



בבית המשפט העליון

ע"פ 2560/08
ע"פ 2562/08
ע"פ 2563/08
ע"פ 2572/08
ע"פ 2573/08
ע"פ 2574/08

בפני :

כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט י' דנציגר

המערערת בע"פ 2560/08
והמשיבה בע"פ 2562/08 ;
ע"פ 2563/08 ; ע"פ 2572/08 ;
ע"פ 2573/08 ; וע"פ 2574/08 :
מדינת ישראל - רשות ההגבלים העסקיים

נ ג ד

- | | |
|---|--|
| 1. ירון וול | המשיב בע"פ 2560/08
והמערער בע"פ 2573/08 : |
| 2. חב' גברעם מעטפות איכות בע"מ | המשיבות בע"פ 2560/08 |
| 3. גברעם מעטפות ומוצרי נייר שותפות מוגבלת | והמערערות בע"פ 2572/08 : |
| 4. יוסף דוברובסקי | המשיבים בע"פ 2560/08 |
| 5. דפרון פתח תקוה 1972 בע"מ | והמערערים בע"פ 2563/08 : |
| 6. שרגא וייס | המשיבים בע"פ 2560/08 |
| 7. עידו קליין | והמערערים בע"פ 2574/08 : |
| 8. אמקה מעטפות בע"מ | |
| 9. רונן קיל | המשיבים בע"פ 2560/08 |
| 10. יצחק טפרברג | והמערערים בע"פ 2562/08 : |
| 11. אורק נייר בע"מ | |

ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין שניתנו בבית המשפט
המחוזי בירושלים בימים 3.7.07 ו- 19.12.07
בהתאמה בת"פ 377/04 על ידי השופט יוסף שפירא

תאריכי הישיבות : 3.3.2009 ; 4.3.2009

בשם המערערת : עו"ד מיכל כהן ; עו"ד בועז גולן

בשם המשיב 1 :	עו"ד רות ליטבק; עו"ד רווית צמח; עו"ד אורי פירסט
בשם המשיבים 2-3 :	עו"ד שלומית ארליך; עו"ד אילן ואנה
בשם המשיבים 4-5 :	עו"ד פרופ' דוד ליבאי; עו"ד גיל עשת
בשם המשיבים 6-8 :	עו"ד יוסי לוי; עו"ד עופר קורלנדר; עו"ד ורד לוי
בשם המשיבים 9-11 :	עו"ד זיו אברמוביץ

פסק דין

השופט א' רובינשטיין:

א. שישה ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט י' שפירא) בת"פ 377/04, אשר הרשיע את המשיבים בע"פ 2560/08 בשורת עבירות על חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן החוק) וגזר עליהם עונשי מאסר על תנאי, עבודות שירות וקנסות. בע"פ 2560/08 מערערת המדינה (להלן המערערת או המדינה); בע"פ 2573/08 מערער המשיב 1 (להלן וול); בע"פ 2572/08 מערערות המשיבה 2 (להלן גברעם) והמשיבה 3 (להלן שותפות-גברעם); בע"פ 2563/08 מערערים המשיב 4 (להלן דוברובסקי) והמשיבה 5 (להלן דפרון); בע"פ 2574/08 מערערים המשיב 6 (להלן וייס), המשיב 7 (להלן קליין) והמשיבה 8 (להלן אמקה); ובע"פ 2562/08 מערערים המשיב 9 (להלן קיל), המשיב 10 (להלן טפרברג) והמשיבה 11 (להלן אורק); (כולם ייקראו להלן המשיבים או הנאשמים). כל הערעורים מופנים הן נגד הכרעת הדין מיום 3.7.2007 הן נגד גזר הדין מיום 19.12.2007, למעט ע"פ 2563/08 המופנה רק כנגד גזר הדין. השוק בו מדובר הוא שוק המעטפות בישראל, והפרשה זכתה לכינוי "קרטל המעטפות".

כתב האישום

ב. כתב האישום המתוקן מיום 11.10.2004, ייחס לנאשמים עבירות על סעיף 47(א)(1) לחוק, בגין היותם צדדים להסדרים כובלים שנעשו בשוק המעטפות. על פי המתואר, עסקו החברות הנאשמות במועדים הרלבנטיים לכתב האישום בייצור ובשיווק מעטפות. וול כיהן כמנכ"ל חברת גברעם, אשר הוקמה על-ידי שותפות-גברעם ומצויה בבעלותה; דוברובסקי כיהן כמנכ"ל חברת דפרון; וייס כיהן כמנכ"ל חברת אמקה; קליין החזיק ב-51% מחברת אמקה וכיהן בה כמנהל פעיל; קיל כיהן כמנכ"ל חברת אורק; וטפרברג החזיק ב-50% מחברת אורק, וכיהן בה כמנכ"ל במועדים הרלבנטיים.

ג. עוד תואר בכתב האישום, כי צרכני מעטפות נחלקים לשתי קבוצות עיקריות: המגזר הממשלתי, עליו נמנים המדפיס הממשלתי, משרדי הממשלה, רשות הדואר, ורשויות מדינה נוספות; והמגזר המוסדי-עסקי עליו נמנים, בין היתר, בנקים, חברות אשתי, אוניברסיטאות, חברות טלפון וחברת החשמל. במגזרים אלו נעשה עיקר רכש המעטפות בדרך של פרסום מכרז או בקשה להצעת מחיר. על קבוצת הצרכנים השלישית הקטנה מבין השלוש - המגזר הקמעונאי - נמנים, בין היתר, סיטונאים, בתי דפוס, וחנויות למכשירי כתיבה ולציוד משרדי, וכל אלה מוכרים את המעטפות הלאה - לצרכן הסופי.

אישום ראשון: נאשמים 8-1

ד. באישום הראשון טענה המדינה, כי החל מהמחצית השנייה של שנת 1995 ועד לסוף שנת 2002 היו הנאשמים 8-1 צדדים להסדרים כובלים. כך הסכימו וול, דוברובסקי וייס וקליין לתאם בין גברעם, שותפות-גברעם, דפרון ואמקה חלוקה של זכייה במכרזים וחלוקת לקוחות מן המגזר הממשלתי - בהם ביטוח לאומי, רשות הדואר והמדפיס הממשלתי, ומן המגזר המוסדי-עסקי - בהם בזק, חברת חשמל, ויזה כ.א.ל, ישראלכרט, בנק הפועלים, בנק דיסקונט, בנק מזרחי, דפוס בארי, "עסקה טובה", האוניברסיטה הפתוחה ואוניברסיטת חיפה. התיאום נעשה, כמתואר, על דרך של שיוך לקוחות לכל אחת מן החברות ושל חלוקת מכרזים תקופתיים של המדפיס הממשלתי, כגון המכרזים לייצור מעטפות למערכת הבחירות (להלן מכרז הבחירות), ולייצור מעטפות מבוללות מסוג "חמנית" ו"יקינטון" (להלן מכרזי חמנית ויקינטון), בין גברעם לבין דפרון בדרך של רוטציה ביניהן.

ה. על פי הנטען, בשיחות ובפגישות שנערכו ביניהם תיאמו הנאשמים את גובה ההצעות שיוגשו על-ידיהם במכרזים, על מנת להבטיח את זכייתה של החברה לה שיוך המכרז, ופיצו זה את זה על סטייה מן החלוקה שנקבעה, בדרך של הזמנת מעטפות הדדית או הבטחת זכייה במכרזים עתידיים. לשם כך, ניהלו התחשבנות, בה נבדק חלקה של כל חברה מתוך סך הזכיות באותה תקופה ובהשוואה לחלק השוק שיועד לה.

ו. נטען, כי עובדות אלו מגבשות את עבירת ההסדר הכובל לפי סעיף 47(א)(1) בצירוף סעיפים 2(א), 2(ב)(1) ו-2(ב)(3) לחוק, וכי לא נתקבל אישור להסדר כובל או פטור מאישור ביחס להסכמות האמורות, כדרישת סעיף 4 לחוק. עוד יוחסה לנאשמים - מחודש פברואר 2000, עת נכנס לתוקף תיקון מס' 6 לחוק - עבירת עשיית הסכם כובל בנסיבות מחמירות לפי סעיפים 47(א)(1) ו-47(א)(2) לחוק. וול, דוברובסקי וייס וקליין הואשמו, לחלופין, גם בצירוף סעיף 48 לחוק.

אישום שני: הנאשמים כולם למעט נאשם 6

ז. נטען, כי החל מראשית שנת 1997 לערך, ועד לחודש מרץ 1998 לכל הפחות, הסכימו הנאשמים כי אורק תחדל מיבוא מעטפות ומשיווק מעטפות מיובאות, בתמורה לתשלומים כספיים אשר שילמו לה גברעם, דפרון ואמקה במהלך השנים 1997-1998, ואשר הסתכמו בסך כ-400,000 ₪ לפחות. בכך, נטען, היו הנאשמים צדדים להסכמות המהוות כבילות, הנוגעות לחלוקת שוק לפי סוג האנשים שעמם יעסקו וכן כאלה הנוגעות לכמות הנכסים או השירותים בעסק לפי סעיף 47(א)(1) לחוק, בצירוף סעיפים 2(א), 2(ב)(3), 2(ב)(4) ו-4 לחוק. וול, דוברובסקי קליין, קיל וטפרברג, הואשמו, לחלופין, גם בצירוף סעיף 48 לחוק.

אישום שלישי: נאשמים 1-8, למעט נאשמת 3

ח. נטען, כי במהלך חודש אוקטובר 2002 הסכימו נאשמים 1-2 ו-4-8 לפרסם מחירונים חדשים של מעטפות שבמסגרתם יעלו את מחירי המעטפות לצרכנים מהמגזר הקמעונאי בכ-10%. במסגרת אישום זה הואשמו הנאשמים בעבירה לפי סעיף 47(א)(1), בצירוף סעיפים 2(א) ו-2(ב)(1) לחוק. וול, דוברובסקי, וייס וקליין הואשמו, לחלופין, גם בצירוף סעיף 48 לחוק.

הכרעת הדין קמא

1. סוגיות כלליות

ט. טרם דיון לגופם של האישומים, קבע בית המשפט המחוזי מספר קביעות הנוגעות לפרשה כולה. בשאלת פסלותן של ראיות מסוימות נוכח הלכת יששכרוב (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 4.5.2006)) (להלן הלכת יששכרוב)), אשר נתפרסמה לאחר הגשת סיכומי הצדדים, נדונו טענותיהם של דוברובסקי ושל וייס. בעניין זה טען דוברובסקי כי שורת המחדלים שנפלה בחקירתו, ובהם מניעת מפגש עם עורך דינו, עיכובו לחקירה באופן בלתי חוקי ואי-רישום עדותו בעת גבייתה, מצדיקה פסילת הודיותיו על פי הלכת יששכרוב. בדומה נטען על-ידי וייס, כי לא ניתן לו להתייעץ עם עורך דינו, וכי החוקרת מטעם הרשות להגבלים עסקיים (להלן הרשות), אורית פרי, השתמשה בתחבולה על מנת למנוע ממנו לשמור על זכות השתיקה. טענות אלו נדחו ונקבע, כי ההודיות שניתנו ברשות - קבילות.

י. עוד נדון נושא שתיקת הנאשמים, אשר בחרו כולם שלא לעלות על דוכן העדים. נקבע, כי שתיקתו של נאשם יכולה להוות חיזוק ואף סיוע לראיות כנגדו על פי הוראת סעיף 162(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן חוק סדר הדין הפלילי), וכי על פי הלכת מילשטיין (רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 14.12.2006) (להלן עניין מילשטיין), הימנעות נאשם מעדות יכולה להוות "דבר מה נוסף" על מנת להרשיעו על סמך הודיית חוץ, בהתקיים שלושה תנאים מצטברים שאכן קוימו בנדון. לאחר שבחן את טענות הצדדים בנושא, קבע בית המשפט, במסגרת האישום הראשון, כי שתיקתם של וול, דוברובסקי, וייס וקליין מהווה חיזוק לראיות המערערת נגדם, וכי שתיקתו של וייס מהווה גם "דבר מה נוסף" להודיית החוץ שלו ברשות, על פי תנאי הלכת מילשטיין. טענתם של וייס ושל קליין כי נמנעו מעדות בשל היותם קרובי משפחה (גיסיים) נדחתה; במסגרת האישום השלישי נקבע, כי שתיקתם של וול ודוברובסקי יכולה היתה להוות חיזוק לראיות המערערת אילו היו בנמצא ראיות לביצוע העבירה, אך בהעדרן - אין מתגבשת עבירה. באשר לוייס נקבע, כי גם באישום זה יכולה שתיקתו להוות דבר מה נוסף המאפשר הרשעתו על פי הודייתו, אך אין בכך צורך שכן אין הראיות כנגדו מחייבות דבר מה נוסף.

יא. עוד נדונה שאלת קבילותן במקרה דנא של אמרות עדים מחוץ לבית המשפט, על פי סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971. נקבע, כי אף שהשימוש בסעיף זה אינו דרך המלך, הנה נוכח הקשיים בהוכחתו של קרטל, נדרש בית המשפט לקבל אמרות חוץ לאחר שרענון זיכרונם של העדים לא צלח. כך נקבע, כי הודעותיו של רוני טל - מנהל השיווק של גברעם (להלן טל), שיפורטו להלן, מתקבלות על פי הוראות סעיף 10א(ג) לפקודת הראיות - שכן טל לא חזר עליהן בעדותו בבית המשפט, בטענה שאינו זוכר. אמרות אלו כוללות את הודעותיו בדבר שיחות טלפון שנערכו בין וול ויאיר מוראש - מנהל השיווק של גברעם (להלן מוראש), לבין וייס ואיציק באוכנר - מנהל השיווק של דפרון (להלן באוכנר), להן היה טל עד דרך הדיבורית ברכב; על ויכוח והתחשבנות בין מוראש לבין באוכנר; על שיחה בין וול למוראש שהיה טל עד לה, ושעסקה בתיאום בין החברות; ועל אמירתו של וול בפני טל כי הוא מדבר עם מתחרים. כן נקבע, כי הודעותיו של מוראש על שיחת טלפון שלו עם דוברובסקי בהתלונן על מחיריה הנמוכים של דפרון; על כך שבאחת הפגישות דנו בכניסת סיטונאי דפרון ואמקה לסחר עם לקוחות גברעם; על הפגישה במושב רינתיה ומיהות הנוכחים בה - מתקבלות אף הן על פי הוראת סעיף 10א(ג) לפקודת הראיות.

יב. לבסוף נדונה, בסוגיית הראיות, שאלת קבילותם של זכרונות-דברים, המתעדים אמרות של נאשמים או עדים במשפט, ושהמערערת ביקשה להגיש כראיה לתוכנם. קבילותם נבחנה מן ההיבט שעניינו האם נאמרו הדברים באופן חופשי ומרצון. נקבע, כי לחלק מזכרונות-הדברים יש ליתן משקל מועט, מאחר שלא הוצגו לעדים בבית המשפט ולא קיבלו את אישורם.

יג. לגופם של אישומים נפסק, כי לא התקבל אישור או פטור מאישור לקיומו של הסדר, כנדרש על פי סעיף 4 לחוק, וכי אישור כזה אף לא נתבקש על-ידי מי מהנאשמים; שנית, נדחתה טענת הנאשמים, כי בפנינו התאמה אוליגופוליסטית מותרת - קרי, התאמה שבמסגרתה מכלכלים השחקנים בשוק צעדיהם על פי הערכת הצעדים שינקטו מתחריהם ומבלי להיפגש עמם - וזאת בעיקר בשל היעדר הסבר חלופי לשיבות המשותפות שנערכו ביניהם, ובשל סיכום התוצאות וההתחשבנות שנערכה בטבלאות אשר נמצאו; אלה מהניס, לדעת בית המשפט, ראיה חזקה לקיומו של מנגנון להסדרת תמריצים.

יד. לשאלת הגדרתו של השוק הרלבנטי - האם הוא שוק ייצור המעטפות ושיווקן בלבד, כפי שנטען בכתב האישום, או שמא כולל הוא את שוק הדיורור כולו, כפי שטענו הנאשמים - קבע בית המשפט, כי נוכח יחסי הגומלין בין השווקים בראי "מבחן התחליפיות", עסקינן בשוק אחד, הכולל, מלבד מעטפות גם "מעטפיות" (נייר עליו מודפס מלכתחילה כל המידע הרלבנטי, והוא מקופל כמעטפה ונשלח ללקוח), וכן "מעטפיות-פלוס" (מעטפיות המשמשות גם כמעטפות), המהוות שתיהן, תחליף בפועל או בכוח לכל שימושי המעטפה.

טו. טענת ההגנה בדבר "זוטי דברים" לפי סעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 נדחתה על-ידי בית המשפט, כמו גם טענת "האכיפה הבררנית" אשר הועלתה על-ידי וייס, קרי, כי הוא הופלה מדומיו בחברות אחרות שלא הואשמו; נקבע, כי תפקידו של וייס חרג בהרבה מאלה של "מקביליו" באמקה ובחברות הנאשמות האחרות, ונתקבלו שיקולי המערערת שלא להעמיד לדין עדים פוטנציאליים, כמו למשל מוראש, שחלקו בניהול הקרטל היה רב ולמרות זאת לא הועמד לדין.

טז. לגבי עדותו של מוראש נקבע, כי אף שהיה יד ימינו של וול ושותף בביצוע העבירות, אין לראותה כעדות עד מדינה, משום שמוראש לא זכה בטובת הנאה. הוטעם, כי אי-הגשת כתב אישום כנגדו אינה טובת-הנאה, וכי אי-העמדתו לדין מתיישב עם מדיניות ההעמדה לדין בתיק, שמעייניה היו נתונים לחברות, מנהליהן ובעליהן ולא

לנושאי המשרה בהן. ממילא, נקבע, כי אין מדובר בהרשעה על פי עדות יחידה של שותף, הדורשת סיוע, אלא בעדות אחת מיני רבות.

2. הכרעת הדין - האיטום הראשון

יז. יריעת המחלוקת לגבי איטום זה, השתרעה אך על שאלת תוכן הפגישות ושיחות הטלפון שקיימו הנאשמים, ולא על שאלת עצם קיומן. ראשית נבחנה שאלת קיומה של כוונה ליצור הסדר כובל. בהקשר זה השתכנע בית המשפט, כי ההסדר אכן לא הגשים את כל מטרותיו, שכן הוכח כי מחירי המעטפות הלכו וירדו חרף העלייה בעלויות חומרי הגלם, וכי שררה בשוק "תחרות רבתי", אולם קבע כי נתקיימה הסכמה ליצור הסדר כזה, וכי די בכך לשם הרשעה.

הפגישות

יח. הראיות להוכחת ההסכמה התמקדו בשש פגישות ספציפיות שערכו ביניהם הנאשמים. נקבע, כי עצם קיומן של הישיבות המשותפות מהוה "ראיה נסיבתית משמעותית" לקיומו של הסדר. באשר לפגישה המרכזית במלון "ימית" ביום 2.5.2000, התקבלה גרסת המערערת, כי נכחו בה וול, מוראש, דוברובסקי ווייס, וכי נבחנו בה תוצאות חלוקת השוק בשנים שקדמו לפגישה, ועל פי תוצאות אלו נערכה התחשבנות בטבלאות (להלן טבלאות ימית). עוד נקבע, כי מתוצאות ההתחשבנות בפגישה ניתן ללמוד כי אמקה היא חלק מהקרטל, שכן סוכם כי תקבל פיצוי מידי יתר החברות. לגבי וייס נקבע, כי גם אם נכונה גרסתו, שנכח בפגישה על תקן "מרגל תעשייתי", די בכך על מנת לראותו צד להסדר כובל.

יט. עוד נקבע, כי בינואר 2000 נפגשו וול, מוראש וטל עם באוכנר, במסעדת "מפגשים", ודנו בחלוקת מכרז דפוס בארי. על פי עדותו של טל באותה פגישה היה ניסיון, שלא עלה יפה, להגיע להסכמה לתיאום מחירי המכרז. כן נקבע, כי הפגישה במלון דן בתל אביב בשנת 2002, בה נכחו וול, מוראש, דוברובסקי, וייס וקליין, עסקה בדרכים לפתרון הקושי שכונה בפי הנאשמים "בעיית היבואנים" וכן בעניין המחירון החדש - סוגיות הרלבנטיות לאיטום השני והשלישי בלבד. לפיכך נקבע, כי המערערת לא הרימה את נטל ההוכחה שבפגישה זו ביצעו הנאשמים חלוקת מכרזים ולקוחות כפי שתואר באיטום הראשון.

כ. באשר לפגישה במלון "דן אכדיה" בהרצליה, שנערכה כשבוע לאחר הפגישה הקודמת ונכחו בה אותן נפשות, נקבע כי מלבד בעיית היבואנים ועניין המחירון, נדונה בה גם סוגיית כניסת הסיטונאים של דפרון ואמקה ללקוחות גברעם - עניין שגברעם

התרעמה עליו. כניסה זו עמדה בניגוד לחלוקת הלקוחות המוסכמת, ולכן - קבע בית המשפט - נתבקשו החברות לרסן את סיטונאיהן. אשר לטענת וייס, קליין ואמקה, כי בפגישות אלה נבחנו אפשרויות לייצוא משותף של מעטפות ורכש משותף מנייר חדרה נקבע, כי אין היא סותרת את עדותו של מוראש, ממנה נלמד כי הפגישה עסקה גם בתיאום אסור.

כא. עוד נקבע, כי הוכח קיומן של שתי פגישות במסעדה באזור מושב רינתיה ליד פתח תקוה, בשנת 2000, וכי לפחות באחת מהן נכחו כל הנאשמים. אמנם נקבע, כי לא הוכח שסוכמו בפגישות הללו סיכומים ושנתקבלו החלטות, אך הוכח כי עניין המחירים היה אחד העניינים המרכזיים שנדונו.

כב. נדחתה טענת וייס, קליין ואמקה כי הוכחת מספר כה מועט של מפגשים בניגוד לקרטלים אחרים מעידה על העדר אופיין הקרטליסטי של הפגישות, ונקבע, כי קרטל אחד יכול שיהיה שונה ממשנהו באופן ניהולו. במקרה דנן נקבע, כי עסקינן בקרטל שאינו מצדיק פגישות תדירות, משום שחובת התיאום של החברות חלה בו, לפי כלליו, רק לגבי הזמנות מעל סכום של 100,000 ₪; משום שמרבית הרוכשים והיקפי העבודה היו ידועים מראש; ומשום שהסיכומים נעשו לתקופה ארוכה, כפי שמעידות טבלאות ימית. עם זאת מצא בית המשפט להדגיש חזור והדגש בפסק דינו, כי:

”אין מדובר בקרטל במובנו הרגיל, אלא מדובר בנסיון של היצרנים הנאשמים למנוע את שחיקתו של השוק לחלוטין... אי האמון אשר שרר בין חברי הקרטל דנן הרקיע שחקים. עובדות אלו מעידות על אופיו של הקרטל כקרטל המתנהל תחת מאזן אימה ולא תוך שיתוף פעולה הרמוני.” (הכרעת הדין, בפס' 63).

כג. עוד נקבע, כי וול ומוראש היו יוצאים לפגישות תדירות, מלבד הפגישות הספציפיות כאמור. נקבע כי אין לגבי פגישות אלה ראיות ישירות, אלא רק עדויות מפי השמועה של מתתיהו אשרוב, אשר עבד בגברעם (להלן אשרוב), אהרון כהן - מנהל ייצור בגברעם (להלן כהן) וטל, מי שתלונתו "פתחה את התיק". באשר לטענת המערערות, כי הנאשמים או מי מטעמם ניהלו שיחות תקופתיות ושוטפות הנוגעות לתיאום המחירים נקבע, כי מתדפיסי השיחות אשר הוגשו עולה שהללו לא היו על בסיס קבוע, וכי התדפיסים אינם מהווים ראיה משמעותית להוכחת הטענה, ובמיוחד נכון הדבר לגבי וייס וקליין. נקבע, כי העובדה שהמערערת לא הציגה בעניין זה את כל הראיות שיכלה להשיג עומדת לזכותם של הנאשמים.

עדויות לקיומו של קרטל

כד. עוד סקר בית המשפט את עדותם של חמשת עדי התביעה לקיומו של קרטל. לגבי עדות כהן נקבע, כי היא אמינה, וכי היה עד לקיומן של שיחות בין וול למתחרים. עדותו התקבלה כראיה נסיבתית לעניין הדברים ששמע, ובהם שמם של וייס ודוברובסקי כצד השני בשיחות שניהל וול, אך לא לאמיתות השיחות ותוכנן. כן העיד כהן, כי לאחר שחזר וול מפגישות עם מתחרים היה מעדכן אותו לגבי העבודות שגברעם קיבלה; על פי תוכן עדותו של מוראש נקבע, כי ניהל שיחות עם באוכנר ודוברובסקי מדפרון לגבי ירידת המחירים, וכן שיחות עם וייס מאמקה במטרה לשכנעו להפסיק למכור מעטפות לסוחרי נייר. נקבע, כי מטרת השיחות היתה למנוע מהסוחרים, נוכח המצוקה בה היו נתונים המפעלים, להתחרות בשוק המעטפות; לגבי עדותו של באוכנר נקבע, כי קיים שיחות טלפוניות ו"שיחות על כוס קפה" בעניין המחירים, וכי דיברו גם על "דברים עתידיים". כן ביקש מנציגי גברעם שלא יורידו מחירים באופן משמעותי, כדי לשמור על הסטטוס קוו. נקבע, כי עדות זו מעידה, למצער, על קיומו של הסדר מכללא לתיאום אסור; באשר לעדותו של טל, שכאמור היה מנהל השיווק של גברעם במשך חצי שנה, נתקבלה הודעתו מהחקירה במשרדי הרשות בהתאם להוראת סעיף 10א לפקודת הראיות. מהודעתו זו עולה, כי היה עד לשיחות בנושא תיאומי מכרזים והצעות מחיר בין וול ומוראש מגברעם לבין וייס מאמקה ובאוכנר מדפרון, בדיבורית ברכב. עוד נלמד מהודעתו, כי וול אמר לו שהם "מדברים עם המתחרים", וכי וול ומוראש שוחחו ביניהם מספר פעמים בענייני התיאומים מול דפרון ואמקה, כדי שאלה יאפשרו לגברעם לזכות במכרז, או להיפך; לבסוף, מעדותו של יוסי נדב, סמנכ"ל תפעול בגברעם (להלן נדב), שנתקבלה אף היא לפי סעיף 10א לפקודת הראיות, נלמד כי ערך שיחות טלפון עם באוכנר לגבי מחירי המעטפות.

ראיות נוספות לקיומו של קרטל

כה. נקבע, כי אחד המוצגים המשמעותיים מבחינה ראייתית לקיומו של הקרטל הוא מוצג ת/77 - המכונה "התיק החום" - אשר נתפס בעת חיפוש בביתו של וול. משקל ניתן לכך שבעת החיפוש היה וול חסר סבלנות וניסה למנוע את הכניסה לביתו, וכן לעדות כהן, כי וול נהג להסתיר את התיק בתקרה האקוסטית במשרדו. ניסיונו של וול לטעון לפסלות הראיה נוכח הלכת יששכרוב נדחה ונקבע, כי השגת הראיה נעשתה כדין ובהגינות.

כו. עוד בחן בית המשפט ראיות נוספות: מסמך על גביו נכתב "דו"ח 1/2 שנתי מכרזים" מתוך "התיק החום", ובו רשימת לקוחות לשנת 1998, שמות החברות דפרון וגברעם ולוח זמנים לפגישה נוספת, בכתב ידו של נדב (מוצג ת/53). נקבע, כי מסמך זה מהווה ראיה נוספת להתחשבנות בה נקטו הנאשמים, בדרך של ישיבות לניתוחם של

דו"חות חלוקת המכרזים; מסמך משנת 1996 בכתב ידו של נדב (מוצג ת/49), הכולל רשימת מטלות, בהן "הורדת מחירים שלא מתחת למינימום", "הגברת התיאומים על מוסדות", "העברת אינפורמציה על לקוחות בעייתיים", "רשימה של מוסדות שלא נוגעים בהם", "ריסון מחירים" וכן "פניות להקטור" (מי שהיה עד לשנת 1992 מנכ"ל גברעם ובעת הכנת המסמך יעץ לאמקה). מסמך זה היווה לפי קביעת בית המשפט "מעין תכנית אב למטרות הקרטל והדרכים לממשן", אולם צוין, כי אינו מרשיע ביחס לאמקה, וייס וקליין, שכן לא הוכחה הסכמתם לפניות גברעם; מסמך נוסף, שנקבע לגביו כי "הינו אחד מבין מארג המסמכים המפלילים", הוא בקשה של אוניברסיטה לקבלת הצעת מחיר מגברעם (מוצג ת/29), לבקשה צורף פתק בכתב יד, לפיו דפרון "מסרה להגיש מעל 90 ש"ח". הפתק מוקדם למועד מתן ההצעה, שבפועל אכן עמדה על 92 ש"ח לאלף מעטפות. נקבע, כי מסמך זה מעיד גם על העברת מידע בין גברעם לדפרון; מסמך נוסף הוא הסכם לכאורה בין שלוש יצרניות "1", "2" ו-"3" לפיו השתיים הראשונות אמורות לפצות את השלישית אם היקף המכירות שלה לא יגיע לרף המוסכם (מוצג ת/54). המסמך התקבל כראיה לעניין קיומו ולעניין אמיתותו בשל הערה בכתב ידו של נדב על גביו, אולם לא כראיה לתוכנו - שנותר בגדר עדות שמועה.

כז. עוד נבחנו ראיות הנוגעות להעברת המידע בין גברעם לאמקה. באשר לשני מסמכים שהגישה התביעה - הצעת מחיר מיוני 1995 שנתנה גברעם למתנר (ת/25), שעל גביה נכתב בכתב ידו של נדב "הועבר לעידו. אמקא" (הלא הוא עידו קליין), ופקס שנתקבל בגברעם מסוכן מעטפות, על גביו נכתב בכתב ידו של נדב, כי ניתנה הנחה וכי "נשלח לעידו בפקס" (ת/28), נקבע שלא הוכח כי באותה עת ידעה גברעם כי אמקה - אשר היתה עד לאותו מועד סוכנת של גברעם - החלה בייצור מעטפות, וכי קיים ספק אם מדובר בהעברת מידע לאמקה יצרנית המעטפות (אמקה מעטפות בע"מ), ולא לאמקה סוכנות המשנה (אמקה כל גליל). עם זאת נקבע, כי מסמך בכתב ידו של נדב מיולי 1995 (ת/27), בו נכתב תחת הלוגו של גברעם "נמסרו מחירים לאמקא", "תינתן הגנה לפי הצורך", מהווה ראיה להעברת מידע בין גברעם לאמקה כיצרנית מתחרה ולא כסוכנת.

כח. כן נבחנה השאלה, האם המעטפות שהזמינו גברעם, דפרון ואמקה זו מזו - ואשר על הזמנתן אין חולק - הוזמנו כחלק מההתחשבנות בין החברות במסגרת הקרטל, או שמא מדובר בסיוע הדדי הנובע מטעמים עסקיים, ובא למנוע עומס בייצור ואי-עמידה במועדי האספקה. לשם כך נבחנו עדויות וראיות בשאלת מיצוי כושר הייצור של החברות. נקבע, כי בשל הסתירות בין עדויותיהם של עובדי גברעם, עדות כהן עדיפה. הלה העיד כי לעתים לא היתה כדאיות כלכלית לייצור סוג מסוים של

מעטפות, ובכך - נקבע - יש כדי לטעת ספק באשר למוחלטות הראיות אשר הובאו על-ידי המדינה. עוד נבחנו מסמכים (ת/18, ת/19 ות/20) שהציגה המדינה להוכחת העברת עבודות בין המתחרים ולעניין כושר הייצור. באשר להעברת עבודות בין גברעם לדפרון קבע בית המשפט, כי זו לא הייתה מחויבת המציאות חרף המחסור הנטען בחומרי גלם לאותה תקופה, שכן העברת עבודה מקטינה את אחוזי הרווח, וכי מפעל הטוען למצב כלכלי קשה אינו מוותר בקלות על הזמנות עבודה. באשר להעברת העבודות מגברעם לאמקה נקבע, כי המערערת לא הוכיחה קשר בין ההעברה לבין אירוע קרטלי, וכי הפרשנות הקרטליסטית אינה היחידה בנסיבות.

כט. באשר להעברתה של עבודת "המעטפות הירוקות" של המדפיס הממשלתי, נקבע, כי הוכח מעדותו של כהן ומעדויות נוספות, שעבודה זו הועברה מגברעם לדפרון, אולם הסיבה להעברה אינה ברורה. לטענת המדינה, גברעם העבירה את העבודה כחלק מהתחשבנות על כך שקיבלה את ייצור מעטפות הבחירות ב-2001. הנאשמים טענו כי ההעברה נבעה מחוסר היכולת של גברעם לבצע את העבודה. אשורב העיד כי הסיבה להעברה היה לחץ הזמנים. כהן העיד, כי לגברעם הייתה יכולת לייצר את המעטפות הירוקות, ועדותו נתמכת בטבלאות סידור העבודה מאותה תקופה. עם זאת, עדותו בנוגע לסיבת ההעברה היא עדות שמועה בלבד.

ל. באשר לפסילת הצעות במכרזי המדפיס הממשלתי ובזק נקבע, כי המדינה לא הוכיחה טענתה, שאחת מהדרכים לחלוקת המכרזים היתה פסילה שיטתית של הצעות, או אי הגשת הצעות. נקבע, כי כמות הפסילות לא היתה משמעותית, וכי ממילא מרבית הפסילות לא היו של ההצעה הזולה ביותר. כן נקבע, כי פסילת הצעותיה של אמקה עומדת בניגוד לטענה שגברעם ודפרון העבירו לה עבודות. בדומה נקבע באשר לטענה בדבר אי-הגשת הצעות, כי במרבית המכרזים הוגשו הצעות על-ידי שלוש החברות, וכי הימנעות מהגשת הצעות לא תמיד הביאה לזכיית אחת משלושתן. לפיכך, ונוכח העדר אינדיקציה לתיאום מחירים, נקבע כי טענת המדינה - לפיה נמנעו הנאשמים מגשת למכרזים אלה או לחלופין גרמו לפסילת הצעותיהם במתכוון - לא הוכחה.

לא. באשר לטענת המדינה לגבי הרוטציה בזכיות במכרזי חמנית ויקינטון של השירות הבולאי נקבע, כי עולה מהראיות בבירור, שהחברות תיאמו ביניהן מראש את חלוקת המכרזים. מעדותו של כהן למד בית המשפט, כי המכרזים עברו מחברה לחברה. כך, בשנת 1998 זכתה גברעם במכרז אחד ואילו דפרון באחר, ואילו במכרז הבא, שנערך בשנת 2000, התחלפו ביניהן הזכיות במכרזים. מעדותו של חבר ועדת המכרזים של המדפיס הממשלתי נלמד אמנם, כי לעתים ביצעה אותה חברה אותה עבודה שנים אחדות ברצף. עם זאת נקבע, כי המסמכים שנתפסו כחלק ממוצגים ת/77 ות/88 ובהם

טבלאות ימית, תומכים בטענות המדינה ועולה מהם, כי המכרזים חולקו בתיאום בין גברעם לדפרון, וכחלק מההתחשבנות כללית. עוד נקבע, כי חומר ראיות זה מהווה "ראיה נסיבתית חזקה מאין כמותה" כנגד הנאשמים, וכי הללו לא הציגו בפני בית המשפט הסבר חלופי סביר.

לב. באשר לטענת התיאום במכרזי הבחירות נקבע, כעולה מהמסמכים במוצג ת/88 וכן מעדויות כהן וטל, כי גברעם זכתה במכרז הבחירות של שנת 2000, וכי בשנת 2001 מימשה את האופציה מהמכרז הקודם לייצור שישה מיליון מעטפות בחירות נוספות. לפיכך נקבע, כי גברעם נאלצה להעביר עבודות אחרות לדפרון כחלק מהתחשבנות רוחב ביניהן, וכי מכרזי הבחירות היו עבודה אחת מני רבות בהתחשבנויות הללו. טענת הנאשמים, כי הפחתת מחירי המעטפות במכרז מהווה אינדיקציה להעדר תיאום נדחתה ונקבע כי עם שינוי הדרישות הטכניות של מעטפות הבחירות, נוצרה האפשרות לייצרן בדרך זולה באופן משמעותי.

משך הקרטל

לג. במחלוקת שנסבה על קיומו של תיאום המחירים בשנתיים הראשונות לקרטל, הכריע בית המשפט, על סמך מוצגים ת/19, ת/20, ת/21, ת/23, ת/24 ות/27, כי הקרטל החל לפעול בשנת 1995, עם כניסתה של אמקה לשוק ייצור המעטפות, והמשיך עד לקטיעתו בשנת 2002 בחקירה שהביאה למשפט.

החלת האמור בעניינם של הנאשמים 8-1

לד. בנוגע לשמונת הנאשמים 8-1 כולם נקבע, כי אין מדובר בעבירות שנעשו בנסיבות מחמירות לפי סעיף 47 לחוק, וזאת ממספר טעמים. ראשית, משום שהשוק הרלבנטי נקבע כשוק הדיוור ולא כשוק ייצור המעטפות בלבד, ומכאן כי חלקם של הנאשמים בשוק היה מופחת משנטען; שנית הוטעם, כי מחירי המעטפות ירדו במהלך התקופה הרלבנטית - חרף העליות במחירי התשומות. לפיכך נקבע, כי לא היתה עלולה להיגרם פגיעה משמעותית בתחרות, כדרישת החוק, ולא נתקיימו הנסיבות המחמירות. כן נקבע, כי לא די במשכו של הקרטל על מנת לבסס פגיעה משמעותית בתחרות.

לה. באשר לוול נקבע, כי היה פעיל מרכזי בעבירות האישום הראשון וכי מהעדויות מוכחת נוכחותו בכל פגישות התיאום, וכן מוכח ניהול שיחות עם המתחרות, הנוגעות במישרין לתיאומי מחירים. נקבע, כי עומדות כנגדו הודיות החוץ מפי עדים, וכי התנהגותו עלתה לכדי ראשית הודיה. עוד נקבע, כי שתיקתו מהווה חיזוק לראיות המערערת כנגדו. טענותיו כי אם נעשה תיאום היה זה שלא בידיעתו ובדרגים הנמוכים,

וכן טענותיו כנגד אמינות עדי התביעה - נדחו. לפיכך הורשע וול בעבירות האישום הראשון על פי סעיפים 47(א)(1) לחוק, בצירוף סעיפים 4 ו-2(א) ובצירוף החזקות החלוטות הקבועות בסעיפים 2(ב)(1) ו-2(ב)(3), מאחר שהוכח כי הצדדים הגבילו את עצמם באשר למחיר אשר יוצע, וחילקו את המכרזים בהתאם לסיכומים ביניהם. נוכח היותו מנהל פעיל, הורשע אף בסעיף 48 לחוק.

לו. באשר לגברעם ולשותפות-גברעם נקבע, כי וול ביצע את העבירות במסגרת תפקידו בתאגידים אלה, וכי מעשיו היו אופייניים לפעולות התאגיד ונעשו למענו. לפיכך הורשעו התאגידים בעבירות האישום הראשון, אולם השותפות הורשעה רק ביחס לשנים 1995-1997, עד למועד בו העבירה את פעילות ייצור המעטפות ושיווקן לגברעם. בעניינה נקבע, כי ניתן לייחס את מעשיו של נדב - אשר רוב הראיות מתקופה זו הן בכתב ידו - לשותפות. נקבע, כי טענת הנאשמות לפיה ראשי הדירקטוריון היו נגד תיאום מחירים, אינה מעלה ואינה מורידה משום שאם התנגדו למעשיו של וול, אשר שימש שנים רבות כמנכ"ל החברה, היה עליהם למלא את תפקידי הפיקוח הנתונים להם על פי דיני החברות.

לז. באשר לדוברובסקי נקבע, כי היה פעיל מרכזי בביצוע העבירות, ובהן תיאום מחירים ומכרזים מראש ובדיעבד. נקבע, כי עומדות כנגדו העדויות והראיות שתוארו, ראשית הודיותיו המצטרפות לראיות כ"דבר מה נוסף" הדרוש להרשעה על פי הודיית חוץ, ושתיקתו, המהוה חיזוק לראיות. לפיכך הורשע בעבירות האישום הראשון, כאמור. באשר לדפרון נקבע, כי נוכח הרשעתו של דוברובסקי - מנהלה ובעליה - יש להרשיע גם אותה.

לח. באשר לווייס נקבע, כי עומדת כנגדו, מלבד הראיות אשר נתפסו בידי יתר הנאשמים, גם הודייתו, הנתמכת בראיות חיצוניות, וכי שתיקתו מהוה חיזוק לראיות נגדו. הטענה כי לא העיד בשל קרבתו המשפחתית לקליין - נדחתה ונקבע, כי משהציגו השניים את גרסתם, היה עליהם להעמידה לחקירה נגדית. כן נקבע, כי וייס נכח בפגישות התיאום וניהל שיחות עם מתחריו לגבי תיאום מחירים וחלוקת שוק, ולפיכך הורשע בעבירות המיוחסות לו באישום הראשון. טענתו - כי הצטרף להסדר הכובל רק למראית עין - נדחתה.

לט. באשר לקליין צוין, כי מסר שלוש הודעות ברשות, בהן הודה שנפגש עם וול ודוברובסקי, אף שטען כי במרבית הפגישות ביניהם לא השתתף. עוד נקבע, כי חיזוק לראיות הנסיבתיות כנגדו נמצא בשתיקתו בבית המשפט וכן בעדותו של דב גולן, יו"ר מועצת המנהלים של גברעם באותה תקופה (להלן גולן), לפיה דרש קליין לקבל 20%

מהשוק כתנאי להשתתפותו בקרטל. עם זאת נקבע, כי הפקסים שנשלחו לאמקה על-ידי נדב מגברעם אינם מהווים ראיות כנגדו. טענתו, כי בתפקידו כבעלי תשלובת אמקה וכנשיאה, לא עסק בענייניה הפיננסיים - נדחתה, ונקבע כי היה מעורב בקביעת מטרותיה של אמקה ואף היה מורשה החתימה היחיד בה. עם זאת נקבע, כי אין די בראיות המערערת על מנת להרשיעו באופן ישיר, והוא הורשע על פי סעיף 48 לחוק, כמי ששימש מנהל פעיל של אמקה (ראו גם החלטת ההבהרה של בית המשפט קמא מיום 11.7.2007).

מ. נוכח הרשעת וייס - מנהלה של אמקה, הורשעה אף היא, ונקבע כי החלה בפעילות ייצור המעטפות ושיווקן ביוני 1995 (לפי מוצגים ת/19, ת/152, ת/65), וכי גברעם ידעה על כך כבר ביולי 1995, ואף הזמינה ממנה מעטפות. עוד נקבע, כי יש לראות בהודעותיהם של וייס וקליין, מתוקף היותם מנהליה, הודעותיה של אמקה, וכי עומדת כנגדה אף הודעתו של וול. עוד נקבע, כי העובדה שאמקה הפכה את התיאום ל"תיאום תחת מאזן אימה" אינה משנה לעניין היותה צד להסדר כובל.

3. הכרעת הדין - האישום השני

מא. כזכור, באישום זה נטען כי הנאשמים כולם - למעט וייס - היו צדדים להסכמות המהוות כבילות, מששילמו לאורק על מנת שתחדל משיווק מעטפות מיובאות לישראל, בשנים 1997-1998. להוכחת האישום התבססה המדינה, בין השאר, על ראיות נסיבתיות של עצם ביצוע התשלומים לאורק על-ידי שלוש החברות גברעם, דפרון ואמקה; על שתיקת הנאשמים בבית המשפט; וכן על עדויות הקושרות בין התשלומים לאורק לבין התחייבותה להימנע משיווק מעטפות מיובאות. באשר לראיות לעצם ביצוע התשלומים, הוצגה טבלה המפרטת את תשלומי החברות לאורק, ממנה עולה כי תשלומי החברות התחלקו על פי יחס חלוקת השוק ביניהן, כפי שנקבע באישום הראשון: גברעם - 38.25%; דפרון - 38.25% ואמקה - 23.5%.

מב. רפי דגני, מנהל הכספים של גברעם וחבר בדיקרטוריון החברה (להלן דגני), העיד כי התשלום קשור להפסקת יבוא מעטפות על-ידי אורק, וכינה אותו "עמלת שיווק שלילי", בחינת "אל תעשה משהו ותקבל עבור זה תשלום". נדב העיד, כי גברעם הוטרדה מיבוא המעטפות מחו"ל, כי התקיימו מספר ישיבות בין גברעם לאורק, שדנו בנושא הפסקת היבוא תמורת תשלום לדרישת אורק, וכי בהזדמנות אחרת קנתה גברעם את כל המעטפות שייבאה אורק. סמי נדל, מנהל הרכש בבנק דיסקונט (להלן נדל) העיד, כי דיבר עם קיל וזה אמר לו שיצרני המעטפות מציעים לו כסף כדי שלא ייגש

למכרזים. עוד העיד, כי אורק החלה "להתיישר" במחירי המעטפות עם שאר החברות, וכי כניסתו לשוק של יבואן נוסף הורידה שוב את המחירים.

מג. בהודייתו של קיל ברשות, אשר התקבלה כראיה לתכנה, הודה כי נפגש עם נציגי החברות, אך הכחיש שקיבל כספים בתמורה להפסקת היבוא. נקבע, כי הן קיל הן טפרברג לא הצליחו להסביר כיצד היו לאורק שלוש עסקאות עם שלוש החברות המתחרות באותו יום, ואת פשרה של חלוקת התשלומים הזוהה ליחס חלוקת השוק בין החברות. אי-מתן הסבר חלופי, נקבע, מהווה חיזוק לראיות.

מד. מסמכים נוספים שפורטו בהכרעת הדין, היו מזכרים על נייר המכתבים של אורק אשר נשלחו על-ידי קיל ומוענו האחד לווול והשני לדוברובסקי, ובהם פירוט "דרך חישוב מחיר עמלה... = 8,540.30" (מוצגים ת/142, ת/143); חשבונית שהנפיקה אורק עליה נרשם "לידי ירון" אשר נתפסה בגברעם, עם הערה בכתב ידו של וול לגבי גובה התשלום (ת/155); חשבונית עוקבת אשר הוצאה לדפרון ונתפסה שם (ת/143); ומסמכים הנוגעים לאחוזים ולסכומים לפי חלוקת השוק, שנתפסו ב"תיק החום" (ת/77).

מה. גרסתה של אורק נדחתה על-ידי בית המשפט. כך נדחתה טענתה, כי לא הוכח שהכספים שהועברו לאורק, הועברו על מנת להפסיק את היבוא, משום שבפועל היא המשיכה לייבא; נקבע כי אין בהמשכת היבוא כדי לשלול השתתפותה של אורק בהסדר, "שכן החשוב הוא אופן השיווק, הכמויות, והאם שותפיה להסדר ראו בתשלום הסדר." עוד הוטעם, כי אורק לא הביאה ראיות לטרוניה של החברות האחרות על אי-הפסקת היבוא לאחר התשלום. עוד נדחתה טענתה, כי אין היגיון בתשלום דווקא לה כאשר קיימים בשוק עוד כעשרים יבואני מעטפות, ונקבע כי אורק הייתה יבואן דומיננטי בעל לקוחות רבים, וכי היבוא שלה היה לצנינים בעיני יצרניות המעטפות האחרות.

מו. עוד דן בית המשפט בשאלת האפשרות להרשעה באישום השני על סמך ראיות נסיבתיות. נקבע, כי המערערת הציגה הן ראיות ישירות (אמרת העד דגני שהתקבלה לפי סעיף 10א לפקודת הראיות, כמו גם עדותו של נדב; עדותו של נדל; והודיות נאשמי אורק, שיש בהן ראשית ראיה), הן ראיות נסיבתיות; וכי על פי המשפט הישראלי, בשונה מהמשפט המשוה, ניתן לבסס הרשעה בהסדר כובל גם על ראיות נסיבתיות לבדן. בהקשר זה נקבע, כי הנאשמים לא סיפקו הסבר סביר לתשלומים שהועברו לאורק ולהתאמתם לחלוקת השוק בין החברות, וכי ההסבר ההגיוני היחיד

הוא שהכספים שולמו להפסקת היבוא. הטענה כי מדובר בעמלות שיווק נדחתה, ונקבע כי אינה מסבירה את הסכומים היחסיים והקבועים ששולמו על-ידי החברות לאורק.

מז. לפיכך הורשעו הנאשמים כולם, למעט וייס, בעבירה על סעיף 47(א)(1) בצירוף סעיפים 4, 2(א), 2(ב)(3) ו-2(ב)(4) לחוק. וול, דוברובסקי, קליין, קיל וטפרברג הורשעו אף בצירוף סעיף 48 לחוק. נקבע כי האישום הוכח בראיות ישירות ונסיבתיות, וכי לכך נוספה עובדת שתיקתם של הנאשמים על דוכן העדים. באשר לוול נקבע, כי היה דומיננטי בניהול ענייני החברה, וכי אין זה סביר שהתשלומים נעשו על-ידי נדב בלא מעורבותו; באשר לקליין ולאמקה נקבע, כי ביצוע התשלומים על-ידי אמקה היה בסמכותו הבלעדית של קליין, אשר חתם על השיקים ששולמו לאורק. גרסתו, כי התשלומים היו בעבור שירותים שנתנה אורק לאמקה נדחתה, וכך גם הטענה, כי ה"בגידות" וה"עקיצות" בין החברות, כמו גם התנהגותה האגרסיבית של אמקה שיצרה "מאזן אימה" בגישה כי אם לא תקבל את מבוקשה, תגביר את המאבק בשוק במטרה להגדיל את חלקה - מבססות ספק לגבי קיומו של הסדר.

4. הכרעת הדין - האישום השלישי

מח. כזכור, באישום זה נטען, כי במהלך חודש אוקטובר 2002 הסכימו וול, גברעם, דוברובסקי, דפרון, וייס, קליין ואמקה להוציא מחירון משותף בו יועלו מחירי המעטפות לצרכנים מהמגזר הקמעונאי בכ-10% (האישום אינו רלבנטי לשותפות-גברעם, שהעבירה את פעילות ייצורן ושיווקן של מעטפות לגברעם בשנת 1997). על פי המתואר, לאחר כשלון גברעם לפרסם מחירון חדש ביוני 2002, נפגשו הנאשמות, והחליטו לפרסם מחירון חדש. בסופו של יום, מחירון חדש לא יצא אל השוק.

מט. ראיות המדינה נסמכו על עדותו של מוראש, אשר הציע את פרסום המחירון הן בפגישה במלון דן תל אביב הן בפגישה במלון דן אכדיה בהרצליה, לאחר נסיונה החד-צדדי של גברעם להעלות מחירים ללא הצלחה. מעדותו עלה, כי המהלך נעשה בתיאום עם וול, כי וייס הסכים לו עקרונית, וכי דוברובסקי היה נוכח בפגישה אולם ניכר כי לא נתן הסכמתו. עוד ביססה המדינה ראיותיה על הודיותיו של וייס, מהן עלה כי בפגישה הראשונה זכתה הצעתו של מוראש להסכמת גברעם ודפרון בלבד, ואילו בפגישה השנייה גובשה ההסכמה אף עם קליין. נקבע, כי הודיותו קבילה אך כלפיו וכלפי אמקה.

נ. בית המשפט זיכה את וול, גברעם, דוברובסקי ודפרון מעבירות האישום השלישי. נקבע, על פי העדויות, כי מחיר המחירון הוא נקודת המוצא, ואילו שיעור ההנחה - הקובע את המחיר הסופי - נקבע במהלך משא ומתן בין היצרניות ללקוח.

לפיכך הגיע בית המשפט לכלל מסקנה, כי משהמחירון אינו קובע את המחיר הסופי, תיאום מחירי המחירון אינו הסדר כובל ומבחן העלילות לפגיעה בתחרות, הקבוע בסעיף 2(א) לחוק, אינו מתקיים. עוד נקבע, כי על פי הפרשנות התכליתית שיש להעניק לחזקות הקבועות בסעיף 2(ב)(1) לחוק, אין גם מקום לתחולתו של סעיף זה. באשר לדוברובסקי נקבע, כי לא הוכחה לגביו הסכמה, לא לגבי שיעור ההנחות ולא לגבי פרסום המחירון החדש. עוד נדחתה טענת המדינה, כי ניתן להרשיע את דוברובסקי בניסיון להסדר כובל, ונקבע כי לא הוכח גיבושה של המחשבה הפלילית, שהרי לא הוכחה הסכמתו להסדר. כפועל יוצא מזיכוי של דוברובסקי, זוכתה גם דפרון.

נא. לעומת זאת וייס ואמקה הורשעו בעבירות על פי סעיף 47(א)(1) לחוק בצירוף סעיפים 4 ו-2(א) לחוק לאחר שנקבע, כעולה מהודיותיו של וייס, כי מלבד הסכמה על הוצאת מחירון, הסכימו הנאשמים הסכמה שבשתיקה - שוייס היה צד לה - גם על שיעורי ההנחות. נקבע, כי את וייס ניתן להרשיע על סמך הודיתו אף ללא עדות מוראש, שכן שתיקתו על דוכן העדים מהווה "דבר מה נוסף". לגבי אמקה נקבע, כי יש לייחס לה את מעשיו של וייס, אף שהלה היה בשלהי כהונתו בה. קליין הורשע בהרשעה עקיפה בביצוע העבירות לפי עדותו של מוראש, וזאת בהתאם לסעיף 48 לחוק בנושא באחריות למעשי אמקה, מהיותו מנהלה הפעיל. מעבירה על פי סעיף 2(ב)(1) לחוק זוכו מערערי אמקה מן הטעם שפורט מעלה.

הערעורים על הכרעת הדין

ערעור המדינה (2560/08)

נב. המדינה מערערת על זיכוי נאשמים 1-8 מביצוע עבירות האישום הראשון בנסיבות מחמירות לפי סעיף 47 לחוק. נטען כי נסיבות העבירה, בהן חלקן ומעמדן של החברות בשוק המעטפות, ופרק הזמן בו נמשך ההסדר הכובל, הן נסיבות מחמירות. בהקשר זה נטען, כי בית המשפט הפעיל מבחן משפטי שגוי שהוביל להגדרה מוטעית של השוק הרלבנטי. לדעת המערערת, השוק הרלבנטי אינו שוק הדיוור, אלא שוק ייצור המעטפות ושיווקן, בו נתח השוק של חברי הקרטל עמד על מעל 80%. הוסבר, כי אין בכוחן של המעטפיות לרסן הפעלת כוח שוק באספקת מעטפות, וכי מכך יש להסיק, שאין מדובר באותו שוק. עוד נטען, כי קיומו של הקרטל, מבלי שכלל ספקי מעטפיות, מהווה הוכחה לכך שאספקת מעטפות היא זירת תחרות שניתן להפעיל בה כוח שוק ומכאן שוק נפרד; כן נטען, כי האישום הראשון נגע לתיאום מכרזים, בהם מוגדרת זירת התחרות מאליה על-ידי מפרט המכרז, וכי בכגון דא אין לבחון קיומו של "מוצר תחליפי" שאינו עומד מראש בתנאי המכרז. הוטעם, כי גם במכרזים שנערכו

לאחר כניסתה של המעטפת לשוק, קרי לאחר פברואר 2000, ביקשו הלקוחות מעטפות בלבד; שלישיית נטען, כי בין המעטפה למעטפת אין תחליפיות פונקציונליות, שכן למעטפה שימושים פונקציונליים שאין המעטפת יכולה למלא. הוטעם, כי הטעות שנפלה מלפני בית המשפט קמא הייתה בהפעלת מבחן שגוי לבחינת השוק - מבחן העלילות לתחליפיות, תחת הפעלתו של מבחן התחליפיות בפועל, וכי הגדרת שוק רטרואקטיבית אינה יכולה לכלול מוצרים שלא היו תחליפיים באופן משמעותי בעבר.

נג. טענות נוספות בפי המערערת כנגד זיכויים של וול וגברעם מעבירת הסדר כובל לפי האישום השלישי, על זיכוי של קליין מאחריות ישירה לעבירות אותו אישום, ועל זיכויים של וייס ואמקה מעבירה לפי סעיף 2(ב)(1) והרשעתם רק על פי סעיף 2(א) לחוק. נטען, כי תיאום אופקי בין מתחרים בדבר ייקור מחירוניהם, גם אם אינו מהווה מחיר סופי, נופל לגדרי לשונו של סעיף 2(א) לחוק כמו גם לזו של סעיף 2(ב)(1), וכי גם על פי פרשנות תכליתית של הסעיף כפי שנמצאה בפסיקה, יש לראות בתיאום כזה תיאום אסור. עוד נטען, כי הדין האמריקאי והאירופי אוסרים אף הם price fixing, גם אם אין תיאום באשר למחיר הסופי.

ערעורו של וול (2573/08)

נד. הערעור נסב על ההרשעה בהסדר כובל באישום הראשון והשני. בפתח הדברים נטען, כי הנאשמים פעלו בהתאמה אוליגופוליסטית מותרת מבלי לחצות את הגבול לעבר תיאום אסור. לשיטת וול, נוכח מאפייניו הייחודיים של שוק הדיוור, לא ניתן היה להשליט בו הסדר כובל.

נה. באשר לאישום הראשון נטען, כי המערערת לא הוכיחה מהו היקף השוק הרלבנטי, מי הם שחקניו ומה חלקם, ומכאן כי גם לא הוכח פוטנציאל הפגיעה בתחרות בשוק. בהעדר אלה, נטען, לא ניתן להרשיע על פי סעיף 2(א) לחוק. הוטעם, כי ההסדר לא הגביל את התנהגות הצדדים בשוק, וכי לא הוכח שהיה בו פוטנציאל לפגיעה בתחרות ולנזק. עוד נטען, כי חזקות (1) ו-(3) בסעיף 2(ב) לחוק לא התגשמו - רכיב "חלוקת השוק" בין השחקנים לא הוכח, והתחשבנות בדיעבד אינה מהווה חלוקת שוק כהגדרתה בסעיף 2(ב)(3). עוד נטען, כי לעומת הראיות הנסיבתיות החלשות שהונחו להוכחת ההסדר, הנה להעדרו ולקיומה של תחרות הובאו ראיות ישירות, בהן ירידת מחירים ריאלית, התייעלות באמצעי הייצור, הפניית משאבים לייצוא והעדר יבוא.

נו. באשר לפגישה במסעדת "מפגשים" נטען, כי בית המשפט טעה בהסתמכו על עדותו השגויה של טל, משום שדפרון היא שניסתה, במכרז ממרץ 2001, לחזור לדפוס

בארי - לקוח מסורתי של גברעם, ולא להיפך. כן נטען, כי הוכח שדפוס בארי לא שויך לאף אחת מהחברות, וכי גברעם ודפרון התחרו עליו. הוטעם, כי דברי טל מבססים את הטענה, שהפגישה נסבה על התאמה מותרת ולא על תיאום אסור; באשר לפגישות במלונות דן נטען, כי לא ניתן היה לראות בהן ראיות לתיאום אסור, וכי לא היתה סיבה לדחיית הסבריו של מוראש, כי בפגישה במלון דן אכדיה דובר על סוחרים ויבואנים ולא על סיטונאים. נטען עוד, כי המערערת לא הביאה ראיה שמי מהנוכחים בפגישה התייחס להצעת מוראש והסכים לתיאום מחירים בשוק המוסדי-עסקי. באשר לפגישות באזור מושב רינתיה נטען, כי לא ניתן לבסס הרשעה מקום בו נקבע, כי לא הוכח שהתקבלו החלטות או סיכומים. עוד נטען, כי עדויות באוכנר ומוראש תומכות בטענה, שהתאמה אוליגופוליסטית מותרת - ולא הסדר כובל - עמדה בבסיס הפגישות.

נז. מוסיף וול וטוען, כי בית המשפט קמא פירש את ראיות המערערת באופן מוטעה. כך נטען, כי מוצג ת/53, כזכור "דו"ח 1/2 שנתי מכרזים" בכתב ידו של נדב, אינו אלא תיאור המצב הקיים, וכי שמירה על סטטוס קוו בין החברות אינה מהווה עבירה על החוק, מקום שאינה חלק מהסדר; כי מוצג ת/49, שנקבע כזכור שהוא מעין "תכנית אב" של הקרטל, אינו קרטליסטי, ולא היה ברשות וול; גם לגבי ת/29, בקשת האוניברסיטה הפתוחה להצעת מחיר מגברעם, נטען כי אין בו רמז לתיאום מחירים או לכבילה - אלא אך עדות על העברת מידע. עוד הוסבר, כי תיאום מחירים ביחס לאוניברסיטה הפתוחה לא היה אפשרי, שכן האוניברסיטה ערכה תמחור מול שבעה ספקים ושלטה במחיריהם. לעניין הקביעה בדבר העברת מידע ועבודות בין הנאשמים נטען, כי העברת מידע היתה, אולם היא התבצעה בשוק שקוף ופתוח, בו כל מתחרה ידע על הנעשה אצל יריבו, וכי בתום כל מכרז נשלחו נתוני הזכייה למשתתפות המכרז. הודגש, כי מנהלים ועובדים עברו מחברה לחברה, תוך שהעבירו ביניהן מידע מסחרי, וכי בכך גם יצרו יחסים עכורים בין החברות, ואלה מנעו הסדר. לעניין העברת העבודות, ובהן "המעטפות הירוקות", סומך וול ידיו על קביעת בית המשפט קמא, כי זו לא היתה חלק מן ההתחשבנות הנטענת בין החברות.

נח. באשר לקביעת בית המשפט לעניין הרוטציה בזכיות במכרזי חמנית ויקינטון נטען, כי אין במסמכים ראיה לכך שהרישום בהם צופה פני עתיד, ואינו אלא התחשבנות מן העבר, שנועדה לצרכי חישוב הצעות מחיר למכרזים. הודגש, כי הצעות המחיר הושגו מהחברות המתחרות באמצעים שונים, בהם ריגול תעשייתי, אנשי קשר אצל לקוחות, ודרך סוכני גברעם. באשר לקביעה כי מכרזי הבחירות תואמו נטען, כי עד לבחירות לכנסת ה-16, גברעם לא יכלה להשתתף במכרז בשל אי-עמידתה בתנאי הסף, ואמקה לא ייצרה אז מעטפות, ופשיטא שלא תיאמו עם דפרון את המכרזים הללו. עוד

נטען, כי הוכח שגברעם ודפרון התחרו קשות ביניהן בתחום מכרזי הבחירות, עד כי גברעם התאמצה אצל המדפיס הממשלתי לשנות את הדרישות הטכניות לייצור המעטפות, ותוך הורדת מחירן בחצי עקב כך. שיפור טכנולוגי זה והורדת המחירים בעקבותיו, הם שהובילו לזכייתה של גברעם במכרז והחלפת דפרון כספק מעטפות הבחירות. לפיכך מהוה הפחתת המחיר, אליבא דוול, אינדיקציה מובהקת להעדר תיאום. עוד טוען וול בקשר למשך הקרטל, כי לא הוכח קיומו עובר לשנת 1999, וכי הוכח שאמקה לא הפכה למתחרה של גברעם אלא בתחילת שנת 1996.

נט. לבסוף נטען, עדיין בעניין האישום הראשון, כי עדותו של כהן, עליה הסתמך בית המשפט לאורך הפסק, רצופת שקרים ואינה מהימנה, וכי לא היה על בית המשפט להעניק לעדותו משקל. נטען, כי כהן טעה ושיקר בעניינים שונים, בהם הרווח הנקי של גברעם; מקור ידיעתו באשר להרכב לקוחות גברעם ומחירי המעטפות בארץ; ועוד. כן נטען, כי מטרתו היתה להפיל את וול ואת גברעם בשל פיטוריו מן החברה.

ס. באשר לאישום השני נטען, כי לא ניתן להוכיח את החזקות המנויות בסעיף 2(ב) לחוק בלא להראות חשש לפגיעה בתחרות, וכי חשש כזה לא הוכח. עוד נטען, כי לא הוכח קיומו של הסדר בין שלוש החברות הנאשמות לבין עצמן שעניינו שכלול הסדר כובל עם אורק, אשר גם קיומו לא הוכח כנאמר. הוטעם, כי אין די בהתנהגות מקבילה כשלעצמה לשם הוכחת תיאום או הסכמה הדדית בין הצדדים, וכי הוכחה מוחצת כנגד קיום הסדר היא העובדה שאורק לא חדלה לשווק מעטפות מיובאות - קרי, יסוד הכבילה לא התקיים. כן נטען, כי טעה בית המשפט בדחותו את ההסבר החלופי, לפיו התשלומים לאורק הם עמלות שיווק. לבסוף נטען, כי לא היה לנאשמים מניע לשלם לאורק לשם הפסקת היבוא, משהם שלטו בשוק המעטפות, ונוכח העובדה כי פעלו בשוק תשעה יבואנים נוספים.

ערעורן של גברעם ושותפות-גברעם (2572/08)

סא. ערעור זה נסב על ההרשעה בהסדר כובל באישום הראשון והשני. גברעם ושותפות-גברעם הצטרפו לאמור בערעורו של וול וטענו, כי בנפול האישומים המיוחסים לו, יש לזכות גם אותן.

סב. טענתן המרכזית בערעור היא, כי תורת האחריות הפלילית של תאגיד אינה חלה במקרה דנא מבחינה עובדתית ומשפטית כאחד, נוכח המבנה התאגידי של גברעם, וכי אין לראות במעשה או במחשבה הפלילית המיוחסים לוול - מעשה או מחשבה של גברעם. נטען, כי נפלה טעות מלפני בית המשפט קמא כאשר יצר זיהוי אוטומטי בין

האורגן לבין התאגיד, וכי בחינת זהותה הנפרדת של גברעם כתאגיד מחייבת - בנסיבות העניין ותוך הפעלת שיקול דעת שיפוטי - ניתוק בין מעשי וול למעשי גברעם, בהתאם להוראת סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין, אשר תכליתה, כנטען, הטלת אחריות על תאגיד כחריג ולא ככלל. הודגש, כי הוראה זו נחקקה לאחר שנקבעה ההלכה בע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 364 (1991) (להלן עניין מודיעים), שהטילה אחריות פלילית על תאגידים.

סג. עוד נטען, כי "בנסיבות העניין" אין די ראיות על מנת להוכיח שגברעם, כתאגיד, ידעה על מעשיו של וול. גברעם מבקשת ללמוד זאת מעובדת אי-העמדתם לדין של האורגנים האחרים בגברעם אותה עת, ובהם יושב-ראש הדירקטוריון גולן וסמנכ"ל הכספים וחבר הדירקטוריון דגני. הוסף ונטען, כי בנסיבות, הדירקטוריון היה האורגן החשוב, הבכיר והמוסמך ביותר בגברעם, בו יוצגו כלל בעלי המניות וכי הוא לא ידע על מעשיו של וול - מנכ"ל שכיר, שאינו בעל שליטה ואף לא בעל מניות בחברה (למעט על-ידי חברותו בקיבוץ גברעם). זאת, בשונה, למשל, מדוברובסקי וקליין, שניהנו כמנהלים ובעלי שליטה או היו בעלי עניין בחברות, ולפיכך באו בגדר "האני האחר" שלהן.

סד. בנוסף עירערה שותפות-גברעם על הרשעתה באישום הראשון בגין עשיית הסדר כובל בין השנים 1995-1997, שעה שמפעל ייצור המעטפות פעל במסגרת השותפות. הרשעה זו התבססה, כך נטען, על מעשיו של נדב - מנהל זוטר - שלא היה אורגן של החברה ואף לא הוגש כנגדו כתב אישום, ולפיכך אין לייחס לשותפות-גברעם את מעשיו ולהרחיב בכך את פרשנות הוראת סעיף 23 לחוק העונשין.

ערעורם של וייס, קליין ואמקה (2574/08)

סה. ערעור זה נסב על הרשעתם של קליין ואמקה בשלושת האישומים והרשעתו של וייס באישום הראשון והשלישי. באופן כללי נטען, כי המערערת לא הרימה את הנטל הדרוש במשפט הפלילי להוכחת אשמתם, וכי על פי קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי - באשר לירידת מחירי המעטפות והיותה של אמקה מחוללת התחרות (maverick), בשוק ששקט על שמריו עד לבואה - היה עליו לזכותם. עוד נטען, כי אי-האמון והתחרות העזה ששררו בין הנאשמות, מהנים ראייה נסיבתית לאי-קיומו של הסדר כובל, או למצער מלמדים על מעורבותה הפחותה של אמקה בהסדר. נטען עוד, כי דחיית טענות המערערת על-ידי בית המשפט בשורת סוגיות ליבה של כתב האישום, מחייבת זיכוי הנאשמים ולוא מחמת הספק. כן הודגש, כי הנאשמים זוכו מעבירה בנסיבות מחמירות.

סו. בניסיון למוטט את המשקל הראייתי המצטבר של הראיות נטען, כי ראיות המערערת הן נסיבתיות וכי בית המשפט קמא נמנע מבחינת ההסברים החלופיים הסבירים שהוצעו; כי לא הוכח ישירות שנתקבלו החלטות או סיכומים בפגישות ספציפיות; כי תדפיסי השיחות שהוגשו אינם מהנים ראייה משמעותית לקיומן של שיחות תדירות; וכי בית המשפט קמא הסיק קיומן של פגישות נוספות בין הנאשמים בלא שהונחה בפניו תשתית עובדתית, ובהסתמכו על עדות יחיד של טל שלא ניתן לה חיזוק. הוסף ונטען, כי שגה בית המשפט בהתבססו על הודיותיו של וייס לצורך הרשעה, וכאשר ייחס להן פרשנות מפלילה. בהקשר זה נטען, כי הודיותיו של וייס אינה קבילה על פי הלכת יששכרוב; כי הפרשנות המפלילה שיוחסה להודיה אינה הפרשנות הסבירה היחידה; כי הודיית חוץ של נאשם זקוקה ל"דבר מה נוסף" וכזה לא סופק, שכן שתיתקם של וייס וקליין אינה יכולה להוות "דבר מה נוסף" לשם הרשעת וייס על סמך הודיית חוץ שנתן, וזאת על פי הלכת מילשטיין.

סז. באשר לקביעת בית המשפט כי אמקה היתה שותפה לתיאום מכרזי חמנית ויקינטון נטען, כי המערערת לא ייחסה לה מעורבות במכרזים אלה, וכי עד לשנת 2002 לא היתה לה יכולת הייצור של מעטפות מבוילות מסוג זה, כך שלא עמדה בתנאי הסף של המכרז. לעניין משכו של הקרטל נטען, כי הוכח שאמקה החלה בפעילותה היצרנית רק בתחילת שנת 1996, וכי בית המשפט שגה בקבעו, בהסתמך על מוצג ת/65, כי החלה את פעילות ייצור ושיווק המעטפות ביוני 1995.

סח. באשר לאישום השני נטען, כי קליין ואמקה הורשעו על יסוד ראייה נסיבתית אחת של התשלומים עצמם. נטען, כי לא הוכחו הסדר או הסכמה בעניין בין אמקה לאורק, וכי קיימות ראיות מוצקות המפריכות את האישום, כבקשתה של אמקה כי אורק תשווק מעטפות מתוצרתה ולא תייבא, וסירובה של אורק להיעתר לבקשה.

סט. באשר לאישום השלישי נטען, כי משקבע בית המשפט שתיאום המחירון אינו עבירה שניתן להרשיע בגינה - משום שאינו מהווה הצעת מחיר ואינו מקיים את מבחן העלילות - לא ניתן היה להרשיע בה אף את נאשמי אמקה. עוד נטען, כי תיאום שיעור ההנחה ממחיר המחירון בגינו הורשעו הנאשמים, לא נזכר בכתב האישום ולא ניתנה להם הזדמנות להתגונן מפניו. הרשעתם נתבססה, כך נטען, על אמירה בעלת אופי תיאורטי מפיו של וייס, הנוגדת את אמירותיו הקודמות ואמירות עדים אחרים.

ע. ערעור זה נסב על הרשעת המערערים באישום השני. נטען, כי למערערי אורק חלק זניח בפרשה, הן על פי חלקם בשוק המעטפות, העומד על 1%, הן על פי כתב האישום לעניין ההשתתפות בקרטל ומשכו; כי טעה בית המשפט קמא בהרשיעו אותם על סמך ראיות נסיבתיות בלבד, ובכך שדחה הסבר חלופי סביר לתשלומים. כן נטען, כי אורק, קיל וטפרברג פעלו משיקולים עסקיים עצמאיים, וכי הקשר העסקי בינם לבין גרבעם ודפרון נותק, משלא השתלם עוד, ארבע וחצי שנים עובר לפתיחת החקירה. בעניינו של טפרברג נטען, כי לא נטל חלק בפעילות אורק הנוגעת למכרזים.

דיון והכרעה

נפתח ונאמר, כי בית המשפט קמא עשה - בכל הכבוד - מלאכה יסודית ומקיפה, שתקיפתה מחייבת לחלוף על פני משוכה גבוהה, והכל בהנמקות כדבעי, וזאת אף אם בנקודות אחדות דעתנו שונה. מספר שאלות מעלים הערעורים שבפנינו. נדון בהן כסדרן.

שאלות ראייתיות

עא. בדיון בפנינו, שב בא כוחו של וייס, עו"ד לוי, וטען כנגד דחיית טענותיו בערכאה הדיונית באשר לאי-קבילותן של ההודיות שניתנו על-ידי וייס בעת החקירה ברשות. לטענתו, פגעה החוקרת בזכות ההיועצות כמו גם בזכות השתיקה של וייס, כפי שפורט לעיל, ונפקות פגיעה זו היא פסלות ההודיות, על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בהלכת יששכרוב.

עב. אין בדינו לקבל טענות אלה. אכן, לזכות ההיועצות בעורך-דין לשם שמירה על זכויותיהם של נחקרים מעמד מרכזי בשיטתנו, והיא מסייעת לוודא כי הנחקר מודע למכלול זכויותיו, בהן זכות השתיקה (ראו הלכת יששכרוב, בפס' 26; ע"פ 1094/07 דדון נ' מדינת ישראל, פס' כ"א לפסק דיני (לא פורסם, 3.7.2008); ע"פ 1301/06 אלזם נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.6.2009)). אך בענייננו, זכות ההיועצות לא נפגעה, ואף נקבע, כי גם אחרי שנועץ וייס בעורך דינו, לא מצא לשנות את ההודעה שנגבתה טרם ההתייעצות (הכרעת הדין, בפס' 13; וראו גם ע"פ 3097/04 סויסה נ' מדינת ישראל, פס' 29 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (לא פורסם, 25.10.2006)).

עג. עוד מפנה בא כוחו של וייס חיצונית ביקורתו כנגד זכרון-הדברים שרשמה החוקרת לתיעוד שיחתה עם וייס (זכ"ד 48, מיום 29.10.2002), למרות הבטחתה, כי השיחה נעשית "off the record". חרף ניסיונו של הסנגור בעיקרי הטיעון להרחיב הדיון

בשאלת גבולות התחבולה החקירתית המותרת, אין בכך צורך בנידון דידן - שהרי ממילא לא ייחס בית המשפט קמא כל משקל לזכרון-דברים זה (הכרעת הדין, בפס' 30 ו-138).

עד. עוד נטען, כי שתיקתם של וייס וקליין אינה יכולה להוות "דבר מה נוסף" לשם הרשעתו של וייס על סמך הודיית חוץ שנתן, וכי בית המשפט טעה באופן בו פירש וייס את הלכת מילשטיין בעניין. אף לטענה זו אין להיעתר בנסיבות, שכן בשני האישומים בהם הורשע וייס, קיימות היו - לצד הודייתו - ראיות חיצוניות נוספות להרשעתו, בהן עדויות מוראש ובאוכנר, ובית המשפט נזקק לשתיקתו כ"דבר מה נוסף" מעל לצורך (הכרעת הדין, בפס' 139-142 ו-179).

עה. מוסיף בא כוחם של נאשמי אמקה וטוען באותו הקשר, כי שתיקתם של וייס ושל קליין אינה יכולה להוות חיזוק לראיות כנגדם משהוצג לה טעם סביר, הנעוץ בקרבה המשפחתית ביניהם - היותם גיסים. אף לשאלה זו נדרשים אנו בחינת למעלה מן הצורך, משום שכאמור, ממילא עומדות כנגדם ראיות חיצוניות נוספות. עם זאת יוער, כי הלכת מועדי (ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 234 (1984)), בה נתלה הסנגור בטענותיו, אינה יכולה לבוא לעזרתו. עמדתי על כך במקום אחר, בצייני:

"אין צורך להכביר מלים על כך שככלל, והחריגים יהיו נדירים, יסבור בית משפט כי השותק - יש לו מה להסתיר... מקרה שבו השתיקה באה להגן על אחיו של השותק, כמו בע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל... שבו הובעה נכונות להבנה מצד בית המשפט למצבו המיוחד של השותק - אינו מעשה שבכל יום". (ההדגשות הוספו) (ע"פ 1707/08 אריש נ' מדינת ישראל, פס' כ"ז לפסק דיני (לא פורסם, 25.11.2008). (ראו עוד ע"פ 2132/04 קייט נ' מדינת ישראל, פס' 41 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (לא פורסם, 28.5.2007).

בנדון דידן, התייחס בית המשפט לטענות וקבע, כי לאחר שהנאשמים שטחו את גרסתם - לפיה לא נטלו חלק בהסדר - אך לא היו מוכנים להעמידה לחקירה, קרבתם המשפחתית אינה הסבר סביר להימנעות זו (הכרעת הדין, בפס' 141). דברים אלה מקובלים עלינו. יתרה מכך, קליין לא הציג כל טעם לשתיקתו בכל הנוגע לטענות אשר הועלו כנגדו במסגרת האישום השני, שבו כלל לא הועמד וייס לדין.

עו. לא זה המקום להרחיב דברים בעניין מעמדה של השתיקה במשפט הפלילי הישראלי. בעניין מילשטיין ציין השופט לוי:

"על-פי התפיסה הנוהגת אצלנו זכות השתיקה אינה נפגעת אף אם מתירים לבית-המשפט להסיק מסקנות מהחלטתו של הנאשם לממש את זכותו זו. אמת, הנאשם חופשי להחליט אם למסור את עדותו או לשתוק. איננו כופים על נאשם להעיד. 'הנאשם השותק - להבדיל מן העד השותק - פועל במסגרת הדין; אולם, לבית המשפט נתונה הרשות לפרש התנהגותו לפי התרשמותו והכנתו' (ע"פ 1497/92 מדינת ישראל נ' צוברי, פ"ד מז(4) 177, 203). תפיסה זו אף עולה בקנה אחד עם ההוראה הכללית שבסעיף 53 לפקודת הראיות, הקובעת, כי 'מהימנותם של עדים הם עניין של בית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות העניין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט', שכן גם שתיקתו של נאשם, כמו כל התנהגות אחרת, עשויה להיות מקור להתרשמות מהנאשם. חברי, הנשיא ברק, אף הביע את השקפתו באחד המקומות כי האפשרות להסיק מסקנות לחובת הנאשם השותק אינה פוגעת בזכותו החוקתית: 'זכות השתיקה היא חלק מכבוד האדם, במובן זה שאין להכריח אדם למסור גרסה, אך דומה שאין זה נוגד את כבוד האדם אם מסיקים משתיקתו מסקנה לרעתו' (א' ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 285)". (עניין מילשטיין, בפס' 10).

לכך נוספה הגישה שביטאה השופטת ארבל באותה פרשה (בפס' 33-34 לפסק דינה), כי בהתקיים שלוש אמות מידה עשויה שתיקה להוות גם "דבר מה נוסף" (דבר לחיזוק) כנחוץ להרשעה על סמך הודאת חוץ (סעיף 10א(ב) לפקודת הראיות) - הודאה בעלת משקל פנימי גבוה; יכולת בית המשפט לשלול כי הנאשם פעל מתוך לחץ "פנימי" להודעה כאשר לא עשה; וכן שלילת קיומו של לחץ שלא להעיד. לדבר זה עשויה להיות משמעות בנידון דידן באשר לוייס, שמסר הודאות בחקירה.

אחזור ואומר ללא לאות - השתיקה היא זכותו של נאשם, והיא לבדה אינה יכולה כמובן להביא להרשעה - אין אדם צריך לספק את כלי הנשק נגדו; אין היא יכולה לבוא תחת ראיות פוזיטיביות והיא לבדה, אך ברי כי השתיקה תוכל לחזק ראיות קיימות; זהו צו המחוקק בסעיף 162(א) לחוק סדר הדין הפלילי ("הימנעות הנאשם מהעיד עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה וכן סיוע לראיות התביעה במקום שדרוש להן סיוע..."); זו גם כמובן מצוות השכל הישר. בהקשר זה שוברת של השתיקה בצידה. בית המשפט אינו יכול להתייחס לשתיקה בשויון נפש גמור, בחינת שוטה שבעולם. השותק סוכר את פיו, אך עיניו פקוחות לרווחה, ויודע הוא על שום מה בחר בשתיקה. דבר זה אינו נעלם מעיני בית המשפט, שגם הן פקוחות.

הרשעת גברעם על סמך תורת האורגניזם

עז. סוגיה נוספת הטעונה הכרעה בטרם נצלול לעומקם של שאר דברים, היא טענתן של גברעם ושותפות-גברעם, כי תורת האחריות הפלילית של התאגיד אינה חלה במקרה דנא. לטענתן, אין לראות במעשה או במחשבה הפלילית המיוחסים לוול מעשה או מחשבה של גברעם, בהתאם להוראת סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין - אשר באה לשנות את המצב שאיפשר הטלת אחריות כזאת, בעקבות הלכת מודיעים. עוד טענו, כי דירקטוריון גברעם לא ידע על מעשיו של וול, שהיה אך מנכ"ל שכיר בחברה.

עח. טענות אלו נדונו בהרחבה ובהעמקה בהכרעת הדין קמא ונדחו אחת לאחת. לגבי הטענה כי סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין שינה את המצב המשפטי שיצרה הלכת מודיעים, נקבע:

"טענה זו כבר נדונה במספר פסקי דין (פרשת הפניקס, ע' 412; פרשת מרדכי כהן, ע' 5414), בהם נקבע כי שינוי החוק אינו שינוי המצב החוקי כי אם הסדרתו. דברים אלו עולים אף מלשון דברי ההסבר להצעת החוק ביחס לס"ק (א)(2)... [אשר] מרחיבה את שיקול הדעת של בית המשפט להחיל את האחריות על התאגיד אף כאשר מדובר על גורם אשר אינו אורגן אולם מבחינה מהותית ניתן ליחס את מעשיו וכוונותיו לתאגיד. דברים אלו עולים בקנה אחד עם סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים, כאמור..." (הכרעת הדין, בפס' 125).

אף הטענה כי הדירקטוריון, ולא וול, הוא הגורם אשר מקבל את ההחלטות בגברעם, וכי ראשי הדירקטוריון התנגדו למעשיו, נדונה ונדחתה הן עובדתית הן משפטית:

"נסיונן של נאשמות אלו לטעון כי ראשי הדירקטוריון היו נגד תאום מחירים ותמכו בתחרות חופשית, אינו מעלה ואינו מוריד, מאחר שנאשם 1 שימש שנים רבות כמנכ"ל החברה ואף [אם] כלפיו, הצהרתית, הדירקטוריון התנגד למעשיו, הרי שבוודאי הוא לא מילא כראוי את תפקיד הפיקוח הנתון לו על פי חוק החברות. טענה זו נטענה אף בפרשת הפניקס, ובית המשפט מציין כי המנהל הכללי הינו בוודאי אחד הגורמים אשר את מעשיהם יש לייחס לחברה... בנוסף, הטענה כי דגני, כחבר בדיקטוריון, שלל את אופי הפעילות המיוחסת לנאשם 1, נסתרה לעיל. מעדותו... עולה כי דגני דווקא תומך בכך כי המתחרים יגבילו את עצמם למחירים "הגונים" ואין הוא מקדש את התחרות." (שם, שם).

טענה דומה נדונה ונדחתה בפרשת קרטל המעליות, שם האורגן - מנהל סניפי החברה בתל-אביב ובירושלים - חתם על הסכם להסדר כובל תוך חריגה מסמכותו. לעניין זה קבע השופט קדמי:

"אחריותה של נחושתן [החברה - א"ר] לעבירות שבהן הורשעה הינה אחריות פלילית 'אישית' של תאגיד, ולא אחריות פלילית 'שילווחית' שלו למעשי מנהליו, והיא נעוצה בתורת האורגנים, המזהה את האורגן עם התאגיד ורואה את מעשיו כמעשי התאגיד. לעניין זה האורגן הוא 'אדם-תאגיד', לאמור: מעשיו ומחשבותיו הם לא רק שלו כבן אנוש אלא גם של התאגיד שאת כסותו הוא לובש... אכן, לאורגן ישות כפולה: האחת - ישות הפרטית שלו; והשנייה - ישותו כתאגיד. ברם, איש לא טען כי במקרה דנא פעל נעמן [האורגן - א"ר] כ'אדם פרטי' להבדיל מ'אדם-תאגיד'. " (ע"פ 7399/95 נחושתן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105, 123-122 (1998) (להלן עניין נחושתן). (ראו עוד קדמי, על הדין בפלילים חוק העונשין חלק ראשון, 255-260 (2004); מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים "האחריות הפלילית של התאגיד" ספר שמגר כרך ב' 33, 54 (תשכ"ג-2003)).

בענייננו, אין ספק, כי וול כמנהלה הכללי של גברעם, ביצע את פעולותיו, האופייניות לפעילות התאגיד, במסגרת תפקידו בגברעם ולמענה, ובא בגדרי ההגדרה הרחבה של "אורגן" כפי שנקבעה על-ידי הנשיא ברק בעניין מודיעים:

"חוג האנשים המהווים אורגן לעניין האחריות הפלילית האישית של התאגיד מוגדר מבחינה ארגונית ופונקציונלית גם יחד, כלומר, כל אלה שעל-פי הדין, על-פי מסמכי התאגיד או על-פי כל מקור נורמטיבי אחר מן הראוי הוא לראות בפעולותיהם את פעולות החברה. על-כן עשוי תאגיד להימצא אחראי אישית בפלילים בעזרת תורת האורגנים, המייחסת לתאגיד פעולות ומחשבות של פלוני, למרות שפלוני זה אינו מופיע ברשימת נושאי המשרה האחראים אישית מקום שהתאגיד אחראי." (עניין מודיעים, בפס' 14)

וכפי שנקבע, בפרשת קרטל הביטוח, באופן פרטני לגבי מנהלה הכללי השכיר של חברה העורך הסדרים כובלים:

"ברי כי מנכ"ל הוא אורגן הנכלל בגדרו של סעיף 23(א)(2); ובדרך כלל, בכפוף לנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה, גם כל חבר פעיל בהנהלה הכללית של החברה, וודאי סמנכ"ל, יהיה אורגן הנכלל בגדרו של סעיף 23(א)(2); ולכן, עבירה שנעברה בידי מנכ"ל או סמנכ"ל תהווה גם עבירה של התאגיד בו הם משמשים בתפקידם. זאת, בכפוף לבחינה פונקציונלית של המעשה הנדון, דהיינו, האם ראוי לראות את המעשה כפעולה בשם או למען התאגיד. בענייננו מיותר לציין, שהמעשים המיוחסים לנאשמים - עשיית הסדרים כובלים - עונים על המבחן הפונקציונלי." (ת"פ 417/97 מדינת ישראל נגד הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פס' 48 לפסק דינו של השופט ד' חשין (לא פורסם 18.12.2001) (להלן

הכרעת הדין בעניין בורוביץ); ראו גם אמיר ונג "תורת האורגנים ועבירות הגבלים עסקיים - הרטוריקה וחיי המעשה" תאגידים ב/5/46 (2005).

עט. גם לטענתה של שותפות-גברעם כנגד הרשעתה באישום הראשון - אשר התבססה, כך נטען, על מעשיו של נדב, מנהל זוטר, שלא היה אורגן של החברה - נדרש בית המשפט קמא ודבריו מקובלים עלינו:

"הטענה שראיות שנוגעות לתקופה זו [לשנים 1997-1995, א"ר] הינן בכתב ידו של נדב ואין לייחס את מעשיו לשותפות, נדחית על ידי. כאמור לעיל, הפרשנות הנכונה של סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין הינו כי יש להרחיב את בעלי התפקידים היכולים לחייב את החברה במעשיהם. אין חולק כי נדב היה בעל תפקיד בכיר בגברעם ולטעמי, לאור הנסיבות, יש לראות בו כגורם אשר יש לייחס את מעשיו לשותפות. הכרעה זו הינה תמונת הראי לסעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים, המחיל אחריות גם על מנהל פעיל, אף אם אינו אורגן כהגדרתו בחוק החברות." (הכרעת הדין, בפס' 126).

יוצא איפוא, כי הרשעת גברעם ושותפות-גברעם על פי תורת האורגנים, בדין יסודה; אף דבר זה מתישב עם השכל הישר.

אישום ראשון

1. עבירת ההסדר הכובל

פ. ביסודו של חוק ההגבלים העסקיים עומד קיומה של תחרות חופשית. ערך זה הוכר בשיטתנו כאינטרס ציבורי הממלא מספר פונקציות בעלות חשיבות חברתית וכלכלית מכרעת, כדברי הנשיא שמגר:

"תחרות חופשית עשויה להביא להורדת מחירים, לשיפור איכותו של המוצר ולשיפור השירות אשר ניתן אגב מכירתו. תחרות חופשית עשויה אף לעודד פיתוח של המשק בדרך של יוזמות לגיטימיות לסוגיהן. הישגים אלו, אשר התחרות החופשית עשויה להשיג, אנו מבקשים לעודד..." (רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 327 (1990)).

וכדברי המלומדים גל ופרלמן:

"התחרות אינה מטרה בפני עצמה, כי אם כלי להשגת מטרת חברתיות. תחרות חופשית עשויה להביא להגדלת הרווחה הכלכלית בדרך של הורדת המחירים והגדלת הכמויות הנמכרות בשוק, ניצול יעיל של המשאבים הטבעיים ויצירת תמריצים להתייעלות ולחדשנות.

התחרות מוערכת גם בשל סיבות שאינן כלכליות גרידא, דוגמת מתן אפשרות שווה לכל אזרח להתחרות בשוק, קידומו של חופש העיסוק וכן חיזוק הדמוקרטיה". (מיכל(שיצר) גל ומנחם פרלמן "חשיבות הניתוח המשפטי והכלכלי של חוק ההגבלים העסקיים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך א 193, 272 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008); ראו עוד הצעת חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ד-1983, ה"ח 1647; ע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ, פס' 13 לפסק דינו של השופט לוי (לא פורסם, 14.7.2005) (להלן עניין אריאל - ערעור על הכרעת הדין)).

פא. אכן, תחרות חופשית היא ערובה ומנוע, כמו גם אות, לכלכלה בריאה בה מובטח לצרכנים המוצר הטוב ביותר במחירו האמיתי - כפי שקבעוהו כוחות השוק - באופן המשקף לאשורו את הביקוש למוצר. תחרות בין יצרנים מחייבת עמידתם התמידית על משמר ייעולו של המוצר ופיתוחו למען לא יפגרו אחרי מתחריהם, והיא המובילה ליישומן ופיתוחן של טכנולוגיות חדשות ולניהול משאבים חסכני ויעיל, החיוניים לפעילותו ולצמיחתו של המשק. הסדר כובל, מעצם טבעו עלול לפגוע בתחרות החופשית ועל כן נאסר בחוק, כפי שהסביר הנשיא ברק:

"מטרת החוק, כפי שהיא עולה מלשונו, ממבנהו ומההיסטוריה החקיקתית, היא לאסור הסדרים כובלים, הפוגעים בטובת הכלל... 'מגמת החוק היא לפנות את הדרך לפעילות כלכלית חפשית, על-ידי סילוק מכשולים המונעים פעילות כזאת' (בג"צ 231/61 בעמ' 326, השופט לנדוי). גישתו של המחוקק היא, שתחרות חופשית פועלת לטובת המדינה, ויש בה כדי להעמיק את החופש המשפטי והכלכלי של הפרט... לשם השגתן של מטרות אלה נקבע איסור על עשיית דבר או הימנעות מעשותו על-פי הסדר כובל..." (בג"צ 47/83 תור אויר בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד לט(1) 169, פס' 7 (1985) (להלן עניין תור אויר)).

פב. הנה כי כן, גם במקרה דנא, "בבואנו לפרש את חוק ההגבלים נשווה נגד עינינו כל העת את תכליתו של החוק, נשמור על קשר עין עם תכלית זו ובעקבותיה נלך. תכלית זו היא עמוד האש ועמוד הענן להוליכנו הדרך, וחייבים אנו נאמנות לה כל העת." (דנ"א 3113/03 א.מ. חניות ירושלים 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים, פס' 12 לפסק דינו של השופט - כתארו אז - מ' חשין (לא פורסם, 10.7.2003) (להלן דנ"א חניות); כן ראו, ע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 590, 598 (2003) (להלן ע"א חניות); עע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים, פ"ד נח(3) 293, פס' 15 לפסק דינה של השופטת חיות (2004), והדיון הנוסף באותו עניין, דנ"מ 2142/04 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד

המשפטים, פס' 7 לפסק דינו של השופט - כתארו אז - מ' חשין (18.6.2004)). בסופו של יום, יצר לב האדם עלול לנטות להשתכר ולהרויח גם אם האמצעים אינם כשרים ביותר, ומכאן דיני ההגבלים העסקיים.

התקיימות יסודותיהם של סעיף 2(ב) וסעיף 2(א) לחוק

פג. את האיסור להיותו של אדם צד להסדר כובל קובע סעיף 4 לחוק, המוציא מתחולתו מקרים בהם נתקבל אישור להסדר מבית הדין להגבלים עסקיים, או פטור מאישור כזה. הסדר כובל מוגדר בסעיף 2 לחוק בדרכים שתיים: ראשית, הוראת סעיף 2(א), כוללת את "הגדרת הסל" הכללית להסדר כובל, הקובעת מבחן פונקציונלי של פגיעה בתחרות לבחינת קיומו של הסדר:

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

שנית, הוראת סעיף 2(ב) לחוק, הקובעת מבחן צורני אשר מבוסס על כלל ה-"Per Se" ("כשלעצמו"), הקובע ארבעה סוגי הסדרים שכבילה לגביהם פוגעת כשלעצמה בתחרות, ובהם פטורה התביעה מהוכחת יסוד הפגיעה או העלילות לפגיעה בתחרות:

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

- (1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;
- (2) הריווח שיופק;
- (3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;
- (4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם.

פד. ודוק: צודקת המערערת בטענתה, כי הוכחת קיומו של הסדר כובל על פי סעיף 2(ב) לחוק מייתרת את הוכחתו על פי סעיף 2(א). שהרי, משחלה אחת החזקות המנויות בסעיף 2(ב) לחוק, הנחת היסוד היא, כי הכבילה שנתקיימה פגעה בתחרות, מבלי שנדרש להוכיח כיסוד מיסודות העבירה, כי מתקיים בכבילה פוטנציאל הפגיעה האמור. לעומת זאת, בגדרי סעיף 2(א) נדרשת התביעה להוכיח פגיעה בתחרות בכוח או בפועל. כך, בעוד שקיימים מקרים שבגדרי סעיף 2(א) יבואו, אך לא בגדרי סעיף 2(ב) (כי הכבילה שבהם אינה נוגעת לאחד מהנושאים המנויים בסעיף) - הנה מקרים הבאים בגדרי סעיף 2(ב), יבואו תמיד בגדרי סעיף 2(א), כדברי השופט לוי בעמדו על היחס בין שני הסעיפים:

"ההנחה היא, כי להסדרים הנתפסים ברשתו של סעיף זה [סעיף 2(ב) - א"ר] אין, ולא יכולה להיות, כל תכלית ראויה, או הסבר לגיטימי, מלבד התכלית שעניינה פגיעה בתחרות. מכאן מתחייבת מסקנה נוספת, והיא כי הסדר המצוי בגדרן של החזקות החלוטות בסעיף 2(ב) לחוק, נכלל ממילא גם בגדרה של ההגדרה הכללית של "הסדר כובל" בסעיף 2(א), אלא שאת יסודות ההגדרה בסעיף 2(א), ובהם יסוד הפגיעה בתחרות, פטורה התביעה מלהוכיח." (עניין אריאל - ערעור על הכרעת הדין, בפס' 16).

וכדברי ההסבר לחוק:

"בסעיף קטן (ב) באה רשימה של נושאים שבהם השלכת ההסדר בין הצדדים על צמצום התחרות אינה מוטלת בספק. הסדרים אלה ייראו כהסדרים כובלים מבלי שיהיה צורך לבחנם בכל מקרה לאור המבחן הכללי האמור." (הצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983, הצעות חוק תשמ"ד, 41, 42).

אכן, "מבחינה תאורטית סעיף 2(ב) לחוק מהווה מקרה פרטי של המקרים הנכנסים בגדרי סעיף 2(א)" (מיכל גל, אמיר ישראלי ומנחם פרלמן "הסדרים כובלים - יסודות האיסור" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך א 193, 272 (מיכל שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008) (להלן גל, ישראלי ופרלמן); ראו גם עניין אריאל - ערעור על הכרעת הדין, בפס' 19; ע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 44 לפסק דינה של השופטת ברלינר (לא פורסם, 21.10.2007) (להלן עניין טגר). בכל זאת, הצדדים בטיעוניהם בפנינו לא "פסחו על שתי הסעיפים", ולפיכך מצאנו לדון בהוכחתן של שתי הוראות החוק גם יחד.

פה. חזקות סעיף 2(ב) לחוק הוגדרו בפסיקה כחזקות חלוטות, הקובעות "מבחן צורני" לקיומו של הסדר כובל (ראו דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, פס' 39-41 לפסק דינו של השופט - כתארו אז - מ' חשין (2001) (להלן דנ"א טבעול)). חזקות אלה, יעילותן בצידן, והפסיקה עמדה על כך שהן מקדמות את הודאות המשפטית ורמת ההרתעה של החוק, מצמצמות את היקף הבירור הנדרש וחוסכות זמן שיפוטי יקר (ראו ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, פס' 89 לפסק הדין (2005) (להלן עניין בורוביץ); רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשייה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ, פ"ד נח(2) 635, פס' 12 לדעת המיעוט של השופטת נאור (2004) (להלן עניין אקסטל); כן השוו: דיויד גילה "לקראת מדיניות משפטית חדשה כלפי תניות אי-תחרות" עיוני משפט כג 63, 111-113 (2000) (להלן גילה - תניות אי תחרות). עם זאת, מעצם טבען, מצמצמות חזקות אלה את מרחב שיקול הדעת השיפוטי ועלולות ללכוד ברשתן הסדרים שאינם פוגעים ואף אינם

עלולים לפגוע, בתחרות (עניין אריאל - ערעור על הכרעת הדין, שם; עניין בורוביץ, בפס' 90). על מנת להימנע ממצב בו תצא תכליתו של החוק - למנוע פגיעה בתחרות - נפסדת, הוצע בפסיקה לפרש את הוראות סעיף 2(ב), כמו גם את שאר הוראות החוק, פרשנות תכליתית, אשר "עשויה לתחום את תחולתן של החזקות החלוטות לקטגוריות של כבילות הפוגעות בתחרות באופן ברור וחד-משמעי" (עניין בורוביץ, שם; בהקשר זה ישנה גישה הגורסת, כי ראוי להחיל את חזקות סעיף 2(ב) רק לגבי הסדרים אופקיים (בין מתחרים), כבענייננו, ולא לגבי הסדרים אנכיים (בין יצרן למשווק או למפיץ), ראו עניין אקסטל, בפס' 10 לפסק דינו של השופט טירקל; דיויד גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק" עיוני משפט כז(3) 751, 755-757 (2004) (להלן גילה - הסדרים כובלים); על גישה זו נעמוד ביתר פירוט בדיון באישום השלישי). נמצאנו למדים, כי גם בגדרי סעיף 2(ב) לחוק שומה עלינו לברר, ראשית, האם בחינה תכליתית של המקרה בראי הפגיעה בתחרות מצדיקה את החלתו של החוק; שנית, האם ההסדר המדובר נכנס לגדרי החזקות הקבועות בסעיף.

פו. בגדרי הבחינה התכליתית מציעים המלומדים גל, ישראלי ופרלמן שלושה פרמטרים לתיחום גבולותיהן של החזקות; האחד, כי בסעיף יכללו רק המקרים בהם הפגיעה בתחרות היא כה ברורה, "עד כי אין צורך להשקיע משאבים בהוכחתה" דוגמת "כבילות עירומות" - ברורות כשמש - בין מתחרים על כמות, איכות או מחיר; השני, כי החזקה תחול רק על הסדרים אופקיים; השלישי, כי הכבילה אינה נדרשת לשם השגת מטרה פרו-תחרותית, והיא מהוה כבילה 'עירומה' שאין לה הצדקה מלבד הפגיעה בתחרות. (גל, ישראלי ופרלמן, בעמ' 289-291). דומה, כי פרמטרים אלה מתקיימים במקרה של תיאום מחירי ההצעות במכרזים, כבנדון דידן, ופגיעתם בתחרות היא מובנת מאליה (ראו למשל החלטת הממונה על הגבלים עסקיים "הסדר כובל בין המתחרים במכרז בזק" פס' 23 (6.4.1994) והאסמכתאות דשם (להלן החלטת הממונה בעניין בזק); ע"פ 7068/06 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ, פס' 13 (לא פורסם, 31.5.2007) (להלן עניין אריאל - ערעור על גזר הדין)).

פז. נותר לברר, האם התיאום בא בגדרי החזקות המנויות בסעיף 2(ב) (1) ו- (3). הכרעת הדין ענתה על כך בחיוב וקבעה, כי וול, דוברובסקי ווייס הגבילו את עצמם באשר למחיר אשר יוצע במכרז וחילקו את המכרזים בהתאם לסיכומים ביניהם. כנגד קביעה זו טוען וול, כי רכיב "המחיר שיידרש" ורכיב "חלוקת השוק" בין השחקנים לא הוכחו; כי התחשבות בדיעבד, העולה מטבלאות ימית, אינה חלוקת שוק כהגדרת הסדר כובל בסעיף 2(ב) (3); וכי להוכחת החזקות הונחו ראיות נסיבתיות חלשות ואמביוולנטיות.

פח. כעולה מהכרעת הדין ומחומר הראיות, כמו גם מבחינת התכלית של החוק, אין ספק בענייננו, כי ההסכמה בין הצדדים נועדה ליצור כבילה באשר למחיר שיוצע במכרזים שתואמו, וכי התחשבנויות הרוחב שנעשו - לחלק את השוק בין הנאשמים נעשו. ממוצגים 6/ת, 27/ת, 29/ת, 49/ת, 53/ת, 77/ת ות/88 מצטיירת תמונה של תיאום מחירים מלא בין החברות הנאשמות, ועולה בבירור כי הנאשמים חילקו ביניהם מכרזים על דרך הרוטציה, כפי שנקבע עובדתית:

”עסקינן בקרטל אשר על פי ‘כלליו’ חובת התיאום הינה לגבי הזמנות מעל לסכום של 100,000 ₪, מדובר בקרטל אשר מרבית הרוכשים ידועים מראש וכך גם היקפי העבודה. בנוסף, אופיו של התיאום עולה מחומר הראיות. כאמור לעיל, טבלאות ימית אינן מסכמות מכרז זה או אחר אלא מדובר על טבלאות המסכמות מספר רב של מכרזים הפרושים על פני תקופה ארוכה של למעלה משנה... אף אם לא תואמו כל המכרזים הרי שבין הנאשמים היה סטטוס קוו אשר הפרתו זיכתה את המפר בטלפונים נזעמים.” (הכרעת הדין, בפס’ 62).

כך למשל נקבע, על פי המסמכים שנמצאו במוצג 77/ת, הלא הוא “התיק החום” של וול, כי המחירים הושגו מהחברות המתחרות וכי שימשו לצורך תיאום מכרזים. לאחר העיון בראיות, קביעות אלה מקובלות עלינו. דומה, אם כן, כי לא תיתכן מחלוקת באשר לחלותו של סעיף 2(ב)(1) לחוק בנדון.

פט. שונה הדבר לשיטתי באשר לחלות החזקה הקבועה בסעיף 2(ב)(3). על פי נוסחה הנוכחי של החזקה, חלוקת שוק היא חלוקה “לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו”. אף שבמהותו תיאום מכרזים הוא לדידי חלוקת שוק מובהקת, שהרי במקום להתחרות במכרזים השונים, הסכימו הנאשמות - אם מראש ואם בדיעבד - כי הזכיות יתחלקו ביניהן בשווה (ראו למשל החלטת הממונה בעניין בזק, בפס’ 23), עדין אין חלוקה זו - שהיא חלוקת שוק לפי סוג העבודות או ליתר דיוק חלוקת עבודות אקראית בדרך של רוטציה בין הזכיות במכרזים - באה לכאורה בגדרי לשונה של החזקה הקבועה בסעיף, המגבילה עצמה למקום העיסוק ולאנשים (ראו גם גל, ישראלי ופרלמן, בעמ’ 304-305). יתכן שפרשנות תכליתית, שעה שהמטרה ברורה למדי, יכלה לפרוש כנפיה על הסיטואציה דנא, אך אין הדבר נקי מספקות.

צ. ואכן, תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס’ 9), התשס”ה-2005 (להלן תזכיר לתיקון החוק), הציע לשנות את נוסחה של החזקה הקבועה בסעיף זה ולהרחיבה, על דרך של הורדת סיפת הסעיף והשארית הרישא, כך שחלוקת השוק תחשב “הסדר בין מתחרים שענייננו או תוצאתו חלוקת השוק, כולו או חלקו”. בדברי ההסבר להצעה, נכתב:

”סעיף זה מחליף את סעיף 2(ב)(3) הקיים, אך מרחיב את האיסור גם לחלוקת שוק בכל דרך אחרת, שכן הניסיון המצטבר מלמד כי ניתן לחלק שווקים בטכניקות מגוונות. הנוסח המצומצם של סעיף 2(ב)(3) המוצע מבקש לכלול בתוכו הסדרי חלוקת שוק קרטליים (Market Allocation) לרבות במסגרת מכרזים...”(תזכיר לתיקון החוק, בפס' ב.ג.)

אולם שינוי זה טרם נתקבל על-ידי המחוקק. ובנדון דידן, כידוע, מצויים אנו במטריה של המשפט הפלילי, המחייבת אותנו, בהתקיים מספר פירושים סבירים לחוק, לבחור אותו פירוש המצר את האחריות הפלילית המוטלת על הנאשם, כפי שמורנו סעיף 34כא לחוק העונשין הנגזר מעקרון החוקיות בפלילים (השור רע"פ 8135/07 גורן נ' מדינת ישראל, פס' ל"ו לפסק דיני (לא פורסם, 11.2.2009); דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פס' 9-10 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; פס' 3 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; פס' י"ד לפסק דיני; פס' 2-3 לדעת המיעוט של השופט גרוניס לעניין זה (לא פורסם, 2.3.2009); עוד ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 254 (2003)). כל שכן כאשר הפירוש המילולי הוא לטובת הנאשמים כבמקרה דנא. לפיכך אציע לזכות את הנאשמים, מחמת הספק, מעבירת עריכת הסדר כובל על פי סעיף 2(ב)(3) לחוק.

צא. משקבענו כי ההסדר דנא בא בגדרי סעיף 2(ב)(1) לחוק, ברי כי תיאומי המכרזים באים אף בגדרי סעיף 2(א) לחוק. את הגדרת ההסדר הכובל המצויה בסעיף זה פירטה הפסיקה לרכיביה - הראשון, קיומו של הסדר; השני, כי ההסדר "נעשה בין בני אדם המנהלים עסקים"; השלישי, כי לפחות אחד הצדדים מגביל עצמו; והרביעי, כי ההגבלה עלולה למנוע את התחרות בין המוגבל לבין אחרים או להפחיתה, קריטריון המכונה בשם המוזר-משהו "מבחן העלילות" (ראו עניין אריאל - ערעור על הכרעת הדין, בפס' 14; עוד ראו יצחק (צחי) יגור דיני ההגבלים העסקיים 148-155 (מהדורה שלישית, תשס"ב) (להלן יגור)).

צב. במקרה שלפנינו אין מחלוקת של ממש באשר להתקיימות שלושת התנאים הראשונים המנויים בסעיף 2(א), מלבד השאלה - אשר תידון בהמשך - האם עסקינן בהתאמה אוליגופוליסטית מותרת שלא הגיעה לכדי הסדר, שהוא אסור. גדר המחלוקת היא איפוא, באשר לפוטנציאל הפגיעה בתחרות הטמון בהסדר הנטען. לטענת המערערות, לא זו בלבד שפוטנציאל כזה היה קיים, הוא אף יצא מן הכוח אל הפועל. טענתו העיקרית של וול היא, כי הרכיב הרביעי לא נתקיים, משום שהמערערות לא הוכיחה את היקף השוק הרלבנטי ואת חלקם היחסי של שחקניו, הדרושים לשם הוכחת פוטנציאל הפגיעה בתחרות בשוק.

צג. אכן, בדיני ההגבלים העסקיים קנו שביתה גישות הרואות בהגדרת השוק שלב הכרחי אף בהוכחתה של עבירת ההסדר הכובל על פי סעיף 2(א) לחוק. דרישה כזאת אינה נמנית, כידוע, על יסודותיה של העבירה, אולם דומה כי ברי, שיש בה כדי לסייע בדינו לקבוע האם מתקיים "מבחן העלילות" לפגיעה בתחרות כדרישת הסעיף (השוו לסעיף 21(א) לחוק, הדורש - במסגרת התנאים להתנגדות למיזוג - חשש סביר לפגיעה בתחרות "באותו ענף" ומחייב תיחומו של השוק; ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא ברק (1998) (להלן עניין תנובה)).

צד. את הגישה המחייבת ניתוח שוק כאמור, מייצג המלומד דיוד גילה:

"לא ניתן להכריע על-סמך תחושת-בטן בלבד ובלי ניתוח כלכלי מעמיק אם הסדר כובל פוגע בתחרות בענפים הרלוונטיים באופן זניח אם לא... ההניעות והרקע להסדר הספציפי אינם יכולים, כשלעצמם, לפטור את בית-המשפט מן הניתוח הכלכלי" (גילה - הסדרים כובלים, בעמ' 781); (ראו גם גילה - תניות אי תחרות, בעמ' 111-114; וכן דיוד גילה "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים ומונופולין" דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 635, 638-639 (2003); וכן יגור, בעמ' 107-108).

לעומתה, רווחות בפסיקה גישות הסוברות כי מקום בו "ברור לכול כי ההסדר הסדר כובל הוא", אין צורך בניתוח שוק מהותי (ראו דנ"א טבעול, בפס' 43 לפסק דינו של השופט - כתארו אז - מ' חשין; עניין טגר, בפס' 55; ע"א חניות, בעמ' 601-602 דעת היחיד של השופט - כתארו אז - אור; בפרט ראו ביקורתו של גילה על הימנעות בית המשפט בע"א חניות מניתוח מידת פגיעתו של ההסדר בתחרות בענף הרלבנטי במאמרו הסדרים כובלים, שלעיל, שם; מנחם פרלמן "הגדרת שווקים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך א 167, 170 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008) (להלן פרלמן - הגדרת שווקים); להשלמת התמונה ראו דנ"א חניות, בפס' 7).

צה. ודוק: להבדיל מהוכחת הסדר כובל לפי סעיף 2(א), הנה על פי הגיונו של סעיף 2(ב) לחוק, הגדרת השוק אינה נחוצה לצורך הוכחתן של החזקות החלוטות הקבועות בו, באשר אין בהן דרישה להוכחתה של פגיעה בתחרות (ראו עניין בורוביץ, בפס' 88; עניין אקסטל, בפס' 7 ו-12 לדעת המיעוט של השופט נאור; עניין אריאל - ערעור על הכרעת הדין, בפס' 16; גילה - תניות אי-תחרות, בעמ' 102-103; גילה - הסדרים כובלים, בעמ' 781; ראו והשוו תזכיר לתיקון החוק המציע לצמצם את תחולת סעיף 2(ב) כך שיחול רק על הסדרים "בין מתחרים", לשם כך תידרש הגדרת שוק מסוימת; עוד השוו גל, ישראלי ופרלמן, בעמ' 266).

צו. כשלעצמי סבורני, כי עסקינן בנושא תלוי נסיבות. ברי, כי השפעתו של הסדר כובל על התחרות אינה יכולה להיבחן בחלל ריק. יתכנו מקרים מובהקים בהם ברור כשמש בצהרי היום שלפנינו הגבל עסקי על פי הראיות - כמעט בפרפרזה על אמרתו הנודעת של השופט פוטר סטיוארט, שבעקבותיה נאמר "כשאני רואה הגבל, אני יודע זאת". ואולם, במקרים רבים מאד הגדרת השוק הרלבנטי היא שלב ראשון ולעתים הכרחי לבחינת קיומו או העדרו של הגבל עסקי, ולקביעת "עוצמת השוק" של הצדדים ויכולת השפעתם על התחרות החופשית בשוק (יגור, בעמ' 107; ראו גם פרלמן - הגדרת שווקים, בעמ' 168). באמצעות הגדרת השוק ניתן לזהות השפעה שלילית על השוק - "כשל שוק", המאפשר לחברות המחזיקות בכוח שוק להרע את תנאי הסחר בו באופנים שונים, על-ידי העלאת מחירים או הורדת איכות המוצר, בהשוואה לתנאים שהיו נקבעים על-ידי כוחות השוק בשוק תחרותי-חופשי. הגדרת השוק היא איפוא:

"זיהוי הזירה התחרותית הרלבנטית לבדיקת השלכותיו של ההגבל העסקי בו מדובר. רק בהינתן מרחב המוצרים (או השירותים) והשחקנים העוסקים (או מסוגלים לעסוק) בהם, ניתן ליצוק תוכן לציווי המרחף מעל הוראות חוק ההגבלים העסקיים כולן: מניעת היווצרותו של כוח שוק ושל התופעות המלוות אותו." (ת"א חי') Tower Air 1114/99 נ' שירותי תעופה בע"מ, פס' 47 לפסק דינו של סגן הנשיא גינת (לא פורסם, 6.5.2007) (להלן עניין Tower Air), המצטט מתוך טיוטת הנחיות רשות ההגבלים העסקיים "להגדרה ומדידה של שוק רלבנטי לעניין חוק ההגבלים העסקיים" (2001).

וכפי שמסביר המלומד Hovenkamp:

"Determination of a relevant product market and of a relevant geographic market both address the same question: is there a grouping of sales in which the defendant has market power?" (HERBERT HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE 112 (3rd ed. 2005).

צו. עם זאת דומה - בכל הנוגע לאישום הראשון - כי מקרה זה בא בקהל אלה בהם איננו נדרשים להגדרת השוק, משום שזירת התחרות נתחמה כבר (למעטפות בלבד) על-ידי עורכי מכרזים, ומשום שהמערערת הוכיחה מה היה חלקן של החברות הנאשמות מכלל המתחרים הפוטנציאליים במכרז ספציפי. כך למשל הוכח, כי מכרזי חמנית ויקינטון ומכרז מעטפות הבחירות, אשר נקבע כי הזכיות בהם תואמו בין החברות הנאשמות (הכרעת הדין, בפס' 106, 108), היו פתוחים ליצרני מעטפות בלבד, וכי בשוק ייצור המעטפות, להבדיל משוק הדיוור, שלטו החברות הנאשמות - אף לשיטתן הן.

צח. באשר למבחן ההסתברותי לפגיעה בתחרות, אשר קבענו מעלה כי הוא מתקיים, מפרטת הכרעת הדין, בהתבסס על ראיות ועדויות, שורת פגישות ושיחות טלפון בהן תואמו זכיות במכרזים, בהם מכרזי חמנית ויקינטון ומכרז הבחירות - פעולות אשר פגעו או יכלו לפגוע בתחרות, כמו גם העברת מידע בין החברות הנאשמות, והתחשבנויות רוחב ביניהן (הכרעת הדין, בפס' 54-107), ולא נחזור על הדברים. התרשמנו, כי למירב טענותיו של וול בהקשר זה אין בסיס מספיק. כך טענותיו בקשר לטבלאות ימית, אף שנקבע בהכרעת הדין, לאחר ניתוח מוצגים ת/6 ו-ת/88, כי בפגישה בימית נבחנו תוצאות חלוקת השוק ונערכה התחשבנות, וכי החישובים תואמים את חלוקת השוק בין החברות הנאשמות (שס, בפס' 54-57); טענותיו כי גברעם לא יכלה להשתתף במכרז הבחירות בשל אי-עמידתה בתנאי הסף וכי אמקה לא ייצרה אז מעטפות, אשר נדונו ונדחו (שס, בפס' 107-108); טענותיו כנגד מהימנותו של העד כהן, שנקבע בהכרעת הדין כי יש ליתן לעדותו אמון מלא, וכי היא קוהרנטית, מתיישבת עם חומר הראיות ואינה מגמתית (שס, בפס' 68-69, 87); כך גם טענות מערערי אמקה באשר למועד בו החלה זו את פעילותה היצרנית, וטענות נוספות הבאות לקעקע עובדות שנקבעו בהכרעת הדין ושהוכחו כדבעי. כלל ידוע הוא, כי ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בממצאי עובדה ומהימנות שקבעה הערכאה הדיונית אלא במקרים חריגים, שמקרה זה אינו בכללם (ראו למשל ע"פ 5197/05 עיטא נ' מדינת ישראל, פס' ו' לפסק דיני והאסמכתאות דשם (לא פורסם, 5.2.2007); ע"פ 2485/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 918, פס' 5 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה ((2001)). אציין עוד: בדיני ההגבלים העסקיים עסקינן, אך ברי כי תיאום מכרזים צופן בחובו לכאורה עבירות נוספות.

צט. יש עוד להידרש לטענת וול ומערערי אמקה השבים ומטעימים ללא הרף, גם בעיקרי טיעוניהם גם בדיון בפנינו, כי התחרות האגרסיבית ששררה בשוק, אשר הובילה לירידת מחירי המעטפות ולהתייעלות באמצעי הייצור, מהוה אינדיקציה מובהקת לכך שהרכיב הרביעי בעבירת ההסדר - הדורש עלילות לפגיעה בתחרות - לא נתקיים. מגדיל וול וטוען, כי העובדה שהקרטל התנהל "תחת מאזן אימה", ניסיונות הנאשמים "לזנב זה בזה" והעדר האמון ביניהם, מעידים לשיטתו על טיבו המינורי והמיוחד של הקרטל, המכונה בפי באת כוחו, עו"ד ליטבק, "קרטל נואש"; מחרה מחזיק אחריהם בא כוחו של דוברובסקי, עו"ד פרופ' ליבאי, אשר טען בפנינו דברים דומים כנגד התקיימות נסיבות מחמירות בנדון, בכנותו את הקרטל "קרטל צולע". ואולם, טענות אלה אין להלום בבחננו לעומקם את דיני ההגבלים העסקיים.

ק. מושכלות ראשונים הם - הן על פי לשונו של סעיף העבירה, הן על פי הגיונו - כי עבירת ההסדר הכובל אינה עבירה תוצאתית. העדרה של תוצאה קרטליסטית המעידה על הצלחתו של הקרטל, אינה מעלה ואינה מורידה לעניין ההרשעה על פי סעיף 2(א), כפי שכבר נקבע, לא אחת, בקשר לדרישת פוטנציאל הפגיעה בתחרות באותו סעיף:

”דרישה זו אינה מחדירה לעבירת ההסדר הכובל דרישה לאלמנט תוצאתי של פגיעה בפועל בתחרות, כי אם דרישה למעשה שעלול, מבחינת הפוטנציאל הטמון בו, להביא לפגיעה כזו.” (ההדגשות במקור) (עניין אריאל - ערעור על הכרעת הדין, בפס' 14; ראו עניין נחושטן, בעמ' 120).

קא. שנית, אין בידינו די נתונים על מנת לבודד אותם גורמים אשר בחברתם יחד הובילו לירידת מחירי המעטפות בשוק - אם זו באה בזכות הפרת החוזה לעתים על-ידי אמקה, או בשל ”כניסת המעטפית ותחרות עם היבואנים” כפי שנקבע בהכרעת הדין (בפס' 121), וממילא אין בכך צורך. יסוד התוצאה או הנזק אינו דרוש, כאמור, לשם גיבושה של עבירת ההסדר. במאמר מוסגר יצוין, כי ניתן רק לשער באיזה שיעור היו מחירי המעטפות צונחים עוד אלמלא היה השוק נגוע בקרטל. חוששני, כי טענתו של וול בהקשר זה, לפיה גם לאחר פתיחת החקירה לא התרחשה ירידת המחירים הצפויה לאחר הפסקת הסדר, אין לה על מה שתסמוך, ועדויות מוראש ובאוכנר לימדונו אחרת (ראו עדות מוראש, בעמ' 287 לפרוטוקול; עדות באוכנר, בעמ' 910 לפרוטוקול).

קב. שלישית, העובדה שאחד הצדדים נסוג מביצוע ההסדר לאחר מתן הסכמה לו אינה משנה לעניין השלמת היסוד של עריכת הסדר (ראו גל, ישראלי ופרלמן, בעמ' 210). יתרה מכך, סטייה מהסכמות שהושגו כדי להשיג רווחים לטווח הקצר מאפיינת הסדרים כובלים רבים, והחשש ממנה ומיצר לב האדם הוא הטעם הנעוץ ביסוד מנגנוני השיטור והאכיפה הקפדניים שקרטלים רבים אימצו לעצמם (ראו ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' לימור, פס' 85 לפסק דינה של השופטת ארבל (לא פורסם, 4.9.2007) (להלן עניין לימור); ע"פ 2929/02 מדינת ישראל נ' סבירסקי, פ"ד נז(3) 135, פס' 1 לפסק דינה של השופטת דורנר (2003) (להלן עניין סבירסקי)). אף אם נניח, כטענת אמקה, כי היא הייתה מחוללת התחרות בשוק ואתראית לחוסר האמון ששרר בין חברי הקרטל, אין בכך כדי להועיל לה - ”נטיית השותפים להסדרים כובלים להפר את ההגבלות שנטלו על עצמם אינה תופעה בלתי מוכרת” (עניין בורוביץ, בפס' 134), והגיונה הכלכלי בצידה, כפי שמסבירה גל:

”מרגע שהושג הסטטוס-קוו העל-תחרותי, אויבו הראשי הוא החברים בו, בשל האינטרס של כל אחד מהם להגדיל את רווחיו על-חשבון חבריו בדרך של סטייה מתנאי

העסקה המהווים את הסטטוס-קוו." (ראו מיכל (שיצר) גל
 "מהו 'הסדר'? קו הגבול בין תאום לבין התאמה בחוק
 ההגבלים העסקיים" עיוני משפט כט(3) 591, 632 (2006)
 (להלן גל - מהו הסדר)).

והמערים על החוק, על שום מה נניח כי לא יערים על שותפו להערמה?

עוד אוסיף בחינת למעלה מן הצורך, כי דוקא היות אמקה "מחוללת התחרות" בשוק יכול בנדון רק לפעול לרעתה, שהנה למרות שמעמדה המיוחד איפשר לה שלא ליטול חלק בקרטל מבלי לספוג הפסדים משמעותיים בשל כך, בחרה בדרך קלה ועקלקלה תוך שהיא מנסה "לתפוס את המקל בשני קצותיו": להשתתף בקרטל, מזה - ולסטות ממנו כאשר הדבר יביא לה רווחים, מזה.

2. התאמה אוליגופוליסטית מותרת או הסדר כובל?

קג. במסגרת הוכחתם של יסודות ההסדר הכובל, פסחנו עד הנה על טענת מערערי גברעם ואמקה, כי יסוד "ההסדר" בהוכחת העבירה אינו מתקיים משום שעסקינן בהתאמה אוליגופוליסטית מותרת ולא בהסדר כובל. נשוב אליה עתה. טענה זו נדחתה בהכרעת הדין, בעיקר מן הטעם, שלא סופק הסבר חלופי לישיבות המשותפות שקיימו הנאשמים ולהתחשבות שערכו על גבי הטבלאות, והיא שבה ונטענת בפנינו.

קד. התאמה אוליגופוליסטית, או בכינויה "קשר שבשתיקה" (tacit collusion), הוגדרה בפסיקה ובספרות כהתנהגות מקבילה או חקינית של מתחרים, הקובעים את מדיניותם העסקית תוך הבאה בחשבון של תגובתם הצפויה של מתחריהם והעתקתה, אך מבלי שתואם וסוכם על כך ביניהם ומבלי שהם מתערבים בתנאי השוק, אלא רק מגיבים עליהם. התנהגות זו מאפיינת שווקים ריכוזיים כמו ענפי הדלק, הביטוח והעיתונות בישראל, אשר נשלטים על-ידי מספר חברות מצומצם. לעומת הסדר שהוא אסור על פי החוק, בפסיקה נקבע, כי התאמה אוליגופוליסטית היא מותרת:

"התנהגות מקבילה של מתחרים או העתקה של מתחרים
 זה מזה אינן, כשלעצמן, בגדר 'הסדר' לפי חוק
 ההגבלים, בתנאי שלא קיימים תיאום, הסכמה או שיתוף
 פעולה כלשהם בין המתחרים." (עניין בורוביץ, בפס'
 80; ראו גם הכרעת הדין בעניין בורוביץ, בפס' 55-
 51).

קה. ודוק: פגיעתה הרעה של התאמה אוליגופוליסטית בתחרות החופשית ובציבור הצרכנים הוכרה זה מכבר, אך בעיקר נוכח בעיות באכיפתה נטתה הכף לעבר אי התערבות בה (ראו גל - מהו הסדר, בעמ' 613-616). עם זאת יודגש, אי ההתערבות בהתאמה כזאת אינו מונע ממנה לשמש, בנסיבות מסוימות, "אינדיקציה ראייתית"

לקיומה של הסכמה אסורה (ראו עניין בודוביץ, בפס' 79-80; במקרים אחרים חשש מתיאום אוליגופוליסטי שימש נימוק לאי-אישורו של מיזוג. ראו למשל: החלטת הממונה על הגבלים עסקיים "נימוקים להתנגדות למיזוג הריבוע הכחול ישראל בע"מ - ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ" בפס' ג.7 (10.10.2001); ראו והשוו ערר (י-ם) 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על הגבלים העסקיים, פס' 52-60 (לא פורסם, 29.5.2003) (להלן עניין פוד-קלאב)). עוד נשים ליבנו לחריג לכלל שאינו פוסל התאמה - בדמות סעיף 6 לחוק הקובע, כי התאמה כזו תהא אסורה מקום בו צד יודע על קיומו של ההסדר הכובל אליו הוא מתאים את פעולותיו. על פי הספרות זהו "יציר כלאיים" בין הכלל האוסר הסדר כובל לבין הכלל המתיר התאמה אוליגופוליסטית (ראו גל - מהו הסדר, בעמ' 617).

קו. ההגדרה הבסיסית ל"הסדר כובל" מצויה כאמור, בסעיף 2(א) לחוק הקובע ארבעה מרכיבים, שהזכרנו כי הם כוללים - קיומו של הסדר; "בין בני אדם המנהלים עסקים"; הגבלה שנוטל על עצמו לפחות אחד הצדדים; ועלילות למניעת תחרות בין המוגבל לבין אחרים או להפחתתה. התנאי הראשון, הדורש קיומו של הסדר, הוגדר בסעיף 1 לחוק הגדרה רחבה, כדלקמן: "הסדר" - בין במפורש ובין מכללה, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו". הגדרה זו מרחיבה עד למאד את גבולות ההסדר האסור, וההבחנה בינו לבין התאמה "מותרת" מיטשטשת. יתרה מכך, על פי ההלכה יש ליתן למלה "הסדר" את הפירוש המרחיב ביותר (ע"פ 1042/03 מצרפלט שותפות מוגבלת בע"מ (1974) נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 721, פס' 14 לפסק דינה של השופטת נאור (2003) (להלן עניין מצרפלט); עניין אריאל - ערעור על הכרעת הדין, בפס' 14). זאת כדי למנוע עקיפה מתוחכמת "בנוסח ישראלי" של הוראות החוק.

קז. עינינו הרואות, מלאכת ההבחנה בין התאמה אוליגופוליסטית "מותרת" לבין תיאום אסור, נוכח הגדרתו המרחיבה של זה, אינה סוגה בשושנים. כזכור, בדחתו את טענת הנאשמים כי עסקינן בהתאמה אוליגופוליסטית נעזר בית המשפט המחוזי במבחן המוצע על-ידי גל להבחנה בין האסטרטגיות, "מבחן הגורם המצרפי" על שתי חלופותיו: "מבחן תנאי השוק", הבוחן במקום בו אין ראיות, אם גם ללא הסדר מפורש היו השחקנים מצליחים לשמור על תנאי שוק רווחיים; ו"מבחן הגורם המצרפי החיובי", הבוחן קיומה של תוספת ראייתית המעידה על "התנהגות מקלה". זו האחרונה היא התנהגות מודעת, בלתי מחייבת, המקלה על יצירת תיאום, כגון מנגנון שיטור ופגישות מתחרים ללא הסבר חלופי. עוד לפי המבחן, תוספת ראייתית כזו לא תוביל להרשעה אם יוכיח הנאשם כי לפעילות ההתאמה הצדקה חלופית, המקדמת רווחה

חברתית. לאחר יישום "מבחן הגורם המצרפי החיובי" לנסיבות המקרה נקבע על-ידי בית המשפט קמא, כי בפרשה שבפנינו תוספת ראייתית כזו קיימת, ופורטו התנהגויותיהם של הנאשמים אשר הקלו על יצירת תיאום, עליהן לא היתה מחלוקת, בהן ישיבות משותפות ושיחות טלפון אשר לא ניתן לגביהן הסבר חלופי, וכן סיכום התוצאות ו"התחשבות" לגבי זכויות במכרזים בכתב ידם של הנאשמים על גבי טבלאות (הכרעת הדין, בפס' 41).

קח. כנגד קביעה זו יוצאים וול ומערערי אמקה, בטענה שמעשיהם לא חרגו מגדר התאמה מותרת, וכי על פי המבחנים המוצעים על-ידי גל התנהגותם לא עלתה כדי הסדר כובל. כך נטען, כי ירידת מחירי המעטפות בשוק בתקופה הרלבנטית, מעידה על כך ש"מבחן תנאי השוק" אינו מתקיים, שכן תנאי שוק רווחיים לא נשמרו. אין להיעתר לטענה זו. מבחן תנאי השוק אינו בוחן את רווחיותם - אף לא היחסית - של תנאי השוק, אלא מציב את השאלה האם תנאי השוק הקיימים מספקים הסבר ראוי להתנהגות המקבילה של הצדדים. אין צורך בניתוח כלכלי מעמיק של תנאי שוק המעטפות על מנת להסיק, כי הגשתן של הצעות זהות במכרזים, כפי שפורטה בהכרעת הדין, אינה נובעת מתנאי השוק הטבעיים (דוגמה דומה בעניין תיאום מכרזים מביאה גל - מהו הוטר, בעמ' 625).

קט. עוד טוען וול, כי גם "מבחן הגורם המצרפי החיובי" אינו מתקיים, שכן סופקו הסברים חלופיים ו"הגיונות עסקיים" לקיומן של הפגישות המשותפות. דא עקא, ההסברים החלופיים שהוצגו בפני בית המשפט קמא נדחו אחד לאחד כהסברים בעלמא (הכרעת הדין, בפס' 77, 111 ו-114), והסברים מספקים אחרים לא הובאו. למעשה, מי שהסברים אלו מצויים היו בידיעתם בחרו לשתוק; איני יכול שלא לשוב ולהטעים ביותר נקודה אחרונה זו.

קי. לאמיתו של דבר, הגם שהמבחנים המוצעים על-ידי גל מצביעים אף הם על קיומו של הסדר בענייננו, אין הם דרושים לשם הכרעה בשאלה זו. מבחנים אלה מסייעים בידינו מקום בו אין "ראיות ישירות על פעולות ההולכות צעד אחד נוסף מעבר להתאמה אוליגופוליסטית" (גל - מהו הוטר, בעמ' 624), ואילו בענייננו פני הדברים שונים, על פי הראיות המרובות לתיאום קרטליסטי. אין זה המקרה בו אנו נדרשים לפרשנותה של התנהגות מקבילה של שחקנים בשוק, מקום שקיים קושי להוכיח ממה היא נובעת, וכאשר היא כשלעצמה אינה מוכיחה קיומו של הסדר (להבדיל למשל מעניין הקרטל הנטען של חברות הגז, שהוכרע לאחרונה בבית המשפט המחוזי - ת"פ 1061/05 מדינת ישראל נ' גבע, פס' 299-301 לפסק דינו של השופט סולברג (לא פורסם, 11.6.2009)). עסקינן במקרה קל בהרבה, בו מצויות - כפי שפורט בהכרעת

הדין - ראיות לרוב לא רק לקיומה של תוצאה מקבילה, כי אם לקיומו של תיאום ושיתוף פעולה ממש בין הצדדים. המבחנים המדוברים, אף שהם מחזקים את המסקנה כי גבולות ההתאמה האוליגופוליסטית נחצו גם נחצו, אינם הכרחיים לשם הסקתה.

קיא. נותר עוד להעמיד דברים על דיוקם בשאלת חילופי המידע בין החברות הנאשמות. כאמור, בהכרעת הדין נקבע, כי הנאשמים העבירו ביניהם מידע, כפי שמעידים מוצגים ת/27 ו-ת/29 (הכרעת הדין, בפס' 84). לטענת וול העברת מידע אכן היתה, אולם היא התבצעה בשוק שקוף ופתוח, בו ידע כל מתחרה על הנעשה אצל יריבו, במסגרת לגיטימית של העברת מידע מסחרי. אף לטענה זו אין להיעתר. יש לבור את התבן מן הבר. אכן, היחס לחילופי מידע הוא, מטבע הדברים, מורכב. מזה, יש להכיר במידע כמרכיב הכרחי לתחרות בשוק, המאפשר לשחקנים להציע מחיר נמוך יותר מאשר מתחריהם ובכך לייעל את התחרות ביניהם (ראו יגור, בעמ' 201; גל - מהו הסדר, בעמ' 633-634). מנגד, העברת מידע מהוה - לצד מנגנונים להסדרת תמריצים שנהגו גם הם במקרה דנא - "התנהגות מקלה" קלאסית, המשמשת בסיס להגעה להסדר כובל או לשיטורו של הסדר קיים:

"לא תמיד חילופי מידע הינם פרו-תחרותיים... חילופי מידע עלולים ליצור או לחזק תיאום או התאמה, הן על-ידי הקלת ההסכמה על תנאי הסטטוס-קוו והן על-ידי הקלת הגישה למידע שבאמצעותו ניתן לברר אם פעולותיהן של החברות תואמות את שהוסכם." (גל - מהו הסדר, בעמ' 634; ראו עוד חן ליכטנשטיין "חילופי מידע בין מתחרים - סוגיה בדיני הגבלים עסקיים" משפטים כו 493 (תשנ"ו)).

נכון הדבר, כי חילופי מידע כשלעצמם אינם מגבשים את המסקנה בדבר התקיימותו של הסדר כובל. עם זאת, יש בהם כדי ללמד - בהצטרפם לראיות אחרות - על קיומו של הסדר כזה (ראו הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בעניין קרטל הצנרת שנדון בעניין מצרפלט: ת"פ (י-ם) 209/96 מדינת ישראל נ' אהליך יעקב בע"מ, פס' 93-95 (לא פורסם, 4.8.2002) (להלן הכרעת הדין בעניין מצרפלט). יתרה מכך, החלפת מידע בין מתחרים במכרז הוכרה כחמורה במיוחד, וכזו היכולה להוות - כשלעצמה - הסדר כובל (ראו החלטת הממונה בעניין בזק, בפס' 47 והאסמכתאות דשם; יגור, בעמ' 203).

3. נסיבות מחמירות

קיב. כאמור, מערערת המדינה על זיכוי נאשמים 1-8 מעבירות האישום הראשון בנסיבות מחמירות לפי סעיף 47 לחוק. נטען, כי נסיבות העבירה, בהן חלקן ומעמדן של החברות בשוק המעטפות, ופרק הזמן בו נמשך ההסדר הכובל, הן נסיבות

מחמירות. סעיף הנסיבות המחמירות, שנכנס לתוקף ביום 20.2.2000, קבע עבירה חדשה, מסוג פשע:

- 47א. העובר עבירה לפי סעיף 47(א) בנסיבות מחמירות, דינו - מאסר חמש שנים או קנס כאמור בסיפה לסעיף 47(א); לעניין סעיף זה, "נסיבות מחמירות" - נסיבות שבהן עלולה להיגרם פגיעה משמעותית בתחרות בעסקים, בין השאר בשל אחד או יותר מאלה:
- (1) חלקו ומעמדו של הנאשם בענף המושפע מן העבירה;
 - (2) פרק הזמן שבו התקיימה העבירה;
 - (3) הנזק שנגרם, או הצפוי להיגרם לציבור, בשל העבירה;
 - (4) טובת ההנאה שהפיק הנאשם.

קיג. שתי שאלות דורשות התייחסותנו. האחת, האם חלקם ומעמדם של הנאשמים "בענף המושפע מן העבירה" מהווים נסיבות "שבהן עלולה להיגרם פגיעה משמעותית בתחרות" על פי סעיף 47א(1); השנייה, האם פרק הזמן בו נמשך ההסדר מהווה נסיבה כזאת, על פי סעיף 47א(2). בבחננו שאלות אלה ניתן מענה גם למבחן התשתית של הסעיף - האם יש בנסיבות הללו כדי לפגוע "פגיעה משמעותית בתחרות בעסקים". בית המשפט קמא ענה על השאלות שלא בחיוב. לצורך השאלה הראשונה נבחנה הגדרת השוק הרלבנטי ונקבע, כי מאחר שחלקן של החברות הנאשמות בשוק זה קטן מן הנתען על-ידי המדינה, מהיות השוק הרלבנטי כולל גם את שוק המעטפיות, החלופה הראשונה של סעיף 47א אינה מתקיימת. בשאלה השנייה נקבע, כי הקרטל פעל במשך שבע שנים, החל משנת 1995, אולם לא הוכח כי תקופת הזמן הארוכה בה פעל כשלעצמה - וללא התקיימות יתר התנאים - עלולה היתה לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות (הכרעת הדין, בפס' 121). נבחן את השאלות כסדרן.

א. הגדרת השוק

קיד. על הגישות השונות הרווחות בפסיקה ובספרות באשר לצורך בהגדרת השוק להוכחת יסודות סעיף 2(א) עמדנו מעלה (בפס' צג-צו). כעולה ממנו, ישנם מקרים בהם על פי הנסיבות אין צורך בניתוח שוק מהותי (ראו דנ"א טבעול, בפס' 42; עניין טגר, בפס' 55). בשונה מהאמור שם, בבואנו לבחון התקיימותן של נסיבות מחמירות על פי חלופה (1) של סעיף 47א - "חלקו ומעמדו של הנאשם בענף המושפע מן העבירה" שומה עלינו להגדיר את גבולותיו של אותו ענף, כאמור גם בהכרעת הדין (הכרעת הדין, בפס' 121).

קיום לדמותה של הגדרת השוק

קטו. טרם נעמיק בסוגיה יצוין, כי מבחן כמותי מדויק לתיחום השוק אינו בנמצא. לשם בחינתם של גבולות השוק והכוחות הפועלים בו נדרשים אנו לניתוח משפטי תכליתי, המשתנה על פי נסיבות המקרה. עלינו להבין את יעדיו של הניתוח המתבקש:

”הגדרת הענף אינה אלא כלי אנליטי שנועד להקל על איתור מוקדים לבעיות תחרותיות. מבחינת התיאוריה הכלכלית הצרופה אין שווקים הסגורים הרמטית, אלא קיימות סדרות של שווקים הקשורים זה לזה, ומשליכים זה על זה... כך, מקום שהוגדר ענף או ענף משנה, אין בכך כדי לקבוע שאין השפעות כלכליות מחוץ לתחום ההגדרה. אלא פירושו של דבר בחירת אותו תחום שהוא המוקד להשפעות הישירות והמשמעותיות על התחרות.” (החלטת הממונה על הגבלים עסקיים “החלטה בעניין רכש דקלה על-ידי הראל, המשמר ומור מכון למידע רפואי” פס’ 5.5 ד. 16.6.1993).

קטו. הספרות פירטה את הגדרת השוק לרכיביה המצטברים: (א) הגדרת שוק המוצר או השירות. במסגרתה יש להגדיר את קהל היעד, למפות את המתחרים הפוטנציאליים ולזהות את המוצרים התחליפיים; (ב) הגדרת השוק הגיאוגרפי; ו- (ג) מיפוי חסמי הכניסה לשוק (יגור, בעמ’ 115). על המבחן המסייע בידנו לתהות על קנקנו של שוק המוצר, עמד הנשיא ברק בקצירת האומר:

”השוק הרלוונטי הינו אותו השוק, שבו שליטתה של פירמה יכולה לאפשר לה להקטין תפוקה ולהעלות מחיר מעבר לעלות השולית, תוך גריפת רווח” (עניין תנובה, בפס’ 20).

קיו. ביתר פירוט, במסגרת מבחן זה, המכונה גם “מבחן המונופול ההיפותטי”, נשוא לנגד עינינו מצב קיצון, בו כל החברות המייצרות מוצר מסוים או משווקות אותו מצויות תחת שליטתו של אדם אחד. מקום בו העלאה, קטנה אך משמעותית (בשיעור של 5%-10%), במחירו של המוצר מעל למחירו התחרותי (קרי מעל למחיר שתנאי התחרות החופשית קבעוהו), מובילה למעבר צרכנים למוצר השני, תתבקש המסקנה כי שני המוצרים חוסים תחת אותו שוק. לעומת זאת, אם למרות העלאת המחיר לא תתרחש “בריחת לקוחות” משמעותית למוצר המתחרה, גבולותיו של השוק יעמדו על תחומי פריסתו של המוצר הראשון ולא מעבר להם (לשימוש במבחן ראו למשל עניין Tower Air, בפס’ 48; החלטת הממונה על הגבלים עסקיים “קביעה בדבר הסדר כובל ובעל מונופולין: אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו”לים למוסיקה בישראל בע”מ” פס’ 6.5 Air, 30.3.2004); פרלמן - הגדרת שווקים, בעמ’ 172). באותו אופן נבחנים גם גבולות פריסתו של השוק הגיאוגרפי של המוצר. אם בעל “המונופול ההיפותטי”, המייצר באזור מסוים את כל היצע המוצר, יעלה את מחיר המוצר העלאה קטנה כאמור, ועקב

כך יעברו צרכנים לרכוש אותו ממקורות אספקה שמחוץ לאזור המונופול, נכלול אותם אזורים, על יצרניהם וספקיהם, בשוק הרלבנטי (ראו למשל עניין Tower Air בפס' 49; החלטת הממונה על הגבלים עסקיים "הכרזה בדבר קיום מונופולין לפי סעיף 26(א) לחוק – יהודה פלדות בע"מ" פס' 4 (13.11.2003)).

קית. גם במשפט המשוה אלה הם המבחנים המקובלים להגדרת השוק הרלבנטי. בארצות הברית מכונה המבחן "מבחן SSNIP" - small but significant and non-transitory increase in price (ראו הנחיות המיזוגים של רשויות האכיפה בארצות הברית Department of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines 1992, para 1.11, 1.21; עוד ראו את פסק הדין האמריקאי המנחה: States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956) (להלן du Pont), לביקורת עליו נשוב בהמשך הדברים, בפס' קנז; וכן Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294 (1962) (להלן Brown Shoe), באשר לאירופה, ראו את הנחיות הגדרת השוק של הנציבות האירופאית Commission Notice On The Definition of The Relevant Market For The Purpose of Community Competition Law [1997] OJ C372/3, [1998] 4 CMLR 177; "A relevant product market comprises all those products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by the consumer, by reason of the products' characteristics, their prices and their intended use"; ופסק דינו של בית המשפט האירופי לצדק: Hoffman-La Roche v. Commission [1979] 3 CMLR 211 (of the European communities).

קית. המבחן העיקרי לאיתור המוצרים העשויים ליפול בגדרו של השוק הנבחן, במסגרת מבחני הגדרת השוק, מכונה "מבחן התחליפיות" או "מבחן החליפיות הסבירה" (יגור, בעמ' 121). עמד על עיקריו הנשיא ברק:

"מוצר חליפי הוא, למעשה, מוצר מתחרה. לפיכך, הגדרתו של ענף היא בתיחומה של קבוצת העוסקים המתחרים ביניהם. בדיקה זו נדרשת משעה שהפגיעה בתחרות נבחנת בגידול בכוחו של מתחרה אחד (או יותר) על חשבון מתחרים אחרים. עקרון התחליפיות מבטא את הרעיון, שעל-פיו פירמה צוברת כוח, עוצמה ושליטה בשוק מסוים, מקום שבו יכולה היא להעלות את המחיר או להקטין את היצע המוצר בלי שהביקוש למוצר ירד. מצב כזה ייתכן, לרוב, כל עוד העלאת המחיר או הקטנת ההיצע אינם גוררים מתחרים פוטנציאליים להיכנס לענף הרלוונטי, או אינם מביאים למעבר הצרכנים למוצר תחלופי, תוך הורדת הביקוש למוצר המסוים שמחירו הועלה, או הוקטן ההיצע,

והחזרת מחירו של המוצר לשיווי משקל תחרותי".
(עניין תנובה, שם).

בהפעילנו מבחן זה נזכור, כי אנו תרים אחרי קבוצת המוצרים המצומצמת ביותר בה ניתן להפעיל כוח שוק, כפי שקובע המלומד Posner:

"In a market so broadly defined as to include poor substitutes, the large number and small market shares of individual sellers will understate the feasibility of collusive or monopolistic pricing, so it seems better to use the narrower definition, which includes only sellers of good substitutes in either consumptions or production." (RICHARD A. POSNER, ANTITRUST LAW 149 (2nd ed., 2001))
(להלן Posner).

כך קובע גם סעיף 1 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), תשס"ו-2006, המגדיר את שוק המוצר כ"קבוצת הטובין התחליפיים" ואת "הטובין התחליפיים" כדלקמן: "הקבוצה המצומצמת של טובין שהם תחליפים ישירים ומשמעותיים בעיני הצרכן, לרבות בהיבט הגאוגרפי." מידת התחליפיות הנדרשת היא, אם כן, רק זו שהיא משמעותית וישירה דיה בעיני הצרכן, ואינה כוללת מוצרים שיכולים היו להיות תחליפיים זה לזה בנסיבות חריגות (ראו למשל החלטת הממונה על הגבלים עסקיים "נימוקי התנגדות למיזוג: בורגר ראנץ (1983) בע"מ - ריקמור בע"מ (בהקפאת הליכים) - זכיינית ברגר קינג" פס' 4.1 (14.12.2003) (להלן החלטת הממונה בעניין בורגר ראנץ); וכן פרלמן - הגדרת שווקים, בעמ' 174). אחרת עלולים היינו להגדיר את השוק כמשתרע על מרחבי מוצרים ושירותים רבים מדי, וטרם מצאנו מוצר שטרם הומצא לו תחליף. קולעים דבריו של בית המשפט העליון של ארצות הברית באותו עניין:

"For every product substitutes exist. But a relevant market cannot meaningfully encompass that infinite range. The circle must be drawn narrowly to exclude any other product to which, within reasonable variations in price, only a limited number of buyers will turn; in technical terms, products whose 'cross-elasticities of demand' are small". (Times Picayune Publishing Co. v. United States, 345 U.S. 594, 612 (1953))
(להלן Times Picayune Publishing).

קכ. במסגרת מבחן התחליפיות, האינדיקציה העיקרית להכללת מוצר "תחליפי" בשוק, היא איפוא מידת "גמישות הביקוש הצולבת" של המוצר ביחס למחירו. אם גמישות זו גבוהה, קרי, אם מחיר המוצר עומד ביחס הפוך לביקוש למוצר המתחרה

(דהיינו, אם העלאת מחירו תוביל צרכנים לרכוש את המוצר התחליפי), מהוה המוצר התחליפי חלק מהשוק הרלבנטי. בהתאם, אם הגמישות נמוכה, כלומר תחליפיות המוצרים אינה משמעותית, יוותרו גבולותיו של השוק צרים, וחברות רבות יותר יתפסו ברשת כבעלות כוח שוק.

קכא. דא עקא, הפעלתו של מבחן כלכלי זה הלכה למעשה אינה פשוטה כלל ועיקר. יישומו מחייב איסופם של נתונים אמפיריים בדבר השינויים בביקוש, וביצוען של בדיקות כמותיות בשטח, שעל הרוב - בעיקר בשל אי-יציבותם של תנאי השוק והמשתנים הרבים - אינן בנמצא (ראו ערר (ע-ם) 11/99 תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ נ' מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ, פס' 5 (לא פורסם, 20.9.2004); ה"ע (י-ם) 3/97 מגל מערכות בטחון בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פס' 30-31 (לא פורסם, 4.11.2001) (להלן עדר מגל); ערר (י-ם) 7/95 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נגד הממונה על ההגבלים העסקיים, פס' 28 (לא פורסם, 8.5.1997) (להלן עדר בזק); ת"א (ת"א) 2588/98 רייס נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ, פס' 10-18 לפסק דינו של השופט קלינג (לא פורסם, 29.1.2003); כן ראו יגור, בעמ' 121).

קכב. לפיכך פותחה בפסיקה ובהחלטותיו של הגוף המקצועי - הממונה על הגבלים עסקיים, שורת מבחנים איכותיים, הבאים לאמוד את מידת התחליפיות בין המוצרים בהתאם לאינדיקטורים פרקטיים וענייניים שונים. רשימה בלתי ממצה של אמות המידה לבחינה זו פורטה בפסיקתו של בית הדין להגבלים עסקיים:

"היעוד והשימוש אשר נעשה במוצרים; הנתונים הפיזיים-אובייקטיביים של המוצרים; מחיר המוצרים; מבנה הביקוש וההיצע, תוך אפיון הלקוחות והספקים המרכזיים; הפרספקטיביות בקרב הנפשות הפועלות; מאפיינים אחרים של המוצרים, אשר יכולים להצביע על מידת התחליפיות ביניהם." (ערר מגל, בפס' 32; ראו גם עניין פוד-קלאב, בפס' 10-11).

מבחנים דומים נקבעו על-ידי בית המשפט העליון בארצות הברית:

"The boundaries of such a submarket may be determined by examining such practical indicia as industry or public recognition of the submarket as a separate economic entity, the product's peculiar characteristics and uses, unique production facilities, customers, distinct prices, sensitivity to price changes, and specialized vendors." (Brown Shoe, p. 325)

מבחן התחליפיות המשפטי

קכג. נוכח סקירה זו, נעמוד בקצרה על עיקרי המדדים, אלה ונוספים שליקטנו מהפסיקה, מהחלטות הממונה ומהספרות. כפי שנראה להלן, מדדים אלה - שאינם מהוים רשימה סגורה - באים בגדריהן של שלוש קטגוריות מרכזיות במסגרת "מבחן התחליפיות" - בחינת המוצר, בחינת הביקוש ובחינת ההיצע. אכן, הערכת מידת התחליפיות של המוצר נבחנה עד היום ברובם של המקרים בעיקר מצד הביקוש - מנקודת מבטו של הצרכן. אין מחלוקת כי פרספקטיבה זו ראוי שתהא אבן-היסוד לבדיקה. אולם בה לבד לא סגי (ראו למשל עדר בזק, בפס' 28; פרלמן - הגדרת שווקים, בעמ' 181-182; במשפט המשוה, ראו למשל הנחיות אישור מיזוגים בקנדה Horizontal Guidelines, Merger Enforcement Guidelines Under Canada's Competition R. Act, April 17, 1991 Antitrust and Trade Regulation Report vol. 60 No. 1513; וכן Whish, COMPETITION LAW, 281 (3rd ed., 1993) (להלן Whish)).

בחינת המוצר

קכד. זו היא לדעתנו מסגרת הבחינה המרכזית. שאר בחינותיו של מבחן התחליפיות מהוות אינדיקציות נוספות ומשלימות, אם כי לא מכריעות, לצד בחינת המוצר. באספקלריית נתוניו של המוצר, ראשונים לפרמטרים הנבחנים יהיו ייעודו ושימושו. כפי שהוסבר:

"מדד מרכזי בין המדדים האמורים הוא המדד אשר בוחר את התחליפיות הפונקציונלית בין המוצרים. קרי, עד כמה דומים המוצרים מבחינת היעדים והשימושים הנעשים בהם. שהרי מוצר אחד יכול שיהא מוצר תחליפי למוצר אחר, רק אם שני המוצרים מספקים את אותו צורך. בהעדר תחליפיות פונקציונלית, קשה לראות כיצד מוצר אחד יכול שיהא תחליפי למוצר האחר" (עניין פוד קלאב, בפס' 13).

עמד על כך המלומד Whish בציינו:

"In determining interchangeability it is relevant to look at the use for which a particular purchaser requires a product. The rationale for this is that if a person needs a product for a specific purpose, the product will be within the same market only as other products which satisfy the same need." (Whish, p. 251).

קכה. עוד יש לבחון את נתוניהם הפסיים-האובייקטיביים של המוצרים, את איכותם, את מידת ההומוגניות שלהם וכל מאפיין אחר היכול להצביע על מידת התחליפיות ביניהם. ההנחה היא, שככל שהמוצרים דומים יותר, וככל שמתקיימת ביניהם הזהות הפונקציונלית שעל בחינתה עמדנו, מידת התחליפיות שלהם גדלה (ראו (ת"א) 269/97

ברמן נ' ניקוטרום בע"מ, פס' ד לפסק דינה של השופטת פלפל (לא פורסם 17.11.98) (להלן עניין ברמן)). דבר זה מעוגן, כמובן, בשכל הישר.

כחינת הביקוש

קכו. במסגרת מבחן זה נעמוד על מבנה הביקוש של המוצר, נזהה את קהל היעד שלו ונמפה את לקוחותיו. כאן נקודת המבט המרכזית היא זו של הצרכן. ראשון לבחינה זו יהא מדד המחיר:

"הואיל והגדרת שוק המוצר נעשית בעיקרה בעיני הצרכנים, הרי שלא רק תכונותיהם הפונקציונליות או סגולותיהם הטכנולוגיות של מוצרים יקבעו אם הם תחליפים משמעותיים זה לזה וכלולים לפיכך בשוק אחד - אלא קודם לכול, תפיסתם (perception) של המוצרים בעיני הצרכן. בהקשר זה מייחס הצרכן חשיבות רבה לשוני מהותי במחיר המוצרים." (החלטת הממונה על הגבלים עסקיים "נימוקי התנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין: עמינח רשתות שיווק בע"מ - נייט סליפ סנטר (2000) פלוס בע"מ", פס' 3.1.1.2 (21.7.2002)).

במסגרת זו נבחנים מחירי המוצר והתנהגותם לאורך זמן, כמו גם יחסי הגומלין בין מחירי המוצרים, קרי השפעתן של ירידה או עלייה במחיר מוצר אחד על מחירו של המוצר המתחרה. מקום בו מתגלים קשרי גומלין בין מחירי המוצרים, מתחזקת הדעה כי שניהם בני אותו שוק. מסתמא, אם יקר המוצר הנבחן באופן משמעותי מאלה המועמדים לשמש כתחליפיו, מידת התחליפיות ביניהם נפגעת (ראו החלטת הממונה על הגבלים עסקיים "הכרזה על ישראלכרט בע"מ - בעלת מונופולין בסליקת כרטיסי החיוב ישראלכרט ו-MasterCard" (22.5.2005)); לניתוח כלכלי של גמישות הביקוש ראו עדי אייל "ניתוח כלכלי ומשפטי של דיני ההגבלים העסקיים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך א 111, 129-131 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008); והשוו עניין ברמן, בפס' ד).

קכו. לתוצאות בחינה זו, עם זאת, יש להידרש בערבון מוגבל. הסתמכות על דפוסי ביקוש קיימים מקום בו הופעל כוח שוק באחד המוצרים, עשויה לצייר תמונה מעוותת של ביקוש צולב למוצר תחליפי, אשר למעשה הוא תחליפי בלית ברירה. כך למשל בעניין du Pont נמתחה ביקורת נוקבת על הגדרת השוק המרחיבה והמעוותת שנקט בה בית המשפט העליון. בפסק הדין נקבע, כי קיימת תחליפיות בין נייר צלופן לבין מוצרי אריזה גמישים אחרים, מבלי שהובא בחשבון, כי מחירו של הצלופן - על פיו נבחנה תחליפיות המוצרים ביחס למחיר - היה גבוה ממחירו התחרותי, נוכח המונופול של היצרן בשוק. פסק הדין זכה לכינוי "the cellophane fallacy" ("כשל הצלופן") ונזכר

כדוגמא לשימוש שגוי במבחן גמישות הביקוש (לניתוח הפרשה ראו עניין Tower Air, בפס' 50; יגור, בעמ' 128-129 והאסמכתאות דשם; פרלמן - הגדרת שווקים, בעמ' 175; ראו עוד Posner, בעמ' 150).

בחינת ההיצע

קכח. כאמור, תחליפיות המוצר ניתנת למדידה אף מצד ההיצע. מהיבט זה נדרשים אנו לזיהויים של מוכריו ומשווקיו של המוצר וסיווגם. במסגרת זו נבחנים יחסי התחרות השוררים בין מוכרי המוצר ובין ספקיו (ראו ערר (י-ם) 2/94 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פס' ה (לא פורסם, 27.2.1995) (להלן ערר תנובה); האם הם מהוים חלק מאותה סביבה תחרותית; מהי "שרשרת הייצור" של המוצר; מהי תגובתם של היצרנים למעבר צרכנים למוצר המתחרה (יגור, בעמ' 125); האם תנאי התחרות, יחסית למוצר אחד, דומים לאלה של עמיתו (LAWRENCE) (1977) 52, 61-62 ANTHONY SULLIVAN, HAND BOOK OF THE LAW OF ANTITRUST; Whish, בעמ' 283-284); מהם מאפייניהם המרכזיים של ספקי המוצר ומידת מומחיותם (ראו למשל Brown Shoe, בעמ' 395).

קכט. סממן מעניין נוסף עוסק במיפוי יצרני המוצר ומשווקיו, דווקא מנקודת מבטם של הכוחות המתחרים בשוק:

"משקל רב מיוחס, אצלנו וברשויות תחרות אחרות, ל"ראיית הנפשות הפועלות בתחום... ההנחה היא כי האופן בו רואים גורמים אלה את זהות המתחרים בהם ואת עוצמת התחרות בהם מצד אלה, ילמד באופן אמין על הדינמיקה התחרותית בתחום ויזהה נכונה את מקורות התחרות העיקריים למתמזגים." (החלטת הממונה בעניין בורגר ראנק, בפס' 4.1; ראו עוד עניין פוד קלאב, בפס' 16; "Useful to that : 612, Times Picayune Publishing determination is, among other things the trade's own characterization of the products involved")

קל. להשלמת התמונה, נבחן את תנאי השוק גם מנקודת מבטם של מתחרים פוטנציאליים לכניסה לענף בו עסקינן:

"לעניין זה רלוונטי המדר של גמישות ההיצע הצולבת. מדר זה בודק את מידת התחליפיות מצד ההיצע, היינו, מנקודת ראותם של המוכרים או ספקי השירותים שלא סיפקו עד כה את המוצר או השירות שבמונופולין, ועד כמה יהיו מוכנים אלה, בעקבות העלאת מחירו של המוצר שבמונופולין, להיכנס לשוק." (ההדגשות במקור) (ערר בזק, בפס' 28).

ובאותו הקשר נדון גם בחסמי הכניסה לשוק. נבחן מהם הגורמים המונעים או מעכבים הצטרפותם של מתחרים חדשים לשוק; האם נדרשות מיומנויות מיוחדות לצורך ייצור המוצר או שיווקו, או השקעה כספית גבוהה על מנת להיכנס לשוק המוצר; האם קיימים בשוק הסכמי בלעדיות לשיווק המוצר; האם קיים יבוא זול מתחרה (ראו ערך תנובה, בפס' ט.1.; יגור, בעמ' 139-141), וכיוצא באלה שאלות הבאות כולן לבחון, באיזו מהירות ויעילות יוכלו יצרנים וספקים של מוצרים אחרים להתאים עצמם לייצור המוצר הנדון ואספקתו, קרי להוות משקל נגד להפעלת כוח שוק (ראו למשל Whish, בעמ' 284-285).

קלא. אינדיקציה נוספת בעלת חשיבות מכרעת היא - במקום בו נתקיים קרטל - יצרני אילו מוצרים הגיעו לכלל הקמת קרטל בשוק. קיומו של קרטל המאגד יצרנים מתחרים של מוצר מסוים, ולא של אחר, יכול להוות ראיה לכך ששוק אותו מוצר הוא השוק הרלבנטי - זירה שניתן להפעיל בה כוח שוק, כפי שמסכם המלומד Bork:

“Very few firms that lack power to affect market prices will be sufficiently foolish to enter into conspiracies to fix prices. Thus, the fact of agreement defines the market.” (ROBERT. H. BORK, THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF 269 (1993); Posner, p. 148)

תחליפיות בפועל או תחליפיות בכוח

קלב. קודם יישום, נידרש לשאלה הטעונה ביאור. בהפעילו את מבחן התחליפיות, קבע בית המשפט קמא, כי לשם הוכחת תחליפיות המוצר, די בהוכחת "פוטנציאל התחליפיות" ואין צורך להוכיח כי תחליפיות כזו אכן התרחשה בפועל, ובמלותיו:

“עצם קיומו של מוצר העונה להגדרת המוצר התחליפי, אף אם לא נעשה בו שימוש תדיר, מגדיל את מוטת כנפיו של השוק הרלוונטי. כאמור, בחינת השוק הרלוונטי נועדה לצורך גיבוש מבחן העלילות, דהיינו: עלול - ולא וודאי.” (הכרעת הדין, בפס' 42).

המערערת, בעיקרי טיעונה ובדיון בפנינו, יצאה כנגד קביעות אלו וגרסה, כי השימוש במבחן "העלילות לתחליפיות", תחת מבחן התחליפיות בפועל, חורג באופן מופלג ממידת התחליפיות שנקבעה בפסיקה, לפיה רק תחליפיות במידה גבוהה, יכולה להגדיל את פריסתו של השוק הרלבנטי על מוצרים נוספים, ואין להסתפק באפשרות לתחליפיות. עוד הזהירה אותנו המערערת מפני חזרה על טעותו של בית המשפט העליון של ארצות הברית בעניין du Pont, כפי שפורט מעלה (בפס' קכז).

קלג. לטעמי, גישתו העקרונית של בית המשפט קמא - בכל הכבוד - היא הנכונה. מבחן תחליפיות המוצר הוא בעיקרי עיקריו מבחן תיאורטי הבוחן תחליפיות פוטנציאלית בין מוצרים. למעשה, בחינת תחליפיות בפועל כמעט בלתי-אפשרית ועלולה ללקות בחוסר היגיון כלכלי. זאת משום שקשה לתאר מצב בו יצרנים וספקים יעלו - למעט לתקופות קצרות של "מבצע שיווק" בשל נפולת - את מחירי מוצריהם ברמה שתוביל לאבדן לקוחות, כך שנוכל להיכח בדיעבד אם העלאה לאורך זמן של 5%-10% במחיר המוצר, הובילה צרכנים למוצר תחליפי. אכן, בשוק שקיים בו כבר קרטל או מונופול יכולים מחירי המוצרים להיות גבוהים ממחירם התחרותי, אך אין הדבר מתחייב (ראו יגור, בעמ' 125). במקרה כזה, אי-מעבר של צרכנים למוצר התחרותי בפועל עשוי לשמש אינדיקציה טובה, אך לא יחידה, לכך שהמוצרים אינם תחליפיים. אינדיקציה זו תהא רק אחת מני רבות, משום שקיימים גורמים רבים - מלבד מחיר המוצר - אשר ביכולתם להניא צרכנים ממעבר למוצר תחליפי אף שהוא זול יותר. כך, מלבד המדדים האיכותיים שפירטנו מעלה, ניתן למנות גם קריטריונים כגון קשרי ספק-לקוח ארוכי טווח, ותק, מוניטין, מיתוגו של המוצר וכיוצא באלה מאפיינים, המפתחים את נאמנותם של לקוחותיהם חרף קיומם של מוצרים תחליפיים.

קלד. כך מצד הביקוש. כך גם מצד היצע. במסגרת המבחנים להגדרת השוק יש להביא בחשבון את היצרנים הפוטנציאליים - יצרני מוצרים דומים או תחליפיים - "המאיימים" להיכנס לשוק. עמדו על כך המלומדים צדקה, רוזין, שינין ופרלמן:

"נתח שוק בפועל אינו מלמד אפוא כהוא זה על קיומו של כוח שוק משמעותי, כאשר קיימות פירמות פוטנציאליות אשר יכולות להיכנס לשוק בתגובה לעליה במחיר." (א' צדקה, א' רוזין, י' שינין ומ' פרלמן "מונופולים ומיזוגים בתנאי חשיפה" רבעון לכלכלה מג, 53 (1992)).

בערך בזק, בו נעשה שימוש במבחן "גמישות ההיצע הצולבת" בהקשר של מונופול, נקבע, כי ככל שמבחן זה מביא בחשבון יצרנים פוטנציאליים העומדים בעמדת איום לכניסה לשוק, אין להשתמש בו לצורך הגדרת מונופול, מן הטעם שאינו תואם את הגדרת המונופולין שבחוק, הנקבעת על פי השוק הקיים. עם זאת, לא נשללה חשיבותו של המבחן לעניין הערכת הפגיעה בתחרות ומניעתה (עדר בזק, בפס' 28).

קלה. מסקנתי היא איפוא, כי בדין נעשה שימוש במבחן "התחליפיות הפוטנציאלית". עם זאת חלוק אני - בכל הכבוד - על כך שבית המשפט קמא קשר בין בחינת גבולות השוק הרלבנטי לדרישותיו של סעיף 2(א) לחוק, הבוחן את "העלילות" להפחתת התחרות או מניעתה על-ידי ניצול כוח שוק. לדידי אין בסעיף זה, שאינו דורש הגדרת שוק, כדי להשפיע על מבחני הגדרת השוק כפי שהתפתחו בדיני ההגבלים העסקיים.

מן הכלל אל הפרט - שוק הדיוור או שוק המעטפות

קלו. כזכור, בשאלת הגדרת השוק נקבע בהכרעת הדין קמא, כי "מבחן התחליפיות" ויחסי הגומלין בין שוק ייצור המעטפות ושיווקן לבין שוק המעטפות מלמדים, כי יש להגדיר את השוק המדובר בהגדרתו המרחיבה, כשוק הדיוור, הכולל מעטפות כמו גם מעטפיות. לשם כך נבחנו המעטפית והמעטפית-פלוס כמוצרים תחליפיים למעטפה ונקבע, כי החל משנת 2000 הפכו הללו תחליף בפועל למעטפה בחלק נכבד משימושיה השונים ואף תחליף פוטנציאלי ליתר שימושיה (הכרעת הדין, בפס' 45). עוד נקבע, כי העובדה שחדירת המעטפית לשוק הדיוור הישיר השפיעה על צריכת המעטפות בשוק הייצור והשיווק מעידה על יחסי הגומלין בין השווקים ועל הפיכתם לשוק אחד. כנגד קביעה זו יוצאת המערערת. לטענתה, שוק המעטפות היה שוק רלבנטי נפרד לאורך כל תקופת הקרטל, ולא רק עובר לשנת 2000. האם המעטפיות מהוות מוצרים תחליפיים למעטפה? האם הן חוסות תחת אותו שוק? נבחן את השאלה על פי מבחן התחליפיות המשפטי להלן.

בחינת המוצר

קלז. ראשית, נבחן את הנתונים הפיסיים האובייקטיביים של המוצרים. כפי שנקבע בהכרעת הדין, המעטפית היא נייר עליו מודפסים מלכתחילה פרטי הנמען והשולח, המסר והלוגו של החברה. נייר זה מקופל כמעטפה ונשלח ללקוח. המעטפית-פלוס היא מעטפית אשר מכילה בתוכה גם מכתב. בכך היא דומה יותר מן המעטפית לאחותן הבכורה - המעטפה, ובית המשפט מכנה אותה "מעטפה לכל דבר".

קלח. מבחינת הליכי הייצור, הליך ייצורה של מעטפית נעשה במהלך אחד על-ידי גורם אחד המקבל את הנתונים הממוחשבים מהלקוח ומפיק מוצר מוגמר המוכן למשלוח; לעומת זאת, להליך ייצורה של המעטפה, לפי קביעת בית המשפט קמא, שני שלבים - הראשון, מקומו הגיאומטרי בשוק ייצור המעטפות, והוא מתחיל בייצורה הפיסי של המעטפה ובמכירתה לספק או לצרכן המוסדי; השני מתרחש בשוק הדיוור, ובו ממלאת המעטפה את שימושיה הייעודי בהישלחה על-ידי הצרכן המוסדי לנמען.

קלט. מבחינת שימושי המוצר וייעודיו, טוענת המערערת, כי שימושיה העיקרי של המעטפית הוא למשלוח חשבונות, ואין ניתן לעשות בה שימושים מסורתיים אחרים של מעטפות, ובהם שימוש כמעטפות בחירות, כמעטפות מבוטלות, כמוצר מדף שאינו לצרכי משלוח מיידים, ובכל מקום בו המסר המועבר לנמען אינו ניתן להעברה כמידע ממוחשב. לעומת זאת קבע בית המשפט, כי אין מניעה פונקציונלית להשתמש

במעטפית לפחות בחלק משימושי המעטפה, וכי היא הינתה אף בפועל תחליף לחלק נכבד מהשימושים אשר נעשו באמצעות המעטפות.

בחינת הביקוש

קמ. במסגרת בחינה זו נעמוד על מבנה הביקוש של המעטפה למול המעטפית, ועל זיהויו של קהל היעד של המוצרים. כעולה מקביעותיו של בית המשפט קמא, למעטפה ולמעטפית, ובמיוחד למעטפית-פלוס, קהלי יעד חופפים מן המגזר המוסדי-עסקי, אם כי למעטפה קהל יעד רחב יותר הכולל, מלבד המגזר הקמעונאי שזכרו לא בא בכתב האישום, גם את צרכניהם של דואר פנים-ארגוני ומעטפות מבוילות במגזר המוסדי והממשלתי, וכן את צרכני מעטפות הבחירות. פרמטר מרכזי נוסף בבחינה זו הוא מדד המחיר. לגביו קבע בית המשפט קמא בהתבסס על עדויות, כי המעטפית מהווה "פיתרון זול ונוח לדיוור כמותי" לעומת המעטפה. בפרמטר הנוגע ליחסי הגומלין בין מחירי המוצרים (הלא הוא מבחן גמישות הביקוש הצולבת) קבע בית המשפט, כי משנת 2000 ירדה צריכת המעטפות בשוק הייצור והשיווק עקב חדירתה של המעטפית לשוק הדיוור הישיר, וכי צרכנים מוסדיים ועסקיים, דוגמת בנק דיסקונט, החליפו אותה במעטפה לחלק משימושיה.

בחינת ההיצע

קמא. בחינה זו באה למפות את יצרניהן של המעטפות והמעטפיות ומשווקיהן כדי לעמוד על הסביבה התחרותית בה הם פועלים. יצרני המעטפות - הן החברות הנאשמות. חלקן בשוק המעטפות גדול. מר שפירא, מנכ"ל יצרנית המעטפיות "אניה" העיד באשר לחדירת המעטפית ואחר כך המעטפית-פלוס לשוק. הוא ציין את שוק המעטפיות כמקיף בראשונה שלישי משוק הדיוור הכמותי ואחר כך מחצית (עמ' 1541 לפרוטוקול), אך בית המשפט קמא לא ייחס לעדותו משקל מלא. בפני בית המשפט קמא לא הובאו נתונים הנוגעים לזהותם ומאפייניהם של יצרני המעטפיות; אך דגני, כזכור מנהל הכספים של גברעם, ציין (בעמ' 1053 לפרוטוקול) על דרך השערה והערכה, "שהשימוש בישראל במעטפות הוא כ-800 מיליון בשנה, ובמעטפיות כ-250 מיליון", קרי כשלושת-רבעי השוק או 80% הימנו, נותרו בחצריהן של המעטפות. בבחינת הפרמטר הבוחן את יחסי התחרות השוררים בין היצרנים, הובאו עדויות בדבר נגיסת המעטפית בשוק המעטפות, ובדבר תגובת יצרני המעטפות לבריחת לקוחותיהם למוצר החדש - שהתבטאה בהפחתת מחירי המעטפות, פעולה אשר גם בה לא היה כדי לעצור את בריחת הלקוחות. נקודה חשובה נוספת היא כאמור תפיסת התחרות בשוק מנקודת מבטן של יצרניות המעטפות עצמן - ובזמן אמת. מהיבט זה, מוצגת/ת 169 ממנו

עולה, כי גברעם ראתה במעטפית איום, ואף הקימה "צוות חשיבה אסטרטגי" להתמודדות מול "מוצרים אלטרנטיביים" דוגמתה, הוא עדות חשובה ואמינה לחשש מתחליפיות המעטפית. העד מוראש ציין (בעמ' 267 לפרוטוקול), כי בענף ישנה הבחנה בין מעטפה למעטפית, וישנה דאגה כי המעטפית כובשת מקום בשוק המעטפות ("פרויקטים, לכאורה, שבעבר היינו עושים אותם במעטפות, היום הם נעשים במעטפית וזה מוריד מנתח השוק של המעטפות", שם). להלן (בעמ' 268-269 לפרוטוקול) נאמר מפיו, כי כל המייצר ומשווק מעטפיות הוא מתחרה של גברעם, וכן מופנה בית המשפט לפרוטוקולים הנדרשים לכך.

קמב. עם זאת, אינדיקציה חשובה מנגד כאמור, היא העובדה, כי הפגישות ושיחות הטלפון שנערכו בין הנאשמים - שבאמצעותן, על פי קביעת בית המשפט קמא, הוקם הקרטל, לא נערכו עם יצרנים או משווקים מתחום המעטפיות. עובדת קיומו של הסדר כובל בעבר, שכלל רק את יצרני המעטפות - אף ללא ניסיון לכלול בו יצרני מעטפיות, גם משאלה נכנסו למערכה - יכולה להוות הוכחה לכך ששוק המעטפות הוא ביסודו שוק רלבנטי נפרד. אכן, טעמים רבים עשויים להיות נעוצים ביסוד בחירתם של צדדים להסדר כובל להחילו בין חברות אלה ולא אחרות, למשל אי-הסכמתן של חברות מתחרות להצטרף להסדר, דבר שלא הוכח. עם זאת, במסגרת בחינת ההיצע, יש בהיקפו של ההסדר - ולרבות במה שאינו מקיף - כדי להעיד, מנקודת מבטן של הנפשות הפועלות בשוק, על גבולות זירת התחרות העסקית בה הן פועלות, והאם ניתן להפעיל בה כוח שוק. נשים לב לכך שאת ראיותיהם כי המדובר בשוק "משותף" תלו הנאשמים בעדויות הזולת, תוך שהם עצמם שותקים. ואולם בשעה שנחקר וייס ועדיין דיבר, סיפר (בת/108, חקירה מיום 28.10.2002) על נתחי השוק של הגורמים המיוצגים בקרב הנאשמים, ובהערה אחת בלבד ציין "חלק מהמוצרים עוברים ממעטפות למעטפיות, דבר שהורג אותנו קצת" (שם, בעמ' 25), ולא העלה זאת לדרגת נושא רב חשיבות. ראו גם ת/109, חקירת וייס מיום 29.10.2002, המדברת בחלוקת השוק בלא הידרשות ל"צרת המעטפיות". ועוד לפני כן, ראו פרוטוקול דירקטוריון גברעם, ת/58 מיום 1.8.2001 ודברי וול בעמ' 3 בדבר ניסיונות כניסה לארגונים גדולים שמזוהים עם מעטפות "ועם עוד מספר חברות המתעסקות עם מעטפיות". בעמ' 5 שם, מדבר דגני, בין השאר, על סקטור "יצרני המעטפיות", ולפחות ניתן להבין כי הכוונה ל"גוש" נפרד, ועוד. כאמור, התרשם בית המשפט כי המעטפיות הן פתרון זול לדיוור כמותי אך לא הובהר האם דברים אלה מתייחסים לכלל תהליך הדיוור זאת, שכן העד דב גולן ציין (בעמ' 786 לפרוטוקול) "עד כמה שהבינותי אז אלה היו שני פלחי שוק שונים, כלומר השוק של המעטפית היה שוק יקר יותר... שוק מעטפות היה שוק המוני, פרוץ יותר..." מדובר איפוא ב"פלחי שוק שונים" ובשוק מעטפיות יקר יותר. אמנם לטענת הנאשמים

מדובר בתקופה מוקדמת יותר, אך דבר זה לא נקבע כממצא. ואולם עיקר העיקרים הוא העובדה, שהמשיכה בעת הרלבנטית הפעילות הקרטליסטית ב"מעגל המעטפות", כמתואר.

סיכום ומסקנה

קמג. אי אפשר שלא להתרשם, מחד גיסא כי אכן חששו יצרני המעטפות מתחרות המעטפיות, והגיון הדבר בצדו, אך מאידך גיסא, שפלח השוק שנתפס על-ידי המעטפיות בעת הרלבנטית היה פלח מיעוט, ועל כן גם אם היתה תחרות מסוימת של המעטפיות, היא לא הפכה את השוק לשוק משותף. ועוד, על אף הדמיון הפיסי המסוים בין המעטפה למעטפית ובמיוחד למעטפית-פלוס, ואף שישנם שימושים שונים בהם יכולות המעטפית והמעטפית-פלוס להחליף את המעטפה בהצלחה לא מבוטלת, נותרת ליבת שימושים שאינה תחליפית. שימושים אלה כוללים למעשה - מלבד מעטפות בחירות, דואר פנים-ארגוני, ומעטפות כמוצר מדף - את ההיזקקות למעטפה על מנת להעביר מסר פרטיקולרי שאינו ממוחשב. אכן, את השימוש המסורתי של המעטפה מימים ימימה, השימוש המאפשר לו לאדם ליטול נייר, לכתוב מכתב - בכתב יד, במכונת כתיבה או כיום במחשב - לקפלו ולשלחו לנמען, שימוש ידוע ופשוט שעודו נוהג בימינו לעת הזאת, אין המעטפית - ועל פי רוב אף המעטפית-פלוס - יכולות למלא. הפונקציה הממוחשבת המתקדמת של המעטפית, שהיא אף הרבותא העיקרית שלה, היא בעוכריה לעניין זה. נוסף לכך את ההבדל בין מחירי המעטפיות והמעטפיות-פלוס, לעומת מחירי המעטפות. מבחינת המוצר, הגענו איפוא לכלל דעה, לאחר בחינת נתוניהם הפיסיים של המוצרים, תהליך ייצורם, ובעיקר שימושיהם השונים וייעודם, כי המעטפית, ואף המעטפית-פלוס הן מוצר תחליפי חלקי בלבד למעטפה.

קמד. אין מנוס ממסקנה זו גם בשאר בחינותיו של מבחן התחליפיות. אמת, בבחינת הביקוש הוכח כי המעטפית נגסה בשוק המעטפות. אך הביקוש למעטפות נותר בכל אותם מקומות בהם לא החליפה המעטפית - ולא יכלה להחליף - את המעטפה, מבחינת מאפייני המוצר ושימושיו, המהנים אינדיקציה ראשונה במעלה. כזכור, מבחן גמישות הביקוש הצולבת הוא אך פן אחד מהיבטי הבחינה השונים. בענייננו, תוצאותיו החלקיות מעידות, כי המעטפית אינה תחליפית למעטפה בפנים רבים. כך למשל, הדעת נותנת כי התרחבותו של שוק הדואר האלקטרוני נגסה נגיסה לא קטנה בשוק המעטפות, אולם לא תיתכן מחלוקת, כי אין בין זה לזה תחליפיות מספקת. כאמור, לא "תחליפיות כלשהי" אנו מחפשים, אלא תחליפיות גבוהה. כזאת לא מצאנו, כדרך שביקשו הנאשמים לטעון, וכדרך שקבע באופן גורף בית המשפט קמא. עוד בבחינת הביקוש

עובדה חשובה היא, כי עורכי המכרזים שזכויותיהם תואמו על-ידי הנאשמים, ביקשו לא מעטפיות, כי אם מעטפות. כפי שעמדנו על כך מעלה (בפס' צז) בכך הוגבלה זירת התחרות - על ידי הצרכנים - לענף המעטפות בלבד. גם יצרני המעטפות עצמם תחמו את הענף הרלבנטי למעטפות, כפי שעולה מבחינת ההיצע. גם אם יצרנים אלה זיהו סכנה במעטפית, ברי כי בידי ספקי המעטפות לא היה כדי למנוע הפעלת כוח שוק בדמות הסדר כובל, בשוק המעטפות, והסדר זה המשיך להתקיים; עצם קיומו מדבר בעדו. דבר זה שולל את התחליפיות הגורפת בהקשר הנדון.

קמה. מסקנתנו, היא איפוא, כי שוק המעטפות הוא השוק הרלבנטי באופן משמעותי ביותר, קרי, היקף השוק בחלק ניכר מאד הימנו - ככל הנראה רובו הגדול - הוא שוק המעטפות לעצמו, גם לאחר שנת 2000, וזאת מעבר להיותו השוק הרלבנטי במכלולו המקורי עד שנת 2000. ונזכיר שוב, כי כך אף פעלו יצרניות המעטפות - בגדרי שוק המעטפות, שבתוכו קיימו את הקרטל.

ב. משכו של הקרטל

קמו. בעניין משכו של הקרטל נקבע בהכרעת הדין, כי ההסדר הכובל בין גברעם, דפרון ואמקה, החל את פעילותו בשנת 1995 וסיימה, בשל פתיחת החקירה, בשנת 2002. למן כניסתו לתוקף של סעיף 47 לחוק, ובו קביעת הנסיבות המחמירות, פעל הקרטל מעל שנתיים. לטענת המערערת, שנתיים וחצי הם פרק זמן ארוך ומשמעותי בחיי הכלכלה, בו עלולה היתה להיגרם פגיעה משמעותית בתחרות כתוצאה מן הקרטל. הוטעם, כי מרבית פגישות הקרטל הנוגעות לאיסורי הליבה של החוק, נערכו בתקופה זו ולא כאירוע נקודתי, אלא באופן חוזר ונשנה. עוד נטען, כי אף שלא נתבקשה הרשעה בנסיבות מחמירות בגין תקופת קיומו של הקרטל עובר לתיקון לחוק, אין לומר שחמש שנות הפעילות הקרטליסטית היו כלא היו, וכי יש להביא אף עובדה זו בחשבון לצורך הרשעת הנאשמים בסעיף 47א.

קמו. לטענת וול, לא הוכח קיומו של הקרטל עובר לשנת 1999, והוכח שאמקה לא הפכה למתחרה של גברעם אלא בתחילת שנת 1996. אין בידנו לשעות לטענות אלה, באשר הן סותרות ממצאי עובדה שנקבעו כדבעי על-ידי בית המשפט קמא, לאחר בדיקה מעמיקה ויסודית של הראיות.

ג. נסיבות מחמירות במקרה דנן

קמח. כאמור, לשם הרשעה על פי סעיף 47 לחוק, דרושה התקיימותה של אחת או יותר מהחלופות המצוינות בו. עוד נשים אל לב, כעולה מלשון הסעיף, כי הפרמטרים

המנויים בו, אינם מהווים רשימה סגורה. בית המשפט חופשי להוסיף עליהם פרמטרים לחומרה בעקבות היצירתיות שיפגינו יוצרי הקרטלים העתידיים אשר יבואו בשעריו, ולהתמודדות עמה לפי הצורך. כך למשל, ניתן לחשוב לעניין זה על מצבים כגון שימוש במספר רב של טכניקות קרטליסטיות העוברות על איסורי הליבה של החוק; ריבויים של הצדדים להסדרים הכובלים וריבוי קרבנות העבירה עד כדי פגיעה בציבור כולו (כפי שהיה בפרשת קרטל הביטוח, ראו ת"פ 417/97 מדינת ישראל נגד הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פס' 12 לגזר דינו של השופט ד' חשין (לא פורסם 22.2.2002) (להלן גזר הדין בעניין בורוביץ); נקיטת פעולות מחוכמות להסוואת פעילות הקרטל המקשות על גילוי; הפסקת פעילותו של הקרטל רק משודע לנאשמים על פתיחתה של חקירה פלילית. כל אלה ושכמותם, יכול שיהוו נסיבה מחמירה על פי הסעיף.

קמט. את רף המינימום שתחתיו לא נראה נסיבות כבעלות חומרה, יקבע בית המשפט - על פי השכל הישר והניסיון השיפוטי - במסגרת שיקול הדעת הרחב שמוותר לו הסעיף. שיקול דעת זה כמובן אינו בלתי מוגבל. אמת מידה מרכזית המתווה לו את הדרך, כאחד מיסודות הסעיף, היא הדרישה כי בנסיבות תגרם "פגיעה משמעותית בתחרות בעסקים". אמת מידה זו אינה ניתנת לכימות מדויק, אך ידענו, כי היא גבוהה מן הדרישה על פי סעיף 2(א) לחוק, הקובע מבחן של פגיעה בתחרות ולא יותר (ראו ע"פ 845/02 מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית לישראל בע"מ, פס' 11 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (לא פורסם, 10.10.2007)).

קנ. לצורך קביעת סטנדרט הפגיעה המשמעותית בתחרות, כמו גם פגיעה בתחרות בכלל, עומדים לרשותנו מספר אמות מידה; ממאפייניו של שוק תחרותי הוא, כי אין באפשרותו של שחקן בודד להשפיע על גובה מחירי המוצרים או על היקף הסחורות בשוק. מכאן, שפגיעה בתחרות משמעה:

"רכישת כוח שוק שהוא היכולת להשפיע על רמת המחירים בשוק או על היקף הסחר לאורך זמן ובאופן רווחי... הקשר בין המונח 'תחרות' למספר השחקנים הפועלים בשוק תלוי במגוון נסיבות רחב, ובכלל זה חסמי הכניסה לשוק, הבדלים בין השחקנים הפועלים בענף, הומוגניות המוצרים, נגישות שחקנים למידע אודות מתחריהם, עלויות המידע אודות מחירים ואיכויות עבור צרכנים, מידת התחכום של צרכנים... גמישות הביקוש והנורמות השולטות בענף באשר לתחרות ולעמידה על המקח." (ברק אורבך "מטרות דיני ההגבלים העסקיים: הלכה למעשה" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך א 63, 94 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008).

בדומה, בפרשנות שהעניקה הפסיקה למונח "פגיעה משמעותית בתחרות" במסגרת סעיפים אחרים בחוק דנא, כגון סעיף 21(א), העוסק בתנאים לאישורו של מיזוג על-ידי הממונה, נדרש בית המשפט למדדים שונים לבחינת הפגיעה המשמעותית הנטענת, בהם מבחן הריכוזיות ומבחן חסמי הכניסה לשוק (ראו עניין תנובה, בפס' 21-23).

קנא. המסקנה המתבקשת היא אם כן, כי ככל שיכולת ההשפעה על המחירים ועל היקף המסחר בשוק, שנרכשה על-ידי שחקן או שחקנים בשוק, נמשכת לאורך זמן רב יותר ומקיפה נתחי-שוק רחבים יותר, כך הפגיעה בתחרות משמעותית יותר וחמורה יותר. יש לקבל איפוא את טענת המערערת, כי חלקם של הנאשמים בענף כמו גם מעמדם מהווה נסיבה מחמירה. הצרת גבולותיו של השוק במידה משמעותית, אשר עמדנו עליה בפירוט, ברי כי הגדילה את חלקן של החברות הנאשמות בו. לטענת המערערת חלק זה עומד על 80% מהשוק. נתון זה לא נקבע כממצא על-ידי בית המשפט המחוזי, אולם הודגש, כי החברות הנאשמות הן "שחקנים מרכזיים בשוק ייצור ושיווק המעטפות" (הכרעת הדין, בפס' 45). עובדה זו עולה בבירור מניתוח הראיות, מהודעות הנאשמים עצמם ומעיקרי טיעונם בפנינו. יתרה מכך, במכרזים שונים, דוגמת מכרזי חמנית ויקינטון, המציעות כולן היו החברות הנאשמות. כאשר רובו ככולו של השוק (אף מעל 50% הדרושים ליצירת מונופול), נגוע בהסדר כובל, בודאי ובודאי שמתקיימת פגיעה משמעותית בתחרות.

קנב. באותו אופן משפיע לרעה על התחרות זמן הימשכותו של הקרטל, ומכאן שגם לפי חלופה (2) מתקיימות נסיבות מחמירות במקרה דנא. אף אם נתעלם מחמש שנות פעילותו של הקרטל עד לשנת 2000 טרם הוחק התיקון לחוק, ונתמקד רק בשנתיים שלאחריו, הצדק עם המערערת, כי שנתיים אינן תקופת זמן מבוטלת בחיי הכלכלה (ראו למשל גזר הדין בעניין בורוביץ, בפס' 12, שם שנת פעילות אחת של הקרטל הוכרה כנסיבה מחמירה לגבי קרטל שפעל טרם הולדתו של סעיף 47א).

קנג. בהצטרף אלה למדדים נוספים המתקיימים אף הם בעניינו - בהם חסמי הכניסה לשוק, מספר השחקנים המועט בענף, ההבדלים המינוריים בין השחקנים, נגישות גבוהה למידע על אודות המתחרים (ובייחוד נכון הדבר בכל הנוגע למכרזים ציבוריים שנתוני הזכייה וההפסד בהם מתפרסמים לעין כל) - הפגיעה בתחרות מתעצמת. ראו למשל דברים שנאמרו לגבי הפגיעה בתחרות בשוק הרמזורים:

"מבנה השוק מלמד גם הוא על הפגיעה בתחרות הנובעת מן ההסדר. מדובר בשוק שבו מתקיימת תחרות בין שחקנים מועטים, ושחסי הכניסה אליו, במונחים של ידע, השקעה, ניסיון ויתרונות לגודל, גבוהים ומשמעותיים. במצב דברים שכזה, תיאום בין שתי חברות, האוחזות

בנתח שוק משותף של כ-40%, לפי חישובן שלהן, ואשר עובר להסדר ניהול תחרות אינטנסיבית ביניהן, הוא בעל משמעות רבה על מידת יכולתן של חברות אחרות להתחרות עימן, ועל התחרות בכללותה בשוק הרמזורים." (עניין אריאל - ערעור על גזר הדין, בפס' 11).

זאת ועוד, מקרה בו מספר קריטריונים נשתלבו יחדיו, נושא בחובו פגיעה קשה במיוחד לעניין התחרות. כך הוא הדבר מקום בו קרטל מתקיים לאורך זמן, ותוך שימוש בטכניקה קרטליסטית של תיאומי מכרזים, המגביה מעצם טבעו את חסמי הכניסה לשוק:

"מנקודת ראותו של המציע, התיאום מיועד בעיקר להעלות את מחיר החוזה, ולהמשיך לעשות זאת בנוגע למכרזים נוספים כי יבואו, על דרך של חלוקת שוק... התיאום אף מאפשר חסכון בהוצאות מנהליות הכרוכות בעצם ההשתתפות במכרזים... בכוח התיאום אף ליצור מעגל של מציעים מיוחסים, אלה המתואמים, שסיכוניהם הכלכליים נמוכים יותר ועוצמתם הכלכלית המשותפת חזקה יותר, כך שמתמודדים חדשים יירתעו מלהכנס לחצר המוסדרת ולהתחרות מול הקבוצה כולה, ששוב אינה פועלת על בסיס של כל מתחרה לעצמו." (החלטת הממונה בעניין בזק בפס' 23)

לכך יש להוסיף, את חומרת הפגיעה בתחרות אשר נעשית באמצעות תיאום מכרז ציבורי, כפי שעמדה עליה השופטת ארבל בנוגע לתיאומי מכרזים בשוק תחזוקת הרמזורים. הדברים נאמרו כלפי אירועים שקדמו לחקיקת סעיף 47א, אך יפים גם לכאן:

"ברורה ונהירה החומרה הרבה שיש לייחס למעשה של תיאום מכרז ציבורי בין מתחרים. מדובר במעשה החותר תחת עצם התכלית המרכזית שבעטייה מבוצע המכרז, ומרוקן מתוכן את כלליו והוראותיו. מהלך שכזה [של תיאום מכרז ציבורי - א"ר], במיוחד כשהוא מתבצע בין מתחרים המחזיקים בנתח משמעותי מן השוק הרלוונטי, פוגם באופן קשה בשקיפותו של המכרז, בסיכוי השווה של כל המתחרים לזכות במכרז ובמיוחד ביכולת לשמר את המכרז כהליך יעיל שנועד לאפשר לרשות לזכות באיכות המקסימאלית במחיר מינימאלי, לרווחתו של הציבור." (עניין אריאל - ערעור על גזר הדין, בפס' 13).

קנד. עוד תובהר נקודה שהעלה בדיון בפנינו בהרחבה עו"ד פרופ' ליבאי, לעניין הטענה, כי היעדרו של נזק בעקבות הקרטל מעיד שלא נתקיימה "פגיעה משמעותית בתחרות בעסקים" כדרישת הסעיף. לדידי, וכעולה מלשון הסעיף, העובדה - השנויה במחלוקת כשלעצמה - כי הקרטל לא גרם לנזק, אינה מעלה ואינה מורידה לעניין הרשעה בנסיבות מחמירות על פי אחת החלופות האחרות המנויות בסעיף (השווה הכרעת הדין, בפס' 121). ראשית, מבחן הפגיעה בתחרות בודק - גם בגדרי סעיף 47א -

עלילות לפגיעה משמעותית בתחרות ולא דוקא פגיעה בפועל; שנית, לשון החוק ברורה היא, ועל פיה רכיב הנזק הוא אך רכיב חלופי אחד להוכחתן של נסיבות מחמירות. אילו "פגיעה משמעותית בתחרות" כללה גם גרימת נזק או אפשרות לגרימתו, היתה חלופה (3) שבסעיף 47א (הקובעת, כי "הנזק שנגרם, או הצפוי להיגרם לציבור, בשל העבירה" עשוי להוות נסיבה מחמירה) - מתייתרת, ולא כך היא.

קנה. סוף דבר האישום הראשון, אציע לחברי לזכות את וול, גברעם, דוברובסקי, דפרון, וייס, קליין ואמקה מעריכת הסדר על פי סעיף 2(ב)(3) לחוק; להותיר את שאר סעיפי ההרשעה על כנם; ולהרשיעם בעריכת הסדר כובל בנסיבות מחמירות, על פי סעיף 47א(1) ו-(2) לחוק.

אישום שני

קנו. כזכור, על פי אישום זה הואשמו הנאשמים כולם למעט וייס, כי הסכימו עם אורק על כך שתחדל מיבוא מעטפות, בתמורה לתשלומים כספיים בסך של כ-400,000 ש"ח לפחות. לאחר שדחה את טענות הנאשמים ואת גרסתם כי התשלומים לאורק שולמו בגין "עמלות שיווק", הרשיעם בית המשפט קמא בעריכת הסדר כובל לפי סעיף 47א(1) לחוק, בצירוף סעיפים 2(א), 2(ב)(3), 2(ב)(4) ו-4 לחוק.

קנו. טענות הנאשמים נחלקות לשניים. טענותיהם מהפן הראייתי באות לתקוף את הראיות עליהן ביסס בית המשפט קמא את הכרעתו ואת דיותן. כך טוען וול, כי אין הוכחה לקיום הסכמה הדדית או תיאום בין הצדדים, וכי לא הוכח כי אורק ייבאה מעטפות או כי הפסיקה לייבאן במסגרת הסדר; כי הראיות הישירות שמנה בית המשפט לקיומו של ההסדר - בהן עדותם של דגני ונדב - מבוססות על השערות עקיפות, ואין עולה מהן כי וול נטל חלק בפגישות; כי עדותו של נדל סותרת את עדותו של נדב בשאלת זהות יוזם ההסדר - האם זו אורק כדברי נדב, או יצרני המעטפות כדברי נדל. מוסיפים על טענות אלה קליין ואמקה ומטעימים, כי הרשעתם נתבססה על ראיה נסיבתית אחת בלבד - התשלומים עצמם, אשר בה לא די להרשעה. עוד נטען, כי בקשתה של אמקה שאורק תשווק מעטפות מתוצרתה ולא תייבא, וסירובה של אורק להיעתר לבקשה, הם ראיה המפריכה את האישום.

קנה. עוד טוען וול בהקשר זה, כי טעה בית המשפט בדחותו את ההסבר החלופי, לפיו התשלומים לאורק הם עמלות שיווק, וזאת לאחר שהוכח כי גברעם נהגה לשלם לסוכנים, ובהם אורק, עמלות בגין סגירת עסקאות עם לקוחות. באשר להסבר המרשיע שנתקבל על-ידי בית המשפט נטען, כי לא היה לנאשמים מניע לשלם לאורק לשם

הפסקת היבוא, בעודם שולטים ממילא בשוק המעטפות ונוכח התחזקות היורו, מחירי המעטפות הנמוכים בארץ, השוני בין התקן הישראלי לאירופי, העדפת תוצרת כחול-לבן והעובדה שלא הייתה תחרות לגברעם בשוק המוסדי שרובו ממוכן. האינטרס של גברעם, כך נטען, היה למכור מעטפות באמצעות אורק לבנק דיסקונט - הלקוח היחיד בשוק המוסדי שקנה מיבוא וכמעט לא רכש מעטפות מגברעם. כן נטען, כי לאמקה - כסניף של חברת המעטפות הגרמנית הגדולה קוברט - אין אינטרס להגביל את היבוא. לבסוף הוטעם, כי בשוק פעלו תשעה יבואנים נוספים, ולא היה היגיון בהשקעת סכומים ניכרים במתחרה זניחה כאורק, על מנת שתימנע מקניית מוצר מיובא משאר המתחרים, שעה שהיא גם לקוחה של גברעם ודפרון.

קנט. בהקשר ראייתי זה טוענים גם מערערי אורק, כנגד הרשעתם על סמך ראיות נסיבתיות - עצם ביצוע התשלומים, שתיקת הנאשמים ועדות עדי התביעה - למרות שהציגו הסבר חלופי סביר לתשלומים, קרי היותם עמלות שיווק, כפי שנכתב על החשבוניות, ולמרות שהוסיפו כל אותה עת לייבא מעטפות ואף הכפילו את היקף היבוא. נטען, כי הסברים הגיוניים לתשלום עמלות השיווק נמצאו בעדותו של דגני, לפיה שולמו הכספים לאורק במסגרת מאמציה של גברעם לנכס לעצמה את היבוא של אורק על-ידי רכישת המעטפות שזו ייבאה, ובעדותו של גבי אלמעלם, סוכן גברעם באזור הדרום, אשר ציין כי גברעם עובדת עם סוכנים להם היא משלמת עמלות שיווק. כן נטען, כי אורק, קיל וטפרברג פעלו משיקולים עסקיים עצמאיים גרידא, וכי משעסקאות השיווק עם גברעם ודפרון לא השתלמו עוד, נותק ביניהן הקשר העסקי והופסקו התשלומים - וזאת ארבע וחצי שנים טרם פתיחת החקירה. לבסוף נטען באופן פרטני בעניינו של טפרברג, כי לא ניתן להרשיעו שכן לא נטל חלק בפעילות אורק הנוגעת למכרזים.

קס. ייאמר כבר עתה - לא מצאתי להלום טענות אלה, אשר נטענו רובן ככולן בערכאה הדיונית, זכו להתייחסות מקיפה, ובאות הן לתקוף ממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו בהכרעת הדין בפירוט ובהעמקה כדבעי. ראשית יודגש, הנאשמים הורשעו על פי אישום זה בראיות ישירות ונסיבתיות כאחת (הכרעת הדין, בפס' 157 וכן בפס' 158 ו-168). שנית, גם אילו הורשעו על סמך ראיות נסיבתיות בלבד, אין בכך פסול. עמדו על כך המלומדים גל, ישראלי ופרלמן:

“לא בכל המקרים יש צורך בקיומן של ראיות ישירות על מנת להוכיח קיומו של הסדר. דרישה זו הייתה מעמיסה קשיים רבים מדי על רשויות האכיפה, בפרט כאשר מדובר במעוולים מתוחכמים. קיימים מקרים שבהם ניתן להוכיח קיומו של הסדר על סמך ראיות נסיבתיות של פעולה

מקבילה, אשר אין לה רציונל עסקי אחר זולת הסדר מקדים בין החברות". (גל, ישראל ופרלמן, בעמ' 210).

כעולה מהכרעת הדין, המקרה דנא הוא כזה. אך כאמור, בפני בית המשפט קמא הוצגו גם ראיות ישירות, מהן עלה כי גברעם ואמקה הוטרדו מיבוא המעטפות וביקשו להפסיקן, וכי התקיימו פגישות בנושא עם אורק (שס, בפס' 152-154, 167). עוד עלה ממכלול הראיות (ובייחוד מהראיות שפורטו בפס' 154), כי וול היה "דומיננטי ביותר" ולא סביר שהדברים נעשו שלא בידיעתו (שס, בפס' 164). בנוסף, דחה בית המשפט בתוקף את הטענה כי אין היגיון בתשלום דוקא לאורק להפסקת היבוא, מהיותה יבואן אחד מיני רבים, וקבע, כי מן הראיות והעדויות מתקבל הרושם "שאורק שכה ממעיטים בכוחה היא אויב מספר 1 של שוק המעטפות", והינתה מטרד חמור ליצרניות המעטפות (שס, בפס' 154 וכן בפס' 156). עוד קבע בית המשפט, כי הראיות שהביאו הנאשמים לא הפריכו את הראיות הנסיבתיות שהציגה המדינה, ודחה בפרוטרוט את ההסברים החלופיים שהציגו. בעניין זה קבע:

"כל הטענות מסוג זה שמעלה ב"כ אורק, פשוט אינן מתחברות בסופו של יום עם החלוקה הברורה שמעלה הטבלה, והן בבחינת נסיונות ליתן הסברים בלתי מפלילים גרידא. כאמור לנאשמים הייתה תקופה ארוכה לגבות טענות מסוג זה במסמכים, הדבר לא נעשה והנאשמים בחרו לא להעמיד במבחן תיאוריות אלה בחקירה נגדית בבית המשפט" (שס, בפס' 163 וראו גם לגבי דחיית שאר ההסברים בפס' 158, 162, 164, 166-167).

עוד נדחו הטענות, הנטענות בפנינו שוב, בדבר העדר מניע לנאשמים להפסקת היבוא והעדר ההיגיון בהסדר, ונקבע, כי:

"[המניע] טמון במטרה המשותפת של הצדדים לשלוט בשוק המעטפות, ולא לאפשר את קריסתו, זאת באמצעות חלוקתו בהתאם לכוחה היחסי של כל חברה וחברה, וזה אף ההגיון בקיום ההסדר הכובל שנעשה. דווקא בהתחזקות היורו, השוני בתקנים, ירידת המחירים בארץ וכיוצא באלה, כנטען על ידי חלק מן הנאשמים, הם המספקים את המניע שלא להביא לקריסת הענף" (שס, בפס' 164).

ונדגיש שוב - סיבת העברת התשלומים לאורק מצויה בידיעתם האישית של הנאשמים. אולם חלף מתן הסבר סביר על דוכן העדים לתשלומים, העדיפו הללו לשתוק והעלו, באמצעות באי כוחם, הסברים משוערים, לא פעם סותרים, לסיבת התשלומים - אם כעמלות שיווק, או תמורת מכולות יבוא, כטענת וול (בפס' 179 לעיקרי טיעונו); אם כעמלות שיווק בעקבות רכישת מעטפות יבוא מאורק, או בעקבות מכירת מעטפות גברעם על-ידי אורק, כטענת מערערי אורק (בפס' 40-41 לעיקרי טיעונם). גם בחקירה

ברשות, עוד טרם בחרו כולם בדרך השתיקה, לא סיפק מי מהנאשמים הסבר לשיטתיות התשלומים וליחסיותם (הכרעת הדין, בפס' 153 ו-156). כיצד ניתן להעלות על הדעת אופן בטענות שעה שאלה מלוות בשתיקה? לעומת זאת נקבע בהכרעת הדין, כי הסבר המדינה לראיות, לפיו עסקינן בהסדר כובל, הוא ההסבר הסביר היחיד לסדרת התשלומים השיטתיים לאורך תקופה של מעל שנה, התואמים את חלוקת השוק בין החברות הנאשמות (שס, בפס' 161). דבר זה מקובל עלינו בהחלט.

קסא. גם מן הפן המשפטי טענו הנאשמים כנגד הרשעתם באישום השני. טענתם היא בתמצית, כי לא נתקיימו יסודות העבירה. כך, לטענת וול, לביסוס האישום היה על התביעה להוכיח שני רכיבים - קיומו של הסדר בין שלוש החברות הנאשמות כמו גם הסדר בינן לבין אורק, וכי הללו לא הוכחו. עוד נטען, כי יסוד הכבילה בהוראת סעיף 2(א) לא נתקיים, משום שאורק לא חדלה לייבא מעטפות מיובאות ולשווקן. לא ייתכן, כך נטען, שהחברות ימשיכו להעביר תשלומים לאורק והיא תוסיף לייבא - כפי שהוכח למשל, בעניין מכירת מעטפות יבוא לבנק דיסקונט. גם יסוד הפגיעה בתחרות, הדרוש להוכחת סעיף 2(א), ומבחינה תכליתית להוכחת החזקות המנויות בסעיף 2(ב), לא נתקיים כנטען, משום שלא הוכח שיש בהסדר משום חשש לפגיעה בתחרות.

קסב. חוששני, כי אין לקבל אף טענות אלה. ראשית, לטענתו של וול בדבר הצורך בהוכחת קיומם של שני הסדרים לצורך אישוש שכלולו של ההסדר דנא, אין עיגון בדין הקיים. הגדרת ההסדר בחוק היא רחבה, והפסיקה המשיכה את מגמת ההרחבה, כדי שיעלה ויבוא מגוון הדרכים האפשריות ליצירת הסדר כובל, אשר אין חקר לריבויין וליצירתיות שביסודן, בנפלאות מוח האנוש. כך מצטטת בהסכמה השופטת נאור דברים שנקבעו על-ידי הנשיא זילר בפרשת קרטל הגז - ת"א (י-ם) 396/87 קיסין נ' פטרולגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ (לא פורסם, 9.5.1990):

"הפירוש היחיד המשיג את מטרת החוק בתחום זה צריך לקבוע, שהמילה הסדר כוללת כל דרך מתואמת, המופעלת על ידי בני אדם, המנהלים עסקים, ושמגמתה השלטת הסדר כובל. אין זה מעניינו של החוק אם תיאום זה הושג בדרכי קונספירציה, או בדרכי הסדר, או באמצעות צד ג', או על ידי קריצת עין, או על ידי צחוק של הבנה, או על-ידי מתאם שהוא זר להסדר, או על ידי דברים שנאמרו למאן שהוא 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". (עניין מצרפלט, בפס' 14; ראו עוד, דנ"א טבעול, בפס' 28 לפסק דינו של השופט - כתארו אז - מ' חשין).

קסג. האם מתקיים בנדון יסוד הכבילה? על פי יסוד זה נדרש, כי הצדדים יצמצמו את אפשרויות הבחירה שלהם, כפי שנקבע:

"יסוד זה של הגבלה עצמית נדרש כחלק מכל הסדר כובל בין שהמדובר בהסדר שלגביו חלות החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים ובין שלא (ראו פרשת טבעול, בעמ' 97). יש אפוא להבחין בין בחינת עצם קיומה של הגבלה לבין בחינת מידת הפגיעה של ההגבלה בתחרות (בחינה, שכפי שנראה בהמשך, איננה תמיד נדרשת). הגבלה שתיחשב כיוצרת הסדר כובל היא הגבלה המצמצמת את חופש הפעולה הנתון למי שמנהל את העסקים... בין שכתוצאה מההגבלה נאסר עליו לעשות דבר-מה (לדוגמה, לפנות לקהל מסוים של לקוחות) ובין שההגבלה מחייבת אותו לפעול רק באופן מסוים (לדוגמה, למכור את מוצריו רק במחיר מוסכם כלשהו). מלשון החוק עולה כי די בכך שאחד הצדדים להסדר יגביל את עצמו באופן האמור על-מנת שההסדר ייחשב להסדר כובל מבחינת כל השותפים לו." (עניין בורוביץ, בפס' 87).

בהסדר דנא נתקיים תנאי הכבילה משאורק הסכימה שלא לייבא מעטפות - אף אם מאוחר יותר נסוגה, מטעמיה שלה, מהסכמתה והפרה את ההסדר. כפי שפירטנו בארוכה לגבי האישום הראשון (בפס' ק-קב), עבירת ההסדר הכובל היא עבירה התנהגותית, אשר ביצוע ההסדר אינו נמנה על יסודותיה.

קסד. גם פגיעה בתחרות יש כאן, או למצער עלילות לפגיעה כזאת. כפי שעלה מן הראיות, יבוא המעטפות מחו"ל התחרה בייצור המעטפות המקומי, ויצרניות המעטפות ראו בו מטרד. התשלום בעבור הפסקתו נועד לצמצם אותה תחרות. לא זו אף זו, אף אם נקבל את טענת הנאשמים, אשר נדחתה בבית המשפט קמא, כי המעטפות המיוכאות לא התחרו במעטפות כחול-לבן, היתה מתקיימת בנדון דרישת הפגיעה בתחרות על פי סעיף 2(א), הקובע מבחן צופה פני עתיד לפגיעה בתחרות; מבחן זה כולל בגדריו גם מקרים בהם הסדר כובל בא "להקדים תרופה למכה", ולמנוע תחרות אף מקום בו זו טרם קמה (ראו גל, ישראלי ופרלמן, בעמ' 252). נוכח כל האמור לא נוכל להיעתר לערעור בעניין האישום השני.

אישום שלישי

הכרעת הדין וטענות הצדדים

קסה. כזכור, בהכרעת הדין זוכו וול, גברעם, דוברובסקי ודפרון מעבירת תיאום מחירון משותף המעלה את מחירי המעטפות לצרכנים מהמגזר הקמעונאי בכ-10%; זאת - מן הטעם שתיאום מחירון אינו הסדר כובל, משלא הוכח תיאום שיעור ההנחות ממחיר המחירון; דוברובסקי ודפרון זוכו גם מן הטעם, שלא הוכח כי דוברובסקי הסכים להצעה; קליין זוכה מביצוע ישיר של העבירה והורשע הרשעה עקיפה מהיותו מנהלה הפעיל של אמקה לפי סעיף 48 לחוק; וייס ואמקה הורשעו על פי הודעותיו של וייס, לפיהן הסכימו הנאשמים בשתיקה על שיעורי ההנחות.

קסו. המדינה מערערת על זיכויים המוחלט של וול וגברעם ועל זיכוי של קליין מאחריות ישירה לעבירה של עריכת הסדר כובל לפי סעיף 47(א)(1) לחוק בצירוף סעיפים 4, 2(א) ו-2(ב)(1), וכן על זיכויים של וייס ואמקה מעבירה לפי סעיף 2(ב)(1) והרשעתם רק על פי סעיף 2(א) לחוק. עוד יושם אל לב, אין המדינה מערערת על זיכויים המוחלט של דוברובסקי ודפרון. בערעור נטען, כי תיאום אופקי בין מתחרים בנוגע לייקור מחירון מוצריהם, אף אם אינו המחיר הסופי, מהווה הסדר כובל הבא בגדרי החזקה החלוטה הקבועה בסעיף 2(ב)(1) לחוק כמו גם בגדרי סעיף 2(א) לחוק, שכן אילו בוצעה העלאת המחירים כפי שתואם, היתה התחרות נפגעת.

קסז. כעולה מקביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא (הכרעת הדין, בפס' 175-172), בחודש יוני 2002 נעשה ניסיון חד צדדי של גברעם לפרסם מחירון חדש המייקר את מחירי מוצריהם. נוכח כשלוננו של הניסיון, העלה מוראש הצעה לעדכן את המחירים בתיאום עם שאר החברות, על מנת למנוע את התנגדות השוק. הצעתו נדונה בפגישות במלונות דן, שנכחו בהן מלבד מוראש, גם וול, דוברובסקי, וייס וקליין. עוד נקבע, כי מעדותו של מוראש עולה, שתיאום מחירי המחירון נעשה בהסכמתם של וול ושל וייס, אולם באשר לדוברובסקי, "מדבריו של מוראש ניתן להסיק רק באשר לנוכחותו בפגישה, אולם באשר להסכמתו למהלך, ניכר כי זו לא ניתנה" (שם, בפס' 172).

קסח. מהודעתו של וייס הסיק בית המשפט, כי הוצאת המחירון המשותף היתה מוסכמת על הצדדים, וכי באשר לשיעור ההנחה היתה הסכמה מכללא, אולם, נוכח הימנעותו של וייס מעדות, נקבע כי הודעתו יכולה לשמש רק כנגדו וכנגד אמקה. בשאלת הרלבנטיות של המחירון קבע בית המשפט, כי מחיר המחירון מהווה נקודת מוצא ממנו נקבע שיעור ההנחה (הכרעת הדין, בפס' 175; כך גם החלטת בית המשפט קמא מיום 18.10.2008, הדוחה את בקשת מערערי אמקה לעיון מחדש בהכרעת הדין בעניין זה, וקובעת שוב, כי: "במקרה דנן, נדחתה טענת ההגנה שישנו ניתוק של קשר סיבתי בין העלאת המחירון לבין קביעת המחיר הסופי"). חרף זאת נקבע, כי מאחר שהוכח כי

המחירון אינו מהווה הצעת המחיר הסופית שכן ניתנות עליו הנחות, ומאחר שההנחה ממחיר המחירון לא סוכמה בין הצדדים, אין מתקיים מבחן העלילות לפגיעה בתחרות; "אין די בהסכמה על נקודת המוצא על מנת לקבוע כי מתקיים פוטנציאל פגיעה בתחרות" (הכרעת הדין, שם). עוד נקבע, כי "בעניין קביעת מחירי מקסימום, הרשעה לפי סעיף 2(ב)(1) לחוק אינה תואמת את תכליתן של החזקות החלוטות" (שם, בפס' 179). להשלמת התמונה נזכיר, כי בסופו של יום, מחירון משותף לא פורסם.

התקיימות יסודות סעיף 2(ב)(1) וסעיף 2(א) לחוק

קסט. הוראת סעיף 2(ב)(1) קובעת, כזכור, כי "יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים: (1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם...". על זיכוי הנאשמים מסעיף זה קובלת המערערת, ממספר טעמים. ראשית, משום שלשיטתה תיאום העלאתם של מחירי המחירון נופל לגדר לשון הסעיף, מהיותו הסדר בו הכבילה נוגעת ל"מחיר שיידרש"; שנית, נטען, כי גם פרשנותו התכליתית של הסעיף מבקשת להחילו על המקרה דנא, שכן תיאום המחירון עלול להשפיע על המחיר לצרכן; שלישית, נטען, כי תיאום מחירים - גם אם אינו תיאום של המחיר הסופי - נחשב אסור גם במשפט המשוה, והובאו אסמכתאות למכביר.

קע. לעומת זאת טוען וול, כי המערערת מבקשת להתערב בממצאי עובדה "באצטלה משפטית", שכן על פי קביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא, מחיר המוצר נקבע על פי שיעור ההנחה בלבד, המחירון אינו משקף את מחירי השוק ואין עובדים לפיו. לפיכך נטען, אין די בהוכחת קיומו של מחירון אחיד, כאשר המחירים הסופיים אינם נקבעים על פיו, על מנת להוכיח תיאום אסור. מזוית שונה טוענים מערערי אמה, כי עסקינן במחירון של מחירי מקסימום, בו המחירים תמיד גבוהים מהמחיר בפועל, וכי הגבלה כזו אינה מהווה הסדר כובל כשלעצמו, ויש בה אף כדי לשרת את ציבור הצרכנים.

קעא. השאלה הראשונה העומדת לפתחנו היא אפוא, האם די בתיאום רכיב אחד של המחיר - הוא מחיר המחירון - על מנת להוכיח כבילה הנוגעת למחיר, כדרישת סעיף 2(ב)(1) לחוק, או שמא נדרשת גם הוכחת תיאום של הרכיב השני של המחיר - שיעור ההנחה. לשיטתי, די בהוכחת תיאום ביחס לרכיב אחד של המחיר, ובלבד שמתקיימים בו תנאי הסעיף, כפי שיפורט.

קעב. הוראת סעיף 1 לחוק מגדירה הגדרה רחבה את המונח "מחיר" - "לרבות הפרשי הצמדה למדד או למטבע, ריבית, שיעורי תשלום ותנאי תשלום אחרים". קרי, המחיר שבתיאום עסקינן אינו רק המחיר הסופי. מחיר מחירון משותף, גם אם אינו קובע את

שיעור ההנחה, אלא רק את מחיר הבסיס, בא אם כן, על פי לשונו של החוק, בגדרי ההגדרה הרחבה של מחיר, ככוללת גם "שיעורי תשלום ותנאי תשלום אחרים". זו אף זו, גם בהוראת סעיף 2(ב)(1) לחוק ננקטה לשון מרחיבה, שאינה מתייחסת דווקא למחיר "שישולם", הוא המחיר הסופי, אלא כוללת גם חלופות בדמות המחיר "שיוצע", או המחיר "שיידרש" - מחיר הבסיס, טרם ההנחה, כבענייננו. בנוסף, עוצמת הזיקה הנדרשת מן הכבילה ביחס למחיר, אינה אלא כי תתקיים ביניהם "נגיעה". זו פורשה בפסיקה - בהקשר אחר (של הסדר שכבילותיו נוגעות לתובלה בינלאומית), אך הדברים נכונים גם לענייננו - כנגיעה "ממשית וישירה" (עניין תור אויר, בפס' 11).

קעג. במקרה דנא, לא יתכן ספק, כי תיאום העלאתו של מחיר המחירון בכ-10% מהוה כבילה הנוגעת נגיעה ישירה למחיר, כהגדרתו המרחיבה בחוק. את העובדה, שקבעה בית המשפט, כי על מחיר זה ניתנות הנחות שהן הקובעות את המחיר הסופי, יש לבחון לצד אמירתו, כי:

"כפי שעלה מהעדויות והראיות, מחיר המחירון מהוה נקודת מוצא ממנו נקבע שיעור ההנחה (הודעות נאשם 6 ת/111 שורה 71; ת/109 שורה 19; עדות יורם כהן (מטנר), פרו' ע' 1493; עדות מוראש, שם, ע' 288; שמואל הוכברג (מטנר), שם, ע' 1507; עדות באוכנר, שם, ע' 888 וכו'), על כן כאשר נקודת המוצא מועלית, כך גם מועלים מחירי המוצרים לרוכשים." (הכרעת הדין, בפס' 175).

קעד. דומה, כי נהיר לכל בר בי רב - בהתאם להיגיון ולשכל הישר (ובמאמר מוסגר יצוין, כי אם לא כן, התקשינו להלום את הגיונו הכלכלי של המהלך ואת כדאיותו) - שתיאום בין מתחרים בדבר העלאת מחירי המחירון, מעלה את המחיר הסופי הנגבה מן הלקוחות, אף אם ניתנות על מחיר זה הנחות בשיעורים שונים. שיעור ההנחה מחושב ברגיל כחלק יחסי מן המחיר הבסיסי, ומכאן שהעלאת המחיר הבסיסי, ככל ששיעור ההנחה נותר זהה, מעלה מניה וביה גם את המחיר הסופי (עוד יש לזכור, שלא נקבע כי כל הלקוחות נהנים תמיד מהנחות ממחיר המחירון - ראו למשל הודעתו של וייס, מוצג ת/117, בשורה 116 - וכי חלקם היו משלמים את מחיר המחירון שהועלה, אילו היה זה יוצא לשוק).

קעה. מצב דברים דומה, אך הפוך - בו נגעה הכבילה לשיעור ההנחה בלבד ולא למחיר הבסיס - הוכר אף הוא כהסדר כובל:

"תיאום בין המתחרים בנוגע לשיעור ההנחה, גם כאשר מחיר הבסיס שונה, נחשב לכבילה הנוגעת למחיר לפי סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים הן לאור הגדרתו הרחבה של

המונח "מחיר" בחוק ההגבלים... הן לאור פרשנות תכליתית של חזקת הכבילה" (עניין בורוביץ, בפס' 89).

בדומה, במקרה בו תואמו שיעורי ההנחה הבסיסיים ממחיר המחירון, אך אחד הצדדים לקרטל העניק ללקוחותיו הנחות בשיעור גבוה מזה שנקבע בהסכמה ביניהם, קבע בית המשפט המחוזי (השופט עדיאל) בהכרעת הדין בעניין מצרפלט:

"עצם העובדה שהמחיר הסופי לא היה זהה לגבי כל הלקוחות, והוא נגזר מרמת ההנחות אשר השתנתה מלקוח ללקוח, אינה שוללת את קיומו של ההסדר הכובל. התיאום בין הצדדים בהסדר זה מתבטא בהצבת מחיר בסיסי המשמש כנקודת מוצא מוסכמת ומתואמת לקביעת המחיר הסופי על-ידי כל הצדדים להסדר..." (הכרעת הדין בעניין מצרפלט, בפס' 124).

קעו. בית המשפט קמא בענייננו הגיע כאמור, למסקנה שונה. בדרכו זו נדרש לפסק דינו של בית הדין להגבלים עסקיים (השופט עדיאל) בעניין פוד-קלאב. פסק הדין נסב על שאלת אישורו של מיזוג אנכי בין תנובה לבין חברת עופקל, ונדונה בו טענת העוררת, פוד-קלאב, בדבר תיאום מחירים מטעמה של תנובה. דובר שם על מחיר (אותו משלמת תנובה למשחטות בעבור העוף שהיא מוכרת לצרכנים) המורכב משני רכיבים - מחיר הקליטה המהווה אך מקדמה על חשבון המחיר הסופי, והוא נקבע על פי הערכתה של תנובה לגבי מחיר השוק שתשיג; ומחיר השוק שתנובה מקבלת ממכירת העוף לקמעונאים, ממנו מנוכית עמלת הפצה. טענת התיאום נטענה, באותו מקרה, רק לגבי רכיב העמלה המנוכית ממחיר השוק. את מסקנתו, "כי אין די בהוכחת קיומו של מחירון אחיד, כאשר המחירים הסופיים אינם נקבעים על פיו" (הכרעת הדין, בפס' 175) הסיק בית המשפט קמא בענייננו, מן הדברים הבאים, שנאמרו בעניין פוד-קלאב:

"גם החלפת מידע על מחירים בין מתחרים בשוק של מתחרים מעטים, מעלה חשד בדבר תיאום מחירים [...] אולם, גם בראיה זו, כשלעצמה, אין די לשם הוכחת הסדר כובל.
על-פי הראיות, המידע אשר מוחלף בפגישות יום ד' בין תנובה לבין המשחטות מתייחס למחירים הקמעונאים שתנובה גובה עבור מכירות העוף. אולם, לגבי מחירים אלה, כאמור, אין טענה לקיומו של הסדר כובל. אשר למחיר הקליטה, זה נגזר, כאמור, מגובה העמלה (בנוסף על מחיר השוק) ואין לפנינו טענה, גם לא ראיה, על כך שבאותן פגישות מתאמים הצדדים ביניהם את גובה העמלות." (עניין פוד-קלאב, בפס' 167).

אך בכל הכבוד, לטעמנו מסקנת בית המשפט המחוזי, אינה המסקנה המתבקשת מן הדברים הללו. ראשית, באישום דנא איננו נדרשים לסוגיית העברת המידע (אשר דנו בה בהקשרו של האישום הראשון), משום שהסכמה בדבר תיאום המחירים של המחירון

עצמו הוכחה גם הוכחה (ראו הכרעת הדין, בפס' 172-175; ולמעט בעניינו של דוברובסקי, כאמור). שנית, בהתייחסו לשאלת הליבה - הדי בהוכחת תיאומו של רכיב אחד מרכיבי המחיר להוכחת הסדר כובל - ענה בית הדין בעניין פוד-קלאב בחיוב מפורש, בקבעו כי תיאום הנוגע לכל רכיב ורכיב לבדו מרכיבי המחיר שתנובה משלמת למשחטות - עשוי להיחשב כהסדר כובל (עניין פוד-קלאב, בפס' 160, 162 ו-164). אלא שמבחינה ראייתית, בנסיבות אותו מקרה - ובשונה ממקורנו אנו - ראיות לתיאום אותו רכיב שדי בו להוכחת הסדר כובל (אם רכיב מחיר הקליטה או רכיב העמלה כחלק ממחיר השוק), לא הובאו, ולפיכך נקבע, כי קיומו של תיאום אסור לא הוכח.

קעז. עוד התבסס בית המשפט המחוזי בקביעתו, על מאמרו של המלומד דיויד גילה "כבילה הפוגעת בתחרות בין הצד הנהנה ממנה למתחריו" עיוני משפט כח(2) 517 (2004) (להלן גילה - כבילה הפוגעת בתחרות). נביא את דברי בית המשפט המחוזי בסוגיה זו במלואם:

"תחילה בוחן גילה את קביעת מחיר המקסימום על ידי הספק למפיציו וקובע כי 'ניפוח המחיר הסיטוני לכלל המפיצים יכול להוביל למחיר גבוה יותר לצרכן, שמאפשר גריפת רווחים גבוהים יותר על חשבון צרכנים' (שם, ע' 548). עוד מוסיף הוא ש'אם ספקים בשוק מסויים מכתיבים במקרה קונקרטי מחירי מקסימום לכלל מפיציהם, תוכל להיטען טענה כי מחירי המקסימום אינם אלא מסווה, או איתות, למחירי הפצה קרטליסטיים לגבי אותם מוצרים' (שם, ע' 549), אולם גילה מסייג דברים אלו באומרו: 'מכל מקום, תנאי להיתכנותה של תיאוריה מעין זו הוא שכלל המפיצים דבקים במחיר המקסימום ואינם גובים בפועל מחירים נמוכים יותר'. (שם, שם). מדבריו אלו משמע, כי המבחן הינו המחיר הסופי שנקבע ולא המחיר אותו קבעו המפיצים." (הכרעת הדין, בפס' 175).

דא עקא - גם בנדון - חוששני כי אין המשל, העוסק בתיאום מחירי מקסימום בהסדר אנכי, דומה לנמשל, העוסק בתיאום מחירים אופקי. לטענת המערערת, בעניינו אין מדובר בהסדר לקביעת מחירי מקסימום, אלא נהפוך הוא - בהסדר שמטרתו להעלות מחירים באופן מתואם כדי לגבור על התנגדות השוק. דברים אלה מקובלים עלינו, הגיונם בצדם והם עולים מחומר הראיות. אולם, אף אם - כטענת מערערי אמקה - נראה בהסדר דנא הסדר לקביעת מחירי מקסימום, מן הטעם שהחברות יכולות לגבות, באמצעות הנחות, מחיר נמוך ממנו, אך לא גבוה ממנו, דבריו של המלומד גילה אינם באים לעזרתם. בחלק זה של מאמרו, דן גילה בתיאוריה על פיה הכתבה אנכית של מחירי מקסימום על-ידי ספקים בשוק, יכולה להקל על קיומו של קרטל אופקי. בהקשר זה הוא קובע, כי דבקותם של המפיצים (או המשווקים) במחיר המקסימום שקבע

הספק, היא תנאי להיתכנות התיאוריה שהוצגה. הוא אינו דן בשאלה - ומן הסתם אינו עונה עליה - אם תיאום מחירי מקסימום הוא הסדר כובל ומדבריו, בכל הכבוד, אין להסיק בשום אופן לענייננו, כי "המבחן [לקיומו של תיאום מחירים אופקי] הינו המחיר הסופי". ראו עוד להבחנה בתוצאות בין תיאום אנכי לאופקי (בהקשר של המלצה על מחיר בין מתחרים) דיורד גילה "האם המלצה על מחיר היא הגבל עסקי ומדוע?" עמ' 10-9 (טרם פורסם, 2009).

קעח. הרובד השני עליו התבססה קביעת בית המשפט קמא, נגע לפרשנות התכליתית שהוענקה לחזקות הקבועות בסעיף 2(ב)(1) לחוק, ונקבע, כי הרשעה בקביעת מחירי מקסימום, אינה תואמת את תכליתן של החזקות הללו (הכרעת הדין, בפס' 179). דומה, בכל הכבוד, כי גם כאן נתפס בית המשפט לכלל טעות. על תכלית החזקות שבסעיף 2(ב) עמדנו כבר לעיל וראינו, כי גם אותן, בדומה לסעיף 2(א) לחוק, יש לפרש באופן הבוחן האם יש בהסדר כדי לפגוע בתחרות. הסכמה בין מתחרים בדבר העלאת מחירי המחירון ומה גם באותו שיעור, משמעה פוטנציאל לפגיעה בתחרות - פגיעה, שצרכני המעטפות יהיו נפגעים הישירים. בדומה נקבע בפרשת קרטל הביטוח בעניין בורוביץ, כי תיאום בין מתחרים בנוגע לשיעור ההנחה בלבד, בא בגדרי סעיף 2(ב)(1) לחוק, "לאור פרשנות תכליתית של חזקת הכבילה, שכן גם כבילה בנוגע לשיעור ההנחה מפחיתה, מעצם טבעה, את התחרות בשוק" (שם, בפס' 89; ראו גם ע"פ 2754/97 צור נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק דינו של השופט אור (לא פורסם, 7.1.1998) (להלן עניין צור); ת"פ (י-ם) 167/03 מדינת ישראל נ' כהן, פס' 32 לפסק דינו של השופט רביד (לא פורסם, 7.2.2007); עוד ראו תזכיר לתיקון החוק המציע, ברחל בתך הקטנה, במסגרת צמצום התחולה לעומת המצב הקיים, כי החזקה בסעיף 2(ב)(1) תחול בנוגע לכבילה הנוגעת "למחירים שיידרשו, יוצעו או ישולמו, לרבות הנחה שתוצע או שתינתן..."). הסדר כזה - הבא בגדרי איסורי הליכה של דיני ההגבלים העסקיים - פגיעתו בתחרות צורמת עד מאוד, וקביעה שאינו בא בגדרי החזקה הקבועה בסעיף, לא תוכל להתישב עם תכליתו של החוק. על כן גם בבוא המציעים לצמצם את תחולת החוק, ראו הסדר כזה כמצוי ב"גרעין קשה" של פגיעות אסורות בתחרות.

קעט. לבסוף, דן בית המשפט בעמדה על פיה יש לצמצם את תחולתן של החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) באופן שלא יחולו על הסדרים לקביעת מחירי מקסימום, משהסדרים כאלה - לשיטתו - אינם פוגעים בתחרות. בקביעתו זו נתלה בית המשפט כלשונו ב"גישת בית המשפט העליון בפרשת הרמזורים, אשר קבע כי אף החזקות החלוטות אינן מוחלטות אלא נתונות הן לפרשנות תכליתית" (הכרעת הדין, בפס' 175). אכן, בפרשת קרטל הרמזורים קבע השופט לוי כדלהלן:

”מוחלטותן של חזקות סעיף 2(ב), צמצמה את שיקול הדעת של בתי המשפט, ולעתים ברשתן של חזקות אלו נתפסו גם הסדרים אשר להשפעתם לא נודעה השלכה כלשהי על התחרות, או אף פוטנציאל לפגיעה כזו. וברי כי הרשעתם של צדדים להסדר כזה, אינה משרתת את תכליתם של דיני ההגבלים העסקיים” (עניין אריאל - ערעור על הכרעת הדין, בפס' 16 ; ראו והשוו דעת היחיד של השופטת חיות, שס, בפס' 3).

אלא שבהמשך פסק הדין - והוא החשוב לענייננו - מבחין השופט לוי בין תחולתן של החזקות החלוטות על ”הסדרים אנכיים”, תחולה השנויה במחלוקת, לבין תחולתן על ”הסדרים אופקיים” כבמקרה דשם ובמקרה דנא. לגבי כבילה אופקית, הנופלת לגדרי סעיף 2(ב), נקבע ש”מסכימים הכל כי היא מקימה חזקה חלוטה” (שס, בפס' 18), ומשכך, כי ההסדר האופקי אשר חילק את השוק בין המתחרים באותה פרשה ”אינו מסוג המקרים אותם ראוי להחריג מתחולתו של חוק ההגבלים על דרך של פרשנות תכליתית” (שס, בפס' 20 ; דברים דומים קבעה השופטת ארבל באותו הקשר, ראו עניין אריאל - ערעור על גזר הדין, בפס' 9).

קפ. עוד הסתמך בית המשפט קמא על דברי גילה במאמרו שהוזכר לעיל (גילה - כבילה הפוגעת בתחרות, בעמ' 550), אשר הביע אף הוא את הדעה המצדדת בצמצום תחולתן של חזקות סעיף 2(ב) כך שלא יחולו על הסדרים לקביעת מחירי מקסימום. ושוב, הדברים נוגעים להסדרים אנכיים ולא אופקיים. באשר לאחרונים, אין מחלוקת, כי הם באים במסגרת החזקות החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק (להתייחסות להכרעת הדין דנא בהקשר זה, ראו גם גל, ישראל ופרלמן, בעמ' 301-302 ; וכן דיויד גילה ”האם המלצה על מחיר היא הגבל עסקי ומדוע?” הנזכר, בעמ' 9-10). את ההיגיון הכלכלי העומד מאחורי האיסור על תיאום מחירים אופקי דוקא, מסביר גילה :

”לעניין המלצת מחירים אופקית, קיים רציונאל כלכלי בסיסי לאיסור על תיאום מחירים בין מתחרים, טנטטיבי ומומלץ ככל שיהיה. התיאום פותר למתחרים את בעיית הקואורדינאציה של המחיר הקרטליסטי, ויכול לגשר על ניגודי האינטרסים ביניהם. אכן, לעיתים התיאום איננו מבוצע, והמתחרים סוטים ממנו. בכך אין כדי לשלול את החשש כי התיאום הוא מסוכן לצרכנים. הוא מסוכן לצרכנים משום שהוא מהווה נדבך חשוב (הגם שלא יחיד) בדרך ליצירתו וייצובו של המחיר הקרטליסטי. משום כך, יש מקום להרתיע פירמות, באמצעות דיני ההגבלים העסקיים, מלעשות תיאום כזה... מדובר בתיאום היכול להעלות את הסיכוי שקרטלים ישררו ולא יקרסו באיבם.” (שס, בעמ' 10-11).

קפא. בסופה של סקירה נמצאנו למדים, כי העמדה המוציאה מתחולת החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) הסדרים כובלים מסוימים, רק להסדרים אנכיים נתכונה, וגם לגביה, אין היא מוחלטת. באשר להסדרים אופקיים שכבילתם נוגעת לנושאים המנויים בחלופות סעיף 2(ב), לא זו בלבד שהסעיף חל עליהם, אלא שבדיוק בשבילם הוא נחקק ובא לאויר העולם מתחילה, והחמור שבהם הוא תיאום מחירים:

”כבילות בנוגע למחיר הן בעלות רגישות רבה מבחינת דיני ההגבלים העסקיים. דינים אלו נועדו להבטיח כי תנאי השוק, ובראשם המחיר, ייקבעו באמצעות מנגנוני השוק החופשי ולא כתוצאה מהסדר כובל אנטי-תחרותי... הסדרים בנוגע למחיר לרוב נתפסים כסוג הגרוע ביותר של ההסדרים הכובלים, שכן השפעתם על הצרכן היא ישירה ומידית... הסוג הנפוץ והפוגעני ביותר... הם הסדרים אופקיים עירומים לתיאום מחירים, המכונים בשם 'קרטלים מהגרעין הקשה'... הסדרים מסוג זה ראוי כי ייכנסו תחת גדרה של החזקה החלוטה, שכן הם פוגעים בתחרות ללא כל יתרונות מאזנים לרווחה המצרפית.” (גל, ישראל, 1978, בעמ' 295-296).

אשר על כן, ההעלאה המשותפת של מחירי המחירון שנערכה בין וול לבין וייס וקליין כפי שהוכח, באה בגדרי הוראת סעיף 2(ב)(1), שכן מהוה היא הסדר כובל בו הכבילה נוגעת למחיר שיידרש, וזאת אף שלא הוכחה הסכמה באשר לרכיב אחד מרכיבי המחיר - ההנחה. תיאום שיעורי ההנחה - אילו הוכח - ברי כי היה מעיד על פגיעה חמורה אף יותר בתחרות החופשית, וכתוצאה מכך גם על נזק רב יותר לצרכן, אך אין בהיעדרו כדי להוציא את תיאום מחיר המחירון מחוץ לגדריו של סעיף 2(ב)(1) לחוק.

קפב. טוענים מערערי גברעם ומחרים מחזיקים אחריהם מערערי אמקה, כי על מנת להגיע להסדר המעלה את המחירים בהצלחה היה על כל החברות הנאשמות להסכים על המחירון, והרי נקבע כי דוברובסקי לא הסכים לכך, והמערערת לא ערערה על זיכיון. לפיכך נטען, תיאום המחירון ללא דפרון הוא מהלך חסר היגיון המעיד, על היעדרו של הסדר. טענה זו, אף אם היא נכונה חלקית, אין בה כדי לסייע למשיבים. בהכרעת הדין נקבע, כי נתקיימה הסכמה בין מערערי גברעם לבין מערערי אמקה באשר לתיאום מחירי המחירון (הכרעת הדין, למשל בפס' 144). בכך די לשם הרשעתם. אין דרישה ביסודות העבירה בסעיף 2(ב) לחוק, כי ההסדר יכלול יותר משני צדדים, או כי הוא יהא הסדר "מוצלח" המעלה מחירים ביעילות. נשוב ונדגיש את שעמדנו עליו מעלה (בפס' ק-קב ועוד): עבירת ההסדר הכובל עבירה התנהגותית היא, ולא תוצאתית, ואף היסוד הנפשי הנדרש על מנת להרשיע בה, הוא של מודעות אך לרכיביה העובדתיים של העבירה, כפי שנקבע:

"אם מדובר בהסדר שעניינו אחד מהנושאים המפורטים בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, פוטנציאל הפגיעה של ההסדר בתחרות איננו אחד מרכיבי היסוד העובדתי של העבירה, אשר-על-כן אין נדרשת במצב מעין זה מודעות לפוטנציאל הפגיעה של ההסדר בתחרות, אלא די בכך שתוכח מודעות של עושה העבירה לנושא הכבילה הרלוונטי בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים. לדוגמה, מודעות לכך שהכבילה נוגעת למחיר שיידרש, שיוצע או שישולם, או מודעות לכך שהכבילה נוגעת לרווח שיופק..." (ההדגשות הוספו) (עניין בורוביץ, בפס' 92; ראו גם ע"פ 1672/06 בלילי נ' מדינת ישראל-הרשות להגבלים עסקיים, פס' 9 לפסק דינו של השופט פוגלמן (לא פורסם, 10.3.2008)).

יתרה מכך, סירובו של דוברובסקי לתיאום, אף כי יש בו כדי להפחית את מידת פגיעתו של ההסדר בין גברעם לאמקה בתחרות בשוק, אינו מאיינה, וזו עדיין קיימת מקום בו שתי יצרניות גדולות, אשר חלקן יחד בשוק עולה על 50%, מתאמות ביניהן את העלאת מחיר מוצריהן. הכישלון לשכנע את דוברובסקי להסכים לתיאום אינו מעלה או מוריד איפוא לגבי ההסדר שסוכם עליו בין החברות האחרות.

קפג. במאמר מוסגר יצוין, כי בניסיון, אשר על פי הראיות שהוצגו ככל הנראה נכשל, לקבל את הסכמתו של דוברובסקי לתיאום המחירים, יש משום עבירה של ניסיון לעריכת הסדר כובל, על פי סעיף 2(ב) לחוק בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין. בפרשת קרטל המעליות, בה נדונה הרשעה בניסיון לעריכת הסדר כובל, שבסופו של יום לא השתכלל, קבע השופט קדמי, כי עבירת עריכת הסדר כובל, היא:

"עבירה דו-צדדית, שהשלמתה מצריכה שיתוף פעולה מצדו של אדם נוסף ההופך גם הוא לעבריין, יש במאמץ לשכנע אדם כאמור לשיתוף פעולה, כדי להוות 'ניסיון' לעבור את העבירה המושלמת. כך, למשל, מהווה מאמץ לשדל אדם להצטרף ל'קשר' - ניסיון לעבור עבירה של קשירת קשר; וזאת אף שהשלמת העבירה מצריכה הסכמה מצדו של המשודל, ההופך אף הוא לעבריין עם השלמת העבירה." (עניין נחושתן, בעמ' 129).

אולם משלא נטען בפנינו לעניין הרשעה בעבירת הניסיון, ומאחר שממילא מצאנו את הנאשמים אשמים בעבירה המוגמרת של עריכת הסדר כובל, כפי שיפורט, דברים אלה נאמרים למעלה מן הצורך.

קפד. משקבענו כי ההסדר בא בגדר סעיף 2(ב) מתייתר, כאמור, הצורך לעמוד על טענות הצדדים באשר להתקיימות יסודות סעיף 2(א), על פיו הורשעו וייס ואמקה. גם באישום זה נסבה המחלוקת בעיקר על שאלת קיומו של היסוד הרביעי בעבירה - הפוטנציאל לפגיעה בתחרות הטמון בתיאום המחירון, בלא תיאום שיעור ההנחות

ממנו. כבר קבענו מעלה, כי די בתיאום רכיב אחד של המחיר, על מנת להשפיע על המחיר הסופי. ברי, כי העלאת מחירו של מוצר בשיעור שאינו זניח - מעבר למחירו התחרותי כפי שהיו קובעים אותו כוחות השוק אילו פעלו בשוק חופשי, ובאופן המתואם על-ידי שתיים מהיצרניות בשוק, יש בו כדי לפגוע בתחרות בשוק, פגיעה שהיא מובנת מאליה. לכך נוסיף את קביעת בית המשפט קמא, כי ההעלאה המתואמת באה עקב "התנגדות השוק" להעלאת מחירים מטעמה של גברעם לבדה. מטרת ההסדר היתה איפוא, להעמיד את לקוחות החברות בפני עובדה מוגמרת של מחירי מעטפות גבוהים יותר, וללא יכולת להשיג מחירים נמוכים יותר ממתחריהם. זו בדיוק הפגיעה בתחרות שהחוק בא למנעה.

הרשעה בעריכת הסדר כובל

קפה. לאחר שקבענו כי תיאום המחירון הוא הסדר כובל אסור, עלינו לברר האם הוכחה בראיות הסכמה לגביו. העדות המרכזית לעניין זה היא עדותו של מוראש, אשר נקבע לגביו כזכור, כי אינו עד מדינה, ולכן עדותו אינה צריכה סיוע (הכרעת הדין, בפס' 71), אולם על פי הוראת סעיף 54א(א) לפקודת הראיות - חיזוק היא צריכה. כעולה מעדות זו, העומדת כנגד וול, וייס וקליין כאחד, הסכימו אלה להצעתו של מוראש להוצאת מחירון מתואם בפגישות במלונות דן (הכרעת הדין, בפס' 172, 176-175 ו-181). עוד יוזכר, נאשמים אלה שתקו כולם על דוכן העדים ללא הסבר סביר, ושתיקתם יכולה להוות חיזוק, ואף סיוע לראיות כנגדם, על פי הוראת סעיף 162(א) לחוק סדר הדין הפלילי, כנזכר, והדברים ידועים.

קפו. כנגד וייס ואמקה - שלגביהם נקבע כי הוכחה הסכמה אף באשר לתיאום שיעור ההנחות - עומדות גם הודעותיו של וייס ברשות (שס, בפס' 172-175 ו-179). כנגד קליין עומדות גם עובדות השתתפותו בפגישות בהן תואם המחירון, יחד עם וייס (שס, בפס' 58-60) וכן הסתירות בגרסתו, כפי שנקבע:

"אי-אמינות גירסתו של נאשם 7 עולה אף בעניין הוצאת המחירון. נאשם זה אישר כי השתתף בפגישה זו אולם לדבריו כלל לא היו הסכמות בעניין הוצאת המחירון. כפי שיפורט באישום השלישי, הוצאת המחירון סוכמה בין כל הנאשמים... (הכרעת הדין, בפס' 144)

קפז. עוד יש לדחות את טענות מערערי אמקה, כי הורשעו בבית המשפט קמא על בסיס תיאור עובדתי של תיאום שיעורי הנחות שזכרו לא בא בכתב האישום, אשר עסק אך בתיאום מחירי המחירון. משקבענו, כי תיאום המחירון כשלעצמו - אף ללא תיאום

ההנחות ממנו - מהוה עבירה על פי החוק, הנה הרשעתם בעבירה על סעיפים 2(א) ו-2(ב) לחוק היא על פי עובדות כתב האישום אחת לאחת.

קפח. משכך, יש להרשיע את וול, ומכוח הרשעתו שלו כאורגן של גברעם גם את גברעם, וכן את וייס, קליין ואמקה, בעבירה על סעיף 47(א)(1) בצירוף סעיף 4, סעיף 2(א) וסעיף 2(ב)(1) לחוק.

סוף דבר

קפט. אציע לחבריי לקבל את ערעור המדינה לעניין האישום הראשון והשלישי, במובן זה שהנאשמים 1-8 יורשעו בביצוע האישום הראשון בנסיבות מחמירות; וול וגברעם יורשעו באישום השלישי בעבירה על פי סעיף 47(א)(1) בצירוף סעיף 4, סעיף 2(א) וסעיף 2(ב)(1) לחוק; וייס, ואמקה יורשעו באישום זה גם על פי סעיף 2(ב)(1) לחוק ממנו זוכו; קליין יורשע באחריות ישירה לעבירה גם על פי סעיף 47(א)(1) בצירוף סעיף 4, סעיף 2(א) וסעיף 2(ב)(1) לחוק. אציע לזכות את הנאשמים באישום הראשון מעבירת עריכת הסדר כובל על פי סעיף 2(ב)(3) לחוק, ולא להיעתר לשאר חלקי ערעוריהם.

הערעורים על גזר הדין

גזר דינו של בית המשפט המחוזי

קצ. משהרשיע את הנאשמים כאמור, גזר בית המשפט קמא ביום 19.12.2007 את דינם. בגזר דינו נשקלו טענות הצדדים, דברי הנאשמים בפני בית המשפט, ושיקולים שונים להחמרה או להקלה בעונש. ראשית, הותרה הגשת ראייה לעניין ביצועם בפועל של תיאומי מכרזים - מסמך המפרט את תוצאות ועדת הרכישות של רשות הדואר - אף שזו לא הוגשה בשלב ההוכחות. נקבע, כי ביצוע בפועל אינו יסוד מיסודות העבירה, ולכן לא היה צורך להגיש ראייה זו להוכחת קיומו של קרטל (אם כי יכול הוא להוות ראייה לביצוע העבירה בנסיבות מחמירות), אולם - בשלב הטיעונים לעונש - ניתן להגישה כראיה המהוה שיקול להחמרה בעונש.

קצא. עוד סקר בית המשפט את חומרתה של עבירת ההגבל העסקי בכלל, וחומרת תיאום מכרזים ציבוריים בפרט, את שיקולי ההרתעה ואת העונשים שנגזרו בפסיקה על עברייני קרטלים עד כה. בנוסף שקל את השיקולים לחומרה - בהם היות הקרטל "קרטל אופקי", משכו הארוך והסתרתו, השימוש במספר שיטות קרטליסטיות שונות, וכן

הטענה - אשר נדחתה - בדבר הנזק הכלכלי שהסב הקרטל והפגיעה שגרם לה בשוק הדיזור הפנימי, בו אין מוצר תחליפי למעטפה; וכן את השיקולים לקולה - בהם היות העבירה מסוג עוון, הזיכוי מסעיף הנסיבות המחמירות, היקפו הקטן של השוק והמצוקה שהובילה ליצירת הקרטל; באשר לעברם הנקי של הנאשמים נקבע, כי בעבירות כלכליות אין בכך כדי להוות שיקול לקולה, אם כי ראוי שמעשיו הטובים של נאשם יילקחו בחשבון.

קצב. בבחינה השוואתית של רכיבי העונש במקרים דומים, קבע בית המשפט, כי על פי מדרג הענישה העליון בקרטלים חמורים הוטלו על נאשמים אינדיבידואליים קנסות של כמיליון שקלים, ועל חברות נאשמות קנסות של כמה מיליוני שקלים; עוד הודגש, כי שיעורו של הקנס ייקבע על פי שיטת הענישה האינדיבידואלית ונסיבותיו של התיק, ולא על פי המדרג החיצוני. באשר לרכיב המאסר צוין, כי ריצוי עונש המאסר בדרך של עבודות שירות הוכר בפסיקה כבעל עדיפות במקרים המתאימים על פני מאסר בפועל.

קצג. לפיכך נגזרו על הנאשמים העונשים הבאים: על וול, שנקבע כי אינו בעל ממון ולא גרף רווחים מביצוע העבירות ולאחר שנשקלו נסיבותיו האישיות כפי שתוארו בדלתיים סגורות ופעילותו החברתית מזה, למול היותו "ראש וראשון" לקרטל מזה, נגזרו שישה חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות, 18 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור עבירות על פי החוק למשך שלוש שנים, וכן קנס בסך 30,000 ש"ח והתחייבות בסך 60,000 ש"ח להימנע מביצוע עבירה על פי החוק למשך שנתיים; על גברעם ושותפות גברעם הוטלו קנס בסך 180,000 ש"ח והתחייבות בסך 250,000 ש"ח להימנע מביצוע עבירה על פי החוק למשך שנתיים. נקבע, כי החובות הכבדים של המפעל והקיבוץ ביחד, כמו גם רווחיו הנמוכים בשנים 2006-2007 ואיומי הקסאמים שהוא עומד בהם, מהנים שיקול להקלה בשיעור הקנס. למול אלה הוזכר כי עובדיו הבכירים לקחו חלק בקרטל וכי הוא נהנה מרווחיו; על דוברובסקי נגזרו חמישה חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות, 18 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור עבירות על פי החוק למשך שלוש שנים וכן קנס בסך 90,000 ש"ח והתחייבות בסך 150,000 ש"ח להימנע מביצוע עבירה על פי החוק למשך שנתיים. נקבע, כי הלה מצוי באותו מדרג ענישה בו מצוי וול, אם כי נטל בקרטל חלק פחות. שיתוף הפעולה שהפגין בחקירה עמד לזכותו, אך עובדת היותו בעלי החברה והנהנה הישיר מביצוע העבירות הובאה בחשבון לחובתו. עוד נקבע כי אינו סובל מחסרון כיס; על דפרון, אשר נקבע כי טענתה למצוקה כלכלית ולצבירת הפסדים החל משנת 2001 לא הוכחה כדבעי, הוטל קנס בסך 250,000 ש"ח והתחייבות בסך 300,000 ש"ח להימנע מביצוע עבירה על פי החוק למשך שנתיים.

קצד. באשר לנאשמי אמקה, נקבע כי הללו מצויים במדרג ענישה נמוך יותר. על וייס נגזרו שישים ימי מאסר לריצוי בעבודות שירות, 12 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור עבירות על פי החוק למשך שלוש שנים, וכן קנס בסך 30,000 ש"ח והתחייבות בסך 75,000 ש"ח להימנע מביצוע עבירה על פי החוק למשך שנתיים. בקביעת שיעור הקנס התחשב בית המשפט בכך שהלה היה מנכ"ל שכיר באמקה, בהיותו מובטל מזה שלוש שנים ובמצב בריאותו. עוד הוזכר לטובתו, כי ניהל את המפעל בדרום, הרחק ממקום מגוריו, מטעמי ציונות, וכי חלקו באישום השלישי היה קטן; על קליין, אשר הורשע בשלושת האישומים כולם, נגזרו 75 ימי מאסר לריצוי בעבודות שירות, 12 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור עבירות על פי החוק למשך שלוש שנים, וכן קנס בסך 75,000 ש"ח והתחייבות בסך 100,000 ש"ח להימנע מביצוע עבירה על פי החוק למשך שנתיים. בעניינו, נלקחו בחשבון פעילותו הענפה לעידוד התעשייה הישראלית, קיום המפעל בדרום תחת אש, ומצבו האישי כפי שתואר בדלתיים סגורות; על אמקה, אשר נקבע כי חלקה בקרטל היה קטן לעומת גברעם ודפרון, הוטלו קנס בסך 150,000 ש"ח והתחייבות בסך 200,000 ש"ח להימנע מביצוע עבירה על פי החוק למשך שנתיים. נקבע, כי אמנם היא אשר הביאה את השוק לפעילות "פחות הרמונית", אולם היא ביכולתה למנוע את קיום הקרטל - וזאת לא עשתה; עוד נקבע, כי אינה על סף קריסה כלכלית.

קצה. באשר לנאשמי אורק, אשר הורשעו באישום השני בלבד, הוזכרו חלקם הזניח בשוק, העובדה כי לא קיימו בפועל את ההסדר והתקופה הקצרה בה התקיים. על קיל נגזרו 12 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור עבירות על פי החוק למשך שלוש שנים, וכן קנס בסך 20,000 ש"ח והתחייבות בסך 40,000 ש"ח להימנע מביצוע עבירה על פי החוק למשך שנתיים. לזכותו צוינו משכורתו הנמוכה ביחס לנאשמים האחרים, היותו נכה צה"ל ואב לילדים קטנים; על טפרברג נגזרו 12 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור עבירות על פי החוק למשך שלוש שנים, וכן קנס בסך 30,000 ש"ח והתחייבות בסך 60,000 ש"ח להימנע מביצוע עבירה על פי החוק למשך שנתיים. נשקלה לחובתו היותו בעליה של מחצית מניות אורק, ולזכותו היותו נכה צה"ל ואב לילדים קטנים, אשר הלוח לאורק סכומים נכבדים. כן הוזכר לזכותו, כי היה אמון על תחום בתי הדפוס באורק ולא עסק בתחום המכרזים; על אורק הוטל קנס בסך 70,000 ש"ח והתחייבות בסך 100,000 ש"ח להימנע מביצוע עבירה על פי החוק למשך שנתיים. בעניינה נשקלו מזה - העובדה שיכלה למתן את פגיעת הקרטל אך מיאנה לעשות כן; ומזה - מצבה הכלכלי הקשה והמשכורות הנמוכות של מנהליה.

הערעורים על גזר הדין

קצו. המדינה מערערת על גזר הדין והעונשים הקלים שהושתו, לשיטתה. נטען בתמצית, כי העונשים אינם משקפים את חומרת המעשים, אינם מהנים גמול הולם וחורגים ממדרג הענישה הראוי, באופן הפוגע אנושות בהרתעה מפני עבירות על החוק. נטען, כי מדיניות הענישה שהותוותה בפסקי הדין של בית משפט זה מורה על הצורך במאסר בפועל של עברייני הגבלים עסקיים ועל קנס כספי נכבד, וכך גם מלמד עיון במשפט האמריקני. כן נטען, כי הצדקותיו של בית המשפט קמא לסטייה ממדיניות הענישה, ובהן קביעתו כי הנאשמים אינם עונים על הפרופיל הרווח של עברייני הגבלים עסקיים, בטעות יסודן, וכי היה עליו להחיל את המדיניות האמורה.

קצו. עוד נטען, כי זהו הקרטל הראשון בו גזר הדין נפסק בגין עבירות שהתבצעו לאחר שנת 2000, קרי לאחר תיקון 6 לחוק שהחמיר את העונשים שנקבעו בו, והוסיף את סעיף "הנסיבות המתמירות", וכן בתקופה בה החוק נאכף נמרצות וזוכה למודעות ציבורית גבוהה. פסק הדין קמא, כך נטען, התעלם מעיתויו של הקרטל ומהימשכותו לאחר שנת 2000, ובחן את רמת הענישה עד לאותה שנה ולא לאחריה.

קצח. מוסיפה המערערת וקובלת על קביעת בית המשפט קמא, כי עסקינן בקרטל מתוך מצוקה שנועד למנוע את "שחיקת השוק". נטען, כי קביעה זו מבוססת אך על עדותו של מוראש, וממנה אין עולה כי היתה מצוקה. עוד נטען, כי עם תחילת התיאומים האסורים הציגו החברות רווחים נקיים גבוהים, והללו לא נשקלו על-ידי בית המשפט. נטען, כי עונשי הנאשמים נטו לקולה משום שבית המשפט יצא מנקודת הנחה שגויה, על פיה קרטל מוביל לתוצאה חברתית טובה יותר מן התחרות (כך בהכרעת הדין, בפס' 39), הנחה המנוגדת לתפיסה שבבסיס החוק. עוד הוטעם, כי שגה בית המשפט קמא בקבעו, כי בבסיס קרטל המעטפות עמדה תכלית מסחרית לגיטימית, קרי כי לא היה זה "קרטל עירום", ונטען, כי כל ייעודו היה בהגבלת התחרות.

קצט. כן פירטה המערערת את השיקולים לחומרה המתקיימים בקרטל, ואשר בית המשפט, כך נטען, התעלם מהם. ראשית נטען, כי הנאשמים עברו על איסורי הליבה של החוק; שנית, כי השתמשו במספר טכניקות קרטליסטיות כגון חלוקת שוק, תיאום מחירים, תיאום מכרזים ורכישת אי-התחרות; שלישית, כי עולה מהראיות שהנאשמים ביצעו את ההסדר בפועל ממש; רביעית, כי הקרטל פגע בתחרות וגרם לנזקים ובהם התייקרות מחירים והונאת הציבור על-ידי הגשת הצעות פיקטיביות. זאת לומדת המערערת ממשכו של הקרטל, מהתמדת הנאשמים בו ומהמשאבים שהשקיעו בהפעלת המנגנון הקרטליסטי; חמישית, כי משכו של הקרטל, למעלה משבע שנים, והעובדה כי

רק פתיחת החקירה הביאה להפסקתו, מעידים על חומרתו; שיטת, כי חלקם של הנאשמים בשוק - מעל 80% משוק ייצור המעטפות ושיווקן - מהווה אף הוא שיקול לחומרה. הודגש, כי גם אם השוק כולל את המעטפית, שלא כשיטת המערערת, זו הפכה למוצר תחליפי רק החל משנת 2000.

ר. גם במישור האינדיבידואלי סבורה המערערת כי בית המשפט הקל עם הנאשמים שלא בצדק, ותוך סטייה מעקרון אחדות הענישה. לגבי וול נטען, כי היה על בית המשפט להשית עליו עונש מאסר בפועל, מהיותו הרוח החיה מאחורי הקרטל, ונוכח מודעותו לפליליות מעשיו והתפארותו בהם; לגבי גברעם ושותפות גברעם נטען, כי משקל גדול מדי ניתן לטענה בדבר מצבן הכלכלי הקשה של החברות אשר לא הוכח, וכי טעות היא לקשור בין מצבו הכלכלי של הקיבוץ לבין מצבן של החברות; לגבי דוברובסקי נטען, כי עונשו אינו מבטא כראוי את מידת מעורבותו בקרטל ואת מודעותו לפליליות מעשיו והוטעם, כי טעה בית המשפט בקבעו, כי בהטלת קנס גבוה יש כדי לצמצם את משך עבודות השירות, וכן בקבעו כי שיתף פעולה עם חוקריו; לגבי דפרון נטען, כי עונשה אינו משקף את מלוא חומרת העבירות שביצעה וסוטה מרמת הענישה הקיימת; לגבי וייס וקליין נטען, כי עונשם אינו מבטא את מידת מעורבותם האישית והישירה בקרטל, וכי בתיאום מחירים מהסוג דנא לא היה מקום להקל עמם בשל חלקה הקטן של אמקה בשוק. עוד נטען, כי עונשם אינו מבטא את אחריותם העודפת כנאשמים היחידים שהורשעו גם באישום השלישי; לגבי אמקה נטען, כי שגה בית המשפט מששקל את השפעתה הדיסהרמונית של אמקה כשיקול לקולה, מקום בו הקרטלים כולם מתאפיינים בחוסר יציבות אינהרנטי, אמון מעורער וסטייה מהסכמות; באשר לעונשים שהוטלו על קיל ועל טפרברג נטען, כי הם קלים באופן חריג ואינם משקללים את פגיעת מעשיהם בתחרות. עוד נטען, כי שגה בית המשפט בשקלו לזכותם את משכו הקצר לשיטתו של ההסדר, אשר נמשך למעלה משנה. כן נטען, כי הקנס שהושת על טפרברג אינו מידתי לסכום שהשיג בעבור אורק, אשר עמד על כ-400,000 ש"ח; בדומה נטען לגבי אורק, כי בקנס הנמוך שהוטל עליה - כרבע מטובת ההנאה שצמחה לה מביצוע העבירה - יש כדי לעודד עבריינות בתחום, וכי ראוי שהקנס יהיה גבוה מטובת ההנאה שהפיקה מקיומו של הקרטל.

ענעורי המשיבים

רא. המשיבים כולם טענו, כי הנסיבות המקלות אשר מנה בית המשפט, ובהן הזיכוי מסעיף הנסיבות המחמירות, גודלו של השוק הרלבנטי, נגיסת המעטפית בשוק, ירידות המחירים לאורך התקופה הרלבנטית, התחרות הקשה מול היבוא והעדרו של נזק - מצדיקות בהצטרפן יחד, הקלה משמעותית בעונש. הוטעם, כי העבירות בהן הורשעו

מצויות ברף התחתון של מדרג העבירות בתחום, כפי שניתן ללמוד מאופיו המיוחד של הקרטל ומהיותו של השוק קטן והמוצר זניח ובלתי חיוני. כן הודגש, כי המניע להקמת הקרטל נבע, לא מתאוות בצע, אלא - כנטען - מתוך מצוקה אמיתית וניסיון נואש למנוע את שחיקתו של שוק המעטפות לחלוטין. כך נטען למשל לגבי האישום השלישי, כי הרקע להוצאת המחירון לא נבע מתוך רצון להתעשר על חשבון הציבור, אלא בשל העלאת מחירי הנייר. עוד נטען, כי הזמן שחלף מאז ביצוע העבירות - שש שנים - מהווה אף הוא נימוק להקלה בעונש.

רב. כן נסקרה מדיניות הענישה בעבירות הגבלים עסקיים למן שנת 1997 ועד לימינו אלה, ונטען, כי אף שניתן לזהות בה מגמת החמרה, מתאפשרת הקלה בעונשם של המשיבים, בייחוד מקום בו הפגיעה בתחרות עקב ההסדר הכובל היתה קלה. כך אובחנה מהפרשה דכאן פרשת "קרטל המרצפות" (ת"פ (י-ם) 366/99 מדינת ישראל נ' סבירסקי, הכרעת דינה של השופטת - כתארה אז - צור (לא פורסם, 6.2.2002) וגזר דינה (לא פורסם, 21.2.02); והערעורים על גזרי הדין לבית משפט זה: עניין סבירסקי; וע"פ 2919/02 אלוני (בן חיים) נ' מדינת ישראל, פסק דינה של השופטת דורנר (לא פורסם, 1.10.2002) (להלן עניין אלוני)), הפרשה היחידה בה נפסקו עונשי מאסר בפועל; זאת - מבחינת משכו של הקרטל, היקפו, יעילותו, המניעים להקמתו וביצועיו. מעבר לדברים אלה, טענו המשיבים לשיקולים אינדיבידואליים להקלה בעונש.

רג. בערעורו על גזר הדין טען וול, כי מן הראוי היה להקל בעונשו בשל נסיבותיו האישיות הקשות, העובדה שהוא חי מתחת לקו העוני, כי לא פעל למטרות רווח אישי ובצע כסף כי אם מתוך מצוקה, וכי בעטייה של הפרשה הוא שרוי במצוקה חברתית ונפשית מתמשכת. בשל כך נתבקש לגזור עליו את התקופה המינימלית לביצוע עבודות שירות ולא את זו המירבית.

רד. גברעם ושותפות-גברעם ערערו על גובה הקנס שהוטל עליהן. נטען, כי הוא חמור מדי, נוכח העדויות על מצבה הקשה של גברעם ועל מצבו הקשה של קיבוץ גברעם, קיבוץ קטן ומן העניים בארץ. לעניין זה נטען, כי הקיבוץ והחברה חד המה, במובן זה שהחברה מצויה בבעלות מלאה של הקיבוץ ושקיימות ביניהם ערבויות צולבות. עוד נטען, כי על הקיבוץ והמפעל ביחד ולחוד רובץ חוב ענק של כ-53 מיליון ש"ח. צוין, כי על פי הדו"חות הכספיים של המפעל, הרבעון השני והשלישי של שנת 2007 הסתיימו בהפסדים. משכך נטען, כי כל קנס שיוטל על החברה, ימוטט את המפעל ואת הקיבוץ גם יחד; יגרור פגיעה קשה בעובדים, בהם עולי אתיופיה שהמפעל מסייע בטיפוחם במסגרת "פרויקט תל"מ", וכן אנשים בעלי מוגבלויות שנקלטו במפעל

במסגרת "פרויקט גוונים", ויפגע קשות בקיבוץ שהכנסות המפעל מהוות 80% מהכנסותיו ואשר 41 מחבריו עובדים בו.

ר.ה. מערערי דפרון טענו בערעורם, אשר נסב על גזר הדין בלבד, כי בהתאם לאחידות הפנימית של הענישה, יש להקל בעונשם, באופן שיבטא את העובדה כי הם היחידים שזוכו לחלוטין מהאישום השלישי. בהקשר זה צוין, כי על דפרון, שגודלה כמחצית מזה של גברעם, הושת קנס גבוה מזה שהושת על קבוצת גברעם - מובילת כתב האישום. עוד פורטו הנסיבות האישיות של דוברובסקי, המצדיקות לשיטתו הקלת מה בעונשו. הודגש, כי הוא בעשור השישי לחייו, אב לבנים וסב לנכדים, וכי זו הרשעתו הראשונה. כן פורטו התפקידים הציבוריים שמילא בתעשיית הנייר ופעילותו ההתנדבותית. צוין, כי היה היחיד מבין הנאשמים אשר הודה בעבירה וקיבל עליה אחריות. לגבי מצבה הכלכלי הקשה של דפרון נטען, כי היא נלחמת על קיומה, והוגשו דוחות כספיים של החברה.

רו. מערערי אמקה טענו בערעורם, כי יש להעמיד את עונשם של וייס וקליין על קנסות כספיים בלבד. הודגש, כי שיקולי ההרתעה נחלשים מקום בו הנאשמים אינם עונים על הפרופיל של עברייני ההגבלים העסקיים הפועלים מתוך בצע כסף. עוד נטען, כי כנגד וייס ננקטה אכיפה בררנית, וכי אף שטענה זו נדחתה בהכרעת הדין, מן הראוי להביאה בחשבון בשלב גזירת העונש. בעניין זה הודגשה מעורבותם של מוראש ונדב בהסדר כפי שתוארה בהכרעת הדין, אשר עלתה על זו של וייס, שסמכויותיו היו מצומצמות ולא עלו על אלה של מנהל מפעל. יתר על כן נטען, כי עובדת מעורבותם של אחרים שלא הורשעו באישום השלישי - מוראש, וול ודוברובסקי - במעשה בו הורשעו וייס וקליין לבדם, מחייבת הקלה בעונשם. לבסוף הודגשה התנגדותה הראשונית של אמקה למחירון, והעובדה שלא מערערי אמקה הגו את ההסדר, אלא מוראש, שלא הועמד לדין.

רז. מערערי אורק טענו בערעורם, כי העונשים שהוטלו עליהם אינם פרופורציונליים ביחס לעונשים שהושתו על שאר נאשמי הפרשה. הוטעם, כי חלקם של המערערים אינו חלק הארי, ואינו נוגע לקרטל העיקרי המתואר באישום הראשון והשלישי, ועניינו בפעולה צדדית קצרה, שצירופה לכתב האישום יצר "אפקט העצמה" אשר הביא להחמרת עונשם. עוד הוטעם, כי לא נגרם נזק בגין הסדר אי-היבוא משלא יצא אל הפועל; היבוא נמשך ואף הוכפל. כן נטען, כי הקנסות שנגזרו על המערערים דכאן אינם משקפים, בהשוואה לנאשמים האחרים בפרשה, לא את חלקה הקטן - 1% של אורק בפלח היבוא, ולא את עובדת הימצאותם במדרג החומרה השלישי כלפי מטה בהיררכיית העבירות; אף לשיטת המערערת.

רח. סבורני כי אין מנוס מהחמרת עונשם של המשיבים. בית המשפט קמא העניק, בכל הכבוד, משקל הולם לשיקולים השונים המתמודדים על הבכורה בבואו לגזור את דינם וקבע ביניהם מדרג ענישה ראוי. עם זאת, משקבענו, בעניין האישום הראשון, כי תיאום המכרזים בוצע בנסיבות מחמירות (המעלות את קטגוריית העבירות על החוק מדרגת "עוון" לדרגת "פשע", ואת העונש בגינן משלוש שנות מאסר לכדי חמש שנות מאסר), ומשהרשענו באישום השלישי, בדבר תיאום המחירון, בנוסף לוייס, קליין ואמקה, גם את וול וגברעם, מתעורר ההכרח להעמיד את עונשיהם - ככל הניתן - על מידת חומרה המצויה ביחס ישר למעשיהם. נעמוד בקצרה על השיקולים לחומרה ולקולה - אלה ששקל בית המשפט קמא ונוספים העולים עקב השינוי בהכרעת הדין - שיש להביאם בחשבון בבואנו לגזור את דינם של הנאשמים דנא.

שיקולים להחמרה בעונש

רט. במסגרת שיקולים אלה נידרש, ראשית, לאופי העבירה ולחומרתה. במסגרת שיקול זה נשים אל לב, כי בשנים האחרונות עדים אנו, ולא לחינם, למגמת החמרה במדיניות הענישה בתחום העבירות הכלכליות בכלל ובתחום עבירות ההגבלים העסקיים בפרט (ראו יגור, בעמ' 663, 666-667). החמרה זו, מחויבת המציאות היא; בפרשת קרטל הרמזורים נזדמן לי לציין:

"אנו בעידן שבו השעה צריכה ביסודה להחמרה בין השאר בעבירות הכלכליות, שעיקרן רווח כספי לעובריהן. עבירות אלה נעברות פעמים רבות על ידי 'אנשים מן היישוב' שחלילה לא ירימו יד על הזולת ולא יפגעו בו באלימות, ועל פי רוב גם לא ישלחו יד ברכושו, אך נוטלים הם חרות לעצמם להפחית מקופת המדינה או הציבור, אם בעבריינות מס ואם בתחום ההגבלים העסקיים נשוא תיק זה, וכמובן אין זו כל הרשימה. פעמים עוברי העבירות הם אנשים שבמובנים אחרים מקובלים בחברה ובציבור, אך לשם רווח כסף, בלשון פשוטה בצע כסף, עושים את שעושים תוך תקוה כי לא תגיע אליהם עינן וידן של הרשויות; וחוששני כי לא אחת דרכם גם צולחת." (עניין אריאל - ערעור על גזר הדין).

פרשת קרטל הביטוח היתה "ראש פינה" לתחילתה של ההעלאה ההדרגתית של סף הענישה הפלילית (ראו ת"פ (י-ם) 201/96 מדינת ישראל נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, גזר דינו של השופט עדיאל (לא פורסם, 14.3.1997)). בפרשה זו אנו עדים לראשונה להטלת עונשי מאסר על תנאי לתקופות של עד שנה, לצד הטלת קנסות כבדים. משם קצרה הדרך לפרשת קרטל צינורות ה-PVC (ת"פ (י-ם) 160/96 - מדינת

ישראל נ' חוליות תעשיות פלסטיקה בע"מ, גזר דינו של השופט עדיאל (לא פורסם, 9.4.1997)) בו הוטלו לראשונה עונשי מאסר בפועל של עד שלושה חודשים, לביצוע בעבודות שירות. מגמת ההחמרה נמשכה גם בפרשת קרטל חומרי ההדברה (ת"פ (י-ם) 162/99 מדינת ישראל נ' המשביר לחקלאי בע"מ, גזר דינה של השופטת מזרחי (לא פורסם, 7.10.1999) (להלן עניין המשביר לחקלאי)), בו הוטלו על הנאשמים עד חמישה חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות ועד 12 חודשי מאסר על תנאי. מגמה זו, הכוללת הטלת עבודות שירות או מאסר על תנאי, מצאה ביטוייה מאז בפסקי דין רבים שניתנו בבית משפט זה (כגון פרשת קרטל המעליות - עניין נחושתן, בפס' 1; פרשת קרטל הוראת הנהיגה - ע"פ 9449/01 יוספברג נ' מדינת ישראל, פסק דינו של השופט לוי (לא פורסם, 4.2.2002)). עם הגברת האכיפה של דיני ההגבלים העסקיים בישראל, בעשור האחרון, והמודעות ההולכת וגוברת לחשיבותם, נשאו העונשים שהוטלו על עבריינים בתחום, אופי חמור בהרבה, והחלו אף לכלול עונשי מאסר לריצוי מאחורי סורג ובריה:

"משום חומרתן היתרה של העבירות מסוג זה העונש שככלל יש להטיל על מבצעהן ראוי לו שיכלול הן קנס בשיעור גבוה, שמטרתו לפגוע בכיסו של המבצע, שנשא את עינו להשגתה של טובת הנאה פסולה, הן מאסר בפועל שלא על דרך עבודת שירות, שמטרתו כפולה - לבטא את החומרה שבה בית-המשפט מתייחס לעבירות מסוג זה ולהרתיע את כלל ספקי הסחורות והשירותים מפני ביצוע עבירות דומות." (עניין בורוביץ, בפס' 191)

בהתאם, בפרשת קרטל המרצפות נגזרו על הנאשמים עונשי מאסר לריצוי בפועל (עניין אלוני, בפס' 3-4). בעניין זה קבעה השופטת דורנר:

"בעקרון, העונש ההולם בעבירות כלכליות הוא מאסר בפועל. מבצעהן של עבירות כאלה - אנשים שומרי-חוק בדרך-כלל, המוכרים בקהילותיהם כאנשים נשואי-פנים - אינם פועלים מתוך מצוקה כלכלית או סוציאלית, וכל מטרתם היא הפקת רווחים קלים על-חשבון הציבור. לעונש של מאסר בפועל אפקט מרתיע במיוחד כלפי מגזר עברייני זה." (עניין אלוני, בפס' 4; ראו עוד עניין מצרפלט, בפס' 24-28; עניין אדיאל - ערעור על גזר הדין, בפס' 14).

רי. גם לאופי ההסדר האסור נודעת חשיבות. הסדר אופקי, חמור הוא מן ההסדר האנכי בשל פגיעתו החמורה יותר של הראשון בתחרות, והסדר "עירום" חמור הוא מהסדר שבבסיסו עומדת תכלית לגיטימית. עם זאת, גם בין קרטלים אופקיים עירומים - אשר למניעתם נועדו איסורי הליבה שבדיני ההגבלים העסקיים - קיים מדרג של חומרה. בשל נסיבות שונות ומבני שוק משתנים, פגיעתו של האחד עלולה להיות רעה

משל האחר. נעמוד, איפוא, על נסיבותיו הייחודיות של הקרטל דנא. בנדון דידן, עסקינן בקרטל אופקי של החברות הגדולות בשוק המעטפות. קבענו, כי מעשיהם של הנאשמים לא זו בלבד שבגדרי סעיף 2(א) באו, אלא אף בגדרי סעיף 2(ב) לחוק. עליו נאמר: "מניעת תחרות והפחתת תחרות בשוק הסחורות והשירותים הן הממלאות חיים את הוראות סעיף 2(ב) כולן: זו התכלית בהן, זו מטרתן, זה העיקר בהן." (דנ"א טבעול, בפס' 42). אכן, הסדרים כובלים הבאים בגדריו של סעיף זה - קרטלים עירומים ייחשבו. חרף זאת קבע בית המשפט קמא בגזר דינו, כי

"באשר להיותו קרטל עירום - ללא כל מטרה לגיטימית - אשר תכליתו פגיעה בתחרות לשמה, אין הדבר כה מוחלט... כפי שקבעתי בהכרעת הדין, אין דומה המקרה דנן למרבית הקרטלים אשר נדונו עד כה. שם קבעתי כי 'אין מדובר בקרטל במובנו הרגיל, אלא מדובר בנסיון של היצרנים הנאשמים למנוע את שחיקתו של השוק לחלוטין' ('שוק יורד') (הכרעת הדין, פסקה 62). כמו כן, נזכור שגורם נוסף שגורם לירידת הצריכה של מעטפות היה כניסת המעטפית לשוק..." (גזר הדין, בפס' 23).

עם דברים אלה נתקשה להסכין. קרטל "עירום" הוא הסדר כובל שאין בו יתרונות מאזנים לרווחת הציבור, משהוא פוגע באושיות היסוד של הדינמיקה התחרותית:

"בהתאם לרעיון שעליו מבוססת כלכלת השוק, גופים כלכליים מתחרים עם גופים אחרים על לבו וכיסו של הצרכן. תחרות זו היא הגורמת לירידת המחיר, לעליית הכמות והאיכות ולהגדלת הרווחה המצרפית. תיאום עירום פועל בצורה הפוכה, בהגבילו בהסכמה את התחרות בין הפועלים בשוק, לשם הגדלת הרווח של חבריו על חשבון הרווחה המצרפית" (גל, ישראל ופרלמן, בעמ' 193).

העובדה כי יצרני המעטפות פעלו על מנת למנוע את "שחיקת השוק" אינה - ואינה יכולה להיות - לגיטימית, כאשר הדבר נעשה בדרך של הסדר כובל ואין בה כדי להפוך קרטל עירום להסדר מוצדק. רווחתו של הצרכן - בדרך של הבטחת התחרות החופשית - היא נקודת המוצא כמו גם המטרה המרכזית, אם לא היחידה, של דיני ההגבלים העסקיים. כדי לקיים דינים אלה לאור ייעודם, שומה עלינו, חרף תחושות כאלה ואחרות של הבנה לקשיים כלכליים, וכבחירה ערכית העומדת ביסוד שיטתנו, להשליך את יהבנו על הוראות הדין ועל התחרות ככלי מסדיר, המגדיל את רווחת הציבור. הלב עשוי לנטות להבנת קשיים כלכליים; אך חזקה מכך ומאפילה על כך המחויבות לדין. אמת, לעתים עלולה התחרות להוביל להיפלטות מן השוק של יצרנים שאינם עומדים בה. אך בשווטנו לנגד עינינו את טובת הציבור כולו ואת הרווחה המצרפית, אין מנוס מהעמדתן מעל לרווחתם של יצרנים בענף זה או אחר. קולעים דבריו של השופט לוי בפרשת קרטל הרמזורים:

”תחרות חופשית מהווה גם תנאי הכרחי לקיומו של משק יעיל ובריא, ואף לצמיחה כלכלית. התחרות מעודדת יזמות, גורמת לשיפור מתמיד של היצע המוצרים בשוק, ולהדרתם של יצרנים בלתי יעילים ממנו (ראו י' יגור דיני הגבלים עסקיים (מהדורה שנייה) 47-48... וכן נ' כהן, ”תחרות מסחרית וחופש העיסוק” עיוני משפט יט(2) (1995), 353). כל אלה, הפכו את ערך התחרות החופשית לערך מרכזי בשיטתנו הכלכלית, החברתית והמשפטית, ודיני ההגבלים העסקיים מבטאים הכרה זו” (עניין אריאל - ערעור על הכרעת הדין, בפס' 13; ראו עוד עניין המשביר לחקלאי, בפס' 13, הדוחה את טענת ההישרדות בתנאי תחרות פרועה כשיקול לקולה).

לא למותר לציין, כי נימוק ההישרדות הכלכלית כמניע להקמת הקרטל, לא עמד במבחן המציאות. כיום, כשבע שנים לאחר פירוקו של הקרטל, אף לא אחת מן החברות הנאשמות לא נפלטה מן השוק, והן מוסיפות לייצר מעטפות. עם זאת, והגם שהערך הנפגע חד הוא, העובדה שעברייני אחד פעל מתוך בצע כסף והאחר מתוך מצוקה כלכלית עשויה להוות שיקול לקולה, לענישת הפועל מתוך מצוקה; זאת - בגדרי נסיבות אינדיבידואליות להקלה בעונש, ועל כך בהמשך הדברים.

ריא. שיקול נוסף לחומרה הוא הנזק אשר גרם הקרטל. בעניין זה קבע בית המשפט קמא, כי הקרטל דנא לא גרם לנזק כלכלי, וכי עובדה זו נשקלת לטובת הנאשמים (גזר הדין, בפס' 24), זאת עם שקבע, כי ביצוע ההסדר בפועל - אשר הוכח בתיאומי המכרזים - הוא שיקול ממשי לחומרה (שם, בפס' 26). כאמור וכפי שהדגשנו ושכנו והדגשנו, ביצעו בפועל של הקרטל, כמו גם נזקיו אינם מהווים יסוד מיסודות עבירת ההסדר הכובל. עם זאת דעת לנבון נקל, כי שיקול לחומרה במסגרת דיון בעונש, יכולים הם להוות. מקום בו תיאומי מכרזים נעשו בפועל, ובית המשפט קמא קבע כי כך הדבר (ואף בלא קביעה מפורשת זו, הלא נקבע כי ההסדרים נופלים לגדרי סעיף 2(ב) לחוק) - נפגעה התחרות בענף, ולא רק עלולה היתה להיפגע. בשלב זה של הניתוח ברי כי פגיעה זו אינה שולית כלל ועיקר; אילו היו אלה פני הדברים, היה ההסדר המדובר נהנה מהגנת ”זוטי הדברים” הקבועה בחוק העונשין, ונעצר על מפתנו של סעיף 2 לחוק מבלי לבוא בשעריו. לא זו אף זו, במסגרת הדיון בקיומן של נסיבות מחמירות, קבענו - בעקבות החוק - כי התחרות נפגעה בנידון דידן באורח ”משמעותי”. נקודת המוצא המתחייבת היא, כי התחרות היא תנאי בלעדיו אין להגנה על זכויות הצרכן (עניין בורוביץ, בפס' 79; עניין תנובה, בפס' 17), וכי פגיעה בה, כל שכן משמעותית, מובילה בהכרח לנזק.

ריב. אכן, הצדק עם בית המשפט קמא, כי המדינה לא הוכיחה באופן פוזיטיבי את הנזק הנטען, קרי, לא הובאו ראיות לכך שהצעות המחיר במכרזים המתואמים היו

גבוהות מהצעות במכרזים שלא תואמו, אולם, כאמור, ספק בעיני אם הדבר הכרחי (ראו למשל עניין לימור, בפס' 87). די בעובדה, כי תיאום ההצעות במכרזים נמשך, ללא הפסקה, כשבע שנים, והדעת נותנת כי אלמלא עלה יפה בעיני הנאשמים ונתן פירותיו (בניגוד לאינטרס הציבור), היו חדלים ממנו, בייחוד נוכח הטרחה והסכנה שבביצועו. למעשה, גם אילו הוגשו לעיוננו טבלאות להשוואת מחירים להוכחת הנזק, שיעורו המלא, כמו גם שיעורו של הרווח שהופק על ידי חברי הקרטל, ממילא אינם ניתנים לאומדן בכלים העומדים לרשותנו (ראו למשל עניין אריאל - ערעור על גזר הדין, בפס' 15). בנסיבות דנא, כאשר מדובר בחברות החולשות על רובו הגדול של שוק המעטפות, אשר נקשרו בהסדרים כובלים מסוגים שונים ולאורך שנים - נזקיהם של קרטלים אלה מי ישורם. נוכל רק להניח, כי עולים הם עשרות מונים, במכפלות, על נזקו של מכרז ספציפי שתואם ועל נזקם של יצרנים בשוק אשר לא נטלו בו חלק:

”הסדרים כובלים עירומים ('קרטלים') גרמו בעבר, ויש להניח שגורמים הם גם כיום, נזק רב לכלכלה הישראלית בהגדילם את רווחת הצדדים להסדר על חשבון הגופים הפועלים עמם, אם צרכנים ואם ספקים... בשל הנזק העצום שגורמים קרטלים למשק, הנעדרים יתרונות מאזנים לטובת הציבור, יש לקבוע רמת ענישה שיהיה בה כדי להתריע מפני יצירת קרטל מלכתחילה.” (גל, ישראל ופרלמן, בעמ' 194).

ריג. שיקול מובהק נוסף לחומרה, הבולט במיוחד בפרשת הקרטל דנא, הוא ביצועו של ההסדר לאורך פרק זמן ממושך. עובדה זו הביאתנו, בין השאר, לקבוע כי זהו קרטל בנסיבות מחמירות; וכעת עליה למצוא את ביטויה הראוי אף ברמת הענישה. עמד על כך בית המשפט קמא בגזר דינו, כאשר קבע, כי “עצם הימשכות הקרטל על פני תקופה של כ-7 שנים, מהוה מדד לחומרתה של העבירה” (שם, בפס' 27). עם זאת מצא לסייג את דבריו ולהדגיש, כי עוקץ חומרתו של הקרטל ניטל ממנו בשל מספר הפגישות המועט שהוכח במשך שבע שנות הקרטל, ובשל קיומו של שוק מוצרים תחליפיים (שם), אין בידי לקבל טענות אלה. כבר קבענו מעלה, בהרחבה יתרה, כי השוק הרלבנטי בענייננו שוק המעטפות הוא ביסודו, בשימוש ובמחיר. לשון אחרת, מוצרים תחליפיים שוי ערך למעטפה לא עמדו לצרכנים בשוק; כך בודאי עד שנת 2000, כך באופן משמעותי אחרי כן. באשר למספר הפגישות המועט, ציין בית המשפט קמא בגזר דינו, ודבריו אלה מקובלים עלינו, כי:

”מספר פגישות מועט אינו מעיד בהכרח על מינוריות של קרטל. במקרה דנן הוכח קיומן של מספר פגישות מועט וקיומן של שיחות טלפון בין הנאשמים, באופן התואם את אופיו של הקרטל בו מרבית התיאומים היו תיאומי מכרזים... כפי שצויין בגלגולה השני של פרשת הרמזורים,

החומרה בתיאומי מכרזים נובעת בין היתר בגלל הקלות שבה ניתן לעקוב אחרי הזכיות במכרזים, ומכאן שלא נדרשים מפגשים תכופים על מנת לתאם מכרזים לטווח ארוך. (שם, בפס' 25)

ריד. שיקול נוסף להחמרה בעונשם של הנאשמים הוא השימוש במספר שיטות קרטליסטיות. שיקול זה צויין בגזר הדין כשיקול לחומרה, אך לטענת המדינה בערעורה, לא ניתן לו משקל מעשי בגזירת העונש. בפרשה שלפנינו נעשה שימוש בטכניקות מגוונות - כגון תיאום הצעות במכרזים, רכישת אי-תחרות ותיאום מחירים - ותוך שילובן.

רטו. שיקול נוסף שאין להקל בו ראש הוא שיקול ההרתעה. בשל מאפייניהם המיוחדים של מבצעי עבירות כלכליות נקבע, כי רף הענישה המרתיע הוא מאסר בפועל:

"הדרך להרתיע מפני ביצוע העבירות האמורות נעוצה במאפייניהן המיוחדים של העבירות ומבצעיהן. בהיותם נטועים היטב בציבוריות, יש בעצם ההרשעה בעבירות פליליות כדי לפגוע בשמם הטוב של מבצעי העבירות ולשמש גורם מרתיע מפני ביצוען. בהיותם, לרוב, אנשים מבוססים, אשר אינם פועלים מתוך מצוקה כלכלית או סוציאלית, ראוי הוא כי, ככלל, רף הענישה בגין עבירות מעין אלה יהיה של עונש מאסר בפועל... לצד עונש המאסר יש להטיל על מבצעיהן של עבירות אלה אף קנס כספי משמעותי. כאנשים רציונאליים המבצעים את העבירה כדי לזכות ברווחים, יש בקנס שכזה כדי לעקר את המוטיבציה המולידה הסדרים שכאלה." (ערעור על גזר הדין, בפס' 14)

קשה, בכל הכבוד, להלום את קביעתו של בית המשפט קמא, כי "ראוי ליתן משקל נכבד לשיקולי הרתעה בעיקר כאשר עסקינן במקרים שהינם חמורים בפני עצמם, ולא במקרה זה." (גזר הדין, בפס' 26). מאותו טעם, אין לקבל מכל וכל את טענת הנאשמים, כי העבירות בהן הורשעו מצויות ברף התחתון של מדרג העבירות בתחום. הקרטל הנדון נעשה בנסיבות מחמירות. אכן, נפגשנו בעבר בקרטלים חמורים יותר, אם מבחינת משך הזמן (קרטל המרצפות אשר נמשך 14 שנים); אם מבחינת חיוניותו של הענף וריבוי קרבנות העבירה (קרטל הביטוח אשר פגע בציבור כולו). אולם דומה, כי מבחינת פרמטרים אלה ואחרים, בהם משך הזמן, גודלן של החברות בענף, והיקף התיאומים שנעשו, שמור לקרטל זה "מקום של כבוד" גם בדירוג החומרה.

רטו. עוד יצויין, כי שיקולים אשר המשיבים ביקשו לראותם כשיקולים לקולה בטיעונים לעונש בבית המשפט קמא ובפנינו, התהפכו במידה רבה - לאחר שדנו

והכרענו באישומים גופם - והפכו שיקולים לחומרה. כך, בעקבות ההרשעה בסעיף הנסיבות המחמירות, העבירות המדוברות באישום הראשון אינן עוד מסוג "עוון", אלא עלו ובאו לקטגוריית "פשע"; כך גם קבענו כי חלקם של החברות הנאשמות בענף היה גדול, וכי למוצר שמחיריו תואמו, לא עמד בעיקרו של דבר מוצר תחליפי משמעותי כדבעי.

שיקולים להקלה בעונש

ריז. שיקול שהוכר בפסיקה כשיקול לקולה הוא חלוף הזמן מעת ביצוע העבירות. בנדון הקרטל הסתיים, עם גילויו, בשנת 2002 וגזר הדין קמא ניתן בשנת 2007. בהתייחסו לטענת המשיבים בהקשר זה קבע בית המשפט, כי מועדים אלה סבירים הם וכי אילו היו עולים הנאשמים על דוכן העדים, ניתן היה לקצר את משכו של המשפט (גזר הדין, בפס' 26). מסכים אני לדברים אלה. אף שאין זה רצוי, כי מיום ביצוע העבירה ועד למתן גזר הדין יחלפו חמש שנים, לעיתים מתחייב הדבר מהיקפו של התיק וממורכבותו, ואינו מוטל לפתחו של צד זה או אחר או של בית המשפט (כפי שנקבע בהכרעת הדין "בתיק זה 11 נאשמים אשר יוצגו על ידי 5 קבוצות עורכי דין. בכתב האישום היו רשומים 90 עדים מתוכם העידו 38, הוגשו 321 מוצגים, במהלך 39 ישיבות. הפרוטוקול חובק כ-2000 עמודים, ובנוסף כ-1200 עמודים המהנים את סיכומי הצדדים." שם, בפס' 6). וכפי שנאמר על ידינו בעבר:

"לא כל התארכות של ההליכים עולה כדי עינוי דין וממילא גם אינה מהווה בהכרח פגיעה בזכות למשפט הוגן... הנסיון מלמד כי בתיקים כלכליים מורכבים ורבי היקף, מעין זה הנוכחי, אורך לעיתים המשפט זמן רב יותר מתיקים אחרים... במצב דברים זה ברי כי ככל שההליך התנהל בקצב סביר, שומה על הצדדים להניח כהנחת יסוד כי גם אם בירור המשפט יארך זמן, ייגזר לנאשם, ככל שיורשע, העונש ההולם את מעשיו ועונה על תכליות הענישה." (ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פס' 337 (לא פורסם, 31.12.08).

עם זאת, סבורני, כי שיקול זה יכול שימנע החמרה נוספת בעונשם של הנאשמים שיכלה להתרגם למאסר מאחורי סורג ובריח. זאת - הן נוכח הרשעתם בסעיף הנסיבות המחמירות, הן בהתאם למדיניות הענישה הנוהגת בכגון דא. בפרשת הורוביץ הנזכרת, בתחום כלכלי אחר, היווה חלוף הזמן - לרבות שנים אחדות עד מתן פסק הדין בבית המשפט המחוזי - עילה לקיצור תקופת המאסר שהושתה, אם גם לא לצמצומה לעבודות שירות לגבי שני הנאשמים הראשיים. באותו מקרה היה מדובר בארבע עשרה שנים שחלפו מאז האירועים עצמם. כיום, במחצית שנת 2009, בחלוף כשנה וחצי מיום מתן גזר הדין קמא, אשר לא הטיל על הנאשמים עונשי מאסר בפועל, ובחלוף כשבע

שנים מאז סיומו של הקרטל, לא מצאנו לנכון - אם גם תוך התלבטות - לשלוח נאשמים בתיק זה למאסר מאחורי סורג ובריח (ראו והשוו ע"פ 125/74 מירום חברה למסחר בינלאומי בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(1) 57, 66 (1975)). לעניין המאסר הובאו בחשבון גם השיקולים לקולה שיפורט להלן.

ריח. בנוסף, כשם שביצוע ההסדר בפועל עשוי להוות שיקול לחומרה, אי-ביצועו עשוי להוות שיקול לקולה בעת גזירת העונש. זאת, להבדיל משלב הכרעת הדין, בו הביצוע, כאמור, אינו רלבנטי. ביצועו של האישום הראשון הוכח בפועל כפי שפורט; אך שונים הדברים באשר לאישומים השני והשלישי. במסגרת האישום השני, הוכח כי גברעם, דפרון ואמקה מילאו את חלקן שלהן בהסדר, מששילמו לאורק תשלומים קבועים. עם זאת, כעולה מהכרעת הדין, לא תמיד מילאה אורק את חלקה בהסדר, והוסיפה לייבא מעטפות. הדברים נכונים ביתר שאת לגבי האישום השלישי, שם אין מחלוקת כי מחירון מתואם לא יצא, בסופו של יום, אל השוק. אי-ביצוע בפועל של חלק מן ההסדרים, על המשתמע בהקשר לנזק, ייזקק איפוא לטובת הנאשמים במכלול השיקולים לגזירת עונשם.

ריט. שיקול נוסף לקולה הוא היקפו המצומצם של השוק. אכן, שוק המעטפות אינו, מטבעו, גדול כשוק הביטוח או שוק הגז. גם בשיקול זה יש כדי להשליך על מידת הנזק שנגרם לציבור, ולהוות נסיבה להקלה בעונש (ראו למשל גזר דינו של בית המשפט המחוזי בעניין מצרפלט, פרשת קרטל הצנרת - ת"פ (י-ם) 209/96 מדינת ישראל נ' אהליך יעקב בע"מ, פ"מ, תשס"ב(1) 493, פס' 17 לגזר דינו של השופט עדיאל (2002); וכן בפרשת קרטל עבודות העפר - ת"פ (י-ם) 1131/00 מדינת ישראל נ' מוטורגריידר בע"מ, פס' 6 לגזר דינו של השופט עדיאל (לא פורסם, 18.11.2001)).

שיקולים אינדיבידואליים ותוצאה

רכ. ראשית יודגש, כי גם במסגרת מגמת ההחמרה בענישה עליה עמדנו בדיון בשיקולים לחומרה, לא יפקד מקומם של נסיבות המקרה הקונקרטי והשיקולים האינדיבידואליים. והרי בסופו של דבר לפנינו נאשם פלוני; כמובן, כשהמדובר באדם בשר ודם, אך בהקשר המתאים - גם כשהמדובר בתאגיד. כדבריה של הנשיאה ביניש:

"על-פי מדיניות הענישה שנקבעה בפסיקתנו בשנים האחרונות בכל הנוגע לעבירות על חוק ההגבלים, מן הראוי ככלל להטיל על המורשעים בביצוע עבירות אלה עונשים של מאסר בפועל, שלא בדרך של עבודות שירות, בצירוף קנס כספי משמעותי... עם זאת, למותר לציין כי

בבואם של שופטים לגזור את דינו של נאשם שהורשע, גם כאשר מדובר באינטרס מובהק של גמול והרתעה, אין להתעלם מנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה שבפניהם ומהשיקולים האינדיבידואליים הקיימים בעניינו של כל נאשם ונאשם. (ע"פ 845/02 מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית לישראל בע"מ, פס' 6 (לא פורסם, 8.1.2008).

רכא. עוד אמרנו, כי פעולה מתוך מצוקה כלכלית יכולה להוות שיקול לקולה בעת בחינת נסיבותיו האינדיבידואליות של כל נאשם. לא הרי ז'אן ולז'אן ב"עלובי החיים" לויקטור הוגו הגונב מזון כדי לשרוד, כהרי העובר עבירות כדי להקל על קשיים כלכליים עסקיים. עם זאת, שומה עלי לציין במאמר מוסגר, שלא לטובת הנאשמים, כי אך טבעי היה לשמוע מפי הנאשמים עצמם על דוכן העדים, שהמניע למעשיהם היה זה ולא אחר; משנמנעו הללו מעדות, יקשה עלינו לראותם כמי שפעלו אך ממניעים של הצלת ענף המעטפות. ועם כל זאת, אין לשלול מתן משקל מסוים לכך בעת גזירת עונשם.

רכב. בעת בחינת עניינו של כל נאשם בנפרד, לא ראינו לסטות מן היחס הנכון, בכל הכבוד, שנקט בו בית המשפט קמא בין הנאשמים לבין עצמם על פי שלושת מדרגי הענישה שפורטו. משקבענו כי אין להטיל על הנאשמים עונש מאסר מאחורי סורג ובריח, ההחמרה בעונשים מוצאת ביטויה, בעיקרה, בהגדלת הקנס הכספי שהושת עליהם, רכיב חשוב ביותר בענישה בעבירות כלכליות. לא למותר לציין, כי כדרכה של ערכאת ערעור, גם הקנסות שנקבעו אינם ממצים את הדין עם נאשמים אשר הורשעו בביצוע עבירות האישום הראשון בנסיבות מחמירות, ונטייתי בכגון דא מעיקרא היא להטיל קנסות בשיעורים גבוהים בהרבה; זאת מתוך נקודת מוצא, שלפיה מטרת העונש על עבירות כלכליות היא בחלק ניכר פגיעה בכיסו של העבריין שביקש להשיג את טובת ההנאה בניגוד לחוק (עניין בורוביץ, בפס' 191). רק קנס בשיעור גבוה יש בו כדי להפוך עבירה, אשר נעשתה מלכתחילה לשם רווחים פסולים, לבלתי רווחית בעליל בדיעבד. בכך - יש לקוות - ירתיע קנס גבוה ומשמעותי את הרבים ממעורבות בעבירות אלה וישלם לעבריין כגמולו ובאותה מטבע. לפיכך, מקום בו השתכנענו, כי העבריין לא גרף את הרווחים לכיסו, מצא הדבר ביטויו בגובה הקנס שהוטל. ובסופו של יום, כערכאת ערעור איננו ממצים - כאמור - את הדין.

רכג. על וול נגזרו, כאמור, מאסר על תנאי, עבודות שירות למשך חצי שנה, קנס בסך 30,000 ש"ח והתחייבות בסך 60,000 ש"ח להימנע מביצוע עבירה על פי חוק ההגבלים העסקיים למשך שנתיים. בשל נסיבותיו האישיות הקשות, אשר תוארו בבית המשפט קמא בדלתיים סגורות והובאו אף לפנינו, ובשל הטעמים שפורטו לעיל בגדרי

השיקולים לקולה - אף כי מתוך התלבטות רבה - לא ראינו להטיל עונש מאסר מאחורי סורג ובריה. עם זאת, מתחייבת החמרה בעונש לאחר שהורשע בסעיף הנסיבות המחמירות באישום הראשון, ואף נמצא אשם באישום השלישי - ממנו זוכה בבית המשפט קמא. על הרשעות אלה למצוא ביטוי בעונש שיושת. לכך יוסף, כי וול היה ממובילי הקרטל ויוזמיו. לפיכך, ולאחר איזון בין השיקולים השונים, לרבות העובדה שהרווח לא נועד לכיסו "הפרטי" (אם כי לכיסו "הקיבוצי" כחבר קיבוץ גברעם) יוגדל הקנס ויועמד על 50,000 ש"ח; התחייבותו תוגדל אף היא ותועמד על 100,000 ש"ח; עונש עבודות השירות ועונש המאסר על תנאי יוותרו על כנם כפי שקבעם בית המשפט קמא.

רכד. על גברעם ושותפות גברעם הוטלו כאמור קנס בסך 180,000 ש"ח והתחייבות בסך 250,000 ש"ח להימנע מביצוע עבירה. בשים לב להרשעת גברעם בנסיבות המחמירות באישום הראשון, והרשעתה - על סמך הרשעתו של וול - גם בתיאום המחירון באישום השלישי, אין לקבל את טענת המשיבות להפחתה בקנס שהוטל עליהן. למעשה, קנס זה נמוך מן הקנסות שראוי לפסוק במקרים כגון דא באופן משמעותי, ונגזר גם ממצבה הכלכלי הקשה של החברה ושל בעליה - הקיבוץ, אשר בית המשפט ייחס לו משקל מרכזי. נוטים אנו לדעה שהובעה מפי השופטת נאור, בדחותה טענה דומה לגבי מפעל קיבוצי בעל חובות כבדים: "אין לייחס משקל רב לטענות בדבר מצב כלכלי קשה. על עבירות כלכליות יש להטיל עונשים הפוגעים בכיסם של העבריינים, יחידים וחברות כאחת." (עניין מצרפלט, בפס' 28). מצאנו איפוא להגדיל אף את הקנס שישאו בו המשיבות ועודני סבור, כי אף העלאה זו אינה ממצה עמן את מלוא הדין. לפיכך, הקנס יועמד על 300,000 ש"ח; ההתחייבות תוגדל אף היא ותועמד על 400,000 ש"ח.

רכה. על דוברובסקי נגזרו כאמור עבודות שירות למשך חמישה חודשים, קנס בסך 90,000 ש"ח והתחייבות בסך 150,000 ש"ח להימנע מביצוע עבירה. כזכור, מצאנו להרשיע גם אותו בסעיף הנסיבות המחמירות באישום הראשון. עם זאת, בשונה מוול ומגברעם, דוברובסקי זוכה מן האישום השלישי מחמת הספק. נוכח זאת, וכאמור בשל "מדרג האשמה" והנסיבות האחרות, החלטנו שלא להאריך את תקופת עבודות השירות שהוטלה עליו. עם זאת יוגדל הקנס אף בעניינו, אף שגם עמו לא ימוצה הדין. הקנס יהא איפוא בסך 150,000 ש"ח; וההתחייבות בסך 225,000 ש"ח.

רכו. על דפרון, הוטל כאמור קנס בסך 250,000 ש"ח והתחייבות בסך 300,000 ש"ח להימנע מביצוע עבירה. אכן, כפי שנטען וכעולה מהדוחות הכספיים שהוגשו לעיוננו, דפרון מצויה בקשיים כלכליים. עם זאת, מצבה אינו חמור כל ועיקר לעומת מצבה של

גברעם, וקיבוץ עני אינו נסמך עליה. בכל מקרה, מהנימוקים שצוינו לעיל בהקשר של גברעם, גם כאן אין לייחס משקל רב לטענות בדבר קשייו הכלכליים של המפעל. בשל ההרשעה בנסיבות המחמירות, וכדי להצביע על החומרה בקרטלים כגון דא, יוגדל הקנס ויועמד על 375,000 ש"ח; כך גם ההתחייבות להימנע מביצוע עבירה, שתועמד על 450,000 ש"ח.

רכז. על וייס הוטלו כאמור מאסר על תנאי, עבודות שירות למשך שישים ימים, קנס בסך 30,000 ש"ח והתחייבות בסך 75,000 ש"ח להימנע מביצוע עבירה. הוא הורשע על-ידינו בסעיף הנסיבות המחמירות, אך הוא גם הנאשם היחיד אשר לא נטל חלק באישום השני. מן הראוי להחמיר במידה מסוימת בעונשו. כאן המקום לדחות את הטענה בדבר אכיפה בדרנית שננקטה בעניינו, המצדיקה כביכול הקלה בעונשו. בהכרעת הדין נקבע, כי "אין ספק בעיני כי תפקידו של נאשם 6 חרג בהרבה מאלו המתכנים 'מקביליו'. נאשם 6 לא היה אך איש מכירות אלא היה מנכ"ל מפעל אמקה מעטפות." (הכרעת הדין, בפס' 49-50). ואכן, מוראש, נדב ובאוכנר, אשר וייס קובל על אי-העמדתם לדין, היו אך מנהלי מכירות בחברות הנאשמות, ולא היו מעורבים בעבירות לאורך כל תקופת קיומו של הקרטל - בשונה מוייס, אף כי לא אחד שתחושתו אינה נוחה לגבי אי העמדה לדין של חלקם לפחות. בשים לב לכל אלה, לצד השיקולים האינדיבידואליים ששקל בית המשפט קמא, בהם מצב בריאותו של וייס ופועלו, אנו מאריכים את תקופת עבודות השירות שהוטלה עליו, כך שתועמד על שלושה חודשים; הקנס שהושת עליו יוגדל ויועמד על סך של 50,000 ש"ח; סכום ההתחייבות יוגדל אף הוא לכדי 125,000 ש"ח; המאסר על תנאי יעמוד בעינו.

רכח. על קליין נגזרו כאמור מאסר על תנאי, עבודות שירות למשך 75 ימים, קנס בסך 75,000 ש"ח והתחייבות בסך 100,000 ש"ח להימנע מביצוע עבירה. כיון שהורשע בכל שלושת האישומים ובביצוע האישום הראשון בנסיבות מחמירות, מזה; ונוכח נסיבותיו האישיות כפי שפורטו בדלתיים סגורות ופעילותו הענפה בתעשייה הישראלית כפי שעמד עליה בית המשפט קמא, מזה - אנו מאריכים את תקופת עבודות השירות שהוטלה עליו, כך שתועמד על ארבעה חודשים; הקנס יוגדל ויועמד על סך של 125,000 ש"ח; סכום ההתחייבות יוגדל אף הוא לכדי 165,000 ש"ח. המאסר על תנאי בעינו יעמוד.

רכט. על אמקה הוטלו כזכור קנס בסך 150,000 ש"ח והתחייבות בסך 200,000 ש"ח להימנע מביצוע עבירה. קרטלים רבים מתאפיינים אמנם בחוסר יציבות פנימי ובסטייה מהסכמות, שהרי כבר אמרנו - אם נכונים עבריינים להערים על החוק ועל הציבור מדוע לא יערימו זה על זה, אלא אם יתיראו מגמול מהיר; ואף אמקה לא תמיד מימשה את

ההסדר, ועל כן גרמה לדיסהרמוניה מסוימת. עם זאת, כפי שהדגשנו מעלה, כוחה כלשון המאזניים בקרטל איפשר לה למנעו או למצער לפרוש ממנו, וזאת לא עשתה. בהתחשב בכלל נסיבותיה, ובהימצאה במדרג ענישה נמוך משל גברעם ודפרון, הקנס שיוטל עליה יעמוד על 225,000 ש"ח וסכום ההתחייבות על 300,000 ש"ח.

רל. אף בעניינם של מערערי אורק, המצויים במדרג הענישה השלישי הנמוך, ואשר הורשעו אך באישום השני, התלבטנו לא מעט. אכן, העובדה כי לא מימשו בפועל את ההסדר או חלקו עומדת לטובתם, אולם בשונה מבית המשפט קמא, איננו סבורים, כי התקופה בה נמשך ההסדר עמם - כשנה, היא תקופה קצרה הנשקלת לקולה. התלבטנו, שמא על הקנס שיושת על אורק לגלם, כפי שמבקשת המדינה, את מלוא טובת ההנאה שהפיקה מקיומו של הקרטל בשווייו הריאלי כיום, העומד על כ-600,000 ש"ח - או שיש לשמר את מדרג הענישה הפנימי בין הנאשמים ולא להשית עליה קנס גבוה משהושת על חברות הקרטל המצויות במדרגים גבוהים הימנה. הגענו לכלל מסקנה, כי יש להחמיר במידה מסוימת בעונשיהם של מערערי אורק, כפי שיפורט.

רלא. על קיל נגזרו כזכור מאסר על תנאי, קנס בסך 20,000 ש"ח והתחייבות להימנע מביצוע עבירה בסך 40,000 ש"ח. התרשמנו כי בית המשפט קמא שיקלל נכונה בעניינו. עם זאת אין ספק, כי ביחס לחומרת יצירתו של הסדר כובל לקניית תחרות, הקנס שהושת עליו נמוך; לפיכך יוגדל ויועמד על 30,000 ש"ח והתחייבות תועמד על סך 60,000 ש"ח. העובדה כי על נאשם זה לא הושתו עבודות שירות מבטאת כראוי את מיקומו במדרג הענישה הנמוך.

רלב. על טפרברג נגזרו כזכור מאסר על תנאי, קנס בסך 30,000 ש"ח והתחייבות בסך 60,000 ש"ח להימנע מביצוע עבירה. בדומה לקיל, גם כאן נדרשת החמרה, בייחוד בשים לב להיותו - כבעל מחצית ממניות אורק - נהנה ישיר מטובת ההנאה הפסולה שהשיג בהסדר. לפיכך יושתו על נאשם זה קנס בסך 50,000 ש"ח והתחייבות בסך 100,000 ש"ח.

רלג. על אורק הוטל כזכור קנס בסך 70,000 ש"ח והתחייבות להימנע מביצוע עבירה. בהינתן השיקולים שנמנו מעלה ובייחוד טובת ההנאה שצמחה לה מן ההסדר, יועמד הקנס שהושת עליה על 120,000 ש"ח, והתחייבות תועמד על סך של 200,000 ש"ח. גם בכך, כאמור, לא נמצאנו ממצים עמה את הדין, וזאת בין היתר בשל העובדה, כי לא מימשה את ההסדר בפועל.

רלד. הממונה על עבודות שירות מתבקש להגיש לנו בתוך שלושים יום חוות דעתו העדכנית לעניין עבודות השירות שיבצעו הנאשמים (ביצוען עוכב בהחלטה מ-3.2.2008 בבית המשפט המחוזי).

רלה. הפרשי הקנסות ישולמו תוך 60 יום מהיום, וישאו פירות כדין לאחר מכן. כן יופקדו בתוך 30 יום כתבי ההתחייבות בהתאם לפסק דינו.

סוף דבר

רלו. התעשייה והמסחר הם מאשיות היסוד של הכלכלה ומשק האומה, והתנהלותם ביושר תורמת לחברה הגונה וערכית יותר. אין חולק - וזו גישת המחוקק - כי תחרות פתוחה נחוצה לשם כך, ודיני ההגבלים העסקיים באים להבטיח אותה. פגיעה בה מנוגדת לאינטרס הציבורי ולערכי ההגיונות, ועל כן ראויה לאכיפה, מה גם שיצר לב האדם - שאליו כבר נדרשנו - כנראה אינו משתנה, גם אם סביבתו משתנה לבלי הכר. כך גם בנדון דידן. נחתום בהבעת הערכה לבאי כוח הצדדים על משנתם המקצועית הסדורה.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, י"ד בתמוז תשס"ט (6.7.2009).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט