

**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליימ**

ע"פ 845/02

בפני :  
כבוד הנשיאה ד' ביניש  
כבוד השופט א' א' לוי  
כבוד השופט ס' גובראן

המערערת :  
מדינת ישראל

נגד

המשיבים :  
1. תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית  
לישראל בע"מ  
2. יצחק לנדסמן  
3. מאיר עזרא  
4. דוד עזרא

ערעור על הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים  
מיום 12.12.2001 בת"פ 149/06 שניתן על ידי כבוד השופט  
י' נדיאל

תאריך הישיבה :  
כ"ב בחשון התשס"ד (17.11.2003)

בשם המערערת :  
עו"ד מיכל הלפרין ; עו"ד שרון קיסר ;  
עו"ד דוד גדעוני

בשם המשיבה 1 :  
עו"ד אלכסנדר קיסרי

בשם המשיב 2 :  
עו"ד ד"ר אביגדור קלגסבלד

בשם המשיבים 3-4 :  
עו"ד ד"ר ישראל לשם ; עו"ד נדב ויסמן ;  
עו"ד רון פלג

## פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

המשיבים בערעור שלפנינו זוכו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט י' עדיאל) מעבירות של עשיית הסדר כובל לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים). בית המשפט המחוזי קבע בפסק דינו כי יש לזכות את המשיבים מהעבירות בהן הואשמו, על אף שמצא שעבירות אלה אכן בוצעו על ידם, משום שעומדת להם ההגנה של טעות במצב משפטי, הקבועה בסעיף 34יט לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). מכאן הערעור שלפנינו, שבו משיגה המדינה על תחולתה של ההגנה האמורה בעניינם של המשיבים. השאלה העיקרית שבה אנו נדרשים להכריע במקרה דנן הינה האם ובאילו נסיבות יוכל אדם להסתמך על חוות דעת משפטית בדבר חוקיותו של מעשה מסוים כדי ליהנות מההגנה של טעות במצב משפטי, כאשר מוגש נגדו כתב אישום בגין ביצוע המעשה נשוא חוות הדעת.

1. המשיבה 1 (להלן: תנובה) הינה אחד מהתאגידים הגדולים במשק והיא עוסקת בשיווק מוצרי מזון, ובכלל זה מוצרי בשר. המשיב 2 (להלן: לנדסמן) שימש במועדים הרלוונטיים לכתב האישום כמנכ"ל תנובה. המשיבה 3 (להלן: מאיר עזרא) הינה חברה העוסקת גם כן בשיווק מזון, ובכלל זה בשר. המשיב 4 (להלן: דוד עזרא) שימש במועדים הרלוונטיים לכתב האישום כמנכ"ל מאיר עזרא.

השתלשלות העניינים ופסק דינו של בית המשפט המחוזי

2. להלן נפרט את השתלשלות העניינים העובדתית בפרשה שלפנינו כפי שהיא עולה מפסק דינו של בית המשפט המחוזי. בשנת 1993 החליטה הממשלה על ליברליזציה של יבוא הבשר הכשר הקפוא לישראל, כך שזה יבוצע על ידי גורמים מסחריים פרטיים ולא על ידי משרד התעשייה והמסחר, כפי שהדבר נעשה עד אז. היבוא המסחרי של בשר כשר קפוא לישראל החל בחודש אוקטובר 1993. על רקע פתיחתו של תחום יבוא הבשר הכשר הקפוא לפעילותם של יבואנים פרטיים החליטו תנובה ומאיר עזרא לשתף פעולה ביניהן ולהקים מיזם משותף שיעסוק ביבוא הבשר הקפוא לישראל ובשיווקו. לשם כך כרתו תנובה ומאיר עזרא ביום 28.7.93 הסכם מסגרת לשיתוף פעולה ביניהן, שבמסגרתו הסכימו להקים את חברת "תנובה - מאיר עזרא יבוא ושיווק בע"מ" (להלן: תמ"ע). כן נקבע בהסכם ההקמה כי ההון המונפק

והנפרע של תמ"ע יוחזק על ידי תנובה ומאיר עזרא בחלקים שווים וכי לכל אחת מהן תהא זכות למנות מחצית ממספר הדירקטורים בחברה. ביום 26.7.93 אכן התאגדה תמ"ע על פי הסכם ההקמה. לנדסמן ודוד עזרא שימשו במקביל לתפקידיהם האחרים גם כחברים בגרעין הניהולי המצומצם של תמ"ע, שהיה אחראי לניהולה השוטף של תמ"ע, כאשר לנדסמן כיהן כיו"ר מועצת המנהלים של תמ"ע, ואילו דוד עזרא שימש עד לחודש יולי 1994 כמנכ"ל תמ"ע. על-פי הנטען בכתב האישום, נועדה תמ"ע לשמש כלי לביצוע הסכמותיהן המשותפות של תנובה ומאיר עזרא בתחום שיווק הבשר. שתי החברות הסכימו, כך נטען, למנות את עצמן כמשווקות הבלעדיות של בשר שתיבאנה באמצעות תמ"ע ולרכוש את הבשר הקפוא רק מתמ"ע בתנאים מסחריים זהים לכל אחת מהן.

3. ביום 25.11.93 התקיימה ישיבת דירקטוריון של תמ"ע. בפרוטוקול של אותה ישיבה פורטו הסדרים שונים בנוגע למדיניות השיווק של תמ"ע (להלן: הפרוטוקול). אין חולק כי במסגרת הסדרים אלה נקבע כי תנובה ומאיר עזרא תמונינה למשווקות של תמ"ע; נקבעו הוראות לגבי הלקוחות שלהם ישווק הבשר על-ידי תמ"ע ועל ידי תנובה ומאיר עזרא; נעשתה חלוקה של מכסות שיווק הבשר בין תנובה למאיר עזרא; וכן נקבעו הוראות שונות לגבי מחירי הבשר הנמכר והנחות במחירים. ההסדרים שפורטו בפרוטוקול הם שעומדים ביסוד כתב האישום שהוגש נגד המשיבים, שכן לטענת המדינה הסדרים אלה הינם ביטוי להסכמות שהושגו בין תנובה למאיר עזרא שהן בגדר הסדר כובל אסור לפי חוק ההגבלים.

ההסכמות בין תנובה למאיר עזרא שאותן, כך טענה המדינה, יש לראות כהסדרים כובלים הן כדלקמן: חלוקת שוק הלקוחות באופן שתנובה ומאיר עזרא תימנענה מלהתחרות זו בזו ומלפנות ללקוחות המזוהים כלקוחותיה של האחרת; הגדרת לקוחות מסוימים כ"לקוחות נבחרים" שייחשבו כלקוחותיה של תמ"ע, כך שתנובה ומאיר עזרא תימנענה מלפנות אליהם; חלוקת כמויות הבשר המיועדות לשיווק באופן שתנובה תרכוש 80% מכמות הבשר המיועד לשיווק ומאיר עזרא תרכוש 20% מכמות הבשר; תיאום מחירי מינימום לבשר שישווק על ידי שתי החברות תוך קביעה שהן לא תמכורנה את הבשר במחיר נמוך יותר ממחיר המינימום או בהנחה ללא הסכמה הדדית. בהקשר זה הוסכם כי מחיר המינימום ייקבע מפעם לפעם במסגרת תמ"ע; תיאום מבצעי הנחות ותנאים מסחריים ללקוחות, כגון תנאי אשראי. המדינה טענה עוד, כי הסכמות אלה אף בוצעו בפועל על ידי תנובה ומאיר עזרא, שכן החל מחודש אוקטובר 1993 ולפחות עד חודש אוקטובר 1994 הן תיאמו ביניהן במסגרת תמ"ע

מחירי מינימום עבור סוגי בשר שונים, וכן תיאמו את התנאים המסחריים והמחיריים שבהן יימכר בשר לגורמים שונים.

4. מפסק דינו של בית המשפט המחוזי עולה כי קווי ההגנה שנקטו המשיבים אינם זהים. תנובה ולנדסמן הודו ברוב הטענות העובדתיות של המדינה לגבי ההסכמות בין תנובה למאיר עזרא, אולם טענו כי מבחינה משפטית אלה אינן בגדר הסדרים כובלים אסורים על-פי חוק ההגבלים. כן טענו תנובה ולנדסמן כי עומדת להם ההגנה של טעות בדין המבוססת על הסתמכות על ייעוץ משפטי. מאיר עזרא ודוד עזרא העלו אף הם טענות משפטיות דומות לאלה של תנובה ולנדסמן; אולם בנוסף הם כפרו בפן העובדתי של כתב האישום, וטענו כי המדינה פירשה את הפרוטוקול פרשנות שגויה וכי המשיבים כלל לא הגיעו להסכמות, שייחסה להם המדינה, בנוגע לחלוקת השוק ולתיאום מחירי הבשר המשווק.

5. בפסק דינו קבע בית המשפט המחוזי, לאחר שבחן את נוסח הפרוטוקול ואת עדויותיהם של בעלי תפקידים שונים בתנובה ובמאיר עזרא, כי מחירי המינימום המומלצים אליהם מתייחס הפרוטוקול הם מחירי ריצפה שתמ"ע אמורה הייתה לקבוע לשתי המשווקות שלה בבואן למכור בשר ללקוחותיהן. היינו, הוסכם שהשתיים לא תהיינה רשאיות למכור ללקוחותיהן בשר במחירים נמוכים יותר ממחירי המינימום או להעניק הנחות שיביאו למכירת הבשר במחירים הנמוכים ממחירי המינימום ללא אישור מיוחד של תמ"ע. בהקשר זה דחה בית המשפט המחוזי את הגירסה שהציג דוד עזרא באשר למשמעות הפרוטוקול, לפיה מחירי המינימום המומלצים הם המחירים שבהם תמכור תמ"ע עצמה את הבשר לתנובה ולמאיר עזרא, שכן תמ"ע לא התעניינה כלל במחיר אותו תגבינה המשווקות מלקוחותיהן. למסקנה זו הגיע בית המשפט המחוזי בעיקר בהסתמך על לשון הפרוטוקול. כך למשל, קבע סעיף א.2. לפרוטוקול כי: "החברה [תמ"ע – ד' ב'] תקבע מעת לעת מחיר מינימלי מומלץ למוצריה". בית המשפט קיבל את טענה המדינה כי אם מדובר במחיר שבו נמכר הבשר על ידי תמ"ע למשווקות לא ברור מה משמעות המילה "מומלץ", שכן תמ"ע אינה אמורה להמליץ בפני עצמה על המחיר שבו תמכור את הבשר, וכן לא ברור מדוע יש צורך להגדיר מחיר זה כמחיר מינימלי. הוראות נוספות בפרוטוקול תמכו אף הן במסקנת בית המשפט קמא כי יש לפרש את הפרוטוקול כמתייחס להגבלות שונות בנוגע למחירי הבשר שייגבו מלקוחותיהן של תנובה ומאיר עזרא. כן ציין בית המשפט המחוזי כי יש לייחס משקל מיוחד לעדותו של לנדסמן שתמך בגירסתה העובדתית של המדינה בעניין תיאום המחירים למרות שזו נגדה על פניה את האינטרס שלו.

בית המשפט הוסיף עוד כי בכך שתיאום המחירים עליו הוסכם לא התקיים הלכה למעשה (או כמעט שלא התקיים), ושכפועל תנובה ומאיר עזרא קבעו כל אחת לעצמה את המחיר שבו היא תמכור את הבשר ללקוחותיה ואת ההנחות שתעניק להם, אין כדי להשליך על פרשנות הוראות הפרוטוקול. זאת, נוכח הסברים שונים שהוצגו בפני בית המשפט לאי קיום ההסכמות, ובהם העדר עניין לאף אחד מהצדדים ביישום ההסדר; קביעת ההסדר על בסיס צפי של מחסור בבשר שלא התממש בפועל; והקושי המובנה בכל הסדר קרטליסטי בקיום הוראות ההסדר.

סיכומו של דבר, בית המשפט מצא כי תנובה ומאיר עזרא אכן הסכימו ביניהן על תיאום מחירים והנחות במכירת הבשר. תיאום זה התייחס בראש ובראשונה למכירת הבשר ל"לקוחות הנבחרים", אולם גם למכירת הבשר על ידי תנובה ומאיר עזרא ללקוחותיהן שלהן. הסכמות אלה לא בוצעו, כאמור, בפועל. אולם, בית המשפט קבע כי אין בכך כדי לשלול את היותן של אותן הסכמות הסדרים כובלים, שכן על-פי פסיקתו של בית משפט זה ביצוע ההסדר בפועל אינו נדרש על מנת שאותו הסדר ייחשב להסדר כובל אסור לפי חוק ההגבלים.

6. הסכמה נוספת בין תנובה למאיר עזרא, שלגביה טענה המדינה כי מדובר בכבילה אסורה, התייחסה לרכישת בשר על ידי שתי המשווקות מתמ"ע בלבד, ולכך שתמ"ע תעניק לשתיהן תנאים מסחריים זהים ברכישת הבשר. בית המשפט המחוזי קבע כי בהתחשב בנוסח כתב האישום טענות המדינה בנושאים האמורים חורגות מכתב האישום, ומצא כי אין לייחס למשיבים אישומים אלה.

7. עניין נוסף, שלגביו הואשמו המשיבים, היה חלוקת הלקוחות בין תנובה למאיר עזרא. המדינה חזרה בה אמנם מהאישום בנוגע להסכמה של תנובה ומאיר עזרא לא להתחרות זו בזו, אולם היא טענה כי הושגה ביניהן הסכמה, שיש לראות בה הסדר כובל, לפיה תמ"ע לבדה תשווק בשר ללקוחות שיוגדרו כ"לקוחות נבחרים", ואילו תנובה ומאיר עזרא תימנענה מלשווק בשר ללקוחות אלה. הפרוטוקול שימש כראיה המרכזית אף בנוגע להסכמה זו, שכן נקבע בו במפורש כי תמ"ע תשווק בשר ללקוחות המפורטים בנספח א' לפרוטוקול, שיכוננו "לקוחות נבחרים"; וכי תנובה ומאיר עזרא ישווקו את הבשר שיירכש על ידן מתמ"ע ללקוחות שאינם הלקוחות הנבחרים. בנוסף לאמור בפרוטוקול נתמכה הטענה בדבר חלוקת הלקוחות הנבחרים בעדויותיהם של לנדסמן ושל עדים נוספים. בית המשפט המחוזי מצא כי הוראות הפרוטוקול אכן משקפות הסכמה כי מכירת הבשר ללקוחות הנבחרים תבצע על ידי תנובה ומאיר עזרא ולא על ידי תמ"ע, והוסיף כי די בכך כדי להקים הסדר כובל לפי חוק ההגבלים. בהקשר

זה דחה בית המשפט המחוזי את הטענה העובדתית שהעלה דוד עזרא בעדותו, לפיה אין להבין את הוראות הפרוטוקול כאיסור שהוטל על תנובה ועל מאיר עזרא למכור בשר ללקוחות הנבחרים אלא כצילום של המצב שהתקיים אותה עת בפועל, שכן רשימת הלקוחות הנבחרים שיקפה את אותם לקוחות שרכשו בעבר בשר ישירות מהממשלה, שהיה ברור, כך טען דוד עזרא, כי צריך יהיה לתת להם הנחה על ידי תמ"ע.

8. בנוסף לחלוקת הלקוחות הנבחרים הואשמו המשיבים גם בחלוקת שוק הבשר לפי כמות המוצרים. אישום זה התבסס על הוראה בפרוטוקול שקבעה כי כ-80% מכמות הבשר שאינה משווקת ללקוחות הנבחרים תימכר לתנובה ותשווק על ידה וכ-20% מכמות הבשר שאינה משווקת ללקוחות הנבחרים תימכר למאיר עזרא ותשווק על ידה. בית המשפט המחוזי קיבל את טענת המשיבים כי הם לא התייחסו להוראה זו כהתחייבות משפטית של ממש, אולם הוא קבע כי יש בהוראה הצהרת כוונות של הצדדים לגבי האופן שבו הם רואים את חלוקת כמויות הבשר שישווקו ביניהם. נוכח ההגדרה הרחבה של המונח "הסדר" בחוק ההגבלים, שאינה מוגבלת רק להסדר מחייב מבחינה משפטית, קבע בית המשפט קמא כי על אף שההוראה הנזכרת בפרוטוקול הינה הצהרת כוונות בלבד ואינה מחייבת את הצדדים מבחינה משפטית, ניתן לראות בה "הסדר" כמשמעו בחוק ההגבלים.

9. בית המשפט המחוזי מצא, אפוא, כי בכפוף לטענות ההגנה של המשיבים כולל הפרוטוקול הוראות שהן בגדר כבילות אסורות לפי חוק ההגבלים שעניינן: תיאום מחירים והנחות, חלוקת הלקוחות הנבחרים וחלוקת כמויות השיווק בין תנובה למאיר עזרא. בהמשך לכך בחן בית המשפט המחוזי את הטענות שהעלו המשיבים להגנתם.

10. המשיבים טענו בפני בית המשפט המחוזי כי יש לזכותם על בסיס העילה של הגנה מן הצדק, שכן הן משרד התעשייה המסחר והן הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: הממונה) ידעו על הקמתה של תמ"ע ועל פעילותם של המשיבים, כאשר משרד התעשייה והמסחר אף שיתף פעולה עם תמ"ע, שייבאה עבורו בשר מדרום אמריקה. לטענת המשיבים לא העמיד אותם הממונה על האפשרות שפעילותם, אליה היה מודע, נוגדת את החוק, ואף נתן להם להבין שאין פסול בפעילות תמ"ע. בית המשפט המחוזי קבע שהרשויות היו מודעות אמנם להקמתה של תמ"ע, אולם לא נטען שהן היו מודעות גם להסדרים הכובלים הספציפיים נשוא כתב האישום. כן ציין בית המשפט המחוזי, כי בשתיים מהחלטותיו של הממונה שניתנו בפברואר וביוני 1994 גילה הלה את דעתו בדבר בעייתיותו האפשרית של מיזם תמ"ע מבחינת דיני ההגבלים העסקיים, ועל כן אין מקום לטעון שהממונה החריש או שהוא עודד את המשיבים לבצע את העבירות

המיוחסות להם. לפיכך, קבע בית המשפט המחוזי כי התנהלותן של הרשויות כלפי המשיבים אינה מקימה את התנאים, שנקבעו בפסיקתו של בית משפט זה, לתחולתה של ההגנה מן הצדק.

11. טענות הגנה נוספות שהעלו המשיבים נגעו לשאלת הגדרת ההסדר הכובל האסור לפי סעיפים 2(א) ו-2(ב) לחוק ההגבלים. המשיבים טענו כי על מנת להרשיע אדם בעבירה של הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים נדרשת המדינה להוכיח את קיומה ברמת הסתברות ראויה של פגיעה משמעותית בתחרות. טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט קמא בהתחשב בלשונו של סעיף 2(א) לחוק ההגבלים המתייחסת לחשש של "פגיעה" בתחרות ולא ל"פגיעה משמעותית", וכן נוכח הוראות סעיפים 15 ו-15א לחוק ההגבלים, שמהן עולה כי גם הסדר שפגיעתו בתחרות היא קלה נחשב ככלל להסדר כובל לפי סעיף 2 לחוק ההגבלים. באשר להוראות סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, שמגדירות כבילות בנוגע לעניינים מסוימים כהסדר כובל, דחה בית המשפט המחוזי את הטענה כי המדינה נדרשת להוכיח פגיעה בתחרות או מחשבה פלילית ביחס לפגיעה בתחרות, כתנאי להרשעה על בסיס החזקות החלוטות הקבועות בסעיף הנזכר. בית המשפט קמא הוסיף בהקשר זה כי הפגיעה בתחרות כלל אינה נמנית על יסודותיה של עבירת ההסדר הכובל לפי סעיף 2(ב) לחוק.

12. סוגיה נוספת שנדונה בהרחבה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי הייתה טענת המשיבים כי נוכח מערכת היחסים בין תמ"ע לתנובה ומאיר עזרא, אין לראות את ההחלטות בפרוטוקול בנוגע למדיניות השיווק של תמ"ע "הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים" כנדרש לפי סעיף 2 לחוק ההגבלים. בית המשפט קמא בדונו בסוגיה זו השאיר בצריך עיון את השאלה האם עצם הקמתו של מיזם משותף, גם בלא שהסכם ההקמה יכול כלול כבילה מפורשת, מהווה הסדר כובל, שכן בכתב האישום לא יוחסה למשיבים עבירה בגין עצם הקמתה של תמ"ע. מנגד קבע בית המשפט המחוזי כי אף אם הייתה הצדקה כלכלית אמיתית להקמתה של תמ"ע ועל אף שלא הוכח כי הקמתה של תמ"ע נועדה להסוות את שיתוף הפעולה בין תנובה למאיר עזרא, הרי אין די בכך כדי להכשיר מיזם משותף זה ולשלול את אי החוקיות שדבקה בו בשל הכבילות האסורות שנקבעו במסגרתו. בהקשר זה ציין בית המשפט המחוזי כי היתרונות הכלכליים המצדיקים את הקמתו של מיזם משותף עשויים לבוא בגדר שיקוליהם של בית הדין להגבלים עסקיים או של הממונה בבואם לאשר הסדר כובל או ליתן פטור מאישור, אולם אין בהם כדי להכשיר את עשייתו של ההסדר ללא קבלת אישור או פטור כנדרש על-פי חוק.

בית המשפט אף דחה את הטענה כי בהיותה של תמ"ע אישיות משפטית עצמאית, שהיא נפרדת מתנובה וממאיר עזרא הן מבחינה פורמלית-משפטית והן מבחינה המהות הכלכלית, אין בהחלטותיה כדי להוות הסדר כובל בין הגורמים המרכיבים אותה. בית המשפט קמא ציין בהקשר זה כי מדיניות השיווק של תמ"ע, כפי שנקבעה בפרוטוקול, הינה תוצר רצונותיהן העצמאיים של תנובה ושל מאיר עזרא והיא התגבשה במסגרת ההסכמות בין השתיים עוד בטרם הקמתה של תמ"ע, ועל כן אין לראות את אותן הסכמות כבאות בגדר פעילותה הפנימית של תמ"ע, גם אם זו אשררה אותן לאחר הקמתה. בנוסף דחה בית המשפט המחוזי את הטענה כי נוכח העובדה שתנובה ומאיר עזרא שימשו משווקות-סוכנות של תמ"ע יש להתייחס אליהן כאל ישות כלכלית אחת ואין לראות בהחלטות שנתקבלו במסגרתה "הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים". בית המשפט ביסס את מסקנתו בעניין זה הן על פסק הדין בדנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (להלן: דיון נוסף טבעול), והן על מעמדן העצמאי של תנובה ומאיר עזרא כהורי המיזם המשותף, שיזמו את הקמתו בעת שהיו מתחרות פעילות בשוק שיווק הבשר, והגיעו תוך כדי כך להסדרים בנושא מדיניות השיווק, שצמצמו בהכרח את התחרות ביניהן. בית המשפט קמא הוסיף עוד, כי תנובה ומאיר עזרא המשיכו להתחרות זו בזו בשוק שיווק הבשר גם לאחר הקמתה של תמ"ע, ואף מטעם זה אין ניתן לראותן כרכיבים פנימיים ולא עצמאיים של תמ"ע.

13. טענת ההגנה האחרונה של המשיבים, שקבלתה על ידי בית המשפט המחוזי הביאה לזיכויים, הייתה טענה של טעות במצב משפטי שמקורה בהסתמכות על ייעוץ משפטי. המשיבים טענו בהקשר זה כי יש לפטור אותם מאחריות פלילית, משום שהם ערכו את ההסדרים נשוא כתב האישום בעקבות ייעוץ משפטי שקיבלו, לפיו הסדרים אלה אינם בעייתיים מבחינת דיני ההגבלים העסקיים. לפיכך, טענו המשיבים כי קמה להם הגנה מכוח סעיפים 34 ו-34יט לחוק העונשין. בפני בית המשפט המחוזי לא הייתה מחלוקת על כך שהמשיבים אכן קיבלו ייעוץ משפטי מעורכי דינם, שלפיו אין מניעה לבצע את העיסקה נשוא כתב האישום.

הייעוץ המשפטי לתנובה וללנדסמן בכל הנוגע לפרשה שבפנינו ניתן על ידי עו"ד ינובסקי, שהעיד בפני בית המשפט קמא, והסביר בעדותו כי ייעץ לתנובה וללנדסמן שאין במיזם המשותף כל בעיה מבחינת דיני ההגבלים העסקיים. יצוין עוד, כי עו"ד ינובסקי לא בחן רק את חוקיות המיזם המשותף מבחינת דיני ההגבלים העסקיים אלא היה מעורב בגיבוש המשפטי של העיסקה כולה, ובכלל זה בניסוחם של הסכם ההקמה של תמ"ע והפרוטוקול. מצידם של מאיר עזרא ודוד עזרא ניתן הייעוץ



המשפטי בנוגע לעיסקה על ידי עו"ד דרור ברנדויין, שבעדותו בפני בית המשפט קמא מסר כי בדק את חוקיות העיסקה בין תנובה למאיר עזרא מבחינת דיני ההגבלים העסקיים, וכי הגיע למסקנה חד-משמעית כי אין מדובר בהגבל עסקי.

בית המשפט המחוזי, לאחר שבחן את העדויות בנוגע לייעוץ המשפטי שקיבלו המשיבים, הגיע לכלל מסקנה כי המשיבים סמכו את פעולותיהם בעיסקת תמ"ע ובכלל זה בקביעת מדיניות השיווק, שבאה לידי ביטוי בפרוטוקול, על עצת עורכי דינם. בית המשפט הוסיף עוד, כי הוא שוכנע שהן המשיבים והן עורכי דינם פעלו בנושא זה בתום לב ובאמונה כנה שלא נפל פגם במעשיהם מבחינת דיני ההגבלים העסקיים. בין היתר, דחה בית המשפט המחוזי בהקשר זה את טענה המדינה בדבר חוסר סבירות מצד תנובה ולנדסמן בהסתמכות על הייעוץ המשפטי שניתן להם. טענת המדינה התבססה, בין היתר, על פסק דין קודם, שעסק אף הוא במקרה בו הואשמו תנובה ולנדסמן בעבירה של הסדר כובל בהקשר של שותפות עסקית (להלן: פסק דין לב הנגב). המדינה טענה כי בהתחשב בפסק דין לב הנגב הייתה הסתמכותם של תנובה ולנדסמן על הייעוץ המשפטי שניתן להם בלתי סבירה, שכן ייעוץ זה התבסס על טענת הגנה זהה לזו שנדחתה באותו פסק דין. אולם, בית המשפט המחוזי קבע בפסק הדין נשוא הערעור שלפנינו כי בפסק דין לב הנגב נדונו סוגיות משפטיות שונות מאלה שהתעוררו בפרשה שלפנינו, וכי משלא ייחסה המדינה חוסר תום-לב לעו"ד יובסקי בנוגע לרלוונטיות של פסק דין לב הנגב, הרי אין מקום לייחס חוסר-תום לב בעניין זה דווקא ללנדסמן.

14. משהגיע בית המשפט המחוזי לכלל מסקנה כי מבחינה עובדתית המשיבים הסתמכו בתום לב על הייעוץ המשפטי שניתן להם בנוגע לעסקת תמ"ע, הוא כחן האם די בהסתמכות זו כדי להקנות להם הגנה בפלילים מפני העבירות בהן הואשמו. בהסתמך על פסק דינו של השופט (כתוארו אז) ת' אור בע"פ 1182/99 הורביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 1 (להלן: פרשת הורביץ), קבע בית המשפט קמא כי הגנת ההסתמכות על ייעוץ מקצועי תוכל לעמוד לנאשם לא רק בעבירות שדורשות כוונה מיוחדת (כדוגמת העבירה של כוונה להתחמק מתשלום מס לפי סעיף 220 לפקודת מס הכנסה, שנדונה בפרשת הורביץ), אלא גם בעבירות שנדרשת בהן מחשבה פלילית בדרגה של מודעות בלבד, כדוגמת עבירת ההסדר הכובל. עם זאת, קיבל בית המשפט המחוזי את טענת המדינה כי טעותם של המשיבים בפרשה שלפנינו הייתה טעות במצב המשפטי שיש לבחון אותה בהתאם לסעיף 34 לט"ח לחוק העונשין ולא טעות במצב הדברים שנבחנת בהתאם לסעיף 34 לט"ח לחוק העונשין. כן קבע בית המשפט המחוזי כי בשונה מפרשת הורביץ טעותם של המשיבים בפרשה שלפנינו הייתה טעות בדין הפלילי ולא טעות בדין לבר-פלילי.

בית המשפט קמא נדרש, איפוא, לבחון האם עומדת למשיבים ההגנה של טעות במצב משפטי הקבועה בסעיף 34 ל חוק העונשין, הקובע כדלקמן:

|   |                                 |
|---|---------------------------------|
| <p>34 יט. לענין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר".</p> | <p>"טעות<br/>במצב<br/>משפטי</p> |
|---|---------------------------------|

המדינה טענה בפני בית המשפט המחוזי כי ההגנה הקבועה בסעיף 34 יט הנ"ל חלה רק כאשר קיימת מניעה אובייקטיבית לדעת מהו הדין הנכון, וכי היא אינה חלה במקום בו הנאשם ידע על קיומו של הדין אך קיבל ייעוץ מקצועי שגוי באשר לפרשנותו. בית המשפט קמא דחה טענה זו של המדינה וקבע כי לשון החוק אינה תומכת בפרשנות המצמצמת המוצעת על ידי המדינה וכי ביסוד ההגנה עומדת היותה של הטעות בלתי נמנעת באורח סביר, וזאת ללא הבחנה לגבי מקורה של הטעות או סיבתה. בית המשפט הוסיף עוד, כי תכליתו של הסעיף היא למנוע את הרשעתו של נאשם שלא דבק בו אשם ושנקט בכל האמצעים הסבירים העומדים לרשותו כדי לברר את הדין, ולמרות מאמצים אלה הוא טעה. בנסיבות כאלה, כך קבע בית המשפט קמא, טעותו היא טעות בלתי נמנעת באורח סביר, שיש בה כדי לשלול את אחריותו הפלילית.

15. בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה דנן מצא בית המשפט המחוזי כי יש לקבל את טענת ההגנה של טעות במצב משפטי שהעלו המשיבים. בית המשפט קבע כי נוכח קשרי העבודה הממושכים בין המשיבים לבין עורכי דינם והעובדה שהאחרונים טיפלו בעסקה עצמה וכחלק מטיפולם בחנו את כשירותה מבחינת דיני ההגבלים העסקיים אין בהעדרה של חוות דעת בכתב כדי לפגום במשקלה של חוות הדעת או בסבירותה בעיני המשיבים, וכן אין בכך כדי להקים חשש שמדובר בחוות דעת שנועדה להכשיר שלא בתום-לב את העסקה. בנוסף דחה בית המשפט המחוזי את הטענות שהעלתה המדינה בדבר העדר מומחיות מספקת של עורכי דינם של המשיבים בתחום ההגבלים העסקיים. טענה נוספת שהעלתה המדינה ושנדחתה על ידי בית המשפט המחוזי נגעה לסבירות הייעוץ המשפטי שניתן למשיבים. בהקשר זה קבע בית המשפט המחוזי כי סבירות הייעוץ המשפטי צריכה להיבחן מנקודת מבטו של הנאשם, שכן מדובר בהגנתו שלו ובדרך כלל הוא אינו יכול לבחון בעצמו את סבירות הייעוץ המשפטי, אלא אם הנסיבות שבהן הוא ניתן צריכות היו להעלות ספקות בלבן לגבי תקפותו המקצועית של הייעוץ המשפטי. במקרה דנן קבע בית המשפט קמא כי קשה לראות כיצד המשיבים יכלו

לבחון את סבירות הייעוץ המשפטי שניתן להם על ידי עורכי דינם. גם לגופו של עניין דחה בית המשפט המחוזי את טענת המדינה בדבר סבירות הייעוץ המשפטי שניתן למשיבים. בהקשר זה ציין בית המשפט כי תחום ההגבלים העסקיים היה באותה עת בישראל בראשית התפתחותו וכי הפסיקה בו הייתה דלה ביותר. כן הוסיף בית המשפט כי חוות דעתם של עורכי הדין בוססה על אותה השקפה בנוגע לתחולת דיני ההגבלים העסקיים על שותפים בשותפות, שבה החזיק מאוחר יותר השופט טירקל (בדעת מיעוט) בע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הביטחון, מינהל ההרכשה והייצור, פ"ד נב(3) 145 (להלן: עניין טבעול), ובנסיבות אלה אין לקבל טענה כי חוות הדעת לוקה בחוסר סבירות שיש בו כדי לשלול מהמשיבים את הגנת ההסתמכות. בנוסף דחה בית המשפט המחוזי את טענת המדינה כי עורכי דינם של המשיבים לא היו ערים לכבילות שבהסדרים הכובלים או שהמשיבים לא הציגו בפניהם כבילות אלה באופן מלא.

על סמך האמור לעיל הגיע, אפוא, בית המשפט המחוזי למסקנה כי המשיבים פעלו בכל נוגע להסכמות ולהסדרים שיוחסו להם בכתב האישום, תוך שהם סומכים על עצה משפטית שקיבלו, לפיה אין באותן הסכמות משום עבירה על חוק ההגבלים. בית המשפט הוסיף וקבע כי בנסיבות המקרה טעותם של המשיבים הייתה בלתי נמנעת באופן שמקים להם הגנה מכוח סעיף 34 לחוק העונשין, ולפיכך החליט לזכותם.

טענות הצדדים

16. בערעורה לפנינו המדינה אינה משיגה, מטבע הדברים, על קביעתו של בית המשפט המחוזי כי המשיבים ערכו ביניהם הסדר כובל בתחום שיוק הבשר, אלא היא תוקפת את קביעתו של בית המשפט קמא כי בנסיבות המקרה שלפנינו עומדת למשיבים הגנה של טעות במצב משפטי הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין. לטענת המדינה יש לפרש את הגנת הטעות במצב המשפטי לפי סעיף 34 כמורכבת משני יסודות: היסוד האחד הוא יסוד סובייקטיבי, שלפיו יש לבחון האם טעותו של הנאשם אכן הייתה "טעות", והאם מדובר בטעות כנה ובתום לב; והיסוד האחר הוא יסוד אובייקטיבי, שלפיו יש לבחון האם אמנם הטעות הייתה "בלתי נמנעת באורח סביר". בהקשר זה טוענת המדינה כי יש להבחין בין טעות סבירה לטעות בלתי נמנעת באורח סביר, שרק היא מקנה פטור מאחריות פלילית. המדינה מוסיפה עוד, כי ההגנה הקבועה בסעיף 34 יוצרת חריג לכלל של "אי ידיעת הדין אינה פוטרת", ולטענתה יש לפרש חריג זה בצמצום, כך שהוא יחול רק במערכת נסיבות מורכבת שבה האזרח לא יכול היה להעלות על דעתו, גם לאחר שנקט באמצעים סבירים, כי הוא עובר עבירה פלילית. המדינה טוענת, אם כן, כי ההגנה הקבועה בסעיף 34 נועדה לחול במצב בו הנאשם

לא יכול היה לדעת מהו הדין ולא להגן על אדם שטעה בהבנת הדין. על כן הסטנדרט שנקבע בסעיף 34 יט הוא, לטענת המדינה, סטנדרט גבוה של מעין אחריות קפידה, והנאשם שמבקש ליהנות מההגנה של טעות במצב משפטי נדרש, כך טוענת המדינה, לגלות רמת זהירות גבוהה ולנקוט בכל האמצעים הסבירים לבירור הדין.

המדינה מוסיפה וטוענת כי נוכח סטנדרט ההתנהגות הגבוה שמציב סעיף 34 יט לחוק העונשין אין די בכך שנאשם הסתמך על ייעוץ משפטי שגוי כדי ליהנות מההגנה. המדינה מכירה אמנם בכך שהעצה המשפטית השגויה עשויה להיות ראייה לעצם קיומה של הטעות והיא נסיבה שיש להביא בחשבון, אך אין די בכך, לטענת המדינה, כדי להוכיח כי אותה טעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר. המדינה טוענת בהקשר זה כי סבירותה של העצה המשפטית משליכה על תום לבו וכנותו של הנאשם המסתמך על העצה, אולם היא אינה תנאי מספיק לתחולתה של ההגנה הקבועה בסעיף 34 יט, והיא אינה מלמדת בהכרח על סבירות טעותו של הנאשם. בנוסף מצביעה המדינה על שיקולים שונים של מדיניות משפטית שמחייבים לטענתה לנהוג בהקפדה יתרה ביחס לטענה של הסתמכות על עצתו המשפטית של עורך דין, ובפרט מצביעה המדינה על החשש מפני קניית חוות דעת "מוזמנות" והפיכת הפנייה לעורך דין לפיקציה. לטענת המדינה, סכנה זו מתעוררת בעיקר בנוגע לעבירות "צווארון לבן", שבהן קיימת כדבר שבשגרה מעורבות משפטית של עורכי דין. המדינה מדגישה בטיעוניה כי עצם קיומה של אפשרות לפנות ולקבל הבהרות מגורם רשמי צריכה להיות נסיבה מכרעת בבירור השאלה האם הנאשם עשה את כל הנדרש ממנו על מנת לברר את הדין. כאשר נאשם היה מודע לאפשרות לפנות לגורם רשמי מוסמך ולא עשה כן אין לראות את טעותו המשפטית, כך טוענת המדינה, כטעות בלתי נמנעת באורח סביר. המדינה מוסיפה בהקשר זה כי יש להעדיף את הפנייה לגורם רשמי מוסמך (כאשר קיימת אפשרות לעשות כן) על פני הסתמכות על עצת עורך דין, שכן יש בכך כדי לצמצם את סכנת הסובייקטיביזציה של הדין. לפיכך, כאשר הייתה לפרט אפשרות לפנות לגורם רשמי מוסמך והוא לא עשה זאת או כאשר הוא פעל במודע בניגוד לעמדת הרשות המוסמכת, הוא נטל על עצמו את הסיכון של פעולה בניגוד לחוק. באשר לרלוונטיות במקרה דנן של פסק הדין בפרשת הורביץ, שגם בו נדונה הטענה של הסתמכות על עצתו המשפטית של עורך-דין, טוענת המדינה כי אותו פסק דין הוא רלוונטי למצב שבו ההסתמכות שוללת את התקיימות היסוד הנפשי של העבירה (לדוגמה בעבירה של כוונה מיוחדת), אולם בענייננו טענת ההסתמכות נטענת בנוגע להגנה הקבועה בסעיף 34 יט לחוק העונשין, אליה לא נדרש כלל בית המשפט בפרשת הורביץ.

17. בעניינם הקונקרטי של המשיבים טוענת המדינה כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שהוא בחן רק את תום ליבם הסובייקטיבי של המשיבים, ולא בחן את האמצעים שעמדו לרשותם על מנת להימנע מן הטעות ושלא ננקטו על ידם. מכל מקום טוענת המדינה, כי מן הממצאים העובדתיים במקרה דנן עולה שטעותם של המשיבים לא הייתה טעות כנה ובתום לב, ועל כן לא מתקיים לגביהם אף הרכיב הסובייקטיבי של ההגנה הקבועה בסעיף 34 ל<sup>34</sup>חוק העונשין. המדינה מציינת כי מבחינת העבירות שבהן הואשמו המשיבים לא היה מדובר במקרה מורכב או גבולי בכל הנוגע לתחולתם של דיני ההגבלים העסקיים, אלא עסקינן באיסורים הבסיסיים על תיאום מחירים וחלוקת שוק שהם הגרעין הקשה של דיני ההגבלים העסקיים ונכללים במסגרת החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים.

באשר לתנובה וללנדסמן טוענת המדינה כי הייעוץ המשפטי שניתן להם על ידי עו"ד ינובסקי היה תמציתי וכלאחר יד, וכי לנדסמן סמך על ייעוץ זה תוך בחירה "לעצום את עיניו" בכל הנוגע לשאלת חוקיות העסקה. המדינה מייחסת בטיעוניה חשיבות מיוחדת לפסק הדין לב הנגב, שבו זוכו אמנם תנובה ולנדסמן על ידי בית המשפט המחוזי בתל-אביב מעבירה של הסדר כובל, אולם בפסק הדין האמור נדחתה הטענה לפיה אין ניתן לייחס הסדר כובל לצדדים המקיימים ביניהם שותפות, שהיא בעיקרה, כך טוענת המדינה, הטענה עליה התבססה עצתו המשפטית של עו"ד ינובסקי ללנדסמן בכל הנוגע לעסקת תמ"ע. המדינה מציינת בהקשר זה כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי (שניתן בערעור על פסק דין מרשיע של בית משפט השלום) ניתן ביום 1.9.93 פחות מחודשיים לאחר הקמת תמ"ע, והיא טוענת כי התנהגותו של לנדסמן לאחר פסק הדין, ובמיוחד התעלמותו מפסק דין פלילי שניתן בעניינו, אינה עומדת בשום סטנדרט של סבירות. כן טוענת המדינה כי אף עו"ד ינובסקי התעלם ממשמעותו של פסק דין לב הנגב, וכי העצה המשפטית שניתנה על ידו ללנדסמן אינה עומדת בסטנדרט שמאפשר הסתמכות עליה לצורך ההגנה הקבועה בסעיף 34 ל<sup>34</sup>חוק העונשין. המדינה מציינת עוד, כי אינדיקציה נוספת שעמדה בפני תנובה ולנדסמן בכל הנוגע לבעייתיותה של עסקת תמ"ע הייתה החלטתו של הממונה מיום 6.7.94 בנוגע למיזוג בין תנובה לחברת עוף הנגב, שבה צוין כי מיזם תמ"ע נמצא בבדיקה באספקלריית התאמתו לדיני ההגבלים העסקיים. על יסוד האמור לעיל טוענת המדינה כי תנובה ולנדסמן התעלמו התעלמות מכוונת מכל אותות האזהרה שניתנו להם ובחרו במודע לזנוח את אפשרות הפנייה לרשות המוסמכת.

באשר למאיר עזרא ולדוד עזרא טוענת המדינה כי אף הם בחרו לטמון את ראשם בחול בכל הנוגע לשאלת חוקיות המיזם והתעלמו במכוון מאותות האזהרה שניתנו להם על ידי הרשות להגבלים עסקיים. הללו הסתמכו על עצתו המשפטית של עו"ד ברנדויין שהייתה תמציתית וניתנה בעל-פה. דוד עזרא, כך טוענת המדינה, היה מודע להסתייגותו של הממונה מהקמת תמ"ע, שכן הוא ועו"ד ברנדויין נפגשו עם הממונה במהלך חודש נובמבר 1993, זמן קצר לאחר הקמת תמ"ע, והלה הביע באותה פגישה את הסתייגותו מקיום שיתוף פעולה בין תנובה למאיר עזרא. אף על פי כן לא טרח דוד עזרא לברר את אותה הסתייגות, ולא פנה שוב בעניין לעורך דינו או לעורך דין אחר. גם בהחלטה מיום 4.2.94 בנוגע למיזוג בין מאיר עזרא לחברת תוחלת גנץ וחברות אחרות הביע הממונה את חששותיו בנוגע להסכם בין תנובה למאיר עזרא וציין כי לכאורה ההסכם עלול להוות הסדר כובל, אולם למרות זאת מאיר עזרא ודוד עזרא עדיין לא עשו דבר, לא פנו לממונה לבירור עמדתו ולא נקטו באמצעים הקבועים בחוק ההגבלים ל"הכשרת" ההסדר הכובל.

18. בתשובה לערעורה של המדינה מעלים המשיבים טענות הן בנוגע לקביעת בית המשפט המחוזי כי ההסכמות שגובשו במסגרת תמ"ע הן הסדר כובל והן במענה לטענות המדינה בכל הנוגע לתחולתה בענייננו של הגנת הטעות במצב משפטי, שקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין. להלן נציג טענות אלה במאוחד, מלבד טענות הנוגעות רק למי מהמשיבים.

לטענת המשיבים בית המשפט המחוזי שגה כאשר קבע כי ההחלטות המפורטות בפרוטוקול מיום 25.11.93 מהוות הסדר כובל בין תמ"ע למאיר עזרא. טענתם העיקרית של המשיבים בהקשר זה היא כי תמ"ע הוקמה כאישיות משפטית עצמאית לא רק מבחינת פורמלית אלא גם מבחינה כלכלית מהותית והיא גוף נפרד מתנובה וממאיר עזרא. בהתחשב בכך טוענים המשיבים שהפרוטוקול משקף את החלטותיה הפנימיות העצמאיות של תמ"ע, ועל כן אין לראות באותן החלטות הסדר כובל בין תנובה למאיר עזרא, ואין לייחס במקרה דנן את פעולותיו של המיזם המשותף ל"הוריי" המיזם, באופן שמרים למעשה את מסך ההתאגדות של תמ"ע. כן טוענים המשיבים כי משעה שהוקמה תמ"ע היא הייתה רשאית למנות את תנובה ומאיר עזרא לסוכנותיה; לקבוע באיזה מחיר הן ימכרו את הבשר המשווק על ידן וכיצד יחולק ביניהן שיווקו; ולהחליט על סמך שיקוליה שלה כי שיווק הבשר ללקוחות הנבחרים ייעשה על ידה במישרין. המשיבים מציינים עוד, כי בכתב האישום לא יוחסה להם

עבירה בגין עצם הקמתה של תמ"ע, ולטענתם הכבילות שבהן מדובר בנוגע לתיאום השיווק בין תנובה למאיר עזרא התחייבו מעצם הקמתה של תמ"ע. טענה נוספת של המשיבים בהקשר זה הינה כי תנובה ומאיר עזרא פעלו כשלוחותיה של תמ"ע, ועל כן יש לראות פעילותן המשותפת יחד עם תמ"ע כפעולה של גוף כלכלי אחד שהסדרים הנעשים במסגרתו אינם הסדרים כובלים לפי חוק ההגבלים, שכן אין מדובר בהסדרים "בין בני אדם המנהלים עסקים", כנדרש לפי סעיף 2 לחוק ההגבלים.

המשיבים מוסיפים וטוענים כי ההסדרים עליהם הוחלט במסגרת הפרוטוקול לא היו מחייבים במישור היחסים בין תנובה למאיר עזרא, והם אף כלל לא יושמו בפועל, שכן תנובה ומאיר עזרא המשיכו להתחרות זו בזו בתחום שיווק הבשר. בנסיבות אלה, כך נטען, היו אותם הסדרים בבחינת "אות מתה" ולא היה מקום לקיים לגביהם התייעצויות משפטיות חוזרות. בנוסף לטענות האמורות מעלים מאיר עזרא ודוד עזרא טענות ספציפיות יותר בנוגע לפרשנות הוראות הפרוטוקול על ידי בית המשפט המחוזי. לטענתם לשונו של הפרוטוקול אינה ברורה ועל כן מתעורר, לכל הפחות, ספק סביר באשר לשאלה האם ניתן ללמוד מהפרוטוקול על קיום הסכמה לתאום מחירים בין תנובה למאיר עזרא. יצוין כי טענותיהם של מאיר עזרא ודוד עזרא בנוגע לפרשנות הוראות הפרוטוקול אינן עולות בקנה אחד עם פרשנותם של תנובה ולנדסמן, שככלל מקבלים את פרשנות המדינה להוראות אלה.

19. בנוסף לטענותיהם באשר למהות ההחלטות שנתקבלו בפרוטוקול מעלים המשיבים בנוגע לתחולתה בעניינם של הגנת הטעות במצב משפטי, כפי שקבע בית המשפט המחוזי. טענתם המרכזית של המשיבים בהקשר זה היא כי משמצא בית המשפט כי מבחינה עובדתית הם אכן הסתמכו בתום-לב על עצותיהם המשפטיות של עורכי דינם בכל הנוגע לחוקיות ההסדרים שנקבעו בפרוטוקול, יש להחיל עליהם את ההגנה של טעות במצב משפטי הקבועה בסעיף 34 ל<sup>34</sup>חוק העונשין ולפטור אותם מאחריות פלילית כלשהי להסדרים אלה. המשיבים טוענים כי אין מקום מבחינת לשונו של סעיף 34 הנ"ל או תכליתו לצמצמו אך למצבים של הסתמכות על עמדתה המשפטית של רשות שלטונית ולא על עצתו המשפטית הפרטית של עורך דין, שכן הענקת הגנה למי שהסתמך על גורם שלטוני אינה מסכנת את עקרון החוקיות יותר מהענקתה למי שהסתמך על עצת עורך דין. המשיבים אף טוענים בהקשר זה כי הכרה באפשרות להסתמך על עצתו המשפטית של עורך דין לצורך ההגנה של טעות במצב משפטי תעודד אנשים להתייעץ עם עורכי דין, וכך תעודד את ידיעת החוק הפלילי והטמעתו. כן טוענים המשיבים כי חזקת המודעות לדין היא עצמה חריג לעקרון היסוד של הדין הפלילי שלפיו בהעדר אשמה אין עבירה, ולנדסמן אף טוען כי ענישתו של מי

שהסתמך בתום-לב על ייעוץ משפטי אינה חוקתית. טענה נוספת של המשיבים בהקשר זה הינה כי יש להחיל בענייננו את המבחנים שנקבעו בפרשת הודביץ לעניין ההגנה של הסתמכות על עצת עורך דין, וכי אין מקום להבחין לעניין תחולתה של הגנה זו בין עבירות שדורשות מחשבה פלילית בדרגה של "כוונה מיוחדת" לעבירות שדורשות מחשבה פלילית "רגילה".

המשיבים מציינים עוד, כי אין כל דרישה בחוק לנקיטה "בכל" האמצעים הסבירים כדי להימנע מטעות בדין, ולטענתם לעיתים אין זה סביר להשתמש באמצעי נוסף לבידור הדין אף אם קיים אמצעי שכזה. אולם מכל מקום טוענים המשיבים, כי במועדים הרלוונטיים לכתב האישום כלל לא הייתה קיימת אפשרות לקבל חוות דעת מקדימה של הרשות להגבלים עסקיים, שכן אפשרות זו הוסדרה בחוק ההגבלים רק בשנת תש"ס עם חקיקתו של סעיף 43 לחוק. המשיבים טוענים עוד, כי עבירת ההסדר הכובל לפי חוק ההגבלים אינה עבירה פלילית "מטבע ברייתה", וכי יישום העבירה במקרה דנן, בו מדובר בהסדרים שנתגבשו במסגרתו של מיזם משותף שהוקם מתוך מטרה מסחרית אמיתית, אינו מובן מאליו וישנה עמימות בחוק ההגבלים בנוגע לתחולתו במצב מעין זה; זאת במיוחד נוכח העובדה כי בשנת 1993, עת הוקמה תמ"ע, לא הייתה כל התייחסות בדין הישראלי לשאלת ההסדרים בין צדדים למיזם משותף. עוד טוענים המשיבים, את תחולת ההגנה של טעות במצב משפטי יש לבחון מנקודת מבטו של הנאשם ולא של עורך דינו.

טענה נוספת, המועלית על ידי מאיר עזרא ודוד עזרא, הינה כי טעות בשאלת היותו של הסדר מסוים "הסדר כובל" לפי חוק ההגבלים הינה טעות בדין לבר-פלילי ולא טעות בדין פלילי, ועל כן יש לבחון אותה בהתאם להגנת הטעות במצב הדברים, הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין, שבגדרה נדרש אך ורק תום לב סובייקטיבי מצידו של הנאשם. לנדסמן מצידו מעלה טענות נוספות להגנתו, המבוססות על הוראות סעיף 48 לחוק ההגבלים, העוסק באחריות מנהלים בתאגיד לעבירות על חוק ההגבלים המבוצעות על ידי התאגיד.

טענות נוספות של המשיבים מתייחסות להתנהלותן של הרשויות בעניינם ולייעוץ המשפטי הקונקרטי שניתן להם. לטענת המשיבים, הקמתה של תמ"ע, תוך שיתוף פעולה בין תנובה למאיר עזרא, הייתה מהלך פומבי וגלוי שלא נעשה כל ניסיון להסתירו. אף הרשות להגבלים עסקיים הייתה מודעת, על-פי הנטען, לעצם הקמתה של תמ"ע, לפעילותה של תמ"ע בתחום יבוא ושיווק הבשר ולמדיניות השיווק שנקבעה על ידה; והמדינה, באמצעות משרד התעשייה והמסחר, אף שיתפה פעולה עם תמ"ע ביבוא



בשר קפוא ארצה. המשיבים מוסיפים וטוענים בהקשר זה, כי עמדתו של הממונה בנוגע להיותה של תמ"ע הסדר כובל, כפי שהוצגה בהחלטותיו ובפגישות שנערכו עמו, הייתה עמומה ולא חד משמעית, והוא עצמו לא סבר כי מדובר במקרה קל ופשוט. בנסיבות אלה, כך נטען, לא נפל כל פגם בכך שהמשיבים הסתמכו על עצות עורכי דינם בעניין חוקיות המיזם או בכך שלא הפסיקו את פעילותו של המיזם המשותף.

בעניין הייעוץ המשפטי שניתן על ידי עו"ד ינובסקי לתנובה וללנדסמן מציינים האחרונים, כי בשנת 1993 שימש עו"ד ינובסקי כיועץ המשפטי הראשי של תנובה מזה שנים רבות, הוא היה מצוי בעיסקת תמ"ע ובעל מומחיות בתחום דיני ההגבלים העסקיים, והוא אף נתבקש באופן ספציפי לבדוק את חוקיות העסקה מבחינת דינים אלה. משערך עו"ד ינובסקי את הבדיקה שנתבקשה ומשהגיע לכלל מסקנה נוכח כל המידע הרלוונטי שהיה מצוי בפניו כי אין מניעה חוקית לפעילותה של תמ"ע, לא היה מקום, כך טוענים תנובה וללנדסמן, לחייבם לפנות בעניין לרשות להגבלים עסקיים או לפעול בדרכים אחרות ל"הכשרת" ההסדר. תנובה וללנדסמן מוסיפים וטוענים, כי עו"ד ינובסקי היה מצוי בקשר שוטף עם הממונה בכל הנוגע לפרקטיקות אנטי-תחרותיות מצידה של תנובה, אולם האחרון נמנע, כאמור, מלנקוט עמדה חד משמעית בעניין תמ"ע. בכל הנוגע לטענות המדינה בדבר התעלמותם של לנדסמן ועו"ד ינובסקי מפסק דין לב הנגב (שבו נדונה, כזכור, פרשה אחרת שבה הואשמו תנובה וללנדסמן בעבירה של הסדר כובל בהקשר של שותפות), טוענים תנובה וללנדסמן, כי הן לנדסמן והן עו"ד ינובסקי היו מודעים לפסק דין זה, וכי מסקנתו של עו"ד ינובסקי בנוגע לחוקיות עיסקת תמ"ע לא נשללה בפסק דין לב הנגב, שכן בניגוד לענייננו השותפות שנדונה באותה פרשה הייתה פיקציה שמטרתה היחידה הייתה להחיל את הסדרי הבלעדיות שבין השותפים.

מאיר עזרא ודוד עזרא מעלים אף הם טענות בנוגע לייעוץ המשפטי שניתן להם, וזאת מצידו של עו"ד ברנדויין. לטענתם, עצתו של עו"ד ברנדויין בנוגע לחוקיות עיסקת תמ"ע ניתנה לאחר בדיקה מעמיקה, שנערכה בהתאם לבקשתו של דוד עזרא לבחון את המהלך של הקמת תמ"ע מבחינת דיני ההגבלים העסקיים. עו"ד ברנדויין, כך על-פי הנטען, היה בעל מומחיות בתחום דיני ההגבלים העסקיים, היה מעורב בעסקה מתחילתה ועד סופה, היה ער לפרטיה ואף נתן גושפנקא משפטית לכל אחד מהם. עו"ד ברנדויין אף היה מעורב בניסוח הפרוטוקול, שבגינו מייחסת המדינה אחריות פלילית למאיר עזרא ולדוד עזרא. מאיר עזרא ודוד עזרא טוענים עוד כי בפגישה שהתקיימה בחודש נובמבר 1993 בין הממונה לדוד עזרא ועו"ד ברנדויין ההתרשמות הייתה כי הממונה אינו סבור שיש בהקמת תמ"ע משום הסדר כובל, ואף בהחלטתו בעניין המיזוג

עם חברת תוחלת גנץ כל שנאמר הוא שההסדר לכאורה עשוי להיות הסדר כובל. על יסוד האמור לעיל טוענים מאיר עזרא ודוד עזרא כי טעותם בנוגע לחוקיותו של ההסדר הכובל, המבוססת על הסתמכותם על עצתו המשפטית של עו"ד ברנדויין, צריכה להקנות להם הגנה מפני אחריות פלילית בגין ההסדר (כאשר לטענתם ההגנה שצריכה לחול בעניינם היא, כאמור, ההגנה של טעות במצב הדברים לפי סעיף 34 לחוק העונשין; אולם, כמובן, שלטענתם חלה בעניינם אף ההגנה של טעות במצב משפטי לפי סעיף 34 לחוק, כפי שקבע בית המשפט המחוזי).

דיון

האם נעשה הסדר כובל בין תנובה למאיר עזרא?

20. דיוננו בערעור יחל בבחינת השאלה האם התקיים בין תנובה למאיר עזרא הסדר כובל, כמשמעותו של מונח זה בחוק ההגבלים. המדינה טענה בכתב האישום שהוגש לבית המשפט המחוזי כי תנובה ומאיר עזרא תיאמו במסגרת תמ"ע את שיווקו בארץ של הבשר הכשר הקפוא, שתמ"ע אמורה הייתה להתחיל לייבא בעקבות החלטת הממשלה משנת 1993 להעביר את יבואו של בשר זה ליבוא מסחרי פרטי. הכבילות שייחסה המדינה לתנובה ולמאיר עזרא היו הן בנוגע לתיאום מחירים והנחות של הבשר ששווק על ידן, והן בנוגע לחלוקת שוק ביחס ללקוחות "הנבחרים" ולכמות המוצרים שתימכר לכל אחת מהן על ידי תמ"ע ותשווק על ידה. כבילות אלה, שבגינן הואשמו המשיבים בביצוע עבירת ההסדר הכובל, מפורטות בפרוטוקול ישיבת דירקטוריון תמ"ע מיום 25.11.93. נוכח חשיבותן לענייננו נביא להלן את נוסח ההחלטות המפורטות בפרוטוקול:

#### "א. שיווק ישיר

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

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

ב. מינוי משווקים

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

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

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

השיקולים אשר ינחו את החברה בכואה להחליט אם ליתן הנחה, יהיו בין השאר, אלה:  
(\* השיעור הממוצע של ההנחות במכירות ללקוחות נבחרים.

(\* היקפי המכירות ללקוח אשר במכירות לו מתבקשת ההנחה.

(\* הביטחונות שנתקבלו מהלקוח ותנאי האשראי הניתנים לו.

6. בגין מכירותיה למשווקים (בניכוי החזרות) תשלם החברה למשווקים עמלה בשיעור של 3% (בתוספת מע"מ) ממחיר הרצפה (ללא מע"מ). לא תשולם עמלה בשיעור שונה ללא החלטה של הדירקטוריון. אם משווק ימכור ללקוח במחיר העולה על מחיר הרצפה, הוא יהיה זכאי למלוא ההפרש בין מחיר הרצפה למחיר המכירה בפועל, ולא תשולם בגין הפרש זה עמלה על-ידי החברה.

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

בית המשפט המחוזי קבע, כזכור, כי החלטות אלה הן ביטוי להסכמות מוקדמות בין תנובה למאיר עזרא שהן בגדר הסדר כובל אסור לפי חוק ההגבלים. ביחס להחלטות המפורטות בסעיפים א.2., ב.2., ב.3. ו-ב.6. קבע בית המשפט קמא כי יש בהן קביעה של תמ"ע בדבר מחירי המינימום שבהם רשאיות תנובה ומאיר עזרא למכור את הבשר ללקוחותיהן. בנוגע לסעיפים א.1. ו-ב.1. לפרוטוקול קבע בית המשפט המחוזי כי אלה משקפים הבנה בין תנובה למאיר עזרא בדבר חלוקת שוק הלקוחות בין תנובה, מאיר עזרא ותמ"ע, כך שרק תמ"ע תוכל למכור בשר ללקוחות שהוגדרו

"לקוחות נבחרים". ביחס לסעיף ב.11. לפרוטוקול קבע בית המשפט המחוזי כי הוא מבטא הצהרת כוונות של תנובה ומאיר עזרא בדבר חלוקת כמויות הבשר שתימכרנה על ידן ללקוחות שאינם הלקוחות הנבחרים.

תנובה ולנדסמן אינם חולקים על פרשנותו של בית המשפט המחוזי באשר לתוכנם של ההסדרים המפורטים בפרוטוקול, אולם הם טוענים כי אין לראותם כהסדרים כובלים אסורים. מאיר עזרא ודוד עזרא חולקים, לעומת זאת, גם על האופן שבו יש לפרש את ההחלטות המפורטות בפרוטוקול. לטענתם, בסעיפי הפרוטוקול המתייחסים למחירי המינימום אין הכוונה לקבוע מה המחירים בהן תוכלנה תנובה ומאיר עזרא למכור את הבשר ללקוחותיהן. מטרת אותם סעיפים, על-פי הנטען, היא לקבוע את המחירים בהם תוכל תמ"ע למכור את הבשר ישירות ללקוחות הנבחרים (סעיף א.2.), ולהבהיר כי תמ"ע לא "תכיר" במכירת בשר על ידי תנובה ומאיר עזרא ללקוחותיהן שלהן במחיר שנמוך ממחיר המינימום, שהוא המחיר אותו תמ"ע אמורה לקבל מהמשווקים, באופן שיטיל על תמ"ע לשאת בעלות ההנחה (סעיפים ב.2. ו-ב.3.). בית המשפט המחוזי דחה את טענות מאיר עזרא ודוד עזרא בנוגע לפרשנות הוראות הפרוטוקול המתייחסות למחירי המינימום, ואף אנו הגענו למסקנה דומה. גם אם ניתן לקבל את טענת מאיר עזרא ודוד עזרא כי סעיף א.2. לפרוטוקול מתייחס למחיר שבו יימכר הבשר ללקוחות הנבחרים, שהם לקוחותיה הישירים של תמ"ע, ולא למחיר שבו תמכרנה תנובה ומאיר עזרא את הבשר ללקוחותיהן, הרי אין בכך כדי לסייע להם. זאת, משום שסעיפים ב.2. וב.3. לפרוטוקול קובעים הגבלה מפורשת על תנובה ומאיר עזרא ביחס למחירי המינימום שבהם הן תמכרנה את הבשר ללקוחותיהן. בלשון הפרוטוקול אין כל עיגון לטענת מאיר עזרא ודוד עזרא כי הכוונה בהוראות אלה הינה רק לכך שתמ"ע לא תכיר במכירה על ידי תנובה ומאיר עזרא מתחת למחירי המינימום אם לא אישרה זאת מראש. להעדר העיגון בלשון הפרוטוקול לפרשנות המוצעת על ידי מאיר עזרא ודוד עזרא בנוגע להוראות המתייחסות למחירי המינימום, מצטרפת העובדה שמסקנתו של בית המשפט המחוזי ביחס לפרשנות הוראות אלה מבוססת על התרשמותו מעדויותיהם בפניו של אנשי תנובה ומאיר עזרא, שהיו מעורבים במגעים בין שתי החברות ובגיבוש מדיניותה של תמ"ע. בנסיבות אלה איננו מוצאים מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי (שכזכור, תנובה ולנדסמן כלל לא חולקים עליה) כי בפרוטוקול אמנם הוחלט על קביעת מחירי מינימום לבשר שיימכר על ידי תנובה ומאיר עזרא ללקוחותיהן.

למסקנה דומה הגענו גם בכל בנוגע להוראות הפרוטוקול המתייחסות לשיווק הבשר ללקוחות הנבחרים (סעיפים א.1 ו.ב.1). קריאת לשון הפרוטוקול מעלה בבירור כי סעיפים אלה קובעים את חלוקת הלקוחות בין תמ"ע מצד אחד, שתשווק ללקוחות הנבחרים לתנובה ומאיר עזרא מן הצד האחר, שתשווקנה ללקוחות שאינם הלקוחות נבחרים. אין כל ביסוס בלשון הפרוטוקול לטענת מאיר עזרא ודוד עזרא כי מטרת ההוראות האמורות הינה אך לשקף את המצב הקיים בפועל בשוק, ואיננו מוצאים מקום להתערב בקביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי כי הפרוטוקול משקף לכל הפחות "הבנה" בין תנובה ומאיר עזרא כי מכירת הבשר ללקוחות הנבחרים תיעשה על ידי תמ"ע ולא על ידי. באופן דומה קובע סעיף ב.11. לפרוטוקול את החלוקה הכמותית של שיווק הבשר בין תנובה למאיר עזרא. אף אם הוראות סעיף זה לא נתפסו על ידי תנובה ומאיר עזרא כהוראות הסכמיות מחייבות ברמה החוזית (טענה אליה נתייחס בהמשך), הרי איננו מוצאים לנכון להתערב בפרשנות שניתנה להן על ידי בית המשפט המחוזי.

סיכומו של דבר, מקובלת עלינו מסקנתו של בית המשפט המחוזי כי בפרוטוקול של תמ"ע אכן נקבעו הוראות המתייחסות למחירי המינימום שבהם תמכורנה תנובה ומאיר עזרא את הבשר ללקוחותיהן, לחלוקת הלקוחות בין תמ"ע מחד ותנובה ומאיר עזרא מאידך ולחלוקה כמותית של שיווק הבשר שיירכש מתמ"ע על ידי תנובה ומאיר עזרא. משהגענו לכלל מסקנה באשר לפרשנות הוראות הפרוטוקול, עלינו לבחון עתה האם הוראות אלה אמנם מהוות הסדר כובל לפי חוק ההגבלים.

21. המונח "הסדר כובל" עצמו מוגדר בסעיף 2 לחוק ההגבלים באופן הבא:

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.

"הסדר  
כובל"

(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".

בפסיקתנו נקבע כי הגדרתו הבסיסית של המונח הסדר כובל בסעיף 2(א) לחוק ההגבלים מורכבת מארבעה רכיבים: קיומו של "הסדר"; ההסדר נעשה בין "בני אדם המנהלים עסקים"; הגבלה המוטלת על לפחות אחד הצדדים להסדר; ההגבלה נעשית באופן העלול למנוע את התחרות בעסקים בין הצד המוגבל לאחרים או להפחיתה (ראו: מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (להלן: עניין בורוביץ), בעמ' 860). סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים מרחיב את ההגדרה הכללית של המונח הסדר כובל בסעיף 2(א) לחוק וקובע מספר חזקות חלוטות, שלפיהן הסדרים שבהם הכבילה נעשית בנוגע לעניינים מסוימים ייחשבו להסדרים כובלים מבלי שיהיה צורך להוכיח כי אותם הסדרים עלולים לפגוע בתחרות. "עניינים" אלה הם, למעשה, תחומים מסוימים שכבילה לגביהם פוגעת מטבעה בתחרות (ראו: דיון נוסף טבעול, בעמ' 96-97; עניין בורוביץ, בעמ' 869). חשוב לציין עוד, כי החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים הן חלוטות לא רק בפן האזרחי והמנהלי של הגדרת הסדר הכובל אלא גם בפן הפלילי של הגדרה זו. על כן כאשר עסקינן בהליך פלילי בנוגע להסדר כובל באשר לאחד מהעניינים המפורטים בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, המדינה אינה נדרשת להוכיח כי הסדר עלול לפגוע בתחרות, ודי בכך שתוכיח ברמת הוודאות הנדרשת בדין הפלילי כי הסדר נוגע לאחד מאותם עניינים (ראו עניין בורוביץ, בעמ' 870-871).

בהמשך להגדרת המונח "הסדר כובל" בסעיף 2 לחוק ההגבלים קובע סעיף 4 לחוק ההגבלים את האיסור להיות צד להסדר כובל שלא "הוכשר" באחת הדרכים הקבועות בחוק (אישור, היתר או פטור), וסעיף 47(א)(1) לחוק ההגבלים קובע כי הפרת האיסור להיות צד להסדר כובל הינה עבירה. נבחן, אפוא, האם התקיים במקרה דנן הסדר כובל הנכנס לגדר האיסור הפלילי שבחוק ההגבלים.

22. שלושה מבין ארבעת רכיביו של הסדר הכובל, שפורטו לעיל, מתקיימים ללא ספק בענייננו. ראשית, ההוראות הקבועות בפרוטוקול עומדות בהגדרת המונח "הסדר" בסעיף 1 לחוק ההגבלים, בו מוגדר מונח זה באופן הבא: "בין במפורש ובין מכללה, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו". בפסיקתנו נקבע כי הגדרה זו הינה רחבה ביותר, וכי היא חלה על כל סוג של הסכמה

בין הצדדים להסדר, גם אם אינה מגעת לכדי חוזה או הסכם מחייבים. עוד נקבע ביחס למונח "הסדר" כי "די ברמה מינימאלית כלשהי של הבנה משותפת, של הסכמה או של שיתוף פעולה בין הצדדים לשם יצירתו" (ראו עניין בורוביץ בעמ' 860-861, וההפניות שם). בהתחשב בהגדרה רחבה זו, ברי כי ההחלטות השונות שהתקבלו במסגרת פרוטוקול תמ"ע, גם אם הן משקפות "הבנה" בין תנוכה למאיר עזרא (כפי שנקבע, ביחס ללקוחות הנבחרים) או שהן בגדר "הצהרות כוונות" בלבד (כפי שנקבע, בכל הנוגע לחלוקת הכמותית של שיווק הבשר בין תנוכה למאיר עזרא), מקיימות את רכיב ה"הסדר" בסעיף 2 לחוק ההגבלים.

שנית, ההחלטות שנקבעו בפרוטוקול אכן מטילות מגבלות על תנוכה ועל מאיר עזרא. מגבלות אלה נוגעות הן למחירי המינימום שבהם הן תהיינה רשאיות למכור את הבשר ללקוחותיהן ולהנחות שהן תוכלנה לתת, והן לאפשרות מכירת הבשר ללקוחות הנבחרים, שיוחדה לתמ"ע.

שלישית, העניינים בהם עוסקים ההסדרים המפורטים בפרוטוקול נכנסים ללא שמץ של ספק לגדר החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, שאינם מחייבות, כאמור, הוכחה של מידת הפוטנציאל לפגיעה בתחרות שטמון בהסדר. כך למשל, הוראות סעיפים 3.ו-6.ב לפרוטוקול עוסקות במחיר המינימום שאותו תדרושנה תנוכה ומאיר עזרא מלקוחותיהן – ומכאן שהן קובעות כבילה בנוגע ל"מחיר שיידרש, שיוצע או שישולם"; סעיפים 1.א ו-1.ב לפרוטוקול קובעים את האופן בו יחולק השיווק ללקוחות בין תמ"ע לתנוכה ומאיר עזרא, ובכך הם קובעים כבילה בנוגע ל"חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו"; וסעיף 11.ב לפרוטוקול קובע את חלוקת כמות המוצרים שתשווקנה תנוכה ומאיר עזרא, שזוהי כבילה בנוגע ל"כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם". צודקת, אפוא, המדינה בטענתה כי העניינים אשר ביחס אליהם הגיעו תנוכה ומאיר עזרא להסדר הקובע הגבלות – הן ביחס למחיר מינימום, הן ביחס לחלוקת השוק והן ביחס לכמות המוצרים שישווקו וחלוקתם נוגעים לגרעין הברור והקשה של דיני ההגבלים העסקיים.

עיקר המחלוקת בין המדינה לתנוכה ומאיר עזרא בנוגע לשאלת היותם של ההסדרים הקבועים בפרוטוקול הסדרים כובלים נסב, אפוא, על השאלה האם מתקיים בענייננו הרכיב הנוסף בהגדרת המונח "הסדר כובל" – עשייתו של ההסדר "בין בני אדם המנהלים עסקים".

23. לטענת המשיבים הדרישה כי ההסדר ייעשה בין "בני אדם המנהלים עסקים" על מנת שייחשב להסדר כובל מכוונת לכך שמדובר בהסדר בין עסקים שונים, ועל כן כאשר מדובר בהסדר בין גורמים שונים הפועלים במסגרת עסקית אחת אין מדובר כלל בהסדר כובל כמשמעו בחוק ההגבלים. מאחר שההסדרים שבגינם הואשמו המשיבים נתקבלו במסגרת תמ"ע והתחייבו, על-פי הנטען, מעצם הקמתה, והיות והם נועדו להסדיר את היחסים בין תמ"ע לבין תנובה ומאיר עזרא, שהן שלוחותיה של תמ"ע לצורך שיווק הבשר שיובא על ידה, טוענים המשיבים כי אין מתקיים בפרשה שלפנינו התנאי כי ההסדר ייעשה בין "בני אדם המנהלים עסקים". ייחוס ההחלטות שנתקבלו על ידי תמ"ע לתנובה ולמאיר עזרא מהווה, כך ממשיכים המשיבים וטוענים, הרמת מסך ההתאגדות של תמ"ע, שאין לה הצדקה, משקבע בית המשפט המחוזי כי תמ"ע לא הוקמה על מנת להסוות את שיתוף הפעולה והתיאומים בין תנובה למאיר עזרא, ומשלא יוחסה להם עבירה בגין עצם הקמתה של תמ"ע, שנעשתה בשל צורך כלכלי אמיתי.

דין טענותיהם של המשיבים בנוגע לתנאי בדבר "בני אדם המנהלים עסקים" להידחות. הדרישה הקבועה בסעיף 2 לחוק ההגבלים, לפיה על מנת שהסדר ייחשב ל"הסדר כובל" עליו להיעשות "בין בני אדם המנהלים עסקים" לא נועדה להבחין בין בני אדם המנהלים "עסק" בלשון יחיד לבני אדם המנהלים "עסקים" בלשון רבים (ראו דיון נוסף טבעול, בעמ' 92). תכליתה של הוראה זו, כפי שנקבע בפסיקתנו, הינה להבחין בין אנשי עסקים וגופים עסקיים אחרים לבין גופים שאינם כאלה, כגון גופים צרכניים או המדינה בתפקידה השלטוני (ראו: ע"א 2768/90 פטרולגו חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 599, 604; דיון נוסף טבעול, בעמ' 92; עניין בורוביץ, בעמ' 862). למותר לציין כי תנובה ומאיר עזרא הינן אכן גופים עסקיים, ועל כן הסדר ביניהן הינו ללא ספק הסדר בין "בני אדם המנהלים עסקים" בהתאם לסעיף 2 לחוק ההגבלים (בהקשר זה יוער, כי הגדרת המונח "אדם" בסעיף 4 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, כוללת גם תאגידים). לפיכך, השאלה שעלינו להכריע בה הינה האם אמנם יש לראות את ההחלטות המפורטות בפרוטוקול תמ"ע כהסדר בין תנובה למאיר עזרא. בית המשפט המחוזי השיב בחיוב לשאלה זו, ולאחר שעיינו בטענות המשיבים איננו מוצאים לנכון להתערב במסקנתו.

במקרה דנן איננו נדרשים להכריע בשאלת תחולתה בדיני ההגבלים העסקיים בישראל של דוקטרינת הישות הכלכלית האחת (single economic unit), שעליה מבססים המשיבים את טענותיהם, או בשאלת היקף האיסור על הסדר כובל בכל הנוגע להסכמות בין מתחרים המתגבשות במסגרתו של מיזם משותף ביניהם (לעניין זה ראו:



כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים), התשס"ו-2006; מ' מזרחי "מיזם משותף כהסדר כובל" משפטים כ"ג (תשנ"ד) 213; United States v. Penn- ; Olin Co. 378 U.S. 158 (1964). כן ראו סעיף 3(5) לחוק ההגבלים, שקובע כי הסדר שהצדדים לו הם חברה וחברת בת שלה לא ייחשב להסדר כובל). מן הממצאים העובדתיים שקבע בית המשפט המחוזי, שהמשיבים כלל אינם משיגים עליהם בערעור שלפנינו, עולה כי ההסדרים בדבר האופן בו תשווק תמ"ע את הבשר הקפוא שייובא על ידה נקבעו על ידי תנובה ומאיר עזרא עוד לפני הקמתה של תמ"ע. בנסיבות אלה אין בעצם העובדה שהסכמות אלה, שמבחינה מהותית התגבשו בין תנובה למאיר עזרא עוד בטרם הקמת תמ"ע, קיבלו לאחר מכן עיגון פורמאלי כהחלטות של דירקטוריון תמ"ע כדי לשלול את אופיין המקורי כהסדר כובל בין תנובה למאיר עזרא. מטעמים דומים איננו נדרשים לדון בטענותיהם של המשיבים כנגד הרמתו כביכול של מסך ההתאגדות של תמ"ע, שכן אין עסקינן כלל בהחלטות פנימיות של תמ"ע המיוחסות לבעלות המניות שלה, אלא מדובר, כאמור, בהסכמות בין תנובה למאיר עזרא שנתגבשו עוד בטרם נוסדה תמ"ע, ולפני שהללו מונו כביכול לסוכנותיה (השוו לדיון נוסף טבעול, בעמ' 92; שם נשארה בצריך עיון שאלת קיומו של הסדר כובל בין שותפים לשותפות בתקופת השותפות, משנמצא כי מדובר בהסדרים שנעשו בין השותפים לפני הקמת השותפות ונועדו לחול בתקופה שלאחר פירוקה). אעיר עם זאת בשולי הדברים כי ספק בעיני האם מן הראוי לעשות שימוש בדוקטרינת הישות הכלכלית האחת, כאשר מדובר בגופים עסקיים כדוגמת תנובה ומאיר עזרא שרובה המכריע של פעילותם העסקית (מלבד ההסכמות ביניהם שנטען כי הן הסדר כובל) נותר עצמאי ובלתי תלוי זה בזה. בהקשר דומה קבע השופט מ' חשין (כתוארו דאז) כי:

"לעניינו של הסדר אי-תחרות, דומה שיש להבחין הבחן-היטב בין מקרה שבו ממזגים שני אנשי-עסקים את עיסוקיהם להיותם של העסקים עסק אחד, לבין מקרה שבו יוצרים שני אנשי-עסקים שותפות אך בחלק [ההדגשה במקור – ד' ב'] מעסקיהם, תוך שכל אחד מן השניים שומר על מסגרת פעילות נפרדת ועצמאית. גם אם אמרנו כי סוג המקרים הראשון לא יציג לפנינו הסדר כובל – בין שהחוק לא יחול מעיקרו על ההסדר ובין שההסדר הסדר כובל הוא אשר יזכה באישור או בפטור – אין כן דינו של המקרה השני. מכל מקום, לעניין התנאי של 'בני אדם המנהלים עסקים', תנאי זה מתקיים במלואו במקרה השני, ובבחינת תכליתו של החוק אין טעם טוב לשלול את חלותו על סוג מקרים זה" (ראו דיון נוסף טבעול, בעמ' 93).

מכל מקום, בנסיבות המקרה דנן אין צורך לקבוע מסמרות בשאלת היקף תחולתה של דוקטרינת הישות הכלכלית האחת בדיני ההגבלים העסקיים במשפטנו, שכן על-פי הממצאים המעוגנים בעובדות שהוכחו שאלה זו אינה מתעוררת כלל.

24. מצאנו, אפוא, כי בין תנובה למאיר עזרא נעשה הסדר כובל כמשמעו של מונח זה בסעיף 2 לחוק ההגבלים, ובפרט כי ההסדר נעשה בנוגע לעניינים המפורטים בחזקות החלוטות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים. הסדר זה לא "הוכשר" באף אחת מן הדרכים המפורטות לכך בחוק ההגבלים, ומשמצאנו כי תנובה ומאיר עזרא היו צד להסדר כובל זה, הרי המסקנה המתבקשת היא כי נתגבש ביחס אליהן היסוד העובדתי של עבירת ההסדר הכובל. בהקשר זה יוער, כי בטענה שחלק מן ההסדרים שפורטו בפרוטוקול לא יושמו הלכה למעשה, אין כדי לסייע לתנובה ומאיר עזרא שכן יישום ההסדר הכובל בפועל כלל אינו נדרש לשם שכלול היסוד העובדתי של עבירת ההסדר הכובל (ראו: ע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105, 121; ע"פ 2929/02 מדינת ישראל נ' סבירסקי, פ"ד נז(3) 135, 142; עניין בורוביץ, בעמ' 857). עוד יצוין, כי בקיומה של הצדקה כלכלית כזו או אחרת להסדר שגובש בין תנובה למאיר עזרא אין כדי למנוע את שכלול עבירת ההסדר הכובל, שכן השיקולים הכלכליים שעשויים להצדיק את "הכשרתו" של הסדר כובל מסוים צריכים להיבחן במסגרת המנגנונים הקבועים לכך בחוק ההגבלים (ראו למשל את השיקולים המפורטים בסעיף 10 לחוק ההגבלים), ואין בהם כשלעצמם כדי לשלול את אופיו של אותו הסדר כהסדר כובל.

באשר ליסוד הנפשי של העבירה, הרי במקרה דנן אין חולק כי המשיבים היו מודעים לפרטי ההסדר בין תנובה למאיר עזרא, ובכלל זה לכבילות שפורטו לאחר מכן בפרוטוקול תמ"ע. על-פי ההלכה שנקבעה בעניין בורוביץ, די במודעות זו על מנת לגבש את היסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל (ראו שם, בעמ' 873). כן יצוין, כי שכלול היסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל אינו דורש מודעות לקיום הרכיב הנורמטיבי של העבירה, היינו מודעות של הנאשם לכך שמעשו הם בגדר "הסדר כובל" אסור לפי חוק ההגבלים (ראו, עניין בורוביץ, בעמ' 875-877). מטעמים שיפורטו להלן, יש למכלול הנסיבות, ובהן מעמדם ועיסוקם הכלכלי של הגורמים שערכו את ההסדר, הניסיון הקודם שהיה לתנובה וללנדסמן בנושא דומה, והיות ההסדר נוגע במובהק באיסורים הקבועים בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים השפעה מכרעת על השאלות שלפנינו, ובעיקר על תחולת ההגנה של טעות במצב משפטי, הקבועה בסעיף 34יט לחוק העונשין.

מצאנו, אפוא, כי הן היסוד העובדתי והן היסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל מתקיימים ביחס לתנובה ולמאיר עזרא. עתה עלינו לבחון האם על אף התקיימות יסודות העבירה לגביהן זכאיות תנובה ומאיר עזרא ליהנות מההגנה של טעות במצב משפטי לפי סעיף 34 לחוק העונשין, כפי שקבע בית המשפט המחוזי.

הגנת הטעות במצב משפטי

25. ההגנה של טעות במצב משפטי, שהביאה לזיכוי המשיבים בבית המשפט קמא, קבועה בסעיף 34 לחוק העונשין. מפאת חשיבותו לענייננו נחזור להלן על נוסח הסעיף:

|  |                                 |
|--|---------------------------------|
| <p>34.ט. לענין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר."</p> | <p>"טעות<br/>במצב<br/>משפטי</p> |
|--|---------------------------------|

הרישא של סעיף 34 הנ"ל מבוססת על הכלל הידוע לפיו אי ידיעת הדין על ידי הנאשם אינה פוטרת אותו מאחריות פלילית (Ignorantia juris non excusat). אולם, הסיפא של הסעיף קובעת חריג לכלל זה בנסיבות בהן טעותו של הנאשם באשר לדין הייתה "בלתי נמנעת באורח סביר". מלשונו של סעיף 34 לחוק העונשין, המתייחס ל"טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו של האיסור", עולה בבירור כי הסעיף נועד לחול במצבים שבהם טעותו של הנאשם הייתה בדין הפלילי. בעניין בורוביץ קבע בית משפט זה, בדונו בהבחנה בין "טעות במצב הדברים" (לפי סעיף 34 לחוק העונשין) ל"טעות במצב משפטי" (לפי סעיף 34 לחוק העונשין), ובהתאם להוראת סעיף 34 כג לחוק העונשין המחיל את הוראות החלק הכללי של החוק אף על עבירות הקבועות בדברי חקיקה אחרים, כי בהעדר "הוראה לסתור" יש לסווג טעות נטענת בנוגע לנורמה עונשית שנקבעה בחוק לבר-פלילי כ"טעות במצב משפטי" כמשמעה בסעיף 34 לחוק העונשין; ולפיקך נקבע, כי יש לבחון טענה בנוגע לטעות בהבנתה של נורמה עונשית שנקבעה בחוק ההגבלים בהתאם להוראות סעיף 34 לחוק העונשין העוסקות ב"טעות במצב משפטי" (ראו עניין בורוביץ, עמ' 930-931). בהתחשב בהלכה זו תיבחנה טענותיהם של המשיבים בענייננו, בנוגע לטעות בהבנת היקף האיסור הפלילי על עשיית הסדר כובל, בהתאם להוראות סעיף 34 לחוק

העונשין. עוד יצוין, כי איננו נדרשים לדון בטענות מאיר עזרא ודוד עזרא, לפיהן טעות באשר להיותו של הסדר מסוים הסדר כובל לפי חוק ההגבלים הינה טעות בדין לבר-פלילי, שיש לדון בה בהתאם להוראות סעיף 34 לחוק העונשין. טענה זו נדחתה מפורשות בפסק הדין בעניין בורוביץ, ואיננו רואים להיזקק לה בענייננו (לעניין ההבחנה בין טעות בדין פלילי לטעות בדין לבר-פלילי ראו ע"פ 389/91 מדינת ישראל נ' ויסמרק, פ"ד מט(5) 705). עוד ראוי לציין, כי המחוקק לא ראה להבחין במפורש בסעיף 34 לחוק העונשין - לעניין מקורן של הטעות וההסתמכות על העמדה המשפטית השגויה - בין הסתמכות על מקור משפטי רשמי, כרשות מוסמכת שנהגה על-פי פרקטיקה שגורה, לבין עצת עורך-דין פרטי בעצה אישית. הבחנה זו הובאה בחשבון ב- Model Penal Code האמריקאי ונתייחס אליה בהמשך (ראו פסקה 29 להלן).

השאלה שבה אנו נדרשים להכריע בכל הנוגע לתחולתה של ההגנה הקבועה בסיפא של סעיף 34 לחוק העונשין הינה האם בנסיבות העניין טעותם של הנאשמים בדין הפלילי, שעל פי קביעתו של בית המשפט המחוזי מקורה בהסתמכות של הנאשמים על עצתם המשפטית של עורכי דינם, שבדיעבד התבררה כמוטעית, יש בה כדי להפוך את הטעות ל"בלתי נמנעת באורח סביר", ובכך לפטור מאחריות פלילית לעבירה שביצעו עקב אותה טעות.

26. החריג שנקבע כפטור מאחריות בסעיף 34 לחוק העונשין, לפיו טעות במצב משפטי שהיא "בלתי נמנעת באורח סביר" תעניק לנאשם הגנה, נחקק במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין ושינה את המצב המשפטי הקודם בנוגע לטעות של נאשם בדין הפלילי. בטרם הוחק התיקון הנ"ל עמד בתוקפו סעיף 12 לחוק העונשין (כנוסחו דאז) שקבע כי: "אי-ידיעת הדין לא תשמש לפטור מאחריות לעבירה, אלא אם נאמר במפורש שידיעת הדין היא אחד מיסודות העבירה". בהתאם להוראות סעיף 12 הנ"ל לא הייתה, אפוא, כל הגנה לנאשם במקרים של טעות בדין הפלילי, למעט במצבים שבהם ידיעת הדין הייתה אחד מיסודות העבירה, שאז ממילא הביאה הטעות בדין לכך שלא התגבשו כל יסודות העבירה (ראו ר' קנאי "העדר מודעות ליסודות העבירה או טעות במצב המשפטי: העבירה של הפרת אמונים כדוגמה" מגמות בפלילים - עיונים בתורת האחריות הפלילית (א' לדרמן עורך, תשס"א) 203 (להלן: קנאי), בעמ' 227). הכלל המסורתי, שעוגן בזמנו בסעיף 12 לחוק העונשין, לפיו אי ידיעת הדין אינה פוטרת מאחריות פלילית התבסס בעיקרו על עקרון החוקיות, שמחייב את קיומו של גבול קבוע בחוק - גבול אובייקטיבי ככל הניתן בין המותר לאסור - שיחול באורח שווה על כלל בני החברה. זאת, מתוך תפיסה שהשאלה האם התנהגות מסוימת מהווה עבירה אם לאו, אינה צריכה להיות מוכרעת בהתאם להבנתו, פרשנותו וידיעותיו

הסובייקטיביות של פרט כזה או אחר אלא בהתאם להכרעתו של המחוקק ולפרשנותן של הרשויות המוסמכות לכך על-פי חוק (ראו, מ' גור-אריה "הסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין – האם פוטרת מאחריות פלילית" עלי משפט ב (תשס"ב) 33 (להלן: גור-אריה), בעמ' 36-37). כלל זה הושתת על החזקה המוחלטת לפיה אין אדם שאינו יודע את החוק ומבין את תוכנו (ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך ב', תשמ"ז) (להלן: פלר) 545).

27. רציונל נוסף עליו מבוסס הכלל לפיו אי ידיעת הדין אינה פוטרת מאחריות פלילית הוא האינטרס לעודד את ידיעת הדין הפלילי נוכח תפקידן החברתי של הנורמות הקבועות בו. האיסורים הקבועים בדין הפלילי בחברה נתונה מבטאים את ההתנהגויות שנתפסות על ידי אותה חברה כאסורות ושלפי תפיסתה של אותה חברה אין מקום להשלים עימן. חלק מאיסורים אלה נוגע לעבירות שעל-פי טיבן הן אסורות בכל חברה נורמטיבית כגון רצח, אונס ושוד. עבירות אלה נותנות ביטוי משפטי למעשים שמבחינה מוסרית הם אסורים מטבעם (*mala in se*), ושלמעשה כלל אין צורך בידעת פוזיטיבית של הדין הפלילי כדי לדעת כי הם אסורים. בנוגע לעבירות מעין אלה כמובן שאין מקום לקבל את הטענה של אי ידיעת הדין, וקשה להעלות על הדעת מצב שבו תיטען טענה זו. אולם, גם עבירות שאינן נוגעות למעשים שהם אסורים מטבע ברייתם מבטאות ערכים ואינטרסים שונים שהם חיוניים לחברה ולהתפתחותה (כגון האינטרס בקיום תחרות חופשית במשק, עליו נועדה להגן עבירת ההסדר הכובל). על כן אף ביחס לעבירות אלה (עבירות ממין *mala prohibita*), וייתכן שבמיוחד לגביהן, מן הראוי לדרוש מהפרט לברר את הדין הפלילי הרלוונטי על מנת לדעת מהם גבולות המותר והאסור של תחומי פעילותו השונים (ראו פלר, בעמ' 550-549). הכרה בכלל לפיו אי ידיעת הדין אינה פוטרת מאחריות פלילית מעורדת, אפוא, את האינטרס החברתי בלמידתו והפנמתו של החוק הפלילי; בהקשר זה מתייחסת פרופ' מרים גור-אריה לחובות שהכלל מטיל על החברה ועל הפרטים השונים בה:

"כידוע, לקביעת האיסורים הפליליים יש מטרה חינוכית – להכריז מהי ההתנהגות הנתפסת על ידי החברה כאסורה, כדי שהפרטים יפנימו את האיסור ולא יעברו על החוק. על החברה מוטל הנטל לגרום לכך שידיעת החוק תהא אפשרית הן באמצעות החובה המופנית למחוקק לנסח את האיסורים באופן ברור, הן באמצעות החובה לדאוג לפרסומו של האיסור הפלילי והן בדרך של הטלת מגבלות מיוחדות על דרכי הפרשנות של האיסור הפלילי. על הפרט מוטלת חובה להתעניין בחוק שפורסם ולוודא מה הם האיסורים המגבילים אותו בהתנהגותו" (ראו גור-אריה בעמ' 42).

לעומת זאת, החשש הוא כי מצב בו טעות בדין הפלילי תקנה לפרטים הגנה מפני אחריות בפלילים עלול לעודד בורות ביחס לדין הפלילי, ולהביא לכך שאותם פרטים יבקשו להמעיט ככל הניתן בידיעת הדין כדי לצמצם את אחריותם הפלילית (ראו: ב"צ להב "אי ידיעת הדין" מחקרי משפט ו (תשמ"ח) 165 (להלן: להב), 180-179; ע' אזר "אי-ידיעת הדין ועצה רשמית מוטעית במשפט הפלילי" עיוני משפט י (תשמ"ה) 535 (להלן: אזר), בעמ' 537).

28. העקרון לפיו ככלל אי ידיעת הדין הפלילי לא תשמש הגנה מפני אחריות בפלילים מהווה, אפוא, עקרון יסוד בדיני העונשין שלנו, כמו גם בשיטות משפט נוספות. עם זאת, לעיתים וכאשר עסקינן בעבירות שאינן פליליות מטבע ברייתן, עלול עיקרון בסיסי זה להתנגש עם עקרון יסוד חשוב אחר של המשפט הפלילי - הוא העקרון שלפיו אין עבירה בפלילים ללא אשמה. מקורה של התנגשות זו הוא בכך שכאשר אדם עשה מעשה מסוים, שהוא עבירה פלילית, מתוך טעות בדין, משמעות הדבר היא שאותו אדם הניח כי ביצוע המעשה הוא מותר, או לכל הפחות אינו בגדר עבירה פלילית. בנסיבות מעין אלה עלול להתעורר חשש שהעמידה על הכלל לפיו טעות בדין אינה פוטרת מאחריות פלילית אינה עולה בקנה אחד עם דרישת האשמה. קושי זה מתעורר במיוחד בעידן המודרני בו כל פרט כפוף למספר רב של איסורים שונים שחלקם הם בתחומים מורכבים (כגון מיסוי, הגבלים עסקיים, איכות הסביבה וניירות ערך) בהם נדרשת מידה בלתי-מבוטלת של מומחיות מקצועית על מנת לאתר מהן הנורמות הרלוונטיות החלות במקרה מסוים. לעיתים הנורמות עצמן מנוסחות בלשון שאינה מובנת להדיוטות, ופרשנות החוק אף היא לעיתים אינה פשוטה והיא עשויה לעורר מחלוקת בין ערכאות שיפוטיות שונות. בנסיבות אלה החלטה ללא סייג של חזקת המודעות לדין נראית בלתי מציאותית ומנוגדת לתחושת הצדק (ראו, פלר עמ' 554-553; מ' גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי)" משפטים כ"ד (תשנ"ד) 9 (להלן: גור אריה - הצעת חוק העונשין), בעמ' 62).

29. שיטות משפט שונות התמודדו עם שאלת היחס בין העקרון שאי ידיעת הדין אינה פוטרת מאחריות לבין עקרון האשמה. על מנת למתן את התוצאות הנובעות מההתנגשות בין הכלל לפיו אי ידיעת הדין אינה פוטרת מאחריות פלילית לבין עקרון האשמה הוכרה בשיטות משפט קונטיננטליות שונות ההגנה, לפיה כאשר טעותו המשפטית של הנאשם הייתה בלתי נמנעת יהיה הנאשם פטור מאחריות פלילית. ההגנה המבוססת על תיאורית האשמה פותחה במשפט הגרמני; נקודת המוצא של הגנה זו

מעוגנת בתפיסה שהיסוד הנפשי של העבירה אמנם אינו כולל מודעות למצב המשפטי, אולם כדי להרשיע אדם בעבירה נדרש גם יסוד של אשמה. טעות משפטית, שאדם לא יכול היה למנוע אותה, שוללת על פי גישה זו את יסוד האשמה, ועל כן מן הראוי שתהווה הגנה מפני אחריות בפלילים (ראו: אדר, בעמ' 540-542; קנאי, בעמ' 226-227; פלד, בעמ' 555). בשיטת המשפט הגרמנית התיאוריה האמורה באה לידי ביטוי בסעיף 17 לקוד הפלילי הגרמני, שהסיפא של סעיף 34 ל חוק העונשין נוסחה במתכונת דומה לו. הוראת הסעיף קובעת כי טעות משפטית תהווה סייג לאחריות בפלילים, אם הנאשם לא יכול היה למנוע אותה (ובתרגום לאנגלית: "If during the commission of an act the perpetrator lacks the appreciation that he is doing something wrong, he acts without guilt if he was unable to avoid the mistake"; התרגום לקוח מ- The American Series of Foreign Penal Codes – Germany (2002)). נקודה מעניינת נוספת בנוגע לסעיף 17 הנ"ל היא שהסעיף ממשיך וקובע כי אם הנאשם יכול היה להימנע מן הטעות היא תוכל לשמש אך כנימוק להקלה בעונש.

ראוי לציין, כי גם במשפט האמריקאי נדונה סוגיית הטעות בדין אך ננקטה גישה שונה מהגישה הקונטיננטלית. ככלל במשפט הפלילי הנוהג בארצות הברית טעות בדין אינה משמשת הגנה מפני אחריות בפלילים, כאשר החריג המרכזי לכך הוא עבירות שהיסוד הנפשי הנדרש בהן הוא של כוונה להפר את החוק, שבהן הטעות בדין עשויה לשלול את קיום המחשבה הפלילית הנדרשת לשם שכלול העבירה (ראו: Cheek v. United States, 498 U.S. 192 (1991)). עוד יוער, כי בהתאם לגישות השונות הנוהגות במשפט הגרמני ובמשפט האמריקאי בנוגע לסוגיית הטעות בדין מתייחסות שתי שיטות המשפט הללו באופן שונה לטעות בדין שמקורה בהסתמכות על עצת עורך דין. בעוד שבמשפט הפלילי הגרמני ההגנה של טעות בדין, הקבועה בסעיף 17 לקוד הפלילי הגרמני, עשויה - ככלל ובתנאים שונים הנוגעים, בין היתר, לכשירותו המקצועית של עורך הדין ולאופן מתן הייעוץ המשפטי - לחול גם על מצב בו הטעות נובעת מהסתמכות על עצת עורך דין (ראו H. Schumann "Criminal Law" in *Introduction to German Law* (W.F. Ebke and M.W. Finkin eds., 1996) at pp. 395-396); הרי על-פי הגישה המקובלת במשפט האמריקאי, ההסתמכות על עצת המשפטית השגויה של עורך הדין תשמש כהגנה מפני אחריות בפלילים רק אם אותה הסתמכות שוללת את התקיימות היסוד הנפשי הנדרש בעבירה מסוימת (ראו: 21 Am. Jur. 2d Criminal Law ; *Bisno v. U.S.*, 299 F.2d 711, at pp. 719-720 (2006) §156). בהמשך לגישה זו סעיף 2.04(3)(b) ל-Model Penal Code האמריקאי, שמכיר בקיום הגנה של טעות בדין על בסיס הסתמכות על עמדה משפטית שגויה,

מגביל את תחולת הגנה זו למספר מצבים קונקרטיים שבהם ההסתמכות התבססה על מקור משפטי רשמי - כגון חיקוק, החלטה שיפוטית או היתר מנהלי - שמאוחר יותר נמצא כחסר תוקף או שגוי.

30. הסייג מפני אחריות פלילית, הקבוע בסיפא של 34 לט"ל לחוק העונשין, במצב בו טעותו של הנאשם באשר לדין הפלילי הייתה בלתי נמנעת באורח סביר נועד, אפוא, לבטא את עקרון האשמה, ולמנוע את הפגיעה בתחושת הצדק שעלולה להיווצר במצב בו אדם מורשע בעבירה בשל טעות בדין שהוא לא יכול למנוע אותה בדרך סבירה כלשהי. בדומה לגישה הנוהגת במשפט הגרמני ובניגוד לגישה הנוהגת במשפט האמריקאי, הסייג הקובע בסעיף 34 לט"ל לחוק העונשין הינו סייג כללי מפני אחריות פלילית, והוא אינו מוגבל רק לעבירות שרמת המחשבה הפלילית הנדרשת בהן היא גבוהה יותר מזו של מחשבה פלילית "רגילה" בהתאם לסעיף 20 לחוק העונשין.

בהתייחסה לתכליתו של סייג זה מציינת המלומדת פרופ' מרים גור-אריה כי:

"ההנחה הסמויה בהקשר זה היא, כי ההכרה בטעות בחוק הפלילי אינה משפיעה על גבולות האיסור. אלה מתפרשים על ידי בית המשפט המוסמך, ורק על ידו. הפטור מאחריות מוענק משום שלא יהיה זה הוגן לייחס אחריות למי שלמרות מאמצים סבירים שעשה לא יכול היה לדעת נכונה את הגבולות האמיתיים של האיסור כפי שאלה נקבעו על ידי הגוף המוסמך" (ראו גור-אריה הצעת חוק העונשין, בעמ' 63).

הוראות סעיף 34 לט"ל לחוק העונשין מבטאות, אם כן, את נקודת האיזון שקבע המחוקק הישראלי בתיקון 39 לחוק בין הרציונלים העומדים ביסוד הכלל לפיו טעות במצב המשפטי אינה פוטרת מאחריות בפלילים לבין הצורך בשמירה על עקרון האשמה בפלילים. הכלל לפיו טעות בדין הפלילי אינה מהווה הגנה מפני אחריות בפלילים עדיין חל במשפטנו גם לאחר תיקון 39, אולם מאז חקיקתו של סעיף 34 לט"ל לחוק העונשין נקבע חריג לכלל זה במצבים בהם טעותו המשפטית של הנאשם הייתה "בלתי נמנעת באורח סביר" (יצוין, כי סעיף 34 לט"ל לחוק העונשין חל בענייננו על אף שהעבירות המיוחסות למשיבים בוצעו לפני כניסתו לתוקף של תיקון 39 לחוק העונשין, משום שמדובר בחיקוק מקל, כמשמעו בסעיף 5(א) לחוק העונשין). חשוב לציין עוד, כי הנטל לעורר את הטענה בדבר תחולתה של ההגנה הקבועה בסעיף 34 לט"ל לחוק העונשין ולהביא ראיות לגביה מוטל על הנאשם, שכן החזקה הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין היא שמעשה נעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית.



משהעלה הנאשם את הטענה בדבר טעות במצב משפטי והביא ראיות בנדון, שיש בהן כדי לעורר ספק סביר בדבר תחולת הסייג, נדרשת התביעה, בהתאם להוראת סעיף 34כב(ב) לחוק העונשין, להוכיח מעבר לספק סביר כי סייג זה לאחריות פלילית אינו מתקיים בעניינו של הנאשם (ראו ע"פ 4675/97 רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 337, 368-372).

טעות בלתי נמנעת באורח סביר – יסודות ההגנה ותנאי התקיימותה

31. השאלה שמעוררת הסיפא של סעיף 34יט לחוק העונשין בעניינו הינה כיצד יש לפרש את הדרישה לכך שטעותו של הנאשם באשר למצב המשפטי תהיה בלתי נמנעת באורח סביר. מבחינה לשונית מבוססת דרישה זו על שני רכיבים: האחד, קיומה של "טעות"; האחר היותה של הטעות "בלתי נמנעת באורח סביר".

הרכיב הראשון - רכיב ה"טעות" – הינו רכיב סובייקטיבי המכוון לכך שהנאשם אכן טעה טעות בדין הפלילי. מן הרישא של סעיף 34יט עולה כי טעות זו יכולה להיות הן באשר לעצם קיומו של איסור פלילי במקרה מסוים והן באשר להבנתו של האיסור (ראו עניין בורוביץ בעמ' 931-932; להבחנה בין שני סוגי הטעויות ראו פלד, בעמ' 545-546). על מנת שיהיה זכאי להגנה מפני אחריות בפלילים טעותו הסובייקטיבית של הנאשם צריכה להיות טעות כנה ובתום לב. נאשם שחשד כי מעשהו אינו חוקי ובמקום לברר זאת עצם את עיניו אל מול חשד זה לא יוכל ליהנות מההגנה של טעות במצב משפטי, שכן הגנה זו נועדה להבטיח, כאמור בפסקה 30 לעיל, את השמירה על עקרון האשמה; כאשר טעותו של נאשם אינה טעות כנה ובתום לב או כאשר מתעורר בקרבו של נאשם חשד כי מעשהו הוא בלתי חוקי, אך הוא עוצם את עיניו ואינו עושה דבר כדי לברר זאת, אין כל הצדקה לסטות מן הכלל כי טעות בדין הפלילי אינה פוטרת מאחריות פלילית (ראו עניין בורוביץ, בעמ' 935).

הרכיב השני – היותה של הטעות "בלתי נמנעת באורח סביר" – מגדיר את סוג הטעות במצב המשפטי שיש בה משום הגנה בפלילים. רכיב זה קובע סטנדרט אובייקטיבי באשר למהותה של הטעות המשפטית של הנאשם. על פי אמת המידה האובייקטיבית רק טעות בלתי נמנעת באורח סביר עשויה לפטור את הנאשם מאחריות בפלילים. ודוק: אין די בכך שטעותו של הנאשם באשר לדין הפלילי תהיה "טעות סבירה". הדרישה לכך שהטעות תהיה בלתי נמנעת באורח סביר מצביעה על כך שרק אם לא היה בידי הנאשם למנוע את הטעות למרות שפעל באורח סביר, הוא ייחנה מההגנה של טעות במצב משפטי. אם נקיטת האמצעים לא הייתה אפשרית באורח סביר

בהתאם לנסיבות העניין, או אם למרות שאמצעים אלה ננקטו, עדיין הייתה טעותו של הנאשם בלתי נמנעת, תשלול הטעות בדין הפלילי את אחריותו הפלילית של הנאשם (ראו גור-אריה הצעת חוק העונשין, בעמ' 63). חשוב לציין בהקשר זה כי המחוקק נקט לשון כללית בסעיף 34 לחוק העונשין, ולא הגדיר רשימה סגורה בשיטה קזואיסטית של נסיבות שבהן טעותו של הנאשם באשר למצב המשפטי תפטור אותו מאחריות בפלילים.

מן הראוי להעיר עוד, כי בהוספת המבחן האובייקטיבי של טעות משפטית שהיא "בלתי נמנעת באורח סביר" יש כדי לחדד את ההבחנה בין ההגנה של טעות במצב משפטי לפי סעיף 34 לחוק העונשין לבין ההגנה של טעות במצב הדברים בהתאם לסעיף 34 לחוק העונשין, שקובע מבחן סובייקטיבי בלבד, של אדם "העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים". מבחן סובייקטיבי זה נקבע בתיקון 39 לחוק העונשין, והוא שינה את הדרישה שהייתה מצויה בעבר בסעיף 17 לחוק העונשין, בו נקבע מבחן סובייקטיבי ומבחן אובייקטיבי כאחד, כאשר היה על טעותו של הנאשם במצב הדברים להיות "כנה וסבירה" על מנת לפטור אותו מאחריות בפלילים (ראו ע"פ 4260/93 חג' יחיא נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 869, 873; לדעה לפיה תיקון 39 לחוק העונשין הותיר את הדין שהיה קיים לעניין טעות במצב הדברים ראו ש"ז פלר "טעות במצב הדברים" מחקרי משפט יב (1995) 5).

32. ההגנה הנדונה בפנינו היא מצומצמת, מעצם היותה חריג לכלל הרחב בדיני העונשין שלנו, ומגבלותיה באות לידי ביטוי בכך ששני הרכיבים שבסיפא – היות הטעות "בלתי נמנעת" וב"אורח סביר" הינם רכיבים אובייקטיביים המציבים רף גבוה לאותה הגנה. המסקנה המתבקשת מן האמור לעיל הינה כי השאלה האם טעותו של הנאשם בדין הפלילי הייתה בלתי נמנעת באורח סביר, תוכרע בהתאם לאמצעים שעמדו לרשותו לבירור הדין במקרה מסוים, לסוג העבירה שלגביה מתעוררת טענת הטעות בדין, ולמידת המאמץ שהקדיש הנאשם לבירור הדין תוך שימוש באמצעים הסבירים שעמדו לרשותו; כמו גם לנתוני הרקע של הנאשם וגיבוש המודעות שלו ליסודות העבירה בהתאם לכישוריו האינדיבידואליים. בחירתו של הנאשם באמצעי מסוים לבירור הדין, כמו גם היקף האמצעים שבהם עליו לנקוט, כפופים למבחן של סבירות. בהקשר זה מקובלת עלינו טענת המשיבים כי אין בלשונו של סעיף 34 לחוק העונשין או בתכליתו כדי לחייב נאשם לנקוט "בכל" האמצעים האפשריים העומדים לרשותו לבירור הדין. אם אכן נקט הנאשם באמצעים סבירים, בהתחשב בסוג העבירה ובמורכבותה ובהתחשב בנתונים שיכול היה להשיג במאמץ סביר בנסיבות העניין לשם

בירור הדין הפלילי, ולמרות כל אלה הוא טעה בדין, מן הראוי שטעותו של הנאשם תיחשב לבלתי נמנעת באורח סביר.

א. מניעה אובייקטיבית אינה מניעה מוחלטת אלא מניעות באורח סביר

33. על פי הרף שקבע המחוקק לעניין ההגנה הנדונה, אין די בכך שהנאשם לא היה רשולן באשר לדין הפלילי כדי שיהיה פטור מאחריות פלילית; אולם מנגד יש בדרישת הסבירות הקבועה בסעיף 34 לטחוק העונשין כדי למנוע מהנאשם את הצורך לנקוט באמצעים מכל סוג. לפיכך, יחויב אמנם הנאשם לנקוט באמצעים לבירור הדין הפלילי הרלוונטי לעניינו אם מבקש הוא פטור מאחריות בגין אותה הגנה. כאמור, אמצעים אלה לא יהיו בהכרח "כל" האמצעים האפשריים באופן אבסולוטי, אלא האמצעים הסבירים בנסיבות.

עוד נציין כי אף תכליתה של ההגנה הקבועה בסעיף האמור - למנוע הטלת אחריות פלילית על אדם שאין בו אשם - תומכת במסקנה כי אין לצמצם את ההגנה של טעות בדין רק למצבים שבהם קיימת מניעה אובייקטיבית מוחלטת לדעת את הדין. כפי שיפורט בהמשך, בתנאים מסוימים ומוגבלים תחול ההגנה אף כאשר הנאשם היה מודע לקיומו של הדין הפלילי הרלוונטי, אך פעל רק לאחר שבחן מראש את תחולת הדין על התנהגותו והסתמך על מידע או ייעוץ מקצועי רציני בנסיבות העניין, באשר לפרשנות הדין; ובלבד שהנאשם ביצע את העבירה לאחר שלא עלה בידו באורח סביר למנוע את הטעות המשפטית.

ב. ההגנה חלה על טעות משפטית בין אם היא נסמכת על עמדת הרשות הרשמית, ובין אם ניתנה כעצת עורך דין

34. לשונו הרחבה של סעיף 34 לטחוק העונשין, איננה קובעת מגבלה לגבי מקור הטעות בדין או סיבתה והיא מאפשרת לכלול בגדר ההגנה גם טעות שמקורה בהסתמכות על עצתו המשפטית השגויה של עורך דין. אין לומר, איפוא, כי רק הסתמכות על עצה או פרשנות של גורם רשמי עשויה לשמש הגנה בשל טעות משפטית. מקובלת עלינו טענת המשיבים כי בתנאים מסוימים עשויה גם ההסתמכות על עצתו המשפטית של עורך דין לפטור את הנאשם מאחריות פלילית. גישה זו עולה גם ממאמרו של המלומד פרופ' ש"ז פלר, מאבותיה של ההגנה האמורה בדיני העונשין שלנו, שכתב כך:

"כאשר טעותו המשפטית של הפרט הינה פרי הסתמכות סבירה – ובהכרח גם כנה – על פרשנות החוק, הפעלתו או יישומו, המוטעים, מטעם רשות מוסמכת, אזי צריך להסכים כי טעות כאמור הינה בלתי נמנעת באורח סביר, ולכן גם מן הראוי שתשמש עילה לשחרור מאחריות פלילית. זאת, אף מבלי להצטמצם לפרשנות 'רשמית' בלבד, כיון שאדם עשוי לפעול כך גם תוך הסתמכות סבירה על ייעוץ מקצועי מוטעה. לכן, אין טעם, לדעתנו, לקבוע מראש רשימה סגורה של מקורות או בסיסים של פרשנות מוטעית 'מוסמכת', עליהם סביר להסתמך. העיקר הוא, שלפי שיקול דעתו של בית המשפט, טעותו של האדם היתה, בנסיבות העניין, בלתי נמנעת באורח סביר ולכן, עדיף להשאיר את ההכרעה לשיקול דעת זה" (ראו ש"ז פלר "טעות בחוק הפלילי או הלבר-פלילי, היכן הגבול?" משפטים ה (תשל"ד) 508, 562-563; לגישה דומה ראו גם גור-אריה הצעת חוק העונשין, בעמ' 63).

אף כי אמרנו כי תחולתה של ההגנה אינה מותנית בקיומה של פרשנות רשמית לדין, וגם עצת עורך דין עשויה לשמש הגנה, הרי ניתן לקבוע כי יש להבחין בין משקלה של טענת ההגנה כשמדובר בעצה משפטית שמקורה בפרשנות רשמית לדין לבין עצה משפטית שמקורה בייעוץ משפטי של עורך-דין. מן הראוי לציין עוד, כי אף המדינה אינה חולקת על כך שעצם העובדה שנאשם פעל בהסתמך על עצת עורך דינו היא נסיבה שיש להביאה בחשבון, כאשר באים להכריע בתחולתה של ההגנה הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין. בערעור אף הסכימה המדינה שיתכנו מצבים בהם טעותו של הנאשם בדין הפלילי, שמקורה בעצתו המשפטית השגויה של עורך דינו, תפטור אותו מאחריות בפלילים לעבירה שביצע תוך הסתמכות על אותה עצה. עם זאת, לטענת המדינה במקרים רבים לא יהיה בקבלת עצת עורך דין משום נקיטת כל האמצעים הסבירים לבירור הדין, ולפיכך לא יהיה בה כדי להביא את הנאשם בגדרי הסייג. עמדתה זו של המדינה מקובלת עלינו. הסוגיה המהותית שבה עלינו להכריע, שנראה כי היא העומדת במוקד המחלוקת בין הצדדים, הינה באילו נסיבות תוכל הסתמכותו של נאשם על עצתו המשפטית של עורך דינו להוות נקיטה באמצעים סבירים עד כדי היות טעותו טעות בלתי נמנעת כמשמעותה בחוק, אשר יש בה כדי לפטור את הנאשם מאחריות פלילית בהתאם לסעיף 34 לחוק העונשין.

משקיבלנו את הטענה כי ההגנה שקבע המחוקק מאפשרת בנסיבות מתאימות הכרה בעצת עורך דין כהגנה עקב קיומה של טעות בדין, עלינו להביא בחשבון את הצורך ליתן פרשנות מצמצמת להיקף ההגנה; הן בשל היות ההגנה חריג לכלל הרחב

לפיו טעות בדין אינה פוטרת מאחריות והן משום שיש בהגנה זו סיכונים לא מעטים לפגיעה באינטרס הציבורי המוגן בחוק העונשין; לפיכך בצד ההכרה בקיומה של טעות שבדין כסייג חדש מפני האחריות הפלילית, יש להביא בחשבון את הסיכונים והמהמורות, ולקבוע ככל האפשר אמות מידה שיתוו את גבולותיה של ההגנה, או לכל הפחות יעניקו כלים על מנת לתחום את ההגנה לתכלית האמיתית שלשמה נקבע הפטור מאחריות בהיעדר יסוד של אשמה.

ג. חסרונותיה או סיכונה של ההגנה לאינטרס הציבורי באכיפה

35. ככלל מקובלת עלינו טענת המדינה כי מתן פטור מאחריות בפלילים על יסוד הסתמכות הנאשם על עצתו המשפטית השגויה של עורך דינו טומנת בחובה מספר סכנות. הסכנות העיקריות לדעתנו בהקשר זה הן החשש מפני שימוש לרעה בהגנה שיביא לרכישת חוות דעת "מוזמנות" שיעניקו חסינות ופטור מאחריות פלילית; והחשש מפני אי הטמעתן בפועל של הנורמות הקבועות בדין הפלילי (ראו גור-אריה, בעמ' 47-49).

החשש מפני רכישת חוות דעת משפטיות "מוזמנות" רלוונטי במיוחד ביחס לעבירות "כלכליות" מורכבות (כגון עבירת ההסדר הכולל ועבירות מס), שרובן ככולן הן עבירות ממין "mala prohibita", שלא בהכרח קיימת אינטואיציה מוסרית וחברתית "טבעית" לגבי משמעותן. ביחס לעבירות אלה יוכל במקרים לא מעטים משפטן מוכשר, במיוחד כאשר הוראות הדין הרלוונטיות טרם זכו לפרשנות מוסמכת של בית המשפט, ליתן חוות דעת משפטית באשר לחוקיות מעשיו של לקוחו שתתיישב עם האינטרסים של אותו לקוח. טענת המשיבים, כי ישנן דרכים לאיין חשש זה, ובהן האפשרות לנקוט בהליכים פליליים ומשמעתיים נגד עורכי דין וכן אילוץ להגן על חוות דעתם בפני בית המשפט, היא גישה המרחיבה יתר על המידה את הגנת ההסתמכות על עצת עורך-דין ועלולה להכביד באופן משמעותי על הגשמת התכלית של אכיפת הנורמה הפלילית. גישה זו גם עלולה להטיל נטל כבד ולהעבירה ממבצע העבירה לנותן העצה המשפטית, עורך הדין שאינו צד להליך הפלילי. מכל מקום, אף אם האמצעים המוצעים על ידי באי כוח המשיבים עשויים להיות ישימים במקרים מסוימים, הרי במקרים רבים אחרים לא יהיה בהם, כפי שטוענת המדינה, כדי להסיר באופן ממשי את החשש מפני רכישת חוות דעת "מוזמנות". בהקשר זה נאמר במאמרו של המלומד ב"צ להב כך:

"רבים הם המקרים שאפשר לכתוב שתי חוות דעת מקיפות ומלומדות שתזכינה לתשבחות מפי בית המשפט, ושתוצאותיהן תהיינה הפוכות... שהרי כמעט

תמיד יוכל נאשם לקבל חוות דעת מלומדת ומקיפה שתוצאתה תתאים לציפיותיו. כך תהיה הפנייה לעורך דין לפיקציה שנועדה להוכיח את ניסיונו, כביכול, של הנאשם לברר את הדין. הוכחת זדון בכתיבת חוות דעת, כאמור, כמעט בלתי אפשרית, מה עוד שעורך דין אינו חייב לכתוב חוות דעת התואמת את מסקנתו של בית המשפט ובלבד שחוות הדעת תהא מבוססת כראוי, ואת זה לא יתקשה עורך דין טוב לעשות" (ראו להב, בעמ' 205).

עוד אין להתעלם מכך שההגנה המקנה מעמד של הגנה לעצת עורך-דין מעלה חששות מסוגים נוספים שהמשמעותי שבהם הוא החשש של יצירת פער בלתי שוויוני בין נאשמים בעלי אמצעים שיוכלו להישען על חוות דעת של עורכי דין בעלי מוניטין לבין נאשמים שמתעמים כלכליים אין להם גישה לעורכי-דין בעלי התמחות ורמה מקצועית מוכרת. נוטה אני לדעה שהתשובה העיקרית לכך היא בפיתוח מנגנונים חלופיים של ייעוץ מוקדם מטעם גורמים מקצועיים רשמיים - מנגנון שמאז ביצוע העבירות נשוא ההליך שלפנינו הונהג בהוראת סעיף 43 לחוק ההגבלים בכל הנוגע להגבלים עסקיים; לחוות דעת מוקדמת של גורם רשמי מוסמך יהיה, כמובן, משקל רב יותר מאשר לחוות דעת מייעצת פרטית. הייעוץ הרשמי המוקדם בעבירות כלכליות ואחרות הנוגעות להסדרה ופיקוח, אשר יש רשויות המופקדות על אכיפתן, עשוי לפתור חלק ניכר מהקשיים שעלול לעורר ייעוץ משפטי פרטי. נציין כי החששות הטמונים במתן פטור מאחריות בפלילים בגין טעות בדין הפלילי של נאשמים, שהסתמכו על עצתם המשפטית השגויה של עורכי דינם, אינם מצדיקים את שלילתה של הגנה זו מכל וכל. תוצאה כזו אינה עולה בקנה אחד עם לשונו של סעיף 34 לחוק העונשין או עם תכליתו, שהיא מניעת הרשעתם של אנשים שלא דבק בהם אשם; ולמעשה, גם המדינה אינה טוענת שזו התוצאה הראויה. עם זאת, מקובלת עלינו טענת המדינה כי החששות האמורים מצדיקים הקפדה יתרה ומשנה זהירות בבואנו לקבוע אם נאשם זכאי ליהנות מפטור מאחריות בפלילים כשהגנתו מבוססת על הסתמכות על עצתו המשפטית השגויה של עורך דינו.

לפיכך, ייאמר כי על אף שאין מניעה עקרונית להחיל את ההגנה של טעות במצב משפטי לפי סעיף 34 לחוק העונשין בנסיבות בהן מקורה של הטעות בנסיבות של הסתמכות של הנאשם על עצת עורך דין; נראה כי אמות המידה שיש לאמץ לשם בחינת התקיימותה של ההגנה בדבר טעות בלתי נמנעת באורח סביר, הן מטבע הדברים קפדניות יותר מאלה שראוי להפעיל כאשר נאשם מבקש להשתית הגנתו על עצתו או עמדתו המשפטית של גורם רשמי מוסמך.

36. יאמר תחילה כי כדי שתקום ההגנה של טעות במצב משפטי בעניינו של אדם מסויים, הטענה של אותו אדם כי הסתמך על חוות דעתו של עורך דין בעניין צריכה, כשלעצמה, לעמוד במבחן של סבירות. מבחן זה ייושם בהתאם לנסיבות הקונקרטיות הנוגעות לאותו אדם, לאפשרויות הקיימות לבירור המצב המשפטי ולשאלה המשפטית שהתעוררה בעניינו. ככל שמדובר בשאלה משפטית מורכבת יותר שהדין לגביה אינו ברור וחד משמעי, כך תהא ההסתמכות על ייעוץ מקצועי לרבות עצת עורך דין בנוגע לאותה שאלה סבירה יותר. לעומת זאת, ככל שמדובר בשאלה מורכבת פחות וככל שההתנהגות שחוקייתה נבחנת קרובה יותר ל"גרעין הקשה" של העבירה הנדונה, כך תפחת סבירות ההסתמכות על עצת עורך דין כמכשירה את אותה התנהגות. הסתמכות כזו הנוגעת למצב דעתו הסובייקטיבי של הנאשם המבקש להישען עליה תלויה במידה רבה אף במעמדו ובניסיונו המקצועי של האדם המבקש להסתמך על עצת עורך הדין. ממילא יש בנתונים הסובייקטיביים כדי להשליך על ההכרעה בדבר סבירות ההסתמכות על העצה שניתנה. ככל שאדם הוא בעל עמדה מקצועית בכירה יותר וככל שניסיונו המקצועי רב יותר, כך מצופה ממנו להיות בקיא ומודע יותר לדינים הנוגעים לתחומי עיסוקו ולסוגיות הבעייתיות הכרוכות בהם; בנסיבות כאלה, הסתמכות "עיוורת" שלו על עצת עורך דין בנוגע לאותם דינים תהיה פחות סבירה. בנוסף חשוב לציין כי לאופי השאלה המשפטית הנבחנת ולתפקידו של האדם, המבקש להסתמך על עצתו המשפטית של עורך דינו, ישנה חשיבות לא רק לעניין טענת ההסתמכות על הייעוץ המשפטי, אלא היא נוגעת גם לאופייה של הטעות בהקשר של תום ליבו ומצבו הסובייקטיבי של אותו אדם.

נעיר עוד כי נוכח לשונו ותכליתו של סעיף 34<sup>34</sup> לחוק העונשין, המבחן האובייקטיבי הקבוע בו והקשיים הטמונים בהרחבה יתרה של הגנת ההסתמכות על עצת עורך-דין, הרי בכל הנוגע להגנה הקבועה בסעיף 34<sup>34</sup> לחוק העונשין מן הראוי לאמץ אמות מידה מחמירות יותר להסתמכות על עצת עורך דין מאלה שנקבעו בפסק הדין בפרשת הורביץ (פסק דינו של השופט אור, שם, בעמ' 155-160).

37. בין הנתונים הראויים לשמש אבן בוחן לקיומה של הגנת הטעות בדין עקב הסתמכות על ייעוץ משפטי, וכדי שההסתמכות על עצת עורך דין תשמש טענת הגנה על פי סעיף 34<sup>34</sup> יט, יש להביא בחשבון את הנתונים ואמות המידה המפורטות להן, ככלי עזר לבחינת היות הטעות בלתי נמנעת.

ראשית, על הייעוץ המשפטי להתבסס על מלוא התשתית העובדתית הרלוונטית למקרה מסוים. היינו, על הנאשם המבקש לקבל חוות דעת משפטית לחשוף בפני הגורם המייעץ את כל העובדות הרלוונטיות למקרה שלגביו מתבקשת חוות הדעת. ניתן להניח כי במרבית המקרים לקוח המבקש לקבל ייעוץ משפטי בשאלת הדין הרלוונטי לפעולה שהוא מתכוון לבצע מודע לעובדות הנדרשות לשם מתן הייעוץ, ולפיכך נדרש הוא לחשוף בפני עורך הדין את כל הנסיבות הרלוונטיות ולמסור לו את המידע המדויק הדרוש לו לשם מתן העצה. עם זאת לעיתים, ובמיוחד כאשר מדובר בעורך דין המצוי באופן שוטף בענייניו של הלקוח, עשויה התשתית העובדתית לחוות הדעת להתבסס גם על הידיעות המצויות בידיעתו האישית של עורך הדין, ובלבד שמבקש חוות הדעת משוכנע כי העובדות הן בידיעת עורך דינו.

שנית, על אדם המבקש לקבל חוות דעת לעניין הדין הנוהג בשאלה מסוימת לפנות לעורך דין בעל מומחיות בתחום שבו מתבקשת חוות הדעת המשפטית. הפנייה לקבלת הייעוץ מחייבת, כאמור, פירוט כל העובדות הרלוונטיות בפני אותו מומחה. למותר לציין כי נוכח ההיקף והמגוון של הנורמות החלות בענפי המשפט השונים יקשה, למצער ברובם המכריע של המקרים, על עורך דין להיות בעל בקיאות גבוהה בכל אותם ענפים. על כן אדם המעוניין באמת ובתמים להימנע מהפרת האיסורים הפליליים החלים בתחום מסוים, כגון בעבירות כלכליות, בעבירות מס, הגבליים עסקיים וניירות ערך, ומעוניין לקבל חוות דעת משפטית עליה יוכל להסתמך לשם כך, נדרש לפנות לעורך דין שהוא, ככל שידיעתו מגעת, בעל מומחיות באותו תחום. מן הראוי לציין בהקשר זה, כי על אף שתחומי המומחיות של עורכי הדין השונים בישראל אינם מוסדרים באורח רשמי, הרי אנו סבורים שככלל אדם סביר הפועל בתום-לב ומעוניין להימנע מהפרת החוק יכול לאתר ללא קושי רב במיוחד עורך דין בעל מומחיות בתחום הרלוונטי לעניינו. עם זאת, פנייה לעורך דין שלכאורה אינו בעל המומחיות המיוחדת, כשלעצמה, אין בה כדי לשלול את תוקפה של ההגנה והכל תלוי בתום ליבו של הפונה.

שלישית, על מנת שעצה משפטית תקנה לאדם העומד לדין פלילי את האפשרות ליהנות מן ההגנה של טעות במצב משפטי עליה להיות רצינית על פניה, ולפיכך מן הראוי שבדרך כלל תהא בידו חוות דעת משפטית בכתב. תפקידה של דרישת הכתב בכל הנוגע להגנה הקבועה בסעיף 34<sup>34</sup> לחוק העונשין הוא בעיקר במישור הראייתי, אף כי יש לה ערך גם במישור המהותי. בכל הנוגע למישור המהותי, הרי מטבע הדברים חוות דעת כתובה בנוגע לחוקיותם של מעשה או עיסקה מסוימים, תהא מוקפדת ותוכנו של



הייעוץ עליו מתבססת התנהגותו של הטוען להגנה יהיה ברור, ובעל משקל רב יותר. במישור הראייתי תיתן חוות הדעת הכתובה לבית המשפט אפשרות לבחון מהי בדיוק העצה המשפטית שניתנה ללקוח על ידי עורך דינו, וכך להעריך טוב יותר את קיומה של ההגנה של טעות בדין ואת סבירות האמצעים שננקטו על ידי הנאשם לשם בירור הדין. זאת ועוד, יש בחוות דעת כתובה כדי לחזק את רצינות הטענה של הסתמכות הנאשם על ייעוץ משפטי שניתן לו. בכל הנוגע לסוגיית הכתב יש לאבחן בין המצב שנבחן בפרשת הורביץ בו נדונה שאלת התקיימות היסוד הנפשי הנדרש לעבירת כוונה מיוחדת שהיא סובייקטיבית במהותה, לבין נסיבות בהן הטענה מועלית בהקשר של סעיף 34יט לחוק העונשין, שבו קבוע המבחן של טעות משפטית שהיא "בלתי נמנעת באורח סביר". יוער כי מקובל עלינו שאין לקבוע דרישה מוחלטת לחוות דעת כתובה, אך ברי כי בדרך כלל ייעוץ משפטי שאינו ניתן בכתב לא יעמוד, ברף הנדרש לקביעת היות הטעות "בלתי נמנעת באורח סביר".

רביעית, חוות דעת משפטית שיש בה כדי לשמש הגנה מפני אחריות בפלילים כהגנה בלעדית, הינה בעלת ערך ומשקל רק אם נקט הנאשם באמצעי האמור לבירור הדין בהיעדר אמצעים אחרים מתאימים יותר, כגון חוות דעת מוקדמת של רשות מוסמכת לפרש את הדין שהיא מחילה על הנסיבות מן הסוג הנדון, קיומו של פסק דין קודם ונהלים או הנחיות המקובלים לאותו עניין. על כך יש להוסיף כי אם יש בידי המסתמך על הטעות בדין מידע קונקרטי הנוגע לסוגיה הנדונה, הוא ילקח בחשבון בעת בדיקת כנות הטעות וכנות ההסתמכות על האמצעים שנקט כדי למנוע טעות בדין. אם יינקטו על ידי הנאשם אמצעים כאמור, יוכל הוא ליהנות מההגנה של טעות במצב משפטי, אף אם בסופם של הליכים יחליט בית המשפט שדן בעניינו לאמץ עמדה משפטית שונה מזו המופיעה בחוות הדעת שקיבל; והכל אם ישוכנע בית המשפט כי על אף שהנאשם נקט באמצעים ראויים וברורים לבירור הדין היתה טעותו באשר לדין בלתי נמנעת.

לסיכום חלק זה נעיר עוד, כי אמות המידה שפורטו לעיל אינן מהוות רשימה סגורה, וניתן להניח כי בפסיקה שתפתח ביחס לפרשנות הסייג שבסעיף 34יט לחוק העונשין יפותחו אמות מידה נוספות לבחינת השאלה אם הייעוץ המשפטי שניתן לנאשם יש בו כדי לבסס את הסתמכותו הנטענת על טעות בדין. לא למותר להזכיר עוד, כי על מנת ליהנות מההגנה של טעות במצב משפטי הסתמכותו של הלקוח על עצת עורך דינו צריך שתיעשה בתום-לב. כפי שהבהרנו בפסקה 31 לעיל, כאשר הלקוח אינו טועה מבחינה סובייקטיבית טעות כנה בנוגע לדין הפלילי, או כאשר הלקוח חושד בכך

שמעשהו הוא אסור, הרי נתקיים בו היסוד הנפשי שבעבירה ולא יהיה בחוות דעתו של עורך דינו ואף לא של גורם מייעץ אחר, כדי לפטור אותו מאחריות פלילית.

38. הסוגיה הנוספת, שבה אנו נדרשים להכריע, הינה מה הנפקות שיש לייחס לקיומה של אפשרות לפנות לרשות המנהלית המוסמכת על מנת לקבל את עצת המשפטית, כאשר הנאשם בחר שלא להשתמש באפשרות זאת, והעדיף להסתמך על עצת המשפטית ה"פרטית" של עורך דינו (בהנחה, כמובן, שעצתו של עורך הדין נתקבלה בהתאם לתנאים שפורטו לעיל). לטענת המדינה עצם קיומה של אפשרות, העומדת בפני נאשם לפנות לרשות מוסמכת ולקבל הבהרות או הנחיות בנוגע לחוקיות מעשיו, צריך שתהווה נסיבה מכרעת ובעלת משקל רב, כאשר באים להכריע האם הנאשם עשה את כל הנדרש ממנו כדי לברר את הדין. המשיבים טוענים, לעומת זאת, כי אין ליתן עדיפות לעצה שלטונית על פני עצתו של עורך דין פרטי, וכי אין לצמצם את ההגנה הקבועה בסעיף 34 לטעם לחוק העונשין באופן המוצע על ידי המדינה.

בלא לקבוע כללים נוקשים, עמדנו במחלוקת זו נוטה לעמדה שהציגה המדינה. כאמור בפסקה 32 לעיל, בחירתו של נאשם באמצעים לבירור הדין הפלילי הרלוונטי לעניינו נדרשת לעמוד במבחן של סבירות. כאשר קיימת בפועל אפשרות ממשית לקבל את עמדת המשפטית של הרשות המוסמכת, ובמיוחד במצב בו ישנו הסדר סטטוטורי המאפשר זאת (כמו ההסדר הקבוע כיום בסעיף 43 לחוק ההגבלים), טעותו בדין של הנאשם, שהעדיף להסתמך על עצת המשפטית של עורך דינו ולא לפנות לרשות המוסמכת, נראית על פני הדברים כטעות שאינה בלתי נמנעת באורח סביר. בנסיבות מעין-אלה יש להניח כי הנאשם יידרש להבהיר מדוע לא פנו הוא או בא-כוחו לרשות המוסמכת בבקשה לקבל את עמדת המשפטית, בטרם ישכנע את בית המשפט כי אכן טעה טעות בלתי נמנעת באורח סביר. הנטל על הנאשם בנסיבות כאלה הוא להבהיר מדוע בנסיבות העניין הסתפק בעצת המשפטית של עורך דינו ומדוע היה זה אמצעי סביר, על אף קיום האפשרות לקבל את עמדת המשפטית של הרשות המוסמכת; לכאורה אין מניעה עקרונית שאותו נאשם ייהנה מההגנה הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין, אך הנטל שיוטל עליו לשכנע בעניין זה, כי אכן הייתה כאן טעות בלתי נמנעת באורח סביר, יהיה כבד יותר. למותר להוסיף כי במצב בו אין מתקיימת כלל אפשרות לפנייה לרשויות אין בעצם אי הפנייה של הנאשם לרשות כדי להפוך את טעותו המשפטית של אותו נאשם, שבחר להסתמך על עצת המשפטית של עורך דינו, לטעות שאינה בלתי נמנעת באורח סביר.

האם המשיבים "טעו" בדין?

39. בערעור שלפנינו טוענת המדינה כי ההגנה הקבועה בסעיף 34 ל<sup>34</sup> לחוק העונשין אינה מתקיימת בעניינם של המשיבים, שכן מבחינה סובייקטיבית הם כלל לא "טעו" בתום לב טעות כנה בדין הפלילי, ומבחינה אובייקטיבית טעותם לא הייתה "בלתי נמנעת באורח סביר". יצוין, עם זאת, כי המדינה אינה חולקת על כך שהמשיבים קבלו ייעוץ משפטי מעורכי דינם לגבי עסקת תמ"ע וכי לפי ייעוץ משפטי זה לא הייתה מניעה חוקית לביצוע העסקה מבחינת דיני ההגבלים העסקיים. המשיבים מצידם אינם טוענים כי לא היו מודעים לקיומו של חוק ההגבלים העסקיים ולאיסור הקיים בו על עשיית הסדרים כובלים, אלא שלטענתם נוכח הייעוץ המשפטי שניתן להם הם טעו בדין בכל הנוגע ליישומו של האיסור על הסדרים כובלים בעניינם.

בנוגע לתנובה וללנדסמן מבססת המדינה את טענותיה לחוסר תום הלב לעניין הטעות על פסק דין לב הנגב ועל החלטת הממונה בבקשת המיזוג בין תנובה לבין חברת עוף הנגב. בפרשה שנדונה בפסק דין לב הנגב הורשעו תנובה ולנדסמן על ידי בית משפט השלום בעבירה של עשיית הסדר כובל בנוגע לשותפות שהקימו תנובה וחברות אחרות למכירת טובין מסוגים שונים בקניון "לב הנגב" בבאר שבע, שבמסגרתה נקבע כי לכל אחד מהשותפים תהיה זכות בלעדית לשווק לשותפות את המוצרים אשר בתחום התמחותו. בית משפט השלום, שהרשיע את תנובה ולנדסמן, קבע כי לעצם קיומה של השותפות אין השלכה על היותו או אי היותו של הסדר מסוים הסדר כובל. בפסק דין לב הנגב, שניתן ביום 1.9.93 (זמן קצר לאחר הקמת תמ"ע ולפני ישיבת דירקטוריון תמ"ע שבה נדונה מדיניות השיווק שהוסכמה בין תנובה למאיר עזרא) אישר בית המשפט המחוזי את קביעתו של בית המשפט השלום בנוגע לכך שהקמת שותפות אינה פוטרת את השותפים מתחולת דיני ההגבלים העסקיים, אף כי החליט על זיכויים מטעמים אחרים. בהתבסס על עובדות אלה טוענת המדינה כי בעת כינון שיתוף הפעולה עם מאיר עזרא והקמת תמ"ע היו לנדסמן ותנובה בבחינת מורשעים בפלילים בעבירת הסדר כובל בפרשה שנסיונותיה דומות, לטענת המדינה, לנסיבות המקרה דנן. למרות זאת, כך טוענת המדינה, התעלמו תנובה ולנדסמן התעלמות מכוונת מהשלכות הפרשה על חוקיות שיתוף הפעולה בין תנובה למאיר עזרא. טענות דומות מעלה המדינה גם בנוגע להתייחסותם של תנובה ולנדסמן להחלטת הממונה מיום 6.7.94 לגבי המיזוג בין תנובה לחברת עוף הנגב, שבה ציין הממונה ביחס לתמ"ע כי: "מיזם זה נמצא

בבדיקתנו באספקלריית התאמתו לדיני ההגבלים העסקיים". לטענת המדינה היה על תנובה ולנדסמן לדעת כי החלטה זו מעלה סימני שאלה סביב חוקיותו של מיזם תמ"ע ולכל הפחות היה עליהם להעמיד את חוקיות המיזם לבחינה מחודשת.

בנוסף לטענותיה בנוגע לחוסר תום לב מצידם של לנדסמן ותנובה מעלה המדינה טענות דומות גם ביחס לדוד עזרא ומאיר עזרא. טענות אלה מבוססות בעיקרן על מספר התייחסויות של הממונה למיזם תמ"ע. בהקשר זה מפנה המדינה לפגישה שנערכה בחודש נובמבר 1993 בין דוד עזרא ועו"ד ברנדויין לבין הממונה, שבה הביע הממונה את הסתייגותו משיתוף הפעולה בין תנובה למאיר עזרא. התייחסות נוספת של הממונה לעניין שיתוף הפעולה בין תנובה למאיר עזרא הופיעה בהחלטתו מיום 4.2.94 בנוגע למיזוג בין מאיר עזרא לחברת תוחלת גנץ וחברות נוספות, שבה הביע הממונה את חששותיו משיתוף הפעולה בין תנובה ומאיר עזרא, וציין כי לכאורה עשוי ההסכם בין תנובה למאיר עזרא להוות הסדר כובל לפי סעיף 2 לחוק ההגבלים, וכי בכוונתו לבדוק את משמעויות ההסדרים בין מאיר עזרא לתנובה באספקלריית ההגבלים העסקיים.

40. לאחר שעיינו בטענות המדינה, לא מצאנו כי מתעורר צורך להתערב בממצא העובדתי שקבע בית המשפט המחוזי בדבר טעותם המשפטית הסובייקטיבית של המשיבים; וזאת נוכח קביעתנו בדבר היסוד האובייקטיבי של הגנת הטעות בדין. נעיר עוד כי נותנים אנו משקל גם לכך שממצא זה מבוסס על התרשמותו של בית המשפט מעדויותיהם בפניו של לנדסמן ודוד עזרא וכן של עורכי הדין ינובסקי וברנדויין, שנתנו את הייעוץ המשפטי לתנובה ולמאיר עזרא, עליו נסמכת טענת המשיבים לטעות בדין.

עם זאת, יש להדגיש כי מן החומר שבפנינו עולה כי טעותם המשפטית של המשיבים נגעה אך ורק לשאלת תחולתו של האיסור על עריכת הסדרים כובלים בנסיבות בהן ההסדר הכובל נעשה בין מתחרים לקראת הקמתו של מיזם משותף, שבמסגרתו אמור להיות מופעל אותו הסדר. המשיבים לא טעו – ובנסיבות העניין אף לא יכלו בכנות ובתום לב לטעות – באשר לעצם היותן של הכבילות שפורטו בפרוטוקול הסדרים כובלים אסורים לפי חוק ההגבלים. כבילות אלה הנוגעות, בין היתר, למחירי המינימום שבהן תשווקנה תנובה ומאיר עזרא את הבשר המיובא ללקוחותיהן ולחלוקת השוק של שיווק הבשר בין שתי החברות ובינן לבין תמ"ע הן כבילות בוטות וחד משמעיות. עסקינן, כפי שמציינת המדינה, בכבילות המצויות בגרעין הקשה של דיני ההגבלים העסקיים, והן אף נכנסות לגדר החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים. כאשר מדובר בכבילות מעין אלה יקשה ביותר

על איש עסקים מנוסה ובר-דעת - ובמיוחד על אנשי עסקים כדוגמת לנדסמן ודוד עזרא, שאינם מכחישים את מודעותם לקיומו של חוק ההגבלים ולאיסור הקבוע בו על עריכת הסדרים כובלים – לעמוד בנטל המוטל עליהם בהתאם לסעיף 34 ל חוק העונשין ולעורר ספק סביר באשר לקיומה של טעות כנה ובתום לב בנוגע לחוקיותם של הסדרים כובלים מעין אלה. נוכח הבעייתיות שמעוררים ההסדרים שגובשו בין תנוכה למאיר עזרא, שהמשיבים היו מודעים לה, הסתפקו המשיבים בעצת עורכי דינם הקבועים, לפיה הקמת מיזם תמ"ע מכשירה את ההתקשרות מבחינת דיני ההגבלים העסקיים. מדובר בפנייה סתמית ובלתי מנומקת לעורכי הדין ובתשובה שניתנה בעל-פה, ללא חוות דעת משפטית בכתב ובלא הנמקה שיש בה כדי להניח את הדעת; האמנם ניתן היה להסתפק באורח סביר בתשובה לפיה מיזם משותף אשר במסגרתו יופעלו הסדרים כובלים שגובשו לפני הקמת המיזם, יכשיר את אי החוקיות הבוטה הטמונה בהסדרים אלה.

האם טעותם של המשיבים הייתה "בלתי נמנעת באורח סביר"?

41. נבחן, אפוא, האם הייעוץ המשפטי שניתן למשיבים הפך את טעותם בדיני ההגבלים העסקיים, כפי שהוסברה לעיל, לבלתי נמנעת באורח סביר.

ההסדרים הכובלים נשוא הערעור שלפנינו, כפי שנקבעו בפרוטוקול מיום 25.11.93, הם הסדרים הנוגעים, כאמור, לגרעין הקשה של הגדרת ההסדר הכובל בחוק ההגבלים, והם נכנסים בבירור לגדר החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, בהיותם נוגעים למחירים מוסכמים ולחלוקת שוק. המשיבים היו בעלי רקע עסקי מבוסס בתחום קביעת המחירים והשיווק, ואף נטלו חלק בבירורים המוקדמים בפרשה שלפנינו. תנוכה ולנדסמן אף היו בעלי ניסיון קודם עקב העמדתם לדין בפרשת לב הנגב, ואילו דוד עזרא פנה במסגרת הבירור לממונה על ההגבלים העסקיים. לפיכך, הסתמכות על חוות דעת משפטית בעל-פה ללא פירוט והנמקה, שלפיה ניתן לערוך הסכמים מן הסוג שהם ערכו; וכי אלה אינם בגדר הסדר כובל אסור רק מפני שהמתחרים עורכי ההסכם החליטו לאמצו למסגרת של גוף שלישי שאותו הקימו, אינה עולה כדי טעות "בלתי נמנעת באורח סביר".

ההסדרים האמורים גובשו עוד בטרם הוקמה תמ"ע ולקראת הקמתה כפתרון עוקף חוק. נורות האזהרה האדומות נדלקו לנגד עיני המשיבים ובמצב דברים זה אין לומר כי ננקטו כל האמצעים הסבירים למניעת הטעות בדבר חוקיות ההסדרים.

המשיבים הסתפקו בייעוץ שניתן בעל-פה וללא חוות דעת כתובה ומבלי להתייחס להבחנה מפורשת לב הנגב, שתנובה ולנדסמן היו מודעים לה באותה תקופה ממש, ואף מבלי מענה מפורש לספקות שהעלה הממונה בפני דוד עזרא. במצב דברים זה יש כדי להשפיע על שאלת היותה של הטעות המשפטית, שבצילה ביקשו לחסות, "בלתי נמנעת באורח סביר". המשיבים, שהיו, על-פי גירסתם שלהם, מודעים לקיומם של דיני ההגבלים העסקיים ואף ביקשו לבחון את חוקיות מיזם תמ"ע בהתאם לדינים אלה, הסתפקו במתן תשובה סתמית ובעל-פה לשאלה המשפטית שהציגו לעורכי דינם.

42. על כך יש להוסיף כי גם מעמדם של לנדסמן ודוד עזרא כמנהלים בכירים בתאגידיהם וכבעלי ניסיון עסקי רב חייב אותם להיות מודעים באופן אישי לבעייתיות שמעוררים מיזם תמ"ע וההסדרים שנקבעו במסגרתו מבחינת דיני ההגבלים העסקיים. אף אם טעותם המשפטית של השניים הייתה מבחינה סובייקטיבית טעות כנה, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, הרי נוכח מהות ההסדרים בין תנובה למאיר עזרא, שהיו במובהק הסדרים כובלים, הסתמכותם של לנדסמן ודוד עזרא על הייעוץ המשפטי שניתן להם, מבלי להתעמק בעניין ומבלי לדרוש מעורכי דינם לכל הפחות חוות דעת מנומקת ומבוססת, הייתה בלתי סבירה. חוסר הסבירות של המשיבים בהסתמכותם על הייעוץ המשפטי, כפי שניתן להם במקרה דנן, בולט במיוחד נוכח האינדיקציות הקונקרטיות שעמדו בפניהם דבר הבעייתיות שכרוכה במיזם תמ"ע.

כך, מבחינתו של לנדסמן בולט חוסר הסבירות של התנהלותו נוכח הקביעה המפורשת בפסק דין לב הנגב, שאין בהקמתה של שותפות בין מתחרים כדי לאפשר את עקיפת דיני ההגבלים העסקיים. אף אם השאלה המשפטית שהתעוררה באותו מקרה לא הייתה זהה לזו שנדונה במקרה שלפנינו, הרי די היה בדמיון שבין שתי הפרשות כדי לחייב את לנדסמן לפעול לקבלת הבהרות ברורות ומנומקות בדבר ההבחנה בין שתי הסיטואציות. אף אם נניח לטובתו של לנדסמן, כי כפי שקבע בית המשפט המחוזי, הוא אכן טעה טעות כנה בנוגע לסוגיה של השפעת המיזם המשותף על חוקיות ההסדר הכובל, הרי בוודאי שאין מדובר בטעות משפטית העומדת ברף האובייקטיבי הגבוה הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין של טעות שהיא "בלתי נמנעת באורח סביר". באופן דומה נדרש דוד עזרא, שנפגש עם הממונה והיה מודע להסתייגותו של האחרון מחוקיות מיזם תמ"ע, לפעול לקבלת עמדה משפטית מנומקת ומפורטת, שתבהיר בבירור מדוע על אף הסתייגות הממונה לא מפר מיזם תמ"ע את דיני ההגבלים העסקיים. בהעדר פעולה כזו או פעולה אחרת כלשהי מצידו של דוד עזרא לבירור המצב המשפטי לאשורו, הרי טעותו המשפטית - אף אם נניח כי מבחינה סובייקטיבית מדובר בטעות כנה - אינה טעות "בלתי נמנעת באורח סביר".

אשר על כן, אין לומר כי בנסיבות העניין, אם אכן טעו המשיבים בתום לב, הייתה טעותם המשפטית "בלתי נמנעת באורח סביר".

בהקשר זה חשוב לציין עוד, כי בפרשה שלפנינו אחריותם הפלילית הספציפית של לנדסמן ודוד עזרא להסדר הכובל, שתנובה ומאיר עזרא היו צדדים לו, מבוססת על הוראת סעיף 48 לחוק ההגבלים, שמטילה אחריות פלילית על עבירה לפי חוק ההגבלים, שביצע תאגיד, גם על מי שהיה מנהל פעיל בתאגיד בשעת ביצוע העבירה (ראו: ע"פ 4148/03 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 629; עניין בורוביץ, בעמ' 929-928). משאין חולק כי לנדסמן ודוד עזרא היו מודעים להסדר הכובל בענייננו, ובהתחשב בכך שהסתמכותם על הייעוץ המשפטי שניתן להם, כפי שניתן, הייתה בלתי סבירה, המסקנה המתבקשת היא כי אין מתקיימת בעניינם ההגנה הקבועה בסיפא של סעיף 48 לחוק ההגבלים, שחלה על מנהל פעיל בתאגיד שהוכיח כי "העבירה נעברה שלא בידיעתו ושנקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק זה". בשולי הדברים יצוין, כי נוכח מעורבותם הישירה של לנדסמן ודוד עזרא בהסדר הכובל שנדון בענייננו, ובהיותם אורגנים של תנובה ומאיר עזרא, לא הייתה, לכאורה, מניעה במקרה דנן להטיל עליהם אחריות פלילית ישירה בגין הסדר כובל זה (ראו: ע"פ 7399/95 נחשתן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105, 121; עניין בורוביץ, בעמ' 859-858). עם זאת, משצוין בכתב האישום כי לנדסמן ודוד עזרא מואשמים בעבירה לפי חוק ההגבלים מכוח סעיף 48 לחוק, ומשנמצא כי הם אכן נושאים באחריות פלילית מכוח סעיף זה, איננו מוצאים לנכון לקבוע מסמרות בשאלת אחריותם הפלילית הישירה של השניים להסדר הכובל שנדון בענייננו.

עוד יצוין, כי משמצאנו כי בנסיבות המקרה דנן הייתה הסתמכותם של המשיבים על הייעוץ המשפטי שניתן להם על ידי עורכי דינם בלתי סבירה, איננו נדרשים להכריע בטענות הצדדים בדבר האפשרות (או העדר האפשרות) שעמדה בפני המשיבים לקבל את עמדתה המשפטית של הרשות להגבלים עסקיים בסוגיה שלגביה אירעה טעותם המשפטית.

סיכום

43. משנמצא כי המשיבים גיבשו ביניהם הסדר כובל, כמשמעותו בחוק ההגבלים, וכי אין מקום להחיל לגביהם את ההגנה של טעות במצב משפטי לפי סעיף 34 לחוק העונשין, עקב הקביעה שהטעות לא הייתה "בלתי נמנעת באורח סביר", המסקנה

המתבקשת היא כי דין הערעור להתקבל. לפיכך, התוצאה היא כי תנובה ומאיר עזרא מורשעות בכך שהיו צד להסדר כובל לפי סעיף 2 בצירוף סעיף 47(א)(1) לחוק ההגבלים, ואילו לנדסמן ודוד עזרא מורשעים בעבירה הנזכרת מכוח הסעיפים האמורים בצירוף סעיף 48 לחוק ההגבלים. משמצאנו כי יש להרשיע את המשיבים בביצוע עבירה לפי חוק ההגבלים, ומאחר שאנו מצויים היום שנים רבות לאחר ביצוע העבירה וכאחת עשרה שנים לאחר הגשת כתב האישום, לא נעלם מאיתנו הקושי שמעורר חלוף הזמן. קושי זה הטרידנו ביותר אך הגענו למסקנה כי אין מנוס מהרשעה.

מטענותיה של המדינה בפנינו עולה כי מטרתה העיקרית בהגשת הערעור דנן - למעלה משמונה שנים לאחר ביצוע העבירה - הייתה להעמיד הלכה על מכונה בנוגע לפרשנותו של סעיף 34 לחוק העונשין ולהיקף ההגנה הקבועה בו. זאת, מתוך חשש של המדינה כי פסק דינו של בית המשפט קמא הרחיב הגנה זו יתר על המידה, באופן שעלול להשליך אף על עבירות "צווארון לבן" נוספות. חלוף הזמן מאז ביצוע העבירה נשוא כתב האישום, כמפורט לעיל, יובא בגדר שיקולינו לעניין העונש (לעניין חלוף הזמן מאז ביצוע העבירה כשיקול להקלה בעונש ראו: ע"פ 2848/90 אטא נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 837; ע"פ 3632/92 גבאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(4) 487). אף העובדה כי בית המשפט המחוזי קבע שטעותם המשפטית של המשיבים הייתה טעות כנה מצדיקה בנסיבות המקרה דנן התחשבות גם מצד התביעה לעניין העונש המבוקש. נביא כל אלה בחשבון לאחר שיישמעו טענות הצדדים לפנינו לעניין גזר הדין.

אשר על כן, הערעור מתקבל והמשיבים מורשעים בזאת בעבירה המיוחסת להם בכתב האישום.

ה נ ש י א ה

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט



השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, כ"ח בתשרי התשס"ח (10.10.2007).

שופט

שופט

הנשיאה