם עצמו אין דבר כזה. ברגע שגם גוף אחד הוא לא יכול... זה לא יכול להיות וגם לא אומרים את זה כקונספיר, כי ברור שאם בעלי המניות הם שמה וישנם דירקטורים הדירקטורים חייבים לפעול לטובת החברה קודם כל, זה חובת הנאמנות ולכן הוקמה חברה".

(פ. 18.5.98, עמ' 12).

"... אני כמוכן בדקתי בתקופה הזו שני דברים מבחינת ההגבלים העסקיים. דבר ראשון בדקתי האם יש פה מיזוג והגעתי למסקנה שאין פה מיזוג, מקימים פה עסק חדש ואין פה שום מיזוג של נכסים בין אחד עם השני, ולכן זה לא נופל במסגרת של מיזוג חברות, ולגבי הגבל עסקי לא היה לי שום ספק שאין פה הגבל עסקי כי למעשה מקימים פה... חדשה, יחידה כלכלית חדשה, שבה הצדדים מתכוונים לנהל עסק משותף ולא לעשות שום הגבל עסקי ביניהם, כיוון שהרעיון היה

שפועלים יחדיו בחברה חדשה שתיקח על עצמה התחייבויות עצומות וכמובן שצריך להרים את העגלה במשותף, וזה לא היה שום הבדל". (עמ' 18).

"... כדי שיהיה הגבל עסקי, צריך להיות הגבל עסקי בין שני אנשים לפחות. לא יכול להיות שאחרי גוף אחד עושה הגבל עם עצמו אין דבר כזה". (עמ' 21).

"יש לשים לב שצריך להסתכל על כל שיתוף הפעולה כפעולה של גוף אחד. גם לפי חוק ההגבלים העסקיים, אותו דבר הרעיון של חברה וחברת בת שלא יכול להיות ביניהם הבדל עסקי, בנוי על אותה הקונספציה שזה יחידה עסקית אחת...". (עמ' 22).

"ברור כששני אנשים מקימים עסק אז אם כל אחד היה עושה את זה לבד הייתה ביניהם תחרות אבל ברגע ששניהם מקימים יחד התחרות ביניהם לא קיימת אבל זה עדיין לא אומר שזה הגבל עסקי ... לא היה לי ועד היום אין לי שום צל של ספק ... שום צל של ספק שהוא שזה תקין". (עמ' 24).

"הפרוטוקול הוא פרוטוקול של דירקטוריון של חברה. הוא לא מסמך שהוא מהווה הסכם בין הצדדים. צריך להבין את זה".

(עמ' 29).

עו"ד ינובסקי התייחס בעדותו גם לכבילות הספציפיות שבפרוטוקול, תוך מתן הסבר אחת לאחת, מדוע אין מדובר, להשקפתו, בכבילות אסורות. (חלוקת השוק על-ידי ייחוד הלקוחות הנבחרים לתמ"ע (עמ' 30) וחלוקת המכירות ללקוחות האחרים ביחס 80/20 אחוזים (עמ' 22, 35); מינוי הנאשמות כמשווקות של תמ"ע (עמ' 23, 32-33), קביעת מחירי הרצפה, מסגרות האשראי וההנחות (עמ' 30-32); ומעמדן של הנאשמות כמשווקות של תמ"ע, שתפקידן "היה למעשה תפקיד של סוכן שמוכר...", והן "היו למעשה זרוע של החברה (תמ"ע) ...". (עמ' 23)).

על-פי עדותו של עו"ד ינובסקי, הוא שיתף בחוות דעתו זו גם את עו"ד דרור ברנדווין:

"אחרי שהגעתי למסקנה שהגעתי, צלצלתי לדרור ברנדווין ידידי ושאלתי אותו מה דעתו על העניין, הוא היה בדיוק בדעתי".

(עמ' 26).

מטעם הנאשמים 3-4 העידו בנושא זה עו"ד ברנדווין ודוד עזרא.

על-פי עדותו של דוד עזרא:

"מי שטיפל בעסקה הזאת זה עורך דין דרור ברנדווין, זה עורך דין שבאופן אישי לא משנה באיזה משרד הוא התחיל את הקריירה שלו, מלווה את החברה הזאת מיום ההנפקה, מיום שהחברה נופקה בבורסה לניירות ערך, משנת 1982 הוא מלווה את החברה הזאת, ואם הוא עבר בזמנו ממשרד עורך דין למשרד עורכי דין, העברנו את התיק שלנו, תיק של החברה אליו ממשרד עורך דין לעורכי דין, הוא מכיר את החברה, יש לנו שפה משותפת, הרבה שנים אנחנו עובדים ביחד, יש לנו אמון מלא בו".

(פ. 26.1.99, בעמ' 56).

עדותו של דוד עזרא נתמכה בעדותו של עורך ברנדווין :

"כל העסקה הייתה פרוסה בפניו. הסברתי לו מה העקרונות שאני רואה בסיפור הזה במיוחד נושא המחיר, וצורת העבודה וההתחשבות מול הגורמים השיווקיים, והסברנו לו את הנושא, זאת אומרת הארנו את תשומת ליבו למרות שלא היה צריך להאיר, את הנושאים של הגבלים עסקיים, כל הנושאים עלו בשיחות בינינו".

(פ. 26.1.99, עמ' 57).

ועוד העיד עו"ד ברנדווין :

"ש. האם אתה בדקת את נושא ההשלכות של חוק ההגבלים העסקיים על ההתקשרות בין תנובה ומאיר עזרא ולגבי הפרוטוקול.

ת. כן, בדקתי.

ש. אתה יכול להרחיב מעט בזה?

ת. כן, בהקשר של הסכם המייסדים בדקתי בעיקר את השאלה האם מיזם משותף בדרך של יסוד חברה משותפת על-ידי שני צדדים, הוא לכשעצמו מהווה הסדר כובל או פעולה שחייבת, פעולה המהווה מיזוג ומחייבת - ... קבלת אישור.

המסקנה הייתה שלא, אני רוצה להזכיר, המדובר בשנת 93', באותו שלב למיטב הכרתי לא היו בנידון, לפחות לא בישראל החלטות, מאמר בנושא הזה שהיום השופט מרים מזרחי פורסם בשלב הרבה יותר מאוחר, למעשה למיטב הבנתי הספרות בישראל וגם הפסיקה שתקה בנושא הזה. ומסקנתנו הייתה שאין מדובר במיזוג או בהגבל עסקי שמצריכים פניה לרשות להגבלים עסקיים או לבית הדין להגבלים עסקיים לפי העניין.

ש. ומה ביחס למערכת היחסים בין תמ"ע לבין תנובה ומאיר עזרא כשלוחותיה לשיווק?

ת. גם בעניין הזה הוא ממוקד יותר בפרוטוקול, גם בעניין הזה מסקנתנו, מסקנתי הייתה שאין מדובר בהגבל עסקי.

ש.... השאלה הייתה אם לגבי הפרוטוקול מבחינת מערכת היחסים בין תמ"ע ובין המשווקים ושלוחיה לשיווק, האם גם בחנת את האספקטים של הנושאים האלה מבחינת חוק ההגבלים העסקיים?

ת. התשובה היא כן והמסקנה החד משמעית הייתה שלא מדובר בהגבל עסקי.

(עמ' 65).

91. בטיעוניו של ב"כ המאשימה בנושא זה ניתן להבחין בשני שלבים. בשלב הראשון, בטרם ניתן פסק הדין בעניין פרומדיקו בבית המשפט העליון, מיקד ב"כ המאשימה את טענותיו בטענה, שאף כי הנאשמים הסתמכו על הייעוץ המשפטי שניתן להם בתום לב, אין בכוחו של אותו ייעוץ להקים לנאשמים הגנה בשל שיקולים שונים הנוגעים לטיב הייעוץ המשפטי והדרך שבה הוא ניתן לנאשמים. לטיעונים אלה אתייחס בהמשך.

92. לאחר שניתן בבית המשפט העליון פסק הדין בעניין פרומדיקו הגישו הצדדים סיכומים משלימים. עוד קודם לכן הגישה המאשימה בקשה להציג כראיה נוספת מטעמה פסק-דין שניתן על-ידי בית המשפט המחוזי בתל-אביב ביום 1.9.93, בת"פ 181/99 **תנובה בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל**. בקשה זו של המאשימה התקבלה, חרף התנגדותם של הנאשמים, ובעקבות כך התקיים סבב נוסף של שמיעת ראיות שבו העידו לנדסמן ועו"ד ינובסקי, והצדדים השלימו סיכומיהם בנושא זה.

93. באותו פסק-דין דן בית המשפט בערעור שהגישו תנובה ושלושה ממנהליה (ביניהם לנדסמן) על הרשעתם בעבירה של היותם צד להסדר כובל. אותו הסדר כובל היה נעוץ בהסכם שותפות שנערך בין תנובה לבין שלושה גופים כלכליים נוספים, לפיו הפעילה השותפות בקניון "לב הנגב" "סופר-שוק" למכירת טובין מסוגים שונים בשטח שאותו שכרה אחת השותפות מבעליו. בהסכם השותפות נקבע, כי לכל צד בהסכם תהיה הזכות הבלעדית לשווק לשותפות את המוצרים אשר בשטח התמחותו. בעקבות ההסכם הוענקה לתנובה זכות בלעדית לספק ל"סופר-שוק" מוצרי בשר מעובדים ומוצרים נוספים. לאור הסכם זה, נמנע המיזם המשותף שהוקם על-פי אותו הסכם, הוא הסופר-שוק, לרכוש מוצרים אלה מחברות אחרות העוסקות בייצור מזון ושיווקו.

אחת מטענות ההגנה של תנובה, כפי שצוטטה בפסק הדין של בית המשפט המחוזי (להלן - "פסק הדין בעניין לב הנגב"), הייתה "שאפילו יש פסול בהסדר הרי לא הם או המשיבה מס' 3 אחראים לכך, אלא שותפות שהוקמה ושהפעילה את הסופר-שוק 'לב הנגב'. שותפות זוהי ישות משפטית נוספת והיא כלל לא הואשמה בכתב האישום שהוגש נגד המערערת ונגד המשיבה 3 ומנהליה בלבד".

בית-משפט השלום דחה טענה זו וקבע כי:

"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 בין שני צדדים או יותר שיש בו כבילה, יוצר שותפות לפי פקודת השותפות כאשר המחוקק בחוק הנ"ל רצה להוציא מתחולתו הסדרים מסוימים, הוא עשה זאת במפורש... שותפות איננה נכללת בין ההסדרים שהוצאו מתחולת החוק".

בית המשפט המחוזי אישר עמדה זו של בית-משפט השלום וקבע:

"לדעתנו, צדק בית-משפט קמא בקביעתו שהקמה של שותפות 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... יש גם היגיון כלכלי משפטי בתוצאה כזו, שהרי מהרגע בו התמזגו הגופים הנ"ל שוב אין שום נפקות להסדר הכובל. ... 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 לעצמו את ההגבלה הוא הגוף שיצרו".

חרף דחייתה של טענת הגנה זו, התקבל הערעור והמעוררים זוכו על יסוד טענת הגנה אחרת (מתן זכות בלעדיות במסגרת רשות שימוש במקרקעין, על-פי הלכת **שמעוני נ' אולמי לחיים** (ע"א 626/70, פ"ד כ"ה (1) 524).

94. לטענת המאשימה, בפסק הדין בעניין לב הנגב נדחתה אותה טענה בדיוק שמעלים הנאשמים במקרה הנוכחי, היא הטענה שהמיזם המשותף (שותפות "לב הנגב") היה אישיות משפטית נפרדת, שאין לייחס לנאשמים את מעשיו, אפילו נפל בהם פסול. בנסיבות אלה ובהתחשב בכך שפסק הדין בערעור ניתן חודש אחד בלבד לאחר הקמתה של תמ"ע ופסק הדין בבית משפט השלום ניתן עוד קודם לכן, טוענת המאשימה, ההסתמכות על הייעוץ המשפטי שניתן לנאשמים בהתבסס על אותה טענה ממש שנדחתה באותו פסק הדין, אינה סבירה. בטיעוניו בעל פה העלה ב"כ המאשימה, עורך דין הכהן, גם אם בשפה רפה, אף את הטענה שההסתמכות על הייעוץ המשפטי בנסיבות אלה, נגועה בחוסר תום לב, אך הוא הקפיד שלא לייחס העדר תום לב גם לנותן הייעוץ - עורך הדין ינובסקי.

95. לנדסמן ועו"ד ינובסקי התייחסו בעדויות נוספות שמסרו לפסק-דין זה ושניהם הסבירו מדוע הם לא ראו את פסק הדין כרלוונטי למיזם המשותף נשוא הדיון הנוכחי.

לנדסמן ניסה להסביר בעדותו את ההבדלים המשפטיים שבין אותו פסק-דין לעניין תמ"ע, אך בסופו של דבר הודה שהבדלים אלה אינם נהירים לו כל צרכם, ואישר כי בשעתו הוא כלל לא קשר פסק-דין זה לעניין תמ"ע:

"ש. מה ששואלים זה אותך מבחינה היסטורית, כפי שהדברים היו בשעתו, אם כשעסקת בנושא של תמ"ע בכלל נתת את דעתך לפסק הדין הזה, ובכלל חשבת עליו בקונטקסט הזה, זו השאלה. ...
האם פסק הדין הזה בכלל דגדג את התודעה שלך כשעסקת בתמ"ע?
ת. לא, לא עלה אצלי, הבנתי מההסבר של אורי במיזם החדש שאנחנו הולכים להקים אותו, שהוא מה שנקרא, מישהו אמר פה, כשר למהדרין..."

ש. ולא מצאת לנכון לשאול אותו לאור פסה"ד שניתן בסמיכות זמן, אם יש איזו שהיא השפעה על העניין?
 ת. לא שאלתי והוא לא העלה את הנושא הזה. אני לא זוכר שהוא העלה את הנושא הזה בשיחות בינינו, כי לי היה ברור שזה נושא אחר לחלוטין".

(פ. 16.3.00, עמ' 9-10).

גם עו"ד ינובסקי אישר בעדותו, כי לא הפנה את שימת לבו של לנדסמן, בהקשר לעסקת תמ"ע, לפסק הדין בעניין לב הנגב:

"...ש. האם אתה אמרת משהו ליצחק לנדסמן בעניין פסק הדין של לב הנגב בשלום?
 ת. לא, לא מצאתי לנכון להגיד לו.
 ש. למה אתה חשבת שפסק הדין לא רלוונטי לעניין תמ"ע?
 ת. הוא לא רלוונטי, זה שני נושאים שונים לגמרי..."

(פ. 16.3.00, עמ' 13).

גם עורכת הדין לילי דורון, אשר ניהלה את אותה ההתדיינות במסגרת עבודתה במשרדו של עו"ד ינובסקי ואף הודיעה ללנדסמן על מתן פסק הדין המזכה בערעור, הסבירה (כמוסכם על הצדדים) "שאחרי שניתן פסק הדין בערעור בעניין לב הנגב, היא שוחחה עם מר לנדסמן טלפונית, ואמרה לו... שזכינו על סמך הנימוק באולמי לחיים, ולא שינו את עניין הבלעדיות". לדבריה, "היא לא שוחחה איתו על עניינים נוספים מעבר לעניינים אלה. בעקבות השיחה היא שלחה לו עותק מפסק הדין". עורכת הדין דורון אף ציינה, כי היא לא הכירה את עסקת תמ"ע ולא הייתה מעורבת בדרך כלשהי בעסקה זו (פ. 16.3.00, עמ' 46).

עו"ד ינובסקי הסביר בעדותו מדוע סבר שפסק הדין בעניין לב הנגב איננו רלוונטי לעסקת תמ"ע, והוא הזכיר בעניין זה מספר שיקולים: בעניין תמ"ע, בניגוד לנושא לב הנגב, דובר בתחום חדש לגמרי שבו הצדדים לא עסקו קודם לכן; תמ"ע עצמה הייתה מרכז רווח עצמאי אשר קיבל על עצמו את האחריות גם לרכישה וגם לשיווק; הסדר תמ"ע לא כלל זכות בלעדיות.

בהתייחס לטענת המאשימה לפיה פסק-דין זה רלוונטי לענייננו, משום שבשתי ההתדיינויות עלתה הטענה, שהקמת השותפות וביצוע ההסדר במסגרת השותפות שהיא אישיות משפטית נפרדת פוטרת את השותפים מאחריות לביצוע ההסדר הכובל, הסביר עו"ד ינובסקי שחוות-דעתו בעניין תמ"ע לא בוססה על עצם קיומה המשפטי העצמאי של תמ"ע כמיזם משותף, אלא על הנסיבות הספציפיות הנוגעות למקרה זה. כדבריו:

"דומני שאני בעדוטי אמרתי שעצם הקמת השותפות, או הגוף השיפוטי או המיזם המשותף אינה משחררת... אמרתי שכל עסקה ועסקה או כל הקמה והקמה יש לבחון אותה לפי נסיבותיה, ובנסיבות שהיו במקרה של תמ"ע מהנסיבות שאני כבר אמרתי לבית משפט זה, לדעתי לא היה שום הסדר כובל".

(פ. 16.3.00 עמ' 15).

96. כפי שכבר צויין, בטיעונו בעל פה בעקבות הצגת הראיות הנוספות בפרשת לב הנגב, העלה ב"כ המאשימה, גם אם בשפה רפה ובניגוד לנטען בסיכומיו הקודמים, את הטענה שהסתמכותו של לנדסמן על הייעוץ המשפטי שקיבל נעשתה שלא בתום לב.

במענה לשאלתי, האם "הטענה היא שהייתה טעות משפטית או שהטענה היא שאנשים היו מודעים לכך, ידעו שזו בעיה והתעלמו מכך ביודעין?", השיב עו"ד הכהן, כשהוא מבחין בין לנדסמן לבין עו"ד ינובסקי:

"אני מבין למה אדוני מצפה או לא, אני אומר שהעמדה שלנו אדוני בעניין הזה היא שכלל שהדברים נוגעים, הרי שהשאלה מתחלקת לשניים, השאלה היא מה חשב הלקוח, או זו בעצם השאלה המרכזית ואני חושב בכל הכבוד שהיתה משום היתממות באמירה הזאת, כשבית המשפט רואה שניתן כלפי תנובה פסק-דין שהוא כתוב בצורה מאד ברורה, פשוטה, אין כאן שום התחמקויות משפטיות או שפה בלתי ברורה שאדם שקורא אותה שהוא צד להליך לא יכול להבין אותה, ואני חושב שההנחה שלנו, שלמרות מה שמר לנדסמן אומר, הדברים כן היו בעייתיים והוא פשוט לא מצא לנכון לשאול בנקודה הזו".

(עמ' 20).

ועוד טען עו"ד הכהן במענה לשאלתי בנושא זה:

"... אני חושב שהדברים ששמענו מפיו לטענתנו, הם, אני אומר את זה בעדינות, מיתממים.

... אני חושב שמנהל עסקים סביר, בסדר גודל של מר לנדסמן עם הידע המוקדם שהיה לו בתחום הזה, אנחנו חושבים שמה שנאמר כאן היום בבית המשפט איננו משקף באופן מלא את המציאות, כמובן שבית המשפט יקבע את ממצאיו בהתאם".

(עמ' 20-22).

97. לאור טענות אלה של המאשימה, עולה מאליה השאלה בדבר תום ליבו של עו"ד ינובסקי. עו"ד ינובסקי אמנם איננו נאשם בתיק זה, אבל אין חולק על כך שהוא היה זה שייעץ את אשר ייעץ ללנדסמן. בנסיבות אלה, עשויה לעלות, לצד שאלת תום לבו של מקבל הייעוץ, גם שאלת תום ליבו של נותן הייעוץ. אלא שבמענה לשאלותי החוזרות ונשנות בנושא זה סירב ב"כ המאשימה לייחס חוסר תום לב בנושא זה גם לעו"ד ינובסקי:

"השופט עדיאל: אין טענה שהוא (עו"ד ינובסקי) היה מודע לבעייתיות? עו"ד הכהן: אני חושב אדוני שהדברים עולים, אדוני יעריך, אני לא רוצה לומר, אני רוצה לומר אדוני ואני אומר את זה בלשוני כי אני בכל זאת רוצה להיות זהיר בכבודו... שהדברים מתוך הכתוב מעוררים בעייתיות רבה. מר ינובסקי נתן לזה הסבר, אני חושב בכל הכבוד, כשקוראים את המקרא כפשוטו ומשווים את זה לטענה שהעלה מר ינובסקי גם כאן בעדותו וגם לגבי ההסדר המקורי שהוא נתן לייעוץ שלו בעמ' 22 לפרוטוקול ואילך במקור, אני חושב שהדברים מעוררים תמיהה, כי בית-משפט המחוזי אמר דברים שעומדים

בסתירה לכאורית למה שהוא אמר כאן, אז מעבר לזה אני לא יכול לומר אדוני, אני לא יכול, אי אפשר לצפות ממני שאני אומר מעבר לזה. הדברים עולים. אני לא טוען, אני אומר שמר ינובסקי אומר שהוא קרא את פסק הדין... לטענתו הדבר לא השפיע, אדוני יעריך את הדברים כפי שהם, אני לא חייב לומר".

(עמ' 23-24).

98. המסקנה העולה מדברים אלה הנה, שהמאשימה איננה מייחסת חוסר תום-לב בנושא זה גם לעו"ד ינובסקי והיא אינה טוענת שזה היה מודע לבעייתיות שבפסק-דין "לב הנגב" בהקשר לפרשת תמ"ע ולא הפנה את שימת לבו של לנדסמן לעניין זה במתכוון. אם כוונתו של ב"כ המאשימה הייתה שונה, ואם יש להבין את טיעונו בנושא זה כמזמין את בית המשפט לשקול גם אפשרות אחרת, הדבר נעשה, כביטוי של ב"כ המאשימה בסיכומיו, על דרך ה"פרד"ס (פשט, רמז, דרש, סוד)".

99. עמדה זו של המאשימה, אשר נמנעה מלייחס בעניין זה חוסר תום לב לעו"ד ינובסקי, יש בה כדי להשליך, בהכרח, על טענת חוסר תום הלב המיוחסת ללנדסמן. שהרי, אם הייתה למי מהשניים היכולת והכישורים המתאימים לעמוד על הדמיון המשפטי בין שתי הפרשות, ולאור כך, על הרלוונטיות של פסק הדין בעניין "לב הנגב" לעניין תמ"ע, היה זה, בראש ובראשונה, עו"ד ינובסקי. אם אין מייחסים בנסיבות אלה חוסר תום לב לעו"ד ינובסקי, קשה לראות כיצד ניתן לייחס חוסר תום לב דווקא ללנדסמן.

100. מעבר לכך ולגופו של עניין, מקובלת עלי הטענה, שפסק הדין בעניין "לב הנגב" איננו ממצה ואינו נותן מענה, ודאי לא מענה שלם, לסוגיה שלפנינו. שהרי, כפי שטוענים הנאשמים, טענת הגנתם איננה הטענה שכל אימת שמדובר במיזם משותף אשר מהווה אישיות משפטית עצמאית, פטורים הורי המיזם מכל אחריות להסדר כובל שעשו במסגרת המיזם המשותף. טענה מעין זו אכן נדחתה בפסק הדין בעניין "לב הנגב". אולם, במקרה הנוכחי התמקדה טענתם של הנאשמים באופיו של המיזם המשותף ובטיב היחסים בין הורי המיזם המשותף, הן הנאשמות, לבין המיזם המשותף. בעניין זה הטענה היא, כפי שכבר נאמר, שהמיזם המשותף - תמ"ע היה, יחד עם הוריו, ישות כלכלית אחת, כאשר הורי המיזם פעלו כשלוחים של המיזם המשותף, וככאלה לא היה להן מעמד עצמאי ולא היה מקום לראות בהן בני אדם אשר מנהלים עסקים נפרדים מעסקי המיזם המשותף. לפיכך, נטען, יש לראות את ההסדר בנוגע למדיניות השיווק של המיזם המשותף כהסדר פנימי של תמ"ע, ולא ניתן לראותו כהסכם בין הנאשמות.

סוגיה זו כלל לא עלתה בפסק הדין בעניין "לב הנגב". באותו מקרה פעלו הורי המיזם המשותף כספקים אשר סיפקו תוצרתם למיזם המשותף ורצו להבטיח לעצמם בלעדיות בהספקת מוצריהם תוך חסימתו של המיזם המשותף בפני מתחרים אחרים בשוק. בנסיבות אלה האינטרסים המוגנים בהסכמי הבלעדיות היו האינטרסים העסקיים של הורי המיזם המשותף ולא דווקא האינטרסים של המיזם המשותף. מכל מקום מעמדם של ההורים

בפרשת לב הנגב היה מעמד נפרד ועצמאי מזה של המיזם המשותף, ולא ניתן היה לטעון לקיומה של ישות כלכלית אחת, שההסדרים בינה לבין הוריה אינם הסדרים בין בני אדם המנהלים עסקים.

101. אולם, גם אם תאמר שלאור פסק הדין בעניין "לב הנגב" הייתה צריכה להידלק נורה אדומה אצל עו"ד ינובסקי, והיה עליו לבחון פעם נוספת את עסקת תמ"ע, אינני סבור שזה המצב גם לגבי לנדסמן. אינני סבור שניתן היה לצפות מהאחרון, לעמוד בכוחות עצמו, ובלא שב"כ יסב שימת לבו לכך, על המשמעות המשפטית של קביעת בית המשפט בעניין "לב הנגב" והשלכותיה לגבי פרשת תמ"ע.

102. לאור האמור אינני סבור שפרשת "לב הנגב" פוגעת בהגנת ההסתמכות של הנאשמים 1-2.

103. סיכומו של נושא זה, לאור הראיות שהוצגו בעניין זה על-ידי הנאשמים, אשר לא נסתרו על-ידי המאשימה, שוכנעתי כי הנאשמים אכן סמכו את פעולותיהם בעסקת תמ"ע, בכלל זה קביעת מדיניות השיווק כפי שבאה לידי ביטוי בפרוטוקול (ת3/), על עצת עורכי דינם. כמו כן שוכנעתי שהנאשמים, כמו גם עורכי דינם, פעלו בנושא זה בתום לב ובאמונה כנה שלא נפל במעשיהם פגם חוקי בהיבט של דיני ההגבלים העסקיים.

104. השאלה העולה היא האם יש בהסתמכות זו של הנאשמים בתום לב על היעוץ המשפטי שקיבלו כדי להקים להם, מבחינה משפטית, הגנה.

הגנת ההסתמכות על ייעוץ משפטי - הפן המשפטי

105. ב"כ הנאשמים ביססו את טענותיהם בסוגיה זו, בין היתר, על פסק הדין בעניין פרומדיקו (ע"פ 1182/99 אליהו הורביץ ואח' נ' מדינת ישראל, תקדין עליון 203, 1150), אשר הכיר בהגנת ההסתמכות על ייעוץ מקצועי (להלן - "הגנת ההסתמכות") תוך הרחבת אמות המידה שנקבעו בנושא זה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי באותה פרשה (ת"פ י-ם) **מדינת ישראל נ' פרומדיקו בע"מ**, דינים מחוזי לב(3) 87.

106. המאשימה טענה בסיכומיה שהגישה לאחר שניתן פסק-דין זה, כי לא ניתן לבסס וטענת טעות בדין על יסוד ייעוץ משפטי מוטעה. לגבי פסק הדין בעניין פרומדיקו טענה המאשימה שאין להחיל את ההלכה שנקבעה בפסק-דין זה בענייננו. זאת בשל השוני בין העבירה שנדונה באותו פסק-דין, היא העבירה לפי סעיף 220 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], לבין עבירת ההסדר הכובל הנדונה בתיק זה.

ההבדל בין שתי העבירות נעוץ, לפי הטענה, בשתיים אלה: ראשית, העבירה לפי סעיף 220 לפקודת מס הכנסה כוללת, כיסוד מיסודות העבירה, את הרכיב של ידיעת הדין, רכיב שאינו קיים בעבירת ההסדר הכובל. שנית, המחשבה הפלילית בעבירה לפי סעיף 220 לפקודת מס הכנסה היא מחשבה של כוונה מיוחדת, כוונה אשר אינה נדרשת בעבירת ההסדר הכובל. לעניין ההבדל האחרון, טוענת המאשימה, שטענת טעות בדין המבוססת על ייעוץ משפטי מוטעה, יכול שתבסס הגנה רק בעבירות של כוונה מיוחדת, ואין לקבלה בעבירה, כמו עבירת ההסדר הכובל, שאינה מחייבת קיומה של מחשבה פלילית מסוג זה.

107. אפתח בנימוק השני - הכוונה המיוחדת.

האישום לפי סעיף 220 לפקודת מס הכנסה, כפי שהיה בפרשת פרומדיקו, מתייחס ל"אדם אשר במזיד, בכוונה להתחמק ממס... השמיט... הכנסה...".
האישום בעבירה זו אכן דורש קיומה של כוונה מיוחדת להתחמק ממס.

כוונה מיוחדת כזאת אינה נדרשת בעבירת ההסדר הכובל, הגם שאף עבירה זו דורשת קיומה של מחשבה פלילית, שהיא, כהוראת סעיף 20 לחוק העונשין, "מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה של תוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה".

108. עם זה, אני סבור שאין בהבדל זה שבין סוגי המחשבה הפלילית נפקות לעניין הגנת ההסתמכות. לדעתי, הגנת ההסתמכות על ייעוץ מקצועי תוכל לעמוד לנאשם, בעקרון, גם בעבירה שבה נדרשת מחשבה פלילית בדרגה של מודעות בלבד, ואין מקום להגביל את תחולתה לעבירות של כוונה מיוחדת. הלכה כזאת - המייחדת את הגנת ההסתמכות לעבירות של כוונה מיוחדת - אף אינה עולה מפסק הדין בפרשת פרומדיקו.

בית המשפט קבע בפסק-דין זה, כי היסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה לפי סעיף 220 לפקודת מס הכנסה כולל, הן דרישה למודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבה (חבות במס) והן דרישה לכוונה מיוחדת - ההתחמקות ממס. בנסיבותיו של אותו מקרה, קבע בית המשפט, לא התקיימה מודעות לחבות במס, ואף לא כוונה מיוחדת להשתמטות ממס. כך עולה מדברי כב' השופט אור בפסקה 4 לפסק-דינו:

"יודגש, שאלת החבות במס הנה רכיב אחד בלבד מבין מכלול יסודות ורכיבי העבירה הכוללים אף יסוד נפשי. יסוד זה אוזן בנסיבות העניין, הן דרישה למודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבה, והן דרישה לכוונה מיוחדת, דהיינו כוונה להשיג את היעד של התחמקות ממס או עזרה לאדם אחר להתחמק ממס. די בהעדרו של אחד מהיסודות או מהרכיבים הללו על מנת להשמיט את הקרקע תחת הרשעה בפלילים בעבירות אלו".

אשר להגנת ההסתמכות, מאמץ כב' השופט אור בפסק דינו ללא הסתייגות את קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה טענת ההסתמכות בתום לב על ייעוץ מקצועי עשויה לשלול הן את המודעות לקיומה של חבות במס והן את הכוונה המיוחדת להשתמט מתשלום מס. כך נאמר בעניין זה בפסק-דינו של כב' השופט אור:

"הסתמכות בתום לב על ייעוץ מקצועי ראוי עשויה לשלול הנחה בדבר מודעות הנאשם על קיום הנסיבה- קרי: חבות במס, אם קיבל ייעוץ רציני ומוסמך השולל קיום חבות כזו. כן היא עשויה לשלול קיומו של יסוד נפשי של כוונה להתחמק ממס".

(פסקה 36 לפסק הדין).

109. גם בחינת הרציונלים אשר עומדים מאחורי הגנת ההסתמכות על ייעוץ מקצועי שוללת את הטענה לפיה הגנת ההסתמכות חלה רק בעבירות של כוונה מיוחדת.

השיקול המרכזי העומד ביסודה של הגנה זו הוא השיקול של העדר אשם:

"אדם מן היישוב פונה לאחר, המוסמך באותו תחום, ומבקש ממנו עצה ופועל על-פיה. לכאורה, לא דבק בו אשם כלשהו, אין זה צודק להענישו בשל מעשה שנעשה שלא באשמתו, והענישה לא תתרום להכוונת התנהגותו של אותו אדם בעתיד".

(ע"פ 1132/96 (ת"א) **חתוכה אייל נ' מדינת ישראל**, דינים מחוזי כו(8) 405, 425).

שיקול נוסף שהביא לפיתוחה של הגנה זו, הוא הרצון לעודד פנייה למומחים:

"רשאי הנישום להיעזר במומחיותם של יועצים הבקיאים בכללי חשבונאות נאותים.. ככל שהפעילות הכלכלית של הנישום מורכבת ורבת פנים, טוב ורצוי הוא, שהנישום ייעזר במומחים לדבר, שינחוהו בהיבטים החשבונאיים ובדרך הרישום של התקבולים. כאשר המומחים שסייעו בידו בקיאים במלאכתם, והוא נהג על-פי עצתם מבחינת כללי הרישום, יצא ידי החובה".

(ע"פ 947/85 **עצמון נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא(4) 617, 648).

כך עולה גם מפסק הדין של בית המשפט המחוזי בפרשת פרומדיקו:

"מקובל העיקרון, כי מומחים הבקאים במקצועם המייעצים לנישום כיצד לנהוג בתחום המס עשויים להביא למצב שבו יוכל הנישום לצאת ידי חובת הדין באם הסתמך על עצתם, אפילו נמצא מאוחר יותר כי עצת מומחה שניתנה הייתה מוטעית... בסבך חיי הכלכלה המודרניים עשוי נישום לעמוד לא אחת בפני מצב בו הוא אינו יכול בכוחות עצמו לדעת את מלוא חובותיו על-פי החוק, ולכן הפנייה לעזרת מומחים איננה רק מקובלת אלא אף מומלצת. גישה זו מקובלת באשר ליעוץ מקצועי מכל סוג שהוא, ובכלל זה בתחום ראיית חשבון וייעוץ משפטי".

(שם, בעמ' 70).

רציונלים אלה שביסודה של הגנת ההסתמכות שוללים את האבחנה שמבקשת המאשימה לעשות בין הגנה מפני עבירה הדורשת כוונה פלילית מיוחדת לבין עבירה שבה המחשבה הפלילית מושתתת על מודעות בלבד. שכן אם הנאשם סבר, על יסוד ייעוץ מקצועי שקיבל, שלא נפל במעשיו פגם חוקי, כי אז לא מתקיימת אצלו מודעות לפגם החוקי שבמעשיו, כשם שלא מתקיימת אצלו כוונה מיוחדת להשגת התוצאה האסורה על-פי דין. במילים אחרות, אין מתקיים בו "אשם", ועל כן נשללת המחשבה הפלילית על שתי צורותיה כאחד.

110. לאור האמור, יש לדחות את טענת המאשימה לפיה ההלכה שבפסק-דין פרומדיקו מוגבלת לעבירות של כוונה מיוחדת.

111. הבחנה נוספת שעל יסודה מבקשת המאשימה לאבחן את פסק הדין בעניין פרומדיקו, הנה, כאמור, הבחנה בין הגנת ההסתמכות בעבירה שידיעת הדין היא אחת מיסודותיה לבין עבירה שבה ידיעת הדין אינה חלק מרכיבי העבירה. במקרה הראשון, שבו ידיעת הדין היא יסוד מיסודות העבירה, טוענת המאשימה, ליעוץ משפטי מוטעה משקל נכבד, כשיקול אשר עשוי לשלול את המחשבה הפלילית. בכל מקרה אחר - היינו בעבירות שבהן ידיעת הדין איננה מהווה חלק מיסודות העבירה - תוכל הגנת ההסתמכות, לפי טענה זו של המאשימה, לשמש כהגנה רק במסגרת סעיף 34 ל חוק העונשין, התשל"ז 1977-, הגנה שהיקפה מצומצם.

במקרה שנדון בפסק הדין בעניין פרומדיקו, טוענת המאשימה, האישום בעבירה לפי סעיף 220 לפקודת מס הכנסה נסב כולו על מודעות לעניין משפטי - הוא קיומה של חבות מס. הוראה זו, נטען, נחשבה תמיד כמקרה ברור שבו ידיעת הדין מהווה רכיב מרכיבי העבירה. שכן משמעותו של המונח "מס", טוענת המאשימה בהתבסס על מאמרו של בן ציון להב "אי ידיעת הדין" (מחקרי משפט ו 165, 199), "בא לו בשל הוראה בדין הקובעת כי יש לשלמו ולכן אין אדם יכול להתחמק מתשלום מס - בלי ידיעת הדין".

לפיכך, נטען, הייעוץ המשפטי המוטעה שקיבל הנאשם באותו מקרה בדבר העדר חבות מס, היה שיקול מהותי לעניין המחשבה הפלילית, שהיה בו כדי לשלול קיומה של מחשבה כזאת.

מאידך, עבירת ההסדר הכובל, טוען ב"כ המאשימה, "אינה דורשת כלל 'מודעות' משפטית' בדבר חוקיות ההסדר... ממילא אין הטענה להסתמכות על ייעוץ משפטי בדבר העדר חבות יכולה לשמש להפרכת קיומה של 'מחשבה פלילית' מסוג שאינו נדרש כלל (מודעות לדין)".

112. אינני מקבל טענה זו בצורה זו שבה היא הוצגה על-ידי המאשימה. ראשית, אין מקובלת עלי הטענה כי בעבירה לפי סעיף 220 לפקודת מס הכנסה, ידיעת הדין מהווה יסוד מיסודות העבירה. העובדה שמשמעותו של המונח "מס", "בא לו בשל הוראה בדין הקובעת כי יש לשלמו..." אין בה כדי להפוך את ידיעת הדין ליסוד מיסודות העבירה. התייחס לכך כב' השופט מצא בפסק דינו בע"פ 389/91 **מדינת ישראל נ' ויסמרק ישראל ז"ל**, פ"ד מט (5) 705:

"דעתי היא שידיעת הדין איננה יסוד מיסודות העבירה לפי סעיף 204 [לחוק התכנון והבנייה]. שני טעמים לכך. הטעם הראשון מתחייב מלשונו של סעיף 12 לחוק העונשין, המסייג את תחולתו רק ביחס למקרים בהם "נאמר במפורש שידיעת הדין היא אחד מיסודות העבירה", ואמירה מפורשת כזאת אינה מצויה, לא בסעיף 204 ואף לא בסעיף 208(ב)19....".

סעיף 12 לחוק העונשין בינתיים הוחלף. אך גם בענייננו, אני סבור שאין בעבירה לפי סעיף 220 לפקודת מס הכנסה משום קביעה, גם לא קביעה מכללא, שידיעת הדין נמנית על יסודותיה של עבירה זו, ולו מהטעם שדירשה זו כלל אינה נכללת בהגדרת העבירה.

113. עם זה, מקובל עלי שישוד "חבות במס" שבעבירה זו כולל גם רכיב משפטי, ועל כן טעות בידיעת הדין עשויה להשפיע על קיומה של מחשבה פלילית. כפי שהגדירו זאת Smith & Hogan בספרם (London, 7th, 1992), **CRIMINAL LAW** (בתרגום חופשי על-פי הציטוט המובא בפסק הדין בעניין ויסמרק): המעשה הפלילי יכול שיוגדר בצורה כזאת שטעות בחוק יכולה להביא לשלילת הכוונה הפלילית ביחס לאחד מיסודות המעשה הפלילי.

114. אולם, בעניין זה אינני סבור שקיים שוני בין העבירה לפי סעיף 220 לפקודת מס הכנסה לבין עבירת ההסדר הכובל. זאת, משום שגם עבירת ההסדר הכובל כוללת בין יסודותיה רכיבים משפטיים שלאדם רגיל אין, בדרך כלל, ידיעה לגביהם. כזה הוא יסוד ה"הסדר" שבעבירה זו. הוא הדבר לגבי היסוד של "בני אדם המנהלים עסקים". המונח האחרון, שהוא יסוד

ההגדרה של ההסדר הכובל הנתון במחלוקת בתיק זה, כולל בתוכו רכיבים משפטיים מובהקים. ראייה לכך תמצא במחלוקת שנפלה לגבי פרשנותו של מונח זה בין שופטי בית המשפט העליון בפרשת "טבעול".

115. עם זה, אני סבור שאכן קיים בסיס להבחנה בין שתי העבירות בשל השוני בטיבו של הדין העומד ביסודן. בעוד שהדין העומד ביסודה של העבירה לפי סעיף 220 לפקודת מס הכנסה - החבות במס - הוא דין לבר פלילי, שטעות לגביו מוכרת כטעות עובדתית, הדין העומד ביסודה של עבירת ההסדר הכובל, הוא דין פלילי, שלגביו המשפט הפלילי אינו מכיר בהגנה הטעות, אלא בהתקיים יסודותיה של הגנת הטעות בדין לפי סעיף 34 לזכות לחוק העונשין. נושא זה לא עלה בטיעוניו של ב"כ המאשימה, אך הוא עלה בסיכומיו של ב"כ הנאשמים 4-3.

116. לפי טענתו של ב"כ הנאשמים 3-4, טעותם של הנאשמים על יסוד הייעוץ המשפטי המוטעה (שבכך הנאשמים אינם מודים) שקיבלו אינה טעות בדין הפלילי, אלא בדין הלב-פלילי. זאת, על-פי הטענה, משום שהנאשמים לא טעו בדבר קיומו של עצם האיסור החל על אדם להיות צד להסדר כובל. כלשונו בסיכומיו:

"טענת הנאשמים היא, שגם אם היה במקרה דין הסדר כובל (דבר המוכח כשלעצמו), הרי הם סברו בתום לב, שלא כך הם פני הדברים. טעות כזו (ככל שמדובר בטעות), אינה טעות באשר לעבירה של היות אדם צד להסדר כובל, אלא בדין לבר פלילי המגדיר מהו הסדר כובל, ממש כמו שטענת הורוביץ שהוא לא היה ער לקיומה של חבות במס, לא הייתה טענת טעות בדבר הבנתו את העבירה לפי סעיף 220 לפק' מס הכנסה, אלא טענת טעות בדין הלב-פלילי הקובע מתי קיימת חבות מס. בפסק הדין, בית המשפט העליון לא בחן את התנהגות הנאשמים לפי סעיף 34, אלא האם הוכח מעל לכל ספק סביר שהתקיים בהם היסוד הנפשי, וכך גם נכון לנהוג כאן.

...

אדם אינו יכול לטעון שלא ידע שזו עבירה לא לשלם מס, אך יכול לטעון שהוא סבר בתום לב שלא קמה חבות במס. באותה מידה, אדם אינו יכול לטעון שלא ידע שזו עבירה להיות צד להסדר כובל, אך יכול לטעון שהיה בטוח, בין היתר על סמך יעוץ משפטי שקיבל, שבנסיבות המקרה לא התקיים הסדר כובל".

(ההדגשה במקור).

על יסוד אלה, טוען ב"כ הנאשמים 3-4, נופלת טעותם של הנאשמים בגדרו של סעיף 34 לחוק העונשין, שעניינו בטעות במצב דברים, שהמבחנים להכרה בטעות מכוחו מכבידים פחות מאלה הקבועים בסעיף 34. להבדיל מן הנוסח הקודם של החוק (סעיף 12 לחוק העונשין), ההגנה מכוח סעיף 34 לחוק העונשין אף אינה דורשת רכיב אובייקטיבי של סבירות, וזו משמשת "מעכשיו רק אחד הסממנים, אשר בעזרתו יוכל בית המשפט לקבוע אם אכן המדובר בטעות כנה" (סעיף 14 לפסק דינו של כב' השופט בך בעניין ויסמרק).

117. יש לציין שב"כ הנאשמים 1-2 לא העלו בסיכומיהם טענה זו. נאשמים אלה יצאו מההנחה שהטעות הנובעת מההסתמכות על ייעוץ משפטי היא טעות בדין, וכפועל יוצא מכך הם ביססו את הגנתם בנושא זה על סעיף 34יט (ולא על סעיף 34יח) לחוק העונשין.

118. בכל הנוגע לניתוח פסק הדין בעניין פרומדיקו, אני מקבל את טענת ב"כ הנאשמים 3-4, כי הטעות בדבר קיומה של חבות במס הייתה טעות בדין הלבר-פלילי. בית המשפט העליון אמנם לא נזקק באותו פסק-דין להבחנה זו, והוא ביסס, כפי שמציין ב"כ הנאשמים 3-4 את פסק דינו בעניין זה על עצם שלילת המחשבה הפלילית. אכן, כפי שנקבע בפסיקה, "העדר מחשבה פלילית 'בולעת' בתוכה טענת טעות, בגדר סעיף 17 לחוק העונשין, והיא באה במקומה" (ד"נ 12/81 שפירא ושות', **חברה קבלנית בנתניה בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(3) 645). כך קובע בספרו גם פרופ' פלר :

"עם הוכחת היסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה, הוכיחה התביעה, מנייה וביה, העדר כל טעות רלוואנטית לגבי אותו מצב דברים. אין צורך, אין מקום ואין היגיון להוכחה נוספת ומקבילה של העדר טעות כאמור; כי הכל כבר הוכח"

...

כמובן רשותו של נאשם לסתור זאת, כשם שהוא רשאי לסתור גם כל נתון עובדתי בו מותנית העבירה."

(שם, כרך ב' עמ' 541-540).

אולם לעניין זה כבר פסק בית המשפט העליון בעבר, כי טעותו של נאשם אשר הואשם בעבירה של השמטת הכנסות במזיד ובכוונה להתחמק מתשלום מס, לפי סעיף 220 לפקודת מס הכנסה, מכיוון שסבר בטעות סבירה וכנה כי אין מוטלת עליו חבות לשלם מס הכנסה, אינה טעות בחוק העונשין אלא טעות בדין מס הכנסה, ועל כן יש לזכותו. (ע"פ 5/72 אייזיקס נ' **מדינת ישראל**, פ"ד כז (1) 54). כפי שמציין בעניין זה פרופ' פלר במאמרו "**טעות בחוק הפלילי או הלבר-פלילי, היכן הגבול?**", "זיכוי של אייזיקס מבוסס, למעשה, על הוראות סעיף 12 לפקודת החוק הפלילי, 1936, הדנות בטענת הטעות בעובדה, למרות שטענה זו חופפת, בעצם, את הטענה של העדר mens rea" (עמ' 508).

אשר לעבירה שלפנינו: סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988- מגדיר מהו הסדר כובל. סעיף 47, הנמצא בפרק ז' לחוק שכותרתו: "עונשין ותרופות", קובע את האיסור הפלילי :

"(א) מי שעשה אחת מאלה :

(1) היה צד להסדר כובל שלא אושר כדין ושלא ניתן לו היתר זמני או פטור לפי סעיף 14; דינו...".

כאשר מדובר בטעות, כמו במקרה שלפנינו, בנוגע לשאלה האם מעשיהם של הנאשמים נופלים בגדרה של הגדרת ההסדר הכובל, שהיא חלק מהגדרת האיסור הפלילי, וכאשר מקורה של טעות זו בהבנת המוטעית את משמעותו המשפטית של אחד מיסודות ההגדרה - "בני אדם המנהלים עסקים" - אני סבור שמדובר בטעות בדין פלילי.

119. בספרות המשפטית הוצעו לעניין זה, ככל הידוע לי, שני מבחנים.

על פי הצעתו של פרופ' פלר:

"הטעות בחוק הפלילי, כוללת, לדעתנו, בנוסף לאי-ידיעת האדם על עצם קיום נורמה פלילית האוסרת את סוג המעשים עליו נמנית התנהגותו, גם כל טעות ביחס להבנתה המילולית או לפרשנותה המשפטית, הנכונות, של אותה נורמה, על המלים, המונחים והביטויים המרכיבים אותה נוסחה...".

(ראה מאמרו הנזכר לעיל בעמ' 540).

כב' השופט ד"ר ביין מציע במאמרו "טעות בעובדה, טעות בחוק ותביעת זכות בתום לב", **הפרקליט** כב' (תשכ"ו) 152, מבחן מצומצם יותר:

"נראה שהמבחן המכריע לצורך התייחסות בין נורמה פלילית לבין נורמה לבר פלילית הוא בהצגת השאלה: האם טעותו של הנאשם או אי ידיעתו של הנאשם של נורמה מסוימת כוללת בתוכה את האמירה 'לא ידעתי כי מעשה מסוג המעשים שביצעתי מהווה עבירה'? במידה והתשובה לשאלה זו היא בחיוב, הרי לפנינו נורמה פלילית אשר אי ידיעתה אינה מצדיקה.

...

מאידך, אם באחד מיסודות העבירה נכללת זכות, חובה או סטטוס - דהיינו: מצבים משפטיים קונקרטיים שלא הוגדרו באופן מיוחד לצורכי החוק הפלילי, אלא שיש להם קיום עצמאי במשור הלבר-פלילי, כגון בעלות, חזקה, נישואין, גירושין, אפטרופסות וכו' - הרי טעות ביחס אליהם נחשבת לטעות ביחס לנורמה לבר פלילית ולכן לעובדה".

בפסיקה, כפי שמראה פרופ' פלר במאמרו הנזכר, אין למצוא מבחן מגובש בנושא זה. בפסק הדין בעניין ויסמרק ציין כב' השופט בד' שמקובל עליו מבחן של ד"ר ביין, בעוד שכב' השופט מצא העדיף, בלא שקבע בעניין זה מסמרות, את מבחן של פרופ' פלר. כב' הנשיא ברק לא נקט עמדה בנושא זה. בפסיקה מאוחרת יותר, הזכיר כב' הנשיא ברק בהסכמה את מאמרו

הנזכר של פרופ' פלר (רע"פ 4827/95 ה.ג. פולק בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, תקי-על' 97 (2) 969). אולם, דומה שלא ניתן לראות בדברים אלה משום אימוץ מפורש של אותו מבחן.

120. טעותם של הנאשמים במקרה שלפנינו בהבנת ההגדרה של ההסדר הכובל (בהתייחס למונח "בני אדם המנהלים עסקים") היא ודאי טעות בדין הפלילי, על-פי מבחנו של פרופ' פלר. בהיותה "טעות ביחס ... לפרשנותה המשפטית, ... של אותה נורמה, על ... המונחים והביטויים המרכיבים את נוסחה..."

121. אולם אני סבור שמדובר בטעות בדין הפלילי גם על-פי מבחנו של כב' השופט ד"ר ביין. טענתו של ב"כ הנאשמים 3-4, כי מדובר בנאשם "שהיה בטוח, בין היתר על סמך יעוץ משפטי שקיבל, שבנסיבות המקרה לא התקיים הסדר כובל", זהה לטענה שהובאה במאמרו של ד"ר ביין כדוגמא לטעות בדין הפלילי: "לא ידעתי כי מעשה מסוג המעשים שבצעתי מהווה עבירה".

הוא הדין לגבי טענתו, על דרך היקש, של ב"כ הנאשמים 3-4 כי "אדם אינו יכול לטעון שלא ידע ששימוש חורג הוא אסור, אך יכול לטעון שהוא סבר בתום-לב שיש בידו היתר לשימוש חורג". אכן, כב' השופט בך סיווג את טעותו של הנאשם בפסה"ד ויסמרק כטעות ביחס "לצורה המדויקת של ההיתר הדרוש לו, ולשאלה אם אכן למעשה יש בידו (מכללא) היתר", (בניגוד לדעתו של כב' השופט מצא), כטעות בדין הלבר-פלילי. אולם הנאשמים אינם טוענים, בדומה לטענתו של הנאשם בעניין ויסמרק, כי סברו בתום לב שיש בידם היתר כחוק (אישור בית הדין להסדר הכובל או פטור מקבלת האישור על-ידי הממונה). טעותם של הנאשמים שלפנינו בסיסית הרבה יותר מטעותו של הנאשם בעניין ויסמרק. שכן בעוד שהאחרון לא טעה בעצם הצורך בקבלת ההיתר לשימוש חורג אלא רק בכך שחשב שיש בידו היתר כזה, הנאשמים שלפנינו טעו לחשוב שהם כלל לא נזקקים להיתר. זאת על יסוד פרשנותם המוטעית את הדין, לפיה הם סברו שמעשיהם אינם נוגדים את החוק. טעות כזאת, היא טעות בהבנתו של האיסור הפלילי גם לשיטתו של כב' השופט בך.

טעות כזאת היא ודאי טעות בדין הפלילי לשיטתו של כב' השופט מצא, אשר קבע בפסק דינו בעניין ויסמרק:

"גם ביסוד טענת המשיב שלפנינו, לפיה סבר כי ברשיון לניהול עסק אותו קיבל יש גם משום היתר לעשיית שימוש חורג, גלומה הטענה, כי לא ידע כי שימושו החורג במבנים ללא השגת היתר נוסף מהווה עבירה. ... סברתו, כי רשיון העסק שהוענק לו על-ידי העירייה מהווה, מניה וביה, גם היתר לשימוש חורג, נובעת מאי ידיעת הדין, במובנה היותר אלמנטארי, וביחס לטעות כזאת כולי עלמא לא פליגי שאין בה כדי להעמיד עילה לפטור מאחריות לעבירה.

המשיב הועמד לדין על עבירה לפי חוק התכנון והבנייה. טעותו הייתה בשאלה, אם רשיון העסק שבידו מוציאו ידי חובה להשיג היתר לשימוש חורג לפי חוק התכנון והבנייה. "הדין הפלילי", לעניין זה, הוא חוק התכנון והבנייה. משמע שטעותו של המשיב הייתה בדין הפלילי גופו שבשל הפרת איסורו הובא לדין ולא בדין הלבר-פלילי "...".

(סעיף 8 לפסק הדין).

גם ביסוד טענתם של הנאשמים שלפנינו גלומה הטענה כי לא ידעו שביצוע העסקה מחייב קבלת אישור או מתן פטור. בדומה, גם במקרה שלפנינו טעותם של הנאשמים היא באותו דין - חוק ההגבלים העסקיים - שלפיו הם הועמדו לדין, ועל כן טעותם היא טעות בדין הפלילי, בדיוק כמו שטעותו של הנאשם בעניין ויסמרק, אשר הועמד לדין על יסוד חוק התכנון והבנייה, הייתה טעות בדין הפלילי.

122. התוצאה העולה מהמסקנה דלעיל מתבטאת בשתיים: ראשית, היא מחייבת לדחות את טענת ב"כ הנאשמים 3-4 לפיה טעותם של הנאשמים במקרה שלפנינו היא טעות ב"מצב דברים", היינו טעות בעובדה לפי סעיף 34 לחוק העונשין. שנית, יש לקבל על רקע זה את טענת המאשימה, לפיה יש לאבחן את פסק הדין בפרמדיקו מהמקרה שלפנינו, בהיות הטעות באותו מקרה טעות במצב דברים בעוד שהטעות שלפנינו היא טעות בדין הפלילי.

מכאן אין נובע, בהכרח, שלהלכת פרומדיקו אין תחולה בענייננו. הואיל והגנת ההסתמכות בעניין פרומדיקו בוססה על טעות במצב דברים, שהיא הגנה רחבה יותר מהגנת הטעות בדין הפלילי, המבחינים שנקבעו שם לפחות, יפים גם לענייננו. השאלה הנה האם יש להחמיר במבחינים אלה בהתחשב בכך שהטעות שלפנינו היא טעות במצב המשפטי לפי סעיף 34 לחוק העונשין. בהקשר זה עולה שאלת פרשנותו של סעיף 34 לחוק העונשין בהתייחס לביטוי שבסיפא לסעיף זה: "טעות בלתי נמנעת באורח סביר".

123. טענתה של המאשימה בנושא זה, כפי שכבר נזכר, הנה שכאשר ההגנה מבוססת על סעיף 34 לחוק העונשין, אין תחולה להגנה, אלא בהתקיים מניעה אובייקטיבית לדעת מהו הדין הנכון. ההגנה איננה חלה, לפי הטענה, במקום בו הנאשם ידע על קיומו של הדין אך קיבל ייעוץ מקצועי שגוי באשר לפרשנותו.

124. לדעתי, הפרשנות המצמצמת שמציעה המאשימה אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק והיא גם איננה עולה בקנה עם תכליתו.

125. אשר ללשון החוק, זו פשוט איננה נוקטת בלשון מצמצמת זו אשר מוצעת על-ידי המאשימה.

השיקול העיקרי אשר עומד ביסוד ההגנה הוא היותה של הטעות בלתי נמנעת באורח סביר, זאת ללא הבחנה לגבי מקורה של הטעות או סיבתה.

126. אשר לתכלית החקיקה, ניתן לפנות, בין היתר, למאמרו הנזכר של פרופ' פלר שבו הוא הציע, עוד לפני כניסתו לתוקף של תיקון מס' 39, לתקן את סעיף 12 הישן ולקבוע כי רק טעות בחוק הפלילי אינה מצדיקה. בנוסף, הציע המחבר, לאמץ סייג לפיו, אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר, יהא רשאי בית המשפט להקל מן העונש, או לשחרר מאחריות פלילית.

בהסבירו את הרציונאל שבהצעתו לעניין החריג המבוסס על היותה של הטעות בלתי נמנעת, מציין המחבר :

"היתרון שבגישה זו נעוץ בכך כי התנאי הוא שהטעות תהא בלתי נמנעת ורק אז היא תוכל להיות בעלת נפקות משפטית ביחס לאחריות הפלילית, תנאי מוחלט זה חוסם את כל האפשרויות לנצל לרעה את טענת הטעות בחוק לשם התחמקות מאחריות פלילית; בעת ובעונה אחת הוא גם מונע הטלת אחריות פלילית ללא כל תועלת, כאמור. זוהי פשרה סבירה בין דרישת שלטון החוק לבין עקרונות היסוד של האחריות הפלילית".

(עמ' 559).

על תכלית החקיקה שבסעיף 34³⁴ עמד בית המשפט גם בע"פ 7217/98 (ב"ש) נעמן דג נ' רשות שמורות הטבע, דינים מחוזי, כו (10) 283 :

"....המבחן אשר אימץ המשפט הישראלי הוא כי נאשם לא יורשע עקב טעות במצב משפטי "אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר". הרישא "בלתי נמנעת" מגבילה את הגנה זו, והסיפא "באורח סביר" מרחיבה אותה. לדעתי מצב משפטי זה, הוא תוצאה של איזון שיקולים שונים. מחד גיסא, מחובתו של האזרח להכיר את החוק תוך כדי מילוי החובה הכללית והמוטלת עליו להיות שומר חוק... מאידך גיסא, ישנם מצבים בהם טעותו המשפטית של מבצע העבירה, בעצם אינה באחריותו ולכן, לא יהיה צודק להרשיעו בדיון. המחוקק קבע כי אין להרשיע נאשם בפלילים על סמך טעותו המשפטית אם טעות זו צפויה וכמעט מתבקשת בנסיבות העניין. אם טעותו המשפטית של נאשם בלתי נמנעת באורח סביר מדוע יש להכתימו בהרשעה? אף אם שיקולים מעשיים משחקים תפקיד

באיזון הזה, חשוב מבחינה עקרונית כי הדרישה שהנאשם ידע את החוק, לא תהיה דרישה חסרת גבולות".

(שם, בעמ' 291).

ראה בעניין זה גם את דברי כבוד השופטת רובינשטיין בעניין חתוכה הנ"ל:

"בבואנו לפרש כלל חדש זה, כפי שהותווה בסעיף 34 יט הנ"ל, עלינו לקיים איזון נאות וסביר הנדרש בין שני עקרונות בעלי חשיבות, מחד עידוד הציבור לפעול על-פי החוק, ומאידך, כי אין להעניש ללא אשם".

עינינו הרואות, כי תכליתו של סעיף זה היא למנוע הרשעתו של נאשם אשר לא דבק בו אשם. אם הנאשם נקט בכל האמצעים הסבירים העומדים לרשותו כדי לברר את הדין, ולמרות מאמצים אלה טעה, כי אז מדובר בטעות בלתי נמנעת באורח סביר, השוללת את אחריותו הפלילית.

תכלית זו של המחוקק, שבמרכזה עומד הרעיון של העדר אשם והעדר רשלנות בבירור המצב המשפטי, שוללת את האבחנה הנקוטה ביד המאשימה, בין מצב שבו קיימת מניעה אובייקטיבית לדעת את הדין, לבין מקום שבו הטעות נובעת מייעוץ משפטי מוטעה. זאת משום שרציונלים אלה מתקיימים הן במקום שבו קיימת מניעה אובייקטיבית לדעת את הדין והן במקום שמקור הטעות בייעוץ משפטי מוטעה.

127. גם טרם חקיקת סעיף 34 יט היו שסברו כי בכוחה של טעות בדין, שישודה בהסתמכות על עצת עו"ד להעמיד עילה לפטור מאחריות.

המלומד ב. להב במאמרו "אי ידיעת הדין" **מחקרי משפט** ו תשמ"ח 165 סבר כי צריכה להיות הגנה לאדם המסתמך על עצה פרטית להבדיל מעצה הניתנת על-ידי רשות מוסמכת, אך התנאים לקיומה יהיו חמורים יותר מאלה הנדרשים ממי שהסתמך על עצת רשות מוסמכת. לשיטתו, על הנאשם להוכיח כי נקט את כל האמצעים הסבירים העומדים לרשותו כדי לברר את הדין.

כב' השופט ע. אזר מזכיר במאמרו "אי ידיעת הדין ועצה רשמית מוטעית במשפט הפלילי" **עינוי משפט** י (תשמ"ח) 535, כתימוכין לגישה זו, לפיה עצה משפטית מוטעית יכולה לבסס טענת הגנה של טעות בדין, את דעת המלומד PERKINS לפיה אין לחשוש מכך שעורכי דין ייתנו חוות דעת מוטעות המכוונות להעניק הגנה, בשל היותם כפופים לביקורת מצד הרשויות. לשיטתו של כב' השופט אזר, עו"ד יודע כי הוא עלול למצוא עצמו בבית משפט בניסיון להגן על חוות דעתו [והמקרה שלפנינו - יוכיח]. לפיכך, הוא סבור, יש לעורך הדין תמריץ להיות זהיר ושקול בנותנו חוות דעת.

גם פרופ' פלר סבר במאמרו הנזכר שטעות בלתי נמנעת באורח סביר, כהצעתו, צריך שתפטור מאחריות גם כאשר הטעות מבוססת על הסתמכות סבירה על ייעוץ מקצועי:

"אולם, כאשר טעותו המשפטית של הפרט הינה פרי הסתמכות סבירה - ובהכרח גם כנה - על פרשנות החוק, הפעלתו או יישומו, המוטעים, מטעם רשות מוסמכת, אזי צריך להסכים לכך כי טעות כאמור הנה טעות בלתי נמנעת באורח סביר, ולכן גם מן הראוי שתשמש עילה לשחרור מאחריות פלילית. זאת, אף מבלי להצטמצם להסתמכות על פרשנות "רשמית" בלבד, כיוון שאדם עשוי לפעול כך גם תוך הסתמכות סבירה על ייעוץ משפטי מוטעה. לכן, אין טעם, לדעתנו, לקבוע מראש רשימה סגורה של מקורות או בסיסים של פרשנות מוטעית "מוסמכת" עליהם סביר להסתמך. העיקר הוא, שלפי שיקול דעתו של בית המשפט, טעותו של האדם הייתה, בנסיבות העניין, בלתי נמנעת באורח סביר ולכן, עדיף להשאיר את ההערכה לשיקול דעת זה".

(שם, בעמ' 562).

זו גם דעתה של פרופ' גור אריה במאמרה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי) התשנ"ב-1992, **משפטים** כד (תשנ"ד) 9 (עמ' 63):

"הפטור מאחריות מוענק משום שלא יהיה זה הוגן לייחס אחריות למי שלמרות מאמצים סבירים שעשה לא יכול היה לדעת נכונה את הגבולות האמיתיים של האיסור כפי שאלה נקבעו על-ידי הגוף המוסמך. כיוון שכך, גם הסתמכות על חוות דעת של עורך דין עשויה, בתנאים מסוימים לשחרר את המסתמך מאחריות פלילית בלי שיהא בכך כדי להפוך את העורך דין לפרשן מוסמך של החוק. לעניין זה חשוב להדגיש, כי הפטור מאחריות מכוח הסדר זה אינו מסתפק בכך שהעושה לא היה רשלן בבירור החוק, שאז דיי היה בטעות סבירה. ההכרה בה מותנית בעשיית מאמצים סבירים מצד העושה בניסיון לוודא את גבולות האיסור. רק אם מאמצים כאלה לא היו אפשריים, או שלמרות מאמצים אלה הטעות הייתה בלתי נמנעת, תשלול הטעות בחוק הפלילי את האחריות הפלילית".

128. גם בפסיקה שניתנה טרם חקיקת תיקון 39 נקבע כי ניתן להסתמך על חוות דעת משפטית ובלבד שההסתמכות תעמוד במבחן תום הלב הנקבע לפי אמת מידה של האדם הסביר. (ראה: ת"פ (ת"א) 31/73 **מדינת ישראל נ' אפרים אברון**, פס"מ תשל"ז(א) בעמ' 345).

דעה זו התקבלה גם בפסיקה שניתנה גם לאחר תיקון 39 לחוק העונשין, הגם שקיימת בנושא זה פסיקה מועטה. כך בעניין חתוכה הורשעו המערערים, חוקרים פרטיים במקצועם, בעבירה של פגיעה בפרטיות. טענתם הייתה כי הסתמכו על עצת עורך דינם לפיה המעשה אינו מהווה עבירה. בית המשפט, מפי כבוד השופטת רובינשטיין, קבע כי עצת עו"ד לפיה המעשה אינו מהווה עבירה יכולה שתהא בהתמלא תנאים מסוימים, טעות בלתי נמנעת באורח סביר כמשמעה בסעיף זה:

"האם עצת עו"ד או מאמן חוקר יכולה לבסס טעות בלתי נמנעת באורח סביר?

השיקולים של העדר אשם ושיקולי צדק הם שני השיקולים העיקריים המובילים לקיומה של הגנת ההסתמכות על עצה מוסמכת. אדם מן היישוב פונה לאחר, המוסמך באותו תחום, ומבקש ממנו עצה ופועל על-פיה. לכאורה, לא דבק בו אשם כלשהו, אין זה צודק להענישו בשל מעשה שנעשה שלא באשמתו, והענישה לא תתרום להכוונת התנהגותו של אותו אדם בעתיד. מאידך, קיים חשש מפני שימוש לרעה בהגנה זו, ובענייננו, לקוח יכול לחפש אחר "עצה" אשר תתאים לצרכיו ותאפשר לו לעשות מעשים פליליים.

...

מקובל עלי עקרונית, בכפיפות לתנאים שיפורטו כי עצת עורך דין יכולה לשמש בסיס להגנה בה אנו דנים".

בפסק הדין בעניין ויסמרק אמנם נדונה טעותו שבוססה על מתן עצה רשמית, שמקורה בבירור שערך הנאשם במחלקת ההנדסה בעיריית תל אביב עוד בטרם רכש את המבנה, שבו נאמר לו שרשיון העסק שבידו מהווה גם היתר לשימוש חורג. אולם, אם המבחן, כשיטתה של המאשימה, הוא היות הטעות בלתי נמנעת באופן אובייקטיבי, אינני סבור שפרשנות מוטעית של החוק שנעשתה על-ידי רשות רשמית, היא טעות "אובייקטיבית" יותר מטעות בפירוש החוק הנעשית על-ידי יועץ פרטי.

כב' השופט מצא, אשר היה בדעת מיעוט בנושא זה באותו פסק-דין, סבר שהנאשם באותו מקרה לא הניח תשתית עובדתית מספק להוכחת הטענה כי טעותו הייתה בלתי נמנעת באורח סביר שכן:

"גרסת המשיב בפני הערכאה הראשונה הסתכמה בכך, כי הוא פנה למחלקת ההנדסה, הציג שם את שאלתו וזכה למענה. אך מגרסתו זו לא ניתן היה להעלות, מי האיש (במחלקת ההנדסה) שהשיב

לשאלתו, כלום היה מוסמך להשיב, כלום ניתנה התשובה על יסוד עיון בתכנית המתאר, וכל כיוצא-באלה. בלא שיימצא בגרסת המשיב גם שמץ מן המידע החיוני הזה, לא הייתה כל דרך לקבוע כי הסתמכותו על העצה שקיבל (הגם שהייתה בתום לב) הייתה גם סבירה. ולמצער בשל היותה סתמית לא היה בה, בגרסה אותה מסר המשיב כדי לחלצו מהרשעה".

השופט בך והנשיא ברק לא קיבלו עמדה זו וסברו שחרף קשיים אלה עליהם הצביע כב' השופט מצא, טעותו של הנאשם עומדת בתנאי של היותה בלתי נמנעת באורח סביר.

גישה זו של בית המשפט ודאי שאיננה תואמת את פרשנותה המחמירה של המאשימה בענייננו.

129. סיכומו של נושא זה, אני סבור שטענותם של הנאשמים במצב המשפטי עקב קבלת עצה משפטית מוטעית, היה בה, בעקרון, כדי להקים להם טענת הגנה של הסתמכות לפי סעיף 34 ל חוק העונשין.

130. לאור המסקנה דלעיל, יש לבחון את טענותיה האחרות של המאשימה שעל יסודן היא מבקשת לשלול את טענת ההסתמכות בהתחשב בטיבו של הייעוץ הספציפי שניתן במקרה זה ובנסיבות שבהן הוא ניתן. בעניין זה טוענת המאשימה, שאף אם הנאשמים הסתמכו על הייעוץ המשפטי שניתן להם בתום לב, אין בכוחו של אותו ייעוץ להקים להם הגנה בשל הטעמים הבאים: הייעוץ היה ייעוץ כללי ולקוני ואף לא הועלה על הכתב; עורכי הדין שלעצתם הנאשמים שעו, נעדרים מומחיות בתחום ההגבלים העסקיים והייעוץ שנתנו לא היה ייעוץ סביר; הנאשמים לא הציגו בפני עורכי הדין את העובדות הרלוונטיות ואלה גם לא בדקו באופן יסודי את תנאי ההסדר וכל אחת מהכבילות הנכללות בו; עורכי הדין לא היו מעורבים בביצוע ויישום מדיניות השיווק כפי שהתגבשו בהמשך פעילותה של תמ"ע, דבר שפגע ביכולתם לבחון את חוקיותו של ההסדר;

131. אשר לדרישה בדבר קיומה חוות דעת בכתב, דרישה זו אמנם הוצבה על-ידי בית המשפט המחוזי בפסק דינה של כב' שופטת פרוקצ'יה בעניין פרומדיקו, אך היא נשללה, כתנאי עצמאי, בפסק-דינו של בית המשפט העליון בערעור. כך קבע בעניין זה כב' השופט אור:

"בית המשפט המחוזי קבע, שמן ההכרח שתתקיים פניה ישירה של הנאשם לקבלת ייעוץ כתנאי לכך שתעמוד לו טענת ההסתמכות. עוד ניתן להבין מהכרעת הדין, כי רק חוות דעת בכתב תחשב ככזו לצורך העניין. נשאלת אפוא השאלה, האם דין הוא, שכתנאי לביסוס טענת ההסתמכות מן ההכרח שיתקיימו הדרישות הללו? לדעתי, יש להשיב על כך בשלילה. אין להכביד בהעלאת דרישות פורמליות של פניה בכתב או דרישה לקבלת חוות דעת בכתב או שתהיה פניה נקודתית ישירה ליועץ. אין לדרישות אלה כל עיגון בדין הקיים, ולדעתי אין לגבשן בדרך של פסיקה. איני רואה מקום ליצירת מגבלות פורמליות לטענת ההסתמכות, אשר כל כולה מבוססת על היגיון וניסיון החיים, על-פיהם כשפועל נאשם בתום לב על יסוד

חוות דעתו של מומחה לדבר היודע את העובדות, נשללת הכוונה לפעול שלא כדין. מה שחשוב הוא, שבית המשפט ישתכנע שהנאשם פעל בתום לב על-פי עצה שקיבל מבר סמכא עליו היה יכול לסמוך כמי שיודע את העובדות ואת הדין. אין הכרח שאמצעי השכנוע יהיה תוצאה של פניה ישירה - אם בכתב ואם בלעדיו - אל המומחה, ושתהיה תשובה כתובה שתופנה ישירות אל הנאשם. חשובים המהות, התוכן - קבלת חוות דעת ממי שיודע את העובדות והוא בעל כשירות מקצועית למתן חוות הדעת והסתמכות על חוות הדעת - ולא אופן השגתה של חוות הדעת".

עם זה, גם כך העדרה של חוות דעת בכתב עשוי לשמש אינדיקציה השוללת, מהבחינה העובדתית, את עצם מתן הייעוץ המשפטי, מידת סבירותו בעיני הנאשם ותום הלב של הנאשם בהסתמכו על ייעוץ זה.

132. העדרה של חוות דעת בכתב הוסבר במקרה זה על רקע העובדה שעורכי הדין של הנאשמים הם שטיפלו בעסקה עצמה ועל רקע הקשרים המקצועיים רבי השנים בין הנאשמים לבין עורכי הדין שבהן התגבשו דפוסי התנהגות שלא בוססו על מתן חוות דעת בכתב. מכאן עולה שחוות הדעת המשפטית בדבר כשירותה של העסקה בהיבט של דיני ההגבלים העסקיים לא נועדה במקרה זה להצגה בפני גוף חיצוני, ומטרתה הייתה לשמש את עורכי הדין של הנאשמים עצמם כחלק מטיפולם בעסקה. מדובר, למעשה, במעין שלב ביניים של הטיפול בעסקה, שבו נזקקו עורכי הדין לבדוק את ההיבטים המשפטיים הקשורים לעסקה זו מבחינת דיני התחרות. בנסיבות אלה ולאור קשרי העבודה הממושכים כפי שהתגבשו בין הנאשמים לעורכי דינם, אינני סבור שהעדרה של חוות דעת בכתב פוגם במקרה זה במשקלה של חוות הדעת או בסבירותה בעיני הנאשמים או מקים חשש לכך שהפנייה לקבלת חוות הדעת, הייתה פנייה מוזמנת שנועדה להכשיר שלא בתום לב את העסקה.

133. טענה נוספת שהעלתה המאשימה בנושא זה הייתה שלמשרדי עורכי הדין המעורבים לא הייתה מומחיות מספקת בדיני ההגבלים העסקיים. לטענתה, עו"ד ינובסקי ועו"ד ברנדווין מייצגים אמנם משרדים מכובדים, אך על דרכם ניכרו מקרים ספורים בלבד שבהם הם עסקו בתחום ההגבלים העסקיים. עיקר מומחיותם של עורכי-דין אלה, נטען, הוא בייעוץ שוטף וליווי ממושך של חברות - תנובה ומאיר עזרא - ואילו פעילותם בתחום דיני ההגבלים העסקיים הייתה מצומצמת למדי. לגבי עו"ד ברנדווין נטען, כי הוא טיפל בשני מקרים בלבד שבהם התעוררו שאלות בתחום דיני ההגבלים העסקיים. באשר לעו"ד ינובסקי, טוען ב"כ המאשימה בסיכומיו, כי המשותף לכל נשואי טיפולו היה שאלת המעמד המונופוליסטי של לקוחותיו, והוא לא רכש ניסיון בשאלות בתחומים משיקים של דיני ההגבלים העסקיים - כדוגמת הסדרים כובלים.

לשם הסר ספק, מבהירה המאשימה בסיכומיה, כי היא אינה מתיימרת "להציע או לטעון דבר לעניין מיומנות אי אלה מעורכי הדין. כל שאנו אומרים הוא, כי לא באלה יוכלו הנאשמים

לגדור עצמם בהגנה של קבלת עצה משפטית מדי עו"ד מומחה בתחום. מומחיותם של עורכי הדין בתחום ההגבלים העסקיים אינה עומדת אפוא בכדי ליתן מחסה לנאשמים מפני עבירה על דיני ההגבלים העסקיים".

134. אינני מקבל טענה זו בדבר העדר מומחיות מספקת של עורכי הדין של הנאשמים בתחום ההגבלים העסקיים. מהראיות עולה כי משרד עורכי הדין אשר ייצג את הנאשמים 1-2 (משרד עו"ד פרידמן) הוא אחד ממשרדי עורכי הדין הגדולים בישראל, ודאי בחיפה, אשר מעסיק 25-26 עורכי-דין, ולו משרדים בחיפה, תל-אביב ובהרצליה. מי שטיפל בעסקה זו - עו"ד ינובסקי - הוא השותף הבכיר במשרד זה, בעל ותק מקצועי של 45 שנה המתמחה, על-פי עדותו, במשפט מסחרי וכל הכרוך בכך, בכלל זה, מיסוי, הגבלים עסקיים, חברות, ומשפט ימי. על-פי עדותו של עו"ד ינובסקי, "הנושא של הגבלים עסקיים בחיי המסחר והכלכלה בארץ הוא נושא שאתה לא יכול להתעלם ממנו. אתה חייב להיות ער ולבדוק את עצמך כל פעם לפי החוק הזה אם אתה צריך אישורים או אם אתה לא צריך אישורים... אני עוסק בו הרבה מאד. כמעט בכל עסקה הנושא הזה מתעורר" (עמ' 7-8 לעדותו). עוד עולה מעדותו של עו"ד ינובסקי, כי הוא עסק קודם לעסקה זו בנושאים נוספים בתחום זה, בין היתר: הכרזת הממונה על "שירותי תעופה", "מגל" ותנובה כעל בעלות מונופולין, כל אחת בתחומה (תנובה - בענף החלב), ואף ניהל את ההתדיינות המשפטית של תנובה בפרשת "עוף טוב" בבית הדין להגבלים עסקיים ואחר-כך בבית המשפט העליון.

אינני מקבל בהקשר זה גם את הטענה שעיקר התמחותו של עו"ד ינובסקי בתחום זה התמקדה בנושא המונופולין, ולא הייתה לו התמחות מספקת בנושאים אחרים בתחום ההגבלים העסקיים, בכלל זה הסדרים כובלים, שהוא הנושא הנדון כאן. לא הוצגה כל ראיה על כך שבתחום זה של דיני ההגבלים העסקיים, קיימות התמחויות משנה מסוג זה שעליו מצביע ב"כ המאשימה. מדובר, כידוע, בתקופה שסמוך לאחריה, חלה עליית מדרגה בנושא האכיפה כמו גם המודעות הציבורית הרחבה לתחום כלכלי - משפטי זה. ספק בעיני אם באותה תקופה (אמצע שנת 1993) אף היו בשוק הפרטי עורכי דין שעיקר עיסוקם והתמחותם התמקדו בנושא ההגבלים העסקיים בכלל, ובנושא ההסדרים הכובלים בפרט.

גם ביחס לעורך דין ברנדווין אני סבור שאין לקבל את הטענה בדבר העדר מומחיות מספקת בתחום זה. זאת לאור עדותו של עו"ד ברנדווין, ממנה עולה, כי הוא עו"ד מ - 1985 וגם משרדו מתמחה במשפט המסחרי "עם דגש על דיני חברות, דיני ניירות ערך, הגבלים עסקיים, חוזים" (פ. 15.6.98, עמ' 57). הוא שימש כעו"ד המסחרי הראשי של קבוצת מאיר עזרא וייצג קבוצה זו גם במגעים עם הממונה על ההגבלים העסקיים בנושאים אחרים. מסיבה זאת, הסביר עו"ד ברנדווין, הייתה קיימת אצלו, בעת שהתחיל לטפל בעסקה נשוא הדיון, מודעות רבה לנושא ההגבלים העסקיים.

135. ב"כ המאשימה טען גם כנגד סבירותו של הייעוץ המשפטי שניתן לנאשמים על-ידי עורכי דינם. לפי טענה זו, "עו"ד ינובסקי עצם עיניו מראות הסדר כובל בפעילות השיווקית המשותפת של תנובה ומאיר עזרא, בקביעת המחירים המשותפת ובחלוקת המכסות והלקוחות. לדידו, הסדר המצמצם תחרות קיימת בין הצדדים אך נועד ל'הקמת יחידה כלכלית חדשה', כהגדרתו, אינו בגדר הגבל עסקי". זאת, לטענת המאשימה, חרף העובדה ש"הסדרים מעין אלה נופלים, כידוע, בגדרו של סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, משפגיעתם בתחרות ברורה לעין כל. קשה לראות כיצד עומדת חוות הדעת הדנה בדיני ההגבלים העסקיים, בלא שתבחן שאלת קיומו של הסדר כובל מלכתחילה, באמות מידה סבירות".

עו"ד ברנדווין, טוענת המאשימה, אף הגדיל לעשות: "אף שהיה מודע לעמדתו של הממונה על ההגבלים העסקיים, הבוחנת בחשדנות את הפעילות המשותפת בתמ"ע, ולאי הנחת הברורה בה ראתה רשות ההגבלים העסקיים את שותפות תמ"ע, לא מצא לנכון לפנות עדי הממונה לשם הבהרה ולמצער למתן פטור לפעילות המשותפת. גם בעקבות החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין מיזוג לויס קיטרינג, בה הבהיר הממונה כי ימשיך ויבחן את מתכונת פעילותה של תמ"ע, בהיותה של זו מעוררת חשד של ממש לפגיעה בתחרות, המשיך עו"ד ברנדווין להתעלם מאמירה מפורשת זו, וביכר שלא לפנות לרשויות, ולהביא להכנסת פעילות תמ"ע ומרשתו - קבוצת מאיר עזרא - תחת כנפי החוקיות".

ב"כ המאשימה גם תוקף את איכותה של הבדיקה המקצועית שנעשתה על-ידי עורכי הדין. לגבי עו"ד ינובסקי נטען, שהאסמכתאות אליהן פנה נותרו עלומות, ובכל מקרה, הוא נמנע מלבחון את פסק הדין המנחה בארה"ב בסוגיה זו ופסק הדין בעניין Penn-Olin.

אשר לעו"ד ברנדווין נטען, זה כלל לא זכר אם פנה בעניין זה לספרות או לפסיקה במשפט המשווה.

136. שאלה ראשונה העולה בהקשר זה הנה, האם סבירות הבדיקה שנעשתה על-ידי עורך הדין מהווה תנאי עצמאי אשר נדרש לשם הקמת ההגנה של ההסתמכות, או שמדובר בראייה נסיבתית אשר עשויה להצביע על קיומו או העדר קיומו של תום לב במתן הייעוץ המשפטי.

שאלה נוספת שעולה בהקשר זה, הנה האם מבחן הסבירות צריך שיתקיים בנאשם, או שבחינת סבירותו של הייעוץ ודרכי הבדיקה צריך שתעשה גם מנקודת המבט של עורך הדין.

137. הדעת נותנת שסבירות הייעוץ המשפטי צריך שתבחן מנקודת מבטו של הנאשם, שהרי מדובר בהגנתו של הנאשם, וזה אינו יכול בדרך-כלל לבחון את סבירות הייעוץ המשפטי, אלא אם הנסיבות שבהן הוא ניתן, צריכות היו להעלות בלב הנאשם ספיקות לגבי תקיפותו המקצועית של הייעוץ המשפטי. כך נקבע בפסק הדין של בית המשפט המחוזי בפרשת פרומדיקו:

"הסתמכות על ייעוץ משפטי שניתן להיבנות עליה כהגנה מפני הפרת הדין מחייבת מילויים של מספר תנאים מוקדמים :

...
4. כי הייעוץ המקצועי עומד על פניו במבחן הסבירות כפי שיכול נישום בהתאם לכישוריו האינדוידואליים לבוחנו. בכגון דא יילקחו בחשבון כישוריו המיוחדים של הנישום להעמיד במבחן ביקורת את הייעוץ המשפטי שניתן..."

(שם, בעמ' 71).

גם בפסק הדין בעניין ויסמרק הכיר בית המשפט העליון, כפי שנזכר, בטענת ההסתמכות על ייעוץ שקיבל הנאשם במחלקת מהנדס העיר כמבססת טענת הגנה לפי סעיף 34 לזכויות העונשין, חרף העובדה שלא הוכח כמעט דבר לגבי סבירותו, מהבחינה האובייקטיבית, של אותו ייעוץ.

138. מכאן, שנקודת הראות שעל יסודה תיבחן סבירות הייעוץ המקצועי, היא נקודת הראות של הנאשם ויכולתו לבחון, על-פי כישוריו האינדוידואליים, את סבירות הייעוץ. מבחינה זו קשה לראות כיצד יכולים היו הנאשמים לבחון את סבירות הייעוץ שניתן להם על-ידי עורכי דינם, והם ודאי לא יכולים היו להרחיק חקר לגבי האסמכתאות המשפטיות שעליהן בוסס אותו ייעוץ.

139. גם לגופו של עניין, טענה זו, התוקפת את סבירותו האובייקטיבית של הייעוץ המשפטי שניתן לנאשמים, אינה מקובלת עלי. כפי שמציינים ב"כ הנאשמים, תחום משפטי זה היה באותה העת בישראל בראשית התפתחותו. הפסיקה במשפט הישראלי בתחום ההגבלים העסקיים בכלל הייתה באותה העת דלה ביותר, ולא היה, ככל שידוע לי, ולו פסק-דין אחד שדן בנושא זה. אשר למשפט המשווה, אינני שולל את טענת ב"כ המאשימה שבנסיבות אלה, היה מקום להיעזר לצורך מתן חוות הדעת גם במשפט זה. אולם, על-פי עדותו של עורך דין ינובסקי הוא אכן פנה בנושא זה גם למקורות במשפט האמריקאי.

מעבר לאלה, לא ניתן שלא להזכיר גם בהקשר זה, את חוות דעתו של כב' השופט טירקל בפסק הדין בעניין טבעול, שקבע, כפי שכבר נזכר, לגבי נאשמים שהיו שותפים בשותפות, כי "הסדר בין צדדים - שהם רכיביה של אישיות עסקית אחת, שאחדותה אינה פורמלית גרידא אלא מהותית - אינו אלא הסדר פנימי ש"כבילותיו" מכוונות כלפי הצדדים לו ולא כלפי הציבור. אין לראות בו הסדר כובל". אינני רואה כיצד ניתן לטעון שחוות דעתם של עורכי הדין אשר בוססה על אותה השקפה ממש שבה החזיק (מאוחר יותר) שופט בית המשפט העליון, גם אם בדעת מיעוט, לוקה בחוסר סבירות שיש בו כדי לשלול מהנאשמים את הגנת ההסתמכות.

140. טענה נוספת שמעלה המאשימה היא, שהנאשמים לא הציגו בפני עורכי דינם את כלל הנתונים והשאלות הרלוונטיות באורח ישיר וברור, והתמונה שהוצגה לפני עורכי הדין הייתה, לפי הטענה, תמונה חלקית בלבד.

באופן קונקרטי נטען בהקשר זה, שלנדסמן הציג בפני עו"ד ינובסקי את שאלת הכשרות של העסקה מבחינת דיני ההגבלים העסקיים בהתייחס לנושא הייבוא בלבד (עדות לנדסמן בעמ' 49). זאת למרות שהפעילות של תמ"ע העומדת למבחן בכתב אישום זה היא הפעילות השיווקית ולא פעילות הייבוא. גם לגבי פעילות זו, טוענת המאשימה, מה שהתבקש על-ידי לנדסמן מעורך דינו הוא לדעת "באופן כללי האם אני מכוסה מבחינת ההגבלים העסקיים". עוד טוענת המאשימה שלנדסמן הודה בעדותו (בניגוד לדבריו בתחילת העדות) כי לא עבר עם עו"ד ינובסקי על מכלול סעיפיו של פרוטוקול השיווק, וכי לא קיבל חוות-דעת ספציפית המכשירה את אותו פרוטוקול ביחס לכל אחד מסעיפיו. טענה נוספת של המאשימה בהקשר זה הנה, שעו"ד ינובסקי אישר בעדותו כי הוא לא ציין לפני מרשו את "קונספציית דיני ההגבלים העסקיים" שלו. תמונת דברים דומה עולה, לטענת המאשימה בסיכומיה, גם מעדותו של עו"ד ברנדווין, לפיה "אנחנו התייחסנו לשורה התחתונה, לא ראינו את הפרוטוקול כדבר שעומד במוקד העסקה או כדבר המרכזי בעסקה, כל אחד מאתנו בחן את הדברים. אנחנו שוחחנו בטלפון והדברים היו בגדר של חילופי שורה תחתונה שאין המדובר בהגבל עסקי" (פ. 15.7.98, בעמ' 68).

חשיבות רבה מייחסת המאשימה, על-פי סיכומיה, גם לכך שעורכי הדין היו מעורבים בעיקר בשלבים ההתחלתיים של פעילות תמ"ע וכי חוות-דעתם ניתנה "אך על עצם התקשרותן של תנובה ומאיר עזרא בחברה המשותפת לתנאי ההקמה, אך לא עסקה בפעילותה השוטפת של תמ"ע, ובהתאמת הפעילות לתנאי המשק המשתנים".

141. גם טענה זו אינה מקובלת עלי. כפי שצוין לעיל, טענותיה של המאשימה בכל הנוגע לכבילות נשוא האישום התקבלו על בסיס הנוסח של פרוטוקול מדיניות השיווק (ת3/). פרוטוקול זה נוסח על-ידי עורכי הדין עצמם והוא התייחס באופן מפורט לכל אחת מהכבילות נשוא ההסדר הכובל. על רקע זה לא ניתן לקבל את הטענה, שעורכי הדין לא היו ערים לכבילות שבהסדרים הכובלים או שהנאשמים לא הציגו בפניהם כבילות אלה באופן מלא. בנסיבות אלה גם ברור שאישורם של עורכי הדין את כשירותה של העסקה בהיבט של דיני ההגבלים העסקיים, חל על כלל תנאי ההסכמים, כולל הפרוטוקול, על כל כבילותיהם. לאור כך, אין לקבל גם את הטענה, שהיה על הנאשמים לעבור עם באי-כוחם על כל אחד מתנאי ההסכמים, במיוחד פרוטוקול השיווק, ולבקש התייחסות פרטנית של עורכי הדין מנקודת המבט של דיני ההגבלים העסקיים ביחס לכל סעיף וסעיף שבהסכמים אלה בנפרד.

אינני מקבל גם את הטענה המבוססת על הקטע המצוטט מעדותו של לנדסמן (עמ' 49 לפרוטוקול עדותו), שהייעוץ המשפטי שהתבקש וניתן התייחס לנושא הייבוא בלבד. העיון בעדויותיהם המלאות של לנדסמן ועו"ד ינובסקי שולל טענה זו מכל וכל.

גם העובדה שעורכי הדין לא ליוו את פעילותה של תמ"ע לאחר הקמתה איננה פוגעת, לדעתי, בטענת ההסתמכות, שהרי העבירה המיוחסת לנאשמים עניינה, כפי שהדגיש ב"כ המאשימה בסיכומיו לא אחת, בעצם עשייתו של ההסדר הכובל ולא בביצועו.

142. על יסוד כל שנאמר לעיל, אני קובע כי הוכח שהנאשמים פעלו בכל הנוגע להסכמות וההסדרים נשוא כתב האישום, תוך שהם סומכים בתום לב על עצה משפטית שקבלו, לפיה אין באותן הסכמות משום עבירה על חוק ההגבלים העסקיים. בנסיבות המקרה כפי שתוארו בהכרעת הדין לעיל, אני סבור שטעותם של הנאשמים הייתה בלתי נמנעת באופן סביר, באופן שמקים להם הגנה מכוח סעיף 34³⁴ ל חוק העונשין.

143. לאור האמור אני מזכה את הנאשמים מהעבירות המיוחסות להם בכתב האישום.

הודע על זכות ערעור לבית המשפט העליון בתוך 45 יום.

ניתן היום, כ"ז בכסלו תשס"ב (12 בדצמבר 2001), במעמד הנאשמים ובאי-כוח הצדדים.

י. עדיאל, שופט