



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 1656/16

ע"פ 1665/16

ע"פ 1674/16

לפני: כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט א' שהם
כבוד השופטת ע' ברון

המערערים בע"פ 1656/16
והמשיבים 1-3 בע"פ 1665/16: ישעיהו דוידוביץ
אלומות חולון בע"מ
מאפיית דוידוביץ ובניו בע"מ

המערער בע"פ 1674/16
והמשיב 4 בע"פ 1665/16: יהודה שניידמן

נ ג ד

המשיבה בע"פ 1656/16 ובע"פ
1674/16
והמערערת בע"פ 1665/16: מדינת ישראל
המשיבה 5 בע"פ 1665/16: י. את א. ברמן בע"מ

ערעורים על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי
בירושלים מיום 9.7.2015 ועל גזר דינו מיום 13.01.2016
בת"פ 28192-08-12 שניתנו על ידי כב' השופט ע' שחם

תאריך הישיבה: ז' בכסלו התשע"ז (7.12.2016)

בשם המערערים בע"פ
1656/16 והמשיבים 1-3 בע"פ
1665/16: עו"ד איריס ניב-סבאג; עו"ד קרן בירן-בנדלק;
עו"ד אור קרן

בשם המערער בע"פ 1674/16
והמשיב 4 בע"פ 1665/16: עו"ד ירון קוסטליץ; עו"ד איילת כהן

בשם המשיבה בע"פ 1656/16
ובע"פ 1674/16
והמערערת בע"פ 1665/16: עו"ד מוזס אסף

בשם המשיבה 5 בע"פ
:1665/16

עו"ד תמר תורג'מן-קדם; עו"ד זיו שוורץ

פסק-דין חלקי

השופט י' דנציגר:

לפנינו שלושה ערעורים שעניינם הכרעת הדין שניתנה ביום 9.7.2015 וגזר הדין שניתן ביום 13.1.2016 בת"פ 28192-08-12 על ידי בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט ע' שחם).

ע"פ 1656/16 הוא ערעורם של ישעיהו דוידוביץ (להלן: דוידוביץ), אלומות חולון בע"מ (להלן: מאפיית אלומות) ומאפיית דוידוביץ ובניו בע"מ (להלן: מאפיית דוידוביץ, השלושה ייקראו להלן יחדיו: קבוצת דוידוביץ) על הכרעת הדין וגזר הדין; ע"פ 1674/16 הוא ערעורו של יהודה שניידמן (להלן: שניידמן) על הכרעת הדין וגזר הדין (כלל המערערים שאינם המדינה ייקראו להלן: הנאשמים או המערערים; המשיבה בשני הערעורים האמורים תיקרא להלן: המדינה); וע"פ 1665/16 הוא ערעור המדינה על גזר הדין. יוער, כי המשיבה 5 בע"פ 1665/16 (להלן: מאפיית ברמן, כאשר היא ושניידמן ייקראו להלן: קבוצת ברמן) הינה משיבה בערעור המדינה אך לא הגישה מטעמה ערעור.

כתב האישום המתוקן

1. לפי המפורט בחלק הכללי של כתב האישום המתוקן (אשר הוגש כנגד 17 נאשמים, בהם המערערים) מוצרי לחם מחולקים לשתי קטגוריות עיקריות: מוצרים הנמצאים בפיקוח מחירים מכוח חוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפיקוח), ומוצרים שאינם נמצאים בפיקוח מחירים. בין היתר, קיימים מספר סוגי לחמים הנתונים לפיקוח (אשר ייקראו להלן: מוצרי הלחם שבפיקוח) ובהם "לחם אחיד (כהה) פרוס וארוז כיכר 750 גרם" (להלן: לחם אחיד פרוס) ו"חלה או מאפה שמרים כיכר 500 גרם שלם" (להלן: חלה).

2. במועדים הרלבנטיים לכתב האישום המתוקן, לחם אחיד פרוס וחלה היוו את עיקר המכירות של מוצרי הלחם שבפיקוח. המחירים שנקבעו על פי צו פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים (הפחתת מחירי לחם), התש"ע-2009 (להלן: צו הפיקוח) למוצרי הלחם שבפיקוח היו מחירים מירביים. דהיינו, ניתן היה למכור את מוצרי הלחם

שבפיקוח בכל מחיר ובלבד שאינו עולה על המחירים שנקבעו בצו הפיקוח. במועדים הרלבנטיים ייצרו מספר חברות (להלן: המאפיות), מלבד מוצרי הלחם שבפיקוח, גם לחמים מיוחדים, לחמניות, פיתות ומוצרי מאפה נוספים. מרבית מוצרי הלחם שבפיקוח יוצרו בישראל.

3. בתקופה הרלבנטית לכתב האישום המתוקן, שימש שניידמן מנכ"ל של מאפיית ברמן והיה מנהל פעיל בה. דוידוביץ שימש מנכ"ל של מאפיית אלומות ומאפיית דוידוביץ והיה מנהל פעיל בהן. כן החזיק דוידוביץ ב-50% ממניותיה של מאפיית דוידוביץ, ובמישרין או בעקיפין בכ-40% ממניותיה של מאפיית אלומות.

4. לפי המפורט בכתב האישום המתוקן, בחלק שכותרתו "אישום", במועדים שאינם ידועים במדויק למדינה, למן המחצית הראשונה של חודש פברואר 2010 או מועד סמוך לכך, עד לסוף חודש מאי 2010, עת נפתחה החקירה הגלויה של רשות ההגבלים העסקיים, היו כלל הנאשמים צדדים להסדר לפיו המאפיות יימנעו מתחרות על אספקת מוצריהן או על הגדלת הכמות המסופקת על ידן, ללקוחות שבאותו מועד אחת המאפיות האחרות סיפקה להם מוצרים (להלן: לקוחות קיימים); וכן כי המאפיות יפעלו להעלאת המחירים בהם נמכרים לצרכן לחמים מסוג לחם אחיד פרוס וחלה, ובכלל זה כאלו הנמכרים בקבוצות.

5. להסדר זה קדמו מגעים שונים בין הצדדים להסדר ואחרים, בהרכבים שונים, שתכליתם הייתה להגיע להסכמות לפיהן המאפיות או חלקן יימנעו מתחרות על לקוחות קיימים ויפעלו להעלאת מחירים. מגעים אלו החלו לכל המאוחר בתחילת חודש פברואר 2010 או בסמוך לכך. בהתאם להסדר זה נמנעו המאפיות, ככלל, מתחרות על לקוחות קיימים. כמו כן, פעלו המאפיות להעלאת המחירים בהם נמכרים לצרכן לחמים מסוג לחם אחיד פרוס וחלה, ואף הצליחו להביא לעליית מחירים לצרכן בחלק מנקודות המכירה.

6. לצורך גיבוש ההסדר האמור, יישומו ויישוב מחלוקות שהתעוררו אגב יישום ההסדר ברחבי הארץ, קיימו הצדדים להסדר ונציגים נוספים של המאפיות מגעים שונים, ובכלל זה שיחות טלפון ופגישות משותפות בהרכבי משתתפים שונים. פגישות אלה התקיימו במקומות, מועדים ובהרכבי משתתפים שאינם ידועים באופן מלא ומדויק למדינה. בין היתר, ביום 23.2.2010 נפגשו שניידמן, דוידוביץ ושניים נוספים במשרד עורכי הדין פישר בכר חן וול אוריון ושות' בתל אביב. בנוסף, מפורטים בכתב האישום

המתוקן מועדי מפגש נוספים של נאשמים שאינם כלולים בערעורים דנן, שהתרחשו בין הימים 20.5.2010-24.2.2010.

7. הנאשמים לא קיבלו ביחס להסדר האמור אישור מבית הדין להגבלים עסקיים; היתר זמני מאב בית הדין; או פטור מן הממונה לקבל את אישור בית הדין להסדר כובל, ומעשיהם לא היו פטורים על פי כללי פטור סוג בהתאם לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים או החוק).

8. בגין המעשים הללו, הואשמו המערערים בהיותם צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות, נוכח חלקן ומעמדן של המאפיות בייצור מוצרי הלחם שבפיקוח בישראל; ריבוי קורבנות העבירה והנזק הפוטנציאלי כתוצאה מההסדר; חיוניותם של המוצרים נשוא ההסדר; ריבויים של הצדדים להסדר; תחכמו של ההסדר והשימוש במספר טכניקות קרטליסטיות העוברות על איסורי הליבה של חוק ההגבלים העסקיים; והפסקת פעילותו של ההסדר רק משנודע לנאשמים על פתיחתה של חקירה פלילית. בהתאם, הואשמו המערערים בעבירה לפי סעיף 47(א)(1) בצירוף סעיפים 4, 2(א), 2(ב)(1), 2(ב)(3), 2(ב)(4), 47, 47(א)(1) ו-47(א)(3) לחוק ההגבלים העסקיים. מאפיות אלומות ומאפיות דוידוביץ הואשמו בצירוף סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). שניידמן ודוידוביץ הואשמו, לחילופין, בצירוף סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים.

הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי

9. סדר הדברים יהיה כדלהלן: בתחילה אעמוד על ההסדרים הדיוניים אליהם הגיעו הצדדים בכל הנוגע לסוגיות שעמדו להכרעתו של בית המשפט המחוזי. לאחר מכן, אסקור את קביעותיו העובדתיות של בית המשפט ובהמשך את קביעותיו המשפטיות.

ההסדרים הדיוניים ונקודות המחלוקת בין הצדדים

10. בפתח דבריו, סקר בית המשפט המחוזי את ההסכמות הדיוניות אליהן הגיעו הצדדים: נוכח הסכמות עם המדינה, הודה שניידמן (יחד עם מאפיות ברמן) בעובדות שפורטו בכתב האישום המתוקן, תוך שמסר (בתגובה כתובה שהוגשה) עובדות רלבנטיות נוספות לעניין נסיבות הקשורות בכיצוע העבירה והטיעונים לעונש. בין היתר, מסר שניידמן כי הצדדים להסדר הגיעו להסכמה לפיה המאפיות יפעלו להעלאת

מחירי לחמים מסוג לחם אחיד פרוס וחלה במקומות שבהם הם נמכרים לצרכן במבצע של שלוש כיכרות בעשרה ש"ח או מחירים זולים יותר (מחירים אלו ייקראו להלן, לשם הנוחות: מחירי המבצע. ההסכמה האמורה תיקרא להלן: ההסכמה הראשונה או ההסכמה לעניין המחיר). כן הוסכם כי המאפיות יימנעו מתחרות על אספקת מוצריהן ללקוחות ברחבי הארץ שבאותו מועד אחת המאפיות האחרות סיפקה להם מוצרים (להלן: ההסכמה השנייה או ההסכמה לעניין הימנעות מתחרות). עם זאת, טען שניידמן כי המחירים בהם נמכרו מוצרי הלחם שבפיקוח היו נמוכים משמעותית מהמחיר המירבי שנקבע בצו הפיקוח וכי ההסכמות יושמו בפועל במספר מצומצם של נקודות מכירה. אף קבוצת דוידוביץ הגישה תגובה הדומה לזו שהגיש שניידמן.

11. נוכח האמור, הסכימו הצדדים כי טיעוניהם בכל הקשור להכרעת הדין יצומצמו לסוגיית קיומן או היעדרן של "נסיבות מחמירות", לפי סעיף 47א לחוק, ובפרט לשתי פלוגות מרכזיות: ראשית, המדינה תטען כי ההסכמה לעניין הימנעות מתחרות התייחסה לכל השוק; כי לא הוחרג ממנה שום סוג של לקוח; וכי באותה תקופה הצדדים להסדר לא נכנסו לרשתות השיווק האחד של השני. לעומת זאת, הנאשמים יטענו, בין היתר, כי רשתות השיווק לא יועדו מלכתחילה להיכלל בהסדר, ולא נכללו בו בפועל. שנית, המדינה תטען כי ההסדר הכובל הופסק על ידי החקירה. הנאשמים יטענו, כי יישום ההסדר היה מוגבל, וכן כי ההסדר היה בתהליך של התפוגגות.

12. כאמור, במרכז המחלוקת בין הצדדים עמדה שאלת קיומן של "נסיבות מחמירות" במובן בחוק ההגבלים העסקיים. סעיף 47א לחוק קובע עבירה של היות צד להסדר כובל בהגבל עסקי בנסיבות חמורות, אשר לצידה ענישה חמורה יותר מאשר בעבירת הבסיס של היות צד להגבל עסקי. המונח "נסיבות מחמירות" מוגדר בסעיף באופן הבא:

"נסיבות שבהן עלולה להיגרם פגיעה משמעותית בתחרות בעסקים, בין השאר בשל אחד או יותר מאלה:
 (1) חלקו ומעמדו של הנאשם בענף המושפע מן העבירה;
 (2) פרק הזמן שבו התקיימה העבירה;
 (3) הנזק שנגרם, או הצפוי להיגרם לציבור, בשל העבירה;
 (4) טובת ההנאה שהפיק הנאשם."

13. בית המשפט המחוזי הטעים כי אמת המידה לקיומן של נסיבות מחמירות נקבעה ב-ע"פ 2560/08 מדינת ישראל נ' וול (6.7.2009) (להלן: עניין וול) במסגרתו נקבע כי לשם הרשעה על פי סעיף 47א לחוק ההגבלים העסקיים דרוש כי תתקיים אחת

או יותר מהחלופות המפורטות בו, אך כי החלופות אינן מהוות רשימה סגורה. בית המשפט המשיך וציין כי עניינה של הוראת סעיף 47א לחוק בנסיבות שבהן עלולה להיגרם פגיעה משמעותית בתחרות בעסקים. כעניין של סיווג, כך נקבע, מדובר בעבירה אשר לשם גיבושה לא נדרש רכיב תוצאתי בפועל, כאשר די בתוצאה בכוח אשר ביטויה העיקרי הוא העמדה בסכנה של הערך החברתי המוגן – התחרות בעסקים.

קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי

14. מצב התחרות קודם להסדר הכובל – נקודת המוצא לדיון, כך קבע בית המשפט המחוזי, היא כי עובר לשכלולו של ההסדר הכובל, רמת הפעילות התחרותית של המאפיות הייתה גבוהה. בית המשפט המשיך וסקר בהרחבה את הראיות המצביעות על עובדה זו. בין היתר, ראיות לפעילות תחרותית של מאפיית דוידוביץ, דוגמת קיום מבצע שהחל על רקע כניסה של מאפיית ברמן לאזורים וללקוחות שלה; ודיווחים פנימיים של מאפיית ברמן על תחרות ביחס לרשתות השיווק. בית המשפט הטעים כי התמונה הכוללת – הן לגבי מאפיית ברמן והן לגבי מאפיית דוידוביץ – הינה כי עמד מוטיב כפול ביסוד הפעולות התחרותיות שבוצעו: מצד אחד, היה אלמנט תחרותי של חדירה לשוק על ידי הורדת מחירים והגדלת נתח שוק. לצידו, היה גם אלמנט הרתעת-ענישתית, שמטרתו להגיב על מהלכים תחרותיים של הצד שכנגד. עוד הוטעם כי אין מחלוקת של ממש בין הצדדים, על כך שעם השנים המאפיות נכנסו לאזורים גיאוגרפיים שלא פעלו בהן בעבר, וכי הצורך בטריות המוצר אינו מונע או מגביל את התחרות. עוד נדחתה הטענה בדבר נאמנותם של הקמעונאים או הצרכנים למאפיות ספציפיות.

15. אשר לשאלה היכן ניתנו מחירי המבצע; בית המשפט המחוזי ציין כי בתקופה שקדמה לגיבוש ההסדר הכובל, ניתנו מבצעים שכאלו ביחס לשני סוגים עיקריים של לחמים הנתונים לפיקוח – לחם אחיד פרוס וחלה. בניגוד לטענה העובדתית של המדינה, לפיה מבצעים כאמור ניתנו במקומות רבים ברחבי הארץ, נקבע כי יש ממש בטענת הנאשמים כי המחירים האמורים התרכזו בעיקרם באזורים בהם מתגוררת אוכלוסייה חרדית. הדבר עלה מן הפיזור הגיאוגרפי של המבצעים האמורים, ואף מבוסס על הגיונם של דברים, שכן מדובר במבצעים בהם נרכשות כמויות גדולות של לחמים. עוד קבע בית המשפט, כי באזורים בהם ניתנו המבצעים האמורים היה פוטנציאל גבוה להתפשטותם לקמעונאים נוספים, וכי פוטנציאל זה אף התממש

כפועל, אך כי טענת המדינה לפיה המבצעים ניתנו אף ברשתות השיווק "נסמכת על תשתית דלה למדי".

16. ההסכמה הראשונה – בית המשפט המחוזי עמד בהרחבה על התשתית הראייתית לקיומה של ההסכמה לפיה המאפיות יפעלו להעלאת מחיריהם של לחם אחיד פרוס וחלה, במקומות בהם נמכרות לצרכן שלוש כיכרות בעשרה ש"ח או במחיר זול מזה. תחילה, נדרש בית המשפט לתקופה שהחלה מגיבוש ההסדר הכובל (בפגישה מיום 23.2.2010) ועד חג הפסח (אפריל 2010). בפגישה בין מנהלי המאפיות, הושגה הסכמה בדבר העלאת מחירי לחם אחיד פרוס וחלה, ונקבע לוח זמנים רלבנטי להעלאת זו באזורים גיאוגרפיים מסוימים. בית המשפט קבע, כי בפרק הזמן האמור עלו המחירים בהתאם להסכמה הראשונה אצל חלק מן הקמעונאים הרלבנטיים, אך כי מידת האינטנסיביות ביישום הסכמה זו, בתקופה הנדונה, לא הייתה אחידה.

17. אשר ליישום ההסכמה הראשונה לאחר חג הפסח; בית המשפט המחוזי ציין כי במהלך חודש מרץ 2010 התקיימו בין הצדדים להסדר הכובל שיחות, בהן חזר הרעיון לפיו עליית המחיר לרף שנקבע תתבצע לאחר חג הפסח וכי יש להיערך לכך בהתאם. בית המשפט המשיך ונדרש לראיות הנוגעות ליישום ההסכמה, וקבע כי היא יושמה אצל מרבית הקמעונאים הנוגעים לדבר. עוד עמד בית המשפט על חוות דעת המומחים שהוגשו מטעם הנאשמים, מהן עלתה "רמה משמעותית של יישום ההסכמה הראשונה".

18. סיכומו של דבר; נקבע ביחס להסכמה הראשונה כי היא יושמה באופן משמעותי, כך שמחירי הלחמים נשוא ההסדר הכובל עלו במידה ממשית ובמרבית נקודות המכירה הרלבנטיות, וכי החריגים לכך היו מעטים. עוד נקבע, כי היה קשר ישיר בין ההסדר הכובל לבין העלאת המחירים האמורה.

19. ההסכמה השנייה וההסדרים הדיוניים – צויין כי מוסכם על הצדדים שכתוצאה מן ההסכמה הראשונה הגיעו המערערים להסכמה בדבר הימנעות מתחרות על לקוחות קיימים. בהקשר זה, הסכימו המערערים והמדינה כי ההסכמה השנייה הושגה באותה הזדמנות בה הושגה ההסכמה הראשונה ועל רקע ההסכמה הראשונה. עם זאת, הצדדים נחלקו ביניהם בשאלה כיצד יש לפרש את הזיקה בין שתי ההסכמות. המדינה טענה כי אין בין ההסכמות קשר תוצאתי אלא קשר נסיבתי בלבד. מאידך גיסא, טענו הנאשמים כי המדינה חרגה מההסכמה הדיונית, במסגרתה נקבע כי ההסכמה השנייה הייתה הסכמה נלווית להסכמה הראשונה המרכזית. בית המשפט קיבל את טענות הנאשמים

וקבע כי המדינה נטתה בסיכומיה להתעלם מן הזיקה המוסכמת בין שתי ההסכמות; וכי טענת המדינה לפיה מדובר בקשר נסיבתי בלבד אינה יכולה לעמוד. מאידך גיסא, נקבע כי אין עוגן לטענת הנאשמים כי ההסכמה השנייה הייתה הסכמה אגבית ונלווית, וכי מדובר, בבירור, על הסכמה על אי-תחרות אשר נועדה לשנות את המצב התחרותי ששרר בשוק.

20. בסיכומו של דבר, נקבע כי קיימת זיקה "סיבתית וטמפורלית" בין ההסכמה הראשונה ובין ההסכמה השנייה, במובן זה שהשתיים הושגו באותה הזדמנות כאשר ההסכמה השנייה נבעה מן הראשונה. בה בעת, הוטעם כי אין לקרוא לתוך ההסכמות הדיוניות קביעה כי ההסכמה השנייה הייתה נלווית או אגבית, כאשר מדובר במפורש בהסכמה פוזיטיבית נוספת. משהושגה, ולו על רקע וכתוצאה מן ההסכמה הראשונה, היא עומדת על רגליה שלה, והיא מצויה, על פי תוכנה ומהותה, במישור שונה מן ההסכמה הראשונה. על כן, קבע בית המשפט המחוזי כי המדינה לא הפרה בהקשר זה את ההסכמות הדיוניות באופן העשוי להקים טענה בדבר הגנה מן הצדק. אי לכך, עבר בית המשפט לבחינת היקפה של ההסכמה השנייה ובפרט את השאלה האם היא חלה גם על רשתות השיווק.

21. היקף ההסכמה השנייה – לאחר שעמד על חומר הראיות, קבע בית המשפט המחוזי כי ההסכמה השנייה חבקה בתוכה גם הימנעות מתחרות על רשתות השיווק. למסקנה זו הגיע בית המשפט ממספר טעמים: ראשית, נקבע כי התחרות על לקוחות טרם גיבוש ההסדר הכובל כללה תחרות גם על רשתות שיווק. שנית, כיוון שאחת המטרות של פגישת המנכל"ים ביום 23.2.2010 הייתה סטטוס קוו ועצירה של כל הפעילות התחרותית ביחס לכל הלקוחות, ללא יוצא מן הכלל. שלישית, כיוון שההנחיות שהעבירו שניידמן ודוידוביץ לדרגי השטח במאפיות הנוגעות בדבר בכל הנוגע ליישומה של ההסכמה השנייה, היו "לעצור הכל" – ולא כללו חריג או סייג לעניין סוגי לקוחות כאלה או אחרים. רביעית, נקבע כי טענת הנאשמים בדבר סייג להסכמה השנייה אשר עניינה רשתות השיווק אינה סבירה, שכן כל מטרת ההסכמה הייתה לקטוע את הדינמיקה התחרותית אשר כללה גם את רשתות השיווק. לבסוף, נקבע כי מן השיג ושיח בין הצדדים מזמן אמת בכל הנוגע ליישום ואכיפת ההסכמה השנייה, עולה כי ההסכמה סבה גם על רשתות השיווק. בהמשך, דחה בית המשפט את טענת קבוצת דוידוביץ כי מחירי המבצע לא היו ברשתות השיווק הגדולות ומכך עולה כי גם ההסכמה השנייה לא נגעה לרשתות אלה. נקבע כי אין חפיפה בין ההיקף הענייני של ההסכמה הראשונה ובין ההיקף הענייני של ההסכמה השנייה.

22. יישום ההסכמה השנייה – נקבע כי התמונה הכוללת העולה מן הראיות היא כי לאורך כל תקופת ההסדר הכובל הנאשמים יישמו באופן פעיל ונמרץ את ההסכמה לעניין הימנעות מתחרות. עוד נקבע, כי במסגרת יישום ההסכמה אף הפעילו הנאשמים מנגנון יעיל ואפקטיבי לבירור תלונות, אשר איפשר טיפול מהיר בטענות להפרה של ההסכמה השנייה. בית המשפט המחוזי המשיך ונדרש בהרחבה לתשתית הראייתית בעניין זה, אשר כוללת שיחות מוקלטות, עדויות ומסמכים. סיכומו של דבר, נקבע כי ההסכמה יושמה באופן משמעותי ונרחב על ידי הנאשמים; כי הופעל מנגנון אכיפה אפקטיבי ויעיל; וכי פעולות תחרותיות נעצרו.

23. חוות הדעת שהוגשו – על מנת לסתור את קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי בכל הקשור להסכמה השנייה, הגישה קבוצת ברמן חוות דעת מומחה של מר חנן שרון. בנוסף, קבוצת דוידוביץ הגישה חוות דעת מומחה של מר יובל אליעז. בית המשפט נדרש בהרחבה להנחות היסוד, למתודולוגיות ולמסקנות של כל אחת מחוות הדעת האמורות, תוך שקבע בסופו של יום כי אין בהן כדי לשנות את התמונה העולה מן התשתית הראייתית, לפיה ההסכמה השנייה יושמה באופן שוטף, נרחב ועקבי. אעמוד בתמצית על קביעותיו של בית המשפט ביחס לכל אחת מחוות הדעת.

בחוות דעתו, ערך מר שרון בדיקה שהתבססה על כמות הלקוחות שעזבו והצטרפו למאפיית ברמן במשך השנים 2009-2011. עוד נדרש מר שרון למחזור החודשי הממוצע המיוחס ללקוחות אלה, והגיע למסקנה כי אין מובהקות סטטיסטית לכך שממוצע הלקוחות המצטרפים והנוטשים שלא במהלך תקופת ההסכמה השנייה גבוה ממוצע הלקוחות המצטרפים והנוטשים בתקופת ההסכמה. על כן, חיווה מר שרון את דעתו כי לא ניכרת השפעה של ההסכמה השנייה על מצב התחרות בפועל. ביחס לחוות דעת זו, קבע בית המשפט המחוזי כי יש טעם רב בטענת המדינה לפיה הראיה הטובה ביותר להוכחת הטענה בדבר אי-השפעת ההסכמה השנייה על מצב התחרות בפועל, הייתה בהנחת תשתית קונקרטיית. מתשתית זו ניתן היה ללמוד מי היו הקמעונאים שהחלו וסיימו לעבוד עם מאפיית ברמן במהלך תקופת ההסדר הכובל ומי הייתה המאפיה המתחרה אשר איבדה או גייסה את הקמעונאי הרלבנטי. בדרך זו, כך נקבע, ניתן היה לקבל תמונה מלאה באשר למספר הלקוחות הקיימים אשר שינו בתקופה הרלבנטית את המאפיה עמה הם עובדים. הוטעם כי לאי-הנחתה של תשתית קונקרטיית מלאה זו לא ניתן, בנסיבות העניין, טעם מניח את הדעת, שכן כעולה מהתשתית הראייתית מידע זה מצוי היה בידי המאפיות. עוד נדרש בית המשפט למספר קשיים מתודולוגיים בחוות הדעת האמורה. בין היתר, כי בסיס הנתונים נקבע על ידי קבוצת ברמן ולא על ידי המומחה; כי חוות הדעת דורשת רצף רכישה של שלושה

חודשים ואי-רכישה של ארבעה חודשים כדי שלקוח ייחשב כלקוח מצטרף או נוטש (בהתאמה), כאשר מדובר למעשה בפרקי זמן המנטרלים את תקופת ההסדר הכובל; וכי קיימים פערים בלתי מוסכרים בין בסיס הנתונים ובין העולה מחומר הראיות הקונקרטי.

אף מר אליעז הגיע בחוות דעתו למסקנה כי לא ניכר יישום של ההסכמה השנייה על ידי מאפיות אלומות ודוידוביץ. מסקנה זו, נשענה אף היא על בדיקה סטטיסטית של מספר הלקוחות המצטרפים והעוזבים בשנים 2009-2011. מר אליעז חיווה את דעתו כי תנועת הלקוחות המצטרפים והעוזבים בחודשי ההסכמה לא הייתה שונה מהתקופה הקודמת או המאוחרת להם. בית המשפט המחוזי ציין גם ביחס לחוות דעת זו, כי קיים קושי ממשי באי-הנחת תשתית קונקרטית ביחס למקרים מזמן אמת בהם החליף קמעונאי מאפיה אחת באחרת. בתוך כך, הוטעם כי מן החומר הראייתי עולה כי ברשות מאפיית דוידוביץ ישנם רישומים מהתקופה הרלבנטית המעידים על שיוך קודם של לקוח מצטרף או שיוך חדש של לקוח נוטש, כאשר החומר שהוצג בפועל על ידי המאפיה הינו "דל למדי". עוד הצביע בית המשפט על קשיים מתודולוגיים נוספים, בהם האבחנה שבוצעה בין מאפיית אלומות לדוידוביץ, שכן מעבר לקוח מן המאפיה האחת לשנייה אינו מלמד בהכרח על פעולה תחרותית; והעובדה כי הנתונים המספריים שבחוות הדעת, לפיהם בתקופת ההסדר הכובל נלקחו עשרות לקוחות מדי חודש על ידי מאפיית דוידוביץ, "מעוררים סימן שאלה" שעה שעולה מחומר הראיות רגישות גבוהה למעבר של לקוחות ומנגנון של טיפול בתלונות על מעברים שכאלו.

קביעותיו המשפטיות של בית המשפט המחוזי
הנזק בפועל ובכוח מההסכמה הראשונה

24. הנסיבה המחמירה שבסעיף 47א(1) לחוק ההגבלים העסקיים: חלקם ומעמדם של הנאשמים בענף המושפע מן העבירה – בהמשך לנקבע בעניין וול, ציין בית המשפט המחוזי כי יש להגדיר את גבולותיו של הענף הנדון. על כן, נדרש בית המשפט בהרחבה לשאלה האם יש לראות במוצרי הלחם שבפיקוח ענף מובחן, תוך בחינת התחליפיות בין ענף זה לבין ענף הלחם שאינו בפיקוח. תשובתו של בית המשפט לשאלה זו הייתה חיובית. זאת, בהתבסס על מספר מבחנים מרכזיים: הפער במחיר; התחליפיות על פי מאפייני הצרכן המשתמש, ובפרט המעמד הסוציו-אקונומי השונה של קהל הלקוחות; הנפשות הפועלות בענף, בהינתן העובדה כי הצדדים להסדר הכובל הסכימו על העלאת המחירים של הלחם בפיקוח בלבד; הפעלת כוח שוק בפועל, קרי, העובדה כי ההסדר הכובל הצליח לפעול ביחס לשוק של לחם אחד פרוס וחלה מבלי שיסבול מנטישת

לקוחות בהיקף שיגרום להעלאת המחיר להיות בלתי כדאית מלכתחילה; וחלקם של הצדדים להסדר כובל בשוק הלחם המפוקח, אשר עלה על 90%.

25. הנסיבה המחמירה שבסעיף 47א(3) לחוק ההגבלים העסקיים: הנזק שנגרם או היה צפוי להיגרם מן העבירה – חוות הדעת של מר שרון העריכה כי הנזק הכולל שנגרם על ידי מאפיית ברמן עקב ההסכמה הראשונה עומד על 150,000 ש"ח; וחוות הדעת של מר אליעז העריכה את הנזק שנגרם על ידי קבוצת דוידוביץ בסכום של 104,611 ש"ח. לעומת זאת, העריכה המדינה, בהתחשב בחלקן היחסי של קבוצות אלה בשוק הרלבנטי, הערכה כוללת של נזק בהיקף של כ-500,000 ש"ח. בית המשפט המחוזי עמד בהרחבה על בעיות הקיימות בשיטות המחקר שנקטו בחוות הדעת האמורות. נקבע כי חלק מבעיות אלה מלמדות כי הנזק כתוצאה מן ההסכמה הראשונה היה גבוה יותר מן ההערכות שבחוות הדעת, אף כי אין בידי בית המשפט הכלים לקבוע נתון מספרי מדויק הנגזר מקביעה זו. על אף האמור, הטעים בית המשפט כי יש במצב הדברים כדי לחזק את המסקנה לפיה הנזק מגבש את הנסיבה המחמירה הנדרשת, שהרי מדובר בסכום כסף ממשי המתייחס לתקופה קצרה יחסית של שלושה חודשים בלבד והוא מבטא העברת עושר של ממש מן הצרכנים אל הנאשמים.

26. עוד הדגיש בית המשפט המחוזי כי מן הבחינה העקרונית העבירה הקבועה בסעיף 47א לחוק ההגבלים העסקיים אינה עבירה של תוצאה בפועל, כך שמספיקה ההעמדה בסכנה של הערך החברתי של תחרות חופשית. על כן, הנסיבות המחמירות יכול שתימצאנה את ביטויין גם בנזק שצפוי היה להיגרם. נקבע כי קיומו של נזק בפועל אינו מייתר את ההידרשות לנזק פוטנציאלי וכי במקרה דנן מנעו ההסכמות בין הנאשמים את התפשטות מחירי המבצע לנקודות מכירה נוספות. משכך, הנזק הפוטנציאלי הטמון בהסדר הכובל אינו מצטמצם רק ללקוחות אותן חנויות ספציפיות בהן ניתנו מחירים אלו, אלא כולל אזורים נרחבים יותר אשר היו צפויים להיות מושפעים מהתחרות. לסיכום, נקבע כי השפעתו של ההסדר הכובל, בכוח ובפועל, התייחסה לאוכלוסייה גדולה בהיקף של מאות אלפי אנשים.

27. המשך המבצעים אלמלא ההסדר הכובל – בית המשפט המחוזי קבע, כי לשאלה זו השלכה על שתי סוגיות עיקריות: ראשית, הנזק הפוטנציאלי שהיה טמון בהסדר הכובל, כנגזרת של משך הזמן בו היו המבצעים נמשכים אלמלא ההסדר. שנית, קיומו של קשר סיבתי בין ההסדר הכובל ובין העלאת המחירים. בית המשפט דחה את הטענה כי בעת גיבוש ההסדר סיום מחירי המבצע היה אימננטי, תוך שקבע כי מאפיית

דוידוביץ הייתה יכולה להמשיך במבצעים אלו לפרק זמן משמעותי. לצד זאת, נקבע כי מחירי המבצע היו נמוכים במידה משמעותית מן המחירים הממוצעים של לחם אחיד פרוס ועל כן, ככל שהדברים אמורים במאפיית ברמן, צפוי היה כי לא יימשכו פרק זמן ארוך. על אף האמור, נקבע כי לא הונחה תשתית אשר יש בה כדי לגרוע מן הקשר הישיר שבין ההסדר הכובל ובין העלאת המחירים של הלחמים נשוא ההתדיינות. בין היתר, הטעים בית המשפט כי אין זה סביר שהנאשמים נטלו ביודעין את הסיכון למעורבות במיזם פלילי שעניינו קשירת הסדר כובל אילו סברו כי המבצעים נשוא ההסדר ייפסקו תוך זמן קצר; ודחה את טענת הנאשמים כי מחירי המבצע הם מחירי הפסד. נקבע כי מחירים אלו אמנם היו מחירים נמוכים ממחיר הפיקוח, אך כי אין בנמצא תשתית המאפשרת לגזור מסקנה ברורה בדבר פרק הזמן בו היו צפויים מחירי המבצע להימשך.

הנזק בפועל ובכוח מההסכמה השנייה

28. על רקע הקביעות העובדתיות ביחס לתוכנה של ההסכמה השנייה, קבע בית המשפט המחוזי כי ההסכמה לעניין הימנעות מתחרות על לקוחות קיימים היא ביסודה הסכמה על חלוקת שוק, לפי סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים. הוטעם כי במקרה דנן מדובר על הסכמה שלא להתחרות החלה בכל שטח המדינה, ביחס לכל המוצרים וביחס לכל נקודות המכירה הקיימות. בהתאם לכך, נקבע כי ההסכמה האמורה הותירה מרווח מצומצם לתחרות בין המאפיות הגדולות; הקטינה באופן חד את יכולת המיקוח של כל קמעונאי המוכר לחם שמקורו באחת המאפיות הגדולות, בהעדר יכולת אפקטיבית לעבור למאפיה אחרת; והיה בה כדי להפחית את התמריץ של כל מאפיה להציע הנחות לקמעונאים. זאת ועוד, נקבע כי הפוטנציאל לפגיעה בתחרות הטמון בהסכמה השנייה מתגבר נוכח יישומה המשמעותי; היקפה הגיאוגרפי והענייני הנרחב; ועוצמת והיקף התחרות קודם להסכמה. בתוך כך, המשיך בית המשפט ודחה את טענות הנאשמים כי לא ניתן לייחס לצדדים להסדר הסכמה על חלוקת שוק, ואת הטענה בדבר העדר קשר סיבתי בין ההסדר הכובל לבין עצירתן של פעולות תחרותיות מתוכננות. סיכומו של דבר, בית המשפט קבע כי ההסכמה השנייה גרמה בפועל לפגיעה משמעותית בתחרות ואף היה טמון בה פוטנציאל רב עוצמה לפגיעה כאמור. על כן, הוכחה הנסיבה המחמירה הקבועה בסעיף 47א(3) לחוק ההגבלים העסקיים.

נסיבות מחמירות נוספות (כעולה מעניין וול)

29. הסיבה להפסקת ההסדר הכובל – לאחר שבחן את התשתית העובדתית שלפניו, דחה בית המשפט המחוזי את טענות הנאשמים בדבר התפוגגותו הצפויה של ההסדר הכובל. נקבע כי הסיבה להפסקת ההסדר הכובל הייתה פתיחת החקירה על ידי רשות ההגבלים העסקיים וכי אלמלא החקירה היה ההסדר נמשך. אף עובדה זו, כך נקבע, מצביעה על הנזק הפוטנציאלי שהיה טמון בהסדר הכובל וכפועל יוצא מכך על הפגיעה המשמעותית בתחרות שהייתה צפויה בגינו.

30. ריבוי הקורבנות הפוטנציאליים – בית המשפט המחוזי הטעים כי המוצרים נשוא ההסדר הכובל הם מוצרים עממיים, הנצרכים על ידי אוכלוסיות רחבות, ובמצב זה צפויים להיפגע מן ההסדר צרכנים רבים. כך, מחירי הלחם נשוא ההסדר הועלו באופן אשר הייתה לו השפעה, לכל הפחות, על מאות אלפים בציבור החרדי. בנוסף, התחרות בין הצדדים להסדר פחתה באופן חד ומדובר היה בהסכמה על אי-תחרות בכל שטח המדינה. בנסיבות אלה, נקבע כי יש בסיס מוצק לקבוע כי מספר הקורבנות הפוטנציאליים של העבירה הוא רב ביותר וכי מדובר בנסיבה מחמירה. עוד נדחו טענות הנאשמים, לפיהן לא הוכח שמדובר במוצר חיוני על פי אמות מידה של קשיחות הביקוש.

31. טכניקות קרטליסטיות – נקבע כי יש אף לתת משקל לשימוש בשתי טכניקות קרטליסטיות: הן הסכמה על העלאת מחירים והן הסכמה על הימנעות מתחרות.

32. יציבותו של ההסדר הכובל – בסוף דבריו, נדרש בית המשפט המחוזי לטענות הצדדים בדבר יציבותו של ההסדר הכובל. בית המשפט עמד על הפרמטרים העיקריים המשליכים על יציבותו הפוטנציאלית של הסדר כובל: היכולת של ההסדר להעלות את המחיר מעל למחיר השוק ששרר בטרם ההסדר, בלא לעורר תחרות מצד גורמים שאינם צד להסדר הכובל; הערכת הצדדים להסדר כי אם ייתפסו, העונש שיוטל עליהם יהיה נמוך מהרווחים שיפיקו כתוצאה מההסדר; ועלויות הקמה ואכיפה נמוכות ביחס לתועלת הצפויה מן ההסדר הכובל. בית המשפט המשיך ועמד בהרחבה על התקיימותו של כל אחד מן הפרמטרים האמורים במקרה דנן, תוך שדחה את הטענות שהועלו בחוות דעת המומחים לעניין זה. עוד עמד בית המשפט על פרמטרים נוספים שיש לבחון בכל הקשור ליציבותו של ההסדר הכובל: מספרם המועט של השחקנים בהסדר הכובל; היעדרן של תנודות מחירים משמעותיות בשוק; נגישות גבוהה למידע על

מחירי המתחרים; ודמיון במוצרים הנמכרים ובשרשרת ההפצה. סיכומו של דבר, נקבע כי ההסדר הכובל היה צפוי להיות יציב.

33. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי על אף שההסדר הכובל לא כלל מנגנון ענישה, התקיים כאמור מנגנון פיקוח של הגשת תלונות הדדיות ובירורן; וכי ספק אם יש לבחון, כטענת הנאשמים, את הפרמטרים המנויים בסעיף 47א לחוק ההגבלים העסקיים שאינם מתקיימים במקרה דנן. למען שלמות התמונה, נדרש בית המשפט לפרמטרים הנוספים האמורים, תוך שקבע כי בנסיבות העניין אין בהם כדי להועיל לנאשמים. כך, נקבע באשר למשך הזמן בו נמשכו ההסכמות (סעיף 47א(2) לחוק) כי הגם שמדובר בפרק זמן של כשלושה חודשים, ההסדר הכובל הופסק על ידי החקירה ועל כן אין בנתון זה כדי להביא לנאשמים תועלת רבה. עוד נקבע ביחס לטובת הנאה שצמחה לנאשמים (סעיף 47א(4) לחוק), כי הטענה שלא הופקה כל טובת הנאה מבוססת על תזה שנדחתה, לפיה מחירי הפיקוח מהווים מחירי הפסד. עוד נדחתה הטענה כי מאפיית ברמן ושניידמן, שהיה שכיר שלה, לא הרוויחו דבר שכן הנזק שנגרם לקמעונאים ולצרכנים מלמד על העברת עושר אשר הצמיחה טובת הנאה למאפיה. עוד נקבע, כי "אין בנתון זה, בנסיבות העניין, כדי לגרוע באופן משמעותי מן המסקנה כי ההסדר הכובל היה עלול להביא לפגיעה משמעותית בתחרות בעסקים".

34. לבסוף, דחה בית המשפט המחוזי טענות אינדיבידואליות שהעלו כל אחד מן המערערים. נקבע ביחס לקבוצת דוידוביץ, כי הגם שיש עיגון בחומר הראיות כי היא לא הייתה הכוח המניע להסכמות, משקלו של נתון זה מוגבל. זאת, שכן קבוצת דוידוביץ הייתה "חוליה חיונית בהסכמות", כאשר בלא השתתפותה היה קושי טבוע לגבש הסכמות בעלות משמעות. עוד נקבע, כי אין בעובדה שמאפיית דוידוביץ היא מאפיה קטנה יחסית, בהשוואה למאפיות אחרות שהיו צד להסדר הכובל, כדי לסייע. שכן בבחינת הפגיעה בתחרות בשל הסדר כובל, נקודת המבט היא כוללת.

אשר לשניידמן; בית המשפט המחוזי דחה את הטענה לפיה הלה לא היה צד לשיחות שונות בין דרגי ביניים של המאפיות, וכי אין ראיה כי היה מודע לסיכומים שהושגו בהן. נקבע כי התמונה הכוללת, העולה בבירור ממכלול התשתית הראייתית, היא כי שניידמן היה מעורב במישרין ובאופן פעיל בגיבוש ההסדר הכובל וביישומו. בתוך כך, הוטעם כי שניידמן היה פעיל במתן הנחיות ליישומו של ההסדר הכובל; היה פעיל בכל הנוגע לאכיפתו; היה צד פעיל לשיחות רבות בהן נדונו הנושאים הקשורים לעניינים אלה, תוך שירד לפרטים; ואף ביטא מידה רבה של רגישות ביחס לנושאים

הנוגעים ליישום ההסדר הכובל. עוד דחה בית המשפט את טענת קבוצת ברמן כי יש לראות את ההסדר הכובל כמעידה חד פעמית הנובעת מהמצוקה החריגה והחשש הכן לקיומה של המאפיה. נקבע כי התמונה הכוללת העולה מהתשתית הראייתית "אינה מספקת תמיכה ממשית" לטענת קבוצת ברמן בנקודה זו.

35. סיכומו של דבר – בית המשפט המחוזי הרשיע את הנאשמים במיוחס להם בכתב האישום המתוקן, תוך שקבע כי התקיים במקרה דנן היסוד של נסיבות מחמירות הקבוע בסעיף 47א לחוק ההגבלים העסקיים.

גזר דינו של בית המשפט המחוזי

36. בגזר דינו, עמד בית המשפט המחוזי על הערך החברתי המוגן שנפגע מביצוע העבירה – הערך של תחרות חופשית. עוד עמד בית המשפט על מדיניות הענישה הנוהגת, לפיה בעבירות הגבלים עסקיים הטילו בתי המשפט עונשי מאסר, בחלק מן המקרים לריצוי על דרך עבודות שירות ובחלק מן המקרים לריצוי מאחורי סורג ובריה. עם זאת, הוטעם כי חלק גדול מהמקרים אליהם הפנו הנאשמים נדונו טרם נחקקה הוראת סעיף 47א לחוק ההגבלים העסקיים, הקובעת עבירה של הסדר כובל בנסיבות מחמירות, שלצידה עונש חמור יותר מעבירת הבסיס של היות צד להסדר כובל. עוד הוטעמה מגמתו של בית משפט זה להחמרה בענישה בגין עבירות כלכליות. על כן, נקבע כי נקודת המוצא העונשית בעבירות מעין דא הינה עונש מאסר מאחורי סורג ובריה, לצד קנס כספי משמעותי. הודגש בהקשר זה, כי מדובר בעבירה אשר ככלל הסיכון לחשיפתה קטן שכן הצדדים להסדר כובל הינם שותפי סוד ויש להם תמריץ שלא לגלות את קיומו של ההסדר, דבר אשר יפגע בראש ובראשונה בהם עצמם.

37. בית המשפט המחוזי המשיך ועמד על נסיבותיו הייחודיות של המקרה דנן, תוך שחזר על עיקר הקביעות שבהכרעת הדין ועל החומרה שבמעשי הנאשמים. בנוסף, נדרש בית המשפט לטענות נוספות הנוגעות לחומרת העבירה בה הורשעו הנאשמים. הוטעם כי אמנם תקופת ההסדר הכובל הייתה קצרה, אך כי ההסדר הופסק בשל החקירה הפלילית; כי העדרו של מנגנון ענישה לסוטים מן ההסדר אינו משפיע לקולא; וכי העובדה שקבוצת דוידוביץ היא זו שחוללה את התחרות שהיוותה טריגר להסדר אינה עומדת לזכותה. עוד נדרש בית המשפט להבדלים המשמעותיים בין עניינם של המערערים דנן לבין הסדר הטיעון שנכרת עם אחד הנאשמים האחרים בתיק – רחמים (רמי) סגן, אשר הודה בעבירה של היות צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות והוטלו עליו שישה חודשי מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות וכן קנס כספי בסך 50,000

ש"ח. הוטעם כי הסדר הטיעון האמור גובש בשלב מוקדם של ההליך, טרם שמיעת הוכחות. בית המשפט המשיך וקבע כי מתחם הענישה המתחייב במקרה דנן ראוי כי יהיה מאוזן ולא ייטה לצד המקל או המחמיר; דחה את טענת המערערים לפיה תקרת המתחם עומדת על עבודות שירות; ואף דחה את טענתם כי תקרת הקנס נגזרת מן הנזק הישיר שניתן לייחס לכל מעורב ולא מן הנזק הכולל שנגרם.

38. נוכח האמור, העמיד בית המשפט המחוזי את מתחם עונש המאסר בפועל בעניינם של שניידמן ודוידוביץ – תוך שקבע כי אין מקום להבחין ביניהם באופן ממשי – על תשעה עד שמונה עשר חודשי מאסר בפועל. לעניין הקנס; נקבע כי קיים שוני רלבנטי בין השניים, הנגזר מהאינטרס הכספי שלהם במאפיות ומטובת ההנאה שהיו עשויים להפיק כפועל יוצא מן ההסדר הכובל. משכך, נקבע בעניינו של שניידמן מתחם קנס של 150,000-250,000 ש"ח; ובעניינו של דוידוביץ מתחם קנס של 350,000-200,000 ש"ח.

39. אשר למאפיות, בשים לב למכלול הקביעות בהכרעת הדין ולגודלן היחסי של המאפיות, הועמד מתחם הענישה בעניינה של מאפיית ברמן על קנס בשיעור של 1,000,000-2,000,000 ש"ח; מתחם הענישה בעניינה של מאפיית דוידוביץ הועמד על 500,000-1,000,000 ש"ח; ומתחם הענישה של מאפיית אלומות (אשר המחזור שלה עמד על כשליש מזה של מאפיית דוידוביץ) הועמד על 300,000-600,000 ש"ח.

40. בית המשפט המחוזי המשיך ונדרש לנסיבותיו הפרטניות של כל אחד מן הנאשמים. בעניינו של שניידמן נקבע מחד, כי החמרה בעונשו תביא להרתעת הרבים שהרי מדובר בעבירה אינסטרומנטלית שבוצעה תוך תכנון ומחשבה מראש ואשר יש בה מימד כלל ציבורי הנובע מהשלכתו על ציבור גדול. מאידך, נקבע כי יש להביא בחשבון את פגיעתו של ההליך הפלילי בשניידמן על רקע גילו (יליד 1944), מעמדו המקצועי והישגיו. עוד נקבע, בין היתר, כי מצבו הרפואי אינו קיצוני או חריג; כי עבודתו במאפיית ברמן הסתיימה, דבר שיש בו משום פגיעה באדם אשר בנה עצמו בעבודה קשה; כי ההליך הפלילי הותיר צלקת על משפחתו וגבה ממנה מחיר לא קל; וכי ניתן היה להתרשם כי הוא מבטא חרטה כנה על מעשיו.

סיכומו של דבר, הטיל בית המשפט המחוזי על שניידמן עונש מאסר בפועל לתקופה של שנים עשר חודשים; מאסר על תנאי לתקופה של שישה חודשים, אשר ירוצה בפועל אם שניידמן יעבור על הוראות חוק ההגבלים העסקיים, במשך תקופה של שלושים חודשים שתחילתה ביום שחרורו מן המאסר בפועל; קנס כספי בסך של

200,000 ש"ח; ופסילה מכהונה כדירקטור בחברות ציבוריות, מכוח סעיף 226א לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות), לפרק זמן של חמש שנים.

41. אשר לדוידוביץ; צויין כי הינו יליד 1950 וכי הוא זקוק לטיפול רפואי ולתשומת לב מיוחדת, אך כי לא מדובר בחולאים חריגים. עוד צויינה הפגיעה הלא מבוטלת של ההליך בבני משפחתו, כעולה ממסמך שהוגש; כי דוידוביץ נטל אחריות חלקית עת הודה בחלק מן המיוחס לו בכתב האישום; וכי אין תשתית המלמדת כי ההד התקשורתי שליווה את ההליך חרג מכל מידה סבירה ופגע בדוידוביץ במעין פגיעה עונשית.

סיכומו של דבר, הטיל בית המשפט המחוזי על דוידוביץ עונש מאסר בפועל לתקופה של שנים עשר חודשים; מאסר על תנאי לתקופה של שישה חודשים, אשר ירוצה בפועל אם דוידוביץ יעבור על הוראות חוק ההגבלים העסקיים, במשך תקופה של שלושים חודשים שתחילתה ביום שחרורו מן המאסר בפועל; קנס כספי בסך של 300,000 ש"ח; ופסילה מכהונה כדירקטור בחברות ציבוריות, מכוח סעיף 226א לחוק החברות, לפרק זמן של חמש שנים.

42. אשר למאפיות; ביחס למאפיית דוידוביץ נקבע כי הייתה חוליה חיונית בגיבוש ההסדר הכולל וכי אף שנטתה ליישום איטי וחלקי של ההסכמה הראשונה, ביצעה אותה באופן משמעותי. עוד נקבע, כי המאפיה יישמה גם את ההסכמה השנייה באופן משמעותי. בסופו של יום הוטל עליה קנס של 700,000 ש"ח. כמו כן, נקבע כי המאפיה תחתום על התחייבות להימנע מביצוע עבירות על חוק ההגבלים העסקיים בסך של 300,000 ש"ח, לתקופה של שנתיים.

ביחס למאפיית אלומות; הוטעם כי היא מהווה חלק מקבוצת דוידוביץ וכי המחזור שלה עומד על כשליש מן המחזור של מאפיית דוידוביץ. על כן, הוטל עליה קנס של 400,000 ש"ח ונקבע כי עליה לחתום על התחייבות להימנע מביצוע עבירות על החוק בסך של 150,000 ש"ח, לתקופה של שנתיים.

לשם השלמת התמונה, יוער כי על מאפיית ברמן הוטל קנס של 1.4 מיליון ש"ח, לצד התחייבות להימנע מביצוע עבירה על החוק בסך של 500,000 ש"ח, לתקופה של עשרים וארבעה חודשים.

ההליכים בבית משפט זה

43. ביום 2.3.2016 הורה בית משפט זה (השופט ס' ג'ובראן), בהסכמת המדינה, על עיכוב ביצוע עונש המאסר בפועל שהוטל על שניידמן עד להכרעה בערעורו.

44. בהחלטתי מיום 3.3.2016 הוריתי, בהסכמת המדינה, על עיכוב ביצוע עונש המאסר בפועל שהוטל על דוידוביץ עד להכרעה בערעורו.

טענות הצדדים

45. כזכור, ערעורה של המדינה נסוב על גזר הדין בלבד. לעומת זאת, ערעוריהם של קבוצת דוידוביץ ושניידמן נסובים הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין.

ערעור קבוצת דוידוביץ (ע"פ 1656/16)

46. קבוצת דוידוביץ טוענת – באמצעות באת-כוחה, עו"ד איריס ניב-סבאג – טענות רבות אשר יש בהן, לדידה, כדי להצדיק את זיכוייה מהעבירה של היות צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות, ולחילופין הפחתה בעונשים שהוטלו עליה. אביא להלן את עיקרן של טענות אלה.

47. עניינה של קבוצת הטענות הראשונה של קבוצת דוידוביץ בזיקה שבין ההסכמה לעניין המחיר ובין ההסכמה לעניין הימנעות מתחרות. לטענת קבוצת דוידוביץ, ההסכמה השנייה הייתה תוצאה טבעית של ההסכמה הראשונה והעיקרית, במטרה להבטיח "רגיעה" מתחרות המחירים ולא כתכלית עצמאית, ועל כן הייתה מוגבלת בעיקרה. זאת ועוד, הפרדה אותה מבקשת המדינה לעשות בין שתי ההסכמות, כך נטען, מהווה למעשה סטייה מההסכמות הדיוניות בין הצדדים וחזרה לכתב האישום המקורי.

48. קבוצת הטענות השנייה עוסקת בהיפוך הנטל הראייתי. לטענת קבוצת דוידוביץ, קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי התבססו, הלכה למעשה, על היפוך הנטל הראייתי המוטל על המדינה. היפוך זה בא לידי ביטוי, כך לטענת קבוצת דוידוביץ, בראש ובראשונה באופן שבו נותחה חוות הדעת שהגישה, כאשר כל קושי שנמצא בחוות הדעת נזקף על ידי בית המשפט לחובתה של קבוצת דוידוביץ. זאת בייחוד, בהתחשב בעובדה שהמדינה כלל לא הגישה חוות דעת מטעמה. בנוסף, נטען כי ההיפוך אף מתבטא בקביעה כי מחירי המבצע היו נמשכים זמן רב; וכי ההסכמה השנייה חלה גם על רשתות השיווק.

49. בקבוצת טענותיה השלישית, מבקשת קבוצת דוידוביץ לאבחן את עצמה משאר הנאשמים שבכתב האישום לעניין התקיימותן של נסיבות מחמירות. נטען כי גודלן הקטן יחסית של מאפיות דוידוביץ ואלומות; יישום ההסדר על ידה באופן חלקי בלבד; והרווח הקטן יחסית שהרוויחה, מצדיקים דיפרנציאציה בינה לבין הנאשמים האחרים וקביעה כי לא התקיימו בעניינה נסיבות מחמירות.

50. באשר לעונשים שהושתו על דוידוביץ כיחיד בגזר הדין (כמפורט בפסקה 41 לעיל); נטען ראשית, כי בית המשפט המחוזי לא נתן את המשקל הראוי לעובדה כי דוידוביץ הודה ונטל אחריות בשלב מוקדם, כאשר הדיון בבית המשפט לא נוהל ביחס לעצם ההרשעה אלא להתקיימותן של נסיבות מחמירות. שנית, טוען דוידוביץ כי לא ניתן משקל ראוי לנסיבות המקלות בעניינה של מאפיית דוידוביץ, ובהן העובדה כי היא לא הייתה הכוח המניע מאחורי גיבוש ההסדר הכובל; כי היא נטתה ליישם את ההסכם באופן איטי וחלקי; וכי היא קטנה יותר מהמאפיות האחרות. עוד מוטעם הנזק שנגרם לדוידוביץ ולמשפחתו בגין ההרשעה. שלישית, נטען כי עונש המאסר בפועל שהוטל על דוידוביץ מהווה "עליית מדרגה קיצונית" ביחס לענישה הנוהגת, עלייה אשר לא נעשתה באופן הדרגתי כנדרש בפסיקותיו של בית משפט זה. בעניין זה נטען כי אף לא נכון היה להתבסס על מגמת ההחמרה בעבירות כלכליות ככלל, שכן יש להידרש לחומרת הענישה בעבירה הכלכלית הספציפית הרלבנטית לענייננו – של היות צד להסדר כובל. עוד נטען, כי עקרון אחדות הענישה מחייב מתן משקל מכריע להסדר הטיעון שנחתם עם סגן, במסגרתו הוטלו עליו שישה חודשי מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות. לבסוף, נטען באשר לגובה הקנסות שהוטלו; כי הן הקנס שהוטל על דוידוביץ והן הקנס שהוטל על המאפיות שבקבוצת דוידוביץ מצויים ברף העליון של הענישה הנוהגת, והם אינם פרופורציונליים ואינם תואמים את נסיבותיו הקונקרטיות של המקרה דנן.

ערעור המדינה (ע"פ 16/1665)

51. בערעורה, טוענת המדינה – באמצעות בא-כוחה, עו"ד אסף מוזס – ראשית, כי שגה בית המשפט המחוזי עת לא נתן משקל מתאים לחומרה היתרה שבעבירה בה הורשעו המערערים. זאת, בכל הקשור הן לעונשי המאסר בפועל והן לקנסות שהוטלו על המערערים. מוטעם, בין היתר, כי ההסדר הכובל יושם ונאכף באמצעות מנגנון אפקטיבי ויעיל; כי הצדדים להסדר פעלו ליישומו באופן פעיל ונמרץ; וכי התחרות נפגעה באופן משמעותי, פגיעה שהתעצמה נוכח קיומה של תחרות משמעותית עובר להסדר הכובל. עוד מוטעם כי הענישה הקבועה לצד העבירה של היות צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות הינה חמש שנות מאסר. שנית, טוענת המדינה כי רובן המוחלט של

הנסיבות ששקל בית המשפט לקולא, כלל אינן צריכות להיחשב ככאלה. כך לדוגמא, נטען כי אין ליתן משקל מכריע לעובדה שהמחיר לצרכן היה נמוך ממחיר הפיקוח.

52. בנוסף, טוענת המדינה כי הגם שבחינת הענישה צריכה להיעשות אל מול עבירות בעלות נסיבות דומות, מעטים המקרים בהן הורשעו נאשמים בעבירה הקבועה בסעיף 47א לחוק ההגבלים העסקיים שלא על דרך הסדר טיעון. עוד מוטעם, כי קיים קושי מובנה בהשוואה לענישה שהוטלה טרם כניסתו לתוקף של תיקון 113 לחוק העונשין. על כן, טוענת המדינה כי יש לשאוב הנחיה ממדיניות הענישה הנהוגה ביחס לעבירות כלכליות אחרות בעלות חומרה דומה. לטענתה, השוואה שכזו מביאה למסקנה כי העונש במקרים אחרים גבוה בהרבה מהעונש שהוטל על המערערים דנן, ומקל וחומר שלא ניתן לטעון כי מדובר בהעלאה של רף הענישה באופן לא הדרגתי.

53. בתשובתיה לערעורים על הכרעת הדין, מטעימה המדינה כי מרבית טענות המערערים מכוונות כנגד קביעותיה העובדתיות של הערכאה הדיונית כאשר הלכה היא כי ערכאת הערעור לא תמהר להתערב בקביעות אלה. בתוך כך, סומכת המדינה את ידיה על כלל קביעותיו העובדתיות והמשפטיות של בית המשפט המחוזי. נטען, בין היתר, כי ההסכמה הראשונה הביאה לעליית מחירים של ממש ולנזק בפועל ובכוח משמעותי; וכי ההסכמה השנייה עסקה בכל הארץ ובכל סוגי המוצרים וכי אין להגבילה על ידי שימוש במילים "כתוצאה מכך" שבהסכמה הדיונית. עוד טוענת המדינה כי לא הייתה מוטלת עליה, בנסיבות העניין, חובה להגיש חוות דעת כלכלית מטעמה; וכי אין ממש בטענת המערערים למחירי הפסד.

תשובת מאפיית ברמן לערעור על גזר הדין (ע"פ 1665/16)

54. בתשובתה לערעור המדינה, טוענת מאפיית ברמן – באמצעות באת-כוחה, עו"ד תמר תורג'מן-קדם – כי בשים לב למכלול נסיבות המקרה, מדיניות הענישה הנהוגה וקנסות שהוטלו על תאגידים אחרים במקרים דומים, גובה הקנס שהוטל עליה הוא מחמיר ביותר וחסר תקדים בגובהו. יחד עם זאת, החליטה מאפיית ברמן לקבל על עצמה את הדין ולא להגיש ערעור על גובה הקנס. על כן, מצרה מאפיית ברמן על כך שאף על פי כן החליטה המדינה להגיש ערעור מטעמה וטוענת כי אין מקום להגדיל את הקנס כמבוקש על ידי המדינה. בתוך כך, טוענת מאפיית ברמן כי תקופת ההסכמות הייתה קצרה למדי; כי הן יושמו באופן חלקי בלבד; כי היא לא גבתה מחירים קרטליסטיים; וכי הנזק הפוטנציאלי נמוך מאד.

55. אף שניידמן טוען – באמצעות בא-כוחו, עו"ד ירון קוסטליץ – טענות רבות כנגד הרשעתו בעבירה של היות צד כובל בנסיבות מחמירות ולחילופין כנגד העונש שהוטל עליו.

56. עניינה של קבוצת הטענות הראשונה של שניידמן בהתקיימותן של הנסיבות המחמירות שבסעיף 47 לחוק ההגבלים העסקיים. לטענת שניידמן, לא הוכחה בעניינו התקיימותה של "פגיעה משמעותית בתחרות". את טענתו זו, מבסס שניידמן בעיקר על סוגיית הנזק שנגרם כתוצאה מן ההסדר הכובל. נטען ביחס לנזק בפועל מההסכמה הראשונה – שהועמד כזכור על ידי בית המשפט המחוזי על כ-500,000 ש"ח – כי מדובר בסכום קטן ביותר ביחס למחזור הכספי השנתי של המאפיות, העומד על כמיליארד ש"ח. יתרה מכך, נטען כי כלל לא נכון לקבוע התקיימותו של נזק שנגרם לציבור כתוצאה מהפסקת מחירי המבצע. זאת, בין היתר, שכן מחירים אלו היו נמוכים ממחיר שיווי המשקל התחרותי, כעולה מהעובדה כי הינם נמוכים ממחיר הפיקוח. אשר לנזק הפוטנציאלי; נטען כי הואיל ותקופת מחירי המבצע הייתה קצרה, אין מקום לקבוע כי קיים נזק נוסף מעבר לרווח בפועל שגרפו המאפיות.

57. קבוצת הטענות השנייה של שניידמן עוסקת ביחס בין ההסכמה הראשונה לשנייה ובתוך כך בהסכמה הדיונית עם המדינה. נטען כי יש ליתן משקל ממשי למילים "כתוצאה מכך" המתארות, כזכור, במסמך ההסכמה הדיונית את הקשר בין ההסכמה הראשונה והשנייה. אף אם ניתן לפרש מילים אלה בצורה אחרת, כך לטענת שניידמן, בהתאם למושכלות היסוד של הדין הפלילי יש לבכר את הפרשנות הפועלת לטובתו של הנאשם. עוד נטען, לגופו של עניין, כי ההסכמה השנייה נבעה מחשש מניצול הפסקת המבצעים ועל כן מוגבלת להיקפה של ההסכמה הראשונה.

58. אשר לגזר הדין; טוען שניידמן ביחס לעונש המאסר שהוטל עליו, ראשית, כי בית המשפט המחוזי לא נתן את המשקל הראוי לעובדה כי שניידמן שימש כמנכ"ל שכיר – בשונה מדוידוביץ, ששימש כבעלים – כך שלא היה צפוי להפיק טובת הנאה אישית כפועל יוצא מהסדר הכובל. על כן, נטען כי לא נכון היה להשוות את הענישה שהוטלה על שניהם. בנוסף, נטען כי "אין תקדים" לכך שעל מנכ"ל שכיר הוטל עונש של מאסר מאחורי סורג ובריח בעבירות לפי החוק, כאשר יש ליתן משקל של ממש לעובדה כי על סגן – אשר עבד כמנהל הפצה במאפיית ברמן – הוטלו שישה חודשי מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות. עוד נטען כי מנהל השיווק ומנהל המכירות של

מאפיית ברמן כלל לא הועמדו לדין פלילי, הגם שמעדותם בבית המשפט המחוזי "לא יכול להיות חולק על מעורבותם". שנית, מפנה שניידמן להלכה לפיה העלאת רף הענישה צריכה להתבצע בהדרגתיות תוך בחינתו של רף הענישה הנוהג. נטען כי השתת שנת מאסר בפועל, למול עונשים של עבודות שירות שהוטלו בעבר, אינה יכולה להיחשב כהעלאה הדרגתית כאמור. שלישיית, טוען שניידמן כי לא נכון להתחשב בשיקול של הרתעת הרבים שכן השימוש בנאשם כאמצעי להשגת מטרות חברתיות אינו חוקתי. עוד נטען לעניין זה כי כלל לא הוכח אמפירית שהחמרת ענישה אכן מביאה להרתעת הרבים. רביעית, נטען כי שגה בית המשפט עת לא נתן משקל לקולא לעובדה כי שניידמן סבר, מבחינה סובייקטיבית ובתום לב, כי מחירי המבצע היו הפסדיים; לכך שמאפיית ברמן לא הייתה הכוח המניע מאחורי ההסדר הכובל; ולנסיבותיו האישיות של שניידמן. אשר לקנס, נטען כי שגה בית המשפט עת קבע כי ניתן להורות על הצטברות של הקנס, לפי סעיפים 61 ו-63 לחוק העונשין, וכי הקנס שנקבע בפועל הינו מחמיר יתר על המידה.

דיון והכרעה

59. לאחר שחזרתי ועיינתי בכתבי הערעור על נספחיהם ולאחר שהקשבתי בקשב רב לטענות שהעלו הצדדים בדיון שנערך לפנינו, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעורים על הכרעת הדין להידחות. לצד זאת, שוכנעתי כי יש לקבל את ערעורם של שניידמן ושל דוידוביץ על גזר הדין ולהקל במידת מה את עונש המאסר בפועל שהושת עליהם, הכל מהטעמים שיפורטו להלן.

הערעורים על הכרעת הדין

60. טרם אגש לגופם של דברים, רואה אני להעיר מספר הערות מקדמיות. ראשית, כזכור, המערערים הודו במסגרת הסדר טיעון כי היו צד להסדר כובל וכי עבירת הבסיס שבסעיף 47(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים התקיימה. עיקר המחלוקת בין הצדדים נסובה סביב התקיימותן של נסיבות מחמירות לפי סעיף 47 לחוק. בהתאם, הדיון שלהלן יתמקד רק בסוגיה זו. בפרט, איני רואה מקום להידרש לשאלה אם ההסכמה בין הצדדים אכן עולה לכדי הסדר כובל לפי סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים.

61. שנית, נכון להדגיש כבר עתה כי נקודת המוצא לדיוננו היא ההלכה שנקבעה בעניין וול, בכל הקשור לחלופות המצויות בסעיף 47 לחוק ההגבלים העסקיים

להתקיימותן של "נסיבות מחמירות", קרי, "נסיבות שבהן עלולה להיגרם פגיעה משמעותית בתחרות בעסקים". לפי הלכת וול:

"לשם הרשעה על פי סעיף 47 לחוק, דרושה התקיימותה של אחת או יותר מהחלופות המצוינות בו. עוד נשים אל לב, כעולה מלשון הסעיף, כי הפרמטרים המנויים בו, אינם מהווים רשימה סגורה. בית המשפט חופשי להוסיף עליהם פרמטרים לחומרה בעקבות היצירתיות שיפגינו יוצרי הקרטלים העתידיים אשר יבואו בשעריו, ולהתמודדות עמה לפי הצורך" [עניין וול, פסקה קמח'; ההדגשה במקור].

בהמשך לאמור, אציין כבר עתה כי כמו בית המשפט המחוזי, אף אני לא שוכנעתי כי יש ממש בטענת המערערים לפיה יש לייחס משקל גם לשאלה אילו מהחלופות המצוינות בסעיף 47 לחוק אינן מתקיימות. על כן, אדרש בדברי אך לנסיבות המחמירות שנקבע כי התקיימו במקרה דנן.

62. שלישית, כידוע, ערכאת הערעור תימנע מלהתערב בממצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית, אשר עומד לה יתרון מובנה שכן היא זו ששמעה את העדים והתרשמה מהם ישירות, וכן צללה לנבכי הראיות והמסמכים שהובאו לפניה [ראו, למשל: ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 643-644 (2000); ע"פ 2202/08 פסקו נ' מדינת ישראל, פסקה 37 (7.3.2012)]. עמדתי בעבר על כך שלצד הכלל האמור פיתחה הפסיקה שלושה חריגים, במסגרתם תתערב ערכאת הערעור בקביעותיה של הערכאה הדיונית. עניינו של החריג הראשון במקרים בהם ממצאי הערכאה הדיונית מבוססים על ראיות בכתב ולא על הופעת עדים. במקרים אלה, אין לערכאה הדיונית יתרון של ממש על פני ערכאת הערעור [ראו, למשל: ע"פ 398/89 מנצור נ' מדינת ישראל, פסקה 4 לפסק דינו של השופט ג' בכך (19.1.1994)]. החריג השני חל כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על שיקולים שבהגיון, קרי, כאשר מדובר בהסקת מסקנות מתוך חומר הראיות [ראו, למשל: ע"פ 5937/94 שאבי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 832, 835 (1995)]. לבסוף, עניינו של החריג השלישי במקרים שבהם קיימות טעויות מהותיות בהערכת המהימנות של העדויות שבוצעה על ידי הערכאה הדיונית [ראו, למשל: ע"פ 4977/92 ג'ברין נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 690, 696 (1993)].

חלק ניכר מטענות המערערים – והדברים אמורים בייחוד ביחס לערעורה של קבוצת דוידוביץ – מכוונות כנגד קביעות שבעובדה של בית המשפט המחוזי. הגם שבתיק דנן הוגשו מסמכים רבים – דוגמת פלטי שיחות בין הנאשמים מהתקופה הרלבנטית לכתב האישום ושתי חוות דעת – כלל הצדדים הרלבנטיים למסמכים אלו העידו ונחקרו לפני בית המשפט. בכלל זה, הנאשמים שניהלו את השיחות האמורות והמומחים שכתבו את חוות הדעת. ממילא, נהיר כי החריג הראשון כאמור אינו חל על המקרה דנן. יתרונותיו של בית המשפט המחוזי בענייננו מובהקים, שכן לפניו נחקרו באריכות העדים השונים והם נשאלו שאלות רבות ביחס למסמכים ולראיות דנן. משכך, איני רואה להידרש לכלל הטענות העובדתיות שהעלו המערערים. בנוסף, המערערים אינם טוענים כי נפלו טעויות מהותיות בהערכות המהימנות שנקבעו על ידי בית המשפט המחוזי, כך שגם החריג השלישי אינו חל בענייננו.

הנה כי כן, במסגרת זו אדרש בעיקר לטענות המערערים המבקשות לחסות תחת החריג השני. שכן, הטענות בדבר העדר השתכללותה של העבירה הקבועה בסעיף 47א לחוק – דהיינו, העדר התקיימותן של נסיבות מחמירות – מופנות למעשה כנגד המסקנות המשפטיות שהסיק בית המשפט מתוך חומר הראיות. אומר כבר עתה, כי לאחר שבחנתי את מלאכתו היסודית והמעמיקה של בית המשפט המחוזי, לא מצאתי כי נפל כל פגם במסקנותיו האמורות ובפרט בקביעתו כי התקיימו במקרה דנן נסיבות מחמירות. לטעמי, הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי סדורה, מנומקת כדבעי ומשכנעת, כך שחלות במלואן ההצדקות הניצבות בבסיס הלכת אי-ההתערבות. אפרט מיד את הטעמים שהובילוני למסקנתי זו.

63. רביעית, על אף שחלק מטענות המערערים נושאות אופי כללי ועקרוני – דוגמת הטענות בדבר היפוך נטלי הראיה וכן הטענות הנוגעות לאי-הגשת חוות דעת מטעם המדינה – אקדיש את הדיון שלהלן לבחינה סדורה של התקיימותו של הסדר כובל בנסיבות מחמירות, תוך שאחלק בין שתי ההסכמות השונות שנכללו בהסדר הכובל. דומני כי רוב הטענות הכלליות האמורות תבואנה על סיפוקן כחלק מהניתוח הפרטני של כל אחת מההסכמות. בסוף דברי, אחזור ואדרש בתמצית לטענות הכלליות.

עם זאת, רואה אני להטעים כבר עתה בכל הקשור לסוגיית היפוך נטלי הראיה, את מושכלות היסוד לפיהן הגם ש"נטל השכנוע" מוטל על פי רוב על כתפי המדינה לכל אורך ההליך הפלילי, הרי יש ו"חובת הראיה" תועבר לכתפיו של הנאשם [ראו והשוו: ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ד 504, 522-523 (1950); ע"פ 493/82 חמו נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 645, 651 (1986)]. עוד ראו בעניין

זה: יעקב קדמי על הראיות חלק רביעי 1647, 1659 ו-1664-1665 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009). משמעות הדבר, כי במקרים בהם עלה בידי המדינה להעמיד תשתית ראייתית מסבכת, המקימה לחובתו של הנאשם את המיוחס לו בכתב האישום, מוטל יהיה על הנאשם לקעקע ולהפריך תשתית זו על מנת למנוע את הרשעתו. כך לדוגמא, נקבע בעבר כי:

”הביאה הקטיגוריה דברי הוכחה אשר יש בהם, לכאורה, כדי להעלות את ההנחה, כי הנאשם עבר את העבירה המיוחסת אליו, עוברת לשכמו של הנאשם החובה להמשיך בהבאת דברי הוכחה מצדו הוא. בשלב זה – ואף לא בשום שלב אחר – אין עליו להוכיח את חפותו מפשע. כל מה שמוטל עליו הוא: לתת דברי הסבר להנחה אשר עלתה מתוך הוכחותיה של הקטיגוריה.” [ע”פ 20/51 פודמסקי נ’ היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ”ד ה 1187, 1196 (1951)].

מושכלות יסוד אלה, הן שידריכו אותי בבואי לבחון את טענות המערערים כי המדינה לא עמדה בנטל המוטל עליה להוכיח את התקיימותן של הנסיבות המחמירות שבסעיף 47א לחוק ההגבלים העסקיים.

ההסכמה הראשונה

64. כזכור, תוכנה של ההסכמה הראשונה בהסכמת הצדדים להעלות את המחירים של שני סוגי לחמים שבפיקוח – לחם אחיד פרוס וחלה. זאת, באמצעות ביטול המבצע שניתן על ידי הצדדים עובר להסדר הכובל. כעולה מהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי, הסכמה זו יושמה ”באופן משמעותי”, כאשר מחירי הלחמים נשוא ההסדר הכובל עלו ”במידה ממשית, במרבית נקודות המכירה הרלוונטיות. החריגים לכך היו מעטים”. עוד נקבע בהכרעת הדין, כי ההסכמה הראשונה כללה שתיים מהחלופות המנויות בסעיף 47א לחוק ההגבלים העסקיים להתקיימותן של נסיבות מחמירות, שבהן עלולה להיגרם פגיעה משמעותית בתחרות. אדרש לחלופות אלה כסדרן.

(1) ”חלקו ומעמדו של הנאשם בענף המושפע מן העבירה” (סעיף 47א(1) לחוק)

65. כפי שהוטעם בעניין וול, בבואנו לבחון את התקיימותה של הנסיבה המחמירה שבסעיף 47א(1) לחוק ההגבלים העסקיים, שומה עלינו להגדיר את גבולותיו של אותו ”ענף” המושפע מן העבירה, דהיינו, עלינו לבצע ניתוח מהותי של השוק הרלבנטי ושל גבולותיו [ראו: עניין וול, פסקה קיד]. ניתוח זה, נעשה בעיקרו באמצעות בחינתם של מספר רכיבים: (א) הגדרת המוצר או השירות, ובכלל זה מיפוי קהל היעד; המתחרים

הפוטנציאליים; והמוצרים התחליפיים. (ב) הגדרת השוק הגיאוגרפי. (ג) מיפוי חסמי הכניסה לשוק. בתוך כך, ניתן להיעזר ב"מבחן המונופול ההיפותטי", שעיקרו בדיקה האם העלאה קטנה אך משמעותית במחיר המוצר מובילה למעבר צרכנים למוצר שני אם לאו. כך, במקרה בו למרות העלאת המחיר לא התרחשה "בריחת לקוחות" כאמור, משמעות הדבר היא כי מדובר למעשה בשני שווקים נפרדים [ראו: עניין וול, פסקאות קטז-קיז וההפניות שם].

66. בפרק החמישי להכרעת הדין, נדרש בית המשפט המחוזי בהרחבה למבחנים האמורים. נקבע כי בחינת התחליפיות בין הלחם שבפיקוח ובין הלחם שאינו בפיקוח מלמדת כי מוצרי הלחם שבפיקוח הם ענף מובחן. זאת, בין היתר, נוכח העובדה כי מנקודת מבטו של הצרכן יש פער מחירים מובהק בין שני סוגי הלחמים האמורים; כי בהתאם לכך, קהל היעד העיקרי של המוצרים שבפיקוח הינו אוכלוסיות במעמד סוציו-אקונומי נמוך; וכי פיתות לא היו, דה פקטו, מוצר תחליפי ללחמים שבפיקוח. אשר להגדרת השוק הגיאוגרפי, נקבע כי הצדדים להסדר הכובל היו בתקופה הרלבנטית מתחרים בפרישה גאוגרפית נרחבת. לבסוף, ובכל הקשור לחסמי הכניסה לשוק, נקבע בין היתר כי "נאשמי קבוצת ברמן אינם מצביעים, ולו בדוחק, על אפשרות, ולו רחוקה, כי מאן דהוא היה יכול, במהירות ויעילות, להוות משקל נגד להפעלת כוח השוק על ידי הצדדים להסדר הכובל" (פסקה 332 להכרעת דינו של בית המשפט המחוזי). לבסוף, נקבע כי ההסדר הכובל הצליח להפעיל כוח שוק ביחס ללחם האחיד הפרוס והחלה מבלי להביא לנטישת לקוחות בהיקף שיגרום להעלאת המחיר להיות בלתי כדאית מלכתחילה. עוד הטעים בית המשפט, כי חלקם של הצדדים להסדר הכובל בשוק הלחם המפוקח היה כ-90% וכי 77% מן הלחמים המפוקחים הנצרכים על ידי השכבות החלשות הינם לחמים פרוסים.

67. לאחר שחזרתי ועיינתי בדבר, סומך אני את ידי על כלל קביעותיו האמורות של בית המשפט המחוזי. איני רואה לפרט בעניין זה, שכן עיקר טענות המערערים בכל הקשור להתקיימותה של הנסיבה המחמירה שבסעיף 47א(1) מבקשות למעשה לתקוף את קביעותיה העובדתיות של הערכאה הדיונית. אף לגופו של עניין, מצאתי כאמור כי בית המשפט המחוזי ערך ניתוח סדור ומעמיק של הנסיבה המחמירה האמורה, תוך שהתבסס כדבעי על התשתית הראייתית שהונחה לפניו.

(2) "הנוק שנגרם, או הצפוי להיגרם לציבור, בשל העבירה" (סעיף 47א(3) לחוק)

68. כעולה מלשונו של הסעיף האמור, את הדיון בשאלת הנזק שנגרם מההסדר הכובל יש לחלק לשתי סוגיות נפרדות: הנזק שנגרם בפועל; והנזק שצפוי היה להיגרם, קרי, הנזק הפוטנציאלי. טרם אגש לבחינת התקיימותם של הנזקים האמורים במקרה הקונקרטי שלפנינו, רואה אני להקדיש מספר מילים לנסיבה מחמירה זו. זאת, שכן עניין וול – בו פותחו כאמור ההלכות העיקריות בכל הקשור לעבירה של היות צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות – אינו דן בהרחבה בנסיבה המחמירה הנעוצה בנזק שנגרם כתוצאה מההסדר הכובל.

69. בבואנו לבחון האם הנזק – בפועל או בכוח – שנגרם מההסדר הכובל עולה כדי "פגיעה משמעותית בתחרות", כהוראת סעיף 47א לחוק, אין לטעות ולחשוב כי הקריטריון המרכזי והמכריע לעניין זה הינו סכום הכסף האבסולוטי שהרוויחו (או עשויים היו להרוויח) הצדדים להסדר הכובל. קביעה זו עולה, בראש ובראשונה, מלשונו של סעיף 47א לחוק, המורה מפורשות (בסעיף קטן (4)) נסיבה מחמירה נפרדת של "טובת ההנאה שהפיק הנאשם". על פניו, "הנאה" זו נעוצה ברווח שהפיקו הצדדים להסדר הכובל, בין היתר, מעליית המחירים ומהעושר שהועבר באמצעות ההסדר הכובל מציבור הצרכנים לכיסם של הצדדים להסדר הכובל. הנה כי כן, יש לפרש את הנסיבה המחמירה שעניינה בנזק שנגרם מההסדר הכובל באופן אחר. בשונה מבחינתה של טובת ההנאה שהופקה מההסדר הכובל, אשר שמה את הדגש כאמור על הצדדים להסדר והרווח שהפיקו, הרי שכעולה מלשונו המפורשת של סעיף 47א(3) לחוק בחינתו של הנזק שנגרם מההסדר מעמיד במרכז את הציבור והפגיעה בו.

מסקנה זו מתבקשת אף נוכח התכליות והרציונלים של חוק ההגבלים העסקיים. מושכלות יסוד הן, כי הערך העומד בבסיסם של דיני ההגבלים העסקיים הוא ההגנה על קיומה של תחרות חופשית, שהינה כלי להגדלת הרווחה הכלכלית באמצעות הורדת מחירים, הגדלת הכמויות הנמכרות בשוק ויצירת תמריצים להתייעלות ולחדשנות [ראו, למשל: עניין וול, פסקאות פ-פב וההפניות שם]. תחרות חופשית, מהווה למעשה תנאי הכרחי להתקיימותו של משק יעיל ובריא ואף מובילה לצמיחה כלכלית [ראו, למשל: ע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל דמזורים ובקרה בע"מ, פ"ד ס(2) 120, 136-137 (2005)]. את השאלה האם נזק שנגרם או צפוי היה להיגרם מהסדר כובל עולה כדי פגיעה משמעותית בתחרות, כהוראת סעיף 47א(3) לחוק, יש לבחון אם כן מנקודת מבט זו. ככל שהנזק מהווה פגיעה חמורה יותר בתוצאות החברתיות החיוביות הנגרמות בעקבות התחרות החופשית כאמור, אזי יעלה הדבר לכדי פגיעה משמעותית בתחרות. על כן, נהיר כי אין המדובר במושג אבסולוטי אלא במושג יחסי הנגזר מחומרת הפגיעה האמורה. אף נזק אבסולוטי "קטן" לכאורה מההסדר כובל, עשוי

לפגוע פגיעה של ממש ברווחה הכלכלית, שכן ההסדר הכובל מוביל בפועל לעליית מחירים ולפגיעה בתמריצים להתייעלות ולחדשנות.

70. הנה כי כן, בכואנו לבחון את התקיימותה של הנסיבה המחמירה שבסעיף 47א(3) לחוק, נהיר כי נדרשת, בשלב ראשון, עבודת כימות וחישוב של הנזק האובייקטיבי והאבסולוטי שנגרם וצפוי היה להיגרם מההסדר הכובל. בחינה זו הינה בחינה עובדתית ביסודה. עם זאת, לא די בכך על מנת לקבוע האם התקיימה הנסיבה המחמירה האמורה שכן יש לבחון, בשלב שני, את החומרה שיש לייחס לסכום האבסולוטי שנקבע, דהיינו, לבחון כבחינה משפטית את מידת הפגיעה בערך המוגן – התחרות החופשית. שאלה זו הינה שאלה יחסית, הנבחנת בהתחשב בנסיבותיו הקונקרטיות של ההסדר הכובל בעזרת מספר קריטריונים מרכזיים. ראשית, יש ליתן את הדעת לאופי הצרכנים שנפגעו מההסדר הכובל וממילא לשאלה עד כמה הנזק מההסדר הכובל פגע בצרכנים אלו. החומרה שיש לייחס לנזק האבסולוטי היא, אם כן, נגזרת ישירה של מיהות הצרכנים שנפגעו ושעלולים היו להיפגע מההסדר הכובל. שנית, נהיר כי חומרת הפגיעה שיש לייחס לסכום הנזק האבסולוטי שנקבע, הינה נגזרת ישירה של השוק הרלבנטי שביחס אליו נכרת ההסדר הכובל, ובפרט של גודלו של שוק זה. דומני כי אין משמעות לקביעה אפריורית כי סכום נזק כזה או אחר מהווה "פגיעה משמעותית בתחרות", מבלי לבחון מהו אותו "ענף" שהושפע מן העבירה. שלישית, יש לתת את הדעת, במקרים הרלבנטיים, לשיעורה של עליית המחירים שנוצרה בעקבות ההסדר הכובל. בחינה זו נעשית באמצעות השוואת המחירים שהונהגו בעטיו של ההסדר הכובל למחירים ששררו עובר להסדר הכובל. למותר לציין כי בחינה זו הינה בחינה יחסית, כך שאין לייחס משמעות מכרעת לגודלה האבסולוטי של העלייה במחיר. כך, אף עליה במחירו של מוצר בשקל אחד "בלבד" בעקבות ההסדר הכובל, עשויה להיחשב כנזק של ממש וכפגיעה משמעותית בתחרות, כאשר המחיר החדש משקף עליה של עשרות אחוזים ביחס למחיר המקורי.

בשולי הדברים יצוין, כי מהאמור עולה שהגדרת גבולותיו של השוק איננה נדרשת רק לצורך בחינת התקיימותה של נסיבות מחמירות נוספות. ואכן, נקבע בעבר כי לעיל, אלא אף לבחינת התקיימותן של נסיבות מחמירות נוספות. ואכן, נקבע בעבר כי הגדרת הענף אינה אלא כלי אנליטי שנועד להקל על איתור מוקדים לבעיות תחרותיות [ראו, למשל: עניין וול, פסקה קטו וההפניה שם]. נהיר כי ניתן, ואף ראוי, להשתמש בכלי זה על מנת לבחון האם אכן נוצרה פגיעה משמעותית בתחרות.

71. מן הכלל אל הפרט. אדרש בתחילה לנזק בפועל שנגרם בעטייה של ההסכמה הראשונה. יש לדחות את טענות שניידמן בכל הקשור לסכום הקטן לכאורה של הרווח

שהופק מההסכמה הראשונה בהתחשב במחזור השנתי של כלל המאפיות העומד, לטענתו, על כמיליארד ש"ח. בטענה זו יש למעשה משום התעלמות מקביעת בית המשפט המחוזי, עליה סמכתי ידי לעיל, לפיה השוק הרלבנטי לבחינת ההסדר הכובל בין הצדדים הינו שוק הלחמים שבפיקוח. כאמור, הגדרת גבולותיו של השוק הרלבנטי הינה בעלת חשיבות מכרעת בכל הקשור לבחינת חומרת הנזק שנגרם בשל ההסדר הכובל ולקביעה האם מדובר בפגיעה משמעותית בתחרות. משכך, יש לדחות את ההשוואה שמבקש שניידמן לערוך בין סכום הנזק האבסולוטי לבין מחזורן השנתי של כלל המאפיות בישראל.

באותו האופן, יש לדחות את ניסיונם של המערערים לשים את הדגש על עליית המחיר האבסולוטי שנוצרה בעקבות ההסכמה לעניין המחיר. בדבריו, מפנה שניידמן לעדותה של הגב' צביה דורי – ששימשה בין השנים 1995-2011 מפקחת על המחירים במשרד התעשייה, המסחר והתעסוקה – אשר מסרה את הדברים הבאים:

"ראוי לציין שההשפעה של הבדיקות שעשינו על סמך סקר הוצאות משפחה של הלשכה לסטטיסטיקה, השפעה של העלאת מחירי הלחם היא די שולית. אני זוכרת שבדקתי שהעלאה של 3.6% במחירי הלחם משפיעה על נפש בחמישון התחתון בפחות משקל לחודש, הרבה פחות משקל לחודש. העניין הוא שלחם נחשב כסמל ולכן יש רגישות ציבורית מעל ומעבר ממה שמתחייב באמת מההשפעה אמיתית שלו על סל התצרוכת של החמישון התחתון" (עמ' 901 לפרוטוקול הדיון מיום 11.6.2014).

מעדות זו, ביקשו המערערים, ובפרט שניידמן, להסיק אודות ההשפעה הזניחה של שינויים במחירי הלחם – דוגמת זו שנגרמה בעקבות ההסכמה הראשונה – על משקי הבית הרלבנטיים, שכן עולה ממנה כאמור כי הפגיעה עומדת על פחות משקל אחד לחודש. עם זאת, רואה אני לשוב ולהבהיר כי כאמור, לא זו השאלה המכרעת, שכן עיקר הדגש צריך להיות על שיעור עליית המחירים ולא על הסכום האבסולוטי של העלייה. יתרה מכך, בצדק הטעים בית המשפט המחוזי כי העלאת המחירים לצרכן שנגרמה בעקבות ההסכמה הראשונה הייתה גדולה בהרבה מהשיעור שנגקב בעדותה של הגב' דורי – 3.6%. כך לדוגמא, בהרבה מנקודות המכירה בוטל המבצע של שלושה לחמים בעשרה ש"ח, באופן זה ששני לחמים מסוג לחם אחיד פרוס נמכרו בעשרה ש"ח (קרי, לחם אחד בחמישה ש"ח). מדובר אם כן בעליית מחירים בשיעור של כ-50% לכיכר. בנקודות מכירה אחרות, עלו המחירים כך שנמכרו שלושה לחמים ב-12 ש"ח (קרי, לחם אחד בארבעה ש"ח). אף במקרה זה, מדובר בעליית מחירים בשיעור של כ-30%.

עינינו הרואות כי מדובר בעליית מחירים משמעותית ביותר שאינה מותרת ספק של ממש כי ההסכמה הראשונה הובילה לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק הרלבנטי.

אשר למידת הפגיעה בצרכנים; בצדק הטעים בית המשפט המחוזי כי האוכלוסייה שנפגעה מן ההסכמה הראשונה משתייכת בעיקר לשכבות החלשות והעניות של החברה, אשר שיעור ההוצאה שלהן על מזון מסך הוצאות משק הבית – ובכלל זה לחם מפוקח, שהינו מוצר בסיסי וחיוני – גבוה יחסית. הגם שהמערערים מבקשים להסיק מעדותה של הגב' דורי כי הפגיעה באוכלוסייה הרלבנטית לא הייתה משמעותית, הגב' דורי התייחסה כאמור להעלאה במחירי הלחם בשיעור נמוך בהרבה משיעור עליית המחירים שהתרחשה בפועל בעקבות ההסכמה הראשונה. זאת ועוד, כפי שהטעים בית המשפט המחוזי, יש לזכור כי יש להכפיל את העלות הכספית לנפש במספר הנפשות למשפחה, כאשר קהל היעד שנפגע מהעלאת המחירים הינו משפחות שרבות מהן ברוכות ילדים.

72. בשולי הדיון בנזק בפועל מההסכמה הראשונה, נכון להדגיש כי על אף הקשיים המתודולוגיים בחוות הדעת שהגישו המערערים, שעליהם הצביע בית המשפט המחוזי, הרי שבסופו של דבר אימץ בית המשפט למעשה את ההערכות שהוצגו בחוות הדעת לנזק בפועל שנגרם כפועל יוצא מההסכמה הראשונה. זאת, תוך תיקון נדרש לפיו בשלב הכרעת הדין יש להידרש לנזק בשל ההסדר הכובל כולו, להבדיל מחלקם הספציפי של הנאשמים. מטיעוני המערערים עולה למעשה כי אף הם סומכים את ידיהם על הסכום בו נקב בית המשפט, של כ-500,000 ש"ח. על כן, איני רואה להידרש לקשיים המתודולוגיים שהעלה בית המשפט, ככל שהם נוגעים להערכות המצויות בחוות הדעת ביחס לנזק שנגרם כפועל יוצא מההסכמה הראשונה.

73. עוד יוטעם בשולי הדברים, כי מהאמור עולה כי בבואנו לבחון את שיעור הנזק שנגרם בפועל מההסדר הכובל, אין למעשה רלבנטיות לשאלה האם המחיר שנגבה בעקבות ההסדר היה מחיר הפסדי. כאמור לעיל, אין המדובר בבחינת טובת ההנאה שהופקה מההסדר הכובל – אשר סביר שתושפע מהשאלה האם הופק בפועל רווח מהעלאת המחיר – אלא בנזק שנגרם לציבור. נהיר כי נזק זה הוא נגזרת מהשינוי במחיר שאותו רואה הצרכן ולא מהשאלה האם מדובר במחיר הפסדי אם לאו עבור היצרן. כפי שנראה מיד, השאלה האם אכן מדובר היה במחיר הפסדי רלבנטית דווקא לסוגיית חומרת הנזק הפוטנציאלי שעשוי היה להיגרם מההסדר הכובל.

74. הנזק הפוטנציאלי מההסכמה הראשונה – כאמור, בית המשפט המחוזי דחה את הטענה כי עובר להסדר הכובל צפוי היה כי מחירי המבצע יסתיימו תוך זמן קצר. בתוך כך, הוטעם כי אילו היו הצדדים סבורים כי עליית מחירים ניצבת באופק, לא היה זה רציונלי מבחינתם להיקשר בהסדר הכובל. נקבע, בסופו של יום, כי המחירים עובר להסדר הכובל היו פרי מהלכים אשר היה בהם מימד תחרותי, כאשר תכליתו של ההסדר הכובל הייתה לאיין את המהלכים האמורים, להביא לעלייה במחירים ואף למנוע את התפשטות מחירי המבצע לנקודות מכירה נוספות. זאת, שכן הוכח קיומו של "נזק סביבתי" או "אפקט אדווה", באופן זה שכאשר מחיר המכירה אצל קמעונאי מסוים יורד באופן חד, יש לכך השפעה גם על חנויות סמוכות ולעתים אף על חנויות רחוקות יותר.

את טענות המערערים כנגד הקביעות האמורות בדבר הנזק הפוטנציאלי שנגרם מההסכמה הראשונה, יש לחלק למספר סוגיות נפרדות. ראשית, יש לבחון האם הפסקת מחירי המבצע הייתה מתרחשת אף ללא ההסכמה הראשונה, כך שלא מתקיים קשר סיבתי בין ההסכמה הראשונה לבין עליית המחירים (הפוטנציאלית). שנית, יש לבחון מהו משך הזמן שההסכמה הראשונה צפויה הייתה להימשך והאם היא הייתה בשלבי התפוגגות. עיקר טענות המערערים באשר לשתי סוגיות אלה, מתבססות על טענתם כי הן מחירי המבצע והן המחירים החדשים שנוצרו בעקבות ההסכמה הראשונה, היו מחירים הפסדיים. לטענת המערערים, העובדה כי מדובר היה במחירי הפסד מובילה למסקנה כפולה – כי הפסקת מחירי המבצע הייתה מתרחשת אף מבלי ההסכמה הראשונה (הסוגיה הראשונה) וכי בלאו הכי המחירים היו צפויים לעלות, בלי קשר ישיר להסכמה הראשונה (הסוגיה השנייה). נוכח האמור, על מנת ללבן את שתי הסוגיות האמורות אדרש לסוגיית מחירי ההפסד כאמור. שלישית, יש לבחון את הפוטנציאל להתפשטותם של מחירי המבצע לנקודות מכירה נוספות, מעבר לאלה שבהן הוצעו בפועל בתקופה הרלבנטית.

כאן המקום להעיר באשר לסוגיית הקשר הסיבתי בין ההסכמה הראשונה לבין הפסקת מחירי המבצע, כי ניתן היה לסבור שמדובר בטענה הרלבנטית אף לבחינת הנזק שנגרם בפועל (ולא רק זה הפוטנציאלי), שכן אף בכל הקשור לנזק בפועל יש להוכיח כי ההסכמה היא שהובילה דה פקטו לעליית המחירים. עם זאת, בית המשפט המחוזי סקר תשתית ראייתית רחבה ממנה עולה כי העלאת המחירים בפועל התבצעה בזמן אמת בעקבות ההסכמה הראשונה. אל מול תשתית ראייתית מוצקה זו, אין ליחס משקל של ממש לעצם הטענה – עליה אעמוד מיד – כי מחירי המבצע עובר להסדר הכובל היו

הפסדיים. בהמשך אראה כי אין בטענה זו כדי לערער את התשתית הראייתית האמורה ועל המסקנה כי הנזק בפועל נגרם מההסכמה הראשונה.

75. הטענות למחירי הפסד – את טענתם כי הן מחירי המבצע עובר להסדר הכובל והן המחירים שנגבו בעקבות ההסכמה הראשונה היו הפסדיים, מבססים המערערים על העובדה כי מחירים אלו נמוכים מהמחירים המירביים שנקבעו בצו הפיקוח עבור לחם אחיד פרוס וחלה. טרם אדרש לשאלה האם אכן מדובר במחירי הפסד, אקדים ואומר כי כלל לא שוכנעתי שאכן יש בשאלה זו כדי להשפיע על ההכרעה בדבר חומרת הנזק הפוטנציאלי שנגרם מההסדר הכובל. ראשית, אכן קיים לכאורה הגיון בטענה כי אם מחירי המבצע היו הפסדיים, אזי סביר להניח שלא היו נותרים על כנם זמן רב. עם זאת, כפי שהטעים בית המשפט המחוזי, דווקא העובדה כי המערערים נקשרו בהסדר כובל, תוך שידעו כי מדובר בעבירה פלילית, מצביעה על כך שהשערתם בזמן אמת הייתה כי המבצעים עשויים להימשך, ועל כן ראו צורך לעצור אותם. לא מצאתי בטענות המערערים כל תשובה מספקת לשאלה זו. ודוק, יש להבדיל הבדל היטב בין שאלת הרווח (או הפסד) ממחירי המבצע לבין שאלת יציבותם של מחירים אלו עובר להסדר הכובל. הקשר בין שתי שאלות אלה אינו מובן מאליו. אף אם אכן מדובר היה במחירים הפסדיים – כאשר כפי שיפורט בהמשך, על המערערים הנטל להסביר מדוע ימכרו לחמים מפוקחים מלכתחילה במחירי הפסד – אין בכך על פניו כדי להוכיח כי מחירי המבצע לא היו יציבים, שכן ייתכן שאותה סיבה כאמור שהובילה מלכתחילה למכירת לחמים מפוקחים במחירי הפסד, הייתה מובילה לכך שכלל המאפיות היו נאלצות להמשיך ולמכור במחירים אלו במשך תקופה ממושכת. משסוגיית הקשר הסיבתי בין ההסכמה הראשונה לבין עליית המחירים נעוצה דווקא ביציבותם של מחירי המבצע, אין בכך שמדובר במחירי הפסד כדי להעלות או להוריד לעניין זה.

שנית, אף אין ממש בטענה המבקשת ללמוד מהמחירים ההפסדיים הנטענים מסקנה בדבר אי-הימשכותה הצפויה של ההסכמה הראשונה. ודוק, אף אם לאחר ההסכמה הראשונה המחירים שבהם נמכרו לחם אחיד פרוס וחלה היו מחירים הפסדיים, אין כל חולק כי מדובר למעשה במחירים הפסדיים פחות מהמחירים ששררו טרם כריתת ההסדר הכובל, קרי, ממחירי המבצע שהוצעו על ידי המאפיות בנקודות המכירה הרלבנטיות. משכך, יש טעם רב בטענה כי לנאשמים היה אינטרס מובהק לשמור על המחירים שנוצרו בעקבות ההסדר הכובל, ולמנוע "הידרדרות" חזרה למחירי המבצע ששררו טרם כריתת ההסדר הכובל, דבר אשר היה מביא להפסד גדול עוד יותר. לא ניתן אמנם לשלול כליל את האפשרות כי המחירים היו עולים באופן טבעי אף מעבר למחירים שנקבעו בהסכמה הראשונה, אך לא הובאה לכך כל ראיה של ממש מעבר

לעצם הטענה כי מדובר היה במחירי הפסד – טענה אשר, כאמור, איננה מספקת כשלעצמה. יש לחזור ולהטעים, כי עצם העובדה שהצדדים ביצעו עבירה פלילית של התקשרות בהסדר כובל, על כל המשתמע מכך, מטה את הכף לכך שהשערתם של הנאשמים, בזמן אמת, הייתה כי המחירים לא יעלו באופן טבעי – לא מעל מחירי המבצע ומקל וחומר שלא מעל המחירים "שנוצרו" בעקבות ההסכמה הראשונה. הנה כי כן, דומני כי המערערים לא עמדו ב"חובת הראיה" המוטלת עליהם להוכיח באופן מספק כי ההסכמה הראשונה לא הייתה צפויה להימשך זמן רב.

76. למעלה מן הצורך, אציין כי בנסיבות דנן לא הוכח אף לגופו של עניין, כי מחירי הלחם שבפיקוח אכן היו, בתקופה הרלבנטית, מחירי הפסד. בפרט, לא השתכנעתי מטענתם המרכזית של המערערים בעניין זה – כי יש בעצם העובדה שמדובר במחירים הנמוכים מהמחיר המירבי שנקבע בצו הפיקוח, כדי להביא למסקנה כי הם הפסדיים.

בפתח הדברים, יש להידרש לשאלה מדוע ימשיכו הנאשמים לייצר את הלחמים שבפיקוח על אף שהם נמכרים במחירי הפסד. אין בידי לקבל את טענת המדינה כי המערערים לא סיפקו כל תשובה לשאלה האמורה. תשובה שכזו, ניתן למצוא בהסבר לפיו קיים "סבסוד צולב" שבו הרווח מסוגי הלחם שאינם בפיקוח מפצה על הפסד ממכירת הלחמים שבפיקוח. עם זאת, הטענה שלא ניתן להפסיק את ייצור הלחמים שבפיקוח מבלי שהדבר יפגע במכירת הלחמים שאינם בפיקוח (לדוגמא, כיוון שקמעונאי כזה או אחר מסרב לקנות סוג אחד של לחמים אם לא יתאפשר לו לרכוש גם מהסוג השני) יכולה אולי לעמוד ככל שמדובר בטווח הקצר, אך עוצמתה מתקשה ככל שמדובר בטווח ארוך יותר. על אף האמור, דומני כי יש לקבל, בסיכומי של דבר, את ההסבר שהציגו המאפיות לכך שהמשיכו לייצר את הלחמים שבפיקוח על אף שמדובר היה לטענתן במחירי הפסד; זאת, בין היתר, בשים לב לכך שמדובר במוצר חיוני אשר ייצורו נדרש עבור השכבות החלשות של האוכלוסייה. עם זאת, אין בכך כדי להועיל למערערים שכן שני טעמים מרכזיים הובילו למסקנה כי המערערים לא הוכיחו כדבעי – ובכפוף למושכלות היסוד עליהן עמדתו בפסקה 63 לעיל – כי מחירי המבצע והמחירים "שנוצרו" בעקבות ההסדר הכובל אכן היו מחירים הפסדיים.

ראשית, למותר לציין כי לא זהו המקום לצלול לנבכי מנגנון הפיקוח על המחירים במדינת ישראל בכלל, ובפרט למנגנון חישוב המחירים המירביים של הלחמים שבפיקוח. עם זאת, לצאת פטור בלא כלום אי אפשר. כעולה מחומר הראיות,

מוצרי הלחם שבפיקוח מצויים תחת פיקוח מחירים בשל חיוניותם, בהתאם לסעיף 6(ב)(1) לחוק הפיקוח. סעיף 12(א)(1) לחוק הפיקוח קובע כי השרים רשאים לקבוע בצו "מחיר או מחיר מרבי למצרך או לשירות". משמעותה של קביעת מחיר מירבי הינה, כי הצדדים רשאים למכור במחירים הנמוכים מהמחיר המירבי (יוער לעניין זה, כי בצדק טענה המדינה שהעובדה כי בין מאי 2006 לספטמבר 2007 נקבע צו קיבוע למוצרי הלחם שבפיקוח, להבדיל ממחירים מירביים, מצביעה דווקא על כך שמטרתו של מחיר מירבי לגרום לתחרות שתוביל למחיר נמוך ממחיר זה). בין הצדדים נתגלעה מחלוקת באשר למשמעות שיש לייחס למחירי הפיקוח המירביים ששררו בתקופה הרלבנטית – האם מדובר במחיר המעניק רווחיות מינימלית למאפיות, כך שלמעשה כל מחיר הנמוך ממחיר זה הינו מחיר הפסדי (כטענת המערערים), או שמא מחירי הפיקוח משקפים רווח עודף ליצרנים, כך שאף מחירים נמוכים ממחיר זה הינם רווחיים (כטענת המדינה). בית המשפט המחוזי עשה את מלאכתו נאמנה, תוך שעמד בהרחבה וביסודיות על המסמכים והעדויות שהובאו בסוגיה זו (ראו: פסקאות 416-449 להכרעת דינו של בית המשפט המחוזי). כבית המשפט המחוזי, אף אני שוכנעתי כי יש לדחות את הטענה לפיה מחירים הנמוכים ממחיר הפיקוח הינם בהכרח הפסדיים. בתמצית שבתמצית אומר, כי כידוע המחירים המירביים של הלחמים שבפיקוח נקבעו, בתקופה הרלבנטית, בהסתמך על המתודולוגיה שנקבעה בדו"ח משנת 1996 שנערך עבור משרד התמ"ת לבדיקת רווחיות חברות הנמצאות בפיקוח מחירים (לצורך תיקון מחיר בסיסי) (להלן: דו"ח סוארי). ביחס לעובדה כי מנגנון הפיקוח על המחירים התבסס על דו"ח סוארי, על אף השנים הרבות שחלפו מאז חיבורו, מסרה הגב' דורי בעדותה בבית המשפט המחוזי את הדברים הבאים:

"ש: ועכשיו נקודה אחרונה למעשה. יש ביקורת על דוח סוארי. יש טענה ואני רוצה לשמוע את התייחסותך, ששיעורי התשואה, הרי דוח סוארי נותן שיעורי תשואה מינימאליים ומקסימאליים הם, בגלל שהוא עודכן פעם אחרונה ב-96, הם כבר לא רלוונטיים לימינו. הם נותנים שיעורי תשואה גבוהים מדי. אני מבקש לשמוע את התייחסותך לעניין הזה.
 ת: אנחנו העברנו את זוכרת מתי, לפני עשר שנים אולי, פחות, לקחנו רואה חשבון שלנו וביקשנו שיציע עדכונים לדוח סוארי כי החלטנו שבאמת הגיע הזמן לעדכן אותו. ושלחנו את זה לאוצר אבל שום דבר לא נעשה. אני חושבת שבהחלט הוא ראוי לעדכון.
 ש: את חושבת שראוי לעדכן.
 ת: ראוי לעדכון" (עמ' 964 לפרוטוקול הדיון מיום 11.6.2014).

כזכור, הגב' דורי שימשה בין השנים 1995-2011 כמפקחת על המחירים. והנה, היא עצמה סבורה כי שיעורי התשואות שנקבעו בדו"ח סוארי אינם רלבנטיים עוד, כאשר יש צורך של ממש לבחון סוגיה זו מחדש. יוער כי קביעה דומה מצויה בדו"ח הוועדה לשינוי כלכלי חברתי משנת 2011 (להלן: דו"ח ועדת טרכטנברג). בפרק העוסק ביוקר המחיה ובתחרותיות, הומלץ באשר לפיקוח על המחירים:

"לעדכן, באמצעות צוות מומחים ייעודי, את דו"ח סוארי המשמש לפיקוח על רווחיות כוללת של חברות הנתונות לפיקוח מחירים. הדו"ח לא עודכן משנת 1996 וקיים לכאורה חשש ששיעורי התשואה הנקובים בו עולים במידה ניכרת על הראוי כיום" [דו"ח ועדת טרכטנברג, בעמ' 172].

דומני כי דברים אלו מדברים בעד עצמם. ניתן להסיק מהם, לכל הפחות, כי אין בעובדה שהמחירים בהם מכרו המאפיות בתקופה הרלבנטית את הלחמים שבפיקוח היו נמוכים ממחירי הפיקוח המירביים, כדי להוביל בהכרח למסקנה כי מדובר היה במחירי הפסד. ודוק, סבורני כי אין צורך של ממש לקבוע בענייננו כקביעה פוזיטיבית כי מחיר המצוי מתחת למחיר המפוקח המירבי הינו מחיר הפסדי. על מנת לדחות את טענות המערערים בעניין זה, די לקבוע כי קיים ספק של ממש בדבר היותם של מחירי הלחם המפוקח – הן עובר להסדר הכובל והן לאחרי – מחירים הפסדיים, וממילא כי המערערים לא עמדו ב"חובת הראיה" המוטלת עליהם כתוצאה מהתשתית הראייתית הקונקרטית שהציגה המדינה. לשם השלמת התמונה, יוער כי בחודשים האחרונים פרסמה ועדת המחירים במשרד האוצר מתודולוגיה חדשה, אשר נועדה להתוות קווים מנחים כלליים למתודולוגיה חדשה לפיקוח על המחירים [ראו: מסמך שכותרתו "מתודולוגיה לפיקוח על המחירים – מסמך קווים מנחים כלליים" מספטמבר 2016 כעולה <http://mof.gov.il/pcc/documents/newmethodology-guidelines.pdf>]. כעולה ממסמך זה, הצורך במתודולוגיה חדשה נבע מההכרה בכך ששינויים שחלו על פני הזמן בכלכלה ומאפיינים של הענפים המפוקחים הובילו לכך שדו"ח סוארי אינו רלבנטי עוד [ראו: שם, בעמ' 3] [עוד ראו לעניין זה עמ' 1 למסמך שכותרתו "סיכום תהליך – מתודולוגיה חדשה לפיקוח על המחירים" מיום 23.1.2017 <http://mof.gov.il/pcc/documents/newmethodology-processsummary.pdf>].

77. שלישית, סומך אני את ידי על קביעת בית המשפט המחוזי לפיה קיים טעם לפגם, בלשון המעטה, בעובדה כי על אף טענות המערערים למחירי הפסד, נמנעו למעשה מלספק מידע קונקרטי מספק באשר לעלויות הייצור של לחמים מפוקחים

וממילא לרווח או ההפסד שנבעו ממכירות אלה. סבורני כי יש לדחות בשתי ידיים טענות למחירי הפסד המבוססות על השוואה מופשטת של מחירי הלחמים למחיר הפיקוח, שעה שאין כל ספק כי בידי המערערים ראיות אשר לכל הדעות היו תורמות תרומה חשובה לליבון סוגיה זו.

סיכומו של דבר, שוכנעתי כי יש לדחות את טענות המערערים בכל הקשור למחירי ההפסד. כזכור, עיקר טענות המערערים בכל הקשור לקשר הסיבתי בין ההסכמה הראשונה לעליית המחירים, ולכך שההסכמה הראשונה לא הייתה צפויה להימשך זמן רב, מבוססות על סוגיית מחירי ההפסד. הנה כי כן, סבורני שהוכח כדבעי כי מחירי המבצע לא היו צפויים להסתיים עובר להסדר הכובל. עוד הוכח, כי ההסכמה הראשונה הייתה צפויה להימשך ולא הייתה בשלבי התפוגגות. נוכח האמור, סומך אני את ידי על קביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין זה. נותר אם כן לדון בסוגיה השלישית דלעיל – שאלת פוטנציאל התפשטותם של מחירי המבצע.

78. פוטנציאל ההתפשטות של מחירי המבצע – בית המשפט המחוזי קבע, על יסוד "דיווחים מזמן אמת" בין הצדדים, כי הנזק הפוטנציאלי הטמון בהסדר הכובל אינו מצטמצם רק ללקוחות אותן חנויות ספציפיות בהן ניתנו מחירי המבצע, אלא כולל אזורים נרחבים יותר אשר היו צפויים להיות מושפעים מן התחרות. הוטעם כי גם תחת ההנחה כי פוטנציאל ההתפשטות היה מוגבל בעיקרו למוקדים של אוכלוסייה חרדית, אזי מדובר עדיין באוכלוסייה בעלת היקף משמעותי ביותר בת מאות אלפים, המהווה כוח קניה משמעותי והצורכת כמויות לחם גדולות. לא מצאתי בדברי המערערים כל טענה של ממש, שיש בה כדי לסתור מסקנה זו בדבר פוטנציאל ההתפשטות הגבוה של מחיר המבצע וממילא את העובדה כי ההסכמה הראשונה גרמה לנזק פוטנציאלי ניכר. ויוטעם, בית המשפט קבע כאמור, בצדק רב, כי "נקודת הייחוס" לבחינת פוטנציאל ההתפשטות של ההסכמה הראשונה היא האוכלוסייה החרדית ולא כלל האוכלוסייה בישראל. על כן, אין בטענות המערערים באשר למספרן ולמיקומן של נקודות המכירה בהן ניתנו מחירי המבצע כדי לשנות מהמסקנה האמורה.

79. סיכומו של דבר, הגעתי לכלל מסקנה כי שתי הנסיבות המחמירות הקבועות בסעיפים 47א(1) ו-47א(3) לחוק ההגבלים העסקיים, התקיימו בכל הקשור להסכמה הראשונה לעניין המחיר.

ההסכמה השנייה

80. עניינה של ההסכמה השנייה, כזכור, בהסכמת הנאשמים להימנע מתחרות על אספקת מוצריהם ללקוחות ברחבי הארץ שבאותו מועד אחת המאפיות האחרות סיפקה להם מוצרים. מעיון בהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי עולה, כי בית המשפט הסתפק בבחינת התקיימותה של הנסיבה המחמירה הנעוצה בנזק שנגרם מההסכמה השנייה, לפי סעיף 47א(3) לחוק. בהתאם, אף אני אדרש לסוגיה זו בלבד. טרם אגש לבחינתה, יש להקדיש מספר מילים לשאלת הזיקה בין ההסכמה הראשונה לבין ההסכמה השנייה.

הזיקה בין ההסכמה הראשונה לבין ההסכמה השנייה

81. הן שניידמן והן קבוצת דוידוביץ מעלים טענות – אף אם במידת עוצמה שונה במקצת – הנוגעות לזיקה שבין ההסכמה הראשונה להסכמה השנייה, ובפרט לפרשנות שיש להעניק למילים "כתוצאה מכך" המתארות זיקה זו בהסכמות הדיוניות שנחתמו בין הצדדים. עוד משליכים המערערים את יהבם על קביעתו של בית המשפט המחוזי כי הזיקה בין ההסכמה הראשונה לבין ההסכמה השנייה הינה "זיקה סיבתית וטמפורלית", כאשר לטענתם בית המשפט לא יחס לקביעה זו את המשקל הראוי.

82. בשונה מעמדת המערערים, אין לייחס, לדידי, חשיבות של ממש לסוגיה האמורה של הפרשנות הנכונה של ההסכמות הדיוניות. אין כל חולק כי הצדדים לא הסכימו ביניהם, במסגרת ההסכמות הדיוניות, אודות היקף התפרשותה של ההסכמה השנייה ובפרט אודות השאלה האם ההסכמה השנייה חלה גם על רשתות השיווק. ההסכמות הדיוניות אף לא כללו הסכמה של ממש בכל הקשור להימשכותה של ההסכמה השנייה, ובפרט בהתייחס לשאלה האם היא הייתה מוגבלת לאותו פרק זמן שבו נמשכה ההסכמה הראשונה. שאלות אלה הן בעיקרן שאלות עובדתיות ועל כן בצדק נדרש בית המשפט המחוזי לתשתית הראייתית בעניינן. תשתית זו – ולא פרשנות כזו או אחרת של ההסכמות הדיוניות בין הצדדים – היא שהובילה את בית המשפט למסקנה כי התקיימו נסיבות מחמירות אף בכל הקשור להסכמה השנייה. הנה כי כן, יש לדחות את טענות המערערים, ככל שהן נוגעות ללשונן של ההסכמות הדיוניות ולפרשנות שיש להעניק להן.

בפרט, יש לדחות את ניסיונה של קבוצת דוידוביץ להיבנות מ"שגיאה מרכזית" – בדמות התעלמותו של בית המשפט מהעובדה כי ההסכמה הראשונה והשנייה מהוות "שתי קומות", כך שההסכמה השנייה הינה "תוצר נלווה" של הראשונה – ולגזור משגיאה נטענת זו "שגיאות רבות נוספות". כאמור, דרך המלך שבה עלינו לצעוד בכל

הקשור להסכמה השנייה, הינה בחינה עובדתית-ראייתית של הסכמה זו וממילא של השאלה המשפטית האם התקיימה בעניינה הנסיבה המחמירה שבסעיף 47א(3) לחוק ההגבלים העסקיים.

הנזק שגרמה ההסכמה השנייה

83. בפרק השני של הכרעת הדין, נדרש בית המשפט המחוזי בהרחבה לתשתית הראייתית בכל הנוגע לשאלה האם ההסכמה השנייה חלה גם על רשתות השיווק וקבע, כקביעה עובדתית, כי ההסכמה השנייה אכן חבקה בתוכה גם הימנעות מתחרות על רשתות השיווק. בתוך כך, הוטעם כי אין חפיפה בין ההיקף של ההסכמה הראשונה לזה של ההסכמה השנייה, כאשר ההסכמה השנייה חלה בכל הארץ ועל כל סוגי הלחמים ולא הוגבלה למקומות בהם נמכרו לחם אחיד פרוס או חלה במחירי המבצע. ממילא, כך נקבע, "אין בכך שמבצעי שלוש בעשר לא היו ברשתות הגדולות (למעט זול ובגדול), כדי להשפיע על ההכרעה בפלוגתא הנוגעת לתחולת ההסכמה השנייה על רשתות השיווק" (פסקה 195 להכרעת דינו של בית המשפט המחוזי). עוד נדרש בית המשפט לראיות המצביעות על קיומו של מנגנון "יעיל ואפקטיבי" לבירור תלונות על הפרת ההסכמה השנייה. בסיכומו של דבר, קבע בית המשפט כי:

"ההסכמה להימנע מתחרות על לקוחות קיימים יושמה באופן משמעותי ונרחב על ידי הנאשמים. לעניין זה הופעל מנגנון אכיפה אפקטיבי ויעיל. כאשר עלה חשד להפרה של ההסכמה, התקיים בירור והעניין טופל. פעולות תחרותיות נעצרו. כאשר הדבר עורר קושי, או לא היה מעשי, מסיבות שונות, עלו גם הצעות לקיזוז הדדי. בתוך כך, נעצרו פעולות תחרותיות שונות על ידי הצדדים להסדר הכובל" (פסקה 259 להכרעת דינו של בית המשפט המחוזי).

84. על בסיס קביעות עובדתיות אלה, המשיך וקבע בית המשפט המחוזי (בפרק השישי של הכרעת הדין) כי ההסכמה השנייה מהווה הסכמה על חלוקת שוק – לפי סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים – תוך שהוטעם כי מדובר בהסכמה שלא להתחרות בכל שטח המדינה ביחס לכל המוצרים וביחס לכל נקודות המכירה הקיימות. עוד עמד בית המשפט על מנגנון האכיפה שנועד להבטיח את יישומה של ההסכמה השנייה, היקפה הגיאוגרפי והענייני הנרחב (כל המוצרים וכל נקודות המכירה הקיימות) ועוצמת והיקף התחרות קודם להסכמות. על כן, הגיע בית המשפט לכלל מסקנה כי ההסכמה השנייה גרמה בפועל לפגיעה משמעותית בתחרות וכי הוכחה הנסיבה המחמירה הקבועה בסעיף 47א(3) לחוק.

85. מעיון בטענות הצדדים ביחס להסכמה השנייה, ובפרט בטענותיה של קבוצת דוידוביץ, עולה כי עיקר עיסוקן בקביעות העובדתיות של בית המשפט המחוזי. משקביעות אלה התבססו כאמור על בחינה ראייתית מדוקדקת, הכוללת אף קביעות מהימנות ביחס לעדויות הרבות שנשמעו, נהיר כי ההלכה בדבר אי-התערבות ערכאת הערעור בממצאיה של הערכאה הדיונית חלה בענייננו ביתר שאת. למעלה מן הצורך, אדרש בתמצית לשתי קביעות עובדתיות מרכזיות אותן תוקפים המערערים: הראשונה, כי ההסכמה השנייה חלה גם על רשתות השיווק; והשנייה, כי ההסכמה השנייה יושמה בפועל באופן ממשי ונרחב ועשויה הייתה להימשך זמן רב.

86. את הקביעה כי ההסכמה השנייה כללה גם את רשתות השיווק, ביסס בית המשפט המחוזי על התחרות על לקוחות טרם גיבוש ההסדר הכובל, אשר כללה גם את רשתות השיווק; ועל העובדה כי מהשיחות בזמן אמת עולה שהצדדים תפסו את ההסדר הכובל כעצירה כוללת וגורפת של כל הפעילות התחרותית, כאשר אלה גם ההנחיות שהועברו לדרגי השטח הנוגעים בדבר. זאת ועוד, בית המשפט המשיך ונדרש לראיות קונקרטיות ביחס לרשתות ספציפיות, מהן עולה כי הצדדים ראו בכניסה לרשתות אלה משום הפרה של ההסכמה השנייה. בין הרשתות האמורות, נמנות רשת חנויות הנוחות Yellow; רשת מעדני מניה; רשת מיסטר זול; רשת סופר באבא; ורשת ברכל – ברכת הארץ. עניינו הרואות, כי יש לדחות את טענת קבוצת דוידוביץ כי קביעותיו של בית המשפט בעניין זה מבוססות אך על "נימוקי הגיון", קביעות שלפי הנטען מהוות הנחה של המבוקש. לא נעלמה מעיני קביעת בית המשפט לפיה טענת הנאשמים בדבר סייג להסכמה השנייה אשר עניינה רשתות השיווק "איננה סבירה" (פסקה 159 להכרעת דינו של בית המשפט המחוזי). עם זאת, מדובר בהסבר אחד בלבד שנתן בית המשפט, ואף לא בהסבר המרכזי והמכריע שעליו הושתתו הקביעות העובדתיות.

87. אשר ליישומה בפועל של ההסכמה השנייה ותקופת הזמן שצפויה הייתה להימשך; בית המשפט המחוזי עמד בהרחבה יתרה על ההנחיות שהועברו לדרגי השטח במאפיות ועל השיחות מזמן אמת המלמדות על קיומו של מנגנון יעיל ואפקטיבי בגדרו התבררו וטופלו תלונות על הפרות, בשורה ארוכה של מקרים. בתוך כך, נדרש בית המשפט ללא פחות מ-22 דוגמאות קונקרטיות להפעלתו, ברמה כזו או אחרת, של המנגנון האמור (סעיפים 209-233 להכרעת דינו של בית המשפט המחוזי). לא זו אף זו, יש לזכור כי בית המשפט לא סמך את ידיו על כלל טענותיה של המדינה, בקבעו כי ישנם מספר מקרים אשר בניגוד לטענת המדינה לא ניתן לקבוע לגביהם מעבר לספק סביר כי התקיימו טיפולים בהפרות של ההסדר הכובל. עוד נדרש בית המשפט, בטעם רב וביסודיות, לטענות-לסתור ספציפיות שהעלו המערערים, מהן עלה לטענתם כי

ההסכמה השנייה לא יושמה באופן נרחב. מעיון בנימוקי הערעור, בייחוד של קבוצת דוידוביץ, עולה כי היא מעלה, הלכה למעשה, טענות אלה בשנית. לאחר שחזרתי ועיינתי בהכרעת הדין ובטענותיה של קבוצת דוידוביץ סומך אני את ידי על קביעותיו של בית המשפט המחוזי. לא מצאתי כי נפל בהן כל פגם ואיני רואה לחזור, אחת לאחת, על קביעות אלה.

88. כאן המקום להידרש לחוות הדעת שהגישו הצדדים. כאמור לעיל, בית המשפט המחוזי עמד על הקשיים שמצא בחוות הדעת וקבע בסיכומו של דבר כי אין בהן כדי להשפיע על המסקנה בדבר יישומה הנרחב של ההסכמה השנייה. אין בידי לקבל את תמונת המצב שמבקשים המערערים להציג, לפיה טרם ניגש בית המשפט לבחינת חוות הדעת הגיע כבר למסקנה מסוימת, המהווה הנחת המבוקש, וממילא העניק משקל רב מדי לקשיים שמצא בחוות הדעת. לא מיניה ולא מקצתיה. עיון בקביעותיו של בית המשפט בעניין זה, מעלה כי הוא ביקש למעשה לעמת בין התשתית הראייתית הקונקרטית והרחבה שהונחה לפניו, לבין המסקנות אליהן הגיעו המומחים בחוות דעתם. ודוק, קביעות חוות הדעת – אשר התבססו על ניתוח סטטיסטי של השנים 2011-2009 – נסתרו חזיתית באמצעות התשתית הראייתית הישירה שהציגה המדינה, אשר עסקה בתקופה המצומצמת יחסית הרלבנטית לכתב האישום. משכך, הכרעת בית המשפט לבכר את התשתית הראייתית הישירה כאמור צודקת וסבירה בנסיבות העניין. משכך, נהיר כי אין מדובר ב"היפוך הנטל" או בהענקת "משקל רב מדי לקשיים שעוררו המתודולוגיה והנחות העבודה של חוות הדעת של מומחי ההגנה, עד כדי כך שלא איפשרו להתבסס עליה והובילו לפסילתה" (כנטען בפסקה 21 להודעת הערעור של קבוצת דוידוביץ).

אף לגופו של עניין, סומך אני את ידי על הכרעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין זה. בפרט, מקובלת עלי קביעתו של בית המשפט לפיה קיימת בעייתיות במדד שנקבע בחוות הדעת של מר שרון באשר לסיווג לקוח כלקוח מצטרף או נוטש – שהועמד כזכור על רצף של שלושה וארבעה חודשים של רכישה או אי-רכישה, בהתאמה – שעה שאין חולק כי ההסדר הכובל כולו הצטמצם לתקופה בת שלושה חודשים בלבד. עוד מקובלת עלי קביעתו של בית המשפט כי חוות הדעת של מר אליעז לא הפרידה כדבעי בין לקוחות מצטרפים שהיו למעשה חנויות חדשות – כך שמוסכם על הצדדים שההסכמה השנייה לא חלה בעניינן – לבין חנויות קיימות שעברו ממאפיה אחת לאחרת. לא יכול להיות חולק כי אין מדובר בקושי בעלמא, שכן נהיר כי על מנת לבחון כיאות את יישומה של ההסכמה השנייה, יש להידרש רק למעברן של חנויות קיימות ממאפיה אחת לאחרת.

לא זו אף זו, סומך אני את ידי אף על קביעת בית המשפט המחוזי לפיה הן קבוצת ברמן והן קבוצת דוידוביץ נמנעו מלספק תשתית ראייתית קונקרטיה ורלבנטית אודות תקופת ההסדר הכובל, והעדיפו חלף זאת להציג ראיות סטטיסטיות כלליות. לא נעלמו מעיני טענותיה של קבוצת דוידוביץ כי הציגה את כלל המסמכים שהצליחה לאתר (כעולה מפסקה 22 לנימוקי ערעורה), אך מדובר במחלוקת עובדתית בין הצדדים שאיני רואה צורך להידרש לה במסגרת זו.

נוכח האמור, אני סבור שלא נפלה שגגה בהכרעתו של בית המשפט המחוזי לפיה בפער שבין התשתית הראייתית הקונקרטיה והישירה לבין התשתית הסטטיסטית והכללית שבחוות הדעת שהוגשו, ידה של התשתית הראייתית הקונקרטיה, בנסיבות העניין, על העליונה.

89. לסיכום, הגעתי לכלל מסקנה כי בצדק הורשעו המערערים בעבירה המחמירה שבסעיף 47א(3) לחוק ההגבלים העסקיים, בכל הקשור להסכמה השנייה. אעבור עתה לבחינת מספר טענות נוספות של המערערים.

טענות נוספות

90. העדר חוות דעת נגדית מטעם המדינה – סבורני כי לא נפל פגם בהחלטת המדינה שלא להגיש חוות דעת מטעמה. אין כל יסוד לטענת המערערים כי הגשת חוות דעת היא תנאי הכרחי להרשעה בעבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים, ובכלל זה העבירה הקבועה בסעיף 47א לחוק, של היות אדם צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות. בצדק מפנה המדינה למקרים אחרים בהם הורשעו נאשמים בעבירות של הגבלים עסקיים מבלי שהוגשה חוות דעת כלכלית [ראו, למשל: ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 8 וההפניות שם (10.8.2015) (להלן: עניין שופרסל)]. מושכלות יסוד הן, כי "בית המשפט אינו חייב לקבל חוות דעת של מומחה רק משום שלא הוגשה חוות דעת נגדית לסתור. השאלה אם לקבל חוות דעת נתונה כולה לשיקול בית המשפט" [ע"פ 5203/98 חסון נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 274, 287-288 (2002)], ואיני רואה להאריך בדבר.

למותר לציין כי אין בכך כדי להוביל לכלל מסקנה כי ניתן יהיה להרשיע נאשמים בעבירות כלכליות מבלי שיוכח מעבר לספק סביר כי התקיימו רכיביה של העבירה הרלבנטית, דבר הכולל, על פי רוב, את הצורך להוכיח את התקיימותם של עובדות ונתונים כלכליים כאלו או אחרים. מטעם זה, יש לדחות את המסקנה שביקש שניידמן לגזור מקביעתו של הנשיא דאז א' גרוניס – באשר לבקשה כי תאושר הגשת תביעה ייצוגית אזרחית בעילה לפי סעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים – לפיה

"לכאורה היה מצופה מהמשיב דכאן, דווקא בבקשת אישור העוסקת בסוגיה כלכלית מובהקת, לתמוך את טענותיו, כבר בבקשת האישור, בחוות דעת כלכלית המבססת את טענתו בדבר קביעת מחיר לא הוגן" [רע"א 4778/12 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עו"ד אופיר נאור, פסקה 8 (19.7.2012)]. אף מבלי להידרש לכך שמדובר באמרת אגב, מדובר היה במקרה בו לא היו בידי התובע הייצוגי ראיות ישירות לביסוס טענותיו אלא אך ורק הערכות והסתברויות. נהיר אם כן אין הנדון דומה לראיה. בענייננו, הציגה המדינה תשתית ראייתית ישירה – האזנות סתר ומסמכים מזמן אמת, לצד הודעות ועדויות של עדים – אשר כללה התייחסות מפורשת לנתונים הכלכליים הרלבנטיים. הניתוח התחרותי בהקשר זה נערך על ידי עובדי הרשות הרלבנטיים. על כן, "חובת הראיה" להוכיח שההסדר הכובל דנן אינו עולה כדי פגיעה משמעותית בתחרות מונחת על כתפי המערערים. כאמור לעיל, בית המשפט המחוזי בחן לעומק תשתית ראייתית זו, השווה בינה לבין המסקנות אליהן הגיעו המומחים בחוות דעתם והכריע, למעשה, כי המערערים לא עמדו ב"חובת הראיה" המוטלת עליהם. דומני אם כן כי במקרה דנן – ועל אף החשיבות הנודעת לביסוס נתונים כלכליים על מידע אמפירי מדויק – בצדק הגיע בית המשפט למסקנה העולה בקנה אחד עם ההלכה הידועה מימים ימימה, לפיה:

"כשישנה עדות נאמנה של עדי ראייה על מה שקרה, לעומת עדות תיאורטית של מומחה על מה שיכול היה לקרות, אין צריך לומר כי בדרך כלל עדיפה העדות הישירה על העדות התיאורטית. בחיי יום יום, כשניתן לבחור בין ממשות ותיאוריה, הממשות עדיפה" [ע"א 541/63 רכס ו-החברה הלאומית לביטוח ולאחריות בע"מ נ' הרצברג, פ"ד יח(2) 120, 124 (1964)].

91. נסיבות מחמירות נוספות – כזכור, בית המשפט המחוזי קבע כי התקיימו בנסיבות דנן נסיבות מחמירות נוספות, מעבר לאלה המנויות בסעיפים 47א(1) ו-3(3) לחוק ההגבלים העסקיים, עליהן עמדתי בהרחבה לעיל. קבוצת דוידוביץ טוענת מספר טענות כנגד קביעות אלה, אליהן אדרש בתמצית. ראשית, יש לדחות כאמור את הטענה כי ההסדר הכובל היה בשלבי התפוגגות וכי הוא לא היה יציב. סומך אני את ידי על הקביעה כי הסיבה להפסקת ההסדר הכובל הייתה פתיחת החקירה על ידי רשות ההגבלים העסקיים. כבית המשפט המחוזי, אף אני סבור כי משהוכח שהצדדים נקשרו בהסדר כובל, מוטל עליהם להוכיח הסכמה משותפת – אם על דרך של אמירה מפורשת ואם על דרך של התנהגות – המבטלת את ההסדר הכובל. המערערים לא עמדו לדידי בנטל זה. יתרה מכך, בית המשפט אף קבע, על בסיס התשתית העובדתית שלפניו, כי אין ראיות לכך שההנחיות שניתנו לדרגי השטח לפעול ליישום ההסכמות האסורות

בוטלו או שונו במהלך תקופת ההסדר הכובל. בניגוד לטענת קבוצת דוידוביץ, אין בעובדה כי שררו בין הצדדים יחסי "עוינות ואיבה" כדי להעלות או להוריד לעניין זה, שהרי אין חולק כי על אף יחסים אלו התקשרו ביניהם הצדדים מלכתחילה בהסדר הכובל.

שנית, בהינתן העובדה כי הצדדים להסדר הכובל החזיקו בכ-90% משוק הלחם המפוקח; כי נקבע שהייתה להסכמה הראשונה השפעה על מאות אלפי אנשים המשתייכים לציבור החרדי (כאשר על פי רוב מדובר במשפחות ברוכות ילדים); וכי ההסכמה השנייה חלה בכל שטח המדינה, נהיר כי מספר הקורבנות הפוטנציאליים של העבירה הוא אכן רב ביותר.

לבסוף, כבית המשפט המחוזי אף אני סבור כי יש לתת משקל של ממש לעובדה שההסדר הכובל כלל שימוש בשתי טכניקות קרטליסטיות – הן הסכמה על העלאת מחירים והן הסכמה על הימנעות מתחרות. לא זו אף זו, יש אף ליתן משקל לחומרה לכך שהתקיים מנגנון אפקטיבי ויעיל לבירור תלונות על הפרת ההסכמה השנייה.

92. סעיף 15א לחוק ההגבלים העסקיים – לטענת שניידמן, יש ללמוד מסעיף 15א לחוק – העוסק בסמכותו של הממונה על ההגבלים העסקיים לקבוע "פטור סוג" – כי ההסדר הכובל דנן לא עלה כדי פגיעה משמעותית בתחרות. סעיף 15א(א)(1) לחוק קובע כתנאי ראשון – שרק בהתקיימותו רשאי יהיה הממונה לקבוע "פטור סוג" כאמור – כי "הכבילות שבהסדרים אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדרים, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות בשוק כאמור" [ההדגשה הוספה – י.ד.]. שניידמן טוען, כי עולה מהסעיף שיתכנו מקרים בהם על אף הגבלת התחרות בחלק ניכר מהשוק הרלבנטי, לא ייחשב הדבר לפגיעה משמעותית בתחרות. לטענתו, זהו המקרה דנן כאשר על אף שאין חולק כי ההסדר הכובל שכרתו הנאשמים אכן הגביל את התחרות ב"חלק ניכר" מהשוק, הדבר אינו עולה כדי פגיעה משמעותית בתחרות.

דין טענה זו להידחות. בצדק מפנה המדינה לסעיף 15א(א)(2) לחוק הקובע כתנאי שני להענקת "פטור סוג", דרישה כי "עיקרם של ההסדרים אינו בהפחתת התחרות או במניעתה והם אינם כוללים כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרם". מכלל הדברים שנאמרו עד כה עולה בבירור כי הן ההסכמה הראשונה והן ההסכמה השנייה נועדו בדיוק לפגוע בתחרות, קרי, להפחיתה או למנוע אותה. יוטעם לעניין זה, כי סעיף 4 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"ו-2006 – אשר קבע תנאי הדומה לתנאי שבסעיף 15א(א)(2) – בוטל זה מכבר [ראו: סעיף 1 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות) (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשע"ו-

[2016]. עם זאת, בסעיף 5(1) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך) (הוראת שעה), התשס"ו-2006 (להלן: פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך) – שהוא לכאורה פטור הסוג הרלבנטי ביותר לענייננו, על אף שאין חולק כי הוא אינו חל במקרה דנן – נקבע מפורשות כי פטור סוג זה לא יחול על "הסכם שעיקרו בהפחתת התחרות או במניעתה".

לא זו אף זו, מבלי לטעת מסמרות בדבר הפרשנות המדויקת שיש להעניק למילים "חלק ניכר" שבסעיף 15א(א)(1) לחוק, דומני כי יש לדחות את הטענה לפיה גם במקרים בהם הצדדים להסדר הכובל מחזיקים בחלקים גדולים ביותר בשוק הרלבנטי, ייתכן ולא ייחשב הדבר לפגיעה משמעותית בתחרות. לא יכול להיות ספק לדידי, כי במקרה כמו זה העומד לפנינו – כאשר, כזכור, חלקם של הצדדים להסדר הכובל בשוק הלחם המפוקח היה כ-90% – קמה חזקה לפיה אכן מדובר בפגיעה משמעותית בתחרות. עם זאת, כמפורט בהרחבה לעיל, הקביעה כי במקרה דנן התקיימה פגיעה משמעותית בתחרות התבססה על ניתוח מעמיק ויסודי של התשתית הראייתית בכללותה ולא על עצם חלקם של הצדדים להסדר הכובל בשוק הרלבנטי.

לשם השלמת התמונה, יוער, בשולי הדברים, כי אף עיון בפטורי הסוג הקונקרטיים מוביל למסקנה דומה. זאת, שכן בפטורי הסוג מצויה, על פי רוב, קביעה מפורשת של שיעורי אחזקות מירביים בשוק (של כלל הצדדים להסדר הכובל או של "שחקן ראשי", בהתאם לפטור הסוג הנדון) שמעליהם לא יחול פטור הסוג [ראו, למשל: סעיף 2(2) לפטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך; סעיף 3(5) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית) (הוראת שעה), התשס"א-2001; סעיף 3(8) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי זכיינות) (הוראת שעה), התשס"א-2001]. אם לא די בכך, הרי שנכון אף להפנות לסעיף 31ב(א) לחוק ההגבלים העסקיים, הקובע שהממונה רשאי לקבוע כי קבוצה מצומצמת של בני אדם המנהלים עסקים מהווה "קבוצת ריכוז" במקרה בו העסקים שבידיהם כוללים "ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם" [ההדגשה הוספה]. אף מכך יש ללמוד על החשש התחרותי הרב הגלום, לשיטתו של המחוקק, באחזקה של חלקים גבוהים בשוק הרלבנטי.

93. היבטים אינדיבידואליים – אכן אין לחדד כי קיימים הבדלים של ממש בין הנאשמים השונים, בפרט, בכל הקשור לגודלן היחסי של כל אחת מן המאפיות ולמהירות ויעילות יישומו של ההסדר הכובל. לצד זאת, יש לחזור ולהטעים כי כלל

הצדדים התקשרו יחדיו בהסדר הכובל, על כל המשתמע מכך. בנוסף, הוכח כי כלל הצדדים פעלו ליישומו של ההסדר ואף גיבשו מנגנון לבירור התלונות בכלל הקשור להסכמה השנייה. כפי שפורט לעיל בהרחבה, מדובר בהסדר כובל בעל מאפיינים חמורים ביותר, ומכאן ההרשעה בעבירה שבסעיף 47א לחוק ההגבלים העסקיים. נוכח האמור, סבורני כי אין להעניק, לכל הפחות בשלב הכרעת הדין, משקל לנסיבותיהם האינדיבידואליות של הצדדים.

94. סיכומו של דבר, מכלל הטעמים האמורים שוכנעתי כי המקרה דנן אכן נמנה על אותם מקרים חריגים בהם הפגיעה בתחרות הינה חמורה במיוחד. כל מטרתה של הוראת סעיף 47א לחוק ההגבלים העסקיים הינה ליתן ביטוי לאותם הסדרים כובלים – דוגמת ההסדר הכובל בענייננו – הטומנים בחובם פגיעה משמעותית בתחרות. על כן, שוכנעתי כי יש לדחות את הערעורים על הכרעת הדין.

הערעורים על גזר הדין

95. אדרש בתחילה לרכיב עונש המאסר בפועל שהוטל על שניידמן ודודוביץ. את טיעוני הצדדים בעניין זה, יש לחלק למספר סוגיות נפרדות. עניינה של הסוגיה הראשונה, בשאלה האם נכון במקרה דנן להידרש למדיניות הענישה הנוהגת בכלל העבירות הכלכליות או שמא רק לזו הנוהגת בעבירות נשוא כתב האישום המתוקן, קרי, עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים. את טענות המערערים ביחס לשיקול ההרתעת שנקח בחשבון בעונש שהוטל עליהם, יש לראות כסוגיה שניה אליה יש להידרש. עניינה של הסוגיה השלישית, בטענת המערערים להחמרה יתרה ולא הדרגתית בעונש שהוטל עליהם. זאת, בהינתן מדיניות הענישה הנוהגת בעבירות נשוא כתב האישום. לצד שלוש סוגיות כלליות אלה, טוענים המערערים טענות הקשורות לנסיבותיהם הקונקרטיות. בפרט, נטען כי לא נלקחו בחשבון הנסיבות לקולא בענייניו של כל אחד מהם.

96. אקדים אחרית לראשית, ואומר כבר עתה כי סבורני שנכון היה להעניק משקל משמעותי יותר לנסיבות לקולא בעניינם של המערערים. לצד זאת, לא מצאתי כל פגם בנסיבות לחומרה ששקל בית המשפט המחוזי. בצדק רב עמד בית המשפט על חומרתו של ההסדר הכובל ועל התקיימותן של מספר נסיבות מחמירות לפי סעיף 47א לחוק ההגבלים העסקיים. חומרתו של ההסדר הכובל מתבטאת בקיומן של שתי הסכמות – ההסכמה לעניין המחיר וההסכמה לעניין הימנעות מתחרות. באשר להסכמה הראשונה,

יש להעניק משקל לחומרה לעובדה כי נגרם נזק משמעותי לציבור הצרכנים הרלבנטי, כאשר מדובר באוכלוסייה ענייה בעיקרה, ולכך שחלקם של הצדדים להסדר הכובל בשוק הלחם המפוקח עמדה על כ-90%. עוד יש להטעים, כפי שפורט לעיל, כי הנאשמים לא צפו בזמן אמת את סיומם האימננטי של מחירי המבצע וזה היה המניע להתקשרותם בהסדר הכובל. אשר להסכמה השנייה, מדובר בהסכמה שמשמעותה חלוקת שוק אשר אף כללה מנגנון אפקטיבי ויעיל לבירור תלונות על הפרות ולתיקונן של הפרות שכאלה. עוד יש להטעים את הפגיעה התחרותית החמורה העלולה להיגרם בשל הסכמה מעין זו.

אשר לנסיבות לקולא; מקובלות עלי קביעות בית המשפט המחוזי לפיהן תקופת ההסדר הכובל אמנם הייתה קצרה למדי, אך כי הוא הופסק כאמור בשל פתיחתה של חקירה פלילית ולא היה צפוי להתפוגג מאליו; וכי אפילו אם מדובר היה במחירי הפסד, כך שהמניע לביצוע העבירה היה הישרדותי – עובדה אשר כאמור לעיל, לא הוכחה כדבעי – משקלו של עניין זה כנימוק לקולא הינו מוגבל. עם זאת, דומני כי נכון היה להעניק משקל משמעותי יותר לנסיבותיהם הקונקרטיים של כל אחד מן המערערים דנן. סבורני כי הן הפגיעה שנגרמה למערערים ולמשפחתם בשל ההליך הפלילי והן מצבם הרפואי, מצדיקים התחשבות מסוימת לקולא. בנוסף, אדרש בתמצית לשני שיקולים נוספים אשר סבורני כי יש להרחיב עליהם את הדיבור.

על פניו, ישנו צדק מסוים בטענת שניידמן כי יש לקחת בחשבון את העובדה כי בתקופה הרלבנטית הוא עבד כשכיר במאפיית ברמן, כך שלא היה צפוי להפיק מן ההסדר הכובל טובת הנאה אישית. עם זאת, דומני כי אין לתת לשיקול זה משקל רב מדי לקולא, כפי שאפרט להלן. באשר למעמדו של שניידמן כשכיר; יש לזכור כי לא מדובר בשכיר "רגיל", שכן מדובר בנושא משרה בכיר ביותר ששימש כמנכ"ל המאפייה. משמדובר בנושא משרה בכירה שכזו, בחברה כה גדולה, מסופקני אם יש לתת משקל רב לקולא לעובדה כי מדובר בשכיר, ולא בבעלים. אפנה, בהקשר זה, גם לסעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים אשר עוסק ב"מנהל פעיל, שותף – למעט שותף מוגבל – או עובד מינהלי בכיר האחראי לאותו תחום", ואינו יוצר הבחנה בין נושא משרה שהוא שכיר לבין נושא משרה שאינו שכיר. במקרה דנן, נהיר כי שניידמן פעל בכל מאודו להצלחת החברה – תוך שעבר לטובתה, באופן מודע, עבירה פלילית, על כל המשמעויות והסיכונים שבכך. כעולה מקביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי, המנכ"לים של המאפיות היו אלו אשר גיבשו את ההסדר הכובל והנחו את דרגי השטח לבצעו, כך שהיו מעורבים באופן אישי ופעיל ביישומו של ההסדר הכובל. אף בעובדה זו יש כדי להקהות מהמשקל שיש להעניק לכך שניידמן שימש "רק" כנושא משרה

בכירה. לבסוף, מקובלת עלי טענת המדינה לפיה מעורבים נוספים במאפיית ברמן לא הועמדו לדין נוכח קשיים ראייתיים בעניינם. עוד יש לזכור כי מעורבים אלו נשאו במשרה בכירה פחות מזו של שניידמן.

אשר לדוידוביץ; שוכנעתי כי אכן יש להעניק משקל לעובדה כי מהכרעת הדין עולה שמאפיית דוידוביץ נטתה להפחית ולהאט את שיתוף הפעולה שלה בביצוע ההסכמה הראשונה. לצד זאת, יש לזכור כי מאפיית דוידוביץ היוותה חוליה מהותית בגיבוש ההסכמות ואף יישמה אותן בסופו של יום. בנוסף, בתקופה הרלבנטית שימש דוידוביץ הן כמנכ"ל של מאפיית דוידוביץ – אשר נטל חלק פעיל בגיבוש ההסדר הכובל – והן כבעליה, כך שצפוי היה לצבור טובות הנאה ישירות מיישום ההסדר הכובל.

97. הנה כי כן, סומך אני את ידי על השיקולים לחומרה עליהם הצביע בית המשפט המחוזי בכל הקשור לחומרתו של ההסדר הכובל דנן. לצד זאת, סבורני כי נכון היה להעניק משקל משמעותי יותר לנסיבות לקולא בעניינם של המערערים. אדרש עתה לשלוש הסוגיות הכלליות אליהן התייחסתי לעיל.

מדיניות הענישה הנוהגת – האם יש להשוות בין כלל העבירות הכלכליות?

98. כידוע, במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב–2012 (להלן: תיקון 113) הוכנס לחוק העונשין סעיף 40ג, הקובע כדלקמן:

"(א) בית המשפט יקבע מתחם עונש הולם למעשה העבירה שביצע הנאשם בהתאם לעיקרון המנחה, ולשם כך יתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40ט."

במסגרת תיקון 113 נקבע אם כן מפורשות, כי שני שיקולים מרכזיים שיש לקחת בחשבון בעת גזירת עונשו של נאשם, הינם הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה ומדיניות הענישה הנוהגת. ואולם, על מנת להידרש למדיניות הענישה הנוהגת נהיר כי יש להצביע על אמת מידה שבעזרתה ניתן להשוות בין העבירה שנעברה במקרה הקונקרטי לבין עבירות דומות שנעברו בעבר. כיצד נקבע מהי אותה אמת מידה? דומני כי התשובה לכך טמונה, בין היתר, בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה. כך, כל עוד מדובר בשני מקרים שונים שבהם נפגע ערך חברתי זהה, ניתן יהיה להשוות ביניהם על מנת ללמוד מהי מדיניות הענישה הנהוגה. לעומת זאת, כאשר מדובר במקרים בהם

הערך החברתי שנפגע הינו שונה, לא נכון יהיה לפנות למקרים אלו על מנת לבחון מהי הענישה שהוטלה במסגרתם.

99. לצד הניתוח האמור של תיקון 113, אל מסקנה זו ניתן להגיע תוך הזקקות לעקרון אחדות הענישה, שהינו כידוע עקרון יסוד בשיטתנו, הנגזר מעקרון העל של שוויון הנאשמים לפני החוק. עקרון זה מורה כי על מצבים דומים יש להחיל, במידת האפשר, שיקולי ענישה דומים [ראו, למשל: ע"פ 9792/06 עאוני חמוד נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (1.4.2007); ע"פ 2287/09 והבה נ' מדינת ישראל, פסקה 11 וההפניות שם (25.1.2010)]. ודוק, נהיר כי באותו האופן שעקרון זה מורה כי יש להשוות בין מקרים זהים או דומים, כך אף מורה הוא, מיניה וביה, כי אין להשוות בין מקרים השונים במהותם. על כן, סבורני כי ייתכן והשוואה בין מדיניות ענישה הנוהגת בעבירות אשר בהן נפגעו ערכים חברתיים שונים ונפרדים, אינה עולה בקנה אחד עם עקרון אחדות הענישה.

100. מהדברים האמורים עולה, כי על אף קווי הדמיון שבין כלל העבירות הכלכליות – עליהם אעמוד מיד בהמשך – בבואנו לבחון את מדיניות הענישה הנהוגה אין לכרוך את כלל העבירות מסוג זה בכריכה אחת ולהשוות ביניהן. זאת, שכן אין חולק כי עבירות כלכליות שונות נועדו להגן על ערכים חברתיים שונים. טול לדוגמא את העבירות הקבועות בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק ניירות ערך), אליהן ביקשה המדינה לפנות על מנת לבחון את מדיניות הענישה הנוהגת. בית משפט זה חזר והטעים בפסיקותיו כי הערך החברתי המרכזי שעליו נועד חוק ניירות ערך להגן, הינו קיומו של מסחר הוגן ותקין בשוק ההון, תוך שמירה על שקיפותו ואמינותו [ראו והשוו: ע"פ 8465/15 בן זקן נ' מדינת ישראל, פסקה 14 וההפניות שם (12.9.2016) (להלן: עניין בן זקן)]. כאמור לעיל, הערך החברתי המרכזי העומד ביסוד העבירות הקבועות בחוק ההגבלים העסקיים הינו הערך של תחרות חופשית, שהוא ללא ספק ערך שונה ונפרד מהערך החברתי העומד ביסודן של עבירות לפי חוק ניירות ערך. על כן, בבואנו לבחון את מדיניות הענישה הנוהגת לא נכון להשוות ביניהם.

101. סיכומו של דבר, בבחינת מדיניות הענישה הנוהגת במקרה דנן, אין להשוות בין כלל העבירות הכלכליות אלא דווקא לבחון ענישה שהושתה בגין עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים. משכך, לא נפל כל פגם בגזר דינו של בית המשפט המחוזי ויש לדחות את טענות המדינה בעניין זה. על אף האמור, וכפי שאפרט מיד, קיים מכנה

משותף בין כלל העבירות הכלכליות בשני עניינים חשובים אחרים – המשקל שיש לייחס במסגרתן לשיקולי הרתעה; והמגמה הכללית להחמרת הענישה בעבירות אלה.

מרכזיותו של השיקול ההרתעתי בעבירות כלכליות

102. כידוע, במסגרת תיקון 113 הוכנסה לחוק העונשין הוראה לפיה העיקרון המנחה בענישה הוא "קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו" (סעיף 40 ב לחוק העונשין). מדובר, למעשה, בהכרעה ערכית לבכר את עקרון ההלימה על פני יתר שיקולי הענישה [ראו, למשל: ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל, פסקה 21 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג ובהרחבה בפסקאות ו-יט לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (5.8.2013)].

עם זאת, אין משמעות הדבר כי אין להתחשב כלל בשיקולי הענישה האחרים, ובפרט בשיקול ההרתעה, הן של הרבים והן של היחיד. כך, נקבע מפורשות בסעיף 140 לחוק העונשין – שהוכנס לחוק אף הוא במסגרת תיקון 113 – כי:

"מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הרבים מפני ביצוע עבירה מסוג העבירה שביצע הנאשם, וכי יש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה בכואו לקבוע את עונשו של הנאשם, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם".

103. שיקול זה של "הרתעת הרבים" – כמו גם "הרתעה אישית", בהתאם לסעיף 140 לחוק העונשין – מקבל משנה תוקף שעה שמדובר בעבירות כלכליות [ראו, למשל: ע"פ 677/14 דנקנר נ' מדינת ישראל, פסקה לח (17.7.2014)]. זאת, שכן עבירות אלה מאופיינות, על פי רוב, בהיותן עבירות אינסטרומנטליות במהותן. הן דורשות תכנון, תושייה ויצירתיות, והמטרה המרכזית העומדת לנגד עיניו של העבריין הינה הפקת רווח כספי מביצוע העבירה. בשונה מעבירות אחרות שיש שתבוצענה בלהט הרגע, העובר עבירה כלכלית פועל כאדם רציונאלי המחשב שכרה של עבירה כנגד הפסדה. בהתאם, קבע בית משפט זה בעבר ביחס לענישה הראויה בעבירות כלכליות, כי:

"עבירות מסוג זה, כמו רבות מעבירות "הצווארון הלבן", מתבצעות במרבית המקרים על-ידי בני אדם המנהלים בשאר תחומי חייהם אורח חיים נורמטיבי,

ולחלקם אף מעמד ציבורי או חברתי. המניע המרכזי המביאם לביצוע העבירות הוא המניע הכלכלי. הדרך להרתיע מפני ביצוע העבירות האמורות נעוצה במאפייניהן המיוחדים של העבירות ומבצעהן. בהיותם נטועים היטב בציבוריות, יש בעצם ההרשעה בעבירות פליליות כדי לפגוע בשמם הטוב של מבצעי העבירות ולשמש גורם מרתיע מפני ביצוען. בהיותם, לרוב, אנשים מבוססים, אשר אינם פועלים מתוך מצוקה כלכלית או סוציאלית, ראוי הוא כי, ככלל, רף הענישה בגין עבירות מעין אלה יהיה של עונש מאסר בפועל...

לצד עונש המאסר יש להטיל על מבצעהן של עבירות אלה אף קנס כספי משמעותי. כאנשים רציונאליים המבצעים את העבירה כדי לזכות ברווחים, יש בקנס שכזה כדי לעקר את המוטיבציה המולידה הסדרים שכאלה. [ע"פ 7068/06 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל ומזורים ובקרה בע"מ, פסקה 14 (31.5.2007); ההדגשות הוספו].

104. על כן, יש לדחות את טענות המערערים כי בית המשפט המחוזי שקל שלא בצדק שיקולי הרתעה. העבירות שבהן הורשעו המערערים נמנות על אותן עבירות בהן יש מקום לשקול שיקולי הרתעה הרבים והיחיד לצד "העיקרון המנחה" של ההלימה.

105. בטיעוניהם, מפנים המערערים לדו"ח "הועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים" מנובמבר 2015 (להלן: דו"ח דורנר), המטיל ספק באשר לכך שהחמרה בענישה אכן מקדמת הרתעה [ראו: שם, בעמ' 3-2 ו-19]. עם זאת, יש לזכור כי על אף מסקנות דו"ח דורנר, סעיפים 140 ו-140 לחוק העונשין בעינם עומדים. אל לנו לאמץ את מסקנותיו של הדו"ח, כל עוד לא ראה המחוקק לנכון לשנות את הוראות הסעיפים האמורים.

יתרה מכך, אף לגופו של עניין דומני כי ככל שבעבירות כלכליות עסקינות, המסקנות שיש להסיק מדו"ח דורנר מוגבלות. בדו"ח דורנר הובאו מספר הסברים לכך שחומרת העונש איננה משפיעה משמעותית על ההרתעה הכללית. בין היתר, צויין כי עבירות רבות מבוצעים על ידי עבריינים "הגדלים או מתפתחים בסביבה המקשה על קבלת החלטות מחושבת בצורה רציונלית"; כי במרבית המקרים ביצוע העבירה נעשה מתוך "פרץ אימפולסיביות, לחץ חברתי, ולעיתים אף תחת השפעת סמים ואלכוהול"; כי "כדי ששינויים בחומרת העונש ישפיעו על ההרתעה, על העבריינים הפוטנציאליים לדעת על השינויים", כאשר מחקרים מראים שעבריינים כלל אינם מודעים לחומרת העונשים הצפויים בגין עבירות שונות; וכי "עבריינים רבים מגיעים מרקע חברתי-כלכלי אשר במסגרתו עונש מאסר נתפס כאיום פחות חמור מאשר בחלקים אחרים

בחברה, ולעיתים הוא אף נתפס כחלק אינטגרלי מאורח החיים בקרב קבוצות מסוימות" [ראו: שם, בעמ' 20].

נוכח האמור לעיל אודות המאפיינים הייחודיים של העבירות הכלכליות ושל עברייני "הצווארון הלבן" העוברים אותן, מסופקני אם יש להחיל בעניינן את מסקנות דו"ח דורנר באשר לחוסר יעילותה של ההרתעה. כאמור, עבירות כלכליות נעברות לרוב על ידי נאשמים רציונאליים המחשבים – במחשבה תחילה, שלא בלהט הרגע ושלא תחת השפעת סמים ואלכוהול – שכר עבירה כנגד הפסדה. מטעם זה, לא מופרך להניח כי עבריינים מסוג זה דווקא מודעים לחומרת העונש הצפוי להם היה ויבצעו את העבירה, יואשמו בביצועה ויורשעו בדין. לבסוף, מרבית עברייני "הצווארון הלבן" אינם מגיעים מרקע חברתי-כלכלי בו עונש מאסר נתפס כחלק "אינטגרלי" משגרת החיים. להיפך, יש להניח כי מדובר בעונש הזר לסביבה החברתית בה מצויים עבריינים אלו, שיש בו משום כתם או אות קלון על מצחם. שיקולים אלו יילקחו מן הסתם בחשבון על ידי מי ששוקלים לבצע עבירות דומות.

הנה כי כן, דומני כי בבואנו לבחון את שאלת יעילותה והצלחתה של ההרתעה, יש להבחין בין עבירות אינסטרומנטליות ורציונליות – ובכלל זה עבירות כלכליות – לבין עבירות אימפולסיביות הנעברות בלהט הרגע. ואכן, ניתן למצוא בספרות המחקרית חלוקה שכזו, תוך עמידה על יעילותה של ההרתעה בעבירות כלכליות דווקא [ראו, למשל: בשורה רגב היבטים כלכליים וכמותיים למדיניות אכיפת חוק של עבירות צווארון לבן בישראל (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2008), עמ' 14-15, 32-34 ו-148 והמחקרים הרבים המובאים שם].

מדיניות הענישה הנוהגת בעבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים והחובה לבצע החמרה באופן הדרגתי

106. בבואי לבחון את חומרת העונש שהוטל על המערערים, יש להדגיש כנקודת מוצא, כי בית משפט זה חזר והטעים את החומרה היתרה הנודעת לעבירות כלכליות ואת הצורך להחמיר בענישה על עבירות אלה בכלל ועל עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים בפרט [ראו, למשל: ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פסקה 339 (31.12.2008); עניין שופרסל, פסקאות קו-קז]. עוד הודגש, כי נוכח הקושי הרב הטמון בחשיפתן של עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים והצורך להרתיע נאשמים פוטנציאליים מביצוע עבירות מסוג זה, ראוי כי יוטלו במקרים אלו עונשי מאסר בפועל שלא על דרך של עבודות שירות. בפרט, הוטעם כי לא ניתן יהיה להסתפק בהטלת קנס:

"קנס לבדו, ואפילו בשיעור גבוה, עלול שלא להניא את מי שחוכך בדעתו להיקשר בהסדר קרטליסטי אם מכפלת רווחיו האפשריים מן ההסדר, בסיכוי שלא ייתפס, עולה על מכפלת גובה הקנס בסיכוי שאמנם יוטל (ראו גם משה בורנובסקי "על האכיפה העונשית והפרטית של דיני הגבלים עסקיים" עיוני משפט טו (3) 537, 542 (1990)). בהינתן הרווחים הפוטנציאליים האפשריים כתוצאה מהסדר כובל ולאור הקושי לאמוד במדויק את גובה הנזק הנגרם לתחרות ואת היקף הרווחים עקב ההסדר, עלול להתעורר פעמים קושי להטיל קנס שימנע את החסר ההרתעתי שצוין... גם בהטלת עונש של מאסר בפועל בדרך של עבודות שירות אין בחלק גדול מן המקרים, כך סבורה אני, כדי להגשים את תכליות הענישה בתחום ההגבלים העסקיים, והוא עשוי להיראות לצדדים להסדר כ"עסקה משתלמת" בשים לב לסכומי הכסף הניכרים שניתן לגרוף כתוצאה מן הקרטל." [ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' לימור, פסקה 72 (4.9.2007)].

107. מאידך, בבואי לבחון את חומרתם של עונשי המאסר בפועל שהוטלו על המערערים דנן, יש לזכור כי בית משפט זה חזר והטעים כי על ההחמרה בענישה על עבירות כלכליות להיעשות בהדרגתיות. זאת, כנגזרת מעקרון אחדות הענישה ובשים לב לתיקון 113 לחוק העונשין [ראו, למשל: עניין בן זקן, פסקה 15 וההפניות שם]. לצד זאת, יש לזכור כי המערערים דנן הורשעו בעבירה הקבועה בסעיף 47 לחוק ההגבלים העסקיים. מקובלת עלי טענת המדינה, כי קיים קושי של ממש בהשוואת העונש שהוטל במקרה דנן לעונשים שהושתו בעבר על עבירת הבסיס של היות צד להסדר כובל. על פניו, כל מטרתה של חקיקת סעיף 47 לחוק ההגבלים העסקיים, שלצדו עונש מאסר של חמש שנים אותו קבע המחוקק, הינה להבדיל בין עבירת הבסיס, שלצידה נקבעו בסעיף 47(א) לחוק שלוש שנות מאסר, לבין העבירה של הסדר כובל בנסיבות מחמירות. דא עקא, קיים למעשה מקרה אחד בלבד של הרשעה לפי סעיף 47 לחוק אשר נדון לפני בית משפט זה, הלא הוא עניין וול.

בעניין וול, החליט בית משפט זה, בסופו של יום – ועל אף ההרשעה בעבירה של היות צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות – שלא להתערב בעונש של עבודות שירות למשך חצי שנה שהוטל על מר וול, אשר שימש במועדים הרלבנטיים מנכ"ל חברת גברעם שהייתה צד להסדרים כובלים בשוק המעטפות. עם זאת, הודגש כי הטעם לכך נעוץ בנסיבותיו האישיות הקשות, אשר אף תוארו בערכאה הדיונית בדלתיים סגורות והובאו לפני ההרכב [ראו: שם, פסקה רכג]. על כן, מסופקני אם ניתן ללמוד ממקרה זה על הענישה הראויה במקרה דנן.

קיים מקרה נוסף אחד של הרשעה לפי סעיף 47א לחוק ההגבלים העסקיים, שלא על דרך של הסדר טיעון. ב-ת"פ 34971-01-15 מדינת ישראל נ' אייזנבך הורשע הנאשם בסיוע לעבירת צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות על ידי בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו והוטלו עליו ביום 7.11.2016 (השופט ד' רון) תשעה חודשי מאסר, מתוכם שלושה חודשים לריצוי בפועל והיתרה על תנאי. ערעור שהוגש תלוי ועומד בבית משפט זה (ע"פ 18/17) ועל כן נהיר כי לא ניתן יהיה לפנות למקרה זה על מנת לבחון את מדיניות הענישה הנהוגה.

עוד יוער, כי בפסק דין מיום 30.3.2015 ב-ע"פ 6336/14 עצמון נ' מדינת ישראל, הפחית בית משפט זה (השופטים ע' פוגלמן, ד' ברק-ארז ו-ע' ברון) את עונשו של המערער, אשר הורשע בעבירה שבסעיף 47א לחוק, והעמיד את עונש המאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות על חודש וחצי. זאת, חלף עונש של חודשיים מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות שקבע בית המשפט המחוזי. בנוסף, ב-ת"פ 12-22847-10 מדינת ישראל נ' בובליל השית בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט מ' יועד הכהן), בגזר הדין מיום 19.6.2014, עונש מאסר בפועל של חודשיים וחצי לריצוי בדרך של עבודות שירות על נאשם אשר הורשע בעבירה שבסעיף 47א לחוק. עם זאת, בשני המקרים האמורים הורשעו הנאשמים על בסיס הודאתם במסגרת הסדר טיעון. מקובלת עלי טענת המדינה כי בבחינת מדיניות הענישה הנהוגה, אין לתת משקל מרכזי לעונשים שהוטלו במקרים בהם הורשעו הנאשמים במסגרת הסדר טיעון.

108. הנה כי כן, סבורני כי בבחינת מדיניות הענישה הנהוגה אין להתעלם כליל מהעונשים שהוטלו בעבר בעבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים, אף אם במסגרת הרשעה בעבירת הבסיס "בלבד". מהסקירה לעיל עולה כי מעטים המקרים בהם הוטלו עונשי מאסר בפועל לריצוי מאחורי סורג ובריה על מי שהורשעו בעבירת הבסיס. זאת ועוד, הגם שאין כל ספק כי ראוי שהענישה בעבירה החמורה שבסעיף 47א לחוק תהיה חמורה מהענישה בעבירת הבסיס של סעיף 47א(א) לחוק, סבורני כי העיקרון האמור של החמרה הדרגתית בענישה בעבירות כלכליות איננה מאפשרת "קפיצת מדרגה", במסגרתה יוטל עונש חמור בהרבה מהעונשים שהוטלו בעבר בעבירות לפי חוק זה.

109. אגש אם כן לבחינת מדיניות הענישה הנהוגה בעבירת הבסיס של היות צד להסדר כובל. בחינה זו מעלה כי קיימת מגמת החמרה הדרגתית בעבירות מסוג זה. בעניין וול סקר המשנה לנשיאה רובינשטיין בהרחבה מגמה זו, אשר החלה בהטלת

עונשי מאסר על תנאי לתקופות של עד שנה והמשיכה בהטלת עונשי מאסר על דרך של עבודות שירות ובהטלת עונשי מאסר לריצוי מאחורי סורג ובריח [ראו: שם, פסקה רט].

ב-ע"פ 2919/02 אלוני נ' מדינת ישראל (1.10.2002) (הנודע גם כ"קרטל המרצפות") הושת על המערער – אשר הורשע במסגרת הסדר טיעון – עונש משמעותי של מאסר בפועל מאחורי סורג ובריח לתשעה חודשים, כאשר בית משפט זה דחה ערעור על עונש זה. עם זאת, אין ספק כי הנסיבות שם חמורות בהרבה מהנסיבות דנא, שכן מדובר היה בהסכמים בין יצרניות של מרצפות אשר נמשכו למעלה מעשור ונגעו לתיאום מחירים, לכמויות ולחלוקת שוק.

בעניין שופרסל, הותיר בית משפט זה על כנו עונש מאסר בפועל של ארבעה וחצי חודשים – מהם חודשיים מאחורי סורג ובריח והיתר בעבודות שירות – אשר הוטל על מנכ"ל שופרסל בתקופה הרלבנטית לכתב האישום. במקרה זה, הורשע המערער בארבע עבירות של ניסיון לעשיית הסדר כובל – קרי, עבירת הבסיס ולא העבירה הקבועה בסעיף 47א לחוק – לצד עבירה נוספת של הפרת תנאי שנקבע במסגרת אישור מיזוג.

מאידך, יש למצוא מקרים רבים נוספים, אף מהשנים האחרונות, בהם נאשמים אשר הורשעו בעבירת הבסיס של היות אדם צד להסדר כובל, לא ריצו עונשי מאסר בפועל מאחורי סורג ובריח. זאת, בשים לב לנסיבותיהם האינדיבידואליות [ראו לדוגמא, הסקירה שהובאה בעניין שופרסל, פסקה קה]. כאמור לעיל, אף בעניין וול – אשר הורשע כזכור בעבירה הקבועה בסעיף 47א לחוק – לא ריצה מר וול עונש מאסר מאחורי סורג ובריח, נוכח נסיבותיו האינדיבידואליות החריגות.

110. נוכח האמור, לא יכול להיות ספק של ממש, לדידי, כי העונש שהוטל על המערערים – שנת מאסר בפועל לריצוי מאחורי סורג ובריח – אכן הינו חמור באופן משמעותי בהשוואה לעונשים אחרים שהוטלו עם השנים בעבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים. מחד גיסא, נהיר כי יש לתת ביטוי ממשי לעובדה כי המערערים לא הורשעו בעבירת הבסיס אלא בעבירה החמורה של היות צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות. יתרה מכך, בשונה מעניין וול, לא מצאתי בעניינם של שניידמן ודוידוביץ כי קיימות נסיבות אינדיבידואליות חריגות המצדיקות, כשלעצמן, שלא להישמע לקריאותיו החוזרות ונשנות של בית משפט זה כי ראוי שיוטלו בעבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים עונשי מאסר בפועל לריצוי מאחורי סורג ובריח.

מאידך גיסא, סבורני כי מגמת החמרת הענישה בגין עבירות על סעיף 47א לחוק ההגבלים העסקיים צריכה להיעשות באופן הדרגתי. בשים לב למדיניות הענישה הנוהגת בעבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים, להטלת עונש מאסר בפועל של שנה אין אח ורע. מדובר אם כן ב"קפיצת מדרגה" שיש בה משום פגיעה בעקרון ההחמרה ההדרגתית בענישה ובעקרון אחדות הענישה.

111. לא זו אף זו, יש אף לתת את הדעת לעונש שנגזר על מעורב נוסף בפרשה דנן – רחמים (רמי) סגן, אשר שימש כזכור בתקופה הרלבנטית לכתב האישום מנהל הפצה של מאפיית ברמן. סגן הודה במסגרת הסדר טיעון, אשר גובש טרם החלו בשמיעת ההוכחות, בעבירה של הסדר כובל בנסיבות מחמירות. בהתאם להסדר הטיעון, הוטלו עליו שישה חודשי מאסר בפועל לריצוי בדרך עבודות שירות, וקנס כספי בסך של 50,000 ש"ח. בית המשפט המחוזי הטעים בצדק את ההבדלים המשמעותיים בין סגן לבין שניידמן ודודוביץ. בפרט, התפקיד המצומצם שנטל סגן בהסדר הכובל ביחס למערערים דנא; העובדה כי שימש בתפקיד זוטר מהם; והעובדה שהודה בשלב מוקדם ובכך חסך זמן שיפוטי רב. על כן, אין כל ספק בעיני כי ראוי שיוטלו על שניידמן ודודוביץ עונשים חמורים יותר מהעונש האמור שהוטל על סגן. עם זאת, ניתן לראות בעונש שהוטל על סגן מעין אמת מידה באשר לחומרתו של ההסדר הכובל דנא ולעונש שיש להשית על מעורבים אחרים בו.

112. סיכומו של דבר, מששקלתי את מדיניות הענישה הנוהגת – בהתחשב בעקרון אחדות הענישה ובעקרון ההחמרה ההדרגתית בענישה – את העונש שהוטל על סגן ואת הנסיבות לקולא בענינם של שניידמן ודודוביץ, שוכנעתי כי יש מקום להקל ברכיב עונש המאסר בפועל שהוטל עליהם. עם זאת, אין משמעות הדבר כי יש להשיב את הגלגל אחורנית ולהיקלע ל"מעגל שוטה" של השוואה מלאה של הענישה במקרה דנן לענישה במקרים קודמים [ראו והשוו: ע"פ 6020/12 מדינת ישראל נ' עדן, פסקה 23 (29.4.2013)]. יש להשית על המערערים עונש אשר יבטא כהלכה את החומרה שבעבירה הקבועה בסעיף 47א לחוק ההגבלים העסקיים ושיהיה בו משום "עליית מדרגה" הולמת בהשוואה לענישה קודמת.

על כן, סבורני כי נכון יהיה להעמיד את עונש המאסר בפועל שהוטל על שניידמן ודודוביץ על שישה חודשים. בנוסף, סבורני כי ראוי לפצל רכיב עונשי זה, כך ששלושה חודשים ירוצו במאסר מאחורי סורג ובריה ושלושה חודשים ירוצו על דרך של עבודות שירות. זאת, בכפוף לקבלת אישורו של הממונה על עבודות השירות.

נותר אם כן לבחון את עונשי הקנס שהוטלו במקרה דנן. איני רואה להידרש בהרחבה לסוגיית דרך קביעת הקנסות המירביים, שכן הצדדים אינם חלוקים למעשה בעניין זה. סבורני כי על פניו אכן יצאה שגגה תחת ידיו של בית המשפט המחוזי הנכבד בעניין זה, שכן בהתאם לסעיף 47(א) לחוק ההגבלים העסקיים ולסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין ניתן להטיל במקרה דנן קנס של עד 2.26 מיליון ש"ח. סעיף 63(א) לחוק העונשין קובע כי "רשאי בית המשפט להטיל על הנאשם קנס פי ארבעה משוויים של הנזק שנגרם או של טובת ההנאה שהושגה על ידי העבירה, או את הקנס שנקבע בחיקוק, הכל לפי הגדול שבהם" (ההדגשה הוספה). על כן, מדובר באפשרות חילופית (העומדת בענייננו, לכל הפחות, על $2 = 4 \times 500,000$ מיליון ש"ח) ולא בקנס המתווסף על זה הקבוע בסעיף 61(א)(4) חוק העונשין. זאת, בשים לב לסעיף 61(ב) לחוק העונשין הקובע כי סעיף 61(א) לא יפגע בהוראת סעיף 63.

בהמשך לאמור, יש אף להטעים כי בהתאם לסעיף 47(א) לחוק ההגבלים העסקיים – המורה על כפל קנס במקרה בו מדובר בתאגיד – סכום הקנס המירבי שניתן היה להטיל על המאפיות עומד על 4.52 מיליון ש"ח.

113. עם זאת, לא מצאתי כי יש באמור כדי להצדיק את התערבותנו בשיעורי הקנסות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית. סבורני כי הקנסות שהוטלו על ידי בית המשפט המחוזי הינם הולמים וראויים בנסיבות העניין. בית המשפט זה קבע פעמים רבות בעבר, כי ראוי להטיל קנסות משמעותיים על מי שהורשעו בעבירות כלכליות. זאת, על מנת לשלול את טובת הנאה ממעשה העבירה ואף לפגוע בכיסו של העבריין מעבר לשוויה של טובת ההנאה כדי שידע מראש כי לא כדאי יהא לבצעו [ראו, למשל: עניין בן זקן, פסקה 17 וההפניות שם]. בהינתן הסכומים המירביים האמורים, נהיר כי אין בהטלת קנסות של 200,000 ש"ח (על שניידמן); 300,000 ש"ח (על דוידוביץ); 1.4 מיליון ש"ח (על מאפיית ברמן); 700,000 ש"ח (על מאפיית דוידוביץ); ו-400,000 ש"ח (על מאפיית אלומות) משום חומרה יתרה. יוטעם לעניין זה, כי אין בידי לקבל את טענותיה של קבוצת דוידוביץ כי לא נלקחו בחשבון נסיבותיה הפרטניות, שעה שעניינו הרואות כי כלל הקנסות שהוטלו נמוכים באופן משמעותי מהקנס המירבי האפשרי, והקנסות שהוטלו על מאפיית דוידוביץ ואלומות קטנים מזה שהוטל על מאפיית ברמן. אף לא מצאתי טעם של ממש בטענות המערערים לחריגה לחומרה מקנסות שהוטלו בעבר.

114. אשר לטענות המדינה כי, בנסיבות העניין, מדובר בקנסות מקלים יתר על המידה; אין לכחד כי במקרה דנן ניתן היה להטיל קנסות כבדים אף יותר, דבר אשר היה מבטא את החומרה היתרה שבהסדר הכובל ואת העבודה כי המערערים הורשעו בעבירה

של היות צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 47א לחוק ההגבלים העסקיים. עם זאת, לא מצאתי כי נפל פגם של ממש בהכרעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין זה, אשר שקל כדבעי את כלל השיקולים לקולא ולחומרה במקרה דנן. הקנסות שהוטלו על המערערים הינם קנסות משמעותיים – והדברים אמורים בייחוד בכל הקשור לקנסות שהוטלו על שניידמן ודודוביץ – ויש בהם כדי לתת ביטוי הולם לחומרת העבירה בה הורשעו המערערים.

115. סיכומו של דבר, איני רואה מקום להתערב בקנסות שהטיל בית המשפט המחוזי בגזר דינו.

סוף דבר

116. לו תישמע דעתי, נדחה את הערעורים על הכרעת הדין וכן את ערעור המדינה על גזר הדין. לצד זאת, נקבל את ערעורי שניידמן ודודוביץ על גזר הדין – על דרך של פסק דין חלקי – באופן זה שרכיב עונש המאסר בפועל בעניינם יועמד על שישה חודשים, מתוכם שלושה חודשים לריצוי מאחורי סורג ובריח ושלושה חודשים לריצוי על דרך של עבודות שירות. שאר רכיבי העונש יעמדו בעינם.

עוד אציע כי נורה על הכנת חוות דעת הממונה על עבודות השירות באשר להתאמתם של שניידמן ודודוביץ לריצוי עונשי מאסר בעבודות שירות, ואלה תונחנה לפנינו תוך חודש ימים מיום פרסום פסק דין זה, כאשר לאחר מכן יינתן על ידנו פסק דין משלים בעניינם של השניים.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

1. מקובלת עליי מסקנתו של חברי, השופט י' דנציגר כי יש לדחות את הערעור לעניין הכרעת הדין. בפסק דינו המקיף והיסודי של חברי הובהר היטב מדוע מתקיימות בענייננו "נסיבות מחמירות", כאמור בסעיף 47א' לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ואני מסכים כי מקרה זה נמנה על אותם מקרים חריגים "בהם הפגיעה בתחרות הינה חמורה במיוחד", כדברי חברי בפסקה 94 לחוות דעתו.

2. אשר לערעור על גזר הדין, אודה כי התלבטתי לא מעט, האם יש מקום להקל בעונשם של שניידרמן ודודוביץ כמוצע על ידי חברי, ואם כן – מה מידת ההקלה. זאת, לנוכח חומרת מעשיהם של השניים, כמתואר בפסק דינו של חברי, והשלכות הפגיעה בתחרות על כלל הציבור, ובעיקר על השכבות היותר מוחלשות באוכלוסייה, בהינתן העובדה כי מדובר במוצר חיוני כמו לחם. ואולם, לאחר שחזרתי ובחנתי את הדברים, ועיינתי פעם נוספת בפסק הדין בע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל (10.8.2015), שבו הייתי חבר ההרכב, ביחד עם המשנה לנשיאה, א' רובינשטיין, והשופט נ' הנדל, הגעתי למסקנה כי הענישה המוצעת על ידי חברי, הינה ראויה ומאוזנת, ונותנת ביטוי לכלל, לפיו החמרה ברמת הענישה צריכה להיעשות באופן הדרגתי (ע"פ 8465/15 בן זקן נ' מדינת ישראל (12.9.2016); ע"פ 3141/16 פלוני נ' מדינת ישראל (29.8.2016); ע"פ 3065/15 חסין נ' מדינת ישראל (26.6.2016)).

3. כאמור, אצטרף לחברי.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

אני מצטרפת בהסכמה לחוות דעתו המקיפה והמעמיקה של חברי, השופט י' דנציגר, הן לעניין הכרעת הדין והן לעניין גזר הדין.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, כ"ב באדר תשע"ז (20.3.2017).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט

